

# 統合と自由

— R・スメントの基本権論に関する覚書 —

西原 博史

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 基本権の意義の増大
- 3 基本権の人間像
- 4 実体的統合要素としての基本権
- 5 価値体系としての基本権論の意義と限界

### 1 はじめに

(a) 現代における憲法学の理論的前提として、国家と社会の関係という論点が繰り返し論争の表舞台に登場する。現在では、19世紀的な「分離」図式が純粹の形で維持できない点には、一致ができてつあると見えよう。「国家」の側の自由放任政策に基づき経済合理性の論理に従って「社会」が自律的に展開できた時代は、今では単なる一つの歴史のエピソード——それも、実話かどうか疑問の残るもの——となっている。一方で介入主義に転じた国家が助成や指導をもって社会内部のプロセスに働きかける点に、他方でその社会を構成する様々な利益を代表する勢力を中心に社会の側が国家意思形成を民主的に規律する点に、事実認識レベルで純粹の「分離」シエーマを不可能とする現象が進行している<sup>1)</sup>。

もちろんこれは、国家と社会を領域として区分することの意義を否定はしない。個人の精神的自由という観念さえ、非国家的領域で展開する思想や価値観についての諸勢力の自律的な闘争なしには考えられない。

自由のためには国家と社会の区分が必要と言われる所以である<sup>2)</sup>。そしてまた、区分を主張する側も、国家と社会の相互作用を考えに入れた上で、組織的あるいはシステムの区分を求めると過ぎない<sup>3)</sup>。

にもかかわらず、19世紀的な意味での君主制的官僚組織を中心に構成された国家からの国民個人の自由を確保しようとする市民的法治国家の図式を越える、社会国家と民主制という現実が憲法学にもたらした意義は、決して過小評価を許すものではない。ここで、国家と社会の関係につき、批判にもかかわらず分離の克服という方向<sup>4)</sup>を採れるかは、とりあえずの問題ではない。だが、この社会国家と民主制が憲法理論の直接の要素となることで、多くの論点に関し議論の方向が新たに設定され直す必要があったことは、忘れられてはならないであろう。

そうした論点の中で最も重要なものの一つが、基本権の理解である。介入主義国家として立ち現れる現代の社会国家が国民個人の日常生活の隅々まで影響力を及ぼす中、基本的人権の観念は、自由の実質化を要求する積極的方向性と、自由の領域に対する妨害排除を要求する消極的方向性の両方を同時に担う<sup>5)</sup>。この二つの方向性は、緊張関係に立ち、互いの実現を排斥するだけの起爆力を秘めながら、併存を続ける。K・ヘッセの言葉を借りるなら「自由の条件であり脅威であるという社会国家のアンビヴァレンツ」<sup>6)</sup>の中で、自由とは何か、基本権とは、人権とは何かという問題が改めて設定される。

現在のドイツ憲法学においてこのアンビヴァレンツに由来する問題は、E-W・ベッケンフェルデが「基本法による法治国家と社会国家の並列化、すなわち法的結合と相互制限の関係」<sup>7)</sup>と表現する緊張関係の中で、個人の国家からの自由に重きを置く市民的法治国家の思想と、具体的関係の中で生きる人間への配慮を取り込む社会国家の観点とのバランスの問題として扱われる。その際周知のように、理論の基本的出発点の

違いから、一方に、自分の生活の基盤をも支配するアトムの個人を基本的出発点に据え、その自由な個人により構成される社会を国家から理念的に切り離し、国家に対する法治国家的拘束の方を強調する考え方があり、他方で、多様な依存性と相互作用の中で生きるものと理解される現実的存在としての人間を出発点に、その人間を包括的団体としての国家共同体 (Gemeinwesen) との相互作用関係に置き、多様な関係の中で法秩序を通じて確保されるべき価値として基本権を理解する方向が対立している。

ドイツ憲法学で展開されるこの論争を理解し、そこでの主張の文脈を正確に知るには、論争の土俵を規定する様々な要素を踏まえる必要がある。そして、社会国家と民主制を踏まえた憲法理論の新たな方向設定の努力がこうした論争につながっているとすれば、この現象がもはや憲法学の理論形成において無視できない要素になった時期、すなわちヴァイマル期における論争の評価が、現代的意義を持つ。

(b) このヴァイマル期に、従来の法実証主義的憲法学と新しい潮流の間で展開された、いわゆる「方法・方向論争 (Methoden- und Richtungsstreit)」の中で、統合理論と呼ばれる理論枠組を前提に、実証主義・合理主義・個人主義に対して鋭い論争を挑んだ者に、R・スメント (Rudolf Smend, 1882-1975) がいる。彼は、共同体と個人の弁証法的関係に着目し、独立の実体を具体的に想定する機械論的・空間的な思考に対して批判的な視点を向け、孤立した個人という人間理解を否定すると同時に個人を呑み込む実体としての団体・共同体も否定し、国家を日々繰り返される一つの精神的過程と捉える国家理論・憲法理論を展開した (Smend '28, S. 128ff.)。

この難解な理論枠組の鍵が、「統合 (Integration)」である。これは、国家が個人に日々新たに体験され直し、それを通じてその個人を取り込ん

だ「精神的な全体連関」として維持される過程、逆に言えば、国家という精神的連関——現代社会学の用語では、コミュニケーションのシステム——を個人に体験させる「国家の生の表出」の過程 (Smend '28, S. 136ff.)、くらいに理解しておけば暫定的には足るであろう。憲法は、この統合過程に関する法秩序とされる (Smend '28, S.189)。

こうした現象学的構図を踏まえたスメントの理論は、従来の法実証主義の行き詰まりを衝く上で一定のインパクトを持った。そして、1933年から1945年までのナチズムによる全体主義的支配をはさんで、基本法下の憲法学に対して彼の構図と用語は多大な影響力を及ぼしていった。基本権論についても、基本法下ドイツ憲法学で共有される「価値体系」としての基本権の理解<sup>8)</sup> (Smend '28, S.265) や、個別基本権の「制度的理解」<sup>9)</sup> (Smend '27, S.95) などという観念は、彼がヴァイマル期に表明していた用語に表面上は基づいている。さらに、国家と社会の分離図式に対する理論的批判の基礎として、ヘッセの教科書は「政治的統一形成」としての国家理解を基礎に置く<sup>10)</sup>が、これがスメントの統合理論と連続性の関係に立つことは、少なくとも表面的には確認できる。この影響力が、現在の論争図式の中で実質的法治国家論の構図を採る論者との関係で特に顕著なことは、言うまでもない。

スメントの影響力については、好きなだけ例示を続けられるであろう。問題は、そうした受容が厳密な意味でスメントの理論にどこまで忠実に行われているか、換言すれば、現在の論争の中でスメント自身の理論それ自体にどの程度の意義が帰属しているのかという点にある。本稿では、スメントの基本権理解を対象を絞り、彼が明示的・黙示的に前提にしていた基本権理解を探り出し、その現代的意義を問うこととしたい。

スメントの業績を評価しようと思うなら、本来、彼の採用する「精神科学的方法」の方法論的検証が必要になるが、方法論的必然と少なくとも

も同じくらいの規模で直感的要素が彼の論述を規定しているとの判断から、ここではその点には原則として立ち入らない。

メントの統合理論の紹介と研究は、わが国でもすでに数多く蓄積されている<sup>11)</sup>。本稿は、屋上屋を、それも対象の限定からあまりに不完全なものを重ねることに終わる危険を冒しながら、社会国家と民主制を憲法理論に取り込む必要が意識される時代にメントが何を提供しようとし、何を提供できたかを探る視点から、彼の理論枠組が現代の基本権理解にとって有する含意を内在的に分析することを目的とする。

## 2 基本権の意義の増大

ヴァイマル期に展開される論争により、ドイツ憲法学は一つの新たな時代に入った。そこでは、「方法・方向論争」と呼ばれる対立の中、旧来の法実証主義的な解釈方法論とその思想的前提が批判され、それに対抗する新しい方法が様々な形で提唱されていく。そのような中、現実に激しい論争が展開された場面のいくつかが伝説的に語り継がれている。テーマとされた意見表明の自由の基本権と関連づけてメントが自らの統合理論の骨格を明らかにしていった1927年のミュンヘンで開かれた国法学者大会もまた、伝説に名を留める舞台の一つである。

