

資 料

憲法の起源と変遷

ディーター・グリム

戸 波 江 二 監訳

大 森 貴 弘 訳

A 憲法の発生

- I 新たなものとしての法的憲法
- II 憲法の発生の諸条件
- III 憲法的プログラムの実現
- IV 進化の成果としての憲法

B 憲法の発展

- I 立憲主義の拡大
- II 福祉国家における憲法
- III 協同的政党国家における憲法
- IV 国家の彼方での憲法化

C 参考文献

凡例

括弧〔 〕による挿入はすべて訳者による補足である。

原注はそのまま脚注とし、訳注はアスタリスク*によって示し、末尾にまとめた。

特に原文のニュアンスを示す必要のある場合などには、訳語に続けて原語を示した。

原書にある欄外番号と欄外見出しは、訳文ではそれぞれ段落番号と小見出しとした。

原文にイタリック体となっている箇所は、訳文では傍点を付した。

A 憲法の発生

I 新たなものとしての法的憲法

1 規範的憲法概念と経験的憲法概念

あらゆる政治的統一¹体は、憲法 *Verfassung* の中にある。しかし、あらゆる政

政治的統一が憲法を有するとは限らない。「憲法」という概念は、両者の状態を覆っている⁽¹⁾。しかしながら、それら両者は相覆うわけではない。その概念は二つの異なる意味を持っている。その単語の第一の意味において「憲法」は、一国の政治的諸関係にかかわる性質を表す。第二の意味の「憲法」は、政治支配の設立と行使を対象とする法律を表す。したがって、第一の憲法概念においては経験的または記述的な憲法概念が問題とされており、第二の憲法概念においては規範的または命令的な憲法概念が問題とされている。経験的に使われた場合「憲法」は、一定の領域における所定の時代に、どのような政治的諸関係が事実上支配的であるのかを言い表すものとなる。規範的に使われた場合「憲法」は、ある領域における政治支配が法的に遵守すべき規則を定めるものとなる。

2 法化と憲法化との相違

経験的な意味の諸憲法は昔から存在しているが、他方で規範の意味の憲法は比較的新しい現象である。それは18世紀末葉に、アメリカ革命やフランス革命といった動向の中で発生したのであり、200年を経て世界大に広まった。そのことを以て、規範的憲法の発生前には政治支配に関係し支配諸機能の保持者を拘束した法的規則はなかったのだと言うべきではない。しかし、このような規則のいずれもが、それだけで18世紀末葉の諸革命によって発生して今日まで概念の意味を刻印し続けている規則体系という意味の憲法であるとは限らない。法化 *Verrechtlichung* と憲法化 *Konstitutionalisierung** はむしろ区別されなければならない。憲法 *Konstitution* というのは、政治支配を法化する一定の形式であり、この形式は常に存在するとは限らず発展の経過において再び無くなることさえありうる歴史的諸条件と結びついている⁽²⁾。

3 憲法にとっての規律対象の欠如

政治支配の規範化に特化された法律には、永きにわたって規律対象が始めから欠如していた。全体社会は、機能的に分化*する以前には、他の諸システムを排除しつつ政治支配の行使に特化された何のシステムも有していなかった⁽³⁾。

(1) 憲法概念の歴史については、参照 *Heinz Mohnhaupt/Dieter Grimm*, *Verfassung*, ²2002.

(2) これにつき、*Dieter Grimm*, *Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus*, in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, ³2002, S. 31ff.; ders., *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, ³1995, S. 10 ff.

(3) Vgl. *Niklas Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, S. 595ff.;

支配の諸任務は、むしろ空間的・対象的そして機能的に、数多くの互いに独立した担い手たちに配分されていた。こうして、閉鎖した支配の諸団体は形成されえなかった。支配の諸権能は一次的には領土に関わったのではなく、人物に関わった。これらの権能の担い手たちは自立した機能としてその権能を行使したのではなく、家長、^{シュテッテン}等族もしくは社団のメンバーまたは土地所有者としての一定の地位の付属物として行使したのである。今日、私および公として区別されるものは、この状況のもとではまだ、自立的な公法をも許容しない混合状態にあった⁽⁴⁾。

4 政治支配の旧い法的諸拘束

そのことは、支配の諸権能が法的に規律されていなかったことを意味しない。逆に、それら支配の権能は法的諸拘束の細密な編成物に服していたのだが、そうした編成物は大部分伝統的に妥当していたし、たびたび神による創設へと帰せられた。それゆえに、これらの法的諸拘束は制定された法にランクにおいてのみ優位したのではなく、それにより改廃されることさえ許されなかった。にもかかわらず、これらの規則は、特別な、政治支配の設立および行使に特化された法律という意味の憲法ではなかった。支配の諸権能は常に他の法的地位の非自立的な付属物であったのだから、それら支配の諸権能は統一的な法によっても〔他の法的地位とともに〕協働的に規律されたにすぎない。それによって古代の、あるいは中世の「憲法」に捧げられている数多の研究⁽⁵⁾は決してその資格を失うことはない。これら「諸憲法」を、政治的決定に基づいて

ders., Die Politik der Gesellschaft, 2000, S. 69ff.; *ders.*, Metamorphosen des Staates, in: *ders.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. IV, 1995, S. 101 ff.

- (4) 中世秩序全般については参照 *Otto Brunner*, Land und Herrschaft, ⁶1970: さらに *Helmut Quaritsch*, Staat und Souveränität, 1970, S. 107ff., 特に 196ff.; その本の 184 頁も憲法にとっての規律対象が欠落していたと確認している。
Walter Ullmann, Principles of Government and Politics in the Middle Ages, London ³1974; 中世における法の統一性については *ders.*, The Medieval Idea of Law, 1946: *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. I, 1988, S. 63ff.; 私法と公法の関係の発展については *Martin Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1964.
- (5) たとえば参照, *Jochen Bleicken*, Die Verfassung der Römischen Republik, ⁷1995; *ders.*, Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreichs, ⁴1995; *Fritz Kern*, Recht und Verfassung im Mittelalter, 1952; *Rolf Sprandel*, Verfassung und Gesellschaft im Mittelalter, ⁶1994.

発効させられた、支配を規制する要求を持った規範的条文^{テキスト}、すなわち18世紀末葉の諸革命の革新的な産物である規範的条文^{テキスト}と取り違えてはならないというだけのことである。

5 憲法に規律されうる対象としての公権力

憲法に規律されうる対象は、信仰分裂によって中世的秩序からその基礎が取り去られ、16および17世紀の宗派的内乱という動向の中で大陸に政治支配の新たな形式が形成されたとき、はじめて発生した。その新たな形式は次のような確信に依拠していた。すなわち、宗教的真理をめぐる争いから独立した新秩序を創設・貫徹し、それに基づいて平和を回復する権能も支配権も保持する優勢な権力^{ゲグアルト}によってのみそうした内乱は仲裁されうるという確信に。こうした確信に導かれ、君主たちは、最初はフランスで、数多くの分散した支配の権能をその手に統一し、領土に関連づけられた包括的な公権力へと凝縮することを企図した。そうした包括的な公権力は法制定のための権利をも含んでおり、この権利は上位の、神に遡る法によってさらに限界づけられることがなかった。かつて法の要請であったものは、そのとき以降、法的な義務づけの力をまさしく欠いたモラルの中へと引き戻されたのである。

6 国家と主権

そうした新たな現象を表すために、ただちに新たな諸概念が採り入れられた。すなわち、支配の団体を表すために国家 Staat という概念が、その権力の完全さを表すために主権という概念が⁽⁶⁾。その一次的な意味は、対外的な独立性ではなく、対内的な独立性、つまり他のすべての者に対して法を制定し、その際自らは法的諸拘束に服することのない君主の法に表された独立性なのである⁽⁷⁾。国家および主権の形成は、たしかに結果ではなかったものであり、ヨーロッパ大陸のさまざまな地域でさまざまな時代に始まり、さまざまな形式と速度で進行し、さまざまな諸結果をもたらしたが、どこでも完結には至らなかった過程であった。むしろいたるところで、支配者に対して公権力の専有を争う中間的諸権力が台頭した。特に、絶対国家は、たとえ等族^{シュテッデ}の政治的参与を除去するのに成功したとしても、等族的社会秩序、したがって領主^{グルントヘル}・農民関係を存続させており、そこに国家権力は首を突っ込まなかった。

(6) 多くの著者たちによって執筆された論説 Staat und Souvränität, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. VI, 1990, S. 1-154を参照せよ。

(7) Vgl. Quaritsch (N4), S. 39ff., 333ff.

7 憲法の否定としての絶対主義

それとはかかわりなく、封土相続に依存しない軍隊・固有の官僚制・及び等族による承認を必要としない固有の収入にますます依拠しうる包括的権力を持つ近代国家には、そのときから統一的な法的介入の対象となりうる一形成物が存在することになった。それにもかかわらず、その時代が近代的意味の憲法を生み出さなかったのは、国家というものが上述の諸理由により絶対君主国家という形態で発生したということに原因がある。すべての権能の担い手は、それを固有の権利から要求し、その行使に際して自らは法的制限に服さないと考える君主であった。たしかにそのとき、もはや憲法に規律されうる対象が欠けていたわけではなかった。しかし、憲法に規律される必要性は存しなかった。なぜなら絶対的支配は、まさに法的諸拘束の拒否によって特徴づけられるのだからである。

8 絶対主義における法的諸制限

ただし、要求と現実との間には、その点でも断絶があった。勃興する君主^{マハト}権力は早くも法的諸制限を求める欲求を呼び覚ました。支配者の不在または衰弱という好機には、しばしば法的諸制限を求める欲求が、いわゆる統治諸形式の中に、つまり等^{シュテンド}族の権利を君主の権力から保護するとされる諸々の規則体系の中に書き加えられた。これら統治諸形式は国家形成的諸力 *staatsbildende Kräfte* に対してまれに主張されえたとすぎないのだが⁽⁸⁾、それでも次第にいわゆる根本法律、支配契約または選挙協約 *Wahlkapitulationen* が、統治諸形式の機能を引き継ぐようになった⁽⁹⁾。それらは通常、契約によって根拠づけら

(8) *Fritz Hartung*, *Staatsbildende Kräfte der Neuzeit*, 1961.

(9) Vgl. *Gerhard Oestreich*, *Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde*, in: Rudolf Vierhaus (Hg.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, 1977, S. 45; *Hasso Hofmann*, *Zur Idee des Staatsgrundgesetzes*, in: ders., *Recht-Politik-Verfassung*, 1986, S. 261; *Werner Näf*, *Herrschaftsverträge und Lehre vom Herrschaftsvertrag*, in: *Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte* 7 (1949), S. 26; *Fritz Hartung*, *Herrschaftsverträge und ständischer Dualismus in deutschen Territorien*, in: ders. (N8), S. 62; *Christoph Link*, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, 1979, S. 178ff.; *Heinz Mohnhaupt*, *Die Lehre von der „Lex fundamentalis“ und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien*, in: Johannes Kunisch (Hg.), *Der dynastische Fürstenstaat*, 1982, S. 3; ders., *Verfassung I*, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd VI, 1990, S. 852ff.; ders., *Von den „leges*

れたので、支配者が一方的に解約することはできなかった。そのかぎりでは、それらは支配者によって制定された法に優先した。それにもかかわらず、それらでさえも憲法と取り違えてはならない。それらは君主たちの伝来の支配の権能を手つかずのまま放置し、君主に対して契約相手を利するよう個別的な支配を放棄することのみを強要するものだった。法規範のヒエラルヒー化も、まだ憲法化を生み出すものではないのである。

9 近代憲法の前提としての革命的断絶

それに対応して、近代的な規範的憲法は、自らの発生をこれら旧い萌芽の有機的な継続発展に負っているわけではない。政治支配の法的拘束という継続的な問題に、今日まで有効な解決をもたらしたのは、むしろ1776年および1789年の革命的断絶が初めてであった。アメリカにおける本国からの分離と、フランスにおける絶対君主制の崩壊は、充填を必要とする正統な支配の空白状態を残した。そのために憲法が必要不可欠だとみなされたということは、革命的断絶によるだけでは十分に説明されない。これらの革命は、これらに先行した数多くの暴力的変革と同様に、追い落とされた支配者と別の支配者との取り換えに終わることもありえただろう〔実際は、そうはならなかった〕。たとえこの機会に新たな人物または王朝が支配の任に招かれる諸条件が言い表されたとしても、それによってその変革が立憲主義へと到達することは、まだ必然とはならなかったであろう。

10 イギリスにおける憲法の欠如

イギリスの事例がそのことを証明している。17世紀のイギリス革命は、——ここでも同様に古来の支配との断絶に至ったのだけれども——その結果として憲法を持つことはなかった。イギリス革命においては、スチュアート王朝が大陸を模範して自己の支配を拡大しようとしたとき——大陸においてこのような拡大を正当化した諸根拠に依拠しえなかったため——、貴族と市民層がスチュアート王朝に対する抵抗において団結した。それゆえ名誉革命は変化ではなく、現存秩序の防衛を目指したのである。それに対応して、名誉革命は支配システムの変更ではなく、王朝の交代だけをもたらしたのであり、そしてこのような過渡期を導いた規範的文書、すなわち1689年の権利章典 Bill of Rights

fundamentales“ zur modernen Verfassung, in: Ius commune 25 (1998), S. 121; *André Lemaire*, Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime, Genf 1907; *John W. Gough*, Fundamental Law in English Constitutional History, Oxford 1961.

は、議会と新たな君主との契約であり、そこでは古の権利が確認された⁽¹⁰⁾。クロムウェルが君主制を廃止した、かの束の間にのみ、つまり1653年に近代的意味の憲法の押し付け Oktroyierung* という事態に至った⁽¹¹⁾——しかしそれは彼の死後、以前の諸関係の復活によって廃れることとなった。

II 憲法の発生の諸条件

11 アメリカにおける革命の諸目的

その後100年以上が経ち、18世紀の両大革命において永続的な成果としての憲法に至ったのだが、そのためには特に二つの事情が決定的であった。ひとつには、アメリカとフランスの革命家の不満の対象が、支配者という人物に限定されずに、支配のシステムにまで拡大したという事情である。規模において、両国はたしかに非常に相異していた⁽¹²⁾。フランスの君主制とは異なって、植民地群が服属したイギリスの君主制は、絶対君主制へと発展しなかった。反対に、その議会がますます意義深いものとなったのである。そのうえ、等族的な境界は透過的なものであったし、経済の封建的で同職組合的な諸拘束は大部分が消え去った。イギリスは当時の世界で最も自由な国だとみなされ、旧い秩序の残りの者でさえアメリカの植民地群へと逃れたわけではなかった。こうした事情で、植民地入植者たちはより良い権利を問題にしたのではなく、彼らが代表者を派遣しえなかったイギリス議会によって与えられなかった諸権利のより良い保障を問題にしたのであった。そして彼らは、本国の拒否にあって初めて独立宣言へと駆り立てられたのである。

12 フランスにおける革命の諸目的

それに対してフランスは特にはっきりとした絶対主義を有していただけではない。むしろ、経済秩序の近代化を重商主義によって推し進めようとする動き

(10) Vgl. Dieter Grimm, Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, in: ders., Zukunft der Verfassung (N2), S. 75ff. m. weit. Nachw.

(11) Text bei Samuel Gardiner (Hg.), The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, London 1968, S. 405.

(12) Vgl. Jürgen Habermas, Naturrecht und Revolution, in: ders., Theorie und Praxis, 1963, S. 52 [ユルゲン・ハーバーマス「自然法と革命」(同『理論と実践』細谷貞雄訳, 未来社, 1975年, 73頁以下所収)]; Dieter Grimm, Europäisches Naturrecht und amerikanische Revolution, in: Ius commune 3 (1970), S. 120.

