

慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「合法性と正統性」再論：正義と暴力のはざままで
Sub Title	Legalität und Legitimität heute : Zwischen Gerechtigkeit und Gewalt
Author	萩原, 能久(Hagiwara, Yoshihisa)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2003
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.76, No.12 (2003. 12) ,p.23- 37
Abstract	
Notes	鷲見誠一教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20031228-0023

「合法性と正統性」再論

——正義と暴力のはざままで——

萩原能久

- 一 法と政治
- 二 政治の法化と法の政治化
- 三 正統性と合法性
- 四 カール・シュミットの問題視座
- 五 法・政治の暴力と正義
- 六 結語

一 法と政治

法学と政治学の特質を対比させる際によく用いられる表現に、政治とは成立しつつある法 (*verdendes Recht*) であり、法は実現された政治 (*verwirklichte Politik*) であるというものがある。政治の規範定立機能に對して、法の規範適用機能を強調した表現であるが、このような、いかにも教科書的な、一九世紀ならまだ通用

したかも知れない法と政治の相互補完的共生関係は幻想であり、今日ではイデオロギーとしてのみ機能する。というのも、確かに、近代民主主義は、立法・司法・行政の三権分立とその三者間での抑制均衡という仕組みを編み出し、立法行為とその法の執行、さらにはその監視を峻別させたが、そのことがいかに重要であれ、政治は恣意的意志による決断の産物ではなく、法、特に憲法の制約のもとにおかれているのだし、逆に司法は定立された規範を「中立的」に適用するものではなく、極めて政治的側面を有するからである。まずこの点の確認からはじめたい。

二 政治の法化と法の政治化

近代立憲国家においては、政治を憲法の枠組みのなかに制限することによって、恣意的な政治判断を許容しない、いわゆる政治の法化 (Verrechtlichung der Politik) が図られるようになった。近代の法治主義とは、ややもすれば恣意的になりがちな「政治によって」ではなく、法は法によって作られ、改廃されるという原則を確立したのである。それは相対的で文脈依存的な立法者の行為を法という普遍的正義の下に置くという営みである。王 (Rex) が法 (Lex) をつくるのではなく、王として法に従わなければならない。かくして国王に可視化されていた「立法者」の姿からスポットライトがはずされ、法は法によって創られる。だとすれば、法をつくる法の、またその法……という連鎖の先にすべての法の源になっている究極の法が存在しなければならぬ。「神の死」(ニーチェ) が自明のものとなった現代人には、神が人間に与えた命令としての「自然法」をそうした究極の法とは認めがたい。だからそれを「根本規範」(ケルゼン) と呼びかえる純粹法学なども出てこようし、またその根本規範の立法者は神ではなく、人間の遺伝子情報のなかに組み込まれているとする遺伝子還元論が「科学的」ともて

はやされたりもする。しかしここでは「自然法則 natural law」が「自然法 natural law」⁽¹⁾ によってかわっただけなのである。それは究極の法とは何かという問いかけの作業を神や自然の偉大さ、科学の偉大さという権威を引き合いに出して棚上げしているにすぎない。

その他方で、現代は行政国家化、司法国家化の時代でもある。この事態はとりもなおさず、規範定立機能が、立法府の手中にのみあるのではなく、選挙による淘汰を恐れることのない官僚や裁判官による法形成が行われており、かつそれが単なる付随的現象としてすまされる問題ではないということの意味する。

概念法学を批判するかたちで登場してきた、ハートやフランクに代表されるリアリズム法学は、法を解釈するにあたって、そこに様々な法外の不確定要素が関与してこざるをえないこと、その意味で、司法の判断が政治的であるのもちろんのこと、裁判官の中立性という觀念自体がその政治性を隠蔽するイデオロギー的役割を果たすことを認める。ここから逆に、多くの法リアリストは「政策としての法」を前面に押し出し、積極的な社会改革をめざそうとしたのであるが⁽²⁾、そのリアリズムですら、不徹底であるとして、それを批判的に継承しようとしたのがポストモダン法学と呼ばれる批判的法学研究 (Critical Legal Studies: 略称 CLS) である。リアリストが法的判断に介入してくる裁判官の個人的・政治的価値観がゆえの偏向を問題にしたのに対して、批判的法学研究は「社会の法文化総体が暗黙のうちに前提としている価値的偏向」⁽³⁾ を問題視し、現代のリベラル・デモクラシー社会において、難渋かつ秘教的語彙で一般人を煙に巻くエリート支配の道具になり下がってしまった法⁽⁴⁾の政治性を批判する。ドゥオーキンが救い出そうとする「法の支配」に対置されるのが「政治としての法」である。