### (a) 出発点：基本権の「空転」の克服

ヴァイマル期における最大の問題は、基本権が置かれる憲法上の位置にあった。19世紀的な構図の中で基本権は、行政に対する個人の保護を実現する手段として、法律により範囲を画定される存在であった。第二帝制期までの君主制下では、法律の留保が君主の行政権に対抗する上で意味を持つ。しかし、ヴァイマル憲法の共和制の下でそうした構図がもともとの意味を失うと、基本権が、もともと妥当している法律による行政の原理の適用事例でしかないことが問題となる (Smend '27, S.90;

Smend '28, S.262) 12)。

この「空転」状況を前にして、スメントは基本権の意義を改めて強調する。その際に彼が国家論に遡って統合理論という枠組に頼ったのは、我々にはすでにあたりまえの基本権の立法府に対する拘束力を、新たに理論的に基礎づける試みの一環としての意味を持つ (Vgl. Smend '73, S. 581)。

#### (b) 「基本権の意義の増大」

その枠組に従えば、まさにヴァイマル憲法で君主制的な要素が脱落したからこそ、「基本権が君主制的憲法要素の一部の機能を引き受けたことにより」基本権の意義が増大した (Smend '27, S.92f.; Smend '28, S.267)。

「君主制的憲法要素が存在し、多くの非合理的なものを含む国家の個性の歴史的な性格を象徴し、代表することによって、国家全体の実体的内実を決定している所では、基本権に本質的に国家と国家権力の制限を見る自由主義的な基本権解釈も一定の正当性を持っている。しかし、この君主の役割がなくなった所では、同じ課題のために問題とされ得るそれ以外の憲法要素が、それに対応した機能の増大を被る。——この増大に、特に基本権が完全な形で関与している——なぜなら、民主制も(少なくともウィーン以外では) 相対主義によって生きるのではなく、国民共同体の実体的な価値に関する法的に存在する一致によって生きるのであるから」 (Smend '27, S. 93.)。

基本権の意義の増大は、主観的権利としての法技術的な側面にあるのではなく、むしろ「国家全体の内実を決定」する意義との関係で語られる。

ここに、国家の統合過程を規律する規範としての憲法の中に基本権を位置づけるスメントの理論枠組が働く。そして、基本権に個別法律レヴェルの法技術的な内容を求める支配的な解釈が基本権に困惑をもたらすとの前提 (Smend '27, S.90; Smend '28, S.262f.) から、基本権の「憲法」としての意味内容を探る解釈を追求するスメントの立場がこの点に合流する。

(c) 「基本権の『憲法的』意義」

基本権の憲法としての意義がどこに存するかは、憲法概念の問題となる。この文脈で再度スメントの前提にする憲法理解を確認すると、「憲法が規律するのは、国家の生の過程、すなわち現実の生の統一体としての国家という意味団体の継続的な更新と発展である」(Smend '27, S.91) という命題に要約できる。その彼の理解によると、ヴァイマル憲法は、第一部(ライヒの構成と任務)で統合過程に形式を、第二部(ドイツ人の基本権および基本義務)で特定の実体的内実を設定するものとなる(ebd.)。

「第一部で規律された作用の動きの中で、そして第二部で規範化された実体的内実を実現する中で、ドイツ国民は自らの国家としての統一性を獲得すべきものとされる——あらゆる基本権は、個々の政治的な利益(Gut)を設定し、その影響下でドイツ国民が憲法上一致団結しようとしている」(ebd.)。

すなわち基本権は、ドイツ人が国家へと統合する際に手がかりとなる価値や指針としての意味を果たしていくとされる。ここに、「国家の制限ではなく、強化」としての基本権の意義が見いだされる(Smend '27, S.93)。こうした実体的内実は、国民の間で共有される「文化」としての意味を持つものと説明される。

「ヴァイマル憲法の基本権を持つ国家は、文化体系の一連の根本的な要素がこの国の最高法規として規範的に承認されている限りにおいて、特定の文化体系を持つ国である」(Smend '27, S.92)。

この指摘は、基本権解釈の方法として、文化を扱う精神科学的方法、「歴史的に基礎づけられ、条件づけられた精神的全体としての文化体系の精神科学的発達」の方法(ebd.)を引き出す点で大きな役割を果たす。

(d) 「価値体系としての基本権」

スメントの基本権論の特徴をなす「価値体系」という基本権の位置づけも、この文脈で出てくる。統合理論を包括的な形で提示し、スメント

の主著とされる翌28年の『憲法体制と実定憲法 (Verfassung und Verfassungsrecht)』も、基本権に関する統合理論の帰結に関しては27年報告の構図をほとんどそのままの形で取り入れるが、その中で、「憲法により構成された国家の生の意味となるべき特定の文化体系、価値体系を宣言」する意義が新たに基本権に認められる (Smend '28, S.265)。

「基本権は、一定の閉じた実体的な一連のもの、すなわち、価値体系、利益体系、文化体系を規範化しようとする。また基本権は、そうした体系を、国民的なもの、ドイツ人の体系として、規範化しようとし、一般的価値を国民的な形で実定化し、それにより、この国民国家の成員に実体的な地位を与え、それを通じて彼らが相互の関係で、そして他者との対比において、実体的に一つの国民になるべきとされる」 (Smend '28, S.264)。

この構図は、要するに、基本権を一つの文化的な価値体系と捉え、自分達が国家へとまとまっていく際の手がかりや目標として理解するものである。これは、言うなれば、基本権が全体として国民の間に文化、価値として共有されており、それが国民の統一性体験の要素となっていることに関する、社会学的な認識としての側面を持つ。

#### (e) 基本権による価値強制の危険？

統合理論がスメントの自己了解によれば「社会学的理論ではなく、憲法を正しく完全に解釈するための法学的な理論」 (Smend '75, Sp.1026) であるとされるように、価値体系論も、基本権の解釈に影響を及ぼす。その際に問題になるのが、価値体系論を前提とすることで、基本権内容が組み換えられる恐れはないのか、もっと言えば、価値的視点を持ち込むことによって、基本権が価値強制に墮する危険はないのかという点である。

この疑問点は、ベッケンフェルデが「あらゆる基本権を価値に関連づけることによって、個々の基本権的自由が、独自のしかたで相対化する」<sup>13)</sup>と指摘するとおり、スメントに依拠しながら現在主張されている基本権の価値理論にあてはまる部分がある。たとえばヘーバーレは、スメ

ントの27年報告を直接引用しながら基本権のみならず基本法の「価値秩序」を語り、これを「憲法上正当化された価値の総体」という意味の「実質的一般性」と捉える<sup>19)</sup>が、それによって基本権解釈は、全体を包括する価値に服従するか、良くても際限のない価値衡量に委ねられ、いずれの中でも基本権は相対化することになる。こうした、現代の基本権や憲法の価値理論の中で現れる問題に対し、スメントはどこまで責任を持つのだろうか。

その際に問題になるのが、事実レベルで基本権の内容と国民が考えている価値が、スメントの構図の中でどう位置づくかである。実際にある自由が保障されていることで国家への帰属が強まり、現実の統合作用が展開している場合、その基本権の意味内容は、伝統的な法学的解釈方法によってどう解釈されようと、実際に統合される人々の了解と一致していなければ意味がないことになる。この点は、スメントが実際に「大学教員の法感情」(Smend '27, S.102)に言及しながら学問の自由を解釈してみせるとおりであり、まさに価値状況を理解できる学問体系としての精神科学の方法が本領を発揮できるとされる所である。

ただその場合、基本権内容の理解に国民の間で対立があった場合はどうなるのだろうか。ここで基本権を価値体系と捉えたことにより、基本権理解の対立は価値観の対立となる。それでも基本権に統合作用を期待するなら、場合によっては少数者の価値理解が切り捨てられる危険が生じよう。その場合、「国民共同体の実体的な価値に関する法的に存在する一致」は、理論的には義務に転化する余地を含む。

