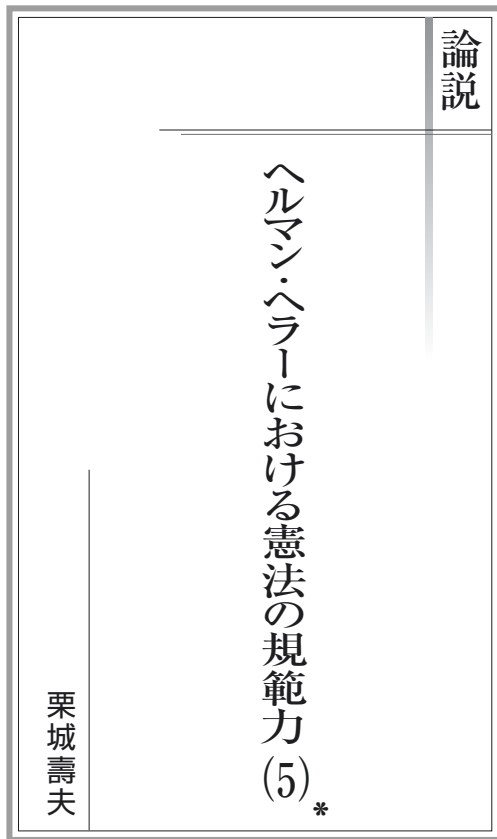




5. 法理論としてのヘラー国家学に対する批判

(以上第36号)

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

7. ヘラー国家学の特徴としての国家的統一性の追求

(以上第37号)

II. ヘルマン・ヘラーの憲法概念

(以上『名城法学』第66巻1・2合併号)

III. ヘルマン・ヘラーと憲法の規範力

1. ヘラーにおける国家的統一性の理論と憲法の規範力論

2. 憲法の規範力が可能となるための条件

IV. 憲法の規範力が可能となるための条件

1. 国家 (或いは憲法) への意思

(以上本号)

2. 意思・価値共同体 (Willens- und Wertgemeinschaft)

3. ボロンテ・ジェネラル (volonté générale)

V. 憲法の規範力が可能であるとする根拠

VI. 憲法の規範力の観点から見た社会的法治国家論

第一部 ヘルマン・ヘラーとワイマール憲法

I. ワイマール共和政における憲法学

II. 実質的憲法理論としてのヘラー理論

III. ワイマール憲法擁護のためのヘラーの実践的活動

IV. ワイマール憲法擁護の理論

(以上第34号)

第二部 ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力

I. ヘルマン・ヘラーの国家学の性格

1. 学科目としての一般国家学の枠内にあるもの
2. 国家における法の位置
3. 社会学的に基礎づけられた国家学
4. 政治学的に基礎づけられた国家学

III. ヘルマン・ヘラーと憲法の規範力

1. ヘラーにおける国家的統一性の理論と憲法の規範力論

① 本稿は、憲法の規範力を、憲法及び憲法の個別的規定がその目的・趣旨にしたがって具体化され現実化される事と解し、且つ、憲法の規範力の発揮の場面を二つに分けて、国家機関による憲法の規範力の発揮のための活動をアウトプットとしての憲法の規範力と呼び、一般国民による憲法の規範力の発揮のための活動をインプットとしての憲法の規範力と呼ぶ事にしている。一方、ヘラー国家学の第一の目標は国家的統一性の実現であり、また、ヘラー自身は憲法

の規範力という概念を用いてはいない。それにもかかわらず、本稿がヘラーにおける憲法の規範力を問題にするのは、これまでの論稿で繰返し述べているように¹⁾、ヘラーが国家と法とを相互に条件づけ合う関係において捉えているので、憲法の規範力を実現する事は、ヘラーにとって国家的統一性を実現する事に帰着すると言うことができ、この事に着目すれば、ヘラーの国家的統一性の実現に関する考え方を、憲法の規範力の実現のために活用する事は十分に可能と考えられるからである。このように考えるについては、方法論的な面で、ヘラーが、ヘラーに特有の弁証法的思考方法に基づいて、国家と法とを分離しつつも殆んど同一化している事²⁾、内容的な面で、ヘラーが国家を法保障機構として捉えている事³⁾が、後押ししている。

② ヘラーの国家的統一性についての考え方を憲法の規範力論について活用するについては、これも既に述べた事を繰返すことになるのであるが、更に幾つかの事をつけ加えておきたい。

(i) 上に述べた国家を法保障機構として捉える捉え方は、広い意味に解釈される必要があるのであって、第一に、法保障とは、先ず、ヘラーの説く法原則 (Rechtsgrundsätze) を実定法規 (positives Recht 或いは Rechtssätze) へと具体化する段階と、法原則と関係のある実定法規もしくは法原則と関係のない実定法を制定し、執行する段階とを含んでおり、法原則を具体化する段階を含んでいるぶんだけ、通常理解されているものより広いという事になり⁴⁾、第二に、法保障といっても、ヘラーが国家の存立意義と国家の正当化根拠を法保障に求めているだけのことであって、法保障以外の機能を国家がもつ事をヘラーが否定しているわけではない⁵⁾。

(ii) 憲法の規範力の意味に関して、それが、動機づける力の問題であるという事を指摘しておきたい。即ち、憲法の規範力が、憲法及び個別の憲法規定がその趣旨・目的にかなった状態を現実につくりだす力の事であるとすれば、そ

