

# ヘルマン・ヘラーの憲法概念

栗 城 壽 夫

## 目次

### ．はじめに

1. ヘルマン・ヘラーを取上げる理由
2. 本稿の視角

### ．ヘルマン・ヘラーの憲法理論

1. 政治的総合憲法 (politische Gesamtverfassung)
2. 成文憲法の意義・機能
- ．ヘラーの憲法理論における憲法の規範力の可能性
  1. 消極的なものしか提供しないと考えられる根拠
  2. 複線的ルートの可能性
  3. 社会超越的発現ルートの可能性

### ．はじめに

#### 1. ヘルマン・ヘラーを取上げる理由

ワイマール時代の憲法学者ヘルマン・ヘラー (Hermann Heller) については、同時代に活躍したハンス・ケルゼン (Hans Kelsen)、カール・シュミット (Carl Schmitt)、ルドルフ・スメント (Rudolf Smend) に比べて、論究されることが必ずしも多くはない。それについては、ヘラーが幾つかの憲法理論的論文を発表してはいるが、代表的著作が『国家学 (Staatslehre)』というタイトルのもとに、「国家学」の枠内で発表されて

いる事、ヘラーの理論がワイマール憲法はもとより、ボン基本法の解釈に直結するものをうみだしていない事、理論の内容に関しては、「国家は、場合によっては、実定法に反してでも決定することができる」という、反憲法的・反法治国家的ともいうべきテーゼを打出している事、などが挙げられる。

しかし、ヘラーは、自らを憲法学者 (Staatsrechtslehrer) として位置づけており、その「国家学」をドイツの学科の伝統に従って、憲法の基礎理論として構想しており、一方で、国家と法とを分離するとともに、他方で、両者を密接に関連づけ、むしろほとんど同一化さえしており、また、内容的にも、国家権力を彼の言う法原則 (Rechtsgrundsatz) によって拘束する事を追究しており、——ヘラーの理論が基本法 28 条の「社会的法治国家」条項の源泉の一つとなったという事情は別としても——ヘラーの憲法理論は注目に値すると思われる。

筆者は、ヘラーの「国家学」に含まれる憲法理論に注目し、且つ、そこから憲法の規範力に関する示唆を得ることができると考え、これまで幾つかの論稿を発表し<sup>1</sup>、また、これからも発表することを計画しており、本稿もその一つである。

## 2. 本稿の視角

ヘラーは、憲法一般に関して、更には、ワイマール憲法に関して、憲法の規範力という用語を用いた理論は展開していないが、しかし、筆者は、内容上それに相当すると考えられる理論、すくなくともそれに関する示唆を含んだ理論を展開していると考えている。ところが、ヘラーの憲法理論を論究し、社会学的に方向づけられたヘラーの憲法理論と現代における憲

---

1 拙稿「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (1)」名城ロースクール・レビュー第 34 号 (2015 年) 1 頁以下、同「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」名城ロースクール・レビュー第 36 号 (2016 年) 39 頁以下、同「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (3)」名城ロースクール・レビュー第 37 号 (2016 年) 1 頁以下。

法の規範力への要求の高まりとは相関関係に立ち得るか、という問題を検討したシェフォルト (Dian Schefold)<sup>2</sup> は、この問題について消極的な結論をひきだしている<sup>3</sup>。

シェフォルトの消極的評価の根拠は、ヘラーの憲法理論の基礎には事実上の力関係を表現する政治的総合憲法概念が置かれており、政治的総合憲法にも事実的要素だけでなく規範的要素も含まれてはいるが、規範的要素に対して事実的要素に優位が与えられているので、ヘラーの憲法理論からは憲法の規範力はひきだされ得ない、ということにある。シェフォルトは、ヘラーは憲法の規範力よりも事実上の力関係に大きな余地を認めすぎたのではないか、という問いを発し<sup>4</sup>、— その問いを肯定する事を前提して— それも、ワイマール憲法がその規範性を完全に失ってしまった時期に書かれた事を考慮すれば、レアリティッシュであったというべきである、としている<sup>5</sup>。しかし、ヘラーが憲法理論の基礎に据えた政治的総合憲法概念も、よく検討すれば、憲法の規範力の可能性を含んでいたといえるのではないか。これが筆者の問題関心のひとつである。ヘラーの憲法理論は、憲法の規範力の可能性を含んでいたと言えるか、また、如何なる意味で含んでいたのか、という事を探るのが本稿の目的のひとつである。

それに加えて、憲法の規範力の発揮のために必要な事をするという事は、如何なる事をする事なのか、というのも、シェフォルトの論稿に触発されて筆者が抱いた問題関心である。この事に関連して、シェフォルトは、二つの注目すべき発言をしている。

ひとつは、ヘラーが独立した法的憲法に対して規範的効果を認めておきながら、憲法が欠缺を持たない事、憲法機関が協働する事、市民が憲法を

---

2 Dian Schefold, Hellers Ringen um den Verfassungsbegriff, in: Chr. Müller/I. Staff (Hrsg.), Der soziale Rechtsstaat: Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933, 1984, S. 555 ff.

3 D. Schefold (Anm. 2), S. 559 f., 561.

4 D. Schefold (Anm. 2), S. 566.

5 D. Schefold (Anm. 2), S. 566.

不断に新たに現実化しようとする積極的態度を持つ事、という限定 (Einschränkungen = 「注文」と訳すべきか?) をつける事によって、憲法の規範力を困難 (prekär) にしたと述べている事である<sup>6</sup>。確かに、ヘラーは当該箇所 — 無欠缺性の問題を別にすれば — 憲法が必ずしも規範性を発揮し得ない場合を挙げてはいる。しかし、それは憲法が規範力を発揮するについて限定を付し、注文をつけていると見るべきではなく、憲法が規範力を発揮するために必要な事を指摘し、これらのファクターの顕在化に期待をかけているところと見るべきではないか。

他のひとつは、ヘラーが、ワイマール共和政末期の段階で、規範的な憲法理解の強化、即ち、規範的な社会国家的憲法理解の強化の必要があったのに、ワイマール憲法の実効力の (ない) 現実を見て、この必要にこたえなかった、と述べているところである<sup>7</sup>。この点、憲法の規範力を強化するために如何なる事がなされるべきか、が問題となる。シェフォルトが何を考えていたかは、必ずしも明らかではないが、憲法遵守・擁護を国家機関や市民に訴えかける事がその重要な方法であり、ヘラーが当時の困難な状況の中でそれを敢えて行った事は認められるべきであろう。また、ヘラーが規範的な社会国家的憲法理解の強化のために必要な事をしなかった、とシェフォルトが述べている理由は、ヘラーが、リベラルな法治国家から社会的法治国家への発展を、組織された資本主義におけるプロレタリアートの強大化の帰結として捉え、社会的転換過程の所産、その意味で政治的総合憲法の構成要素として捉えていた、と見ている事にあると思われる<sup>8</sup>。ヘラーがリベラルな法治国家から社会的法治国家への発展を社会の現実的発展傾向と見ていた事は確かであるが、しかし、同時に法原則の現代における帰結が憲法のなかに取入れられたものと見ていた事もまた、事実である。これは、ヘラーにおける特徴としての複線的な見方のあらわれと言う

---

6 D. Schefold (Anm. 2), S. 566.

7 D. Schefold (Anm. 2), S. 572.

8 D. Schefold (Anm. 2), S. 572.

べきであるが、ここで重要な事は、シェフォルトがこの複線的な見方に気づかなかったという事ではなくて、複線的な見方によって、憲法原理としての社会的法治国家原理を政治的総合憲法の一要素として捉える事が、一方で、社会的法治国の現実化が種々の条件に服する事を認めさせるとともに、他方で、事実の重みによってその現実化を説得する事を可能にしたのではないか、という事である。

以上のような問題関心をふまえて、以下、憲法の内容を中心としたヘルマン・ヘラーの憲法理論を検討することにした。

## ． ヘルマン・ヘラーの憲法理論

### 1. 政治的総合憲法 (politische Gesamtverfassung)

#### 諸種の憲法概念

( i ) ヘラーは、五つの憲法概念を区別し、二つの社会学的概念とそれに対応する二つの法律学的概念とを挙げ、それに形式的憲法概念をつけ加える<sup>9</sup>。

#### (一) 第一の社会学的憲法概念

国家的統一性のあらゆる自然的・文化的諸条件を含む、政治的統一性と秩序の全体状態、国家の具体的存在・活動形態を意味する。

#### (二) 第二の社会学的憲法概念

国家的全体のなかから、一定の歴史的・政治的観点から基本的なものとして評価され、国家的統一性の相対的に恒常的な構造として浮彫りになる基本構造を意味する。

#### (三) 第一の法律的な憲法概念 (広義の実質的憲法概念)

本来国家の法秩序全体を意味するものであるが、すくなくとも、基本的・派生的なものとの区別にかかわりなく、国家の統一性と秩序にかかわる法規範の全体を意味する。

---

9 Hermann Heller, Staatslehre, in: ders. (hrsg. v. M. Drath/O. Stammer/G. Niemeyer/F. Borinski), Gesammelte Schriften, Bd. 3, 1971, S. 390 f.

