

憲法制定権力論の再生と変容（2）

——C. シュミット理論の批判的検討

高野敏樹

はじめに

- I. シュミットの憲法制定権力論
——憲法制定権力の構造
 - II. シュミット理論の特質（以上，紀要第29号掲載）
——国家法人説の克服と憲法制定権力論の再生
 - III. シュミット理論の問題点（以下，本号掲載）
——政治的決断主義と憲法制定権力の限界
- むすびにかえて
- 現代ドイツにおける憲法制定権力論の指向性

- III. シュミット理論の問題点
——政治的決断主義と憲法制定権力の限界

前号（紀要29号）において，シュミットの憲法制定権力論の理論構造を概観した。すでに述べたように，憲法制定権力論の体系化それ自体は，フランス革命期におけるシェイエスの理論に遡る。その理論は，憲法制定における国民意思の実定法超越性あるいは自然的属性を媒介として，ひろい意味での国民主権（*soveraineté nationale*）の理論と連結され，政治的変革期において，あらたな国家の法秩序を形成する原動力となった。すなわち，憲法制定権力論は，その実定法を超越する始源的な権力としての性質

や、単一不可分の特性を国民主権の理論とたがいに投影しあうきわめて「権力的」色彩の濃いものとして理論化されたのであった。

シュミットの理論は、シェイエスに由来する憲法制定権力のこのような権力的特性をほぼ原型どおりに継受し発展させたものである。そして、その理論は、前号において指摘したように、ドイツの学問状況においては、公法学を国家主義的なドイツ国法学から脱却せしめようとするきわめて近代的な契機をふくんでいた。しかし他面で、特殊ドイツ的な政治状況のコンテクストにおいて、それはむしろ以下に述べるように、憲法制定権力論をして「決断主義的」な政治的イデオロギーの主導原理へと変容させるといふ矛盾する二面的な性質を有していたといつてよい。

1. 憲法制定権力の根拠としての「政治的实力」

——「事実上の力」としての憲法制定権力の正統性

(1) シュミットの理論の課題としてとりあげられるべき第一の問題点は、いうまでもなく憲法制定権力の淵源が、「規範的なもの (Normativität)」を徹底的に排斥し、その対極にあるものとしてのいわゆる「事実上の力」ないし「政治的な実力」に由来するとされている点の妥当性にある。

シュミットによれば——前述したように——憲法制定権力の意思 (verfassunggebende Wille) の表明である「実定的意味の憲法 (Verfassung in positiven Sinn)」すなわち「憲法 (Verfassung)」は、その正統性の根拠をけっして「規範的な正統性 (normativen Richtigkeit)」というべき観念や、あるいは憲法の「体系的完結性 (systematischen Geschlossenheit)」という観念に依存しているのではない。「憲法」は、政治的決断 (politischen Entscheidung) の所産であり、それはすべての規範化されたものに先行して存在するところの、まさしく「憲法を制定する者の実存する政治的意思 (existierenden politischen

Willen) によって妥当する」ものである⁽¹⁾。

すすんで、シュミットによれば、この「政治的意思」ないしは「政治的決断」は、法的規範によって拘束されないのみならず、いかなる倫理的規範によっても拘束されえない。すなわち、シュミットによれば、本来「政治的実存の特定の様式 (besondere Art politischer Existenz) は正当化される必要はなく、またそれは可能なことでもない」と考えられるべきものであった。シュミットは、このような「政治的意思」に対していかなる制約も課せられないことを、シェイエスを引用して次のように主張している。

「この政治的意思の決定については、なんらの手続規定も存在しえないのであり、またそのことは政治的決断の内容についても同様である。

『国民が意欲するということだけで足りる。』シェイエスのこの命題は、以上の事象の本質をもっとも明瞭に表現するものである。憲法制定権力は法形式や手続に拘束されることはない。憲法制定権力は、それが譲ることのできない特性 (unveräußerlichen Eigenschaft) をもって発動されるときは、『つねに自然状態に (immer im Naturzustande)』ある。』⁽²⁾

以上のシュミットの指摘に見られるように、たしかにシェイエスは、憲法制定権力の発動に際して、国民がいわば「自然状態における個人 (individus dans l'état de nature)」に匹敵する存在であることを強調し、そこから「国民がどのような手続で意欲しようとも、そこでは国民が意欲するということだけで充分である。そこではいかなる形式も正しく、国民のその意思はつねに最高の法規である (De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême.)」と主張していた⁽³⁾。シェイエスのこの論理をみるかぎり、そこから導き出されるものは、憲法制定権

力の実定法超越性ないしは法的な無拘束性そのものといってよい。すなわち、シェイエスの憲法制定権力は、あきらかに国民意思の万能性の観念と表裏一体の構造をなすものとして主張された。そして、この点に、シュミットのみならず、シェイエス理論のなかにこそ「決断主義 (Dezisionismus)」的要素を見いだすべきとする主張の論拠がある。シュミットの理論は、シェイエスの憲法制定権力論のなかからこのような「憲法を作る力 (pouvoir constituant)」の現実的、実際的な権力的指向性を先鋭的に抽出し、再生させるものであったといえよう。

(2) しかしながら、シェイエスの理論にしめされた憲法制定権力のこのような権力的指向性の本来的な意味は、シェイエスの理論の全体のコンテキストのなかで理解される必要がある。なぜなら、シェイエスは上述のように国民意思の実定法超越性を主張しつつも、その一方で、このような国民の手中にある憲法制定権力に対するいわば拘束の可能性について、続けて次のように述べているからである。

「国民は、すべてに先行し、すべてのものの淵源である。したがって、その意思はつねに合法であり、その意思は法そのものである。もしもそれに先行し、それに上位する何ものかが存在するとすれば、そこにはわずかに自然法があげられるのみである (La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et audessus d'elle il n'ya que le droit naturel.)」⁽⁴⁾