れは、更に言えば、こうした状態をつくりだすように人々を動機づける力を憲法が持っているかどうかの問題である。先ず、第一に、それは事実状態に関する問題であり、社会学的な問題である。第二に、動機づけられる主体は、先ず第一に、憲法の運用を義務づけられている国家機関——この義務づけは、もちろん、法的なものであるが、規範力の問題は国家機関が義務を果すよう動機づけられているか否か、の問題である——及び、一般国民である——一般国民の場合は、国家機関に対して憲法の趣旨・目的にかなった憲法の実現を要求するように動機づけられているか、また、実現結果を受容れ、支持するように、或いは、拒否するように、動機づけられているか否か、の問題である。したがって、動機づけの力として理解された憲法の規範力は、国家機関にかかわるところ大である事は言うまでもないが、一般国民にかかわるところも大であると言わねばならない⁶⁾。そして、一般国民が国家機関に働きかけて、憲法を実現するように動機づける力の事をインプットとしての憲法の規範力と呼んで、本稿の主たる検討の対象とするものである。

(iii) 憲法の規範力と、ヘラーの“規範的なものの恒常化力”というテーゼとの関連に関しても、述べておきたい。筆者が、ヘラーの国家的統一性の理論を憲法の規範力論のために活用しようと思った動機の一つは、ヘラーの“規範的なものの恒常化力”というテーゼに行きあたった事であった。既に社会の中であってノーマルなものになっていたものを憲法の中にとりいれたにせよ、法原則の現代における具体化と考えられるものを憲法の中にとりいれたにせよ、憲法が、ノーマルであったものを一層ノーマルなものとし、或いは、ノーマルなものを新たにつくりだす事ができるという事が、国家の恒常性・安定性をつくりだし、国家的統一の確保・維持に貢献する力を持っているとする考え方は、規範的なもの、即ち、この場合憲法の、機能・役割を重視するものとして、筆者の関心を喚起した。しかし、このテーゼは、規範そのも

の特性に注目するものであって⁷⁾、動機づけの力とは直接関係はなく、また、恒常化・安定化をもたらすという結果を問題にするものであって、動機づけを必ずしも問題とするものではなく、また、恒常化・安定化そのものを評価するものであって、恒常化・安定化の内容を評価するものではない、という点で、憲法の規範力論とは同じではない。したがって、“規範的なものの恒常化力”というテーゼからは、“法の権力構成的性格”テーゼからと同じように、国家的統一性に対して規範的なものが持つ役割を重視するという事だけを、汲取る事にしたい⁸⁾。

(iv) (i) で述べたところと重なるが、ヘラーの国家的統一性の理論を憲法の規範力論のために活用しようとした動機の一つは、国家への意思は、法への意思と不可分離に結びついていると説いている、ロバースの見解に接した事にある⁹⁾。このロバースの見解において注目すべき事は、両者の不可分離の結合の根拠と見られているのが、法したがって国家が人間の意思に依存する事と解されている事、及び、そうした理解を通して、ヘラーの理論が法及び国家に対する意思の不可欠性を強調したのは、実践的には、この意思を失っているワイマール共和政の現実にかんがみて警告を発するためであり、理論的には、法及び国家に対する意思の不必要性を説く法実証主義を批判するためであった、と理解している事である¹⁰⁾。こうした理解は、憲法の規範力の問題にとって興味深いものがあるが、ここでは、ロバースの見解から、国家への意思と法への意思とをヘラーが基本的に同一のものと考えていたという事を汲取る事にしたい。

2. 憲法の規範力が可能となるための条件

ヘラーが直接論じているのは、国家的統一性が可能となるための条件であるが、ヘラーが国家的統一性の実現のためには憲法がその趣旨・目的にしたがって貫徹される事が不可欠であると考えている事を根拠として、この条件を憲法

の規範力が可能となるための条件と読み替えて、検討することにしたい。ヘラーが挙げる条件は、国家（或いは憲法）への意思、意思・価値共同体、ボロンテ・ジェネラル（*volonté générale*）の三つであるが、基本的には、国家（或いは憲法）への意思に帰着する。国家（或いは憲法）への意思が基本形であり、意思・価値共同体はその具体的存在形態であり、ボロンテ・ジェネラルはその前提を成すものである。この場合、国家（或いは憲法）への意思、意思・価値共同体、ボロンテ・ジェネラルは、いずれも一般国民にかかわる状態を問題とするものであるから、三者を並べる事は問題なさそうであるが——むしろ、内容的に重なり合うところが多いので、三つに分ける事のほうに問題があるかもしれない——、ヘラーが意思の要素の重要性に関して論ずるところの重点は、国家機関の意思的決定の重要性におかれているので、その意味では、問題があると言わねばならない。論理的には、国家機関の意思的決定と国民の国家（或いは憲法）への意思とを別建てにするほうが、妥当かもしれないと思われる。しかし、それでは、国家機関と一般国民とを分離しつつ一体のものとして捉えるヘラーの真意にそわないことになる。また、国家（或いは憲法）への意思は、一般国民のみならず、なによりも先ず国家機関に対して要求されねばならない、とヘラーも考えているので、本稿では、国家機関の意思的決定の要素をヘラーが持出す場合、常にそれを受容れる一般国民の意思を背後にしている、というように考えたうえで、国家（或いは憲法）への意思の中に、国家機関の決定及びそれを受容れる国民の意思を含め、それ以外の一般国民の積極的もしくは消極的対応と合わせて、国家（或いは憲法）への意思を考えることにしたい。

Ⅳ. 憲法の規範力が可能となるための条件

1. 国家（或いは憲法）への意思

① 国家における意思の必要性

(i) 地域共同体における共同作業を組織し現実化するための団体としての国家が、その機能を遂行するためには¹¹⁾、命令が發布され、且つ、実施される必要がある。国家を法保障機構として捉えるヘラーは、命令の發布・実施を、法の制定・執行と重ね合わせて説明する。即ち、国家における支配の基本的構成要素としての命令は、特定の人が特定の状況において特定の方法で行為すべき事を定めていなければならない、と説明する¹²⁾とともに、実定法規についても、特定の状況において特定の人間が特定の方法で行為すべき事を定めていなければならない、と説明している¹³⁾（そもそも、命令者から見れば命令として発せられるものが、名宛人にとっては規範という意味を持つというのが、ヘラーの説明である¹⁴⁾）。

