

P・ヘーベルレの憲法と国家の理論

塩 津 徹

はじめに

前号では、ペーター・ヘーベルレ (Peter Häberle) の所説を中心にドイツにおける「憲法と公共性」をめぐる問題を論究したが、本稿では同じくヘーベルレの「憲法と国家」についての理論を紹介してみたい。

彼は理論的にルドルフ・スメント (Rudolf Smend) の系列にあるが、スメントの影響下にある多くの学者の中でも、彼の理論は極めてポレミッシュである。たとえば、コンラート・ヘッセ (Konrad Hesse) の場合は、栗城教授が指摘しているように、「憲法から余りにも多くのものを憲法自身の意味として導出することに対して、民主政原理を援用して警告を発している」¹⁾と、むしろ「適度」を憲法の理論のモチーフとする。

しかし、ヘーベルレの理論は後述するように、まさに、このヘッセの批判の対象になるような「憲法への依拠」の傾向にあるといえる。したがって、彼の理論は、ドイツのみならず、わが国の学説から見ても極端と感じられるかもしれない。

しかし、本稿で述べる憲法と国家についての彼の理論は、そのままわが国にあてはめることは当然、無理があるとしても、ポレミッシュであることは、少なくとも問題点を鮮明にし、選択肢を考える上で有用ではないかと思う。

近年、わが国で、憲法と国家の関係を問う議論の一つとなっているのは、憲法改正問題である。それは、これまでとは内容を異にした新たな改正の動きであり、その際、しばしば持ち出されるのが、国家として国際的責任を果たすた

めに憲法を改正するという論理である。

この主張では、「国際的」という新たな枠組みが提起される一方で、国家は無前提的に絶対的な存在としてあり、憲法はその存立、方向づけのためにあるという、国家優先の論理がある。一見すると、これ自体は何の問題もないようにも思える。

しかし、国家はどのような国際的責任を持っているのか、また、そもそも国家の目的とは何かが具体的に論じられることはなく、抽象的な言葉で飾られているだけである。その反面、現行の日本国憲法の存在価値が軽視されるきらいがある。

たとえば、奥平教授は、わが国において、「秩序原理としての憲法」があまり受け入れられていないことを指摘しているが²⁾、こうしたわが国の風潮にさらに拍車をかけるように、近年の憲法改正論が憲法の持つ規範性、秩序原理としての意義を軽く扱っていることは危惧すべき点である。

さて、このような憲法と国家の関係について、ドイツではわが国以上に論じられることが多い。というのも、第二次大戦後、東西に分断され、二つの憲法体制が生まれたが、ドイツは本来は一つの国家であるという意識が強く、憲法は暫定的であるとされてきたからである。特に旧西ドイツの場合は、憲法は基本法と呼ばれ、暫定的性格を明らかにしてきた。したがって、国家と憲法の裂け目を、より明確に意識せざるをえなかったのである。

そして、このような政治的な状況論とともに、ドイツの公法学自体の持つ思想的傾向も、国家と憲法の裂け目を広げてきたといえる。その傾向とは、「憲法と公共性」でもふれたが、国家ないし公共性は抽象的存在として、社会的な現実から超越したものであると把握するものである。この論理からすれば、抽象的な存在である国家と具体的な秩序規範であるとされた憲法とは、やはり区別せざるをえないことになる。

このように憲法と国家を切り離すドイツの公法学の一つの傾向に異議を唱え、憲法への全面的信頼を訴えたのがヘーベルレである。彼の論点は多岐にわたるので、本稿では以下、いくつかの項目に整理して論究してみる。

一、ヘーベルレの憲法と国家の理論

ヘーベルレの憲法と国家の関係についての理論の特徴を端的に表すものとしては、次の文章が最もふさわしいと思う。つまり、「憲法制定 (Verfassunggebung) の概念は、一般国家学 (Allgemeine Staatslehre)、主権 (Souveränität) の概念と同様に普遍的妥当性を失っている」というものである³⁾。

この、一般国家学、主権、憲法制定に対する否定的見解の中に、彼の憲法と国家の関係の理論が説かれているのである。これら三点は、それぞれドイツの公法学のコンテキストの中でのヘーベルレの論点の展開なので、わが国の視点から考えると理解しにくい部分もあるが、できるだけわが国での論点にひきつけながら考えて見る。

(1) 一般国家学

一般国家学とは、我々には耳慣れない言葉であり、ドイツ語圏の他には例を見ない独特な学問であり、カール・レーベンシュタイン (Karl Loewenstein) によれば、国家哲学や、方法論、政治理念史、そして諸外国の公法までも含む、いわばオムニバスのようなものであるとされている⁴⁾。

ただし、このように多彩な内容を持つ一般国家学も、1949年 (すなわち、ボン基本法制定) 以降、ドイツでは政治学の登場とともに変化する。すなわち、法学教育においては、新たに独自の講座として、比較政治 (統治) 論、政治理念史が必須科目になることによって、それまで、これらの領域をカバーしてきた一般国家学の存在価値が薄れてしまったからである⁵⁾。

しかし、存在価値が薄れただけではなく、一般国家学の存在そのものが狙上にあげられているのである。レーベンシュタインは、ラインホルト・ジッペリウス (Reinhold Zippelius) の「一般国家学」を例に取り上げながら、伝統的な国家学の問題点を指摘しているが、それは要約すれば次の二点になる。

つまり、第一には、現代国家においては不可欠である憲法の機能と本質についての記述が乏しい点であり、ジッペリウスもこの例にもれないと指摘する。

第二に、ドイツの伝統的な国家学は、国家を人間から切り離された固有の抽

象的存在であるとしている点である。ただし、ジッペリウスの場合は、それとは反対に国家は人間のためであることを主張したスメントの説を受け入れており、この点では伝統的な国家学の欠陥を免れているとしている⁶⁾。

以上、一般国家学に対するレーベンシュタインの批判を取り上げてきたが、国家・社会生活における憲法の重要性という点、そして国家は抽象的存在ではなく人間のためであるという点は、基本的には以下に述べるヘーベルレの論点と重なる。

では、ヘーベルレはこれらの点について具体的にどのように説明しているのであろうか。そこで、まず、彼がドイツの国家学においては支配的な学説（通説）はないとしながらも、主要な学説として三つの流れをあげ⁷⁾、国家学の構図を示しているので、その説明を通しながら、彼の見解の一端を明らかにしてみる。

