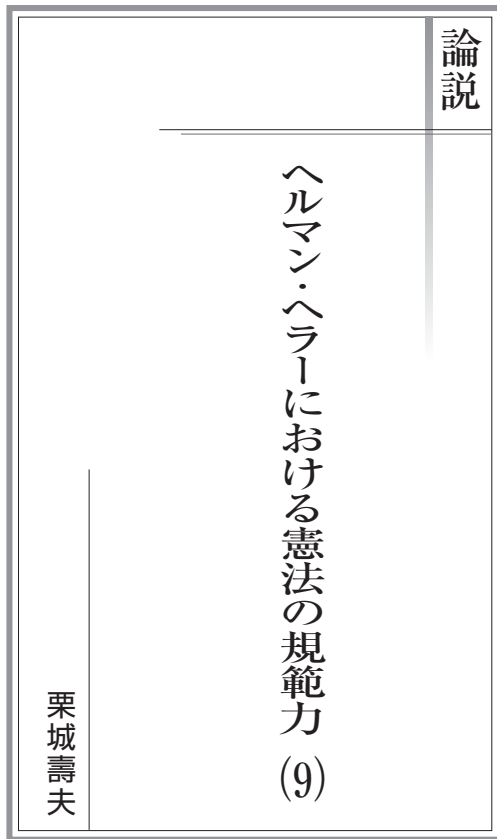




第一部 ヘルマン・ヘラーとワイマール憲法

I. ワイマール共和政における憲法学

II. 実質的憲法理論としてのヘラー理論

III. ワイマール憲法擁護のためのヘラーの実践的活動

IV. ワイマール憲法擁護の理論

(以上第 34 号)

第二部 ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力

I. ヘルマン・ヘラーの国家学の性格

1. 学科目としての一般国家学の枠内にあるもの
2. 国家における法の位置
3. 社会学的に基礎づけられた国家学
4. 政治学的に基礎づけられた国家学
5. 法理論としてのヘラー国家学に対する批判

(以上第 36 号)

6. 憲法理論 (Verfassungstheorie) としてのヘラー国家学

7. ヘラー国家学の特徴としての国家的統一性の追求

(以上第 37 号)

II. ヘルマン・ヘラーの憲法概念

(以上『名城法学』第 66 卷 1・2 合併号)

III. ヘルマン・ヘラーと憲法の規範力

1. ヘラーにおける国家的統一性の理論と憲法の規範力論
2. 憲法の規範力が可能となるための条件

IV. 憲法の規範力が可能となるための条件

1. 国家 (或いは憲法) への意思

(以上第 38 号)

2. 意思・価値共同体 (Willens- und Wertgemeinschaft) が存在すること

3. ボロンテ・ジェネラル (volonté générale)

(以上第 39 号)

V. 憲法の規範力が可能とされる根拠

1. 憲法の規範力が可能とヘラーが考える根拠
2. 人間本性の共通性
3. 社会的同質性 (soziale Homogenität) の存在

(以上第 40 号)

VI. 憲法の規範力と法原則

はじめに

1. ヴェスティングによるフォルストホッフの技術的現実化論の援用
2. フォルストホッフの技術的現実化論
3. 国家による技術のコントロールについてのフォルストホッフの考え方
4. フォルストホッフが技術的現実化を国家・憲法と取組むにあたっての基本的視角とした意図
5. ヴェスティングがフォルストホッフの技術的現実化論をもって国家・憲法を論究するための基本的視角としたことに問題はないか

(以上第 43 号)

6. ヴェスティングによるヘルマン・ヘラー批判

① 技術的現実化の進展がもたらした状況に対する対応について

(以上本号)

② ヴェスティングによるヘラーの法原則・法規範関係論批判

7. ヘラーの法原則論

VII. 憲法の規範力の観点から見た社会的法治国家論*

VI. 憲法の規範力と法原則

6. ヴェスティングによるヘルマン・ヘラー批判

ヴェスティングは、その著作『政治的統一形成と技術的現実化』(Thomas Vesting, Politische Einheitsbildung und technische Realisation, 1990)において、種々の観点から、ヘルマン・ヘラーの所論を批判している。ヴェスティングの批判は、前稿(拙稿「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力(8)」名城ロースクール・レビュー第43号〔2018年〕17頁以下)において指摘した如く、技術的現実化(technische Realisation)¹⁾の進展した状況を前提して、この状況にヘラーの国家論・憲法論は対応できないという事を基調とするものである。しかし、ヴェスティングが念頭に置いている技術的現実化の状況にヘラー自身は直面していないわけなのであって、したがって、ヴェスティングが批判の対象とするのは、技術的現実化の進展がもたらした状況にヘラー自身が直面していながら的確に対応できなかったという事よりは、むしろ、ヘラー自身は直面してはいないがヘラーの国家論・憲法論では的確に対応できないであろうという事である。ヴェスティングの批判は当然、技術的現実化の進展との対応から更に、ヘラーの国家論・憲法論の中核部分に進む。とりわけ、法原則と法規範との関係に関する理論が、それである。ヴェスティングは、技術的現実化の進展との対応と法原則・法規範関係論とを関連づけて検討

もしているのであるが、本論文としては特に後者に注目するので、一応分けて検討することにし、前者を本稿において検討し、後者を次稿において別個に検討することにした。

① 技術的現実化の進展がもたらした状況に対する対応について

ヴェスティングが、技術的現実化の進展がもたらした状況に対してヘラー理論では対応できない事として指摘するのは、(i) 技術的現実化の進展の結果として、政治的なもの(das Politische)、或いは政治が、その指導的・支配的地位を失っているのに、それを認識せず、政治的なものの優位を維持しようと試みている事、(ii) 技術的現実化の進展の結果として社会的分化が一層進展した事に対応して多元主義理論を展開したのは妥当であるが[(ii)(一)]、しかし、多元主義理論の立場を貫徹せず[(ii)(二)]、共通のものの存在、即ち同質性の存在の必要性を強調している事[(ii)(三)(A)]、国家的統一性を主張・強調している事[(ii)(三)(B)]、である。相互に密接に関連して説かれているが、一応分けて検討することにする。

(i) ヘラーが、政治的なものの衰頹を認識せず、政治的なものに依然として優位、トップの地位を与えようと試みている事

ヴェスティングは、“政治的なもの”という語を多用しているが、ヘラーはこの語を余り用いてはいない。しかし、ヘラーは、国家の活動を、地域共同体における共同作業を組織し現実的に稼働させる(aktivieren)活動として捉え、政治的活動をも基本的にそのようなものとして捉えているので²⁾、本稿では、政治的なものと国家活動を同じ意味のものとして用いる事にした。

最初に、ヴェスティングが技術的現実化の進展の状況の中で政治的なものが衰頹していると考えている現象として挙げているものを列記し[(一)]、次に、それに対してヘラーの試みが無

