

「憲法」概念と憲法学（三・完）

—「法的憲法」と「政治的憲法」という言い方の比喩性

堀内健志

（目次）

- 1 法的憲法と政治的憲法
- 2 研究副産物—日本国憲法の妥当性問題
- 3 結び—「憲法」政策論の先行き

1 法的憲法と政治的憲法

(1) ここでは前稿（「憲法」概念と憲法学（その二））に引き続き、D・グリム氏の言うところに依拠しながらドイツ公法学のその後の展開を見ることによって、もう少し「憲法」概念の意義を追求してみよう。

（憲法と憲法律の同一性以降の流れ）1887年ローレンツ v. シュタイン *Lorenz von Stein* によれば、あらゆる実定憲法は、例えばある法観念から生ずるのではなく、それは絶えず国法となるあらゆる都度の社会秩序を含んでいるという思想はもはや争われぬ。1871年ライヒ成立後、実証主義が急激かつ強力に実現され、これをもって、憲法はもはや政治的でなく、単に法的な問題のみを提示することを表示するのである。北ドイツ連邦憲法及びライヒ憲法につき、ドイツ国法学は存在する国家が後から憲法法的に制限されたのではなく、新しい国家が憲法の根柢で建設されたという構成を与えた。

しかし、国家の成立を法律学的に構成することをG・イエリネク *Georg Jellinek* は空しいと考えるのである。最初の秩序、すなわち国家の最初の憲法は法律学的にさらに導き得ぬものである。G・イエリネクは彼の『一般国家学』（1900年、第3版1914（1960年刷）年）で詳しく説いている。あらゆる継続的団体は一つの秩序を必要とする。それにより団体の意思が形成、執行され、この領域が限定され、ここにおいてまたこれに対するこの構成員の地位が規制されるのである。そのような秩序が憲法というものである。したがって、国家と憲法は必然的に相互に結合している。しかし、憲法は必然的に法秩序であらねばならぬというものではないという。国家がその存在のために必要とする憲法のミニマムを満たすためには、事実上の国家統一体を保持する力 *Macht* の存在で充分で

あるのだ。¹

かかるG・イエリネクの所説は示唆に富むものである。少なくとも、「憲法」を「法規範」に限定して立論していないことだけでも確認しておこう。「事実上の力」ということが興味深い。

(政治的憲法・その一、R・スメントの憲法律の手続的解消) C・シュミットによって、カイザーライヒの実証主義的国法学は後に陰口を言われねばならないことになる。つまり、それは憲法理論をまったく形成しなかったと。シュミットはその最重要なる根拠を戦前期の政治的・社会的安定感情に見るのである(1928年)。ワイマール共和国においては、この憲法じしん議論の対象になり、再び憲法が根本的に措定されねばならなかった。事実、この時代にはH・ケルゼンによる法律学的憲法概念の一つの極端なる高まりの後、そのまた同様に決定的なる相対化がとりわけR・スメントやC・シュミットにより観察されうるのである。

R・スメントは、すでに『憲法と憲法論(Verfassung und Verfassungsrecht)』(1928年)というタイトルでもって憲法概念の規範主義的狭化から距離を置いている。が、そのために憲法と事實的諸権力関係の経験主義的な同置を採用してはいない。憲法は、国家がその生活現実態をもつ生活Lebenのために、つまりその統合過程のために生ずるのである。この過程の意味は、たえず新しい国家生活全体の確立であり、憲法はこの過程の個々の側面の法律的規範化である。スメントの場合、ここから統合秩序としての国憲Staatsverfassungの統合価値への方向づけの必要性が帰結する。憲法解釈にとって、このことは憲法解釈が法律解釈とは反対に規範テキストや法律学的方法への拘束から広く解放され、統合の成果に関連づけられるということの意味する。精神の価値法則性や憲法の条項により与えられた統合任務の充足は、この個々の条項からはなれるにもかかわらず、むしろパラグラフにより忠実なしかし結果においてより欠陥のある憲法生活よりも、憲法の意味に相応するであろうと言うのである。したがって、憲法規範は、憲法生活を例外の場合においてのみ厳格に拘束しようとするものである。法と現実態の間のしっかりとした限界はもちろんそのときもはや引かれ得ないのである。実定法として、憲法は規範であるのみならず現実態でもある。憲法として、それは統合する現実態なのである。²

(政治的憲法・その二、C・シュミットの憲法律の決断主義的解消) R・スメントとは異なり、C・シュミットは成文憲法を永続するプロセスのためではなく、一回の決断のために解消するのである。彼の『憲法理論Verfassungslehre』(1928年)の対象は、いわゆる実定的憲法概念であり、これは政治的統一の態様と形式Art und Formに関する全体決定と定義づけられる。この実定的憲法概念を彼は、あらかじめ当てられている絶対的憲法と相対的憲法の区別を背景として形成している。

D・グリム氏の説明をそのまま再現すると次のようである。絶対的意味での憲法は(現実の、或は思想上の)全体を言う。より正確に言うと、政治的統一・秩序の全体状態、或は最高・最後の

諸規範の統一的完結せる一つの体系を言うのである。第一者の場合には、それは**Sein**に関わり、第二者の場合には、**Sollen**に関わる。**Sollen**はしかし、**Sein**にその根拠を見出す。というのも、**Sollen**は源として意思を前提とするものであるから。これに対して、一連の、特定種の法律が憲法と称されるとき、ただ、相対的憲法概念が存するのである。それは、統一的な全体ではなく、内部的に結合していない多様な諸規範にのみ関わるものであり、これはある法律のなかで合わせられている或は加重された可変性のごとく形式的基準によってのみ一緒に属するものとして決せられるものである。憲法と憲法律はその際同一のものとして取り扱われる。シュミットはこの結合を自ら引き寄せてはいないが、人は実定的憲法概念を絶対的その下位ケース **Unterfall** と見なくてはならない。一方で、憲法律は相対的それに帰属せしめられるべきものである。両者はしかし、関連なしに並んでいるわけではない。憲法律はむしろ憲法を根拠として初めて妥当するのであり、憲法を前提としているのである。憲法の本質はしたがって、法律或は規範のなかに在るのではなくして、政治的統一体の態様と形式に関する全体決定のなかに存するのである。この区別の目的は、憲法律からその背後にある政治的決定へと法学者の注目を導くということである。正しく観察するならば、かの根本的な政治的決定は、実定法律学にとっても、決定的なことであり、真に実定的なものなのである。より広範な規範化したもの、個々における諸権限の枚挙や制限、何らかの根拠から憲法律の形式が選ばれる法律、これらは、かの決定に対して、相対的であり、第二次的なものであるのだ。このことは、闘争の場合に、インフォーマルな政治的根拠決定がその形式的な法的表現に反して、行われるのだということを帰結する。シュミットはこれでもって、しかし、制定された憲法の背後に立つ構造の視点を開くのみではない。彼はむしろ、法的権力コントロールの優位をも重ねて放棄するのである。憲法律は、根本決定の割合にしたがってのみ政治を拘束するのである。³

