

# 憲法破毀 (Verfassungsdurchbrechung) の概念 (二)

岩 間 昭 道

## 目 次

はじめに

第一章 憲法破毀概念の成立

第一節 背景 (九卷二号)

第二節 第二回ドイツ国法学者大会

一 支配的解釈

二 シュミットの解釈

三 小結び

第三節 憲法破毀概念の特徴と機能

——カール・シュミットについて——

一 特徴

二 機能

三 小結び (以上本号)

第二章 憲法破毀概念の展開と変質

むすび

## 第二節 第二回ドイツ国法学者大会

非常措置権をめぐる学説上の論議は、二四年四月に開催された第二回ドイツ国法学者大会 (Zweite Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer) での論議を中心にして、多岐の論点にわたって活発に行われた。なかでも、初期の拡張的運用を背景にして、非常措置権の権限範囲をめぐる激しい解釈論争が生ずることになったが、この論争の中で、支

配的解釈を批判する四八条解釈の手段として、憲法破壊という独得な概念がシュミットとヤコビ(E. Jacobi)によって形成されることになったのである。そこで本節では、まずこの点に関する支配的解釈の概要を紹介し、次にシュミットの解釈(前記大会での報告)を紹介することにしたい。<sup>(1)</sup>

(1) 当時非常措置権をめぐって論議された主たる論点としては、以下で紹介する権限範囲のほか、施行法(五項)の制定とその内容、司法審査の是非とその範囲をも含めたコントロールの問題、大統領(二項)とラント政府(四項)の非常措置権にもとづく措置の間の効力関係などがある。この内最後の問題は、二三年秋バイエルンで発生した非常事態の競合という事態と、同年一月この事件の直後にバイエルン人民党が国会に提出したラント政府の非常措置権強化を内容とする四八条改正法案(法案の概要については、Poetsch-Heffter, Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung, JöR Bd. 13 (1925), S. 101)とに関連して論議されたものである。なお、この点に関する学説の大勢は、大統領の措置に優位を認め、したがって改正にも消極的であった(Vgl. Verhandlungen der 33. deutschen Juristentags (1924) S. 84f.; W. Kronheimer, Der Streit um der Art. 48 der Reichsverfassung, AöR Bd. 7 (1924) S. 319f.)。

## 一 支配的解釈

当時の学説上非常措置権の権限範囲について論議された主たる論点は、一つは、非常措置権が原則として憲法に拘束されるかどうかという非常措置権の法的限界に関する問題であり、もう一つは、措置が法律に代る法律的効力(Gesetzvertretende Gesetzeskraft)をもつかどうかという非常措置権の性格にかかわる問題であった。そして両者は、ワイマール憲法が法律の留保(Vorbehalt des Gesetzes)を伴う多数の憲法規定を含んでいたが故に、相互に密接な関係をもっていたのである。以下順を追って紹介しよう。<sup>(1)</sup>

(1) 非常措置権をめぐる当時の学説上の論議での最大の争点は、非常措置権が四八条二項後段列举の七つの基本権規定以外の憲法規定に拘束されるかどうかという問題であった。そして、この点について、学説・判例および政府解釈はほぼ一致してこれを肯定し、その意味で憲法を「不可侵」(unantastbar)としたのである。<sup>(2)</sup>

ところで、当時不可侵説(Unantastbarkeitslehre)と呼ばれたこの解釈は、主として、非常措置権の性格と反対解釈

(argumentum e contrario) の二つの論拠によって基礎づけられることになった。

(i) 若干の学説は、非常措置権を憲法保障制度として位置づけ、そこから憲法の不可侵性を基礎づけようとした。たとえば、ナヴィアスキー (H. Nawiasky) は、不可侵性を基礎づける主たる論拠の一つとして、非常措置権が憲法に基礎をもち、憲法の保障 (Schutz der Verfassung) を目的とする権限であることを挙げ、またフリードマン (H. Friedmann) も、非常措置権は憲法に基礎をもつ権限であるから、自己の法源 (Rechtsquelle) たる憲法を侵犯することは許されないと主張したのである。<sup>(4)</sup>

非常措置権を憲法理論上憲法保障制度として位置づけること自体は、後述するシュミット理論の影響を受けて、当時少なからぬ学説によって認められ、<sup>(5)</sup> そのことと関連して、非常措置権にもとづく大統領の地位は、立憲的独裁 (verfassungsmäßige Diktatur)、<sup>(6)</sup> 或いは委任的独裁 (kommissarische Diktatur) と称された。<sup>(6)</sup> しかし、このように非常措置権を憲法保障制度として位置づけることから直ちに同権限にたいする憲法の不可侵性一般を導出することについては、学説は全体として消極的であったといえる。なぜなら、グラウ (R. Grau) が指摘するように、仮にその基礎が憲法にあるとしても、憲法改正権がそうであるように、そこから憲法の不可侵性一般を導出することはできず、<sup>(7)</sup> またその目的が憲法の保障にあるとしても、基本権停止権がそうであるように、その目的を達成する手段として一時的・例外的に憲法を侵犯することが許される場合があるからである。事実、クロンハイマー (W. Kronheimer) は、非常措置権を憲法保障制度として位置づけつつも、そこから非常措置権は憲法形態 (Verfassungsform) を変更したり、国会・内閣等を除去したりすることができないという結論を導き出しているにすぎない。<sup>(8)</sup> ともあれ、非常措置権を憲法保障制度として位置づけることは、その法的限界を検討する上で重要な意義をもつにせよ、憲法の不可侵性一般を基礎づけるに十分な論拠とはなりえなかったといわなければならない。

(ii) 憲法の不可侵性を基礎づける論拠として当時一般的に主張されたのは、反対解釈の論拠である。即ち、四八条二項後段は、停止されうる憲法規定として七つの基本権規定を列挙していたが、支配的解釈はこの列挙を制限的列挙(imitative Aufzählung)と解し、その反対解釈として他の全ての憲法規定を不可侵としたのである<sup>(9)</sup>。他にも種々の論

拠が主張されたが、憲法の不可侵性は以上のように基本的にこの反対解釈の論拠によって基礎づけられたのである<sup>(10)</sup>。

- (1) この点に関する論議の概要については、H. Nawiasky, Die Auslegung des Art. 48 der Reichsverfassung, AöR Bd. K (1926) S. 1ff.; W. Kronheimer, a.a.O., S. 304ff.; K. Häntzschel, Die Verfassungsschranken der Diktaturgewalt des Art. 48 der Reichsverfassung, ZöR Bd. V (1926) S. 205f.; また、前者の論点については、大西芳雄「国家緊急権の限界」『憲法及行政法の諸問題』(昭和三年)八五頁以下、畑博行「国家緊急権の問題」公法研究一七号(昭和三年)三八頁以下。

- (2) 学説上不可侵説を主張する多数の法学者は、たとえば、R. Grau, Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten u. Landesregierungen, (1922) S. 50f.; H. Nawiasky, a.a.O., S. 48.; W. Kronheimer, a.a.O., S. 307f.; K. Häntzschel, a.a.O., S. 226; J. Hatscheck, Deutsches u. Preussisches Staatsrecht, Bd. 2 (1923), S. 173; F. Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl., (1931) S. 138; G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl., (1933) S. 289; また、プロイスマ原則については、不可侵とす(H. Preuß, Die verfassungsmäßige Diktatur, Zeitschrift für Politik, Bd. 13 (1924) S. 105). 判例については、Vgl. VVD Strl, Heft 1 (1924) S. 106f.; G. Anschütz, a.a.O., S. 289. 政府解釈については、Vgl. VVD Strl, Heft 1, S. 106; J. Hatscheck, a.a.O., S. 173.

- (3) H. Nawiasky, a.a.O., S. 48.

- (4) H. Friedmann, Der Ausnahmezustand nach Art. 48, Abs. II-V, RV., (1927) S. 49.

- (5) たとえば、グラウは、四八条二項の独裁権は、国家の安全に奉仕する超憲法的手段(transkonstitutionelles Instrument)ではなく、憲法に奉仕する憲法内的権限であり、その任務は憲法自体の保障と維持にあるとする(R. Grau, Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2 (1931) S. 274.)。なか、プロイスマンが、「公共の安全と秩序」を基本的な伝統的な警察法上の概念と解し、その点と関連して非常措置権を憲法保障制度として明確に位置づけなければならない(G. Anschütz, a.a.O., S. 278)。

- (6) Vgl. W. Kronheimer, a.a.O., S. 301; H. Preuß, a.a.O., S. 101; J. Hatscheck, a.a.O., S. 159f.

- (7) R. Grau, a.a.O., S. 281.

- (8) W. Kronheimer, a.a.O., S. 310; また、プロイスマも四八条にもとづく大統領の地位を委任的独裁と称し、非常措置権をpouvoir constitué



と規定するが、そこから大統領は *pouvoir constituant* に属する憲法改正力 (*verfassungsändernde Kraft*) をもたないという結論を導き出すにすぎず (H. Preuß, a.a. O., S.106) のみならず他方で、大統領はこの権限により憲法を個別の場合に無視する (*hinwegsetzen*) ことが認められる (Ibid., SS.106—107) 後述するシニットの解釈に著しく接近する立場をとる。

(9) Vgl. G. Anschütz, a.a. O., S. 289; R. Grau, *Die Diktaturgewalt*, (1922) S.53; K. Häntzschel, a.a. O., S.205; VVDStI, Heft 1, S.63.

(10) 他の論拠としては、たとえば立法者の意思 (R. Grau, a.a. O., S.53; H. Friedmann, a.a. O., S.50f.) のほか、四八条による憲法改正は許されないと (R. Grau, a.a. O., S.55; H. Friedmann, a.a. O., S.50) などが主張された。後者の主張は、非常措置権による憲法侵犯も憲法七六条でいう憲法改正 (Verfassungsänderung) に含まれるという解釈を前提にするものである。なおこの点については後述する。

(2) 以上のように、憲法不可侵の原則は、ごく少数の例外を除いて当時の学説および判例上一般的に承認された原則であったといえる。しかしながら、この不可侵性の原則は、支配的解釈において文字通りの意味で主張されていたわけではなかったのである。

前節で紹介したように、憲法制定当時非常措置権について論議された問題の一つに、同権限にもとづいて法律的効力を有する法規命令 (*Rechtsverordnung*) を制定することができるかどうかという問題があった。そして、この点について起草者プロイスは、憲法委員会、革命前のラント諸憲法下におけるその濫用の経験に鑑み、緊急命令権は憲法草案から意図的に排除されたという見解を述べており、<sup>(1)</sup>したがって、このプロイスの見解および四八条の規定の仕方からすれば、非常措置権は、本来法律的効力を有する法規命令制定権を含まない純粹に事実的性質の警察的・軍事的措置に限定されたいわゆる行政型の緊急権として構想されていたものといわなければならない。にもかかわらず、前節で紹介したように、憲法制定直後の政府解釈の変化を背景にして、同権限にもとづいて法律的効力を有する法規

命令が多数制定され、この結果、非常措置権は既に初期において一種の緊急命令権<sup>(2)</sup>に変質することになったのである。<sup>(3)</sup>

ところで、非常措置権のこのような拡張的運用は、当然のことながら、措置に法律的効力を認めるかどうかということをも最大の論点として、学説上活発な論議を生ぜしめることになった。そして、この点について支配的学説は、このような拡張的運用にたいしてかなり批判的ではあったにせよ、基本的に措置に法律的効力を認め、<sup>(4)</sup>のみならず憲法上留保された意味での法律にも代りうる効力をも認めたのである。<sup>(5)</sup>この結果、ワイマール憲法がドイツの伝統的な法治主義の観念にもとづいて法律の留保を伴う多数の憲法規定を含んでいたが故に、非常措置権は非列挙の多数の憲法規定をも侵犯しうることになり、かくして不可侵性の原則は大幅に緩和されることになったのである。

以上のように、当時の支配的解釈は、一方で憲法の不可侵性を主張しつつも、他方で措置に法律に代る法律的効力を認め、そのことにより不可侵性の原則を大幅に緩和するとともに、非常措置権の拡張的運用（緊急命令権への変質および憲法侵犯の運用）をかなりの程度に追認し、弁証したのである。<sup>(6)</sup>そして、このような支配的解釈がもつ内在的矛盾を鋭く批判し、不可侵性の原則を直截に否定することにより憲法侵犯の運用をより、ラディカルに弁証したのがシュミットの四八条解釈であった。

(1) Verhandlungen, Anlagen Nr. 391, S. 42.

(2) 緊急命令（権）の概念は、当時の学説上広狭の二義で用いられた。広義には、迅速な立法を要求する事態が存在するにもかかわらず、議会が何らかの理由でこの要求に対応することができない場合に、執行府によって制定される命令をいい、狭義には、以上に加えて、議会が開かれていない期間中（閉会中のみならず休会中も含む）に、事後的に議会の承認を得ることを要件として制定される命令をいう（W. Schoenborn, Die Notverordnung, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II (1931) SS. 300—301）。学説の多数は、フロイセンをはじめ当時のラント諸憲法が定めていた伝統的な緊急命令権制度（その概要および歴史的沿革については、J. Hatscheck, a.a.O., SS. 161ff., 180ff.）に関連して、緊急命令という名称を狭義のそれに限定し、広義のそれ（したがって非常措置権にもとづく大統領命令）を非常命令（Ausnahmeverordnung）と称した（W. Schoenborn, a.a.O., S. 301ff.; J. Hatscheck, a.a.O., SS. 169ff., S. 182; R. Grau, a.a.

O., S. 17f.)。なお、大統領命令に緊急命令という名称を用いる場合もある (F. Poetzsch, Die Verfassungsmäßigkeit der 3. Steuernotverordnung, DJZ (1924) Sp. 339; K. Löwenstein, Zur Verfassungsmäßigkeit der Notverordnungen vom Juli u. August 1931, AöR NF Bd. 21 (1932) S. 124.)。しかし、大統領命令が緊急命令か否かということは、アンシェッツも指摘するように、一面では「言葉の争い」にすぎず (Vgl. G. Anschütz, a.a. O., S. 283) 実際には非常措置権が伝統的タイプのそれよりも、より強力な緊急命令権として機能していたことは否定できない。

(3) 緊急命令権への拡張的運用は、前節で紹介した政治的領域での運用のほか経済的領域での運用において顕著に見られる。以下後者について補足的に紹介しておくことにする。

前述したように、共和国経済は、二三年秋のインフレーションをピークにして生誕以来深刻な危機に直面するが、このような情勢から生じた経済・社会関係の迅速な規制の必要性は、プロイスの意思に即して、当時制定された多数の授權法によって基本的に対処されることになる (C.L. Rossiter, a.a. O., S. 44)。<sup>1)</sup>しかし、二三年に入り経済危機が深化し、政党の妥協能力が急速に低下するとともに、憲法改正法律の形式を要する授權法の成立は著しく困難となり (参照、山口定「ワイマール共和国における議会主義体制」立命館法学二五号八六頁以下)、加えて妥協の結果辛うじて制定された授權法も、その効力期間が短期の限時法であったため、非常措置権が「たぬらいがち」(ロシター)であったにせよ、授權法の代用品として少なからず利用されることになったのである (Ibid., S. 45f.; W. Kronheimer, a.a. O., S. 311f.)。<sup>2)</sup>この結果、非常措置権にもとづく経済的性質の命令は初期だけで四四制定され (内四三までもが二三年一月から二五年一月の間)、<sup>3)</sup>しかるに三年の有名な二つの授權法の合間をぬって制定された。F. Poetzsch-Hefter, Vom Staatsleben, JöR Bd. 13 (1925) SS. 141f., 145f.)。また内容的にも、為替・税・物価・通貨・社会保険・公務員給与の規制など国民経済の全般にわたるものであった (W. Kronheimer, a.a. O., S. 311f.; F. Muhr, Die wirtschaftliche Diktatur des Reichspräsidenten, Zeitschrift für Politik, Bd. 12 (1924) S. 491f.)。<sup>4)</sup>しかも、授權法の代用品として利用された結果、四八条二項の要件と必ずしもかわりなく行使されたのである (W. Kronheimer, a.a. O., S. 311f.)。<sup>5)</sup>ともあれ、初期のこのような経済的領域での運用は、末期におけるよりラディカルな運用を容易ならしめる先例的機能を果たすことになったといえよう。

