

新しい二つの憲法学体系（二）：ヘルメンスとペーターズ

水波, 朗
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1765>

出版情報：法政研究. 45 (3/4), pp.58-85, 1979-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

新しい二つの憲法学体系（二）

——ヘルメンスとペーターズ——

水 波 朗

目 次

はしがき

一 ヘルメンスの政治的憲法学（第四五卷一号）

二 ペーターズの法律的憲法学（本号）

三 「憲法」の政治学と法律学（ことに憲法解釈学）（以下次号）

むすび

二 ペーターズの法律的憲法学

(一) ケルン大学法学部教授ハンス・ペーターズ（一八九六—一九六六）がトミストであることは、次のような事情からも、容易に推測されるところである。第一には、「ペーターズ教授追悼論文集」⁽¹⁾のはじめにE・フリーデンハー教授が、かれの生涯と学説の大綱をのべながら言っているように、一九四〇年（一九世紀始めのカトリックの著名な社会思想家の名を冠した）「ゲルレス協会」Görres-Gesellschaft 会長に選ばれたが、すぐその後でこの協会は、ナチのゲンシュタポによって解散せしめられた。第二次大戦後の一九九四年にそれが再建された時再び会長に選ばれて

からその死に至るまで十数年に亘ってその地位にあって、この協会のその後のドイツ内外での発展を指導したのであった。そしてこの協会の発行した有名な全六巻の百科全書 *Stats-Lexikon* の第七版（一九五七—一九六六）は、ペーターズ自身の編集に成るもの⁽²⁾であった。しかもこの百科辞典こそ、ドイツにおけるトマス主義の社会科学の知的宝庫であり、一大拠点なのである。

又第二には、右の一〇〇〇頁近い「追悼論文集」には、フリゼンハーン教授も言うようなペーターズの世界観的解放性⁽³⁾（それは後述するようにトマス主義そのものの性格である）を表現して、さまざまの立場の学者五十二人が稿を寄せているが、そのなかにはトミストとして著名なドイツやオランダの公法学者が、F・A・フライヘル・フォン・ハイト、H・キップ、J・ヴァン・デル・ヴェン、E・フォン・ヒッペルを始めとして多く含まれていて、ペーターズの親交範囲の傾向を示している。

(1) *Gedächtnisschrift Hans Peters*, Hrsg. von H. Conrad, H. Jahreis, P. Mikat, H. Mosler, H. C. Nipperdey, J. Salzwedel, 1967, Heidelberg.

(2) E. Friesenhahn, Nachruf auf Hans Peters, in: *Gedächtnisschrift*, S. 5—6.

(3) *ibid.*, S. 5.

(二) しかしさらに、その学説内容に立ち入って考察しよう。ペーターズは夥だしい著書、論文を著した。そしてそれらは、行政学、行政法学にかかわるものが、もっとも多い⁽¹⁾。しかし筆者がいまここでもっとも集中して採りあげようと思うものは、彼の遺稿をその二人の弟子が編集して、一九六九年に刊行した彼の体系的な憲法論「憲法の歴史的発展と基本問題」である。ペーターズがその自室で翌日の旅行の準備を整えたまま急死した時、二つの大きな学問上の企図に着手していたといわれる。一つは彼の著名な主著 *Lehrbuch der Verwaltung*, 1949 の改訂版を出すこと

であり、他はF・フォン・リストおよびW・カスケルの創始になる有名な叢書 *Enzyklopädie der Recht- und Staatswissenschaft* のためにドイツ憲法論の体系書をかくことであった。この後者の遺著の編者達によれば、残された後者の草稿は未完のもので、本書に収められた部分に続く筈であった人権の各論と国家組織および種々の国家機関の作用の理論は、ほとんどまだ書かれていなかったのであり、書かれた部分も相当断片的な性格のものであるが、それにしてもペーターズがその著作で意図した顕著な考え方の方向と政治的・倫理的根柢とは、残されたものから充分読みとれるものであった。⁽²⁾ 筆者も編集者達のこの確信に賛成できる。しかし上記の本書の制約は充分これを考慮しつつ、⁽³⁾ 不充分ではあるが筆者に可能なかぎりペーターズの他の著書・論文をも顧みて、かれの著作のすみずみまでを一貫している指導原理が、トマス主義であることを、証したい。

ペーターズのこの書は四つの部分から成っている。第一には国法学の基礎や立脚地、国法学とその隣接諸学科との関係、ドイツ国法の法源や解釈方法論などを含む序論、第二にはドイツ憲法史を語る第一および第二章、第三にはドイツ現行憲法(ボン基本法)の諸基本原則(民主制、人格の尊厳やその自由な発展、権力分割とその限界、社会的法治国、自由な民主的基本秩序、連邦制など)を語る第三章であり、第四には「国民と国家」と題して基本的人権のいわば総論を展開している第四章である。

以下大筋において本書の叙述の順に従いながらも、かなり自由に再構成して、事を述べよう。

(1) 「追悼論文集」の巻末に添えられた著作目録によれば、独立の著書(小篇も含む)として公刊されたもの四二冊、記念論文集や叢書、新聞などへの寄稿七二編、雑誌論文など一一九編を数えている。*Gedächtnisschrift*, S. 977—985.

(2) H. Peters, *Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung*, Bearbeitet von Jürgen Salzwedel und Günter Erbel, 1969, Heidelberg, [以下 *Verfassung* として引用] Vorwort, V.

(3) 本書第三章のボン基本法の根本原則をのべるところは、ことに体系の体裁が未整備である。

(三) (イ) 国家の本質——ペーターズはこの「憲法の歴史的発展と基本問題」の冒頭で、「国家の国家たる所以のもの」Staatlichkeit を規定しながら、まず国家の存在根拠を人間の本性(アリストテレスの意味での国家的本性)に求めている。人間は個人的本性の側面と並んで社会的本性の側面すなわち共同体にかかりつつ生きる側面をもつが、後者がその完全な達成にいたるためには、(イ) 特定の領域に住む人間への、(ロ) 組織された、(ハ) 強制力を備えた、(ニ) 空間的に限定された支配権力が不可欠であり、国家とはこうした社会が必要だ、とペーターズが言うことが、重要である。ペーターズは本書ではドイツ国家の問題に限定して事を考えるので国家一般の理論には立ち入らない、とことわっているが、もっと一般的な形でのかれの国家本質論の記述は他にあつて、ずっと古く一九三八年にかれが日本の「カトリック大辞典」の「国家」の項のために書き送った論説は、かれの若いころからの国家観を端的に理解させる。ここではこう書かれている。「国家とは、一定の地域の人々から成る自然的共同体で、統治組織を有し、この世において他の共同体の権限に属せざる共同体の果すべきあらゆる任務の遂行を目的とするものである」。この他の共同体に属さぬ国家特有の目的とは何か。かれはさらに詳論して、「しかし実際には各人が社会によって自己の不足を充さんとする欲望は多種多様であつて」あるいは民族、あるいは階級、あるいは自治体、家族(その他さまざまの経済的・社会的・文化的団体)の中で充される。そこで「その欲望充足のために地上的(II世俗的)共同体の任務を包括せる一つの組織を必要とする」。つまりそれら特定の部分的目的を追う諸集団を超えて、それら諸社会をしてその処をえしめ、これを統合し調整して人間の社会性をその完成にもたらしこと、「比較的大きな組織においてのみ可能な凡ての人間目的達成」をはかることを志す格別な社会を必要とする。この社会が国家であり、その特有の目的