以上のシェイエスの主張は、①憲法制定に関する国民意思の万能性といういわば事実上の側面と、これに対して、②国民意思に対する自然法の優位という法的・規範的側面とを同時存在的に指摘したものである。シェイエスの憲法制定権力の論理の全体を俯瞰するとき、これらの二つの要素は、

すくなくともそれらのいずれも欠くことのできない要素として相互によい理論的関連性をもって主張されたものであるとあってよい。そのことは、以下に述べるように、シェイエスの憲法制定権力論の理論的基礎を形成する「社会契約説」——ただし、シェイエスはそれを *contrat social* という言葉ではなく、*engagement* あるいは *convention* という言葉で表現している——の論理構造から導かれる帰結である。

（3）シェイエスによれば、人びとはその自由な意思にもとづいて人びとを結びつける「真の契約（*engagement réel*）」によってひとつの「政治社会（*société politique*）」すなわち国家（*nation*）を形成する。このことをより正確にいえば、人びとは社会契約によって結合したのち、その共同意思にもとづいて統治の形態を決定し、統治権力を創設する。結合した人びとの権力を創設するこのような力が「憲法を作る力」すなわち憲法制定権力である。この憲法制定権力は、「憲法を作る力」である以上、国家における始源的な権力であり、したがっていかなる実定法にも拘束されることはない⁽⁵⁾。

しかし、シェイエスにおいて、人びとが結合し、政治社会としての国家を形成する目的は、すでに自然状態において諸個人に保障されていた自然権をより確実に保障するところにあった。シェイエスは、1789年、憲法委員会（*comité de constitution*）のメンバーの資格で、相次いで二つの私的な人権宣言草案——『憲法前文、人および市民の権利宣言の承認および理論的解説（*Préliminaire de la constitution, Reconnaissance et exposition resonnée des droits de l'homme et du citoyen*）』（7月20日）と、『社会における人の権利の宣言（*Déclaration des droits de l'homme en société*）』（8月12日）を公表し、社会契約理論の基礎理論である自然状態から社会状態への移行について、自然状態と社会状態とをたがいに切れ目のない「連続」した関係においてとらえ、社会状態への移行によって形成される政治社会すなわち国家が、自然状態のありかたを規準として、

いわばその規準に適合するように形成されるべきことを主張した。すなわち、シェイエスによれば、「社会状態は、諸個人の自由を縮減するのではなく、それを拡張し保障する」ものでなければならない。したがって、「その結合は、諸個人にとって利益であって、けっして犠牲を強いるものではない。社会状態におけるその秩序は、自然状態を継承したものであり、いいかえれば自然状態を補完するものである」⁽⁶⁾。

シェイエスにおいて、人びとはこのようにして自然状態における個人の権利をいわば「保持した状態」で社会に入ったと考えられた。したがって、結合した人びとは、このような自然法上の個人の権利を保障するために固有の憲法制定権力を発動し統治権力を創設するのであって、その意味で、国民の憲法制定権力といえども、理論上は社会契約に内在するこのような結合の目的そのものに拘束されざるをえない。すなわち、憲法制定権力はけっしてそれ自体内容のない価値中立的な権力作用ではなく、個人の諸権利の保障という実質的な価値の実現のために発動される権力である。シェイエスが上述の引用文のなかで、国民に先行し、国民意思の上位に位置するものとして自然法の存在を肯定せざるをえなかったのは、まさしくこのような意味においてであるといつてよい。

そして、以上のようないわば自然法の優位のもとでの——自然法の優位の観念を前提とした——憲法制定権力の発動という概念は、統治の権力組織である立法権の創設の場面において具体化される。すなわち、シェイエスによれば、結合した人びとは「結合の目的」を達するために、たがいに「公共的な必要性 (besoins public)」を認め、自己を統治する権力の一部を委任することによって、立法団体 (corps legisratif) を組織する。シェイエスにおいては、立法団体はあらゆる国家の組織に先んじて国民の共同意思 (volonté commune) によって設立されなければならない。立法団体の設立こそが、国民の憲法制定権力の発動の第一次的かつ具体的なあらわれである。なぜなら、シェイエスの主張するところにしたがえば、立

法とは、まさに「市民を保護し、共同の利益を規定する」ための規範の定立を意味するからである⁽⁷⁾。この意味において、シェイエスにおいて、立法作用とは自然法のいわば実定化の作用にほかならない。憲法制定権力の発動によって形成される立法権は、国民に対してこのような自然法の実定化作用により個人の自然権保障の目的を実現する「責任を負い、国民に従属する」べきものであり、行動団体（corps actif）すなわち行政権もまた、立法権が制定するこれらの法律に本質的に従属する制限された権力である。シェイエスにおいて、個人の自然的諸権利の保障という憲法制定権力の発動の目的は、このようにして必然的に法治主義の理念と結合すべき性質のものであった。

（4）シェイエスの憲法制定権力論は、以上に述べたように、自然法およびそれにもとづく個人の自然的諸権利の保障という法の実質的価値と分かちがたい関係をもって形成されたものである。

したがって、そこからは国家の形成と統治権力の組織化について、必然的に先にあげたようなシェイエスの二つの観念が生じることになる。すなわち、たしかに国家は理論上ないしは歴史上の観念から帰結される所与の存在ではなく、結合する人びとの「意思」によって形成されるもの——そして国家権力の創設もまた結合する人びとの「主意的」作用にもとづくもの——であり、したがって「諸個人は、国家に関するあらゆる権利を有する」と同時に「あらゆる権力の源泉」である⁽⁸⁾。国家における統治の諸権力を組織化するために憲法を創設する権利の行使において、国民の意思は外的条件に拘束されないものであり、また拘束されるべきではない。国家とその統治権力を組織化する国民の権利は、国民が自然法上固有に有する「自己を統治する権利」の行使であるからである。

