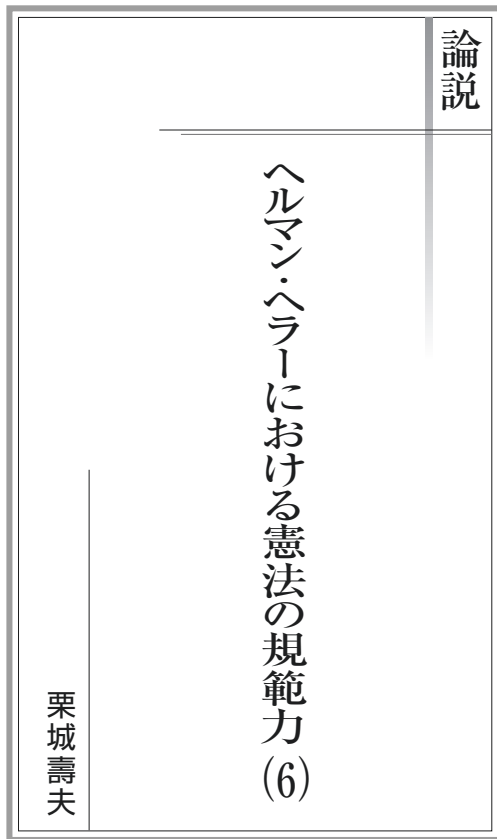




5. 法理論としてのヘラー国家学に対する批判

(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

(以上第38号)

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

3. ボロンテ・ジェネラル (volonté générale)

(以上本号)

V. 憲法の規範力が可能とする根拠

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

Ⅳ. 憲法の規範力が可能となるための条件(承前)

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

① ヘルマン・ヘラーは、領土における決定・作用統一体としての国家がその機能を発揮し得るためには (——したがって、ここでの問題に即して言えば——憲法がその規範力を発揮し得るためには)、組織としての国家の構成要素の一つとしての国家機関による先導的・指導的決定・執行が必要であるとしたが、それだけでは不十分であって、組織としての国家の構成要素としての国民による支えが必要であるとした。

ヘラーは、国民による支えの現われとして、先ず、国家への意思（したがって、また、憲法への意思ということになるのであるが）をあげ、更に、国家への意思が国民によって共通に持たれる事をあげる。共通に持たれる国家への意思を、ヘラーは、或いは、われわれ意識（*Wir-Bewußtsein*）と呼び、或いは、共同意思（*Gemeinwille*）と呼び、或いは、共同体意思（*Gemeinschaftswille*）と呼び、或いは、意思・価値共同体（*Willens-und Wertgemeinschaft*）と呼ぶ。既述の如く、明確に区別されて用いられているとは言い難いが、強いて区別するとすれば、“われわれ意識”は自然的・文化的条件の共通性に基づいて自然に成立する共存・共生の意思であり、“共同意思”或いは“共同体意思”は国家意思と互換的關係において捉えられるが、なお、国民の側に即して考えられるものであり、“意思・価値共同体”は自然的・文化的諸条件と国家機関からの働きかけとが結びついて成立する共通の意思として考えられるものである。共同意思或いは共同体意思は、ボロンテ・ジェネラル（*volonté générale*）のドイツ語的表現であって、統一的な国家意思の成立の前提となり、また、統一作用の結果ともなるものである¹⁾。これについては次項で検討することにして、本項では意思・価値共同体について検討することにする。

② ヘラーは、国家を同じ内容或いはパラレルな内容の意思の統一体として捉える考え方を否定する。しかし、その文脈のなかで、そのことは国家はそれを支える意思共同体なしですませることができると解釈されてはならないと述べ、国家はあらゆる組織と同じように、実効的な共同体意思なしには存在することはできない、と述べる²⁾。ヘラーは、端的に、“あらゆる他の組織と同じように、国家という組織もまた、あらゆる種類の催事を通じて、とりわけ学校や世論形成への働きかけを通じて、間接的に国家という組織を基礎づける意思・価値共同体を維持し、拡大し、新しく作りだすよう不断に志向していなければならない”と述べている³⁾。

