

# 憲法における規範と現実

佐藤立夫

- 一 序言
- 二 政治法としての憲法
- 三 規範的憲法と現実的憲法
- 四 結語

## 一 序言

現代憲法の形成過程を検討すると、そこには特殊な発展段階を指摘することはできるのであろう。現代立憲国家は絶対権力に対する闘争の中から生れたということである。そして、「規範的なるもの」(das Normative)は政治権力への挑戦を通じて確立された。これは規範的—法的憲法(normative od. rechtliche Verfassung)は何よりも権力を限界づける高次法として発展してきたことを意味する。制度的には憲法裁判の普及に端を発する「規範的なるもの」の発展はドイツではナチス政権確立の前後を通じて急速に解体の一端を辿った。即ち自由を求める政治権力は法のきずなを解放した。立憲国家にとって規範の理想像は現代憲法の発展にとっては空虚な標語を意味するようになった。<sup>(1)</sup>

現実的＝政治的憲法 (wirkliche od. politische Verfassung) の崩芽は、ドイツでは歴史的には一八六二年四月一日六日フェルゼナンド・ラッサール (Ferdinand Lassalle) の「憲法の本質」(über Verfassungswesen) に関する講演の中で、「憲法問題は元来、法律問題レヒツ・フラージェンでなく権力問題マハト・フラージェンである」という言葉の中に如実に現れている。何故なら憲法は、その国に発生する「事実上の権力関係」(die tatsächlichen Machtverhältnisse) にはかならないからである。即ち軍隊に具象化される軍事力、大地主に具象化される社会力、大企業に具象化される経済力、一般の国民意識や教育に具象化される精神力である。これらの諸要因から成る事実関係は社会のすべての法律や法律制度の内容を規定する活動力をなすものである。旧プロシアの現実についていえば、軍隊や大砲、軍隊を服従させる国王、一握りの貴族、資本家、大銀行家は、それぞれプロシア憲法の一部であり、小市民や労働者さえも、その政治的個人的自由が奪い去られぬ限り権力関係としての憲法の一部を構成するのである。<sup>(2)</sup> このような事実上の権力関係が「一片の紙片」(ein Stück Papier) に書きあらわされたとき、それらは法的憲法となるが、この紙片の法的憲法と現実の力関係の表現としての現実的憲法が矛盾するとき、前者は必然的に後者に屈して終うであろう。<sup>(3)</sup>

一般に憲法というときは法的憲法をいい、ラッサールの言葉によれば「一片の紙片」にすぎない。ゲオルグ・イエリネットが法規は国家の権力配置をコントロールすることはできない。真の政治権力は、すべての法形式から独立して行動するそれ自体独自の法則に従って動くといっている。<sup>(4)</sup> 憲法問題は元来レヒツ・フラージェンではなく、マハツ・フラージェンであるという思想は過去のみならず社会的国家生活の多元化、分立化、動態化の状況下にある現代においても、そのまま通用するところであり、日々の政治環境の中で、現実の政治権力は法の規範力より広範な機能を果し

ていることも憲法史が如実に教えるところである。<sup>(5)</sup>

ノモスとカイロス、法と政治、規範と意志との永久の対立、矛盾は、近代憲法史の基本的テーマである。国家生活において、「規範的なもの」は極度に活動力を弱める時代、正に「規範的なもの」の空虚な現代には確固たるノモスへの志向によって、屢々全体の合法化への志向と呼称される時代とは逆な現象が見られる。われわれは永久憲法の可能性を信じ、契約を永遠に締結しようとするや、この永久化のバトスは時々の支配秩序の安定化に奉仕してきた。中世では永久秩序は不変の神の法に根差し、近代立憲主義初期においては社会と国家とを不変の理性原則によって構成せんがために既成秩序の非合理性を排除しようとした。永久法のバトスは開明期の理性樂ラッソフソナツチヤムス天主教の表徴と考えられた。<sup>(6)</sup>

このような憲法史的展開過程を経てきた政治意志と憲法規範との間隙は、現代国家においては益々高まっているように思う。憲法は、その価値性と政治性との対立の中において、規範と現実との相剋を展開する。規範と現実とのギャップは法の何処の領域にも見られるが、特に憲法において著しい。一方では、その規範から程遠いのであり、他方では実際の政治権力が現実の状況に制約され易いからである。憲法の機能の変化は常に憲法の内外における規範と現実との相剋、対立の中に生ずるといつても過言ではない。

憲法における規範と現実は対立関係ではなく、相互制約の関係においてのみ十分に評価されるであろう。孤立化した一面的考察では如何なる解答も不可能である。法的規範化（規定）だけ見る思考方法にとっては規範のみが妥当しうるか妥当しえないかだけで、他の可能性は存在しない。また他方、政治的社会的現実だけを見るものは、問題を看

過するか法的規範化の意義を無視し勝ちである。

最近の憲法学的思想はラーバンドおよびゲ・イエリネックの法実証主義学派におけると同様、カール・シュミット憲法学の社会学的実証主義学派においても規範と現実との孤立化の思想は今日においても克服されていない。憲法における現実と規範、存在と当為の峻別は事実関係のみが決定的力をもつというテーゼを是認することになろう。現実と規範の何れかに偏することは結局、「現実空洞化の規範か規範空洞化の現実の極端」(Extreme der Wirklichkeits entleerten Norm oder der normenteerten Wirklichkeit)に走ることを意味することにはかならない。故にこの両極端の間に道を探ることは是非とも必要である。この道は原則的に現実か規範かという二者択一の意味における形で疑問に答えることを拒否する場合においてのみ問題の解決が期待しうるであろう。<sup>17)</sup>

私は本稿において憲法における具体的現実と対立する法的規範化の意義と機能を、ドイツ公法理論の系譜を通じて説明したいと思う。

注 (1) Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Rechtes, 1945, S. 127.

(2) F. Lassalles Gesamtwerke, I Bd, SS. 45—71.

(3) Konrad Hesse, Die Normative Kraft der Verfassung, 1959, S. 3. 提口康博・憲法の規範力の条件、早稲田政経雑誌 二一〇、二一一合併号、私の書評「コンラード・ヘッセ著「憲法の規範力」」早政二一四号。小林直樹・憲法の規範力、国家学会雑誌七三巻五号。

(4) Jelinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, S. 72.

