

憲法破毀 (Verfassungsdurchbrechung) の概念(四)・完

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 (十一卷二・三号)

第二節 憲法破毀概念の展開と変質

一 肯定説

二 否定説

三 条件説

I 形式的条件説

II 実体的条件説

四 小結び

むすび (以上本号)

第二節 憲法破毀概念の展開と変質

「憲法破毀」をめぐる学説上の論議は、二四年の第三三回法律家大会を境として、それ以後はもっぱら憲法改正立法者による「憲法破毀」の是非ないし許容性を主たる争点として、多様に展開されることになった。そして、結論等にいえば、学説は、右の点につき、大別して、(一)原則的に肯定する説(以下肯定説と呼ぶことにする)、(二)原則的に否定

する説(否定説と呼ぶことにする)、(三)一定の条件の下に肯定(ないし否定)する説(条件説と呼ぶことにする)、の三つの立場に分かれ、相互に鋭く対立することになり、総じて、右の論争は、二〇年代後半におけるドイツ国法学説上の最も重要な論争の一つを形成することになったのである。以下順を追って紹介することにしよう。

一 肯定説

G・アンシュッツに代表される当時の支配的学説は、憲法改正立法者による「憲法破毀」を無条件に肯定した。この説の特徴は、以下の点にある。

(1) 第一の特徴は、憲法七六条所定の「憲法改正」(Verfassungsänderung)の概念を、伝統的理解に従って形式的に解することにより、憲法改正立法者による「憲法破毀」を憲法改正として、無条件に肯定したことである。たとえば、アンシュッツは、周知のように、憲法七六条所定の憲法改正権(Verfassungsgewalt)を、それは「対象について無限界」であり、それ故憲法改正手続を遵守して制定された法律規定は、「内容および政治的重要性のいかんを問わずすべて」同条にいう「憲法改正」に含まれるとするが、かように、憲法改正のメルクマールを専ら憲法所定の改正手続の遵守という形式に求める立場からすれば、「憲法規範の効力を一般的に廃止する(aufheben)ことなく、個別的事例につき破毀する」法律規定(アンシュッツは「憲法破毀」をかように解する)もまた、それが改正手続を遵守して制定されたかぎり、当然に七六条にいう「憲法改正」に含まれ、したがって許されるものとならざるをえないことになる。⁽²⁾

右のように、アンシュッツに代表される当時の支配的学説は、憲法改正概念の伝統的理解⁽³⁾にもとづいて、憲法改正立法者による「憲法破毀」を憲法改正として、無条件に肯定したのであったが、かような立場(＝肯定説)は、後述するように、憲法改正の分野での「憲法破毀」概念の基本的意味が、伝統的な憲法改正概念を内容的に限定することによ

り、憲法改正権力に一定の限界を設けることにあったとすれば、実質的には「憲法破毀」概念を否定する立場にほかならなかつたといえよう。

(2) もう一つの特徴は、右のこととも関連して、支配的学説の下では、「憲法破毀」の概念が実質的憲法改正の概念と混同ないし等置される傾向を示し、そのような意味で同概念が全体として著しく形式化されたことである。すなわち、当時の学説上、「憲法破毀」の概念は、この概念を特殊な法概念として最初に使用したE・ヤコビとC・シュミットの定義自体が必ずしも明確でないこともあつて、多様に定義されたが——そして、このこと自体「憲法破毀」をめぐる当時の論議の重要な特徴をなすものであつたが——、大別すると、同概念を広義に解する立場と狭義に解する立場が見られた。たとえば、同概念を「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」場合と定義する前述したG・ドーナの立場は広義に解する立場の例であり、他方「憲法原則の効力を個別の場合につき制限する」場合と定義するH・トリーペルの立場(前述)は狭義に解する立場の例といえる。

ところで、同概念を広義に解した場合、ドーナの場合に見られたように、当時制定された実質的憲法改正法律のほとんどすべてが「憲法破毀」を内容とすることになり、両概念は実際にはその外延においてほぼ重なり合うことにならざるをえない。このため、かような事情を背景として、「実質的意味の憲法改正は、憲法破毀の形式である」(S・イエゼルゾーン)⁽⁶⁾という理解が生じ、さらには、「いわゆる本来の意味の憲法改正といわゆる憲法破毀との間には実質的な差異は存在せず、ただ前者の場合には憲法典の正文が変更されるのにたいして、後者の場合には変更されないといい形式的な差異が存在するにすぎない」(H・ナヴィアスキー)⁽⁷⁾として、あるいはまた、「憲法破毀とは、たんなる実質的憲法改正法律の場合にすぎない」(C・ビルフィンガー)⁽⁸⁾として、「憲法破毀」と実質的憲法改正を混同ないし等置する見解が生ずることになった。⁽⁹⁾この結果、かような立場の下では、「憲法破毀」の問題は基本的に実質的憲法改正

の問題に解消され、そのことにより、同概念は非常事態との関連性を喪失し、総じて著しく形式化されていくことになったのである。

- (1) G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. (1933), S. 402.
- (2) Ibid., S. 402.
- (3) 帝制期国法學說における憲法改正概念の理解について Vgl. H. Ehmke, Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung, AöR Bd. 79 (1953/54), S. 386 f.
- (4) マンツハマンのほかにこの文脈でたびたび用いられるのは W. Jellinek, Das verfassungsändernde Reichsgesetz, HbStR Bd. 2, (1932), S. 187 ; F. Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl., (1930), S. 190 など。
- (5) 前記第一章第三節一参照。なお、「憲法破毀」(Verfassungsdurchbrechung) という言葉を本稿で考察するような特殊な法概念として最初に使用したのは、前述したように、E・ヤロウヤウ・シラクマヤドである。(Vgl. K. Loewenstein, a. a. O., S. 164; H. Ehmke, a. a. O., S. 386) ≪durchbrechen≫ という言葉自体は、ヤビリノーゲン (P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl., (1911), S. 42) やウ・イェリネック (G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, (1887), S. 263) により使用された。
- (6) S. Jeselsohn, Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung nach Reichsrecht, (1929), S. 48.
- (7) H. Nawiascky, Die Auslegung des Art. 48 der Reichsverfassung, AöR NF Bd. 11, (1926), S. 18.
- (8) C. Bilfinger, Verfassungsumgehung, AöR NF Bd. 11, (1926), S. 173.
- (9) このほか W・イェリネックも両者を等置する (W. Jellinek, a. a. O., S. 187; 参照 K. Loewenstein, a. a. O., S. 62 f.)。ただし、戦後の西ドイツで実質的憲法改正の方法を明文をもって禁止したボン基本法七九条一項をもって「憲法破毀」を禁止したものと解する説があるが (たとえば F. Menzel, Rechtsformen der formalen Verfassungsänderung, Festschrift für F. Giese, (1953), S. 193 f.; Hamann, Das Grundgesetz, 2. Aufl. (1960), S. 347; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 79—3) かなりな所説は、本文で紹介したようなワイマール時代の理解を継承したものと見える。もっとも、他方では、「憲法破毀」と実質的憲法改正を明確に区別する見解も有力である (たとえば、後述の H・エームケのほか、Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. 3, (1974), S. 1872; Meyer-Arndt, Rechtsfragen der Grundgesetzänderung, AöR, Bd. 82, (1957), S. 290 f.; C. F. Curtius, Die Verfassungsnovelle vom 26. März 1954 und die Schranken der Verfassungsrevision, DöV, (1954), S. 705; K. Loewenstein, Kritische Betrachtungen zur

