

# ヴァイマル末期の法治国家論

—ヘルマン・ヘラーの社会的法治国家論を中心に—

松本尚子

## はじめに

ナチス政権発足前夜の1930年、国法学者ヘルマン・ヘラーは「法治国家か独裁か?」と題したパンフレットを発表し、これを軸として社会的法治国家のモデルを提唱し始めた。その3年後、ヘラー自身はナチス政権奪取まもなく亡命先のマドリッドで客死した。が、第2次大戦を経たボン基本法体制の下で「社会的法治国家」概念はよみがえり、基本法上の国家原理にまで高められた。本稿ではヘラーのこの「社会的法治国家」モデルを分析し、これを土台に当時の法治国家論争の性質を探る。

ヘラーはヴァイマル末期に学問的にも政治的にも活躍した人物だが、カール・シュミットやハンス・ケルゼンといった同時代の憲法学の大家に比べ、国法学者としては戦後ほとんど忘れ去られていたといつてよい。ヘラー研究は、従来専ら社会学政治学の分野で進められ<sup>(1)</sup>、近年まで憲法学ではあまり顧みられなかった感がある。これに対し、ドイツではヘラー記念シンポジウムが1988年に催されたのを機に、社会学・憲法学間でようやく彼の業績に対する学際的な再検討が始まった。おそらくその影響で近年日本でもヘラーの著作が次々に翻訳されており<sup>(2)</sup>、またヘラーの国法学の方法論に対する研究も多く見られるようになってきている<sup>(3)</sup>。

こうした傾向の中でも、ヘラーの社会的法治国家論に対する研究はいまだ十分とは言えない<sup>(4)</sup>。特にヘラー自身における社会的法治国家論の位置、その社会・政治的背景について、未だ解明されていない部分がある。問い直すべきことは多い。例えば、国法学者として出発した当時からすでに、ヘラーの国家論には社会的法治国家への決断が貫かれていたのか。それとも彼の社会的法治

国家論は、むしろヴァイマル末期の政治的危機の機運によって初めて生まれてきたものではないのか。そもそもヘラーが加えた「社会的」という形容詞は、具体的に何を批判し、何を凌駕すべく意図されていたのか。本稿で筆者はこうした問いを明らかにし、それを踏まえてヘラーの社会的法治国家構想の時代的意味を問い直す。同時にこの試みは、従来の法治国家論研究においてほとんど顧みられなかったヴァイマル末期およびナチス初期の法治国家概念論争の分析への端緒になっている<sup>(6)</sup>。

このような視点から、本論の叙述は以下の順序をたどる。まず、ヴァイマル期公法学に提示された法治国家概念に対する問い直しをケルゼン、シュミットを例に概観する（→1）。次にこれに対する返答として出されたヘラーの『法治国家か独裁か』の内容をたどり（→2）、ヘラーの提起する社会的法治国家と、その機軸となる実質的法治国家が、1において提示された問いに関してどのような対応を示しているのかをみる（→3）。最後にヴァイマル末期の法治国家論におけるヘラーの社会的法治国家論の位置を測り、翻って当時の法治国家論争の意味を問う（→4）。

## 1. 法治国家概念の問い直し—ケルゼンとシュミット

近代行政法の基盤をなす法治国家原理に対する理解は<sup>(6)</sup>、ヴァイマル期に入ってもさしあたって大きな変化はなかった。それは即ち、シュタルによる定義の「国家の活動の進路と限界を、市民の自由な活動圏と同じく、法によって正確に規定し限定する」国家であり<sup>(7)</sup>、またこの部分を継承した行政法学者オッター・マイヤーによる「法律による行政」原理であり<sup>(8)</sup>、行政裁判所を公権保護の保障機関とするものであった<sup>(9)</sup>。第一次大戦後初期、公法実証主義の立場はまだ確固としたものであり、法治国家概念は、公法実証主義の方法を最もよく実施し得るはずの行政法学の中心概念として構築され、その内部で完結性を保っていたのである。確かに、ヴァイマル憲法の明確な三権分立に対応して、従来の定義に加えて裁判所の独立を明記することは公法実証主義者の間で一般的になっていた<sup>(10)</sup>。また、行政裁判所については概括主義が法治国家の「試金石」或いは「要石」と見なされるようになった<sup>(11)</sup>。とはいえ、19世紀末における公法実証主義によって一応の完成を見た法治国家理論は、帝制から共和制への体制変換の影響を受けずして次世代の公法実証主義者に継承されたの

である。

これに対して法治国家論の意義に対する根本的な問い直しが始められるのは、ヴァイマル中期以降のことである。その一つがケルゼン《Hans Kelsen. 1881-1972》の法治国家概念批判である。公法実証主義の範疇に属す、というよりは認識論的帰結から「意識的に」実証主義を選択したケルゼンは、他の実証主義者とは別次元の法治国家概念把握を示している。彼の法治国家論は1925年の『一般国家学』にその一端が現れている。「曖昧な国家形而上学と絶縁して、実証的国家の一理論を、即ち厳密に法学的であって、政治的に着色されない国家学を目標とする」<sup>(40)</sup>ゲルバー、ラーバント、イエリネック国家学の系譜を自覚的に継承したケルゼンによれば、「国家」の目的を問うことは政治学の範疇にありこそすれ、一般国家学の研究対象枠内にはない。何故なら国家学は、国家がいかにあるべきかを問題とするのではなく、国家がどうあるかを問うからである。こうした前提を破る問題設定の立て方として最も耐え難いのは、国家の目的として法《Recht》と力《Macht》を対置させることである。法と力との対立は、法—目的と力—目的の対置に現れ、それ故法治国家《Rechtsstaat》と権力国家《Machtstaat》の対置に現れるが、このような対置は国家秩序の内容を分類し、それによって国家自身の実質的類別をするのには甚だ不適當である。何故なら、国家においては力が法となることこそまさに国家の本質であるからである。つまり、ある行為が国家行為として把握され、ある要件が国家的なものと解され、国家に帰属させられ得るのは、法そのものである規範的秩序に基づいてのみであるからである。法を絶対化することのない実証主義の立場からすれば、どの国家も次の意味では法治国家である。即ち、総ての国家行為は、法秩序としての資格を与えられた秩序を実現する限りで法的行為である、という意味である<sup>(43)</sup>。

ケルゼンはここで法治国家概念のもつイデオロギー的機能を嫌い、法治国家概念（歴史的概念としての意味は別として）を使った論争を不毛とする。これはある意味、かなりいさぎよい法治国家概念無用論である。ヘラーはこうしたケルゼンの立場を激しく批判することになるのであるが、それについては後述する。

