

〈研究ノート〉

K・ヘッセの憲法論・雑感
—とくに「立法」概念の現代国家的構成をめぐる—

堀内 健志

I 序

1. K・ヘッセ教授は戦後の現代ドイツ公法学の旗手の一人という地位にあったといえよう。伝統的立憲主義公法学に対して、真っ向から批判し、それを克服しようとした。(1)

もう30数年も前に、主著『ドイツ連邦共和国憲法綱要 (Konrad Hesse, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 8. Aufl. 1975 (1. Aufl. は1967))』を読み、K・ヘッセ教授が1979年講演等で東北大学へ来られた際には、手元に持っていたこの本にサインをして頂いた。(2)この主著は、その後13. Aufl. が1983年に阿部照哉ほか訳『西ドイツ憲法綱要』(日本評論社)として翻訳され、そして近年20. Aufl. が2006年に初宿正典、赤坂幸一訳『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂)として翻訳出版されたことは、周知の通りである(本稿では主としてこの訳書に依拠している)。

2. K・ヘッセ教授の「憲法論」は、しかし稿者にとってはなかなか簡単ではなく難解なものを含んでいるように思われた。いまK・ヘッセ教授の憲法理論の特色を端的に纏められた阿部照哉教授の言を借用するとつぎのようである。(3)

《著者の憲法理論にはいくつかの特色が見られる。まず、憲法をもって政治的共同体の法的基本秩序ととらえ、それが開かれた過程を通じて動的に具体化されることにより国家の政治的統一が実現されるとする理論であ

る。憲法解釈も憲法規範の具体化・現実化であり、憲法に内在する制憲者の意思を探求し、それを事後的に執行するにすぎないのではない。憲法はその解釈に一定の内容的拘束を加えるが、多かれ少なかれ発展的形成の自由を解釈者に認めているという立場である。基本権についても、国家に対する単なる防禦権ではなく、政治生活と国家的給付への参加請求権を内包するものと理解する。その基礎には、伝統的な国家と社会の二元主義を克服して、民主主義と社会主義の原理に基づき、個人や社会の自律的領域への国家機能の拡大を認めるとともに、国民全体のコントロールに服する『公共』の領域を設定・拡大する新たな国家観がうかがわれる。》

ここでもすでに推察できるように、K・ヘッセの「憲法論」において、まず第一に、「国家の政治的統一」実現という憲法とその法的規範秩序との関連が、必ずしも明確にはなっていない。同時にまた第二に、憲法は完結した法規範ではなく、解釈者に発展的形成が認められる。憲法規範からの推論のみによって国家統一体の実現がもたらされるのではない。第三に、伝統的な「国家と社会」の二元論を克服し、国家に対峙する個人や社会領域の不可侵性を弱め、むしろ国民による「公共(体)」への統制という図式を提示する。(4)

19世紀後半以降形成されたドイツ近代立憲主義的な国法学を否定して、いわば現代国家的社会民主主義的憲法論の構築を強く意識した国家観がその背景となっていると言えよう。

こうしたK・ヘッセの憲法論については、さらに以下やや詳しくみていくことにするが、上記のごとき国家観じしんが、果たして今日の現代民主制のもと、伝統的立憲理論との間で二者択一的に白黒を分かつような形で妥当しうるものかどうか、吟味を要するようと思われるのである。

II 伝統学説批判

1. K・ヘッセが、伝統的国法学の前提に批判的なことは随所に認められるが、例えば、

《…古い国法学の歴史的諸前提の多くはすでに失われている…》⁽⁶⁾とし、また、伝統的な理解である《国家》と《社会》の区別について、

《かかる二元論の諸前提は今日の民主的・社会的国家においては失われてしまっている。》⁽⁶⁾《この区別を、一種の機能的な差異の表現として理解するなら、話は別である。しかしこの場合でも、従来の見解の残滓を現代に持ち込んではいらないのである。》⁽⁷⁾としてるところからも明らかである。

また、第20版への序文に、《国家組織法と基本権秩序とを分割したり独立させたりすることは認められない。》⁽⁸⁾するのにかかる認識からの帰結であろう。

2. では、K・ヘッセはそれに代えてどのような新しい「憲法」理解を提示するのだろうか。

《…《憲法》とは何なのかは、… 憲法の課題と機能からのみ把握することができる。かかる現実の中では、不可避に、政治的統一と法的秩序が一つの課題となる。》《…国家の政治的統一である。》⁽⁹⁾

《…憲法は実質的統一として理解されるのである。》⁽¹⁰⁾

《…国家領域内における人間の協働作用のうち、国家的なるものと非国家的なるものと

の差異は、次のように表現されるべきである。すなわち、両者を包括するものとして《公共体》という概念を用い、《国家》という概念は、政治的統一形成を経て構築される諸権力の行為および活動という、より狭い意味のために留保しておかれるということである。》⁽¹¹⁾

《計画的で意識的な、すなわち組織された協働作用によってのみ、政治的統一が生成しうる。…またそれに劣らず、国家権力が活動しうるようになるためには、国家がこれらの権力を組織的に構築することが必要になるし、また、国家的任務を遂行することができるためには、諸々の手続準則が必要となる。かように、組織され、手続的に秩序づけられた共同作用には、どうしても法的秩序が必要となるのである。》⁽¹²⁾