Verfassungsänderung vom 27. März 1954, DöV (1954), S. 385 f.)。また、因みにいえば、ボン基本法の下では、憲法(基本法)改正立法者による狭義の「憲法破毀」の許容性については、説は分かれている。相対的に有力な立場は、ワイマール期の支配的学説と同様に、七九条一項にいう「改正」の概念を、三項所定の改正権の限界をもとより別として、原則として「内容的に包括的」なものであるとし、かような観点から肯定的に解する説であるが、(Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 79—5; Meyer-Arndt, a. a. O., S. 291; C. F. Curtius, a. a. O., S. 705 f.; また、K. Loewenstein, a. a. O., S. 387 も実質上同じ立場にたっているようである)しかし、他方で否定的に解する説も有力である(たとえば、後述するエームケのほか、Mangoldt-Klein, a. a. O., S. 1874)。

二 否定説

以上のような肯定説にたいして、憲法改正立法者による「憲法破毀」を原則として許されないとする立場(＝否定説)が鋭く対立した。カール・シュミットがこの立場の代表的主張者である。先にも指摘したように、憲法改正の分野における「憲法破毀」論(ないし概念)の学説上の意味が基本的には伝統的な憲法改正概念(およびそれにもとづく立法者万能説)にたいするポレミックにあったとすれば、この否定説こそ本来の意味での「憲法破毀」論としての性質をもつものであった。以下否定説について、シュミットの所説を中心に簡単に紹介しておくことにする。

(1) シュミットは、第一章で紹介したように、「憲法破毀」権を主権の所在を決する識別基準として特徴づけるとともに、他方で、憲法四八条の解釈を媒介にして「憲法破毀」権を大統領に帰属せしめたのであるが、憲法改正の分野では、右のような立場とも密接に関連して、憲法改正立法者による「憲法破毀」を原則として許されないとし、かようにして、全体として支配的学説と鋭く対立する立場を主張したのである。

もとより、憲法改正の分野での彼の右のような否定的立場は、主権の識別基準たる「憲法破毀」権を大統領に帰属せしめようとする彼の基本的立場からすれば、いわば論理的帰結として生じよう。けだし、非常事態についての決断をなしうる主体は、事の性質上単一でなければならないからである。しかし、憲法改正の分野での彼の所説の特徴は、

右のような否定的立場が直接的には「市民的法治国」における法律の概念とそれにもとづく法律と措置 (Maßnahme) の概念的区別によって基礎づけられていることにあった。以下順を追って紹介しよう。

(2) (1) シュミットは、周知のように、憲法制定権力の観念を導入することにより、その担い手の政治的決断たる憲法とそれにもとづいて初めて効力を有するところの規範的規律たる憲法律を区別し、ワイマール憲法におけるかような政治的決断として、民主政・共和政等への決断とともに「市民的法治国」(der bürgerliche Rechtsstaat) への決断を挙げる。⁽¹⁰⁾

ところで、シュミットによれば、かかる「市民的法治国」の概念は、一般的性格 (genereller Charakter) を本質的属性とするところの法律の概念 (彼はこれを法治国的法律概念 (rechtsstaatlicher Gesetzesbegriff) と称する) を不可欠の前提とするのである。けだし、彼によれば、「市民的法治国」の標識をなすところの諸々の観念や制度、たとえば、市民的自由、法律の前の平等、権力分立制、裁判官の独立などは、すべて法律が一般的規範 (generelle Norm) であることを前提としてのみ有意味なものとなるからであり、⁽¹¹⁾ のみならず、「市民的法治国」が立脚するところの法律の支配 (Herrschaft des Gesetzes) もまた、法律が一般的規範であることを不可欠の前提とするからである。シュミットはいふ。

「法律の支配とは……人間の支配の拒否……なかならず、まず第一に、立法者自身が自らの法律に拘束され、彼の立法権能が恣意の支配の手段とはならないことを意味する。ところで、立法者の法律による拘束は、法律が正しさ・合理性・正義などの一定の属性をもった規範である場合に限り可能である。すべてこれらの属性は、法律が一般的な規範であることを前提とする。……ところで、かような法律の様々な属性 (正義・合理性) は、自然法が自明性を失ったために、(今日) 疑わしくなっている。……しかし、法治国そのものが消滅することなしには、ひとつの属性だけは放棄することはできない。それはつまり、法規範の一般的という性格である。ここにこそ、法律と命令、理性と意志という古くからの法治国的区别の究極の保障があり、また同時に、市民的法治国一般の思想的基礎の最後の残存物がある。⁽¹²⁾」

かように、シュミットは、一般的性格という属性こそが法治国的法律概念を基礎づけ、法律の支配を可能ならしめ、したがって、今日「市民的法治国」の存立を保障している唯一のものだとし⁽¹³⁾、かかる意味で法律の一般的性格を、ルドルフ・グナイストの表現を借りて、「法治国のアルキメデスの点」(archimedischer Punkt des Rechtsstaates)と称する⁽¹⁴⁾。そして、彼は、正にこの一般的性格によって法律(≡法規範)と措置の概念的区別を基礎づけるのである。けだし、彼によれば、前述したように、法律(≡法規範)とは、その内容が法理念・法原理によって支配されたものであり、それ故一般的性格を本質とするものであるの⁽¹⁵⁾にたいして、措置とは、具体的状況への依存性にその特徴をもち、それ故具体的個別的な性格を本質とするものだからである⁽¹⁵⁾。

(ii)ところで、シュミットによれば、右のように、ワイマール憲法が「市民的法治国」への基礎的政治的決断を内容としたものである以上、同憲法における法律の概念もまた、原則として右のような法治国的意味に解されなければならないのである。別言すれば、ワイマール憲法下の立法者が立法手続(ないし法律の形式)でなしうることは、憲法律の明文上ないしは慣習法的慣行上別段の定めがないかぎり、一般的性格をもった法律を制定・改廃することに限られ、あらゆる随意の国家行為、ことに措置をなしうるわけではないのである⁽¹⁶⁾。

しかも、他方で、「憲法破毀」とはその性質上措置にはかならないのである。シュミットはいう。

「(憲法の)破毀は、その性質からいえば、措置であって規範ではない。したがって、言葉の法治国的意味における法律ではなく、だからまた、憲法律でもない⁽¹⁷⁾」

かように、「憲法破毀」がその性質上措置とされ、しかも他方で立法者(憲法改正立法者も含む)が立法手続でなしうる⁽¹⁸⁾ことが原則として法治国的意味の法律の制定・改廃に限定されるならば、論理必然的に憲法改正立法者は憲法改

正手続(七六条)により憲法を「破毀」することが許されない、ということにならざるをえないだろう。かくして、シユミットはいう。

「言葉の真の意味での憲法改正は、けっして措置ではない。もしも、憲法七六条が定める憲法改正手続が憲法を……破毀する措置のために利用されるならば、それは、四八条の濫用と同様に、法治国を解体せずにはおかない途方もない混乱をまねくことになる。たとえば、国会が、憲法正文を変更することなく、個別の場合に、二五条の大統領命令による代りに自らの議決によって解散しようとしたり、あるいはまた、四三条所定の手続によることなく、七六条にもとづく議決により大統領を罷免しようとするならば、それは憲法に反するものといえよう。これらの場合においては、憲法改正の形式がたんなる措置のために濫用されているのである⁽¹⁸⁾」

