

書評：「統合法理学」とその他の軽罪

ゲーリー・L. アルメン (著)

池端 忠司 (訳)

訳者はしがき

本訳稿は Gary L. Ulmen, Book Review: “Integrative Jurisprudence” and Other Misdemeanors 77 Tex. L. Rev. 1107 (1999) の全訳である。この書評が対象とする書物は二冊あり、一つは私が昨年翻訳した David Dyzenhaus, Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, Oxford: Clarendon, 1997 (デイヴィッド・ダイゼンハウス著『合法性と正当性——ワイマール期におけるカール・シュミット、ハンス・ケルゼンおよびヘルマン・ヘラー——』春風社、2020年)と、もう一つは Peter C. Caldwell, Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism, Durham: Duke University Press, 1997 である。

本書評の発表当時 (1999年)、評者であるゲーリー・L. アルメンは、テロス・プレス (Telos Press) のシニア・エディター (Senior Editor) であり、ピーター・C. コールドウェルは、アメリカ合衆国のライス大学 (Rice University) の歴史学の准教授、デイヴィッド・ダイゼンハウスは、カナダのトロント大学 (The University of Toronto) の法哲学の教授であった。

アルメン論文の邦訳としては、ゲアリー・L. アルメン (佐野誠訳) 「政治神学と政治経済学：カール・シュミットとマックス・ヴェーバー」 (G. L.

Ulmen, *Politsche Theologie und Politische Ökonomie: Über Carl Schmitt und Max Weber*) があり、H. クヴァーリチュ著、初宿正典・古賀敬太編訳『シュミットの遺産』(風行社、1993年、104-141頁)に掲載されている。この訳書は、シュミット死後間もなく出版された Helmut Quaritsch, *Complexio Oppositorum über Carl Schmitt*, Berlin 1988) に掲載されていた 27 編の論文のうちの 12 編を選抜し、訳出したものを掲載する。そのほか、アルメンにはシュミットの著作物の英語訳があり、次の通りである。Roman Catholicism and Political Form, University of Chicago Press (2008); Theory of the Partisan: Intermediate Commentary on the Concept of the Political, Telos Press (2007); The Nomos of the Earth: in the International Law of the Jus Publicum Europaeum, Telos Press (2006); Roman Catholicism and Political Form, Praeger (1996).

最後にダイゼンハウスの著書『合法性と正当性』に関するアルメンの本書評の内容について若干道案内を行う。すでに紹介したウィリアム・E. ショウアーマンとエレン・ケネディの書評はダイゼンハウスの著書を肯定的に評価していたが、同じくすでに紹介済みのジョーゼフ・W. ベンダースキーの書評とアルメンの本書評はかなり批判的である。とりわけダイゼンハウスのシュミット像のところで、ケネディは、ダイゼンハウスがシュミットを正当に評価しているにもかかわらず、読者にシュミット主義者だと誤解されないような言葉を添えていることに違和感を覚えたと表明しているのに対して、一貫して反ユダヤ主義者であり、独裁制の擁護者である故にファシズムを支持したというダイゼンハウスのシュミット像にベンダースキーやアルメンは歪曲であると指摘している点を比較するとき、英語圏の主要なシュミット研究者の中でこれほど意見が分かれるというのは意外であった。

また、ベンダースキーはダイゼンハウスの著書を学問に値しないイデオロギーの表明本であると理解し、客観的な歴史叙述でもなければ、先行する適切な資料を踏まえた理論書でもないと言い切るが、ここで訳出したアルメンの本書評もこのベンダースキーの指摘に同調し、さらに辛辣な言葉

で批判している（「憲法上のクレチン病 (constitutional cretinism)」、「学習遅進者 (slow learners)」)。

アルメンはコールウェルもダイゼンハウスも同じ若い研究者の一派に属していると捉え、その一派の最大の問題は戦後から続くシュミット研究の長い議論を無視しているという点である。アルメンによれば、このような無視を可能にしているのはダイゼンハウスが採用した「統合法理学」という研究方法である（書評の表題はそのような悪い意味で使われている）。それは、1990 年代の初め頃から始まるシュミット研究の大変貌（シュミット・ルネッサンス）を踏まえ、ナチ期以前のワイマール期でも第二次大戦後間もない頃の恐ろしい軽蔑すべきシュミット像を復活させているという批判である。

私の理解では、ベンダースキーが指摘しているようにシュミットに関する二次的資料のうちの重要な文献を扱っていないという点は正しいと思われるが、しかしながらダイゼンハウスの著書がシュミットの評伝を意図していないことを前提とすれば、それほど重要な指摘ではないように思われる。さらにダイゼンハウス自身がシュミットの自由主義批判を正当に評価しその他のシュミットの立場も正確に理解していることをアルメンは認めている。

ダイゼンハウスの著書の中心的な争点はシュミット評価というよりもワイマール期の法哲学・法理論の持つ今日のそれらへの示唆であることを前提とすれば、法哲学・法理論についての評価を正面から行った書評として、アルメンの書評はシュミットを焦点に据え過ぎてやや屈折していると思われるが、ダイゼンハウスの著書におけるシュミット分析の分量の多さからすれば、それも仕方ないと言えるかもしれない。それと比較すれば、ベンダースキーの書評「書評：カール・シュミットとヘルマン・ヘラー」（本誌第 53 巻第 2 号）は、ヘラーに言及している点でアルメンほどは屈折していない。ケネディの書評「書評会議：ワイマール期の立憲主義」（本誌第 53 巻第 2 号）やショウアーマンの書評「書評：ワイマール期への回帰」（本誌第 53 巻第 1 号）、そして今回の本号に掲載するニール・マコーミックの書

評「書評：法理学、民主政およびワイマール共和国の死」は標準的な書評となっていると評価できるかもしれない。しかしながら、アルメンの書評は他の書評と比べ分量があり、ダイゼンハウスの著書の引用も多く、ダイゼンハウスの著書を読む前の紹介文として読むことをお勧めする。

(1) ベッケンフェルデの 1997 年の講演「議論の渦中のカール・シュミット」

1996 年にドイツ連邦最高裁判所の判事を偶然というわけではないが退職し現在フライブルク大学の公法の教授であるシュミット研究者、エルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデは、カール・シュミットが生まれ彼の人生のうちの善い時を過ごしたドイツのプレッテンベルク市のその施政 600 周年の 1997 年 4 月に、「議論の渦中のカール・シュミット (“Carl Schmitt in der Diskussion”）」と題する講演を行った¹⁾。ベッケンフェルデは、シュミットを軽蔑的な意味で扱うのが常であったそれ以前の数年とは異なり、1990 年代初頭からシュミットの著作がそれとは異なった扱いを受けてきたことを次のように述べることから始めた。

この数十年間、とくにドイツではシュミットと彼の著作は、その過去を清算するという観点から扱われてきた。明示的にも黙示的にも、その基本的な争点は第三帝国期の彼のナチスへの協力であった。この観点からすればその争点は彼の著作の連続性であり、すなわち、彼がその研究の初期から民主政の反対者であったのか、それともその立場をよく変えた体制順応的な日和見主義者であったのかである。……今日、シュミットを扱う者は、1945 年以降の世代の、あるいはかなり高い確率で 1960 年代以降の世代の重要な部分を占めている。彼らを惹きつけるものはその主題であり、たとえば、シュミットが何を書いたか、彼が採った諸立場へと何が彼を導いたのか、それらの諸立場とは何であったかである²⁾。

ベッケンフェルデが記したように、シュミットへの再び始まった関心は、シュミットの 1947 年から 1951 年までの日記³⁾と、戦後ドイツの知識人たちに対する、隠されてきたがおそらくかなり広く及んだシュミットの影響を、具体的に記述する一つの著書⁴⁾の公表に続いて起った。ドイツだけでなくその他のヨーロッパ諸国においても、ワイマール共和国の時代、そして 1945 年以降のシュミットによって議論されてきたテーゼの多くが、次のように次第に重要性を増していったのである。

それゆえ、この若い世代の多くは、シュミットの著作に関連する洞察、概念および論争が次のような理由で興味深いと主張する。すなわち、それらはシュミットの産物であるからではなく、むしろ、工業化された大衆社会への過渡期を目の当たりにしたある一人のエリートのその時代の到来を反映しているからである。シュミットの著作のこのような扱いは、彼の死後の 10 年間で、彼が「一流の研究者 (“classic”）」になったのだということを立証し、その伝記は彼の科学的・学問的著作の背後に退く⁵⁾。

(2) シュミット研究の急激な変化に対する北米の若い研究者グループによる無視

遺憾ながら、このシュミット研究の急激な変化はシュミットやワイマール期の立憲主義について書く北米の若い著者たちのグループ、もっとも顕著なところでは次の彼らの間では、つまりウイリアム・E. ショウアーマン、ジョン・P. マコーミック、そしてここでの書評の対象である二冊の書物の書き手たち、ピーター・C. コールドウィルとデイヴィッド・ダイゼンハウスによってほとんど注目されずにきた。彼らは、シュミット研究のこの 10 年、20 年、そしてさらにそれ以上の年月がまるで存在しなかったかのように書く。そしてドイツの戦後間もない数年間に幅広い承認を得た、シュミットに対するびくびくした、軽蔑的な扱い方が、これはまさにこの新しい学風によって虚偽であり非生産的であること、あるいはその両者で

あることが証明されてきたにもかかわらず、それがいまでも是認でき、必要でさえあるかのように書く⁶⁾。どのようにすれば、私たちはこれを説明できるのか。それは、一方で冷戦後の世界についての一種の実存主義的な不安の結果のようでもあり、他方で再生された自由主義やあるいは社会民主主義についてのバージョンのみに一般的に頼る、ソ連の崩壊後の、とりわけ共産主義崩壊後の「左翼（“Left”）」に、留まるための多くの試みの結果のようでもある。さらには、冷戦を通じて標準的な左翼擁護論が反ファシズムであったことを理由とするならば、私たちがいま手にしているものは反ファシズムの再利用である。

