

[研究ノート]

ヘンニス政治学における憲法と憲法現実 ——ドイツ憲法思考批判と規範的政治＝憲法理論

三宅雄彦

一 序言

憲法と憲法現実の対比と聞けば、理想を記す憲法条項が、現実政治では尊重されない、そのような事態を連想することが通例であろう。戦争放棄条項にも拘らず、自衛隊は海外に行き米軍は駐留を続ける、国民主権原理にも拘らず、国民意思は権力者らにより蔑ろにされる、基本的人権尊重にも拘らず、社会的弱者の利益は放置されたままだ、等々、憲法と憲法現実の齟齬を嘆く怨嗟の音が残念ながら絶えない。勿論、一方で、憲法規定に憲法現実を近づける努力もあるけれども、他方で、改憲で憲法を憲法現実に合わせてよという主張も当然にある。

本稿は、ヴィルヘルム・ヘンニスの『憲法と憲法現実』¹を検討する。これは1967年、彼のフライブルク大学就任講演の再録であるが、憲法と憲法現実の矛盾を嘆く、陳腐でお決まりの政治批判ではない。この人物は、戦後西ドイツで、独自の政治学の確立を目指した学者であると共に²、メディアで現実政治を厳しく批判した論者でもあり³、その上、法実証主義

1 Wilhelm Hennis, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*(1968), in: ders., *Regieren im modernen Staat*, 1999, S. 183-213.

2 参照、高橋広次『アリストテレスの法思想』（成文堂、2016年）19-24頁、雀部幸隆『公共善の政治学』（未来社、2007年）24-28頁。

3 Vgl. Peter Graf Kielmansegg, Wilhelm Hennis (1923-2012), in: E. Jesse / S. Liebhold(Hrsg.), *Deutsche Politikwissenschaftler – Werk und Wirkung*, 2014, S. 331-345,

を方法論的に破壊したスメントの弟子でもある⁴。ヘンニスの学的使命と実践任務を知るためにも、憲法と憲法現実の対抗を巡る彼の理論的根幹を、内在的に吟味しようという訳である⁵。

二 法と現実の対抗関係

1 ドイツ立憲君主体制

1 規範と現実の間に齟齬や相剋があるとき、人々の関心がここに集まる。本質上憲法で規律すべき筈が現行憲法で規律されない部分の現実を、憲法現実と呼ぶとすれば、憲法実務の現状に政治的不満を隠さない人々は、正しくこの憲法と憲法現実の二律背反を批判するのである⁶。

ヘンニスは、この憲法と憲法現実の対立の例を合計5つ挙げている。第一が、基本法65条にある、連邦宰相の政治方針の確定権限だが、当時、

333f. ヘンニスによる政治批判。

4 ヘンニスは、その後は各大学の政治学講座を歴任した人物であるが、元々は、国法学者スメントの、戦後における番頭格的な弟子であり、例えば、師の学位取得50周年論集の計画及び出版を主導している。三宅雄彦「スメント『国法論文集』の出版と改訂」(埼大)社会科学論集142号(2014年)111-127頁。

5 近代国家を定礎する市民の政治参加の動機付けの是非と方法という、いわば憲法理論の中身につき、ヘンニス政治学を前提に問う論稿に、日比野勤「『市民』と『公論』」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣、1985年)251-280頁、更に、ハーバマスとの論争の下で展開された、職務と審議の概念に依拠する、ヘンニス説の正当化(正統化)の概念を検討する論考に、同「憲法における正当化とコンセンサス」国家学会雑誌105巻11・12号(1992年)1-63, 32-60頁。

加えて、本稿の姉妹編に、世論調査を題材に現代政治科学における世論概念を代表制の視点から批判するヘンニスの思考法については、三宅雄彦「世論調査と憲法理論:W・ヘンニスの現代政治学批判」(埼大)社会科学論集164号(2021年)33-50頁。

6 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 183. Andreas Anter, Wilhelm Hennis' Verfassungsdiagnostik: Kritik als Beruf, in: ders.(Hrsg.), Wilhelm Hennis's Politische Wissenschaft, 2013, S. 73-86. Vgl. Herbert Krüger, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien: Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, 1966, S. 28.

連邦外相兼副首相が独自の外交方針を述べた事件が登場した⁷。第二が、連邦議会議員を全国民の代表と定める基本法 35 条であり、ヘンニスは、政党の拘束で自由委任が有名無実化していると指摘する⁸。第三が、政党内部での民主政秩序を要求する基本法 21 条であるが、政党運営は執行部に独占されており、寧ろ本条文が実情を隠蔽する⁹。第四が、連邦参議院と連邦政府が関与する連邦の立法手続について、だが利益団体の影響が拡大する現在、本規定は唯の擬制でしかない¹⁰。第五が、基本法 67 条 2 項の内閣に対する建設的不信任決議であり、本権限の行使実績がまだない当時、本条の廃止も検討されたとも言う¹¹。要するに、憲法と憲法現実の齟齬を問うこと自体を問うというのだ。

2 けれども、成文憲法と憲法現実の対抗関係と聞くと、すぐに我々は、ケルゼン純粋法学を想起し、しかも彼はそう主張する訳でないのに、当為は存在を、規範は事実を、従って、成文憲法は憲法現実を服従せしめるべ

7 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 185f. 大連立時代の当時、キージナー首相 (CDU) でなく、副首相のブランド (SPD) の、記者会見での独自方針陳述が問題とされた。参照、上田健介『首相権限と憲法』(成文堂、2013 年) 80-86 頁、毛利透「ドイツ宰相の基本方針決定権限と『宰相民主政』」同『統治構造の憲法論』(岩波書店、2014 年) 37-110, 71-95 頁。

8 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 186f. この典型としてヘンニスは、ライブホルツ政党国家論を挙げている。即ち、自由委任と政党国家に不一致があるとのテーゼのことである。Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 187, Fn. 10. 参照、栗城壽夫「最近のドイツにおける民主政のとらえ方について」(大阪市大) 法学雑誌 11 巻 3・4 号 (1965 年) 1-34, 21-25 頁。自由委任自体ではないが、高見勝利も、国民内閣制が説く国民による決定の思考を批判する際、ヘンニスの代表民主政理解に言及する。高見勝利「国民内閣制についての覚え書き」ジュリスト 1145 号 (1998 年) 40-51, 47-48 頁。参照、三宅 (前掲注 5) 38-42 頁。

9 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 187. 参照、手島孝『憲法学の開拓線』(三省堂、1985 年)、丸山健『政党法論』(学陽書房、1976 年) 117-131 頁、加藤一彦『政党の憲法理論』(有信堂、2003 年) 136-154 頁。

10 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 188. 参照、栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究 38 号 (1976 年) 89-91 頁。

11 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 188. 参照、渡辺暁彦「ドイツにおける議院内閣制と政権の安定」同志社法学 52 巻 2 号 (2000 年) 338-406 頁

しと連想し、だとすれば、憲法と憲法現実を語るというヘンニスも、きつとそのように主張している筈だと即断してしまう。だが、彼の主張は、そのようなお決まりの規範主義では断じてない。

ヘンニス曰く、ワイマール制憲会議では、憲法と憲法現実の関係につき、当為と存在の直接的対抗を前提に据え、一方で、規範と遵守に把握し、他方で、憲法の社会的条件を捨象する憲法思想が現れる。しかし、ドイツの歴史ではこんなうっかりはただ一度きりだと言う¹²。

又は、ヘッセら戦後世代の如く、憲法問題が唯の事実問題に解消されたそのワイマール時代、規範性が悉く破壊されたナチス時代への反省からすれば、国家の規範的基本秩序という憲法の特徴、即ち、憲法の規範的性格を強調するのも、至極尤もなことである、と¹³。だが、過去の間違いを修正する努力にも行き過ぎはないかと、問いかける¹⁴。

憲法で憲法現実を統制する思考からヘンニスは距離を取る訳である。

3 ならば、憲法と憲法現実につき、前者が後者を断罪する視角でないとしたら、ドイツではどんな視角が成り立つとヘンニスは言うのか。果たしてそこには、憲法と憲法現実を直接に同一化する企て、即ち、フェアファクシンスクレヒト 憲法の法とその前提の ツヴァーレシエトルクトワー 社会構造を同一化する発想があると、述べる¹⁵。憲法が現実を統制するというよりも、寧ろ、現実が憲法を決定するという、先の規範主義とは真逆の思考があるとも言えるのかもしれない¹⁶。

12 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 191.

