

〔翻 訳〕

『合法性と正当性』（カール・シュミット著）  
に関する覚え書き（上）

O. キルヒハイマー, N. レイテス  
中 道 寿 一（訳）

カール・シュミットは、『合法性と正当性』という表題の下に、ワイマール憲法の構成原理と、ドイツにおける実際の憲法事情の現在・未来一般を論じている<sup>1)</sup>。シュミットがこの本全体を通して立証しようとしている主旨は、民主主義の正当化のチャンスと、この憲法の中に含まれているか、あるいは、この憲法の適用から生じる、一定の要素との間に、矛盾が存在するということである。その際、シュミットは、一定の規範体系の正当化のレベルと政治的現実のレベルとを、必ずしも区別していない。したがって、首尾一貫性や矛盾というカテゴリーを持つ政治的当為観念の領域と、それを適用すれば当該規範体系の一定程度が「機能する」、特殊な政治的人間行為（その行為は当為観念を指向する）の領域とは、シュミットにおいて近い関係にある。なぜなら、シュミットは、暗黙裡に、以下のこと、すなわち、もし一定の規範体系に基礎を持つ政治思想体系に矛盾があれば、この規範体系を適用しても、現実には「機能しない」ということを仮定しているからである。——彼の概念現実主義的要素<sup>1a)</sup>。シュミットのほとんど全ての主張は、民主主義の論証に関する周知のテーゼに基礎を置いているので、このことに関する同意は得られるであろう。シュミットは、単純多数決原理として定義される民主主義は、同質的社会においてそれが用いられる場合にのみ正当化されうる、と述べている。[『合法性と正当性』の] 31 ページには、次のように記されている。「単純多数確認による意志形成の方法は、全国民の実質的同質性が前提とされうる限り、有効であり許容される」<sup>[1]</sup>。だが、同質性、すなわち、いかなる究極の正当化も、おそらく、民主主義は同質的社会においてのみ実現されるべきだという要求も、不必要になる存在状況は、より深奥の正当化の結果にすぎないように思われる。シュミットは、彼の憲法

論の中で<sup>2)</sup>、この民主主義に不可欠な同質性の意義について、平等要求（〔シュミットにとって〕この平等要求こそ、あらゆる民主主義の前提でなければならない）を手懸りに、詳細に論証している。この点に対して、留意されなければならないことは、平等のみが民主主義を正当化するのではないということであり、また、社会構成員の意志は対等かつ等価であるという理由から、多数派がこの〔=社会構成員の〕意志を決定してよいということにならないということである<sup>3)</sup>。シュミットは、このような〔論理〕構成を試みているので、彼にとって必然的に、「多数が決定する」という命題は無意味でなければならない<sup>4)</sup>。おそらく、この〔多数が決定する〕という原理がはじめてはっきりしてくるのは、自由の要求が、できるだけ多くのものが自由であるべきだという形をとって、妨げられることなく形成された主体的意志と国家意志とのその時々的一致と定義される自由への要求の中に、平等への要求が生かされるときであろう<sup>5)</sup>。

自由という多義的な概念が、憲法理論において用いられるのは、おそらく、歴史的には比較的長期間にわたって共に存在しているが、しかし、少なからず互いに異なっている二つの領域を特徴づけるためである。まず、自由の概念は、規範創出過程と関連している。しかし、さらにまた、規範内容と個人の生活領域との関係にも関連している。これまで論究されてきた意味において重要なのは、明らかなように、第一の領域である。この意味での自由は、「政治的自由」（国家への自由）であり、第二の領域と関係する自由は、個人的自由（国家からの自由）と呼ばれる。この個人的自由（これは、通例、個人の自由や団体結成の自由を保障する自由と考えられる）は、2種類の機能を持っている。第一に、個人的自由は、妨げられることのない政治的意志形成を保証する。この自由は、この機能において、公民的自由と称される。この公民的自由には、たとえば、出版の自由、表現の自由、集会・結社の自由がある<sup>6)</sup>。それらは、いわゆる政治的権利（これは、選挙権や公職への機会均等の権利のように、国家への自由、すなわち、民主主義における政治的意志形成過程のための当然の要素である<sup>7)</sup>）に対して不可欠な補充をなすものである。だが、第二に、この個人的自由権は、個人の私的な自由領域の前提条件なのである。この個人的自由権として、まず第一に挙げなければならないのは、所有権と宗教の自由である。しかし、その際、他の自由権も、政治的に仕えない限りで、個人的自由権に属している<sup>8)</sup>。政治的自由、公民的自由、私的自由という三つの自由の共存関係は、歴史的に常に存在しているわけではない<sup>9)</sup>。往々にして、民主主義的基本権

概念と結びつけられる狭義の「政治的自由」は<sup>10)</sup>、非民主主義国家においても、部分的に存在する（イタリア）。民主主義に固有のものは、まさに、妨げられることのない意志形成の前提条件を形成する、多くの政治的自由と公民的自由との特殊な結合である。私的自由と、ある程度公民的自由との存在が、現存の政治的自由の存在とは歴史的には無関係であるように<sup>11)</sup>、私的自由は、民主主義の不可欠の構成要素ではない。シュミットの自由概念において、主たるねらいは、個人的自由にあるが、その際、それ〔＝個人的自由〕は、孤立した個人の自由領域と、他の個人と結合した個人の自由領域とで区別される。シュミットは、自由領域を、国家からの個人の自由の領域の意味において理解しており<sup>12)</sup>、また、自由領域と意見形成との関係の有無、したがって、——民主主義における——政治的意志の形成を問題としていないので、〔シュミットにおいては〕公民的自由と私的自由との区別はでてこない。その際、我々の意味においては、私的自由は、専ら個々の行為の一定の意図によって規定されるのであって、この意図が一個人によって追求されるか、あるいは、他の個人との関係において追求されるかなどどうでもよいことなのである。シュミットの場合、政治的自由は、確かにその範囲によって規定されるが、政治的自由の相関概念として現われる平等要求との関係によってはじめて、その意義を獲得するのである。それゆえ、その際、自由という言葉によって規定される、それ自体異質なあの観念複合体の二つの機能、すなわち、民主主義組織の要求する公民的自由を論証することと私的自由を論証することは、重視されないのである。ケルゼンが詳細に述べているように<sup>13)</sup>、このことから、他の投票方式よりも多くの自由を制度的に保障するものとして「多数が決定する」ことになるのである。その際、前提にしなければならないのは、ルソーも説明しているように<sup>14)</sup>、特殊利益は常に社会の構成要件によって決まるということである。確かに、特殊利益の領域が少なくなればなるほど——ここで問題なのは量的転換のみである——、ありうべき意見の差異や、したがって、また、多数派形成の可能性もますます少なくなるので、ありうべき不自由の領域はますます少なくなる、ということは認められよう。だが、意見の差異の完全な止揚は、ここでは、構成要件としての個性の止揚を意味しているので、ユートピアとしか考えられない。ある価値を承認するという場合、現実の抵抗や他の価値との起りうる衝突に直面しても、可能な限り実現のための努力をしなければならない、という自明の理を受け入れるならば、そこから、次のような結論が出てくる。すなわち、社会の異質性がかなり高いということが確実である場合、自

