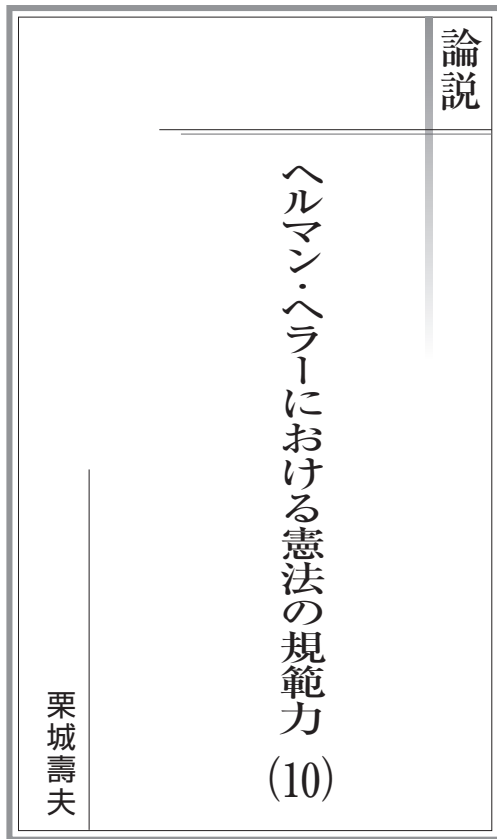




第一部 ヘルマン・ヘラーとワイマール憲法

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
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 卷 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)

(以上第 39 号)

V. 憲法の規範力が可能とされる根拠

1. 憲法の規範力が可能とヘラーが考
える根拠
2. 人間本性の共通性
3. 社会的同質性 (soziale Homogenität)
の存在

(以上第 40 号)

VI. ヘラーの法原則論 (I) *

はじめに

1. ヴェスティングによるフォルストホ
ッフの技術的現実化論の援用
2. フォルストホッフの技術的現実化論
3. 国家による技術のコントロールにつ
いてのフォルストホッフの考え方
4. フォルストホッフが技術的現実化を
国家・憲法と取組むにあたっての基
本的視角とした意図
5. ヴェスティングがフォルストホッフ
の技術的現実化論をもって国家・憲
法を論究するための基本的視角とし
たことに問題はないか

(以上第 43 号)

6. ヴェスティングによるヘルマン・ヘラー批判

(以上第 44 号)

VII. ヘラーの法原則論 (Ⅱ) *

1. メラーズのヘルマン・ヘラー国家学の論究の検討
2. ヘラーの法原則論による国家・法の正当化論

(以上本号)

VIII. 憲法の規範力の観点から見た社会的法治国家論[†]

VII. ヘラーの法原則論 (Ⅱ)

1. メラーズのヘルマン・ヘラー国家学の論究の検討

① はじめに

ヘラーの国家学における法原則 (Rechtsgrundsätze) の意義・機能について検討する事を意図する本稿の最初の部分においてメラーズのヘラー論究を検討するのは、メラーズの『論拠としての国家』(Christoph Möllers, Staat als Argument, 2000) が基本的に、国家理論 (或いは国家概念) から如何なる憲法的帰結が引出され得るか、そもそも具体的な憲法上の問題について具体的な解決を下すについて憲法規定の他に国家理論 (或いは国家概念) が必要かどうかを検討する研究プログラムの中で、その予備作業として、イェリネック (Georg Jellinek)、ケルゼン (Hans Kelsen)、シュミット (Carl Schmitt)、スメント (Rudolf Smend) と並んでヘラーをも取上げて、これらの論者についてそれぞれの国家理論から如何なる法律的結論 (とりわけ憲法的結論) が引出されているかを検討しているところで、ヘラーの著作が上記五人の憲法学者 (Staatsrechtler) の著作の中で最も法律学 (Jurisprudenz) から遠いとし、その理由として、ヘラーがその国家学から法律学を締出している事、締出しの理由として社会科学的検討に集中

している事、法原則論の導入によって国家学に法倫理的性格を持たせた事、及び、憲法上の問題を政治的立場によって決着をつけようとしている事を挙げているからである。即ち、メラーズの『論拠としての国家』は、ヘラーの国家学を正面から取上げて検討しているわけではないが、しかし、ヘラーの国家学の根幹に触れる指摘、とりわけ、法原則論についての基本的批判を行っているので、ヘラーの国家学の意義・性格を明らかにする上で見落とすことができないからである。

更に、メラーズが、ヘラーの国家学に対してメラーズの問題意識からして消極的評価をする事は止むを得ないとしても、しかし、それ自体として消極的な評価であっても、それを積極的なものに転化させることができるのではないかと、とも考えられるからである。それは、一つには、ヘラーが法原則の導入によって国家学 (或いは国家概念) に法倫理的要素を持込んだとする見方と関係しており、一つには、ヘラー独自の思考方法たる弁証法的思考方法に対する批判的見方と関係しており、且つ、メラーズがこの二つをヘラー解釈の難問としているところである¹⁾。そして、積極的なものとして筆者が考えているのは、ヘラー理論に含まれていると筆者が考えている憲法の規範力論の支えとなる論拠となり得るという事である。

② メラーズのヘラー国家学の消極的評価

(i) 法律学から最も遠い

メラーズは、ヘラーの国家学は、国家学から法律学を締出し²⁾、法律問題を単に副次的に取扱っているに過ぎず³⁾、メラーズが取上げた憲法学者の中では法律学から最も遠いとしている⁴⁾。

(ii) メラーズの問題意識

こうした評価は、メラーズの問題意識からすれば、いわば当然とも言える。けだし、メラーズの問題意識というのは、ドイツの伝統に基づいて常に法概念としても理解されている国家概念は具体的な憲法問題の解釈にとって本

質的なものであるが⁵⁾、国家理論的予備的理解 (staats-theoretisches Vorverständnis) と憲法問題の解決とは如何なる関係にあるのか⁶⁾、国家理論的研究活動は如何なる法律の有意義性を展開することができるか⁷⁾、という事だからである。

(iii) 法律学的論究としては不十分

こういう問題意識からすると、ヘラーは憲法問題の解決に余り関心を払わず、ヘラーの論述は法律的論述としては十分ではない。この事をメラースは、1927年の公法学会における“法律概念”に関する報告や⁸⁾、1929年のプロイセン選挙法に関する鑑定意見⁹⁾といった具体例に即して指摘している。不十分な事は、次の諸点に表れている。

(一) ヘラーが取扱った法律問題が、数少い¹⁰⁾。

(二) ヘラーは、その国家理論から法律的帰結を引出していない¹¹⁾。

(三) 例えば、法律の必要性についてのヘラーの主張に見られるように、一般的に法律問題の解決のための法律の基準が提出されていない¹²⁾。

(四) 例えば、憲法裁判制についての態度に見られるように、法律問題についての態度が曖昧である¹³⁾。

(五) 法律問題を、最終的には政治的態度によって決している¹⁴⁾。

(六) 国家学を構成する国家機能論や国家の正当化論を法との関連で行っているが、どちらも一般的なものとどまっている¹⁵⁾。

(七) 事例との関連付けが行われていない。そのため、具体化が突詰められていない¹⁶⁾。

(iv) ヘラー理論に対する消極的評価の理由

以上の諸点は、確かにメラースから見てヘラー理論の不十分さを示すものであるが、しかし、ヘラー理論に対するメラースの消極的評価はより基本的な事に基づいており、且つ、これらの事を問題とするところに、メラース自身の法律学的方法論が反映されていると言うことができる。メラースが問題とする基本的な事として、次の四点を挙げることができる。(一) “あれもこれも (sowohl als auch)” の思考方法を取

っている事、(二) 国家学から法律学を締出している事、(三) 国家学が政治的に方向付けられている事、(四) 法原則の導入によって法・国家理論に倫理的要素を持込んだ事。以下、これら四つの問題点について検討する。

(一) “あれもこれも” の思考方法

(A) メラースは、ヘラーが、“あれかこれか (entweder oder)” の思考方法を取らず、“あれもこれも” の思考方法を取っている事、及び、この思考方法と表裏一体を成す“弁証法的”思考方法を取っている事を、“方法混合主義 (Methodensynkretismus)” と呼んで、否定的評価を下している¹⁷⁾。

a) メラースは、ヘラーが国家と法とを相互制約関係に置いて捉える捉え方¹⁸⁾ (これはとりわけ、権力の法形成力というテーゼと法の権力形成力というテーゼとを並列関係に置くところに表れている)、或いは、国家権力を権力者と権力服従者との相互制約関係として捉える捉え方を、ヘラー特有の“弁証法的な”考え方と呼んだ上で¹⁹⁾、“弁証法的な”考え方の意味するところは不明だと決めつける²⁰⁾。

b) また、メラースは、ヘラーが社会からの国家の自立性と社会への国家の依存性とを共存させているが、二つのあり方の対立を解決せず、二つのあり方の間で揺れ動いている、と批判する²¹⁾。

c) また、メラースは、ヘラーが国家的統一を所与のものであると共に課されたものでもあるとして捉えているが、このような捉え方をすると、国家概念自体を放棄せざるを得なくなる、と批判している²²⁾。

d) 二つの対立するファクターを共存させて、両者の関係を相互制約関係にあるものとして捉える考え方は、“あれもこれも (sowohl als auch)” の思考方法と呼ぶことができるが、この思考方法は、弁証法的な思考方法と表裏一体を成していると言うことができる。メラースは、こうした考え方を“方法混合主義”と呼んで批判する。

(B) メラースは、“あれもこれも” の思考方法に対して“あれかこれか” の思考方法を対置

し、これが法律学特有の思考方法だとする。

a) メラースは、法的妥当〔或いは法的効力〕(Rechtsgeltung) について“あれかこれか”の思考方法を取る事が、法律学特有のものであるとする²³⁾。

b) 即ち、法的妥当〔法的効力〕は、“イエス”か“ノー”でしか答えられず²⁴⁾、“イエス”か“ノー”でしか答えない考え方、即ち、“あれかこれか”の思考方法が、法律学特有の思考方法であるとする²⁵⁾。

c) 法的妥当〔法的効力〕は絶対的なものであり、事実的な制限によって相対化されない、とメラースは考える²⁶⁾。

d) 法的妥当〔法的効力〕に焦点を合わせる法律学的国家学は、国家化或いは国家の統一形成過程に、種々の段階を設けない²⁷⁾。即ち、法律学的国家学は、国家の成立についても“イエス”か“ノー”かの考え方を取り、国家は成立しているか成立していないかのどちらかしか考えない。言い換えれば、国家について出来上がったものしか認めず、出来上がりつつあるものは認めない²⁸⁾。

(C) しかし、“あれもこれも”の思考方法を取る事にも、妥当性があるではないか？

a) 例えば、メラースは、1929年のプロイセン選挙法鑑定意見の中でヘラーが、一方で、国事裁判所が政治的問題に関して抑制的な態度を取っている事を批判し、政治的問題が憲法裁判所の審査の必然的対象となると主張し、他方で、国事裁判所はぎりぎりの許容限度の踰越のみを非難することができるとして、国事裁判所に抑制を求めている事を問題として、この二つの発言が真正面から矛盾するものではないとしても緊張関係に立つものである事は明らかであると²⁹⁾、こういう点に表れているように、憲法裁判制に対するヘラーの態度は曖昧であるとしている³⁰⁾。しかし、政治問題に対する憲法裁判所の積極的な審査と抑制的な審査とは矛盾するものではなく、メラースも認めるように緊張関係に立つものであり、憲法裁判所はこの緊張関係に耐えながら審査活動を行うべき使命を担っていると言うべきではないか。ヘラーの

態度は、現在のドイツ連邦憲法裁判所の置かれている状況を見通したものであった、と言うことはできないであろうか。

b) メラースは、ヘラーに関して、国家的統一を所与のものであると同時に課されたものであるとする考え方は、国家概念を放棄せざるを得なくなるのではないかという事を指摘し、ヘラーと同じような考えを取る者として、ヘッセ (Konrad Hesse)³¹⁾、更には、エームケ (Horst Ehmke) やヘーベルレ (Peter Häberle) を挙げるのであるが³²⁾、これらの三者において、国家を共同体 (Gemeinwesen) として捉え直す動きはあるにしても³³⁾、その統一が所与のものであると同時に課されたものでもあるとする捉え方に変化はない³⁴⁾。そもそも、国家的統一は、一定程度の現実的に存在する基盤 (所与のもの) を出発点として、より完全な統一 (課されたもの) に向って進行し、一定程度に到達すると、それを基盤としてより一層完全な統一に向って進行する、不断の継続的な過程と見るべきではないであろうか。

c) メラースは、国家権力が支配者と被支配者との間の作用連関であって、この作用連関は支配者による権力行使に帰着せしめられることができないとするヘラーの思想が、アレント (Hannah Arendt) やハーバーマス (Jürgen Habermas) によって受容れられている事を認めている³⁵⁾。

d) メラースは、法の妥当〔効力〕が絶対的で、法は妥当するかないかのいずれでしかないと主張し、ヘラーは、法の妥当は程度の違いを許すと主張する³⁶⁾。メラースが考えているのは、法的妥当 (juridische oder juristische Geltung)、即ち、国家機関によって定立され、適用され、執行される能力の事であり、ヘラーが考えているのは、法の社会的或いは社会学的妥当 (soziale oder soziologische Geltung)、即ち、国民によって受容れられ、活用される能力の事である³⁷⁾。更に言えば、メラースは、法について法的妥当しか認めないが、ヘラーは、法について法的妥当及び社会的妥当の両方を認める立場を取ると言うことができる。

e) メラースは、法律学的国家学が国家的統一の成立に関しても“イエス”か“ノー”かの態度を取り、国家的統一は段階的に成立して来たのではなく、歴史上の或る時点において一挙に成立したものと見るとした上で、この見方に対して批判的態度を取る³⁸⁾。その上、ヘラーがこのような静態的な見方から——十分ではないとしても——免れ³⁹⁾、国家的統一を客観的現実として捉え、国家的統一形成の過程を最も積極的に追究し⁴⁰⁾、国家理論の法律学化に対して警告を発しているという事を指摘している⁴¹⁾。