(四) 第二の法律的な憲法概念（狭義の実質的憲法概念）

国家の法秩序全体のなかで、憲法典に含まれているか否かにかかわらず、基本的なものとして評価される基本的部分を意味する。

(五) 形式的憲法概念

ヘラーは、以上の四つの憲法概念に、五番目の憲法概念として、形式的憲法概念をつけ加える。これは本来は、狭義の実質的憲法概念に含まれるものであるが、憲法典の重要性にかんがみて、特別の憲法概念とするのである。憲法典のなかに入取られ、明示的に確定されている法規範の全体を意味する。如何なる法規範を重要なものとして憲法典の中に入取れるかは、憲法制定者の判断に委ねられているから、憲法典のなかに入取られるものと狭義の実質的憲法概念とをできるだけ一致させようとする傾向があるにもかかわらず、完全には一致することがないので、形式的憲法概念が必要となる、とヘラーは説明する<sup>10</sup>。

(ii) ヘラーは、五つの憲法概念を挙げたが、それぞれについて特に立入った説明をしてはいない。それは『国家学』の一つの、しかも最後の章としての「国家憲法」と題する章のなかの項目を、(a) 政治的総合憲法、(b) 独立した法的憲法、(c) 成文憲法として、それぞれについて論究し、そのなかで、政治的総合憲法の項目のなかで上記（一）（二）概念に相当するものを、独立した法的憲法の項目のなかで上記（三）（四）概念に相当するものを、成文憲法の項目のなかで上記（五）概念に相当するものを、論究しているからである。本稿も、この項目分けに即して検討することとする。

(iii) ヘラーは、憲法としては、何よりも先ず、政治的総合憲法を考え、次いで、それを意識的・計画的に固定化したものとしての独立した法的憲

---

10 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 391.

法を考え、次いで、その形式上・内容上の特殊な発現形態としての成文憲法を考えている。当然、政治的総合憲法の性格が、独立した法的憲法及び成文憲法の性格を、また、独立した法的憲法の性格が、成文憲法の性格を規定する、とヘラーは考えている。それゆえ、その規範力が問題となる法的憲法及び成文憲法にとっては、このように政治的総合憲法に組込まれ、その構成要素として位置づけられる事が如何なる意味・効果を持つか、という事が重要な意味を持つという事になる。その事を検討したい。

### 政治的総合憲法

( i ) 事実上の力関係 (tatsächliche Machtverhältnisse) としての政治的総合憲法

ヘラーは、先ず、ラッサール (Ferdinand Lassalle) に依拠して、「一国に存在する力関係」を政治的総合憲法と呼び、現実科学的意味における憲法と呼ぶ<sup>11</sup>。

(一) 共同作業の秩序ある状態

(A) 一定の土地 (=領土) に居住する人々の共同行為の間に秩序ある状態が成立し、この秩序が一定の形態を持つ時、この秩序の形態を、ヘラーは現実的憲法 (wirkliche Verfassung) と呼ぶ<sup>12</sup>。

(B) こうした秩序ある状態が一定の形態をもって成立するのは、同じような行為が反復されるからであり、また、反復される事が期待され、予測されるからである<sup>13</sup>。

(C) また、秩序ある状態が成立するのは、同じような行為が反復されるからであるが、ヘラーは、そこに統一的なものが実現されていると見て、基本的に統一性と秩序とを一体として捉えている<sup>14</sup>。

(D) 同じような共同行為の反復が予測、期待され、そのことを通じて統

---

11 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 361 f.

12 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 362.

13 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 362.

14 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 362.

一と秩序の成立が可能とされ、そのことを通じて組織 (= 国家) の成立・存続が可能とされる特定の存在形態 (= 「カタチ」と言うべきか) を、ヘラーは現実的憲法或いは現実科学的意味における憲法と呼ぶ<sup>15</sup>。

## (二) 事実上の力関係

同じ土地に居住する人々の共同行為の間に統一性と秩序ある状態が成立し、持続するのは、事実上の力関係が背後にあって、その状態を支えているからである。この事実上の力関係と、統一性と秩序ある状態とは、表裏の関係にあるということが出来る。この事実上の力関係をもヘラーは、憲法と呼ぶ<sup>16</sup>。いずれにしても、ヘラーが政治的総合憲法と言う場合、統一性と秩序ある状態と、事実上の力関係との、両方を意味している。

## (ii) 形態としての憲法、構造としての憲法

国家的共同生活は、共同生活を形成する共同行為の不断に新たな過程として展開されるが、時間の経過のなかで、また、参加する人の交代のなかで展開されるこの過程が、同一の過程として認識され得るのは、それが予測可能性、期待可能性を基盤とする一定の形態、一定の構造をもって展開されるからである。この一定の形態、一定の構造が、国家憲法である<sup>17</sup>。この意味での憲法は、行為ではなく、行為の形態であり、過程そのものではなく、過程の所産であり、動態的なものではなく、静態的なものである<sup>18</sup>。

## (iii) 恒常態 (Normalität) としての憲法

(一) 現実的憲法は、国家的共同生活における統一性と秩序が保たれている状態であり、換言すれば、国家的共同生活における恒常性、継続性が保

---

15 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 362.

16 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 362, 363.

17 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 362.

18 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 362.

たれている状態である。この状態をヘラーは、恒常態と呼ぶ<sup>19</sup>。従って、政治的総合憲法は、なによりも恒常態である。

(二) ところが、ヘラーは、この恒常態を、単に事実的な恒常態だけでなく、規範化された恒常態を含むものとし、しかも、規範化された恒常態を、法以外のものによって規範された恒常態 (außerrechtlich normierte Normalität) と、法によって (或いは法的に) 規範化された恒常態 (rechtlich normierte Normalität) を含むものとする。従って、現実的憲法は、単に事実的な、規範化によらない恒常態、法以外のものによって規範化された恒常態、法によって規範化された恒常態、の三要素から成るということになる<sup>20</sup>。現実的意味の憲法をヘラーが政治的総合憲法と呼ぶのは、三要素を総合したものと考えているからであろう。

(三) 単に事実的な、規範化によらない恒常態

単に事実的な、規範化によらない恒常態は、将来の行為に対する予測法則、期待法則のことであって、予測法則、期待法則が相当程度成立することによって、社会的共同生活が可能となる。ヘラーは、この意味での恒常態をもたらすものとして、土地、血脈、群衆心理、伝播、模倣など、すべての自然的動機づけ、更には、歴史や文化の共通体験を挙げ、これらの自然的・文化的諸ファクターを国家憲法の下部構造と呼び、国家憲法にとって重要な意味を持つと述べている<sup>21</sup>。

(四) 規範態 (Normativität) による恒常態 (Normalität) の補完・補強

ヘラーは、単なる事実上の恒常態は、規範態によって補完・補強される必要があり、それどころか、規範態による補完・補強がなければ、恒常態

---

19 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 363.

20 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 363. シェフォルトは、すべての社会的事実性を憲法概念に組込む事は古くからあったが、憲法概念を規範化されていないエレメント、法以外のものによって規範化されたエレメント、法によって規範化されたエレメントから構成されるものとしたのは、ヘラー独自のものだとする (D. Schefold (Anm. 2), S. 557)。

21 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 364.

の確保は不可能だとする<sup>22</sup>。その意味で、ヘラーは、事実上の恒常的なものの規範力 (normative Kraft des faktischen Normalen) とならんで、規範的なものの恒常化力 (normalisierende Kraft des Normativen) も、独自の、重要な意味を持つことを指摘する<sup>23</sup>。ヘラーは、規範態に、法的な規範態と法以外のものによる規範態を含ませるが、後者として、慣行、道徳、宗教、流行などを挙げ、ただし、ポジティブに評価されるもの、即ち、人類一般、或いは、特定のグループの生存条件と信じられた恒常態に限られるとする<sup>24</sup>。

#### (五) 規範態による恒常態の意識的・計画的創出

中央支配権力による、对人的にも (= 客観性)、時間的にも (= 恒常性) 普遍妥当性 (Allgemeingültigkeit) を持った法規範の大規模で体系的な制定を追究する事を本質とする近代国家においては、規範態による恒常態の意識的・計画的創出が圧倒的重要性を持つようになり、政治的総合憲法のなかでも、法的エレメントによる恒常態の創出が圧倒的に大きな比重を占めるようになる。そうなると、前述の如く、規範態による恒常態の補完・補強という関係が成立・存続するだけでなく、恒常態による規範態の補完・補強という、逆方向の関係も成立するにいたる。即ち、ヘラーは、法的に規範化された憲法は、その効力のために、規範化されていないエレメント及び法的に規範化されていないエレメントによる補完を必要とすると言<sup>25</sup>、個々の法規範は政治的総合憲法の全体から初めて完全に理解される、と言<sup>26</sup>。

#### (六) 恒常態と規範態との関係

(A) ヘラーは、基本的には、規範態を事実上の恒常態を補完・補強するものとして、恒常態の一構成要素として位置づけている。上述のところで、

---

22 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 365.

23 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 365.

24 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 365.

25 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 368, 371.

26 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 369.