由と平等の価値さえ認められているならば、そのような社会においても、それ〔＝価値〕を最大限に実現する方策を求めて努力されなければならない、という結論である。このような民主主義の正当化は、歴史的に支配的な正当化であり、また、その正当化によってライヒ憲法も基礎づけられなければならないが、この〔ライヒ憲法の〕バトスは、世界で最も自由な憲法であるという自己正当化にあるということ、この書評の枠内で証明することは不可能である。〔そのことを〕証明するためには、当時の、決して急進的ではなかった政治家、当時の共和国務大臣ダビッドの、しばしば引用される演説や、憲法の前文そのもの、すなわち、ドイツ人民はこの国家を自由と正義とによって再建し強固にすることを望むという個所にも言及しなければならない<sup>15)</sup>。

ここで示された正当化は、確かに、多くの可能な正当化の一つにすぎない。それら〔多くの可能な正当化〕は、二つに分けられる。その一つは、民主主義的組織原理によって実現される決断の実質的性格とは無関係に、民主主義的組織原理を一定の「形式的」価値（自由と平等）から正当化するものであり、もう一つは、この組織原理から、しかもこの組織原理からのみ、こうした決断（それは、その妥当性のゆえに承認される）の実質的性格が生じるという理由で、この組織原理を正当化するものである。ルソーの〔民主主義〕理解と、おそらくまたケルゼンの〔民主主義〕理解は、第一の論証だけでなく第二の論証にも基礎を置いている<sup>16)</sup>。

シュミットは、とりわけ次のような論証によって民主主義を否定している。「この多数（すなわち 51%）を獲得する者は、もはや不正をなすことはなく、法および合法化と化するであろう。このような諸帰結とともに、無内容な機能主義的合法性概念という原理はみずから不条理へと陥るのである」（33 ページ）<sup>[2]</sup>。ここでは、不正という言葉の四つの用法 *quaternio terminorum* が提示されているように思われる。確かに、51%の多数は、前提とされる議会主義的立法国家において、任意の実質的規範を、現にある組織規範と一致させるならば、いかなる違法も犯すことはない。しかし、このことは、当然、以下のこと、すなわち、この合法的規範も、一定の主体からみれば、不正の性格を帯びうる、ということを防げるものではない。これは、シュミットが〔本書で〕提示した命題によって意図している事実でもあるように思われる。合法的規範を不法とみなす人間は、少数派の人間となる。これと同様の事態は、非民主的国家においても、以下のような場合に生じる。すなわち、国家権力の所有者によって主観的に正当とみなされた<sup>17)</sup>規範が、不特定の意見

を異にする 49% 以上の国民によって、不法とみなされる場合である。それゆえ、国家権力そのものから不法とみなされない規範に関する、民主主義国家と非民主主義国家とでの相違は、以下のような条件、すなわち、非民主主義国家において、意見を異にする国民に対しても、最終決定審へ不法性を訴える権利が与えられているという条件の下においてのみ確認されるべきであろう。もっとも、この場合も、当然、「番人自身を監視するのは誰か *quis custodiet ipse custodes?*」という未解決の問題は、依然として残っているのだが。しかしまた、絶対主義の憲法運用は、この種の審級を知らないのである<sup>18)</sup>。ちなみに、このような状況を再建しようとすれば、民主主義ばかりではなく、シュミットの著作の中にみられる、権威主義国家と平等主義国家との新しい混合形態の可能性をも、結局は、シュミットも余り評価していない<sup>19)</sup>司法国家の中間機関へ変えることにしかならないだろう。

これまで考察してきたのは、民主主義それ自身のために直接的肯定を義務づけられた価値を含んでいる正当化の可能性だけである。けれどもまた、民主主義の価値関係は、間接的「手段的」でありうる。それも、ある時点の民主主義では、確かにその価値はすぐに実現しはしないが、この民主主義が存在していることの影響によって、いつかこの価値が実現するようになるにちがいないと信じられる程に、間接的「手段的」でありうる。その結果、この価値実現の最終状態では、民主主義の存続か、あるいは廃止かが企図される。しかし、双方いずれの場合においても、現実の民主主義は、手段として正当化されるのに対し、第一群の正当化の可能性においては目的となる。手段的立場の第一変種の例としては、マルクス主義の政治理論が、第二の変種の例としては、国民社会主義の理論が挙げられる。

だが、シュミットの主張は、民主主義は異質な社会では正当化されえないということだけではなく、民主主義は異質な社会では機能しえない、すなわち、異質な社会ではあらゆる面で合法的な行為など存在しえない、ということでもある（43, 90 ページ）<sup>(3)</sup>。しかし、このテーゼと一致しない多くの現象が存在するように思われる。パナマ紛争から 1910 年の鉄道員ストに至るまでのフランスは、プロレタリアート優先の社会観からみても、また、この国民の政治意識にとって中心的な問題たる「政治と純粹イデオロギー *politique et ideologie pure*」からみても、同質的社会だとは主張しえないであろう。だが、国民は、フランス革命以来、ずっと、1789 年の理念を分ち持ってきた。すなわち、勝利を獲得して以後、今日まで、このイデオロギーが、静態的社会において客観的統合の機能を果たしているとしたら、このイ

デオロギーは、世紀末の、第三共和国の危機的な時期には、まだまだ、大きな力を持ってははずである。それは、根本的分裂〔をもちたらず程〕の力を持っていたが、それにもかかわらず、民主主義的意志形成過程は妨げられなかった<sup>20</sup>。大英帝国では、前衛政党から主要な社会階層のフロントへという移行過程、すなわち、周知のような労働党の強化によって始まった過程において、異質性の増大が明らかになった。実質的な国民的平等が客観的な統合手段として再び利用されるような状況が生じたということは、国民的同質性による自明の統一が弱まったことの兆候として解釈される。この事例は、それが大政党の「国民無視」声明という、イギリス政治史に例をみない事実と結びつけられていたり、また、国民的同質性という、イデオロギーの有効領域は一部の政治的な国民に限定されるものであることが分かっていると、それだけより一層重要となるのである。ベルギーでは、国民的にも社会的にも際立った異質性がある（それが、ベルギーの諸政党を典型的な統合政党にさせている<sup>21</sup>）にもかかわらず、民主主義に対する重大な脅威は、これまで生じていないように思われる。一般に異質性は〔解消されるのではなくむしろ〕徐々に高まる傾向を持っているが、このことは、以下のことから、すなわち、現存する適度な平等の内容が広範囲にわたって現実と一致しくなくなり、しかも、現実との距離を広げているということから、明らかになろう。それゆえ、たとえば、カール・マンハイムがこのイデオロギーという言葉に与えた意味において、同質性のイデオロギー的基礎づけが極めて重要となるのである<sup>22</sup>。このような「虚偽意識」が生みだされるのは、まず第一に、社会的基礎の激変に対する精神的「上部構造」の立ち遅れによってである。ある時点で現実との一致が認められ、それゆえに、「正し」かった意識の中味も、時とともに、現実が変化して、「虚偽」の性格を帯びてくる。たとえば、これまで、アメリカ合衆国では、共通の利益に対する利己的な計算は当然であるということへの無限の信頼があったため、その計算は、全く純粋に統合要因であった（その強度に関して、アメリカとヨーロッパとの、全国的な異質集団の同化過程を比較しながら、測定することができる）。もし1929年の危機によって北アメリカ資本主義の新時代が始まったということを証明しようとするれば、まず第一に、現実的抵抗の発生によって、一つの信念にまで固まったこの計算が検証されなければならないであろう。〔だが〕その検証のチャンスは、明らかに、この計算の実際的な構造からみて、大変疑わしいように思われる。それゆえに、今や、合衆国においては、注目すべき社会学的首尾一貫性をもって、新たな繁栄への希望が社会的統