が「公共善」*Gemeinwohl* [「公共の福祉」]である。「したがって既にアリストテレスは国家の存在を是認し、また歴史を緋けば無数の民族や哲学者が、實際的にも理論的にも、国家の自然的必然性を承認し、カトリック哲学もまた聖トマス・アクィナス以来今日にいたるまで、国家を自然法にもとづく完全社会、*societas perfecta* 換言すれば人間社会の中で、地上的なものとしては完全な組織形態として説明している」⁽²⁾。

ペーターズにとっては、国家は人間の社会的本性の完成であり、その頂点、その冠冕である。それは部分的目的を志向する他の共同体、他の部分社会を超え出る「全体」社会であり、そのかぎりでは「自足的」で主権的な社会である。国家と完全性、^{アウタルケイア}自足性、主権性とは切り離しがたく結びついている。そこでトマス主義の「完全社会」として国家を規定する国家本質論が、なにか「全体主義的なもの」との嫌疑をも受けることになる。しかしペーターズがこのことをも考慮しつつ他の多くのトミストと共に説く二つの基本的・自然法的法則がある。一つは国家の「多元性原理」であり、他は国家の「補完性原理」である。ことにこの後者をかれは繰返し強調する⁽³⁾。

まず国家の多元性の原理からみてみよう。ペーターズは、家族や民族や階級や自治体、政党その他の多様な基本社会集団が、それぞれに特定された人間の多様な欲求のそれぞれに応じた「自然的」社会つまり人間の社会的本性に根ざした社会であり、国家にとってそれらの存在は、(国家とは直接かわりなく発生して存在する所与的な)「眼前存在」*Vorhandensein* であることをいう⁽⁴⁾。国家は多元的な構造をもつのである。

ペーターズが一そうしばしばいうのは、国家の補完性の原理 *Subsidiaritätsprinzip* である。もともとこれは、新トマス主義の社会倫理学者J・メスナーやA・F・ウツツおよびかれらの弟子達によって形成された概念で、⁽⁵⁾ 公法学者のトミスト達によってドイツ公法学の領域に導入され、今日のドイツの憲法学のどの教科書や憲法の注釈書でも必ずといっていいほど広く語られているものである。この言葉は、消極的および積極的な二つの面をもっている。消極

的にはそれは、「国家は人間のためであるのであって、反対に人間が国家のためにあるのではない」こと、完全社会としての国家は自己目的的なものではないことを意味する。⁽⁶⁾ ペーターズは人間の尊厳をその理性的存在として決断する倫理的な自己責任性に結びつけ、この意味での「自由」にかかわらせるが、国家はこの自由の否定の上にはありえない。国家以外の諸社会も個人の自由な自己完成のための補完をなすにすぎない。これに国家の多元性を考慮して言つて、国家は、個人や国家以外の諸社会の自由な目的追及活動を尊重しつつ、統合的な公共善目的の観点からこれらを補完するにすぎない。⁽⁷⁾

しかしこの原理は他の積極的な側面をもっていて、ペーターズはこの側面でこれを言うことが、一そうしばしばである。国家はその市民や自然的諸共同体にたいして、補完的で *subsidiar* あるべきである。その目的達成のための補助を与える義務がある。ペーターズはいう、今日の国法学を支配する二つの流れがある。一つは政党やもろもろの団体が今日の大衆社会のなかでもっている意義を閑却したり、それらを並列的に国家と同一視したり、又は政党の如き大衆組織に今日の問題の解決の一切の鍵をみる。他方では国家を *Leviathan* とみて、単純にそれを制限することに、国法の使命のすべてをみる。この何れも誤りであつて、国家はその完全社会性において政党を含めた他の一切の社会的諸集団と異なるのみならず、近代の人間の大衆社会のうちでの品位低下を救うためには、社会的・経済的水平化は不可欠であつて、国家の援けは補完的には必要であり、補完性の原理はここではいよいよ現実化されねばならない。これ社会国家的憲法原理の基礎である。⁽⁸⁾ もともと国民の生活^{ダーザイン}を配慮するのは、国家の本質に結びついた補完性原理に由来する主要使命であつて、福祉国家のこの使命を、フォルストホフがそうするように、たんに国家の（法律的）「権限」からのみひき出そうとするのは誤りである。⁽⁹⁾ 行政国家化に結びつく近代の国家権力の人民生活への介入の増大も、この限りで、またこの限りでのみ必然的である。⁽¹⁰⁾

- (1) Hans Peters, *Verfassung*, S. 9, 205, 209. 国家の法律的定義につき、S. 219.
- (2) 上智大学編纂「カトリック大辞典」第二卷（昭和十七年）二八四—二八七頁。
- (3) *Verfassung*, S. 23, 49, 52, 213, 215, 226, 234, 260, 285, 288.
- (4) 上掲「カトリック大辞典」巻二、二八七頁、ことに民族について二八五—八頁。*Verfassung*, S. 213. ここでは「人間は『先ず第一次的なもの』として *primäre* 家族や任意的共同体による補完を必要とし、最後に国家によるそれを必要とする」とある。なお S. 24, 57. 「行政」という人間活動すらペーターズにとっては、ある種の自発性、自然性を備えている。行政は三権分立を定める国家の法規範以前に、立法、司法の活動と並んで国家目的のために働く自律的・自主的活動である。さればこそ彼の名著は、「行政法教科書」 *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* ではなくして「行政教科書」 *Lehrbuch der Verwaltung* なのである。 *Lehrbuch der Verwaltung*, 1949, S. 14—5, 35—6. なおこの問題については、行政が法治国においても、法規の授權のないうところで正当に働きうる多くの余地をもつことを詳論した次の論文が、注目される。 Hans Peters, *Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?* in: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit—Festschrift für Hans Huber*, 1961, S. 206ff.
- (5) J. Messner, *Die soziale Frage*, 6. Aufl., 1956, S. 363—73; *Das Naturrecht*, 6 Aufl., 1966, S. 295—304, 727ff. ; A.-F. Utz, *Sozialethik*, 1. Teil: *Die Prinzipien der Gesellschaftslehre*, S. 277—296. 2. Teil: *Rechtsphilosophie*, S. 13—4. なおその他の文献については、拙稿「福祉国家の法理」公法研究二七号六八頁、参照。
- (6) *Verfassung*, S. 234.
- (7) *ibid.*, S. 236—8, S. 16, 165—7, 183—4, 213.
- またこの意味での補完性の原理は、地方的・職能的自治体の行政について国家行政以上に強調される。ナチ政権下後に処刑されたモルトケやヨークに指導されて地下抵抗運動を行っていたいわゆるクライナウ・グループにペーターズも参加していたが、このグループがナチ崩壊後の時代を見越して作った戦後再建案（クライナウ案）の中に、上級議会の半数が下級議会から選ばれて頂点にある国会にいたる構想が盛られているのは、ペーターズの考え方の反映であろう。ペーターズ自身のいうところによれば、この案には「補完性原理と自治行政」の観点に立って地方自治を強化することが、意図されていたのである。 Hans Peters, *Verfassungs- und Verwaltungsreformbestrebungen innerhalb der Widerstandsbe-*

gungen gegen Hitler, 1961, S. 9; *Gedächtnisschrift Hans Peters*, S. 4; *Verfassung*, S. 150 Note 80. この最後の引用箇所ではペーターズは、当時の指導的政治家達にはワイマール時代のことのみが事を考える素材であったため、ドイツの戦後再建が一九世紀の古い形式と用語で行われ、（補完性原理をドイツ国民の下から上への自己決定権と結びつける）近代的な考え方の範疇が用いられなかったことを、ドイツ国家にとっての禍いとしている。なおペーターズの生涯の最後の論文は「Subsidiaritätsprinzip und Kommunalverwaltung, in: *Archiv für Kommunalwissenschaften*, Halbjahresband I, 1967, であり、いかに多年の間、一貫して補完性原理を自らの学説の基本的なものとして考え抜いていたかが、これより伺い知られる。

(8) *ibid.*, S. 212—4.

