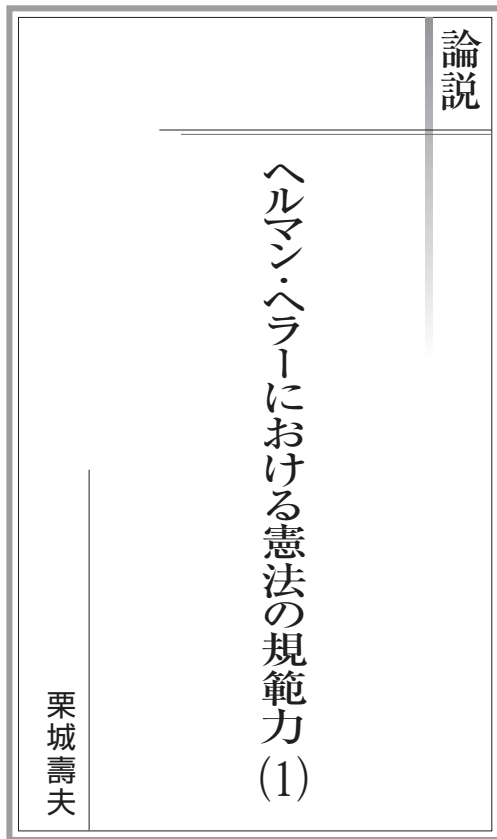




第一部 ヘルマン・ヘラーとワイマール憲法

目次

序

I. ワイマール共和政における憲法学

1. ワイマール憲法に対する憲法学者たちの非好意
2. ワイマール憲法を支持した憲法学者たち

II. 実質的憲法理論としてのヘラー理論

1. ヘラー理論の危なっかしさ (prekär)
 - ① 憲法理論の社会学化と憲法の妥当理論
 - ② 例外状態における憲法の規範力の放棄
 - ③ 議会制民主主義より国家の重視
 - ④ 実質論の重視——形式論の軽視
 - ⑤ 民主政の条件としての社会的法治国家
2. ヘラー理論の積極的評価
 - ① 国家の現実態の構造的把握

② 二分論克服の試み

③ 規範的モーメントの重視

④ 国家の倫理的拘束

⑤ 形式的法治国家の社会的法治国家への改造

III. ワイマール憲法擁護のためのヘラーの実践的活動

1. まえおき

2. 実践的活動

① 成人学校の教師としての活動

② 青年社会主義者としての活動

③ 講演・演説

④ ワイマール憲法改正の提案

⑤ 「プロイセン対帝国」訴訟におけるプロイセン側の訴訟代理人としての活動

3. 憲法祝典における講演 (1930年)

① 総論

② ワイマール憲法批判に対する反論

③ ワイマール憲法擁護の決意表明

IV. ワイマール憲法擁護の理論

1. まえおき

2. 民主政

① 必然性としての民主政

② 国民の支配のための技術的手段としての多数決制と代表制

③ ボロンテ・ジェネラル

④ 政党に対する好意的態度

⑤ 議会主義支持

⑥ 政党・議会の現状に対する批判的態度

⑦ 代表制

3. 法治国家

① 予測可能性及び個人の自律の理念による根拠づけ

② 古典的法治国家

③ 法治国家の新しい内容としての社会的理念

④ 社会的法治国家への改造

⑤ 市民階級と労働者階級との共通の基盤としての社会的法治国家

⑥ ヘラーの社会的法治国家論の意義

序

本稿はワイマール時代の国家学者ヘルマン・ヘラー (Hermann Heller) の国家論に含まれて

いると考えられる憲法の規範力論について検討しようとするものであって、ヘラーの国家論の全体像を総合的に解明しようとするものではない。とは言え、憲法の規範力論について検討するために相当程度全体像をふまえることにはなる。なぜならば、ヘラー自身憲法の規範力を正面からの検証対象として論究しているわけではないので、全体像からそれを理解せざるをえないからである。ヘラー自身が憲法の規範力を正面に据えての検討対象としていないにもかかわらず、ヘラーの憲法の規範力を検討対象とするのは、ヘラーがその国家学全体の中で論じているところから憲法の規範力について有益な示唆を受け取ることができると思われるからである。逆に言えば憲法の規範力についての筆者の思い込みをヘラーの国家学の中に無理矢理読み込んでいところがある。この点予めお断りしておきたい。

ヘラーは、憲法の規範力（*normative Kraft der Verfassung*）という表現は用いていない。ただ、事実的なものの規範力（*normative Kraft des Faktischen*）という命題に対応し、且つ、対抗する命題として、規範的なものの恒常化力（*normalisierende Kraft des Normativen*）という命題をにかけている。この命題をかけることは、ヘラーが社会的現実のなかでの法規範の機能に大きな関心を抱いていることを示すものであるが、このことが既に憲法の規範力についての示唆を与えているといえることができる。ここでヘラーが用いている恒常化力という表現は、内容的に規範力に相当するものを指しているといえることができる。また、この命題は規範的なものの一般を主題としているが、当然憲法についても妥当する。ヘラーは、国家をもって地域的共同体を基盤とした協働作業のための決定・作用（もしくは効果）統一体として捉えるのであるが、それは、協働作業のために必要な統一的な決定が行われ、決定が統一的に執行されて、統一的な効果をうみだす状態を指しており、とりわけこうした状態が恒常化されている状況を指している。そこで、ヘラーは、このような状態を如何に実現し、且つ、如何に維持（＝恒常化）

するかという事をテーマとしてその国家学を構築する。そして、このような状態の実現・維持にとって種々のファクターのなかで規範的なもの、とりわけ憲法が果たす役割を重視する。そこで国家の統一性の実現・維持にとって憲法の果たす恒常化力が大きな関心事となり、憲法に則して考えれば、憲法が規範としての効力を発揮する事が大きな関心事となる。ここでも断っておきたいのは、ヘラーにとっての最大の関心事は上述の意味での決定・作用（効果）統一体としての国家の統一性の実現・維持であって、憲法の規範力の強化はいわば副次的関心事と言わねばならないのであるが、しかし、国家的統一性の実現・維持のための憲法の恒常化力（規範力）の重要性を重視するヘラーの論究から憲法の規範力についての示唆を受け取ることができるという事である。

そこで、憲法の規範力ということになるのであるが、憲法の規範力とは憲法及び個々の憲法規定がその目的・趣旨にしたがって具体化され、現実化されて所期の効果を発揮する事を指すのであるが、そこには二つの、関連はするが異なった二つのディメンジョンがある事が指摘され得る。ひとつは、憲法がその具体化・現実化へと諸国家機関を——なんらかの意味、形態における法的制裁を伴って——動機づけ、且つ義務づける事態であり、他のひとつは、具体化・現実化の結果が受け容れられ、支持される事態であり、いわば前者は憲法が国家機関を義務づける力を発揮する場面であり、後者は一般国民によって憲法が支持される場面である。一般国民によって支えられて初めて憲法は国家機関を義務づける力を発揮することができるわけであるから、一般国民が憲法を支える力も、憲法が国家機関を義務づける力と同じように憲法の規範力として考えることができる。国家機関を動機づけ、義務づける力をアウトプットとしての規範力と呼ぶことができるとすれば、憲法を支える力はインプットとしての規範力と呼ぶことができよう。この点でもヘラーは憲法の規範力に二つのディメンジョンがある事を明確に述べているわけではないが、ヘラーの論述がと

りわけ国家の決定、したがって国家機関の決定を一般国民が受け容れる事の重要性を力説している事に着目して、この考えを憲法の規範力にあてはめて考えて、ヘラーも同じような考えをとっているとして、ヘラーの論究から示唆を受け取ろうとするわけである。いささか牽強附会の感じもするが、なんらかの示唆が得られればと思って、敢えてこの観点からヘラーの理論を検討することにする。

なお、上述のところでヘラーの国家学を検討するとしているが、これはヘラーの代表作「国家学」だけを対象とする意味ではなく、ヘラー全集 (Hermann Heller, *Gesammelte Schriften*) に収録されている全著作を通じて知ることのできる国家学を検討対象とするという意味である。引用にあたっては、著作名を挙げたうえで収録されている巻、頁を挙げることにする。以下第一部においてヘラー国家学のおおよその見取図を描写し、第二部において憲法の規範力を視野に入れつつヘラー国家学を本格的に検討することにする。

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

1. ワイマール憲法に対する憲法学者たちの非好意

憲法学の研究・論究の対象は憲法であり、ワイマール共和政下の憲法学の研究・論究の対象は1919年に制定されたワイマール憲法であった。しかし、ワイマール共和政下の憲法学者たちが、ワイマール憲法について講義はしはしたが、また、ワイマール憲法について著述を刊行しはしたが、ワイマール憲法の規範力の発揮に寄与したか、という点、必ずしもそうとはいえなかった。ワイマール憲法が短命に終わったのは共和政を支える民主主義者が少数であったからだと言われるが、そのことは憲法学者についてもあてはまるのである。憲法学者の多くがワイマール憲法に対して好意的ではなかった¹⁾。それどころか、ワイマール憲法に対して敵対的な憲法学者も大学教授として活動していた²⁾。憲法学者たちの多くがワイマール憲法に対して非

好意的ないし敵対的であったのは、ワイマール憲法が革命の結果として生まれたものであったからである³⁾。フライブルク大学の公法学教授マーシャル・フォン・ビーベルシュタインが1925年の大学主催の第二帝国建国記念式典において行った演説のなかで、初代大統領エバートやその他の革命指導者たちを篡奪者と呼び彼らの行為を反逆と呼んだのは極端ではあるが象徴的な例であった (マーシャル・フォン・ビーベルシュタインはそれを理由として設置者たるバーデン政府の主管大臣によって官吏法上の譴責処分に付された)⁴⁾。憲法学者たちは——必ずしも多数ではなかったが——革命で倒された憲法の基礎をなす正当性原理としての君主政原理に親近感を抱きつづけ、ワイマール憲法の正当性を認めたがらなかった⁵⁾。また、憲法学者たちは、君主政原理によって確保されると信じられた国家の統一性が政党の国政参加によって弱体化され、破壊されるにいたった事に批判的態度をとり、その法的根拠となったワイマール憲法に対して拒否的態度をとった⁶⁾。もっとも、国家の統一性はワイマール憲法を支持した憲法学者たちにとっても大きな関心事であったが、非好意的な憲法学者たちが政党の離合集散によって国家の統一性が危くされると見ていたのに対して、ワイマール憲法に好意的な憲法学者たちは政党の共存・並存から国家の統一性が実現されるものと確信していた⁷⁾。

上述のところでも既にふれたが、革命による成立という出発点における問題性に加えて、その後も相次いでワイマール共和政・ワイマール憲法にとって負担となる事情が相次いで生じた。ヴェルサイユ条約及びそれによる賠償の賦課、反乱・一揆の頻発 (潜在的な内戦状態)、経済危機及び経済恐慌、議会・政府の機能麻痺、などがそうであった。こうした状況に対して多くの憲法学者が議会支配、政党政治、多数決、世論形成の相対的合理性、選挙方式、民主政の指導能力の欠如に対する反感を思うがままに表明し、憲法が定める民主政の弱点やワイマール共和政の政治的現実、“真”の民主政の理想を対置し、ワイマール共和政の (低次) の現実、

共和政の憲法及びその擁護者たちをコキおろした⁸⁾。ドライヤーの表現によれば、ワイマール共和政に対する非好意 (*Distanzierung*) と反対 (*Delegitimierung*) のスペクトルは、君主政的偏見から始まって、自然法の優位に対する公然たる信奉を経て、憲法の内的矛盾と考えられるものの嘲笑に満ちた描出もしくは分裂した社会の総合能力とその代表者たちの代表能力に対する実現不可能な注文の提示に及んだ⁹⁾。