三 正統性と合法性

そもそも立憲主義（それは狭義には「支配者の恣意的権力に対抗して、権力を一定の内容を持つ憲法のもとにおき制限する原理」⁽⁵⁾と定式化できよう）と民主主義は「立憲民主主義」という形でストレートに接合可能なものである⁽⁶⁾。憲法の文言を文字通り受け止め、それを唯一正当な解釈基準とみなせようと、逆に、リアリズム法学がそうであるように、裁判官の政治権力行使を肯定的に受け止めようと、あるいはドゥオーキンのように、多数者に対抗して個人の権利を尊重する（権利基底的）役割を裁判所に求めようと、立憲主義の原理そのものは（民主主義的であれ、非民主主義的であれ）立法者を制約するものである。「立憲民主主義」という言葉が成り立つとすれば、その時々のも多数者がどのような政治的決断を下そうとも、憲法そのものが民主主義の本義を體現している想定する場合——憲法という（ノモス）が時々の立法者の意志の産物である（テシス）に絶対的に優越するとみなす場合——のみである。いま、立法者が定める法規範が憲法に合致しているという、立憲主義を支える根拠を「合法性」と呼び、その憲法が国民の総意を體現したものであるという正当化根拠を「正統性」と呼び替えるなら、立憲民主主義とは実は、循環論法に他ならない。周知のように M・ウェーバーはその正統性類型論で、法の至高性への形式主義的信仰が「合法的支配」として近代の支配の基調となると想定したが、そうなれば憲法の「正統性」は究極的に非人格性と合理性に裏支えされた「合法性」のなかに解消されてしまう⁽⁷⁾。たとえば周辺住民の生活を根本から破壊してしまうようなマンション建設申請も、法的に瑕疵がないかたちで出されればそれを受理し、住民の苦情や反対には耳を貸さないような役人が自身の「正しさ」を主張できるのもこの為である。しかしこうした合法的支配の正統性は、憲法という（ノモス）それ自体が、国民的同質性を前提に成立し、またそれを解釈する人間を介することなく啓示されるという信仰に他ならない。ハイエク流の言葉を用いて言えば、（テシス）

のみが解釈者が必要とするのではなく（ヘノモス）にも解釈者が必要なのであり、その解釈者が王と崇め奉られるようになれば、Lexを作るのはやはりRexなのである。こうなると法の支配など幻想である。度を越えた自由な解釈は法創造に等しく、解釈改憲などお手の物である。そして多くの場合、法的・政治的議論では結論が先にあり、正当化主義的な根拠付けは後からついてくるのであって、たとえば「戦争」も「平和のための措置」と呼びかえれば戦争ではなくなる。つい最近も、「世界の王」アメリカは「戦争捕虜」を「不法戦闘員」と呼びかえ、ジュネーブ条約に公然と違反するような捕虜虐待をキューバのグアンタナモ・ベイで行っているのである。

こうした問題領域から再検討を要するのがカール・シュミットの小著『合法性と正統性』である。シュミットは、抵抗権と憲法制定権力に注目しつつ、それを合法性概念と緊張関係のもとにおく。「あらゆる抵抗権の排除ということが、……合法性概念の本来的機能である。」⁸⁾

四 カール・シュミットの問題視座

カール・シュミットの著作は、たとえば彼の有名な『政治的なものの概念』における友敵の区別という主張ですら、当時のドイツがヨーロッパのなかでおかれていた状況という文脈を離れて理解されてはならないというのは正しい。『合法性と正統性』に關しても、それがヒトラー政権獲得の見通しの強まった一九三二年に書かれたものであり、二八年の『憲法論』よりさらに踏み込んだワイマール憲法批判、議会主義批判となっていることに、状況的理由があるのは明白である。しかし彼の論理が論理として持つ価値をそれが故に減じるわけにはいかない。私の見るところ、シュミットはこの小著で二正面作戦を挑んでいるように思われる。一方で本来、合法性を占

