

# 『二重国家』論をめぐって

舟 越 耿 一

- 一 はじめに——「ファシズムと法」——
- 二 『二重国家』の内容——ブルンネックの書評から——
- 三 『二重国家』に関する諸評価
  - (一) 出版当時の各誌の論評
  - (二) オットー・キルヒハイマーの批判
  - (三) フランツ・ノイマンの批判
  - (四) 『二重国家』論の妥当性
- 四 ナチスの法の否定とその処理をめぐって

## 一 はじめに——「ファシズムと法」——

法学にとって、ファシズムは、革命や戦争とともに、法現象の極端な限界状況を示すものであって、通常の法的思考では測り得ない事象としての意味をもっている。

ローマ法の法諺にあるように、「法の極は不法の極」という観点からすれば、ファシズムにおける「法」はまさに、法の「本質」ともいふべきものを露呈していると考えられよう。しかし別の観点からすれば、ファシズムにおける「法」は「法」であって法ではない。それは、たとえば、悪法 (unrichtiges Recht)、不法 (Unrecht)、非法 (Nichtrecht)、無法 (Rechtlosigkeit)、命令 (Gebot)、措置 (Maßnahme)、等々と形容される。しかし、いかに呼ばれようと、それはそれで、そのような性格の法であるという考え方もできる。実に、それが法であるのか、法でないのかという問題は、法ということばで何を含意させるかにかかっているのであるから。

「法とは何か」という問題に関していえば、近代の法と法学の歴史は、「法の支配」ないし「法治国家」、また「法の一般性」といった法原理を確立し、様々な相貌をもった法に対する高度の枠づけに成功したかに見えたが、その制御は未だ確実なものでなかったことがファシズムの経験によって明らかになったと思われる。しかし、ファシズムは敗北し、ファシズムに蹂躪された近代的な法の価値理念や諸原則、諸制度は戦後「再建」されて現在に至っている。そこで、もしファシズムが、もはや再現することのない全く過去の事象にすぎないとすれば、「ファシズムと法」の関係の問題は、たんなる過去の問題にすぎないことになる。そしてそうであれば、近代的な諸価値、諸制度の戦後の「再建」がほぼ完璧であることの証明ともいえよう。しかし、筆者には、ファシズムはもはや再現することのない単なる過去の事象であるとは考えられない。その理由については、本稿でとりあげるエルンスト・フレンケル (Ernst Fraenkel) の『二重国家 (The Dual State)』<sup>1)</sup>も明らかにしており、この問題は本稿の次章以下の中心問題ともなっている。そこでは、「ファシズムと

法」の問題は、最終的には近代国家とその法体制の動揺の問題として把握されるはずである。

他方、たとえファシズムが過去のものであるとしても、「ファシズムと法」の問題は、相変わらず議論される普遍的価値をもっている。というのも、法が秩序の安定とその維持に奉仕する機能をもつ限り、法は自ら力を頼りとせざるを得ないからである。そこには、いつでも、法が力に転化する可能性が潜んでいるのであり、また力を行使する国家機関(権力)が肥大化、悪魔化する可能性が潜在しているといえる。そして言うまでもなくファシズムとは、法の論理が力の論理、権力安定の手段に極限化した事態であるといえる。そうであれば、「ファシズムと法」の問題は、法現象の極限状況の問題として、かえって通常の法現象を逆照射し、それを改めて見直す機会を与えてくれるものといえるのではなからうか。そこでは、おのずと、何が原因でそこまで来たか、ありうべきでない法の不ないし非・法化がいかにして起こりえたか、等のことが課題となる。また、法の極限現象化が一夜にしてなるものではなく、一定の長期にわたる過程で進行するとすれば、いわゆる悪法や不法、非法の確立されてゆくメルクマールを探究することは、その転換の傾向をかぎわけ、これを押しもどすことを可能にする機会を与えてくれるものと思われる。今日、極めて熱気を帯びてきている1920-30年代への視線は、筆者には、一つには、「かぎわけ」のメルクマール、手がかりを求める努力のようにも思える。

本稿でとりあげる『二重国家』は、フランツ・イノマン (Franz Neumann) の『ビヒモス』(“Behemoth”-1942年)等とならんでナチズム研究の古典的著作とされているものである。今日では、内外においてファシズム研究はかなりの蓄積と隆盛をほこっているようであるが<sup>2)</sup>、フレンケルやイノマン、またオットー・キルヒハイマー (Otto Kirchheimer)、アドルノ (T. W. Adorno)、ホルクハイマー (M. Horkheimer) といった「ドイツ人の左翼の亡命者の諸分析が今なおファシズムに関する突出した研究である」<sup>3)</sup>という指摘があることは注目し値いする。本稿は、「ファシズムと法」についての上述の問題意識にたつて『二重国家』をとりあげ、まず、その内容を確認し、次に、今日までそれがいかなる評価と批判を受けてきたかを明らかにし、その上で、二重国家というナチズム分析の分析枠組が妥当する範囲を検討し、さらには、二重国家という分析枠組を支えるフレンケルのファシズムに関する基礎視角を探り、それが「ファシズムと法」という問題領域でいかなる意義を有するかを「ナチスの法の否定とその処理」という問題に移し変えて論じようとするものである。かつて筆者はフレンケルの『二重国家』を紹介、検討したことがあるが<sup>4)</sup>、本稿はその旧稿で論じ足りなかった点、論じ得なかった点を補足する意味をもっている。まず、本稿に入る前に、簡単にフレンケルの略歴と『二重国家』誕生のいきさつに触れておきたい。

フレンケルの生涯の事歴に関しては、フレンケルの75歳の誕生日を記念した論文集<sup>5)</sup>の序文がかなり詳しく伝えてくれるが、かれは1898年12月にケルンで生まれた。「労働法の父」といわれたジントツハイマー (Hugo Sinzheimer) の指導の下で“Der nichtige Arbeitsvertrag”というテーマの学位請求論文 (Dissertation) を書き、労働組合とSPDによって開かれていた Arbeiterbildungskurse で活動を始めた。1927年以来、大学時代からの友人であるフランツ・イノマンと共にSPDの顧問弁護士をした。ヒトラーの権力掌握後も弁護士として5年間ベルリンにとどまり、

その時の経験と見聞が『二重国家』になった。1938年に合衆国に亡命し、直ちにシカゴ大学でアメリカ法を研究し1941年にアメリカの法学博士 (J. D.) をとった。アメリカでは、カーネギー財団、アメリカ戦時局 (kriegsbehörde) にポストを得た。戦後は、朝鮮のアメリカ戦時局の法律顧問になり、朝鮮戦争勃発までソウルにいた。戦争勃発でソウルから日本へ強制移転させられたという。その後、朝鮮問題の専門家としてベルリンに帰ったりしたが、1951年にドイツ政治学校 (Deutsche Hochschule für Politik) とベルリン自由大学から教授の任命が申込みれた。1953年には、ベルリン自由大学哲学部の比較統治論 (Vergleichende Herrschaftslehre) の正教授となり、1967年の定年まで勤めた。「比較政治 (Comparative Government)」の領域における研究業績としては、Deutschland und die westlichen Demokratien (1964), がある。アメリカ政治についての研究としては、Amerika im Spiegel des deutschen politischen Denkens (1959), Das amerikanische Regierungssystem (1960) がある。1964年には、John-F-Kennedy-Institut の初代 Direktor となった。フレンケルは、他面で、Neo-Pluralismus の創始者であり指導的理論家として名声を博したが、その研究は、前出の Deutschland und die westlichen Demokratien に収められている。定年退職後、フライブルク大学とザルツブルク大学の名誉教授に推挙され、1971年には自由大学の哲学部が名誉博士を授けた。

