

近現代ドイツにおける国家と 憲法の相剋関係

——それと相連関する憲法・国家概念の変容過程を
中心とする一考察——

安 章浩

A Study on the Transformation of the Constitution- and State-Concept correlated with the Liberal Democratization in Modern Germany

AKIHIRO, Yasu

Abstract

It is generally said that the retreat of the state begins with the advent of economic globalization, and with that the state-concept also begins to lose its relevance in the political study. This tendency is seen in Japan. But regarding this tendency, the situations are different in West Germany. The reason why the relevance of the state-concept declines can certainly be found partly in the retreat of the state, but besides there is another main reason that has a close relationship to the establishment of “liberal and democratic basic order” in West Germany. During a half century until the end of Weimar Republic, “Staatslehre” (the theory of state) is a dominant discipline in the political study in Germany. Staatslehre is considered as the expression of German-specific self-assertion that places a great value on the state as “acting entity” against the Anglo-American science of politics that considers the fundamental human rights as the highest value. The idea of modern constitution which represents western value has been penetrating into the German body politic with the expansion of prevailing western capitalism. This conflict between the idea of modern constitution and German state was continued until the disappearance of National State.

By the way, in Germany this conflict involved Staatslehre in its academic endeavor to enhance the relevance of the state-concept for legitimating German state's struggle to tackle constitutional problems. One may notice that this movement brought about the transformation of constitution- and state-concept. In this thesis I would like to clarify the reason why the idea of modern constitution can prevail against German state in West Germany by tracing the process of transformation of constitution- and state-concept. And through this exploration I also would like to focus attention on the fact that the victory of the Anglo-American idea of modern constitution means the death of German Leviathan and with that German theory of the state also has lost prominent position in the political study.

要 約

グローバル化の始まりと共に「国家の退場」が叫ばれ、それと関連して政治分析における国家概念の有意性も失われて行った。こうした傾向は日本にも顕著に見られたが、西独はやや事情が異なっていた。国家概念の有意性の喪失は勿論グローバル化との関係も一部見られるが、主として西独の西欧的な自由民主政体への転換に起因するところが大きいと見られる。19世紀末から20世紀前半期にかけてドイツでは国家学が政治研究の支配的な学問として君臨し、国家概念が有意性を有していた。それは、「人権」を重視する西欧的な政治学に対する、「行為する主体」としての国家を至上視する後発近代国家のドイツ的な自己主張の表れであったとも見られる。「人権」重視の近代憲法理念とドイツ的国家との戦い、つまり近代憲法理念と国家の相剋関係は、ナチ国家の消滅まで続いたドイツ近現代政治史を貫く赤い糸であった。

この両者の関係は憲法概念と国家概念の変容過程において反映されていた。換言するならば、憲法の挑戦を受けた国家側の対応の変化に応じて憲法概念はドイツでは改変され、それと相連関して国家の多様な側面も顕在化した。この変化はまた国家概念の多様な定義となって表れた。それは、国家学が政治分析において国家概念の有意性を高める試みでもあったと見られる。本稿では、憲法概念と国家概念の変容過程を追跡することによって、西独でボン基本法体制確立と共に、西欧的な近代憲法理念によるドイツ的国家への「浸透性」の拡大とナチ国家の敗北による西欧化の結果として、ドイツのレヴァイアサンの死を迎えた過程を明らかにした。それと共に、ドイツでも国家概念の優位性が失われ、それと共にドイツ国家学の影響力も衰退した。こうして、西欧化された世界では、政治研究においては、国家概念よりも権力概念や政治過程論、政治システム論の方が有意性をより多く有するようになった経緯をも明らかにした。

キーワード

国家概念 (State-Concept)、政治システム (Political System)

政治過程 (Political Process)、国権主義 (Etatismus)

「行為する主体」としての国家 (State as "acting entity")

政治的統一体 (Politische Einheit)、国家学 (Staatslehre, The theory of state)

近代憲法理念 (Idea of the Modern Constitution)、ボン基本法 (Bonn Basic Law)

レヴァイアサンの死 (Death of Leviathan)

目次

はじめに

1. 予備的考察—ドイツ的近代国家の原型としての絶対主義国家の特徴
2. 国家と憲法間の相剋関係と相連関する憲法概念の変容過程
3. 国家と憲法間の相剋関係と相連関する国家概念の変容過程

おわりに

はじめに

戦後の日本の政治学界にアメリカ現代行動論政治学、とりわけD・イーストンの政治システム論が導入された後、それが1970年代以降主要な潮流となるにつれて、それまでの政治学の基本概念の一つとしての国家概念がマルクス主義的政治論を除くと急速にその姿を消してしまった観がある。

顧みるなら、19世紀後半から20世紀の前半にかけて世界を見回して見ても、政治現象の分析や研究においてその基礎概念として国家概念が用いられていたのは主としてドイツ国家学であり、その影響を受けた日本の政治学界であったように思われる。1920年代に英米仏において政治的多元論 (political pluralism) ——多元的国家論とも言われた——が台頭するや、日本の政治学界において支配的な潮流のドイツ国家学に対して政治的多元論の影響を受けた、主として私学に籍を置く政治学者たちが、「政治とは国家現象である」という通説を批判して、集団にも政治現象が見られると反論し、また国家も集団の一種に過ぎないので、政治現象はあらゆる集団に普遍的に見られる、という「政治とは集団現象である」と主張した。こうして、主として官学に陣取っているドイツ国家学の系譜を引く政治学者との間に「政治概念論争」が展開された。⁽¹⁾ 1930年代に入り、第二次大戦によってこの論争は実ることなく立ち消えになり、敗戦を迎えた。戦後間もなく、1947年、丸山真男は論文「科学としての政治学—その回顧と展望」を発表して日本の政治学の再建のリーダーシップをとった。彼は、同論文の中で、ドイツ国家学の強い影響下にあった政治学、つまり戦前の政治学界は「復活」すべきほどの伝統を持っていなかったと批判した後、今後英米の政治学のように、「現実科学」としての政治学を確立して行くための政治学者の心構えを——利用されている参考文献からの推察に拠るのではあるが——、カール・マンハイム [『イデオロギーとユートピア』(1929年)]、ヘルマン・ヘラー [『国家学』(1934年)] などに拠って展開し、主として1920年代のドイツにおいてようやくその姿を少し見せ始めていた「科学としての政治学」の芽を戦後の日本に移植し、それを育て上げようとする姿勢を示した。⁽²⁾ 他方、軍国主

※以下の注において、外国書は邦訳書のある場合、原則として邦訳書を用いた。但し、邦訳書の文章を引用した場合、その文章を本稿の文体の調子に合わせる形で、私自身が邦訳し直したところもある。その場合、原書及びその引用頁を同時に記した。

(1) 蠟山政道『日本における近代政治学の発達』[実業之日本社、1949年]、ペリかん社、1968年、187頁－212頁。

(2) 丸山真男「科学としての政治学」、『増補版 現代政治の思想と行動』未来社、1964年、341頁－359頁。

義の桎梏から解放された社会科学界においてもその間弾圧されていたマルクス主義が復活し、それが次第に大きな潮流となって行った。それと共に、マルクス主義の階級国家論も広がり、それに刺激され、かつそれに反対する意味合いもあって、政治学界において多元的国家論も復活し、国家概念は戦前と同様に政治学の基礎概念として見做し続けられて来たと言えよう。⁽³⁾ところが、上記のように、1970年代に入り、アメリカ現代政治学が急速に広がり、今日に至っている。創生期のアメリカ現代政治学の主要なアプローチの一つの「政治過程論」を打ち出したA・ベントリーはその著書『統治過程論—社会圧力の研究—』（1908年）の中でアメリカの現代政治分析には国家概念は不要である、と述べている。⁽⁴⁾彼は、1890年から一年間ドイツのベルリン大学やフライブルク大学に留学し、とりわけ、強力な人種集団による他の弱小人種集団の征服と支配という人種間闘争に国家の起源を求める「社会学的国家論」を展開したオーストリアの代表的な国家学者グムプロビッツ（Ludwig Gumplowicz）の影響を強く受けてその学問的な基礎を確立したと言われているが、他ならぬ彼がアメリカの現代政治の分析においては国家概念は不要であると主張している点は注目に値する。何故にベントリーは国家概念が不要であると主張したのか。その理由を、筆者なりに探ってみると、それはドイツ人が国家（Staat）という概念で言い表そうとする現象ないしは事象がそもそもアメリカには存在していなかったのか、あるいは存在していても1908年時点では、それは各種利益集団が相互に圧力を掛け合う力学が政治現象を生み出していると捉える、彼が編み出そうとする政治学的なアプローチと国家とはあまり関係がないのか、そのどちらかにあるようにも思われた。とはいえ、疑問は残った。また、目を転じて、ドイツ語のStaatに当たる英語のstateについて身近にある『ジーニアス英和辞典』（第3版、大修館書店）に当たって調べてみた。訳語はローマ数字のⅠとⅡに分かれ、Ⅰでは「状態」と記され、Ⅱでは「国、州」となっている。そこで気付いたのは、われわれが通常国家という用語を何気なく使っているが、その用語はドイツ語のStaatの訳語であり、フランスの絶対主義国家を原型とする、いわゆる「近代国家」を表していることに思い至った。それは、他の国家と国境で区切られた一定の領域内に居住する住民団体、言い換えるなら「国民」の共同活動を法で統一し、かつ他国との関係においては自国の独立と自律的な活動を維持し、発展させるために、「国民」の共同活動を指導する「統治機構」の「権力中心体」、つまり英語ではGovernmentという「政府」を頂点に頂く、ドイツ語で言うところの「政治的統一体」（politische Einheit）または「政治的構成体」

(3) 1952年に東大と京大の政治学・行政学と法哲学の教授達による『近代国家論』全三巻（弘文堂）が刊行されている。また英米で多元的国家論を展開したH・ラスキヤR・マッキーヴァーの著作の邦訳も陸続と刊行された。また、丸山真男が注（1）で挙げた論文で引用していた、ヘルマン・ヘラー『国家学』（1934年）の原典の写真版（Staatslehre）が京都大学の猪木正道教授の解説付きで、1955年（昭和30年）にみすず書房から刊行されている。当時、洋書の輸入が困難であることから、ヘラー『国家学』と共に同時期に同じ出版社から、マルクスの『資本論』の原典やM・ウェーバー『社会と経済』の原典もそれぞれ写真版として刊行されている。なお、戦後の政治学の歩みを系統的に紹介した著作として、田口富久治『戦後日本政治学史』（東京大学出版会、2001年）がある。同書の第一節には、注（1）で挙げた丸山真男論文の要約と戦後日本の政治学にとっての同論文の意義が紹介されており（2頁－6頁）、さらに戦前期の東大助手時代の丸山が受容したドイツの社会学と国家学の優れた業績の紹介もある（89頁）。

(4) A・F・ベントリー著・喜多靖郎、上林良一訳『統治過程論—社会圧力の研究—』法律文化社、1994年、328頁－329頁。

(politische Gebilde)である。この政治的統一体の呼称が近代ドイツではStaatと言われていたが、アメリカでは、Staatの英語に当たるstateとは言わず、建国当初からThe Federal Government of United Statesと言っている。もっとも、それを構成する政治単位の州はstateという。そして、政治的統一体は学問的にはPolityという表現も使われている。⁽⁵⁾

このように、近代ドイツとアメリカでは政治的統一体の呼称が異なるのは、言うまでもなく、両国の国家の成り立ちと、その組織構成も異なるので、近代ドイツの国家を表す用語のStaatでは、ベントリーの場合に見られるように、20世紀初頭のアメリカ政治の動態把握には適しないのは言うまでもなく、また彼の上記の主張もある程度理解できるのである。比較政治学的に考察するなら、アメリカではイギリスからの独立戦争という形をとった市民革命に成功した後に、つまり先に「市民社会」が出現し、それを政治的に総括し運営するための最高の「政治機関」としてのGovernment、つまり政府の組織の在り方、中でも権力組織体の政府が暴走して国民の基本的人権を蹂躪することがないように、それを構成する主要な権力機関を分割し、さらに相互の間に抑制と均衡が働くように「権力分立制」を採用し、次に政府がその活動の際に遵守すべき基本原則を文書化した憲法、つまり「市民社会」が将来にわたって現在の権力関係を保持しながら存続して行くための政治的意志の表明としての法典の形を取った憲法を「国民」の代表によって制定し、最後にそれに基づいて政治的統一体が確立されて行ったと見てもよからう。⁽⁶⁾ それに反して、近代ドイツの前身のプロイセン王国では、まず「統治機構」があって、それが後にStaat、つまり国家となり、さらに資本主義経済システムの世界化の波を受け、その波に飲み込まれその中を漂う内に、英米仏の市民革命後に出現した近代立憲主義憲法思想と相剋関係に入り、次第にそれによってStaatが浸食されて行くことになったと見られよう。そして、英米仏の先進国と肩を並べて伍して行くためにも止む無く憲法の形式とその内容の一部のみを取り入れ、外見的近代国家へと変容した行ったのである。⁽⁷⁾ こうした近代国家の形成過程における両国の政治的統一体の成り立ちの違いは、政治的統一体と近代憲法との相剋関係にあることが明らかであろう。

たまたま、昨年、本学の紀要に発表した論文「西ドイツにおける近代立憲主義確立の政治過程—三権の立憲主義的統制機関としての連邦憲法裁判所の活動を中心に—」の執筆中に、西独が英米系の近代立憲主義的国家システムを採用すると共に、憲法・国家概念がすっかり様変わりしてしまい、その挙句の果てに、ドイツ国家学も空中分解してしまったことを知った。従来のドイツの国家概念には西独の基本法という近代立憲主義憲法の基本原理とは大きく矛盾する要素が内包されており、その結果、憲法解釈では従来の国家概念を用いることは正しい解釈を阻害する嫌が多々あり、それを用いず英米型近代立憲主義国家体制と内在的に適合できるような新しい概念を模索するようになったことを知った。⁽⁸⁾ そのことは、上記したように、ドイツ的国家が近代立憲主義憲法によって完全にオーヴァーホールされてしまったことの結果であることに思い至っ

(5) D. Truman, *The Governmental Process. Political Interest and Public Opinion*, Second Edition, 1951, Preface p. xi.

(6) 待鳥聡史『アメリカ大統領制の現在—権限の弱さをどう乗り越えるか—』NHK出版、2016年、39頁-49頁。

(7) 安 章浩『憲法改正の政治過程—ドイツ近現代政治史から見えてくる憲法の諸相—』学陽書房、2014年、71頁-73頁、88頁-91頁。

(8) 安 章浩「西ドイツにおける近代立憲主義確立の政治過程—三権の立憲主義的統制機関としての連邦憲法裁判所の活動を中心に—」『尚美学園大学総合政策論集』第22号、2016年6月、57頁-94頁。

た。そこで、近現代ドイツにおける憲法・国家概念の変容の過程を探ることで、ドイツ的な近代国家の在り方と、近代立憲主義憲法、とりわけ英米系のそれとの関係、つまり両者の相剋関係を探るならば、何故にドイツ的な国家概念が西独でも影が薄くなり、その帰結として国家概念を基礎概念として用いるドイツ国家学も空中分解してしまったのか、さらにドイツ国家学の遺骸を継承しながらアメリカ現代政治学を継受して出発した西独の現代政治学もなおのこと同じ事情にあることが明らかになるのではないかと思った。

以上のような問題関心に導かれて、本稿においては、最初に、ドイツ的国家概念の前提としてのフランスにおいて確立された近代国家の特徴を簡単に紹介する。次に、第一に西独のボン基本法体制の確立までの、近現代ドイツにおける国家と憲法の間での相剋関係の様相をドイツ国家学・国法学の憲法概念と国家概念の変容過程において見ていくことにする。まず、その相剋関係の様相を憲法側から考察する。近代ドイツにおいて曲がりなりにも市民社会の形成と共にその意志を国家に反映させようとする、近代憲法理念による国家への挑戦に対して、そしてそれと同時に行われた先進諸国の圧力との兼ね合いの中での国家の対応とそれがドイツ的な独特な憲法概念の形成へ至る過程を見る。次に、第二次大戦の敗戦と共に、ナチ国家と共にプロイセン・ドイツ的な国家も消滅し、その空白を埋める形で西独で近代立憲主義憲法の制定とそれに基づく新しい政治的統一体の建設が始まった点をフォローする。第二に、国家と憲法の相剋関係の様相を逆の視点、つまり国家側から考察する。すなわち、その相剋関係が国家概念の変容にどのように反映されて行ったのかを考察する。最後に、近代資本主義体制の下での国家と憲法の相剋関係の本質は、政治、経済、法の三者の相互連関構造の違いが「国権」の国のドイツと「人権」の国のイギリスの政治的統一体の違いの中に現れたのではないのかという私なりの問題提起を述べ、それは、国家哲学的に言い直せば、国家と法との弁証的な関係、そして権力と正義としての法（Recht）との弁証的な関係の解き方の違いにあるのではないかと思われる点を指摘する。

1. 予備的考察—ドイツ的近代国家の原型としての絶対主義国家の特徴

ヨーロッパ大陸において近代国家の原型はフランスの絶対主義国家であると言われている。

16世紀後半から17世紀にかけてフランスでは宗教戦争が勃発し、その収拾の過程において、多数の封建的な領主によって分割統治されていたフランスに君主によって一元的に支配される絶対主義国家が誕生した。この過程は次のように展開した。まず、商業資本主義の成立と共に都市が勃興し、そこを支配するブルジョアジー、つまり新興市民階級は交易の自由とより広い販路を求め、他方、君主も封建的に分裂した国土を統一したいという欲求を持ち、こうして利害を同じくする両者の提携が成立した。君主は都市の支援で手にした資金で常備軍を整備し、それを用いての地方割拠制を克服して国土内の統一を成就した。それと並行して国土内の秩序を確保し維持するために中央集権的な統治機構を確立し、それには能力に基づいて徴募した官僚を据えた。こうして、君主は常備軍と官僚団という権力手段を手に入れ、それを用いて国土の統一を確立し、次にその支配領域内の平和と秩序を確保するために、宗教上の争いを中立化させ、さらにローマ法の継受によって「法の統一」を図った。最後に君主はすべての勢力からの相対的な独立を確保するために、常備軍と官僚団から成る「統治機構」を賄う財政制度の自立化を目指して徴税制度を

完備させ、それと並行してその支配下の臣民の担税能力を向上させるために、重商主義政策と言われた経済への積極的な介入政策を展開した。それと共に、一人の君主が強大な権力装置の「統治機構」を通じて広い領域を支配する政治的統一体が出現した。⁽⁹⁾ 当時、こうした事業を遂行中の君主を絶対的な権力者に祭り上げるために、ポダンは、新しく政治的統一体の頂点に君臨する君主に集権化された権力を「主権」と定義した。以上のような組織構成を有する政治的統一体は、歴史上全く新しい「状態」であった。従って、こうした「状態」は、ラテン語の status で表現されていたが、そのフランス語訳の État と言われるようになった。そして、このフランス語の État のドイツ語訳が Staat である。日本語で「国家」と訳されている政治的統一体の原型がこうして出現したのである。

さて、この絶対主義国家の庇護の下で資本主義経済システムは根付き、発展するにつれて、その支配下の臣民たちは社会経済的にその関係を緊密かつ強力なものに作り上げて、次第に自立的な社会を形成して行った。それは資本主義経済システムの成熟と共に「市民社会」へと変容した。次に、この市民社会はその自由な社会経済活動を制約している国家からの自由を求めて、「市民社会」の自立を正当化する自由主義を政治的原理として掲げ、さらにそれを実現するために政治主体として行動するようになった。その爆発的な現象がフランス大革命であった。「市民社会」の代表者達は議会を設立し、それをイギリスのように最高の「政治機関」にその地位を高めた後、国王を追放した。こうして、君主主権の国家から「市民社会」の呼称である人民が主権を持つ国家、つまり人民主権の国家に生まれ変わった。そしてこの新しい政治体制の出現に脅威を感じた周辺諸国の革命干渉戦争を払い除ける過程において、人民はフランスという政治的統一体の構成員であるという自覚、つまり「国民」(nation)へと変性した。このように、フランス大革命の過程において、自由主義、人民主権の政治形態の民主政、国民としてのアイデンティティの自覚であるナショナリズム(国民主義)の三つの政治原理が成立し、この三大政治原理によって絶対主義国家がオーヴァーホールされる形で「近代国家」が誕生したのである。⁽¹⁰⁾

その際、新しい政治主体となった市民階級はこの三大政治的原理を将来に渡って国民すべてが遵守すべき最高規範として定め、それを法典化した「近代憲法」を制定し、公布した。その後、この近代立憲主義憲法を持たない政治的統一体は近代国家とは見做されなくなった。以上のような特徴を持つ近代国家がフランス大革命後に西欧に誕生し、それが今日まで、一定の領土に居住する住民を統治する「政治的統一体」のモデルとなったのである。

以上、フランスで成立した近代国家の特徴をもう一度整理すると、次のようになろう。外国の侵略や敵対性に対抗し、かつ領土内の平和と秩序を維持する任務を持つ「統治機構」が中心となって、その領土内の住民の共同活動を組織し指導する政治的統一体が近代立憲主義憲法によって編成し直された場合に、それは近代国家と称されたということである。こうした近代国家はアメリカでは Polity と称され、アメリカ合衆国出現前の当時のアメリカ人の母国のイギリスでは Commonwealth と称されていた。そして、「統治機構」は Government と称された。ところが、「市