(ii) 即ち、命令或いは法がその機能を発揮し得るためには、命令或いは法が明確な内容を持っていなければならない、そのためには、命令或いは法が人間の意思による決定に基づいていなければならない、とヘラーは主張する¹⁵⁾。即ち、命令或いは法が明確であるためには、決定されていなければならない（entschieden）、決定を行うのは、人間の意思である¹⁶⁾。或いは、決定は人間の人格的な判断力の機能である¹⁷⁾。

(iii) 決定は、命令發布の場合でも、実定法制定の場合でも、内容の確定と確定されたものの下命或いは遵守要求という、二つの要素から成る。

(一) 内容の確定は、幾つかの可能性の中からの一つの可能性の選択という意味を持つ¹⁸⁾。

(二) 下命或いは遵守要求（Forderung, Anordnung, Gebot, Imperativ）は、人間の行為に向けられた、意味を持った動機づけ（Motivsetzung）

であり、要するに、人間に対する動機づけの作用である¹⁹⁾。

(iv) すべての法は、人間の意思行為によってのみ、実効性（Geltung）、実定性（Positivität）、存在（Existenz）を与えられる²⁰⁾。ヘラーが“Geltung”という言葉を使う場合、“normative Geltung”という意味で使う事もあるが²¹⁾、殆んどの場合、“soziale Geltung”という意味で使っており、それは、法の社会的存在形態を意味し、意思を拘束するものとして認められている状態を意味している²²⁾。したがって、soziale Geltung は、意思による命令とその受容れの合成態といえることができる。ヘラーは、法原則には soziale Geltung の志向が内在していると言うが²⁴⁾、この場合、法原則が自動的にGeltungを獲得するのではなく、人間の意思行為（実定化と受容れ）が獲得させるのである。

(v) 法を制定・執行する意思は、法原則の枠内で行動する意思である²⁵⁾。法は人間の意思によってのみ現実的存在となるが、法原則に基づく事によってのみ義務づける力を獲得する。その意味では、実定法は、法原則と法原則を具体化する意思行為とから、義務づける力を獲得する²⁶⁾。

(vi) 意思についてのヘラーの考えの特殊性

(一) 意思は、感覚の世界に属しながら、意味の世界にも属し、感覚と意味の統一体として、法にとっても意味を持つことができるものである²⁷⁾。意思を、自然科学的なものとしてのみ捉えて、法の世界から締め出す事は誤りであるとするのが、ヘラーの立場である²⁸⁾。“sinnhafter Wille（意味を持ったものとしての意思）”を認めるべきであり²⁹⁾、それを認める事によって、意思を、一つには、主体間のものとして社会に関係づけられたものとして捉える事ができ、一つには、主体の主観的作用から切離して客観的なものを形成させることができる、とヘラーは主張する³⁰⁾。

(二) 意思（Wille）と規範（Norm）、或いは、

ザインとゾレンとは、区別されるべきものではあるが、不可分に結びついている。ザインとしてのWollenが原動力となって、ゾレンがザインに転化する、ゾレンはWollenを介してザインとなる。法におけるゾレンとザインとの弁証法的結合というのが、ヘラー独自の理論である³¹⁾。

(三) 意思は、それ自体としては主観的なものであるが、人間特有の心理作用に基づいて客観化される事が可能であるし、また、多くの意思を動機づけ、また、将来に向けて動機づけるために、客観化される事は、必要でもある³²⁾。

(四) 命令する意思の明確性・決定性には、上限と下限とがある。下限は、具体的状況の中で命令受領者が命令の狙いとする事を理解できるほどに、命令が明確でなければならないところにあり、上限は、命令内容が明確にされ具体化されすぎていて、命令受領者の個人的イニシアティブが奪われてはならないというところにある。上限に関しては、ヘラーが、服従には“考えたうえでの服従 (denkender Gehorsam)”しかない、と言っている事が注目される³⁴⁾。

② 服従者の意思の積極的役割

(i) ヘラーは、上述の如く、国家における意思の要素の重要性を強調したが、その際、これも上述のところで明らかなように、主として、命令発布者或いは法の制定・執行者の意思の事を取上げていた。したがって、服従者の意思は、基本的に受容れ、承認という形態をとるものとして、どちらかと言えば、消極的なものとして位置づけられていた。しかし、ヘラーは、受容れ、承認を、消極的なものを超えて積極的な役割をも営むものとして考えていた³⁵⁾。これは、ヘラーが、国家を組織として捉える立場に立って、一般国民を、国家機関、秩序とともに、国家にとって不可欠の要素として捉え、その意味で、国民を国家機関と同等・同格の要素として捉えていたためと思われる。その意味では、ヘラーは意思を論ずる場合、決定と受容れとをワン・セットとして考えていたと考える事ができる。

(ii) ヘラーが服従者の意思に積極的な役割を認めていると考えられる箇所を挙げれば、次のようなものがある。

(一) “*Oboedientia facit imperantem*” というスピノザの言葉がしばしば引用されている³⁶⁾。しかも、主権について、したがって、支配について論究する出発点のところで、この語句を出している事が注目される³⁷⁾。また、ヘラーは、この語句を“支配とは服従を見出す事である (Herrschen heißt Gehorsam finden)”と訳しているが³⁸⁾、スピノザ自身の言葉は“服従が命令者をつくる”であって、服従に一層の積極性を持たせている事が注目される。

(二) 既述の如く、命令或いは法の明確性・決定性の程度に上限下限があるとし、上限として、服従者に最小限の個人的イニシアティブの余地が残されている事を挙げ、服従が、考えたうえでの服従である事を主張している。

(三) “支配者による共同体の決定 (Determination)”に“共同体による支配者の決定”が対応している、と主張している³⁹⁾。

(四) すべての支配的な組織は“授権された”支配者と“授権する”被支配者との統一としてのみ現実的なものとなる、としている。他の箇所でもそうなのであるが、被支配者について“授権する”という言葉が用いられ、支配者について“授権された”という言葉が用いられている⁴⁰⁾。

