

憲法イデオロギーとしての行政論：ケルゼンの場合 とシュミットの場合

手島, 孝
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/16188>

出版情報：法政研究. 47 (2), pp.261-293, 1981-03. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

憲法イデオロギーとしての行政論

——ケルゼンの場合とシュミットの場合——

目 次

はじめに

第一節 〳〵国家行政〵論——ケルゼンの場合

一 ケルゼンの行政本質論

二 ケルゼンの行政政策論

三 ケルゼン行政論の特性と限界

第二節 〳〵行政国家〵論——シュミットの場合

一 シュミットの行政国家一般論

二 シュミットのワイマール行政国家論

三 シュミット行政（国家）論の評価

第三節 ケルゼン 〳〵国家行政〵論とシュミット 〳〵行政国家〵論の対決

はじめに

「かつて国家は法の国家レヒツェンstaatであり、行政はその国家の行政(Staatsverwaltung)であった。今や国家は行政の国家(Verwaltungsstaat)であり、法はその国家の法シュタットレヒトである。法→国家→行政から、行政→国家→法へ。国家と行政の関係は逆転した。」(拙著『行政国家の法理』一〇頁)

ここで鍵概念キイを成すのは明らかに行政の観念である。換言すれば、近代とポスト近代(すなわち現代)を分かつ最大の憲法イデオロギーの一つは、行政を——とくに国家および法との連関で——如何に本質把握するかに関わるといえる。この意味での行政論を、今世紀国法学界ふたりの巨人、ハンス・ケルゼン(Hans Kelsen 1881—1973)とカール・シュミット(Carl Schmitt 1888—)に即して分析し検討することは、兩人が右述断層的二期をそれぞれ典型的に代表すると見られるだけに、単なるケース・スタディ以上の憲法理論的意義を持ちうるに違いない。

第一節 // 国家行政論——ケルゼンの場合

ケルゼン行政論は、本質的に、行政(V)をもっぱら国家(S)の函数視する「国家行政」(Staats-Verwaltung)論である。V=f(S)。そしてこのことは、遡ってその国家を法(R)と自同に置くS=R—ケルゼニズムの根本命題の一帰結として行政は法の作用・機能フンクツチオンにほかならないV=f(R)——という意味において、そうなのである。

批判的検討(三)に先立ち、ケルゼンのそのような行政観を、かつて試みた基礎考察(本誌二三卷一号)の成果にその後得た知見チリを加えて整理・要約すれば、左記(一、二)の如くなるうか(以下、簡条書きで示す本文はケルゼン自身の論述内容、「」内は筆者によるコメントである)。

一 ケルゼンの行政本質論

(1) “行政”とは、法の段階構造の中で、憲法（すなわち、根本規範を論理上前提する制憲作用の所産）に次位する一般的・抽象的法規範（法律）を適用して、より個別的・具体的な法規範（裁判、処分）を定立する作用である。⁽²⁾ すなわち、それは国家（≡法秩序）のいわば立体的な動態の第三レベルをとらえた本質的に法的な——そして動態的な——概念である。

(2) そうすると、かかる行政は、レベルの違いを除けば“立法”（すなわち、憲法を適用して法律を定立する法作用）と同質であるだけでなく、“司法”との間にはなおさら、法的機能上の、換言すれば国家（≡法）作用としての本質の差異はなくなる。ただし、行政同様、司法もまた、立法の低位にあって立法の所産たる法律の個別化・具体化に任ずる法作用（その所産は判決）以外の何ものでもないから。⁽³⁾

この意味で、行政と司法は“執行”（Vollziehung）として一括される。「執行には、さらに裁判・処分・判決などの個別具体的法規範を適用して端末の現実的強制行為——刑罰・行政罰・強制執行の実施——に当るいわば第四レベルの法作用（すなわち、法適用ではあるが、もはや法定立ではないもの）も含まれることになるが、ケルゼンは、広義では、これら第四レベルにまで延長して司法・行政の概念につき語る（判決の執行は司法に、裁判・処分の執行は行政に、それぞれ属すると説く⁽⁴⁾）ものの如くである。」

(3) 司法のみを法宣言（Rechtssprechung）すなわち“国家の法目的の実現”として、“国家の文化目的ないし威力目的の実現”たる行政と本質的対立関係に置こうとする伝統的法理論は、国家（一種の巨大人間^{マクロアントロポス}）と法（秩序）を二元視する通説的謬見に出るものであって、維持できない。ただし、行政も“法宣言”であること(1)所述のとおりである

し、また「法目的」と「文化ないし威力目的」の別も、すべて国家（「法秩序」）作用のめざすところは形式的には法の実現であり内容的には何らかの文化・威力目的にほかならぬことに想到すれば、無意味とならうから。⁽⁶⁾

(4) かくて、司法と行政の区別は、さしあたりただ、担当機関の「組織技術上の差異に、すなわち、強制を科しもしくは強制行為準備手続を遂行する官署の地位に」のみ存することとなる。——「一方の場合には独立の裁判所、他方の場合には非独立的行政官庁」。

(5) しかし、「法定機関の独立性」の有無というこの指標は、「全国家機構と法学体系を規定している、かくも原理的な区別」を基礎づけるには全く不適である。⁽⁷⁾

まず、裁判所独立制は「絶対王権の制限」（すなわち、人民の利益のより切実な刑法・民法の分野で君主の干渉を排除する）という「歴史的・政治的にのみ説明されうる」動機に由来するもので、したがって、それを基準とする司法と行政の対立も「合理的考量の観点である法技術的観点からは全く恣意的と認められざるをえない」（傍点手島）。⁽⁸⁾

さらに、仔細に観察すれば、裁判所の独立は相対的であって、「行政に対する絶対的基準では全然ない」。というのも、第一に、検察官の公訴権、元首の恩赦権、審級制における上級審の破棄権によって裁判所の独立は著しく制約されており、第二に、司法と行政の同格の要請からも、行政府が判決に拘束されるのならば裁判所も行政行為に羈束さるべきであるなど、裁判所の独立に大きな例外が生じ、また生じえ、第三には、この標識は裁判所に限られず、合議制機関・最高執行機関など行政庁にも結構見出されるから。⁽⁹⁾

(6) 伝統的法理論が司法と行政の間に本質的差異を主張するとき、左掲「裁判所の独立」の他に持ち出す第二の契機は、行政に特有とされる「自由」（法からの自由）、すなわち「自由裁量」の要素である。しかし、法の純粹理論からするならば、すべて国家（「法」）作用には「自由かつ同時に羈束的な裁量」が見られるのであり、それらの間に量

的差はあっても質的差は存在しない。にもかかわらず、あえて法行為を羈束的なものと自由なものに二分するのは、後者から法的性格を剥ぎ去ることによって、立法・司法の領域で排除ないし制約された王権を残る行政の分野で最大限強調しようという立憲君主制の政治イデオロギー以上の意味はもたない。⁽¹⁰⁾

(7) 今や「憲法の根底の完全な変改」（立憲君主制から民主共和制へ）の結果、「執行の作用の内部における決定的な対立は、これまで求められたのとは別の所に存する」ことへの洞察の道が開かれた。

すなわち、機能的に観察した場合、執行領域の体系的区分線は、司法（『法宣言』）と行政（『間接行政』『法宣言』）の間ではなく、司法をも含む「間接行政」（違反に制裁を科すことによって、人民を一定行態へと義務づけ、かくて国家目的を間接に追求する場合）と「直接行政」（国家機関が直接に国家目的の実現のための一定活動を行なう場合）の間に引かれねばならない。⁽¹¹⁾