有すべき唯一の立法者である議会に成り代わって立ち現れてきた、合法性を詐称する多元主義に対して、他方で形式性と非人格化された合理性を頼みの綱にする議会制立法国家に対してである。すなわち、「合法性なき多元主義党派」と「正統性なき議会」がそこでは批判の俎上にのせられている。

まず前者について、彼の主張するところを聞いてみよう。「立法者は、立法国家においては当然の事ながら、つねに唯一、単一な立法者である。さまざまな種類の立法者ないしは相互に相対化しあう法律概念間のいかなる競合も、立法国家自体を破壊するものとなる……完結した合法性体系を持つ立法国家においては多様な法源など存在しえない……首尾一貫した立法国家の立法者は合法性の〈独占〉を手にしていなければならない⁽⁹⁾。こう確認するシュミットはだからこそ、合法性にとつて死活のものとなるのが、あらゆる抵抗権の排除であると繰り返し主張するわけである。合法性を自身に要求するとは、あらゆる異論を非合法化・犯罪化することである。しかるに多元主義の党派は、自分自身の立場を曖昧にし、ときには「国家」、ときには単なる「政治勢力」、責任を負うことのない単なる「一党派の両刀使い」(à deux mains)を演じることで、議会制立法国家も、合法性概念も破壊してしまうことになる⁽¹⁰⁾。

多元主義をこのように批判する、その他方で、シュミットは議会が合法性を占有できる立法者たりうると考えているわけでもない。というのも、「分割不能な国民的同質性という前提が抜け落ちた」現代の議会主義においては、それがいかに中立性を装おうとも「単なる算術的な多数決という無対象的で内容を持たない機能主義は、中立性ないしは客観性の反対物に転じてしまう⁽¹¹⁾」からである。五一%の支持をえている多数派が一〇〇回、多数決での採決を要求したところで、形式的思考を貫徹させるならば、彼らは五一回勝つのではなく、一〇〇回とも勝利を総取りすることになる。このような機能主義的で形式的、価値中立的な議会制立法国家が、ワイマール憲法第二篇が保障しているような、社会権を含む様々な権利を実現できないのは言うまでもない。

このように「合法性なき党派の乱立」と「正統性なき議會」の両者を切り捨てるシュミットであるが、ここでは彼が持ち出す代替案——人民投票的・民主主義的基盤の上に、かつその枠内で、独特な究極の正当化 (Rechtfertigung) をみいだしうる行政国家と司法国家の結合体¹²⁾——の是非を問うまでもなからう。M・ウェーバーに対してなら、彼の立論が正統性を合法性に解消してしまったと非難することもできるかもしれないが、シュミットは逆である。彼は、すべての法にその合法性の根拠を与える政治的意志の实在——主権者の決断——を合法性の優位においたのである。彼はそのようにして法の上に立つことになる憲法制定権力＝主権が、当然のこととして〈例外状況〉において現行法を廃棄する権限を持つとみなした。主権者（人民投票によって選ばれた大統領）の非常大権は「正統性」の名で是認され、人権は停止されうる。超法規的な政治判断は万能の切り札であり、そのカードは、ひとたび切られれば歯止めはない。民族や国家の存亡がかかっていると言われれば、人権などぜいたく品となり、周知のように、戦時中は「ぜいたくは敵」扱いされるのである。〈有事立法〉を急ぐあまり本格的な議論を行なわれなかった我が国の国会であるが、そして有事立法そのものは必要であらうが、シュミット、そしてウェーバーから学ぶべき教訓はないのだろうか。

五 法・政治の暴力と正義

シュミットを〈ナチスの桂冠学者〉として一蹴するのは簡単なことであるが、私が逆に強調しておきたいのは、シュミットの議論が開く、次に述べる相互に連関する問題領域を扱っているその着眼点の射程の広さである。¹³⁾