(五) 支配は、社会学的に意味のある程度に、即ち、その全体的な貫徹にとって意味のある程度に、承認を期待できない瞬間に崩壊する、としている⁴¹⁾。

(六) ヘラーは、“人間のためのすべての法は、人間の意思的に評価する行態によってつくられる”と書いて、法が人間の意思によって“つくられる”と書いたあとで⁴²⁾、“このことは、法がそれが妥当するすべての人によって承認されなければならないという事を意味する事はできないし、意味してはならない”と続けている⁴³⁾。即ち“つくられる”と“承認される”との結びつきが唐突であるように思われる。しかし、これは、ヘラーが“つくる”と“承認”とを、ワ

ン・セットのものとして考えている事のあらわれと見れば、納得がいく。

(七) ヘラーは、社会の中で種々の自然的・文化的・社会的条件に基づいて、且つ、長い時間をかけて形成されて来た共同意思 (Gemeinwille) を国家的支配秩序の意思にするのは——ヘラーが共同意思と国家的支配秩序の意思とを区別している事に注意する必要がある——、国家機関によってそれに与えられる個別化の作用であると述べて、国家機関の役割を強調したうえで、“機関担当者の意思が、心理的・自然的及び倫理的・法律的世界において共同体意思 (Gemeinschaftswille) であるのは、機関担当者の意思が原則的に被代表者の力を掌握している事、及び、機関担当者の意思が大体において服従される事が事実上期待されうるからであり、また、その限りにおいてのみである”としており、また、“機関担当者の意思が大体において服従されるのは、機関担当者の支配行為が共同意思とみなされ、この共同意思によって事実上規定されている事に基づく”としている⁴⁴⁾。この場合、ヘラーが必ずしも厳密に区別して用いているとは言い難いのであるが、大まかに言って、共同意思 (Gemeinwille) は国民の意思、共同体意思 (Gemeinschaftswille) は国家意思と理解することができるとすれば、国民意思が機関担当者意思によって認識され、且つ、表現 (repräsentieren) されて、国家意思が形成される、という関係になると思われる。この場合、ヘラーは、一方で、国民意思がただちに国家意思になるのではなく、必ず機関担当者の意思によって代表され、媒介される必要がある事を主張し、他方で、機関担当者の意思は自由に発動されるものではなく、国民意思によって規定されつつそれを代表するにすぎない事を主張している。これは一種の循環論法と言わねばならないが、国家構成員の積極的役割の重視の態度、及び、国家構成員の意思と国家機関意思の調和的実現の追求の態度のあらわれと言うべきであろう。

③ 支配或いは法制定・執行のための決定の主体としての国家

(i) ヘラーは、上述の如く、支配或いは法制定・執行のための決定が人間の意思によって行われなければならない事、決定が人間の人格的判断力の作用である事を力説した。しかし、とりわけ“主権論”の論述の過程で、決定は、意思統一体、或いは、決定統一体によって行われるべき事をしばしば説き、意思統一体、或いは、決定統一体が、支配の主体、或いは、主権の主体である、と説いている⁴⁵⁾。

(ii) それでは、意思統一体、決定統一体とは何か。とりわけ、それが人間の意思と如何なる関係にあるのか。

(一) ヘラーにおける意思統一体、決定統一体という語の用い方からすれば、それは、国家を意味していると言う事ができる⁴⁶⁾。現に、“普遍的決定統一体として主権的である国家”という言い方をしたり⁴⁷⁾、また、“この秩序を実現する行為の決定・作用統一体を、国家意思或いは国家権力と呼ぶ”と述べている⁴⁸⁾ (もっとも、“国家学”においては国家を意思統一体と呼ぶことはなくなっており、また、“主権論”においてはしばしば用いられた国家意思 (Staatwille) という語の使用は、“国家学”においては稀になっている)。

(二) それでは、決定の主体を国家としているのに、人間意思を前面に打出した事は、如何なる意味を持っているのか。

(A) それは、国家学や憲法学において当時支配的であった、国家 (或いは国家意思) をフィクション、或いは、抽象体とする見解を、批判する意味を持っている⁴⁹⁾。また、それに対抗する学説が説くように、有機体全体を初めから存在するものとして前提し、個人を非独立化し、全体の単なる機能としてしまう事をも、批判する意味を持っていた⁵⁰⁾。

(B) それは、人間の意思に働きかけ、動機づけ、義務づけるのは、人間の意思しかありえないという確信のあらわれという意味を持ってい

る。この場合、意思は、単に自然科学的・心理学的意味を持つだけでなく、精神的・倫理の意味をも持っているというヘラーの確信が、基礎にある⁵¹⁾。

(C) それは、人間の意思、或いは、人間の意思的行為を基盤とするがゆえに、国家意思をレアルなものにする、という意味を持っている。ヘラーは、命令或いは法の制定・執行のための意思的決定はレアルなものでなければならない、という事を強調する。したがって、国家意思がレアルなものでなければならない、という事を強調する⁵²⁾。そして、国家意思がレアルである事の根拠として、経験的現実に関与し、かつ、それから働きかけられる事⁵³⁾、諸種の自然的・文化的諸条件のもとでそれらによって規定されつつ形成・発動される事⁵⁴⁾などと並んで、とりわけ重要な根拠として、人間の意思的行為を基盤とする事を挙げる。また、国家意思の現実性を否定する見解に対する反論を、個人の意思・意識のあり方の問題に還元して行っている事が、注目される⁵⁵⁾。

(D) ヘラーは、国家が意思的決定を行う事ができるための要件として、国家意思が統一的である事を挙げる⁵⁶⁾ (ヘラーは“主権論”においては国家意思の統一性を強調するが、“国家学”においては意思の統一性の主張を抑えて、もっぱら決定・作用の統一性を強調する。しかし、決定・作用の統一性が統一的な国家意思によって支えられていなければならない、という基本的な考え方には変わりがない、と言える)。