③ ヘラーが意思・価値共同体について言及する時、広狭二つの意義でそれを考えている事に注意する必要がある。これは、他の場合にも見られるように、ヘラーの用語法が統一的でない事の現われと言うべきであるが、しかし、それだけではなくて、意思・価値共同体の必要性を強調しながらも、それが必ずしも存在し得ていない現実直面して、その主張を限定し、それが一定範囲で存在すれば足りるとする事によって、国家活動の統一性の実現のために意思・価値共同体の存在が必要である、という主張を貫こうとしたとも考えられる。

（i）狭義の意思・価値共同体

ヘラーは、“権力中核（*Machtkern*）が、説得もしくは強制によって同調者（*Mitläufer*）及び反対者（*Widerstrebende*）に対してその固有の意思・価値共同体を貫徹する事によって初めて国家権力が成立する”と言い⁴⁾、“意思・価値共同体と呼ばれるものは、国家の中核を構成するグループの連帯である”とし、“権力の中核の政治的連帯なしには、国家権力は考えられない”とし⁵⁾、この意味での意思・価値共同体は、近似值的に同じ自然的・文化的条件のもとに生存し、近似值的に同じ政治的理念を信奉し、或る程度共通の利益をも持っている“近似值的に同質の共同体”として説明している⁶⁾。即ち、ヘラーは、その包含する人的範囲を権力中核に限定したうえで、意思・価値共同体を種々の点ではほぼ同質的な共同体として捉え、このような意思・価値共同体が国家権力にとって不可欠としている。このように意思・価値共同体の人的範囲を限定して考えているのは、意思・価値共同体の成立を認めやすくするという理由からだけでなく、ヘラーが考えるような連帯が、必然的に対立を含んだ社会構造のゆえに存在し得ない、という事をヘラーが認識しているからである⁷⁾。

（ii）広義の意思・価値共同体

他方で、ヘラーは、いわばすべての人を含む意思・価値共同体をも考えている。且つ、これ

がヘラーが主眼とするところである。

(一) ヘラーは、政治の任務をもって、常に意思共同体を根拠にして対立する意思を組織する事としているが⁸⁾、ここでは、狭義の意思・価値共同体を根拠にして広義の意思・価値共同体を実現する事が構想されていると言う事ができる。

(二) したがって、前述した、国家はそれを基礎づける意思・価値共同体をあらゆる種類の催事を通じて維持し、拡大し、新しく作り出す事を不断に志向しなければならないという趣旨のヘラーの言葉にも、狭義の意思・価値共同体を根拠にして広義の意思・価値共同体を作り出すという構想が基礎に置かれていると言う事ができる。例えば、ヘラーは、“支配組織は常に正当化される事、即ち、被支配者を自己の権力要求を尊重する意思・価値共同体に組入れる事を志向していなければならない”と述べている⁹⁾。

(三) ヘラーは、意思・価値共同体の成立について上述の如く量的範囲の面で限定したが、量的範囲の面で限定をせずに広く全員から成るものとして意思・価値共同体を考えた場合に、今度は、質的な面で限定し、その事によって広義の意思・価値共同体の成立・存続を可能なものとした。

(A) すべての人を含むという場合¹⁰⁾、権力中核と同調者だけでなく、反対者をも含めて考えた¹¹⁾ (もっとも、ヘラーはこれを量的分析の結果としているのであるが¹²⁾)。もっとも、すべての人を含めるがゆえに、逆に、狭義の意思・価値共同体を考える必要があったという事になるのであるが。このように、広義の意思・価値共同体を持ち出す事は、一方で、国家の存立・活動を支えるものを幅広くするという意味を持っており、他方で、国家と権力者との同一化を拒否するという意味を持っている¹³⁾。

(B) 意思・価値共同体に帰属するという事の認定のためのハードルを低くした。既述の如く、ヘラーは、共同体意思 (或いはわれわれ意識) を、個人の内心における過程として、或いは、すべての個人の内心で行われる矛盾の弁証法的調整として説明し、或いは、より詳しく、社会

の共同生活のために行わざるを得ない、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的状态として説明する。そして、この意味での調整、或いは、順応と適応は、ほとんどすべての個人の中で行われているので、結局、この意味での、国家への具体的意思は、すべてではないにしても、ほとんどの個人の中で働いている、とヘラーは主張する¹⁴⁾。そうすると、こうした具体的意思を持った人々のゆるやかな集合体としての意思・価値共同体の存在が認められる、とヘラーは考えていたと言う事ができよう。