- (5) Hesse, a, a, O; SS. 3 f.
- (6) Kägi, a, a, O; S. 71.
- (7) Hesse, a, a, O; 7f. 現実と規範、存在と当為の二元論に立つ純粋法学の立場からすれば社会的現実の上に実現された法律は、自然と化した法律であって眞の法律ではないから、この立場から法律の事実性の側面を考慮に入れることは論理的に不可能である。そのため純粋法学の内部においてもザンダーが経験論的法哲学を唱え、——Fritz Sander, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtsertahrung? Zeitschrift für öffentliches Recht II, 1921; derselbe, Staat und Recht, 1922; Kabens Rechtslehre, 1923. ノットマン・カウマン——Felix Kaufmann, Logik und Rechtswissenschaft, 1922.——フリッツ・シユライヘル——Fritz Schreier, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, 1924——が現象学と純粋法学との架橋をはかったのも、そのためである。その後ウイン学派の新進気鋭の法学者達がケルゼンによって一度方法的に不可能とされた法律の社会学的研究に関心を向け、実定法を、その実在性の上に基礎づけようとしたのは純粋法学の内面的発展方向を示す特徴であった。(尾高朝雄・現象学と法律学、法律時報五卷一〇号、四頁)

## 二 政治法としての憲法

憲法は優れた政治的契機を内包する法であるから、憲法問題は憲法と、これを繞る社会現象との相関関係から把握するに価する問題である。即ち近代憲法は一八・九世紀の近代市民社会の要請する価値体系の具現化の一種にほかならない。しかし近代憲法理論は、しばしば客観性、中立性、論理性などの名において憲法に内在する価値問題に深くメスをいれることを好まない傾向にあった。しかし今世紀に入って次第に激化した社会革命が巨大なる階級対立と分

化とをもたらし、こうした価値の分裂と価値の転換は、正に近代憲法の限界乃至危機とも言われるべきものを意識させるに至ったのである。

近代憲法の危機の中で直接行動への意思は、すべての場合に、カール・シュミットの所謂「単なる規範性に対する現実性の優位」(Überlegenheit des Existenzielle über die bloße Normativität)を主張し、現実、生命、実践、行動の特権は絶えず叫ばれ、永久憲法、静態法と対峙している。法規範を無視せんがため国家存在理由が要請されるのであるが、これが過渡に強調される余り、正に国家の存在自体に脅威を与えかねない。この点、憲法の規範力擁護の立場から警戒すべきであろう。

ドイツ公法学界における法実証主義学派に反対する立場は、あるいは法の「倫理的内容」、あるいは「利益」、あるいは「目的」を考量すべきと説くのであるが、何れも実定法規以外の広義の目的を考量しようとする点において一致するものである。ハインリッヒ・トリール(Heinrich Triepel)も、一九二六年ベルリン大学総長就任演説で試みた「国法と政治」(Staatsrecht und Politik)において、憲法上の諸規範は、それを形成した政治権力と密接に関連するもので、「政治的なもの」と関連なしに憲法を把握することは不可能である。憲法が対象とするものは、「政治的なもの」以外のなものでもない」と述べている。彼が憲法を政治法といったのはこのような意味において理解されるのである。政治法としての憲法とは憲法が政治にとっての法であり、基本的には「政治的なもの」以外の如何なる対象も有しないことを意味する。このように憲法の対象を明らかにすることによって憲法はその内容において適切に捉えられるものと見た。このような主張はゲルバー・ラーバンド・ケルゼン流の形式論理主義に反対して目的論的方法

を代表するものである。トリーペルによれば憲法は価値判断を加えことなく、単なる論理主義的方法では如何なる結論にも到達しえないのであり、形式論理主義の立場は、すべての目的論的方法を排除し、必然的に国家学および憲法学の枯渇化を招くものである。<sup>(1)</sup>

憲法はそれ自体、諸利益の衝突<sup>(2)</sup> (Interessenkonflikt) に関する価値判断の総体であり、憲法規範の全面的把握は「政治的なもの」なしには不可能である。非政治的方向は憲法を価値的、即ち政治的なものと関連して判断することなしに理論的に克服することができると信じた場合には自己幻想に陥るものである。

しかし、このようにして捉えられた憲法は規範を弛緩し規範を疎外するものではない。トリーペルは相対主義および自然的功利主義の側から政治的憲法に脅威を与える危険を否認しなかった。政治的憲法は単なる政治的考量と論理的形式概念操作の結合を意味するにすぎない。これは彼の目的論的方法である。「規範的なもの」はそのことによつて弱体化したり、変容することはなく、「政治的なもの」、即ち内容的なものとの関連を通じて完全に展開する。ここでは、「政治的なもの」は恣意への命令もしくは主観的評価ではなく、「政治的なもの」の意味はすべての場合に當為であり、存在ではない。もしくは両者の不明瞭な混同ではない。トリーペル自身、屢々當為の規範の意味を法理想主義をもって弁護した。また憲法裁判所の限界を規定するにあたって、憲法を広義では、すべての国家目的に関するもの、狭義では最高の決定的国家目的、国家統合と関連するもの、創造的権力としての国家と関連するものと理解し、特に高度に政治的なもの (Das Hochpolitische) を司法審査の対象からはずし、統治行為論を展開し、憲法裁判の限界と手続に関して憲法政治的に重要な見解を表明したことは注目すべきことである。<sup>(3)</sup>

注 (1) Triepel, Staatsrecht und Politik, SS. 12; 37; Kägi, a. a. O.; S. 137 f.

(2) トリーベルによって試みられた利益考量的方法 (Methode der Interessenerwägung) とは、例えば基本権の妥当範囲を決定する場合、当該規定によって憲法定者が保護せんとした法益を研究し、その他憲法によって保護せられている法益が存在しないかどうかを決定し、その上で、この他の法益と基本権によって保護せられている法益とを比較して何れの価値が大きいかを考量し、当該規定の法益が比較考量せられた結果に基いて、あるいは広く又は狭く解釈する。ワイマール憲法では司法審査の問題は未解決に終わったが、目的論的利益考量的方法では肯定的に解決されるのである (ライブホルツ・ドイツにおける国法学の近況、法学志林、三八巻八号、五五頁)。

(3) Kägi, a. a. O.; S. 138.

法と国家との基本的関係を規定するにあたって、すべての法が国家の現実の制約を免れ難いというテーゼを定立し、国家を一の社会現象と見て、国家に関する完全な概念を得ようとするならば、国家関係を社会の中において捉えねばならないと主張した人にゲオルグ・イエリネック (Georg Jellinek) がある。即ち最高の国家機関の相互関係が法的要因よりも権力要因において規定されることを認めた。<sup>(1)</sup>

彼は法律学的国家論を批評して次のように述べている。

「法は常に現実から出発しなければならない。何故なら法は如何なる性質を有しようとも常に現実の事実の上に適用される目的を有するからである。しかし現実の事実を決して法概念そのものではない。法概念は、むしろ所与の法規から得られ、多数の規則を統一的立場の下に秩序づける目的を有する抽象物にすぎない。」<sup>(2)</sup>

このように「規範的なもの」に対する彼の懷疑から、有名な「事実の規範力」(Normative Kraft des Faktischen)

は、このよう考え方の上に生れたものであった。<sup>(3)</sup>

イエリネックによれば、「規範的なもの」は国家の内部では何ごともなしえない。彼の公法学説は「決断的規範」(Entscheidungsnorm)を含む体系の中に、その特徴を見出すことはできる。<sup>(4)</sup> 歴史的現実には憲法改正に重要な役割を果たすのに対し、法は無力であり、憲法の発展は、法規が国家権力の配分を事実上、支配することができないという無力な、テーゼを確立した。しかし、「一般国家学」の中で、さらに続けて

「法概念によつて認識されるものは決して現実の存在ではなくして、むしろ人間の行為により実現せられる規範にすぎない。それ故に国家の法学的認識は国家の現実の本質を捉えることではなく、寧ろ国家を法律学的に考えることを可能ならしめるものである。即ち国家のすべての法的性質を矛盾なく思惟することのできる概念を発見することである。国家の現実的存在の認識は国家のこの概念の基礎とならねばならない。」<sup>(5)</sup>

と述べている。即ち「一般国家学」において特徴的なことは、社会的現実を如何に法概念構成でもって説明するかという、いわば現実に制約される法規範の強化と拡大化の方向にあったと思う。彼は現代国家において法による国家拘束性の確信を高め、法発展の最高段階において初めて国家の法創造作用も法的に評価されることを主張し、文化発展の不可避的条件を法秩序の不可侵性に求めた。

彼の見解によれば、「政治的なもの」の領域は、すべての場合、法による制限を可能ならしむる領域である。<sup>(6)</sup>

注 (1) Kägi, a. a. O. S. 135 f.