も失敗に終わったのである。封建制度は内的な正当さを失えば失うほど、ますます熾烈に啓蒙の諸傾向および批判から身を守ることになった。他面においてフランスでは、大部分、絶対君主制の諸需要に支えられて、同職組合の職人という伝統的な^{ブルジョアジー}市民層* とならんで、新たな教養・経済市民層が発達したが、彼らは支配的な法および社会秩序の中に、その社会的意義および経済的強みにみあった地位を見出していなかった。彼らは、伝統的な法秩序によって、その経済的^{ボテンシャル}潜在力を発揮することさえ阻まれていた。それゆえフランス革命は、アメリカ革命のように政治的諸関係の変化に尽きるわけではなかった。フランス革命は、さらに現存の政治秩序の枠内では達成されえなかった等族的・封建的社会秩序の廃止を目指したのであった。

13 自然法的契約論

もうひとつに、革命的諸勢力は、現行法の大変革をまさしく誘発する、正義にかなった秩序という諸観念に依拠することができたという事情がある。これらの観念は、それらの革命の前からすでに姿をなしていたのであり、革命によって今や行為を指導するものとなった。信仰分裂が政治支配の超越的正統化の基礎を奪い去った後、神の啓示に代わって自然法的契約論が登場した⁽¹³⁾。人間に対する人間の支配が、いかにして正当化されたかを突きとめるために、当時の社会哲学は、万人がその語の定義どおり平等かつ自由であったという思考上の支配なき状態を想定して思惟をめぐらせた。支配は、こうした前提のもとで万人の自発的な取り決めによってのみ、成立することができた。この取り決めが内容上どのように見えたにしても、いずれにせよそれによって確認されたことは、政治支配の正統化原理が支配に服する者たちの側からの同意可能性 *Zustimmungsfähigkeit* であるということだ。そして残る問題は、次のようなものであった。すなわち支配は、理性を備えた生き物たちがそれに同意しうるためには、どのように調達されなければならないのか。

14 旧い理性法

自然的な自由と平等を支配状態と取り替えようとする心構えの根拠を、契約論者は自然状態における自由の根本的な不確実さに見出した。組織された強制

(13) Vgl. *Otto von Gierke*, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 1958: *Wolfgang Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, 1994; *Diethelm Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976.

権力の設立は、それゆえ理性の命じるところであった。次に、その支配システムにとって決定的となったのは、やはり、個人が国家によって保障された安全を享受するために自分の自然権を、どの程度放棄しなければならないか、という問いだった。宗派的内乱の印象のもとでは、それに対する答えはさしあたり、次のようなものであった。すなわち、あらかじめ全自然権が国家に譲渡された場合にのみ、国家は身体および生命、財産および権利保護を保障することができるだろう、と。契約論はこのような形式で、支配に服する者たちすべてのコンセンサスから出発したにもかかわらず、あいにく憲法的な軌道へと合流することができなかった。契約論はその元来の形式では、むしろ立憲主義とは相容れない絶対的支配の正当化に役立ったのである。

15 新しい理性法

しかしながら宗派的内乱の仲裁が成功することによって、このような見解はそのもっともらしさを失い、安全の享受は個人の全自然権の国家への譲渡を要求しないという観念にしだいに屈するようになった。むしろ、自己の法的諸要求を暴力的に貫徹するための権利を国家へ譲渡することで十分であった。一方で、残余の権利は前国家的で譲渡できない権利として個人に残すことができたが、それによって社会的平和が危険にさらされることにはならなかったのである。すぐに、個人を国家の配慮、封建的ならびに同職組合的秩序および教会の道徳監視といった諸拘束から解き放ち自立させることが必要不可欠だとさえ思えた。ある者にとって、このことは、その使命を理性的・人倫的な本質として自由においてのみ実現することができるとされる人間の本性から帰結されることであった。他の者にとって自由は、個人間の公正な利益調整の前提であり、すべての諸勢力の自由な発展および競争の許容に依存する経済的福祉の前提であった。

16 国家任務としての自由保障

それを通じて正義の問題は形式化された。国家は自らの存在理由を、自分になじみ、かつ委ねられていた実質的な公共の福祉 *Gemeinwohl* ——それにはすべての臣民が従ったのであり、誰もそれに対して自由を要求することはできなかった——の貫徹からはもはや引き出さなかった。むしろ、自由はいまや自ら公共の福祉の条件となった。正義の社会秩序は諸個人の自由な活動から生じたのであり、国家に残されたのは、公共の福祉実現の前提、すなわち個人の自由を保障する任務のみであった。万人の平等な自由が個人の支配権 *Herrschaftsrechte* を排除することになったがゆえに社会が自力で解決できなかった

この任務は、絶対国家によって要求された暴力^{グヴァルト}独占*の維持を要求した。しかし、そうになると、国家が自由保障および自由調整以外の目的でそれを投入しないように備えがなされなければならない。

17 自然法と革命

こうした内容を与えられて、国家契約論は、もはや絶対君主国およびそれによって基本的には問題視されない等族的・封建的社会秩序を擁護するのではなく、両者と衝突する方向性を帯びた。現存する諸関係は、社会哲学上の学説に照らして自然法違反だと見えたに違いない。現存する諸関係の克服を意志した者は、自己が法の中に、それも現行法より高次の法の中にいると感じることができた。アメリカにおいて「古き良き法」の援用が、そしてフランスにおいて等族的・封建的そして統制主義的な法の改革を求める呼び声が成果の無いままに終わった後には、君主制への抵抗はまさにこの近代的自然法に支えられた。現行法の正統性が否認され、かつ、その遵守が撤回されるのに用いられる自然法のこうした援用の中に、抵抗から、新秩序へ通じる革命への進歩があったのである。

18 国家契約論と憲法との差異

この新しい秩序の理想を表現した後世の諸憲法の内容が、新しい国家契約論において広い範囲で先取的に形成されていたのだとしても、国家契約はやはり憲法と同一視されてはならない。国家契約というものは、正統な支配の諸条件を列挙し、そうして自らにそぐわない政治秩序の批判を可能にした思想上の契約にすぎなかったのだから。社会契約は、正しい法の定式化の基準を形成することを要求したのであり、現行法であることを要求したのではない。伝統的支配を、したがって現行法の源をも除去した革命的状况になってはじめて、社会哲学の諸理念を現行法へと転換する機会が与えられた。このことが起こった根拠は、とりわけこれら諸理念の三つの特徴の中に見出される。

19 支配の正統化原理としてのコンセンサス

第一の特徴は国家契約論の基本的前提に存しており、それによると万人が定義上、平等に自由な自然状態という仮定の前提のもとで、支配は万人の万人との契約からのみ生じうるとされる。この前提は、哲学においては、それによって正義の社会秩序への要求が獲得され、かつ具体的な諸秩序が自らの正統性を判断される調整的理念にすぎなかったが、今やそれ自体が政治支配の正統化原理となった。その際、アメリカ人にとっては、最初の移民による「契約 covenants」が今も彼らを結びつけているのであり、それによってすでに建国史の

段階で契約思想が実現されていたとみなすことは難しくなかった⁽¹⁴⁾。一方、フランス人は臣民による支配の正統化の必要性という国家契約論の結論のみを受け継いだ、そのために契約をつくりあげる必要はなかった。

20 国民 Volk の委任による支配

しかし、その結果は両者の場合において同一であった。超越論的または伝統的に根拠づけられた君主主権の原理は——絶対主義フランスにおいて純粋に実現され、絶対主義に抵抗のあったイギリスでは「国会における国王 King in Parliament」に帰せられていたが——、合理的に根拠づけられた民主制原理に屈服した。もっともさまざまなアクセントを伴ってはいたが。国家と主権の原産地フランスでは、民主制原理は、こうした伝統によって、むしろ国民主権 Volkssouveränität として理解された。主権概念がイギリス本国と同様になじみのないままであったアメリカでは、民主制原理は植民地の経験に基づき、むしろ「自己統治 self-government」と解釈された。しかし、そうしたさまざまな主張において異ならなかったのは、民主制原理のもとでの支配がもはや原初的な法ではなく派生的な法にすぎないと考えられ、国民 Volk から官職保持者へと移されて国民の委任によって行使される、という点であった。

21 憲法的行為 Konstitutionakt と憲法 Konstitution

もっとも、国民によって任命された支配でさえも、必然的に憲法に至るとはかぎらないのであり、支配の委任が無条件でも撤回のきかない形で与えられないという追加的前提のもとでのみ憲法に至るのである。そうでなければ、民主制原理は一回的な委任付与で尽くされてしまうだろうし、他の点では、神ではなく国民の恩寵に由来することによってのみ旧い支配から区別されるような絶対的支配の新たな形式が創設されてしまうだろう。この場合も、支配の任命は憲法的行為を必要とするが、しかしそれは憲法 Konstitution に到達しない⁽¹⁵⁾。しかし、このような観念は、生来で不可譲の人権という自然法論とも調和せず、契約関係を時間的に限定された、撤回可能で、かつ委任者に対する責任を根拠づけるものとみなす理解とも調和しなかったようだ。それゆえ、そ

(14) Vgl. Alfred H. Kelly/ Winfred A. Harbison, *The American Constitution : Its Origins and Development*, New York 1963, Kap. 1 und 2; Willi Paul Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, 1973, S. 30ff.; Donald S. Lutz, *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge 1988, S. 13ff.

(15) この相違については、参照、Grimm, *Zukunft der Verfassung* (N2), S. 404.

の観念は、革命家たちにとってほど遠いものであった。彼らの言う国民主権は、逆にこうした関係を生み出し、維持する組織を必要としたのである。

22 社会秩序の原則としての個人の自由

二番目の特徴は、啓蒙という観念から生じた。すなわち、すべての個人の平等な自由が社会秩序の最上位の原則であり、国家は、その存在理由をその自由の保護からのみ受け取るという観念から〔生じた〕。国家は、内部の攪乱者や外部からの襲撃者に対抗してこうした保護を保障しうるように、国家には暴力独占の権限が属さねばならなかったものであり、そして暴力独占は、個人と国家の間に立つすべての中間的な権力の廃止の後、革命においてようやく完成された⁽¹⁶⁾。しかしながら同時に配慮されるべきことは、国家がその潜在的暴力を自由と平等の維持のためにのみ投入し、この目的を越えた操作の野望*すべてをあきらめるということであった。国家は、もはや実質的な正義の理想に基づいた社会秩序の形成に任じられるのではなく、国家から独立して存している正義だと想定された秩序を維持するに留めねばならなかった。

23 国家と社会の分離

その結果、さまざまな社会的機能領域が政治的操作から切り離され、個人の自由を手段とする社会的自己操作に委ねられた。国家と社会は分離し、公および私は明確に区別されえた。公権力の社会への投入は、正当化の必要な介入となった。それはまた、国家をその残された諸任務に境界〔限界〕づけ*、社会の管轄と国家の管轄とを区別し、国家権力の濫用ができるだけなくなるように国家装置を設立する諸規則を要求した。結局のところ、国家と社会という分離された領域は再び、次のような方法で結びつけられねばならなかった。すなわち、国家が国家権力の担い手たちの諸々の要求や利益から引き離され、その制度上の固有要求ないし職務管理者の利益を前面に押し出すことを妨げる方法によって。

24 公共の福祉の多元化と手続化

社会秩序が平等の個人の自由という基本原則へと転換されたのちは、国家の助けを借りずに社会の自己操作によって生じるとされた公共の福祉が変化したという点に第三の特徴が存していた。公共の福祉はその変化によって社会化の基礎および政治支配の目的として時代遅れになったわけではなかった。しか

(16) Vgl. Dieter Grimm, Das staatliche Gewaltmonopol, in: Wilhelm Heitmeyer/John Hagan (Hg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, 2002, S. 1297ff.

し、公共の福祉は、固定した実体的な存在としてのその性質を失った。何が公共の福祉に役立つのかという問いに関して、正統にも、さまざまな解釈が可能であったのであり、それらのうちから真理へ遡及して選択することはもはやできなかった。その意味では、公共の福祉は多元化されたのである。何が公共の福祉とみなされるのかという、それでも回避できない問いについて、今度は政治的な意見および意思の形成過程において決定されねばならなくなった。その意味で、公共の福祉は手続化されていた。公共の福祉は、社会的過程の合力へと変化し、その攪乱なき進行を国家は保障しなければならないのである。

25 公共の福祉の方向転換に基づく規律の必要性

同じく規律を要したのは、この最終的に終わりのない・公共の福祉を決定する必要性だった⁽¹⁷⁾。その際、二つの必要性が登場した。第一の必要性は、公共の福祉の手続化から生じたのであり、第二の必要性は、その多元化から生じたのである。手続的な観点で、公共の福祉が生み出されてくる意見および意思形成過程は秩序づけられねばならなかった。参加資格および〔公共の福祉を〕定義する権限を規定する必要があった。多元化に関しては、境界づけが必要となった。多元化は真理の秩序を自由へと転換した結果であったので、自由はその諸前提とともに多元化から除外されなければならなかった。そのためには、公共の福祉の決定過程において自由に裁量しえず、その過程に前提として役立つ内容的確定が必要とされた。

III 憲法プログラムの実現

26 適切な問題解決手段としての法

その課題は、まさに法において適切に解決しうる性質のものであった。その解決は、社会的なコンセンサスから生じなければならなかった。しかし、このコンセンサスは、もう次の瞬間には歴史的なコンセンサスであるわけだし、そのようなものとして一時的である。コンセンサスに持続性と妥当性を与えることができるのは、法のみである。法は、コンセンサスをそれに参加した諸々の人物から独立なものにし、それを時間の中に延長し、それを普遍的に拘束力のあるものにする。行為する世代が将来の諸世代をこうして拘束する資格をどこから引き出すのかという根本問題⁽¹⁸⁾は、法の変更可能性によって解答される。

(17) Vgl. Dieter Grimm, Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Herfried Münkler/Karsten Fischer (Hg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn, 2002, Bd. III, S. 125.

そのうえ、法は国家契約説のプログラムが投げかけた規律の諸問題にも適切な解答を保持している。境界を画定し組織化の方法を規律する際に、法はその最高度の有効性に達するのである。

27 法秩序の分裂

法はその実定化以来、国家の決定の産物であったが、今やまさしく国家を拘束すべきであり、しかも〔国家が〕法制定を行う場合にも拘束すべきであるというハードルは、むろん、あらかじめ克服されねばならなかった。しかし、この問題の解決のために、中世において周知であり後に根本法および支配契約において維持された法ヒエラルヒーを援用することができた⁽¹⁹⁾。それは、いまや法秩序の二つの部分への・新たな形で根本的な分裂へ移行した。ひとつの部分は国家に由来し、諸個人を拘束する法律の伝統的部分であった。もうひとつの部分は、主権者に由来し、かつ国家を拘束する新しい部分であった。後者がその後、憲法と呼ばれたのであり、その新たな事態によってその概念もその近代的な意味を獲得した⁽²⁰⁾。

28 憲法の優位

その構成はたしかに、法秩序の两部分が相違するだけでなくヒエラルヒー的にも配置されるときにのみ、成功することができた。法が法に適用され、そうして、その諸々の可能性を高めうるために、憲法は法律およびその適用行為に優位しなければならなかった⁽²¹⁾。それゆえに、その優位は概念上必然的に憲法に属する⁽²²⁾。優位が憲法を成すのであり、優位の承認のないところで憲法

(18) *Thomas Jefferson*, *The Writings of Thomas Jefferson*, New York 1861 ff., Bd. V, S. 116, 121によって特に的確に提示されている。vgl. auch *Stephen Holmes*, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, in: Jon Elster/Rune Slagstad (Hg.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge 1988, S. 195.

(19) *Lex aeterna, lex naturae, lex humana*, s. *Thomas von Aquin*, *Summa theologiae* II-II, qu. 57-79; 根本法については、注 9 の引用証明を見よ。

(20) Vgl. *Grimm*, *Zukunft der Verfassung* (N 2), S. 101ff. 過渡期における旧い憲法概念と近代的な憲法概念の並存は、立憲主義の反対者さえもがその概念を用いることを可能とした。vgl. *Grimm*, ebd., S. 111ff.