(9) *ibid.*, S. 200ff. *NOTIZ* S. 200 の注8をみよ。

(10) *ibid.*, S. 193—4; *Lehrbuch der Verwaltung*, S. 9—10. 行政国家化と結びついた専門化が国家権力と結びつく危険に對抗する一方法は、ペーターズにとって、国民大衆が地方自治体その他の自治的団体のうちで政治的訓練をうけ、そこから卓越した人物 *Honoratoren* が選ばれて統治につく制度である。

(四) (ロ) 憲法の概念——ペーターズは「国法」*Staatsrecht* の法源を問いながら憲法に成文の憲法と不文の憲法とがあるという。事柄を明確にするために言わねばならないが、この不文の憲法のなかに、かれは次のものを数え入れる。(1) 慣習法（およびその妥当が地方的に限定された慣習法としての *Observanzen*）。これは実定的法の一種である。(2) 憲法の総体連関よりする不文の法原則。これは不文の「憲法規範」*Vefassungsnorm* としてすぐ後でいうものと区別されねばならない。これはむしろ事物の本性からくるもので、例えばドイツ連邦共和国基本法に連邦の文行政の規定が例外的にしかないとしても、ドイツ国家はそうした行政を行う一般的責任と権限をもつものである。また「連邦忠誠」の憲法原則が成文の憲法法規にないとしても、国民や国家権力はこれに拘束される⁽¹⁾。これらと区別してペーターズが格別に強調する不文の憲法は、「超実定的法源」*überpositive Rechtsquelle* であ

って、これは人為の所産でない倫理法則である実在的「自然法」よりひき出されて、概念化されるものである。この憲法は、E・フォン・ヒッペルによつては「道徳的世界構造法則」 *moralische Weltverfassung* と呼ばれているが、私の考えでは、とペーターズはいう、一そうつましく「人間本性および国家の本質より由来した法諸原則」又は「自然法」（＝政治的自然法）と言うべきものであつて、特定の「宗教的・世界観的なもの」 *Religiöse- Welt-anchnaulichen* のうちに定着し、西洋の文化圏では、キリスト教に根拠づけられているものである。⁽²⁾

こうした不文の自然法的憲法の内容としてペーターズが枚挙するものは、すでにボン基本法の規定のうちに明文をもつて採り入れられている「人格者としての人間の尊厳」（第一条第一項）のみならず、憲法の条文に明文をもつては採り入れていない次のようなものである。(1) 国家に妥当する補完性原理（消極的・積極的補完性の一般原理）(2) 国家の命令や介入が「公共善」に方向づけられているべきこと（公共善原理）。(3) 国家の目的は弱者の搾取ではなく、その補助であること（社会国家性原理）。(4) 国家の権能には限界があつて、（それに法律的制度が結びつく）「正義の自然法的要請」や「恣意の禁止」に拘束されること（法治国原理）。これらの自然法的諸原則はボン基本法第一条二項によつて直接に国家権力を拘束するもので、この拘束力は判例もこれを認めているところであり、それが稀にしか訴訟の対象とならないとしても、その妥当性は失われない。⁽³⁾

なお国家の権能には限界があるから、国家の立法権力により創造され書かれた憲法法規も、不文の憲法なかんづく超実定的・自然法的憲法法源の優位において解釈されるべきもので、部分的にはボン基本法にその序列が記されさえてしている（第二十条第三項）。なぜならペーターズにとつて、そうした人間の（国家的）本性や国家の本質に由来した自然法的憲法こそが、そもそも人間の国家生活を可能にもし、根拠づけもし、国家権力の権威や立法的権力を基礎づけもするからである。⁽⁴⁾

しかも人間の本性や国家の本質に由来する不文の自然法的憲法が、国家の権力者はもちろん凡そ人間の手に成るもの（人定法）でないとするれば、一たい誰の手になるものなのか。自然法の創定者は誰か。ここで微妙な問題が登場する。ペーターズはこの問にはっきり答えて、それは「神の（実在的な）創造秩序」である、という⁽⁵⁾。

(1) *Verfassung*, S. 54—5, 225.

(2) *ibid.*, S. 52, 235—6.

(3) *ibid.*, S. 52—3, 166—7.

(4) ボン基本法に即して *Verfassung*, S. 53—4, S. 39—40, の記述をみよ。

(5) 「カトリック大辞典」第二卷二八六頁、「個々の具体的国家は人間によって造られ得るけれども、国家そのものは自然法（則）に基く必然性に由来するものであるから、すべての自然法（則）と同様に、国家制度も天主の創造の御手に帰せられるのである」。

(五) 若干の注解——キリスト教や神がここで登場してきたので、このことに躓くはずのわが国の大多数の読者のために、注釈が必要である。

ペーターズはキリスト教信仰に帰依するキリスト教信徒にのみ通用するような憲法論を説いているのであろうか。そうではない。このことを理解するためには、まず第一に他ならぬ聖トマス・アクィナスが、自然的なものと超自然的なもの、地上的・世谷的なものと宗教的なもの、神学と哲学、教会的秩序と国家的秩序とを、もっとも判然と区別する原理を説いていることを、考えねばならない。これについては筆者は他の稿において詳論している⁽¹⁾。ここでは繰返さないが、トマス主義においては、万人共有の「自然的な理性の光」（あるいは明証性 *evidentia*）の下で事物をみる観点と、キリスト教信者にのみ恩恵的に付与された「超自然的な理性の光」の下で事物をみる観点とを、厳密に区別するのである。「人間の本性や国家の本質」に由来する「自然法」は、自然的理性の光の下に万人が明証的に

その（哲学的意味での）常識 *Common sense* でもって主体的に洞見している現実在である。これを認識するためには人は、超自然的な光にその理性が照らされたキリスト教信徒であることを要しない。こうした自然法を神が各個の人間の創造と共に各個の人間の裡に創定しているという場合の「神」は、万人共有の自然的理性の光の下に事を問う「哲学者の神」であって、超自然的な理性の光の下に聖書の神的啓示内容 *dogma* を受容れ前提して事を考える「神学者の神」ではない。いわゆる「自然」神学（これは実は神学ではなく、哲学の一部門である）の神であって、「啓示」神学（これのみが本来の神学である）の神ではない。人はキリスト教徒であるなしにかかわらず、こうした神については哲学的にその存在を論証したり、その論証を不十分としてこれを否定したりすることができるのである。事実キリスト教徒ではなかったプラトンやアリストテレスが行ったと同じ次元の哲学的論議として、トマス・アクィナスはこうした神についての哲学的論議を、常にその神学的論議に先行させる。そしてかれは哲学者として事物の究極的第一原理としての神の存在をアリストテレスと共に肯定し、この神の知性と創造意思とに自然法の存在と本質の究極的根拠を求めたのであった。同じ意味でペーターズは、上記のカトリック大辞典でもカトリシズム「哲学」の主張として、「個々の人間と同様に、国家は独自の存在理由を有する神意にかなった統一体」であり、国家の存在根拠とその本質的作用法則が、人間の国家的本性という神定⁽²⁾の、「自然法」に規定され、それに由来していることを主張するのである。ここでは格別キリスト教徒のみに通用する超自然的・神秘的な主張がなされているわけではなく、これは、もし欲するならばキリスト教徒であれ誰であれ、この理論の主張根拠を合理的に論駁しようと試みることもできる自然的理性の、共通の広場に立っての主張なのである。

