
 翻 訳

「書評：ワイマール期への回帰」

ウィリアム E. ショウアーマン (著)

池端 忠司 (訳)

* * * * *

訳者はしがき

本訳稿は、筆者がその邦訳を公表したデイヴィッド・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）の英語原著（David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Clarendon Press: Oxford, 1977)）についてのウィリアム E. ショウアーマンによる書評（William E. Scheuerman, Review Article: The Return of Weimar, *History of Political Thought*, Vol. 19, No. 3 (Autumn 1998) p. 484-495）の翻訳である。

ただ、この書評はこのダイゼンハウスの著書だけの書評ではなく、もう一冊の、つまり同年に発行されたピーター・コールドウェルの著書、Peter Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism* (Duke University Press, NC, 1997) の書評でもある。ここではピーター・コールドウェルの著書に関する部分も一緒に翻訳した。その理由は私の理解ではこの書評全体を読むことがダイゼンハウスの著書についての書評部分をより正確に理解することになると考えたからである。ショウアーマンのこの書評はそのⅠにおいてコールドウェルの著書を、そのⅡにおいてダイゼンハ

ウスの著書を取り上げ、Iの前の序文に当たる部分では両者に共通する内容を記している。

ショウアーマンは書評対象の二冊にとって先行研究に当たる著書をすでに発表している。それはフランクフルト学派とワイマール期の政治理論について書かれたものであり、それは *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* (Cambridge, MA, 1994) である。本書評は、私の理解では、ダイゼンハウスの著書を、コールドウェルの著書とともに高く評価していると思われるが、両著書の短所も的確に指摘していると思われる。また、とりわけヘラーの評価という点で両著書の違いを明らかにしているという点も本書評を紹介したいと思った理由である。

ワイマール期の亡霊が英米の政治的および法的理論につきまどってきた。1945年以降のこれらの分野のもっとも重要な発言者の多くは、つまりハンナ・アーレント、フリードリッヒ・ハイエク、オットー・キルヒハイマー、ハンス・モルゲンソー、フランツ・ノイマン、ヨゼフ・シュンペーター、レオ・シュトラウス、エーリック・フェーゲリンは、共和制の統治についてのドイツの最初の経験に衝撃を与えた爆発寸前の政治的および知的不和の知的所産であった。法理論家の中でもワイマール期の悲劇は法実証主義者と彼らを批判する自然法主義者との白熱した論戦にその影を落とした。ハンス・ケルゼンはナチズムを逃れ、カリフォルニア大学に移籍したが、第二次世界大戦後、法実証主義の再編成に重要な役割を演じた。すなわちH.L.ハート（そして最近ではジョセフ・ラズ）の研究業績の中でケルゼンは不断の存在感を維持した。彼らに関するかぎり、実証主義に対する英米の批判者は、法実証主義に対抗する十分な論拠を打ち立てるためにワイマール期のケルゼンの敵対者に注意を向けた。たとえばロン・フラーは法実証主義が政治的権威主義に向う扉を不可避的に開くと主張するため

にケルゼンに対するドイツの批判者に依拠した¹⁾。

ワイマール期の中心性を踏まえると、私たちが政治的および法的理論についてのワイマール期の論争をほとんど知らないことは注目に値する。最近になってようやく私たちはハンナ・アーレント、レオ・シュトラウスおよびフランクフルト学派の政治理論家に及ぼしたワイマール期の影響をよりよく把握し始めたところである²⁾。だが政治的および法的理論の中のこの契機を含むそれほど多くの語りは、あきれるほど不完全なままである。この溝は一つには大きな（そしておそらくますます増大する）言語という問題から生じる。すなわち統計によると、アメリカ合衆国の多くの大学は外国語の履修を卒業要件から排除した。またもう一つにはその問題はワイマール期の論争を今日の政治的および法的理論に関係のある何かに翻訳することの特別な困難さから生じる。政治学 (political science) という学問分野はワイマール期では実際に存在しなかった。今日、政治理論 (political theory) として記述するものは法律家が主として従事する法学 (Rechtswissenschaft) または国家学 (Staatswissenschaft) という形をとった。それゆえワイマール期の論戦の意味を理解したいと思う者は法学に関する十分な基礎知識を、さもなければ少なくともその基礎を少しでも身に着けたいという興味関心を一般的には必要とする。政治学に関する教育の今日の多くの方法論的傾向を所与とするならば、この領域のほんの限られた学生がどうにかこれを操るようである。悲しいかなその結果、ワイマール期の民主制の崩壊後の 60 年間、私たち自身をひきつけ続ける強力な引力を及ぼす知的世界が私たちにとってほとんど異質なままである。

ここで批評する二冊の書物はこの問題を乗り越えるのに大いに役立つ。双方ともワイマール期の政治的および法的理論に関わる主要な論争や知識人の優れた要約を提供するだけでなく、それらの書物はワイマール期の論争が、私たちと同時代の政治的および法的理論に関する多くの関心事に非常に関連があることを示唆する。驚くことではないが、法制史家のピーター・コールドウェルの『人民主権とドイツ憲法の危機：ワイマール期の立憲主義の理論と実践』は、法理論家のディヴィッド・ダイゼンハウスの