この点に関してスメント自身は、ヴァイマール憲法で実定化された文化体系の中に「少数者の価値や妥協」を含ませる (Smend '27, S.92) ことで、問題を防ごうとする。しかし、これは実際に基本権が果たす統合作用の中で常に維持される保障のない前提と言えよう。そして、「基本権の

意義の増大は、自由主義的憲法解釈が考えるように、議会絶対主義の危険に対する高められた少数者保護という役割にあるのではない」(ebd.)という命題に現れるように、基本権の持つ少数者保護という局面がスメントにとり第一義的とは認められていない点が、懸念を拡大する。

この点に関する評価は、スメントの基本権論の全体構造の把握を前提とする。この疑問点を胸に、考察を進めよう。

#### (f) 「意見表明の自由の意義」

上のような総論的位置づけから、報告のテーマとなった意見表明の自由や学問の自由に関し、どのような帰結が引き出されたのだろうか。

意見表明の自由に関し統合理論の影響がまず確認できるのが、ヴァイマル憲法118条1項でこの自由に付けられた一般的法律の留保の解釈である。彼はこの一般性を、「共同体価値の一般性」と捉え、「基本権行使に対し優位に立ち、その結果そうした価値の侵害が基本権の濫用となるようなもの」と説明する(Smend '27, S.97)。これは、現在の目から見れば、原理なきアドホックなものとして批判されるであろう単純な利益衡量の図式でしかない。しかし、形式的な留保論により問題解決を図ってきたドイツ憲法学に具体的利益対立状況に目を向けさせるには、基本権を社会で共有される価値と関係づけることを通じ、実体論に踏み込む道をまず拓く必要があった。また、一般的法律の留保を単なる法律の留保と区別する議論の前提には、法律であろうとも違憲という判断があり得る、つまり118条の基本権が立法者をも拘束するという主張がある(Smend '27, S.97 ff.)。

また、意見表明の自由の位置づけも、検討を必要とする。確かにスメントも一方で、意見表明の自由が良心・思想の自由と密接に関連し、個人が倫理的に生きる可能性との関係で個人的人格価値を保護する側面を持つことは否定しない(Smend '27, S.95)。しかし、この基本権の意義がそ

れに尽きないことが強調され、「政治的共同体における生そもそのための最も重要な前提と形式」としての意義が指摘され、それと結び付いてこの基本権の「制度的理解」が語られる(ebd.)。ここにも、統合を準拠点とすることで基本権解釈論に付け加わる理念が明らかにされている。

#### (8) 「学問の自由とその『制度的性格』」

この「制度的理解」の問題は、同時に扱われる学問の自由に関して強調されていく。142条の学問の自由にも、118条同様、立法者を直接拘束する意義が認められる(Smend '27, S.110ff.)。ただ、意見表明の自由が行使のされ方の良し悪しに関係なく保障される「自由権的基本権」だとすれば、学問の自由は、「制度的性格」を持つものとされ、「精神生活の中で重要だと認識され、特権化された部分の確保」として、特定の「価値」のために保障されるものと説明される(Smend '27, S.116)。ここで学問の自由は、行使する側の自由の問題ではなく、行使される際の対象の持つ価値に規定される法的制度となる。

ここでの「制度」の内容は、C・シュミット<sup>15)</sup>の場合のような歴史的存立ではない。もちろん、歴史的な由来と現状は、特に大学における学問教授の自由の意味を探る上でスメントにも大きな意義を持つ<sup>16)</sup>(Smend '27, S.103ff.)。だが、学問の自由が治外法権的団体の歴史的特権でなく、「新たな精神的生の倫理的に必要な形態、精神的生の最高の形式」と特徴づけられる(Smend '27, S.105) ことに現れるように、保障される制度の輪郭は、彼の場合は価値づけを行う視点から出てくる。そしてその価値づけの基準が、解釈者の個人的な直感や価値観ではなく、精神科学的方法によって探知された、ある時代ある場所での「価値状況」(Smend '27, S.106)とされる。そのため、学問の自由、あるいは一般化して特定の基本権の意味が、「その時々で変化する」(ebd.) ことをスメントが強調しても、それは当然のこととなる。

#### (h) 基本権の「意味」理解？

この「制度的理解」の中で基本権の内容を探知する上で確定されなければならない基本権のその時代における「意味」の理解が、検証可能な学問的命題であり得るかという問題は、スメントの28年の著書に関連して彼を「深奥の性格からして国家神学者」と呼ぶH・ケルゼン<sup>17)</sup>をはじめとして、スメントの「精神科学的方法」を方法論的に扱う多くの研究で共通して指摘される点と軌を一にする。本稿の限られた問題設定の中では、「精神科学的方法」の方法論的検証に浪費できるものは少ない。

ここで扱われるべきは、構造的な意味でスメント流の基本権の「制度的理解」が示す特徴である。この考え方は、現代ではP・ヘーバーレの「基本権の制度的側面」の理論<sup>18)</sup>へとつながる。しかし、ヘーバーレによれば基本権の制度的側面を現実化するために立法者による規範複合の受容・作成が必要<sup>19)</sup>なのに対し、スメントにあつては、制度的性格の基本権の「意味」は、歴史的な価値状況の推移を観察することからわかり、それが立法者を直接拘束することになる。そこには、議論の雑駁さが否定できない。しかしそれも、違憲立法審査権を行使する裁判所の有権的解釈との緊張関係を背負った中で、人権の様々な側面の調整の問題を主要課題とする現代人権論の置かれた立場を共有しておらず、むしろそこに向けての第一歩を記したに過ぎないスメントにあつては、無理からぬことと言える。

問題なのは、この「制度的理解」が基本権の空転を克服した先で狙うものである。伝統的な見解では、人身の自由、意見表明の自由の具体化としての学問の自由というプロイセン憲法以来のG・アンシュッツの解釈<sup>20)</sup>にも見られるように、基本権解釈の準拠点は、主体としての個人に置かれる。それに対し、「価値状況」をも準拠点に取り込むスメントの図式は、基本権の個人的利益を指向する自由主義的側面をそのまま実効化す

「ヴァイマル憲法の基本権が、様々な国民階層に、形式民主制に鑑みて単に形式的であるばかりではない、現実の公民的な自由と、その行使のための前提として必要と思われる自由と保障を与えるということが、この基本権の出発点であり、その意義の重要な部分である」(Smend '33, S.319)。

当時の基本権も、政治的な身分に付着する職分的な権利と位置づけられる。スメントが例に挙げるのは、団結権その他一連の社会的権利の労働者への保障であるが、それらも、「憲法政策的な意味のもの」、すなわち、労働者の憲法上の共同決定を確保するために、労働者を自由で能動的な民主的公民の状況に置くものとされる (ebd.)。

### (c) 「基本権の人間像」

ここでスメントは、初期立憲主義の時代で歴史を区分し、フランスのような革命的な秩序変革でなく、旧来の社会倫理的構造に接合しながら移行したドイツの特色を前提にする (Vgl. Smend '33, S.315ff.)。共和制移行を重視した27年報告とは異なり、ここで展開される基本権論は、むしろ後向きに、封建秩序との連続性の中で基本権の性格を捉える。もっとも、彼がいくら歴史性を強調しようと、そうした変革の中で基本権が公民としての地位と結び付き、それに奉仕する権利であることを強調する視点は、共和制となったヴァイマル憲法の下で、国民が直接の政治的責任を担った状況を前提にして初めて語れるものと言える。

この見解の特にスメントならではの要素が明らかになるのが、職分的権利としての基本権の位置づけから、「倫理的に国家へと義務づけられた市民」(Smend '33, S.320) という人間類型を手がかりに、憲法と基本権の前提にする人間像に関する帰結が引き出される部分である。

「自らの特性に従って特殊な公民的な職分上・身分上の権利を全体の枠内で配分されている、倫理的に拘束された市民をここで考えに入れる場合のみ、国民が行為する統一体となり、自分たちに課されている歴史的任務を実現できる形式へと国民をリードし、我々すべてが一緒に我々の共通の