ヘラーが国家意思の統一性を要求するのは、一つには、国民の意思が統一的ではなく、むしろ多元的に分かれているという認識を基礎にしているからである。ヘラーは、如何にして“多”から“一”が形成されるかを説明する事を国家学の任務としているだけでなく、そもそも“多”から“一”を形成するところに国家の固有法則性があると見ている。もっとも、この点をよく考えると、“多”は被支配者、国民、社会に属するファクターであり、“一”は支配者、国家に属するファクターであり、“多”と“一”とは次元を異にしているというべきであ

る (なお、この意味では、多から一の形成を国家活動の核心と見ているところに、ヘラーが国家を多元主義的に考えている事があらわれているだけでなく、国家活動に関して、インプットとアウトプットとを区別したうえで結びつけている事があらわれている、と言える)。それにもかかわらず、ヘラーが国家活動の核心を成すものとして両者をひと括りにして考えているのは、言うまでもなく、統一的な決定の確定・実施という国家活動を完遂するためには、被支配者、国民による支えが必要であり、それとだけ統一化された支えが必要だからである。この意味においては、国家意思が統一的でなければならないというヘラーの主張は、国家は統一的な活動を展開しなければならないという意味と、国民の——すくなくとも或る程度の——統一的な支えを獲得していなければならないという意味とを含んでいる、と見る事ができる。このようにして、ヘラーは、国民意思の多元性に基づいて、国民意思の或る程度の統一的な支えを必要とすると説くのであるが、また、国民意思の或る程度の共通性に基づいてそれが可能であると説く (これについては別稿で検討する)。この意味において、国民の意思は、統一的な国家意思を必要ならしめる根拠でもあり、また、それを可能にする根拠でもあると言える。

(E) ヘラーは、国家意思が規範的 (normativ) である事、即ち、規範によって拘束される事が必要であると説く⁵⁸⁾。規範による拘束を受けるのは国家であるが、実際上は国家活動を分担する個々の人間であり、その個々の人間が国家に課された拘束を自己に課された拘束として受取るのであれば、国家はその機能を遂行する事はできない。この意味において、国家活動の規範的拘束に関しても、個人の意思が重要な意味を持っている。

④ 国家意思の形成

(i) ヘラーは、国家がその存在意義を発揮し得るために、決定・作用統一体として形成され、

存続する事が必要であるという事を強調し、更に、そのために、統一的な意思を持つ事を強調する。ただし、この点に関しては、既に上述のところで触れたように、“主権論”と“国家学”とでは、ニュアンスが異っている。即ち、“主権論”においては、ヘラーは国家意思を前面に押出し、国家意思の統一性、現実性を強調しているが、“国家学”においては、国家意思を必ずしも前面に押出してはいない。そもそも、国家意思という語を使っていることは使っているが、余り多くはない。これは、“国家学”においては、国家を意思共同体として捉える事を否定し、もっぱら決定・作用統一体として捉える考え方を前面に押出すようになったからと思われる（“国家は意思統一体ではない、それにもかかわらず現実的な決定・作用統一体である”⁵⁹⁾）。そして、それは、国民の対立的現実の認識を一層強めたからだと思われる⁶⁰⁾。しかし、国家がその存在意義を発揮しその機能を遂行するために統一的な決定を行い、統一的な決定を実施しなければならず、そのために国家が統一的な意思の主体でなければならないとする基本的な考え方は維持している、と見ることができる。そこで、ヘラーは、“主権論”におけるのと異って、“国家学”においては、組織（Organisation）としての国家という観点を前面に押出して、組織の作用として統一的な決定、統一的な執行が行われるという事を強調する。もちろん、これも既に触れたように、自然的・文化的諸条件に基づいて、また、国家からの種々の働きかけに基づいて、一般国民の間に一定の共通のもの（“Einigung im Sinn und Geist”；“Wir-Bewußtsein”；“Gemeinwille”などと表現する⁶¹⁾）が成立する事は、従来どおり認めるのであるが、しかし、それだけでは不十分だとして⁶²⁾、組織の働きにまつべき事を強調する。しかし、また、国家の存立・活動にとって、一般国民の意思が重要であると考え点においては、“主権論”と“国家学”とにおいて、変わることはない（“国家意思は、国家という支配統一体の合理的組織の所産ではない”⁶³⁾）。

(ii) ヘラーの用語法は、必ずしも統一的ではない。“国家意思（Staatswille）”という語を国民意思をあらわす“共同意思（Gemeinwille）”或いは“共同体意思（Gemeinschaftswille）”の意味で用い、逆に“共同体意思”或いは“共同意思”という語を“国家意思”の意味で用いている事があり、その都度如何なる意味で用いているのかを判断する必要がある（もちろん、いずれの意味か判断し難い場合もある）。

(一) Staatswilleという言葉がGemeinwille, Gemeinschaftswilleという意味で用いられている例：

- “国家生活の全自然的・文化的条件の所産としてのStaatswille”（Gesammelte Schriften, Bd. 2, S. 117）。
- “個々人の意味のある意思の小片の結合としてのStaatswille”（a.a.O., Bd. 2, S. 106, 109）。

(二) Gemeinschaftswille, Gemeinwilleという言葉がStaatswilleという意味で用いられている例：

- “機関担当者の意思がGemeinschaftswilleとなるのは…”（a.a.O., Bd. 2, S. 107）。
- “Gemeinwilleに対する抵抗”（a.a.O., Bd. 2, S. 109）。

