

新刊紹介

韓 泰 淵 著

憲法斗国民

このたび 韓国公法学界の耆宿であり韓国憲法学会会長の韓泰淵 (Dr. Han Taeyun) 博士による新著『憲法斗 (*と) 国民』が刊行された。

著者は曩に『憲法斗 (*と) 政治体制』を著して国家の静態的側面としての権力構造を論じたが、本書はその続編ともいへば、国家の動態側面からの考察として、伝統的あるいは古典的な代議制または間接制民主主義に対して、現代における政治手法として国民を政治の表層に位置づける「直接民主制」と基本権の現代的存在形態としての「社会権」を取り扱った研究である。

近代国家における民主主義的政治制度は過去の代議制的な構

同志社法学 四八卷六号 二五六 (二二一〇)

西 尾 昭

造から最近に至っては徐々に直接民主主義的傾向を濃厚にして準直接民主主義的方向に傾斜しているのみならず、純粹代議制を表現する手段としての選挙についても有権者の政治的選択に従って個別の政治的問題に対する国民投票への指向が示されるようになって今日、またその基本権も社会的基本権としての存在においてその重要性が認識される現在、直接民主制や社会的基本権に対する正確な認識こそが今日の憲法学の新しい課題であるとして、過去のワイマール憲法に関連するマックスウェーバーの見解から新しいロシア連邦の憲法にまで及ぶ考察について、著者が一九八五年以来「東亜法学」「考試研究」等において発表した諸論文の集大成として今日の憲法問題と政治

の現実を動態的側面において論じたものが本書である。

本書の内容は、

第一編 近代憲法における国民主権の原理

I. 序 説

II. 主権の問題

1. 政治的神学?
2. 主権と主権者
3. 主権と国家権力
4. 主権の制限

III. 国民主権の理論と実際

1. 主権の主体としての国民
2. 国家主権と国民主権
3. 人民主権と国民主権
4. 近代憲法の主権傾向
5. 国民主権と憲法制定権力

IV. 韓国憲法における国民主権の原理

V. 結 語

第二編 レフェレンダムとプレビシット

憲法と国民

I. 序 説

II. 国民投票の概念

1. 準直接民主制と国民投票制
 2. referendum と plebiscite
 3. 国民投票制の歴史的多元性
- III. 国民投票の理論的基礎

1. 人民主権と直接民主制
2. 国民投票と代議制との調和の問題
3. 国民投票に対する是非

- 1) 直接民主制に対する支持理論
- 2) 直接民主制に対する反論
4. 国民投票と政党

IV. 国民投票の対象

1. 対象の問題
2. 憲法に対する国民投票
3. 法律に対する国民投票
4. その他の国民投票

V. 国民投票の発案者、その手続き

1. 国民投票の発案者
2. 国民投票の手続き

VI. 結 語

第三編 マックスウェーバーとワイマール憲法

I. 序 説

II. マックスウェーバーにおける直接民主制の理論

III. マックスウェーバーとワイマール憲法の権力構造における直接民主制的要素

IV. ワイマール憲法の解析における直接民主制的傾向

V. 結 語

第四編 社会的基本権の憲法的課題

I. 問題の提起

II. 基本権の発展過程における社会的基本権

1. 自由主義的憲法における社会的基本権

2. 社会主義的憲法における社会的基本権

3. 民主国家の憲法における社会的基本権

III. 社会的基本権の概念と本質

1. 社会的基本権の概念

2. 社会的基本権の様相

1) プログラム規定としての社会的基本権

IV. 対立と調和

1. 対立と相剋

2. 対立的見解

3. 統合的見解

4. 対立から調和へ

V. 結 語

第五編 ロシア連邦憲法に対して

I. 序 説

II. 憲法の基本秩序

III. 基本 権

IV. 国家権力の構造—政府形態

からなるが、

第一篇の「近代憲法における国民主権の原理——トーテムの

仮面から民主主義の原理へ——」

I. 「序説」では、アメリカ合衆国における人民主権の原理

(le dogme de la souveraineté du peuple) は慣習によって確認されまた法によって宣言された原理であるとした一八四〇年のトックビルの「アメリカにおける民主主義論」(de la Démocratie en Amérique) における指摘と、米国憲法は黙示的にまた明示的にはその憲法前文と第一〇次改正における人民主権原理 (Grundsatz der Volkssouveränität) に基礎を置いている、というK. レーベンシュタインの「米国憲法論」(Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten) での指摘に立脚して米国の建国当初からの人民主権主義を説明している。

フランスにおいては、このような人民主権の原理は大革命以後の憲法がその原型となっていて、一七八九年の「人權宣言」(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) の第二条、一七九一年憲法の第三節第一条、第一共和国憲法である一七九三年憲法における人民主権 (De la Souveraineté du Peuple) を規定した第七条、そして一八四八年の第二共和国憲法第一条等の規定がそれであるとする。

フランス憲法におけるこのよう人民主権に関する規定はその表現に若干の相違があるが、それはそれ以後の全ての民主主義的憲法にそのまま受け継がれた近代公法の大原理とれている。