2. ワイマール憲法を支持した憲法学者たち

しかし、ゲルハルト・アンシュッツ (*Gerhard Auschütz*) やリヒアルト・トーマ (*Richard Thoma*) のように、ワイマール憲法を支持した憲法学者たちも、もちろん存在した。ただ、その支持のしかたが独得であった。例えば、アンシュッツは、一方で、1933年までワイマール憲法に関する代表的なコンメンタールを版を更めながら (14版まで) 刊行し続け、ワイマール憲法の定着に貢献する努力を行った¹⁰⁾、右派からの激しい批判・攻撃に抗して、機会を捉えて、国民国家 (*Volksstaat*)、議会制民主主義を実現したワイマール憲法の“よさ”を鼓吹し、国民にワイマール憲法の定着のために積極的に参加するように呼びかけた¹¹⁾、なによりも、ヒットラーの政権獲得の直後に (1933年3月31日)、学生を国家秩序の趣旨・精神に添って教育すべき憲法学者の任務の遂行にとって必要な国家秩序との内面的結びつきを新しい国家秩序に対して感ずることができない、ということを理由としてハイデルベルク大学教授の職を辞した¹²⁾。このようにワイマール憲法に積極的にコミットしたアンシュッツは憲法理論において、とりわけ憲法の存立にとって基本的意義を有するテーマに関してはクールであった。即ち、先ず、ワイマール憲法の正当性の問題に関して、“成功した革命は法を創造する力をもっている”というゲオルク・マイヤーのテーゼを受け継いで、正当性は憲法の法的効力とは無関係であるとする態度をとった。これは法実証主義の立場からの当然の帰結ではあったが、ワイマール憲法の正当性を否定する風潮が強い状況の中で、消極的な形に

おいてではあるにせよ、ワイマール憲法を弁護する効果をもったということができる¹³⁾。しかし、アンシュッツ自身が信奉する民主主義・議会主義にもとづいているということを根拠にして内容的な面に則して積極的にワイマール憲法の正当性を肯定する途もあったはずである。この点、ワイマール共和政の半ば以降憲法についての実質的論究が盛んになり、憲法の正当性を実定法を越える価値や理念との合致を根拠として、或いは国民の憲法制定権力を根拠として肯定する傾向が強くなった状況のなかでは¹⁴⁾、アンシュッツの理論は憲法の擁護に関しては迫力に欠けるところがあった。もちろん、こうした実質的な憲法理論が憲法を超えた価値や理念を基準にしてワイマール憲法の価値をひきおろす面をもっていたことを考えれば、アンシュッツは、結局、ワイマール憲法を擁護する役割を果たしたということになるといわねばならないのであるが¹⁵⁾、実質的な憲法理論の立場をとりながらワイマール憲法を擁護するという途もあったのではないか、と思われる。また、アンシュッツは、憲法改正について内容的な限界を認めなかった。憲法改正について定められている手続きさえふめば、如何なる内容の改正も可能であり、したがって君主政の復活も可能であるとした¹⁶⁾。これに対して、カール・シュミット (*Carl Schmitt*) は、憲法改正には憲法制定権力の行った基本的決定は憲法によって設けられた憲法改正権力によって変更できないという限界があるという理論を打ち出した¹⁷⁾。もっとも、憲法改正に限界ありと主張した論者たちがワイマール憲法の擁護に熱心であったわけではなく、むしろ憲法改正に限界なしと主張する論者たちのほうが議会制民主主義を基本原理とするワイマール憲法の擁護に熱心であったという、パラドシカルな状況が生じた事にかんがみれば、アンシュッツの理論は是とすべきなのであろう¹⁸⁾。しかし、憲法改正に限界がないとする主張がワイマール憲法の擁護にとって迫力に欠けるところがあったのは否定できない。この点、まさにアンシュッツの立場に原理的に立ちつつ、憲法の維持のために憲法改正に関する憲法76条の制

限的解釈を唱えた論者（例えばビューラー）もあった事を考慮すれば¹⁹⁾、議会の立法権力（この場合、憲法改正権力）を尊重しながら、憲法改正に限界ありとする途もあったのではないかとと思われる。そうは言うものの、アンシュッツがワイマール末期に憲法の規範性の維持の立場を堅持し、ヘルマン・ヘラーが緊急事態において憲法に対する国家の優位を認めたのに対して、緊急事態においても国家に対する憲法の優位の立場を貫いた事は注目されるべきであろう。もっとも、このような形で、グローによってアンシュッツ（及びフーゴー・プロイス、リヒアルト・トーマ、ハンス・ケルゼン）に比べて憲法の規範性の維持に対する熱意が低い事を指摘された²⁰⁾ヘラーの位置づけは簡単ではないであろう。ヘラーが緊急事態において憲法に対する国家の優位を認めた事は確かであるとしても、そのことをもって直ちにヘラーが憲法の規範性の維持に熱心でなかったと断定するには、慎重な検討が必要であろう。ヘラーのほうがワイマール憲法の擁護の姿勢においてはむしろアンシュッツよりは積極的であったという事が考慮されるべきであるし、また、憲法の規範性の維持にとってアンシュッツの理論のような実証主義的・形式的憲法論のほうがより効果的か、ヘラーの理論のような実質的憲法論のほうがより効果的か、という問題が検討される必要があるからである²¹⁾。そして、ワイマール憲法の擁護者のなかに形式的憲法論者も実質的憲法論者も含まれているという事情は、この問題の解決を困難にしていると言えよう。もっとも、本稿はこの問題の解決そのものを目的とするものではなく、実質的憲法理論の立場に立つヘラーが彼なりの考えで憲法の規範力の強化のために展開した理論的作業を追究することを目的とするものである。

II. 実質的憲法論としてのヘラーの理論

1. ヘラー理論の危なっかしさ (prekär)

上述のグローは、ヘルマン・ヘラーが正真正銘のワイマール憲法の擁護者であった事を認めながらも、ヘラー理論がワイマール憲法の規範

性の維持にとって危なっかしいものであったと極め付けている²²⁾。しかし、ここでグローの論述を取り上げて検討するのは、グローの断定が妥当かどうかという事を検討するためというよりは、主としてグローの批判的指摘を通して実質的憲法理論としてのヘラー理論の特質を知ることができると思うからである。

①憲法それ自身の社会学化と妥当理論

グローは、先ず、総体的に見て、ヘラーにおける憲法の規範力の弱体化は憲法それ自身の社会学化と憲法の妥当理論とに現われている、と主張する²³⁾。

(i) 憲法それ自身の社会学化

グローは、ヘラーがラッサール流の現実的憲法概念（“現実的憲法は事実上の権力関係に存する”）と規範的憲法とを相関関係においたうえで、前者を後者に優位させた、と主張し、或いはまた、ヘラーが恒常的なもの（＝事実的なもの）の規範力と規範的なものの恒常化力とを相関関係におく事によってザインとゾレンとの二元主義を克服しようとしたが、基本的には事実的なもの（＝法外的憲法環境）の規範力の優位の方向で決着をつけた、と主張する²⁴⁾。

(ii) 憲法の妥当理論

グローは、ヘラーも憲法が憲法が左右できぬ前提条件に依存しているとしたが、その前提条件として国民の意思力による支持を挙げ、憲法が主要な関係者によって服従される場合にのみ、憲法が妥当する (gelten) とし、そのようにして、憲法の妥当理論において憲法の妥当 (Geltung) を憲法の実効性 (Wirksamkeit) に解消した事を問題にし、とりわけ、その服従が憲法の規範性を左右する主要な関係者に市民だけでなく国家機関をも含めている事を問題にする²⁵⁾。

(iii) 要するに、グローは、ヘラーが、憲法の本質論において、憲法の規範性を事実上の権力関係に依存させ、妥当理論において国家機関を含む国民による服従に依存させ、その事によって憲法の規範性を危うくした、と批判しているのである。

この場合、ヘラーが国家及び憲法に社会学的観点からアプローチしている事は確かである

が、しかし、それは憲法が規範性を発揮することができるための社会学的条件を追究するためとも解されるのであって、必ずしも社会学的なものを憲法の規範性の上におこうとするものとは言えない。そもそも、グローは、ヘラーの、方法論的基礎としての、ザインとゾレンとの二元論克服の試みがザインの優位に帰着するとしているのであるが、それはヘラーの二元論克服の試みの真意にかなっていないと言ひ難いのではないか。ヘラーの真意は、ザインとゾレンとを区別したうえで、両者を相互制約関係におこうとするものであり、とりわけザインの中にもゾレンが含まれ、ゾレンの中にもザインが含まれている事を説こうとするものであり、ゾレンに対するザインの優位によって両者の対立に決着をつけようとするものではないと思われる。もちろん、社会学的なものと規範的なものとを相互制約的相関関係におくという手法は、実際には、両者の間のバランスをとりつつ、両者双方ともオプティマルに実現するという事に帰着するのであって、そうなると、バランスのとり方如何によって社会学的なものの優位を帰結することになることがあるとしても（その意味では危なっかしい）、常に社会学的なものの優位を帰結することになるとは限らないと言わねばならない。いずれにしても、社会学的なものと規範的なものとを相互制約的相関関係におく事は、ヘラーにとっては、規範的なものの優位（＝憲法の優位）を実現する最適の方法であろう。現に、グロー自身、ワイマールの憲法学者たちが国家論を社会的現実に対して開き、法的憲法と社会的憲法との相互制約関係を熟考し、法的憲法の枠内で法の規範性と政治的なものの事実性との間のバランスをとる必要性を認めるようになった事を肯定的に指摘しているのである²⁶⁾。しかし、グローは、ヘラーについては、この点に関するその先駆性を認めながら、憲法にとって危なっかしい、と批判しているのである²⁷⁾。

②例外状態における憲法の規範力の放棄

(i) グローは、ヘラーが主権をもって法のために場合によっては法に反してでも絶対的に決定する地域的決定・作用統一体の法的及び現実

的能力と定義し、平和を保障するために法を制定し、その法によって拘束されるはずの国家が例外状態においてその法を侵犯する事を認めている、と批判する²⁸⁾。グローは、ヘラーがこの場合にも国家と法とを相互制約的相関関係にしている事、その意味で国家と法とを同位にしている事を認めたくうえで、しかし、決着をつけるべき場合には（実定）法に対する国家の優越が帰結されている事を指摘する²⁹⁾（しかし相互制約的相関関係からは法に対する国家の無条件・無制約は帰結されないはずであるが…）。もちろん、グローは、国家が（実定）法に反して決定することができるとしても、それを制約する法原則によって拘束されるということ、ヘラーが主張している事を認めている³⁰⁾。しかし、グローは、法原則による拘束が純粋に規範的・法律的なものではなく、倫理的なものにすぎないところに難点があるとする³¹⁾。なぜならば、倫理的拘束は、結局、社会的承認に帰着するからだ、とグローは言う³²⁾。しかし、グローは、ヘラーが国家や法を考える場合に、純粋に法的な拘束だけを問題にするのではなく、倫理的拘束をも重視している事、及び、主観的な社会的承認だけでなく、倫理的な法原則による客観的な拘束をも重視している事を考慮していないと思われる。ヘラーの理論が実質的憲法理論たるゆえんは、国家による法の侵犯を肯定するところにあるのではなく、法とならんで倫理による国家の拘束を認めるところにあると思われる。また、グローは、社会的承認に関して、主権者の決定を受け容れえない者に対して、ヘラーが抵抗権を認めた事を指摘したうえで、ヘラーがそれを法律的（*legales*）なものとしていない事を問題としている³³⁾。しかし、抵抗権を法律的なものとしないうえ倫理的なものにすぎないとしているからと言って、抵抗権を軽視しているとは言えないであろう。倫理的なものを重視すれば、抵抗権を倫理的なものとして位置づけるほうが抵抗権を重視しているとも言えるであろう。

(ii) グローは、ヘラーが緊急事態において憲法を救うという目的のために、特定の人物に憲

法の拘束から解放された独裁権力を委ねるべき事を主張した事を批判する³⁴⁾。その場合、グローは、全体として、ヘラーが独裁権力を憲法から無条件・無制限に解放していると主張するのであるが（例えば、例外状態においては、法を尊重して国家を滅亡させるか、それとも、国家を尊重して法を侵犯するか、の選択を迫られる、という趣旨の主張をヘラーが行ったという事を援用している）³⁵⁾、しかし、また、ヘラーが憲法からの解放を限定的にしか認めていないという事を指摘しながら、その限定が有効でない、と主張している³⁶⁾。グロー自身が認めた、ヘラーによる独裁権力の限定は、独裁権力による憲法の停止を一時的、部分的なものとしてのみ認めたところ³⁷⁾、独裁を主権的独裁としてではなく委任的独裁として認めたところ³⁸⁾、独裁者を民主的に解任され得るものとして認めたところ³⁹⁾、独裁を臨時措置として認めたところ⁴⁰⁾に、現われている。