(2) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1905, 2 Aufl. S. 155.

憲法における規範と現実

二六四

(3) Ebenda; S. 330.

(4) Kagi, a, a, O; S. 135.

(5) Jellinek, a, a, O; S. 156.

ここに彼の両面説の欠陥がある。イエリネックも究極的には政治論よりも法理論を強調したのである。ケルゼンがイエリネックの両面説を方法的混同主義として排斥して、その不徹底を純化して純粹法学を樹立したことは、決して偶然ではなかった。

(6) Kagi, a, a, O; S. 136.

憲法における規範と現実との対立、相剋関係に触れて動態論の立場から政治法としての憲法学を主張した人として現代ドイツ公法学界を代表する二人の公法学者をあげたい。

先づカール・シュニット (Carl Schmitt) のカトリック的規範主義の思想は、彼の初期の作品、—— 国家の価値と個人の意義 (Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 1914) —— に代表されている。この作品はカトリック的法律学および国家学の立場から自由主義的法律学および国家学を批判したものであり、力キラフトに対する法の優位を主張する規範主義の上に立つものであって、法治国思想の規範主義を完全に克服したものではなかった。彼によれば、国家は法的構成態であり、その意味は法を実現し、個々の人間を支配し、人間と外界とを調整するために法觀念上求められる各種の要請に適合することを任務とする。しかしシュニットのこの初期の思想が規範的法と力との二元主義を肯定する限りにおいて不十分であった。シュニットはやがて「決断主義」(Entscheidung od. Decisionismus)に移行したのもそのためである。決断とは、一つは法によって律し得ざる非常事態であり、力によって、「友—敵の

対立」(Unterscheidung von Freund und Feind)を決定することである。

一は、この政治的決定の主体的存在に關係する場合である。彼は「政治的なもの」(das Politische)の本質を、「友敵の対立」に置く。その極限では戦争に至るような相剋を政治の固有のメルクマールとし、政治的統一(politische Einheit)の概念を憲法論の中心課題とした。つまり憲法を政治的全体決定(politische Gesamt-Entscheidung)に依存せしめたのである。「政治的なもの」の特殊規準としての「友敵の区別」は、「善悪」から引き出されるものであり、その他の規準や規範から引き出されるものでない。シュミットのすべての政治理念や国家理論は人間学を背景とし、人間を天性善か悪かと仮定する「人間学的現実的考え方」(anthropologische-existenzialen Denkart)から出発する。彼の「政治的神学論」(Politische Theologie, 1922)はこのような構想に基くものであった。

「政治的なもの」の概念は、国家が社会の上に安定しており、これと区別しうる場合に限って承認される。国家と社会とが相互に混同し、国家と社会の同一性全体国家が登場してくると承認しえない概念である。そこでシュミットは国家即「政治的なもの」を避け、政治範疇として、「友敵の対立」をあげる。敵とは究極的には現実的可能性にしたがって闘争する人間の全体、即ち公敵である。かかる対立の中で政治的対立は最も徹底した形で現れる。故に国家とは組織化された政治的統一として、「友敵の決定」を行うものであり、単なる調停者とは異なり、その本質は政治的決断を下すことにある。

戦争は右の如き敵對關係の極端な実現の場であり、組織化された政治的統一の武装的闘争にして人間行動や思惟を独自の方法で規定し、それによって特別な政治行為を実現する現実可能性として存在する政治の前提である。「政治

的なもの」は、その力を人間の種々の領域から導き出す。即ち宗教的、経済的、道徳的力は決断を下したとき政治的統一となる。即ち政治的統一とは決定的瞬間に自ら決断を下すことで、その意味で決定的統一であり、主権的であるといえるであろう。

政治的統一の本質は一つの存在力であり国家である（シュミット・憲法学三、四一、四五、一二五、二〇五頁等）。国家の本質は政治的統一であるということは政治的決断を下すことを意味する（一三四頁）。ここからわれわれは次の結論を導き出し得るのである。国家は政治的統一を本質として且つ一つ一つの意思を有して行動するものであること、国家の中に人間は存在する。即ち「国家は吾人也」（*l'Etat c'est nous*）。政治的現実を意味する民族は国民である（五〇、七九、二二二頁）。

すべての憲法は、故に国民的統一を前提とする（五一頁）。国民的統一およびその意識は各種の要素をもつ。即ち共通の言語、共通の歴史的運命、伝統、共通の政治目的、希望、回想は歴史生活にとって共通なものである（二二二頁）。シュミットによれば現代国家は民族の包括的政治的統一であり、その組織化である。即ち彼は国家統一の規準を国民的政治統一の中に求めたのである。

ワイマール憲法を典型とする現代憲法の理念領域に視野を転ずる人々は、そこに憲法、憲法律、憲法制定権およびその担当者、国家および憲法の永続性、憲法の妥当性および改正の諸概念を見出すであろう。而してこれら諸概念の世界を内在の意味に従って構成することは憲法学上重要な問題である。シュミットはこれを政治理念の観点から取扱っている。即ち彼は先験的立場から研究されうる問題を、ワイマール憲法とその理念の内在的立場から取り扱って

る。作用する原理、実存する統一、決定、存在からの妥当等の領域に国家現実の自己構成的要因が現われる。これはシュミット憲法等の特徴をなすものである。ここにおいては一つの意思を有し、一つの権力を有し、且つ一つの憲法が制定される場所の一つの決断を下す権力の一担荷者たる政治的存在統一としての国民に関する理論が登場する。これはそれ自体信念内容として且つ政治的動機として政治現実の中に含まれている。シュミットは内在的に憲法の理念世界の探究に向つてのことである。

シュミットの憲法学において特徴的なことは具体的憲法問題、狹義の憲法論の問題、特に憲法の問題規定を問題として点である。即ち憲法 (Verfassung) と憲法律 (Verfassungsgesetz) との区別である。

前者の絶対的憲法概念 (Absoluter Verfassungsbegriff) は、<sup>(4)</sup> 統一的全体としての憲法 (Verfassung als einheitliches Ganzes) である (三一―一頁)。これは第一に、(1) 特定国家の政治統一および社会秩序の全体的状態、(2) 特殊なる政治的社会的秩序、(3) 政治的統一の動態的生成の原則を意味する (四―六頁)。彼においては、これらは何等規範的なものでなく事実的なものである。第二に、絶対的憲法概念は「根本法的規定、即ち最高究極の規範の統一の完結体系」(eine Regelung, d. h. ein einheitliches, geschlossenes System höchster und letzter Normen) を意味する。

ここにおいては憲法は存在的状态でも動態的生成でもなく、何等かの規範的なもの、単なる当為にすぎない。この憲法は外部の特徴によつて個々の法律もしくは規範に関するものでなく、国家生活一般の全体的規範付け、完結した統一体という意味の根本法、法律の法律 (Gesetz der Gesetze) を意味する。すべての他の法律もしくは規範はこの