英国憲法は急進的な革命ではない漸進的な改革の結果として人民主権ではないいわゆる議會主権 (Sovereignty of Parliament) に立脚した。

そうした実定法における人民主権の原理を肯定する立場にあっても国家の概念如何によってフランスとドイツでは隔たっている。

すなわちドイツ憲法では立憲君主国家を背景としたイエリネック等の国家法人税に基礎を置く国家主権の原理に立脚した。しかし王権神授説によった君主主権の原理と立憲君主国家における国家主権主義はすでに一つの遺物され、今日の全ての主権論は正に国民主権の理論それ自体を意味しているとする。

II. 「主権の問題」では、1. 「政治的神学？」では、ジャン・ボータンはその主権理論によって近代国家の礎石 (la première pierre de l'Etat moderne) を置いた。しかしボータンによるこのような先駆的業績にかかわらず今日にいたるまで主権に関する明瞭な定説がなく近代公法理論では果てしない論争の対象となっている。その理由は今日にいたるまで主権の概念を中心とする論争から抽出される不可思議 (mystères) 操作 (manipulation) 混乱 (confusions) 虚像 (trompe-l'œil) 二重の意味 (double-sense) などのような話題のためであり、この

ような主権の不可思議はまさに主権の政治的神学的性格と直結しているとする。

デュギーはその主権否定論の立場から主権の政治的・神学的性格を説明している (L. Duguit, *Traite de droit constitutionnel*)。

カール・シュミットはデュギーとは異なり、主権の概念を一つの限界概念 (*ein Grenzbeff*) として規定し、その「政治的神学」 (*Politische theologie*, 1934) におけるように彼の主権理論は最初から政治的神学の理論に基堪を置いている。

一七・一八世紀における神の概念が世俗に対する神の超越性を意味したようにシュミットにおいても国家に対する主権者の超越性とその主権概念の本質を形成していて、彼がその主権理論を政治的神学という命題において取り上げた理由もここにあるとし、また2. においては「主権と主権者」に対し、3. では「主権と国家権力」に関し、4. では「主権の制限」について説明している。

Ⅲ. 「国民主権の理論と実際」においては、1. 「主権の主体としての国民」においてまず主権の主体問題を中心にしてその歴史的展開過程を説明し、特に国民主権という場合におけるその主体としての国民に関する現在の理論的・実際的な問題点を

指摘する。

2. の「国家主権と国民主権」では、近代主権理論においては国家と国民との関係をいかに規定するかは国家概念それ自体が直接の問題となることを前提としている。

一七八九年の市民革命という歴史を持つフランスにおいては早くからルソーの影響でフランスに特有の国民主権の原理が革命期の憲法を支配した。ここでは国民と国家は別個の物ではなく国民の組織化が直ちに国家であるとされた。

エスマンは国家とは国民の法的な人格化 (*la personification*) であり、公的権力である主権およびその担当者が直ちに国家である、とした。

これに対して、デュギーは主権否定論に立脚して人格化された国民を主権の権威的な主体として規定する理論を反駁している。

しかしカレ・ド・マルベールは国民と国家との同一性を強調して国家は国民と一つであり、国家と国民は法的には同一のもの、の二つの面に過ぎないとした。

近代的意味の市民革命を経験しなかったドイツにおいてはその後進的な国家主義の立場から一九世紀にいたるまで国家主権 (*Staatssoveränität*) の理論が通説化した。これはヘーゲルの

国家理論の影響下でE・アルプレヒト、C・ゲルバー、G・エリネック等による国家法人説の根拠となったというのが通説であった。

しかしこのようなドイツの国家主権説は理論的にも実際的にも過去の学説に転落した。

3. の「人民主権と国民主権」では、フランスにおいてはすでに一八三〇年七月王政の法学者によって人民主権の原理と国民主権の原理が区別され、また理論的には国民主権の原理はA・シーエスにより、人民主権の原理はルソーによって代表され、実践的には国民主権の原理は一七九一年のフランス憲法により、人民主権の原理は一七九三年のフランス憲法と一七九五年のフランス憲法によって代表された。

このような意味での国民主権と人民主権の区別は思想的・理論的区別を意味すると同時にフランス憲法史の歴史的区別を意味していた。

しかしこの両者の区別を体系化されたのはカレ・ド・マルベールの一般国家論 (*Contribution à la théorie générale l'État*) からであった、とする。

4. 「近代憲法の主権傾向」では、近代憲法はフランス憲法史に見られる人民主権の原理または国民主権の原理といった二

つの原理に関してそのいずれかだけに依存することなしにその二個を混用するのを常例とする。

それはこの二つの原理においてその一方に忠実な時には国民の自己支配という民主主義的原理に違背するかまたは実際において具体的な実践が不可能になるからである。

戦後におけるフランスの一九四六年一〇月の第四共和国憲法第三条と一九五八年の第五共和国憲法第三条においても憲法的にはこの二つの原理の共存または同一性を規定していた。

その上一九四九年のボン憲法第二〇条第二項でもこのよう事実を見いだすことが出来るとする。

5. の「国民主権と憲法制定権力」では、主権の本質的徴表が憲法制定権力 (*Pouvoir constituant*) の所有を意味するならば主権の問題は結局憲法制定権力の問題を意味せざるを得ない。また民主的法治国家的要請による主権と国家権力の分離は結局主権の実体を憲法制定権力に極限することを意味する。

シーエスは一七八八年に出版した「第三階級とは何か」 (*Qu'est que le Tiers État*) で憲法制定権力 (*pouvoir constituant*) と制定された権力すなわち制度化された権力 (*pouvoir constitué*) を区別した。

