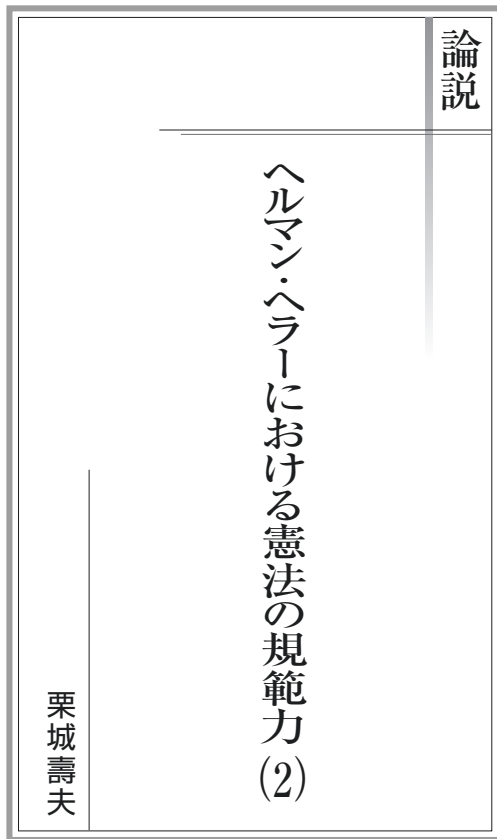




第一部 ヘルマン・ヘラーとワイマール憲法序

- 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
 - ① 主著のタイトルとしての国家学
 - ② 学科目としての一般国家学
 - ③ 一般国家学の復興

2. 国家における法の位置

- ① 社会学的考察の対象としての国家と法
- ② 国家と法との関係
- ③ 国家に関するヘラーの発言の法への適用可能性
- ④ 憲法の規範力論の掘り起こし

3. 社会学的に基礎づけられた国家学

- ① 国家に関する社会学的考察の結果
- ② 組織としての国家の三要素

4. 政治学的に基礎づけられた国家学

- ① 政治学の一部としての国家学
- ② 国家学ないし政治学の機能
- ③ 国家学ないしは政治学独自のエートス
- ④ 実践的学問としての国家学ないしは政治学
- ⑤ 道徳的良心への訴え
- ⑥ 作業仮説としての指導理念

5. 法理論としてのヘラー国家学に対する批判

- ① マインクのヘラー理論評価
- ② ヘラーの立場から考えられる弁明

(以上本号)

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

① 主著のタイトルとしての国家学

ヘラーは、その主著に“Staatslehre”というタイトルをつけた。これは学科目として行われてきた“一般国家学 (allgemeine Staatslehre)”のごとく“国家一般”の本質の論究を目的とするのではなく、近代ヨーロッパ文化圏の国家の論究を目的とすることを明らかにするためであり¹⁾、また、若干の憲法上の基本概念の歴史と構造の説明に限定されるようになった、19世紀半ば以降の学科目としての一般国家学のあり方を否定するためでもあった²⁾。しかし、それは一般国家学とは別個の学科目としての国家学を提唱するためではなく、国家を包括的関連から、即ち、国家を含む社会的現実全体から把握する試みを行う事によって、一般国家学を正しいあ

り方に引き戻すためであり、学科目としては一般国家学の枠内にあって、それを革新するためであった。このことは、ヘラーが1926年の“国家学の危機（Die Krise der Staatslehre）”という論文において、一般国家学の現状を批判し、一般国家学のあるべき姿を打ち出し、その際、しばしば一般国家学という言葉を使っている事からもうかがわれる³⁾。とりわけ、ヘラーがそもそも一般国家学はどのようにすれば可能となるかという問題提起を行っていることが重要である⁴⁾。

② 学科目としての一般国家学⁵⁾

一般国家学は、一般憲法学の後継学科として出発した。学科目としての一般憲法学（*allgemeines Staatsrecht*）は、国家の分野に適用される自然法論という性格・内容をもったものとして、18世紀の半ばにドイツの多くの大学の法学部の学科目として開設され、自然法論の立場から国家の成立、国家の目的、国家の支配権力、国家構成員の権利・義務などを説明する事を内容とし、実定憲法学の補助学科としての役割を果たした。当時実定憲法として存在していたのは神聖ローマ帝国の憲法文書だけであったから、一般憲法学はライヒのレベルでは実定憲法学の補助学科としての役割を果たしたが、実定憲法が存在していなかった領邦国家に関しては、一般憲法学は“憲法の代わり（*Verfassungersatz*）”の役割を果たした。19世紀中葉になると、自然法論の退潮、及び、領邦国家における憲法制定という状況を背景として、一般憲法学も退潮し、多くの大学の法学部で一般憲法学の後継学科として説明される一般国家学が開設されるようになった。学科目としての一般国家学は、自然法論、更には、哲学的思考の退潮、それに代る実証主義的思考の優勢を背景として、経験的事実に密着する事によって、政治体制の現状を正当化し、また、諸外国の憲法と比較しつつドイツの憲法体制を憲法の一つの類型として説明する事によって、同じく、ドイツの憲法体制を正当化するという機能をいとなんだ。他方、種々の立場に立って、国家現象を総合的に論究した著書で、シュトライス（*Michael Stolleis*）がその

性格に即して一般国家学と位置づけるものは19世紀初頭以来多数存在しており、且つ、このような広義の一般国家学についても19世紀前半と後半においては傾向・潮流の変化が見られる⁶⁾。ただ、大学の学科目としての一般国家学について言えば、一般的傾向・潮流と同じように、実証主義的傾向が優勢となっただけでなく、その現われとしての形式主義的法律学が支配的となった。一般国家学における形式主義的法律学の支配をヘラーが指摘し、批判するのは⁷⁾、大学の学科目としての一般国家学に着目しているからである。なお、1900年に刊行されたイェリネック（*Georg Jellinek*）の“*Allgemeine Staatslehre*”は、まさに大学法学部の学科目としての一般国家学の産物であり、且つ、形式的法律学による支配を克服しようとする試みの成果であるが、ヘラーは、この一般国家学の基準書に関して、国家についての社会学的考察の導入にもかかわらず、それが法律学的考察と内面的に関連づけられていない事を批判している⁸⁾。

③ 一般国家学の復興

こうした経過をたどって20世紀初頭にいたった一般国家学にたいして、ヘラーは、一般国家学が真に取り組むべきあらゆる問題、即ち、国家の本質・現実性・統一性の問題、国家の目的及び正当化の問題、法と権力との関係の問題に解答することが出来ない状態に陥っていると批判し⁹⁾、これらの問題を一般国家学の問題として論究するために、かつての一般国家学から失われていった社会学的考察、政治学的考察及び倫理学的考察を再導入することが必要であると主張する¹⁰⁾。

この場合注目すべき事は、ヘラーが、国家現象の不可欠の構成要素である法についても、とりわけ社会学的に考察しなければならない、と主張している事である¹¹⁾。このことは、ヘラーが社会学的考察を行う事によって、国家と法、国家学と法律学とを一体不可分のものとして考察することができると考えている事¹²⁾を物語っているとともに、ヘラーが国家学を法学部の学科目としての一般国家学の枠内にあるものとして考えていることをも物語っている。

以上のごとく、ヘラーは、一般国家学の再興の途を、法についての社会学的考察の導入を中心に、法を含む国家現象全体について社会学的考察及び政治学的考察の導入に求める¹³⁾。そこで、以下、ヘラーの国家学の性格を明らかにするために、国家及び法を社会学的観点の下に考察する事、政治学的観点の下に考察する事が如何なる意味を持つか、ということを検討する事にしたい。順序として、一般国家学が法学部の学科目である事を重視して、先ず、国家と法、国家学と法律学との関係に関するヘラーの見解を検討し、次に、ヘラーによる国家及び法についての社会学的考察の意義・内容・結果について検討し、次に、ヘラーによる国家及び法の政治学的考察の意義・内容・結果について検討することにしたい。

2. 国家における法の位置

① 社会学的考察の対象としての国家と法

ヘラーは、国家及び法をひとしく社会学的に考察すべきものとし、国家学及び法律学をひとしく社会学的考察に立脚すべきものとした。その場合、ヘラーの立場からすれば、法は意味形態 (Sinngebilde) であり、国家は社会形態 (Sozialgebilde) であるが、いずれも社会学的考察に服する¹⁴⁾。国家は意味形態ではないが、意味は持っている¹⁵⁾。法は社会学的考察に服するが、しかし、なによりも意味科学的解釈に服する。その点で、法は国家と同じように社会学的考察に服するが、国家から独立した観点のもとでの独自の考察にも服することになる¹⁶⁾。そこで、ヘラーにとっては、社会学的現実から相対的に独立した独立化された規範的意味形態としての法を特別の意味科学的解釈 (法的解釈学) の対象とする事が可能であり、また、実際に意味のある事について答えるのが国家学の任務であるということになる¹⁷⁾。

(i) ヘラーは、——ここでは法としての憲法を問題にしているのであるが——憲法的規範連関が社会的現実に対して独立する可能性は、この社会的現実自体が弁証法的に構成されているという基本的事実にもとづいている、という

事を強調する。けだし、社会的現実是不断に更新される人間的現実によって成立しており、この人間的現実のなかでは、行為と意味、現実と意味とが弁証法的統一を形成しているからである。人間の意識が行為を行いつつ、行為を超える意味を行為に与え、且つ、その意味を他の人々にも理解させることができるからである¹⁸⁾ (このように主観的な意識から意味がとりだされて、対象化され、客観化される事を、ヘラーは意識の転回と呼ぶ¹⁹⁾)。或いは、また、ヘラーは、一定の意思を主観的経験から分離し、それを対象化し、且つ、相対的に恒常化すべく客観化する事は、社会的秩序の存在にとって、社会学的必然性であると説明する²⁰⁾。

(ii) ヘラーは、意味連関としての法が独立化する事の実践的意義は、この社会的秩序としての理念的意味連関が社会的秩序としての現実的社会形態のために役立つところにある、と主張する。それゆえ、ヘラーによれば、規範的法的憲法の独立化も現実的国家憲法に役立つかぎりにおいてのみ、学問的に確定できる意味を持つということになる²¹⁾。それゆえ、憲法解釈学は、法を分離して相対的に固有法則性を持ったものとして研究するにあたって、この意味を活かすようにしなければならない、ということになる²²⁾。このように相対的に独立し、客観化された法が全体的国家憲法に役立つことができるのは、法がその固有の特質 (固定化に役立つ) にもとづいて、全体的国家憲法の歴史的・体系的連続性の維持・確保という機能を果し得るからだ、とヘラーは指摘している²³⁾。

② 国家と法との関係

ヘラーは、社会学的考察によって、国家と法との関係を、分離された二つの領域の弁証法的関係として、即ち、一つの極が他方の極にとりいれられている関係として捉え、或いは、また、両者を相対的独立性を持ちつつ相互に制約し合う関係として捉えた²⁴⁾。その意味で、ヘラーは、国家にも法にも第一順位を与えることはできないとした²⁵⁾。以下、国家と法との関係に関するヘラーの見解を項的に列挙することにする。いずれも社会学的考察の結果である。

(i) 国家の自律性・独立性の強調

(一) 権力の法形成的性格の強調²⁶⁾。

(二) 国家を組織として捉え、組織の構成要素たる国家機関、法秩序、国家構成員をそれぞれ国家にとって不可欠のものとしながら、国家をそのいずれかの要素に還元する事を否定した²⁷⁾。

(三) 国家の維持のために、場合によっては、法（この場合実定法）に反してでも決定を行うことができるとし、そこに主権の本質があるとした²⁸⁾。

(ii) 国家に対する法の重要性の強調

(一) 国家権力の行使が法的機能の遂行という形態をとって行われる事²⁹⁾、法はあらゆる永続的な権力の倫理的・精神的にも技術的にも必然的な現象形態である事³⁰⁾、の指摘。

(二) 法の権力形成的性格の強調³¹⁾。

(三) 法をもって国家の存立条件とする主張³²⁾。

(iii) 国家と法との平行な関係の強調

(一) 国家も法も、SeinであるとともにSollenでもあるという事の指摘³³⁾。

(二) 国家も法も、所与のものであるとともに課されたものでもあり、発見されるものであるとともに形成されるものでもあり、認識されるものであるとともに定立されるものでもあるという事の強調³⁴⁾。

(三) 国家の承認と法の承認について、同じ正当化構造が妥当するという事の主張³⁵⁾。

(四) 社会的・歴史的現実のなかで活動する統一体という国家の定義が、法概念の定義の出発点をなす、という主張³⁶⁾。

(五) 用語法における国家と法との並置：Staats- und rechtstheoretische Problematik³⁷⁾、Staats- und Rechtstheorie, Staats- und Rechtsdenken³⁸⁾、Staats- und Rechtslehre³⁹⁾ など。

③ 国家に関するヘラーの発言の法への適用可能性

(i) ヘラーは、一方で、国家を法に還元し、或いは、国家と法とを同一視する考え方を否定しているが、他方で、国家と法とを相互に条件づけ合い、相互に制約し合う関係にあるものとし、両者を平行な関係にあるものとする立場をとっている。二つの立場を総合的に考慮す

ると、国家に関する発言と法に関する発言とは相当程度重なっていると言うことができよう。とりわけ、ヘラーが、国家学の目的としてかかげる国家的統一性の実現・確保のために法が決定的に重要な役割を果たすと考えている事を重視すべきであろう。それゆえ、ヘラーは、国家の統一性の実現・確保という目的のためにも、法の実現・貫徹のための主張を展開せざるを得ないと言うことができよう。その意味で、国家の統一性の実現・確保にむけてのヘラーの発言・見解は、相当程度まで法の実現・貫徹のための発言・見解と重なることができる。

(ii) もちろん、国家と法とは必ずしも方向を同じくするわけではなく、むしろ、制約するもの（法）と制約されるもの（国家権力）という関係においては、逆方向をとるものであるという事を重視する必要がある。

(iii) しかし、その事を考慮に入れても、なお、ヘラーの国家に関する発言・見解は、相当程度まで法についてあてはまると考えることができよう。それは、ヘラーが国家権力について基本的に抑制的に考えているからである。

(一) ヘラーの理論の基調は、国家権力は法に服する事によって維持され、強化されるという主張にある。確かに、ヘラーは、国家権力は、いざという場合には、法に反しても決定を行うことができるという事を主張しているが、しかし、この場合でも、国家権力を実定法からは解放しているが、しかし、法原則による拘束は説いているのである。

(二) ヘラーは、国家権力のなかに恐ろしいほどに多くの愚かさ、悪意、卑劣、恣意が働いている事を認識しており⁴⁰⁾、国家を正当化する事は法をなになんでも権力と調和させるところにあるのではない、と主張し⁴¹⁾、権力の主張をそのまま肯定する立場をとっていない。