『二重国家』は前述したように、1933-38年のベルリンにおける弁護士活動の産物である。フレンケルはこの本の誕生について次のように述懐している。『二重国家』の原稿は「ナチスのドイツで不法に書かれ、ナチスのドイツから不法に密かに持ち出された。」「この本は精神的亡命の産物である。ドイツ語版の基礎にもなっているこの初版は、公権喪失とテロの雰囲気の中で生まれた。それは、私がナチスのベルリンで集めた原資料と日々心に迫ってきた印象とにもとづいている。この本は、これらの経験と見聞を理論的に把握しようとする欲求から生まれた。」<sup>6)</sup>

## 二 『二重国家』の内容——ブルンネックの書評から——

『二重国家』の理論的構成の基本枠組については、旧稿でその概略化を試みたが、ここでは、その資料的価値を考慮して、“Kritische Justiz” 1969, Heft3, SS. 319-321 に掲載された Alexander von Brunneck の書評を煩雑をいとわずに引用・紹介することにした。旧稿とあわせて読んでいただければ幸いである。ブルンネックは評価もまじえながら『二重国家』を以下のように捉えている。

エルンスト・フレンケルの『二重国家』は、フランツ・ノイマンの『ビヒモス』と並んで、ドイツ人の亡命者がまだ国民社会主義の支配中に出版した、二つの偉大なファシズム分析の一つである。フレンケルの場合には、ノイマンと違って、ファシズムの法制度の研究に重点がある。フレンケルは、1933年から1938年までの間、弁護士としてベルリンでほんのすぐそばからファシズムの法制度を経験した。それ故に、かれは自分の研究を豊富な判決と文献の原典資料によってかためている。

フレンケルの基本テーゼは以下のとおりである。すなわち、ファシズム国家は二重国家 Doppelstaat (Dual State) であり、それは大権国家 Maßnahmestaat (Prerogative State) と規範国家 Normenstaat (Normative State) から成る。そのひびわれは、従来の国家装置の真ん中に入っているのだから、二重国家の概念で党と国家の対立のことを言っているのだから。

はない。

大権国家はいかなる法律にも規則にも拘束されない。それは恣意的にふるまい、ただそれが合目的的とみなすものに対して向けられる。大権国家は狭義でのファシズムの政治問題のすべて、たとえば国民社会主義支配の安定、労働運動の抑圧、ユダヤ人の迫害を解決しなければならなかった。裁判所は、大権国家の漸次の肥大化に抗して何らの言うに足る抵抗もしない。裁判所は、しだいにますます多くの事件において法律上の保護を拒んだ。ただ国民社会主義がそれを「政治的」事件だと宣言しただけで。このやり方で、裁判所はたとえば周知のユダヤ人の完全な権利剝奪を裁可した(89-96頁を見よ。頁数は英語版、以下同じ——筆者注。)

大権国家と並んで規範国家がある。ここでは伝来の法制度が引続き適用されている。たとえば、土地登記簿制度あるいは工業法を国家は一般に無視しない。規範国家はとりわけ経済生活を規律するという任務をもつ。ファシズムは、一般原則として、ここで恣意的処置を断念しなければならない、というのも、資本主義経済秩序は損失の危険の予測可能性と計算可能性が唯一の頼りであるからである。裁判所は、経済的領域では、党の指導の背面援護をもって、下部の党の関係当局の干渉から規範国家を頑強に守っている。

大権国家と規範国家は同権ではなくて、現行の諸規範が適用される必要があるかどうかは、個々の場合、大権国家の意志次第である。法律執行の基礎にあるものは保証されないでいる。それゆえに、裁判所によって無罪放免された者が、それでもなお鎖でつながれて強制収容所に運び去られるかもしれない。

フレンケルは、規範国家の概念で、1933年以後も広範囲に及ぶ古き法の継続した効力を相対化するが、その継続した効力は、西ドイツの戦後の文献の中では非常にしばしば弁護的に強調されたものである。というのは、フレンケルは、今日くりかえし主張されるように、そこでは縮小された法治国家が問題であるということを示す。すなわち、法治国家の存立は、政治的な関係当局の判断にしたがって、その時々で弱められることがあってはならない。1933年以後はファシズムにとって古い法律の適用は純粹に手段としての性格をもつものであり、規範国家は、それが経済過程の運行にとって不可欠であるときに、ただその限りで許容される。それゆえに、規範国家は制度としてだけは保証されているが、個々の場合には大権国家の政治的配慮がいつでもそれを無効にすることができる。

フレンケルは、当時種々の領域で議論されたファシズム理論で二重国家を説明する。かれは国民社会主義の原因として、とくに1933年以前の政治状況、とりわけ中産階級の没落と戦勝権力による不利益とをあげる。それによれば、ファシズムは単に資本の代理人および使用人であるという共産主義のテーゼをフレンケルは支持していない(183頁)。とはいえ、かれは資本主義経済体制の中にファシズムの生成のもっとも主要な条件をみる。すなわち、資本主義は、富を合理的に基礎づけることができるだけであって、富の生産の目的を合理的に基礎づけることはできない、という基本矛盾に陥っている。1933年頃の経済危機のときのように、資本主義経済秩序の正当性への信頼がなくなるその時には資本主義は強い国家によって幸うじて保持されることができる。それで産業は1933年以前には国民社会主義ドイツ労働者党(NSDAP)を財政的に援助したが、1933年以後には経済はファシズムを決して完全に統制することはできなかった。しかしファシズムと資本主義経済の共生が成立した。すなわち、ファシズムは、軍備拡張と完全雇用を確実にするためには、経済が唯一の頼りであったから。そのために民間事業は資本主義に反対する全勢力に対抗して

ファシズム国家の保護をうけた。そうして非常な利益が保証されたが、その同盟は雇用者側の犠牲の上に進められた。すなわち個人消費は過渡に低く保たれ、労働者が独自に利益を追求するすべての試みは残虐に抑圧された。二重国家における資本とファシズムの共生は、その制度的表現を見出した。この二つのパートナーの各々は国家装置の分け前にあずかった。資本は規範国家を手に入れ、大権国家はファシズムのものであった(208頁を見よ)。