(21) Vgl. *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie*, Bd. II, 1972, S. 213f. [ニクラス・ルーマン『法社会学』村上純一・六本佳平訳、岩波書店、1977年]; *ders.*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 470ff. [ニクラス・ルーマン『社会の法』1・同2、馬場靖雄・上村隆広・江口厚仁訳、法政大学出版局、2003年]。

(22) Vgl. *Rainer Wahl*, *Der Vorrang der Verfassung*, in: *Der Staat* 20 (1981),

はその任務を果たすことができない。イギリスの「憲法」も、優位の欠如によってアメリカ革命やフランス革命から生じた諸憲法と区別される。不文のイギリス憲法の全規則は、議会主権の留保のもとにある。最近になってようやく、そこに欧州人権条約のイギリス法への編入による変化が生じたのである。

29 憲法をつくる権力と憲法によってつくられた権力

憲法に優位が属することは、すでにその誕生の瞬間からアメリカでもフランスでも完全に把握された。とりわけ、300年たつてようやく再召集された三部会が国民議会へと転化するのに理論的基礎を提供したシェイエスは、そのために憲法をつくる権力と憲法によってつくられた権力⁽²³⁾という、今日まで妥当性を持つ区別を見出した。前者は、すべての公権力の担い手としての国民 Nation に存した。後者は、憲法制定の行為において国民 Volk* によって設立された諸機関を包括していた。これら諸機関は、国民 Volk の委任をうけ、国民によって憲法に規定された諸条件のもとで行為したのであり、それゆえ——全体の構成が失敗しているのでなければ——それら諸条件を独断で変えることはできなかった。それら諸機関は、憲法に基づき、かつ憲法の枠内でのみ活動することが許されたのであり、それらの諸行為は、憲法と一致する状態にあるときにのみ、法的拘束力を要求することができたのである。

30 法的な支配の基礎としての憲法

したがって憲法の新しさは、正統な支配という全体計画の理論的構想にあるのでもなければ、法秩序のヒエラルヒー的な段階にあるのでもなかった。その両方は、すでにあらかじめ存在していた。新しいのは、むしろこれら諸々の発展方向をまとめあげたことであった。理論的に起草されたその計画は、法的妥当性を付与され、国民に帰せられる「最高法規 supreme law」としてすべての国家行為よりも優位して位置づけられた。それによって支配は委託へと変化し、そして憲法がこの委託の特徴によって条件づけられた限りにおいて、国民 Volk の憲法制定権力は概念上、憲法に属することになる⁽²⁴⁾。憲法に基づいて

S. 485ff.

(23) *Emmanuel Sieyès*, Was ist der Dritte Stand?, in: Eberhard Schmitt/Rolf Reichardt (Hg.), *Emmanuel Sieyès, Politische Schriften 1788–1790*, 1975, S. 164ff. [シェイエス『第三階級とは何か：他二篇』大岩誠訳、岩波書店、1950年]; *James Madison*, The Federalist No. 49; vgl. *Egon Zweig*, Die Lehre vom „Pouvoir constituant“, 1909; *Pasquale Pasquino*, Sieyès et l'invention de la constitution en France, Paris, 1998.

(24) *S. Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die verfassungsgebende Gewalt des

はじめて諸人物は支配へと任じられたのであり、そして彼らが、自らの支配行為に対して遵守を要求することができたのは、法的に決定された自らの委託の枠内にとどまり、彼らの諸権能を法の形式で行使した場合のみである。「人ではなく法の統治」⁽²⁵⁾として立憲国家に言及することを可能にしたのは、こうした構成だったのである。

31 基本権による国家の境界づけ

国家をその限定された諸目的に境界づけること、したがって同時に個人の自由を保障すること、そのことを媒介とする社会的諸機能システムの自律、これらを引き受けたのは基本権であり、フランスにおいても、ヴァージニア——憲法を制定した最初のアメリカ植民地——においても、国家組織に関する規則の前に発効された。一方で、1787年のアメリカ連邦憲法では権利章典はさしあたり不必要なものとなされたが、次にすぐに「修正」という手段で添えられた。定式化にあたって、フランス人は主として、18世紀の中葉からますます詳細に定められた人権カタログを発展させた啓蒙の哲学へと向かった。アメリカ人は、それに対してイギリスの権利カタログに導かれることができたのであり、彼らはそれに内容上何も付け加えなかった。しかし、彼らは、議会についての自らの経験によって、権利カタログを執行府に対してだけではなく、国民代表議会に対しても優位に位置づけ、同時にそれを「根本的権利」の段階から「憲法的権利」へと高め、そうしてようやくそれを憲法的意味の基本権にしたのである⁽²⁶⁾。

32 フランスとアメリカにおける異なった基本権機能

しかし、アメリカ革命は本国からの独立および「自己統治 self-government」の構築という政治的目標において尽くされていたのであり、イギリスから受け継いだ・すでに一般に自由主義的であった法と同様に既存の社会秩序も不可侵のままとした。このゆえに、基本権は初めから国家の自由への介入からの防御権へと限定されえた。基本権はその消極的機能に埋没したのである。

Volkes, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 96ff. (auch in: Ulrich K. Preuß, Zum Begriff der Verfassung, 1994, S. 58ff.)

(25) U. S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (163).

(26) これつき、特に *Gerald Stourzh*, Wege zur Grundrechtsdemokratie, 1989, とりわけ 1, 37, 75, 155 頁の諸段落; 付加すると *ders.*, Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. Jahrhundert, in: Rudolf Vierhaus (Hg.), Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze, 1977.

それに対して、フランス革命は政治的なシステム変化だけではなく、社会的なシステム変化をも狙っていた。後者は、封建的に・統制主義的に・かつ教会法的に形成された全法秩序を含んでいた。この場合、基本権に委ねられたのは全法システムの交代という壮大な行為を内容的に指導する任務だった。それが、1789年8月26日の人および市民の諸権利の宣言が早い時期に可決された明白な理由であった。こうした事情で、基本権は機能上、国家からの防御に限定されえなかった。基本権は国家に拘束力のある諸々の行為目標を定めたのであり、法秩序の自由および平等の諸原理への転換の後ようやく基本権はここでも自らの消極的な機能へと退却することができたのである⁽²⁷⁾。

33 国家組織の諸原則

国家組織は、両国において、以下のように規律された。すなわち、立法権ならびに課税および税金の使用について決定する権利を認められ、かつ国民に選ばれた代表者によって、社会の自己操作能力という諸前提のもとで相互に分裂している国家と社会が再び結び付けられるように〔規律されたのである〕。国家の執行府は、議会で議決された法律に拘束されていた。権力濫用の危険は、相当に厳格な権力分立によって対処された。権力分立は、両国においてまさに憲法の本質的メルクマールとなったのであり、その結果、基本権カタログの中に、権力分立なき国は憲法を持たない、と定式化されえたのである。ところが、この基本的範型の内容形成に際して、アメリカとフランスは異なった途を行くことになった。とりわけ、大統領主導型民主制か議会民主制かの選択、および連邦制的国家組織か中央集権的国家組織かの選択において。

34 憲法の貫徹上の弱点

たしかに憲法は、どんなに考え抜かれたにせよ、その性質上やっかいな状態におかれた。憲法は、たしかに最高権力を設立することに尽きるものではなかった。むしろ、その最高権力は、その行使においても法的規則に服させられ、まさにそのことによって正統化されると言われた。しかし、同時に憲法は重要

(27) Vgl. Dieter Grimm, Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 192; ders., Grundrechte (N10). フランス人権宣言の法的内容については、参照 Patrick Wachsmann, Déclaration ou constitution de droits, in: Michel Troper/Lucien Jaume (Hg.), 1789 et l'invention de la constitution, Paris 1994, S. 44; Christophe de la Mardière, Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789, in: Revue française de Droit constitutionnel 38 (1999), S. 227.

な点で法律と異なっていた。法律が国家の組織されたサンクションの権力を後ろだてとし、その結果として諸々の違反行為は強制によって対処される一方で、憲法は、最高権力自身に向けられているため、そうした後ろだてがないのである。規定の名宛人および規定の保障人は同一である。憲法の諸要求を紛争の場合に強制的に貫徹しうる、より高次の権力は存しない。そこには、まさに最高位の法に特有の弱点が存在している。

35 解決としての憲法裁判権

しかし、この弱点に対しては、立憲主義の発生局面においてアメリカのみが答えを見出した。300年以上、等族的代表団体なしの、ましてや議会なしの絶対君主制において生き延びてきたフランスが、選挙された国民代表議会の設立の中に自由の十分な保障を見出した一方で、アメリカの植民地入植者たちには国民代表議会へのそうした信頼が欠けていた。イギリス議会の干渉と自己の議会のたび重なる権力濫用^{マハト}という彼らの経験に基づいて——まさに革命局面において——彼らが悟ったことは、憲法は執行府の危険だけではなく立法府の危険によっても脅かされる、ということであった。それゆえに、彼らは、司法府が連邦主義、権力分立および基本権という憲法上の諸制度の遵守を監視することを予定したのである。それによって立憲国家の誕生期に憲法裁判権（「違憲審査」）⁽²⁸⁾も生じたのだが、しかしながら、それは100年以上もアメリカに限定されたままとなる運命だったのである。

36 近代憲法を識別するメルクマール

こうして政治支配の旧い法的諸拘束と、18世紀末に誕生した形式の近代憲法の区別は、より正確に把握されうる⁽²⁹⁾。旧い拘束が正統な支配を常に予め前

(28) *Alexander Hamilton*, *The Federalist* No. 78において先駆的に思索されている。違憲審査の可能性は憲法自身において構想されているのか、または *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch), 137判決における合衆国最高裁判所の創造が重要なのか、という問題は未解決である。vgl. *David P. Currie*, *The Constitution and the Supreme Court*, 1985, Bd. I, S. 66ff.

(29) Vgl. *Grimm*, *Verfassungsgeschichte* (N 2), S. 34; *ders.*, *Zukunft der Verfassung* (N 2), S. 48f., 410. *Thomas Wüntenberger*, *An der Schwelle zum Verfassungsstaat*, in: *Aufklärung* 3 (1998), S. 53 (sowie Anm. 6 und 25) によるその批判は、立憲国家について継続性を前面に出すが、憲法思想と憲法律 *Verfassungsgesetz* とを十分には区別していない。しかし、„Verfassung“ または „Konstitution“ の概念の同時代的使用においてさえ、〔歴史的な〕切れ目が目に飛び込んでくる。vgl. *Mohnhaupt/Grimm* (N1), S. 91ff., 107ff. 近代憲法の発生については、さらに参照, *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Ges-*

提とし、その行使の態様に関係する一方で、近代憲法は支配構成的に作用したのであり、支配修正的に作用しただけではなかった⁽³⁰⁾。正統な国家権力は憲法によって生み落とされ、それに従ってはじめて目的に適した形で設置されたのである。旧い拘束は常に、包括的なものとして前提された支配の個別の行使態様にのみ妥当したが、一方で近代憲法は個々の点に関してではなく包括的に作用した。近代憲法は、支配的諸権能の憲法外的な担い手も憲法外的な行使態様も許容しなかった。旧い法的諸拘束は契約当事者間でのみ妥当したのであり、一方で近代憲法は全国民に適用された。それは特殊的にではなく、普遍的に作用したのである。

IV 進化の成果としての憲法

37 近代憲法の等価物の欠如

このような諸々の性質に基づいて、憲法は正当にも進化の成果と呼ばれた⁽³¹⁾。それは、中世的秩序の崩壊とともに失われてしまった政治支配の法的拘束を、近代国家・それと結びついている法の実定化・全体社会の機能的分化への移行といった変化した諸条件のもとで再び作り出した。憲法を手段とし

chichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in; ders., Staat, Verfassung, Demokratie (N 24), S. 29; *Otto Brunner*, Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte, in: H. Kämpf (Hg.), Herrschaft und Staat im Mittelalter, 1956; *Gerhard Dilcher*, Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz, in: Der Staat 27 (1998), S. 161; *Hasso Hofmann*, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: ders., Recht-Politik-Verfassung (N 9), S. 261; *Charles H. McIlwain*, Constitutionalism Ancient and Modern, New York 1966; *Werner Nief*, Der Durchbruch des Verfassungsgedankens im 18. Jahrhundert, in: ders. (Hg.) Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte 11 (1953), S. 108; *Paul Bastid*, L'idée de constitution, Paris 1985.

(30) そのことは、国家が憲法よりも必然的に先行するという *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: HStR I 1995 (1987), §13 Rn. 1, 26ff. の見解が正しいかどうかに関係なく妥当する。それについては、参照 *Christoph Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 256ff.

(31) Vgl. *Niklas Luhmann*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176; ders., Das Recht der Gesellschaft (N 21), S. 451, 470ff. [前掲邦訳、注21参照]; ders., Politik (N 3), S. 391. 「文化的成果」に言及するものとして、*Peter Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1998, S. 28ff.

て、政治支配は国民主権という新たな正統化原理に対応して設立され、機能的に分化した社会の自律要求と調和要求を両立可能なものにした⁽³²⁾。それによって同時に憲法は、正統でない支配の諸要求および支配の諸行為と、正統なそれを区別することを可能にした。このような機能の実現に際して、なるほど憲法はうまく機能できないこともあったし、あるいは、その是認を失うこともあった。しかし、成果としての性格が示されているのは、その機能がこうした場合に別の憲法によってのみ受け継がれるのであって、憲法から独立しては維持しえないというところにこそである⁽³³⁾。

38 憲法の前提としての国民国家

初発の諸条件は、憲法という新たな道具に現れていた。憲法化によって追求された政治支配の法化という目的に対応して、憲法は政治支配が憲法成立の時点で有していた形式と結びついた。それは——中世的秩序の崩壊への対応の中で第一にフランスで、後に他のヨーロッパ諸国で形成されたように——^{ナツイオナルシユタート}国家であった。国家というものはこうした状況のもとで国民国家として登場した。この形式で国家は、憲法が登場する前から存在していた。憲法においては、^{ナツイオナルシユタート}国民国家はそれゆえ前提とされた⁽³⁴⁾。その結果として、憲法の理念は、普遍的妥当性を要求する諸原則によって内容を与えられたにもかかわらず、特殊的に実現されることとなった。はじめから、憲法的プログラムを民族的に^{ナツイオナル}変容させたさまざまな憲法があった*。

39 作用条件としての、内部と外部の差異

したがって、憲法は初めから包括的でありながら境界づけられてもいた。公権力が憲法の諸規定に基づいてのみ、かつその枠内で行使されてよいということと要求した限りで、憲法は包括的であった。憲法規定に服する公権力が境界〔すなわち国境〕によって他の領土から分けられた一定の領土に制限されていたかぎり、憲法は境界づけられていた。あらゆる憲法は、憲法によって構成された国家の領土上でのみ妥当した。一方で、隣接する領土においては、他の諸規則が妥当したが、それも同一の排他性要求を伴っていた。それゆえ国家の境界によってマークされた内部と外部の区別は、統一的で包括的な国家権力の

(32) Vgl. Niklas Luhmann, Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, in: Der Staat 12 (1973), S. 6, 165, 168.

(33) Vgl. Luhmann, Politische Verfassungen (N 32), S. 168.

(34) Vgl. Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung (N 29), S. 9; Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (N 21), S. 478 [前掲邦訳, 注21参照]。

ための、したがってまた包括的国家権力の憲法化のための前提であったのだ。しかし、そのことは同時に、次のことを意味する。すなわち憲法という成果は、その実効性の点で、内部と外部の差異が明確に保たれ、国家の境界がその領土を他国の支配行為から有効に防衛するということに依存していたということ〔意味するのである〕。

40 作用条件としての公と私の分離

特に国家に関係した法として、憲法は政治支配の一貫した法化を求める自らの要求を、政治支配が国家権力と一致する場合にのみ果たすことができた。それゆえ、フランスにおける憲法の施行には、すべての中間的権力の解体とその支配諸機能の国家への移譲が先行したということは、理由のないことではない。それによって取り除かれたのは、諸々の旧い社会構成における公的諸要素と私的諸要素との、憲法の支障となる混合状態や絶対主義におけるその残存物であった。社会はすべての支配の権能を取り去られたのであり、このような前提のもとではじめて市場についての自己操作を授權されえたのである。支配の権能は、同じく完全に私的性格に取り去られたわけだが、まさに国家への集中のゆえに法的抑制が必要だったのである。それゆえ立憲国家においては、社会に対して原則的に自由の原理が、国家に対して原則的に拘束の原理が妥当するのである⁽³⁵⁾。それは立憲国家の考えうる内容形成であるというだけではなく、立憲国家にとっての構成的メルクマールである。国家が私人の自由を享受し、逆に私人が国家の支配手段を利用することが許されるようなら、立憲国家は無内容なものとなるだろう。

41 自己拘束としての憲法

法的拘束諸条件の変化は、法化の方法と程度にも影響を与えた。実定法の構成要素として、法的拘束は他者拘束であることも、不変なものとして妥当することもできなかった。他者拘束は、国家において前政治的または非政治的な法源がもはや存しなかったために、問題にならなかった。憲法 *Verfassungsrecht* も、それについて例外をなすものではない。その意味で、政治の憲法的拘束は常に自己拘束である⁽³⁶⁾。憲法が法律とは違って主権者自身に、人民 *Volk*

(35) Vgl. *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 126. [カール・シュミット『憲法理論』尾吹善人訳、創文社、1972年、同『憲法論』阿部照哉・村上義弘訳、みすず書房、1974年]

(36) Vgl. *Luhmann*, *Die Politik der Gesellschaft* (N 3), S. 358f.; *Böckenförde*, *Verfassungsgebende Gewalt* (N 24), S. 90.