(9) P. Anderson, ed., *The Rise of Modern State*, 1986, 29; B・バディ、P・ビルンボーム著・小山勉訳『国家の社会学』日本経済評論社、1990年、112頁-117頁、149頁。

(10) 安 世舟『現代政治学の解明』三嶺書房、1999年、107頁-114頁。

民社会」の生成を見なかったプロイセン王国では「統治機構」は国王に忠誠を誓う文武官僚団から構成され、それ自体がStaatであった。従ってプロイセン国家は「官府国家」(Obrigkeitsstaat)——「官憲国家」と訳される場合が多いが、文武官僚が統括する「統治機構」なので、「官府国家」の方が適訳と思える——と称された。このように、英米では、Polity や Commonwealth という政治的統一体とその政治的な総括機能を行使する「統治機構」の Government とが区別されるのではあるが、近代ドイツでは両者が未分化であり、Staat という場合、それは政治的統一体の呼称であると同時に「統治機構」をも意味していた。そのことは、言うまでもなく、近代立憲主義憲法によって政治的統一体がオーバーホールされてこなかった点に起因していたのである。

以上をもって予備的考察を終え、以下、西独においてボン基本法体制の確立に伴って従来の憲法概念と国家概念の変容が余儀なくされるが、それまでの近現代ドイツにおける国家と憲法の相剋関係の様相を、まず憲法概念の変容過程を中心に考察し、次に国家概念の変容過程を考察することにしたい。その際、国家という用語はドイツ的な Staat を指すという点をあらかじめ断って置きたい。

2. 国家と憲法間の相剋関係と相連関する憲法概念の変容過程

① 憲法の政治学的定義

憲法とは、政治学的に捉え直すなら、上記したように、西欧において、政治体制を激変させた市民革命という激烈な権力闘争の結着をみた後に、その決着の内容を法的に記録したものであると見られる。換言するなら、それは、勝者となった市民階級が闘争で勝ち取ったその優越的地位を未来において確実に保持するために、その優越的地位を敗者を含めて新しい政治的統一体として確立される国家の全ての構成員に認めさせるために制定された、最高規範の形式をとった法典である。こうした勝者の優越的地位の法的な保障の仕組みは近代社会の出現後は、アメリカ憲法に象徴されるように憲法典という形で文書化されることが通例となった。言うまでもなく、政治体制または国制を意味する英語の Constitution やドイツ語の Verfassung などの用語は、当初は憲法典の形式をとる、成文憲法などの実定憲法を意味する英語の Constitutional Law やドイツ語の Verfassungsrecht、または Verfassungsgesetz などとは当然に区別されていた。ところが、政治体制ないし国制はその特徴が憲法典に法的に表現されているところから、この二つの性格を異にする用語は次第に同一語として用いられることが多くなって行った。英米仏の近代国家では、資本主義経済システムの存続・発展の必須条件としての所有権と契約の自由の保障を根幹とする個人の基本的人権を最高価値に据えた社会秩序の計算・予測可能性を国家権力によって保障するところの憲法を最高規範とする法体系に基づいて人間社会のあらゆる分野が規律化され、そうした状態が「文明社会」のメルクマールであるとみなされるようになった。そして、これらの三国が世界において人類の進歩の最先端にあるという認識の広まりと共に、それに伍して行くために、後発国も憲法を制定し、外見的には憲法を最高規範とする法体系を整備して行くことを余儀なくされた。もとより、このことは、上記の通り、資本主義経済システムの導入と、それを円滑に運営し発展させるために必要であったことは言うまでもない。

②外見的立憲主義憲法、とりわけその典型としてのプロイセン憲法の出現

ヨーロッパにおける後進国のプロイセンは先進国の英仏に対抗して行くために憲法制定へと動かされることになった。とはいえ、英米仏の近代立憲主義憲法を導入することは自国の独自な国家性 (Staatlichkeit) の否定へとつながるので、やむなく憲法を導入しても、君主の統治権の核心部分の軍隊と官僚装置を憲法外領域として設定して、憲法の拘束力が及ばない領域とすることで、憲法導入と自国の固有の統治システムとの調和を図る選択を行った。こうした国家は、周知の通り、英米仏の近代立憲主義国家と比較して外見的近代立憲主義国家と呼ばれるようになった。そして、プロイセンのみならず、多くの国も「文明社会」の仲間入りを果たしたいと念じて競って成文憲法の導入に走ることになり、その結果、「近代国家」たらんと欲する各国が、それぞれ独自の憲法を制定して自国の国家的な性格を示すようになった。それと共に、憲法は、その内容は国家の指導権を掌握した階級や政治集団、並びに権力闘争の決着後の勝者の政治的志向やそれが確立せんとする将来の国家ビジョンの違いによって、その性格を全く異にするようになった。そして、各国はその国家の独自の性格を表すために成文憲法の前に色々な形容詞を付けるようにもなった。例えば、その典型的な例は、ロシア革命後に制定された「ソビエト社会主義」憲法であろう。こうして、近代憲法の本来の意義が曖昧になり、近代憲法は「近代立憲主義」という形容詞を付けなければ、その憲法の性格は伝わらなくなったと言ってもよからう。とはいえ、憲法に様々な形容詞がつけられるようになって、憲法と称するものに共通するのは「国家の統治の基本法」という側面であろう。⁽¹¹⁾ また、もう一つ、憲法と国家の関係において、近代憲法とその他の憲法とは大きく異なるところがある。それは、国家と憲法の制定順序が時間的に逆である点である。というのは、近代立憲主義憲法は、典型的にはアメリカに見られるように、先に憲法が制定されて、その後、それに基づいて新しい国家が確立されているが、それに反して、プロイセンやその他の後発国は、先に国家があって、その国家が資本主義経済システムが世界化する国際関係の中で後れを取るまいとして、成文憲法を導入するが、しかし同時に国家権力を制限ないし、拘束する部分については、それらを国家の存続にとって不都合とならないように取捨選択して、自主的に「上から」一応形だけの成文憲法の形式をとった法体系を制定したのである。つまり、憲法が国家の中核部分は「浸透不可能な状態」(Impermeabilität) にしたのである。1848年の革命失敗後の、1849年に欽定憲法として公布されたプロイセン王国の憲法はまさにこうした外見的立憲主義憲法の典型であった。

③ワイマール憲法の妥協的性格—近代憲法の形式を装った過渡期の憲法

1918年末から翌年初めにかけて勃発したドイツ革命は「社会主義革命」としては失敗したが、その衝撃でドイツ帝政は瓦解した。即席的にその再建を目指して憲法制定会議が世界的に著名な文豪のゲーテとシラーの都のワイマールで開催され、新しい憲法が制定され、1919年8月に公布された。それがいわゆるワイマール憲法である。それには、「ワイマール」という形容詞が付い

(11) 司法試験準備のための憲法の標準的テキストと言われている、芦部信喜『憲法(新版補訂版)』(岩波書店、1999年)に従えば、形式的意味の憲法と実質的意味の憲法に分けられる、という。前者は、その内容を問わず、成文の法典(憲法典)を指す。後者は二種類あり、一つは固有の意味を持つ、「国家の統治の基本を定めた憲法」を指し、もう一つは立憲の意味を持つ、近代立憲主義憲法を指す(4頁-5頁)、という。

ている。その理由は、憲法制定国民会議が共産党の一揆で一種の「内戦」状態に陥った首都ベルリンでは開催できず、中独のワイマール市で開催されたことと、次に新しいドイツはプロイセンの軍国主義を清算して、ワイマール市において燦然と輝くドイツ文化を発展させる国になることを象徴する意味でのワイマール市に因んでのことに由来する。この憲法は、ドイツ革命において国家権力をめぐる、当時世界で最強・最大の「マルクス主義的」社会主義政党のドイツ社会民主党（以下、SPDと略す）と軍部を代表する保守勢力との権力闘争が展開され、その決着を文章化したものではない。そもそも、共産党となる左派とは異なり、SPDの主流と軍部は第一次大戦中すでに協働関係にあり、革命勃発後も両者の間に権力闘争が展開されるどころか、当面の共通の敵のボルシェヴィキ革命を阻止するために、さらにドイツ帝国を戦勝国の圧迫から守るために同盟を結び革命を阻止した後も、新しく再建された国家において協調してそれを運営することになっていたが、そのことを宣言した文書が他ならぬワイマール憲法であった。⁽¹²⁾

とはいえ、憲法制定においては、当時の革命状況の決定的な規定者の地位に意図せず押し上げられていたSPDの要求が多く認められることになったのは当然の成り行きと言えよう。このSPDの要求というのは、同党の「エルフルト綱領」の「実践綱領」と言われた第二部、つまり現在の国家に対してその実現を求める要求の一覧表に示されていた内容、つまり、議会の特別多数で憲法改正が行われるなら、その条項を利用して合法的に社会主義社会の実現を目指すという、いわゆる「議会主義」戦略が可能となるような、19世紀のイギリスのような「議会万能」の民主共和制の確立である。⁽¹³⁾ 同綱領の「原則綱領」の第一部には、同党の理論的教皇と称されていたカウツキーがマルクスの『資本論』第一巻のエッセンスを彼なりに要約したものが主張されている。それによると、資本主義経済が今後発展し続けてその最高の発展段階に達すると、新旧中産階級は経済的に没落してプロレタリアに転落し、人口の圧倒的多数はプロレタリアとなる「二極化」現象が生まれるのは「自然必然的」である、とされている。そうであるならば、SPDは啓蒙と宣伝活動を通じて、プロレタリア化した大衆を教育して、つまり「啓蒙」して「階級意識」に目覚めさせれば、その成果は選挙毎に同党の議席の増大として現れるのは必至であるので、万能の権限を持つ議会を通じて、その絶対多数を制すれば、社会主義は暴力革命に訴えることなく、漸次的、合法的に実現できる、という合法主義信仰が同党内に定着していた。⁽¹⁴⁾ 1918年末の敗戦を切っ掛けに勃発していたドイツ革命において、SPDは「エルフルト綱領」の「実践綱領」の内容の制度化、つまりその革命戦略の議会主義が実現できるイギリスの19世紀の議会万能の民主共和政の樹立を望んだのであった。その結果、その要求が憲法の中に取り入れられ、それはワイマール憲法には次のような形で制度化されたのである。⁽¹⁵⁾ まず、憲法第一編には、20歳以上の男女の普通選挙権の承認、比例代表制（全国を一つの選挙区にして10万票の獲得毎に一議席を各政党に与える完全比例制）、SPDの議会主義を容認する憲法改正条項を基礎に、半大統領制の導入の形で、世界で「最も民主的な」憲法と称されるような「統治システム」が設計されたの

(12) 安 章浩、前掲書、142頁以下。E.-W. Böckenfelde, "Der Zusammenbruch der Monarchie und Entstehung der Weimarer Republik", in: Recht, Staat, Freiheit, [以下、RSFと略す]、1991, S.334.

(13) D. Lehnert (Hg.), SPD und Parlamentarismus. Entwicklungslinien und Problemfelder 1871-1990, 2016, S.9 f.

(14) I. Gilcher-Holtey, Das Mandat des Intellektuellen. Karl Kautsky und die sozialdemokratie, 1986, SS.77~91.

(15) V. R. Berghahn, Modern Germany. Society, economy and politics in the twentieth century, Second Edition, 1987, p.67.

である。⁽¹⁶⁾ これは、マルクスによってSPDに伝えられたヴィクトリア時代のイギリスの議会万能論の季節外れの徒花であった。次に、第二編「ドイツ人の権利と基本的義務」では、保守勢力が要求したすべての要求、つまり既存の社会的・経済的システム、官僚システムの温存と、官僚、軍部、大地主、教会などの各種保守勢力が保持してきた特権の法的な保障、他方、その見返りとして、労働組合の法的保障と、経済問題・労使問題においては労使が同権・同格 (Parität) の原則で協議して決めるという労働組合の要求並びに未来において漸次的に憲法改正によって「合法的に」社会主義的政策が実現される根拠法となるプログラム規定などが組み込まれたのである。⁽¹⁷⁾ つまり、迫りくるボルシェヴィキ革命の危機に対抗するために結ばれた二大権力集団間の一時的な妥協の産物であった。以上がワイマール憲法の実体であった。戦後日本では、生存権を導入した20世紀の進歩的憲法の典型として理想視されている嫌いのあるワイマール憲法は、その中身は「国家の統治の基本法」及び憲法を制定した二大勢力の既得権の法的承認並びにそれらの各自異なる将来の国家ビジョンの宣言書に過ぎなかった。それは、憲法第二部のその内容において整合性のない諸々の基本権の列挙に見られる。それ故に、憲法はボルシェヴィキ革命の危機が過ぎ去った後の過渡期の政治集団間の権力闘争の形式的な「ゲームのルール」の作用を果たすことになった。というのは、各政治集団間の国家権力を巡る権力闘争において、すべての勢力が最高規範である憲法を遵守する限り、ドイツ革命のような内戦に至ることは避けられたので、そうした内戦を避けるために可能な限り各政治集団は努めて合法主義を貫こうとしていたのであった。その結果、一種の「憲法フェティシズム」と言っても良いぐらい逆説的に憲法擁護の姿勢が強く働くことになったのである。

④カール・シュミットの『憲法学』の政治的含意とその西独と戦後日本への影響

以上見たように、ワイマール憲法は、一応、近代憲法の範疇に入るように見えるが、しかし、新しい国家は旧帝政の模様替え、ないしは国民主権と民主政時代とに折り合いをつけた形の「帝政国家の復活」に近かったので、近代憲法とは程遠いものであった。従って、それによってワイマール共和国において近代的立憲主義が確立されたとは言えないのである。その点、ワイマール憲法は、近代憲法やその後に制定された後発国の各種の憲法と比較して特異な性格を持つ憲法であることは容易に理解されよう。

話は少し横道に逸れるが、西独のみならず、戦後の日本でも憲法学界に大きな影響力を持つ「ナチ党国家の桂冠法学者」と言われている、カール・シュミットの『憲法〔体制〕学』(Verfassungslehre) が共和国政治が安定化の兆しを見せ始めたのではないかと思われた「相対的安定期」の最後の年の1928年春に刊行されている点は記憶されるべきであろう。というのは、このシュミットの『憲法〔体制〕学』はSPDの議会主義戦略と深い関係にあり、理論と実践の一致の標本のような著作であるからである。従って、少し触れておきたいと思う。

(16) 現代の新興諸国で採用されている大統領制の大半が半大統領制であるが、その原型はワイマール共和国の大統領と議会の形式的権力均衡論に基づく統治システムである。このワイマールの経験とそれをモデルにしたフランスの第5共和制の半大統領制との比較政治学的研究書として、次のものがある。C. Skach, *Borrowing Constitutional Designs. Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*, 2005.

(17) E.-W. Böckenfelde, *op. cit.*, S.327, SS.334~338.

シュミットがその著作で示した憲法に関する考え方は極めて明快である。彼は、近代市民革命期に成立した近代憲法の原点に立ち戻り、憲法現象を考えるというアプローチをとっている。彼によると、近代憲法とは、絶対主義国家を打倒して新しい近代国家を作り出したブルジョア階級、つまり市民階級が新しく建設する「市民的法治国家」におけるその優越的な地位を永続化させるために国家の構成員すべてにそれを承認させ、その守護を法的に義務付ける最高規範の体系である、という。ドイツ革命で、SPDと保守勢力が結集してボルシェヴィキ革命からブルジョア体制、つまり「市民的法治国家」を守る決断を行い、その結果、ワイマール共和国が成立した。従って、ワイマール憲法は「市民的法治国家」を選択したドイツ国民の決断を表現した法的文書であるということになる。それ故に、彼はワイマール憲法の真の姿は近代憲法であるということを確認するために、それと比較して明らかとなったワイマール憲法の特異な性格を清算して、それが近代憲法である点を論証しようとした。そのために、彼は、英米仏の近代憲法をその成立状況とその後の展開過程を政治思想的なアプローチによって研究するばかりでなく、それらを政治的にも考察し、とりわけフランスの近代憲法についてはその憲法史やその解釈の展開についてもつぶさに考察して、憲法を正しく捉えるための基本的な概念の構築を図ったのである。そして、それに基づいて近代憲法に関するすべての現象を体系的に分析し、その動向を説明できる憲法理論を展開した。彼は、以上のような憲法理論を駆使して、まず、政治体制としての憲法（Verfassung）は、その特徴の法的な表現である「憲法-法律」、（Verfassungsgesetz）、つまり実定憲法とは異なることを明確にすべきである、と主張した。なぜなら、憲法と憲法-法律を同一視するところに、ワイマール共和国における憲法を巡る様々な誤解、とりわけその最たるものである第76条の憲法改正条項を用いて憲法を変えることが出来るという誤解が存するからである、という。というのは、憲法、つまり政治体制は算術的に議席の3分の2の特別多数、すなわち66%以上を獲得したからと言って、変えられるものではない。法律が議会の過半数、つまり50%以上で成立することになっているが、それに16%が量的に増えたところで何ら質において変化はない。憲法は憲法制定権力を持つ主権者の決断であるので、議席の絶対多数を得たからと言って、政治体制の質を変えるような改革は行われぬ、という。彼は以上のような憲法と憲法-法律の区別論を論拠として、次のように主張する。まず、近代憲法は「市民的法治国家」の法的表現であるので、基本的人権の尊重やそれを保障する三権分立制など近代立憲主義制度を法的に規定している。その原則から見ても、社会主義の実現は個人の自由権、その中核の所有権を犯すことになるので、憲法違反である。⁽¹⁸⁾次に、ワイマール憲法には社会集団の既得権を普通の法律より高次の憲法 - 法律での保障が試みられていて、憲法 - 法律の条文の中にそれを守る規定を多く含んでいる。それらは基本権と同様にこれまで制度的に保証されてきた既得権であるので、基本権に準ずる保障が受けられるべき「制度的保障」と言える。⁽¹⁹⁾他方、プログラム規定などの階級間の中で決着がつかない案件を将来の決定に委ねる、つまり先送りするという妥協の産物の〔決断の〕「引き伸ばしのために条項」などが多く憲法 - 法律に含まれている。⁽²⁰⁾こうした点で、

(18) C・シュミット著・阿部照也・村上義弘訳『憲法論』みすず書房、18頁、36頁-37頁、38頁、43頁、64頁-64頁、103頁-136頁。

(19) 同前訳書、202頁以下。

(20) 同前訳書、49頁。

ワイマール憲法は、近代憲法と比べて見てもその差異が顕著であると言える。このように、彼は、近代憲法を捉える学問的な基本概念を構築して、それに拠って、ワイマール共和国が直面している憲法状況を分析し、保守派の立場から、SPDの議会主義の道を封印させると同時に、近代憲法現象を捉える基本概念を構築し、憲法現象を体系的に研究する道を開いた点で、たとえ彼がナチ党とのかかわりがあったにせよ、評価できるところは評価すべきであろうと思われる。シュミットは、戦後、1954年に、『憲法学』の再版刊行の辞において、「この本に対する需要が後を絶たないのは、本書が今でも説得力ある体系の下に、法治国家的民主制憲法のタイプを展開しているからということが出来よう。」と述べて、一切訂正せず初版のまま公にする、と記している。⁽²¹⁾ 我田引水の嫌いが無いとは言えないが、近代憲法に関する学問的体系化の呈示という点ではブルジョア体制が存続する限り評価されるものと言えよう。というのは、彼の主張の憲法改正限界論や制度的保障論などは西独の国法学界のみならず、戦後日本の憲法学界にも受容されているからである。⁽²²⁾

⑤近代立憲主義憲法理念の徹底した制度化の試み——ボン基本法

1945年5月初めヒトラーの自殺によってナチ全体主義体制は崩壊した。そして、敗戦の4年後に、ソ連占領地区のドイツの東部はソ連の衛星国家としての東独が作られ、西側の英米仏3カ国の占領地区は1つにまとめられ、占領国の支援の下に西独が誕生した。

同国が誕生する前の1948年、敗戦後に占領軍の支援の下に3地域の11州においては、それぞれが自由民主主義的な憲法を制定し、それに基づいて政府が設立されていた。この11州の議会の代表者の集まりである「議会評議会」が憲法の制定に当たった。連合国は緩やかな連邦制と再びナチ党のような過激政党的政権掌握の出来ないような仕組みをビルトインさせた自由民主主義憲法の制定を要請した。その意向に沿って、議会評議会は、1948年から翌年にかけて自主的に東西ドイツの統一までの暫定的な憲法としての「基本法」(Grundgesetz)を制定した。それは1949年5月に公布され、それに基づいて選挙が実施された。その結果、東独の社会主義政権に対抗する全キリスト教徒の大同団結を図った政党の「キリスト教民主同盟」(以下、CDUと略す)と自由主義勢力の結集政党の「自由民主党」の連立政権が誕生して、新しい国家作りに着手した。基本法の最大の特徴は、人種差別主義的なナチ暴政を猛省し、かつその再発を防ぐ意味でも、普遍的な基本的人権に対して絶対価値を置き、他方では、その基本的人権を無視する左右の全体主義に反対することを二大基本原理として掲げたのである。⁽²³⁾ この二大基本原理は基本法第1条から第19条までと第21条に明記されている。その中でもメインの第1条と第21条の条文の内容を次に順に紹介しよう。まず基本的人権の尊重は第1条に次のように謳われている。「(1) 人間の尊厳は不