一つの規範にまで遡及せしめられなければならない。この言葉の意味においては、国家は根本規範としての憲法の上に成立する法秩序、即ち法規範体系の統一体となる(七頁)。所謂憲法に属するものはワイマール憲法においては民主制、共和制、連邦制、議院内閣制および市民的法治国の特色を示す人民の基本権および権力分立である(二三頁以下)。

この憲法は憲法制定権力から出発するものであり、この憲法制定権力の意思によって制定されたものであるが故に妥当する。この意思という言葉は単なる規範的もしくは抽象的正当性に対立して妥当根拠の本質的現実的なもの(七六頁)、現実的に存在するもの、その力もしくは権威は実在の中に存しているものである。それは当為の根源としての存在力を意味する(九頁)。換言すれば絶対的憲法は、「政治的統一体の種類および形式に関する全体的決断」(Gesamt-Entscheidung über Art und Form der politischen Einheit)である(二〇頁)。

これに対し後者、即ち相対的憲法概念(Relativer Verfassungsbegriff)は所謂憲法律であり、<sup>5)</sup>特定の形式的特徴によって規定せられた「多数の個別的法律としての憲法」(Verfassung als eine Vielheit einzelner Gesetze)を意味する(一一頁)。これは憲法に基づいて妥当し、憲法を前提とするものである(一二頁)。成文憲法の中には、統治体制にとって固有かつ不可欠の重要性を有するものとそうでないものがある。したがってよく検討すれば憲法典の中にも一つの法則的上下秩序があり、規範相互間に一定の段階差があることが分かる。シュミットは絶対的憲法と相対的憲法とを区別したのは大体において、これに当たる。

シュミットによれば、絶対的憲法は憲法制定権力の行為から生ずる国家固有の政治的実存の様式の決定にはかなら

ない。憲法制定行為は、そのようなものとして何等かの個別的規範を定立するのではなく、唯一回の決定によって政治統一の独自の実存形式を確定するものである。だから憲法が制定されることによって始めて政治的統一体が成立するのでなく、その存在は前提されているのである。これに対し憲法律は、この憲法に基いて始めて妥当するものであり、この憲法を前提としている。シュミットの理論によれば、憲法制定権力—憲法—憲法律というシエーマが構成されるのである。

かくて、彼は従来の憲法理論においては、この絶対的憲法概念と相対的憲法概念との区別、従って憲法と憲法律の区別が無視されていたことを正当にも指摘した。即ち憲法は前者によって創造せられるのに反し、後者は憲法もしくは憲法律に規定されるのである。かくて一般の法律のみならず憲法律もまた上位の憲法に規範の基礎をうるのであるが、然らば憲法自体の妥当性は何処に求められるべきであるか。思うにすべての政治団体の価値存在の理由はその規範が正当であるか、もしくは効力があるか否かに存せず、団体の存在自体に求められる。憲法はこの政治的実存より生じた政治的決断に基づき、その妥当性の根拠は本質的に実在性を有するのである（二二、七六頁）。

憲法律は規範として妥当するためには意思により実行される政治的決断を必要とする。即ち憲法規範の存在する憲法の範囲は、シュミットにとっては原則として独立なものでなく、またそれ自体において完結した規範体系でもなく、政治的決断行為、当為の根源としての存在力である。このテーゼは存在と当為が相互に全く峻別され、決して融合しない領域であるとする規範的法律学の原理における対立命題という意味において表現せらるべきである。このテーゼはシュミットによりケルゼンの法律学の否定的解釈に向けられている。換言すれば、「方法の純粹性」という新

カント学派に対する原則的反対が表明されているわけである。

シュミットは内容的規範法律学を拒否する形式において純粹法学を拒否せんと試みた。彼にとって規範的という言葉の唯一の意味は、「何等かの内容的當為」の意味である。彼は純粹な規範的種類の完全の憲法体系は存在しないということ（一〇頁）、憲法規範は最高の内容規範から派生するものでなく、その内容において、その發生時期の政治的社会的状況に依存するものであること、即ち根本規範において、その規範的關連が頂上に達している法律秩序について語ることは無意味であるという。

シュミットにおいては問題は法理論的問題ではなくして歴史的社會學的問題である。換言すれば、彼は任意の具體的規定は特定の立場から規定され、実定的なものとして表現されているが故に、純粹法学が試みているが如く純粹規範の純粹なる体系の基礎をなすことは承認しえないと考へた。ここにおいてわれわれはシュミットが恐らく一つの誤解をおかし、且つ彼が純粹法学の認識論的問題を公平に評価していないという感傷を抱かずにはいられないだろう。われわれの知る限りケルゼンもまた、その学派の何人も内容的に統一せる秩序を發展せしめようと試みたものはない。根本規範は一定の地位によって定められる任意の具體的規定ではなく、学者が設けた認識論的仮設である。

シュミットは純粹法学を次の理由で批難する。即ち第一に、純粹法学が規範の純粹な領域を構成せんとしていること、第二に、統一の努力が經驗によつて得られる実定的規範体系に基礎づけられねばならぬということである。憲法は規範的正当性のためではなく、唯その実定性のためにのみ妥當する。にも拘らず純粹規範として純粹なる規範の体系もしくは秩序を基礎づけることは矛盾せる混亂である（九頁）。われわれが新カント的方法の統一という困難性を

回避せんとするならば、純粹法学を攻撃せねばならぬ理由は正にこの点にある。純粹法学は法秩序の統一を認識の統一として捉えた。「憲法学」を通じて常に現れる種々の用語では、シユミットは憲法が、それを与える政治意思の力によって妥当するという。例えば憲法は憲法制定権から発し、且つ意思により制定されるが故に現実に妥当する（九頁）。

ドイツ国民の意思、従つてある実在的なものが政治的憲法的統一を基礎づける。憲法の統一は、それ自体の中に存するものでなく、憲法制定行為により特殊の存在形式が規定されるところの政治的統一の中に存している。憲法はそれを与えるものの実在的意思により妥当する。あらゆる種類の法律的規定、憲法律の規定もまた実在する意思を前提とする（二二頁）。憲法制定権は政治的意思、即ち具体的政治的実在であり、他のあらゆる権力および権力分立の包括的基礎として力および権威オトリクワイの両者を包含している（七五、七七頁）。

右のような政治および憲法概念からシユミットはブルジョア法治国家を批難した。即ちブルジョア法治国家は、「政治的なもの」を一掃することに努力し、国家生活のすべての表現を規範の系烈下に制限するが、このような規範的コントロールは現実的決断に対して副次的意義しか有しない。すべて「規範的なもの」の前には政治的決断がある。彼によれば、「規範的なもの」は何ものをも基礎づけえないものである。彼はエトスをもつ法治国家、立法国家に対し行政国家を主張し、エトスよりもパトスを尊重したのも、このような考え方に基くものであった。<sup>(6)</sup>

すべての憲法は政治的であることはトリーパールのテーゼであるが、シユミットも同じ見解に立つ。しかし政治的という言葉は両者においては著しく異っている。トリーパールにおいては、「規範的なもの」は、ある程度政治的集約度

の限界において問題となるのに反し、シュニットにおいては「規範的なもの」は絶えず決断主義によって排除されてくる。<sup>(7)</sup>

- ※ (1) Schmitt, Der Begriff des Politischen. 1917, S. 1; Kägi, a. a. O.; SS. 139 f.  
(2) Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 20.  
(3) Erich Voegelin, Die Verfassungslehre von Carl Schmitt, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd XI, 1931.  
(4) Schmitt, Verfassungslehre, SS. 3—11.  
(5) Ebenda; SS. 11—20.  
(6) Schmitt, Legalität und Legitimität, 1932, SS. 131 f.  
(7) Kägi, a. a. O.; S. 141.