合要因として利用されている。各個人の心の中にわき出てくる期待として、かつて社会関係を基礎づけていたものが、今やイデオロギー的に変質した形で社会的統合をささえるようになってきている<sup>23)</sup>。しかし、民主主義的イデオロギーが「虚偽」性を帯びるようになるのは、それが変化した現実の下で辻つまが合わなくなったからだけでなく、それがすでに持っているユートピア像に従って既存の民主主義的現実をみると、その現実化としては既存の民主主義は虚偽とみなされるからでもある。このことは、たとえば、本来の目的である社会民主主義から政治的民主主義を肯定するようになった、広範なヨーロッパ労働者階級のイデオロギー発展過程において生じている。民主主義の存在にとって、基底変化とか、「根本的危機」という問題は、部分的にはすでに達成されているが部分的にはまだ不十分な、主観的同質性の減少とパラレルな関係にある。なぜなら、明らかに、この基底変化が必然となる状況は、民主主義の危機状況であると言えるからである。しかし、帰納するための基盤が不足していることや、既存の経験的資料の中に、この状況では民主主義に何らの打開策もないという主張と反する現象があることを考慮すると、異質的社会において民主主義は不可能であるとするカール・シュミットの主張には、十分な根拠があるとは思えない。なぜなら、民主主義に対する一貫した「手段的態度」の増大を示す新たな可能性が、実際、目立ってきているからである。最近、チャールズ・ピアードが合衆国憲法の作成に関して、「金、公共安寧、工場、貿易、船舶」の提携を、アメリカ体制の基礎として強調しているにもかかわらず、民主主義に対する社会諸階級の意識的な手段的態度に関しては、比較的統一された階級利益が憲法に具体化されているかぎり、誰も余り注意を払わなかった<sup>24)</sup>。この手段的態度は、たとえば、主にレギーエン-シュティンネスの「社会協定」に基づくワイマール憲法や、最近ではスペイン憲法といった、今日の成文憲法規範の、周知の実体法的規定において、特に明白に現われている<sup>25)</sup>。この解釈にも、護憲諸政党の民主主義に対する態度、すなわち、民主主義を専ら異質的社会における意志統一に必要な最善の政治的機構として肯定するという態度、が反映している。より厳密に言えば、当該政党がこの国家構造を政治的に最善であるとみているのは、当該諸政党にとって、非民主的に権力を獲得するチャンスよりも、民主的に権力を獲得するチャンスの方が大きいと考えるからである。民主主義に対する手段的態度がこのように支配的になると——「世界の魔術からの解放」<sup>26)</sup>において多くの物事の自己目的的側面を排除するのと同じ現象——、確かに民主主義は不安定になる。もっとも、それは、状況の

変化によって、重要な政党あるいはそれ以外の権力集団が民主主義を単なる目的適合的手段とみるようになるかぎりにおいてであるが。このような問題は、ドイツにあると思われる。すなわち、最近のドイツの発展にとって、この原因の持つ意味は、カール・シュミットによって示された危機の諸要因よりもずっと高く評価されてもよからう<sup>27)</sup>。社会諸集団によくみられる、一時的な、民主主義に対する積極的とも消極的とも言えない手段の評価について一般論を述べることは、明らかに不可能である。だが、経験的に言えることは、だいたいの政治的均衡は、積極的な手段の評価から生じるということである（1925—1929年のドイツ、ベルギー、チェコスロバキア、オーストラリア、おそらくスペインも）。

今まで、異質的社会における民主主義の機能について論じられる場合、従来の組織規定や自由保障をうわまわる若干の実体法的規定が近代憲法に設定されたことによって生じる問題に、注意が払われてこなかった<sup>28)</sup>。しかし、シュミットは、従来の自由権を持つ純粋な議会主義的立法国家の機能不全というテーゼを越えて、次のように主張している、すなわち、実体法的諸規定の存在（これら諸規定が、多く存在するのであれ、また、改正に際して有資格の多数によって保護されるのであれ）が、この機能不全により一層の拍車をかけていると（47ページ）<sup>4)</sup>。このテーゼそのものについて論究する前に、シュミットが特に注目しているワイマル憲法の実体法的規範の当該主要形態に関して、専ら以下の説明の目的に合った概観を行うことが、妥当であろう<sup>29)</sup>。ここで問題となる諸規範は、一つには、行政や裁判が義務として直ちに遵守・実現しなければならぬ規範（確定規範<sup>30)</sup>、たとえば、ライヒ憲法143条3項、144条、149条）<sup>5)</sup>であり、もう一つは、そのような義務の生じない規範である。さらにまた、こうした諸規範は、提訴不可能な要求を立法者に向けさせる規範（綱領規範、たとえば、ライヒ憲法151、161、162条）<sup>6)</sup>、あるいは、立法者の権能のみが述べられている規範（権能規範、たとえば、ライヒ憲法155条2項、156条1項2項、165条5項）<sup>7)</sup>であろう。権能規範が有意義なものとして設定されうるのは、もしその権能規範がなければ少なくとも立法者に与えられた権能の容認が疑わしくなるという場合だけである。しかし、また、綱領規範が意味を持つ——立法者への「倫理的圧迫」——のは、その規範がなくとも、その内容を憲法が容認していることがはっきりしている場合である。確定規範は、規範適合的な国家の法律行為の中で実現されると、確定規範と現実の基礎とは一致する。綱領規範と権能規範は、綱領が実行されず、権能が使用されない場合、決して実現される基礎

と一致しない。

さて、一定の状況において個々の規範型の存在は、民主主義の機能化の度合いにどのような影響を及ぼしているのであろうか。ほぼ恒常的な権力分割において、確定規範は、次の機能を果たす。すなわち、確定規範は、特定の人々に単純多数の占有を禁じているので、特定の人々が、直接的現実的な政治闘争に入ることを困難にさせる。確定規範は、大きな現実の摩擦面を除去し、民主主義の機能の強化をめざすものである<sup>31)</sup>。確定規範が、もし「正当に」、すなわち、権力関係に即して選ばれるならば、その規範は、その時々、もしくは、政治闘争においてはじめて獲得される諸結果の先取りとして作用する。確定とは、民主主義という競合体系においては計画原理の導入と同じようなものなのである。他方、確定規範は、単純多数（単純多数と、単純多数によって保障されて所有していることとは、制度的には、対立関係にある）に、その願望の実現を許さない。確定規範の影響によって、ここで特に表面化した法秩序の制限への飽くことのない多くの努力が失敗し、ひょっとすると反民主主義的傾向の中に新たなものが生まれるかもしれない。すなわち、このことは、特に社会の権力関係に変化が生じた場合、問題になるであろう。だが、確定規範の最後に述べられた影響に対して、注目すべき代償的要素が存在する。確定規範によって保障された制度を伴う集団は、それによって、傾向として民主主義全体と積極的な関係に立つようになる。安定性の増大と減少という二つの傾向に関しては、官僚の地位の憲法による保障が例となる。何よりも、ライヒ憲法 129 条<sup>(8)</sup>の官吏法の保障によって（また、他に新スペイン憲法 41 条<sup>(9)</sup>によって）、政党間抗争の大きな犠牲と、したがってその強さとは、官職叙任権への可能性が減少すると、減少するであろう。しかし、そのことによって、また、諸政党の法的位置づけ（政党の目的の貫徹は、敏速な国家機関の人的配置転換だとされている）も、厳しく検査されるのである。