一方、ケルゼンとことごとく対照的なシュミット《Carl Schmitt. 1888-1985》は、1928年の『憲法論』に「市民的法治国家」という言葉を導入し、これをキー

ワードにした公法実証主義批判を展開した。まず、シュミットが法治国家概念に「市民的」の形容詞を付した根拠には、法治国家の歴史的発露を自由主義の憲法、しかも市民的自由の憲法にあるとするシュミットの史的認識がある<sup>(14)</sup>。彼の市民的法治国家において、法治国家概念の意義は一連の対立事象との対比にある。第一に権力国家との対立、第二に警察国家、福祉国家、または国家の任務が法秩序の維持のみに限定されないあらゆる国家類型との対立において、それは抗争の意味をもっている。一方、組織的な意味での市民的法治国家の特色は、「国家の組織が、国家権力に対する批判的・否定的観点——国家権力の濫用からの市民の保護——に立ってなされる」<sup>(15)</sup>という点にある。そこでは「国家の組織より国家抑制の手段と方法の組織に重点がおかれ、国家の侵害に対する保障がなされ、国家権力の行使に対する抑制を導入することが意図されている。」この意図の具体化が基本権（権力配分原理）と権力分立となる。基本権とは、個人と国家の間の権力領域の配分原理であり、実質的には自由権を表す。この配分原理のために必要な組織原理が権力分立制であり、それは第一に行政の法律への拘束、第二に国家権力発動の一般的予測可能性、第三に法律への拘束を前提とする裁判官の独立となって現れるという<sup>(16)</sup>。

シュミットの憲法論構成の大前提は、この「市民的法治国家」的諸原理が憲法のすべてではないことにある。シュミットによれば、近代憲法は市民的法治国家の諸原則の部分と政治的構成部分の二重構成になっている。従来、市民的法治国家の諸原理は「しばしば憲法そのものと同一視され、また『憲法国家』が『市民的法治国家』と同意義であるとさえいわれた」が<sup>(17)</sup>、このような市民的法治国家的保障以外の何物もを含んでいない憲法は存在し得ない。法治国家的諸原理はむしろ政治的諸原理に付加された、憲法の一抑制的な働きをなしているにすぎない、というのである。ここで確認しておかねばならないのは、彼は「市民的法治国家」の要素を軽視するのではなく、またそれを信奉するのでもなく、ただ近代憲法の現状の体系として分析していることである。シュミットは、4年後の『合法性と正当性』やナチス政権下初期のアジ的小論の数々でみせたような<sup>(18)</sup>、ヴァイマール憲法体制に対する正面攻撃をここではまだしていない。

つまりここでシュミットは、体制批判ではなく、従来の憲法学における憲法の政治的要素の無視を指摘することによる法実証主義的思考批判を展開してい

る。彼の『憲法論』は「法治国家」という言葉に付加されている情緒的意味、即ち「憲法の理想」、更に言えば「正義のための国家」というコノテーションを暴露し、それを払拭する試みによって優れた記号論となっているのである。この試みは、一見意外にうつるシュミットのシュタールへの肯定的評価へとつながる。シュミットは「法治国家は決して国家の目的と内容を意味するのではなく、単にそれを実現するための態様と性質のみを意味する」というシュタールの定義の最後の部分を今日なお正当であると評価する<sup>(49)</sup>。(自らナチス初期に掲げたシュタールの「形式的法治国家」性に対する批判とは裏腹に)ここでは、シュタールが法治国家概念の効用範囲を最小限に理解し、「法治国家」ではフォローできない政治的領域の存在を認めることを評価しているのである。逆にシュミットにとっては、公法実証主義者はこの政治的要素を無視するあまり、単なる抑制的機能しかもたない法治国家的諸原理を憲法原理の十分条件に不当に拡張した責が問われるべきなのである。

このシュミットの「市民的法治国家」概念は、ヴァイマル末期の法治国家論に種火をつけた。既に翌年の1929年には、トリーベルがシュミットの決断主義的立場、つまり「政治的＝国家の実存形態について最終的に決定的なもの」と「市民的・自由主義的＝国家権力の抑制と統制」を区別する考え方を評価しながらも、この『政治的』を『法治国家的』の対立関係にもち込むことは恣意的である、と批判している<sup>(50)</sup>。そして翌年、本稿で中心的に取り上げるヘラーの『法治国家か独裁か』が発表されるのである。

## 2. 『法治国家か独裁か？』

前節で述べたような、伝統的近代法治国家理解に対する二つの根本的な問い直し提示された後で、ヘラーの社会的法治国家概念は生まれた。そして、結果から言えば、社民党系国法学者ヘラー (Hermann Heller. 1891-1933)<sup>(51)</sup>が1930年に発表した『法治国家か独裁か？』は、シュミットが種火をつけた法治国家論争に油を注ぐことになったのである。彼によって、市民的法治国家——彼自身はその言葉を使っていないが——はもはや理念型としてでなく、階級闘争の対象としての市民層の歴史的造営物として把握された。このような、所謂「ブルジョア法治国家」としての市民的法治国家の性格は、ヘラーの新造語「社会的法治国家」との比較対象によって更に際立たせられることになるので

ある。

その際看過してならないのは、ヘラーの小論の主眼が、市民的法治国家の社会的法治国家による克服という図式の設定のみにあったのではないということである。ヘラーがこの小論を執筆した動機は、その題名にもあるように、当時の独裁もしくはファシズムへの市民層の傾倒に対する警告である。そうした意味でヘラーの視点は教義学的法学論や実践論から大きく離れて政治哲学の領域におかれ、勢いこの小論には法治国家の定義や制度及び構造についての分析は殆ど見られない。具体的な内容を見てみよう。ヘラーは冒頭で、明らかにシュミットを指して「ある著名なドイツの国法学者が独裁制を現代に特有な国家形態であるとし、法治国家などは時代遅れの憲法につきものの決まり文句だと言っている」ことは無視し得ても、「そういった主張が可能であるという事自体」に問題を見る<sup>(22)</sup>。そしてこうした事態の原因を、没落した市民層の独裁への傾倒に見いだすのである。ヘラーの法治国家論は、この市民層の社会的・政治的・精神的没落の歴史と不可分に結び付いている。

では、ヘラーは法治国家及び市民層がいかなる経過をたどって勃興し、また没落したと考えるのか。ヘラー曰く、法治国家の社会的・政治的・精神的基礎は、社会的諸関係の予測可能性と計画性の高まりによる、取引の安全或は法的安定性への要請に見いだされる。そして社会的合理化過程の究極に近代的法治国家が現れる。こうしたなかで、「法律の支配」としての法治国家は、まず帝室裁判所による暴力・自力救済の排除、絶対君主による立法・判決・行政などの封建領主既得権の剥奪、18世紀末に要求された君主の公僕性と領主裁判所という二重の拘束性を備えた不可侵の法観念に構築されていく。こうした社会的・政治的発展と並んで理念史的発展はヴォルテールらにみられる脱人格的法則信仰、即ち「人間は、もはや人間にではなく法則にのみ従えばよい時に自由である」という政治的倫理的公理を導いた。「法則に則った自由の確実性」は18世紀から19世紀の変わり目の市民層の要請するところとなり、それは権力分立機構を備えた立法にいまや精神的・経済的に力をつけた市民層が影響力をふるうことによって確保されることになったという<sup>(23)</sup>。

