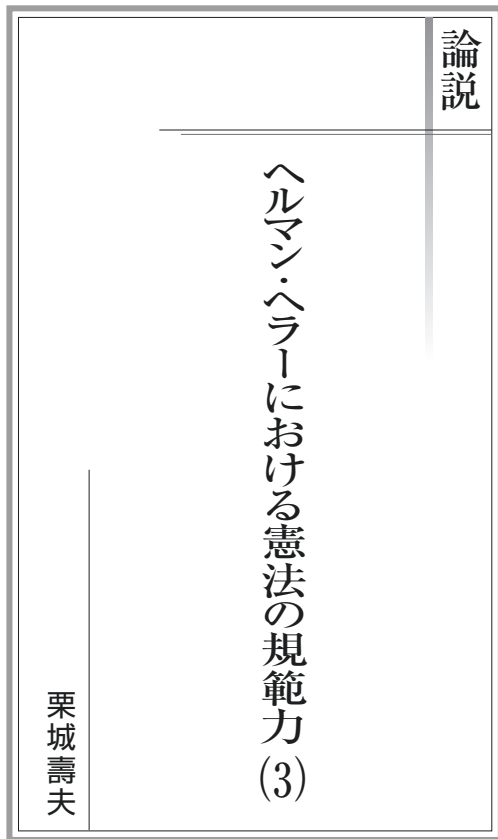




6. 憲法理論 (Verfassungstheorie) としてのヘラーの国家学

① ヘラーの国家学は憲法理論として位置づけられるか。

(i) マインクは、ヘラーの国家学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した。マインクが法理論として評価できないとしたヘラーの理論の問題点についてヘラーの立場から反論できると考えられるところは、上述の如く、反論した。しかし、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、という発想自体に問題はないであろうか。換言すれば、憲法社会学として評価できるのであれば、法理論としても評価できるのではないであろうか。

(ii) もちろん、憲法社会学、一般に法社会学が独自の学問分科として営まれている以上、憲

法社会学、法社会学と法理論とを別個のものとして考えることはできる。しかし、ヘラーは、独自の憲法社会学を創設しようとしたのではなく、社会学的、政治学的に基礎づけられ、方向づけられた国家学を構築しようとしたという事を考慮する必要がある。

(iii) 問題は国家学であるが、既述の如く、ドイツでは国家学は伝統的に一般国家学として営まれてきており、且つ、一般国家学は憲法の基礎理論として営まれてきており、ヘラーもこの伝統をふまえているということができ、ヘラー自身も自己の国家学を広い意味での法理論、且つ、憲法理論の枠内にあるものとして捉えていたということができよう。そうであるとすれば、ヘラーの国家学は、社会学的、政治学的に基礎づけられた広義の憲法理論として捉えられることができると考えられる。このような捉え方は、可成り強引な捉え方のようにあるが、上述の如く、ヘラー自身しばしば法・国家理論 (Rechts- und Staatstheorie) と標記し、法理論と国家理論とを等置していた事に徴しても、許され得ると考えることができよう。

(iv) ただ、ワイマール時代において、シュミットやスメントによって“憲法論” (Verfassungslehre)、或いは“憲法” (Verfassung) という表題をつけた著作が発表されるという状況の中で、しかも、実質的に国家的統一性の確立を志向し、且つ、社会学的、政治学的考察方法をも駆使しているという点で二者の著書と共通性を有しているにもかかわらず、ヘラーが敢えて伝統的な“国家学”を標題としてかかげたのは何故であろうか。それは、ヘラーが憲法の基礎理論としての国家学の伝統に重きをおいた事がその理由として考えられるが、しかし、なにもよりも、憲法の基礎理論としての国家学のあり方を考える過程で、憲法の基礎としての国家そのもの、とりわけ国家の統一性の根拠づけを中心テーマとするにいたった事がその理由であると思われる。その意味で、ヘラーにおいては、法、したがってまた、憲法が中心テーマとしての国家にとっての存立・維持の条件としての地位におかれる事になっているが、しかし、

国家にとっての存立・維持の不可欠の条件とはされているが、法、したがってまた、憲法が単に国家権力を制限する機能を持たされているだけでなく、国家をそもそも成立させる機能をも持たされている事に注意する必要がある。その意味で国家と憲法との間にはどちらかが優位に立つという関係はない、とヘラーが言っている事に注意する必要がある。もっとも、国家と憲法との間に生ずるコンフリクトを如何に解決するかは、理論的に解決困難な問題であるが。

(v) このように憲法をもって国家の存立・維持にとっての不可欠の条件としたとは言え、国家の存立・統一性を中心テーマにすえたヘラーの国家学をなお憲法理論として位置づけることができるであろうか。もちろん、これは憲法理論をどう捉えるかにかかっている。そこで憲法理論を主題とする二つの著作を検討して、ヘラーの国家学が憲法理論として位置づけられることができるかを検討することにした。もちろん、ヘラーが国家学を標題としてかかげて、国家の存立・維持を中心テーマとしているので、それがストレートに憲法理論として位置づけられることはありえないので、憲法理論の枠内にあるものとして位置づけられるかどうかを検討することになる。もちろん、国家学をそのまま国家学として位置づけ、国家学の立場から憲法についてどのように論究したかを検討すれば十分な事であって、敢えてヘラーの国家学を憲法理論の枠内にあるものとして位置づけられるかどうかなど検討する必要はないように思われるが、敢えてそうするのは、ヘラーの国家学を憲法の規範力論と関連づけ、ヘラーの国家学をふまえて憲法の規範力を追究する作業を正当化しようという意図にもとづいている。

② モルロクの憲法理論の構想

(i) ここでモルロクの憲法理論を取り上げるのは、モルロクの著書 (Martin Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988) が、憲法理論 (Verfassungstheorie) を主題としてかかげた最初の単行本だからである。即ち、既にワイマール時代にシュミットやスメント等によって開始

された憲法理論的論究に対する関心が第二次大戦後のドイツで飛躍的に増大し、それを反映して、雑誌論文として憲法理論をタイトルとするものが数多く発表され (例えば、Peter Häberle, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, in : Archiv des öffentlichen Rechts 99, 1974 ; Friedhelm Hufen, Verfassungstheorie und Systemtheorie, in : Archiv des öffentlichen Rechts 100, 1975 ; Peter Häberle, Verfassungstheorie zwischen Dialektik und kritischem Rationalismus, in: Rechtstheorie 7, 1976 ; Bernhard Schlink, Juristische Methode zwischen Verfassungstheorie und Wissenschaftstheorie, in : Rechtstheorie 7, 1976 ; Christoph Gusy, Verfassungstheorie am Wendepunkt, in : Zeitschrift für Parlamentsfragen 12, 1981など)、また、単行本としては憲法理論を副題とするものも刊行されたが (例えば、Friedrich Müller, Rechts-Sprache-Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I, 1975 ; Friedrich Müller, Juristische Methodik und politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II, 1976 ; Manfred Friedrich (Hrsg.), Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie, 1978 ; Friedrich Müller, Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, 1979など)、モルロクの著書までは憲法理論を主たるタイトルとした単行本は刊行されていなかったのである。その意味でモルロクの本書は憲法理論のあり方について色括的・体系的に論究した最初の文献と言えよう。モルロクは、本書において、広義の憲法学のなかにあつて憲法の理論的研究を担当する部門としての憲法理論の必要性を説き、且つ、この必要性にこたえるべき憲法理論のあり方を論究し、いわば憲法理論の構想を打ち出した。この論究において、モルロクは、先ず、隣接諸科学との関係を明らかにすることによって、憲法理論の輪郭を描き出し、次いで、憲法理論の性格 (形式的メルクマール) を列挙し、次いで、憲法理論を必要ならしめる諸理由 (逆に言えば憲法理論が取り組むべき諸問題) を列挙し、そのうえで、憲法理論を営むうえで心すべき事を説いている。なお、モルロクの論究を読むうえで注意すべき事は、モルロクが、一方で、憲法

理論を憲法学全体のなかで独立した学科として営まれているものとして捉え、且つ憲法理論が独立した学科目として営まれるべきことを主張しているが、他方で憲法理論を機能的に捉えて、この意味での憲法理論が当該学科目の担当者によって営まれるだけでなく、憲法にかかわる仕事をするすべての人によって営まれるものとして考えている¹⁾、という事である。即ち、モルロクは基本的には機能的意味における憲法理論（この言葉はモルロク自身も用いている²⁾）を念頭において論述を展開しながら、そのようなものとしての憲法理論が独立した学科としても、いわば制度的意味における憲法理論（この言葉もモルロク自身も用いている³⁾）としても営まれるべき事を主張しているのである。ただ、モルロクはこの二つの概念を区別して用いているが、両者が交錯している事もある。交錯の原因は、モルロクが憲法理論を憲法学全体から分化・独立させるべきであるとしながら、しかし、余り分化・独立させるべきではないとしているところにあると思われる⁴⁾。結局、モルロク自身が言うように、基本的には機能的意味における憲法理論を念頭において論述していると考えるべきであろう。

以下の叙述は、上述の如き意味を有するモルロクの憲法理論の構想を紹介し、その事を通じてヘラーの国家学が憲法理論の枠内にあるかという事を検討する事を目的としている。ただ、モルロクの憲法理論の構想が相当程度基礎にしているシステム論は、ヘラー自身の理論がそこまで到っていないので重り合う事がない事、そして、なによりも筆者の能力が及ばない事を弁解理由として、それに立入る事を回避せざるを得ない。その意味で、以下の叙述は不完全なものであると言わねばならない。

(ii) 憲法理論の輪郭

モルロクがその憲法理論を如何なるものとして構想しているかについて、先ず、モルロクが憲法理論と先行・隣接諸科学との共通点・相違点を述べているところを通じて、描き出してみたい。

(一) 一般国家学

モルロクは憲法理論の先行学科としての一般国家学を取り上げて、事實的・社会的状態の認識と理論的消化とを通じて、法律学の基礎的研究として機能する事において、憲法理論と一般国家学とは共通しているが、しかし、一般国家学が社会諸科学の認識・成果の消化の点でも方法論的反省の点でも社会諸科学の域に達していない事、国家指向が強すぎて、現行憲法に対する国家の優位の主張、憲法の拘束から離れた国家理性の援用に陥る恐れがある事、これまでの一般国家学が19世紀の君主政国家を一般化し、社会の構造的変化を視野に入れていない事、を理由として、憲法理論は一般国家学とは異としている⁵⁾。これは、言わば入口のところで一般国家学に対して憲法理論としての資格停止宣言を行っているようなものであって、このことは、とりわけ国家指向の強さを理由としている点でヘラーの国家学にも妥当するかもしれない。しかし、国家指向の中味、即ち、国家指向の根拠、具体的現われを問題とすれば、憲法理論そのものとは言えないとしても、なお、憲法理論の枠内にあるものとして位置づけられる余地はある。とりわけ、モルロクが、ヘラーを国家学の名のもとに社会諸科学を受容した著作者たちのなかで特別の地位を占めているとしている事、ヘラーを伝統的一般国家学の服した制約に服していないとしている事、ヘラーが国家学を社会学、且つ、現実科学として扱った事に注目している事を重視する必要がある⁶⁾。

(二) 法制史、比較法

モルロクは、法制史、比較法のいずれも憲法の理解にとって不可欠である事を認めたとうえで、一方で、法制史、比較法はそれぞれ既に独自の学科目として確立されており、他方で、憲法理論は法律学に属するものとして規範的に拘束されており、したがって、憲法理論は両者とは同一のものではなく、両者とは現行憲法のよりよき理解のために必要な情報を得る関係にある、としている⁷⁾。

(三) 政治学、社会学

モルロクは、憲法システムの成立の基盤となり、また、憲法規範の対象となる、政治的、社

会的現実についての確実な知識を供給するものとして、政治学、社会学的研究を憲法にとって不可欠のものとしつつ、政治学も社会学も独立の学科目として成立している事を尊重して、政治学、社会学の研究成果を憲法に受け容れるための機関として憲法理論を位置づける⁸⁾。

(四) 憲法学 (Verfassungsrechtslehre)、とりわけ、解釈学としての憲法学

モルロクは憲法理論を広義の憲法学 (Verfassungsrechtswissenschaft) の一部門 (Teildisziplin) として位置づけ、同じく広義の憲法学の一部門としての憲法解釈学との分業の関係におく。即ち、憲法解釈学が、法律実務における判決活動の補助及び指導を目的として、憲法テキストの解釈 (案) を提示し、且つ、類型化された事例への憲法テキストの適用のためのルールを打ち出す事を任務とするのに対して、憲法理論は、憲法解釈学がその実践志向性のゆえに陥る単純化、現実的問題の解決への集中のゆえに陥る本質的問題の閑却、法規範の内在的志向のゆえに陥る社会的現実の変化の認識の不足、といった憲法解釈学の弱点を補正、補完するものとし、とりわけ、社会的現実に関する情報を攝取する役割を担い、また、憲法によって規範的に方向づけられているという点において、憲法解釈学と共通性を持ちながら、現行憲法の解釈に従事するものとして種々の制約に服する憲法解釈学よりはより自由に作業し、とりわけ、憲法そのものの意味・機能を探究し、更に、法政策的な考察も行うものとしている⁹⁾。

(五) 法哲学、法理論

モルロクは、法哲学と法理論との区別は重要でないとして、両者を一くくりにして憲法理論との関係を論ずるのであるが、憲法理論は、法の基本問題と取り組み、且つ、その取り組み方を論究する点で、両者と共通性を有するとしつつ、—— 或る意味で当然の事であるが —— 有効なものとして受容れられている憲法という基準点 (Fixpunkt) を有し、憲法へ規範的に方向づけられている点において、法哲学と法理論よりもより具体的、より内容的

な観点のもとに法と取り組む点において両者と異なる、としている¹⁰⁾。

(iii) 憲法理論の性格 (憲法理論の積極的規定の試み)

モルロクは、憲法理論の性格 (形式的メルクマール) として次の五つを挙げる。

(一) 「憲法理論は複合的である」

モルロクは、憲法理論をもって、種々のエレメント (隣接諸科学の成果)、種々のディメンジョン (経験的なものと規範的なもの)、或いは種々の観点 (学問理論的観点と規範的観点) を含み、且つ、これらのエレメント、ディメンジョン、観点を密接な相互関係におくものとして捉え、そのうえで、これら種々異ったものを統一的に把えることをもって、憲法理論の任務とする¹¹⁾。この点、ヘラーが法規範における Sein と Sollen、現実と規範との弁証法的結合を説き、恒常性と規範性との結合を説き、国家現象の統一的把握を志向している事を考慮すると、モルロクの考えるところと重なっているといえることができる。

(二) 「憲法理論は憲法解釈学のメタ理論である」

モルロクが憲法理論をもって憲法解釈学のメタ理論として特徴づけるのは、モルロクが広義の憲法学を二段構造のものとして構成し、即ち、憲法解釈学を下位段階のものとして、憲法理論を上位段階のものとして構成するからである¹²⁾。憲法解釈学が憲法規範自身の解釈学であるのに対し、憲法理論は解釈学上の概念や考え方の根拠を説明し、それからの帰結を示し、且つ、その帰結を正当化 (或いは非正当化) する。その意味で、憲法理論は憲法解釈学の理論である。この点については、ヘラーにはワイマール憲法についての解釈学を展開する意図を持っておらず、憲法学を二重構造のものとして考えることはなかったので、モルロクの構想と全面的に重なるところはなかったと言わねばならない。しかし、ヘラーは、法原則と法規範とを二重構造をなすものとして考えていたと言えないわけではなく、ワイマール憲法の幾つかの規定について法原則をふまえた解釈・理解を打ち出していたので、ヘラーの理論も或る観点のもとでは、