綱領規範と権能規範が恒常的な権力分割において実現されない限り、同じ結果が綱領規範と権能規範から生ずる。ここでは、これらの規範によって与えられる現実的チャンスから利益を受ける可能性のある者は、まさにこのチャンスやこれらの憲法規範の中に内包されている当該の理念的価値を肯定することによって、民主主義との積極的な関係の中に組み入れられる（156 条、165 条 2 項）<sup>(10)</sup>。可変的な権力分割において、権能規範の中にあるチャンスの現実化を特定の多数派集団が着手する場合、機能性の問題をどのように評価すべきであるか。ここでは、当該集団の権

力への上昇が合法的になされる限りで、すなわち、権力拡大の合法性が保障されている限りで、その機能性は高まる。だとすると、ライヒ憲法や新スペイン憲法に従えば、ほとんど大土地所有者のみに関して規定されている農業憲法から、このような全く農民的な農業憲法への移行は、通常の立法行為として可能であろう（ライヒ憲法 155 条、スペイン憲法 44 条）<sup>[11]</sup>。総括的に言えることは、ライヒ憲法第 2 編の実体法的規定は、それが民主主義の機能性に対してどのような影響をもたらすかに関して、はっきりした検証を許さないということである。内容と社会的手段に応じて、重要な影響が出てきたり、あるいは、重要でない影響が出てきたりする。ここでは、「証拠不十分 non liquet」ということで、様々な可能性の輪郭を描くことだけに限定しなければならない。

シュミットはさらに次のように主張している。すなわち、第 2 編の採用によって、議会の至上性が司法権の要素のために廃棄されるという、議会主義的立法国家の組織構造上の変化が生じている、と（57, 58, 61 ページ）<sup>[12]</sup>。現実には——この点では、シュミットに同意すべきである——すでに述べたような発展が生じている。しかし、何よりも、そこには——そして、それが決定的であるのだが——シュミットの言うその発展の原因は存在しないのである。シュミットによれば、このような構造変化が存在するのは、まさしく、「憲法改正法の制限の下にある、特殊な実体法的な憲法上の根拠を持つ」（60 ページ）<sup>[13]</sup> 憲法が存在する場合である。だが、一種の司法国家の具体化の最も重要な事例は、アメリカ合衆国にある。もし、修正 18 条を全く度外視すれば、この憲法は、まさしく、「組織的 - 手続的規定や一般的自由権に限定された憲法」（60 ページ）の型を示している。周知のように、修正 18 条<sup>[14]</sup>は、修正 5 条<sup>[15]</sup>と 14 条<sup>[16]</sup>にいう「正当な法手続」の、その元の内容に従って全く手続的に解釈される条項であり<sup>32)</sup>、それをを用いて、最高裁判所とそれに続く各審級裁判所は、団体、特に国家に関する議会法の包括的な再審理を行うのである。この司法国家的要素に対する解釈上の評価は、「人や財産にかかわる事柄での連邦裁判所の至上性」<sup>33)</sup>についておいそれと語れないところまで高まっている。それに対応して、議会の至上性は、何らかの所有権やそのチャンスにかかわるあらゆる領域において事実上取り除かれている。そのような変形を被っていない組織構造の機能性は、他の点では——最高裁の「占有略奪」に反対する者は、この点を評価していない——減少しなかった。もっとも、ここでは、カール・シュミットの言うように<sup>34)</sup>、裁判所が「原理的に争いのない社会・経済秩序の番人として、国家に対立し

ている」ということではなく、むしろ、普通選挙によって成立する議会に対して、保守的な上院を<sup>35)</sup>ブルジョアの代表組織へと意識的に創りあげたことが問題であるのだけれども。アメリカ合衆国では、司法の至上性の輪郭が入念に作られているが、ドイツでは、シュミットによれば、合衆国と異なって、司法の至上性に対するあらゆる制限があったとしても、議会活動に関して検証を行う機会は極めて少ないように思える。だが、ドイツにおいては、まるっきり解釈者の限界を越えた、基本権諸規定の利用は、政治的に重要ではないライヒ憲法 131 条<sup>(17)</sup>と 153 条<sup>(18)</sup>でのみなされている。確かに、所有権条項の解釈は、最高裁の判決とある程度の共通点を持っている。しかし、その解釈と判決とは、多くの厳密な所有権概念の使用によって根本的に区別される。さらに——そして、それは、このことに関して決定的であるのだが——所有権の保障は、新しい実体法的な基本権諸規定に属するのではなく、周知の自由権に属している。ライヒ憲法 109 条を司法の至上権の出発点として用いる可能性を、ライヒ裁判所とそれに次ぐ各級裁判所は、これまで利用してこなかった<sup>36)</sup>。「行政国家」（シュミットとともに、最近のドイツ緊急命令体制をそのように規定することができよう）に対して、司法による再検査の可能性が、より高いものになりえよう。そのとき、行政国家的要素と司法国家的要素との特殊な結合という観点が現われる。しかし、それは、ここで取り扱われる、複雑にからみあった問題全体の範囲を越える現象であり、また、シュミットによれば、慣習法によって正当化されるだけで、大部分積極的な憲法規範とは矛盾<sup>37)</sup>する現象なのである。このことからして、カール・シュミットが「『必要に基づく』特別立法者」（70—87 ページ）<sup>(19)</sup>という標題の下で取り扱った複雑な問題全体に立ち入るべきではないのである。

ところで、シュミットは、冒頭ではっきり述べているように、民主主義の論証を行った際、民主主義の論証と、若干の主要な憲法的要素の論証との間に一連の矛盾が存在すると結論づけている。異質的社会において民主主義は十分正当化されるべきであるということを示すことによって、同時に、以下のことが示される。すなわち、特殊利益の保護の論拠を示した実体法的諸規定を導入するということは、民主主義を正当化するのにふさわしい原因でありうる、ということである。なぜなら、異質性は、保護の必要性を含んでいるからである。ところで、シュミットは、異質的な〔社会の〕民主主義においても、保護理由の適用例がある場合や、実際に保護の必要性が非常に大きい場合（43 ページ）、保護規範の導入は、一方ではワイマール