④ ヘンケル (*Michael Henkel*) は、ヘラーがわれわれ意識と意思・価値共同体とを異ったステータス (*Status*) を持ったものとして考え、両者を区別していたとする。ヘンケルは、一方で、ヘラーが、両者とも国家の存立・維持にとって必要・不可欠のものではあるが、国家からの働きかけによって涵養・促進されるべきものである点で、両者を同一視しているが、他方で、われわれ意識が、共存・共生の感情を基盤として意思・価値共同体に先在し、意思・価値共同体によって働きかけられて活動する、内容のないものであるとしているのに対して、意思・価値共同体が、内容を持った (といってもコンセンサスに基づくものではない)、政治的に働くもの、能動的なものであるとしている点で、両者を異ったものとしている¹⁵⁾。しかし、ヘンケルは、例えば、ヘラーが意思・価値共同体の形成に関して行っている説明をそのままわれわれ意識の形成のための説明として使っているところにも現われているように¹⁶⁾、この区別を貫けていない。これは、むしろ、ヘラー自身が異った概念を用いているが、必ずしも両者を区別していない事に基づいていると言えよう。むしろ、ヘンケルが、われわれ意識と対比する意味で、意思・価値共同体が内容を持ったもの、政治的に働くものである事を主張しているのが問題である。ヘラーの説くところを見る限りでは、われわれ意識にしても、意思・価値共同体にしても、

政治的に働くための十分な内容を持っているとは言いがたい。そこで、ヘラーは、内容的なものを持った共通の意思として、国民による国家の存立・活動を支え、担う役割を果たさせるために、ボロンテ・ジェネラルを持ち出す。

⑤ なお、ヘラーは、1931年の“Europa und der Fascismus”において、“政治的価値共同体がなければ、政治的意思共同体も法共同体も存在しない”と主張したうえで¹⁷⁾、この価値共同体が危殆に瀕しているとし、そこに現代のヨーロッパの政治的危機の最も深い根がある、と主張している¹⁸⁾。しかし、ヘラーは、なお、政治的危機(＝社会的階級対立)の克服を政治的・価値共同体の成立にかけ¹⁹⁾、更に、それを労働者階級が国家・社会的規範の形成に参加し、且つ、それに自発的に服従する事にかけ、更に、そのためには、労働者が、第一に、自己自身の共同参加によって今日の状態よりも自己の理念と利益により適合した国家・社会状態が成立するという希望を持ち、第二に、自己自身の経験を通じてあらゆる政治的形態が直面する苛酷な必要業務を認識する可能性を持つ事が必要であると主張した²⁰⁾。そのうえで、ファシスト独裁が労働者からこの可能性と希望とを奪う、と警告を発している²¹⁾。ここには、意思・価値共同体の存立に対する深刻な危機の念と、なお意思・価値共同体の存立を期待する姿勢とが示されている。

3. ボロンテ・ジェネラル(volonté générale)²²⁾

① 内容的要素を含んだものとしてのボロンテ・ジェネラル

(i) 強いて分けて考えれば、意思・価値共同体がいわば国家の存立を担い、支えるものであるとすれば、ボロンテ・ジェネラルは国家の活動を担い、支えるものである、と言う事ができる。ヘラーが意思・価値共同体の核心を“国家への意思”として説明していたのに対して、ヘンケルがヘラーのボロンテ・ジェネラルのコン

セプトを“自由な国家への意思(Wille zum freiheitlichen Staat)”として説明しているのは²³⁾、このような理解を裏づけていると言えよう。

(ii) 前の項で、内容を持って、政治的に働いて、国家の存立・活動を支える働きをするものがボロンテ・ジェネラルであると書いたのも、上の事と関わっている。ボロンテ・ジェネラルの内容に関して注目すべき事は、ヘラーが、ボロンテ・ジェネラルを実質的法治国家の理念の中で表現されていると見ている事である²⁴⁾。その事を基にして考えると、ヘラーがボロンテ・ジェネラルに含ませる内容的要素としては、実質的法治国家理念の構成要素たる、個人の自律とすべての人の平等な自由が考えられる²⁵⁾。実際、ヘラーは多くの箇所で、自律の理念とすべての人の平等な自由の理念が、古代から始まって中世キリスト教を経て近世自然法論に受け継がれフランス革命によって媒介されて現代に伝えられている事、また、ヨーロッパ文化圏において共通に信奉されている事を説き²⁶⁾、この理念が超歴史的・超国家的なものである事を強調している。

