

## 《研究ノート》

# トリーペル研究ノート

### ——『憲法と政党』の一考察——

加藤 一彦

#### 目 次

- 一 はじめに
- 二 トリーペル——略歴と業績——
- 三 『国法と政治』——方法論——
- 四 『憲法と政党』——特質と問題点——
- 五 小結——私見——

#### 一 はじめに

わが国の研究者が政党法制を研究する場合、常に引用・参照する文献の一つとして、トリーペルの『憲法と政党』(Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, 1927)がある。中でもトリーペルがこの作品の中で提示した「四段階説」は、国家・憲法と政党との関係を説明する上で、重要な道具概念を提供している。しかしながら一般的にいえば、わが国の憲法学のあり方は、トリーペルの政党理論をもっぱら価値中立的な道具概念として援用してきたために、日本国憲法と政党との関係をトリーペルがいう第三段階に位置するというような静的分析に終始し——一部の政党法プロパーの研究者を除けば——進んで全国法体系と政党との関係を動的に把握しようとする視点を欠いていたように思える。

これには、わが国の憲法学が直接的に受容したトリーペル理論がそもそも国法規範と政党との関係を規範論中心に、つまり、どの規範が政党を実定化しているかという議論に集中していることに原因の一端がある。もちろんそうした

分析方法も両者の関係を説明する上で何らかの意義を持つことは確かであろうが、同時に、このトリーペル理論の援用が、動態的政党法制分析にほとんど役立たないことも指摘しておく必要がある。しかし私がここで問題としたいのは、そうした点のみならず、「政治的なもの」を重視し、規範論に終始する概念法学的発想を否定していたトリーペルが、なぜそのような規範論中心の政党論しか描けなかったのか、換言すれば、『憲法と政党』の背後にあるトリーペルの思想とは一体何であったのかという点である。

一般に学説というものが一定の状況下で主張される以上、この状況を顧みることなく無批判的に学説を道具概念として利用することは、危険な作業であるといってもよい。とりわけトリーペルの場合は、同時代のケルゼン、シュミットとは異なりあまりわが国ではその学説史的位置づけ作業が行なわれてこなかったために、いかなる文脈・思考様式の中で『憲法と政党』が演説されたかについて配慮されてこなかったように思える。

そこでこの研究ノートでは、いわば政党法制研究の共有財産でもある『憲法と政党』を先にふれた視点にもとづき、今一度私なりに分析し、トリーペル政党理論の持つ限界点を提示・素描することを目的としている。

ただ本論に入る前に、トリーペルの学説史的位置づけ作業として、トリーペルの生涯とかれの代表作の一つである『国法と政治』を素描しておきたい。というのも後述するように、トリーペルの経歴を追えば、そこにおのずとかれの学問的姿勢が現われ、また『国法と政治』への言及は、同時に『憲法と政党』への予備的研究としても有意義と思われるからである。

これらの手続をふまえた上で、以下においてトリーペルの政党理論を批判的に考察するが、ここではあくまでかれの政党理論分析に重点を置いており、これ以外の様々な興味ある問題——例えば、法学方法論論争、違憲審査制論争など——にはふれていない。「トリーペル研究」としては片面的ではあるが、これらの点については後日の研究課題にしておきたい。

## 二 トリーペル——略歴と業績——

ハインリッヒ・トリーペル (Heinrich Triepel 1868年2月12日ライプティヒ生, 1946年11月23日グライナウ没)<sup>1)</sup>は, ドイツ第二帝制を経て, ナチスの権力掌握期まで活躍した著名な法学者の一人である。トリーペルの学問分野は国際法・国法学であるが, 国法学に限ってみてもその著書・論文は多々あり, これを文献的に考察することはここでは不可能である。そこで以下では, 重要な作品をあげながらトリーペルの略歴を叙述してゆきたい。

トリーペルは, 1868年2月12日ライプティヒで貿易商を営む商家の子として生まれた(父は, Gustav Triepel. 母は, スイスの中国学・文学史学者 Heinrich Kurz [1805—1873] の娘である)<sup>2)</sup>。

1886年, トリーペルはフライブルク・イン・ブライスガウ大学に入学し, そこで法律学の勉強を始めたが, その後ライプティヒ大学へ移った。トリーペルはライプティヒ大学でかれの師, 刑法学の権威ビンディング (Karl Binding 1841—1920) の下で国法学を学んだ(当時, ビンディングが国法学の代講をしていた)<sup>3)</sup>。

1891年, トリーペルは最高の成績で (summa cum laude) ライプティヒ大学より博士号を, 93年には国法学, 国際法, 行政法の教授資格を授与された。教授資格論文は, Das Interregnum; Eine staatsrechtliche Untersuchung (1892) である。この著作はトリーペルの学問的能力を証明するのに十分な作品であったが, こうしたアカデミックな仕事をしながらもトリーペルは, ライプティヒ

---

1) トリーペルの略歴については, U. Scheuner, Art. Triepel, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 6. Aufl., Bd. 7, 1962, S. 1044 f.; A. Hollerbach, Zu Leben und Werk Heinrich Triepels, in: AöR, Bd. 90, 1966, SS. 418—420. 尚, 同紙所収のホラーバッハによるトリーペル文献目録が SS. 551—557 にある。

2) Hollerbach, a. a. O., S. 418.

3) Ibid.

4) Ibid. ; R. Smend, Heinrich Triepel, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht (Festschrift für G. Leibholz zum 65. Geburtstag), Bd. 2, 1966, S. 108 f.

の地方裁判所 (Landgericht) で予審判事として6年間勤務した<sup>4)</sup>。この間にトリーペルは、エジプト学研究者 Georg Moritz Ebens (1837—1898) の娘マリー (Marie Ebens) と結婚している<sup>5)</sup>。

1899年、トリーペルは国際法学上の主著 *Völkerrecht und Landesrecht* (『国際法と国内法』) を発表した。「本書によりトリーペルは、ドイツ国際法学の権威者たちの仲間入りを果たし、諸外国でも認められ、あるいは論争の的になるような注目を浴びた<sup>6)</sup>と語られているように、本書は国際法学上重要な画期的作品であった。この作品は、わが国の国際法学にも多大な影響を与え、その研究業績も多々みられるのでここでは深入りを避けるが、簡単にいえばトリーペルはその中で「ビンディングの合同行為の理論を国際法の分野に導きいれ」、「国際法の妥当性を個別国家の意思にもとづいて説明するこれまでの考え方を批判するとともに、国際法と国内法は妥当根拠を異にした別個・独立の法秩序であるという<sup>7)</sup>二元論を提唱することにより、近代国際法の発展に根本的影響を与えた<sup>8)</sup>。

チュービンゲン大学教授時代 (1900—1909年)、トリーペルは初めて国法分野に手を広げた。この最初の著書は、*Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche; Eine staatsrechtliche und politische Studie* (1907)<sup>9)</sup> である。だが何といても国法学者としてトリーペルを一躍有名にした作品は、1907年に出版契約がされた *Die Reichsaufsicht* であろう (本書は1917年に出版された)。この第二帝制期の代表的テキストは、トリーペルがワイマール憲法に関しまとまった体系書を執筆しなかったため、かれを知る上で重要な資料となっている。本書の特徴は、当時の憲法にかかわる一切の問題を扱い、その分析も素材中心主義により行なわれている点にある。この素材中心主義は、トリーペルの諸作品全てに打ち抜かれている特質でもある。

その他、多数の国法分野における諸業績を発表してゆく一方で、国際法分野

5) Hollerbach, a. a. O., S. 419.

6) Smend, a. a. O., S. 109.

7) 田畑茂二郎『国際法 I』(1957年) 152頁。

8) Scheuner, a. a. O., S. 1044.

9) Smend, a. a. O., S. 111.

にも多大な貢献を果たしている。例えば、1908—1944年まで Martens : Nouveau Recueil Général de Traités. の編集にたずさわり、そこで実に編集者として勤勉な作業を続けたのである。こうした二つの分野に股がるトリーペルの仕事は、キール大学教授時代（1909—1913年）も続けられたが、この時期はむしろ国際法に重点を置いていた<sup>10)</sup>。

おそらくトリーペルが最も活躍した時代はベルリン大学教授時代（1913—1935年）であろう。この前半期——第一次世界大戦終結まで——は、「トリーペルを一躍有名にし、当時の大問題、中でも第一次世界大戦やワイマール共和国の問題について論陣をはる」<sup>11)</sup> などして、ベルリン大学教授の肩書きを十分に発揮した。しかしトリーペルは、保守的な愛国者であったが、決して激情的な愛国者ではなかった。そのためにトリーペルは、戦争賛美的な論説をひかえ<sup>12)</sup>、もっぱら学問の営みに自己を限定したのである。

ドイツ敗戦とワイマール憲法制定とともにトリーペルの新たな活動が始まった。トリーペルは、Verein „Recht und Wirtschaft”（「法と経済」協会）<sup>13)</sup>により設置された委員会のメンバーとして新憲法準備作業に身を捧げて参加した。1919年2月も終る頃、トリーペルは Die Entwürfe zur neuen Reichsverfassung（新ライヒ憲法のための草案）について研究報告をした。この報告の中でトリーペルは、民主的秩序を力強く肯定する一方で、ドイツの諸政党が分立している点に根源的な懸念を覚え、議会主義に対して懐疑的な報告を行なった<sup>14)</sup>。ワイマール初期の段階ですでに議会主義に不信感を持っていた事実は、トリーペルを知る上で注目に値する。

後期ベルリン大学教授時代にトリーペルは、ワイマール憲法について、立法の方法、ライヒとラント間の訴訟、国事裁判権の本質と発展、基本権に基づく

---

10) Ibid, SS. 109—111.

11) Ibid, S. 112.

12) Ibid, S. 115.

13) 「法と経済」協会については、広渡清吾『法律からの自由と逃避』（1986年）288頁の註④参照。

14) Smend, a. a. O., S. 114.

15) Ibid, S. 114 f.