こうしたC・シュミット理解は、我が国の憲法学論争にも少なからず示唆するものを含んでいる。後に振り返って吟味することにしよう。

(規範的憲法と *seinsmäßig* な憲法) ヘルマン・ヘラー **Hermann Heller** の『国家学 *Staatslehre*』(1934年)は、シュミットやスメントと同様に、社会的現実態としての憲法と独立したライヒ憲法の間を区別するが、これらと反対にしかし、ダイナミックさや決断のなかへの憲法の解消を回避しようとするのであって、この国家学はワイマール共和国の崩壊後に初めてドイツ以外に現れたものである。

さて、ワイマール共和国の最終局面は、憲法理論的にまったくカール・シュミットにより支配されているのであり、彼は『憲法理論』で企てられた憲法法の相対化をいまや実施し、それでもってワイマール憲法の敵対者の標識を与えているのである。1931年の *Der Hüter der Verfassung* という彼の文献で、シュミットは現在の具体的憲法状況を分析している。この憲法状況は『憲法理論』の概念シエーマには組み込まれないのであり、明らかにそのなかには適合しない。というのも、それは(絶対的)憲法とも(相対的)憲法とも同一ではなく、まさに、それが両方からそれることにより

示されるのである。フーバー E.R.Huber は、したがってこの文献のなかにシュミットの憲法理論の第二の本質的部分を見ようとするのである。シュミットは『憲法理論』において、実証主義の形式的憲法概念を克服していたのであるから。真の憲法はそれによれば、単に規範的のみならず、同時に実効的な *wirklich*、*seinsmäßig* な憲法なのである。そのとき、憲法概念から、根本決断として見なされ得ないかの構成部分とならんで、実効性 *Wirklichkeit* をもはや持たないそのような根本決断も外れるということになるのである。1年後(1932年)、シュミットは *Legalität und Legitimität* において、憲法の新形成には合法的いかなる阻止もさえぎるものがないことの論証を企てている。合法性はあらゆる法秩序の一般的要求ではないのであり、議会制立法国家がつくった適法性の特殊な形式に過ぎないのであるという。この議会制立法国家がもはや機能しないところでは、合法性はその基盤を失っているのである。憲法の形式は、したがってその実体を防御しようとするところのものを拘束しないのである。フーバーは、カール・シュミットがこの脅威の状況において、合法性の要求を、その憲法法的無効のもとで仮面を剥いだことをドイツ国法学者の政治的責任の印として賞賛するのである。1932年のシチュエーションにおいて、しかしシュミットにとり、憲法の全実体はもはや一度も保護され得ない。彼は、ワイマール憲法のなかに、いまやむしろ二つの矛盾する根本決定の集団—つまり、多数決定に基づく価値中立的な組織部分のそれと、価値をもつ基本権部分のそれ—を見るのである。いま、ワイマール憲法が二つの憲法であるとの認識のもと、この二つの憲法の一つを選択するとき、議会制立法国家は実体をもつ秩序のために犠牲とされねばならぬのである。これがうまく行くときは、一つのドイツ憲法作品の思想が守られているのである。⁴

このへんの議会制と民主制の関連は、これまた微妙な問題を含んでおり、本格的には別の機会に検討を要し、かつ根本的には解き難いものがある。

(規範的憲法の終焉)シュミットに対して、彼が1932年ドイツの憲法作品でもって、ナチズム体制を意味していたということは考えられ得ない。しかし、この体制が権力を獲得した後に、彼は「ナチズムの憲法国家一年」のタイトルのもとでつぎのように書いているのである。すなわち、リベラリズムは、リベラルな憲法なしの国家はおよそ憲法を持つものではないという見解を貫徹したことのなかに、その最高の勝利を祝福したのである。(が、)今日の憲法状況を見る際に、あらゆる憲法がその固有の憲法概念を持つものだけということは、断固として、初めから強調することがますます必要である、と。ナチズム国家も憲法を持っているのであり、これはもちろんその内容のみならず、形式についても、リベラルなものから区別されるのである。フーバーは、彼の憲法法の教科書において、ドイツの新しい憲法は、形式的意味での憲法ではないという命題でもって、それを示しているのである。シュミットはしかも、民族的内容にリベラルな形式を与えることに明らかに警戒している。ワイマールのようににせの *Pseudo*-憲法を発することなくして、すべての本質的点上において、実効的な憲法関係を政治的に決断することが重要であるのだという。ヒトラーじしん、1933年3月23日の統治宣言においてははっきりと、国民の意思を実効的な指導の権威でもって拘束する憲法

を基礎づけることを宣言したのである。そのような憲法改革の法律的合法化は国民じしんに承認されるのである。ナチズム法学は、しかも憲法律或は何らかの憲法典が決して固有の憲法ではなく、不文の憲法的核心の単に発散・沈殿 **Ausstrahlungen und Niederschläge** にすぎないのだということ を明らかにするのである。固有の憲法はしかも、あらゆる規範的確固に逆らうのである。なぜなら、それは **Sollen** 秩序でなくて、**Sein** 秩序であり、その正当性を自らのなかに持っているからである。憲法のコアは、不文の生きた秩序であり、そこではドイツ国民の政治的共同体がその統一性・全体性を見出すのである。この憲法には、政治的現実態 **Wirklichkeit** に対する基準機能が属しないので、それは法的憲法の形式的性格が頼りにならない。実際、インフォーマルなものが、まさしく、基本秩序が硬直せずにそれがたえず生きた運動のなかに留まるための前提として現れるのである。死んだ制度ではなくして、生きた基本形式が新しい憲法秩序の本質を形成するのである（フーバー、1937年）。⁵

ここまでくると、C・シュミットの鋭利な理論も毒を帯びてくる。憲法典の法規範性をまったく否定してしまうことになる。ここに、今日見られる実態主義、そこからくる政策論のある種の危険性を暗示することにもなる。

（戦後ドイツと今日の問題状況）戦後のドイツ基本法体制は、法的憲法が再構築され、とくに憲法裁判所の創設により、憲法の法的効力が担保されることになった。しかし、この間に諸条件に変化があった。すなわち、もともと、法的憲法は市民の社会モデルの実施・確立のための手段とされた。この社会モデルは社会の自己調整能力から由来し、国家を個人の自由と社会的自律 **Autonomie** の保障としてのみ必要としたのである。かかる任務は、消極的で、組織的な性質のものであって、そのようなものとして、国家権力じしんを義務づける法のなかにその適切な解決を見出したのである。が、この自己調整能力ということの前提が正しくないものと判明して以来、再び国家による正義の社会秩序の積極的組み立てが要求されることになる。国家任務は、それにより新しいものにより実質化されるのである。同時に、国家はその目標の追求の際に、政治的に重要なリソース **Ressourcen** を意のままにする社会的諸力に依存することに陥るのである。法的憲法はこの変化に意義の喪失という代価を払うことになる。一方では、いま生じている諸問題は、もはや消極的・組織的なものではなくして、積極的・実質的な性質のものである。その解決は、憲法法的に確かに導かれうるが、しかし、実際に解決されうるものではないのである。他方では、憲法は、非国家的諸力 **Kräfte** が政治的決断へ関与すると同程度に、政治的支配の行使を包括的に規定する要求を失い、一つの部分秩序に沈下するのである。⁶