しかし、以上に述べたように、人びとは本来、自己の権利の確実な保障を確保するためにたがいに社会契約——シェイエス的にいえば engagement réel——を締結し、結合した。したがって、結合した人びと

は、国家の権力を組織化するにあたって、本来そこに内在する「結合の目的」に拘束されざるをえない。そのことは、シェイエスの理論にのみ内在する制約ではなく、社会契約説それ自体の理論構造から帰結される公理であるといつてよい。見方を変えれば、そのような自然法上の内在的制約を承認することこそが、統治権力の組織化にあたって発動される国民の憲法制定権力にその発動の「正統性」を付与するものであるといつてよいであろう。

これに対して、シュミットの憲法制定権力論は、すでに述べたように、シェイエスの理論のなかから憲法制定権力における「憲法を作る事実上の力」としての権力的な側面を忠実に抽出しようとするものであった。それは、一方で、権力の生成作用の原動力が「政治的決断」すなわち実存する人間の意思の作用に依存するということを強調する点で、伝統的なドイツ公法学が権力の起源を国家法人説にもとづいてきわめて曖昧な形で国家主権説の理論に吸収したことに対するポレーミッシュな観点を提示するものであったといつてよい。しかし、他方で、それは上述したシェイエスの憲法制定権力の理論の根底に存在する自然法的価値ないしはそこから導かれる法の普遍的原則の徹底的な排除を帰結するものでもあった。この意味において、たしかにシュミットは憲法制定権力論から「一切のイデオロギーを排除する」ことに成功したが、それは結果としてシェイエスの理論に内在していた憲法制定権力の「正統性 (Legitimität)」の契機をも捨象することを意味したといつてよいであろう。

そして、このことがまた、シュミット理論の根幹というべき「憲法改正の限界」論についても、その説得力を縮減させる要因となったことを指摘する必要がある。この点について、すでに述べたように、たしかにシュミットは、ワイマール憲法の実質的中核として、個人の自由主義的な人権、民主制、共和制、市民的法治国家原理などの諸原理をあげ、これらの原理に対する憲法改正には限界があることを正しく指摘した。しかし、問題は、

これらの諸原理がなぜ憲法の実質的核心を構成すると考えるべきかという点にある。にもかかわらず、シュミットは、この問題について、ついに十分な論証を行っていない。この点に、たとえばマウス (I. Maus) によって指摘されているように、シュミットの理論は「憲法律 (Verfassungsgesetz)」と、それに上位する「実定的意味の憲法 (Verfassung in positive Sinn)」すなわち「憲法 (Verfassung)」の概念を分離することに成功したが、しかしその「憲法」の内容について、その理論は「『議論の余地のない一連の理念』の外見上の客観性を意識しているにすぎない」ものであり、「『限界』と『輪郭』をしめすにすぎないとされる規範 (すなわち「憲法律」——筆者) と、憲法の内容——あるいは国家制度の「指導理念」——との間の非常に曖昧な関係がしめされているにすぎない」と批判される理由がある⁽⁹⁾。この点については、まさしく上に述べたように、憲法が事実の力にもとづく政治的決断の所産と考えるシュミットの憲法論からは、そもそも論証することは不可能であったといわざるをえないであろう。

注：

- (1) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, 7 Aufl, 1989, S.22.
- (2) a.a.O., S.79.
- (3) E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, 1789, 2^e éd. Quadrige 1989, p.69-70.
- (4) *ibid.*, p.67.
- (5) シェイエスにおける政治社会 (*sociétés politiques*) 形成の三つの段階については, *ibid.*, p.65-66.
- (6) E. Sieyès, *Préliminaire de la constitution, Reconnaissance et exposition resonnée des droits de l'homme et du citoyen*, *Archives Parlementaires*, 1^{ere} série, t.8., p.257.
- (7) Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, *op. cit.*, p.69-70.
- (8) *ibid.*, p.65.
- (9) I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 1980, S.32.

2. 憲法制定権力の主体の相対化

——国民主権の原理の希薄化

(1) 以上に指摘した憲法制定権力の正統性の根拠の問題と関連して、シュミット理論の第二の問題点は、憲法制定権力の主体ないしは担い手をどこに求めるかという問題をめぐって、そこではかならずしも国民主権の概念が必須の要件として要請されていない点にある。

もっとも、この点について——議論の出発点においては——シュミットにおいてもまた「人民は、政治的統一の実存の態様および形式に関する決定に向けられた直接的な全体意思 (unmittelbar Gesamtwillen) を、識別の可能ななんらかの方法で表現することによって、その憲法制定権力を行使する」ことが肯定されている。すなわち、そこでは、憲法制定権力の主体が人民——ないしは国民——であることは一応の前提とされているとあってよい。

同時にまた、シュミット自身、フランス革命期におけるシェイエスの憲法制定権力論に言及し、1789年の憲法制定国民議会 (l'Assemblée National Constituante) が「憲法制定権力を行使する人民の受任者となり、自己の権限をこの憲法制定権力から引き出した」ことを評価して次のように述べている。

「ここでは、人が自分自身の政治的実存の態様と形式とを意識的な決断によりみずから決定したということのみが重要なのである。ここで憲法制定権力の問題が意識的に提起され、またそれに対する回答があったといえるが、そのためにこのような事象の根本的に新しい側面が明らかになったのである。人民が完全な自覚のもとに自己の運命そのものを手中におき、その政治的実存の態様と形式に関する自由な決断を下したのである。」⁽¹⁾