ところでしかし第二に、「自然法」の究極的存在根拠をどのように概念化し弁証するかは、特定の国家の中で日常的に生きる人間一般の自然法認識にとって、実は決定的なことではない。決定的なのは、そうした反省的・概念化的

認識以前に、万人が（自己の存在の構造法則としての）自然法の基本的内容を、自ずと万人一致して主体的に洞見していること（自然法の本性適合的認識）である。今の場合に即して言えば、不文の超実定的憲法Ⅱ自然法的憲法法源を、洞見し、その中で生きていることである。自然法認識のこの独得な認識様態——それは理性的本性を備えた人間のある種の理性認識であって、本能でも感情でもない——についての自覚化・理論化が、今ここで問うている問題を解決するのに重要なのである。しかしまさにこの点においてペーターズは、トミストとして明確な反省的認識——学問としてはこれが大切である——をもたず、このことがかれの憲法論のトマス主義を、（他の多くの点でのトミスト的国家論のテーゼの受容にもかかわらず）一種かくれた、間接的なものとしている、ように思われる。

とはいえペーターズも暗々のうちには、常に不文の憲法規範についての万人の概念化以前の（理性）認識が、自然法認識のもっとも基底的なものであることを、知っている。かれは、国法学が「理性と言葉」で作業するのは当然であるとはいえ、理性（反省的・概念化的理性）Ratio の過大評価、理性信仰に墮してはならないという。合理主義者は人間理性を唯一の法創造者とするが、思考が存在をつくるのではなく存在が思考に先立つとして彼はパスカルを引用する。³⁾つまり人間の存在に固有の構造法則Ⅱ自然法は、その概念化に、思考に先行する。（さればこそ自然法の創定者の問題は学問的反省の場でも、人定の法の傍らに常に残ってくる。⁴⁾それだけではない。各人が自己の人間的な存在構造に密着しつつ主客末分的に洞見する自然法認識、今の場合人間の国家的本性と国家の本質にかかわる自然法的憲法法則の洞見も、同じくこうした法則についての一切の概念的・学理的反省に先行している。すぐ後でみることであるが、今日の法実証主義が閑却したものとしてペーターズの強調する憲法の「政治的前決断」politische Vorentscheidungsの基底にあるものは、こうした万人の洞見である。ペーターズが国法学にあっては「非合理的」で「情動的」であるようにみえる政治現象を十分顧みるべきで、前記のような（概念化的な）理性からみて非合理的・情動的

であることの故をもってこれを国法学の外に排除してしまふ法実証主義は、不可であるという時、政治にかかわる「非合理的」・「情動的」現象がまったく理性を欠いた何かだと言っているわけではない。政治を生物学の水準に墮して事を理解しているわけではない。ペーターズにとって、後述するように政治は理性的な本性のものである人間の営みである。ただしこの理性は概念と言葉をもってする反省的・自覚的理性だけであるを要せず、むしろ一そう先行的で基底的なのは国家を構成する大衆の暗黙の自然的憲法認識（＝理性認識の一樣態としての本性適合的認識）である。それが政治的前決断の基礎にあつて国家生活、憲法生活を可能にするというのである。このように理解しなければ、ペーターズが他方で、この種の自然法的憲法を「倫理的なもの」——つまり理性と自由意思をもった人間の水準のもの——とし、その著作のいたるところで「倫理的・政治的」法則をいうことと、適合しない。⁽⁶⁾

しかし第三に、こうした自然法的憲法への万人の本性適合的洞見の特定文明圏への「受胎」とも言うべき事態を、考慮しなければならない。自然法的憲法法則の概念化以前の洞見は、現実の政治生活においては、この法則の意識化され概念化され言表された仕方と混ざることなくしては、現実に国家創設・維持の活動の推進力とはならない。そしてこうした概念化は必然的に特定の・具体的な歴史的事情に規定された多様なものであらざるをえず（資料による個別化の原理）様々の世界観によって総括される各々の観念的体系を成している。それは「政治的世論」に化体し、又政党活動と混融する。ペーターズは、ヨーロッパにおいてはそれは、キリスト教的世界観にもっとも結びついていゝる、というのである。⁽⁷⁾ このことは「人格」Persona 観念の起源がジルソンもいうようにキリスト教起源のもので、全世界の他の観念体系にこれと同等のものを見出さないことを考えれば、又聖トマスによる「人格の形而上学」の深化がどのようなものであつたかを考えれば、⁽⁸⁾ 大きな意義をもってくる。この場合キリスト教的世界観を排他的に強調する必要はない。あるいは自由主義的政治観、あるいはマルクス主義的国家観もそれなりの仕方で、万人の洞見する自

然法的憲法内容の何かの要素、何かの契機を反映している。（そうしたことがなければ、真に大衆を動かす政治的勢力とはならなかった筈である）。問題はこの意味では、つまり概念化の世界では、常に相対的なものである。問題はキリスト教的世界観がより多く、万人の知る自然法的憲法内容を化体させているかどうかである。ペーターズと共にこのことを承認できないものも、少くもキリスト教的世界観が、またその国家論が指示しようとしている自然法的憲法の内容そのものは、自らの本性適合的認識によって万人とともに、これを肯認しているのである。

ペーターズも参加しての反ナチ地下抵抗運動の過程でつくられた戦後再建プランが、倫理的・政治的基本原則を重視し、その具体的内容は「キリスト教的生存諸善益のきっぱりとした、実行力ある現実化」を志すものであったにもかかわらず、キリスト者である者も左翼社会主義の非キリスト者も、このプランに斉しく同意していたと、ペーターズ自ら報じているが、¹⁰そうしたことがありうるのは、右に述べたような事情を考えれば分かる。またボン基本法が、人格の尊厳、人権の超実定憲法性への信念を憲法の内容として告白するだけでなく、「神の前での自らの責任を自覚した」（ボン基本法前文）そして「内在的な尊厳さを帯びた、神の似像としての人格」（これはキリスト教の信条である）たる人間」をその人間像としているにもかかわらず、¹¹有神論者、無神論者を問わず受け容れられるのは、上記のような事情によるのである。つまり特定の歴史的事情の下で人間の手に成る具体的国家、実定的憲法の創設は、その時々特定の文明圏の特定の世界観に結びついて行われる、今の場合キリスト教的世界観に結びついて行われるのであるが、人びとが憲法の尊重・遵守へと拘束されるのは、こうした世界観、こうした概念化的認識によってではない。誰も他人の観念やイデオロギー、その所産などに、義務拘束的に拘束されることはない。人びとを憲法遵守へと義務づけるのは、国家なくしては、そして何かの特定の、世界観に結びついた実定憲法なくしてはもはや今日では充分に人間的に生きえぬ人間の国家的本性（ことにその一部としての法治国的本性）なのである。人びとが自己のうちで