ところが、このような事態は資本主義の発展に伴うプロレタリアートの増加と台頭によって、根底から変化する。即ち、市民層の要請した立法部にプロレタリアートが参入し、しかもその数は増すばかりである……。「こうして資本

主義は、民主主義原理を論理の究極まで導いたのであるが、そのために、民主主義原理の生みの親である市民層の支配が脅かされることになる。プロレタリアートを立法部から永遠に駆逐するのは、法治国家的な手段では不可能であるように思われる。また、現代の意識からすれば、民主主義を教養と財産の有る者だけに限定するよう要請することは、もはや不可能である。……市民層は、法治国家の理想に絶望して、自分自身の精神的世界を否認し始める。」<sup>(60)</sup>

このような市民層の没落史を描くヘラーの叙述は、市民層の自己自身の精神世界の否認が行き着く先に目を向ける。それはヘラーによれば、非合理的な新封建主義、法則なき個性の天才信仰、そして最も可能な逃げ道としての神話である。つまり、神話としてのナショナリズム及び教会宗教、民主主義的議会制の腐敗にこじつけた独裁の正当化である。ここでヘラーは独裁による神話的な隠蔽政策の数々、即ち「真の」民主主義実現宣言や職能代表的国家の神話の内実を暴露する<sup>(65)</sup>。ニーチェの近代批判との対決が明らかににじみ出ているこの件りで、ヘラーは当時まだ輪郭のはっきりしてないファシズムの危険性を訴えている。

このようなヘラーの歴史観のなかで、彼の社会的法治国家は次のように位置付けられている。即ち、ヘラーによれば、資本主義の発展が招いたプロレタリアートの出現と市民層の社会的地位の変化に伴って、法治国家観も自由主義的なものから社会的なものへの変遷が避け得られなくなった。この社会的法治国家とは、「実質的法治国家思想の労働及び財産秩序への拡張」<sup>(66)</sup>である。しかし、労働者階級に対して自己を高次の文化エリートと見なす誤謬から脱することのできない市民層にとって、社会的法治国家は「劣等者の支配」でしかないとヘラーは言う<sup>(67)</sup>。ヘラーは、社会的法治国家に対する市民層の反撃を、1848年革命の挫折と共に始まる、市民層自身の作り上げた法治国家思想の否定と空洞化、即ち形式主義的・技術的なものへのすり替えに見る。更にヘラーは、この法治国家思想の空洞化が、法律が技術的にのみ理解されることにより主体的決断の悪弊から独立することができるとする法律への信仰、即ち空洞化された規範主義を招いたという。この信仰を純粹培養したものとして彼が挙げるのが、ケルゼンの純粹法学およびその学派である。「総ての国家を法治国家と認め、『指導者のいないこと』を民主主義的理想と考えるケルゼンの規範主義的思惟の空虚な抽象化は、まさしく倫理的理由づけを渴望して現実に飢えているドイツの青

年達の中に独裁思想を広めるのに少なからぬ役割を演じている。」<sup>(28)</sup>

### 3. ヘラーの「実質的」「社会的」法治国家

では、ヘラーの提示した新しい法治国家像は、ケルゼン及びシュミットの問題提起に具体的にどのように答えているのであろうか。ヘラーの基本的立場を参照しつつ、「実質的」「社会的」法治国家の二つの形容詞にこめられた時代状況の意味を探ってみよう。

#### A. 実質的法治国家

ヘラーは、実質的法治国家の理念を代表するものとして、1859年のロベルト・フォン・モールを引き合いに出している。モールが法治国家を、国家の成員が『まず第一に法律の前の平等《Gleichheit vor dem Gesetze》』を要求する権利、『つまり個人的な境遇がどのようなものであるかにかかわらずすべての人の生活目的を顧慮し、個々人の地位身分にかかわらず一般の規範の客観的適用をうける』<sup>(29)</sup>権利をもっているような団体という件りである<sup>(30)</sup>。ヘラーにとっての実質的法治国家には「平等」という価値概念が含まれており、それも「不正と恣意に対する具体的な反対物、すなわち、質的な正しさ」であって、「量的論理的一般性」ではない<sup>(31)</sup>。つまりそれは実質的平等への要求である。

一方でヘラーの法治国家における「法」の内容は排他的に議会制定法のみを意味するのであって、同時代のE. カウフマンのような新自然法派のテーゼ（「法律の前の平等は、法適用のみならず立法にも及ぶ。」裁判官の法律審査権は認められ、それは「不文の合理的・専門的・技術的規範の存在を前提とする。」）は受け入れられないものであった。これに関してヘラーは1927年の第5回国法学者大会で次のように述べている。「法治国家においては、法律は人民立法部《Volkslegislative》によって設定される最高の法規範のみを、しかしその総てを意味する。」<sup>(32)</sup> また彼は、1789年のフランス人権宣言6条の「法律は一般意思の表現である」に示される人民主権思想を「実質的法治国家思考」と呼んでいる。「この思想にとって、人民が立法部として自らに関して決定することは『正当性の試金石』としての国家契約に合致し、それが道徳的に自己決定する理性に合致するが故に、またその限りにおいて、正当な法律である。」<sup>(33)</sup> 彼において人民立法部の法律は既に正当であるが故に、彼の「実質的法治国家」

における「法」の内実も結局、法律に存することになる。

このような彼の議会制定法至上主義は、ヘラーのいわゆる「圧倒的多数が支配階層出身である」<sup>(34)</sup> 当時の裁判官に対する反感と背中合わせになっている。このような意味で、彼の「実質的法治国家」は、ボン基本法の構想と相違点をもつ。基本法は1条3項において基本権を「直接に効力をもつ法」とよび、それは立法をも拘束するという。そしてその保障機関として連邦憲法裁判所を設定し法律審査権を与えている。これと反対にヘラーは、一司法法曹を「憎しみに凝り固まった共和国の敵対者」と描写した1922年の社民党ゲーリッツ綱領と一致して<sup>(35)</sup> 一裁判官の法律審査権には反対であった。

