

---

 翻 訳
 

---

# 書評会議：ワイマール期の立憲主義

——ドイツ・ワイマール期における法の政治——

エレン・ケネディ（著）

池端 忠司（訳）

\*\*\*\*\*

## 訳者はしがき

本稿は、Ellen Kennedy, Book Review Colloquium: Weimar Constitutionalism: The Politics of Law in Weimar Germany, 77 Tex. L. Rev. 1079 (1999) の全訳である。訳者は先日、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）を出版した。本稿は、その1997年出版の英語原書（David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Clarendon Press: Oxford, 1977).）についての書評である。ただこの書評は同年に出版された書物の書評でもある。それは、Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism* (Durham: Duke University Press, 1977) であり、邦訳するならばピーター・C. コールドウェル著『国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』となる。私はすでに本紀要の前号の第53巻第1号にウィリアム・E. ショウアーマン著「書評：ワイマール期への回帰」という翻訳を掲載しており、これもこの二冊についての書評である。

なお、エレン・ケネディの論文の邦訳として、安章浩訳「カール・シュミットとフランクフルト学派（1）（2・完）」『尚美学園大学総合政策論集』

第 21 卷（2015 年）153-179 頁、『尚美学園大学総合政策研究紀要』第 27 卷（2016 年）173-185 頁、栗原良子訳「政治的表現主義」ヘルムート・クヴァーリチュ編『カール・シュミットの遺産』風行社（1993 年）144-174 頁がある。また、エレン・ケネディにはシュミットの著作の英訳として、*The Crisis of Parliamentary Democracy* (The MIT Press, 1985) があり、シュミット論として、*Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar* (Durham: Duke University Press, 2004) がある。さらに、先の安章浩訳の論文に関わるが、「議会主義批判に関するシュミットとハーバーマスの理論的な継承関係を主題とするエレン・ケネディの論文を契機として 1980 年代後半以降に、この主題をめぐり」展開したケネディ論争に、「一つの暫定的な総括を与えようとした」（10 頁）ハルトムート・ベッカーの著作の邦訳として、永井健晴訳『シュミットとハーバーマスにおける議会主義批判』風行社（2015 年）がある。

\*\*\*\*\*

## 要約

……ドイツの諸州のなかでもっとも大きな州が次のような一連の法律を制定した。つまり政治的なデモ行進、政治的制服の着用を禁止する一連の法律であり、プロイセン州における共産党およびナチの扇動者によってもたらされた社会不安を沈静化することを目的した措置である。……まさにコールドウェルの著書のタイトルの第一の概念——国民主権——はドイツ憲法の危機をもたらした。第一にケルゼン法秩序以外のあらゆる規範秩序から自律する一つの法秩序の属性として、つまり「その根本規範の存在によって確実にされた自律性」として「主権」を描写する、とダイゼンハウスは書く。……ケルゼンとシュミットの違いはダイゼンハウスが的確に主張するように、「憲法の番人（“defender of the constitution”）」が存在すべきかどうかについてではなく、むしろ、それが誰であるべきか、ライヒ

大統領か上級裁判所かについてであった。この場合、彼らの立場はそれぞれの憲法理論を応用した。……かりに制定法および憲法が民主制的意思にその正当性をもつとするならば、この意思を無効にする司法の行為は、どのような正当性を有するのか。ケルゼンの法の純粹理論は、ある意味で民主制の上位にありそれを超越する規範構造を想定する。……ケルゼンの学生、H. L. A. ハートによって展開された法実証主義の私たちと同時代のヴァージョンは、第二次世界大戦の勝利によって生み出された自信に満ちた環境において出現した。秩序の問題を大方解決した諸国家——西洋の自由主義的民主制の諸国家——はその秩序問題を失敗した諸国家に圧勝した。

\*\*\*\*\*

ハードケースは悪法を作り出すが、偉大な政治理論も作り出す。ここで批評する対象の二冊の著書は、ワイマール共和国の最後の数年間で主張された悪名高いハードケースに関するものである。プロイセン対ライヒ事件 (Prussian v. Reich)<sup>1)</sup>は、1932 年 7 月にフォン・ヒンデンブルクがワイマール憲法第 48 条の下で緊急権をプロイセンに対して行使したことの合憲性に焦点を合わせた。ワイマール憲法の規定は二つの緊急事態を規定した。つまりその一つは州がライヒの法律の義務またはワイマール憲法下の州の義務を履行できなかったときであり、もう一つは公共の安全および秩序が「明白に乱さ」れるときである<sup>2)</sup>。これらの状態において、ライヒ大統領は「公共の安全および秩序の回復のために必要な措置」をとることができる<sup>3)</sup>。第 48 条は、軍事力の行使と、次のような個人権の停止を明示的に認めた。それらの個人権とは、自由な移動、郵便、電話、電信の自由、自由な言論、集会の自由、および、人身、居住、動産の保障である<sup>4)</sup>。ライヒがプロイセンに対して行使したときの環境は、政治的に圧力がかかっていた。ドイツの諸州のうちのもっとも大きな州は、政治的デモ行進、政治的な制服の着用を禁止する一連の法律を制定し、プロイセン州における共産党およびナチの扇動者によってもたらされた社会不安を沈静化することを

目的とした措置をとった<sup>5)</sup>。ヒンデンブルク大統領は、彼の助言者に勧められて、ドイツでもっとも活発な反ナチ勢力であったプロイセン州の選挙準備政府を、フランツ・フォン・パーペンの下にある右翼の一国民主義的政府のコミッサールに取り換えた<sup>6)</sup>。プロイセン政府も、ライヒ政府も、法と秩序のために行動していると主張した。一方は、その行為を正当化するために第48条を援用し、他方は、その介入の根拠を否認した。

どんな重大な事件もそうであるように、その事実関係は一つの解釈以上の余地を残した。1919年から1933年までのドイツの憲法および憲法理論に関するピーター・コールドウエルの熟達した研究は、先立つ前体制のドイツ帝国（1871年から1918年まで）におけるプロイセンとドイツ帝国の対立の起源を明らかにする。1871年のドイツ帝国における法実証主義および立憲君主制に関するコールドウエルの分析は、ルパート・エマーソン（Rupert Emerson）の『近代ドイツにおける国家と主権』以来、英語での最善の説明である<sup>7)</sup>。ワイマール憲法第48条をめぐる対立の基礎は、コールドウエルの著書の最初の章が示唆するように、19世紀の法実証主義にまで、そしてその真っ先に挙げることのできる代表者、パウル・ラーバントが「非科学的な（“non-scientific”）」ものを排除することによって「ドイツ国民をその分裂から（“the German people from its division”）」<sup>8)</sup>救い出すための主張にまで遡ることができる。「ラーバントは、法規範を秩序づけ、かつそれらの『実証的な（‘positive’）』正確な内容を説明する、価値から自由な、論理的方法を見出し得ることを望んだ。彼の終生の目的は、政治あるいは『気まぐれ（‘caprice’）』（ラーバントが政治と同意語として使う言葉）、道楽（dilettantism）、政治的ジャーナリズムを、法の科学から」排除することであった。<sup>9)</sup>