(iv) なお、外面的な事ではあるが、先述のごとく、ヘラーが一般国家学の枠内にあってその革新を試みたというように考えれば、ヘラーも、一般国家学の伝統をふまえ、法学部の学科目として、法律学をベースとする態度をとりつづけたという事も考慮に入れることができよう⁴²⁾。

④ 憲法の規範力論の掘り起こし

以上のような論証にもとづいて、国家の統一性の実現・維持に関するヘラーの発言・見解が、基本的に法にも妥当すると考えることができるという事をふまえて、国家の統一性の実現・維持に関するヘラーの理論に含まれていると考えることのできる憲法の規範力に関する見解を掘り起こし、そこから憲法の規範力を考えるについての示唆を汲み取ることにしたい。

3. 社会学的に基礎づけられた国家学

① 国家に関する社会学的考察の結果

(i) 国家の社会学的概念

ヘラーは、国家について種々の表現でもって説明している。最もまとまった形で表現しているのは、ヘラーが社会学的国家学の国家概念としているものである。即ち、国家とは、“代表者によって現実化される人間の共同行為によって構成される構成体であって、一定の地域における社会的行為を最終的に秩序づける、不断に更新される支配構成体である⁴³⁾”。この社会学的国家概念は、国家を国家がその中にある社会的全体関連から説明しようとする研究態度⁴⁴⁾、更には、国家の意味を国家が社会的作用関連の中でそのファクターとして、決定・作用統一体として果すべき社会的機能から説明しようとする研究態度⁴⁵⁾をふまえている。要するに、国家を社会学的に考察するという事は、国家の現実性のあらわれとしての、国家の社会的作用ないしは社会的機能から考察する事を意味している⁴⁶⁾。

(ii) 支配構成体としての国家

社会学的国家学の国家概念の中核をなしている支配構成体というのは、支配を行う構成体のことであり、構成体というのは、多くの人間の社会的行為から構成される複合体のことである。複合的構成体が成立するのは、支配をする側の行為と支配される側の行為とが合成されるからである。支配は、契約と並んで、人間の社会生活にとって不可欠の秩序を形成する二つの基本的方法のうちの一つであり、契約と支配との違いは、支配には普遍的・実効的決定統一体があり、契約にはそれがいないところにあるが、

ヘラーは両者の社会学的相違の重要性を強調する⁴⁷⁾。これは、支配における意志的決定の重要性をヘラーが重視するからである。支配は先ず命令、しかも明確な命令の発布によって行われる。命令の発布は、発布者の主観的行為として行われるが、主観的なものをそれから切り離して客観的なものとなし得るという人間の心理作用の特性にもとづいて、発布された命令は客観的なものとなり、その意味で規範的なものとなり⁴⁸⁾、種々の段階における媒介項を通して、命令発布者と直接的関係にない人々に対しても普遍的な効果を及ぼす⁴⁹⁾（ヘラーはこれを社会学的必然性として説明する⁵⁰⁾）。他方、ヘラーが重視するのは、命令受領者の側における態度である。ヘラーは、スピノザ (*Benedictus De Spinoza*) の “*Oboedientia facit imperantem*” という言葉を、明確にして偉大な社会学的見解としてしばしば引用している⁵¹⁾。支配は服従を見出さなければ成立しない。支配の成否は服従の有無・程度にかかっている。このようにヘラーが支配における服従の要素を重視するのは、ヘラーが社会的現実が人間の活動によってつくられており⁵²⁾、したがって、社会的現実の究極的には人間の本性から説明せねばならないとする立場に立ち⁵³⁾、その人間本性の最も基本的なものとして精神の自律性を考えているからである⁵⁴⁾（ヘラーは、国家学は、マルクスの適切な定式がいうように、“人間のみに属する人間の行為から出発しなければならない”と言う⁵⁵⁾）。ヘラーが、支配者による共同体の規定に、共同体による支配者の規定が社会学的必然性をもって対応している、と言っているのも、この考えのあらわれである⁵⁶⁾。また、ヘラーが、支配の成立にとって、すべての人々が常に命令どおりに行動している必要はなく、支配全体にとって重要な意味を持つ“大抵の人々”が服従しておれば足りるとし⁵⁷⁾、且つ、服従の動機の如何を問わないとし、要するに、命令が“大体において”服従されておればよい、としているのも、この考えのあらわれと言えよう⁵⁸⁾。

(iii) 決定・作用統一体としての国家

ヘラーは、支配構成体としての国家をその機能

により即して、決定・作用統一（*Entscheidungs- und Wirkungseinheit*）として捉える⁵⁹⁾。国家が社会的現実のなかに存在するのは、決定及び作用という機能のためである。この機能は、一定の地域における人間の社会生活及びそのための協働作業を可能にするところにある⁶⁰⁾。そのために、中枢部において統一的な決定が行われ、その決定が様々な段階の媒介項を経て一定の地域全体において執行されて、統一的な作用（＝効果）をあげることが必要である。この決定及び執行の担い手が、統一体としての国家である⁶¹⁾。統一的な決定及び統一的な作用が必要とされるのは、それが一定の地域における社会生活の秩序の実現・維持にとって効果的だからである。しかし、ヘラーは、統一的な決定及びその結果としての法規範や法秩序がすべての人によって承認される事は必要でなく、法規範や法秩序を承認しない者に対して法規範や法秩序が貫徹され得るために必要な程度においてのみ必要である、としている⁶²⁾。

（iv）国家の存立・運営にとっての基本的ファクターとしての意思的決定

ヘラーは、一方で、国家の存立・運営にとって意思による決定が決定的に重要であるという事、即ち、国家における秩序の確立・維持にとって人間の意思による決定が決定的に重要であるという事を強調する⁶³⁾。これは、自然的秩序の自動的実現を主張した、かつての自然法論の影響が残っている事、及び、法実証主義が法の論理的展開による結論の導出を主張している事に反論する意味を持っている⁶⁴⁾。意思的決定は、とりわけ複数の可能性から選択を行って法内容を決定するために不可欠でもある。もちろん、決定された法内容を執行し、貫徹するためにも、意思が不可欠である。

ヘラーは、他方、国家を決定・作用統一体とは言っても、意思統一（*Willenseinheit*）とは言わない⁶⁵⁾。これは、国家構成員の意思の多様性を認識し、意思の一致がありえないという事を認識していたからである。そもそも、ヘラーは、国家構成員がその意思をもって国家に参加するとは考えていない。ヘラーは国家構成員

がその行為をもって国家に参加するものと考えている。したがって、ヘラーにとって、厳密に言えば、国家の構成要素は人間ではなくして、人間の行為なのである⁶⁶⁾。もちろん、行為を行うのは人間であるから、国家のあり方を考える場合に、人間の本性が考慮され、人間の意思が考慮される。しかし、ヘラーは人間が全面的に国家に組み込まれていると考える事については、抑制的である⁶⁷⁾。とはいえ、抑制的である事をベースとしつつも、国家の存立・運営にとって意思の要素の重要性を強調している事も確かである。例えば、ヘラーは、国家は意思統一体としてではなく、現実的行為統一（*Akteinheit*）として認識されなければならない、と説いたあとで、国家がそれを支える意思共同体（*Willensgemeinschaft*）を放棄することができると誤解してはならず、国家は有効な共同体意思（*Gemeinschaftswille*）なしには存立し得ないと述べている。それゆえ、国家は不断にあらゆる種類の働きかけを通じて国家を基礎づける意思・価値共同体（*Willens- und Wertgemeinschaft*）を間接的に維持し、広め、新しくつくりだすように努めなければならないと述べている⁶⁸⁾。この点、ヘラーの用語法、更には、考え方そのものにブレがあると言わなければならないが、ヘラー理論全体から見れば、*Akteinheit*という見方が第一次的、*Willenseinheit*という見方が第二次的と考えるべきであろう。

（v）多（*Vielheit*）から一（*Einheit*）を構成するものとしての国家

国家をもって、一方で、決定・作用統一体として捉え、他方で、多数の人間の行為から形成される構成体として捉えるヘラーにとっては、如何にして多から一が実現されることができなのか、を説明する事が国家学の任務ということになる⁶⁹⁾。

国家が存在するという事は、一定の地域（*Gebiet*）における人間の社会的行為の予測可能性が実現・確保されている状態を意味する⁷⁰⁾。こうした状態は、秩序づけられた状態であるとともに、秩序によって可能となった状態でもある⁷¹⁾。秩序は諸々の自然的・文化的条件

にもとづいて成立するが⁷²⁾、意識的・計画的にも作られ、近代以降においては、意識的・計画的秩序設定の持つ意義が決定的に大きい⁷³⁾。秩序を意識的・計画的に設定するのは、ヘラーが“主人⁷⁴⁾”とも“支配者”とも“代表⁷⁵⁾”とも呼ぶ機関である。機関は、ヘラーの言う法原則(Rechtsgrundsätze)という法的可能性の範囲内で法規範(Rechtssätze)を定立し、秩序を作り、作られた秩序を維持する。その機関は、第一に、如何なる根拠にもとづいてその地位についたかにかかわりなく、国家構成員の意思によって拘束され⁷⁶⁾(この拘束は専制国家においても民主国家においても存在する⁷⁷⁾)、第二に、機関が定立した法規範が効力(Geltung)、実効性(Wirksamkeit)、実定性(Positivität)を獲得するか、また、どの程度獲得するかは、国家構成員による受け容れ⁷⁸⁾、更に、受け容れの程度にかかっている⁷⁹⁾。

このように、多としての国家構成員の社会的行為が国家機関が運用する法秩序に一般的に服する事によって統一へと方向づけられるとともに、逆に、国家機関による法秩序の運用を国家構成員が左右する事を通じて国家構成員が統一の形成に参与し統一を確保する、という循環によって、多から一の形成としての国家が実現されるというのが、ヘラーの描く国家像である。

(vi) 組織としての国家

(一) ヘラーは、国家を組織として捉える⁸⁰⁾。これも国家についての社会学的考察の成果である⁸¹⁾。組織の原則が国家の最も基本的な構成原則であると言うのがヘラーの考えである⁸²⁾(ただし、ヘラーは、組織原理を国家の形成・維持のための唯一のモーメントとすることは誤りであるとする。けだし、自然的・文化的諸条件を考慮に入れる必要があるからである⁸³⁾)。組織は、上述の如く、A) 相互的な働きかけを志向する多数の人間の社会的行為、B) 人間の社会的行為の共同作業を原則的に方向づける事を目的として設定される秩序、C) 秩序の設定と確保を担当する特別の機関、の三要素から構成される⁸⁴⁾。そのことをふまえて、ヘラーは、国家を、機関によって意識的に決定及び作用の

統一体へと秩序づけられた、組織された行為複合体として説明し、国家構成員と国家機関とが秩序にもとづいて統一的な効果をあげるように協働する事によって、組織の現実的統一が作用統一体として成立する、と説明する⁸⁵⁾。

(二) 国家を組織とするヘラーの把握の特色は、三要素のいずれか一つに組織が同一化されてはならないと説くところにある⁸⁶⁾。この点は、特に、統一形成に果す機関の直接・間接の積極的役割⁸⁷⁾、及び、機関の活動を可能にし、その効果を高める秩序の役割を強調しながら⁸⁸⁾、ヘラーが、構成員の協働の意義を強調しているがゆえに、重要である⁸⁹⁾(しかし、後述のごとく、国家と国民を同一化する事にもヘラーは反対している)。ここでもヘラーは、“服従が初めて指導者をつくる”、“服従が初めて支配者をつくる”という原理を持ち出して、授權された支配者と授權する被支配者との統一体としてのみ組織としての国家は現実的になる⁹⁰⁾、と説く。

② 組織としての国家の三要素

(i) 秩序

(一) 秩序の内容

既述のごとく、ヘラーは、国家の三要素についてそれぞれ国家の存立・運営にとって不可欠のものとして、その間に軽重の差を認めなかったが、論述の面では、秩序の要素にウェイトをかけたということができる。それは、外面的には、一般国家学が法学部の学科目の一つとして講義・研究されていたということで説明がつくが、実質的には、秩序の概念の多義性・多面性によるものと考えられる。

秩序が、人間の行為について予測を可能にする恒常的な・規則的な状態を意味するとすれば、国家の存立それ自体が秩序である。しかし、事実としての恒常的な・規則的な状態をより確実な・安定したものにするために、或いは現在の状態をよりよい状態にするために、意識的に秩序を設定することが行われる。これは国家によってつくられる秩序であり、国家は秩序をつくるものである(法秩序)。しかし、ヘラーは、国家がつくる法秩序の上に、それを方向づけ、規制するものとして、法原則を指定する。それ

ゆえ、ヘラーにおいては、広義の秩序のなかに三種類の秩序が含まれていることになり、三種類の秩序の相互関係を検討する事が必要になる。また、法秩序と他の二つの国家構成要素、即ち、国家機関及び国家構成員との関係を検討することも必要になる。前者は国家機関による法制定の自由と限界の問題であり、後者は国民による法の受け容れの問題である。最後の二つの問題は、それぞれ国家機関もしくは国家構成員の項で検討することにして、ここでは主として秩序の構成要素相互の関係についてのヘラーの理論を検討することにした。

近代国家における秩序形成の最も重要なファクターは、意識的・計画的な秩序形成としての立法であるが、ヘラーはそれを制約するファクターとして法原則と事実的な恒常的・規則的状态があると主張する。ヘラーは、社会学的に見た場合、国家をもって、地域共同体における協働作業が秩序だて行われている状態、言い換えれば、地域共同体における協働作業が恒常的・規則的に行われている状態だとする。これがヘラーがNormalitätと呼ぶところのものである。国家において、或いは、より正確に言えば、近代国家成立前において、このNormalitätは自然的・文化的或いは社会的諸条件にもとづいて事実上成立していたし、また、成立している⁹¹⁾ (ヘラーは、これをdas nicht-normierte, gleichwohl aber normalisierte Verhalten der Beteiligten⁹²⁾、或いは、der nicht-normierte Unterbau der Staatsverfassung⁹³⁾などと表現する。端的にnicht-normierte Normalitätと言おうとしていたと言える。ヘラーはこういう表現を使っていないが、国家による働きかけ以前に成立していた、或いは、成立していると言う意味で、これを“始源的 Normalität”と言うこともできよう)。しかし、近代国家は、こうした始源的 Normalitätの存在だけでは不十分とする社会の需要にこたえるために、大規模な立法事業を開始し、現にそれを続けている。これをヘラーは、意識的に定立された規範性(Normativität)によってそれに対応するNormalitätを創出する試みとして捉える⁹⁴⁾。即ち、ヘラーは、意識的