マウスは、このようなヘラーの理論を「法律実証主義の社会主義的変種」の範疇に入れ、彼が方法論と憲法理論のパラドクスに陥っていると正当にも指摘する。即ち、彼の理論は憲法制定者をも拘束する超実定法的な法を承認する方法論的要素をもちながら、他方で憲法理論の次元では、立法者の絶対的な大権を基礎づけていたという<sup>(36)</sup>。ヘラーは一貫して公法実証主義の法律概念を批判し、法治国家の空洞化を招いた張本人と決めつけたが、実際の国家機関の運用に関しては実証主義に近い立場を採っているのである。

だが、ヘラーにとっての実質的法治国家の意義は、実証主義との対峙に尽きるわけではない。むしろ、その意義がアンチ・ファシズムにあることを見逃してはならない。これは前述したようなケルゼン批判の裏返しとして現れる。彼が再三にわたって批判的に引用したのはケルゼンの「どんな国家も法治国家であり得る (Jeder Staat kann ein Rechtsstaat sein.)」という件りであるが<sup>(37)</sup>、それはファシズムと結び付けて言及された。『法治国家か独裁か』と同年に公刊された『ヨーロッパとファシズム』には、イタリアの例をとったファシズム批判が明白に現れている。

「ムッソリーニは1928年5月12日の国会答弁で以下のように明白な言明を行った。『憲法はもはや存在しない。』それにもかかわらず司法大臣が1928年3月9日の国会予算演説で、ファシズム国家は法治国家であると言明したとき、彼は今日でもなお規範至上主義的な法実証主義に拠り所を求めることができるのである。それによれば、『すべての国家は法治国家』であり、なんとすればすべての国家は『なんらかの秩序』であるにはちがいがなく、『あらゆる国家行為は法行為である』からというので

ある。自由主義的な形式的規範至上主義《Formalnomokratie》は、論理的にはこれからも決して狼狽することはないだろうが、しかし政治的には、たとえそう欲したのではないにせよ、いつも独裁の最もよきペース・メーカーになるであろう。」<sup>(36)</sup>

前述したようにケルゼンは、従来の国家と法の二元論に基づく法治国家論をそのイデオロギー性の故に排斥したのであって、決してどんな国家も法治国家として積極的に認めたわけではない。そうした意味では、ここでもヘラーの批判的引用は的外れであるといわねばならない。しかし、政治から解放された国家学の可能性を否定し、国家学が相対主義によって不可知論に陥ることを最も恐れるヘラーにとって、ケルゼンのようにあっさり国家学上の法治国家概念を放棄することもまた不可能だった。彼にとって法治国家概念の放棄はイデオロギー批判ではなく、カール・シュミットが後にたどり着いたような独裁の承認以外の何物でもなかったのである。ヘラーは、形式至上主義的法治国家に対する批判という意味だけでなく、ファシズム独裁と全く相いれない法治国家という意味で「実質的法治国家」を選択した。この選択は、また彼の「社会的法治国家」にも当てはまるのである。

## B. 社会的法治国家

ヘラーの言葉遣いに正確にこだわれば、ヘラーの中心的思想に一貫して「社会的法治国家」構想があったとするのは誤りである。ヘラーが「社会的法治国家」という表現を用いたのは、『法治国家か独裁か』以降なのである。つまり、ヘラーはヴァイマル末期になってはじめて「社会的法治国家」を選択しているのである。

ではそれ以前のヘラーの立場はいかなるものだったか。既に1920年、29歳にして社民党SPDに入党したヘラーは、自由主義を単にブルジョア階級の人格的自由と所有権を守ることをのみを目的とする「夜警国家理念」とするラッサールの批判を行っていた。1924年に著した『基本権と基本義務』では、この夜警国家理念を直接的な政敵とする社会的理念の台頭を論ずる際に、法治国家についても叙述している。即ち、社会的理念は「『生産のアンサーキー』を経済生活の正しい秩序に代えようとし、この目的のために私的所有を可能なかぎり制限することによって、純粋な法治国家を民主主義的・社会的福祉国家に変質させ

ようとする。」<sup>(39)</sup> そしてこうした展開が「戦時社会主義」によって強力に促進され、現在もこの発展のさなかにいるという。この「純粋な法治国家」という記述は、1926年には「自由主義的法治国家」に代えられ<sup>(40)</sup>、ヘラーの言う現在進行形の発展は「自由主義的法治国家から社会・経済国家への移行」という表現になっている。その内実は国家による経済の組織化である。いずれにしても、「民主主義的・社会的福祉国家」にせよ、「社会・経済国家」にせよ、ヘラーの想定する発展方向は法治国家という概念を含んでいない。

これに対し、1929年頃から、ヘラーの想定する国家の発展方向に法治国家概念が現れてくる。この頃から、彼の反自由主義的立場にも若干の補足が見られる。例えば、「市民《Bürger》」と「ブルジョア」の本質的差異を主張して、市民は決してプロレタリアートの敵対すべき対象ではない、と主張している<sup>(41)</sup>。何故ヘラーが「法治国家」にこだわるようになったか、という素朴な疑問には、前述の「実質的法治国家」の選択に対する彼の動機と全く同じもの、即ち次の引用に現れているような、独裁への反発を当てはめることができる。

「彼ら（左翼と右翼の審美的・英雄的な革命的ロマン主義者）は、ヴァイマル憲法のことを、君主制的・自由主義的法治国家と政治的・社会的民主主義との間の腐りきって形を成さない妥協であるとよんでいる。彼らは、その内容においてはそれぞれ異なるにせよ、結局は独裁を希求しているのである。それゆえ、憲法の定める権力分立と基本権などは、ブルジョア法治国家のもっている時代遅れの偏見であると主張する点で、奇妙に一致しているのである。」<sup>(42)</sup>

この時期以降のヘラーの論文に現れる社会的法治国家概念は、アンチ独裁を主眼とするがゆえに、自由主義的法治国家の改造ではあっても、法治国家を根こそぎ排除することでは決してないのである<sup>(43)</sup>。

#### 4. ヘラーに対する評価と法治国家論の氾濫

ヘラーに対する同時代の評価はさまざまであった。例えば一方で、社民党系のフレンケルやフランツ・ノイマン<sup>(44)</sup>には、社会的法治国家構想は好意的に受け取られたようである。彼らにとって、これはシュミットの独裁者や社民党左派のキルヒハイマーのプロレタリア独裁よりは、秩序回復の手段として現実的なものだったという<sup>(45)</sup>。フレンケルは1931年の新民事訴訟法草案を評価する記事