かくて、D・グリム氏は、ここに法的憲法に基礎となっている政治・社会的憲法の意義が再び上昇するであろうというのが自らの研究が与える洞察であると、ドイツ「近代憲法」(学)史から得られる教訓として最後を結んでいる。

(2) 以上のごときドイツ憲法(学)史は、「憲法」概念及び「憲法理論」に誠に多くの示唆を含むものであって、ここにそのすべてを取り上げて検討に付することは出来ない。できるかぎりD・グリムの文脈に忠実に再現せんと努めたのは、これをもとに別の機会に残された諸問題を改めて考え直してみたいと思ったからである。今日あるわが憲法学はこうしたドイツ憲法(学)史からその主要な骨格を摂取して組み立てられていることが、はっきりと確認されるのである。

が、ここではそうした諸問題のなかから、とくにC・シュミットの実定的(積極的)憲法をめぐるわが国の学説に見られる論争を取り上げておこう。

既稿(『憲法』概念と憲法学(その一))冒頭に登場したわが国の代表的な憲法学者の説明は、いずれも確かにC・シュミットの「憲法」概念に言及している。

(a) 佐藤幸治教授は、「法規範としての憲法と事実状態としての憲法」として次のように述べておられる。⁷

「憲法に相当する外国語の *constitution, Verfassung* には、構造とか組織とかあるいは体質とかいった意味が含まれており、実際、国家という政治的統一体の存在のあり様それ自体を指して使用される場合がある。『事実上の権力関係』をもって『憲法』の本質とみるラッサールの所説、あるいは、『政治的統一と社会秩序の全体状態』の意味において『憲法』を捉え(『絶対的意味での憲法』)、また『憲法』(*Verfassung*)と『憲法律』(*Verfassungsgesetz*)とを区別し、前者の『憲法』をもって憲法制定権力による政治的統一体の形式と態様に関する根本的決断とし(積極的意味での憲法)、『憲法律』はかかる『憲法』を前提にはじめて妥当し規範性を発揮しようとするシュミットの所説、などにその用例をみることができる。これらの所説は、政治的激動期において主張されたものであり、憲法が『政治』と深いかわり合いをもつことを鋭く指摘したものと見える。しかしながら、憲法の本質をそのようなものとしてのみ捉えることは、憲法が『政治』にのみつくされ、憲法学を『政治』の侍女たらしめる危険を内包している点は看過できない。日本語としての『憲法』は、法規範のみを示唆し、*constitution* を必ずしも正確に表現しているとはいえないが(…)、安易に事実と混同することがあってはならない(因みに、シュミットの『憲法〔*Verfassung*〕』は単純に事実状態の意ではない。)」

この佐藤教授の所説について、気づく点は次の通りである。まず第一に、教授はC・シュミットの「絶対的憲法」をラッサールの「事実上の権力関係」と同種のものとして、それを「政治的統一と社会秩序の全体状態」と捉えている。が、この点は、すでにうえにみたごとく、そうではない。「絶対的憲法」には、*Sein* のものと、*Sollen* のもの両者が含まれる。「全体」というところに意味がある。

第二に、この「絶対的憲法」と「積極的憲法」の関連が不明確である。⁸「憲法律」のみがいきなり規範性を発揮するということの説明が見られない。

第三に、C・シュミットの理論は「政治的激動期」のものであろうが、ラッサールの所説はむしろ

ろ、プロイセン憲法が制定されてもなお、旧来の保守的事実状態の社会的諸権力関係がこれを制限したという状況を意味するものであった。

第四に、憲法の本質が「政治」と深いかわりをもつことからそのような概念が憲法学を「政治」の侍女たらしめる危険があるから「憲法」を「法規範」のみを含むものとするというのはそれで良いのだろうか。constitution をその本質から目を反らすことで、果たして学問的姿勢として充分と言えるのだろうか。むしろ、そのようなものならばそのようなものとして認めた上で、それに対する対処を学問的に議論しておくべきなのではなからうか。

第五に、「因に」としてC・シュミットの「憲法」は「単純に事実状態の意ではない」と追記するが、しかし、「事実状態」としての用法も一方では十分に成り立つものであったのであるから、これも不明確な追記と言えないだろうか。

(b) 芦部信喜教授の説明は、次のようである。

「カール・シュミット(…)が『憲法論』(…)において、…まずそれは『政治的統一体の秩序の全状態(傍点)を意味する』と言う場合の *Verfassung* (『絶対的意味の憲法』)も、「事実的なもの」を意味する場合と「同義である。」

「もっとも、「政治的統一体の様式と形態についての全体的決断(傍点)」の意での *Verfassung* (『積極的意味の憲法』)につき「その決断に基づいて制定され、その決断の範囲内においてのみ妥当する *Verfassungsgesetz* (英語で言う constitutional law で、わが国では通常『憲法律』と訳される。…)と区別して論じた場合の *Verfassung* は、あらゆる規範の前に存在する実存的な政治的決定であるが、この決断は、たとえばワイマール憲法一条の、『国家権力は国民から発する』『ドイツ国は共和国である』というような規範に実定化され、法規範的性格をもつものになる。」⁹

ここでも、次の点を指摘することが許されよう。第一に、芦部教授においても、「絶対的意味の憲法」が「事実的なもの」と同義とされている。これは、先にも述べたごとく、あるものの一面のみを語ることになり、精確ではない。第二に、「積極的意味の憲法」を「規範の前に存在する実存的な政治的決定」とし、これが「規範に実定化され」、「法規範的性格をもつものになる」ということが理解しにくい。¹⁰ これは、「規範の制定の事実存在」ということを考えておられるのであろうか。Sollen の命題の意味ではなく、Sein des Sollens ということ、つまり、規範命題の制定・存在の事実を「積極的意味の憲法」と理解しておられるのであろうか。このようなことは、自然法論的根拠づけに対して制定・存在に法を基づかしめるという意味はあろう。

(3) 小嶋和司教授に、次のような言明が見られる。¹¹

「英仏語の constitution、ドイツ語の *Verfassung* は、日本語の『憲法』とは違って、法という語源の意味をもたない。そのため、法以外のもの、すなわち国家または政府の組織の実態・事実的決定