13 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 196f., 211.

14 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 197.

15 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 191.

16 なおグリムは、憲法と憲法現実の関係理解につき5類型を挙げるが、彼の第1類型と第2類型が、本文で見たヘンニスの理解に対応する。つまり、第1類型は、ラーバントやケルゼンの法実証主義の思考で、対抗関係を規範側に解消し、憲法文言の分析を文法と論理で行うが、憲法現実はまだ規範の適用事例で、法の妥当には無関係と理解する。第2類型は、マルクス主義の如く、対抗関係を現実側に解消する説。存立する力関係の表現が法の正体であり、その事実関係に適合する限りで法は規範力を持つが、逆に言えば、憲法は権力制限の概観を作るだけで、憲法現実を肯定するイデオロギー機能を持つに過ぎぬ、

では、その、これなくして憲法と憲法現実のドイツ的問題は理解できぬともヘンニスが言う、両者の同一化とは一体何を意味するのか。

そもそも、ドイツ憲法とそれ以外の西欧憲法の違いが奈辺にあるかと言えば、後者は、国民主権により タブラ・ラサ 白紙から国家組織を建築するのに、前者は、君主主権を元に憲法以前に国家組織を指定する、と言う¹⁷。例えば、クロムウェルの革命憲法は、自ら「統治の道具 (Instrument of Government)」と名乗り、国家任務の履行に必要な、議会や裁判所の統治の道具を創出するが、19世紀ドイツ諸憲法は、各領邦君主が己の権利で予め堅固に確立した君主政を、即ち、前以て在る「統治の道具 (Regierungsinstrument)」を前提としている。前者は民主的^レ革命が創造し、後者は君主^レ的改革が確認するのである¹⁸。

4 ヘンニスの言う、この コンスティトゥティオネール 立憲主義的君主政、コンスティトゥティオネン 憲法 とは次の通りである。即ち、ドイツの成文憲法がその前に国家組織を指定すると

後述の如く、この後者をヘンニスはドイツ特殊の発想とするものの、それがマルキシズム固有の思想だと言う訳でもない。但し、グリムもヘンニスも、ラッサールをその例とし、ヘンニスも、この典型のヘーゲルの期せずして後継者となるマルクスも同じ文脈で言及する。Dieter Grimm, *Verfassungswirklichkeit*, in: D. Nohlen / R.-O. Schultze (Hrsg), *Lexikon der Politikwissenschaft*, Bd. 2, 2010, S. 1143-1145, 1144. なお、憲法と現実に関する、グリムの残りの類型にも触れておくと、第3類型は、憲法と憲法現実が相互補完的に作用し、いわば生きた憲法として、一体的に政治システムを構築する場合で、第4類型は、憲法を社会が承認した正義秩序の格率の表現とし、憲法現実をこの自立化した諸目標からの逸脱として、両者の区別を断絶的に考察し、第5類型は、憲法と現実を一体的にシステムと統握する見解である。特に、第4類型については、手続的／実体的に完全な拘束を政治にかける、その行き過ぎた期待をグリムは批判して、寧ろ、憲法とは、正義に適う社会秩序の条件を確認するだけの政治の枠組みに過ぎず、この観点から、憲法現実を、憲法充足的／憲法介入的／憲法違反的な憲法現実という、合計三つの種類に区別される筈と指摘している。

Grimm, a.a.O., S. 1144. 因みに、そのグリム本人の憲法現実への関心であるが、彼の言及は、その第3類型での、相互補完的な憲法と憲法現実の調和の中にある。Grimm, *Zukunft der Verfassung* (1989), in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1994, S. 11-28, 17-19.

17 Hennis, a.a.O. (Fn. 1), S. 192.

18 Hennis, a.a.O. (Fn. 1), S. 192.

述べたが、正に、この法的憲法が憲法現実を自己に取り込む事態なのである。

曰く、君主が、社会の中の或る勢力についてこれを重要と認識し、彼らを国家の統治装置に繋ぐべく統治権の行使に参加させるとき、君主は、その勢力を憲法に登録する、即ち、憲法化するのである。勿論、その関与は、立法権への共同参加に限定され、それ故従来^{レギストリーレン}の身分議会と類似するが、上院の旧来の職業身分と並び、政治的に新興の市民階級が下院に登場し、憲法の中に正式に組み込まれる^{コンスティトゥイーレン}¹⁹。その意味で法的憲法とは、君主にその政治的重要性が承認された社会的勢力の、政治的土地台帳 (politisches Grundbuch)、公証の登録 (notarielle Beurkundung)、力の統計 (Machtstatistik) なのである。その政治的重要性が承認された勢力のみが憲法典の中に登録され、その登録された勢力のみに政治的意思決定への参加が承認される。即ち、この意味で、憲法現実が憲法の中に不断に取込まれていく²⁰。

憲法と憲法現実の対抗は、社会的諸力を国家組織に吸収していく、ドイツの実質的憲法概念の伝統の下で理解しなければならない訳だ²¹。

2 基本法下の状況変化

1 しかし、政治的に実力を増した勢力の登録も永遠に続く訳ではない。ヘンニスは言う。憲法の承認を受け損ねた諸勢力は政治的煽動を引き続き行うが、それが人々の驚愕、時には拒否、最悪には抵抗を生む。例えば、政党には、嘗て自由主義者のトリーペルも抗議したように、立憲外的諸力

19 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 192.

四 20 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 193f., 195. ヘンニスは更に師匠スメントを引き、社会的諸力を憲法に編入する承認基準として、19世紀立憲主義理論の選挙諸原理を挙げている。Vgl. Rudolf Smend, Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts(1919), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl.(1994), S. 19-38; 三宅雄彦「政治的体験の概念と精神科学的方法(1)」早稲田法学 74 卷 1 号(1999年) 249-358, 322-326 頁。

21 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 194.

として、強固な反対を伝統的ドイツ思考は差し向ける²²。無論政党は基本法21条で憲法が承認されたが、団体はそうでない。利益団体の規律は当時、連邦議会でも議論的のだが、恐らく伝統に倣って、ここでも団体の基本法への登録が提案された筈である、と²³。

しかし、そのとき、憲法と憲法現実との間に未登録の齟齬が生まれる。自由な政治的土地市場のこの国では、恒常的な登録／整理／抹消を怠れば、台帳による諸勢力の概観（Überblick）が、更に、法的安定性が失われる（Rechtsunsicherheit）²⁴。人々は、この概観が失われたと嘆いて、諸力が共同態内で配分された通り、政治的意思が形成された通りに憲法で確定して欲しいと望む²⁵。だが、基本法を読み、憲法と現実の断絶を知る者は困惑するだろう。そこでヘンニスは問う。彼は基本法に過度な期待をしてはいないか、そのように期待する彼は憲法と憲法現実の断絶に怯えてはいないか²⁶。

2 社会的諸力の登録が頭打ちになると、制憲者や国法学は、こうした憲法読み手の不安に乘じ、彼らの期待を釣上げる戦略を続けて行く。ナチスによる規範性の絶滅、戦後国法学による規範性の復興の試みを受け、権力状況でなく、規範状況を憲法に登録しようと要求する。即ち憲法を、全ての根本規範、全ての道徳的政治的諸原理、国家の課題所与の数々の法典にすべし、と現在の憲法了解は言い出すのだ²⁷。つまり、憲法から政治生活全体の実質的価値秩序が引き出せるとか、憲法は一種の普遍委託

22 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 195.

