

憲法破毀 (Verfassungsdurchbrechung) の概念 (三)

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

第三節 憲法破毀概念の特徴と機能

(十卷一号)

第二章 憲法破毀概念の展開と変質

第一節 実質的憲法改正

Ⅰ ビスマルク憲法

第二章 憲法破毀概念の展開と変質

一 憲法改正条項

二 運 用

三 学 說

Ⅱ ワイマール憲法

一 憲法改正条項

二 運 用

三 第三回ドイツ法律家大会

(以上本号)

第二節 憲法破毀概念の展開と変質

むすび

非常措置権による憲法侵犯の運用を弁証するためにシュミットとヤコビによって形成された「憲法破毀」の概念は、その後二四年の第三三回ドイツ法律家大会を契機にして、憲法改正の領域で学説上のいわば市民権を獲得するとともに、そこでは、新に、憲法改正立法者(とくに国会)による「憲法破毀」が許されるのかどうかという問題を主た

る争点として、右概念をめぐって多様な論議が展開されることになった。

ところで、憲法改正の領域でかような論議が行なわれるようになった背景には、後述するように、ワイマール憲法の定める憲法改正手続が比較的軟かいものであったことに加えて、憲法改正の方法として、当時の学説上実質的憲法改正 (materielle Vf. sänderung) と呼ばれたドイツに独特な憲法改正の方法が認められていたこともあって、憲法改正が当時極めて容易にかつ頻繁に行なわれていたという事情があった。このため、憲法の最高法規性および不可侵性を確立・強化しようとする観点から、さらには、右の点とも関連して、国会権力を抑制・制限しようとする観点から、憲法改正の方法（ことに実質的憲法改正の方法の是非）をめぐって活発な論議が展開されることになり、かかる論議との関連で、憲法改正立法者による「憲法破毀」が許されるのかどうかという新たな問題が提起され、論議されることになったのである。そこで、以上のような経緯に鑑み、本章では、まず実質的憲法改正について紹介し、しかる後に「憲法破毀」をめぐる論議について考察することにした。

第一節 実質的憲法改正

ワイマール憲法の下では、憲法改正は二つの方法によって行なわれた。一つは、憲法典の変更（憲法条文の削除・修正・追加・増補）を伴う方法であり、もう一つは、憲法典の変更を伴わない方法である。両者は、憲法改正法律（憲法改正手続にしたがって制定された法律）の制定によって行なわれるという点では共通性を有するが、そのさい同時に憲法典が変更されるか否かという点で異なる。前者は、憲法改正の通常の方法として、諸外国で一般的に見られるものであり、当時のドイツの学説では、かかる憲法改正の方法は、形式的憲法改正 (formelle Vf. sänderung) あるいは形式的意味での憲法改正 (Vf. sänderung im formellen Sinne) と呼ばれた。これにたいして、後者の方法は、ドイツに独特

なものであって、⁽¹⁾これが実質的憲法改正あるいは実質的意味での憲法改正 (Vf. sänderung im materiellen Sinne) と呼ばれたものである。⁽²⁾かかる名称はラバントに由来するものといわれているが、⁽³⁾本稿でも便宜上この名称を用いることにしたい。⁽⁴⁾

ところで、右のような実質的憲法改正の方法は、その方法に付随する便宜さなどの故もあって、当時頻繁に活用されるにいたり、その結果、ワイマール憲法史上非常措置権に劣らず重要な役割を果すことになったのであるが、この方法は、実は、一八六七年の北ドイツ連邦憲法 (Verfassung des Norddeutschen Bundes) とそれにつづくいわゆるビスマルク憲法 (一八七一年のドイツ帝国憲法 (Die Verfassung des Deutschen Reiches)) 時代の運用上形成・発展せしめられたものであり、そこでの慣行にもとづいてその後ワイマール憲法下の運用に継承されたものであった。そこで本節では、実質的憲法改正の方法について、まずビスマルク憲法時代の考察から始めることにする。

(1) K. Löwenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, (1931), S. 38.

(2) E. Jacobi, Reichsverfassungsänderung, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 1, (1929), S. 260.

(3) P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 2, (1911), S. 38; Vgl. Hsü Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, (1932), S. 70.

(4) なお当時の学説ではこれとは別の名称が用いられる場合もある。たとえば、マンシエツンなどはそれぞれを明示的憲法改正 (ausdrückliche Vf. sänderung) と黙示的憲法改正 (stillschweigende Vf. sänderung) と呼び (G. Anschütz, a. a. O., S. 401; F. W. von Rauchhaupt, Verfassungsänderungen nach deutschen Landes-Staatsrecht insbesondere in Preußen, (1908), S. 70) 、『またマンシエツンとマンシエツンは直接的憲法改正 (unmittelbare Vf. sänderung) と間接的憲法改正 (mittelbare Vf. sänderung) と呼び (K. Löwenstein, a. a. O., S. 32) 』もともと、明示的・黙示的憲法改正という名称は、後述するように、別な意味で用いられる場合もある。

I ビスマルク憲法

ドイツでは、周知のように、神聖ローマ帝国の崩壊 (一八〇六年) 以来、国家的統一への強い要求が時には立憲主

義運動と結合しつつ主張されてきたが、かかる要求を背景にして、一八七一年に、主としてプロイセンの武力と南ドイツ諸邦の援助とにより、比較的緩かな連邦国家としてドイツ帝国が形成されるにいたり、その基本法としてビスマルク憲法が制定されることになった。そして、同憲法の内容も、右の成立事情を反映して、また統一的憲法典の制定を容易にするという配慮もあって、ライヒと支邦との間の権限関係やライヒ固有の機関(連邦参事会(Bundesrat)、皇帝(Kaiser)、帝国議会(Reichstag))の組織と権限の確定に原則として限定されるとともに、前者については、行政および司法の分野を中心に支邦の権限が広範に認められ、また後者についても、右と関連して、支邦政府の代表によって構成される連邦参事会がライヒの最高機関としての地位を占めるにいたり、⁽⁵⁾全体として、同憲法は、「支邦強化の連邦制」(清宮)⁽⁶⁾を内容とすることになった。しかし、その後の資本主義経済の急激な発展を背景として、ライヒの権限は著しく拡大・強化され、全体として単一国家への発展傾向を急速に示すとともに、ライヒの組織においても、皇帝、帝国宰相および帝国議会の地位と権限が次第に拡大強化されていくことになった。この結果、当然のことながら、憲法改正の必要性が生ずることになったが、かかる事情の下で憲法改正のより便宜な方法として活用されたのが実質的憲法改正の方法であった。そして、この方法は、その後当時の支配的学説を代表するラバントによりその適法性を弁証されることによって、ビスマルク憲法下における憲法改正の主たる方法としての地位を占めていくことになったのである。以下順を追って紹介することにする。

(5) Stier-Somlo, Reichs-u. Landesstaatsrecht, Bd. 1, (1924), S. 160; また参照、清宮四郎「ドイツ憲法の発展と特質」国家作用の理論(昭和三三) 三三三頁以下、P. Laband, a. a. O., S. 37; なお、連邦参事会の性格については必ずしも明瞭ではない。たとえば、リューメリン(Rümelin)や清宮教授はライヒの政府とされるのにならうして(Vgl. P. Laband, a. a. O., Bd. 1, S. 237; 清宮前掲書三三三頁)、山田教授は議会の「一院とされ(山田前掲書五三三頁)、またラバントは、連邦参事会の構成員の行動が所属支邦政府の訓令に拘束され所属支邦政府にたいしてのみ責任を負うことから、それは他の連邦諸国の上院ともまた政府とも異なるドイツに独特な制度としていつも(Ibid., S. 235 f.)、国法的意味で

の立法権たる裁可権が連邦参事会に帰属するとの解釈にもとづき、その基本的性格は立法機関たる点にあるとする (Ibid., S. 256; Vgl. Bd. 2, SS. 1 f., 32 f.)。

(6) 清宮・前掲書三二八頁。なお、ビスマルク憲法の成立事情と特色については、同書三二二頁以下、山田・前掲書四五頁以下。

一 憲法改正条項

まず、ビスマルク憲法の憲法改正条項について簡単に説明しておくことにする。同憲法七八条一項は、憲法改正手続について次のように定める。

第七八条 憲法の改正は、立法 (Gesetzgebung) の方法でこれを行なう。憲法の改正は、連邦参事会で一四票の反対あるときは、否決されたものとみなされる。

右の規定には、ここでの本稿の課題との関連でいえば、次のような二つの特徴が見られる。一つは、右の憲法改正条項には、憲法の法律にたいする優位 (憲法の最高法規性) の觀念が明確に示されていないことである。即ち、一項前段では、憲法の改正は「立法の方法」によるという原則が採用されたとともに、同項後段では、通常の立法手続 (連邦参事会と帝国議会の議決の一致による——第五条) に比べて、たんに連邦参事会で一四票の反対が存在しないことという消極的加重要件が定められているにすぎず、したがって、全体として見れば、ビスマルク憲法はいわゆる軟性憲法に近いものであったといえる。⁽⁷⁾ このことは、周知のように、当時のドイツでは通常の立法権から区別された意味での制憲権の觀念が欠如ないし否定されていたという事情と密接に関連するものであるが、いずれにせよ、かかる制憲権觀念の欠如と相俟って、ビスマルク憲法の憲法改正条項では、憲法の法律にたいする優位の觀念が明確に確立されていない⁽⁸⁾ といわなければならず、その結果、後述するように、右の憲法改正条項を一つの根拠として、当時の支配的学説により憲法と法律の同質性とそれにもとづくいわゆる立法者万能論が展開されていくことになったのである。

もう一つの特徴は、連邦参事会で、一四票の反対が存在しないという形で憲法改正手続の加重要件が定められていたことである。このことは、ライヒと支邦の権限配分を主たる内容とし、またそのことと関連して、連邦参事会がライヒの最高機関とされ主たる立法権者とされていたという、前述したビスマルク憲法の基本的性格に由来するものではあるが、それと同時に、同憲法の成立事情を反映したものであった。即ち、結論的にいえば、同憲法がプロイセンの武力と南ドイツ諸邦の協力により成立したという事情を反映して、右の消極的加重要件は、プロイセン(連邦参事会で有する投票数は一七票―六条)と南ドイツ諸邦(バイエルン、バーデン、ヴュルテンベルグ、ヘッセンの四邦で一六票の投票数をもつ―同条)の両者にたいして、憲法改正にたいする一種の拒否権を与えたことを意味するものであったのである。⁽¹⁰⁾

ところで、憲法改正手続の加重要件が右のように消極的なものであったことは、本稿の課題との関連からすれば次のような重要な意味をもっていた。即ち、そもそも連邦参事会で一四票の反対が存在しないという要件自体、憲法改正手続と通常の立法手続の区別を著しく不明瞭ならしめるものであったといえるが(通常の法律で連邦参事会でかような反対なしで成立するものは多数存在しうる)、それに加えてより重要なことは、連邦参事会での審議が、それがライヒの政府という性格を分有していたこともあって、一切秘密とされていたことであつた。⁽¹¹⁾このため、法律が憲法改正的性格をもつか否かを最終的に決定しうる連邦参事会で、いかなる法律が憲法改正的性格をもつとされ、憲法改正手続にしたらがって制定されたか否かという決定的に重要な事実を外部から知ることは原則として不可能となり、しかも、かかる事情に加えて、後述するように、制定された憲法改正法律にはそれが憲法改正法律であることを示すいかなる表示もなされず、さらに実質的憲法改正の方法が認められていたため、有効に成立している法律でその内容が憲法典の条文に反するものは全て憲法改正手続を遵守して制定された憲法改正法律とみなされざるをえない、という状態が生ずることになつたのである。⁽¹²⁾この結果、憲法改正が形式的改正の方法で行なわれなにかぎり、どの法律が憲法改正法律

であるか否かの判定は、それが当該法律と憲法の解釈に依存せざるをえず、それ故不可避的に主観的なものとならざるをえないが故に、憲法規範状況の著しい不明瞭化と憲法典の価値と権威の低下という、立憲主義的観点からすれば極めて憂慮すべき状態がいわば不可避的に発生することになったのである。ともあれ、右のような特徴と問題を内在させていた憲法改正条項の下で、運用上、形式的憲法改正の方法とならんで実質的憲法改正の方法が形成され、かつ頻繁に活用されることになったのである。

(7) 憲法改正条項の比較憲法的考察については、小林直樹・憲法改正条項の考察・憲法調査会資料(昭三七)二四頁以下、清宮四郎「憲法改正手続」国家作用の理論一二五頁以下。なお、当時のドイツの諸邦の憲法改正手続については、その大多数は、ビスマルク憲法と同様に、「立法の方法」によることを原則としつつも、加重の程度は同憲法に比べて高くなっている。たとえば、通常の立法手続と全く同一ないわゆる軟性憲法に属するものとしては、アルテンベルク、アンハルト、リュベックの三つの邦があるにすぎず(もつとも、前二邦では、議員定数が三〇名前後と極めて少ないこともあって、通常立法の場合の議決の定足数自体が法定議員数の三分の二以上と高くなっている)、他の諸邦では憲法改正手続は様々な形で加重されていた。たとえば、(i)議決の定足数および表決数が加重されているもの(ワイマール、オルデンブルグなど少数の邦では上院のみ、バーデン、ヴュルテンベルグなど多数の邦では上下両院で加重されている)、(ii)上下両院で一定期間をおいた複数投票を要求しているもの(プロイセン、ブレーメンなど)、(iii)と(iv)が結合されているもの(バイエルン、ハンブルグ、ザクセンなど)、(v)複数投票の間に下院選挙が義務づけられているもの(オルデンブルグ)など(詳細については、F. W. Rauchhaupt, a. a. O., SS. 65, 85, f.)。なおヒルデスハイマーは、オルデンブルグ憲法を当時のドイツで制憲権の観念が認められていた唯一の例とする(W. Hildesheimer, über die Revision moderner Staatsverfassungen, (1918), S. 75.)。

(8) 芦部信喜「憲法制定権力」日本国憲法体系第一卷(昭三六)一〇二頁以下、W. Hildesheimer, a. a. O., S. 66 f.

(9) 当時の学説では、一般に帝国憲法は法律の性格をもつとされたが(Vgl. Stier-Somlo, a. a. O., S. 175)のことは、本文で指摘したように、憲法と法律の質的区別(憲法の最高法規性)を否定するということの意味をもつものではあったが、当時の論議との関連でいえば、帝国憲法は国際法上の条約ではないという、より重要な意味をもつものであった。即ち、帝国さらにはそれに先立つ北ドイツ連邦創設当時学説上論議された問題の一つとして、帝国(連邦)は連邦国家(Bundesstaat)かそれとも国家連合(Statenbund)か、したがってまた帝国憲法(連邦憲法)

は単一の主権的国家意思にもとづく法律かそれとも複数の主権国家の意思にもとづく条約か、という問題があった。そして、この点について当時の支配的学説は帝国の国家性 (Staatlichkeit) を肯定し、したがってまたかかる意味で帝国憲法も法律の性格をもつ、としたのであった (P. Laband, a. a. O., Bd. 1, S. 55 f.)。この結果、憲法の改正には、通常の立法の場合と同様に、唯一の国民代表機関たる帝国議会の同意を要するものとされることになったわけで、それ故、以上の点からすれば、憲法は法律の性格をもつとする主張はそのかぎりでは立憲主義的意義をもつてきたと見える (Vgl. F. W. Rauchhaupt, a. a. O., S. 57)。

(10) ビスマルク憲法の前身をなす一八六七年の北ドイツ連邦憲法では、憲法の改正には連邦参事会での投票総数の三分の二以上を要する旨定められていたが (同憲法七八条)、普仏戦争発生後の一八七〇年一月に、北ドイツ連邦と南ドイツ諸邦との間に後者の連邦加入に関する条約が締結されたさいに、バイエルンは将来の連邦権力の拡大を恐れて憲法改正にたいする拒否権を要求し、かかる事情の下にその妥協として右のような独特な加重要件が成立したのであった (Vgl. W. Wiese, Verfassungsänderungen nach Reichsrecht, (1906), SS. 54—55)。

(11) K. Löwenstein, a. a. O., S. 45.

(12) Vgl. Ibid., S. 45.