要因などをさしてこの語がもちいられることがある。」「C.Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928は*Verfassung*を『政治的統一体の形式および様式の総体決定』とする。W.Bagehot, *The English Constitution*, 1867が*constitution*として扱ったのは国政の実態のあり方であり、F.Lassalle, *Das Wesen der Verfassung* 1862は、事実的権力関係を*Verfassung*の本質とした。』

ここで、W・バジヨットとF・ラサールについての箇所で、「法以外のもの」とはまさしく「事実的政治状況・実態」を述べたものと解されるが、「事実的決定要因」としているのは、C・シュミットを意識したものであるとすれば、かかる理解も、さきの芦部教授のところでは指摘した「規範の制定の決定・事実」というニュアンスが出てくる。果たして、そのような理解で良いのだろうか。

(d) C・シュミットの「憲法」概念についてのわが国の代表的憲法学者の理解を徹底的に批判すべく論稿をもたされておられるのは菅野喜八郎教授である。¹²

菅野教授は、うえに指摘した佐藤、芦部両教授のC・シュミット理解に対しての批判を以前からしかも痛烈に展開しているところである。

まず、菅野教授においても、C・シュミットの二種の絶対的意味の憲法を説明したのに続いて、次のように言われる。

「彼は『絶対性』つまり『統一的全体性』を、『憲法』＝実定的意味の憲法にも認めていたと思われるが、もとよりこのことは、『憲法』と事実としての絶対的意味の憲法との同一性ないし親近性を、その帰結として導出することを許すものではない。もしそうしたことが許されるとしたならば、完全に同等な権利で以て、『憲法』と規範としての絶対的意味の憲法との同一性ないし親近性を帰結することもまた可能、ということになるだろう(…)。」

ここで、先に見たわが国の代表的憲法論者が、絶対的意味での憲法を、事実的状态という意味で理解していたことが誤りであることを、正当に批判している。

その上で、しかし教授は「実定的意味の憲法」(これは *positiv* の訳により「積極的意味の憲法」とも訳されているものである)については、これを事実的な決定行為ではなく、法規範的性格を有する決定内容を意味するものだと言う。ここに、教授の徹底した規範主義的C・シュミット解釈が認められる。

そして、かかる立場からW・ヘンケの言うような「憲法が決定であるというのは…憲法それ自身は規範ではないということ、したがってそれは現実の秩序が志向し[それによって]測られるような観念的秩序ではないということ」を意味する。憲法は、むしろ、憲法を与える者の決定によって創られたが故に政治的事実である」という主張を批判するのである。

が、この解釈はわが国の先の代表的憲法論者のものと、正反対の意味でやはりD・グリム氏の解釈と異なっていることになる。

菅野教授は、「絶対的意味の憲法」と「実定的意味の憲法」の両者に共通するのは「全体」の契機を含むという点だけであるという。

「決定」という概念について、教授は次のように明確に解説されていた。

「決定という言葉は、元来、行為を意味する場合と、決定（行為）の対象又は内容を意味する場合と二つある。シュミットが憲法は決定であるという場合、後者の意に解すべきである。例えば、『〈ドイツ国民がこの憲法を自己に与えた〉、〈国権は国民に発する〉、或は〈ドイツ国は共和国である〉といった諸規定は一般に法律ではない。従って憲法的法律ではない。…これらは法律や規則以上のもの、つまり具体的な政治的諸決定なのである』…と彼がいう時、ここで用いられている『決定』が決定内容を表示する諸当為命題を意味するものであることは疑いない」。¹³

そして、C・シュミットのいう「積極的意味の憲法」とは次のようなものであると言明される。

「主権者が国家形体に関して行うところの『基本的な政治的決定』である…。この場合の『決定』とは行為（傍点）ではなくて内容（傍点）を意味する…。そこで、シュミットのいう『憲法』とは、国家形体についての主権者による政治的決定を内容とする広義の規範（シュミットの考える Norm とは異なるが）だと考えられる。シュミットが積極的に主張しようとしたことは、すべての国の実質的意味の憲法は、主権者による国家形体についての基本的決定（内容）を中核としているということである。ところで、シュミットの『憲法』が以上の如きものとすると、それは規範的意味形象なのだから、事実としての絶対的憲法（傍点）とはもとより異なる。また、自己完結的でなくその妥当性の源を実在的な主権者の『政治的意志』に仰ぐという点で、規範的な絶対的憲法（傍点）とも区別される。」¹⁴

このように解しないと、例えば憲法改正権能の限界などが不可解なことになると言うのである。

C・シュミットが、憲法は憲法改正手続によっても不可変であるというとき、その意味は「憲法」改変の法的不可能の意味である。とすると、この場合の憲法＝実定的意味の憲法＝「政治的決定」は、憲法律の上位法と見なければならぬことになる。もしそうでなく、「憲法」が「事実としての政治的決定」であるならば、この「事実」を直接かつ即時に憲法改正手続によって変更することは不可能であるが、その場合、改正の限界を成すものはそれに限られず、国民性とかその国の風土や歴史などもろもろの事実もその限界を成すということになるだろうと指摘される。

C・シュミットは憲法律の *Geltung* は「憲法」に、「憲法」の *Geltung* は「憲法制定権力の意志」に基づくと主張していると読めるという。*Geltung* が規範の本質的属性 だとするならば、そのようにしか解せられない。「憲法」と「憲法律」は「内容と意義」において質的に異なる。

うえに見た芦部教授の言われる「決断」が「規範に実定化され、法規範的性格をもつものになる」という、理解しにくい説明に対して、菅野教授も痛烈に批判されているが、¹⁵ 次のような意味ならば、菅野教授もその可能性を認めておられるのである。

すなわち、「例えば或る立法行為が『単に』教育制度の在り方を『決定するもの』だから『規範を

定立するものではない』との結論が生じ得ないのと同様、『*Verfassung* 制定行為は単に政治的存在形式を決定するもの』だということから、『規範を定立するものではない』との結論は生じ得ない。

『政治的存在形体を決定する』というのは、例えば、『日本国は立憲民主国家たるべし』といった内容の決定を下すこと、こうした内容の法根本則を定立することなのであって、かかる決定行為の所産は観念的存在たる当為命題である。このような当為命題を『規範』と呼ぶかどうかは規範という語の定義の問題であるが、『或る事態が生起すべきである、とりわけ、人は一定の仕方で振舞うべきだとする観念』の言表を広く規範と呼ぶならば(…)、シュミットのいわゆる実定的意味の憲法は、これを規範と呼んで何ら差し支えないだろう。規範概念中に不可侵性(少なくとも規範所定の手続に依らぬ限りでの不可侵性)―規範定立者に対する関係においても一の要素を含ましめるときには(…)、『憲法』は憲法制定権力を如何なる意味でも拘束するものではないから(…)、『憲法』は『規範』ではないと言えらるうが』と言われているのである。¹⁶