(iii) 更に、ボロンテ・ジェネラルの内容的要素としては、全体的なものへの志向が考えられている。これは、ヘンケルが強調するところである²⁷⁾。逆に、特殊利益の排除の志向が含まれているという事になる。もっとも、初めから存在するものとして全体が考えられているわけではなく、また、個別的なものの単なる集積として全体が考えられているわけではない。すべての個人から出発して、且つ、指導的機関による統合作用が行われて、帰結されるものとしての全体的なものである²⁸⁾。

② 制度的に表現されるものとしてのボロンテ・ジェネラル

(i) ボロンテ・ジェネラルの特色は、単に理念としてとどまる事なく制度化されて働く事を要求するところにもある。

(ii) 先ず、それは、国家の具体的運営の基本的制度としての、多数決制度と代表制度の採用の要求となって現われる。多数決制度と代表制度は、ボロンテ・ジェネラルの内容としての個人の自律とすべての人の平等な自由の理念からのストレートな帰結である。

(iii) ボロンテ・ジェネラルは、多数決原理と代表原理との結合としての、国民による選挙によって代表者の任命が行われ、代表の解任が国民によって行われる事を要求する、とヘラーは主張し²⁹⁾、代表としては執政官の代表 (magistratische Repräsentanten) しか認められないとする³⁰⁾。

(iv) そのことを踏まえて、ヘラーは、ボロンテ・ジェネラルの支配を実現する唯一の方法として法律の支配を主張し³¹⁾、法律が他のあらゆる国家作用を拘束すべき事を主張する³²⁾。ヘラーが法律に支配的な地位を認めるのは、法律が間接的にはボロンテ・ジェネラルから発源するものであり³³⁾、直接的には国民立法府 (Volkslegislativ) によって制定されたという事を根拠にしている³⁴⁾。ヘラーは、法律が法律としての特性、法律としての効力、法律の不可侵性を持つのは、ひとえに、それが共同体価値を表現するボロンテ・ジェネラルの自律的議決として認められる (gelten) からであるとしている³⁵⁾。ここで注目されるのは、ボロンテ・ジェネラルが、一方で価値とされ³⁶⁾、他方で自律的に議決するものとされている事である³⁷⁾。言い換えれば、ボロンテ・ジェネラルは、理念としての価値或いは価値としての理念 (= 倫理的に自己決定する理性) と理念が具体的に制度化されたもの (= 国民立法府が議決したもの) と言う二つの属性を持たされているという事である。そして、この場合、ヘラーは、国民立法府による議決という形態で具体的に制度化されている事を、それが倫理的に自己決定する理性から発源している、と説明しているのである。

(v) ボロンテ・ジェネラルは具体的に制度

化される事を要求するが、しかし、制度化が行われた後でも (議会制度が設けられ、選挙された国民代表が法律制定活動を始めた後でも)、理性としての効力を持ち続ける、とヘラーは考える。それは、次のような点に現れている。

(一) ヘラーは、上述の如く、代表としては執政官の代表しか認めないが、それは、代表がボロンテ・ジェネラルによって拘束され、且つ、法的に拘束されると考えているからである³⁸⁾。“代議士は全国民の代表者である”という憲法の文言をヘラーは、代議士がボロンテ・ジェネラルによって拘束される事を定めたものと主張する³⁹⁾。ヘラーはこれが法的拘束である事を強調するが、そうであるとしても、理念として拘束するものと考えべきであろう。

(二) ヘラーは、各個人がそれぞれ異った政治的・社会的条件の下にあるがゆえに、憲法の文言が種々様々に解釈され得る事を認めたいので、ボロンテ・ジェネラルがこれらの主観的意見 (Subjektivismen) の補正役 (Korrektur) であるべきだとし⁴⁰⁾、ボロンテ・ジェネラルによる補正の役をいとなむものとして憲法の意味 (Geist der Verfassung) 或いは規範の意味における国家意思或いは立法者意思 (Staatswille oder Wille der Gesetzgebers) を持ち出している⁴¹⁾。これも、ボロンテ・ジェネラルが理念として働くものと考えられている事を示すものであろう。