(4) G. Anschütz, a.a. O., S. 284f.; Poetzsch-Hefter, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl., (1928) S. 236; R. Grau, a.a. O., S. 55; また、判例も肯定する。VVDStI, Heft 1 (1924) S. 106; なお、当時の学説が緊急命令権への拡張的運用にたいして批判的であったことは、後述する法律の留保に関する論議にも部分的に見られるが、とりわけ当時強く主張された緊急命令権制度の創設要求に明瞭に見ることができる。以下この点について簡単に紹介しておくことにする。

学界における緊急命令権制度創設要求の代表的例は、二四年九月、ハイデルベルクで開催された第三三回ドイツ法学者大会第一部会で報

告を担当したグラウとピロティ (R. Piloty) の共同提案に見ることができる。両者は、初期における非常措置権の濫用的運用を改善すべきであるとする基本的立場にたつて、この共同提案の中で、制定すべき施行法の骨子、非常措置権の範囲および行使の形式の明確化、措置の効力期間の限定 (二ヶ月間) およびコントロール (とくに司法的コントロール) の強化など注目すべき内容の提案を行うと同時に、憲法を改正して緊急命令権制度を創設すべきことを提案したのである (Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages, (1925) S. 69)。  
なお、提案された緊急命令権制度の骨子は、国会が開かれていない場合に緊急の必要あるとき、国会の常任委員会および国参事会 (Reichsrath) の同意を得て、大統領がこれを行使し、また制定された命令 (憲法上留保された法律に代る効力をもつ) は、国会参集後一ヶ月以内にその承認が得られない場合には失効するというものである (Ibid., S. 70)。

ところで、このような学界での主張に対応して、国会でも同制度創設の試みが数度行われたが (F.C. Fromme, a.a. O., S. 115) 代表的例として、二五年三月ルター内閣が国会に提出した同制度の創設を内容とする憲法改正法案がある。この法案は未成立に終わったが、参考のため同法案と提案理由 (要旨) を紹介しておくことにする。

「国会は以下の法律を議決した。この法律は、憲法改正立法の要件を充足したことが確認された後、国参事会の同意をもってここに公布される。

第一条 憲法七十七条のあとに次の条項が追加される。

第七七条 a 異常な危急事態を除去するため当該命令の制定が差迫って必要とされ、かつ国会が開かれていない場合には、政府は、国参事会と国民代表の権利擁護委員会 (Ausschub zur Wahrung der Rechte der Volksvertretung) (国会の常任委員会の一つ―筆者) の同意を得て、法律の効力を有する命令を制定することができる。ただし、この命令は憲法に反することはできない。制定された命令は遅滞なく国会に報告されなければならない、国会の要求あるとき、その効力を失う。

第二条 この法律は、公布の翌日から効力を生ずる。」

〈提案理由 (要旨)〉旧憲法下では、第一次大戦発生までは緊急命令権なしで済ますことができた。大戦発生後は、一四年八月四日の授権法がその代用品を提供した。新憲法は緊急命令権を考慮しなかった。しかし、戦後の情勢、とくにヴェルサイユ条約の結果生じた困難な経済情勢により、国にとって緊急命令権が差迫って必要となるにいたった。とりわけ昨年二度も生じた国会解散と新国会召集までの間の長い空白期間のさい、経済的領域では法規の制定を新国会召集まで延ばすことは不可能であった。それ故残された途は、政府の見解によれば憲法上許されるにせよ、多数の法学者にとっては行き過ぎと思われるようないずれにしても国政上望ましくない範囲で四八条を使用することであつた。本来、四八条は最後の非常手段として警察的・軍事的性質の措置にたいして考えられたものであり、したがって、日常的立法の通例事のために使用することはできるだけ避けなければならない。それ故、先の法学者大会でも、四八条の負担軽減のため緊急命令権の採用が



推奨されたのである。以上のような理由から、政府は、国会が開かれていない期間中に、即ち二議会期 (Wahlperiode) と二会期 (Tagung) の間の期間、および休会中の期間にかぎって、異常な危急事態を除去するため緊急命令権を政府に与えることを提案する。なお、制定される命令は、国法律の効力を有するが、憲法に反することは許されず、とくに憲法により国立法に許された範囲内にとどまらなければならない。勿論この法律が成立しても、四八条にもとづく大統領の権限は、そこで定められた範囲内で不変である。しかし、それを使用する必要性は著しく減少することになる (F. Poetsch-Hefter, Vom Staatsleben, JöR Bd. 17 (1929) S. 112f.; Vgl. H. Nawasky, Der Gesetzentwurf über das Notverordnungsrecht der Reichsregierung, DJZ (1925) Sp. 783f.)

- (5) G. Anschütz, a. a. O., S. 285; Poetsch-Hefter, Handkommentar, 3. Aufl., (1928) S. 237; F. Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl., (1931) S. 138; 判例も肯定する (K. Häntzschel, a. a. O., S. 205)。<sup>1)</sup> しかしこの点については有力な反対意見があった。当時主張された反対意見には、内容上次の二種類がある。

(イ) 全面否定説 代表的主張者はグラウである。グラウは、法律の留保の趣旨を「法律による行政の原理」(das Prinzip der gesetzesmäßige Verwaltung) にもとづき議会の関与を保障することに求め、それ故、憲法上留保された法律はあくまでも議会が制定する形式的意味での法律 (Gesetz im formellen Sinne) でなければならぬとし、また、大統領の措置が留保された法律と代置されうらうなら、法律の留保を伴う基本権規定の停止を別個に定める必要はなかったと主張する (R. Grau, a. a. O., S. 91f.)<sup>2)</sup>

(ロ) 折衷説 支配的解釈 (全面肯定) とグラウ説とのいわば折衷として部分的・例外的に肯定 (否定) する説で、ヘンチェル、トマおよび改説後のアンシニョッツが代表的主張者である。ヘンチェルは、法律の留保を伴う基本権をその性質上憲法的保障が絶対的なもの (たとえば精神的自由権) と相対的なもの (経済的自由権など) に二分し、後者についてのみ措置に留保された法律に代りうる効力を認める (K. Häntzschel, a. a. O., S. 222f.)<sup>3)</sup> トマも、法律の留保の意味を個々の基本権の性質に即して検討し、例外的に代置されうる場合 (トマは) のような留保を übertragbarer Sondervorbehalt と称する (R. Thoma, Der Vorbehalt der Legislative u. das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung u. Rechtsprechung, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2 S. 225f.)<sup>4)</sup> 同様に改説後のアンシニョッツは、逆に代置できない場合 (これを diktatorfester Gesetzesvorbehalt と称する) を例外的なものとする (G. Anschütz, a. a. O., S. 285f.)<sup>5)</sup>

- (6) たとえばアンシニョッツは、執行権の委譲を内容とする大統領命令について、それが国とラントの間の権限関係を定める憲法規定に抵触するとしても、国法律 (たとえば共和国保護法) の執行にかかわるものであるかぎり、憲法一四条が定める法律の留保によって許されるとして (Ibid., S. 290)<sup>6)</sup> 同様に軍法会議の設置を内容とする命令も、一〇五条但書 (前述第一節 II 一注 (13) 参照) によって許されるとする (Ibid., SS. 292, 491; 同註 J. Hatscheck, a. a. O., S. 170; F. Giese, a. a. O., S. 235)。



## 二 シュミットの解釈

第二回ドイツ国法学者大会第二部会は、「憲法四八条による大統領の独裁」(Die Diktatur der Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung)というテーマの下に、未だ非常措置権行使の記憶が生々しいチューリングン・レントの都市イェナ(Jena)で開催された。そして、そこで報告を担当したシュミットとヤコビは、前述した支配的解釈(不可侵説)を鋭く批判する四八条解釈論を展開するとともに、そのような解釈の手段として、憲法破毀という独得な法概念を創出したのである。以下シュミットの報告を中心に同大会について紹介することにする。

(1) シュミットの報告は、内容上、支配的解釈を批判する部分と自己の解釈を展開する部分とからなり、全体として、大統領が四八条二項にもとづき原則として全ての憲法規定を侵犯(破毀)する権限を有することを論証することにより、大統領独裁を法的に弁証しかつ基礎づけようとした点にその特徴を有する。以下順を追って紹介しよう。

(i) シュミットは、まず支配的解釈(不可侵説)の批判から出発する。その要旨は概略次のようなものである。

憲法を原則として不可侵とする支配的解釈は、確かに一見すると論理的簡明さを持ち、また法治国的要求に応ずるという長所をもつ。しかし、他面で重要な問題を内在させている。即ち、非常措置権の現実の運用は支配的解釈が設定した制限に服していないが、そもそもこのような制限に服することができないものなのである。なぜなら、非常事態の典型的手段である執行権の委譲措置がとられ、それに伴って権力集中が生ずるや否や、憲法の組織規定は不可避免的に侵犯されざるをえず、したがって、もし憲法を不可侵とするならば、そのとき実効的な非常事態(wirksamer Ausnahmezustand)は不可能となってしまうからである。にもかかわらず、支配的解釈は、この単純な真理を認めず憲法を不可侵とするため、先の現象を憲法に反するとするか、或いはライヒ強制を援用したり大統領命令に法律の性格を認めるなどして様々なごまかしの説明をせざるをえなくなる。<sup>(1)</sup>しかし、このような説明には重大な難点が存在する。

たとえば、大統領の命令に法律の性格を認めるならば、法律の留保を伴う多数の憲法規定は、大統領の行動にたいする制限とはなくなってしまう、だとすると支配的解釈が重視する二項後段の列举はその意味を失うことになる。のみならず、そもそも大統領が法律の性格をもつ命令を制定できるとするなら、それは憲法が六八条以下で定める唯一の立法者と競合する第二の立法者を認めることになり、不可侵性の原則と矛盾する結果となる。ともあれ、支配的解釈がこのような矛盾に陥るのは、そもそも大統領が二項後段に列举されていない憲法規定を侵犯することが許されないのかどうかという本来の問題を回避していることに起因しているのである。<sup>(2)</sup>

(ii) シュミットは、要旨以上のように支配的解釈を批判したあと、次に自らの独得な四八条解釈を展開するのであるが、以上の批判からすれば、そこで展開さるべきシュミットの解釈は、当然「実効的な非常事態」を可能にするような内容をもたざるをえず、事実そのようなものであったのである。以下その要旨を紹介する。

シュミットは、まず二項後段冒頭の「この目的のために」(Zu diesem Zwecke)の解釈を通して前段と後段を分離する。即ち、「この目的のために」とは、支配的解釈がいうように「武力を行使すること」或いは「措置をとること」を意味するものではなく、「公共の安全と秩序を回復するために」を意味する。なぜなら、「二項全体を支配する目的が、公共の安全と秩序を回復することにあることは明白であり、武力を行使すること或いは措置をとることは、目的ではなく、この目的にたいする手段」<sup>(3)</sup>にすぎないからである。したがってシュミットによると、二項は全体として、「公共の安全と秩序を回復する」という目的の下に、措置をとる権限(前段)と基本権停止権(後段)という相互に独立した二つの権限を定めていることになる。<sup>(4)</sup>

ところで、シュミットがこのように前段と後段を分離したことの目的は、いうまでもなく後段の列举がもつ制限的効果を基本権停止権に限定することにより、前段の権限を憲法に拘束されない権限として構成することにあった。シ

シュミットはいう。「(列举から生ずる) 制限は、決して二文(＝後段―筆者)を越えて大統領の権限を一般的に制限するよう作用するものではなく……たんに基本権の停止にかかわるにすぎない。……大統領は、基本権を停止する場合には、そこに列举された基本権のみを停止することができる。しかし、彼は基本権を停止せずに何をなしうるのか……ということについては、二文の列举は何も決定してはいない。」<sup>(5)</sup>「それでは後段の列举から生ずる制限を受けないとされる前段の措置をとる権限とは、憲法との関係でいえば、どのような権限とされるのか。シュミットは、彼の四八条解釈の核心をなすこの前段の権限の内容を、後段の停止(Außerkräftsetzung)の概念を利用して導出するのである。シュミットはいう。「規範を停止するとは、概念的には、明確な宣言により、自己および管轄上ことにあたる全ての官庁にたいして当該規範の効力を廃止する(aufheben)ことを意味する。……停止するとは、廃止し、除去する(beseitigen)ことをいう。」<sup>(6)</sup>シュミットは、停止の概念を以上のように定義したあと、さらに次のように述べる。「しかし、事実的措施により、規範を停止せずに規範を無視する(ignorieren)こと、具体的場合に規範に反する(abweichen)ことは可能である。たとえば、一九二三年一〇月一二日の授権法第一条は、『そのさい憲法の基本権条項に反することができ』と定めるが、これは基本権の停止とは別のことを意味している。なぜなら、そこで反することを許されるのは、措置をとる機関(授権法にあっては政府)のみであり、状況に応じてことにあたる全ての官庁ではないからである。」<sup>(7)</sup>シュミットは、以上のように「停止する」と「反する」ことを区別したあと、さらに後者を例外(Ausnahme)の概念によって次のように特徴づける。「同様に、権限をもって例外を設けるものは、規定を停止するわけではない。このことが、その法論的特質において最も明瞭に示されるのは、例外の典型の場合である恩赦(Gnade)にさいしてである。すなわち、恩赦を行うものは刑法および刑事訴訟法の規範につき例外を設けるが、当該規範を停止しようとは考えない。むしろ、例外は原則の力を確認すべきものである。そればかりか、例外は当該規範が変る

ことなく効力をもち続けることを前提としている。規範を廃止せずに侵犯する (eingreifen) こと、停止せずに反することは、例外の概念の一部を成す。ところで、四八条二項がかかわるのは、正にこのような例外、即ち、現行法を侵犯する非常事態の諸措置、合法的に設けられる例外である。<sup>(8)</sup>つまり、シュミットによれば、前段の権限とは、具体的な場合に規範(この場合は当然憲法規範)を破り、例外を設けることができる権限なのである。そして、シュミットは、この後段の権限内容をなす作用「具体的な場合に規範を破り例外を設ける作用」を、ヤコビに倣って憲法破毀と称するのである。<sup>(9)</sup>かくして非常措置権は、シュミットにおいては、基本権停止権のほかに憲法破毀権をも内容とすることにより、原則として一切の憲法的拘束に服さないいわば絶対的権限に変質せしめらるにいたり、それに応じて、そのような権限を有する大統領もまた、実質上憲法に優位するいわば絶対的存在とされるにいたったのである。<sup>(11)</sup>そして、つづく第二報告者ヤコビも、よりモデレートにはあるが大統領による憲法破毀を認める四八条解釈を展開したのである。<sup>(12)</sup>

(2) ところで、憲法の不可侵性を直截に否定する以上のようなシュミットとヤコビの解釈は、当然のことながら学界で強い批判にさらされることになった。たとえば、報告後行われた討議では、憲法破毀権を中心に強い反対意見が多数表明され、そこで不可侵説が再確認されたのをはじめ、<sup>(13)</sup>その後公表された多数の論稿においても、両者の解釈は強い反対と批判を受けたのである。<sup>(14)</sup>この結果、支配的解釈にたいするポレーミッシュな内容を有する両者の解釈は、学界にたいしてある程度の影響を与えたにせよ、<sup>(15)</sup>全体としてさしたる支持を得ることはできず、それに伴って憲法破毀の概念もまた、これ以後は原則として四八条の領域からその姿を消すことになったのである。しかしながら、このことは憲法破毀の概念自体がドイツ国法学の世界から放逐されたことを意味するものではなく、むしろ逆に、前述したヤコビの報告とそれにつづく二四年の第三三回ドイツ法学者大会第二部会でのドーナ (G. Dohna) およびトリーペ

ル(H. Triepel)の報告を契機にして、この概念は憲法改正(七六条)の領域で学説上の「市民権」(レーヴェンシュタイン)<sup>(16)</sup>を獲得し、そこでこの概念をめぐって多様な論議が展開されることになったのである。

- (1) ライヒ強制(四八条一項)の援用による説明例として、たとえばアンシュッツは、「三年のザクセンおよびチューリンゲン・ラントにたいする一連の措置をライヒ強制によって弁証する。即ち、アンシュッツによれば、これらのラントで「共産主義的協議会支配」(kommunistische Räte Herrschaft)が樹立されようとしたことは、憲法一七条一項により各ラントに課せられた義務(「各ラントは、自由主義的憲法をもたなければならない」)に反するもので、それ故ライヒ強制の要件が存在したとするのである(G. Anschütz, a. a. O., S. 270)」。これにたいしてシュミットは、「いずれの場合にもライヒ強制の要件は存在していなかったとする(C. Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, VVDStZ, Heft 1 (1924) S. 68)」。なお、末期の三二年にバーベン内閣の下でプロイセン・ラントにたいして類似の措置がとられたさいには、「シュミットはライヒ強制を援用して弁証することになる。この点については後述する。

- (2) 以上 C. Schmitt, a. a. O., SS. 64—68; なお、この報告は、田中浩・原田武雄訳『大統領の独裁』(昭和四九年・未来社)九頁以下にも収録されている。この報告の紹介にさいしてはこの訳書も参考にした。

- (3) Ibid., S. 73.