フレンケルは、二重国家をドイツの法および国家の伝統からも導き出す。イギリスではすでに17世紀に法による公権力の制約を実現した(155, 157頁)。ドイツではこの時代以降、法と力の分離に関する一般的傾向がある。それはファシズムの二重国家において極端にまでおしすすめられた傾向である。法治国家原理はたしかに1919年以降はワイマール憲法の字義に従って行われた。しかし、そこでは古い権力国家の代表者たちがその影響力を留めていたのであり、すでに1930年に、幸うじて政権がワイマール憲法48条にささえられていた時、再び二重国家の伝統が優位を得たのである(170頁)。(ドイツ連邦共和国基本法20条3項にもかかわらず、二重国家の伝統は、今日まで影響を持續している。たとえば司法自由の統治行為論(Lehre von gerichtsfreien Hoheitsakt)あるいは行政裁量論の中に。)

この二重国家の分析でファシズムの法理論はむきだしのイデオロギーであることがわかる。国民社会主義の法理論は、大権国家の恣意を合法化するために合理的自然法と同様にキリスト教的自然法を否定した。そのかわりに新しい共同体的自然法が宣伝された。この概念は民族共同体から家族共同体に至るまで全法思考を貫通するはずのものであった。フレンケルは共同体の定型が実際には無内容であるということを明らかにしている。しかしその危険性はファシズムの「具体的秩序思考」によって拡大された。すなわち指導層の考えによれば、「状況の要求」と一致するものだけが共同体の思想と一致するとされた(145頁)。法は政治的恣意の行使に変貌した。なぜなら国民社会主義の政策は恣意的であらざるをえないから。というのも国民社会主義の政策は、最終的に内容をもった諸目的に向けられるのではなくて、権力と闘争の形式的カテゴリーに向けられるから。それゆえに、世界大戦はファシズムの不可避的な結果であった。フレンケルの「二重国家」は、戦後連邦共和国で生じた国民社会主義の法についての「論争」を理解しやすい方向に向けた。すなわちフレンケルは、道徳的な有罪宣告あるいは経験的事実の理論抜きをつなぎあわせだけに研究を限定しない。なぜなら、かれはファシズムの法を絶縁可能な個別現象と見なすのではなくて全歴史状況から説明する。しかも、フレンケルが1933年頃の資本主義体制の危機において、そして権力国家の伝統においてドイツ・ファシズムの主因を見ると、かれは今日までのもっとも重要なファシズム論と本質的に一致している。

ファシズムの大権国家は再現しえないということは、連邦共和国では、法律上制度上の多数の機構によって必配ないようにしてあるように見える。しかし、すべての法律的構造はそれぞれが社会的現実によって支えられているその間だけ有効なのである。1945年以降、社会とその意識に大きな変動が起ったにもかかわらず、1933年頃の危機にファシズムを可能にした社会的基本構造は今日まで続いている。そこにファシズム論議の現代的意義がある。エルンスト・フレンケルの「二重国家」がすみやかにドイツ語で、すなわちこの本が書かれた原語で出版されることが望まれる。(1974年にドイツ語版が出版された。――筆者注)

### 三 『二重国家』に関する諸評価

#### (一) 出版当時の各誌の論評

前述のとおり、『二重国家』は1941年に出版された。フレンケルは、アメリカ及びイギリスの学問的雑誌がたくさん書評をしてくれたことを回想しているが<sup>7)</sup>、彼の指示する、その論評のリスト・1941年版 Book Review Digest は、6件の論評の所在を教えてくれる。そのうち、「フレンケル氏の分析は、綿密かつ学問的であり、広汎な調査に基づいている」と評した“Atlantic”を除いて、筆者が参照しえた各誌の書評を、以下、簡単に紹介してみたい。

The American Political Science Review, 35, 547~548, June 1941 (Reviewed by George H. Sabine)

ほとんど『二重国家』の忠実な紹介でおわっているが、著者は、ドイツの外では簡単に得られない情報を含んでいるという点から同書の第一部が特におもしろくて価値があるという。また、最後に、「国民社会主義の法制度の評価は、非常におもしろくて価値がある」と述べている。

The Annals of the American Academy, 216-183, July 1941 (Reviewed by P. M. W. Kempner)

一頁にも満たない短い論評であるが、以下のような注目すべき内容を含んでいる。「著者の理論は、1933年と1939年の間の時期には有効であるが、1941年の全体主義国家においては、もはやもがく二重性の余地はない。古い司法機関の抵抗は、全体主義的警察権力の新しい布告と国民社会主義の若い世代の公務員への流入とによって打倒された。古い規範のうちの残存する断片は、共同体とは何らの利害関係もない、非政治的で不偏不党で厳密に私的な事例の領域にもぐりこんだ。

しかし、フレンケルの研究の重要性は、こう述べることによって減じられはしない。この本は、民主主義と基本的人権という『旧秩序』と全体主義と警察の全能という『新秩序』との間の内部闘争の分析として価値がある。『旧秩序』に反対するこの内部の闘争という基礎的な観念は、そのひとつの結果である今日の外部の衝突を理解するために必要である。」

ここに引用した論評の前半は、ナチスの国家体制、法的構造を分析理解するための基本的構想である『二重国家』論の有効性に対する時期の点からの根本的な異議の提起であるが、これについては、第4節で詳しく論ずる。引用した論評の後半部分は、ナチス体制の国内政治における基本性格の指摘から、その対外膨張の性格を推論しているわけであるが、きわめて適格であると思われる。

The Commonweal, 33-626, April 11, 1941 (Reviewed by Lloyd Eshleman)

きわめて短い紹介であるが「ナチの法に関する興味深い、そして事実にもとづく論述。」としめくくっている。

The New Republic: A Journal of Opinion, 105-29, July 7, 1941 (Reviewed by Guenter Reimann)

“Wheels within wheels” (複雑な機構) というタイトルの下で、G.F. Kneller の “The Educational Philosophy of National Socialism” といっしょに論評されている。著者は、以下に引用するようにフレンケルの分析にほとんど賛成している。

「我々は、フレンケル氏の分析から、権威主義国家は、単に計画社会の見地から考える人々によって推測されるよりもはるかに複雑なシステムであるという結論を引出してよい。いくつかの対立するシステムが同じ体制の下に存在する。これは産業社会における『専制国家』の基本的要件のように思われる。」「本書が書かれてから（1938年又は1939年）、『国家統制と官僚主義』はばく大に成長し、それはナチ経済の主要な要素になった。しかしフレンケル氏が論ずる二重性は消失していない。」

The Saturday Review of Literature, 23-10, February 8, 1941 (Reviewed by Max Lerner)

著者は、『二重国家』のメイン・テーゼを紹介した後で、ラスキ (Horold Laski) が『我々はどこからどこへ行くのか?』の中で提起したというナチスに関する二つの主張と対比させて、自己の見解を述べる。そのうち、ラスキの次の主張は、著者の賛成を得ることはできず、著者の立場はフレンケルの研究によって一層強固になったという。ラスキの主張は、次のとおりである。ナチ・イデオロギーの知的ルーツを、過去の世紀のドイツおよびヨーロッパ思想史の中に探究しようとする学者の努力は無益かつ愚かであるということ、ナチのやり方は、まず権力をとることであり、それから、その事実の後にイデオロギーを借用するという、ナチの諸観念の端緒を精神史の中に求めようとすることは、かれらに都合がよいことであるということ。