(21) 同前訳書、緒言、3頁。

(22) シュミットの憲法改正限界論はボン基本法第79条に反映されている。また戦後の日本については、参照、芦部信喜『憲法制定権力』東京大学出版会、1983年、52頁-53頁、88頁以下。なお、シュミットの憲法改正限界論を含めて、戦後の日本の憲法学界における憲法改正限界論と無限限界論に関する憲法解釈論を紹介した文献として次の研究論文がある。工藤達郎「憲法改正限界論」、同『憲法学研究』尚学社、2009年、216頁-239頁。

(23) 安 章浩、前掲書、258頁-258頁。

可侵である。これを尊重し、かつこれを保持することが、すべての国家権力に義務付けられている。(2) それ故に、ドイツ国民は、世界の全ての人間共同体、平和および正義の基礎として不可侵にして譲ることのできない人権 (Menschenrechte) を信奉する。(3) 以下の〔2条から19条までの〕諸基本権 (Grundrechte) は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する。〕⁽²⁴⁾ この第1条第3項は近代立憲主義憲法としては類例のない条項である。国家の三権に対して、それが普遍的な基本的人権を尊重し、かつ守るように拘束する条項である。西独では、この条項を制度として実効性のあるものにするべく、基本法第94条〔連邦憲法裁判所の構成および組織〕に基づいて「ドイツ連邦憲法裁判所法」が1951年に制定された。そして、同法に基づいて直ちに連邦憲法裁判所が設立され、それは、「独立かつ自立した憲法機関」として議会在が制定した法律をも憲法の基本法に照らして違憲判決を下せる「憲法の番人」として君臨することになった。⁽²⁵⁾ 次に、20条には西独は「民主的かつ社会的な連邦国家」であり、「すべての国家権力は人民 (Volk) に由来」し、「立法は憲法的秩序に、執行権及び裁判は法律および法に拘束されている。」(第3項) と記され、第18条〔基本権の喪失〕のところで、意見表明の自由、集会・結社の自由、教授の自由、通信の自由などについては「自由で民主的な基本秩序に敵対するために乱用する者は、これらの基本権を喪失する。これらの喪失とその程度については、連邦憲法裁判所によって言い渡される。」と規定されていて、この条文と第21条〔政党の憲法的地位〕の第2項〔政党のうちで、その目的またはその党員の行動からして、自由で民主的な基本秩序を侵害し、もしくは除去し、またはドイツ連邦共和国の存立を危うくすることを目指すものは、違憲である。その違憲の問題については、連邦憲法裁判所がこれを決定する。〕のところで、「戦う民主政」の原理が条文化されている。⁽²⁶⁾ 第21条第2項に基づいて、極右政党や「東独の伸びた手」とみなされる極左政党は禁止されることになった。樋口陽一氏は西独を「不寛容な」国家と評しているが⁽²⁷⁾、その所以はこの条文にある。とはいえ、ナチ暴政という過去の記憶がなお生々しい中で、それに輪をかけて東部ドイツではソ連の衛星国の共産党支配がその姿を現している状況の下で、西独は、この左右の全体主義と「戦う自由で民主的な」国家の確立を目指している点、並びに両全体主義に対して西独の政治体制の特徴が他ならぬ個人の基本的人権の尊重であり、それを守る体制であることを示す必要があったからであろうと思われる。その帰結として、上記の基本法第1条に見られるように、個人の基本的人権は不可侵であり、国家権力はそれを犯してはならず、それを尊重し、保障しなければならないように、「憲法の番人」によって担保されるようになった。そして、第79条〔憲法の変更〕では、第2項で憲法改正には「連邦議会の議員の3分の2および連邦参議院の評決数の3分の2の同意を必要とする」と明記しているが、第3項に、連邦制の編成原則と「第1条及び第20条にうたわれている基本原則に触れることは許されない。」と規定し

(24) 高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集 (第六版)』信山社、2010年、213頁。

(25) 安 章浩、前掲論文、76頁-77頁。なお、「憲法の番人」としての連邦憲法裁判所に関する研究として、次の文献がある、畑尻剛・工藤達郎編『ドイツの憲法裁判』(第二版)中央大学出版部、2013年。J. Collings, Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001, 2015. などがある。

(26) 高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』、223頁。なお、戦う民主政論については、参照、E・イエッセ著・小笠原道夫他訳『戦闘的民主主義』早稲田大学出版部、1980年。

(27) 樋口陽一『比較憲法』(全訂第三版)青林書院、1992年、303頁以下。

ている。⁽²⁸⁾つまり、ワイマール憲法と違って、基本法の基本的人権の尊重、それを担保する立憲主義、「自由で民主的な基本秩序」を実現する「民主的かつ社会的な連邦国家」制度は特別多数決では改正できない、つまり政治体制の変更は不可能とされた。つまりワイマール共和国においてSPDがその実現に全力を注いだ特別多数決による憲法改正によって社会主義を実現するというような考え方は否定されたのである。こうした特徴を持つ基本法には、明らかにカール・シュミットの『憲法学』の主張が取り入れられていることが見て取れるのである。

さて、外見的立憲主義憲法の典型と言われたプロイセン憲法成立後約100年が経過した1949年に、以上のような内容を持つ西独の憲法に当たる基本法が制定された。こうして、西独では、憲法とは「国家の統治の基本法」という憲法概念ではなく、個人の基本的人権を守るために国家権力を縛る最高法規である、という近代立憲主義的憲法概念が受け入れられて、それが次第に定着し、支配的になって行った。それと共に、国家は憲法に先行して存在するのではなく、憲法が政治的統一の国家を法的に構成し、すべての国家権力は法的には憲法によって創設され、憲法の基準に従って行使されなければならないという近代憲法概念が定着した。こうして、西独で、ようやく近代立憲主義が確立されることになり、その帰結として、ドイツ国法学の憲法概念も当然変化することになった。またそれと相連関する国家概念においても変化が当然生じることになった。憲法概念と国家概念とは一体的な関係にあるので、この憲法概念の変容について、次に国家概念の変容のところで取り上げて考察することにしたい。

3. 国家と憲法間の相剋関係と相連関する国家概念の変容過程

①国家あって初めて「人権」が保障されるプロイセン王国の成立

近現代ドイツにおける国家観にはプロイセン王国の国家像が色濃く投影されていたと言っても過言ではない。というのは、ドイツ人の国民国家であるドイツ帝国を創設したのはプロイセン王国であり、従って、ドイツ帝国の国家像にはプロイセンの国家観が反映されているからである。柄谷行人氏は、2016年に『憲法の無意識』と題する講演録を上梓しているが、その中で、カントの「永久平和論」に言及した際に、「国家は他の国家に対してあるのだから、そこに敵対性がなくなれば、国家は存在しなくなる。」⁽²⁹⁾と述べている。この発言は、国家の成立やその在り方を外部との関係から捉える視点を提供してくれるものと言えよう。⁽³⁰⁾プロイセン王国の成り立ちやその在り方はまさしくこの視点が当てはまると思われる。プロイセン王国の起源は12・3世紀においてドイツ騎士団がキリスト教を広げるために現在のドイツとポーランドの北のバルト海沿岸に沿って北上して植民地化した地域に人工的に作った「屯田兵」国家であると見られる。プロイ

(28) 高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』、255頁-256頁。

(29) 柄谷行人『憲法の無意識』岩波新書、2016年、106頁。

(30) この点で、注(29)の柄谷行人の考え方はシュミットと共通しているように見える。後述するが、シュミットは、友敵の区別を行い、敵を絶滅することが政治の本質として捉えており——この主張は戦争の言い換えとも言えるが——、敵対する国家が存在する限り、国家の存在の必要性を主張している。カール・シュミット著・菅野喜八郎訳「政治的なものの概念」、長尾龍一編『カール・シュミット著作集I』（以下、『著作集I』と略す）慈学社出版、2007年、277頁-278頁。

センという国名は原住民の名前であった。同国は武器で土地を広げ、農具でそれを沃土に変え、それを守り、さらに土地を広げて行ったので、軍事と産業が一体的な関係にあったと言えよう。土地が痩せていたので、産業——当時は農業・牧畜であるが——を振興させる技術革新を企て、さらに土地の拡大とその防衛のための軍事力を向上させるために軍事技術の発展にも多大な関心を払った。国家の中核部は何時も外国で自国より優れた産業と軍事の技術があればそれらをためらうことなく受け入れた。その点においては、種族ないしは人種、または宗派に拘らず、国益のためなら、産業と軍事の発展、つまり「富国強兵」のための技術革新に繋がるものは進んで受け入れるオープンさと寛容性を持っていた。その顕著な例は、フランスで宗教弾圧を逃れて移民となっていた、当時世界で最先端の産業の技術を持つユグノーを受け入れた点である。ユグノー系フランス人はベルリンの人口の3分の1以上を占めるようになっていた。1701年にプロイセンは公国から王国へと発展し、フリードリヒ大王（在位期間：1740～1786）時代に啓蒙絶対主義国家が築かれた。啓蒙とは国益と「富国強兵」のために統治の制度を含めて外国の優れた技術革新を進んで受け入れることを意味した。こうして、プロイセンは政治制度としては当時最も進んでいたフランスの絶対主義国家システム、つまりボダンの言う主権を有する君主が広域国家を支配するために作り出した「統治機構」たる文武官僚制を導入して、国家機構を整備して行った。⁽³¹⁾ 次に、産業革命に成功したイギリスが資本主義経済システムを発展させるリーダーシップをとるや、資本主義経済を移植させるための「上からの近代化」政策を展開し、その一環として資本主義経済が円滑に機能するための法システムとしてフランスのナポレオン民法典に先経つ10年前の1794年に「プロイセン一般国法」を制定・公布している。⁽³²⁾ このように、プロイセン王国は隣接する国家、とりわけ敵対的関係にある国家などから「富国強兵」の分野における技術革新を絶えず貪欲に受け入れて自国の存続と発展を図ってきた国家である。それは「行動する人間」に比肩できる躍動する「行動する国家」であったと言えよう。

②「人権」の国のイギリスとは対照的な「国権」の国のプロイセン王国の在り方が理論的に反映されたヘーゲルの国家概念

さて、このプロイセン王国における国家と個人を先進的近代国家のイギリスのそれと比較して見るなら、その関係は真逆であることが容易に理解される。イギリスでは、18世紀末から19世紀初頭にかけて、「教養と財産」を持つ市民という個人達が商工業を通じて作り上げた「市民社会」が中心になって、その政治的な総括機能を果たす政治機関としての議会及びその最高委員会の内閣という広義の政府（Government）を設立し、それを支えていた。従って、政治の世界

(31) K. C. Pinson, *Modern Germany. Its History and Civilization*, Second Edition, 1966, pp.6～8. 上山安敏『ドイツ官僚制成立論—主としてプロイセン絶対主義国家を中心として—』有斐閣、1964年、41頁以下。その他に次の文献がある。S・ハフナー著・川口由紀子訳『プロイセンの歴史——伝説からの解放』（1979年）東洋書林、2000年；R. v. Thadden, *Prussia: The History of Absolute State*, translated by A. Rutter, 1987.

(32) 上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』ミネルヴァ書房、1987年、第5章「プロイセンの法と国家」、136頁～138頁。なお、このプロイセン一般国法の内容がヘーゲル『法の哲学』の内容と近似している点から、ヘーゲル『法の哲学』の新しい解釈を展開しているのが、R・K・ホツェヴァール著・寿福真美訳『ヘーゲルとプロイセン国家』（1973年）法政大学出版会、1982年、である。

では個人が先で、その個人の自由と安寧を守る政治機関として政府があり、価値序列から見ると、個人が上であった。⁽³³⁾ それに反して、プロイセン王国では、その構成員は初めは屯田兵であったが、国土の拡大と共に征服された人々や、移民、王の結婚などで編入された領地の人々など、その属性は多様であった。一つ共通するのは、戦時には一定の年齢層の男子は軍人とならなくてはならないので、軍隊の階級制度の中にその地位が定められていたし、また平時においてもその能力に応じて国家に貢献するように産業構成の中において職能別に編成されていた点である。そして、この人工的に作られた国家においてその割り当てられた身分 (Stand) の職務を忠実に遂行することが各人の生きがいでもあった。従って、国家から離れて生活することができないので、各個人は国家の中で、かつ国家を通じてその生 (Leben) を全うすることが出来た。つまり、国家あって個人が生きられるので、個人と国家の関係は、イギリスとは真逆で、国家が先にあり、個人はその国家の一員になることによって初めて「人間の自由」を享受することができたと見られる。その結果、当時のイギリスが「人権」の国と称するならば、さしづめプロイセン王国は「国権」の国であり、それ故にそこでは国権主義的考え方が支配的になっていたとしても不思議ではなかろう。このプロイセン王国の国家の在り方が国家理論の上で反映されていたのは、他ならぬヘーゲルの「人倫的理念の実現体」としての国家観である。⁽³⁴⁾ 君主とそれを支える高級官僚団と将校団という国家の中核は、防衛においてのみならず、国内で当時のイギリスに見られる資本主義社会、つまり「欲望の体系」たる「市民社会」の上にあって、それをコントロールするなど、普遍的意志、つまり国益を実現するために国家という有機的団体を動かす、という国家のイメージが形成されていたのである。ヘーゲルはこうした国家のイメージを「現存する神としての国家」⁽³⁵⁾ と表現している。やがてこのヘーゲルの国家観が支配層の間に広がり、プロイセン王国という君主制国家の正統性原理が「王権神授説」であったので、その帰結として国家とは神のごとく国益の実現のために「行為する主体」として擬せられるようになったのである。⁽³⁶⁾

③イギリスの「法の支配」に代わるドイツ的「法治国家」概念の成立

とはいえ、資本主義経済体制の展開と共に、社会秩序の計算・予測可能性をさらに一層高める必要に迫られた。つまり国家は経済主体から見てその行動が予測可能であるような状態にあることが待望されたのである。そこで、イギリスの「法の支配」に代わって、国家の行為は君主が制定した法律 (Gesetz) に従って行われるような仕組みが作り出されることになった。それが「法治国家」(Rechtsstaat) 概念である。1840年代においてヘーゲルの死去後、ベルリン大学の法哲学の講座を受け継いだシュタール (J.Stahl) は、西南ドイツにおける自由主義的市民階級による

(33) B・パディ、P・ビルンボーム、前掲訳書、171頁-207頁。

(34) G・W・F・ヘーゲル著・上妻精、佐藤康郎、山田忠彰訳『法の哲学—自然法と国家学の要綱』下巻、岩波書店、2002年、257頁、426頁。なお、訳者の一人の佐藤康郎『教養のヘーゲルの「法の哲学」—国家を哲学する—』(三元社、2016年)には、「ヘーゲルの国家論においては、国家があってこそ初めて個人の自由もあり得ると言う側面が強調されているように見える」と、述べられている(98頁)。

(35) G・W・F・ヘーゲル、前掲訳書、434頁。

(36) C. E. Bärsch, Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen, 1974, S.68, S.87, SS.161~165.

下からの議会の開設の要求が強まり、それが全独に拡大するや、その要求を形式面では受け入れて、法律の制定主体は問わず、正当とされる手続きに基づいて制定された法律によって支配される国家は「法治国家」である、⁽³⁷⁾と主張した。その後、自由主義的な市民階級は1848年の革命失敗後に政治的に権力意志を喪失し、その背後に迫る労働者階級の解放の手段となり得る全面的な自由主義的な要求を差し控え、ただ議会だけを開設して、立法権を君主と分かち合う形で「法律」に彼らの要求を反映させることで満足するようになった。⁽³⁸⁾プロイセン王国が創設したドイツ帝国はまさにこうした政治的に去勢化された市民階級の要求を政治制度の面で実現させたものである。その際、ドイツ帝国は、英仏の先進近代国家と伍して行くために外見的にもその政治制度は先進近代国家の政治制度と同様なものにする必要に迫られて、国家の行為は「憲法」に基づいて行われるべきであるという考え方が一応採用はされていた。しかし、ドイツ帝国はプロイセン王国を盟主とする22の君主国と三つの自由都市の25か国の同盟体制の性格を持つ連邦国家として編成されていたので、その中央政府を実質的に支配していたのはプロイセン王国であった。従って、ドイツ帝国はプロイセン王国の拡大版に他ならなかった。という次第で、国家の中核部分、とりわけドイツ皇帝を兼ねるプロイセン国王の専権事項、すなわち、軍隊の指揮権、官僚の任命権、外交権などは「憲法」の拘束を受けないようにした。こうして、ドイツ帝国は国家の中核部分が「憲法」の拘束を受けない「外見的立憲主義国家」と言われるようになった。⁽³⁹⁾それは、上記したように、別名「官府国家」とも言う。というのは、君主とそれを支える文武官僚団が上から統治する国家だからである。そして、この官府国家の行為の内、「憲法」の拘束ないし制約を受ける側面、すなわち、国家の「法律によって規律される側面」だけを法実証主義的に研究する学問として国法学（Staatsrechtslehre）が誕生した。それと共に政治学の側面を多く持っていた「国家学」も市民階級の政治的な去勢化と共に形骸化し、国法学へと変質して行く他なかった。こうして、「官府国家」とそれを法学的に弁証する、ラーバント（Paul Laband）の国法学によって、国家の法的側面のみを論理的に整合性のあるように構築した国家概念が展開されて行ったのである。⁽⁴⁰⁾とはいえ、1890年代までには、他方、市民階級の主要部分は政治的に去勢されたとはいえ、なお残存する左派自由主義勢力を代表するギールケ（Otto von Gierke）は、国家はその構成員を含めた有機的な団体であるという有機体的国家論を展開して、国法学の国家概念を批判した。⁽⁴¹⁾1900年、ドイツ国家学の集大成と言われている、G・イエリネック（Georg Jellinek）の『一般国家学』が公表された。それは、カントの認識論に基づく方法論によって、国家は法秩序の側面と社会的団体という二つ側面があるという「国家二面説」を展開した。⁽⁴²⁾こうした国家学・国法学界の動向を見極めつつ、新興の学問として台頭した社会学では、国民自由主義的なM・ウェーバー（Max Weber）は国家をその手段的側面に焦点を当てて次のように定義したことはあまり

(37) E. W. Böckenförde, "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff", in: in: RSF, SS.150-152.

(38) W. Tormin, Geschichte der deutschen Parteien seit 1848, 3. Aufl., 1968, S. 58 f.

(39) 安 章浩、前掲書、72頁－73頁、90頁。

(40) 栗城壽夫「ゲルバーとラーバント—形式主義的憲法理論の機能」、小林孝輔編『ドイツ公法の理論—その今日的意義』一粒社、1992年、68頁。

(41) H.-P. Waldrich, Der Staat. Das deutsche Staatsdenken seit dem 18. Jahrhundert, 1973, S.26, SS.103～108.

(42) G・イエリネック著・芦部信喜他訳『一般国家学』（1900年）学陽書房、1976年、9頁。

にも有名である。「国家とは、ある一定の領域内部で——この「領域」という点が特徴なのだが——正当な物理的暴力行使の独占を（実効的に）要求する人間共同体である。」と。⁽⁴³⁾

④ワイマール共和国時代を代表する三つの国家概念

上記したように、1918年末、敗戦と革命の洗礼を受けてワイマール共和国が誕生した。帝政が崩壊したにも関わらず、文武官僚制のみならず、高級官僚養成機関の大学も無傷のままであった。国家学・国法学者達は、殆どが法学部教授であった。彼らは、アウトサイダーのヘルマン・ヘラーらの少数の社会民主主義者を例外として、ドイツ帝政時代の官府国家を最善の国家とみなしていた。従って、彼らの多くは、国家を、社会的利益と個人の上位にあり、かつ主権的な「行為する主体」としての政治的統一という国家観を保持していた。⁽⁴⁴⁾ 要するに、彼らは政治的態度においては官府国家志向的で、国権主義 (Etatismus) 的であった。その結果、ワイマール共和国になって勢いづいてきた多様な社会的利益を代表する多元的集団の跳梁跋扈、とりわけ社会主義政党的国政の要職の占拠を許す議会制民主政などに対して否定的な反応を示した。その帰結として、多元的社会とそれを代表する政党についても否定的な姿勢を示した。⁽⁴⁵⁾ さらに、彼らはドイツの伝統的な価値観——その象徴は〔自由主義的な「1789年の理念」、つまり西欧の文明に対してドイツの文化を優位を説く〕「1914年の理念」であるが——の守護を主張し、その帰結として西欧的な価値観、その象徴としての普遍的な人権思想には反対し、そのドイツへの浸透・拡大には反対したことは言うまでもない。⁽⁴⁶⁾ とはいえ、上記したように、ワイマール共和国の初期には、所与の共和国の国法を前提にして、それを論理的に矛盾のないように解釈する自由主義的な法実証主義者のアンシュッツ (Gerhardt Anschütz) やトーマ (Richard Thoma) などはワイマール憲法を擁護する解釈を展開した。というのは、法実証主義は所与の国法を前提とするので、当然、法実証主義者による憲法解釈は共和国にあっては帝政とは正反対に、議会制民主政を支え、擁護する進歩的な側面を持っていたのである。⁽⁴⁷⁾ 従って、当然、保守派が圧倒的な影響力を持つ国家学・国法学界の主流はその機能を180度転換させた法実証主義に対して反対であったことは言うまでもない。E・カウフマン (Erich Kaufmann) が1921年に刊行した『新カント学派の法哲学—哲学と法学の関係に関する一考察—』の中で、国家学・国法学における法実証主義の方法論は憲法の理念的な側面や、政治的・社会的な側面に目を背けていると批判し、憲法を総体的に捉える新しい方法論が必要であるという、法実証主義的な国法学に対する批判を展開し、それを契機に国家学の方法論を巡る論争が展開された。⁽⁴⁸⁾

(43) M・ウェーバー著・脇 圭平訳『職業としての政治』(1919年)岩波文庫、1980年、9頁。

(44) C. E. Bärsch, op.cit., S.87 f; F. Günther, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Disziplin und Integration, 2004, S.13.