(D) 以上、メラースは、entweder oder の思考方法が法律学特有の思考方法であるのに、この思考方法を取らず、正反対の sowohl als auch の思考方法を取っている事をもって、ヘラーの理論を非法律学的なものとして評価する根拠としていると言うことができるが、しかし、他方では、メラースのこうした評価が必ずしも十分な根拠を持たないのではないと思われる。

(二) 国家学からの法律学の締出し

(A) メラースは、ヘラーが国家学から法律学を締出したと見るのであるが、それは法律学を社会学化から守るためではなく、社会学を法律学化から守るためであったと見ている⁴²⁾。しかし、そう見ることができるであろうか。即ち、ヘラーにとって、国家社会学は 20 世紀初頭に新しく覚醒し、今日なお公式の学問によって承認される事を求めて闘っているものであり⁴³⁾、“法律学化”を防ぐ事を必要とする状況にはなかったと言うべきであり、“法律学化”されている国家学に社会学を導入する事が急務であったと言うべきである。

(B) メラースは、国家学から法律学を締出すと、残るのは社会学だけであるから、ヘラーは憲法学者 (Verfassungsjurist) としてではなく、社会学者 (Soziolog) として発言したという事になる、としている⁴⁴⁾。しかし、ヘラーは、社会学者としても憲法学者としても発言した、と言うことはできないのであろうか。

(C) (B) で述べた事と直接関連するが、メラースが、ヘラーが国家学から法律学を締出したと見るのは、国家学を法律学と社会学とから構

成し、法律学のみから構成しなかった事にその原因があったのではないと思われる。実際、ヘラーは、国家学は、法律学を国家学の唯一の正当な方法としてはならない、という趣旨の事を述べ、法律学の解釈学的方法を唯一の方法とすると、国家学の重要なすべての問題が国家学から締出されてしまい、国家学がそもそも不可能になってしまう、という趣旨の事を述べると共に⁴⁵⁾、“国家的統一は社会学的にも法律学的にも組織された支配統一体として理解されるべきである⁴⁶⁾”と述べ、或いは、“法は、法律家にとっても社会学者にとっても、客観的な、実効的な意味形象……である⁴⁷⁾”と述べ、更に、“法律家にとっては第一次的にはゾレンが、第二次的にはザインが重要であり、社会学者にとってはその逆であるが、両者のいずれもザインとゾレンを一面的に分離することはできない⁴⁸⁾”と述べている。要するに、ヘラーは、法律学の観点からも社会学の観点からも国家を考察する立場であり、メラースは、法律学の観点からのみ国家を考察する立場である。

(三) 国家学の政治的方向付け

(A) メラースも認めているように、ヘラーはその国家学においても法律問題と取組んでいる。それにも関わらず、メラースがヘラーの取組みを非法律学的として消極的な評価をするのは、結局、ヘラーが法律問題との取組みにおいて最終的には政治的態度に基づいて決着をつけているからだと思われる。その典型的な例としてメラースが挙げるのは、法律概念に関する公法学会報告においてヘラーが、法律が必要か否かの問題について、政治的観点 (“伝統、合目的性、権力状況、及び、法意識”) をヘラーは基準として挙げている) によって決着をつけている事である。メラースは、ヘラーが他の憲法学者と比較にならないほど公然と政治的態度を表明した事を重視し、ヘラーの法律的発言の矛盾性はヘラーの国家学的方法の政治的方向付け (Politikorientiertheit) と必然的に関連している、と断言する。

(B) 但し、これについては、次の事を考慮に入れる必要がある。

a) メラース自身、ヘラーが政治をもって社会的発展を法形式に転化する事として捉え、政治権力をもって法形式を志向するものとして捉えるなどして、法にとっての政治の重要性、或いは政治にとっての法の重要性を重視していた事を指摘している。

b) ヘラーが政治を重視したのは、次のような理由に基づいている。

1) 政治現象に関する発言の妥当性の基準が人間本性に適っているかどうかに求められる事、いわば、政治が人間本性を根源とするものである事⁴⁹⁾。

2) 国家においてザイン（現状）とゾレン（将来）とが不可分に結び付けられていなければならないが、両者を結び付ける働きをするのが政治的人間である事⁵⁰⁾。

3) 効果的な憲法研究、とりわけ国家社会学研究は、政治的に可能なものの認識なしには不可能である事⁵¹⁾。

4) 国家学は、社会の発展傾向の中の一つを選択して、それを指導理念として社会を考察する事を肝要と考え、ヘラー自身としては、階級社会を失くす方向での発展傾向を妥当とする選択をした事⁵²⁾（選択する事は、政治的態度決定を意味する）。

（四）法原則の導入による法・国家理論への倫理的要素の持込み

（A）ヘラーの法原則論に関するメラースの批判的態度は、次の諸点に表れている。

a) 法の中に法原則を含める事によって、ヘラーは、実定法と法原則との関係を如何にするかという問題を生じさせ、法と国家との関係を複雑にしている⁵³⁾。

b) 法原則が如何なるものかについての確定を法哲学に任せる事によって、法原則によって果されるべき国家の正当化を行っていない⁵⁴⁾。

c) 法原則を打出す事によって、国家の正当性構造に法倫理的観点を持込んだ⁵⁵⁾。

d) 法原則を通じて法倫理的パラメーターを導入した事によって、ヘラー理論を法的に十分に具体的なものにする事が不可能となった⁵⁶⁾。

（B）法原則がその性格・内容において必ずし

も明確なものではない事については、メラースだけでなく多くの論者の指摘するところであるが、メラースの批判的発言に関しては、次のようなコメントを試みたい。

a) 法原則を導入する事によって国家・法理論に法倫理的な観点を導入した事が指摘されているが、しかし、それについては、国家・法理論は法倫理的なものによって基礎付けられるのではないか、という事が考えられる。例えば、『国家事典（Staatslexikon）』の“法倫理（Rechtsethik）”の項目を担当したホルラーバッハ（Alexander Hollerbach）は、“いずれにしても法的規範性の規範力は、道徳的規範性の規範力に支えられない場合には、困難なものとなる⁵⁷⁾”と述べ、人間の尊厳と人格としての相互承認をもって法倫理の基本命令とし⁵⁸⁾、一般的な法原則が法倫理的ディメンジョンを含んでいる、と述べている⁵⁹⁾。このような事を考慮に入れると、ヘラーは、法原則の導入によって、少なくとも試みとしては、国家・法理論にとって不可欠の事をしたのではないかと思われる。或いは、国家或いは法と倫理との分離という近代法の原理を踏まえた上で、国家或いは法と倫理とを結び付ける試みをしているのではないかと思われる。

b) ヘラーが法原則の内容確定を法哲学に委ねているので国家の正当化論を展開出来ていないという批判について、1) ヘラーは正当化について国家作用の発出と国家作用の受容れの面を考えており、メラースはその一方の国家作用の発出の面からのみ見て法原則の曖昧さを指摘しているのではないかと思われるという事と、2) ヘラーが法原則の内容確定を法哲学に委ねているという事は、ヘラー自身が述べているところではあるが、しかし、ヘラーは、内容確定を全く放棄しているわけではないという事を、コメント出来る。ヘラーは、メラースも指摘するように、法原則の内容として何よりも自由と平等を挙げ、この原理をヨーロッパのキリスト教的精神史の中に位置付け⁶⁰⁾、更に、この原理を政治現象に関する発言の正しさの判定基準としての人間本性（＝人間精神の自律）

に基づかせており⁶¹⁾、これらの事を考えると、ヘラー自身も相当程度法原則の内容確定を行っていると言えるのではないと思われる。

c) メラースは、ヘラーの法原則論について、十分に法律的に具体化され得ないと批判するのであるが、しかし、法原則の役割・機能を考えると、具体化を具体的ケースのレベルで問題を解決する事まで要求するのは、過剰な要求ではないと思われる。しかも、ヘラーは具体化に関して、或る程度の事を行っている。即ち、ヘラーは、憲法レベルにおいては、法原則が憲法規定として具体化されている例をワイマール憲法に即して挙げており、また、法律レベルでは、法原則（例えば、公序良俗、信義誠実）の具体化を裁判官に授権する規定を挙げている。また、ヘラーは、法律概念に関する公法学会報告の中で、法律を必要とするかの基準として、伝統、合目的性、権力状況と並んで、法意識を挙げているのであるが⁶²⁾、法意識をもって法原則の具体化の一つの方法として考えているのではないと思われる。

③ メラースによるヘラー国家・法理論の消極的評価の中の積極的評価の萌芽

ここで“積極的評価の萌芽”というのは、メラースが全体として消極的な評価をしている発言の中で、積極的評価をしていると解することのできる余地があるというものであり、法律学について、厳密な意味でのそれのほかに、より広義のものを認めていると考えられる節があり、ヘラー理論もそれに含めて考えられるのではないかと、という事を意味しているに過ぎない。

事は、法律学 (Rechtswissenschaft/Jurisprudenz) をどう考えるかという事に関わる。言い換えれば、法律学を狭い意味でのものに限り、その方法は兎も角として、法文 (テキスト) を前提にして、その法的意味を確定し、確定された意味をとりわけ実務家による適用に向けて提示する試みと考えれば⁶³⁾、メラースもこの意味において考える法律学に、ヘラーの国家・法理論が属さない事は明らかである。しかし、個別的に

せよ或いはとりわけ全体としてにせよ、法文が適用されてその意味内容を有効に実現出来る理念的・制度的・社会的・心理的条件を考える作業をも、狭い意味の法律学にとって不可欠のものとして法律学に含めて考えることができるとして、それを含めたものを広義の法律学と呼ぶとすれば、ヘラーの国家・法理論も、少なくとも部分的には、広義の法律学に属すると言うことができるのではない。

このような観点の下に見た場合、メラースも、ヘラー理論を広義の法律学に属すると考えていると思われる節がある。即ち、メラースは、ヘラーの理論を法律学的なものでないと評価している多くの場合、“狭い意味で” 或いは“厳密な意味で” 法律学的ではない、と断っているのである⁶⁴⁾。この表現にこだわれば、メラースは、ヘラーの国家・法理論を広い意味での法律学に属すると考えていると言えないことはない。広い意味での法律学を、メラースがどのようなものとして考えているかは、“政治学が法律問題を取扱うのは、成文もしくは不文の社会的秩序としての法が、政治的力を事実上正当化し、根拠付け、或いは制限し、国家機関の相互の力関係及び、国家機関の地域住民及び他の国家との関係における力関係を、現実的に規制する限りにおいてのみである⁶⁵⁾” というヘラーの言葉を理解可能 (nachvollziehbar) なものとして引用しているところから窺える⁶⁶⁾。即ち、メラースも、法の事実的・現実的規制効果を追求する事、とりわけ、法が事実的・現実的規制効果を上げるための条件を追求する事をも、法律問題との取組みとして考えていると見ることができる。

④ メラースによる批判によって浮彫りにされたヘラー国家・法理論の特色

以上の、メラースによるヘラー国家・法理論の批判の検討は、批判に対してヘラーの立場から考えられ得る反論を加えてヘラーを弁護する事を意図したものではなく、メラースによるヘラー批判の前にヘラー理論が全く立場がないわ

けではないとした上で、むしろ、メラースによる批判を通じてヘラーの国家・法理論の特色を浮彫りにする事を意図したものであった。そこで浮彫りになったヘラー理論の特色（同時に問題点でもある）は、次のようなものであった。

（i）二要素共存の思考方法

二要素、しかも方向を異にし、或いは対立関係にある二要素を、共存させる思考方法。いわゆる弁証法的思考方法、或いは、sowohl als auch の思考方法（二つの要素の間の緊張関係を解くことができない、二つの要素の間を揺れ動く事になる）。

（ii）法の社会的効力を左右する条件

法の法的効力の存否そのものを問題にするのではなく、法の社会的効力を問題にし、法の社会的効力を左右する条件を問題にした事（厳密な意味での法律学に属さない）。

（iii）法原則概念の導入

法原則の概念を導入し、これを国家とその実定法の正当化の根拠とした事（法原則の内容的不確定性のゆえに、十分に正当化の機能を果たし得ない事、及び、法原則の倫理的性格のゆえに、法・国家と倫理との分離という近代法の原則に反する事）。

2. ヘラーの法原則論による国家・法の正当化論

① ヘラーにとっての国家の存立の意義

ヘラーにとって、正当化の対象となる国家の存立が如何なる意味を持っていたかを、最初に検討しておきたい。

（i）国家の存立の重視

ヘラーは、その国家学において、国家（地域共同体における共同作業の組織化とその推進のための決定・作用統一体⁶⁷⁾）の存立を第一義的に重要なものと考えていた。これは、先ず、国家が自己維持権を持つとする命題を最高

の法原則としたところに⁶⁸⁾、また、主権を定義して、場合によっては実定法に反してでも国家の存立を図る権力としたところに表れており⁶⁹⁾、更に、権力者が憲法違反行為を貫徹した場合、法侵犯による法創造を認め、實際上より強力な力が自己を貫徹し、必要な国家的統一を実現する事を認めているところに表れており⁷⁰⁾、更に、不正な法を肯定したところにも表れている⁷¹⁾。

（ii）国家賛美論ではない

このような国家肯定論を、国家賛美論と見るのは正しくない。

（一）事実の直視

第一に、国家学を現実科学（Wirklichkeitswissenschaft）とし、現実態における国家の機能を描き出そうと試みるヘラーの立場からすれば、法が国家権力の前に敗退することがある事を認めるのは、止むを得ないと思われる（ヘラーによれば、“すべての法実現は、権力のデーモンから免れない⁷²⁾”、“すべての国家権力は、その維持と形式とを、人間的な・余りにも人間的な意思に負っており、それゆえ、国家権力の中には最高度の倫理的な力のみならず、常に驚くほどの愚かさや悪意、卑劣さと恣意が働いている⁷³⁾”）。