最後に、著者は、「フレンケル自身の闘争信念のためのフレンケル自身の結論」という形で、以下のことを述べる。「ナチズムに対する闘争は、まさに社会秩序の基礎をめぐる闘争である、その基礎が、自由主義の観点から考えられるのであれあるいはマルクス主義の観点から考えられるのであれ。」「ナチ国家は、その諸矛盾にもかかわらず、それ自身の重圧から崩壊することはないだろうが、打倒されなければならない。」「将来の民主主義的国家は、それがいかなる経済的あるいは社会的構想をとろうとも、法の支配の持続が可能な形態を用意しなければならない。」

以上が、1941年版 Book Review Digest で所在がわかった諸論評のやや詳しい紹介である。筆者にとっては掲載誌、論評者ともになじみのないものであるが、1938年までにヒトラー治下で弁護士をしていた亡命実務家の、また、きわめて深く内部に精通した者の体系的なナチ支配体制の分析として、大いに注目されかつ評価されたことがうかがわれるのではなからうか。とはいえ、以上に見たかぎりのところでは(1941年)、ほんの一般的な短い論評だけであって、評者を得た本格的な検討のそ上にのせられたわけではない。

## (二) オットー・キルヒハイマーの批判

出版当時の論評で、今日的にも最も重要なものは、やはり、周知のとおり、オットー・キルヒハイマーとフランツ・ノイマンのものである。両者とも、『二重国家』に対する、過去における最も基本的で有力な批判を行ったと思われる。

まず、キルヒハイマーによるナチズムの法秩序の分析を、フレンケルの二重国家論と関連するかぎりでみてみたい。

フレンケルが、経済的領域においては、資本主義の維持に必要なかぎりでは、合理的な法（ドイツ私法の伝統的な諸原理）が存在し、裁判所は、この領域での法の優越を維持するために努力している、と分析したのに対して、キルヒハイマーは、次のように分析する。ナチズムの国家にみられる合理性は、「関係者が結論を計算できるような普遍的に適用可能

な規則が存在する」ということではなく、「法律と法律執行の全装置がもっぱら支配者のために存在する」ということを意味する。「国家の全組織を支配する技術的合理性は、規則がそこにおいて着実に展開するような法の一般的な体系というものを排除する。」「第三帝国は、その命令の執行のためのほとんど完璧な道具を司法部において創りだした。」「司法部は諸団体・諸個人間の利害対立に決定をくだす機関としての従来の意義を大きく失った。」<sup>8)</sup>

この分析は、フレンケルの分析とは全く反対である。キルヒハイマーによれば、「フレンケルは、独占資本主義の社会の存立のためには、合理的な法の存在が必要であるとみなしているが、その場合には、初期の頃の孤立的にみとめられる若干の裁判所の判決の重要性に対する過大評価がある。」<sup>9)</sup>という。

以上のようなキルヒハイマーの見解は、『二重国家』の書評<sup>10)</sup>においても述べられているので以下、重要と思われる部分を引用する。( )内の数字は書評の頁を示す。

キルヒハイマーは、フレンケルの著作を「ドイツの法秩序に関する最初の理論的分析の試みである」として位置づけるが、まず、かれは『大権的』、『規範的』という概念は、過去3世紀の憲法史および法史において支配的な役割を演じた歴史的かつ法的カテゴリーを模倣している。」という。(p.434)

さらにかれは、次のように述べる。「フレンケルは、資本主義のシステムは『規範的』国家の諸機関によって保証されているという彼のテーゼを証明するために、いくつかの特別な判決にたよっている。しかしながら、その際フレンケルは、以下のことを問うていないのである。すなわち、かれが援用する孤立した諸判決が経済的、社会的諸関係を実際にどのくらい安定させるものであるか。また、他のところで、そして他の武器で決定された経済戦争においては、それらはどのくらい重要でない舞台にすぎないか。」(p.435)

「フレンケルは、逆の判決が出された後で法規範が変えられた一つの事例に言及する。しかし、かれは、裁判所の判決の効果を批判するというこのやり方が、共同体の中での裁判所の社会的地位を根本的に変えるということを理解しない。『大権』国家は『規範』国家よりもはるかに強力であるという彼の自白(p.187)は、彼の二分法でさえその事態を大目に見ることができないということを示しているが。我々が立憲体制とよぶ体制下での判決のインパクトは、他の諸権力の活動に対する抑制と均衡というようなその働きをすることの可能性にかかっている。自由な法的決定というこの領域は、他の国家機関が、なんらの妨害もなしにかれらの意志で法規範を変えることができるときには失われる——従って、いくつかの法的抜け道を閉ざす必要の指示としてのみ価値を保つ判決。

もし、裁判所がそのように大部分の権力を失っており、また行政的官僚政治に同化させられているとすれば、裁判所は、多数の機械的な仕事を引受けている。とはいえ、その仕事には、フレンケルのいう規範的な計算可能性は著しく欠けていると思われる。そのような裁判所は、他のなんらかの行政機関と同じように、通告なしに取消することができる区別と差別のシステムをつくりあげるということを、誰も否定しないだろう。しかし、いわゆる『大権的』組織は、それらの毎日の業務の処理にあたってそうするのである。

このシステムは、技術的合理性の高度の段階へ発展する。しかし、ヒエラルヒー的、官僚主義的機構の技術的合理性——フレンケルは、まさしく共同体イデオロギーのヴェールのもとでその正体をあばいた——と、社会の中の独立した組織としての裁判所によって

出された判決は、二つの異ったものである。競争社会の法廷は競争条件を規制するためにアンパイアとして働く。ファシズムの官僚制度——司法府、行政府そして警察も同様に——は、政治的、経済的独占体によってなされた諸決定の道を実行しかつなめらかにする。ドイツの制度が、『大権的』治安官（すなわち様々な悪漢の集まりのため法・免除の警察）と『規範的』裁判官（すなわち、遵法の市民と信用ある資産をもった企業体のための予測しうる法の支配）という二重の政策の上に成立しているということは、根本的に変化した社会に対するなつかしいけれども時代遅れの原理の適用であると思われる。」(pp. 435～436)

要するに、キルヒハイマーによれば、もっぱら支配者のために存在し、精巧な機械のように、「いかにして与えられた命令がもっとも迅速に、最大の効果をもって遂行されるか？」<sup>11)</sup>が最高の関心事である「技術的合理性」は、ナチ体制の全構造を貫いているのであり、そこでは、一般的な規則や合理性は完全に無意義で空虚である。「いまや技術的合理性は、法的諸制度・法的諸装置およびそれらを利用する機構、すなわち司法部の構造的基礎にほかならない。」<sup>12)</sup>「法と法実務の基礎としての技術的合理性の体系は、個人の諸権利の保護のためのあらゆる制度を駆使し、法と法実務を、社会的権力の経済的・政治的な主操縦桿を統御するための冷酷な支配と抑圧の道具につくりかえてしまった。」<sup>13)</sup>従って、フレンケルの言うような、合理的法や、それを適用して経済活動を保証する裁判所や、それらの総体としての規範国家は、第三帝国には存在しない、社会は根本的に変化している、というわけである。