以上の記述にみられるように、シュミットにおいても、憲法制定権力が歴史的な事象として、人民（国民）自身の手により人民意思の表明として発動されたことの意義が捨象されているわけではない。むしろこの点に関連して、シュミットはすすんで、1789年の憲法制定国民議会における憲法制定の形式と実体とをめぐって、憲法制定国民議会が人民の憲法制定意思を「代表」するものとしたシェイエスの理論を批判して次のように指摘している。

「シェイエスは、既存の絶対王政に反対する人民の憲法制定権力という民主制の理論と、憲法制定国民議会による人民意思の『代表』という反民主制の理論とを結合させてしまった。すなわち、憲法は国民議会によってのみ（したがって人民によってでもなく、また国王によってでもなく）制定されたのであった。その場合、かりに人民自身に決定させることができたとするなら、首尾一貫して民主的であったろう。なぜなら、人民の憲法制定意思は、民主制が貴族制に変遷しないかぎり、代表されえないからである。しかし、1789年において重要であったのは、実は民主制ではなく、自由主義の市民的法治国家憲法であったといわざるをえない。」⁽²⁾

この指摘は、いうまでもなくシェイエスの憲法制定権力論に潜在する「代表」理論のイデオロギー性を「民主制」の観点から明瞭に摘示したものである。人民の意思が「代表」されうるかどうか、しかもその人民意思の「代表」という観念を憲法制定権力の発動の次元においても肯定しうるかどうかは、シェイエス理論における民主政の理念をめぐる根本的な課題であり、そのかぎりにおいては正当な問題提起であったといえよう。

（2）しかしながら——以上のように、一見、憲法制定過程における人民意思の価値が強調されているように見えながら——シュミットにおいて、

その人民はかならずしも憲法制定権力の排他的、独占的な担い手ではない。シュミットによれば、人民ないしは国民は、歴史的、政治的にみた場合の憲法制定権力の可能な主体のひとつであるにすぎず、固有の主体ではない。

シュミットによれば、その理由のひとつとして、「人民が憲法制定権力の主体である場合には、その特殊性から特別の問題と困難が生じる」点があげられる。人民は全体意思をなんらかの識別可能な方法——人民の直接的な意思表示の自然な形式は、集合した多数人の同意または拒否の歓呼（Zuruf）、喝采（Akklamation）である——で表現することによって、その憲法制定権力を行使することができる。しかし、「憲法制定権力の担い手としての人民は、確立し、組織化された機関ではない。……人民の弱点は、人民がそれ自身一定の形態をもつことなく、あるいは組織化されることなく、その政治形態および組織の基本問題について決断しなければならないという点にある。それゆえに、人民の意思表示は誤認され、曲解され、変造されやすいのである」。⁽³⁾

シュミットにおいて、本来、憲法制定権力の主体は時代により、国により異なるものである。たとえば中世においては神が、近代あるいは王政復古の時代においては国王が、市民革命期においては人民ないし国民がその主体であった。そして、現代においては、上述したような組織化されない人民意思とは異なり、確立した組織（feste Organisation）としての「少数者の組織（Organisation einer Minderheit）」さえもその権力の主体となりうるものとされた⁽⁴⁾。

以上のようにして、憲法制定権力の主体は拡散され、相対化されたが、とりわけ右のように「少数者の組織」に対しても憲法制定権力の主体としての地位が与えられたことは、すくなくとも人民が憲法制定権力の担い手であることを認める立場からは理論上の背理であるといわざるをえない。また、その理論がファシズム勢力によるワイマール憲法の破壊と権力掌握への理論的な扉を開いたという意味において歴史的な批判の対象とされる

ところである。

（3）そして、シュミットによるこのような憲法制定権力の主体の相対化の根底には、いうまでもなく「主権」概念に関する理論構成の違いがある。1922年の『政治神学 (Politische Theologie)』において、シュミットは、「主権者とは例外状況に関して決定を下す者をいう」と定義した⁽⁵⁾。すなわち、法の適用不能の状態の有無を判断し、正常な状態を創設するために必要な措置をとる者こそが主権者である。そして、憲法制定権力はこのような意味における主権者の意思の表明にほかならない。

以上のようにして、憲法制定権力の担い手は、政治の例外状況を決定することのできる「事実上の力」を有する者に委ねられることとなった。シュミットにおいて、人民はあくまでそのような政治における「事実上の力」を行使することのできる可能性をもったひとつの存在であるにすぎない。かくして、シュミットにおける憲法制定権力は、シェイエス的な意味での国民主権や自然権といった近代法思想上の実質的価値を内包した「実質的な意味の憲法」を作る力という歴史的観念から離脱した。そのことは結果として、シュミット自身が批判の対象としたはずであった法実証主義におけるいわゆる憲法の形式化、あるいは憲法規範の形式的解釈の方法論に向けられた批判と同じ批判を受けざるをえないであろう。

注：

(1) Schmitt, Verfassungslehre, a.a.O., S.78.

(2) a.a.O., S.79-80.

(3) a.a.O., S.82-83.

(4) a.a.O., S.81-82.

(5) Schmitt, Politische Theologie — Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 1922, 1934, S.31ff.