第一に、エルンスト・フォルストホフ (Ernst Forsthoff) の「国家的」国家学 (“staatliche” Staatslehre) であり、その対極にあるのが多元主義であるとされている。

第二に、ヘルマン・ヘラー (Hermann Heller) の「社会的」国家学 (“gesellschaftliche” Staatslehre) であり、その対極にあるのが、ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) の法学的、もしくは実証主義的国家学 (juristische oder positivistische Staatslehre) であるとされている。

第三に、スメント、ウーリッヒ・ショイナー (Ulrich Scheuner) 等の「憲法学としての国家学」(Staatslehre als Verfassungslehre) があげられている。もちろん、ヘーベルレは、この第三の学説に属する。

ただ、ヘーベルレは第三の流れに主軸におきながらも、第一のフォルストホフの「国家的」国家学とは対極におかれた多元主義を憲法理論のモチーフとしているところに特徴があるといえる。

この「憲法学としての国家学」という表現に、ヘーベルレの見解が凝縮されているのではないかと思う。つまり、彼流の大胆ないい方を借りれば、もはや「国家学」は不要であり、「憲法学」こそが必要であるということになる。その理由は、先のレーベンシュタインによる伝統的な国家学への批判の中に、ある

程度明らかになっている。しかし、ヘーベルレ自身が批判の対象とする「国家学」とは何かが具体的に明らかにされないままでは、それに対置された「憲法学」の実像も見えてこない。そこで、特にフォルストホフの国家学への批判から、いくつかの論点を抜き出してみる。

〈国家と社会〉

まず第一に、レーベンシュタインの批判の二番目の問題、国家と社会の関係について先に取り上げる。ヘーベルレによれば、フォルストホフの国家観は先にあげた伝統的な国家学の見解とはさほど違いはないとされている。つまり、フォルストホフは、国家はあらゆる社会の利害からは超越した存在であるとしているからである⁸⁾。

もちろん、国家の機能として、具体的な事例では社会における個別の利害に全く解消できない公益的性質、ないし中立的性質を持つものがあるかもしれない。しかし、社会(的な利害)から超越した国家が、公益(Gemeininteresse)のために自由に決定するというフォルストホフの見解には、それ以上に国家の抽象性、絶対性が前提とされていると、ヘーベルレは見ている。

ヘーベルレが、このようにフォルストホフが社会から超越した国家を想定する背景には、そこに悲観主義的な人間像があるのではないかと指摘している点が興味深い⁹⁾。つまり、フォルストホフは社会の状態をホップズのように万人の万人に対する闘争ととらえており、このような社会への不信、悲観的な人間像を前提とするからこそ、社会から超越した国家の中立性、絶対性を想定せざるをえないと、ヘーベルレはいうのである。

では、ヘーベルレの場合はどうだろうか。彼は、フォルストホフとは対照的に、ロックが主張しているように社会は自然状態では平和で安定しているというような楽観主義的な人間像を前提とする¹⁰⁾。つまり、彼は社会に対して不信を持つのではなく、信頼を示している。

したがって、国家も社会からの超越ではなく、むしろ、その利害を集約するものであり、換言すれば、社会生活をする諸々の人間のためであると、理解しているのである¹¹⁾。

先のヘーベルレによる国家学の三つの分類で、フォルストホフの国家学に「国家的」という形容詞がつけられている理由も、以上のことをみれば明らかである。つまり、フォルストホフの国家学においては、狭い意味での国家だけが対象とされ、国家と社会の二つの領域の相関関係だけでなく、そもそも社会の領域は対象外とされているのである。

しかし、ヘーベルレの場合は、社会の現実を視野にいれ、しかも、その社会の現実は必ずしも同質ではなく、多様な理念、利害から構成されていると考えている。そして、その多元性を国家にも反映させようとしているのである。「憲法と公共性」で詳しく述べたように、ヘーベルレは社会のさまざまな人々、集団の利害を国家・公共性の内容として憲法解釈に反映させようとする多元主義を主張しているのである。

〈憲法と国家〉

第二に、レーベンシュタインの批判の一番目にあげられていた憲法と国家の関係に目を向ければ、フォルストホフの場合は憲法と国家を対置(*gegeneinander*)させて、憲法は国家の単なる表面的な属性 (*Attribut*) にすぎないとしている¹²⁾。すなわち、「初めに国家ありき」というわけであるが、このような国家優先の論理に対して、ヘーベルレは否定的である。ただ、この憲法と国家の関係についてのヘーベルレの見解は、ロマン・ヘルツォーク (*Roman Herzog*) の「一般国家学」に対する書評で、より明確にされているので、その点を見てみたい。

ヘーベルレは、誇張していえばと断わりながら、「ドイツにおいては、国家が存在しないのに、当然のごとく一般国家学がなおも存在することが許されている」¹³⁾と、この書評の冒頭で述べている。では、この「国家が存在しない」とはどういうことなのであろうか。

ヘーベルレはその点について端的に、民主的な憲法学にとっては、輪郭も明確でなく、かつ無前提的な国家なるもの (*Staatlichkeit*) は存在しないという¹⁴⁾。つまり、今日の民主主義国家においては、憲法によって初めて国家生活のさまざまな内容が具体的に決定されるのであり、憲法の存在を除いて、単に抽象的な国家理念、目的を論じることにどのような意味があるのかという疑問を投げ

掛けているのである。

もちろん、認識論的にいえば、ドイツの現実からすれば、国家がまず存在して、その上で基本法（憲法）が制定されていることは認めざるをえないかもしれない。しかし、ヘーベルレはそのような認識論的な意味ではなく、実践的もしくは法的な意味からいえば、国家と憲法を区別する論理に価値を見出してはいないのである。

むしろ、基本権、民主主義、人間の尊厳などの基本原則が規定された憲法を離れて、抽象的な存在とされる国家を論じることの危険性、非民主性を指摘したのではないだろうか。

したがって、ヘルツォークの一般国家学においても、憲法に対して国家に優先的な地位が与えられ、憲法解釈の問題が扱われていないことをヘーベルレは批判している。そして、今日、国家を理解するということは、とりわけ憲法解釈の問題であると強調しているが¹⁵⁾、ここに「(国家的) 国家学」に代わって「憲法学としての国家学」が主張される理由がある。