『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』よりも歴史的な深さを提供するが、他方でダイゼンハウスはワイマール期の論争についてその今日的な意義を例証するという点でよりよい仕事を行う。この二つの研究の基本的な方向性はときに重なる（例えば双方ともカール・シュミットに対して敵意に満ちた記述を提示する）が、彼らは最終的にワイマール期について対立する説明を提供する。コールドウェルは法実証主義の無批判的な主唱者ではけっしてないが、それでもなお法実証主義に対する批評を展開しようとした左右両翼のワイマール期の理論家について懐疑的な肖像画を提示する。ケルゼンの自由主義とシュミットのファシズムを超えた第三の斬新な（神学的および政治的）道を追い求めた社会民主制擁護論者のヘルマン・ヘラーでさえもコールドウェルの解釈（exegesis）では問題のある人物である³⁾。それとは対照的にダイゼンハウスはヘラーの民主制的な反実証主義にまったくあいまいさを残さず同調する。20世紀の政治思想の分野で弁解の余地がないほどに理解し難い人物のうちの一人の失われた名誉を回復するという挑発的な試みの中でダイゼンハウスはヘラーが20世紀が終わろうとする今でも私たちに伝えるべき多くのことをまだ持っていると主張する。

近年、カール・シュミットは、おどろくほど多くの熱烈なファン（aficionados）を持った⁴⁾。いまシュミットのワイマール期の敵、つまり法実証主義者やヘルマン・ヘラーもそれに相応しい求婚者（suitors）を見出した。ワイマール期の論争を特徴づける分裂それ自体が、私たちと同時代のワイマール期についての学問の形成を運命づけているように見える。

I

コールドウェルによって簡潔明瞭に書かれ、説得力を持って主張された研究は多くの直接的な長所を有する。第一に、競合する研究で、英語圏でもドイツ語圏でも、カール・シュミットやハンス・ケルゼンのようなワイマール期の政治的および法思想の相対的によく知られた人物についてだ

けではなく、不公正にも忘れ去られた多くの政治的および法的思想家についても同等に簡潔な議論を提示する。法実証主義者であるパウル・ラーバント、ゲオルグ・イエリネック、リヒャルト・トーマ、ゲルハート・アンシュッツ、そして保守的な反実証主義者であるハインリッヒ・トリーペル、ルドルフ・スメント、これらの1933年以前にドイツの政治的および法的理論において重要な役割を演じた人びとは、最善の注意を払って検討される。これらの著者たちのほとんどが政治的および法的思想において疑いもなく第二次的な人物であるにもかかわらず、コールドウェルはこれら二次的な著者たちの考えの信頼できる輪郭を提示するだけではなく、しばしば特異な理論をうまく驚くほど新鮮に見えるようにさせ、その結果ワイマール期の著者たちと、私たちと同時代の政治的および法的理論内の重要な脈絡との多くの顕著な類似点を強調する。その著者が手際よく示すように、ワイマール期の理論家の主要な関心事の多く——たとえば憲法裁判所に相応しい司法審査の役割——は今日でさえも急を要する事柄である。立憲主義と民主制の政治を総合するという仕事に直面して、ワイマール期の著者たちは人民主権の原理と法の支配の関係について斬新な熟考を行った。すなわち、介入主義的な現代国家を道具として利用するワイマール期の相対的に新しい試みという文脈の下で書きながら、彼らは法の支配と福祉国家が首尾一貫したものとして接合されるかどうかという問題にしばしば見事に取り組んだ。最終的にワイマール期の決定的な危機（1930年から1933年までの間）は左右両翼の政治および法の学者たちが取り組むように強いられた多くの基本的な問題を不可避免的に引き起した。緊急権はどの範囲までならば自由主義的民主制と両立するのか。憲法裁判所は反民主制の諸勢力から民主制を保護するという点でいかなる役割を果し得るのか。どのように自由主義的民主制と「多元的共存という事実（‘the fact of pluralism’）」（ロールズ）が共存できるのか。コールドウェルはワイマール期の著者たちによって提供されたその答えがしばしば間違ったものであったが、戦間期の数年のドイツの著者たちによって提示された多くの問いは答えられないまま今日まで存在するという事実に正当にも注意を喚起する。