3. 「恒常的」権力としての憲法制定権力

——永続的な変革の力としての憲法制定権力

(1) シュミットは、前述したように、「憲法を作る力」と「憲法によって作られた力」とを明確に分離し、「憲法によって作られた力」である憲法改正権の作用の限界を指摘した。そのかぎりでは、シュミットの憲法制定権力論は、制定された憲法の実質的価値秩序の維持という観点からは、憲法の基本的価値の保障に対する理論的な支柱のひとつを提供するものであったといえる。

しかし、このような理論構造を基本的に承認する場合において、問題は発動された憲法制定権力がその力によって実定憲法を制定したのち、いかなる状態にあるものとして理解されるべきかという点にある。この点についてシュミットは、憲法制定権力がその存在において「恒常性 (Parmanenz)」を有する権力であることを次のように指摘している。

「憲法制定権力は、基本的な政治上の決断行為によって行使される。この決断の執行およびその明確な表現は、特別な受任者、たとえばいわゆる憲法制定国民議会にこれを委任することができる。また、このようにして成立した憲法律の諸規範にもとづいて、憲法律の『改正』または『修正』のための憲法律上の諸権能が生じることもある。しかし、憲法制定権力そのものはこれと区別しなければならない。憲法制定権力は、委任され、譲渡され、吸収されまたは費消されることはない。それは可能性の状態において常に存続しており、それに由来するあらゆる憲法およびこの憲法の枠内で妥当するあらゆる憲法律的諸規定と併存し、またそれらの上位に位置しているのである。」⁽¹⁾

以上のように、シュミットにおいて、「憲法制定権力は、それを行使す

ることにより、消滅することはない」。憲法制定権力は、実定憲法の制定後においても、「可能性の状態において常に存続」するものと理解された。すなわち、シュミットにおいて、一方では、憲法制定権力と憲法改正権の段階的相違が肯定され、「憲法によって作られた権力」にすぎない憲法改正権の作用には限界があることが指摘された半面、他方で、憲法制定権力は実定憲法を制定したのちも消滅せず、実体的な権力として新たな憲法の制定にむけてその発動の潜在的ないしは恒常的な可能性が維持されたのである。この意味で、シェイエスの『第三身分とはなにか』においてしめされた憲法制定権力の不断の発動の可能性を支点とする憲法の変更——しかも、憲法の全面的変更——の継続性という観念は、政治的決断主義の理論の装いのもとにふたたび再生されたのであった。

（2）このような憲法制定権力の恒常性という主張は、シュミットにおいて、憲法制定権力論における理論上の内部的な問題にとどまるものではなく、憲法の概念あるいは憲法の本質をどのように捉えるかという憲法学の本質的方法論の問題から帰結されるものである。

すでに述べたように、シュミットによって批判の対象とされた法実証主義憲法学は、①基本的に憲法の内容的評価を排除し、②すべての憲法規範を同格のものともみなすとともに、③憲法と法律との間の段階的相違を否定した。ワイマール期の法実証主義もまた、帝政から共和政へという政治体制の転換にもかかわらず、憲法の本質をめぐって、アプローチの方法論としては、このような帝政期の制定法実証主義理論の枠組を基本的に継受した。シュミットの指摘するところにしたがえば、このような法実証主義的アプローチは、「すべての法は必然的に実定法であるという主張」にほかならず、「実定法を創設する経緯を明らかにすることによって法の基礎づけが終了するという考え」にすぎないものである。「(実証主義的アプローチにおいては) 憲法制定の時代は速やかに忘却されており」、わずかに法律として確定された法のみが妥当性を有する⁽²⁾。それは、依然として、

「国家が法の創造者なのではなく、法が国家の創造者なのである」というテーゼを完全に捨象した形式的な法概念を述べているにすぎないものである⁽³⁾。

シュミットは、法実証主義の方法論を以上のように批判し、そこから憲法概念を憲法制定権力によってなされた政治的決断、すなわち永続的に創造的であり続ける憲法制定権力の概念に還元したのであった。そして、よく知られているように、憲法概念ないしはその本質をこのような永続する法の創造作用にもとめようとする理論的アプローチは、シュミットのみならず、ワイマール期における実証主義法学批判の主要な方法論であったといつてよい。

たとえば、そのようないわゆる法創設理論のアプローチの代表的な論者であったリヒャルト・スメント (R. Smend) は、実証主義憲法理論が「法としての憲法に規範化された第二次的な対象 (いわば「憲法律」——筆者) のみを見ているにすぎない」ものであると批判し、これに対して、憲法学は国家統合の過程、すなわち「憲法制定行為 (verfassung gebende Akt)」がそのなかで「いわば時々刻々と自らを更新しつつある」過程それ自体を取りあつかうべきことを主張した⁽⁴⁾。この立場からみると、憲法とは、まさしく「政治的統一の動的な生成の原理 (Prinzip des dynamischen Werdens der politischen Einheit)」そのものとして理解されなければならない。ここでは、国家は単にそこに「存在しているもの (etwas Bestandes)」や、あるいは「休止している静態的なもの (etwas ruhend Statistisches)」ではない。国家はまさに「生成過程にあるもの (etwas Werdendes)」、あるいは「つねに新たに生起するもの (etwas immer von neuem Entstehendes)」として把握されるべきものである。すなわち、政治的統一は、社会における種々の対立する利害や意見、および運動をとおして日々形成され、そして「統合される (integrieren)」。この場合の憲法は、このような「活動的エネルギーの

動的過程に関する能動的原理 (aktive Prinzip eines dynamischen Prozesses wirksamer Energien)」であり、生成の要素であって、現実的なものである。その憲法は、けっして「当為の規定 (Sollens-Vorschriften)」や「責任 (Zurechnungen)」によって規律されたプロセスではない。政治的統一を基礎づける行為を継続的に繰り返す統合過程こそが、「憲法律」よりも原理上優越的な意味をもつ憲法の「単一の意味原理」なのである。

(3) スメントの統合理論は、以上のように、憲法規範の構造分析において、①憲法規範は日々みずから「生成され」、「更新される」という方向と、②他方、その生成過程をとおして一定の価値、すなわち「統合の価値」を形成するという方向の二つの方向性を内包していた。そして、後者②の価値の統合統合過程において、「統合の価値」を表象する憲法規範は、形式的規範である憲法律に上位する。スメント学派はまさしくこのような憲法に内在する二つのダイナミクスを統合することによって、法実証主義憲法学——憲法規範の創設過程と規範相互間の段階構造を憲法の体系のなかに組み入れようとしないう実証主義的方法論——に対する polemik を提示したのであった。