ていると指摘する (Smend '33, S.313)。この講演の主題となるのは、その原因を探り、そこから抜け出す道を探ることである。

そして「理論的崩壊」の原因は、基本権思想が初期立憲主義以来ドイツで辿った歴史の中に見いだされる。基本権が、古典古代的な意味の市民ではなく、「資本主義の時代の計算高いエゴイスト」(Smend '33, S.311)たるブルジョアの権利となっている点が問題とされる (Smend '33, S.312 ff.)。そしてドイツの基本権思想は、反個人主義的な国民主権による補完を欠いている分、フランスにおけるよりも個人主義的に作用している点が指摘される (Smend '33, S.313)。

「基本権思想の中からドイツで残ったものは、個人の国家からの一定の解放と国家に対する一定の保障、留保された非国家的な私的領域という要素であり、それは、当時の政治的に鎮静化した時代の中で、対応した公民としての活性化に道を開くものではなかった」(ebd.)。

こうした表現の裏に、前国家的権利と位置づけることで基本権から政治的性格を奪っていくシュミットの市民的法治国家論、スメントの言い方ではブルジョアの法治国家論<sup>21)</sup>に対する批判がある (Smend '33, S.314)。

#### (b) 「公民の職分的権利としての基本権」

この理論的な破綻状況を抜け出す方策としてスメントは、ドイツ国法の歴史をブルジョアの関心事に対する承認の過程としてでなく、公民の資格と結び付く職分的 (beruflich) な権利保障の歴史として再構成する (Smend '33, S.314ff.)。それによれば、初期立憲主義時代のドイツにおける基本権は、当時新たに政治的協働の使命を持った第三身分 (Untertan) の政治的な職分的地位に基づく権利として、この新たな政治的使命に奉仕するものだったと理解される (Smend '33, S.316)。

ヴァイマル憲法の基本権に関しても、基本的に同じ構図が維持される。

「ヴァイマル憲法の基本権が、様々な国民階層に、形式民主制に鑑みて単に形式的であるばかりではない、現実の公民的な自由と、その行使のための前提として必要と思われる自由と保障を与えるということが、この基本権の出発点であり、その意義の重要な部分である」(Smend '33, S.319)。

当時の基本権も、政治的な身分に付着する職分的な権利と位置づけられる。スメントが例に挙げるのは、団結権その他一連の社会的権利の労働者への保障であるが、それらも、「憲法政策的な意味のもの」、すなわち、労働者の憲法上の共同決定を確保するために、労働者を自由で能動的な民主的公民の状況に置くものとされる (ebd.)。

### (c) 「基本権の人間像」

ここでスメントは、初期立憲主義の時代で歴史を区分し、フランスのような革命的な秩序変革でなく、旧来の社会倫理的構造に接合しながら移行したドイツの特色を前提にする (Vgl. Smend '33, S.315ff.)。共和制移行を重視した27年報告とは異なり、ここで展開される基本権論は、むしろ後向きに、封建秩序との連続性の中で基本権の性格を捉える。もっとも、彼がいくら歴史性を強調しようと、そうした変革の中で基本権が公民としての地位と結び付き、それに奉仕する権利であることを強調する視点は、共和制となったヴァイマル憲法の下で、国民が直接の政治的責任を担った状況を前提にして初めて語れるものと言える。

この見解の特にスメントならではの要素が明らかになるのが、職分的権利としての基本権の位置づけから、「倫理的に国家へと義務づけられた市民」(Smend '33, S.320) という人間類型を手がかりに、憲法と基本権の前提にする人間像に関する帰結が引き出される部分である。

「自らの特性に従って特殊な公民的な職分上・身分上の権利を全体の枠内で配分されている、倫理的に拘束された市民をここで考えに入れる場合にのみ、国民が行為する統一体となり、自分たちに課されている歴史的任務を実現できる形式へと国民をリードし、我々すべてが一緒に我々の共通の

歴史的・倫理的なナツィオンとしての使命を果たそうとする際の形式であろうとする、憲法の基本思想が維持できる」(Smend '33, S.323 f.)。

スメントの考えでは、これが憲法解釈にあたって解釈指針として働く、ヴァイマール憲法の基本思想である。そして彼は、その人間像の具体的なイメージとして、彼に少し先立つ時代に地方で公的・政治的な職の担い手だった「名望家」と呼ばれる類型を挙げる (Smend '33, S.322)。

#### (d) 公民概念の民主主義性？

この講演で展開される基本権論は、現代的な用語法では、基本権解釈の準拠点として政治過程の要素を取り込む民主主義的解釈と呼ぶことができよう。このような手法自体は、今日わが国でもアメリカ憲法学の影響を受けた表現の自由などの解釈に関連して、またドイツでも基本法4条の良心の自由との関係<sup>22)</sup>などで、少なからず採用されている。

ただ、スメントが1933年時点で提唱したものと、現在のものとの間には、越えることのできない深淵が横たわっている。このことは、今では国家意思形成への参加という点を不可欠の要素として政治過程が捉えられるのに対し、スメントにあっては、そうした具体的な意思決定との関係が切断され、民主制の要素が単に「公民」の「職分」との関係で語られるに過ぎない所に見られる。個人の「権利」としての国家意思形成への関与という発想がここで欠けていることは、ごく初期のテュービンゲンでの教授就任演説の中で選挙権を扱った際に、選挙権の公正の基準を「個人の自然的平等」に置くことを拒否し、「国家がある社会的集団の承認と協力に支えられねばならないなら、そうした集団は、議会において代表されていなかったり、過小代表であったりしてはならない」という点に求めて以来 (Smend '11, S.36)、むしろ一貫している。

そもそもスメントは、33年の講演の中で明らかにするように、多元主義を「最終的にはアナーキーな政治的集団の併存、その政治的集団の間

の一時的妥協、階級闘争における停戦あるいは戦略的狀態」と捉え (Smend '33, S.323)、否定的に評価する。スメントが「動態的」国家観・憲法観の代表として紹介されることがあるとしても、そこでのスメントの発想は、個人や社会的勢力の対立と緊張の中に国家意思が成立するとの認識までは行かず、あくまで「我々すべてが一緒」に「行為する統一性」になれる枠組を憲法を通じて実現しようとしているに過ぎない。これは、スメントが統一性を「衝突のない不断の調和と捉えて、きわめて静態的に観念している」<sup>23)</sup>という、統合観念の問題と同じ根を持つ。

そして、ここで「公民の職分的権利」として理解された基本権は、そうした枠組を作り上げる道具でしかない。確かにスメント自身、基本権のその他の機能が否定されるべきでないことを強調し (Smend '33, S.319f., FN.15 [320])、その限りで特にブルジョアに奉仕する個人主義的機能も認めるが、同時に、「公民」的意義がその他の解釈に対して優先すべきことも要請する (ibid. [319])。

こうした基本権論が、現実の基本権解釈の中でどの程度具体的な実践的帰結につながるのかは、ここでは明らかでない。しかし、少なくとも理論的出発点と準拠点の選択の問題として、基本権行使のあり方に関する基準を持ち込むことは、基本権を狭い範囲に限定する理論的可能性を孕む<sup>24)</sup>。スメント自身は後に、93年間にわたる生涯最後の年に公刊された事典の改訂で、ヴァイマル期に展開された自らの議論を「厳格に民主的な思考モデル」と規定している (Smend '75, Sp.1026)。ここで確認されたように、ある意味で民主的であっても、ある意味でしか民主的でない点に注意が必要となる。

もっとも、スメントの構図を現在に引き付けて読む読み方は、フェアではない。特に1933年の講演は、ナチの突撃隊が跳梁し、ヴァイマル体制が瀕死の状態に陥る中で彼が発した叫びとしての側面を持つ。そし

てその叫びの方向性は、「『個人主義的であるとの理由の下に、基本権に向けられた憎悪』から、基本権を、そして市民的カテゴリー一般を救おう」<sup>25)</sup>とするものであった。問題は、現実には失敗に終わったその救出作戦が仮に成功したとして、そこで救い出されるものが、我々が基本権と呼ぶものとどこまで一致しているかという点にある。新たなコンセンサスの対象にするためにスメントが付け加えた新たな側面が、基本権の意義を根本から覆す危険はなかったのであろうか。