23 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 195. 無論実際は、利益団体の国政への影響力拡大の為の、憲法政策上の各種施策が連邦議会で考慮され、或いは、立法準備手続中、議院規則上各種団体への意見聴取として団体の登録が進行するが、政党と同様の承認を利益団体に怠っていると、基本法は批判される、と。Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 195, Fn. 32.

24 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 196.

25 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 196. Vgl. Werner Weber, Der Einbruch politischer Stände in die Demokratie(1951), in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., 1970, S. 36-56, 36.

26 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 196f.

であるとか、憲法は政府や議会への諸命令の^{アンサンブル}合奏であるとか、社会的法治国や自由や人間の尊厳等々は具体化し顕在化するべしとか、憲法はドイツ国民の完全な精神的政治的発展の先取であるとか、立法者がただ実行するだけでよい全く詳細な内容が無限に汲出される源泉であるとか、ドイツ国法学者は主張し始める²⁸。

だが、今なら^{コンステイトゥティオナリジールング}憲法主義化と呼ぶこの状況²⁹をヘンニスは信じていない³⁰。即ち、事態は、基本法は、唯の規範性を超えて、議会でも政府でも我々罪人^{つみびと}には最早手の届かぬ、履行されえぬ崇高な神の戒律となる。法と現実の断絶思考は、憲法は革命で解決すべき約束だと今や論ずる³¹。

3 結局ドイツの憲法とは、社会的で精神的な鉄道運行計画なのである。

27 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 197.

28 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 197f. 参照、栗城(前掲注10)100頁、同「国家・憲法・憲法思想」思想755号(1987年)28-47, 33-38頁、同「立憲主義の現代的課題」憲法問題4号(1993年)7-22, 13-18頁。

29 Vgl. Matthias Knauff, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht. Konvergenz oder Divergenz? in: ZaöRV, Bd. 68(2008). S. 453-; Wolfgang Kahl, Grundrechte, in: O. Depenheuer/Ch. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 807-836, 831-834. この問いにつき、後掲注、注80も参照せよ。

30 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 197, Fn. 37. 政策はその政策故ではなく、憲法委託への適合故に支持されていく。憲法は政治的超自我として機能、余りに非政治的且つ非民主的にも、人々は基本法を政治的意思形成のアリバイ作りに用いるようになる。また、日比野(前掲注5)(コンセンサス)59頁注46。拡張的基本権解釈につき同僚エームケの批判に彼は完全に同意する。Vgl. Horst Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 56-61.

31 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 198f. ヘンニスは、この類の思考の例に、アーベントロートの説を挙げる。即ち、社会的現実から憲法了解の為の解釈尺度を引出しはしないが、憲法に反して、憲法秩序の現実とは最早みなされぬ変化があるとき、憲法制定時の社会的實在に、憲法尺度たる拘束力を認める説である。つまり、立法の理性をそのまま法律の理性に読み替える見解である。ヘンニスは、ここにケルゼン規範論理とシュミット決断主義の混淆、即ち恐らく、立法決断をそのまま規範論理に押し固める思考を見て、この説があるからこそ人は、憲法を事実変化から防衛することこそ国家学の、そして相応する社会的諸力の任務であると述べるのだと。Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 199, Fn. 40. Vgl. Wolfgang Abendroth, Das Grundgesetz: Eine Einführung in seine politischen Probleme, 1966, S. 12ff.; アーベントロート(村上淳一訳)『西ドイツの憲法と政治』(東京大学出版会、1971年)1-6頁。

この下では、憲法文言と憲法現実はある限り合致せねばならない³²。

彼は言う。この運行計画としての憲法は列車運行を精密に提示する。民主政、社会的法治国、人間尊厳、自由を実現せよと言うのである。だが、実際の鉄道は、規定されたダイヤ通りに運転される訳でない。遅延、運休、任務懈怠、サービス違反はドイツ鉄道の一日常風景であり、加えて、基本法には、建設的不信任、立法緊急事態、連邦監督制度、議会予算増額修正の政府同意など、特別行事の為の豪華な特別車両も用意されても、留置線に放置され、一部はスクラップ同然になる³³。

しかしそれは、憲法なるものが本当は台帳中の台帳である筈なのに、背後に退き、見捨てられ、真面目に受け取られないことを意味する。そうになると、憲法は憲法現実と同一である筈だから、その同一性の外観を捏造し、頽落した現実を隠蔽する為憲法が用いられていく。つまり、社会的諸力の登録のみならず、社会的諸道徳を膨大に抱え込む現代の憲法は、今や憲法現実を正当化する為の道具に頽落してしまう。このイデオロギーたる憲法は実質的憲法の不可避の帰結なのである³⁴。

4 要するに、ドイツでは、憲法と憲法現実には常に合致しなければならない。一つに、立憲君主制では、国家機構に編入し立法機関に組込むべき諸社会勢力を憲法に登録する限りで、憲法現実には憲法条項に合致し、二つに、現憲法体制では、最早政治勢力でなく、自由民主政の価値秩序をインストールする方向で、憲法条項は憲法現実を組み入れる。

この、ドイツ的文脈の憲法と現実を、ヘンニスは批判する訳である。但しそれは、憲法理念を蹂躪する政治の横暴が跋扈することによる、憲法現実の憲法からの乖離、憲法の憲法現実への制御力喪失ではない。一方で、現実社会から道徳諸規範を掻き集め、人間の預かり知らぬ肉となる神の言

32 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 188f., 199f.

33 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 200.

34 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 200. Vgl. Alexander Hollerbach, *Ideologie und Verfassung*, in: W. Maihofer(Hrsg.), *Ideologie und Recht*, 1969, S. 37-61.

の成文憲法は、実現困難な聖なる法典に生れ変わる。他方で、その実定条文の規定内容が悉く実行に移されることはなく、寧ろ、規範に違う墮落した憲法現実を取り繕う為に援用されていく。

結局は、憲法条項は羽化すれども現実に抗する力と実力は備わらず、政治現実も精神も原理も持たず憲法規定を特に配慮せぬままである³⁵。しかし、憲法も憲法現実も、一方が他方を嚮導せず、他方が一方を糊塗するという、このドイツ古来の状況はどこに由来するのだろうか。

3 根源のドイツ的思考

1 この憲法と憲法現実の対抗、正確には、この対抗を前提に憲法現実を憲法に編入する思考は、ドイツ固有の思考であるとヘンニスは述べる³⁶。

つまり彼は、これを、ドイツ唯一の革命=宗教改革以来の思考と見て、恐らくは、物事を深読みするという趣旨で、解釈学的情熱 (hermeneutische Leidenschaft) と命名する。真理を求め穿り返す認識的情熱、存在と当為、恩寵と原罪、神聖と邪悪の差異で、世界の最も内面に潜むものを詮索する情熱のことである³⁷。

但しここには、一つに、死した概念を暴き立てる単なる情熱と、二つに、語義通りの概念をそこから脱落した悪しき現実と反目させる、革命的弁証法的情熱の、二種がある。勿論、彼が注目するのは二番目である³⁸。

つまり、ドイツの政治学者や国法学者が陥るデスイルジョニールンク 幻滅ホフヌングスロージヒカイト と絶望せがの状況が潜む。西洋の偉大な政治理論家なら建設的に旧きを守るべく新しきを行うが、事実と把握の間に多数の概念と目的を持ち込み、物事はその通りに進むべしと強請み、非建設的な破壊を行うのがドイツの理論家なのである。己の要求と、それに反する事象の間に永遠の矛盾を見

35 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 189.

36 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 200.

37 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 201.

38 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 201.