立法者の限界理論などを鋭い手法で分析を加えていった<sup>15)</sup>。わけても、基本権の捉え方に関しては、従来の法実証主義者による理解とは異なり、基本権は立法者に対し実質性豊かな効力を持ち、この効力は裁判所の審査権により保障されると主張した<sup>16)</sup>。もちろんこの考え方は、現在のボン基本法自体に導入されているが、当時のこの違憲審査制の主張は「憲法学のあり方」とも関連して、学会を巻き込んだ大論争へと展開していった。この点については後でふれたい。

トリーペルは、1926年10月15日と翌27年8月3日にそれぞれ演説を行なった。前者は、ベルリン大学総長就任演説であり（Staatsrecht und Politik. 『国法と政治』）、後者は、ベルリン大学の創立者F・ヴィルヘルム三世の誕生記念祭での演説である（Die Staatsverfassung und die politischen Parteien. 『憲法と政党』）。詳細は次章以下に譲るが、『国法と政治』の中でトリーペルは、従来のゲルバー／ラーバント流の形式的解釈論とは異なり、ワイマール憲法解釈に政治的なるものを加味することを主張した。もちろんこの主張は、価値を前面に出した国法学の提唱に外ならない。だからこそトリーペルは、不安定のままにあるワイマール憲法〔体制〕に対し形式的論理解釈に終始するような憲法学のあり方を批判し、「国法規範の全般的把握は、政治的なるものを取り込まなければ全く不可能である」<sup>17)</sup> といいはなち、従来の法論理主義的実証国法学と決別したのである<sup>18)</sup>。これによってトリーペルは、「生」を志向する国家学と国法学を高らかに主張し、当時の新しい憲法学、所謂、政治的憲法学の出現を助け、この新派に属する若い研究者たちと連帯して「生の憲法学」の構築者となったのである。ただトリーペルが、シュミットのようにファシズムに乗りはしなかった点を見失ってはならない。両者はともに政治的憲法学者と名づけられるが、それは大雑把なグルーピングでしかない。トリーペルの場合は、シュミットが規範的なるものを決断的意志により無視してゆくのに反し、規範的なるものを主体とした政治的憲法学の構築を目的とした点で異なる<sup>19)</sup>。

16) Ibid., S. 115 f.

17) H. Triepel, Staatsrecht und Politik, 1926, S. 19.

18) 小林孝輔「国法学における法と政治」（『憲法における法と政治』所収 1980年）14頁参照。

19) 同上・17頁参照。

またトリーペルは実践の上でもファシズムに反対した。トリーペルにとってナチス政体は、体系的法と真理をねじ曲げる政体でしかなかった（戦後トリーペルは、この時代をドイツ法史上おそらく無比の事例として「殺人者が元首であった」時代と回想している）<sup>20)</sup>。例えば、トリーペルの影響下にあったドイツ法曹大会（Deutscher Juristentag）やドイツ国法学者大会といった研究機関は、首尾よく強制的同質化に反抗することができ、ナチスのエンブレムで飾りたてられずにすんだといわれている<sup>21)</sup>——おそらくこれが、逼塞を余儀なくされた法学者の反抗の証しであったのだろう。

大学を足場としたトリーペルの活動は、ベルリン大学総長職を最後に1935年に終わった。大学に暴民政治が入り込む前にトリーペルは大学を去った。この間の事情はあまりはっきりしないが、ホラーバッハは、35年3月11日に解職通知がトリーペルに手渡され、これを受けてトリーペルは自分の教職をさらに続けるという願いをきっぱり拒絶し、結局、3月末に解職されたといっている<sup>22)</sup>。

その後トリーペルは、ライプティヒで救貧委員を、ベルリンで教区長を務めながら音楽を友として余生を送っていた<sup>23)</sup>。だが研究欲も衰えることなく、三つの作品を世に送り出している。Die Hegemonie (1938), Delegation und Mandat im öffentlichen Recht (1942). そしてトリーペルの死後突然出版された Vom Stil des Rechts; Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts (1947) である。この最後の作品は美学の専門書としても高い評価が与えられている。

1946年11月23日、オーバーバイエルン、ガルミッシュ近郊のグライナウにある別荘で永眠した。78歳の生涯であった。

### 三 『国法と政治』——方法論——

「最も有名なワイマーラーによる国法と政治への貢献の一つはトリーペルの

---

20) G. Leibholz, In Memoriam Heinrich Triepel, in: Deutsche Verwaltung, 2. Jahrg. NR. 6, 1949, S. 142.

21) Ibid.

22) Hollerbach, a. a. O., S. 420.

23) Smend, a. a. O., S. 120.

名を付した総長就任演説である<sup>24)</sup>。当時支配的であったゲルバー／ラーバント流の法実証主義を批判したこの『国法と政治』演説は、第三回ドイツ国法学者大会（於・ミュンスター 1926年）での非合理主義的な自然法への回帰を基調としたE・カウフマン報告と並んで、新派、超法実証主義派の主張を裏づけた作品として有名である。そこで本章では、法学方法論にも転換を与え、同時にトリーペルの法思想を最もよく表わしていると思われる『国法と政治』について素描してみたい。

### I 『国法と政治』の紹介

まずトリーペルは、旧派、法実証主義派の出発点をゲルバーに見出す。トリーペルはゲルバーの『公権論』(Über öffentliche Rechte)は、「全ての政治的なものから国法という学問を純化することを任務とした新しい学派の鮮明にスケッチされたプログラム<sup>25)</sup>と捉える。その上でゲルバーの法学方法論には次のような特徴がみられるという。「政治的・国家哲学的推論(Raisonnement)には、文字通り法学的構造(die juristische Konstruktion)がとって代わらなければならない。この意味はこうである。法的なるものは、法学的なるものによってのみ把握できる。法学的考察をなすにあたっては、政治的なものは単に道具にとどまり、決して目的ではないのだ<sup>26)</sup>。

この立場は「ゲルバーの精神的遺言執行人」(ランズベルクの言葉)ラーバントに受け継がれ発展されていった。このゲルバー／ラーバントの影響力は学会の趨勢を占め、「われわれの諸先輩の誰もが、始めはゲルバー／ラーバント学派の魔力にとりつかれてしまったのである<sup>27)</sup>。

では具体的にこの学派に内在する魔力とはどういうものなのであろうか。ト

24) Hrsg., H.-J. Koch, Seminar : Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977, S. 85.

25) Triepel, a. a. O., S. 6. 尚、『国法と政治』の学説史的位置づけについては、宮沢俊義教授の「公法学における政治」「法および法学と政治」(ともに『公法の原理』1967年43・107頁以下に所収)が、是非とも参照されるべきである。

26) Ibid.

27) Ibid., S. 7f.



リーペルは次のように説明する。「この学派にとっては、国法問題を処理する場合、『法の本質』の確定により公法関係を分析することが、何よりも重要であり……一般的法概念を発見することや、見つけ出された諸原理から生起する帰結を展開してゆくことも重要なのである。この分析は、ごく一般的には法制度という概念を構成する論理的諸要素を広げてゆくことを意味する。そこでは一切の目的論的考察は禁じられる。というのは、法制度が仕える目的は、その概念の彼岸にあるからである。そこから自ずと一切の政治的考慮は——それが目的論的考慮を持つが故に——国法に対し一定の距離を保たなければならないという結論が引き出せる。この学派は、悪魔との取引を避けるように政治的なものとの接触を回避した憲法・行政法の著作だけに『厳に法的』という敬称を与えたのである」<sup>28)</sup>。

トリーペルによれば、ゲルバー／ラーバント学派は、第二帝制期を通じ支配的地位を占め、その影響力はひき続きワイマール期にも及んでいるという。その上でトリーペルは、この学派の立場を受容し、発展させていった代表者こそ純粋法学の創始者ケルゼンに外ならないと断じた（トリーペルの弟子で同じく政治的憲法学者に数えあげられるライプホルツもかつてランズベルクがラーバントにむかっていたように、ケルゼンをラーバントの遺言執行人と揶揄している）<sup>29)</sup>。

ゲルバー／ラーバント学派を究極にまで押し進めたケルゼンに対しトリーペルは次のような評価を下している。ザインとゾーレンとが認識論上、完全に対立するという点から出発するケルゼンにより指導された新興オーストリア学派は、一般的には法学から、規範科学を問題とする上で個別的には国法から一切

28) Ibid., S. 8.

29) ライプホルツ 木村亀二訳「ドイツに於ける国法学の近況」(『法学志林』33巻8号1931年)36頁参照。尚、ヘラーは純粋法学を「論理的法実証主義のあまりにも遅く生まれすぎた嗣子であり、社会学および価値に無関係なラーバント主義が、当然に、そこへ行きつく結論」といっている。この点については、熊田道彦「平等原則における立法者拘束説(2)」(『流通経済論集』2巻3号1967年)33頁。また宮沢教授は、このトリーペルのケルゼン批判は、法の解釈と法の科学的認識を区別しない議論であると指摘される(『法および法学と政治』前掲書所収・120頁参照)。

の因果的考慮を排除しようとする。この特別な敵対行為により政治的論究は、それが目的論的論究である以上、正当外のものとして無視される。ラーバントは、法制度の目的がその法学的形成に影響を与え、その理解にとって価値を持ち得ることを認容したが、ケルゼンの場合、この種の考え方は——醜い表現といわれるかもしれないが——超法学的 (Metajuristisch) として排除される。このようにしてももちろん意図的になされた単なる形式としての法は、いかなる内容も持てなくなる。ケルゼンは、国家を一般的に法概念としてだけ、つまり、もっぱら特定の行動の帰属中心点として特徴づけるまでに到った。結局ケルゼンは、国家を法秩序自体、諸規範の一つの体系と等置したのである<sup>30)</sup>。もちろん政治的考慮を排除する中で国法を扱うことが考えられるにせよ、しかし最終的には、方法論的純粋性という名誉を確実に大切に保持しておくことは、わが学問の貧困化という代償を支払うことになる。そこではわれわれは、教会史なき教会法を、国民経済、私経済を考慮しない商法に従事せざるを得ないであろう。法律学を別の学問との接触から排除するこの論理的排外主義は、法律学を余りにも密教的でもっぱら玄人だけに理解し得る理論にし、憲法、議会、君主制、自治という一切の国家制度やその他様々なものを単に血のかよわぬシェーマに過ぎないとみなし、その上こうした倫理的内容を把握不能にさせ、行きつくところ国家学・法律学を枯ち果てさせてしまうのだ<sup>31)</sup>。

今まで長く引用してきたように、トリーペルは、ゲルバー、ラーバント、ケルゼンがとる方法論はいわば法学構造的な方法論にすぎず、そのために法学それ自体が無意味な概念操作に終始してしまったと結論づけた。そしてトリーペルは、法学構造的な方法論に対し「目的論的方法論」「精神科学的方法論」を対置し、公法学の対象が政治的なるものである以上、その方法論も政治的なるものであるべきだとする新派の考え方を擁護した。トリーペルの理解によれば、法学は法の先験的内容のみならず、人間の秩序づけられた一つの共同生活のための規制から成立し、育成され、滅びてゆき、場所と時間にしたがって様々な形

30) Triepel, a. a. O., S. 16 f.

31) Ibid., S. 17.

32) Ibid., S. 19.