そして、この「法的秩序」も当然のことながら、《国家と同様、…人間存在や人間活動から分断され、それ自体でかつ自己目的的に存在する一超歴史的な法や、予め存在する《価値秩序》の客観化されたもののうちに、所与としてあるわけではない。》⁽¹³⁾

《…法的秩序は、その広範な部分が国家権力によって定式化され、拘束力を付与されねばならないし、また具体化され、その貫徹が確保されなければならない。》⁽¹⁴⁾

ここで述べられていることからすれば、やや不明で曖昧なところがあるが、まず政治的統一である「憲法」が観念され、しかし、人間の協働作用のうち「国家」的なものと非国家的なものとが区別される。全体を「公共体」と呼ぶ。前者が国家権力として組織される。そして、このためには諸々の手続準則が必要で、これが「法的秩序」である、ということになろうか。

が、同時にそこでは、

《…人間の活動と無関係な所与の国家から出発することも、また予め存在する法から出発することもできないのであって、上の課題

(政治的統一と法的秩序＝稿者補足)からのみ出発することができる。この課題に対応するには、構成的な秩序、すなわち憲法が必要である。》という。(15)

ここで、「国家」と「憲法」の関係がよくわからない。同時存在的にあり、かつそれは法規範、「法的秩序」でもあるということなのであろうか。いわく、

《憲法は、公共体の法的秩序である。憲法は、政治的統一を形成し国家的課題を遂行する際の指導原理を規定するものである。憲法は、公共体内部における紛争の処理手続を規律し、政治的統一形成と国家的活動のための組織および手続を整序する。憲法は、法的秩序全体の基盤を創出し、その基本的特質を規範化する。要するに憲法は、「公共体の法的形態についての、特定の意味原理に基づいて立てられた基底的な構造計画」なのである。》
《公共体の法的基本秩序としての憲法は、国家生活の秩序に限定されるものではない。憲法の規律は、一とくに婚姻、家族、財産権、社会的集団の形成や活動、あるいは芸術と学問の自由などの諸保障において明らかなように一非国家的な生活の基盤にまで及んでいる。》(16)

かくて、《現行の実定憲法を理解するには、その対象たる憲法を理解することが前提となる。憲法の理解に基づいてはじめて、現行の実定憲法は、憲法上の諸問題を把握しそれを適切に処理する可能性を与えるのである。》(17)という。

かかるヘッセの「憲法」論は、伝統的なドイツ国法学で意識してきたところの「法規範」と「事実」の峻別論とは明らかに異なっている。また、そのいずれでもない「政治的統一と法的秩序」という課題だけが「憲法」を憲法たらしめている。なかなか難解というほかはないが、このような「憲法」概念の系譜について、自ら、つぎのように述べるところがある。

《とくに本書の概念に近いのは、R・スメントが展開した、国家の統合過程の法的秩序という憲法概念である。とはいえ本書の憲法概念は、H・ヘラーと同じく、何よりも、自覚的・計画的で組織化された協働作用の過程として、この過程を把握しようとする。》(18)

3. このような「憲法」認識にもとづいて、「立法」概念についてはつぎのように展開される。

a まず、《伝統的で今日でも支配的な見解によれば、立法の本質は2つの別々の概念によって規定される。すなわち、形式的意味における立法は、立法機関が立法手続のつとり法律という形式で指^{アソルドスツク}図を定めることを意味し、実質的意味における立法は、国家の権威によって法規範を定立することを意味する。》(19)

《しかし、この学説は憲法から展開されたものではなく、外部から憲法に持ち込まれたものである。この学説は、その要求に反して、立法作用をなんら実質的に限定するものではない。「国家の権威による法規範の定立」というのは純粹に形式的な定義であって、こう定義したからといって立法作用の内実について何も述べたことにはならない。…この学説が、形式的立法と実質的立法とを分離することによって、[本来] 一体的な作用を分断するのであれば、この分断は、現行の実定憲法において何らの根拠をもつものではない。それは基本法の民主制秩序とは相容れないものである。》

《これに対して、通説とは異なって、民主制的秩序、連邦国家秩序および社会的法治国家の秩序において立法が果たす任務に着目するほかはない。》

《民主制秩序においていえば、立法は、政治的意思形成の形式である。…》(20)

《…従来の国家行為の条件と限界とが確定され、同様に、社会扶助と生存配慮に対して形式と確固たる基準とが与えられることに

よって、立法は同時に、法治国家における自由の保障の一形式ともなる。…》⁽²¹⁾

《…法律とは立法機関が立法手続にのっとり、法律という形式で定める指図のすべてである。…これを分割することができない。…》
《…予算の確定において、民主的正統性と民主的手続とを通じて、かつ執行府の広範な参与の下に、公共体のもっとも重要な問題、すなわち来たるべき会計年度における国家活動の方向性、とくに、経済・社会・防衛・文化政策の方向性が決定されるのであり、この活動を合理化し安定化する諸要因も創り出されるのである。…》⁽²²⁾

法律の《留保に含まれるものは、負担を課し、それゆえ行動の自由を制約するような国家行為、すなわち伝統的解釈での《自由および財産権》に対する侵害の許容性に関する決定である。近時において、これと並んで法律の留保が本質的な決定にまで拡大されているのは、正当である。…》《基本権を制限したり…、互いに衝突する基本権相互間の限界を画するような決定は、つねに《本質的》である。この考え方に従って連邦憲法裁判所が確立した命題は、基本権にとって重要な領域において《本質的》とは、ふつう、「基本権の実現にとって本質的」だということを意味する、というものであった。》⁽²³⁾