二 運 用

ドイツでは、周知のように、一九世紀後半以後資本主義経済が急速に発展するが、かかる状況を背景にして、一方では、ライヒ権力の拡大・強化 (ことに、ライヒ立法権の拡張とライヒ行政機構の整備・強化) によるドイツの政治的・経済的統一が著しく進展するとともに、他方では、右の動向とも関連しつつ、社会民主党を中心にした国政の民主的
改革 (ことにプロイセン三級選挙法の撤廃と普通比例選挙法の採用、ライヒ・レヴェルでの議院内閣制の導入) を要求する運動
が、一時は「社会主義鎮圧法」(Sozialistengesetz) (一八七八年) のため後退しつつも、第一次大戦の発生以後活発に展
開されるにいたり、このような状況を背景として、ライヒの国制も一九世紀末から二〇世紀前半にかけて大きく変容
していくことになったのである。⁽¹³⁾

ところで、右のような単一国家への発展と国政の民主化を基調とする国制の変容は、一つには通常のライヒ立法

(とくに商法典・民法典・刑法典などのドイツ統一法典の制定) によって遂行されたが、⁽¹⁴⁾しかし、いうまでもなく右のような国制の変容はビスマルク憲法の枠内にとどまることはできず、このため憲法の改正が不可避的に要求されることになったのである。そして、かかる要求は、部分的には形式的憲法改正の方法によって対処されることになったが、その大半は実質的憲法改正の方法によって対処されることになり、しかも、同時に注目すべきことは、これらの憲法改正と併行して、「憲法変遷」(Verfassungswandlung)と呼ばれる現象が国制の重要な分野において多数生じたことであつた。この結果、ビスマルク憲法下で生じた国制の重要な変容は、その大半が憲法典自体に表現されずに生ずることになったのである。以下実質的憲法改正の運用を中心に簡単に紹介しておくことにする。

(1) 形式的憲法改正 右に指摘したように、利用された回数においては実質的憲法改正の方法に劣るにせよ、形式的憲法改正の方法もビスマルク憲法時代には少なからず利用され、同憲法が存続した約半世紀の間に、都合一四の憲法改正法律が右の方法によって制定された。⁽¹⁵⁾代表的な例を一、二紹介すれば、次の通りである。

(イ) 一八七三年一二月の「帝国憲法四条一三号改正法」(G. betreffend die Abänderung der Nr. 13 des Art. 4 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 20. Dezember 1873) — 憲法四条一三号は、ライヒ立法権の専屬的所管事項として、刑法、裁判手続などのほか債務法 (Obligationsrecht) を定めていたが、右改正法により、ライヒ立法権の専屬的所管事項は、民法全体にまで拡大されることになった。⁽¹⁶⁾この改正は、ライヒ立法権の拡大を示す代表的例である。

(ロ) 一九一八年一〇月の「帝国憲法および帝国宰相代理法改正法」(G. zum Abänderung der Reichsverfassung u. des Gesetzes betr. die Stellvertretung des Reichskanzlers vom 17. März 1878 vom 28. Okt. 1918) (以下第一改正法と略す) および「帝国憲法改正法」(G. zum Abänderung der Reichsverfassung vom 28. Okt. 1918) (以下第二改正法と略す) — この憲法改正は、第一章でも簡単に触れたように、第一次大戦でのドイツの敗北が決定的となった段階で、連合国側との和

平交渉を行なうためにいわば上からの改革として議院内閣制の導入を試みたものであるが、ともあれこの結果、ドイツ憲法史上初めて議院内閣制（二元型議院内閣制）が憲法の明文上採用されることになり、その意味で右改正は画期的な意義をもつものであった。⁽¹⁷⁾ところで、右の二つの憲法改正法律による改正は多岐の点に亙るが、その核心は第二改正法二条にあった。即ち、同条は、憲法一五条（帝国宰相の地位に関する規定）に、新に、帝国宰相は帝国議会の信任を在職要件とすること、および帝国宰相はその職務の遂行につき帝国議会にたいして責任を負うこと、という議院内閣制の核心をなす規定を追加したのである。このほか、右の議院内閣制の原則に関連して幾つかの重要な改正がなされたが、⁽¹⁸⁾いずれにせよ、右の憲法改正により、一九世紀初期に立憲主義が導入されて以来、約一世紀以上に亙ってドイツを支配してきたいわゆる宰相制および超然内閣制を核心とするドイツ型立憲君主制は、一一月革命の発生をまたずにここに実質上その命脈を断たれたのであった。

(2) 実質的憲法改正 当時右の形式的憲法改正の方法以上に頻繁に利用されたのは実質的憲法改正の方法であった。⁽¹⁹⁾ 実質的憲法改正の運用は、先にも指摘したように、既に北ドイツ連邦憲法の時代にも見られたが、それが一般化したのはビスマルク憲法時代に入ってからである。もっとも、ビスマルク憲法下でも、かような憲法典の変更を伴わないいわば邪道ともいえる実質的憲法改正の運用は抵抗なく継承されたわけではなく、帝国議会は、当初は、後述するように、当時の学説がかかる運用にたいして全体として消極的であったことも関連して、その継承にたいしてはむしろ消極的でした。⁽²¹⁾にもかかわらず、同憲法施行直後の一八七一年一〇月の「ライヒ郵便法」[G. über des Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Okt. 1871]を最初として、その後重要な内容をもった多数の憲法改正法律が実質的憲法改正の方法で制定されるにいたり、しかも、かかる運用を背景にして、当時の支配的学説（とくにラバント）が同方法を基本的に追認・弁証したことにより、実質的憲法改正の方法は、その後憲法改正の主たる方法としての地位を占め

ることになったのである。以下、当時制定された実質的憲法改正法律の代表的な例を一、二紹介しておくことにする。⁽²²⁾

(イ) 一八七八年三月の「帝国宰相代理法」(G. betr. die Stellvertretung des Reichskanzlers vom 17. März 1878) — ビスマルク憲法の下では、ライヒの行政は、当初は帝国宰相に直屬する帝国宰相府 (Reichskanzleramt) によって担われていたが、その後のライヒ行政職務の増大と複雑化に伴い、帝国宰相府は、外務・内務・法務・郵政・鉄道などの複数の省に分かれるとともに、これら各省の行政職務の指揮監督権は徐々に帝国宰相から各省長官 (Staatssekretär) の手に委ねられていくことになった。右法律は、かかる事情の下に、帝国宰相の代理制度を創設し、各省長官を代理に任命することにより、右のような事実状態を法制度化することを狙いとするものであった。⁽²³⁾ したがって、同法の規定の上では、代理は、帝国宰相に「支障」(Behinderung) ある場合に限って設けることができるいわば任意的制度とされていたが、実際の運用では、各省長官は常に代理に任命されるにいたり、かくして省長官は、担当行政分野については、皇帝の副署をも含めて、宰相の職務を実質上全面的に代行することになったのである。このため、省長官は、一般に *Unteminister* と呼ばれ、またそれに応じて、宰相も *Oberminister* と呼ばれるにいたり、かくして、宰相を中心にして徐々にではあるが内閣制度が事実上形成されていくことになったのであった。⁽²⁴⁾

(ロ) 一八七九年七月の「関稅定率ならびに關稅およびタバコ稅の収益に關する法」(G. betr. den Zolltarif des Deutschen Zollgebiets u. den Ertrag der Zölle u. der Tabaksteuer vom 15. Juli 1879) — ビスマルク憲法は、財政制度については、ライヒ財政と支邦財政を分離する(実質的には、前者が後者に依存する)原則を採用していた。即ち、ライヒ固有の稅收入は、關稅および一定の消費稅(タバコ・ビール稅など)などの間接稅に限定され(憲法三五、三八條)、ライヒの支出がこれらの稅收入を超過する場合には、その不足分は、人口に應じて各支邦に割当てられた分担金 (Matrikularbeitrag)

によって賄われることになっていった(憲法七〇条)。しかしながら、その後の経済の急激な発展を背景としたライヒ行政職務の増大は、ライヒ支出の著しい増加をもたらし、このため、ライヒ固有の収入の増加を目的としたライヒ財政制度の改革が緊急に要請されることになったのである。本法は、かような事情の下に、関税およびタバコ税の引上げにより、ライヒ固有の税収入の増加をはかることを目的として制定されたものであった。しかしながら、当然のことながら、同法の制定にたいしては、支邦側から強い抵抗が生じ、この結果、右の引上げは認められたものの、同時にその対抗措置として、右の税収入の内一億三千万マルクを超える分については、各支邦に人口に応じて配分されるものとする条項(提案者の名に因んで、フランケンシュタイン条項(Frankensteinsche Klausel)と呼ばれる)が新に挿入されたのであった。⁽²⁵⁾このため、ラバントによれば、憲法は、関税および一定の消費税については「国庫に入る」(fließt in die Reichskasse)と定めている(三八条)にもかかわらず、右のフランケンシュタイン条項により、これらの税収入は「国庫を通過する」(fließt durch die Reichskasse)ものとなってしまったわけで、かかる理由から、彼は、右の条項を内容とする本法ならびに当時の一連の税法は憲法改正的性格をもつ、とするのである。⁽²⁶⁾

以上が当時制定された実質的憲法改正法律の代表的な例であるが、このほかにも、たとえば、一八八三年六月の「労働者疾病保険法」(G. betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883)を始めとする⁽²⁷⁾有名な一連の社会保障立法が実質的憲法改正の方法によって制定されており、全体として見た場合、⁽²⁸⁾実質的憲法改正の方法は、ライヒ権力の拡大・強化を促進する上で少なからず重要な役割を果たしたといえよう。

(3) 憲法変遷⁽²⁹⁾ ビスマルク憲法下における国制の変容は、右に紹介したライヒの通常立法や憲法改正によって主として生じたが、同時に、慣行(ことに憲法不適合の慣行)によっても生ずることになった。というよりも、ビスマルク憲法が約半世紀近くにもわたって存続したという事情に加えて、前述したように、同憲法の内容が、その成立事情を反

映して必ずしも十分明確でなかったという事情もあって、かような慣行による国制の形成と変容は、ビスマルク憲法の下では少なからず重要な役割を果すことになったのである。以下その代表的な例を二、三紹介することにする。

(イ) 皇帝の発案権 (Initiativrecht) の生成 憲法によれば、皇帝は同時にプロイセン国王であり(二二条)、したがって、連邦参事会では、プロイセン代表としては法律発案権を当然にもっていたが、ライヒの機関たる皇帝としての地位にもとづいてはかかる発案権をもたなかった。しかし、ライヒの行政組織が整備・強化され、それに伴ってライヒ行政がプロイセン行政から次第に分離・独立するに依りて、ライヒの予算をはじめ多数の重要な法案がライヒの行政官庁によって作成されることになり、これらの法案は、帝国宰相により皇帝の名において連邦参事会に提出されるようになったのである。当時の学説および実務では、かかる発案は形式的にはプロイセン発案と説明され、したがって憲法に反しないとされたが、しかし、実質的に見ればもはやプロイセン発案と称することは不可能であり、それ故、右の発案はかかる意味で次第に「皇帝発案」(Kaiserliche Antrag)と称せられ、プロイセン発案から区別されるようになった。そして、その後の時間の経過とともに、かような「皇帝発案」が数および内容においてもプロイセン発案を遙かに凌駕していくことになったのである。⁽³⁰⁾

(ロ) 代理制度の創設による帝国宰相の地位の変化 憲法は、帝国宰相を皇帝の唯一の責任ある大臣と定めていたが(一七条)、前述したように、一八七八年の「帝国宰相代理法」の制定とその運用(代理制の恒常化)により、各行政分野の指揮監督権は実質的に各省長官の手に移行し、その結果、各省長官は事実上大臣としての地位を占めるようになるとともに、それに依りて、帝国宰相も総理大臣としての地位を事実上占めることになっていったのである。⁽³¹⁾

(ハ) 連邦参事会の常設会議化 憲法によれば、皇帝は、連邦参事会の召集・開会・閉会の権限をもつ(二二条)とともに、彼は、連邦参事会を毎年召集すべきもの(二三条)とされていた。したがって、この点からすれば、連邦参事

会は、憲法の規定の上では毎年定期的に開かれる会議体としての性格をもっていたといえる。にもかかわらず、職務の著しい増加などの事情から、連邦参事会は、一八八三年以来帝制崩壊にいたるまでの間遂に一度も閉会されずに終り、したがって、その意味では、右参事会は常設会議と化するにいたったのである。⁽³²⁾

以上がラバントにより「憲法変遷」の事例として指摘されている代表的な二、三の例であるが、右に紹介した事例においても、ライヒ権力の拡大・強化とそれによる単一国家への発展傾向が明瞭に示されているといえよう。⁽³³⁾

以上実質的憲法改正の運用を中心にビスマルク憲法下における国制の変容をごく簡単に紹介してきたが、そこに見られる最も重要な特徴は、先にも指摘したように、かかる国制の変容が主として実質的憲法改正の方法や憲法不適合の慣行によって行なわれたことにより、その主要な部分が憲法典自体に表現されなかったことであった。この結果、憲法典と現実の憲法状態（国制、あるいは樋口教授の表現によれば「実効憲法」）との間には、時間の推移とともに益々大きなずれが生ずることになり、またそれに応じて、憲法規範状況の著しい不明瞭化と憲法典の価値と権威の低下という、立憲主義的観点からすれば極めて憂慮すべき状態が発生することになったのである。当時の学説上、極めて不十分なものではあったにせよ、実質的憲法改正の方法の是非をめぐって論議が展開され、同方法にたいする強い批判が少なからぬ学説によって表明されるにいたったのは、かかる状況からすれば当然の成行きであったといえる。

(13) ビスマルク憲法時代の国制の展開と変容については、山田・前掲書五五頁以下、F. Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, 9. Aufl. (1969), S. 275 ff.

(14) 山田・前掲書六九—七〇頁。

(15) 形式的憲法改正の方法によって制定された法律（以下形式的憲法改正法律と呼ぶことにする）の一覧表については、F. Hartung, a. a. O., SS. 275—276; K. Löwenstein, a. a. O., SS. 44—45; なお、これら一四の形式的憲法改正法律の内、タイトルで憲法改正法律である旨を表示しているもの（例えば後述(16)の法律）は半分の七つにすぎず、他の法律にはそのような表示は見られない。

(16) 山田・前掲書六九頁、F. Hartung, a. a. O., S. 276.

(17) 一八年の憲法改正による議院内閣制の採用に至る経緯につきごく簡単に説明しておけば以下の通りである。議院内閣制は、周知のように、一八世紀末から一九世紀前半に及びイギリス議会政治の発展過程で憲法慣習を通じて形成された後、一九世紀中葉までに、ベルギー、フランスなどのヨーロッパ諸国に継受されたが、ドイツでは、一九世紀初期に立憲主義が導入されてから第一次大戦の発生にいたるまでの間は、一八四八年にフランクフルト・アム・マインでその採用が検討されたこと(ただし、同憲法では議院内閣制は採用されていない)、および当時若干の邦で議院内閣制の運用が一時に行なわれたことを除いては、シュタール(F. J. Stahl)理論の強い影響を受けたドイツ型立憲君主制の確固たる支配の下に、邦のレヴェルでも、また一八七一年以後はライヒのレヴェルでも、議院内閣制の採用(導入)はほとんど問題となることはなかった。ことに、ビスマルク憲法の下では、当初はライヒ政府自体明確な形では存在せず、またライヒの機関の中で比較的ライヒ政府に近い性格をもっていたと思われる連邦参事会も、前述したように、その構成員は各支邦政府の代表としてその所属する邦政府にたいしてのみ責任を負う存在であったため、そもそも議院内閣制が成立するための前提条件が欠如していたといえる。しかし、後述するように、その後ライヒ行政機構が整備・拡充されるに依りて、帝国宰相を中心にしてその代理たる各省長官とともに実質上内閣が形成されるにいたり、ここにライヒのレヴェルで議院内閣制が採用されうる一応の前提条件が成立することになったのである。そして、かかる状況の下に、第一次大戦発生後は、一方で、帝国内閣で社会民主党を中心とした議院内閣制採用の動きが、種々の問題を孕みつつも、次第に活発化するとともに、他方では、第一次大戦が史上初の総力戦としての性格を帯びるにいたったことから、国政の運用も国民世論の動向を無視できなくなり、かような状況の下に、一七七一〇月の帝国議会の不信任決議にもつぎ時の宰相ミカエリス(Michaelis)が皇帝により罷免された事件を契機として極めて不十分ながら議院内閣制の運用が行なわれることになったのである。しかし、以上のような状況にもかかわらず、憲法改正による議院内閣制の採用に決定的な役割を果たしたのは、一八年夏以降のドイツの戦局的決定的な悪化であった。即ち、ルーデンドルフとヒンデンブルグを中心とする軍首脳は、かかる戦局の悪化という状況の下で即時講和を決議するにいたるが、連合国側が和平交渉の相手として国民に基礎をおいた政府を要求してきたため、軍首脳を中心とする当時の支配層は、一八年一〇月の帝国議会の信任に基礎をおくマックス・フォン・バーデン(Max von Baden)内閣の成立を容認するとともに、前記憲法改正による議院内閣制の採用に踏みきるにいたったのである(以上については、F. Glum, a. a. O., SS. 51 ff., 135 ff.; 豊田悦夫「ドイツ議院内閣制の歴史的考察」法学論叢六四巻二七七八頁以下、小林昭三・前掲書一一二八頁、野田宣雄「ドイツ議会主義運動と講和問題」西洋史学六〇号二二二頁以下)。

(18) 改正の詳細については、小林(昭)・前掲書二〇頁以下、F. Glum, a. a. O., S. 69f.; また、法律の全文については、E. R. Huber,

- (9) F. Hartung, a. a. O., S. 276; W. Wiese, a. a. O., S. 67.
- (20) 北ドイツ連邦憲法時代に実質的憲法改正の方法で制定された法律（以下ではかかる法律を実質的憲法改正法律と呼ぶこととする）としては、一八六五年六月の「商事最高裁判所設置法」（G. betr. die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen vom 12. Juni 1869）、一八七〇年七月二二日の法律（G. vom 21. Juli 1870）などがあげられ（P. Laband, a. a. O., Bd. 2, SS. 40—41）。この内、後者の法律は、北ドイツ連邦憲法二四条により三年と定められていた連邦議会（Bundestag）の立法期を、普仏戦争の発生に伴い同戦争が終了するまで延長することを内容とするものであった（Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentags, (1924), S. 34）。なお、右法律の前文には、「本法は……憲法が定める連邦参事会と連邦議会の同意を得たのみ、ここに公布される」と規定されており、これは、北ドイツ連邦憲法およびビスマルク憲法時代を通じて、憲法改正手続を遵守して制定された旨を表示したライヒレヴェルでの唯一の法律とされている（K. Löwenstein, a. a. O., S. 82）。
- (21) たとえば、普仏戦争後のエルザス＝ロートリンゲンのドイツへの併合に関する法律（G. betr. die Einführung der Vf. des Deutschen Reiches in Elsaß-Lothringen vom 25. Juni 1873）の制定の際、帝国議会では、連邦の領土（Bundesgebiet）を定める憲法一条を同時に形式的にも改正すべきである旨強く主張されたにもかかわらず、結局制定直後の憲法典を変更するのは望ましくなく、という理由から、右法律は実質的憲法改正の方法で制定されたのであった（W. Wiese, a. a. O., S. 69）。
- (22) 先にも指摘したように、ビスマルク憲法（および北ドイツ連邦憲法）下における実質的憲法改正法律とは、有効に成立した法律でその内容が憲法典の条文に反するものをいう。したがって、どの法律が実質的憲法改正法律であるかの判別は多分に主観的なものとならざるをえないわけであるが、ここでは便宜上ラバントの見解によることにする。
- (23) ラバントは、この点で右代理法は、帝国宰相を唯一の責任ある大臣とする憲法一七条の原則を破るもので、それ故憲法改正的性格をもつとす（P. Laband, Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, JöR, Bd. 1, (1907), S. 30）。
- (24) 山田・前掲書七〇—七十一頁、P. Laband, a. a. O., S. 30; Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, (1895), S. 30; Stier-Somlo, a. a. O., S. 170.
- (25) P. Laband, Die geschichtliche Entwicklung, S. 42 f.
- (26) Ibid., S. 43; Die Wandlungen, S. 30.