モルロクの構想と重なるところがあるとも言えよう。

(三)「憲法理論は規範的理論である」

モルロクが、憲法理論は規範的理論である、という趣旨は二つある。

A 憲法理論の規範性は、憲法をもって自己にとって義務づけるものとして、規範的に基準になるものとして受容れるところにあり、憲法への規範的な指向にある¹³⁾。注目すべき事は、モルロクが、憲法理論を憲法の実現という認識利益によって導かれるという点で、(一般的)法理論と異なしている事である。即ち、この事は、モルロクが「憲法理論は規範的理論である」という命題によって、「憲法の規範性を強め、憲法の現実的遵守を促進する事が憲法理論の重要な任務である」、「憲法の規範力の強化が憲法理論の任務である」と主張しようとしている事を意味していると考えられるからである¹⁴⁾。この事を通じて、モルロクは憲法理論の実践的性格を打ち出しているということができ、この点でヘラーによる国家理論・憲法理論の実践的性格の強調と重なり合っていると言うことができる。

B 「憲法理論は、規範的理論である」という命題をモルロクは、更に、「憲法理論は、法にとって、したがって、憲法にとって本質的なものとしての正義の理念を志向するものであり、憲法理論は正義の理念が法及び憲法にたいして規制的理念として作用する媒介項となる」事を意味するものとして理解する¹⁵⁾。モルロクが憲法理論の任務として正義の理念の実現をかかげている事と、ヘラーが国家学の任務として倫理的法原則の実現をその正当化の条件として国家権力に要求するところにあるとしている事と、内容的に重なり合っていると言うことができる。

(四)「憲法理論は現実と取り組むものである」

モルロクは社会的現実と取り組むところに憲法理論の本質的特性があるとし、憲法理論は憲法と現実との主要なコンタクトの場である、と主張する¹⁶⁾。

A 現実との取り組みの要請

a この要請の意味するところ

社会的現実と取り組み、それに関する情報を獲得する事は、憲法規範の前提条件、憲法規範の効果を知るうえで不可欠である、とモルロクは言う。とりわけ、憲法規範の現実化条件を認識し、この認識を憲法規範の理解に活かすところに、現実との取り組みの意義がある。その意味で、モルロクは、社会的現実との取り組みの意義を軽視する規範主義の立場を批判し、また、社会的現実との取り組みを政治学的或いは社会学的として排斥する立場を批判する¹⁷⁾。この点でも、社会的現実のなかにおける国家及び憲法の働らきを認識する事を重視し、国家学にとっての政治学的或いは社会学的考察の重要性を強調するヘラーの主張とモルロクの構想とは重なり合うところが多い。もっとも、モルロクはヘラーが知らない表現を使って、憲法理論は憲法が社会的現実を積極的に学習すること(Lernbereitschaft)に責任を負っている、と言う¹⁸⁾。

b 現実との取り組みを推進するファクター
(項目のみを列記する)

b1 歴史的問題意識

b2 目的論的思考

b3 規範的関心

モルロクはb1、b2、b3が社会的現実の変化のなかで憲法規範がその効果をあげ、その規範力を高めるための条件を探るために、社会的現実との取り組みに向わせる、と主張する¹⁹⁾。

B 現実と取り組むための概念装置

a モルロクは、法の立場から現実と取り組むためには、それにふさわしい概念装置が必要であると、このような概念装置として、法におけるSeinとSollenとの適切な関連づけを挙げる。SeinとSollenとが論理的に区別されなければならない事は自明の事であるが、法の如く行為を方向づけるものに関しては、両者の厳格な分離は不適切であり、両者は適切に関連づけられなければならない、と主張する。行為の方向づけに関しては、Seinとしての記述的命題とSollenとしての規範的命題とが状況に応じて適切に組み合わされなければならないとし、現実の状況を考慮に入れて行為の方向づけのための決定の

基礎となるべき規範を選択・確定する事は法律家の責任である、と主張する²⁰⁾。法における **Sein** と **Sollen** との結合の主張はヘラーの方法論的な主張の重要な一つであり、この点でヘラーの主張はモルロクの構想と重なり合う。

b モルロクは、法と現実との適切な関連づけのためには、現実という十把一絡げの概念をこじあけて、個々のセクター、個々のエレメントに分解することが必要であるとし、先ず第一に、法システム全体と環境（これがいわば現実ということになるのであるが）とに大別し、それぞれの内部で更なる分解が行われなければならないとする²¹⁾。それぞれの内部での更なる分解についてモルロクは何も述べていないのであるが、環境全体に関してモルロクが述べていることで注目すべき事を挙げておきたい。即ち、モルロクは環境を法システム及びそれにかかわる組織の全社会的コンテクストとして把えたうえで²²⁾、憲法規範は環境についての一定の見方を前提しているから、環境の変化があれば、それに対応して規範内容を変化させなければならないとする²³⁾。この立場に立って、モルロクは、社会科学の手段（更には自然科学の手段）を用いて、社会の以前の状況及び現代における発展を追究し、憲法的諸規制の機能条件、機能態様、効果を解明し、最終的に、その事から得られた知識に基づいて規範的性質を持った勧告をする事をもって、憲法理論の任務とする²⁴⁾。ヘラーも、法に対する環境の影響、とりわけ、環境の変化が法の意味内容に及ぼす影響を重視する。この点でも、ヘラーの理論とモルロクの構想とは重なり合う。

C 規範的コンテクストにおける経験的知識の活用方法

モルロクは、社会的現実に関する経験的知識が憲法規範の解釈・運用のために活用される例として幾つかのものを挙げる。

- a 目的論的新解釈（＝機能変遷）の根拠づけ²⁵⁾
- b 比例性原則の適切な適用とそのコントロール²⁶⁾
- c 価値問題の合理的処理²⁷⁾
価値問題の合理的処理のために経験的知識

を活用することができるという考えは、モルロク理論を特徴づけるものである。したがって、ヘラーの理論とあまり重なり合うところはないが、すこしくわしく紹介する。

- c₁ 経験的知識を活用して、各規範の間に目的と手段との関係を設定することができ、低次の目的を目的とする法規範を高次の目的を目的とする法規範の手段として適用することが可能となる。
- c₂ 社会的現実状態を見て、規範（＝価値）の実現が不可能であると判断される場合には、規範（＝価値）の実現の要請に変化をもたせ、要請撤回を含め、予定された効果にバラエティを持たせることが可能となる。
- c₃ 社会的現実状態の変化に対応して、当初の規範の内容となっていた対象・手段を変更して、変更したものを規範の新たな内容とすることができる（モルロクは、憲法は過去に対してではなく、現在に対して答えを与えるものでなければならない、と言う。なお、C₂、C₃においてはヘラーの主張とモルロクの主張とは当然重なり合っている）。
- c₄ モルロクは、以上を通じて、価値と現実との関係に関しては、二段階の対応をすることが必要である、と言う。第一段階は価値の抽象化である。即ち、特定の社会的状況に対応するために作られた法規範が実現しようとした価値を抽出する事であり、言わばその価値を特定状況との結びつきから引き離す事である。第二段階は、再特定化である。即ち、抽出された価値を新たな状況に即して再び特定化、具体化する事である。モルロクは、社会状況が変化しても、なお、法規範、憲法規範が出発点において含んでいた価値に固執し続ける事を憲法テキスト原理主義（*Verfassungstextfundamentalismus*）と呼んで批判し、憲法テキスト原理主義に陥らないように配慮する事をもって、現実を志向する憲法理論の任務とする。他方で、モルロクは、憲法が定式化した価値を性急に放棄して新しく見える状況に合わせすぎるオポ

チュニズムをも批判する。

(五) 法システムのエレメントとしての憲法理論

モルロクが法システムのエレメントとしての憲法理論というテーゼで表現しようとしているのは、憲法理論が将来実現されるべきプログラムではなくて、既に法律生活のなかで現実的にいとなまれているものであるという事である。既にいとなまれているという事を、モルロクは、制度的観点と機能的観点のもとで説明する²⁸⁾。

A 制度的観点のもとで

モルロクは、現実的な法律生活において解釈学的作業と法理論的作業との区別が意識されたり、また、境界線が明確に引かれたりすることはないが、両者が現実的に分業的に行われる事を指摘し、そのうえで、憲法理論的作業は実務のなかでではなく、法律学的基础研究をいとなむことのできる大学においていとなまることが望ましく、そのため、大学が設置、維持されることが正当化される、としている。

B 機能的観点のもとで

機能的観点のもとで憲法理論がいとなまれているとするモルロクの主張には、二つのものが含まれている。一つは、近代の憲法国家の法システムが存立しているのは、答えるべき基本問題に日々答えているからなのであるが、答える機能を果しているのが憲法理論なのであり、近代憲法国家の法システムが存立しているのは、憲法理論が機能しているからであるという事である。他の一つは、上に述べた事と矛盾しているように見えるが、憲法理論が制度的に憲法理論と銘打たれているものによってだけでなく、解釈学的な活動、法適用活動によっても営まれているという事である。

以上のうち、モルロクは、Bを基本的なものと考えており、Aを付随的なものと考えている。そもそも、モルロクは憲法理論を主として機能的な観点のもとに捉えており、そのうえで、憲法理論の重要性のゆえに、憲法理論が独立の学科目として制度的に分化させる事を要求していると考えられる。

この点、ヘラーは、法学部の伝統にしたがって、国家学が独立の学科として営まれている事

を当然の事として受け容れて、それをふまえて国家学のなかで憲法理論を展開している。しかし、ヘラーは、この制度的枠内で、社会的現実のなかで国家・憲法を現実的に支えることのできる理論を展開しようと試みている。

(iv) 憲法理論を必要ならしめる内容上の理由、換言すれば、憲法理論に取り組むべき諸問題

憲法理論を必要ならしめる理由の第一は、憲法上の概念や規制が不確定である事であるが、この事は他の法分野とも共通している事なので、モルロクも簡単な論述にとどめている。理由の第二は憲法の特殊性にあるとしてモルロクは憲法の特殊性を五つ挙げている。これらの特殊性に基づいて憲法理論が必要になり、憲法理論に取り組むべき問題が課される事になる。モルロクが挙げる憲法の特殊性の幾つかはヘラーの理論と重なり合うところがあるので、すこし立入って紹介することにする。

(一) 最高の法レベル（或いは最上位の法）としての憲法

憲法は法の最上位にある。それゆえ、憲法自身は上位の法的手段によって保障されることはできず、自らの保障を自分自身で作りだし、維持することが必要である。この必要性にこたえるものが憲法理論である²⁹⁾。憲法理論も自分自身の基礎と正当化を自ら作り出す必要がある。その意味で、憲法理論は自然法なしですませる必要があるが、しかし、自らが自然法に相当するもの（*Naturrechtäquivalent*）になる必要がある³⁰⁾。この点、モルロクが言う自然法に相当するものとヘラーが言う法原則とは機能のうえで重なり合うところがあるといえよう。

(二) 正義の補充役 或いは控え役 (Gerechtigkeitsreserve) としての憲法

この点に関するモルロクの主張は次のようなものである。ヨーロッパ共通の思想として、法に対して正義にかなったものである事を要求する思想がある。法秩序の最上位にある憲法は、法にかなったものであるという要求を一手に引受ける。そこに憲法の特殊性がある³¹⁾。それゆえ、正義にかなうべきであるという法に対す

る要求は、憲法を援用する形で行われる。その意味で、憲法は正義の補充役或いは控え役としての機能を営む³²⁾。それゆえ、モルロクの解釈では、単純法の合憲性審査を行う憲法裁判所は、憲法違反という主張の形をまとめて正義違反を訴える憲法異議を受け付け、且つ、憲法を援用して判決をするが、多くの場合、直接正義を援用しても判決をする。モルロクは、基本法に関して、それが明文で規定する民主的憲法国家を構成する基本的諸原理が現代の正義思想、或いは、ヨーロッパ現代の正義思想の本質的エレメントを現実化し、化体したものとして理解する。こうした主張・理解をふまえて、モルロクは、——必ずしもストレートに結びつけているわけではないが——憲法が法に対する正義の要求を実現化・化体している事が、憲法理論を必要ならしめる、と主張する³³⁾。モルロクは、憲法が正義の要求にかなっているという主張をかかげるのも、憲法が権力手段による支えを持たず、ひとえに自己の説得力に依存している事に基づいている、と主張し³⁴⁾、この説得力に寄与する事が憲法理論の任務である、とする³⁵⁾。モルロクが憲法を媒介として正義の理念が国家・社会生活をコントロールし、憲法理論が正義の理念と憲法をつなぐ媒介項としての役割を果たすと考えているところは、法原則が実定法を媒介として国家・社会生活を規制するとするヘラーの国家学の構想と共通するところがあると言えよう。もっとも、二つのファクター（モルロクにおける正義と憲法、ヘラーにおける法原則と実定法）の関連のさせ方が問題であると言う事も共通していると言わねばならないが。

(三) 憲法のコンセンサス指向性、コンセンサスへの依存症

モルロクは、憲法がコンセンサスを指向し、或いは、コンセンサスに依存する事を種々の根拠に基づいて強調し、それゆえ、コンセンサスを調達する事が憲法理論の任務となる事を主張し、憲法理論がコンセンサスを調達するについての方法論を説き、あわせて、コンセンサスを調達するための制度としての憲法裁判所の活動

を評価する。

A 憲法のコンセンサス依存性の根拠づけ

モルロクは、憲法がコンセンサスに依存するという事を種々の根拠をあげて強調する。モルロクがあげる根拠は、次のようなものである。なお、モルロクはコンセンサス、同意、合意、承認などという言葉を基本的に同じ意味で用いている。

- a 憲法は強制手段、権力手段を持っていないから、コンセンサスによって支えられざるをえない³⁶⁾。モルロクは、憲法のコンセンサスへの依存性をヘラーが用いた表現と同じような表現でもって説明している。例えば、憲法によって組織された共同体の構成員の同意が憲法の現実化の本質的条件の一つである³⁷⁾。究極的にサンクションを伴わない法はその名宛人の動機状態に語りかけ、名宛人によって行為を規定するものとして承認されなければならない³⁸⁾、共通の秩序の基礎としての憲法は受け容れられる場合にのみ、十分に機能することができる³⁹⁾。
- b 憲法自身の理念がコンセンサスに基づいている。モルロクは、憲法が共同体の秩序の拘束力ある基礎についての共同体の自己合意である、と理解している⁴⁰⁾。モルロクによれば、憲法は制定されたものであるとともに契約されたものであるとしてのみ、十分に理解されることができる⁴¹⁾。
- c モルロクは、また、近代憲法国家がコンセンサスに依存している事の本質的根拠は、民主権に基づく民主政の伝統にありとする。即ち、民主的憲法は、自らコンセンサスを必要としているだけでなく、支配服従者の同意によって支配行使を制度的に拘束する事をその主要な規制任務としている。即ち、憲法は、その主要な規制任務を果たすためにコンセンサスを調達し、援用する事が必要となる⁴²⁾。
- d 憲法の主要機能たる平和保障機能の達成にとってコンセンサスが決定的である。自由の憲法が他の体制に比べて平和保障の点ですぐれているのは、まさにコンセンサスに基づいているからである⁴³⁾。

e 憲法はコンセンサスによって支えられる事によってはじめて機能することができ、逆に、憲法は十分に機能する事によってコンセンサスをつくりだすことができる。コンセンサスは憲法が機能するための前提条件であるとともに、憲法が機能している事の結果でもある⁴⁴⁾。

f 社会国家は、その拡張された国家活動のゆえに、一層国民のコンセンサスを必要とするが、正しい社会秩序のために配慮する義務を果せば一層コンセンサスを獲得することができる。ただし、基本法の社会国家原則は、コンセンサス獲得のチャンスを持っていると同時に、市民の自由へのより強い介入のゆえに、コンセンサスを失う危険性も含んでいる事を、モルロクは指摘する⁴⁵⁾。

g 憲法が現実的にコンセンサスを獲得するのは承認、受け容れに値いする内容のゆえである。その内容というのは、市民の基本的利益を満足させる事であり、とりわけ、平和を保障する事であり、市民の本質的自由を保障する事であり、国家権力の行使を実質的に民主的に決定させ、コントロールさせる事であり、国家権力の乱用に対する法的対抗措置を定めている事であり、最小限の繁栄のための責任と社会過程の最小限の正義のための責任を引受けている事である。これらの内容のゆえに生ずる現実的コンセンサスが憲法機能の達成を可能にする⁴⁶⁾。