憲法第1編と第1編を基礎づける諸原理(76条<sup>[20]</sup>を除く)との間に、他方では憲法第2編とそれを基礎づける諸原理との間に矛盾を生じさせる、[すなわち]、第1編の基礎づけは、無制限の機能主義を、それゆえ、自由権の保障を除いた組織規範のみを含むライヒ憲法を要求していると、主張している。もしこのような民主主義が立法国家的性格を持ち、また、その決定的表現が、議会の行う規範化であるならば、シュミットはそうした民主主義を、議会主義的立法国家と呼ぶ(7ページ)<sup>[21]</sup>。他方、第2編に付された論証は、立法国家との関係において、76条の廃棄を要求している。それも、立法国家が完全に排除されるか、あるいは、身分国家的権能を持つ機関によってのみ変更されうることを要求している。「論理的に考えをつきつめれば、多数派に脅やかされる特定の諸利益ないし集団の、このような保護当然性および保護必要性の承認は、これら利益ないし集団が、議会主義的、民主主義的票決法の機能主義の随時性から、完全に離脱させられるという結果に導かざるをえない。したがって、当然の帰結として出てくることは、分裂を伴う完全な除外、もしくは亡命、離反の権利の承認であろう」(44ページ)<sup>[22]</sup>。だから、76条は、第1編を論証するだけでなく、第2編を論証する原理とも矛盾している、ということになる。シュミットは、機能主義の諸要求と本質保護の諸要求との妥協の可能性を完全に否定し、特に、ワイマールの妥協を、中立と非中立との間で中立を保とうとする試みと規定し、愚かなことと非難している。しかし、ここでは、これら選択肢の間での中立的立場が問題なのではなく、むしろ、困難な中立と困難でない中立との境界区分が問題なのである。この点からみると、シュミットの結論、すなわち、この中立的立場は中立性に対する一つの決断を意味し、したがって、非中立の立場である、という結論は、正しくないように思える。シュミットは、この点で、すでにヴォルテールが修正していたパスカルの誤謬、すなわち、「そして神が存在することに賭けないことは、それは神が存在しないということに賭けることである」<sup>[23]</sup>に陥っている。ヴォルテールは、このことに対し、次のように述べている。すなわち、このように言うのは明らかに誤りである。なぜなら、疑問を抱き説明を求めている者は、賛成か反対かのどちらかに決めかねているからである、と。しかし、決定的なのは、ワイマール憲法の選択した形態において、シュミットの言う、第1編の無限定を要求する機能主義に対して、その機能主義の単なる困難化ではなく、機能主義の全体的な特権化、すなわち、機能主義の明確な領域限定を行うことが、なぜ認められるのかをはっきりしていないという点である。いずれの場合も、

民主主義の形式的価値と特定の本質的価値との間の妥協が重要なのであるが、ワイマール憲法は、民主主義的な形式的価値を極めて高く評価しているのである。民主主義的な形式的価値を一貫して維持しようとするれば、形式的価値は、価値の内容によって、以下の程度にまで、すなわち、投票手続そのものを維持しながら、その様式は特定領域に合うように変えられる程度にまで、弱められるのである。専ら、保持されている民主主義的残基がまだ存在しているという事実で、民主主義の事実上の廃棄を意味深く正当化するためには、確かに、こうした諸限定の上に、それを侵犯すれば保持されている民主主義的残基がさらに少なくなるという最上の限定を設定しなければならなくなるだろう<sup>38)</sup>。ワイマール憲法第2編の体系に関しては、この限定が設定されているとは言えないであろう。かくして、ここで示された民主主義の論証に従えば、76条の存在と憲法第2編との原理的結合は、多くの自由権を除外して成立するのである。だが、その結合は、ワイマール憲法の組織編に76条を適用することではない。シュミットは、すでに早い時期に、彼の憲法論の中で、憲法と憲法律との基本的な区別をした際に<sup>39)</sup>、変更できない憲法諸規範（そうした諸規範は、彼によれば、憲法の根本的な全体的決断に属している）が存在する、という意見を主張していた。もし民主主義の究極の決断が自由と平等であると認められるならば、憲法と憲法律との区別を原理的に肯定する際、確かにカール・シュミットの場合とは異なる、非改正の具体的形態が生ずる。ここで論究される民主主義の正当化を前提にすると、非改正の問題は、二つの競合的観点から考察することができる。第一の公理は、次のようなものでありうる。すなわち、76条を適用しさえすれば、以下のような条件、すなわち、形式価値と本質価値の妥協は、後になって（憲法廃棄、補足、あるいは拡大によって<sup>40)</sup>その範囲で変化する）第2編（自由権を除く）に及ぶという条件を満たす、規範体系の変化が必ず生ずるというものがある。組織編とそれに付属した種々の自由権に変化が生ずるのは、以下のような場合、すなわち、構造変化によって新しい組織形式が国民全体の中で必要となったときでも、できるだけ大きな自由と平等を実現するために、そうした変化が必要であるような場合のみである。その際明らかになるのは、どのような事情があっても、当該原理の必然的制約（*conditio sine qua non*）であるような、したがって、修正されることのない、規範あるいは規範編が存在する、ということである。それは、51%の国民意志と国家意志とのある程度の一致を保障する規範、すなわち、人数の下限と任期の上限を定めた、代表機関に関する普通・平等・秘密・比例選挙法で

ある。それに反して、上述のような構造変化があれば、一定の条件下では、選挙法の積極的かつ消極的な改正が正当化されうるのである。たとえば、ライヒ憲法の中で規定されている選挙年齢は明らかに一定の成熟度の表われと考えられるので、人間の成熟過程が平均的に減速あるいは促進していれば、それは、ライヒ憲法 22 条を改正することへの根拠ある動因でありえよう。これに反して、選挙権の平等に対するあらゆる違反は、政治的自由の廃棄を意味するであろうし、選挙年齢の「いわれなき」引上げは政治的自由の減少を意味するであろう。今後とも、自由な意志形成を保障する全ての規範、すなわち、公民的自由は、変更されえないのである<sup>41)</sup>。それに対して、あらゆる「私的」自由は変更可能である。政治的自由の廃棄を民主主義的に基礎づけているホッブスの理論と、上述の、全ての国民にとって、自己の意志と国家の意志とを一致させるための、不可譲の制度的チャンスであるとする、自由の規定——それゆえ、自由と平等はその時々自由と平等——とは対立する。したがって、この種の〔政治的自由の〕放棄は、民主主義的には正当化されえないのである。