（二）人間の存在の不可欠の条件

ヘラーの国家肯定論は、そもそも人間の存在が、地域共同体における共同作業の組織化と推進のための決定・作用統一体としての国家の存在なしにはあり得ないという基本的認識に基づいており、国家のための国家の維持を主張するものではなく、人間のための国家の維持を主張するものである。ヘラーは、国家の自己維持権を認めるだけでなく、個人の自己維持権をも認め⁷⁴⁾、国家は個人の自己維持権のために仕えるべきものとしている⁷⁵⁾。

（三）国家の自己維持権

ヘラーは、法の必然的前提条件としての国家の自己維持権を、最高の法原則としている⁷⁶⁾。

（四）将来に向っての発展の推進役

ヘラーは、国家学は国家の現状の認識を行うだけでなく、国家の将来の方向を示す事を任務とすると考え、更に、国家の現状を肯定するのではなく、国家を将来に向けて進展させる事を任務とすると考え⁷⁷⁾、更に、国家をもって将来に向けての発展の推進役（階級社会を失くす方向への発展⁷⁸⁾）と考えていた。

② ヘラーの思考方法の特色

ヘラーの法原則論の内容的な検討に先立って、法原則に関わる諸問題と取組み、解決を試みるに当たって、ヘラーが常に援用する思考方法の特色を——これまでの叙述と重なるところも多いが——記しておきたい。

(i) 二項共存の思考方法

(一) 二項共存の種々の表現

二項共存の思考方法は、二項対立の思考方法の対立概念に当たるが、ヘラーはこれを種々の用語で表現している。

(A) 弁証法的思考方法

対立する関係に置かれている二つのファクターを、一方のファクターを他方のファクターに含ませながら、共存させる思考方法である。弁証法的思考方法について、ヘラーは次のように説明する。“弁証法的関係は、したがって、お互いに相手方に還元される事も、また、共通の論理的根源に還元される事もない、二つの命題が、それにも関わらず、現実的な対象に関連付けられ、且つ、この関連を通じて、一方の命題によって常に同時に他方の命題が措定されるところに存する⁷⁹⁾”。また、ザインとゾレンとの関係に関して、次のように説明する。“ゾレンとザインとは、疑いもなく、相互に還元される事もなく、共通の論理的根源に還元される事のない対立であるが、しかし、それにも関わらず、両者は社会的規範秩序の概念の中では結び付けられたものと考えなければならない。……形成されるべき社会的ザインと如何なる関係も持たない社会的規範はそもそも規範ではない。他方、社会的規範のない社会的ザインは存在し

ていない。……ザインとゾレンがまさに非弁証法的な無関係性にあるものとしてではなく、相関的関連付けにあるものとして前提される場合にのみ、社会的規範が正しく理解される⁸⁰⁾”。このような弁証法的関係にあるものとしてヘラーが挙げているのは、主体と客体⁸¹⁾、人間の身体と精神⁸²⁾、実体と関係との対立を克服するものとしての弁証法的自我 (Ich) 概念⁸³⁾、法を実定化する意思行為における意欲とゾレン⁸⁴⁾、人間の社会的行為における行為と意味⁸⁵⁾、意思と規範との弁証法的統一としての国家意思⁸⁶⁾、国家と法⁸⁷⁾、全体と部分⁸⁸⁾、などである。

(B) 二つのファクターを緊張関係にあるものとして考える考え方

より厳密に言えば、これは、緊張関係にある二つのファクターについて、一方的に一方の有利に、他方の不利になるように解除しない考え方である。ヘラーは、“ザインとゾレンとの緊張関係 (Spannung) は、一方的に解除 (entspannen) されてはならず、規範の有利になるようにも、社会的現実にも有利になるようにも、解除されてはならない⁸⁹⁾”と述べる。

(C) sowohl als auch の思考方法

これについては既に、メラースのヘラー批判のところで述べたところであるが、対立関係にある二つのファクターについて、いずれか一方を切捨て、他方のみを残す一刀両断的な思考方法 (entweder oder の思考方法) に反対して、いずれのファクターをも活かそうとする考え方である。ヘラーが“sowohl als auch”と同じ意味において使っている“sowohl wie”という表現を用いてこの考え方を表現している例は既に述べたところで列挙したが、“sowohl als auch”や“sowohl wie”という表現を使っていないが同じ考え方を表現した例として、“国家学のすべてのザイン判断は、一定程度同時にゾレン判断でもある⁹⁰⁾”という文章が挙げられる。

(二) 弁証法的対立関係にある二つのファクターをどのように共存させるか

(A) 二つのファクターのうちのいずれか一方を考慮から落さず、二つのファクターを同時的或いは同レベル的にではないにしても、考慮に

入れる態勢を取る。

(B) 対立関係・緊張関係はそのままにしておくというのが、ヘラーの基本的スタンスだと思われる。即ち——シュルヒター (Wolfgang Schluchter) によるヘラー解釈に従えば——、基本的に緊張関係に耐える事が人間の本性に適った生き方だとヘラーは考えていると思われる。シュルヒターによれば、“自己の社会的性質と非社会的本質、個人と団体、個人的人格 (intime Person) と社会的人格 (soziale Person) の間の弁証法的緊張関係に耐える事が……自己自身を自覚した人間の責務である”とヘラーは述べている⁹¹⁾。

(C) 解決を出さなければならない場合には、ヘラーは、レベルを分け或いは分野を分けて、Aのレベル或いはAの問題分野においては一方のファクターに優位を認め、Bのレベル或いはBの問題分野においては他のファクターに優位を認めるという方法を取る事がある。例えば、国家の実定法と個人の法的良心との緊張関係に関しては、法のレベルでは実定法に優位を認め、法的倫理のレベルでは個人の法的良心に優位を認めるというのが、その例である⁹²⁾。

(ii) 複合的思考方法

二項共存の思考方法は、どちらかと言えば、既に他の思想・理論によって対立関係・緊張関係に置かれている二つのファクターを共存的に捉え直す思考方法と言うことができるが、複合的思考方法は、どちらかと言えば、ヘラーが独自の立場で一つの事象を二つの観点の下に考察し、その結果得られた二つの結果を共存させる思考方法である。基本的には、二項共存の思考方法と通底している。例えば、ヘラーは、妥当の問題に関して、法律的妥当の他に社会的妥当がある事を主張し⁹³⁾、国家学にとって“国家の現在像はその将来像なしには形成され得ない⁹⁴⁾”と主張し、“精神科学の客体は、常に与えられたものであると同時に課されたものであり、見出されるものであると同時に形成されるものであり、認識されるものであると同時に

措定されるもの⁹⁵⁾”と述べている。とりわけ、法 (Recht) について、法原則 (Rechtsgrundsatz) としても法規 (Rechtssatz) としても見ている事が重要である。

③ 法原則の存在・性格・機能についての基本的考え方

(i) 法原則の存否

(一) 法原則の存在は決着のついた事

ヘラーは、“倫理的法原則が単に直接的に確実な法感情に基づくものに過ぎないのか、それとも、客観的な認識的確定性をもって合理的に最高の法原則 (Rechtsgrundsatz) から導出され得るものなのかという問題、更には、アプリアリな法原則が存在するのか否か、また、如何なる意味において存在するのか、或いは、如何なる法原則が普遍妥当的で、如何なる法原則が特定の文化圏に固有のものなのかというより難しい問題は、国家学はこれを法哲学に委ねざるを得ない⁹⁶⁾”と述べている。この文章が、ヘラーの法原則論に向けられる批判的的となっている。しかし、筆者には、この文章は次の文章の反語的導入文のように思える。即ち、“このような倫理的法原則が存在し、国家及びその実定法の正当化根拠を成しているという事は、現実科学的国家学にとっては決着のついた事とみなすことができる⁹⁷⁾”とヘラーは述べている。実際、ヘラーは、法原則が存在する事は決着のついた事として論究を進めている。法原則の存在は、ヘラーにとって決着のついている事であるだけでなく——法原則を如何なるものと考えらるかによるのであるが——幾つもの徴表に基づいて一般的にその存在を認めることができると言える。

(二) 法原則の存在を示す徴表

(A) ヘラーはしばしば社会生活の最高原理としての自由と平等に言及し⁹⁸⁾、この原理を人間本性に基づくものとし⁹⁹⁾、政治的・社会的に理解された自由・平等の要求が天賦の人権とされているとし¹⁰⁰⁾、且つ、自由・平等思想がヨーロッパのキリスト教的精神史を貫流するも

のとしているが¹⁰¹⁾、この事は、ヘラーが自由と平等を最も重要な法原則として考えている事を示している。

(B) ヘラーは、法秩序の必然的前提条件としての国家の自己維持権をもって、最高の法原則としている¹⁰²⁾。

(C) ヘラーが法原則の内容を明確にする作業を突詰める事を行っていないのは、後述するように、非同質的社会においては法原則の内容・適用に関する意見が一致する事はない、と考えているからと思われる。しかし、この事は逆に、ヘラーが法原則の存在自体は確信していると見ることができる。

(D) ヘラーは、法原則の存在を承認していると考えられる、法的効力を持った文書を挙げ

a) 法原則を具体化した憲法規定

ワイマール憲法の第二部の多数の規定(より詳しくは、119条、120条、122条、132～134条、151～155条、157条、158条、162～164条¹⁰³⁾)

b) 法原則としての公序・良俗、信義誠実の原則の具体化を裁判官に授権する法律の規定¹⁰⁴⁾

c) ヘラーは、常設国際司法裁判所の裁判官が適用出来るものとして掲げる同裁判所規程38条3項「ママ」の“文明国が認めた法の一般原則”を、彼の考える法原則と解し、同条の規定を、法原則としての法の一般原則を具体化する事を裁判官に授権する規定と解する(ヘラーの理解では、法の一般原則は法原則であるから、裁判官によって具体化される必要があり、その限りにおいて、裁判官は法規を創造する作用をいとなむ事になる)¹⁰⁵⁾。

(E) 以下においては、ヘラーが法原則の存在を確信しているという事、及び、この確信は法的効力を持った文書によって根拠付けられているという事を前提にして、検討を進めて行く事にする。

(ii) 法原則の性格

法原則の性格については、後述の論究において法原則の機能と関連して論ずる事にするので、

ここでは基本的な点を略述する事にしたい。

(一) 一般的な原則としての法原則

(A) 法原則は、一般的な原則である。ここで一般的というのは、如何なる場合に如何なる人が如何なる事をしなければならないかという事を定める(命ずる)法の機能を果すには一般的過ぎて、法の機能を果し得ないという意味を持っている¹⁰⁶⁾。

(B) 法原則は、人間の社会生活を規制する最高の原則である。ここで最高というのは、人間の社会生活を規制する機能をいとなむあらゆる法の根拠とされなければならないという意味を持っている¹⁰⁷⁾。

(C) 法が秩序として体系的に機能し得るためには、その最高段階にある法原則が機能しなければならないが、そのためには法原則が具体化されなければならない¹⁰⁸⁾。法原則を具体化したものが法規(Rechtssatz)であり、実定法である¹⁰⁹⁾。即ち、法秩序が機能するためには、その最高段階にある法原則が法規へと具体化される必要がある¹¹⁰⁾。

(D) 法原則を法規へと具体化する機能をいとなむのは、人間の意思行為による決定である。法原則の法規への具体化に当たって決定的に重要な役割をいとなむものが意思的決定である事を力説する点¹¹¹⁾において変わりが無いが、『主権論』と『国家学』とでは重点の置き方に変化が見られる¹¹²⁾。即ち、前者においては専ら“決定”の重要性・不可欠性を強調する事に重点が置かれているのに対して、後者においては“決定”の正当化の重要性・不可欠性を強調する事に重点が置かれているのである。同じ事であるが、前者においては法原則が法機能・国家機能の出発点とされているのに対して、後者においては法原則が法機能・国家機能の評価基準として位置付けられているのである。いわば、法原則は、『主権論』においては決定を行う国家権力を強化する機能を果し、『国家学』においては国家権力を評価に晒す機能を果していると言える(ちなみにヘラーが最高の法原則と考える“国家の自己維持権”という言葉は、『主権論』においてはしばしば登場するが、

『国家学』においては見当たらない)。本稿は主として『国家学』における、法原則を根拠とする国家権力の正当化を問題とする。

(二) 法原則の二つの種類

ヘラーが提唱する法原則には、法論理的妥当力を持ち、人間の意思によって左右されない、法秩序の形式的論理的構成原理であるものと、倫理的妥当要求を持ち、人間の意思に向けられた、法秩序の内容的・倫理的構成原理であるものがあるが¹¹³⁾、本稿で問題にし、検討するのは、後者である。倫理的な法原則について指摘しておきたい事は、ヘラーが“倫理的”と性格付けを行っているところからも推察出来るように、倫理的な法原則に適合する或いは適合しないという事は、法的効力には関わらないという事である。これは、法と倫理の分離という近代法の大原則から考えて、当然の事である。それを踏まえた上で、ヘラーは、法秩序は倫理的性格を持った法原則による根拠付けを必要とし、倫理的な性格を持った法原則に違反する事は——それが長期に亘り、また、大規模になれば——法秩序の存在を危くする、と主張するのである。

(三) 倫理的な法原則の二つの種類

更に、ヘラーが内容的・倫理的な法原則について、二種類のものを考えている事が注目されている。即ち、ヘラーは法原則について、一方で、国家とその実定法を超えた、理念的なものと言い¹¹⁴⁾、他方で、“社会の中で支配している法原則¹¹⁵⁾”、“当初は社会によってのみ正当化された倫理的な法原則¹¹⁶⁾”という表現を用いている。この、レベルを異にする二種類の法原則を、ヘラーはどのように共存させようとするのか。この問題については、後述の⑤の(v)で検討する事にしたい。

(四) 法原則と憲法

法原則と憲法との関係に関しては、ヘラーの立場からすれば、憲法の上に法原則が位置付けられると考えられる。しかし、最高法規としての憲法が制定された以上、その上位に法原則を位置付ける事には、大きな問題がある。とりわけ、憲法制定者を含む立法者の意思的決定を重視するヘラーの立場から見ても、問題が大