(3) 代表格ジョン・P. マコーミックのシュミット理解

マコーミックの著書⁷⁾がその好例である。コールドウェルとダイゼンハウスが行ったように、マコーミックは、シュミットが彼の専門家としての経歴のすべてにおいてファシストであったという前提をもって始める⁸⁾。シュミットが、ワイマール共和国を通じて彼自身をファシストであると見做さなかったという事実にもかかわらず⁹⁾、(あるいは、ついでに言えば第三帝国を通じてもその事実は変わらないが)¹⁰⁾、またシュミットのワイマール期の学生たちまたは同僚たちも、誰一人として彼をファシストと見做さなかったにもかかわらず¹¹⁾、さらにはファシズムを支援する目的の彼の第三帝国以前の著作物が存在しないにもかかわらず、である。コールドウェルやダイゼンハウスと同様に、マコーミックはファシズムをあらゆる所で今日の危険と理解する。すなわち「ファシズムは……南アメリカ、アフリカおよび東ヨーロッパの発展途上の地域だけではなく、ヨーロッパや合衆国などのその他のどこでも永遠に閉じ込められず、むしろ生き続ける。」¹²⁾ここでは、ファシズムは、おそらく空気感染する一種の社会政治的な細菌のように見える。それに対して私たち全員は、あの自由主義という注射を予防接種される必要があるのである。

マコーミックはさらにいっそう遠くに進む。彼は「過去と現在との間

に、戦間期のドイツのファシズムと第二次大戦後の北米の保守主義との間に橋を架けようと」試みる¹³⁾、しかもレオ・シュトラウスに対するシュミットの極悪非道な影響を示すことによってである。マコーミックは、シュミットの「ファシズムの (“fascist”）」影響が、ハンス・モーゲンソー、パトリック・ブキャナンおよびサムエル・ハンチントンのような人に拡大するとさらに主張した¹⁴⁾。ワイマール共和国の時代を通じてシュトラウスとモーゲンソーの両者がシュミットに対する批判を書いたのは、真実であり¹⁵⁾、そして両者ともシュミットの影響を受けたのは、疑う余地がない。しかし、彼らがそれによってファシストになったと言うのは、明らかにこじつけである。ブキャナン、ハンチントン、そしてその他の名前の挙げられていないすべての「保守主義者たち (“conservatives”）」に関するかぎり、彼らがみな『政治的なものの概念 (The Concept of the Political)』またはその他の何らかのシュミットの危険な文章を隠れて読んでいて、それによってファシズムに転向させられていると、おそらく私たちは考えるようになっていく。これはほとんど滑稽でさえあるが、それは実際に笑いごとではない。マコーミックは、シュミットをこれらの今日の保守主義の諸潮流の「教父 (“godfather”）」と呼ぶところまでいく¹⁶⁾。「強固に確立されたあるいは新しく登場した民主政の諸国家が、カール・シュミットを連想させるある種のファシズムに屈服すべきではないならば、」¹⁷⁾私たちはマコーミックを、そしてもちろんショウアーマン、コールドウィルおよびダイゼンハウスを読まなければならない。

(4) 「統合法理学」という問題のある方法論

意外なことではないが、彼らはみなお互いにお礼を言い、お互いを引用し、そしてお互いを褒める¹⁸⁾。彼らはみな、専門家たちによって長い間論じられてきた問題に取り組む¹⁹⁾。しかし彼らは次のようなトリックを用いて、それらの専門家たちを無視するという選択を行う。そのトリックはそれを表わすより適した用語がないため、ダイゼンハウスが「統合法理学

（“integrative jurisprudence”）」と呼んだものとする²⁰⁾。挿入句的にダイゼンハウスは、彼が二次的資料についての議論を回避すると公然と述べる²¹⁾。たとえフランクフルト学派についてのショウアーマンの著書²²⁾が、コミットメントと解釈というダイゼンハウスの準則に合致すると彼自身が述べるにもかかわらず²³⁾、また彼は彼の目的に適うときには彼の友たちやその他の者の二次的資料に言及するにもかかわらず、そう述べる²⁴⁾。

(5) コールドウェルが示すスメントおよびヘラーに対する共感

コールドウェルの著書は、とくに失望させる。というのも、彼の傾向は、ダイゼンハウスのそれと比べて、はるかに政治的および論争的ではなく、加えてはるかに学問的であるからである。コールドウェルは、このグループの他のメンバーによって影響されなかったならば、一級の著作を書いたと思われる。たとえそうだとしても、彼は、帝政ドイツ期とワイマール共和国の時代の法実証主義に関する興味深い、かつ役に立ちさえする議論を提供する²⁵⁾。彼は、そこでワイマール憲法下の国民主権がどのようにして法実証主義と衝突するようになったかを詳しく調べ、そして彼は、シュミットのような反実証主義者によって提示されたこの板挟みに替えて、他に選べる選択肢に焦点を合わせる²⁶⁾。ハンス・ケルゼンはもちろん指導的な実証主義者であったし、コールドウェルはケルゼンとシュミットをワイマール憲法の「もっとも重要な哲学者（“most significant philosophers”）」と呼ぶ²⁷⁾。コールドウェル自身の有する共感は、しかしながらルドルフ・スメントやヘルマン・ヘラーに対する共感であり、とりわけスメントの共同体主義的な統合理論や、ヘラーの社会的福祉国家（社会的法治国家または社会国家）に対する共感である²⁸⁾。ここでコールドウェルは一つの問題を抱える。そして驚くことではないが、彼はその問題をとるに足らないと無視する。彼は、スメントとヘラーの両者の主張が「権威主義的または原ファシズム的（proto-fascist）でさえある」と認める²⁹⁾。コールドウェルはまた「血と土（“blood and soil”）」というヘラーのレトリックの中に人種主

義的な人類学を認める³⁰⁾(これはワイマール共和国を通じてシュミットの著作物の中に見出せないものである)。コールドウェルは、なぜヘラーが「権力政治に関する彼の諸理論を極右に頼り、マックス・ウェーバー、フーゴ・プロイスまたはアルフレッド・ウェーバーのような自由主義の理論家に頼らなかったか」と問う³¹⁾。たとえまさにそれらの自由主義の理論家が、憲法や政治に関する著作物の中でシュミットに頼ったことをコールドウェルが指摘しないとしても³²⁾。

コールドウェルが唯一の頼みの綱としているのは、次のことを彼がより良く知っているとして主張することである。すなわち、「ヘラーがそれを認めようが認めまいが、彼の法理論は、彼が初期の頃に負けまいと努めた、シュミットやスメントの保守主義の理論よりも、ケルゼンや [リヒャルト] トーマのような左翼的な自由主義者の法理論により符合した。」³³⁾コールドウェルがシュミットとスメントを結びつけることは、スメントがシュミットよりもヘラーに親近感を抱いていたため、奇妙なことではあるが、イデオロギー的には理解できる。たとえスメントがこの点で右翼的な問いを行ったとしても、スメントの考えではどんな国家機関も主権者ではなかったのである。コールドウェルは、次のように書いた。「より政治的に問題なのは、誰が国民国家の根本的な諸価値を解釈する権利を持つのかについてのスメントの前提であった。」³⁴⁾シュミットが主としてホッブズに基づき、よく繰り返したように、根本的な問いは、次の通りである。すなわち「誰が決定するか。誰が解釈するか」(“Quis iudicabit? Quis interpretabitur?”)³⁵⁾。スメントの見解では、議会も司法も、その二つのうちのどちらか一方を行う権威を持たない。しかしながら、コールドウェルが正当にも述べているように、「より理論的な観点からすればスメントは、シュミットとケルゼンとの論争の中心的論点、つまり主権の問題を完全に回避した。」³⁶⁾それにもかかわらず、スメントの「有機体的な (“organic”)」統合理論は、おそらく「ケルゼンの実証主義の純粋な規範主義を乗り越え、現実の有機体としての国家を、ドイツ帝国においてラーバント主義の実証主義的伝統と保守的自由主義が確立されるところの区分を、すなわち私法

と公法、国家と社会、個人と全体の区分を、ぼやけさせる国家理論に立ち返らせた。」³⁷⁾さらに要を得た言い方をすれば、スメントは、人格の統合が指導者（Führer）によって起ることを強調した。そしてその指導者は、「[[導かれる者たち]に社会的および精神的に展開されるもののその生ける形態（life-form）」とされた³⁸⁾。「君主は、それ自身の有する人格において国民全体の体现、統合であった。」³⁹⁾ワイマール共和国を通じてシュミットは、明らかにこのようなことを決して書かなかった。しかし、ファシズムは「自由主義または議会主義と比較するならば、大衆民主政の諸条件により関連している」とスメントが主張したと、コールドウェルが書く理由は、完全に理解できる⁴⁰⁾。最終的に、私たちは次のように読んだ。すなわち「スメントもヘラーも、政治的に危険な観念を抱くことを回避しなかった。両者とも、新しいナチ・システムの初期の擁護者によって積極的に引用された。」⁴¹⁾それにもかかわらず、コールドウェルは、彼らとその窮地から脱するのを助ける。すなわち「しかし彼らの主張は、権威主義的または原ファシズム的でさえあるものを含むが、倫理的および政治的な実践に関する理論に向けた、憲法の根本的な方向転換の一部であったし、この理論は、1949年以後の西ドイツ国家の民主政を志向する憲法学のその基礎を固めた。」⁴²⁾おそらく、もっとも雄弁に示しているのは、コールドウェルの結論である。すなわち「憲法的実践に関するスメントおよびヘラーの理論は、統合が現実的に行われ、そして人民がその国家組織を正当と認めるような安定した憲法体系を前提とした。この安定性は、1928年以降消え始め、それとともに憲法的実践に関する理論のその直接的な政治的関連性も消え始めた。」⁴³⁾シュミットの理論は、それとは対照的にワイマール共和国の終る数年に行き渡った不安定な状況に明らかに関連性があった。コールドウェルは、しかしながら、シュミットがその窮地から脱するのを助けない。

(6) シュミットとドイツ憲法の危機に対するコールドウェルのアプローチ

コールドウェルは彼の著書の序章において次のように書く。保守的な歴

史書は、「カール・シュミットおよびフォン・パーベン首相と結び付いた立憲の民主政の一つの概念が、ワイマール憲法のその他の側面を徐々に浸食し、その結果、ナチが政権を乗っ取るための土台固めの方法を覆い隠す。」⁴⁴⁾しかしシュミットはパーベンと関わりがなかった。むしろ彼はシュライヒャーと関連づけられた。それどころか、実際にコールドウェルは、「シュミットがナチスを排除した権威主義的国家を設立するために、クルト・フォン・シュライヒャーやその他の軍参謀と陰謀を企てた。」とその著書の後の方で述べる⁴⁵⁾。コールドウェルは、この矛盾を解決せず、そして私たちが後に見るように、ダイゼンハウスも同様にこの矛盾を解決しない。しかしながら、さらに要領よく言えば、ここにシュミットやドイツ憲法の危機に対するコールドウェルのアプローチが存在する。「シュミットの独裁に関する初期の著作 (“Schmitt's Early Work on Dictatorship”）」という表題の重要な一節において、コールドウェルは次のように書く。すなわち「ケルゼンは、法の科学の神秘的要素を取り除くことに努めていた一方で、シュミットは、通常時では考えられない行為を緊急状態において行うことができる自律的な意思としての国家の神話を肯定することに努めていた。」⁴⁶⁾これは正しい。そしてコールドウェル自身が認めることを強いられているように、ケルゼンの「法の科学 (“legal science”）」は、まさに法実証主義自体の理論的基本原理の不備を理由に、危機に対するいかなる解決策も持たなかった。コールドウェルは次のように書く。