(45) Ibid., SS.29-30.

(46) K. Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik. Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933, 3. Aufl., 1992, SS.63-93; K. S. Pinson, op.cit., p.315-316.

(47) 古賀敬太『ヴァイマール自由主義の悲劇—岐路に立つ国法学者たち—』風行社、1996、第七章「ゲルハルト・アンシュッツの人と思想」、第九章「リヒャルト・トーマの自由主義論」、308頁以下。E. W. Böckenförde, "Gerhard Anschütz", in: RSF, SS.367~378.

a. ケルゼンの「法秩序」としての国家概念

ケルゼン (Hans Kelsen) は早くから「法秩序」としての国家概念を展開していた。⁽⁴⁹⁾ そして、1925年に刊行した主著の『一般国家学』において法実証主義の国家概念をさらに純化させた、憲法を最高規範とする段階構造を成す「法秩序」そのものが国家であるという考え方、つまり「国家＝法秩序」という国家概念を主張した。⁽⁵⁰⁾ イェリネックの下で学んだことのあるケルゼンは当時オーストリア民主共和国のウィーン大学教授であり、憲法裁判所判事を兼ねていた。彼は後の1930年にケルン大学法学部に招聘されてドイツに移り住むことになるが、1925年当時はまだウィーンにいた。イェリネックが1900年に刊行した、19世紀のドイツ国家学の集大成と言われた『一般国家学』の中で、上記のように国家二面説を展開しているが、ケルゼンはこのイェリネックの説を方法混同主義である、と次のように批判して自説を展開した。「方法が対象を規定する」というカントの認識論に基づく方法に従って、国家の法的側面だけを捉えるなら、それは法秩序であり、また認識方法を変えてその社会的側面を捉えるなら、それは社会团体である、というような国家の捉え方は方法二元論であり、それは誤っている。なぜなら、国家学が法学であるなら、「法治国家」である近代国家の認識に際しては法規範を対象に据えて国家現象を体系的、論理一貫性のあるものとして考察することが正しい方法であるからである、という。彼は、この立場から国家とは「法秩序」である、と主張したのである。本稿では近現代のドイツにおける国家と憲法の相剋関係の様相をフォローしているが、このケルゼンの主張は当時のワイマル共和国にあっては時期尚早の考え方であったように思われる。それは、アメリカ合衆国やボン基本法体制が確立された後の西独ならいざ知らず、当時のドイツではあまりにも現実離れした近代国家の在り方を理想化してそれを理念化したものであったと見られよう。というのは、国家と憲法の進行中の相剋関係の中で見れば、1925年の段階のワイマル共和国では、国家と憲法は互いにその優勢化を競ってせめぎ合っている真っ最中であつたので、ケルゼンの「純粹法学」としての『一般国家学』は観念形態を装った近代立憲主義憲法思想によるドイツ的国家の「征服」の表現のように映ったと見られても不思議ではなからう。ちなみに、敗戦によって多民族国家のオーストリア・ハンガリー二重帝国は分解し、ドイツ人主体のオーストリア民主共和国が1919年初めに、右派社会民主主義のドイツのSPDとは違って左派社会民主主義のオーストリア社会民主党によって創立されていた。ケルゼンは憲法起草に参画し、彼の主張が取り入れられて憲法裁判所も設置されていた。アメリカ合衆国やスイスのように憲法を最高規範とする新しい法体系が樹立され、それに基づいて「統治機構」は形式的にはオーヴァーホールされたかのように見えた。こうした従来の政治体制の変革の後に突如出現した近代立憲主義国家という新しい政治環境の中でケルゼンの

(48) K・ゾントハイマー著・河島幸夫他訳『ワイマル共和国の政治思想』（1968年）ミネルヴァ書房、1976年、63頁以下。P. C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, 1997, p.78 f; A. J. Jacoson & B. Schlink, *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, 2000, p.191 f; P. Unruh, *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein Verfassungstheoretischer Vergleich*, 2004, S. 47 f.

(49) H・ケルゼン著・法思想21研究会訳『社会学的国家概念と法学的国家概念』（1922年）晃洋書房、45頁、89頁以下。

(50) H・ケルゼン著・清宮四朗訳『一般国家学』（1925年）岩波書店、1936年、1971年（改版第一刷）、27頁、79頁以下。

「法秩序」としての国家概念が樹立されていたことは忘れてはならないであろう。⁽⁵¹⁾ もし、このことを忘れるなら、彼の主張は荒唐無稽なものとして誤解されることであろう。実際、敗戦と革命という突発事件の後に即席に作られたオーストリア民主共和国は間もなく危機を迎え、その存在に終止符が打たれる。つかの間の出来事であった。恰もユダヤ人のケルゼンのその後の運命と同様に、である。ところで、彼の学問を弁護するわけではないが、当時のドイツでは時期尚早のこのケルゼンの国家概念は、彼の方法一元論に基づく主張であった点は止目すべきであろう。というのは、彼が現実の国家の社会学的側面、つまりM・ウェーバーの言う「正当な物理的な暴力行使の独占を（実効的に）要求する人間共同体」の側面を学問的に無視していた訳ではないからである。彼は、国家を社会学の認識方法論に基づけば「社会的現実」（soziale Wirklichkeit）——『一般国家学』の邦訳者の清宮四朗はこの「社会的現実」を「社会的実在」と邦訳している——である、と述べているのである。⁽⁵²⁾ 当時のドイツの社会学では、社会的現実とは人間の行為（Handlung）の結合体、つまり「行為結合体」（Handlungsgefüge）を意味していた。M・ウェーバーは、社会を構成する最小の単位は人間の行為であり、それは意味（Sinn）と活動（Wirkung）から成る、と説明している。⁽⁵³⁾ ある意味が指し示す方向へ肉体の動きが作用する活動があつて初めて人間の行為が成立する。人間の行為が当為という規範（Norm）の指し示す方向へ定型化された場合、それは行動様式（Verhalten）——「行態」とも邦訳されるが、英語訳はBehaviorである——という。この人間の行動様式が規範ごとに組織化されたのが秩序（Ordnung）である。そして、国家の法規範（Rechtsnorm）に基づいて体系的に組織化された人間の行動様式の結合体が法秩序（Rechtsordnung）である、と考えられる。つまり、規範的に考察するなら、国家は法秩序とすることになるのである。しかし、他方、国家の法規範に基づいて結合された「行為結合体」ないしは「行為構造」（Handlungsstruktur）は社会的現実ということになるのである。ケルゼンは、社会学的認識方法論から国家を捉えるなら、それは社会的現実、つまり近代国家では憲法を最高規範とする法体系の下に組織された人間の活動統一体（Wirkungseinheit）であり、従って、それを研究対象とする学問は国家社会学である、と述べられている。⁽⁵⁴⁾

b. シュミットの「決断」統一体としての国家概念

さて、このように当時のドイツ実情から推察して近代立憲主義国家の在り方をあまりにも理想主義的に理念化した、ケルゼンの国家概念に対して真逆の国家概念を対峙させたのはシュミットであった。彼は、国家という「政治的統一体」については、ヘーゲルの国家概念の核心部分に当たる「行為する主体」の「行為」の作用の側面を重視して、それを「決断」（Entscheidung）と規定し直して、国家は政治的「決断」を下す統一体である、という国家概念を展開した。何故に彼が「決断」を重視したのか、その理由は彼の独特な政治概念に起因するので、少し横道に逸れる

(51) 長尾龍一『ハンス・ケルゼン自伝』慈学社出版、2007年、51頁－54頁。細井保『オーストリア政治危機の構造—第一共和国国民議会の経験と理論—』法政大学出版局、2001年、45頁－51頁、136頁－140頁。

(52) H・ケルゼン著・清宮四朗訳『一般国家学』、11頁。

(53) M・ウェーバー著・林 道義訳『理解社会学のカテゴリー』（1913年）岩波文庫、1968年、16頁、32－33頁；M・ウェーバー著・清水幾太郎訳『社会学の根本概念』（1922）岩波文庫、1972年、8頁－9頁。

(54) H・ケルゼン著・清宮四朗訳『一般国家学』、32頁－33頁。W. Schluchter, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, 1968, SS.48～52.

嫌いがあるが、それを当時のドイツの政治的布置の中で少し探ってみることにしたい。彼は、ロシア革命や失敗したドイツ革命を経験し、社会主義勢力がドイツ国家を社会主義国家へと変革しようとする姿勢を依然として堅持しており、従って当時の時代は「危機の時代」、つまり「例外状態」と認識していた。彼を含めて保守的な国家学者達は、国家の正統性の原理が民主主義に代わったという厳然たる事実を一応認めた上で、それと折り合う形で、どうすればドイツ民族の国民国家としての「ドイツ帝国」を再建することが出来るのか、その方途をそれぞれが探っていたと言ってもよかろう。従って、彼らがどのような「ドイツ帝国」の再建策を構想していたのかを知ることは、彼らの国家概念を知る上での前提となるのである。そして、それを知るためには、とりわけシュミットに関しては、まずワイマール共和国の枢軸政党の中央党について若干知って置く必要があるように思われる。

ドイツ帝国創立時にビスマルク首相を支えた二つの支配政党があった。一つは大地主（ユンカー）の利益を代表する保守党であり、もう一つは自由主義的市民階級の右派の大資本家層を代表する国民自由党である。帝国創立の初期は、ビスマルクと国民自由党との関係は良好で、同党の要求する宗教と教育の分離を図るべしという自由主義的教育政策が一時採用されたことがあった。この動きに反発したカトリック教会とその権益の擁護を目指す政治勢力が新しい宗教政党の「中央党」を創立し、ビスマルク政権に抵抗した。それに対して、ビスマルクは間もなく保護貿易を要求する保守党の圧力もあったが、何よりも帝国創立後パリ・コミューンに象徴されるような社会主義勢力の急速な台頭に直面して、それに対抗する保守勢力の再編成の必要性を痛感し、その一環として自由主義的な教育改革路線を撤回し、中央党の体制内政党へと抱き込む方針転換を行って、同党を自分の支持政党に変えてしまった。この中央党はドイツ帝国の人口の約3分の1のカトリック教徒を代表する宗教政党であり、その黨員構成は右には大資本家、大地主、左には労働者階級を代表する労働組合を擁する全国民を横断する政党であった。従って、政治の舵取りを保守勢力が掌握している時は、同党の右派が党の実権を掌握して、政権党と組み、次にドイツ政治が全体として左傾化すると、その左派の労働組合が党の実権を握って政権党と連立する万年与党的な性格を持つようになっていた。同党はこの日和見主義的な性格を如何なく発揮して大戦末期には同党左派がSPDに同調することになり、その延長線上で、帝政崩壊後は、SPDと組んでワイマール共和国の建国に参画した。そして、多党化傾向の著しい共和国の政党状況の中で連立政権が常態化するが、共和国初期にはSPDと自由主義左派勢力の結集政党の民主党と結んで3党から成る「ワイマール連立」政権を樹立し、次に共和国政治が漸次右傾化し始めると、同党の実権は中道派へ移り、さらに後期の共和国政治の右傾化と共にその右派が党の実権を握り、末期まで連立政権の枢軸的な政党として共和国の政治の中核において大きな影響力を保持し続けたのであった。1930年以降の大統領独裁時代の首相は中央党のブリューニングであった。⁽⁵⁵⁾

カトリック教徒のシュミットはこの中央党に属していた。彼はフランス文化の影響の濃いライン河左岸地帯の出身である。家が貧しく母方の叔父の援助で学業を終えることができたと言われている。彼は、1914年に著作『国家の価値と個人の意義』でビスマルクが独仏戦争勝利後フラン

(55) H. Grebing, *Geschichte der deutschen Parteien*, 1962, SS.82～106; S. Neumann, *Die Parteien der Weimarer Republik*, 1932, 1965, SS.41～48.

スから奪い返したシュトラスブルク大学で教授資格を修得した後、間もなく始まった第一次大戦の間、ミュンヘンの軍管区戒厳司令部で勤務し、当時のドイツの戦時体制の運用実態を直接見聞した。ドイツ敗戦後、ミュンヘン大学でM・ウェーバーのゼミナールにも参加していた。⁽⁵⁶⁾ 彼は1921年に『独裁』を刊行し、次に1922年に『政治神学』を刊行した。同書の冒頭に「主権者とは非常事態＝例外状態 (Ausnahmezustand) を決定する者である」⁽⁵⁷⁾ と述べている。その主張は次のように解される。すなわち、資本主義体制から社会主義体制への社会経済体制の暴力的変換を企てたロシア革命、そして二年後のドイツ革命やオーストリア革命による政治体制の変換を目の当たりにしたシュミットは、まず国家を相対的に捉える考え方を身に着けるようになり、次に革命後に新しい国家が誕生し、それが法秩序を回復する事態の成り行きを観察して来たと思われる。そうした観察の中で、彼は、例外状態という革命において、古い「法＝秩序」(Rechtsordnung) が崩壊してしまつて無政府状態になつても、人間の社会であればその様々な分野ではなお秩序が残っており、それらを前提にして新しい国家を打ち立てる革命権力——彼はこれを「憲法制定権力」と言う——が古い法 (Recht) を廃止し、新しい法を創出して、それに基づいて新しい「法＝秩序」を作り出すが、こうした新しい権力構成体 (Machtgebilde) を作り出す決断を下し、かつそれを実行に移す者こそが主権者である、とすることを、彼の著作の冒頭にある文章が意味しているものと解されよう。こうした主権者論から、当然、彼は法 (Recht) は例外状態を正常状態 (=新しい法秩序) へと変える決断を下し、それを実行した者、つまり主権者の「決断」(Entscheidung) から生まれる、という考え方を打ち出した。つまり、こうした法以前に決断ありという考え方から、彼は、「決断は、規範的に考察すれば、無から生まれる」⁽⁵⁸⁾ と述べている。このように、シュミットによれば、革命という例外状態を正常状態に変える新しい国家が誕生し、その国家は憲法を最高規範とする新しい法規範体系の下に編成されることになる。そしてその国家は新しい政治体制に他ならないので、国家とは政治体制であり、そして近代国家では憲法体制に他ならない。従つて、彼は、上記の『憲法学』序文では、「国家は Verfassung である。すなわち、本質的に今ある状態、統一と秩序の状態 (Status) である。」⁽⁵⁹⁾ と言い切っている。以上のように、シュミットは、ケルゼンの言う「法治国家」、つまり近代立憲主義憲法によって全面的に拘束される国家権力に関する見方に対して、国家権力こそが法を創設するのだ、と主張して、法と権力の関係においてケルゼンとは真逆の考え方を展開したのである。このように、危機の政治学者シュミットは例外状態においてこそ物事の本質が最もよく現れるのだと言う「物の見方」を取っており、その視点から、例外状態にある創設期の国家に焦点を当てて、新しい法を創出する権力構成体の姿を念頭に置いて国家概念を構築していたのに反して、ケルゼンの場合は、

(56) 長尾龍一「カール・シュミット伝」、『著作集I』、430頁-434頁。なお、シュミットの伝記については、彼の政治思想の研究と兼ねたものとして次のものがある。G・シュワープ著・宮本盛太郎他訳『例外の挑戦——カール・シュミットの政治思想1921—1936』(1970年)みすず書房、1980年；J・W・ベンダースキー著・宮本盛太郎他訳『カール・シュミット論—再検討への試み』(1983年)お茶の水書房、1984年；初宿正典『カール・シュミットと五人のユダヤ人法学者』成文堂、2016年、などがある。

(57) C. Schmitt, Politische Theologie, Neunte Aufl., S.13.

(58) Ibid., SS.39~38.

(59) C・シュミット著・阿部照也・村上義弘訳『憲法論』、31頁；C. Schmitt, Verfassungslehre, Zehnte Aufl., 2010, S.4.

近代立憲主義国家が完成したその後の姿を念頭に置いて、彼特有の法学方法論に基づく国家概念を構築していたように思われるのである。

シュミットのみならず、ワイマール共和国時代のドイツの国家学者達は、ドイツ帝国の国家観の核心にあるヘーゲルの国家概念を保持していた。そして彼らが国家について論じる時は、時代の変化に合わせて、また己の政治的な立場に沿ってヘーゲルの国家概念の核心部分は残したままその部分的な修正を図っているのである。換言するなら、彼らは、国家とは主権的な政治的統一体であるという国家概念をまずは前提にした上で、それぞれ独自の国家概念を展開しているのである。⁽⁶⁰⁾

シュミットは、上記のように、ケルゼンとは近代国家へのアプローチの視点が正反対であり、その帰結としてケルゼンの「法秩序＝国家」という国家概念とは真逆の考え方を展開した。彼は、1927年のベルリンにある「ドイツ政治大学校」での自分の国家と政治に関する考え方をまとめた講義録に手を加えた『政治的なものの概念』を1932年に刊行しているが、その中で、国家とは「全体として自主的に友敵〔区別の〕決断を下す、「組織された政治的統一体」である」⁽⁶¹⁾、と述べている。こうした定義にはドイツ国家を巡る環境の変化の中で1922年の『政治神学』の「例外状態を決定する者が主権者である」という考え方のさらなる進化が見られるので、それを見て置きたい。『政治神学』やその前年に出した『独裁』において彼が引用している文献や記述から推察されるのは、まず『独裁』ではドイツ国家を内から破壊する社会主義運動を動かしている政治思想、とりわけマルクスやエンゲルス、カウツキーやオーストリア社会民主党の理論的指導者のM・アドラー、さらにレーニンの政治理論、並びに無政府主義者の政治理論や、とりわけエンゲルスやレーニン、M・アドラーのプロレタリア独裁や国家死滅説に関する考え方を徹底的に究明しており、それと並んで独裁については、さらにローマ時代の独裁からソ連で樹立されたいわゆる「プロレタリア独裁」を政治的に研究している。⁽⁶²⁾『政治神学』では、フランス革命、いわゆるブルジョア革命に反対し、王政復興を唱えるフランスやスペインの反動的政治思想家の考え方を研究して、その上に立脚して既存の政治的統一体を破壊する側、そしてその逆のそれを保守する側の主張のそれぞれの普遍的要素とその個別的要求を検証して彼らが弁証する普遍主義的な政治理論の欺瞞性を暴露し、かつその主張の詭弁性を分析している。⁽⁶³⁾ そこから、ドイツ国家を社会主義勢力の破壊から守るためにいかなる心構えが必要であるのかという問題関心から、彼は社会主義革命という「例外状態」を克服し「正常状態」を復活させる決断を下す者が誰なのか、それを明らかにしようとしたと言えよう。ところが、『政治的なものの概念』では、彼はドイツ国家の危機を内ではなく、むしろ外から捉え直すと言う国家を観察する視点を180度変えて

(60) C. E. Bärsch, op.cit., S.166.