そしてその一年前の一七八七年に制定された米連邦憲法に

においても憲法制定権力と立法権は区別されてそれが理論においてのみならず憲法典によって実践された (Burdeau, *Traité de science politique*) とする。

IV. 「韓国憲法における国民主権の原理」では、一九四八年七月一二日に制定された韓国憲法もフランス大革命以後の世界の憲法の常例に従ってその第二条で国民主権の原理を規定している。従ってこの国民主権に関する規定は現行憲法である第六共和国憲法にいたるまで殆ど同一の内容として韓国憲法での不動の主権の規定となっている。

またこれと共に韓国憲法は第一条で「大韓民国は民主共和国である」と規定することで共和国の全体的性格と本質的に明示しているとしている。

V. 「結語」においては、デュギーをはじめとする主権概念に対する否定的見解にもかかわらずポータンによって始まった主権概念は近代国家における政治と法的構造の鍵となっている。

事実国家社会をその標準とする限り主権の概念は次のような二つの二律背反的現象が現われる。その一つは主権の制限のないいわゆる「主権解体」(la souveraineté démembre) の過程であり、他は民族解放の要請に依拠した新しい主権国家の簇生である。前者の代表的な場合がヨーロッパ共同体の出現で、

ここではすでに遂行された経済的統合過程と共にその政治的統合過程が進行している。これに対して後者の代表的なケースは共産主義の没落に起因した東欧圏での新しい主権国家の簇生である。前者が国際的民主主義の先進化の傾向を表すとすれば後者は国際的民主主義における後進化の傾向を示すものとしている。

しかしこのような二律背反的傾向にもかかわらず民主主義が自由と平等の理念に立脚している限り主権の概念はその対内外的概念を問わず近代国家におけるその法的統一性のための不可欠の概念であることは疑うことができない、とする。

第二篇の「レフェレンダムとプレビット——近代国家における国民投票制の理論と実際——」

I. 「序説」においては、近代国家における政治体制はフランスに固有な国民主権 (soveraineté nationale) の原理に立脚した一七九一年憲法においてその仮想の国民の意思 (hypothetische Volkswille) に根拠を置いた結果としての有権者と代表が断絶した「純粹代表制」(régime représentatif pur) のような古典的代議制から議院内閣制におけるような内閣の政治的責任と議会解散権が交差した結果としての代表と有権者と

の政治的―一体性が保障されたエスマンのいう「準代議制」(semi-representatif)に、そして代議制の原理に国民代表制のような直接民主制的要素が混合したいわゆる「準直接民主制」(democratie semi-directe)の傾向に発展している(Esmein, Deux form de Government)。

特に民主主義の世界化を招いた第二次世界大戦は戦後の政治的諸問題を解決する方法の一つとしてこのような直接民主制の手段を採用した。

今日では国民投票制のような直接民主制は代議制と共に民主主義国家における国民の主権的意思表現の直接的方法として普及している。

ただし戦後においてもドイツ連邦共和国基本法ではワイマール共和国憲法の場合と違い一に議会においてのみこの国民主権が行使できる代議制に依存している。

もちろんドイツ憲法におけるこのような反動的傾向はワイマール憲法におけるその準直接民主制に対する一つの経験的反省の結果を意味するが、同憲法の制定過程における支配的見解はワイマール憲法における国民請願(Volksbegehren)および国民表決(Volksentscheid)は国民の意思をそのまま代表することのできないひとつの空虚な制度であり、国民統合の機能の

代わりに国民を離間させるだけの制度であるという致命的回想(fatale Erinnerung)の結果を意味していた。従ってここでは一九二五年の選挙でヒンデンブルグ大統領の直選が結局は一つの誤った政治的決断を招いたようにヒトラーによって強要された国民投票は国民の現実的意思とは距離の遠い一つの虚偽的民主制度を意味した。

ここに今日においても直接民主制が代議制の立場から不信の対象となる理由が存在し、従って今日においても直接民主制の全ての問題はその理論と実際を問わず代議制との新たな対決の過程からその回答が形成されざるを得ないこととなっているとする。

II. 「国民投票の概念」

1. 「準直接民主制と国民投票制」では、近代国家における統治の民主化過程は直接・間接的に政治への国民の参与を拡大することにより国民の一般意思(volonté générale)と統治との合一を要請してきた。従ってこの要請に対応するための民主主義の終着駅が代議制への国民投票制の導入である。もちろんその指導理念においてもその原理においても対立する傾向を示すこの二つの体制の混合は常に問題となることが多い。しかしここにおける代議制と直接民主制とのこのような混合は直ちに

準直接民主制 (démocratie semi-directe) という新たな政治体制を誕生させるに至った。

準直接民主制におけるその政治的手段が国民投票制である。事実フランスの政治的伝統においては「民主主義的神話の象徴」(le symbol du mythe démocratique) すなわち支配的状态と被支配的状态間の可能な調和の象徴を意味した。しかしこのような意味での国民投票制は単に国民の国政への直接的参与という直接民主制の政治的手段を意味するだけでありその概念と内容については見解が必ずしも一致するものではない。

ここにおいて国民投票制と国民投票を区別する必要がある。従って国民投票制という場合にはその内容の如何を問わず国民の国政への直接的参与を意味するからこのような意味での国民投票制は直ちに直接民主制との同義語を意味する、と説く。