で形成されゆく経験を経た法秩序ともかかわりを持つとされる<sup>32)</sup>。そこでは、法を規範化し概念づける社会的諸関係を考慮することが重要である。法的な当為たる法規は、常に普遍的評価の表明であり、法規が持つ意味にしたがって特定目的の実現化への手段として捉えられる客体に関係づけられる。したがって、法的なるものに際して重要である目的関係から何らかの形象を作り出すことができなければ、法規を理解することは一般に無理といえる。換言すれば「『政治的なるもの』を——これは様々にニュアンスをかえる言葉の今一度新たな意味であるが——国家目的にかかわる、つまり個人の目的に対するその限界づけにかかわる一切のものと名づければ、国法規範の全般的把握は、政治的なるものを取り込まなければ、全く不可能であるのは明白である」<sup>33)</sup>。一切のものを「数学的正確性」により確定する<sup>34)</sup>ような論理のみを重視する法学構造的的方法論は無意味である。「目的論的考慮が、法学から放逐されるべきであるという見解は支持できない。むしろこう考えたい。目的論的考慮が、論理的なるものの仮面の背後に隠れてしまう代りに、公然と自らの地位を法学に求め、その地位を主張しなければならない。法それ自体が利益紛争に関する価値判断という複合体である以上、目的論的方法が法学の対象に適合する方法なのである。したがってわれわれは、憲法においても政治的考慮と論理形式的概念作業とを結びつけることを恐れず、むしろこれを要求するのである」<sup>35)</sup>。

このようにトリーペルは、政治的考慮にポイントを置く目的論的方法論こそが真の法学・憲法学を構築するための前提とみる。だがそれは何も恣意性を強調する立場ではない。「われわれは、国法が政治にとって代られてしまう日々に戻ることを期待してはならない。政治的傾向が現行法を歪曲しようとするならば、われわれはますますそのことに疑念を持つ。だがわれわれは、まず政治的なるものから逃れることはできはしない、ましてや政治的なるものを考慮しないで現行法を解釈することなど不可能であるのは明白である。ただそのとき

33) Ibid.

34) Ibid., S. 30.

35) Ibid., S. 36 f.

36) Ibid., S. 37.

われわれは、法学的構造自体を軽視することとは一線を画くするのである」<sup>36)</sup>。

この言葉に端的に表われているように、トリーペルは政治的なるものが全てと知っている訳ではない。政治的考慮が余りにも軽視されていたが故に、これを重視することが必要であると主張しているにとどまる。とはいえ、トリーペルが目的論的・精神科学的方法論をとる以上、特定の価値実現化が法学の名において推進されることは否定し得ない。だからこそトリーペルは、この演説の最後を次の言葉で結んだのである。「利益法学にとって至高なる北極星は法理念であり、永遠なる公平である。法理念だけに仕えることが、われらの責務であり、これを誠実に尽くすことが、われらの誓いとされなければならない」<sup>37)</sup>。

## II 『国法と政治』の意義

今まで『国法と政治』を概観してきたが、ここでこの演説の意義を確認しておきたい。法学方法論をめぐる争いは、ワイマール期を通じて重要な論争の一つであった。この発端は、カウフマンの『新カント派哲学批判』(1921年)によるが<sup>38)</sup>、本格的論争は、1926年のミュンスターにおける第三回ドイツ国法学者大会での「ライヒ憲法 109 条の意義における法律の前の平等」に関するカウフマン報告から始まったとあってよい<sup>39)</sup>。「法律の前の平等」の問題は、通常、立法者拘束説・非拘束説に関連すると捉えられるが、この問題は、憲法典への解釈態度までに到る重要な契機を孕んでいる<sup>40)</sup>。つまり、ワイマール憲法にいう「法律の前の平等」が、単に法適用の平等を保障する規定であるのか、それとも法律自体の平等をも保障する規定であるのかという対立は、立法者を拘束する法原理を承認するか否か、制定法に対する裁判所の審査権を承認できるか否かという問題にまで発展し得る<sup>41)</sup>。その意味でこのテーマは、多岐にわたる

37) Ibid, S. 39.

38) この点については、Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 2. Aufl, 1983, S. 69 f. 河島幸夫/脇圭平訳『ワイマール共和国の政治思想』(1976年) 63—64頁参照(原著は、Deutscher Taschenbuch Verlag 版を利用した)。

39) 宮沢「公法学における政治」(前掲書所収) 48—49頁参照。

40) 熊田道彦「平等原則における立法者拘束説(1)」(『流通経済論集』1巻2号 1966年) 91頁参照。熊田論文は、方法論をめぐる論争の経緯について最も詳細な作品である。

論点を持ち、そのためにカウフマン報告は、極めて論争誘発的であった。

この点について敷衍する余裕はないが、ここでは次のことを指摘しておきたい。本報告でカウフマンが「法律の前の平等の起源と意義は、その原則の中に超実定的 (überpositiv) に妥当する法原理が設定されるべきことを示している。それ故、この法原理は何よりも第一に立法者を名宛としてむけられているが、立法者は成文法を制定する権限を持つものの、その際にこの法原理を侵害することは許されない」<sup>42)</sup>と発言した点に端的に現われているように、カウフマンは法実証主義を完全に否定した。もちろんこのことは同時に、カウフマンの法学方法論が法理念を追求するものである限り、目的論的・精神科学的方法論であることも意味する<sup>43)</sup>。その意味でカウフマン報告は、確かに「法実証主義から新自然法または法学における精神史的方法への転回」<sup>44)</sup>の決定的画期であった。だがこれに対し法実証主義者アンシュツが「自然法への回帰」に警告を発し、ケルゼンが自然法は法的形而上学であり、そのために「自然法への回帰」は常に「政治的意味」を持つとしてカウフマン報告に決定的批判を加えたのも当然であった<sup>45)</sup>。

ではそうした状況下でなされたベルリン大学総長就任演説は、どのような役割を果たしたのであろうか。

- 
- 41) 一般的に言えば、法理念主義・反議会主義を主張する新派から違憲審査制は要求された。但し、法実証主義をとるケルゼンも違憲審査制を認めるが、ケルゼンの場合には新派とはちがった理由づけによる。簡単に言えば、ケルゼンは憲法保障の見地から、つまり、憲法、法律、命令、行政行為、判決という一連の法段階構造を保障するという立場から違憲審査制を承認するのであって、新派のように反議会主義的発想から、いわば議会への対抗力としてこれを認めるわけではない。ケルゼンの違憲審査制については、石村修「憲法保障制度の基本問題」(『専修法学論集』27号 1978年) 199—200頁参照。
- 42) E. Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL, H. 3, 1927, S. 5 f.
- 43) 精神科学的方法論については、G. Holstein, Von Aufgaben und Zielen heutigen Staatsrechtswissenschaft, in: AöR., N. F. Bd. 11, 1926, SS. 1—40. 特に, S. 31 f.
- 44) 熊田・前掲論文・96頁。
- 45) この批判は、カウフマン報告への質疑の中で提示された。VVDStRL, H. 3, 1927, SS. 47—54. 尚、この点については、熊田・前掲論文・97頁、宮沢・前掲論文・49—50頁参照。

ホラーバッハによれば『国法と政治』には二つの特質がみられるという。第一に、国法は基本的に政治的なるもの以外のものを対象にすることができないことを証明しようとしたこと。つまり、国法は政治的法であり、生にむけられた国法学の任務は、国法規範を創造・形成し、今一度国法により支配される政治的諸勢力との最も密接な関係の中で国法規範を設定することである。第二に、これはトリーペルの政治的なるものへの見方と極めて密接に関係するが、トリーペルのこの演説は国法における目的論的方法論、利益法学のための弁護であるという点である。つまり、トリーペルがこの演説の中で一番いいかかったことは、政治的考慮と論理・形式的概念作業との結合を国法の中で促進してゆく目的論的方法論が妥当性を持つということに外ならない<sup>46)</sup>。

確かにトリーペルの場合は、形式論理的概念性を背後に持つ純粋法学や法実証主義とは異なり、価値判断への絶対的従属が法学の世界を支配することを承認する。換言すれば、トリーペルの説く利益法学・目的論的法学は、いわば論者の色を告白することをいとわぬ<sup>47)48)</sup>。だが、法理念を求める主観主義に依拠したトリーペルの発想は——かれの意図とははなれて——ワイマール後期の政治状況下では権威主義的国法理論にも合流し得る点に注意すべきである。この点についてゾントハイマーは「より高い諸理念との出会いの過程は、ワイマール時代にあっては不吉な様相を帯び、憲法の発展にも深い影響を及ぼさないわけにはいかなかった」<sup>49)</sup>と述べているが、その指摘は当時のトリーペルをはじめとする新派の政治的意味を位置づけるに際して意義深いものがある。

いずれにせよ、法学方法論をめぐる「論争の過程において決定的だったのは、この新派の登場によって政治的なるもの——それは精神的および具体的・

46) Hollerbach, a. a. O., S. 429.

47) Ibid., S. 430.

48) 確かに『国法と政治』では、目的論的方法論が前面に出ているが、このトリーペルの姿勢は何もこの論争期に初めて現われたわけではない。ホラーバッハによれば、チュービンゲン時代のトリーペルとM・リュウメリン、P・ヘックとの出会いが、トリーペルを利益法学にむかわせたとされている。事実、M・リュウメリンに捧げられたトリーペルの主著 Die Reichsaufsicht は、利益法学の成果を取り入れた新たな方法論的概念を打ち出しているといわれている。この点については、Ibid., S. 431 f.

49) Sontheimer, a. a. O., S. 75. 訳書・69頁。

社会学的形態をとって現われるが——を、もはや国法の領域からしめ出すことができなくなったという事実である』<sup>50)</sup>。26年以降もこの論争は続くが、当時ライプホルツをして「純粹法学に於てその最高度に到達したところの一面的な法実証主義は死した」。「解釈・法律的構成及び目的概念に関して、従来の構成的論理主義的方法論の代りに、決定的に目的論的法考察が置き換えられなければならぬことについては、今日一致して認められて居る。』<sup>51)</sup>といわしめたように、新派・新世代（カウフマン、トリーペル、スメント、ケルロイター、シュミット、ライプホルツなど）の優れて政治的な憲法学が、晩期ワイマール共和制下の法学会を彩るようになったのは確かである。こうしてみるとトリーペルの『国法と政治』は、いわば転換期にあった伝統的ドイツ憲法学から政治的憲法学への道標であったといえよう。

#### 四 『憲法と政党』——特質と問題点——

『憲法と政党』(Die Staatsverfassung und die politischen Parteien)<sup>52)</sup>論文は1927年8月3日、ベルリン大学<sup>53)</sup>の創設者F・ヴィルヘルム三世(Friedrich Wilhelm III, 在位1798—1840年)の記念祭として国王の誕生日を祝してベルリン大学総長トリーペルが旧大講堂で行なった演説である。

この論文は、戦前の早い時期に美濃部達吉教授によりすでに紹介され<sup>54)</sup>、戦後においても佐藤功教授、丸山健教授などの諸論文で多々言及されている点か

---

50) Ibid, S. 72. 訳書・66頁。

51) ライプホルツ(木村訳)・前掲論文・66—67頁。

52) H. Triepel, Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, 1927.

