

《資料（翻訳）》

ライプホルツ『代表論』
代表の一般国家論的意義

齋藤 康輝

訳者まえがき

本稿は、Gerhard Leibholz, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, Dritte, erweiterte Auflage, Berlin, 1966 (Walter de Gruyter & Co.) の第2章の翻訳である。

私は、以前、『朝日法学論集』第42号において同書の第3章の翻訳を発表したが、本号では第2章を紹介する。原書および著者の詳細については、『朝日法学論集』第42号訳者まえがきと解説を参照されたい。

なお、このライプホルツによる大著は、廣田健次監修『代表の本質と民主制の形態変化』として成文堂から近く公刊される予定である。すでに私の担当箇所として第2章と第3章の原稿を提出済みであるが、原書の注は掲載しないこととなった。本稿では、注も含めた第2章を紹介する次第である。なお、紙幅の関係上、注の一部は省略した。また、単行本として公刊するさいは、他章との訳語統一などの作業を経て、本稿訳文を練り直し、綿密な校正を経て発表したいと考えている。

代表の一般国家論的意義

代表を分析するにあたって、以下の考察においては、現象学的立場を考慮しつつ、国家論的側面の問題に対象を限定すべきである。国家論的に解明すれば、同時に、こんにちなお根本的には解決していない一連の論争に対する国法的判断にとって大いに役立つことが明らかになるであろう。

しかも、国家論的および憲法論的問題の中心には、代表機能は国家共同体における生活の中でどのような意義をもつのかという問題がある。その答えは、ここでも決定的に、誰が本来国家共同体内部で代表されるのかの確定にかかっている。

国民共同体と個人の問題は、この点について、最近メントが、リット流の研究を進める際に、ふたたび強調しているがそれは正当である。まず、第一に、価値の問題ではなく構造の問題なのである。⁽¹⁾超個人的共同体は、すでに有機体説が基礎にしていた考え方であるが、⁽²⁾共同体をなしている個人の生活から切り離しては説明できない。それは共同体を構成する個人の総計と同じではなく、個人を超越した高次の存在をなす。すなわち、過去の世代の遺産と、萌芽の中に将来の世代の生活を包摂する具体的な全体なのである。⁽³⁾個人は、集団現象によって国民共同体を条件づける全体の部分としてのみあらわれる。個人はその固有の存在を全体に負っており、恩恵を受け、統合するための要素として全体に帰属する。したがって、個人はそれだけで生きているのではなく、その都度国民として全体に算入され、現実の中で強く組み込まれる具体的な全体のために生活しているのである。⁽⁴⁾個別の自我と同様、直接的に理解可能なこの共同体は、存在論的普遍主義あるいは実存的概念現実主義が主張するように、⁽⁵⁾個人から独立した自立的な集合自我として、個別自我に対置してはならない。⁽⁶⁾社会的なものは単に、「構造化された実体としての超個人的なもの」ではない。⁽⁷⁾むしろ、共同体と個人は、集合的にお互いに

結びついており、相互に一つの体系の中で「相互作用」、すなわち「社会的に組み合わされた」⁽⁸⁾ 関係にある。したがって、全体はそれぞれの構成員の中にも同時にあらわれる。最も奥深いところにしたがって高次の存在、すなわち「個々の要素からなる統一構造」⁽⁹⁾ と、緊密に組み合わされているからである。

すべての国民共同体は、同時に価値共同体である。すなわち、たとえそれぞれの国民にとって異なるものであっても、とくに理念的な価値というゆるぎない要素によって全体に統合される。すなわち、スメントの意味における「物的な」統一へと統合されるのである。⁽¹⁰⁾ すべての国民共同体は、具体的な価値共同体として、現実⁽¹¹⁾ に活動している統一体であると同時に、政治理念的共同体であり、しかも、国家的統一体は、政治の領域においてのみ基礎づけられるから、同時に政治理念的統一体である。⁽¹¹⁾ このような政治理念的の共同体との関係においてだけ、国民は代表される。もし国民の統一体の理念的な価値を重視しないで、単に国家の構成員の全体に対する総称にすぎないものとしてしまうなら、代表に関する基盤が欠けることになろう。なぜなら、それはすでに述べたように、理念的な価値の領域においてのみ可能だからである。

国民が政治理念的統一体としてだけ代表可能であるとしても、この統一体は確固とした静的なものとして考えてはならない。むしろ、人的にそして物的にたえず流れているものとして、絶え間ない変化の中にあり、精神的な全体として何度も新たに生み出され、実現されるのである。⁽¹²⁾ しかし、たえず内部において変化する動的な過程に見いだされる国民共同体は、つねに具体的な精神的全体として、また政治的統一体として、君主制ばかりでなく独裁制国家にみられるように、議会制国家においても存在するのである。⁽¹³⁾ まず国民の政治的統一は、統合過程によって形成されるのではない。むしろ、統一体としてたえず変化していくが、しかしつねに現存する国民共同体は、代表によってふたたび現実の中で示されるにすぎない。国民共同体および国家共同体の概念は、同時にま

た、つねに静的なものである。まったく動的なものとみるべきではない。⁽¹⁴⁾ そうでない、国民全体をつねに前提とする政治的代表的可能性をいっさい否認しなければならないであろう。

これによれば、共同体をその都度実際に統一へと統合する実質的な価値内容の代表に関しては、二次的な意味において語るができるにすぎない。⁽¹⁵⁾ すなわち、代表される国民共同体は、つねに同時にまた代表によって現存させられるべき個別的・具体的な価値共同体を表現するときだけである。第一次の意味をもっている国家論的あるいは国法論的事実は、国民の政治理念的統一の代表である。

こうした国民概念は、ドイツにおいては、C・シュミットによって広められた⁽¹⁶⁾、プーブル (people)・ポポロ (popolo) などのラテン系国家の国民概念とは区別されるべきである。これはつねに国民 (Volksgenossen) の過半数の存在を前提とする。そうした存在は、視覚的であれ、また修辭的、聴覚的、肉体的であれ、感覚的に把握できなければならない。こうした意味での国民は、歓呼の声、国民投票や選挙の形式で意思を表明できるが、その実際の存在そのものの結果としてふたたび代表されるものではない、⁽¹⁸⁾ 「出席して、現に集会している国民」⁽¹⁷⁾ だけである。このような形の国民は、有権者という意味において、「直接民主制」の前提であり、政治理念的統一体としての国民とは区別されなければならない。

これに対して、政治理念的統一体としての国民は、おそらく「ナツィオン (Nation)」と同一であろう。⁽¹⁹⁾ 全体としての国民が、固有の政治文化的価値を自覚し、⁽²⁰⁾ その存在を独立の具体的な全体として自らの意思をもって肯定することによってナツィオンになるならば、代表された国民統一体がナツィオンである。この意味において、ロマン語系の国民は、「ネーション (nation)・ナツィオーネ (nazione)」の代表に関して、われわれの知っているのとは違った表現方法をとる。これは概念の違いをそれほど厳密には区別せず、国民の概念を幅広くとらえ、(国民

全体の意味における）国民の概念を、実際に国民がナツィオンになったところでもしばしば用いている。それはともかく、たとえば絶対君主制におけるように、国民がまだナツィオンになるにいたらず、まだナツィオンとして「自覚がなされ」ていないところでも、全国民の代表は存在する。ここで重要なのは、このような可能性があることを確認することだけである。もっともこんにちでは、諸国民は一般的にその固有の政治文化的価値と本質を自覚しているので、ほとんど諸概念は一致している。したがって、以下の憲法論的考察においては、政治理念的な国民の概念は、一般にナツィオンの意味において理解すべきである。