#### (e) 「職業としての国家」

33年の講演の置かれた特殊な歴史的状況があるとしても、スメント自身は、そこで展開された議論を緊急避難的なものとは考えていない。と言うのも、「基本権は、自由な男、みすばらしいブルジョアではなくて誇り高き市民の、公的な働きのために積極的に職業上与えられたものと考えられていた」(Smend '56a, S.510) という同じ構図は、1956年の講演「制度の問題と国家」でも繰り返される。

ここではこの構図は、この講演の副題「職業としての国家」に表されるように、国家を職業/使命と捉える前提として提示される。

「個人は、自らの力と傾向を政治的全体の中でも働かせ、全体の目標と目的のために投入するように呼びかけを受け、個人は、政治的自由を保障され、制限されながら、全体へと組み込まれていき、また全体は、個人の生に担われ、専横的な権力行使を防止されるとともに、無規準の闘争や蜂起から守られる」(Smend '56a, S.506)。

これが、生の価値が問題になる「前もって与えられた不可譲の職業」としての国家による「呼びかけ」の問題とされる (Smend '56a, S.508f.)。そうした「個人を要求し、個人をその弁証法的構造の中に組み込んでいく」ものとして、政治的な生の法則性が指摘される点 (Smend '56a, S.505) は、28年に提示された統合理論の構図そのままである。

(f) 「国家学の三段階」

ここでこの56年の講演を取り上げたのは、スメントが基本法下でも見解を保持し続けていたことを立証するためだけではない。この講演で興味を引く点に、「職業」や「公民の職分」などという考え方の置かれた位置に関するスメントの理解が表現されているという事実がある。

それを表すのが、冒頭に置かれた国家学の歴史的な三段階に関する記述である。彼の理解では、国家学は、第一段階＝国家の非批判的受容、第二段階＝国家に対する批判と限界づけ、第三段階＝国家の任務に関する弁明的理論、という形で世界史の中で重なりあいながらも進展していくとされる (Smend '56a, S.502f. Vgl. Smend '59, S.517ff.)。

重なりあいの激しさに史的段階論としてはあまり役に立ちそうもないこの理論をスメントは、現在設定されていると彼が考える課題を明らかにするための構図として用いる。それによれば、第二段階はすでに終わり、我々は第三段階にいることになるらしい。

「国家と国家の理論の真の問題は、もはや、国家の限界や国家に対する批判にあるのではなく、第二次世界大戦の瓦礫の山の間でできた空虚の中で国家を新たに基礎づけることにある」 (Smend '56a, S.503)。

その場合、基本権の問題は、典型的に第二段階の、過去の構図に縛られたものと言える。27年報告で、自由主義的な基本権解釈を君主制の時代に位置づけていたことが、ここで思い起こされる。それをここで強調するのが、「基本権が憲法の表舞台にあるのは、外見上のみ」 (ebd.) であるとの冷徹な診断である。

(g) 国家の積極的弁明？

スメントの基本的問題意識を、この国家の批判と国家に対する限界設定という思考方法を憲法学において克服することに見るならば、明らかになるものは少なくない。「憲法体制と実定憲法」の中で繰り返される、

「国家の本質問題を見ず、ゆえに技術または最小の必要悪としての国家の理論を越えられない、自由主義の国家に対する違和感 (Staatsfremdheit)」(Smend '28, S.184f.) に対する批判の主要な関心事は、ここに求められる。そして統合理論は、「国家の新たな基礎づけ」の作業と位置づけられる。

ナチズムの支配と第二次世界大戦を越えても、この危機は終わらなかった。1956年の段階でなおも「職業としての国家」の強調が必要だと考えさせる現象としてスメントは、「俺には無関係」という態度や政治に対する不快感と並び、兵役拒否を挙げる (Smend '56a, S.513)。しかし、この形での国家の「呼びかけ」に対する拒否は、基本法が個人の倫理的自律を尊重するために基本権として承認している(4条3項)。それでもスメントは兵役拒否権を、国家の「呼びかけ」に個人が応えないけれども国家が特別な配慮をする場合 (Smend '56a, S.509)、それも「いやいやながら」そうする場合 (Smend '56a, S.503) と提示する。ここでスメントは、基本法が実定化する基本権よりも、国家の「呼びかけ」を通じて個人が国家に組み込まれる状態を精神論としては優先させている。基本権が憲法の表舞台にあるのも「外見上だけ」とされるのであるから、基本権行使が場合によりネガティブに評価されるのも、必ずしも不思議ではない。

もちろんスメント自身、「第三帝国における奴隷化」(ebd.)を問題とし、「我々の国家への組み込みの価値を下げるもの」との評価と結び付ける (Smend '56a, S.509)。国家の「呼びかけ」は法律上の命令であってはならず、あくまで自由で倫理的な人格に向けられたものでなければならない (ebd.)。その限りで、伝統的な基本権の構図がスメントにとり無意味ではあり得ないことは、疑うべくもない。

彼の構図は、ある程度の所まで伝統的な基本権論に乗っており、そこから先は基本権の行使のあり方に関して評価できる価値基準を内包させ

た論理の組み立てにより、基本権を道具化する可能性を含み込んでいく。こうした議論を抽象的な次元で繰り広げる彼の場合、基本権解釈の指針となる要素の比重と位置づけは、彼の直感的な価値判断に依存しており、外部から探ることは困難となる。そのため、こうした言明は玉虫色の外観を呈するのみで、評価や批判を受け付けられない部分がある。

それでもここで確認できる点があるとすれば、国家に対して個人の側から限界設定を行う基本権の意義を、スメント自身が過去のものとして位置づけることである。彼の問題意識からすれば、新たに基礎づけられた国家の中で基本権に意味があっても、それは国家に対して個人が有する不可侵の領域の保障ではあり得ない。そこに、全体への個人の組み込みの過程との関連で意味変化を被ったものとして基本権を捉え直す契機が存在する。

ここで再び節を改め、こうした基本権論をスメントの思考全体の中で位置づけ、その中で彼が基本権に与えている意義と内容を全般的に確認し直す作業に進みたい。前節で取り上げた価値体系としての基本権や、基本権の制度的理解と、ここで見てきた公民の職分的権利としてのそれとの関係も、そこで問題にしてみよう。

#### 4 実体的統合要素としての基本権

##### (a) 反自由主義の構図

「自由主義は、まさにスメントにとってはまさしく全ての統合の反キリストである」<sup>29)</sup>。このケルゼンの確認を、「基本権が憲法の表舞台にあるのは、外見上のみである」という上の文章と併せ読むならば、本稿の問題設定それ自体が無意味になりかねない。スメントの構図の中で、自由主義の思考様式に根ざす基本権は、憲法の中ではどうでもいい要素と位置づけられる可能性すらあるからである。実際に統合理論は、自由主

義の構図に基づく個人／国家、個人主義／集団主義などの二項対立図式こそが従来の国家論の機能不全を表すとして (Smend '28, S.125)、自由主義と、それに由来する領域的思考を最大の敵の一つとする。

従って統合理論は、実体としての孤立した個人を否定する (Smend '28, S.128)。そして、この孤立した個人の主体的自我こそが、近代自由主義の出発点だった。ところがスメントの構図では、国家と無関係な部分で自分の目的を追求する個人は、「みすばらしいブルジョア」と蔑まれる (Smend '33, S.311; Smend '56a, S.510)。統合理論の図式では、「意味体験の統一構造」 (Smend '28, S.126) という形で主体性を排除しない構造論として始まるものが、「課題とされた意味連関の実現」 (Smend '28, S.170) と規範に化け、「国家の統合は、国家の存立の必要性和ともに、カテゴリーカルに課題とされる」 (Smend '56b, S.477) という価値評価に直接つながっていくことにより、個人はいつしか統合の義務を課され、個人の主体的な決定はその課題を実現する範囲でしか評価されないことになる。