- (27) P. Laband, Das Staatsrecht, Bd. 2, S. 41; なお、一連の社会保障立法の憲法改正的性格については、Vgl. Die geschichtliche Entwicklung, S. 33.
- (28) 当時の諸邦でも、実質的憲法改正の方法は頻繁に活用された (F. W. Rauchhaupt, a. a. O., S. 80)。たとえば、プロイセンでは、一八五一年から一九〇五年の間に都合二五の憲法改正が行なわれたが、その内一一が実質的憲法改正の方法によるものであった (Ibid., S. 102f.)。なおプロイセン以外の邦では、実質的憲法改正法律の前文で、当該法律が憲法改正手続を遵守して制定された旨を表示するという慣行が既に一般的に行われていた点は注目される (Ibid., S. 46)。
- (29) 「憲法変遷」という言葉は我國の学説では極めて多義的に用いられているが (参照、川添利幸「憲法の変遷と憲法慣習」法学教室第二期一号 (昭四八) 二〇頁)、ここではこの言葉を、後述するラバントの用法にならって、川添教授のいう法社会学的意味 (「憲法の正文と現実の憲法状態との間に、生じていることをただ客観的な事実として指摘する」言葉) (川添前掲論文二〇頁) で用いることにする。因みに、我國の学説では、この言葉は右のほか様々な意味で用いられている。たとえば、通常は、この言葉の下で、「制定憲法不適合の憲法実例が存在しているとき、一定の要件が充たされた場合には制定憲法の条文が改変されることなしに憲法に変化が生ずる」ということが理解されているようであるが (樋口陽一「憲法変遷の意義と性格」別冊ジュリスト続学説展望 (昭四〇) 八頁)、その場合憲法に生ずるとされる「変化」の内容をいかに解するかという点について、次の三説が対立しているようである。(i) 憲法条文の「意味」の変化と広義に解する説 (たとえば、小林直樹「憲法の変遷」法学協会雑誌九一巻六号 (昭四九) 一頁以下、芦部信喜「憲法の改正と変遷」法学教室第一期六号 (昭三八) 八六頁、橋本公巨「憲法原論」(新版) (昭四八) 六一頁、佐藤功・日本国憲法概説 (新版) (昭四九) 一八頁など)、(ii) 憲法条文自体の改廃と狭義に解する説 (樋口・前掲論文八頁、同「憲法慣習」の觀念についての再論(2)「法律時報四七巻八号 (昭四九) 一二二頁、川添・前掲論文二〇頁、杉原泰雄「憲法の変遷」体系憲法辞典 (昭四三) 一七〇頁、覚道豊治・憲法 (昭四八) 一九頁など)、(iii) 憲法条文の「実効力」あるいは「規制力」の変化と解する説 (清宮四郎・憲法 I (新版) (昭四六) 三八一頁、小島和司・憲法の基礎知識 (昭四一) 三五頁以下)。
- (30) P. Laband, Die Wandlungen, SS. 19—20; Vgl. Hsü Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, (1932), S. 22.
- (31) Ibid., S. 16—18; Vgl. Hsü Dau-Lin, a. a. O., S. 24.
- (32) P. Laband, Die geschichtliche Entwicklung, S. 19.
- (33) なお、ここで「憲法変遷」に関するドイツの学説について検討しておく必要があると思われるが、この点については既に我が国でも優れた研究があるので (たとえば、川添利幸「憲法変遷」の法的性格」法学新報六〇巻九号 (昭二八) 五七頁以下、小林・前掲論文五頁以下)、ここでは、ビスマルク憲法時代の学説に限定して、重要と思われる二、三の点を指摘しておくことにとどめたい。

一つは、「憲法変遷」という言葉が、先にも指摘したように、この言葉を最初に使用したといわれるラバントにおいてはもっぱら、また、「憲法変遷」現象を体系化したといわれるG・イエリネックにおいては主として、前述した法社会学的意味で（あるいはそれに近いものとして）用いられていたということである。まず、ラバントについていえば、彼の一八九五年の「ドイツ帝国憲法の変遷」(Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung)と題する論文の中で指摘されている「憲法変遷」の事例(先に紹介した事例のはかには、ビスマルク憲法が意図したライヒ財政と支那財政の関係が、フランケンシュタイン条項を内容とする一連の税法(実質的憲法改正法律)によって変遷せしめられた事例(Ibid., SS. 21—31)や、一八六九年の「商事最高裁判所設置法」(実質的憲法改正法律)の制定によるライヒ司法制度の生成と発展という事例(Ibid., SS. 32—36)が指摘されている)からも明らかのように、彼が「憲法変遷」というテーマの下で問題にしているのは、憲法典(あるいは、彼の表現によれば「憲法典に定式化されている規則」)から区別された「憲法状態」(Verfassungszustand)(実質的憲法改正法律も含む)の変化とそれによって生じた両者の間のずれの発生、指摘(叙述)であったのであり、その場合、かような「憲法状態」が憲法典(の条文)といかなる法的関係にあるのかという、いわゆる「憲法変遷」の法的性格の問題は少くとも右の論文では扱われてはいないのである(参照、川添・前掲論文五九頁、Hsü Dau-Lin, a. a. O., S. 98)。因みにシュ・ダウリンは、ラバントは「憲法変遷の法的性格についての問題を意図的に放置」したとし、その原因をラバントの「方法論的実証主義に随伴する一面的形式主義的思考様式」に求めているが(Ibid., SS. 97—98)、仮に、ラバントの法字方法論をそのようなものとするならば、むしろラバントがかかる「法実証主義」にとつて本来無縁なはずである法社会学的意味での「憲法変遷」現象に注目し、それを客観的な事実として体系的に叙述している点こそ注目されるべきであろう。

次に、イエリネックの「憲法変遷」論については、周知のように我国でもこれまで度々紹介・論評されているので(たとえば、美濃部達吉訳・人権宣言論外三篇(昭四)二一九頁以下、川添・前掲論文五九頁以下、小林・前掲論五頁以下など)、結論的にのみいえば、彼の一九〇六年の「憲法改正と憲法変遷」(Verfassungsänderung u. Verfassungswandlung)と題する論説の中で用いられている「憲法変遷」という言葉は、全体としていえば、法社会学的意味に近いものとして用いられているということである。即ち、彼は、右の論文の前半では、「憲法の個々の箇所に係る憲法変遷」の事例を扱っているが(Ibid., SS. 8—14)、そこでは、(イ)主として議会・政府・裁判所の有権解釈の変化とそれにもとづく憲法不適合の憲法実例(法律・議院規則など)の発生が指摘されているにすぎないと見られる場合(S. 10f)、(ロ)憲法条文の客観的意味の変化が扱われていると見られる場合(バーデン大公の恩赦権の事例—S. 14f)、(ハ)憲法条文自体の改廃が扱われていると見られる場合(連邦参事会の常設会議化および権限の恒常的不行使の事例—SS. 22f., 34f.)があり、全体として、彼がこの部分で用いている「憲法変遷」という言葉は極めて多義的である。しかしながら、この論文で扱われている「憲法変遷」論の重点は、川添教授も指摘しておられるように、以上のような「憲法の個々の箇所に係る憲法変遷」にあったのではなく、論文の後半部分(SS. 45—80)で展開されている憲法(ないし国制)の精神における漸次的

な根本的変化 (議會制の後退とマス・メディアの発達などによる国民の政治的影響力の増大という時代の趨勢) を指摘し、叙述することになったといえよう (参照、川添・前掲論文六一頁)。そうだとすると、イエリネックの「憲法変遷」という言葉は、第一次的には、憲法 (ないし國制) の精神における漸次的な根本的変化といういわば時代の趨勢を把握する極めて包括的な概念としての性質をもっていたといえるのである。なお、因みにいえば、彼がかような「憲法変遷」と対立して用いた「憲法改正」という言葉は、意図的意思想行為によつて憲法条文が変更される場合の全てを意味すること、したがつて、そこには、憲法改正手続にしたがつて行なわれる通常の憲法改正のほか、帝國憲法の制定に伴つてそれと抵觸するかぎりでは自動的に生ずる支那憲法の改廃も含まれ、さらには、革命による旧憲法の廃棄と新憲法の制定をも含まれており、(Ibid., S. 31.)、それ故、そこにいう「憲法改正」の概念も、「憲法変遷」の概念と同様に極めて包括的な概念として用いられていることも同時に注意するべきである。

ビスマルク憲法時代の「憲法変遷」に関する學說で注意するべきもう一つの点は、右の点と関連することでもあるが、今日の我國の學說上「憲法變遷」という言葉の下で主として問題となっていること (即ち、制定憲法不適合の憲法事例による憲法条文の改廢という問題) は、當時の學說では、少くとも当初は「憲法變遷」というテーマの下で、むしろフランスの場合と同様に、憲法慣習法論の問題として論じられていたということである (フランスについては、樋口陽一「憲法變遷」の觀念) 思想四八四号 (昭三九) 五七頁)。即ち、ウィーゼによれば、慣習法 (Gewohnheitsrecht) の憲法改廢力について、當時の學說では、これを肯定する説 (ゲルバー、メイヤー、G・イエリネック等) と否定する説 (ラバント、ウィーゼ等) に分かれていたが、かかる状況の下で、具体的には皇帝の發案權と連邦參事會の常設會議化につき慣習法による憲法條文の改廢を認めるかどうか問題となり、たとえば、前者については、これを肯定する説 (G. Jellinek, *Recht des modernen Staates*, S. 492; C. Bornhak, *Die verfassungsrechtliche Stellung des deutschen Kaisertums*, AöR, Bd. 8, (1893), S. 455) と否定する説 (J. Grabmann, *Der Reichskanzler u. das preussische Staatsministerium*, AöR, Bd. 11, (1896), S. 338 f.; P. Laband, *Das Staatsrecht*, Bd. 1, S. 217; W. Wiese, a. a. O., S. 50) が対立していたのである (W. Wiese, a. a. O., SS. 48—50)。したがつて、かようなウィーゼの指摘と先に紹介したラバントおよびイエリネックの「憲法變遷」論の内容からすれば、今日の我國で「憲法變遷」という言葉の下で主として問題となっていることは、當時の學說では、少くとも当初は憲法慣習法論の問題として論じられていたということができるのである。

しかしながら、第三に、かかる憲法慣習法論と「憲法變遷」論は、当初は基本的に分離していたが、その後両者は部分的に結合するにいたつたことである。そのような結合例は、たとえばボルンハークとラウフハウプトに典型的に見られる。即ち、ボルンハークについては、彼は、一九一〇年の「帝國憲法の変遷」(Wandlungen der Reichsverfassung, AöR, Bd. 26, (1910), S. 373 ff.) と題する論說の中で、皇帝發案權等につき慣習法の成立とそれによる憲法條文の改廢を問題にしているのである (Ibid., S. 373 ff. なお参照、F. W. Rauchhaupt, a. a. O., S.

ITC)。もっとも、かかる結合は、後述する実質的憲法改正に関するメイヤーやトリーパーの見解にも見られるように、必ずしも一般的なものはなかったことも注意されるべきである。

三 学 説

実質的憲法改正の方法は、いうまでもなく憲法改正の方法としては真正なものではなく、のみならず、先にも指摘したように、立憲主義的観点からして種々の重大な弊害を伴うものであった。このため、当然のことながら、当時の学説上右方法にたいして強い批判が表明されることになったが、にもかかわらず、右に紹介した頻繁な運用を背景にして、その適法性は支配的学説によって基本的に追認・弁証されることになったのである。以下当時の学説の動向について簡単に紹介しておくことにしよう。

(i) 当時の学説では、実質的憲法改正の方法は、当初はライヒの権限（とくに立法権）拡大の形式の問題として論じられた。即ち、ライヒが支邦との関係で立法権を拡大する場合には、たんに憲法改正手続を遵守して制定された法律（実質的憲法改正法律）で十分なのか、それとも事前もしくは同時に憲法典の条文の変更（ライヒ立法権の範囲を定める憲法四条の号の追加）をも要するのかが問題となったのである。⁽³⁴⁾そして、この点について、当時の学説の大勢は当初はこれを積極的に解し、それ故ライヒの権限拡大には常に形式的憲法改正の方法を要するとしたのであった。⁽³⁵⁾しかしながら、かような正当な主張は、前述したようにその後の運用により無視され、実質的憲法改正の方法により多数の憲法改正法律が制定されるにいたり、そして、かかる状況を背景にして、学説の大勢も消極的ながら徐々にこれを容認していくことになったのである。実質的憲法改正の方法の継続的かつ頻繁な運用に慣習法の成立を認め、そのことにより右方法の適法性を弁証したメイヤーの所説は、⁽³⁶⁾当時の学説の右のような傾向を示す代表的な例であったといえよう。しかしながら、かような学説の動向を背景としつつ、実質的憲法改正の方法の適法性を法理論的に弁証し、かつ基礎

づけたのはほかならぬラバントであった。⁽³⁷⁾ ラバントは、実質的憲法改正の方法の是非につき必ずしも安定した状況にはなかった当時の学説の動向の中で、直接には憲法七八条の規定を根拠として、しかし基本的には憲法と法律の同質性からその適法性を論証し、しかもかかる彼の論証が当時の学説および実務上一般的に承認されるにいたったことにより、実質的憲法改正の方法は、その頻繁な運用と相俟って、その後ビスマルク憲法下における憲法改正の主たる方法としての地位を占めることになったのである。以下ラバントの所説を中心にして、当時の学説の動向について簡単に紹介しておこう。

(ii) まず、ラバントの所説を紹介すれば、概略次のようなものである。彼は、まず、憲法改正の方法としては、最初に憲法の条文を変更し、しかるのちに特別法 (Specialgesetz) を制定するという方法 (＝形式的憲法改正の方法) が、憲法典に定式化された諸原理と立法行為との間の調和を乱すことがないが故に正しい方法であるとし、これにたいして、憲法の条文を変更しないがその内容を実質的に変更する特別法の制定による憲法改正の方法 (＝実質的憲法改正の方法) は、憲法の諸規定を空洞化する (durchlöchern) という政治的難点 (politische Nachteile) をもつ、とする。にもかかわらず、彼は、かかる政治的難点の存在自体は、法の一般原則上ないしは帝国憲法の規定上、右方法が許されるのかどうかという法の問題 (Rechtsfrage) の決定にとっては、決して決定的な意味をもつものではないとするのである。⁽³⁸⁾

ラバントは、右のように「政治的難点」と「法の問題」を切断するのであるが、然らば彼は「法の問題」として実質的憲法改正の方法をどのように評価するのであるか。ラバントはいう。「憲法の改正は……その条文を変更する法律によって直接的にのみ行なうことが許されるということを実定法上定めることは勿論可能である。しかし、憲法改正にたいするかような加重要件が実定法規により命じられていない場合には、そのことを憲法の法的性質や通常法

律にたいする憲法典の關係から導き出すことは許されないのである。」⁽³⁸⁾ けだし、「憲法典に含まれている諸法規は確かに憲法が定める加重要件の下でのみ改正することができるが、だからといってこれらの法規に他の法律よりもより高い權威が歸屬しているわけではなく、……憲法といつても、それは國家の上に漂う神秘的な力であるわけではなく、他のあらゆる法律と同様に國家の意思行為に外ならない」からである。⁽³⁹⁾ ラバントは、以上のように、憲法と法律の關係については、改正手續の加重の存否という形式的な点にのみ差異を認めるにすぎず、「國家の意思行為」としての兩者の基本的同質性を主張するのである。⁽⁴⁰⁾ したがって、憲法と法律は「國家の意思行為」として基本的に同質的なものであるとする以上のような彼の立場からすれば、当然のことながら「『後法は前法を廢する』(Lex posterior derogat priori)」という法の一般原則が帝國憲法にたいしてもまた妥当することになり、それ故、實質的憲法改正の方法は当然に許されることになるのである。⁽⁴¹⁾

(iii) ラバントは、以上のように、直接的には憲法上の明文の禁止規定の欠如を根拠として、しかし、基本的には憲法と法律の同質性を根拠として、實質的憲法改正の方法の適法性を基礎づけるとともに、そのことによって、前述した當時の實質的憲法改正の方法の運用を追認しかつ弁証したのであった。⁽⁴²⁾ そして、これ以降、學說の大勢も右の方法に随伴する種々の弊害にたいして強い批判を表明しつつも、その適法性を基本的に肯定することになっていったのである。⁽⁴³⁾ このこと自体、先にも指摘したように、立憲主義的觀點からすれば極めて憂慮すべき状態を意味するものではあつたが、しかしより重要なことは、右の肯定に伴つて生じた次のような帰結であつた。即ち、當時の學說では、憲法七八条一項にいう改正の対象たる「憲法」とは、形式的意味での憲法Ⅱ憲法典(の条文)と一般に解されていたが、⁽⁴⁴⁾ その結果、そのことのいわば論理的帰結として、實質的憲法改正法律の改廢は、当該法律の中で特段の明示がないかぎり、通常法律によつて許されるものとされることになつたのである。⁽⁴⁵⁾ この結果、憲法典の条文は、實質的憲法改正

法律を媒介にして、間接的にはあるにせよ通常法律によって改廃されることになり、かくして、当時の支配的学説により憲法と法律の唯一の相違とされていた改正手続の加重性(いわゆる「高められた形式的法律力」)はここに実質上消滅するにいたり、憲法と法律は、理論的にも実際的にもいわば平準化されることになったのであった。このことは、憲法と法律の基本的同質性を肯定した支配的学説の当然の帰結にほかならなかつたともいえよう。

(37) K. Löwenstein, a. a. O., S. 42.