に定立された規範によって、即ち、立法によってつくりだされた恒常的・規則的な状態をもNormalitätという表現で捉えている。そして、これについてはnormative Normalitätと端的に表現しているが⁹⁵⁾、これは筆者の用語法によれば、“後発的 Normalität”と表現されることができよう。したがって、ヘラーは、Normalitätのなかにnicht-normierte Normalitätとnormierteもしくはnormative Normalitätとの二種類のものを含めていることになるが、いうまでもなく、Normalitätは秩序(Ordnung)と同義である。逆に言えば、秩序の中に二種類のNormalitätが含まれる事になるが⁹⁶⁾、この二種類のNormalitätの関係をどう捉えるか、とりわけ、後発的 Normalitätの媒介項となるNormativitätと始源的 Normalitätとの関係及びNormativitätと後発的 Normalitätとの関係をどう捉えるかが、ヘラーにとっての問題となる。また、ヘラーは、一つの国家及び国家の実定法を超越した、一定の文化圏に共通の倫理的原則としての法原則を、実定法を制約するファクターとし、法原則と実定法とを対置する。そこで、法原則と実定法との関係が問題になる。ただ、ヘラーは、法原則を、場合によってはNormativitätに属するものとし、場合によってはNormalitätに属するものとしているので、問題が複雑になる。この点を考慮に入れたうえで、ヘラーの見解を検討する必要がある。

(二) 法原則 (Rechtsgrundsätze)

(A) ヘラーは、法規範 (Rechtssätze) を設定する国家機関 (立法者) を制約するものとして、且つ、最も重要なものとして、法原則をあげる。

(B) 法原則としてヘラーがあげるのは、論理的法原則と倫理的法原則であるが、前者は理性にむけられたものとして、違反のしようがないから、国家にとって、立法者にとっては、後者が基本的に重要である。それは倫理的なものとして人間を義務づける力をもったものであり (もちろん人間がそれに違反することはあり得る)、個別の社会、国家を超越したものである⁹⁷⁾。しかし、そのようなものとして法原則は、

一般的・抽象的なものであるから、具体的場合に人々を具体的に義務づけて一定の行為を行わせるには、明確性に欠けている。法原則を明確な内容をもった法規範へと個別化、具体化するのが、国家、その立法者の役割である⁹⁸⁾（ヘラーはその他、権威或いは支配者という語を用いる）。

（C）このような性格を持った法原則にたいして、ヘラーは、権力（Macht）を制限するとともに、権力を根拠づける役割を与える。

a) 権力の根拠づけ

権力は、その発する命令が人々（ただし、すべての人ではなく、決定的な権力支持者）から服従される事によって成立し、存続するが、服従は、服従する人々が、権力が制定する法が法原則を個別化・具体化するものであると確信する事によって行われるから、法原則は人々の服従の根拠となり、権力の成立・存続の根拠となる。ヘラーは、これを法の権力形成力と呼ぶ⁹⁹⁾。ただし、この場合、法とは法規範ではなくて法原則である¹⁰⁰⁾。

b) 法原則による権力の根拠づけは、逆に言えば、それに反するものの根拠づけの剥奪として働く。

i) 先ず、権力による法規範の制定は、“法原則の範囲内で”行われなければならない¹⁰¹⁾。このようにヘラーは、権力の裁量の余地を認める言い方をする事が多いが、しかし、端的に“権力は法原則を法規範へと実定化する”というように、権力の役割を規定する事がある。これは、権力の正当化との関係で、その活動の核心部分を表現していると思われる。

ロ) 権力によって制定された法は、国民によって受け容れられなければならない。ヘラーの考えでは、法は国民によって受け容れられる事によって、正当性を獲得する。そのためには、制定された法が、法原則に適合していると確信される事が必要である。

ハ) 権力によって制定された法が法原則に反する場合、ヘラーの立場からすれば、その法は正当性を持たない、という事になるはずであるが、そう単純に結論がでるものではない。第一

に、法原則に適合しているか否かは倫理的に義務づける力を持っているか、いないかの問題である¹⁰²⁾。第二に、法原則に適合しているか否かを誰が判断することができるか、という問題がある。第二の問題について、国民の大多数（ヘラーはこれに関しては、国民のなかの決定的に重要な部分¹⁰³⁾、或いは決定的に重要な意味を持つ“大抵の人々¹⁰⁴⁾”という表現を用いている）と考えれば、大多数の人々が倫理的に義務づけられないと考えれば、その法は国民によって受け容れられないという状態が生ずることになる。その意味でその法は正当性を持たない、ということになるであろう（後述の如く、ヘラーはNormativitätがそれに対応するNormalitätをつくりだすのに失敗することがある事を認めている）。しかし、第三に、ヘラーは、法的安定性の観点を持ち出して、国家機関が制定された法規範の貫徹に努めるので、結局、国民の大多数が制定された法規範を受け容れないという事はあまりないであろうと考える。しかし、第四に、ヘラーは、大多数の人々が受け容れる事があっても、少数の人々が受け容れない事があることを認め、このような人々に対して、倫理的なものとしてであれ、抵抗権を認める¹⁰⁵⁾。即ち、権力は、法原則に反する法規範を制定すれば、倫理的のものであれ、抵抗権の行使を受ける事を覚悟しなければならない。このような意味において、法原則は権力を制限する、とヘラーは考える。

（D）このように法原則の意義を重視・強調しながら、ヘラーはしかし、“倫理的な法原則が単に直接的に確実な法感情にもとづくものにすぎないのか、それとも、客観的な認識の確実性をもって合理的に最高の法的原則（Rechtsgesetz）から導出され得るものなのか、という問題、更には、アプリオリな法原則が存在するのか否か、また、如何なる意味において存在するのか、或いは、如何なる法原則が普遍妥当的で、如何なる法原則が特定の文化圏に属するものなのか、というより難しい問題は、国家学はこれを法哲学にゆだねざるを得ない”と述べ、しかし、“このような倫理的な法原則が存

在し、国家及びその実定法の正当化根拠をなしているという事は、現実科学的国家学にとっては決着のついた事とみなすことができる¹⁰⁶⁾と述べている。ヘラーの国家学の問題点の一つはここにある。このような基本的問題は、法哲学にだけゆだねられるべきではなく、国家学自身によっても解答が試みられるべきであろう。この問題については続稿で検討することにするが、ヘラー自身解答の試みをしていると思われる。

(三) 法規範 (=実定法)

(A) 法規範は、秩序の最も重要な構成要素である。秩序の構成要素としては、既述の如く、事実上のNormalität (始源的Normalität) があるが、法規範は意識的・計画的にNormalitätをつくりだそうとするものである。法規範は内容的明確性をもって人々に一定の行為をなすべき事を命ずるものであって、内容はSollenであり、形式は命令、即ちWollenである¹⁰⁷⁾。Sollenを内容としている事にもとづいて、ヘラーは法規範をNormativitätとして位置づける¹⁰⁸⁾。ただ、法においてSollenとWollenとが結びついている事を強調するのがヘラー理論の特色である¹⁰⁹⁾。また、NormativitätはNormalitätの実現・維持を目的としているが、その意味で両者は基本的に一致するものであるが、Normativitätの特性にもとづいて両者の間に乖離が生ずる事がある。NormativitätとNormalitätとの関係をどのように考えるかという事は、社会学的考察の立場に立った場合に生ずる問題であるが¹¹⁰⁾、法理論的に見ても重要な問題である。

(B) 法規範は、いかなる根拠にもとづいてその地位を得たかにかかわらず、支配者、権威、代表などと呼ばれる地位にある者が持っている権力にもとづいてつくられる。このことをヘラーは権力の法形成力ないしは法形成的性格というテーゼをもって表現する¹¹¹⁾。この場合の法は法規範のことであり、実定法のことである。したがって、ヘラーが対置する法の権力形成的性格と権力の法形成的性格という二つのテーゼにおいて¹¹²⁾、前者の法と後者の法とは同一ではない。もっとも、法規範も人間の意思を拘束

するという特性にもとづいて事態の一定性、恒常性、連続性をつくりだす機能を持っているから¹¹³⁾、法規範も権力形成的性格を持っているということができる。法は、実定法・法規範という形態においては、とりわけ技術的に権力の形成・維持に役立つ¹¹⁴⁾。

(C) 法規範は、その構造的特質のゆえに、行為の一定性・恒常性を確保することができるから、権力の形成に役立つだけでなく、社会生活一般における安定性を実現し、その意味で社会生活に秩序をもたらすことができる¹¹⁵⁾。むしろ、歴史的に見れば、社会生活の安定性の要請にこたえるために、法規範の制定が行われるようになり、制定された法規範の貫徹のための配慮が、立法機関、行政機関、裁判機関を含む国家機関によって行われるようになった、と言うべきであり、ヘラーはその事を強調している。法に意味確実性と執行確実性を持たせ、法的安定性をつくりだす事が、分業の発展と取引の発達をとげた社会の要請であり、法規範の制定が恒常的・組織的・制度的に行われるようになった社会的背景である¹¹⁶⁾。こうした発展を背景として、国家組織の特別の機関によって定立され、保障される社会的規範秩序のみが法と呼ばれるようになった、とヘラーは述べている¹¹⁷⁾。

(D) 法規範の制定は、恒常的で予測可能な状態をつくりだすために行われる。上述したところで用いた表現を使えば、法規範の制定はNormativitätによってNormalitätをつくりだすという意味を持つ。この場合、ヘラーはNormativitätによるNormalitätのつくりだし方に二通りのものがあるという事を指摘する¹¹⁸⁾。

一つは、現にあるNormalitätに依拠し、それを法規範の内容に取り込む方法である。ヘラーの言によれば、“積極的に評価された”NormalitätをNormativitätにすることである¹¹⁹⁾。“積極的に評価された”とは、人間の生存にとって重要な意味を持つという意味である¹²⁰⁾。この方法は、現に事実として存在している恒常的な状態を法規範の内容として取り込むわけであるが、法規範化する事によって、予測可能性・恒常性・規則性を高めるという効果があ

る。ヘラーによると、NormalitätがNormativitätとして意識的に定式化されると、Seinレベルでは達成できない秩序・支配の最高度をつくりだすことができる¹²¹⁾。

他の一つは、未だ存在しないNormalitätを今からつくりだす方法である。これは未だ存在しない状態を価値ある状態と考えて、それを実現するために法規範のなかにそれを盛り込んで制定する方法であり、革命の際や社会の現状を革新するために用いられる¹²²⁾。したがって、国家の主権的権力によって領域住民の本来のノーマルな行態に対抗してNormativitätが設定される事もある¹²³⁾。この点に関するヘラー理論の特色は、法規範の制定をもって申し込みとして捉え、法規範が予定した状態をつくりだし、恒常化するかは国民による受諾にかかっているとすることにある¹²⁴⁾。いわば、Normativitätが先行し、Normalitätがそれに続く、ということになるのであるが、国民の受諾如何によってはNormalitätがそれに続かない事もあり得るという事をヘラーは考慮に入れている¹²⁵⁾。また、NormativitätがNormalitätをつくりだすにしても、国民の受諾の程度によって法の効力にも程度の差が生ずる事をヘラーは認めている¹²⁶⁾。その意味でヘラーにとって立法は実験である¹²⁷⁾。

なお、ヘラーは第一の方法に関して、ノーマルなものの規範的力 (normative Kraft des Normalen) というテーゼを打ち出し¹²⁸⁾、第二の方法に関して、規範的なもののノーマル化する力 (normalisierende Kraft des Normativen) というテーゼを打ち出している¹²⁹⁾。

(E) NormativitätによるNormalitätの実現のしかたに二通りのものがあり、NormalitätをふまえてNormativitätがつくられる方法と、Normalitätがなく、或いはNormalitätに反してNormativitätがつくられる方法とがあるとするれば、NormalitätとNormativitätとの関係を如何に捉えるかということが、法・国家社会学の基本問題という事になる。NormalitätがNormativitätを一方で補完・強化し、他方で両者が矛盾するという問題である¹³⁰⁾。この問題に関するヘラーの態度はやはり sowohl als auchの態度である。

即ち、第一次的には、上述のところでも指摘したように、ヘラーは、近代国家における意識的・計画的Normativität設定の意義を重視し、NormativitätがNormalitätに優位するという立場をとる。とりわけ、近代国家における行政機構・裁判機構の樹立整備によってNormativitätがNormalitätになるような配慮が行われている事を強調する¹³¹⁾。その行政機構・裁判機構の側でもNormativitätがNormalitätになるように、或いは、Normalitätと合致するように、国家機関相互のコントロールが構築されている事を強調する¹³²⁾。

第二に、しかし、NormativitätはNormalitätを考慮に入れないではNormalitätになり得ず、効力を獲得し得ない、という事をヘラーは強調する¹³³⁾。NormativitätがNormalitätによる補完を必要とする事を、ヘラーは説いている。この場合ヘラーがNormalitätとして、Normativitätを遵守する規範名宛人の特性と並んで¹³⁴⁾、シントラー (Dietrich Schindler) がアンビアンス (Ambiance) と呼ぶところのもの、即ち、自然的・文化的諸条件をあげている事¹³⁵⁾、及び、NormativitätがこれらのNormalitätenと共同しながら、或いはまた、それらに対抗しながら全体を構成している、と述べている事が注目される¹³⁶⁾ (この事から、ヘラーは、個々の法規範はNormalitätを含む秩序全体からのみ完全に理解される、という結論をひきだしている¹³⁷⁾)。

第三に、上述の如く、ヘラーがNormalitätのなかに法原則のなかで表現されているNormalitätを含ませている事が注目される¹³⁸⁾。このことは、ヘラーが法原則を実定法を超越するNormativitätとして説明している事と矛盾している。これは矛盾といえは矛盾ではあるが、しかし、法原則をできるだけ現実性を持ったものとして説明しようとするヘラーの意図の現われと見ることもできる。ヘラーがこの問題に関してあげる一つの例は、憲法や法律が“善良の風俗”にもとづく解決を指示している事であるが、これをヘラーは、社会的Normalitätとして働いている法原則を実定法としてNormativitätにとりこもうとする試みとして解釈している¹³⁹⁾。この問

題に関してヘラーがあげる他の例は、社会の変化に対応して法規範の意味を変化させる根拠として法原則の変化が持ち出される事があるが、ヘラーはこの事態を法原則が直接に援用されるのではなく、法原則のなかで表現される社会的 Normalität が援用される事態として説明している¹⁴⁰⁾。

(F) ヘラーは、現実的国家憲法には、Normativität のない Normalität はあり得るが、Normalität のない Normativität の効力はある得ない、と述べているのであるが¹⁴¹⁾、この言葉は現在 Normalität を持っていないものは Normativität にすべきではない、という意味に解すべきではなく、Normativität は、人々によって受け容れられてその行動基準として働く事によって効力を獲得し、Normalität となるという意味に解すべきであり、且つ、法規範の制定前或いは制定時の Normalität のみならず、制定後の Normalität をも視野に入れたものとして理解すべきであろう。