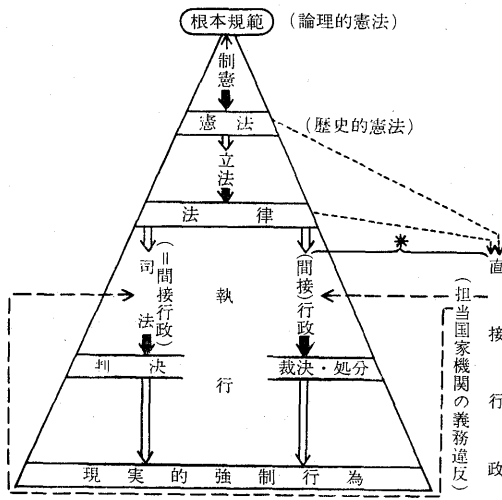
「第一〔間接行政〕の場合、国家の目的は、国家が行動を起さないと、すなわち（人民がその義務を果たす故に）国家が行動を起すきっかけをもたぬとき達成されているが、第二〔直接行政〕の場合にはまさに逆であり、国家の目的は、国家が行動を起すとき（国家機関がその義務を果たすとき）達成されている。第二の場合にも、所期の行態を保証するのは、ただ一般のおよび個別的強制規範のみである。特別な点は、所期の行態が、そのような活動のため職業的に任用され国家資金から給料を支払われる機関の義務であるところにある。法、技術上、〔傍点手島〕、私人〔傍点ママ〕が道路の建設、学校の設置および教師の任用などに刑罰をもって義務づけられるかどうか、それらすべてが懲戒法によって保証された官吏の義務とされているかどうか、経費が私的資金から支弁されるか国家金庫から支弁されるかは、重要な違いである。」⁽¹²⁾

(8) しかし、このように法宣言と機能的に区別される直接行政といえども、それ自体直ちに法（狭義の法、すなわち

「二次規範」⁽¹³⁾ 強制当為規範としての法の適用・定立ではないが、「二次規範」⁽¹³⁾（その不遵守が一次規範の要件となるところの、強制回避的行態を当為する規範）の意味における法（広義）の遵守作用（Rechtsbefolgungsfunktion）、すなわち「懲戒法上の制裁で担保された職務義務」の遂行、換言すれば「強制回避的行態の要件事実の設定」としては、「徹頭徹尾、法作用であり、法行為からのみ成る」。

「直接的国家行政においても国家はその法性質を保持する。」⁽¹⁴⁾「故に、国家の行政作用を法領域の外でとらえようとする傾向は断乎斥けられねばならない。」

ケルゼンにおける法段階構造および国家作用配置の模型図（手島試作）



〔備考〕

- ↑ : 論理的前提関係
- ↓ : 適用関係
- ↓ : 定立関係
- ↓ : 国家機関(広義)の設置、積極的社會活動への義務づけ
- ↓ : 強制規範への帰着関係
- * : 従来「行政」と呼ばれてきたもの

(9) 結論——国家作用を形式的、視点的下に観察すれば、すべては段階構造中に何らかの位置を占める法作用であって、行政と司法の間の原理的対立は消滅する。これに対し、実質的観点から、すなわち国家の法装置をもって追求される目的の見地から眺めれば、間接行政(司法を包摂)と直接行政という全く別の分類が明らかになる。⁽¹⁵⁾〔手島試作の上掲模型図を参照されたい。〕

二 ケルゼンの行政政策論

(10) 上記本質論を前提に、行政政策論はもっぱら「デモクラシー」を所与の目的として——すなわち、行政「民主化」論として——展開される。ここに「デモクラシー」とは、法秩序が当該秩序服属者自身の生産にかかるとする国家（「法」形態——「^{オートノミー}自律」の政体として、「^{ヘテロノミー}他律」のそれたる「オートクラシー」に對立——の謂にほかならない。

(11) オートクラシー的な君主国から生成したデモクラシー諸国では、立法が国民の参加で行なわれればデモクラシーの要請は充たされたものとみなす傾きがあるが、法の純粹理論に従って、立法も執行も一貫した法創設過程であることが正当に認識されれば、デモクラシー的組織原理をこの一貫過程の多かれ少なかれ恣意的に切り取られた一段階（立法）に限定する根拠は何もないことになる。かくて、執行も可及的に民主化されねばならない（「下からは地方自治、上からはいわゆる議院内閣制」⁽¹⁶⁾。「官僚制には、デモクラシーにとつての最大の危険が存する。すべて官僚制は、必然的にオートクラシーへ傾く。」⁽¹⁷⁾「一九二〇年の時点での所論」

(12) 「民主的執行の可能な形態」論——「原理的には、行政も裁判も、すべての段階が民主化できる。諸機関が、可及的に合議制官庁として——上級官署によって任命されるのでなく、規範服属者すなわち行政されまたは判決を受ける人びとによって任期を限って——選挙され、その際被選挙資格を特別の要件に結びつけない、ということによって。民主的行政……は原則として素人の手で行なわれ、この意味で……官僚のシステムに對立する。……行政ハイパーキーの頂点で控え目ではあるが議會制によって實現された民主化に、底辺では市町村の自治行政が対応する。自治行政は、いうまでもなく民主的行政、すなわち、被行政者の自己自身による、ないし、いづれにせよ彼らの選挙にかかるとする合議体による行政である。」⁽¹⁹⁾（ちなみに、「純粹に社会技術的理由から」、執行の分野では立法の分野におけるよりも遙かに強く分業の必要が生じ、遙かに多く間接的意思形成を余儀なくされるので、ここでは「デモクラシー原理は、これら執行機関の公選と、それらの合議制構造とに縮小される」⁽²⁰⁾のである。）「一九二五年の所論」

(13) しかし、行政そのものの民主化は、「行政の法律適合性」という第一かつ最重要の行政向け要請（そのみが、立法に表明された国民意思に実施の保証を与えうるだが——）と必ずしも両立しない。——「行政の民主化の要求は……条件つき且つ制限的のみにみ妥当性をもちうるに過ぎず、しかもそれは、まさにデモクラシーそのものの維持のためである」！〔一九二二年〕

すなわち、デモクラシーと行政の関係は、前者が後者をより広範に把握すればするほど、前者自体、より高度に実現される、という単純なものではない。むしろ、後者に本質的な法律適合性は、最高執行機関の選任を議会にかからしめること以上に執行の民主化（＝合議制化・自治化）が進められると、——執行機関が合議体構成ゆえに無責任となり、また自らの民主性を好み、えてして法律に対抗するに至る結果——かえって保証されなくなる。「執行の法律適合性」——そしてそれは、立法が民主的ならば、国民意思、したがってデモクラシーそのものを意味する——は、中級および下級官庁では、疑いもなく、自治体行政によるよりも、中央機関から任命されそれに対し責任を負う単独機関によって、すなわち国家意思形成のこの部分のオートクラシー的組織化による方が、よりよく保持される。」かくて、^{イデオロギー}純理念論的でなく現実の事態を見据えた考察にとっては、官僚制はデモクラシーと絶対的に対立するものではなく、「官僚制化は、或る前提の下ではむしろデモクラシーの維持を意味する。」〔一九二五年から現われ、二九年に完成された見解〕

(14) 結論(一)——デモクラシーとオートクラシーの混合。国家意思形成の最上級段階（立法）は純粋に民主化され、その中級および下級段階（執行）にはデモクラシーとオートクラシーの「混合政体」が適用される場合（ということ）は、民主的行政が効果的に働くのに必須の広範な自由裁量が中級・下級機関に与えられ、しかも、当該裁量の限界を守る任務はオートクラシー的——すなわち、上位機関によって任命され、或いはともかくそれらに責任を負いそれらによって罷免される——機