恒常態による規範態の補完・補強の関係が成立する事をヘラーが認めているという事を指摘したが、これも規範態が恒常態の構成要素とされている事のあらわれとして見ることができよう。

(B) 規範的なものの恒常化力という、注目すべきテーゼをヘラーは打出したが、これも規範的なものの重要性を指摘したものではあるが、しかし、やはり、規範的なものが恒常態の実現・維持に仕えるものであるという考えが基礎に置かれていると考えるべきであろう。

(C) ヘラーは、現実的国家憲法にとっては、規範態を伴わない恒常態は存在する („Normalität ohne Normativität“) が、恒常態を伴わない規範態は存在しない („Normativität ohne Normalität“) と述べている<sup>27</sup>。このテーゼをどう理解するかが問題であるが、筆者は、規範は、事実上、予測基準として受容られ、遵守されるかぎりにおいて、実践的評価規則として働くことができるという事、即ち、恒常態をもたらすかぎりにおいて、規範態としての意義を発揮できるという事を主張しようとしており、いわば、規範態を国家憲法へ組入れる事の意義を説明しようとしているもの、と解する。ただし、シェフォルトのように<sup>28</sup>、既に恒常態として存在しているものだけが規範態として国家憲法のなかに組入れられることができる、とヘラーが主張していると解すべきではないであろう。既存の恒常態に反して規範定立をなし得る可能性を認めている事や<sup>29</sup>、或いはまた、場合によっては定立された規範が恒常態をもたらし得ない、或いは、恒常化力を発揮し得ないことがあることを認めている事<sup>30</sup>に示されているように、ヘラーが規範定立前の恒常態だけでなく、規範定立後の恒常態をも視

---

27 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 365.

28 シェフォルトは、法は任意に社会を形成できるものではなく、本来既に存在している恒常態を確認し、強化し、促進することができるにすぎない、とヘラーが考えていた、と理解しているが (D. Schefold (Anm. 2), S. 558)、この理解では、ヘラーが法に恒常態を変革・革新する機能を認めていた事を説明できない (H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 361 f.)。

29 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 380.

30 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 372.

野に入れている事を重視すべきであろう<sup>31</sup>。

(七) 法原則 (Rechtsgrundsatz) の重要性

(A) ヘラーは、憲法の実効性と内容にとって重要な意味を持つものとして、法原則を挙げる<sup>32</sup>。しかし、その性格に関しては捉え方が一貫していない。

政治的総合憲法の要素とされている事は確かである。しかし、恒常態として含まれているのか、規範態として含まれているのか、という事になると、一貫していない。規範態と考えていると解される箇所もあれば、恒常態と考えていると解される箇所もある<sup>33</sup>。性格からいえば、法原則も一定の作為・不作為を命ずる事を内容としているわけであるから規範態であるが、しかし、社会によって受容れられて社会における支配的な見解になっているものである事を考えれば、法原則も恒常態である。

また、法的な規範態として考えているのか、非法的な規範態として考えているのか、ということも必ずしも一貫していない。ヘラーは、原則として、国家的或いは社会的權威によって定立された、具体的内容を持った実定法規範のみを法と呼んでいるが、場合によっては、実定法を根拠づける法原則を法として考えていることもある<sup>34</sup>。本稿では、ヘラーが他の問題の場合と同じく、複線的思考を行っているものと考え、法原則を恒常態としても規範態としても考えているものとし、且つ、質的に見て、法原則が恒常態を基体とする政治的総合憲法の要素とされている事を重視し、量的に見て、恒常態として考えていると解される箇所がより多いという事にかんがみて、ヘラーは、法原則を主として恒常態として考えていたとしつつ、社会の支配的な見解となっていない、或いは、社会の支配的な見解によ

---

31 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」48～49頁。

32 法原則に関しては、拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」46～48頁参照。

33 恒常態として説明されている箇所：H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 370, 371, 372。規範態として説明されている箇所：a.a.O., S. 369。

34 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 332。

て受容られていない法原則をも重要な意味を持つと考えていたと解することができる余地を残しておいたと考えることにしたい。

そのように考えた場合、社会の支配的見解によって受容られていないという意味で超越的な法原則は、恒常態を基体とする政治的総合憲法のなかでどのように位置づけられるか。この点、すべての法原則に社会的実効性への要求が内在している、というヘラーの言葉を根拠にして考えると<sup>35</sup>、理想的・超越的法原則は、潜在的な恒常態として政治的総合憲法に含まれていると考えることができよう。

#### (B) 法原則の規範態への組入れ

ヘラーは、法原則が種々の形態で規範態に組入れられる事を指摘する(規範態に組入れられるとは、法的なものとして、法的効力を与えられる事を意味する)。ただし、ヘラー自身は区別していないのであるが、組入れられるとされる法原則には、理想的・超越的なものと、既に社会の支配的見解となっているものがある事に注意する必要がある。前者の場合は、法原則という規範的なものが新しく恒常態をつくりだす事が期待され、後者の場合は、規範的なものが恒常態によって補完・補強される事が多い。

a) 憲法定者或いは立法者が法原則を実質的に準拠指定 (verweisen) する場合、即ち、憲法定者或いは立法者が法原則を直接一定程度具体化して、それを憲法或いは法律のなかに組入れる場合。ヘラーはその例として、ワイマール憲法第二部 (基本権) の多くの規定を挙げる<sup>36</sup>。ヘラーはこのような形で準拠指示される法原則は十分に具体化されていないから、裁判官の判断根拠とはなり得ないが、しかし、裁判官の判断根拠となり得る法律規定よりも多くの国民によりよく知られており、その意味で実定法律規定よりもよりよく社会的現実の秩序の維持に役立っていると述べている<sup>37</sup>。説明がうまく例と対応しているとは言えないが、事例そのものに即

---

35 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 332.

36 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 369 f.

37 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 370.

して言えば、ここでは超越的法原則を実定法化して新たな恒常態をつくりだす事が期待されている場合にあたると言うべきであろう。

b) 立法者が法原則を間接的に準拠指示する場合、即ち、自らは法原則の内容を定式化せずに、「善良の風俗」、「信義・誠実」、「取引の慣行」、「違法性」などへの準拠を指示する場合<sup>38</sup>。これは、社会によって正当化された法原則を判決規範へと具体化する事を立法者が裁判官に授権する場合とすることができる。この場合、このような裁判官への授権は、社会的恒常態としての法原則を国家的法の領域に組み入れて強固なものにするという意味を持つとともに、法的規範態を社会的恒常態によって補完するという意味をも持つ事になる。

c) 憲法・法律による準拠指示がなくとも、裁判官によって、憲法・法律規定の解釈・適用にあたって、法原則が考慮に入れられる場合<sup>39</sup>。ヘラーは、実定憲法規定は、社会構造を表現する法原則と一体となって初めてその意味が明らかになる、と言う。その例として、ヘラーは、憲法の平等規定は、何が等しく、何が等しくないかについての、社会的現実のなかで支配している観念からのみその内容を受取ると言い、社会において支配している観念が、男性のみの平等から女性を含む平等へ、政治的平等のみのものから社会的平等をも含むものへ、行政のみを拘束するものから立法者に対しても向けられたものへ、と変化した事に対応して、憲法の平等規定もそのように解釈されるようになった事を指摘している<sup>40</sup>（ただし、ヘラーのこのような理解については問題があり、それについては後で検討する）。この場合も、国家的裁判の判断基準に組み入れられる事によって、社会的恒常態は規範態によって補強を受ける面があるとともに、憲法規定の解釈・適用に役立つ事によって、社会的恒常態が法的規範態を補強する面がある。

---

38 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 370.

39 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 370 f.

40 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 371.

d) 社会的恒常態の変化に対応して法原則の内容も変化し、変化した法原則の内容が実定法規定の解釈・適用に組み入れられる場合。ヘラーは、法原則はポジティブに評価された社会的現実が国家的規範態に入り込むための突破口としての役割を果たす、と評しているが<sup>41</sup>、この場合の法原則は、実定法規定を社会的現実の変化に適応させるという機能と、意味内容の変化にもかかわらず実定法規定の文言を同一のままにしておく事を通じて、実定法規定の恒常化・継続化に役立つという機能、という二つの機能を果たす事になる。この場合、どちらかという、規範態が変化した恒常態によって補強される面が強いといえることができるが、しかし、変化した恒常態を国家的判決が受容れる事によって、国家的規範態が社会的恒常態を補強する面もあるといえよう。

(C) 法原則は、制定された憲法規範の恒常化力を阻止する作用をも営むか？

a) シェフォルトは、憲法規範に対する法原則の働きとして — 社会的恒常態を規定する事を通じて — 憲法規定の内容を充填する作用、憲法規定の解釈・適用に影響を及ぼす作用を挙げるとともに、社会において支配する、法原則に関する観念に反する憲法規定が事実上恒常化する作用を営む事を阻止する事を通じて、憲法規定の定立を限定する作用を挙げる<sup>42</sup>。

b) 確かに、ヘラーも、国家による立法が社会によって受容れられず、恒常化力を発揮できない場合がある事を認めており、「社会的慣行、規範的でない社会的現実、法律以外のものによって規範化されている社会的現実のほうが、国家が制定した法規範よりより強力である事がしばしば示される」と述べている<sup>43</sup>。しかし、ヘラーは、国家的規範態の恒常化力について一律に考えているのではなく、場合を分けて考えている、と見るべきではないか？

---

41 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 371.