国家論的公法学は、いわゆる代表制すなわち精神的全体としての国民が、議会や議員によって代表されるような制度が導入されるようになってはじめて、代表の問題に取り組むようになった。当初、国民は、一つの政治的に特定の人的価値統一体として代表されるのであって、個々の原子論的に考えられた個人の総体として代表されるのではない、という認識が一般に広まったが、もっともこのような認識は、のちになって忘れられてしまった。この意味において、たとえば立憲主義が確立する以前のドイツの文献は、ナツィオンの代表、ナツィオンの利益の全体、国民の権利に言及している。⁽²¹⁾ クリュバー⁽²²⁾は、国民全体の政治的統一体は、議会によって代表されると説いた。また、ブルンチュリ⁽²³⁾は、「近代の代表制は、国民全体の統一体に由来する」と述べた。こうした理解は、フランスの公法学では、早くも大革命の時期に広まり、⁽²⁴⁾ わずかながらこんにちにおいてもみられる。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

国民と議会との関係について、次のことがまさに数学的に証明される。すなわち国民代表は単にその選挙区の命令的委任を受けた代表（Vertreter）でなければならない、とする正反対の経験的・原子論的見解によっては、全国民の代表を議員と議会によって説明することはできない、ということである。⁽²⁷⁾ なぜならば、そのような見解では、恣意的な憶測なしに、どのようにして議員は、非有権者や選挙権を行使しない

人々の命令的委任を受けて代表するというのであろうか。⁽²⁸⁾ 個々の議員は、しかし実際には、その人を選んだ選挙区の命令的委任を受けた代表ではなく、数的には選挙区の住民の全体に対してつねに少数派である人的集団の命令的委任を受けた代表にすぎないであろう。その人的集団は、自らの選挙権を、具体的に、選出された議員のために行使したのである。多数選挙制度のもとでは、表向き代表されている選挙区の人的全体と実際に法的に把握された票との間の不一致がとりわけ明確にあらわれるであろう。なぜならば、このような場合、少数派選挙人は、多数派の議員を通して何らかの形で命令的委任によって代表されるものとは考えられないからである。⁽²⁹⁾ したがって、個々の議員を包括する議会は、実際には、全国民の代表（Repräsentation）ではなく、数的に容易に算出できる、個々の議員によって代表された選挙民に命令的委任を受けている代表となるであろう。たしかに比例代表選挙法は、国民の大きな集団の無視を回避しようとするものであるが、そこにおいても、選挙権を行使することによって首尾よく当選人を出すことのできた能動的市民の命令的委任を受けた代表となるであろう。

議会の多数決は、議会の少数者の決定にすぎないことがしばしばあるが、どうして原則的に義務づける力をもっているのかを原始論的・個人主義的な基本的立場からは説明できない。なぜならば、命令的委任によって代表された能動的市民の多数派がこのような決定を拒否することは少なくとも排除されていないからである。ところで、議会と能動的市民とのこのような食い違いの可能性は、とりわけ強力な少数者を無視する多数選挙制度の場合にあるし、また、このような衝突を本来取り除くことができると信じられている比例代表制選挙制度においても考えられる。ここで、議会の多数決が、一般的に義務づける力をもたないといえるのは、次のような場合だけである。すなわち、議会において代表された少数者が能動的市民の多数を万一にでも抑圧することを認めているような場合だけである。議員が政治理念的な国民統一の代表としての機

能を果たしてはじめて、実際に議会の多数決が、代表されている(repräsentierte)国民全体に対して固有の法的に義務づける力と、それ⁽³⁰⁾と同時に、内的な権威ある重みをも獲得するのである。その重みによって、多数決は、議会において、命令的委任によって代表されていない(nicht vertreten)能動的市民の多数の万一にも起こりうる異議を無視することができるのである。

そもそも、原始論的な考察方法からすれば、つねに擬制を用いてのみ議会を通しての国民代表が受け入れられることになる。もっぱら国民を集団主義的に議員の総体と同一視する自然法的国家学は、この意味で、たとえば、能動的な、選挙を通して活動する国民全体の概念を導入し、そしてこの概念によって身分制議会による国民全体の代表者を根拠づけることができたのである。そしてこんにちでも、同様な方法で、議会による国民の代表を、次のように説明しようとする主張がある。すなわち、この代表を、たとえ仮想上のものであるとしても(とくにアングロサクソンの理論であるが)、有権者による国民全体の代表であると説明する主張である。⁽³²⁾実際、国民に対する能動的有権者の代表権能を代表の本質から引き出せないのと同様に、代表制度の本質からも引き出せない⁽³³⁾のである。議会の代表権限を基礎づけるためのこうした試みや同様の試みは、最初から成功の見込みはない。なぜならば、このような構成や擬制を用いては代表の事実を説明することはできないからである。⁽³⁴⁾

このことから、政治の領域においては、国民はただ理念的な全体としてのみ代表されることが確定されるならば、なぜ代表者によってつねに全国民の利益すなわち「公共の利益」のみが代表され⁽³⁵⁾、旧身分制時代におけるように、個々の住民集団の特定の権利やその特殊利益は主張されないのかということも理解できるのである。⁽³⁶⁾住民階層の特定の特殊な利益だけを命令的委任によって代表する者は、国民全体を代表することはできない。なぜならば、個人的あるいは集团的利益は、政治的にのみ代表できる全国民の利益と一致しないからである。

このことから、個々の国家において、代表制は、個々の議員がもはや特定の選挙人団あるいは特定の選挙区の命令的委任を受けた代表としてではなく、全国民とその利益の「代表者」(Vertreter)として機能を果たすようになった時ようやくはじまるのである。⁽³⁷⁾こうした発展は、イギリスにおいてはすでに17世紀の間に完了していた。そして続く二世紀の間に頂点に達したのである。イギリスではその決定的な表現は、すでによく知られそしてしばしば引用されるブラックストーンの「すべての議員は、ひとつの特定の選挙区によって選ばれるが、ひとたび選ばれると、全国民のために奉仕する」⁽³⁸⁾という言葉に見いだされるのである。ヨーロッパ大陸諸国は、この命題を用語上は多かれ少なかれ一致して、フランス革命を経てはじめてそれぞれの国の憲法に導入した。ヴァイマル憲法においては、典型的に21条に定式化されている。⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾

これまでに述べたところから、国民はただ政治理念的な統一体としてのみ代表されうらば、代表機能の一般的な憲法上の意義もまた明らかになるであろう。この機能の意味は、精神的統一体として実存的に存在する具体的な国民共同体を、現実において経験的にとらえることができるようにすること、⁽⁴²⁾「多元体としての国民を越えた統一体としての国民の支配」⁽⁴³⁾を保障すること、国民を国家的統一体に統合すること⁽⁴⁴⁾である。

それどころか、代表機能の特別な意義は、その機能を通じて、国家に統一された共同体が、「国家的意思共同体の生を表現し活動していくための前提を継続的に作り上げるという意味において」⁽⁴⁵⁾意思連合体としてつねに新たに生産されまた実現されうらということにある。国民の意思は理念的⁽⁴⁶⁾一般意思であり、個人意思と密接にからみあってはいるが、それとは異なっている。組織の形態はともかく(たとえば君主によって形成されていようが、議会によって形成されていようが)代表制的機関が存在せず、それによって多様に分かれた個人意思を個性化された共同体意思へと統一することができなかつたら、この国民の意思は、政治の

領域において形成することができないし、方向も定まらず、作用することもないのであろう。要するに、代表があつてはじめて、国民共同体の中で意思形成ができるのである。国家の支配形態が議会制的であれ、君主制的であれ、独裁制的であれ、代表は、憲法理論的にみれば、近代国家の機能的に最も重要な構成原理である。直接民主制とその代用品についてだけは、こんにちなお一定の留保が必要である。⁽⁴⁷⁾

代表のこのような統合的意義と、国家の意思形成過程と代表との密接な結びつきは、文献を概観したところでは、まずホブズが強調し、⁽⁴⁸⁾続いてホブズの影響のもとにスピノザやその他の自然法学者、⁽⁴⁹⁾とりわけプーフENDルフが指摘しているところである。⁽⁵⁰⁾このような認識がより一般化したのは、代表制が導入されてからである。この意味においてすでに1789年フランス国民議会で、国民の意思は「国王と代表の合意によつて」⁽⁵¹⁾形成されること、また「代表の意思は国民の一般意思である」⁽⁵²⁾ことが宣言された。それ以来このような理解は、たとえ散発的にあるにせよ、折りにふれてたびたび表明されてきた。もっとも最近では、あらためて強調されてはいるが。⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾

したがって、代表原理の中心的な憲法理論上ならびに実定憲法上の意義は、国家の機能的統合の中にある。しかしそうであるとすれば、それによって代表が、その都度行使すべき国家活動の特別な内容についてまだ語られてはいない。客観的に、こうした活動は、たいていの場合何らかの形で、国家の法律行為的意思形成過程に織り込まれるであろう。すなわち、たとえば代表者は法律を議決し、広義の統治行為令を発し、判決を下さなければならないのである。

全体を直接的に義務づけるこのような決定のすべては、たとえば理念的には、絶対主義国家において主権を有する君主の手にあつたように、ただ一人の代表者の手に委ねられうるし、多数の代表者の手に委ねられることもある。近代の代表制的立憲国家においては、権力および権利の濫用をできる限り防止するために、ふつう多くの政治的決定は、一連の

相互の抑制と統制を可能にする二院制や権力分立制の意味において、複数の代表機関に委ねられるのである。しかしながら、個々の代表の地位は、まだ一義的には確定されていない。これは、むしろそれぞれの国ごとの権限規定にしたがって、内容的に組織技術的にまったく多様に形作られている。国民全体を代表する大統領は、たとえばアメリカ合衆国においては、立法府に優越することはないにしてもこれと同等である。他方ドイツでは、大統領の権限は、C・シュミットが言うように大統領を憲法の番人とみなすとしても、議会の権限にははるかに及ばない。議会は、さらにたとえば立憲君主制において、ただ他の（上院、国王のような）「国家機関」とならんで立法に参与するにすぎない。他方、代表制民主制においては、自立的に法律を議決するのが通例である。議会は主として立法を任としているのである。しかし、個々の場合に司法部機能も果たし、また事情によっては広義の統治行為や行政行為の発動の際に協働することができる。議会はこれらすべての機能をまとめて行使することもあるし、それぞれをその都度別個に行使することもある。議会在国民を代表するということによって、議会の具体的な権限領域についてまだ語られてはいないのである。議会による国民全体の代表、いわゆる代表制と立憲主義的権力分立制や二院制との間の明確な関連性、本質必然的な結びつきは、さまざまな異論もあるが、⁽⁵⁷⁾ 実際にはない。⁽⁵⁸⁾

また、代表者は、特殊法律行為的な意味において、国家の意思形成に必ずしも参加しなければならないわけではない。また、自立的で、国民共同体に義務を負わせる、国法上の決定権を自由に行使できない代表者もいる。⁽⁵⁹⁾ たとえば、法律の発案、法律の審議、法律内容検討機関の地位に限定された議会、あるいはたとえばI.St. ミルが構想したように、⁽⁶⁰⁾ 統制機能および監視機能の行使に限定されている議会のことを想起してほしい。したがって、議員は法律を議決せず、ただ討議したり審議しているだけの場合、あるいは議会制的管理を、決議権や質問権によってないしは予算の承認と拒否によって議会制的統制を行っている場合にも国

民を代表している。同様に、近代国家における独裁者的首長、すなわち共和国の大統領、国民主権原則に基づく諸国家における世襲君主の代表的地位は、たいてい静態的な性格をもっている。このような代表的・装飾的人格は、近代民主制国家においては、もはや決定的に国家の意思形成に関与せず、その人格の安定性および継続性において国民を体现することに限定されている。代表のこのような傾向は、同時にこんにちの国家元首の地位にその意義を付与し、憲法上ばらばらに定められた権限や不文の義務に統一的な基礎を付与する。この意味で、「単なる代表にすぎない」行政部の首長は、形式的に同盟や条約を締結し、対外的に国家を「代表」し、外交使節を接受し、派遣し、ならびにその国の国民の代表として厳粛な儀式に参列しなければならない。そして、参列することによって、同時にこの厳粛なる儀式に大きな意義と高い荘厳さを添えるのである。

国民の政治的 대표と（単なる法律行為的意味のみならず最広義の意味において理解される）国家意思形成の機能的過程との結合は、しかしながら、代表の憲法理論的意義をあますところなく明確にしているわけではない。それぞれの代表によって国家の統合過程一般にとってその根本的な意義が明らかになるのであるが、その代表は、機能的結合だけではなく、一定の二次的な意味において、メントが詳細に規定したような意味の人的かつ物的統合をも内容としてもっているのである。「物的には」、政治理念的統一体としての国民の代表を基礎にして、代表者を通じて、実質的価値が実現されるかぎりにおいて、共同体は国家的統一体に統合される。その場合の諸価値は、その時々において、共同体を具体的な点、特別な分析に基づいてのみ内容的に詳細に規定できる価値の総体に結びつけるのである。国家の人的統合は可能である。それぞれの代表はその理念的基礎に基づいて「嚮導」し、代表者が自主的な決定権も行使するかぎり、代表されるべき人的統一体を「支配」することから、国家の人的統合について語る事ができるのである。

ここに概説した代表機能の憲法理論的意義についての洞察は、同時にこうした関連では、あまり詳細には論及されない国家形態論にもあてはまる。つまり、国家にとっての代表原理が最も重要な構成原理であるとすれば、そのことによって同時に、国家形態の分類を可能にする決定的な形式的基準に言及される。国家形態のそれぞれの形式的な分類は、こんにちでは何らかの方法で、代表者による支配権行使と代表者によらない支配権行使との間に存する相違に結びつけなければならないであろう。国家形態を「統合要素の結合の類型」とみなし、個別的にその国家形態にしたがった統合的実質的価値内容を、内容的に決定し区別している、まったく別の見解に基づくスメントの著名な試みですら、国家形態の静態的グループの枠内で、君主制と民主制を出発点としている。つまり、上に述べたような意味で、まったく対照的な政治的構成原理に基づき、それゆえまた理念上もまったく異なる意味内容に基づく国家形態を出発点としているのである。

代表制国家の枠内でなお、代表機関の外部的な基礎、数、ないし決定の充足、もしくはそれに類するその他の形式的基準を基礎にしないで、なお、国家形態をさらに細かく分類しようとするかぎり、個々の代表制国家形態によってその都度実現されるべき実質的価値内容に結びつけなければならないであろう。このことは、かなりの程度において、決定的にはないにせよ、個々人の人格領域の評価とりわけ共同体を通じて自己固有の価値を意識するようになった公民の評価に左右されることになるだろう。個人の自由領域に対する全体からの制約が強まれば強まるほど、代表の形態は権威主義的なものとなる。こんにちの、専制的、圧制のおよび貴族制的独裁制は、この意味において、幅広い大衆層に対して、自由を制限するのみならず、事実上もしばしば合法的に自由を奪ったのである。反対に、個人の人格がそれ自体として広範に認められればられるほど、また、全体が、個人と共同体の結合、すなわちこれらの対立的に作用する力を結びつけることに積極的になればなるほど、代表制

における権力行使の手法は、より議会主義的なものとなる。このような立場から、代表制国家類型のこんにちなお最も重要な形態、すなわち議会代表制国家の国家論的意義が簡潔に示されうるし、示されるべきである。

すでに以前から、個人の自由は、発展史的にも理念史的にも、代表制の思想と結びついていたのである。とりわけ権利章典や人身保護法のような17世紀末頃にできた基本的な法律は、趨勢としては個人の自由を守る拠り所であった議会に対してではなく、もっぱら公民の権利の存続を脅かす王権に対して向けられたものである。18世紀においてもなお、議会と個人の対立はありうべきもなかった。むしろ議会「主権」がいわれ、それによって議会絶対主義による支配が認められた。