しかし、グローは、このような限定が有効なものではないとしている。このような限定が有効なものかどうかはともかくとして、ヘラーが緊急事態における独裁制を認めたとしてもこのような限定を認めたという事は、やはり、緊急事態においても法と国家との間の最適度の調整を図ろうとする態度の現われと見ることができる。このように、法というファクターと国家というファクターを*entweder oder*の関係におかないで、*sowohl als auch*の関係において問題の解決をはかろうとする事も、ヘラー理論が実質的憲法理論たるゆえんであるといえることができる。

(iii) なお、グローが、プロイセン対ライヒの訴訟においてSPD側の訴訟代理人として活動した時だけ、ヘラーが憲法に対して国家を優先させる態度からの例外を示した⁴¹⁾、としているのは、フェアではないであろう。やはり、ノーマルな状態における態度がライヒ政府によるプロイセン政府の職権剥奪という異常事態においても現われたと見るほうがフェアであろう。

③議会制民主主義よりも国家を重視

グローは、ヘラーが、立法権威としての最良

の代表機関は議会か大統領かの問題において議会支持の立場に立ち⁴²⁾、ワイマール憲法という開かれた憲法、その意味で最適の憲法のもので、社会にあるすべての多元的利益に開かれた議会において、多元的利益の対立が民主的手続にしたがって——衡量・妥協などを通じて——解決にもたらされることを議会支持の根拠としている事を指摘⁴³⁾し、また、別の観点から、個人の自由・自律及び平等という実質的原理によって保障される内容的正しさと民主的制定手続とを結びつけて議会制度を実質的に正当化した事を指摘し⁴⁴⁾、更に、参加者の“我々意識”もしくは全体としてのコンセンサスの存在⁴⁵⁾、及び——そのことからの帰結として——決定の変更可能性⁴⁶⁾、少数者が多数者になる可能性の保障⁴⁷⁾、また、政治家たちの、賢明・譲歩のルールにしたがった、責任ある行動⁴⁸⁾を、議会主義の前提とし、また、機能条件としてかかげた事を指摘している⁴⁹⁾。しかし、グローは、このような指摘をしたうえでヘラーは——議会主義の基礎的機能条件の提示を通じて——その著述活動によって議会主義の機能障害の除去に寄与したが⁵⁰⁾、しかし、一貫して議会主義のことを心に掛けていたわけではなかった、と述べ⁵¹⁾、ヘラー国家学にとっては国家の統一性が中心問題であったのであり、ヘラー国家学は議会制民主主義の理論ではなかった、と主張する⁵²⁾。このような評価がこの文脈ででてくる事は理解しがたい。現に、グローはその理由を述べる事なく、註で緊急事態に関するヘラーの論述の参照指示をしているだけである⁵³⁾。

④実質論の重視——手続論の軽視

(i) グローは、法の創造の理論の分野において、他の実証主義的憲法学者たちが法の妥当(=効力)の根拠をもっぱら所定の手続にもとづく創造に求めたのに対して⁵⁴⁾、ヘラーが法の妥当(=効力)の根拠を実質的なものに求め、立法者に対して内容的な注文をつけた事を問題にする⁵⁵⁾。グローは、ヘラーが法が妥当するために、一方で、具体的な社会の文化・倫理・社会的ニーズにこたえるという特殊性性質をもつことが必要であり⁵⁶⁾、他方で、正しい法へ

の志向という特別の性質をもつことが必要である、と主張している⁵⁷⁾ 事を指摘している。この二つの性質の違いは、グローの説明からは、明らかではないが、ヘラーの所説に即して考えれば、前者は社会的承認を受ける事、後者は倫理的法原則に適合している事を指していると考えられる。いずれにしても実質的なものを追求する姿勢の現われと見ることができる。興味深いのは他の実証主義的憲法学者たちも立法者が正義や公共の福祉を志向して立法しなければならないと説いている事をグローは認めたうえで、彼らがそのことから法の妥当に対して規範的帰結を導き出してはいない、としている事である⁵⁸⁾。ということは、ヘラーは正義に反する法の妥当について規範的帰結を導き出した、とグローは見ている事になる。しかし、ヘラーがその点についてどう考えていたかについては言及していない。

(ii) むしろ、グローは、ヘラーも国家の意識的社会形成機能・社会指導機能を認めたという事⁵⁹⁾を根拠として、法の妥当の根拠として法原則に適合しているという意味での合法性(Rechtmäßigkeit)と法的安定性(Rechtssicherheit)とを二元的に対抗させたと捉え直したうえで⁶⁰⁾、結局、ヘラーも合法性と法的安定性との対立において法的安定性、その意味で国家のほうに軍配を挙げた、と結論している⁶¹⁾。このように見て、グローはヘラーが倫理的規範の義務づける力と法的義務の強制力とを区別した事⁶²⁾、強制力をもって実定法を保障する国家を実定法的義務の違反者に対抗させたという事⁶³⁾、を指摘する。ヘラーが抵抗権を法律的なものとして、倫理的なものにとどめたと言う事をグローが持ち出すのもこの文脈においてである⁶⁴⁾。このような指摘するグローの真意は必ずしもハッキリしないが、恐らく、ヘラーが法の創造の理論の分野で実質的なものを打ち出したが、結局、この実質論を維持しきれなかったという事を主張したいがためではないか。しかし、そのように主張する事はグローも認めているように⁶⁵⁾ヘラーが法の妥当(効力)の根拠に関して Sowohl Rechtmäßigkeit als auch Rechtssicherheitと

いう構成をとり、両者のバランスのとれた実現を志向しようとしたヘラーの意図を十分に汲み取ることができないのではないか。例えば、グローは法の本質をもって強制可能性にあるとしているようなのであるが⁶⁶⁾、それでは、強制を最後の保障手段としつつも第一次的には承認・服従にもとづいて法の貫徹を図ろうとし、そのために承認・服従のあり方についての解明につとめたヘラーの意図を十分に汲み取ることができないのではないか。

⑤民主政の条件としての社会的法治国家

(i) 基本権論の分野においては、グローは、一方で、ヘラーがその社会的-非社会的という人間本性の人間学的理解にもとづいて、国家からの自由としての基本権と国家への自由(もしくは義務)としての基本権とのジレンマを志向した事を評価したが⁶⁷⁾、他方で、ヘラーが個人を国家との弁証法的相互制約関係においたが、個人に優位を認めたのは好天の日においてだけであって、国民の精神的分裂によって国家の統一が危くされる場合には国家の自己維持の権利を根拠にして国家に優位を認めている事を批判している⁶⁸⁾。しかし、ヘラーが社会の分裂による国家的統一の危殆化という状況に直面して基本権の保障を主張した事が考慮されるべきであろう。

また、グローは、ヘラーが立法、行政、司法が基本権によって基準を与えられ、制限を与えられたという事を認めたが、しかし、最終的にすべての基本権を法律の留保の下におき、その結果国民の間の支配的な価値観の留保のもとにおき、その事によって立法、行政、司法を基本権による拘束から解放したという事を批判している⁶⁹⁾。しかし、これについては、第一に、ヘラーが国民が選出する立法府が創る法律をもってボロンテ・ジェネラルの表現と見ていた事、第二に、ヘラーが立法者を含むすべての国民代表が委任的代表者としてボロンテ・ジェネラルによって法律的に拘束されると主張していた事、第三に、ヘラーが——他の民主主義的憲法学者と同じように——民主政における少数者の保護を重要視していた事を考慮にいれることが

必要であろう。

(ii) グローは、ヘラーが、他の民主主義的憲法学者たちが政治的平等、政治的民主主義は志向したが、その社会的裏づけまでは志向しなかったのに対して、政治的平等、政治的民主主義の社会的裏づけまでも追求し、且つそれを基本権論のなかで取扱う試みをした事⁷⁰⁾、すべての人が同じ教育を受け、平等に国政に参加することを可能にする民主的教育制度、とりわけ成人教育の成果を賛美した事⁷¹⁾、他の民主主義的憲法学者たちが自由の政治的側面だけを強調したのに対して、ヘラーが政治的側面を強調するとともに、社会的側面、即ち、基本権による社会的・経済的生存基礎の必要性をも強調した事⁷²⁾、民主政の基本権の実現条件と社会国家的実現条件とを社会的民主政の基本権論へと融合させようとした事を、指摘し⁷³⁾、ヘラーの全業績が社会国家の理論へと完成されなかったとしても、ヘラーの業績の一部、とりわけ、実質的・基本権論の機会の平等と社会的・政治的平等との結合は、民主的社会国家の精練された理論に近づいている⁷⁴⁾ という総合的評価を行い、且つ、ヘラーの業績が今日の基本法を基礎する社会的民主政の理論的基礎となるものを展開したという事を付け加えている^{75) 76)}。

2. ヘラー理論の積極的評価

他方、ワイマール時代の憲法学者のなかでの断固たる民主主義者・共和国支持者たるヘルマン・ヘラーの理論的活動を積極的に評価する見解も、当然存在する。そのような例としてシュトライスの見解をあげることができる。シュトライスは、ヘラーが当時の憲法理論の諸傾向に反対して、次のような理論的・方法論的立場を打ち出した事を評価している。いずれも、実質論とのかかわりをもっている。

①国家の現実態の構造的把握

シュトライスは、ヘラーが、国家の現実態を純粹に規範論理的な、純粹に経験的な、精神科学的な方法によって把握するのではなく、社会学的な方法によって、構造に即して把握する事、また、歴史を組み込みつつ将来の展

望を示す事、をもって、国家理論のプログラムとし、この野心的なプログラムを完全にではないにしても相当程度達成することができたと評価している⁷⁷⁾。

②二分論の克服の試み

シュトライスは、方法論的及び政治的二分論を克服して、実質的国家理論を展開しようとする、知的情熱によって貫ぬかれた、ヘラーの試みは、ワイマール共和政期における、この種の試みのなかで最も重要なものであったとし、このことは、今日ヘラーの方法論的前提が不明確、且つ、折衷主義的だと考えられる場合でも、なお認められることができるとしている⁷⁸⁾。

③規範的モーメントの重視

シュトライスは、ヘラーが国家を現実科学的にのみ把握する事を否定し、国家の規範的モーメントを重視すべきである、即ち、法を現実との現実的関連においてのみ把えるべきでなく、逆に現実も規範的に規定されているものとして見るべきである、とする立場をとった事を指摘する⁷⁹⁾。

④国家の倫理的拘束

シュトライスは、ヘラーが、前提となっているモラルの根拠づけについて立入った説明をしていない事を認めつつも、国家がモラルの観点において実質的に拘束されている事、即ち倫理的に拘束されている事を強調した点を評価し⁸⁰⁾、その意味でヘラーを理想主義者ということが特別な意味をもたなかった時代における理想主義者として位置づけている（もっとも、同時に現実主義者でもあった事を認めているが⁸¹⁾）。このことをあらわすものとして、ヘラーが、国家の独自の機能としての立法に関して、実定法の正当化が形式的に民主的手続による投票によって行われるだけでなく、実質的に倫理的原理や超実定法的法による拘束によっても行われるべきだとしている事を挙げている⁸²⁾。

⑤形式的法治国家から社会的・民主的国家への改造

シュトライスは、更に、ヘラーが形式的法治国家に不満を抱き、社会的正義への期待にこたえるために形式的法治国家を社会的・民主的国

家へと改造する事を要求し、国家が階級構造の不正義を克服しなければならない、と主張した事を評価している⁸³⁾。シュトライスは、失敗を経験した後でこういう要求・主張を非現実的であったとして批判する事は容易であるが、しかし、かかる批判は民主政・社会国家への呼びかけにひそんでいるヘラーの政治的判断能力を見落している、と述べてヘラーを弁護し⁸⁴⁾、更には、後の連邦共和国はヘラーの診断から帰結を導き出し、それをまさに国家ドグマの位置に引き揚げたという事をつけ加えている⁸⁵⁾。

Ⅲ. ワイマル憲法擁護のためのヘラーの実践的活動

1. まえおき

憲法の規範力の維持・強化のためには、それに適した理論を構築し、提出することが必要であるが、それとともに、憲法擁護のための積極的な実践的活動を展開することも必要である。ヘラーは理論の構築、提出と実践的活動とを並行して行ったし、両者を密接に関連させた。理論のほうは第二部で取り上げて検討することにして、ここでは、実践的活動のほうを簡単に述べることにする。