(三) ヘラーは、民主的な代表は憲法の枠内においてのみ、その決定権力を行使しなければならないだけでなく、ボロンテ・ジェネラルによってまさにそのようなものとして理解されたとおりの憲法の枠内においてのみ、その決定権力を行使しなければならない、と述べる⁴²⁾。この文章の意味は理解しにくい。

(A) 前後の文脈からすれば、ボロンテ・ジェネラルは代表を法的に拘束するもの、その意味で理念的・規範的なものという意味で使われていると考えられる。既述の如く、憲法の文言に関する種々異った主観的見解を補正するのがボロンテ・ジェネラルであると言うことや、ボロンテ・ジェネラルを憲法の意味や規範の意味における国家意思或いは立法者意思と

言い換えているところや、代議士の良心に基づく決定にとって客観的基準となるものは国民意思だとしているところなどから見ると、そのように考える事ができる。

(B) しかし、“ボロンテ・ジェネラルによって理解された”という表現は、ボロンテ・ジェネラルを決定の主体として、したがって、制度化されたものとして考えているのではないかと思わせる。また、民主的な代表について、ボロンテ・ジェネラルへの法律的従属という事が強調されている事も、ボロンテ・ジェネラルを決定の主体として考え、即ち、国民立法府の事を考えているのではないかと思わせるところがある。しかし、ヘラーが敢えて議員を明示してボロンテ・ジェネラルへの法律的従属を説いているから、そういうわけには行かない。

(C) 結局、この場合、ボロンテ・ジェネラルは理念的なものと制度化されたものとの複合体として捉えられていると考えるべきではないか。即ち、理念的・規範的なものを志向する、制度化された現実的なもの（国民立法府）を想定していると考えられるべきではないか。

③ 確信されるべきものとしてのボロンテ・ジェネラル

(i) 実質的法治国家理念が、倫理的理性の自己決定というボロンテ・ジェネラルの現われとして国民立法府の決定という制度を要求し、且つ、正当化するとする考えの基礎には、すべての自律的な個人・団体こそがその利益を自立的に認識し、最もよく主張する事ができるという確信がある、というようにヘラーは見ている⁴³⁾。このように見るという事は、理念としてのボロンテ・ジェネラルが、人々によって存在するものとして確信される事によって現実に関わり、とヘラーが考えている事を意味していると言える。

(ii) 理念としてのボロンテ・ジェネラルがその存在を確信される事によって現実に関わり、とする考え方は、以上に述べたように、議会制

度、法律の支配システムの説明に現われているだけでなく、より明確な形で多数決制度、代表制度を正当化するための説明に現われている。即ち、ヘラーは、上述した如く、多元的に分化している国民から統一的な国民意思（ヘラーの論理にしたがえば国家意思）を形成するためには、多数決制度、代表制度が手続的手段として必要・不可欠であるとするが、しかし、多数決制度に関しては、それが有効に機能するためには、ボロンテ・ジェネラルの現実在が確信されている事が前提となるとし⁴⁴⁾（これは決定における少数者を決定に従う事を納得させるために必要であるとする⁴⁵⁾）、また、代表制度に関しては、ボロンテ・ジェネラルを代表機関によってレアルに意思され、統一化されるものとする事が必要であり、且つ、ボロンテ・ジェネラルが代表され、代表を担うものとして考える事ができるためには、ボロンテ・ジェネラルがレアルに現実在していると考え（この場合、確信すると言い換えられる）事が必要であるとしている⁴⁶⁾。

(iii) したがって、ヘラーにおいては、一方で、理念としてのボロンテ・ジェネラルはその制度化を要求し、それが多数決制度、代表制度、更には、法治国家制度などとして具体化されると見るとともに、他方で、これら諸制度が逆に理念としてのボロンテ・ジェネラルの現実在が確信される事が必要であるとしている。この論法は、二つの問題を含んでいる。

一つは、理念と制度とがお互いに相手を前提し合うという循環論法に陥っているのではないか、という事である。しかし、ヘラーの論法が循環論法に陥っている外観を呈している事は否定できないとしても、循環論法として見るだけではなく、二つのファクターを相互依存の関係、相互制約の関係において捉えようとするヘラーの弁証法的思考方法の現われ、或いは、複線的・複眼的思考の現われと見て、評価する事ができるのではないか。