《…法律の留保は、基本法第20条3項においては明文では定められていない。この原則によれば、一定の国家行為（伝統的な定式では《自由と財産権への介入^{アイングリフ}》）は、形式的意味の法律による根拠を必要とする…。しかしながら、この原則は基本法第20条3項において前提されているといえる。というのも、仮にそれが前提されていないとするならば、一体どの範囲まで執行権と裁判権とが法律に拘束されるべきかという問題が未解決のままとなり、法律の優位はその意義を失うだろうからである。もとより、個別の場合において法律の留保がどこまで及ぶべきかということ

を、この規定から導くことはできないけれども。》⁽²⁴⁾

b以上が、K・ヘッセの説明である。伝統学説批判に徹していることは明らかであるが、つぎの点を指摘することができよう。

まず、第一に、「実質的立法」を「法規範」として理解していることに関する。伝統学説にあつて確かにこのような学説（P・ラーバント）が存したが、その後の展開において、「法規範」の中の一部の、特定の内容を有する「法規範」を実質的立法と理解することについては、おおかたの了解があるものと考えられる。「予算の確定」については、指摘されるような重要な意義を有することは争われない。が、いわゆる「権利命題」であるかどうかは、その確定について、国民の権利義務がそこで創設され、それについて国民の裁判による争訟地位が認められるのかどうかということである。国家の政治的統一体としての重要性とは異なった個人の基本権保護といった視点からの意義が考えられていたと思われるのである。

第二に、K・ヘッセ説じしんにおいても、政治的意思形成の形式としての、立法の民主制的秩序からくる任務のほかに、法治国家における自由の保障の一形式たる側面が自覚されている。かかる要素は、民主制的秩序の任務とその範囲をすべて重複するとは限られないだろう。

第三に、K・ヘッセは、いわゆる二つの立法概念を否定するものの、「法律の留保」にかんしては、これを「この原則は基本法第20条3項において前提されている」として承認する。そして、「自由および財産権」と並んで「本質性原理」について触れ、ここでは、「基本権の実現にとって本質的」であることが基準として設定される連邦憲法裁判所の立場を承認している。これも、伝統学説からの帰結と異ならない。

このようにしてみると、結局は子細にみる

ならば、「立法」概念のところははっきりと否定されるものの、個々には伝統学説からの構成と結果的にはさほど大きな違いは生じないことになる。

Ⅲ 背後にあるR・スメント、H・ヘラー

このようなK・ヘッセ説の構成は、上記のごとく彼じしんが告白するようにドイツ・ヴァイマル期期のR・スメントやH・ヘラーの影響を強く受けているものと思われる。この両説については、個々にすでに検討したことがあり、詳細はそちらを参照して頂きたいが、⁽²⁵⁾いまここに関連するいくつかの点を拾い上げるとつぎのようになるだろう。

1. まず、R・スメントとの関連についてである。

a 本稿冒頭でもみたごとく、《国家・社会》の二元的構造を背景としたドイツ近代立憲理論から脱却して、戦後のいわば現代国家的憲法理論構築の旗手の一人とも目されるK・ヘッセの憲法論は、何よりもまず、主としてヴァイマル期のR・スメントの「統合理論」の影響下にあるとみてよいだろう。しかも、これが戦後のドイツ公法学の有力な一つの流れを形成してきている。⁽²⁶⁾

ただ、それだけに、このR・スメント学説の吟味・評価が必要になるわけであるが、彼の「統合理論」が果たして憲法学上の個々の問題について一義的な帰結をもたらすものと断じて良いかどうかは、有益で新しい視点を提供するところ多々あるけれども、稿者のみるところではかなり疑問である。R・スメントの主著『憲法と憲法論 (Verfassung und Verfassungsrecht 1928, in; Staatsrechtliche Abhandlungen 1968)』は、確かに国家→憲法、理論→実定法解釈という構成上一貫性が意図されているが、厳密に言えばそれらはむしろ後者が前者の例示としてのみスケッチされたものにすぎず、ある見方を暗示するとき叙述が多い。「統合 (Integration) 理論」は、

テオドール・リットの方法に立脚して伝統学説にみられた実質的成果の空虚化を排し、精神的、政治的転換を図るべく、そのために実質的国家理論を必要としたのである。そこでは、《個人・共同体》、《個人・国家》という二律背反的な思考ではなく、それらの弁証法的関連によってのみはじめて精神的現実態が理解される。それは、余りにも有名になった言葉である「毎日くりかえされるPlebiszitによって生きる」(ルナン)という表現でもって語られる絶えず流動的、更新される性格のものである。が、これでもって、伝統的国法学における技術的研究方法を打破し、実定法上の諸問題を残らず説明しきれるものかは問題であろう。⁽²⁷⁾

b そこで、「憲法」とはなにか。

《憲法は国家の、より正確に言えば、そこに国家がその生活現実態を持っている生活の、つまりその統合過程の、法秩序である。》⁽²⁸⁾

ここで、国家が憲法規律によってのみ活動するのではなく、後者の規律から離脱しても国家の統合過程全体から弾力的、補充的な憲法解釈が要求される。また、そこではSollenとSeinの対置・峻別は意図されない。精神的現実態としての国家統合には、人的統合、機能的統合、sachlichな統合の諸ファクターが挙げられるが、例えば、議会主義も従来のリベラルな国家からの自由確保という技術的目的からではなく、機能的統合という視点から捉え直すこと、が、それのみでは、国家形体を構成し得ないことなどが帰結する。

c では、「立法」はどのように理解されたであろうか。それは、彼の統合価値と法価値との峻別を出発点としてつぎのように展開される。

「立法」は、国家・統合と法との両体制に関わる最高の機能を演ずるところに特徴が存し、前者においては立法は執行と合同して、国家的統合の機能を果たし、後者においてはは

とりわけ対裁判との関連で、正義の価値を実定化する。そしていわゆる伝統的二重法律概念学説でいうところの形式的法律、実質的法律はまさにこのそれぞれの立法機能に相応した分野ではじめて十分に説明されうる。⁽²⁹⁾