(2) 主権

わが国においては、主権の概念は憲法制定権の概念と同じように扱われることがあるが¹⁶⁾、その理由は今日の民主主義国家においては、憲法制定を担う権力は国民にあるから、憲法制定権力は国民主権とイコールとされるのである。もっとも、このような説に対して批判もあるが、そこには立ち入らない。

ここでは、とりあえず主権の概念にはそのような憲法制定権の主体者としての意味だけではなく、多様な意味が含まれていることだけをあげておきたい。たとえば芦部教授の定義によれば、主権の概念は①国家権力そのもの（国家の統治権）、②国家権力の属性としての最高独立性、③国政についての最高決定権¹⁷⁾の三点があげられている。

さて、ヘーベルレが従来の主権概念に対して疑念を示したのは主として、1976年の「主権の問題についての今日の議論のために」¹⁸⁾の論文においてである。そこでは、芦部教授のあげた主権の概念の②と③の点に対して、再検討すべきであることを述べている。

〈国家主権〉

第一に、②の最高独立性の概念は、対外的には独立した国家主権として表現されるものであるが、この点について、ヘーベルレは次のような問題点を投げ掛けている。

彼は、まずボン基本法そのものが国家主権の移譲および制限を明記している点をあげている。すなわち、第24条第1項では「連邦は、法律により、主権作用 (Hoheitsrechte) を、国際機関に移譲することができる」としている。続く第2項でも、「連邦は、平和を維持するために、相互的・集団的安全保障制度に加入することができる。連邦はそのさい、ヨーロッパおよび世界諸国民間に、平和な永続的秩序をもたらし、かつ保障する主権作用の制限に同意するであろう」¹⁹⁾としていることが、従来、絶対的存在であるとされてきた国家主権の枠を揺るがすものであるとしているのである。

しかも、その上に、ヨーロッパ共同体 (EC) の発展は、個別的ではなく、包括的に国家主権の移譲および制限をもたらすものであり、ヘーベルレは、この状況が従来の国家主権の概念の意義をますます減少させるのではないかと指摘している²⁰⁾。

しかも、この論文以降、1993年11月1日に発効したマーストリヒト条約によってEC各国は、国家の垣根を順次とりはらって統合に向かっており、ドイツにとって対外的な国家主権の問題が無くなるとするのは性急であるが、少なくとも、これまでのように絶対的存在ではありえない。その意味ではヘーベルレの指摘は、今日、ますます説得力を増しているといえる。

〈最高決定権〉

第二に、③の国政の最高決定権の問題についてであるが、ヘーベルレは、この場合の主権の概念を憲法制定権と同義に使っているので、そのことを前提としながら、彼の批判を追ってみたい。

ところで、憲法制定権について、よく引用されるのがフランス革命におけるシエイェス (Emmanuel Joseph Sieyès) の「第三階級とは何か」と題する論文の

理論である。そこでの核心の論理は憲法を作る権力・憲法制定権と、憲法によって作られた権力との区別である。そして、この憲法制定権は法も含めて何ものにも拘束されないとされている。

そして、このシェイエスの理論をドイツにおいて徹底させたのが、カール・シュミット (Carl Schmitt) であった。彼は憲法制定権は政治的全体秩序を確定させる実力ないし権威的な意思であり、一切の法的な拘束をまぬがれているとしている²¹⁾。

シュミットはシェイエスにならって憲法制定権と、それによって作られた憲法律 (憲法の規定) を区別し、後者と異なって前者は、憲法制定後も「潜在的にはつねに発動できる形で憲法に内在する」という²²⁾。したがって、憲法体制は常に憲法制定権である実力ないし権威的な意思にさらされる不安をぬぐいきれないことになる。

そして、この憲法制定権を担うのは、国民主権の下では、もちろん主権者である国民である。しかし、シュミットの場合は、そこから極端に走り、国民主権の名の下に、議会の多数派ではなく、直接的な国民の支持、それもアクラマツィオン (喝采) のもとに大統領が、そして総統がこの主権を行使することを正当化した²³⁾ことは周知のとおりである。

特に、このことを「主権者とは、例外状況にかんして決定を下す者をいう」²⁴⁾という文章と考え合わせると、独裁者の剥き出しの力が主権となり、憲法制定権であるという結論が容易に導かれる。事実、彼の理論は独裁を正当化する理論となったのである。

さて、ハーベルレの主権概念は、こうしたシュミットのように主権を実力として法の外に置くのではなく、法の枠の中に収めようとするのであって、主権の限界を「人間の尊厳」や「正義」に置いている²⁵⁾。つまり、彼は主権の行使が無制限になされるのではなく、むしろ憲法規範に内在化された「人間の尊厳」「正義」によって拘束されることを主張している。

こうした主権を法的な枠内に収めようとする考え方として、例えば、コンラート・ヘッセは、基本法第79条第3項の「連邦のラントへの編成、立法のさいにおける諸ラントの原則的協力、または第1条および第20条にかかげられた基本

原則、に影響をおよぼすようなこの基本法の変更はゆるされない」との規定は、憲法の規定が国民主権に優先することを意味すると指摘している²⁶⁾。

このことは、もはや主権は単なる実力ではありえず、その行使の限界が設定されるということである。そして、その限界は憲法改正限界として基本法第79条第3項として憲法に内在化されることを意味する。ヘーベルレは、ヘッセのこの指摘を例証としながら、このように主権の行使が完全に憲法の中に収束されるということは、これまでのように主権概念を積極的に論じる意味が失われていると述べている²⁷⁾。

〈歴史的カテゴリー〉

ヘーベルレによれば、以上のように今日、国家主権、そして最高決定権の担い手としての主権の概念が改めて問い直されなければならないのは、主権の概念は本来、歴史的カテゴリーであるからであるとしている。つまり、主権は歴史を超えて絶対的に不動の概念ではなく、歴史の推移とともに意味の変化を迫られるものであるとしているのである。