コールドウェルは、1933年以前の数十年のドイツの政治的および法的理論の主流についての優れた年代学を提示し、「ワイマール共和国での憲法理論と憲法政治の緊密な関係」をつねに忘れずに強調する⁵⁾。コールドウェルはドイツ帝国での法的言説を支配しかつワイマール期に重要な役割を果たし続けた「制定法的実証主義 (*statutory positivism*)」についての注意深い議論をもって始めた。ラバント、イエリネック、アンシュッツ、トーマの著書の中で、法形式主義 (*legal formalism*) の諸要素 (司法裁量に対する敵意、超法的文献に頼ることに対する敵意、たとえば解釈と解説 (*exegesis and exposition*) についての厳格なルールへの選好) は、法制度全体の中核としての立法府のその制定法概念と結び付いた。この影響力のある考え方では、基礎となる諸権利は立法府の意思の表明だけで変更でき、司法審査は法の支配と両立しないと考えられ、また「憲法以外の他の (議会の) 法が取消すことができない」⁶⁾ 根本的な憲法のどんな概念も法律家や法学者にとって大嫌いなものであった⁷⁾。制定法的実証主義の歴史をドイツのより広範な政治的および法的変化という文脈の中に正当にも位置づける議論において、コールドウェルはこの法的思考方法がその当初の専制君主的なドイツ帝国内で保守的な機能を果たしたことを示す。というのもそのドイツ帝国内では制定法の産出者はその全住民を代表しているとは相対的に見て言えないからである。当初は、制定法的実証主義は、「立憲君主制それ自体の内的論理を表現した。」⁸⁾ しかし第一次世界大戦後のドイツ革命と議会民主制の到来とともに、制定法的実証主義の政治的含意は劇的に変化した。立法府が社会民主制擁護論者や彼らの左翼連合によって支配されやすいと思われる政治制度の文脈では、制定法的実証主義は、遠大な政治的および社会的改革のための道を切り開くと定められたものとして突然現れた。実際に制定法的実証主義は、古い秩序に敵対的な改革勢力によって支配された——あるいは最初はそのように見えた——権力のある議会に直接的に正当性を与えた。基礎となる諸権利との関連での制定法の優位性は古典的な市民的な財産権を弱体化したし、民主制的社会主義に向かう改革に取り掛かるための完璧な出発点を提示した⁹⁾。驚くことではないが、ワ

イマール期の制定法実証主義の提唱者は主として左翼の自由主義者と社会民主制擁護論者であった。

コールドウェルが示すようにこのような政治の展開こそが、内在的理論的潮流と同じだけ、ワイマール期を通じて制定法実証主義が衰退するうえでの主要な役割を果たした¹⁰⁾。疑問の余地がないほど明らかな政治的理由のために保守主義者はいまや実証主義を捨てた。自然法理論は右翼の側で突然の復活を経験した。反民主制的な諸勢力は、ドイツの司法府内で勢力を維持したし、また保守主義者は司法の裁量の長所を突然再発見した。その結果、議会立法の司法審査に従事する権能を——ドイツ帝国期に保守主義者にとって大嫌いなものであった見解を——要求するところまでさらに進む。カール・シュミットはまったく自然法理論家ではないにもかかわらず、彼の権威主義的な右翼理論は、同様にこの文脈で読まれる必要がある。シュミットの法的な関心事を不当に軽視する、シュミットに関する近年の多くの文献とは対照的に、コールドウェルは、シュミットが何よりもまず、制定法実証主義の批判者であったと正当にも強調する¹¹⁾。1923年の『議会民主制の危機』でさえも、そこでは法学の争点が民主制の理論よりも後回しになっているように見えるが、シュミットの敵である実証主義者によって民主制の議会に付与された恐ろしい権力に対する批評として解釈され得る¹²⁾。

同時に、実証主義者自身もその過激な政治的成り行きを最小化するために彼らの原則を再定式化すると約束した。コールドウェルが自由主義的民主制や社会改革に対するハンス・ケルゼンのコミットメントを強調するのは正しい。それにもかかわらず、まさしく制定法実証主義が政治的および社会的変革と関連づけられるようになったときに、ケルゼンが民主制理論と法理論の間の厳格な方法論上の分割を主張するようになったのは偶然ではない。コールドウェルは、ケルゼンの「法の純粹理論（‘pure theory of law’）」の基礎構造についての一つの微妙な解釈を提示する。その解釈によれば、法科学は（1）政治権力の経験的分析と（2）全体としての法体系の正当性に関する倫理的および道徳的問題の双方とまるで異なる。コール

ドウェルが主題として示すように、ケルゼンは法実証主義内のこの新機軸がその科学的な特徴を保障するうえで決定的であると理解した。ケルゼンは、彼が法理論内の論争から政治的色彩を取り除く (*depoliticize*) ように努めているだけであると繰り返し主張した。しかしここでコールドウェルはおそらくケルゼンにいくらか手加減しすぎである。それどころか、ケルゼンが法学 (*jurisprudence*) から政治的色彩を取り除くことに成功したとはいえ、法実証主義の彼のヴァージョンは保守主義者を怖がらせる制定法実証主義の徹底的な民主制的含意を間違いなく弱めたという限度でのみ (*only*) の成功であった。人民の諸勢力が国家装置の中核的要素を最終的に支配した時であるドイツ史のその重大な時にまさにその国家自体は法理論内には現れないように思われた。すなわちケルゼンは「その国家を、その意思の心理学的な観念に基づきモデル化された、現実の効果的な権力と考える……どんな理論もここで拒絶した。」¹³⁾ 法制定過程が潜在的に民主制的になったのと同様に、悲しいかな法学は「法がどのように生み出されるかを研究できず、生み出された規範だけを研究できた」¹⁴⁾。確かにケルゼンにとって民主制は権威主義よりも優れていたが、しかしその理由は民主制の論理が、1つの道徳的かつ政治的な相対主義の時代の要請に、より適合的であったというだけである。民主制は、道徳的理想と政治的理想を一般に結合することに訴えることによって正当性をけっして主張できなかった¹⁵⁾。