力或いは時代遅れとなっているところを記述し〔(二)〕、次いで、それに対するヘラーからのあり得べき反論を記述する〔(三)〕ことにする。

(一) 現象としての政治的なものの衰頹

(A) 政治的なものの衰頹は、既にワイマール時代に始まっていたが、第二次大戦後における技術的現実化の進展が、政治的なものの衰頹を決定的なものとした³⁾。

(B) 科学・技術は、他のシステムに比してより強く自律化を強め、独自の・自立的構造を築き上げ⁴⁾、遂に、その固有法則性を国家に押し付けるに至っている⁵⁾。科学・技術は、自然科学的・技術的パラダイムに従わない限り、国家の活動を阻止するに至っている⁶⁾。

(C) それに反比例して、科学・技術の進展がもたらす諸問題を解決する国家の能力は弱まり⁷⁾、国家は科学・技術を制御できなくなっている⁸⁾。

(D) 国家は、科学・技術のもたらす諸問題を解決できなくなるだけでなく、延いては、社会のあらゆる問題を解決する能力を失い、国家は、社会を統制する (steuern) 能力、社会を統合する能力、統一を形成する能力を失うに至っている⁹⁾。

(E) 政治は、社会の多くの分野において、科学と技術の固有法則性 (Sachgesetzlichkeit) によってとって代られ、科学・技術が政治的支配のシステムにとって代るに至っている¹⁰⁾。

(F) こういう状況になると、科学・技術がもたらした諸問題については、国家よりも自己革命を遂げた社会のほうが解決能力を持っており、解決の重点は、国家から社会に移っている¹¹⁾。国家・法・政治は、社会の固有法則性と独自の理論が実現されるための媒介項に過ぎなくなっている¹²⁾。国家は、市民社会の機能的機関 (Funktionsorgan) に転化している¹³⁾。

(G) 技術的現実化は、国家活動の一環としての法の規範的独自性を失わせ¹⁴⁾、規範の恒常性 (Normalität) 保障能力を失わせるに至っている¹⁵⁾。

(二) 現象としての政治的なものの衰頹に直面

しての (ヴェスティングから見た) ヘラー理論の対応能力

(A) 政治の余地は益々狭くなってきているので、ヘラー理論ではもはや対応できない¹⁶⁾。

(B) 科学・技術の進歩は、社会の中心的葛藤のテーマをリスク (Risiko) に移したので、ヘラーの理論では対応できない¹⁷⁾。

(C) ヘラーは、組織論 (Organisationslehre) を用いて国家を市民社会における自立的決定権者 (Instanz) として維持しようとしたが、これは技術が発達した時代においては不可能である¹⁸⁾。

(D) 政治的なものをもう一度トップ (das Erste) として取戻そうとするヘラーの試みは、失敗している¹⁹⁾。

(E) ヘラーは、国家と社会との関係における機能の変遷を見損なっている²⁰⁾。社会国家理論を支えるべき社会的基盤は、ヘラーが考えているより遥かに弱体化している²¹⁾。社会国家における国家の力が弱体化していることを、ヘラーは見損なっている²²⁾。

(F) 立法府による司法府・行政府のプログラミング (Programmierung) は、益々疑わしくなっている。こうした発展傾向は、ヘラーの理論をもってしては捉えられない²³⁾。

(G) ヘラーが用いる国家意思 (Staatswille) や政治的決断などの概念は、現実離れした、幻想的なものとなっている²⁴⁾。

(H) ヘラーは、社会の構造が人間に無条件に優位する事に注目しないで、人間による社会の再支配を主張しているが²⁵⁾、ヘラーの主張はナイーブな人間学 (Anthropologie) に過ぎない²⁶⁾。

(三) ヘラーからのあり得べき反論

(A) 「国家は国家としての対応能力を喪失している」という見方について

a) 人間の本性という観点から

国家が国家としての対応能力を喪失し、国家としての存在意義を失ったか、という問題にとって基本的意味を持つのは、如何なる観点から国家を問題にするか、という事であると思われる。この点でのヘラーの態度ははっきりしており、国家を考えるにあたっては、人間から出発

しなければならず、国家的現実を、なによりも人間的現実として考えなければならない、という事である²⁷⁾。この事は、単に、国家の現実のあり方に関わるだけでなく、国家が存在すべきかどうか、という事にも関わっていると言える。従って、国家の存在そのもの、国家のあり方を考えるにあたって、人間の本性を基礎にして考えなければならないという事になり、人間はその本性を維持・発展させるために不可欠なものを必要とし、その一つが国家、という事になる。ヴェスティングは、こういう考え方をナイーブな人間学として批判するが²⁸⁾、ナイーブかどうかは別として、人間学からのアプローチは国家を考える上で最も基本的なアプローチであって、ヴェスティングには、このアプローチが欠けている。付言すれば、ヴェスティングは、彼が依拠するフォルストホッフ (*Ernst Forsthoff*) が、人間性、人間の自律のために国家が必要であると説いている事²⁹⁾を、無視している。

更に付言すれば、ヴェスティングが依拠する一人たるプロイス (*Ulrich K. Preuß*) が、リスクに対する備えを国家任務とし、国家任務としての安全を人間の基本的需要によって根拠付け、人間の安全に対する需要を端的に人間学的コンスタントとしている事が、注目される³⁰⁾ (プロイスは、科学的・技術的發展がもたらすリスクに予め対処する事をもって、国家の任務としている³¹⁾)。また、最近の文献の中では、シュミット＝ヨルチヒ (*Edzard Schmidt-Jortzig*) が、人間の保護必要性和秩序への希求とを国家の必要性のための人間学的な基本的要因として挙げている事を、指摘することができる³²⁾。

b) 任務 (Aufgabe) という観点から

国家の問題対応能力・問題解決能力の弱体化 (“*Saatsversagen*”) という表現が用いられる事がある) が指摘されるようになってきている状況のもとで、それを事実として一定程度肯定した上で、しかし、それに対する反作用として、国家を任務という観点から捉え直し、任務を果たすものとしての国家の不可欠性を主張する傾向が、ヴェスティングがその著作を発表した 1990 年

以降、目立つようになって来ている。グリム編『増加する国家任務——衰頹する法の統御能力』(D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990)、及び同編『国家任務』(D. Grimm (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994) 所収の諸論文が、その代表的なものと言える。この論文集所収の論文の中で編者グリム (*Dieter Grimm*) は、社会は自己統御能力が大きくなっても、その自己統御を実現するための前提を自ら作り出すことはできず、それを作り出す任務を持つものとしての国家は不必要にはならないと述べ³³⁾、更に、科学・技術の進歩がリスクを生み出したために、リスクに予め対処するために国家の活動を拡大する事が必要になったという事を主張しつつ、従来の命令・強制という手段とは異った手段をとる事が必要になった事、とりわけ、国家活動の名宛人の積極的対応に依存する事が大きいために交渉・協働という手段をとる事が必要になった事、を指摘している³⁴⁾。いわば、科学・技術の進歩がもたらした状況の変化に対しては、国家活動そのものの廃止によってではなく、国家活動の方式・態様の変化によって対応すべきである、という考えをとっている。なお、この問題に関して、グリムが、国家の正当化には手続による正当化と並んで任務による正当化が存在する、と述べている事³⁵⁾が、重要な意味を持つものとして注目されるべきである。