『国家法の主要な諸問題 (Major Problems of State Law)』の中で、ケルゼンは、もっとも基礎的な認識対象つまり法命題 (Rechtssatz) に基づき、スタンレイ・L. ポールソンが「再構築された法規範 (“reconstructed legal norm”）」と翻訳した用語に基づき、法の科学を基礎づけようと努力した。その法命題は、現行の制定法から引き出された法の陳述の再構築であり、その結果、その下で国家は、法を「制定した (“acted”）」ときの、すなわち権限を付与し否認し要求するときなどの条件を提示する。ラーバントはかつて制定法を法システムの客観的な基礎的な陳述に変え

た、そしてケルゼンは再構築された法規範を法認識の固有の対象に変えた⁴⁷⁾。

シュミットは、法実証主義に対する彼の批評において、法の定立 (Setzung von Setzungen) によく言及した。ケルゼンが考え出すことができた (could come up with) ものは、これだけである。法としての国家というケルゼンの「純粹な (“pure”)」概念は、支配者としての国家というラーバント学派の定義を拒絶した。「法の科学の見地からすれば国家は、純粹に規範的な現象であった。国家を支配者として思い描くことは、国家を超人的な實在に高めることであった。」⁴⁸⁾ コールドウェルが認めたように、たとえケルゼンが君主の法的義務を記述するために大臣責任制に依拠したとしても、コールドウェルはまた次のことも認める。

ケルゼンは、君主を、国家の神聖化された中心として国家の自己拘束的な主権の体現者として見ることを拒否したため、君主制の問題はケルゼンの著作において未解決のままであった。……

ケルゼンのシステムに内在した理由によって、さらにはイデオロギー上の擬制に対するケルゼンの新自由主義的な批評と調和した理由によって、その法システムの「基礎づけ (“ground”)」こそが、それゆえ彼の法理論がアプローチすることのできない盲点であった⁴⁹⁾。

確かに同様のことは、シュミットの国家理論については言えるはずはなく、それはワイマール期の危機に対する解決策を持った。シュミットは、国家を西洋合理主義のもっとも偉大な成果であると考えた。国家は、中世の宗教的内乱を終わらせたし、世俗化の主要な道具となり、その結果、法学という独立した科目の土台を生み出したところの一つの制度である⁵⁰⁾。シュミットは、彼の生涯を通じて、国外のそしてとりわけ国内の敵に対抗して、国家を擁護することにもっとも関心があった。それらの諸勢力の双

方とも、第一次世界大戦の直後の大変動においてもっとも重大な問題であったし、ワイマール共和国のすべての時期においてもそうあり続けた⁵¹⁾。しかしこれはコールドウェルが心に留めていたことではない。

(7) シュミットはそのキャリアの初期から独裁制の提唱者、民主政の敵か

コールドウェルは、シュミットをそのキャリアのまさに初期でも、独裁制の提唱者としてまた民主政の敵として提示する。私たちは、シュミットがワイマール共和国の存在する前でさえも、民主政を徐々に弱らせることを企てていた、という印象を持つ。事実の問題として、第一次世界大戦の終わりに向けてシュミットは、彼がミュンヘンに留まっていた間に、戒厳令と非常事態を詳細に調査研究する機会があったし⁵²⁾、そしてボルシェヴィキ革命後、「プロレタリアート独裁 (“dictator of the proletariat”）」というレーニン概念を理解しようとした、独裁に関する論文を公表した⁵³⁾。法律家としてシュミットは、具体的状況をそれが存在したままに観察し分析することが、彼の役割と見た。彼がよく述べたように、すべての法は、特定の時間と特定の場所だけの法である⁵⁴⁾。もしシュミットが彼の専門家としての経歴の大半で、一つのアジェンダを持ったと言われ得るならば、それは、私が述べたように、国内のおよび国外的な敵に対する国家の擁護である。その結果として、彼は、決して保守的な意味でも、あるいはその他の何らかの意味でも、革命的ではなかった⁵⁵⁾。

遺憾ながら、コールドウェルもダイゼンハウスもこの事実を受け入れることはできない。彼らは、彼ら自身のアジェンダによってシュミットに彼が決して持たない一つのアジェンダを割り振らざるを得ない。コールドウェルは 1916 年のシュミットの要約的な陳述を引用する。すなわち、

緊急事態の下では、……立法府と行政府の分離が維持されたまま、行政的なものに権力の集権化が生じる。すなわち独裁の下で立法府と行政府の相違が存在し続けるが、その分離は、同じ部所 [Stelle] が法の定立

(decree) および執行の双方を統制する限りにおいて取り除かれる⁵⁶⁾。

コールドウェルは、すぐに続けて次のように主張する。すなわち「シュミットの初期の著作に関する解説者たちは、上記の陳述を概して額面どおりに受け取った。そうする過程で、それらの解説者たちは、シュミットの行政的なものの概念やその歴史的な具体例についてのより捉え難い諸側面を理解できなかった。』⁵⁷⁾別の言い方をすれば、シュミットの著作物自体がその理論に符合しないために、それらの著作物が「捉え難い(“subtle”)」解釈に服さなければならず、そしてこのような特権を与えられた洞察を内々に知らされていない、前述したシュミットを解説する著者たちは、「弁明者たち(“apologists”)」と呼ばれる⁵⁸⁾。

ダイゼンハウスは、このトリックの技術——非常に悪質な技術——を作る。コールドウェルに関する限り、たとえ彼が「統合法理学(“integrative jurisprudence”)」というダイゼンハウスの用語を使わなくとも⁵⁹⁾、同様の方法論を展開する。というのも、コールドウェルは、シュミットの独裁に関する初期の著作のプリズムを通じて、シュミットの全著作物を単純に読んだからである。コールドウェルは、ワイマール共和国の危機における国家の第一位性についてのシュミットの立場が、「独裁(原初状態(Urzustand)あるいは原初状態(original state of affairs)としての政府(administration))」に関する1917年の彼の著作を、複数政党制の影響力から自由な、権威主義的な行政的統制における国家の実体を求める彼の1931年から1932年までの探究に、そしてナチ国家の具体的秩序に関する1933年から1936年までの理論的および歴史的な著作に、接続させた。」と断言する⁶⁰⁾。これは「統合法理学」の好例である。

シュミットの「具体的秩序(“concrete order”)」という概念はヘーゲルに基づくが、ヘーゲルがファシストではなかったことは言い添えなければならない。そして、その概念は、やはりファシストでない、偉大なフランスの法律家モーリス・オーリウに基づき、彼の著作物をシュミットは1920年代の後半まで読まなかった⁶¹⁾。(強調する価値のある点は、ヘーゲルもオ

ーリウムも、ともにナチではなかったことであり、なぜならばコールドウェルもダイゼンハウスも、ともにファシズムとナチズムを区別しておらず、そこには無視できない相違が存在したからである⁶²⁾。

(8) コールドウェルによる友敵概念の誤解

その他のコールドウェルによるシュミットに関する誤解のわずかな具体例を挙げればもう十分であろう。彼は次のように書いた。

ケルゼンは、根本規範についての彼の理論を経由して〔立憲主義的な民主政の〕逆説を言い変えた。シュミットは、主権を有する人民がいまここに存在していることを力説することによって、その逆説を解決した。すなわち、その主権を有する人民とは、彼らの統一性に対する国外からの実存的な脅威に応じて「政治的 (“political”)」になった、人種または宗教のような何らかの基本的側面という点で、実質的に同質的でかつ統一化された人民である。敵は友を作り出した⁶³⁾。

これは、シュミットの政治的なものの概念の完全な曲解である。一つには、シュミットは友と敵を記述するために、人種という概念を決して使わなかったし、また、ワイマール共和国を通じてシュミットのどんな著作物の中でも人種主義または反ユダヤ主義を例証することが誰にもできなかった。実際にナチスは、ワイマール共和国を通じてシュミットの著作物を無視したし、より後になって彼の友敵の概念を、それがまさに人種主義的でないことを理由に拒否した⁶⁴⁾。もう一つには、シュミットは、友が敵によって構成されるとは決して言わなかった。もう一人の若い学者が正確に述べたように、「シュミットの理論上の立場は、友好関係と社会的連帯という関係への事前の実質的なコミットメントを要求する。」⁶⁵⁾友好関係と分け持たれた諸価値——最低限度の同質性——に基礎づけられた社会集団だけが、それらの諸価値にとって「敵 (“enemy”)」に直面したときに「政治的

（“political”）」になる⁶⁶⁾。コールドウェルは次のようにも書く。すなわち「神話的な指導者を通じて、工業化された社会における社会的紛争の解決策を探し求めていたシュミットとは異なり、ケルゼンは、社会的集団が自らを規制しなければならないと主張した。」⁶⁷⁾ワイマール共和国を通じてシュミットは、神話的またはその他の「指導者（“leader”）」の観点から決して話さなかった。

最終的にコールドウェルは、シュミットの著書『合法性と正当性（Legality and Legitimacy）』を完全に曲解する。すなわち「まさに『合法性と正当性』をもってシュミットは、ワイマール憲法を権威主義的な線に沿って変えようとするパーペンの試みに、知的な支持を提供した。……シュミット主義の理論は、いかなる解決策も提供しなかった。それは、やがて起きるナチの乗っ取りのために門を開いただけであった。」⁶⁸⁾前述したように⁶⁹⁾、そしてコールドウェル自身がすでに認めたように、シュミットはパーペンではなく、シュライヒャーを支持した。より端的に言えば、ヒトラーが権力を握る少し前に公表された、まさに『合法性と正当性』においてシュミットのアジェンダはもつとも目立っている。というのも、彼は共産主義者とナチスを国家の敵と見ていたからである。たとえ彼がワイマール憲法の批判者であったとしても、彼の批評は、その憲法の破壊ではなく擁護に向けられた。共産党とナチ党の双方とも、その憲法を破壊することにコミットしていたため、シュミットはそれらが政治的権力をめぐり競争することが許されるべきではないと述べた⁷⁰⁾。早くも1921年に、彼は『合法性と正当性』が共産主義者によって革命の道具として採用され得ることに気づいていたし、1920年代の中葉まで、彼は同様の手法がナチスによって使われていることを認めた⁷¹⁾。彼は、あらゆる自由主義的な議会制度のその根底にある前提とは、権力の座にある政党が、その他の政党の権力を獲得する権利を否定すべきではないことであると指摘した。すなわち、この原理は、シュミットが「平等な機会（“equal chance”）」と呼んだものであるが、あらゆる政党が憲法体系を受け入れることを前提とした⁷²⁾。たえず存在する危険とは、憲法に敵対してその破壊を意図する諸政党が議