1871年以降、ドイツは一つの帝国および一つの連邦国家であった。そしてラーバントの主要な困難はどのようにして連邦主義の遠心的な衝動を、中央集権化された国家の政治的發展と調和させるかであった。私たちと同時代の言説はこの争点を主権の問題と表現した。すなわち、どこに最終的な意思決定の権威が存在したのか。ドイツは連合制であったか連邦制であ



ったか。10 年前にまさにこの争点をめぐり内戦状態にあったアメリカ合衆国は、その帝国の最初の数年間にわたり比較のための打ってつけの事例であった。すなわち多くのドイツの法律家たちは、彼らの新憲法の解釈の助けとしてアメリカ合衆国に注目した。ジョン・C. カルフーン、『フェデラリスト』およびエイブラハム・リンカーン、これらすべてが、ドイツの諸州と中央政府との関係を分類する試みの中で言及された<sup>10)</sup>。ラーバントはこのアプローチを拒否し、それに代わって彼は国家法と、国家 (“the state”)」が法人であるところの私法との類似性を示唆した<sup>11)</sup>。法人が財産を管理したのと同様に、国家は国民を支配した。しかしながら国家の支配は、ラーバントおよびカール・フリードリッヒ・フォン・ゲルバーやその他の偉大な法実証主義者たちが、父親の権利および義務の複雑な組み合わせに類似するそれらの権利および義務の組み合わせの範囲内に存在した<sup>12)</sup>。家父長制の権威が全体としての家族に由来するのと同様に、君主の支配権も全体としての国家に由来した。

例えばラーバントやゲルバーなどの法実証主義学派は、制定法とその成文憲法の第一位性を力説した。制定法はその国家の意思を表現したし、また法の適用が唯一の義務である裁判官による審査に服さなかった<sup>13)</sup>。司法審査は裁判官を法の上に（そして間違いなく法制定者の上位に）置くことになるであろう。かりにこの司法審査の原則が適用されるならば、とラーバントは主張する、一般市民が法の合憲性について発言することを許す理由は見つからないであろうと<sup>14)</sup>。さらに、審査する過程は法を「発布する (“pronounce”)」皇帝の権限に存在した。法を宣言することによって彼はそれを審査した。そして彼は「憲法の番人、護り手 (“Wachter und Huter der Verfassung”)」——1932 年に決定的となるフレーズであるが——として行動した<sup>15)</sup>。

ラーバントの注釈はドイツにおける連邦制という争点を形式的に解決した。しかし、その帝国が政治的でも経済的でも力を増して来るに従って、ラーバントはその憲法構造が非常に難しい内政に取り囲まれたことに気づいたように思われた。「連邦制はもはや、それが始まった時と同じではな

い」と彼は1896年にコメントする、「それは、その他の諸々の必要と諸々の見解に従って変えられ、拡大された。そしてその過程で多くがすでに始めの計画と実際に一致していないし、それ自身と十分に調和していないように見えた。」<sup>16)</sup>連邦制という問題は、民主制の問題になっていった。

コールドウェルが雄弁に語るところによれば、ドイツの近代史はアメリカ合衆国の近代史およびその他のヨーロッパの立憲君主政の近代史と多くの点で類似しているように見える。19世紀の憲法が大衆民主制と工業化という新しい世界に不適切であるというパウル・ラーバントの恐れは、イギリスのA.V.ダイシーやフランスのレオン・デュギーやモーリス・オーリウの恐れと共鳴した<sup>17)</sup>。彼ら全員にとって、19世紀における立憲主義の制度的構造は、新世紀の社会的・政治的現実には不適切のように思われた。デイヴィッド・ブラックボーンやジェフ・エレイが1980年代初頭に主張したように、ドイツ国家のための近代への特殊な道など存在しなかった<sup>18)</sup>。しかし彼らの説明は、法律学や憲法を大方無視した。1871年のドイツ帝国を継承した共和国では、これらの法律学および憲法は、ドイツの階級および経済の歴史と同程度に重要であることが判明する。1914年以前の数年において、コールドウェルが指摘するように、「社会的および文化的諸勢力は…その帝国を創設した世代の世界を動揺させ始めていた、」<sup>19)</sup>しかしラーバントの実証主義がもつヘゲモニー（主導権）はこの発展を覆い隠した。ヴァルター・イェリネックとアルベルト・ヘーネルのように、何人かの法思想家たちは、政治的および形而上学的争点を法律学における彼らの著作に編入しようと試みたが<sup>20)</sup>、彼らの著作は、現実の影響を少しも行使しなかった。1918年のドイツ革命まで、つまりその帝国の終りまで、憲法制定権力という争点はドイツの論壇の前面には現れなかった。すなわちコールドウェルの著書のタイトルにある最初概念——国民主権——がドイツ憲法の危機を招いた。

ワイマール憲法の前文は「ドイツ国民は……自らにこの憲法を与えた。」と宣言した<sup>21)</sup>。その最初の部分でワイマール憲法はドイツが共和制の国家かつ民主制の国家であると宣言したが、その第二の部分では、政治原則

の種々雑多な組み合わせが「ドイツ人の基本的諸権利および基本的な諸義務」としてその地位を確立した<sup>22)</sup>。その結果、その初めから新しい共和国は論争的となった体制であったし、その新国家の正当性は四方八方で、あらゆる政治的党派によって疑問視された。コールドウエルの著書の口絵に複写された政治的風刺漫画はまさにそれを物語る。すなわちフーゴ・プロイスと思われるワイマールの建国の父は、明らかに居心地の悪いドイツ女性のためにアメリカ、イギリスおよびフランスの諸憲法のがらくたから出来た、窮屈な女性用ドレスを縫い合わせるが、彼女は「ドイツの織地からできた古いドレスの方が私には似合っていたわ。」と不平を漏らす<sup>23)</sup>。