更に、また、国家を任務としての観点から論じたものとして、ザラディンの著作『何のために国家はなお必要なのか? —— 国家を超える世界の中での現代民主的法治国家の諸機能』(*Peter Saladin, Wozu noch Staaten?: Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaates in einer zunehmend überstaatlichen Welt*, 1995) が重要である。ザラディンは、国家論・憲法論において、国家任務及び任務を果たすべき国家の責任が論じられていない事を批判し、ザラディン自身としては、人間の尊厳の維持、人間の生存の確保、更に、文化の促進という任務は、正義の原理への方向付け、高度に分化した複雑な組織、及び、一定の地域における

強い力 (Macht)、という三つの資格を備えた国家がこれを果す責任があり、且つ、その場合、国家は国家の下部にある共同体と国家の上部にある共同体の中間にあるものとして、これら下部・上部の共同体と協働しながらその責任を果す限りにおいて、その存在意義を持っている、と主張する。なお、ザラディンは本書の中で、ヘラーが不十分ではあるが国家目的という形で国家任務を論じた事を、評価している³⁶⁾。

ヴェスティングには、任務という観点から国家を捉えるという態度が、稀薄と思われる。

c) 規範的観点から

任務の観点の稀薄さと密接に関連している事であるが、国家が国家を構成している人間のために為すべき事は何かという問題意識が、ヴェスティングには稀薄であると思われる。ヴェスティングの記述においては、科学・技術の進歩の大きさ・強さをそのまま受取り、記述し、且つ、それに国家が対応できないという事実を記述する事が前面に出ていて、科学・技術の進歩及びその結果に対して、人間が如何に対処すべきか、人間によって構成されている国家が如何に対処すべきか、という観点が後景に退いているように思われる。ヘラー自身この問題に直面したわけでは必ずしもないので、この観点を持っていたとは確信できないが、しかし、ヘラーは、その考察の出発点に、“人間は規範意識によって本質的に人間になる、その意味で人間は *utopisch* である” という命題を掲げていたところから見て、規範的観点を持って対応していた事と思われる³⁷⁾ (規範的観点の有無という問題については、ヴェスティングが——少なくとも部分的には——属すると思われるシステムの国家論について、アンターとブレークの『国家観念』[*Andreas Anter/Wilhelm Bleek, Staatskonzepte*, 2013] が、規範的問題意識の欠如を指摘している事に示唆を受けた³⁸⁾。また、アンターとブレークが、最近の国家理論の文献において国家の規範的ディメンジョンが前面に押し出されて来ているという事を指摘しているのが、注目される³⁹⁾。

(B) 「国家よりも社会のほうが解決能力を持っている」という見方について

ヴェスティングは、技術的現実化の進展がもたらす諸問題は国家よりも社会のほうによりよく解決することができる、と主張する。この主張は、a) 国家と社会とを分離する立場に立ち、その上で、b) 国家よりも社会のほうが解決能力を持っている、とする考えに立っている。それぞれについて検討する。

a) 国家と社会との分離

1) ヴェスティングは、ヘラーが国家を市民社会における独自の (*eigenständig*) 決定機関 (*Instanz*) と考えている事を批判し、且つ、その事に基づいて、ヘラーが国家と社会との厳格な分離に執着していた、と主張する⁴⁰⁾。しかし、国家を市民社会の上に立つ独自の決定機関として捉える事を基礎にして国家と社会との分離論に固執したのは、ヴェスティングが技術的現実化論を徹底的に依拠するフォルストホッフなのであって⁴¹⁾、ここでフォルストホッフの考えをヘラーに投影するのは、理解に苦しむ。

2) なによりも、ヘラーは国家と社会の分離論をとっていないと言うべきである。この事は、国家と社会との分離論の憲法分野における現われと言うべき法律二元論にヘラーが徹頭徹尾反対していた事⁴²⁾ から見ても、明らかである。ヴェスティング自身、ヘラーを民主的絶対主義者と決めつけている事⁴³⁾ —— この捉え方の妥当性については次稿で検討する —— が、ヴェスティングがヘラーを分離論者でないと見ている事の証拠と言えよう。

3) また、直接的にもヴェスティングは、ヘラーの社会的法治国家論をもって、“国家と社会を、主権的国民の政治的意思を通じて、国家と社会とを包含する作用統一体へと統合せんとする試み” と理解している⁴⁴⁾ (尤も、ヴェスティングは、ヘラーがこの試みから国家の力の増強を帰結したのは誤りだとしている⁴⁵⁾ のであるが…)。

4) ヘラーが、地域共同体における共同作業を組織し、稼働させるものとして国家を考え、この共同作業において統治機構がイニシアティ

ブをとると考えている事は確かであるが、しかし、ヘラーにとって基本的な事は、共同作業を組織し、稼働させる決定・作用統一体としての国家の中には、いわゆる“国家”も、いわゆる“社会”も、共に包括されているという事である。

5) ヘラーが国家と社会との分離論に対して否定的であるという事は、ヘラーが国家を秩序・機関・構成員の三要素から構成し、それぞれの要素の不可欠性を強調している事⁴⁶⁾から見ても、明らかである。確かに、ヘラーは、国家における機関の指導的役割を重視してはいるが、しかし、それにも増して、秩序及び秩序を動かす機関を消極的・積極的に支えるべき構成員の役割の重要性を強調しており⁴⁷⁾、いわば“社会”としての構成員の働きを組入れたものとしての“国家”の活動をヘラーは考えていた、と言わねばならない。

b)「国家よりも社会のほうが問題解決能力を持っている」という見方について

1) 科学・技術の進展から生ずる諸問題（とりわけリスク）に対しては、地域共同体が総力を挙げて対応しなければならないわけであり、統治機構の中にあるか外にあるかを問わず事に当たるべきであり、“国家”の領分、“社会”の領分などと言っておられないのではないか？

2) もちろん、この共同作業においてどちらがイニシアティブをとるかという問題はある。この点、ヴェスティングは、科学・技術の進展の結果、科学・技術だけでなく、社会のその他の分野が自律性を獲得し、その結果、社会的団体が形成され、このような社会的団体が統治機構に要求を突き付け、統治機構をしてその要求に対応させ、統治機構の政治的力の自律的地位の担い手としての地位を失わせた、と述べているのであるが、果して、そこまで言えるであろうか？⁴⁸⁾ 現に、ヴェスティングは、このような叙述の文脈の中で、統治と行政は非国家的組織と密接に協働してのみ、その政策を実行することができ、政策実行の名宛人の積極的協力を前提すると述べ、国家は益々名宛人（いわば“社会”にあたるか——筆者）の知識とロイヤリティ

イ、名宛人によるその措置の受容れ（Akzeptanz）に依存すると述べているのであるが⁴⁹⁾、協力と言ひ、ロイヤリティと言ひ、受容と言ひのは、“国家”と“社会”の連携・共働において“国家”がイニシアティブをとる事を、ヴェスティングが認めている事を意味するのではないか？