会制度の中に包摂されることである。1932 年において、右派および左派からの絶えず存在する危険を所与とするとき、シュミットは、この「平等な機会 (“equal chance”）」がその憲法に対する忠誠心を持った諸政党にだけ拡張されるべきであると主張した⁷³⁾。これこそが 1932 年に、彼が極右と極左による勝利を未然に防ぐため、既存の大統領制度の強化に賛成の主張を行った理由である⁷⁴⁾。

驚くに値しないことではあるが、私たちは、コールドウェルとダイゼンハウスのどちらによるにせよ、この考えについての議論を一つも見出させない。さらにまた私たちは、カトリック中央党、ドイツ在住ユダヤ人の友の会本部、そしてドイツのアメリカ大使館付き武官たちさえも含め、多くの者が、大統領制度の強化がワイマール憲法の擁護になるという点で、シュミットに賛成したという事実への言及さえも見出せない⁷⁵⁾。

(9) ダイゼンハウスの「統合法理学」は憲法上のクレチン病

ワイマール期の法理学の危機についてのコールドウェルの扱い方は、シュミットから自分の著作のタイトルを拝借するほどの図太さと、間違いようもないほどの露骨さで「統合法理学 (“integrative jurisprudence”）」というあからさまな詐欺を永続化させるほどの図太さ⁷⁶⁾を持ったダイゼンハウスによって提示された扱い方と比較するならば、ほとんど捉え難く見える。これはまさに憲法上のクレチン病 (constitutional cretinism) というべきである。一方で、ダイゼンハウスの「統合的な (“integrative”）」アプローチは、シュミットとその他の法学者たちの著作物について、それらが書かれた時および文脈などをお構いなしに検討する。他方で、ダイゼンハウスは、彼の申し立ての内容をどちらかと言えば裏付ける、それらの題材ないし出典、争点さらに思想家を選択的に統合し、同時にそれらと衝突するものすべてを排除する。

ダイゼンハウスのアプローチは、コールドウェルのような外見上私心のない学問的なアプローチよりも、むしろ議論がましくかつ説論的である。

最初から、彼はイタリアのマルクス主義のイデオログのアントニオ・グラムシ（Antonio Gramsci）の立場を採用する。グラムシは、ダイゼンハウスによれば次のように主張した。

法および政治に関する哲学は、まさしく次のようなものである。すなわち、それは、政治的なコミットメントのパッケージに関する詳述や正当化理由である。それらの哲学は、実践へのインパクトを持つ。……

グラムシが私たちに教示するように、政治に参加する者は、すべて哲学者であり、政治に対する彼らのコミットメントは、一つの哲学を前提とする。たとえ彼ら自身が哲学をはっきりと説明することに時間を費やそうと思わなくとも、または費やすことができなくとも。それどころか、彼らがそれを否定したときでさえも、専門家の哲学者たちの原則は、現実の経験および実践と非常に複雑な方法で結ばれた思想という織物のその一部を構成するのである⁷⁷⁾。

しかもマルクス主義者としてグラムシは、次の立場を採用した。すなわち彼が一つのアジェンダをつねに持った結果、そのアジェンダが彼に与えた場所を見よ。つまり監獄において、彼は確かにそれについて熟考する、あり余る時間があったのである。ダイゼンハウスが議論する思想家たちが、専門家の哲学者ではなく法律家であり、多くの場合、政治に参加しなかったという事実はまったく別にして、ダイゼンハウスは、自分自身を政治にコミットした一人の哲学者であると空想し、それゆえ彼が議論するどんな学者の思想に対しても、彼が望むどんなことについても否定することが自由であると思う。彼の著書の全体を通じて、ある著者の原文が彼の申し立ての内容と一致しないときでさえもダイゼンハウスは、「それは当然の結果として……となったにちがいない」とか、「彼は……を意味したにちがいない」のような決まり文句を用いて、彼の望むものを何でも推測する⁷⁸⁾。

(10) ダイゼンハウスの諸主張とアルメンの反論

ダイゼンハウスはシュミット、ケルゼンおよびヘラーに焦点を合わせて、最初の方で彼の結論を次のように説明する。

ヘラーとともに私は、ケルゼンの法実証主義がナチズムへの道を開かなかったが、ドイツにおけるファシストの権力奪取に抵抗するために用いることのできた法的方法をまったく提供しなかったと主張したい。私は、シュミットの共同体主義的な実存主義が、その権力奪取の生起を積極的に招いたと主張する点で、やはりヘラーに続きたい。そして私は、ヘラー自身の立場が、法および政治の哲学に関する私たちと同時代の討論に提示すべき本質に迫る何か (something substantive) を持っている
と主張したい⁷⁹⁾。

それどころか、マコーミックやコールドウェルと同様にダイゼンハウスは、ロナルド・ドゥオーキンやジョン・ロールズのような者たちと比較する議論をもって、北米の発展のために「ワイマール期からの教訓 (“lessons from Weimar”）」を引き出すことを始める⁸⁰⁾。ダイゼンハウスは、明示的に次のように述べる。すなわち「半世紀以上前に主張された見解への私の関心は、主として現在に対するそれらの貢献可能性にある。」⁸¹⁾そして再び次のように述べる。すなわち「私がこれから示すように、法および政治の哲学についてのワイマール期の討論の諸側面の探究は、法および政治の哲学における行き詰まりという近年の状況のよりよい理解と、将来に向けての生産的な道筋のための基礎を、私たちに与える。」⁸²⁾しかしダイゼンハウスは、その他の若い著者たちと変わらず、ドイツ法学が、アメリカまたはカナダの法とは異なる伝統から生じたことを認める。ヨーロッパ大陸法やその基礎であるローマ法に与えた他の影響がどんなものであれ⁸³⁾、その主要な区分は、成文法というフランスの伝統と、コモン・ローというイギリスの伝統の間の区分である。このコモン・ローは、アメリカ法学およ

びカナダ法学の土台である⁸⁴⁾。ヨーロッパ憲法の危機から学ぶべき教訓は、つねにこの基本的な区分によって制限されかつ意味を限定されなければならない。ちょうど私たちが自由主義や保守主義について、ヨーロッパ大陸の概念と北米の概念を区別しなければならず、その両者とも時の経過とともに変化してきたように⁸⁵⁾。端的に言えば、ワイマール共和国を通じてのドイツ憲法の危機は、アメリカであれカナダであれ、その法および政治の問題を検討し批判するためには、非常に心許なくかつ問題のあるパラダイムである。

ダイゼンハウスは、これらの考慮すべき事柄のどれによっても動揺しない。「私の立場は、反-民主主義者が民主政の諸制度をあらゆる場面で転覆しようとするに努めてきたことの直接および意図的な結果としてワイマールの破壊を考える者の側に、揺るぎなく位置する。」⁸⁶⁾その主犯者は、もちろんシュミットである。すなわち「私は、おおよそ1922年から1938年までの日付を記したシュミットの著作に、本質的な継続性が存在するという見解を採用する。」⁸⁷⁾ここでダイゼンハウスは、その正体を露わにする、次のような脚注を付す。すなわち「ウィリアム・E. ショウアーマンは、その継続性がシュミットのまさに最初の公表物にまで遡って存在すると、私の意見では説得的に主張している。」⁸⁸⁾ダイゼンハウスによれば、「シュミットは、ナチが権力の座に就くことを歓迎することに（彼は実際に歓迎したために）、彼自身の議論のその論理によってコミットした。」⁸⁹⁾この議論を展開するためにダイゼンハウスは、また次のように主張せざるを得ない。すなわち、シュミットの思想が故意にあいまいであり、彼は「意図的に非体系的で」あった⁹⁰⁾。というのも「彼は、自分の手の内をあまりはっきりと公開することを望まなかった」からであり⁹¹⁾、そして彼がいつも「彼の内奥にあった洞察を隠そう」と努めたからである⁹²⁾。ここに再びコールドウェルの場合と同様に、これが特別な洞察であり、その洞察は、おそらくこれらの若い著者たちだけが持つものであり、それは、ワイマール共和国の時代を通じてシュミットと同僚たちや学生たちによって、またこれらの問題を詳細に扱ってきた排除された専門家たちによって、完全に見落とされて

きたものである。

憲法理論に関するシュミットの専門書において⁹³⁾、彼は、憲法が社会統治のための個々の諸法律または諸規範の集合以上であり、むしろ憲法がある政治秩序のその特殊な形式および性質を決定すると主張した⁹⁴⁾。彼は、ワイマール憲法の場合、ドイツ国民の民意が「立憲主義的な民主政のための政治的決定」を行ったし、それを行う過程でドイツ国民が「君主制 (“the monarchy”）」を拒絶したと述べた⁹⁵⁾。たとえ憲法の個々の条文が一時的に停止され得るとしても（緊急事態に対処するための大統領の臨時の権能を付与する第 48 条に明白に規定されているように)⁹⁶⁾、全体としての憲法は、「侵しがたかった。」⁹⁷⁾これを理由に、シュミットは、その憲法が様々な解釈され得る特定の条文の言葉使いに従うよりも、むしろその全体としての文書の本質に従って解釈されなければならないと主張した⁹⁸⁾。彼は次のように警告した。ある状況下での特定の条文の文言への固執は、統治過程を麻痺させ、その結果、憲法および国家の安全を危険にさらす⁹⁹⁾。彼が繰り返し続けたように、「具体的状況 (“concrete situation”）」が私たちをつねに導くに違いない¹⁰⁰⁾。コールドウェルにしてもダイゼンハウスにしても抽象概念に対する居心地の悪さをシュミットほどは感じていない (are be more comfortable with abstractions)。

ダイゼンハウスは、自由主義に対するシュミットの理解への手掛かりを見つけたと称する。すなわち、

シュミットは、要するにあまりに口が重いので彼が法の政治に関する議論を自ら回避するために自由主義的な法学的思惟の標準的な策略と彼が考えるものを、誠実に用いているのであろう。