日々生きて(本性適合的に)体得している自然法的憲法という倫理法則なのである。

- (1) 拙著「法の観念」三三七頁。拙稿「法の世俗性」法政研究第三卷第一号二七—四七頁。「ミシェル・ヴェイレイの法思想(二)」法政研究第四卷第三号四三—四四〇頁。
- (2) 「カトリック大辞典」第二卷二八五頁。二つの「完全社会」、すなわち国家と教会との区別が、この二つの理性の光の区別に基くことを踏まえて、ドイツ国家とカトリック教会との間の「政教条約」を自然的、超自然的兩観点から分析したペーターズの次の論文がある。Die Gegenwartsfrage des Staatskirchenrechts, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 11, S. 177ff.
- (3) *Verfassung*, S. 18.
- (4) 自然法そのものと自然法「論」との区別については、*Verfassung*, S. 263. ホセ・ヨンパルト「自然法の研究」一頁以下。
- (5) *Verfassung*, S. 18.
- (6) ペーターズが行政の「自覚的駆動力」と「無自覚的駆動力」とを区別している場合も、事は同様である。後者は「国家哲学からひきだされた表象」たる前者とは区別すべき自然法的推進力 *Triebkraft* である。*Lehrbuch der Verwaltung*, S. 21—3.
- (7) ボン基本法の基本権観のキリスト教的由来については、*Verfassung*, S. 236 に詳し。
- (8) E. Gilson, *L'esprit de la philosophie médiévale*, 2 éd., 1948, p. 194.
- (9) E. Gilson, *Le thomisme*, 6 éd., 1965, p. 371—2; L. Lachance, *Le droit et les droits de l'homme*, 1959, p. 146 et s.; *Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas*, 1933, p. 329 et s.
- (10) *Widerstandsbewegungen*, S. 21.
- (11) *Verfassung*, S. 235—6, 240. 「神よ我を助け給え」の語を含む大統領宣誓文に關係して、S. 160 Note 30. 但しペーターズは政治的宣誓が本来の宗教的意味を喪失して、形而上学的水準のものに墮せしめられ、しかもそれでも世俗化した今日の国家と適合しないことをのべている。S. 163, 153.

(六) (ハ) 憲法と政治——ペーターズはいう。多くの憲法規定は、起るべきことの規範を表現するだけでなく、その根底に「政治的前決断」あるいは「即事的な政治的根本決断」を含んでいる。法実証主義はこの前決断をある意味で自明のものとしてきたが、しかし刑法の場合とは違って憲法のような法規範においては、この政治的前決断は一見多様で曖昧なものである。正しくは憲法の含む「政治的価値判断」と「狭義の法律的内容」とを区別して前者を明確に自覚にもたらしべきである。この政治的前決断は（上にもみたような事情でペーターズにとって当然のことであるが）概念的・観念的・合理的理性の何かをその基底においてはいない。例えばマルクス主義的な政治的決断に立つた憲法では、未来においての国家の死滅はその前決断の原則であるが、実際には政治的・国家的現実が在ることの必要性は、その憲法の下で生きる万人の「本性適合的に」承認するところで、これが前決断の基底にあるものである。⁽¹⁾

ところでイエリネックの「事実的なものの規範力」説は、法創造の説明にさいし、実力のもたらした事実的状态を正当化し規範化する点において危険である。これは実力という手段を目的の地位に高め、政治的価値判断を低下することに至る。革命そのものは法を創らない。「事実的なものの規範力」説の正しい中核は、新政権の法に規範性を与える慣習法の法源としての承認のみである。⁽²⁾そしてこの場合の慣習法の根基には、政治的価値判断の基底にある人間の国家的本性、すなわち無政府的状态を排し、多少とも公、共、善の現実化に成功しているかぎりでの革命的権力の承認を求める人間本性の傾向がある。⁽³⁾

又これと連関してペーターズは、憲法解釈の法相対主義を批判する。憲法の規範力は何か確定的なものではなくその現実化の歴史的諸条件に依存する、とこの相対主義はいう。しかしこれでは「没法性」Rechtlosigkeitを来すのみである。実際にはこの歴史的諸条件は、規範的なもの（すなわち人間の国家的本性の法則Ⅱ自然法的憲法法則）と「現実的な連関の關係」をなしていて、この關係に基いて、現実化すべき規範的規制の意味を把えることができる。

法相對主義は規範 Norm と現実在 Wirklichkeit とを、つまり「あるべきもの」と「ある」ものとを誤った仕方
 対立させる。しかし二つのものを区別しなければならぬ。一つは「ひとたび形成された憲法は確定された規範であ
 る。いわゆる憲法變遷は正しくみれば、「これに反する」思考や規範（内容）の發展、單純化又は部分的に異別化に
 他ならない」。こうした變遷は、憲法に規範力を与える自然法規範（とそれへの万人の洞見）の連続性の基礎の上
 に立てば眞の憲法違反である。「これと区別すべきは、憲法が（その語意および法意に従ってそれへと適用さるべき社
 会的諸關係の不斷の變化である。後者によって法規の作用は稀ならず本質的に變化する。しかしこうしたことによ
 っては憲法もその規範力も變化せず、「自然法的憲法によって」客觀的に確立している規範體系としての憲法が、その
 本來的な命令力を發揮するためにこそ「そうした諸關係に」適用されるのである」。「こうした區別をしないならむ
 しる憲法變遷 *Verfassungswandelung* の語は廢すべきである」⁽⁴⁾。

ここで批判されているのは新カント派的な「當為」と「存在」の対立である。基本権に連関してペーターズはい
 う。国家は物理的・自然的存在法則を承認しなければならぬように、自らにさしむけられた一定の制約、つまり倫理
 的・宗教的法則、つまり「當為」として創定されたものを守らねばならず、「その侵犯はまた人間の存在法則の侵犯で
 あって、人間社会のうちに混沌と無秩序とをもたらすのみである」⁽⁵⁾。

人間の存在法則は、すでにそれ自体において自然法的倫理法則であって、この存在構造の法則に内的に規定された
 万人の自然法洞見においては「存在」と「當為」とは未分の状態にある。これが分化されるのは対象化的・概念化的
 ・分析的認識の水準においてである。ペーターズの所論の根底には、人間存在の構造法則が、また直ちに人間存在充足
 のための活動の観点からは倫理法則であることをいう、トマス主義の存在論的倫理学がある⁽⁶⁾。この倫理学の眼からみ
 れば、憲法的「現実在」*Verfassungswirklichkeit* は、ペーターズもいうように、憲法の自然法的な「規範」そのも

のであり、憲法規範に矛盾した何かの社会学的事実、変遷する歴史的・社会的諸条件をこれによって言う多くの学者の通常の用語法は、根本的に誤りである。⁽⁷⁾ 国家のうちで生きるすべての人間は、その「常識」によって、憲法的現実、在が未分のままで憲法的規範を含むことを感得しているのである。さればこそ各憲法の政治的前決断のうちにある自然法的な倫理的・政治的法則が、現実にもっとも深く国民の国家生活を動かす推進力となりえ、国法学者はこれをその学的考察の外におきえないのである。