(アメリカにおけるように) または国民 Nation (フランスにおけるように) に帰せられるという事情があるからと言って、そのこと〔常に自己拘束であるということ〕を見誤ってはならない。憲法が正統な国家権力をはじめて生み出すにもかかわらず、主権者は、すでに暫定的・政治的に組織化されているのでなければ、または自己を組織によって代表させるのでなければ、正統な国家権力を生み出すことはできないのである⁽³⁷⁾。

42 拘束の内容形成

しかし、それによって憲法をつくる権力 *pouvoir constituant* と、憲法によってつくられた権力 *pouvoir constitué* の基本的差異が言及されるわけではない。その差異は、むしろ政治システム内部の差異である。すでに最初の諸憲法が示しているように、その差異は、次のように内容形成されうる。すなわち憲法に関する諸決定が、制度についても手続きにおいても法律に関する諸決定とは異なっていくように。アメリカ憲法とフランス革命の諸憲法は、その点で特にかけ離れてさえいた⁽³⁸⁾。しかし、たとえ憲法に関する決定の際と法律に関する決定の際とで制度や手続きが互いに大幅に類似している（ドイツにおけるように）としても、そうした区別はその意味を持続ける。その区別は、諸制度が混同の許されない異なった属性で活動するように配慮し、そうして憲法の優位を安定したものにするのである。

43 憲法の改正不可能性は存しない

同じ理由で、憲法 *Verfassungsrecht* は不変の法ではありえない。憲法が政治的決定によって成立するのと同じく、同様の決定によって憲法は再び改正されることもありうる。憲法 *Verfassungsrecht* の内部でもう一度、ひとつの段階を生み出す憲法上の改正禁止でさえも、そのような改正禁止を含む憲法が存在し続け、かつ反対決議によって失効させられないかぎりでのみ効果を発揮する。しかし、法化の機能はそのことで損なわれない。なぜなら、憲法の助けを借りて、政治的決定の諸前提についての決定と政治的決定それ自体は分けられるのだからである。たしかに憲法の優位は、憲法の改正を防止しない。だが憲法上の諸前提は、それらが改正されるのでないかぎり、政治的諸決定の際に注意を払われることはない。

(37) *Böckenförde*, *Verfassungsgebende Gewalt* (N 24), S. 96ff.

(38) アメリカ憲法はまれにしか改正されず、フランス憲法は最初の改正要求に際して新たな憲法に取って代わられるという結果となったことにつき、1971年9月3日のフランス憲法第7篇とアメリカ憲法の5条を参照せよ。

44 政治の全面的な法化は存しない

さらに憲法による政治の法的拘束は、全面的な拘束ではありえない⁽³⁹⁾。国家において全ての法は政治によって生み出された法であるから、全面的な法化は政治の否定と等しいことになろう。政治は憲法の執行に縮減されており、それにより最終的には行政に姿を変えるとされる。しかしながら、憲法は、政治を余計なものにするものではなく、経路を定め合理化すべきものである。それゆえ、憲法は常に政治的行為のための枠組み秩序でのみありうる。憲法は、政治的諸決定が拘束力を要求しうる諸要件を確定するが、憲法的諸経路へのインプットも憲法上の手続きの結果も決定しない。それにもかかわらず憲法は、憲法外的な諸権力および憲法外的な手続きを許容しない限りで、包括的規定であり続ける。憲法によって正統化されたアクターが行為し、かつ、その際に憲法の軌道の中で動く場合にのみ、その結果は拘束力を要求しうるのである。

45 政治のための諸原則と政治的諸決定との区別

憲法が「国家の法的基本秩序」⁽⁴⁰⁾としての自らの機能を果たすのは、社会的共同生活および政治支配の諸原則、つまり反対者とも一致しうる広範なコンセンサスに依拠しているような諸原則を日常的な政治的対立から免れさせることを通じてである。憲法は基準および限界として日常的な政治的対立に役立つのであり、一方ではそうした対立に委ねられる領域のために秩序だった決着の手続的規則が確立される。憲法は、こうして異なった確信の信奉者たちや分散した諸利害の担い手たちが一致していると自覚する共通事項の蓄積を準備しシンボル化することによって、政治システムの同一性を記述し、社会の統合に貢献する⁽⁴¹⁾。このことは、憲法に保障された個人の自由に基づいて共同体を形成する他の諸制度の統合力が減少傾向にあるような諸社会にとってまさに、特別な意味を持つのである。

46 その区別の長所

法技術的に憲法が成果をあげるのは、日常的な政治的諸決定に対してよりも、諸々の原理や競技の規則^{ゲームルールの}の改定に対して高いハードルを設ける、というこ

(39) Vgl. Dieter Grimm, Politik und Recht, in: FS für Ernst Benda, 1995, S. 96; auch in: ders., Die Verfassung und die Politik, 2001, S. 21f.

(40) S. Werner Kagi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945.

(41) Vgl. Hans Vorländer, Verfassung und Konsens, 1981; ders. (Hg.), Integration durch Verfassung, 2002.

とによってである。それによって、日常的な政治的諸決定のための諸々の原則および手続きの改定と、この〔政治的〕諸決定自体とは、切り離される。この分離は、両者にとって異なった討議と異なった時間地平を生み出す。それには、さまざまな長所が結び付けられる。諸々の論争は、反対者を一致させる基本的コンセンサス *Basiskonsens* を背景として行われうから、政治的対立は文明化される。政治における暴力の放棄は、それによって促進される。少数派は、自らの存在を脅かされる必要はないし、自分の諸目的をさらに追求してよいのである。同時に日常的な政治は、常に新しい原理の探求と手続きの選択——それは複雑な決定課題による永続的な決定への促進に直面して政治に過大な要求をするであろう——から解放される。憲法に書いてあることは、もはやテーマではなく、政治的諸決定の前提なのである。

47 レベル分化の意味

結局、憲法は政治過程を時間的観点で編成する。同一性を保障する諸原則には、長期的な妥当性が期待されている。日常的な政治的諸決定よりも憲法の安定性のほうに、より高い信頼を置くことができる。変化する情勢と要求への短期的な順応は、そのことによって容易にされる。そうした短期的順応は、長期的に妥当する諸原理に支えを見出し、これらによって制限されるがゆえに失望を呼び起こすことが少なくなるのである。憲法は、こうして変遷における連続性に配慮する。立憲主義のこれらの長所はすべて、政治的決定のための諸原則と、これらの決定そのものの、レベル分化の結果である。まさにそれゆえに、憲法は基本秩序なのである。たしかに、その境界線に対して拘束的な諸基準はない。しかし、諸憲法がその差異を同一レベルに還元するやり方で定式化されるなら、憲法の機能は危険に陥る⁽⁴²⁾。

48 基準機能の条件としての、現実との距離

その他の点で、憲法は一般に法というメディアに固有であるような境界づけを共有した。憲法は国家の法的基本秩序として、政治システムが対応すべき諸規範の最高形態であって、記述ではない。憲法は社会的現実を模写するのではなく、それに要求を突きつけるのである。したがって憲法は現実と距離をとり、そうしてはじめて政治のための行動基準および判断基準として役に立つことのできる能力を獲得するのである。それゆえ憲法を、政治的統一の方法と形式についての一回的な決断の中に、または継続的な一過程の中に解消するなら

(42) Vgl. *Dieter Grimm*, Wie man eine Verfassung verderben kann, in: ders., *Die Verfassung und die Politik* (N 39), S. 126.

ば、憲法の機能は失われてしまうだろう。憲法はむしろ、自らの妥当性を生み出した決断から、規範として自立するのであり、そして憲法自身が前提とする過程を支えているのである⁽⁴³⁾。

49 憲法と憲法現実

他方で、憲法は法規範の最高形態として自己充足しているのではない。憲法は実現を意図されている。しかし、憲法は自らの実現を自分自身では保障できない。憲法が長期にわたって自己の規範的要求を果たしうるかどうか、どの程度果たしうるかどうかは、大部分、法の外部にある諸要素に依存している。〔法の外部にある〕これらの諸要素が集められるところは、経験的な憲法である。この経験的憲法は、規範的憲法によって代替されることはできない。双方は、無関係に併存しているわけでもない。それらの間には、むしろ諸々の交互作用が生じる。法的憲法はその決定の際にすでに、ただしその適用の際にも、経験的憲法に影響される。法的憲法が再び経験的憲法に反作用するのと同様に。政治過程が憲法に規定された諸軌道を離れる場合には、法的憲法の背後にたいいていその挫折の原因としての事実上の憲法が現れる。ラッサールが社会的^{マハト}権力関係を真の憲法と呼んだときに意味したものは、そのことだったのである⁽⁴⁴⁾。

50 権力のメディア化

それに対して、うまくいっているときには、政治過程は法的憲法の諸軌道の中で、かつその基準に則して進行する。このことは、経験的憲法の決定に参与する社会的権力関係は排除されるか、中立化される^{マハト}ということの意味しない。あらゆる規範的憲法は、すべての種類の^{マハト}権力関係に遭遇するのである。個人の自由を通じて諸々の社会的サブシステムに自律性を認め、そこから経済、諸メディアなどをも除外しない諸憲法は、サブシステムの形成を明文でさえ許容す

(43) シュミットにおけるその決断主義的な変種については、前掲注35の20頁、ルドルフ・スメントにおける手続きの変種については、Vermassung und Verfassungsgesetz, 1928, S. 78ff.; それについて参照, Grimm, Zukunft der Verfassung (N 2), S. 146ff. 憲法の規範性については、とりわけ Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.

(44) Ferdinand Lassalle, Über Verfassungswesen, 1862. 憲法と憲法現実の問題を議論しているものとして参照, Wilhelm Hennis, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, 1968; Hesse (N 43); Dieter Grimm, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, in: Dieter Nohlen (Hg.), Lexikon der Politik, Bd. VII, 1998, S. 670ff.

る。しかし、法的憲法は、社会的権力が現行法または他の集団拘束的諸決定へと手続きなしに変換されえない、という結果をもたらす。法的憲法はむしろ、共同契約的な諸結果をもたらすという前提のもとで定式化された特定の諸規則が妥当するプロセスに携わらなければならない。成功と挫折の両方について、すでにアメリカとフランスにおける起源の諸憲法が、観察素材を提供しているのである。

B 憲法の発展

I 立憲主義の拡大

51 変化した諸条件の効果

立憲主義の原産国に関する、こうした再構成が示しているように、近代憲法は歴史の偶然の産物ではなかった。だからと言って、近代憲法が不可避免的に発生したと言うのではない。やはり、近代憲法は任意の諸条件の下では発生しえなかったのである。近代憲法は、必ずしもすべての時代に存在したわけでもないけれども何処にでも存在したわけでもない様々な諸前提の共時発生と結びついていた。近代憲法が過去において前々から現存していたのであれば、近代憲法は未来において必然的に維持され続けるのでもない。社会変遷の動向のなかで、近代憲法も改正されたり、または廃止されたりすることがありうる。このことが憲法に対していかなる効果を持っているのかということは、そうした諸前提が憲法の発生に対してのみ構成的であるのか、またはその存続に対しても構成的であるかどうかにかかっている。存続にとって重要な諸条件が欠落したときにのみ、同時に、その憲法の終焉の鐘も鳴らされることになるであろう。それにもかかわらず憲法が生き延びるとしたら、その場合は本来の意味を失いながら老朽化した形骸にすぎないか、または他の事柄を指す概念として〔生き延びる〕にすぎない〔であろう〕。

52 19世紀における憲法の貫徹

もっとも、われわれは差し当たって憲法について成功の歴史を取り扱わねばならない。たとえ18世紀の最後の四半世紀においてアメリカとフランスで憲法を発生させた諸前提が必ずしもあらゆるところで存在してはいなかったにしても、憲法はそれでも残りのヨーロッパを興奮させ、いたるところで憲法運動を生じさせた。憲法は19世紀の大テーマであった。憲法に結び付けられていたの

は非常に高い期待であったため、数多くの人々が職業、財産、自由および生命さえをも憲法に賭ける気構えであった。19世紀は、憲法闘争の世紀として叙述しうる。諸々の革命が19世紀の時代区分を決定する。いくつもの革命の波が数多のヨーロッパの国々を同時に走り抜け、少数の国々のみが憲法闘争を完全に免れたままでいた。とりわけイギリス。長い19世紀が第一次世界大戦とともに終焉したとき、立憲主義はほとんど全ヨーロッパに、そしてヨーロッパに影響された地球上の多くの地域に貫徹された⁽⁴⁵⁾。

53 20世紀における普遍的拡大

憲法にとってさい先よく始まった20世紀は、さらなる経過の中でさまざまな出自の独裁による重大な反動を憲法にもたらした。たしかに世紀末には、立憲国家は以前よりも争われてはいなかった。ファシズム独裁、軍事独裁、最後にアパルトヘイト体制や社会主義政党の独裁さえもが大部分、しばしば軍事的打倒によって、ときとして革命によって、たびたび内部崩壊によって没落したからである。たとえその闘争がもはや19世紀のように明示的に憲法をめぐる行われたのではなかったにせよ、それでも新たな、または刷新された諸憲法は例外なくその結果であった⁽⁴⁶⁾。そうした諸々の反動や、効果なき・または効果の乏しい諸憲法による経験は、固有の貫徹機関の必要性に賛成する意識をも鋭敏にした。それゆえに、憲法裁判権も、第一次世界大戦に続く控えめな始まりの後、20世紀の後半において普遍的に拡大したのである⁽⁴⁷⁾。

54 革命との結びつきはない

この包括的な概観からすでに見て取れることは、次のようなことである。すなわち、憲法が二つの成功した革命の産物として存在するようになったのち、憲法は模倣されたあらゆる場合において、もはや革命を伴わなかったというこ

(45) 索引つきのヨーロッパに関する概観として、*Dieter Grimm*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung, in: Helmut Coing (Hg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band III/1, 1982, S. 17-173. 比較憲法史はまだ端緒についたばかりだが、参照、*Wolfgang Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, 1999; *Hans Fenske*, Der moderne Verfassungsstaat, 2001.

(46) Vgl. *Douglas Greenberg* (Hg.), Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World, New York 1993; *Peter Häberle*, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992.

(47) Vgl. *Neal Tate/Torbjörn Vallinder* (Hg.), The Global Expansion of Judicial Power, New York 1995.

とである。19世紀におけるドイツの憲法の展開がそのことを証明している。たしかに、ドイツの個々の〔領邦〕国家における幾つかの憲法創造には革命が先行したけれども、それらの憲法創造のうちひとつとして——革命が既存の支配との断絶に至ったという意味で——成功したものはなかったのである。諸憲法は、伝来の支配者が、どのような動因からであれ、^{マハト}権力の制限に同意した場合にのみ、成立した⁽⁴⁸⁾。最初の全ドイツの憲法、つまり1871年の帝国憲法は、あらゆる革命的背景を欠いていた。それは、形式を整える必要のあった新国家を、主権を持つ君主たちが条約で合意することで設立した結果であった。

55 新たな諸憲法の原因としての〔歴史の〕切れ目

深刻な〔歴史の〕切れ目は、たしかに今日にいたるまで憲法創造の最も頻繁な原因である⁽⁴⁹⁾。しかし、多くの場合、憲法へと突き進むのは、まさに勝利した革命ではなく、破局的崩壊である。そのことは、20世紀のドイツの諸憲法、ヴァイマル憲法、〔ボン〕基本法およびドイツ民主共和国 DDR〔旧東ドイツ〕の憲法にも該当する。社会主義統一党体制の崩壊の後、ドイツ民主共和国は再び憲法創造の道に入った。つまり、基本法の屋根のもとでの再統一の決断がこの努力を余計なものにする前のことである。このような〔歴史の〕切れ目なしの憲法刷新——たとえば2000年のスイスにおけるような——は、例外である。この場合、その試みは、新創造という革命的な響きをもつ概念を廃棄し、「追認改訂 Nachführung」という継続性を約束する概念によって置き換えたときに初めて成功したのである⁽⁵⁰⁾。

56 擬似憲法および半憲法 Pseudo- und Semikonstitution の可能性

憲法がいったん発明されて魅力を発揮した後には、その意義を引き継ぐこと

(48) Vgl. *Grimm*, Verfassungsgeschichte (N 2), S. 43ff., 142ff.

(49) *Bruce Ackerman*, Ein neuer Anfang für Europa, 1993, S. 60ff., bes. S. 62: „Sternstunden der Verfassung“; その英語オリジナル版 (*The Future of Liberal Revolution*. New Haven 1992) のより適切な表現 „constitutional moments“ は価値あるものであった。ders., The Rise of World Constitutionalism, in: *Virginia Law Review* 83 (1997), S. 775においては, „federalism scenario“ とは相違した „new beginning scenario“ が言及されている。Vgl. auch *Ulrich K. Preuß*, Revolution, Fortschritt und Verfassung, erweiterte Neuauflage 1994; *Ulrich Haltern*, Internationales Verfassungsrecht?, in: *AöR* 128 (2003) (im Erscheinen [原文執筆時現在])。

(50) 改正の努力の歴史については, 参照, *René Rhinow*, Die Bundesverfassung 2000, 2000, S. 1ff.