他方、そうした反自由主義の枠組にもかかわらず、基本権は、人的統合、機能的統合と並ぶ統合類型である実体的統合の中の一つの要素として、統合理論に位置づけられる (Smend '28, S.262ff.)。また、「正しい説明」を受けた場合に限られるとはいえ、自由と平等が「放棄できない倫理的獲得物」である点は認められる (Smend '59, S. 525)。その限りで、基本権は統合理論の中で意味のない要素ではない。しかし、だとすると、この基本権はどういう意味で位置づけられているのかが問題となる。

#### (b) 議会制民主主義の救出

人間の体験から出発しながら、最終的には意味統一体の論理に人間を服従させる側面を持つスメントの構図は、伝統的な自由主義とは相容れない関係に立つ。にもかかわらず、「スメントの憲法理論は、……自由主義の諸原理に基づく議会主義国家をどのようにして空洞化と分裂から守

るかという道をも示していた]<sup>27)</sup>という確認が、同時に存在する。ここで自由主義という言葉を使うことは、誤解につながる危険がある。むしろ、「議会制民主主義」の理論として統合理論を位置づけ、「憲法の民主的ルールが、外的にのみではなく、その意味に従って守られる」ことを統合理論が要求したとするM・フリードリヒの表現<sup>28)</sup>の方が、わかりやすい。この点は、基本権に関しては33年の講演との関係ですでに確認した。

「統合理論の実体的基礎は、20年代の病的な立憲国家のカオスに対する政治的な感覚であり、そこから、それに対して課題とされた憲法の健全な生の意味を展開するという関心事が生じている」(Smend '56b, S. 481)とスメント自身が後に述べるように、憲法に関するコンセンサスが最終的に成立しないまま、妥協なき政党間の争いから危機に陥っていったヴァイマル期の政治状況(Vgl. Smend '46, S.385f.)を考えた場合、規範としての国家への統合という考え方は、わからないものではない。右翼左翼の政党がヴァイマル憲法の基盤を離れてドイツ国民の政治的な生を分裂させたことをスメントが後に「違憲の行動」と呼ぶ(Smend '66, S.485)ことに、この基本的な問題意識は表現されている。

ただ、時代状況とその結末を考え合わせれば理解できなくはないとはいえ、政治の舞台で争っている勢力を評価する際に「カテゴリーカルな課題」としての統合という視点を持ち込むことには、問題はなくはない。これは、闘う民主制の問題となる。民主制の敵や分離独立運動とされるものに基本権を否定する論理は、すでにここにある。そして、その問題性は、「個人の組み込み」に出発点を求めるスメントの統合理論の場合、あらゆる個人への統合の強制という方向性を持つ可能性に向けて拡大する。

### (c) 統合と個人の同質性

わが国でスメントが最初に紹介された当時、「ファシズム国家論」<sup>29)</sup>あ

るいは「反動的独裁制弁護論」<sup>30)</sup>という位置づけがなされた。その背景には、ケルゼンの同様の評価がある<sup>31)</sup>。

確かに、抽象度が高い「憲法体制と実定憲法」から、ファシズムという酒をも盛れる革袋としての要素を拾い出すことは困難ではない。また、スメントがボン基本法下で民主制の要素との関連の強調を強めている (Smend '66, S.485; Smend '75, Sp.1026) のも事実で、ヴァイマール期の業績を評価する場合にはその点を割り引かなければならない。しかしそれでも、スメントの思想を全体として見た場合、ファシストとしての位置づけは適切ではないであろう。

この関連で本稿の枠組の中で確認すべき点に、スメントにおいて同質性強制という要素があったかどうかという問題がある。仮に統合作用が働く中での「我々すべてが一緒」が、ナチズムにおける強制的画一化 (Gleichschaltung) に類する性格を持つなら、ファシズム的要素は否定できず、基本権論としては危険だという一言で片付く。それに対し、諸個人の同質性を前提とせず、むしろ個人の違いを尊重する枠組をスメントが提供するなら、それを基本権論の構図に慎重に位置づける課題が出てくる。

この点については、「統合に統一形成的・更新的な作用が帰属するのは、それが個人の自由な決定と活動によって成立する場合のみである」<sup>32)</sup>とするP・バドゥーラの見解に現れるように、近時の研究は、スメントにおける開放性を強調する傾向にある。こうした前提に立ってみた場合、上のスメントの引用の中からも、「自由で倫理的な人格に向けられた」呼びかけという56年の構図はもとより、公民としての職分上の権利に関して「自らの特性に従って」という要素が付け加えられている33年の図式においても、統合が前提とする自発性という想定を支える記述は抽出できる。

ここで特に重要なのが、象徴化された価値内実を誰もが「自分が理解する通りに」体験できることを強調する、『憲法体制と実定憲法』の中で展開される実体的統合に関する記述 (Smend '28, S.164) である。こうした柔軟な構図からM・モルスは、個別化 (Individuation) という概念をキーワードに、スメントの統合理論においてこの個別化が「公民的行為の自由な動機づけと、社会的行為の役割に基づく先行的期待に対するこの公民的行為の適応を調整」するとの理解を提示する<sup>33)</sup>。そうした前提を踏まえれば、スメントの基本権概念に関してモルスが引き出す結論、「基本権は、様々な形で自己理解する価値共同体のプログラムである。同時に基本権は、公民が基本権を自らの『職業的身分』に従って解釈できるだけの余地あるいは一般性を含んでいる」<sup>34)</sup>との理解は、説得力を持つ。

問題は、そこで確認された二つの要素、価値共同体のプログラムとしての側面と、個別的理解のための開放性のどちらの要素を主眼として解釈されるものとスメントが基本権を捉えているかである。同質性強制の有無に関する上の問いは、ここでは予定調和を飛び越えた個人への適用が問題になる時に基本権の開放性が保障されるか否かという形で現れる。

#### (d) 価値体系としての基本権の位置

この共同体の価値体系に関連して、スメント自身は後に「基本権の体系という考え方の強すぎる強調を、今日であれば撤回する」との留保を付した (Smend '73, S.581)。そもそも33年の講演で公民の職分的権利としての基本権の意義が他の解釈に優先すると主張する (Smend '33, S.319, FN. 15) 際には、一人歩きを始めた価値体系という考え方に関し、それが任意の内容を持ち得るとの理解に釘を刺す狙いがあったと考えられる。

ここでスメントが言う価値体系としての基本権は、特定の価値のために基本権が存在するという意味で誤解されてはならない。基本権が価値

体系としての意義を果たすのは、基本権の外にある価値との関係ではなく、あくまで基本権に内在する一まとまりの価値、一つの文化ゆえにである。国民をまとめるその基本権文化が、憲法が基本権を実定化する際に前提とされる。スメントの場合、そこでまずは基本権の伝統的な意味内容、すなわち自由主義的に理解された内容が基礎に置かれている。上述のような価値強制の問題が生じ得るのは、表層的な部分ではなく、統合要素としての役割という事実と基本権の内容という規範の循環的相互作用が数往復した後である。仮に現在のドイツ憲法学にあって、スメントの「価値体系としての基本権」という構図が、基本権を、そして基本法を超越した実体的価値との関係において語られる<sup>35)</sup>としたら、それはスメントの継受ではなく、スメントの図式の誤用を意味する。

こうした留保を付した上でなおスメントの「価値体系としての基本権」の構図に新しさを探すなら、それは、この基本権に内在する文化を、現実の国民生活の中で基本権が果たす意義との関係で探る道を拓いた点にある。彼以前の伝統的な「法学的解釈」、法実証主義の構図では、基本権の内容は条文の文言と構造だけから決まり、基本権規範との関係を持ちながら現実に存在する事実状況は何の役割も果たせなかった。この構図を打破するのにスメントにとって必要だったのが、「価値体系」という位置づけであった。基本権の真の意味が国民の国家への統合との関係で生じ、国民をまとめあげる文化としての役割が基本権に期待されるなら、基本権の内容を国民の現実的生活の中における個々の基本権の意義を抜きに確定することなどあり得ない。意見表明の自由に関して現実の利益を衡量する枠組が導入されるのも、学問の自由に関して「大学教員の法感情」を手がかりに制度的理解が語られるのも、こうした論理の流れに基づく。