3) ヴェスティングは、ヘラーが国家の力を過大評価しているという事を批判するのであるが、ヘラーは国家における力と国家の力とを区別し、権力機構が掌握している力としての国家における力は権力機構に帰属するが、国家における共同作業の成果としての国家の力は国家全体・国民全体に帰属すると考えていた⁵⁰⁾。ヘラーは、このような意味での国家の力によって国家任務を果すべきだと考えていたと思われる。

4) ヘラーは、いずれも不可欠のものとしての秩序・機関・構成員の三要素によって組織が構成されるものとし、三要素の共働の総合効果として組織としての国家が成立し、活動するものとし、且つ、構成員を共同作業に参加するよう動機付け、共同作業に参加した構成員の活動成果を総合する作用を組織化（Organisieren）と呼び⁵¹⁾、組織の成立・存続にとって、組織化の働きの意義を重視する。ヘラーが“社会”に対する“国家”の独自性を認めていたとすれば、それはせいぜいこの組織化の働きを重視する事にあったと思われる。

5) 以上のような事を基にして考えれば、科学・技術の進歩がもたらした諸問題については、個別具体的な問題に対する解決能力は“社会”各分野が持っているにしても、“社会”各分野に解決を促し、解決策を提出させ、提出された解決策を総合的視野に立って調整するのが国家の役割、というように考えるべきではないかという事になる。

(ii) 社会的分化 (soziale Ausdifferenzierung) への対応について

技術的現実化は社会諸分野の相対的自立化をもたらし⁵²⁾、社会の諸分野への分化をもたらし。ヴェスティングは、ヘラーがこの状況に多元主義の理論をもって対応した事を評価しつつ

も⁵³⁾、多元主義の理論を貫かなかつた事を批判し⁵⁴⁾、且つ、貫かなかつたために状況に理論的に対応できなかつた、と主張する。

(一) 多元主義理論による対応

ヴェスティングは、ヘラーが社会的分化の達成された段階に適應した概念を作り⁵⁵⁾、ワイマール憲法学者の中で市民社会の現実的な発展に最も広く開かれた理論を展開した事を評価する⁵⁶⁾。ヘラーは、社会或いは国家の統一性を予め存在するものとは考えず⁵⁷⁾、統一性は統一性形成過程の結果として実現されるものと考えた⁵⁸⁾。それゆえ、ヘラーは、種々の利益や世界観に分化した社会において如何にして政治的統一性形成の過程が組織され得るのかという事を論究の中心に据えた⁵⁹⁾。このように多種多様なものからの統一性形成の過程に焦点を当てるので、ヴェスティングは、ヘラーの理論を手続に方向付けられた憲法観念 (verfahrensorientiertes Verfassungskonzept) と呼ぶ⁶⁰⁾。

(二) ヴェスティングによる批判

しかし、ヴェスティングは、ヘラーが多元主義の立場を貫いていない事を批判する⁶¹⁾。ヴェスティングから見て、それは二つの点に表れている。

(A) ヘラーは、種々の異った意見・勢力・グループが分化した社会において平和的に共存できるための条件として、最低限度の社会的同質性の存在を主張した⁶²⁾。

(B) ヘラーは、国家が社会の全領域に浸透し、社会を統一的なプランに従って形成する事を構想しており、活動能力のある国家のために配慮するあまり、社会の多様性・異質性の認識を迫った⁶³⁾。ヴェスティングから見て、ヘラーは国家の統一性形成力を過大評価している⁶⁴⁾。

(C) ヴェスティングは、技術的現実化が社会的同質性を破壊し⁶⁵⁾、国家的統一性形成力を喪失させた⁶⁶⁾と主張し、この点で、ヘラーが多元主義の立場を貫かなかつた事は誤っており、そのため、技術的現実化が進展した状況に対応できなくなつたと主張する。前者の問題については既に検討したので簡単に検討し、後者

の問題についてはより立入って検討することにする。

(三) ヘラーからのあり得べき応答

(A) 社会的同質性について

a) 社会的同質性が、国家、とりわけ、民主政国家の活動にとって不可欠と考えるヘラーは、しかし、ワイマール共和政の現実の中で社会的同質性が十分に存在していない事を認識した上で、社会的同質性の存在証明の再構築を試みた。

b) 社会的同質性の基本的捉え方

“敵対する者との討論によって政治的合意に到達することができるという確信が存在している状態、共通の討論の基礎の存在に対する確信が存在している状態”をヘラーは、社会的同質性の核心と考え、このような意味での社会的同質性が、民主主義・議会主義にとって不可欠と考えた⁶⁷⁾。その上で、このような社会的同質性の核心、即ち、共通の討論の基礎の存在に対する確信に寄与・貢献できるファクターをも、広い意味での社会的同質性に含めて考え、このようなファクターの発見・指摘に努めた。

c) 社会的同質性の存在証明の再構築の試み

1) ヘラーは、社会的同質性を同質性意識の問題として捉え、自然的条件や経済的利益など実体的なものが異っていても、同質性は存在し得るとする。そして、同質性の意識についても、それを緩やかに捉える。即ち、量的には、価値・意思共同体という意味での同質性は、国家の中核を構成するグループの連帯意識として捉え、すべての人について存在する必要はないとし⁶⁸⁾、質的には、ほとんどすべての人の中に存在すべきものとしての同質性たるわれわれ意識 (Wir-Bewußtsein) については、すべての個人の内心において行われる、矛盾の弁証法的調整として説明し、或いは、“社会的共同生活のために行われざるを得ない、内心における、順応と適應の過程の結果として生ずるもの”と説明する⁶⁹⁾。

2) 国家による統一化作用の効果としての同一性

ヘラーは、“相対的同質性は、国家の統一性

の原因の一つであり得るが、しかし、逆に、同質性は、国家的統一化の効果でもある⁷⁰⁾”という事を強調する（ヴェスティングも、この文章を一応肯定的に引用する⁷¹⁾）。こういう考え方は、ヘラー特有の考え方の一つであって、このような考え方を論理的矛盾と見ることもできるが、しかし、二つのファクターが相互に制約し合って相互にそれぞれの効果を高め合うという考え方は、有意義な考え方だと筆者には思われる⁷²⁾。

3) 同質性における精神的要素の強調

ヘラーは、人々の倫理的法原則に対する共通の確信によっても同質性が成立し得ると考える⁷³⁾。この点は次稿で検討するが、倫理的法原則は、それを具体化して行く事によって法体系の構成を促すという面（アウトプットの面）と、それに対する共通の確信によって同質性を成立させ、人々の統合を進めるという面（インプットの面）とを持っている。本論文は、後者の面を重視する。

4) 多元的な同質性ファクターの総合的效果としての同質性

ヘラーは、法律的・政治的同質性、経済的同質性、人種的同質性、民族的同質性、宗教的同質性などの、いわゆる同質性ファクターを個別に検討し、これらのファクターの単独効果としてではなく、それらの総合的效果として、社会的同質性が実現される可能性がある事を指摘する。尤も、すべての同質性ファクターを総合しても、完全な同質性が実現されない事も、認めている⁷⁴⁾。

d) 期待としての同質性

ヘラーは、以上のような社会的同質性の存在証明の再構築の試みを行った後で、ワイマール共和政において、全体的に見て社会的同質性が十分には存在していない事を率直に認めた上で、なお、労働者階級に対しては、民主主義的政治形態の精神的・倫理的基礎とその歴史的必然性を認識する事を要求し、支配階級に対しては、精神的・倫理的能力を高めて、公正・中立的に振舞う事を要求し、そのようにして、同質性の中核としての“共通の討