むしろ私の理解では、この章句は彼の著作の深い構造を垣間見せるものとして扱うべきである¹⁰¹⁾。

(11) ダイゼンハウスの事実誤認

ダイゼンハウスは、単に事実を間違えただけなのか、あるいは意図的に人を誤らせているのか明らかでないときがある。一つの好例は次の陳述である。すなわち、

「同質的な媒体（“homogenous medium”）」によって、一つの秩序を、それゆえ一つの法秩序を基礎づけることができる政治の可能性という命題について、シュミットが何よりも展開した議論は彼の『政治的なものの概念』の中にあり、この本はワイマール憲法の運命が現実に関与した1932年に出版された¹⁰²⁾。

確かに1932年に出版された版が存在したが、それは、まさに1927年5月10日にベルリン政治大学の主催による「民主政の諸問題（“Problems of Democracy”）」に関する講演シリーズにおいて、シュミットが初めて友敵概念を紹介したものである。この講演の原文はその後その夏に、他ならぬマックス・ウェーバーの雑誌において公表された¹⁰³⁾。その大学の多くの研究者たちはシュミットの研究に敬意を払った。そしてまさにその大学が、『政治的なものの概念』を1928年に最初に出版した¹⁰⁴⁾。

(12) ダイゼンハウスはシュミットを罵ると同時にその立場の多くを採用

奇妙に思えるのだが、ダイゼンハウスは、シュミットから彼の著書のタイトルを借用しただけではなく、シュミットを罵ると同時にシュミットの立場の多くを採用する。たとえば、まさに『政治的なものの概念』の中で、シュミットは、自由主義が民主政を破壊し民主政が自由主義を破壊すると主張する¹⁰⁵⁾。ダイゼンハウスは、自由主義と民主政のシュミットによる区分に同意しないだけでなく、ワイマール憲法の自由主義の基礎と民主政の基礎のシュミットの区分のかなり正確な説明を提供する¹⁰⁶⁾。シュミット

トは、中立的なシステムであると称する自由主義の主張を批判したし¹⁰⁷⁾、そして民主政と自由主義の間のその極端な緊張が、ワイマール共和国末期の数年に直面したジレンマであった。自由主義は、国民主権と不可避的な妥協を行うとき、民主政の過激な諸勢力がその共和国を危険にさらし得る扉を開いた。ダイゼンハウスは、シュミットの立場が、合法的な手段によって権力を握る独裁者に対抗する、自由主義的な国家における諸権利の擁護論としてみなされ得ることを認めることさえもするし、このことが、「私たちと同時代の自由主義の政治および法の哲学において実際に例証される。」と結論づける¹⁰⁸⁾。

しかしながらこれと同じ文脈において、ダイゼンハウスは、シュミットの著書である『合法性と正当性』を次のようなものとしてシュミット自身が特徴づけたことに対して論駁しようと試みる。すなわちシュミットは、その本を「誰が憲法の友で誰が憲法の敵であるかを尋ねることを拒絶する法理学から、大統領制を、つまりワイマール憲法の最後のチャンスを、救い出す窮地の策の試み」であると特徴づけた¹⁰⁹⁾。第一に、ダイゼンハウスはシュミットの著書の結論を引用する。

ひとたびワイマール憲法が二つの憲法（第一篇（統治機構）と第二篇（国民の権利）の二つを指す）であること、そしてこれら二つのうちのどちらかの選択を提示するものであることを理解するならば、そのとき、その決定は、第二の憲法とそれに対応する実体的秩序を生み出す試みのためになされなければならない。ワイマール憲法第二篇の核心は、その内的矛盾や失敗した妥協から解放されるべきであり、その内在的な論理に従って展開されるべきである。もしもこれがうまくいけば、そのときまさにドイツ人の憲法という考えが救出される。もしもこれがうまくいかないならば、価値や真理に関して中立的である多数者の一つの機能主義という擬制の手にかかり最後を遂げる。そのとき真理が復讐をする¹¹⁰⁾。

そこでダイゼンハウスは、次のように付け加える。すなわち「この章句自体がどれほど矛盾に満ち満ちているかは、シュミット自身の積極的なプログラムから見ても、彼の自由主義批判から見ても直ちに明らかであると言うべきである。」¹¹¹⁾ワイマール共和国の基礎を徐々に掘り崩すために意図的に陰謀を企んだというダイゼンハウスの見解を所与とするならば、彼は、例外状態の宣言によってその状況を安定化するための1933年1月のシュライヒャーの計画——シュミットはこの計画の当事者の一人であったが——についてどんな言及も回避せずにはいられない¹¹²⁾。ダイゼンハウスはまた、この計画が、おそらくヒトラーを権力に近づかせないようにしたであろうと考える、多くの尊敬するドイツの歴史家たちのどんな言及についても回避する¹¹³⁾。ジョーゼフ・ベンダースキーが特記するように¹¹⁴⁾エバーハード・コルプさえも、つまりダイゼンハウスの歴史学の主要な出典でさえも、「もし成功していたら、その憲法が想定した侵害やその結果として生じる緊急状態の宣言は、ナチの乗っ取りを防いだであろう」と主張した¹¹⁵⁾。しかしここでコルプは、「必要は正当性を持たない (*necessitas non habet legem*)」というシュミットが述べたような理由から、既存の秩序への言及のない一般的なカテゴリーである「緊急状態 (“state of emergency”）」と、秩序を回復するために大統領による通常の法や憲法の一時的、部分的または全体的停止を意味する特定のカテゴリーである「例外状態 (“state of exception”）」とを区別することを理解していない¹¹⁶⁾。「例外状態 (“state of exception”）」は、異例な手段の適用を要請する経済的および政治的な深刻な騒乱に直面した一つの憲法秩序を前提とする。これに備えてその憲法は規定を置く。ダイゼンハウスがシュミットの「例外状態 (“state of exception”）」概念を理解しているように見える一方で、コールドウェルは明らかにそうではない¹¹⁷⁾。

(13) ダイゼンハウスによるケルゼンの理解

ダイゼンハウスは、ケルゼンとヘラーに関しても完全に一貫して「統合

法理学 (“integrative jurisprudence”) という同じ立場を採用する。たとえば彼は、ケルゼンに対する彼のアプローチが「ケルゼン研究者たちのほとんどにとって受け入れがたい (“anathema to most Kelsen scholars”）」と認める¹¹⁸⁾。それどころかダイゼンハウスは次のように書く。すなわち「私は、[法の] 純粹理論が、ケルゼン自身の見解に反して、法的実践に関する論争への彼の貢献という文脈内に位置づけられるとともに彼の政治理論内に入れ子状に置かれるとき、もっとも道理に適っていることを示したい。」¹¹⁹⁾ダイゼンハウスはシュミットとともに、ケルゼンの法理学が「一貫性がない (“inconherence”）」と理解する¹²⁰⁾。ダイゼンハウスのアジェンダが彼の「アプローチ (“approach”）」において決定的な要素であり、そして彼のアプローチがシュミットとケルゼンの双方についての彼の「分析 (“analysis”）」において決定的な要素であることも少しも疑うところがない。ダイゼンハウスは、次のように書く。

私のアプローチは、法の科学的理論を、つまり「すべての政治的神学を取り除いて浄化された」それを、なぜケルゼンがそもそも得たいと思うようになったのかを問うことによって、これら考慮すべき事柄のすべてに真剣に取り組む試みである。とりわけ私は、純粹理論が自己破壊的な法実証主義の典型であるというシュミットの主張のメリットを吟味したい。そのために私は、ケルゼンの純粹理論がシュミットに対してまた 1930 年代のワイマール期という具体的な状況に対して、どれほど十分な応答であるかを問いたい。そしてケルゼンの応答が道徳および政治に関する哲学上の特定の立場によってどれほど突き動かされているかを示そうと努めたい¹²¹⁾。

ダイゼンハウスは、「この議論で提起された諸問題がケルゼンをシュミットによる批評のための仮想の敵以上のものにする」と主張することに何のためらいもない¹²²⁾。シュミットによる批評を無害にするために、ダイゼンハウスは、ケルゼンの見解を去勢しなければならないことが明らかで

あるように見える。ケルゼンの考え方にダイゼンハウスが与えるその「一貫性（“coherence”）」は、彼の英雄であるヘラーから借りてきたものであるが、物語を語るという観点から雄弁に言い表される。

ヘラーは、ケルゼンの実証主義があたかもシュミットの結論へと至る途上のほんの中継地点に過ぎないかのように、ケルゼンが法と政治に関する物語を語っていると理解した。しかしヘラーは、これがその物語の正しい語り方であるとは考えなかったし、私はここで、ケルゼンとシュミットに対するヘラーの批評に、そして法と政治に関するより望ましいイメージを粗描しようとするヘラーの試みに、話を戻したい¹²³⁾。

(14) ダイゼンハウスによるヘラーの理解

明らかにヘラーの政治的見地は、ダイゼンハウスのものにさらに近づく。それゆえヘラーはその物語の「正確な（“correct”）」説明を行なっているが、ダイゼンハウスがヘラーについての正確な説明を行っているかどうかは、疑わしい。ダイゼンハウスは、コールドウェルによって特記されたヘラーの思考中の問題のある原ファシズム的な要素に対するどんな言及についても回避する¹²⁴⁾。ダイゼンハウスは、シュミットの疑われている反ユダヤ主義について議論する余地を作り出した一方で¹²⁵⁾、ヘラーがワイマール共和国を通じて保守的思想家たちに負っていることを、特に民族的な（völkisch）考えを好む傾向を指摘しない。ダイゼンハウスは次のように書く。

シュミットと共有するとヘラーが理解したものは、ケルゼンとは対照的に、政治的に決定を行う統一体という考えが政治にとって重要であり、その統一体の純一性を敵から守らなければならないということである。

...