そして、そのような憲法概念の動態的モデルは、シュミットの憲法制定権力論においても基本的に妥当する。すなわち、シュミットにおいて、すでに述べたように「実定的意味の憲法」と「憲法律」とは規範の段階構造上区別されなければならない。「実定的意味の憲法」は原則的な憲法制定権力の決断である。他方、これに対して、「憲法律」はそこから生みだされた憲法上の個々の規範である。シュミットの表現するところにしたがえば、「純粹に規範的な性質の完結した法体系というものは存在しない。憲法律と考えられている一連の個々の規定を、体系的な統一体および秩序としてとり扱うのは、この統一体がその前提となる統一的意志 (einheitlich Wille) に由来する」からである⁽⁵⁾。したがって、「憲法律」は当然のこと

ながらそれに上位するところの「統一意思」の所産である「実定的意味の憲法」を変更することはできない。しかしながら、この「実定的意味の憲法」それ自体は憲法制定権力——それは単なる形式的規範とはことなり、「当為の根源」としての存在する「意思」を表す。意思は現実中存在し、この意思の力または権威はその存在自体にある——の発動をとおして、「絶えず新たな形で表現され」る。「憲法を意味するところの政治的決定は、その主体に対立するような作用をなすこと、あるいはこの主体の政治的実存を解消することはできないのである」⁽⁶⁾。

(4) 以上のようなシュミットの憲法制定権力論およびメントの統合理論に代表されるいわゆる憲法創設理論は、ワイマールの政治的状況からみると、それが現実の社会過程を一定程度反映したものであったことは否定することができないであろう。すなわち、ワイマール憲法制定の原動力であった「ワイマール合同 (Weimar Koalition)」は早くも1920年の第一回総選挙において分散し、議会において表現され法律上に具体化されるはずであった市民的な同質性の原理は崩壊した。さまざまな社会的利益集団が絶えざる社会的な敵対状況を作り、政治的諸勢力はみずからの利益を憲法規範の名において正当化しようと試みた。そして、ワイマール憲法それ自体が、1918年のいわばついに徹底しえなかった革命の成果として、国民的統一と議会主義、市民的自由と人民の社会権、連邦への権力統合とラントの分権制、という諸観念を妥協的に採り入れていた。急速に台頭する独裁主義的な勢力を胚胎しつつ社会構造の内部に存在する経済的・イデオロギー的亀裂、社会と憲法との間の絶えざるコンフリクト、それらはいかなれば伝統的な統一的憲法理念の妥当性に対する疑問を生じさせる諸要素であり、憲法創設理論はそのような統一的理念にではなく、憲法現実として絶えず生成される憲法の創設過程のダイナミズムに新たな法体系の中心を求めたものといっても過言ではない。

しかし、他方で、そのような憲法創設理論に対しては、その理論が上に

述べたように「統合」と「生成」という相対的な二つの方向性をもつがゆえに、その二つの方向性の間の距離をどのように評価すべきかという問題指摘がつねになされてきたことも事実である。すなわち、「(創設理論が)一方で、憲法の内容を規範的内容のいかなる固定化からも解放し、それを憲法の制定という動態的な過程に還元しながら、他方で、『実質的』な憲法理論を約束しようとしていること」の理論的、実際的意味をどのように捉えるかという問題がそれであった⁽⁷⁾。

このことをシュミットの憲法制定権力論についていえば、それはシュミットにおいて「実定的意味の憲法」が憲法改正権の作用によっては改正しえない憲法の構成部分であると考えられながら、一転して、憲法制定権力の発動によってその憲法の構成部分が変更されることをどのように正当化すべきかという問題である。シュミットにおいて、このような動態理論のいわばパラドクスは、憲法制定権力という「実存する政治的決断」の優位の観念のなかに論理的に解消されることが予定されているといえよう。しかし、そのような方法論のもとにおいては、すでに述べたようにシュミットの措定する「実定的意味の憲法」の位置づけは必然的に、きわめて曖昧なものとならざるをえない。すなわち、シュミットにおいて、「実定的意味の憲法」は改正不可能な憲法の構成部分という意味でいわば近代立憲主義的な法の普遍的原理としての「外観」をとってはいるものの、それらの諸原理ないしは憲法の構成部分が憲法のコア部分として存続しうるか否かは、あくまでその時点の政治状況に規定された政治上の力としての憲法制定権力の発動の内容——憲法制定権力の意思内容——のいかんに依存することになる。そうであるなら、それは憲法創設理論が措定する生成過程のもとで——それが現実に存在するということのほかにはなんらの正統性の根拠づけをも必要としない政治的決断の作用による——いうなれば内容的に無限定の憲法の生成更新過程を肯定することにならざるをえない。

(5) そして、憲法の体系の外側にこのような恒常的な変革のエネルギー

一をいわば無限定に解放するシュミットの方法論に対しては、そこにこそシュミット理論における民主制のシステムに対する敵対的なイデオロギー性の表象を見いだすべきとする実証主義憲法学派からの指摘が存在することは見逃すことができない。

法解釈にあたって「価値中立的」な方法論をとり、法学の対象を実定法に限定する法実証主義は、たしかに多くの批判的学説が指摘するようにさまざまな内容と結合することが可能であり、とりわけその方法論の性質上、所与の法体制と政治体制への肯定作用をいとなむ指向性を有していた。