なく形式をコピーすることも可能となった。形式と機能は分離させられた。フランスさえもが、ナポレオンのもとでその最初の例を示した。たしかに、彼は憲法の放棄を不適切だとみなしたが、しかしその背後には皇帝の自己拘束の意思は存しなかった。アメリカやフランスの原型を時間的に後追いつた諸憲法の多くは、擬似憲法または半憲法であった。支配者によって与えられた19世紀ドイツの諸憲法も、アメリカおよびフランスの革命においてその輪郭を獲得したような憲法プロジェクトに遅れをとっていた⁽⁵¹⁾。今日、全世界にある多くの憲法にも、同じことが当てはまる。それにもかかわらず、「成功の歴史」という評価はその正当さを維持する。というのも、法的に拘束されずに統治することのほうを好むような者たちさえもが、憲法の約束する正統化の利益を吸い上げるために、少なくとも自分の周囲を合憲性の外見で固めることになるのだからである。

57 憲法概念の問題

擬似憲法と半憲法の存在は、たしかに概念上の諸困難を投げかける。「憲法」という名称は何に値し、何に値しないのか？ この問いへの一般的に有効な答えは無いのである。その問いは、むしろそのときどきの認識関心に照らしてのみ答えることができる。諸々の区別を見出し、諸類型を形成する目的での比較憲法が、または憲法史——^{ナツイオナル}国家の憲法史ないし比較憲法史——が重要であるのなら、研究対象を早々に狭めることは賢明ではない。それに反して、きわめて異なった諸世界地域における立憲主義の成功の見込みが、または21世紀における立憲主義の生き残りのチャンスが超国家的諸統一体への移行可能性とともども試されるべきであるなら、近代立憲主義の発生史の中に予示されているような要求多き憲法概念⁽⁵²⁾に固執することが推奨される。そうすれば名前から性急に内容が引き出されることもなくなる。

58 憲法概念の諸要素

憲法の内容的な形姿の多様性に直面すると、機能的概念のほうが、その場合、実体的概念よりも優先に値する。次のような内的関連性のある諸々のメルクマールが、A章*の叙述から生じる。

1. 憲法は規範的な妥当性要求を掲げなければならない。法的な拘束の意思の

(51) Vgl. *Grimm*, Verfassungsgeschichte (N 2), S. 110ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 273.

(52) Vgl. *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 33ff.

ない諸々の憲法条文は、憲法に属さない。^{テキスト}

2. その法的拘束は、政治支配の設立と行使に関係したものでなければならぬ。下位の諸機関が拘束されていても、最高機関が〔拘束から〕自由なままであるなら、それは不十分である。
3. その法的拘束は、憲法外的な諸力が支配を行使することもできず、拘束的諸決定が憲法外的な手続きから発せられることもできないという意味で、包括的でなければならない。
4. 憲法上の諸拘束は、特権的な諸集団を利するだけではなく、支配の該当者すべてを利するように作用しなければならない。
5. 憲法は政治支配の正統化の基礎を形成しなければならない。憲法から独立して存在する正統化の基礎では十分ではない。
6. 支配のための正統化は、支配に服する者たちに帰せられなければならない。コンセンサスの代わりに真理による正統化は憲法を掘り崩すものである。
7. 憲法は支配を行使する行為に対して優位を保っていなければならない。単純立法者の裁量に服する憲法は十分なものではない。

59 変化した実現の諸条件

以下では、〔ボン〕基本法のように、これらのメルクマールを満たす要求を掲げる諸憲法は変化した実現の諸条件に直面してその要求をなお果たすことができるのかという問題が扱われる。この種の諸変化については、立憲主義一般に、個々の諸憲法だけではなく、それどころか個々の憲法規範にも関わりのある諸々の大きな趨勢が念頭に置かれている。それに数えいれられるのは、まず第一に自由主義的国家から福祉国家への移行であるが、福祉国家はとりわけ憲法の境界づける機能に損害を与える。その次に、立憲国家によって考慮されない諸々の新たなアクター、手段そして手続きの登場がこれに属するのであり、それは公・私の憲法構成的な境界を軟化させる。最後に、国際化とグローバル化の過程が扱われるのであるが、その過程の裏面が脱国家化であり、それは内部と外部との憲法構成的な境界を同じく曖昧にするものである。

II 福祉国家における憲法

60 国家の再・活性化

福祉国家という概念には、時と場所によりさまざまな数多くの事態が含まれるが、その共通性は、それらが市場の失敗としてよく特徴づけられる自由主

義の赤字への一つの回答であるという点にある。自由主義によって憲法が言及されるのは、まさに市場に寄せられた期待が国家を境界づける要求を喚起し、そしてその要求が憲法によって満たされるかぎりにおいてである。市場の失敗によって登場した諸々の社会問題は、それに反して国家の境界づけによっては解消されえなかった。再び実質化された正義の問題は、反対に国家の再活性化を要求した。正義になかった社会秩序という目的が保持されるべきだとすると、国家は当然にも、もはや憲法に示されたその保障機能には制限されえず、再び秩序形成的に活動しなければならないであろう。

61 市民的立憲国家のドグマチックな硬直化

それに対する対応は、さまざまだった。一部には、自由主義がドグマチックに硬直化したということがある。基本権による国家の境界づけは、その意図に反して、福祉および正義の達成のための手段とは看做されず、自己目的へと高められた。そして自由主義的な自由の理解が、その憲法上の対応物である国家から防御するだけの基本権の機能とともに、社会的な結果を考慮することなく擁護されたのである。フランスの七月王政は、こうした姿勢の模範例をなす。そうした姿勢が貫徹されえたのは、1830年の憲法における参政権が最高富裕者の小グループに限定されていたからである。1848年の革命は、ドイツではなお圧倒的に立憲国家の創出に賛成し、かつ基本権保護の実効化をめざす革命であったのであり⁽⁵³⁾、それゆえすでにフランスで優位となっていた社会的動向を担うものだったのである。

62 立憲国家の否定

これと対立する対応が、自由主義からの過激な方向転換の中に存していた。それは20世紀前半における社会主義的な、およびファシズム的な諸国家において実行された。これら両方向は内容的に非常に相違していながらも、立憲主義にとつてのそれらの帰結については逆に相違が少ない。両者は政治支配をコンセンサスによってではなく、真理によって正統化した。個人の自由は真理の前では存在しえなかった。そのことから、真理の知識をひとり使用するエリートは、むしろ別種の信念を考慮することなく真理を国家権力^{グアルト}の投入のもとで貫徹する権利を導出した。それにより権力^{マハト}の正統化と限定化のための手段としての憲法は、その根を絶たれた。こうした諸機能の実施に役立つ憲法の中心的メカニズムは、攪乱要因となった。

(53) Vgl. Dieter Grimm, Grundrechtliche Freiheit 1848 und heute, in: ders., Die Verfassung und die Politik (N 39), S. 91.

63 限定化機能なき諸憲法

それにもかかわらず、これらの国家も圧倒的多数が憲法を保有した。ファシズム国家はたいい古い憲法を存続させたが、本質的な部分を停止し、または憲法を他の諸規定に置き換えた。一方で社会主義国家においては通常は新たな憲法が成立したが、それは形式においては伝統的立憲国家の憲法と類似していた。しかし、それらは上記の諸条件のもとでは、要求多き憲法モデルの本質的諸機能を果たすことができなかった⁽⁵⁴⁾。その法は自律性を享受せず、正統化に寄与する真理の前でのみ手段としての役割を保持したのであるから、それらの憲法には支配権力の境界〔限界〕づけ〔という機能^{テクスト}〕は結び付けられなかった。それらの憲法が支配を境界〔限界〕づける諸条文を含んでいるかぎり、それらが優位を伴う形で内容形成されることはなかった。それらが権力分立図式を取り上げるかぎり、その図式は国家装置に対して断固たる権能をもつ統一党によってすり抜けられた。こうして真理要求は、ネオ絶対主義 Neoabsolutismus へ到達したが、それは16世紀から19世紀の君主制絶対主義よりもはるかに過激であった。

64 社会的内容のための憲法の開放

第三の対応方法は、社会的内容のために憲法を開放することにあった。それに至る前には、たしかに憲法よりも下位〔の法規範〕において、とりわけドイツでは社会保険の導入において最高点に達する大規模な社会立法が始動した⁽⁵⁵⁾。そうした社会立法は立憲主義の発生にとって決定的であった自由主義的な社会モデルとの決別であったにもかかわらず、そうした社会立法にとって憲法からは何の障害も生じなかった。そのことは、1871年のライヒ憲法における基本権カタログの欠如にのみ原因があったのではない。帝国において支配的であった基本権理解も、基本権の援用を許容していなかったようである。なぜなら、立法者に対する基本権の効力が否定されたのだからである⁽⁵⁶⁾。ちなみ

(54) Vgl. *Giuseppe de Vergottini*, *Diritto costituzionale comparato*, Padua 1987, S. 576ff., 791ff. S. 特にドイツについては、参照, *Heinrich Herrfahrdt*, *Die Verfassungsgesetze des nationalsozialistischen Staates dem Text der Weimarer Verfassung gegenübergestellt*, 1935; *Ernst Rudolf Huber*, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reichs*, 1939; *Uwe Bachnick*, *Die Verfassungsreformvorstellungen im nationalsozialistischen Deutschen Reich und ihre Verwirklichung*, 1995.

(55) Vgl. *Michael Stolleis*, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in: ders., *Konstitution und Intervention*, 2001, S. 253.

に、立法者にその基本権制限を指摘することのできるような何らの制度も現存していなかったようである。それゆえ社会立法が憲法問題となったのは、特徴的なことに、憲法の優位を当初から「違憲審査」の可能性によって制度的にも守ってきた国、つまりアメリカ合衆国においてのみであった⁽⁵⁷⁾。

65 社会的基本権

アメリカにおいて憲法解釈の方法で解決がはかられる前に、社会国家理念はヨーロッパにおいてはすでに憲法条文の中に入っていた⁽⁵⁸⁾。1919年のヴァイマル憲法では、国民主権という新しい正統化原理が、同じく新しい社会的内容規定と結合された。たしかに、ヴァイマル国民議会は古典的自由権と平等権のカatalogを——それが諸革命によって具体化されたのと同じように——維持したが、しかしそれを相当な数の社会的^{テキスト}基本権で補足し、経済的自由を社会正義の原則の下位に位置づけた。しかし国法学は基本権の立法者に対する効力を否認し続けたので⁽⁵⁹⁾、それらの意味は、行政による基本権介入には法律上の根拠が必要であるという点に切り縮められた。例外なく法律による媒介を意図されていた社会的^{テキスト}基本権からは、こうした事情により規範力がすっかり失われてしまった。それらは、政治的なプログラム規定としてののみ意義を持ったのである。

66 基本権保護義務

基本法は1条3項のこうした解釈の根を絶ったが、しかし社会的^{テキスト}基本権を放棄し、その代わりに、それほど具体化されていない社会国家性への支持を表明している。一方で連邦憲法裁判所にとっては、社会国家性が自由主義的な基本権の理解を社会的なものとして強化するための基礎として役に立つ⁽⁶⁰⁾。平等

(56) Vgl. *Dieter Grimm*, Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, in: ders., *Recht und Staat* (N 27), S. 333ff.

(57) Vgl. *Currie* (N 28), S. 136ff. und 208ff.; *Cass Sunstein*, Constitutionalism after the New Deal, in: *Harvard Law Review* 101 (1987/88), S. 421.

(58) Vgl. *Dieter Grimm*, Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat, in: ders., *Recht und Staat* (N 27), S. 153ff.

(59) Vgl. *Christoph Gusy*, Die Grundrechte in der Weimarer Republik, in: *ZNR* 1993, S. 163.

(60) Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie* (N 24), S. 115; *Konrad Hesse*, Bedeutung der Grundrechte, in: *HdbVerfR*, S. 139ff.

な個人の自由が基本権の目的であり、国家の境界づけはひとつの手段にすぎないという推定を基礎として、社会国家性への支持表明は、やがて保護義務の概念において頂点に達した。すなわち、基本法で保護された諸自由にとってのあらゆる危険——つまり国家自体には責任を帰せられないが、第三者の行為または社会的発展から帰結される危険——に対して国家が有する保護義務の概念において〔頂点に達した〕。古典的な自由権から導出された保護義務は、ポスト自由主義的基本権または国家目標という形のそれらの等価物と同様に、憲法の発生時にまだ認識されえなかった、または憲法自身によって引き起こされた諸問題に憲法を順応させる試みである⁽⁶¹⁾。

67 予防 Prävention への転回

憲法が諸条件の変化にこのように同調することの意味は、今日いずれにせよ経済的に発達した諸国家では19世紀の社会問題がもはや立憲主義にとっての最大の挑戦ではないということを考慮するときに、特に明確なものとなる。前面に出てきたのはむしろ、とりわけ科学技術の進歩とその商業的使用に必然的に伴う危険に規定される安全への欲求である。しだいに保護義務は、ここに自らの極めて大きな適用分野を見出すようになる⁽⁶²⁾。国家に期待されるのは、危険からの防御という自由主義によっても疑問を呈せられなかった伝統的な国家任務をはるかに上回る一般的リスク配慮である。国家は予防への転回によってそれに答えるのであり、そして予防とはたしかに認められた法益に関係し続けているが、差し迫った侵害からは引き離されるものである。予防はむしろ危険の源泉から具体的な危険が出てくる前に、危険の源泉を認識し塞ぐことを目指している⁽⁶³⁾。

68 憲法のコスト

もっとも個人の自由の実現条件の変化に憲法を適応させることは、憲法の規範力に傷跡を残さずにはいない。その代価は、一方で憲法の境界づける働きにおいて、他方で憲法の明確さの度合いにおいて支払われる。基本権保護義務は

(61) Vgl. *Dieter Grimm*, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: ders., *Zukunft der Verfassung* (N 2), S. 221; *Johannes Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1992.

(62) Vgl. *Rudolf Steinberg*, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998; *Georg Hermes*, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987.

(63) Vgl. *Dieter Grimm*, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, in: ders., *Zukunft der Verfassung* (N 2), S. 197; *Erhard Denninger*, *Der Präventionsstaat*, in: KJ 1988, S. 1.

国家に、自由の利益となる行為を要求する。定義によると、この行為は自由への脅威——つまり国家自身からでなく社会から生じ、したがって通常はそれ自体が基本権によって保護された諸活動の結果であるような脅威——に狙いを定めている。保護義務が通常、特定の基本権を利用して他の基本権を制限することで果たされる根拠は、ここにあるのだ。基本権介入の数はそれによりかなり増加するし、また、そうした基本権介入は同位の基本権同士の衝突にその根を持つわけだから、そのときどきの諸事情を考慮した比較衡量しか解決として残っておらず、そうした比較衡量は常に確実さの喪失と結びついているのである。

69 法治国家の中心点としての法律

基本権保護義務は、たしかに脱境界的にのみ作用するのではない。それは国家の不作为の自由を境界〔限界〕づける。しかしそのことは、いかにして増加した国家活動がそれ自体、再び憲法によって規律されうるのかという問いから切り離されはしない。それへの答えは、一方では法律の留保を操作する介入概念 *Eingriffsbegriff* を拡張することによって、他方では非・介入領域にさえあるすべての本質的決定へそれを延長することによって、法律の留保を拡大することであった。そこにおいて、憲法システムが機能するために議会で議決される法律の中心的役割が明らかとなる⁽⁶⁴⁾。民主制も法治国家も、法律に依存している。法律の留保がもたらすのは、国家的行為プログラムが民主的な意見および意思形成過程から生じるということである。法律による行政の原理は国家の行政府を民主的に定式化された意思に服せしめ、国家の行動を関係者にとって計算可能なものにする。法律に基づいて、最終的には司法が国家行為の適法性を審査し、違法な行為を改めることができるのである。

70 減少する法律の操作力

もっとも、福祉国家的国家任務は治安国家的国家任務よりも法律的にはるかに操作しづらい。そのことは、たしかに要件を列挙することができて量的に確定可能である社会給付には当てはまらないが、形成的国家任務には当てはまる。その理由は次の点にある。すなわち、形成的国家任務は治安の維持または回復とは異なって回顧的ではなく予測的な方法であり、個々の秩序攪乱者のみに該当するのではなく大規模な該当者を生み出し、かつ国家資源の投入に依存するだけでなく、国家が限定的にのみ利用しうるか、または全く利用できないような数多の諸要因に依存する。それゆえ、このような諸活動を規律する法

(64) Vgl. *Dieter Grimm*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: ders., Zukunft der Verfassung (N 2), S. 159.