ルドルフ・スメンド(Rudolf Smend)は憲法における規範と現実との対立を「統合」(Integration)の中に求めた。ケルゼンによれば国家は法規範体系として把握されるのであるが、スメンドは国家を「現実の一片」(ein Stück der Wirklichkeit)として考えることはできないとして排撃し、<sup>(8)</sup>この非政治的、純粹規範的国家学こそドイツ国家学および憲法学の危機を招いたと批難した。今や精神科学的方法への転向が時の命令として国家論および憲法学に要求されているとなし、リット(Theodor Litt)の立場にたつて、従来の実質的国家論が個人と共同体、個人主義と団体主義を「価値順位」<sup>(9)</sup>の問題として実体的対立、客観的対立に終るのに反対し、これを「構造の問題」(Strukturproblem)と理解する。<sup>(10)</sup>

構造の問題としては、<sup>(3)</sup>

「精神科学の自我の現象学的構造は精神生活に対して因果関係に立つ精神生活の客観的要素の構造ではない。それは自我は先づそれ自体考えられ、しかる後にこの生活に対して因果的に考えられるのではなく、自我はそれ自体精神的に生活し、自己を表現し、理解する限りに於いてのみ共同体の構成員であり、志向的に他者と関連する。自我の本質実現、本質形成は、その構造上社会的である精神生活においてのみ行われる。さらに自己にのみ基く団体はただ個人の意味体験の統一的構造にすぎない。それは確かに個人の生産物ではなく、個人の必然的産物である。本質的發展と意味形成は必然的に社会的に媒介 (soziale verschränkt) している。個人的、超個人生活の媒介は本質的である。」

これはリットの所説にはかならない。スメンドは、これによって従来<sup>(4)</sup>の国家論における精神的<sup>(4)</sup>社会生活の実体化、機械化、機械的空間的思惟への傾向に対して、何らかの目的論的シエーマへ近付こうとしたのである。

ケルゼンは国家を「社会的実在性」(Soziale Realität) でないと主張するが、これは精神的実在の一切の認識可能性を否定する点において精神科学的虚無主義である。スメンドは国家を「精神的現実性」(geistige Wirklichkeit) としてリットの「包鎖圏」(geschlossener Kreis) の概念を援用して説明する。包鎖圏は、それ自体たとえ象徴、形式、原理に固定化しても絶えず流動するものである。何故ならそれは常に新しく実現され、新しく作り出される限りに於いてのみ現実的たりうるからである。精神生活の本質は固定的実体として捉えられるべきでなく精神的モナドの精神生活への関与を通じての自己形成である。<sup>(5)</sup> スメンドにおいては包鎖圏の理論が統合理論の背後に隠されている。

スモンドは国家を包鎖圏として社会学的に実在する「実在的意思団体」(realer Willensverband)として理解する。<sup>(6)</sup>これはケルゼンと異なり、何ら法規範を前提としないものであり、国家と法とは異質の概念として捉えられている。国家は個々の生活表現(Lebensäußerungen)即ち法律、外交行為、判決、行政行為を自己から発せしむる静止の実体ではない。寧ろ国家はそれらが精神的全体関連の活動(Beteiligungen eines geistigen Gesamtzusammenhanges)である限り、これらの個々の生活表現の中に存在する。国家はルナル(Renan)の有名な国民の特徴づけを引用するならば、日々繰り返す国民投票の中に生きている。これが国家生活の核心的過程(Kernvorgang)核心の実体(Kernsubstanz)であり、統合と呼称しうるものである。<sup>(7)</sup>

かくて彼は政治的統合の中に憲法の核心を見た。したがって憲法は民法の如き技術法に対して「統合法」<sup>インテグラチオンズレヒ</sup>もしくは「政治法」<sup>ポリチクニクスレヒ</sup>としての意味をもつ。それは静態的規範ではなく国家の統合過程そのものである。このプロセスの意味するところは、国家生活の全体を新たに創り出すことであって、憲法とは、このプロセスの個々の部分を規範として制定するものにほかならない。即ち実定法としての憲法は単なる規範ではなく、不断に統合を行う独自の「具体的生活現実」(konkrete Lebenswirklichkeit)そのものである。従って憲法の対象は全体としての国家の生活現象であり、それは国家の生活全体の不断の更新の中に、その意義を見出す統合過程の規範化にほかならない。その核心点は政治的精神の統合的合法性の実定的規範化であり、国家の具体的政治生活の法であることを意味する。具体的生活現実としての憲法は硬直せる他律的妥当性を有するものでない。正にここにおいては「規範的なもの」の兆落、憲法条項の規範的意味の価値低下が明らかにされるであろう。<sup>(8)</sup>

「規範的なもの」の兆落は、スメンドにおいては規範確実性、規範密度の低下に現れるのみならず、統合の動態化を通じて規範継続性の動搖の面にも現れる。個々の実定的規範は憲法の意味全体の前に屈するのみならず、憲法の独自の精神的法則的意味は憲法条項の動態化、政治化を導く。<sup>(9)</sup>これによって憲法の客観的性格と規範的意味は喪失するのである。スメンドの統合理論の本来の目的は規範的方法論を否認し、すべての規範的秩序から独立な国家の自然的現実性を基礎づけることにあった。

スメンドは国家を自然的現実の意味における社会的実在とみる。このような「精神的・生活現実」(geistige Lebenswirklichkeit)としてのスメントの国家観は、国家が精神の領域におけると同様、生活の領域においても存在し、理念的統一であるとともに現実的統一であり、「意味構造」(Sinnegefüge)の統一であるとともに規範体系の統一であり、同時に実在の精神物理学的现象から独立の統一であり生活統一に基くものであるが、このような精神的実在と自然的実在との一致は精神生活の唯一の実在としては虚偽的に満たされており、真に価値法則的精神と因果法則的精神的形而下の自然との予定的調和であるという誠に驚くべき論理の飛躍である。<sup>(10)</sup>

スメンドはケルゼン流の批判主義を批難したが、統合理論は精神科学的方法の名の下に主観的政治的価値判断を前面に押し出している点で甚しく政治的だということができらるであろう。スメンドの学説で注目すべき点は理論的成果ではなく、<sup>(11)</sup>ただそれは一般的霧囲気<sup>アルグマインネトトスフエア</sup>であり、政治的傾向<sup>ポリチッシェニクシツンゲ</sup>であり、自由主義乃至議會主義の否定であるという点であろう。この霧囲気は独裁制への暗黙の好意を示すものであり、<sup>(12)</sup>スメンドは統合理論を政治的価値判断にとつての表現として屢々使用した。統合という言葉はフアシズム国家の中に多く見られるところであり、フアシズムの文献は

——Bernhard, Das System Mussolini, SS, 93 f, 97 ff.——この方面の研究の端緒をなした。而して彼はフアンスト運動に見られる国家生活、政治生活において常に存在する「非合理的なもの」(Irrationales)を強調する。フアンズムは自由主義的議会議会主義を拒否したにも拘らず機能的統合のテクニックを模範的に行使しており、社会主義的物的統合は国民的伝説、職能国家の如き他の物的統合によって補完されている。<sup>(13)</sup>これは正に独裁制の弁解にほかない。また彼は理論的系統のワイマーと憲法を批難し、非合理的有機体説の不可知論の立場からビスマルク憲法を「統合された憲法」(Integrirende Verfassung)の完全な例証として賞讃する。<sup>(14)</sup>スメンドの学説は意図していると否とを問わず結局においてフアンスト国家を高く評価し、ドイツ共和国憲法に対する戦いに奉仕するものであった。<sup>(15)</sup>