だが、ケルゼンが法理論の政治的色彩を彼が望んだように排除することに成功しているとはとても言えない。法実証主義についての彼の再公式化はそれを新しい批判にさらされやすくしただけであった。シュミットは法科学を政治と道徳から区別するケルゼンの探求を嘲笑したし、その結果ケルゼンの相対主義的な立場を、近代の自由主義の虚無主義的かつ自己破壊的な特徴のための証拠であると受け取った。コールドウェルの解釈では、「ワイマール共和国におけるもっとも重要な社会民主制の憲法理論家」¹⁶⁾であるヘラーでさえも、究極的には彼のエネルギーをシュミットと同様の毒入りの水から汲み上げた。道徳的および政治的争点から法科学を

巧妙に分離するケルゼンの試みに不満であり、国民主義的右翼の理想の多くに夢中になって、1920年代のヘラーは「倫理的および政治的実践の理論に向けた憲法の徹底的な方向転換」を引き受けるために、保守主義者と一致協力した¹⁷⁾。それどころかコールドウェルは、青年ヘラーが「血と土（'blood and soil'）」を、国民主義と社会主義を合わせ持つ、不愉快なかつカツとなりやすい提唱者であると示唆するまでに至る¹⁸⁾。この説明においてヘラーは極めてアンビヴァレント（両面価値的）な人物である。彼の理論の反動的起源にもかかわらず、ヘラーは、（トーマやアンシュッツのような）制定法の実証主義者や、ケルゼンの立場と同じ立場を最終的にとり入れていると解釈される。すなわちコールドウェルは1928年のファシストのイタリア訪問がヘラーを覚醒させ、そして「シュミットやスメントの保守主義の理論に一致するというよりも、ケルゼンやトーマのような左翼の自由主義者の理論に、より一致する法理論」を生み出したと主張する¹⁹⁾。最終的に、ヘラーの理論——コールドウェルによってポスト実証主義の共同体主義の一形態として正確に記述された——は、ワイマール期の民主制を疑うことに夢中になっているシュミット²⁰⁾のような前者の知的な同盟者の考えとは一貫しない「制定法の至上性に賛成する政治的な主張」を提示した。

もしも私が間違っていなければ、ヘラーという重要人物についてのコールドウェルの議論は、彼の読者の多くを当惑させる。ヘラーの特有の（とされる）アンビヴァレンス（両面価値性）は、彼についてのコールドウェルの議論によって再現される。ヘラーに対するコールドウェルの批判的なコメントは、目を見張らせるような話であり、とりわけ社会民主制擁護論者の複雑で知的な遺産への増大する興味関心を所与とするならば。つまり、たとえばダイゼンハウスはコールドウェルの心配に対してあまりまじめに考えなさ過ぎる²¹⁾。それにもかかわらず、コールドウェルによるヘラーの肖像は満足できない。コールドウェルがヘラーを形成している多くの競合する知的影響者たちの優れた年代学を提示するにもかかわらず、このすべてを作ると考えられているものは明確ではない。すなわち彼は、ワイ

マール期に対する保守反動的でかつ (*and*) 原理的な擁護者であり、シュミットの最大のライバル、ケルゼンの同盟者であるのはもちろんのこと、シュミットの同盟者でもあったし、わずか数年以内にこれらのすべてであったということはどういうことなのか。より一層混乱して、コールドウェルはヘラーの理論が基本的に一貫していないという彼の暗黙の主張にもかかわらず、ヘラーの見解の説得力を時折認める²²⁾。

その著者のヘラーについての比較的说得力を欠く説明は、他の場面での優れた研究を悩ます、さらに二つの欠陥を指し示す。コールドウェルは、議論すべき目前の著者たちについて公平な解釈を一貫して提示する。だが時折彼はざさんな分類を行う。たとえばシュミットはここでヘーゲルの信奉者としてよく記述される²³⁾。シュミットの不合理主義についてのコールドウェル自身の強調がこのおかしな読解の土台を壊すにもかかわらず。ヘーゲルはあれであったしこれでもあった。つまりヘーゲルは、間違いなく西洋合理主義または法の支配に対する最初のファシスト的な批判者ではなかった (*not*)。最終的に検討された資料に関してコールドウェル自身の態度を明確にするための彼の側で、ある程度のためらいが存在する。もちろんこれは第一義的に歴史的な名誉回復の仕事であって、規範的な政治的および法的理論の仕事ではない。同時にその著者は、ここで精査した書き手たちやいろいろな考えについて明らかに確固たる見解をまさに (*does*) 持つ。このことは、法実証主義者についての彼の極端に同情的な説明の中にあますところなく明確に出てくる。その説明の中で、コールドウェルは彼ら法実証主義者の貢献の微妙さと複雑さをわざわざ繰り返し強調する。しかし手の内を見せるための著者の側での拒絶が存在するために、規範的な政治的および法的理論に関与する私たちのうちの何人かは、何度か欲求不満が募るのを感じる可能性が高い。この弱点をより驚いたものにしていくのは、このように丁寧な解明された思想家たちのうちの非常に多くが、コールドウェルの著書によって主題として示されたワイマール期の法学の発展について議論の余地のある見解を心に抱いたことである。ここで欠けているのは、ワイマール期の著者たち自身が彼らの時代の法学的な潮流を