42 D. Schefold (Anm. 2), S. 559.

43 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 372.

c) 例えば、ヘラーは、前述の如く、憲法の平等規定に関して、平等に関する社会的観念が変化した事が法原則を媒介として憲法規定の解釈の変化をもたらしたと説明しているが、この説明は、ヘラーの真意を的確に表現していると言えるであろうか。ワイマール時代における支配的社會観念について考えると、平等を女性の平等をも含むものと考えていたところまでは認められるにしても、社会的平等までも含むもの、立法者の拘束をも含むものと考えていたとまでは言えないのではないか。むしろ、これについては、ヘラーは、理想的・超越的法原則のほうを考えていて、この法原則からの現代における帰結をひきだして、それを憲法の平等原則の解釈に持込んだ、と考えるべきではないであろうか。即ち、ヘラーは、法原則の発現ルートとして、社会的支配的観念による受容れと超越的理念からの帰結とを考えていて、分野によって使い分けて、憲法の分野については後者のルートを選んでいたと考えるべきではないか<sup>44</sup>。この事は、次の例について考えた場合、一層よくあてはまると思われる。

d) シェフォルトは、ワイマールの憲法現実が、ワイマール憲法の規定、とりわけ社会的根本権及びそれを形成するための立法委託よりもより強力であった事を指摘したうえで、ヘラーは、本来この問題を念頭に置いていたに違いないが、それに言及せず、他の余り重要でない、民法上の例を持出している、と批判的に述べている<sup>45</sup>。確かに、シェフォルトが批判しているように、ヘラーは、社会的根本権のことを取上げるべきであったと思われる。しかし、ヘラーがこの問題について考えていたとすれば、シェフォルトの言うように、支配的な社会観念のあらわれとしての法原則に反する憲法規定は恒常化力を発揮できないと考えていたのではなく、——筆者の推察なのであるが——法原則からの現代における具体的帰結として憲法の

---

44 ただし、ロバースは、ヘラーの説明をそのまま受取って、平等原則について、ヘラーが社会内在的発現ルートを考えていた、と理解している (Gerhard Robbers, Hermann Heller: Staat und Kultur, 1983, S. 56)。

45 D. Schefold (Anm. 2), S. 559.

なかに盛込まれた社会的 기본權が、支配的な社会觀念に対抗して貫徹されるべきだと考えていたと言うべきではないであろうか。すくなくとも憲法制定の段階では、法原則の現代におけるあらわれとしての社会的 기본權が、支配的な社会觀念によって受容られていないという事実を確認したうえで、だから支配的な社会觀念に反する憲法規定は恒常化力を發揮できない、と決めつけるのではなくて、その後の憲法の展開のなかで恒常化力を發揮する事を期待し、追求したと考えるべきではないであろうか。現に、ヘラーは、保守的裁判官が、国民代表立法府によって進められている、リベラな法治国家から社会的法治国家への移行を阻止している事を非難し、保守的裁判官が法令審査權を行使する事に反対しているのであるが<sup>46</sup>、これは、現代における法原則のあらわれとして考えられて憲法規定或いは憲法原理とされたものが、立法を通じて恒常化力を發揮せしめられようとしているのを、保守的裁判官が阻止している事を非難しているものと解することができる。また、ヘラー自身がこの憲法規定、憲法原理の恒常化力發揮を期待し、追求している事のあらわれと解することができる。要するに、ヘラーは、憲法分野に関しては、法原則の発現ルートとしては、支配的社会觀念による受容ルートをとらず、超越的理念からの帰結ルートを取り、この帰結の憲法による具体化について支配的社会觀念からの反対があるため恒常化力を發揮できないとする事実認定にとどまるのではなく、当該憲法規定、憲法原理が、支配的な社会觀念によって受容られ、恒常化力を發揮する事を期待し、追求するのではないであろうか。

e) もっとも、ヘラーが明示的に憲法分野と他の法分野とで異なった考え方をとっている場合があるのであるが、この場合には、他の法分野に比べて憲法分野では、法的規範態がそれに対応する恒常態を実現しにくい事を認めている。しかし、それは、実現の程度に関してであって（この問題については、後で検討する）、ここで検討した実現の方法或いは実現のルー

---

46 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 449 f.

トの問題ではない。

(八) 規範態の恒常態の創出・維持作用の限界

規範態の定立 (= 要するに法規範の定立) は、既存の恒常態の補完・補強から出発して、新たな恒常態の創出・維持へと機能の重点を移し、機能をひろげて来た。このうち、既存の恒常態の補完・補強のほうは、いわばその効果が保障されているわけであるが、恒常態の創出・維持の機能のほうは、いわば実験の意味を持っており、その効果は保障されておらず、期待された恒常態を実現する事は必ずしもできない。この点、ヘラー自身、明確に分けているわけではないが、彼の述べるところに即して考えると、規範態が期待どおり恒常態を実現できない場合を四つに分けて考えているという事ができる。

(A) 国民によって受容られない場合

これは、既存の社会的恒常態に対抗して法規範を定立したが、国民によって受容られず、新たな恒常態をつくりだすことができない場合であり、実験が成功しない場合である<sup>47</sup>。ヘラーは、法規範の定立がその効果 (Geltung) をあげるためには、国民による受容れが条件になると考えている。ヘラーは、法規範の Geltung (効果或いは実効性) については、国民による受容れを基準として考えている。それに対応して、ヘラーは、国民による受容れの程度に応じて、Geltung に程度の差がある事を認める (Geltung するか、しないか、の二者択一で割切ることとはしない)<sup>48</sup>。

(B) 規範態に反する事実的力関係が生じた場合

ヘラーは、これを憲法変遷の場合としているが、如何なる事実的力関係が憲法の変遷として認められるのかについては、何も論じていない<sup>49</sup>。

(C) 最高権力者が憲法規範違反を貫徹し、法侵犯による新しい法を創造する場合

---

47 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 372.

48 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 372.

49 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 372.

ヘラーは、これを「誰が番人の番をするか」の問題だとする<sup>50</sup>。

(D) 法規範設定による恒常態の実現・確保の企図を革命・王政復古が打破する場合

ヘラーは、従来の恒常態に代わる新たな恒常態の実現・確保に成功した者に、新たな法規範設定の資格を認める<sup>51</sup>。ヘラーが考えるそのための根拠は、国家的統一性の実現・確保に成功した事である。ここでは、ヘラーの国家的統一性至上主義が、前面にでていいる。ただし、それが、国家的統一性そのものためなのか、法原則の実現・貫徹の手段として国家的統一性を考えているのか、が問題である。

## 2. 成文憲法の意義・機能

法的憲法の分化・独立化の意義

(i) 法的憲法の分化・独立

ヘラーは、憲法概念の論究にあたって、政治的総合憲法の論究に続いて、独立化された法的憲法 (verselbständigte Rechtsverfassung) について論究し、次いで、成文憲法 (geschriebene Verfassung) について論究している。しかし、これは、独立化された憲法と成文憲法とを原理的に異なったものとして考えていたのではなく、後者をもって前者の特別な形態として考えていた事のあらわれである。現に、ヘラーは、18世紀以来、独立化された憲法と成文憲法とが基本的に一体となったとしている<sup>52</sup>。従って、独立化された憲法に関する論述を成文憲法に関する論述の総論ないし基礎理論、成文憲法に関する論述を各論ないし具体論の関係において、ヘラーの考えるところを検討する事にする。

---

50 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 373.

51 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 373.

52 D. Schefold (Anm. 2), S. 562.

(ii) 法的憲法の独立化の可能性

(一) 心理学的可能性

ヘラーは、社会的現実のなかにあつて、この社会的現実から相対的に独立した法的憲法が可能になる事及びその事を持つ意義を明らかにするのが、まさに国家学の任務であるとする<sup>53</sup>。

ヘラーによれば、心理学的には、意味構造態 (Sinngelbilde) としての法的憲法が独立化され得る根拠は、人間の意識が、行為 (Akt) の流れから行為を超越する意味 (Sinn) をとりだし、意味をその主観的経験の過程から分離し、対象化し、客観化することができる事にあり、人間がこの意識の転回 (Wendung) によって、社会的現実の意味内容を意味構造態へと独立化させ得る事にある。このような事が可能になるのは、現実が、現実的行為と意味とによって弁証法的に構成されているからであり、更に、このようにして独立化された意味構造態が、不断に新たな心理的行為によって、また、それぞれ異なった人々によって、受容られ、再体験され続けるからである、とヘラーは説明する<sup>54</sup>。

(二) 歴史的可能性

法的憲法の独立化は、歴史的には、社会関係の予測可能性に対する市民階級の要求に対応して、裁判官を含む官僚によって統一的に運営される国家機構が構築される事によって可能になった、とヘラーは説明する<sup>55</sup>。

(iii) 法的憲法の独立化の必要性

国家は、統一的な官僚機構の構築によって、法的憲法を独立させて、予測可能性に対する社会の要求にこたえたわけであるが、それは、国家における統一性と秩序の確立・確保のためにも必要な事であった。統一性と秩序の確立・確保のためには、独立した法的憲法が保障する客観性・継続性

---

53 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 374.