他の一つの問題は、ボロンテ・ジェネラルが確信されるものとされている事である。いわ

ば、ヘラーが信奉する法治国家的諸制度が、理念の確信という不確実なものの上に基礎づけられている事である。そもそも如何にして理念の確信の存否を確認するのかという問題がある。この点は、理念の確信の現実在を前提する諸制度の現実的機能の状態から推定して、その論理的前提となる理念の確信が現実在する事を認定せざるを得ない事になるが、それと同時に、理念の確信の存在の必要性を強調する事を通じて、その前提の下にある諸制度のよりよい機能を期待せざるを得ない事になる。しかし、現実の問題としては、ワイマール共和政のなかでボロンテ・ジェネラルへの確信が危殆に瀕しているという問題があった。上述したように、ヘラーもそれについての深刻な危惧の念を表明している。しかし、この点は、理念にたいする確信が失われつつある現実と直面して、その事を強調して危機を一層深刻化させるよりも、理念にたいする確信の必要性和可能性を強調し、それを人々に自覚させる事によって危機の一層の深刻化をくい止めようとしたヘラーの努力を評価すべきではないか。

④ 統一性の形成に寄与するものとしてのボロンテ・ジェネラル

(i) ボロンテ・ジェネラルは、国家的統一性、或いは統一的国家意思を実現するための諸制度の前提となり、それらの正当化根拠となる事によって、国家の統一性の形成に寄与すると言う事ができる。

(ii) ヘラーは、ボロンテ・ジェネラルを個人の自律とすべての人の平等な自由を内容とする理念として構想しており、そのようなものとしてすべての人によって共通に受容れ可能なものとして構想している⁴⁷⁾。即ち、ボロンテ・ジェネラルは、内容を持って理念として存在し、且つ、すべての人によって確信される事によって現実在する事になる、とヘラーは考えている。即ち、現実在するものとしてのボロンテ・ジェネラルは、すべての人によって確信

される事によって統一的な意思となり、国家の統一的な活動を支えるものとなる、とヘラーは考えている(ただし、ボロンテ・ジェネラルが統一的なものとなるとしても、それがそのまま統一的な国家意思となるのではなく、ボロンテ・ジェネラルは統一的国家意思を支える事ができる限りにおいて統一的なものであり、その意味で統一的国家意思形成の基盤となるものと考えられている)。

(iii) ボロンテ・ジェネラルは制度化されて働く事を要求するが、しかし、制度化された後も、理念として存在し、働きつづけるという事は既に述べたが、ボロンテ・ジェネラルは、このように諸制度との関連において理念として働くだけでなく、諸制度とは関連ないところでも働くものとされている。この点については、ボロンテ・ジェネラルが全体的なものを対象としているのであるとすれば、日常生活の個別・具体的な問題の決定の中にボロンテ・ジェネラルは如何にして貫徹されるかという問題に関して、ヘンケルがヘラーとルソーとが同じ解答を出しているという事を指摘し、決定機関が全体のためになる事を基準として行った決定が一般的に受容れられれば(in Kauf genommen)、その決定はボロンテ・ジェネラルに合致しているものと認められるとする解答を同じように出しているという事を指摘している事が注目される⁴⁸⁾。即ち、国民が決定を単に消極的に受容れるだけでなく、ボロンテ・ジェネラルを基準として判断して受容れを決めるものとされている事、即ち、こういう問題に関してもボロンテ・ジェネラルが理念として働くものとされている事が注目される。或いは、この事は、ヘラーが“機関担当者の意思は……大抵の場合、それに従われる事が期待されるがゆえに、また、期待される限りにおいて、共同体意思(ヘラーは“Gemeinschaftswille”という表現を用いているが、ヘラーの論理にしたがえば、国家意思と考えているというべきであろう)となるのであり、機関担当者への服従が大抵の場合行われるのは、その支配行為が共同意思

(ヘラーは“*Gemeinwille*”という表現を用いているが、ボロンテ・ジェネラルを考えているといえる)とみなされ、この共同意思によって現実的に規定されているためである⁴⁹⁾と述べている場合にも同じ事が言える。また、上の事から言える事は、機関担当者の意思がアウトプットとしての国家的決定であり、ボロンテ・ジェネラルが機関担当者の意思を事前に規定し、事後にその決定を評価・判断するものという意味でインプットとしての国家的決定と言う事ができよう。