1 抵抗権・憲法制定権力、始まりの暴力と正義

シュミットが正統性を合法性の優位に置くのは、彼が憲法制定権力に注目するからであるが、憲法制定権力とは、端的に言つて、「権力なきところで権力を創り出す力（したがつてもドイツ語の *verfassunggebende Gewalt* が含意しているように、それは「権力」ではない）、無から有を創り出す暴力である。ここでは「暴力による正義の創出」と「正義による暴力の正当化」が同時になされる。アメリカ独立宣言がそうであるように、その「有」は宣言時においては存在しない「アメリカ国民」の名によって無から創り出される。それは典型的な「遂行的発話」であり、しかもその根拠となる権威は上からでも外からでもなく、自己自身、われわれの意志（とされているもの）、すなわち自己原因 (*causa sui*) なのである。主権とは、この憲法制定暴力に他ならないが、その暴力性は隠蔽されなければならない。以後の国法体系が〈合法的〉に構築されるためには、この暴力と、その隠蔽が不可欠であり、それを隠蔽することに成功したからこそ、あらゆる抵抗権が排除され、法が正義になるのである。憲法制定暴力は、抵抗権の行使によつて立ち上げられると言えようが、それによつて生み出された合法性の体系は、逆にあらゆる抵抗権を失墜させなければならないのである。

しかし、ここで忘れてはならないのが、抵抗権なるものが持つ二重の意味での原初的性格、すなわち歴史的原初性と論理的原初性である。前者は法制度の未整備に由来し、法制度の完備とともに後退して、権利保障が欠けていたり、不十分な領域においてのみ機能するが、「論理的原初性」とは、権利が常に抵抗権によつて裏打ちされていることをいう。各人は生まれながら人権を有するとすれば、この意味の抵抗権も、当然各人は——生まれながら——もっている。⁽¹⁾「だとすれば国法体系の合法性とは、抵抗権のもつこの原初的性格が克服される、まさにそれがゆえに成立するのであり、その逆ではない。近代の立憲国家が市民に対して法律への服従を要求できるのは、合法的なものを正統なものと認め、またときには正統でないとして却下できるような諸原理に、すなわち

承認に値する原理に国家が依拠している場合に限られる」のであるから、ハーバーマスとともに次のように言わなければならない。「あらゆる人々の利害に関わる挑戦を前にして代議制が役に立たない場合、市民としての、それも個々の市民としての国民が、主権者本来の権利を要求していくことが許されなければならない。民主的法治国家は、最終的にこうした正統性の番人たちに依拠しているのである。」⁽¹⁵⁾

こうした市民の声、市民の力に最後の期待をかけるのが市民的不服従論であり、重要なのは、そのみが国家の暴力に「テロ」という対抗暴力で応酬することによって生じる「暴力の連鎖」を断ち切りうるだけでなく、唯一現実的で、かつ強力な力であるという点である。⁽¹⁶⁾

2 無条件に平等なチャンス

第二に着目したいのが、シュミットの主張する「無条件に平等のチャンス」である。彼は機能主義的で中立的な議会が数の横暴に走ることで、中立性と客観性の反対物となることを阻止するためには、どうしてもひとつの実質的な公正原理が不可欠であると主張する。それは多数票獲得への到達をめぐる競い合う、万人に開かれた無条件に平等なチャンスの保障である。「この原理なくしては、多数算術は、あらゆる内容的結果を等閑視するがゆえにグロテスクな遊戯と墮し、そこから導出される合法性概念も、あらゆる正義に対する厚顔な嘲弄となるだけでなく、最初の多数派はただちに合法的に持続的権力としてみずからを制度化するであろうから、多数を獲得してしまうやいなや体系自身が終わりを告げてしまうであろう。」⁽¹⁷⁾

シュミットは、この平等なチャンスが無条件なものでなければならぬことを強調する。というのも、競合者の非合法性がどこから始まるのかを多数派が決定できるとすれば、この保障はないも同然であるし、また司法などの〈不偏不党の中立的〉第三者がそれを決めるとするならば、その時、立法国家の合法性体系が放棄されたこ