以上のように、シユミットは、「市民的法治国」における法律の概念とそれにもとづく法律と措置の概念的区別を根拠として、憲法改正立法者による「憲法破毀」を原則として許されないとしたのであった。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾そして、彼は、かかる基本的立場にもとづいて、憲法改正立法者による「憲法破毀」を、彼のいう主権者による「憲法破毀」(彼はこれを「真正な主権行為」(echter Souveränitätsakt)または「純粋な主権行為」(reiner Souveränitätsakt)と呼ぶ⁽²¹⁾)から区別して、「補遺的主権行為」(apokrypher Souveränitätsakt)と称するのである。⁽²²⁾

(2) 以上がシユミットの憲法改正の分野での「憲法破毀」に関する所説の概要であるが、右に紹介したように、彼の所説は、四八条に関する場合と同様に、時間的推移とともに変化していることもあって、必ずしも明瞭ではない。しかし、その主たる特徴は、一応以下の点に求めることができよう。

第一に、彼が憲法改正立法者による「憲法破毀」を原則として許されないとしていることである。もっとも、註(20)で指摘したように、彼は他方でそれを一定範囲で(後には全面的に)肯定しており、しかもこのことは、規範にたいす

る実存的なるものの優位を肯定するという彼の基本的立場にかかわるものであり、その意味で軽視できないものではあるが、にもかかわらず、彼の「憲法破毀」に関する所説の全体構造からすれば、そしてまた、当時の憲法改正に関する学説の一般的動向との関連で見ると、憲法改正立法者による「憲法破毀」を基本的に否定し、そのことにより憲法改正権を限定しようとした点にこそシュミットの憲法改正の分野における「憲法破毀」論の核心があったと見るべきであろう。

さらに、右の点に関連して注目されるのは、かかる否定的立場の論証にさいして、彼が「憲法破毀」の概念を憲法改正の概念から質的に区別された独自の法概念としてしていることである。すなわち、彼は、両者をたんに作用の態様によって区別する(「憲法理論」における定義によれば、憲法改正は、「これまで効力をもった憲法律の正文の変更」として形式的憲法改正に限定され、憲法律規定を「継続的」に改廃する点にその特徴が求められているの(23)にたいして、「憲法破毀」は、先にも紹介したように、当該憲法律規定の継続的効力を前提として、その個別的例外的侵犯という点に特徴が求められている(23)のみならず、一方では、憲法改正を、憲法改正限界論を媒介にしてその対象を法規範たる憲法律規定に限定することにより、規範的作用とし、したがってまた、憲法改正権も本質的に規範的制約に服する有限な権能(シュミットの表現によれば「真正な権限」(echte Kompetenz))とするの(24)にたいして、他方では、「憲法破毀」を措置Ⅱ事実的作用とし、のみならず主権的行為とすることにより、そのことに対応して、「憲法破毀」権も「国家の統一と実存」の保障を基本的使命とするところの原則として規範的制約に服さない権能(レーヴェンシュタインの表現によれば「非常権」(25))とし、かようにして、両者を概念上も明確に区別したのであった。

もとより、以上のような概念規定とそれにもとづく区別については、その当否が問題とされえようし、さらにそれがワイマール憲法の解釈論として主張されるとき、少なくとも議会権力の限定をもたらす政治的イデオロギーとして

の色彩を濃厚に帯びることになり、その意味でそれはとりわけ当時の具体的政治状況との関連で一層問題とされなければならぬであろう。しかし、同時にこれまで憲法改正とされていた作用の中から、「憲法の廃絶」(Verfassungsvernichtung)および「憲法の除去」(Verfassungsbeseitigung)とともに、「憲法破毀」という作用を概念的に折出し分離したことは、憲法改正に関する学説の関心を形式から内容へ転換させる上で少なからず重要な役割を果し、そのことにより、憲法改正に関する理論的研究を深化せしめる上で一定程度の寄与をしたこともまた確かであった。ともあれ、以上のように、憲法改正立法者による「憲法破毀」を原則として許されないものとし、それとともに「憲法破毀」を憲法改正から区別された独自の法概念としている点に、シュミットの「憲法破毀」に関する所説の最も重要な特徴があったといわなければならない。

第二の特徴は、シュミットが右のような否定的立場を法律の概念から論証していることである。すなわち、彼の所説は、結局のところ、一方で「市民的法治国」の立法権を一般的法規範の制定・改廃に限定するとともに、他方で「憲法破毀」をかような法規範から概念的に区別された措置とすることにより、憲法改正立法者は、憲法所定の改正手続にもとづき、憲法を「破毀」することは許されないとするものであったが、右の論証は、七六条にいう「憲法改正」が基本的に法律の概念に服すること、別言すれば、憲法と法律が基本的に同質的なものであることを前提としてのみ成立するものである。一般に指摘されているように、シュミットは、憲法制定権力の観念を導入し、憲法と法律を区別することにより、憲法改正限界論をはじめとして支配的学説にたいする鋭い polemik を展開したのであるが、しかし、他方で憲法と法律の関係については、実は支配的学説と同様に、たんに前者の改正手続の加重性という点でのみ両者を区別しているにすぎないのである。⁽²⁶⁾このことは、シュミットの所説が、総じて支配的学説にたいする論攻を内容としていたものであったにもかかわらず、他面でそれと基本的な点で共通性をもっていたことを示し

ており、また、同じく憲法制定権力の観念を媒介としつつも、それにより憲法と法律の質的區別を基礎づけた前記H・プロイスの所説やボン基本法下の諸学説と基本的な点で相違したものであったことを示しているといえよう。⁽²⁷⁾ともあれ、以上のような特徴をもつシュミットの所説は、当時の憲法改正(ことに実質的憲法改正)の運用にたいする批判的動向および反法実証主義的風潮と相俟って、四八条の場合とは異なり、当時の学説に強い影響を及ぼすことになり、⁽²⁸⁾かようにして、憲法改正立法者による「憲法破毀」の許容性をめぐる学説上の論議は、彼の所説を軸として展開していくことになったのである。

(10) C. Schmitt, Verfassungslehre, 4. Aufl. (1965), S. 20 f.

(11) Ibid., SS. 151 ff., 175 f.; Besprechung der Kommentar von G. Anschütz, JW (1926), Sp. 2271; Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung (1926), S. 22 f.

(12) Verfassungslehre, SS. 139—142; 尾吹・前掲訳書一七五—一七八頁。

(13) シュミットはいう。「市民的法治国を転変する議会の多数派の絶対主義への完全な解消から守っているものは、ただ法律のこの一般的性格に対し事実上なお残存している尊重の念だけである」(Verfassungslehre, S. 156; 前掲訳書一九五頁)。したがって、彼のかような立場からすれば、立法者が法律の形式で行なうものはその内容の如何を問わず全て法律であるとし、それ故立法者は個別的措置を含め一切の国家行為を随意に法律の形式で行なうとする支配的学説の法律概念(彼はそれを形式的法律概念(formeller Gesetzesbegriff)と呼ぶ)の下では、「市民的法治国」は「その時々々の政党政治的多数派の多頭的絶対主義」に解消されてしまうことになる(Besprechung, Sp. 2271; Verfassungslehre, S. 151)。シュミットのかような主張について、S. イェセルゾーンは、シュミットの法治国理論は基本的に民主主義的議会制にたいする不信から生じたものであり、また右の主張の中には、シュミットが法治国理論によって克服しようとする危険をどこに見ているかが明瞭に示されている」と指摘している(S. Jeselsohn, a. a. O., S. 95)。

(14) Verfassungslehre, S. 151.

(15) 前記第一章第二節二註(9)参照。また Vgl. Unabhängigkeit der Richter, S. 21.