て、権利や義務の概念から必然を立て、それに違う事態があれば、言葉は行動に反するとか、事象を概念説明でこじつける、ウントゥーゲンツ 不道徳、ウンヴァールハイト 不真理、ウンレートルッヒカイト 不誠実である³⁹。

2 即ち、社会的諸力の憲法現実を常に吸収する先の実質的憲法概念は、通例なら、措定する概念に現実が適合するか逸脱するかを問う筈が、概念に適合するよう現実を奥深く解釈する固有の政治学に結びつく。但し、当初は、彼らは理念から切断して憲法現実の記述を遂行する。

例えば、プーフェンドルフ『ドイツ帝国憲法論』がその例に挙がる。つまり彼は、無気力な皇帝、傲慢な領邦君主、煽動する修道院僧侶など、神聖ローマ帝国のドイツの憲法状態を、病気や退化と描写した上で、君主政どころか、如何なる国家形態にも当てはまらなると断言する。ヘンニス曰く、彼に倣い、嵐による浄化 (reinigendes Gewitter) が独憲法思想の標語となるが、この無慈悲な批判の後に彼が残すのは諦念であり絶望でしかない⁴⁰。

そして、この思想はヘーゲル『ドイツ憲法論』により引き継がれる。プーフェンドルフのテーゼに倣い、「ドイツは最早国家ではない」と。国法学は、学問理念を胸に憲法に概念を与えんとした先人に刀向き、その概念で一致を得ぬどころか、学問の名に値せぬものに成り下がる。即ち、理性的理念への照合なしに、経験的に前在するもののみ記述して、ドイツ憲法に如何なる概念が当て嵌まるか吟味しようとしな⁴¹

3 尤も、この憲法概念と憲法状況の、要は憲法と憲法現実の反目から何が帰結するかは、当のヘーゲル憲法書から最も明瞭に把握できる。即ち、

39 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 201f.

40 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 202f. プーフェンドルフ『国制論』を巡る事情につき次の論稿を参照せよ。前田俊文『プーフェンドルフの政治思想』(成文堂、2004年) 239-257頁。更に、明石欽司『ウェストファリア条約』(慶應義塾大学出版会、2009年) 457-460頁。

41 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 203f. プーフェンドルフ憲法論からヘーゲル憲法論への展開につき、参照、早瀬明「ヘーゲル『ドイツ国制論』を貫く主権への問い」(京都外語大) 研究論叢 85号 (2015年) 97-114頁。Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 204f. Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Über die Reichsverfassung, 2004, S. 3-46.

この憲法論は、マキャベリ説を採用した最初の例なのである。嘗て国家であることを止めたイタリアと同じ運命を、ドイツも辿る。腐敗した政治生活は最も暴力的な手続でのみ再組織できると述べるマキャベリ。その影響は小さくともヘーゲルはこれを模範に据える。つまり、ドイツが一国家になるとしたら、それは暴力の果実である。必然の概念では余りに弱い。暴力こそがこの概念を正当化するのだ⁴²。

この書を知らぬマルクスも、実務は理性でなく理論の暴力だと言い⁴³、かのラッサールも、憲法とは現実社会の力関係の正確な反映と言う⁴⁴。ドイツ語リアルポリティークの生みの親にして、フランクフルト憲法制定会議議員、即ち、革命の失敗者たるロッハウも強調する。概念や理念がバラバラの力を統合するのではない。卓越した力である。それ故、国家を造る諸力の研究こそ、あらゆる政治認識の出発点である。ここには、既に見た成文憲法と異なる事実状態がある。彼は言う。承認を拒めぬ程に成長した新勢力を登録するものこそ憲法なのである⁴⁵。

4 この精神を継ぎ、「ビスマルク憲法」を初めて分析したシュルツェ、彼も理念的形成体＝憲法でなく固化した諸事態＝現実に価値を置き、この憲法が、理論的法と実在的力の如実な矛盾、中でも、その発展可能性の欠如故に、破綻することを予言したと、ヘンニスは述べる⁴⁶。

42 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S 205..

43 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 205. Hegel,

44 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 206f.

45 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 207-209. August Ludwig von Rochau, Grundzüge der Realpolitik, angewendet auf die staatlichen Zustände Deutschlands, neue Ausgabe, 1959. Vgl. Natascha Doll, Recht, Politik und "Realpolitik" bei August Ludwig von Rochau (1810–1873), 2005.

三五 46 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 209. なお、ヘンニスが言うビスマルク憲法は、シュルツェの1867年の書を援用する以上、1871年のライヒ憲法でなく、だが、その骨化と述べる以上、1815年のドイツ連邦の運用を指すのであろう。参照、栗城壽夫「一般ドイツ憲法学について」同『19世紀ドイツ憲法理論の研究』(信山社、1997年)58-62頁、同「ヘルマン・シュルツェの憲法理論」(1992年)同書423-465頁。

だが、次に登場した自由民主の憲法国家にも同様の宣告が下される。即ち、カール・シュミットの議会制批判も憲法と憲法現実の対抗に従うのだ。憲法テキストの側には、議論と公開の原理に依拠する現代議会制を、憲法状態の側には、多元主義や連邦制度や多元支配、要するに、統一性の反対概念に基づく議会制の逆の事態を、シュミットは措く。勿論、ここにはワイマール憲法破壊の悪しき逸話が潜むのであるが、彼は、この議会制法治国憲法と直接民主政憲法、即ち、憲法と憲法現実のうち、二番目の憲法、いわば実体的秩序を選び取るべし、と言う⁴⁷。然らばドイツ憲法作品が救われ (gerettet)、然らずんば真理の報復 (Rächen der Wahrheit) を受けよう。ヘンニスは断言する。ヒトラー内閣が誕生した 1933 年 1 月 30 日、この実体的秩序の選択で憲法と憲法現実の対抗を媒介した日に、ドイツ人は、真理の報復、嵐による浄化として、これを寿ぐのである⁴⁸。

三 憲法理論任務の再編

1 規範的政治学の視座

1 憲法と憲法現実の同一性を特殊ドイツの問題と捉えるヘンニスの説、その曲がりくねったロジックを本稿なりに纏めてみれば以下となる。

一つ、国民主権ならぬ君主主権の下で制定されていたドイツ諸憲法、それは社会的諸力を政治過程に参加せしめる為の土地台帳であった。つまり、憲法は憲法現実に合わせて拡張／修正／抹消されるのである。二つ、社会的諸力を超えて国民主権や人間尊厳の政治的徳を吸収していくドイツ基本法、その帰結は俗人の届かぬ崇高な戒律である。つまり、憲法は憲法現実を無限に吸収して聖秩序に変成するのである。三つ、この同一性は、概念や目的を駆使し世界を読解くドイツ固有の思想に基づく。その不真理と不誠実が完璧な現実秩序を捏造する。つまり、憲法は自己に反する憲法現実

47 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 209f.

48 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 210.

さえ自己に吸収するのである。四つ、だが憲法と現実の間に解消不能の矛盾を見るや、現実世界に潜む力の支配や真の憲法を動員して、現実の真理で憲法を浄化する。つまり、憲法は己が生み出した憲法現実により報復されるのである⁴⁹。

それでは、ドイツ伝来の体制や思考に由来するという、ドイツ問題としてのこの憲法と憲法現実の相剋は、どう扱うべきなのであろう。

2 さて、本来ならヘンニスは、憲法と憲法現実の対抗を記述した後に、独自の憲法の理論を展開すべきだが、この任務は敢えて留保して、憲法と現実の弁証法を踏まえた政治科学の任務を詳述するのである⁵⁰。

まず第一、先に見た、憲法の規範的特徴を踏まえた手法を確認する。但しその主題は規制や制限でなく、スメント流の駆動と制約である⁵¹。その際ヘンニスは、その駆動と制約が持つ限界を正面で受け止める。即ち、政治実践の要望に応えるのが憲法だが、応えないこともある。連邦／州の権限配分が実態に合わねば、国家実務で修正すればよい。しかし、憲法を現実を組み込む硬直した定規と見た途端に破綻する。自由な国家実務は消え失せ、憲法破綻が次々と押し寄せ、憲法改正で修正／除去／解消を繰り返す。最早、憲法の展開は不可能となる⁵²。

そこで彼が持ち出すのは、恐らくは憲法と現実の対抗の解消である。曰

49 グリムは、憲法の任務が消極的な権力制限から積極的な目的呈示と行為指令に移行するとともに、その作動条件たる社会的現実を考察しなければならなくなるとし、政治学こそがこれを担うべきながら、従来は、選挙、議会、立法など、個別の制度がそこで検討されても、憲法それ自体、即ち憲法現実それ自体が吟味されることがない、と。その政治学研究の例外として、ヘンニスの憲法現実講演を指示する。Dieter Grimm, *Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft*(1978), in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1994, S. 338-373, 342, Fn. 4.