2. 実践的活動

①成人学校の教師としての活動

ヘラーは、1919年キールにおいて民衆大学(Volkshochschule)の創設に関与し、且つ、教師として活動した後⁸⁶⁾、1922年ライプチヒ市の民衆教育局(Volksbildungsamt)の局長となり、その地位にもとづいて、ライプチヒにおいても民衆大学を創設し、自らも教師の一人として活動し、更に、寄宿制の民衆大学(Volkshochschulheim)を創設し、ここでも自ら教師として活動し、1925年までこの活動を続けた。民衆大学は、成人教育を目的とするものであったが、青年教育をも目的とし、とりわけ労働者教育に重点をおいていた⁸⁷⁾。

民衆大学においてヘラーが教育の目標としたのは、個々の受講者の自律的判断能力の養成を中核としながら、労働者に伝統的な人類の文化

財の享受及び新たな文化財の創造を可能にする事であり⁸⁸⁾、また他方で、労働者に共同生活・共同体の意識を覚醒させ、強化する事であった⁸⁹⁾。このような事は、ヘラーが民衆大学に関して発表した数多くの論文から明瞭にうかがわれるのであるが、これらの論文からは、ヘラーが民衆大学においてワイマル憲法の普及・定着に重点をおいたという事はうかがわれない。しかし、ヘラーが文化と社会主義とに重点をおいていたという事は明確である。それゆえ、ヘラーが(ワイマル)国家が文化及び社会主義によって基礎づけられるとともに、(ワイマル)国家が文化の向上・普及及び社会主義の進展にとって好適の基盤をなしている、と考えていた事⁹⁰⁾を考慮すると、文化及び社会主義の意義の強調は、ワイマル国家及びワイマル憲法の受容れを間接的に促進したといえる。また、ヘラーが民主教育を通じて労働者に共同体意識の覚醒を企図したという事は、文化的同質性、“われわれ意識”の成立、維持に寄与し、それを通じてワイマル共和国の統一性・強化に寄与する意味をもっていたといえることができる⁹¹⁾。

②青年社会主義者(Jungsozialist)としての活動 (i)社会民主党への入党

ヘラーは1920年社会民主党に入党したが、入党にあたって留保をつけ、この留保を記録しとどめるよう要求した。留保の内容は、(一)入党は党の支配的イデオロギーを承認するものとして解釈されてはならない、(二)唯物史観及びインターナショナルイズムは基本的に拒否する、というものであった。ヘラーは社会民主党をもってドイツの将来を担う政治勢力と考えていたが、しかし、社会民主党が全体としてその精神的態度を変更する場合にのみそうなると考えており、社会民主党のなかでそのように変更するように活動しようと考えていた⁹²⁾。そのための絶好の機会が1925年の第三回青年社会主義者全国大会での報告であった。

(ii)第三回青年社会主義者全国大会での報告

社会民主党のなかで青年社会主義者という会ができ、そのなかで修正主義の立場をとるホフガイスマール派とマルクス主義の立場をとる

ハノーファー派とが対立し、1925年の第三回全国大会においてこの対立に理論的決着をつける事が両派によって企図された⁹³⁾。ホーフガイスマール派に属していたヘラーは、同派から推されて報告することを引受けた。ハノーファー派を代表して報告したのはウィーン大学教授のマックス・アドラー (Max Adler) であった。報告のテーマは“国家、民族、社会民主主義”であった。ヘラーは、この報告のなかで、制度としての国家それ自体は否定できないが、国家の歴史的現象形態は否定できるとしたうえで、しかし、現在の国家 (=ワイマル憲法のもとでの国家) は、不断に改造され続けられなければならないとしても否定されることはできないと述べ、その理由として、現在の国家は、その内容が資本主義的であるとしても、その組織全体において、純粋に社会主義的な秩序への発展にとっての妨げとなるものではなく、むしろ、社会主義的目的の実現に向っての非常に重要な歩みを始めているという事を挙げ、また社会主義の実現のための方法として、他の政党との交渉・調整・妥協の途を選ぶべきであり、従って、議会主義を支持しなければならないと説き、更に、人 (この場合、社会主義者を意味する) は、国家を肯定するだけでなく、国家のために責任を引受ける覚悟をもたなければならない、今日の国家のために力を盡さなければならない、と述べた⁹⁴⁾。この報告は、ヘラー自身のワイマル共和国支持の立場を鮮明にするものであっただけでなく、社会主義者たちにワイマル共和国のために協力と呼びかける意味をもっていた。しかし、ヘラーの報告は、激しい野次にさらされただけでなく、アドラーの報告、その後の討論の後で提出された動議にもとづいて行われた大会決議が71対39で採択され、ヘラーの報告は全面的に否定された。大会決議の趣旨は、今日の民主主義は階級対立を隠蔽するものであり、共和国の国家的必然性を強調する事は革命的プロレタリア的階級斗争を稀薄化するものであり、社会主義的プロレタリアはブルジョア的階級国家のために政治的責任を引受けるべきではない、というものであった⁹⁵⁾。このことは

ワイマル共和国、ワイマル憲法の支持基盤が左翼勢力との関係においても弱体であった事を示している。

③講演・演説

ヘラーは種々の機会にワイマル共和国、ワイマル憲法を擁護するための講演・演説を行い⁹⁶⁾、労働者・市民にワイマル共和国、ワイマル憲法擁護のために立上るように呼びかけた。その最も重要なものについては、3で検討する。

④ワイマル憲法改正の提案

ヘラーは、多くの人がドイツの内政・外政上の劣悪な状態の原因をワイマル憲法に帰せしめているのを短絡的と批判し、国民と政治家たちが目的を意識した、活発な権力への意思をもってさえいたならば、憲法の条項を全然変更しなくても、比較にならないくらいよりよい政治的・社会的状態がもたらされていたであろう、ということ前置きして、——論理的必然性は必ずしもないように思えるのであるが——しかし、そうはならなかったので、憲法改正を検討する必要性から逃れられないとして憲法改正の提案をした。提案といっても具体的なものではなく、次の如く、基本的方向を示したものとどまっている⁹⁷⁾。

(i) 国家は、社会主義的計画経済が国家権力に課している精神的・倫理的・経済的任務を果たすために、政治的権威をもつ事が必要であり、そのために、私的資本主義的勢力の食客であってはならず、自ら効果的経済力をもたねばならない (このことと関連して、ヘラーは、国家に権威をもたせるためにわれわれが国家を地理的・歴史的条件によって運命的に規定されたものとしてわれわれの意思によって受容れなければならないとともに、われわれの意思によって積極的に支えなければならない、という趣旨の事を述べている)。

(ii) ライヒ政府の権威が強化されるべきであるが、そのため、ライヒ政府を二つの基盤の上に立たせる事が必要である。それについては、議会を国民代表機関として維持するとともに、議会だけを唯一の国民代表機関として

見ない、という観点に立つ必要がある。ひとつは、国民自身であって、即ち、政府が国民投票を通じて国民の判断に訴える事を可能にする事であり、他のひとつは、政党によって構成されない国民代表機関を議会の他に設ける事である（このことは、政党間の激しい対立抗争によって議会が機能不全に陥っている現状を是正しようとするものである。また、権威的国家の正当化根拠となりうるのは国民だけであるという観点が基礎になっている）。(なお、ヘラーは権威的国家を前面に打ち出しながら、権威的国家と全体国家とは区別されるべきであるとし、その違いを権威的国家は民主的正当性にもとづくだけでなく、法治国的合法性にもとづいている事に求めている。権威的国家においても権力分立と基本権という法治国家の構成要素は維持されなければならない、としている)

(iii) 権威的国家は一定の限界をもっていなければならない。即ち、権威的国家は、コントロールに服していなければならない。そのため、第一に、法律によって拘束される裁判所が存在していなければならず、第二に、新聞・意見・結社の自由が保障されていなければならない(ただし、ヘラーは、無規律な、行き過ぎた自由には反対し、とりわけ無規律な経済的自由、更には芸術分野における無制約な自由が制限されることを要求している)。

⑤「プロイセン対ライヒ」訴訟におけるプロイセン側の訴訟代理人としての活動

(i) シュルヒターは、1920年3月右翼勢力によるワイマール新政府転覆の試みとしてのいわゆるカップー揆に際して、ヘラーがラートブルフ(Radbruch)とともに、武装した労働者グループを率いてその阻止のために立上り、その過程で叛乱グループによって逮捕され、即決裁判で死刑を宣告されたが、執行直前にプッチが失敗したので辛うじて一命をとりもめたという事⁹⁸⁾と、1932年ヘラーが「プロイセン対ライヒ」訴訟においてプロイセン側の訴訟代理人として活動したという事とを挙げ、ヘラーがワイマール共和政の初期と末期における決定的に重要な事件においてその生

命を賭して法治国家擁護のために斗ったとしている⁹⁹⁾。

(ii) 1932年7月20日、ライヒ宰相パーペンは大統領命令を根拠として社会民主党のブラウンを首班とするプロイセン連立内閣の全閣僚を解職し、自分をプロイセンのためのライヒ権限受託者(Reichskommissar)に任命し、そのうえで自己の職務代行者兼プロイセン内務大臣の権限受託者にブラハトを任命し、又、他の大臣職についてもそれぞれライヒ権限受託者を任命した(憲法48条1項にもとづくライヒ執行)。更に、パーペンは、同日付けの他の大統領命令によって、ベルリン及びブランデンブルク州にたいして緊急事態を布告した。緊急事態による措置は一連の基本権の効力停止を含んでいた(憲法48条2項による措置)。また、この緊急事態措置を執行する権力がライヒ国防大臣シュライヘル將軍に移された¹⁰⁰⁾。

(iii) 1932年7月20日の大統領命令及びそれにもとづいてとられた諸措置が憲法に違反する事の確認を求めて、ライプツヒの国事裁判所に訴えが提起された。訴えを提起したのは、プロイセン州、プロイセンの諸大臣、社会民主党のプロイセン議会議員団、プロイセン議会の中央党及びバイエルン州とバーデン州であった。ライヒ政府は訴えの却下を求めたがライヒ国事裁判所はそれを却け、他方、原告側の執行停止のための仮処分を求める請求をも却けたので、ライヒ国事裁判所において本案についての審理が行われる事になった。ライヒ側の主たる訴訟代理人にはカール・シュミット(Carl Schmitt)、プロイセン側の主たる訴訟代理人にはヘルマン・ヘラーがなったが、それ以外に憲法学者や法律専門家がそれぞれの側に加わった。その中では、前にあげたゲルハルト・アンシュッツがプロイセン側の訴訟代理人に加わっている事が注目される^{101) 102)}。

(iv) プロイセン側の主たる訴訟代理人となったヘルマン・ヘラーが国事裁判所において展開した法律論の内容は、ヘラーがフランクフルト新聞の1932年8月10日号に発表した論説“ライヒの行為は憲法に適合していたか?”からうか

がわれる。その中でヘラーは、ライヒ大統領の緊急命令の前提条件は存在していたか、という事と、命令された措置は必要なものであったか、という事を審査する権利があり、且つ、義務がある、と述べたあとで自身の考えを展開している。大要次の如くである¹⁰³⁾。

(一) 緊急命令について

憲法41条1項の緊急命令の前提条件はプロイセン州が憲法によって課されている義務を履行していない事である。しかし、ライヒに対するラントの義務を履行していないという事をライヒ政府はこれまで一度も説得力をもって通告した事はなかったし、義務違反の根拠となると考えられる事実を一度も通告した事はなかった。

また、責任を問われるべきラントの義務違反に対して適用されるべき手段の選択は執行機関の裁量にゆだねられているが、それは自由ではあっても義務的裁量であり、したがって、必要でなく、比例原則に反する手段を適用した場合には裁量権の逸脱となる。今の場合、適切な手段は憲法第15条に求められるべきである。即ち、瑕疵非難が効果をあげなかった場合、即ち、プロイセンの義務違反がそれほどまでに重かった場合に、初めて帝国執行を正当化することができる。遅滞すれば危険が生ずるということは正当化理由にはならない。プロイセン政府に一度も告知聴聞の機会を与えずに、いきなり、必要もないのに、プロイセン政府の権威を完全に奪うような、最も暴力性の強い手段を適用した事は、疑いもなく“形式の濫用”である。憲法48条にもとづいて許されるのは、プロイセン国家机关に義務を履行するよう軍事力をもって強制する事であり、直ちに閣僚を解職することは許されない。この強制が効果をあげないか、権限ある機関が機能不全に陥っている場合に初めてライヒ機関による代執行が許される。