関に委ねられる場合）にこそ、「デモクラシーの危殆化ではなく、その強化が期待されうる。」⁽²³⁾

(14) 結論(一)——行政の合法性を統制する制度の必要。「合法性の理念がデモクラシーの制約を結果するにもかかわらずなおデモクラシーの実現のために維持されねばならぬことを認識したならば、執行の法律適合性を保障するかのすべての統制制度をデモクラシーのために要求しなければならぬ。」くだんの制度とは、すなわち行政裁判(所)制と憲法裁判(所)制にはかならない。「統制を欠くデモクラシーは永くは続かない。何故と云って、合法性の原理が示すかの自己制限を放棄することは、デモクラシーの自己解消を意味するからである。」⁽²⁴⁾

(15) 結論(二)——行政「非政治化」の必要。「デモクラシー原理が——その自己保存のためには——本質的に立法の過程と最高執行機関の任命とに限定されるならば、かくて、デモクラシー原理は執行——裁判と行政——と呼ばれるかの国家意思形成段階の前で停止しなければならないならば、これによつて同時に、政党の活動領域が到達してよい境界線もまた画されている。概念必然的にすべての執行がその下に立つ合法性の原理は、——裁判所および行政庁の法律執行に政党政治的影響が及ぶことを一切排斥する。これが、デモクラシー内部で——それどころか、あらゆる国家の内部で——国家作用「非政治化」(Entpolitisierung)の要求が唯一もちうる正統な意義である。」⁽²⁵⁾

三 ケルゼン行政論の特性と限界

右に本質論と政策論とに便宜分説して摘記したケルゼンの行政観は、行政を根本的に法的な現象として、しかも、法秩序と自同とされる国家の動態(段階的法制創設の過程)の一環としてとらえるものであり、まさにこの意味で、本節冒頭に先取りして述べておいたように、「国家行政」論 $V=f(S)=f(R)$ ——と特性づけられる。これは、行政

が国家Ⅱ法によって規定される(すなわち、前者は後者の函数Ⅱ作用・機能)のであって、逆関係ⅠSⅡ(Ⅱ)——は存しない、とする把握である(すなわち、「国家(Ⅱ法)↓行政」論)。

ところで、その際前提される国家(Ⅱ法)なるものが、国家(Ⅱ法)一般ではなく、実は、法段階説を——觀念次元でだけでなく現実対応的という意味でも——有意ならしめる歴史的條件すなわち「立法と執行の機能的分化」「権力分立」が始まった近代以降のヨーロッパ国家(Ⅱ法)にほかならず、より具体的・直接的には——ケルゼンの場合——一九世紀後半から今世紀二〇年代にかけての母国オーストリア(奥匈連合帝国の立憲君主制↓オーストリア共和国の民主制)のそれがモデルとなつてゐること、少しく注意すれば看破するにさして困難はない(上記歴史的特定段階の国家類型を「自由主義的法治国家」と指称するならば、かくて、ケルゼンの「国家行政」論はすなわち「自由主義的法治国家」行政論である)。ケルゼン行政論の上述特性も、そしてまた以下摘示するその限界も、すべてここに胚胎している。

かくて、ケルゼンの行政論は、「国家(Ⅱ法)↓行政」を理念型とする自由主義的法治国家期の行政の基本構造を的確に解明するものであると同時に、やがて行政の社会機能的重心が法的次元(詳言すれば、一般的・抽象的法規範の個別化・具体化作用たるところ)から超法的ディメンジョン(すなわち、基本的国家政策の実質的形成・決定の場面)へと決定的に推移し始める現代国家(Ⅱ「社会的法治国家」)にあつては、もはや理論的対応能力を——形式的にはともかく、実質的には——もぢえない。すなわち、現代の国家は、そこにおける行政作用が形式的Ⅱ法的にはなおケルゼンの意味で「執行」でありながら(社会的法治国家)、実質的には、すなわち全社会的座標の中では中核的「政治」機能(国家基本政策の形成決定)を営む地位へ急上昇しつつあり(社会的法治国家)、当然のこととして後者の場に行政の主たる存在理由を、延いて国家そのものの構造特質を見出す「行政国家」(Verwaltungs-Staat)であるが、ケルゼンの行政論、さら

く想定してよいが、将来の国家は、すでに今日そうであるよりも一層遙かに高度に、もはや単純な裁判所国家すなわち単純に間接的な行政の国家ではなく、語の本来かつ狭義の意味における行政国家、すなわち直接行政の国家であるであろう(傍点手島)。そして、ケルゼンは結論して曰く、「司法と行政の対立の克服は、裁判所国家から行政国家への進歩と相俟って、次のことを意味する。すなわち、正義は、応報的正義よりもむしろ調整的正義が問題なのであるから、——果して然りとすれば——裁判所国家における裁判法によってよりも行政国家における行政法によって一層多く実現されうる、という確信が前面に進出することを。」⁽²⁹⁾

ここでケルゼンは、明らかに、現代国家の必然的傾向性を「行政国家」へのそれとしてとらえてはいる。しかし、彼のいう「行政国家」(すなわち「直接行政の国家」)は、内容的にむしろ今日普通に語られる「職能国家」ないし「積極国家」とさして異なるところがなく、価値的にも国家進化の高次段階として素朴に肯定されていて、行政の機能転化を軸に生じつつある現代国家の巨大な問題性を理論理性に上しうる視点を具備した概念とは到底見ることができない。

たしかに、オーストリア革命直後の一九二〇年段階では、行政そのものの可及的民主化の要を無条件で力説したケルゼン政策論の筆致(叻参照)に、行政過程の政治的重要性肥大化現象へのかなり鮮明な問題意識を底流として見て取ることができた。すなわち、そこでは、その二年前、「現代国家では真の支配は、議會での演説にでも君主の宣言にでもなく、行政の処理において達成されるのであって、必然かつ不可避的に官吏団の手中にある」と書いたマックス・ヴェーバー(『新秩序ドイツにおける議會と政府』一九一八年一四頁)を引きつつ⁽³⁰⁾、「ビューロクラシー」(「官僚制↓官僚政治!」)による「かの——見せかけデモクラシーを帰結する——議會圧倒」に、したがってビューロクラシーに内在する「デモクラシーに対する最大の危険」性に言及されているのである⁽³¹⁾。しかし、このいわば「病理学的」所

見は早くも翌二一年には修正され始め、最終的にはビューロークラシーの対デモクラシー「生理的」側面の一方的強調に完全に蔽われてしまっていること、すでに見たとおりである（13〜16）。

ケルゼンの「行政国家」概念が、結局のところ、右述のように一時は彼自らもかいまみ接近した真の問題性について包摂するものとなりえなかつたのは、それが（「間接行政」に対する）「直接行政」という彼独自のサブ概念で構成されているところに源がある。けだし、彼によれば、「間接行政と直接行政の間の区別は——法体系内部におけるすべての区別と同じく——絶対的なものではなく、相対的なものである。刑事司法から民事司法へ、間接行政を経て直接行政へと至る歴史的進歩は、同時に、国家による間接的な目的追求から直接的な目的追求への連続的移行を特徴づける」⁽¹⁷⁾（傍点手島）というのであるから、ケルゼンの意味での「行政国家」すなわち「直接行政の国家」が、先行国家類型と質的に異なる問題性を孕む可能性はそもそも最初から概念必然的に排除されているといわねばならない。

ケルゼン「行政国家」論の限界、それは——もともと本質的に「国家行政」論にとどまる——ケルゼン行政論の限界であり、延いて純粋法学、さらに究極的にはケルゼニズムそのものの限界である。現代国家最大の問題性は正しく把握された「行政国家」概念にこそ集約されるとするならば、⁽¹⁸⁾ほかならぬそれへの展望を拓きえないケルゼニズムは、まさに行政論において、今や典型的にその綻び——歴史的限界性——の一端を露呈する、というべきであろう。