そうであるとすれば、「実定的意味の憲法」についてもさきにも触れたごとく、*Sollen* の決定としての *Sein des Sollens* の事実的側面をも考える余地は教授においても認められているということになるのではなかろうか。D・グリム氏の説明もこの点を肯定したものであった。

(e) 但し、C・シュミットのいう憲法制定権力について、これが「政治的意志」であり、心理的存在としての事実であるならば、これは菅野教授において、方法二元論の立場からするとその *Sein* からは *Sollen* は導出され得ないものである。菅野教授によれば、C・シュミットの憲法制定権力論は、絶対民主主義的自然法に法の妥当根拠を求める見解であって、結局憲法学にとって不必要、それどころか有害でもある。¹⁷

してみると、かかる立場からはうへの *Sein* の部分は、憲法学においては議論の対象にはなり得ないことになる。

例えば、ワイマール憲法に抵触するようなヒトラーの命令は、それじしん *Sollen* の当為命題、従って法規範であるから、これをもって「法的憲法」と「政治的憲法」の対比で議論し得ないものである。¹⁸

D・グリム氏とともに展開してきたドイツの近代憲法(学)史もそのまま言葉通りには、理解できないということになるだろう。

しかし、妥当性 *Geltung* を有する法規範の *Sollen* の命題もそれがどれほどに実効性 *Wirklichkeit* を持つのかということは、なお政治学・社会学的には意味を持っていて、これはドイツの憲法史上たえず問題となってきたテーマであったことは否定できない。

今日の「近代憲法」の終焉の問題も、近代的「法治国家」に対して、激動する政治のなかでのポストモダンの「政策決定」の必要性が叫ばれているが、これももちろん、法規範学の世界においては、

あくまでも **Sollen** 命題相互間の問題であるはずである。が、ここでは、従来の法規範では実情に適合しなくなっている状況下で、その規範とは異なるどのような「政策決定」が望ましいか、その都度その都度問われている。これも法規範であるに違いない。が、まだその内容に方向性が見い出せない。このような状態において、あるいは「政治的憲法」が比喩的に語られうるのかも知れない。言い換えれば、従来妥当し、かつ実効性を持った「法的憲法」と現状に適合的とされる別の、これとは異なった何らかの「政治的憲法」が対峙されているということであろうか。

2 研究副産物—日本国憲法の妥当性問題

「憲法」概念史を調べてきて、稿者が当初考えていたことについて、様々のことがわかり、またなお、難題として保留しているものもあった。

が、ここでは現行憲法に目を転じて、その生誕の法理についてこれまでの考察の成果をふまえて眺めておくことにしたい。

というのも、この問題じしんは現行憲法制定当初より存在し、以来今日にいたるまで、なお、論争の絶えないものであるが、ここでは、とくに最近、高橋正俊教授が、従来の見解を批判的に分析し、独創的かつ注目すべき立場を明らかにしているので、¹⁹ これを頼りにしつつ、「憲法」概念の視点より若干の検討を加えてみたいと考えるのである。

(1) 高橋教授は、その論文の表題からも推測されるごとく、憲法改正の起源、日本国憲法制定の経緯、日本国憲法生誕の法理、講和条約締結と占領の終了、国体と天皇制、日本国憲法の運用とその特質、憲法改正の動向と、極めて広範な諸問題にわたって考察しておられるが、ここで取り上げるのはかなり狭く「憲法」の妥当性の根拠に関するものに限定されることを、あらかじめお断りしておく。

まず、ポツダム宣言と無条件降伏の関係につき、「日本の降伏を無条件降伏とするか、条件付降伏とするかは、ポツダム宣言の起草にあたってアメリカ政府内部においても、激しく争われたところであった。しかし、その起草過程で、国家の無条件降伏という言葉が消え、軍隊のみが無条件降伏とされた。すなわち、ポツダム宣言は、条件付降伏文書と理解すべきものである。」「しかし、運用の段階では、条件付降伏とはされなかった」とする。²⁰ が、今日の憲法学界では、このような意見はいずれも少数であり、「判例や通説は、無条件降伏という言葉をつかっても、一方的に提示された条件付条約にさらに条件をつけ加えることなく締結したという意味であって、日本国は法的主体性を失ったわけではないとする。」²¹

つぎに、占領下における日本国の所在については、通説は、主権維持説をとるが、これに対して、「SCAPないし連合国が日本の固有の統治権を握ったとする考え方がある。」「ポツダム宣言が無条件降伏とすれば、日本から固有の統治権は失われたと考えられるから、当然にこの説におちつくこ

とになる」として、長尾龍一説を引きつつ、「さらに、**SCAP**と連合国のいずれが固有の権限をもつかという問題も、観念的には生じる。その固有性という面を尊重すれば、連合国ということになる。しかし、**SCAP**は、日本に所在して、連合国の指令に制約されつつも、日本国民を直接に統治する立場にある。この範囲をもって国家とみ、**SCAP**をもって主権者（に似たもの）とするのは、国家を領域団体とする考えかたに合するであろう。留保を付しつつ、本稿はこの考え方に従う」として、主権喪失説に与している。²²

また、占領下の統治体制について、「日本政府は、簡易・迅速に**GHQ**側の要求に応えられるように、いわゆるポツダム緊急勅令を制定した」が、裁判所は、これはポツダム宣言受諾にともなうもので、「憲法外において法的効力を有するもの」とした。「これは本質的には、憲法の『外』にあるのではなく、『超える』効力をもつもので、形を勅令・命令に借りたものにすぎない。日本の裁判所が有効・無効を論じうるものではない」とする。²³

(2) さて、日本国憲法の生誕について、このような理解のもとで、戦後長く通説としての地位を占めてきた八月革命説の再検討が行われる。²⁴

これに先立ち、憲法改正限界論のもと君主主権から国民主権には改正し得ないとして、明治憲法の改正手続によっては、日本国憲法を合法的に生み出すことはできない。ここから、日本国憲法無効論が唱えられるが、この点について、高橋教授は次のように説いている。すなわち、「この議論は、その現実乖離性・イデオロギー性を批判され、ほとんど顧みられることはない。しかし、この理屈のどこがおかしいかということになると、批判はそれ程容易ではない」とし、しかし、「この無効という結論は、日本国憲法の妥当性は、明治憲法から受け取る場合にのみ生じるとの前提に立っている。明治憲法から独立して、日本国憲法が有効となる場合があるかもしれないという点を考慮に入れていない。この論拠だけでは、無効とはまだ言えないのである」と言う。

ちなみに、憲法改正無限界説にあつては、「君主主権の憲法も、その改正手続によって国民主権の憲法を生み出せる」のであり、「法的連続性は確保され、日本国憲法の妥当性は問題なく認められることとなる。」