その高圧的な評釈は完全な拒否をもってこれらの諸状況に反応した。ラーバントが 1870 年代に行ったように、一連のドイツの法律家たちは「事実的なもののもつ規範的な力 (“the normative power of the factual”)」を力説したし、国家法についてのもっとも影響力のある教科書の一つにその影響が及んだ<sup>24)</sup>。その「事実 (“fact”)」とは革命であった。そして一連のドイツの法理論家たちはワイマール憲法が法に従って完全に出現し、そのことはそれがまさにその革命の成功に起源を持つことを意味すると主張した<sup>25)</sup>。1919 年以降この主張は少なくとも形式的にはワイマールの民主制のおよび共和制的な諸制度を支えた。1919 年以前それは帝国とその君主制にも等しいに作用した。

この主張を行った多くの法実証主義者たちはドイツ以外では知られておらず、本書評の対象である二冊の書物も彼らに多くの注目を払わなかった。ワイマール期の正当性についての対立の中で実証主義の立場は今世紀 (20 世紀) のもっとも有名なドイツの法哲学者のうちの一人、ハンス・ケルゼンによって代表される。ラーバントとゲルバーは、「非科学的な」ものを排除した、制定法またはその条文の逐語的な解釈として、法実証主義のプログラムを設定した。ケルゼンもまた、すべての外在的な要因から純粹化された法律学を望んだが、彼の理論は、彼の先人たちの理論が行った以上に、法の論理的形式を強調した。法はケルゼンの「純粹理論 (“pure theory”)」では実証的には不完全であるが、法律家の心の中では理論的に完全

である諸規範の大きな構造物として現れる。ケルゼンはその純粋法学(Reine Rechtslehre)の中で次のように書いた。

「私が[法の純粋理論]を展開することに取りかかったのはもう二〇年以上このかたのことである。それは純粋な、即ち、一切の政治的イデオロギーと一切の自然科学的分子から純化されたところの、その対象が固有法則性を有することによってその特質を自覚した法律理論である。その際に、そもそもの最初から、私の目標としたのは、ほとんど完全に——公然にであれ、ひそかにであれ——法律政策的議論に変質してしまった法律学を真正の科学の高みに、精神科学の高みに引き上げることであった。それには、法の形成にでなく、専らその認識に向けられた——従来の法律学の——傾向を発展させ、その成果を一切の科学の理想である客観性と正確性にできるだけ近ずけることが必要であった。」<sup>26)</sup>

この理論は、法秩序にその他のすべてのもの——政治的なもの、倫理的なもの、歴史的なもの——からの自律を与え、そしてその結果それらから制約を受けていない、それらを超えた規範を参照することによって、あらゆる規範を有効なものにする。この閉じた規範体系は「根本規範(“basic norm”)」に辿りつくまで、論理的かつ無矛盾の鎖をたどる<sup>27)</sup>。この体系の二つの特色は、ワイマール後期における法と政治の危機の理解にとって重要である。第一にケルゼンは「主権(“sovereignty”)」を法秩序以外のすべての規範的秩序から自律した一つの法秩序の属性として、つまり「その根本規範の存在によって確実にされた自律性」として描写する、とダイゼンハウスは書く<sup>28)</sup>。第二にその「根本規範(“basic norm”)」はケルゼンの体系において、初期のドイツ実証主義における「事実的な(“factual”)」ものに対応する。それは、正当化理由を持たないし、必要ともしない。仮に基本的な規範がそのような「所与(“given”)」であるとするならば、そのとき法はそれを綿密に仕上げることの論理として思い描かれ得る。しかしこれは、コールドウェルとダイゼンハウスの主張が具体的に説明しているよう

に、非常に巨大な「仮定 (“if”）」である。

ケルゼンの「法の純粹理論 (“pure theory of law”）」は、近代法思想史上のその後を決定づける瞬間であった。そして——ワイマール期のケルゼンの批判者たちと同様に——コールドウェルとダイゼンハウスは、その理論が法のすべての実質的要素を捨て去ることを理論上「問題を孕んでおり (“questionable”）」<sup>29)</sup>、「辻褄があわない (“incoherent”）」とみなす<sup>30)</sup>。いろいろな点で、ワイマール期の民主制をめぐる悪戦苦闘は、ドイツ社会が(ケルゼンの理論が仮定する類の基本的規範の受容の背後にあるに違いない)現実の合意に到達できなかったことによって、そして、このような合意がただ事実と仮定されないことをワイマール期の支持者たちが理解できなかったことによって決定づけられた。本批評の対象である書物の双方とも、近代ドイツという文脈における法と政治の物語をたどるが、立憲主義にとってのその結末についてのダイゼンハウスの主張は、コールドウェルのものよりも、はるかに劇的である。彼にとって究極的に問題とすべきものは、法と政治に関する私たちの言説における真理の位置であり——カール・シュミットの「メタ法理学的な (“metajurisprudential”）」問題であり<sup>31)</sup>——、そしてこのことが自由主義的な立憲主義の構造についてのある非常に驚くべき主張をダイゼンハウスに行うように導く。

ダイゼンハウスがこの主張を行うために選んだ戦略が素晴らしい。プロイセン対ライヒ事件において、実証主義およびそれに代わる選択肢の双方の典型、ハンス・ケルゼンおよびカール・シュミットは、1932年7月のライヒ大統領の行為に関する合憲性を議論するために実際に向き合った<sup>32)</sup>。シュミットは、緊急性という事実を根拠にライヒに対する彼の弁護を基礎づけた。すなわち彼の観点からすれば政治的なもの——友と敵を区別する還元不可能な決定——は憲法的なものを圧倒した<sup>33)</sup>。このような状況において法規範への単なる訴えはそのような状況を回復できなくなる。法規範は秩序という前提が有効であるときに有効であり、その時代が「正常 (“normal”）」であるときに有効である<sup>34)</sup>。それらの前提は、社会がその紛争の種を忘れることを許す協定の構成要素であり、そして他者の平和的な

行動を仮定する。政治思想史上この問題に関してホッブズのリヴァイアサンほど優れた陳述は他に存在しない。個人間の契約によって創設される市民社会は救済者でもなければ、幸せな状態でもない。むしろ、除去されなければ幸せを妨げるにちがいない、いくつかの状況を除去することである。それは、否定的な贈り物であり、単に望ましいことをできないようにはしないだけである。ここには、つまり市民社会には、望みの実現もなければ、望みの実現を識別するための知恵もないが、まさに平和が…人生においてこれだけがホッブズの理論では永久に確立され得る<sup>35)</sup>。