- (4) Ibid., S. 73.

- (5) Ibid., SS. 73—74.

- (6) Ibid., S. 74.

- (7) Ibid., S. 74.

- (8) Ibid., SS. 74—75.

- (9) Ibid., S. 91.

- (10) ただしシュミットは、他方で非常措置権にたいして一定の限界を設定する。即ち、彼によれば、非常措置権は、「憲法規定の例外を設けることにより、憲法自体を全体として救済する独裁の典型的手段」であるが故に、大統領はこの権限を利用してワイマル憲法を除去したり、或いはライヒを共和制から君主制に変えたりすることはできないのであり(Ibid., S. 91)のみにならず、非常措置権は次のような三つの「一般的限界」をもつのである。第一に、憲法上の諸制度それ自体および憲法の全体は、公共の安全と秩序にたいする障害を意味しないことである(Ibid., S. 93)。なぜなら、公共の安全と秩序という概念は、たんに警察法上の概念にとどまらず憲法上の概念でもあり、したがって、



その内容(何が公共の利益であり、公共の安全と秩序であるかということ)は、憲法によって決定されなければならないからである(Ibid., SS. 91-92)。なお、ここでシュミットが用いる憲法 (Verfassung) という概念は、後の憲法律 (Verfassungsgesetz) から区別された意味でのそれではない。第二に、四八条自体に含まれている最小限必要な組織 (ein Minimum von Organisation) の存続と機能を四八条自体によって妨げることはできないということである (Ibid., S. 93)。シュミットは、このような組織として、大統領・国政府および国会の三つを挙げ、これらの制度を非常措置権にもとづく措置により事実上変更すること(たとえば、大統領の任期を延長することなど)は許されないのである (Ibid., S. 94)。第三に、大統領は非常措置権にもとづいて措置のみをとることができるということである (Ibid., S. 95f.)。すなわち、シュミットによれば、四八条二項という措置とは、固有の法形式 (Rechtsform) をもたず、内容・手続・効果は全て各事例ごとの状況によって決定されるという具体的状況への依存性にその特徴をもつのであり (Ibid., S. 97)。したがって固有の法形式をもち、またその内容が法理念・法原理によって支配されている法規範や判決とは概念的に異なったものである (Ibid., SS. 97-98)。このように、非常措置権の対象が事後的性質の措置に限定される結果、それは当然緊急命令権を含まないことになる (Ibid., S. 99)。この点に関するシュミットの主張は、憲法制定当時のプロセスの解釈と同じものであり、逆に支配的解釈とは鋭く対立する。しかし反面かなり不明瞭な点も含まれている。たとえば、「一般的命令も措置として発することができる……このような命令は、それが官庁および国民にたいして拘束力を有する命令であるかぎり、法律のように作用する」ともいつ (Ibid., S. 98)。さらには、「緊急命令が措置であるかぎり……大統領もまた内容上同一の緊急命令を制定することができる」とする (Ibid., S. 99)。この点は後にナヴァスキーが批判する所であるが、ともあれ、後述するようにこの措置と法規範(法律)の区別は、シュミットの憲法破毀に関する理論全体の中で重要な役割を果たすことになる。なお二八年の『憲法理論』では、憲法破毀権の限界は、憲法律から区別された意味での憲法に求められている (Verfassungslehre, 4. Aufl., (1965) SS. 26, 99)。

(11) シュミットは、非常措置権にもとづく大統領のこのような強大な地位を、「主権的独裁の残存」として特徴づける (VVDStI, Heft 1, S. 89)。シュミットは、周知のように二二年の『独裁論』で、シェーヌの *pouvoir constituant* と *pouvoir constitué* の概念を導入するに際し、「主権的独裁 (soveräne Diktatur) と委任的独裁という独裁の二類型を創出するが、(1) の二つの独裁概念のうち、C. Schmitt, Die Diktatur, 3. Aufl., (1964), SS. 130f, 200; VVDStI, Heft 1, S. 85f. また黒田覚「主権的独裁と主権」法学論叢三二巻五号九二頁以下参照) これにもとづいて、四八条二項を基本的に委任的独裁の規定とする (Die Diktatur, S. 201)。しかし同時に、それは五項の施行法が制定されることによってはじめて委任的独裁の規定として完成することになるものである (VVDStI, SS. 89, 104)。なぜなら、彼によれば、施行法は、非常事態の要件と効果を定めることにより、非常措置権を限定すること、を任務とするものだからである (Ibid., S. 88f.)。それ故、彼によれば、この施行法が制定されないかぎり、四八条二項は基本的に無限定の権限を内容とし、憲法

(12) の発効と同時に本来消滅すべき(国民議会の)主権的独裁の残存という性格をもつことになるのである(Ibid., S. 89)。

ヤコビの四八条解釈は要旨次のようなものである。ヤコビは、憲法に反する場合を、その性質に応じて、憲法の改正・停止・破毀の三つに分ける。即ち、法規命令が憲法規定に反するという場合には、「法規命令の内容は憲法規定に反するが、当該憲法規定自体は他の関係では相変らず効力をもちつづける」ような場合、いいかえれば、法規命令が実質的憲法改正法律(materiell verfassungsänderndes Gesetz)のように作用する場合と、「法規命令が憲法規定自体を廃止する或いは変更する」ような場合、即ち法規命令が形式的憲法改正法律(formell verfassungsänderndes Gesetz)のように作用する場合の二つがあるが(Ibid., S. 109) この内、前者を憲法破毀、後者を憲法の停止および改正と称する(Ibid., S. 109)。なお、停止と改正は、廃止された憲法規定の再生が予想されているか否かによって区別される)。そして、ヤコビは、四八条二項前段の権限が憲法の組織規定を破毀する権限を含むことを憲法制定者の意思から論証するのである(Ibid., S. 115f.)。ともあれ、ヤコビは、限定された範囲ではあるが、シュミットと同様に大統領に憲法破毀権を帰属せしめるのである。ただヤコビは、二項にもとづく法規命令は、法律の留保の趣旨から、憲法上留保された意味での法律としての性格をもつことはできないとし、それ故非常措置権は、後段に列挙されていないかぎり基本権を侵犯することはできないとする(Ibid., S. 110)。このように、シュミットが憲法破毀権の限界を一般的限界(或いは憲法)に求めたのにたいして、ヤコビは基本権に求めるのである。

(13) Ibid., S. 137f.; なお、この報告後の討議で五項が定める施行法を早急に制定すべきだとする意見が多数の発言者によって表明された(Ibid., S. 139)°。当時の施行法制定要求に「つづいて」Vgl. W. Kronheimer, a.a.O., S. 234f.; H. Nawiasky, Das Durchführungsgesetz zum Art. 48 der Reichsverfassung, Das Recht (1924), S. 454f. また制定反対も、プロイス、ヤンゴ、トプ等により主張された(VVdStrl, Heft 1, S. 135f.; H. Preuß, Reichsverfassungsmäßige Diktatur, Zeitschrift für Politik, Bd. 13, S. 105; R. Thoma, Die Regelung der Diktaturgewalt, DJZ (1924) Sp. 654f.)。なお、施行法は結局制定されずに終わった。

(14) たとえば、ナヴィアスキーは、シュミットの解釈を全体として「内的矛盾」に充ちたものと批判し、さらに次のように批判する。第一に、シュミットのいう「一般的限界」なるものは、基準・内容ともに著しく不明瞭である。たとえば、政府が或いは他の機関(国参事会など)が何故「最小限必要な組織」に含まれ或いは含まれないのかその理由は明確でなく、また、措置の概念にしても、一方で事実的性質のものとしながら、他方で実質的に緊急命令権を認めるなど全体として著しく不明瞭である。第二に、憲法破毀と憲法改正の相違は単に憲法典が変更されるか否かという形式的な点にあるにすぎず、両者は実質的に同じものであり、したがって四八条二項による憲法破毀は許されない。そして第三に、ナヴィアスキーは、大統領の措置によるあらゆる憲法侵犯を原則として肯定するシュミットの解釈は、「ヒトラー訴訟(Hitler-Prozeß)の被告フォン・カールの主張と基本的に同じものだ」と非難する(H. Nawiasky, Die Auslegung des Art. 48 der Reichsverfassung, AöR, Bd. IX, SS. 15, 20)°。またグラウは、シュミットの不可侵説批判は全く説得力を欠くものと一蹴し、さらに停止の効力

は、シュミットがいうように、決して管轄上ことにあたる全ての官庁に及ぶものではなく、たんに大統領とその一定の助力者に及ぶにすぎないとする (Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages, (1924), SS. 94—99; 同旨 K. Häntzschel, a.a. O., S. 209)。したがって、グラウによれば、シュミット解釈の核心をなす停止と破毀の区別は実質上存在しないことになる。なお、以上のほかヘンチェルは、シュミットが主張するように、もし事実的措置により全ての憲法条項を破毀できるのなら、何故二項後段で改めて基本権の停止を定める必要があるのかと反論する (K. Häntzschel, a.a. O., S. 208)。このような批判にたいしてシュミットは、二七年の『独裁論』第二版の序文の中で、これらの批判は全く憲法理論的基礎づけを欠くもので、基本的に論証 (Argument) などといえるものではなく、独裁にたいする法治国的自由主義的不信という雰囲気の出るものではないと反批判し (Die Diktatur, SS. VIII—IX) さらには、二八年の『憲法理論』の中では、不可侵説の最大の誤謬は、憲法と憲法律規定を混同していることにあること、換言すれば、憲法律の保障のために憲法の保障を犠牲にしていることにあると批判する (Verfassungslehre, S. 112)。

(15) たとえば、シュミットの解釈はプロイスに一定の影響を与えた (前述) ほか、シュミットによる支配的解釈批判は、ヘンチェル、トマラによって部分的に支持された (Vgl. K. Häntzschel, a.a. O., S. 206; R. Thoma, a.a. O., Sp. 657)。

(16) K. Löwenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, (1931), S. 167.

### 三 小 結 び

以上、本節では非常措置権の権限範囲をめぐって展開された学説上の論議を第二回国法学者大会を中心に紹介してきたが、最後にそこに見られる特徴を二、三指摘することにより本節の結びとすることにした。

第一の特徴は、大多数の学説が憲法制定者の意思と憲法の規定から逸脱した四八条解釈を展開したことである。先に紹介したように、非常措置権の権限範囲をめぐって学説上多様な解釈が展開されたが、これらの解釈はほぼ次の三説に分けることができる。第一説は、アンシュッツに代表される支配的解釈がとる立場で、憲法の不可侵性を原則として認める一方、措置に法律的効力、とくに憲法上留保された意味での法律に代る効力を認める説である。第二説は、グラウによって主張されたもので、支配的解釈と同様に憲法の不可侵性を原則として認めると同時に、措置に留保さ

れた意味での法律に代る効力を否定する説である。いうまでもなく、文字通りの不可侵説という名称はこの説にのみ妥当する。そして第三説は、両説にたいするポレミックとしてシュミットとヤコビによって主張されたもので、憲法の不可侵性を原則として否定する一方、措置に法律に代る効力を否定する説である。このほか種々の解釈があるが、基本的には以上の三説に分けることができる。そして、以上の三説の内、グラウの主張する第二説のみが、憲法制定者の意思および憲法の規定に忠実な解釈であったといえる。それ故、程度の差こそあれ、学説の大勢はワイマール初期において既に憲法制定者の意思および憲法の規定から逸脱した解釈を展開していたといわなければならない。

第二の特徴は、以上と関連して、このような制定者の意思から逸脱し、憲法の規定を無視した解釈が、初期の非常措置権の拡張的運用（とくに緊急命令権としての運用や多数の憲法規定の侵犯）を基本的に追認し、弁証するものであったということである。このことは何よりもシュミットの解釈に明瞭に見ることができる。シュミットの解釈は、先に紹介したように、基本的に「実効的な非常事態」―非常措置権の拡張的運用を憲法上弁証し、かつ可能ならしめるために形成された点にその特徴を有するからである。しかしながら、シュミットほどラディカルかつ積極的ではなかったにせよ、ほぼ同じことは支配的解釈にも妥当する。とくに、措置に法律に代る効力を認め、そのことにより緊急命令権としての運用と多数の憲法侵犯を弁証したアンシュッツの解釈は、現実の運用の弁証という点においてシュミットの解釈に決して劣るものではなかったといわなければならない。ともあれ、初期における非常措置権の拡張的運用が、当時の大多数の学説によって程度の差こそあれ基本的に追認・弁証されたことは、それが厳しい政治・経済情勢を背景としたものではあったにせよ、後述するように、結果においてワイマール憲法の崩壊に重要な役割を果すことになったのである。

第三の特徴は、以上のような論議の中で憲法破壊という新しい概念が形成されたことである。支配的解釈を批判す



る四八条解釈の手段としてシュミットとヤコビによって形成されたこの概念は、先にも触れたように、これを契機として憲法改正の領域で学説上のいわば市民権を獲得し、そこでの多様な論議を通して、ワイマール憲法下の学説上重要な役割を果たすとともに、内容上重要な変質を蒙ることになるのである。それ故、憲法改正領域でのこの概念の展開と変質を考察する前に、この概念が本来もっていた特徴とそれが四八条の領域で果たした機能について、シュミットに即して簡単に検討しておく必要があるものと思われる。この点については次に節を改めて論ずることにしたい。

### 第三節 憲法破毀概念の特徴と機能

——カール・シュミットについて——

憲法破毀の概念は、シュミットの憲法理論上少なからず重要な位置を占め、またそのことと関連して、内容上幾つかの重要な特徴をもつ概念である。そこで、以下この概念が本来もっていた特徴とそれが四八条の領域で果たした機能について、シュミットに即して検討しておくことにする。

#### 一 特徴

(1) 憲法破毀の概念は、シュミットにおいてはほ次の三つの特徴をもっていた。

第一に、この概念の定義が大統領の措置による憲法侵犯の態様そのものを内容としていることである。シュミットは、この概念について、前述の報告では停止の概念との対比で「反する」という表現と例外の概念によって特徴づけていたにすぎなかったが、二八年の『憲法理論』では次のように定義する。

憲法破毀とは、「ひとつ、またはいくつかの特定の個々の場合についての憲法律諸規定の侵犯、しかし、これは例外としてであ



る。すなわち、破毀された諸規定は、その他の関係では相変らず効力をもち続ける、つまり、継続的に廃止されたり、一時的に失効せしめられる（停止される）こともないということを前提としている。<sup>(1)</sup>」

ところで、この定義の前半部分は、一見して明らかのように、正に大統領の措置による憲法侵犯の態様そのものといえる（「いくつかの特定の個々の場合についての……侵犯」とは、措置が一般的性質の命令の形式をとった場合である）。そして、この概念の定義がこのような内容をもつのは、そもそもこの概念が大統領の措置による現実の憲法侵犯を弁証するために形成されたというその成立事情からすれば当然のことであつたといえよう。

第二に、憲法破毀の概念が憲法改正および停止から区別された独自の法概念とされていることである。というよりもこの区別にこそこの概念の本質があつたといふことができる。即ち、停止からの区別は、先に紹介した彼の四八条解釈からすれば、この概念の本質を形成するものといわなければならない。しかし、より重要な意味をもっていたのは憲法改正からの区別であつた。というのは、後述するように、第二回国法学者大会以後憲法破毀をめぐって展開された学説上の論議は、憲法破毀が憲法改正に含まれるかどうかを最大の論点とすることになつたからである。そして、この点について結論的に言えば、支配的学説はこれを肯定し、したがって四八条による憲法破毀は許されず、他方七六条による憲法破毀は許されるところとしたのにたいして、シュミットは逆にこれを否定し、それ故憲法破毀は原則として四八条によってのみ許されるところとしたのである。この点の詳細は第二章で紹介するが、ともあれ憲法破毀をめぐる当時の学説上の論議との関連でいえば、憲法改正からの区別は、停止からの区別以上に重要な意味をもっていたといわなければならない。のみならず、この憲法破毀が憲法改正に含まれるかどうかという問題、換言すれば、憲法破毀権が憲法改正立法者（国会）或いは大統領のいずれに帰属するかという問題は、シュミットにとっては、決して通常の一