- (1) 関係の中心文献 Justiz und Verwaltung（以下、J. n. V. と略記）は、もともと一九二八年一月創刊の『社会法雑誌』（ウィーン労働者被備者会議所発行）第二号（一九二九年一月）に発表されたもの（Zeitschr. f. soz. R., Jg. 1, 1928/9, S. 80—93. 同号巻頭の Radbruch, Klassenrecht u. Rechtsidee に続くのが注目される）であるが、四節構成のこの論文は、同年、加筆され二五小節に再編された二五頁の独立小冊として Julius Springer 社（ウィーン）より刊行されている。本稿では、一九五五年の「ケルゼンの行政論」執筆の際には接する機会がなかった後者を、Die

Wiener rechtstheoretische Schule : Schriften von H. Kelsen, A. Merkel, A. Verdross, Hrsg. von H. Kleebsky, R. Marcic, H. Schambeck, 2 Bde, 1968 (以下、W. r. S. と略記), S. 1781—1811 に於いて参看するを得た。また、Vom Wesen und Wert der Demokratie (以下、W. u. W. と略記) も、一九五五年論文ではあつたらその増補改訂第Ⅱ版(一九二九年)について見たが、本章においては第Ⅰ版(一九二〇年)にも適宜適ることとした。なお、そもそも五五年論文起草当時には出現していなかつたケルゼンその後の諸論者が、新たに必要に應じ参照されているのはいうまでもなご。

(2) J. u. V. § 5 (1785 f.), § 6 (1786 f.).

(4) なお参照、General Theory of Law and State, 1945 (以下、G. T. と略称), p. 280. —「とくに述べておく価値があるが、裁判所によつて判決された強制措置は、現実には、刑務所の看守、死刑執行人その他のような行政機関によつて執行される。これらの者は、その作用はたしかに司法作用の有機的一部であるという事実にもかかわらず、『裁判官』とはみなされなご。」

(5) J. u. V. §§ 1—3 (1781—4).

(6) J. u. V. § 8 (1788).

(7) J. u. V. § 9 (1789 f.).

(8) J. u. V. § 10 (1790—2).

(9) J. u. V. §§ 11—16 (1792—9).

(10) J. u. V. §§ 17—21 (1800—6).

(11) J. u. V. 1806, 1788 f.

(12) J. u. V. §§ 22 (1806 f.).

(13) 「一次規範」と「二次規範」というこの命名については、ケルゼン死後編修公刊の最後の著書では修正がなされている。

Allgemeine Theorie der Normen, Hrsg. von K. Rihghofer u. R. Walter, 1979, S. 115. —「一定の行態を指定する規範」と、その違反があつた場合に制裁を指定する規範」と、区別することが法にとつて本質的であると考ふるならば、前者を一次規範、後者を二次規範と名づけねばならず、——私によつて以前の論述で定義されたように逆に名づける

- ことは、しない方がよい。そのとき一次規範は、二次規範から全く独立に出現しうる。しかし、明示的に表現された規範としては、一次規範すなわち一定の行態を命ずる規範は全く現われず、二次規範すなわち制裁を定める規範のみが現われる。ということも可能である。現代の法律では、法規範はしばしばこの方式で定式化される。……制裁を回避する行態を指定する規範は事実上よけいものである。何故なら、それは……制裁を定める規範に内包されているから。そのときには、強制行為を制裁として定める規範が一次規範として現われ、それに内包され、全く明示的に表現されておらず、また明示的に表現されるを要しなく規範は、二次規範として現われる。」
- (17) Allgemeine Staatslehre, 1925 (以下、A. S. ヲ警記), 242 f., S. 51. J. u. V. § 23 (1807). Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960 (以下、R. R. II ヲ警記), S. 300.
- (15) J. u. V. § 25 (1809 f.).
- (16) W. u. W. I 21.
- (17) W. u. W. I 23.
- (18) A. S. 366.
- (19) A. S. 361 f.
- (20) A. S. 362.
- (21) Demokratisierung d. Verw. (Zeitschr. f. Verw. 54, 1921), in: W. r. S. 1588, 1591.
- (22) W. u. W. II 70—73. A. S. 366 f.
- (23) W. u. W. II 74 f. A. S. 367.
- (24) W. u. W. II 75 f.
- (25) W. u. W. II 76.
- (26) 参照「手島『現代行政国家論』」。
- (27) J. u. V. § 23 (1807 f.).
- (28) J. u. V. § 24 (1808).
- (29) J. u. V. § 25 (1810 f.).

(30) W. u. W. I 23 Ann. 28). —この引用文については、なお参照、手島『現代行政国家論』一七四頁。

(31) W. u. W. I 23.

(32) J. u. V. § 24 (1809).

(33) 参照、手島『現代行政国家論』。

第二節 「行政国家」論——シュミットの場合

ケルゼンの行政論が「国家行政」論をついにしなかつたのに対して、彼の宿敵、一九三〇年前後におけるシュミットのそれは、まさしく「行政国家」論にまで突き抜ける。I S II (V). 違ひは、そもそも、純粹法学の規範主義（正確には規範論理主義。以下、この意味に用いる）の向うを張って、意志⁽¹⁾ || 實力をあるがままに（憲）法理論化しようとする、この決断主義者の方法的出发点⁽²⁾—S T M—そのものにまで遡るのである。

以下本節では、ケルゼンの行政論と対比的にシュミットの関係所説を⁽³⁾解明する。先ず（一）、（二）、彼自身如何に述べているかの摘記（要領は前節の例による）。

一 シュミットの行政国家一般論

(1) 「国家」^{シュタート}（「一国民の特定の狀態、^{スターツ}しかも政治的統一の狀態^{スターツ}」）を創出し維持する「権力」、すなわち、「包括的根底」として「統一的かつ不可分」の「憲法制定権力」、そしてその下に——詳言すれば、その所産たる「政治的全体決定」|| 「憲法」を前提に——「区分された」諸権力⁽⁴⁾として「立法、執行および司法」は、本質的に「政治的意志」|| 「具体的な政治的デザイン」として把握される。

ちなみに、その際「執行」(Exekutive)とは、「執政」(Regierung)と行政(Verwaltung)合わせてか、それらのいずれか⁽⁵⁾を意味している。

(2) 「国家は、政治的統一体としては、二つの相対立する形成原理の組み合わせの上に立つ。すなわち、一致^{イデンチテート}の区別は、政治の根本標識⁽⁶⁾、政治的統一体としての自己自身と一致するといふ原理と、よって政治的統一体が統治「体」を通じ表現される代表^{レプレゼンタチオン}の原理とである。」
 「国家形態」政体⁽⁷⁾の全分類は、この、両形式原理の差異に帰着する。君主政・貴族政・民主政という伝統的⁽⁸⁾分類が正しい核心を含み本質的なものを衝いているのは、この分類が、これら形態ではかの両形式原理のうち「どれか」一つが異なる仕方⁽⁹⁾で優位に立つということに遡源されるからなのである。」
 「一九二八年『憲法論』」

しかし、今や「国家の現状」(stratliche Gegenwart)の認識にとって「は、このアリストテレスの政体論より「より生産的」な国家分類が登場する。「立憲国家」―「裁判国家」―「執政国家」―「行政国家」なる四分法である。」「一九三三年『合法性と正統性』」

(3) 新たに提唱される分類法の指標は、国家の権力構造の中で「決定的意志の重点が何処に存し、正常かつ平均的実存にとってのさまざまな可能性中いずれが中心に位するか、如何なる種類の最高意志が決定的瞬間において規準ないし決定力付与的に突出し、国家にとって性格規定的であるか」にある。⁽⁹⁾この指標によるとき、――