市民社会は、別の言葉で言えば私たちに共通する実存の基礎について私たちが考えないことを許す反面、それらの基礎を仮定することを私たちに許す合意である。それ（市民社会）は、ホッブズが具体的に説明したように次の二つの状況下でのみ可能である。すなわち過去を忘れること（その多数の罪、侵害および不当な仕打ちと共に）と<sup>36)</sup>、実定法を執行する圧倒的な権力の存在である<sup>37)</sup>。シュミットの憲法に関する法理学の二つの側面は、1932年の夏にプロイセンを超えてその議論の地平を広げた。第一の側面は「委任的な（“commissarial”）」独裁と「主権的な（“sovereign”）」独裁の区分であった<sup>38)</sup>。それは、ワイマール共和制の初期の数年におけるフリードリッヒ・エーベルトの大統領制下での憲法第48条についてのシュミットの法学的分析にとって決定的な区分である<sup>39)</sup>。この区分は、プロイセン対ライヒ事件における事実関係についてのシュミットの解説に生気を与えた。中央政府は、（第48条第2項の下で）秩序を回復するために、そして（第48条第1項の下で）連邦法を守るためにプロイセンに対して行動を起こした。第二の側面は「ワイマール憲法の番人」がライヒ大統領（Reichspräsident）であるというシュミットの主張であった。アーノルド・ブレヒトとハンス・ナヴィアスキー（彼は、免職されたプロイセン政府をヘルマン・ヘラーとともに代表した）の議論に対抗して、シュミットは「今日、プロイセンの名誉と尊厳の受託者および番人はライヒである」と結論した<sup>40)</sup>。

ケルゼンとシュミットの違いは、ダイゼンハウスが的確に主張するよう

に、「憲法の番人 (“defender of the constitution”）」が存在すべきかどうかではなく、それが誰であるべきか、ライヒ大統領か上級裁判所かについてであった<sup>41)</sup>。この場面でのシュミットとケルゼンの立場はそれぞれの憲法理論を応用した。

ケルゼンの法の純粹理論はワイマール憲法を次のような法規範をもつ論理構造と見た。つまりその論理構造の法規範は、その国家の政治的（特別職の）公務員（または追加できると思うが、その国民）によってではなく、その司法府によって解釈されなければならない<sup>42)</sup>。「誰がワイマール憲法を護るべきか」についての彼らの論争において問題となっているのは<sup>43)</sup>、建国者たちの制憲意図、ワイマール憲法の文理解釈、および裁判官制定法（判例法）に関する、アメリカの討論からすれば非常に見慣れた争点であった。ドイツ国民によって表明された民主制的意思是、その代表議会の立法行為の中に、また公選の行政官の規制権限の中に、法を肯定的に仮定する。しかしながら法の解釈過程において司法も二つのレベルにおいて法律を制定する。裁判所が制定法の合憲性を審査するならばそれは立法行為の一種である。裁判所が政府の行為の合憲性を判断するならばその解釈は合憲であるものの一部になる。もしも制定法や憲法が民主制的意思にそれらの正当性を求めるならば、その意思を無効にする司法の行為はどんな正当性を持ち得るのか。ケルゼンの法の純粹理論は、ある意味で民主制の政治の上にあり、それから独立した公務員によってのみ解釈可能な規範構造を想定した<sup>44)</sup>。これは、実に国民から裁判所および法律家へと主権を置き換えることに非常によく似ている。裁判官と裁判所は、ケルゼンが主張したところによれば、民主制的意思に従うあるいは第一位にそれに従うだけではなく、彼らが解釈をする独自の権限をもつ規範秩序としての憲法の理解を基準にして統治権を抑制する。この法理学の帰結は国民選出の代表者が決めたことは何であれ、裁判所が最終決定権を持つということである。その結果、ケルゼンの憲法理論からすれば、裁判所はそのような法秩序の主権を基準にして憲法を擁護することになった。

シュミットの法理学は、この理論に対抗して展開し、またワイマール憲

法を政治的な地勢の一部と見なした。このような理解は憲法というものに関する二つの概念を区別することに依拠する。その一つは「特定の国家についての類型化された表現以外の何ものでもない」<sup>45)</sup>。もう一方の概念は「国民の実存的に定義された存在 (presence) を理由に存在する、法の究極的な根拠」である<sup>46)</sup>。憲法についてのこの「絶対的 (“absolute”)」概念とシュミットが呼んだものの構成要素は次のようなものである。つまり (1) 特定の国民の共同的なアイデンティティ、(2) 特定の支配類型、および (3) 「[憲法] がその表現であるところの政治的統一体を構成する過程に、その憲法が参加するという意味での」動態である<sup>47)</sup>。シュミットに従えば、この「相対的な (“relative”)」または自由主義的な概念が仮定するものを、すなわちその前提が当てはまるどころの正常な状態を、私たちが事実と認めるときにのみ、(ケルゼンと同様に) 憲法というものは、諸規範の体系として認識し得る<sup>48)</sup>。しかしそれが実際に本当であるかどうかを誰が決定するのか。シュミットにとって、それは主権者であり、それゆえ、「例外状態について決定する者」という政治的神学における主権についての彼 (シュミット) の定義がある<sup>49)</sup>。ライヒのための弁論を要約する中でシュミットは、裁判所とは正義に対する特殊な義務をもち、合法性という形式をとるというプロイセン側の弁護士の主張を認めた。国事裁判所 (The Staatsgerichtshof) は、ワイマール憲法の法的な擁護の任を負った。しかし彼は次のように続けた。すなわち憲法というものは本質的に政治的なものなので、それはより一層重要なことに政治的決定を要求し、そしてこの点について私は、ライヒ大統領が憲法の番人であると信じる。憲法の連邦構造やその他の憲法の諸側面を維持するための憲法第 48 条下のライヒ大統領の権限は、ワイマール憲法の純粹に政治的な番人を設立することを意図したものである<sup>50)</sup>。

それゆえプロイセン対ライヒ事件におけるケルゼン主義の実証主義とシュミットの間の論争の論理は次のように提示できる。すなわち、その事件の事実関係についてプロイセンと中央政府の対立は、法秩序それ自体 (ワイマール憲法) についての対立ほど多くはない。この秩序はその特徴につ