権限の帰属の問題ではなく、後述するように、正に主権の帰属を決する問題としての意味をもっていたのであり、その意味で憲法改正からの区別は格別に重要なものであったのである。

ところで、この憲法改正からの区別は、先の定義に見られるように、たんに「継続的に廃止する」ものかどうかといった作用上の区別にとどまるものではなく、むしろシュミットにおいて特徴的なことは、両者がいわば質的に区別されていることにあった。この点の立入った考察は第二章に譲るが、簡単にいえば、憲法破毀はその性質上措置とされ、したがって事、実、的、性、質、の、作、用、と、さ、れ、る、の、に、た、い、し、て、憲法改正は、その対象が憲法改正限界論を媒介にして法規範たる憲法律規定に限定されることにより、規、範、的、作、用、と、さ、れ、て、お、り、この意味で両者は、事実と規範という峻別された相異なる二つの領域に属する質的に区別されたものとされているのである。いずれにせよ、憲法改正および停止からの区別を内容とする先の定義の後半部分は、以上のような意味においてこの概念のいわば本質をなすものといわなければならない。

第三に、憲法破毀が主権行為 (Souveränitätsakt) とわれ、憲法破毀権が主権の所在を決する識別基準とされていることである。この概念がシュミットの憲法理論上有する最も重要な意義はこの点にあるのであり、そしてまた先に紹介した彼の四八条解釈もこの関連で初めてその意味が明らかになる。そこでこの点については次に款を改めて考察することにする。

(1) C. Schmitt, Verfassungslehre, SS. 99—100; 尾吹善人訳『憲法理論』(昭和四七年) 一二九頁。

(2) (i) まずシュミットの主権論について簡単に紹介しておこう。

シュミットは、一二二年の『政治神学』の冒頭で主権(者)について次のように定義する。

「主権者とは、非常事態について決断するものをいう」(Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet)<sup>(1)</sup>

シュミットは、ここでは主権の本質を「事実上の最高権力と法的最高権力の結合」(Verbindung von faktisch u. rechtlich höchster Macht)という権力内容に見、<sup>(2)</sup>このような結合を内容とする定義を発見することこそ主権概念の根本問題とする。<sup>(3)</sup>そして彼は、原則として全ての権限が規範的制約に服する市民的法治国の憲法の下では、このような結合は非常事態についての決断<sup>(4)</sup>においてのみ見ることができるとするのである。なぜならば、彼によれば、本来正常時に効力をもつ一般的規範は、事の性質上非常事態についてその要件を明示することも、また現実<sup>(5)</sup>に非常事態が生じた場合それを除去するためにとるべき措置を列挙し尽くすこともできないのであり、したがって、非常事態についての権限は、要件および内容ともに必然的に無限定な権限＝原理上無限定な権限(eine prinzipielle unbegrenzte Befugnis)とならざるをえず、<sup>(5)</sup>それ故、非常事態についての決断は、「一切の規範的拘束から解放され、本来の意味において絶対的」なものとなるからである。<sup>(6)</sup>ともあれ、以上のようにしてシュミットは、非常事態についての決断(非常事態の存否とそれを除去するためにとるべき措置についての決断)に「事実上の最高権力と法的最高権力の結合」を見、それ故、そのような決断主体を主権者とするというその内容上近代の諸主権論(国民主権論、国家主権論、法主権論など)にたいする鋭いポレミクを意味する独得な主権の定義を形成したのである。

(ii)ところで、シュミットは、このような主権者の基本的任務は法秩序を創出しかつ保障することにあるとする。即ち、彼によれば、法秩序(Rechtsordnung)は法(Recht)と秩序(Ordnung)という元来独立する二つの要素から成るが、このような法秩序が意味をもつためには、まず秩序＝正常な事態が創出されなければならないのである。なぜならば、あらゆる一般的法規範は正常な生活関係に適用され、それを規範的に規律するのであり、その意味で同質的媒

体 (homogenes Medium) としての秩序——正常な事態を前提とするからである。<sup>(?)</sup> ところで、この秩序を創出し保障するものこそ主権者であり、主権者の非常事態についての決断なのである。シュミットはいう。

「この正常な事態が現実支配しているか否かを最終的に決断するものが主権者である。法はすべて『状況の法』 (Situationsrecht) <sup>(8)</sup> であり、主権者は、この全体的状況をその全体性において創出し、かつ保障する。彼はこの究極的決断の独占者である。」

即ち、シュミットによれば、秩序は勝義の非常事態にさいしての主権者の一切の規範的拘束から解放された決断によって創出され、保障されるものである。そして、憲法破毀とは、正にこの非常事態にさいして秩序を創出しかつ保障するために主権者が行う憲法侵犯行為に他ならないのである。シュミットはいう。

「破毀の必要性は、個別の場合の特殊な事情、予見されなかった異常な状況から生ずる。全体の政治的実存の利益のためにこのような破毀と措置が行われるとすれば、そこにたんなる規範性 (Normativität) にたいする実存的なるもの (das Existentielle) の優位が露出される。このような行動をとる権能を有し、かつとることができる者は主権的に行動する。それ故法史的に見れば一六世紀以来、主権と『絶対主義』に向けられた問題は、現存の正統な秩序の破毀に向けられた問であった。君主は、『法カラ解キ放タル』 (legibus solutus) だった。すなわち、有効な法律や契約の制限に妨げられることなく、政治的実存の利益のために、状況に応じて必要な措置をとる権能を有し、かつとることができた。ギールケは、この点について次のように言っている。『……一六世紀初頭以来、立法者自身、廃止されるまでは、自分自身のまたは先の立法者の法律に拘束されるのか、されないのかについて活発な論争が生じた。』立法者は、立法者としては、たんに法律を制定しうるのみで破毀しえない。問題は立法に関わるものではなく、主権に、規範にたいする実存的なるものの優越に関わるものであった。近代法治国にとってもこの破毀は主権の識別基準 (Kriterium) <sup>(9)</sup> である。」

この憲法破毀（現存の正統な秩序の破毀とは、近代法治国では基本的に憲法破毀を意味する）を主権の識別基準とする『憲法理論』における主権論が、非常事態についての決断に主権を見る先の『政治神学』における主権論と内容的に同一のものかどうかは必ずしも明らかではない<sup>(10)</sup>。しかし、一応全体として見るとき、シュミットにおいて、憲法破毀は、非常事態にさいして国家の実存を維持するために主権者が行う憲法侵犯行為として、したがって主権行為として特徴づけられているということが出来る<sup>(11)</sup>。そして、憲法破毀が主権の所在を決する識別基準であるとするならば、先の彼の四八条解釈からすると、大統領こそワイマール憲法における主権者ということにならざるをえない。というよりも国民主権を定めるワイマール憲法の下で、主権を大統領に帰属せしめようとする点にこそシュミットのこの独得な主権論の核心があったということもできる<sup>(12)</sup>。ともあれ、以上のように、シュミットにおいて、憲法破毀は国家機関による通常の憲法侵犯行為としてではなく、主権行為として、しかも主権の所在を決する主権の識別基準としての性格を与えられていたのであり、この点にシュミットにおける憲法破毀概念の最も重要な特徴があったといわなければならない。

(1) C. Schmitt, Politische Theologie, 2. Ausgabe (1934) S. 11; なお、本書については、長尾龍一訳「政治神学」『危機の政治理論』（昭和四八年）五頁以下がある。以下本書の引用にさいしてはこの訳書を参考にした。

(2) 黒田教授は、シュミットの主権概念は二年の『独裁論』と二年の『政治神学』で内容上変化したとされる。即ち、前書では、主権概念が権力の正当性 (Legitimität) に力点が置かれて構成され、その結果、主権と主権的独裁は明瞭に区別されていた（両者はそれぞれその正当性の基礎を神と pouvoir constituant にもつ）のにたいして、後書では、正当性の問題が無視され権力内容だけが問題とされるにいたっており、その結果、主権と主権的独裁の区別は不可能となったとされるのである（黒田寛・前掲論文三九頁以下）。確かに『政治神学』では、決断自体の価値を重視する態度にも見られるように、正当性の契機が無視されており、その結果、主権と主権的独裁は内容的に著しく接近することになっている。そして、このことはまた、後述するように、「主権的独裁の残存」と規定された大統領がここでの主権者に著しく接近することを意味する。しかし、にもかかわらず、主権的独裁と『政治神学』における主権者とは次の点で相違するように思われる。即ち、主権的独裁の基本的使命が「法の実現」 (Rechtsverwirklichung — 具体的には憲法の制定) にあるのにたいして、主権者のそ



れが法に先行する国家の実存の維持にあることである。そして、いうまでもなくこの相違は、主権の独裁の基礎をなす憲法制定権力(*pouvoir constituant*)と主権との相違にあらわさる。つまり、シュミットによれば、憲法制定権力の決断が国家の政治的実存の態様と形式にかかわるものであるのにならして (Verfassungslehre, SS. 75—76) 主権者の決断はそれに論理的に先行する国家の実存自体にかかわるものからである。なお、内容的に言えば、主権概念はむしろ国家緊急権 (*Staatsnotrecht*) の觀念に近いといえる (シュミットの国家緊急権の觀念については VVDStrl, Heft 1 S. 83f.)。

(3) Politische Theologie, S. 27.

(4) シュミットは、このように非常事態とは国家学の普遍概念であって、緊急命令とか戒厳状態とかいった通常の非常事態から区別された勝義の非常事態 (*Ausnahmezustand im eminenten Sinne*) を意味するものとし、またそのさいの決断 (一切の規範的拘束から解放された決断) を勝義の決断 (*Entscheidung im eminenten Sinne*) とする (Ibid., S. 11)。<sup>6</sup> この勝義の非常事態とは、内容的には国家の存立にかかわる事態を意味するようである。またシュミットによれば、決断は規範からではなく無 (*Nichts*) から生まれるものであり (Ibid., S. 42)。<sup>7</sup> したがって、決断は本来的に規範的拘束に服さない。そして、このような決断の独自性は、正常時には最低限に抑えられているが、非常時にさいして全面的に発現することになるのである (Vgl. Ibid., S. 19)。<sup>8</sup> 勝義の決断とは、以上のようにその独自性が全面的に発現した場合の決断を意味する。

(5) Ibid., SS. 11—12.

(6) Ibid., S. 19.

(7) Ibid., SS. 19—20.

(8) Ibid., S. 20.

(9) Verfassungslehre, S. 107; 尾吹・前掲訳書、一三八頁。

(10) シュミットは、『政治神学』の中でボダン (J. Bodin) の主権概念に注目し、その学問的功績として、君主と等族会 (*Stände*) との関係を危急事態との関連で二者択一関係につきつめたことおよび主権概念に決断の要素を導入したことを挙げると同時に、ボダンにおいては一般的・個別的な実定法廃止権が主権の本来的識別基準とされていたとする (Politische Theologie, SS. 14—15; 長尾・前掲訳書、七頁)。<sup>9</sup> したがってこの点からすると、シュミットは、彼の主権概念を構成するにあたって、彼の理解するところのボダンの主権概念から、『政治神学』では危急事態と決断の要素を抽出したのにならして、『憲法理論』では一般的個別的実定法廃止権を抽出したと見ることもできる。

(11) Vgl. Verfassungslehre, SS. 109, 180.

(12) 具体的人格性と具体的権力性などの特徴とするシュミットの主権論は、『政治神学』で展開されているケルゼン (H. Kelsen) やクラッペン

(H. Krabbe) などの主権論批判からも明らかなように、抽象性を特徴とする近代の諸主権論（国民主権論、国家主権論、法主権論など）にたいするボレンシークという点にその基本的特徴をもつが（参照、黒田寛「主権概念と正当性」法学論叢三五卷一頁以下、H. Kurz, Volkssouveränität u. Volksrepräsentation, (1965) S. 155）<sup>16)</sup>しかし、いうまでもなく、彼はこのような主権論をワイマール憲法下の具体的な権力状況と無関係に展開したのではなく、むしろ多元的な鋭い分裂を示していた当時の状況の下で、大統領に主権を帰属せしめ、そのことにより強力な国家を基礎づけることを目的として先の主権論を展開したと見るべきであろう。そうだとするとシュミットがワイマール憲法下の大統領に彼のいう意味での主権を帰属せしめる試みに成功したかどうかが問題となる。この点は彼の主権論自体の不明瞭さ（とくに時間的推移に伴って生ずる主権概念の変化）とも関連して必ずしも明らかではないが、結論的にいえば、結局のところ彼はこの試みに失敗したといえよう。以下この点について簡単に説明しておくことにする。

シュミットは、『政治神学』の中で、これまで主権一般の問題とは常に主権の主体をめぐる問題であったと（Politische Theologie, S. 16）<sup>16)</sup>ワイマール憲法の下でも主権者は誰かというこの主権の主体の問題こそ同憲法の根本問題であるとする（Besprechung der Komm. entar von G. Anschütz, JW (1926) Sp. 2272）。そして彼は、この根本問題を「絶対的規範性の擬制」（Fiktion der absoluten Normativität）などにより回避している「市民的法治国の憲法理論」を批判しつつ（Ibid., Sp. 2272; Verfassungslehre, SS. XII, 108）<sup>17)</sup>11年の『独裁論』以後、主権概念の構成と四八条解釈の双方から大統領に主権を帰属せしめようと試みるのである。とくに二年の『政治神学』では、前述したように、一方で主権概念が権力内容のみによって、しかも非常事態についての決断を内容として構成され、他方で四八条二項が既に『独裁論』において主権的独裁の規定ともなりうる可能性を認められていたことから（Die Diktatur, S. 201; 黒田寛・前掲論文五一―二頁）、ワイマール憲法下の大統領は彼のいう主権者の像に著しく接近することになる。しかし、彼は同書の中では大統領が主権者であることを否定する。即ち、彼によれば、四八条の権限内容は「無限定の全権委任」ではあるが、要件についての決定が三項による国会のコントロールに服するが故に、四八条はなお大統領に主権を付与するものではないのである（Politische Theologie, SS. 17―18）。しかし、このことは逆にいえば国会のコントロールを除去しさえすれば大統領は四八条にもとづいて主権者になるということである。そしてこれ以後、シュミットは、一方で彼の反議会主義的立場とも関連しつつ国会のコントロールを排除する方向での解釈論を展開すると同時に（たとえば、大統領は国会の要求にもとづいて廃止されたものと同一の措置を直ちにすることができ（Legitimität u. Legitimität, 2. Aufl., (1968) S. 72）。国会の廃止要求は遑及力をもたず、故に大統領は既成事実を作ることができ（Ibid., S. 72f.）。その二五条の解散権によって大統領は国会を排除できる（VVDStJ, Heft 1 S. 94）など）、他方で、前述したように憲法破壊権を大統領に帰属せしめる四八条解釈を形成しつつ、破壊権を主権の識別基準とする新たな主権論を構成したのである。したがって、そこで主権の識別基準とされた破壊権が四八条から導出された憲法破壊権をも含むものとするれば（含まなければいふまでもなく大統領は主権者たりえない）、そのかぎり

で大統領はすきれもなく主権者ということになる。しかしそうだとすると、他方で同じ『憲法理論』の中で大統領は委任的独裁者とされ、また四八条の権限もそのことと関連して彼のいう憲法に限界をもつ本質的に有限な権限とされているのであるから、その場合の主権および主権者の概念は絶対性を喪失し、彼が批判した「市民的法治の憲法理論」の主権概念と基本的に変らないものとなる。これはいうまでもなくシュミットの主権論の破産を意味する。それ故、彼は結局のところ大統領に主権を帰属させることができなかったものといわなければならない。

## 二 機能

(1) シュミットの憲法破毀の概念を検討するという本節の課題からすれば、最後にこの概念がワイマール憲法史上果した機能を検討しなければならない。とくに、前述したように、この概念が非常措置権の拡張的運用を基本的に弁証するために形成されたイデオロギー的概念であったとすれば、それが現実に果したであろう機能を明らかにすることは、この概念の検討にとって不可欠な作業といわなければならない。

ところで、この概念がワイマール憲法史上果したであろう機能としては、たとえば、この概念が非常措置権による憲法侵犯を弁証するために形成された概念であることからワイマール憲法の価値と權威に及ぼしたであろう否定的な機能<sup>(1)</sup>や、さらには、憲法改正或いは停止の概念を明確化する上で果した積極的機能など種々考えることができる。しかし、これらの諸機能の内最も重要なものは、いうまでもなく憲法破毀権という強大な権限を創出することにより非常措置権の拡張的運用(とくに憲法侵犯の運用)を弁証するとともに、大統領独裁を基本的に弁証し基礎づけた点に求められなければならない。そこで、この概念が果した機能をここではこの点に限定して検討することにする。ところで、ここでの検討を以上のように限定した場合、この概念が果した機能を明らかにするためには、非常措置権の運用と大統領独裁が現実に果した機能を明らかにしなければならない。なぜなら、非常措置権の拡張的運用と大統領独裁の弁証論が果す機能は、それらが現実に果した機能に基本的に依存するからである。とはいえここでこの点を全面的

に検討することは不可能である。そこで以下非常措置権が果した機能を中心に検討しておくことにする。

(1) シュニットの理論がワイマール憲法の規範力 (normative Kraft) と權威に及ぼした否定的効果については Vgl. W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, (1945) S. 136; K. Sontheimer, Zur Grundproblematik der deutschen Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie, Bd. 46 (1960) S. 41f.