2. 「referendum と plebiscite」では、国民投票はレフェレンダムの用語の他にプレシットという語も使われている。事実英・独・仏の辞典においてはレフェレンダムとプレシットは共に国民投票・国民表決または国民議決等と規定されている。しかしその用語の歴史においてはプレシットという語はレフェレンダムという用語よりは少し古い時代に属する、としている。

国民投票においてレフェレンダムとプレシットの区別は混用される程度にその区別は相対的であり、英・米においては両者は区別なしに全ての国民投票をレフェレンダムと総称している。

フランスでは革命と王政復古のような進歩と保守の循環を重ねる過程においては早くかレフェレンダムとプレシットは意識的に区別された。事実国民投票において、レフェレンダムがスイスのな政治現象の一つを意味するとしたらプレシットはフランス革命後にその準直接民主制の政治的経験からうまれたフランス憲法史におけるその固有の政治的現象を意味している。したがってフランスにおけるレフェレンダムの問題は常にプレシットとの対立とその区別の過程において展開されているだけでなく、その上この両者を区別する場合にもこの両者の性格に対する論理的分析ではなくおおよそフランス憲法史における歴史的経験を土台にした帰納的方法に依存している。

ここにおける両者の区別は大体次のような二つの傾向に区別される。その一つはこの両者を絶対的に対立させる傾向であり、他の一つは両者を相対的に対立させる傾向である。前者はデュギーに代表され、後者は代議制と直接民主制の調和を主張するカレ・ド・マルベールによって代表される。このレフェレンダ

ムとプレビシットの両者間の区別は厳格に言えば法的区別ではなく一つの政治的区別を意味する。それは法的にはこの両者を区別する主観的要素と客観的要素がかならずしも一定しないからである。ここに学者による見解が多元化される理由がある、としている。

3. の「国民投票制の歴史的多元制」においては、国民投票はその起源において必ずしも同一の系譜に属せず多くの歴史的多元性を表している。

今日ではその原則とする代議制にもかかわらず、国民投票制のような直接民主制の政治的手段が世界的に拡大しているが、その源流に関しては大体スイス・米・国・フランスにおけるそれに要約することができる。しかし困民投票制の歴史が問題になる時にはその最初の源流はまず古代と中世のゲルマン的伝統に立脚したスイスにおけるその国民投票制であるだろう。スイスを直接民主制度の搖籃 (berceau des institutions démocratiques directes) と規定している理由はここにある。

スイスに次いで米・国もまた直接民主制における第二の故郷と見なされている。もちろん米・国における直接民主制は連邦的水準ではなく州のレベルでだけ実施されている。したがって米・国においては連邦憲法によって代表されるようにその徹底した代

議制と共に州憲法におけるその直接民主制への傾向は確実に今日における西欧的民主主義政治制度の全部を代表している場合といえる。

国民投票の歴史において、その第三の国家はプレビシットの祖国を意味するフランスである。フランス憲法史における国民投票は大革命から今日の第五共和国憲法の制定にいたるまで大體次の「三つの波」(trois vagues) に区別されている。

その第一の波は共和暦一年憲法から帝政憲法の補充条項 (Acte additionnel aux constitutions de l'Empire) にいたるまでの期間の国民投票である。ここではまた大革命の二つの憲法すなわち共和暦一年とその三年憲法に対する国民投票の場合と、執政官的国民投票 (plebiscites consulaires) すなわち共和暦八年・一二年そして一八一四年の帝政憲法の補充条項等における国民投票が区別される。その第二の波は第二帝政における Louis Napoleon による一八五一年・一八五二年・一八七〇年の国民投票である。第三の波は第二次大戦以後において第三共和国憲法を精算するに当たっての一九四五年の一国民投票を始めとして第四共和国憲法の制定のため一九四六年四月と一〇月の国民投票そして第五共和国憲法制定のため一九五八年一〇月の国民投票およびそれに基づく今日にいたるまでの国民投

票である、と述べる。

III. 「国民投票の理論的基礎」

この節では、1. で「人民投票と直接民主制」の関係を明記し、2. では「国民投票と代議制の調和の問題」を検討し、3. では「国民投票に対する是非」問題を論じて、1) 「直接民主制に対する支持理論」と、2) 「直接民主制に対する反論」の展開を紹介する。そして4. では「国民投票と政党」に関して問題点を展開している。

IV. 「国民投票の対象」

この節では、1. で「対象の問題」点を提起し、2. において「憲法に対する国民投票」を、3. では「法律に対する国民投票」を、そして4. では「その他の国民投票」に関して説明している。

V. においては「国民投票の発案者、その手続き」に関する問題点を指摘し、VI. の「結語」では以下のような結論を要約する。

民主主義が治者と被治者の自同性の様な自己支配の政治原理を意味するとすれば、国民によるその主権の直接行使を意味する直接民主制は正にその原理への最大限の接近を意味する。しかしこのような意味の民主主義はそれが純粹民主主義または絶