また、「法律の留保」論のほうはつぎのように展開される。R・スメントの国家諸機能の体制において、行政は一方で立法との合同劇によって国家的統合に関与すると同時に、他方では個々の技術的福祉目的を達成する。この間の一層体系的な一帰結が「国法」と「行政法」の問題設定、対象の相違に対応してあらわれるのであって、つまりいずれも同様の公的生活を規律しながらも国法は統合の法であり、行政法は技術的法なのである。組織法に関する「法律の留保」の限界はこの統合的、技術的性格によって画される。伝統学説のそれとは異なり、直接実質的法律との関連で定められるのではなく、また個人の自由保障の見地から「法律」を必要とされるのではなく、議会有する国民の統合作用に着目してのものであった。ここに「法律の留保」論の問題性の転換がみられる。⁽³⁰⁾

併せて、ここで、憲法上の基本権の意義も、例えば「法律の一般性」が意見を自由に発表する権利において求められるときに、それは伝統学説ではとりわけ「立法→行政(裁判)」の権限関係で規定されたが、ここでは、形式的な一般性を実質的平等原理の実現のために崩す必要を説く主張が、立法・行政のいずれかの機能増大を論理的に伴うのではなく、国家全体の価値体系如何という両機能いずれにもふりかかる憲法レベルの問題となる。⁽³¹⁾

d K・ヘッセの立場は、「立法」の二義を認めないという点でR・スメント学説とは異なる。が、そのほかの「憲法」と国家統一体との関係で、法秩序と政治的統合の現実態との不可分一体とした理解は、両者共通点が多い。

R・スメントの展開では、国家的統合から

の諸帰結は、技術的性格の強い行政の側面を否定するものではなく、また、統合の法と正義価値の実現との両面の共存を許すものであった。K・ヘッセにおいて、民主制秩序的側面と法治国家的自由の確保の側面の維持がこれに対応しているようにもみえるが、しかし、伝統学説に対しては徹底した批判的評価を下している。K・スメント説は、さきにもみたように、国家統合というある一定の視点からみるとこのような把握ができるという重要な指摘を行っているが、そこから直ちに従来の伝統学説的な諸々の「法関係」の諸相の分析からもたらされる成果を否定することにはならないのではないかと考えられるのである。実際に、R・スメントの時代以降、戦後の現代国家的立憲民主制の憲法体制は、伝統学説の諸原理を多く維持・採用して今日に至っているごとくである。K・ヘッセの主張は、これらについてR・スメント説からさらに進んでどのように伝統学説を克服したことになるのかはさらに吟味を要するのではないだろうか。

2. つぎに、H・ヘラーとの関連である。

a K・ヘッセの立場は、むしろ伝統的立憲主義的法律概念の歴史的習俗的基盤を徹底的に批判するという点でH・ヘラーの見解に近いと言えよう。⁽³²⁾

まず、H・ヘラーにおける「法律」は「国民の一般意思 (volonté générale) の表現である」とするのが彼の実質的法治国の意での民主主義的観念の要求である。⁽³³⁾ 法律の「一般性」は決定的なものではない。

béこの「法律」「立法」と「法命題 Rechtssatz」とは、K・ヘラーにあっては別のものである。伝統学説のなかにはこの両者を同一視する見解も存したが、K・ヘラーの場合は、「あらかじめ定められる一箇の構成要件を一箇の法的帰結と結合し、主観的権利・義務を一箇の構成要件と結合するあらゆる規範を

Rechtssatz と呼ぶ」のである。従って「あらゆる国家的命令は法制定を意味する。法律、命令、処分、判決はただその法制定のさまざまな法治国的形成を意味する。それらすべて Rechtssatz を含む。」この言い方は、純粋法学の法段階説的表現であるが、似て非なるものである。実定的 Rechtssatz を基礎づけるのは倫理的な法根本命題であり、これには社会的妥当についての要求が内在しているという。この点はこれ以上立ち入ることはしない。ただ、ここで「国民立法により制定された最高の Rechtssätze」としての「法律」も憲法の Rechtssätze の具体化として構成されねばならず、最上位性も倫理的平等命題などにより相対化されることになる。⁽³⁴⁾

c 「法律の留保」を限界づける法理論は与えられえない。当然のことながら Rechtssatz の性質も何も言明するものではない。「伝統、合目的性、権力状態、法意識により得られる」ものである。⁽³⁵⁾

d この「国民の一般意思 (volonté générale)」を具現する「法律」の民主主義的構成については、現代国家的な新構成として今後の方向を示すものとの期待がかけられようが、しかし、この「国民の一般意思」そのものは、もともと国家じしんを正当づける原理であって、「法律の行政に対する関係」に特定の必然的帰結をもたらすものではなく、また例えば、「議会」と並んで「国民投票」もまた同等に正当づけうるものである。

e K・ヘッセの「政治的意思形成の形式」としての「立法」の「民主制的秩序からくる任務」は、H・ヘラー流の「国民の一般意思 (volonté générale)」を「立法」に読み込んだものに対応しているようにもみえる。そうだとすると、しかし、上述のごとくそれじしんは無限度の広がりをもつことになり、制度論にはなじみにくい。実際には、従って「憲法具体化」として構成し直したり、現実的な「法律の留保」論の場所を設定したりせざ