彼は、そもそも主権論の成立は、歴史的に見れば、絶対主義国家が国家の統一性を主張するために、封建的な権力を有していた教会と貴族に対して提起されたという。そして、絶対主義国家が成立した後は、その君主主権に対抗して、次は国民主権が提起された。このように主権論は、対抗する対象があって初めて生み出された歴史的カテゴリーであるとされる²⁸⁾。

では、もはや国民主権は、いわば自明の公理となり、対抗する対象を失った今日においてはどのような意味を持つのか。彼は主権はもはや積極的内容を持つものではない²⁹⁾が、ただ、ナチスの全体主義国家体制を否定するという消極的な意味だけがあるとしている³⁰⁾。

(3) 憲法制定

前項では、主権(の行使)が憲法の枠内に収められるところまで述べたが、ヘーベルレの主権論の特徴は、この枠内に収められた主権が、日々、発動されるものであるとすることにある³¹⁾。では主権は具体的にはどのように発動されるの

か。そのことを論じるためには、もう一度憲法制定権の概念の問題に戻らなければならない。

前述したように、シュミットの憲法制定権は法規範の拘束から離れて、日々、発動可能なものとされていた。しかし、そのような憲法体制を常に揺るがしかねない実力としての憲法制定権理論は、ワイマール時代の不安定な政治状況の中ではともかく、今日では受け入れられないことは当然である。

したがって、現在では、一般的に憲法制定権として想定されているのは、制定時にただ一回限りに発動されるものであり、それ以後は憲法解釈の問題であるという立て分け方がされているとあってよい。

ところが、ヘーベルレの場合は、結論から先にいえば、一方ではシュミットのように、憲法制定権は日々、発動されるものであるとしながらも、他方では、その発動は法規範の拘束を受けるものであるとしているのである。では、具体的にどのように理論づけているのであろうか。

〈憲法制定の読み替え〉

ヘーベルレが憲法制定をいう場合、そこでは一般的に受けとめられている概念の転換、読み替えが行われていることに注意を必要とする。彼はこの読み替えにあたって、まず従来の憲法制定の概念を検討の対象としている。

先にあげたようにシエイエスが憲法制定権と憲法によって作られた権力の区別を立てたのはフランス革命においてであった。そこでは革命的な憲法制定権力が一面的 (einseitig) な「原行為」(Ur-Akt) として、しかも告示 (Emanation) の形で憲法制定を行ったとヘーベルレはいう³²⁾。

そして、現在においても、このフランス革命の時と同じ様に、憲法制定権は、制定時に一回限りの時間的に制約された行為として発動されるものであるという概念がそのまま、いわば通説となっているとも述べている。

しかし、ヘーベルレによれば、このような観念は、フランス革命を背景とする歴史的に制約されたものであるとされる。つまり、絶対王政を打倒し、国民主権の体制を確立するために、体制移行への「革命」が必要だったからである³³⁾。ところが、今日においては、旧社会主義国の体制変革はさておき、革命を必要

とするような体制変革は考えられない。したがって、フランス革命におけるような憲法制定権の発動の形態は変わらざるをえないことになる。

要するに、彼は今日ドイツのように共和制 (Republik) の下で、体制変革を必要としない場合においては、憲法制定という行為は、告示という形の一面的なものではなく、また時間的にも一回限りのものではありえないと、二つの点で、これまでの憲法制定の概念の再検討を迫っている。

ヘーベルレによればまず第一に、憲法制定は一面性ではなく、多面性 (Allseitigkeit) が重要なメルクマールとなる。この多面性は言い換えれば多元主義である。開かれた社会、ないし多元的な社会においては、憲法制定は、多くの参加者と多元的な手続きを含んだ開かれたプロセスでなくてはならないというのである³⁴⁾。

第二に、憲法制定は、この多面性とともにも継続的 (dauernd)、かつ発展的 (evolutionar) な事象であり³⁵⁾、永遠のプロセスであるとされる。つまり、憲法制定は時間的にも制定時に一回限りの行為として完結するのではなく、その後も継続して行われるものであるとしているのである。

ヘーベルレは、現実にボン基本法の制定経過を見ても、この憲法制定のプロセス的性格をよくあらわしているとする。たとえば、基本法の前文では「……ドイツ国民は、過渡期について国家生活に新秩序をあたえるために、その憲法制定権力にもとづき、このドイツ連邦共和国基本法を決定した……」とある。

しかし、ヘーベルレは基本法の制定時に、ドイツ国民による憲法制定権力が活発に発動されたとはいえない。つまるところ、1949年には基本法制定審議会 (Parlamentarische Rat) の活動があったにすぎないとしている³⁶⁾。

だからこそ、基本法制定後も憲法制定権の発動がなくてはならないとするのである。そして、それは憲法の開かれた「成長過程」(Wachstumsprozeß) の中で憲法を形成する諸力が共同して働くことでもあるとされているのである³⁷⁾。

ヘーベルレはまた、この憲法のプロセス的性格は、ボン基本法制定の特殊な歴史から帰結されるものではなく、一般的にも憲法そのものの本質的なものであるとしている。つまり、スメントの系列をなす多くの学者とともに、憲法を制定時に完結したものではなく、制定後に「開かれた」ものであるとしている

のである。

しかし、その中でも憲法制定の読み替えを行って、これほどまでに時間的にも、空間的（多元的）にも、「開かれた」ことを徹底したところに彼のユニークさがある。

〈憲法制定と憲法解釈〉

では、次に永遠のプロセスとされた憲法制定権の発動は、具体的にどのような形をとるのであろうか。ヘーベルレによれば、従来、明確に区別されていた憲法制定と憲法解釈とを限りなく接近させることであるという。それは、常識的には、憲法制定があって初めて憲法解釈があるとされていた既成の観念をくつがえすものである³⁸⁾。

彼は、端的にいえば、憲法制定の意味は二つあるという。一般に憲法制定として考えられている（制定時の一回限りの）行為は、狭い意味での憲法制定とする一方で、他方、広い意味では、日々の憲法解釈が憲法制定であるとしている³⁹⁾。

彼は、憲法は一回限りの、狭い意味での憲法制定行為では完全なものが形成されたとはいえず、憲法解釈によって充足されていくと考え、それも広い意味では憲法制定とみなすことができるとしている。したがって、憲法制定と憲法解釈の対抗関係を否定し、そこに境界線を引くことは難しいというのである⁴⁰⁾。