(16) Verfassungslehre, SS. 144—145; シュミットはいう。「国会が、憲法六八条以下所定の立法手続により、X氏の婚姻は解消される、Y氏の財産は没収される、あるいはZ氏は禁治産宣告を受けるなどと議決するならば、それは明らかに憲法に反するものであり、」(Besprechung,

Sp. 2271)。そして、シュミットは、右のような法律形式の個別措置への濫用にたいしては、裁判所は憲法一〇二条（裁判官は独立であり、ただ法律にのみ服する）にもとづき審査すべきだと主張する（Unabhängigkeit der Richter, SS. 11—12）。

(17) Verfassungslehre, S. 107; 前掲訳書一三八頁。

(18) Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, VVDStRL Heft 1, (1924), S. 98.

(19) 同じ理由から、シュミットは、国民も国民立法手続（七三条三項、七六条一項）により憲法を「破毀」することは許されない、とする（Verfassungslehre, SS. 98, 259; Volksentscheid und Volksbegehren, (1927), S. 45 f.）。もともと、この点については、彼は、他方で「国民立法手続の方法により、相当なまたは圧倒的多数の支持で成立した法律は、国民の喝采に迎えられるのであり、真正の主権行為（echter Souveränitätsakt）を表現し、政治的なるもの力によって法治的規律の枠を破ることができない」（Verfassungslehre, S. 260）として、例外的にせよ国民が国民立法手続の方法で憲法を「破毀」しうることを認めている点は注目される。

(20) 憲法改正立法者による「憲法破毀」の許容性に関するシュミットの原則的立場は本文で紹介した通りであるが、他方で、彼は、二八年の「憲法理論」の中では、憲法改正立法者による「憲法破毀」を一定範囲で容認する立場をとり、のみならず、三〇年代に入るとほぼ全面的に肯定する立場をとるにいたっている。この点は彼の憲法理論における基本的立場（規範にたいする実存的なるもの優位）にもかかわるものであり、以下簡単に紹介しておくことにする。

(i) まず、二八年の「憲法理論」における彼の所説についていえば、シュミットは、そこで、これまでワイマール憲法の下では憲法律諸規定の「破毀」が七六条にもとづく憲法改正法律の形式で頻繁に行なわれてきたとし（Verfassungslehre, S. 109）、かかる運用も濫用されないかぎり、憲法の精神には反しないとする。シュミットはいう、「憲法改正の権能をもつ審級は、この権能のために主権的となるわけではない。……他方、立法者を法律の破毀の権能ありと見、憲法改正の権能ある立法者を憲法律的規定の破毀の権能ありと見るのは、いかにもありがちなことである。ところで、このような破毀が政治的に必要になると、憲法にたいする尊重は——憲法律の正文の変更はないのに——憲法改正の手續が遵守されるという風にして表われる。この方法が濫用されない限り、それは憲法の精神に反しないと考えてよいであろう」（Ibid., S. 108; 前掲訳書一三九頁）。そして、シュミットは、右のような立場にもとづいて、「憲法破毀」を、それが憲法律上認められているか否かおよび憲法改正手続を遵守して行なわれるか否かを基準として、「憲法を尊重する憲法破毀」（verfassungssachtende Verfassungsdurchbrechung）と「憲法を無視する憲法破毀」（verfassungsmißachtende Verfassungsdurchbrechung）とを区別する（Ibid., S. 100; 具体的には、前者の例としては、ワイマール憲法四八条二項にもとづく場合、および大統領ニーベルトの任期延長を内容とする二二年一〇月二七日の憲法改正法律などが、また後者の例としては、フランス第二共和制憲法の下での大統領による解散、および議会の立法期を個別の場合に通常法律によって延長する場合、などが指摘されている）、また、右にいう「濫用」か否かの判別基準を、それが「慣行上許された限度」

(Maß des übungsmäßig Zulässigen) 内のものか否かに求め、前述した二六年の「阻止法案」のように、「憲法改正法律の方法で、一定の事項につき七三条による国民発案が排除される」ような場合は、右の限度を越えるものであるとし、他方二六年の「禁止法」(Sperrgesetz: 正式名称は、Gesetz über die Aussetzung der Auseinandersetzung mit den ehemals regierenden Fürstenhäusern) は、右の限度を越えず、故に七六条の方法で許される、とするのである (Ibid., S. 109; なお、「禁止法」とは、裁判所に現に係属中の訴訟の審理を一時延期することを主たる内容とする法律をいう。かような法律は、二六年に、旧ランデスヘルにより提起された多数の財産返還訴訟に関連して制定された。すなわち、旧ランデスヘル達は、共和国が安定するとともに、各ラントにたいして、革命前に所有していた財産の返還訴訟を提起するにいたり、しかも訴訟は彼らの勝利に帰する場合が多かった。かような状況の下で、右の訴訟にたいしていかに対処すべきかが国会でも論議され、財産の無償没収を主張する社会民主党および共産党とそれに反対するブルジョア諸政党との間で激しい論議が展開され、結局、国会は、その妥協策として、現在係属中の訴訟を一時停止して対応策を決定することにした。このようにして制定されたのが二六年二月二三日の「禁止法」である。なお、同法は、制定にさいして、憲法一〇五条一項(何人も、法律の定める裁判官の裁判を受ける権利を奪われない)に反しないかが問題となり、このため、「疑いを回避するため」に憲法改正法律(実質的憲法改正法律)として制定された。また、同法は、同年六月三〇日迄の限時法であったため、同年七月九日および二月一七日の法律(ともに実質的憲法改正法律)により、その効力は二七年六月三二日まで延長された(河村又介・直接民主政治(昭九)一九八頁、S. Jeselsohn, a. a. O., S. 55; M. Franke, Die Verfassungsdurchbrechung nach Reichsrecht, Inaugural-Dissertation, (1931), S. 50 f.)。因みに、右の過程で、社会民主党と共産党は、財産の無償没収を内容とする国民発案を提起したが、国会で否決され、このため、同年六月二〇日に行われた国民投票でも、賛成一四四五万(反対約五八万)を獲得したものの、有権者総数の過半数(約二〇〇〇万)に達しなかったため、右発案は不成立に終わった (Poetsch-Heffler, Vom Staatsleben, AöR Bd. 17, (1929), S. 131 f.)。ところで、右のシュミットの所説について若干付言すれば、彼のいう許容性の判別基準(「慣行上許された限度」)の内容は明確とはいえず、何故「阻止法案」が右の限度外のもので、逆に「禁止法」が限度内のものであるかの明確な根拠は示されておらず(因みにいえば、右の「禁止法」の制定にさいして国会に提案された二つの法案(現に係属中の全ての返還訴訟を一時停止し、かつその新たな提起を禁止する)とともに、財産の無償没収を主たる内容とする共産党案と、新たな訴訟の提起を禁止する)ともに、旧ランデスヘルは財産の処理をラント法律に授權することを内容とする民主党案)については、シュミットは、両者はいずれも措置を内容とするが故に憲法上許されないものであるとしている (Unabhängigkeit der Richter, SS. 5 ff., 24)。(右の評価は、「多分に論者の主観的政治的価値判断にもとづいている」と見ることもできようである。したがって、かような点からすれば、「憲法破毀」の許容性の基準は、シュミットにおいては結局のところ「政治の領域」にあるとするレーヴェンシュタインの批判的指摘 (K. Loewenstein, a. a. O., S. 228) は、基本的に正当だといえよう。