(2) ワイマール初期における非常措置権は、第一節で概観したように、一方で左翼運動に対してより厳しく行使され、その結果、共和国権力構造の右傾化というワイマール憲法秩序の存立を脅かす状況の創出に重要な役割を果たしたが、しかし他方でワイマール憲法秩序の防衛に一定程度寄与したこともまた否定できない。そうだとすれば、非常措置権はそのかぎりでは憲法保障の機能を一定程度果したといえることができる。

しかしながら、ワイマール末期においては、非常措置権は当面する厳しい政治・経済情勢の下で再び頻繁に行使され、そこで主としてワイマール憲法秩序を破壊する手段として機能することになったのである。以下この末期における非常措置権の運用について簡単に紹介しておくことにしたい。なお、便宜上経済的領域と政治的領域に分けて紹介することにする。

(i) 経済的領域での運用 末期における経済的領域での運用は、全体として見れば次のような二つの特徴をもっていたといえる。即ち、第一に、非常措置権がこの領域で頻繁に行使されたことであり、そして第二に、制定された命令の内容が国民の経済生活をほぼ全面的に規制するものであったことである。

(i) 第一の特徴は、非常措置権が経済的領域で頻繁に行使され、のみならず、三二年以後は立法機能をほぼ独占的に担うにいたったことである。非常措置権は、二五年から二九年までの間は、当時の相対的に安定した政治・経済情勢を背景にして専ら消極的にのみ―即ち、初期に制定された大統領命令を廃止するためにのみ―行使されたにすぎなかった。<sup>(1)</sup> しかしながら三〇年代に入ると、当時の深刻な経済不況を背景にして非常措置権は再び頻繁に行使され始め、



三〇年三月三〇日に成立した第一次ブリュニング (H. Brüning) 内閣から三三年三月二四日のいわゆるナチス授權法制定にいたるまでの約三年間に、非常措置權にもとづいて制定された命令は全部で一二九にも達し(内訳は、三〇年一五、三一年一四四、三二年一六〇、三三年一二〇)、<sup>(2)</sup>しかも、その大半は経済・財政的性質の命令であった。<sup>(3)</sup>そして、このような非常措置權の頻繁な行使にほぼ反比例して、国会による立法数は、三一年を境に急速に減少することになったのである。即ち、三〇年にはなお九八の法律が制定されたものの、三一年には一九に減少し、三二年には五、そして三三年には僅か一制定されたにとどまった。<sup>(4)</sup>そして、国会(およびワイマル憲法)は、三三年に制定されたこの唯一の法律ナチス授權法によって實質上その命脈を断たれることになったのである。

ところで、このような経済的領域における非常措置權の頻繁な行使とそれにいわば反比例する国会の立法機能の急速な低下という現象は何故生ずることになったのだろうか。その原因として一応次の三つを指摘することができる。

第一の原因は、当時の経済情勢とそこから生じた強力かつ迅速な立法の必要性である。周知のように二九年秋のウォール街の株の大暴落に端を発した世界恐慌は、戦後のドイツ経済を支えていた外資の急激な流出を生ぜしめ、ドイツ資本主義経済に壊滅的な打撃を与えることになった。とりわけ、当時の不況を背景に発生した大量の失業と税収入の著しい減少は、社会保障関係費(失業手当など)を中心とした財政支出の急速な増大と相まって国家財政の危機を生ぜしめ、この結果、財政改革を含む資本主義経済体制維持のための迅速かつ強力な立法措置が緊急に要請されるにいたったのである。<sup>(5)</sup>

しかしながら、非常措置權の頻繁な行使は、以上のような経済情勢のみによって生じたものではない。むしろワイマル初期と比較するとき、このような情勢に対処する主体の側により、重大な原因があったといわなければならない。この点で先ず指摘されなければならないのは当時の国会の内部状況である(第二の原因)。即ち、一九年の国民議會以



来、国会では単独で過半数を制する政党が存在しなかったため、組閣はもとより通常立法すら複数政党間複雑な妥協に依存して行われてきたが、三〇年代に入ると当時の経済情勢を背景にして各政党の妥協能力が急速に低下するにいたったため、組閣および立法は著しく困難となるにいたったのである。このような状況に加えて国会の立法機能を著しく麻痺せしめたのはナチス党を中心とする反体制政党の国会への進出であった。即ち、三〇年九月の国会選挙でナチス党は驚異的な勝利を収め、この結果、国家人民党・共産党を加えた左右の反体制政党は国会の全議席の約四割を占めるにいたり、さらに、三二年七月の国会選挙ではこれら三政党で遂に過半数を制することになったのである。<sup>(8)</sup>

この結果、国会は三三年の授権法の成立をまたずにその機能を実質的に停止するにいたり、ここにワイマール議会制民主主義はいわばその内部から崩壊していったのである。ともあれ、このような内部状況により、国会は当時の経済情勢に対処するためにワイマール初期に見られたような一般的な授権法（憲法改正法律）を制定することはもとより、個別的法律をも十分制定することができず、かくして、国会に代って大統領（非常措置権）が立法機能を実質的に担当することになったのである。

さらに、非常措置権の頻繁な行使を生ぜしめた主体の側における原因として、当時の支配層の意思を指摘しなければならない。即ち、独占資本を中心とする当時の支配層は、資本主義経済秩序の崩壊の危機に直面して、社会主義政党がなお三分の一を占める国会を排除した独裁的統治を構想するにいたったのである。そして、この独裁的統治の構想こそ、非常措置権・国会解散権・組閣権を武器とし、国防軍と民族保守主義連合（人民党・中央党を主体とする）を基盤とする大統領ヒンデンブルク（P. Hindenburg）<sup>(10)</sup>による独裁という構想であったのであり、三〇年三月のブリュニン内閣とそれにつづく一連のいわゆる大統領内閣（Präsidentkabinett）は、正にこの構想の実現にはかならなかった。<sup>(12)</sup> 当時シュミットが『憲法の番人論』によって弁証し基礎づけた大統領独裁とは、以上のような実態をもつものだ。

つたのである。<sup>(13)</sup> ともあれ、以上のような当時の支配層の意思こそ、国会の内部状況および当時の経済情勢とともに非常措置権の頻繁かつ積極的な行使を生ぜしめた基本的な原因であったといわなければならない。<sup>(14)</sup>

(四) 経済領域での運用に見られる第二の特徴は、制定された命令の内容が国民の経済生活をほぼ全面的に規制するものであったこと、およびそのことと関連して、それらが少なからぬ憲法侵犯を伴っていたことである。即ち、ブリューニング内閣をはじめとする当時の一連の大統領内閣は、当面する深刻な経済危機を回避するため、一方で社会保障関係費などの大幅な削減による財政支出の抑制と税の新設・引上げによる財政収入の増加により国家財政の均衡化をはかるとともに、それらと並行して、賃金・物価（とくにカルテル価格）・利子率・家賃等の統制、主要銀行ならびに独占企業の破産防止を目的とする国家財政による巨額の融資と担保引受、それに関連する破産手続（商法）の改正など、崩壊の危機に頻した資本主義経済秩序を維持するため伝統的に国家によって不可侵とされていた私的経済領域への全面的な介入を行ったのである。<sup>(15)</sup> ここには、シュミットのいう「全体国家」(der totale Staat)<sup>(16)</sup>、或いは今日の表現によれば国家独占資本主義の特徴が明瞭に見られるが、ともあれ、以上のようなドラスティックな内容を有する措置は、前述した国会の機能麻痺を背景にして、その大半が非常措置権にもとづいてとられることになったのである。

ところで、このような非常措置権の行使は、その内容からして少なからぬ憲法侵犯を伴うことになった。たとえば、制定された大統領命令の大半が諸々の機関（国政府、個々の国务大臣、ラント政府）にたいする経済・財政的性質の法規命令制定権の包括的授權を内容としていたため、<sup>(17)</sup> このような非常措置権による授權にたいして学説上強い違憲の疑いが表明されたのははじめ、<sup>(18)</sup> その授權の内容が私的所有権の保障や国とラントの間の権限関係、さらには地方自治体の自治権を大幅に制限・侵害するものであったことから、この点でも強い違憲の疑いが表明されたのである。<sup>(19)</sup>

(イ)以上概観したように、非常措置権は、当時の大統領独裁の構想の下に、経済的領域で頻繁に行使され、そこで資本主義経済秩序を維持するため少なからず重要な役割を果たしたのである。したがって、ここでの課題である機能という点からいえば、ワイマール憲法が私的所有権の保障などにより基本的に資本主義経済秩序を保障していたとすれば、そのかぎりで非常措置権は憲法保障の機能を果たしたと或いはいえるかもしれない。しかしながら、仮りにそうだとし、てもそのような機能は同時にワイマール憲法の基本原則の一つである議会制民主主義を破壊しつつ、さらにはまた次に紹介する政治的領域での憲法破壊的な運用と密接に結びついて果されたのであり、それ故全体として見れば決して憲法保障の機能を果たしたということとはできないのである。

- (1) Poetsch-Heffter, Vom Staatsleben, JöR Bd. 17 (1929) S. 99; Bd. 21 (1934) S. 127; F.C. Fromme, a.a. O., S. 117.
- (2) Poetsch-Heffter, a.a. O., Bd. 21, S. 127; Vom deutschen Staatsleben, JöR Bd. 22 (1935) S. 60.
- (3) Poetsch-Heffter, a.a. O., Bd. 21, S. 127.
- (4) Ibid., S. 184f.; Vom deutschen Staatsleben, Bd. 22, S. 79.
- (5) 塚本健『ナチス経済』(昭和三九年)一六二頁以下。中村幹雄「ヘルマン・ミュラー大連合内閣の崩壊について」西洋史学三四号四頁以下。
- (6) ワイマール憲法下における組閣の実際については、川北洋太郎「ワイマール共和国における議会政治制の悲劇」学習院大学政経学部年報三号一九二頁以下、阿部照哉「ワイマール憲法下の統治機構」法学論叢七〇巻六号四二頁以下、F. Glum, a.a. O., SS. 221ff.; F.C. Fromme, a.a. O., S. 57f.
- (7) 妥協能力の低下については、山口定「ワイマール共和国における議会主義政治体制(二)」立命館法学二五号八四頁以下。
- (8) 三二年七月の選挙結果は次の通り(なお投票率は八四・〇%)。

政 党 名	議 席 数	得 票 率
共 産 党	八九	一四・六
社 会 民 主 党	一三三	二一・六
民 主 党	四	一・〇

中 央 党	七五	一一・五
バイエルン人民党	二二	三・二
人 民 党	七	一・二
国 家 人 民 党	三七	五・九
ナ チ ス 党	一三〇	三七・四

(E.R. Huber, a.a.O., S. 607)

- (9) 国会の開会日数は次の通り。三〇年—九四日、三一年—四一日、三二年—一三日 (Poetsch-Heffter, a.a.O., Bd. 21, S. 101)。
- (10) 二五年三月、エーベルトの死去に伴って行われた大統領選挙で右翼陣営の統一候補旧帝國陸軍元帥ヒンデンブルクが、ワイマル連合政党の統一候補前首相マルクス (中央党) を少差で破り第二代大統領に就任した。この選挙結果は、当時の共和国権力構造全体の右傾化 (とくに社会民主党の後退) を象徴的に示すものといえる。ともあれ、この結果国民議會で表明されたコーン議員の危惧はここに現実化し、新旧右翼陣営はワイマル憲法秩序を打倒するための強力な拠点と武器を獲得することになり、これ以後「大統領により、強大な権力を」(„Mit der Macht dem Reichspräsidenten“) というスローガンの下に、憲法改正や憲法解釈の方法により大統領権力の拡大・強化を追求することになる (Poetsch-Heffter, a.a.O., Bd. 17, S. 102f.; F. C. Fromme, a.a.O., S. 63f.; 山口前掲論文二二頁以下)。
- (11) A・ローゼンベルク・前掲訳書二四八頁以下。なお、一部資本家の間にはこれとらんで既にフーゲンベルク (Hugenberg) 〓 ヒトラー連合によるより、ラディカルな独裁が構想されていた (同書二四八頁)。この構想は、大統領内閣が失敗したあとヒトラー内閣として実現することになる。
- (12) 大統領内閣については、阿部照哉「ワイマル憲法の崩壊過程」法学論叢七八卷三・四号五六頁以下。
- (13) シュミットは、三一年の『憲法の番人論』で、民主主義を議會主義的民主主義 (Parlamentarische Demokratie) と人民投票的民主主義 (plebiszitäre Demokratie) に分け、前者に由来する国家の多元的分裂から国家の統一と実存を救済する主体を後者にその權威の正統性を有する大統領に求め、そのような意味で大統領を「憲法の番人」と称する (Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., (1969) SS. 116, 156f.)。なお、シュミットのこの主張は、周知のように憲法の番人をめぐる当時の学説上の論議の一環となされたものである。この論議については、佐藤功「ドイツにおける憲法保障制度とその理論」(国家学会雑誌五七卷七号六六頁以下、鶴飼信成「史的に見たるドイツ法治国理論」『国家の研究』京城大学法学論集七 (昭和九年) 一三二頁以下)。
- (14) 大統領内閣の下での統治が非常措置権に積極的に依拠して行われたことは、三〇年七月一六日の二つの大統領命令の制定経緯に特に明瞭に見られる。即ち、ブリュニン内閣は、成立後直ちに大幅な増税を内容とする財政改革法案を国会に提出したが、国会は数週間に及ぶ審

議の後圧倒的多数(社会民主党、共産党、国家人民党、ナチス党)でこれを否決した(E.R. Huber, a.a.O., S. 426)。このため同内閣は、同日同一の内容をもつ二つの命令を非常措置権にもとづいて制定した。これにたいして国会は直ちに廃止要求を議決したため、同命令は失効せしめらるることになったが、同時に大統領の解散権が発動され国会は解散されるとともに、ほぼ同内容の命令が再び非常措置権にもとづいて制定されたのである(Ibid., S. 426)。このように、組閣権を媒介にして一体となった大統領と内閣が、解散権により国会を排除しつつ非常措置権に依拠して統治を遂行するというパターンは、後のパーペン(v. Papen)内閣のさいにも見られるが、ここには非常措置権に積極的に依拠して統治を遂行しようとする当時の大統領内閣の姿勢が明瞭に示されている。なお、このように国会の要求にもとづいて一度廃止された同一の命令を解散後再び制定することは、前述したようにシュミットによって肯定されるが、支配的学説によっても肯定された(G. Anschütz, a.a. O., S. 294)。

- (15) C.L. Rossiter, a.a.O., S. 52f.; F.M. Watkins, a.a.O., SS. 94, 102; Poetzsch-Heffter, a.a.O., Bd. 21, S. 184; 塚本健・前掲書一六二頁以下、F・ノイマン・前掲書二二二頁以下。

- (16) シュミットは「一七世紀以来の国家の展開を、絶対主義国家＝統治国家(Regierungsstaat)から中立国家(der neutrale Staat)＝立法国家(Gesetzgebungsstaat)を経て全体国家＝行政国家(Verwaltungsstaat)にいたる三段階の弁証法的発展として把握し(C. Schmitt, a.a.O., S. 75f.)、三〇年当時のドイツを立法国家から全体国家への移行過程とする。なぜなら、シュミットによると、国家が議會を媒介にして社会の自己組織と化した今日の立法国家の完成態の下では、国家と社会の区別・対立が消滅することにより、国家は、それが嘗てもっていた不干渉の意味での中立性(Neutralität)を喪失し、今や経済・文化・信仰の全領域にわたって人間生活に関わる一切を把握することになるが、これこそ国家と社会の同一性(Identität)によって特徴づけられる全体国家への移行を示す現象にはかならないからである(Ibid., S. 78f.)。ところで、シュミットは、このような移行現象は特に経済領域において顕著に現われるとし(彼によれば、ここで国家は、生産・消費・雇傭・国民所得の再配分の主体として現われ、国民経済を決定的に規制することになる。Ibid., S. 81)、ここから今日見られる非常事態概念の変化(軍事的・警察的非常事態から経済的・財政的非常事態への変化)に注目する。そして彼は、この変化は決して偶然的なものではなく、今日の憲法状況から必然的に生み出された内的法則的関連の表現であるとし(Ibid., S. 131)。このような認識にもとづいて、四八条二項にもとづく措置に予算法律を含む一切の法律に代る効力を認めるのである(Ibid., S. 120f.; Legitimität u. Legitimität, S. 79)。この結果、非常措置権は、シュミットの解釈においては、憲法破壊権・基本権停止権のほかに完全な立法権をも含むグロテスクな権限と化し、それに応じて大統領は法の制定と執行を統合的に掌握する文字通りの独裁者と化するにいたる。ともあれ、このようなシュミットの国家論および四八条解釈論は、先の憲法の番人論とともに、当時の大統領独裁とそれにもとづく非常措置権の運用の全面的な弁証論にはかならなかった。



(17) Poetzsch-Heffter, a.a.O., SS. 130f., 185.