B 憲法理論の任務としての憲法コンセンサスの調達、維持、促進

モルロクは、憲法コンセンサスは、種々の形態をとるものではあるが、必ずしも十分に存在しているわけではないので、憲法と取り組む作業は憲法コンセンサスを調達、維持、促進するよう心がけねばならない、と主張する⁴⁷⁾。憲法理論も憲法ドグマティークも市民が憲法に対する現実的コンセンサスを積極的に持つように配慮しなければならない。それゆえ、その正当性の前提たるコンセンサスの維持を指向する事は憲法自身の理念によって命じられていると、モルロクは主張する⁴⁸⁾。これは憲法理論の実

践性の主張であって、国家学の実践性を主張し、コンセンサスを確認するにとどまらず、コンセンサスをつくりだすことをもって国家学の任務とするヘラーの主張と、この点においても重なり合っている。

C 憲法のコンセンサス依存性からの方法論的帰結

現実的コンセンサスの確保を心がける事からの方法論的帰結として、モルロクは次のようなものを挙げる。

a 視野を法テキストをこえてコンセンサスが成立し、崩壊する社会的場面へと広げる事⁴⁹⁾。モルロクによれば、憲法理論が現実を志向するのは、憲法がコンセンサスに依存する事からの帰結である⁵⁰⁾。憲法理論は、現実的利益状態、社会的・文化的に刻印されたさまざまな生活形態、現実的に存在する正義の期待、よき秩序についての考え方などに注目しなければならない。自由を基調とする憲法はコンセンサスを上から押しつけることはできないのであって、自らの内容について同意を取りつけなければならず、その際、現実存在するものに照らして不断に新たに確認され、具体化されなければならない⁵¹⁾。

b 憲法理論は、憲法の公的性格を強力に打ち出す必要がある。憲法理論は公の場に打って出る必要があり、論争のある問題について公的に発言する必要がある。憲法理論は憲法上・憲法政策上の問題が公的・社会的に生成してくる事に注意を払う必要がある⁵²⁾。

c 憲法理論は、そのなかにコンセンサスの形成・維持の可能性が含まれているから、憲法生活の文化的諸ファクター及び文化的諸前提を考慮に入れる必要がある⁵³⁾。

d 憲法理論は、特定の問題に関してコンセンサスがある事、或いは、ない事をもって憲法テキストに反する主張をする事は許されない。モルロクは「コンセンサスの有無だけでは、憲法上基準となる論拠たりえない。非法的ファクターは法的ファクターにとって代ることはできない。コンセンサス指向は原則として間接的な効果しか発揮しない」と言う⁵⁴⁾。

しかし、個別的ケースにおける決定（＝判決）の基礎におかれるべき大前提が法テキストからだけでは得られない場合——そういう場合が多いのであるが——、法テキストから得られる大前提を発展させ、補完し、拡張し、特殊化する作業において、憲法のコンセンサス依存性が間接的ではあるが、重要な役割を営む、とモルロクは言う⁵⁵⁾。

D 制度論的帰結

モルロクは、憲法のコンセンサス指向性を制度的に保障するものとして、憲法裁判所が設置されている事を評価し、且つ、コンセンサスの状態やコンセンサスにとって重要な状態の影響を裁判所に伝えるための種々のメカニズムが開発されている事を評価している⁵⁶⁾。

E モルロクのコンセンサス論の特色

モルロクは憲法のコンセンサス依存性が憲法理論を必要ならしめる理由として挙げ、逆に言えば、憲法に対するコンセンサスを憲法理論が取り組むべき問題として挙げているわけであるが、この問題に関するモルロクの論述のうちで、ヘラーの理論との関連で注目すべき事を挙げてみる。

a 憲法コンセンサスを憲法現実化条件としている事⁵⁷⁾

a₁ なによりも、憲法現実化条件を憲法理論の取り組むべき問題としている事が重要である。

a₂ 憲法コンセンサスという形で、憲法の規範力によって支配服従者の側の態度が決定的に重要とされている事が重要がある⁵⁸⁾。

a₃ 憲法コンセンサスが憲法の効力の条件としてではなく、正当性の条件とされている事が重要である⁵⁹⁾。或いは、憲法コンセンサスが憲法の機能の前提とされている事が重要である⁶⁰⁾。

b 憲法と憲法コンセンサスとを相互作用の関係にあるものとしている事

即ち、憲法が一方的に憲法コンセンサスに依存するとしているだけでなく、憲法が機能する事を通じてコンセンサスをうみだす、としているのである（憲法がコンセン

サスをつくり、コンセンサスが憲法に生命を与える）⁶¹⁾。

c 憲法コンセンサスの維持、促進を憲法理論の任務としている事

c₁ 上述したところであるが、憲法理論及び憲法ドグマティークの任務として憲法コンセンサスの維持・促進が挙げられている。

c₂ 憲法コンセンサスの維持は、学問の任務であるだけでなく、立法・行政・裁判の任務とされている⁶²⁾。

c₃ 即ち、憲法理論の任務が憲法現実化の条件を認識する事にあるだけでなく、憲法現実化の条件を実現するよう働きかける事にもあるとされている。

d コンセンサスを憲法テキストを解釈・適用する判決活動に如何に活用するかについても言及している事。コンセンサスの有無をもって憲法テキストに反する主張の論拠となしえない、としたうえで、具体的判決活動において憲法テキストから得られる判決の前提をコンセンサスで補完する事は不可避であるとする⁶³⁾。この点が、モルロクの憲法理論の構想の特色であり、上記のa、b、cにおいてはモルロクの憲法理論の構想とヘラー理論とは重なり合うが、dにおいては両者は分れる。即ち、ヘラーの理論は国家学を構想しているから当然と言えば当然なのであるが、具体的判決活動までは論究の対象とはしていない。

(四) 憲法が開かれたものである事（憲法の開放性）

モルロクによれば、憲法は同時的にも時間的にも開かれている。同時に開かれているという事は、憲法規定が不確定的であるから、種々の解釈、とりわけ、種々の主体による種々の解釈に服するという事を意味し⁶⁴⁾、時間的に開かれているという事は、憲法規定が社会状況の変化に対応してその意味内容を変化させ、発展させるという事を意味する⁶⁵⁾。同時的開放性のゆえに、憲法規定を種々の立場から解釈する権限を持った主体間の関係のあり方（例えば立法者に対する関係における憲法裁判所の自制のあり方——即ち、憲法が立法者に対して開かれ

ていると見るか、憲法裁判所に対して開かれて
いると見るか)を議論する事が必要になる。それ
を行うのが憲法理論の任務である⁶⁶⁾。時間
的開放性のゆえに、現実的所与及びその変化と
積極的に取組む事が必要になる。モルロクの言
葉によれば、憲法に学習する態度を持たせる事
が必要になる⁶⁷⁾。憲法に学習する態度を持
たせる事は憲法理論の任務である。開放性のゆ
えに、憲法の解釈・適用は具体的社会における不
断の正当化の過程の中に組み入れられている⁶⁸⁾。
この過程に耐え抜かせるのが憲法理論の役
割である⁶⁹⁾。

(V) 憲法理論が必要となる形式上の理由、即 ち、憲法の形式上の特性 (= 特殊な規制 スタイル) から生ずる問題

憲法が開かれたものであるという事は、憲法
の特殊な規制スタイル、即ち、憲法が価値を含
んだ規定を多く含んでいる事に基づいている。
価値は、一方で、共同体の合意を規範として固
定したものであり、その意味で国民のコンセン
サスを得やすく⁷⁰⁾、また、シンボルとしての
意義を発揮する⁷¹⁾。他方で価値は抽象的であ
って、それだけで行為の正邪の判断基準となり
えず、行為を方向づけ、規定することができな
いので、具体化、特殊化される事が必要となる。
モルロクは、具体化、特殊化するものをプログ
ラムと呼び⁷²⁾、プログラムをもって法規範の
主要形態とする⁷³⁾。モルロクは憲法との取組
み作業を、価値を含んだ規定と価値を具体化す
るプログラムとの関係の研究として説明する。
この研究の部分はヘラー理論において欠落して
いるところであるが、モルロクの構想を知るう
えで重要なので、紹介することにする。モルロ
クの価値 — プログラム・モデルの論究は次の
ような特徴を持っている。

(一) 憲法規定が含んでいる価値はその不確定
性のゆえにプログラムによる具体化、特殊化を
必要とする。価値は、なによりも、行為の方向
づけのために、また、価値相互間のコンフリク
トを解決するために、プログラムによる具体化、
特殊化を必要とする。また、社会状況の変化に
対応して、価値の内容、価値相互間の優劣関係

が変化するので、プログラムによって価値の再
具体化、再特殊化が必要となる⁷⁴⁾。

(二) 価値を含んだ規定の具体化、特殊化は、
規定に方向づけられて行われるものであり、状
況によって条件づけられて行われるものであり、
単なる演繹よりもはるかに多くのものを含ん
でいる⁷⁵⁾。

(三) 価値を具体化するのは立法者によるプロ
グラムの定立であり、“比較衡量”や“実践的
調和の実現”といった定式がこうしたプログラ
ム定立を特徴づけている⁷⁶⁾。

(四) モルロクは、価値とプログラムとの関係
を、上位レベルと下位レベルとの関係として捉
えるが、しかし、この関係を一方的な上下関係
としては捉えず、双方関係、相互依存の関係と
して捉える。モルロクは、両レベルを考慮に入
れ、両レベルを関連させる事によって、はじめ
て、不確定性の解決における合理性を促進する
ことができる、と説く。二つのレベルで分業的
に作業し、分業的作業の成果をつき合わせる事
によって不確定性を除くことができる、とモル
ロクは説く⁷⁷⁾。

(五) モルロクは、不確定性を解消するにあた
って、この不確定性が社会構造的理由にその原
因がある事に注意すべきである、とする。した
がって、通常プログラムだけと取り組んでいる
伝統的法律学の方法を厳格に遵守しているだけ
では対応できない、とする⁷⁸⁾。

(六) モルロクは、彼が展開した価値 — プログ
ラム・モデルが原理 — ルール・モデルと類似
している事を認めるが、しかし、両者の間には
重大な相違もあるとする⁷⁹⁾。即ち、原理 — ル
ール・モデルが法理論的、内向的、記述的、分
析的であるのに対して、価値 — プログラム・
モデルは、外向的、機能的、社会学的である、
とする⁸⁰⁾。なによりも、原理 — ルール・モデ
ルは規範化スタイルの基礎にある社会的ディメ
ンジョンを考慮に入れていないと批判する (な
お、モルロクが問題生成の背景となる社会的デ
イメンジョンを考慮に入れる必要がある事の根
拠として、国家理論・法理論の作業が国家・法
の形成に参加する作業であり、政治的作業であ

る事を挙げ、それについて、ヘラーを引用している事を指摘しておきたい)⁸¹⁾。

(VI) 独自の憲法理論の不可避性

以上のような憲法理論の性格及び必要性についてのモルロクの主張は、憲法そのものの性質や機能を根拠とするものであって、いわば憲法学全体にあてはまるものであり、また、機能的意味における憲法理論にあてはまるものであった。しかし、ここにいたって、モルロクは、憲法学、具体的には機能的意味における憲法理論の取組むべき問題の多さと困難さにかんがみて、憲法理論を独自の学問分科として営む必要性を主張する。いわば機能的意味における憲法理論を制度的意味における憲法理論として営む事を主張する。もっとも、モルロクの主張は、機能的意味における憲法理論が制度的意味における憲法理論として営まれる事であるから、内容的には両者は同じものであり、これまでの論述においてそうであったように、これ以後の論述においても、モルロクの述べる事は基本的に機能的意味における憲法理論を念頭においていると言うことになる。モルロクが独自の憲法理論が不可避であるとする理由は、次の三つである。

(一) 憲法解釈学に対する責任

憲法規定の意味内容を明らかにする事を任務とする解釈学は、生起し得るケースに対して判決ができるように、予め、不断に、体系的に、且つ、一般化可能な意図をもって、準備態勢をとっていないければならず、とりわけ、新しい問題状況に法を適合させ得るように備えていなければならない。法解釈学の活動なくしては、憲法を含む法運営作業は発展した社会の要求にこたえ得るようには維持され得ない。このように大きな意義を持っているので、解釈学について、その業績を判断する基準をつくりあげ、この基準にもとづいて解釈学の業績評価をする事、換言すれば、解釈学について反省(Reflexion)する事が必要になる。この仕事は、解釈学の適用・展開に付随して行われるには余りにも重要、且つ、影響力の大きい仕事であるから、憲法学の独自の関心事となる事が必要である。このように解釈学及び解釈学の成果について責任

を負う事が憲法理論が直接的にかかわる事である⁸²⁾。

(二) 憲法理論的作業分野の広さ

モルロクは、憲法理論が解釈学のために責任を負うためには、解釈学が解決すべき問題、その問題が問題となるゆえん、解釈学が取り組むべき問題が生成して来た社会的経緯、を明らかにする必要がある、これらの事を解明するためには、憲法のテキストだけにとらわれるのではなく、多くのコンテクストを考慮に入れる必要がある、と主張する⁸³⁾。こうしたコンテクストとしてモルロクが挙げるのは、憲法の内及び外の他の規定、外国法(そのテキストとその分析)、政治的状况、文化に根ざした価値観、社会的・経済的・政治的・文化的・学説史的状况とその歴史的背景などである⁸⁴⁾。これらのコンテクストに関する無数の情報を憲法のために不断に蒐集し、整理する仕事は、著しく困難を強いられる大変な仕事であり、憲法との通常の取り組み(=憲法解釈学)のないうところではなく、それを引き受けるのが憲法理論である。こうした仕事を引き受ける憲法理論が存在するから、“ハードな”法律的解释学が存在することができる、とモルロクは言う⁸⁵⁾。