〔原註〕

- 1) Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, 1932 (田中浩・原田武雄訳『合法性と正当性』未来社刊, 1983年).
- 1a) Vogelin in „Zeitschrift für öffentliches Recht“, XI, S. 108/109 参照.
- 2) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 169 und 235 (阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』みすず書房, 1974年, 201ページと272ページ以下).
- 3) Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 1929, S. 9 (西島芳二訳『デモクラシーの本質と価値』岩波文庫, 39ページ).
- 4) *Verfassungslehre*, S. 278 (阿部・村上訳, 前掲書, 323ページ).
- 5) 民主主義の構成原理としての自由と平等に関する詳しい論議は, Starosolsky, *Das Majoritätsprinzip*, Wien und Leipzig 1916, S. 84 ff. を参照。最近のものである、たとえば, Schinder, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 1932, S. 133 の所見がある。特に, G. Salomon, *Verhandl. des 5. deutschen Soziologentages*, S. 106-109 を参照。
- 6) 「人間にふさわしい」存在において、はじめて政治的自由の行使の可能性が生ずるという命題から、公民的自由の範囲が相当広がる。このことに関して, Luiz Jimenez de Azua, *Vorsitzender des Verfassungsausschusses der Cortes*. を参照。〔また〕 *Zeitschr. für ausländisches öffentl. Recht* III, 3, 377 を参照。
- 7) 「自治」や「個人の責任」との関係は, Pribram, *Verhandl. d. s. deutschen So-*

ziologentages, S. 100 に、ある程度示されている。

- 8) 民主主義におけるこの自由の不可欠な組織に関しては、Ziegler, Die moderne Nation, 1931, S. 237 を参照。確かに、ここで主張されている命題、すなわち、民主主義は個人の自由に対して「集団の自由」を代置するという命題は、かなり制限されている。なぜなら、まさにどの必要な自由の組織化も、多数派の集団を抑制し、それに対抗するような一定の可能性を保障しているからである。
- 9) 自由概念の多様性と、そうした概念の崩壊の可能性について、Bryce, Moderne Democracies, 1921, Bd. I, S. 60 ff. を参照。Laski, Liberty in the moderne State, London 1930 (飯坂良明訳『近代国家における自由』岩波書店)は、彼の多元主義的立場から厳密な区別をすることなく、自由の多様な機能を認めている。また、„A grammar of politics“, S. 146 ff. (横越英一・日高明三訳『政治学大綱』法政大学出版局)の彼の詳しい説明を参照。
- 10) シュミットによるその列举は、Verfassungslehre, S. 168/69, Hbd. DStR. Bd. 2, S. 594 を参照。最近のものでは、Neumann, Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, 1932, S. 16.
- 11) 絶対主義と個人的自由との同時発生については、„Demokratie und Parlamentarismus“, Schmollers Jahrb., Bd. 51, S. 7 におけるテンニエスの論評を参照。
- 12) そのことに関する、より最近のものとしては、Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Grautien der Reichsverfassung, 1931, S. 27 ff. を参照。
- 13) Kelsen, Wesen und Wert der Demokratie, S. 9-10 (前掲訳書, 34-35 ページ)。
- 14) Rousseau, Contract social, II 3 (桑原武夫・前川貞次郎『社会契約論』岩波文庫, 第2編第3章) 参照。
- 15) 重要なのは、1919年7月31日の 71. Sitzung, 2195C の演説である。〔憲法の〕前文は、今日、周知のように、憲法解釈のために広く利用されている。たとえば、Lierman, Das deutsche Volk als Rechtsbegriff, 1927, S. 166 ff. の意見は、その一例である。特に、Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 8, 9 を参照。民主主義原理の国家論的解釈にとって意義あると思われるものは、Richard Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts (HdbDStR.), Bd. 2, S. 190, Freiheit und Gleichheit im System der Demokratie である。
- 16) Rousseau, Contract social, IV 2 (桑原・前川訳, 前掲書, 第4編第2章): また、その点に関して、Smend, a. a. O., S. 114 を参照。
- 17) ここでは取り挙げられなかった、国家権力そのものから正しくないとみなされた諸規範の問題については、ラドブルッフの詳論 (Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1932, S. 82) を参照。また、社会学的な論証を持つ、認識論的かつ難解な価値相対主義

- の範囲で、トーマが論及している (HdbDStR. Bd. 2, S. 142)。
- 18) フランスの場合は、君主絶対主義の異論のない法的手段としての「玉座」に関して、Holtzmann, *Französische Verfassungsgeschichte*, 1910, S. 350 を参照。イギリス憲法史には、そうした問題設定すらみられない。すなわち、Dicey, *Introduction to the study of the law of constitution*, 8. Aufl., 1915, S. 224 ff. や Maitland, *Constitutional history of England*, 1908, S. 266 ff. や Hatschek, *Englische Verfassungsgeschichte*, 1913, S. 499 ff. は、ヨークと王家との係争に際して、裁判行為に対する王家の（その逆ではない）直接的影響権の問題と、行政上の拘禁命令の適法性の問題しか取り扱っていない。
  - 19) C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, Kap. I (阿部・村上訳, 前掲書)。
  - 20) ついでに言えば、あらゆる政治的イデオロギーの中で民主主義の問題の占める地位が高まったことから、奇妙にも、次のような事実、すなわち、憲法発展の民主主義的側面は——アメリカ合衆国を除いて——歴史的に小さな位置しか占めていなかったという事実が忘れられている。だが、平等の選挙権が最終的に実施されたのは、フランスにおいては、ようやく 1852 年になってからであり、イタリアでは 1911 年、イギリスでは 1918 年、ベルギーではまさに 1921 年になってからなのである。現代の高揚した精神の動きは、次の点、すなわち、現実的歴史的な保護観察期間の極めて短い制度はすでに古くさいものになるという点からも明らかである。その点に関しては、M. ヤッフエの民主主義と政党に関する詳論 Arch. f. Sozw. abd. 65, S. 106-108 を参照。
  - 21) 統合政党の概念に関しては、Siegmond Neumann, *Die deutschen Parteien*, 1932 を参照。ベルギーの異質性の傾向に関しては、Bourquin, *Jahrb. d. off. R.*, 1930, S. 187 を参照。これは、「混合内閣」による「同質内閣」の代用について述べている。
  - 22) *Ideologie und Utopie*, 1929 (鈴木二郎訳『イデオロギーとユートピア』未来社)。
  - 23) 意識的な大衆感化におけるかつてのフロンティア精神の変形については、Ch. Lütken, *Staat und Gesellschaft in Amerika*, 1929, S. 176 ff. の示唆に富んだ説明を参照。もし、「不況の葬送」を社会か国家、あるいはその双方に期待するならば、どうしても、イデオロギー問題が重要となる。なぜなら、その場合、現実への適用は仮装の形を取ってのみ行われうるからである。
  - 24) Charles A. Beard, *An economic interpretation of the constitution of the United States*, 1925, S. 324.
  - 25) 国民議会憲法委員会でのフーゴー・プロイスの発言、「今ここで支配的なのは、単一の見解ではなく、様々な見解の、これまで分裂していた諸目的から、一つの複合体を取り出し、結合を図ろうとする様々な見解の共同作業である」(Protokolle, S. 185) を参照。