理解した興味深い方法の十分な要約であり、さらにはコールドウェルの解釈と、それ以前にワイマール期の民主制の衝撃的な興亡に伴って起こったドイツの政治的および法的思想の劇的展開の意味を理解しようとしてきた者との関連についての陳述である。

II

デイヴィッド・ダイゼンハウスは、彼の規範的な選好を公然と述べることを何とも思わない。ダイゼンハウスによれば、ヘルマン・ヘラーは、ワイマール期の論争におけるもっとも洗練された対話者であっただけではなく、法実証主義に対する彼の社会民主制的な批評は、ロナルド・ドゥオーキンやユルゲン・ハーバーマスのような近年の影響のある反実証主義の法理論よりも優れている。ダイゼンハウスにとって、私たちと同時代の政治的および法的な思想家は、ワイマール期の忘れられた知的な巨人たちのうちの一人と、集中的な意見交換を始める必要がある。すなわち彼の著書はそのような対話を始める先駆けとなる努力を代表する。本書よりも、ワイマール期の論争を政治的および法的理論に関する私たちと同時代の論戦に関連づけるよい仕事をした研究を本書評の評者は知らない。

ダイゼンハウスは、ヘラー理論の優位性を論証する目的でヘラーを参加させる前に、シュミットとケルゼンの理論を分析するところから始める。シュミットは1人の理論家として記述され、彼にとって「自由主義はその政治をかなり首尾よく隠し、それは政治を排除した政治である」²⁴⁾。シュミットの問題のある政治的および法的理論についてのしなやかで、悪びれない解説において、ダイゼンハウスは、自由主義が「無規範な決定 ('normless decision')」という中心を覆い隠すとシュミットが理解するいろいろな形を詳細に説明する。この「無規範な決定」はシュミットの見解では自由主義的な方法によっては正当化も説明も不可能である。シュミットは裁判所の活動についての彼の初期の議論において、法解釈の裁量的特徴を強調した。シュミットは憲法秩序全体の性質についてのその後の彼の熟考にお

いて、そこでも同様にいかなる法体系も非人格的であつ一般的な規範だけを内容とすると考えることができないと主張する。法の支配は立憲主義的統治の一部を形成できるだけである。というのも規範的に統制されない勝手気ままな権力はあらゆる政治体系の核心に存在するからである。最終的にシュミットの「政治的なものの概念（‘concept of the political’）」は例外的な「生か死か」の危機という契機が政治の核心を構成すると考え、また自由主義は政治的な経験の基礎的な真意を覆い隠すと非難される。法的であつ政治的な経験の非正常であつ恣意的な諸様相へのシュミットの脅迫観念は、権威主義的な「例外状態（‘state of exception’）」の提唱において直ちに最高潮に達したわけではなかったとダイゼンハウスが特記していることは正しい²⁵⁾。同時に、1933年にシュミットがナチズムを信奉していたことについて一切の疑問も存在し得ない。というのも彼は彼の法的小説および政治的理論にとって決定的な原理を実現するための機会をナチズムが提示すると見ていたからである。すなわちナチの権力奪取をもって、「自由主義が寄せつけないようにしていた未来が到来した」²⁶⁾。最終的な分析において、シュミットは、20世紀中葉のヨーロッパ史の恐怖へと続く道を切り開く手助けを行った政治的小説および法的な虚無主義を支持した²⁷⁾。

シュミットの理論をその構成要素に分解し終わった後で、ダイゼンハウスは次にワイマール期のシュミットの主要なライバル、ハンス・ケルゼンに注意を向ける。私がここで公平に評価できない一つの微妙な解釈において、ダイゼンハウスは、反実証主義者たちがケルゼンの理論に長い間浴びせかけてきた非難を、すなわち実証主義が（申し立てられたように）権威主義に対して無防備であるという非難をケルゼンの理論が少なくともその外見的にはかわすのに最適と思われる、ケルゼンの理論展開上の契機を強調する。ダイゼンハウスが示すように、ケルゼンはワイマール期の民主制に対する雄弁であつ洞察力に富む擁護者であり、シュミットに対するワイマール期の彼の応答は、多くの場合、正鵠を射ていた。それにもかかわらず、民主制、法の支配および社会的平等に対するケルゼンの擁護は、それを包み込む「純粹理論（‘pure theory’）」のその方法論上の特異な傾向に苦

しむ。倫理と、政治権力の経験的説明の双方から法科学を区別しながら、ケルゼンは彼自身の壮大な政治的および法的な大望を根拠づけることができない。というのも一つにはケルゼンはシュミットと同様に「倫理と政治を著しく不合理である」と考えるからである²⁸⁾。法学 (legal scholarship) の純粹に科学的な特徴を保障することへのケルゼンの強迫観念と、この強迫観念によって生み出された、人間の経験をそれぞれ他と明確に区別される道徳的、政治的および法的な諸要素に独自に部門化することは、シュミットに対する彼の批判がもっとも説得力があるように思われるときでさえも、ケルゼンの方法論上の自己理解が彼の反対者を「窮地から完全に救って (entirely off the hook)²⁹⁾ しまうことを意味する。ダイゼンハウスにとって、ケルゼンが私たちに与える教訓は、彼の別のところでは称賛に値する法的および政治的理想が道徳的、政治的および経験的な関心事が正面から取り組まれるところのより広い理論的な枠組内にそれらを入れ子状にすることによってのみ十分に正当化され得るということである³⁰⁾。