(ii) さらに、三〇年代に入ると、シュミットは、当時の危機状況を背景として、憲法改正立法者による「憲法破毀」を慣習法的慣行を根拠としてほぼ全面的に肯定する立場をとるにいたるのである。すなわち、彼は、三〇年代初期のドイツの国内状況を「議會制的立法国家 (parlamentarischer Gesetzgebungsstaat) (II 「市民的法治国」—筆者) の崩壊」として特徴づけるとともに (Legalität und Legitimität, 2. Aufl., (1968), S. 7) そのこととも関連して、次のように主張する。「(今日の) 事態は著しく不可量的でかつ異常であるため、法律規範はこれまでの性格を喪失し、たんなる措置となる。もし、立法者自身と議會制的立法国家の国法学が、かような現実の影響を受けて、立法者の全ての措置を法律と明言し、立法者の下で法律と措置が最早区別されないとするならば、逆に措置にたいして権能をもつ独裁者もまた非常立法権を獲得することは首尾一貫したことである。立法者は措置をとることができ、措置にたいして権能を有する独裁者は法律を制定することが出来る」(Ibid., S. 87)。もとより、右の文章の主眼は大統領が四八条二項にもとづいて法律力を有する措置をとることが出来ること主張にあったと見るべきであろうが(第一章第三節註(16)参照)、同時にそこでは立法者(憲法改正立法者も含む)が法律の形式で措置をとることが出来るものとされておき、それ故、憲法改正立法者による「憲法破毀」も原則として肯定されていると見ることが出来る。そしてまた、かように法律と措置の区別が消滅した事態は、法律(法規範)の一般的性格とそれにもとづく法律と措置の区別を「法治国のアルキメデスの点」とする前述したシュミットの立場からすれば、正に「市民的法治国」の解消(ただし、彼によれば「全体国家」への解消)を意味するものにはかならなかつたのである (Vgl. Ibid., S. 7)。

(21) Verfassungslehre, SS. 109, 260.

(22) シュミットによれば、「補遺的主権行為」とは、「主権的でない国家官庁や地位」が「黙示の認容の下に行なう主権行為をいう」(Ibid., S. XII; 前掲訳書七頁)。そして、彼は、「市民的法治国」の下では、かような「補遺的主権行為」が不可避免的に発生せざるをえないとする。ただし、彼によれば、「あらゆる国家には、主権的権力により、通常の規律された権限体系を……例外的に破毀する(ことのできる)審級が存在しなければならぬ」(Besprechung, Sp. 2272)のであるが、にもかかわらず、「市民的法治国の憲法理論」は、「絶対的規範性の擬制」の下に、かような「具体的に実存する主権」と「不可避的な主権行為」を排除しようとするため、「市民的法治国」の下では、「不可避的な主権行為のために、補遺的な主権行為の方法が発達」することにならざるをえないからである (Ibid., SS. 108, 150)。ワイマール憲法下の憲法改正立法者による「憲法破毀」は、シュミットの立場からすれば、かかる「補遺的主権行為」の一例にすぎない。なお、以上のシュミットの所説について若干付言しておけば、一つには、支配的学説の立場からすれば、憲法改正立法者こそが彼のいう主権者となり (Vgl. Besprechung, Sp. 2271) したがって、大統領が四八条にもとづいて行なう「憲法破毀」こそが逆に「補遺的主権行為」となる、ということであり、そして、もう一つには、「補遺的主権行為」という概念は、もとより「真正な主権行為」ではないという意味で消極的・否定的評価の要素を含んだ概念ではあるが、しかし同時に、「国家の実存と統一」を最高価値とし、「規範にたいする実存的なるものの優位」を肯定するシュミットの基本

的立場からすれば、「補遺的主権行為」も、それが「国家の統一と実存」に奉仕するものであるかぎり、基本的に積極的・肯定的評価の対象ともなりうる概念である」ということである。

(23) Verfassungslehre, SS. 99—100; 前記第一章第三節一参照。

(24) Ibid., S. 102 f.

(25) K. Loewenstein, a. a. O., S. 228.

(26) シュミットはいう。「正しく見るならば、あの基礎的な政治的諸決定は、実定法学にとっても決定的なもので、真に実定的なるものである。

その後のもろもろの規律、いろいろな権限の列举や限定、何らかの理由で憲法律の形式が選ばれるもろもろの法律は、あの諸決定にたいしては、相対的で第二次的である。これらの法律の外形的な特徴は、それらがただ第七六条の困難にされた改正手続によってのみ改正されまたは除去されうるという点にある。」(Verfassungslehre, S. 25; 前掲訳書三三頁)。

(27) プロイスの所説については、前記第二章第一節Ⅱ(神奈川法学十一卷二・三号二七頁)参照。なお、前記五四年の基本法改正に関連して、「憲法破毀」についてボン基本法下の学説上最も詳細に検討し、否定説の立場をとるのはH・エームケであるが、シュミットと比較した場合の彼の所説の特徴は、憲法制定権力の観念を媒介として、憲法と法律を質的に区別しつつ、右の立場(否定説)を憲法の概念から基礎づけている点にある。その要旨を紹介すれば、以下の通りである。

エームケは、まず次のようにシュミットの所説を批判する。「憲法改正権が憲法破毀権を含むか否かという問題を法律の概念から解決しようとするシュミットの試みは誤っている。ただし、憲法の破毀が許されるかどうかということは、憲法の本質からのみ明らかになりうることであつて、憲法を変更する法律の本質から明らかになりうるわけではないからである。憲法破毀の許容性の問題は、形式的ないし実質的法律概念の問題ではなく、形式的ないし実質的憲法概念の問題である」(H. Ehmke, a. a. O., SS. 399—400)。エームケは、シュミットの所説をかように批判しつつ、次に、憲法制定権力 (pouvoir constituant) の観念を媒介にして、憲法制定 (Verfassungsgebung) と立法 (Gesetzgebung) および憲法と法律は質的に異なつたものであると」(Ibid., SS. 398—399)。「かかる区別にもとづいて、憲法改正権とは、憲法の実質的核心 (materialer Kern) という限界内で、「一般的効力をもつ憲法規範を変更・補充・廃止・新設する」権限であり、したがつて、それは「憲法規定が特定の場合一つ特定の期間適用されないこと、すなわち破毀されること」を定める権限を含まず、かような作用(「憲法破毀」—彼はこれを「憲法規範の効力を一般的には維持しつつ、例外的にそれに反する場合」と解する)は、「憲法の改正ではなく、憲法違反 (Verfassungswidrigkeit) あるが憲法侵犯 (Verfassungsverletzung) にはかならぬ」(Ibid., SS. 400—401)とすると同時に、それは憲法の実質的概念(「権力の制限と合理化および自由な政治的生活過程の保障のための実質的全体」と定義する)とも矛盾する、とするのである。エームケはいう。「憲法の破毀は、憲法改正権の外にあるばかりでなく、むしろ権力の制限と合理化としての憲法と矛盾する」(245)

盾する。したがって、憲法改正立法者は、仮に憲法改正の方法によつたとしても憲法破壊権を取得することはできない。けだし、そのような場合には、立憲国家はその基盤を喪失し、憲法はその意味を失い、自由な民主的の基本秩序に代つて議会のその時々三分の二の多数による絶対主義が登場することにならうからである」(Ibid., S. 401)。エームケは、かように述べて、憲法上の例外規定たる経過規定(Ubergangsbestimmung)と緊急事態規定(Notstandsbestimmung)による場合を別として、「憲法破壊」を原則的に許されないとする(Ibid., S. 405 ff.)。そして、彼は、以上のような基本的立場にもとづいて、一九五三年一月三三日に連邦議会に提出された基本法改正法案(基本法一一七条一項の効力を五五年三月三二日まで延長することを内容とするもの)と五四年三月二七日に公布されたボン・パリ条約に関する基本法補充法(基本法七九条一項後段の追加とそれにもとづく一四二条aの追加)を、いずれも「憲法破壊」を内容とするものであるが故に憲法上許されないとするのである(Ibid., S. 408 ff.; なお、右の改正をめぐる論議の概要については、Maunz = Durig, a. a. O., Art. 79—5 f.; また、エームケの右の論説については、マイヤー・フルントによる詳細な批判があるほか(Meyer-Arndt, a. a. O., S. 275 ff.)、我々では今井威教授による紹介(H・エームケ・憲法の改正と憲法の破壊」阪大法学二四号(昭三〇)一一七頁以下)がある)。