### (三) フランツ・ノイマンの批判

フレンケルによれば、「権威主義的二重国家が必要とされるのは、まさしくドイツにおける資本主義の維持のためである。」<sup>14)</sup>二重国家論は、ナチスの経済体制は資本主義的なのかそれとも非資本主義的なのかという当時の論争に対する解答としての意味をもつものであった<sup>15)</sup>。これに対して、ノイマンもまた、当時高まりつつあったナチス経済の資本主義的性格を否定する傾向を激しく批判し、豊富な社会経済的分析にもとづいて、市場と競争とは決してなくなっておらず、資本の論理は生きていることを指摘した。ノイマンによれば、ナチスの経済は、「独占的経済」と「指導経済」という二つの特徴をもつ。それは、「全体主義国家によって編成された、私的資本主義経済」として、「全体主義的独占資本主義」<sup>16)</sup>とよばれる。

こうして、ナチス経済の資本主義的性格に関する認識では、フレンケルとノイマンとの間に対立はない。両者ともに、ドイツにおいて予測し予報することのできる規則に従って、数十万のあるいは多分数百万にもほぼる取引がいとなまれていることを指摘し、それが、諸国家機関によって保証されていることを承認する。ところが、フレンケルがこの資本主義的経済活動の運行とその保証形態を、合理的法によって行われる「客観的な規律正しい法体系すなわち規範国家」<sup>17)</sup>とよんだのに対して、ノイマンは、「分業にもとづく社会は、すべて必然的に様々な権能や、司法権や、秩序を生み出し、そしてこれらは機能している法律体系の外観を呈するであろう」が、それらは「すぐれて技術的な性格をもつ『文化的に無関係な諸規則』である。」<sup>18)</sup>という。

さらに、ノイマンは、フレンケルを直接批判して次のように断定する。「われわれは、この見解（二重国家論—筆者注）には賛成しない。なぜならドイツには頼ることのできる技

術的規則は数千もあるけれども法の領域は全く存在しないからである。』<sup>19)</sup>と。フレンケルが法あるいは規範ということばで語った対象を、ノイマンは技術的規則にすぎないというのであり、ここには両者の法概念についての基本的認識のちがいが明瞭である。ノイマンのナチズム分析の結論は、要するに、第三帝国には、法も国家も存在しない、第三帝国は国家ではなくて「ビヒモス」(「無国家」,「完全な無法状態」,「混沌」,「無法」,「アナキー」,「直接支配グループがその他の人口の部分に支配する社会形態」)である<sup>20)</sup>、ということである。ナチズムの法・国家についてのノイマンのこのような分析とその否定のしかたが妥当なものであるか否かについては改めて終章で問題にしたい。

#### (四) 『二重国家』論の妥当性

フレンケルの二重国家論をキルヒハイマーの技術的合理性論やノイマンのビヒモス論と対比させて、その論点を総ざらいし、これを総括的に整理検討する能力は筆者にはない<sup>21)</sup>。前章では、フレンケルの二重国家論を軸にして、それに関連する形で、ある程度、それらの分析の相違をみたつもりである。トータルな比較検討はなしえないが、簡略化による誤解を恐れずに、あえて、以下の点だけを指摘しておきたい。

フレンケルの二重国家論が、第三帝国における資本主義の存続とその延命策を証明する意図のもとに構想されたことは前述したが、次のようなフレンケルの叙述は、全面的にまちがっているといったものではないと思われる。

すなわち、「ドイツ資本主義は今日次のような二つの面で国家の援助を必要としている。すなわち、(a)社会的な敵からその存在を保証するために。(b)それなしには資本家的企業が存立することができない正確な計算可能性の前提条件である法秩序の保証人としての役割において。ドイツ資本主義は、その救済のために単一国家ではなくて、政治的領域における専制と経済的領域における合理的法とにもとづいた二重国家を必要としている。現代ドイツ資本主義はその存在に関しては二重国家しだいなのである。』<sup>22)</sup>

もちろん、フレンケルのいう資本主義は、競争を前提とした資本主義ではなく、それは、彼によれば、「私的所有を基礎にした統制された資本主義」<sup>23)</sup>であり、それは資本主義の「新型」ないし「新段階」<sup>24)</sup>ともいうべきものである。

要するに、キルヒハイマーも、ノイマンも第三帝国が資本主義経済体制の上に存立しており、ドイツにおける資本主義の延命のために第三帝国が出現したということは否定しないのであるから、問題は、ドイツにおける資本主義の維持がいかんに行われているかということであろう。前出のフレンケルの用語法に従って言えば、フレンケルは「二重国家」によってドイツの資本主義が維持されていると考えるのに対して、キルヒハイマーの技術的合理性論とノイマンのビヒモス論は、いずれも「単一国家」によって、維持されていると考えるわけである。そして、この「単一国家」の論理は、まさにフレンケルのいう「大権国家」の論理と同じものである。それが違うところは、フレンケルが「大権国家」を政治的領域に限定し、経済的領域にはその論理は及ばないとしたことである。もちろん、キルヒハイマーもノイマンも、政治的領域と経済的領域との区別は認めない。しかし、ここで注意をすることは、フレンケルが、「二重国家」(今ここでは「大権国家」の限界)は、理論的に成立するものではなく、事実において成立するのだと、言っていることである。すなわち、「法律的には大権国家は無制限の権力をもっている。しかし実際にはその権力は制限されている。これが現代のドイツの政体に関するもっとも意義のある規準である。』<sup>25)</sup>

(傍点筆者)とフレンケルはとらえている。このことは、「二重国家」、すなわち「大権国家」と「規範国家」の共存は、ナチズムの深化および戦争の拡大と泥沼化とともに、いずれは崩壊し資本の論理は政治(軍事を含む)の論理に完全に屈服し、「大権国家」による「単一国家」化が進行する、ということを示すことをフレンケルが理論的には認識していたということを示すことになるのではなかろうか<sup>26)</sup>。フレンケルは、『二重国家』の末尾に、資本主義と国民社会主義との共存という二重国家は、「緊張を伴ってもたらされた過渡期の必然的な政治的成り行きである」<sup>27)</sup>とも述べているのである。

こうしてみると、前出の *The Annals of the American Academy* の書評と同様に、「大権国家と規範国家の共存という観念は、大体1938年頃までの第三帝国の初期の段階における支配システムの構造だけを描写するものである。」<sup>28)</sup>とまで言い切れるかどうかはともかく、筆者には、フレンケルの二重国家論は、ナチ体制の初期の一定の時期の分析としては妥当するようと思われる。従って、一定の時期まではノイマンほど強く、第三帝国における合理的な法規の存在を否定する必要はないと思われる。もちろん、そこには、経済的領域における、合理的な法とそれを維持する裁判所の活動の意義をどの程度に評価するかという程度の問題はあると思う。その意味では、合理的な法の存在と、それを維持する裁判所の判決の重要性について過大評価があるのではないかというキルヒハイマーの批判は当を得ている部分があるのではないかと思われる。しかし、キルヒハイマーの技術的合理性も、はじめから十全に機能したわけではないと思われる。経済的領域は、どの他の領域よりも政治的な干渉や強制から相対的に自律していた時期が長かったのであるから。