論の基礎の存在に対する確信が存在する事”に、期待をかけた⁷⁵⁾。

e) ヴェスティングの社会的同質性の崩壊の主張に対してヘラーが反論するとすれば、以上見た如く、同質性の存在証明のハードルを引下げ、諸同質性ファクターの総合効果を狙い、更に、期待の要素を持出す事によってであった。同質性を絶対的なものとする立場に立てば、ヘラーのほうが分が悪いと言わねばならない。しかし、ヘラー自身は、同質性を絶対的なものと考えず、むしろ、相対的なものと考えた。一つには、理論的には、同質性は、権力中枢の統一的决定が同調者によって支えられ、反対者の反対を押切って実施され、領土の共同体全体において統一的な効果をあげるに足る社会的地盤を形成できれば、十分とされるものであった。一つには、実践的に、民主主義・議会主義の基礎としての社会的同質性の絶対的な不可欠性を強調し、それが欠如しているがゆえに民主主義・議会主義が崩壊しているという事を声高に叫ぶ論調に対抗する事を、ヘラーは必要と考えたのである。

(B) 国家的統一性の消滅

ヴェスティングは、科学・技術の進展の結果としての社会的分化は国家の統一性形成力を失わせたと、国家の統一性形成力を主張するヘラーの理論はこの状況に対応できない、と主張する。この主張に従えば、ヘラーの説くような決定・作用統一性としての国家は存在し得ないという事になる。この問題も、国家的統一性をどのように考えるか、にかかっていると言える。

a) ヘラーは国家的統一性をどのようなものとして見ていたか

1) ヘラーは、構成員と機関とが秩序に基づいて統一的な効果をあげるために協働する事によって、現実的な組織の統一性が作用統一性として成立する、と説明する⁷⁶⁾。この説明は、組織としての国家について、そのまま妥当する。この説明の中には、ヘラーが組織としての国家の三要素とする、構成員、機関、秩序が含まれている事に、注意する必要がある。というのは、ヴェスティングがヘラーの政治的統一性形

成の説明を解説して、政治的統一性形成は計画された秩序過程に基づいて、行動の統一性を組織し、そのことによって恒常的に行動成果を意のままに処理する事を意味するとし⁷⁷⁾、政治的統一性の中に構成員を含めて考えていないからである。この事は、ヴェスティングが、国家組織の前提として指導者(Führer)と法とのみを挙げて⁷⁸⁾、構成員を挙げていないところにも表れている。即ち、ヴェスティング自身が組織を支配的なものとしてのみ見ていて、支配的要素のみから成る国家的統一性は存在しない、と主張しているものと考えられる。

2) ヘラーは、国家的統一性を、合意(Willensvereinigung)と支配の統一性(Einheit der Herrschaft)という二つの要素を持ったものとして理解した⁷⁹⁾。前者は国家構成員の結合を意味し、後者は国家機能の統一性を意味すると思われる。確かに、ヘラーは組織における支配の意義を強調しているが、それにも増して合意の意義を強調している事が重要である。ヴェスティングは支配の統一性のみに着目して、それが実現されていないがゆえに国家的統一性が存在しない、と考えているように思われる。

b) 合意の要素

1) ヘラーは合意という言葉を用いているが、国家を意思共同体と考えているわけではない⁸⁰⁾。決定・作用統一体としての国家が成立・存続するために必要な程度の合意の必要性を考えているだけである。

2) そもそも国家という団体をヘラーが決定・作用統一体として捉えるのは、国家という団体の成立・存続にとって決定が必要・不可欠だからであり、決定が必要・不可欠であるのは、すべての国家構成員の間に完全な意思・意見の合致がないからだと考えるからである⁸¹⁾。ヘラーは、国家を決定・作用統一体として考えるにあたって、完全な社会的同質性が存在していない事を前提しているわけである。完全な同質性が存在していないからこそ、決定が必要になると考えているわけである。逆に言えば、社会的同質性が十分に存在していないから統一的な決定は不可能だ、とは考えていないわけである。

3) 既に述べたように、ヘラーは、国家の構成員を三層に分け、権力中枢、権力支持者或いは権力同調者、及び、権力反対者の三層から成るものとし、権力反対者をも含めて考えている⁸²⁾(三層の間の交替は可能と考えている)。

4) これも既に述べたことであるが、ヘラーは、国家が意思の完全合致に基づく意思統一体ではないにしても、合意の要素(決して一般的ではないにしても有効な共同体意思とも言う)が国家の成立・存続を支えるものである事を重視し、国家は、種々の企画の実施によって意思・価値共同体を維持し、拡張し、新しく作るよう心掛けねばならない、と主張する⁸³⁾(この場合の“意思共同体”という語は、全員の意思の一致に基づく共同体を意味するものではない——筆者註)。ヘラーも、個人間の合意(intraindividuelle Willensvereinigung)なしには組織は不可能である事を強調するわけである。その場合、ヘラーが考えているのは、学校や世論に対する働きかけという間接的な手段である⁸⁴⁾。尤も、間接的と直接的との限界は引きにくいので、問題は残る。

5) 手段・方法の直接・間接性の問題と並んで、国家による働きかけの内容の問題がある。ヘラーが国家の精神的基礎と考え、また、正当化の根拠と考える法原則の普及・浸透を図る事は、ヘラーから見て当然の事と思われるが、それをどこまで行うことができるかが、問題である。この問題も、法原則の検討と関連させて、次稿において検討することにした。

c) 国家的統一性における支配の要素について

1) ヘラーの国家的統一性観念についてのヴェスティングの理解

ヴェスティングは、ヘラーについて、組織としての国家をヒエラルヒッシュで支配的な組織として⁸⁵⁾、国家を一面的に支配を中核とするものとして構成し⁸⁶⁾、このような構成をベースにして、国家主義的秩序観念を打出し⁸⁷⁾、国家を統一的なもの、統一性を有するものとして捉え、その現われとしての法秩序の統一性を強調し⁸⁸⁾、国家の統一性形成力を強力に主張し⁸⁹⁾、国家が社会生活のすべての領域をアクティブな

力によって統合している⁹⁰⁾と主張した、と捉えた。

2)「国家的統一性は存在しない」とするヴェスティングの批判的見方

ヴェスティングは、ヘラーの理論を以上のようなものとして捉えた上で、この理論は、国家が統一性を実現し得ず、ヒエラルヒッシュな支配を貫徹し得なくなった状況に即さない、とした。ヴェスティングは、科学・技術が進歩し、それによって機能分化が進んだ社会においては⁹¹⁾、ヒエラルヒー原理、統一性原理、支配原理は、崩壊ないし危殆化している事を指摘する⁹²⁾。ヴェスティングは、これらの事の現われと考えられる種々の現象・事態を、指摘する。