(28) 憲法改正の分野での「憲法破壊」に関するシュミットの所説は、四八条の場合とは異なつて、当時の学説に強い影響を及ぼした。たとえば、前述したように、トリールが彼の所説を基本的に支持する立場をとつたほか、プロイスも、憲法改正立法者は憲法を改正する権限のみをもち、それを個別の場合に「破壊」する権限をもたないとして、ほぼ同じ立場にたち(H. Preuß, Verfassungänderndes Gesetz und Verfassungsurkunde, DJZ, (1924), Heft 17/18, Sp. 653) また、M・フランケも、シュミットにならつて、憲法改正と「憲法破壊」を概念的に区別することにより、否定説の立場をとり(M. Franke, Die Verfassungsdurchbrechung nach Reichsrecht, (1931), S. 86 ff.)、さらには、トーマも、以下のようにシュミットとはほぼ同じ立場をとる。すなわち、トーマは、憲法七六条は、「一般的かつ継続的な憲法改正の権限」のみを含み、「個別的ないし一時的な憲法破壊の権限」を含まず、したがつて、「憲法を破壊する措置」のために憲法改正法律の形式を利用してゐる運用は「権限の篡奪」にはかならず、原則として許されないとする。しかし、彼は、同時にかような運用は、今日では慣習法の成立により「明白な濫用」がないかぎり許されるものとなつた、とするのである(R. Thoma, Grundbegriff und Grundsätze, HdbStR Bd. 1, (1930), S. 155 f.; Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, (1926), S. 46 f.; なお、「明白な濫用」に属するものとして、トーマは、憲法改正法律ないし議決の形式による国会の自律解散・大統領の罷免・特定の法律にたいする国民発案の排除、などを指摘する)。

もっとも、他方では、シュミットの所説にたいしては強い批判も生ずることになつた。以下の三で紹介する諸説は、いずれも多かれ少なかれ彼の所説にたいする批判の上に成立したものであるが、一例としてイエセルゾーンによる批判を紹介しておけば、その批判点は以下の通りである。すなわち、第一に、ワイマール憲法はシュミットのいう「市民的法治国」の概念を純粹な形で採用してはおらず、したがつて、一般

性はワイマール憲法下の法律の本質的要素ではないこと (S. Jeselsohn, a. a. O., S. 67) 第二に「シュミットのいう「措置」の概念は特殊な法哲学的見解にもとづいたものであって、一般的に支持できるものではないこと (Ibid., S. 68) 第三に「ワイマール憲法は、主権的権力により独占的に憲法を「破毀」しうるいかなる地位も認めてはいないこと (Ibid., S. 70) 第四に「シュミットは絶対主義への解消から「市民的法治国」を守るものとして法律の一般的性格を指摘するが、独裁者が一般的法律を制定したからといって法治国的保障の要請が実現されるわけではなく、この点からすれば立法権の主体をこそ問題とすべきだ (Ibid., S. 94) ということである。

三 条件説

右に紹介した相対立する二説(肯定説と否定説)から区別されるべき第三の説として、憲法改正立法者による「憲法破毀」を一定の条件の下に肯定(ないし否定)する説がある。この説は、一面では右両説の折衷説としての性格をもつものではあるが、同時にそれ自体として独自の内容をもち、また、当時の学説上右両説に劣らず有力に主張され、現実政治上少なからず重要な機能を果たしたものである。

ところで、かような条件説は、条件(Ⅱ「憲法破毀」の許容性の判別基準)を標準として見た場合、大別して次の二説に分けることができる。第一説は、判別基準(Ⅱ条件)を憲法正文の変更という形式に求めるもので、ここでは形式的条件説と呼ぶことにする。もう一説は、同基準を「平等原則」に含まれている「恣意の禁止」に求めるもので、ここでは実体的条件説と呼ぶことにしたい。(29)内容的に見れば、前説は肯定説に近く、後説は否定説に近いといえる。以下順を追って紹介することにしよう。

Ⅰ 形式的条件説

形式的条件説とは、右に述べたように、憲法改正立法者による「憲法破毀」の許容性の基準を、憲法正文の変更という形式に求める説である。そして、この説の基本的特徴は、右のことからも明らかのように、「憲法破毀」の問題を基本的に実質的憲法改正の問題として扱っている点にある。この説には、前述したトリーパーや後述するF・シュ

リューターが部分的に属するほか、E・ヤコビおよびK・レーヴェンシュタインが属するが、代表的主張者はレーヴェンシュタインである。彼は、一九三〇年に、当時の危機的状況を背景にして、『憲法改正の諸形態』(Erscheinungsformen der Verfassungsänderung)と題する憲法改正に関する包括的な研究を公表したが、その中で、彼は、「憲法破壊」の問題を中心テーマの一つとして取り扱っており、したがって、ここでは、形式的条件説について、右の研究における彼の所説を中心に紹介しておくことにしたい。

(1) (i) 右の研究におけるレーヴェンシュタインの基本的な問題関心は、三〇年当時のドイツにおいて、国の基本法としての憲法の不可侵性の理念をいかにして回復し確立するか、ということに⁽³⁰⁾あったといえる。そして、彼は、かような観点から、ドイツにおけるこれまでの実質的憲法改正(彼の呼称によれば、「間接的憲法改正」(mittelbare Verfassungsänderung))の運用の中に基本的な問題性を見る。ただし、彼によれば、従来の実質的憲法改正の方法の頻繁な利用は、今日憲法秩序を根底から動揺せしめており、のみならず、右の方法は、議会のその時々の変転する多数に憲法秩序を随意に侵害することを認めるものにはかならず、その意味で、それは、憲法の不可侵性の理念と根本的に矛盾するものだからである。⁽³¹⁾

レーヴェンシュタインは、か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るが、しかし、同時にワイマール憲法の解釈論としては、彼は、同憲法のように憲法の構造上法律にたいする憲法の優位が明確に示されていないような場合には、それを禁止する明文の規定がないかぎり、実質的憲法改正の方法を現行法上否定することはできない、とするのである。⁽³²⁾このため、彼の表現によれば、かような「強制状態」(Zwangslage)の下で、右方法を現行法上いかにして制限するかが彼の最大の関心となる。

彼は、右のような立場にもとづき、まず、立法論として右方法を禁止すべきだとする前記法律家大会でのトリーペ

ルの提案を評価するが、同時にその実現の可能性は当面少ないとし、⁽³³⁾ かようにして「憲法破毀」をめぐる論議に注目する。すなわち、彼は、シュミットの所説について、それは「自然法的傾向をもつ憲法イデオロギー」であり、「合法性を軽視し……憲法典の不可侵性を相対化する」ものだ⁽³⁴⁾と批判しつつも、同時にその憲法理論上の功績を評価し、「憲法破毀」の概念を継承することにより⁽³⁵⁾、⁽³⁶⁾、彼は、同概念を、憲法法規の一般的効力が制限され例外が形成される場合、と広義に解する、⁽³⁷⁾、現行法上、実質的憲法改正の方法による「憲法破毀」が許されないことを次のように基礎づけるように試みるのである。