- 26) 確かに、この中間的態度は、最終的に民主主義を肯定する者にとって、まさに〔民主主義を〕肯定するというこの事実によって和らげられる。もっとも、その中立の性格が無意識のうちに弱まる限りにおいてであるが。その際、重要なのは、民主主義の目的正当化という上述の問題は、大部分、民主主義を現代の状況において専ら手段としてのみ肯定する者のために存在するということである。
- 27) Jovishoff, Z. f. öff. R. 12, S. 625 ff. の詳論を参照。
- 28) Lowenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, 1931, S. 3 を参照。
- 29) その点に関しては、カール・シュミットが HdbDStR. Bd. 2, S. 101 で行った類型論を参照。
- 30) この概念は、ここでは、シュミットの用語 HdbDStR. Bd. 2, S. 604 よりも広い意味で用いられている。
- 31) この摩擦面の除去は、政治意識の同質性の領域を切り開く試みとみなされうる（先述のプロイスの発言を参照）。「同質性」のみが民主主義の機能化を可能にするという命題を仮定した場合、このことに関しては、やはり、この同質性では十分ではないように思える。その限りでは、ライヒ憲法第 2 編は、当該機能に関して、憲法の機能化の必要不可欠な条件であるというエルンスト・フレンケルの見解 (Gesellschaft, 1932, Heft 10, S. 308) は、それと対立するカール・シュミットの命題と同様、疑わしい。
- 32) Commons, Legal foundations of capitalism, 1924, S. 333. 最近のものでは、Louis B. Boudin, Government by judiciary, New York 1932, Kapitel 33/34 の polemische 叙述や、Rommen, Grundrechte, Gesetz und Richter in U.S.A., 1931, S. 89 の叙述を参照。
- 33) Charles Beard, American government and politics, New York 1931, S. 49 を参照。また、憲法に関するエルンスト・フロイトの啓発的な論文 Encyclopaedia of the social sciences, IV, S. 254 における、極めて慎重であるが最終的には積極的な、この実践の評価をみよ。
- 34) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 14 (前掲訳書)。
- 35) 異なった評価にもかかわらず、事実そのものは疑いない。Burgess, Political science quarterly, X, 420, Charles Warren, Congress, the constitution and supreme court 1925, S. 176/77. 最近の重要なものでは、Boudin, zit. op. passim, insbesondere II, 474 ff. を参照。
- 36) 全体については、Hensel, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. I, S. 1 ff. の概観を参照。109 条と判決に関しては、Leibholz, Arch. f. öff. R. N. F. 9, S. 428 の概観や、最近のものでは、Entscheidungen des Reichs-

gerichts in Zivilsachen, Bd. 136, S. 221 の最高裁判決による 109 条の典型的な取扱いを参照。

- 37) Legalität und Legitimität, S. 71 ff. (前掲訳書) を参照。この緊急令の発動は、既存の民主主義的憲法実践における臨時措置ではなく、1848/49 年の国法状況に比肩できる「困難な憲法状況」を意味する、ということについて、Heckel, Arch. f. öff. R. N. F. 22, S. 309 を参照。
- 38) ケルゼン Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 55 が、特別多数を、多数決原理よりもより自由の観念に近いものと規定するとき、その規定が可能なのは、ケルゼンが同時に政治的自由と私的自由を心に留めている場合のみである。この区別の必要性については、上をみよ。
- 39) Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 26 ff. (前掲訳書)。また、Bilfinger, Arch. öff. R. N. F. 11, S. 118 や Nationale Demokratie als Grundlage der Weimarerfassung, 1929, S. 12 ff. を参照。文献一覧については、Thoma, HdbDStR. Bd. 2, S. 154 と Walter Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, 1931 を参照。
- 40) こうした表現は、ここでは、Lowenstein, Erscheinungsformen, S. 114 ff. の用いた用語の意味で理解すべきである。
- 41) この立場から、また、3分の2の多数による国民立法手続の廃棄は認められない。Walter Jellinek, HdbDStR. Bd. 2, S. 185. 改正は認めるが、改正手続そのものは国民投票の下位にあるというトーマ Thoma, ebenda, S. 114 の意見や、ヤコビ Jacobi, „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben“, Bd. I, S. 257/58 の意見は、国家機関としての国民には憲法制定権力としての国民に与えられる権利はないということを誤解している。

#### 〔訳註〕

- 〔1〕 カール・シュミット、田中・原田訳『合法性と正当性』未来社、1983年、40ページ。
- 〔2〕 同上訳書、43—44ページ。
- 〔3〕 同上訳書、60—61, 128ページ。
- 〔4〕 同上訳書、66ページ。
- 〔5〕 143条3項「公立学校の教員は、国家公務員の権利と義務を有する。」

144条「学校制度全般は、国の監督下におかれる。ただし、国は公共団体をこのことに関与させることができる。学校の監督は、これを本務とする、専門的予備教育を受けた公務員によって行われる。」

149条「宗教教育は、宗教と無関係の（非宗教の）学校を除き、学校における正

規の教科とする。宗教教育の実施に関する規定は、学校法の中で定める。宗教教育は、当該宗教団体の教義に従って行われる。ただし国の監督権は妨げられない。」

- 〔6〕 151 条「経済生活の秩序は、各人に、人たるに価する生活を保障するという目的を持つ正義の原則に適合するものでなければならない。この範囲内で、各人の経済的自由が保障される。

法律による強制は、権利の侵害を防止するため、または公共の福祉の重大な要求に応じるためのみ、許される。

通商および営業の自由は、ライヒ法律の定めるところに従って、保障される。」

161 条「健康および労働能力を維持し、母性を保護するため、ならびに老齢、病弱および生活の変化にそなえるために、ライヒは被保護者の積極的な協力の下に包括的な保険制度を設ける。」

162 条「ライヒは、人類の全労働階級のために、広く最少限度の社会的権利を獲得せんとして締結される、労働者の法律関係を規律する国際法に賛同する。」

- 〔7〕 155 条「土地の分配および利用は、国がこれを監督し、もってその濫用を防ぎ、かつ全てのドイツ人に健康な住居を確保し、全てのドイツの家族、特に子供の多い家庭に対してその必要に応ずるような宅地と農業家産地とを確保するという目標を達成するよう行わなければならない。将来制定される家宅法においては、特に出征軍人を顧慮しなければならない。

住居の需要を満たすため、植民および開墾を促進するため、または農業を発達させるために土地を確保することが必要な場合には、これを収用することができる。世襲財産は、これを廃止する。

土地を耕作し、これを充分利用することは、土地所有者の公共に対する義務である。労働または資本を投下しないで生じた土地の価値増加分は、公共のために利用される。

土地埋蔵物および経済上有用な自然力は、全て国の監督を受ける。私の特権は立法によりこれを移すことができる。」

156 条「ライヒは、法律により、公用収用に関する諸規定を準用して、社会化に適する私企業に補償を与えてこれを公有化することができる。ラントまたは公共団体は企業および経済的団体の管理に参加し、またはその他の方法でこれに対して強い影響力を保持することができる。

ライヒは、さらに緊急の必要ある場合には、生産に従事する国民層全ての協力を確保し、使用者および被用者を経営に参加させ、かつ財貨の生産、製造、分配、消費価格の形成および輸出入を公共経済の原則によって規律する等のことを目的として、法律により、自治の基礎の上に、公共経済のために企業および経済的団体を統合することができる。

共同組合およびその連合会は、請求により、その規約および特色を考慮して、公共経済に組入れられる。」

165条5項「労働者会議および経済会議に対しては、それらに委託された事務の範囲内で監督および行政の権限を委任することができる。」

[8] 129条「公務員の任用は、法律に別段の規定ある場合を除き、終身とする。恩給および遺族扶助料は法律によって定める。公務員は、その正当な既得権を侵されることはない。公務員は、その財産法上の請求権につき訴訟を提起することができる。