きい。しかし、事柄は憲法の基礎に関わる事であるので、簡単ではない。ただ、次の事を考慮に入れる事が必要と思われる。

(A) ヘラーは、法原則を憲法の妥当根拠として考えており、その意味で法原則を憲法の上に位置付けていると言うことができる。この事は、ヘラーが新たに制定された憲法は法原則に照らしての正当化を必要とすると述べている事からも、推察出来る¹¹⁷⁾。

(B) ヘラーは、憲法が法原則を具体化している例を挙げているが、論理的に言えば、具体化されているものが上位にあり、具体化しているものが下位にあると考えられる。同じ事をヘラーは、立法者（この場合は憲法制定者）が、法原則に依拠する事を指示している（auf Rechtsgrundsätze verweisen）と言う¹¹⁸⁾。これは、憲法制定者が、法原則を依拠すべきものとして明示しているという事を意味するものと思われる。そして、依拠すべきものとして明示されているものが、例えば、ワイマール憲法の諸基本権規定である。依拠すべきものとして指示の対象となっているものが法原則であり、具体的には、基本権規定である。依拠すべしとする指示の対象になっているとすれば、法原則のほうがより上位にあると考えられるが、依拠する事を指示している点では立法者（この場合は憲法制定者）のほうがより重要な役割をいとなんでいるという事になる。この点は、ヘラーが、実定法（この場合は実定憲法）は、法原則と立法者意思による決定の両方を必要十分条件とすると述べている事¹¹⁹⁾と符号する。

(C) 重要な事は、法原則が形式上・構造上憲法の上にありとしても、憲法が制定された以上は、あらゆる法律問題は憲法を基準として解決されるべきであって、法原則を憲法に対抗させて、法原則を基準として解決すべきではないという事である。尤も、ヘラーが、民主的な国民代表が、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通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

ないと述べている事が¹²⁰⁾、新たな問題を生む。ボロンテ・ジェネラルをレアルなものと解するか、理念的なものと解するか（ヘラーはどちらにも解される事を言っている）によって、即ち、後者の意味に解すれば、法原則を憲法に対抗させる事もあり得るからである。しかし、ヘラーがボロンテ・ジェネラルを理念的なものとして重視しながらも、現実的決定の主体である事をより重視している事を考慮するならば、憲法制定者の決定したところに従って、憲法規定に厳密に従って問題の解決を図るべきであり、それがヘラーの立場と思われる。

(D) これらの事を考慮すると、法原則を憲法の上位にあるものとする事は、次のような意味を持つと考えられる。

a) 憲法の根拠として、憲法を根拠付けることができる。何事にも根拠を求める人間精神を、満足させることができる。

b) 憲法の規定の意味が不明である場合に、解釈の補助手段としての役割を果たすことができる¹²¹⁾。

c) 法原則に基づき、法原則を具体化したものである、と説明する事によって、国民の憲法への意思を高めることができる¹²²⁾。

(iii) 法原則の基本的役割

ヘラーは、法原則を具体化する国家作用或いは法原則の枠内で行われる国家作用の正当性・不当性の判断基準としての役割を法原則に担わせるわけであるが、この場合、二つの方向で判断基準としての役割を担わせている事が、注目される。一つは、国家機関が決定作用を行うに当たって判断基準となる役割であり、他の一つは、国民が国家機関の行った決定作用を受容れるに当たっての判断基準となる役割である。

国家機関の側では、その決定作用を行うに当たって、法原則を基準として、それに適合すると判断した上で、したがって、法原則によって正当化され得ると判断した上で、作用しなければならない。

国民の側では、国家機関の行った決定作用を、法原則を基準として、それに適合すると判

断した上で、正当化され得ると判断したものを受容れ、或いは、正当化され得ないものの受容れを拒否するものとされる。但し、国民の側では、受容れるか受容れを拒否するかについて、選択の余地がある。

この事については、幾つかの事に注意する必要がある。

(一) 法体系全体も個別の法規範も

国民の側での正当化は、一般的には、国家機関の決定作用の全体或いは法規範全体に対して向けられる事になるが、本来は、個々の決定作用に対して向けられるものであり、実際、受容れ拒否が起こり得るのは、個々の決定作用に対してである。もちろん、個々の決定作用に対する受容れ拒否が重れば、体制全体に対する受容れ拒否もあり得るという事になる（この点、ヘラーは、個人と国家との関係に関しては——抵抗権の問題として——厳密に検討しているが、国民全体のあり方としては、傾向の問題として考えていると思われる）。

(二) 受容れについての幅のある見方

国民の側での受容れについては、ヘラーは幅を持たせた考え方をしている。即ち、国民の側では、受容れに当たって、国家機関の決定作用が法原則に適合しているか否かの判断をするわけであるが、この判断に関して、ヘラーは、一つには、完全に合致している、或いは、それほど合致していないが許容範囲内にある、更には、合致していないなど、合致の判断に種々の程度のものであり得る事と、一つには、合致していると判断している人の量的程度に種々のものであり得る事を、認めている。結果として、ヘラーは、国民による正当化、国民による受容れには種々の程度のものであり得る事を、認めている¹²³⁾。その意味において、ヘラーは、国家機関の決定作用の社会的妥当 (soziale Geltung) には種々の程度のものであり得る事を、認めている¹²⁴⁾。

④ 法原則のアウトプット作用（国家機関の側における正当化）

法原則に基づいて国家作用が行われる事を、筆者は“法原則のアウトプット”、或いは、“アウトプットとしての法原則”と表現する事にする。また、既述の如く、法原則が国家作用の正当性・不当性の判断基準となり、正当化の根拠となる事を考慮に入れると、“正当化のアウトプット”、“アウトプットとしての正当化”という表現を用いることもできる。いずれにしても、“アウトプット”とは、国家作用が行われる事を捉えたものであり、或いは、国家作用をそれを行った国家機関の側から見たものである。

（i）国家機能と法機能

地域共同体における人間の共同作業の組織と推進という国家機能の遂行にとって、条件と効果とを一般的な定式で結び付ける実定法規を意識的・計画的に定立し、且つ、定立された実定法規を実効的に保障する事が必要・不可欠である。逆に、法にとっては、意思的決定によってその定立・適用・執行を保障する国家が必要・不可欠である。国家と法とは、お互いに相手が必要とし合う関係にあるもの、とヘラーは考える。ヘラーによれば、法は、今日の国家の必然的条件として認識されなければならない、国家もまた、今日の法の必然的条件として認識されなければならない、と言い¹²⁵⁾、同じ事を、法の権力形成性格なしには規範の法的妥当もなく、国家権力もなく、国家権力の法形成性格がなければ法の実定性も国家もない、という言葉で表現し、この考えを、“法の権力形成機能〔形成力〕”と“権力の法形成機能〔形成力〕”という対を成す二つのテーゼで表現する¹²⁶⁾。どちらにもヘラー独自の考えが込められているが、とりわけ前者は注目に値する。けだし、法の権力形成機能〔形成力〕と言う場合——ヘラー自身、法とは実定法を意味すると断っているにも関わらず¹²⁷⁾——法の中に実定法規の他に法原則を含ませているからである¹²⁸⁾。実定法規がその構造に基づいていとなむことができる安定化作用に着目し

て、実定法が権力形成機能を持つ事を強調する事は容易に理解出来るが、それに加えて、法原則が権力を形成する機能を有する事を強調するのは、ヘラー独自のものである。

（ii）法の権力形成機能〔形成力〕（Machtbildende Funktion [Kraft] des Rechts）¹²⁹⁾

本稿では、法の権力形成機能〔形成力〕のうち、専ら、法原則の権力形成機能〔形成力〕だけを取上げる事にする。

ヘラーによれば、法原則は権力を正当化し（rechtfertigen）、権力に正当性（Legitimität）を賦与する事によって、権力を形成し、安定化し、強化する機能をいとなむ。この場合、法原則による権力の正当化としてヘラーが考えているものには、三つのレベルのものがある。（一）立法作用自体の正当化、（二）立法内容の正当化、（三）立法権力（或いは立法者）の正当化、がそれである。

（一）立法作用自体の正当化

ヘラーは、人間の社会生活を規制し、秩序付ける最上位の規範として、必ずしも倫理規範と明確に区別出来ない法原則を掲げ、その内容の一般性・抽象性のゆえに具体化される必要があるという事から、具体化し、実定法規化する作用自体を正当化する¹³⁰⁾。いわば、法原則に意味確実性（Sinngeißheit）と執行確実性（Vollstreckungsgewißheit）とを含んだ法的安定性（Rechtssicherheit）を賦与する作用それ自体を正当化する¹³¹⁾。ヘラーは、国家作用について意味と正当化とを区別すべきだとしているが¹³²⁾、しかし、その論述において一貫せず、意味を実現する事をもって正当性ありとしている事のほうが多い。即ち、意味を実現する事をもって、作用としてのみならず、正当化としても見ていると言うことができる¹³³⁾。

（二）立法内容の正当化

権力が実定法規を制定した場合、それが法原則に適合している場合、その実定法規及び実定法規を制定した権力は、正当化される。

（A）制定された実定法規が内容的に法原則に適合しているか否かを判断するのは、取敢えずは権力（立法者）であり、逆に言えば、権力

(立法者)は、法原則に適合し正当化され得ると判断出来るものを、実定法規として制定すべきである。

(B) ヘラーは、法原則をもって法の可能性 (Rechtsmöglichkeiten) と考え、法原則の具体化について複数の選択肢があるとし、権力はその中から具体化のための選択が出来る、と考えている¹³⁴⁾。この点、シュルヒターは、法原則から実定法規がストレートに帰結されないとしているところにヘラー理論のメリットがあるが、しかし、権力に選択が委ねられるとするため、結果として権力寄りの選択になる事を認めるところにヘラー理論の弱点があるとする¹³⁵⁾。この点、どう考えるべきか。

a) 権力者 (立法者) にとって、法原則から実定法規へと具体化を行うに当たって複数の選択肢があるという事は、立法における意思的決定のモーメントの重要性を強調するヘラーにとっては、動かせない事である。

b) しかし、法原則のファクターの重要性を強調するヘラーにとっては、権力者 (立法者) は、立法に当たって、実定法規が法原則に適合する事を確認し、それに照らして正当化出来なければ、立法をすべきではない、という事になる。

c) 但し、ヘラーは、具体化に当たって複数の選択肢があるという事を考慮に入れて、しばしば“法原則の範囲内で”という表現を用いている¹³⁶⁾。

d) 法原則に適合しない実定法規 (ungerechtes Recht) が制定された場合、ヘラーはどう考えるか。

1) ヘラーは、ungerechtes Recht の法的効力を否定しない。その理由として、次の事を挙げる¹³⁷⁾。

α) 行為の合法性 (Legalität) は、必ずしも法規範の正当性 (Legitimität) を条件としない。人間は、怠惰、恐怖、利害からも ungerechtes Recht に従う。

β) Ungerechtes Recht も、あらゆる法の一定の構成原理を含まざるを得ない。正当化されない権力にとっても、法は必然的現象形態である。

γ) Ungerechtes Recht が法の形式をとれば、それが単に技術的なものであっても、権力の一定

の制限、恣意の一定の制限、規範服従者の一定の保護を含んでいる。

ここでは、その機能を果たするために国家の存立を最大限重視する態度、国家作用における意思的決定のモーメントを重視する態度が、強く表れている。

2) そもそも、ヘラーにとって、法原則に基づく正当化は、法的効力に関わらない事である。即ち、法原則は、実定法規の制定を要請し、且つ、要請の下で制定された実定法規の根拠となるが、法的効力は法原則からではなく、制定された実定法規から始まるというのが、ヘラーの考えである。

3) しかし、ヘラー理論の独自性は、権力支担者たちが法の正当性を確信すればするほど全体の力は強くなる、と主張するところにある¹³⁸⁾。即ち、ヘラーにとって正当化の問題を提起する事の意味は、制定法遵守のモチーフを高め、逆に、不正な制定法を事実の世界から締出すところにある。

(三) 立法権力 (或いは立法者) の正当化

ここで“立法権力 (或いは立法者) の正当化”と標記したのは、ヘラーが、具体的国家においては、如何なる権威が実定法規を定立・適用・執行する権限を持つかという事については、法共同体において妥当している正当化イデオロギーが決する、と書いている事¹³⁹⁾に基づく。ここには、法原則が直接に正当化するのは行為規範であって、権限規範は直接に正当化しない、したがって、具体的国家における権限秩序は、それぞれの国家において支配的な正当化イデオロギーによって決せられるべきである、とするヘラーの考えが表れており、且つ、制度としての国家の正当化と具体的国家の正当化とを区別するヘラーの考えが表れている。

(A) 制度としての国家の正当化と具体的国家の正当化とを区別する意義

a) 一つの意義は、当然の事であるが、制度としての国家が正当化されるからと言って、具体的国家が正当化されるわけではない、とすることにある。即ち、制度としての国家は、法原則の実現に仕えるという事でをもって正当化され

るが、具体的国家は、法原則の実現の仕方或いは実現の程度によって、正当化されるかされないかが決せられる事になる。要するに、具体的国家においては、法原則実現の具体的あり方が問われる事になる。

b) 他の一つの意義は、制度としての国家においては、法原則の実現は全員の意見に基づいて行われる建前であるのに対して、具体的国家においては、法原則の実現は社会における支配的意見によって行われることができる、とするところにある。

1) ヘラーが、如何なる権威が実定法規の定立・適用・執行の権限を持つか、と問うのは、——筆者の解釈によれば——法原則の実現の態様・方法に関する問いに当たると理解することができ、ヘラーが、法共同体において社会的に妥当している正当化イデオロギー、と言うのは、——筆者の解釈によれば——法原則の実現の態様・方法に関する支配的意見への言及に当たると解することができる。したがって、ヘラーの上記発言の趣旨は、——筆者の強引な解釈によれば——具体的国家においては、法原則の実現の態様・方法の決定は、社会の支配的意見に授權されていると見る、というところにある。