(35) ローヴェンシュタインによれば、かかる説は、当時、レンネ(Rönne)・ベーゼラー(Beseler)・ツマンツト(Zachariae)などによって主張された(Ibid., S. 42)。たとえば、レンネは、国の基本法(Staatsgrundgesetz)たる憲法の通常法律(gewöhnliches Gesetz)となする優位という基本的立場に立ちつつ、もし実質的憲法改正の方法が認められるならば憲法の諸原則は空洞化(durchlöchern)せしめられ、憲法はたんに紙上の存在にすぎなくなり、憲法の永続性と不可侵性は消滅してしまふ脅れがあるという理由から、右方法を憲法踰越(Vf.überschreitung)ならし憲法侵犯(Vf.verletzung)と称し、許されなざる(L. v. Rönne, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl., Bd. 2, (1877), SS. 30—34)。

(36) メイヤーは、憲法改正は本来形式的憲法改正の方法によるべきだとしつつも、帝国憲法施行以来の不断の運用の結果、実質的憲法改正の方法は今や慣習法の性格を獲得するにいたり、したがって許されるものとなつたとする(Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., (1919), S. 690)。かかるメイヤーの所説は、憲法慣習法論を肯定する一例である。

(37) K. Löwenstein, a. a. O., S. 43.

(38) P. Laband, Das Staatsrecht, Bd. 2, S. 39.

(36) ラバンタは、ボルゴウ(C. Borgeau)の著書(Établissement et Revision des Constitutions en Amérique et en Europe, (1893))に關する書評の中で、憲法制定権力の理念を導入することによって憲法と法律(憲法改正と通常の立法)を質的に区別するボルゴウの所説を批判しつつ、ドイツ国法学でも嘗ては支配的であつたかような憲法と法律の区別の觀念は今日では最早完全に克服されてしまつてゐること、そしてそのことは、ボルゴウが批判するように、プロイセンの武力による勝利の結果とその自由に敵対的な傾向の現れではなく、むしろ学問的認識の進歩と立法の眞の本質にたいするより深い究明の結果に外ならないと主張する(AöR, Bd. 9, (1894), S. 270 f.)。因みに、ラバンタに代表される当時のドイツ法実証主義国法学が、憲法と法律の質的区別を否定し、その唯一の区別の基準を前者の加重された加変性、「高められた形式的法律力」(erhöhte formelle Gesetzeskraft)と云う形式的な点にのみ求めていたことについては、芦部信喜「憲法制定権力」日本国憲法体系一卷

(40) P. Laband, a. a. O., SS. 38—40.

(41) 実質的憲法改正の方法は、しばしば指摘したように種々の弊害を伴うものであったことから、同方法にたいしては学説上強い批判が表明された。G・イエリネックの次のような批判は、その代表的なものである。「今日のドイツでは、憲法改正について信じ難いほどの無秩序が支配している。その結果、憲法典から国の基礎についての多少とも正確な像を得ることは、今日では最早不可能となっている。……かくして、帝国憲法は我々に国の基本的諸制度についてのほんの部分的な知識を提供してくれるにすぎない断片 (Fragment)」という性格をもつにたっている」(G. Jellinek, Verfassungsänderung u. Verfassungswandlung, SS. 6—7)。また、憲法を直ちに改正して実質的憲法改正の方法を禁止すべきだとするヴァーゼの主張（もつとも彼は、後述するように、現行法上は肯定する）も、右方法に随伴する諸弊害にたいする認識・批判にもとづくものである (W. Wiese, a. a. O., S. 72)。この点で、かような批判にたいして、ラバンは、前述したように、憲法典と現実の憲法状態との間に不一致が存在することを「政治的難点」として認めつつも、実定憲法上明文の禁止規定がなく、また憲法と法律が同質的なものであるかぎり、かかる不一致の存在自体は、法的には刑法典や商法典と事後に制定された特別法との間に不一致が存在することが許されるのと同様に許されるものであるとし、したがって、かかる一致の要求は、「法規」(Rechtssatz)ではなく「立法政策的要請」(Postulat der Gesetzgebungspolitik)にすぎないとする (P. Laband, a. a. O., S. 40)。

(42) 実質的憲法改正の方法を肯定するものは、前記ラバン、ハント、マイヤーのほか、Hänel, Studien zum deutschen Staatsrecht, Bd. 1, (1873), S. 258; G. Jellinek, Gesetz u. Verordnung, (1887), S. 263; Ph. Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 2, Aufl., Bd. 1, (1895), S. 432. など多数のほに (Vgl. K. Löwenstein, a. a. O., S. 43)。また、ヴァーゼも、国の基本法としての憲法の尊厳を維持するという観点から、憲法の改正は原則として形式的改正の方法によるべきだとしつつも、憲法上明文の禁止規定がないかぎり、実質的憲法改正の方法を違憲とするにはすぎないとする (W. Wiese, a. a. O., S. 66—68)。

(43) P. Laband, a. a. O., S. 38; W. Wiese, a. a. O., S. 9 f.; K. Löwenstein, a. a. O., S. 4.

(44) P. Laband, a. a. O., S. 41; W. Wiese, a. a. O., S. 16; K. Löwenstein, a. a. O., S. 46; また実際にもそのように運用された (P. Laband, a. a. O., S. 42)。なお、ラウフハウプトは、実質的憲法改正法律の改廃も憲法七八条が定める加重手続に服するとし、そのことと関連して、多数の邦で行なわれていたように、全ての憲法改正法律には憲法改正法律である旨を何らかの仕方に表示すべきであると主張する (F. W. Rauchhaupt, a. a. O., S. 48—49)。しかし、かような主張は当時ではいく少教にすぎなかった。

II ワイマール憲法

ビスマルク憲法時代に頻繁に利用された実質的憲法改正の方法は、一一月革命とそれにもとづく憲法原理の根本的転換にもかかわらず、ワイマール憲法下の運用にも基本的に継承され、のみならず、そこでは、当時の厳しい情勢を背景にして、ビスマルク憲法時代以上に頻繁に活用されることになり、その結果、同方法は、ワイマール憲法史上非常措置権に劣らず重要な役割を果すことになったのである。

ところで、右のように実質的憲法改正の方法は基本的にワイマール憲法下の運用に継承されたのであるが、かかる継承とその頻繁な運用は、当然のことながらこれまで以上に学説上の強い批判にさらされることになり、右方法の是非をめぐって学説上活発な論議が展開されることになったのである。そして、かような論議との関連で、憲法改正立法者による「憲法破毀」が許されるのかどうかという新しい問題が提起されるにいたり、二四年の第三三回ドイツ法律家大会を境として、憲法改正に関する学説上の論議は、主として右のような憲法改正(権)の内容の問題をめぐって展開されていくことになったのであった。以上順を追って紹介していくことにしよう。

一 憲法改正条項

(i) ワイマール憲法は、前述したように、国民主権の原理を採用し、それに応じて国民代表機関たる国会の地位と権限を旧憲法に比較して格段に強化するとともに、さらに、様々な理由から種々の直接民主主義的制度を大幅に採用し、全体として外形的に見るかぎり極めてデモクラティックな統治制度を採用するにいたった。そして、かような統治制度の大幅な変革に対応して、ワイマール憲法が定める憲法改正手続(および立法手続)⁽⁴⁵⁾も、旧憲法と比較して幾つかの点で重要な相違を示すことになったが、しかし同時に、基本的な点で旧憲法との連続性をも濃厚に示すことになったのである。まず、憲法改正手続を定める憲法七六条を紹介すれば、次の通りである。

第七六条 憲法は、立法によりこれを改正することができる。但し、国会で憲法改正を議決するには、法律の定める議員定数の三分の二以上が出席し、かつ出席議員の三分の二以上の同意がなければならぬ。国参事会で憲法改正の議決をするにもまた、投票数の三分の二以上が同意することを要する。国民請求 (Volksbegehren) にもとづき国民投票 (Volksentscheid) をもつて憲法改正を決する場合には、有権者の過半数の同意がなければならぬ。

国会が国参事会の抗議 (Einspruch) にもかかわらず憲法の改正を議決した場合に、国参事会が二週間以内に国民投票を要求するときは、大統領は、この法律を公布することはできない。

まず、右条項の成立経緯について簡単に説明しておけば、一九〇一年一月に公表されたプロイス草案では、右条項とはかなり異なる改正手続が定められていた。即ち、同草案では、憲法の改正は、原則として国会の両院⁽⁴⁶⁾で法定議員数の三分の二以上が出席し、かつ出席議員の三分の二以上の同意によって成立するものとされ(五一一条二項。なお両者の不一致の場合には、大統領の付託により国民投票で決する一六〇条二項)、さらに注目されるのは、憲法施行後五年経過した後の全ての憲法改正には、その都度国民投票 (Volksabstimmung) による承認を要するものとされていたことである。⁽⁴⁷⁾

プロイスがかような憲法改正国民投票制度を導入したことの基礎には、後述するように、ワイマール憲法における憲法改正は憲法制定権力 (Pouvoir constituant) の理念と結合しているとする彼の主張が存在していたと考えられるが、ともあれ、右のようなプロイス草案が定める憲法改正手続は、その後の憲法委員会等での審議を通じて大幅に修正されることになり(ことに国会の上院の廃止とそれに代る国参事会の復活に伴う修正、憲法改正国民投票制の削除とそれに代る国民による直接的憲法改正手続の採用および国参事会の国民投票付託権の創設)、のみならず、審議の最終段階(総会の第二読会)で、プロイス草案のみならず憲法委員会案にもなかった七六条一項前段の原則(憲法の改正は「立法」によるとする原則)が民主党コッホ議員などの共同提案にもとづき採択されるにいたり、⁽⁴⁸⁾かくして、種々の相違を含んでいたにせよ、ワイマール憲法が定める憲法改正手続は、その基調においてビスマルク憲法との連続性を濃厚に示すことになったので

あつた。⁽⁴⁹⁾

(ii)とところで、ワイマール憲法の制定にさいしては、当然のことながら、右の憲法改正手続とともに憲法改正の方法(ことに実質的憲法改正の方法を禁止すべきか否か)についても論議されることになった。しかし、この点についても、起草者プロイスの右方法を排除しようとする明確な意思にもかかわらず、かかる禁止を内容とする明文の規定は結局憲法上採用されることなく終つたのであつた。以下この点について簡単に説明しておこう。

まず、この点に関するプロイスの意思についていえば、彼は、憲法の改正は憲法典の修正・増補という形式的憲法改正の方法によつてのみ行なうべきであり、それ以外の方法、ことに憲法典を同時に変更しない実質的憲法改正の方法は憲法に反するもので許されないとする。その理由として、彼は、第一に、今日憲法が国家生活全体にたいしてもつ意味はビスマルク憲法時代に比べて格段に大きくなつてゐること、第二に、ワイマール憲法における憲法改正は憲法制定権力の理念によつて基礎づけられたものであり、それ故憲法によつて設けられた権力 (Pouvoir constitué) たる立法権による通常立法とは質的に異なるものであること、そして第三に、憲法が国民の自由保障を内容として含んでゐる場合には、憲法改正は一層慎重に行なわれるべきこと、の三点を指摘する。⁽⁵⁰⁾ 以上の三つの理由の内、制憲権理念を導入することにより憲法(憲法改正)と法律(通常立法)とを質的に区別し、そこから実質的憲法改正の方法を許されないとした第二の理由は、先に紹介したラバントの論証に鑑みるとき、極めて重要な意義をもつものといえるが、いづれにしても、右のプロイスの所説は、憲法原理の根本的転換を踏まえたものとして基本的に正当な主張であつたといわなければならぬ。もっとも、彼は、右のような明確な意思にもかかわらず、憲法改正は形式的改正の方法によるという原則は自明のものであるという考慮から、彼の草案には実質的憲法改正の方法を禁止する旨の明文の規定を設けなかつたのである。

国民議会の憲法委員会では、憲法改正の方法は、ビスマルク憲法の場合と同様に、主として国の権限拡大の形式の問題として論議された。⁽⁵²⁾ 即ち、憲法委員会での審議の対象となった第二政府草案九条(ワイマール憲法七条)は、立法権の専属的所管事項を列挙していたが、同委員会では、右の列挙が限定的列挙か否か、したがって、同条の範囲を越える国立法権の拡大には憲法改正の形式を要するの否か、が論議の主たる対象とされることになったのである。そして、この点について、単一国家化を推進しようとする側からは、国立法権を原則として無制限と解し、したがって通常立法によって許されるとする見解が主張されたのたいして、ラントの利害を代表する側からは、憲法改正を要するとする見解が主張され、両者の間で激しい論議がたたかわれることになったが、結局、右の論争は、両者の妥協として、九条を越える国立法権の拡大はその性質上憲法改正ではあるが、しかし例外的に通常立法によって行なうことができる憲法改正である、という極めて不明確な形で、しかし実質的には単一国化を推進しようとする側の勝利を意味する形で結着がつけられたのであった。⁽⁵³⁾

ところで、右のように、国立法権の拡大は通常立法で行なうことができるにせよ、それが憲法改正の性格をもつとされる以上、憲法改正の方法としてその都度九条の変更(号の追加)を要するのかどうかということが当然問題とならざるをえない。事実、委員会でも右の点に関連してこの点は論議されることになり、そこでは、国立法権の拡大が憲法改正である以上当然に形式的改正(号の追加)を要するという意見が強く主張されたのであった。⁽⁵⁴⁾ しかし、にもかかわらず、かかる内容の明文の規定を設けるべきだとした政府委員ツヴァイゲルト(Zweigert)の提案は⁽⁵⁵⁾ 斥けられ、結局、実質的憲法改正の方法の禁止を内容とする明文の規定は憲法上採用されることなく終わったのである。⁽⁵⁶⁾

(iii) 以上がワイマール憲法七六条の成立経緯の概要であるが、以上の考察にかぎっていえば、憲法改正手続については、一方では、民主権原理の採用を背景にして、国会における憲法改正議決が加重されたことや国民による憲法改

正手続が採用されたことなどに典型的に見られるように、かなり重要な変更がなされたものの、他方では、憲法改正国民投票制が削除され、のみならず、憲法改正は「立法」によるというビスマルク憲法七八条と同一の原則が採用されるにいたり、また、憲法改正の方法についても、実質的憲法改正の方法を排除すべきだとするプロイスの明確な意思にもかかわらず、かかる内容の明文の規定も結局採用されずに終り、それ故、全体として見れば、憲法原理の根本的轉換があつたにもかかわらず、ワイマール憲法の憲法改正条項は、その基調において、前章で考察した統治機構の場合と同様に、ビスマルク憲法との連続性を濃厚に示すことになつたのである。

(45) ワイマール憲法が定める立法手続については、H. Triepel, *Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung*, AöR, Bd. 39, (1920), S. 456ff.

(46) プロイス草案では、国会 (Reichstag) は上院 (Staatenhaus) と下院 (Volkshaus) からなる二院制とされており、下院は、普通・直接・秘密・比例選挙で国民により選出される議員から成る全国民の代表機関であるのになつて、上院は、各ラント議会によって選出される議員から成るラントの代表機関としての性格を与えられていた。因みに、上院議員は、連邦参事会構成員と異なり、ラントからの訓令は受けられないものとされてゐた (H. Triepel, *Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht*, 3. Aufl., (1922), S. 13; H. Preuß, *Denkschrift zum Entwurf des Allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919*; in, *Staat Recht u. Freiheit*, (1926), S. 392)。

(47) H. Triepel, a. a. O., S. 14; なお、憲法改正国民投票の実施が憲法施行後五年経過したのちとされているのは、新憲法がドイツにとって全く新しい秩序の形成を内容としているという事情に加えて憲法制定当時の激動する情勢に鑑みると、憲法を比較的容易に改正できる過渡期を設けるのが望ましい、という考慮にもとづく (H. Preuß, a. a. O., S. 390)。因みに、帝制末期の一七年九月に作成された彼の憲法改正私案では、前述したオルデンブルグ型の憲法改正手続 (前記註(7)) が定められてゐた (H. Preuß, *Vorschläge zum Abänderung der Reichsverfassung u. der Preussischen Verfassung*; in, *Staat Recht u. Freiheit*, S. 324)。ところで、プロイス草案が定める憲法改正国民投票制は極めて注目すべきものではあるが、しかし、このことから彼が直接民主主義の採用にたいして好意的ないし積極的であつたと評価するならば、それは以下の点からして必ずしも正当ではない。第一に、彼が憲法草案を起草した当時、レーヴェンシュタインをはじめとした著名な学者の手になる多数の憲法私案が公表されていたが、そこでは憲法改正国民投票制の採用が少なからず主張されていたこと (参照、河村又介・直接民主政治 (昭九) 一四〇頁以下)、第二に、草案の憲法改正国民投票制はワイマール憲法の制定にたいしては実施されないものとされており、のみな

らず同制度採用の理由として、理論的には国民の憲法制定権力の理念が基礎にあると考えられるが、同時に国民議會での彼の答弁では、憲法改正を困難ならしめ、そのことによつて憲法の安定性が確保されることになる、という点を強調していること(H. Preuß, Begründung des Entwurfs einer Verfassung für das Deutschen Reich; in, Staat Recht u. Freiheit, S. 420)第三に、プロメスは「純粹民主制」(reine Demokratie)を議會制にたいする「ダモクリスの劍」(Damoklesschwert)と称してこれを斥け(Vgl. F. C. Fromme, a. a. O., S. 151)また国民に憲法改正発案権はもろんのこと立法発案権を認めることは大國では合目的々でないとしてこれを斥け(Denkschrift, SS. 390—391)かかる立場にもづいて、草案での国民投票制の採用は、成立したワイマール憲法と比較するときかなり限定されていること(参照、河村前掲書一四三—一四五頁)である。したがつて、以上の点からすれば、プロメスは、第一章で紹介した議會制にたいする彼の態度と併せ考へるならば、直接民主主義についてはもとより、民主主義自体についても、少くとも当時のドイツに導入することに関してはむしろ消極的であつたとすらいえよう。

(48) E. Heilfron, Deutsche Nationalversammlung, Bd. 5, S. 3322.