(二) 緊急事態措置について

憲法48条2項の緊急事態措置を正当化する前提条件は、プロイセン州の領域において公の安全と秩序とが著しく阻害されているが危殆化されているという事である。こうした状況の存否の認定は、執行機関が自由な、しかし義務的な

裁量によって行うことができる。裁量権逸脱もしくは裁量権の濫用が存在しないと言えるためには、次の二つの事が前提条件となる。第一は、プロイセン州において他の州に比べてより強く公の安全と秩序の阻害もしくは危殆化が生じていた事であり、第二は、プロイセン政府がその保持している手段をもってしては、戦争以来引き続き阻害もしくは危殆化されている公の安全と秩序を保護しえないか、もしくはその意思をもっていないという事である。最近強まった不穏な状態はプロイセン政府の作為もしくは不作為によって引き起こされたものではなく、むしろ制服着用禁止令及びデモ禁止令の廃止によって、即ちライヒ政府によって引き起こされたものである。プロイセン政府がその任務を履行しえなかったという事は主張されてはいるが、今まで証明されたことはない。むしろ、帝国権限受託者の任命以来公の安全と秩序の阻害もしくは危殆化が著しく強まったという事実があるが、この事実はライヒ政府の主張の誤りを証明するものである。また、仮に前提条件が満たされていたとしても、とられた措置は裁量権逸脱と判断されなければならない。けだし、憲法48条2項は例外状態において許される措置の明確な法的限界を含んでいるからである。限界としては、必要な措置を適用する事のみが許される、いわゆる憲法の組織的ミニマムは侵害されてはならない、停止される基本権の列挙は例示的なものとしてなされるべきではなく、限定的なものとしてなされるべきであり、列挙されていない基本権の効力停止をする事は許されない、という事が帰結される。更に、例外状態の本質から48条2項が定めている必要な措置は永続的な状態をつくりだしてはならないという事が帰結されるが、それから言えば、帝国政府はプロイセン政府及びその官吏たちの活動を暫定的にのみ、且つ、ライヒ政府の行為の目的にとって決定的な意味を有する領域においてのみ阻止することができるのであって、プロイセン政府及びその官吏たちの活動を必要もないのに完全に排除することはできず、ましていわんや彼らを解職することはできない、という事が帰結される。

それによって確定的な状態がつくられるからである（それに続けてヘラーは憲法の組織的ミニマムの侵害について言及しているが、ここでは省略する）。

以上のように述べて、ヘラーは、大統領の緊急命令についても、緊急状態措置についても、その前提条件が存在しておらず、また、とられた手段も適切でなく、裁量権の乱用にあたるとして、二つともライヒ憲法に違反すると結論した。

（V）1932年10月25日の国事裁判所の判決は、一方で、プロイセン政府を法的義務違反の非難から解放しようとするとともに、他方で、ライヒ政府がプロイセンにおいて獲得した権力的地位を損わないようにした。この妥協的試みのための法律の根拠となったのは、憲法48条1項と憲法48条2項とを厳格に区別することであり、48条1項に基づく権限行使は大統領の裁量に委ねられてはいるが、拘束されたものであり、国事裁判所の審査に服するものであるが、48条2項に基づく権限行使は、大統領の自由な裁量は委ねられており、国事裁判所の審査には服さない、とするものであった。この考えに基づいて、国事裁判所は、今回の48条1項に基づく権限行使を審査し、義務違反における“有責性”の要素を重視して、今回の場合プロイセン政府の有責的義務違反は存在しない、と認定し、したがって今回の大統領の48条1項に基づく権限行使には法的根拠がない、と結論した。また、48条2項に基づく権限行使に関しては、大統領命令が発せられた時点においてプロイセンにおいては公の安全と秩序の重大な阻害と危殆化が生じていたので、48条2項の前提条件はみたされていたことを認定し、それに基づいてとられた措置、即ち、州の権限を帝国に移す措置は憲法上正当化されるとした。そのうえで、48条2項の適用にも“超えてはならない”限界があるとし、ライヒ内におけるラントの地位とラントの自律の維持がそのような限界にあたるとした。それをふまえて、判決は、1932年7月20日の命令が、ラントの固有の法的領域に介入した限りにおいて、命令はライヒ憲法に合致しないとした。そこで、判決は、

“国家権力の分割”と呼ばれる解決を導き出した。即ち、判決は一方で、“解職された”これまでのプロイセン政府に、その形式的法的地位の存続、とりわけ幾つかの“不可侵”とされる高権的権限、即ち、ライヒ参議院とライヒ議会における代表権、ラント参議院及びラント議会に対する権限の存続を認め、他方で、ライヒが設置した権限受託体制にプロイセン政府の権力の主要機能、とりわけ内閣及び個々の省の権限を保持させることにした¹⁰⁴⁾。

3. 憲法祝典における講演（1930年）

ヘラーはドイツ学生団体が催した憲法祝典（1930年）で講演を行い、講演の中で、ワイマール憲法を擁護する立場とそのための強い意思を強烈に示した¹⁰⁵⁾。この講演は、その後論文として雑誌（“Justiz. Monatsschrift für Erneuerung des deutschen Rechtswesens, zugleich Organ des Republikanischen Richterbundes”, 5（1929/30））に発表され、後に全集第二巻に収録されている¹⁰⁶⁾。本稿のこの部分はこれによっている。論文には内容的区分けはないが、ここでは筆者の考えによって内容的区分けを行い、それぞれに表題をつけた。

①憲法とは何か

ヘラーは、憲法をもって一つの国民の内部における社会的諸力の協働のための基本的規範であり、政治的形式であるとする。そして、憲法が諸力の活動に枠をはめ、制約を課し、形式としての力を発揮することができるためには、国民の創造的な形式構形成力によって担われていなければならないとする。したがって、憲法によって決定的な事は、制約としての形式と形式構形成力としての自由とを緊張関係において両者を維持する事であるとする。形式の過小は文化否定的な内乱状態をもたらす自由の過小は未来を形成する諸力による、より高次の政治的形式形成の可能性の抑圧をもたらす事を理由として挙げる。そこで、ヘラーは、歴史的に不可避免的な斗争を形式という枠にはめて制御しつつ、同時に、国民の未来形成力にその形式をつくる自由を保障する憲法をもってよい憲法だと説く。

②ワイマール憲法に対する批判に対する反論
(ワイマール憲法擁護論)

(i) ワイマール憲法が旧体制崩壊の所産という非難に対してヘラーは、責任感の強い人々が生命を賭してカオスに立向って、憲法をつくった事はむしろ賞賛に値する、とする。

(ii) ワイマール憲法が種々の矛盾を内包しているという非難に対してヘラーは、ワイマール憲法が事実上の社会的権力関係の表現であるという立場に立って、これらの諸矛盾は精神的・社会的状況のなかにある諸矛盾にもとづくものであって、憲法制定者の責任ではない、としたうえで、除去されるべきこれらの諸矛盾の除去のための自由な可能性をわれわれに与えてくれるところに、ワイマール憲法の最良の特性がある、と主張した。即ち、ヘラーは、ワイマール憲法が社会的矛盾を暴力を用いずに除去することを可能にする法的安全弁をすべての生き生きとした社会的諸力に対して開いているという事をもって、ワイマール憲法を弁護した。

(iii) ワイマール憲法が君主政的・自由主義的法治国家と政治的・社会主義的民主政との、いかがわしい、不格好な妥協であるとする非難に対してヘラーは、憲法における妥協を評価する立場に立って、妥協を非難する、右から及び左からの攻撃を批判し、これらの攻撃がいずれも新しい政治的形式理想の急進的な・暴力的な実現のための妨げになるとして法治国家の基本原則たる権力分立と基本権を攻撃しているという事を指摘し、これらの攻撃がいかなる新しい政治的形式理想を志向するのか明らかにせず、ただ単に流血を伴う、無意味な内乱を煽動するだけのものである事を批判している。もっとも、ヘラーも、当時、旧い政治的形式理想がもはや効力を失い、新しい政治的形式理想が未だ効力を獲得していない事、具体的には、自由主義的な法治国家がもはや今日の任務に対応できず、社会的法治国家という新しい政治的形式が未だ生成途上にあるという事を認め、そのうえで——(ii) のところで述べた事と同じ事になるのであるが——この歴史的状況においてはワイマール憲法の開かれた政治的形式こそがわれわれにと

って唯一適切なものであるという事、を強調している¹⁰⁷⁾。

③ワイマール憲法擁護の決意の表明

ヘラーは、この決意を次のような言葉で表明している。“われわれは、ワイマール憲法がその使命を既に達成しているからワイマール憲法を祝うのではなく、それがわれわれの使命の達成を可能にするから、祝うのである。われわれは、ワイマール憲法が未来においてより統一的で、より高次の形式を実現する自由をわれわれに与えてくれるから、ワイマール憲法を擁護し、ワイマール憲法を尊重する事を要求する。われわれは、この憲法形式がすべてのグループに対して平等な斗争条件を保障するものであるがゆえに、あらゆる政治的傾向のすべてのドイツ国民に対して憲法尊重を要求する権利を有する。

われわれは、暴力イデオログのあらゆる攻撃からワイマール憲法を擁護することを誓う。これらの攻撃者が繰返しわれわれの民主政を投票用紙的民主政に過ぎないと嘲笑するのに対して、彼らに一つだけ断固として言っておきたい事がある。われわれは、投票用紙だけをもって国家を保障することはできない、ということを非常によく認識している。そして、われわれは攻撃者が暴力による攻撃を試みる瞬間には、この認識を実践をもって証明するであろう。その場合には、われわれは、必要とあらば、武器をとってでもワイマール憲法を守るであろう！”

IV. ワイマール憲法擁護の理論

1. まえおき

上述のところでは、ヘラーがワイマール憲法を、それが妥協に基づいているという事、基本的な点に開いて未決定である事、それゆえ将来の形式に関して諸力の自由に対して開かれている事を評価したという事を指摘したが、内容的にはワイマール憲法の如何なる点を評価し、擁護しようとしたのか。如何なる内容のゆえにヘラーはワイマール憲法を擁護しようとしたのか。このことは既に上述のところでも触れたのであるが、とりわけ第二部において立入って論究する

事が多いので、ここでは、事項的に列挙（プラス若干のコメント）する事にとどめたい¹⁰⁸⁾。

2. 民主政（民主主義）

ワイマール憲法は国民主権を基本原理とし、一方で、主権の担い手たる国民に直接その意思を表明させるための諸制度（とりわけ大統領の直接選挙制や国民投票制）を採用したが、他方で、選挙された国民代表議会を通じて間接的にその意思を表明させる制度を主たる制度として採用し、その意味で議会制民主主義を採用した。

①必然性としての民主政

ヘラーは、民主政をもって、国家における支配者と国民とを結びつけ、協働させる事によって、国家権力の支配効果を高めるとともに、それを制限し、国民の意思にしたがう支配を実現する点においても必然的（実践的必然性）であり、哲学的・思想的発展の結果としての国家的支配の内在的把握に適合している点においても必然的（精神的必然性）であるとした¹⁰⁹⁾（ただし、必然的なものも意思し、意欲されなければならぬというのがヘラーの立場である）。

②多数決制と代表制

ヘラーは民主政を多元体としての国民に対する統一体としての国民の支配として捉え、多元体から統一体を構成するための技術的手段が必要であるとし、このような技術的手段として多数決制と代表制とを挙げる¹¹⁰⁾。多数決制も代表制もボロンテ・ジェネラル（*volonté générale*）が現実存在している事を前提しているとする¹¹¹⁾。まず、決定における少数者が多数者の決定に従うのは、多数者が少数者をも包含するボロンテ・ジェネラルによって拘束されていると、少数者が確信するからであるとする¹¹²⁾。また、代表は、現実存在しているボロンテ・ジェネラルを現実に働かせるものであり、逆に、現実存在しているボロンテ・ジェネラルは自らは活動できないので、代表によって働かされることが必要であるとする¹¹³⁾。