ヘラーは、とりわけ重要なことに、法理学における例外状態と神学における奇跡との類似性をシュミットが拠り所に行っていることを理解した¹²⁶⁾。

しかしダイゼンハウスは、彼がまた次のように書くとき、それが支離滅裂であることを認めない。すなわち「ヘラーの要点は、シュミットの真のねらいがファシスト国家であった一方で、道徳的真空の中の決定に関する彼の理論が、ファシスト国家すら正当化できないというものである。」¹²⁷⁾

ダイゼンハウスは、ケルゼンまたはシュミットの思想よりもヘラーの思想にその実体を帰属させる。しかし私たちは、その実体が一体どのようなものなのか不思議に思うようにさせられる。例えば次の引用文を検討してみてください。

ヘラーは、確実性が法治国家の意味を決して枯渇させないと考えた。確実性は、法のその他の諸価値と、もっとも目立つところでは法の有する正当性への訴えが基礎づけられるところの正義の実体的概念と、衝突し得る法の一つの価値である。まさに、法の中にこのような衝突の可能性を見る場合にかぎり、人は、このような状況での市民のジレンマを正当に評価することができるのであり、このことは、一つの法的義務の持つ道徳的重要性を、もう一つのこのような義務の重要性と比較衡量することを意味する。最終的にはその衝突は、個々人の正義の感覚に基づく決定によってのみ解決され得る¹²⁸⁾。

(15) ダイゼンハウスのシュミットに関わるウェーバー問題

以上のように、何という実体であろう。実際にその実体のほとんどは、煎じ詰めれば、社会的福祉国家に対するヘラーのコミットメントについてのダイゼンハウスの評価ということになる。そのうえ、ヘラーにしてもダ

イゼンハウスにしても、社会的民主主義という価値へのいくつかの漠然とした訴えを超えて、大した内容を社会的福祉国家の観念に与えていない。驚くことではないが、ダイゼンハウスは、ヨーロッパおよび北米において盟友を探しにくいし、これらの盟友は、自由主義に対抗して民主主義に特権を与えなければならない。それゆえ彼はロールズを排する¹²⁹⁾。ダイゼンハウスは、ユルゲン・ハーバーマスに意気投合した自分を発見したと考えた¹³⁰⁾。しかしここで彼は、彼の古い強敵カール・シュミットに関連する問題を抱えた。ダイゼンハウスは次のように書く。

1964年にウェーバー誕生百周年記念を祝うためハイデルベルクで開催された会議において、ハーバーマスは、ドイツ人の視点からのウェーバーの評価が、アメリカにおいてウェーバーの業績が受けた「自由主義的な(“liberal”）」解釈とは、かなり違ったものでなければならないと指摘した。というのも、ドイツでのウェーバーの政治社会学が、とくにその中の「決定主義的な要素(“decisionist element”）」が、ワイマール時代のその帰結という点で「特異な歴史(“different history”）」を持ったとハーバーマスが強調したからである。殊に彼は、「もしもいまここで、ウェーバーを裁かなければならないとするならば、私たちは、カール・シュミットがウェーバーの「正統な弟子(“legitimate pupil”）」であったという事実を見落とすわけにはいかない」と申し立てた。

この申し立ての内容は、ウェーバーについての厳しい裁きであり、ハーバーマスはそれ以降それを何度も繰り返して主張した。…

それにもかかわらず、ハーバーマスの著作は、とくに法理論へのハーバーマスの貢献は、ウェーバーに負うところが大きい¹³¹⁾。

シュミットがウェーバーの政治社会学の「正統な弟子(“legitimate pupil”）」¹³²⁾であるという点で、ハーバーマスは正しい。たとえシュミットに

ついでにウェーバー自身の見解に問題があるとしても。ハーバーマスがウェーバーによって多大な影響を受けているという点で、ダイゼンハウスは正しい。しかしながら、ダイゼンハウスの抱える問題は、彼が自らのアプローチをウェーバーへの言及をもって正当化しようと試み、そのうえシュミットを論駁するためにウェーバーを利用することによって、彼の著書を書き始めていることである。ダイゼンハウスは、二つの倫理というウェーバーの概念や「鉄の檻（iron cage）」という同じくウェーバーの概念について、いくつか分裂した所見を述べた後に¹³³⁾、次のように書く。

とりわけ彼 [シュミット] は、主としてその檻の格子を構築していたとウェーバーが考えたところの科学技術の力を、その檻を粉碎するために用い、また民族 (*Volk*) という考えを、すなわち「その人民 (“the people”）」という各人の生に意味を与えることのできる考えを、構築しようとした。そして、シュミットによれば、民族という考えは、それが完全に同質的な集団を指し示すと理解されたとき実体が与えられる¹³⁴⁾。

それに続けてダイゼンハウスは、シュミットを「反動的な近代主義者 (“reactionary modernists”）」の集団に結びつけ¹³⁵⁾、次のように書く。

かりにその人民がその檻から抜け出すべきであるならば、議会主義的な民主政は、したがって破壊されなければならなかった。必要とされたものは、独裁者——非理性的なものに訴えかけることによってその人民を結集することができる強者——である。…

シュミットは、ドイツの空が 1920 年代の終わり頃と 30 年代の初め頃に暗くなった間に書いた保守的な集団の中で特別な役割を演じた。彼と彼に従う反動家たちは、非理性的なものへの讚美歌を作り上げた一方で、彼らは、その内容を明白に記すことができなかつた¹³⁶⁾。

少なくともシュミットに関するかぎり、この指摘はまったく無意味である。かりにそれが単に解釈の問題であったとしても、それはかなりひどい過ちである。しかしダイゼンハウスの場合、それはあからさまな改ざんである。たとえ彼の著書の、さらにはコールドウェルの著書のメリットが何であれ（たしかにいくらか存在するが）、それらのメリットは、彼らの特別な洞察を内々で知らされていない者や「統合法理学（“integrative jurisprudence”）」にコミットしない者にとって理解不能である。

ベッケンフェルデは、シュミットが「一流の研究者（“classic”）」となったという彼の陳述に関連して、次のように述べる。「シュミットは、プレッテンベルクに退去していた間、諦めの気持ちを込めて「私は教えたが無駄であった（“doceo sed frustra”）」というフレーズをよく引用した。今日、彼の著作への関心はこの主張を論破したし、人はそれに代わって次のように言うことができる。「あなたが教えたことは無駄ではなかった（“non frustra docuisti”）」と¹³⁷⁾。私たちは、コールドウィルとダイゼンハウスがスロー・ラーナー（slow learners）であると断定することができるだけである。

—注—

- 1) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Carl Schmitt Revisited, Telos, Fall 1996, at 81.
- 2) Id. at 82.
- 3) Carl Schmitt, Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951 (Eberhard Freherr von Medem ed., 1991).
- 4) Dirk van Laak, Gespräche in der Sicherheit der Schweigens: Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik (1993).
- 5) Böckenförde, supra note 1, at 83.
- 6) マーク・リラも、この集団にうまく当てはまる。See Mark Lilla, The Enemy of Liberalism, N. Y. Rev. Books, May 15, 1995, at 38, 38-39 (シュミットを筋金入りの、熱烈にずけずけと物を言うナチとして記述する); see also Paul Piccone et al., Ostracizing Carl Schmitt: Letters to the New York Review of Books, Telos, Fall 1996, at 87, 87-91 (リラのシュミット読解を混乱しており、不注意であり、歴史的に浅いと批判する)。
- 7) John P. McCormick, Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology (1997).

8) See *id.* at 11.

9) ワイマール共和国の時代にシュミットによって書かれた、ファシズムに打ち込んだ論文の中で、彼はその現象を共産主義を扱うときと同様の客観性を持って扱った。See generally Carl Schmitt, *Wesen und Werden des faschistischen Staates*, in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, at 109 (2d ed. Duncker & Humblot 1988) (1940). さらに重要なことに、1932年に彼は、憲法の破壊をその目的に掲げる政党に対して政権への接近を許すことに警鐘を鳴らした。彼はここでナチ党と共産党の双方を念頭に置いていた。それだけでなく、「合法性 (“legality”）」を権力獲得の手段として利用する憲法の敵についての彼の警告は、特にナチ党をその視野の中に入れていた。See Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* 30-40, 50-51 (2d ed. 1968) (1932) [hereinafter Schmitt, *Legalität und Legitimität*].

数年前、シュミットのかつての学生であったユダヤ人の一人が、つまりルードヴィッヒ・ラッハマン教授が、シュミットに関する私の論文の一つを読んだ後、私に電話を掛け、面会を求めてきた。彼は、ヒトラーが政権をとった年である 1933 年に、ベルリンのシュミットのゼミナールに参加したし、シュミットが当時、その事件によってとても取り乱していたと私に語った。ラッハマンは次のように述べた。シュミットは、ラッハマンの最初の論文の公表に尽力しただけでなく、ドイツからの出国の手助けを申し出た。

10) シュミットは、1933 年 4 月 24 日の授権法後ナチ党に入り、そしてナチの権力の現実に直面して、自分の考えを民族的な社会主義と両立させようと試みたにもかかわらず、彼は決してナチの権力の衣を身につけなかった。さらに重要なことに、彼は決してナチのイデオロギーの生物学的な人種主義に対する信念に屈しなかった。彼は、それをばかげたものと考えた。See Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich 195-208* (1983).

11) ユダヤ人であるだけでなく、左翼の思想家であったオットー・キルヒハイマーおよびウォルター・ベンヤミンの考え方へのシュミットの考えの影響は、示唆的である。キルヒハイマーは、その後よく知られた政治学者および社会民主党の活動家になった人物であるが、シュミットとともに研究し、その後、彼自身の初期の書物の中に彼のよき助言者の考えの多くを融合させた。See *id.* at 61. キルヒハイマーは、ボン大学における彼の論説の中で独裁と「例外状態 (“state of exception”）」というシュミット概念にかなり頼った。See Otto Kirchheimer, *The Socialist and Bolshevik Theory of the State*, in *Politics, Law, and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer* 3, 4-6, 14-18 (Frederic S. Burin & Kurt L. Shell eds., 1969). キルヒハイマーは、ワイマール憲法についての彼の分析の中で、彼がシュミットの考えをマルクスのそれに結合しようとしたと 1930 年に書いた。See Otto Kirchheimer, *Weimar-And What Then?*, in *Politics, Law, and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer*, *supra*, at 33, 38-43, 51-60.

ドイツ悲劇の起源についてのベンヤミンの古典的研究の中で、彼はシュミットの主権や「例外状態」の考えを用いた。See Walter Benjamin, *The Origin of German Tragic Drama* 65-66 (John Osbourne trans., New Left Books 1977) (1928). 1930 年

に、ベンヤミンは、シュミットに知的に負っていることを個人的に認めた。シュミットの考えのベンヤミンの使用についての分析のために、Bendersky, *supra* note 10, at 61-62; Michael Rumpf, *Radikale Theologie: Benjamins Beziehung zu Carl Schmitt*, in *Walter Benjamin-Zeitgenosse der Moderne* 37, 38-48 (Peter Gebhardt & Martin Grzimek eds., 1976); and Bernd Witte, *Walter Benjamin-Der Intellektuelle als Kritiker* 112-13, 130, 216-220 (1976) を参照せよ。

12) McCormick, *supra* note 7, at 12.

13) *Id.* at 302.

14) See *id.* at 304 (これらの特色が「シュミット主義……の標識を示す」と述べる)。

15) See Leo Strauss, *Notes on Carl Schmitt's The Concept of the Political*, in *Carl Schmitt, The Concept of the Political* (George Schwab trans., Univ. of Chi. Press 3d ed. 1996 (1932)). ハンス・モーゲンソーは、彼自身とシュミットとの間の明示的な結びつきをでっち上げた。See Hans Morgenthau, *La Notion de "politique" et la theorie des differends internationaux* 35-37, 44-64 (1933).