(18) K. Löwenstein, Zur Verfassungsmäßigkeit der Notverordnungen, AdR Bd. 21 (1932) S. 127f.

(19) Ibid., SS. 128f., 147f.

(ii) 政治的領域での運用 非常措置権は、制定された命令数においては経済的領域に劣るにせよ、政治的領域でも少なからず行使され、そこでワイマル憲法の崩壊に少なからず重要な役割を果たすことになった。

ところで、末期の政治的領域での運用は、全体として見ると次のような三つの特徴をもつ。第一に、同権限にもとづいてとられた措置が主として警察的措置であったことであり、第二に、その運用の仕方において、ブリューニング内閣の下では左右両翼にたいして比較的公平に運用されたのに対して、パーペン内閣の下では著しく均衡を失して運用されたことである。そして第三に、とくにヒトラー内閣の下で、非常措置権はワイマル憲法秩序を破壊するための重要な武器として機能するにいたったことである。以下順を追って紹介しよう。

(i) 第一の特徴は、末期の政治的領域で非常措置権にもとづいてとられた措置の大半が出版・集会・集団行進および団体の規制等に関するいわゆる警察的措置を内容としていたことである。<sup>(1)</sup> この点は、国防大臣(軍司令官)への執行権の委譲や軍法会議の設置等の軍事的措置を主たる内容としていた初期の場合と比較するとき際立った特徴をなしている。ところで、末期の措置がこのように警察的措置を主たる内容とすることになった理由は幾つか考えられるが、最大の理由は、「公共の安全と秩序にたいする重大な障害」の内容の変化にあったといえる。即ち、第一節で紹介したように、初期におけるナチス党と共産党は、革命達成の方法として国家権力にたいする武力闘争を展開した。このため、非常措置権にもとづく措置は、対抗上軍事的措置を内容とすることになったのである。しかし、このような武力闘争が国防軍を中核とする強大な国家権力の前にいづれも失敗に帰したため、これらの政党は、二〇年代半ばを境にしていわゆる合法戦術へと戦術を転換することになる。<sup>(2)</sup> この結果三〇年当時におけるこれらの政党、とくにナチス

党は、その最大の目標を国会およびラント議会における議席数の増加に置き、そのための手段として、集会・デモンストレーション等のあらゆる表現手段を駆使して効果的な宣伝活動を行う一方、種々の準軍事組織（たとえばナチの突撃隊（Sturmabteilung）など）を創設し、敵（ナチス党にとっては共産党・社会民主党）の政治活動を妨害することになった。当然のことながら、このような妨害活動にたいして、共産党や社会民主党もまた種々の準軍事組織を創設してこれに対抗したため、両者の間に内戦さながらの激烈な街頭闘争が頻繁に発生することになったのである。<sup>(3)</sup> 当時の深刻な経済危機を背景に発生した政治的領域での「公共の安全と秩序にたいする重大な障害」は、以上のように主として社会団体相互間の武力衝突を内容とすることになり、このため、それに対処すべく非常措置権にもとづいてとられた措置も、主として警察的措置を内容とすることになったのである。

(四) 第二の特徴は、非常措置権がブリューニング内閣の下では比較的公平に運用されたのに対して、パーペン内閣の下では著しく均衡を失って運用されたことである。

(A) 第一次・二次ブリューニング内閣（三〇・三・三〇—三一・五・三〇）の下では、頻発する武力衝突にたいして、表現活動および団体に関するかなり厳しい規制措置が非常措置権にもとづいてとられたが、その運用は、全体として見るとき左右両翼にたいしては比較的公平に行われたといえる。以下表現活動の規制と団体規制について簡単に紹介しておくことにする。

(a) 表現活動の規制 ナチス党と共産党は、三〇年九月の国会選挙で勝利したこともあってその活動は益々活発化し、それに伴って両者の対立抗争はその激しさの度合いを一層深めることになり、三一年に入ると状況は著しく不穏な様相を呈することになった。このような状況の下に、三一年三月から二月にかけて、ビラ・プラカード・出版物・集会・集団行進等による表現活動にたいする厳しい規制を内容とする「政治的不法行為の禁止命令」(Verordnung des

Reichspräsidenten zur Bekämpfung politischer Ausschreitung) と称される一連の大統領命令が制定され<sup>(4)</sup>、同命令にもとづいて、ナチス党・共産党の集会・行進は頻繁に禁止されることになったのである<sup>(5)</sup>。

(b) 団体規制 さらに、以上のような表現活動にたいする規制措置とならんとされたのが準軍事組織にたいする規制措置である。団体規制は、前述したように、ワイマール初期においてはプロレタリア百人隊等の左翼軍事組織が大統領命令および共和国保護法にもとづいて禁止・解散されたほか、ナチス党・共産党が同法にもとづいて非法化される等かなり頻繁にかつ厳しく行われたが、末期においては、共産党の準軍事組織赤色戦線兵士同盟 (Roter Frontkämpferbund) が、一九一九年以来プロイセンなど教ラントで共和国保護法等にもとづいて禁止された<sup>(6)</sup>以外には、前述の三一年一二月の第四命令にもとづき制服着用禁止措置がとられていたにすぎなかった。しかし、三二年に入ると当時の緊迫した政治情勢を背景にして、ナチの準軍事組織が不穏な動きを見せるにいたったため、これらの準軍事組織は遂に解散せしめられることになったのである。即ち、三二年四月ヒンデンブルクの任期満了に伴って行われた大統領選挙は、実質上ヒンデンブルクとヒトラーの対決となったため、ナチス党は映画やレコードをも含むあらゆる表現手段を駆使して空前の宣伝活動を行うとともに、第一回投票前夜には約四〇万の突撃隊員を動員してベルリンを包囲する非常線を張ったのである<sup>(7)</sup>。このため、ナチスによるクーデターを恐れたプロイセン、バイエルンなどの各ラント代表は、直ちにブリュニング内閣に突撃隊の解散を要求し、これにもとづいて、第一回投票の翌日の四月十三日、突撃隊・親衛隊 (Schutzstaffeln) を含むナチの一切の準軍事組織の即時解散を命ずる大統領命令が制定された<sup>(8)</sup>。そして、選挙終了後 (選挙はヒンデンブルクが大勝する) の五月三日には、一切の準軍事組織の規制を内容とする命令が制定され<sup>(9)</sup>、同命令にもとづいて共産党の準軍事組織もまた解散せしめられることになったのである<sup>(10)</sup>。

以上がブリュニング内閣下における政治的領域での運用の概要であるが、以上の概要に関するかぎり、若干問題

はあるにせよ、非常措置権は左右両翼にたいしては一応公平に運用されたといえよう。しかし、反面で、非常措置権が、勿論それなりの合理的理由があったにせよ、ナチス党・共産党などのいわゆる反体制政党にたいして、他の体制諸政党にたいする以上により、厳しく運用されたことも否定できない。<sup>(11)</sup>

(B)これにたいしてパーペン内閣(三一・六・一一三一・一二・二〇)の下では、非常措置権は、同内閣の反動的性格を基本的に反映して、ナチス党にたいしては好意的に、逆に社会主義政党にたいしては強力な弾圧の武器として運用されることになったのである。

(a)ナチス党にたいする好意的な運用例は、三二年六月の二つの大統領命令に見ることができる。即ち、パーペン内閣は、同内閣成立後も政党間の対立抗争が依然として続いていたため、六月一四日、政治活動の規制を内容とする大統領命令を制定した。しかし、同命令は、先の「政治的不法行為の禁止命令」を強化する内容をもっていた反面、ナチス党の準軍事組織の解散を命じた四月一三日命令の廃止をも内容とし、<sup>(13)</sup>さらに、つづく二八日の命令は、先の制服着用の禁止を実質的に解除するものであったため、<sup>(14)</sup>突撃隊と親衛隊は再び大挙して街頭にくり出し、この結果、後述する「アルトナの血の日曜日事件」にも見られるように、情勢は不穏な様相を一層深めることになったのである。<sup>(15)</sup>

(b)このようなナチス党にたいする好意的な運用と著しい対照を示したのが社会主義政党にたいする運用であった。その代表的例は、三二年七月のプロイセン・ラントにたいする措置に見ることができる。「プロイセン強奪事件」(ロスター)として有名なこの事件について以下簡単に紹介しておくことにしよう。<sup>(16)</sup>

パーペン内閣は、前述したように権威的な中央集権国家の建設を志向するが、この反動的な国家改革構想の実現にとって当時最大の障害をなしていたのはプロイセン政府であった。プロイセンでは、一九年以来社会民主党が一貫して第一党の地位を占めるとともに、二五年以後は社会民主党のブラウン(O. Braun)を首班とするいわゆるワイマー

ル連合政府が支配し、このためプロイセンは、国全体が急速に右傾化するという当時の状況の下で、いわば「ワイマル民主主義の柱石」(ロスター)<sup>(17)</sup>としての位置を占めていたのである。この結果、プリーニング内閣成立以後、とくにパーペン内閣の誕生とともに国とプロイセンの関係は急速に悪化するにいたり、<sup>(18)</sup>このような状況の下で「プロイセン強奪事件」が発生することになったのである。

三〇年四月に行われたプロイセン・ラント議会選挙は、ナチス党の著しい躍進を示し(八議席から一挙に一二二議席に増加)、この結果、同党は社会民主党を抜いて第一党の地位を占めた。<sup>(19)</sup>ところが、このような結果を予測していた与党が、選挙直前に首相選出には議会の絶対多数を要する旨議事規則を改正していたため、新議会による首相選出は不可能となり、この結果、一度総辞職したブラウン政府が「事務内閣」(geschäftsführende Regierung)としてその職務を継続して担当することになったのである。<sup>(20)</sup>このためナチス党は、党機関紙やパーペン宛書翰でこのような事態を激しく非難するとともに、非常措置権の発動によるプロイセン政府の罷免とプロイセン警察からのマルクス主義者の一掃を主張したのである。<sup>(21)</sup>「プロイセン強奪事件」の契機となった「アルトナの血の日曜日事件」が発生したのは、正にこのような状況においてであった。三二年七月一七日、ハンブルグ郊外の労働者の町アルトナで突撃隊と赤色戦線兵士同盟との間に衝突が発生し、激しい銃撃戦の末多数の死傷者を出すという惨事が発生した。この事件が発生するやパーペン内閣は直ちに、<sup>(22)</sup>この事件は共産主義者にたいするプロイセン警察の取締りの怠慢にもとづくものであるとする声明を発表するとともに、二〇日、非常措置権を発動、ベルリン地方に非常事態を宣言し、基本権の停止、執行権の国防大臣への委譲、刑罰の新設・加重、特別裁判所の設置等の措置をとるとともに、首相パーペンをプロイセンの全権委員に任命し、彼にプロイセン政府を罷免することにより自らプロイセン首相の職務を担当する権限を付与したのである。<sup>(23)</sup>そして、パーペンは、この命令にもとづき、同日直ちにブラウン政府を罷免するとともに自らプロイセ



ン首相の職務を担当し、彼の任命にかかる実質的に新しい政府を形成したのであった。<sup>(24)</sup> 他方、このような軍事力を背景とするクーデターの措置にたいして、嘗てのカップ一撥のさいに見られたような労働者を中心とする抵抗行動は何ら発生せず、僅かに罷免されたプロイセン政府などにより以上の措置の合憲性を争う訴訟が国事裁判所に提起されたにとどまった。しかも、このいわゆるプロイセン訴訟 (Prozeß Preußen contra Reich) 及び、二〇日命令とそれにもとづく措置の合憲性が基本的に承認されたため、共和国史上非常措置権の「最悪の濫用」(ロシター)<sup>(25)</sup> といわれるパーペンのクーデターの措置は、いわば無血の内に成功したのである。ところで、このプロイセン訴訟は、ワイマール憲法下における非常措置権に関する訴訟の中で最も重要なものの一つであり、その意味で、以下簡単に紹介しておくことにする。

プロイセン訴訟は、本案訴訟と仮処分 (einstweilige Verfügung) 申請に関する訴訟の二つから成る。後者は、七月二〇日命令とそれにもとづく措置の違憲無効を理由として、本案訴訟確定までの間、罷免されたプロイセン政府の地位の回復と保障および全権委員による一切の職務遂行の停止を求めるもので、プロイセン政府およびプロイセン・ラント議会 (以下プロイセン議会と略す)<sup>(26)</sup> の社会民主党・中央党議員団によって申請されたが、この申請は、七月二五日、国事裁判所により却下された。<sup>(26)</sup> 他方、本案訴訟では、新たにバイエルンおよびバーデン・ラントが原告として加わり、二〇日命令とそれにもとづく措置、とくにプロイセン政府の罷免および国参事会におけるプロイセン代表の罷免とその新たな任命措置の合憲性を主たる争点として激しく争われることになったが、<sup>(27)</sup> 国事裁判所は、一〇月二五日、二〇日命令とそれにもとづく措置の合憲性を基本的に認めると同時に、原告側の主張を部分的に認容して措置の一部分につき違憲性を認めるという極めて妥協的な判決を下したのである。判決理由は要旨次の通り。<sup>(28)</sup>