③ボロンテ・ジェネラル

ヘラーがその理論の基礎に据えるボロンテ・

ジェネラルは、種々の観点のもとで、複合的なものとして構想されている。

（i）意思と原理との複合体として

ボロンテ・ジェネラルは意思であるが、同時に、原理としても構想されている¹¹⁴⁾。原理としてはすべての人の平等な自由であり¹¹⁵⁾、同じ事であるが、全体の利益である¹¹⁶⁾。したがってすべての人の平等な自由を内容としない意思、或るは、特殊利益を内容とし全体の利益を内容としない意思はボロンテ・ジェネラルではなく、すべての人の意思（*volonté des tous*）であり、結局恣意である¹¹⁷⁾。ヘラーによれば、ボロンテ・ジェネラルは原理であるから、意思によって現実化されて現実的に存在するにいたる。

（ii）現実化の出発点でもあり、結果でもあるボロンテ・ジェネラル

換言すればボロンテ・ジェネラルは潜在的なものとして存在しているが¹¹⁸⁾、現実化されて顕在的なものとなる。この点では、ヘラーは政治的機関による現実化（*Aktualisierung*）の意義を強調しているわけである¹¹⁹⁾。しかし、その前提として、ポテンシャルとしてボロンテ・ジェネラルが存在していなければ、そもそも現実化は行われえないわけである¹²⁰⁾。

（iii）理念であるとともに制度化されたものでもあるボロンテ・ジェネラル

ボロンテ・ジェネラルはすべての人の平等な自由或いは全体の利益という理念であるが、現実的に作動するためには多数決制度や代表制度を介して制度的に表現される必要がある。その意味でボロンテ・ジェネラルは制度化された意思である。

（一）ヘラーが、ボロンテ・ジェネラルは法律によって表現され、法律はボロンテ・ジェネラルの表現というのは、この意味においてである¹²¹⁾。

（二）また、ヘラーがボロンテ・ジェネラルから国民立法府（*Volkslegislativ*）の政治的・法的優位を帰結するのは、この意味においてである¹²²⁾。

(三) また、ヘラーが民主的決定権力は憲法の枠内で行使されなければならないだけでなく、ボロンテ・ジェネラルによってまさにそのようなものとして理解された憲法の枠内で行使されなければならないと言っているのは、この意味においてである¹²³⁾ (ヘラーのこの文章はやや理解しがたいところがあるが、すくなくとも、国民立法府が憲法の第一次解釈権を有するという意味を含んでいることは否定できない)。

④政党に対する好意的態度

ヘラーは多元体としての国民を統一体としての国民へと媒介する政党は民主政にとって不可欠であるとする。或いは全体の要求 (或いはボロンテ・ジェネラルの要求) と多元的社会的利益とを媒介する媒体としての政党は民主政にとって不可欠であるとする¹²⁴⁾。ヘラーは、政党は国家の統一的な決定の形成に仕えるものであり、そのための媒介項の役割を果たすものであるから、政党は国家の統一性を破壊するものではないとして、政党に好意的な態度をとった¹²⁵⁾。政党に対して好意的な態度をとった点は、非民主主義的な憲法学者たちと異なり、民主主義的な憲法学者たちと共通している。

⑤議会主義支持

(i) ヘラーは議会制度のない民主政は全体主義的であり、民主政のない議会制度は死せる形式であるとし、すべてのグループに対する、政治的活動可能性のできるかぎりの自由・平等の保障によって政治的統一の形成を可能にする制度としての議会主義、或いは、上からの権力的命令によってではなく、すべてのグループ間の会談、交渉、意思疎通、討論、妥協によって下から上への統一的意見形成を行う政治的システムとしての議会主義を、すべての人を包含する価値共同体が崩れつつあるのを認識しつつも、支持し、弁護した¹²⁶⁾。逆に、20世紀に入って登場して来た新しい政治的主張は議会制民主主義の克服を期待させることはできないと主張した¹²⁷⁾。

(ii) ヘラーは、比例選挙制を定めている選挙法において、選挙参加の条件 (有権者の署名数や供託金の額) に関して大政党と小政党 (大・小

の基準は立法者が決める) との間で難易度を区別している事、及び投ぜられた票を議席に配分する手続 (個々の選挙区において生じた剰余投票を選挙区結合に移行して議席を配分する計算手続) にあたって大政党のみを計算に入れ、小政党を計算に入れない事 (数値的価値においては区別しないが、結果価値においては区別している事) を、選挙法の目的、即ち、活動能力のある国家機関、即ち活動能力ある議会と政府の創出 (逆に言えば破片政党による議会・政府の麻痺の防止) という目的によって正当化した¹²⁸⁾。

⑥政党・議会の現状に対する批判的態度

もっとも、ヘラーは1930年に入ると党利党略に走る政党やそのため機能不全に陥っている議会を目のあたりにして、ライヒ政府に議会に対抗して国民投票に訴えることのできる憲法上の可能性を与えることや、政府を政党によって構成される議会のほかに、政党政治と無関係に構成させる国民代表機関にも立脚させることを内容とする憲法改正を提案した。要するに、議会が国民代表である事には変わりがないが、議会だけが国民代表ではないという考えを表明した¹²⁹⁾。

⑦代表制

(i) ヘラーは、代表を種々の意味において理解したが、その一つは国家をもって社会の代表とし捉え、或いは、国家をもって国民の代表として捉える捉え方である¹³⁰⁾。この場合の代表というのは、個々人がその意思を一つの意味 (個人または団体) に従わせ、この一つの意味が全体の利益にかかわる事、とりわけ、共同の平和のためになる事をした場合、それを自分の意思が行った事とみなす、という意味である¹³¹⁾。

(ii) 代表は、種々の形態をとり得るが、民主政のもとでは、代表はボロンテ・ジェネラルの代表ということになる。ボロンテ・ジェネラルは主権者であるが¹³²⁾、それ自らは行動しえないので、それに代わって行動する代表者を必要とする¹³³⁾。この点、ヘラーはボロンテ・ジェネラル論に関してルソーの強い影響を受けながらも、ボロンテ・ジェネラルの代表可

能性・必要性を認める点で、ルソーに従わなかった¹³⁴⁾。

(iii) 民主政においての代表に関してヘラーの考えるところは、次の如くである。代表者がボロンテ・ジェネラルによって法律的に拘束されているというのが、その基本である¹³⁵⁾。

(一) 代表は直接・間接国民によって選任され、解任されなければならない¹³⁶⁾。

(二) 代表は、特殊的な委任や指令によって拘束されてはならず、全体の利益によって拘束されなければならない、そのため独立した決定権が保障されなければならない¹³⁷⁾ (この思想の背後には、国家それ自体が国民の独立した代表であるという思想がある)¹³⁸⁾。

(三) 代表は国民に対して責任を負うものである。ヘラーの説くところは、国民の代表としての国家が国民に対して責任を負うのであるから、国家の機関としての国民代表が国民に対して責任を負わなければならないし、なんらかの形で責任を問われなければならない、ということに帰着する¹³⁹⁾。

(iv) ヘラーは、ボロンテ・ジェネラルは現実化を行う政治的行為によって統一体として表現される (結果としてのボロンテ・ジェネラル) が、現実化される前には多元体として存在しているから、この多元体が代表によって表現されなければならない、と考える¹⁴⁰⁾。そして、議会こそ統一体における多元体を代表するものだとする¹⁴¹⁾。そして、代表による多元体への統一体への転化を媒介するのが政党である。それゆえ、ヘラーは、政党は国家の統一性を阻害する集団的エゴ組織ではなく、提案・対案の集積、集約、整理、表現などを通じて国家的決定の予備的形成 (Vor-Formung) に仕える媒介の体系の一環をなすものであるとする¹⁴²⁾。ただ、このように政党の役割を重視するヘラーも——ある意味では重視するがゆえにとも言えるのであるが——比例代表選挙法において大政党を有利に、小政党を不利に扱うことを正当化する。ヘラーは、比例的代表を要求する権利の主体は個人ではなく、政党であるとする¹⁴³⁾。しかし、比例代表選挙法の目的はすべての政治的立場・傾向を議会に反

映させる事ではなく、すべての重要な政治的立場・傾向を議会に反映させる事であると、ヘラーは説く¹⁴⁴⁾。そして、重要かどうかは、国家にとって重要かどうか基準となる¹⁴⁵⁾。ヘラーの考えでは、比例代表選挙法における、国家にとっての重要性は、活動能力のある議会・政府を創出する事である。こうした考慮にもとづいて、破片政党による議会・政府の機能麻痺を防止するために、大政党と小政党とを区別する事は正当な根拠に基づく区別であって、憲法上許される、とヘラーは主張する¹⁴⁶⁾。

3. 法治国家

ヘラーは、ワイマール憲法が定めている、国民代表議会による立法¹⁴⁷⁾ 権力分立体制¹⁴⁸⁾、基本権の保障¹⁴⁹⁾ にあらわれている法治国家体制を基本的に支持し¹⁵⁰⁾、擁護しようとし、また、擁護するように訴えた。

① 予測可能性及び個人の自律の理念による根拠づけ

ヘラーは、こうした法治国家を、一方で、予測可能性の保障を根拠として、また、個人の自律の理念を根拠として弁護した¹⁵¹⁾。いずれも近代市民階級が目標としてかけ、且つ、実現した政治的理念である。

② 古典的法治国家とその形式化

ヘラーは、古典的法治国家は、ボロンテ・ジェネラルの表現として実質的に理解され¹⁵²⁾、或いは、法原則、とりわけその最も重要なものとしての正義によって義務づけられたものとして実質的に理解され¹⁵³⁾、或いは、自由・平等の倫理的・政治的理想に方向づけられたものとして実質的に理解されていたが¹⁵⁴⁾、19世紀半ば以降法治国家は形式化され、空虚化され¹⁵⁵⁾、法的安定性を追求する技術としてのみ理解されるようになった¹⁵⁶⁾ として、法治国家を尊重・重視しつつ、その形式化を批判する。

③ 法治国家の新しい内容としての社会的理念

ヘラーは、それゆえ、形式的法治国家は克服されなければならない、新しい内容をもって充たされなければならないとした¹⁵⁷⁾。新しい内容としてヘラーがもちだしたのは、社会的理念で

あり、生産の無秩序性を経済生活の正しい秩序によってとって代らせることを目標とすることであり、この目的のために私有財産の大はばな制限によって純粋な法治国家を民主的・社会的福祉国家に転換することを目標とすることであった¹⁵⁸⁾。また、ヘラーは別の表現を用いれば、ヘラーがもちだした社会的理念は、政治的デモクラシーをつきつめて経済的デモクラシーへと発展させる事を目標とするものであり¹⁵⁹⁾、即ち、政治的デモクラシーが政治的身分を廃止したように、経済的デモクラシーは経済的階級の廃止を目標とするものであった¹⁶⁰⁾（なお、ヘラーは、ボロンテ・ジェネラルを共通の根拠として考えていたので、法治国家とデモクラシーとを同じ意味のものとして説明することが多かった¹⁶¹⁾。

④社会的法治国家への改造

このようにして、ヘラーにとっては、現代の経済社会の条件下では、実質的法治国家は必然的に社会的法治国家でなければならないということになる¹⁶²⁾。社会的法治国家或いは社会国家の概念は、ヘラーが創始したものではないが、この概念が大きな社会的意義をもつ事にヘラーは貢献した¹⁶³⁾。社会国家は、ヘラーにおいては、社会主義と同視されているのであるが¹⁶⁴⁾、そのことからうかがえるように、社会国家は、経済生活への国家の強い介入、私有財産をはじめとする経済的自由の大幅な制限を志向するものである。しかし、社会的法治国家もしくは社会国家は、ヘラーによれば、労働秩序・財産秩序を実質的法治国家組織に服せしめ、リベラルな法治国家を社会的法治国家へと改造する事を志向するものであって、法治国家それ自身を廃止する事を志向するものではない¹⁶⁵⁾。ヘラーは、ワイマール憲法のなかにある社会的法治国家のための重要な手がかりをワイマール憲法の枠内で発展させる事を志向し¹⁶⁶⁾、そのための手段として国民の自律のあらわれとしての法律によってそれを行う事を強調した¹⁶⁷⁾。社会国家の実現は、成文憲法のただ一つの条項の変更さえも要求するものではなく、それを欲し、社会的理念により大きな実効性を与えようとする