そこで、八月革命説についてであるが、「宮沢がポツダム宣言受諾を革命というのは、それを受諾して国民主権となるのは明治憲法上許されないところで、そこに法の断絶があるということを示すためである。しかし、ポツダム宣言受諾が憲法上許されないとしたなら、それは違憲の行為であつて無効とする方がスッキリする。なぜそうならないかについて、宮沢は『敗戦という事実の力によつて』国民主権になった、といているのは注目し値する。つまり、宮沢は、事実の力が国民主権という法を生み出すことを承認しているのである。」「では、この降伏による法状態の変更－宮沢によれば国民主権への、本稿の考えによれば**SCAP**・連合国主権への一は、いかに理解すべきであろうか。革命を単に法の断絶ではなく、『不法もしくは非法な力による既存の憲法の排除と、同じ力による新しい憲法の定立』とすれば、余りそぐわない言葉ではなからうか。八月に起こった法の断絶

は、征服という言葉で示すのがよりふさわしい。征服によって、日本に新しい法秩序、すなわち占領管理体制が妥当することになったと考えるべきであろう。」

「次に、八月革命説は、ポツダム宣言により国民主権が成立したことを前提にしている。しかしながら、まず、宮沢の議論の根拠にしているバーンズ回答から、日本は国民主権を採用したという結論を引き出すことはできない。というのは、バーンズ回答の引用するポツダム宣言第一二項は、占領軍の撤退条件とされているのであって、現況を国民主権とすることまで要求していないからである。」「また、占領管理下で、建前としてであっても国民主権が成立したとするのは困難である。理論的には、連合国やSCAPの命令を国際法とみることによって、国民主権の存在を語る方法があるかもしれない。しかし、このように考えるためには、国際法は、あらゆる国内法に形式的効力の点でも上位し、国際法違反のすべての国内法は無効であるとするラジカルな国際法優位の一元論をとる必要がある。」「憲法改正には、衆議院の他に天皇・枢密院・貴族院がかかわり、貴族院では修正さえされた。国民主権がすでに存在したのであれば、このような非民主的機関が参与したという事態をどう説明するかという問題が残るであろう。」「以上のように、八月革命説には問題がありすぎる。この学説は、日本国憲法の妥当性を、当時の理論にそくして合理的に構成したいという願望に支えられたものであったと考えられる。いかなる意味でもその妥当性が疑われない今日においては、すでにその実践的意義は失われている。そうであってみれば、『歴史的役割は終わった』という評価に同意せざるをえない」とする。

(3) しかれば、どのように構成すべきか。²⁵

これまでみてきた主要な学説は、「日本国憲法をその制定から今日にいたるまで等質の法とみることで一致している。一元的な説明が可能であるとの立場からのものであった。しかしながら、本稿の観点からすれば、日本国憲法は一身にして二世を経たものである。すなわち、まず、占領中における日本国憲法の誕生とその妥当性、及び占領の解除によるその妥当性維持の問題を、それぞれ別に説明する必要があると考えられるのである。」

「占領中については、ほとんど説明の必要はない。日本国憲法は、SCAPないし連合国の主権下において、間接統治の形式によりつつ改正されたのである。もちろん、憲法改正の限界などということは問題にならない。また『押しつけ』とか、憲法議会がGHQの統制下にあったこと、さらには明治憲法第七三条による手続に従ったことにも、何ら問題はない。GHQによる法令の制定・改廃の要求に対する日本側の対応と同じであり、憲法だけが異なるべき理由は見出し難い。」「したがって、この状態において成立した日本国憲法という法典は、いうまでもなく最高法規ではなく、その性格は管理法令の一種と考えられる。そして、実際そのように運営されたことも前述のとおりである」とする。

「では、占領の終了による日本の独立回復の時期以後において、日本国憲法の妥当性はどのようなであろうか。」失効するという見解は、学界でほとんど受け入れられていない。法の妥当性という一

般的な問題にかかわる。「普通、近代法は統一的・組織的な法体系として組み立てられ、上位法あるいは前法に授權されて存在するとき、原則としてその妥当性を疑わないというのが約束事である。しかし、上位法がない場合、あるいは前法との間に法的断絶がある場合もある。日本国憲法が占領終了とともに置かれた立場はこれに相当すると考えられる。その場合、妥当性はどうか考えられるのであろうか。」「有力な見解によれば、憲法典の妥当性は、それを支える意思と諸力の存否という事実にもとづくこととされる。実は、前述のように、八月革命説の宮沢も、事実の力による法の妥当性を認めており、この見解に属すると考えられる。そうであるとすれば、日本国憲法の妥当性は、独立回復時とその後の日本国憲法を支える意思と諸力の存否という事実依存することになる。見方を変えれば、講和条約による主権の回復とは、日本が日本国憲法という管理法令をどう処理すべきか決定する時期の到来を意味したのである。」

「独立回復時において、日本国憲法は完全に妥当していたし、現在も妥当しているといえよう。ただし、ここで問題とされる日本国憲法の妥当性とは、拘束力ないし効力のことであり、それが憲法典を支える意思と諸力にもとづくとするならば、それは満たされているといえるからである」として、次のような分析を示している。「第一の、支える意思とは、『法の主体でありかつ受け手であるひとびとに生ずる観念』という主観的な側面である。日本国憲法に関して、この側面は占領下において十分に醸成されていた。すなわち、①教育などを通じて、日本国憲法を法として守るという情動が強く植えつけられていたし、②違反行為に対する制裁が、憲法を信頼できると感じられるほどに実現されていたからである。」「第二は、力という客観的側面である。日本では、政府・国民共に憲法を維持する態度を取り続けた。日本国憲法に対する反対も剥き出しの力によるのではなく、憲法改正運動という合法的な形をとった。また、憲法が国外の勢力によって動揺させられることもなかった。」「この状態は講和条約以来持続し、今日では日本国憲法の妥当性を疑う学説はほぼ姿を消している。日本国憲法の出自・改正手続・内容上の瑕疵と感じられる諸点は、憲法改正問題として発現するにすぎない。」「最後に、明治憲法第七三条の改正手続を使った問題に言及しておく。前述のように、日本国憲法は新憲法とみるほかはない。新憲法の制定には、当然のことながら、方式というものはありえない。いかなる制定方式をとるかは自由で、国民主権の憲法を制定するするならば、国民代表による方が妥当性を獲得しやすいだろうという以上の意味はない。日本国憲法の場合は、政治的判断から、憲法制定手続として明治憲法の改正手続を借用したにすぎない。」

(4) 以上で、高橋教授の所説を、ほぼ再現できたと思う。日本国憲法生誕の法理について、従来通説的な八月革命説を批判しつつ、明治憲法、占領下の管理体制、そして講和条約後といういわば三分説で実態に即した理論構成を提示されていて、注目される。とくに、高橋教授の見解の特色は、占領下の被征服・主権喪失、及び講和条約時における憲法典を支える意思と諸力という、事実的要素に基づく「日本国憲法」の妥当性論にあると言えるであろう。