(ii) 彼は、まず、憲法の性質から「憲法破毀」の不可避性を次のように主張する。

「例外 (Ausnahme) を欠いた原則規定 (Regelsatz) のみからなる憲法は存在しない。……現実のあらゆる具体的な憲法の形成は、憲法の定型的諸制度を、その社会学的・歴史的・地理的諸条件に応じて変容せしめ、憲法の原則規定のかたわらに、それ⁽³⁸⁾を作用させるためその都度必要な例外を設定する。……かくして、現実のあらゆる憲法は、原則規定とその具体的例外との混合から成る。いかなる憲法も、かような原則規定と……例外との並存という現象を免れることはできない。かかる例外規定は、あらゆる憲法の本質を成す。」⁽³⁶⁾

ところで、レーヴェンシュタインによれば、あらゆる憲法制定者達は、右のような例外規定 (＝「憲法破毀」) の不可避性の認識にもとづいて、憲法典の中に予め原則規定にたいする例外規定を設けることにより⁽³⁹⁾ (これを彼は「憲法の自己破毀」 (Selbstdurchbrechung der Verfassung) と称する)、あるいはまた、かような例外を設けるための授權規定を採用することにより⁽⁴⁰⁾ (これを彼は「授權された憲法破毀」 (ermächtigte Verfassungsdurchbrechung) と称する)、事態に対処しようとするのである。そして、彼は、憲法上許される「憲法破毀」は、憲法上明文をもって定められている右の二つの場合に限られるとし、⁽⁴¹⁾ したがって、憲法制定後に新たに「憲法破毀」(＝例外規定) の必要性が生じた場合には、形式、

的憲法改正の方法により、憲法典の中にかかる例外規定自体を追加するか、もしくは授權規定を追加することによってのみ対処すべきであり、それ以外の方法——ことに実質的憲法改正の方法——によって対処することは許されないとする(39)のである。けだし、彼によれば、憲法制定者が、一方で憲法典の中に例外規定を設けつつ、あるいはまた通常立法者等にそのための権限を授權しつつ、他方でかかる例外の創設を随意の実質的憲法改正法律に委ねることは「憲法の内在的論理」と矛盾するものであり、のみならず、かようなことを認めるならば、「最終的規範体系としての憲法典の本質」と矛盾する結果を招来することになるからである(40)。ともあれ、レーヴェンシュタインは、以上のようにして、憲法上許される「憲法破毀」を「憲法の自己破毀」と「授權された憲法破毀」に限定することにより、実質的憲法改正法律(ないし議決)による「憲法破毀」を現行法上許されないとしたのであった(41)(42)。

(2) 以上がレーヴェンシュタインの所説(＝形式的条件説)の概要であるが、その特徴は、一応以下の点に求めることができよう。

第一に、形式的条件説においては、先にも指摘したように、「憲法破毀」の問題が基本的に実質的憲法改正の問題として扱われていることである。すなわち、レーヴェンシュタインの所説は、結局のところ、法治国的保障の強化という観点から、「憲法破毀」の概念を利用することにより、憲法改正法律が「憲法破毀」を内容とする場合には形式的憲法改正の方法を要するとし、かようにして実質的憲法改正の方法を現行法上制限しようと試みたものであったといえようが、かように基本的に憲法改正の方法(ないし形式)を問題としている点で、それは前節で紹介した伝統的な憲法改正論と軌を一にするものであり、憲法改正立法者にたいする拘束という点では共通性をもちつつも、本来憲法改正権の内容的限定を核心とするところの「憲法破毀」論とは、その次元を異にするものであったといえるべきである(43)。

第二に、「憲法破毀」の概念が、レーヴェンシュタインにおいては著しく形式的・機能的概念とされていることである。すなわち、彼は、憲法の原則規定にたいして「例外」を形成ないし内容とするものは、その法形式の如何を問わず全て「憲法破毀」とするため、「共和国保護法」や授權法のみならず、憲法上の、「例外」規定(たとえば、憲法改正手続を定める憲法七六条)をも全て「憲法破毀」とするのであるが、このことは、一面では同概念を脱イデオロギ―的価値中立的な機能的概念にするという利点をもちつつも、他面ではかような過度の拡散化と形式化により、同概念の意味および存在理由をも同時に著しく不明瞭にしてしまうものであったといわなければならない。

ともあれ、以上のような特徴をもつレーヴェンシュタインの所説は、彼の実践目的の観点からシュミットの所説を巧みに換骨奪胎したものといえ、そのような意味ですぐれてポレーミッシュな性格をもつものであったといえよう。

(29) 条件説に属しつつも、以下の本文で紹介する形式的条件説および実体的条件説のいずれにも属さない説として、S・イエゼルゾーンの所説がある。その要旨を簡単に紹介すれば、彼は、憲法改正の概念について伝統的な理解を継承し、したがって、肯定説と同様に憲法改正立法者による「憲法破毀」(彼はこれを「憲法規範にたいする一時的侵害」と解する)を原則として肯定するが(S. Jeselsohn, a. a. O., SS. 46, 74 f.)、しかし、他方で幾つかの憲法条項(たとえば、大統領の解散権を定める二五条、大統領の任期を定める四三条、国民立法手続の例外を定める七三条四項など)については、その内容上明示的もしくは黙示的な「破毀の禁止」(Durchbrechungsverbot)を含むものであるとし、かような意味で憲法改正立法者による「憲法破毀」権に一定の限界を設けるのである。したがって、以上のようなイエゼルゾーンの所説は、形式的には肯定説に近いが、実質的には否定説に接近することになる。また、「憲法破毀」については、肯定説の立場にたちつつも(前記註(4)参照)、例外的に憲法が個別の場合につき明確に定めているような場合(たとえば、大統領の罷免手続を定める四三条二項など)には、憲法改正法律はそれと異なる定めをすることは許されないとし、憲法改正の限界を主張するW・イエリネックの立場も、実質的には右のイエゼルゾーンの立場に近いといえよう。(W. Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, (1931), S. 8 f.)。

(30) K. Loewenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, (1931), SS. IX, 305 f.

(31) Ibid., SS. 63 f., 305.

(32) Ibid., SS. 51 f., 55 f.; 因みに、レーヴェンシュタインは、実質的憲法改正の方法がドイツでのみ発生し、しかもワイマール憲法下に継承された究極の原因は、「ドイツ憲法生活の社会心理的欠陥」たる「憲法感覚の欠如」(別言すれば、「法律にたいする憲法の絶対的優位の原

則」が諸外国におけるように確立されていないこと)にある」とする (Ibid., 51 f.)。

(33) Ibid., S. 307.

(34) Ibid., SS. 64, 306.