2) ヘラーによれば、法原則は社会的妥当への志向を内在させているから¹⁴⁰⁾、法原則自体が、具体的国家の状況に即して法原則の実現の態様・方法の決定を社会の支配的意見に授權する事を要請している、と考えることができる。

筆者がここで“授權”という表現を用いたのは、ヘラー自身が“法的意味においてではなく、社会学的な意味においてその事を‘授權’された機関が……普遍的な拘束力を持った決定を……行うことができる¹⁴¹⁾”とか、“すべての支配を行う組織は‘授權’された支配者と‘授權’する被支配者との統一体としてのみ活動する¹⁴²⁾”とか、“‘授權’された国家機関によって行われた決定は、普遍的な拘束力を持っている¹⁴³⁾”とかいうように、“授權”という言葉を用い、且つ、必ず引用符を付けているからである。引用符を付けているのは、正式の、法的なものではなく、事実上の・社会学的なものを意

味しているからである。そして、ヘラーが言う“授權”の意味を、本来法原則の実現を一体として行うべき全員が、法原則の実現を社会の支配的勢力に授權する事と筆者は解釈し、且つ、この点に関するヘラーの主張を、このような意味での授權を必要な事として認めているものと筆者は解釈した。

3) ヘラーが、このような意味での授權を想定するのは、社会が同質的でなく、法原則の内容・適用に関して意見の一致が見られない事を認めるからである。即ち、法原則の内容・適用に関して意見が分れるので、本来全員が一体として行うべき事を、社会内の支配的勢力に授權をするという考えを取るのである。この場合に、ヘラーが授權される社会内の支配的勢力として考えているのは、社会内の支配的グループ¹⁴⁴⁾、或いは社会内の決定的グループ¹⁴⁵⁾の事である。この事をヘラーは、次のような文章で表現している。“あらゆる支配的グループは、永續するためには、彼らの法原則、及び法原則を通じて、彼らの法規が被支配者をも拘束する一般的な拘束力を持っている事を確信する必要がある¹⁴⁶⁾”、“支配的階級の命運は、彼らが彼らの法原則を自ら信じなくなり、且つ、彼らの正義原理が被支配者にも倫理的に受容れられる一般的な拘束力を持つと良心に恥ずる事なく考えなくなると、尽きる¹⁴⁷⁾”。

4) ここでヘラーが支配的グループについて、“彼らの”法原則と書いているのは¹⁴⁸⁾、ヘラーが、支配的グループが考える法原則が法原則そのものではない、支配的グループが考える法原則以外のものもあり得る、と考えているからである。即ち、支配的でないグループ或いは支配的でないグループに属する個々人が法原則の内容・適用に関して持つ考えがあり得る、と考えているからである。更に言えば、法原則の実現を授權する一体としての全員の中には、支配的グループと支配的でないグループとが含まれている、とヘラーは考えていると言うことができる。

5) ヘラーの言う社会的に妥当する正当化イデオロギーを、法原則の実現に関する社会内の支配的勢力の意見として筆者は理解したのである

が、この社会内の支配的勢力の意見は、現代の法治国家的民主政国家においては、なんらかの方法による代表制と多数決制に基づいて成立するものと考えられる必要がある。簡略化して言えば、社会の多数意見とすることができる。ヘラーは、国民を、権力中枢と権力支持層と権力反対者とから成るものとして説明する事が多いが、このうち権力中枢と権力支持層とを合わせたものの意見が、社会の多数意見に当たると考えることができる。ヘラーも、“団体内のあらゆる多数決は支配のモーメントを含んでおり、多数をもって支配的機関と見る事が必要である……¹⁴⁹⁾”と述べている。

(B) 具体的国家における立法権力(=支配権力)の正当化

a) 具体的国家における多数派は、法原則の内容を多数派の解釈するところに従って実現する事を授權され、且つ、義務付けられる。多数派は、法原則の内容に関して複数の解釈があり得るから、法原則の内容と考えられる範囲内にある限り、自由にその考えるところを決定し、実施することができるが、しかし、法原則の支配の下で社会・国家生活を可能にする最小限のものは守る義務がある。そして、最小限のものとして考えられるのは、まさに法原則の内容の解釈には複数のものがあり得るという状況を維持する事であり、具体的には、少数派の法原則解釈権が尊重・保障されるべき事である。この意味では、制度としての国家の正当化と具体的国家の正当化との区別には、第三の意味として——第二の意味と表裏一体を成しているが——少数派の法原則の内容の解釈の尊重・保障が含まれているとすることができる。

b) 法原則の内容の解釈・実施を授權された社会的支配勢力は、その解釈するところを——国家機構・国家権力を掌握して——国家作用、とりわけ立法作用として、実施することができる。

1) 法原則の具体化の授權を、ヘラーは、具体化のために必要な国家作用、とりわけ立法作用を、法的効力をもって行う事の授權として、考える。

2) 社会的支配勢力、したがって、それが掌握

する国家権力は、権力の行使を法原則によって正当化され、且つ、行われた権力の行使について、法原則に基づく評価、したがって、正当化されるか否かの評価に、晒される。

3) しかし、ヘラーは、正当化されるか否かの評価は、行われた国家作用・立法作用の法的効力とは無関係であると考える¹⁵⁰⁾。法原則は倫理的レベルのものであり、法的効力は倫理的なものが具体化されたところから始まる、というのがヘラーの考えである。

4) それでは、法原則に照らしての正当化は、如何なる意味を持つか。それは、当該国家作用・立法作用を含む国家秩序・法秩序の安定性を左右する、とヘラーは考える。ヘラーは、“国家権力は、その支配層が国家権力の信奉する法原則及び法原則によって正当化される実定法に対して表明する自由な承認が大きければ大きいほど、安定したものになる¹⁵¹⁾”と説く。

(C) 法原則をめぐる国家権力と個人とのコンフリクト¹⁵²⁾

a) 上述した少数派の法原則解釈権の尊重・保障の問題が先鋭に提起されるのが、抵抗権に関してである。ヘラーは、抵抗権の問題を、国家権力と個人の良心とのコンフリクトとして定式化する。但し、この定式は必ずしも正しくない。第一に、国家権力と個人とのコンフリクトという定式が正確かという問題がある。ただし、ヘラーは、コンフリクトが生ずる原因として、国民の間で法原則の内容・適用に関して意見が一致しない事を挙げているが、そうであるとすれば、問題は、国家権力と個人との対立ではなくて、国民或いは社会内部での意見の違いという事になり、突詰めると、法原則の内容・適用に関する意見の対立として定式化されるべきだと考えられるからである。尤も、実際上は、多数派が国家権力を掌握し、国家作用を行うわけであるから、国家権力と少数派、或いは少数派に属する個人との間のコンフリクト、とすることはできる。第二に、ヘラーは、このコンフリクトに関して、法原則を認識出来るのは、個人の法的良心のみであり、——明言はしないが、言外に前提していると見ることができ

るのであるが——国家権力は認識することができないからコンフリクトが生ずると考えているようであるが、しかし、国家を構成する自由で平等なすべての個人が法原則を平等に認識すると考えるべきであるから、結局、法原則の認識に関する多数派の意見と少数派の意見との対立に帰着すると考えるべきであると思われる。

b) 意見の対立があっても、通常の場合は、多数派が国家機構を掌握し、国家権力を行使して、自己の意見を実施することができるから、問題は生じない。問題は、対立が法原則の内容・適用に関する解釈の争いの域を越えて先鋭化し、多数派が権力のデーモンに突動かされて、法原則の最小限の内容をも侵犯する場合に生ずる。この場合には、ヘラーの考えるように、国家権力は法原則を認識出来ると主張することができず、少数派或いは少数派に属する個人のみが、法原則を認識出来、その守り手となることができる。

c) この基本的コンフリクトについて、ヘラーは、国家理性の立場と法理性の立場とを対決させて、解決の道を模索する¹⁵³⁾。そして、ヘラーの出した解決策は、合法化された抵抗権は認めるべきではないが、倫理的抵抗権は認めるべきである、という事である¹⁵⁴⁾。この解決策は、一方では、合法化された抵抗権を認めなかった事に対して、他方では、倫理的抵抗権を認めた事に対して、批判が加えられ得るが、しかし、合法性のレベルでは国家権力に軍配を上げ、倫理性のレベルでは抵抗権に軍配を上げる事によって、国家権力と抵抗権との共存を図るものと言うことができ、ヘラー特有の考え方を貫いたと言うことができる。且つ、また、法原則は倫理レベルの問題であり、法的効力の問題は意思的決定による法原則の具体化の段階から始まる、というヘラーの基本的立場は、維持されている。

d) その結果、ヘラーは、一方で、行動による抵抗権の行使に対して責任・刑罰阻却事由にはならないとし¹⁵⁵⁾、他方で、合法化されていないのに敢えて行う行動による抵抗権の行使を倫理的に価値ある模範として称揚する¹⁵⁶⁾。

e) 加えて、ヘラーは、国家権力に対して、抵抗権の挑戦を受ける事があるという警告を発した¹⁵⁷⁾。

(iii) 権力の法形成機能〔形成力〕(Rechtsbildende Funktion [Kraft] der Macht)¹⁵⁸⁾

(一) “法の権力形成機能”の場合の法は、法原則と実定法規とを含んでいるが、“権力の法形成機能”の場合の法は、実定法規のみである。

(二) 権力は、法形成機能を認められるためには、権力は法原則を具体化するために活動しているという確信を、権力中枢、権力支持層によって持たれる必要がある。

(三) 権力は法を形成することができるが、しかし、権力は自身が形成した法に自らも拘束されるという事を、ヘラーは強調する¹⁵⁹⁾。

(四) ヘラーは、正当化されない権力が法を形成する事を、認める。或いは、より強力な権力が法を破ってもその立場を押し通す事を、認める。更に、また、権力が不正な法を形成する事を、認める。これらの事は、事実を事実として確認する態度の表れであると共に、国家的統一を第一義のものとして位置付ける態度の表れである。

(五) 第二の態度に関して言えば、それは、国家をもって最高の価値とするものではなく、最高の価値としての人間の自律的生存の保障のための手段として国家を考えている事に基づく、と言うべきであらうか。但し、ヘラーは、国家についてその自己維持権を最高の法原則と位置付けているのに、個人の自己維持権をも認めているが¹⁶⁰⁾、それを最高の法原則としては位置付けていないので、なお問題は残る。

⑤ 法原則のインプット作用（国民の側における正当化）

“法原則のインプット”、或いは“インプットとしての法原則”とは、法原則が国民による国家作用或いは国家権力の正当化の根拠となると言う事を意味するものであり、即ち、国家の存立が、国家権力が行う正当な国家作用によって

可能となると同時に、国民の側からの、国家作用、国家権力への正当化の賦与によって可能になるという考えを踏まえて、法原則がその正当化の根拠としての役割をいとなむという事を意味している。その意味では、“正当化のインプット”、或いは“インプットとしての正当化”とも言うことができる。同じ国家作用、或いは国家権力の行使をめぐるものであるので、アウトプットとして述べたところと重なるところも多いと思うが、兎も角、国民の側から問題を検討してみる事にしたい。

(i) 国民による国家権力の正当化の根拠としての法原則

(一) 正当化に関するヘラー理論の第一の特色は、国家の正当性を国家権力の側で実証出来るように努めなければならないとするだけでなく、国民の側で国家に正当性を賦与し、国家を正当化しなければならないとしている事である。

(二) 国家権力が自らを正当化するためには法原則の具体化を志向する必要があるとし、国民が国家権力を正当化するに当たっては法原則を根拠とすると説くところから窺われるように、ヘラー理論の第二の特色は、国家権力の側においても、国民の側においても、法原則が根拠として持出されているところにある。

(三) ヘラーの、国民による国家権力の正当化論の第三の特色は、正当化が人間の本性に基づくものとしているところにある。即ち、人間がザインとゾレンを対置し、ザインをゾレンの観点から評価する本性を持っており、その意味で理想追求的 (utopisch) ¹⁶¹⁾ である事に基づいていると考えているところにある。したがって、ヘラーは、国家の正当化論を通じて、取敢えずは、国家を安定化し、国家を強化する事を志向するが、究極的には、人間本性に適った国家、その意味で法原則に適合した国家の実現を志向している、と考えることができる。ヘラーが、国家と個人との基本的コンフリクトに関連して、国家の正当化は、如何なる代価を払っても国家を正当化するところにあるのではないと言

っている事も ¹⁶²⁾、そのように理解すべきものと思われる。

(四) ヘラーの、国民による国家の正当化論の第四の特色は、ヘラー自身は必ずしも明言はしていないが、法治国家、或いは法治国家的民主政国家を対象としているところにある。ヘラーがその存立を国民による正当化にかけける国家は、如何なる国家であってもよいというわけではなく、法原則、とりわけヘラーが最高の法原則と考えていると思われる自由と平等の実現・具体化を志向する国家、その意味での法治国家的民主政国家に限られる、と考えるべきである ¹⁶³⁾。

(ii) 合法性 (Legalität) と正当性 (Legitimität)

(一) 国家権力の側における正当化は、立法による法原則の具体化から始まって、末端の国家行為に至る種々の段階を通じて行われ ¹⁶⁴⁾、その結果には合法性 (Legalität)、或いは法的効力 (juridische oder juristische Geltung) が認められる。ヘラーは、個々の実定法規が効力を持ち得るのは、それが支配ヒエラルヒー及びそれに対応する法秩序に組入れられる事によってである、と説明している ¹⁶⁵⁾。

国民の側における正当化は、基本的に国家権力の側で作出す個々の法規範及び法秩序全体について行われ、正当化の結果には正当性 (Legitimität)、或いは社会的効力 (soziale oder soziologische Geltung) が認められる。ヘラーは、法的効力と区別された社会的効力を重視する。或る意味で、ヘラーの正当化論は、法規範及び法秩序が社会的効力を持ち得るための条件を論究したものと言うことができる。