とになるからである。

「私があえてこの論点を問題視するのは、「始まりの暴力」を隠蔽しえた「法の正義」が、暴力ではなく正義であり続ける為に、〈法の脱構築〉が不可欠の作業であると考えるからである。それは法解釈の問題ではない。¹⁸⁾岡野八代が従軍慰安婦・日本軍性奴隷問題に関連して述べていることを、われわれは法的議論にまじめぬものとして、あるいはことは奪われた者たちの沈黙は、そもそも存在しないのだから事実を問題とする学問の埒外のものとして無視してよいのであろうか。彼女は問いかける。法律家はややもすれば「既存の犯罪類型にこの問題に当てはめようとする。しかし現在、わたしたちが〈暴力〉をめぐる直面している問題は、逆に既存の犯罪類型から〈排除〉されてしまうがゆえに、自分が被った〈不正〉を告発することができない、あるいは暴力の被害に遭い、〈痛み〉に苦しめられているがゆえに声を発することができない人が多く存在する／してきた、という事態なのだ。」¹⁹⁾

しかしこうした〈脱構築〉＝法の正義の回復が可能になるためには、シュミットが行ったのとは異なるやり方で「政治的なもの」を再定義することが不可欠であろう。『政治的なものの概念』のなかでは、あれほど「政治的なもの」と「国家的なもの」の混同を諷めていたシュミットであったが、彼自身がこの混同を免れていたとは言い難い。国家は戦争機械から解放されなければならないのである。私見では法の外側に置かれていた他者が法の内側にとりこまれ (Einbeziehung des Anderen; Inclusion of the other) その他者との間にあらたな関係性、あらたな「あいだ」を作り出すという、ある種アレント的な「政治」の概念が必要になる。「暴力」と「無条件の平等」という観念は、シュミットが想定していた以上の拡がりを持つのだろうし、持たせなければならぬ。

六 結 語

合法性と正統性という問題圏に対して、シュミットを引証しつつ検討を加えてきたが、裁判官の法創造が合法的とは認められるのも、議会の多数決が正統性を根拠に是認されるのも、それらの営為によって現行制度が生み出すパラドックスの解消がめざされるかぎり——暴力の原罪を贖おうとする正義の行いが赦しを得ることのできる場合のみ——のものであろう。また「合法性」と「正統性」は、「立憲民主主義」に融和されて理解されてはならず、相互に緊張関係にあるものとして再定義される必要がある。誤解を避けるためにも強調しておくが、本報告は決して「暴力装置」、戦争機械としての国家像を強調するものでも、ましてや是認するものでもない。近代主権国家が想定する国民の平等、国民の同質性という前提が必然的に国家の内外を分かつ国境線、「彼ら」と「われわれ」を区別・差別する基準を設定しなければならぬだけでなく、国家の内部においても、国民的同質性から逸脱する「異質者」の排除・絶滅を企図することが国家にとって不可避のものとなるのならば、アレントの言う「人権のアポリア」⁽²⁰⁾は解消不可能である。人権を蹂躪するのも国家であるが、その国家の権力なくしては人権の擁護はなしえない。だからこそ国家における「正義」の契機にこそ、力点がおかれなければならない。

そのためには何が必要だろうか。それと関連して述べておきたいのは、近年の現代思想的な議論に顕著なアウシュビッツの特権化、九・一一テロの特権化にまつわる暴力の正当化言説に關してである。

それはたとえば、アウシュビッツ、あるいは九・一一テロのような「究極の罪業」に対して、アウシュビッツでなければ、たとえば小規模の虐殺なら黙認してよい、あるいはアウシュビッツをくい止めるためなら、何を行ってもよいとする風潮に見て取られる傾向である。

アメリカが九・一一テロの標的となった世界貿易センタービル跡地を「グラウンド・ゼロ」と呼ぶ、その感覚

には啞然とさせられるものがあるが、自らに加えられた暴力を、あたかも原爆投下と同列の非人道的行為と描き出す、その反面、自分たちの行ったヒロシマ、ナガサキへの原爆投下は、人道的行為と正当化し、そのことへの批判・疑念すら許さぬ⁽²¹⁾というダブルスタンダードが容認されてはいないだろうか。われわれはイスラエルのテロ行為を、アウシュビッツがゆえに免罪して、「テロリスト」をアラブ人の代名詞として用いてはいないだろうか。それは暴力を止めるための暴力、アウシュビッツを再現させないための暴力、テロを根絶する暴力を「正義の暴力」として正当化することで、逆に暴力の連鎖、暴力のエスカレーションを招来させている。

その結果、「報復」する力を持つ者だけに、力が独占されるばかりか、正義も独占され、その暴力の前に沈黙を余儀なくさせられている人々からは、正義どころか、正義に至りうる可能性までが奪われてしまっている⁽²²⁾のである。