このような憲法の効力論は、高橋教授も引用されている通り、まず佐藤幸治教授の立場である。

佐藤教授が「日本国憲法の効力は、日本国憲法を支える意思と諸力の存否にかかわる問題である」²⁶となし、この点で芦部教授のごとく「民主的正当性こそ、憲法の効力を支える究極の根拠と考えられる」²⁷とは見ないのである。

そして、かかる見解は、すでに小嶋和司教授の採るところでもあった。すなわち、小嶋教授も「憲法の究極的保障が社会的諸力の支持と強制でしかありえない…」。²⁸「憲法典の効力がそれを維持する意思と力とに依存することは既に述べた」とされていたからである。²⁹

こうした憲法の妥当性の根拠をこれを支える意思と諸力に求める、すなわち、憲法の法規範 **Sollen** の妥当根拠を意思と諸力という事実 **Sein** に求める見解は、さきにみた C・シュミットの所説についてのわが国の代表的憲法論者の解釈に認められたものである。そして、これに対する菅野教授の批判はすでに別の箇所で開催したとおりである。

Sollen の当為命題が **Sein** の事実・存在により生ずるということは、純粹法学の H・ケルゼンの立場からはとうてい是認されるものではない。しかし、ドイツ憲法史の流れのなかで何度となく繰り返されてきた経験は、憲法典の制定法とこれに適合しない憲法現実態の存続ということであった。または、この反対の旧来の国家状態に対して制定法による権利確保のための改革ということであった。つまり、たえずこうした状況においては、**Sein** と **Sollen** は相絡みあって進展してきたのである。

いうまでもなくしかし、そこでいう **Sein** というものも、この中身はすでにも検討した通り、何らかの意味での規範の当為命題を内容としていたものと構成することは出来た。「国制」と言うときにこれは単なる状態に過ぎぬとは限らない。多かれ少なかれ一つの秩序として拘束力をもって行われていたものと言って過言ではないだろう。

(5) 日本国憲法の生誕の法理としては、憲法改正無限界説の立場からは、日本国憲法の妥当性を旧憲法との法的連続性から導くことも、また、これを支持する国民の意思及び諸力の存在に求めることも出来るだろう。そして、このように妥当性の根拠を構成したとしても、これを明治憲法とは異なる新憲法と位置づけることは不可能ではない。法規範のレベルでは後法優位の原則の適用と見ることになろう。ちなみに、日本国憲法無効説は、憲法レベルの同一法規範形式におけるこの原則の適用を否定するのであろうか。明治憲法が日本国憲法の上位法規範だということを前提にしてはいないだろうか。そうでなければ、前者からみて後者の違反・無効は導かれえない。

小嶋教授は、この点、稿者のかかる試見にかなり調和的に次のように述べておられる。「限界説の効果は、たんに、改正されて成立した体制と改正前の体制との間に合法的継続性を承認して把握するか、新憲法として把握するかという認識のしかたを別けるにすぎない。その意味で、無限界説と限界説との対立は、学問的思考の対立であるにとどまる。」³⁰

(6) 制憲過程に見られた一連の「日本国憲法」の起草作業を連合国・占領軍の管理法令の制定・強制としてのみ見るべきかどうか、いずれにしても一定の手続を経て制定されたことは事実であり、そこにはもちろん被占領下という特殊事情はあったが、国民によるそれを支える意思と諸力は存在したと考えられないか。このような場合に、もう一つの構成法としては、やはり極めて平凡ではあるが、制憲過程を経て作成された「日本国憲法」という法規範は、**Sollen**の当為命題として存在し、つまり、これは**Sein des Sollens**として存在したとみ、しかしながらその実効性**Wirklichkeit**が不十分であったという、ドイツ憲法史上しばしば見られる法規範と事実の緊張関係という位置づけも可能なのではなからうか。この実効性は、講和締結後十分なものになったと認められよう。

3 結び、「憲法」政策論の先行き

(1) 稿者がかねて、「実質的憲法」「固有の意味の憲法」概念としての「国家の基本秩序」なるものと、「近代立憲主義的意味の憲法」のなかの「統治組織」との関連・区別を明確にできないかという問題に関心をよせて、そのためには「憲法」概念の成立過程をもう一度洗い直したいと考えていた。

しかし、このような問題関心を持ちつつ、本稿は「憲法」の概念史を、ドイツ公法学の文献に依拠しながら調べていくに連れ、その問題がさらに大きな「憲法学」じしんの根本的な立場にまで関係してくることが明らかになっていったのである。

したがって、結果的に「憲法」概念を通しての「憲法学」とすら言えるものになってしまった感がある。³¹ それだけに、まとまりに欠けたいささか、いや極めてだらだらした文脈となっていることをお詫びしなくてはならない。

けれども、当初の予測に反して、「憲法」概念、その原語じしんの成立史、いくつかの語源の個々の微妙なる相違、日本語としての「憲法」の意味、さらには、法規範と事実の問題や日本国憲法の生誕の法理にまで至る広範な諸問題へ言及することとなったのである。

もちろん、それらの個々の問題についての総合的な分析というのではなく、あくまでも「憲法」概念と関連する限度での検討に留まったのは、本稿の制約からしてやむを得ないことである。

(2) とくに、C・シュミットの「実定的憲法」を法規範と事実という次元の問題において、いかに理解すべきかという難問には、なおはっきりした解答を提示できずにいるが、しかし、一般に「法的憲法」と「政治的憲法」という言い方は、この後者が「法規範」を含んでいないということまで果たして考えていたのかどうか。この言い方は、後者が日々変化する国民の意思とか、すでにある既存の法体制に対して反抗する事実的な決定であったり、ここにもいうまでもなく個々には規範命題を含むものであっても、一つの修辞としては「政治的憲法」として「法的憲法」に対比されたりしているのではないだろうか。

もともと、法規範と事実という区別は、純粋な科学方法論からもたらされるある事柄の思考の意

味内容を指示するのであるが、これを憲法史上は両者が現実態として混在・並存してみえる場合にそれぞれの状況に応じて比喩的に「法的憲法」と「政治的憲法」というごとく言い表して個々の政治的構造を説明してきているのではないかと感じられるのである。³²

(3) 最後に、今日、21世紀への転換の時代において、主として19世紀以降の「近代憲法」の存在意義が問い直されている。すでにも言及したごとく、「近代憲法」のロジックでは解決できない、そのまま適用できない社会的・政治的諸問題が生起している。