(二) ヘラーの本来の考えでは、国家作用、とりわけ立法作用は、法体系の中に組込まれ、権力によって実現を担保されているという意味で合法性を獲得するが、しかし、同時に、法原則を基準とする審査にパスする事によって、正当性をも獲得するはずである。しかし、ヘラーは、法治国家といえども正当性は保障出来ず、保障出来るのは合法性のみであるとし ¹⁶⁶⁾、実質的合法性 (Rechtsförmigkeit) と形式的合法性とは、基本的コンフリクトの状態にあると言う ¹⁶⁷⁾。こ

の事は、如何に理解すればよいか。ヘラーは、法治国家の一定時期においては、合法性と正当性が合致していた事を認めた上で¹⁶⁸⁾、現代においては両者が合致しなくなったと述べ、その理由として、国民代表議会の議決した法律が“倫理的に自律的な理性の行為と認められなくなった”という事を挙げる¹⁶⁹⁾。“倫理的に自律的な理性の行為とは認められない”とは理解し難い表現であるが、法原則との関連で考えれば、国民代表議会の議決した法律が法原則と完全に合致していない事を意味していると思われる。議会の議決も議会による法原則の認識の結果と思われるので、ここで考えられるのは、真の法原則と議会の法原則解釈の結果との間に齟齬がある事ではないかと思われる。齟齬が生ずるのは、法原則の内容・適用に関して意見の一致がなく、それが議会の議決に反映しているからだと思われる。そうすると、同質性のない社会において、法原則の内容・適用に関して社会内に意見の一致が見られない事を重視すべきであるという事になり、むしろ、議会の多数派の法原則の認識・解釈と真の法原則との間に齟齬があると考えたほうが、議会の少数派の法原則の認識・解釈の権利を確保する上でも適切と考えられる。合法性が正当性を保障するものではないという事は、この意味で理解されるべきであろう。

(三) しかし、ヘラーの正当化論の基本的立場からすれば、国家権力は法原則を基準として正当化されるように努めるべきだという事になるはずである。ヘラーも、“……その社会的機能のために、国家権力はすべて法技術的合法性のみを志向するだけでなく、その自己維持のために、その実定的法規・慣習規範の倫理的正当化、即ち正当性をも志向すべきである¹⁷⁰⁾”と述べ、また、“国家権力は、その倫理的な法原則及びそれによって正当化された実定法規が、権力支持層から受ける自由な承認が大きければ大きいほど、それだけ一層確固たるものとなる¹⁷¹⁾”と述べ、“国家権力は、その合法性が正当性によって基礎付けられている限りにおいてのみ、その合法性に立脚している¹⁷²⁾”と述べている。結

局、合法性と正当性が完全に一致する事はないという事を認めた上で、正当性が志向されるべきであり、正当性をもって、合法性が不断に接近を図るべき目標と考えるべきだという事になろう。

(iii) 法原則の唯一の保障者としての個人の法的良心

ヘラーは、国家は正当性を保障することはできず、国家が保障出来るのは合法性のみであると主張する文脈において、個人の法的良心のみが正義（これは法原則と理解することができる）を保障することができるとしている¹⁷³⁾。この問題は、既に国家権力と個人との基本的コンフリクトとの関連で検討したが、ここでは、国民による国家権力の正当化という観点から検討したい。

個人の法的良心のみが正義、或いは法原則を保障することができるという事は、国家を構成するすべての自由で平等な個人が同権・同格のものとして法原則を認識・実現することができるという事を出発点とする点では正しいにしても、そのままでは、国民による国家の正当化は成り立たない。国家の正当化は、国家が法原則の実現に仕える機能を果しているという事を、少なくとも国民の大多数が確信する事によって成り立つものであるからである¹⁷⁴⁾。国家の正当化は、国民の大多数によって行われる事に意義がある。したがって、ヘラーの国家正当化論の立場からすれば、国民の大多数の法原則認識を法原則の認識として、これに正当性及び合法性を持たせる事になる。しかし、種々の条件の下で、国民の大多数が法原則を認識し損ない、真の法原則とは到底考えられないものを法原則の具体化と称してそれに法的効力を持たせて押し付ける、という事が起こり得る。このような事態は、とりわけ、多数意見が法原則の解釈権を独占し、少数派の法原則解釈が法原則として通用する機会を奪う措置を講じ、或いは、そのような体制をとる場合に生ずる。このような事態においては、少数派、したがって少数派に属する個人が、真の法原則の認識を維持し、貫

徹することができる。ヘラーが、個人の法的良心のみが法原則を保障することができるというのは、この意味において理解すべきである。いわば、国民の多数派が法原則を認識し損なった状態において、少数派に属する個々人が法原則の守り手となる、という意味に解すべきではないかと思われる。この事に関して、以下の事が考慮されるべきであると思う。

(一) 少数派による法原則の援用は、正当性を持つにとどまり、多数派の決定が合法性を持ち続ける事には変わりがない。この事をヘラーは、個人の抵抗は倫理的に正当化され得るが合法化はされない、と表現する。

(二) ヘラーが、個人の抵抗を倫理的に正当化し、合法化されざる抵抗の挙に出た者を模範とし、人間性の発露として称揚するのは¹⁷⁵⁾、もっともな事を思われるが、しかし、ヘラーの国家正当化論の本来の趣旨からすれば、多数派に対して、或いは現在の国家権力の掌握者に対して、倫理的抵抗権の実行者を出さないように心掛ける事を説得すべきではないか、と思われる。

(三) この点では、ヘラーが、国家権力が抵抗権による挑戦を受けるのはよい事だと述べているのは¹⁷⁶⁾、この方向にあるものとして首肯できる。

(iv) 正当化の持つ積極的意義 (=正当化の構造)

(一) 国家権力の存立にとって、国家権力の側で、正当化され得る国家作用を展開する事が必要・不可欠であるとすれば、国民の側でも、なんらかの行為をもって対応する事が必要・不可欠である。通常は、服従という行為が考えられる。ヘラーもしばしば服従の重要性を強調し、“服従が支配を作る”という格言をしばしば援用する¹⁷⁷⁾。しかし、服従は命令や規範の内容を問わぬ服従も含んでいるが、そのようなものでは、国家の存立を支えるには不十分である。ヘラーが、服従と区別して正当化を持出すのも、より積極的なものと考えての事と思われる(“国家はその正当化によって生きる¹⁷⁸⁾”)。積極的行為が考えられているとすれば、その前提として、行われた国家作用についての認識・判

断が必要になり、国家作用を法原則を基準としてそれへの適合・不適合を判断する事が必要になり、その結果として、適合していると判断された国家作用の承認・受容という行為が行われる事になる。正当化は、このような、認識・判断・承認・受容を含む一連の行為を指していると言うことができる¹⁷⁹⁾。

(二) 国民による国家権力の正当化の基本構造は、以上のようなものであるが、しかし、ヘラーは、正当化の積極的行為性、正当化の担い手たる国民の非同質性などの現実的状况を考慮に入れて、簡略化された、或いは、緩和された正当化で満足する。

(A) 厳密に考えれば、正当化は個々の国家作用について行われるものであるが、また、事柄や状況によっては個別の国家作用について正当化されるか否かが問題になり、政治的に重大問題化する事もあるが、ヘラーが国民による正当化の対象として述べるのは、法秩序全体のあり方、更には、現在国家権力を掌握して実定法規の定立・適用・執行に当たっている権力者の権力行使のあり方である。

(B) その事と関連するが、ヘラーは、国民による正当化の仕方についても、認識・判断が厳密に踏まえられる事を要求せず、“確信される”事で済ませている。例えば、“国家の規範定立機関の正当性は、規範の名宛人が、規範定立機関が法規範へと実定化するものが……倫理的に義務付ける法原則であるという事を確信する時に、また、その限りにおいて、認められる¹⁸⁰⁾”と述べている。

(C) ヘラーは、国民の間で法原則の内容・適用に関して意見の一致が見られない事を考慮して、全員でなく、多数が正当化を行う事で足りるとしている。既述の如く、“権力中枢とその支持層”という表現を用い、或いは“支配的グループ”という表現を用いて¹⁸¹⁾、この考えを示している。尤も、表現はそうであっても、既述の如く、法治国家的民主政国家においては、支配的グループは、なんらかの形で代表制と多数決制に基づいて成立する多数派と考えられる必要があり、且つ、多数派と少数派との交代可

能性が保障されている必要がある¹⁸²⁾。

(D) 正当化は、厳密に考えれば、行われた個々の国家行為について行われ、法原則との適合・不適合の判断が下されるべきであるが、ヘラーは、法原則適合性が認められれば、即ち正当化されれば、法秩序・国家権力は安定化し、強固なものとなり、法原則適合性が認められなければ、即ち正当化されなければ、——直ちにではないにしても——当該法秩序・国家権力の命運は尽きる、というように、法原則との適合・不適合の結果、或いは、正当性の賦与・拒否の結果については、——そもそも正当性の問題は法的効力の有無に関わらないとヘラーは考えるのであるが——それを一つの事實的傾向という形で表現する¹⁸³⁾。

(E) 法原則を基準とする国家権力の国民による正当化について、ヘラーが、簡略化し、緩和した考えを打出したのは、ヘラーが、国家権力による自らの行為の正当化については厳格に考えるべきであるが、国民による正当化については、国民の正当化の持つ事實的・政治的効果を背景として、国家権力を、法原則及びそれを具体化した実定法を遵守するように動機付ける事を主眼としていたから、それほど厳格さは要求されない、と考えていたからと思われる。ヘラーの国家正当化論には、既に述べた事の繰返しになるが、国家権力による自らの行為の正当化と、国民による国家権力の正当化との両面が含まれており、ヘラー自身この二つの面を明確に区別していたとは必ずしも言い難いが、ヘラーの正当化論の重点は、国民による正当化のほうに置かれていたと見ることができる。

(v) 正当化の根拠となる法原則の二つのレベル

(一) 法原則の二つのレベル

ヘラーは、国家の正当化の根拠となる法原則を、一方で、理念的なものとして説明し、それが立法機関によって具体化されて実定法規となると説明し¹⁸⁴⁾、他方で、法原則を、社会の中で支配している法原則、社会によって倫理的に正当化された法原則、或いは、法原則の中で表現された社会的恒常性などと説明し、即ち、法

原則を、一方で、理念的なもの(倫理的レベル)と説明し、他方で、社会的現実的なもの(社会的現実的レベル)と説明している¹⁸⁵⁾。このように、理念的レベルのものと社会的現実的レベルのものという、レベルを異にするものが法原則という一つのカテゴリーの中で共存させられている事には戸惑いを覚えるのであるが、この事については、次のように考えるべきではないかと思われる。

(二) 二つのレベルの共存の意味

(A) 形式的には、両者を共存させた事は、理念的なものに現実性を持たせる意義があった、と考えることができる。

(B) しかし、実質的には、法原則が働く場所の違いとして考えることができ、そのほうがより適切と思われる。即ち、理念的レベルのものは立法者にとって指針として働くと考えることができ¹⁸⁶⁾、社会的現実的レベルのものは、裁判官にとって——法律によって授權され、或いは、場合によっては授權がなくとも——裁判の基準として働くと考えることができる¹⁸⁷⁾。後者の場合、社会の中で支配的な観念として既に存在しているものが法原則の内容として汲取られるという事になるのであるが、その際、この観念がそのまま裁判の基準となるのではなく、理念的なものとしての法原則との適合性の審査をパスした上で裁判の基準となるものと考えられる。この事を、ヘラーは、法原則は社会的に積極的に評価された恒常性が国家的規範性の中に入り込む進入門としての役割を果たす、と表現する¹⁸⁸⁾。

(C) 理念的レベルの法原則は立法を通じて実定法規となり、社会的現実的レベルの法原則は裁判を通じて国家法秩序の中に汲上げられる。この場合、理念的レベルの法原則は、実定法規となり、それが国民の多数によって受容られる事によって、実定法体系の正当化に役立つ事になり、社会的現実的レベルの法原則は、既に社会の大多数によって承認され、その意味で正当化されているものであり(“当初は社会によってのみ正当化された法原則¹⁸⁹⁾”という表現がある)、そのようなものを法秩序の中に取込

む事によって、法秩序は正当化される。その意味で、両レベルの法原則はそれぞれ法秩序及びそれを維持する国家権力の正当化のために働く事になる。

(D) 理念的レベルの法原則も社会的現実的レベルの法原則も、国民の多数、或いは社会内の多数の同意・承認を受けて国家法秩序或いはそれを維持する国家権力を正当化する機能をいとなむとする事には問題はなく、むしろ歓迎すべき事であるが、しかし、いずれのレベルの法原則の同意・承認には、それと反対の少数派の意見が含まれていないという事を考慮に入れる必要がある。ヘラーが国民の構成メンバーに言及する時、常に抵抗者を含めている事¹⁹⁰⁾を重視する必要がある。抵抗者は、抵抗権の行使者だけを意味するのではなく、少数意見の保持者をも意味すると考えるべきであろう。

(vi) 法原則を通じての共通のものの追求

(一) 社会の中にある共通の意見

ヘラーは、積極的に評価された社会的恒常性としての法原則、社会的構造を表現する法原則、社会によって正当化され法原則などという捉え方でもって、社会の中に法原則の内容・適用に関して共通の意見があるという事を、やや大雑把な形においてではあるが、認めた。

(二) 基準の正しさに対する共通の信頼

また、ヘラーは、必然的に対立を含んだ社会においては、支配行為、規範定立行為は、利益の衡量を行わなければならないが、この衡量によって不利益な扱いを受けた者を納得させるためには、有利な扱いを受けた者も不利な扱いを受けた者も共通に義務付ける基準の正しさに対する信頼が衡量の基礎に置かれていなければならない、という趣旨の事を述べている¹⁹¹⁾。

(三) 正当化の機能をいとなむ世論

また、ヘラーは、政治的支配とそれによって保障される秩序の正当化の機能をいとなむと考えている世論 (öffentliche Meinung) について論究し¹⁹²⁾、その中で、次のような事を指摘している。