ともあれ、フレンケルの二重国家論は、「市民社会の内部でのファシズム支配というアンヴィヴァレンツ」<sup>29)</sup>に注意することによって構想されたといえる。もしこのアンヴィヴァレンツを捨象すれば、ファシズム論は、きわめて政治主義的な全体主義国家論に随する可能性もあり、またきわめて単純に、無法、暴力、テロの支配する独裁国家論にならないとも限らない。筆者には、資本主義とファシズムとの関係に過大なまでに冷静な注意を払ったフレンケルの二重国家論は、ファシズム論の単純化、道徳的・感情的ファシズム論、ファシズムの非資本主義的把握等を斥けた点においてその歴史的、理論的意義は決して小さくないと思われる。

#### 四 ナチスの法の否定とその処理をめぐって

フレンケルの二重国家論のオリジナリティは主要には規範国家の発見とその理論的位置づけにある。しかしこの規範国家ということばは、ナチス国家における一般的な法治国家的要素の残存として誤解される危険性がある。たとえば、K. D. ブラッハーは、「形式的な法治国家と国家的に認可された恣意の体系としての《措置国家》との二元体制」<sup>30)</sup>というように理解している。もっとも、フレンケルは、明らかに、法治国家の対抗概念としては二重国家しか考えていない。かれは「もはや法の支配は存在しない。それは大権国家と規範国家の共同の産物である二重国家にとってかわられた」<sup>31)</sup>と述べているのであるから。しかし、フレンケルの叙述の中に、規範国家概念の拡大、一般化、すなわち、規範国家を経済的領域を越えて一般的に残存する法治国家的要素の意味に用いているととられかねない箇所があることも事実である。

たとえば、次のような叙述にそれはみられないであろうか。「規範国家はすでに消滅している、あるいはたとえ存在するとしてもそれは古い国家の残滓にすぎず、従って忘却に帰する運命にあると考える人々には以下のことを想起させたい。すなわち、八千万の国民をもつ国家は確実に明瞭なルールが存在し、それが施行され、それに従って市民相互の諸関係と同様に国家とその成員との諸関係が規制されるときにのみ一つの計画で統制されることが可能になるのである。」<sup>32)</sup>

「大権国家は規範国家を単に補充したり廃止したりするのではない、大権国家は法の支配の仮面の下にその政治的目的をかくすために規範国家を用いるのである。」<sup>33)</sup>

あるいはまた、「規範国家は厳密には経済的でない領域でも多少の権力をもっているが、現代ドイツにおいては経済の領域が制限された『法の支配』のもっとも重要な領域として残っている。」<sup>34)</sup>

もし、フレンケルに規範国家概念の拡大ないし一般化があるとすれば、それはナチスの疑似合法性に足をすくわれたものとしか言いようがない。やはり、ナチスの支配体制は、フレンケルのいう大権国家の論理が徹底し、法に対する政治の優位が確立した無法と恣意の支配であったと理解すべきであり、従って、規範国家も、資本主義経済の維持との関連で、一定の時期に、経済の領域でのみ存立しえた概念として限定的に位置づけられなければならないからである。しかし、前章の(四)で見たとおり、フレンケルの議論に混乱はないと思われる。

ところで、筆者は、旧稿では、ここに引用したフレンケルの叙述、すなわち「規範国家はすでに消滅している、あるいはたとえ存在するとしてもそれは古い国家の残滓にすぎず、従って忘却に帰する運命にあると考える人々には以下のことを想起させたい。すなわち八千万の国民をもつ国家は確実に明瞭なルールが存在し、それが施行され、それに従って市民相互の諸関係と同じく国家とその成員との諸関係が規制されるときにのみ一つの計画で統制されることが可能になるのである。」という文章の意味をいわば強引に筆者の問題意識にひきつけて解釈し、かなり大胆に議論を発展させた<sup>35)</sup>。しかし、旧稿では極めて不十分にしか展開しえなかったので、以下改めてやや詳しく論じてみたい。

筆者は上の叙述の意味を「大権国家」と対をなす「規範国家」概念の拡大、一般化を示すものとして理解したのでなく以下のような意味に解釈した。すなわち、単純化して言えば、ナチス国家といえども決して完全な無秩序、混乱の体制であったわけではなく、そこにはやはり一定の法的強制秩序があったのであり、それを支えていたのは統治の手段としてきわめて高度に昇華したナチスの法律であった、という主旨に解釈した。上の引用文を規範国家概念の拡大、一般化の意味にとれば、それは二重国家論の崩壊であることは前述したとおりであるが、ナチス国家＝二重国家というフレンケルの分析の根底には、第三帝国には国家も法も存在しないとする前出のフランツ・イノマンのビヒモス論とは際立った対照をなすナチスの国家と法に対する見方が潜んでいるように筆者には思えるのである。しかしフレンケルは明らかに、経済の領域にのみ規範国家を限定しており、(それだけでもイノマンの分析とは異なるのだが)、筆者の「解釈」は決してフレンケルの真意の正確な推測といったものではなく、筆者の個人的見解の表明にほかならないといえる。このような強引な「読みこみ」の背景には、ナチスの法を法とみなす立場もあり得、その立場こそ、無法 (unrichtiges Recht)、不法 (Unrecht)、非法 (Nichtrecht)、無法

(Rechtlosigkeit), 命令 (Gebot), 措置 (Maßnahme) 等々といわれたナチスの法の冷静で客観的な分析を支え、その正当な克服のための理論的、実践的な処理を示唆してくれるのではないか、という筆者の考え方がある。では、ナチスの法は法ではないとする立場と、ナチスの法も法であるとする立場とでは、問題の処理にいかなる違いが現われてくるであろうか。まずフランツ・ノイマンの立場から見てゆきたい。

ノイマンの法概念論をみてみると、ノイマンは法の政治的概念と合理的概念とを区別する。政治的法概念によれば、その形式と内容のいかに問わず主権者の権力のあらゆる処置が法である。この場合「法とは意志以外のなにもものでもない。」他方、合理的法概念によれば、「法は英知的な規範であり、しばしば平等の公準という倫理的公準を含む規範である。」この場合「法とは理性と意志である。」<sup>36)</sup>この二つの立場は、前者が決定主義とよばれ、後者が自然法的規則主義とよばれうるが、<sup>37)</sup>もちろんノイマンの立場は後者である。その立場から、かれは、ナチスの法を以下のように判断した。

「今や法律は、特殊な政治目的を達成するための技術的手段である。それは主権者の命令であるにすぎない。このかぎりにおいて、ファシスト国家の法理論は決断主義である。法は、ただ、統治の秘薬(arcanum dominationis)、権力安定の手段であるにすぎない。」<sup>38)</sup>「もし一般的法律が権利の基本的形態であるならば、また、もし法律は単に意志(voluntas)であるだけでなく理性(ratio)でもあるならば、われわれは、ファシスト国家におよそ法律が存在することを否定しなければならない。」<sup>39)</sup>「このような体系が法律の名にあたいするであろうか。もし法律が、主権者の命令とは異なって、その形態においても内容においても合理的でなければならないとするならば、断じて否、である。国民社会主義法律体系は、テロによる大衆操縦のための一技術にほかならない。刑事裁判所は今や、ゲシュタポ、検察官、刑執行者と共に、なによりもまず暴力の行使者である。民事裁判所は、なによりもまず独占産業団体の命令を実行する機関である。」<sup>40)</sup>