次いで、ヘラーはまさにこのような理論を提示するものとして記述される。ダイゼンハウスはコールドウェルの著書が提示した難題のうちの一つを申し分なく解決する。すなわちヘラーとケルゼンはまさに共通する部分を相当分け持つが (両者とも社会的民主制と法の支配の総合に尽力する)、この共通のプロジェクトの中核は、ケルゼンの「純粹理論 (‘pure theory’)」の方法論上の拘束衣を捨てたときに成功の見込みがあるとヘラーだけが理解する。ヘラーはケルゼンよりも優れている。なぜならケルゼンの基礎的な大望を (1) 国家の社会学と、(2) 規範的な政治理論の双方の内に位置づけるからである。さらに重要なことに彼は、倫理的および政治的な懸念が基本的に不合理であると考えられることを拒むことによってシュミットの理論の虚無主義的な病を回避し、そのことは同様にケルゼンの方法論を台無しにした。道徳的および政治的正当化理由についてのヘラーの概念は、たとえ多くの重要な改良点を含んでいるとしても、認知主義の範疇に属する。

「法の全面的な道徳化 (‘total moralization of the law’)」の危険を認める

と同時に、ヘラーは超実定的な「法の倫理的基本原理（‘ethical fundatinal principles of law’）」の存在を強調することによって、法実証主義と袂を分かた³¹⁾。ダイゼンハウスの解釈ではヘラーの理論は合法性と正当性との間の本来備わっている連関を強調し、さらに近年の著者たちの著作の先駆けとなり、その二つの領域の劇的な断絶を仮定する法実証主義者たちとは対照的である。しかしこれは捻りを効かせた反実証主義（anti-positivism with a twist）である。ダイゼンハウスによれば、ヘラーの法の超実定的原理は、

「私たちの実践の外からやってくる原理ではない。この（訳者加筆：本文では「彼の」）見解では、国家または法の正当化が内在的であるべきことは、その正当化を試みる私たちの時代の条件である。それは私たちの実践をまるごと超越する何かに訴えてはならないのだが、いわゆる私たちの倫理実践に具現された原理に訴えることができる。そのような原理は、私たちが実定法の効力を理解しそれを適切に解釈するために私たちがそれらの原理に訴える必要があるという意味で実定法を超越する法的原理になるであろう。しかしこれはそれらの原理に私たちが訴えること自体を超越的なものにはしない。というのもその訴えは実践の中に、すなわち私たちの倫理実践の中に止まるからである。」³²⁾

ダイゼンハウスの観点からすれば、超実定的な倫理的基準をこのように理解することは、おそらくヘラーのもっとも重要な新機軸である。他の反実証主義者たちと同様に、ヘラーはそのような倫理的基準が法制度内で中心的な役割を果たすことが不可避であると信じる。立法者は、たとえば「信義則（‘good faith’）」または「合理性（‘reasonableness’）」³³⁾のような概念を採用するときに、それらを利用する。しかしヘラーのこれらの倫理的原理の正当化理由は、競合する反実証主義の理論によって提示された正当化理由よりも優れているとされる。「高度に倫理的な目標を設定すると同時に極めて実践的」であった理論の提唱者、ヘラーは、ケルゼンとシュミッ

トの病を回避するだけでなく、ドゥオーキンやハーバーマスのような私たちと同時代の著者たちに、一つの重要な改善策を提供する³⁴⁾。

ドゥオーキンにとって法秩序は、それが自由主義の道德のいくつかの基準に、すなわち「個々の実定化される変転する法を評価するための準則を私たちに提供する、概して普遍的でかつ恒久の一組の基準」³⁵⁾に合致しているとき、正当性を有する。合法性と正当性の関係についてのヘラーの構想はこの点で劇的に異なる。というのもヘラーの倫理的および政治的原理は、その称するところではその価値が独立して確立されている恒久の道德的原理に支えられているのではなく、実践的な「方向転換し進展する基礎 ('foundation which shifts and evolves')」に支えられているからである³⁶⁾。ドゥオーキンもヘラーも合法性と正当性が交差しているを見る。だがヘラーだけが「弱い基礎づけ主義 ('weak foundationism')」の長所を理解する。これによれば規範的な基準は私たちの文化的実践の中に内在的に埋め込まれている。