① 「国家意志の最高かつ決定的な表現を規範⁽¹⁰⁾、立立(Normierung)に――すなわち、法たらんと欲し、されば特定の品質を要求せざるをえず、したがって一切の他の公的な作用、事務および事物領域がそれらに服属せしめられうるところの規範⁽¹¹⁾立立に――見る」ことを特質とする国家、換言すれば、「そこでは法律と法律適用、法律定立者(立法

者」と法律適用官庁が互いに切り離されているところの、非人格的——したがって一般的——かつ事前被規定的——したがって恒久性志向的——な内容測定特定可能な規範定立によって支配された国家存在⁽⁹⁾が、「立法国家」(Gesetzgebungsstaat)として、

②また、「規範を定立する立法者に代わって、訴訟を決定する裁判官が最後の言葉を語る」、すなわち、「そこにおいては正しい法、正義および理性が、事前被規定的な一般的規範定立に媒介されることなく直接に顕現するところの、具体的な事案決定」を典型的な表現とする国家が「裁判国家」(Jurisdiktionsstaat)として、

③さらに、「最終的決定が具体的に現われ」、しかも「その特徴的表現を一個の執政的元首の人格的意志および權威的命令に見出す」国家が、「執政国家」(Regierungsstaat)として、

④そして、同じく具体的な形で最終的決定が下されるが、「命令および意志が權威的および人格的には現われず、さりとて高次の規範定立の単なる適用であろうとは欲せず、即事的な指令(sachliche Anordnungen)でのみあらうとする」、かくて「そこでは、人間が統治するのでも規範が高次のものとして妥当するのでもなくて、有名な定式にしたがい、事物が自らを管理する」⁽¹⁰⁾ような国家類型が、「行政国家」(Verwaltungsstaat)として区別される。「たとえユートピアであろうとも、事物の状態にしたがってのみ規定され具体的な情況を考慮して講ぜられ即物的・実際的な目的適合性の観点によって完全に導かれた処分(Massnahmen)を固有の表現とするところの、行政国家なるものが考えられる。」

(4) 立法国家・裁判国家・行政国家、それぞれの政治的・歴史的適性について。——「一般的にいえるのは、首尾一貫徹底され訴訟判定に極まる裁判国家は、しばしば確認されているあらゆる法宣言の保守的傾向に照応して、社会的な現^{スタツス・ツァイト}状および既得権の保守のため適切な手段である、ということである。……執政国家ならびに行政国家は、む

しろ、「前者の場合」革命的であれ反動的であれ過激な変革の道具として、また「後者の場合」包括的・計画的・長期展望的な形成の道具として適する。立法国家は、「進歩」を正しい法律を通して議會制的・合法的方途で実現しようとするところの、諸政党綱領を包容した改良主義的・修正主義的・進化主義的な時代——の典型的な乗り物である。¹²⁾

それぞれの国家類型の「存在原理」(Daseinsprinzip)に於いて。——裁判国家は、「裁判官が直接に法と正義の名において判決を下すこと」をエトスとする。執政国家は、エトスよりむしろパトス、すなわち元首を圍繞する「榮光」と名譽なる偉大なパトス」によって特徴づけられる。立法国家に特有のエトスは「正しい法を正しく規範化する」ことであり、「規範適合性」を存在原理とする。そして、「行政国家は、即物的な必然性、事物の状態、事情の強制、時代の必要その他、規範に規定されているのではなく情況に規定された正当化〔事由〕を援用することができる。それ故、行政国家はその存在原理を、目的適合性、効用性に、また——規範定立に立脚する立法国家の規範適合性と対照的に——その処分、指令および下命の、直接に具体的な事物、適合性に見出す。執政国家も行政国家も、具体的な、即座に執行可能または遵守さるべき下命に、特別の品質を認める。両国家は、裁判国家に伴う弁護士弁論および同じように切りのない議會制立法国家の討論に終止符を打ち、即座執行可能な指令そのものの決断主義に、すでに実定法価値を認識する。ここでは、「世の中で最善のものは下命である」が妥当する。¹³⁾

(5) このような新概念が、「現在の国内政治状況をその国家的連関の中で視野にとらえる国法・憲法〔学〕上の概念規定」¹⁴⁾として、切実に必要とされる所以は那邊にあるか。

①「今日、完結的な合法性体系レガリタテという規範主義的擬制は、実際に現存する合法的意志レギチマテの正統性と顕著かつ不可避的な対立関係に入る。今日決定的な対立はこれであって、君主政・貴族政・寡頭政ないし民主政の対立ではない。後者

は、多くの場合ただ「事態を」曖昧にし混乱させるだけである。¹⁵⁾

②「加えて、われわれの国家存在は変遷途上であり、而して現時点に特徴的な「全体国家への方向転換」は、それが伴う（百年前のような「自由」への傾向に代わる）「計画」への不可避的傾向と共に、今日では典型的に行政国家への方向転換として現われる。全体国家は、たとえ司法を——しかも刑事司法、民事司法、懲戒司法、行政司法または憲法司法を——道具としてであれ矯正手段としてであれ利用しようとも、その本性上、行政国家である。なにかんずく、「経済国家」もまた議會制立法国家として機能しうることは不可能であり行政国家とならざるえないことは、今日すでにほとんど周知のところである。¹⁶⁾」

二 シュミットのワイマール行政国家論

(6) 「立法国家は唯一の立法者のみを知るのであり、彼が実体法創造の独占権を保持しなければならぬ。」かくて、「立法国家は、一個の法律概念のみを、一個の立法者のみを、そして、一個の立法手続のみをもつを許される」¹⁷⁾というのが「明瞭かつ明白な公理」であるが、ワイマール憲法が決断した立法国家体制（同憲法六八条二項）「共和国法律は共和国議會によって議決される」¹⁸⁾は、今や、そこにおける「唯一の正規立法者」すなわち共和国議會と並ぶ強力な「三個の非正規立法者」の出現によって脅やかされている。——

①「実体的理由による非正規立法者、すなわち、第二の憲法としてのワイマール憲法第二篇」〔正確にいえば、議會の「三分の二加重多数」〕、

②「主権性の理由による非正規立法者」、すなわち、「立法国家的合法性に代わる人民投票的正統性」の担い手とし

ての国民」、

③として「緊急性の理由による非正規立法者」、すなわち、「議會制立法国家の法律」を「駆逐」する「行政国家の処分」の発令者としての「共和国大統領」が、それらである。⁽¹⁸⁾

これら三非正規立法者中、前二者は、ワイマール憲法の規範構造自体にすでに内包されている。ただし、①の「憲法第二篇」（そのタイトルは、「ドイツ人の基本権および基本義務」）は、その改正立法が「憲法改正」として議會の「三分の二多数」決を要求される（同憲法七六条）ことによって、正規立法者すなわち議會の「そのつどの過半数」とは異質——しかも高次——の非正規立法者（何故「異質」かというに、少数を常に敗退せしめる前者の「価値中立的機能主義」に対し、後者は、少数であっても保護さるべき「内容的「意味体系」」を前提するものであるから）を論理的に帰結するし（この「高次」の合法性を守るため、立法国家に対向的な執政国家・行政国家・裁判国家の諸制度・権力諸要素が不可避となるのであるが）、②の「民主的・人民投票的な国民」は、憲法所定の国民決定（七三条一項・二項、七四條三項、七六條二項）と国民発案（七三條三項）の直接民主制の諸規定から、議會に対抗し議會に上位しさえする非正規立法者として立ち現われるのである。⁽¹⁹⁾

(7) これに対し、③の場合はいささか事情が異なる。——「ワイマール憲法の成文の文言がではなくて、共和国大統領と共和国政府による運用が、共和国議會の容認のもとに、そして国法学「界」および「当該運用を」認知する裁判例の承認のもとに、「一九三二年に至る」最近十年間で、なお三番目の非正規立法者をドイツ共和国の国家生活に実現した。すなわち、共和国憲法四八條二項⁽²⁰⁾によって行政命令を発する共和国大統領がそれである。⁽²¹⁾」