(三) 憲法理論的作業のかえがえのなさ

モルロクは、彼が打ち出した憲法理論の構想が困難で危険をはらむものである事を認めたいうえで、しかし、だからと言って、それより簡便化した(=危険の少ない)方法をもってしては困難な問題を解決することはできない、と主張する⁸⁶⁾。モルロクは、このことをベッケンフェルデの二つの試みに即して明らかにしようとする。この場合、ベッケンフェルデがドクマティッシュな憲法解釈学よりもより自由な方法をとる憲法理論によって憲法の規範性が危くされる事を危惧して、この危険を防ぐために二つの試みを対抗させていると想定したうえで、モルロクは、二つの試みは対案とはなり得ず、憲法理論は危険をはらんでいるにしても、不可避であるとするのである⁸⁷⁾。

A “憲法に適合した憲法理論”

モルロクの理解するところによれば、ベッ

ケンフェルデは、恣意的でなく、拘束的な憲法理論を要求し、このようなものとして“憲法適合的な憲法理論”を要求し、そのため具体的憲法を出発点とする事を要求する。且つ、ベッケンフェルデは、具体的憲法を出発点とするに当って基礎におくべき前提的理解 (Vorverständnis) についても、具体的憲法の規範的内容、前提、成立の事情などに照らした厳格な検証に服する事を要求する。これに対して、モルロクは、憲法の規定する力はベッケンフェルデの想定するよりは小さい、また、憲法の前提的理解に関する“厳格な検証”と言っても特別の基準はなく、“憲法の前提”、“憲法の成立事情”についても基準となるものは明かでなく、したがって、憲法理論のための明確な指令や決定内容を具体的憲法から得られるところは余りない、と反論する⁸⁸⁾。したがって、(具体的)“憲法に適合した憲法理論”も、いかなる憲法理論の出発点にもある不確定性を取り除くことはできないとする。モルロクの考えは、不確定性は、——循環論法的に——憲法と憲法理論との双方をにらみ、両者の間を行きつ戻りつしながら一步一步除去して行かねばならない、とするところにある。そのためには、循環を公然化し、関連する多くの情報とそれに関する評価をその中に組み入れる事が必要である、と主張する。困難で危険を伴う憲法理論的作業を取ってする事は避けられない、というのがモルロクの考えである⁸⁹⁾。

B “法律学的方法”による憲法学の拘束 (= 憲法学による“法律学的方法”の厳守)

モルロクは、ベッケンフェルデの主張を「憲法の規範力は憲法を解明し、適用する法律的作業を“法律学的方法”によって拘束する事によって確保されるべきである」というテーゼに要約したうえで、このテーゼに疑問を呈する。即ち、“法律学的方法”が憲法の規範力を維持するための本質的保障をなすという考え方を問題とする⁹⁰⁾。

一方で、モルロクは、憲法の規範力を生活関係を規制する憲法的能力、或いは、憲法の事実の実効性と解する立場に立って、憲法の規範力

は、法テキスト的、制度的、法文化的な諸事情のアンサンブルによって実現されるとし、また、憲法理論は、憲法の規範力のために、法テキストのみならず、現実的ファクターをも考慮に入れなければならないとし、したがってテキスト解釈に限られた方法によって現実的ファクターを考察からしめだす事は、憲法の規範力の維持にとって必要な憲法現実化の条件を見損うことになる、と主張する⁹¹⁾。

他方で、このように憲法の規範力の確保のために視野を広げれば、方法の役割は相対化されるのであるが⁹²⁾、モルロクは、そもそも“法律学的方法”とは何かが明かでないし、憲法学のなかでも論争されているし⁹³⁾、また、法律学的方法は何を目的とするかが確定されてはじめて決まるものであり、また、対象領域、対象領域のなかにあるファクター及びファクター間の関連についての認識があってはじめて決まるものであり、その意味で憲法理論が方法に先行する、とモルロクは主張する⁹⁴⁾。

このような主張をふまえて、モルロクは、憲法によって確定されたものが持つ規範としての基準性が損われる危険性は、憲法理論の努力に付随する現象であり、憲法理論の石化、憲法と社会的問題状況との乖離の拡大、憲法的保障の意味喪失の増大の危険性に対して払うべき代価である、と述べる⁹⁵⁾。したがって、憲法理論はその危険性にもかかわらず営まれなければならない、と主張する⁹⁶⁾。

(vii) 憲法理論を営むうえで心すべき事

憲法理論は、憲法具体化、憲法の現実化を合理化し、憲法を現実的状況、とりわけ、その変化に適応させ、憲法を発展を効果的にコントロールする任務を持ち、これらの任務を果す責任を負う事になるが、これらの任務を遂行するうえで心すべき事、或いは配慮すべき事についても——或る意味で注意書きということにもなるが——モルロクは言及している。そのようなものとしてモルロクの叙述から読み取れる事を摘起する (この部分は、本書第二部の第五章憲法理論の機能と第六章憲法理論の現実とを総合的に捉え、この観点のもとに要約し、摘起した

ものである)。

(一) 自制すべき事

モルロクは、次の二つの点で憲法理論は自制すべきである、と説く。

A 憲法それ自身にとって代ろうとしない事

憲法理論は、憲法理論を構成し、提示する事によって、それを憲法の代り、代替憲法、或いはスーパー憲法に押し上げようとするべきではなく、憲法規定自身の優位を維持し、憲法規定を法律的論証の基準点とすべきである、とモルロクは主張する⁹⁷⁾。もっとも、モルロクは、解決すべき問題の把握及びそれに対する解答の提出は理論的に構成される前提的理解のもとで行われるから、事は簡単でない事を認める⁹⁸⁾ (“理論的に純潔であっては憲法から何も獲得できない”)⁹⁹⁾。結局、憲法理論の相対的役割を意識したうえで営まれるべきだということになるのであろう¹⁰⁰⁾。

B 共同体において民主的に正当化された機関の決定権を奪ってはならない事¹⁰¹⁾

この事を、モルロクは、民主政原理と複数レベル・システム論とによって根拠づける。即ち、先ず、憲法理論は共同体におけるそれぞれの行為者の相対的役割を尊重しなければならないとし、そのため、自らを限定しなければならないとし¹⁰²⁾、また、憲法具体化に関する複数レベル・システムからすれば、価値を含んだ憲法規定は第一次的にはプログラムによって具体化されるべきであり、即ち、プログラムを制定する権限を持った政治的決定や立法によって具体化されるべきであるとする¹⁰³⁾。モルロクは、政治と立法を憲法の執行に引き下げてはならない、と主張する¹⁰⁴⁾。言わんとすることは、政治的決定や立法の役割を憲法理論が打ち出した憲法規定の解釈を単純に具体化するだけのものにしてはならないと言う事である。もちろん、憲法理論が独自の観点から憲法規定の解釈(案)を打ち出す事を否定するわけではない。

(二) 異なる二つのファクターの間のバランスを保つ事

モルロクは、次の諸点において、方向を異にする二つのファクターの間のバランスを保つ事、

換言すれば、バランスを保ちながら二つのファクターの両方とも実現すべき事を主張する。

A 規範主義と規範性の喪失

モルロクは、特定の憲法解釈或いは特定の憲法理解に固執した立場という意味での規範主義(Normativismus)¹⁰⁵⁾も、現状に合わなくなったという事を理由として憲法規定自身或いは憲法具体化の規範性を否定する傾向という意味での“規範性喪失”(Normativitätsverlust)¹⁰⁶⁾のいずれも、憲法の規範性を危くする可能性があるとしたうえで、そうであるからといって、憲法理論を断念すれば、危険性の現実化の蓋然性が一層高まるとする。規範主義も規範性喪失も憲法理論によって指導されて行われるものであるから、結局、憲法理論総体としては、両方の立場、傾向を含んでいなければならない、というのがモルロクの考えるところと思われる。即ち、現在の時点における憲法及びその具体化の規範的意味に関して、その固執とその性急な放棄とのバランスを保つ事をモルロクは要請していると思われる。もっとも、“規範性喪失”という言葉は、一つの立場、傾向の表明というよりは、むしろ、憲法理論に導かれて変化した状況に憲法規範の意味を適合させようとする試みに対する危惧の念の表明として用いられており、モルロクは、この試みを、その理論的努力の不足を批判しつつも、弁護しているのであるから¹⁰⁷⁾、バランスを保つにしても、“規範性喪失”として批判されている立場、傾向にウエイトをかけていると思われる。

B 政治的なものと法的なもの

モルロクは、憲法が政治的性格を持っている事に基づいて、憲法理論が必然的に政治的なものと対応せざるをえないという事を強調したうえで、その対応の方法の一つとしての、“政治的なもの”の論究を“憲法政策”に集中し、憲法解釈学及び憲法理論を“憲法政策”から分離し、憲法解釈学及び憲法理論には政治的価値判断を要するものを免除する方法を批判し¹⁰⁸⁾、憲法理論による政治的なものとの対応は、法的なものとの政治的なものとの連続性の中で行われるべきであるとする¹⁰⁹⁾。憲法・憲法理論と政

治的なものとの厳格な分離は、—— 具体的状況における決定が法的前提と政治的前提との複合的なものを基礎にして行われるという —— 事柄の性質上不可能であるだけでなく¹¹⁰⁾、多元的な社会においては憲法は不断にすべての市民によって正当化され、規定され、体得されなければならないという理由からしても望ましくない¹¹¹⁾、とモルロクは言う。しかし、他方では、両者については明らかに異った取り扱いがある、とモルロクは言う¹¹²⁾。法と政治とのシステムの違いを無視すると、政治の司法化と憲法の政治化をもたらすから、政治の独自の論理及び法と法学の自律性がそれぞれ尊重されなければならない、とモルロクは言う¹¹³⁾。その意味で、憲法理論は法的なものとの政治的なものとのバランスを保ちつつ営まれなければならないという事になる。

そこで、モルロクは、憲法理論による政治的なものへの適切な対応の方法として、憲法理論の論証の重要部分の政治的意義を確認し、公然化し、公的に統制可能にする事を提案する¹¹⁴⁾。モルロクは、憲法専門的論議と一般的政治的論議・討議との区別の必要性和関連づけの必要性を説く文脈で、憲法理論が公的になり、公的討議に応じなければならない、公的に正当化されなければならない、と主張する¹¹⁵⁾。

政治的なものに関するモルロクの論述には、政治的なものを政治的決定として捉える部分と、政治的なものを政治的議論として捉える部分とが混在して含まれているが、どちらの意味における政治的なものをも法的なもの（この場合は、法的規制と専門的法的論証が対応することになるが）とバランスを保たせようとする意図がうかがわれる¹¹⁶⁾。

C 憲法理論と憲法解釈学

モルロクは、一方で、一つには、憲法理論が学問として社会的営みであり、それゆえ憲法理論の展開のための社会的条件及び憲法理論の及ぼす効果にも視野をひろげて、それらについての社会学的研究をその中に組み入れる必要がある事¹¹⁷⁾、一つには、憲法学全体が、法システム全体におけるのと同じように、複数レベル・

システムとして営まれる必要があり、そのあらわれとして憲法解釈学と憲法理論とが異ったレベルにあるものとして営まれる必要がある事¹¹⁸⁾を理由として、憲法理論を憲法学全体から分化、独立させる事が必要であると主張するが¹¹⁹⁾、他方で、分化、独立は憲法理論内部における討議・討論の密度を高めるが、解釈学及び法実務との討議・討論の稀薄化をもたらすとし¹²⁰⁾、憲法理論はスペシャリスト的に営まれてはならず、憲法解釈学との交流関係、接続可能性を失うべきではないとする¹²¹⁾。要するに分化・独立と連繫・接続とのバランスが必要であるということであろう¹²²⁾。

(三) 積極的に志向すべき事

モルロクが憲法理論がその任務を遂行するにあたって心すべき事として強調するのは、憲法の現実化に対して¹²³⁾、換言すれば共同体全体の存立に対して¹²⁴⁾、政治的責任を負わねばならないという事である。この事は、憲法が法システムの最高レベルにある事、及び、憲法が政治的性格を持っている事に基づいている。そして、モルロクは、その政治的ディメンジョンに如何に対応するかによって憲法理論の政治的責任が実証される、と言う¹²⁵⁾。憲法理論の政治的責任に関する論述のなかで注目されるのは以下のような事である。

A 憲法全体の合理化の責任¹²⁶⁾

モルロクは、そのために、憲法理論は、十分な情報の収集、整理に基づく根拠づけによって、問題と取り組み、解決案を提示し、公表し、納得を得なければならない、と言う。その場合、憲法理論は、根拠づけにあたって、とりわけ、社会諸科学から得られた、社会的状況及びその変化に関する情報に基づくとともに¹²⁷⁾、憲法が定める規範的前提をふまえていなければならない¹²⁸⁾。

B 憲法全体の適切化の責任

モルロクは、憲法理論は憲法の現実化に対して省察・熟慮（Reflexion=Nachdenken）を行う事によって責任を負う、と言う¹²⁹⁾。そのため、憲法理論は、憲法自身及び憲法具体化を適切（angemessen）なものにする責任を負う、とモ

ルロクは言う。モルロクは形式的適切性と実質的適切性とを区別して論究しているが、両者とも、基本的に、現実及びその変化、更に、社会的価値観とその変化についての情報の収集、整理に基づく事と、憲法テキストの定めている規範的前提をふまえる事に帰着する¹³⁰⁾。その際、モルロクは、憲法テキストの定めている規範的前提に関して、とりわけ民主政原理を重視し、憲法理論が共同体を民主的なものにする政治的責任を負うとする¹³¹⁾。

C 憲法の同一性保障の責任

憲法理論は憲法の現実化の責任を負うが、憲法の現実化にとって重要な仕事の一つは憲法の規制対象たる現実の変化に憲法を適合させる事であり¹³²⁾、その意味で憲法を種々の形態において適切に発展させる事である。したがって、憲法理論は憲法を発展させる事に関して責任を負うという事になる¹³³⁾。そして、憲法発展の適切性の判断の基準としてモルロクが挙げるのは同一性 (Identität) の保障である。この場合、モルロクは同一性を動態的に理解し、変化する世界における共同体及び個人のための憲法のはたらき (Leistung) の同一性或いは継続性として理解し¹³⁴⁾、国家と社会とを自由で民主的で社会的なものとして維持する憲法のはたらきの同一性を保障する事が憲法理論の責任である、とモルロクは主張する¹³⁵⁾。

(viii) 総合的判断

(一) これまで述べてきたモルロクの憲法理論の構想に照らしてみても、ヘラーの国家学のなかで展開された憲法に関する論究は、どのように位置づけられるべきであろうか。既にこれまでモルロクの構想を紹介する過程でモルロクの構想とヘラーの論究とが重なり合うところはその都度指摘してきたが、総合的に判断した場合、どうなるであろうか (なお、ヘラーの憲法に関する理論は後で立入って検討するので、ここ(6)では、ヘラーの国家学の性格を確認するために述べたところに基づいて、それが憲法理論としても位置づけられるか、という観点のもとでのみ、検討を行った)。

総じて、モルロクの構想する憲法理論の特色

は、憲法理論の任務及び機能として憲法の現実化をかかげるところにある。モルロクは、この問題意識からすれば当然の事であるが、憲法の現実化にあたって重視すべきファクターとして憲法テキストのファクターと憲法コンテキストのファクターとを挙げ、両者を等価値的なものとして位置づけ、且つ、両者を体系的関連にあるものとする¹³⁶⁾。したがって、モルロクが構想する憲法理論は、——モルロク自身が明示的にそうしているわけではないが——三つの部分を含むという事になる。