⑤ ボロンテ・ジェネラルに代わるもの

(i) ヘラーは、その最後の著書、しかも最も体系的な著書たる“国家学 (*Staatslehre*)”においては、ボロンテ・ジェネラルの概念をほとんど用いていない⁵⁰⁾。用いている場合は、ボロンテ・ジェネラルが初めから統一的なものとして存在しているとする考え方を否定する場合である⁵¹⁾。これは、“国家学”においては、国家の相対的自律性が強調され、重視されている事⁵²⁾の裏返しと思われる。即ち、ヘラーは、国家を国民に還元する考え方を否定し、統一性の形成はひとえに組織としての国家の統一化作用の結果だとする考え方を前面に打ち出している(その意味で、ヘンケルは、ボロンテ・ジェネラルの概念は組織の概念のなかで止揚されているとしている⁵³⁾)。むしろ、国民は多元的に分裂し、対立するものとして捉えられ、統一的なものは国家についてのみ認められている(ヘラーは、ボロンテ・ジェネラルと統一的な国家意思との混同を批判しているが、これは、統一的なものは国家意思であって、国民意思ではないとする趣旨であろう)。その意味で、国家意思がボロンテ・ジェネラルの代替をしていると言う事ができよう。

(ii) しかし、これは、国民或いはボロンテ・ジェネラルを初めから統一的なものとして存在するものとする考え方を否定しているだけであって、国民の中に統合的結合体 (*einigende*

Zusammenschluß) が存在することは国家的統一の成立・存続の最も本質的条件の一つである、とするのがヘラーの基本的考え方である⁵⁴⁾。既述の如く、ヘラーは“意思共同体を基礎にして対立する意思を組織する事が政治の特別の課題である”と述べているが⁵⁵⁾、これは一定の範囲で一致した意思が存在する事を前提するものである。

(iii) それでは、統合的結合体の基礎となるものは何か。“国家学”において注目されるのは、一方で、上述の如く、組織としての国家の固有法則性、自律・自立性の強調であるが、他方で、——それに対応して——国家の存立にとっての国家の正当化の不可欠性の強調である。そして、正当化の基準になるものとしてヘラーがあげるのは、倫理的法原則 (*sittliche Rechtsgrundsätze*) である⁵⁶⁾。実際、法原則は、一方で、立法者によって制度を通して具体化され、実定法として現実的に働くものとされるとともに、他方で、理念として国家的実定法の正当性の判断基準となるものとされ、まさにボロンテ・ジェネラルと同じ機能を持たされている。その場合、法原則が理念として働くのは、人々によって確信される事を通じてである。ヘラー自身、規範名宛人が規範制定者の命令に従うのは、規範制定者が法規範へと実定化するのが法原則であると服従者が信ずる場合である、と述べているが⁵⁷⁾、その場合、規範制定者と規範名宛人とがひとしく法原則の存在を確信している事が前提されている。この点においても、法原則はボロンテ・ジェネラルとはほぼ同じような機能を持たされていると言う事ができよう。また、内容的には、ヘラーはしばしばヨーロッパ精神史の伝統としての個人の自律、自由・平等理念を重視する姿勢を打ち出しており、これらを——その歴史的・地域的普遍性のゆえに——法原則の内容として考えている事は疑いない。ヘンケルやロバース (*Gerhard Robbers*) も、ボロンテ・ジェネラルを、内容に即して、法原則を志向する意思として捉えている⁵⁸⁾。

(iv) 以上のように、“国家学”においてはポロンテ・ジェネラルの概念は余り用いられてはいないが、共通のものへの共通の確信・信奉が国家の統一的決定・作用を支えるとする発想は、法原則への共通の確信・信奉をもって国家の統一的決定・作用を支えるという発想となって受け継がれていると言う事ができよう。そして、この発想は、相争っているすべてのものにとって受容れ可能な、したがって討論の基礎となり得る共通のものを提出する事を任務として国家学を構築しようとした⁵⁹⁾ヘラーの意図とも重り合っていると言う事ができよう。問題は、国家の統一的決定・作用の貫徹を、法原則へのす

べての国家構成員の確信・信奉に基づかせる事ができるか、というところにある。とりわけ、法原則に対してすべての人々が共通の確信・信奉を持つ事を想定する事ができるか、である。この想定が成り立つ事によって、ヘラーの考えるような決定・作用統一体としての国家の成立・活動が可能となる。ヘラーはこの想定が成り立つと考えている。次稿以下でそれを検討する。