同じようにダイゼンハウスは、ヘラーの理論と、法的小説および政治的理論に向けてのハーバーマスの最新の貢献との間の多くの類似点を強調する。ダイゼンハウスは、私たちと同時代の論争の中でハーバーマスをヘラーの旗手に一番近いものであると捉えるにもかかわらず、ヘラーがハーバーマスより優れているのはまさに倫理的および政治的原理が内在的にのみ基礎づけられ得るとヘラーが理解しているからであると主張する。ダイゼンハウス（そしてヘラー）にとって「それらの原理を支持する私たちの実践を超えて行く場所はなく、そのために何らかの表面上の超越的な正当化理由はそれ自体を理解することができない内因主義的な (internalist) 正当化理由に実際にはなってしまう。」³⁷⁾強い普遍的な基礎の探求について懐疑的で、ダイゼンハウスは、「必要性とかそういったものを示して、いくつかの規範が私たちの実践を支配しなければならないことを疑う余地なく証明することが」不毛であると主張する。「私たちができることは、私たちが知ることができる最善の方法でそれらの実践を修正し、経験が要求するものや私たちの既存の規範に慎重に注意を払うことである。」³⁸⁾それとは対照

的に、道徳的および政治的实践についてのハーバーマスの新カント主義的概念は、コミュニケーション的行為の複雑な哲学理論に基づくが、その称するところではその超越的な大望に苦しむ。ダイゼンハウスの見解では、ハーバーマスは「論戦場を政治の外の哲学的立場に移す」致命的な間違いを犯した³⁹⁾。ダイゼンハウスによれば、私たちの道徳的および政治的衝突を解決できる哲学の魔法の杖のハーバーマスによる探求は、うまくいかない運命にある。すなわちヘラーはまさにこの点を初期に理解していたのでより優れている。

ダイゼンハウスの解釈の中のこの主張によって最終的に伝えられる凄まじい重要さに照らして、それについてのダイゼンハウスの議論は期待はずれであることがわかる。超実定的な倫理的原理がヘラーの理論ではどのような形態をとるかを正確に説明するとき、著者は、ヘラーが「この目標を詳細に提示するほど長くは生きなかった」と白状する⁴⁰⁾。その数頁後に、彼は「倫理的基本原理の役割 ('the role of ethical fundamental principles')」がヘラーの政治哲学を構成する重要な部品によって解決されていないと示唆する⁴¹⁾。ヘラーの理論は、それからダイゼンハウスが恩恵を得たいところではもっとも展開されていないように思われる。道徳的絶対主義と、「何でもあり ('anything goes')」型の相対主義との二分法の基礎を掘り崩そうとするヘラーの試みを所与とするならば、時間を超越した倫理的原理の一覧を彼に求めることは不適當であるとダイゼンハウスが特記することは正しい⁴²⁾。それでも多くのことが語られる必要があることは間違いない。同様にハーバーマスの新カント主義に関する論争の「哲学的な複雑さに深入りすること ('to go further into the philosophical complexity')」をダイゼンハウスが拒絶することは、この点でヘラーとハーバーマスの相違についてのダイゼンハウス自身による強調に照らして驚くばかりである⁴³⁾。ダイゼンハウスの警告は倫理的論証の内在的形態に対するヘラー自身の選好という姿勢の中で十分に考えられ得る。すなわちそれは超越的な魔法の杖への伝統的な哲学的探求についてのヘラーの健全な懐疑主義を確かに再現する。同様の理由から、そのような複雑な哲学的主張に頼らずにダイゼ

ンハウスがハーバーマスのような論者を説得することはありそうにない。というのもその論者たちはダイゼンハウスによって弁護される規範的論証へのその内因主義的アプローチが静寂主義や保守主義のどちらにも導く場合があるため、潜在的には「偏狭的（'parochial'）、悪くすれば循環論法的（'circular'）」であると心配しているからである⁴⁴。ハーバーマスの戦略が政治的経験を避ける試みになるのではないかという疑いを抱かせるもっともな理由も少なくともいくつか存在する⁴⁵。

法の支配と社会民主制に対するヘラーの明示的なコミットメントにもかかわらず、私たちは、彼の理論が同様の危険から私たちを守ることができるかと確信できるのか。ダイゼンハウスの魅力的な研究が示すように、ヘラーはケルゼンの方法論上の欠陥が彼の政治的および法的アジェンダの一番の魅力的な特徴を不可避免的に掘り崩すと説得力を持って主張した。もしダイゼンハウスがヘラーの手法の強さをより明確に例証することができないのであれば、ダイゼンハウス自身が抱く「知識人」役割モデルはケルゼンの失敗を再現する運命にあるように思われる。

ウィリアムズ E. ショウアーマン

ピッツバーグ大学

—注—

- 1) フラーがワイマール期の論争に負っていることは次の書物の中でもっとも明らかにされる。Lon Fuller, *Law in Quest of Itself* (Boston, 1960).
- 2) アーレントとハイデガーについては、Seyla Benhabib, *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt* (Thousand Oaks, 1996) と Dana Villa, *Arendt and Heidegger: The Fate of the Political* (Princeton, 1996) がある。シュトラウスとワイマール期の政治理論については、Heinrich Meier, *Carl Schmitt and Leo Strauss: The Hidden Dialogue*, trans. J. Harvey Lomax (Chicago, 1995) がある。フランクフルト学派とワイマール期の政治理論については、William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* (Cambridge, MA, 1994) がある。出版予定日から大分遅れ、今年出版されることになったワイマール期の政治的および法的理論の論文集には、*Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, ed. Arthur Jacobson and Bernhard Schlink (Berkeley, 1998) がある。
- 3) 本誌 (*History of Political Thought*) はヘラーを英語圏の読者に紹介した。Ellen