53) ベルリン大学は1810年10月10日に設立された。ドイツ大学史については、H・シェルスキー 田中昭徳・阿部謹也・中川勇治訳『大学の孤独と自由』(1970年)362頁参照。

54) 美濃部達吉訳「憲法と政党」(『国家学会雑誌』43巻2号 1929年)169—188頁。さらに本訳文は、後に『憲法と政党』(1934年)1—30頁に所収された。また、美濃部訳は、「序」が翻訳されていないが、そこにトリーペルの政党国家の定義が明確に出されている以上、この部分を見落としてはならない。尚、ここでは美濃部訳を参照したが、必ずしも訳文と同一ではない。以下、トリーペル論文の引用は原書の外に『憲法と政党』(訳本)の頁数も合わせて記載する。

らも伺い知れるように『憲法と政党』は、わが国でも政党法制研究の出発点であり、必読文献の一つに数えあげられるほど重要な作品である。おそらく、古典と呼ぶにふさわしい『憲法と政党』を詳細に吟味するには、逐語的考察が不可欠な作業であろう。だがここでは、トリーペル論文が持つ特質と問題点を指摘・素描することに重点を置いて検討してゆきたい。

## I 憲法学の対象としての政党

トリーペルは、この演説の「序」にあたる部分で、ヴィルヘルム三世と国王にベルリン大学設立を具申したフンボルト (Wilhelm von Humboldt) の大学への貢献を紹介した後、大学への国家援助の問題、つまり、ワイマール憲法142条以下に規定する教育——特に大学——と国家とのかかわりについて次のように述べている。

「学問が政党による現実的従属性に陥れば、学問は自ら持つ高貴さを失わざるを得ないという点に関してわれわれは全て一致している。そのために、現在のそうした従属性がもう回避できないところまで来ているのか否かという気がかりな問題が切迫してきている。確かにわれわれは、新憲法の基本権の中にも『学問およびその教授は、自由である』という希望を与えてくれる条項を見ることができる。とはいっても、研究も教授も、国家が処理できる人的資力、物的資産による助成と援助がなければやってゆけない。『国家は、その育成に参加する』とワイマール憲法は謳っている。そこで近代国家、特にドイツ国家が、最近の表現ではあるが、政党国家 (Parteienstaat) の本質、つまり、国家の意思、行動が重要事項について常に政党共同社会 (Parteigeimeinschaft) の意思、行動に依拠するほど堅固に政党を国家組織の中にはめ込むという政党国家の本質を認めたとすれば、われわれにとって運命を決する課題であるこの問題は肯定せざるを得ない。だが、これは正しいのであろうか？。私は今日、この終局の問題、こういってもよいとすれば、先決問題について一つの解答を試みたい。そしてわれわれにとって重要な結論を心静かに引き出すことは、聴集者の方々に委ねたい。そこで私がお話しするテーマは、国家と政党との関係、あ



るいはより厳密に言えば、憲法と政党との関係である。これはもとより、われわれが避けてきた遠大な分野である。それではわれわれは、この分野を簡単にかげ足で踏破してみよう<sup>55)</sup>。

ここに長く引用した「序」にすでに政党国家の定義が語られているが、この点の本論の内容面との関係でふれる予定であるので後述することにし、本節では「序」の最後にある憲法と政党との関係を「われわれが避けてきた遠大な分野である」とされた点に注目して、この問題から始めてみたい。

まず第一に、トリーペルが『憲法と政党』の中で論じた内容面のみならず、政党を憲法問題の射程距離内に置いたことも注目に値しよう。つまり、政党を憲法学の対象としたこと自体にすでにトリーペル論文の価値が見い出せるといってもよい。確かに、20世紀の20年代まで憲法学は長期にわたり政党にあまり注意を払ってこなかった。この立場は、イエリネックの『一般国家学』(第3版 1913年)<sup>56)</sup>に典型的に現われている<sup>57)</sup>。イエリネックは次のようにいう。「国家生活に対する政党の実践的意義を討究することは、政治学の課題に属する。しかしその本質の完全な理解は、政党を、それ自身は国家学そのものの対象ではないような社会的組織として、把握する場合にのみ可能である。すでに外形を見ただけでも、政党は、社会的形成物として特色づけられる。その組織は、なんら国家的性質を有しておらず、また、決して閉鎖的な形成物でもない。……〈中略〉……政党の概念そのものは、国家的秩序の中になんらの地位を有していない。すなわち、政党の国家秩序に及ぼす影響が承認されるべきだとしても、それは単に多数派および少数派として考察されるにすぎない<sup>58)</sup>。

一般にイエリネックは、ラーバントの「公法を、私法の高度に発展したドク

---

55) Triepel, a.a.O., S. 7f.

56) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1913. 但しここでは、第三版の Siebenter Neudruck, 1960 (Hermann Gentner Verlag). を参照した。芦部ほか共訳『一般国家学』(1974年)もこの複製版が底本となっている。

57) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 436.

58) Jellinek, a. a. O., S. 114. 訳書・86—87頁(訳は本書による)。

マティークの原型に従って、厳格な論理操作の上に建てられた体系に組織すべき<sup>59)</sup>とする伝統的法実証主義理論、その背後にある「純粹法律学的方法論」<sup>60)</sup>に対し批判的立場をとり、またラーバントとは異なり国家認識にむかつては、社会学的方法・法学的方法という二元論を支持したといわれている<sup>61)</sup>。つまりイエリネックは、国家の理解には「社会的なるもの」も必要とみていた——その文脈で規範的なるものの自己支配が否定され、他方で、「事実の規範力」説が読まれるべきであろう<sup>62)</sup>。そのイエリネックをして先に引用したように『一般国家学』の中で政党は国家学の対象ではなく、あくまで政治学の対象たる社会的存在といわしめたのである。

このように政党は、一般的にいつて今世紀20年代までドイツでは憲法学の対象になることすら困難であった<sup>63)</sup>。これには様々な原因が考えられるが、私見によれば、ワイマール憲法130条が初めて政党を憲法典に規定するが、これ以前には実定憲法上、政党に関する条項は一切存在せず、しかも第二帝制期の憲法学説を支配してきたゲルバー／ラーバント流の形式的法実証主義の下では、そもそも「規範」の対象にならなかった「政党」が、憲法学の対象になりにくかったのも当然であった。極言すれば、政党を憲法学の対象とするには、規範——おもに憲法典が考えられるが、場合によってはそれ以外の諸法令も含まれるが——の中に政党を取り込むことが第一に前提とされ、そうした上で、

59) 上山安敏『憲法社会史』(1977年)128頁。

60) 同上。

61) 小林孝輔「国法学における法と政治」(『憲法学における法と政治』所収 1980年)11頁参照。

62) 同上・12頁参照。

63) 但し、19世紀後期に完成する法実証主義以前の国家有機体説の代表者J・K・ブルンチュリー(Johann Kaspar Bluntschli, 1808—1881)は、すでに『政党論』(Charakter und Geist der politischen Parteien, 1869. 小林孝輔訳『青山法学論集』14巻4号45頁以下・15巻1号77頁以下 1973年)を出版している。ブルンチュリーがこの時期に政党を学問対象にしたこと自体、非常に興味ある課題である。ただブルンチュリーの場合、政党を憲法学ではなく政治学の対象としてみていたと考えられる。というのも『政党論』は後に、Lehre vom modernen Staat, Bd. 3. のPolitik als Wissenschaft 第12章に所収されているが、本書では書名通り「政治(学)論」が中心に考察されているからである。

国家・社会領域の中で最も動態的アクターである政党に対し、同じく幅広さを持ち得る、換言すれば、政党に対する積載能力を持ち得る方法論も何らかの形にせよ必要であるといえるであろう<sup>64)</sup>。そして正にワイマール憲法の登場が、これを可能にする条件の一つを提供した。ワイマール憲法 130 条は「官吏は、全体の奉仕者であって、一政党の奉仕者ではない」(Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei) と規定することで初めて政党に対し言及し——この規定が消極的・防禦的であることはいうを待たないが、この内容を別にしても——これによって政党が憲法学の対象となる土壌は養われた。その上で、政党という政治的生命力を持ったアクターに対し、これに対応し得る方法論を構築した研究者たちこそが、政党をワイマール憲法の中で正確に把握できる可能性を持っていた。そしてこれに不十分ながら挑戦したのがトリーペルであった。つまり、トリーペルの政党論には、換言すれば、『憲法と政党』の誕生には、ワイマール憲法下の政党の規範化現象と、イエリネックが重視した「社会的なるもの」から進んでトリーペルの唱く「政治的なるもの」への重視という方法論的転換が前提として必要であった。その意味でトリーペルにとって、『国法と政治』が、『憲法と政党』の前に演説されなければならなかったのは、偶然ではない。そうだとすれば、トリーペルが政党を対象としたこと自体、従来の伝統的憲法理論からして特徴的であったといえるであろう。しかしトリーペルが真に政党の憲法的分析に成功したかは、以下にみるようになり疑問といわざるを得ない。

## II 法律論的分析手法

「歴史的にみれば、政党に対する国家の態度は、四つの段階を経てきている。われわれは、敵視の段階、その次に、無視の段階について語ることができ

64) イエリネックの『一般国家学』の第三版(最終版)は1913年に出版されているが、これはワイマール憲法制定前であり、もちろん憲法典に政党が存在しない時代であった。にもかかわらず、イエリネックは社会的現象を重視する立場から政党を一応議論の俎上にあげている。だが本文でもふれたように、イエリネックの主張は政党を国法学の対象とはならないことを立証するために政党を引合いに出しているにすぎないと読むべきであろう。

る。これに続いて、承認と法制化の時期があり、そして最後に憲法的融合<sup>65)</sup>の時代が続くのであろうが、この時代は、もとよりその存在及び性格の点で今のところなおわれわれには疑問に思える<sup>66)</sup>。

この本文冒頭にある有名なテーゼは、国家・憲法と政党との関係を説明する上で重要な道具概念を提供しているが、とりわけ、憲法的融合概念は、『憲法と政党』論文の枢軸を占める。そこで以下では、憲法的融合概念を中心に論ずるが、ここではまず憲法的融合概念を提起したトリーペルの考えのすじ道から始めてみたい。