(61) カール・シュミット著・菅野喜八郎訳「政治的なものの概念」、『著作集I』、2007年、257頁。なお、ナチ時代までのシュミットの国家概念の変遷をフォローした研究として次の文献がある。古賀敬太『シュミット・ルネッサンスーカール・シュミットの概念思考に即して』風行社、2007年、「第二章 シュミットの国家概念——主権国家からグロース・ラウムへ」、8頁－120頁。

(62) カール・シュミット著・田中浩他訳『独裁ー近代主権論の起源からプロレタリア階級闘争まで』未来社、1991年。

(63) カール・シュミット著・長尾龍一訳「政治神学」、『著作集I』、第四章「反革命の国家哲学」（40頁－50頁）。

いる。それは彼を取り巻く政治状況の変化の現れである。

ワイマール共和国は1923年末頃には社会主義革命の危機を乗り越えており、同時にドーズ案で賠償問題も暫定的に解決され、その結果、アメリカからの資本流入が始まり、経済の復興も緒に就き始めていた。さらに、1925年の初代大統領のSPD出身のF・エーベルト大統領の急逝に伴う第二代大統領選挙で保守勢力の統一候補のドイツ帝国最後の参謀総長ヒンデンブルク元帥が当選していた。そして、共和国の頂点に民選の「代用君主」が座ることになり、上からドイツ帝国の再建の道が開かれることになった。ドイツはヴェルサイユ講和条約の受諾か、それとも再び戦争か、という二者択一を迫られ止む無く同条約を受諾した。それはドイツ国家を地上から抹殺を目論んでいるとしか考えられないような苛酷極まる、ドイツにとって屈辱的な不公平な内容を盛り込んだものであった。その受諾によってドイツは主権を大幅に制限され「半国家」の地位に突き落とされてしまった。戦勝国の英米仏、とりわけ仏英は、人類、人道主義、世界平和、国際協調、正義、自由、民主主義、民族自決論などの普遍的な政治原理をもって彼らの一方的な要求を正当化し、ドイツにその誠実な履行を迫った。シュミットは、何故に仏英の近代国家がこうした行動を取り、その行動を普遍的な政治原理で正当化しているのか、そのメカニズムを究明するの必要を痛感し、マキアヴェリからルカーチまでの英仏独の近代政治思想を批判的に研究した。とりわけピューリタン革命期に政治と国家の関係を徹底的に究明したトマス・ホップズが内乱の中にあつて、近代社会契約論を用いて人間の生命を保障するのは主権を持つ政治的統一体であり、法を作るのはこの政治的統一体の権威である、と主張しているが、この主張を、彼は受け入れ、さらに人間の本性は危険で、取扱注意を要する動物であるという人間性悪説をも受け入れて、ホップズに自分自身を重ね合わせる形で、次のような政治に関する考え方を展開したのである。人間事象のどこにでも友敵関係が見出されるが、その関係の強度が極限状態に達して、もはや敵を抹殺しなくてはならないと感じられる時、政治現象が生まれる。従って、政治の本質は友敵を厳然と区別し、最悪の場合は敵を実存的に他者と見做してそれを絶滅することである、と述べている。⁽⁶⁴⁾ 彼はこうした新しく考え出された政治の本質観に基づいて、上記のような国家の定義が行ったのである。さらに、彼は、同書で次のように彼独特の歴史哲学に基づいた近代国家の変容の三段階説を述べている。ある人民 (Volk) が内外において友敵を区別し、究極の場合、その実存を賭けてその敵を絶滅する戦いを決断する決然たる意志とそれを実行できる手段を備えた時、初めて政治的統一体が生まれるが、近代においては、それは17世紀に誕生したフランスの絶対主義国家がその典型である。近代国家の第一段階はこの絶対主義国家の時代であるが、それはドイツでは当然プロイセン絶対主義国家である。彼は、このプロイセン王国を法哲学的に弁証したヘーゲルの国家観、とりわけ国家と社会の二元論をベースにして、近代国家の変容について説明する。ヘーゲルによると、「人倫的理念の実現体」である国家は「欲望の体系」の社会を普遍的意志に基づいて統治する。この時代は国家と社会が一元化された状態にある。国家の保護の下に資本主義経済システムが確立され、経済社会が発展し、分業のさらなる展開と共に、多様な社会的利益団体が族生し始める。国家権力の強化と共に、国内では平和と秩序が確立され、あらゆる分野で友敵

(64) カール・シュミット著・菅野喜八郎訳「政治的なものの概念」、『著作集 I』、254頁-255頁、263頁-265頁、291頁。

関係の強度が弱まり、経済分野では友敵関係は「競争」へと形態変容し、倫理（精神性）分野では「討論」へと形態変容する。経済社会の主要な勢力として登場したブルジョア階級はその自立化を求めて、まず国家の経済社会への介入の排除、つまりその「脱政治化」を求め、それが成功して経済社会の自由主義化が実現する。その次にブルジョア階級は国家を彼らの社会経済的利益のために利用しようとして、国家の自由主義化を求めた。その要求は政治原理として自由主義として定式化され、それは統治形態としては議会主義的統治となって結実した。その結果、近代国家の第二段階の自由主義国家の時代が出現して、議会が立法権を保持するようになった。それは国家と社会の二元論の時代である。国家は「脱政治化」され、国家権力は「中立化」され、政治は社会のあらゆる利益集団を代表する政党が中立化された「国家権力」の獲得を巡って「競争」し、国家の意志は議会で各政党間の「討論」によって決められるようになる。その結果、政党を媒介にして、社会の各種利益団体が議会を入り口にして国家を蝕む状態になる。この自由主義的段階の国家においては、国家と社会が相互浸透し、両者が融合するが、その実態は私利私益が蠢動する「動物王国」の社会による国家の普遍的意志の抑圧である。この国家は「量的全体国家」である、と彼は定義した。⁽⁶⁵⁾ この近代国家の「対自的」段階の量的全体国家を〔内外の友敵区別を決断する〕政治的感覚を取り戻した国家が再び普遍的意志に基づいて社会をコントロールできる「質的全体国家」に変える必要がある。なぜなら、それによって、国家は再び政治的に「指導を行う統一体」(massgebende Einheit)として再建されることが期待されるからである。⁽⁶⁶⁾ と。

以上のような近代国家の三段階変容説に基づいて、彼は、1930年に刊行した「フーゲー・プロイス——その国家概念及びドイツ国家学上の地位——」で、ギールケの弟子のプロイスの有機体的国家概念を紹介する形を取って、近代ドイツにおける国家概念の展開を論究しているが、その中で、当時のワイマール共和国を近代国家三段階変容説に基づいて次のように診断している。

シュミットはワイマール共和国が自由主義的段階の国家となっていると捉えたことは言うまでもない。上記したように、ワイマール共和国はボルシェヴィキ革命を阻止するために「窮余の策」として「即席に」作られた妥協の産物であるので、それは「誰も望んでいなかった」。SPDは憲法第76条を利用して共和国を社会主義社会へ変えようとする長期的な目標を抱いているので、それを過渡的な国家であると見なしていた。逆に、SPDの対極にある後述の超保守主義政党の国粋人民党も、SPDと同じく憲法の改正条項を利用して帝政復活を目指していた。従って、世界観を異にするあらゆる政治勢力が目指す将来の国家の実現に対して、同共和国は開かれた価値「中立的な」国家であったと言えよう。こうしたワイマール共和国の在り方をシュミットは『フーゲー・プロイス』の中に、「何も知らず、何も区別しない「不可知論的国家」または「中立的な国家」と捉えていた。⁽⁶⁷⁾ そして、彼は、市民階級と労働者階級の協調を可能ならしめる方式として生まれた共和国は「内政上の対立」に対して「可能な限り最高度の中立性を保持する」国家で

(65) 同前訳書、249頁－252頁、284頁－285頁、297頁－300頁。なお、カール・シュミットが「量的全体国家」を詳しく論究しているのは、1931年刊行の『憲法の番人』（川北洋太郎訳、1989年）においてである。105頁以下。参照：注（91）

(66) カール・シュミット著・菅野喜八郎訳「政治的なものの概念」、『著作集I』、268頁、293頁－302頁。

(67) カール・シュミット著・上原行雄訳「フーゲー・プロイス（1930）——その国家概念およびドイツ国家学上の地位——」、『著作集I』、230頁－232頁。

ある、と批判した後、ワイマール憲法解釈では、SPDの議会主義戦略に対して、上記したように、自著『憲法学』で展開された憲法理論に基づいて不可であると釘をさす次の主張を行っている。「ワイマール憲法は、それが遵守され、共同国家の可能性が確保されている限り、一つの「階級間平和」として把握され得る。しかし、基本的諸原則を否定し、敵対者から平等の機会を奪うために時の合憲的権力が利用されるならば、ワイマール憲法は中立の基盤たることを止めて、それと共に、この憲法自体が否定されることになる。他の点では完全に中立的なワイマール憲法といえども、自らの基本原理に対しては中立ではあり得ないからである。」⁽⁶⁸⁾ このように、彼は、労働者階級を代表するSPDなどの国益よりも自己の階級利益の実現を目指して政党を通じて議会に入り込み、「現存する神としての国家」が特殊利益の手段にされているような現在のワイマール共和国のような国家は「量的全体国家」であると断罪し、その代わりに、鋭く研ぎ澄まされた「政治的」感覚を有し、かつ普遍的意志を代表する「国家の中核」＝高級官僚団と軍部を中核として、民主政時代に相応しい、国民によって直接選出された大統領を「代用君主」として頂く国家が「社会」をコントロールする「質的全体国家」の樹立を主張し、シュライヘル将軍に期待をかけたのであった。⁽⁶⁹⁾

c. スメントの「統合」としての国家概念

次に、ワイマール共和国時代を代表する国家概念については、以上述べたシュミットと並んで代表的な国家概念を展開したのはスメントである。彼の国家概念を見る前に、同じ保守陣営に属しながら、シュミットとは異なる彼の政治的な立場について少し触れて置きたいと思う。スメントは、プロテスタントであり、ワイマール共和国成立時に保守党と国民自由党の右派が合同して設立された超保守主義の国粋人民党に所属していた。国粋人民党は、共和国の初期には共和国反対、帝政復活を唱えていた。ところが、上記の通り、1925年に共和国第二代大統領選挙でヒンデンブルク元帥が当選した後、上からの帝政国家の復活の道が開かれたことから、国粋人民党は共和国反対・帝政復活の立場を引っ込めて共和国を支持する方向転換を図った。⁽⁷⁰⁾ スメントは、敗戦と革命によってドイツ帝国が瓦解したのは、国民の国家への帰属意識が薄くなった結果であると分析していた。従って、失いかけている国民の国家への帰属意識を再覚醒させ、それを強化させる他に、瓦解した国民国家としてのドイツの再建の道はないと考え、国家をその基底において支えている文化と価値の共同性を全国民が再び共有できるようにする道を探り、国民の国家への帰属意識を再覚醒させ、強化することを「統合」(Integration) という概念で捉え直した。つまり、国家はその構成員たる国民の国家への帰属意識から切り離された存在ではない。国家は国民によるその国家への帰属意識の絶えざる更新の過程、すなわち「日々の国民投票」である。彼は、以上のような国家とはこの「統合」事象、ないしは「統合」過程であるという国家概念を

(68) 同前訳書、231頁。SPDの憲法改正条項(第76条)を利用して合法的に社会主義を実現しようとする革命戦略を憲法論でブロックしようとするシュミットの『憲法学』の主張と同じ考え方を展開したのは、トリーベルヤビルフィンガー(Carl Bilfinger)であった(E.-W. Böckenfelde, op. cit., S.336. n.81; P. C. Caldwell, op. cit., p.83.)。

(69) E. Kennedy, Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar, 2004, p.164; Ch. Gusy, "Kurt von Schleicher (1882-1934)", in: M. Fröhlich(Hrsg.), Die Weimar Republik. Portrait einer Epoche in Biographien, 2002, S.277.

(70) W. Tormin, op.cit., SS.173-176.

1928年春に刊行した『憲法〔体制〕と実定憲法』で打ち出した。丁度、シュミットの『憲法学』が刊行された同じ年であった。シュミットは、共和国の安定化の兆しが展望される中で、SPDが憲法第76条の憲法改正条項を利用して社会主義を平和的に実現しようとする方向を封印することを目指して、憲法に焦点を当てて『憲法学』の樹立を企てたのには反して、スメントは、ヒンデンブルク大統領を頂点に頂く共和国をより安定させ、強化させて行くために、この共和国という国家の「統合」過程を法的に規律化するのが憲法〔体制〕として捉え直していたのである。⁽⁷¹⁾ 要約するなら、スメントは、その「統合理論」では、個人と〔国家〕共同体は弁証的な関係にあり、従って国家も独立の実体ではなく、それを構成する個人が共有する国家への帰属意識を彼らの中で絶えず想起・自覚する精神的な連関の「意味統一性」(Sinnlichkeit)・「体験統一性」(Erlebniseinheit)、今日の社会システム論の用語で置き換えるならば、コミュニケーションのシステムである、⁽⁷²⁾ という国家概念を展開したのである。それは「国民意識を持った人民の精神的共同体」とも解される国家概念である。このように、ワイマール共和国時代の国家学・国法学界においては、ケルゼンの「法秩序」としての国家概念、シュミットの「決断」統一性としての国家概念、スメントの「人民の精神共同体」としての国家概念の三つが出揃った。

この三つの国家概念は、上記のように、国家を捉える認識視点やワイマール共和国に対する政治的態度の違いから生まれたものであり、つまり、部分をもって全体を表す概念として、全体としての国家のある側面を形象化したものと考えられよう。ちなみに、この三つの国家概念は、ナチ暴政を経て誕生した西独においては、ワイマール共和国の国家学・国法学界のアウトサイダーであったヘルマン・ヘラーによって、ナチ政権成立後に統一的に解釈されていたのであるが、このヘラーの国家概念を媒介にして、シュミット左派の国法学者として著名なベッケンフェルデ(Ernst-Wolfgang Böckenförde, 1930～)の国家概念において継承されることになるのである。

⑤ヘルマン・ヘラーの「組織＝行為構造」としての国家概念

そこで、西独における国家概念の変容を見る前に、ヘラーの国家概念を簡単に紹介しておきたい。ヘラーが国家学・国法学界のアウトサイダーであったわけは、彼が上記したようにSPD党員であったからである。とはいえ、彼の政治的な信条はナショナリストである点では国粋人民党員のスメントと変わらないが、ワイマール共和国に対する態度において異なっていた。シュミットやスメントは共和国に対しては冷ややかな態度をとっており、国家権力の正統性原理が民主主義になってしまった時代にできる限り適合可能な形のドイツ帝国型権威主義的な国家の再建を夢見ていたと言える。それに反して、ヘラーはワイマール共和国を「歴史的発展によって与えられ

(71) R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*(1928), in: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*(以下、SAと略す), vierte Aufl., 2010, S.189. なお、スメントの政治思想に関する研究文献としては次のものがある。前掲の古賀敬太『ヴァイマール自由主義の悲劇』、第五章「ルドルフ・スメントの統合理論と自由主義批判」(189頁-230頁)や、手塚和男「ルドルフ・スメントの政治理論」、宮田光雄編『ヴァイマル共和国の政治思想』創文社、1988年、309頁-359頁。

(72) 西原博史「統合と自由——R・スメントの基本権論に関する覚書——」『早稲田社会科学研究』第47号、1993年、3頁-4頁；同『自律と保護—憲法上の人権保障が意味するものをめぐって—』成文堂、2009年、136頁。

(73) ヘルマン・ヘラー著・安世舟訳『国家学』(1934年)未来社、1971年、訳者解説、455頁。

た最終的国家形態」とみなしていた。⁽⁷³⁾ 従って、共和国に対する政治的態度やその国家観において異なってくるのは当然と言えよう。とはいえ、シュミットはビスマルク帝国の崩壊の理由として「ドイツ労働者階級を統合するに至らなかった」点を挙げており、スメントも国民精神の「統合」としての国家観を主張しているのも、その主眼は共和国の危機の主要な原因が国民の圧倒的な多数を占める労働者階級を統合するに至っていないところにあるとの認識にあった。その点をシュミットも指摘している。⁽⁷⁴⁾ ヘラーの認識もスメントと同じで、従って、彼は、労働者階級を市民としての徳性と教養を持った国民へと成熟させることこそが共和国安定の最重要課題であると考えて、SPDに加わった人である。そのため、彼はSPDの最右派に属していた。彼はマルクス主義の階級闘争観を批判し、階級闘争とは労働者階級がドイツ国民になること、すなわちドイツの文化共同体に加わることだという独特な階級闘争観を主張して、共和国初期には労働者階級の成人教育のリーダーシップをとっていた。⁽⁷⁵⁾ そして、1925年、ヒンデンブルク元帥が第二代大統領に当選し、共和国が上からのファシズムの傾向を示し始めるや、それに対抗して、彼はワイマール共和国の自由で民主的な制度を守るために国家学・国法学界に転身して、政治理論の面でワイマール共和国を擁護する活動を展開したのであった。その転身を象徴する仕事は1927年に公刊された『主権』(Die Souveränität)である。その中で、彼は、ケルゼンの「法秩序」としての国家概念については、シュミットの「決断」統一体としての国家概念に依拠して批判するが、シュミットの「決断」統一体としての国家概念は内外において規範から切り離されている点——この考え方はヴェルサイユ条約の重圧下にあるドイツ人としては理解できることではあるが——を批判し、そもそも国家は西洋のキリスト教社会の普遍的な「倫理的法原則」の実現を目指している限り、それが正当化されるので、国家とは「倫理的法原則」の拘束を受ける「決断統一体」である、と主張した。⁽⁷⁶⁾ そして、1932年、ユダヤ人として長く閉ざされていたフランクフルト大学法学教授に就任して一年もたたずして、ヒトラーに追われて1933年スペインに亡命し、同年11月に帰らぬ人となった。享年42歳であった。彼は死ぬ直前まで、ドイツ国家学の批判的な総括を行った『国家学』の執筆に全力を傾けていた。そしてその遺稿が翌年、オランダで刊行された。その中に、彼は国家を組織として捉え、上記の三つの国家概念がそれぞれ国家の一部分のみを国家と捉えている、と批判し、この三つの国家概念を統一させた彼独自の国家概念を次のように展開した。「国家的統一体は…特定の性質を持った組織された人間の活動統一体(Wirkungseinheit)である。組織の法則は国家の最も基本的な構成法則である。」一般に、組織には①多数の人間の共同活動、②秩序の定立と確保、③特殊な機関、の三つの要素が看取される。国家を含めて「すべての集合的行為統一体は組織された行為結合体(Handlungsgefüge)、すなわち、機関によって意識的に決断及び活動の統一体に秩序付けられた行為結合体である。」換言するなら、「国家的統一体は行為結合体という現実的な統一体であり、人間の共同活動としての行為結合体の存在は特殊

(74) カール・シュミット著・上原雄雄訳「フーゴ・ブロイス(1930) —その国家概念およびドイツ国家学上の地位—」、『著作集I』、232頁-233頁。

(75) ヘルマン・ヘラー著・安 世舟訳、前掲訳書、訳者解説、258頁-261頁。ヘラーの文化論的に組み替えた階級闘争論が展開されたのは、「社会主義と国民」(1925年)においてである。その邦訳はヘルマン・ヘラー著・大野達司他訳『ナショナリズムとヨーロッパ』風行社、2004年、に収録されている。79頁-80頁。

(76) ヘルマン・ヘラー著・大野達司他訳『主権論』(1927年)風行社、1999年、38頁-39頁、47頁。

な「機関」の意識的に有効な統一形成を目指す行為によって可能となる。」⁽⁷⁷⁾ 以上のヘラーの国家概念を、上記のケルゼン、シュミット、スメントの三つの異なる国家概念を念頭に入れて、言い換えるなら次のようになるであろう。すなわち。人間団体は活動するためには、それは組織化されなくてはならないが、組織には必ずその目的を定めた規程があり、その規程に基づいて設けられた機関がその規程に沿って、その構成員の活動を方向付けて指導を行う。つまり決断を行う。国家を組織として捉え直すなら、政府は国家機関に当たり、次に組織規程は憲法を最高規範とする「法秩序」に当たり、最後にこの「法秩序」を遵守し、かつそれが方向づける目的に向かって国民が共同活動する動的な統一形成過程が国家の「生」(Leben)の現実であると見られる。このように、ヘラーは、国家機関は、内外の環境に対して、「行為する主体」として、国家の目的たる憲法を最高規範とする「法秩序」を守り、次に国家を発展させるためには究極的には規範に囚われることなく「決断」し、そしてその「決断」に沿って国民の一人一人の行為を国家の目的実現に貢献できる共同活動へと導く、終わることのない活動統一過程、つまり「行為結合体」であると見られよう。⁽⁷⁸⁾ それ故に、ヘラーは、国家とは「組織化された決断と活動の統一体」である、と定義したのである。なお、ヘラーは、1930年9月の選挙でナチ党が躍進するや、ナチ党の全体主義的独裁の可能性をいち早く感じ取って、自由民主主義国家を意味する「市民的法治国家」を、市民と同様に労働者もその自由権を享受出来ることを可能にする社会的・経済的条件が整備される「社会的法治国家」への転換を、ナチ党が主張するドイツの未来像に代わる選択肢として示した。⁽⁷⁹⁾ さらに、ナチ党の一方支配体制の確立を目の当たりにして、「無法国家」に対しては倫理的法原則に基づく抵抗権を遺著で提言しているのである。⁽⁸⁰⁾

⑥ワイマール共和国末期からドイツ敗戦までの国家学者達の動向

1922年に創立された公法学者達の学会の「国法学教師協会」の会員は、当時ドイツの大学の数が少なかったこともあり、ドイツ語圏のオーストリアやスイスの国家学・国法学者を含めても、会員数は100名未満であったが、国家学・国法学界をリードしたのはベルリン大学法学部教授達であった。1928年6月に成立した議会多数派のSPDのヘルマン・ミュラーを首班とする「大連立内閣」が辞職した1930年3月末の時点で、ベルリン大学法学部教授としてはトリーペル (Heinrich Triepel)、スメント、カウフマンが在籍し、員外教授として1928年からヘラーも加わっていた。そして、後に西独の連邦憲法裁判所判事になるライプホルツ (Gerhard Leibholz) はトリーペルの下で作成した論文『代表の本質』で教授資格を獲得していた。シュミットはベルリン商科大学教授であり、ケルゼンはウィーン大学を離れてドイツのケルン大学に赴任したばかりである。こ

(77) ヘルマン・ヘラー著・安 世舟訳、前掲訳書、333頁-338頁。

(78) W. Schluchter, op. cit., SS.274-278. なお、正当性と合法性の関係についての、ワイマール時代のシュミット、ケルゼン、ヘラーの三人の主張の紹介とその是非についての法哲学的研究としては、D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, 1977がある。またこの三人とスメントの国家概念と憲法概念とを突き合わせた研究として、Ch. Möllers, *Staat als Argument*, 2011. がある。