人権を蹂躪するような国家の暴力が「不当な暴力」であり、「われわれの」人権を擁護してくれる国家の暴力が「正義の暴力」なのではない。どのような暴力であれ、それを暴力として直視すること、自分たちが他者に加えている暴力を常に自覚し、他者の痛みから目を背けないこと、そのためには正当化主義的な思考を放棄することこそが必要である。

確かに「剣を伴わぬ契約は、たんなることばにすぎない」(Hobbes)。しかしことばまで奪われ、沈黙を強いられ、正義の可能性まで奪われた人々にことばを戻すこと、正義への希望を戻すことなくしては、法も政治も、暴力とイデオロギーの別名となり下がってしまうことも確かである。だからこそ重要なのは、新たな暴力の連鎖を生み出す「報復」と、すべてを水に流すという、単なる忘却の口実に供されかねない「赦し」⁽²³⁾のあいだで、正義の持つ根元的治癒力を模索し続ける努力をわれわれが続けていくことであろう。

- (1) もっともドイツ語では自然法 *Naturrecht* に対して自然法則は *Natugesetz* と区別されてはいる。しかし自然法則 *Natugesetz* という語例は、カントのコペルニクスの転換を持ち出せば話は別であろうが、通常対比的に用いられる *Recht* と *Gesetz* の区別 (中世以来の大陸法に根強い権利 *II* 法的秩序から派生した *Recht* に対する、人間が策定した実定法 *Gesetz* という用例) からは大きくはずれずしてしまふ。
- (2) 和田仁孝「モダン法思考の限界と法の再文脈化」、(井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界 [I] 法的思考の再定位』所収) 二九頁。
- (3) 有賀誠「批判的法学研究——〈法の支配〉の行方——」(有賀誠・伊藤恭彦・松井暁編『ポスト・リベラリズム』所収) 一八四頁。有賀「ドゥオーキン、アンガー、デリダ——〈法の支配〉をめぐる係争の行方——」(『創文』2001・07 No. 433) も併せて参照のこと。
- (4) D・ケアリス編『政治としての法——批判的法学入門——』、風行社 (D. Cairns (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Pantheon Books, 1982) なお、この書物と類似した「政治としての法」というタイトルをつけられている論文集に Ronald Beiner が序文を付した次のカール・シュミット論集がある。David Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Duke University Press, Durham & London, 1998. 本稿がこの問題文脈でカール・シュミットに注目するのも、したがってあながち不当ではあるまい。
- (5) フレーン出版『現代政治学事典』の「立憲主義」の項参照。
- (6) 芦部信喜『憲法 第三版』岩波書店、二〇〇二は人間の尊厳という究極の価値に奉仕する手段として、民主主義は「単に多数者支配の政治を意味せず、実をともなった立憲民主主義でなければならない」(一七頁)として、両者を調和的にとらえるべきであるとの見解を表明している。
- (7) C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*. 4. Aufl. Berlin 1988(1932), S. 14 (『合法性と正当性』、未來社、一五頁) シュミットは、この箇所で、ウェーバー社会学において「正統性と合法性の両者が、まさに正統性の対極を意味するものであるにもかかわらず、正統性という共通の概念に還元されている」と批判している。なおこの訳書では *Legitimität* に対して「正当性」の訳語があてられているが、たとえば *Ein folgerichtig durchgeführter Pluralismus braucht eine andere Art von Rechtfertigung als die Legalität des parlamentarischen Gesetzge-*

bungstaates. (一貫して遂行される多元主義は議會制立法国家の合法性とは別種の正当化を必要とする) (S. 90) といった際に用いられている *Rechtfertigung* と概念上の混乱を招きかねないので、以下では「正統性」の訳語を用いる。