対的民主主義のような表現の如何にかかわらず、それはその対象・方法における限界によって完全な実施は結局において空想に属することとなる。このような理由で近代の国民国家はモンテスキューの原理に従って代議制を原則とすると同時に場合によっては国民投票あるいは人民発案のような直接民主制の導入によって代議制の欠陥を補充している。しかしこのような場合にも国民投票のような直接民主制の価値に対する懐疑と不信は依然として限らない論争の対象となる。従って国民投票に対するこのような懐疑と不信は国民投票の祖国を意味するスイスではなくかえって純粹代議制の歴史に忠実であったフランスで加重されている。もとよりそれはスイスにおける国民投票は歴史的にはレフェレンダムを意味し、フランスにおけるそれはプレシットの歴史を意味したからである。事実英・米・ドイツにおけるようにレフェレンダムとプレシットの区別をしていない立場では先ずその価値の問題は国民投票におけるその民主主義的性格如何の問題を意味している。

フランスにおける国民投票に対する懐疑と不信はフランスに固有なプレシット的な国民投票の歴史から起因する。Serge Sur はフランスの国民被害の歴史を二つの時期に区分しているが、最初の時期は革命期 (La période révolutionnaire) での国

民投票で、第二の時期は二つの帝国でのプレシビットと *Senatus consulte* (上院決議) によつたこととで、ここではこの国民投票は制度から人間へと変えられた。第三期は一九五八年の第五共和国憲法での国民投票であつた。その第一一条における法律に対する国民投票に関する規定が包括的であり、また同憲法第八九条の憲法改正条項のような憲法改正の方法として使用された。このような理由でジョルジュ・ピユルドーはそのレフェレンダムの性格を単純なレフェレンダムではない *référéndum-prédicté* の場合として理解している。

一九世紀が純粹な代議制または準代議制の黄金時代を意味するとすれば、二〇世紀はまさに国民投票による準直接民主制 (*democratic semi-directe*) 開花の時代を意味している。もとより直接民主主義の代父を意味するルソーそれ自身の告白にあるように神の人民でない限りこの地上においては自己支配の民主主義は不可能かも知れない。しかし直接民主制による民主主義の千年王国 (*das Tausendjährige Reich*) への期待は他律的な拘束を嫌う人間においてはもう一つの永遠なる理想となるのである。

第三篇「マックス・ウェーバーとワイマール憲法——特にそ

憲法と国民

の直接民主制の理論を中心として——」

I. 「序説」

ワイマール憲法においては、ドイツにおける政治的後進性の結果としてその共和国の新しい出帆において、君主制の擁護者と共和制の支持者の鋭い対立、そしてロシアの一〇月革命とその結果としてのソビエト権力の誕生のようなマルクスの社会主義に影響された労兵代表委員会 (*Arbeiter-unt Soldatenräten*) の結成のような冷酷な政治的現実があつた。したがつてこのような政治的状况においてその制憲議會は英国型モデルの議會君主制、議會主義に立脚した純粹共和国制、そしてソビエト的モデルの共和国等のような三つの選択からその一つを選択することが強要された。その結果第二の選択すなわち議會主義に立脚する共和制の憲法を選択した。

しかしこの場合、西欧的意味の議會主義の経験が不足した当時のドイツにおいては議院内閣制それ自体に対する政治的危険負担がまた問題となつた。したがつてこの問題の解決は何かの具体的な歴史的経験よりはかえつて抽象的な理論的構想に依存せざるを得なかつた。特に同憲法においてその憲法全体の性格とその運営を左右するその大統領の国民による直選は、直接民主制・指導的民主制 (*präbilitäre Führerdemocratie*) の立場

をとるマックス・ウェーバーの理想に影響された。このような意味からワイマール憲法はマックス・ウェーバー思想的嫡子という意味している、とする。

II. 「マックス・ウェーバーの直接民主制の理論」においては、マックス・ウェーバーは彼の直接民主制的・指導者の民主主義理論においてその権力の妥当性が問題となる時は、それと議会主義的立憲主義国家における合理性に対するカリスマ的正当性に立脚して国家的権力における合法性と正当性を具体的に区別し、合法性と正当性の区別はそれ以後のワイマール憲法の解釈において特にC・シュミットの理論に重大な影響を与えた、とする。

III. 「マックス・ウェーバーとワイマール憲法の権力構造における直接民主制的要素」

マックス・ウェーバーはワイマール憲法の制定には積極的に参与しなかったが、一九一七年の「過去と未来におけるドイツの議会主義」一九一五年の「新しく整序されたドイツにおける議会と政府」一九一八年の「ドイツの未来の国家形態」等の著述を通じて重大な影響を与えた。

ワイマール憲法はその権力構造において代議制と直接民主制との混合、そして英国的議院内閣制と米国大統領制の混合によ

るいわゆる議会主義的大統領制または二元的な第三の政府形態を創出した。ここで大統領制的要素すなわち直接民主制的要素としては大統領は国民により直選され国の宰相および国の大臣を任命し、議会を解散し、外国に対して国家を代表し、軍を統帥し公務員を任命するといった国家元首としての一般的権限以外に非常大権の行使、法律に対する国民投票発議権、法律の制定と憲法の改正において議会と参議院の意見の衝突がある場合の解決のための国民投票発議権等である。

ここでの宰相の任命権と議会解散権は議院内閣制において国家元首の伝統的な権限を意味するが、その国家元首がワイマール憲法におけるように大統領として国民によって選出される時はこの大統領は国民的正当性に依拠しその権限は大統領の固有の実質的権限とみなされる。したがってここにおける大統領の議会解散権が代議制的要素でなく、国民投票と共に直接民主制的要素とみなされる理由はそのためである、とする。