16) McCormick, *supra* note 7, at 305.

17) *Id.*

18) See Caldwell xiii-xiv; Dyzenhaus xiii-xiv, McCormick, *supra* note 7, at ix.

19) See e.g., Julien Freund, *L'essence du politique* (1965). 人はまた、エルンスト・ルドルフ・フーバー、ジャンフランコ・ミリオ、エルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデ、ヨーゼフ・H. カイザー、ヘルムート・クヴァーリチュおよびラインハルト・ムスクヌークのような憲法研究者たちの書物に期待することができる。彼らのほとんどが、*Complexio Oppositorum: Über Carl Schmitt* (Helmut Quaritsch ed., 1988) に寄稿した。

20) Dyzenhaus xi. ダイゼンハウスは、ハロルド・J. バーマンから「政治、道徳および歴史を描写する ("draws on politics, morality and history")」このアプローチを借用する。See Harold J. Berman, *Towards an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality and History*, 76 *Cal. L. Rev.* 779 (1988).

21) Dyzenhaus 6.

22) William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and The Rule of Law* (1994). ナチの支持者としてのシュミットの役割の重要性を最小化するものとして「若きシュミット主義者 ("young Schmittians")」の1960年代以降の学派を特徴づけるショウアーマンに対する一つの応答のために、George Schwab, *Carl Schmitt Hysteria in the US: The Case of Bill Scheuerman*, *Telos*, Spring 1992, at 99, 106-07 を参照せよ。

23) Dyzenhaus 6 n.14.

24) See e. g., *id.* at 7, 39, 239.

25) See Caldwell 13-40, 63-84.

26) See *id.* at 85-119.

27) *Id.* at 8.

28) *Id.* at 121-33.

- 29) Id. at 121.
- 30) Id. at 130.
- 31) Id. at 129.
- 32) See e. g., Carl Schmitt, *Hugo Preuss-Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre* (1930); G. L. Ulmen, *Politischer Mehrwert: Eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt* (1991).
- 33) Caldwell, 133.
- 34) Id. at 136.
- 35) See e. g., Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* 10–11 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922); see also Bendersky, *supra* note 10, at 37 (これらの問いについてのシュミットの取扱いを議論する).
- 36) Caldwell 137.
- 37) Id. at 124 (引用部分は削除)。
- 38) Id. at 125 (原典に変更を加えている) (Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), reprinted in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze* 119, 152 (3d ed. 1994)) を引用し翻訳する)。
- 39) Caldwell 125 (Smend, *supra* note 38, at 143 を引用し翻訳する)。
- 40) Caldwell 125.
- 41) Id. at 144.
- 42) Id. at 121.
- 43) Id. at 142.
- 44) Id. at 11–12.
- 45) Id. at 87.
- 46) Id. at 52.
- 47) Id. at 46 (脚注削除)。
- 48) Id. at 49.
- 49) Id. at 51–52.
- 50) See Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien* 10 (1963). 15 世紀末の新世界の発見は、シュミットにとって歴史の偶然ではなく、むしろ再び目覚めた西洋合理主義の達成である。主権国家もそうであった。彼は、主権国家を、その具体的、空間的、制度的および歴史の意味において、最上の、大陸的な、ヨーロッパ的な実在として理解した。その実在は、16 世紀から 20 世紀までの国際法の空間的秩序を決定した唯一の政治的秩序を代表するものである。その無比性、その固有の歴史的な正当性 (legitimation) は、それが現実においてヨーロッパの生活の全体を世俗化し、かつ国際法を合理化する主体であることにある。国家は一旦近代という時代の一つの新しい空間秩序の代表者となったし、世俗世界の規範を決定した。See generally Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1974) [hereinafter Schmitt, *Nomos*].
- 51) 国家に対するこの関心が、憲法に関するシュミットの書物のすべてにおいて黙

示的であるにもかかわらず、いくつかの点で明示的である。See generally Carl Schmitt, *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre* 375 (1958) [hereinafter *Verfassungsrechtliche Aufsätze*]; Schmitt, *supra* note 35.

52) Carl Schmitt, *Die Einwirkungen des Kriegszustandes auf das ordentliche strafprozessuale Verfahren*, 38 *Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft* 783 (1916); Carl Schmitt, *Diktatur und Belagerungszustand*, 38 *Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft* 138 (1916) [hereinafter Schmitt, *Diktatur und Belagerungszustand*].

53) Carl Schmitt, *Die Diktatur Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1928).

54) この概念はシュミットの多くの書物で言及され得るのだが、彼は二つのテキストでもっとも体系的にそれを展開する。See Schmitt, *Nomos*, *supra* note 50, at 11-51 (1974); Carl Schmitt, *Verfassungslehre* 44-87 (5th ed.1970) [hereinafter Schmitt, *Verfassungslehre*].

55) See generally Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt and the Conservative Revolution*, *Telos*, Summer 1987, at 27 (シュミットは何人かの学者が彼に帰した急進的、ロマン主義的および革命的な思想類型を示さなかった、と主張する)。

56) Caldwell 56 (原典に変更を加えている) (Schmitt, *Diktatur und Belagerungszustand*, *supra* note 52, at 156 を引用する)。

57) *Id.* at 56 (脚注削除)。

58) *Id.* at 182.

59) Dyzenhaus xi.

60) Caldwell 117.

61) シュミットが「具体的秩序と具体的共同体 (“concrete orders and concrete communities”）」について論じたとき、彼はヨーロッパ法理学のためだけではなく、ヨーロッパ文明のための共通の基盤を念頭に置いた。彼は、理性法の優勢な国家論の哲学者たちはもちろんのこと、法的生活の現実に対するローマ・カトリック教会の制度的な型の影響力だけではなく、婚姻や家族などの自然的な諸秩序についてのマーチン・ルターの擁護論も認めた。まさに「1789年の考え (“ideas of 1789”）」および契約主義の考えが、具体的な秩序思考の溶解、とくにフィヒテおよびヘーゲルのその思考の溶解へと導いた。とりわけシュミットはヘーゲルが家族および婚姻を「自然な共同体 (“natural communities”）」として理解することを、カントが家族を契約として記述することと対比した。しかしより端的に言えば、ヘーゲルは「市民社会 (“civil society”）」を「財産 (“estates”）」や「法人 (“corporate bodies”）」の観点から理解したが、その結果として全体で国家になった。すなわちシュミットは次のように書く。

ヘーゲルの国家は…計算可能でかつ執行可能な法律機能主義の市民的な平和、安

全および秩序の領域ではない。それは単なる主権者の決定でもなければ「諸規範のうちの一規範」でもなく、例外状態と合法性の間を変化する構造物でもなければ、国家のこれら二つの概念の結合でもない。それは諸秩序の具体的秩序、諸制度の制度である。

Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* 47 (1934). [カール・シュミット著、加藤新平・田中成明共訳「法学的思维の三種類 (1934 年)」長尾龍一編『カール・シュミット著作集 I 1922-1934』慈学社 (2007 年) 381-82 頁によれば、以下の通りである。「ヘーゲルの国家は、予測可能かつ強制可能な法律機能主義による市民的平穩、安全、秩序というようなものではない。ヘーゲルの国家は、単なる主権的決定でもなければ、「もろもろの規範のなかで最も根本的な規範」でもなく、また、非常事態と合法性との間を交互に行ききする、この二つの国家概念の結合でもない。それは、もろもろの秩序のなかで最も根本的な具体的秩序、もろもろの制度のなかで最も根本的な制度なのである。』]

具体的秩序思考をもって法実証主義に反対する最初の体系的試みは、フランスにおいてオーリウによって生じた。彼は、制度の理論を發展させた。See generally Maurice Hauriou, *The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism* (1925), in *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos* 93 (Albert Broderick ed. & Mary Welling trans., Harvard Univ. Press 1970 (1925)). オーリウとシュミットの関係について、一般的には、Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934) を参照せよ。

62) ファシズムとナチズムの間の基本的な相違は、前者が人種主義でも全体主義でもなかったことである。See Stanley G. Payne, *Fascism: Comparison and Definition* 53, 53-54, 73-76 (1980) (1938 年以前のイタリアのファシズムは「人種概念をもたず、ナチの人種主義を嘲笑した」、と特記し、さらにはドイツにおけるナチ体制とは対照的にファシストのイタリアは決して全体主義にならなかった、と特記する)。遺憾ながらその相違を説明する基準もあるいは満足する著作も存在しない。しかしながら、誤解を招くタイトルであるにもかかわらず、その相違の有益な議論のために一般的には、Payne, *supra*; Eugen Joseph Weber, *Varieties of Fascism: Doctrines of Revolution in the Twentieth Century* (1964) を参照せよ。

63) Caldwell 116-17.

64) シュミットの理論に対する最初の公開の攻撃は、人種主義に基礎づけられた政治理論の指導的な唱導者の一人、ミュンヘン大学の法学教授、オットー・ケルロイターから来た。1934 年 2 月に、ザ・ジャーナル・ジャングル・フロント (the journal *Jungle Front*) の編集者に宛てて書いたもので、ケルロイターは、「シュミットと彼の学派が、国民社会主義を新ヘーゲル主義の枠組みに無理に押し込もうとしている」と非難した。ケルロイターの手紙は、1933 年以降に評論家となったワイマール共和国期のシュミットの崇拜者ワルデマール・グリアンの私記で終わっていた。確信的なナチであるケルロイターは、シュミットの理論を非民族的であり、政治の根本的な生

物学的基礎を欠くと理解した。See Otto Koellreutter, *Volk und Staat in Der Weltanschauung des Nationalsozialismus* 6-11 (1935). さらにそのうエケルロイターは、ハレ大学のカント協会における講演で、シュミットの政治哲学が民族共同体（人種的共同体）という国民社会主義に対抗する立場であると告発することによって非難を浴びせた。ケルロイターによれば、シュミットは典型的な新ヘーゲル主義者であり、それは、国家を、人が政治的義務をもつ対象の唯一の権威とみている。彼は、シュミットの友敵のテーゼさえも、それが国家を関心の的としていること、さらには、すべてのナチ政治の基礎が人民の生物学的単一性であることをそれが無視していることを理由に攻撃した。See *id.* at 8-9, 19. ナチ党内での評判を落とすためのケルロイターのキャンペーンは、ナチ党内で広まっている反シュミット主義の感情を作り出した。ほとんどの人がシュミットを日和見主義者と理解する。シュミットは、彼の過去のユダヤ人との交際のため、また彼の大統領制的統治の擁護のため、とくに批判され、後者は彼がナチスを権力の外に追いやるために利用しようと試みたものであった。See Bendersky, *supra* note 10, at 222-23.