ノイマンによる以上のようなナチスの法の否定のしかたは非常に徹底しているし、説得力もある。しかし、ノイマンが、法のイデオロギー的性格や法における力の論理、政治的手段・統治技術としての法の性格等を不問に付していることは、やはり一面的のそしりを免れないと思われる。そしてこの一面性のよってくるところは、法の rational な性格への固執にあるのであり、それは結果的には法の倫理性の強調となって現われる。法の倫理性を強調して、ナチスの法は不正邪悪であるが故にそもそも法としての性格を欠くとしてこれを全面的に否定したのが、戦後ドイツ自然法論(たとえばラートブルフ)であったことは周知のところである。法の倫理性の一面的強調のみをもってしては、ナチスの法現象の分析において重大な欠陥が生じてくることは、次のような視点が提起された時に明らかになるのではなかろうか。すなわち、

「プロテスタント諸教会とその構成員たちがユダヤ人の権利剝奪、追放によって投げかけられた諸問題にたいしてとった態度に目を向ける前に、われわれは少しの間、たちどまって考えてみたい。いったいここまでできてしまうことができたというのは、どのようにして可能だったのであろうか。キリスト教の伝統にかくも深く強く刻印づけられたドイツにおいて、何十万もの人びとがユダヤ人の圧服について沈黙をまもり、何千もの人びとが、ユダヤ人の絶滅に進んで手をかけたということは、いったいどのように理解されるのであろうか。——中略——われわれが、ただたんにナチの世界観や、その世界観の持主たちの悪

魔的な邪悪さを示唆するだけで満足しようと思うならば、間違いなく、問題全体の解明を不可能にしてしまうであろう。これほどまでに悪の極致にいたることが、十分な長期にわたる準備なしに起こるということは、史上めったにあるものではない。<sup>41)</sup>

ここには、究明すべき重要な問題が提示されている。それらは、単に制度的な問題を越えた問題である。そして、人間とその理性に絶対の信頼をおき、その産物として法を考え、法の理性的、倫理的性格にのみ拘泥する立場ではとうてい射程距離には入ってこない諸問題が提示されていると思われる。たとえば、理性的であるはずの人間（ドイツ国民）が何故ワイマールを否定してナチスを支持したのか、何故悪法に手をかし、悪法に従順になることが起こりえたのか、ノイマンが法ではないとするナチスの法律の価値理念を支持し、それに従っている多数の国民がいることをどう解釈するのか、等々の問題は、とてもヒステリーやデマゴギーやテロの脅怖だけでは説明しきれないと思われる<sup>42)</sup>。つまり、ナチスの法をその背倫理性の故に全面否定するやり方は、その背倫理的な法になぜ理性的であるはずの人間がしてやられてしまうのかという、ナチスの法現象に端的に現われたパラドックスを説明しきれないと思われる。このことが説明しうるためには、何が理性的かについての解決しがたい究極的対立があることはともかくとして、次のことをまず承認することだと思われる。すなわち、理性的であるはずの人間が状況によっては非ないし反理性的になりうること、従ってそのような人間がつくる法は往々にして非ないし反理性的内容を持ちうること、そしてその時には法はたんに権力安定の最良の手段になりうること、しかもいかなる法にもその実効を保証する抗いがたい合法性の観念があること、——。要するに、ナチスの法の分析、その克服にあたっては、いったんは決定主義のシニズム(cynicism)までおりたち、しかるのちに今度は「決定主義に対する歯どめ」<sup>43)</sup>を考えてゆく、という思考経路がとられるべきではないかと考えるのである。「全体主義体制が法的形式を飽くことなく利用したという事実は、われわれをして法は究極的には政治権力の産物であるという理論の再検討を余儀なくさせた。」<sup>44)</sup>といえるであろう。そして、一般的に、際限のない法の政治化、すなわち決定主義のシニズムに対する実際の歯どめは、不断の法の倫理的点検、再武装と同時にそのような法を定立、執行する国家権力の活動をチェックしうる制度の創出、チェックしうる社会的、政治的主体の形成といったところにあるのではないと思われるのである。改めてこのような観点から、戦後処理の過程でナチスの法の否定がどのように行われ、ナチスによって否定された法の価値理念がいかに点検、再興されたかをみる時、そこには、以下に述べるような重大な陥穽があったのではないかと気づかせられるのである。

フレンケルの二重国家論は「ファシズムと資本主義経済の共生」に着目したところに成立した構想であったし、ノイマンもナチズムが独占資本主義の延長であることを強調したが、このファシズムと資本主義の関係の承認こそ、ファシズム論のもっとも基本的出発点であると思われる。まさに「資本主義について論じようとしない者は、ファシズムについても口をつぐまなければならないはずである。」<sup>45)</sup>といえるのではなからうか。そのことの問題性は本稿との関連では抽象的には、以下のように展開しうるであろう。

ドイツにおける非ナチ化の戦後処理の目標は、「より直截に言えば法の支配とその核心にある民主的価値の再建」<sup>46)</sup>であったが、戦後処理との関連で噴出した自然法論も、かかる目標を共有するものであった。しかし、ナチズムが歴史的に一回的に経験する災難などでは

なく、二〇世紀の反革命であったことを考慮するならば、ナチスの法の批判も単に民主的諸価値の再建にはとどまりえない射程を当然もつべきであった。したがって「根本的な社会変革」<sup>48)</sup>が要求されているのに、それを「再建」ととどめた戦後ドイツ自然法論の保守的、階級的性格は看過しえないところではなかろうか。近代法体系の枠組が根本的に動揺したところに出現したナチズムに対し、それを批判するのに再び動揺している近代法の価値理念を対置するやり方は、「動揺せる資本制社会の諸制度を必要以上な程度にまで正当化するものであった。」<sup>49)</sup>といえよう。

今日、再建された近代法体系のもとで、人間の尊厳や人権に導かれた民主的諸価値を洗い直したえ直す法的思惟と行動がどれほどの成果をあげているであろうか。もはやわれわれはナチズムとの心理戦に勝利しうるであろうか。ノイマンは1942年に次のように言っている。「国民社会主義的な宣伝機関が、連日イギリスや合衆国にいどんでいる断え間ない戦いは、たった一つの目的しかもっていない。すなわち、イギリスや合衆国は民主主義的ではなく、それらの民主主義のみかけの背後には、資本主義の権力、飢餓と困窮、不平等と搾取がひそんでいるのだと、ドイツ国民に信じこませることである。」<sup>50)</sup>

— 1981. 10. 31 —

注)