(49) Vgl. K. Löwenstein, a. a. O., S. 50; なお、ワイマール憲法が採用した種々の直接民主主義的制度的特徴について一、二指摘しておくば(右制度の内容および成立経緯については、河村前掲書一三九頁以下で詳細に紹介されている)、右制度の採用は、河村論文で詳細に紹介されているように、社会主義政党的側からの要求などをも含んだ複合的要求の所産であり、その性格を一義的に論ずることは困難ではあるが、にもかかわらず、全体として見た場合、公選大統領の採用と同様に決して民主主義的理念にもとづいて採用されたのではなく、むしろ国会にたいする抑制手段として採用されたという点に基本的な特徴をもつていた、ということができるようである(参照、河村前掲論文一四八頁以下、F. C. Fromme, a. a. O., S. 152; E. Jacobi, Reichsverfassungsänderung, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 1, (1929), S. 241)。このことは、国民投票制は議會にたいする抑制手段として導入されたとする民主党コッホ議員の国民議會での発言(河村前掲書一四九頁)を別にしても、次のような事情を考慮するときある程度推測できる。即ち、第一に、直接民主主義的的制度は、その建前ないし理念にもかかわらず、現実にはほとんどの場合保守的(ないし現状維持的)機能を果すということが、憲法制定当時ブルジョア政党を中心に一般的に認識されていたこと(河村前掲書一四九—一五〇頁)、第二に、国民投票付託権が、国民による直接立法の場合を別にして、主として大統領(ないし連邦参事会)に与えられていたこと(七三条一項、七四条三項、七六条二項)、そして第三に、直接民主主義制度の核心をなす国民立法制度(七三条三項、七六条一項)についていえば、国民表決のための要件が極度に厳しいものであつたため(たとえば、国民による通常の立法については、全有権者の過半数が投票に参加することを要し(七五条)、さらに、憲法改正の場合には、実に全有権者の過半数の賛成を要する(七六条一項)ものとされている)、せいぜいのところ政党のリーダーシップの下に国民世論の動向をある程度国政に反映させる機能を果したとしても(同時に、ワイマール憲法下の現実がそうであつたように、場合によっては政治的アシテーションに恰好の手段を提供する機能も果す)、制度本

来の機能を果すことはほとんど不可能であったことである (実際に当時ナチス党および共産党により数度試みられたが一度も成立しなかった。運用の実際については、河村前掲書一九六頁以下、F. C. Fromme, a. a. O., S. 148 f.; F. Poetzsch-Heffter, Vom Staatsleben, JöR, Bd. 17, (1929), S. 131 f.)。いずれにせよ、ワイマール憲法が採用した種々の直接民主主義的の制度は、外見上の民主主義的性格にもかかわらず、少くともその成立事情やさらには制度の実体からすれば、むしろ国会に対する抑制という反議会主義的・反民主主義的性格をもっていたともいえるようである。なお、因みにいえば、国民投票付託権が主として大統領に与えられていたことは、大統領公選制と相俟って、ワイマール憲法が当初から議会制民主主義とならんでプレビシットの民主主義をその重要な要素として含んでいたことを示すものである。

(50) H. Preuß, Um die Reichsverfassung von Weimar, (1924), S. 112; Verfassungsändernde Gesetze u. Verfassungsurkunde, DJZ, (1924), Sp. 653 f.; Begründung, S. 420.

(51) H. Preuß, Um die Reichsverfassung, S. 113.

(52) K. Löwenstein, a. a. O., S. 48.

(53) Verhandlungen, Bd. 336, Anlagen Nr. 391, SS. 50 f, 69; Vgl. K. Löwenstein, a. a. O., S. 48.

(54) Verhandlungen, SS. 58, 69, 73.

(55) ツヴァイゲルトは、旧憲法下で実質的憲法改正の運用が頻繁に行なわれたという事情に鑑みると、右方法を禁止する明文の規定を設けなかった場合には、仮に右方法を禁止すべき点とする点で憲法委員会の意思が一致していたとしても、将来旧憲法下においてと同様の争いが再発し、結局実質的憲法改正の方法が認められてしまう慮が多分にあるとし、かかる理由から明文の禁止規定を設けるべきだと主張したのであった (Verhandlungen, SS. 72—73.)。

(56) なお、第一次大戦後制定されたラント憲法の内、実質的憲法改正の方法を明文で禁止したものに一九二〇年のリュベック憲法がある。即ち、同憲法三九条二項は、「憲法条文の変更を直接目的としない法律で、その内容が憲法に反するものは無効である」と定めた (K. Löwenstein, a. a. O., S. 51)。因みに、当時のラント憲法の内、憲法改正国民投票制を採用していたのはバーデン憲法のみであった (河村前掲書二二二頁)。

二 運 用

実質的憲法改正の方法は、右に見たような憲法制定者達の不明確な意思に加えて、当時の厳しい情勢を背景として、憲法制定後直ちに頻繁に利用されることになった。しかも、同方法にもとづいて制定された法律 (実質的憲法改正法律) は、量的にのみならず、内容的にも形式的憲法改正法律を遙かに凌ぐことになったのである。即ち、ワイマール

ル憲法が存続した約一三年余の間に、形式的憲法改正法律は、都合八つ制定されたにとどまり、しかも、内容的に見てもその大半が憲法一六六条以下の経過規定（*Übergangsbestimmung*）に係るものにすぎなかったの（⁵⁷）にたいして、^{（57）}實質的憲法改正法律は、二九年秋までに少くとも二五以上も制定されるにいたり、また、内容的に見ても、そこには、二〇年四月の「国選挙法」（*Reichswahlgesetz vom 27. April 1920*）、同年五月の「国会およびラント議会保護法」、二二年六月の「国民投票法」（*RG. über den Volksentscheid vom 27. Juni 1921*）、同年七月の「国事裁判所法」（*RG. über den Staatsgerichtshof vom 9. Juli 1921*）、二二年七月の「共和国保護法」、さらには一連の授権法（*Ermächtigungsgesetz*）など、ワイマール憲法史上重要な役割を果たした多数の法律が含まれていたのであった。^{（58）}ここでは、ワイマール憲法下における^{（59）}實質的憲法改正の運用について、その果たした機能の故に当時における最も重要な^{（60）}實質的憲法改正法律であった授権法について、以下簡単に紹介しておくことにしたい。

(i) 西欧諸国では、周知のように、第一次大戦を境にしていわゆる委任立法と呼ばれる現象が顕著に見られることになるが、^{（61）}ドイツでも例外ではなかった。というよりも、むしろ議会優位の統治制度を採用するとともに、^{（61）}實質的に社会国家への転換を内容としていた憲法の下で、^{（61）}不断の政治的・経済的危機に直面したワイマール・ドイツにおいてこそ、委任立法は授権法という最も鋭い形をとって現われることになったのである。

ドイツでは、既にワイマール憲法施行以前にも幾つかの授権法の制定が見られたが（たとえば、第一次大戦の発生に伴って制定された一九一四年八月の授権法^{（62）}や、革命発生後、憲法制定作業に従事していた国民議会の負担の軽減を主たる目的として制定された二つの授権法^{（63）}など）、^{（63）}憲法施行後も、当時の厳しい情勢に加えて、^{（63）}憲法制定者達が戦前の経験に鑑み憲法上緊急命令権のみならず一般的な法規命令権をも原則として^{（64）}行政府に与えることを拒否したため、^{（64）}初期を中心にして行政府（政府）にたいして立法権の包括的な授権（委任）を内容とする一連の授権法が制定されることになったのである。

る。そして、これらの授權法の幾つかは通常法律の形式で制定されたが、その大半は実質的憲法改正法律の形式で制定されることになった。実質的憲法改正法律として制定されたものは、前述した三三年のナチス授權法を別にすれば、次の四つである。

(1) 二〇年八月の「經過的經濟のための簡易立法形式に関する法律」(RG. über die vereinfachte Form der Gesetzgebung für die Zwecke der Übergangswirtschaft vom 3. August 1920) — この法律は、戦時經濟 (Kriegswirtschaft) から平時經濟 (Friedenswirtschaft) に移行することを目的として、一定期間に限って、国政府 (ないし委員会) にたいして包括的な法律代位命令権を授權することを主たる内容とするものである。参考のため同法の全文を紹介すれば次の通りである。

第一条 国政府は、国会から選出された二八名からなる委員会と国参事会の同意をえて、専ら戦時經濟から平時經濟への移行に係りかつそのために必要かつ緊急を要する立法措置 (gesetzliche Maßnahme) を講ずることができる。

前項にもとづく命令は、制定後直ちに国会に報告されることを要し、その要求あるときは廃止される。

第二条 この法律は、公布の日からこれを施行し、二〇年十一月一日をもって失効する。但し、その時まで国会の議決あるときは、⁽⁶⁵⁾ 国政府は直ちにこの法律を廃止しなければならない。

ところで、右のように、本法は国政府 (ないし委員会) にたいしてかなり包括的な法律代位命令権の授權 (委任) を内容としていたため、その制定にさいして、右法律は憲法上国会に専属する立法権 (gesetzgebende Gewalt) (六八条) を国政府 (ないし委員会) に一般的に授權するものであり、それ故憲法改正的性格を有するという意見が国会ならびに国参事会で強く主張されるにいたった。しかし、これにたいして政府は、右法律はたんに法規命令権を委員会に委任するものであるにすぎず、「真の立法行為」(wirkliche gesetzgeberische Akt) に係るものではないが故に憲法改正的

ではない旨主張⁽⁶⁶⁾、結局両者の妥協として、右法律は、違憲の疑いを回避するという理由で憲法改正手続を遵守して(それ故実質的憲法改正法律として)制定されたのであった。⁽⁶⁷⁾そして、同法にもとづいて、約三ヶ月の効力期間中、都合一〇の法律代位命令が制定されたのである。⁽⁶⁸⁾

(四) 二一年二月の「経過的経済のための命令の制定に関する法律」(RG. über den Erlaß von Verordnungen für die Zwecke der Übergangswirtschaft vom 6. Februar 1921)——全文三箇条からなるこの授権法は、前記授権法の失効に伴い、それに代るものとして制定されたもので、したがって、その内容も前記授権法と基本的に同じである。⁽⁶⁹⁾このため、前記授権法と同様に、違憲の疑いを回避するために憲法改正手続にしたがって(それ故実質的憲法改正法律として)制定された。⁽⁷⁰⁾なお、この授権法も二一年四月一日までの限時法であり、約二ヶ月の効力期間中に同法にもとづいて都合四つの法律代位命令が制定された。⁽⁷¹⁾

(五) 二三年一〇月の「第一授権法」(Erstes Reichs-Ermächtigungsgesetz vom 13. Oktober 1923)——この第一授権法および次に紹介する第二授権法は、インフレーションの驚異的な進行とそれに随伴して生じた政党の妥協能力の低下による国会の立法機能の著しい低下という、当時の政治的・経済的危機状況を背景として制定されたもので、⁽⁷²⁾このため、かかる制定事情とも関連して、右の二つの授権法は従来の授権法と以下の点でその性格を基本的に異にするものであった。即ち、第一に、授権範囲が極めて広範であったことであり、そして第二に、従来の授権法が基本的に国会の正常な立法活動を前提にしてその補助手段として制定されたという性格をもっていたの⁽⁷³⁾にたいして、右の二つの授権法は、右のような意味での「議会制の危機」状況を背景として、国会に代る強力な立法権者の創出を目的として制定されたという性格をもっていたことである。以下まず第一授権法から紹介すれば、その全文は次の通りである。

第一条 国政府は、財政・経済・社会の分野で必要かつ緊急を要する措置(Maßnahme)を講ずる権限を付与される。右の権限

の行使にあつては、国憲法が定める基本権規定に反することができる。

前項の授権は、労働時間の規制および社会保険・年金・失業保険の給付の削減には及ばない。

制定された命令は、遅滞なく国会および国参事会に報告されることを要し、国会の要求あるときには、直ちに廃止されなければならぬ。

第二条 この法律は、公布の日からこれを施行し、現在の国政府または少なくともその政党構成に変更が生じた場合には、そして遅くとも一九二四年三月三十一日には失効する。⁽⁷⁴⁾

この第一授権法は、シュトレーゼマン大連合内閣（人民党・中央党・民主党・社会民主党からなる連立内閣）の下で制定されたものであるが、右の規定から明らかなように、この授権法は授権範囲につき著しく広範であったのみならず、授権対象として、たんに法律代位命令権のみならず憲法の基本権規定に「反する」命令制定権（実質的には憲法改正命令権）をも内容としており、全体として、従来の授権法を遙かに凌駕する内容をもつものであった。このため、当然のことながら、同法の制定にさいしては、国会で独立社会民主党や共産党の野党側から、右法律は「民主主義の絶対的破産」(absoluter Bankrott der Demokratie) あるいは「議会の自殺」(Selbstmord des Parlamentes) をもたらすものであるという激しい反対が主張され、またそれに応じて、内閣の主流を占めていた社会民主党も同法の制定にたいしては当初は基本的に消極的な態度を示していたのである。⁽⁷⁵⁾ にもかかわらず、その後社会民主党が諸々の理由から賛成に回るにいたつたため、⁽⁷⁶⁾ 通常法律の制定すら極めて困難であった状況の下で、第一授権法は、憲法改正手続を遵守して（したがって実質的憲法改正法律として）制定されたのであった。⁽⁷⁷⁾ そして、政府は、右授権法が二三年一月三日に非常措置権の濫用的運用に抗議して社会民主党閣僚が辞任したことにより失効するまでの約三週間の間に、同法にもとづき都合三六もの法律代位命令を制定し、レントン銀行およびレントン・マルクの創設をはじめとして、税制・財政制度等の大幅な改革を断行したのであった。⁽⁷⁸⁾

(1) 二三年一月の「第二授権法」(Zweites Reichs-Ermächtigungsgesetz vom 8. Dezember 1923) — (1)の第二授権法は、

前記第一授権法が短期間で失効したため、それに代るものとしてマルクス中道連合内閣(人民党、中央党、民主党を主体とする連立内閣)の下で制定されたもので、第一授権法と比較した場合、授権対象が部分的に限定された(憲法改正命令権の禁止)反面、授権範囲はより広範なものとされ、また国会の事後統制権も著しく弱められており、全体として見た場合、より強力な授権を内容とするものであったといえる。同法の全文(但し、第一条三項は重要でないので略す)は次の通りである。

第一条 国政府は、国民と国家の艱難に鑑み、必要かつ緊急を要する措置を講ずる権限を付与される。ただし、国憲法の規定に反することは許されない。命令の制定にさいしては、予めそれぞれ一五名からなる国参事会と国会の委員会に諮問することを要する。

制定された命令は、国会および国参事会に遅滞なく報告され、そのいずれかの要求あるときは廃止されなければならない。ただし、国会で廃止要求を行なうためには、少くとも三日の期間を経て開かれる二つの読会で議決されることを要する。

第二条 この法律は、公布の日からこれを施行し、一九二四年二月一五日をもって失効する。⁽⁷⁹⁾

右の第二授権法にたいしても、その制定にさいしては、社会民主党(野党)をも含めた左翼政党の側から強い反対が主張されたが、今回もまた、社会民主党が非常措置権の濫用を回避するため、さらには解散権行使にたいする恐怖から結局賛成に回るにいたったため、右授権法も憲法改正手続を遵守して(したがって実質的憲法改正法律として)制定されたのであった。⁽⁸¹⁾そして、国会は右授権法を制定した後翌二四年二月二〇日まで休会するにいたったため、マルクス内閣はその間の約三ヶ月の間立法権を独占的に行使することになり、右授権法にもとづき、税制・財政制度の改革をはじめとして、失業保険・年金制度などの社会保険制度の改革や八時間労働制の廃止、さらには訴訟法・裁判所構成法の改正による司法制度の改革など、経済・社会・司法等広範な分野にわたるドラスティックな改革を内容とする都

合六八もの法律代位命令を制定したのであった。⁽⁸²⁾

(iii) 以上がワイマール憲法下における最も重要な実質的憲法改正法律であった授権法とその運用の概要であるが、先にも指摘したように、ワイマール憲法の下では、右の授権法のほかにも重要な内容を有する多数の憲法改正法律が実質的憲法改正の方法によって制定されたのである。そして、ワイマール憲法下における実質的憲法改正の方法のかなりな頻繁な活用は、確かに当時の蔽しい情勢やまたかかる情勢に伴って生じた憲法改正の必要性にたいして、当時の不安定な状況の下で常に形式的憲法改正の方法によって対処するのが妥当であったかどうかという点を考慮するとき、ある意味ではやむをえない面もあったといえなくもないが、にもかかわらず、他方で、かかる運用は、ワイマール憲法が採用した議會優位の統治制度や法治国的保障の原理を著しく損ったのみならず、ワイマール憲法の価値と權威にたいして少なからず否定的効果を及ぼしたこともまた確かであった。⁽⁸⁴⁾かくして、状況が安定するとともに、右方法の是非をめぐって学説上再び激しい論議が展開されることになったのである。

(57) 形式的憲法改正法律の一覽表と各法律の概要については、S. Jeselsohn, Begriff Arten u. Grenzen der Vf.sänderung nach Reichsrecht, (1929), SS. 51—52; F. Poetzsch-Heffter, Vom Staatsleben, JöR, Bd. 13, (1925), S. 226 f.; Bd. 17, (1929), S. 139; E. Jacobi, Reichsverfassungsänderung, S. 264; なお、経過規定の改正を内容とする形式的憲法改正法律の内比較的重要なものとしては、三二年一〇月の「憲法一八〇条改正法」(RG. zur Änderung des Art. 180 Reichsverfassung vom 27. Okt. 1922)がある。この法律は、後に憲法改正立法者による「憲法破毀」の例としてしばしば引用されるものであり、その意味でここで簡単に紹介しておくことにする。

ワイマール憲法四一条は、前述したように、大統領は国民によって直接選挙されるものと定め、いわゆる大統領公選制を採用したが、他方で経過規定たる一八〇条は、当時の情勢に鑑み、いわば経過措置として、一九年二月の「暫定的国権に関する法律」(G. über die vorläufige Reichsgewalt)にもとづいて国民議會によって選出された大統領が、正規の大統領選挙が行なわれるまでの間暫定的にその職務を遂行する旨定め、この規定にもとづいて社会民主党エーベルトが初代大統領に選出されたのであった。したがって、以上の点からすれば、憲法施行後できるだけ速かに国民による正規の大統領選挙が行なわれるべきものであった。事実、二〇年五月には「大統領選挙法」(G. über die Wahl des

Reichspräsidenten vom 4. Mai 1921)も制定され、準備も着実に進められていたが(もっとも他方では、社会民主党を中心に四一条を改正して大統領公選制を廃止し、国会による選挙に改めようとする動きもあった)、前述したように、当時カッパ一揆を初めとする不穏な情勢が続いていたこともあって、政府与党は大統領選挙の平穏な実施は不可能であると判断し、かかる事情にもとづいて、大統領エーベルトの任期を二五年六月三〇日まで延長することを内容とする二二年一〇月の前記憲法改正法律(一八〇条後段の改正)が制定されたのである(Vgl. F. Poetzsch-Heffter, a. a. O., Bd. 13, S. 132)。以上の点からすれば、右の憲法改正は、実質的には憲法四一条の原則を無視した国会と国参事会による大統領選挙という性格をもっていたといえる。なお後述するように、二三年にも同様の試みが企てられ、その合憲性が激しく争われることになった。

(58) 実質的憲法改正法律の一覽表および各法律の概要については、S. Jeselson, a. a. O., S. 52f.; F. Poetzsch-Heffter, a. a. O., Bd. 13, S. 227f.; Bd. 17, S. 139f.; E. Jacobi, a. a. O., S. 264; など、制定にわたって憲法改正的性格が主張されたにもかかわらず、通常法律として制定された法律も少なからずあった(F. Poetzsch-Heffter, a. a. O., Bd. 13, S. 231f.)。

(59) 授権法という言葉の意味内容については、この言葉がしばしば使われているにもかかわらず必ずしも明確ではないようである。ただ、ドイツでは、一般には、行政府にたいして、一定期間にかぎって、ある程度包括的な法律代位命令権を授権する内容をもった法律をいうようであり(Vgl. E. R. Huber, Dokumente, Bd. 3, S. 185; K. Löwenstein, Verfassungslehre, 2. Aufl., (1969), S. 213)、本稿でもこの用法にしたがうこととする。

(60) 我国におけるワイマール憲法下の授権法に関する研究としては、宮沢俊義「国民革命とドイツ憲法」(国家学会雑誌四七卷九号一〇六頁以下)があるほか、水野豊志・委任立法の研究(昭三五)二七頁以下でも概括的に扱われている。

(19) 芦部信喜「現代における立法」憲法と議政(昭四六)二四八頁、杉村敏正「委任立法」法の支配と行政法(昭四五)一〇〇頁、宮沢俊義「立法の委任について」憲法の原理(昭四二)二二八頁、H. E. Folz, Staatsnotstand u. Notstandsrecht, (1962), SS, 42f., 89f.; K. Löwenstein, Verfassungslehre, S. 213f.