まず、当該命令が四八条一項と二項のいずれにかかわるのかという点について、判決は、本件の場合国にたいする義務違反は

存在せず、したがって、当該命令を一項によって基礎づけることはできないとする (S. 536)。そして判決は、当該命令とそれにもとづく措置の合憲性を二項との関連で、要件の存否、合目的性 (Zweckmäßigkeit) と必要性に関する裁量権の濫用または踰越の存否、および適法性 (Rechtmäßigkeit) の三点について順次検討を加える。まず要件の存否については、そもそも裁判所の審査権が及ぶかどうかの問題となる。この点について従来の判例および支配的学説がこれを否定的に解していたの<sup>29)</sup>にたいして、本判決は実質的に審査権を行使し、次のように述べて要件の存在を肯定した。「二〇日の命令は、公共の安全と秩序が重大な障害に直面していた時に制定されたものである。即ち、あの時点では政党相互間は戦闘状態にあり、多数の殺傷を伴う流血の衝突がほとんど日常的に発生していた。しかも国内の緊張は益々増大し、憲法生活の根本にたいする脅威にまで成長するという重大な危険が存在していた。したがって、二項にもとづく措置の要件は直ちに存在していたといわなければならない」 (S. 536)。次に判決は、措置の合目的性と必要性に関する大統領の裁量を、原告側の主張にもとづき羈束裁量と解し、この点に関する裁判所の審査権を原則的に肯定したあと、裁量権の濫用および踰越があったとする原告プロイセン側の主張を次のように斥けたのである。まずこの点に関する原告側の主張の要旨を紹介すれば、二〇日命令はそれに先立って行われた大統領、パーベン内閣およびナチス党指導者の間でのプロイセンに関する協定 (全権委員の任命と閣僚等の配置変更に関する協定) にもとづいて制定されたもので、したがって、同命令は「公共の安全と秩序の回復」以外の目的のために制定されたものであり、それ故、そこには明らかに裁量権の濫用と踰越があること、のみならず、他のラントにも類似の状況があったにもかかわらず、大統領の干渉がプロイセンにたいしてだけ行われた点にも裁量権の明白な濫用が存在するというものであった (S. 537)。これにたいして判決は、前者については仮りに原告主張のような事実があったとしても「そのことから直ちに措置が公共の安全と秩序の回復以外の目的のためにとられたと論決することはできず、せいぜいのところその協議によって得られた危険な政治状況にたいする認識が、むしろ二項にもとづく措置が必要であるという確信を大統領に抱かせるのに寄与したというるにすぎない」 (S. 537) としてこれを斥け、また後者についても、「そのような事実もまた裁量権の濫用を証明するものではない。なぜなら、二項が定めるような状況の下では、種々の正当な理由が大統領の干渉をあるラントでは必要なものとし、また他のラントでは必要なものとしないうことがありうるからである」 (S. 537) として斥けたのである。そして最後に判決は、当該命令とそれにもとづく措置が二項の定める制限内のものであったか否かという本件の核心をなす適法性の問題について検討する。この点について判決は、まず大統領は二項後段列举以外の憲法規定に拘束されるといういわゆる憲法の不可侵性を確認したあと、この不可侵性の原則は、

措置が憲法規定を侵犯する (eingreifen) ことを禁止するものであって、権限の単なる移動 (bloße Verschiebung von Zuständigkeiten) たとえばラント政府の権限を国の機関に委譲する (übertragen) ことまでも禁止するものではないとする。そして、二〇日命令は基本的にこのような権限移動を内容としているものと解することができ、そのかぎりでは憲法上許されるものであるとするのである (S. 538)。以上のように判決は、いわゆる合憲的解釈の方法により二〇日命令とそれにもとづく措置の合憲性を基本的に承認するが、他方で権限移動に限界を設定し、そこから措置の一部についての違憲性を導出する。即ち、判決によれば、このような権限移動には限界があるのであって、たとえば、ラント政府の権限を国の機関に委譲するにしても、そのさいラント政府の地位自体が保障され、同時にラント政府がラントの自立性 (Selbständigkeit) とその地位を維持するため本質的かつ不可欠な権限を保持しつづけるのでなければ、それは許されない憲法規定 (一六条、六三条等) の侵犯を意味することになるのである (SS. 538—539)。ところで判決によれば、国全権委員は国の機関であり、したがっていかなる意味でも憲法一七条でいうラント政府たりえず、それ故彼はまた国参事会でラントを代表することもできないのである。したがって、大統領が合憲的なラント政府を罷免したり、全権委員をラント政府に任命し、そのような政府にラントの代表権を委譲したりすることは憲法の不可侵性の原則に反するものであり、憲法上許されないものといわなければならないのである (S. 539)。以上のように判決は、二〇日命令とそれにもとづく措置の合憲性を基本的に承認すると同時に、原告側の主張を部分的に認容して、罷免されたプロイセン政府の地位を回復するとともに、国参事会におけるその代表権を保障したのである。

以上がプロイセン訴訟に関するライプチッヒ国事裁判所判決の概要である。この判決の特徴を一言でいえば、プロイセンにおける「国家権力の分割」(ヘッケル)<sup>(30)</sup>を内容とする極めて妥協的な判決であったといえよう。<sup>(31)</sup>ともあれ、この結果パーペンのクーデターの措置は裁判所によって実質的に承認され、のみならず、この判決によってプロイセン政府に保障された地位と権限も、翌三三年二月六日の大統領命令(但し一項にもとづくもの)<sup>(32)</sup>によって全面的に剝奪されるにいたり、かくしてワイマール民主主義は、ヒトラー内閣の登場をまたずしてその最大の砦を失ったのである。

イ) 政治的領域での運用に見られる第三の特徴は、非常措置権がワイマール憲法秩序を破壊する武器として利用さ

れたことである。このことは、先のプロイセン強奪事件にも見られるが、とりわけヒトラー内閣下の運用に明瞭に見ることができる。以下簡単に紹介しておくことにする。

非常措置権は、ヒトラー内閣(三三・一・三〇)の下で、ナチス独裁体制の基本法ともいべき三三年三月二四日のいわゆるナチス授權法の成立に重要な役割を果たすことになった。ナチス党は、ヒトラー内閣成立後は、独裁体制を確立するための第一歩として、同内閣に立法権を含む全権を付与する法律(授權法)を獲得することに全力を傾注することになる。<sup>(33)</sup>ところで、このような法律をいわば「合法的」に制定するためには、過去の先例および当時の支配的学説によれば、憲法改正手続(憲法七六条)を遵守する必要があり、したがって、国会で法定議員数の三分の二以上の議席を確保することが必要であった。しかし、当時ナチス党は第一党であったとはいえ、全議席の三分の一を占めていたにすぎず、このためこの特別多数を確保することがナチスにとっての当面の最大の課題となったのである。

ヒトラーは、同内閣成立直後の二月一日、活動能力ある多数の欠如を理由として国会を解散し、ここに共和国の運命を決する激烈な選挙戦が開始されることになった。前述したように、この選挙で三分の二以上の議席の獲得を至上命令とするナチス党は、ビラ・ポスター・集会・行進のほか、国営ラジオ放送をも含むあらゆる表現手段を駆使して宣伝活動を行うとともに、今や自らの支配する警察権力(国およびプロイセン内務大臣はそれぞれナチス党のフリック(Frick)とゲーリング(H. Göring))の保護の下に、突撃隊を駆使して反対党(とくに共産党・社会民主党)の党本部・印刷所・集会・行進にたいする襲撃などの凄じいテロ行為を縦横無尽に行うことになったのである。<sup>(35)</sup>

しかしながら、反対党の選挙活動の妨害にさいして、以上のようなテロ行為以上に重要な役割を果たしたのはいうまでもなく非常措置権であった。まず、解散直後の二月四日、政治活動の大幅な規制を内容とする大統領命令が制定された。全文二六ヶ条から成るこの命令は、一切の集会・行進にたいして警察の臨検を義務づけるとともに、内務大臣



フリックに集会・行進の一般的禁止権や出版物の発行停止権など表現活動を大幅に規制する権限を極めて広汎な要件の下に付与したのである。<sup>(36)</sup>そして、フリックは、この命令にもとづいて直ちに共産党の集会・行進を全面的に禁止するとともに、社会民主党についても頻繁に禁止する措置をとったのはじめ、共産党機関紙ローテ・ファーンネ (Rote Fahne)、社会民主党機関紙フォアヴェルツ (Vorwärts) のほか、中央党機関紙や右翼の有力紙ゲルマニア (Germania) をも「公共の安全にたいする重大な障害を生ぜしめる虞がある」という理由の下に発行停止としたのである。<sup>(37)</sup>さらに、非常措置権による反対党弾圧措置は以上にとどまらなかった。選挙戦も終盤を迎えた二月二四日、ゲーリングに率いられたプロイセン警察は、暴力革命の証拠書類押収という名目の下に共産党本部カール・リープクネヒトハウスを急襲<sup>(38)</sup>し、さらに三日後の二七日、国会議事堂の放火事件が発生するや、ナチス党は直ちに、この放火は共産党の仕業であり共産主義革命の合図だとする声明を発表するとともに、共産党前国会議員トルグラ (Torgler) らを共犯容疑で逮捕した。<sup>(39)</sup>そして、翌二八日、「国民と国家の保護のための大統領命令」(Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk u. Staat) が制定されたのである。同命令は、基本権停止のほか、一定の場合に国政府が最高ラント官庁の権限を暫定的に管掌できることおよび放火等に対する刑罰の加重(死刑)等を内容とするもので、<sup>(40)</sup>「国家に危険を及ぼす共産主義者の暴力行為を防圧するため」(前文)制定されたとするその制定趣旨にもとづき、同命令は直ちに共産党に適用され、この結果、共産党は非合法化されるとともに多数の共産党員が逮捕されるにいたったのである。<sup>(41)</sup>

以上のような凄じい選挙妨害にもかかわらず、三月五日の選挙結果はドイツ国民がナチス独裁を拒否したことを示した。即ち、ナチス党は第一党の地位を確保したとはいえ全議席の過半数すら獲得できず、逆に共産党と社会民主党は、両者合せて授權法の成立を阻止しうる三分の一に近い議席を確保したのである。<sup>(42)</sup>しかし、ナチス党は、新国会召集の直前に、先の二八日命令にもとづいて共産党の全議員八一名を逮捕するとともに、同党の全議席を無効とする



措置をとったのである。<sup>(43)</sup>そして、このような状況の下に、三月二三日、「国民と国家の艱難を排除するための法律」(Gesetz zur Behebung der Not von Volk u. Reich)が国会に上程された。当日、社会民主党議員の一部は議場への入場を拒否され、しかも、同法の審議に先立ってナチス党の提案により、「正当な理由」なしに欠席したものも議決の定足数の算定にさいしては出席者と看做す旨議事規則が改正され、<sup>(44)</sup>加えて議場内の通路には突撃隊がいならば、のみならず国会の周囲を嵐のようなナチスのデモが包囲するという状況の下で、ワイマール共和国の運命を決する授權法は、四四一对九四(反対は社会民主党議員)という圧倒的多数で可決されたのである。<sup>(45)</sup>そして、ヒトラーは、これ以後この授權法を駆使して短期間の内にドイツ全体の Gleichschaltung を遂行し、ナチス独裁体制の樹立に成功したのであった。<sup>(46)</sup>

(3) 以上がワイマール末期における非常措置権の運用の概要である。そこには初期の場合と比べて幾つかの重要な特徴が見られるが、ここでの課題に即していえば、その最大の特徴は、非常措置権が末期においては基本的にワイマール憲法秩序を破壊する手段として機能した点に求めることができる。したがって、このような運用を基本的に弁証するシュミットの憲法破毀の概念は、彼の四八条解釈論とともに、初期においては一定程度憲法秩序を保障する機能を果たしたとはいえ、末期においてはそれ以上に憲法秩序を破壊する機能を果たしたものといわなければならないのである。

(1) Vgl. F.M. Watkins, a.a. O., S. 62; Poetzsch-Heffter, a.a.O., S. 129.

(2) F.M. Watkins, a.a. O., S. 51f.; W. Scheiler, The Rise and Fall of the Third Reich, (1960); 井上勇訳『第三帝国の興亡』(昭和三六年)一九二頁。

(3) F.M. Watkins, a.a.O., S. 55f.

(4) 「政治的不法行為の禁止命令」は都合四つ制定された。三月二八日の第一命令は、集会・集団行進・ビラ・プラカード等の届出制と、それ

らが「公共の安全と秩序にたいする重大な障害を生ずる虞れがある」場合には、管轄警察署は禁止・押収等をなしうることを定め(R. Huber, a.a.O., S. 445f.)。また、七月一八日の第二命令および一〇月六日の第三命令は、いずれも出版物の規制に関するもので、その内容が「公共の安全と秩序にたいする障害を生ずる虞れがある」場合には、警察は当該出版物の押収・発行停止等をなしうることを定める(Ibid., SS. 449—451)。<sup>9</sup>そして、二月八日の第四命令は、ラント官庁に一定の要件の下に武器・弾薬・刀剣類を押収する権限を付与し、また、政治団体の制服着用を禁止するとともに、三二年一月三日迄一切の屋外集会・行進ならびに公共の場所でのビラ・パンフレット等の掲示頒布を全面的に禁止することを内容としていた(Ibid., S. 453f.)。<sup>10</sup>なお、第四命令の制服着用禁止は、主としてナチ突撃隊の褐色シャツと親衛隊の黒シャツを対象としたものである。

(5) F.M. Watkins, a.a.O., S. 61f.

(6) E.R. Huber, a.a.O., SS. 270. 399.

(7) W. シャイラー、前掲訳書、二五四頁。

(8) E.R. Huber, a.a.O., S. 473f.; F.M. Watkins, a.a.O., S. 62f.

(9) 五月三日の命令について E.R. Huber, a.a.O., S. 475.

(10) Ibid., SS. 475—476.

(11) たとえば、ナチス党・共産党の集会・行進が禁止されている間も他の諸政党の集会・行進等の選挙活動は許され(F.M. Watkins, a.a.O., S. 70)。<sup>11</sup>また進軍組織の規制についても、国家人民党系の鉄兜団(Stahlhelm)や社会民主党系の国旗団(Reichsbanner)の存続は許された(E.R. Huber, a.a.O., S. 471)。<sup>12</sup>

(12) パーベン内閣は、議会制民主主義を排除し、実質的には七一年憲法の統治機構への復帰を意味する権威的な中央集権国家の建設を志向する(J.W. Wheeler-Bennet, *The Nemesis of Power* (1953): 山口定訳『国防軍とヒトラー』(昭和三十六年)二三五頁)。<sup>13</sup>また、パーベンは、首相就任直後の演説で、「議会制民主主義の失政」と「無神論的マルクス主義」にたいする闘争を宣言する(E.R. Huber, a.a.O., SS. 486—489)。<sup>14</sup>

(13) Ibid., S. 496.

(14) 六月二八日命令は、先の第四命令が定めた制服着用の一般的禁止を解除し、代って「公共の安全と秩序にたいする直接的な障害が生じた場合」には、各ラント官庁が個別的にのみ制服着用を禁止しうる旨定める(Ibid., S. 497)。<sup>15</sup>

(15) Vgl. Ibid., S. 492. 以上のほかパーベン内閣のナチス党にたいする好意的態度は、三二年八月九日の大統領命令の運用にも見られる。同内閣は、八月九日、殺人・傷害・放火等の犯罪にたいする刑罰の加重を内容とする命令と上記犯罪にたいする専属的管轄権を有する特別裁判

所(通常の裁判官によって構成されるが特別の略式手続で審理する)の設立を内容とする命令を非常措置権にもとづいて制定した(Ibid., S. 520f.)。ところで、この二つの命令が発効した二時間後にナチの一派が共産党員を襲撃し殺害するという事件が発生した。この事件にたいして、前記特別裁判所は五名のナチ党員全員にたいして死刑の判決を下した。ところがプロイセン政府(後述するように首相は実質的にはバーベン)は、当該犯行は命令発効直後に犯されたもので、それ故被告人は未だ当該命令を知りえなかったという理由で恩赦権を行使し、全員を無期懲役に減刑したのである(Ibid., S. 518f.)。

(16) この事件を紹介したものとしては、山口利男「国家の危機とヘルマン・ヘラー」日本政治学会年報(一九七三年)一五九頁以下がある。

(17) C.L. Rossiter, a.a.O., S. 57.

(18) Poetsch-Heffter, Vom Staatsleben, Bd. 21, S. 51.

(19) プロイセン・ラント議会の選挙結果(一九一三)については、E.R. Huber, a.a.O., S. 608.

(20) Ibid., S. 499.

(21) Ibid., S. 500.

(22) Ibid., S. 503.

(23) Ibid., S. 506f.

(24) Ibid., SS. 503—504.

(25) C.L. Rossiter, a.a.O., S. 58.