政治的意思が十分な力を獲得すれば、可能となると、ヘラーは主張した¹⁶⁸⁾。

⑤市民階級と労働者階級との共通の基盤としての社会的法治国家

ヘラーは社会的法治国家をもちだすことによって市民階級と労働者階級との間に共通のもの、即ち、ワイマール共和政の維持のために必要な共通の基盤をつくりだそうと企図した¹⁶⁹⁾。とりわけ、国民代表議会がリベラルな法治国家を社会的法治国家に移行させるのを危惧し、それに反対する市民階級に対して、市民階級の政治的斗争の成果としての法治国家を労働・財産秩序に延長するものにほかならず¹⁷⁰⁾、とりわけ市民階級が作って来たヨーロッパ文明を将来にむかって維持しつづけるためのものであることを、ヘラーは力説した¹⁷¹⁾。

⑥ヘラーの社会的法治国家論の意義

ヘラーの社会的法治国家論は、第一に、階級支配、階級社会の廃絶という、ヘラー自身の政治的理念からの帰結であり、政治的理念の具体化の試みという意味をもつものであったが、第二に、法治国家と社会国家とを結びつける事によって、ワイマール共和政の維持のために不可欠の市民階級と労働者階級とに共通の基盤、両者の間の連帯の基盤の創出の試みという意味をもつものであった。しかし、結果から言えば、この試みは、第一の意味においても、第二の意味においても失敗した。第一の意味における試みは、ワイマール共和政期には実現にいたらなかったが、ボン基本法のもとで受け継がれ、相当の進展を見せた¹⁷²⁾。第二の意味における試みの失敗に関しては、二つの方向からの異なった見方がある。一つは、社会国家の強調に比べて、リベラルな法治国家が軽視されたために、市民階級の同意が得られず、民主的コンセンサスの確立に役立たなかったという見方であり¹⁷³⁾、他の一つは、階級支配の現状を容認した社会的法治国家論では労働者階級の同意が得られず、労働者階級を強力なファシズム反対斗争に立たせることができなかったという見方である¹⁷⁴⁾。それぞれもっともなところはがあるが、しかし第一の批判にヘラーが対応したとすれば、

第二の批判の狙いとするところ（労働者階級の立場の強化）からますます離れる事になったであろうし、第二の批判にヘラーが対応したとすれば第一の批判が狙いとするところ（市民階級による受容れ）からますます離れる事になったのではないか。対峙する両階級によって連帯し

て支えられなければ維持されることができないワイマール共和政に直面すれば、両勢力の協働に期待をかけるしかなく、そのため妥協的な社会的法治国家を強調する事はオプティマルな方途ではなかったか。

註)

- 1) Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914-1945, 1999, S.74, S.101.
- 2) M.Stolleis (註1), S.92,S.92のAnmerkung (例えば、プレスラウ大学の教授 Axel Freiherr von Freytagh-Loringhoven), S, 94f.
- 3) M.Stolleis (註1), S. 90ff.
- 4) M.Stolleis (註1), S. 162f.
- 5) M.Stolleis (註1), S. 76, S.109.
- 6) M.Stolleis (註1), S.74, S.102, S.107.
- 7) Kathrin Groh, Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik, 2010, S.11f.
- 8) K.Groh (註7), S.584.
- 9) Horst Dreier, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, in: VVDstRL, 60, S, 12ff. なお、方法論的立場（主として実証主義が反実証主義か）と政治的立場（主として共和国支持か反共和国か）とあわせて考慮にいれながら、立場の複合や立場の異動がある事を認めながら、ワイマール時代の公法学者の詳細な分布図を描いたものとして、M.Stolleis (註1), S.158-S.186参照。なお、ワイマール時代の代表的な公法学者を取り上げて、その方法論立場に重点をおいて、且つ、学説の展開過程で発表された業績に評価を加えながら、叙述したものとしてManfred Friedrich,Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft,1997,S.335-S.376参照のこと。
- 10) M.Stolleis (註1), S.96f.
- 11) K.Groh (註7), S.69.; Walter Pauly, Einleitung zu Gerhard Anschütz, Aus meinem Leben, herausgegeben und eingeleitet von Walter Pauly, 1993, XXXIII-XL.
- 12) W.Pauly (註11), XLI及びG. Anschütz (註11), S. 328f.
- 13) M.Stolleis (註1), S.92.
- 14) M.Stolleis (註1), S.92ff., S.93 Anm.118
- 15) M.Stolleis (註1), S.94.
- 16) M.Stolleis (註1), S.113;M.Frieddrich (註9), S.395f.
- 17) M.Stolleis (註1), S.113;M.Frieddrich (註9), S.396f.
- 18) M.Stolleis (註1), S.114.
- 19) M.Stolleis (註1), S.114; M.Friendrich (註9), S.396.
- 20) K.Groh (註7), S.477-S.534. フーゲー・プロイスについてS.479ff.,ケルゼンについて488ff.,アンシュッツについてS.496ff.,トーマについてS.505ff.,ヘラーについてS.514ff.
- 21) 例えば、フリートリヒは実証主義的憲法学者たちがワイマール憲法の明瞭な信奉者であった事を認めつつ、実証主義者たちがその信奉する民主政の基礎に相対主義をおいたために、ワイマール憲法をその不倶載天の敵に対して無力化したとする。M.Friedrich (註9), S.333f.参照。また、フリートリヒは、ヘラーにおいて反実証主義とワイマール共和政の肯定とが一致していたが、他の反実証主義についてはそういうことは言えないか、同じ程度には言えないとしている。M.Friedrich (註9), S.335参照。
- 22) K.Groh (註7), S.514ff., 特にS.517,S.588.
- 23) K.Groh (註7), S.517.
- 24) K.Groh (註7), S.519.
- 25) K.Groh (註7), S.520.
- 26) K.Groh (註7), S.587.

- 27) K.Groh (註7) , S.588.
- 28) K.Groh (註7) , S.521.
- 29) K.Groh (註7) , S.522.
- 30) K.Groh (註7) , S.524f.
- 31) K.Groh (註7) , S.525.
- 32) K.Groh (註7) , S.525.
- 33) K.Groh (註7) , S.526.
- 34) K.Groh (註7) , S.529f.
- 35) K.Groh (註7) , S.530.
- 36) K.Groh (註7) , S.530.
- 37) K.Groh (註7) , S.531.
- 38) K.Groh (註7) , S.532.
- 39) K.Groh (註7) , S.532.
- 40) K.Groh (註7) , S.532.
- 41) K.Groh (註7) , S.533. なお、グローは、プロイセン側の訴訟代理人をつとめたアンシュッツについては、この訴訟において、政治的必要性を憲法に優先させる従来の見解を改めて、憲法を政治的必要性に優先させる主張を展開した事を評価したにもかかわらず、ヘラーについては、成文憲法を国家に奉仕させ、成文憲法を現実の国家の下位に置いた、という見方を維持している (Kathrin Groh, Die bundesdeutsche Vertassungstheorie in der Tradition der großen Fünf-Preuß, Anschütz, Thoma, Kelsen und Heller, in: Ulrich Jan Schröder und Antje von Ungern-Sternberg (hrsg.) , Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, 2011, S.20f. und S.21f.)。
- 42) K.Groh (註7) , S.379.
- 43) K.Groh (註7) , S.381, S.382.
- 44) K.Groh (註7) , S.382.
- 45) K.Groh (註7) , S.384.
- 46) K.Groh (註7) , S.384.
- 47) K.Groh (註7) , S.384.
- 48) K.Groh (註7) , S.384.
- 49) K.Groh (註7) , S.384.
- 50) K.Groh (註7) , S.385.
- 51) K.Groh (註7) , S.385.
- 52) K.Groh (註7) , S.385.
- 53) K.Groh (註7) , S.385 Anm.455.
- 54) K.Groh (註7) , S.373.
- 55) K.Groh (註7) , S.371, S.388.
- 56) K.Groh (註7) , S.373f.
- 57) K.Groh (註7) , S.375.
- 58) K.Groh (註7) , S.375.
- 59) K.Groh (註7) , S.376f.
- 60) K.Groh (註7) , S.372, S.377.
- 61) K.Groh (註7) , S.377f.
- 62) K.Groh (註7) , S.378.
- 63) K.Groh (註7) , S.378.
- 64) K.Groh (註7) , S.378.
- 65) K.Groh (註7) , S.377.
- 66) K.Groh (註7) , S.377, S.378.
- 67) K.Groh (註7) , S.424.
- 68) K.Groh (註7) , S.425.
- 69) K.Groh (註7) , S.438.
- 70) K.Groh (註7) , S.453.
- 71) K.Groh (註7) , S.458.
- 72) K.Groh (註7) , S.459.
- 73) K.Groh (註7) , S.462.

- 74) K.Groh (註7) , S.459.
- 75) K.Groh (註7) , S.461.
- 76) 以上のごとく、グローは、憲法論上の個々の問題点に関しては、ヘラーに対する批判的見解を展開しているのであるが、しかし、個々の民主主義的憲法学者についてそれぞれの方法論的アプローチ及び国家理論を検討の対象とする導入的論述部分においては、ヘラーの立場を肯定的に解説し、ヘラーの立場にも相応の理解を示している。即ち、グローは、ヘラーが階級なき社会の実現を志向し、階級なき社会の実現を可能にするものとしてワイマールの議会制民主主義を心底から支持した事、ヘラーが使命を自覚した国家学者として、よく機能する民主主義を基礎づけるべきものとして一定程度の社会的同質性が必要であることを主張し、且つ、それが一方で有機的に下から生成すべきもの、他方で（法治）国家によって上から促進されるべきものであることを主張した事、更に、その社会的同質性について、経済的同権という形態のものに限定されるべきでなく、社会が緊張・対立を含まないという幻想に解消されるべきではなく、実体的状態としてではなく、心理的過程として捉えられるべきであり、妥協可能性・相互性を含んだ“われわれ意識”を志向するものとして把握されるべきであると主張した事を指摘し、結論的にヘラーが民主政に関する理論のなかで必然的に手続過程的な代表民主政の技術的ルールに適切な考慮を払っていないけれども、手続と価値共同体との、民主政の形式的前提と実質的前提との弁証法的統一を企図した事を評価している（K.Groh (註7) , S.181ff.）。
- 77) M.Stolleis (註1) , S.183.
- 78) M.Stolleis (註1) , S.183f.
- 79) M.Stolleis (註1) , S.184.
- 80) M.Stolleis (註1) , S.184.
- 81) M.Stolleis (註1) , S.184.
- 82) M.Stolleis (註1) , S.184.
- 83) M.Stolleis (註1) , S.184ff.
- 84) M.Stolleis (註1) , S.185.
- 85) M.Stolleis (註1) , S.185.
- 86) Klaus Meyer, Hermann Heller.Eine biographische Skizze, in:Ch.Müller-I.Staff (Hrsg.) , Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933, 1984, S.73.
- 87) K. Meyer (註86) , S.73ff.;Wolfgang Schulchter, Hermann Heller.Ein wissenschaftliches und politisches Portrait, in:Ch.Müller-I.Staff (Hrsg.) , Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-933, 1984, S.53f.;Fritz Borinski, Hermann Heller:Lehrer der Jugend und Vorkämpfer der freien Erwachsenenbildung, in:Ch.Müller-I.Staff (Hrsg.) , Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-933, 1984, S.89ff.
- 88) Hermann Heller, Freie Volksbildungsarbeit, in:Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Bd.1, 1971, S.632, S.636f.;H.Heller, Die Volkshochschule, in:Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Bd.1, 1971, S. 654;Gerhard Robbers, Hermann Heller:Staat und Kultur, 1983, S.100ff.;Winfried Fiedler, Das Bild Hermann Hellers in der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Leipziger Juristische Vorträge Heft2, 1994, S.20ft.
- 89) H.Heller, Freie Volksbildungsarbeit, in:Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Bd.1, 1971, S.630, S.634, S.670;G.Robbers (註87) , S.102.
- 90) G.Robbers (註87) , S.101.
- 91) G.Robbers (註87) , S.102.
- 92) W.Schluchter (註87) , S.50;K.Meyer (註86) , S.70.
- 93) F.Borinski (註87) , S.98;W.Schluchter (註87) , S.94;K.Meyer (註86) , S.79;Stephan Albrecht, Hermann Hellers Staats- und Demokratieauffassung, 1983, S.56-78, S.100f. アルプレヒトは、大会開催にいたる経過、大会の状況を、その背景を含めて、叙述しているが、アルプレヒトは、ヘラーがその報告のなかで、社会主義的労働者運動の精神的面、即ち、労働者の意識・認識・決意、更には文化活動の意義を強調した事、したがって労働者教育の必要性を主張した事を評価している。
- 94) H. Heller, Staat, Nation und Sozialdemokratie, in:Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Bd.1, 1971, S.529-S.542.
- 95) H.Heller (註94) , S.562;F.Borinski (註87) , S.98f.
- 96) K.Meyer (註86) , S.82;F.Borinski (註87) , S.95, S.98, S.106f.
- 97) H.Heller, Ziel und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform, in:Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Bd.2, 1971, S.411-S.417（この論文については、その翻訳が“H.ヘラー『ヴァイマル憲法における自由と形式—公法・政治論文集』（大野達司・山崎充彦共訳）”に収録されている）;S.Albrecht (註92) , S.100-S.126（アルプレヒトは、ヘラーが行った憲法改正の提案は、ファシズムを政治的に制圧する可能性を示唆するものであったが、しかし、そのための本質的前提条件が欠けていたとする（S.125）。しかし、他方で、アルプレヒトは、ヘラー及びヘラーがこの論文を