のなかで社会的法治国家の語を使用している。彼においても社会的法治国家はまず形式的な法律の支配を前提とするもので、議会主義はその絶対条件である。「共和国派の法律家は、民主主義がファシズムやボルシェヴィズムとは反対に、法治国家即ち法律の支配の枠内でのみ存在し得ること、しかしこの法律の支配は議会の活動とその中心的な任務への憲法の枠内での接近を前提とすることを示す義務がある。」<sup>(46)</sup> 一方フレンケルは別の場所で、現在のように形式的法治国家が脅威にさらされている時代には、ヘラーの唱える実質的法治国家による形式的法治国家の補充はもっと後になってから氣遣うべきことだとも述べている<sup>(47)</sup>。

反法実証主義的・保守的国法学者の間でもヘラーの評価はまちまちであった。ケルロイターは1932年の『民族的法治国家』においてヘラーの社会的法治国家を、平等原則によって市民的法治国家を修正できると信じている急進的民主主義の国家論、という範疇に入れている。ケルロイターにとって、市民的法治国家も社会的法治国家も、色調は違うが政治的な色をもつことに変わりはなく、ヘラーの理論は法治国家の一面性を強調したものにすぎない<sup>(48)</sup>。これとは反対に、スメントはナチス政権発足直前の1933年の論文『ドイツ国法における市民とブルジョア』でヘラーとシュミットを同時に肯定的に評価している。スメントによれば、ラーバントに代表される19世紀末の形式主義的国法学の古き自由主義的基本権論に拘束された法治国家論に比して、より正当なのはヘラーとS.ノイマンである<sup>(49)</sup>。またシュミットの分析した市民的法治国家は「どきつくいえば、ブルジョア法治国家」であり、それが19世紀の形式主義的国法学の末路であると言う<sup>(50)</sup>。そのシュミット自身は、ヘラーの社会的法治国家を「社民党法治国家」として、例えば中央党には「キリスト教的法治国家」があるように政党の数だけ現れる抗争的概念にすぎないと軽くなしているのである<sup>(51)</sup>。

こうした意見の相違にも関わらず、左派も右派も、伝統的な自由主義的（市民的）法治国家原理だけではもはや現代国家の国制を担うには不十分である、という認識では評者達の見解は一致していた。また、フレンケルのように慎重に形式的法治国家を擁護する場合があっても、法実証主義にこうした自由主義的法治国家構築の責任を見る傾向は一致していた。こうした傾向に対して、逆に実証主義批判を被る立場の「中道的」国法学者の多くは、近代法治国家概念の価値体系の擁護に努めた。ヘラーの『法治国家か独裁か』発行の翌年、1931

年のドイツ国法学者大会で前述のトリーペルが次のような発言をしている。

「今日、『自由主義』《liberal》という言葉が全く誤って用いられています。……もし、時代を超越した価値たる法治国家に『自由主義』という形容詞をつけ、それによってその価値を狭めようとしたり、同じ意図によって法治国家をブルジョアジーの『安全』を保障するという意味での『市民的』法治国家と呼んだり、またはその対立語として『社会的』法治国家を築こうとするならば、これら総ての歪みに対して……私達は抗議するべきでしょう。何故なら、ここに一つの永遠の価値が塵の中にまみれることになってしまうのだから……」<sup>(52)</sup>

前述したように、トリーペルはシュミットの憲法論における「政治的」「法治国家的」区分に反対した人であるが、今またシュミットの「市民的法治国家」、そしてヘラーの「社会的法治国家」設定を、法治国家の「永遠の価値」を不当に歪めるものとして弾劾したのである。「法治国家の熱狂的な支持者」<sup>(53)</sup>と当時評されたトリーペルのこうした基本的態度はケルゼンの法治国家概念放棄とまさしく対照をなしているのであるが、結局ケルゼンもトリーペルもヴァイマル末期の法治国家論争において決して主流とはならなかった点では同じだった。主流となったのは、両者の主張とも異なる道、つまり、形容詞のついた法治国家論だったのである。例えば、件のトリーペルの発言の直後に、後にナチス政権の看板国法学者となるケルロイターが既に「民族的法治国家」宣言をしている。彼は、トリーペルの主張する自由主義の永続的価値および法治国家の超時代的価値を肯定する一方で、法治国家の政治的憲法的形成は、ある民族が当面する具体的政治的状况を通じて定められねばならない、と主張する。そして、本質的に第一次世界大戦とその余波を前提とする現今のドイツ民族の状況においては、「自由至上主義的《liberalistisch》・個人主義的色調を与えられた法治国家思想は、法治国家思想の社会的な、特に民族的《national》な要素の利益のために、後退せねばならない」<sup>(54)</sup>というのである。

その他にも、1930年から1932年にかけては、様々な陣営から法治国家論が説かれている。それは例えばフライスラーのようなナチスの法治国家論であったり、裁判官の立場からのものであったり、また社民党系の雑誌からのナチス党批判であったりした<sup>(55)</sup>。こうした現象の直接の原因は、1930年3月29日ブリューニング内閣（国会与党を基盤としない、いわゆる大統領内閣）が成立してから、

議会の機能が急速に麻痺していったことであろう。ライヒ議会の年間開会期間は、1930年には94日あったのが、1931年には42日、1932年には13日と激減していった。それに反比例して、大統領の緊急命令権として公布された法律は、1930年に5件だったのが、1931年には44件、1932年には66件と急増したのである<sup>(56)</sup>。しかも1932年7月20日には、共産党「赤色戦線」とナチス党「突撃隊(SA)」間の私闘により、死者17名を出す流血事件が起きたことをきっかけにして、プロイセン・ラント政府の内閣がこの大統領緊急命令により罷免されるという、衝撃的な事件が起こった<sup>(57)</sup>。こうした状況で、例えばダルムシュテッターは1932年の『法治国家か権威国家か?』で、大統領の緊急命令権の濫発を権威国家への道と見て、それとは相いれない国家を実質的法治国家と想定する。彼によれば、ヴァイマル憲法の実質的正義の部分、例えば、153条2項(公用収用)、109条(平等権)、151条(生命権)に対して48条の独裁条項は鋭く対立し、権威国家の危険をはらむ<sup>(58)</sup>。一方で前述のケルロイターは、国家緊急法に民族的法安定性の理念の法的形成をみる。ケルロイターによれば、個人的な法的安定性やその維持と保護のみの概念しかもたない市民的法治国家を克服したのものとして、「民族的法治国家」は民族の生活秩序の安定性を最優先するのである<sup>(59)</sup>。

このように当時の法治国家論は、自由主義・法実証主義批判という一定の傾向をもっていたが、その先の法治国家像の中身となると千差万別であった。ヘラーの社会的法治国家もこれらの闘争論文一つであり、また決して当時の法治国家論をリードしていたわけではないことは、ヘラーに対する評価からもうかがえよう。1928年に「市民的法治国家」概念を設定したシュミット自身が、こうした法治国家論の氾濫に辟易し始めるのはこのころである。1932年の著作『合法性と正当性』には、図らずもケルゼンと同じ意見が述べられている。