るを得ない。K・ヘッセ説にあっても、この「法律の留保」原則は「基本法第20条3項において前提されている」と言わなくてはならなかった。

IV 伝統学説と現代国家的構成は二者択一か

1. 前章でみたように、K・ヘッセの立場は、ヴァイマル期期の R・スメントや H・ヘラーの学説に負うところ少なくない。そして、戦後ドイツの現代国家的憲法論の背景には、そのすべてではないにしても、これらの学説が含まれているとあって、過言ではないようにも思われる。

そうした現代国家的憲法論のもとにおいて、とりわけ「立法」概念を中心とする立憲理論の枠組は、どのようなものであるか、換言すれば、そこにおいて伝統学説が姿形をとどめることなく排除されることになるのであろうかが問われなくてはなるまい。

2. まず、権力分立論上の「立法」について、これを「法」じしんと同一視することはできないということを確認することから始めよう。

というのは、確かに現代国家は19世紀の夜警国家とは比べものにならないほどの国家任務の増大をもたらした。そのために、「立法」も飛躍的に増加することになった。「立法のインフレーション」「立法の洪水」が語られるのである。⁽³⁶⁾従って、伝統学説のいう国民の「権利義務」に直接関係するものの拡大はもちろん、そのみならず、膨大な「立法」を必要とした。こうした状況を、R・スメント理論のごとく「国家的統合」作用の見地から組み立てることが時代に適合的であるということは言えた。同時にまた、H・ヘラー説のごとく、国民の「一般意思 (volonté générale)」を援用して、膨大な「立法」を説明することも時代の要請に適合的であると言えた。

しかしながら、これらの立論には、概念上

に無理が含まれている。「国家の政治的統合」は確かに国家の存立意義を直截に言い表すが、「立法」にはその「政治的統合作用」のほかに「個人の権利保護」、正義実現・維持のための機能が含まれている。また、現代国家においては、「立法」「行政の行為」のいずれからも離脱した基本的人権の価値保護という図式が控えている。価値も確かに sachlich な統合機能を有するが、「立法」の機能的統合とは区別される。ここには、政治的統一体からの視点のほかに個人の価値保護という見地が看過できない。国民の「一般意思 (volonté générale)」を「立法」に読み込む構成においては、ここに民主主義的正当性を見いだすことになるが、その場合に、かりにそのようにして形成された「立法」について内容的な正義が絶えず確保されるという保障はない。個人の権利・自由が個々に確保されることにはならない。⁽³⁷⁾だから、どのようにして「立法」が形成されるにせよ、個人の権利確保というもう一つの担保は必要である。K・ヘッセが法治国的な要素を持ち出しているのは、かかる側面を配慮するからであろう。「立法」による権利保障実現の側面は評価できよう。かかる機能を「立法」概念として認めてはいないが。

3. 「立法」に「国家統合」や国民の「一般意思 (volonté générale)」を読み込んでしまったこととの調整ということであろうか。これらの学説は、「法律の留保」論の場面で、現実的調和を図ろうとしている。R・スメントにあって、国家的統合に対しては技術的性格を有する行政のために立法から切り離す構成が行われ、H・ヘラーにおいては、これは理論ではなく伝統、合目的性、権力状態、法意識などにゆだねられる。

4. こうして、戦後ドイツの現代国家的「立法」の新構成においては、「立法」機能を特定する中身を言明する適切な提言はみられない。そこには、「立法」任務の増大という

要請があり、民主的「立法」の機能拡大ということがあったことは否定できない。限定を語る必要が乏しかったことがある。むしろ、消極的に何が制限要因かという問題設定で良かったということである。

しかし、そこで持ち出される「統合」や「国民の一般意思」といったメルクマールは、例えば「法」とか「命令」とか、また「正義」という言葉と同様に、「立法」にこれを置き換えるには、あまりにも、大きすぎて議会の権能を語るには適当ではあるまい。⁽³⁸⁾

5. この点で、伝統学説は「立法」内容について確固とした説明ができてるように思われる。伝統学説では、国家統一的、民主主義的「立法」は、「形式的立法」で十分にカバーできる。何の遜色もない。法治国的な正義価値の実現は「実質的立法」つまり、「権利義務」保護のための基準設定で個人の権利救済を図る。もし、この定義が歴史的習俗的に過ぎるといふのであれば、「私人の向けられた一般拘束的な形態法」を規律することが「立法」の排他的所管であると言い換えても良い。このように稿者はかねて主張してきているのである。⁽³⁹⁾この場合、「組織法」は度外視されている。したがって、先の現代国家的構成も、この広義での立憲理論的「立法」概念のなかに位置づけられている。