(26) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 137, S. 65f. なお、同判決の抜萃は E.R. Huber, a.a.O., S. 513f. に収録されている。

(27) 二〇日命令とそれにもとづく措置の合憲性は学説上でも激しく争われた。以下一例としてシュミットの合憲論とヘラー(H. Heller)の違憲論を簡単に紹介しておこう。まず、シュミットの合憲論は要旨次の通りである。二〇日命令は、四八条一項と二項のいずれによっても基礎づけることができる。なぜならば、国にたいするラントの第一の義務は、公共の安全と秩序にたいする一切の障害の発生を防止し、国家に敵対する運動や組織にかなる援助も与えないということにあるのであり、それ故プロイセンにおける内戦状況は、一項と二項のいずれの要件も充たすことになるからである。したがってプロイセン政府の罷免や全権委員による政府職務の一時的な遂行が仮に二項によって許されなくとも、一項によって許されることになる(C. Schmitt, Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das Land Preußen, DJZ Heft 15 (1932), Sp. 956f.)。なおシュミットは、非常措置権にもとづく措置にたいする司法審査について、基本的に消極的な態度を示す(Ibid., S. 957; Legitimität u. Legitimität, S. 248)。これにたいしてヘラーは、まず、二〇日命

令が一項・二項のいずれにもとづくものであれば、要件の存否およびとられる措置の必要性 (Notwendigkeit) に関する大統領の判断は憲束裁量 (pflichtgemäßes Ermessen) であり、したがって国事裁判所はこの点につき裁量権の濫用 (Ermessensmißbrauch) または踰越 (Ermessensüberschreitung) の存否を審査しなければならないと主張したあと、政府の罷免や国参事会におけるラント代表の罷免措置は必要性を欠くもので裁量権の踰越であり許されないとする。さらにカラーは、他のラントでも同様の事情があったにもかかわらずプロイセンに対してだけ措置がとられたことは、連邦国家的平等原理 (Bundesstaatliches Gleichheitsprinzip) に反するものであり、のみならず、そもそもプロイセンでの混乱は、バーデン内閣が制服着用や準軍事組織の禁止令を解除したことに由来するものであると主張する (H. Heller, Ist das Reich verfassungsmäßig vorgegangen?, Frankfurter Zeitung, 77. Jg, Nr 591/592, 10. August 1932, S. 1f.; 以下論説は H. Heller, Gesammelt Schriften, Bd. 2 (1971) S. 407f. に収録されている)。なか、この裁量権の踰越に関するカラーの主張は、後述するように国事裁判所によって基本的に認められることになる。

(28) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 138, S. 1f. なお以下の判決理由については E.R. Huber, a.a.O., S. 536f. に収録されている同判決の抜萃による。また本文中の ( ) 内は同書の頁数を示す。

(29) 支配的学説および従来の判例は、四八条二項にもとづく措置にたいする裁判所の審査権は、原則として適法性についてのみ及び、要件の存否や当該措置の必要性・合目的性については大統領の裁量に属するもので、国会の政治的コントロールにのみ服するものである (G. Anshütz, a.a.O., SS. 282, 295; R. Grau, Die Diktaturgewalt, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, S. 294) など。バーデンは二項の独裁措置に関する司法審査については、統治行為の理論が否定するところ (Ibid., S. 294)。

(30) J. Heckel, Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. 10. 1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen, AöR Bd. 62 (1933) S. 196.

(31) 本判決に関する批判的評釈については、前掲 Heckel 論文の他 H. Triepel, Die Entscheidungen des Staatsgerichtshofs im Verfassungsstreit zwischen Preußen u. dem Reich, DJZ (1932), Sp. 1508f. がある。なお参照、阿部照哉「ワイマール憲法の崩壊過程」法学論叢七八巻三・四号六六―六七頁。

(32) E.R. Huber, a.a.O., S. 598; なお先の国事裁判所判決は、一項にもとづく場合にはラント政府の罷免などのより強い措置が許されるという (Ibid., S. 539)。

(33) F.M. Watkins, a.a.O., S. 120.

(34) E.R. Huber, a.a.O., S. 162.

(35) F.M. Watkins, a.a.O., S. 112; プロイセン警察の取締りはナチのテロ行為よりも反対党の自衛行為に向けられた (Ibid., S. 112)。\*

- た、ナチ突撃隊は後述する二月四日の命令にもとづき警察の補助組織とされ、全集会の「警護」を担当することになる (Ibid., S. 114)。
- (36) Reichsgesetzblatt 1933 I, S. 53f.
- (37) F.M. Watkins, a.a. O., S. 114.
- (38) Ibid., S. 116.
- (39) Ibid., S. 116; なお逮捕されたトルグラー、デミトロフ (Dimitroff) は後に裁判で無罪となり、また現行犯で逮捕されたルンペン (van der Lubbe) は、後述する二八日命令が後の授権法にもとづく法律により国会放火事件にも遡及して適用されることになったため、同命令にもとづき死刑に処せられた (E.R. Huber, a.a. O., SS. 602—603)。
- (40) Ibid., S. 602.
- (41) F.M. Watkins, a.a. O., S. 117.
- (42) 主要政党の獲得議席数は次の通り。ナチス党—二八八、国家人民党—五二二、中央党—七四、社会民主党—二二〇、共産党—八一 (法定議席数は六四七、また投票率は史上最高の八八・七%を記録した。E.R. Huber, a.a. O., S. 607)。なお、この選挙は二月二日の大統領命令によって改正された選挙法にもとづき、いわゆる「断片政党」(Splitterpartien) を排除して行われた (宮沢俊義「国民革命とドイツ憲法(一)」国家学会雑誌四七巻九号一〇七頁)。また共産党の候補者は、同党が非合法化されていたにもかかわらず、他の反対党 (とくに社会民主党) の得票の増加を防ぐため、候補者名簿から除かれなかった (F.M. Watkins, a.a. O., S. 121)。
- (43) Ibid., S. 121.
- (44) 阿部前掲論文七四頁。
- (45) E.R. Huber, a.a. O., S. 604; F.M. Watkins, a.a. O., S. 125f.; 全文僅か五ヶ条から成るこの授権法は、四年間の限時法 (五条) であるが、ヒトラー内閣に完全な立法権 (Reichsgesetz を制定する権限) を与える (一条) とともに、その法律は「憲法に反する (abweichen) ことができる」(二条) として実質上憲法改正権をも与えるものがあり (E.R. Huber, a.a. O., S. 604) シュニッターも指摘するよう「従来の授権法とは質的に相違するものがある (Vgl. C. Schmitt, Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk u. Reich, DJZ (1933) Sp. 455; 授権法の全訳と特徴については、宮沢前掲論文二一四頁以下)。因みにシュニッターは、授権法二条は憲法破毀権のみならず憲法改正権をも定めたものとし (Ibid., S. 456)、またこの授権法を、憲法七六条が定める憲法改正権 (シュニッターはここでは改正限界論に立ち入る必要はないとする)、ナチス革命の勝利という歴史的事実および国家緊急権の二つの根拠により基礎づける (Ibid., SS. 456—457)。
- (46) 授権法成立後の経過については、宮沢俊義「国民革命とドイツ憲法(二)」国家学会雑誌四七巻一〇号七八頁以下。



### 三 小結び

本節ではシュミットの憲法破毀概念の特徴と機能について検討し、またそれとの関連でワイマール末期における非常措置権の運用を紹介してきた。そこで最後に、第一章全体の結びもかねて、非常措置権に関する特徴を若干補足的に指摘しておくことにしたい。

第一の特徴は、非常措置権が、基本的に、憲法が定める規範的秩序ではなく現存する政治的・経済的支配秩序を維持・保障する手段として機能したことである。即ち、非常措置権の運用の歴史を全体として概観するとき、そこに見られる顕著な特徴は、非常措置権が経済的領域では、独占資本主義的経済秩序を維持する手段として機能し、また、政治的領域では、程度の差こそあれ初期・末期を問わず一貫してその時々々の権力担当者（大統領・内閣）にとっての主敵にたいして集中的かつ濫用的に行使されることにより、その時々々の権力担当者の支配的地位を維持し保障する手段として機能したことである。そして、このように憲法が定める規範的秩序ではなく現存するその時々々の政治的・経済的支配秩序を維持し保障する手段として機能すること、換言すれば、その運用が法の論理ではなく基本的に政治の論理に服するということは、単にワイマール憲法下の非常措置権についてののみ見られる特殊な現象ではなく、むしろこの種の権限の性質からすれば、通常緊急権と呼ばれる権限のいわば本質に属するものといっても過言ではない。<sup>①</sup>

第二の特徴は、非常措置権が初期においては相対的に憲法保障的機能を果たしたのにたいして、末期においては逆に憲法破壊的機能を果たしたことである。前述したように、政治的に見るならば、非常措置権は、初期・末期を問わず一貫して現存する政治的・経済的支配秩序を保障する手段として機能したといえるが、にもかかわらず、他方でこの権限が憲法との関連で果たした初期と末期におけるこの機能上の相違も軽視することはできない。ところで、そうだとす

れば何故このような機能上の相違が生じたのか、とくに末期において何故憲法破壊的機能を果すことになったのか、問題とならう。その原因はいうまでもなく複雑であり、たとえば、直接的原因としては、初期と末期における非常措置権行使の主体（大統領と内閣）の相違や支配階級（とくに独占資本）の意思の変化などを指摘することができる。しかしながら、権限主体或いは支配階級の意思がいかなるものであれ、その運用が究極的には社会における政治的力関係の全体によって決定されるものとすれば、非常措置権の機能上の相違を生ぜしめた究極の原因も、結局のところワイマール憲法秩序を支えた力の変化に求められなければならない。そして、この点で労働者階級（とくに社民系労働組合）の力の変化と国会の選挙結果に見られる国民の政治意識の変化がとりわけ重要であったといえよう。なぜなら、ワイマール憲法の成立事情と同憲法の内容からして、労働者階級こそワイマール憲法秩序の最大の支柱であったからであり、また、国民の政治意識こそその時々、政治的力関係を最終的に決定し、のみならず、非常措置権の濫用的運用を阻止しうる最終的な復元力の主体だったからである。そして、この両者の変化について極めて概括的にいえば、初期においては、カップ一撥の例に見られるように、労働者階級は当時なおかなり強力な力を保持し、のみならず、国民議会の選挙結果に典型的に見られるように、国民の圧倒的多数も基本的にワイマール憲法秩序を支持していたのである。このような状況こそ著しい濫用があったにもかかわらず、初期における非常措置権をして全体として憲法保障的機能を果せしめた基本的な原因であったといわなければならない。これにたいして、末期においては、プロイセン強奪事件の例にも見られるように、当時発生した大量の失業の影響もあって労働者階級の力は決定的に低下し、のみならず、国民についてもその半数以上がワイマール憲法秩序を積極的に否定する政党に身を委ねるにいたったのである。もし末期における非常措置権の憲法破壊的運用を可能ならしめ、ひいてはワイマール憲法秩序の崩壊を生ぜしめた究極の原因を求めるとすれば、それは以上のような状況に見られる憲法秩序を支える力の決定的な低下に求められな

ればならない。

第三の特徴は、以上と関連して、初期の運用が末期の憲法破壊的運用の基盤を形成したということである。即ち、初期の運用は、しばしば指摘するように全体として見れば相対的に憲法保障的機能を果たしたといえる。しかしながら、非常措置権はそこで同時に著しく拡張的・濫用的に運用されたのであり、そして、正にそのような運用こそ末期における憲法破壊的運用を著しく容易にする基盤を形成することになったのである。というよりも、これまでの考察から明らかなように、末期の運用は、ヒトラー内閣の下での一部の運用を別にすれば、形式的に見るかぎり、多かれ少なかれ初期の運用にその先例をもっていたといえる。そうだとすれば、初期の運用は、確かに一方では憲法保障的機能を一定程度果たしたにせよ、他方で末期の運用の基盤を形成したという意味で同時に憲法破壊的機能をも果たしたといわなければならないのである。

第四の特徴は、コントロールの制度がほとんど実効的機能を果たさなかったことである。一般に緊急権制度が論じられる場合、事の性質上コントロールの問題が重視されるが、非常措置権制度の創設にさいしても、第一節で簡単に紹介したように、コントロールの問題は少なからず重視され、幾つかのコントロールの制度が形成された。にもかかわらず、これまでの考察で示してきたように、第五項にもとづく施行法が制定されなかったのははじめとして、内閣および国会による政治的コントロールは勿論、裁判所による司法的コントロールも、一・二の例外を除いてほとんど実効的な機能を果たさなく終ったのである。<sup>(2)</sup> そうだとすると何故そうなったのが問題となる。しかし、その原因は複雑であり、その解明（とくに司法的コントロールについての解明）にはそれ自体より詳細な検討を要するので、ここで深く立入ることはできない。ただ、制度自体が内包していた問題点について一、二指摘しておけば、たとえば国民議会でコントロールの第一次的責任を負うとされた国会と内閣についていえば、第一節で紹介したように、ワイマ

ール憲法が純粹な議院内閣制にも、逆に大統領内閣制にもなりうるという妥協的な統治制度を定めていたことも関連して、両者によるコントロールが同時に機能するということは、そもそもありえなかったといわなければならない。なぜなら、ワイマール末期に特に明瞭に生じたように、内閣が大統領の組閣権にもとづいて形成される場合には、内閣の副署制度によるコントロールは実質上無意味となり、逆に初期に見られたように、内閣が国会の確固たる多数連合(ワイマール連合)にもとづいて形成されるような場合には、原則として内閣が副署した命令にたいして、国会が廃止要求の議決をするということはほとんどありえないからである。ともあれ、前述したように、ワイマール憲法の下では名簿式比例代表制を採用したこともあって、単独で国会の過半数を制する政党が成立しえなかったのはもとより、初期の一時期(一九一九年一月—二〇年六月)を除けば確固たる多数連合すら存在しえず、この結果、当初より大統領の組閣権が実質的に行使されたため、内閣によるコントロールはほとんど機能することはなかったのであり、逆にそうであったが故にこそ僅か二回ではあったが国会は廃止要求を議決することができたともいえる。なお、末期の歴史が示すように、解散権が、その運用如何によっては、一般に緊急権制度にたいするコントロールの第一次的責任を負う議會を排除する強力な手段となりうることも注意を要する点であろう。

第五の特徴は、非常措置権の歴史がこの種の制度がもつ憲法保障制度としての本質的な限界を悲劇的な形で示したことである。前述したように、非常措置権は当時の政治的・経済的危機状況に対して頻繁に行使され、主として左右の革命運動を規制する手段として強力な威力を発揮した。にもかかわらず、最終的にはナチス党が政権を掌握し、ワイマール憲法秩序を打倒することを阻止することはできなかったのである。勿論、ナチス党の権力掌握にとって、前述したようにパーペン内閣下での非常措置権の好意的な運用が少なからず重要な役割を果たしたことは否定できない。したがってその意味からすれば、緊急権制度或いはその運用を、とくにナチス党に対してより強化したならば、少く

ともナチス独裁を阻止しえたということもあるいはいえるかもしれない。しかしながら、いかに緊急権制度を強化しても革命運動がいわゆる合法的戦術を採用し、しかも国民のかんりの部分の支持を獲得するならば、そのような運動を権力的に抑圧することは究極的には不可能である。同様のことは左翼運動に対しても妥当する。確かに初期において非常措置権は左翼革命運動に対して頻繁に行使され、前述したように、国防軍の武力を背景に恐るべき威力を発揮した。にもかかわらず、当時社会主義革命が成功しえなかったのは、非常措置権があったからでないことはいうまでもない。ともあれ、国家が実力装置を独占する現代においては、確かに非合法的変革運動に対して緊急権制度がかなりの威力を発揮することは否定できない。にもかかわらず、そのような運動が国民の強い支持を背景とするとき、いかに強大な緊急権制度といえども基本的に無力であることもまた確かである。ワイマール憲法下の非常措置権の歴史は、緊急権制度が内在する諸々の危険性<sup>(1)</sup>とともに、それがもつ以上のような憲法保障制度としての本質的な限界を悲劇的な形で示した貴重な歴史的経験であったといわなければならない。

(1) ロシターは、古代ローマ・英・米・独・仏の緊急権制度（立憲的独裁）とその運用を詳細に検討したあと、それがもつ一般的な危険性として次の五点を指摘する。(i) クーデターの効果的な武器として利用されうること、(ii) 権力者の権力的地位を維持する手段として利用されること、(iii) その行使により社会および統治の構造が多かれ少なかれ権力の拡大・強化の方向に変質してしまうこと、(iv) 通常の立憲的統治制度の正常時における威信と実効力を低下させること、(v) 権力の個別的な濫用を伴いがちであること (C.L. Rossiter, a.a.O., S. 294f.)。

(2) Vgl. Ibid., S. 70f.