(未完)

注)

- 1) 以上については、拙稿「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (5)」名城ロースクール・レビュー第38号 (2017年) 29頁以下参照。
- 2) *Hermann Heller*, Staatslehre, in: *ders.* (hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski), *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, 1971, S. 345.
- 3) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 344 f.
- 4) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 352.
- 5) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 352.
- 6) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 353.
- 7) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 353.
- 8) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 267.
- 9) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 182.
- 10) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 352.
- 11) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 351, 352.
- 12) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 351.
- 13) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 352.
- 14) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 346. 拙稿・前掲註 (1) 11頁参照。
- 15) *Michael Henkel*, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates*, 2011, S. 306, 310, 313, 319.
- 16) *M. Henkel* (Anm. 15), S. 319.
- 17) *Hermann Heller*, Europa und der Fascismus, in: *ders.* (Anm. 2), *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, 1971, S. 472.
- 18) *H. Heller* (Anm. 17), Europa und der Fascismus, S. 476.
- 19) *H. Heller* (Anm. 17), Europa und der Fascismus, S. 609.
- 20) *H. Heller* (Anm. 17), Europa und der Fascismus, S. 609.
- 21) *H. Heller* (Anm. 17), Europa und der Fascismus, S. 609.
- 22) “ポロンテ・ジェネラル”については、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) 16頁以下参照。
- 23) *M. Henkel* (Anm. 15), S. 325.
- 24) *Hermann Heller*, Souveränität, in: *ders.* (Anm. 2), *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, 1971, S. 39; *ders.*, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, in: a.a.O., Bd. 2, 1971, S. 210, 225 f.; *M. Henkel* (Anm. 15), S. 327.
- 25) *H. Heller* (Anm. 24), Der Begriff des Gesetzes, S. 210 f.
- 26) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 202, 206, 208, 214, 215, 216, 217.
- 27) *M. Henkel* (Anm. 15), S. 327.

- 28) *M. Henkel* (Anm. 15), S. 330.
- 29) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 98, 99; *ders.*, Demokratie und soziale Homogenität, in: *ders.* (Anm. 2), Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1971, S. 426.
- 30) *H. Heller* (Anm. 24), Der Begriff des Gesetzes, S. 98; *ders.* (Anm. 29), Demokratie und soziale Homogenität, S. 426; *M. Henkel* (Anm. 15), S. 370.
- 31) *H. Heller* (Anm. 24), Der Begriff des Gesetzes, S. 224 f., 226.
- 32) *H. Heller* (Anm. 24), Der Begriff des Gesetzes, S. 61, 209 f., 224, 226.
- 33) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 61; *ders.* (Anm. 24), Der Begriff des Gesetzes, S. 209 f., 224 f.
- 34) *H. Heller* (Anm. 24), Der Begriff des Gesetzes, S. 226, 229.
- 35) *H. Heller* (Anm. 24), Der Begriff des Gesetzes, S. 225.
- 36) *H. Heller* (Anm. 24), Der Begriff des Gesetzes, S. 210, 211.
- 37) *H. Heller* (Anm. 24), Der Begriff des Gesetzes, S. 225, 226.
- 38) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 98.
- 39) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 98.
- 40) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 98.
- 41) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 98.
- 42) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 98.
- 43) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 216, 225.
- 44) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 119.
- 45) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 97.
- 46) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 99.
- 47) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 40.
- 48) *M. Henkel* (Anm. 15), S. 329.
- 49) *H. Heller* (Anm. 24), Souveränität, S. 107.
- 50) *M. Henkel* (Anm. 15), S. 321 f.
- 51) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 264, 267.
- 52) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 266, 270, 322.
- 53) *M. Henkel* (Anm. 15), S. 332.
- 54) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 267, 272.
- 55) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 267.
- 56) 法原則の国家正当化の基準としての役割については次稿以下で検討するが、とりあえず、拙稿「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）46頁以下参照。
- 57) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 297.
- 58) *M. Henkel* (Anm. 15), S. 372; *Gerhard Robbers*, Hermann Heller: Staat und Kultur, 1983, S. 57.
- 59) *H. Heller* (Anm. 2), Staatslehre, S. 96, 98 f. 拙稿・前掲註（56）56頁。