6. 今日の、憲法状況をどのように把握するかという問題がここに提起され、かつ、それに対する稿者の理解は、いましがたのべたようになるというわけである。これは、ドイツの、例えば連邦憲法裁判所判例や、わが国の学説では、はっきりと明示されていない。が、それはそのようなことを強調する意義が大きい、あるいは当然のこととでも考えるからなのであろうか。しかし、本稿が検討してきたような吟味は、現代国家的「立法」の検討としては欠かせないことではないか。K・ヘッセの憲法論の位置づけとしてももう一度考えてみる必要があるのではないかと思

われる。⁽⁴⁰⁾

V 結び—憲法と現実

1. 最後に、もう一点。K・ヘッセの憲法論で見逃せないことに、「憲法と現実」理解がある。一言触れておきたい。

a まず、「法的秩序」としての「憲法」は、上述のごとく、《国家と同様、…一人間存在や人間活動から分断され、それ自体でかつ自己目的的に存在する一超歴史的な法や、予め存在す《価値秩序》の客観化されたもののうちに、所与としてあるわけではない。》

「憲法」規範がまずあって、そこからその執行・具体化が始まるのであれば、「国家」の要求事項の適否はかかって「憲法」によって判断されることになるが、「政治的統一」を図る「国家」もそこに作用することになる。

そうすると、そこでは、《…実定憲法が実現されるための諸条件という…視点からすれば、憲法と《現実》は互いに切り離すことができない。》⁽⁴¹⁾

そして、この《憲法がどの程度この通用性を首尾よく獲得しうるかは、むしろ、憲法の既判力の問題であり、すなわち憲法が歴史的・生活の現実において規定的・規制的に作用する能力の問題なのである。》⁽⁴²⁾

「憲法の既判力」は、つぎのように展開される。

《一方で、憲法内容の実現可能性によって条件づけられている。憲法上の諸命題が、所与の歴史的状況と関連性を持ち、かつ、すでに現代の個別的状況の中に置かれている事態を維持し発展させようとするればするほど、それだけ早くその規範的効力を発揮することができる。憲法がその時代の精神的・社会的・政治的・経済的な発展段階を無視するならば、憲法は自身の生命力の不可欠の萌芽を欠き、自身が上述した発展段階に逆らって規範化した状態を実現するまでには至らないのである。憲法の生命力および実効力は、憲法が

その時代の自生的な諸勢力や活力ある諸潮流と結びつくことができるかどうか、また、これらの諸勢力を発展させてその相互関係を整序できるかどうか、そして具体的な生活関係の、対象に規定された全体秩序となりうるかどうかによって依存している。》⁽⁴³⁾

《憲法既判力は、他方で、憲法生活に関与する者たちがもつ、憲法の内容を実現しようという、ときどきの現実的意思によって条件付けられている。憲法は、すべての法的秩序と同様、人間の活動によって現実化されることを必要とするので、その既判力は、憲法の内容を拘束力あるものと見做す心構えと、抵抗を押しつけてでもこの内容を実現しようとする断固たる決意とにかかっている。憲法の現実化は、他の法の現実化と同程度には、国家権力—国家権力は、まさにこの現実化によって初めて創設されるのであるが—によって支持され保障されるわけではないのであるから、なおさらである。》⁽⁴⁴⁾

憲法規範の具体化は、《当該規範の文脈と、当該規範が関わっている具体的な生活関係の特殊性とを、〔具体化の〕手続きの中に織り込むことによってのみ可能である。すなわち、憲法規範を実現する活動は、それによって憲法が処理すべき問題状況を見誤りたくなければ、こうした特殊性を考慮に入れなければならないのである。》⁽⁴⁵⁾

《それゆえ、憲法規範の内容の具体化およびその実現は、《現実》の諸関係を考慮する場合にのみ可能となるのであり、この現実に秩序を与えるのが憲法規範の役割である。これら諸関係がもつ諸々の特殊性は、すでに法的に構成されていることがしばしばであり、この特殊性が《規範領域》を形成する。この規範領域は、ある規定に関わる社会界の所与の総体から、とりわけ規範の文言において表現された命令、すなわち《規範プログラム》によって、規範的構成要件の構成部分として析出される。これらの特殊性だけでなく、同

時に上述の《規範領域》も、諸々の歴史的变化に服するものであるから、規範テキスト(それとともにその主たる部分である《規範プログラム》)が同一のままであっても、規範の具体化の結果は変化することがある。ここから不断の、多かれ少なかれ重要な《憲法変遷》が生じるが、かかる憲法変遷は容易に把握することができず、それゆえ、これが明らかになることは稀である。》⁽⁴⁶⁾

しかし、ではそれには限度はないのか。つぎのように言う。

《とは言え、このような憲法変遷の可能性には限界があり(…)、憲法規範の実現が、つねに、ほかならぬ憲法規範に拘束され続けているという事実は変わりはない。それゆえまた、憲法規範に反して実現される内容は《憲法現実》、すなわち、実現された憲法ではありえない—少なくとも、憲法現実という概念に何らかの意義を認めるべきであるとすれば、たしかに、憲法規範の実現は、不可避免的に、この規範が人間の行態に課する要求に多かれ少なかれ遅れを取らざるをえないし、実定憲法と憲法現実との対置は、それによって両者の差異をはっきりと示すことになるとすれば、それなりの根拠がある。しかし、憲法に反する(*contra constitutionem*)憲法現実など存在しない。実定憲法と憲法現実の矛盾を言い立てることは、真の問題状況を不明確にするばかりでなく、先送りしてしまうことになる。つまり、憲法違反の現実を憲法現実と称することで、この現実にある種の既判力が与えられ、この既判力が、《現実》の持つ既判力として、初めから《法》の既判力を凌駕するものと思われる。それゆえ、憲法違反の現実を憲法現実と称することは、一もとより無意識的になされることがしばしばであるが一憲法に反する道の選択であり、実定憲法の考察においては禁じられている。》⁽⁴⁷⁾