(三) Staatswilleという言葉がStaatswilleという意味で用いられている例：

- “実効的な決定統一体としてのStaatswille”（a.a.O., Bd. 2, S. 105）。
- “Staatswilleはその正当化及び力を超実定的な法原則から獲得する”（a.a.O., Bd. 3, S. 298）。
- “Staatswilleは現実科学的にも意思と規範との弁証法的統一…”（a.a.O., Bd. 3, S. 298）。

(四) Staatswilleを別の表現であらわしている例：

- “国家的支配秩序の意思”（a.a.O., Bd. 2, S. 107）。

(iii) “国家学”においては、“国家意思”の語の使用は大幅に減ったが、それに代わって“国

家権力 (Staatsgewalt)” という語の使用が逆に増加している。しかし、これは、ヘラーが権力イデオロギー信奉者になったからではなく⁶⁴⁾、決定・作用統一体により即応し、それを機能的に捉えるようになった事や、国家の三要素の合成の効果をあらわす概念としてより適切だと考えた事によるもの、と思われる⁶⁵⁾。

(iv) 機関による国家意思の形成

(一) 国家意思を前面に押出さないとしても、決定・作用共同体を動かすものが意思であることに変わりがない。その意思の担い手が機関である事は、“主権論”においても“国家学”においても認められている。既に“主権論”においても、ヘラーは、“しかし、この意思の統一が国家的支配秩序の意思になるのは、国家機関によってそれに個別化が与えられる事によってである”と書いている⁶⁶⁾。“国家学”においては、国家の自己形成と積極的展開のためには、事前の計画と徹底的に意識的に行為の統一性を志向し、場合によってはそれを強制する行動、即ち、“機関”の行動が、不可欠だとしている⁶⁷⁾。“機関”の不可欠性については、たとえ国家のすべての構成員に行為の統一性への意思が存在しているとしても、統一的なアクションの遂行のためには、なお、個々人の計画的な調整及び適用されるべき手段についての決定が必要であるという趣旨の事を述べ、この決定を行うのが機関である、としている⁶⁸⁾。

(二) 国家の活動にとって人間の意思的決定が決定的に重要であるという事は、その決定を行う役割を機関担当者たる人間が担うという事によって、現実的意味がでてくる。

(三) しかし、機関が決定・作用統一体としての国家の機能発揮のための活動を展開することができるのは、組織としての国家の中にその一環として組込まれ、他の二つの要素と協働するからである。ヘラーは、組織の法則 (Gesetz der Organisation) は、最も基本的な国家の形成法則であるとする⁶⁹⁾。組織という行為を、ヘラーは、“秩序づけられた行為構成体 (=組織) の現在の存在及び不断に更新される実在のため

に必要な作為 (もしくは不作為) の指示と実現に向けられた行為”として説明する⁷⁰⁾。現象論的に見れば、組織は、相互に必要とし合う三つのエレメントから成っている。(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秩序、(C) 秩序の定立・保障を担当する特別の機関、がそれである⁷¹⁾。この三つのエレメントはいずれも同等の資格において不可欠であって、構成員と機関とが秩序にしたがって統一的効果に向かって協働する事によって、作用統一体としての組織の現実的統一が成立するのであり⁷²⁾、それゆえ、秩序、機関、構成員のいずれも、それだけで、なんらかの観点の下に、三つのすべての構成要素の協働によって成立する組織と同一化されてはならない、とヘラーは主張する⁷³⁾。

⑤ 国家への意思

(i) 上述した事にかんがみれば当然の事と言えるが、ヘラーは、自然的・文化的諸条件に基づいて、また、国家の側からの種々の働きかけに基づいて、国民の間に意識と精神における統一 (Einigung im Sinn und Geist) が生ずるが、しかし、それだけでは決定・作用統一体としての国家の本来的存在意義の発揮にとって不十分としつつ、しかし、また、意識と精神における統一は、国家の本来的存在意義の発揮にとって不可欠であるとする。

(ii) これも、既に述べた事であるが、ヘラーは、意識と精神における統一を、種々の概念で言い替える。“Wir-Bewußtsein (我々意識)”、“Gemeinwille (共同意思)”、“Gemeinschaftswille (共同体意思)”、“Willens- und Wertgemeinschaft (意思・価値共同体)”などの概念が、それである。ヘラーは、これらの概念を用いて、国民の意識・意思における一定の共通なものが不可欠である事を主張する。

(iii) これらの諸概念には、共通性の強さに関し

て、Wir-Bewußtseinから始まって、Gemeinwille, Gemeinschaftswilleを経て、Willens- und Wertgemeinschaftに至る種々の段階がある。ヘラーは、必要な場合には、これらの概念について違った扱いをしているが、基本的には、共通のものとして扱っている。そして、これらの概念について、消極的及び積極的な観点から、規定している。

(一) 消極的な観点からの規定

これは、先に触れた、国家意思のレアリテートを否定する見解に対する反論として行われたものである（この際、ヘラーは、国家意思のレアリテートという言葉を用いているが、この場合、内容から考えて、共同意思、共同体意思という意味で用いていると言うべきであろう）。即ち、共同意思或いは共同体意思がレアルなものである事を主張するために、次のような規定（或いは性格規定）を行っているのである。

(A) 共同意思の存在にとっては、国家の命令がすべての人によって、且つ、常に、自覚的に、意識されている必要はない⁷⁶⁾。

(B) 国家の命令に、個別的ケースにおいて抵抗する者があっても、国家の命令全体に承認を拒否する者でなければ、共同意思に含まれる⁷⁷⁾。

(C) 行為による抵抗が行われるのでなければ、意思の原則的統一性としての共同意思のレアリテートは失われない（個人が行為によって共同意思に抵抗する場合、抵抗が成功すれば、この個人の意思が新たな共同意思を生み出すことになり、抵抗が失敗すれば、最終的に力によって制圧されるか、のいずれかである）⁷⁸⁾。