トリーペルは、憲法的融合概念を明確に定義していない。ただトリーペルは憲法的融合と政党国家とを等置して、後者に対し次のような定義を与えている。「国家の意思、行動が、重要事項について常に政党共同社会の意思、行動

65) Verfassungsmäßige Inkorporation の訳語として初めてトリーペル論文を紹介した美濃部達吉教授は、「憲法上の融合」と翻訳されている（前掲訳書・1頁）。一方、佐藤功教授は「憲法的編入」「憲法への編入」（『憲法と政党』『政治経済論叢』14巻2号 1964年 190頁の註(4)参照）、手島孝教授は「憲法への組入れ」（『現代憲法と政党』芦部編『現代の立法』〔岩波講座 現代法3〕所収 1965年 166頁参照。尚、手島論文は後に『憲法学の開拓線』1985年 9頁以下に再録されている）と訳されている。丸山健教授は、これら訳語の中で「憲法的編入」が最も妥当とされる（『政党法論』1976年 30頁参照）。どの訳語が適訳であるかは判別しにくいだが、ここでは従来用の用語例に習い、かつ広く利用されている「憲法的融合」を使用したい。ただ、Inkorporation という用語が、国際法学上のテクニカル・タームであることに注意すべきであろう。つまり、トリーペルが国際法学者として二元論を提唱したことは有名であるが、国際法学上この用語は、憲法や憲法上の慣行により慣習国際法や条約が包括的に国内法の一部であり、国内的効力を持つ場合を指して、国内法の国際法に対する「受容」として使用されるが、この「受容」が Inkorporation の訳語である（この点については、田畑茂二郎『国際法Ⅰ』1957年 168—169頁参照）。もちろん、憲法学、国際法学がそれぞれ異なる訳語を使用することは問題ないと思えるが、強いて訳せば「憲法的受容」と訳しても必ずしも原語の意味を失わないであろう。また、国際法と国内法の例にあるように、Inkorporation がそもそも異質なものを結びつける意味を持つ点からして、トリーペルがいう「憲法的融合（受容）」は、憲法と政党とを異質なものとみていることが、この用語法からも伺い知れるように思える。この点については、後に本文でふれたい。

66) Triepel, a. a. O., S. 8. 訳書・1頁。

に依拠するほど堅固に政党を国家組織の中にはめ込む」でいること、あるいは、別の表現によると、「国家が政党を基礎として成立」<sup>67)</sup>するものとされている。そうした上でトリーペルは、現在のワイマール憲法下において、トーマ、ラートブルフ、ケルロイターが政党国家の成立を承認したことに対し、法律論・憲法論としてはこの見解は支持できないと断言する。というのも、トリーペルの見解によれば、政党国家が成立するには、人あるいは人的集団でその意思が法律的には国家意思たる効力を持ち、そのために国家機関と政党とが同一視できる場合に限られるからである。だが現状では、政党は国家機関ではなく、憲法外の現象であり、政党の決定は、法律の見地からして国家有機体 (Staatsorganismus) とは異質な社会団体の拘束力も権威もない表明でしかない<sup>68)</sup>。したがってそこでは、政党意思は国家意思とは法律上何の関係も持たないといえる。

ここで注目すべきは、トリーペルが政党国家概念を極めて法律論的分析手法で構成している点である<sup>69)</sup>。つまり、トリーペルは、国家生活における政党の勢力が政府の組織・支配に影響力を及ぼす状況に対し、形式的法律の見地と動的政治の見地から分析すべきと論じた上で、政党国家の段階とは現実にもそうした政党政治の支配が存在するだけでは足りず、法律上、政党が国家意思を掌握し、政党意思が国家意思になることが必要であると捉える。

加えて、政党国家の意義を浮き彫りにしたトリーペルの法律論的分析手法は、そのままワイマール憲法規範における政党分析にも適用される。即ち、トリーペルはワイマール憲法 130 条が唯一政党を規範化した点を捉え、この条項は「政党国家の思想とは正反対」であり、しかも 130 条を「憲法は政党を何か非国家的なるものとみなし、したがって政党と政府との同一化を明確に否定している」<sup>70)</sup>条項であると結論づける。またさらにトリーペルは——いわばライプホルツの大衆民主制の政党国家論理の模倣として——「自由主義原理にもとづいて形成された法と大衆民主制の現実とは調和の余地なきほどの対立があ

67) Ibid., S. 23. 訳書・20頁。

68) Ibid., S. 24 f. 訳書・21頁参照。

69) 佐藤・前掲論文・188頁参照。

70) Triepel, a. a. O., S. 23. 訳書・19頁。

71) Ibid., S. 28. 訳書・25頁。

る<sup>71)</sup>と述べ、ワイマール憲法21条の「議員の全国民の代表制」「命令的委任の禁止」を伝統的な自由主義的議会制理論に位置づけ、そこから政党国家が否定されるとしたのである。

こうしたトリーペルの姿勢は、後述する政党概念の定義づけにも打ち抜かれるが、ホラーバッハはこの点についてトリーペルは自らが非難した概念法学的発想を自ら行なっていると指摘している。つまり、トリーペルは、政党国家を法律論的分析手法で狭く解し、そこで得られた概念を前提とし、そこから様々な結論を引き出そうと意図している<sup>72)</sup>。

もとよりトリーペルは、そうした作業を意識的に行なうことで別の目的を果たそうとしたと考えられる。この目的こそワイマール期に主張された「政党国家論」の否定である。だがトリーペルの否定のための論理は、自己矛盾の状況に陥らざるを得ない。例えばトリーペルによれば、一方で政党国家が実現した国家は、ただボルシェヴィズムとファシズム国家だけであると捉えられるのであるが、この場合には、ただ一つの政党があるだけで、これはトリーペル自身「国家政党」と語り政党国家ではないといっている<sup>73)</sup>。他方、政党国家とは前述したように政党意思が国家意思を掌握した国家形態とするが、この場合トリーペルの論理展開過程からして、そもそも政党国家概念から現実の政党が抜け落ちてしまう。つまり、そこには一方で極めて限定的な政党国家観を前提とし、他方で政党政治的现状を照らし合わせ、ここに両者の距離を認めた上で、現状は政党国家とは一致しないという論理がある。換言すれば、政党国家を積極的に受容する発想はみられず、むしろ否定の論理だけが先行しているといってもよい。だからこそトリーペルは政党国家の承認に疑問符を打ち、「一般的にいえば政党国家の思想には解き難い矛盾がある」<sup>74)</sup>と述べ、政党国家と等置される憲法的融合という最後の段階も「その存在及び性格の点で今のところ

72) Hollerbach, a. a. O., S. 437.

73) 但し、トリーペルは完全な二大政党制を持つ国家においては、政党国家が成立しているかもしれないと、留保つきでイギリス・アメリカを政党国家に教えあげている。しかし私見によれば、トリーペルのいう政党国家は、政党の国家機関化を指す以上、両国の事例は、トリーペルのいう政党国家とはとうてい認めがたい。

74) Triepel, a. a. O., S. 25. 訳書・22—23頁。

なおわれわれには疑問に思える」と語り、政党国家の承認を留保したのである。

今まで述べてきたように、トリーペルはある意味では、現実になった政党政治・政党支配力が、以前にも増して勢力を持つことを否定するために、同時に政党国家概念を憲法学から放逐するために、あえて『国法と政治』の場合とは異なり限定的な法律論的分析を重視したと結論づけてもよいであろう。そしてこのトリーペルの姿勢の背後にあるものこそ反政党主義、換言すれば反議会主義の立場であった。

### Ⅲ 反政党主義

トリーペルがかねてから議会主義に対し否定的であったことは、トーマとトリーペル間で交されたワイマール憲法下における違憲審査制をめぐる論争の経緯からしても容易に伺うことができよう。ここではこの点にふれる余裕はないが、簡単にいえば次の通りであろう。

トリーペルは「新ライヒ憲法の立法の方法」の中で「議会制的統治方式は、執行府を国民代表機関に完全に依存させることにより、疑いもなく公民の自由にとって最良の保証である権力均衡システムからその重要な支柱を抜き去ったのである。今度は、違憲審査権 (richterliches Prüfungsrecht) をも除去するならば、自由のより広い防禦壁は全滅してしまうであろう。ドイツライヒ議会が、完全に主権をもって、自らの法律議決が憲法と適合するか否かを決定できるとすれば、とりわけ諸基本権の大部分は、その憲法的保証を奪われてしまうであろう。というのは、憲法における基本権の承認は、基本権に関して単純法律の立法が——これが州のものであれライヒのものであれ——制限されなければならないことを意味するからではないのか？」<sup>75)</sup>と述べ、法律に対する裁判所の審査権を擁護した。

この点について広渡清吾助教は、このトリーペルの説明の中に明らかに「議会の行動可能性の制約」がみられると指摘されるが<sup>76)</sup>、確かにトリーペルの裁

75) H. Triepel, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, in: AöR, Bd. 39, 1920, S. 537 f. 尚、広渡・前掲書・296頁参照。本書291—298頁にトリーペルの裁判所の違憲審査制論の概略がまとめられている。

76) 同上・297頁。

判所の違憲審査権の承認は、カウフマンなどの政治的憲法学者同様、立法者の絶対性に対する否定、換言すれば、立法者に対する超実定的正義による拘束性を出発点としていた。そのためにトリーペルは「国民代表の主権者的権利を裁判官の主観的価値判断に流し込む」<sup>77)</sup> 違憲審査制を支持し、立法の優越性を否定したのである<sup>78)</sup>。そしてこの反議会主義的主張が、政党演説の中で議会を構成する政党にむけられたとき、政党に対するトリーペルの評価は、必然的に否定的にならざるを得ない。トリーペルはいう。

「どうして法秩序が、中央における国家意思形成を全ての大衆的關係の中でもその存立、範囲及び性質について最も予測できない社会的組織（政党のこと——引用者）の意思に公式に服させることができるというのだろうか。そのような組織は、突然に成立し、消滅し、あるいは自ら持つ原則を変更することができ、時には数十年の内に自らの名称の外には根底から何も残らないものもあり、さらに、ある国では全く共通点も持たず、時として政治上全く副次的な諸原理にしたがって形成される場合もある。加えて、この社会的組織は、その性質上常に利己心の上に構築され、そのために元来、有機的國家共同体 (organische Staatsgemeinschaft) に加わることにそぐわず、その中のあるものは、國家自体を肯定せず、この最も重要な活動は相互の闘争である」。<sup>79)</sup>