α) 法律の支配原理の崩壊⁹³⁾ 或いは議会の支配原理の崩壊

α α) 議会は、自立的、独自の法律案の作成を行うことができず、とりわけ、各分野の専門家の知識、各種社会団体の意見に従わざるを得ない⁹⁴⁾(科学・技術の助けを借りずしては、科学・技術のコントロールはできない⁹⁵⁾。他の領域に関しても、同じ事が言える)。

β β) 議会の権限と考えられる一般的・抽象的法規範によっては、複雑に分化した社会をコントロールする事が困難になっている⁹⁶⁾。

γ γ) 法律の実施のレベルにおけるヒエラルヒー原理の崩壊⁹⁷⁾(行政及び裁判を法律によって厳格に拘束する事は維持し難しくなっている事⁹⁸⁾)

行政分野では比較衡量などの多用によって彈力化が進められ⁹⁹⁾、給付的・計画的・協働的行為形態が行政活動の主要な形態となり¹⁰⁰⁾、“行政の共同支配(Mitherrschaft der Verwaltung)”が語られる状況が生じている¹⁰¹⁾。

また、裁判の分野でも、連邦憲法裁判所が既存の法秩序の適用から課せられた法秩序の形成への移行の先鞭をつけ¹⁰²⁾、憲法の動態化を先導している¹⁰³⁾。

β) 法秩序の統一性の観念が維持し難い事¹⁰⁴⁾

ヴェスティングは、ヘラーが強調する法秩序の統一性が崩壊する傾向を指摘し、この傾向を、資本主義的経済の分化、社会的不均質化の結果としての法の脱形式主義

(Entformalisierung)に伴うものと説明する¹⁰⁵⁾。ヴェスティングは、この法秩序の統一性の崩壊の傾向をヘラーは法原則の統一性実現能力によって抑えようとしたが、期待通りには行かなかった、と主張している¹⁰⁶⁾(これについても次稿で検討する)。ヴェスティングは、現代法の個別化(Partikularisierung)と特殊化(Spezialisierung)に鑑みれば、法システムの統一性と自律性の原理は維持し難いというマウス(Ingeborg Maus)の言葉を引用している¹⁰⁷⁾。

γ) 社会的諸団体の影響力の増大

ヴェスティングは、社会国家をもって、——ヘラーが企図するようには¹⁰⁸⁾——社会に対する国家の力の強化を意味するものではなく、むしろ、社会に対する国家の力の弱体化を意味するものと考えてるのであるが¹⁰⁹⁾、その一つの現われが、国家に対する社会的諸団体の影響力の増大である、とする¹¹⁰⁾。ヴェスティングは、国家の政治的決定は非国家的組織との密接な協働によってのみ可能であるとし¹¹¹⁾、国家の政治的決定は政治的決定のすべてを包含するものではない、とさえ述べている¹¹²⁾。ヴェスティングは、連邦憲法裁判所についてすら、ヒエラルヒッシュというよりは水平的に設計されたシステムの中で種々の利益の調整者になり、そのことによって、対立する社会的・政治的諸組織に対する憲法の統一性・自立性を喪失している、という趣旨の事を述べている¹¹³⁾。

δ) 既に述べた事ではあるが、ヴェスティングは、科学・技術の進歩が生み出した危険は、科学・技術の助けを借りてのみ抑えられることができるのであって、ヘラーが説くような一方的な支配を中核とする国家によっては抑えられることができないとし¹¹⁴⁾、総じて現代社会が突付ける諸問題は、ヘラーが構想するような国家によっては解決されることができない、と説く¹¹⁵⁾。

(C) ヘラーからのあり得べき弁明

a) 国家的統一性の強調

1) ヘラーは、ヴェスティングが指摘する如く、国家的統一性を強調した。それがヘラー理論の特色の一つでもあると言うことができる。統一性は、国家にとって不可欠のものである¹¹⁶⁾。

そもそも、国家を決定・作用統一体として定義しているところに、統一性の重視の立場が表れている¹¹⁷⁾。如何にして国家を多元的に実現され、しかも統一的に作用するものとして理解する事が可能になるのか、という問いをもって国家論の基本的問題とするところにも、この立場が表れている¹¹⁸⁾。

2) ヘラーは、また、国家がヒエラルヒッシュな組織である事も認めている¹¹⁹⁾。

3) 国家的統一性の重要なモーメントとしての法秩序の統一性の意義をも、ヘラーは強調している(法が国家的統一性の条件である事をヘラーは強調する¹²⁰⁾)。この点に関するヘラーの考えがよく表れている文章を引用する: “統一的な実定法システムという思想は、社会的利益が、支配領域全体における計画的で予測可能な共同作業の秩序を要求し、且つ、官僚制的組織によってこれを可能にした後に初めて、持たれることができた。主権的国家権力が独立し、その統一的な指令が官僚ヒエラルヒーを可能ならしめた事によって初めて、無欠缺の法秩序の独立化が成立するに至った。というのは、そのようにして初めて、官僚制組織の助けを借りて、中枢部から周辺部に貫徹する統一的な意思力が存在するに至ったからであり、この統一的な意思力があらゆる正当な物理的強制権力を独占することができ、且つ、組織された強制の指令・実施を通じて、統一的な法を、その領域において、領域住民のそれまでの慣行に反してさえ、確保することができたからである¹²¹⁾”(下線筆者)。

b) 国家的統一性に関するヘラーの考えを評価するについては、次のような事を考慮に入れる事が必要である。

1) ヘラーは、国家的統一性を絶対的なものとしては考えておらず、社会との関連において、即ち、取引の確実性、予測可能性に対する社会の要請に基づくもの、と考えている¹²²⁾。取引の確実性、予測可能性を確保するための不可欠の手段・方法として統一的な規制をヘラーは考えている、と言うことができる。従って、取引の確実性、予測可能性を実現するにあたって、

その時・その所の社会の具体的要請に応じて、弾力的に統一性の内容・程度を考えることができたのではないか、と思われる。逆に、また、社会が存在し続ける限り、国家的統一性は必要だと考えたと思われる。

2) ヘラーが国家的統一性を強調する場合、二つの面がある事に注意する必要がある。一つは、言うまでもなく、国家作用の統一性である。他の一つは、国民参加の統一性であって、ヘラーは、すべての人が国家運営に参加するために統一的なプランが必要だと考えている。ヘラーは言う: “最終的にすべての領域住民が間接的もしくは直接的に集中的な基本的統一性に服すべきであり、且つ、すべての人が集中的な効果の統一性に貢献すべきでもあるとすれば、全体的な組織は統一的なプラン、即ち、規範的憲法を必要とする¹²³⁾”、と。そして、この面を考慮に入れると、国家的統一性の崩壊を簡単に語ることはできないのではないか、と思われる。

3) ヴェスティングが国家的統一性の崩壊現象の典型的な現われと見る法律の支配の崩壊に関しても、同じ事が言える。ヴェスティングは、法律の支配を、立法・行政・司法のヒエラルヒッシュな構造が解体している事をもって、法律の支配の崩壊と評しているのであるが、法律の支配には、すべての国家活動への市民の参加、共同決定という面もあり、ヴェスティングもこの事を認めてはいるが¹²⁴⁾、しかし、余り重視してはいない。ヘラーは、この面を重視している。そして、この面を考慮に入れば、法律の支配の崩壊を簡単に語ることはできない、と思われる。