個別的には、すでに明らかなようにアメリカの影響がみられるものの、フランス革命、およびこの時点からはじまるそれ以後のフランス憲法史は、基本的にはこうした方向で展開した。君主の恣意に対抗する最も重要な憲法制度としての代表制は、フランス憲法史にもあてはまる。そして代表制は、個人の自由の保護を最大限保障しようとするものであった。外見的には、フランス革命における代表制と個人の自由との間に存在する理念史的關係は、1791年憲法において幸運にも勝ち取られた代表制とともに、人および市民の権利が宣言された時に現れたのである。そして、このような関係は、例えば、ベルギー、プロイセンのような他のヨーロッパ諸国家においては遅れること19世紀に現れたのである。個人の自由は、国民にまで拡張され、国家的に統一された国民共同体に、代表制を通じて結びつけられており、ヨーロッパの広域国家(Flächenstaaten)において、自由主義は代表民主制と融和している。その代表民主制は、典型的な権利宣言の中に、自由主義という相続財産を加え、それによって、代表民主制の国家的文化価値体系の実質的主要構成要素としたのである。

代表制の成立とともに、文献も代表制と個人の自由との間の理念史的

ライブホルツ『代表論』代表の一般国家論的意義

な関係を意識するようになった。代表制の母国イギリスについて、ロックは、すでにこう述べている。イギリスでは、規則が定めていないあらゆる事柄について自分自身の意見に従う自由すなわち「絶対的専断の権力からの自由」が実現されうるのは、国民自身または「国民によって選ばれた代表者」が国家的任務の遂行や重要な政治的決定（少なくとも課税について）に参加する場合に限られる。その後、18世紀のフランス人の間でも、代表制に対するこうした評価はなお高まった。彼らは、理念形態として、イギリス憲法を大陸ヨーロッパ諸国に伝えたのである。その場合、フランス革命中において、代表制における自由の伸長を表明し、かつ次のことによってさらに議会主義的代表原理の中に潜む内在的な価値を高めたのは、とりわけシェイエスであった。すなわち彼は、アメリカの範例とは反対に、憲法定権力の降格化（Mediatisierung）をうまく擁護したのである。ドイツ文化圏内部ではそうだった。18世紀において、とりわけカントが、権力分立原理にもとづく純粋な共和国だけが唯一の正当な体制であると指摘している。また、共和国は「国民による代表制にほかならず、またそうでありうる」し、「またこれのみが自由を原理にする」。この意味で、ほとんどすべてのヨーロッパ諸国の進歩的な考えをもって出版された文献によって、代表制はまさに神秘主義的な光輪に包まれ、そして、自由思想を実現する唯一の手段として、19世紀にいたるまで信奉されたのであり、これによって最終的に、ヨーロッパの国家体制のための最良の統治形態を見出したのである。

理論化され、国民に信奉されている代表制を導入することで、個人の自由と個人を超えた社会的拘束との間の永遠の二律背反を現実に解消することができるのであれば、それによって同時に、本来的に矛盾する自由原理と平等原理を総合的に結び付ける道が示されるだろう。いたるところで常套文句とされているように、議会によって個人の自由が君主や執行部の恣意から保護されなければならず、また、平等原理の本質が、全体のために活動するあらゆる機関に向けられた法に服する者たちに対す

る恣意的な行為をすることの禁止、すなわち共同体の維持のために必要であるとして個人の自由の領域を広範に制限することの禁止にあるならば、代表制の支配の下で、自由思想と平等思想は相互に調和するであろう。また、こうした機能を果たす代表制は同時に、正義に奉仕するとともに、人々に「公共理性」の支配を保障するであろう。このような意味でギゾーは、「公共理性、正義、真理」が、「代議政治」の支配の下においてのみ実現可能であると、繰り返し説いたのである。代表制に内在するこのような意味原則は、代表制にその倫理的正当化と内面的な促進力を付与したのであり、それによって代表制は、世界中で次々と勝利を取ることができたのである。その一方で、国民が自らの重要性を誇示するためには、国民自身によって選ばれた人々からなる会議体による補充が必要であるという、通例行われている、その実際的重要性を決して過小評価すべきでない功利主義的観点からの代表の正当化は、後退してしまっている。

注

- (1) これに関しては、Smend, *Verfassung*, 6f., 9ff. そこでもまた、Litt に関する詳細な指摘がなされている。
- (2) Gierke によって、とくに *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1933, aaO. において詳しく述べられた意味において。さらに、Marck, *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, 1925, S.92ff. 参照。Gierke の意図するところ、かわりにさらに多く Bluntschli にみることができる。たとえば *Das Volk und der Souverän* 1831, S.45. 国民は、「全体なのであり、その存在を全滅させることなく一人ひとりに分解することはできないのである。国民は、また個々の人間よりも高位の人格である。それは固有の大きな生命をもっているのである。」なお、*Allgemeine Staatslehre*, 1886, S.98. も参照のこと。ドイツ国家学における、18世紀末からの有機体概念の発展に関しては、E. Kaufmann, *Über den Begriff des Organismus i. d. Staatslehre d. 19. Jahrhunderts*, 1908, aaO. に詳しい。

ところで、有機体概念は、ロシア教会により、またスラブ主義者の著述に

ライブホルツ「代表論」代表の一般国家論的意義

よって取り入れられた《sobolunost》(公会議首位説)の概念の中で、重要な役割を演じている。あらゆる存在の究極的な基盤を形成する、そこでの「われわれ」は、社会共産主義的全体主義とは、しかしながらまったく関係はないのである。Frank, Die staatsrechtliche Auffassung des Fascismus に詳しい。とくにスラブ主義者の有機体国家学に利用された Solowjew の「有機体」国家学、そしてその反個人主義的、非合理主義的考え方である Ambrozaitis に関しては、Die Staatslehre Solowjew's, 1927, S.35ff., 92f 参照。

- (3) この意味において、こんにちファシズムの国家論的解釈もまた参照。それに関して、私の研究、Zu den Problem des fascistischen Verfassungsrechtes, 1928, S.11f., 48 ここにさらに詳しい。
- (4) その中で個人が共同体に対して責任をもつ「制度を形成する関連」については、Smend, aaO., 14f. 参照。
- (5) 集産主義的普遍主義は、おそらくこんにちもっとも急進的に、Spann, Der wahre Staat, 1923, aaO. と F. W. Jerusalem, Soziologie des Rechtes I, 1925, S.170—411。これに対してすでにたとえば、Mark, Substanz und Funktionsbegriff, aaO., 98 ならびに、以下の注の中で引用される Smend, aaO. の証明。また、ファシズムの中では、とくに Corradini によって広められた自然主義的普遍主義的な方向を、固有のファシズムの国家論とは区別しなければならない。とくに、Gentile によって代表的に主張され、共同体と個人の関係を、組織適合的な相関関係よりもさらに原典 text の意味でとらえているものである。Leibholz, Fascistisches Verfassungsrecht, aaO., 11 関連して S.48 の典拠。
- (6) とくに Smend, aaO., 9f. と Mark, Substanzbegriff, aaO.
- (7) Smend, aaO. 9.
- (8) Smend, aaO., 9, 11, および 15, 21. 参照。
- (9) たとえば、Smend, aaO., 13 参照。
- (10) Smend, 45ff. に詳しい。とくに優れた公式化は、S.47, 107ff. 158ff. 参照。
- (11) 代表との関連における政治的なものの強調は、すでに、C. Schmitt, Verfassungslehre, 204f., 209, とくに 212. 参照。
- (12) これに関して、とりわけ Smend, aaO., たとえば S.13, 16f., 28. 参照。
- (13) Smend, aaO. は異なる。それによれば、「議会制的国家においては、国民は、本来政治的に存在するのではなく……、その政治的国民としての存在を第一にその時々々の政治的統合の力によってもつのである。政治的統合の中で、常に新しく一般に国家的現実として存在するのである」。また、Smend と同様に、