(28) 一九一四年八月の授権法(G. über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen u. über die Verlängerung der Fristen des Wechsel-u. Scheckrechts im Falle kriegerischer Ereignisse vom 4. August 1914)は、戦争継続中に限って、連邦参事会にたいして「経済的損害を回復するために必要な立法措置(gesetzliche Maßnahme)を講ずる権限」を付与することを主たる内容とするものである(同法の全文については、E. R. Huber, a. a. O., Bd. 2, (1964), SS. 457-458)。右法律は、かように連邦参事会にたいして立法権の包括的な授権を内容とするものであったにもかかわらず、当時の支配的学説の下では、通常法律による法規命令権の委任は原則として無制限と許されたと解われてきたため(前時の学説については、P. Schoen, Das Verordnungsrecht u. die neuen Verfassungen, AöR, NF, Bd. 6, (1924), S. 148f.; F. Klein, Die Übertragung rechtssetzender Gewalt nach deutschen Verfassungsrecht; in, Die Übertragung

rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, (1952), S. 11 f.; 水野前掲書二五頁) 右法律は (実質的) 憲法改正法律とはみなされていらない (Vgl. C. Schmitt, Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegation), Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht, Bd. 6, (1936), SS. 261—262)。因みに、右法律にもつて連邦参事会が講ずる「立法措置」は、同参事会が行政機関とみなされていたため、「命令」(Verordnung) と呼ばれた (Vgl. E. Jacobi, Die Rechtsverordnungen, HdbDStR Bd. 2, S. 238)。

(39) 国民議会によつて制定された授權法の一つは、一九年三月の「休戦条約の実施に関する法律」(RG zum Durchführung der Waffenstillstandsbedingungen vom 6. März 1919) であり、同法は、国民議会の存続中に限り、国政府にたいして休戦条約の実施のために必要な「法律的効力をもつ経済・財政的措置」を講ずる権限を付与することを内容とするものである (全文については、E. R. Huber, a. a. O., Bd. 3, S. 185)。もう一つの授權法は、一九年四月の「経過的経済のための簡易立法形式に関する法律」(RG über eine vereinfachte Form der Gesetzgebung für die Zwecke der Übergangswirtschaft vom 17. April 1919) である。この法律も国民議会の存続中に限つて効力を有する限時法であり、その内容は後述する二〇年八月の授權法とはほぼ同じである (同法の全文については、Ibid., SS. 185—186)。因みにいえば、右の二つの授權法にもつき、憲法施行後、国民議会の消滅 (二〇年五月) により両法律が失効するまでの約九ヶ月の間に、都合七八もの法律代位命令が制定された (命令の一覧表については、F. Poetzsch-Heffler, Vom Staatsleben, JöR Bd. 13, S. 207 f.)。

(64) 国政府の「一般的行政規則」(allgemeine Verwaltungsvorschrift) 制定権を定める憲法七十七条の成立にかんして、同条では政府草案の段階では国政府の一般的な「執行命令」(Ausführungsverordnung) 権が定められており、憲法委員会でのプロイスの説明によれば、そこにおいて「執行命令」には学説上のいわゆる「行政命令」(Verwaltungsverordnung) のみならず「法規命令」も含まれると解されており、そのかぎりで政府草案の段階では一般的な法規命令権が憲法上認められていたと見え (Vgl. G. Anschütz, a. a. O., S. 409; P. Schoen, a. a. O., S. 134 f.)。しかし、その後の憲法委員会および総会での審議の過程で、法規の定立は原則として国会の専属的所管事項であり、したがって法規命令の制定には、法律の執行の場合も含めて、常にその都度の法律による委任を要するという極めて厳格な立場がとられることになり、かかる立場にもつて、七十七条にいう「執行命令」は、行政命令に限定されるという趣旨で「行政規則」という表現に改められたのであった (参照、水野前掲書二八頁、G. Anschütz, a. a. O., S. 410; J. Hatschek, a. a. O., Bd. 2, (1923), S. 114; P. Schoen, a. a. O., S. 135)。かつ、も、法規命令権は憲法上 (たとえば四八条、九一条、一七六条、一七九条) 部分的ながら認められていたと解する説もある (B. Staedler, Die Versuche zur Vereinfachung der Reichsgesetzgebung, (1928), S. 36 f.; E. Jacobi, a. a. O., S. 241)。

(59) E. R. Huber, a. a. O., Bd. 3, S. 186.

(98) F. Poetzsch, Verfassungsmäßigkeit der vereinfachte Gesetzgebung, AöR Bd. 40, (1921), S. 159 f.; なお、学説では、トリーベ

(Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AöR Bd. 39, (1920), S. 470) キーヤ (Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl., (1931), S. 195) が政府見解を支持したのだから、ベッキ (a. a. O., S. 166f.) シェンボーン (W. Schoenborn, Die Notverordnungen, HdbStR Bd. 2, (1931), S. 312) は、論拠は異なるが、憲法改正的であったとする。

(67) F. Poetzsch, a. a. O., S. 159; F. Poetzsch-Heffter, Vom Staatsleben, Bd. 13, S. 227.

(68) 命令の一覧表については、F. Poetzsch-Heffter, a. a. O., S. 210.

(69) 同法の全文については、E. R. Huber, a. a. O., SS. 186—187.

(70) F. Poetzsch, a. a. O., SS. 160—161.

(71) 命令の一覧表については、F. Poetzsch-Heffter, a. a. O., S. 211.

(72) 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、F. M. Watkins, a. a. O., S. 74f.

(73) Vgl. F. M. Watkins, a. a. O., S. 74f.

(74) E. R. Huber, a. a. O., S. 188.

(75) B. Staedler, a. a. O., S. 137; F. M. Watkins, a. a. O., S. 76f.

(76) 社会民主党が賛成に回った理由としては、(イ) 財政・経済等の分野での四八条の濫用的運用を回避するため、(ロ) 同党にとって最大の関心事の一つであった八時間労働制や社会保障関係の規制が授権の範囲外とされるにいたったこと、(ハ) 授権法の効力が政府の政党構成の変更に依存せしめられるにいたったこと、の三点が指摘される (F. M. Watkins, a. a. O., S. 78)。

(77) F. Poetzsch-Heffter, a. a. O., S. 230; なお、第一授権法が憲法改正的性格をもっていたことは、同法が基本権規定に「反する」命令権を授権対象としていたことから明白であったが、同時に後述する当時の支配的学説の動向からして、授権範囲の包括さという点でも憲法改正的性格をもっていたものと見える (Vgl. C. Schmitt, a. a. O., S. 262)。

(78) 命令の一覧表については、F. Poetzsch-Heffter, a. a. O., SS. 213—214.

(79) E. R. Huber, a. a. O., S. 188.

(80) マルクス内閣は、成立(二三年一月)後専ら四八条に依拠して統治を行なうとともに、第二授権法を国会に提出したさい、同法が速やかに制定されない場合には解散権を発動し再び四八条により統治する旨宣言した (F. M. Watkins, a. a. O., S. 82)。

(81) Ibid., S. 81f.; なお、第二授権法が憲法改正法律として制定されたのは、当時の学説および実務上委任立法に関していわゆる「制限説」(einschränkende Theorie) と呼ばれた見解が一般的に承認されるにいたったことによる。この点について簡単に説明しておけば、通常法律による行政府への法規命令権の委任については、ワイマール憲法定定当時の支配的学説は、前述した帝制期国法学の支配的学説を継承して原則と

して無制限に許せられるとする立場をとつた (Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentags, (1922), S. 18 f.)。しかし、右に紹介したように、憲法制定直後多数の包括的な授權法が制定されるともた、そのやい国会および国参事会で強い批判が生じたという事情を背景として、二十二年九月の第三二回法律家大会を中心にして、主として法治国的保障の強化という観点から従来の支配的学説にたいする強い批判が表明されることになり、かかる背景の下に、右大会で報告を担当したトリールとベッチにより提唱されたいわゆる「制限説」(通常法律による法規命令権の委任は、「一定の生活關係に關し、限定された目的のためのみ」許されるとする説)が同大会で承認され (Ibid., S. 53)。⁷⁸⁾その後かような「制限説」が通説としての地位を占めることとなつたのである(当時の学説の動向の概要については、水野前掲書六九一七〇頁、C. Schmitt, a. a. O., S. 263; F. Klein, Verordnungsermächtigungen nach deutschen Verfassungsrecht; in, Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, (1952), S. 14; なお「制限説」にたつする批判 (もと基準の不明確を対する批判) については Vgl. C. Schmitt, a. a. O., S. 264 f.; P. Schoen, a. a. O., S. 151 f.)。包括的な授權を内容とする第二授權法が憲法改正的とわれ、したがって憲法改正法律として制定されたのは、以上のような事情にもとづく (Vgl. C. Schmitt, a. a. O., S. 262)。なお、因みにいえば、トリール説とベッチ説の内容は必ずしも同じではない。即ち、両者は、立法権の委任 (および立法手続の簡易化) と法規命令権の委任を区別し、後者についてのみ通常法律で許されること、そしてその場合、法規命令権の委任は前述した意味で限定的でなければならぬこと、とらう点では一致してゐたが (Verhandlungen, SS. 17 f., 21, 35; H. Triepel, Der Weg der Gesetzgebung, S. 467 f.; F. Poetzsch, a. a. O., S. 164) かつ、そこで委任が許される法規命令の内容として、ベッチは、形式的法律力の保障という観点から、執行命令などのいわゆる法律従位命令 (gesetzabhängige Verordnung) に限定し、法律代位命令権の委任は許されないとするのたつて (F. Poetzsch, a. a. O., S. 172; Verhandlungen, SS. 44, 57) トリールは、現実的考慮からかような限定には反対するのである (Ibid., SS. 55—56)。右大会ではトリール説が採択され、ベッチ説は否決されたが (Ibid., S. 53; それ故、通説となつた「制限説」とは右のようなトリール説の意味でのものである)。⁷⁹⁾しかし、ベッチ説は、第二次大戦後のボン基本法下の支配的学説によつて基本的に継承されることになつた (ボン基本法下の学説については、水野・前掲書七七頁、Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80—6)。

(78) F. M. Watkins, a. a. O., S. 83; C. L. Rossiter, a. a. O., S. 48; 命令の一覽表については F. Poetzsch-Helffer, a. a. O., Bd. 13, SS. 214—216; 因みに、二四年二月二〇日に召集した国会が休会中授權法にもとづいて制定された多数の命令につき改廃を要求する動きを見せたため、マルクス内閣は直ちに解散権を發動し、再び四八条にもとづいて統治することになつた (F. M. Watkins, a. a. O., S. 84 f.)。

(79) 以上紹介した授權法のはかにもかなり包括的な法規命令権の委任を内容とする法律が通常法律として多数制定された。たとえば、フランス・ヘルギー軍のルール占領に対処すべく制定された二三年二月の「緊急法」(Reichs-Notgesetz vom 24. Febr. 1923) の第四条(全文については E. R. Huber, a. a. O., S. 187) のほか、二五年以後のいわゆる相対的安定期の時代にも、税法の分野を中心として、包括的な法規命令権の

委任を内容とする法律が多数制定された (Vgl. B. Staedler, a. a. O., SS. 117, 121, 128 f., 139 f.)。そのころ、国会・国参事会で、一般的・包括的委任であるが故に憲法改正的である旨の強い主張がなされたが、政府はその都度限定的委任である旨主張し、結局通常法律の形式で制定されたのであった (Ibid., S. 139 f.; F. Poetzsch-Helffer, a. a. O., Bd. 17, (1929), S. 115; Bd. 21, (1934), S. 186 f.)。

(84) 因みに、授権法(とくに二三年秋の二つの授権法)が果たした機能について簡単に指摘しておけば、次のような相対立する二つの評価が見られる。一つは、当時の厳しい情勢と二四年秋以降の状況の安定という点を考慮して、「緊急立法の模範的例」であったとするワトキンス (a. a. O., S. 85) や、立憲的独裁につき「他により、有益な使用例を見出すのは困難」とするロシター (a. a. O., S. 49) などに見られる肯定的・積極的評価であり、もう一つは、ドイツ法治国原理の核心をなす「法律上位」(Vorrang des Gesetzes) の原理を實質上廃棄したとするシュテッラー (a. a. O., S. 136) や、二つの授権法は「議会の責任回避」であり、ことにナチス授権法にたいして「権力分立制の消滅と議会の自己排除の先例」を形成したとするフロメ (a. a. O., SS. 133—134) に見られるような否定的・消極的評価である。右のいずれの評価が正当であるかは、当時の厳しい状況と四八条の存在とを考慮するとき俄には即断し難いところではあるが、少くとも右の二つの授権法を含めて先に紹介した授権法全体にもとづき、憲法施行から二四年秋までの間に実に四〇〇余の法律代位命令が制定されるにいたったこと (F. Poetzsch-Helffer, a. a. O., Bd. 13, S. 216) として、これらの命令は、四八条にもとづく命令と同様に、憲法上留保された意味での法律にも代位されうるものと認められたこと (E. Jacobi, Die Rechtsverordnungen, HdbDSR Bd. 2, S. 240; Vgl. R. Thoma, Der Vorbehalt der Legislative u. das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung u. Rechtsprechung, HdbDSR Bd. 2, S. 227) を考慮するとき、ワイマール憲法が定める権力分立制の原理と法治国的保障の原理にたいして決定的に否定的な効果を及ぼしたことは否定できず、かかる観点からすれば後者の評価の方が正当であるように思われる。

三 第三三回ドイツ法律家大会

実質的憲法改正の方法をめぐる学説上の論議は、第三三回ドイツ法律家大会での討議を中心にして活発に行なわれた。そして、右大会での討議は、幾つかの意味で憲法改正に関するドイツ国法学説の歴史において重要な位置を占めることになったのである。以下実質的憲法改正に関する当時の学説の動向について、右大会での討議を中心に紹介しておくことにしたい。

(1) 第三三回ドイツ法律家大会は、先に紹介した第二回国法学者大会の直後の二四年九月にハイデルベルクで開催さ

れたが、その第一部会では、「憲法典の変更を伴わない憲法改正の許容性と形式」(Zulässigkeit u. Form von Verfassungänderung ohne Änderung der Verfassungsurkunde) というテーマの下に、実質的憲法改正の問題が真向から取上げられ、その是非をめぐって激しい論議が展開されることになった。そして、結論的にいえば、右大会では、実質的憲法改正の方法は現行法上は許されるということが確認されたと同時に、他方で将来は廃止されるべきものとされ、また以上の点と関連して、右大会での決議を背景として、その後実質的憲法改正の運用が不十分なが改善されることになったのである。しかも、より重要なことは、右大会で実質的憲法改正の方法をめぐる問題が以上のような形で一応決着をつけられたことから、憲法改正をめぐる学説上の論議は、右大会を境として、憲法改正の方法という形式の問題から憲法改正(権)の内容の問題へとその焦点を移していくことになったことであった。以下右大会での報告を中心に順を追って紹介していくことにしよう。

(i) 大会では、第一報告をドーナが担当し、第二報告をトリールが担当した。前者は、ほぼ当時の支配的学説の立場にたつもので、その論拠は異なるにせよ、実質的憲法改正の方法と運用を基本的に容認・肯定した。これにたいして、後者は、当時のドイツ国法学の新しい潮流⁽⁸⁵⁾に立ちつつ、実質的憲法改正の方法とその運用にたいして、結論的には現行法上その適法性を容認するにせよ、基本的には否定的立場をとったのである。

まず、第一報告者ドーナの報告要旨を紹介すれば、概略次の通りである。彼は、まず、憲法改正法律につき、その内容を基準として、「憲法原則の将来の効力を全体としてあるいは部分的に廃止する」ものと、「憲法原則の効力をたんにその事物的範囲につき制限するにすぎない」ものとに二分し、かかる区別を原則(Regel)と例外(Ausnahme)の対立によって特徴づけるとともに、後者をシュミットにならって「憲法破毀」と称する⁽⁸⁶⁾。そして、彼は、前者の内容をもつ法律の制定には形式的憲法改正の方法を要するが、後者については実質的憲法改正の方法で許されるとし、た