(G) 法規範をめぐる、Normativität と Normalität との乖離の問題と並んで、法的安定性 (Rechtssicherheit) と正当性 (Rechtmäßigkeit) とのコンフリクトの問題が生ずる。近代国家は、決定・作用統一体として、その機能的にも人員的にも整備された立法・行政・裁判機構を通じて、意味確実性と執行確実性を要素とする法的安定性の体系をつくりあげた。法的安定性は予測可能性を保障する事によって経済的合理性に仕えるだけでなく、すべての人、すべてのケースに同じように対応する事を可能にするゆえに平等、したがって、正義にかなっている¹⁴²⁾。しかし、正義の内容、一般的に、法原則の内容に関して、種々異った意見があり得る以上、多数決制と代表制とを通じて形成される共同体意思、共通意思と、個人の正義もしくは法原則の解釈とが食い違う事が起こり得る。これが法的安定性と正当性とのコンフリクトである¹⁴³⁾。ヘラーは、このコンフリクトは必然的であり、且つ、解消しがたいと言う。必然的であるとする理由として、ヘラーは、国民の間で法原則の内容と適用に関して完全な合致が成立し得ない事を挙げ¹⁴⁴⁾、解消しがたい理由として、国家

と個人は実定法と法的良心との緊張関係のなかでしか生存し得ないという事を挙げる¹⁴⁵⁾。ここでは、まず、ヘラーが国家と個人との対立を法的安定性と正当性という形で、法対法の問題として捉えている事が注目される¹⁴⁶⁾。また、このコンフリクトをコンフリクトとして捉える背景には、ヘラーが正義もしくは法原則の究極的な保障者を個人の法的良心に求めている事があることが注目される。更に、ヘラーが国家権力もしくは法保障権威の正当化について民主的国民による社会的正当化と並んで法原則による理念的正当化を挙げている事¹⁴⁷⁾、その事によって社会的多数による正当化に個人による正当化を対抗させる余地を設けている事が注目される。ヘラーは、このコンフリクトをコンフリクトとして受けとめて、一つの側に軍配をあげるのではなく、両方の側を考慮した解決を試みている。即ち、正当性を考慮して個人の抵抗権を認めるが、法的安定性を考慮して抵抗権を合法化されたものとせず、倫理的なものにとどめている。それゆえ、コンフリクトの解決は——解決とは言えないのであるが——生命を賭した個人の敢為に委ねられる¹⁴⁸⁾。

(ii) 国家機関

(一) 国家機関の地位・性格・機能

(A) ヘラーは、機関に相当するものを、支配者、指導者、代表、共同体の権威などと言う言葉を用いて表現している。いずれにしても、一定の地域における社会生活のために不可欠な秩序を明確な意思的決定をもってつくりだし、維持する機能を担う個人または集団を、ヘラーは考えている¹⁴⁹⁾。

(B) 秩序の実現・維持のための方法の中核をなすものは、近代国家の成立後は、法規範の制定、適用であり、近代国家は、そのための特別の機関を設置し、それぞれの機関の職務を担当する人員を配備する。国民代表の地位を与えられている立法機関を別とすれば、行政機関及び裁判機関はヒエラルヒッシュな構成をとり、それぞれ幾つかの段階の上級・中級・下級の機関から構成される¹⁵⁰⁾。ヘラーは、上級・下級を問わず各国家機関がそれぞれの段階に応じた

範囲内で意思的決定を行う事を強調する。

(C) 上級国家機関——ヘラーが特に明示的に述べているわけではないが、上級国家機関に限定しているものと思われるのであるが——は、国家における権力 (*Macht im Staat*) を行使する¹⁵¹⁾。ヘラーは、支配者と被支配者の両方を含む国民全体に帰属する国家の権力 (*Macht des Staates*) と国家における権力とを区別し、国家機関は国家の権力を行使するのではなく、国家の権力にもとづく国家における権力を行使するにすぎない、という事を強調する¹⁵²⁾。国家機関が国家権力自体が服する制限に服する事は当然であるから、それ以外に国家機関が服すべき制限としてヘラーは何を考えていたのかは、必ずしも明らかではない。ヘラーが言及していることから考えられるのは、自らがつくった法及び先人がつくった法に服する事¹⁵³⁾、及び、それぞれの権限範囲を厳守する事である。ヘラーも、近代法治国家において国家機関相互のコントロール・システムが整備されている事を指摘している¹⁵⁴⁾。なお、ヘラーは、国家の権力と国家における権力、更には、国家に関する権力 (*Macht über den Staat*) とを区別するが、しかし、その論述の中では国家の権利と国家の権力を行使する特定主体 (= 国家機関) の権利とを必ずしも明確に区別していない。例えば、立法権の主体を、決定・作用統一体としての国家とする場合もあるし、立法機関とする場合もある。国家機関なのであるから、立法機関が国家の権利を行使するのは当然であるという事になるのであるが、ヘラーの如く、決定・作用統一体としての国家を現実のものとするのであれば、国家の権利と国家機関の権利との関係を更につめて論究する必要があったと思われる。

(D) 国家機関は、秩序の設定・維持という機能の遂行を通じて——或いは、更に、それ以上の機能の遂行を通じて——国家構成員の社会的活動を方向づけ、組織し、国家の運営に組み入れ、社会的活動の効果を統一的に発現させ、統一体を形成する。いわば、国家は秩序の形成・維持という共同作業——或いは、更に、そ

れ以上の共同作業——に国家構成員を種々の形態をもって参加させ、共同作業の成功という統一的效果を挙げる事によって統一体を形成するのであるが、国家機関はこの統一体の形成において主導的・積極的役割を担う。

[次に、国家機関と法との関係についてのヘラーの見解を検討するつもりであるが、一般的な事は上述の“(i) 秩序”のところで検討しているので、ここではそこで検討しなかった幾つかの基本的問題を検討して、国家機関と法に関するヘラーの見解の特色を明らかにすることにしたい。]

(二) 国家の違法行為

ヘラーは、用語上は *rechtswidrige Staatsakte* の法的効力と *ungerechtes Recht* の法的効力とを区別して、両者を別の箇所でも論究している。ヘラーは明確に述べていないが、前者は行政機関の問題であり、後者は立法機関の問題である。

(A) *Rechtswidrige Staatsakte*

ヘラーは、或る箇所では、違法な国家行為の法的効力を執行府としての被委任の国民代表 (*magistratische Repräsentation als Exekutive*) の利益衡量にもとづく決定にゆだねている。利益衡量は、最も重要な憲法規範によって保護された利益の保護が、この憲法規範の侵犯によって保護されることのできる利益の保護よりも高く位置づけられるべきか、低く位置づけられるべきか、ということの内容とする。ヘラーは、利益衡量如何によっては法に反する決定も可能であるとし、違法な国家行為の法的効力を認めることもできるとしている¹⁵⁶⁾。ヘラーのこのような態度の背後には、国家は法秩序に解消されるものではないという考え¹⁵⁷⁾、及び、利益衡量にもとづく決定を行い得るのは法秩序ではなくて、国民代表的意思統一体 (この場合、執行府のことか——筆者) であるとする考えがある¹⁵⁸⁾。また、他の箇所では、ヘラーは、形式的要件を欠くだけで倫理的にはどうしてもよいような国家行為については、法的安定性の要請にもとづく合法性の推定によって処理すべきだとしている¹⁵⁹⁾。加えて、違法な国家行為によって損害を蒙った当事者に対しては訴訟による救済手段が認められ

ている事をもって、違法な国家行為の法的効力を認めるべき論拠としている¹⁶⁰⁾。

(B) Ungerechtes Rechtの法的効力

ヘラーは、法的効力について、合法(律)性(Legalität)と正当性(Legitimität)、権力と法の両要素を考慮に入れるべきだとし、正当化されない権力が法形成的に働く事を認めるべきだとする¹⁶¹⁾。ヘラーは、ungerechtes Rechtの法的効力を認めるべき理由として、次の三つを挙げている。a) 行為の合法(律)性は必ずしも法規範の正当性を条件としていない。むしろ、人間は怠惰・恐怖・利益からungerechtes Rechtにもしたがう¹⁶²⁾(しかし、これは権力中枢から見たの周辺部分にはあてはまっても、主たる権力支持部分にはあてはまらないのではないかと——筆者)。b) 法は正当化されない権力にとっても必然的な現象形態であり、ungerechtes Rechtであっても、あらゆるRechtの一定の構成原理を含まざるを得ない¹⁶³⁾((ungerechtes Rechtのなかにも構成原理にあたるものとそうでないものがあるとすれば、そうでないものをどう見るかの問題があろう——筆者)。c) ungerechtes Rechtであっても、法の形式をとることによって、一定の最も一般的な法原則と解釈ルールを守らせるから、一定の権力拘束、一定の恣意制限、一定の規範服従者の保護を実現する¹⁶⁴⁾。

ここでは、ヘラーがungerechtes Rechtの概念を明確にしないでその法的効力を認める論証を行っているので、的確な論評がしにくい。Ungerechtes Rechtとは、法原則に反する実定法なのか。或いは、ヘラーの言葉を使えば、正当化されていない権力によってつくられた法なのか。しかし、ヘラーの立場からすれば、権力が正当化されるためには法原則に合致していると確信される必要があるから、結局、直接、間接の違いはあれ、どちらの場合にも法原則に反する法ということになるのであろうか。しかし、法原則に反する実定法の法的効力を認めることは、ヘラーの立場からはあり得ないことではなからうか。もっとも、法原則を法規範へと実定化するについての立法者の決定の重要性と判断

の余地の必要性を強調するヘラーとすれば、法原則の実定化における立法者の判断ミスや或る程度容認する事に傾くのではないか。即ち、立法者が法原則を実定化する意図を持って立法を行った場合に判断ミスによって必ずしも法原則と合致しない法規範を制定する結果にいたった場合に、その法的効力を肯定しようとするのではないか。Ungerechtes Rechtの法的効力を肯定する論拠として一定の法原則が実現される事を挙げている事からもそのように考えることができるのではないか。しかし、そうであるとすれば、法原則との合致と法原則への違反とがどのような割合となっておれば、言い換えれば、法原則違反がどの程度のものであれば、法的効力が認められないことになるのか、についての議論が行われる必要があるであろう。しかし、そのような議論をヘラーが行っていない事から察すると、ヘラーは法原則と立法者の決定権とを緊張関係にあるものとして捉えながらも、立法者の決定権のほうにウェイトをかけているものと思われる。この事は、ungerechtes Rechtの法的効力を論究するについて法原則を持ち出してはいるのであるが、しかし、ungerechtes Rechtの法的効力を肯定する理由づけのために持ち出していて、ungerechtes Rechtの法的効力の判断基準としては持ち出していないという事からも、言えよう。

(三) 法の規定がない場合に国家機関は決定できるか

近代国家は予想されるすべての場合のために法規範を制定しなければならないが、予想できない事態が起こる事もある。国家は領域住民の自己維持にとって不可欠のミニマムの秩序をその決定と執行とによって保障しなければならないから、法規範の不存在を理由として決定拒否をすることはできない、とヘラーは言う。決定を拒否すれば、国家は決定を要求する者を最終的に内乱に追い込むことになり、自らを廃止することになる、とヘラーは言う。したがって、法が予め想定せず、規定を設けていない場合、国家は*praeter legem*に決定を行うことができる、とヘラーは言う¹⁶⁵⁾。結局、義務づける力

を持った基準を基礎にした利益衡量によって決定せざるを得ないと考えていると思われる¹⁶⁶⁾。

(四) 例外状態における国家機関の決定

例外状態においては、正常状態について決定できる者（主権者自身か、代表者を通じてか）のみが、例外状態について決定することができ、且つ、場合によっては*contra legem*にも決定することができる、とヘラーは言う¹⁶⁷⁾。前者のほうは、正常状態と例外状態とで異った決定権者が存在する事はある得ないという考えに基づいており¹⁶⁸⁾、更に、この考えは、国民主権原理を貫徹しようとする態度の現われであるとともに¹⁶⁹⁾、例外状態をできるだけ正常状態から離れないで処理しようとする態度の現われ、その意味で法的安定性重視の態度の現われであるということができ、もっともと思われる。

これに対して、後者、即ち*contra legem*にも決定ができるという主張のほうは、問題を含んでいる。そもそも国家は、場合によっては*contra legem*な決定をすることができる、という表現は、ヘラーの著書のなかでしばしば登場する命題である¹⁷⁰⁾。その意味で、この命題はヘラーの基本思想を表わしているということができる。

この命題は、国家が絶対的自己維持権を持っているという事を根拠としている¹⁷¹⁾。そして、国家が自己維持権を持っているという事は、ヘラーの解する法原則の最高原理である。或いは、国家の自己維持権は、国家に自己維持を命ずる客観的法原則の主観的コロラリーである¹⁷²⁾。このように、法に反する決定を行う事を国家に、しかも法原則を根拠にして、認めるヘラーの見解をどのように理解すべきであろうか。

(A) ヘラーが、国家の自己維持権をもって法原則の最高原理とするのは、国家の存立が法的前提であり¹⁷³⁾、法の効力的前提だからである¹⁷⁴⁾。しかし、国家の自己維持を法原則とする事はできるとしても、その最高原理として位置づける事はどうかであろうか。国家の任務が法の実現・維持にあるとしても、法の実現・維持が最高原理であろうか。現に、上述のところで、ヘラーは、国家が決定を拒否できない理由とし

て、領域住民の身体的・精神的自己維持にとって不可欠のミニマムの秩序の保障を挙げており¹⁷⁵⁾、領域住民の身体的・精神的自己維持にとって不可欠のミニマムの秩序の保障、更に言えば、領域住民の身体的・精神的自己維持こそが、最高の原理ではないであろうか。それゆえ、*contra legem*な決定の正当化根拠としては、人間の身体的・精神的自己維持を持ち出すべきではないであろうか。

(B) ヘラーの言う如く、国家の自己維持権が法原則の最高原理であるとしても、例外状態において国家の自己維持権のみが妥当するのではなく、他の諸法原則も妥当すると考えるべきである。そのなかでは、秩序の維持もまた法原則として妥当すべきであるとすれば、正常状態からの乖離は最小限にとどめるべきであるという事も、法原則として妥当すべきであると考えられる。法原則として意識しているかどうかはともかくとして、ヘラーが“正常状態に関して決定する者が、例外状態に関しても決定する”と述べているのは、この趣旨にもとづいていると解することができる。

(C) *Contra legem*な決定は、いうまでもなく、実定法上の根拠を持つものではなく、実定法上の権利ではない¹⁷⁶⁾。法原則によって正当化されるだけである。したがって、法原則によって正当化され得ない*contra legem*な決定は論外であるとしても、法原則によって正当化され得る*contra legem*な決定であっても、その決定を行った者は、その決定を行った事について法原則を基準として責任を負わねばならず、責任の追及を受けなければならないし、法原則を基準として責任を免除してもらわなければならない。ただし、この点に関するヘラーの論及はない。ただ、ヘンケル (*Michael Henkel*) が指摘する¹⁷⁷⁾、ヘラーにおける決定と責任との関連づけは、例外状態に関してもあてはまると言える。

(D) 以上の如く、ヘラーは、例外状態に関して、法規範に反する事は認めたが、法原則の支配は貫こうとした。しかし、法原則の支配に関して必ずしも楽観的ではなかった。即ち、例外状態において国家が*contra legem*な決定を行