(79) ヘルマン・ヘラー著・西村稔他訳「法治国家か独裁か」、宮本盛太郎他訳『ヴァイマル民主主義の崩壊』木鐸社、1980年、12頁、15頁、33頁。

(80) ヘルマン・ヘラー著・安 世舟訳、前掲訳書、329頁-333頁。

ここに挙げた、ワイマール共和国時代の指導的な国家学・国法学者達は、カトリック中央党右派のシュミット、そして議会制民主主義者のケルゼン、ヘラーを除くと、すべて帝政復活を唱える国粋人民党員であった。従って、「国法学教師協会」の主流は国粋人民党系の学者であったと見てもよからう。1933年1月30日誕生したヒトラー内閣はナチ党と国粋人民党から成る超右翼連立内閣であった。しかし、同年、6月、ナチ党一党支配体制の確立と共に、国粋人民党は解党に追い込まれた。そして、「国法学教師協会」も解散した。一人シュミットはベルリン大学教授に転任し、ナチの「桂冠法学者」として国際的にその名を馳せることになる。国粋人民党系の学者たちは、ヒトラーが屈辱的で不公平かつ過酷極まるヴェルサイユ条約を破棄してドイツの主権回復に成果を上げ続けた外交政策に対しては支持したが、内政については沈黙し、政権に対しては距離を置いた。従って、ナチ・ドイツの敗戦後、西独では、再びその活動を開始することになる。もっとも、シュミットは1947年に釈放されるまでナチ戦犯として拘禁されていたが、自由になった後も、生まれ故郷のプレッテンベルクに隠居してしまい、直接的には学界活動は行わなかったが、彼の弟子達、とりわけフォルストホフ（Ernst Forsthoff, 1902～1974）が中心になってシュミット学派が作り上げられて行った。⁽⁸¹⁾

⑦西独の国法学界におけるスメント学派の台頭

1949年に「国法学教師協会」が再建された。ワイマール共和国時代において活躍しナチ政権と距離を置いていた国家学・国法学者で指導的な人物は、亡命して帰国した者を除くと、60歳代のスメントのみとなった。こうして、彼の弟子たちが再建された国法学界において活躍する条件が生まれるのであった。

スメントは、1928年に「マス・メディア」界の帝王のフーゲンベルクが国粋人民党の党首に就任し、共和国を土台にして帝政復活の道を探ってきた従来の方針を捨てて、ナチ党と共に共和国打倒の方向へと党の方針を変えたので、1930年、国粋人民党を離党し、ナチ政権樹立後は教会法の研究に専念した。なお、1934年にはベルリン大学を追われ、ゲッチンゲン大学へ赴任している。彼は、敗戦まで、出生地がスイスのバーゼルであり、またバーゼル大学で学んだこともあって、スイスの国家学者との交流を続けていた。このことが意味するのは、スメントがスイスの学者との交流を通じて西欧的な憲法・国家概念に親しむことが出来たということである。なぜなら、スイスは自由民主主義的連邦国家であるという国の成り立ちの点ではアメリカ合衆国と似ているために、スイス人の「ドイツ国家学」はその専門用語がドイツのそれと同じであっても、その内容においては自由民主主義的な憲法・国家観を内包していたからである。さらに、敗戦後、ゲッチンゲン大学のあるハノーファー州はイギリス軍占領下にあり、イギリス政治をモデルとして州の政治制度の再建が図られた。スメントは、敗戦後すぐゲッチンゲン大学総長に就任し、ナチ化した大学の正常化のリーダーシップをとる傍ら、ゼミナールで弟子の養成に力を傾けた。そして、二年後の1947年に、ライプホルツが帰国して政治学担当教授としてゲッチンゲン大学に復帰した。彼は熱烈な福音派キリスト教徒で、国粋人民党員であったが、ユダヤ人であったために、1935年の「人種浄化法」に基づいてゲッチンゲン大学教授を罷免され、38年にイギリスに亡

(81) F. Günther, op.cit., S.135 f.

命した。イギリスに亡命中に英米的な自由民主主義的政治思想を受容して「転向」を成し遂げて、帰国したのである。そして、西独の建国後、1951年設立の連邦憲法裁判所の判事に選任され、同裁判所が「独立かつ自立した憲法機関」としての地位を築くのにリーダーシップを発揮している。こうした内外の環境の変化の中で、スメントもいわゆる「転向」を成し遂げるのである。⁽⁸²⁾ 彼は、1928年の『憲法と実定憲法』の第3編の実定憲法の解釈の部分では、ワイマール憲法第二編の「ドイツ人の基本的権利と基本的義務」のところに列挙されている「基本権〔法〕」(Grundrechte)については、ナウマンの基本権解釈を支持する、と述べている。⁽⁸³⁾ ナウマンは、帝政時代には、キリスト教的社会主義を労働者階級の中に広めて、彼らを帝国に忠実な臣民に馴化させることでドイツ帝国の安定・強化をはかるべきと主張した「社会的自由主義」者であったが、ドイツ革命後に誕生した民主党の党首として制憲議会では憲法の第二編の基本権の制定では主導的な役割を果たした人である。ナウマンは、制憲議会では、プロイスの憲法草案には基本権が入っていない点が批判されて、フランクフルト憲法の基本権を取り入れた改正案が上程された時、憲法第二編には、フランクフルト憲法の古典的な古い素材を博物館の陳列品よろしく焼き直すのではなく、新しい国家のための国家信仰告白 (Staatsbekenntniss) を規定することが必要である、と主張した。つまり彼は、ドイツ国民が守護してきた固有の価値観と文化およびそれらを体現した諸制度、とりわけ家族制度、教会、学校制度を保障し、かつそれを土台にしてドイツ人の国民国家が将来において実現すべき目的を条文化すべきである、と主張したのであった。⁽⁸⁴⁾ そしてこのナウマンの独特な基本権の考え方がワイマール憲法第二編に書き込まれたのである。スメントはこのナウマンの「基本権」の考え方に同意して、基本権のカタログはドイツの「価値の、あるいは諸々の善の体系や文化体系、」を規範化したもの、つまり「価値秩序」である、と主張した。⁽⁸⁵⁾ 西独では、ボン基本法体制が確立されるや、基本法は基本的人権を政府が守護すべき最高価値に祭り上げられており、基本権の内容は異なるが、基本権を擁護する憲法それ自体は「価値秩序」であることには変わらないので、スメントは基本権の「解釈替え」(Umbedeutung)、つまり「転向」を漸次的に行なってボン基本法体制への順応を果たして行ったのである。⁽⁸⁶⁾

⑧西独の基本法体制確立に伴う国家概念の変容及びそれと相連関する憲法概念の変容

「憲法の番人」として設立された連邦憲法裁判所はその判決を論拠づける憲法解釈において、スメントの「価値秩序」としての憲法観を活用するようになった。そして、1961年に連邦憲法裁判所創設10周年記念講演において、スメントは「今や実際には、基本法は連邦憲法裁判所がそれを解釈した形において妥当している。そして〔国法学の〕研究文献はこうした意味においてそれ

(82) Ibid., SS.159~166.

(83) R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: SA, S.267.

(84) 山下健次「基本権規定の法的性格の展開 (一) ——ワイマール憲法における展開——」『立命館法学』46号 (1952年)、847頁-850頁、854頁-855頁、858頁；同「◇資料◇ フリードリッヒ・ナウマンの基本権草案 (1919・3・31)」『立命館法学』48号 (1962年)、136頁-143頁。

(85) R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: SA, S.264. 注(72)の西原博史、前掲論文には、スメントの基本権論の批判的な検討がなされ、それが持つ価値強制的側面の危険性が明らかにされている (31頁)。

(86) F. Günther, op.cit., SS.166-174.

(87) R. Smend, Bundesverfassungsgericht, in: SA, S.582.

に注釈を施している。』⁽⁸⁷⁾と述べていることに象徴されるように、憲法解釈においては、ワイマール共和国時代とは異なって、連邦憲法裁判所の独占的地位が確立されて行き、それと反比例して、憲法解釈における国法学界の権威は当然衰退して行く他なかった。国法学界の主流となった、スメント学派はスメントの憲法概念の理論的枠組みはそのまま保持しながら、価値観を180度転換させる大変身を遂げて、西欧の自由民主政の多元主義的な価値観を受け入れ、西ドイツの新しい国家体制への順応を果たして行くが、その過程において、従来の国家学・国法学の憲法・国家概念を西欧的なものに「解釈替え」して行ったのである。

スメントのゼミナールではエームケ (Horst Ehmke) やヘニス (Wilhelm Henis) などの英米系現代政治学を受容した多くの政治学者のみならず、国法学者も多く排出されているが、とりわけ、国法学におけるスメント学派を代表するのは、我が国でもその著書『ドイツ憲法の基本的特質』の邦訳でその名が知られているヘッセ (Konrad Hesse, 1919~2005) である。彼は、従来のドイツ国家学・国法学の中心概念である国家 (Staat) 概念が基本的人権を至上価値に置くボン基本法の憲法解釈に適合しない点を反省して、エームケの新しい国家概念の定義の示唆に従って、一定の領域の上に政治的に総括されて一つの統一体を形成している状態にある「全体的結合」(Gesamtverband) を政治的な Gemeinwesen と定義し、次に、この Gemeinwesen における「意見・意志の形成の諸制度、指導、調整、嚮導 (Lenkung) の諸制度」の総称として “government” と言い直したのである。⁽⁸⁸⁾ このように、彼は、従来の国家概念が、国家と社会の両者を包括する「国家的共同体」(Staatliche Gemeinschaft) と政府 (Regierung) を意味する狭義の「国家」の両方の意味を有しているために、憲法研究において混乱を惹起させている点に着目して、狭義の「国家」が英米の Government に相当するので、それは Government と言い換えて用い、次に、「国家的共同体」はイギリスでは Commonwealth とか Civil Society で言い表している政治的統一体に近い点を考慮して、それは Gemeinwesen という用語で言い換えて使うことにしたのである。そして、K・ヘッセの弟子のヘーベルレは「国家的共同体」を Gemeinwesen ではなく、res publica と言い換えている。⁽⁸⁹⁾

以上のような西欧的な自由民主政社会に適合するような形での従来の国家概念の解釈替えと関連して、当然、憲法概念においても再定義が必要になってきたことは言うまでもなからう。ヘッセは、こうした国家概念の「解釈替え」に合わせて、憲法概念も「Gemeinwesenの法的基本秩序」である、と定義し直した。

(88) K・ヘッセ著・初宿正典他訳『ドイツ憲法の基本的特質』(20版)成文堂、2006年、12頁。K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., 1999, S. 8 ; F. Günther, op. cit., SS.237-238; 工藤達郎「憲法学における「国家」と「社会」——K・ヘッセの「共同体」概念とその問題性」、工藤達郎、前掲書。なお、ヘッセが国家を Gemeinwesen と government に言い換えたのは、エームケによる従来のドイツ的な国家概念を英米的なそれに対応する概念に組み換えた試みをそのまま継承したものである。エームケはスメントの弟子で、アメリカ留学組の公法・政治学者として、フライブルク大学教授であった。政治家に転身し、SPDの連邦議会議員となり、戦後初のSPD主導の連立政権のプラント政権の首相府長官などを歴任している。エームケの国家概念の英米的なものへの組み替えに関して、工藤論文の270頁~279頁に紹介がある。

(89) P・ヘーベルレ著・畑尻剛他編訳『多元主義における憲法裁判—P・ヘーベルレの憲法裁判論』中央大学出版部、2014年、50頁。

このヘッセの憲法概念は、ボン基本法に基づいて新しく創出される政治体制を指す従来の憲法概念の再定義であると言えよう。第一章ですでに指摘したように、個人の基本的人権の尊重を至上価値に置き、それを実現する「自由で民主的な基本秩序」を左右の全体主義から守りながら築いて行くと言う「戦う民主政」の確立を基調とした上に、各州の自治権の尊重と個人間の社会的な不平等の是正を求める「民主的かつ社会的な連邦国家」（基本法第20条第1項）を創出することが、西独の憲法である基本法の基本的原則である。ヘッセが定義し直した憲法概念の内容的実体は他ならぬこの基本的原則が実現される状態であると言えよう。言い換えるならば、西欧的な近代憲法理念が西独においてGovernment——もっとも民主化されたものであるが——という指導機関を通じて全社会的に実現されて行く過程を法的に規律化するのが憲法であるということになるのである。このヘッセの憲法概念は、憲法とは国家の統合過程を法的に規律化することであると言うメントの定義と理論的な枠組みは同一であるが、その内容は西欧的な近代憲法理念という点では異なるだけである。このヘッセの憲法概念の解釈替えの政治的含意は次ように推察されよう。「国権」主義的な国家を支えてきたドイツ的な「価値、あるいは諸々の善の体系や文化体系」を清算して、新しい西欧的な価値観が国民一人一人に受容されて行き、それが西独という新しい政治的統一を支える価値体系に仕上がって行く過程が憲法ということになるのである。この過程は、政府を通じての「下降的な」西欧的な価値体系の中への国民の組み入れ過程と、もう一方は、もしこの政府の動きに異議を差し挟む者——左右の全体主義の支持者——が現れて、その者の司法的抗告の動きという「上向的な」行動が当然予想されるが、それに対しては、「憲法の番人」の連邦憲法裁判所が憲法の基本的理念の受け入れを迫るダメ押しの最終的な認承を行い、それを正当化する動的な全社会的な統合過程であると見られる。従って、この憲法概念は、通常の憲法概念が静態的なイメージを受けるのに反して、絶えず変化して止まない動的なイメージを受けるのである。

こうしたヘッセの憲法概念の定義に対して、シュミット学派を含めて古典的な市民的憲法理論の立場からの幾つかの批判が提起されたことは当然と言えよう。一つは、ヘッセの憲法概念は国家と社会の区別を否定しているが、もしその区別がなくなるなら、国家に対する個人の自由権は消滅することになるという批判である。例えば、ボン基本法では、基本的人権を至上視しながら、左右の全体主義から「自由にして民主的な基本秩序」を守るためにそれに反対する者には表現の自由など基本的人権の一部が制約を受けるのである。次に、国家に対する防御権としての自由権は、さらに社会的不平等の行政を通じての是正を図る「社会国家」原理に従って一定の制約を受けるので、その是非をめぐる批判が展開されている。⁽⁹⁰⁾ また、多元的な議会制民主政を採用した西独の「法的基本秩序」は当然政治学的には団体協調主義国家体制であると言われているものであるが、それは、社会に族生する多元的な社会集団が互いにその利益を政府を通じて実現するために相互説得と妥協を繰り返す「上向的」な政治過程を経て集団間の力関係が一時的に均衡点に達したところで「政策」が決定され、それを政府が実施する「下降的」政治過程からなる

(90) 注(88) 工藤論文、283頁。なお、注(72)の西原博史、前掲書では、基本的人権が国家権力を縛る「枠」なのか、あるいは国家権力によって実現してもらう「価値」なのか、という対比に関して西独における国法学界の論争を紹介しながら、あわせて我が国の生存権論についても関説しており、ヘッセの憲法概念の問題点について考えさせる著作である。

政治体制である。この体制は、シュミット学派にとっては、シュミットの言う社会が政党を媒介にして議会を入り口にして国家を利益追求の手段として利用する「量的全体国家」に映るのである。⁽⁹¹⁾ともあれ、本稿はヘッセの憲法概念に対する批判を取り扱っているわけではないので、この問題についてはこれ以上は触れないことにする。

以上のように、ボン基本法体制の確立と共に、西独は西欧的な自由民主政を政治原理とする新しい政治的統一体として創出されると共に、本稿の主題の近現代ドイツにおける国家と憲法の相剋関係の歴史は西欧の近代憲法理念がプロイセン・ドイツ的国家を「征服」して大団円を迎えることになり、ドイツ的な「レヴァイアサン」の死を迎えることになったのである。

さて、以上のような国家概念とそれと相連関する憲法概念の西欧的なものへの変容と共に、ドイツ的な国家概念も表面的には消滅してしまった観を拭えない。当然、それと連関して、1950年代から60年代にかけて、伝統的なドイツ国家学の影響力の衰退という現象も生まれた。というのは、主としてワイマール時代に国家学の研究者でナチ党独裁下で弾圧されるか、海外へ亡命したSPD系の学者やユダヤ系の学者は、とりわけアメリカで政治学者に転身した者が多く、帰国後には、各大学の政治学部の創設のリーダーシップをとっている。その一例をあげると、SPD系のE・フレンケルとF・ノイマンはベルリン自由大学の政治学部の創立に参加しているし、⁽⁹²⁾ K・レーヴェンシュタインはミュンヘン大の政治学講座の創設に参加し、1956年から一年間教授も兼任して英米の政治思想や政治制度論を伝える。⁽⁹³⁾次に、1925年にハイデルベルク大学で学位取得後にアメリカに渡り、1936年にハーヴァード大学政治学部教授となり、1938年に市民権を得た後、戦時中はアメリカの民主政を擁護する政治理論を展開し、その一環として1941年に大著『立憲主義的政府と民主政』（Constitutional Government and Democracy）を刊行して、戦後の日本の政治学界にも大きな影響を与えた、カール・フリードリヒ（Carl Joachim Friedrich）も戦後アメリカ軍政顧問としてボン基本法の制定に影響を与えており、さらにハイデルベルク大学の政治学部の創設に力を貸している。⁽⁹⁴⁾これらの政治学部ではアメリカ現代行動論政治学が受容され、ドイツ国家学は忘れ去られてしまった。そして、ドイツ国法学もスメント学派に見られるように、英米の

(91) 前掲論文、306頁-306頁。なお、シュミットの全体国家論（「全体国家への転換（1931年）」）の邦訳は、古賀敬太他編『カール・シュミット時事論文集——ヴァイマール・ナチズム期の憲法・政治論集——』風行社、2000年に収録されている。また、シュミットの全体国家論の研究については次の文献が詳しい。中道寿一『ワイマールの崩壊とC・シュミット—C・シュミット研究序説—』三嶺書房、1989年、第6章「C・シュミットの『全体国家』の概念について」、221頁-263頁。

(92) W. Bleek, *Geschichte der Politikwissenschaft in Deutschland*, 2001, SS.271~272, SS.280~281. わが国では、フレンケル（Ernst Fraenkel）はその著書の邦訳（『二重国家』（ミネルヴァ書房、1994年））で、またノイマン（Franz Neumann）もその著書の邦訳（『ビヒモス—ナチズムの構造と実際』（みすず書房、1963年）、『政治権力と人間の自由』（河出書房新社、1971年））で知られている。なお、このW・ブレークの著書には、アメリカで政治学者になった亡命ドイツ人の母国との関係や、ドイツの各大学の政治学講座や学部の創設においてのみならず、立憲主義的政治や自由民主政に関するアメリカ的な考え方の西独への移植においてもアメリカ政府の積極的協力の下にリーダーシップを発揮している様子が活写されており、戦後日本の政治学の再建と比較して興味深いものがある。

(93) F・Günther, op.,cit., S. 106.

(94) J. R. Stoner, Jr, "Carl Joachim Friedrich", in: G. H Utter and Ch. Lockhart, ed., *American Political Scientist. A Dictionary*, 1993, pp.92~93.

国家論や憲法論の受容に励み、西欧化してしまった。こうした風潮に抵抗したのはシュミット学派である。

⑨シュミット学派の代表的な国法学者としてのベッケンフェルデの国家概念

シュミットはワイマール時代において多くの弟子を育てていた。その筆頭は上記のエルンスト・フォルストホフであろう。上記の通り、シュミットは、戦後、1947年に自由の身になった後、1985年94歳で死去するまで、ウェストファリアの田舎町の生まれ故郷に隠棲した。従って、スメントのように大学のゼミで弟子を育てることはなかった。ハイデルベルク大学に復帰したフォルストホフを中心にシュミット学派が形成された。フォルストホフは1957年から1971年まで毎年エルバッハ（Erbach）僧院で休暇中の研究会を主宰していたが、シュミットはこの会に1961年まで参加していたという。それ以外は、シュミットの弟子たちは恩師とはほとんど手紙などで意見の交換を行なって学派の意見統一を図っていたという。スメント学派と違って、同学派にとって「聖書」に近いシュミットの著作『憲法学』があるので、それを經典として、それを土台にして憲法論や国家論の分野で師の考え方を継承し、かつそれを深めて行くというやり方で学派の結束が図られていたという。⁽⁹⁵⁾ 国法学教師協会の再建と共に、その機関誌も再刊されたが、その一つの『公法論叢』（Archiv des öffentlichen Rechts）は、スメント学派が学界の主流派になるに及んで、同学派の機関誌の様相を呈し始めた。シュミット学派は、それに対抗して同学派の機関誌の『国家』（Der Staat）を1962年に創刊した。同誌の編集者はR・シュヌアー（Roman Schnur）とベッケンフェルデであり、同誌は、憲法と行政法のみならず、国家学、憲法史に関する研究論文を掲載して、シュミット学派の存在を内外に誇示することになった。⁽⁹⁶⁾ 同学派はボン基本法がドイツ国民による憲法制定権の行使の成果、言い換えるとその「決断」の産物ではないとのことで、最初は冷やかな態度を示し、一部批判的であったが、ボン基本法体制が共産主義に対して厳しい防衛体制を構築している点や、資本主義体制を意味する「市民的法治国家」を全面的に擁護する体制であることから、それを支持した。そして、それを弁証する論陣を張って止まなかった。従って、「市民的法治国家」をヘラーの「社会的法治国家」論を土台にして「社会主義的法治国家」へと変換させるべきだと主張する、SPDの極左に位置するアーベントロート（W. Abendroth）などの主張には猛烈に反対し、⁽⁹⁷⁾ 他方、スメントの憲法解釈に基づいて憲法解釈権を独占する連邦憲法裁判所については「司法国家」へと傾斜している、と批判した。⁽⁹⁸⁾ ところが、1950年代から60年代に入り、ボン基本法体制が安定し始め、さらに同時期に第一世代の多くが退場する年齢となり、第二世代が次第に台頭することになった。この第二世代は、西独の建国以降に研究活動

(95) F・Günther, op.,cit., SS. 113～114, SS. 119～120, S. 122. 林 知更『現代憲法学の位相——国家論・デモクラシー・立憲主義』（岩波書店、2016年）第二章には、西独の1960年代までのスメント学派とシュミット学派の動向についての紹介がある。

(96) Ibid., S.26, SS.115～119, SS.226～230.