「『法治国家』という用語はここでは用いないことにする。……『法治国家』という語は、『法』という言葉と同じく、さまざまな意味をもち得るし、更に尚、『国家』という語で示される諸組織と同じく、さまざまな意味をもち得るのである。封建的な、等族的な、市民的な、民族的な、社会的な法治国家が存在するし、また自然法的な、理性法的な、歴史的な法治国家の存在する。あらゆる種類の宣伝家や代弁家達が、相手を法治国家の敵と誹謗するために、好んでこの語を用いようとするのは当然

の事である。彼らの言う法治国家や法概念に関しては、『専ら、私及び私の親戚達の称えるものこそが、法と呼ばれるべきである』という言い草が当て嵌まる。<sup>(60)</sup>

## おわりに

ヴァイマル末期の法治国家論争は何を意味し、何を反映していたのか。第一に、当時の論争は政治的危機克服の視点からなされたと同時に、近代以降のドイツ法学の国家観の修正を図る試みをも表していた。即ち自由主義と法実証主義の下の法体系が支えてきた国家権力と個人的権利の相互関係の図式に修正を迫ったのである。確かに自由主義も法実証主義も、「法治国家」を媒介とせずとも、既に20世紀初頭に社会法の発達や自由法運動、また原理的には19世紀後半に社会主義理論や「概念法学」批判に現れていたように、数々の側面から攻撃されてきた。しかし国家論においては、イエリネックの国家法人説に対する批判を別とすれば、ドイツ公法学が直面した近代克服の図式は、ドイツ近代の国家を具現した「法治国家」を通して最も鮮烈に描かれるのである。何故なら法治国家概念は、公法と私法の厳格な区別や国家と社会の対置関係といった、ドイツ近代自由主義そのものの構造を請け負っていたからである。第二に、当時の法治国家論は国家の正当化問題を背負わざるを得なかった。もちろんどの時代にも国家の正当化は試みられるが、ヴァイマル末期においては、国家の正当化が可能か否かという問が法治国家論を通じて先鋭化されたのである。

ヘラーの社会的法治国家論は、論客のそれぞれがさまざまに錯綜した論敵をもつこの法治国家論の氾濫の端緒にあたるものであった。それらの法治国家論は一方で、従来の法治国家は19世紀の形式主義的国法学によって空洞化されたものであり、それに代わる、あるいはそれを補充する実質的な法治国家の再建が必要であるという共通認識ではほぼ一致していた。(19世紀的自由主義国家の克服と法実証主義批判は、ナチス初期の法治国家論にもっとデフォルメされた形で現れることになるのであるが、その分析は後の機会の課題としたい。) その一方で、その新しい実質的な法治国家の実像が何かということになると、主に政党派閥的な論陣に分裂してしまい、法治国家概念の外延をあいまいにしまった観がある。ケルゼンの法治国家概念批判は、既にこの混乱を正しく予想していたかのようである。国家の正当化問題への国法学的取り組み方の困

難さと矛盾を、この時代の法治国家論争は改めて露呈したのである。

- (1) 古いところで、猪木正道「ヘルマン・ヘラー『国家論』解説、(みすず書房(原典翻刻叢書)1955年)。60年代末から本国では W. Schluchter, Entscheidungen für den sozialen Rechtsstaat. Hermenn Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimrer Republik, Baden-Baden 1968, 日本では安世舟「ヘルマン・ヘラーの民主主義論」明治大学大学院紀要7集 [1969], 安世舟「ヘルマン・ヘラーの国家論—その成立と構造—」秋永肇編『政治学』所収(学文社1974年), 山口利男「ヘルマン・ヘラーにおける抵抗権の思想」法政論集53巻 [1971年], 山口利男「国家学の危機とヘルマン・ヘラー—『7月20日事件』の裁判過程を中心に—」『年報政治学』所収(岩波書店1973年), 安世舟「ヘルマン・ヘラーにおけるドイツ国民国家論再構成の試図」大東法学2号 [1975年], などが出ている。最近では安世舟「ヘラー Hermann Heller (1891-1933)—ワイマール共和国擁護の公法・政治理論としての国家学(第1部 思想の系譜)」『ドイツ公法の理論—その今日的意義』所収(1992年), 安世舟「『現存社会主義』を崩壊に導いた諸要因に関する若干の考察—ヘルマン・ヘラーの社会的法治国家論, および社会主義と儒教政治体制との比較の視点からの一接近」大東法学19号 [1992年]。法学で比較的古い研究としては、西浦公「ヴァイマル憲法学の憲法概念—H. ヘラーの理論を中心に—」法学雑誌21巻1号 [1974年]。
- (2) 80年代末から10を下らない論文や単本が訳出されている。紙面の制約上, ここでは抜粋にとどめる。安世舟訳『国家学』(未来社1988年), 山崎充彦訳「国民的社会主義」同志社法学42-3 [1990年], 山崎充彦訳「ドイツ民主主義における職業官吏制度」同志社法学43巻2号 [1991年], 今井弘道編訳『国家学の危機—議会制か独裁か』(風行社1991年), 今井弘道・大野達司訳「ライヒ憲法における法律概念」神奈川大学法学研究所研究年報13 [1992年], 大野達司・山崎充彦訳「基本権と基本義務」神奈川法学第28巻第2・3号 [1993年], 今井弘道・住吉雅美訳「ヘーゲルとドイツにおける国民的権力国家思想」北大法学論集42・43巻 [1991・1993年]。その外, ヘラーをテーマにしたドイツの研究も, 近年訳されている。Ch. ミュラー・I. シュタフ編著/安世舟・山口和男編訳『ワイマール共和国と憲法状況と国家学—H. ヘラー, C. シュミット, H. ケルゼン間の論争とそのボン共和国への影響』(未来社1989年), Ch. ミュラー/今井弘道・大野達司・寺島壽一訳「ドイツ社会民主主義・社会的資本主義と社会主義的法治国ののはざま—ヘルマン・ヘラーのマックス・ウェーバーとの対決」北大法学論集39巻2号 [1988年], Ch. ミュラー/兼子義人訳「ヘルマン・ヘラーとハンス・

ケルゼンの中の論争についての批判的注解」立命館法学193号 [1987年] 註(1)の W. シュルプターもこの時期に訳された。今井弘通訳「社会的法治国家への決断」(風行社 1991年)。