A 憲法テキストと取り組む部分

憲法テキストと取り組む部分は、憲法テキストをベースとしてその規範的意味を確定する作業である。憲法テキストの規範的意味の確定は、憲法解釈学の本来的任務であるから、憲法理論の役割は、憲法解釈学を補助し、指導するところにある。そのためには——憲法規定から直接得られるものは余り多くないから——種々の方法が用いられなければならないが、そのなかでは、なによりも、憲法規定の解釈の基礎におかれるべき前提的理解、即ち、憲法とは何かという事に関する基本的理解を構成する必要がある。そのためには、憲法制定の一般的趣旨・目的、憲法の一般的役割、また、憲法制定の具体的事情、背景などを基礎にして総合的に判断する事が必要になる。モルロクにおいては、憲法制定の一般的趣旨・目的として、正義原則の実現、合意原則の実現、法的安定性の保障などが重視されている事が注目される。

B 憲法コンテキストと取り組む部分

憲法コンテキストと取り組む部分は、確定された憲法規範の意味が実現される前提となる、或いは条件となる、政治的・経済的・文化的諸事情、更には、憲法を制定し、運用する主体としての人間の精神的・心理的事情、及び、これら諸事情における変化を——隣接諸科学から得られる多種多様な情報をもとにして——調査、研究し、憲法の規範的意味を実現するために有利な、或いは好適な諸条件 (或いは、逆に、不利、不都合な諸条件) を探索、確定し、これらの諸条件を確保 (或いは、逆に、回避) するた

めに必要、或いは、有効な方策を提案する作業である。なお、モルロクにおいては、憲法コンテキストと取り組む部分に、憲法の規範的意味を実現するために有利、好適な諸条件の探索、確定という認識的要素と、これらの諸条件の実現を担う主体(国家機関のみならず一般市民も)への訴え、呼びかけという意思的要素とが含まれている事に注目する必要がある。

C 憲法テキストと取り組む部分と憲法コンテキストと取り組む部分との接合

モルロクの構想する憲法理論は憲法テキスト的ファクターと憲法コンテキスト的ファクターとを体系的に関連させる事を任務とする。この任務を果すためには、憲法コンテキストとして確定された政治的、社会的、経済的、文化的諸事情を規範的なものとして捉え直して、それを憲法テキストの中にその一部分として読み込む事が必要になるが、モルロクもこの問題について複数レベル・モデルをもって対応すべき事を主張しているが、示唆の域を出ていない。憲法理論の課題として引き続き検討され続けて行かねばならない。

(二) 以上述べてきた如き、モルロクの構想する憲法理論の構成要素としての三つの部分について見ると、ヘラーの理論はAについては或る程度含んでおり、Bについては相当程度含んでおり、Cについては殆んど含んでいない、と言うことができる。そしてA、Cが憲法理論の中心部分、Bが本質的ではあるが周辺部分と言えるのであれば、ヘラーの理論は憲法理論そのものとは言えないが、なお、憲法理論の枠内にあると言うことができよう。

③ イエシュテット (Matthias Jestaedt) の憲法理論の構想

(i) イエシュテットの憲法理論の構想を取上げる理由

イエシュテットの憲法理論の構想を取上げる理由は、次の四点である。

(一) イエシュテットは、比較的最近 (2009年)、“Die Verfassung hinter der Verfassung” という著書を“Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie” という副題をつけて刊行し、この中で憲法理論の

性格を明らかにし、その必要性和限界性を説いた。これはモルロクの著書以来“Verfassungstheorie”を主題もしくは副題としてかかげた唯一、もしくは数少ない著書の一つである。

(二) イエシュテットは憲法理論を統一テーマとする論文集“Otto Depenheuer-Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010”の冒頭の“Verfassungstheorie als Disziplin”という章を執筆し、憲法理論全体の見取図を示した。

(三) 第二著作は第一著作の内容を大幅に取り入れたうえで、配列を変え、より体系化したものであるが、とりわけ第二著作は標題が示すように、学科としての憲法理論を位置づけ、輪郭を描きだし、憲法理論が理論としての強味を発揮できる面と、規範ではなくて理論であるがゆえに為し得ない面とを明らかにした。この点で、この著作はヘラー国家学の憲法理論としての性格を確定するうえで重要な判断材料となる。

(四) 第二著作は本文で一度 (第一著作も同様) ヘラーについて言及し、注でも一度言及し、とりわけ、本文での言及は、ヘラーの国家学のコンセプトと自分の憲法理論の構想とが——“この点で”と断っているのも、部分的にという事になるが——重なるところがある事を認めるものである¹³⁷⁾。

以下主としてイエシュテットの“Verfassungstheorie als Disziplin”に即して、その憲法理論の構想を検討する。

(ii) 憲法解釈学の補完学科としての憲法理論

イエシュテットは、憲法理論を種々の表現で特徴づける。標題として掲げたもの (Komplementärdisziplin der Verfassungsdogmatik)¹³⁸⁾のほか、次のようなものがある。憲法解釈学の基礎学科 (Grundlagendisziplin der Verfassungsdogmatik)¹³⁹⁾、憲法解釈学の付随的・付随的・下請け的・背景的学科 (Korollar-, od. Ancilliär-, od. Zulieferer-, od. auch Hintergrunddisziplin)¹⁴⁰⁾、憲法解釈学に配属された、意味問題・正当化問題を論究する省察学科 (die der Verfassungsdogmatik zugeordnete, die Sinn- und Rechtfertigungsfrage thematisierende

Reflexionsdisziplin)¹⁴¹⁾、憲法解釈学の省察・背景学科 (Reflexions-und Hintergrunddisziplin)¹⁴²⁾。これらの特徴づけからうかがわれるのは、憲法理論に関してイエシュテットが次のように考えているという事である。

(一) 憲法理論は憲法解釈学に配属された学科である。ただし、配属と言っても、憲法解釈学の一部という意味ではない。憲法理論は、学科分化の過程で一定の独立性をもった学科として営まれるようになったものであって、広義の憲法学のなかで独占的地位を占めていた憲法解釈学と分業する形で憲法理論が広義の憲法学を共同構成するにいたったという経緯がある¹⁴³⁾。憲法理論は憲法解釈学に貢献する機能 (dienende Funktion)¹⁴⁴⁾ を持つものであるから、完全に独立しているわけではないが、学科として独自の価値を持つものである¹⁴⁵⁾ (この点、イエシュテットにもブレがあり、憲法理論に相対的独立性を否定している個所と肯定している個所がある¹⁴⁶⁾。

(二) 憲法理論は憲法解釈学を補完する学科である¹⁴⁷⁾。なぜ補完が必要であるのかについては後述する。

(三) 憲法理論は憲法解釈学の背景を解明する学科である¹⁴⁸⁾。イエシュテットの表現によると、憲法理論は憲法の背後にある憲法を追究する学科である。この場合、憲法の背後にあるものについて、イエシュテットは実定憲法をこえるもの (transzendierende) という表現を用いることもあるが¹⁴⁹⁾、憲法の上にあるもの (例えば自然法) を考えているわけではなく、憲法に内在するratioを考えている¹⁵⁰⁾。イエシュテットによれば、すべてのconstitutio が ratio を持っており、ratio が constitutio に実体的、背景の意味を与えるのであり、ratio なしには constitutio の有意味性、その理由、その目的は真に理解される事はない¹⁵¹⁾。

(四) 憲法理論は憲法解釈学が判決する事を任務とする法実務のための法律学的適用援助役としての機能を果たすために¹⁵²⁾ 憲法解釈学を手引きする学科である¹⁵³⁾。

(五) 憲法理論は、その機能を遂行するにあた

って Reflexion (省察) という手段を用いる。イエシュテットは Reflexion について特に説明していないが、憲法解釈学と憲法理論との関係で省察学科という説明をもちだすについて考えているのは、憲法解釈学が取り扱うのを放棄している諸問題を取り上げ、憲法解釈学の視野 (= 取り組み可能な範囲) の外にあるパースペクティブを活用する事である¹⁵⁴⁾。Reflexion は種々の形態をとりうるが、それについては後述する。

(iii) 憲法解釈学はなぜ補完学科としての、或いは省察学科としての憲法理論を必要とするのか。

(一) 憲法解釈学は法適用事態のみを志向し、且つ、現行実定法のみを志向する事を特性としており、この二つの志向からはずれるものを考察の対象としない¹⁵⁵⁾。したがって、憲法解釈学は実定法との距離をとらず (批判、他の選択肢をもたない)¹⁵⁶⁾、また、規範の効力或いは無効力より先の事、即ち、規範の Warum (なぜ) 及び Wozu (なんのために) をテーマとせず¹⁵⁷⁾、環境にたいして開かれておらず¹⁵⁸⁾、法適用が行われるための非法的条件を考慮に入れず¹⁵⁹⁾、システム全体との関連を認識しない¹⁶⁰⁾。その結果、憲法解釈学は、教条主義、即ち、自己の被制約性に盲目的な教説のアンサンブルに陥る危険性がある¹⁶¹⁾。それを防ぐために、憲法解釈学に理論を導入する必要がある。イエシュテットは、憲法解釈学は実務において機能するためには理論的に不十分でなければならないとも言う¹⁶²⁾。しかし、これは、理論的不十分さの理由づけのための反語的表現であって、解釈学は理論的に根拠づけされていなければ、判決する事を任務とする法実務のための法律学的適用援助役として機能することはできず¹⁶³⁾、学問的に整えられた、活用可能な知識を提供する事によって現行実定法の適用を指導するという機能を果たすことはできない¹⁶⁴⁾。このようにして、憲法解釈学の理論不足 (Strukturelle Theoriedefizit der praxisorientierten Verfassungsdogmatik)¹⁶⁵⁾ は理論によって補完される必要がある¹⁶⁶⁾。なお、解釈学を補完するものとして法理論 (Rechtstheorie)

があるが、イエシュテットは、法理論は実定法を分析し、実定法の固有法則性を追究するが、実定法の意味や正当性を問う事は、実定法を超える事なので、その限界を超える事になるとし、ここに憲法理論の出番があるとする¹⁶⁷⁾。

(二) 憲法理論による憲法解釈学の理論不足の補完。これについては (iv) で述べる。

(三) 憲法理論は、理論であって、一方で、実定法から自由に展開・提示されることができ、且つ、より高次の認識を持っているが、他方で、法的効力を持つものではなく、法的に定められた手続によるほかは、憲法の効力と内容を否定することはできない¹⁶⁸⁾。

(iv) 憲法理論は如何なる態様・方法をもって憲法解釈学を補完するのか。

この項は、イエシュテットのとっている構成によらずに、筆者自身の問題意識にもとづいて構成した。筆者は、憲法理論による憲法解釈学の補完を二つに分けて、即ち、憲法規範の認識・理解の面での補完と、憲法規範の現実化の面での補完とに分けて考えることにした。二つの面は必ずしも明確に区別されるものではなく、重複する部分もあり、イエシュテット自身二つの面がある事を示唆してはいるが、必ずしも明確には分けていない。筆者は、ヘラーとの関連で後者の面を重視するので、敢えて二つの面に分けることにした。

(一) 憲法規範の認識・理解の面での補完

A 測定・比較 (Messen)

これは、規範的—理念的憲法を提示して、それを基準として規範的—現実的憲法(=実定法としての憲法)を測定・比較する作業である¹⁶⁹⁾。測定・比較は規範的—現実的憲法に対して批判を行う働らきを営む¹⁷⁰⁾。また、測定・比較は、批判だけに終るのではなく、現状変革の提案に進む¹⁷¹⁾。ただし、規範的—理念的憲法が如何にして形成されるかについてはイエシュテットは必ずしも明らかにしていない。この点については、イエシュテットがMessenという項目で、規範的—理念的憲法の論述に続いて比較憲法と憲法史とを観察材料(Anschauungsmaterial)として挙げている事が

参考になる。そこで、空間的、時間的比較が批判的役割を営む事が指摘されている¹⁷²⁾。そして、比較が自国の憲法のよりよき理解、より説得力をもった理論的測定、位置づけ、概念化に役立つ事が指摘されている¹⁷³⁾。自然法を認めないイエシュテットにとっては、比較憲法と憲法史とが規範的—理念的憲法形成の基礎になるものと思う。

B 全体像の提示。全体的なものと結合するものとの提示¹⁷⁴⁾

イエシュテットの考える憲法理論は、部分の背後にある全体、憲法規範の背後にある憲法を問題にし、問題にして全体像を構成する¹⁷⁵⁾。そのうえで全体像から個々の憲法規定の理解を可能にする¹⁷⁶⁾。イエシュテットは全体像を憲法の運動法則理論の一構成要素として説明するが¹⁷⁷⁾、これは全体像が個々の憲法規定の背後にあって、個々の憲法規定を動かすと考えからであろう¹⁷⁸⁾。イエシュテットによれば、憲法理論は多数の実定法的規範を通じて意味統一体をつくりあげ、憲法規範のために(この憲法規範を当然の事ながら超える)理解の水平を提供し、憲法のなかに潜んでいるエンテレヒーに声を挙げさせる¹⁷⁹⁾。その点で、憲法理論による省察は、実定法的憲法規定の聖像学的解読に役立つ¹⁸⁰⁾、とイエシュテットは言う。イエシュテットの言う運動法則は指導理念、指導像、鍵、概念、基本原則、基本原理、理念型、解釈基準(Deutungsfolie)などの形態をとる¹⁸¹⁾。

C 基礎学科の受容・加工

イエシュテットは基礎学科の助けを借りなければ憲法解釈学は実務に対する指導機能を果しえない、と言う¹⁸²⁾。基礎学科の受容・加工は二段階に分けられる。第一は基礎学科の認識の受容の段階である¹⁸³⁾(これは憲法理論が隣接諸学科に対して開かれる面である)¹⁸⁴⁾。その認識が受容される隣接諸学科、或いは基礎諸学科としてイエシュテットが挙げるのは、一つは、社会学、経済学、政治学、心理学、などの現実科学、文化科学であり、一つは、一般国家学、憲法史、比較憲法、法・国家哲学、政治理論、などの狭義の憲法学的基礎学科である¹⁸⁵⁾。こ

のように受容すべき隣接諸学科、基礎諸学科を列挙して、イエシュテットは、この点で自分の憲法理論の構想 (Lesart) は文化科学、現実科学、構造科学として解釈されたヘラーの国家学の構想 (Konzept) と合致 (sich berühren) する、と述べている¹⁸⁶⁾。

第二は受容された基礎学科、隣接学科の認識を加工・変換する段階である¹⁸⁷⁾ (これは憲法理論が憲法解釈学に対して開かれた面である)¹⁸⁸⁾。これは、憲法解釈学の必要に合うように、基礎学科、隣接学科の認識を選別し、加工する段階であり¹⁸⁹⁾、或いは、憲法解釈学への接続を可能にし、憲法解釈学による利用を可能にする段階である¹⁹⁰⁾。

この二つの段階の作業によって、憲法理論は、憲法に関する基礎学科或いは隣接諸学科の概念や理論を憲法解釈学の討議のために加工し、活用可能にする事に役立つ架橋学科 (Brückendisziplin) の役割を果たす¹⁹¹⁾。

D コンテキストの理解

イエシュテットは、憲法をもってその随伴的な環境 (Ambiance或いはUmwelt)、或いはコンテキスト (Kontext) においてのみ理解され、納得され得る構成物であるとし¹⁹²⁾、憲法がおかれている環境或いはコンテキストを理解する事が憲法を理解するために不可欠であり、憲法解釈学のためにその役割をひきうけるのが憲法理論であるとする。憲法理論は、憲法システムを環境に対して開く扉或いは窓の役割を営むものであり、憲法システムに環境情報を伝達する役割を営むものである¹⁹²⁾。この場合、環境、コンテキストが何であり、如何なる方法で環境情報を入手するか、についてイエシュテットは特に何も語っていないが、隣接諸科学から情報を得る事を最も重要な方法と考えている事は確かであろう。