ただ、その場合にはどのような解決がなさ

れるべきであろうか。

《こう言ったからといって、公共体の生活において憲法と矛盾する現実など存在しえないとか、そうした現実など取るに足らない些細なものとするべきだ、ということにはならない。むしろ、この現実に注目し、憲法違反の現実が出現するのを防ぐために、あるいはこの現実を憲法と再び一致させるために、必要なことを行うことこそ、まさしく重要である。それゆえ、憲法の規範的性格に拘束されている法的考察や法的論証は、憲法政策的な考慮によって補完される必要がある。かかる憲法政策的考慮の目的とするところは、憲法と現実との一致を維持ないし創出し、憲法を規範適合的に実現するための諸条件を確立し、最後の手段として憲法を改正することである。》⁽⁴⁸⁾

2. このようなK・ヘッセの所説は、本稿の「立法」概念の現代国家的構成という問題についても、注目される内容を含んでいるように思われる。

まず第一に、この「憲法と現実」という形で、単に憲法規範のみで完結しない現実との密接な結合を説くことは、K・ヘッセの国家、憲法についての認識に由来するものであろうことが推測される。完結した規範のみからも孤立した権力のみからも導かれ得ない政治的統一体としての国家、そしてその法的秩序としての憲法という一つの現実態を念頭に、そこでの憲法とその実現の関係を描いたものと理解できよう。

第二に、かかる把握に基づいて、彼の「立法」概念を振り返ると、民主制的「立法」のインフレーションと、法治国的な権利保護としての価値を具現する「立法」とは、今日のドイツ基本法の憲法規範としても、またその現実においても、確固たる位置を占めていると言えよう。

ただ第三に、それらは、すべて「立法」の現代国家的構成として、まったく新たに登場

したものであるかといえ、必ずしもそうとは言えない。伝統学説における「形式的立法」はすでにそのような民主制的立法機能を現実に果たしうるものであったし、また（K・ヘッセ説では否定されたが）「実質的立法」は権利・自由の確保のための価値維持機能を現実に果たしてきている。両者は、現代国家における「立法」の憲法とその現実において何ら遜色のない役割を維持しているし、歴史的伝統を受け継いでいる。「法律の留保」論においても、それは同様である。

第四に、逆にむしろ多種多様な「立法」の増大に鑑みると、政治的必要性にのみ合わせる政策立法に流されない、権利保護機能を「立法」がなお果たしていることの重要性を忘れないためにも、つまり、自覚のない憲法変遷を自覚せしめる機能を持ち、その延長線上に控えている憲法改正の意義を見誤ることのないようにするための役割を果たすものと思われるのである。

3. 本稿は、K・ヘッセの憲法論に焦点を合わせて、現代国家における「立法」のあり方を考えてきたが、実は、これらのことは、わが国の憲法上の「立法」を論ずる上でもほぼ重ね合わせられるような相似関係を看取られうる。この点については、稿を改めて検討したい。

(平成22年4月5日脱稿)

注

- (1) 堀内健志『立憲理論の主要問題』（多賀出版、昭和62年）55頁以下の第2編第2章「ドイツ諸憲法典にみる実質的『立法』・補遺とその克服・離反論理の二類型」（初出は、『法学』50巻7号（小嶋和司教授退職記念号）249頁以下所収）参照。
- (2) その後、K・ヘッセ教授のお世話で1981年には、フライブルク大学で研究する機会を与えられ、その前後から手紙による交流をさせて頂くことになった。また、大学では、恐縮にもガストプロフェッサーという呼ばれ方をされて資料室・研究

室の自由な出入りを許されて、助手のM・ベンダー氏がいろいろ面倒をみてくれたのであった。多忙ななかでK・ヘッセ教授の研究室で何度かにわたり研究テーマについて立ち入ったお話を伺う時間をとって頂いたり、ゼミにも参加できた。併せて、同大学のE・W・ベッケンフェルデ教授の講義にも傍聴する機会があった。さらには、K・ヘッセ教授が兼務しておられた連邦憲法裁判所にお招き頂き、内部をいちいちご案内して頂いたり他の裁判官の何人かをご紹介して頂くこともあった。ドイツ国法学会大会に参加し、多くの研究者に出会うことになったのも、K・ヘッセ教授の特別のお手配によるものであった。この場をお借りして改めて謝意を表させて頂きたい。しかし残念ながら、K・ヘッセ教授は、2005年3月15日、86歳で亡くなられた。留学以後も長期にわたりクリスマスカードなどによる文通が続いていた。ご冥福をお祈りする。