スメンドの立場は、第一に、国家を動態的に見ることである。国家は常に流動している (stets in Flusse)。第二に、かくして捉えられた国家は法とは別個のものである。前者に関してはウイン学派の法段階説が夙に主張したところである。即ち法秩序||国家は決して靜態的でなく動態的であり、国家が繰り返して創造する永久の過程である。後者に関してはスメンドは国家を包鎖圏として捉えたが、法秩序と関係のない精神的統一としての国家は一種の擬制ではないかという批難を免れ難いであらう。ケルゼンはスメンドの学説を、「類例のない方法上の混乱」(Beispiellose methodische Verwirrung)であり、政治的意向を科学的に基礎づけようとするもので、政治神学にほかならない。スメンドは本質的には国家神学者<sup>(16)</sup>であると辛辣に批判しているほどである。<sup>(16)</sup>

- 注 (1) スメンドはドイツ国家学および憲法学は危機に瀕しているとし、その理由として、ここ二十五年以来、ドイツの国家学および憲法学を支配したゲ・イエネックの一般国家学を起点とする実証主義学派の方法はケルゼンによってさらに純化された

が、「それは曖昧模糊たる国家形而上学から遠去つて実証的国家理論、即ち厳格に法律的政治的色彩のない國家論を志向してゐる」<sup>26)</sup>を指稱した (Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht, Staatsrechtliche Abhandlungen und Andere Aufsätze*, 1955, f. 121).

- 26) Ebenda; S. 125.
- 27) Ebenda; SS. 125 f.
- 28) Ebenda; S. 127.
- 29) Ebenda; SS. 131 f.
- 30) Ebenda; S. 127.
- 31) Ebenda; 136.
- 32) Kägi; a, a, O.; S. 144.
- 33) Ebenda; S. 145.
- 34) Kelsen, *Der Staat als Integration*, 1930, S. 33. 本書はスメンズの *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928. にケルゼンの純粹法学の批判書として書かれたものであるから、ケルゼンもワイマル体制擁護の立場から鋭くこれを論駁した。なおスメンズの統合理論については、宮沢俊義・公法学における政治、法学協会雑誌五〇巻七号。黒田寛・Integrationの理論とノンミニムム、法学論叢二七巻二号。
- 35) Kelsen, a, a, O.; S. 81.
- 36) Ebenda, S. 76 f.
- 37) Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*. S. 175.

(4) Ebenda; S. 141.

(5) Kelsen, a, o, O; S. 91.

(6) Ebenda; S. 33.

### 三 規範的憲法と現実的憲法

右に述べたようにドイツでは憲法における規範と現実との対立は、法の動態化を通じて規範的憲法から現実的憲法へと展開し、憲法学の非常時現象を露呈したが、このような公法理論の変遷は国家権力と個人的自由の激しい相剋を体験したドイツの特殊な状況の中で生じたものである。ここにおいては個人の自由に対して、「統一と全体」(Einheit u. Ganzheit) デモクラシーの原理に対して指導の原理は強調され、憲法は、もはや本質的保障規範ガランテールンではなく、市民の自由権を保障するものでもなく、むしろ国家の全権力と全体の統合を目指すものであった。<sup>(1)</sup>このような憲法政治化の動向はナチス学者によれば、憲法の核心は書かれざる生きた秩序であり、ドイツ民族の政治的共同体は、この秩序の中に、その「統一と全体」を見出すのである。ここでは「統一と全体」という全体主義の名の下に市民の基本権とその自由は抹殺されて終うのである。<sup>(2)</sup>

このような立憲制の危機に対し、憲法は規範として、いかなる意義をもちうるか。この課題に対して規範と現実の対立を否定し、両者を相互に関連づけながら、憲法に及ぼす権力や事実関係の作用を認め、憲法の規範性を確保しよ

うと試みたものにコンラード・ヘッセがある。<sup>(8)</sup>次に彼の学説の問題点を述べようと思う。

ヘッセの根本的立場は、憲法は規範から独立の固有の存在ではなく、それが置かれている現実に規定されながら、同時に政治的現実を規定してゆく一定の規範力をもつということである。このような憲法規範の妥当要請は本質的には、「力の場」(Kraftfeld)における一要因であり、それが現実人間活動を通じて、どの程度国家の現実として貫徹されるかが、ここで問題とする憲法の規範力にほかならない。「力の場」である限り、その規範力の現実化はその時代の自然的、技術的、経済的、社会的条件や民族の中に実現されている精神的內容、および法律の形成と權威に決定的影響力をもつ具体的社会観や価値観を含む歴史的条件と相互依存関係に立つ。

ここで重要なことは憲法規範の妥当要請は、その實在化と一致することではなく、それが独自の要因として、これらの諸条件に参加することである。それ故に法的憲法は単なる存在の表現であるのみならず當為の表現であり、その妥当の事実上の表現、特に政治的社会的力の集団化の映像以上のものである。このような妥当要請によって法的憲法は政治的社会的現実を秩序づけ再構成しようとする。法的憲法は純粹に規範的なものであれ、単なる政治、社会、経済的条件であれ、これを一つの原理に還元することはできない。即ち憲法の規範性と現実条件とは區別されることはあつても相互に分離することは許されない。

現実的憲法と法的憲法の關係は、独立ではなく相互並存の關係にある。両者は相互に關連しあつているということである。法的憲法規範化の妥当要請である力の場から国家の現実が生じる。この妥当要請が、どの程度まで国家を現実化することができるかによって法的憲法はその規範力を高めるのである。

フンボルト(Humboldt)は彼の政治論文の中で憲法の規範力の限界を最も明らかにした人であるが、一八一三年一月二日ドイツ憲法に関する覚書の中で、理論的構造として考えられるすべての憲法は実質的生命力の萌芽を、その時代、状況、国民的性格の中に発見しなければならなかった。すべて憲法を純粋に理性と経験原則によって基礎づけようとすることは最も疑わしい。フンボルトはこの主張をもって憲法の規範力の限界を明らかにしようとした。なおフンボルトは初期の作品、「国憲理念」(Ideen über Staatsverfassung, 1791)において、「理性ある計画によって、いわば最初から基礎づけられた憲法は成功しない。影響の大きな偶発事件と、これと対抗する理性との戦いの中から生れてくるような憲法のみが成功する。換言すれば具体的歴史的状况と関連し、その条件を理性の尺度で方向づけた法的規範化と結合する憲法が成功するであろう」<sup>(4)</sup>を述べている。

法的憲法は永久に不毛から脱するためには歴史的事実を顧慮しないで抽象的理論的に国家を説明することはできない。法的憲法は現代の個々の状況と無関係なものを規定することは許されない。憲法は時代の精神的、社会的、政治的、経済的諸法則を無視した場合には憲法の生活力の不可欠の萌芽を欠くことになる。同時にこれによって憲法は生命性と効力の特徴が規定される。つまり憲法の生命性と効力とは時代の自然発生的力と活発な傾向と関連し、憲法がこの力を発展させ、それと相互に具体的に関連しているかどうか、さらに憲法が何処まで具体的生活関係に即した全体秩序となっているかどうかにかかっていることを意味するものである。