E 憲法解釈学の法獲得 (Rechtsgewinnung) に対する憲法理論による補完

イエシュテットは法獲得を法認識 (Rechtserkenntnis) と法創出 (Rechtserzeugung) の二つの過程に分ける¹⁹³⁾。憲法理論による補完はそれぞれの過程に対して行われる。

a 法認識の過程に対する補完

これは憲法規範の意味を理解する過程であるからA～Dで述べた事と重複するところがあるが、イエシュテットが法認識にとって不可欠なものとして重視するのは前提的理解 (Vorverständnis) の提出である¹⁹⁴⁾。憲法理論が提出する前提的理解は解釈仮説 (Auslegungshypothese) の性格を持つ、とイエシュテットは言う¹⁹⁵⁾。憲法規定の持つ意味と考えられるものを憲法規定の背後にあるもの (根拠、目的) を手がかりにして取敢えず割出し、それを憲法規定の文言や規定のしかたなどときき合わせ、整合的であれば、それを憲法規定の意味として確定し、整合的でなければ、最初に戻って、憲法規定の意味と考えられるものを再提出する作業という意味で、解釈仮説と言うのであろう。

b 法創出過程に対する補完

イエシュテットは (イエシュテットに限ったことではないが)、法規範の制定だけでなく、制定された法規範の具体化をも法創出として捉え、憲法理論は種々の段階において行われる法創出に対して複数の選択肢を提出するものとする¹⁹⁶⁾。これは、法創造の任務を与えられた者に対して憲法の精神に最も適合した方向づけを与える役割であり¹⁹⁷⁾、第一の過程における役割が叙述の補完であるとすれば、第二の過程における役割は作出の補完である¹⁹⁸⁾。

(二) 憲法規範の実現のための補完

A コンテキストの解明

前述の如く、イエシュテットは、憲法規範がおかれているコンテキスト、環境、アンビアンスを解明する事が憲法規範を理解し、且つ、実現するうえで不可欠であるとしており¹⁹⁹⁾、その点で、コンテキストの解明が憲法規範の実現のための前提として考えられていることができる。イエシュテットは、実定法によって定められていないコンテキストは、規範の実現化の観点のもとでは無視できない、とも言っている²⁰⁰⁾。そしてコンテキストを解明する事が憲法理論の任務である。

B 憲法の前提 (Verfassungsvoraussetzungen)、 憲法の期待 (Verfassungserwartungen) の解明

a これは、憲法の運動法則論の他の一つの構成要素であり²⁰¹⁾、規範がそれに内在する要求、即ち、社会的統制の手段及び社会的正義の手段としての要求を事実としても実現することができるために満たされなければならぬ諸条件に関する理論としてイエシュテットは説明する²⁰²⁾。第一の構成要素が憲法規範の認識・理解にかかわるものであるとすれば、この第二の構成要素は憲法規範の実現にかかわるものである。イエシュテットは、このように両者を一つの憲法の運動法則論の中で総括し、両者を区別しながらも連続して捉えているようなのであるが、筆者としては、イエシュテットが憲法理論の重要な構成要素として憲法規範の実現という観点を打出している事に注目したい。

b 憲法的前提、憲法の期待もコンテクストの一つであり、その代表的なものである²⁰³⁾。

c 隣接諸科学の概念や構成が憲法的前提、憲法の期待の解明に活用される。

d この両概念はヘルベルト・クリューガー (Herbert Krüger) によって打出され、その後ヨーゼフ・イゼンゼー (Joseph Isensee) によって説得力をもって体系的に理論化され、ドイツの憲法学界ではほぼ定着しているといつてよい。イエシュテットも基本的にそれを受け容れている。そのうえで、次のように両概念を定義している。憲法的前提は、憲法規範が援用されるためには、或いは、憲法規範がその意味に応じて発動されるためには、如何なる前提が満たされていなければならないか、を問題にするものであり、問題となる憲法的前提は、“自らはその保障領域もしくはその限界とされることはできないが、しかし、憲法で定められた法的地位の現実的行使の可能性を左右する法的・事実的なファクター”と定義される²⁰⁴⁾。

憲法の期待は、憲法規範がそれに期待された作用力、それに結びつけられた期待を完全に有効に発揮するためには、如何なる方法で

規範が援用されなければならないか、を問題とするものであり、問題となる憲法の期待は、“憲法規範によって保障された地位の公共福祉適合的な行使のあり方を示す指導像 (Leitbild) であり、且つ、憲法によって追求されてはいるが、法的命令によって法的効力を与えられてはいない指導像”として定義される²⁰⁵⁾。

やや図式的に言えば、憲法的前提は国家権力の側で満たすべき条件、憲法の期待は国民の側で満たすべき条件と見ることができる。

e 上の定義からわかるように、両概念に共通している事は、一つは、社会的現実 (soziale Realität) のなかでの憲法規範の機能が両者に依存しているという事であり、一つは、それにもかかわらず両者がそれ自らは憲法規範 (もしくはこの憲法規範の部分) ではなく、憲法規範の内容や地位に変更を加え得るものではないという事である²⁰⁶⁾。

f 憲法的前提と憲法の期待も憲法規範の背後にひそんでいる憲法であり²⁰⁷⁾、これを解明する事は憲法理論の任務である。

g イエシュテットは、憲法の背後にある憲法として憲法的前提及び憲法の期待を取上げる事によって、憲法規範の現実化の条件を憲法理論の構成要素として取上げ、且つ、憲法規範がその内容、地位の点でそのコンテクストに対して自立している事を強調するにもかかわらず、その現実化に関してそのコンテクストに依存しているという事を強調した²⁰⁸⁾。これは“自由を基調とする国家は国家が自ら保障することのできない前提に依存して存立している。”というベッケンフェルデのテーゼ²⁰⁹⁾と符合していると言うべきか。この符合は、“これは国家が自由のために敢えてしている冒険 (Wagnis)”²¹⁰⁾であるとベッケンフェルデが述べているのに対応して、イエシュテットが、“憲法による保障のない憲法的前提、憲法の期待と憲法による法的保障とが協働するところに、憲法国家的自由観念が脆いものである事、基本権的自由が冒険 (Wagnis) である事が効果的に示されている”²¹¹⁾と述べ

ているところにも現われている。

C 憲法合法性 (Verfassungslegalität) と憲法正当性 (Verfassungslegitimität) の関連づけ

イエシュテットは憲法理論の任務として憲法合法性と憲法正当性とを分離する事と両者を関連づける事を挙げる²¹²⁾。イエシュテットが憲法合法性という概念でもって考えているのは憲法規定であり、憲法正当性という概念でもって考えているのは憲法規定に内在するratioである。イエシュテットが憲法規定と憲法規定に内在するratioとの分離の必要性を説くのは、憲法に内在するratioは憲法規定の構成要素ではなく、憲法としての効力を持たないと考えているからである。両者を関連づける必要があると説くのは、それにもかかわらず、憲法規定は憲法に内在するratioを必要とすると考えているからである。イエシュテットが憲法解釈学と憲法理論との関係で考えている事は、憲法解釈学は憲法に合法性を与えることはできるが、正当性を与えることはできず、憲法にとって不可欠の正当性を与えるのは憲法理論である（この場合、正当性を与えるというのは適切ではなく、根拠づけると言うべきであろうか）、と言う事である。そして、イエシュテットは憲法が実効性 (Wirksamkeit — ここでイエシュテットが、“効力ではない！”とことわっているのが注目される) を発揮しうするためには、即ち、憲法が有意味なものとして理解され、受け容れられ、生きた憲法となる (gelebt werden) ためには、正当性を必要とすると考えており、即ち、憲法正当性を憲法理解の条件として考えているとともに、憲法実現の条件としても考えているということができ、それを確定するのが憲法理論の役割と考えていることができる²¹³⁾。

(V) 憲法理論としてのヘラーの国家学

以上述べてきたイエシュテットの憲法理論の構想にとってヘラーの国家学はどのように位置づけられるべきであろうか。

(一) 第一に確認されるべき事は、憲法理論が憲法解釈学に配属された (zugeordnet) 学科として定義されている事であり、その意味で、ヘラーの国家学は憲法理論の最も重要な要件を満

たしていないと言わねばならないという事である。

(二) しかし、イエシュテットは、一方で、憲法理論の独立性を否定しているが、他方で、憲法理論の独立性を肯定するような書き方をしている。それは、憲法理論が憲法解釈学に付随し、憲法解釈学を補完するものであるとしても、その付随のしかた、補完のしかたに独自性があると考えているからであろう。それは、憲法解釈学が実定憲法の適用しか問題にしないのに対して、憲法理論が実定憲法の背後にあるもの、実定憲法を超えたものを追究するものだからであり、また、憲法解釈学むけに認識・知識を送りこむものであるという点では憲法理論は付随的であるにしても送りこむもの、送りこみ方を決定するという点では憲法理論は相対的独立性を持っていると言えるからである。即ち、憲法理論は憲法解釈学に対して相対的独立性を持っており、ヘラーの国家論も、この相対的に独立した部分に入りこむ余地があり、憲法解釈学と直結しないという点で憲法理論のなかの核心部分ではないとしても、その周辺部分にあるものとして捉えられる余地はあろう。

(三) 問題は、イエシュテットが憲法の背後にあるもの、憲法を超えたものとして、何を考えているか、である。この点、イエシュテットは憲法の認識・知識の面では、主として隣接諸科学、基本諸学科の認識・知識を考えており、憲法の実現化の面では、主として憲法の前提と憲法の期待に関する認識・知識を考えている。前者に関しては、イエシュテットは、隣接諸科学の認識を受容・加工する事を憲法理論の任務として考えている事を述べたうえで、自分の憲法理論の構想がヘラーの文化科学、現実科学、構造科学として解釈された国家学の構想と合致するという事を本文で認めている。後者に関しては、イエシュテットは、憲法の前提と憲法の期待とを憲法規範が現実社会の中で機能するための条件として取上げているのであるが、この点に関しては特にヘラーに言及するところはない。しかし、この問題こそヘラーが重視した問題であり、この問題を検討・解明する事が憲法

理論の任務であるとするならば、ヘラーは憲法理論の任務と精力的に取り組んでいたといえることができる。したがって、この点においても、イエシュテットの憲法理論の構想とヘラーの国家学の構想とは重なるということができる。

(四) なお、イエシュテットは、法社会学と法理論とが学科として独立して、イエリネックの両面説が説得力を失って以来、一般国家学がより法律学的、即ちより規範科学的に営まれるようになり、社会科学的エレメントの規範科学への統合はそれ以来規範科学的方法自身を通じて、即ち、内部から (endogen) のみ根拠づけられるようになった事を指摘し、その最も重要な試みとしてヘラーの国家学を挙げている²¹⁴⁾。ここでは、イエシュテットがヘラーの国家学が文化科学、現実科学、構造科学である事を承知のうえで、なお、これらの諸科学の国家学への統合が——ヘラー自身は国家学の規範科学性を否定しているのであるが——規範科学的方法を通じて行われた事を認めているわけであり、ヘラーの国家学を規範科学と親和的なものとして認めているといえることができる。

(五) 以上の事を考慮すると、ヘラーの国家学はイエシュテットの構想する憲法理論の中心的部分に位置するものと言えないにしても、なお、その周辺部分に位置し、その意味で、なお憲法理論の枠内にあるものといえることができると思われる。

④以上において、モルロクとイエシュテットの憲法理論の構想の検討を行って、ヘラーの国家学が憲法理論としての資格を持っていると言えるかどうかを検討した。その結果、やや強引と思われるが、ヘラーの国家学が憲法理論の枠内にあると、結論した。これはヘラーの国家学が憲法理論としての資格を持っているかどうか、という観点からの結論であって、ヘラーの国家学が憲法理論として内容上適切、妥当なものであるかどうか、という観点からの結論ではない²¹⁵⁾。それについては今後の続稿で検討して行くつもりである。もちろん、憲法理論としての資格を持つかどうかという検討をして回り道をしないでも、直接ヘラーの国家学における理論

の展開が憲法に関する理論として適切、妥当かどうかを検討すればよいわけであるが、筆者としてはヘラーの憲法の規範力論が憲法理論の地盤の上にある事を説明する事を通じて、ヘラーの憲法の規範力論というコンセプトに説得性を持たせる事を期待したのである。

7 ヘラー国家学の特徴としての国家的統一性の追求

①ヘラー国家学の根本問題としての国家的統一性

ヘラーは、国家学は研究者もその中に組込まれている客観的社会的現実が必然的に解決を迫って来る問題と取組まねばならない、という態度をとった。ヘラーにとって、ワイマル期のほとんどの憲法学者にとってそうであったように、客観的社会的現実が必然的に解決を迫って来る問題とは、多元的に分裂した社会における国家の統一性の成否であった。そこで、ヘラーは、現代国家が社会的・歴史的現実のなかで活動する統一体として可能かどうか、また、如何にして可能か、という事をもって国家学の根本問題とした²¹⁶⁾。ヘラーは、この問題と取組んで、国家的統一性が成立可能であると主張し、且つ、その根拠づけにつとめた。

②ヘラーにとっての国家的統一性

(i) なぜ国家的統一性が必要なのか

ヘラーが国家的統一性を必要と考えるのは、国家がその機能を有効に遂行するためにはその統一性が必要と考えるからである。

(一) ヘラーは、国家の機能として二種類のことを考えている。一つは直接的な機能であって、それを遂行せずしては、国家としての存在意義がなくなるというものである。この意味で、この機能は国家の定義のためにも用いられる。即ち、領土的社会 (領土的共同体) における共同作業の組織と実行であり、共同作業の内容は平和の保障、予測可能性の保障などである²¹⁷⁾。この機能を遂行するためには、法を制定し、実施する事が必要である。

他の一つの機能は、法原則を実定法へと具体化する事である。この機能は、国家が制定し、実施する実定法が法原則に適合していると国家

構成員によって確信される事を通じて国家が正当化されるために役立つ、という意味において国家を正当化する機能を果す²¹⁸⁾。国家が正当化されるという事は国家存立するための絶対的条件ではないが、国家が安定した状態を恒常的に続けるための条件である。

(二) 第一の機能を果すためにも、第二の機能を果すためにも、法を制定し、制定された法を実施する事が必要である。そして、法を制定し、制定された法を実施するためには、——これがヘラーの主張のポイントであるが——決定が必要であり、決定が可能となるためには——なんらかの方法によって形成される——統一的な意思が必要である。即ち、法の制定・実施は、——これもヘラーの主張のポイントであるが——法原則から始まって、憲法を経て、種々の段階を通じて具体化されるという形態をとって行われるが、いずれの段階においても——その幅は広狭さまざまであるが——決定が必要であり、且つ、下位段階の決定（＝法の実施）は、上位段階の決定（＝法の制定）に合致して行われる事が必要である。且つ、それぞれの段階における決定は、——それぞれの段階においてそれぞれの方法で形成される——統一的な意思によって行われる事が必要である。