- (3) 廣澤民生「法実証主義と政治的憲法学の間で—ヘラーの法理論の研究」『小林孝輔教授還暦記念論集』(学陽書房 1983年), 澤野義一「ヘルマン・ヘラーの主権論—民主的な主権強調論」龍谷法学16巻4号 [1984年], 金城透「秩序と決断性—ヘルマン・ヘラー『主権論』を中心として」法学新報 [中央大学]90巻9・10号 [1984年], 滝田薫「ヘルマン・ヘラーにおける国家学概念構成—ドイツ国家学研究(4)」茨城キリスト教短期大学研究紀要25 [1985年], 澤野義一「ヘルマン・ヘラーの主権論の戦後における影響について」龍谷法学18巻1号 [1985年], 宮井清暢「ヘルマン・ヘラー—国家論の構造」早稲田大学大学院法研論集36, 43号 [1985・1987年] 初宿正典「ドイツ国法学者大会報告の中の C. シュミットと H. ヘラー—R. フォークトの引用分析に即して」人文35号 [1988年], 廣澤民生「組織問題としての国家主権—ヘルマン・ヘラーの主権論について」静岡大学法経研究39巻1, 4号 [1990・1991年], 山崎充彦「ヘルマン・ヘラーの国家正当化論について」同志社法学41巻2号 [1990年], 山下威士「1932年国事裁判所におけるヘルマン・ヘラー」『人権と憲法裁判—時岡弘先生古稀記念』所収 (1992年), 大野達司「ワイマル期国法学における方法と主体の問題—ヘルマン・ヘラーの議論を中心にして—」神奈川法学第28巻1・2・3号 [1993年], 大野達司「ワイマル期国法学における方法と主体の問題—ヘルマン・ヘラーの議論の中心にして—」神奈川法学28・29巻 [1993・1994年]。
- (4) 例外として広沢民生「民主的な社会的法治国家への道—ヘルマン・ヘラーの『社会的法治国家』について」早稲田法学雑誌26巻 [1976年], 河原宏「ヘルマン・ヘラーの『社会的法治国家』」(理想 302号 [1968年])
- (5) 手がかりとして, I. Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus -Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, 2. Aufl., 1980; Dies., 'Gesetzbindung' der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, in: R. Dreier/W. Sellert (Hg.), Recht und Justiz im "Dritten Reich", 1989; 岡田正則「ナチス法治国家と社会的法治国家—戦後西ドイツ公法学への『連続性』問題の一考察—」早稲田大学大学院法研論集第41-45号 [1987-88年], 宮崎良夫「ナチズムの警察法論」社会科学研究34巻5号 [1983年]がある。
- (6) 参照, 高田敏「シュタルにおける法治国の概念」法哲学年報 1963 上; 高田敏「ドイツにおける法治国家概念の論理—法治国概念と警察国概念の形成(二)—」阪大法学141・142 [1987年]; 高田敏「法治国家概念と警察国家概念の形成(一)—ドイツにおける法治国家理論の成立と確立その一—」阪大法学 70 [1968年]; 高田敏『『法律による行政』と形式的法治国』渡辺宗

太郎博士還暦記念論集「公法学の諸問題」所収(有斐閣 1956年); 藤田宙靖「公権力の行使と私的権利主張—オートー・ベール『法治国』の立場とドイツ行政学」(国家学会雑誌 80巻); 宮崎良夫『法治国理念と官僚制』(東京大学出版会 1986年); 玉井克哉「法治国思想の歴史的構造」国家学会雑誌 103. 104巻; 木村周市朗「ドイツ法治国家思想の形成—自由放任と国家干渉」成城大学経済研究96号 [1987年]。

- (7) F.J. Stahl, Die Philosophie des Rechts. Bd.2, Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage und christlicher Weltanschauung. 2. Abt., Die Staatslehre und die Prinzipien des Staatsrechts, 2. Aufl., 1846. S. 106
- (8) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1895, S.62ff., auch Anm.14
- (9) ドイツの行政裁判制度確立の過程については, 参照 南博方『行政裁判制度』(有斐閣 1960年), 相原一介「ドイツ行政裁判史」山梨学院大学法学論集7・11号 [1984, 87年], 人見剛「ワイマル期ドイツ行政裁判制度論」東京都立大学法学会雑誌28巻1号 [1987年]。
- (10) 代表的提唱者として, R. Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: Anschütz/Thoma(Hg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts (HbdStR) Bd.2, 1932, S.233; W. Jellinek, Verwaltungsgerichte, 3. Aufl., 1931, S.96
- (11) Vgl., Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) Heft 2, 1926; 実務家でもこのような意見がある。参照 人見剛「ワイマル期ドイツ行政裁判制度論」東京都立大学法学会雑誌28巻1号 [1987年], 263頁
- (12) H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, Vorrede, S.VII; 清宮四郎訳『一般国家学』(岩波書店改版 1971年) XI-XII頁
- (13) A. a. O., S.39ff., 訳67頁以下。さらに明快な叙述は, Ders., Reine Rechtslehre, 1934, S.116f; 横田喜三郎訳『純粹法学』(岩波書店 1935年) 180頁以下
- (14) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928 (Nachdruck 1989), S.125; 阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』(みすず書房 1974年) 153-154頁
- (15) A. a. O., S.41; 訳59頁。次文も同箇所引用。
- (16) A. a. O., S.126-138; 訳155-166頁
- (17) C. Schmitt, Verfassungslehre, S.125; 訳153-154頁。(→註14)
- (18) 参照, シュミット/田中浩・原田武雄訳「合法性と正当性」(未来社 1983年) 解説, 岡田正則「ナチス法治国家と社会的法治国家」(→註5)
- (19) C. Schmitt, Verfassungslehre, S.125; 訳153-154頁。(→註14)