Kennedy, 'The Politics of Toleration in late Weimar: Hermann Heller's Analysis of Fascism and Political Culture', *History of Political Thought*, Vol. 5 (1985) を参照せよ。ヘラーは、共和制のスペインで亡命中に 42 歳で死んだ社会民主制擁護論者であった。第二次世界大戦以来、民主制的な左翼の多くのドイツ政治学者や法律家が彼を再発見した。 *Staatslehre in der Weimarer Republik: Hermann Heller zu ehren*, ed. Christoph Müller and Ilse Staff (Frankfurt, 1985) を参照せよ。彼はこれから見るようにここで議論される二つの研究の中で重要な役割を果たす。

4) とりわけ、アメリカ合衆国の雑誌『テロス (*Telos*)』を参照せよ。

5) Caldwell, *Popular Sovereignty*, p. 145.

6) *Ibid.*, p. 38.

7) コールドウェルによって記述される制定法の実証主義は、ロナルド・ドゥオーキンによって記述され批判された、法の支配についての「ルールブック ('rule-book')」モデルに類似する。Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London, 1978).

8) Caldwell, *Popular Sovereignty*, p. 21.

9) ドイツの政治理論家、インゲボルク・マウスは正当にも制定法の実証主義のこれらの政治的含意を強調した。Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion der Theorie Carl Schmitts* (Munich, 1976).

10) コールドウェルは、法実証主義がワイマール共和国の最後の数年において主導権を握っていたという共通の思い違いに正当にも異議を唱える。もちろんこの神話はナチズムの興隆を理由に実証主義を非難に値するものになりたいと望む者に都合よく仕える。Ingo Müller, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, trans. Deborah Lucas Schneider (Cambridge, MA, 1991) を参照せよ。

11) この長所もカール・シュミットについてのジョン・マッコーマックの近年の重要な研究によって共有される。これはシュミットの法理論の中心的な位置を曖昧にすることなく、私たちの時代の技術に対するシュミットの批評を議論する。John McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology* (Cambridge, 1977), pp. 121-56, 206-48.

12) Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trans. Ellen Kennedy (Cambridge, MA, 1985).

13) Caldwell, *Popular Sovereignty*, p. 50.

14) *Ibid.*

15) Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tübingen, 1929).

16) Caldwell, *Popular Sovereignty*, pp. 127-8.

17) *Ibid.*, p. 121.

18) *Ibid.*, pp. 129-30.

19) *Ibid.*, p. 133.

20) *Ibid.*, p. 121.

21) ダイゼンハウスは 163 頁の長い脚注でヘラーに対するコールドウェルの批評に言及するが、私はダイゼンハウスがコールドウェルの心配に真正面から取り組んで

いると納得しているわけではない。

22) Caldwell, *Popular Sovereignty*, p. 174. 117 頁のコールドウェルのコメントも参照せよ。そこで彼はケルゼンの実証主義が「パーペンやヒトラーの強盗団 (robber band) から有効な法を公布する権利を奪う手段を提供できなかった」というヘラーの主張を実際に承認する。

23) *Ibid.*, p. 53, 59-60, 111-12, 117.

24) Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, p. 39.

25) *Ibid.*, p. 40.

26) *Ibid.*, p. 85.

27) 私はここではダイゼンハウスの解釈に賛成する。しかし彼の主張は 1938 年以降のシュミットの著作を検討したならば実際はより説得力のあるものになったであろう。その時期のシュミットの著作は 1938 年以前からの彼の著作と同様に熱心な親ナチである。私は近刊予定の W. E. Scheuerman, *Carl Schmitt: The End of Law* (Lanham, MD) の中でシュミットの研究業績のこの時期について議論する。

28) Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, p. 105.

29) *Ibid.*, p. 125.

30) ダイゼンハウスは、このタイプの批判に反対して多年にわたり精力的にケルゼンを擁護してきたスタンリー・ポールソンと批判的な意見交換を行う。Stanley Paulson, 'Zu Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre', in *Der Soziale Rechtsstaat: Gedächtnisschrift für Hermann Heller*, ed. Christoph Müller and Ilse Staff (Baden-Baden, 1984) を参照せよ。

31) Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, p. 165.

32) *Ibid.*

33) *Ibid.*, pp. 204-5.

34) *Ibid.*, p. 165.

35) *Ibid.*, p. 10.

36) *Ibid.*, p. 166.

37) *Ibid.*, p. 249.

38) *Ibid.*

39) *Ibid.*, p. 257.

40) *Ibid.*, p. 205.

41) *Ibid.*, p. 213.

42) *Ibid.*, p. 205.

43) *Ibid.*, p. 249.

44) *Ibid.*

45) ハーバーマスのプロジェクトについての近年の優れた弁護のために、Simone Chambers, *Jürgen Habermas and the Politics of Discourse* (Ithaca, 1996) を参照せよ。