うことを認めたくて、国家の行為が人間の意思によって行われるかぎり、法規範を侵犯する国家の行為が法原則を侵犯することもあるであろうし、法原則の勝利をもたらすこともあるであろう、と述べている¹⁷⁸⁾。

(五) 絶対的な法の欠缺

ヘラーは、国家組織の最高機関が憲法によって命じられている機能を行う意思を持たないか、行うことができない場合には、合法的に憲法の枠内で法的決定を下し実施することができる決定・作用統一体が存在しないと、このような場合を絶対的な法の欠缺と呼ぶ¹⁷⁹⁾。そして、広汎な権限を持った憲法裁判所も絶対的な法の欠缺を先延ばしすることができるだけで、なくすことはできないとする¹⁸⁰⁾。絶対的な法の欠缺は、憲法の規範内在的限界をなすものであり、最終的にはNormativitätとNormalitätとの解消しがたい関連にもとづいているとする¹⁸¹⁾（ヘラーは“unlösbar”という言葉を使っている）のであるが、unlösbarは“解決しがたい”という意味も持っているし、“解消しがたい”という意味も持っている。“解消しがたい”をとれば常に合致しているという事になりそうなので、“解決しがたい”をとるほうがよさそうではあるが、ヘラーの用語例からすれば、この場合も“合致する事”も“合致しない事”も含めて“切り離すことができない”という意味にとり、 “解消しがたい”としておくことにしたい——筆者）。ここで注目されるのは、最高憲法機関に憲法の命ずる機能を実行させるためのものとして、先ず、社会の組織されざる強制を挙げ、次いで、最高国家機関のよき意思、即ち、規範に適合した意思を挙げている事である¹⁸²⁾。即ち、社会の組織されざる強制に期待をかけている事が注目される。なお、ヘラーは、憲法の規範内在的な限界——この表現の使用に関してヘラーは必ずしも統一的ではないように思えるが——について、それを充填する事は現行憲法を侵害する事になり、実定法規範にもとづく問題の解決は不可能としている。これはどのような場合を考えているのであろうか。憲法が重要な問題について規定を設けていない場合、且つ、

援用すべき憲法の基本原理が対立しているのでどちらか一つを援用すれば他方を侵犯することになる、という事を考えているのであろうか。19世紀60年代のプロイセン憲法争議をその例として考えているのであろうか。君主主義原理を援用すれば議会の予算議決権を侵害し、議会の予算議決権を援用すれば君主主義原理を侵害することになる、というような場合を想定しているのであろうか。具体的に如何なる場合を想定しているにしても、このような場合、より力の強いものの決定が貫徹される事になるが、ヘラーはその事を認めていると思われる¹⁸³⁾。この点ではヘラーは、事実的なものの規範力という命題に決定的なウェイトをかけている事になるのであるが、それは、積極的にこの命題を主張する事にもとづいているのではなく、最後の判断権は誰が持つかという問題に決着がついていないからやむを得ず認めている、と言うべきであらう¹⁸⁴⁾。ヘラーの基本的立場は、“規範の原則によって根拠づけられていない事実的なものは規範的ではない¹⁸⁵⁾”というところにあると思われる。

(iii) 国家構成員（＝国民）

(一) 個人としての国家構成員

(A) 国家という組織の構成員の地位は、先ず、“支配とは服従を見出す事である”という原理によって規定される¹⁸⁶⁾。

a) この場合、支配とは広く国家の運営にかかわって一定の行為をなすよう、又は、為さぬように動機づける命令を發布することであり、具体的には、法規範を制定し執行する事である。

b) 支配は、既述の如く、広義の国家機関によって担当される。

c) 支配を担当する者が担当者の地位につく根拠は種々様々であるが、民主政においても支配は存在し、支配者も存在する。民主政においては、基本的に誰でも支配者となる事ができる。支配者と被支配者とは交代可能である。

(B) 服従は命令の受け容れ、更には、法規範の遵守、更には、法秩序への服属として表現される。

a) ヘラーは、法は恒常的な遵守によって実効性、その意味における効力を獲得する、という立場をとる¹⁸⁷⁾。

b) 服従は、どちらかと言えば、受動的なものであるが、より能動的な形では、承認¹⁸⁸⁾ということになる。

c) 承認は、法規範、法秩序を対象とするが、法規範、法秩序を対象とする承認は、正当化という意味を持つ。支配が恒常的なものであり得るためには、被支配者によって正当化される必要がある¹⁸⁹⁾。そのためには、支配者の側で、被支配者を意思・価値共同体に組み入れる努力をしなければならないということになる。

d) ヘラーは、承認、正当化を決定的に重要なものと見るから、強制は支配にとって第一次的なファクターでないとする¹⁹⁰⁾。

(C) ヘラーは、恒常的なものであることを志向する支配権力にとって不可欠の正当化を、法原則による理念的正当化と国民による社会的正当化とから構成し、二元的構成の立場をとる¹⁹¹⁾。社会的正当化を担うのが被支配者である。社会的正当化を担う被支配者も法原則を基準として正当化を行うのであるから、基準に関しては、理念的正当化と同じものになるはずである。しかし、ヘラーは、社会的正当化と並んで理念的正当化の必要性を説く事によって、社会的正当化を担う被支配者、具体的には社会的多数者に対抗して個人が——更には学問が——法原則を援用して正当化の担い手（実際には非正当化の担い手）となる余地を残したと考えることができる。

(D) 服従にしても、承認にしても、正当化にしても、すべての人による事は必要ではなく、社会学的に重要な程度の、即ち、全体としての支配の貫徹にとって重要な程度の承認で足りるとされ、全体としての支配にとって決定的意味を持つ“大抵の人々”の服従、承認があれば足りるとされている¹⁹²⁾。

(E) 服従にしても、承認にしても、正当化にしても、常に現実的に行われている必要はなく、種々の形態、種々の段階の社会的媒介のシステムにもとづいてそれらが行われていると見ることが

できれば足りる、とヘラーは考えている¹⁹³⁾。

(二) 全体としての国家構成員 (=国民)

(A) ヘラーは、国家構成員の全体としての国民に主権が帰属する、と主張する。且つ、この事は国家形態の如何を問わず妥当する、とヘラーは主張する¹⁹⁴⁾。主権が国民に帰属するという事は、ヘラーによれば、代表者が国民によって拘束される事を意味する。そして、国民主権以外の国家形態においては、拘束は倫理的なものにとどまり、代表者は法的には無拘束であるが、国民主権の国家形態においては、拘束は法的なものとなるのであり、代表者は法的に拘束される¹⁹⁵⁾。拘束を制度化したものととして、ヘラーは、選挙、副署、議会制度、レフェレンダム、イニシアティブなどを挙げる¹⁹⁶⁾。

(B) 国家の構成員は多元的であり、そのなかには種々様々な立場の人々が含まれており、それらが主権の担い手として一つの国民意思を形成するのは、ひとえに多数決制と代表制という技術的手段にもとづいてである¹⁹⁷⁾。この技術的手段が、多元的なものとしての国民から、統一的なものとしての国民を形成する作用をいとなみ得るのは *volonté générale* が現実的なものとして存在していると確信されている事にもとづいている、とヘラーは説くのであるが¹⁹⁸⁾、この点は議論の余地があり、続稿で検討することにする。

(C) 多数決制度、代表制度を制度として用意し、運用するのは、組織としての国家である。ヘラーは、国民をもって国家の実体としつつ¹⁹⁹⁾、しかし、国家が固有法則性を持つ事を根拠にして、両者を区別すべきだとし、それゆえ、国家と国民との同一化に反対する。或いは、同じ事であるが、国家と国民との二元論を放棄するのは誤りだとする²⁰⁰⁾。ヘラーが国家と国民との二元論に固執するのは、国家の固有法則性、自立性を重視するからであり、それは、国家による統一化作用を重視するからであり、それは、また、国家の構成員がそれ自体として最初から統一体をなしておらず対立を含んでいるという事を重視するからである。このようにヘラーは、国家構成員の間に相違・対立が存在する事を認

識し、それゆえに国家による統一化の必要性を強調するのであるが²⁰¹⁾、しかし、他方、その統一化作用が成功するために、できるだけ構成員の間に合致が存在する事が必要であるという事を強調する²⁰²⁾。その意味で、意思共同体にもとづいて意思の対立を組織する事をもって政治の任務とする²⁰³⁾（ただし、意思共同体と言っても、すべての人が同じ意思を持っていると考えているわけではない²⁰⁴⁾）。

(三) 国家構成員の意思

既述の如く、ヘラーは、国家という組織の維持・運営にとって意思的決定の不可欠性を強調する。その場合、意思的決定とは、言うまでもなく、法規範を定立し、執行する意思的決定であり、したがって、また、国家機関の意思的決定である。しかし、また、ヘラーが国家の維持・運営に関して意思の要素を持ち出す場合、国家構成員の意思を拘束するという文脈で持ち出している事にも注意する必要がある²⁰⁵⁾。しかし、国家構成員の意思は単なる拘束の対象としての意味を持つだけでなく、拘束の対象という意味と表裏一体をなして承認、正当化という能動的・積極的意味をも持っている事に注意する必要がある。この点、ヘラーが、法のGeltungを一方で、——且つ、主として——国家機関の意思的決定にもとづかせ²⁰⁶⁾、他方で、——明示的になされることは少ないが——国民の承認にもとづかせている事²⁰⁷⁾が注目される。これをもって、ヘラーの用語法のプレと見ることもできるが、しかし、そのように見るよりも、他の多くの場合にそうであるように、二本建てで考えており、この場合も、法にとって基本的な意思の要素を、国家機関の意思と国民の意思との複合体として考えていたと見るべきであろう。

4. 政治学的に基礎づけられた国家学

① 政治学の一部としての国家学

ヘラーは、国家学は社会学的に基礎づけられていなければならないと主張するとともに、政治学的に基礎づけられていなければならないとも主張した。この主張は、彼の主著“国家学”の“国家学の任務と方法”という章における最

初の項のタイトルが“政治学の一部としての国家学”とされている事にも現われている。これは、特に、19世紀末から20世紀初頭にかけての国家学が、既述のように、憲法上の基本概念の歴史と構造の講究に縮小されている状況を批判して、国家学は国家を包括的社会的関連から捉えるべきだとする観点に立ち、その点で19世紀半ばまで続いた政治学の伝統をふまえるべきだとする考えを打ち出そうとしたためと思われる。内容的には、その対象（社会的関連全体の中の国家）、その研究態度・方針（実践的性格）において、国家学と政治学とを基本的に同一のものとしてヘラーは考えている。形式的には、ヘラーは、国家学と政治学とを一応区別したうえで、国家学と政治学との関係を、国家学は、国家、法、国家権力、憲法、主権、領土、国民などの、政治学にとっての中心的な基本概念を解明し、政治学がこれらの概念を一義的に矛盾なく使用できるようにする事をもってその任務とし、もって政治学の一般的・概念的部分をなすものとして捉えている²⁰⁸⁾。

② 国家学ないし政治学の機能

ヘラーは、国家学ないしは政治学の学問としての機能は、国家現象ないしは政治現象について正しく且つ拘束的な（richtig und verbindlich）記述・説明・批判を行うところにある、と主張する²⁰⁹⁾。ヘラーは、更に、国家学ないしは政治学は、この正しく且つ拘束的な記述・説明・批判を行う事によって、関係するすべての人々やグループが受け容れざるを得ない、それらの間の討論を可能にする共通の基盤（status vivendi）を提供する事をもって、その機能とする、と主張する²¹⁰⁾。この機能を果たするためには、これらの記述・説明・批判を説得力のある基準にもとづかせる事が必要であるが、ヘラーは、この基準を政治の歴史を含む歴史を貫いて同一性が確認されるコンスタントなものに求め²¹¹⁾、更に、このコンスタントなものの根源を人間の本性、とりわけ、その環境を自己の意識的な努力によって改変しようとする性向に求める²¹²⁾。この場合、ヘラーは、人間自身が歴史の流れの中で変化するものである事をも指摘している²¹³⁾。

他方、ヘラーは、人間に影響を及ぼす自然的・文化的条件の中にもコンスタントなものがある事をも指摘している²¹⁴⁾。

③ 国家学ないしは政治学独自のエートス

ヘラーは、国家学ないしは政治学は、研究者はその研究対象たる国家生活に実存的に組み込まれているというところから出発しなければならない、と説く²¹⁵⁾。したがって、認識主体たる研究者の認識客体は、自分自身を含む国家であり、その意味で自分自身であるということになる²¹⁶⁾。更に、ヘラーは、国家学ないしは政治学の研究者は、国家生活に組み込まれる事を通じてその共同形成に自らも参加する、と主張する²¹⁷⁾。逆の言い方をすれば、国家学ないしは政治学の研究者は、同時に国家生活の共同形成に参加することなしには、国家生活の現実を認識し得ない、という事になる²¹⁸⁾。このようにして、ヘラーは、認識の要素と意思の要素とを結びつける²¹⁹⁾。そして、ここから、ヘラーは、国家学ないしは政治学には独自のエートスが課されていると説き、このエートスは、理性に向けられているだけでなく、責任ある意思的決定にも向けられている、と説く²²⁰⁾。この事は、ヘラーが国家学ないしは政治学は、国家生活の現実を正しく認識しなければならないだけでなく、認識したところを実現すべく決定し、そのために努力しなければならない、と考えていた、というように理解することができよう。

④ 実践的学問としての国家学ないしは政治学

ヘラーは、実践的政治学と区別して、学問としての国家学と政治学とをひとくくりにして、ひとしく実践にではなくして、理論に仕えるものとする²²¹⁾。しかし、それは、理論は、政治的、とりわけ党派争いのための手段、武器ではないという意味でのみ、実践に仕えるものではないとしているだけであって、国家学ないしは政治学が相争う個人やグループ間の共通の討論を可能にする基盤を提供する機能を持っているとしている事からも明かなように、ヘラーは、国家学ないしは政治学が実践的性格を持つ事を否定するわけではなく、むしろ、その事を肯定的に強調する²²²⁾。ヘラーは、国家学ないしは

政治学は、理論のために営まれるものではないとし、最終的には実践的な研究意図なしには、国家学ないしは政治学は有益な問題提起もできないし、本質的な解答を与えることもできない、と主張する²²³⁾。

国家学ないし政治学が実践的学問である事は、次の点に現れている。

(i) 研究課題の実践性

国家学ないしは政治学の研究者は、その研究課題を恣意的に設定すべきものではなく、研究者自身が体験した社会的・国家的現実が客観的に解決を迫る問題と取り組むべきである、ということをヘラーは強調する²²⁴⁾。