(e) 価値体系としての基本権と公民の職分的権利としての基本権

27～8年の段階では、こうした手法が導入されて基本権解釈の地平が広がったとはいえ、国家からの自由を確保する意義がなおスメントにとり大きな意義を占めていたと考えられる。少なくとも、基本権の価値体系全体を支える新しい準拠点は提示されていない。しかし国家に対する留保を強調する構図は、統合要素としての基本権の位置づけと——そして、反自由主義という戦線形成をすることに体系性の支えを見いだそうとした統合理論そのものと——食い違いを呈する。そこで33年から提唱される「公民的権利」論では、基本権の価値体系の内容的準拠点を、基本権内在的に、そして総合的に拾い出す試みがなされる。

基本権の価値体系性が基本権の機能に関する器だとすれば、そこに盛り込まれる内容としての基本権を理解するための実体的準拠点が、「公民としての職分」である。これは、広い意味で、純粹に政治的なもののみならず、価値ある「ドイツ人の精神的生」への参加を指向した「制度」的なものを取り込んでいく。こうした準拠点は、歴史的要素との関連で、「精神科学的方法」によって発見される。いずれにしても、ヴァイマル憲法を「ドイツ人とその特殊性に合わせて」(Smend '46, S.386) 作られたものであることを説得し、そのために「『西から来たもの』という批判」(ibid.) に答えるべくフランス的な要素をドイツ的と言えるものに読み変えることをスメントが課題としていた中、アトム的個人の自然的な自由・平等という観念と違った所にこの準拠点を求める作業は、不可欠となる。

フリードリヒは、そこで出された「公民的権利」論を、スメントが退けようとした実体的思想体系としての基本権という考え方の対比で、「発見論的に中立」と特徴づける<sup>39)</sup>。しかし、個人の自律に対する尊重という準拠点を排除したスメントのこの基本権論は、個人の具体的行使に対して「中立的」であり得るのであろうか。

良心的兵役拒否権を「いやいやながら」取り込むスメントの図式に見

られるように、彼の構図は、個人の基本権行使を当該個人の内在的論理で評価し、その意義を尊重する枠組を提供するものではない。「公民的権利」論は、基本権行使の目的性を設定することで、基本権の保障範囲を限定する危険を常に抱える。そして、価値理論とそれが併せ機能することにより、特定の政治的なコンフォーミティを価値として強制する基本権解釈の可能性は、スメントの主観的な意図がどうあれ、価値体系としての基本権の内容を政治的要素で充足する構図が導入された時点で、同時に成立した。「民主制の国民的エトス」(Smend '23, S.87) がそこで語られるなら、その危険は一層増大すると言えよう。

「国家の統一構造が過大評価され、個人の組み込みがあまりに問題ないものと見られている」とスメントが後に自己批判するように (Smend '56b, S.480)、統合が理念的な形で展開する通常で基本権が同質性強制になることはないと言ったとしても、この種の状況や、それに適合的な人間のみを「通常」と想定するのは現実的でなく、実際の現実の中で彼の考える基本権が価値強制に転化する可能性は否定できない。上の同質性強制の問題との関係で言えば、スメントが個人の個性が展開できる状況に重きを置いて統合を語ったとしても、そうした全体的枠組の中に位置づけられたことにより、個人の個人としての違いに対する国家の尊重には、限界状況において必然的に枠がはめられることとならざるを得ないと言えるであろう。

## 5 価値体系としての基本権論の意義と限界

E・フォルストホスは、スメントが本来は法学的規範解釈の枠内に位置づかない「価値体系」の思想を持ち込んだ<sup>37)</sup>ことにより、「精神科学的・価値序列的な方法が、憲法典を場当たり主義(Kasulistik)へと解消することを通じて、憲法を不確実にした」<sup>38)</sup>ことにつながったと批判し、その議論

を社会国家や第三者効力との関係で展開する。

スメントが社会国家の理論そのものの提示を憲法レベルで行っていないことを考えれば、この批判は筋違いの側面もある。彼自身は、福祉価値の問題を統合価値、法価値と並ぶものとして技術的行政に位置づけ (Smend '28, S.193f., 213)、そうした技術的な目的達成のための道具として国家を捉える機械論的思考を国家論の次元では繰り返し批判する (Smend '28, S.128f., 160, 196; Smend '56a, S.503ff.)。労働者の権利がやはり公民としての地位との関係で語られるように、社会的な権利を評価する基準も、あくまで統合図式に置かれている。

また、基本権の価値理論が直接に価値に奉仕する基本権という構図と混同されてはならないことは、上で確認した。従って、仮にフォルストホフが基本法下において唱えられる、社会国家的価値のために基本権に新たな内容を盛り込む考え方を念頭に、それをスメントの責任としているなら、それは謂れなき非難となる部分もある。

しかし、このフォルストホフの批判を、精神科学的方法の導入に関わるものと読むならば、必ずしも外れてはいない。スメントが導入したこの方法により、現実的価値状況と基本権内容の相互作用が促進されることになった。そのため、この循環的相互作用が数往復する間には、解釈者の価値把握のしかたによっては、基本権内容は様々な価値によって規定されることになる。そこには、功罪あい半ばする要素が確認できるであろう。

方法論上の争いにはここで立ち入らないとしても、スメントの——そして彼と同時代の、いわゆる新派に属する人達の——こうした構図が、基本権の解釈に一つの革命をもたらしたことは間違いない。

それ以前の法実証主義的な解釈の中では、基本権の個人主義的な意義がある程度まで前提にされていたとしても、それは結果的には法律によ

る行政の原理と同義でしかなかった。それを考えれば、そうした枠を打破し、基本権が現実に展開する基盤を作ろうとしたスメントの歴史的意義は非常に大きいと評価できる。君主の行政権に対する制約としての法律の留保がその意義の一部を失ったヴァイマル期には、形式的な図式に固執したアンシュッツ的な意味の法実証主義が歴史的使命を終えた部分があった。それを克服するために必要だった構図として見れば、統合理論と、そこにおける独自の基本権論の功績は大きい。仮にそこで展開する基本権の内容が現在の視点から見て多少は偏向していたとしても、これは彼の業績の歴史的意義に影響を及ぼすものではない。

にもかかわらず、仮に現在の憲法学でスメントの構図から取り入れられるものを探すとすれば、スメントの理論が彼自身の全体的枠組の中に位置づけて初めて理解できることを忘れてはならない。そして、その全体的枠組は、明示されていない多くの直感——そして、共同体の生に関わらずには生きていけない存在としての人間像——を前提に、予定調和的な世界として組み立てられている。すべての憲法上の規範の機能を統合というそれ以上遡れない一つの点に集約しようとする思考方法の限界は、社会学的な側面でも明らかになっている<sup>39)</sup>。

方法論として、現実の利益対立状況を考慮に入れた思考方法は、現在の憲法学ではドイツでもわが国でも、すでに当然のものとなっている。基本権に関して生じている問題は、そうした思考方法の中で、法学の問題として基本権を解釈する際の準拠点をどこに置き、対立する他の観点をどう位置づけるかという点に置かれている。後の時代の人間が、器としての価値体系を統合という前提から切り離して用いようとするならば、そこで言う「価値」の位置づけから始まって、準拠点の選択を正当化する理由の提示まで、すべて論者が責任を負うべき問題となる。その場合には、もはやスメントを引用することでその責任を転嫁することは

できない。

そのような中、統合理論の影響力を踏まえつつも、「統合理論の複雑な構造は、それ自体として、そして多くの前提に基づく構成としては、後継者も、継続的に発展させた者も、いない」とするバドゥーラの確認<sup>40)</sup>は、意味を持つ。仮にスメントの基本権に関する思考に全体として現代的意義があると考えられる者がいるなら、統合理論の前提を明示することによってスメントが最終的に断念した統合理論の体系化を試みるか、そうでなければ、スメントの命題の論理的帰結ではあっても、スメントが自らの直感を基礎に置くことにより考えずにすんだ点をも考慮に入れて全体を組み直すか、という作業が必要になる。本稿でスメントの基本権論を考える際に作業仮説としてきた彼の基本権の価値強制的側面も、スメントが考えなかった帰結の問題に属する。

価値体系としての基本権を語る場合の危険、これは、スメントにあつては、後に誤解されるように自然法の一変種として価値に基本権を奉仕させることに基づくものではなかった。しかし、その論理の深い所になお危険が潜むことを忘れてはならない。もし、スメントの基本権論になお現代的な意義を認める余地があり得るならばの話ではあるが。

\*スメントの業績は、以下の略号により、本文中に出典を記した。なお、年号は、口頭発表年を初出発行年に優先した。

R. Smend ('11), Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2.Aufl., Berlin 1968, S.19ff.

———— ('23), Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, in: a. a. O., S.68ff.