しかし、ワイマール期の制定法実証主義において、このような所与の政治体制への肯定的指向性は、内容的には、帝政期の実証主義的国法学とはことなる新たな方向性をもっていたといえる。すなわち、ワイマール期法実証主義憲法学は実証主義国法学と同様にすべての憲法の構成部分を同格のものとして扱うものではあるが、しかし他方で、それはワイマール憲法制定過程における妥協の結果として成立した種々の憲法規範——とくにブルジョア的自由に関する諸規範とりわけ私的所有の保障に関する諸規範と、市民の社会的権利に関する諸規範との間の関係——を規範の価値という意味において同列にとらえ、その実現にあたって民主的な立法者が社会変革の方向への決断を行う自由をもつことを含意していた。とりわけ、ハンス・ケルゼン (H. Kelsen) によってしめされた社会変革への議会の解放という考えかたは、法実証主義的観点からする議会主義的な民主主義過程による社会変革の意義を、憲法構造の民主的デバイスのなかに見いだすものであったといえよう⁽⁸⁾。

この点において、シュミット的ないわゆる「政治的決断」に対する対抗概念として提起されたりヒャルト・トーマ (R. Thoma) の「法的決断主義」への指向性もまた、きわめて議会主義的な意義をもっていた。トーマにおいて、政治過程から生じる種々の決定は政治的展開の構造上必然的に法の規範に収斂されるべきものであり、その意味で「決定」権限は立法過

程の中心である立法部にこそ独占的に帰属すると考えられるべきものであった。そこでは、シュミットの「政治的決断の全能」にではなく、民主制のプロセスをとおしたいわば「議会の全能」に固執することによって、自立的な政治的・行政的権力をもつ政府権力の優越の観念に対抗するとともに、民主的コントロールによる社会の制御という憲法観念が前提とされていたのである⁽⁹⁾。

そして、このような制定法の立法過程における民主的価値の実現が社会改革にあたえる現実的可能性は、ヘルマン・ヘラー（H. Heller）においても自覚的に強調されていた。ヘラーは、ラーバント（P. Laband）的な実質的意味の法律と法律と形式的意味の法律とを区別する法実証主義的二分論に対して批判をくわえ、法律の合理性やその内容的な正しさは、このような形式的な段階的二分論からではなく、立法手続の「民主的組織形態」それ自体によって実質的に媒介されると考えられるべきことを指摘したのである⁽¹⁰⁾。

以上のような方法論からみると、シュミットの憲法制定権力論はこのような憲法上の民主的プロセスの外側に、可能性としては民主制それ自体をも変更することのできるいわば赤裸々な力の存在を承認するものであり、それはこの議会主義的民主制からのみならず、立法過程を媒介することによって実現されるべく予定されていた法治主義の観念からの離脱をも意味するものであった。同時に、シュミット理論にはまた、すでに指摘したように、「実定的意味の憲法」の概念の正統性の根拠をめぐる疑問点がつねに付着していた。そして、この「実定的意味の憲法」と、近代的意味における自由と人権の価値との間のいわば曖昧な関係が、自由の回復の名のもとに、独裁的権力の登場を正当化する理論的契機とされたといつてよい。もっとも、この点に関しては、法実証主義的憲法理論もワイマール憲法体制の崩壊に対して現実的な対応力を失っていた。すなわち、議会における市民的同質性の喪失は、制定法実証主義の本質的な構成要素であるところ

の——それはいいかえれば法治主義の構成要素でもある——制定法に本来内在すべき実質的かつ理念的な価値の分裂を招来し、結果としてそこでは法実証主義理論の現実的機能としての現に存在する法体制維持機能が、ワイマール体制の逆行的変革を意図する勢力にその法的正統性を主張する契機をあたえたのであった。

注：

- (1) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, a.a.O., S. 77.
- (2) C. Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, 1914, S.20.
- (3) a.a.O., S.46.
- (4) R. Smend, *Die Politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, Festgabe für W. Kahl, 1923. この点についてのシュミットの肯定的評価については、Schmitt, *Verfassungslehre*, a.a.O., S.7 参照。コメント研究については、N. Luhman, *Die Grundrechte als Institution*, 1965, (今井弘道・大野達司訳『制度としての基本権』1989年) 参照。
- (5) Schmitt, *Verfassungslehre*, a.a.O., S.10.
- (6) a.a.O., S.77.
- (7) I. Maus, a.a.O., S.47.
- (8) とくにケルゼンは、資本主義的民主主義からプロレタリア民主主義への変革は「経済的立法を社会的立法へと発展」させていくことで達成されるという立場を表明していた。H. Kelsen, *Sozialismus und Staat*, 1920, S.57-58.
- (9) R. Thoma, *Zur Ideologie des Parlamentarisms und der Diktatur*, in *ASWSP* 53 (1925) , S.212-215.
- (10) H. Heller, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in *VVdtStrl*, 4 (1928) , S.98ff.

むすびにかえて

——現代ドイツにおける憲法制定権力論の指向性

(1) 以上に述べたように、シュミットの憲法制定権力論は、一方において、国家の基本法である憲法の正統性が法の完結的体系性や形式性にではなく、

人間の「主意的」な制定作用に依拠することを明確に認識する点でドイツ憲法学における立憲主義的再編成の契機を含むと同時に、他方で、そのコロラリーとして政治的決断にもとづく憲法体制の全面的変更を承認するというきわめてアンビバレントな契機を含んだものであった。

このようなシュミット的な憲法制定権力論に対して、現代のドイツにおいて、学説上は憲法制定権力の概念を肯定しつつ、しかしその憲法制定権力に対しては一定の内在的制約を認めようとする考えかたが大きな潮流を形成しているといつてよい。

そのような潮流を代表する学説として、たとえばマウンツ（T. Maunz）は、基本法における諸規範をカテゴライズし、その諸規範が、①実定法超越的な根拠にもとづく諸規範、②憲法制定権力自身によって、他の諸規範と比較して、より高度の重要性が付与された諸規範、③憲法改正権を拘束する改正禁止規範の三種に分類されるべきことを指摘したうえで、これらの諸規範のうち、①にあげた諸規範とりわけ前国家的・超国家的な基本権は、実定法超越的な法原則であり、憲法制定権力それ自体をも拘束する法原理であることを強調している⁽¹⁾。