(A) 支配者と被支配者との間に、意思・価値共

同体という形で共通の世論が築き上げられて初めて、安定した政治状態が成立するという事¹⁹³⁾。

(B) 民主的社会においては、統一的な世論が支配組織を正当化し、支担すべきであるという事¹⁹⁴⁾。

(C) 民主的諸基本原則こそが、現代の世論の中で確立された原則を構成しており、現代文明諸国家の世論においては、政治的支配に関して、民主的正当化以外の正当化はあり得ないという事¹⁹⁵⁾。

(D) 世論の中で確定された諸原則が法原則となり、立法者にとって実定法規の素材となり、裁判官にとって実定法規の解釈ルールとなるという事¹⁹⁶⁾。

即ち、正当化という機能をいとなむ世論について、共通のもの、統一的なものという性格を指摘している事が注目される。

(四) 共通のものの追求

(A) 法原則を基準とする、国民による国家権力の正当化というヘラーの理論は、共通の法原則を基準として国家権力の正当化という共通の仕事を通じて——他のファクターと連携して、しかし、その中では最も強力なファクターとして——国家的統一性の実現という効果を上げる事を意図したものと考えることができる。法原則を基準とする、国民による国家権力の正当化が成立するための要件を様々に緩和したもの、そうする事によって、国民の間に共通のものが存する事を示すためであったとも考えられる。

(B) しかし、第一には、基準とされる法原則の内容が必ずしも明確に示されなかった事 (自由と平等原理を源泉としてもっと明確に展開することができたはずであるし、そうすべきであったのに、抑制し過ぎた)、第二には、それでも共通のものが形成されたと考えられる法原則の内容・適用に関して、社会の非同質性のゆえに意見が分れた事が、主たる原因となって、国家的統一性を支えるべき国民統合というヘラーの意図は、必ずしも達成されなかった。

(C) しかし、ヘラーは、国民の間で法原則の内容・適用に関して意見が分れているという事

を率直に認め、そのような事態に対応すべきだと主張する事¹⁹⁷⁾を通じて、社会の中にある様々な意見の共存を図るべし、という事こそが何にもまして共通のものである、とするメッセージを発していると見ることができる。そして、国民の中に抵抗者という形での少数意見を含めて考えた事が¹⁹⁸⁾、このメッセージを裏付けるものであったと見ることができる。

そして、異った意見の共存という共通のものを認めない政治勢力によってこの理論的試みが粉碎された事は、理論にとって如何ともし難い事であった。

⑥ 法原則を基準とするヘラーの国家正当化論の特色

(i) ヘラー国家学の二本の柱

ヘラーは、地域共同体における人々の共同作業を組織化し、推進する事を任務とする決定・作用統一体としての国家を、二本の柱をもって組立てようと試みたと言うことができる。組織としての国家と、正当化されるべきものとしての国家が、それであった。そして、それぞれが、ヘラーが国家学の課題としたものに対する応答であったと言うことができる。即ち、組織としての国家というのは、“如何にして多元的なもの(Vielheit)から統一体(Einheit)としての国家が形成されるか¹⁹⁹⁾”という問いに対して応答するものであり、正当化されるべきものとしての国家というのは、“如何にして相争うグループに対して、いずれのグループも受容れざるを得ない共通の討論の基礎を提供出来るか²⁰⁰⁾”という問いに応答するものであった、と言うことができる。

(ii) 組織としての国家

(一) 国家が統一体である事を必要とする根拠

ヘラーが、国家が統一体である事を必要とするのは、統一のために統一を必要としたのではなく、共同作業の組織化・推進を効果的に達成するために必要と考えたからである。統一的な決定が行われ、決定が統一的に実施され、統一

的な効果が上げられる事が、地域共同体における人々の共同作業の組織化・推進という国家の任務の達成にとって、必要・不可欠と考えたからである。

(二) 組織の持つ働き

ヘラーは、組織の持つ働きが、組織としての国家の統一体としての形成・活動を可能にすると考えた。もちろん、そのためには、組織のあり方が重要と考えた。以下、ヘラーの考える組織のあり方を略述する²⁰¹⁾。

(三) 組織としての国家の三要素

組織としての国家は、法秩序、国家機関、国民という三つの要素から構成される。

(A) 国民

国家の構成要素としての国民は、多元的な活動体であり、一方で、その活動は法秩序によって規制され、方向付けられ、全体として一定の恒常的な・安定した状態にもたらされ、他方で、法秩序を、消極的には服従によって、積極的には承認・正当化によって、支える働きをいとなむ。

(B) 法秩序

法秩序は、国民の行為を規制し、方向付け、一方で、その形式的基本構造に基づいて国民の社会生活を恒常性のある・安定したものにすると共に、他方で、その実質的な内容(倫理的に基礎付けられている)に基づいて国民から受容れられ、支持を受け、規制する力を内蔵する。

(C) 国家機関

国家機関は、意思的決定に基づく活動によって、法秩序を形成し、作動させ、国民に対して法秩序の効果を直接及ぼす。法秩序の働きの効果を直接国民に及ぼすという意味で、国民を支配する立場にあるが、その立場は法原則の実現に仕え、自ら制定した実定法規を遵守する事を実証する事によってのみ、国民から支持される。

(四) ヘラーの組織及び三要素の捉え方の特色

(A) 三要素のいずれも、国家の存立にとって不可欠のものとし、それゆえ、単独では国家を担えないとする。

(B) 三要素は、相互に他の要素を必要とし、

相互に補完し合う関係にあるものとする。

(C) 国家の要素たる国民に関して、国家を構成するのは国民それ自体ではなく、国民の行為であるとし、それゆえ、国家をもって意思統一体ではなく、行為統一体とする。しかし、それにも関わらず、国家的統一性の形成が可能となるために必要な程度意思の統一（価値・意思統一体）は必要であるとする。

(五) 国家の力 (Macht des Staates) と国家における力 (Macht im Staat) との区別

ヘラーは、国家の力をもって、三要素の力の結集の総合効果 (Resultante) と説明し、三要素のいずれか一つに還元されることはできないとし、支配権力が持つのは、国家における力であって、国家の力ではないとする。

(iii) 正当化されるべきものとしての国家

(一) 正当化の必要性

(A) ヘラーは、国家権力の維持にとって国民による支持が必要であると考え、国民による支持を国家に取込む手段として、国民による国家権力の正当化を提示した。国民による支持には種々の程度のものがあり得るが、正当化はそのための前提となると考えた。

(B) ヘラーは、国民の側から見て正当化が必要となる理由として、人間がその utopisch な本性のゆえにザインとゾレンを対置し、その時々々の権力を法理念に照らして評価することができるという事を挙げる²⁰²⁾。

(二) 正当化の根拠としての法原則の提示

(A) 国家権力の側からは、法原則を根拠として国家権力の正当化を受ける事が、権力の安定化にとって効果的と考えられる。

(B) 法原則は、国民が一般的に社会生活の最高規範として信奉している正義の理念を化体したものと考えられており、ヘラーもしばしば、法原則と正義の理念とを同義語として用いている²⁰³⁾。

(C) また、具体的に法原則からの具体的帰結としてのすべての人の自由・平等原理は、すべての人にとって共通に信奉できるものと考えられた。

(D) 逆に、法原則は社会的妥当の要求を内在させている、とヘラーは説明した。この説明は意味不明という批判を受けているが、これは人間が法原則を具体化した法秩序を要請しているという意味のものと解釈すればよいのでないかと思われる。

(E) 実定法体系にとって、それを根拠付けるものとしての法の形態（その内容も含む）をとった法原則が上位に置かれる事は、厳格な法実証主義以外の立場にとっては、合理的な事と考えられる。とりわけ、実定法体系の最上位にある憲法を根拠付けるものとして法原則が置かれる事は、単なる事実の力を持出す事よりは、合理的な事と考えられる。

(三) 法原則を基準とする国家権力の正当化の構造

(A) 行われた国家権力の活動を、法原則を基準として、その適合・不適合を評価し、適合したと判断すれば正当化し、不適合と判断すれば正当化しない事が、正当化の基本構造である。

(B) 正当化は、国家権力の側でも行われる。国家権力は事前もしくは事後に自らの活動を法原則に照らして評価し、適合している、即ち正当化出来る、と判断することができる場合に、その活動を行うことができる。

(C) したがって、正当化は、国家権力の行う、または、行った活動を対象とするが、正当化の主体には、国家自身もなり（アウトプットとしての正当化）、国民もなる（インプットとしての正当化）という事になる。

(D) 正当化は、個々の国家活動を対象とする事もあるが、法秩序・国家秩序全体を対象とする事もある。むしろ、ヘラーが主として念頭に置いているのは後者であるが、具体例を挙げる場合は前者を持出している。

(E) ヘラーは、国家権力の行使は社会における決定的に重要なグループ、或いは社会における支配的なグループによって行われるだけで足りると思え、全員によって行われる必要はないと考える（この問題については、後述する）。

(F) ヘラーは、正当化は必ずしも厳密・正確に行われる必要はなく、国家権力が法原則に仕

える事が信じられれば足りる、と考えている。

(四) 正当化の効果

ヘラーは、法原則を基準とする正当化は法的效果を持たない、と考える。国家の活動が法原則に適合しており、それゆえ正当化されるとする判断によって、その活動が法的效果を持つ事にはならず、逆に、法原則に適合しておらず、それゆえ正当化されないとする判断によって、その活動が法的效果を失う事はない、と考える。これは、第一に、法原則は倫理的なものであって、法原則に法的效果を持たせる事は、近代法の法と倫理の分離に反すると考えられるからである。第二に、法原則に法的效果を持たせる事は、国家秩序・法秩序を不安定にすると考えられるからである。この点に関して付け加えると、ヘラーは、法原則に対して、法のレベルでは効果を認めないが、倫理のレベルでは効果を認める。法原則違反に対しては倫理的に非難し、法原則を貫徹する行為に対しては倫理的に称揚する。

(五) 具体的国家における正当化

(A) ヘラーは、制度としての国家の正当化と具体的国家の正当化とを区別するが、それは、具体的国家においては、社会の対立的・非同質的構造のゆえに、法原則の内容・適用に関して意見が分れる事を認識しているからである。

(B) 法原則の内容・適用に関して意見が分れば、最終的には、多数派（ヘラーによれば支配的グループ、決定的に重要なグループ）に、その解釈するところに従って法原則を実現する事を委ねざるを得ない。制度としての国家を想定した場合は、全員が、その一致した意見に従って法原則の実現に当たるべきところを、具体的国家においては、全員が、多数派の意見に、法原則の実現を授權する事になる。

(C) 具体的国家においては、多数派が、かかる授權に基づいて、国家機構を掌握し、国家機構を動かして、法的効力をもって法原則を実現する事が認められる。

(D) 具体的国家においては、多数派は、自己の考えに従って法原則を実現する権利を認められるが、同時に、少数派も法原則を解釈する権利

を持っている事を尊重し、保障する義務を負う。

(E) ヘラーは、国家の構成員を、権力中枢、権力支持層及び、権力反対者もしくは権力抵抗者から構成する。このうち権力中枢と権力支持層とがいわば多数派に当たり、権力反対者もしくは権力抵抗者が少数派に当たると考えられる。この事に関しては、ヘラーが常に、国民の中に少数派を含めて考えている事、少数派も国家の機能遂行に参加するものと考えている事、多数・少数の関係は動態的に変化するもの（換言すれば、多数・少数の交代可能性）と考えている事が、重要である。

(F) この意味で、法原則について異った意見を持った複数のグループが共存し、それぞれの解釈に基づく法原則の実現を求めて争っている事をヘラーが認めている事が、重要である。

(六) 共通のものの提示

(A) ヘラーは、国家権力の存立・機能発揮にとって国民が国家権力を支える事が重要と考え、そのためには、国民が一つになって国家権力を支える事が必要と考え、そのためには、国民が信奉出来るものを提示する事が効果的と考え、このような考えに基づいて、国民による法原則を基準とする正当化という考えを打出した、と解釈することができる。

(B) そのため、ヘラーは、人間本性の共通性、歴史的・地理的・国民的同質性などを動員して、法原則が国民にとって共通に信奉出来るものである事を論証しようと試みた。

(C) しかし、対立的、非同質的構造のゆえに、社会の中で、したがって国民の間で、法原則の内容・適用に関して意見が分れ、法原則が共通のものとして受容られない事を、ヘラーも認めざるを得なかった（ワイマール共和政下の政治状況が、この認識を増幅させた）。

(D) しかし、ヘラーは、社会的現実において法原則の内容・適用に関する意見が分れているという事態を逆手に取って、多数意見と少数意見とが共存し、法原則の解釈をめぐる相争っている事こそが、共通のものであるという事を気付かせようとした、と考えることができる。即ち、ヘラーは、国民を国家権力の支持に引入

れるために、第一段階として、法原則による正当化という方法を打出し、それが必ずしも成功しなかったのが、第二段階として、異った意見を持つグループの共存の状態こそ共通のものである事を指摘し、この状態を維持すべき事を主張した、と解釈することができる。

〔ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力について、論じ切った気は全くないが、名城ロースクール・レビューの刊行終了により、本論文も今回で終了という事にする〕

(完)

注)

*前稿「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (9)」名城ロースクール・レビュー第44号 (2019年) において掲げていた目次項目のうち、「Ⅵ. 憲法の規範力と法原則」としていた標題を、本稿冒頭のように「Ⅵ. ヘラーの法原則論 (Ⅰ)」へと変更すると共に、「Ⅵ. 7. ヘラーの法原則論」としていたものを「Ⅶ. ヘラーの法原則論 (Ⅱ)」へと変更する。それに伴い「Ⅶ. 憲法の規範力の観点から見た社会的法治国家論」の番号を「Ⅷ.」へと変更する。なお、前稿の目次において予告していた「Ⅵ. 6. ②ヴェスティングによるヘラーの法原則・法規範関係論批判」は、割愛した。

†拙稿「憲法の規範力の観点から見たヘルマン・ヘラーの社会的法治国家論」工藤達朗・西原博史・鈴木秀美・小山剛・毛利透・三宅雄彦・斎藤久編『憲法学の創造的展開 戸波江二先生古稀記念 上巻』(信山社・2017年) 5頁以下として発表済み。

- 1) *Christoph Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, S. 91 Anm. 56 u. S. 92.
- 2) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 86.
- 3) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 85, 92.
- 4) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 96.
- 5) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 1.
- 6) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 3.
- 7) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 5.
- 8) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 93.
- 9) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 95.
- 10) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 95, 96.
- 11) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 85, 94, 95, 96, 98.
- 12) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 93.
- 13) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 97.
- 14) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 93, 94, 95, 120.
- 15) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 90.
- 16) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 121.
- 17) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 89.
- 18) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 90, 91.
- 19) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 89.
- 20) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 91 Anm. 56.
- 21) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 90.
- 22) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 239.
- 23) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 224.
- 24) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 116, 199, 224, 425.