50 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 211. Vgl. Wilhelm Bleek, *Geschichte der Politikwissenschaft in Deutschland*, 2001, S. 412-414.

51 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 211. Vgl. Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*(1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Aufl., 1994, S. 119-276, 195.

52 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 211.

く、憲法に余計な代償を求めぬ、つまり、解釈の情熱を持たぬ国、アメリカでは、憲法と憲法現実が除去不能だと思ひ込む人はいない。憲法の対^{つひ}の概念は憲法違反であり、今一つは、国家実務なのである。己の憲法に最も必要な規律を持つ共同態の自由な政治生活（das freie politische Leben）のことだ⁵³。

3 では、そのヘンニスの言う、政治科学の任務とは何を意味するのか。

まずは第一に、法的憲法、即ち成文憲法は政治科学の対象ではない。これは、この学問にとり、近世の諸憲法がそうだったもの、統治の道具だが、この意味での法的憲法が批判すべき対象である筈がない⁵⁴。

そこで彼が持出すのは、^{ゲマインヴェーゼン}共同態とその都度立てられる諸任務である。これこそ別の意味での憲法、即ち、立憲主義憲法の前に立てられる一般的憲法、或いは、政体、状態、端的には、共同態の状態である。これを探求する限りで、政治科学は経験科学になると言うのである⁵⁵。

だがそうになると、ヘンニスは法的憲法ではなく憲法現実を探求せよ、故に、憲法と憲法現実の対抗を措定せよ、と言っているだけなのか。否。政治科学はこの憲法現実を批判的規範の観点で問うべきなのだ。即ち、経験的探求とはいえ、共通善の観点、しかもこれを教義化し準則化し理論化してはならず、不正確な概念のまま探求するのだ。ここに勿論、シニシズムや素材への固執や卑屈な脚色の危険もある。だが、共通善から共同態を見ること、又は、共通善を含むものとして共同態を見ること、ここに政治科学の公的で学問的な任務がある⁵⁶。

結局、憲法現実とは、憲法現実それ自体でなく、共通善の下にある共同態、それとも、規範的視点を含む政治的現実だと言うのである。

嘗てヘンニスは、当時主流の、現実志向の政治科学を厳しく批判し、ア

53 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 212.

54 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 212.

55 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 212.

56 Hennis, a.a.O.(Fn. 1), S. 212. 参照、日比野（前掲注5）（コンセンサス）49-51頁、三宅（前掲注5）36頁。

リストテレス由来の、実践哲学志向の政治科学を構築せんとした。曰く、構造と機能の範疇を手に現実へ肉薄する政治科学は、現実に近い過ぎる余り、対象への距離を失い主体自体を消去してしまう⁵⁷。だが、政治現象が政治現象であるのは、元々それが人間の共同生活で問いとなり意味を持つからだということを、忘却してはならない。政治の实在は常に人倫的要求の下にあり、従ってその政治の实在の認識もこの人倫的判断を考慮する粉碎で初めて可能となる訳である⁵⁸。

だとすれば、国家も、事実に思考される限りではなく、「憲法により思考されてよい、且つされるとする限りで (wie er von Verfassungen wegen gedacht werden darf und soll)」存在する。つまり、特定の国家形態は、憲法が許容する限りで存在するという訳である。だからこそ、憲法制度は、その制度が保障し共同態と共に存在する政治的任務、その始原的な政治的意義により、不断に問い直される⁵⁹。憲法現実に関わる政治科学に倫理的視点が備わる理由はここにある。

2 ヘンニス講演の反響

1 では、ヘンニスなりのこの憲法と憲法現実の対抗問題への解決策は、その難解な論理の展開を含めて、学界でどう捉えられたのだろうか。さて、この『憲法と憲法現実』が、彼のフライブルク大着任講演を出版したものだと既に述べたが、その同僚による批評が重要である⁶⁰。

一つに、シュミット学派に帰属するベッケンフェルデの書評である⁶¹。

57 Wilhelm Hennis, *Politik und praktische Philosophie*(1963), in: ders., *Politikwissenschaft und politisches Denken*, 2000, S. 1-126, 12.

58 Hennis, a.a.O.(Fn. 57), S. 12.

59 Hennis, a.a.O.(Fn. 57), S. 12-16. 参照、三宅(前掲注5)36頁。

60 即ち、その同僚とはベッケンフェルデとヘッセのことだが、この時、前者はまだビーレフェルト大学教授で、フライブルク移籍の前である。参照、三宅雄彦「序論」古野・三宅編『講座憲法の規範力1』(信山社、2013年)3-14, 8-10頁。

61 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Rezension von Wilhelm Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, 1968, in: *Der Staat*, Bd. 9(1970), S. 533-536.

彼は第一に、既に見た、社会的諸力を登録した初期立憲主義憲法にドイツ固有の実質的憲法概念の根源を見るヘンニスを、非難する。つまり、確かに当時の諸憲法は所与の政治的社会的實在に依拠するが、だが、その身分制的特徴が全てでなく、国家市民的特徴も備えていた。更に、19世紀半ばフランクフルト憲法やプロイセン憲法となると、公理的特徴や理念的特徴を持ち、既存の社会的勢力の登録ではなく、寧ろ、特定の現実を公理や理念としてその実現を目指したのである。いわば、憲法の登録的概念が公理的憲法概念へと移行した訳である⁶²。

この頃既に、ベッケンフェルデの言う憲法観の変化があったとすれば、ヘンニスは、後期立憲主義を無視し、彼が初期立憲主義の前提と見る政治的土地台帳を実質的憲法概念に直結したことになってしまう⁶³。

2 しかし、ベッケンフェルデのヘンニス批判の力点は別の箇所にある。ここで彼は、ヘンニスの、道徳を憲法委託に昇格させ、その実行に邁進する余り、憲法を高尚な要請に祀り上げたとの批判に注目する。現在の憲法実務が、憲法発展の思想で国民の将来を先駆的に画定する憲法全体主義に他ならないと、ヘンニスが批判したことである⁶⁴。だがこの批判こそ、判例の立場はその精神科学的方法で憲法構造を歪曲させたと指摘した、フォルストホフのスメント攻撃に関連する。即ち、スメント学派のヘンニスが、シュミット学派の立場を代弁したのだ、と⁶⁵。

それなのにヘンニスは、法的憲法を超える共同態と批判的視点として共同善により、近代以前のアリストテレスの政治科学に遡行してしまった。そんな退行で、現在我々が直面する国家理論／憲法理論上の問題を捕捉し

62 Böckenförde, a.a.O.(Fn. 61), S. 534.

63 Böckenförde, a.a.O.(Fn. 61), S. 534.

64 Böckenförde, a.a.O.(Fn. 61), S. 533.

65 Böckenförde, a.a.O.(Fn. 61), S. 535. このフォルストホフのドイツ憲法実務と学説批判につき、次を見よ。三宅雄彦『憲法学の倫理的転回』（信山社、2011年）第3章、第5章、同「古稀論集と学派对立」駒澤法学19巻2号（2019年）1-42、11-19頁。