同じく、「憲法違反の憲法規範（verfassungswidrige Verfassungsnormen）」の概念の主唱者であるバッホフ（O. Bachof）の学説もまた、この系譜にあるといつてよい。バッホフは、憲法典のなかには不文の「実質的憲法規範」が存在し、憲法制定権力といえどもこのような「実質的憲法規範」に反する憲法規範を定立することができないことを指摘した。この「実質的憲法規範」は当然のことながら、憲法改正権——その改正権がたとえ憲法制定権力の作用と考えられる場合においても——によっても変更することは不可能である。かりに、憲法改正権がこの「実質的憲法規範」を修正するものとして行使された場合には、その結果としての憲法改正はまさしく「憲法違反の憲法改正（Verfassungswidrigkeit der Verfassungsänderung）」として、性質上無効と判断されるべきことを指摘して

いる⁽²⁾。この点については、たとえばバイエルン州憲法裁判所1950年4月24日判決もまた傍論としてではあるが「基本的で、しかも憲法に先行する法を表明した憲法原則は憲法制定権者を拘束する」ことを明言していることが注目される。さらに、同判決は、「このような意味での基本原則と称することのできない憲法規範がこの基本原則と抵触する場合、その憲法規範は無効とならざるをえない」と判示して、憲法改正に対する無効判断の可能性を指摘した⁽³⁾。

さらには、チューリッヒ学派を代表するケーギ (W. Kägi) およびハウク (H. Haug) においても、憲法制定権力はなんらの法的制約を受けることなしに法を創設する主権的な創造者の自由ではないことが強調され、「(憲法制定権力は) 法治国家の根本的価値——それを根本規範 (Grundnorm) や自然法あるいは永久の規範とよぶかどうかは別としても——に拘束される。すなわち、憲法制定権力といえども規範的には制約されたものである」とする考えかたが前提とされている⁽⁴⁾。

(2) 以上のように、戦後のドイツの学説および判例は、総じて国家に先行する普遍的な法の原理が存在することを肯定するとともに、それらの法原理が基本法の憲法価値の中心ないしは中核をなすものであることを承認する傾向にある。そして、それらの憲法価値は、憲法制定権力すらも拘束し、また憲法改正の対象の範囲外にある。以上の点に、戦後ドイツ憲法学における「実証主義国法学からの脱却」と、「自然法の再生」が指摘される理由がある。

このような潮流の背景にはさまざまな法的・社会的要因が考えられるが、すくなくとも法的意味において、基本79条3項において「憲法改正の限界」が明示されたことの意義は大きいといわざるをえない。同条は、基本法1条 (人間の尊厳) および10条 (法治国家原理) にかかげられた基本原則に影響をあたえる基本法の変更は許されないことを明文で規定した。すなわち、同条は「人間の尊厳」および「法治国家原理」が基本法の核心的

価値であることを宣言することをとおして、それらの諸原理が実定憲法に先行する変更しがたい普遍の原理であること、そしてそれらの諸原理が憲法の核心部分に存在しつづけることが実は憲法制定権力それ自身が自己の存在の正統性を主張するための基本的前提となっていることを宣言したもののといえよう。

そして、いまひとつの要因として——この点は基本法に固有の要因というべきであるが——基本法146条において、「この基本法は、ドイツ国民が自由な決定によって議決した憲法が効力を生じる日に、その効力を失う」旨の規定がおかれている点にある。すなわち、基本法は同条において将来的に国民の憲法制定権力がふたたび発動されることを予定したものであり、そのようなあらたな憲法制定権力の発動が現実性をもつ以上、それに対して、基本法において確認された普遍的な憲法価値——とりわけ、基本法97条3項によって改正を禁止された基本法の核心的部分——の継承というコンテキストにおいて、憲法制定権力に対する「規範的なもの」の優位が主張されることは自然の方向性であった。

もっとも、同条は、本来実定法超越的な存在であるはずの「国民の憲法制定権力」の発動に関するものであるだけに、同条が措定する憲法制定権力の法的性質や法体系における位置づけの理解をめぐることは、学説上種々の論争が提起されている。そのひとつの考えかたは、文字どおり146条は国民の手中にあらたな憲法を制定する自由な権力が付与されたとする考えかたである。この場合には、憲法制定権力はシェイエスおよびシュミットにおいて表現されたように、まさしく憲法の外部に「自然状態」で存在する権力として理解されることになる。

しかし、これに対しては、同条の予定する憲法制定権力の発動はもはや上述した本来的な意味での始源的な権力の発動というべきではなく、その作用の本質は実定憲法によって——基本法146条によって——「制度化された憲法制定権力」とみるべきであるとする見解があることも見逃しえない。

この見解をおしすすめていけば、同条の憲法制定権力は基本法によって「制度化」された以上、一定の普遍的な法の価値秩序に拘束される——この場合の権力制約の原理としては、基本法79条3項の規定する憲法改正禁止の諸原理が妥当する——と考えられるべきことになろう。そうであるとすれば、それはヘベルレ (P. Häberle) の表現するところにしたがえば、憲法制定権力に対する憲法の優位、あるいはこれをより正確にいいかえれば憲法に実定化された普遍的な憲法価値の優位というあらたな概念への移行の可能性をしめすものといってよく、その理論の展開が注目されるところである。

注：

- (1) T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1977, S. 49; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art.79, Rdnr 30.
- (2) O. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, 1951, S.24ff.
- (3) DÖV 1950, S.407.
- (4) W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945, S. 158 ; H. Haug, Die Schranken der Verfassungsrevision, 1947, S.85. これらの学説については、芦部信喜『憲法制定権力』1983年3頁以下、大隈義和『憲制定権の法理』1988年58頁以下参照。
- (5) P. Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1978, S. 364.