そこで次に、ペーターズがこの「政治」ということで何を考えているかをみてみよう。ペーターズはいう。政治 Politik はそれ自身学ではない。それは活動であり、活動のすべであって、国家統治の技術知 Staatskunst である。そしてそれはポジティブな価値判断にかかわり、この判断によって体系的で有効な国家指導に向けられた諸活動が特徴づけられるのである。⁽⁸⁾ さらに言えば、政治的なものは価値判断にかかわり、公共善に反して特定集団（職能団体、階級、政党など）の特殊的利益を主張することをせず、国家共同体全体の利益への方向づけを志向するものである。そしてこうした価値判断は、現実には特定の世界観に結びつくとはいえず、その根底においては、人間の国家的本性や国家の本質を洞見する人びとの——脱あるいはむしろ前世界観的な——自然法的憲法洞見の存在論的基礎に制約された客観性を帯びたものであるから、前にもみた、政治的判断を単に非合理的・情緒的な主観的なものとしてこれを忌避する非政治的憲法理論を樹てるこれまでの国法学は、邪道を歩むものであった。この意味では今日の国法学（憲法学）の政治化は、正しい反動である。国法学は「即事的な政治的根柢決断」 sachlichen politischen Grundentscheidungen を、憲法の「政治的前決断」を繰返し言うように、考慮しなければならぬ。⁽⁹⁾

しかし、と続けてペーターズはいう。政治の活動、この公共善志向活動は、政治学によって学的に反省される。国術知の動きが、その判断の仕方に即して実践学的に分析される。しかしここが肝要であるが、国法学（或は憲法

学)は、政治学ではない。国法学は同じ政治の活動を対象としても、これを「規範的なもの」の観点から、法学固有の観点から扱う⁽¹⁰⁾。この固有の観念の基礎は、公共善原理と並んで国家生活上重要な「正義原理」である。国家生活のうち正しい法的秩序を樹てることは、さきにも通り自然法的憲法の重要な一内容であった。前にのべた実定的憲法規定の二つの要素「政治的価値判断」と「狭義の法律的内容」のうち、今日までの非政治的国法学があまりに前者を閑却してきたので、その重要性を一方では強調しなければならぬ⁽¹¹⁾が、他方では国法学(あるいは憲法学)はあくまでも後者との連関においてのみ前者をみるのであって、実定的憲法の法的意味内容の学問的分析に、その法学固有の使命があることも忘れてはならない⁽¹²⁾。政治学は国法学の、重要な、但し「補助」学科である。ヘルメンスの政治的憲法学が、公共善の考察を中心とするのにたいし、ペーターズの法律的憲法学が、実定的憲法という公共善現実化の手段の内容の解釈とその固有の論理の解明を中心とすることは、これで明かである。

(1) *Verfassung*, S. 17—8.

(2) *ibid.*, S. 19. M・オーリューやJ・ダバンにも同様の主張があるが、ペーターズのこの主張は正しい。拙稿「国家の法律的根拠づけ」加藤新平教授退官記念論文集「法理学の諸問題」三六三—五頁参照。

(3) 第一次大戦後の革命を通じてのワイマール国家の創建の過程へと、この理論を適用しているものとして、*Verfassung*, S. 77—8, 79, 参照。また第二次大戦後の事態にこれを適用してワイマール国家からボン基本法下のドイツ国家への移行を説明するものとして、*ibid.*, S. 119—21, S. 133, 148—9, 参照。

(4) *Verfassung*, S. 20—1.

(5) *ibid.*, S. 240.

(6) 学生時代のペーターズが新カント派のラードブルッフの影響をうけていたことは、E・フォン・ヒッペルのいうところである。E. v. Hippel, *Der weise Richter*, in: *Gedächtnisschrift Hans Peters*, S. 125. ラードブルッフからの影響の痕跡は、法治国目的にかんし公共善に適合した人格の発展を正義、法的安定性とならべて言うところに *Verf.* S. 196.

現われたりもするが、すでに「行政教科書」においても「正義」は単なる超越的イデーではなく、また正義内容についての
 の新カント派的相対主義は却けられる。*Lehrbuch der Verwaltung*, S. 69.

- (7) *Verfassung*, S. 56. ペーターズは *Verfassungswirklichkeit* を形式的・実定的な憲法状態 *Verfassungslage* とも區別
 している。なおC・シュミットが憲法現実の語を誤用して、ワイマル憲法に反する社会的事実としての「憲法現実」なる
 ものを強調して大統領の権限の拡大を許し、ナチの拾頭に力を藉したことを批判している。S. 56. またヘルメンスと同
 義で憲法を広義の *Staatsform* と定義するところについて *ibid.*, S. 206.

(8) *ibid.*, S. 28.

- (9) *ibid.*, S. 27—8. さらに新カント派により「世紀の変り目にあらゆる科学の基礎として宣伝された無前提性」は、科学者
 を含めた人間認識の被拘束性に鑑みて不可能であることに ついて *ibid.*, S. 18 Note 34.

(10) *ibid.*, S. 29.

(11) *ibid.*, S. 57—8.

- (12) ラーバンド、マイヤー、ケルゼンなどの「唯法主義者」*Nurjuristen* の国法学は、法学と政治学とが曖昧に混同された時
 代には、法学固有の観点を明かにする意味でそれなりの功績をもった。しかしこの混同の危険は今日ないのであり、却っ
 て政治的価値判断への関心を排除した国法学が、なにかの特定の政治的価値判断を自らに暗々裡に受け容れていたり、人
 民大衆をして誤った政治的価値判断に身を委ねしめたりする新たな危険をはらむことは、ナチの経験に顧みても明白であ
 る。とペーターズはのべる。*ibid.*, S. 28—9. ナチの憲法破壊の詳細な記述については、S. 102—8, 118—9. なお法治
 国原理に関連して、S. 198—9. それにしても、憲法学は政治学ではない。

(七) さて以上のようなトミスト的憲法学の基本的論点を、ペーターズが、ボン憲法についてのかれの解釈学に適用
 するところをその細部に亘つて論ずる紙幅のゆとりはないが、主要な問題についてどのように貫徹させてゆくかを示
 す、二、三の具体例を示そう。

(イ) 「自由な民主的基本秩序」——ボン憲法第十八条および二十一条に出てくる「自由な民主的秩序」に関連して、

ペーターズは民主制の本質を尋ねる。かれにとって、民主制は唯一の正当な「国家形能」ではない。君主政体や貴族政体も、特定の歴史的事情の下では、公共善を多少とも現実化して正当な政体でありうるのである。しかし、とかれはいう、自らの私事を自ら処理することのできる、高度の文明段階に達した民族（例えば他のたいていの文明民族とともにドイツ人）の場合には、公事についても、一定の形式、一定の枠内でそれへと人民が協力することが正当化されえ、人民はその権利をもつ。人民のこの「発言権」*Mispruchrecht* は、ボン憲法の場合、次の五つの要素あるいは原則を含んでいる。(1) 一定の**実在的価値**のためにそれは生ずる（**実質的要素**）。(2) それは確定された形式の下で、行使されねばならない（**形式的要素**）。(3) それは倫理的顧慮を必要とする（**倫理的要素**）。(4) それは一定の表象された目的を達成しようとするべきである。(5) 種々の法令の意味を歪曲するにいたるある種の危険を、それはつねに胎んでいる。⁽¹⁾