律は多くの場合に、国家行政に目的を設定すること、そのほか目的達成の際に考慮されるべき又は重視してはならない諸観点を列挙すること、そして指示または禁止されている手段を列挙することに限定されなければならない⁽⁶⁵⁾。

71 予防に対する操作の弱点

法律による操作の弱点は、特に予防的国家任務において示される。ありうべき被害の源は、事実上の加害よりも、はるかに多く多様で目立たないのだから、予防国家は情報についての高い需要を発達させる。この需要は発生した犯行の解明や明白な危険の防止の場合とは異なって、もはや犯行とか有害な事件によって限定されるべきではない。確定可能なのは単に、いずれのリスクが国家の観察および情報収集を——たとえそれがリスクの原因となることは決してない人々に著しい規模で該当する場合であっても——正当化するほど大きいと看做されるかということである。しかし、そうして特徴づけられた領域においては、国家活動は時間的に前倒しされ、空間的に延長され容疑事実と切り離される。こうした拡散性の活動の法律による操作は不可能同然である。法律は、発見された情報の使用の段階でようやく再びチャンス有するのである。

72 法治国家の衰弱

それゆえ、議会のためまね立法活動によって思い違いをしてはならない。その法案は大部分行政府から出されるだけでなく、むしろ議決された条文^{テキスト}も、行政には僅かな操作力しか発揮しないことがしばしばである。たしかに法律による行政という憲法上の原則は限定されずに引き続き妥当しているが、しかし法律の拘束能力のある内容は乏しいものとなった。それによって法治国家という精巧な形成物は壊れやすくなる⁽⁶⁶⁾。行政の法律による操作が欠落するほどに、行政は自己を自分で操作することを強制されることになる。行政が法律によって拘束されずに自己を自分で操作しているところでは、司法は、行政が法

(65) そのことを表わすために、*Niklas Luhmann*, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1973, S. 257ff. [ニクラス・ルーマン『目的概念とシステム合理性 社会システムにおける目的の機能について』馬場靖雄・上村隆広訳、勁草書房、1990年]にちなんで、(条件プログラムとは異なる)「目的プログラム」という名称が導入されたのである。

(66) Vgl. *Helge Rossen*, *Vollzug und Verhandlung*, 1999; *Horst Dreier*, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, 1991; *Rainer Pitschas*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990; *Dieter Grimm* (Hg.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990.

律を遵守したかどうかを統制することができない。たしかに基本権は——実体的な拘束力の欠落を手続き形成によって補うことを要求することにより——このような欠陥にさえ陥ってしまった。しかし、実体的権利の完全な代替品を手続き的権利に期待することは誤っているようである⁽⁶⁷⁾。

III 協同的政党国家における憲法

73 国家と社会との仲介者としての政党

憲法の法的拘束は、国家権力にかかわるものである。私人は憲法の諸規定の名宛人ではなく、受益者である。その限りで憲法は国家的領域と私的領域の境界画定 Abgrenzung に依拠している。このような区分けに固定させられないアクターまたは行為形式は、憲法に諸々の問題を提示する。そのことは、まず第一に政党について目に見えるものとなった⁽⁶⁸⁾。国家機関とは異なり、政党は憲法によって創造されたものではなく、自由な社会的結社なのだが、しかしそれは国家において有効性を発揮することを目指す社会的結社なのである。憲法の起草時に政党は計算に入れられなかったが、憲法の基本的諸決定、特に個人の自由に根ざす公共の福祉の多元化や国民代表議会の選挙を通じた国家意思形成への社会的参加の必然的結果として政党が発生した。それゆえ、政党は憲法上の承認を欠いているとしても、正統性を持たないわけではないのである。

74 憲法上の諸制度への反作用

政党自身が憲法による承認をあまり必要としていないにもかかわらず、政党の存在は逆に憲法に反作用する。たしかに、憲法は政党よりも先行した。しかしながら、憲法の諸制度、諸機関および手続きは、政党の登場によって変化した——このことは憲法条文から常に必ず看取しうるとは限らないが——。その理由は、以下の点にある。すなわち、政党の活動は社会的空間における選挙準備にて尽くされなければならないという点に。むしろ、政党は選挙の後にも政治活動をこなしている。そのことは、憲法に規定されている国家機関や手続きが政党によって押しのけられたかのように理解されるべきではない。しかしもちろん、諸機関は人事面で政党によって占められ、手続きはその内容を政党によって付与さ

(67) Vgl. Karl-Heinz Ladeur, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000; ders., Postmoderne Rechts-theorie, 1995; Oliver Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999; Helmut Willke, Ironie des Staates, 1992.

(68) Vgl. Dieter Grimm, Die politischen Parteien, in: HdbVerfR, S. 599.

れる。形式的に見ると政治過程は憲法に規定された諸軌道の中で進行するのであり、実質的には前もって介在させられた政党活動へと移行している。

75 議会主義の変遷

そのことは、しばしば議会主義の変遷に基づいて分析されている⁽⁶⁹⁾。今日、選挙は人物よりもむしろ政党に向けられており、国会議員は政治のプロフェッショナル化の進展につれてますます強く政党に依存するようになる。政党政治的に構造化された議会においては、元来の理念によると一体をなした熟慮と決定が分離する。政党は、その立場を本会議での審議の前に内部で確定している。本会議での審議は、もはや説得する意図でなされるのではなく、さまざまな政党の立場を公衆に示すにすぎない。それゆえ本会議での審議は、空席の目立つ議席を前にして発言者がほとんどなくても行われうるのである。本会議での審議は、その決定に何の影響も及ぼさない。たしかに、国会議員は憲法上で自由であるが、しかし彼らは事実上効力を持つ政党の路線に基づいた会派の議員拘束に縛られている。本気で政府をコントロールする利益は、野党によって前提とされうるにすぎないのである。

76 権力分立の弛緩

さらに言及されるのは、権力濫用の防止のための中心的な憲法的メカニズムとしての権力分立である。民主的正統化の原理は公権力の全ての担い手が直接または間接に選挙に依拠することを要求するが、選挙は政党間で行われ、かつ選出された諸委員会は正統にも政党の代表者たちから構成されるのであるから、たとえ国家的領域または国家によりコントロールされる領域のどこで地位が占められるにしても、人選を決定するのは結局のところ常に政党なのであ

(69) *Carl Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1923 [カール・シュミット『現代議会主義の精神的地位』稲葉素之訳、みすず書房、2000年]に始まり、さらに *Gerhard Leibholz*, Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems, 1929, *Niklas Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, S. 42ff.; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, 1984; *Michael Kloepfer*, Zur Veränderung von Verfassungsinstitutionen durch politische Parteien, in: ders. (Hg.), Das parlamentarische Regierungssystem auf dem Prüfstand. FS für Karl August Bettermann, 1984, S. 64; *Dieter Grimm*, Bedingungen demokratischer Rechtssetzung, in: Lutz Wingert/Klaus Günther (Hg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. FS für Jürgen Habermas, 2001, S. 489.

る。国家装置へのインプット構造として、政党は国家装置の内部編成の前に陣取っており、それを相対化する。分立された諸権力の背後に、政党はそのつど出現する。しかし、このことは、たとえそれが始原的意思に反するとしても、単に間違った行動だとみなすことはできない。むしろ政党は、その民主制にとって放棄されえない媒介機能ゆえにこそ、国家と社会との間のシステム境界上には位置づけることはできない。それゆえ政党は、この区別に基づいて規定されている憲法から、ある程度距離をとるのである。

77 憲法の間接的効力

そのことから、憲法は政党に対してうまく機能しないという結論を引き出しではならない。なるほど、憲法は自己の「政党に対する」規律要求をしばしば遠まわしにのみ、または譲歩しつつ主張しうる。たしかに自由委任の保障は党派による議員拘束を妨げないが、しかしその拘束に従いたくないような国会議員に、暫定的に不可侵の地位を保障し、それによって党内の多元性と議論のための諸前提を造り出す。政党内部の意志形成も完全には憲法に規定された手続きから引き離されえない。政党の意志形成の結果は一般的拘束力を有するものになるために議会での手続きを通過しなければならないので、政党の審議もそうした手続と関わり続けるのである。政党内部の議論は野党の批判および公衆〔公共圏〕の反応を顧慮せずに行うことはできない。政党の議論はこれらを予期したうえで、反対者と公衆がある程度仮想的に存在しているようにしなければならない。後になって憲法に挿入された少数者の権利は少なくとも部分的には多数者のチェック態勢の欠如を補うのである。

78 官職機能の保護

憲法は権力分立システムの人的なレベルでの破綻を防止することができなかったで、その防衛線は機能的なレベルへとずらされた。そこでは、憲法的手段によってともかく諸々の枠組み条件が打ち出されるが、それらの枠組み条件は、人選における政党の優位にもかかわらず、選出された機能の担い手たちが行動する際には、政党への忠誠ではなく、そのときどきの機能領域の事情の論理を優先することに役立っている。憲法はそのことを特に公務の保護、行政の法的拘束そして司法の独立性によって企図している。それらは公的官職の保持者への政党政治的な干渉および一連の国家的指令を政党の目的のために利用することを違法としている⁽⁷⁰⁾。そのことによって、憲法は機能上公正に行動し、

(70) Vgl. Dieter Grimm, Politische Parteien, in: HdbVerfR, S. 636ff.; ders., Nach der Spendenaffäre: Die Aussichten, den Parteienstaat rechtlich

場合によってはありうる圧力に屈しないよう意志する人々に法的に強い地位を与えた。政党に対して距離を維持することは、その場合、諸個人の特別な道徳的能力には依存しておらず、システムにおいて制度的に保障されるのである。

79 国家と私人との協同

国家的領域と私的領域との境界は立憲主義にとって構成的なものであるが、国家がその福祉国家的諸任務を遂行するまさにその際に私人との協同に頼ることが多くなるにつれて⁽⁷¹⁾、〔そうした境界は〕さらに掘り崩される。秩序の形成と未来の安定化は命令と強制という特殊国家的な手段に依拠することを広い範囲で拒む。一部には、命令的手段の投入は事実上不可能である。なぜなら規律対象は命令を免れているからである。研究結果、景気上昇、メンタリティの変化は、命令されえない。一部には、命令的手段の投入は法的に許容されない。なぜなら基本権は社会的アクターの決定の自由を保障するからである。投資命令、労働力の雇い入れの義務付け、消費強制は、憲法によってカバーされないだろう。一部には、命令的手段の投入はたしかに可能であり、かつ許容されるのだが、好都合ではない。なぜなら、効果的で命令的な操作プログラムの定式化のために必要な情報が国家には欠けているからであり、または命令的な法のための実行コストが高すぎるからである。

80 私人の服従態勢への依存

それゆえ、これらの領域で国家は久しい以前から、間接的な作用をもった、たいていは財政的な種類の動機づけ手段、刺激および威嚇に訴えているのであり、それらは操作の名宛人たちが国家の側で確定されている公共の福祉の要件を自発的に計算にいれることを促すとされる。たしかに国家はそれによって公共の福祉について認められた支配的地位を去り、私的アクターを含む段階へと移行する。同じ規模で国家は公的諸目的の実現を私的な服従態勢に依存させる。そのことは私的アクターたちに国家に対する拒否権を得させ、この拒否権は彼らが公共の福祉の諸要件に対して自己の利益を主張するチャンスを著しく高めるのである。しかしながら、通常、拒否権は拒絶において現れるのではな

ezuzugrenzen, in: ders., Die Verfassung und die Politik (N 39), S. 158; Luhmann, Die Politik der Gesellschaft (N 3), S. 253ff.; ders., Das Recht der Gesellschaft (N 21), S. 468ff.〔前掲邦訳、注21参照〕は、一方における政治、他方における行政と司法との間に決定的な権力分立のラインが走っていることを強調している。

(71) Vgl. Dieter Grimm, Verbände, in: HdbVerfR, S. 657.

く、国家が当然にも操作プログラムにおける自らの妥協によって報いるべき協同態勢において現れるのである。

81 協定を結ぶ国家

国家は、公的利益と私的利益が互いに調整される交渉システムの設立を伴う新たな状況に対応した。その際、公共の福祉の諸要件についての国家意思形成に時として付け加わるのは、貨幣またはコンセンサスの必要を過度に上昇させることなしに、どの程度目的が実現されうるかについて、公共の福祉問題を引き起こす者たちと交渉することである。しかし、ときとして国家は公共の福祉のために解決を必要とする問題を定義することに自己を制限することもあるが、その解決を交渉に委ねる。この交渉は、国家的アクターと私的アクターとの間での法律内容について申し合わせることになるか、または私的部門が適切な行動を承諾するのと引き換えに国家が規制を放棄することになる⁽⁷²⁾。そのとき法律は、譲歩態勢を向上させるための脅迫手段として機能するにすぎない。私的部門にとっての利点は、義務がより緩やかとなることであり、国家部門にとっての利点は操作関連情報を受け取ること、または実行コストを節約することである。

82 公権力への私人の参与

この種の取り決めはインフォーマルな領域にとどまるとしても、それらの取り決めが望まれた効果を達成することができるのは、両部門がそれらに拘束されていると感じている場合のみである。まさにこの拘束ゆえに、その優位はもはや影響力の諸カテゴリーではなく、参与の諸カテゴリーによってのみ把握されうる。しかし、それにより憲法が支配の正統性のために行ってきた、本質的な合理性による予防措置はすり抜けられる⁽⁷³⁾。一方では、選挙人・公的討議

(72) Vgl. *Tobias Köpp*, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001; *Arthur Benz*, Kooperative Verwaltung, 1994; *Andreas Helberg*, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, 1999; *Rossen* (N 66); *Dieter Grimm*, Das Grundgesetz nach 50 Jahren, in: ders., Die Verfassung und die Politik (N 39), S. 295 (317ff.); *Lothar Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002; *Matthias Herdegen/Martin Morlok*, in: VVDStRL 62 (2003) (im Erscheinen [原文執筆時現在])。)

(73) Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozial-staatlichen Demokratie, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie (N 24), S. 406。

への参加者および自己の利益の代表者といった一般的な公民の地位にもはや限定されておらず、国家意思形成自体に参加するが、公権力のあらゆる担い手に妥当する民主的な正統化関係や責任関係には入らない私人が存在する。他方では、憲法に規定された諸々の決定機関や決定手続きは、国家が交渉システムへと逃れれば逃れるほど、価値を失ってゆくのである。

83 議会の衰弱

その効果は特に中央的法制定機関、すなわち議会に及ぶ。そうした交渉に議会は参加していない。国家部門でその交渉にあたるのは常に政府である。そうした交渉から法案が案出されると、この法案はたしかに議会の議決によってのみ法的妥当性を獲得することができる。しかし議会は、国際法上の条約を議決によって批准すると類似した批准状態に置かれる。議会は、交渉の結果を受け入れたり拒否したりできるのみであり、手を加えることはできない。国際法上の条約の場合とは異なり、議会の行為の余地はこの場合たしかに事実上で制限されているだけであって、法的に制限されているのではない。しかし、そうした制限は少なからず強圧的に作用する。なぜなら、あらゆる変更的介入が結果全体を危険にさらすであろうから。その交渉において規制放棄が取り決められたなら、その場合、議会は全く関与しない。たしかに政府の規制放棄は、議会が自ら立法の発案をすることを妨げることはできない。しかし、それ〔議会による立法の発案〕が成功するのであれば、〔議会の〕多数派は自分たちによって支えられた政府を、ほとんど何も期待できないとして、否認するはずであろう。

84 透明性と参加の減少

議会の不参加によって、まさしく立法過程の議会段階が持っている諸々の利点も欠落する。それは特に、ある企図の必要性、目的および手段を根拠づけ、かつ批判にさらすはずの公的議論である。それによって同時に公衆が立場を明らかにし、その手続きに影響を及ぼすことができる。そのことは、とりわけ準備段階においてさえその見解を尋ねられることがなかった集団にとって重要である。それに対して、交渉から法案が案出されると、その法案は引き続いて議会での手続きを通過しなければならないのだから、議会での審議はたしかに行われうる。しかし、その審議には、社会的討議と国家的討議を互いに結びつける力が欠けている。交渉結果が確定されているので、議会の審議は、公衆をして、なおざりにされた利益を効果的に申し立てさせたり、自己の見解を主張させたりするフォーラムをもはや開かないのである。