(ii) 認識と価値判断との不可分の結合

ヘラーは、政治的現実認識と政治的価値判断とが不可分に結びついている、と説く²²⁵⁾。具体的には、人間存在の独自性が正しいものと考えられた場合には、すくなくとも政治の領域では、価値から自由な学問も、価値から自由なオプションも拒否されるべきであるという事になる。シュルヒター (Wolfgang Schluchter) は、ヘラーの主張をこのように解釈している²²⁶⁾。

(iii) 将来像の選択的決定の必要性

ヘラーは、国家の現在像は、一つの意思力を他の意思力に比して将来形成的なものとして措定する事なしには、即ち、複数の発展傾向のなかで或る一つの発展傾向を将来に妥当するものとして措定する事なしには、描かれることができない、と言い²²⁷⁾、或いは、国家学ないしは政治学は様々の現在の傾向のなかで、どの傾向をもって将来形成的なものとしてみなすべきかを選択し、決定しなければならない、と言い²²⁸⁾、国家学ないしは政治学は、そのような選択・決定をする事によってのみ、国家学を方向づける指導理念を見出すことができる、と説く²²⁹⁾。当然の事ながら、ヘラーにとって、選択した発展傾向を推し進めるべきであるという事になる。

⑤ 道徳的良心への訴え

ヘラーは、政治の分野における理論と実践との不可分の関連を説いたうえで、理論の相対的自律を強調する。それは、政治の実務家が現実

的効果、即ち、人間の意思に対するプロパガンダの効果をあげるために、理性によりもより大きな程度に感情、意思に訴えかけるのに対して、政治の理論家は第一次的に感動力や行動意欲や道徳的良心に訴えてはならず、第一次的には知的判断力に訴えなければならない、と説いて、実務家と理論家との違いを打ち出した²³⁰⁾。しかし、理論が——当然の事ながら——知的判断力に比して、第二次的としながらも、道徳的良心に訴えるものであるとしている事が注目される。この事が——我田引水ながら——ヘラー国家学が憲法の規範力についての一つの見方を打ち出したとする筆者の見解の支えとなるところがあると思われるからである。

⑥ 作業仮説としての指導理念

ヘラーは、国家学がその方向づけ、選択、解釈を可能にする指導理念を持つ事を要求しつつ、この指導理念が絶えずコントロールされ、修正されるべきものとして、作業仮説としての性格を持つものとして捉える²³¹⁾。そして、自らの国家学の指導理念としては、今日の国家の階級構造が耐え難いものであり、それゆえ、その否定に向う発展傾向が正しいものであるとする命題をかかげる²³²⁾。そして、まさにこの発展傾向が今日の国家の現実と統一性を疑わしくするがゆえに(＝問題あるものとするがゆえに)、今日の国家が社会的・歴史的現実のなかで活動する統一体として可能なのか、また、如何にして可能なのか、という事が国家学の最重要問題となる、とヘラーは説く²³³⁾。

5. 法理論としてのヘラー国家学に対する批判

ヘラー国家学に対しては、種々の立場からの批判が行われているが、そのなかで、ヘラー理論は憲法社会学としては評価できるが、法理論としては評価できないとするユルゲン・マインク(Jürgen Meinck)の批判が、ヘラーの国家学の性格を知るうえで重要と思われるので、これを取り上げて検討し、次に、この批判に対してヘラーの立場から弁明できであろう事を、筆者の立場から述べることにしたい。

① マインクのヘラー理論評価

(i) 法理論としての消極的評価

(一) ヘラー理論に対する批判

マインクは、ヘラーの法理論を、欠陥あり、一貫しない、更には、誤りなどとして、批判する。批判の中心は、ヘラーが法の効力(Geltung)を国民の承認にかかわらしめている事、及び、——基本的には同じ事になるのであるが——法概念の中で恒常性(Normalität)と規範性(Normativität)とを結びつけている事に向けられている。いずれの点も、法の機能条件に関する理論としては正しいが、法の効力そのものにかかわる法理論としては正しくない、とする。以下、主としてマインクの批判を通してヘラーの国家理論・法理論の特色を浮き彫りにするという目的で、マインクのヘラー理論批判を紹介し、それに対するヘラーの立場を明確にする事を試みてみたい。いわば、マインクによる批判に触発されて、ヘラー理論を再検討し、その性格を一層明らかにする事を試みることにしたい。

(二) 法の効力の条件としての承認

(A) マインクは、ヘラーが“倫理的法原則及び実定法規範の承認をもって法の効力の条件としている事”を批判する²³⁴⁾。マインクは、その事からもたらされる結果をあげて批判する。

a) その結果、法における認識の要素が強調され、法における意思、意思的判断の要素が軽視されている事²³⁵⁾。

b) その結果、法における強制の要素が軽視され、自発的服従の補完物の地位に引き下げられている事²³⁶⁾。

c) その事とも関連するが、また、一般に倫理的法原則に大きなウェイトがおかれているため、また、倫理的法原則と実定法規範との違いが法的確実性の違いにおかれているため、法と道徳との区別がなくされている事²³⁷⁾。

(B) マインクは、ヘラーが法の承認のしかたに二つのものを認め、即ち、倫理的法原則にもとづくとする法の承認(ideelle Geltung)と社会的に支配している階層による法の承認(soziale Geltung)とを認め、且つ、両者の間でゆれ動いている事を批判する²³⁸⁾。

(三) 法の概念の中での恒常性と規範性との結合

マインクは、ヘラーが“法の概念の中で恒常性と規範性とを結合している事、恒常性を規範性が機能するための条件としている事”を批判している。

(A) マインクは、積極的に評価されている恒常性 (positiv bewertete Normalität) と規範性との結合がヘラーの法理論を赤い糸の如く貫いている、と言い²³⁹⁾、且つ、この結合をもって、基本的法原則の承認を法の効力条件とする理論からの帰結とする²⁴⁰⁾。

(B) マインクは、この結合は、積極的に評価された恒常性が規範性になるとする理論であるから、これには法律的決定 (juristische Entscheidung) の理論が欠けている、或いは、意思的エレメント (voluntatives Element) が欠けている、法の効力において意思的・評価的人間行為が持つ直接的意味が間接化される、として批判する²⁴¹⁾。

a) その結果、この結合理論は、立法者の法定立作用を制限することになり²⁴²⁾、

b) 社会構造を変革する手段としての法の役割を排除し、革命状況における憲法制定の規範力を否定することになり²⁴³⁾、

c) 議会制民主主義の構造に反することになる²⁴⁴⁾ (ヘラー自身、ワイマル憲法が開かれたものである事を評価しているのに、この評価を活かしていない²⁴⁵⁾) ことを、批判する。

(C) マインクは、ヘラーが恒常性と規範性とを結びつける事によって、立法理論のなかに決断のエレメント (dezisionistisches Element) をとり入れず²⁴⁶⁾、社会的安定性を法概念の本質に引き上げている事²⁴⁷⁾、具体的には、法治国家的憲法体制が機能している状況のもとでの支配的法意識を法概念そのものにして、この状況を維持しようとしている事²⁴⁸⁾を指摘して、批判している。

(四) 国家学の中心任務としての国家の正当化

マインクは、ヘラーの国家学が、国家の正当化を中心任務としている事を批判する²⁴⁹⁾。

(A) マインクは、そもそも国家を正当化する事は学問の任務ではない、と主張する。マイ

ンクにとって、学問の任務はコンセンサスを定式化することなのであって、コンセンサスをつくり出すことではなく、正当化するという事はコンセンサスをつくり出す事であって、これは学問のする事ではない²⁵⁰⁾。

(B) 正当化は、現実と基準とを対比する事によって行われるが、現実を基準に近づけて判断する傾向があり、したがって、現実をそのまま肯定する傾向がある²⁵¹⁾、とマインクは主張する。

(C) ヘラーは、国家の正当化を一般的法原則を基準として行うものとするが、一般的法原則をアプリアリな、普遍妥当的なものとする事によって、すべての人が必然的に正当化しなければならないという事になり、その結果、価値・意思共同体の想定に陥る事になり²⁵²⁾、同じ考えを持たない者を排除する可能性をもたらし事になる²⁵³⁾、とマインクは批判する。

(ii) 憲法社会学としての積極的評価

(一) 法理論としての消極的評価と憲法社会学としての積極的評価

マインクは、ヘラーをワイマル共和政時代の偉大な憲法学者として評価し、彼の著作を20世紀前半のドイツ憲法学の傑出した業績として位置づけ、彼が獲得し、定式化した認識は、今日にいたるまで不変の妥当性を保持している、と言う²⁵⁴⁾。しかし、マインクは、ヘラーの業績を法社会学、とりわけ、市民的・民主的憲法国家の社会学に限定する (マインクは、ヘラーを憲法社会学の創始者とする²⁵⁵⁾)。

(二) ヘラー理論の如何なる点を法・憲法社会学の業績として評価するのか

(A) マインクは、ヘラーが法規範、更には法秩序全体の効力の持続性もしくは恒常性が、法規範、更には法秩序全体を支える法原則の社会的承認によって条件づけられていると説いた事を、法社会学的認識の成果として評価する²⁵⁶⁾。ただし、ヘラー自身は、法規範、更には法秩序全体の効力と効力の持続性もしくは恒常性とを区別していない。それにかかわらず、マインクは、効力を効力の持続性もしくは恒常性と捉えなおしたうえで、それを法社会学的認識

として正しいとしているのである。また、マインクは、ヘラーが国家がその権力の正当化を放棄しえないということを強調した事をもって、20世紀における国家の権力のポテンシャルの恐るべき展開にかんがみて評価する²⁵⁷⁾。もっとも、先にも触れたように、マインクは、ヘラーが理念的正当化と社会的正当化とを混同する事によって、意思・価値共同体の想定に陥っている事を批判している²⁵⁸⁾。

(B) マインクは、ヘラーをその創始者とする憲法社会学を、憲法の機能・作用条件に関する理論として性格づけ、その典型例としてヘラーの“法治国家が独裁制か？”で展開された理論を挙げる²⁵⁹⁾（且つ、マインクは、この論文を、台頭するファシズムのなかで没落していくワイマール共和国の精神が息づいているが、しかし、この時代を越え出るヘラーの偉大な業績であり、ワイマール共和国時代のドイツ国家学が産んだ最も価値あるものとして称賛する²⁶⁰⁾）。

マインクは、ドイツ国家学において殆ど提起される事なかった問題、即ち、民主的法治国家の存立と維持が如何なる条件にかかっているか、という問題をもって、憲法社会学的問題とする。マインクは、ヘラーがこのような問題提起をしたと考えるのである。且つ、マインクは、ヘラーによる問題解決の試みも、オリジナル、即ち、憲法社会学的だとする。その試みとは、ヘラーが、民主的法治国家を恒常的に安定させ、ワイマール共和国の危機的展開を阻止する唯一の可能性を、法治国家的諸原理の経済・社会秩序への拡張、或いは、経済・社会秩序への法治国家の進出、かかる秩序の立法化、要するに社会的法治国家の確立に見出した事である。この点でマインクは、マインクが考える法理論の分野におけるヘラーとは違って、恒常性による規範性の制約を逆転させて、規範性によって恒常性をつくりだそうとしたと考えて、それを評価し、また、同じくマインクが考える法理論におけるヘラーとは違って、ヘラーが1919年の憲法によって意図された社会秩序の実現のための国家の介入による社会状態の変革を帰結したとして、それを評価し、ヘラーが社会的民主政の要

求に既存の法治国家原理の新たな充足のための力を見出したという事を、評価する²⁶¹⁾。ただし、マインクは、この要求は、民主的法治国家という憲法原理からの可能な帰結を定式化したものであり、学問的に予想されたものにすぎず、この要求にこたえ、この帰結を引き出すのは、国民代表的立法府であって、学問ではないとしている²⁶²⁾。

(三) マインクのヘラー評価の問題点

ワイマール憲法の存立・機能条件を問うヘラーの問題提起についてのマインクの評価は首肯できるが、この問題に対するヘラーの解答についてのマインクの評価は必ずしも首肯できない。

(A) ヘラーの解答としてマインクが挙げているのは、法治国家原理の経済・社会秩序への拡張、即ち、社会的法治国家の確立の要求なのであるが、この要求は如何なる性格のものであろうか。マインクは、この要求を、憲法から引き出される可能性の一つとして学問が予測するものとしている。したがって、要求は憲法自体の要求を論理的に展開したものにすぎず、したがって、ヘラーが国家学者として社会的法治国家の実現を要求したものとは必ずしも合致しない（もちろん、合致する部分もある）。即ち、ヘラーが国家学者として国家の将来向う発展傾向を選定し、決定して、その実現を要求したものとは異っている。これは、マインクが学問の機能を認識機能に限定した事にもとづいている。即ち、マインクは、憲法制定が政治的・社会的妥協、即ち、関係者のコンセンサスに基づいて成立するものであり、したがって、憲法秩序はこのコンセンサスを反映しており、この憲法に内容的に含まれているコンセンサスを認識し、且つ、定式化する事が学問としての政治学の機能であるとし、これに対して、コンセンサスをつくりだす事は学問の機能ではない、と主張する。したがって、マインクにとって、憲法を担うコンセンサスを規範的に固める事は学問としての政治学の任務ではない²⁶³⁾。この点で、マインクのヘラーの解答の評価は、ヘラーの解答の半分しか評価していないことになる。

(B) ヘラーが、憲法が実効性、持続的実効

性を持つための条件として主張したのは、憲法が何よりも一般国民によって承認され、受け容れられる事である。そのために、憲法が内容的に社会的法治国家へと向う可能性を持っている事を示す必要があった。そして、マインクは、ヘラーがこの可能性を提示した事を評価しつつも、この可能性を現実化する事は国民代表的立法府の任務であって、学問の任務ではないとした。しかし、ヘラーは、社会的法治国家の実現が国民代表的立法府の任務である事を認めつつも、国民代表的立法府だけの任務ではなく、国民代表的立法府を含む全国家機関の任務であるとし、更に、一般国民の義務であるとし、そのため一般国民に呼びかけ、訴える事も学問の任務であるとした。マインクは、ヘラーのこの呼びかけの意義を評価していない。

(C) マインクは、ヘラーの業績を憲法社会学の業績として評価した。しかし、マインクが憲法社会学者としてのヘラーを評価しているのは、ヘラーがワイマル憲法の存立・機能条件を問題とし、それにマインクから見て適切な解答を与えた点である。しかし、憲法の存立・機能条件を問題にし、それへの解答を試みる事が憲法社会学の仕事である事は否定できないとしても、それにとどまらず、それは、法に関する理論そのものではないか。或いは、ヘラーの理論は、憲法社会学としての憲法理論として捉えられるべきではないか。

② ヘラーの立場から考えられる弁明

(i) “承認”の機能

マインクのヘラー法理論に対する批判の一つは、ヘラーが承認をもって法の効力の条件とした事に向けられている。確かに、法の効力に関する承認に対しては、古くから種々の立場からする批判が行われて来ている。しかし、マインクがヘラーの“承認”説からの帰結と考えられるものを挙げて問題としているのは奇異に思われる。けだし、マインクが“承認”説からの帰結として挙げているもの、即ち、議会制民主主義のもとでの立法者の立法権力の限定、社会構造の変革の手段としての法の機能の否定、意思・価値共同体への組み込みの危険、非同調者