(二) 積極的な観点からの規定

ヘラーは、共同体意思或いは我々意識を、個人の内心における過程 (intraindividueller Vorgang) として、すべての個人の内心で行われる矛盾の弁証法的調整 (dialektischer Ausgleich von Gegensätze) として、説明する⁷⁹⁾。或いは、社会的共同生活のために不断に行わざるをえない、内心における、順応と適応の過程の結果として生ずるものであって、長年にわたる教育によって生ずる、多かれ少なかれ明確で確固とした慣習の状態として、説明する⁸⁰⁾。ヘラーは、

その例として、“主権論”と“国家論”とにおいて、同じ例を持出している。即ち、或る国家の労働者が、社会政策的立法、労働法等々を望むゆえに、同じ国家の関税法、租税法、兵役法などに反対していても、それらを甘受すれば (in Kraft nehmen)、その労働者の国家への意思 (Wille zum Staat) は確保され、逆に、経営者が、その私有財産や自分に有利な関税政策が国家によって保障されるがゆえに、その国の国家形態や社会立法等に反対していても、それらを甘受すれば、同じくその経営者の国家への意思は確保される、というのがヘラーの説明である。同様の論法でもって、ヘラーは、或る者が兵役を拒否し、また、別の或る者が租税を遁脱し、また、他の或る者が殺人を犯しても、これらの規範侵犯者が次の瞬間に自ら国家の保護を当てにし、その事によって国家を理論的に承認し、原則として国家の構成のために自らなんらかの貢献をする限り、個人の中での必要な調整が行われている、と説明する⁸¹⁾。この意味で、国家への具体的意思は、すべての個人ではないにしても、殆んどの個人の中で働いている、とヘラーは言う⁸²⁾（このほぼ同一内容の例示の文章において、“主権論”では“Staatswille”という語が二回使われているが、“国家学”では“Staatswille”という語は使われず、一度目は“Wille zum Staat”という語に置換えられ、二度目は単純に“Staat”という語によって置換えられている事が注目される。この事は、次のような意味を持っていると解される。第一は、“国家学”においては、国家意思という語の使用が抑制されているという事である。第二は、“Staatswille”という語が“Wille zum Staat”という意味でも用いられているという事である。第三は、“Staatswille”という語を“Wille zum Staat”という意味で用いているという事は、ヘラーにおける用語法の混乱のあらわれであるとともに、ヘラーが国家活動に関して、アウトプット (Staatswille) とインプット (Wille zum Staat) とを結びつけて考えていた事のあらわれでもある、という事である)。

(三) 国家への意思

(A) 既に述べたように、“主権論”におけるのと比較して、“国家学”においては、国家意思という語の使用が減少している。これは、基本的なところでは変わっていないとしても、国家を意思統一体として見る事から、決定・作用統一体として見る事に重点を移し、また、国家を支配秩序として見る事から、組織として見る事に重点を移した結果である。そして、ヘラーは、組織としての国家の中に不可欠の要素として、組織の構成員という形態で一般国民を組込んだ。組織の要素としての一般国民の役割の主たる内容が、受容れと受容れに基づく服従であるにしても、組織の不可欠の構成要素として位置づけられる事によって、一般国民の国家とのかかわりは、より積極的なものとされたと言う事ができる。ヘラーが“国家学”において国家への意思という概念を打出したのは、そのあらわれと見る事ができる。

(B) ところで、ヘラーが、国家への国民の意思が確保されている例として挙げた事態、即ち、一定の法律に反対していても、他の法律を求めるがゆえに、その法律を結局甘受する、或いは、犯罪を犯しても、次の瞬間国家の保護を期待する、というような事態について、国家への意思が確保されていると言うことができるのか。ヘラーの言うように、内心における調整が働いて、国家への意思が確保されるとしても、そうであるとすれば、この程度の意思が国家の活動を支える事ができるのか、という事が問題となる。

(C) この点、論理的論証の順番としては、——ヘラーはその点を明示していないのであるが——まず、国家をしてその存在意義を発揮せしめるために、国民の国家への意思が必要か、という問題が提起され、そのうえで、その問いに対する回答として、国民の意思を、内容的に同じ意思またはパラレルな意思の統一体、或いは、内容的に目標を共通にする意思として捉えて⁸³⁾、そのような国民意思の存在を否定する見解が打出されているのに対抗して、ヘラーが国民の意思についての独自の概念規定をして、その存在を肯定する見解を展開した、という事

情を考慮にいれる必要がある。これも、ヘラーは明示していないが、論理的には、国民の意思が必要である事を肯定し、それをふまえて、国民意思の存在を主張し、そのために上記のような説明をしたと考えるべきである。

(D) 以上のような、ヘラーの説明について、三つの事が言える。

第一は、ヘラーが、国民の国家への意思を、国家が存在しその存在意義を発揮するための要件としてかかげた、という事である。

第二は、国家への意思など存在しないという事が主張され、或いは既に現実となっている状況をふまえて、ヘラーが、敢えて、国家への意思を殆んどすべての個人が持っているという主張をした、という事である。逆に言えば、殆んどすべての個人が持っているという主張ができるような概念規定を、国民の意思について行った、という事である。

第三は、ヘラーの意図は理解できるにしても、ヘラーが概念規定したような国民の意思では、国家活動を支えるファクターとしては、質的にも（内心における調整が行われるかどうか不明）、量的にも（調整が個々バラバラ）、極めて弱い。組織の中の一要素という事を考えれば、弱ければ、そのぶん他の要素、とりわけ国家機関という要素が、強化されるおそれがある。

(E) 国家への国民の意思の存在証明としてヘラーが説明しているのは、いわば最低のレベルのものである。そして、ヘラー自身それをレベル・アップする試みをしている。それは、意思・価値共同体という考え方である。更に、意思・価値共同体の前提として、ボロンテ・ジェネラルの存在が挙げられている。これらについては、次稿で検討したい。

(未完)

注)