- (8) C. Schmitt, *Ibid.*, S. 91. (邦訳二二八頁。)
- (9) C. Schmitt, *Ibid.*, S. 22f. (邦訳二八頁。)
- (10) C. Schmitt, *Ibid.*, S. 91. (邦訳二二八頁。)
- (11) C. Schmitt, *Ibid.*, S. 31. (邦訳四一頁。)「法律は、民主制にあっては、……実際的にはそのときどきの多数者の意志である。民衆の命ずるところが法律である。(lex est, quod populus jubet.) ……国民が善であり、したがって国民の意志というだけで十分なのだという前提なしにはいかなる民主制も成り立たない。彼が欲するというだけで十分なのだ。(Il suffit qu'il veut.) 議會制民主制においては、議会の意志が、国民の意志と同一視される。議會が国民意志という資格要件を備えていると前提されるかぎりで、ここでは議会の単純多数決が法であり、法律でありうる。」C. Schmitt, *Ibid.*, S. 27f. (邦訳三五―六頁)「こうした国民の意志の表出に対して、「立憲主義的な」司法府の審査は立法国家の合法性体系を脅かすものとなる。憲法には、実質的な面で、立法者の先回りをして、立法者の役割を演じることなど望む術すらないのだから、憲法はこうした立法者に対して、組織的、手続きのな規制を行うにすぎない。シュミットのこの論点は、今日的な状況と視点から見れば論争的だろう。」
- (12) C. Schmitt, *Ibid.*, S. 92. (邦訳二二〇―一頁。)
- (13) 『合法性と正統性』を前向きに評価する際、多くの論者はハーバースムールマン論争と関連させて正統性の危機 vs システムの安定性という問題をとりあげるのだが、文脈上、本報告ではこの問題はとりあげない。また誤解を避けるために断っておくが、本報告はシュミットの「問題」を評価するものであって、彼の「解決」を評価するものではない。
- (14) 佐々木高雄『抵抗権論』、学陽書房、六二頁。
- (15) J. Habermas, *Die Neue Unübersichtlichkeit. Kleine Politische Schriften V.* Frankfurt am Main 1985, S. 85 und 88. (『新たな不透明性』、松籟社、一一六―七、一一二頁。)

(16) 先日、緊急に翻訳出版された岩波新書の『帝国を壊すために』のなかで、インド人の女性作家アルンダティ・ロイは、アフガンやイラクにおけるアメリカ政府の暴挙を、彼女独特のユーモアとアイロニーを込めつつも、厳しく批判しているが、同時に彼女は最大級の期待を、「民主主義と自由を取り戻す」アメリカ市民の抵抗のなかに見ている。アメリカ合衆国の戦争マシーンに対抗できるだけの通常兵力を持つ国など、もはや存在しないが、唯一存在するのは、より強力な組織であるアメリカ市民なのである。『帝国を壊すために——戦争と正義をめぐるエッセイ——』、岩波新書、二〇四―七頁参照。

(17) C. Schmitt, *Ibid.*, S. 32. (邦訳四二頁。)

(18) 「正義にかなうものであるためには、例えば裁判官の決断は、ある法／権利の規則または一般的な掟に従わねばならないだけでなく、再設定的な現実的解釈行為によってそれを引き受け、是認し、その価値を確認せねばならない。あたかもつきつめてみる掟など前もって現実に存在してはいないかのように。……ある決断が正義にかなうものであり、かつ責任ある／応答可能なものであるためには、その決断はそれに固有の瞬間において、規制されながらも同時に規制なしにあるのでなければならぬし、掟を維持するけれども同時にそれを破壊したり宙吊りにするのでなければならぬ。」J・デリダ『法の力』、法政大学出版社、五五―六頁。

(19) 岡野八代『法の政治学』、青土社、一八五頁。

(20) H・アレント『全体主義の起原？ 帝国主義』、みすず書房、二七〇頁以降を参照。

(21) E. T. Linenthal & T. Engelhardt (ed.), *History Wars: The Enola Gay and other battles for the American past*. New York, Metropolitan Books, 1996. (『戦争と正義—エノラ・ゲイ展論争から』、朝日選書六〇七)

(22) 上野千鶴子「非力の思想 戦争の犯罪化のために」(朝日新聞二〇〇二年九月一〇日夕刊) 参照。

(23) この点で、マーサ・ミノウ『復讐と赦しのあいだ』(荒木教夫・駒村圭吾訳)、信山社が示唆に富む。

※ 本稿は二〇〇三年一〇月四日、尚美学園大学において開催された日本政治学会共通論題Ⅰ「政治学と法律学の競合と共生」での報告に加筆したものである。