65) Andrew Norris, *Carl Schmitt on Friends, Enemies and the Political*, *Telos*, Summer 1998, at 68, 71.

66) See Schmitt, *supra* note 15, at 26 (「政治的行動および動機が還元され得る特有の政治的区分は、友と敵の間の区分である。」).

67) Caldwell 119.

68) *Id.*

69) See *supra* notes 44-45 and accompanying text.

70) これに、『合法性と正当性』のいたるところでシュミットの議論の矛先が向けられる。とくに彼は、ドイツにおける議会主義の純粋に機能主義的な思考を批判した。この思考は、政治権力を求めて競争する諸政党に、しかも憲法を破壊することを決めている諸政党について純粋に中立的なスタンスを採用した。あらゆる諸政党に「平等な機会」を提示することは、と彼は述べ、次のように続けた。「暴君に対する戦い（“struggle against tyrants”）」という大昔からの問題を扱う可能性を残さない。合法性の純粋に機能主義的な概念は、憲法の敵にさえも単純多数で権力を獲得することを許すであろう。そしてひとたびそのような政党あるいは暴君が権力を握ったならば、すべての他の政党が「非合法（“illegal”）」であると合法的に宣言することができる。See Schmitt, *Legalität und Legitimität*, *supra* note 9, at 30; see also Bendersky, *supra* note 10, at 150-51 (政治的少数者を実際に脱-正当化するために政治的多数者が憲法の価値中立的諸側面につけ込ませないことをシュミットが望んだ、と説明する)。

71) この点に関するシュミットの思考の展開について、George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt Between 1931 and 1936*, at 94 (2d ed. Greenwood Press 1989) (1970) を参照せよ。See also Bendersky, *supra* note 10, at 149 (ナチが革命的な手段として合法性と非合法性を利用するとシュミットが予測した、と特記する)。

72) Carl Schmitt, *Das Problem der Legalität*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*,

supra note 51. at 440, 448, 446-51 (1958) において、シュミットは「戦術的な道具としての合法性 (“legality as tactical tool”）」についての議論およびその成り行きを説明する。See also Bendersky, supra note 10, at 148.

73) See Schmitt, *Legalität und Legitimität*, supra note 9, at 37.

74) Bendersky, supra note 10, at 150-151.

75) ジョーゼフ・ベンダースキーは、ダイゼンハウスの著書に対する彼の書評の中でこれを指摘した。See Joseph W. Bendersky, Carl Schmitt and Hermann Heller, *Telos*, Fall 1998, at 157, 157.

76) レオ・ロステンはこの用語を数ある中でも「厚かましき、鉄面皮の神経、図々しさ (“gall, brazen nerve, effrontery”）」と定義する。Leo Rosten, *The Joys of Yiddish* 92 (1968). 彼はまた、次のように古典的な定義を与える。すなわち「大胆さとは、自分の父親と母親を殺しておきながら、自分が孤児であることを理由に法廷の慈悲にすがる者のその心に大事に納められている性質である。」Id.

77) Dyzenhaus 5 (脚注削除).

78) See, e. g., id. at 80, 84, 85, 86.

79) Id. at 5.

80) See generally id. at 218-58.

81) Id. at 6.

82) Id. at 17.

83) See Carl Schmitt, *The Plight of European Jurisprudence* (1994) (G. L. Ulmen trans.), *Telos*, Spring 1990, at 35, 39; see also Paul Piccone & G. L. Ulmen, Schmitt's "Testament" and the Future of Europe, *Telos*, Spring 1990, at 3, 20 (ヨーロッパ法学に与えたローマ法の影響を記述する).

84) ドイツ民法は、いわゆる 1900 年の民法典 (*Bürgerliches Gesetzbuch*) に法典化される。このようなものは、アメリカ合衆国またはカナダのようなコモン・ローの国には存在しない。See Bernard Schwartz, *Main Currents in American Legal Thought* 338, 354 (1993). ミッチェル・フランクリンは、ローマ法に対して尽きることない関心を持った人物であるが、大陸的なヨーロッパ法とアメリカ法との相違についてよく理解したアメリカの法研究者である。See generally Special Section on Mitchell Franklin, *Telos*, Winter 1986, at 6.

85) See generally Guido De Ruggiero, *The History of European Liberalism* (R. G. Collingwood trans., 1927); Paul Gottfried, *The Conservative Movement* (2d ed., 1993); Panajotis Kondylis, *Konservativismus* (1986); Harold Laski, *The Rise of European Liberalism: An Essay* (1936).

86) Dyzenhaus 17.

87) Id. at 39.

88) Id. at 39, n.1 (William E. Scheuerman, *Legal Indeterminacy and the Origins of Nazi Legal Thought: The Case of Carl Schmitt*, 17 *Hist. Pol. Thought* 571, 571-74 (1996) を引用する).

89) Id. at 40.

- 90) Id. at 41.
- 91) Id. at 87.
- 92) Id.
- 93) Schmitt, *Verfassungslehre*, supra note 54.
- 94) Id. at 20-24.
- 95) Id. at 29.
- 96) Id. at 26-27.
- 97) Id. at 27.
- 98) Id. at 30.
- 99) Id. at 25-26.
- 100) この用語は、シュミットの職歴のほとんど初期の頃から彼の著作物の多くで現れる。See e. g., Schmitt, supra note 15, at 62, 72; Schmitt, supra note 50, at 34-35; Schmitt, *The Age of Neutralizations and Depoliticizations* (1929) (Matthias Konzett & John P. McCormick trans.), Telos, Summer 1993, at 129, 134; Schmitt, *Diktatur und Belagerungszustand*, supra note 52, at 147.
- 101) Dyzenhaus 69.
- 102) Id. at 46-47.
- 103) Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, in 58 *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Vol. 58, 1 (1927).
- 104) See Bendersky, supra note 10, at 95.
- 105) See Schmitt, supra note 15, at 69-72; see also Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* 22-32 (Ellen Kennedy trans., MIT Press 1985) (1932) (自由主義と民主政の破壊的緊張を分析する)。
- 106) See Dyzenhaus 51-58.
- 107) See Schmitt, supra note 15, at 69-72.
- 108) Dyzenhaus 70.
- 109) Carl Schmitt, *Remarks on Legalität und Legitimität*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, supra note 51, at 345, 345.
- 110) Schmitt, *Legalität und Legitimität*, supra note 9, at 98. ダイゼンハウスの著書におけるその翻訳がほとんど分かり難いので (Dyzenhaus 71 を参照せよ)、私はそれを翻訳し直した。
- 111) Dyzenhaus 71.
- 112) See Bendersky, supra note 10, at 151-55, 183-85 (ナチの乗っ取りに抵抗するのに十分な強さを持った非ナチの右翼政府を生み出すシュライヒャーの計画を議論する)。
- 113) See, e. g., id. at 152-53; Dietrich Orlow, *Weimar Prussia, 1925-1933: The Illusion of Strength* 243 (1991); Payne, supra note 62, at 65.
- 114) See Bendersky, supra note 35.
- 115) Eberhard Kolb, *Was Hitler's Seizure of Power on January 30, 1933, Inevitable?*, *Bull. German Hist. Inst.*, Spring 1997, at 24, 25.

- 116) See Schmitt, *supra* note 35, at 5-15 ; Schwab, *supra* note 71, at 7, 37-42; George Schwab, Introduction, in Schmitt, *supra* 35, at i, xix-xxi.
- 117) See Caldwell 52-62, 87, 98-100, 107-16; Dyzenhaus 42-47, 50-51. しかしながらダイゼンハウスは熟考のうえの曖昧さをシュミットの主権の概念のせいによって、その争点を独特な仕方でも混乱させる一方で、コールドウェルは「緊急権 (“emergency powers”）」についてのみ、しかも独裁との関係についてのみ議論する。
- 118) Dyzenhaus 104.
- 119) *Id.*
- 120) *Id.* at 105.
- 121) *Id.* at 104.
- 122) *Id.* at 105.
- 123) *Id.* at 160.
- 124) See Caldwell 129-30.
- 125) See Dyzenhaus 98-101. それどころかこれは、ダイゼンハウスの著書のもっとも無責任で、かつとんでもない部分の一つである。というのも、彼は、シュミットの反ユダヤ主義のためのジョージ・シュワープによる弁論論とされているものにとくに狙いを定めるからである。シュワープは、彼の家族の多くがナチスによって殺されたし、彼自身も辛くも命からがら逃れた人であるが、中傷を受ける。人は、ダイゼンハウスの申し立ての内容が茶番劇であることを確認するため、シュワープの著書を読む必要があるだけである。See Schwab, *supra* note 71, at 134-38 (シュミットの表向きには反ユダヤ主義的なコメントは、ナチスのご機嫌をとるための遅ればせながらの試みとして、あるいは政治的神学の分析の一部として、さらにはナチスの生物学的な人種差別主義とは全体として関係がないものとして理解されるのがもっともよいと主張する)。
- 126) Dyzenhaus 173-74.
- 127) *Id.* at 175.
- 128) *Id.* at 217.
- 129) See *id.* at 16-17, 226-27, 234-35.
- 130) See *id.* at 235-47.
- 131) *Id.* at 236 (脚注削除) (Jürgen Habermas, Discussion on Value-Freedom and Objectivity, in Max Weber and Sociology Today 59, 66 (Otto Stammer ed. & Kathleen Morris trans., Oxford 1971) (1965) を引用する)。
- 132) 現にハーバーマスは、シュミットをウェーバーの「庶出の息子 (“natural son”）」あるいは「正統な弟子 (“legitimate heir”）」であると言った。Habermas, *supra* note 131, at 66 n.4.
- 133) See Dyzenhaus 11-13.
- 134) *Id.* at 14.
- 135) *Id.* この用語の由来のために、Jeffrey Herf, Reactionary Modernism: Technology, Culture, and Politics in Weimar and the Third Reich (1984) を参照せよ。この著書で、ハーフはこの題名の下で数多くのドイツ知識人をグループ分けするの

だが、彼らのほとんどは、決して互いに何らの係わりもなかったし、彼らの考えはまったく異なる。驚くことではないが、ここでダイゼンハウスは、読者に、このいわゆる反動的な近代主義との関連でシュミットに関するマコーミックの「啓発的な説明 (“illuminating account”）」を参照させる。Dyzenhaus 14 n. 34 (McCormick, *supra* note 7 を称賛する)。

136) *Id.* at 14-15.

137) Böckenförde, *supra* note 1, at 83.