77) 同上・299頁。

78) 裁判所の違憲審査制の問題はさらに、第二帝制期における裁判官層の反議会主義的傾向とも関連を持つ。即ち、三月革命（1848年）の失敗の後、ビスマルク体制の下で裁判官層は、政党化された帝国議会と対立する意味で非政治的・中立的官僚に変えられた。しかし、20世紀に入ると社会民主党、プロレタリアートの側からそうした裁判官層に対し「階級裁判」批判が出された。これに対応して、労働運動・社会主義勢力の帝国議会への影響の拡大化を前にして、裁判官層の反議会主義的傾向が次第に顕在化してきた。ここに裁判官層の法典実証主義からの離脱がみられた。そしてこの裁判官層の反議会主義と法典からの自由という要求は、そのままワイマール革命後も切斷されることもなく、むしろ増大していった。というのも、当時の政治・経済的不安定状況にあって議会の制定法自体を裁判官自らが審査することで議会と対抗してゆこうとする政治的傾向が、裁判官層にあったからである。トリーペルなどの保守的法学者による裁判所の審査権の提唱は、これら裁判官層の要求とも合致していたと考えられる。これらの点については、上山・前掲書・307—308頁参照。

79) Triepel, Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, 1927, S. 25. 訳書・21—22頁。



この言葉にトリーペルの基本姿勢が最も端的に現われている。ホラーバッハによれば、これこそ国家有機体説の表明に外ならないという。つまりトリーペルは、原子論的個人主義的国家観を背後に持つ政党組織とその支配及び政党国家の蔓延をもっぱら病気の徴候として、即ち、国家の衰退の印とみなし、これを救うために原子論的個人主義的国家観を放棄し、これに代わって有機的国家観が代置されなければならないと捉える<sup>80)</sup>。したがって、利己心 (Eigennutz) により打ち立てられた社会的組織が、政党の本来の性格と判断されるとき、政党はトリーペルのいう有機的国家組織に適合せず、むしろ国家にとって障害物にならざるを得ない<sup>81)</sup>。そこには、政党の任務やその規範的政党概念を問いかける契機は見い出されず、むしろ反対に政党は、始めから非統合的諸勢力として統一体と前提された国家とは対立する団体と捉えられてしまう<sup>82)</sup>。

また同時に、このトリーペルの反政党主義的な理解は、伝統的議会主義の論理だけからは説明できない点にも注目すべきである。即ち、独立し平等な議員相互の討論を通じて公正な結論が生まれてゆくという伝統的議会主義の論理からすれば——またそのための手当としての「全国民の代表性」「命令的委任の禁止」「免責特権」といった伝統的議会制のコロラリーからすれば——政党は、議員の独立性を脅かすが故に、常に否定的に捉えられてきた——このことは、政党が「敵視・無視」されてきた一般の理由づけでもある。しかし、トリーペルの先の主張に限っていえば、これは「反政党主義のうちでも、単なる旧議会主義に基づく、いわば議会制の論理に内在する」ものであるよりも「むしろ、政治上の主義としての反政党主義」<sup>83)</sup>に起因していると考えられる。つまり、君権勢力が根強くあったドイツのような国家においては、議会そのものへの否定的見方と、議会に対抗する意味で君権勢力を確保するための装置——具体的には官僚制——が、反政党主義のもう一つの支柱として存在する。トリーペル

80) Hollerbach, a. a. O., 434 f.

81) 国家有機体説については、カール・シュミット 上原行雄訳「フーゴ・プロイス」(清水幾太郎責任編集『現代思想・危機の政治理論』1972年) 157頁以下参照。

82) Hollerbach, a. a. O., S. 437.

83) 丸山健「政党の憲法学的考察(4)」(『法経研究』19巻2号 1970年) 5頁。尚、佐藤功「政党の法制化」(『政治経済論叢』9巻2号 1959年) 43頁以下参照。

が利己心により裏打ちされた政党意思を非統合的と判断し、政党と国家との適合性を否定したのも、ワイマール期に及んでも尚且つ残存していた官憲国家的な反政党主義の論理が、トリーペルに受容されていたからに外ならない。だが、この二つの反政党主義が、ワイマール期の大衆デモクラシーの時代に主張されたとき、大衆デモクラシーにとって政党が不可欠とみる以上、トリーペルの政党観は同時に、反民主主義の立場に合流せざるを得ない。詳細は後述するが、ホラーバッフもトリーペルの先の主張に反民主主義的徴候を看取し、次のようなトリーペルへの総括的評価を下している。「法治国家の熱狂者は、同時に民主主義の熱狂者ではない。だが、政党は民主主義の不可欠な生活要素なのである。トリーペルが、法治国家性を非政治的秩序原理として理解することに激しく反対すればするほど、政党という現象を顧慮しながら法治国家と民主主義とを一つの実体的関係、いわば一つの内的関係にまとめあげることは、トリーペルにはほとんどできなかつた」<sup>84)</sup>。

確かに『憲法と政党』の論理には、民主主義を擁護してゆくという発想はない。むしろ一方で違憲審査制と手をたずさえた反議会主義があり、他方で議会を構成する政党に対する二つの反政党主義が前面に出ている。だが、この反議会主義・反政党主義の思想が、政党の存在を前提とするワイマール大衆デモクラシー下で表明されたとき、トリーペルの政党演説が、当時のデモクラートから批判を浴びざるを得なかつたのも当然であつた。その代表者はケルゼンである。

#### IV ケルゼンからの批判

ケルゼンの批判はトリーペルの全活動分野にわたっており、その批判内容を検討すれば、ケルゼンはトリーペルの好敵手であつたといつても過言ではない。例えば、国際法学の分野では、トリーペルが提唱した二元論に対しケルゼンは一元論を対峙し、憲法学の分野では、「政治的憲法学」「超法実証主義」に対し「純粹法学」「法実証主義」を対抗させている。おそらく、ケルゼンをトリーペルと全般的に比較することは、トリーペルの理解に十分有効な手段であ

84) Hollerbach, a. a. O., S. 437.

ろう。しかし以下では、トリーペルの反政党主義との関係について言及することにとどめたい。

ケルゼンの『デモクラシーの本質と価値』の第二版（1929年）は<sup>85)</sup>、『一般国家学』『純粋法学』とはちがって、かなり意識的にケルゼンのイデオロギー批判者の立場を前面に押し出している。本書は、周知の通り「議会制の危機の時代」に「議会主義に対する決定は、同時にデモクラシーに対する決定である」<sup>86)</sup>と断言し、「『民主主義』の名において『議会主義』をあらためて基礎づけ、『民主主義的要素をいっそう強める方向において』議会制の『改革』——否定ではなく（傍点原文）——を主張した」<sup>87)</sup>点に第一義の特徴がある。ただ本書をもっぱら政治的な実践的提言書として読むべきではない。本書のターゲットは、第一版出版時の1920年から第二版出版時の1929年に到るまでの反議会主義、反民主主義、反合理主義を標榜した旗手たちにむけられていた。換言すれば、本書は憲法学を「危機の時代」の潮流へ導きゆく者たちに対する告発書でもあった。そこで告発者ケルゼンは、批判対象の一人としてトリーペルを選んだのである。

ケルゼンは本書第二章（「国民」）の中で次のようにいう。デモクラシーの実現にあたって、孤立した個人は、国家意思形成の上は何ら有効な影響力を獲得できないために、個人は政治的には全く現実的な存在ではない。したがって、個人が種々の政治的目標の観点の下に共同社会意思の形成に影響力を及ぼそうとする目的を持って、共同社会に統合される場合に限り、デモクラシーは真に可能となるが、その際に個人を統合し、デモクラシーを実現するものこそ政党に外ならない<sup>88)</sup>。

さらにケルゼンは、立憲君主制の政治理論と国法学説によって好んで主張さ

85) H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 1929. 第二版の訳書として西島芳二訳『デモクラシーの本質と価値』（1966年）がある。また第一版（1920年）の訳書として長尾龍一訳「民主制の本質と価値」（ケルゼン選集9『デモクラシー論』所収 1977年 3頁以下）がある。

86) *Ibid.*, S. 27. 訳書・57頁。

87) 樋口陽一「憲法——議会制論」（鶴飼・長尾編『ハンス・ケルゼン』所収 1974年）66頁。

88) Kelsen, a. a. O., S. 19 f. 訳書・50頁参照。

れた政党に対する不信用が、デモクラシーの実現に対してイデオロギイシュに仮装した攻撃であったのは明白であるといい、自己欺瞞か阿諛のみが政党なくしてもデモクラシーは可能であるといつわり続けることができる、デモクラシーは必然的かつ不可避的に政党国家である<sup>89)</sup>と断言した。

そうした上でケルゼンは、政党の本質は国家の本質とは結合しがたいものであり、国家はその性質上政党のような社会的形成物の上に打ち立てられないというトリーペルの主張に対し、これは政治現実とは異なり、むしろその主張には反民主主義的理念があると捉える<sup>90)</sup>。即ち、前述したようにトリーペルは、政党の本質は「利己心」にあるがために、国家に政党が入り込むことを否定したが、これには、政党は集団利益 (Gruppeninteresse) のための単なる共同社会であり、他方国家は、全体利益を代表し、利益集団 (Interessengruppe) を超越し、利益集団を組織化する政党の彼岸に立つという見方があった。これに反しケルゼンは、集団利益を超越し、その彼岸に立ち、そのために超党派的な全体利益 (überparteiliche Gesamtinteresse) の理想や、信仰、民族、階級的地位などの区別を持たない一切の共同体のメンバーの利益連帯の理想は、形而上的な、よくいっても超政治的な幻想でしかないと反論した<sup>91)</sup>。

この両者の政党に対する評価の相違は、超法実証主義的・政治的憲法学と価値相対主義的憲法学との論理必然的な相違に帰する。即ち、トリーペルからすれば、特定の価値を絶対化することが前提であり、その価値に適合的な国家概念を想定すること——トリーペルの言葉でいえば——「有機的国家共同体」理念が重要な意味を持つ。したがって、トリーペルがいうように、政党が有機的全体意思を体現し得ず、むしろ原子論的個人主義的な集団利益を表出する社会的形成物と評価されれば、政党自体がトリーペルの思考枠組から根源的に欠落せざるを得ない。他方ケルゼンは、利益の対立を前提とした上で、相対立する利益間の合成力、妥協を重視する。つまり国民を政党により分類することは、真にそのような妥協の成立のための組織的条件を意味し、同時に、共同体意思