ペーターズにとっては、ボン憲法が、原則としては（直接民主制ではなく）間接民主制を採っていること、連邦議会や各支邦議会は直接に、大統領や連邦参議院等は間接に、選挙によって国民の代表者が任命されること、この選挙が、一般的で平等で自由で秘密な投票制度によること、決定が種々の変種を含んだ多数決で行われること、基本的人権の実定された形式的体系、権力の分割、裁判の独立、法治国的諸権利（立法および行政の活動への司法的コントロール、審級制を伴う裁判手続、個々の国家机关の権限の法規による限定など）といった「形式的要素」は、民主制にとってどうでもよいものではないが、それにしてもそのもつとも本質的なものではないのである。そうした保障の形式的制度は、民主制の実在的な内容という目的のための手段としてのみある。⁽²⁾そこで、(1)の「**実在的・実質的内容**」が問題になる。ここでは、(4)において問はれるような時々の歴史的事情のもとで世界観や政治的世論に動機づけられつつ表象され概念化されるところの、時局的な目標が問題なのでもない。こうした目標設定は、今日の大衆社会下の

政党政治的現実にあつては、多くは政党や職能団体に参加することを通じてのみ行われるもので、個人的なものではない。⁽³⁾ 民主制の實在的・實質的内容と言われるものは、もっと各人の存在の国家的本性に密着した、持続的で無自覚的・非概念化的な目的洞見が、民主制の目的として言われるものである。「民主制の實在的内容は、国民主権、自由、政治的平等および法治国原理を實現することにある。」⁽⁴⁾

そこでまず「国民主権」についてみてみよう。国民主権とは、国家内で行使される全ての支配権力が法的に尊厳な自主的主体である国民から由来することである。そして下から上へと国家意思は形成され、責任は上から下へと降りることである。この場合ボン憲法がそうするように間接民主制を原則とすることで足り、ルソー流の人民投票的民主制は人民に過大な要求をすることによって危険なものであり、これを採るかどうか、どの程度それを間接民主制に混ざるかは、第二義的な問題である。⁽⁵⁾ 次に「自由」(政治的自由)とは、国民が自らの生活の形成に第一次的に責任をとり、各自の自由の圏域が自然的生活範疇として、第一次的には各人に委ねられることである(↓消極的補完性原理)。他の面から言えば、「公共善の枠内でこの自由の原理が各人の発展を可能にすべきこと」である(公共善原理との調和)⁽⁶⁾。ついで第三に、「政治的平等」は、その理性と良心とを行使できるすべての市民に、国民としての同じ権利が与えられることで、出自、財産、信仰の差別なく、政治的参加の平等のチャンスをもつことである。しかもそれは公共善を目差しての参加である。⁽⁷⁾ 最後に「法治国原理」とは、その核心を「正義」の促進にもつもので、法の安定性や発展のために国家の恣意や介入を拒むことである。「民主制はまずは政治的制度であるが(なぜなら公共善を志向するから)、法への方向づけを包懐しており(なぜなら正義を志向するから)、確定された法秩序のうちのみ、少くも前国家的・超国家的法の枠内でのみ、行わるべきである」。ペーターズは加えていう、こうした「正義」といった、そしてその内容については特定の世界観に結びついて具体的に語りうる価値を積極的に主張する民主制の

把握は、まだドイツ国法学の共同財とはなっていないが、ボン基本法は明らかに十九世紀の価値中立的民主制をではなく、特定の価値を選んだデモクラシーの「一定型」⁽⁸⁾を採用しているのである（政治的前決断）。

そしてこの憲法が、（トミズムが指示するところの、万人の洞見する自然法的倫理的憲法原則に密着した）キリスト教的世界観に立つ「一定型」を採用しているからこそ、(3)の倫理的要素が、ペーターズの重大関心事となる。「民主政治家のいない民主政治はない」とかれはいう。人間の国家的本性を現実化させて国家共同の目的を遂げ、各人の自己完成の条件を整えることは、すでに各市民の倫理的責務である。デモクラシーの實在的要素を成す政治的自由と平等とがすでに公共善の枠内のものである。したがって国家全体の利益にたいする国民の責任意識は、ペーターズによれば、民主制の倫理的要素の第一のものである。⁽⁹⁾

その第二のものは、自由と平等の現実化の前提条件をなすところの、意見の異なる者への寛容である。（公生活の基本的・自然法的原則については万人一致がありえても、公共善の具体的内容やその現実化手段は、必然的に多様な各人の概念化的認識として、多様な世界観によって「解釈」されるから、⁽¹⁰⁾全員一致ということはありえないので）、強制と欺瞞によってつくられる全員一致よりも、意見の対立する状態の方が基本法第一条にいう人間人格の尊厳とその自由な発展にふさわしいものである。⁽¹¹⁾意見を異にする市民が法と正義の枠内で相互に忍受し合うことは（相共に国家的本性への、自然法的憲法への常識の洞見という共通の広場を持っているかぎり）可能であり、異見の者に人はつねにヒューマンでありうる。またそうした態度を将来せしめるのは、民主的な教育や生活様式である。⁽¹²⁾

最後に(5)の民主制が今日の大衆社会で遭遇する危険とそれへの対策としてペーターズのいうものをみてみよう。大衆社会における民主制の危機の原因は、(1) 国民の軽信故のデマゴグの活動の余地の増大、(2) 政治の複雑化、(3) 諸政党の分裂と利己主義からくる。政党が党所屬を、即事的かつ専門的な能力に優先させることからくる。こうした

欠陥は、たんに合理的なものでなく、情動的で多分に倫理的なものであることから当然言えることであるが、この危険の克服は、何よりも倫理的なものによるべきで、結局(3)に即してのべた倫理的義務を自覚する市民と政治家の責任感、名譽心の昂揚によるべきである。それに加えて公衆 *Öffentlichkeit* の見張りが、又抑止装置の制度が肝要で、これには新聞、ラジオ、テレビなどが、そのセンセーショナルリズムの欠陥にもかかわらず、一役買うに相違ない。⁽¹³⁾

- (1) *Verfassung*, S. 164—5. この人民主権が無制約なものでなく、自然法的憲法法則に制約されることもいう。
- (2) *ibid.*, S. 167—8.
- (3) *ibid.*, S. 170—2.
- (4) *ibid.*, S. 165. J・メスナー流にいえば、人間の本性に印刻された「実存的諸目的」*existiellen Zwecken* である。
J. Messner, *Naturrecht*, 1966, 6 Anfl. S. 41ff.
- (5) *ibid.*, S. 167—8, 181—2. この「國民」の法律以前の概念の定義は、S. 177.
- (6) *ibid.*, S. 166, 171. この自由も無制約なものではない。ボン基本法第二条一項、第一八条、第二一条二項、第七九条三項などにより課された民主的自由の制限は、法律的なもので殆んど倫理的でないが「自由はなお倫理的責任感と規律を前提する。」「ここでは法律家が指摘できるのみで造ることはできない形而上学的な所与がかかわる」・ S. 184.
- (7) *Verfassung*, S. 166, 171.
- (8) *ibid.*, S. 166—7.
- (9) *ibid.*, S. 169—170, 184.
- (10) J. Dabin, *l'Etat ou le politique*, p. 132. 水波訳「国家とは何か」一五八—一六五頁。 *Théorie générale du droit*—nouv. édition—, 1969 p. 227—9. 水波訳「法の一般理論—新版—」二八二—五頁。
- (11) *Verfassung*, S. 184.
- (12) *ibid.*, S. 167.
- (13) *ibid.*, S. 172—5.