IV. 「ワイマール憲法の解釈における直接民主制的傾向」——カール・シュミットにおける「合法制と正当性」「憲法の守護者」——

ワイマール憲法における議会主義的代議制と直接民主制的要素の混合は以後における同憲法の発展過程に従って解釈におい

ても議會主義的憲法國家の立場から直接民主制的傾向へと移って行つた。その代表的な場合がC・シュミットにおける直接民主制の意味の解釈である。それは一九二〇年から三〇年初葉にいたるまでワイマール共和国での憲法理論は一九世紀をその黄金時代とする法実証主義、より正確には法律実証主義(Gesetzpositivismus)の退潮と価値常有的憲法理論への移行を意味する。ここでこのような新しい解釈の試みとして登場したのがC・シュミットの「合法性と正当性」「憲法の守護者」である、とする。

V. 「結語」では、ワイマール憲法はその権力構造において二律背反的な議院内閣制と大統領制、そして議會主義的代議制と直接民主制のような異質的要素を混合している。ここでK.レーベシュタインは以下の理由でワイマール憲法は近代憲法史においては一つの記念碑的憲法を意味すると指摘する。その理由は同憲法は西欧的議會主義すなわち議院内閣制に米国の大統領制を接ぎ木した最初の憲法であり、その結果大統領制的議會主義または議會主義的大統領制的共和国のような執行権の二元性の政府形態が出現したため同憲法は議會主義的代議制と直接民主制を混血した代表的憲法を意味するからである。

しかしワイマール憲法におけるその大統領直選制と共にその

直接民主制を意味する国民投票制を独裁のための政治目的に活用したのは正に同憲法の精算人を意味するA・ヒトラーであった。

このように見れば、マックス・ウェバーにおけるその直接民主主義的指導的民主主義には独裁的側面と民主主義的側面のよくな対立した二個の側面が指摘される。しかしこのような二つの側面はいかなる民主主義的秩序においても発見される側面であり、民主主義においても強力な指導が必要なことと、それとは反対にいかなる権威も認められないという主張が存在するからである。事実今日の社会においても確固たる政党体制の欠如と、さまざまな経済的社会的利益集団が密着している状況にあっては、その議會主義的民主主義も資質を持った指導者と強力な権威が同時に要請されている。その代表的な例がフランス第五共和国でその憲法は議院内閣制と大統領制を混合することによって今日におけるフランスのすべての問題を解決しようとした。この意味からワイマール憲法は正にフランス第五共和国憲法の典型を意味し、マックス・ウェバーは正にド・ゴールの先駆者を意味するといえる(S. Mommsen, Max Weber und deutsche Politik)とされている。

第四篇「社会的基本権の憲法的課題——自由の概念の二〇世紀的展開——」

I. 「問題の提起」

社会的基本権の登場は近代団家の憲法体系に次のような問題を提起した。

まず第一に国家的性格の対立である。近代国家におけるその社会の市民社会から産業社会への変化はその国家の性格についてもそれは市民的法治国家ではない大衆的な社会国家であることを要請した。したがって市民的法治国家は個人の自由の保障をその目的とする国家体制を意味するのに対して、社会国家は大衆の全的な福祉を目的とする国家体制を意味している。その結果基本権の体系においても自由権的基本権は法治国家をそして社会的基本権は社会国家を代表するとみなされる。ここにおける対立のように法治国家と社会国家の対立はまた個人と国家との関係においてもその定義の対立をもたらした。したがって「国家からの自由」(Freiheit vom Staat) に立脚した法治国家においては国家権力に対する否定的論議の結果として全ての国家権力を個人に対する敵と考えるのに対して、「国家による自由」(Freiheit zum Staat) に立脚している社会国家においてはそのような生存権と自由が国家に依存する結果として、すべての

国家権力をその友人と考えるようになった。その結果前者においては社会秩序の形成における国家的中立が、そして後者においては国家的干渉が要請される。

第二は近代的憲法におけるその概念の変化である。近代社会においてはとその市民社会から産業社会への転化によってその憲法概念についてもその修正を不可避にした。

すなわち現状維持的な「保障の憲法」から「計画としての憲法」(Verfassung als Programme) に修正された。したがってこのような場合にはその憲法は現実の固定的な現状維持から現実の動的形成のための経済的・社会的政策に対する「目的規定」を意味する。今日の憲法におけるかような目的規定の代表的なものが社会的基本権である。

第三は近代憲法における社会的基本権の登場はまた近代憲法の基本権の変化を不可避にする。自由権的基本権はその性格において国家に対する消極的な防衛的権利を意味するならば、社会的基本権は積極的に国家からの受益をその内容とする積極的性質の権利である。しかし近代国家における基本権の両者の対立は直接に自由の概念の衝突を意味する。したがって自由権的基本権が自主的自由を意味するならば、社会的基本権は参与的自由を意味する。その上両者はまた個人主義と集団主義、自由