の排除などに対して、ヘラーは基本的に反対の立場を表明しているからである。これは、マインクがヘラーの“承認”説を誤解しているためとも思われるが、むしろ、誤解を起こさせるほどにヘラーの“承認”説が独特のものと考えたほうがよりよい様に思われる。

(一) そもそも、ヘラーは承認をもって法の効力の条件としていると言えるか

ヘラーは、効力 (Geltung) という概念を基本的に二つの意味で用いている。一つは、国家権力 (支配権力、国家機関などという場合もある) によって法に効力が与えられ、法の効力が維持されるというコンテキストで、効力という概念が用いられている場合であって、結局、国家権力によって定立された法が適用される状態を意味する場合である。この意味での用例を挙げれば、以下の如きものがある：“法規範の効力は法原則の範囲内での個別的意意思行為にもとづく²⁶⁴⁾”、“すべての社会規範は意思的指令・規制によって効力、存在を与えられ…²⁶⁵⁾”、“その決定によって法に効力を与え、法の効力を維持する意思統一体は…²⁶⁶⁾”、“主権国家の自己維持権があらゆる法の効力の前提であり、逆に、主権国家の自己維持権が法の効力の内在的限界…²⁶⁷⁾”など。

他の一つは制定された法が社会の中で受け容れられ、従われている状態であり、この場合は、社会的効力 (soziale Geltung) という表現が用いられている²⁶⁸⁾。或いは、“法命令の効力は原則的に遵守されている場合にのみ可能である”という言い方がされている場合もある事はある²⁶⁹⁾。

第一の用語法が主であり、第二の用語法が副次的なものということができる。そのようにとれば、法の効力は主として、法が権力によって実現されている状態であって、法の名宛人たる国民の側が法の効力において果す役割は小さいと言わねばならない。すくなくとも、国民の承認が法の効力の条件とはされていないということができであろう。

(二) それでは、承認はヘラーにおいて如何なる役割を与えられているのか

確かに、法、秩序を対象とするものとして承

認という語が用いられている例はある²⁷⁰⁾。しかし、それよりも、承認の対象として支配²⁷¹⁾、或いは、支配の要求²⁷²⁾、国家²⁷³⁾が挙げられる事が多い。また、“国家権力は、その倫理的法原則及びそれによって正当化された法規範に対する権力支持者層の自発的な承認が大きければ大きい程、確固たるものとなる²⁷⁴⁾”という文章においては、法原則及び法規範が承認の対象とはされているが、しかし、この場合の承認の機能は権力を確固たるものとするところに見出されている。また、“承認”と同じように国民の側の役割に注目する言葉として“in Kauf nehmen (受け容れる)”という語も法律を対象として用いられているが²⁷⁵⁾、“in Kauf nehmen”の機能は、国家意思の構成に参与することに見出されている²⁷⁶⁾。同じく国民の側の役割に注目する言葉として用いられる“確信する (glauben)”という語も、支配の正当性が確信されること²⁷⁷⁾、或いは、国家の規範定立機関の正当性が確信されること²⁷⁸⁾、といった用いられ方が行われている。ヘラーにおいて、承認も、受け容れも、確信も、法原則を基準として行われるものとされているから、結局、これらは、国家、国家権力を正当化する機能を与えられているということができよう。即ち、ヘラーが明示的にそうしているわけではないが、効力と正当化の結果としての正当性を区別して、権力の側が果す役割を効力におき、国民の側が果す役割を正当性におき、承認に、国家、国家権力を正当化する役割を与えていると見ることができよう。条件という言葉を使うとすると、ヘラーにおいては、承認の機能は法の効力の条件となることではなく、法を含む国家権力の正当性の条件となることである、と言うべきであろう。

(ii) 実定法における意思的決定の重要性

マインクが、ヘラーが承認をもって法の効力の条件としている事を批判する理由の一つは、承認という認識的要素が重視されて、実定法における意思的決定の要素が軽視されている、とマインクが考えているところにある。確かに、ヘラーは倫理的法原則の理念性と統一的主体の

決定の事実性をもつて実定法の必要十分条件としているし²⁷⁹⁾、或いは、法の義務づける力は倫理的法原則と共同体権威とから理解されるべきである²⁸⁰⁾、と言っている。マインクは、これらの文章を、倫理的法原則のほうにウェイトをかけて読んでいると思われる。しかし、ヘラーが、実定法は法原則に関係づけられた立法権力の決定から効力を獲得すると述べているところでは²⁸¹⁾、ヘラーは立法権力の決定にウェイトをかけていると見るべきであるし、法原則だけでは倫理的に義務づけるだけであって、法的には義務づけないと言っている場合²⁸²⁾は、一層そうである。そもそも、ヘラーの理論の特色は、法の自動的実現を説く自然法論、法実証主義、ケルゼン理論に反対して、意思的決定の要素を強調するところにあると言うべきであって、倫理的法原則はやはり倫理のレベルにとどめていると言うべきであろう。ただし、ヘラー理論の特色は、国家の統一性実現・維持に対する倫理的法原則が持つ意義を強調するところにもある。

(iii) 倫理的法原則の機能

ヘラーの法理論の特色は、法原則と（実定）法規範との区別を打ち出したところにあるが、この区別の意義は、（実定）法規範の実現における意思的決定の不可欠性・重要性を強調したうえで、その意思的決定を法原則によって規範的に制限したところにあったと見ることができよう。それでは、ヘラーは、法原則に如何なる機能を持たせる事によって、意思的決定を規範的に制限しようと試みたのか。

(一) 倫理的法原則を実現する事が国家権力（立法者）の義務とされる²⁸³⁾。

(二) 倫理的法原則は、国家・国家権力を正当化するための基準（或いは国家・国家権力の正当性を判断するための基準）として機能する²⁸⁴⁾。

(三) 倫理的法原則は、立法者に実定法規範を制定することを義務づける機能をいとなむ²⁸⁵⁾。立法者は可能性としての法原則のなかから自らの選択・決定によって実定法規範を制定する²⁸⁶⁾。

(四) 倫理的法原則に反する実定法規範の効力の問題は、既述の如く、法的安定性と正当性とのコンフリクトの問題であるが、ヘラーは、法的安定性に軍配をあげ、かかる法規範の効力を認める。しかし、これは法のレベルにおける解決であって、倫理のレベルにおける解決ではない。それゆえ、倫理的法原則に反する実定法規範に対する法律的抵抗権は認めないが、しかし、倫理的抵抗権は肯定する。この意味で、倫理的法原則の意義を倫理のレベルにとどめる点において、ヘラーは一貫している。しかし、究極のところ、法的なものに対して倫理的なものに軍配をあげようとするヘラーの態度を読みとることができる。

(iv) 倫理的法原則を認識し、援用する権利主体の二元性

ヘラーにとって、法原則は、国家を正当化するための基準、逆に言えば、国家の正当性を否定するための基準としての役割をいとなむものであるが、法原則を援用して国家を正当化する主体は誰かという問題がある。国家の正当化については、ヘラーは、理念的正当化と社会的正当化との二本建てで考えている²⁸⁷⁾。マインクは、ヘラーがこの二つの正当化（或いは、マインクは理念的効力と社会的効力として考えているが）の間でゆれ動いていると批判している。しかし、この点は、ゆれ動いていると見るよりは、二本建て方式をとっていると考えべきであろう。この問題については、ヘラーが国家の正当化を、制度としての国家と具体的国家とを区別して論じている事に注目すべきであろう。そして、ヘラー自身が明示的にそうしているわけではないが、制度としての国家を正当化するのが理念的正当化の役割とし、具体的国家を正当化するのが社会的正当化の役割として考えていると思われる。いずれの場合も、正当化の基準は倫理的法原則なのであるが（正当化は倫理的なものでしかあり得ない）、前者の場合の認識・援用主体を学問と個人とし、後者の場合の認識・援用主体を社会、即ち、社会のなかの支配的勢力としていって考えられる。即ち、学問の任務は、制度としての国家が正当されるべき根

拠を示し、そのうえで具体的国家の正当化はこれを社会にゆだねる、というのが、ヘラーの考えるところと思われる。具体的国家においては、法原則の内容・適用に関して国民の間に意見の一致を見る事がない²⁸⁸⁾。当然、なんらかの方法や手続で支配的勢力が形成される。その支配的勢力が、或いは、社会的に正当化された権威が、学問の説いたところに反して、不正な秩序を秩序のために維持する可能性がある事を、ヘラーは認めている²⁸⁹⁾。しかし、国家の正当化は、なにがなんでも法と権力とを調和させるところにあるのではない、というのがヘラーの主張である²⁹⁰⁾。この考えにもとづいて、ヘラーは法原則の担い手としての個人の法的良心に法原則の認識・援用主体としての地位を認め、倫理的抵抗権の発動を認めている²⁹¹⁾。このように、学問および個人に法原則の認識・援用主体の地位を認める根拠となり得る点で、法的安定性に仕える社会的効力と、正当性に仕える理念的効力との二本建てを正当化に関して認めることには、十分な意義があるとおもわれる。

(v) 国家の正当化理論の意義

マインクは、ヘラーがその国家理論的アプローチによって国家の正当化を国家学のライトモチーフに高めたという事を指摘する²⁹²⁾。そのうえで、国家の正当化を国家学の任務とする事に対して、二つの点で批判する。一つは、国家の正当化の意義を強調することによって、すべての人を意思・価値共同体へと組み入れる危険に陥る事である²⁹³⁾。他の一つは、国家の正当化は、学問的認識の対象ではあっても、学問的認識の任務ではないという事である。マインクによれば、正当化するという事は、コンセンサスをつくりだす機能に仕える事であって、コンセンサスを認識する機能に仕えるべき学問の任務を超える事になる。

こうした批判を考慮にいれたうえで、ヘラーの国家正当化理論の意義を考えると、次のような事が指摘され得る。

(一) 国民の役割の重視

ヘラーは、国家は正当化によってその生命を得ると述べている²⁹⁴⁾。当然、国家の正当化が

ヘラー国家学の中心課題となる。国家の正当化によって国家に生命を与えるのは、国民である。確かに、ヘラーは、組織としての国家の要素たる秩序、機関、構成員（＝国民）の三要素の等価値性を強調し、また、場合によっては、即ち論述の箇所によっては、秩序、或いは、機関が最も重要であるとしてもしている。しかし、秩序にしても、機関にしても、その存立、その機能のためには、国民によって正当化される必要があるとしている事から言えば、国民という要素を最も重視しているとも言える。最も重要なものとしていると言えるかどうかはともかくとして、ヘラーが、国家の正当化の理論を通じて、国家における国民の積極的役割を強調している事は確かである。正当化は、効力とは違って、法的効力を持つものではなく、正当化されなくとも、国家は運営され、機能することはできるが、有効・有意味に運営され、機能するためには、正当化を必要とする。その意味において、正当化は、国家の存立・機能にとって不可欠であり、この不可欠の役割を果たすのが、国民である。

（二）意思・価値共同体の必要性の強調

国民による国家の正当化が、国家の存立・維持にとって不可欠であるとすれば、当然できるだけ多くの人々によって国家の正当化が行われる事が必要ということになる。したがって、ヘラーも、国家は国民を意思・価値共同体に組み入れるよう努めなければならない、と主張する。この点が、マインクが、非同調者の排除の危険性があるとして、批判するところである。

しかし、ヘラーは、国家・社会において、倫理的法原則の内容・適用に関して多様な意見がある事を認識したうえで、その状態を積極的に肯定しており、共同体と言っても、すべての人を含むものでないという事を多くの箇所で述べており、とりわけ、共同体に言及する場合、或いは、すべての人と言うことがある場合には、必ず反対者・抵抗者を含むものである事を明らかにしており、最後の手段として、個人の倫理的抵抗権を肯定している。ヘラーが意思・価値共同体の必要性を強調している事を問題にする場合、このような事を考慮に入れる必要がある。

（三）国家の正当化についての学問の役割

ヘラーは、国家を正当化する事をもって学問の任務としたが、その場合、正当化を、制度としての国家の正当化と具体的国家の正当化との二段階に分けて考えて、先ず、国家を倫理的法原則による倫理的正当化を行い、次いで、具体的国家の正当化については、これを社会に委ねる（社会的正当化）わけであるが、理念的正当化を通じて社会的正当化に影響を及ぼそうとした。この場合、具体的国家の正当化を社会に委ねることにしつつも、法原則を基準として国家を理念的に正当化し、正しい正当化のあり方を提示する事によって、社会における正当化に影響を及ぼす事をもって、学問の任務としたと言える。この点では、コンセンサスを確認する事までが学問の任務であり、コンセンサスをつくりだす事は学問の任務を超えるとするマインクと、コンセンサスをつくりだす事をもって学問の任務と考えるヘラーとでは、学問の任務に関する考えが基本的に異っていると云わねばならない。

（四）倫理的法原則の内容未決定の問題性

ヘラーが、正当化の基準となるべき倫理的法原則の存否・内容の確定を自ら行わず、法哲学にそれを委ねている事は、ヘラー理論の弱点と言わねばならない。ヘラーは、この点、現実科学的国家学にとっては決着のついた問題とみなすことができているのであるが²⁹⁵⁾、この基本的問題について、現実科学的国家学である事を口実にして自らの解答の試みを回避しているのは、理解しがたい。

（未完）

注)