然らば、ワイマール憲法十年の運用で確立された四八條二項の「運用」とは何か。

まず、「共和国憲法が共和国大統領に四八條で付与する非常権能には、法律——しかも共和国法律——に代わる法

規命令制定権も属するということが現今では異議なく承認されている。⁽²⁵⁾

次いで、かくして成立する第三の非正規立法者の立法権限は、正規立法者に対して、その「表見的」な「従属」性（同憲法四八条三項）⁽²⁶⁾にかかわらず、(a)そこでは大統領において立法と法律適用が一体化されること、(b)憲法上七種の基本権の停止権が与えられている（同条二項二文）こと、(c)さらに邦立法管轄の侵害など通常法律の能くしない憲法変更的措置まで学説・判例（なかならず国事裁判所の判決）によって是認されるに至ったことで、実際には「優越」する。⁽²⁷⁾

これは、「処分」^{マストライム}の「法律」化現象である。それは、「情況がきわめて予測不能かつ異常であるので、法律的規範定立はその従前の性格「永続的妥当性」を失って単なる処分となり」つつある現状の下での「法律」の「処分」^{マストライム}化傾向にそもそも起因するが、「法律」と「処分」^{マストライム}の融合は実際には「おそらく処分のレベルで」実現される。——「^{マストライム}処分の実践に自己顕現する行政国家には、予め永続を期して定められた一般的規範を議決することを本質的権限とし執行府から切り離された議会よりは、むしろ「独裁者」^{マストライム}が「処分権限ある独裁者」が適当であり本質適合的である」⁽²⁸⁾からである。⁽²⁵⁾

(8) これら三攪乱要因にもかかわらず、ワイマール「憲法が決然構成原理として根底に置く体系」すなわち「議会議主義的合理性体系」（立法国家体制）は、「全国家存在のあり方に関する基本的政治的な憲法決断」として、もし当該体系の正規立法者＝議会多数者が「強固で認識可能な意志をもつならば」困難なく地歩を確保できたであろうが、その肝心の議会多数者は、今や久しい以前から「多元主義体制」＝「多元的政党国家」の異質的諸勢力の妥協によって形作られるに過ぎなくなっている。かくて、ワイマール「立法国家」は危殆に瀕しているが、「完成された多元主義体制に適合するであろうような新種の憲法形態は、これまでのところ明らかになっていない」。⁽²⁶⁾

しかし、「共和国大統領の緊急命令運用によって、ドイツ国家は、その目下の具体的憲法現実の中では、人民投票

的・民主的正統性に基づきかつその枠内でそれなりの究極の正当化を見出すところの、行政国家・裁判国家の組合せとして現われる。⁽²⁷⁾「二年以上前から行なわれてきた共和国憲法四八条二項による緊急命令権の運用は、すでに、行政命令で規制を行なう行政国家 (reglementierender Verwaltungstrat) の大きな見本を表現している。……議会制立法国家の規範主義的合法性は、そのつどの多数決の空虚な機能主義に変換する場合には、官僚制的な行政命令的規制^{レグレメンテールンク}の非人格的機能主義と連携しうる。理念上は稀だが、にもかかわらずあらゆる実際の経験によれば身近な、合法性と技術的機能主義のこの連携においては、ずっと官僚制が優越的パートナーであって、議会制的立法国家の法律を官僚制的行政国家の処分^{マッセイメ}に変形する。⁽²⁸⁾」

三 シュミット行政（国家）論の評価

以上明らかなように、シュミットの「行政」論は「行政国家」論に終始する。それは、現代および未来における行政の本質を、国家の性格を規定する中核的政治機能たるところ—S = J (V)、ただし, S ≠ R, V ≠ R.—に認める理論として展開されたものであった（すなわち、「行政→国家」論）。

シュミット国家論では、出発点において「国家」は「国民の政治的統一の状態」として把握され、その統一を作出する「意志」（「実力」ないし「権威」）が、第一次的には主権的憲法制定^{コンスタテュアン}「権力」であり、第二次的に立法・司法・執行（執行は執政と行政を含む）の憲法所定^{コンスタテュエ}諸「権力」にはかならない。その際、立法とは一般的・恒久的規範、立（Normierung）、司法とは具体的な訴訟裁断（Fall-Bentscheidung）、そして執政と行政は——前者は個人的・権威的、後者は事物適合的な——具体的処置・下命（Massnahme u. Befehl）を意味するが、これらは、それぞれ他に依拠せぬ独

自の存在理由をもつ働きとして（というのは、とくに、司法・執行は必ずしも立法の定立にかかるといふ一般的規範の媒介を要せず発動しうるし、また発動するということ）、並列に置かれる。すなわち、ここでは、ケルゼンの規範主義は真向から拒否されて、規範の論理を政治現象の文脈中に溶融する政治学的・社会学的方法が採られると共に、その当然の一帰結として、——「憲法」(Verfassung)と「憲法律」(Verfassungsgesetz)の上下区分こそ見られるもの——純粹法学の基本テーゼA法(↓国家作用)の段階構造もまた斥けられている。

かかる理論前提からするとき初めて、国家形態分類法中、最も現代的有意のものとして立法国家・裁判国家・執行国家・行政国家の四分法が浮かび上がり、この概念装置をメスに用いて初めて、現代国家の「状況」(「立法国家」から「行政国家」へ)を解剖し肯綮に中ることが可能となったのであった。ただし、シュミットの見地からすれば彼のように「立法国家」の「規範主義」「合法性体系」に頭を天辺から足の爪先までどっぷり浸っているということになるであろうケルゼンの法(Ⅱ国家)理論では、今や現実に国家の機能原理が「規範適合性」から「事物適合性」「目的適合性」へと断層的に大きく重点を移し換えつつある必然的時代趨勢(すなわち、「立法国家」から「行政国家」へ)を——もはやその核心とはいえぬ規範論理的側面から全くピント外れにとらえる(ケルゼンのいわゆる「裁判所国家から行政国家へ」)ことはできても——、そのもの自体としての確・鮮明に学的意識に上ぼすに全く由なかつたこと、既述(前節三)のとおりだからである。

この意味で、シュミットの所論は、ケルゼニズムの「自由主義的法治国家」的限界(同じく前節三参照)を突破し、まさにポスト「自由主義法治国家」期にある現代国家の「状況」把握に適合するといえる。しかし、それが即自的なく「状況分析」にとどまらず、「問題性」を剔抉し批判する対自的視座まで具備していたかどうかとなると、問題は全く別である。そしてここでは、われわれの答えは否定的たらざるをえないであろう。

なるほど、一九三二年のシュミットは、「今日、およそドイツ憲法体制新形成の真剣なプランであれば当面するところの……第一かつ最重要の問題」として、「実質に充ちた内容とドイツ民族の精力とを承認するか、然らずんば、無差別にすべての内容・目標・傾向に平等の機会を保障するという擬制を伴った機能主義的な価値中立性を保持し継続してゆくか、の根本的な二者択一」を挙げ、「決断」(Entscheidung)は前者に、しかも「第二の憲法」(ワイマール憲法第二篇—本節(6)参照)の原理と、それが企てる実質的内容の試みに、下されねばならぬ」と書いている。⁽²⁹⁾これは、ワイマール憲法第二篇の「実質的内容」として何びとも否定しえぬ人権原理への信仰告白としか解されまい。しかし、そもそも「決断」そのものはたとえシュミットの場合でも理論理性の問題ではありえないことを別にしても、このシュミットの拠つて立つ(と見えた)価値座標は、早くも一年後には御本尊自身のナチズム選好(たしかに、これも、別種の「実質に充ちた内容とドイツ民族の精力」への新たな「決断」にほかならなかった、といえはいえるのかも知れないが——)によつて実践上自己否定されているし、何よりも、その同じ著書の中で、当の人権原理に対し死活的な問題性を孕むはずの「行政国家」化、具体的には——七大基本権の停止まで可能(?!)な——共和国大統領の緊急命令権運用が、いとも簡単に無批判的筆致で、むしろ歓迎的にすら社会法則的必然として叙述されていることとの論理的整合性が問われねばならない(精神分裂症的矛盾!)。

要するに、シュミットの国家論には「立法国家」批判の装置は十分に備わっているが、そのための超克概念「行政国家」をさらに批判(≡相対化)する視点は——或いは、そもそもそのような意図そのものが——、致命的に欠けていた、ということか。この自らの陥穽に落ち込んで、シュミットの行政国家論は、期せずしてナチス「全体国家」に理論的(実は、イデオロギー的)露払いの役を勤めるに至る!