もちろん、狭い意味での憲法制定は、事実としてありうるのであるから、認識論的には憲法解釈とは区別されるのは当然であり、また憲法解釈ではなしえないことについては狭い意味での憲法制定の形態で行うべきであるとしている⁴¹⁾。しかし、その上で、両者の関係を排他的、ないしは絶対的な相違と考えるのではなく、相対的なものととらえるのである。

ここで、注意すべきは、彼の憲法解釈という言葉には、また広・狭の二つの意味があるということである。この点については前号で紹介したので詳しい論究は避けるが、結論だけをいえば、狭い意味での憲法解釈とは、一般に司法解釈といわれるものであるが、広い意味での憲法解釈とは裁判所による解釈だけではなく、市民の憲法解釈への参加も含むものである。そして、このような広い意味での解釈は、多元主義社会から必然的に要請されるものであるとしてい

るのである。

(4) 小括

以上のように、一般国家学、主権、そして憲法制定の概念に対して再検討を加え、もはや普遍的妥当性を失っているというヘーベルレの指摘から、何を讀み取ることができるであろうか。

第一には、徹底した多元主義である。「開かれた社会」を前提に、そこに多くの人々、団体が憲法制定、憲法解釈に参加する多元主義的社会が想定されている。そして、この多元主義を反映させる国家論、憲法論がヘーベルレの理論のモチーフとなっているのである。

第二には、憲法中心主義である。この憲法中心主義というのは、一面からいえば、先に述べたように国家よりも憲法という論理である。他面からいえば、日々発動される憲法制定活動は白紙に新たに憲法規定を書き入れることではなく、制定されている憲法規定の内容を憲法解釈によって発展させていくのであるから、当然、規定の枠組みに拘束されるわけである。したがって、憲法規範に拘束されるという意味での憲法中心主義である。

第三に合理的な現実主義である。彼は国家、主権、憲法制定という抽象的な概念に対して、実際的な意味があるのかという疑問を投げ掛けているのである。概念上の論理的な整合性よりも、民主主義にとって（彼は共和制という言葉をししばしば使うが）具体的な必要性を優先するのである。その意味では合理的な現実主義といえよう。

だから抽象的な国家ではなく具体的な憲法内容が、抽象的な主権ではなく、多元社会において日々発動される主権、すなわち、広い意味での憲法制定活動である憲法解釈の重要性が主張されているのである。

二、「国家目的論」をめぐって

憲法と国家との関係について、かなり憲法に引きつけたヘーベルレの理論であるが、次にドイツ公法学全体から見て、その理論はどのような位置にあるのかを検証してみる。もちろん、ドイツ公法学全体を見通すことは手に余ること

であり、ここではドイツ国法学者大会の議論を一つのがかりとする。

それは、ドイツ統一直前に「基本法制定40年後—立憲国家における国家目的」のテーマで開催された国法学者大会である。いまだ、統一が具体的なスケジュールとはなっていない段階であるが、少なくとも、その可能性が大となってきた時期の議論である。そもそも、それまでの国法学者大会では、憲法の議論はあっても、国家についての議論はあまりなかったといわれる⁴²⁾。

しかし、この時期においては、統一の問題はもちろん、それとは別にヨーロッパ統合の問題も大きく浮上しており、それらの観点から改めて憲法と国家の関係の問題が浮き彫りにされたのである。

(1) 憲法と国家の区別論

大会の報告者はクリストフ・リンク (Christoph Link) と、ゲオルク・レス (Georg Ress) である。憲法と国家の関係を直接に論じることが大会のテーマではなく、あくまでも国家目的とは何かを論ずることが主要な課題であったが、両報告者の議論の中に憲法と国家の関係について触れられている部分があるので、それをここで抜き出してみる。

両報告者は共に憲法と国家を区別すべきことを主張している点では共通している。ただし、リンクが伝統的な国家論に近い見地から、憲法から区別された国家の抽象的、絶対的な存在を認めようとするのに対して、レスはそのような伝統的な国家論ではなく、現実的に国際法の立場から、対外的な国家主権の存在という観点から、憲法と国家の区別を認めるというアプローチの相違がある。

〈内向的国家〉

レスは、国際法学者にとって憲法と国家とを区別することは自明の観念であるという。そして、国際法上、国家はそれ自体として存在するものであり、国家は憲法と運命を共にすべきであるということはないという⁴³⁾。つまり、憲法の存在以前に、国家があり、憲法なくしても国家がありうることを彼は指摘しているのである。

彼は、むしろ憲法と国家を同一視するという観念は、国家を憲法規定に内向

化させた (verfassungsrechtsintrovertiert) 問題設定であると批判しているのである⁴⁴⁾。対外的な国家主権、独立した国家という事実を考慮しないで、あくまでも一国の憲法の枠内で国家目的を論じる内向きの議論への批判である。

そして、また彼は、国家目的は社会にではなく、憲法にでもなく、国家に属する⁴⁵⁾ともいうが、ここでいう国家の観念は、社会から独立し、憲法の枠内に収まり切れないという伝統的な国家像に、かなり、近づいているともいえる。

ところで、ここで、レスは「内向化」という言葉を使用しているが、この言葉からは、かつてのフォルストホフの論理が想起される。というのも、フォルストホフは1960年代初期に、「内向化した法治国家とその位置づけ」という論文⁴⁶⁾で、主として、スメント、ヘッセ、ヘーベルレなど、スメント学派の方法論を批判しているが、その論旨はレスと同じものだからである。

先にヘーベルレによるフォルストホフの国家論への批判を紹介したが、ここでは逆に、時間的にはそれに先立つフォルストホフのスメント学派への批判の論点を取り出してみる。

フォルストホフは、スメント学派の方法論を憲法解釈における「精神科学的方法」(geisteswissenschaftliche Methode) であるとしているが、そこに欠落しているのは国家イデオロギーであるとしている⁴⁷⁾。ただし、この場合のイデオロギーというのは、社会主義とか、自由主義であるというのではなく、むしろ国家理念、国家の存在理由という意味である。

さらに、彼は場合によっては、国家という表現を政治という表現に置き換えているが、スメント学派は本来、政治的な議論、決定に委ねるべきことを、非政治的な方法で、つまり法の解釈に、具体的には裁判所と学説に委ねていることを論難しているのである⁴⁸⁾。