- Glum, Reichswirtschaftsrat. 32f. この解釈の結果に関して、Text, aaO. 参照。
- (14) この意味において、たとえばすでに、Hensel, Archiv f. Sozialwissenschaft u. Sozialpolitik, Bd. 61 (1929), S.181, C. Schmitt, Der H · tter der Verfassung i. Archiv d. öff. Rechts N. F. Bd. 16, S.224.
- (15) この意味において、たとえば、Smend, aaO. たとえば 28f. (それについて、また、テキストの S.36 およびその、An. 4 と S.63f.)、しかしここでも、国民の統一体が代表されるという言い回しがみられる。
- (16) Verfassungslehre のなかでとりわけ 242f. 参照。
- (17) そのように、C. Schmit, Verfassungslehre たとえば、243. を見よ。
- (18) それについてはすでに、S.30, An.3. 参照。
- (19) 文献の編成、ならびに概念的には国家に帰属すると考えられていたさまざまな特徴の組立は、Fels, Begriff und Wesen der Nation, 1927, aaO. 参照。
- (20) 「感情と意識にもとづいた意思」について、最近決定的にふたたび、Genzmer が Staat und Nation, 1929, S.16 において考察している。
- (21) たとえば Rotteck, Vernunftrecht, aaO., II , 240f., 270, Ancillon, Über den Geist der Staatsverfassungen, 1825, S.128, K.S. Zachariae, Über die erbliche Einherrschaft mit einer Volksvertretung in den Allgemeinen Politischen Annalen herausgegeg. v. Murhard 1823, Bd. IX , S.213f. 参照。Gerner, aaO., 55f., 90f., 120f. による広範な文献資料。さらに、Ahrens, Juristische Encyclopädie, 1855, S.779 および H. A. Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 1865, I , S.618/19, 参照。

Stahl, Philosophie des Rechtes Bd. 3, II . Abt., Buch IV , S.320f. によれば、帝国等族も同様に「国民代表である。帝国等族は、国民の真の本質、すなわち国民存在の理念をいきいきと示しているという意味においてであって、それが国民すなわち国民を形成する個人の総和を示すからではない」。彼によれば「真の国民存在」は「等族の構成」からなる (aaO., 322) ので、ドイツの議会は二つの相互に浸透しあう原理にもとづかなければならない。すなわち、「等族の区別と国民の統一、物的な状況や職業上の地位の代表と自分が属している人びとの代表」(aaO., 370, 327, 334) である。統一体としての国民の代表は、したがって等族的基盤から生まれなければならない。これに関してはなお、S.147, An.4. また、Stahl と同様に Hegel も国家の等族的で反原子論的構成を求めた。ひとびとは「集団 (任意に等族) の中にすでに存在し、集団が政治的なもの、すなわち最高の具体的な一般性に入っていく共同体を、多数の個人に解消

ライブホルツ「代表論」代表の一般国家論的意義

することを望むであろう、そこで政治的なものをいわば空中におこうとするであらう。」(Rechtsphilosophie, aaO., 303, S.249 参照)。共同体の政治的統一は、まさに個人の総和としての大衆を基礎づけられ得ない(結局 Hegel, aaO. が求めたように等族にも基礎づけられ得ない)。ヘーゲル流の国民概念に対して、また彼の全体体系に関する意義づけに対して、たとえば、v. Sydow, Zeitschrift für Rechtsphilosophie I, 1913, S.188f. が詳しい。

(22) Klüber, Öffentliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten 3, 1831, S.397, Übersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Kongresses, aaO., S.235.

(23) Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 1885, S.50, Art. Repräsentativverfassung i. Staatswörterbuch, Bd. VIII, S.588.

その後のドイツの国法学的文献から、なおたとえば、Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1881, Bd. I, S.457 をあげるべきであろう。それによれば、議会をとおして、「国民的全体存在、……国民性が代表される」。なおさらにたとえば、Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1868, Bd. I, S.825 参照。

(24) たとえば、Sieyès, Archives Parlamentaires, VIII, Serie I, S.593, Barnarve ebenda Bd. XV, S.409, Thouret ebenda Bd. XIX, S.356 参照。

(25) それゆえ、とりわけ Carré de Malberg, Théorie générale, aaO. II, S.224, また、さらに S.223ff., 231, 241 参照。結局、代表の国家論的意味の認識は、次のことによってあいまいにされる。強制委任を受けない代表と、受ける代表を同一視し、そして「純粋な」代表は、Carré de Malberg によれば機関なのであるが(aaO., S.231 参照)、典型的な代表とは区別させられる。それに関してはさらに、Text, S.35.を見よ。

(26) イタリアの文献から、本文の意味においては、とくに Rossi, I Principii fondamentali della rappresentanza politica, 1894, S.144/145, アングロサクソン法に関しては、たとえば、Lord Brougham, The British Constitutional Law, 1902, Bd. II, S.67, Gneist, Das Repräsentativsystem in England i. d. Abhandlungen über das constitutionelle Prinzip, 1864, S.171. 参照。

(27) たとえば、Maurus, Der moderne Verfassungsstaat als Rechtsstaat, 1878, S.121, 149 による詳細な叙述の中に、一つの結論が整然と引き出される。

(28) Orlando, Du Fondement Juridique et de la Représentation Politique i. d. Revue du Droit Public etc., 1895, Bd. III, S.9f., によれば、たとえば、議員の選

挙にもとづいて、能動的市民をとおして委任関係が国民と議会とのあいだに基礎づけられなければならない。つまり、《incapables》すなわち選挙法によって閉め出された人びとによる《la déclaration de volonté de conférer un mandat》は、有権者の投票にふくまれていなければならない。いっぽう、有権者に与えられている選挙権を行使しないと、《mandat tacite de confiance et une approbation anticipée de ce que pourra faire la collectivité》という想定を当然すべきであるが、現実には、こうした想定は明らかに不当ではある。どうして、能動的有権者は、《incapables》を選挙の際に代表することになるのか、あるいは暗黙の委任関係の意味において選挙権を行使しないひとびとの利益を代表することになるのかについて、根拠が明らかでないからである。Orlando の理解、なお Briot, Du Mandat Législatif en France, 1906, S.81/82 そして最近の Larnaude, Interparlamentarisches Bulletin, Bd. VII, (1927), S.168 においては、明快に、有権者でない人びとや選挙権を行使しない人びとの代表を、フィクションを用いて基礎づけている。

(29) Maurus, aaO., 130f. も参照。ここでまた、Orlando, aaO. S.10 と Brit, aaO. S.82 は、多数によって表明された意思を、能動的有権者の少数がいだく意思において解釈し直そうとするのである。しかし、多数派の意思に従うことという、多数決原理の妥当根拠すなわち意見を異にする少数派を決定する状況は、議員によってたんにその議員に投票した有権者が代表されるにすぎないということ、経験的原子論的思考方から適切に表現される確定にたいして、影響をおよぼすことはできない。したがって、真の原子論者は、本書で言及した多数選挙手続きの論理的な帰結を避けるために、すでに早くから、「多数代表」の排除と、広範に少数派が代表される比例選挙手続きの導入を要求したのである。この意味においてはとくにたとえば、Sterne, Representative Government, 1869, S.27f., 31 ; I. St. Mill, Considerations of representative Government (Volksausgabe, 1919), Chap. VII, S.53ff. ; さらにたとえば、Fouillée, La Démocratie politique et sociale en France, 1910, S.43f. 参照。

(30) これに関して、S.175. 参照。

(31) これについてさらに詳細には、Gierke, Das Genossenschaftsrecht, 1913, Bd. IV, S.292ff. 参照。

(32) したがってとくにたとえば、Hauriou, La Souveraineté nationale, 1912, S.88 と Précis de Droit constitutionnel, 1929, S.149, S.212 さらにおそらく、Romano, Corso di Diritto Costituzionale, 1926, S.167f. ; C. Schmitt, Verfassungslehre,

ライプホルツ「代表論」代表の一般国家論的意義

aaO., S.207, S.215f 参照。

(33) Held, Zur Lehre vom Konstitutionalismus i. Arch. d. öff. Rechts Bd. VII , S.122.