- 最初に発表したNeue Blätter für Sozialismus. Zeitschrift für geistige und politische Gestaltung という雑誌に拠る人々が発表した戦術的見解は、共和政的パトスは持つが斗争意思を持たない社会民主党とワイマール憲法の民主主義的成果を過小評価して革命的主義に走る共産党を乗り越えて危機からの脱出策を定式化しようとする、根拠ある試みとして評価し、それが失敗した事は試みの偉大さを小さくするものではない、としている (S.126))。
- 98) W.Schlucher (註87) , S.45f.; K.Meyer (註86) , S.71ff.
- 99) W.Schlucher (註87) , S.48f.
- 100) Andreas Kaiser, Preußen contra Reich. Hermaun Heller als Prozeßgegner Carl Schmitts vor dem Staatsgerichtshof 1932, in:Ch.Müller-I.Staff (Hrsg.) Der soziale Rechtsstaat.Gedächtnisschrift für Hermaun Heller 1891-1933, 1984, S.287ff.;Ernst Rudolf Huber,Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.VII,1984,S.1025ff.
- 101) A.Kaiser (註100) , S.292ff.;E.R.Huber (註100) , S.1120.
- 102) なお、国事裁判所の審査の状況については、社会民主党が派遣した速記者によって審査記録が作成され、その原稿が訴訟関係者の閲覧に供されたので、ライヒ側の訴訟代理人の一人であった内務省局長アーノルト・プレヒトが原稿を見直したうえで、序文をつけて公刊したので、これを知ることができる (“Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932. Mit einem Vorwort von Ministerialdirektor Dr. [Arnold] Brecht,Berlin1933”)。なお、本書には、山下威士氏によって事件・訴訟史・判決・その後の展開を叙述した1932年7月20日 (パーベン・クーデタ) 事件・覚書と題する“まえがき”に相当するものを付して、且つ、国事裁判所の判決を含む、全文の翻訳書が刊行されている (“山下威士訳編『クーデタを裁く』” 2003年、尚学社)。
- 103) H.Heller, Ist das Reich Verfassungsmäßig vorgegangen?, in:Herrmaun Heller, Gesammelte Schriften, Bd.2, 1971, S.405ff. (なお、この論文については“H.ヘラー『ヴァイマル憲法における自由と形式-公法・政治論文集』(大野達司・山崎充彦共訳)”に翻訳が収録されている)。
- 104) E.R.Huber (註100) , S.1125ff.;A.Kaiser (註100) , S.311及びS.311Anm.100;W.Schlucher (註87) , S.47.
- 105) M.Henkel, Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates, 2011, S.348f.
- 106) H.Heller, Freiheit und Form in der Reichsverfassung, in:Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Bd.2,1971, S.371-S.377. なお、この論文については、その翻訳が“H.ヘラー『ヴァイマル憲法における自由と形式-公法・政治論文集』(大野達司・山崎充彦共訳)、風行社、2007年”に収録されている。
- 107) マウスは、ヘラーが憲法が開かれたものであるという事を強調していることを評価している (Ingeborg Maus, Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik, in:Ch.Müller-I.Staff (Hrsg.) , Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933, 1984, S.118)。他方、ボラッフィは、ヘラーの述べるところが形式主義にとどまっていて、形式と自由とを緊張関係におくだけで、形式が社会的動態をコントロールする条件を考慮していないという事を批判し、同じく、妥協への決断も一つの決断であって、この決断の機能を左右する一定の前提条件を検討していないという事を批判している (Angelo Bollaffi, Verfassungskrise und Sozialdemokratie. Hermann Heller und die Kritiker der Weimarer Verfassung am Vorabend der Krise der Republik, in: Ch.Müller-I.Staff (Hrsg.) , Der soziale Rechtsstaat.Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933, 1984, S.248 und S.249)。
- 108) 以下のところは、主としてヘラーに関する論述によって構成した。ヘラー自身の見解・意見は第二部で検討することにする。
- 109) G.Robbers (註88) , S.36f.
- 110) M.Henkel (註105) , S.365;Michael W.Hebeisen, Souveränität in Frage gestellt. Die Souveränitätslehre von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller in Vergleich, 1995, S.437.
- 111) M.Henkel (註105) , S.365.
- 112) M.Henkel (註105) , S.325, S.347;G.Robbers (註88) , S.39.
- 113) W.Schlucher, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik, 2.Auf., 1983, S.187.
- 114) M.Henkel (註105) , S.323, S.376.
- 115) M.Henkel (註105) , S.325, S.327, S.344.
- 116) M.Henkel (註105) , S.325.
- 117) M.Henkel (註105) , S.344ff.
- 118) M.Henkel (註105) , S.324.
- 119) M.Henkel (註105) , S.361.
- 120) M.Henkel (註105) , S.361.
- 121) M.Henkel (註105) , S.327.
- 122) M.Henkel (註105) , S.327.

- 123) M.Henkel (註105) , S.371;W.Schluchter (註113) , S.189.
- 124) M.Henkel (註105) , S.372.
- 125) M.Henkel (註105) , S.372, S.373.
- 126) W.Schluchter (註113) , S.190;G.Robbers (註88) , S.40;K.Groh (註7) , S.382ff.
- 127) H.Heller, Europa und der Fascismus, in:Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Bd.2, 1971, S.483.
- 128) 以上については、H.Heller, Die Gleichheit in der Verhältniswahl nach der Weimarer Verfassung, in: Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Bd.2,1971, S.340-S.344 (なお、この論文は翻訳されて“H.ヘラー『ヴァイマル憲法における自由と形式-公法・政治論文集』(大野達司・山崎充彦共訳)、風行社2007年”に収録されている) ; Autje von Ungarn-Sternberg, Die Weimarer Suche nach dem richtigen Wahlsystem, in:U.J.Schröder-A.v. Ungern-Sternberg (Hrsg.) , Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, 2011, S.204. フォン・ウンゲルン-シュテルンベルクは、ヘラーが、ライプホルツとともに、選挙権の平等と他の重要な目的とを調和させた事を評価し、且つ、そのために持ち出した根拠づけを支持する。これに対して、グローは、ここにもヘラーの国家重視の態度が現れているとして、問題視する (K.Groh (註7) , S.295f.)。
- 129) M.Henkel (註105) , S.373.
- 130) M.Henkel (註105) , S.360.
- 131) M.Henkel (註105) , S.363.
- 132) M.Henkel (註105) , S.365.
- 133) M.Henkel (註105) , S.365.
- 134) M.Henkel (註105) , S.365.
- 135) M.Henkel (註105) , S.370;K.Groh (註7) , S.387;G.Robbers (註87) , S.38.
- 136) M.Henkel (註105) , S.370.
- 137) M.Henkel (註105) , S.371.
- 138) M.Henkel (註105) , S.371.
- 139) M.Henkel (註105) , S.393.
- 140) M.Henkel (註105) , S.389.
- 141) M.Henkel (註105) , S.389.
- 142) M.Henkel (註105) , S.373.
- 143) M.Henkel (註128) , S.339.
- 144) M.Henkel (註128) , S.338.
- 145) M.Henkel (註128) , S.340.
- 146) M.Henkel (註128) , S.343f.
- 147) M.Henkel (註105) , S.327f.
- 148) M.Henkel (註105) , S.498f.
- 149) M.Henkel (註105) , S.503.
- 150) H.Heller, Rechtsstaat oder Diktatur, in: Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Bd.2,1971, S.446f.; Albrecht Dehnhard, Dimensionen staatliches Handelns. Staatstheorie in der Tradition Hermann Hellers, 1996, S.20. デーンハルトは、ヘラーの国家理論的著作のアクチュアルな政治的目的は、ワイマル憲法が構想した法治国家的・社会国家的民主政を強化し、1930年以来一層脅威的となって来たワイマル憲法の攻撃者に対して、それを擁護する事であった、と主張する。
- 151) M.Henkel (註105) , S.447f.;G.Robbers (註87) , S.47ff., S.60.
- 152) H.Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, in: Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Bd.2, 1971, S.215.
- 153) G.Robbers (註87) , S.59;M.Henkel (註105) , S.469.
- 154) M.Henkel (註105) , S.328;W.Schluchter (註113) , S.202.
- 155) H.Heller (註152) , S.449.
- 156) H.Heller (註152) , S.450f.
- 157) G.Robbers (註87) , S.51.
- 158) G.Robbers (註87) , S.69.
- 159) G.Robbers (註87) , S.69.
- 160) G.Robbers (註87) , S.69.
- 161) G.Robbers (註87) , S.61;M.Henkel (註105) , S.328.
- 162) M.Henkel (註105) , S.328.
- 163) G.Robbers (註87) , S.68;Joachim Blau, Sozialdemokratische Staatslehre in der Weimarer Republik. Darstellung und

Untersuchung der staatstheoretischen Konzeptionen von Hermann Heller, Ernst Fraenkel und Otto Kirchheimer, 1980, S.201; Eberhard Eichenhofer. Soziale Grundrechte-verlässliche Grundrechte?, in: Eberhard Eichenhofer (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung-Was ist geblieben?, 1999, S.220.

- 164) J.Blau (註163) , S.185.
- 165) H.Heller (註97) , S.416; G.Robbers (註87) , S.69; M.Henkel (註105) , S.468f.
- 166) M.Henkel (註105) , S.509.
- 167) G.Robbers (註87) , S.69.
- 168) M.Henkel (註105) , S.509.
- 169) J.Blau (註163) , S.112.
- 170) H.Heller (註97) , S.450; J.Blau (註163) , S.210.
- 171) H.Heller (註150) , S.451ff., S.460f.
- 172) ワイマル憲法が保障した社会的基本権の実効性は、それを具体化する立法者の活動にかかっていたが、その点では、社会的基本権の実際の成果は、大きくはなかったが、多少はあったといえることができる。特に、労働法及び社会保障法の分野では一定の進歩があった。1927年の失業保障法は社会的基本権に関してワイマル国家がなしとげた大きな成果であった (E.Eichenhofer (註163) , S.215)。その意味では、ヘラーの試みは全くの失敗ではなかった。もっとも、この失業保険法がワイマル共和政の危機を招いた原因の一つとなった事は悲劇的であった。なお、アイヘンホーファーは、ワイマル共和政期にあって、多くの学者が社会的基本権の取扱いに戸惑っていたなかにあつて、ヘルマン・ヘラーとグスタフ・ラートブルフだけが、それを社会的法治国家の概念もしくは社会法の理論によって適確に受けとめ、社会的基本権という主観的なものを社会的法治国家概念もしくは社会法理論によって国家の活動にかかわる客観的なものとして捉え直し、生存配慮のために絶え間なく積極的な活動を展開すべく義務づけられている国家像を打ち出し、その意味で現代国家の基礎にかかわるエレメンタールな認識を、1945年以降の社会国家をめぐる議論に伝えたという事を評価している (E.Eichenhofer (註163) S.219ff., S.229f.)。
- 173) 例えば、グラナーは、このように見る (Renate Graner, Die Staatsrechtslehre in der politischen Auseinandersetzung der Weimarer Republik, 1980, S.176.)。
- 174) 例えば、ブラウは、このように見る (J.Blau (註163) , S.112, S.129, S.211.)。