公務員は、法律の定める条件および手続によるのでなければ、一時その職を免ぜられたり、休職または退職を命ぜられたり、または以前より少額の俸給を受ける他の職に転任させられることはない。

職務上の懲罰に対しては、訴願の途がひらかれ、かつ再審の可能性が与えられなければならない。公務員の身分に関する記載書に公務員に不利な事実を記入するには、あらかじめその事実につき発言する機会を与えなければならない。公務員には身分記載書を閲覧する権利が保障される。

正当な既得権の不可侵および財産法上の請求権に関する訴権は、職業軍人に対しても特に保障する。その他、職業軍人の地位については、ライヒ法律によって定める。」

[9] 第41条〔スペイン第2共和国憲法（1931憲法）〕「公務員の任命・休職・転職は法律によりなされなければならない。公務員の罷免不能は憲法により保障される。公務員の解任・停職・転任は法律のより認められた理由によってのみなされる。

いかなる公務員も、その政治的・社会的・宗教的信条を理由とする圧迫を受けてはならない。

公務員がその職務の執行において、義務に反して第三者に損害を生ぜしめた場合、国家もしくは当該公務員の属する官公署は、生じた圧迫もしくは損害に対して法律の定めるところに従い、2次の責任を負う。

文官の公務員は、付記された公務に支障をきたさない限り、職業組合を結成することができる。公務員の職業組合は法律により定める。当該組合は公務員の権利侵害を行った上級管理職を裁判所に提訴することができる。」

[10] 156条、165条2項は、〔7〕をみよ。

[11] 155条〔7〕をみよ。

スペイン憲法44条「国の富全体はその所有者が誰であるかに関わりなく国民経済の利益に服し、憲法と法律に準拠して公的負担に寄与する。

全ての種類の富の所有は、コルテスで絶対多数の賛成によって可決された法律が

別段の定めをする場合以外は、社会的有用性の大き義から適当な補償を与えられて強制的収用の対象となりうる。

同様の条件により、所有権は社会化される。

社会的必要性の要請がある場合、公共事業および公共の利益に関わる企業は、国有化される。

国家は生産の合理化および国民経済上の利益から必要とされる場合、法律にもとづき、産業および企業の経営ならびに調整に介入することができる。

いかなる場合にも、財産没収の罰は課されない。」

[12] 前掲訳書, 81, 83, 86 ページ。

[13] 同上訳書, 85 ページ。

[14] 修正 18 条 [1919 年確定] (宮沢俊義編『世界憲法集』岩波文庫)「第 1 節 本条の承認から 1 年を経た後は、後およびその管轄権に服するすべての領土において、飲用の目的をもって酒精飲料を醸造、販売または運搬し、またはその輸入もしくは輸出を行うことを禁止する。

第 2 節 連邦議会と各州とは、適当な法律の制定によって本条を施行する共同の権限を有する。

第 3 節 本条は、合衆国議会からこれを各州に提議した日から 7 年以内に、憲法の規定に従って諸州議会によって、憲法修正として、承認されるのでなければ、その効力を生じない。」

[15] 修正第 5 条 (同上書)「何人も大陪審の告発または起訴によるのでなければ、死刑または破廉恥罪の責を負わされることはない。ただし、陸海軍軍隊または戦時もしくは公共の危険に際し、現に服役している民兵の間に行った事件については、この限りでない。何人も同一犯罪について、重ねて生命身体の危険に臨ましめられることはない。また何人も刑事事件において、自己に不利益な供述を強制されることがない。また正当な法の手続によらないで、生命、自由または財産を奪われることはない。また正当な賠償なしに、私有財産を、公共の用途のために、徴収されることはない。」

[16] 修正第 14 条 [1868 年確定] (同上書)「第 1 節 合衆国において出生し、または帰化し、その管轄権に服するすべての人は、合衆国およびその居住する州の市民である。いかなる州も合衆国市民の特権または免除を損う法律を制定し、或いは施行することはできない。またいかなる州といえども正当な法の手続によらないで、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない。またその管轄内にある何人に対しても法律の平等なる保護を拒むことはできない。

第 2 節 下院議員は、各州の人口に比例して、各州の間に分配される。納税の義務のないインディアンをのぞいた総人口を各州の人口とする。しかし、もし合衆国

大統領並びに副大統領の選挙人の選任、連邦議会下院議員、各州の行政官並びに司法官、もしくはその州議会の議員の選挙に際して、いずれの州かが自州の住民たる男子中、年齢 21 歳に達し、かつ合衆国市民たる者に対し、反乱の援助またはその他の犯罪によるのではなくして、投票の権利を拒み、またはなんらかの形で制限する場合には、その州より出す下院議員の数は、これらの男子市民の数とその州における 21 歳以上の男子市民の総数との割合に準じて、減少される。

第 3 節 かつて連邦議会の議員、合衆国の官公吏、各州議会の議員、または州の行政官もしくは司法官として、合衆国憲法の支持を宣誓し後に合衆国に対する動乱もしくは反乱に荷担し、または合衆国の敵に援助または助力を与えたものは、何人も連邦議会の両議院議員、大統領並びに副大統領の選挙人となり、または合衆国もしくは各州の下において文武の官職につくことはできない。しかし、連邦議会は、その各議院の 3 分の 2 の投票によってこの不能力を解除することができる。」

[17] 131 条「公務員が委託された公権力を公使するにあたり、その公務員が、対第三者関係において彼に義務づけられた職務義務に違反した場合には、その責任は原則として、その公務員を使用する国または公共団体に属する。ただし、その公務員に求償することは、妨げられない。本条の賠償につき、通常の訴訟の途がとざされてはならない。

詳細な規定は、関係立法の定めるところによる。」

[18] 135 条「ライヒの住民は、全て、完全な信教および良心の自由を享受する。宗教上の行為は妨害されず、このことは、憲法によって保障されかつ国によって保護される。一般の法律は、これによってその効力を妨げられることはない。」

[19] 前掲訳書、98—123 ページ。

[20] 76 条「憲法は、立法によりこれを改正することができる。ただし、憲法改正のためのライヒ議会の議決は、法律の定める議員定数の 3 分の 2 がこれに同意する場合に成立する。憲法改正のためのライヒ参議院の議決も投票数の 3 分の 2 の多数を必要とする。人民請求に基づき、人民投票をもって憲法の改正を決定する場合には、有権者の過半数の同意がなければならない。

ライヒ議会がライヒ参議院の異議にかかわらず憲法の改正を議決した場合に、ライヒ参議院が 2 週間以内に人民投票を要求するならば、ライヒ大統領はこの法律を公布することができない。」

[21] 前掲訳書、5 ページ。

[22] 同上訳書、61—62 ページ。

[23] これは、パスカルの原文そのままではない。日本語訳『パンセ』での該当箇所は、講談社版では 418 断章、その他の訳本では 233 断章を参照。

〔翻 訳〕（中道）

〔付記〕 本稿は、O. Kirchheimer und N. Leites, Bemerkungen zu Carl Schmitts „Legalität und Legitimität“ (Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 68. 4. 1932.) の翻訳である。