(34) これに関してさらに詳細には以下, S.149f 参照。

(35) この意味においてはたとえばすでに, Blackstone, Commentaries, aaO., I , Chap.2, S.159 ; I. St. Mill, repres. governm. aaO., Chap. IV , S.52 ; Burk, The Speech to the Electors of Bristol in The Works, 1899, Bd. II , S.96 ; Hegel, Rechtsphilosophie, § 309, S.252 ; B. Constant, Cours de Politique Constitutionnelle herausgeg. v. Laboulaye, 1872, Bd. I , S.229 ; Soerk, Das verfassungsmäßige Verhältnis der Abgeordneten zur Wählerschaft i. d. Jur. Blättern Bd. 10, S.213 ; Triepel, Wahlrecht und Wahlpflicht, 1900, S.34 ; Hatschek, Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches, 1915, S.568 ; Jenks, Principles of Politics, 1916, S.78 ; Pergolesi, Appunti su la rappresentanza corporativa nelle Assemblee Politiche, 1923, S.45 ; Mac Iver, The Modern State, 1926, S.465f 参照。

(36) もっとも、ときどきではあるがこんにちにおいても、等族は家臣全体を代表したということが主張される。この意味では、Klüber - Welcker, Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation, 1844, S.234f. のなかでの Welcker ; Unger, Geschichte der deutschen Landstädte, 1844, Bd. II , S.431f. ; G. Waitz, Über die Bildung einer Volksvertretung i. d. Abhandlung über das constitutionelle Prinzip, 1864, S.185 ; 一定の範囲内ではまた Stahl, Philosophie des Rechts, Bd. II , Buch IV , S.341/342. 最近の文献からは、とくに v. Below, Landtagsakten von Jülich-Berg, 1895, bd. I , S.54f., そして Territorium und Stadt, 1900, S.243f. ; Worzendorff, Staatsrecht und Naturrecht i. d. Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, 1916, S.83ff. ; Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1928, S.56. 参照。このような論争の決着は、その現実的側面に関しては、この研究の枠内においては未決のままにとどめておくことができる。というのは、それ自体は、等族によって、一定の制限された範囲内で、たとえば国土防衛や税の承認の分野に関して（それについては、とくにたとえば、H.A.Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht, I , S.595 ; K.S. Zachariae, Allgemeine politische Annalen herausgegeben von Murhard, Bd. IX , S.244 ; Brendel, Die Geschichte, das Wesen und der Wert der

Nationalrepräsentation, 1817, Bd. II, S.286f.), 全体の利益が代表されていたのであるとすれば、ひとりの国民全体の代表によっては述べられ得ないのである。なぜなら、「全体利益」はここではただ等族のそのときどきの私的といえる利益の総和として形成された産物であるにすぎない。等族はしたがって、全体利益を君主に対して代表したが、実際は等族固有の利益であった。ただ等族がこの上もなく個人的に、その家臣の物的および経済的諸力は、君主によってわずらわされたことはないということに関心をもったなら、その場合にのみ等族に依存し、気ままに、自立的であるがしかし代表権を与えられていないひとびとの利益は個別化し、それとともに「全体利益」は代表された（それに関して、さらにたとえば、K. S. Zachariae, 40 Bücher vom Staate, 1840, III, S.227f.; Unger, aaO. II, S.436; Klüber, Öffentliches Recht des deutschen Bundes, S.364; Hallar Gerber, aaO., S.21, S.22)。しかし国民は、多数の個人とその利益のまとまりのない総計としてではなく、市民の総和ではない価値重視的で理念的な統一体として、固有の全体利益をともなした政治的個人の全体として代表されるのである。次のことは偶然ではなく、等族的憲法にとってはまさに特徴的な方法であったのである。すなわち、一般にはあるが、代表にとって固有の価値中心を欠く、全領土あるいは邦の、委任に拘束される代表と拘束されない代表を述べ、政治的意味での国民代表については述べていない（H. A. Zachariae, Staatsrecht, I, S.590, Gierke, Das Genossenschaftsrecht, Bd. I, S.58, Anm.198 によってすでに証明されている）。また、同様な領域の意味において、邦等族、地域、邦議会などの新語をつくり、それらを用いた。また、なぜまさに財産が等族的代表の根底になることができたのかについてもそのように説明されるのである。それに関して詳細にはとくに、Posse, Über das Staatseigentum in den deutschen Reichslanden und das Staatsrepräsentationsrecht, 1794, S.200f., S.216f., S.241f. 参照。

これに関してともかく憲法理論的には、三月前期の進歩的公法学者が、保守的法学に対してたたかう際、古いドイツの等族に技術的代表的特徴を否認したときに経験したのである。また、中世の Marsilius von Padua あるいは Nicolaus von Cues などの言い回しをすることは、われわれには許されない。彼らによれば、等族議会は〈vicem et auctoritatem universitatis civium repraesentant〉である。現代の代表制的意味においては、たとえば Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1881, Bd. III, S.602, すでに Nicolaus v. Cues によって De concordantia catholica Paris 1514 III c.12 c.25 にもとづいて「代表制的議会主

ライプホルツ「代表論」代表の一般国家論的意義

義の形式的制度」に関して述べられている。

ここでドイツの等族について述べたことは、一般には他の諸国にも当てはまる。たとえばフランスに対しては、そこでは部分的に、またいまだにこんにちにおいてもなお、1614年以來召集されない等族の代わりをはたした高等法院(Gerichtsparlamente)は、国王に対する国民の代表と呼ばれている。これについては、広範な資料によって、Leowenstein, Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, 1922, S.94ff. に詳しい。しかしその独特の論述は、委任に拘束される代表と拘束されない代表との区別が行われていないことによって損なわれている。したがって、議会が立法権をめぐってたたかう際に、裁判官貴族は「行政官僚によっておびやかされている特権」を守ったのである(S.99, S.100に明示)。それで、同時に「留保」付きで、国会の構成員を、国民の委任に拘束される代表すなわち委任に拘束されない代表と示すことはできないのである。

(37) そのようにして、なぜ最初に代表制の発達とともに、「公共の福祉」への指示が、こんにちでは結局は一般的にもはや行われていない議員宣誓の典型的で重要な要素とされなくなったのかについても説明される。それについては、Friesenhann, Der politische Eid, 1928, S.65f. また、代表としての国家元首の政治的宣誓は、もっとも一般的な形では憲法宣誓として、公共の利益への「客観的に叙述する」指示をふくむ。

(38) Gardiner, The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660, 1906, S.368 の中の Agreement of the People, Z.8 参照。

(39) Blackstone, Commentaries, aaO., Bd. I, S.159; Bancroft, History of the United States, 1852, Bd. V, S.411 の中の Lord Mansfield (1766) の適切な発言。

英国では代表制の年代を推定することができるが、時期の正確な決定は、ここでは重要ではない。Thomas Smith (彼の意義については Pollock, An Introduction to the History of the Science of Politics, 1923, S.57f. に詳しい) は、国民全体の代表に関する考察は、すでに1583年に、《De republica et Administratione Anglorum》L.2, Cap.2 (London, 1590, S.52) において書き改めようとした。《Quidquid in centuriatis comitiis aut in tribunitiis populus Romanus efficere potuisset, id omne, in comitiis Anglicanis, tamquam in coetu Principem populumque repraesentante, commode transigitur. Interesse enim in illo conventu omnes inintellegimur, cuiuscumque amplitudinis status, aut dignitatis, Princepsve aut

plebs fuerit; sive per teipsum hoc fiat sive per procuratorem.) Loewenstein, Zur Soziologie der parlamentarischen Repräsentation in England i. d. Erinnerungsgabe f. M. Weber, 1923, Bd. II, S.90 は、議会制的国民代表へと導いた発展過程の時代についてまとめている。