憲法の規範力は単に「事実に対する機敏な適合」(Kluge Anpassung an das Gegebene)のみに尽きるものではない。憲法規範が自ら活動力となりうる場合はどのような場合であろうか。つまり国民の意識、特に憲法生活にとつ

て責任のあるものの意識におきて、単に「権力への意思」(Wille zur Macht)のみならず「憲法への意思」(Wille zur Verfassung)が躍動するとき憲法の規範意思は現実に対して有効に作用し、憲法は生きた力となる。

憲法は、その内容にもとづいて現代の個々の状況に適合すればする程、その規範力を高める。もう一つ憲法の規範力の前提は、社会的政治的もしくは経済的法則性のみならず、特にその時代の精神状況を吸収し、一般の国民意識によつて具体的かつ正当な秩序として肯定されることである。憲法の本質的前提は、この諸条件の変化に機敏に適合することである。憲法は純組織的技術的規定を除いて、できるだけ絶えず変化する社会的政治的現実には適合しなければならない。

憲法が変化する政治的社会的現実には適合するためには、一面的構成をとるだけでは十分でない。憲法が規範力を保証しようとするならば反対の構造を採用しなければならない。権力分立は権力統合の可能性なしには存在しないし、連邦主義はある程度中央集権なしには存在しない。これらの原則の一つだけを純粋な形で実現しようとすれば憲法の規範力の限界を超える国家の緊急事態の場合に遭遇するであろう。この場合には憲法の規範性は現実によつて排除されるのである。憲法の規範力の適正な展開は、その内容の問題であるのみならず憲法の実践の問題でもある。

特に憲法の規範力によつて危険なのは頻繁な憲法改正の傾向である。決定的に明白な政治上の必要からする憲法改正への動きは憲法の規範力によつて脅威をもたらすものである。すべての憲法改正は実際上の必要性を、現に適用する規範規定よりも高く評価しているときにおこる問題である。この種の改正は憲法の不可侵性に対する信任の動揺であり、規範力の弱体化を意味する。故に憲法の効力の基本条件はできるだけ改正されることが望ましい。

法的憲法はラッサールの如く、決して単なる「一片の紙片」ではない。その時代の具体的歴史的条件から無関係ではありえない。歴史的事実と規範の内容との間に矛盾が生じた場合に何時でも法的憲法の方が弱い訳ではなく、恐らくこのような場合に法的憲法はその規範力を確認することはできないような諸前提がある。この諸前提が満たされない所では何処でも憲法問題は法律問題から権力問題となり、現実的憲法の前に屈することになる。法の規範性と現実拘束性の密接な関係は憲法学をして規範の条件を忽せにすることを許さないのである。憲法学は恐らくは国家生活の歩みを規定する一切の現実的諸条件と力との必然的関連における原理的見解を必要とする。それ故に憲法学は、ある程度において、これと隣接する現実科学、特に政治学、歴史学、社会学、経済学に依存するところが大きい。

現代の「規範的なもの」の兆落の中で憲法問題が権力問題とならないためにも、憲法学は憲法規範が適正な妥当性を獲得できる条件を明らかにし、このような観点の下で憲法理論を發展させ、憲法規定の解釈を明確にしなければならぬ。このことはまた憲法の規範力の最も確実な保障である「憲法への意思」を高め、自覚させる使命をもつことになるであらう。

ここで真の意味で憲法といわれるものは、歴史的具体的生活の現実において憲法の使命と機能が捉えられるということである。このような憲法においては政治的統一と法的秩序とは不可避である。国家の政治的統一は存在する場合には、国家と国家権力は何らか現にあるものとして前提されるものでなく、人間の現実生活に先在し、したがって止揚されえない利益、傾向、態度の多元性を統一的行為と作用に結合し、政治的統一を構成することに成功する限りにおいて現実性をうるものとなる。現代の高度産業社会の發展と変化は政治的統一の形成問題を看過し、国家を社会学

的根底から孤立化することは許されない。日増しに高まる人口増加、労働分布、それに伴う生活環境の急激な変化は国家の目的を多元化し民主化するようになる。かかる発展に対応して現代の経済的社會生活は計画、指導、形成を必要とする。<sup>(5)</sup>

ここに「生活配慮」(Daseinsvorsorge)の下に社会保険と相互扶助が国家の使命とされるようになった。国家活動が経済的社會生活に意義をもつに依りて、また個人が国家活動に依存する程度が大きくなるに依りて、国家は相互に對立する経済団体の戦いの中に捲き込まれるようになり、政治論争の本質に大きな変化を來した。社会諸団体が国家秩序の内外において、その對立を解決しようとするならば、その期待を直接に政治権力に向け、ここに統治国家、レギスラチフ、エグゼクティフ、フエルパルツング、ジューリチフ行政国家は登場するであろう。

支配の統一の主体を知らない現代民主国家は現代産業社會の一片の自己組織にすぎなく、政治的統一と国家の意思形成過程で紛争を解決しなければならぬ。この現実の面から目をそらすことは許されない。政治的統一を形成し、維持する場合にのみ国家は実在化し、統一的行為と作用關係が生じる。国家はこの二つの次元で絶えず形成され發展する統一体であり、政治的統一の方法において構成される権力の行為と権力作用として把握されるものである。<sup>(6)</sup>

政治的統一を国家は人間の行動の中に現実化する場合、この行為の課題は政治的統一を形成し、国家目的の中に実現され組織化されねばならぬ共同作用を包含する。計画的意識的に、即ち組織的共同作用によってのみ政治的統一は達成されるのである。この政治的統一は不斷の過程であり、秩序的手続を必要とする、秩序ある手続なしには不斷の統一形成の過程は無秩序な権力闘争の偶然性に委ねられて終うであろう。憲法こそ政治的統一を形成する共同作用の

成功と国家的使命の履行とを保証し、その役割遂行のために委ねられた権限濫用を阻止するものである。<sup>(7)</sup>

すべての社会制度は法秩序を必要とする。何故なら人間の共同生活は法秩序なしには可能ではないからである。国家は、この法秩序を人間の存在、人間の活動から分離しないで、それ自体超歴史的法もしくは価値秩序の客観化の中に先在するものとする。即ちそれは歴史の秩序として人間行為によって創られ、妥当し、保障され、形成されるものだ。歴史的法は意識的であれ無意識的であれ、人間行為にかかりあいをもつ場合にのみ生命力をもち現実化されるのである。この施行は国家からの支持と保障とを必要とする。即ち法秩序は国家権力によって形成され、拘束力を有し、具体化され、その施行を保証される。国家と法とは、それ故に無条件に同時関係に立つものでなく、両者は重複しているものである。法的秩序は広義では秩序のための秩序ではなく「内容的に規定された正しい、それ故に正当な秩序」(inhaltlich bestimmte richtige und deshalb legitime Ordnung)としての使命を課せられるのである。

人間行態を規定するためには歴史的法としての憲法は法的秩序の内容の課題についての国民の基本的同意を必要とする。このような国民の基本的コンセンスは必然的に正義を保障するのではなく、恐らく法的秩序の継続的要因を保障するであろう。このコンセンスを欠く場合には権威的強制が入り込んでくるのである。<sup>(8)</sup>