フォルストホフはこのような法、とりわけ憲法解釈への依存は、政治・社会が安定した通常状態のたまものであって、例外状況 (Ausnahmefall) においては用をなさず、やはり政治的決断が必要となると警告したのである⁴⁹⁾。

ここでは、シュミット流の、例外状況を決定する者が主権者であるという論理がふまえられていることがわかる。そして、それとは対照的に、国家すなわち政治を欠落し、憲法 (の解釈) へ依拠するスメント学派の理論に対して「内

向化」と総括しているのである。

ドイツ統一とECの統合という、ドイツにとっては例外状況とはいわないまでも、重要な政治的場面を迎えて、レスがこの言葉を持ち出したのも偶然とはいえない。

〈憲法実証主義〉

さて、国法学者大会の議論に戻る。リンクは国家目的（この場合、国家の存在理由としてもよいかもしれないが）は、かつての絶対主義国家の下で措定されたような超歴史的な抽象的なものではありえず、歴史的に条件づけられていることを認める⁵⁰⁾。

したがって、ボン基本法の下では、民主主義、福祉ないし社会国家が国家目的として措定されていることは当然であるが、それでもなお、国家目的は憲法に全く依拠するものではないし、憲法とは区別されたものとしてとらえられている。

すなわち、国家目的は憲法に先だって存在するものであり、国家自身が国家目的を設定するのであって、憲法ではないと彼はいう。したがって、国家目的と憲法を同一視できないとしている⁵¹⁾。もちろん、彼とても憲法の存在を軽視しているわけではない。国家が現実性を獲得できるのは、やはり憲法によってであり、国家の具体的決定は憲法によって構成されることは認めている⁵²⁾。

しかし、結論的には憲法と国家の同一視を否定し、国家目的を憲法解釈の問題に置き換えるようなことを「憲法実証主義」(Verfassungspositivismus)⁵³⁾と呼んで批判をしており、特にそうしたことは、連邦共和国(西ドイツ)建国の最初の10年間に顕著に見られたとしている。

そして、この憲法実証主義という批判は、憲法解釈の最終的な判断を委ねられている連邦憲法裁判所に対する批判、「連邦憲法裁判所実証主義」という批判につながっているとしている。

フォルストホフが憲法(解釈)への依存を、政治的安定期の産物であるとしたのに対して、リンクは、このような国家の存在、国家目的が注視されず、いわゆる「憲法実証主義」が生まれた社会的な背景を次のように分析している⁵⁴⁾。

その一つの理由は、敗戦とそれに続く占領体制の下で、西ドイツは統一までの暫定的な国家体制として建国されるのであるが、そのことは、憲法と国家の裂け目を自覚させるよりは、むしろ当面の憲法への依存となって、本来の国家共同体、そして国家目的への関心を低下させたというのである。

他の理由は、国家なるものの伝統的価値が過去の出来事によって不信を持たれてしまったことにあるとされる。つまり、ナチス政権によって過剰にドイツ国家が強調され、悲惨な結末をたどったことが、国家なるものへの不信につながったというわけである。その反動として、国家や政治ではなく、憲法への信頼が前面に押し出され、「憲法愛国主義」(Verfassungspatriotismus)⁵⁵⁾となって、非政治的統合が促進されたと指摘しているのである。

また、このようにリンクは、憲法と区別された国家、国家目的論が存在する以上、それを対象とする学問が必要であり、すなわち、それが「一般国家学」であり、その中心は国家目的論であるべきであると述べている⁵⁶⁾。したがって、ヘーベルレが一般国家学は必要ないとしたことには、当然、反対をしているのである⁵⁷⁾。

しかし、このような伝統的な国家論に立って、国家を憲法と離れた抽象的な存在としておくことには反対意見があった。ヨゼフ・イセンゼー(Josef Isensee)は、国家と憲法の区別を認めながらも、その間の距離をせばめようとしている点が、リンクとは異なる。イセンゼーは、国家目的を抽象的な理念とするのではなく、むしろ基本権保障に設定すべきであるとしている⁵⁸⁾。彼は、国家目的として人間の尊厳の理念、人権保障を前面に立てながら、国家目的をある程度明確にしていこうとしているのである。

ただ、彼の場合、国家目的を憲法に規定された基本権に全く収束しようとするのではない。基本権の保障といっても、憲法の条文に拘束されることは当然としても、解釈においてはそれ以上にトポイ(Topoi)、すなわち観点が求められるのであって、そこに観点としての国家目的の必要性があるというのである⁵⁹⁾。したがって、その意味では彼もまた、憲法を超えた国家、国家目的を前提としていることになる。

(2) 区別論への批判

一方、この国法学者大会では、両報告者の憲法と国家の区別論に対して、さまざまな角度から批判が出された。その中心的な論点の一つは、規範的正義論 (normative Gerechtigkeitstheorie) から、国家目的を再検討する必要性を訴えるものである。これは、条件つきであるが基本権保障を国家目的の軸であるとしたイセンゼーの主張を、より徹底化するものであるといえよう。

例えば、大会での討論ではラルフ・ドライエル (Ralf Dreier) は、ジョン・ロールズ (John Rawls) やロバート・ノズィック (Robert Nozick) の規範的正義論を援用して国家目的論を検討することを主張している⁶⁰⁾。ロールズはよく知られているように、その著書『正義論』(A Theory of Justice) でアメリカ、ヨーロッパにおいて、人権理論に多大な影響を与えている。

ドライエルの規範的正義論の主張は、大会の議論では他にも多くの支持を集めた。リンクなどの区別論は、国家はその存在自体を自己目的にしないとはいつつも、そこに抽象性がぬぐいきれない。それに対して、規範的正義論を主張する人々は、国家目的として明確に人権保障を据えることによって、国家と(人権保障がもりこまれた)憲法の区別を否定しないまでも、接近させようとするものである。

中でも、ヘーベルレはこのことについて、政治的共同体の最終目的は人権保障であると強調している。彼はボン基本法の草案、ヘレンヒムゼー草案の第1条「国家は人間のためにあり、人間は国家のためにはない」との文を引用しながら、国家は人間のために存在するという「道具的国家理解」(instrumentales Staatsverständnis) を掲げた⁶¹⁾。この「道具」という言葉の中に、彼が国家目的を具体的にし(特に基本権保障として)、コントロール可能な状況に置こうとする意図がうかがえる。