だしその場合には、少くとも法律の前文で、憲法改正が立法機関により意図された旨が何らかの形で表示されるべきであるとするのである。⁽⁸⁷⁾

ところで、ドーナは、かように現行法上一定範囲（憲法改正法律が右の意味での「憲法破壊」に該当する場合）で実質的憲法改正の方法を容認するのであるが、そうだとするとかかる容認の根拠および範囲が問題となる。まず、前者についていえば、彼は、その根拠として、「法政策上」（Gesetzepolitisch）の必要性を強調する。即ち、彼によれば、もし現行法上実質的憲法改正の方法が絶対に許されないものとすれば、立法府にとり種々の重大な不都合が生ずる。たとえば、憲法八五条は、予算は会計年度の開始前までに法律で確定されるべき旨定めているが、実際には期限通りに成立しないことがしばしばあり、したがって、かような場合にもし実質的憲法改正の方法が許されないものとすれば、予算を適法に制定する途は存在しないことになる。また、戦後連合国側の圧力の下に戦犯の裁判のために特別裁判所が設置されたが、かかる場合にも実質的憲法改正の方法が許されないものであったとすれば、憲法典はかような不名誉な痕跡を永久にとどめることを余儀なくされたであろう、とするのである。⁽⁸⁸⁾

ドーナは、以上のように、「法政策上」の必要性という根拠から、実質的憲法改正の方法は一定範囲で認められるべきことを主張するのであるが、そうだとすると、次にその範囲が問題となる。この点について、彼は、「新憲法施行以来、運用はこの方向（ドーナが提唱する方向―筆者）で申し分なく行なわれてきた」と述べており、⁽⁸⁸⁾この言葉から判断するかぎり、先の定義で実質的憲法改正の方法で許されるとされた法律の範囲（別言すれば、「憲法破壊」を内容とする法律の範囲）は、実際には、これまで制定されてきた実質的憲法改正法律の全てを包摂するものとして極めて広く理解されていることが解る。そうだとすると、ドーナの報告は、必ずしも積極的ではなかったにせよ、結局のところ実質的憲法改正の方法とその運用の弁証に外ならなかったといわなければならない。⁽⁸⁹⁾なお、後述する本

稿の課題との関連でいえば、「憲法破毀」の概念が彼においては極めて広く理解されており、その結果、非常事態との関連性を喪失し、著しく形式化⁽⁹⁰⁾されていることに注意しておきたい。

(iii) 右のように、第一報告者ドーナが実質的憲法改正の方法を基本的に肯定したのにたいして、第二報告者トリーパーは、現行法上消極的ながらその適法性を容認しつつも、同時に法治国的保障の強化と議会権力の抑制という観点から、実質的憲法改正の方法にたいして基本的に否定的な立場をとり、将来それを廃止すべきことを強く主張したのであった。報告要旨は概略次の通りである。

トリーパーは、実質的憲法改正の方法の適法性を論ずるに先立ち、まず右方法がいかなる弊害をもたらすのかを問題にし、かかる弊害として次の二点を指摘する。第一の弊害は、憲法典と「現実に効力を有している憲法」との間にずれを生ぜしめることである。トリーパーはいう。「ビスマルク憲法施行後一世代以上も経過した一九〇六年に、イェリネックは憲法改正について『信じ難いほどの無秩序』が支配していることを非難した。……しかし、我々は新憲法施行後僅か五年余で憲法典にたいして当時とほぼ同じような状態に直面しているのであり、もし彼がかかる状況を経験したならば何といたであろうか。憲法一四八条によれば、就学義務の終了にさいして、全ての生徒に一冊の憲法典の複製を手渡すことになっているが、そのさい、憲法典の条文のいかに多くの箇所が誤ったものとなり、不完全なものとなっているかを示す一冊の註釈書を同時に手渡さなければならぬ時が直きにくくであろう⁽⁹¹⁾。しかし、彼は、かようなずれの発生、ことにドーナが形式的憲法改正の方法の遵守を要求した「憲法原則の将来の効力の廃止」を内容とする法律によるずれの発生は、たんなる形式的な弊害にすぎず、むしろより重要な弊害は、ドーナが実質的憲法改正の方法で許されるとした「憲法破毀」(ただし、トリーパーはこの概念を「憲法原則の効力を個別の場合につき制限する」場合と狭く解する)を内容とする憲法改正法律による「憲法原則の目立たない秘かな歪曲と空洞化」と、それに伴

う「憲法の不可侵性にたいする信仰の消滅」である、とするのである。⁽⁹²⁾

トリーペルが指摘するもう一つの弊害は、実質的憲法改正の方法が憲法改正を著しく容易にしている、ということである。即ち、彼によれば、憲法改正とは、本来憲法の発展史における境界石 (Markstein) たるべきもので、したがって、あくまでも例外的現象でなければならず、市民の自由保障を主たる内容とするワイマール憲法の下では、「市民の自由が民主主義的議会制国家においてこそ最も脅威にさらされる」という事情に鑑みると、憲法改正は一層慎重に行なわれなければならない。にもかかわらず、ドイツでは、実質的憲法改正という慣行の故に、憲法改正は著しく容易にかつ頻繁に行なわれるという、極めて憂慮すべき状態が発生するにいたっているのである。⁽⁹³⁾

トリーペルは概略以上のように実質的憲法改正の方法がもたらす弊害を指摘したあと、次にその適法性を、現行法 (de lex lata) とあるべき法 (de lege ferenda) に区別して論ずる。まず、前者についていえば、彼は、右の諸弊害にもかかわらず、また憲法七六条の文言は実質的憲法改正の方法を禁止していると解されるにもかかわらず、実質的憲法改正の慣行が帝制期以来今日まで一貫して継続されているという事情に鑑みると、同方法は今日では「慣習法の力」(Kraft eines Gewohnheitsrechtes) を獲得するにいたったとして、いわゆる憲法慣習法論を媒介にしてその適法性を肯定する。⁽⁹⁴⁾しかし、同方法とその従来への運用を無条件に肯定するのではなく、第一に、最少限の要求として、今後制定されるすべての実質的憲法改正法律は、その前文でそれが憲法改正手続を遵守して制定された旨を明示すべきこと⁽⁹⁵⁾と、そして第二に、「憲法に反する『措置 (Maßnahme)』」を内容とする憲法改正法律は、形式的憲法改正の方法による場合も含めて、全て「憲法改正手続の濫用」であり許されない、とするのである。⁽⁹⁶⁾

次に、今後いかにすべきかという立法論の問題(彼はこの点をこの報告での最も重要な問題とする)については、彼は、先に紹介した種々の弊害に鑑み、ことに憲法改正を困難にするという観点から、今後実質的憲法改正の方法を全面的

に禁止すべきこと、そして、そのための憲法改正を早急に行なうべきことを提案したのであった。⁽⁹⁷⁾

以上がトリール報告の概要であるが、⁽⁹⁸⁾ その特徴は、第一に、先にも指摘したように、実質的憲法改正の方法にたいして基本的に否定的な立場をとっていることであり、そして、第二に、右の点と関連して、憲法改正立法者による「憲法破毀」(トリールはこの概念を前述したように狭義に解し、シュミットの用法にかなり接近している) について、形式的憲法改正の方法の遵守を条件として、一応肯定しつつも、一定の場合(「憲法に反する『措置』」を内容とする場合)には許されないとして、憲法改正立法者の「憲法破毀」権に限界を設けていることである。「憲法破毀」に関するトリールのかかる立場は、後述するように、その後学説上様々に展開された「憲法破毀」論の一つの立場を示すものであるが、いずれにせよ以上のような彼の主張の根底には、市民的自由の保障を核心とする法治国的保障の強化という当時の学説上一般的に主張された要求と同時に、議会の強力な立法権(および憲法改正権)とそれを支えてきた支配的学説の伝統的な立法者万能論(および憲法改正無限界論)にたいする不信と批判という、当時の国法学の新しい潮流に共通して見られる反議会主義的・反実証主義的主張が存在していたことは注意しておく必要のある点である。⁽⁹⁹⁾

(2) 第三三回ドイツ法律家大会は、概略以上のような報告とそれをめぐる討議を経た後、両報告者によって作成された五項目からなる共同提案を採択して終了したが、右大会は、先にも指摘したように、その後の動向との関連で見るとき、幾つかの点でドイツ国法(学説)史上重要な位置を占めることになったのである。そこで、最後に、本節の結びもかねて、右大会の特徴について、本稿のテーマとの関連で二、三指摘しておくことにしたい。⁽¹⁰⁰⁾

第一の特徴は、右大会において実質的憲法改正の方法をめぐって帝制期以来展開されてきた論争に一応の決着がつけられたことである。即ち、これまで紹介してきたように、実質的憲法改正の方法は、北ドイツ連邦憲法およびビスマルク憲法時代の運用により形成・発展せしめられ、当時の支配的学説により追認・弁証されることにより、憲法改

正の主たる方法として頻繁に活用され、その結果、主として単一国家への発展（ライヒ権力の拡大強化）を促進する手段として重要な役割を果たしたのであった。にもかかわらず、他方で同方法は立憲主義的観点から見るとき種々の重大な弊害をもたらし、このためG・イエリネックの批判に典型的に見られるように、学説上少なからず強い批判にさらされることになったのである。したがって、かかる経緯からすれば、国民主権の原理を採用し、法治国的保障の強化を志向したワイマール憲法の下では、実質的憲法改正の方法は当然に廃止されて然るべきものであった。事実、憲法草案起草者プロイスは、先に紹介したように、憲法制定権力の理念にもとづき、実質的憲法改正の方法は当然に廃止されるべき旨の見解を主張したのであるが、にもかかわらず、憲法制定者達（国民議會）は、この点について明確な意思を示さず、このためその確定は将来の学説と運用に委ねられることになったのである。そして、かかる背景の下に、当時の厳しい情勢を背景として、憲法制定後直ちに実質的憲法改正の方法が頻繁に活用されることになり、それ故、以上のような事情からすれば、法学界全体としてはいかなる形にせよ実質的憲法改正の問題にたいして明確な意思を確定し、かかる不安定な状況を除去することが急務であったといえる。二四年の法律家大会で右の問題がテーマとして取上げられたのは、かかる事情からすれば当然の成行きであったといわなければならない。そして、そこでは、右に紹介したように、報告を担当したドーナとトリーパーは、積極・消極の差はあるにせよいずれも現行法上実質的憲法改正の方法の適法性を肯定し、また、かかる内容の両者の共同提案も総会で採択され、かくして右方法の適法性は、法学界全体の意思として確定されたのであった。⁽¹⁰²⁾しかし、同大会では、右の確定と同時に、トリーパーの強い主張の下に同方法は将来廃止されるべきこと（共同提案第一項）もまた確認されることになり、この要求はワイマール憲法時代には結局実現されることなく終わったものの、第二次大戦後のボン基本法七九条一項として結実することになったのである。⁽¹⁰³⁾

第二の特徴は、右の大会を主たる契機として、実質的憲法改正の運用が不十分ながら改善されるにいたったことである。即ち、前述したように、両報告者は、全ての実質的憲法改正法律にたいして、その前文で当該法律が憲法改正手続を遵守して制定された旨を表示すべきことを要求したが、かかる要求を内容とする共同提案(第二項)が総会で採択されたことにより、⁽¹⁰⁴⁾右の要求は法学界全体の意思として確立されることになった。そして、かかる事情を背景として、右大会の直前に制定された二四年八月三〇日の「国有鉄道法」(Reichsbahngesetz)を最初として、その後三三年三月のナチス授権法に至るまでの間に制定された全ての実質的憲法改正法律には、その前文に以下のような条項(当時「公示条項」(Publikationsklausel)と呼ばれた)が挿入されることになったのである。⁽¹⁰⁵⁾

「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」⁽¹⁰⁶⁾

ところで、右のように「公示条項」を挿入するという運用の改善は、当時の学説および運用上次のような少なからず重要な意味をもつものであった。第一に、これまでの学説上、いわゆる「偶然的憲法改正」(zufällige Vfsänderung)法律(制定時点では憲法改正的性格が意識されなかったにもかかわらず、偶々憲法改正多数で議決された法律)の適法性をめぐって種々論議されてきたが、⁽¹⁰⁷⁾右の改善によってかかる論議に終止符が打たれたことである。第二に、右の運用の改善により、憲法改正法律と通常法律(とくに違憲法律)の判別が客観的に可能となり、⁽¹⁰⁸⁾そのことによって法律に対する裁判所の違憲審査権の成立(および行使)の前提条件が形成されるにいたったことである。そして第三に、右の点と関連して、右の運用の改善は、憲法の最高法規性を確立・強化しようとする当時の傾向を反映したものであると同時に、かかる傾向を促進するものであったことである。即ち、前述したように、当時の支配的学説は憲法と法律の質的区別を否定し、その意味で憲法の最高法規性を基本的に否定するものであったが、二〇年代中葉を境にして憲法の最

高法規性を肯定する見解が学説上次第に有力となる傾向を示していくことになった。⁽¹⁰⁹⁾ 憲法改正法律と通常法律を客観的に区別しようとする先の運用の改善は、少くとも憲法と法律の質的区別の観念を前提としかつ促進するものであり、かかる意味で右の運用の改善は、憲法の最高法規性を確立・強化しようとする当時の傾向を反映し、かつ促進するものであったといえよう。

第三の特徴は、先にも指摘したように、右大会がドイツにおける憲法改正に関する「理論史上の転換点」(レーヴェンシュタイン)⁽¹¹⁰⁾としての位置を占めることになったことである。即ち、これまで紹介したように、帝制期以来憲法改正をめぐる学説上の論議はほとんど専ら憲法改正の方法という形式に係るものであった。しかし、右大会でかかる方をめぐる論議に一応の決着がつけられたことにより、そしてそれと同時に、憲法改正立法者による「憲法破毀」が許されるかどうかという憲法改正の内容に係る新しい問題が提起されたことにより、これ以後憲法改正をめぐる学説上の論議は、憲法改正立法者による「憲法破毀」が許されるかどうか、さらには憲法改正権の限界の存否という憲法改正(権)の内容をめぐる展開されていくことになり、かかる意味で右大会は憲法改正についての「理論史上の転換点」としての位置を占めることになったのである。ところで、そうだとすると、憲法改正(権)の内容をめぐるその後いかなる論議が展開されたのが問題となろう。この点については、本稿のテーマである憲法改正立法者による「憲法破毀」の是非に関する論議を中心にして、次に節を改めて紹介することにした。⁽¹¹¹⁾

(85) ワイマール時代の国法学の動向については、宮沢俊義「公法学における政治」公法の原理(昭四二)四五頁以下、G・ライプホルツ(木村亀二訳)「ドイツにおける国法学の近況」法学志林三三巻八号(昭六)三三三頁以下、K. Sontheimer, a. a. O., S. 41f.

(86) Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentags, (1925), SS. 32, 35; なお、ドーナは、前者の例として、帝国議会の立法期を一般的に延長した一八八八年五月の形式的憲法改正法律を、また後者の例として、同立法期を戦争終了まで延長した前記一八七〇年七月の実質的憲法改正法律を、それぞれ指摘する (Ibid., S. 36)。

- (87) Ibid., S. 31.
- (88) Ibid., S. 36.
- (89) トリーベルは、ドーナの主張は結局のところ運用の弁証に外ならない、と批判する (Ibid., S. 52.)。
- (90) 以上のほか、ドーナは、憲法を改正して、国事裁判所に法律の合憲性についての抽象的事前審査権を与えるべきだとする。その主張の内容と趣旨については、Ibid., SS. 32, 40.
- (91) Ibid., SS. 49—50.
- (92) Ibid., SS. 51—53.
- (93) Ibid., SS. 55—56.
- (94) Ibid., SS. 47—48.
- (95) Ibid., SS. 57—59.
- (96) Ibid., SS. 48—49.; その理由は、彼によれば、「憲法七六条は、国会にたいして、あらゆる随意の憲法侵犯のために同条の手續を利用する許可状を与えているわけではないから」である (Ibid., SS. 48—49)。なお、かような「憲法に反する『措置』」に該当するものとして、トリーベルは、後述するシュミットにならって次のような場合を指摘する。即ち、(イ)国会が憲法条文を変更せずに個別の場合につき憲法改正議決により自らの解散を行なう場合、(ロ)国会が憲法の定める大統領解職手續によらずに、憲法改正議決により大統領を罷免する場合、(ハ)国会が、自らが議決した法律にたいする国民投票を憲法改正手續を利用して個別の場合に排除するとき、である (Ibid., S. 48)。ところで、彼は、右のような立場にもとづいて、二六年のいわゆる「阻止法 (Abdrosselungsgesetz) 案」(正式には「第二国民投票法案」(Entwurf eines Zweiten Gesetzes über den Volksentscheid))に反対する。右法案は、学説上しばしば憲法改正立法者による、「憲法破毀」の例として引用されるものであり、その意味で以下簡単に紹介しておくことにする。
- 前章で紹介したように、ドイツは二三年秋に未曾有のインフレーションに直面することになるが、政府はかかる状況の下で二五年に既存の債権の価額の引上げを内容とするいわゆる「価額引上法」(Aufwertungsgesetz)と呼ばれた法律を制定した。ところが、これにたいして、ドイツ預金者同盟 (Deutsche Sparenbund) を中心にして、右法律の改正を目的とする国民請求のための許可申請がなされたのである。かような状況の下で、右の国民請求を阻止することを目的として作成されたのが先の「阻止法案」であった。即ち、同法案の内容を簡単にいえば、その第一条で、二四年二月以前の法律関係につき貨幣価値下落の効果を規律する法律 (したがって、右の「価額引上法」も含む) は、憲法七三條四項で国民請求が例外的に禁止されている「予算」等に関する法律とみなされる旨定めるとともに、さらに第三条で、この阻止法自体についても国民請求による改廃を禁止する旨定めていたのである (右法案につき、F. Poetsch-Heffter, a. a. O., Bd. 17, S. 134)。ところで、政府は右法案

の提出にさいしては、憲法七三条四項にいう「予算」には、「予算に直接かつ重大な影響を及ぼす全ての法律」(したがって「価額引上法」)も当然含まれると解し、それ故、本来かような立法措置を講ずるまでもなく憲法上当然に先の国民請求の申請を却下しうるとする立場をとっていたが、ただ疑義を回避するため先の「阻止法案」を「公示条項」を付した憲法改正法案として国会に提出したのであった。しかし、結局右法案は不成立に終り、他方先の国民請求の申請も右の政府解釈にもとづき却下されたのである(以上につき、参照、河村・前掲書一六九—一七〇頁、C. Schmitt, Volksbegehren u. Volksentscheid, (1927), S. 17f.)。

ところで、右の「阻止法案」をめぐって学界でも様々な見解が表明された。たとえば、シュミットは、「阻止法案」のような試みを基本的に憲法上許されない、「憲法破壊」であるとしつつも、憲法七三条の解釈については政府の解釈を支持し、したがって、政府による許可申請の却下を正当なものとした(Ibid., S. 17ff.; なお、この点に関するシュミットの見解の詳細については後述する)。これにたいして、トリールは政府の措置を要旨次のように批判する。即ち、貨幣価値下落の効果を規律する法律(故に「価額引上法」)は憲法七三条四項にいう「予算」に含まれず、それ故「阻止法案」は憲法改正的性格をもつ。したがって、政府が右法案を憲法改正法案として提出したのはそのかぎりでは妥当な措置であった。しかし、問題は、右法案が憲法改正手続にしたがって制定されたとしても、憲法上許されないものであった、ということにある。ただし、右法案は、規定自体の一般的表現にもかかわらず、特定の法律(即ち、「価額引上法」)を現に進行中の国民請求による攻撃から守ることのみを目的とするものであり、したがってそれは正に「憲法に反する『措置』」のための憲法改正手続の濫用」にはかならず、それ故、右法案の制定が仮に憲法改正の形式で行なわれたとしても、それは憲法の改正ではなく、「憲法の破壊」(Bruch der Verfassung)にはかならないからである(H. Triepel, Das Adressierungsgesetz, DJZ, (1926), Heft 12, Sp. 845f.)。

(97) Verhandlungen, SS. 55, 57.