*本誌第37号では「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (3)」となっているのに、本号では「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (5)」となっているのは、本誌第37号とほぼ同時期に刊行された『名城法学』第66巻1・2合併号(網中政機教授・片桐善衛教授退職記念論文集)に掲載された拙稿「ヘルマン・ヘラーの憲法概念」を、本論文シリーズの一環と考えて、これを「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (4)」と考えているからである。

- 1) 拙稿「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (1)」名城ロースクール・レビュー第34号(2015年)1頁以下、同「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」名城ロースクール・レビュー第36号(2016年)39頁以下、同「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (3)」名城ロースクール・レビュー第37号(2016年)1頁以下、同「ヘルマン・ヘラーの憲法概念」名城法学第66巻1・2合併号(2016年)1頁以下。
- 2) *Gerhard Robbers, Hermann Heller: Staat und Kultur*, 1983, S. 50.
- 3) G. Robbers (Anm. 2), S. 78; *Hermann Heller, Staatslehre*, in: *ders.* (hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski), *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, 1971, S. 333.
- 4) G. Robbers (Anm. 2), S. 78; *H. Heller (Anm. 3), Staatslehre*, S. 333.
- 5) *H. Heller (Anm. 3), Staatslehre*, S. 333.
- 6) 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (1)」2～3頁。
- 7) *H. Heller (Anm. 3), Staatslehre*, S. 366, 377.
- 8) 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (1)」2頁。
- 9) G. Robbers (Anm. 2), S. 50.
- 10) G. Robbers (Anm. 2), S. 50.
- 11) *H. Heller (Anm. 3), Staatslehre*, S. 310, 315 f., 324, 326.
- 12) *Hermann Heller, Souveränität*, in: *ders.* (Anm. 3), *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, S. 59.
- 13) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 70.
- 14) *H. Heller (Anm. 3), Staatslehre*, S. 295.
- 15) *H. Heller (Anm. 3), Staatslehre*, S. 301.
- 16) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 60, 61, 62.
- 17) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 60.
- 18) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 72.
- 19) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 57, 66; *ders.* (Anm. 3), *Staatslehre*, S. 295.
- 20) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 72; *ders.* (Anm. 3), *Staatslehre*, S. 290 f.
- 21) *H. Heller (Anm. 3), Staatslehre*, S. 295.
- 22) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 69; *ders.* (Anm. 3), *Staatslehre*, S. 290, 295.
- 23) 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」では、ヘラーが“Geltung”という語を用いる場合、国家権力によって定立された法が適用される状態を指す意味と、制定された法が社会の中で受容れられ、従われている状態を指す意味との二つの意味で用い、且つ、前者の意味での用法が第一次的で、後者の意味での用法が第二次的と書いたが、むしろ、後者の意味での用法が第一次的で、前者の意味での用法が第二次的と考えるほうがより適切であると思われるので、改めたい。ただし、本文で書いているように、後者の意味(これが社会的妥当或いは実効性に当たるのであるが)で用いられている場合、それを命令とそれの受容れとの合成態として用いられているものと理解する事にしたい。このように訂正と補完をする事にしたい。
- 24) *H. Heller (Anm. 3), Staatslehre*, S. 332.
- 25) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 72, 110.
- 26) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 71, 73 f.; *ders.* (Anm. 3), *Staatslehre*, S. 290.
- 27) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 100 f.
- 28) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 101.
- 29) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 101; *ders.* (Anm. 3), *Staatslehre*, S. 166.
- 30) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 101; *ders.* (Anm. 3), *Staatslehre*, S. 374. 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」41頁。
- 31) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 66; *ders.* (Anm. 3), *Staatslehre*, S. 295.
- 32) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 66; *ders.* (Anm. 3), *Staatslehre*, S. 295.
- 33) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 60.
- 34) *H. Heller (Anm. 12), Souveränität*, S. 60.
- 35) 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」56頁、64頁。
- 36) 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」43頁。

- 37) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 57.
- 38) ただし、“服従が支配者をつくる”と訳しているところもある (*H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 349)。
- 39) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 62.
- 40) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 347, 348, 349.
- 41) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 62.
- 42) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 71.
- 43) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 71.
- 44) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 105 ff.
- 45) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 62, 65, 71, 72, 74, 103.
- 46) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 339 ff.
- 47) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 133.
- 48) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 103.
- 49) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 339 f.
- 50) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 339 f.
- 51) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 101; *ders.* (Anm. 3), Staatslehre, S. 166.
- 52) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 99 f.
- 53) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 103.
- 54) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 105; *ders.* (Anm. 3), Staatslehre, S. 293, 341.
- 55) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 108 f.
- 56) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 81 (統一的意識現実態としての国家); a.a.O., S. 105 (決定統一態としての国家意識); a.a.O., S. 111 (主権的意思の統一性); ebenda (統一的國家意思); a.a.O., S. 119 (國家の意識的統一性)。
- 57) 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」44頁以下。
- 58) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 99.
- 59) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 347.
- 60) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 265.
- 61) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 186, 187.
- 62) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 182.
- 63) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 267.
- 64) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 356.
- 65) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 349 ff.
- 66) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 107.
- 67) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 183.
- 68) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 184.
- 69) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 341. 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」45頁。
- 70) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 341. 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」45頁。
- 71) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 341. 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」45頁。
- 72) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 342.
- 73) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 344.
- 74) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 186, 345, 346.
- 75) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 108.
- 76) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 108.
- 77) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 108.
- 78) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 108 f.
- 79) *H. Heller* (Anm. 3), Staatslehre, S. 346.
- 80) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 109; *ders.* (Anm. 3), Staatslehre, S. 346.
- 81) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 109; *ders.* (Anm. 3), Staatslehre, S. 346.
- 82) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 109; *ders.* (Anm. 3), Staatslehre, S. 346.
- 83) *H. Heller* (Anm. 12), Souveränität, S. 109; *ders.* (Anm. 3), Staatslehre, S. 345.