いてのいくつかの前提に基礎を置く。すなわちその特徴とはこのような秩序の自律性および権威について議論する余地がないことである。しかしこのような秩序でさえも擁護を要求する（または、このような理解を広げるためにそれぞれがどの行為が取られ得るかの根拠についての解釈を要求する）。各々が、「憲法の番人（“defender of the constitution”）」に相応しい自分の候補者——国事裁判所（ケルゼン）またはライヒ大統領（シュミット）——を支持する判決を国事裁判所に望んだ。もちろん国事裁判所はケルゼンの主張を受け入れることができたが、それでもライヒを支持する判決を下し、ケルゼンが後押した当事者であるプロイセンに不利な判決を下した。そうだとすれば、なぜケルゼンは一方の当事者よりも他方の当事者を選好すべきであったのか。それは、法の科学とは無関係な理由である。すなわちライヒ大統領の権限の人的要素を理由とするとともに、ケルゼンがワイマール憲法を転覆するというライヒ首相、フォン・パーペンおよび彼の政治的支持者たちの意図を正しく押し測ったためである。ケルゼンはパーペン等に不利な判決がドイツを「正常な状態（“normalcy”）」に戻すことを期待した。

ケルゼンの期待は無駄に終わった。シュミットは、より現実的に、その政治的文脈と、その共和国に敵対する配置された勢力を判断した。彼はまたドイツ議会が実効のある政府を生み出すことができないこと、そしてその共和国が右翼からはナチによって、左翼からは共産党によって、さらに現実には経済不況の政治的帰結によって取り囲まれていることを明確に理解した<sup>51)</sup>。シュミットにとって、問題となった秩序は、「具体的（“concrete”）」であった——主権者が行為者として思い描かれたときにのみ、そして形式的または法的な判断ではなく政治的な判断が主権者の行為をガイドしたときにのみ、ドイツ国民はその苦境から逃れることができた<sup>52)</sup>。

双方の書物とも最初から最後まで、その著者たちがシュミットの現実主義を、あるいはついでに言えばシュミットの憲法理論の建設的な特徴をも信じることに躊躇していることに、私たちは気づく。シュミットについて並はずれてよく書けている章の終りでダイゼンハウスは、いくつかの観点

からみて肯定的な言葉で彼について書いたことの謝罪を添える<sup>53)</sup>。これらのページはかえって読者の神経をドキッとさせる。なぜならば、シュミット主義の背信行為の諸例——すなわちシュミットが大統領制に賛成したこと<sup>54)</sup>、シュミットがユダヤ人および他者を排除した同質的な全体として国家を理解したこと<sup>55)</sup>、シュミットが歴史をそして神話的にはホップズのリヴァイアサンを反ユダヤ主義の逸話として読んだこと<sup>56)</sup>（ユダヤ人がキリストを殺したようにユダヤ人が国家を殺したこと<sup>57)</sup>）——を再び激しく非難する文脈において、シュミットがヒトラー「に対する歓迎以外の何か別のことを行うための哲学的な方策」を有していたかどうかという非常に重要な問題をダイゼンハウスが提起するからである<sup>58)</sup>。まさにダイゼンハウスの分析からすれば、ケルゼンがヒトラーを歓迎しなかったことは明らかである。ダイゼンハウスは、国事裁判所の判決についてのケルゼンの裁判後の意見を詳述するときにとくに辛辣である<sup>59)</sup>。

第三の道が存在したのか。その答えは次のように「はい」である。すなわち社会民主制を擁護する法律家兼政治理論家であるヘルマン・ヘラーの著作の中にダイゼンハウスは彼以前の多くの解説者たちと同様に、シュミットの決定主義の腕の中に飛び込むことなく、ケルゼンのつかみどころのない法論理という牢獄を回避する方法を見出す。ヘラーは多くの理由から魅力的である。ヘラーはシュミットと同様に憲法的な現実主義者であったが、ヘラーの法理学は政治哲学とりわけヘーゲルの著作の深い読みをとり入れた。ワイマール期における偉大な反実証主義者の三人組（シュミット、ルドルフ・スメント——彼はコールドウェルからの称賛と過度な注目を受けるが<sup>60)</sup>、——およびエーリッヒ・カウフマン）とは対照的に、ヘラーは明らかにマイナーな役回りであった。だが彼の議論はシュミットがそうであったように、まさに政治制度の実際の見込みに関心があった。そしてヘラーの議論は後向きの道德の力を運ぶ。というのもそれらの議論は明確に反ファシストであるからであり<sup>61)</sup>、そしてヘラーは（ケルゼンがそうしたように）ナチスを逃れ、共和国のスペインで亡命者として若くして死んだからである。

ダイゼンハウスにとってヘラーの魅力はその伝記が示唆する以上に非常に強いものである。というのもまさにヘラーだけが、法実証主義という(規範的な)真空と権力政治の不運な結末の双方に対抗するための「哲学的な方策(“the philosophical resources”)」を持っているからである<sup>62)</sup>。ヘラーの最初の著書は、ヘーゲルおよびそのドイツの現実的政治(Realpolitik)というヘーゲルの伝統についての研究であり、その研究は多くのアングロアメリカの注釈書と同様に、ドイツ帝国の積極的な傾向を国家権力(Machtstaat)のその崇高さに帰した<sup>63)</sup>。しかしヘーゲルの思想が「国家の神話(“the myth of the state”)」<sup>64)</sup>およびドイツの国民主義の一つの起源であったにもかかわらず、それはドイツ社会主義の一つの起源でもあった。ヘラーはヘーゲルの精神現象学(Phenomenology of Mind)から、私たちが「市場社会主義(“market socialism”)」と呼ぶことのできるものの本質を、つまり法の社会的な支配(社会的法治国家(sozialer Rechtsstaat))という理論を引き出した<sup>65)</sup>。このような理論の第一位の概念は、市民論における他者の承認である。すなわち市民の生き方に対する私たちの尊重は、このような秩序編制の動機にさえも比例する。慣習および法の社会的および歴史的な相対性を明確に理解し、それにもかかわらずそれらの慣習および法に従属する市民に対して上述の尊重を私たちは拒むことは許されない。なぜならば、市民は人間の普通の生活の人間的な、あまりに人間的な性質を知っているからである<sup>66)</sup>。