54 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 374.

55 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 376 f., 380.

は、国家にとっても必要な事であった。

(iv) 法的憲法が独立する事の意義

法的憲法が独立するという事は、法規範、法秩序の持つ客観性・継続性 (Kontinuität) 保障機能を通じて、国家における統一性と秩序に役立つという意味を持っている<sup>56</sup>。この意味で、ヘラーは、独立した法的憲法を、国家の総合憲法の統一性と秩序を可能にするための規範的プランと呼び<sup>57</sup>、法的憲法の独立の意味を、基本的に国家的総合憲法に役立つという観点のもとで捉えている<sup>58</sup>。ただし、国家的総合憲法に役立つと言っても、独立化した以上は、国家権力を強化する面だけでなく、国家権力を制限する面をも持っている。

(v) 独立した法的憲法の解釈学方法論

ヘラーは、法的憲法の独立化の意義を、国家の総合憲法の統一と秩序の実現・確保、恒常化に求めるのに対応して、憲法解釈の任務を、国家組織の時間的・体系的統一性と秩序に仕える事に求める。ヘラーは、法律的解釈の意義と方法とは、規範内在的ではなく、メタ法律的に、即ち、政治的・歴史的に、即ち、現実科学的に、理解されるべきだとした。即ち、法律的解釈は、法的憲法の独立化の目的に方向づけられていなければならない、とする。ヘラーは、憲法解釈学に対して、憲法の時間的連続性に関して、憲法規範を時代の変化のなかで継続的に維持されるよう動態的に解釈するように要求し、憲法の体系的連続性に関して、できるだけ現存するすべての法規範を唯一の立法者の統一的な、矛盾のない意思の表現として捉えるように要求した。従って、体系的連続性の表現としての統一的で、矛盾のない、完結した法体系についても、それを論理的な完結性として前提

---

56 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 377.

57 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 378.

58 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 373 f.

すべきではなく、現実科学的に捉えるべきであるとし、先ず、それを国家の総合憲法における連続性の追求の努力の結果として捉えるべきであるとしている。それゆえ、完結した法体系の実現は、種々の前提条件の存否にかかわっており、必ずしも常に十分に現存しているものではないと考えるべきであり、従って、法の適用にあたっては、国家組織のなかに上下関係をなして組込まれている生きた人間の認識・意思行為によって、法を補完する事が必要であるとしている<sup>59</sup>。

(vi) 法的憲法の独立化による歴史的・体系的連続性の実現・確保の可能性

(一) ヘラーは、法的憲法の独立化の効果を検討する。この場合、ヘラーは、しばしば歴史的・体系的規範連続性という表現を用いるが、これは、もちろん、規範連続性を通じて政治的総合憲法の連続性を実現する事を意味している<sup>60</sup>。この検討は、規範態は、それに対応する恒常態を実現することができるかという問題の検討ということになり、この検討は、既により一般的な形で検討しているわけであるが、ヘラーは、独立化された法的憲法を前提にして、より具体的な形でもう一度検討しているわけである。

(二) ヘラーは、この効果の達成もしくは要請の実現を、法によって一定の行為を義務づけられた者 (= 機関) が義務を履行する事、そのため義務づけられた一つの機関が他の機関によるコントロールに服する事、従って、機関相互間の政治的、行政的、司法的コントロールの体系的制度及びコントロールに対する責任追及の制度が整備されている事、にかかわらしめた<sup>61</sup>。そのうえで、この効果の達成もしくは要請の実現は、達成不可能な目標であって、不断に近づくべき目標にとどまるとしている<sup>62</sup>。

(三) また、ヘラーは、法分野によって、目標の到達度が異なるとする。

---

59 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 377 ff.

60 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 377.

61 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 382, 383.

62 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 382.

換言すれば、法規範がそれに対応する恒常態を実現する度合いが、法分野によって異なるとする<sup>63</sup>。即ち、憲法以外の法分野は、憲法による保障のもとに置かれているので、法規範はいわば自動的に恒常態をもたらし、また、事実上生ずる法の欠缺は合法的な方法で充填されることができるので、この目標は相当程度到達可能であるが<sup>64</sup>、憲法分野においては、憲法による保障がないので、この目標は完全に達成されることはできないとする<sup>65</sup>。

(四) 憲法分野に関しては、ヘラーは、効果があげられている事には特に言及しないで、もっぱら、効果があげられていない現象としての絶対的な法の欠缺、もしくは憲法の限界の問題を取上げる。この問題に関するヘラーの検討は、次の諸点において注目される。

(A) 最高国家機関が憲法によって課されている義務を履行する意思を持っていないか、履行することができないところに、憲法の限界があるとしている事<sup>66</sup>。この場合をヘラーは二種類に分けて、一つの場合は、そもそも欠缺を合法的に埋めることが不可能な場合（規範内在的限界）とし、他の一つの場合は、合法的に埋める途はあるが実際上埋めることができない場合（規範超越的限界）とする。

(B) 内在的にせよ超越的にせよ、憲法の限界は法規範がそれに対応する恒常態を実現し得ない場合であるが、ヘラーは、この場合を法規範の効果の発現がそれに反する恒常態によって阻止される場合として捉え、規範態と恒常態とが解きがたい関連にある事が示される場合として捉える<sup>67</sup>。

(C) 法規範の効果があがるために必要な事として、前述の如く、ヘラーは、国家機関相互間のコントロール及び責任追及の制度の整備を挙げているのであるが、それが効果をあげない場合について頼るべきものとして、

---

63 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 382 f.

64 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 382.

65 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 382; D. Schefold (Anm. 2), S. 561.

66 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 383.

67 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 383. 拙稿・前掲註(1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力(2)」54頁参照。

ヘラーが、社会の非組織的強制を持ち出し、次いで、利益状態及び最高国家機関の善き意思、即ち、規範に適った意思を持ち出している事である<sup>68</sup>。

(vii) 客観化された法的憲法の主観化の必要性

法的憲法を独立化させるという事は、法的憲法を客観化する事を意味する。即ち、政治的総合憲法の不断に新たな成立、形成過程に対して、相対的客観性を持った規範として対置する事を意味する。しかし、ヘラーは、社会的現実における主体・客体の相互制約関係のゆえに、客観化された法的憲法は、不断に新たに人間という主体へと還元されなければならない、即ち、不断に新たに人間によってアクチュアライズされなければならない、と主張する<sup>69</sup>。

成文憲法の意義・機能

ヘラーは、成文憲法の意義・機能について、以下のように考える。

(i) 統一的な意思のあらわれとしての成文憲法

(一) ヘラーも、統一的な意思が、成文法典という形式を持ち、権力分立的機構、自由保障という内容を持った独立した法的憲法として具体化されたのは、近代市民革命の成果と見るのであるが<sup>70</sup>（ここでヘラーは、18世紀以降 *Verfassung* ないし *Konstitution* と呼ばれたものを考えている<sup>71</sup>）、しかし、ヘラーは、その前の段階で、絶対主義によって国家憲法の合理化が推進され、合理化された成文憲法がつくられていた事を評価し、近代憲法をもって、その企図を継承するものとする見方をとっている<sup>72</sup>。この点においても、国家及び国家憲法における統一性のモーメントを重視するへ

---

68 H. Heller (Anm. 9), *Staatslehre*, S. 384.

69 H. Heller (Anm. 9), *Staatslehre*, S. 384.

70 H. Heller (Anm. 9), *Staatslehre*, S. 385, 386, 388.

71 H. Heller (Anm. 9), *Staatslehre*, S. 385.

72 H. Heller (Anm. 9), *Staatslehre*, S. 386 ff.

ラーの態度があらわれている。

(二) ヘラーは、近代憲法において重要な事は、成文という事よりは、一つの法典のなかに国家憲法の基本原理が集中的に盛込まれている事であるとし、この事が統一的な意思の表現として最適であるとしている<sup>73</sup>。

(三) ヘラーは、統一的なプランとしての規範的憲法が必要となるのは、すべての領土住民が中央権力による基本的に統一的な決定に直接、間接に服し、且つ、すべての領土住民が中央権力の統一的な決定に寄与すべきだとされる場合だとしているが<sup>74</sup>、この見方は、二重の意味で興味深い。けれど、前段は、絶対主義の段階をふまえている事を強調しているものともとれるし、また、国家権力行使のアウトプットの面を強調しているものともとれ、また、後段は、民主主義の段階をふまえている事を強調しているものともとれるし、また、国家権力行使のインプットの面を強調しているものともとれるからである。いずれにしても、国家権力の統一性と憲法とが関連づけられている事が注目される。

(四) 憲法が統一的な意思のあらわれである事を強調するのがヘラー憲法観の特色であるが、しかし、すくなくとも、民主主義の段階に関しては、統一的な意思が多元的な形態で成立する事を、ヘラーは否定しない。現に、ヘラーは、ワイマール憲法が多元的な政治的諸勢力の間の妥協として成立した事を評価している。

#### (ii) 憲法典における基本権部分と権力分立機構との不可分の結合

ヘラーは、近代憲法の新しい内容的特徴を、国家権力の客観的制限を国家権力に対する主観的自由と参加権によって確保しようとする傾向、逆に言えば、個人の基本権を国家の組織的基本構造によって保護しようとする傾向に、見出す<sup>75</sup>。従って、権力分立と基本権とを相互に独立した制度と

---

73 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 386.