主義と社会主義、そして法治主義と社会国家を代表するものと

される。このような場合に両者の関係をいかに安定させるかが今日における基本権の課題である。事実マルクスは社会主義においてはその基本権を全体主義立場からすべての基本権を社会的基本権化することによってこの問題を解決した。しかしすべての基本権の社会的/basic権化は直ちに自由の核心的概念を意味する自主的自由の喪失を意味する。したがって個人の自由を理念とする自由民主主義において自由の喪失でない自由の具体化の立場からその社会基本権が規定されなければならない。最近の基本権の理論においてはスメントのいわゆる統合説の立場から基本権を客観的価値秩序に見る「基本権の価値論」を初めとし、基本権の客観的また制度的側面を重視する「制度的基本権論」そして実質的自由の立場から基本権におけるその給付側面を強調する「社会国家的基本権論」(sozialstaatliche Grundrechtstheorie)等は正にこのような立場からのこの両者を統一的に理解するための試みといえる。

II. の「基本権の発展過程における社会的基本権」の検討においては、1. 「自由主義的憲法における社会的基本権」、2. 「社会主義的憲法における社会的基本権」、そして、3. 「民主国家の憲法における社会的基本権」の内容とその問題点、その

発展過程を説明する。

III. は「社会的基本権の概念と本質」の把握を試み、1. では「社会的基本権の概念と本質」について社会的基本権の概念を確立し、次に2. で「社会的基本権の様相」を説明し、その1)では「プログラム規定としての社会的基本権」2)では「制度的保障としての社会的基本権」そして、3)では「主観的公権としての社会基本権」を分説する。

IV. 「対立と調和」では社会的基本権の憲法的課題としての「対立と調和」を説明する。1. では「対立と相剋」、2. では「対立の見解」、3. では「統合的見解」を、4. においては「対立から調和へ」の傾向を説いている。

V. では次の如くその「結論」をする。

特にここでは韓国憲法での社会的基本権に関して言及し、一九四八年公布の大韓民国憲法はその基本権に関してその実効性の如何は別として、それは二〇世紀的憲法の基本権としての十分な資格を保持する憲法を意味した。事実韓国憲法即ち制憲憲法での基本権は古典的な意味の自由権的基本権は勿論、教育の権利、勤労の権利、勤労者の団結権、生活無能力者に対する保護、婚姻と男女平等、婚姻の純潔と家族の健康の保護、等のような代表的な社会的基本権が規定されている。その上ここでは

このような社会的根本権に関する規定と共にその第六章経済においては「大韓民国の経済秩序はすべての国民に生活の基本的需要を充足させる社会正義の実現と均衡ある国民経済の発展を期することを基本的原則とする。各人の経済的自由はこの限界内において保障される」と経済秩序を規定している。しかし韓国経済における基本権特にその社会的根本権の精神的社会的基礎は何であるかの問題に対しては今尚それに対する明快な回答は欠如している。しかしその体制は一九一九年のワイマール憲法特にその憲法秩序とその基本権の韓国的輸入を意味している。事実政治的状况においてその当時のドイツと第二次大戦後の韓国は単に敗戦の帝国と植民地からの解放のようなその歴史的条件を除外してその他の政治的状况においては、ある程度の類似性を見せている。すなわち第一に帝国の崩壊による新しい民主国家の建設への時代的要請と、第二に共産主義的社会主义と西欧的民主主義のようなイデオロギーの対立が正にそれである。従ってワイマール憲法におけるその社会的根本権は直接にはいわゆる資本主義と社会主义の平和的和解の結果を意味するといえる。ただし自由主義に対する殆どの経験と知識をもたない制憲当時の韓国社会においてはその憲法における自由権的基本権と社会的根本権が厳格な意味から自由主義と社会主义との妥協

を意味するとはいえないかも知れない。したがって韓国憲法における社会的根本権はある意味においては社会主义との妥協でなく共産主義的社会主义の克服のためのいわゆる「勝共」の手段を意味するかもしれない。このような意味から韓国憲法における社会的根本権は先ず自由権的基本権を否定する共産主義的社会主义に対する一つの抗議的手段を意味していた。その上朝鮮王朝におけるその封建的な社会的残滓と日帝の植民地的秩序が温存していた。制憲当時の韓国社会においては一つの政治的革命を意味するその民主主義的政治秩序と共にその憲法における基本権特に社会的根本権はまた韓国社会における平和的な社会的革命を意味していた。近代憲法における基本権はそれが自由の保壘であるとの意味から基本権におけるその量的拡大は直接に自由の拡大自体を意味しているが、その上ここでの社会的根本権は正に社会主义の理念的嫡子を意味する時には基本権を標準とする限りにおいて自由主義における社会主义との妥協は二〇世紀的基本権における一つの宿命を意味している。したがってここでの自由主義と社会主义は人間の生存とその価値を高揚する新しいヒューマニズムの創出のための相互補充的手段を意味している。

第五篇「ロシア連邦憲法に関して——最後の選択? 自由民主主義の勝利——」。

I. 「序説」

一九九三年一月二日の国民投票によってロシアはその国家の歴史における最初の西欧的な古典的憲法を制定し、その結果として自由民主主義的イデオロギーに立脚した新しい民主共和国を誕生させた。

ロシア連邦憲法はロシア国民にとっては一つの新しい選択を意味すると同時にそれはその国民が克服しなければならない一つの実験であった。今日ではその「共産主義の幽霊」は自然に消滅してしまったが今日における精神が方向を失ったニヒリズムに墮落する時には最近の議会選挙に見られる極右の台頭のような不吉な前兆は決して看過できない。したがってロシア連邦の寵生はロシアにおける自由主義の勝利を意味するのではなく、それはかえって自由民主主義の敵からの自由民主主義それ自体の守護を責任とするその義務の負荷を意味するといえる。