(97) Ibid., SS.136～137; O. Lepsius, “Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre”, in: Ch. Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, 2003, SS.378～381.

(98) F・Günther, op.,cit., S.129; E. Forstthoff, Die umbildung der Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt: zum 70.Geburtstag, hrsgs., v. H. Barion, 1989, S.60.

に入った人々であり、憲法・国家概念の変容過程においてシュミットの基本的な考え方を一応継承しながらも、ボン基本法体制に順応する方向へと国家学・国法学の修正を試みることになる。こうした動きを示す代表的な人物が1930年生まれのベッケンフェルデであった。

彼は、ミュンヘン大学とミュンスター大学で学ぶ傍ら、熱心なカトリック教徒としてカトリックの学生団体に活躍した。生涯教会との関わりは取り続けている。ミュンスター大学で「自由主義的国権論者」(liberale Etatisten)とされていたシュミット学派のヴォルフ(Hans-Julius Wolf)教授の下で、1956年に論文『法律と立法権—ドイツ国法学の初期から国法実証主義の最高潮の時期まで』によって法学の学位を取得した彼は、この論文作成時にシュミットの『憲法学』に出会い、それに感化されて、シュミットに手紙で指導を乞うたところ、ミュンスター大学の哲学教授のヨアヒム・リッター(Joachim Ritter, 1903~1974)の研究会への参加を勧められ、それに参加した、という。そこでヘーゲルの法哲学の大家のリッター教授から、「行為する主体」というプロイセン国家観の中心概念を受け継ぎ、さらにシュミット学派の政治思想家で哲学者のH・リューブ(Hermann Lübbe, 1926~)や国法学者のM・クリーレ(Martin Kriele)等と知り合い、シュミット学派の一員となった。この研究会に参加していたリューブは次のような考え方を彼に示した。国家については、国民の生命と自由を内外の敵から守る、つまり「平和を確保する」指導的な機能が認められよう。それ故に、国家は組織された社会集団の〔国家への〕介入権力に限界を設け、多元主義に能動的に対処するくらい強い国家でなくてはならない。そのような国家では、一面的で教条的、かつ階級闘争的ないし党派的な路線に忠実であるような信条は許されない。その代りに、法治国家的な基本的態度、従って最優先的に法的諸制度とその手続きに対する敬意が必要である、と。ベッケンフェルデは、こうしたシュミット左派のリューブの国家観の影響も受け継いだ。さらに、憲法現象については、それを歴史的、哲学的、国家理論的にアプローチするシュミットの学問方法論も継承し、それをを用いて西独の憲法現象の研究に進んだ。1960年、ミュンヘン大においてフランツ・シュナベル(Franz Schnabel)の下で、『19世紀における憲法史的研究—時代拘束的問題提起と理想像』で哲学の学位を取得し、さらに1964年に『政府の領域における組織権力—ドイツ連邦共和国における国法研究』で教授資格を取得した彼は、間もなくハイデルベルク大学に招聘された。そして1969年にビーレフェルト大学へ移り、さらに1977年にフライブルク大学から招聘され、1995年定年まで教授生活を送っている。⁽⁹⁹⁾彼は、その後の一連の著作の中で、国家は内外の敵から国民の生命と自由を守る保障者としてその機能は認めなくてはならないという点で、彼はシュミットの「決断」統一体としての国家概念を受け入れなくてはならないが、この概念は「憲法の優位」のボン基本法体制と適合的でない点を認め、両者を調和させることができるような国家概念の構築に苦しんでいた矢先の1961年にヘラー『国家学』に出会った、という。⁽¹⁰⁰⁾その中で展開されている「組織としての国家概念」に感化されて、それを全面的に採用することに

(99) F・Günther, op.,cit., SS.151~152. 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、編訳者あとがき、418頁-420頁。“Biographisches Interview von Dieter Gosenwinkel”, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, S.333 f.なお、ベッケンフェルデの生涯や学問については、次の研究書がある。R. Mehring/M. Otto(Hrsg.), Voraussetzungen und Garantien des Staates. Ernst-Wolfgang Böckenfeldes Staatsverständnis, 2014.

(100) F・Günther, op.,cit., S.153.

なった。上記の彼の教授資格請求論文の題はそのことを示している。彼は論文「現代の民主制的社会国家における国家と社会の区別の意義」や、論文「民主政と代表制—現代民主政論批判」において、ヘラーの国家概念を次に見られるように彼なりに受容して展開している。この二つの論文の邦訳は、彼が来日した時の講演などを含めて『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、1999年）に所収されているが、この邦訳書の第1章「国法と国法学」の最初のところで、（ここでは国家を、作用・行為の組織的統一体として理解しておく。）と書いているところに注（1）の記号があり、その注（1）を見ると、「国家は、多数の人間の為す（現実の）行為と作用の統一体（Handlungs- und Wirkeneinheit）である」という認識は、今なおその意義を失っていない。」と記している。⁽¹⁰¹⁾ さらに、上記の二つの論文の前者では、彼は、スメント学派のヘッセのGemeinwesen概念の批判も兼ねて、次のような国家の定義を行なっている。「国家は、他の政治的な秩序統一体（Ordnungseinheit）と同様に、その本質においては、実体的な統一体ではなく、〔国家についての〕特徴として今日広く行き渡っている様な〔ヘッセの言うところの〕《Gemeinwesen》ではなく、組織（Organisation）である。より正確には、組織された作用統一体（organisierte Wirkeneinheit）である。〔注では、ヘラー『国家学』228頁以下、参照、とある〕こうした国家の定義の意味するところは、国家とはその統一性と実在性（Realität）を、〔スメントの言うところの〕「具象化された」統一的な意志ないしは社会心理的な体験統一体においてではなく、〔ヘラーの言うところの〕組織された行為及び活動の連関性（Handlungs- und Wirkungszusammenhang）において有する。組織された作用統一体として、国家は、個々の人間の作用が指導的な諸機関によって総括され、導かれ、あるいは調整され、活性化されることによって、成立しかつ存続するのである。」⁽¹⁰²⁾ また次の論文の「民主政と代表制」の中でも「行為と作用の組織的統一体という観念は、ヘルマン・ヘラーに負うものである」、と言及している。⁽¹⁰³⁾ このように、ヘラーの国家概念を継承したベッケンフェルデの国家概念の主張には、文脈に応じて「作用」統一体とか、「行為」統一体とか、「決断」統一体である、と述べており、それを総合すると、国家とは「作用、行為、決断の統一体」（Wirk-,handlungs- und Entscheidungseinheit）である、と定義されよう。⁽¹⁰⁴⁾ 国家の考え方としてはシュミット学派の左派に共通しているところではあるが、彼も、国家は国内における自由と平和の保障者として捉えられなくてはならないので、それは当然正義としての法（Recht）と個人の自由より優先させられる、という主張を行なっている。こうした考え方は、彼の論文「法治国家概念の成立と変遷」の最後の節（Ⅳ 法治国家概念の限界）において、次のように典型的に示されている。「〔今日のドイツでは近代立憲主義憲法に基づく政治体制を意味する〕法治国家は、常に個人の自由のために、国家権力と国家的支配を制限し、かつ限定すること、「法の支配」のために「人の支配」の廃絶を、目指している。要するに、政治に対する法の優位が絶えず繰り返される法治国家思想の要請のように思われる。ところが、法治国家的な自由秩序をいの

(101) E・W・ベッケンフェルデ、前掲訳書、21頁。

(102) 同前訳書、70頁。E.-W. Böckenförde, "Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialsataat der Gegenwart", in: RSF, S.219.

(103) E・W・ベッケンフェルデ、同前訳書、248頁。E.-W. Böckenförde, "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs", in: RSF, SS.168~169.

(104) F・Günther, op.,cit., S.153.

一番に可能にさせる前提、すなわち政治的権力統一としての国家の存続、合法性および国家によって創出され、保障される国内の平和秩序については問おうとはしない。法治国家思想には、近代国家を法からのみ基礎づけ、またそのように説明しようとする傾向があるが、しかし、同時に国家を法形成の決定的に重要な担い手として把握しようとする傾向は見られない。ところが、実際のところは、国家は法形成の決定的に重要な担い手として、正常状態——国内的平和状態——を創出することによって、制定された法的権利（Rechtsschafft）が規範的に妥当するための条件を、まず初めて作り出しているのである〔この注にはヘラーが同じ考えであることを述べている〕……確かに、法治国家的な自由保障は国家秩序にとって今日極めて重要であるとはいえ、いかなる国家も、法治国家の自由保障だけで、構成されたり、維持されると言うことはあり得ないのである。⁽¹⁰⁵⁾ このように、近現代ドイツにおける国家と憲法の相剋関係の中で彼のこの主張を置いて見るなら、それにはプロイセン国家観の核心部分の残影が見て取れるのであろう。

ボン基本法体制の下では、シュミット学派の左派は英米の多元主義的な政治理論の挑戦を真摯に受けて止めながら、シュミットの憲法・国家概念を土台にして国家や憲法の考察においては、「自由で民主的な基本秩序」という所与の基本法体制を一応承認した上で、シュミットが自由主義と議会主義を否定的に取り扱っていた点について、それには従わず、「自由で民主的な基本秩序」の内、前者の自由主義についてだけ、その根幹の「基本的人権の尊重」の考え方を積極的に評価する形で自由主義を受け入れ、次に後者の民主主義については左右の全体主義運動、つまり共産主義とナチズムが下からの民衆の不満を組織し、それに乗じて権力に挑戦する形態をとって直接民主主義の形で——その現代の悪しき形態がポピュリズムであろう——民主政を利用する傾向が見られるので、直接民主主義の形をとる急進的な民主主義の拡大を抑え、その過激化を抑止する制度としての議会の役割を評価する点で、議会主義を受け入れている。こうしたシュミット学派の左派の考え方は「自由主義的な受容」（liberale Rezeption）と言われている。ベッケンフェルデはまさにこの「自由主義的な受容」の典型であり、とりわけ憲法・国家概念においてはシュミット学派の左派の考え方を代表していると見られる。⁽¹⁰⁶⁾

ちなみに、彼は、ヘラーの国家概念のみならず、ヘラーの「社会的法治国家」観も継承している。彼は、シュタイン（Lorenz von Stein）の「社会国家」論に全面的に拠って、あくまでも基本的人権概念の社会福祉国家時代における修正の試みとして、つまり「憲法委託」論の形で、自由主義の核心部分は残したままヘラーの「社会的法治国家」観を受け入れているのである。⁽¹⁰⁷⁾ こうした考え方は社会権の点ではワイマール憲法と比べると後退していると思われるボン基本法の一般的な解釈に沿うものと見られる。⁽¹⁰⁸⁾ さらに、シュミット学派の左派がボン基本法体制への順応を示す一例として挙げられるのは、彼が1967年にSPDに入党しており、同党の推薦で、1983年に連邦憲法裁判所判事（1996年に退任）に任命されている点であろう。ともあれ、シュミット学

(105) E・W・ベッケンフェルデ、同前訳書、51頁。

(106) R. Mehring, "Zum den neu gesammelten Schriften und Studien Ernst-Wolfgang Böckenförde", in: Archiv des öffentlichen Rechts 117(1992), S.450.

(107) E・W・ベッケンフェルデ、前掲訳書、41頁、44頁、46頁、85-87頁、163頁。解説（樺島博志）、410頁。

(108) 社会的基本権がワイマール憲法と比較してボン基本法において後退した理由については、参照、安 章浩、前掲書、259頁-260頁。

派の左派は英米仏の自由民主主義的な政治思想を借りることなく、ドイツ国家学の伝統的な基本概念を修正しながら、近代立憲主義的憲法体制に適合できるよな憲法・国家概念の「改組」(Umdeutung)を行っている点においてその特徴が認められると共に、プロイセン国家観の核心部分については、それを今なお抱き続けている点ではドイツ的であると言えよう。ベッケンフェルデは、スメント学派のヘッセの「Gemeinwesenの法的基本秩序」という憲法概念を批判して、憲法とは、専ら個人と国家との関係の原則的な決断を行い、かつ政治的な行為と決断の過程を規律する手続き規定を定めたものであって、全体的な法秩序の基礎として理解してはならない。憲法は国家の枠秩序(Rahmenordnung)である、と主張した。⁽¹⁰⁹⁾とはいえ、アメリカ合衆国のような革命後に憲法が制定され、それに基づいて近代立憲主義制度が確立されているところでは、憲法が先で、その後それに基いて国家が組織されると、例外事例を挙げており、そのケースとしてボン基本法も挙げている。⁽¹¹⁰⁾

⑩国家概念変容の余波——「行為構造」としてのヘラーの国家概念のD・イーストンの政治システム論への転生

顧みれば、ドイツにおける国家概念は学問的な分析概念というよりも、むしろ「組織象徴」に近いものであったと見られよう。組織象徴とは、ある団体の構成員がその団体への帰属意識を強く持ち、その結果その団体とは感情的な一体感を持ち続ける場合、そうした団体を捉える概念を言う。プロイセン・ドイツでは、国家とは外国の脅威から個人の自由を守り、かつそれ実現する「人倫的理念の実現体」として、国民はそれと一体的なものとして感情的に強く結びついた共同体として受けとめられており、組織象徴の色彩が濃い概念であった。ワイマール時代のドイツ国家学・国法学の国家概念も分析概念として用いられても、組織象徴としての性格を強く持っていた。ヘラーの国家概念も、分析概念としての国家概念の構築を進めてたものであっても、プロイセン国家観の中核部分の「行為する主体」の要素が含まれている点では、組織象徴の要素を多分に残している。西独でも、ベッケンフェルデの国家概念はヘラーの国家概念を継承している以上、それと同類である。

ちなみに、ヘラー国家概念はシュミットの「決断」統一体としての国家概念とハンス・フライヤーの「社会形象」、つまり「行為構造」ないしは「行為システム」を意味する「活動統一体」の二つから構成されているが、後者の部分は、アメリカでは転生を遂げて次のような形を取ることになる。1927年、ハイデルベルク大学でドイツ社会学とフランスのデュルケムの社会学を研究したパーソンズはその研究成果を、1951年に社会システム論という形で発表した⁽¹¹¹⁾が、その中で展開された「社会システム」の四つの下位システムの中の一つの「政治システム」概念はアメリカ

(109) N. Manterfeld, Die Grenzen der Verfassung. Möglichkeiten limitierender Verfassungstheorie des Grundgesetzes am Beispiel E.-W. Böckenfördes, 2000, S.45 f., ベッケンフェルデの憲法論に関する研究として、渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話(5)」、『国家学会雑誌』(113巻5・6号(2000年)24頁-51頁)がある。またベッケンフェルデの連邦憲法裁判所判事としての活動内容を判決動向で辿る紹介として、渡辺康行「憲法裁判官としてのベッケンフェルデ」、『法律時報』72巻9号、64頁-67頁。)がある。

(110) E・W・ベッケンフェルデ、前掲訳書、第6章「立憲国家の概念と諸問題」、158頁～159頁。

(111) W. Bleek, op.cit., S.376.



図1 D・イーストンの政治システム

現代行動論政治学を創始したD・イーストンに受容された。⁽¹¹¹⁾彼はパーソンズの「政治システム」概念をウィナーのサイバネティクスの理論で再構成した「政治システム」論を伝統的な政治学の国家概念に代わる分析概念として打ち出したのである。政治システムは図1のように図表されており、その図を見ると、初めブラック・ボックスとされていた四角が「行為構造」であり、その四角を取り囲む外部の環境からの要求という「入力」を政策という「出力」に変換させる装置が「行為構造」を表す四角の真ん中にある“authorities”となっている。それはGovernmentにあたる。⁽¹¹²⁾

このイーストンの政治システム論は、ヘラーの国家概念の「組織象徴」的な色彩を帯びた立体的な姿を平面化した分析概念に模様替えしたものと見ても間違いなからう。アメリカ現代行動論政治学が世界の政治学界を席卷するにしたがって、「国家概念」は消滅してしまったかのように見られよう。西独は、ドイツ統一後にEUの中核国としての地位を確保してEUと同一視される状況が生まれ、ドイツの国家概念はプロイセン国家観の影響が強いだけに、国民国家の退場が表面的に見られる中で完全に消えゆく途中にあるとも見られる。⁽¹¹³⁾とはいえ、バッケンフェルデの国家概念には、ドイツが西欧化していない側面の残基がしぶとく生き残り、もしEUが崩壊の危機に瀕するなら、それは国家の再登場の象徴として再び火が灯るかもしれないと思われるのである。

おわりに

政治、経済、法の三位一体性、つまり三者の相互連関の構造の態様は英米の先進近代国家とプ

(112) D. Easton, A Systems Analysis of Political Life, 1965, p.32.

(113) アメリカの政治学者のカッツェンシュタインは西独を「半主権国家」と規定しているが (Party and Politics in West Germany: The Growth of Semisovereign State, 1987.)、最近刊行された平島健司『ドイツの政治』(東京大学出版会、2017年)では、統一後の現在のドイツの政治についてもカッツェンシュタインの「半主権国家」概念がやはり妥当するとして、それを用いて分析されており、興味深い。

ロイセン・ドイツなどの後発近代国家との間において顕著な相違が見られるにもかかわらず、それに照明を当てる試みはあまり見られない。近現代ドイツにおける国家概念と憲法概念の変容の経緯をフォローして来たのは、それを通じて政治、経済、法の相互連関の構造の態様のドイツ的な特色を明らかにすることによって、何故に20世紀前半期までのドイツ——またドイツ国家学の強い影響下にあった戦前と戦後初期の日本——では国家概念が重要視され、それに反して英米の近代国家においてはそうではなかったのか、そのことが少し見えてくるのではないかと思ったからである。

資本主義経済システムの存続と発展のためには、中世的な共同体の規制から解放された個人の自由な経済活動とそれを支える所有権の保障及び契約の自由などの基本的人権が保障される社会秩序が確保される政治システムが必要不可欠である。1066年にフランスのノルマンディー公国のウィリアム公によって征服されたイギリスでは、被征服者の人民 (people) と称された大、中、小の領主と外来王権との妥協によって政治が運営され、それが制度化されたのが議会政治である。議会はその後、人民から構成される「社会」の利益代表であると同時に、王権と協調して国を統治する最高の政治機関へと発展して行った。それと並行して、自治権を有する人民の共同体たる「社会」は自主的に選任した裁判官を通じて社会秩序の確立と確保に努めた。その結果、「社会」の自主的な運営の規則として長い間裁判の判例を通じて形成されてきた慣習法の Common Law を土台にして社会秩序の計算・予測可能性を高めて行った。こうして、「人の支配」ではなく「法の支配」という形の社会秩序が確立され、それが支配するようになった。そして、資本主義の成立と展開に伴い全国レベルの社会秩序の形成と確保は政治の最高機関の議会が制定した法律を各級の地方自治体の裁判官 (治安判事と称されていた) が実施する体制が築かれて行った。また、資本主義経済の発展によって新しく台頭した市民階級が「社会」の支配層へと浸透し、やがて彼らが優位になるにつれて、「市民社会」が出現し、その代表機関の政党が議会を運営することになった。こうして、市民社会における多元的な利益団体の妥協と合意によって、王権と協調しながら議会中心の国家運営が常態となって行ったのである。その結果、社会における集中された、最高かつ最強の権力、つまり「組織化された国家権力」は目に見える形では制度化されなかったと言えよう。こういう事態をもたらした幾つかの要因の中で最も重要なものを挙げるなら、地政学的な要因と世界で最初の資本主義大国となったという点であろう。つまり、イギリスは島国であるために、プロイセンほど敵対する国家と対峙する機会が多くなく、さらに他国に先駆けて資本主義システムを確立して、他国の人々が手に入れたいと思う優れた商品を世界に売り捌く通商で世界を支配し、その支配システムは世界最強の海軍力で維持された点である。海軍は国内政治にあまり関わりを持たなかったため、従来の政治システムが存続し得たのである。⁽¹¹⁴⁾

プロイセン国家の成り立ちはイギリスとは対照的である。上記したように、12、3世紀にドイツ騎士団による「屯田兵国家」として出発し、次に軍事的人工国家へと変貌を遂げ、18世紀にフリードリヒ大王時代に当時のフランスに引けを取らない絶対主義国家へと発展した。この国ではイギリスのような「社会」はなく、国家が先あって、その国家の懐の中で個人はその生命の安全と生活が保障されていたのである。つまり今日の用語で言えば、初めから「社会国家」の性格

(114) P. Norton, *The British Polity*, Fourth Edition, 2001, pp.42~47, pp.63~75.