74 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 387.

75 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 385.

して対置する考え方を誤りとし、国家権力の計画的・法治国家的組織化の傾向と自由の保障を志向する傾向とは相関的なものであり、相互に条件づけ合うものとして捉える<sup>76</sup>。これは、ヘラーが、近代憲法の本質を正確に捉えている事の結果であるが、ヘラー独自の考え方のあらわれでもある。即ち、この点にも、国家のみならず、憲法に関しても、統一性を重視する態度があらわれているし<sup>77</sup>、その他の問題の場合におけるのと同じように、entweder oder ではなくて、sowohl als auch の考え方があらわれている。また、ヘラーが一体性と言う場合、包含的一体性を考えていて、排除的一体性を考えているものではないという事がわかる。

(iii) 成文憲法を支えるものとしての規範態

(一) ヘラーは、前述の如く、憲法典のなかで明文をもって定められている法規範の総体を形式的意味における憲法もしくは形式的憲法と呼ぶ。如何なる法規範が重要なものとして憲法典のなかに盛込まれるかは、憲法制定者の決するところであるとして、ヘラーは、伝統、政治的合目的性、権力状態、法意識をふまえて行われる憲法制定者の決定を尊重する立場をとる<sup>78</sup>。これは、憲法典の制定という形式をとって行われる憲法制定者の決定を尊重する立場であるとともに、憲法典という形式を尊重する立場でもある。それゆえ、ヘラーは、なんらかの立場に立って構成された実質的意味における憲法を形式的意味における憲法に対抗させ、そのことによって形式的意味における憲法の価値、従ってまた、憲法そのものの価値を下げようとする試みに対して、反対する<sup>79</sup> (これは、カール・シュミットの試みに対する反対である)。

---

76 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 389.

77 ロバースは、権力分立制と基本権とを相互制約関係において捉えるヘラーの理論を、憲法の統一性というヘラーの考え方のあらわれである事を指摘する (G. Robbers (Anm. 44), S. 74 f.)。

78 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 391.

79 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 392.

(二) ヘラーは、憲法制定における憲法制定者の決定を尊重・重視する立場をとりつつも、憲法を非規範的な、単に事実的に存在する決断の結果もしくは決断そのものとして捉える立場（これも、カール・シュミットの立場である）を批判し、憲法制定のための決定は、規範的なものを含んでいなければならない、と主張する<sup>80</sup>。ヘラーは、客観化された憲法の妥当根拠として、規範なき実力 (normlose Macht) を持ち出す理論を批判し、事実上の権力状況が相対的に恒常的な権力状態となり、なんらかの意味で憲法となるためには、権力者 (Machthaber) の決定が、権力服従者 (Machtunterworfenen) のなかの (権力構造にとって) 決定的な部分によって、妥当すべき、模範的もしくは拘束力ある規範として受けとられ、遵守される事が必要だ、と主張する<sup>81</sup>。もっとも、ヘラーは、他方で、権力の法形成的性格という彼の理論に基づいて、憲法の妥当根拠に関して実力なき規範 (machtlose Norm) を持ち出す理論 (ケルゼンの理論) を批判し、憲法がその法的効力を単に論理的に妥当するにすぎない、実力のない (根本) 規範から獲得し、その内容を (根本規範によって初めて設立された) 憲法制定権威から獲得すると説く理論 (ケルゼンの理論) を非難している事を、考慮に入れる必要がある<sup>82</sup>。

(三) ここでヘラーが、「規範的なもの」として考えているのは、権力者が制定する任意の内容の規範の事ではなく、権力者の上位にあって、権力者を制約する規範の事である。この事は、「規範なき実力」に憲法の妥当根拠を求めたシュミットを批判する場合にあてはまるだけでなく、「実力なき規範」に憲法の妥当根拠を求めたケルゼンを批判する場合にもあてはまる。ケルゼンに関しては、規範に実力による支えがない事を批判しているだけでなく、実力による支えさえあれば規範の内容を問わない事をも批判しているのである。結局、ヘラーが考えているのは、彼の言う法原則の

---

80 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 392, 393.

81 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 393.

82 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 393.

事であり、且つ、— 事後的に国民によって承認される必要があるにしても — 支配的社会観念という発現形態をとるほうの法原則ではなく、超越的理念からの帰結という発現形態をとるほうの法原則と考えるべきであろう。けだし、憲法分野にかかわることであり、また、新たな生活の開始期の問題であり、将来形成の問題だからである。

(四) 憲法制定権力における規範的なもの

ヘラーは、『国家学』の最後のところ、即ち、「成文憲法」の項の最後のところで、憲法制定権力について論究している。以下の事が注目される。

(A) 憲法制定権力の主体としての君主或いは国民

近代国家の統一的基本秩序の計画的な規範化は、現実的な行動能力ある憲法制定権力 (pouvoir constituant) を前提する<sup>83</sup>。内在的の把握にとっては、憲法制定権力の主体としては *populus* しか考えられないが、これは憲法制定についての最終決定を行うものは、*populus* しかあり得ないという意味であって、具体的に憲法制定権力を行使するものが存在する事が必要であるとし<sup>84</sup>、かかる主体として、ヘラーは君主或いは国民を挙げる<sup>85</sup>。このように、ヘラーは、憲法制定権力について、最終的決定と具体的行使とを区別している。なお、憲法制定権力の主体という語の用法に関しては、ヘラーにおいて混乱が見られるのであって、ヘラー本来の考え方からすれば、憲法制定権力の主体は国家しかあり得ないのであって、そのように述べている箇所もある<sup>86</sup>。主体 (Subjekt) と担い手 (Träger) とを区別するヘラーの用語法からすれば、君主或いは国民は、憲法制定権力の担い手と言うべきであろう<sup>87</sup>。

---

83 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 393.

84 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 393.

85 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 394.

86 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 356, 393.

87 „Träger“ という用語については、H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 357, 358 参照。ヘンケルも、ヘラーにおいては、憲法制定権力の主体は国家しかあり得ない、としている (Michael Henkel, Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates: Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geiste der Soziologie, 2011, S. 515)。

(B) 憲法制定権力の主体 (= 担い手) たり得る資格

ヘラーは、憲法制定権力の主体たり得る資格は、規範的に獲得されなければならないとする<sup>88</sup>。そして、君主に関しては、王位継承法を規範的な根拠として挙げるのであるが、国民に関しては、一義的な形では述べていない。ヘラーの述べるところから推察し<sup>89</sup>、再構成すれば、ヘラーは大要次のように考えているということができよう。

a) 国民は、それ自体として憲法制定権力を行使し得る政治的統一体として、存在しているわけではない。国民が自己同一性の意識に基づいて統一体として行動できるとする主張は、神学ではあっても、国家理論ではない<sup>90</sup> (カール・シュミット理論に対する批判)。

b) アモルフェな大衆が、決定することのできる意思統一体となるのは、規範的秩序の規制を受ける事によってのみである<sup>91</sup>。

c) 政治的統一体を全体として規定することができる実力と権威を持った者のみが、憲法制定権力者と呼ばれることができる。実力と権威とが成立・存続するための最重要の要件としてヘラーが挙げているのは、Normierung 即ち規範的秩序の設立である<sup>92</sup>。

d) 憲法制定権力の行使に関して、国民の側については、規範的秩序の規制を受ける事、権力者の側については、規範的秩序をつくる事、を最重要の要件としてヘラーは挙げているが、規範的秩序の内容的要件に関しては、何も述べていない。この段階では、法規範としての形式的要件 (普遍妥当性、権力者拘束性など) をみたしたものを考えていると言えよう。

(C) 憲法制定の過程

憲法制定の過程について、ヘラーは何も述べていないが、ヘラーの理論からすれば、代表の原理をふまえて、一定の人、或いは一定の人々が、事

---

88 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 394.

89 なお、ヘンケルの叙述 (M. Henkel (Anm. 87), S. 515) も参考にした。

90 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 394.

91 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 394.

92 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 394.

実上の力に基づいて憲法案を作成して国民に提示し、この憲法案の作成・提示が国民の代表としての行動である事を、国民によって追認してもらわねばならず、且つ、その憲法案を国民によって承認してもらわねばならない、と考えていると思われる。なお、代表としての行動について、ヘラーが別の文脈のなかで、「授権された」機関、或いは「授権された」支配者及び「授権する」被支配者、という表現を用い、「授権された」 („ermächtigt“) に引用符をつけて事実上の授権を示唆している事が参考になる<sup>93</sup>。即ち、ヘラーは、一人の人、又は一定の人々が、取敢えず自己を代表とみなし、或いは国民から授権されたものとみなし、一定の行動についてイニシアティブをとり、その行動について事後的に国民から追認してもらおうという事態を考えていると言えよう。

(D) 憲法の正当化

ヘラーは、憲法は、法的な秩序として妥当するためには、正当性 (Legitimität)、或いは、正当化 (Rechtfertigung) を必要とすると主張し、憲法の正当性は、なんらかの既存の実定法に従って成立した事に基づかせることはできず、倫理的法原則に内容的に適合している事に基づかせられなければならない (倫理的法原則を基準とした正当化を必要とする) と主張する<sup>94</sup>。或いは、また、ヘラーは、この事を、権力構造にとって決定的な意味を持つ層と共通の法原則によって結びついていない憲法制定権力は、実力も、権威も、従って、存在も持たない、と表現する<sup>95</sup>。上述の (B) の d) のところで問題にした規範的秩序は、従って、法規範としての形式的要件をみただけでなく、内容的に法原則に適っていないなければならない、ということになる。

---

93 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 349.