———— ('27), Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: a. a. O., S. 89 ff.

———— ('28), Verfassung und Verfassungsrecht, in: a. a. O., S.119ff.

———— ('33), Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: a. a. O.,

S.311ff.

- ('46), Das Problem der Presse in der heutigen geistigen Lage, in: a. a. O., S.380ff.
- ('56a), Das Problem der Institution und der Staat, in: a. a. O., S. 500ff.
- ('56b), Integrationslehre, in: a. a. O., S.475ff.
- ('59), Staat, in: a. a. O., S.517ff.
- ('66), Integration, in: a. a. O., S.482ff.
- ('73), Die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit, in: FS. f. U.Scheuner, Berlin 1973, S.575ff.
- ('75), Integration<sup>2</sup>, in: Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl., Sp. 1024ff.

- 1) 栗城壽夫「ドイツにおける『国家と社会の分離』をめぐる議論について」社会科学の方法138号(1980)10頁以下。Vgl. J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Darmstadt/Neuwied 1962, S.172ff.; K.Hesse, Bemerkung zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (1975), in: ders., *Ausgewählten Schriften*, Heidelberg 1984, S. 48; E.-W.Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart (1972), in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, Ffm. 1991, S.225ff.
- 2) Böckenförde, a.a.O. (Anm.1), S.221; 工藤達郎「憲法学における『国家』と『社会』」法学新報91卷8・9・10号(1985)320頁。
- 3) Böckenförde, a.a.O. (Anm.1), S.222f. Vgl. N.Luhmann, *Das Grundrecht als Institution*, Berlin 1965, S.14ff./今井・大野訳『制度としての基本権』[木鐸社 1989] 20頁以下。
- 4) Vgl. z.B. H. Ehmke, "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungs-theoretisches Problem (1960), in: ders., *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Königstein 1981, S.300ff.
- 5) 参照、拙稿「基本権的給付請求権と基本権理論」早稲田法学会誌38卷(1988)146頁以下。
- 6) Hesse, a.a.O. (Anm.1), S.55.
- 7) Böckenförde, a.a.O. (Anm.1), S.236.
- 8) 代表的なものに、G.Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde (1956), in: ders., *Gesammelte Schriften*, Berlin 1984, S.127ff.
- 9) P. Häberle, *Das Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 GG*, 3. Aufl., Heidelberg 1983 (1.Aufl., 1962), S.70ff.

- 10) Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1980, (1. Aufl., 1967), S. 5ff.
- 11) ここでわが国の主なものだけを挙げて、黒田覚『Integrationの理論とファシズム』法学論叢27巻2号(1932)202頁以下、宮沢俊義「公法学における政治」(1932)同『公法の原理』[有斐閣 1967]43頁以下、五十嵐豊作「現代国家論の諸傾向(二・完)」国家学会雑誌48巻3号(1934)93頁以下、藤田由靖「法現象の動態的考察の要請と現代公法学」(1977)同『行政法学の思考形式』[木鐸社 1978]360頁以下、手塚和男「基本権の基礎的検討——スメントの基本権理解について」三重大学教育学部研究紀要27巻(1976)3部135頁以下、同「スメントと統合理論——戦後再評価の周辺」『社会科学の方法』102号(1977年)2頁以下、同「資料：ルードルフ・スメント追悼文」三重大学教育学部研究紀要29巻(1978)3部71頁以下、手塚和男「資料：ルードルフ・スメント統合理論の展開(1)」三重大学教育学部研究紀要30巻(1979)3部75頁以下、同「ルードルフ・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]309頁以下、同「スメント及びドイツ国法学における憲法変遷論」新正幸/鈴木法日児編『憲法制定と変動の法理——菅野喜八郎教授還暦記念』[木鐸社 1991]281頁以下、佐藤立夫「ルードルフ・スメント研究——人と業績」(1979)同『現代ドイツ公法学を築いた碩学たち』[早稲田大学比較法研究所 1982]174頁以下、同「スメントの憲法理論」(1982)同・前掲書203頁以下、同「国家理論に関するスメント対ケルゼンの論争をめぐって」(1981)同・前掲書274頁以下、堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』[多賀出版 1984]247-282頁、岡田正則「ナチス法治国家と社会的法治国家(三)」早大法研論集43号(1987)56-68頁、西浦公「スメント——統合理論の問題点とその現代的意義」小林孝輔編『ドイツ公法の理論』[一粒社 1992]132頁以下、等。
- 12) 同様の構図の問題提起をするものに、C. Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2. Aufl., Berlin 1973, S.140f.
- 13) Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Ffm. 1991, S.131.
- 14) Häberle, a. a. O. (Anm.9), S.6.
- 15) Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, S. 170ff. / 阿部・村上訳『憲法論』[みすず書房 1974]; ders., a.a.O. (Anm.12), S.140ff.
- 16) 松元忠士「ワイマール憲法における学問の自由権論」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』[成文堂 1992]266頁以下参照。
- 17) H. Kelsen, *Der Staat als Integration*, Wien 1930, S.33 / 佐藤立夫訳「統合としての国家(1) - (3)」比較法学13巻1号, 2号(1978), 14巻1号(1979), (2) 38頁。

- 18) Häberle, a. a. O. (Anm.9), S.70ff. 拙稿・前掲 (注5) 170頁以下。
- 19) Ebd., S.165ff.
- 20) G. Anschütz, *Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat*, Bd. 1, Berlin 1912, S.371.
- 21) Schmitt, a. a. O. (Anm.15), S.163ff./訳194頁以下。
- 22) 拙稿「良心の自由と民主制」前掲時岡古稀 (注16) 120頁以下。
- 23) 西浦・前掲 (注11) 134頁。
- 24) Vgl. Böckenförde, a.a.O. (Anm.13), S.134.
- 25) 藤田・前掲 (注11) 387頁。Vgl. E. Forsthoﬀ, *Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung* (1963), in: ders., *Rechtsstaat im Wandel*, 2.Aufl., S.178.
- 26) Kelsen, a. a. O. (Anm.17), S.87/訳 (3) 146頁。
- 27) K. Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, 4. Aufl., 1962, S.100/河島・脇訳「ワイマール共和国の政治思想」[ミネルヴァ書房 1976] 78頁。
- 28) M. Friedrich, Rudolf Smend. 1882-1975, AöR 1987, S.13ff.
- 29) 黒田・前掲 (注11) 224,230頁。
- 30) 宮沢・前掲 (注11) 55頁。
- 31) Kelsen, a. a. O. (Anm.17).
- 32) P. Badura, *Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre*, *Der Staat* 16 (1977), S.321.
- 33) M. Mols, *Allgemeine Staatslehre oder politische Theorie?* Berlin 1969, S. 211.
- 34) Ebd., S.217.
- 35) Z. B. W. Hamel, *Die Bedeutung der Grundrecht im sozialen Rechtsstaat*, Berlin 1957, S.14ff.
- 36) Friedrich, a. a. O. (Anm.27), S.8.
- 37) Forsthoﬀ, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes* (1959), in: ders., a.a. O. (Anm.24), S.134.
- 38) Ebd., S.147.
- 39) Luhmann, a.a.O. (Anm.3), S.45.
- 40) Badura, a.a.O. (Anm.31), S.306.