(三) 統一的な決定と統一的な実施とは国家機能の遂行を可能にするために必要なだけでなく、国家機能の遂行を有効・効果的に行うために一層必要となる。即ち、ヘラーは、統一的な決定と統一的な実施とが、平和の保障、予測可能性の保障、法原則などという国家機能を効果的に達成する事を想定している。ヘラーが国家を決定・効果（作用）統一体（*Entscheidungs- und Wirkungseinheit*）として説明するのは、この意味においてである²¹⁹⁾。即ち、ヘラーが国家的統一性として考えるものは、国家機能を効果的に遂行するために必要な統一的な決定が行われ、その決定が統一的な効果をあげている状態である。

(ii) 多から形成されるものとしての統一性。不断に形成されるものとしての統一性。

既にヘラーの問題提起のところで明らかなよ

うに、ヘラーが国家の統一性を問題にするのは、社会が多能的に分裂しているからである。したがって、ヘラーにとって国家は初めから存在している統一体ではなくて、社会的多から形成される統一体である。また、当然ながら、一旦形成されたらそこで固定される統一体ではなく、不断に形成されるべき統一体である。したがって、ヘラーの考える国家的統一性は多を排除して成立しているのではなく、多を含んだものとして成立しているという事が特徴的である。

(iii) 国家的統一性の二つの方向、もしくは二つのモーメント

ヘラーの国家的統一性の構想にとって特徴的な事は、国家的統一性が二つの方向、もしくは二つのモーメントを持つ、とされている事である²²⁰⁾。

即ち、ヘラーが国家的統一性に焦点を合わせて国家を決定・効果（作用）統一体として説明する場合、統一的決定を行うものとして考えられているのは、法の制定・実施を担当する国家機関であるが、統一的効果をあげるものとして考えられているのは、国家機関の決定を受容れる国家構成員である²²¹⁾。したがって、国家的統一性は、国家機関による決定という方向もしくはモーメントと——下級機関による受容れもさることながら、なによりも——国家構成員による受容れという方向もしくはモーメントとを含んでいるといえることができる。

(一) ヘラーは、国家の存立・維持にとって、服従者としての国家構成員の服従のモーメントの重要性を強調している。*Obedientia facit imperantem* 或いは *Herrschen heißt Gehorsam finden* というテーゼをひんばんに持出している。

(二) したがって、ヘラーにとって、統一性の形成確保は権力者と権力服従者との共同作業の成果ということになる²²²⁾。

(三) したがって、ヘラーは、国家における力と国家の力とを区別し、権力者が持っているのは、国家における力であって、国家の力は権力者と権力服従者と共に共同に帰属する、としている²²³⁾。

(四) ヘラー自身統一性の形成・確保のための

活動という場合、基本的に国家機関によるものと構成員によるものを含めて考えている。ただし、国家機関によるものだけを考えていることもある²²⁴⁾。

③国家的統一性の形成・確保におけるアウトプットとインプット

上述の如く、ヘラーは、国家的統一性を国家機関の活動と構成員による受容れ、一般的に言って、支えとの合成物と考えた。国家的統一性を軸にして考えると、——ヘラーはそういう表現を使っているが——前者をアウトプット、後者をインプットと呼ぶことができよう。

(i) 国家的統一性の形成・確保におけるアウトプット

これは、主として、所定の手続・形式にしたがってその地位につけられた国家機関が体系的に組織されて、定められた手続面・内容面のルールにしたがって立法、行政、司法の機能を分担して担当するという形態をとって行われる。それゆえ、国家機関の場合、日常の立法、行政、司法活動を遂行することが統一性の形成・確保の効果をあげることになる²²⁵⁾。しかし、このような制度化された活動にとどまらず、各種各様の活動によって意識的に一般国家構成員に働かせる事も必要である、とヘラーは主張しており²²⁶⁾、その意味で、国家機関の制度化された活動と制度化されない活動とがアウトプット面を担うという事になる。

(ii) 国家的統一性の形成・確保におけるインプット

これは、国家機関の活動を事前及び事後に支えるという形態をとるが、事前の支えとは一定の方向への影響力の行使であり、事後の支えとは国家機関による決定の受容れということになる。もちろん、インプット面においても、国家機関の担当者の任命手続(＝選挙)のごとく、制度化された活動もあるが、国家機関でないことにもとづいて、その活動の大部分は制度化されていない。

その大部分が制度化されていないだけに、一般国家構成員が担うインプット面は大変やっかいである。国家的統一性の形成・確保を有効に

支えるためには統一的な意思をなしていることが必要であるが、そもそも一般国家構成員は多元的に分裂しているからである。この点、ヘラーは、このやっかいさ、或いは、困難さ、を緩和する試みをしている。一つは、支える人々の範囲に関してであり、一つは支えの程度に関してである。

(一) 支える人々の範囲に関しては、ヘラーは、常にすべての人々が同じように国家機関のすべての活動をアクチュアルに意識的に支える必要はないとし²²⁷⁾、むしろ、国家機関が統一的な決定を行うことができ、その決定が統一的に実施され、統一的な効果をあげるのに十分な範囲の人々の支えがあれば足りるとし、統一的な決定・決定の実施に反対の人々が存在していても差支えないとしており、当然少数者の存在、権利を認めている²²⁸⁾。

(二) 支えの程度に関しては、ヘラーは、国家を決定・効果(作用)統一体として説明し、意思統一体としては説明していないから、全員一致の意思による支えを必要としないと考えているわけであるが、しかし、国家が決定・効果(作用)統一体として有効に機能するためには意思・価値共同体による支えが必要であるとしている²²⁹⁾。これは矛盾した事を言っているのではなく、意思・価値共同体の内容の面でその成立の要件を緩和しているのである。

A ヘラーは、一般国家構成員による国家機関の活動の支えに、種々の段階があることを認める。即ち、自発的同意、自発的協力から始まって、社会的状況によってやむをえず個人の内心において生ずる協調を経て、支配的命令による強制、最後は物理的強制による外的行為の統一化にいたる段階を、ヘラーは認めている²³⁰⁾。

B 上の事からもわかるように、支えとして、同意(Zustimmung)、服従(Folge leisten)を認めるだけでなく、甘受(in Kauf nehmen)をも認めている²³¹⁾。

C もっとも、ヘラーは、以上のような消極的な支えのほかに、積極的な支えをも認めている。即ち、ヘラーは、市民の民主的自己決

定・共同決定の義務にもとづいて、権力を委ねた政治的指導者の政治的責任を問う責任があるとした²³²⁾。

(iii) 役割の互換性

国家的統一性の形成・確保について、ヘラーの見解を筆者が解釈して、ヘラーは国家的統一性の形成・確保のなかに国家機関によるアウトプット面と一般国家構成員によるインプット面とを区別したうえで統合している、としたのであるが、国家機関の地位につく者と一般国家構成員たる者とを固定的に捉えているわけではない。ヘラーは、しばしば、国家機関を支配者(Herrscher)、或いは権力者(Machthaber)と呼ぶことがあり、また、一般国家構成員を権力服従者(Machtunterworfenen)と呼ぶことがあるが、これはその機能に即して言っているわけであって、その地位を固定的なものとして考えているわけではない。国家機関の地位にある者も市民としてインプット面に参加する事もあれば、また、それまで市民としてインプット面に参加していた者が国家機関の地位についてアウトプット面を担うという事もあるのは当然である²³³⁾。ヘラーが多数を支配的機関として見ているのも、こうした弾力的な捉え方のあらわれと見ることができる²³⁴⁾。

④国家的統一性と憲法の規範力

(i) 国家的統一性の理論をここで取上げた理由

ここでの論述は、ヘラー国家学の最大関心事が国家的統一性の形成・確保にあったという事を指摘し、そして、その場合、ヘラーが国家的統一性を如何なるものとして考えていたか、を叙述するにとどめ、ヘラーが国家的統一性の形成・確保を根拠づける事に成功したかどうか、という事は続稿においての検討に委ねることにしたい。

ここで、ヘラー国家学の最大関心が国家的統一性の形成・確保にあったという事を取上げたのは、ヘラー国家学の特質を明らかにするためであるとともに、ヘラーによる国家的統一性の形成・確保のための理論的努力が憲法の規範力の確保のための試みに示唆を与えると考えたためもある。

(ii) 憲法の規範力論への国家的統一性理論の活用

(一) ヘラーは、既述の如く、国家と法とを区別し、前者を社会形象(Sozialgebilde)、後者を意味形象(Sinngebilde)とし²³⁵⁾、また、前者を組織、後者をその一つの要素としての秩序としているが、しかし、また、ヘラーは両者を密接不可分の関係におき、むしろ、国家及び法理論(Staats-und Rechtstheorie)という標記の仕方にも見られるように、両者を同一視しているとも言える。このように考えるのは、ヘラーが、国家を、機能的に見て、法原則を頂点とする法の保障機構として捉えている事にもとづいている。即ち、ヘラーは、国家は法原則を実定法へと具体化・現実化し、その事によって正当化され、実定法を制定し、実施し、その事によって、平和の保障、予測可能性の保障という国家機能を果し、その事によって国家としての存在意義を実現することができる、と主張する。そして、そのためにこそ国家的統一性の形成・確保が必要である、とヘラーは主張する。即ち、ヘラーにあっては、国家的統一性の要請の根拠となり、また、その目標ともなっているところの、国家が正当化され、その存在意義を実現するという事と、憲法を頂点とする法秩序が実効的に機能するという事とは表裏一体をなしている、と解することができる。憲法を頂点とする法秩序が実効的に機能するという事は、まさに憲法が規範力を発揮する状態を意味している。この意味において、ヘラーの国家的統一性の理論から示唆を得て、憲法の規範力論のために活用する事は有意義・有益と思われる。

(二) もちろん、ヘラーの国家的統一性理論を経由しないで、ストレートに憲法の規範力を取上げて論究すれば足りることだとするのもっともな事と言えるのであるが、筆者としてはヘラーの理論を活用する事が憲法の規範力論にとって有益・有効と考えるので、敢えて国家的統一性理論を経由することにしたのである。有益・有効と考えるのは、単に、ヘラーが国家を法保障機構として捉えていたので国家的統一性と憲法の規範力が表裏一体をなしているからというだけではなく、国家的統一性の形成・確

保の方法、換言すれば、法保障機構の機能のさせ方に示唆されるところがあるからである。それは、この項で述べたように、ヘラーが国家的統一性の形成・確保を国家機関によるアウトプット面の担当と一般国家構成員（＝国民）によるインプット面の担当との総合的效果として捉えているところにある。しかも、重要なポイントは、ヘラーが両モーメントの総合的效果とし

て国家的統一性の形成・確保が可能になる事を確信し、その確信を根拠づけるための理論的努力を多面的に展開している事である。この事がヘラーの国家的統一性の理論を活用して、憲法の規範力の論究を進める推進力となる。以下続稿においてヘラーの論証の跡を追う事にする。

注)

- 1) Martin Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S.161.
- 2) M. Morlok (Anm. I), S.145, S.161.
- 3) M. Morlok (Anm. I), S.161.
- 4) M. Morlok (Anm. I), S.196.
- 5) M. Morlok (Anm. I), S.26-S.29.
- 6) M. Morlok (Anm. I), S.27 Anm. 80.
- 7) M. Morlok (Anm. I), S.27-S.34.
- 8) M. Morlok (Anm. I), S.34f.
- 9) M. Morlok (Anm. I), S.39-S.43.
- 10) M. Morlok (Anm. I), S.48f.
- 11) M. Morlok (Anm. I), S.50f.
- 12) M. Morlok (Anm. I), S.52.
- 13) M. Morlok (Anm. I), S.54f.
- 14) M. Morlok (Anm. I), S.55.
- 15) M. Morlok (Anm. I), S.55.
- 16) M. Morlok (Anm. I), S.60.
- 17) M. Morlok (Anm. I), S.62f.
- 18) M. Morlok (Anm. I), S.63.
- 19) M. Morlok (Anm. I), S.63-S.69.
- 20) M. Morlok (Anm. I), S.66f.
- 21) M. Morlok (Anm. I), S.71.
- 22) M. Morlok (Anm. I), S.71.
- 23) M. Morlok (Anm. I), S.71.
- 24) M. Morlok (Anm. I), S.72.
- 25) M. Morlok (Anm. I), S.74.
- 26) M. Morlok (Anm. I), S.75f.
- 27) M. Morlok (Anm. I), S.76-S.79.
- 28) M. Morlok (Anm. I), S.81-S.83.
- 29) M. Morlok (Anm. I), S.90.
- 30) M. Morlok (Anm. I), S.91.
- 31) M. Morlok (Anm. I), S.91-S.93.
- 32) M. Morlok (Anm. I), S.92-S.93.
- 33) M. Morlok (Anm. I), S.95.
- 34) M. Morlok (Anm. I), S.95.
- 35) M. Morlok (Anm. I), S.95.

- 36) M. Morlok (Anm. I) , S.96.
- 37) M. Morlok (Anm. I) , S.96.
- 38) M. Morlok (Anm. I) , S.97.
- 39) M. Morlok (Anm. I) , S.99.
- 40) M. Morlok (Anm. I) , S.98.
- 41) M. Morlok (Anm. I) , S.98.
- 42) M. Morlok (Anm. I) , S.98.
- 43) M. Morlok (Anm. I) , S.98.
- 44) M. Morlok (Anm. I) , S.97, S.98, S.99.
- 45) M. Morlok (Anm. I) , S.98f.
- 46) M. Morlok (Anm. I) , S.99.
- 47) M. Morlok (Anm. I) , S.100.
- 48) M. Morlok (Anm. I) , S.100.
- 49) M. Morlok (Anm. I) , S.100.
- 50) M. Morlok (Anm. I) , S.100.
- 51) M. Morlok (Anm. I) , S.100.
- 52) M. Morlok (Anm. I) , S.102f.
- 53) M. Morlok (Anm. I) , S.103.
- 54) M. Morlok (Anm. I) , S.103f.
- 55) M. Morlok (Anm. I) , S.104.
- 56) M. Morlok (Anm. I) , S.105.
- 57) M. Morlok (Anm. I) , S.96.
- 58) M. Morlok (Anm. I) , S.97.
- 59) M. Morlok (Anm. I) , S.100.
- 60) M. Morlok (Anm. I) , S.101.
- 61) M. Morlok (Anm. I) , S.98.
- 62) M. Morlok (Anm. I) , S.104f.
- 63) M. Morlok (Anm. I) , S.104.
- 64) M. Morlok (Anm. I) , S.107f.
- 65) M. Morlok (Anm. I) , S.109.
- 66) M. Morlok (Anm. I) , S.107f.
- 67) M. Morlok (Anm. I) , S.109.
- 68) M. Morlok (Anm. I) , S.109.
- 69) M. Morlok (Anm. I) , S.109.
- 70) M. Morlok (Anm. I) , S.114.
- 71) M. Morlok (Anm. I) , S.115.
- 72) M. Morlok (Anm. I) , S.113.
- 73) M. Morlok (Anm. I) , S.113.
- 74) M. Morlok (Anm. I) , S.114.
- 75) M. Morlok (Anm. I) , S.119.
- 76) M. Morlok (Anm. I) , S.115.
- 77) MM. Morlok (Anm. I) , S.119.
- 78) M. Morlok (Anm. I) , S.120.
- 79) M. Morlok (Anm. I) , S.122f.
- 80) M. Morlok (Anm. I) , S.123.
- 81) M. Morlok (Anm. I) , S.123 Anm. 512.
- 82) M. Morlok (Anm. I) , S.129f.
- 83) M. Morlok (Anm. I) , S.131.
- 84) M. Morlok (Anm. I) , S.131f.
- 85) M. Morlok (Anm. I) , S.132.
- 86) M. Morlok (Anm. I) , S.132f.
- 87) M. Morlok (Anm. I) , S.133.