85 民主制のコストと法治国家のコスト

これらの弱点は、法律またはそのインフォーマルな基層の内容において、つまり私的アクターの自己の義務づけにおいて続いている。交渉結果は、通常、正統性を基礎づけるよう作用する一般的承認力の程度に達しないだろう。交渉がなされるのは、必ずしもすべての該当者とはなく、拒否権の保持者とのみだからである。拒否権保持者の利益は考慮されるチャンスをより高度に持っているものであり、そうしたチャンスは前国家的に蓄積された強みににおいてだけではなく、国家によって準備された手続きにも根拠を持っている。後者は、憲法規定が法制定との関連でまさしく中立化しようとした諸々の社会的な権力地位をプレミア化する。憲法によって厳格な平等原則が妥当するところで、現実には特権が形成される。同じ程度で選挙の意味は減少する。なぜなら、もはや選挙だけが法制定過程における政治的重要性を配分するのではないからである。規範統制にとって対象が欠落し、行政統制にとって基準が欠落する場合には、裁判所による権利保護も結局はうまく機能しないのである。

86 憲法化の構造的障害

憲法が交渉の実践によって被った民主制の損失および法治国家的損失にもかかわらず、この実践を即座に阻むことは、ほとんど見込みがないように見える。なぜなら、そうした実践は、憲法による禁止に対して大いに抵抗力のある構造的諸原因を有しているからである。他方で、その実践は、法の産出についての憲法上の合理性による予防措置に深い裂け目をあける。こうした裂け目は、憲法上の準備態勢の欠如よりもむしろ、要求多き憲法モデルの実現についての構造的障害の増大に根拠を持つ。たとえ交渉による合意を憲法化したとしても⁽⁷⁴⁾、それによって交渉による合意からインフォーマル性を帯びた性質を奪い去ることはできないだろう。むしろ、憲法の規範的要求は限定的にしか満たすことができず、しかもそうした損失の補償があるかどうかとも分からないということ、このことに慣れておかなくてはならないのである。

IV 国家の彼方での憲法化

87 公権力と国家権力の同一性

憲法は国家の憲法として成立した。その目的は公権力の法化にあったのであり、公権力は成立時、またその後長い間、国家権力ひとつであった。あらゆる

(74) たとえば、*Winfried Brohm, Rechtsgrundsätze für normensetzende Absprachen*, in: DÖV 1992, S. 1025; *Herdegen/Morlok* (N 72) における諸提案。

国家は、たしかに他の諸国家に囲まれていたが、諸国家の境界は、そこで国家権力が終了するという点にこそ意義があった。境界線は、たいていは戦争の結果として変更されることがあった。それによって、国家権力の空間的な妥当領域は変更された。併合という極端な事例では、古い国家権力に代わって新しい国家権力が登場した。しかし、そのことで、ひとつの国家の領土上には、支配の権能を誰とも分けあう必要のないひとつの国家権力のみが存在したということには何の変わりもなかった。たしかに諸国家の上方には、法なき空間が広がっていたのではなかった。諸国家の諸関係は、国際法において規律されていた。しかし、国家権力を顧慮せずに国際法を貫徹することができるような超国家的公権力は欠如していたのである。

88 国家の境界の相対化

公権力と国家権力の同一性は、憲法が政治支配を包括的に法化するという要求を実施しうる前提であった。この意味で、内部と外部との境界は憲法にとって構成的である⁽⁷⁵⁾。たしかに、この境界はこれまでの間、解消されはしなかった。国家の互いの関係においては、境界はむしろ次のような伝統的な意味を保持する。すなわち、国家権力は国家の領土上に境界づけられており、他の国家の同意なしにはその領土を拡張することができない。しかし、諸国家の上方には、諸々の政治的統一体または諸機構が成立した。たしかに、それらが成立したのは国際法上の諸条約のおかげであるが、それらの効力はもはや国家間の領域に限定されているのではなく、諸国家の内部に影響を及ぼし、そこで一部は直接的効力要求を持った高権的行為を定立している。しかしそれらを以って、内部-外部-境界をたしかに移動させるが相対化はしない新たな上位国家へとさまざまな諸国家がすでに合併していると看做すことはできないだろう。

89 欧州連合にとっての透過性

その最も進歩した例は欧州連合である。加盟諸国は、欧州連合に一連の高権、すなわち立法権を委譲したのであり、その立法権は連合によって固有の法秩序に基づいて行使され、加盟諸国に直接的に妥当し、憲法を含む国内法に対して優位を要求する。たしかに共同体法は、その場合^{ナツイオナル}国内的な憲法の要求に服している加盟諸国の同意なしには発生し得ない。しかし、加盟諸国の^{ナツイオナル}国内的な憲法の不可侵性は、満場一致原則——しかしその射程は常に減少してきた——が妥当するかぎりでは守られるにすぎない。それに反して、欧州連合は、共同体

(75) 国家の境界の意味について、Udo Di Fabio, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S. 51ff.

法およびその適用行為の執行と貫徹のために、加盟諸国に頼らざるをえない。強制手段は欧州連合にとって利用しうるものではない。高権の委譲は、これまで暴力独占の前で停止してきた。欧州連合は、たしかに、その規律権限の及ぶかぎり、暴力^{グヴァルト}の投入を正当化する諸目的を定義することができる。しかし、その投入自体およびその際に遵守されるべき態様はさらに加盟国家の責任に服するのである⁽⁷⁶⁾。

90 国際的諸機関についての透過性

欧州連合に追従する制度は、これまで地球の他の諸地域にもないし、グローバルな規模においても全くない。しかし、世界貿易機関〔WTO〕も内部と外部との境界の相対化に貢献している。たしかに、それは固有の法制定権限を保持してはならず、加盟諸国の条約的取り決めのためのフォーラムを形成するに過ぎないが。したがって、それはそのかぎりで国際法的な枠組みを突き破っている。しかし、裁判所類似の諸機関が運用する1995年に創設された紛争調停メカニズムによって、国際法的条約の方法で成立した法は条約を締結している当事者たちから独立する⁽⁷⁷⁾。他の世界大で活動している諸機構、世界銀行そして国際通貨基金〔IMF〕には、このような権能は欠けている。それら諸機構の実効性は、それらの諸機関の財政援助に諸々の条件がつけられうることから生じるのである。必要に迫られた諸国は、それらの財政援助をたしかに法的には免れうるが、実際にはほとんど免れえない⁽⁷⁸⁾。

(76) たしかに、この関係では EGV〔欧州共同体条約〕234条による議決前手続きが参照されるべきである。欧州法の遵守と貫徹に対するその影響力は、決して十分に高く評価されうるわけではない。とりわけ参照、*Joseph H. H. Weiler*, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, S. 188ff.; *Thomas de la Mare*, Article 177 in *Social and Political Context*, in: Paul Craig/Graíinne de Búrca (Hg.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, S. 215; 国内裁判所と欧州裁判所 EuGH との協力については、*Anne-Marie Slaughter/Alec Stone Sweet/J. H. H. Weiler* (Hg.), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Oxford 1998.

(77) 最近では、たとえば *Armin v. Bogdandy*, *Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation*, in: KJ 2001, S. 264, 425; *Markus Krajewski*, *Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation*, 2001.

(78) Vgl. *Jerzy Kranz*, *Entre l'influence et l'intervention: Certains aspects juridiques de l'assistance financière multilatérale*, 1994; *Ibrahim Shihata*, *The World Bank in a Changing World*, Bd. I, Dordrecht 1991; Bd. II,

91 政治の彼方での法の産出

しかし、諸国家によって生み出されたこれらの諸制度には、やがてグローバルに活動する一連の私的アクターが、つまり主として企業だが数多くの「非政府組織」もが対立するようになる。それら私的アクターは、そのグローバルな行動範囲に基づいて広く自分自身のシステム論理にしたがうことができる。諸国家の内部で妥当する基準や義務を遵守する必要もなしに。それもかわらず、そのアクターたちも経済のグローバル化された諸セクターにおいて法的諸規制なしにはやっていけない。それらは、トランスナショナルな法——したがって国内の立法者が準備しえない法——を必要としている。グローバルな立法者が欠如するなかで、そのアクターたちは法的拘束を自己の手に引き受けた。グローバルな諸市場は、法的諸規制を政治から独立して創造する。このように、^{ナツイオナルシユタート}国民国家およびそれによって設立された国際諸機構の彼方で、法発生の諸形式が拡大しており、それに対して諸国家や諸機構はもはや影響力を持っていないのである⁽⁷⁹⁾。

92 憲法の包括的妥当性要求の喪失

これらの発展も、憲法に真っ向から反して突きつけられているのではない。基本法は、例えば最初から国家の境界を他の高権の権力にとって透過しうる durchlässig ものとした24条という形での開放条項 Öffnungsklausel を含んでいた。欧州連合にとっては、1990年の23条1項が助けになった。それにもかかわらず、憲法は全体としてそれに言及しないままではいるわけではない⁽⁸⁰⁾。一

Dordrecht 1995.

(79) Vgl. *Gunther Teubner*, Globale Bukowina, in: *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), S. 255; *ders.*, *Global Law Without a State*, 1997; *Yves Dezalay/Bryant G. Garth*, *Dealing in Virtue*, 1998; *Jürgen Neyer*, Legitimes Recht oberhalb des demokratischen Rechtsstaats?, in: *PVS* 40 (1999), S. 390; *Klaus Günther*, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität, in: *FS für Jürgen Habermas* (N 69), S. 539; *Boaventura de Sousa Santos*, *Toward a New Common Sense*, 1995.

(80) Vgl. *Udo Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, 1998, *ders.* (N 75); *Stephan Hobe*, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998; *ders.*, *Der kooperationsoffene Verfassungsstaat*, in: *Der Staat* 37 (1998), S. 521; *Rainer Wahl*, *Internationalisierung des Staates*, in: *Joachim Bohnert* (Hg.), *Verfassung-Philosophie-Kirche*. *FS für Alexander Hollerbach*, 2001, S. 193; *Volkmar Gessner/Ali Cem Budak* (Hg.), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalisation of Law*, 1998. EU

方で、憲法は、自己の包括的な妥当性要求にもかかわらず、自らの妥当範囲で作用する公権力を部分的にのみ、つまりそれがなお国家権力であるかぎりで規律するにすぎない。他方で、国家の領土上で妥当しているすべての法が必ずしも憲法において規律されている国内的な法源に由来するとは限らない。ひとつの、かつ同一の領土上でさまざまな独立した高権の担い手が競争しているだけではなく、そこで妥当する法は多元化される。そして、憲法は、さまざまな源から供給される異質の法秩序においてなお統一をもたらしうるわけではないのである。

93 間接的なグローバル化の諸効果

しかし憲法は、それが外部の法に覆われていないところでさえ、圧力にさらされることがある。そのことは、とりわけ、安定化のために世界銀行または国際通貨基金（IMF）の援助に頼らなければならない諸国において示される。たしかに、両機構にはそれらの国々の政治への介入が禁じられている。しかし、両機構は法改革や司法改革を政治には含めない。借款の貸与は、むしろかなりの程度で該当諸国における法改正または憲法改正にさえ結び付けられる⁽⁸¹⁾。そうした諸条件は、それだけを取って見ると、十分に根拠があるかもしれない。しかし、次のことを見誤ってはならない。もしそうした諸国に真面目に受け取られた憲法があるとするなら、これらの国がこうした諸条件の受け入れを強制されればされるほど、政治的諸決定へのそれら自身の憲法上の諸要求が抑圧されてしまうのだ。したがって、経済的強化は憲法の衰弱によってあがなわれる。安定した工業諸国の憲法でさえもが、ときとしてグローバル化の圧力を完全には免れることができないのである⁽⁸²⁾。

について „Entbündelung der Verfassungsfunktionen“ という見出しの下に考察するものとして、たとえば、*Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 163ff.

- (81) IMF（国際通貨基金）と世界銀行の実践について、たとえば *Kranz* (N 78), S. 218ff.; *Ibrahim Shihata* (N 78); *ders.*, *The World Bank Legal Papers*, Den Haag 2000; *Anne Orford*, *Locating the International: Military and Monetary Interventions After the Cold War*, in: *Harvard International Law Journal* 38 (1997), S. 443; *Paul Mosley/Jane Harrigan/John Toye*, *Aid and Power: The World Bank and Policy Based Lending*, London ²1995; *Jonathan Cahn*, *Challenging the New Imperial Authority*, in: *Harvard Human Rights Journal* 6 (1993), S. 159.

- (82) 基本法が、いかにグローバル化の圧力にさらされているかについての例として、*BverfGE* 92, 26. そこでは、連邦憲法裁判所は次のようなジレンマに陥っ

94 ^{ナツイオナル} 国家の憲法の適応

そのことは、いかにして立憲主義の成果がこうした発展に直面して維持されるのか、という問いへのきっかけとなる⁽⁸³⁾。国家的なレベルではその可能性は低いようにみえる。基本法23条1項のような規定は、さらなるヨーロッパ統合へのドイツの協力の諸要件を定式化している。それらの諸要件は、ドイツ憲法の中心的憲法原則がヨーロッパ・レベルでも保障されなければならないということに本質がある。さらに^{ナツイオナル}国家の諸憲法が講じることのできる予防措置は、超国家的な法制定過程において自国の交渉上の立場を確定する際に、国内に妥当している法制定時の憲法上の諸要求を意味どおりに遵守するというものである。そのことが重要となるのは、超国家的な法制定が常に政府による法制定であり⁽⁸⁴⁾、^{ナツイオナル}国家の憲法で普通に見られる民主制保障メカニズムによる法制定として把握されないからである。基本法には、欧州連合に関するそうした予防措置が、諸ラントの協力に関する23条2～7項および議会の協力に関する45条において見出される。

95 超国家レベルにおける憲法化

もっとも、そこに完全に等価の代償があるのではない。それゆえ本来の問いは、立憲主義の成果を超国家的なレベルに引き上げうるかどうかである⁽⁸⁵⁾。その問いは、以前には良き理由から発せられなかった。1973年にはまだルーマンは、市民的立憲国家の憲法化と比肩しうるような憲法状況の根本的変革が再び起こることは決してない、と主張することができた⁽⁸⁶⁾。公権力と国家が分

ていることに気づいている。すなわち、高いドイツの基本権スタンダードを維持し、そうすることでこのスタンダードからすぐにあらゆる適用可能性を奪うのか、それとも、そのスタンダードを下げ、それによって適用可能性を維持するのか。

(83) Giovanni Biaggini, Die Idee der Verfassung - Neuausrichtung im Zielalter der Globalisierung?, in: ZSR 119 (2000), S. 445; Christian Walter, Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, in: DVBl 2000, S. 1; Antero Jyränki (Hg.), National Constitutions in the Era of Integration, Den Haag, 1999.

(84) Armin v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, 1999.

(85) Vgl. Haltern (N 49); Robert Uerpman, Internationales Verfassungsrecht, in: JZ 2001, S. 565; David Held, Democracy and the Global Order, Cambridge 1995; Stefan Gosepath/Jean-Christophe Merle, Weltrepublik, 2002.

(86) Luhmann (N 32), S. 4.

離し、公権力が非国家的諸制度によっても行使されることになって、次第にそうした変革が起こったのである。それに応じて、憲法化の概念にはいっそう広い領域が開かれることとなる。欧州連合の憲法化は久しく話題となっている。しかし、この間に、その概念は世界貿易機関〔WTO〕を先頭とする、さまざまな国際的諸機構にも関わるようになった。最近では、国際法の憲法化さえもが会話にのぼってきた⁽⁸⁷⁾。

96 憲法の国家からの分離可能性

歴史的確認によって明らかとなったように、憲法化は支配の法化の特殊形式である。それは国家におけるあらゆる支配の権能の集中化を前提とし、法化の一定の要求水準によって特徴づけられていた⁽⁸⁸⁾。法化の要求は支配が行われているところで発生する。その要求が憲法 *Konstitution* の形式において満たされるかどうかは、その諸前提が与えられているか、その要求水準が達成するかどうかにかかっている。したがって詳しく言うと、問われているのは、憲法がもともと国家に関わる法化の形式として国家に付着して国家から引きはが

(87) EU の憲法化については、とりわけ *Weiler* (N 76), v. a. S. 10ff.; *Armin v. Bogdandy* (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2002; *Stefan Oeter*, *Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozeß*, in: *ZaöRV* 59 (1999), S. 901. EMRK〔欧州人権条約〕については, *Christian Walter*, *Die EMRK als Konstitutionalisierungsprozeß*, in: *ZaöRV* 59 (1999), S. 961. WTO〔世界貿易機関〕については、すでに早い時期に書かれた *Ernst-Ulrich Petersmann*, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg 1991; さらに例えば, *Stefan Langer*, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, 1995; *v. Bogdandy* (N 77); *Krajewski* (N 77); *Peter-Tobias Stoll*, *Freihandel und Verfassung*, in: *ZaöRV* 57 (1997), S. 83; *Martin Nettesheim*, *Von der Verhandlungsdiplomatie zur internationalen Verfassungsordnung*, in: *Claus Dieter Classen* (Hg.), *Liber amicorum Thomas Oppermann*, 2001, S. 381. UNO〔国際連合〕については, *Bardo Faßbender*, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998), S. 529. 国際法について *Jochen Abr. Frowein*, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, in: *BDGVR* 39 (1999), S. 427; 一般に *Rainer Wahl*, *Konstitutionalisierung - Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?*, in: *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*. FS für Winfried Brohm, 2002, S. 191. 詳しい批判として、例えば *Haltern* (N 49).