4) ヴェスティングが、国家的統一性の崩壊の典型的な現われとして法律の支配の崩壊を挙げているのに対して、ヘラーが、決定・作用統一体としての国家について、多元的に実現され統一的に作用する力と説明し、多元的に実現されるが統一的に作用する事の典型例として立法を挙げている¹²⁵⁾のが、興味深い。ヘラーは、少なくとも立法の段階では、対立する利益集団の間の交渉・妥協の結果として合意が成立する事を

認め、その結果として、一つのまとまった条文から成る法律が成立する事を想定していたわけであり、初めから確固たる立法者の意思が存在している事は想定していなかったわけである。即ち、統一的な立法作用が多面的な利益対立の調整を背景にする事を想定していたわけであり、統一性をそのようなものとして理解していたわけである。制定された法律の執行・適用については、現代におけるほど弾力化が進んだ状況に直面していなかったもので、ヘラーはきめ細かな理論を展開しておらず、ヘラーが展開した理論では、ヴェスティングが指摘するように、対応できないであろうと思われるが、しかし、決定・作用統一体としての国家という大枠は、維持できるのではないかとと思われる。

5) ヴェスティングは、国家の統一性の崩壊の現われとして、社会的諸団体の影響力の増大を挙げ、それを考慮に入れている事、ヘラーの組織理論の怠慢としているのである¹²⁶⁾が、しかし、ヘラーも社会的団体の影響力の増大を認識した上で、しかし、政治的決定過程、政治的決定の具体化過程への参加については、国家機関の活動を主たるもの、社会的諸団体の参加を従たるもの、と考えていたということが出来る（この事は既に述べたところである）。

6) 法秩序の統一性についてヘラーが考えている事

α) 法秩序の統一性をヘラーが強調するのは、決定・作用統一体としての国家にとって法・法秩序を最も重要な要素として考えているから、当然の事である。しかし、前述したように、それは、法秩序の統一性或いは統一的な法秩序が、地域的共同体における共同作業の組織化・稼働化という国家の任務の效果的達成を、可能にするからである。

β) それゆえ、現存するすべての法規範を、唯一の立法者の統一的で矛盾のない意思表示として考える事が、法律家の任務という事になる¹²⁷⁾。法秩序の統一性の実現をもって法律家の任務とするという思想には、幾つかの考慮が含まれている。

α α) 法律家にとって、完結した・無欠缺の・

無矛盾の法システムが、所与のものとして存在しているわけではない¹²⁸⁾。

β β) その意味で、統一的な法秩序というのは追求目標として課されたものであり、達成される事はないが、不断に接近して行くべき目標である¹²⁹⁾。

γ γ) 組織化された国家の統一性の日々に新たな創出に、体系化された法的統一性を通じて参与する事は、法律家の任務である¹³⁰⁾。

δ δ) 法律家が具体的事件を解決するに当たっては、法の適用を目的として、認識行為及び意思行為によって法を補完する事が、必要になる¹³¹⁾。

γ) 国家の統一性に関するヘラー理論の問題点の一つは、最高国家機関相互間の衝突の場合には、高次の作用統一体がないゆえに、より強い力がその立場を貫徹し、必要な国家権力の統一性を実現するとされている事である¹³²⁾。即ち、事実上の力が国家的統一性を実現する、とされている事である。この問題についても、次稿で検討する。

δ) 以上の如く、ヘラーの如く、国家的統一性・法的統一性を、社会的効果という観点から、且つ、弾力的に追求するとすれば、国家的統一性・法的統一性の観念は、維持可能と思われる。

(iii) 前稿・本稿・次稿は、ヘラー理論に対するヴェスティングの批判を紹介しつつ、ヘラーがそれに如何に応答するであろうかという事を示す事を通じて、ヘラー理論の意義をより明らかにする事を意図して書かれたものであって、ヴェスティングのヘラー批判を批判する事を意図しているものではない（それは筆者の能力を超える事である）。ただ、筆者の問題関心とするところから言えば、ヘラーが決定・作用統一体としての国家を論究する場合、国家をその作用というアウトプットの面と国民による積極的・消極的支担というインプットの面との両面から見ているのに対して、ヴェスティングが、ヘラーの国家論の持つ両面のうち、主としてアウトプットの面を重視しインプットの面は余り考慮していないという事が、両者の違いと

して注目される。この事は、国家的統一性の捉え方においてよく表れている、と言うことができる。ヘラーの如く両面を考慮に入れば、国家的統一性はなお存在していると見ることができ、ヴェスティングの如くアウトプットの面を重視すれば、国家的統一性は崩壊しているという事になるのではなからうか。そして、この事は、法原則と法規範との関係の捉え方にも表れている、と思われる。この関係に関するヘラーの理論は、ヘラー理論の最大の特徴とも言われ、また、最大の弱点とも言われている。次稿において、ヴェスティングによる批判を紹介し、それに対するヘラーからのあり得べき応答を紹介する事を通じて、ヘラーの法原則と法規範との関係に関する理論の意義を明らかにする事にしたい。

(未完)

〔執筆追記〕本稿において、ヴェスティングが、1990年の著作において、ヘラー理論を批判する観点のもとに、国家の問題解決能力の喪失、国家の統一性形成能力の喪失を強調したことを問題にしたのであるが、ヴェスティングは、2018年の著作においては、“グローバルなレベルにおいてもヨーロッパにおいても国民国家は引続き人間の集団的アイデンティティ、経済、とりわけ法文化のために役割をいとなむ”、“近い将来においても、自由な生活状況は国民国家なしには存在しえないであろうという事は、十分な根拠をもって主張されることができる”、と述べている(Thomas Vesting, *Staatstheorie*, 2018, S.9, auch S.139f., S.187, S.194.)。

注)

* 拙稿「憲法の規範力の観点から見たヘルマン・ヘラーの社会的法治国家論」工藤達朗・西原博史・鈴木秀美・小山剛・毛利透・三宅雄彦・斎藤久編『憲法学の創造的展開 戸波江二先生古稀記念 上巻』(信山社・2017年)5頁以下として発表済み。

- 1) “技術的現実化”の概念については、拙稿「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力(8)」名城ロースクール・レビュー 第43号(2018年)19頁参照。
- 2) *Hermann Heller, Staatslehre*, in: *ders.* (hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski), *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, 1971, S. 311 ff.
- 3) *Thomas Vesting, Politische Einheitsbildung und technische Realisation: Über die Expansion der Technik und die Grenzen der Demokratie*, 1990, S. 11.
- 4) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 182.
- 5) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 11, 216.
- 6) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 169.
- 7) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 149, 158, 214, 217.
- 8) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 182.
- 9) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 11, 216, 217.
- 10) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 121, 169.
- 11) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 158.
- 12) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 158 f.
- 13) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 159.
- 14) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 165, 168.
- 15) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 159.
- 16) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 165, 168.
- 17) *Thomas. Vesting, Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?: Zu Hermann Hellers Idee einer politischen Organisation der Gesellschaft*, *Der Staat* 31 (1992), S. 184.
- 18) *Th. Vesting* (Anm. 17), *Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?*, S. 185.
- 19) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 154.
- 20) *Th. Vesting* (Anm. 3), *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, S. 149.