それは、結局のところ、前節で述べたように、憲法と国家の同一という観点になる。この大会での議論でも、改めてスメントの「憲法があって国家がある」という文を引用しながら、このことを確認している⁶²⁾。

こうした規範的正義論からの批判に対して、リンクは、それは道徳的な観点での批判であり、議論はあくまでも法的なものでなくてはならないと反論して

いるか⁶³⁾、大会では国家目的を基本権保障を中心として明確にしていこうとする傾向が強かったと思う。

(3) ドイツ統一後の課題

この国法学者大会の後、1990年の10月3日にドイツは統一を成し遂げるのであるが、統一をめぐって改めて憲法と国家の区別の議論がどのように変化したかは興味あるところである。その点については後日、検討することとして⁶⁴⁾、統一の現実的なプロセスと基本法上の手続きを見る限りにおいては、次のようにいえるかもしれない。

基本法では、統一の手続きは二つの道が想定されていた。すなわち、第一の道として第23条では、基本法の適用領域として西ドイツの各ラント（州）の名前を明記するとともに、「ドイツの他の領域については、その加入後効力を生ずるものとする」とされていた。

つまり、東ドイツ地域を一括としてではなく、それを構成する各ラントの基本法体制への加入であり、いい方を変えれば併合である。

第二の道は、基本法第146条の「この基本法は、ドイツの国民が自由な決定で決定した憲法が施行される日に、その効力を失う」という規定に基づくものである。すなわち、東西ドイツの統一に際して、改めて統一国家としての新たな憲法制定を行うものである。この場合、暫定憲法としての基本法はその使命を終える。

この選択は政治的にも重要な争点となったが、実際には前者の併合の道が選ばれ、基本法が存続した。その結果、憲法と国家の区別を意識させた現実の一つの要素は消滅し、むしろ、この区別は基本法（憲法）に収束された。

しかし、区別を喚起させた、もう一つの要素であるECの統合は前進し、今後のその進展状況によっては、国家主権の制限、移譲をめぐって憲法と国家のあり方の問題は一層の議論を必要とされると思う。

総括

以上の議論から、ヘーベルレが憲法と国家を同一視する理由が多少なりとも明らかになったと思う。確かに彼は、国家の存在という認識論的な問題と、憲法解釈に込めた実践的な意欲とを混交している面もなくはない。

特に、ヘーベルレが憲法は「希望の原理」(Prinzip Hoffnung)⁶⁵⁾であると楽観主義的な見解を語る時、それはヘッセがいうように「憲法から余りにも多くのものを憲法自身の意味として導出する」ことになることは、当然、予想される。

しかし、彼が追求したのは、あくまでも、国家目的を憲法の基本権保障に置き(それを彼は基本権国家と呼ぶ)、法的なコントロールの可能性を強めることである。そして、憲法解釈の役割を拡大して、社会的現実に対する憲法の受容能力を増すことによって、憲法の規範性を高める一方で、国家のような予測不可能な抽象的な存在、あるいは規範性の及ばない事実としての力を極少化しようとした点は評価されてもよいのではないだろうか。

そして、そのために、一般国家学を否定し、主権、憲法制定の概念の読み替え(否定ではない)を行ってきたのである。もともと、一般国家学という講座にはなじみがないわが国においては、その当否についての議論はさして意味のないようにも思えるが、国家の憲法への収束という意図は理解できる。

この憲法と国家の関係について樋口教授は、近代憲法の考え方は「憲法が国をつくった」ということであると述べている⁶⁶⁾。そして、フランス、イギリスなど「社会契約論」の伝統のある国においては、契約という論理によって「国をつくる」という説明が通用しているのに対して、わが国ではともすると、おのずから国家が成り立っているという観念が出てくるとも指摘している。このことは、社会契約論の伝統が弱いドイツにおいてもわが国と同様に、憲法に優先する国家という論理が出てくる基盤があるといえよう。

また、主権ないし憲法制定権の法的限界については、既に芦部教授によって、「制度化された憲法制定権力」としての憲法改正権、そしてその限界が提示されており⁶⁷⁾、それほど目新しいわけではない。

ただ、ここで注目すべきはヘーベルレの、主権、憲法制定の概念の読み替え

の発想の原点にあるのは、憲法制定権、主権を抽象的な存在として据え置くのではなく、具体的に、現実社会のさまざまな人々、集団の意思を主権、憲法制定権の担い手として活性化させようとしていることである。

もちろん、ヘーベルレだけではなく、ドイツの公法学においては「国家権力の主体・担い手としての国民は一体的・同質のものではなく、多元的なものであり、対立の要素を内包したもの」とする考えがある⁶⁸⁾。

また、それはわが国でも次のような見解とほぼ軌を一にするのではないかと思われる。すなわち、「『国家(意思)』の統一性の観念を前提とするような主権概念や主権は、その歴史的使命を終えたものと考えないわけにはいかない」、「民主的国家の現実のもとでは主権概念のいわば『機能変化(Funktionswandel)』、つまり、政治的統一を『所与』として前提する主権概念から『統一形成』を『課題』とする主権概念の歴史的・内容変化⁶⁹⁾」を指摘するものである。

更に、このような主権概念の機能変化という道筋ではなく、主権の問題を一応たな上げにして、むしろ人権概念をより深化させる道筋も指摘されている⁷⁰⁾。

さて、翻って、わが国の現実を見れば、初めにも述べたように日本国憲法の適応能力に対して疑問を投げ掛ける声が聞かれるが、問題は憲法の適応能力という前に、そもそも国際的責任を果たしうる国家とは何かを抽象的にではなく、具体的に議論すべき必要がある。

また、「国際」をいうならば、むしろ、対外的に独立(しかも大国)を意識した国家ではなく、国家を超えた人権保障が重要なのではないか。しかも、それは、日本国憲法を飛び超えるのではなく、憲法の基本的人権保障を、国際的な人権保障に接続していくことであると思う。