- 25) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 224.
- 26) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 251.
- 27) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 116.
- 28) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 424.
- 29) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 97.
- 30) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 97.
- 31) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 239.
- 32) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 239 Anm. 84.
- 33) 例えば、*Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, S. 10。
- 34) *K.Hesse* (Anm. 33), S. 5 ff.
- 35) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 90 Anm. 50.
- 36) *Hermann Heller*, Staatslehre, in: *ders.* (hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski), Gesammelte Schriften, Bd. 3, 1971, S. 116, 199, 224, 239, 251.
- 37) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 372.
- 38) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 224 ff.
- 39) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 424 f., 430.
- 40) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 117.
- 41) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 224.
- 42) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 86.
- 43) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 8 f.
- 44) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 86.
- 45) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 10.
- 46) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 19.
- 47) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 21.
- 48) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 21.
- 49) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 94, 100.
- 50) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 151.
- 51) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 151.
- 52) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 155.
- 53) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 92.
- 54) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 90.
- 55) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 120.
- 56) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 92, 121.
- 57) *Alexander Hollerbach*, “Rechtsethik”, in: *ders.* (hrsg. v. G. Robbers in Verb. mit J. Bohnert/Chr. Gramm/U. Kindhäuser/J. Lege/A. Rinken), Ausgewählte Schriften, 2006, S. 85.
- 58) *A. Hollerbach* (Anm. 57), S. 84.
- 59) *A. Hollerbach* (Anm. 57), S. 84. なお、同じ考えを取るものとして：Hasso Hofmann, Einführung in die Rechts-und Staatsphilosophie, 4. Aufl., 2008, S. 25 ff., 34 ff. 個別に箇所は特定出来ないけれども全体として同趣旨のものとして：Franz Bydlinksi, Fundamentale Rechtsgrundsätze: Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät, 1988.
- 60) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 99, 100, 160; *Wolfgang Schluchter*, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staats-theoretische Diskussion in der Weimarer Republik, 2. Aufl., 1983, S. 154, 158, 159, 160.
- 61) *W. Schluchter* (Anm. 60), S. 160, 164.
- 62) *Hermann Heller*, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, in: *ders.* (Anm. 36), Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1971, S. 230.
- 63) *Horst Dreier*, Rechtswissenschaft als Wissenschaft—Zehn Thesen, in: *ders.* (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 14 f., 25 f.
- 64) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 120, 121, 126.
- 65) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 115.
- 66) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 85. 尤も、メラースは、このヘラーの文章を理解出来るとしながら、ヘラーが国家学の対象としてどこまで法の問題を取扱えるのかという問題を論究していない事を批判している (a.a.O., S. 85)。
- 67) ヘラーは、国家をこのように定義する (*H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 315 f., 317, 324, 326 参照)。
- 68) *Hermann Heller*, Die Souveränität, in: *ders.* (Anm. 36), Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1971, S. 186, 189, 190 f.

- 69) *H. Heller* (Anm. 68), Souveränität, S. 125 f., 142, 143.
- 70) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 372 f.
- 71) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 301 ff.
- 72) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 338.
- 73) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 338 f.
- 74) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 125, 126.
- 75) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 125.
- 76) *H. Heller* (Anm. 68), Souveränität, S. 186, 189.
- 77) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 151, 152, 153.
- 78) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 152, 155.
- 79) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 161.
- 80) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 291.
- 81) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 117.
- 82) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 161.
- 83) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 176.
- 84) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 295.
- 85) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 137.
- 86) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 298.
- 87) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 303.
- 88) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 195.
- 89) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 291.
- 90) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 151.
- 91) *W. Schluchter* (Anm. 60), S. 153, 161.
- 92) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 335 ff. 同じような考え方を取るものとして、penskyを挙げることができる (*Ulrich Penski*, Staatsraison und Widerstandsrecht bei Hermann Heller, in: Chr. Müller/I. Staff (Hrsg.), Der soziale Rechtsstaat: Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891–1933, 1984, S. 616 ff.)。
- 93) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 330.
- 94) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 151.
- 95) *H. Heller* (Anm. 68), Souveränität, S. 277, 278.
- 96) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 334. なお、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) 47頁参照。
- 97) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 334. なお、拙稿・前掲註 (96) 「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」48頁参照。なお、法原則全般について、同稿46～48頁参照。
- 98) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 202, 214, 215, 216, 217, 219.
- 99) *W. Schluchter* (Anm. 60), S. 160, 164.
- 100) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 214.
- 101) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 212, 214.
- 102) *H. Heller* (Anm. 68), Souveränität, S. 186, 189.
- 103) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 369 f.; *ders.* (Anm. 62), Begriff des Gesetzes, S. 228.
- 104) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 370.
- 105) *H. Heller* (Anm. 68), Souveränität, S. 160 ff.; *ders.* (Anm. 36), Staatslehre, S. 335.
- 106) *H. Heller* (Anm. 68), Souveränität, S. 70; *ders.* (Anm. 36), Staatslehre, S. 332.
- 107) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 367. また、ヘラーは、正義の理念を法原則と同じ意味で用いている (a.a.O., S. 297)。
- 108) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 322 f.
- 109) *H. Heller* (Anm. 68), Souveränität, S. 70, 74; *ders.* (Anm. 62), Begriff des Gesetzes, S. 228.
- 110) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 332.
- 111) *H. Heller* (Anm. 68), Souveränität, S. 72.; *ders.* (Anm. 36), Staatslehre, S. 301, 321, 332.
- 112) 筆者とは異った観点からではあるが、『主権論』と『国家論』との間の重点の移動を説くものとして、*W. Schluchter* (Anm. 60), S. 195 f. 参照。
- 113) *H. Heller* (Anm. 68), Souveränität, S. 70, 144, 155, 160.; *ders.* (Anm. 36), Staatslehre, S. 369.
- 114) *H. Heller* (Anm. 36), Staatslehre, S. 72, 144, 287, 332, 334.

- 115) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 370.
- 116) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 369, 370.
- 117) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 395.
- 118) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 369.
- 119) *H. Heller* (Anm. 68), *Souveränität*, S. 71.
- 120) *H. Heller* (Anm. 68), *Souveränität*, S. 98. なお、この問題については、拙稿「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力(6)」名城ロースクール・レビュー第39号(2017年)63～64頁参照。
- 121) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 279.
- 122) この事に関しては、憲法を、とりわけ法原則と考えられる“自由と平等”原理の具体化として説明する事が、重要である。
- 123) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 372.
- 124) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 372.
- 125) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 297.
- 126) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 297.
- 127) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 287, 288.
- 128) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 332.
- 129) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 297, 298, 299, 300, 355, 356, 377, 393.
- 130) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 332 f., bes. 333.
- 131) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 333.
- 132) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 326, 327.
- 133) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 333.
- 134) *H. Heller* (Anm. 68), *Souveränität*, S. 70, 72, 144, 160.
- 135) *W. Schluchter* (Anm. 60), S. 191 f.
- 136) *H. Heller* (Anm. 68), *Souveränität*, S. 72, 110, 160, 180.
- 137) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 303.
- 138) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 297, 298.
- 139) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 334.
- 140) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 332.
- 141) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 347.
- 142) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 349.
- 143) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 348.
- 144) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 297.
- 145) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 334.
- 146) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 297.
- 147) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 298.
- 148) 他にも、*H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 305。
- 149) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 347. なお、ヘラーが、権力中枢、権力支持層、権力反対者という構成について、静態的なものではなく、動態的に変化するファクターとして考えられなければならない、と書いている事(a.a.O., S. 352)は、ヘラーの理論を評価する上で、極めて重要である。
- 150) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 337.
- 151) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 355 u. 298.
- 152) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 336 ff.
- 153) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 336.
- 154) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 338.
- 155) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 338.
- 156) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 338.
- 157) *H. Heller* (Anm. 68), *Souveränität*, S. 71; *ders.* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 338.
- 158) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 301, 303, 356, 393.
- 159) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 298.
- 160) *H. Heller* (Anm. 68), *Souveränität*, S. 125, 126.
- 161) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 180, 330.
- 162) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 338.

- 163) シュルヒターも、ヘラーの主張を解釈して、ヘラーが法原則による正当化の対象としたのは、法治国家に限られていたと見るべきであるとする (*W. Schluchter* (Anm. 60), S. 202 ff.)。
- 164) 例えば, *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 355。
- 165) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 296。
- 166) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 331。
- 167) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 336。
- 168) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 331。
- 169) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 331。
- 170) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 355。
- 171) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 355。
- 172) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 355。
- 173) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 336。
- 174) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 297, 333, 335。
- 175) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 338。ヘラーは言う、“法的良心の合法化されない抵抗は、現代国家の巨大に高度化された法・権力技術に鑑みれば、最終的には常に生命を賭してのみ可能である。人間の現状からすれば、このような生命を賭する事は非常に稀である。しかし、それが為されれば、まさに現代国家のそのような大衆操作技術・権力技術が、法的良心の完全な圧殺という恐るべき危険をもたらすがゆえに、それだけ一層価値ある模範である”と。
- 176) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 338。
- 177) 例えば, *H. Heller* (Anm. 68), *Souveränität*, S. 57, 62; *ders.* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 349, 357。
- 178) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 326。
- 179) ヘラー自身がこのような図式を描いているわけではない。筆者がヘラーの述べているところを解釈して、正当化とはこういう事になるであろうかと思って図式化したものである。なお、承認 (*Anerkennung*) に関しては, *H. Heller* (Anm. 68), *Souveränität*, S. 62, 69, 71, 108; *ders.* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 182, 355 参照。
- 180) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 299。他に支配の正当性の“確信”、支配者が法原則の実現に仕えているとの“確信”で済ませているところとして、同書297頁 (3箇所)、298頁、332頁、356頁。
- 181) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 297, 298, 301。
- 182) 既述の如く、ヘラーは、権力中枢、権力支持者、権力反対者の構成が動的に変化するファクターである事を認め (*H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 352)、また、団体内部における勢力関係に言及して、多数派も支配機関であるとしている (a.a.O., S. 347)。
- 183) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 355。
- 184) 前掲註 (114) 参照。
- 185) 前掲註 (115)、(116) 参照。
- 186) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 279, 332。
- 187) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 279, 369, 370。
- 188) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 371。なお、“入門”としての役割に関連して、ヘラーが、法原則が、その意味不明確性の故に、却って社会の変化を吸収することができ、その結果、同一の文言の下で法規の変化をもたらす得るという事を指摘しているのは、興味深い。
- 189) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 369, 370。
- 190) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 352。
- 191) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 298。
- 192) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 279。
- 193) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 278。
- 194) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 280。
- 195) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 280。
- 196) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 279。
- 197) ヘラーは、国家権力を積極的に行使する権力中枢を国家自体と混同するあらゆる国家理論や、支配者という部分をもって国家全体と同一視する国家概念を非難し、作用統一体としての国家権力は、権力中枢の権力でもなく、権力中枢と権力支持者との結合体でもない、という事を強調し、国家学は、国家権力の客観的作用統一体を、抵抗者をも含む、国の内・外から働き掛けるあらゆる力の合成力として認識すべきである、と説いた (*H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 352)。
- また、ヘラーは、“*Geltung* (妥当[効力])”に関して、三つの概念を掲げている。“*juridische oder juristische Geltung* (法学的もしくは法律学的妥当 [効力])”、“*soziale oder soziologische Geltung* (社会的もしくは社会学的妥当 [効力])”、

及び“sittliche Geltung（倫理的妥当〔効力〕——例えば、*H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 330)”が、それである。このうち、社会的妥当と倫理的妥当との区別は、必ずしも明確ではない。なぜならば、社会的妥当も法原則を基準として行われる正当化の結果であると考えられているからである。ヘラーも倫理的妥当と社会的妥当とを区別すべきであると主張しながら、法原則に基づく正当化を論ずるところでは、ほとんどの場合、社会的妥当を考えて論究している。けだし、法原則の実現という場合、多数者によって解釈された法原則に基づいて正当化された国家作用の貫徹が考えられているからである。即ち、ヘラーは、倫理的妥当と考えているものを社会的妥当に還元して論究していると思われる。その意味では、社会的妥当の他に倫理的妥当を考える意味はないと思われる（けだし、第一に、社会的妥当も法原則を踏まえて生ずるものであり、第二に、そもそも法原則がそれ自体として社会生活の中で通用する事はなく、多数の意見によって正当化されてのみ通用するからである）。しかし、敢えて社会的妥当の他に倫理的妥当の概念を掲げた理由は、ヘラー自身は明言しているわけではないが、少数派に法原則を自己の解釈に従って援用する根拠を認めておきたかったからではないか、と筆者は解釈する。

198) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 352.

199) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 340.

200) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 94, 310.

201) 組織としての国家に関するヘラーの基本的考え方については、拙稿・前掲註(96)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力(2)」43～51頁参照。

202) *H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 330.

203) 例えば、*H. Heller* (Anm. 36), *Staatslehre*, S. 297, 332。