展開できると、ヘンニスがなぜ期待できたのかと、彼は問う⁶⁶。寧ろ、古典的な、だが形式的と難ぜられもする、法治国家的な憲法概念や憲法思考を問うべきなのだと、ベッケンフェルデは主張する。つまり、憲法は、共同体の価値秩序／生の秩序などではなく、逆に政治上の意思や決定が自由に行われる枠組と捉えるべきなのだ、と⁶⁷。

3 もう一つは、同じスメント門下で、ほぼ同時期にゲッティンゲンで修行時代を過ごし、しかも、ヘンニスのフライブルク大学移籍より10年も早くこの地で国法学を担当する、ヘッセによる書評である⁶⁸。ベッケンフェルデより遅いこの論稿は、彼の批判も意識しているだろう。

そこでその内容だが、ヘッセはヘンニス論文に二つの意味を見出す。一つが、憲法と憲法現実の問題が、その基礎となる、だが十分に意識されていない、思考の伝統と慣習であると明確にしたことだ。憲法を言わば非政治的に理解する立憲君主制の遺産を、かの対抗の背後に見つけた彼を、この主題を論ずる者は皆、無視できぬだろう、と⁶⁹。

もう一つは、基本法の過剰積載に対するヘンニスによる警告である。即ち、根本規範や憲法委託の現実化が憲法を要求した結果、憲法は規範となるどころか、崇高な世界の彼方に飛翔していったとの指摘。ここで、政府＝統治を考える統治学⁷⁰の主唱者たるヘンニスが、連邦憲法裁の価値思

66 Böckenförde, a.a.O.(Fn. 61), S. 535.

67 Böckenförde, a.a.O.(Fn. 61), S. 535f. このベッケンフェルデ流の形式的法治国家観について、以下も見よ。三宅雄彦「例外状態について(3・完)」(早大)法研論集 82号(1997年)191-221, 191-196頁。

Ernst Forsthoﬀ, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*, (1968), in: ders., *Rechtsstaat im Wandel: Verfassungsrechtliche Abhandlung 1954-1973*, 2. Aufl., 1976, S. 25-38.

68 Konrad Hesse, *Rezension von Wilhelm Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, 1968(1971), in: ders., *Ausgewählte Schriften*, 1984, S. 24-27.

69 Hesse, a.a.O.(Fn. 68), S. 26.

70 統治学とは文字通り、統治＝執政＝内閣に関する学問領域であるが、ノーレンの事典的説明によれば、1960年代から次の二領域と理解されてきた。一つに、本来的な執行、その他も、行政機関、他の憲法機関、社会集団につき、憲法規定に限らず制度構造や機能の適切性を問う領域。二つに、統治作用につき、そ

考の実務を批判した筈がない、とヘッセは擁護する。つまり、彼は基本権的自由の顕在化に元々反対しておらず、政治の権限／手続／限界に関する憲法規律に注目したに過ぎない、と言う⁷¹。

4 勿論これは、フォルストホフ流の反精神科学の立場から、形式的法治国家の意義を説いたベッケンフェルデ書評を念頭に置くのだろう。即ち、憲法委託を糾弾するヘンニスと雖も、宗教や表現など各種自由の現実化を批判せず、故にシュミット学派に協力する訳ではない。彼は、崇高な戒律を読み取る者がその解釈を政治的武器として使用すれば、自由で開かれた過程を滅ぼす憲法執行が跋扈すると危惧しただけ⁷²。

寧ろ、憲法とは統治の道具だと言う彼の重要な指摘を保存しつつも、実質的憲法観が持つ帰結を ディファレンツィールンゲン 区 分 け る べきと、ヘッセは力説している⁷³。即ちヘンニスは、今日の憲法理解への或る重要側面を発見したが、別の本質的な諸々の機能や側面を見逃したのだ、と⁷⁴。だがそれは何か。

その回答をヘッセは、既に自身の憲法変遷の限界論で示唆している⁷⁵。元々規範内容は、テキストが固定したり純粹事実が操作したりせず、国家

の時々⁷⁶の歴史的状況の分析を行う領域、この時、統治学は行政学の領域へ接近するとも言う。1980年代には、これら領域は、制度・過程・内容という政治の三分的理解が普及する中結集していくと、ノーレンは述べる。Dieter Nohlen, *Regierungslehre*, in: ders./R.-O. Schultze(hrsg), *Lexikon der Politikwissenschaft*, Bd. 2, 4. Aufl., 2010, S. 902. Vgl. Hennis, *Aufgaben einer modernen Regierungslehre*, in: ders., *Regieren im modernen Staat*, 1999, S. 142-168; Christian Starck, *Wilhelm Hennis(1923-2012)*, in: ders., *Rechtsgelehrte und wissenschaftliche Institutionen*, 2016, S. 117-132, 121-123.

71 Hesse, a.a.O.(Fn. 68), S. 26.

72 Hesse, a.a.O.(Fn. 68), S. 26f.

73 Hesse, a.a.O.(Fn. 68), S. 27. ここでヘッセが、既に不十分であると明らかになっていると述べる、立ち戻るべきでない形式主義的立場 (*formalistische Positionen*) が、フォルストホフとベッケンフェルデを指すことは明白であり、その意味でヘッセのこの書評が、先のベッケンフェルデの書評を念頭に置いていることも明白である。

74 Hesse, a.a.O.(Fn. 68), S. 27.

75 Konrad Hesse, *Grenzen der Verfassungswandlung* (1973), in: ders., *Ausgewählte Schriften*, 1984, S. 28-44.

の生そのもの、いわば政治的必然性や憲法の全体性が決定する。この全体に新たな現実が参入することで新たな憲法解釈が生まれるのだ⁷⁶。しかし、この憲法全体が政治の合理化を要求するのだから、憲法テキストにより制限されねばならぬ⁷⁷。ヘンニスにはこの視点がない。

3 スメントの現実概念

1 結局、二人の書評は、憲法と憲法現実の対抗を巡るヘンニスの説が、両概念の合一性にドイツ問題の本質を発見することへの評価である。即ち、立憲君主制の時代から憲法には、統治過程に参加させるべき社会的新興勢力を登録する、政治的土地台帳の役割が付与されるが、だがその根源は、解釈学的情熱でこの世界を概念で徹底的に了解し、或る時は、憲法現実の客観的記述を通じて現行憲法の破綻を予言し、或る時は、憲法現実に潜む真理で法的憲法自体を嵐により浄化する、そのようなドイツ伝来の哲学思考と憲法思考に由来するといふのだ。

そこでヘンニスが示す対案は、憲法と憲法現実の区別の放棄である。つまり、憲法現実の経験的記述は引き続き憲法理論の課題であるが、規範的要素を含む共同態と規範的要請を持つ共同善の視座を据え、この憲法現実

76 Hesse, a.a.O.(Fn. 75), S. 37.

77 Hesse, a.a.O.(Fn. 75), S. 37f. 本文で挙げたヘッセの憲法変遷論とはより詳しくは次の通りである。そもそも規範テキストに対応する規範内容は、テキストが固定的に規定するのでも、或いは純粹現事実が流動的に決定する訳でもない。寧ろ、具体的個別的な国家、政治的に必然的なものが決定的である。この、国家の生の必然性、憲法の全体性が憲法規範に影響する。そして、この必然的なもの、生の必然性の中に現実が組入れられる。従って、この全体的憲法に新たな現実が没入すれば憲法変遷が生じ、個別の憲法規範に新たな必然が接合すれば新たな憲法解釈が生じる。Hesse, a.a.O.(Fn. 75), S. 37. 但し、この憲法全体に、政治を合理化し安定化し限定化する機能を強調すれば、国家実務自体や権力者の理解を優先する訳にはいかず、必然的に論証の為の共通地盤としてテキストを尊重することになる。Hesse, a.a.O.(Fn. 75), S. 37f. 参照、赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』(信山社、2008年)543-544頁、手塚和男「スメント及びドイツ国法学における憲法変遷論」菅野喜八郎先生還暦記念『憲法制定と変動の法理』(木鐸社、1991年)281-305頁。