ワイマール共和国の最後の数年の間に書かれた論文の中で、ヘラーは、市民であることの社会経済学的基礎を分析し、その結果、法にとって不可欠な安全性という概念が民主制の参加のための条件を確実にするまで拡張されるときにのみ、その法秩序自体が維持され得ると主張した<sup>67)</sup>。ヘラーが社会的および知的な多様性を受容するということは、世俗世界における自我の実現としての積極的自由というヘーゲル主義の概念に由来する。ヘラーが理解したような「他者(“other”)」の概念は、『政治的なものの概念』の中でシュミットがそれについて述べたとヘラーが理解したものとまったく別物であった<sup>68)</sup>。ヘラーの概念は「アイデンティティの政治(“iden-

tity politics”）」を促進するのに対して、シュミットの場合はこのような理解を妨げる。さらに重要なことにダイゼンハウスは、ヘラーの政治理論の中に「通常の（“normal”）」意見の相違および対立と、内戦とを区別できる政治科学を発見する<sup>69)</sup>（シュミットの批判者たちが述べる区別は、政治的なものの圏内から完全に外れる）<sup>70)</sup>。ワイマール憲法の観点からすれば、ヘラーの理論はその第二部のそれらの「社会的（“social”）」規定が、たとえそれらが順境にあるものの物質的な利益と相反したとしても、政策において実現されるべきである、という要求を意味した<sup>71)</sup>。これが事実であるときにのみ、市民であることの条件が現実に与えられる。ヘラーの理論の第二の構成要素は、それによって法の社会的な支配を達成するところの、シュミットとケルゼンの双方にとって異質である一つの考えである、議会および複数政党制の受容に基礎を置いた。シュミットは、複数政党を二流の、三流でさえある政治の主体として理解した<sup>72)</sup>。シュミットによれば、憲法をうまくいくようにするというよりも、ワイマール期の拮抗する複数政党制の政治という体制は、憲法の基礎を掘り崩し、社会内の敵対する多元的共存の発展を助長した<sup>73)</sup>。複数政党制は法秩序についてのケルゼンの理論ともまったく関係がなかったし<sup>74)</sup>、そのために、彼は複数政党制と1932年の憲法危機を結び付けことができなかった。

そのとき、ヘラーの第三の道は、民主制下の法および政治の危機を解決するという可能性を追加する。すなわち、複数政党制や複数議会制において制度化された政治的な対立および討論の諸過程を通じて、国民は主権者である。しかしこの主権は、市民であることに現実の基礎を持たなければならず、このことはヘラーにとって平等の物質的条件を意味した。

プロイセン対ライヒ事件は、しかしながら、ダイゼンハウスの分析では20世紀後半の自由主義的立憲主義の病理学のための解剖室になった。今日危機に瀕しているのは彼が最終章で書いているように、西洋の政治的および法的な秩序である<sup>75)</sup>。少なくとも18世紀以降、西欧と北米はそもそも政治秩序がどのようにすれば可能なかという問題が解決済みであると想定してきた。ケルゼンの学生、H. L. A. ハートによって展開された法実

証主義の私たちと同時代のヴァージョンは、第二次世界大戦の勝利によって生み出された自信に満ちた環境の下に出現した。すなわち、「秩序の問題を大方解決済みの諸国家——西洋の自由主義的民主制の諸国家——はその問題の解決に失敗した諸国家に圧勝した。」<sup>76)</sup>西洋の自由主義者は、道徳的および政治的懐疑主義の一つの原則をはっきりと述べる。その原則の下では「法の服従者は、その法の道徳的な正しさを継続的に疑うべきである」、というのも「不合理な(“unreasonable”)」疑問は一切生じないと彼らは確信しているからである<sup>77)</sup>。西洋政治体制の安全性は、シュミット主義の友敵政治の噴出を封じ込めること——内戦の防止——と、ヘラーの意味での政治が自由主義的な秩序の基礎を掘り崩さないことを想定していること——その政治体制において反憲法的な政党または運動が、一切存在しないという前提——を内容とする。政治理論における非自由主義的な原則(それは価値について政治的に重要な差異が一切存在しないという自由主義の思想の前提に挑戦するが)と、ソヴィエト共産主義の終焉後のバルカン半島やその他の地域での反自由主義的な対立の爆発的な増加は、この安全性を致命的にかき乱す、とダイゼンハウスが主張するように<sup>78)</sup>、それは、次のアジェンダ、つまり近代的な自由主義が完全に追放してきた疑問に舞い戻る。つまりそもそも政治的秩序はどのようにすれば可能なのか。

私たちは気がついてみると、ワイマール期と共に多くの特色を共有する苦境の中にいる。ドイツの法および政治についてのこれらの書物の双方においてなされた主張を展開させて、私たち西洋人はワイマール期の初期の数年を再演していると言えるのかもしれないし、実証主義者とその反対者の考えや理論を再述する考えや理論に直面していると言えるのかもしれない。ジョン・ロールズはこの自由主義的な前提の危機に気づいているように思われる。ロールズは『正義論』の無邪気さを捨て現在、自由主義を擁護する主張を、つまり自由主義それ自体の地歩を固めることのできる自由主義を主張する<sup>79)</sup>。しかしダイゼンハウスが意見を述べているように、そのようなことは不可能であり<sup>80)</sup>、そしてそのためにカール・シュミットは正確にも次のようにその原因を突き止めた。すなわち自由主義は政治が一

切存在しないという仮説である<sup>81)</sup>。ケルゼンとその実証主義者は真の自由主義者であった。すなわち彼らが法学から差異や対立を排除することは、「事実的なもののもつ規範的な力」に対する反対が存在しないという仮説に依拠した<sup>82)</sup>。物品の所与の分配や自由主義的な（非政治的な）諸思想のヘゲモニーを疑問に思う人は、一人も存在していないことになる。より一層重要なことにワイマール期の自由主義者は、政治理論と法が、抽象的個人の行為の算術に関するものであり、政治が、市場の関係という確立された枠組み内での利益の計算であると（今日では合理的選択理論がするように<sup>83)</sup>）仮定した。彼ら（ワイマール期の自由主義者）も、あるいは今日の彼らの後継者も、「政治的なもの」のより広い地平に気づいていないようであり、あるいは彼らは彼らの挫折したヴィジョンの危険を察してもいない。

これらの書物は刺激的で知的でかつ挑発的である。それらの出版は、20世紀のこの決定的で魅惑的な時代に関する英語文献の増大をもたらし、彼らの時代状況においておそらくもっとも主流の偉大な政治理論家でもあった、これらの偉大な法律家たちについての討論を啓発するに違いない。

—注—

1) 5 Lammers-Simons 30, Decision of the Staatsgerichtshof, 25 Oct. 1932. この事件の国事裁判所の判決のテキストは、当該裁判所の法廷内の弁論のテキストと共に、Pruessen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof: Stenogrammbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932 (2d. ed. 1976) の中に見ることができる。この記録の邦訳として山下威士訳編『クーデタを裁く』尚学社（2003年）がある。

2) 1919年8月11日のドイツ・ライヒの憲法 [ワイマール憲法] 第48条 (Die Verfassung des Deutschen Reich vom 11 August 1919 [Weimar Constitution], Art. 48) は Charles E. Martin & William H. George, Representative Modern Constitutions 74, 81-82 (1923) において翻訳され転載されている（以下「ワイマール憲法 (Weimar Const.)」と引用する。）。

3) Id. at 81.