その場合に、この「近代憲法」を支えてきたもの、及びこれを克服しようとしているものの力の正体はなにか、を問うことが必要であろう。

1930年代にC・シュミットが、類似の状況においてかつて「近代憲法」と「政治的憲法」の対峙を試みたことは、すでにも見たとおりである。

そして、C・シュミットの行き着いたところは、次のようなものであった。³³

すなわち、主著『憲法理論』では、「主としては市民的法治国家の憲法理論が説述される。…いろいろな事例については、特にフランスの諸憲法の古典的な表現を引照することが便宜とも思われた。しかし、この類型は、その歴史的な被制約性と政治的な相対性が無視されざるをえないような絶対的ドグマにまで高められてはならない。反対に、多くの伝統的な定式や概念が、いかに過去のいろいろな状況に全く依存しており、今日ではもはや決して新しい酒を盛る古い革袋ですらなく、たんに古びたにせのレットルにすぎないかを示すのが、憲法理論の任務のひとつである。」「市民的法治国の憲法理論の特別の難関は、憲法の市民的－法治国的構成部分が、実はそれは自己充足的なものでなく、政治的構成部分にたんに附け加わるにすぎないのに、今日でもなお、憲法全体と混同される所にある。」

「近代憲法」の歴史的相対性と新たな政治的ありようの可能性が示唆されている。しかし、すでにも見たごとくこの「法的憲法」と「政治的憲法」の対峙が、結局正義・理性に対する実力による支配、議会議民主制に対する指導者の支配による交替を帰結し得た。

今まさに「理性・公平」という人類が永年の努力の結果獲得してきた英知を、時々力関係に委ねる「政策決定」主義の開かれた政治にすべてを任せることが、どのような結果になるのかを、慎重に洞察しておくことは決して意味のないことではなからう。

注

¹ H.Mohnhaupt und D.Grimm,Verfassung,1995 S.134f

² a.a.O.S.135f. R・スメント、C・シュミット及びH・ヘラーの憲法理論について、ここで立ち入って解説しないが、詳細については堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』（多賀出版、1984年）の第二編第四章第三節247頁以下、第三編376頁以下、第二編第一節223頁以下をそれぞれ参照されたい。

³ a.a.O.S.137f.

- ⁴ a.a.O.S.138f.
- ⁵ a.a.O.S.139f.
- ⁶ a.a.O.S.140f.
- ⁷ 佐藤『憲法 [第三版]』(青林書院、1995年) 16・7頁。
- ⁸ 樺島博志「法における決定と秩序」(上)、(中)、(下)『自治研究』75巻6、8、11号(1999年)は「絶対的憲法」を国家・秩序の、「積極的憲法」を憲法・決断の関連で把握しているごとくである。C・シュミットの思惟形式に対応させたものであろうが「規範」との関連は明らかにならない。
- ⁹ 芦部『憲法学 I 憲法総論』(有斐閣、1992年) 3頁。
- ¹⁰ a これを、憲法制定権力に関連づけて、「Verfassung制定行為は、単に政治的存在形式を決定するものであって、規範を定立するものではない。したがって、実定的意味のVerfassungは、法規範ではなくして、単なる事実としての政治的決定である」という解釈は、清宮四郎『憲法 I [第三版]』(有斐閣、1979年) 2・3頁である。が、すでに見たD・グリム氏の理解から大きく外れる。
- ¹¹ 小嶋『憲法概説』(良書普及会、1987年) 3・4頁。
- ¹² 菅野喜八郎『論争憲法—法哲学』(木鐸社、1994年) 所収論文「C・シュミットの憲法概念について」193頁以下。
- ¹³ a 初宿正典教授は、C・シュミットが、ワイマール憲法の民主制など具体的な「政治的決定」を言っている文脈でのものは、「この語が複数形で用いられていることから分かるように、政治的統一体のなす決定行為そのものを指すのではなく、むしろ政治的決定の所産(結果)たる具体的な基本的規範と解すべきである」と言われ、「その点において」菅野教授の前掲書193頁以下における「シュミットの憲法概念の理解は、まったく正当である」とされる(佐藤・初宿・大石『憲法五十年の展望 I』(有斐閣、1998年) 所収論文「政治的統合としての憲法」4、60頁)。但し、単数形のものすべて規範を意味しないかどうかはなお吟味できない。なお、渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話(三)」『国家学会雑誌』111巻5・6号109頁も参照。
- ¹⁴ b 菅野・前掲書199頁。
- ¹⁵ 菅野・前掲書195頁。
- ¹⁶ 菅野・前掲書209頁。
- ¹⁷ 菅野・前掲書所収論文「憲法制定権力論と根本規範論」219頁以下。
- ¹⁸ C・シュミットの『憲法理論』は、「憲法」概念に続く、第二部は「近代憲法の法治国的構成部分」として、「市民的法治国」、「法治国的法律的概念」、「基本権」、「諸権力の区別」、などを扱い、第三部は「近代憲法の政治的構成部分」として、「民主政の理論」、「君主政の理論」、「議会制」などを扱っている。そして、前者は国家を制限することは出来るが、国家じしんの政治的形式を基礎づけることは出来ず、それだけでは、政治的統一体として、全体として捉えられない。憲法制定権力もその外に留まるとする(C.Schmitt, *Verfassungslehre* 1928 S.200ff)。
- ¹⁹ 高橋正俊「憲法制定とその運用」・憲法五十年の展望 I 前掲書所収71頁以下。
- ²⁰ 高橋・前掲74頁。
- ²¹ 高橋・前掲76頁。
- ²² 高橋・前掲78頁。
- ²³ 高橋・前掲80頁。
- ²⁴ 高橋・前掲96頁以下。
- ²⁵ 高橋・前掲99頁以下。
- ²⁶ 佐藤・前掲書76頁。
- ²⁷ 芦部・前掲書197頁。
- ²⁸ 小嶋・前掲書16頁。
- ²⁹ 小嶋・前掲書123頁。
- ³⁰ 小嶋・前掲書123頁。
- ³¹ なお、C・シュミットが「法治国的法律概念」をほかの「民主的法律概念」や「実質的法律概念」が議会政民主制や君主政原理などの「政治的なもの」を反映しているに対して、「理性的な法律の一般性」を有するもの

として区別しているが、これとて、当時の市民の歴史的・政治的な要請を含むものであったことは否定できない。また、逆に後二者はそのような原理が「政治的なもの」であると同時にある憲法の法規範の一内容でもあり得ることについて、堀内『ドイツ「法律」概念の研究序説』（多賀出版、1984年）377・8頁。

³² C・シュミット『憲法理論』尾吹訳序言6・7頁による。

³³ わが国の憲法学のいくつかの重要な問題、例えば、法規範と事実、憲法概念とその多義性、近代憲法と法政策論、国家と憲法典の関係、旧憲法下の法令の効力問題、人権規定と組織法、法実証主義と政治的憲法学などといった論点は、実にドイツ憲法(学)史上実際に切実な闘争を伴って形成されたものであることが本稿の(その一)(その二)(三・完)を通じて判明しているのである。