英国における代表制の発展については、たとえば、Cox, The Institutions of the English Government, 1863, S11f., 93ff.; Todd, On Parliamentary Government in England, 1867, Bd. I, Bd. II, aaO.; Stubbs, The Constitutional History of England, 1906, Bd. II, S.236ff., S.411ff., 1903, Bd. III, S.388ff., S.484ff., Select Charters, 1913, S.505 (Modus tenendi Parliamentum) に詳しい。ドイツの文献では、Gneist, Das Repräsentativsystem in England i. d. Abhandlung über das const. Prinzip, S.89ff.; Englische Verfassungsgeschichte, 1882, insbes. S.359ff.; Das englische Parlament, 1886, S.106ff.; Hübner, Die parlamentarische Regierungsweise, 1918, S.5ff.; Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte, 1913, S.209f., S.390f., englische Staatsrecht, 1905, S.235f., それによれば、議会制的代表概念は、伯爵領においてはすでに、12世紀に発達し13世紀以来帝国に伝えられたといわれている。エドワードI世によって1295年に形成されたいわゆる模範議会はこの意味ですすでに「代表制的国家機関」, 「国民代表」(Staatsrecht, S.237)となっていた。こうした研究に対して、代表制の発生は、なお純粹に中世的な、(契約による協定として)理解している1215年のマグナカルタにまでさかのぼることを、当然ながらすでに、Mc. Kechnie, MagnaCarta, 1914, S.249f. そしてこんにちまた、C. Schmitt, Verfassungslehre, S.45f., S.157.に見ることができる。

とくに1760年から1860年までの時代に関しては、Th. Ersch. May, The Constitutional History of England, 1882, Bd. I, S.327ff., Bd. II, S.1f.; 1832年から1867年までの間の時代に関しては、Loewenstein, Archiv f. Sozialw. und Sozialpol., Bd.51, (1924), S.614ff.; Jellineck, Staatslehre, 571f. 英国における代表制の発達についての簡単な叙述; Ford, Representative Government, 1925, S.97f.; Mac Iver, Modern State, 142f.; Esmein, Eléments de Droit Constitutionnel, 1921, Bd. I, S.78ff.を見よ。

スコットランドの「議会制的代表」については、さらに Mackinnon, The Constitutional History of Scotland, 1924, S.271f. 参照。

英国の植民地アメリカにおいてもまた、代表制は、母国の制度にならって、封建的階層がなかったので促進され、比較的はやくに発展した(17世紀)。た

ライブホルツ「代表論」代表の一般国家論的意義

だ特権を授与された植民地だけは、直轄植民地や所有地植民地とは異なって、母国から受け継いだ代表制的設備に、実際には国民投票制度が味方した。各植民地における代表制の発展に関してさらに詳細には、Loewenstein, Volk und Parlament, aaO., S.55ff.を参照せよ。

- (40) 1791年憲法3章7条参照。《Les représentants... ne seront pas représentants... n'oseront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière》。

Jellinek, Staatslehre, S.576, anm.Iによってたてられた法則、すなわち英国では下院において代表されている《communitates regni》の全体は、フランスにおいては「個人の総体」が代表されるということの具体的な意味についていえば、それはたしかに代表制度の発展史に対するものであるが、フランスにおいても英国においても自明な理念的統一体として代表される国民代表の事実内容に対するものではないのである。

- (41) Liermann, Das Deutsche Volk als Rechtsbegriff im Reichsstaatsrecht der Gegenwart, 1927はTönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft, 1922, S.3に引き続いて次の区別を行っている。すなわち、「共同組合的基盤に基づく具体的な人間の全体としての」共同社会的国民と、「共存する個人の総体としての」利益社会的国民の区別である。つづいて、彼自身が「最初の一瞥で驚く」と表現した結論に到達した。すなわち、ヴァイマル憲法21条は社会的国民に関連する。なぜなら、こんにちでは国会選挙は「現実には政党選挙であり、国民代表は政党代表である」(S.138)からである。同様に、Preuß, Reich und Länder, 1928, S.270によれば、個々の議員は「第一に政党の見解、むしろそれどころか政党内の一定方向の意見を代表する」、そして政党の見解の「一致と対立から……(代表された)世論」すなわち「国民の意思」(S.244)が生じなければならない。一般に認められた21条によって認められた代表制度が、原子論的な国民概念の代置によって本質的に不純なものにされるということが、ここでは見落とされている。なぜなら、明らかにそれと対立して、Liermannによってたしかに無意味といわれた(aaO.,S.139)憲法制定者の意思は、それゆえもはや国民の代表によってではなく利益社会とですら一致しているとはいえない政党の委任に拘束される代表によって述べられるからである。当為と存在との緊張は実際には重大な問題である。詳細は、S.98ff.参照。説得力がなく、根底にある考え方から内面的に矛盾に満ちているのは、Liermannの別の文である。21条2項は客観的で法秩序に由来する命令をもつべきであり、その

命令は「共同社会的国民の理念に注意を払うこと」を政党代表に義務づけるものである(S.140)。というのは、議員は政党代表であるので、なぜ「共同社会的国民を忘れてはならない」(S.139)のかということは理解されないからである。逆に Liermann によれば、国家と共同社会的国民は二元的に分けられ(aaO. S.72f. S.83f. 特に S.100)、21条とは反対に明確に「体现」と規定する憲法規範が欠けているにもかかわらず、ライヒ大統領は共同社会的国民を体现する(すなわち、十分に代表する)。国民と国家との二元的な区別の際に、それ自体は正当なこの推定は、しかしながら正当化されえない。それによれば、大統領は国家を代表するのであって、国民ではない。それについてはさらに S.124ff. 参照。

- (42) 代表機関が住民の多数で構成されている(たとえば現代の議会のように)ところでは、共通意思の形成の際に、ここでは言及されていない多数決原理がなお働いている。
- (43) それゆえとくに Heller, Souveränität, S.76. それ以前にすでに、この意味ではたとえば, Bénézet, Etude théorique sur les immunités diplomatiques. Thèse Toulouse, 1901, S.19 (〈L'antinomie de la collectivité et de l'unité se résout par la représentation〉) 参照。そしてとくに, Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S.683. 〈omnes ut universi〉と〈omnes ut singuli〉との区別は, Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd.III, S.391 が証明したように、すでに Legisten に知られていた。
- (44) これについては、とくに Smend, aaO. S.47 で行った留保とともにとくに S.18ff. 参照。代表は国家的統合過程の本質的要素であるということは、すでに当然 C. Schmitt, Verfassungslehre, S.207. が強調したところである。
- (45) Smend, aaO., S.34. 国家意思の現実については、Heller, Souveränität, S.83f. の貴重な論述がある。
- (46) ルソーによる一般意思 (volonté générale) の現実的存在については、とくに Hauriou, Souveraineté, aaO., 18ff. (Smend, Verfassungsrecht, S.69. そして前述 S.30 An.2: 社会契約論 (Contrat Social) で言及している。そこには、〈tous les caractères de la volonté générale … dans la pluralité〉という的確な表現が含まれている。ルソー的意味においては、一般意思はカントやフィヒテによっても理解された。それについては Gurwitsch, Kant und Fichte als Rousseau-Interpreten, Kant-Studien, Bd.27, S.138ff. 参照。共通意思に関する学説へのストア学派の影響に関してはなお Braubach, (Zum Einfluß der Stoa auf die

französische bis zur Revolution) i. Schmollers Jahrb. Bd.48, (1924), S.229f. 参照。この関連においては詳細に立ち入る余裕はない。

(47) それについて, S.29f., S.118f. 参照。

(48) Hobbes, Leviathan (Neudruck der Ausgabe von 1651 Oxford 1909), Chapt. 16, S.126 : 《A Multitude of men, are made One Person when they are by one man or one Person Represented… It is the Unity of the Representer, not the Unity if the Represented, that maketh the Person One》参照。さらに Hobbes, Elementa Philosophica, De Cive, Amsterdam, 1647, Cap.VI, Z.1, S.91 : 《Quapropter multitudo, persona naturalis non est. Ceterum eadem multitudo, si viritim paciscantur fore ut unius alicuius hominis voluntas, vel majoris partis ipsorum voluntas consentaneae pro voluntate omnium habeantur, tunc persona una fit: Voluntate enim praedita est, ideoque actines facere potest voluntarias… populus saepius quam multitudo dicitur.》また, Cap.5, Z.6, S.84 : 《Una voluntas… fieri non potest, nisi unusquisque voluntatem suam, alterius unius, nimirum unius Hominis, vel unius Concilii voluntati ita subiciat, ut pro voluntate omnium aut singulorum habendum sit》(また Heller による引用, Souveränität, S.74/75) 参照。ホッブズの国家学の基礎をなす人の概念(彼の Leviathan, Chap.16, S.123 参照)は, したがって, 一般に通常の意味をもつこととはできない「多数の人」にではなく, 代表による(個人ではなく集会の)意思統一を通して全体へと結合された国民に適用された。この関連においてはまた, Tönnis, Hobbes, 1925, S.239f. 参照。