(88) S. o. Rn. 58.

すことができないのかどうか、または憲法が公権力を行使する非国家的な政治的諸統一体にも委譲されうるのかどうか、ということである。

97 EU が持っている、憲法に規律される能力*

その問いを差し当たり欧州連合に向けるなら、目に飛び込んでくるのは、次のようなことである。すなわち、欧州連合は国家の質を保持することなく、これまで非常に多くの高権——つまり欧州連合がさまざまな諸機関との協働しながら加盟諸国における直接的効力を伴って行使する諸々の高権——を自己の中に統一したということである。これらも単独の政治分野に限定されたままではない。域内共通市場という経済的目的と並んで、諸々の権限は、やがて他の多くの活動分野へと踏み入ることになった。加盟諸国の法秩序は、共同体の法秩序と非常に緊密に絡みあっているため、共同体法を顧慮することなしにはもはや適切に記述できないのである。同じことは政治システムにも妥当する。^{ナツイオナル}国家の政治を叙述する際にヨーロッパ・レベルを見過す者は、自己の対象に的確な対処をなしえないだろう。それゆえ欧州連合は、連邦国家の上位国家に劣らず憲法に規律されうる形成物なのである。

98 EU 条約による公権力の法化

たしかに欧州連合に委譲された公権力の法化は、決して欠如していたのではなかった。法的行為、つまり六つの設立国によるローマ条約の締結によって、欧州共同体〔EC〕が生み出された。しかし、その条約は共同体の設立に尽きるわけではなかった。それは同時に共同体に諸々の目的を設定し、権限を配分し、その権限を遂行すべき諸機関を設置し、それらを互いに境界づけ、それらの人材配置を命じ、手続きを規定し、共同体および加盟諸国ならびにその市民たちの関係を規律した。すでにこの列挙によって認識しうるのは、欧州連合における諸条約は、^{ナツイオナルシュタート}国民国家において憲法が果たす諸機能を引き受けているということである。それら諸条約は、そのものずばり欧州連合の憲法と呼ばれることも珍しくはないのである⁽⁸⁹⁾。

99 条約と憲法の差異

たしかに伝統的な国家憲法から共同体の法的基礎が区別されるのは、後者が今日まで国際法上の条約であるという点である⁽⁹⁰⁾。それによると、欧州連合

(89) 最近のものだけを挙げると、Peters (N 80): *Ingolf Pernice/Peter M. Huber/Gertrude Lübke-Wolff/Christoph Grabenwarter*, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in: VVDStRL 60 (2001), S. 148, 194, 246, 290; v. *Bogdandy* (N 87).

が行使する公権力は、人民 Volk に由来するのではなく、加盟諸国に由来する。これら加盟国が全加盟国での批准による国際法上の条約締結という方法で欧州連合を設立したことに見られるように、加盟諸国は欧州連合の基本秩序の変更さえも留保している。こうした変更は人民 Volk の憲法制定権力の表現ではないし、人民を代表するとされる欧州連合の機関によってさえ責任を負われることがない。欧州連合は自らの法的基礎に関しては、国家と異なって他律的に決定されているのであり、自律的に決定されているわけではない。要求多き意味の、つまり単なる法化とは区別される意味の憲法を示すために本稿で列挙した諸基準に照らすと、概念上完全な意味の憲法と呼ばれるためには民主的権限のみが欠けているのである⁽⁹¹⁾。

100 完全な意味での憲法——欧州国家

もっとも、加盟諸国家は欧州連合の法的基本秩序についての自らの支配権を最後の国際法的条約によって放棄し、欧州連合に民主的な足場を据え、それにより自らの法的基本秩序についての自己決定権を欧州連合に付与することを妨げられてはいないだろう⁽⁹²⁾。たとえ加盟諸国が将来の改定において参与権を留

(90) 国家憲法もたしかに条約によって成立しうる。すなわち、それ以前の独立諸国家が、新たな（連邦）国家へ合併する場合。しかし、その条約はの場合、法的基礎の発生形式でしかない。新しい国家の設立によって、条約の性格は使い果たされる。その法的基礎の未来の運命は、新しい政治的統一体の自律的決定へと移行する。たとえその場合に、設立者となる諸国家が共同決定権を維持したとしても、それでも通常は単独で決定できるわけではないし、国際法上の条約の場合に放棄しえない満場一致の前提のもとで決定するのでもない。

(91) 詳しくは *Dieter Grimm*, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1994; *ders.*, *Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?*, in: *ders.*, *Die Verfassung und die Politik* (N 39), S. 255; *ders.*, *Vom Rat zur Staatenkammer*, in: *ebd.*, S. 264. さらに参照, *Gunnar Folke Schuppert*, *Zur Staatswerdung Europas: Überlegungen zu Bedingungsfaktoren und Perspektiven der europäischen Verfassungsentwicklung*, in: *StWissStPr* 1994, S. 35; *Larry Siedentop*, *Democracy in Europe*, London 2000; *Marcel Kaufmann*, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, 1997; *Joseph Weiler/Ulrich Haltern/Franz Mayer*, *European Democracy and Its Critique*, in: *West European Politics*, 18/3 (1995), S. 4.

(92) Vgl. *Peters* (N 80); *Armin v. Bogdandy*, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999; *Wolfram Hertel*, *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, 1999; vgl. auch *Neil MacCormick*, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Practical Reason*,

保したとしても、それら諸国はこの権利をもはや外から条約締結によっては行使できず、内部でのみ欧州連合の機関として行使することができるだろう。それにより、それらの条約は、他の点で条文の改定を必要とすることなく、概念上完全な意味の憲法へと移行するだろう。たしかに、それによって欧州連合は、ひとつの（連邦）国家へとひそかに変化しさえするだろう。というのも、基本秩序に関する他者決定と自己決定との間には、国家複合* と連邦国家との微妙な境界が走っているのだからである。

101 世界レベルには憲法に規律されうる対象は存しない

たしかに憲法化された欧州連合は、^{ナツイオナルシステート} 国民国家と同じく自己の境界の相対化に対して抵抗力を持たないだろう⁽⁹³⁾。それゆえ、憲法問題 Konstitutionsfrage はグローバルな次元で継続する。このレベルでも法化の過程は始まっているのであり、この過程は国際法において深い痕跡を残している。主要な適用諸領域は経済的諸関係と人権であるが、たしかに結合されてはいない。しかし内部的な憲法化にはやはり外部的な憲法化が続くということは⁽⁹⁴⁾、正確な観察を行うなら確証されえない。一方で法化とヒエラルヒー化との差異に、他方で法化と憲法化との差異に固執するなら⁽⁹⁵⁾、国際的レベルの憲法化には、すでに基本的前提が欠けていることが明白となる。つまり、憲法に規律されうる対象はこれまで存在していないのだ。自己形成する国際的秩序は、むしろ結合していない支配の諸中心および法源の多元性において前国家的状態を想起させる。それらをまとめ、民主的に正統化するのは、はるかな未来のことである。憲法という概念に含まれた要求はここでは近似的にさえ実現しえない。その

Oxford 1999; *Ingolf Pernice*, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam, in: CMLRev 36 (1999), S. 427; *Paul Craig*, Constitutions, Constitutionalism, and the European Union, in: E. L. Rev. 7 (2001), S. 125; *ders.*, The Nature of the Community: Integration, Democracy, and Legitimacy, in: Craig/de Búrca (N 76), S. 1. しかし、望みうことは可能性とは区別されるべきである。それがここでは議論になっていない。それについて参照, *Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung? (N 91); さらに *Di Fabio* (N 75), S. 62ff.; *Weiler* (N 76), S. 324ff.; *Kalypso Nicolaidis/Robert Howse* (Hg.), The Federal Vision Oxford 2001; *Ulrich Haltern*, Europäischer Kulturkampf, in: Der Staat 37 (1998), S. 591; *ders.*, Gestalt und Finalität, in: v. Bogdandy (N 87), S. 803.

(93) *Walter* (N 83), S. 1.

(94) 例えば *Di Fabio* (N 75), S. 68.

(95) S. o. Rn. 2 u. 8.

ことが、法化の進歩を低く評価する理由ではない。だが、憲法の世界大の凱旋行進によって覆い隠すことができないのは、開始されている脱国家化と同時に、憲法がその最高潮を過ぎてしまったということなのである。

C 参考文献

- Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 96ff.
 [上記の文献を部分的に邦訳して収録したものとして, E・W・ベッケンフェルデ『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳, 風行社, 1999年]
Armin von Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999.
Jon Elster/Rune Slagstad (Hg.), Constitutionalism and Democracy, Cambridge 1988.
Udo Di Fabio, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001.
Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, ³2002.
ders., Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, ³1995.
ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987.
Peter Häberle (Hg.), Verfassung, 1978.
Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.
Stephan Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998.
Hasso Hofmann, Politik, Recht, Verfassung, 1986.
Werner Kagi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates 1945.
Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176ff.
ders., Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, in: Der Staat 12 (1973), S. 6ff., 165ff.
Heinz Mohnhaupt/Dieter Grimm, Verfassung, ²2002.
Pasquale Pasquino, Sieyès et l'invention de la constitution en France, Paris 1998.
Ulrich K. Preuß, Revolution, Fortschritt und Verfassung, 1994.
ders. (Hg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994.
Wolfgang Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, 1999.
Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928. [カール・シュミット『憲法理論』尾吹善人訳, 創文社, 1972年, 同『憲法論』阿部照哉・村上義弘訳, みすず書房, 1974年]
Rudolf Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998.
Gerald Stourzh, Wege zur Grundrechtsdemokratie, 1989.

Gunther Teubner, *Global Law Without a State*, Aldershot 1997.

Rudolf Vierhaus (Hg.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, 1977.

Rainer Wahl, *Konstitutionalisierung - Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?*, in: Carl-Eugen Eberle (Hg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*. FS für Winfried Brohm, 2002, S. 191.

Joseph H. H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999.

Gustavo Zagrebelsky u. a. (Hg.), *Il Futuro della Costituzione*, Turin 1996.

訳注 (各注の冒頭の数字は段落番号を示す。)

- 2 憲法化 *Konstitutionalisierung*. 「立憲化」とも訳されることがあるが、「憲法化」という訳語もある。本稿では、この単語が *Konstution*, *Konstitutionsfähigkeit* の類義語であること、「法化」と対比されて使われていることを考慮し、「憲法化」と訳す。
- 3 全体社会 *Gesellschaft* や機能的分化 *funktionale Differenzierung* といった用語は、ニクラス・ルーマンによって社会システム論上の用語としても用いられる。原著者も、ルーマン的な意味でこの用語を用いているという。ちなみに、ルーマンの邦訳書を見ると、*Gesellschaft* を簡潔に「社会」と訳している場合もあるが、「全体社会」と訳している例も見られる (例えば村上純一・六本佳平訳『法社会学』岩波書店, 1977年, 馬場靖雄訳『近代の観察』法制大学出版局, 2003年)。ここでは「全体社会」という訳語にしたがう。
- 10 押し付け *Oktroyierung* この概念には、*oktroierte Verfassung* 欽定憲法という用語に示されているように「欽定」(君主による一方的制定) という意味もある。クロムウェルは君主ではないため、ここではあえて「押し付け」と訳した。
- 12 市民層 *Bürgertum*. ドイツ国法学には、ビュルガートゥム *Bürgertum* とブルジョアジー *bourgeoisie* を意味的に区別する用語法も見られるが、原著者によると、本稿原文に言う *Bürgertum* は *bourgeoisie* と同じ意味で使われており、それも階級 *Klasse* 概念ではなく、階層 *Schicht* 概念によって把握されたものであるという。こうした含意を踏まえて、「市民層」^{ブルジョアジー} と訳す。
- 16 暴力独占 *Gewaltmonopol*. ドイツ語の *Gewalt* は「権力」と「暴力」という二つの意味を持つ。原著者によると *Gewaltmonopol* は英語の *monopoly of force* に相当する語だという。原著者が自ら *Gewalt* 概念を考察したものとして参照, *Dieter Grimm*, *Das staatliche Gewaltmonopol*, in: Wilhelm Heitmeyer/John Hagan (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Gewaltforschung*, Wiesbaden 2002. なお、本訳稿において *Macht* を「権力」と訳す場合は原音を示すためにルビを付す。
- 22 操作の野望 *Steuerungsambitionen*. 辞書によると *Steuerung* には「コントロ

ール」などの訳語があるが、原著者によると「コントロール」という意味ではないという。ルーマンの邦訳書などには「操縦」と訳しているものもあり、法学の先行業績には「統御」と訳しているものもあるが、文脈を考え「操作」と訳した。Operationの訳語ではないことに留意されたい。

- 23 境界づける begrenzen. むしろ「限界づける」と訳すと意味が明確になる場合が多いが、原著者はEntgrenzung（脱境界化）という概念の対概念としてBegrenzung（境界づけ）という概念を用いているため、あえて「境界づける」と訳す。脱境界化の概念については、ディーター・グリム「21世紀の挑戦に直面する憲法」（三宅雄彦訳『比較法学』第36巻第2号，121頁以下）参照。

- 29 ここではNationとVolkという二つの概念が使用されているが、原著者によると、それほど強い意味の対比はなく、双方ともStaatsvolkと同様の意味で使用されているという。したがって、双方とも「国民」と訳した。

- 38 原著者によるとドイツ国法学にいうNationという概念は、若干^{エスニック}族群的なニュアンスを有する概念だという。その点、フランス憲法学のナシオンnation概念とは異なる。ここでは文脈に応じて「民族」または「国民」という訳語を当て、Nationalstaatを「国民国家」と訳すことにする。

- 58 原文には „im ersten Teil“ とあるが誤記。原著者に照会のうえ訂正した。

- 97 憲法に規律される能力 Konstitutionsfähigkeit. 直訳すると「憲法能力」または「立憲能力」となり、またバラフレーズして「憲法を持つ能力」と訳すこともできよう。なお、原著者によると、この語 Konstitutionsfähigkeitは「憲法に規律される能力」を意味すると言う。意味の正確さを示す意味でも、konstitutionsfähig（憲法に規律されうる）の名詞形であることを示す意味でも、本訳稿では「憲法に規律される能力」と訳す。

- 100 国家複合 Staatenverbund. この用語は、国家連合 Staatenbundよりは統合の程度が高いが、未だ連邦国家 Bundesstaatには至らない諸国家の集合体を指す。「国家結合」とも訳されることがあるが、国家連合 Staatenbundおよび連邦国家 Bundesstaatの上位概念である Staatenverbindungも「国家結合」と訳されることがある（参照，G・イエリネク『一般国家学』芦部ほか訳，学陽書房，1974年）。本訳稿では、概念の混同を避けるためにも田沢五郎『独＝日＝英 ビジネス経済法制辞典』（郁文堂，1999年）に拠って「国家複合」と訳した。

底本

Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof
Band I Historische Grundlagen
Dritte, völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage
Heidelberg 2003

訳者謝辞

埼玉大学の三宅雄彦助教授には、原文を見ながら拙訳を丹念に校閲して頂き、不明な訳語についてもご教示を頂いた。その後、早稲田大学の戸波江二教授の監訳を受け、訳文をよりの確なものとすることができた。訳者の非力にもかかわらず、本訳稿に正確さが加わっているとすれば、両氏の御尽力によるところが大きい。フンボルト大学法学部のレーナ・フォルヤンティ嬢には、辞書にないイディオムなどについて御教示いただいた。心より御礼申し上げます。

(2004年8月1日、ベルリン)