- (1) 参照' Verfassungslehre, 1927, unveränderter Abdruck 1954, S. unveränderte Aufl. 1970 (以下、VL. と略記), S. 8 f. (邦訳『尾吹善人訳』C・シュニット 憲法理論』一九七二年一一～二頁)。
- (2) 「本当は、或る憲法が妥当する所以は、それが或る憲法制定権力(すなわち、実力ないし権威)から発出し、後者の意志によって定立されているところにある。『意志』の語は、単なる規範とは反対に、ゾレンの根原としてのザインのな量^{もの}を指す。意志は実存的に現存し、その実力ないし権威はそのザインに存する。」——VL. 9 (訳一二頁参照)。「政治的な量として実存するものは、法(学)的に觀察した場合、実存するに値する。」——VL. 22 (訳一九頁参照)。
- (3) これについては、すでに手島『現代行政国家論』四六～八頁に一応の紹介があるが、それは「一般論」のみを対象とするにとどまらうとする。
- (4) VL. 205 (訳二五四頁参照)、VL. 75～77 (訳九六～八頁参照)。
- (5) VL. 187 (訳三三三頁参照)。
- (6) 参照' Der Begriff des Politischen, 1932 (邦訳『田中浩・原田武雄訳』C・シュニット 政治的なものの概念』一九七〇年)。
- (7) VL. 214 f. (訳二六七～八頁参照)。
- (8) Legitimität und Legitimität, 1932 (以下、L. u. L. と略記), S. 10.
- (9) L. u. L. 10.
- (10) L. u. L. 7～9.
- (11) L. u. L. 9.
- (12) L. u. L. 12.
- (13) L. u. L. 12 f.
- (14) L. u. L. 7.
- (15) L. u. L. 10 f.
- (16) L. u. L. 11.
- (17) L. u. L. 29.

- (18) L. u. L. 40, 62, 70, 88.
- (19) L. u. L. 40~69.
- (20) ドイツ共和国憲法（一九一九年）四八条二項——「共和国大統領は、ドイツ共和国において公共の安全および秩序が著しく乱され、または脅やかされるときは、公共の安全および秩序の回復のため必要な処分を行ない、必要があれば武力を用いて介入することができる。この目的のため、共和国大統領は、一時的に一一四条（人身の自由）、一一五条（住居の不可侵）、一一七条（信書の秘密）、一一八条（表現の自由）、一二三条（集会の自由）、一二四条（結社の自由）および一五三条（財産権）所定の基本権を全部または一部停止することを許される。」
- (21) L. u. L. 70.
- (22) L. u. L. 70.
- (23) ドイツ共和国憲法（一九一九年）四八条三項——「本条第一項または第二項に従って行なわれた処分については、共和国大統領は、遅滞なく共和国議会に報告しなければならない。当該処分は、共和国議会の要求があれば廃棄されねばならない。」
- (24) L. u. L. 72~78.
- (25) L. u. L. 87.
- (26) L. u. L. 88~91.
- (27) L. u. L. 92.
- (28) L. u. L. 18 f.
- (29) L. u. L. 97 f.

第三節 ケルゼン「国家行政」論とシュミット「行政国家」論の対決

その規範論理主義のあくなき徹底をもって自由主義的法治国家の行政の理念型を構築するに成功したケルゼンの行

政論（遑つて、純粹法学）は、しかし同時に、まさにそこに己が限界を見出さざるをえなかった。

限定の中で

In der Beschränkung

初めて巨匠は現われる

zeigt sich erst der Meister

とは、ウィーン学派の一領袖クントツが純粹法学評価のエピグラフとして適切にも引いたゲーテの詩句であるが、そこで引用者が念頭に置いた「限定」「すなわち方法的」「限定」は、実にまた、その方法をエトスとする時代と社会（自由主義的法治国家）と結びついた歴史的「限定」をも意味するにほかならなかつたのである。

そして、その限界の彼方で、行政の——そしてまた同時に国家の——新たな時代的存在理由を把握する理論枠組を鋭く示唆したもの、それがシュミットの国家論であり行政論であつたといえる。

しかし、シュミットの論理には余りに多くの難点もまた抱合されていた。それらは、自由主義的法治国家の止揚態どころか頽落態であつたこと今や何びとにも明らかかなチヌ全体国家とのかかわり合いの場面で、最も由々しい事態を惹起する。すなわち、彼の「行政国家」論によつて是認される「全体国家への方向転換」（前節⑤②参照）は、当初、ワイマール「多元主義」のアンチテーゼとして否定的にのみ規定されており、必ずしもナチズム容認と直結するものではなかつたが、現実には、日ならずして一九三三年三月のナチス制覇によつて内容を与えられ、「現存の意志」（すなわち、ここではナチス）の「決断」による「政治的統一」を内実とするナチス「全体国家」の肯定に帰着する宿命にあつた！

この過程では、すでに克服されたかに見えたケルゼンの「規範主義」が、かえつてかの頽落への批判原理として——実効はともあれ——機能したことを、われわれは深い感慨をこめて見るのである。

たしかに、——嫡子と鬼子の違いこそあれ——同根の近代実証主義の出自として、彼の「法の純粹理論」、シュミットの「権力の純粹理論」³⁾、いずれもナチス革命に対する根本的な価値批判の視座はもたない（ナチス革命を、前者では「根本規範」の、後者では「絶対的意味における憲法」の顛覆・交替として構成することによって、それぞれ自らの理論体系に同化しうるし、またそうせざるをえない！）。しかし前者は、理論として権力的所与に只管追隨するほかない。「権力の純粹理論」とは異なり、ナチス「権力国家」の論理に「法の純粹理論」の立場から制度論・解釈論的批判を加えて対抗することはできた。そして、これこそ、ナチス政権奪取の前夜、ワイマール終末期のドイツ現地に在ってケルゼンその人が、シュミット——当時自らは意識せずともナチス・イデオログとしての前駆的役割を演じ始めていた、この、ケルン大学での同僚——と対決して実際に遂行したところであった。

今日語り草の「憲法の番人」論争がそれである。

かねて、憲法裁判所（ワイマール共和国の場合、「シュタット・ラッゲヒッホフ 国事裁判所」）が法律以下全国法規範の憲法適合性を守る意味で最も重要な「憲法の番人」すなわち「一國法秩序」ガランツ「國家の保証人」カランツにほかならない、と説き続けてきたオーストリア共和国「憲法裁判所」ヴェリヒッホフ生みの親にして育ての親ケルゼン⁴⁾を槍玉に挙げて、シュミットは、実一九三〇年前後のあの危機的時点において、何らかの裁判所ではなくワイマール憲法四八条の緊急命令権で武装した共和国大統領^{ライヒ}が、しかも彼のみが当時のドイツで憲法の真の守護者たりうる、と高唱した（一九二九年、三二年）。これは、その同じ大統領に救世的「行政国家」の論理の体現を期待するのと表裏一体の論旨といえる（前節二参照）。換言すれば、シュミットの「憲法の番人」論は彼の「ワイマール行政国家」論のヴァリエーション（そして、その逆もまた同じ）とみなされてよい。