89) Ibid, S. 20. 訳書・51頁参照。

90) Ibid, S. 21. 訳書・51頁参照。

91) Ibid, S. 21 f. 訳書・51—52頁参照。

が中間線の方へむかうための可能性を創造することを意味する<sup>92)</sup>。そうであるから、政党国家としてのデモクラシーは、もっぱら政党意思の合成力としての共同体意思を成立させようと意図するために、超党派的「有機的」全体意思というフィクションを否定し得るのである<sup>93)</sup>。つまりケルゼンにあっては、政党は議会を「場」とした妥協により生まれる国家意思を実現化する決定的要素と把握される。そのためにケルゼンは、政党を憲法外の現象であり、利己心に裏打ちされたものと捉える考え方こそ、政治的憲法学者に固有な政治的に希望すべき価値があるものを国家の本質や概念から演繹し、政治的に否定するものを国家の本質や概念に矛盾すると証明してゆく概念法学であり、独断論の典型である<sup>94)</sup>と難じたのである<sup>95)</sup>。

#### V 政党への対抗力 (Gegengewicht)

ワイマール期における政党への見方を極言していえば、政党はそもそも悪であるという考え方が支配していた<sup>96)</sup>。即ち、「国民主権」、支配者と被支配者との同質性、代表者の選挙民からの独立性、独自の価値を担う者としての代表者の存在、代表者の自由な発言と諸見解の妥協により「正しい」政治的意思が形成されてゆくという公理を持った伝統的議会制の論理からすれば、政党は本来、否定的存在でしかない。だが、政党本位の比例代表制と手をたずさえて政治社会的現実になった政党の登場は、伝統的議会制の様々な公理と必然的に対立せざるを得ない。そこでは、「国民主権」は弱小集団に対する強大な集団の

92) Ibid. S. 22. 訳書・53頁参照。

93) Ibid., S. 23. 訳書・53頁参照。

94) Ibid., Fn. 16—19, S. 106 ff. 訳書・139—146頁参照。尚、この脚註はトリーペル論文の核心をつく批判として是非参照すべきである。但し、ケルゼンの相対主義的な民主制理論が、不安定期にあったワイマール共和国に有利な形で機能し得なかったとする批判は多々ある。この点については、Sontheimer, a. a. O., S. 180 ff. 訳書・180頁以下参照。

95) 私見によれば、トリーペルの『憲法と政党』は国家有機体説の学問的影響をかなり積極的に受容している作品に思える。とりわけ、この演説の最後の部分などは、ドイツロマン主義的香りが強い。そうだとすれば、この作品は、ゲルバー、ラーバント、ケルゼンのような無味乾燥な憲法論よりも19世紀前期のブルンチュリーにみられる有機的国家論に学説上近いと考えられる。

支配として理解され、また、選挙民・代表者は独自の価値を担う自由の地位を享受し得ず、むしろ政党装置、利益集団、あるいは別の集団機構に拘束され、それぞれそうした形で政治的意思が形成されてゆく<sup>97)</sup>。もはや現実の議会制のあり方は、伝統的議会制の論理と対応しない。

もとよりそこに両者の危機的相克を止揚する必要があるのだが、しかし一般的に言えば、当時の理論家たちは矛盾を止揚することなく、むしろ政党化された議会制のあり方に嫌悪感を抱き、あるいは極端な場合には、シュミットにみられるように伝統的議会制の前提をなした「精神的基礎」の破綻を理由に議会主義自体を否定した<sup>98)</sup>。トリーペルに関して言えば、そこまで極端ではないにせよ、伝統的議会制の論理と政党との矛盾を明白に感じ取っていたことは確かである<sup>99)</sup>。

加えて、伝統的議会制に内在する論理のみならず、政治上の主義としての反政党主義的要素も議会主義自体を否定する機能を果たした。つまり、ラートブルフがいうようにワイマール期の政党化されたライヒ議会を否定するもう一つの論理として「新国家においても依然として不条理にも改められなかった伝統

96) Sontheimer, a. a. O., S. 161. 訳書・162頁参照。

97) K. D. Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, 2. Aufl., 1957, S. 38.

98) Vgl., C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, S. 416. Aufl., 1985 (unveränd. Nachdr. d. 1926. erschienenen 2. Aufl.).

99) 第二帝制期に書かれた「選挙権と選挙義務」(Wahlrecht und Wahlpflicht) という論文の中でトリーペルは、議会は国民の内、最も優れた者たちにより運営されるべきとする自由主義的・貴族主義的議会制論を展開している。ホラーバッハによれば、この視点が後の『憲法と政党』にある反政党的論理に基本的枠組を与えたとされている。また、トリーペルは1909年12月31日の *Jubiläums-Beilage der Leibziger Zeitung* に「国家と政党」と題する論文を寄稿しているが、そこでも政党拘束の問題を批判的に分析したとされている。そうした経緯をみると、トリーペルは当初から伝統的議会制にもとづく反政党主義を措定し、後にワイマール期における現実の政党政治のあり方——政党の利己的・個別的利益の主張とその妥協なき対立——にも嫌悪感を抱き、主義としての反政党論を展開していったように思える。この点については、Hollerbach, a. a. O., S. 436.

100) G. Radbruch, *Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts*, in: hrsg., Anschütz—Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 1, 1930, S. 289. 竹内重年訳「ワイマール憲法の体系における政党」(『二〇世紀における民主制の構造変化』1983年 所収) 135頁 (訳は本書による)。

的な官憲国家のイデオロギー」<sup>100)</sup>があった。このビスマルク時代に養われた官憲国家思想の根強いドイツでは「政党を超越した祖国」という思想が、ワイマール期に及んでも政党・議会への対抗力として重要な役割を果たした。そしてこの「超党派性」という論理が、直接民主制という形をとってワイマール憲法下で正統性を付与され<sup>101)</sup>、そのために、間接民主制の体現者たる政党が否定的に了解されたとき、政党ならざるものの支配が承認される契機が生まれてくる。換言すれば、政党国家の否定は、統一的意思を形成するという意味で直接民主制と社会的統合力の優位性を承認することに連なる。ブラッハーが代表制的国家の本質に関する旧来の自由主義の観念への回帰がもはや不可能である以上、政党国家の破棄は、ただ大衆デモクラシーから抜け出るか、あるいは克服するかのいずれかによつてのみなし得る<sup>102)</sup>とトリーペルがいった点を捉え、そこに政党への対抗力として独立し自己責任を持つ国家指導者の登場が求められる要因があると指摘しているが<sup>103)</sup>、確かにトリーペルの場合にも、政党に代わり得るものが国家指導を掌握することを承認する。またトリーペルが「善かれ悪しかれ政党は、ともかくも歴史的に生まれた生命体 (Lebensform) である。しかしその終末は近づきつつある。すでにわれわれは到るところで別の社会構成的諸勢力が仕事をしているのに気づいている」<sup>104)</sup>といったのも、政党への対抗力としての社会的統合力を積極的に設定しようとしたからに外ならない。

したがって個別意思だけを実現化するとみなされた政党への軽視が、統合的

101) ワイマール憲法の統治システムは、直接民主制を広く認めている (例えば、大統領制 [41条]、国民のレフェレンダム、イニシアティブ [73, 74, 76条2項]) が、この直接民主制的要素が「超党派的」に議会や政党の対抗力として存在していたことは、議会制にとって不幸な環境であった。同時に、当時のドイツにおいては、議会を足場としない、むしろ議会を超越した社会的形態としての「運動」(Bewegung) が、個別意思の実現者とみなされた政党や政党が寄り集まる議会と拮抗していたことも、政党には不利な状況であった。直接民主制、特に大統領制が、議会・政党の対抗力として機能した点については、阿部照哉「ワイマール憲法下の統治機構」(『法学論叢』70巻6号・1962年) 30頁以下、特に35頁以下参照。

102) Triepel, a. a. O., S. 30. 訳書・28頁参照。

103) Bracher, a. a. O., S. 40.

104) Triepel, a. a. O., S. 31. 訳書・29頁。

国家意思、統一的国家意思を指向するという意味で直接民主制の体现者である大統領へのより一層の傾斜と議会を飛び越えた社会的諸勢力の「運動」(Bewegung) 理念に通ずるとした場合、トリーペルの政党演説は、権威主義的反議会制論とみることができる。事実、ブラッハーによれば、トリーペルの政党演説は、後の大統領政府、とりわけ極端な大統領政府であったパーパン政府の支持者たちに受け入れられたとされている<sup>105)</sup>。

ただ、トリーペルの政党理論が1932年2月6日に成立したパーパン大統領政府に理論的正統性を与えたとみるには疑問である。むしろこの時期には、トリーペルの極端な反政党主義的姿勢は弱められ、むしろ、いかにして過度な政党支配の集中化を匡正してゆくかが、トリーペルの関心事になっていたように思える<sup>106)</sup>。ここでこの点を敷衍する余裕はないが、簡単にいえば次の通りであろう。

1932年10月、ハレにおける第7回ドイツ国法学者大会でライプホルツ(ゲッチンゲン大学教授)は、小党分立化した議会状況を救済するために政府が提案した選挙法改革案——名簿式比例代表制を修正し、多数代表制の要素を加味した内容——に関して否定的報告を行なった。ライプホルツはこの報告の中で、現状を大衆民主制の政党国家と捉え、これに適合する選挙法は、多数代表制ではなく、大衆民主制の比例代表制であり、したがって人的要素を加味する多数代表制への復帰は、多数代表制と比例代表制の本質的差異をみない誤った選択であると発言した<sup>107)</sup>。そうした上でライプホルツは、現在の危機を救済するには、政党官僚制を打破し、政党自体を民主化することが必要であると主張した<sup>108)</sup>。

これに対しトリーペルは、もちろん大衆民主制の政党国家が確固たるものとして現存するというライプホルツの主張に疑問を投げかけた上で、現状を打破

105) Bracher, a. a. O., S. 39.

106) Hollerbach, a. a. O., S. 438.