- (3) 阿部ほか訳・西ドイツ憲法綱要前掲書383頁、初宿・赤坂訳・ドイツ憲法の基本的特質前掲書509頁。
- (4) この点、E・W・ベッケンフェルデは、「国家と社会の二元論」の立場が維持されていることについて、E・W・ベッケンフェルデ著初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、1999年）410頁（樺島博志解説）。本稿は、基本権については直接扱わないが、基本権の効力については、「戦後の実務と学説において、客観的原則規範としての性格を認められ、照射効、第三者効力、行為委託、保護義務といったさまざまな効力を獲得してきた。しかし、基本権がこのようなものとして裁判上適用可能なものとなれば、憲法裁判所は基本権の具体化を通じて、法創造作用を担うことになる。かかる事態は、立法作用における民主的手続の意義を相対化させることになり、市民的法治国家の憲法の枠組を逸脱することになる。このような憲法構造の変化を避けるためには、基本権は、主観的自由権としてのみ、裁判上の直接妥当性を認められるべきである」とされて、注目される。が、これ以上は追求しないでおく。
- (5) 初宿・赤坂訳・ドイツ憲法の基本的特質前掲書4頁。
- (6) 前掲書11頁。
- (7) 前掲書12頁。
- (8) 前掲書第20版への序文ii頁。

- (9) 前掲書 7 頁。
- (10) 前掲書 4 頁。
- (11) 前掲書12頁。
- (12) 前掲書13頁。
- (13) 前掲書13頁。
- (14) 前掲書13頁。
- (15) 前掲書14頁。
- (16) 前掲書15頁。
- (17) 前掲書 3 頁。
- (18) 前掲書 5-6 頁。
- (19) 前掲書321頁。
- (20) 前掲書322頁。
- (21) 前掲書323頁。
- (22) 前掲書325頁。
- (23) 前掲書326-327頁。
- (24) 前掲書128頁。
- (25) R・スメントについては、堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』(多賀出版、昭和59年) 247頁以下第2編第4章「R・スメントの統合学説からの帰結」、またH・ヘラーについては、同・前掲書223頁以下第2編第4章第1節「H・ヘラーの民主主義的法律概念構成の試み」を参照。
- (26) U・ショイナー、H・エームケなど(堀内・前掲書248頁)。さらに、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社、2003年) 596頁にある現代ドイツ公法学者系譜図からも、R・スメントシューレの影響の大きさが伺い知られる。
- (27) 堀内・前掲書249-258頁。
- (28) 堀内・前掲書259頁。
- (29) 堀内・前掲書266-270頁。形式的法律が「統合」、実質的法律がとりわけ裁判のための一般的基準であり、内容の変遷はあるが正義価値をあらわす。伝統学説での両法律概念の範囲の符合という法治国的要請は、ここでは、一つの自然法的正義価値による国家の sachlich な内在的正当化の機能をもって意義を与えられる。国民の一般意思の理論が形式的法律をこの価値と結合させることでもって国家を sachlich に正当づける。
- (30) 堀内・前掲書272-274頁。
- (31) 堀内・前掲書275-281頁。
- (32) 堀内・前掲書224-229頁。
- (33) 堀内・前掲書230-233頁。
- (34) 堀内・前掲書234-236頁、242-244頁。
- (35) 堀内・前掲書237頁、245-246頁。
- (36) これについては、堀内健志「立法と国会」樋口陽一編『講座憲法学5』(日本評論社、1994年) 153頁以下など参照。
- (37) ちなみに、E・W・ベッケンフェルデにおいては、「たとえ国家の権力が民主的に組織されている場合であっても、個人の自由を確保すること」が必要であるとされ(E・W・ベッケンフェルデ著初宿正典編訳・現代国家と憲法・自由・民主制・前掲書、日本語版へのまえがきiv)、また、「民主制の実現によって人間の支配関係がなくなるものではない」ことが指摘されることについては、前掲書409頁(樺島博志解説)。
- (38) 今日の憲法書でも通説は、伝統学説を採っているのもこのような事情があるのではないか。Vgl. Zippelius / Würtemberger, Deutsches Staatslehre, 31. Aufl. 2005, S. 390-S.391, Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 3. Aufl. 2003, 539-543.
- (39) 堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』(多賀出版、昭和59年) 375頁など参照。
- (40) 前註・引用の樺島解説によると、E・W・ベッケンフェルデにあつては、「…憲法の歴史的展開は、(1)近代国家の成立による高権的権力の独占、(2)基本権的自由の保障、(3)社会国家への発展、という三段階に区別される。そしてこの憲法史上の三つの契機は、前段階を破棄して次の段階に移行するという形で現われるのではない。むしろ、前段階の契機が次の段階の原理に統合されていくという形で発展するのである。絶対君主による国家統一と、それに伴う対外的かつ対内的平和の維持は、それ自体、自由保障の不可欠の前提をなしている。そして、この自由の一般的保障に基づき、自律的であった社会の対国家的自由から、社会的不平等が発生し、その結果、国家に対して、社会国家の原理が要請されることになる。社会国家の原理は、対国家的自由を揚棄するのではなく、これを前提とした上で、自由の実質的確保と極端な不平等の除去を目指すことになる。この意味で、社会国家の原理も、依然として近代法治国家の理念に支えられているのである。…憲法の歴史的展開を広い意味での歴史的弁証法に即して捉えている」という(前掲書411頁)。
- (41) 初宿・赤坂訳・ドイツ憲法の基本的特質前掲書 25頁。
- (42) 前掲書24頁。
- (43) 前掲書24頁。

- (44) 前掲書25頁。
- (45) 前掲書26頁。
- (46) 前掲書26頁。
- (47) 前掲書27頁。
- (48) 前掲書27-28頁。