94 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 395.

95 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 395. なお、シェフォルトも、ザインとゾレンとを相互制約関係におくヘラーの思想は、憲法制定権力論にもあらわれている事を指摘する (D. Schefold (Anm. 2), S. 564).

．ヘラーの憲法理論における憲法の規範力の可能性

上述したヘラーの憲法理論の検討をふまえると、ヘラーの憲法理論は憲法の規範力論にとって積極的なものを提供するか、という問いに対して、次のような事が言える。

1．消極的なものしか提供しないと考えられる根拠

次のような根拠が、ヘラー理論に即して、挙げられる。

法的憲法（成文憲法を含む）は、法的要素として、形式的には事実状態、内容的には統一性と秩序が維持されている状態としての政治的総合憲法のなかに含まれ、他の要素たる事実的要素、非法的規範的要素と結びつけられている。この事が、法的憲法の性格を根本的に規定している（の1の の(iii)及び1の の(iii)）。

法的憲法は、政治的総合憲法の維持・確保のために役立たせるために独立化されたと説明され、憲法規定の解釈学もこの目的に適合するように要求されている（の2の の(iv)(v)）。

法的憲法が社会的現実によってその恒常化力の発揮するのを阻止する事が認められており、且つ、そのような社会的現実の根拠づけとして、法原則のあらわれとしての支配的社会観念が持ち出されている（の2の の(iii)の(七)の(C)のb)）。

規範態としての法的憲法の限界が指摘され、そのような場合として国家機関の義務不履行、国家機関間の不協調が挙げられ、より強い実力を持った者（或いは機関）によるこのような場合の事実上の解釈が国家の統一性を根拠として受容られている（の2の の(iii)の(八)の(D)及び(iv)の(四)の(A)及び(B)）。

## 2. 複線のルートの可能性

ヘラーの思考方法の特徴は、複線の思考、sowohl als auchの思考をするところにある。そうすると、この問題についての主たる回答が、上記の根拠づけに基づく消極的回答であるとしても、副次的回答として、他のルートによる積極的回答もあり得るのではないが。幾つか手がかりとなるものを、既に述べたところから拾い上げてみることにする。

政治的総合憲法において重要な役割を営むものとして法原則が持ち出されているが、この法原則が、場合によって恒常態、場合によって規範態とされている事が注目される（の1の(i)の(七)の(A)）。これを矛盾もしくは動揺と見ることもできるが、敢えて複線のルートのあらわれと見ることもできる。そうすると、場合によって、恒常態としての法原則が、社会の支配的観念として発現し、場合によって、規範態としての法原則が、即ち、具体的社会や国家を超越したヨーロッパの思想的伝統をふまえた人間の自律を核心とする理念としての法原則が、特定の国家の憲法制定者或いは立法者によって具体化され実定化されて発現する、という二つの発現ルート（社会内在的発現ルートと社会超越的発現ルート）が考えられている、見ることもできる。現に、ヘラーが法原則が国家的法に組入れられるルートの例として挙げているもののうち、裁判官が法規範の解釈・適用にあたって、憲法・法律により授権されもしくは授権されずして、支配的な社会観念によって法規範の内容を填める方法は、社会内在的発現ルートの例であり（の2の(iii)の(七)の(B)のb)c）、憲法自身が法原則からの現代的帰結と考えられるもの（=基本権）を明文によって取入れる方法は、社会超越的発現ルートの例である（の2の(iii)の(七)の(B)のa)）。

法原則の認識・実現主体として、支配的な社会的観念（或いは、社会の多数派の法原則についての観念）と個人の法的良心（或いは社会の少数派の法原則についての観念）とが複線的に認められている。ここでは、

前者の制度的表現としての法律或いはその具体化と、後者の非制度的表現としての倫理的抵抗権とが、非対称的ながら対置されている。

### 3. 社会超越的発現ルートの可能性

ヘラーの理論において、法原則について二つのルートが認められており、副次的なものとしてはあるにせよ、社会超越的発現ルートが認められているという事を手がかりとして、更に、その積極的根拠づけと考えられるものを取上げてみる。この場合、社会超越的発現ルートとして考えられているのは、現代における法原則からの帰結が、憲法制定者（或いは立法者）によって、憲法或いは法律のなかに実定法化される事を意味している<sup>96</sup>（筆者がヘラーの所論から推論して勝手に使用している用語である<sup>97</sup>）。社会超越的というのは、単に特定の社会・国家を超越しているというだけの意味であって、時空を超越しているという意味ではなく、むしろ——ヘラーが法原則について特定の文化圏に特有（kulturkreisgebunden）と説明するように<sup>98</sup>——ヨーロッパ文化圏に共通に見られるものであり、人間の自律を核心としてヨーロッパの思想的伝統として受継がれて来た原則が、それ自体として法的効力を持つのではなく、特定の国家の憲法制定者或いは立法者の決定によって実定法化される事を意味している。

ヘラー自身が法原則の超越的発現を認めていると考えられる箇所（法原則の具体化としての憲法が積極的に社会関係に働きかける事を認めていると考えられる箇所を含む）を幾つか挙げてみる。

---

96 ロバースも、所論の趣旨からすれば、同じ意見と見ることができる（G. Robbers (Anm. 44), S. 67）。

97 ヘラー自身も、「超越的（transzendierend）」という表現を使っている（H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 297）。

98 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 369 ff.; ders., Souveränität, in: ders. (Anm. 9), Gesammelte Schriften, Bd. 2, S. 70, 103, 107, 202.

( i ) 「意識が政治的 Sein を規定する<sup>99</sup>」。

( ii ) 「社会的 Sein は Sollen、要求、希望、期待に依存する<sup>100</sup>」。

( iii ) 「国家や社会に関するわれわれの全知識は、生産的であり、規範的であり、社会形成的であり、...<sup>101</sup>」。

( iv ) 「決定的な事は、如何なる事実的社会的力関係が憲法を許容し、承認し、もしくは非難するか、という事であり（ここまでは社会内在的——筆者註）、且つ、如何なる将来の力関係に憲法が仕えるか、という事である（ここは社会超越的——筆者註）<sup>102</sup>」。

( v ) 「憲法が将来を形成する国民の諸力に将来の政治的形態のための自由を解放している時のみ、その憲法はよい憲法である<sup>103</sup>」。

( vi ) 「われわれは、ワイマール憲法がわれわれに将来においてより統一的な、より高次の形態を実現する自由をかかげるがゆえに、ワイマール憲法を保護し、ワイマール憲法を尊重するように要求する<sup>104</sup>」。

#### ヘラー自身の理論による裏づけ

以上の箇所は、必ずしも明確とは言えないにしても、法原則というものが理念的な形態で先在していて、憲法定者或いは立法者がそれに拘束されつつ、それを具体化し、実定法化し、その結果としての憲法規定が既存の社会関係に働きかけ、将来に向かって社会関係を形成する、という思考図式をヘラーがとっている事をうかがわせるが、この思考図式を断片的な発言によってではなく、ヘラー自身の理論的な発言によって裏づける事にしてみたい。

---

99 Hermann Heller, Genie und Funktionär in der Politik, in: ders. (Anm. 9), Gesammelte Schriften, Bd. 2, S. 613.

100 H. Heller (Anm. 99), Genie und Funktionär, S. 613.

101 H. Heller (Anm. 99), Genie und Funktionär, S. 613.

102 Hermann Heller, Freiheit und Form in der Reichsverfassung, in: ders. (Anm. 9), Gesammelte Schriften, Bd. 2, S. 373.

103 H. Heller (Anm. 102), Freiheit und Form, S. 373, 374.

104 H. Heller (Anm. 102), Freiheit und Form, S. 377.

( i ) ザインの現在超越的性格

ザインとゾレンとは、分離されたうえで相互制約関係において捉えられるべきだとするのが、ヘラーの方法論的基本的態度であり、この基本的態度は種々の形態であられるが（例えば、法は内容的には一定の行為を命ずるゾレンであるが、形式的には支配者の命令という点でザインである、とか、ゾレンは現実化されザインとなって初めてその意義を達成することができ、ザインはゾレンによって方向づけられて初めて継続的に維持されることができる、などのテーゼ<sup>105</sup>）、ここでは動的に把握される事が重要である。即ち、ゾレンはザインになんらかの変革を加える志向を持ち、ザインはゾレンによって方向づけられて、次の段階のザインに進むことができる<sup>106</sup>。或いは、前提上形成されるべき社会的ザインに関係を持たない社会的ゾレンはそもそもゾレンではなく、社会的規範のない社会的ザインは存在しない、とヘラーは考える<sup>107</sup>。これらの事から、ザイン状態としての政治的総合憲法のなかに将来への進行を内容とするゾレンを読み取ることができる、と言う考えが浮かびあがって来る。

( ii ) 人間の本性としての現状変革の志向

ヘラーは、法原則は人間の本性に基づいているとするが<sup>108</sup>、その人間の本性を、自己の環境を意識的に変革しようとする志向に見出している<sup>109</sup>。従って、ヘラーの考えるところによれば、法原則は現状変革への指令を内在させていることになる。

---

105 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 289 ff.