- 1) *Hermann Heller*, Staatslehre, in: *ders.* (hrsg. v. M. Draht/O. Stammer/G. Niedermeyer/E. Borinski), *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, 1971, S. 119, 120.
- 2) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 93.
- 3) *Hermann Heller*, Die Krisis der Staatslehre, in: *ders.* (Anm. 1), *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, S. 9, 10, 25, 30.
- 4) *H. Heller* (Anm. 3), Die Krisis, S. 25.
- 5) 学科目としての一般憲法学及び一般国家学については、*Hisao Kuriki*, Die Rolle des Allgemeinen Staatsrechts in Deutschland von der Mitte des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, in: *ders.*, Beiträge zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft: Gedanke des Volkes in der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 2009, S. 1–34 参照。
- 6) *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2 (1800–1914), 1992, S. 121–186, 423–459.
- 7) *H. Heller* (Anm. 3), Die Krisis, S. 9; *ders.*, Staat, in: *ders.* (Anm. 1), *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, S. 8.
- 8) *H. Heller* (Anm. 3), Die Krisis, S. 12.
- 9) *H. Heller* (Anm. 3), Die Krisis, S. 9, 10; *ders.* (Anm. 1), Staatslehre, S. 116.
- 10) *H. Heller* (Anm. 3), Die Krisis, S. 9 f.
- 11) *H. Heller* (Anm. 3), Die Krisis, S. 10.
- 12) *H. Heller* (Anm. 3), Die Krisis, S. 28.
- 13) *H. Heller* (Anm. 3), Die Krisis, S. 26, 28. 当然の事ながら、ヘラーは“国家学”(1934年)をもって、社会学、とりわけ現実科学的社会学として、即ち、現実的・歴史的形態としての国家を社会的・歴史的な作用から解釈し、理解し、且つ、因果関係的に説明する事を志向する学問として位置付け (*H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 142)、この立場に立った国家学を構築する試みを行った。なお、ヘラーの社会学による国家学の基礎づけの試みについて、とりわけ、ヘラーにおける精神科学的社会学から現実科学的社会学への発展については、*Wolfgang Schluchter*, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik, 2. Aufl., 1983, S. 250 ff. 参照。
- 14) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 142.
- 15) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 137.
- 16) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 137.
- 17) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 374.
- 18) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 175 f., 374; *ders.*, Die Souveränität, in: *ders.* (Anm. 1), *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, S. 101 f.
- 19) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 374.
- 20) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 66.
- 21) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 374 f.
- 22) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 375.
- 23) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 378 ff. ヘラーは、Normativitätがなければ、決定はNormalitätをもたらすことができず、したがって、行為の連続性をもたらすことができない、と言う (S. 379)。
- 24) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 297.
- 25) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 294.
- 26) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 247.
- 27) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 342.
- 28) *H. Heller* (Anm. 7), Staat, S. 22.
- 29) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 354 f.; *Albrecht Dehnhard*, Dimensionen staatliches Handelns: Staatstheorie in der Tradition Hermann Hellers, 1996, S. 80.
- 30) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 289 f., 300.
- 31) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 297. ただし、ヘラーがこの点で法としているのは、実定法ではなく、国家とその法を超越し、それらを基礎づけ、倫理的に義務づける法原則の事である。ヘラーは、“法はまさにその超実定法的効力根拠のゆえに、権力形成的性格を持つ”、と言う (S. 297 f.)。
- 32) *Gerhard Robbers*, Hermann Heller: Staat und Kultur, 1983, S. 49; *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 279.
- 33) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 289, 363; *ders.* (Anm. 7), Staat, S. 22.
- 34) *Hermann Heller*, Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, in: *ders.* (Anm. 1), *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, S. 277.
- 35) *G. Robbers* (Anm. 32), S. 58.
- 36) *H. Heller* (Anm. 1), Staatslehre, S. 287.
- 37) *H. Heller* (Anm. 34), Bemerkungen, S. 249.

- 38) *H. Heller* (Anm. 34), *Bemerkungen*, S. 251.
- 39) *H. Heller* (Anm. 34), *Bemerkungen*, S. 251; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 122, 127.
- 40) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 338 f.
- 41) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 338.
- 42) ドイツの大学の講義・講座の体制の伝統から言えば、法学部においては、公法講座の教授が隔学期ごとに実定憲法（場合によっては行政法）の講義と一般国家学の講義を交互に行うのが慣例であった。ベルリン外国公法・国際法研究所の専門研究員からフランクフルト大学法学部の公法講座の員外教授に就任したヘラーが、如何なる講義を担当する事になっていたかは——筆者には——明らかでないが、やはり慣例にしたがって、実定憲法の講義と一般国家学の講義を交互に行うことを予定していたと思われる。しかし、具体的な就職とは関係なしに、公法学の教授を志した以上、ヘラーは、法学部における一般国家学の位置を認識し、その枠内で一般国家学の革新を志したものと思われる。
- 43) *H. Heller* (Anm. 7), *Staat*, S. 23.
- 44) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 139.
- 45) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 138 f.
- 46) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 308.
- 47) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 59, 63.
- 48) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 66.
- 49) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 187, 189, 190.
- 50) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 66.
- 51) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 57, 62; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 357.
- 52) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 165, 325, 340.
- 53) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 125.
- 54) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 99, 100.
- 55) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 100.
- 56) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 62.
- 57) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 108 f., 110.
- 58) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 110.
- 59) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 103; *ders.* (Anm. 7), *Staat*, S. 20, 22.
- 60) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 125; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 310, 326.
- 61) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 103.
- 62) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 71, 109.
- 63) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 70 ff.
- 64) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 73 ff.
- 65) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 345, 347, 348. ただし、ヘラーは国家を“Willensverband”ということもある（S. 183）。
- 66) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 103.
- 67) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 104; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 351.
- 68) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 345.
- 69) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 340.
- 70) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 58.
- 71) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 58, 65.
- 72) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 105, 106.
- 73) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 65.
- 74) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 59, 62, 63.
- 75) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 98, 99, 107.
- 76) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 97.
- 77) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 96, 107.
- 78) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 180 ff.
- 79) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 372.
- 80) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 182, 341 f., 363.
- 81) *W. Schluchter* (Anm. 13), S. 274 ff.
- 82) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 341, 363.

- 83) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 184.
- 84) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 182, 342.
- 85) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 342.
- 86) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 182, 342 f., 344, 345, 348 f., 350.
- 87) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 344.
- 88) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 344 f.
- 89) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 346.
- 90) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 349, 357.
- 91) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 287 f.
- 92) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 363. 或いは、“rein empirische Normalitäten” とも言う (S. 364)。
- 93) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 364.
- 94) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 365, 372.
- 95) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 365.
- 96) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 180.
- 97) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 69 f.; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 369 f.
- 98) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 71 f.; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 332 f.
- 99) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 290, 297, 298.
- 100) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 356.
- 101) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 70, 72, 78, 110; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 146. 或いは、ヘラーは、“したがって、法の実定性は、一方で、法原則の理念性にもとづき、他方で、最終的に決定する統一的意思の事実性にもとづいて” と言い、“この統一的意思は法規範を実定化し、即ち、前記法原則によってのみ制限されてはいるが、しかし数多い法的可能性の領域から唯一の法的現実の領域へと法規範を移行させる” と述べている (*Souveränität*, S. 72)。
- 102) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 73.
- 103) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 62.
- 104) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 108 f., 110; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 334.
- 105) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 335 ff.
- 106) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 334.
- 107) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 66 f.; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 189 ff.
- 108) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 289.
- 109) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 290 f.
- 110) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 366.
- 111) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 300 ff.
- 112) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 300.
- 113) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 369, 378.
- 114) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 298, 299, 300.
- 115) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 364.
- 116) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 291, 366.
- 117) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 292.
- 118) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 366.
- 119) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 370, 371.
- 120) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 365.
- 121) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 366, 375.
- 122) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 361 f.
- 123) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 380.
- 124) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 372.
- 125) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 372.
- 126) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 372.
- 127) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 372.
- 128) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 365.
- 129) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 365, 367.
- 130) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 366.

- 131) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 376 f., 380, 382.
- 132) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 382, 383.
- 133) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 293, 368 f.
- 134) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 368 f.
- 135) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 369.
- 136) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 369.
- 137) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 369.
- 138) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 369, 371. また、ヘラーは、“社会の中で支配している法原則” (S. 370)、或いは“社会によって正当化された法原則” (S. 370) という表現を用い、それと同じ意味で“積極的に評価されたNormalität” (S. 370) という表現を用いている。
- 139) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 370.
- 140) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 371.
- 141) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 365.
- 142) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 367 f.
- 143) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 336.
- 144) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 336.
- 145) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 336.
- 146) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 336.
- 147) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 330, 334.
- 148) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 336 ff.
- 149) 機関は、予め定められた規則にしたがってその地位につく場合もあれば（その種々の方法については、*Hermann Heller*, *Demokratie und soziale Homogenität*, in: *ders.* (Anm. 1), *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, S. 426）、国家または秩序が確立されていない場合には、自分で授權されたことにしてその地位につき、後でその自己授權を承認してもらうこともある、とヘラーは考えている（*ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 347, 348, 349）。
- 150) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 295 f., 335, 358, 380 f.
- 151) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 358.
- 152) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 356 ff.
- 153) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 368.
- 154) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 382.
- 155) *H. Heller* (Anm. 7), *Staat*, S. 18 f.; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 183.
- 156) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 129 ff.
- 157) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 127, 128; *ders.* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 305.
- 158) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 133.
- 159) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 337.
- 160) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 337.
- 161) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 301 ff.
- 162) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 303.
- 163) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 303.
- 164) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 303.
- 165) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 125 ff.
- 166) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 126.
- 167) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 127.
- 168) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 127.
- 169) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 127 f.
- 170) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 123, 125, 127, 132; *ders.* (Anm. 7), *Staat*, S. 22.
- 171) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 186, 189.
- 172) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 189.
- 173) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 143, 186, 189.
- 174) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 189.
- 175) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 125, 126.
- 176) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 190 f.
- 177) *Michael Henkel*, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates: Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geiste der*

- Soziologie, 2011, S. 545, 552 f. ただ、ヘラー自身にも“すべての国家に存立危機事態に関する責任ある決定 (verantwortliche Entscheidung) が帰属していなければならない”という表現はある (H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 191)。
- 178) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 202.
- 179) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 383.
- 180) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 383.
- 181) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 383.
- 182) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 384.
- 183) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 373. プロイセン憲法争議に関して、アンシュッツ (Gerhard Anschütz) は“ここで憲法は働きを止める”と言ったが、シェフォルトは、“ヘラーもこの言葉に賛成したことであろう”と述べている (Dian Schefold, Hellers Ringen um den Verfassungsbegriff, in: Chr. Müller/I. Staff (Hrsg.), Der soziale Rechtsstaat: Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891–1933, 1984, S. 561)。
- 184) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 383.
- 185) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 146; ders. (Anm. 1), Staatslehre, S. 289, 299, 301.
- 186) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 57.
- 187) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 69, 71, 103; ders. (Anm. 1), Staatslehre, S. 180, 201.
- 188) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 62, 71; ders. (Anm. 1), Staatslehre, S. 182.
- 189) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 181, 182.
- 190) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 62 f.
- 191) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 330, 334.
- 192) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 71, 109, 110; ders. (Anm. 1), Staatslehre, S. 334.
- 193) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 108, 187, 189, 190.
- 194) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 196.
- 195) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 96 f., 98.
- 196) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 98.
- 197) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 97.
- 198) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 97, 98, 99.
- 199) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 267.
- 200) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 264, 265, 266.
- 201) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 265, 266.
- 202) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 265, 266.
- 203) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 267.
- 204) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 265, 267. むしろ、ヘラーは、国民の中に反対意見を持っている人、抵抗する人が含まれている事を肯定的に認め、それらの人々を含んだものとして“すべての人々”と言う事もある (Staatslehre, S. 352, 356)。
- 205) “すべての社会的規範は、主体間の意思拘束を通じて一定の行為の固定化に仕える” (H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 378)、“法は意思の拘束である” (ders. (Anm. 18), Souveränität, S. 69, 70)、“実定法はわれわれの意思にむけられている点で、自然的秩序から区別される” (Souveränität, S. 197)。
- 206) H. Heller (Anm. 18), Souveränität, S. 71, 143, 144, 197; ders. (Anm. 1), Staatslehre, S. 290, 296.
- 207) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 180 ff.
- 208) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 149, 153.
- 209) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 93 f., 100, 102.
- 210) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 96, 98 f.
- 211) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 99, 100, 101.
- 212) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 99 ff.
- 213) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 101.
- 214) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 101.
- 215) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 117.
- 216) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 140.
- 217) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 140.
- 218) H. Heller (Anm. 1), Staatslehre, S. 148.
- 219) この事を指摘するものとして、W. Schluchter (Anm. 13), S. 148; Renate Graner, Die Staatsrechtslehre in der politischen

- Auseinandersetzung der Weimarer Republik, 1980, S. 28, 29.
- 220) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 141; *M. Henkel* (Anm. 177), S.348.
- 221) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 148.
- 222) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 118, 147.
- 223) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 118. このことを考慮すれば、ヘラー国家学の新しさは、国家学を社会学へと方向づけた事ではなく、政治学へと方向づけた事にある、というヘンケルの指摘は正しい面を持っている (*M. Henkel* (Anm. 177), S. 619)。
- 224) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 113, 117.
- 225) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 152 f.
- 226) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 149; *W. Schluchter* (Anm. 13), S. 118 f., 149.
- 227) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 151.
- 228) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 153.
- 229) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 152. ヘラーが選択・決定した将来の発展傾向を、ヘンケルは自由な憲法国家への途と解し (*M. Henkel* (Anm. 177), S. 640)、シュルヒターは国民的文化社会主義への途と解し (*W. Schluchter* (Anm. 13), S. 119 ff.)、デーンハルトは法治国家的・社会国家的民主政への途と解し、これこそヘラーが国家学の任務とした、相争うグループ間の対話・コミュニケーションを可能にし、促進する途だとした (*A. Dehnhard* (Anm. 29), S. 20)。
- 230) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 154.
- 231) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 155.
- 232) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 155.
- 233) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 155.
- 234) *Jürgen Meinck*, Rechtsnorm und allgemeiner Rechtsgrundsatz: Die Rechts- und Souveränitätstheorie Hermann Hellers im Richtungsstreit der deutschen Staatswissenschaft, in: Chr. Müller/I. Staff (Hrsg.) (Anm. 183), S. 628.
- 235) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 628, 629, 632.
- 236) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 628.
- 237) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 629.
- 238) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 627, 629, 648.
- 239) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 631.
- 240) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 631.
- 241) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 632.
- 242) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 632.
- 243) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 633.
- 244) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 634.
- 245) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 634, 635.
- 246) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 635.
- 247) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 636.
- 248) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 636.
- 249) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 627, 628, 651.
- 250) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 651.
- 251) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 627.
- 252) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 644, 648.
- 253) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 646.
- 254) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 643.
- 255) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 643.
- 256) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 644.
- 257) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 644.
- 258) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 644, 648.
- 259) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 651.
- 260) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 651 f.
- 261) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 652.
- 262) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 653.
- 263) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 646.

- 264) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 78.
- 265) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 290.
- 266) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 143, 197.
- 267) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 189.
- 268) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 330, 334.
- 269) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 201.
- 270) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 69, 71, 108.
- 271) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 63.
- 272) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 182
- 273) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 108, 109.
- 274) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 355.
- 275) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 346; *ders.* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 109.
- 276) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 346; *ders.* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 109.
- 277) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 297.
- 278) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 297.
- 279) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 71, 72, 144.
- 280) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 73.
- 281) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 103.
- 282) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 73.
- 283) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 333.
- 284) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 333.
- 285) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 72.
- 286) *H. Heller* (Anm. 18), *Souveränität*, S. 70, 72.
- 287) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 330. 理念的正当化については、S. 297, 334, 369、社会的正当化については、S. 334, 370, 371。
- 288) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 336.
- 289) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 334.
- 290) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 338.
- 291) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 337 ff.
- 292) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 627.
- 293) *J. Meinck* (Anm. 234), S. 644, 646, 648.
- 294) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 326.
- 295) *H. Heller* (Anm. 1), *Staatslehre*, S. 334.