- 21) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 150.
- 22) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 150.
- 23) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 217.
- 24) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 217.
- 25) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 223.
- 26) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 147.
- 27) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 162, 165.
- 28) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 84. ヴェスティングは、倫理的なものに従う人間本性を援用する事を“anthropologisches Restmoment (人間学の名残り)”と呼ぶ。
- 29) *Ernst Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft: Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 45, 168, 169; ders., Von der sozialen zur technischen Realisation, Der Staat 9 (1970), S. 153, 159 f.
- 30) *Ulrich K. Preuß*, Risikovorsorge als Staatsaufgabe: Die epistemologischen Voraussetzungen von Sicherheit, in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 539. なお、付言すると、これもヴェスティングが依拠する論者の一人たるプロイヤー (*Stefan Breuer*) が、デュギー、シュミット、フォルストホッフが主張するように——但し、少なくともフォルストホッフに関しては誤解があると思われる(筆者)——国家の死亡宣告をする事は現在においては時期尚早であると思われるとし、国家が、社会国家、エコロギー国家、経済国家への移行によって他の行動領域の機能命令に服するようになったという事が正しいとしても、また、国家の古典的エレメントが形式上・内容上変化を蒙ったという事が正しいとしても、しかし、これらの事が行われるのは以前においても現在においても国家に関わっての事であるという事もまた正しいとし、新しい任務の引受けは国家の権限の拡大を意味し、国家を越える、或いは国家間の、或いは超国家的な諸制度の新設は、国民国家の行動能力の制限を意味するだけでなく、その拡張をも意味するとし、国家は消滅すると考えるのではなく、権力の配分が変化したと考えるべきであり、その中で国家は依然として現存するが他の決定主体と支配権限を分かち合う事になると考えるべきである、と説いている事が注目される (*Stefan Breuer*, Der Staat: Entstehung, Typen und Organisationsstadien, 1998, S. 297 f.)。
- 31) *U. K. Preuß* (Anm. 30), S. 523 ff., besonders 541 ff.
- 32) [*Edzard Schmidt-Jortzig*,] Gespräche mit Prof. Dr. Edzard Schmidt-Jortzig, in: U. Schliesky (Hrsg.), Gespräche über den Staat, 2017, S. 209.
- 33) *Dieter Grimm*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders. (Hrsg.) (Anm. 30), S. 616.
- 34) *D. Grimm* (Anm. 33), S. 625 ff. なお、連邦憲法裁判所長官フォスクーレ (*Andreas Voßkuhle*) が、“国家の能力喪失 (Staatsversagen) などということは問題にならない。国家は——このことは過去20年間にわたる‘国家からの訣別 (Abschied vom Staat)’に関する議論が示しているのであるが——多くの人々が考えているよりも遥かに作用能力を持っており、活動能力を持っている”と述べている事が注目される ([*Andreas Voßkuhle*,] Gespräche mit Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, in: U. Schliesky (Hrsg.) (Anm. 32), S. 249 f.)。
- 35) *Dieter Grimm*, Staatsaufgaben – eine Bilanz, in: ders. (Hrsg.) (Anm. 30), S. 785.
- 36) *Peter Saladin*, Wozu noch Staaten?: Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, 1995, S. 43 ff.
- 37) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 180, 197.
- 38) *Andreas Anter/Wilhelm Bleek*, Staatskonzepte: Die Theorien der bundesdeutschen Politikwissenschaft, 2013, S. 68.
- 39) *A. Anter/W. Bleek* (Anm. 38), S. 105.
- 40) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 136 f.
- 41) *E. Forsthoff* (Anm. 29), Der Staat der Industriegesellschaft, S. 21–29.
- 42) *Hermann Heller*, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, in: ders. (Anm. 2), Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1971, S. 203–248.
- 43) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 212, 213.
- 44) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 178.
- 45) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 179.
- 46) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 342 f.
- 47) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 182 ff., 341 ff.
- 48) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 180 f.
- 49) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 180 f.
- 50) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 350 ff.
- 51) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 342.
- 52) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 86.

- 53) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 222.
- 54) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 79.
- 55) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 68.
- 56) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 67.
- 57) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 78, 92 f.
- 58) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 93.
- 59) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 79.
- 60) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 93.
- 61) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 80, 86, 91, 148 f.
- 62) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 81, 86, 91.
- 63) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 80.
- 64) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 148 f.
- 65) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 19, 20, 218.
- 66) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 6, 16, 213 f.
- 67) 拙稿「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (7)」名城ロースクール・レビュー第40号 (2017年) 52頁。
- 68) 拙稿「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (6)」名城ロースクール・レビュー第39号 (2017年) 60頁。
- 69) 拙稿・前掲註 (68)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (6)」61頁。
- 70) 拙稿・前掲註 (68)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (6)」55頁。
- 71) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 80.
- 72) 拙稿・前掲註 (68)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (6)」55頁。
- 73) 拙稿・前掲註 (68)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (6)」55～56頁。
- 74) 拙稿・前掲註 (68)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (6)」58～60頁。
- 75) 拙稿・前掲註 (68)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (6)」61頁。
- 76) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 342.
- 77) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 75.
- 78) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 169.
- 79) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 347.
- 80) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 345.
- 81) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 301, 353, 356.
- 82) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 352. 拙稿・前掲註 (68)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (6)」60頁以下。
- 83) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 344 ff. 拙稿・前掲註 (68)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (6)」60頁。
- 84) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 346. 拙稿・前掲註 (68)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (6)」61頁。
- 85) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 169, 222.
- 86) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 183.
- 87) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 79.
- 88) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 176.
- 89) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 148 f.
- 90) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 148.
- 91) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 174.
- 92) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 6, 173, 175, 176, 177.
- 93) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 172.
- 94) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 174 f.
- 95) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 181, 182, 183.
- 96) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 173.
- 97) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 173.
- 98) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 172.
- 99) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 172.
- 100) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 172.
- 101) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 173.
- 102) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 176.
- 103) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 176.
- 104) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 175.

- 105) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 175.
- 106) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 175.
- 107) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 176.
- 108) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 184.
- 109) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 178 f.
- 110) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 179.
- 111) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 180.
- 112) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 180.
- 113) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 177.
- 114) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 183.
- 115) *Th. Vesting* (Anm. 3), Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 149, 158, 214, 217.
- 116) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 309, 339, 340.
- 117) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 339 ff.
- 118) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 340.
- 119) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 335.
- 120) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 278 ff.
- 121) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 380.
- 122) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 169, 301, 309, 335.
- 123) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 386 f.
- 124) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 170 f.
- 125) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 353 f.
- 126) *Th. Vesting* (Anm. 17), Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft?, S. 180.
- 127) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 380.
- 128) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 380.
- 129) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 380, 382.
- 130) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 381 f.
- 131) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 380 f.
- 132) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 373.