を示していたと言えよう。さらにその周辺には敵対性を強く持つ強国に囲まれていたことから、「富国強兵」政策、すなわち資本主義経済システムを国家が意識的に導入し、「国家資本主義的経済」を運営して「富国」を図り、それによって蓄積された「富」によって「強兵」を養成するという「上からの近代化」が実行されたのである。そして、資本主義経済システムを円滑に動かし、発展させるために必要な社会秩序の計算・予測可能性を高め、それを保障するために、国家がナポレオン民法典に先経つ10年前の1794年に「プロイセン一般国法」の形で法秩序を作りたして行ったのである。こうして、先進国のイギリスに追いつき、そして可能なら肩を並べられる状態を展望して、強力な国家権力に支えられた「富国強兵」政策が成功した。その後、この政策によって資本主義経済が根付き、発展し始めても、上から育成された脆弱な資本家層は労働者階級の台頭を見て、さらなる国家権力の経済への介入を求めることになり、プロイセンでは政治、経済、法の相互連関の構造の中心には常に国家が位置し、その帰結として政治、経済、法の三つの領域の生活は国家を中心に展開されたのである。従って、社会現象、とりわけ政治現象や法現象の研究において国家概念を用いるのは当然の成り行きであったと言えよう。つまり、社会学ないしは社会科学に代わって国家学が支配的な学問として登場するのは極めて自然の成り行きであったのである。

さらに、プロイセン王国の国権主義が人々の心の中に沈殿して、それはルター派の基督教信条と融合して、政治信条としてのプロイセン精神 (Geist) へと結実した。このプロイセン精神はドイツ帝国出現後はドイツ「文化」(Kultur) へと転成した。国家がそれを纏うにつれて、国家概念はもはや学問的な分析概念というよりも組織象徴と化してしまっただけと言えよう。

もう一つドイツにおける国家概念には社会に対する否定的な評価という政治的な含意が垣間見られる。資本主義的社会が上から温室的に育成されたことの結果として、遅れて成立し始めた市民社会は国家依存的な傾向が強く、イギリスのような自律的社会の気質が欠如していた。すなわち、歪な形で成立し始めた「市民社会」は急速な経済成長の副作用として強大な労働者階級の政党を抱え込むことになり、その抑制を既存の国家に強く期待したからである。また資本主義経済の成熟化と共に頭を擡げた各種の利益集団がそれぞれ利己的な主張を展開するに至り、そうした形の社会の自立性の主張は既成の国家権力を内部から融解させる危険性があるものとして、資本主義の成熟化と共に実質的に国の経済権力を掌握した大ブルジョア層と国家権力を掌握していた大地主層のユンカーという国家を担う保守的支配層に感じ取られて行ったのである。こうして、社会はその内部においては敵対的に分裂した、各種の利益集団が相争うことになった。こうした傾向がが国家学に反映されて、社会とその代表機関の政党に敵意を持つ論調がワイマール時代に強くなって行った。その典型がシュミットの「量的全体国家」批判論である。本来、国家概念は社会概念とペアになって構成されるべき性格を持っているにもかかわらず、ドイツの国家概念は社会とその代表機関の政党の存在を敵視ないしは無視する傾向を示した点は、現代においてはその概念の普遍性を損ね、顧みられなくなった遠因の一つともなったとも考えられる。

第二次大戦後、ナチの崩壊と共にプロイセン国家と関連するほとんどのものが消滅してしまった。敗戦後ドイツの西側では、占領統治した米英仏の支援の下で、市民社会がようやく自立性を獲得することに成功し、緩やかな連邦制と社会国家性を土台とする近代立憲主義憲法が導入され、それに基づいて新しい政府機構が構築された。こうして基本法体制が確立されると共に、政

治の主導権は社会を代表する政党に移り、社会秩序の計算・予測可能性を確保するのは基本権解釈を独占した連邦憲法裁判所の任務となり、イギリスのような「法の支配」体制が確立された。こうして、プロイセン国家の残影を色濃く持つ国家概念は政治現象の分析には適切ではなくなって行ったのである。それと共に、国家学もその影響力を失い、政治分析の基本概念として英米の政治学と同様な権力概念や政治システム概念が用いられるようになったのであろう。

最後に、政治、経済、法の相互連関の構造の違いを、政治と法との関係——それはせんじ詰めれば国家と憲法との関係ではあるが——を簡単に触れて本稿を終えることにしたい。「人権」の国のイギリスの政治文化の分枝であるアメリカ建国の時に見られるように、法は市民社会の意志たる「近代憲法」という形態を取るようになり、政府はそれを実現するための政治的機関として創出された。従って、政治と法の関わり方は調和的である。もし、両者の関係が緊張状態に陥った場合でも、司法的な救済、つまり「憲法裁判所」の最終的判断で解決が図られる制度的な装置が整備されていた。それに反して、「国権」の国のプロイセンでは、国家が外敵の侵略からその構成員の生命の安全と財産を守り、かつ平和な生活を保障するために、その構成員の共同生活を秩序付ける規範＝法（Recht）を上から命令し、構成員はそれを遵守する義務を負い、その見返りとして生命の安全と生活して行く権利（Recht）を保障してもらうことになっていた。その結果、ホップズが言う「真理ではなく、権威が法を作る」という政治的統一体が構成されていたのである。こうしたプロイセンでは、政治、その究極的な手段の権力と法との関係では、権力が法・権利（Recht）を創出するものであると考えられた。しかし、同国は英米仏という近代国家と対抗して行くためにも立憲主義体制の構築が迫られ、外見的な近代憲法の導入を余儀なくされた。それと共に、近代憲法理念の国家への緩慢ではあるが着実な浸透が始まり、権力と法との緊張関係が生まれた。その解消方策として「法治国家」概念が生み出された。それは、「人権」の国の英米の「法の支配」では、法執行の実質的な合理化が図られたのに反して、法執行の形式的な合理化の追求がなされた。とはいえ、近代憲法理念と国家との緊張関係がさらに進むと共に、この「権力と法」との緊張関係をどのように解消して行くかがプロイセン・ドイツにとって重要な課題として提起され、それは学問的には「法哲学」や「国家哲学」の対象となり、また国家学・国法学もそれを法学的に解消する努力を続けた。国家法人説や国家自己制限説がその一例であろう。ドイツ革命勃発後は、国家の危機を経験し、国家の危機、つまり「例外状態＝緊急事態」においては政治＝権力は法の拘束を受けない、と言う考え方がカール・シュミットによって提起された。つまり、「権力と法」の緊張関係を一方的に法を否定する方向においてその解消が求められたのである。ところが、ケルゼンは、その学問方法論のしからしめるところではあるが、国家を「法秩序」として捉え直して、法秩序は段階構造をなしてその最終的な帰着点が抽象的な「根本規範」であると主張して、シュミットとは正反対の方向へと両者の緊張関係を解いてしまった。その結果、シュミットの解決策、すなわち法の拘束を受けない権力の行き着く先のナチ国家、そして、逆説的であるが、ケルゼンの解決策の、国家であるなら「法治国家」だと語らざるを得ないような悲劇が生まれた。

ともあれ、グローバル化のさらなる進展が続いている現在、「国家の退場」が喧伝されているとはいえ、冷戦崩壊後、アメリカは世界の一極支配体制の構築へと進み、皮肉にもその「国家性」を強めており、さらにそれに対抗する勢力も次第に拡大しつつあり、それらの国にも「国家

性」が強まっている。プロイセン国家概念の残影を引きずっているベッケンフェルデ⁽¹¹⁵⁾は、上で紹介した、英米の「法治国家」（彼は、法治国家とは近代立憲主義国家を指す）では、「政治に対する法の優位が絶えず」要請されているが、国家が法を創出し、かつ執行する、法の重要な担い手であることから起因する「権力と法」の緊張関係の存在自体を問おうとはしない、と批判している。「法の支配」が政治的原理として、さらにそれを実現する制度面においても確立されている英米の「権力と法」の関係に対する彼の批判の当否は別として、彼の批判は、一応近代立憲主義憲法は導入されているが、なお「国家性」を強く残している諸国にとって真剣に受け止められるに値するものと言えよう。ベッケンフェルデはこうした批判の後に、この「権力と法」の緊張関係を解く方法として、シュミットとケルゼンの相反する一面的な解決策を批判して、「国家と法」は「相関的共属関係」にある、つまり法には権力形成的性格があり、また権力にも法形成的性格があるが故に、両者は「弁証法的な関係」にあるというように、「権力と法」の緊張関係を新たに捉え直して、その解決を試みたヘラーの方向を見習うべきである、と主張している。⁽¹¹⁶⁾ヘラーは、「支配とは服従を見出すことである」というスピノザの命題、つまり「関係としての権力」概念に基づいて、国家がもしその存続を永続化させたいのなら、国家意志にはすでにその規範の名宛人の「服従を見出すことのできる」規範＝法内容が含まれていなくてはならないので、国家権力は「倫理的法原則」の拘束を受ける筈である、と主張している。⁽¹¹⁷⁾とはいえ、アメリカで構築されているような、権力を法に拘束させる政治的原理やそれを実現する制度的仕組みについては言及していない。ただ、国家権力が法、つまり「倫理的法原則」の拘束を受けずに暴走する場合には、規範の名宛人に残された道は抵抗のみであるが、それは「近代国家の異常に向上した法及び権力の技術に鑑みて、最後に、常にただ生命を賭してのみ可能である。」と命がけの抵抗を仄めかしているに過ぎない。⁽¹¹⁸⁾国家が存在する限り、権力と法の緊張関係が必ず存在する。従って、それをどのように解いていくのかが市民にとって最大の難問と言えよう。ベッケンフェルデの問題提起を真剣に受け止めるなら、市民一人一人がその難問を常に肝に銘じて置く必要があるだろう。そうでなければ、自由民主政は活性化され得ないであろう。

参考文献

W・アーベントロート著・村上淳一訳『西ドイツの憲法と政治』（1966年）東京大学出版会、1971年。
芦部信喜『憲法制定権力』東京大学出版会、1983年。

(115) 注(109)の渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話(5)」は、ベッケンフェルデの学問を彼の憲法解釈方法論、憲法理論、国家論の三つの分野に分けてその全体像の解明を試みた論文である。同論文では、ベッケンフェルデの国家観は、初期から東西ドイツ統一、EU成立以降でも変わらず首尾一貫しており、その特徴は次のように指摘されている。ヘルマン・ヘラーの国家概念の継受に際しては「ヘラーの定式を権力国家的に説明している」というハーマンス(P. Hammans)の説が紹介されており(168頁(注140))、それと関連してヘーゲルの影響も強く(43頁、61頁、66頁)、「国家権力の神秘性及び独立性の危険」が指摘され、さらに「民主制における指導機関の役割を重視し」、「憲法に対する国家の先住性を主張していること」などから、民主的に正統化された国家であっても権威化する危険があると、指摘されている(66頁)。その帰結として、「彼の国家論は基本法適合的ではない」と主張されている(68頁)。

(116) E.W. ベッケンフェルデ、前掲訳書、51頁、60頁(注86)。

(117) ヘルマン・ヘラー著・安世舟訳、前掲訳書、280頁-282頁、324頁-325頁。

(118) 前掲訳書、330頁。

- 芦部信喜『憲法（新版補訂版）』岩波書店、1999年。
- E・イエツセ著・小笠原道夫他訳『戦闘的民主主義』早稲田大学出版部、1980年。
- G・イエリネク著・芦部信喜他訳『一般国家学』（1900年）学陽書房、1976年。
- M・ウェーバー著・脇 圭平訳『職業としての政治』（1919年）岩波文庫、1980年。
- M・ウェーバー著・林 道義訳『理解社会学のカテゴリー』（1913年）岩波文庫、1968年。
- M・ウェーバー著・清水幾太郎訳『社会学の根本概念』（1922年）岩波文庫、1972年。
- 上山安敏『ドイツ官僚制成立論—主としてプロイセン絶対主義国家を中心として—』有斐閣、1964年。
- 上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』ミネルヴァ書房、1987年。
- 柄谷行人『憲法の無意識』岩波新書、2016年。
- H・ケルゼン著・法思想21研究会訳『社会学的国家概念と法学的国家概念』（1922年）晃洋書房、2001年。
- H・ケルゼン著・清宮四朗訳『一般国家学』（1925年）岩波書店、1936年、1971年（改版第一刷）。
- 工藤達郎『憲法学研究』尚学社、2009年。
- 古賀敬太『ヴァイマル自由主義の悲劇—岐路に立つ国法学者たち—』風行社、1996。
- 古賀敬太他編『カール・シュミット時事論文集——ヴァイマル・ナチズム期の憲法・政治論集——』風行社、2000。
- 古賀敬太『シュミット・ルネッサンス—カール・シュミットの概念思考に即して』風行社、2007年。
- 小林孝輔編『ドイツ公法の理論—その今日的意義』一粒社、1992年頁
- 佐藤康郎『教養のヘーゲルの『法の哲学』—国家を哲学する—』三元社、2016年。
- 『カール・シュミット著作集I』（長尾龍一編）慈学社出版、2007年。
- C・シュミット著・阿部照也・村上義弘訳『憲法論』みすず書房、1974年。
- カール・シュミット著・田中浩他訳『独裁—近代主権論の起源からプロレタリア階級闘争まで』（1921年）未来社、1991年。
- カール・シュミット著・川北洋太郎訳『憲法の番人』（1931年）第一法規、1989年。
- 初宿正典『カール・シュミットと五人のユダヤ人法学者』成文堂、2016年。
- G・シュワープ著・宮本盛太郎他訳『例外の挑戦——カール・シュミットの政治思想1921—1936』（1970年）みすず書房、1980年。
- K・ゾントハイマー著・河島幸夫他訳『ワイマル共和国の政治思想』（1968年）ミネルヴァ書房、1976年。
- 高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第六版）』信山社、2010年。
- 田口富久治『戦後日本政治学史』東京大学出版会、2001年。
- 長尾龍一『ハンス・ケルゼン自伝』慈学社出版、2007年。
- 中道寿一『ワイマルの崩壊とC・シュミット—C・シュミット研究序説—』三嶺書房、1989年。
- 西原博史『自律と保護—憲法上の人権保障が意味するものをめぐって—』成文堂、2009年。
- F・ノイマン著・岡本友孝他訳『ビヒモス—ナチズムの構造と実際』（1942年、1944年）みすず書房、1963年。
- F・ノイマン著・内山秀夫他訳『政治権力と人間の自由』河出書房新社、1971年。
- 畑尻 剛・工藤達郎編『ドイツの憲法裁判——連邦憲法裁判所の組織・手続き・権限——』（第二版）中央大学出版部、2013年。
- 林 知更『現代憲法学の位相——国家論・デモクラシー・立憲主義』岩波書店、2016年。
- B・パディ、P・ビルンボーム共著・小山勉訳『国家の社会学』日本経済評論社、1990年。
- S・ハフナー著・川口由紀子訳『プロイセンの歴史——伝説からの解放』（1979年）東洋書林、2000年。
- 樋口陽一『比較憲法』（全訂第三版）青林書院、1992年。
- 平島健司『ドイツの政治』東京大学出版会、2017年。
- E・フレンケル著・中道寿一訳『二重国家』ミネルヴァ書房、1994年。
- G・W・F・ヘーゲル著・上妻精、佐藤康郎、山田忠彰訳『法の哲学—自然法と国家学の要綱』下巻、岩波書店、2002年。
- 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。
- K・ヘッセ著・初宿正典他訳『ドイツ憲法の基本的特質』（20版）成文堂、2006年。

- ヘルマン・ヘラー著・安 世舟訳『国家学』（1934年）未来社、1971年。
- ヘルマン・ヘラー著・大野達司他訳『ナショナリズムとヨーロッパ』風行社、2004年。
- ヘルマン・ヘラー著・大野達司他訳『主権論』（1927年）風行社、1999年。
- ヘルマン・ヘラー著・宮本盛太郎他訳『ヴァイマル民主主義の崩壊』木鐸社、1980年。
- J・W・ベンダースキー著・宮本盛太郎他訳『カール・シュミット論—再検討への試み』（1983年）お茶の水書房、1984年。
- A・F・ベントリー著・喜多靖郎、上林良一訳『統治過程論—社会圧力の研究—』法律文化社、1994年。
- P・ヘーベルレ著・畑尻剛他編訳『多元主義における憲法裁判—P・ヘーベルレの憲法裁判論』中央大学出版部、2014年。
- 細井保『オーストリア政治危機の構造—第一共和国国民議会の経験と理論—』法政大学出版局、2001年。
- 待鳥聡史『アメリカ大統領制の現在—権限の弱さをどう乗り越えるか—』NHK出版、2016年。
- 丸山真男『増補版 現代政治の思想と行動』未来社、1964年。
- 宮田光雄編『ヴァイマル共和国の政治思想』創文社、1988年。
- 安 章浩『憲法改正の政治過程—ドイツ近現代政治史から見えてくる憲法の諸相—』学陽書房、2014年。
- 安 世舟『現代政治学の解明』三嶺書房、1999年。
- 蠟山政道『日本における近代政治学の発達』〔実業之日本社、1949年〕、ペリかん社、1968年
- 山下健次「基本権規定の法的性格の展開（一）——ワイマール憲法における展開——」『立命館法学』46号（1952年）。
- 山下健次「◇資料◇ フリードリッヒ・ナウマンの基本権草案（1919・3・31）」『立命館法学』48号（1962年）。
- 安 章浩「西ドイツにおける近代立憲主義確立の政治過程—三権の立憲主義的統制機関としての連邦憲法裁判所の活動を中心に—」『尚美学園大学総合政策論集』第22号、2016年6月。
- 西原博史「統合と自由——R・スメントの基本権論に関する覚書——」『早稲田社会科学研究』第47号、1993年。
- 渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話（5）」『国家学会雑誌』（113巻5・6号（2000年））。
- 渡辺康行「憲法裁判官としてのベッケンフェルデ」（『法律時報』72巻9号）。
- P. Anderson, ed., *The Rise of Modern State*, 1986.
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991.
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011.
- V. R. Berghahn, *Modern Germany. Society, economy and politics in the twentieth century*, Second Edition, 1987.
- W. Bleek, *Geschichte der Politikwissenschaft in Deutschland*, 2001.
- C. E. Bärsch, *Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen*, 1974.
- P. C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, 1997.
- J. Collings, *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*, 2015.
- D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, 1977.
- D. Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, 1965.
- E. Forsthooff, *Die Umbildung der Verfassungsgesetzes*, in: *Festschrift für Carl Schmitt: zum 70. Geburtstag*, hrsgs., v. H. Barion, 1989.
- M. Fröhlich (Hrsg.), *Die Weimar Republik. Portrait einer Epoche in Biographien*, 2002.
- A. J. Jacoson & B. Schlink, *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, 2000.
- I. Gilcher-Holtey, *Das Mandat des Intellektuellen. Karl Kautsky und die sozialdemokratie*, 1986.
- H. Grebing, *Geschichte der deutschen Parteien*, 1962.
- Ch. Gusy (Hrsg.), *Weimars lange Schatten — „Weimar“ als Argument nach 1945*, 2003.
- F. Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration*, 2004.

- K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., 1999.
- P. Katzenstein, Party and Politics in West Germany: The Growth of Semisovereign State, 1987.
- E. Kennedy, Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar, 2004.
- D. Lehnert (Hg.), SPD und Parlamentarismus. Entwicklungslinien und Problemfelder 1871-1990, 2016.
- N. Manterfeld, Die Grenzen der Verfassung. Möglichkeiten limitierender Verfassungstheorie des Grundgesetzes am Beispiel E.-W. Böckenfördes, 2000.
- R. Mehring/M. Otto(Hrsg.), Voraussetzungen und Garantien des Staates. Ernst-Wolfgang Böckenfeldes Staatsverständnis, 2014. .
- R. Mehring, "Zum den neu gesammelten Schriften und Studien Ernst-Wolfgang Böckenförde", in: Archiv des öffentlichen Rechts 117(1992).
- Ch. Möllers, Staat als Argument, 2011.
- S. Neumann, Die Parteien der Weimarer Republik, 1932, 1965.
- P. Norton, The British Polity, Fourth Edition, 2001.
- K. C. Pinson, Modern Germany. Its History and Civilization, Second Edition, 1966..
- W. Schluchter, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, 1968.
- C. Schmitt, Politische Theologie, Neunte Aufl., 2004.
- C. Schmitt, Verfassungslehre , Zehnte Aufl., 2010.
- C. Skach, Borrowing Constitutional Designs. Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic, 2005.
- K. Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik. Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933, 3. Aufl., 1992.
- R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, vierte Aufl., 2010.
- J. R. Stoner, Jr, "Carl Joachim Friedrich", in: G. H Utter and Ch. Lockhart, ed., American Political Scientist. A Dictionary, 1993.
- R. v. Thadden, Prussia: The History of Absolute State, translated by A. Rutter, 1987.
- W. Tormin, Geschichte der deutschen Parteien seit 1848, 3. Aufl., 1968.
- D. Truman, The Governmental Process. Political Interest and Public Opinion, Second Edition, 1951.
- P. Unruh, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein Verfassungstheoretischer Vergleich, 2004.
- H.-P. Waldrich, Der Staat. Das deutsche Staatsdenken seit dem 18. Jahrhundert, 1973.