4) See id. at 82.

5) See Joseph W. Bendersky, Carl Schmitt: Theorist for the Reich 156 (1983) (ナチ編隊 (Nazi formations) に対するプロイセン州の禁止を特記する); Arnold Brecht,

Prelude to Silence: The End of the German Republic 41 (1944) (1930 年にプロイセン内閣が国民社会党员および共産党员に対して設けた三つの制限事項について述べる)を参照せよ。

6) See Brecht, *supra* note 5, at 65, 145.

7) Rupert Emerson, *State and Sovereignty in Modern Germany* (1928).

8) Caldwell 13.

9) *Id.* at 16.

10) See *id.* at 28.

11) ドイツ国法に与えた私法の影響とこの影響の政治的帰結に関して一般的には、Peter von Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus* (1974) を参照せよ。

12) See Caldwell 21-22.

13) See *id.* at 36.

14) See *id.*

15) *Id.*

16) *Id.* at 38 (Paul Laband, *Die Wandlungen in der Deutschen Reichsverfassung*, in 1 *Jahrbuch der Gehe-Stiftung zu Dresden* 149, 151 (1895) を引用し翻訳する)。

17) See Caldwell 39.

18) See David Blackburn & Geoff Eley, *Peculiarities of German History: Bourgeois Society and Politics in Nineteenth Century Germany* 10-14 (1984).

19) Caldwell 40.

20) See *id.* at 28, 34-35.

21) Weimar Const., *supra* note 2, at 74.

22) *Id.* Art. I, at 74; *id.*, Ch. II, at 92.

23) Caldwell ii (reprinted from W. A. Coupe, *German Political Satires from the Reformation to the Second World War* (1985)).

24) Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* 332, 332-40 (3d ed. 1921). これは、1918 年から 1919 年の非常に多くの実践的含意を伴った考えであった。しかしそれはその帝国の法実証主義においてすでによく知られていた。もっとも影響力のある国家法の教科書のうちの一つの中で、ゲオルク・マイヤーは、「国家権力を利用する権利は法的考慮事項から来るのではなく、むしろ国家権力を実際に所有することから生じる。……正当性は「国家権力の本質的な契機ではない。」と力説した。Georg Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts* (1878). ワイマル憲法下での以上の考えおよびその効果の歴史についての議論のために、E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789: Die Weimarer Reichsverfassung* 7-13 (1981).

25) Huber, *supra* note 24, at 9.

26) Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* 1 (Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson eds. & trans., Oxford Univ. Press 1992) (1934). (訳はハンス・ケルゼン著・横田喜三郎訳『純粹法学』岩波書店 (1935 年) 1 頁による。なお、旧字体を新字体に変え、原文との関係で [ ] 内に加筆した。)

27) Id. at 57.

28) Dyzenhaus 103.

29) Caldwell 52.

30) Dyzenhaus 105.

31) メタ法理学的争点はシュミットの初期の著作に現れ、その焦点はワイマール期を通じて彼の思考の中心である。たとえば政治的神学においてシュミットは、ケルゼンの実証主義への彼の批評を、徹底した概念化——すなわち法の純粹理論によって排除された様々な文化的な諸勢力や諸形態（たとえば宗教、歴史、政治、芸術および文学）によって作り出された法理学的な効果の調査研究——という一つの着想 (notion) に基づかせる。See Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* 18-22, 27-52 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922). シュミットの初期の著作については一般的に Ellen Kennedy, *Politischer Expressionsismus: die Kulturkritischen und Metaphysischen Ursprünge des Begriffs des Politischen von Carl Schmitt*, in *Complexio Oppositorum: Über Carl Schmitt* 233 (Helmut Quaritsch ed., 1988) を参照せよ。シュミットの著作全体にわたってメタ法理学的な問題について一般的には Hasso Hofmann, *Legalität gegen Legitimität: Der Weg der Politischen Philosophie Carl Schmitts* (1964) を参照せよ。

32) シュミットは、国事裁判所の法廷において連邦政府のために弁護する法律家たちのうちの一人である。ケルゼンが国事裁判所の法廷においてプロイセン側の理由を弁護したわけではないにもかかわらず、彼の考えはなかでもハンス・ナヴィアスキーによってその訴訟で展開された。See Bendersky, *supra* note 5, at 160-71; Caldwell 172-73. さらにその訴訟にとって決定的な争点についてのケルゼンの書物はよく知られ、非常に影響力があった。ダイゼンハウスはプロイセン対ライヒ事件に関する「三つの可能な」見解のうちの一つの見解の具体例としてケルゼンをまさに取り上げ (シュミットとヘラーはその他の二つの可能性を代表する)、ケルゼンをこの訴訟の実質的な参加者として扱う。Dyzenhaus 37, 36-37.

33) シュミットの友敵区分の古典的な位置のために、Carl Schmitt, *The Concept of the Political* 25-37 (George Schwab trans., 3d ed. Univ. of Chi. Press 1996) (1932) を参照せよ。シュミットの友敵区分の近年の分析のために一般的には、Andrew Norris, *Carl Schmitt on Friends, Enemies and the Political*, *Telos*, Summer 1998, at 68 を参照せよ。

34) Schmitt, *supra* note 33, at 46.

35) Michael Oakeshott, *Introduction to Thomas Hobbes, Leviathan* vii, lxvi (Michael Oakeshott ed., Basil Blackwell 1960) (1651).

36) See Hobbes, *supra* note 35, at 98-100, 109.

37) See id. at 111-12.

38) 「主権的 ("sovereign")」独裁は、何らかの新味のある政治体制への道筋において既存の秩序の全体の排除を目論む革命的な独裁である。「委任的 ("commissarial")」独裁はそれとは対照的に完全に防衛的である。それは既存の憲法秩序を何らかの脅威から保護し維持することを目論む。See Carl Schmitt, *Die Diktatur* 3-7, 130-46 (2d



ed. 1928) (1921); Bendersky, *supra* note 5, at 31-35.

39) See generally Carl Schmitt, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Reichsverfassung*, 1 *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 63 (1924).

40) Carl Schmitt, *Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig*, in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*, at 180, 184 (1940).

41) See Dyzenhaus 108 (ケンゼンの論文の目的は「憲法裁判所ではなく、ライヒ大統領がいわゆる憲法の番人であるというシュミットの主張に反駁する」ことであると主張する)。

42) See Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* 354-55 (Max Knight trans., Univ. of Cal. Press 1967) (1960) (法適用機関による法規範の解釈が法を生み出すこと (しかも個人を含めその他のものが生み出さないのに) を力説する)。

43) See generally Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931); Hans Kelsen, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, 6 *Die Justiz* 576 (1931).