結論をいえば、「秩序原理としての憲法」の存在を、政治的思惑から軽視するのではなく、その活性化のための議論を行うことが必要とされるのである。

その意味では、本稿で取り上げたヘーベルレの理論は、わが国の憲法と国家のあり方についての議論の問題点を照射する上で参考になるといえよう。

注

1) 栗城寿夫「ドイツ憲法理論史概観」、小林孝輔編集代表「ドイツ公法の理論」所

- 収, 一粒社, 1992年, 190ページ。
- 2) 奥平康弘「秩序原理としての憲法」『法律時報』65巻11号, 36-37 ページ参照。
奥平教授は, この言葉の持つ意味は, 「“政治”あるいは“権力”が語られる局面——において, 憲法がひとおよび制度がおこなう一定の意思決定や行動選択を正統化するはたらきを, どれだけ果たしているかということである」としている。
 - 3) Peter Häberle, Verfassungsinterpretation und Verfassunggebung, in: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, (以下 *Prozeß* と略), 1978, S. 224.
 - 4) Karl Loewenstein, Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, in: *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, Eingelcitet und herausgegeben von Peter Häberle, 1982, S. 291.
 - 5) Ebenda.
 - 6) A. a. O., S. 291-292.
 - 7) P. Häberle, Staatslehre als Verfassungsgeschichte, in: *Prozeß*, S. 350.
 - 8) P. Häberle, Retrospektive Staats (rechts) lehre?, in: *Prozeß*, S. 255.
 - 9) P. Häberle, Zum Staatsdenken Ernst Forsthoffs, in: *Prozeß*, S. 398.
 - 10) P. Häberle, Retrospektive Staats (rechts) lehre?, in: *Prozeß*, S. 256.
 - 11) ただし, ヘーベルレのこのような人間観は国家と社会との関係に限定した時にいえるのであって, 彼の基本法における人間観については, 詳しくは押久保倫夫「(個人の尊重)の意義—ドイツにおける(人間像)論を検討して—」『時岡弘先生古稀記念—人権と憲法裁判』所収, 成文堂, 1993年, 58-60ページ参照。
 - 12) P. Häberle, a. a. O., S. 257.
 - 13) P. Häberle, Allgemeine Staatslehre, demokratische Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre?. in: *Prozeß*, S. 271.
 - 14) A. a. O., S. 276.
 - 15) A. a. O., S. 277.
 - 16) 宮沢俊義『憲法の原理』, 岩波書店, 1967年, 285ページ。
 - 17) 芦部信喜『憲法』, 岩波書店, 1993年, 37ページ。
 - 18) P. Häberle, Zur gegenwärtigen Diskussion um Problem Souveränität, in: *Prozeß*.
 - 19) 以下, ボン基本法の訳は山田晟「ドイツ連邦共和国基本法」, 宮沢俊義『世界憲法集』第四版所収, 岩波書店, 1990年, 参照。
 - 20) P. Häberle, a. a. O., S. 364-365.
 - 21) 小林直樹『憲法秩序の理論』, 東京大学出版会, 1986年, 80-81 ページ参照。
 - 22) 同上。
 - 23) カール・シュミット, 阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』, みすず書房, 1974年, 282-283 ページ参照。
 - 24) カール・シュミット, 田中浩・原田武雄訳『政治神学』, 未来社, 1971年,

11ページ。

- 25) P. Häberle, a. a. O., S. 369.
- 26) K. Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959, S. 20.
- 27) P. Häberle, a. a. O., S. 368.
- 28) A. a. O., S. 370.
- 29) A. a. O., S. 367.
- 30) A. a. O., S. 369.
- 31) P. Häberle, *Staatslehre als Verfassungsgeschichte*, in: *Prozeß*, S. 361.
- 32) P. Häberle, *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung*, in: *Prozeß*, S. 202.
- 33) A. a. O., S. 185.
- 34) A. a. O., S. 202.
- 35) A. a. O., S. 203.
- 36) A. a. O., S. 197.
- 37) A. a. O., S. 204.
- 38) A. a. O., S. 182.
- 39) A. a. O., S. 184.
- 40) A. a. O., S. 209.
- 41) A. a. O., S. 184.
- 42) *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, (以下, *VVDStRL* と略), Heft 48, S. 136.
- 43) A. a. O., S. 170.
- 44) *Ebenda*.
- 45) A. a. O., S. 61.
- 46) Ernst Forsthoff, *Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung*, in: *Rechtsstaat im Wandel*, 1964.
- 47) A. a. O., S. 204.
- 48) A. a. O., S. 224-225.
- 49) A. a. O., S. 226.
- 50) *VVDStRL*, Heft 48, S. 11.
- 51) A. a. O., S. 175-176.
- 52) *Ebenda*.
- 53) A. a. O., S. 14.
- 54) *Ebenda*.
- 55) *Ebenda*.
- 56) A. a. O., S. 11.
- 57) A. a. O., S. 47.

- 58) A. a. O., S. 137.
- 59) Ebenda.
- 60) A. a. O., S. 120.
- 61) A. a. O., S. 128.
- 62) A. a. O., S. 129.
- 63) A. a. O., S. 143.
- 64) 1990年の4月に開催されたドイツ国法学者大会のテーマは「ドイツの現実の憲法状況」であった。そして、同年、10月の大会では「ヨーロッパ共同体の一員としての立憲国家」がテーマとされるなど、本稿で取り上げた問題はひき続き議論されている。
- 65) P. Häberle, Zum Staatsdenken Ernst Forsthoffs, in: *Prozeß*, S. 399.
- 66) 樋口陽一「もういちど憲法を読む」, 岩波書店, 1992年, 30-31ページ。
- 67) 芦部前掲書, 309ページ参照。
- 68) 栗城寿夫「ドイツにおける“国民”の理解のしかたについて」【芦部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開】下所収, 有斐閣, 1993年, 684ページ。
- 69) 広沢民生「主権論—その構成視座の転換に向けて」【ドイツ公法の理論】所収, 221-222ページ参照。ただ, 広沢教授の場合は, ヘーベルレではなく, ヘルマン・ヘラーの論理を根拠としている。しかし, ヘーベルレ自身は, スメントとともにヘラーの影響力も指摘されているところであり, 今後, さらにその点についても論究してみたい。
- 70) 江橋崇「憲法学習のウィークポイント」【法学教室】1989年6月号, 16-17ページ参照。