107) G. Leibholz, Die Wahlrechtsreform und ihre Grundlagen, in: VVDStRL. H. 7, 1932, S. 172 ff. 尚、この報告は阿部照哉ほか訳『現代民主主義の構造問題』(1974年)3頁以下に所収されている。引用箇所は、17頁参照。

108) Ibid., S. 187 f. 訳書・29頁以下参照。



するには多数代表制の導入および上院制の創設が必要であると反論した<sup>109)</sup>。もとよりこの点を検討すること自体興味ある問題ではあるが、ここでは次のことに注目したい。このライブホルツ報告への質疑の中でトリーペルは、『憲法と政党』の場合にみられたように徹底的な反政党主義の立場を打ち出すことなく、むしろ、法治国家的見地から当時の議会・政党のあり方を問題視することに強調点を移していることである。換言すれば、そこでのトリーペルの中心的関心は、もっぱら政党を否定することではなく、せまりくるファシズム政党の抬頭を前にして、政党国家の大衆民主制が一つのプレヴィスチト的・権威主義的国家体制へと一変する危険性を考慮して、法治国家的・民主制的制度自体をいかに防禦するかという点にある<sup>110)</sup>——そのためにトリーペルは政党の除外を前提とした上院制の創設、個人本位の多数代表制の導入を提言したと考えられる。そこにはもはや、政党演説にみられたように「真なる有機体」といった概念に依拠することのない憲法秩序の維持と強化を考慮した冷静な法政治的説明がなされている<sup>111)</sup>。換言すれば、以前とは異なり政党への対抗力を前面に出すことをさげ、いわば政党支配と政党ならざるものとの共存の上で憲法秩序自体を確保してゆこうという姿勢がみられる。

しかしながらファシズムの時代を克服する憲法学者たちの努力は、1932年の時期では余りにも遅すぎた。すでにナチスが第一党（1932年7月31日のライヒ議会選挙では230議席、同年11月6日には196議席を獲得している<sup>112)</sup>）になり、政権の獲得は目前であった。翌33年1月30日にナチスが政権の座を占めたことは、おそらくトリーペルにとって皮肉な出来事であったろう。というのも、この状況こそトリーペルが『憲法と政党』の中でいったように政党国家の最も極端な形態である「国家政党」の時代であったからである。だがこの時代の到来は、トリーペルが想定した政党国家の枠を飛び越えた複数政党制を許さぬ独裁政党制の始まりを告げるものであった。

109) Triepel, VVDStRL. H. 7, S. 196 ff.

110) Hollerbach, a. a. O., S. 438.

111) Ibid., S. 439.

112) 飯田収治ほか共著『ドイツ現代政治史』（1966年）330—331頁参照。

五 小結——私見——

今まで三章にわたりトリーペルについて論じてきたが、ここではトリーペルに対する私なりの見解を提示してみたい。

「実証主義が法と正義、公共の福祉と国家の秩序形成機能を顧慮することなしに、すべての可能なものを入れることができる容器のようなものになり、また憲法学者がいかなる権力にも仕える下僕になりさがったのに対して、ワイマール時代の反実証主義国家理論は、この部門のまったく新しい基礎づけを試みる中で国家理念を世界観で充満させるといふ誘惑に抗しえず、またワイマール体制に反対する国民運動に呼応して国家に特定の意味と価値基準を与えるといふ誘惑にも十分抵抗することはできなかった」<sup>113)</sup>。

このゾントハイマーの叙述は、もちろんトリーペルの場合にもあてはまる。前章までに素描したトリーペルの様々な見解は、超法実証主義的な新派の基本的特質と対応している。つまり、トリーペルの憲法理論を単純に図式化していえば、超法実証主義が前提・根本として措定され、そこから直接的に議会絶対主義が否定される。その上で、議会を枠付けるために「裁判所の違憲審査制」が提唱され、議会の対抗力としての直接民主制的契機が容認され、同時に議会を飛び越えた社会的諸勢力の「統一的・統合的国家意思」も求められ、その上で議会を構成する政党への否定が強調されたとみることができるであろう。

だが、「危機の時代」に議会を改革する方向においてではなく、国家を政党から救い出すことに主眼を置く政党理論が主張されたとき、トリーペルの政党理論は、民主主義の論理とも抵触せざるを得ない。というのは、ケルゼンを持ち出すこともなく、大衆デモクラシー下においては、政党は議会を足場とした決定的な国民意思の統合的要素であるとみなすべきであるからである。

以上の点からして、トリーペルの政党論が反議会主義、反政党主義、反民主主義的要素によって満たされているとみれば、この政党論は、権威主義的憲法理論の一つと評価しても過言ではあるまい。かつて宮沢俊義教授は、ワイマール期の政治的憲法学に批判をむけ、トリーペルを「反動的」学者の一人に数え

113) Sontheimer, a. a. O., S. 89 f. 訳書・82頁。

あげたが<sup>114)</sup>、確かにトリーペルの『国法と政治』『憲法と政党』には、その契機が看取され得る<sup>115)</sup>。

加えて、トリーペルが反政党主義者であり、反議会主義的傾向を保持していたことは、『憲法と政党』の内容に様々な問題点を与えている。第一に、規範論中心の法律論的分析手法である。トリーペルが反政党主義の立場をとり、その上で国家と政党とは対立すると捉えた点からすると、そもそもトリーペルは両者を結合させる憲法的融合を否定的に解釈しようとしたことが伺い知れる。ではトリーペルは、どのような定義を憲法的融合概念に与えたのであろうか。これが第二の問題であるが、この点についてトリーペルは、政党の国家機関化を政党国家・憲法的融合の必要十分条件として捉えている。つまり、トリーペルにあっては、ワイマール憲法 130 条の消極的規定では足りず、より積極的な政党の規範化、即ち、議員の命令的委任が認められるほど強固で政党を国家意思形成の主体とする政党条項を措定した。だがこれは余りにも突出した政党国家観といわなければならない<sup>116)</sup>。というのは、そこでは第三段階から第四段階

114) 宮沢「公法学における政治」(前掲書所収) 55頁参照。

115) トリーペル政党理論を極端に押し進めれば、この政党理論はファシズムの憲法理論に接近し得るであろう。しかしトリーペルをシュミット、ケルロイターと同列に扱うことは無理であろう。というのも、トリーペルの場合は、シュミットとは異なり、規範論を主体とした憲法理論が強調され、法治国家の擁護が承認されているからである。ライプホルツがいうように「真理と法と自由が政治的権力者により尊重されないとき、法治国家は存在し得ない」(G. Leibholz, In Memoriam Heinrich Triepel, Deutsche Verwaltung, 2. Jahrg. NR. 6, 1949, S. 142.) というトリーペルの姿勢は、ファシズム学者に固有な特定の価値実現化のために国民の一切の権利をそこに服従させ、政治的権力者に委ねるという考え方とは明白に異なる。私見によれば、トリーペルの保守的憲法理論が、反政党主義、反議会主義、反民主主義であっても、さらに進んでファシズム理論との接触を回避できたのは、「法治国家的視点」が歯止めになっていたからであると思える。事実、1933年4月2日の *Deutsche Allgemeine Zeitung* 紙上でトリーペルは、ナチス政権を批判する際に法治国家の擁護をその拠り所としている。この点については、Hollerbach, a. a. O., S. 439.

116) 丸山教授は「ボン基本法の場合ですらその古い議会主義をとどめた条項(命令的委任の禁止——引用者)の存在に注目するがぎり、それが憲法的編入の段階であると速断することは必ずしも問題がないとは言えない」とされるが、確かにトリーペルのいう意味での政党国家の定義からは、ボン基本法は憲法的融合段階にあるとは認めたい。この点については、丸山健「政党の憲法学的考察(4)」(『法経研究』19巻2号

へ到る過程はかなり広く、そのためにその中間領域が議論の俎上に登り得ないと考えられるからである。そこには佐藤功教授が適切にも指摘しているように「『政党国家』という概念を、多数政党の共存とそれらによって盧過され統合されるという議会制の原理」<sup>117)</sup>が一切見あたらない。つまりトリーペルは、一党独裁、多党制、さらには議会制の原理と政党との様々な結合の仕方について何ら関心を払うことなく、ただひとえに政党が国家機関であるのか否かに議論を集中した。そのために憲法的融合概念は、いわば政党の現実形態を等閑視した輪郭だけはっきり描かれた実体なき観念にとどまらざるを得なかった。

ただ見方を変えれば、トリーペルの論理展開からして憲法的融合概念が、そうした観念であるのは当然であろう。というのも、トリーペルの政党国家論は、反政党国家論のための理論だからである。したがってそこには、政党支配という現実を無視し、あるいは、否定するために本来現実と適合し得ない政党国家論が用意されたともみることができよう。

以上の点が認められるとすれば、トリーペルの四段階説、憲法的融合概念、政党国家論は、再検討せざるを得ないであろう。とりわけ『憲法と政党』をワイマール憲法学説史の中で民主制との関連性を失った作品とみると、なおさらトリーペルの政党理論を民主制国家の憲法理論として教えあげるには、かなりの留保が必要である。それ故、わが国でトリーペル理論を無批判的に援用するには十分な配慮が必要であろう。私見によれば、トリーペル理論——とりわけ四段階説——は、国法と政党との関係を静態的に把握した単なる道具概念としてみるべきと考えたい。丸山健教授も、四段階説を「形式的・制度的」<sup>118)</sup>なものとして扱っている。

いずれにせよ、トリーペルの政党理論は、その反政党主義的性格からしてトリーペルの生きた時代までの国法と政党との関係をためらいながら消極的に分析したにとどまり、第四段階という将来にむかっての両者の関係を積極的に受容し、意義づけるものではなかったといえるであろう。

1970年) 13頁参照。

117) 佐藤功「憲法と政党」(『政治経済論叢』14巻2号 1964年) 192頁参照。

118) 丸山・前掲論文・13頁参照。

## トリーペル研究ノート

では、トリーペルの『憲法と政党』を経たところから何をくみ取るべきであろうか。明確にいえることは、政党を民主制、議会制の原理・論理の中で把握し直すことである。例えば、憲法的融合についていえば、従来のように憲法が政党条項を持つ点に着眼して、そこで憲法的融合が生まれたとする議論ではなく、憲法の要請する民主制・議会制が、同時に政党との関係でどのように対応するかを問うべきであろう。おそらくそこでは、政党との様々な結合形式が生まれてくるであろう。ただ、多様な結合形式があるということは、同時に憲法的融合概念自体が相対性を内包せざるを得ないことも意味する。政党条項のあり方によっては、一党独裁制をとらなくとも内容的に反国家的政党を違憲とするようなボン基本法にみられるいわば硬質的融合や、フランス第五共和制憲法のように政党の自由をもっぱら保障するという意味で開かれた融合も考えられる。

加えて憲法レヴェルでの融合がない場合にも、選挙立法・政党立法などの法律レヴェル——もちろん下位法令も含めて——でのいわば「法律的融合」問題も生起し得る点に注意すべきであろう。特にわが国のような政党条項を一切持たない憲法下にあつては、この視点の方が重要視されるべきであろう。

いずれにせよ、民主制・議会制の原理・論理の中で「融合」の意味内実を問い、各規範レヴェルにおける国法と政党との関係を動態的に問うことが、今後の政党法制研究の中心課題であることは、間違いないであろう。

さて今まで私見を述べてきたが、トリーペルの政党理論に限ってみても残された問題は多々ある。例えば、トリーペルのいう意味での憲法的融合とボン基本法における政党法制の連続性・非連続性、ライプホルツの政党国家理論との異同等があげられよう。こうした問題については、今後の私の課題とすることでこの研究ノートの結びとしたい。