- (20) H. Tripel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL Heft5 (1929), S.7
- (21) ヘラーの略歴は次のとおり。1891年、オーストリアのテッシェンに生まれる。ヴィーン、グラーツ、インスブルック、キールで法学、国家学を学び、1915年グラーツで学位習得。第一次大戦後キール大学のラートブルフの知遇を得、影響を受ける。1920年社会民主党 SPD に入党。1920年キール大学の私講師、1928年にベルリン大学の準教授の職を得る。1932年10月には国事裁判所におけるプロイセン対ライヒ事件の訴訟に SPD 政権のプロイセン側弁護団の一人として参加している。同年にフランクフルト大学の正教授となったヘラーであったが、翌年1933年4月ナチスの政権奪取の結果として教授職を罷免され、当時講演のため滞在していたロンドンで亡命生活に入る。その後スペインのマドリード大学に教授職を得るが、同年1933年11月に42才の若さで死去した。ヘラーの政治的立場は、アーベントロートによれば、国家学学界では最左翼であり SPD 内では最右翼に位置している。参照 ヘラー／安世舟訳『国家学』の訳者解説；シュルフター／山口利男訳「ヘルマン・ヘラー小伝」（安世舟／山口利男編訳『ワイマル共和国の憲法状況と国家学』所収 未来社 1989年）
- (22) H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? (1929), in: Ders., Gesammelte Schriften Bd.2, 2.Aufl., 1992, S.445; 宮本盛太郎・西村稔共訳「法治国家か独裁か」（『ヴァイマル民主主義の崩壊』所収 木鐸社 1980年）7頁
- (23) A.a.O., S.446-448; 訳8-13頁
- (24) A.a.O., S.449; 訳13頁
- (25) A.a.O., S.451; 462; 訳16-34頁
- (26) A.a.O., S.451; 訳16頁
- (27) A.a.O., S.456; 訳24頁
- (28) A.a.O., S.451; 訳16頁
- (29) R.v. Mohl, Enzykropädie der Staatswissenschaften, 1859, S.324
- (30) ただしこれはモールの想定する法治国家のほんの一面であり、ヘラーの引用は一面的、かつ恣意的といえる。
- (31) H. Heller, Europa und der Faschismus (1929), in: Ders., Gesammelte Schrimen (以下GS) Bd.2, 2.Aufl., 1992, S.475.
- (32) Ders., Der Begriff des Gesetzes, VVDStRL Heft4 (1928), S.118. 当時の審査権に対する憲法学者の諸見解について参照、宇都宮純一「合憲性審査権の法理の歴史的展開—第一部ドイツにおける理論的展開・補論(一)—ハンス・ケルゼンとルドルフ・スメント、その批判的検討—」山形大学紀要(社会科学) 第18巻～第24巻各第1号 [1988～1994年]。
- (33) A.a.O., S.103
- (34) Ders., Rechtsstaat oder Diktatur? in: GS Bd.2, S.450

- (35) Vgl., H. Hattenhauer, Richter und Gesetz zwischen 1919 und 1979, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanische Abteilung Bd.106, 1989, S.50ff.
- (36) I. Maus, Hermann Heller und die Staatslehre der Bundesrepublik, in; Ders., Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, 1986, S.173ff., insb. S.192; 澤野義一訳「ヘルマン・ヘラーとドイツ連邦共和国の国家学」安世舟/山口利男編訳『ワイマル共和国の憲法状況と国家学』所収(未来社 1989年), 380頁
- (37) H. Heller, Die Souveränität (1927), in: GS Bd.2, S.43; Ders., Europa und der Faschismus, in: GS Bd.2, S.529; Ders., Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart (1929), in: GS Bd.2, S.274; Ders., Staatslehre (1934), in: GS Bd.3, S.331
- (38) Ders., Europa und der Faschismus. in: GS Bd.2, S.529
- (39) Ders., Grundrechte und Grundpflichten (1924), in: GS Bd.2, S.291
- (40) Ders., Die Krisis der Staatslehre, in: GS Bd.2, S.13/今井弘道・大野達司・山崎充彦訳『国家学の危機』(風行社 1991年) 13-14頁; Ders., Die Politische Ideenkreise der Gegenwart. in: GS Bd.1, S.317
- (41) Ders., Bürger und Bourgeois (1932), in: GS Bd.2, S.625ff/前掲『国家学の危機』163頁以下
- (42) Ders., Freiheit und Form in der Reichsverfassung (1930)/山崎充彦訳「ヴァイマル憲法における自由と形式」同志社法学41巻2号[1989年], 178頁
- (43) Ders., Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform (1931), in: GS Bd.2, S.416 ここで彼は「社会主義的法治国家への改造」という言葉を用いているが、文脈からすれば「社会的法治国家」と同じ意味で使っているものと思われる。
- (44) 参照 述田斉「初期ノイマンの社会的法治国家論」法学新報第97巻11・12号 [1991年], 133頁以下
- (45) 参照 前掲論文; W. ルートハルト/安世舟訳「国家・民主主義・労働運動—同時代の社会民主主義的論議を背景にしてみたヘルマン・ヘラーの分析—」(安・山口編訳『ワイマル共和国の憲法状況と国家学』(未来社 1989年) 所収) 113頁以下
- (46) E. Fraenkel, Chronik, Die Justiz Bd.7, Heft 1 (1931), S.43ff.
- (47) Ders., Die Krise des Rechtsstaats und die Justiz (1931), in: Ders., Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32, 1968, S.52, Anm.7)
- (48) Koellreutter, Der nationale Rechtsstaat, 1932, S.16

- (49) R. Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, 1933, in: Ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1955, S.314, Anm.8
- (50) A.a.O., S.309ff., bes. S.314, S.311, S.313f.
- (51) C. Schmitt, Rechtsstaat, in: H. Frank (Hg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, S.26
- (52) in: VVDStRL Heft 7 (1932), S.196f.
- (53) L. Richter, Die sechste Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Wien, 22. bis 25. April 1928), AöR NF.14, 1928, S.449
- (54) in: VVDStRL Heft 7(1932), S.199
- (55) R. Freisler, Rechtsstaat, eine staatsbiologische Betrachtung. Völkischer Beobachter, Reichsausgabe vom 20/21. Dezember 1931; F. Hirschfeld, Macht und Staat, in: Deutsche Juristenzeitung (DJZ) 1932, Sp.270ff, H. Brill, Köpfe um den Rechtsstaat, in: Die Justiz Bd.6 (1930/31), S.96ff., S.178ff., S.353ff, W. Hoegner, Recht oder Willkür im Dritten Reich? In: Die Justiz Bd.7, Heft 4 (1931), S.170ff, Theilhaber, Das Ende des Rechtsstaates, in: Die Justiz Bd.7, Heft 4 (1931), S.202f, R. Schmidt, Preußens Mission im Reichsverband, in: DJZ 1933, Sp.31ff.
- (56) Vgl. E. Kolb, Die Weimarer Republik, 2. Aufl., 1988, S.128
- (57) この措置の合法性は、プロイセン（原告）対ライヒ（被告）を当事者として、国事裁判所において争われたプロイセン政府の弁護団には前述のようにヘラーが、ライヒの弁護団にはシュミットが参加している。参照 [資料] 山下威士訳『「プロイセン対ライヒ」(7月20日事件) 法廷記録』(法政理論 [新潟大学] 18-29巻 [1986-1996年]) 未完。
- (58) F. Darmstaedter, Rechtsstaat oder Machtstaat? 1932; Ders., Rechtsstaatsgedanke und Weimarer Verfassung, in: Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 1932; 同時代の書評として, 参照, 五十嵐豊作 (国家学会雑誌46巻12号 [1932年]) 130頁
- (59) Koellreutter, Der nationale Rechtsstaat, 1932, S.35; vgl. auch Ders., Staatsnotrecht und Staatsauffassung, DJZ 1932, Sp.39ff.
- (60) C. Schmitt, Legalität und Legitimität, 1932, S.19