II. 「憲法の基本秩序」

ロシア連邦憲法は「前文」と第一篇における第一章「憲法体系の基礎」、第二章「人間的・市民的権利と自由」、第三章「連邦組織」、第四章「ロシア連邦大統領」、第五章「連邦議会」、

第六章「ロシア連邦政府」、第七章「司法権」、第八章「地方自治」、第九章「憲法の修正および改正」、および第二篇の付則に相当する「終結および経過規定」の二三七か条から構成されている。

第一篇第一章憲法体系の基礎では、憲法の理念、国家形態と主権、政治的社会的多元主義と複数政党制が規定されている。ここではロシアの意味で使用されるロシア連邦はその第一条で「共和制的統治形態の民主連邦法治国家」と規定されている。したがっての国家形態は第一に連邦国家であり、第二は民主共和国であり、第三は法治国家を意味している。

その上第七条一項では「ロシア連邦はすべての個人の価値的生活の指標と自由な発展を保障する」社会的国家として規定している。それは条文の体制は異なるがその国家形態は第二次大戦以後のフランスとドイツ憲法における国家形態に関する規定と類似している。このような意味からロシア連邦憲法の基本秩序は正に西欧的な自由主義的国家それ自体を意味している。

III. 「基本権」

ロシア連邦憲法はその第一篇第二章で国民の基本権すなわち「人間的・市民的権利と自由」を規定する。したがってその第一七条から第六四条にいたる膨大な基本権に関する規定はその

題目は勿論その内容についてもそれは一七八九年のフランスの人権宣言における思想的基礎のロシア的承継を意味している。その上その憲法の編成においても同憲法は西欧的憲法の先例にしたがって基本権を国家的権力構造に先行した順位に規定している。

ロシア連邦憲法の基本権は西欧的自由主義への回帰の結果として大体において自由権的基本権と社会的な基本権を中心とした構成になっている。したがって同憲法は自由権と社会的な基本権と共に「第三世代の基本権」(Droit de la troisième génération)と称される新しい類型の基本権に属する環境権も規定している。ロシア連邦憲法における基本権は第五五条三によって「憲法秩序、道徳、健康、他人の権利と法律的利益あるいは国家の防衛および国家安全保障の不可避的な場合においてのみ連邦法律による制限がなされる」。また第五六条一においては非常事態が宣言された場合にはその必要に応じた自由と権利の制限を規定する。

IV. 「国家権力の構造—政府形態」

ロシア連邦憲法は基本権の次に第三章において「連邦組織」を、第四章では「ロシア連邦大統領」を、第五章で「連邦議会」を、第六章で「連邦政府」を、そして第七章で「司法権」

に関して規定する。このように同憲法はその権力構造におけるその国家形態に該当する連邦組織と共に政府形態に該当する権力構造においては古典的権力分立の原理に従って立法・司法・行政の相互独立に関して規定する。

政府形態においてロシア連邦憲法はフランス第五共和国の一九六二年憲法改正以後のようないわゆる新大統領制(Neo-Präsidentalismus) 準大統領制(semi-presidential) に立脚する。ロシアにおけるその準大統領制はロシア議会におけるその民主主義に対する、そしてその議会に關した知織と経験の全くの欠如を救済するための不可避の選択であると思われる。そのような理由でロシア連邦憲法には他の準大統領制の憲法には見られぬ大統領の地位の強化、政府と議会の相対的弱体化が規定されている、として第五篇は結ばれる。

かような本書の概観を通じて、読者はその内容として取り上げられた個別の内容のみならずその説論の基礎となっている著者の長年に亘る研鑽から滲みだす「法・憲法・国家」に関する哲学に触れることができ、韓泰淵公法学の集大成ともいふべき本書のさらなる熟読へと誘われるのである。

(本稿の作成については、本学大学院の葛奉根講師の示唆に負うところが多かった。記して謝意を表する次第である。)

〈付 記〉

本稿の作成に当たって著者からの次の書簡(日文)に接した。以下その内容を記し以て付記とする。

「……(前略)……

韓国の公法学は韓国の建国の歴史と同時に起源し、また日本の公法学からの重大なる影響を受けざるを得ないと言うことが否定できない限り韓国公法学も日本公法学とその氣候を共にすると言えます。しかし日本の政治体制が議會君主制であるのに対し韓国の政治体制は大統領制のそれであるという理由から実定法上の問題では日本の公法学と韓国の公法学はその対象が違つてはいないかと思われず。従つて国民主権の問題は別として国民投票制の問題に至つては、それは直接民主制の傾向を示す大統領制と共に韓国憲法学の主なる対象にならざるを得ないと思います。

ともあれ国家が主権国家である限りいかなる民主主義国家においても国家的権力による支配は決して避けられない運命とも言ふべく、またそれ故に国家と個人、支配と自由をその

内容とする公法学は世界共通の普遍的な学問だと言えます。従つて拙著「憲法と国民」の内容となる諸論文もかような人類共通の問題の一部であるに過ぎません。

……(後略)……

一九九七年三月

韓 泰 淵