結論的に言えば、凡そ規範的憲法は歴史的现实によって制約され、時代の具体的存在から独立のものでない。しかしそのことは法的憲法は、その時々々の現実の表現に止まることを意味するものではない。規範的憲法は政治的、社会的現実を規範的要因によって秩序づけるものである。存在と当為の相互並立関係から憲法の規範力の限界と可能性の問題が生じる。法的憲法は政治的社会的現実において活動し、これを規定する。<sup>(9)</sup> 憲法の規範力は憲法の不可侵の思想

が一般の国民意識によって支持されればされる程、貫徹され、特に憲法生活に責任を負うものの意識が旺盛になればなる程、強化されるのである。したがって憲法の規範力の集約度が「規範への意思」(Wille zur Norm)即ち「憲法への意思」の問題である。

ヘッセの意味する「憲法への意思」とは、(1) 国家生活を恣意から守る客観的規範秩序が必要だという認識、(2) 憲法秩序が単なる事実の秩序ではなく正当な秩序であるという確信、(3) その秩序が人間の意欲から独立なものでなく意思行為によってのみ妥当し、かつ維持されるといふ意識である。<sup>10)</sup>

憲法の規範力の限界は、憲法の規範化するものが現代の状況に適合しない場合に起る。しかしこの限界は何等確立されたものでない。何故なら「憲法への意思」の姿勢は自然的、社会的、経済的その他の法則性と同様、時代の状況によって制約されるからである。いかなる権力といえども憲法を変更することはできない。憲法がその妥当力の前提と一致する場合、また憲法規範を自ら破り又は変更しうる力が憲法を尊敬する場合、また憲法が国家の危機の時代に、その規範力を喪失しない場合には憲法が国家生活を際限のない恣意から保障することのできる威力となるであろう。

註 (1) Kagi, a, a, O.; S. 102.

(2) E. R. Huber, Verfassung, 1945, S. 50

(3) Hesse, Die Normative Kraft der Verfassung; derselbe, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1967.

(4) Ges. Schriften, I. SS, 78 ff.; II. S. 99.

- (5) Hesse, Grundzüge, SS. 5 f.
- (6) Ebenda; S. 7.
- (7) Ebenda; S. 8.
- (8) Ebenda; SS. 9 f.
- (9) Hesse, Normative Kraft, SS. 16 f.
- (10) Ebenda, S. 12.

#### 四 結 語

既に述べたように、憲法の動態化理論は憲法の規範力を弱め、ここでは「法の理性」は「国家の存在理由」の背後に隠れて終う。「規範的なもの」は客観的解釈から遠去る「流動する意味関連」(fließenden Sinnzusammenhängen)に浸透し、動態的となり、瞬間の決定、政治権力の意思に屈するのである。このような「規範的なもの」の動態化は、究極的には国家生活の徹底的政治化以外の何ものをも意味しない。ヘルマン・ヘラー(Herman Heller)の言う如く、それは、「瞬間的権力状態の宗教的神聖化」(religiöse Verkörperung der augenblicklichen Machtlage)を意味するものにほかならない。<sup>11)</sup>

国家の規範的根柢秩序としての憲法が、価値として何等かの重要な意味を有しているか否かは、国家および「政治的なもの」に対する評価、究極的には人間観に関する評価そのものにかかっている問題であると思う。前掲「超国家的

価値と秩序とが承認されるところでは国家は単なる奉仕秩序ゴキチン・ド・ド・ド・ド・ドとして、また人間のために存する必要な制度としての意味をもつ。このような国家観は法的憲法を制限秩序の意味に捉えるものである。法的憲法は、「政治的なもの」に對する一つの城壁であり、「政治的なもの」の鬼神化デモニエーリシツに對して国家を保護する機能を果す役割を担うものである。「権力への意思」は「規範への意思」を解体する。シュミットの「政治的なもの」の概念は、この方向の一つのシンボルであった。<sup>(2)</sup>

国家がその権限を踰越し、「政治的なもの」が規範を欠くところでは法と国家との対立は克服されるのである。この場合には憲法学は動態的に解明され、その対象を失うのである。何故なら流動する動態法(dynamisches Recht)は、精々法律早取写真(juristische Momentaufnahmen)にすぎないからである。<sup>(3)</sup>しかしかかる動揺する基礎づけによつては如何なる憲法理論の再建も不可能であろう。現代国家の鬼神化は必然的に規範の現実化を喚起する問題であり、規範的憲法の問題は憲法学の運命問題でもある。憲法学は国家最高の法規範としての憲法を研究するものである。憲法学は今日では、カール・ヤスパース(Karl Jaspers)が問題とする如く、「理性なき現実への転落の危険」(Gefahr des Abgleitens in die vernunftlose Existenz)<sup>(4)</sup>は、あらゆる場合に国家思想を混乱に陥らせている。それは現実なき理性との遊戯を意味する。<sup>(4)</sup>何故なら倫理なき生命は盲目であり、生命なき倫理は実体を欠くものだからである。<sup>(5)</sup>現代の憲法学にとつて第一の使命は、憲法の肥大な唯心化や憲法のミトスに對して戦端を開始することなく、エリッヒ・カウフマン(Erich Kaufmann)やエミール・ジユラード(Emile Giraud)の指摘する如く、「規範的なもの」の中に確固たる投錨地を確保することであろう、理論科学としての憲法学は、意味的には比較的独自の永続

的法規範秩序に基づいてのみ可能となるということである。<sup>(6)</sup>

安定せる規範とは永続的根本価値の表現であり、憲法の核心は根本的には継統法秩序を形成する目的をもつ。国家の法規範的根本秩序としての憲法は、理論的意味においては基本権と権力分立の理念によって、その客観的妥当性を与えられるものであり、個人の自由権なしには如何なる意味においても国民の権利は存在しない。マウンツ(Maunz)は政治権力の担い手としての人民の地位、私権の保障のための国家権力の制限、権限配分の原理についての近代憲法の特色を述べ、国家の当為法則もしくは国家権力に対する制限の形式において、特に憲法の中に元首および政府に対する市民の要請が規定されねばならぬとし、この意味で一七九一年以前にはヨーロッパには憲法は存在しなかったといっている。<sup>(7)</sup> 国民の権利、権力分立は絶対権力に対する保証である。権力分立、裁判官の独立、基本権の間には、歴史的組織的に明白な学説と判例上確立された法の客観的解釈と操作を可能ならしめる関係が存在する。これに対し権威主義も権力分立と同じく国民の権利を問題とするが、ここでは個人の自由権および団体自治は否認され、動態的なものは継統的根本法秩序を否認する。最高の政治意思は直接行動へ訴える。「規範的なもの」は、もはや不可侵の法規範の意味をもつものでなく、「単なる秩序規範」(bloße Ordnungsnorm)に墮し、すべての「規範的なもの」は副次的意義しかもたなくなるといふ憲法思想こそ、正に現代問われている憲法学の危機を意味するものであろう。

注 (1) Kägi, a. a. O.; S. 149.

(2) Ebenda; S. 150.

(3) Ebenda; S. 151.

- (4) Jaspers, Vernunft und Existenz, S. 42; Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, SS, 36, 44, 118.
- (5) Käggi, a, a, O; S. 40, Anm 2,
- (6) Ebenda; SS, 40 f.
- (7) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 5 Aufl, 1956. S. 35.