- 1) Ernst Fraenkel, *The Dual State — a contribution to the theory of dictatorship*, translated from the German by E. A. Shils, in collaboration with Edith Lowenstein and Klaus Knorr, Oxford University Press, 1941.—xvi, 248pp. Preface の日付は1940年6月15日。1974年になってようやく Europäische Verlagsanstalt から独語版 “Der Doppelstaat” が出版された。
- 2) 最近のわが国の顕著な業績としては、東大社研編『ファシズム期の国家と社会』（東大出版会）全8巻があげられよう。特にナチズムの法構造の研究にかぎってみれば、邦語文献としてはさしあたり次のものが重要である。広渡清吾「『ナチズムと法』—テーマに関する若干のメモ—」（『季刊現代法』8号、1974年）、同「『第三帝国の法構造』試論—授権法体制を中心として—」（『社会科学研究』27巻3号、1976年）、同『マルクス主義法学講座』第4巻（『国家・法の歴史理論』、日本評論社、1978年）第二章第四節「ドイツにおけるブルジョア法の変容過程」、第五節「ナチスの時代—ブルジョア法秩序のファシズム的変態—」、同前出『ファシズム期の国家と社会』第5巻（『ヨーロッパの法体制』、東大出版会、1979年）第一章「第三帝国におけるブルジョア法の『転換』」。宮崎良夫「ナチス支配下の憲法状況」（『社会科学研究』31巻3号、1980年）。
- 3) Bernhard Blanke, *Der deutsche Faschismus als Doppelstaat*, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), *Der Unrechts-Staat — Recht und Justiz im Nationalsozialismus*, Europäische Verlagsanstalt, 1979., S. 59.
- 4) 舟越耿一「フレンケルの『二重国家』論」（日本法哲学会編『法規範の諸問題』、法哲学年報（1977）有斐閣、1978年）。
- 5) Günther Doeker und Winfried Steffani (Hrsg.), *Klassenjustiz und Pluralismus*, Festschrift für Ernst Fraenkel zum 75. Geburtstag am 26. Dezember 1973, Hoffmann und Campe, 1973.
- 6) *Der Doppelstaat* 中の「ドイツ語版への序文」。S. 11 und 13.
- 7) *Ibid.*, S. 13.

- 8) Otto Kirchheimer, *The Legal Order of National Socialism*, in : *Studies in Philosophy and Social Science*, IX, 1941, P. 465—467. 広渡清吾訳「ナチズムの法秩序」(『みすず』218号, 1978年) 30, 31頁。
- 9) *Ibid.*, P.466, 広渡訳35頁。
- 10) *Political Science Quarterly*, Vol. LVI, 1941. pp. 434—436.
- 11) Kirchheimer, *The Legal Order of National Socialism*, P. 466, 広渡訳30頁。
- 12) *Ibid.*, P. 474, 広渡訳37頁。
- 13) *Ibid.*, P. 474f., 広渡訳38頁。
- 14) *The Dual State*, P. 153.
- 15) Cf. *ibid.*, P. 171.
- 16) フランツ・ノイマン『ビヒモス—ナチズムの構造と実際』岡本・小野・加藤共訳(みすず書房, 1963年) 231頁。
- 17) *The Dual State*, P. 205.
- 18) ノイマン前掲邦訳375頁。
- 19) 同上, 400頁。
- 20) ノイマンの「ビヒモス」の用語法について, スウィージー (P. M. Sweezy) は次のように批判する。すなわち, 『ビヒモス』のほとんど大部分を通じて「ノイマンは国家をばごく普通の意味において, つまりとくにナチ体制下で前代未聞の規模にまで発達したところの強制のための公共機関(軍隊・警察・親衛隊・秘密警察等々)の意味に使っている。」この機関が合理的な且つ予見できる行動規範という意味での「法律」に従って運営されていないとしても, 最後になって国家でないといいきる根拠にならない。それは「理屈に合わない結論」だ, と。スウィージー『歴史としての現代』都留重人監訳(岩波書店, 1953年) 277頁。
- 21) ドイツ語文献としては, 前掲注3)の *Der Unrechts-Staat* 所収の各論文, 邦語・邦訳文献としては, マーティン・ジェイ『弁証法的想像力——フランクフルト学派と社会研究所の歴史 1923—1950』荒川幾男訳(みすず書房, 1975年) 第五章「『研究所』のナチズム分析」, 広渡清吾前掲『『第三帝国の法構造』試論』第一章を参照されたい。
- 22) *The Dual State*, P. 205 f.
- 23) *Ibid.*, P. 61.
- 24) *Ibid.*, P. 171.
- 25) *Ibid.*, P. 58.
- 26) Vgl. Bernhard Blanke, *ibid.*, S. 78. 舟越前掲注4) 論文130—131頁参照。
- 27) *The Dual State*, P. 208.
- 28) Bernhard Blanke, *ibid.*, S. 73.
- 29) *Ibid.*, S. 78.
- 30) K. D. ブラッハー『ドイツの独裁 —— ナチズムの生成・構造・帰結 —— I』(山口定・高橋進訳, 岩波書店, 1975年) 388頁。
- 31) *The Dual State*, P. 46.
- 32) *Ibid.*, P. xv.
- 33) *Ibid.*, P. 41.
- 34) *Ibid.*, P. 185.

- 35) 舟越前掲注4) 論文131頁以下, 参照。
- 36) ノイマン前掲注16) 邦訳375頁。
- 37) 矢崎光圀『法実証主義—現代におけるその意味と機能』(日本評論新社, 1963年) 190, 191頁参照。
- 38) ノイマン前掲邦訳381頁。
- 39) 同上, 384頁。
- 40) 同上, 388—389頁。
- 41) マックス・ガイガー『ドイツ教会闘争』(佐々木悟史・魚住昌良共訳, アルパ新書, 日本基督教団出版局, 1971年) 88頁。
- 42) 「ファシズムの法と国家」に関するこのような問題意識は, 脇圭平『知識人と政治—ドイツ・1914~1933—』(岩波新書, 1973年) に啓発されている。特に序章を参照されたい。
- 43) 矢崎光圀前掲書184頁。
- 44) J. パーマン『アメリカ法のはなし』(石川・伊藤・平野・矢沢共訳, 有信堂, 1963年) 253頁。
- 45) マックス・ホルクハイマー『権威主義的国家』(清水多吉編・訳, 紀伊国屋書店, 1975年) 106頁。この定言の解釈については次を参照。スチュアート・ヒューズ『大変貌—社会思想の大移動1930—1965』(荒川幾男・生松敬三共訳, みすず書房, 1978年) 90頁。
- 46) 矢崎光圀前掲書94—95頁。
- 47) 丸山真男『増補版現代政治の思想と行動』(未来社, 1964年) 250頁。
- 48) 同上, 248頁。
- 49) 大橋智之輔「現代の法思想批判—法実証主義と自然法論—」(『マルクス主義法学講座』第7巻『現代法学批判』, 日本評論社, 1977年) 40頁。著者は, 続けて, 「ファシズムが資本制社会の突然変異でなく, 可能性としてくりかえし資本制社会の危機を前にして生み出されてくるものだとすれば, 資本制社会の批判的視点こそ求められるものであろう。—もちろん, それは既存の社会主義諸国の体制をただちに正当化するものではない—。」と述べる。
- 50) ノイマン前掲邦訳407頁。