- 88) M. Morlok (Anm. I) , S.134.
- 89) M. Morlok (Anm. I) , S.136.
- 90) M. Morlok (Anm. I) , S.141, S.143.
- 91) M. Morlok (Anm. I) , S.138f.
- 92) M. Morlok (Anm. I) , S.140.
- 93) M. Morlok (Anm. I) , S.141.
- 94) M. Morlok (Anm. I) , S.141.
- 95) M. Morlok (Anm. I) , S.143.
- 96) M. Morlok (Anm. I) , S.144.
- 97) M. Morlok (Anm. I) , S.170.
- 98) M. Morlok (Anm. I) , S.171.
- 99) M. Morlok (Anm. I) , S.171.
- 100) M. Morlok (Anm. I) , S.172.
- 101) M. Morlok (Anm. I) , S.192.
- 102) M. Morlok (Anm. I) , S.192.
- 103) M. Morlok (Anm. I) , S.172f.
- 104) M. Morlok (Anm. I) , S.173.
- 105) M. Morlok (Anm. I) , S.173ff.
- 106) M. Morlok (Anm. I) , S.176f.
- 107) M. Morlok (Anm. I) , S.176f.
- 108) M. Morlok (Anm. I) , S.184ff.
- 109) M. Morlok (Anm. I) , S.186.
- 110) M. Morlok (Anm. I) , S.186.
- 111) M. Morlok (Anm. I) , S.186f.
- 112) M. Morlok (Anm. I) , S.189.
- 113) M. Morlok (Anm. I) , S.188f.
- 114) M. Morlok (Anm. I) , S.189.
- 115) M. Morlok (Anm. I) , S.192.
- 116) モルロクは、国民主権の原理のもとで不断に新たに国民によって正当化される必要性を根拠として、また、現実の状況の変化と価値観の変化に対応する必要性を根拠として、憲法理論の専門的論議は一般的政治的論議との交流関係を保つべきであるとしつつ、しかし、一般的政治的論議から一定程度の独立性を保つべきである、とする (M.Morlok (Anm.I),S.183)。したがって、憲法理論にとって、一般的政治的論議との交流関係を保つ事とそれからの独立性を保つ事とのバランスを保つ必要性も説いているわけである。
- 117) M. Morlok (Anm. I) , S.193f.
- 118) M. Morlok (Anm. I) , S.172f., S.188.
- 119) M. Morlok (Anm. I) , S.195f.
- 120) M. Morlok (Anm. I) , S.196.
- 121) M. Morlok (Anm. I) , S.196.
- 122) M. Morlok (Anm. I) , S.197.
- 123) M. Morlok (Anm. I) , S.162.
- 124) M. Morlok (Anm. I) , S.160.
- 125) M. Morlok (Anm. I) , S.187.
- 126) M. Morlok (Anm. I) , S.160.
- 127) M. Morlok (Anm. I) , S.149ff.
- 128) M. Morlok (Anm. I) , S.152.
- 129) M. Morlok (Anm. I) , S.161f. なお、モルロクは、Reflexionについて、別の文献で、自己自身の状況と自己自身の行動様式の省察、自己観察と批判的自己検証などと定義し、また、隣接諸科学、更には比較法を参照する事は、Reflexionの過程を開始させるのに適している、と述べている (M.Morlok, Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in:H.Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechts als Wissenschaft, 2007, S. 50).
- 130) M. Morlok (Anm. I) , S.163-S.166.
- 131) M. Morlok (Anm. I) , S.191.
- 132) M. Morlok (Anm. I) , S.162.

- 133) M. Morlok (Anm. I) , S.168.
- 134) M. Morlok (Anm. I) , S.167f.
- 135) M. Morlok (Anm. I) , S.168.
- 136) M. Morlok (Anm. I) , S.139.
- 137) Matthias Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, in : O. Depenheuer-C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S.34.
- 138) M. Jestaedt (Anm.137) , S.13.
- 139) M. Jestaedt (Anm.137) , S.11, S.13.
- 140) M. Jestaedt (Anm.137) , S.13.
- 141) M. Jestaedt (Anm.137) , S.22f.
- 142) M. Jestaedt (Anm.137) , S.52.
- 143) M. Jestaedt (Anm.137) , S.15f.
- 144) M. Jestaedt (Anm.137) , S.20.
- 145) M. Jestaedt (Anm.137) , S.12, S.34.
- 146) この点については後述する。
- 147) M. Jestaedt (Anm.137) , S.13.
- 148) M. Jestaedt (Anm.137) , S.13.
- 149) M. Jestaedt (Anm.137) , S.23.
- 150) M. Jestaedt (Anm.137) , S.25.
- 151) M. Jestaedt (Anm.137) , S.54.
- 152) M. Jestaedt (Anm.137) , S.17.
- 153) M. Jestaedt (Anm.137) , S.26.
- 154) M. Jestaedt (Anm.137) , S.22.
- 155) M. Jestaedt (Anm.137) , S.21.
- 156) M. Jestaedt (Anm.137) , S.21.
- 157) M. Jestaedt (Anm.137) , S.21.
- 158) M. Jestaedt (Anm.137) , S.43.
- 159) M. Jestaedt (Anm.137) , S.21.
- 160) M. Jestaedt (Anm.137) , S.21ff.
- 161) M. Jestaedt (Anm.137) , S.22.
- 162) M. Jestaedt (Anm.137) , S.22.
- 163) M. Jestaedt (Anm.137) , S.17.
- 164) M. Jestaedt (Anm.137) , S.18.
- 165) M. Jestaedt (Anm.137) , S.19, S.23. なお、イエシュテットは、Die Verfassung hinter Verfassungにおいては、Theoriedefizitの語をより多用している (S.32, S.33, S.36, S.39)。
- 166) M. Jestaedt (Anm.137) , S.23.
- 167) M. Jestaedt (Anm.137) , S.23.
- 168) M. Jestaedt (Anm.137) , S.89.
- 169) M. Jestaedt (Anm.137) , S.23f.
- 170) M. Jestaedt (Anm.137) , S.23f.
- 171) M. Jestaedt (Anm.137) , S.24.
- 172) M. Jestaedt (Anm.137) , S.24.
- 173) M. Jestaedt (Anm.137) , S.24.
- 174) M. Jestaedt (Anm.137) , S.26.
- 175) M. Jestaedt (Anm.137) , S.30.
- 176) M. Jestaedt (Anm.137) , S.56f.
- 177) M. Jestaedt (Anm.137) , S.25.
- 178) M. Jestaedt (Anm.137) , S.25.
- 179) M. Jestaedt (Anm.137) , S.25.
- 180) M. Jestaedt (Anm.137) , S.26.
- 181) M. Jestaedt (Anm.137) , S.26.
- 182) M. Jestaedt (Anm.137) , S.26.

- 183) M. Jestaedt (Anm.137), S.34.
- 184) M. Jestaedt (Anm.137), S.35.
- 185) M. Jestaedt (Anm.137), S.34.
- 186) M. Jestaedt (Anm.137), S.34.
- 187) M. Jestaedt (Anm.137), S.34f.
- 188) M. Jestaedt (Anm.137), S.34.
- 189) M. Jestaedt (Anm.137), S.35.
- 190) M. Jestaedt (Anm.137), S.35.
- 191) M. Jestaedt (Anm.137), S.33.
- 192) M. Jestaedt (Anm.137), S.43.
- 193) M. Jestaedt (Anm.137), S.42.
- 194) M. Jestaedt (Anm.137), S.42, S.52.
- 195) M. Jestaedt (Anm.137), S.42.
- 196) M. Jestaedt (Anm.137), S.43.
- 197) M. Jestaedt (Anm.137), S.43.
- 198) M. Jestaedt (Anm.137), S.43.
- 199) M. Jestaedt (Anm.137), S.28.
- 200) M. Jestaedt (Anm.137), S.28.
- 201) M. Jestaedt (Anm.137), S.25.
- 202) M. Jestaedt (Anm.137), S.27.
- 203) M. Jestaedt (Anm.137), S.28.
- 204) M. Jestaedt (Anm.137), S.27.
- 205) M. Jestaedt (Anm.137), S.27.
- 206) M. Jestaedt (Anm.137), S.28.
- 207) M. Jestaedt (Anm.137), S.25.
- 208) M. Jestaedt (Anm.137), S.28.
- 209) Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, 991, S.112. なお、この文章について、ベッケンフェルデは、後に自らコメントして大要次のように述べている。「この文章は『国家自身は自らつくりだす (schaffen) ことができない前提条件に依存して存立している』という意味で引用されていることが多いが、自分が言っているのは『国家は自らが保障する (garantieren) ことができない前提条件に依存して存立している』ということである。『保障することができない』という言葉で意図しているのは、『権力的手段を用いることができない』ということである。国家は残存しているエートスや基本的態度を支援し、保護することができるし、それらを次の世代に引渡すために学校教育を強じて強化し、生き生きとしたものとして維持することができる」(Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011, S.432)。
- 210) E.-W. Böckenförde (Anm.209), S.112.
- 211) M. Jestaedt (Anm.137), S.28f.
- 212) M. Jestaedt (Anm.137), S.53f.
- 213) 独立性を否定している箇所……“憲法理論にはこの独立性 (Eigenständigkeit) が欠けている” (S.13), “憲法の学科としての運命は憲法解釈学の地位と機能への付随性によって規定される” (S.13), “その他の基本諸学科に比して憲法理論には相対的非独立性が確認される、けだし、その認識は主として他の学科のコンテクスト、とりわけ憲法解釈学のコンテクストで利用されることに用いられるからである” (S.33)。独立性を肯定している箇所……“憲法理論とは何か、また、憲法理論は独立した学科として如何なる効用を持っているか、……” (S.51), “憲法理論が学科として独立した事によって” (S.52), “学科として独立した憲法理論は…” (S.53)。
- 214) M. Jestaedt (Anm.371), S.9 Anm. 24.
- 215) なお、同じ論文集中なかで一つの章を担当執筆したイゼンゼーがヘラーについて言及しているので、ここでそれについて言及しておきたい (Josef Isensee, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, in : O. Depenheuer-C. Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, S.199-S.270. 以下ページ数のみをあげる)。イゼンゼーはヘラーの国家社会学は憲法の現実的性格 (Wirklichkeitscharakter) が妨げとなって独自の憲法理論の展開のために僅かな余地しか与えていないと評する (S.222)。これは、イゼンゼーが、憲法理論は、国家がその中に存在している現実的憲法、したがって、国家の現実的状態 — それが憲法現実と呼ばれようとも — を対象としない、憲法理論は同時に憲法の社会学である事を意図するものでない (S.210)、という立場に立っているからであろう。しかし、イゼンゼーは、他方では、憲

法理論は、規範的憲法の実効的効力とその現実的被制約性を認識し、判断するために、経験的ファクターとしての国家を考察することができると言い (S.210)、また、憲法理論は、国家の社会的現実が存在していないかの如くに、国家を規範的観点のもとでのみ捉えることはできない、と言い (S.210)、憲法規範は国家生活の中で現実化されるのであり、その実効性は非法的諸前提によって左右されると言う (S.210)。実際、そのような非法的諸前提としての憲法の前提と憲法の期待というファクターの重要性を協調している。また、イゼンゼーは、憲法理論の任務として、憲法がその対象を如何なる方法で、また、如何なる程度に規制し、逆に、その対象がその規制を如何なる方法で、また、如何なる程度に規定するか、また、その対象が憲法の効力を制約し、相対化するか、また、どの程度にそうするか、を明らかにすることを挙げているが (S.239)、この任務は憲法がその中で働らく社会的現実を対象としなければ果せないであろう。また、憲法の規範性を強調するイゼンゼーが、憲法の妥当根拠 (これをイゼンゼーは *Geltungsgrund* とも言い、*Legitimation* とも言う) が究極的に国民による受容れ (*Akzeptanz*) にあるとし、共同体に属するすべての人による日々のプレビシットによる受容れと適用とにあると説いている事も注目される (S.262f.)。以上のようなイゼンゼー自身の論述を考慮にいれると、ヘラー国家学に含まれる憲法に関する理論は、イゼンゼーの否定的発言にもかかわらず、イゼンゼーの掲げる憲法理論の要件の大半を満たしていると言えよう。したがって、イゼンゼーは、ヘラーが憲法に現実的性格を持たせたからヘラーの理論に憲法理論としての資格を否定したというよりは、国家や憲法に関する考え方の違いのゆえに、ヘラーの憲法理論をその内容面に即して批判したと見るべきであろう。

- 216) Hermann Heller, *Staatslehre*, in: ders. (hrsg.v. M. Draht/O. Stammer/G. Niemeyer/E. Borinski), *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, 1971, S.155, S.236, S.339, S.340.
- 217) H. Heller, *Staatslehre* (Anm.216), S.310, S.315f., S.326.
- 218) H. Heller, *Staatslehre* (Anm.216), S.333.
- 219) H. Heller, *Staatslehre* (Anm.216), S.347f., S.350, S.382f.; H. Heller, *Staat*, in: ders. (hrsg.v. M. Draht/O. Stammer/G. Niemeyer/E. Borinski), *Gesammelte Schriften*, Bd.3/1971, S.18f.
- 220) ヘラーが、国家を多元的に生みだされ、しかし、統一的に作用するもの (*Vielheitlich bewirkt und doch einheitlich wirkend*) として説明するとき、既に二つのモーメントが含まれていることを示唆している (H. Heller (Anm.216), S.340)。もっとも *einheitlich* に *wirken* するためには、*Vielheitlich bewirkt* も *einheitlich* になっていなければならない、というのがヘラーの主張するところである。
- 221) H. Heller, *Staatslehre* (Anm.216), S.387.
- 222) H. Heller, *Staatslehre* (Anm.216), S.350f.
- 223) H. Heller, *Staatslehre* (Anm.216), S.351.
- 224) 両方を含めているのは、H. Heller, *Staat* (Anm.219), S.16, S.18f., S.20, 国家機関によるものだけを考えているのは H. Heller (Anm.219), S.17, S.19.
- 225) H. Heller, *Staatslehre* (Anm.216), S.343.
- 226) H. Heller, *Staatslehre* (Anm.216), S.345f.
- 227) Michael Henkel, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, 2011, S.292.
- 228) M. Henkel (Anm.227), S.347.
- 229) H. Heller (Anm.216), S.345, S.346.
- 230) H. Heller (Anm.216), S.347.
- 231) H. Heller, *Souveränität*, in: ders. (hrsg.v. M. Draht/O. Stammer/G. Niemeyer/Borinski), *Gesammelte Schriften*, Bd.2, 1971, S.109; H. Heller, *Staatslehre* (Anm.216), S.346.; M. Henkel (Anm.227), S.297.
- 232) M. Henkel (Anm.227), S.508. なお、ヘラーは“究極的にすべての領域住民が直接・間接中枢の決定の基本的統一性に服すべきであり、且つ、すべての人が中心的決定の効果の統一性にも寄与すべきであるとすれば、…”、と述べて、統一性が二つのモーメントから成立するものであることを説くとともに、住民の役割が服従という消極的なものにとどまらず、寄与という積極的なものをも含むということを明示している (H. Heller (Anm.216), S.387)。
- 233) M. Henkel (Anm.227), S.545.
- 234) H. Heller (Anm.216), S.347.
- 235) H. Heller (Anm.216), S.134ff.