106 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 151.

107 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 291.

108 G. Robbers (Anm. 44), S. 54, 55.

109 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 99 ff., 126 f. ヘラーは、この人間の本性を „Autonomie des Geistes“; „Eigengesetzlichkeit des Geistes“ と表現する。

(iii) 法原則の機能遂行の条件としての超越性

ヘラーは、国家の存在意義を法原則の実現に求め<sup>110</sup>、また、国家の正当化の基準を法原則への適合に求める<sup>111</sup>。逆に、法原則は国家の存在意義を説明しなければならず、国家の正当化の判断基準とならなければならない。この機能を果たすためには、法原則は特定時代の特定社会、特定国家を超越している事が必要であり、法原則を持ち出すヘラーは、法原則にこの性格を持たせている。

(iv) 対立を含んだ社会 (antagonistische Gesellschaft) における法原則のあり方

ヘラーは、国家の活動は法原則の実現を目的として行われるが、その活動は統一的な意思に基づく統一的な活動として行われなければならない、と主張する。しかし、社会は対立を含んだ社会であるから、法原則についても対立した見解が成立する<sup>112</sup>。この事態に対するヘラーの対応は、一方で、法原則を解釈し、それを実施する統一的な意思は、全員の意思である必要はなく、多数者の意思 (= 社会における支配的見解) で足りるとし<sup>113</sup>、他方で、法原則に関する、それと対立する見解にも、存立、発現の余地を残す (少数者の権利、とりわけ倫理的抵抗権の承認<sup>114</sup>)、という事である。そうであるとすれば、法原則を多数者の見解に収斂させてしまうことはできないはずであって、少数者による援用の可能性を確保するために、法原則を客観的なもの、その意味で超越的なものとして理解する必要がある。

---

110 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 290, 297, 298; ders. (Anm. 98), Souveränität, S. 47, 62.

111 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 332 f.

112 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 353; G. Robbers (Anm. 44), S. 55, 58, 59.

113 H. Heller (Anm. 98), Souveränität, S. 71, 109; ders. (Anm. 9), Staatslehre, S. 334; G. Robbers (Anm. 44), S. 58, 60.

114 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 337 f. 拙稿・前掲註 (1)「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力 (2)」50 頁参照。

(v) ヨーロッパ文化圏に特有のものとしての法原則

ヘラーは、法原則の説明にあたって、kulturkreisgebunden という説明をしているが、これは、法原則が人類普遍のものではないという意味と、すくなくともヨーロッパ諸国にとっては共通のものという意味とを持っている。そして、ヨーロッパ共通のものという意味では、ヨーロッパの個々の国を超越したものという意味を持っている。そして、ヨーロッパ文化圏に共通のものとしてヘラーが考えているのは、ルネッサンス以降の、人間の自律の尊重を中核とする精神的伝統である。そして、この法原則からの、現代における帰結が、自由と平等の要求であり、更には、自由と平等の具体的・実質的保障の要求である、とヘラーは考えている<sup>115</sup>。ヘラーは、この法原則及び法原則からの帰結は、社会的事実関係に働きかけ、それを動かす力を持っていると考えている。

ヘラーの憲法観と憲法の規範力

以上の考察から、ヘラーの憲法観に関して、次のような事が言えると思う。

(i) ヘラーは、法的憲法を政治的総合憲法の一要素として位置づけ、その事から来る制約に服せしめているが、しかし、法的憲法をもって社会的関係を反映するだけの受動的・消極的な役割のみを営むものとして捉えていたのではなく、すくなくとも一つの可能性として、とりわけ、法原則の超越的発現ルートを通して、社会的関係に働きかけ、社会的関係を将来に向けて形成する役割をも営むものとして考えていた。

(ii) 憲法が法原則を媒介として社会的関係に働きかけ、将来形成的な役割を営むという事は、期待や希望にすぎない、という評価があるが<sup>116</sup>、

---

115 H. Heller (Anm. 9), Staatslehre, S. 215 f.; G. Robbers (Anm. 44), S. 105.  
116 例えば、Helge Wendenburg, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit

しかし、期待や希望を表明する事は、むしろ、積極的に評価されるべきではないか、と思われる。その事が、憲法に将来形成的な役割を営ませるゆえんではないかと思われる<sup>117</sup>。

- 
- keit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, 1984, S. 189 f.
- 117 マウスは、ヘラー理論を論評して、憲法理論と法律方法論 (= 憲法解釈論) とのアンビバレンツ或いは食い違いを指摘する (Ingeborg Maus, Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik, in: Chr. Müller/I. Staff (Hrsg.) (Anm. 2), S. 118, 130, 134, 137)。即ち、国民主権原理とそのあらわれとしての国民代表立法府 (Volkslegislative) の優位の貫徹の志向と、支配的社会観念を根拠とする裁判官の法形成の広い余地と法内容確定の強い権限の許容とのアンビバレンツである。これは、筆者の考えによれば、法原則の社会超越的発現ルートと社会内在的発現ルートとの複線的思考に立っているものとしてヘラーの理論を捉えているもの、と言うことができるであろうか。しかし、マウスは、ヘラーが Volkslegislative の優位が人間の自律思想からの帰結である事を強調している事 (a.a.O., S. 120) を、また、ヘラーが事実にノーマルなものの規範力に対して規範的なものの恒常化力のほうにウェイトを置き、社会的ザインに対抗して憲法定制や立法を行うことを正当化している事 (a.a.O., S. 131) を認識し、その意味で、ヘラーが法原則の社会超越的発現ルートをとっている事を認識してはいるが、法原則の発現に関しては、それをほとんど社会内在的発現ルートに還元しているものと理解し、その事を媒介して、憲法の内容を社会における支配的見解をもって確定させる立場をヘラーがとっているものと理解している。そのうえでマウスは、戦後の判例・学説が、ヘラーの方法論を援用して、社会的現状を肯定・固定している状況を批判的に論評している (a.a.O., S. 130-135)。そして、こうした論評からの一つの帰結として、戦後ドイツの社会的状況にかんがみて、ヘラーの方法論を適用すれば、社会的法治国家原理は「ケリがついた (erledigt)」と見なされることができる、と述べている (a.a.O., S. 134)。しかし、解釈方法論の立場をとればそうであるとしても、憲法理論の立場をとれば、社会的現実にもかかわらず、「憲法の社会的法治国家原理は命令しつづける」という事が言えるはずである。現に、マウスは、アーベントロート (Wolfgang Abendtoth) については、ヘラーの憲法理論をその方法論に対して守る可能性を認めている (a.a.O., S. 136)。同じ事は、ヘラーについてもあてはまるのではない。なによりも、マウスは、ヘラーにおける国民主権原理固守の強い態度を注目・評価しているのであるから (a.a.O., S. 134, 138)、ヘラーが国民主権原理を帰結するルートとなっている法原則の社会超越的発現ルートをもとっている事をもっと評価すべきではないか。もっとも、異なった表現でマウスも指摘しているところであるが、如何なる場合に社会超越的発現ルートを取り、如何なる場合に社会内在的発現ルートをとるか、についての基準をヘラーが示していない事が問題なのであるが (a.a.O., S. 131, 132)。

(iii) もちろん、単なる期待や希望を表明するだけでは、実現の可能性は薄い。期待や希望の実現に国民を動かすためには、説得力を持った論拠を提示する事が必要である。ヘラーはそのために二つの論拠を持ち出した。

ひとつは、憲法の諸規定が法原則の現代における具体化であるという事であり、他のひとつは — 本稿では立入って検討できなかったが — 憲法の志向する将来 (= 社会的法治国家) が社会的事実関係の発展傾向に添っているという事である。その意味で、ヘラーが法的憲法を政治的総合憲法に含ませた事は正解であったと言う事ができる。理念の力と事実の力との複合的效果をあげ得るからである (事実はそうはならなかったのであるが...)

(iv) 以上述べたところから、ヘラーは、憲法に規範力を持たせるための一つの方法を示したと言う事ができる。即ち、ヘラーは、先ず、憲法が規範力を発揮できるためには、国家機関が憲法を守る意思を持つ事と国民が日々憲法をアクチュアライズする事が必要であると説き、次いで、憲法現実化の可能性がある事を理念の面と事実の面から根拠づけ、更に、憲法を守る事を直接国家機関と国民とに訴えた<sup>118</sup>。

---

118 H. Heller (Anm. 102), Freiheit und Form, S. 377.