論 説 対して、ケルゼンは直ちに反駁の筆を執った（一九三一年）⁽⁵⁾。その際抛り所となるのは、彼の行政論をして結局「国家行政」論の域にとどめしめた、かの規範主義の立場以外にない。そもそも、この論戦では、肝心のキー・ワーズ

「憲法」と「番人」の概念内容が、出発点⁽⁶⁾方法を異にする兩人の間で全く喰い違っており（ケルゼンの「憲法」が実定的な最高法規範の謂であるのに対して、シュミットのいわゆる「憲法」は「政治的な統一と秩序との全体状態」⁽⁶⁾を意味し、また憲法の「番人」の語も、ケルゼンは国家（＝法）行為の憲法適合性を侵犯から保障する統制機構^{コントロール}として使うが、シュミットの場合には、右全体状態の実現に積極的に配慮する機関とでもいうべき別義に用いられている）、これでは議論はすれ違うほかないが、この点を鋭く見抜いたケルゼンは、シュミットがすぐれて政策論的、自説をワイマール憲法の解釈論的帰結と強弁する論理的矛盾を、規範主義的方法純潔（＝「学問的認識を政治的価値判断から最もきびしく切り離すこと」⁽⁶⁾）の立場から完膚なきまでに剔出した。かくて、あくまで自由主義的法治国家のエートスに忠実に、憲法（＝憲法規範）の本来的保障を適憲性審査に当る裁判所の任として譲らぬケルゼンの規範主義（行政政策論の場面でも、行政民主化の一環として実行政政および憲法裁判所の制度が強調されている（第一節二(15)（ことに留意せよ））は、その限りで、やがてナチス全体国家を呼び込むイデオロギーと化す定めのシュミット「憲法の番人」論⁽⁷⁾「ワイマール行政国家」論（↓大統領を頂点とする執行部の権威・権力の拡大強化）の類落面を学問的にチェックするものとして説得力をもちえた（ただし、この「学問的チェック」なるものが現実政治の次元で如何に無力かは、その直後におけるケルゼン自身の命運が痛ましくも実証したが――）。

ケルゼン（規範主義）とシュミット（決断主義）の対決は、こと「憲法の番人」論争に関する限り、――一時後者のかりそめの勝利にかかわらず結局は――すでに歴史が審判を下したといつていい。ファシズムの業火の跡に甦った

現代国家は「社会的（＝福祉主義的）法治国家」であり、当のドイツ（西独）をはじめ多くの国々で憲法裁判制度の格段の充実が見られ、西ドイツの場合でも、その連邦憲法裁判所が真正正銘「憲法の番人」たることに今や実業界も学界も何ら異議を挟むところがないからである。

しかし「行政国家」の問題については、必ずしもそうはいえない。それどころか、ここでは、一般論（前節一）として見る限り、軍配はむしろシュミットの側を指しつつある。時局的な「ワイマール行政国家」論の形でこそ、前述「憲法の番人」論の場合同様、パトスの夾雑物の混入の故にナチス全体国家に道を均すイデオロギーとして機能するに墮したものの、一般的に「行政国家」の理論そのものは状況の把握・分析たる限り巨視的に正鵠を得ていたこと、現代国家が「社会的法治国家」として必然的に「行政国家」性を帯びざるをえなくなっている目下現実の事態に着目するとき、自ら明らかであろう。ただし、それが当該状況に対する本質的批判へまでの展望を欠いており、このことが右のパトスのイデオロギー化に道を開くことともなったし、また現になお大きな問題であることについては、すでに触れた（前節三）。

かくて、今日の国家が自由主義的法治国家を止揚した社会的法治国家にほかならず、その一核心が実に行政国家性にあるとするならば、われわれは、そこにおける行政の、延いて国家そのものの全体像と真の問題性に迫る理論を構築するには、——ローマ法について語ったイエーリングに倣っていえば、——「ケルゼンを通じてケルゼンの上に」(durch Kelsen über Kelsen) 出るを切実に要請される、ということか。

- (1) Josef L. Kunz, Was ist die Reine Rechtslehre? Forum der Rechtsphilosophie, hrsg. v. E. Sauer, 1950, S. 21.
ちなみに、このゲーテの詩句は、クンツの処女作 Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, 1923, S. 60 にすでに引かれている。

- (2) Schmitt, Die Wendung zum totalen Staat, Europäische Revue, VII, 1931, S. 241—9 (Schmitt, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923—1939, 1940 以下譯). Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl. 1931 (以下 H. d. V. II 以下譯記), S. 79.
- (3) ナルマンの "The 'Pure' Theory of Law" 以下「ナチスの『戴冠法学』」シロニットの "The 'Pure' Theory of Power" を対置するもの John H. Hallowell, The Decline of Liberalism as an Ideology: With particular reference to German politico-legal thought, 1946, p. 104 (邦訳＝石上良平訳『J・H・ハロウマン イデオロギーと法の自由主義の没落』一九五三年一九三頁)。
- (4) ヴェーゲル Kelsen, Wesen u. Entwickl. d. Staatsgerichtsbs., VVDStRL 5, 1929, S. 30—88, 117—123 (一九二八年四月十三日、四日のドイツ国法学者協会年次大会報告)。
- (5) Schmitt, Der Hüter der Verfassung, AöR NF 16, 1929, S. 161—237 (邦訳＝田中浩・原田武雄訳『カール・シュミット 大統領の独裁—[下]憲法の番人』一九七四年九三—二〇五頁)。 H. d. V. II (Tübingen: J. C. B. Mohr, 159 S.)。
- (6) Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? 1931 (Berlin-Grünewald: Dr. Walther Rothschild, 56 S.)。
- (7) VL. 3.
- (8) H. d. V. 158.
- (9) Kelsen, op. cit., S. 56.
- (10) 同右頁の「結語—学問と政治」に曰く、「もとより、この批判的分析によっては、現下の状況においてライヒ大統領のすなわち政府の権力を、できるだけ拡張することを求める要求とそれに論理必然的に結びついた憲法裁判所制度否認とに帰属する政治的価値が、問題となるべきではないし、また問題とされることはできない。カール・シュミットの著作『「憲法の番人」二版』がこの批判の対象となるのは、それがこの「大統領の権力を拡張し延いて憲法裁判所を否認する」目的——それはここでは決して、「政党政治的」目的として、貶めるべきではないのだが——に役立つ限りにおいてではなくて、それがこの政治的目的のために、社会学的認識かつ国家理論的憲法解釈として、要するに対象の「学問的処理」として登場する限りにおいてのみなのである」と。

(11) 代表例として Th. Mannz, *Deutsches Staatsrecht*, 22. Aufl. 1978, S. 339 (§ 35 II 3). ——「憲法の番人の役割は、ワイマール末期政治的・学問的論争の的であった。これを基本法は明らかに連邦憲法裁判所のものと考えた。」

(12) Carlos Cossio によれば、「ケルヤンを離れて、彼を超越せよ」(über Kelsen hinausgehen, ohne ihn zu verlassen)。——Kunz, op. cit., S. 33 に於て、また Norbert Leser, *Sozialismus zwischen Relativismus und Dogmatismus: Aufsätze im Spannungsfeld von Marx und Kelsen*, 1974, S. 9 に「ケルヤンと共に彼を超越せよ」(mit Kelsen über ihn hinausgehen) としつて居る。