44) See Dyzenhaus 115.

45) Carl Schmitt, *Verfassungslehre* 16, 11-20 (5th ed. 1970).

46) *Id.* at 24, 20-36.

47) *Id.* at 5, 4-6; see also Dyzenhaus 52 (憲法の「絶対的 (“absolute”)」概念についてのシュミットの三つの構成要素を明確に記述する)。

48) See Schmitt, *supra* note 33, at 46.

49) Schmitt, *supra* note 31, at 5.

50) Schmitt, *supra* note 40, at 183.

51) See Bendersky, *supra* note 5, at 127-35 (ライヒ議会が無能な統治形態であり、かつ大統領制が、ナチスや共産党員の相対立する圧力や長引く経済不況に耐えるという点で勝っていたというシュミットの見解を説明する)。

52) 具体的秩序という着想の典型的なシュミット主義の説明のために一般的に、Carl Schmitt, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934); Carl Schmitt, *The Age of Neutralizations and Depoliticizations* (Matthias Konzett & John P. McCormick trans.) (1929), in *Telos*, Summer 1993, at 130; Carl Schmitt, *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, at 375 (1958) を参照せよ。

53) See Dyzenhaus, 85-101.

54) See *id.* at 77.

55) See *id.* at 83-84.

56) *Id.* at 91-93; see also *id.* at 98-101 (シュミットの書物の中の反ユダヤ主義を一般的に議論している)。

57) *Id.* at 94.

58) *Id.* at 83.

59) 裁判後のケルゼンの意見のために、Hans Kelsen, *Das Urteil des Staatsgericht-*

shof vom 25. Oktober 1932, 8 Die Justiz 65 (1932) を一般的に参照せよ。さらにケルゼンの意見についてのダイゼンハウスの議論のために、Dyzenhaus 123-32 を参照せよ。

60) See Caldwell, 120-26, 133-37, 141-44.

61) コールドウェルとダイゼンハウスは、ヘラーがいつファシズムの危険を理解したのかという問題について興味深いことに意見を異にする。ダイゼンハウスは、コールドウェル以上に、ヘラーが初期の洞察のおかげであると考える傾向がある。Caldwell, 130, 127-33 (1928 年のファシスト・イタリアのヘラーの訪問後になって初めて「ヘラーの右翼的なレトリックの使用が消え始めた」と主張する)を、Dyzenhaus, 163 n. 7 (1928 年のファシズムの公然の非難がヘラーの思想の中の「強調の移動と同じ位の断絶の程度でしかない」と力説する)と比較せよ。

62) See generally Dyzenhaus, 161-217 (ヘーゲルの法理論を議論する)。

63) See generally Hermann Heller, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland* (1921)。

64) See Ernst Cassirer, *The Myth of the State* 263-76 (1946) (ヘーゲルの国家哲学が近代政治理論に影響を与えた諸相について議論する)。

65) See generally Heller, *supra* note 63.

66) Hermann Heller, *Bürger und Bourgeois*, in 2 *Gesammelte Schriften: Recht, Staat, Macht* 625, 633 (2d ed. 1992) (1932). この部分の邦訳としては「かかる市民に対して我々がどれだけの尊敬の念を払うかは、かかる秩序を与える行為の動機に応じて様々だといわねばならない。市民は、あらゆる人間の共同生活があまりにも人間的なものであるという理由から、人倫と法とが社会的・歴史的相対性のうちにあることを看過しながらも、なおかつそれに従おうとする。我々はこのような市民に対して尊敬を拒んではならない。」(今井弘道ほか編訳「市民とブルジョア (1932 年)」『国家学の危機：議会制か独裁か』風行社 (1991 年) 174 頁)があり、参考にした。

67) See generally *id.*

68) 友敵区分に基本的に起源を持つものとしての政治的なものについてのシュミットの分析において、敵は「他者、見知らぬ人であり、敵が、特に心底、実存的に別異のもの、性質を異にするものであることで敵の性質としては十分である。」Schmitt, *supra* note 33, at 27.

69) See Dyzenhaus 184.

70) See e. g., Jürgen Habermas, *The Horrors of Autonomy: Carl Schmitt in English* (1986), reprinted in *The New Conservatism: Cultural Criticism and the Historians' Debate* 128, 129 (Shierry Weber Nicholson ed. & trans., 1989); Christian von Krackow, *Die Entscheidung: eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger* 54-67 (1958); Richard Thoma, *Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur*, 53 *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 212, 212-17 (1925).

71) See Dyzenhaus, 201-10, 215-16.

72) See Schmitt, *supra* note 33, at 32.

73) シュミットは、もっとも有名なところではワイマール憲法の「父」フーゴ・プロ

イスの政治思想に対する彼の分析において英国の多元主義者たちの議論をドイツの討論に導入した点で一般的に功績がある。この分析のために、そして一般的に多元主義に対するシュミットの扱い方のために、Carl Schmitt, Hugo Preuss: *Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatsrechtslehre* (1930) を一般的に参照せよ。

74) ケルゼンは、複数政党制が民主制の近代的な概念に属すると認めるが、彼の法理学は、複数政党制がそれらの役割を演じる場所の政治的過程の上に裁判官を最終的に位置づける。これは、ケルゼンについてのダイゼンハウスの重要な主張の一つである。See Dyzenhaus, 141-45. これとまったく異なった意見のために、Izhak Englar, *Nazi Criticism against the Normativist Theory of Hans Kelsen: Its Intellectual Basis and Postmodern Tendencies*, 32 *Israel L. Rev.* 183 (1989) を一般的に参照せよ。

75) See Dyzenhaus, 218-58.

76) Id. at 218.

77) Id. at 218, 225.

78) See id. at 218-19.

79) See John Rawls, *Political Liberalism*, 10-15, 144-50 (1993) (合理的な市民は、正義の公共的概念に関する政治的合意に達することができると強調する)。

80) See Dyzenhaus, 224-35.

81) See Schmitt, *supra* note 33, at 70 (「政治的なものの否定は……あらゆる首尾一貫した個人主義に固有のものであり」、また「自由主義の政治は絶対的にあり得ない」と主張する)。

82) Jellinek, *supra* note 24, at 332.

83) See Dennis C. Mueller, *Public Choice II*, at 3 (1989) (公共選択に関する文献は「社会福祉の機能を最大化するために個々人の選好を合計するという問題に焦点を合わせる」と述べる)。