(98) 以上のほか、トリールも、ドーナと同様に、憲法を改正して国事裁判所に法律の合憲性に関する抽象的事前審査権を与えるべきだとする。その内容については、Ibid., SS. 64—65; なお、ドーナと比較した場合、そこで大統領の役割が強化されている点には注意しておく必要がある。因みに、トリールは、法律にたいする憲法の優位性を強調しつつ、一方では、司法審査権を議会制共和国においては「権力欲に飢えた議会」から市民の自由を保障するための不可欠の手段としつつも(Der Weg der Gesetzgebung, AöR Bd. 39, S. 533f.)、他方では、二八年の国法学者大会の報告では、「憲法裁判」(Verfassungsgerichtsbarkeit)制度の創設を提唱するケルゼンにたいして、裁判対象たる「憲法」(彼はこれを「国家的団体を統一体に形成する秩序の総括概念」と実質の意味に解する)と「憲法争議」(Verstreitigkeit)の「政治性」を強調して、同制度の限界を強調する(H. Triepel, Wesen u. Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL Heft 5, (1929), S. 2ff.; なお、参照、佐藤功・前掲論文(国家学会雑誌五七卷七号七二—七四頁、林田和博「独逸国事裁判所論」法政研究三卷一号一—二六頁以下)。また、国法の「政治性」に関するトリールの主張については、Vgl. H. Triepel, Staatsrecht u. Politik, (1927), S. 12f.

(99) トリーペルの実質的憲法改正の方法にたいする否定的な立場と「憲法破毀」論の根底に議會(国会)の強力な立法権とそれを支えてきた伝統的な立法者万能論にたいする批判・不信という観点が存在していたことは、これまで紹介してきた彼の様々の主張(委任立法に関する制限説の提唱、司法審査制の提唱、形式的憲法改正の要求、憲法改正立法者による「憲法破毀」権の限界の主張)や、憲法改正限界論の主張(彼は二三年秋の二つの授権法に関連して、そこに見られるような立法権の包括的な委任は仮に憲法改正の形式によつたとしても憲法の精神に反するもので許されぬ、と主張する(H. Triepel, Die Ermächtigungsgesetz, DJZ, (1924), Sp. 6f.))とも見られるが、さらに二六年の「阻止法」に関する論說の中で彼の次のような主張の中に特に明瞭に見られる。「現在我々が扱っている事例(「阻止法案」のこと―筆者)は、比類なき明瞭さで今日の根本悪を示している。それは、形式(Form)こそ全てであり内容(Inhalt)は何ものも意味しない、法律の形式は一切の法律の内容を神聖にしてしまふ、立法者は形式の適用によりあらゆる法破壊の危険から免れようという謬見の支配である。そして今こそかかる謬見を打破しなければならぬ。ただし、それは究極的には最高善たる法と正義自体に係る問題だからである。正義の女神に仕えようとする者は、不遜にも自らを拘束する法よりも強いと自負する権力欲に満ちた立法者の攻撃からその玉座を守らなければならぬ」(Abdrosselungsgesetz, Sp. 850)。因みに、実質的憲法改正を否定しようとする彼の主張の根底には、法治国的保障の確立・強化という観点(要求)があるといったが、この観点についても、右と関連して次の二点が注意されるべきである。一つは、彼が憲法の最高法規性と不可侵性を強調する場合に、同時に憲法(国法)の解釈方法として、「目的論的方法」(teleologische Methode)をとるべきことを主張していることである。即ち、トリーペルは二六年の有名な「国法と政治」(Staatsrecht u. Politik)と題する論說(フリードリッヒ・ヴイルヘルム大学での総長就任演説)の中で、国法の対象が「政治的なるもの」(「政治的なるもの」とは、彼によれば、広義には「国家目的に係る全て」を意味し、狭義には「最高の国家目的に係るもの」を意味する)であるとし、かかる認識から国法の解釈方法としては、法と政治を峻別する伝統的な「法律的方法」(juristische Methode)に代つて、論理的・形式的概念操作に政治的考量をも加味した「目的論的方法」を採用すべきことを主張するのである(Ibid., SS. 12, 20, 37)。そのさい、彼は、かかる「目的論的方法」は政治的主観主義とは区別されるべきであるとし、また解釈にさいして利益の比較衡量を行なう場合には、その基準は実定法という「客観的なるもの」(das Objektives)に求めるべきであるとし、また解釈にさいして利益の比較衡量を行なう場合には、その基準の中に見出すことができない場合には、それを「社会の法意識」の中に求めるべきであるとし、のみならず、「緊急の場合」(Notfall)には「法理念」や「永遠の正義」をこそ基準にすべきである、とするのである(Ibid., SS. 39—40)。つまり、トリーペルの右のような主張はそれ自体正当な認識を含んでいるにせよ、当時の状況と脈絡の中で見るとき、彼の主張の核心は、結局のところ国法(憲法)解釈にさいしての、実定法(「ワイルヘルム憲法」)にたいする、「自然法」(「主観的政治的価値観」)の優位を主張する点に、あつたと見ることができるのである(参照、宮沢・前掲論文五四頁)、そのかぎりでは彼の憲法の最高法規性と不可侵性の主張も、ワイルヘルム憲法の保障を意味するものではなかつたといわなければならぬ。さらに、注意すべきもう一つの点は、彼が議會権力から市民の自由を保障する制度として司法審査制を強調する場合、一般論としては正当

な主張を含むものであったとしても、当時のワイマル・ドイツの具体的状況との関連で見ると、次のような問題を含んでいたことである。即ち、司法審査権（違憲法令審査権）を認めるかどうかという問題は、当時の国法学における最大の争点の一つであったが、そのさい、右権限を積極的に支持したのはE・カウフマンに代表されるいわゆる「政治的」国法学派であったことである（K. Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, (1968), S. 75 f.; なお、司法審査をめぐる当時の学説の状況については、覚道豊治「ドイツにおける裁判所の法律審査についての諸問題」阪大法学三号二〇頁以下。因みに、ヘラーによれば、司法審査権を積極的に支持したのは「右に位置する法律家」達であり、「市民的民主主義的法律家」達はむしろこれを否定し、またそのさい、「右に位置する法律家」達が右制度を積極的に支持した理由は、国会が「自由主義的法治国」(Der liberale Rechtsstaat)を「社会的法治国」(Der soziale Rechtsstaat)に変えることを阻止する実効的な保障制度を創出することであった」となっている（H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur, Die Neue Rundschau, 40. Jg. (1929), in Gesammelte Schriften, Bd. 2, (1971), S. 449 f.）。そして、司法審査制をめぐる国法学者達のかような動向は、当時の司法裁判所の実態とその運用にはば対応している。即ち、初期を中心とした重要な刑事裁判（カップ一撥、ミュンヘン一撥など）にさいして、伝統的な保守的な支配階層出身者からなる司法裁判所は、右にたいしては寛大に、逆に左にたいしては過酷なまでに厳しい判決を下したのであり、F・ノイマンをして、司法裁判所こそ「反革命の中心」であり「反民主主義陣営の重要部分」といわしめるような役割を果たしたのであった（F・ノイマン・前掲訳書二六―二八頁、なお参照、斎藤秀夫「ワイマル憲法下の裁判と世論」裁判官論（昭三八）二二―二八頁以下、清水誠他「ワイマル司法の軌跡」法学セミナー七三年四月号―七五年一〇月号）。ともあれ、右のような事情を考慮するとき、トリレーベルをも含めた当時の司法審査制の確立・強化の主張は、必ずしもワイマル憲法の保障に直結するものでなかったことは確かである。

(100) 右大会には以下の本文で述べることの外にも、先の前報告にも見られるように、国事裁判所に法律の合憲性に関する抽象的事前審査権を与えるべきかどうかという重要な問題が含まれていた。しかし、右大会では事柄の重要性に鑑みこの問題に立入ることは意識的に回避され（Verhandlungen, S. 65 f.）、その検討は続く三四回大会に委ねられることになった。なお、この問題については、覚道・前掲論文、林田・前掲論文のほか、池田政章「ドイツ型憲法裁判の系譜と特質」(101) 国家学会雑誌七三卷六号五一頁以下、同八号三八頁以下、七四卷一・二号一頁以下参照。

(101) Ibid., S. 68.

(102) 学説上実質的憲法改正の方法の適法性を否定するのは、前記プロイスのほかブレット（J. Brecht, Der Weg der Vf.sänderung, Zeitschrift für Staatswissenschaft, Bd. 82, (1927), S. 440 f.）が中心となっており、圧倒的多数はこれを肯定する。たゞ、G. Anschütz, a. a. O., S. 401; F. Giese, a. a. O., S. 190; F. Poetzsch-Hefter, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl., (1928), S. 332; Stier-Somlo, Reichs-u. Landesstaatsrecht, Bd. 1, (1924), S. 665; E. Jacobi, a. a. O., S. 289; K. Löwenstein, a. a. O., S. 350 f.; Piloty, Vf.sänderung

ohne Änderung der Vf.surkunde, DJZ (1923), Sp. 512 f.; W. Jellinek, Das vñ.sändernde Reichsgesetz, HdbDStR, Bd. 2, S. 187; S. Jeselsohn, a. a. o., S. 22 f.; C. Bilfinger, Verfassungsumgehung AöR NF, Bd. 11, (1926), S. 190 など。また判例・政府解釈も肯定する (G. Anschütz, a. a. O., S. 401)。もともと、学説上のかかる肯定は、先の大会の報告にも見られるように決して積極的なものではなく、レーヴェンシュタインの表現を借りれば、学説は「憲法政治的にかつあるべき法としては拒否した現象にたいして、現行法上は承認を拒みえないという強制状態 (Zwangslage) にした」といえる (K. Löwenstein, a. a. O., S. 60)。また、右と関連して、適法性を認める論拠も多様である。一般的には、アンシェッツに典型的に見られるように、立法権から区別されたそれに優位する憲法制定権力の観念を否定し、それにもとづき憲法と法律の質的区別を否定することにより、明文の禁止規定がない以上実質的憲法改正の方法は当然に許されるというラバント以来の論拠が主張されたが (Vgl. G. Anschütz, a. a. O., S. 401 f.; K. Löwenstein, a. a. O., S. 50f.; Stie-Somlo, a. a. O., S. 665; F. Giese, a. a. O., S. 190; J. Hatscheck, a. a. O., Bd. 1, S. 27; E. Jacobi, a. a. O., S. 264), しかく、他方では、前述したように「法政策上」の必要性 (ドーナ) や憲法慣習法論 (トリール) をめぐっては立法者意思 (ハッチ・ヘフター)、内外の緊急事態 (ビルフィンガー) など多様な論拠が主張された。このことは、憲法原理の根本的転換に対応して憲法の最高法規性を確立・強化しようとする当時の学説の有力な動向の中で、ラバントに由来する支配的学説の主張が少くとも徐々にではあるにせよ動揺しかつ説得力を失いつつあったことを示しているものと思われることができる。なお、実質的憲法改正の適法性が肯定された結果、帝制と同じ理由から、実質的憲法改正法律の改廃は通常法律によって許されるものとなれ、また実際にもそのように運用されることになった (G. Anschütz, a. a. O., S. 402; K. Löwenstein, a. a. O., S. 54 f.; S. Jeselsohn, a. a. O., S. 25 f.; Verhandlungen, S. 68)。もともとこの点については、実質的憲法改正法律の改廃にも憲法改正手続の遵守を要するとする説も少数ながら主張され始めたことにも注目される (Piloty, a. a. O., Sp. 514 f.; Stier-Somlo, a. a. O., S. 665)。

(103) ボン基本法七九条一項は、「基本法は、基本法の文言を明文をもって変更し、または補充する法律によつてのみこれを変更することができ」と定め、実質的憲法改正の方法を明文をもって禁止した。これは、直接的にはワイマール憲法時代に見られた右方法による「憲法破毀」や「憲法の空洞化」を除去するという基本法制定者達 (基本法制定会議 parlamentarischer Rat) の意思にもとづくものである (Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes; JöR NF, Bd. 1, (1951), S. 573; Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 79—3f.)。基本的には憲法制定権力の観念の導入にもとづく憲法 (基本法) と法律の質的区別の確立という憲法観念の変化に起因するものといえる (Vgl. H. Ehrhke, Vf.sänderung u. Vf.sdurchbrechung, AöR Bd76, S. 398 f.)。なお類似の規定は当時制定されたラント憲法 (たとえば、ヴェルテンベルグバーデン憲法一二三条、ヘッセン憲法一二五条、シユレスヴィッヒールシュタイン憲法三五条など) にも見られる (E. Menzel, Rechtsformen der formalen Vf.sänderung, Festschrift für F. Giese zum 70. Geburtstags, (1953), S. 194)。因みにボン基本法七九条一項の実質的憲法改正を禁止する原則は、その後一九五四年の基本法改正 (同条一項後段の追加とそれに伴う一四二条aの追加) によって著しく緩和されることに

なつた。この点については Vgl. H. Ehmke, a. a. O., S. 408 f.; 藤田嗣雄「西独の再軍備と憲法改正」ジャーナリスト五七号二頁以下。

(98) Verhandlungen, S. 68.

(99) K. Löwenstein, a. a. O., S. 84 f.; E. Jacobi, a. a. O., S. 262.

(100) 以上のような「公示条項」を伴った実質的憲法改正は、「公示された憲法改正」(die kenntlich gemachte Vf.sänderung)あるいは「明示的憲法改正」(ausdrückliche Vf.sänderung)と呼ばれることになり、他方「公示条項」を伴わない従前のそれは、「公示されない憲法改正」(die nicht kenntlich gemachte Vf.sänderung)あるいは「黙示的憲法改正」(stillschweigende Vf.sänderung)と呼ばれ、二四年以降両者は一般に区別されるようになった (E. Jacobi, a. a. O., S. 261 f.; S. Jeselsohn, a. a. O., S. 32 f.; Hsü Dau-Lin, a. a. O., S. 71 f.)。ところで、かように「公示条項」を付するという慣行の成立は、基本的には右に見た法学界全体の意思によるものであったが、直接的にはかような意思を背景として行なわれた二四年の「内閣職務通則」(Gemeinsame Geschäftsordnung der Reichsministerien)の改正によるものであった。すなわち、同年五月三日右通則三一条が改正され、同条第二項に、内閣提出の法案が憲法改正を含む場合にはその前文に憲法改正手続を遵守して制定された旨を明示しなければならないという規定が新に追加されたのであった (右通則の全文につき Poetzsch-Helffer, a. a. O., Bd. 13, S. 180 f.)。前記法律家大会に先立って制定された二四年八月の「国有鉄道法」にかかる「公示条項」が付せられたのは右のような事情による。なお、右の通則は、その性質上内閣提出法案のみに係るものであり、また同通則は行政規則にすぎず、したがって、「公示条項」の存否は憲法改正法律の効力に影響を及ぼさないものと当時の学説および判例上解されていたにもかかわらず (G. Anschütz, a. a. O., S. 401; E. Jacobi, a. a. O., S. 262)、実際には成立した法律の大多数が内閣提出法案であったことに加えて、前記大会の決議により、「公示条項」を付するという慣行は、その後例外なく遵守されることになったのである。

(101) E. Jacobi, a. a. O., S. 263; S. Jeselsohn, a. a. O., S. 35 f.; K. Löwenstein, a. a. O., S. 73 f.

(102) Vgl. Verhandlungen, S. 42.

(103) 参照、覚書・前掲論文三〇頁以下。

(104) K. Löwenstein, a. a. O., S. 62.

(105) 憲法改正の限界に関する当時の論議の紹介については、既に多数の優れた研究があるので、以下では原則として省略することにする。たとえば、芦部信喜「憲法改正の限界」憲法講座四卷(昭三四)二三九頁以下、清宮四郎「憲法改正作用」国家作用の理論(昭四三)一四七頁以下、黒田寛「憲法改正の限界性」法学セミナー六二号一五頁、菅野喜八郎「C・シュミットの憲法改正限界論についての一考察」法学二四卷二号一頁以下、同「自然法論的憲法改正限界論」同二六卷一号一七二頁以下、H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung S. 19 ff. など。