(八) (ロ) 三権分立——三権分立の原則は、三権の分化をたんにその作用の分化独立と同一視するかぎりでは、実際には多くの点で破られていて、この原則そのものはボン基本法にとって第二義的な意味しかもたぬことを、連邦および各ラント憲法に即して詳細に立証した後⁽¹⁾に、ペーターズは、にもかかわらずこの分立の原理が、自由原理にかかわるが故に今日重大であることをいう。つまり支配の近代的技術の発展やほとんどすべての市民が大いに助けなく国家の補助に身を委ねている現状(補完性原理の頹落)では、「総体としての国家権力が一つの機関の手中にないこと」が、自由の保全にとって大切なのである。ドイツ国法の従来⁽²⁾の分権とは異った分権のこの近代的形態は、まだ充分に解明されていないが、本当はここにこそ自由な民主制を保障するところの、憲法的に拘束された法治国家の意義があるのだ。実質的には行政的作用であるものを裁判官の独立の原則の形式をもって行う「憲法裁判所」や、「連邦制」や職能的・社会的・経済的自治団体の、又政治家の「国家的権限への介入の制度」は、この観点から見直されねばならない、と主張される。

(1) *Verfassung*, S. 184—93.

(2) *ibid.*, S. 193—4.

(九) (ハ) 基本的人権——基本権の総論としてペーターズのいうことの要点はこうである。基本権の問題は人間と国家との関係の問題である。この関係がすでにみたように、人間のために国家があってその逆ではないこと、国家は市民にたいし補完的地位に立つことが、基本権の前提なのである。

ところでボン基本法は、神の似像 *imago Dei* としての尊厳なる人格者が「自然的に分節された」多元的な社会の中で生きつつ、国家のなかで統合的な自己完成を求めるという「カトリック的な社会観」をその裏においた政治的決

断により制定されたものであることに改めてペーターズは注目する。⁽¹⁾ こうしたことがあったのは、消極的には価値中立性や相対主義の誤用が生んだ人間蔑視やナチによる人間奴隷化が、又積極的には人種追放や人間抹殺の悪に対抗してのキリスト教的なものに根ざした「自然法的、人間高揚」が、一切の基本権規範に先立ちこれを根拠づける「人間尊厳」の表象を、倫理的要請としてもたらしたからである。⁽²⁾

したがって、とペーターズは言う。もともとたんに観念的・合理的なものに基本的人権を基かせているにすぎない一七八九年の人権宣言や英米プロテスタントからする歴史的・宗教的表象から、ボン基本法の基本的人権は遠いものである。そうしたものは、それが伴った個人主義と同様、解釈の導きの系とはならない。ただここで、次の二つのもを区別することが大切である、とペーターズはいう。一つは人間の尊厳のようなキリスト教的なものに基いた基本権形成であり、他はキリスト教的民主主義政党の政策の詳細なプログラム規定や計画である。前者は基本権のイデオロギー的な新しい基礎づけの問題であり、後者は政党政策の問題である。後者には非キリスト教的世界観を懐く者は同意しないであろうが、人種、民族、階級などのあらゆる集団概念に先立つ「人間」存在の先行（その尊厳、その倫理法則）に自然⁽³⁾、自然的なセンスをもつ者は誰も、この新しいイデオロギーの指し示すものそのものによって前者には同意できるのである。⁽³⁾

ところが今日のドイツ国学者の文献や、自由主義に郷愁を懐く裁判官達によってつくられた判例は、このボン基本法の父達の採った政治的前決断の途を、大いにはずれてきた。ことに「経済的自由主義」を無批判に採り入れた点で然りである、とペーターズは嘆ずる。⁽⁴⁾ 基本権のカタログがその時々時代の時代に制約された、特定の歴史的事情の下で憲法に書き込まれる以上、基本権の個々の規定を過去数世紀のその歴史的由来から説くことも重要であるが、現行憲法の倫理的・政治的な、世界観的なその諸前提から学ぶことは、なおさら忘れてはならないことである。⁽⁵⁾

以下基本権の第三者効力、直接効力、基本権の分類、特別権力関係の下での人権などについて、独創的な観点からの叙述があるが、今は立ち入りえない。

ペーターズの憲法論のもっとも基本的な要点を吟味した後に言えることは、同じトマス主義者であっても、ヘルメンスとは異って、はっきりとキリスト教やカトリックの名に自らの所論を結びつけることである。ところがボヘンスキーもいうように、カトリックの学者がすべてトマス主義者であるわけではなく、また反対にカトリック信徒でない著名なトマス主義の哲学者も幾人もいるわけである。⁽⁶⁾ 自然的・世俗的な学問たることに徹するかぎりでのトマス主義の観点からみれば、ペーターズのキリスト教やカトリックに事を結びつける憲法論は誤解を招きやすく、そのために本稿においても長い注釈を必要なものとすることになる。それにペーターズが「常識」のトマス主義的認識論についての透徹を欠くことは、そのトマス主義憲法論を、ある肝要な点でかくれた、間接的なものにし、このかくれたものを顕わにするための幾分の補足的説明を必要なものにした。

しかしこうしたことにもかかわらず、ペーターズの遺著が、わが国の憲法学においてかつて語られなかった徹底的に新しいボン基本法像と、国法一般のトミスト的理論とを提示していることは、間違いないといえよう。

(1) 前述四二四頁注11。

(2) *Verfassung*, S. 236, 121.

(3) *ibid.*, S. 235—7.

(4) *ibid.*, S. 234. ペーターズはある論文で (Die Positivierung der Menschenrechte und ihre Folgen, in: *Naturordnung in Gesellschaft, Wirtschaft, Hrsg. v. J. Höffner, A. Verdross, F. Vito*, 1961, S. 363ff) 「人権」と「基本権」とを区別する。前者は自然法により実在するもので、客観的で所与的な *vorgegebenen* 現実在的な *vorhandenen* 本質内

容をもっている。後者は実定憲法によりはじめて実定法上の権利として存在しているのである。この区別の上に立ってボン基本法の基本権規定に即し、四つの場合を見分ける。(一) 基本法が言及する真の人権（第四条の良心の自由の如き）、(二) 人権ではないがすべての人間に保障された基本権（第五条の表現の自由など）、(三) 少くも基本法の意図に従えば人権の性格を欠くがドイツ国民には保障された基本権（第九条の団結の自由など）、(四) 基本法が触れていない真の人権（配偶者選択の自由の如き）（S. 232. Note 22）。西ドイツの憲法裁判所は、しだいに、この意味での真の人権と他の基本権とを区別しなくなり、ために第一九条二項の人権の「本質的内容」規定が空文化したり（S. 368—70）、第二条一項の「人格の自由な発展」の内容が立法者の恣意のままになるものと解されて、規定が空洞化したり（S. 365—6）、職業選択や所有権の内容の多様な様態の間に、不可侵の人権を犯さぬかぎりこれを制約すべき解釈基準を喪ったりしている（S. 367—8, S. 370）¹⁾。なお、*Verfassung*, S. 241, 251—4.

(5) *ibid.*, S. 238ff. 以下240—1, 263.

(6) J. M. Bochenski, *Europäische Philosophie der Gegenwart*, 1955, S. 242—3. 榎田訳「現代のヨーロッパ哲学」二七五頁。