(49) Spinoza, Tractatus politicus insbes. c.3, § 1—5 (Gebhardt, 1925, S.71f. によるドイツ語への翻訳)によれば, 「国家は一つの精神によって導かれているよう」でなければならない。しかしこれは, ホッブズの場合と同様に, 国家すなわち結合された個人がその権力を支配者のために自らなくした場合に問題となる。その場合にその意思は, 神の意思として作用し, そのことから「すべての者の意思とみなされなければならない」 (§ 5)。

(50) 集団の人格を個人の自由な契約に基づく結合にあるとする自然法学者自身, しかしながら, 「代表権力の支配者への委譲をととしてはじめて集団全体の統一」が完成することを認めている。それについては, Huber, De jure civitatis, 1713, aaO. 参照。なお, Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1913, Bd.IV, S.415. 参照。

(51) Pufendorf, De jure naturae et gentium, 1744, Bd.II, Lib.VII, Cap.2, § 5,

S.132 参照。ホップズにならって、《Multae voluntates unitae intelliguntur, si unusquisque voluntatem suam voluntati unius hominis aut unius concilii subijciat, ut pro voluntate omnium et singulorum habendum sit, quicquid de rebus ad securitatem communem necessariis ille voluerit》と述べている。また、Bd.I, Lib.I, Cap.I, § 13, S.14, 参照。個人に依存していると考えられている代表、それはブーフエンドルフならびにその同時代の人びとによって主権があると示された一人あるいは多数の支配者によるものであるが、それをとおしてはじめて、最終的に《persona moralis composita》の統一が完成するのである。

ブーフエンドルフの教え子と彼の説のその後の学習に関して、Gierke, Genossenschaftsrecht, aaO., IV, S.421, u. Anm.154f. 参照。

(52) したがって、Malouet, Archives Parlementaires, Bd.VIII, (1.Serie), S.586. 参照。

(53) したがって、De Polverel, Archives Parlem., VIII, S.73. 参照。ふさわしい表現は続いてなおたとえば、Sieyès, ebenda, S.594, S.595, Robespierre, Arch. Parl. IX, S.79, Frochot, Archiv Parl.XXX, S.98, (《Le corps législatif exprime la volonté générale》)；また、aaO., S.100, S.111 参照。pouvoir constituant との関連において、それはそこで次のように述べている。《La volonté générale sur le fait du rassemblement d'une Convention nationale … ne peut être exprimée que par les représentans de la nation》なおまた、Art.6, S.1 d. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen v. 1789. 参照。

(54) プロイセンの前立憲主義時代において、とくに Haller, Handbuch der allgemeinen Staatenkunde, 1808, S.233, Z.4, が、いわゆる代表制によって、「まったく存在していない」、したがって明らかに代表を通じて存在させられなければならない、「共同体を代表させようと望んでいる」「現代の哲学者に反対して」、独特の表現で方向を転じたのである。

当をえた考察は、新しい文献の中にみられる。たとえば、Stoerk, Juristische Blätter, 1881, Bd.10, S.213；Hauriou, Souveraineté, aaO, S.87；Carré de Malberg, Théorie générale, aaO.II, S.225ff., それは議会を一つの機関として表現している。《par lequel la nation va pouvoir législativement vouloir (227) …, par lequel se réalise, quant à sa formation, une volonté générale de la collectivité, qui n'existait pas jusque-là, par lequel donc cette collectivité acquiert, en tant que sujet juridique, une réalité d'existence, c'est à dir, une personnalité …》(aaO., S.228)。さらに最近では、とくに、Heller, Souveränität,

aaO., S.83f. ; Smend, Verfassung, aaO., S.28f. ; Schmitt, Verfassungslehre, S.205f.

(55) Archiv d. öff. Rechts N. F. Bd.16, S.212ff.

(56) 形式的な標準によっては、国家における個々の機関集団のさまざまな活動の内容を定めることはできない。国家機能（立法、司法、統治、行政）の本質は、支配的な学説の意味において、理論的決まり文句によって法論理的に公式化することはできない。それに関して詳細には、Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung i. d. Veröffentlichungen d. Staatsrechtslehrervereinigung, 1928, H.4, S.106ff., These 7, S.134.を見よ。個々の国家機能の間にある区別は、実際には、決定的に共同社会において支配的な価値観に源を発する実質的な区別である。このことから、全国家的生活を決定している政治的ならびに法理念にそった決定は、その具体化は個々にしかしながら行政と司法にあるのだが、立法機関の責任である（この点では、Heller, S.118,S.134, Z.6 ; また、Barthélemy, Revue du Droit public etc. Bd.45, S.588 参照）。

(57) これはとくに前立憲主義時代にあてはまる。ドイツの文献からは、たとえば、Gentz in Klüber-Welcker, Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation, S.225 ; Rotteck, Vernunftrecht, II, aaO., S.221f. ; K. S. Zachariae, Vierzig Bücher vom Staat, Bd.III, S.210f.「代表制憲法は、そのもっとも中心にある本質において… 均衡の憲法である。こうした均衡を作り出しそして維持することは、代表制憲法の中心課題である」（S.210）。「こうした（権力の）分離の必要性は、代表制に基づく憲法においてはすでに憲法の本質である」（S.211）。これ以外の、Gerber, aaO., S.186f. による証明資料も参照した。フランスの文献から、この意味では、たとえば、Guizot, Histoire des origines du Gouvernement représentatif en Europe, 1851, Bd.I, S.101f., Bd.II, S.11.がある。権力分立制と代表制とは、したがって非常に軽くたがいに結びついている。なぜなら、国家機能の外見的な分離によって、代表制の意味原理（これに関してはさらに詳細に S.66ff.）は、組織原理的側面から同時に保障される。

(58) 権力分立制に関する適切な解釈は、すでに Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 1860, Bd.I, S.9, S.27f. で明らかになっている。それは、同時に比較説明の形で、代表制と権力分立制がそれぞれの国家において結合した、さまざまな形式を明らかにしている（aaO., S.33ff. ; aaO., 同時にまた S.470ff. 参照）。さらに、フランス革命を考慮にいれたものとして、Leowenstein, Volk und

<資料(翻訳)>

- Parlament, aaO., S.243f., S.282. そしてこんにちもっとも迫力のある, C. Schmitt, Verfassungslehre, S.213. 参照。二院制に関連して適切な, 最近のたとえば, Krbbe, De Eerste Kamer in Staatsrechtelijke Opstellen, 1927, Bd.I, S.149, S.163. も参照。
- (59) Glum, Reichswirtschaftsrat, S.27, S.31 も参照せよ。
- (60) Repres. government, aaO., S.34f., とくに, S.42., これについてはなお, Ford, Repres. Government, S.115f., Mill の意味においては Zenker, Der Parlamentarismus, sein Wesen und seine Entwicklung, 1914, S.16, S.41, S.137ff. Montesquieu, De l'Esprit des Lois in den Oeuvres compl., 1784, L.XI, Chap.VI, Bd.II, S.38. によれば, 《corps représentant ... faire des lois ou ... voir si l'on a bien exécuté celles qu'il a faites》でなければならない。
- (61) そこで, たとえば北ドイツ連邦の最初の帝国議会についてのまったく支配的な見解にしたがえば, 憲法協議的性格ではなく憲法審問的性格なのである。たとえば, Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1919, S.192, S.196f. 参照。もっとも, 初期の議会の実践からは, たとえばさらに, Art.I del Real Decreto convocando la Asamblea Consultiva, v.12, September, 1927, in Gaceta de Madrid, 1927, S.1499. 参照。

(さいとうこうき・本学教授)