を不断に批判的に吟味することが政治科学の任務なのだ。ところが、ベッケンフェルデは、この共同態と共同善の思想を棄て、フォルストホフの如き空虚な古典的法治国家の思想へ還れ、と言い、ヘッセは、己に向けられたヘンニスの憲法過剰の批判を軽視し、又も憲法現実に外からテキストの枠を嵌め、件の対抗関係に留まろうとする。

2 上のフライブルク同僚2名へのヘンニスの反論は具体的に存在しない。しかし、後年の彼自身のスメント理論述懐から想像は可能である⁷⁸。

一つに、形式的法治国家への転向を薦めるベッケンフェルデに向けては、唯の形式を超えた政治的な生現実の重要性を説いて、これを拒絶する。元々スメントは、ゲルバー＝ラーバント学派への苦悩と不満を溢す。彼の演習に参加した者なら、国と人から成る政治的生を不毛な国家法人に還元せず、国家的生の現実的世界を重んじた彼を知っている。彼の学位論文を知る者なら、ベルギー憲法とプロイセン憲法をその具体的社会の實在的諸力／諸権力から比較検討した彼を知っている⁷⁹。

両独統一の直前、ベッケンフェルデ還暦記念のシンポに参加したヘンニスは、この師匠の学位論文を念頭に、同僚に不躰な質問をする。つまり、1949年制定の基本法は、統一で領域や住民を根本的に変えるが、にもかかわらず従来同様に解釈され適用されるのか、と。スメント学派なら、先ずは国土を統合要素として重視する筈なのに、その同僚は、ベルギー人はベルギー人、プロイセン人はプロイセン人だったと答えたと言う。生の現

78 Wilhelm Hennis, *Integration durch Verfassung?* in: ders., *Regieren im modernen Staat*, 1999, S. 353-380,

79 Hennis, a.a.O.(Fn. 78), S. 366f. Vgl. Rudolf Smend, *Die preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen*, 1905. スメントの政治的生現実への回帰は、シュンペーターの如き彼と同世代人の、具体的諸関係を軽視する近代経済学への反省と並行する。つまり、「資本主義過程の理論的歴史的統計的分析」なる副題を持つ、彼の『景気循環の理論 (Konjunkturzyklen)』や、戦後のスメントゼミナールの課題図書だった、同じく彼の『資本主義・社会主義・民主主義 (Capitalism, Socialism and Democracy)』が具体例で、一国の経済状況の診断や分析こそ、経済科学の核心であるとされた。Hennis, a.a.O.(Fn. 78), S. 367f., Fn. 29.

実の変動は重要ではないのだろう⁸⁰。

3 二つに、規範主義的転回によりスメント理論を超克したヘッセには、統合説本来の、国家志向ならぬ潜在的な法重視の姿勢を突きつける⁸¹。成

80 Hennis, a.a.O.(Fn. 78), S. 368f. 正確には、旧東独州の西独加入はドイツ人のドイツ人加入であるとベッケンフェルデは答えたのだと。スメント学派が強調していた筈の領土、国土の変更は、形式的法治国論者には重要でなかった訳だ。関連して、石村修「憲法における領土」(新潟大学)法政理論 39 巻 4 号(2007 年) 158-185、169-170 頁。

なお、スメント学派と連邦憲法裁判務が結託すると、フォルストホフ、ベッケンフェルデらシュミット学派が批判する、精神科学的方法だが、ヘンニスからすれば、この点からのスメントへの批判も濡れ衣である。例えば、法秩序の憲法主義化の一事例とされる基本権の第三者効力論、連邦憲法裁判リユート判決が憲法の硬直化に先鞭をつけたというのだが、当時アルント弁護士事務所がリユート本人から受託したこの民事事件、訴状を起案したその助手ヘンニス自身が無関係だと反論するのである。即ち、リユート判決は統合理論と直接的な関連性を何ら持たない、と。Hennis, a.a.O.(Fn. 78), S. 374; ders., Lüth – und anderes, in: Th. Henne / Arne Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, S. 187-194, 192f. 但し、スメントとリユート判決法理を結びつける傾向は今だ根強い。Vgl. Andreas Kulick, Drittwirkung der Grundrechte: Das Lüth-Urteil(2), in: D. Grimm(Hrsg.), Vorbereiter- Nachbereiter?, 2019, S. 73-97, 85-88.

81 なお、アンターが、当時のヘンニス、具体的には 60 年代に至ると、師匠の統合理論の見解から離れていたとするが、全く説得的でない。Andreas Anter, Wilhelm Hennis' Verfassungsdiagnostik, in: ders.(Hrsg.), Wilhelm Hennis' Politische Wissenschaft, 2013, S. 73-86, 81.『憲法と憲法現実』講演で、スメント主著のことを「正に不必要に難しい本」と形容したこと、その書名『憲法と憲法』への離反が対抗的な「憲法と憲法現実」への拒否と対抗関係に立つこと、更に、ヘッセら規範主義的スメント継受にヘンニスが反感を持ったことがアンターが挙げる根拠だが、一つ、スメント論文は読み難いという嘗てケルゼン一派が語ったこととヘンニスの感想を同列に扱えるか、二つ、スメントの「憲法と憲法」の「と」が憲法と憲法現実とを繋ぐ「と」と同じに扱えるか、三つ、晩年スメントの指導で戦後に登場したこの「スメント学派」をスメント本人と同一に扱えるのか、スメントとヘンニスの乖離を見るアンターの説は余りに軽率である。なお、第一の「正に不必要に難しい本」の件。1927 年の学会で、スメントに加勢する E・カウフマンの発言に向けた、トーマの発言、即ち、私のみならずこの会場の誰もにとって中国語の如く理解不能との発言に重ねただけ、ヘンニスがスメントを批判した訳ではない。Hennis, a.a.O.(Fn. 78), S. 368. 参照、三宅雄彦「スメントの規範力論」古野・三宅編『講座憲法の規範力 1』(信山社、2013 年) 143-169, 145-147, 152-159 頁。

る程スメントの名著は国家中心主義と批判されるも、当初から法的価値と政治価値、法的な生と政治体系の明白な区別を知っていた。即ち、法的な生はそれ自体から理解すべきだ、法の領域と国家領域を一緒にすべきでない、法機能体系を政治体系の上や下に置いてはならない。この法自体の重視こそがスメント理論の本質なのである⁸²。

確かに、彼自身に基本法の特性を語る論文はない。だが、この法と政治の区別の中に、憲法と憲法現実を同一視した立憲君主制にない徹底的な近代的思考が疑念なく確立していたと、ヘンニスは述べる。彼の統合理論には元々治癒すべき規範的欠陥はなく、基本法1条の人間尊厳条項や基本権拘束条項の制定を元々準備していたのである⁸³。

この存在せぬ欠陥を治癒する為、その学派の方向転換を号令する為、ヘッセは、フライブルク大学就任講演で憲法の規範力を主張したが、ヘンニスに言わせれば、寧ろ彼らは、規範主義を合唱するのではなく、政治的統合任務を国法の主題として高く掲げるべきだったのである⁸⁴。

4 では、元々複雑な論理展開で文意の取りにくいヘンニスのこの論稿、論敵への反論には自説擁護を目的としないヘンニスのこの論評から、憲法と憲法現実の対抗につき、一体何を読み取るべきだということのか。私見では、矢張り彼の師、スメント憲法理論に立ち戻るべきである。

つまり、彼の見解で数少ない一貫したものこそ、その現実観である。「精神科学一般の第一の問いは、人間の集団生活全ての構造が、異なる世界に由来する二つの要素を、己の中を含むことの中にある」。一方に、時間的で実在的な領国、他方には、理念的で時間的な領国、事実／実在と規範／

関連して、戦後スメント学派に関する筆者自身の理解は、次を参照。三宅雄彦「スメントの後任問題」文明と哲学8号(2016年)166-177頁。

82 Hennis, a.a.O.(Fn. 78), S. 363. Rudolf Smend, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz(1951), in: ders., Staatrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., 1994, S. 411-422.

83 Hennis, a.a.O.(Fn. 78), S. 363f. 参照、三宅雄彦「スメントの規範力論」(埼大)社会科学論集139号(2013年)181-195, 188頁、同(前掲注65)(倫理的転回)第3章。

84 Hennis, a.a.O.(Fn. 78), S. 364-366.

理念、あらゆる現実はこの両者から編制される。従って、国家が、事実と価値が絡み合う現実として現出するように、法も、同じく現事実と意義が交錯して出来てくる現実なのである。即ち、国家も法も、この意味で精神的現実であるとスメントは言う⁸⁵。

だとすれば、ヘンニスは師の統合理論に忠実に振舞ったことになる。元々、憲法現実自体が、実在と価値が分ち難く成り立つものであり、両者の複合的交錯を切り刻み形式的法治国に還元することも、現実から特出しした規範自体を尺度にすることも、許されない筈である⁸⁶。

85 Smend, a.a.O.(Fn. 51), S. 138, 189; 三宅 (前掲注 65) (倫理的転回) 100-105 頁。

即ち、スメント説では、法と事実、憲法と憲法現実、憲法と国家が対抗するのでなく、法も憲法も国家も全てが現実として認識される。事実／実在／存在と規範／理念／当為が交錯して精神的現実が現れ、法も憲法も国家も、客観的精神は全て精神的現実であると言うのだ。つまり、法は事実と規範から、憲法も事実と規範から、そして国家も事実と規範から、それらが交錯する中で編制される、という訳だ。参照、三宅雄彦「スメントの規範力論」古野・三宅編『講座憲法の規範力 1』(信山社、2013年) 150-152 頁、同「憲法解釈と憲法変遷」イエシュテット・鈴木・小山・ポッシャー編『憲法の発展 I』(信山社、2017年) 211-214 頁、(前掲注 65) (倫理的転回) 100-105, 177-179 頁。

尤も、現実概念の理解が国法学者らに一貫して存在する訳でもない。例えば、古典的な事例としてライブホルツ説を呈示すると、彼は言う。憲法規範と憲法現実の間には、規範性と実存性、当為と存在、理性と自然の間の緊張関係、しかも弁証的な性質のそれが存立している。即ち、法の存在的要素=政治的現実を無視すれば法に疎遠になるし、逆に、規範自体の固有価値を軽視すれば法の尊厳を破壊してしまう。憲法律家の任務は、規範体系と憲法現実を相互に配属させ、両者の弁証法的緊張を憲法条項の創造的解釈により揚棄することにある。現実を規範の犠牲としたり、規範を現実の暴力にさらすのではなく、政治的現実の動態から法の固有価値に対応せねばならない、と言う。Gerhard Leibholz, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*(1955), in: ders., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. Aufl., 1961, S. 277-281, 280f.

86 参照、栗城壽夫「法理論におけるザインとゾレン」ソフィア 39 巻 1 号 (1990年) 78-91 頁。

四 結語

憲法と憲法現実を巡るヘンニス説を検討した本稿の結論は次の通り。第一に、元々ドイツの憲法概念は、当初は社会の新勢力を、後には価値の諸原理を取り込む為の、登録原簿であり聖の秩序であったが、この憲法と憲法現実を同一化するドイツ思考は、一方で憲法により現実の合理性を糊塗し、他方で現実により憲法の真理性を篡奪する。第二に、憲法と憲法現実のドイツの問題は、両概念の矛盾の消去と、政治科学に基づく共通善から見る共同態の考察で解決すべきであり、ヘンニスのこの戦略こそ、形式的法治国家への回帰でも憲法条文の復権でもない、ゲッティンゲン精神科学派の伝統の継承なのである⁸⁷。

87 スメント門下、だがその戦前の弟子であるクリュガーもそうである。彼は、労働協約の憲法上の意味と限界を論じる際に憲法現実に触れ、この概念を、本質上憲法が規律すべきだが、そもそも考慮されないが故に、或いは、成文憲法の制定後に初めて登場したが故に、規律されなかった、そうした現実、諸現実、諸問題の断面とした上で、この憲法現実と憲法法の関係、即ち、憲法現実上の諸勢力が憲法法の形成につき持つ意味をどう理解し、どう正当化するかを検討する。Krüger, a.a.O.(Fn. 6), S. 26, 28, 30. 一つには、制憲者が元々憲法現実を規律対象としなかったとしても、憲法は、民主政という同質性要請で憲法現実に同一構造を求めたり、基本権上の価値決定で憲法現実を拘束することがあるかもしれぬし、或いは、憲法現実の諸形成体、クリュガーの事例では協約当事者が相互に、それとも対国家で持つ存在/作用連関に、憲法が作用するかもしれぬ(だが、私法主体相互の競争モデルは、敵対者の縮小や絶滅を指向する限りで、優位又は劣位の階層モデルも、当事者間を命令服従で把握する限りで、労働協約現実を把握するに適切でない)。Krüger, a.a.O.(Fn. 6), S. 30f. 従って、二つに、憲法現実の形成体が持つ地位と作用は、憲法からでなく、寧ろ憲法現実それ自体から導出すべきとクリュガーは言う。無論、重要なのは現実ではなく、自由を行使して形成体を利用する市民、更には、これに自由を保障する憲法自身が肝要かもしれぬが、彼曰く、憲法は、市民に自由を保障する際に、単にその行使を容認するだけでなく、その行使の結果自体も承諾している筈だと述べる。だとすれば、市民の権利行使から出現する形成体を承認し、それらの役割を(規範のみならず)憲法現実の地位から定義すべきである。Krüger, a.a.O.(Fn. 6), S. 31f. 要は、結果的に、憲法現実の把握が憲法法の解釈に影響する訳だが、それ故に、憲法現実とは、単なる現事的(実在的)現実ではなく、規範的現実、即ち、規範性を指向する現実なのであり、だからこそ、憲法現実のこの形成体に

尤も、憲法と現実の対抗を超えた憲法理論の課題はここから始まる。無論、日独でも憲法解釈の補助手段として憲法理論に脚光が集まる。だが、法教義を破壊し尽くした後の、骨組も筋肉もない憲法理論の応用では、実定法の軛を解かれるも単なる社会哲学と化した法哲学の如く、憲法現実の珍妙な諸事例を生の政治願望に直接に結び付け、結局、無秩序で思いつきの域を出ない憲法解釈を招き入れるだけである⁸⁸。本稿が、ヘンニスの共通善による共和政思考に期待する所以である⁸⁹。

憲法創造の能力があると断言できるのだ。Krüger, a.a.O.(Fn. 6), S. 32.; ders., Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit(1943), in: ders., Staat-Wirtschaft-Völkergemeinschaft, 1970, S. 23-43, 27f.; ders., Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit (1943), in: ders., Staat-Wirtschaft-Völkergemeinschaft, 1970, S. 23-43, 27f.; ders., Der Verfassungsgrundsatz, in: R. Schnur(Hrsg.) Festschrift für Ernst Forsthoff, 1972, S. 187-211, 187-192; 三宅(前掲注 65)(倫理的転回) 178, 195 頁注 121。

88 参照、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(尚学社、2013年)241-243頁、同「構造科学としてのドイツ憲法理論」法律時報91巻3号(2019年)92-97, 92-94頁。

89 参照、三宅雄彦「スメント職務国家論の誕生」(埼大)社会科学論集143号(2014年)145-157頁、同「行政裁量と国家構造」嶋崎健太郎編『憲法の規範力5憲法の規範力と行政』(信山社、2017年)37-61、48-60頁。