(35) Ibid., SS. 166, 171 f.; なが、レーヴェンシュタインの「憲法破毀」の概念について簡単に説明しておけば、彼は、従来支配的学説の下で憲法改正とされてきた憲法変更現象を、形式および内容を基準として細分し、その一形態を「憲法破毀」と称する。すなわち、彼は、まず、憲法変更現象を憲法変更の形式(形式的憲法改正法律による場合と実質的憲法改正法律による場合)を基準として二分し、次に、それぞれについて、内容を基準として五ないし六のカテゴリーに細分するのである。この内、後者(実質的憲法改正法律による場合)については、彼は、(ア)憲法拡大 (Verfassungserweiterung) || 憲法法規の追加・補充を内容とする場合、(イ)憲法置換 (Verfassungsverdrängung) || 憲法法規の交代(削除と補充)を内容とする場合、(ウ)憲法阻止 (Verfassungshemmung) || 憲法法規の効力の一時的な停止を内容とする場合、(エ)憲法逸脱 (Verfassungsüberschreitung) || 憲法法規上当該行為を行う権限が欠如している場合、および(オ)憲法破毀、の五つのカテゴリーに細分し (Ibid., S. 104 f.)。そして、後述するように、この内「憲法逸脱」と「憲法破毀」を内容とする場合にのみ憲法正文の変更(形式的憲法改正)を要する」とするのである (Ibid., S. 192 ff.)。なお、因みにいえば、レーヴェンシュタインは、先の定義におけるような「例外」を形成するかぎり、その法形式の如何を問わず全て「憲法破毀」とする。したがって、「憲法破毀」は、彼においては、憲法改正法律によってのみならず、国およびラントの通常法律、大統領命令、国会の議事規則などあらゆる法形式により(もとよりその許容性は別問題として)生じうることになる (Ibid., S. 172 f.)。

(36) Ibid., SS. 243—244.

(37) Ibid., SS. 244 f., 253 f.; 因みに、レーヴェンシュタインは、ワイマール憲法における両者の例として、以下のような諸規定を挙げる。
(i) 「自己破毀」の例—(ア)憲法改正手続を定める七六条(同条は、通常立法手続を定める三二条一項にたいする「例外」を定めたものとき、故に「自己破毀」とされる。以下同様)、(イ)国民発案の制限を定める七三条四項(同条一—三項)、(ウ)秘密会を定める二九条後段(国会の会議公開の原則を定める同条前段)、(エ)公用徴収を定める一五三条二項(所有権の保障を定める同条一項)など (Ibid., S. 246 f.)。

(ii) 「授権された憲法破毀」の例—(ア)法律の留保を伴う諸規定(通常立法者にたいする「憲法破毀」の授権を内容とするものとされる)、(イ)国会における選挙につき表決数の確定を議事規則に委任する三二条一項後段、など (Ibid., S. 260 f.)。

(38) Ibid., S. 294.

(39) Ibid., SS. 294, 304.

(40) Ibid., S. 282.

(41) *Ibid.*, S. 295; なお、以上のようなレーヴェンシュタインの所説においては、形式的改正の方法によりさえずれば「自己破毀」あるいは「授權された憲法破毀」の創設は無制限に許されるか否かが、ことに国の基本法としての憲法の不可侵性の理念を強調する彼の立場からすれば、問題となる。この点について、彼は、支配的学説と同様にいわゆる改正無限界説の立場にたち、したがって、原則として無制限に許されるのであるが (*Ibid.*, SS. VII, 294, 304) ¹。しかし同時に、「制度的保障」(Institutionelle Garantie) を内容とする規定 (たとえば、婚姻制度を定める一一九条、所有権制度を定める一五三条など) および「プログラム規定」(Programmsatz) を内容とする規定 (たとえば、芸術・学問にたいする国家の保護・助成を定める一四二条など) については、その性質上「破毀を免除された」(durchbrechungsimmun) 規定であるとし、これらの規定にかぎって破毀は不可能とするのである (*Ibid.*, S. 288 f.)。したがって、このかぎりでは、レーヴェンシュタインの所説は、前述したイエゼルゾーンの所説と外見上類似した構造をもつことになる。

(42) レーヴェンシュタインと同様に形式的条件説にたつのは E・ヤコビである。彼の所説の概要を紹介すれば以下の通りである。ヤコビは、前章で紹介したように、四八条二項にもとづく大統領の「憲法破毀」権については限定された範囲で肯定したが、憲法改正立法者による「憲法破毀」についても、原則として憲法正文の変更を条件として肯定するのである。すなわち、彼は、従来憲法改正と呼ばれてきた現象を、内容を基準として、「法規的憲法改正」(rechtssatzmäßige Verfassungsänderung) (憲法法規を廃止もしくは抽象的に変更する場合) と「憲法破毀」(具体的場合に憲法法規と異なる定めをする場合) とに二分し (E. Jacobi, *Reichsverfassungsänderung, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. 1, (1929), S. 261) ²。憲法七六条にいう「憲法改正」とは、形式的憲法改正 (右のいずれを内容とするものであれ) と「法規的憲法改正」のみを意味する、とする。別言すれば、「憲法破毀」を内容とする実質的憲法改正法律は、同条にいう「憲法改正」に含まれず、故に許されないとするのである (*Ibid.*, S. 271) ³。そして、彼は、以上のような立場にもとづき、立法者が「憲法破毀」を行なう場合には、形式的憲法改正の方法によるか、もしくはまず「法規的憲法改正」を行ない、しかる後にそれにもとづいて「憲法破毀」を内容とする法律を通常法律として制定するかのいずれかの方法によるべきであるとし (*Ibid.*, S. 274) ⁴。また、「憲法破毀」にたいして差し迫った必要が生じた場合には、原則として四八条によって対処すべきであり、それでもなおかつ不十分な場合には、「憲法に反する法律は、七六条を遵守して制定することができる」旨の明文規定を七六条に追加することにより、憲法改正立法者の「憲法破毀」権を憲法上の法制度とすることが唯一の正しい方法だとする。しかし同時に、彼は、そのような場合には「憲法はその意味を失う」ことにならう、とするのである (*Ibid.*, S. 274) ⁵。

(43) なお、憲法改正立法者にたいする拘束という点についていえば、レーヴェンシュタインの所説は、後述するシュリューターの所説とともに、現実には最も厳しいものであったといえる。けだし、「憲法破毀」を形式的憲法改正の方法でその都度行なうことは実際上容易ではなく、のみならず、彼は、同概念を広義に解し、具体的には二〇年の「議会保護法」、二三年の「共和国保護法」および授權法など多数の法律を「憲

法破毀」を内容とするものとしてゐるからである (Ibid., S. 183 ff.)。なお、因みにいえば、ヤコビにおいても同様に少なからぬ数の実質的憲法改正法律が「憲法破毀」を内容とするものとされているが(たとえば、二〇年の「国選挙法」(Reichswahlgesetz von 27. April 1920)、「禁止法」、「阻止法案」など (E. Jacobi, a. a. O., SS. 268—269))。しかし、他方で、彼においては「共和国保護法」や授權法などのワイマール憲法史上重要な役割を果した実質的憲法改正法律は「法規的憲法改正」を内容とするものとされ、それ故許されるものであったとされよう (Ibid., S. 264 f.)。

II 実体的条件説

同じ条件説に属しつつも、右の形式的条件説から区別されるべき説として、実体的条件説がある。この説は、「憲法破毀」の許容性の判別基準を、ワイマール憲法一〇九条一項所定の「平等原則」(Gleichheitssatz)に含まれている「恣意の禁止」(Verbot der Willkür)に求め、それ故、憲法改正立法者による「憲法破毀」を、内容上「恣意の禁止」に反しない場合にかぎって許されるとするものである。この説には、G・ライプホルツのほかF・シュリューターが属するが、代表的主張者はライプホルツであり、したがって、ここでは彼の所説を中心に紹介することにした。

(1) (i) ライプホルツの所説は、三三年に「公法雑誌」に掲載された『憲法破毀』(Verfassungsdurchbrechung)と題する論説の中で詳細に展開されているが、その骨子は、「憲法破毀」に関する従来の諸説を批判しつつ、三二年に大統領ヒトラーの誕生を阻止すべく企図された大統領ヒンデンブルクの任期延長計画(II「憲法破毀」)を基本的に弁証する、というものであった。したがって、彼の所説は、一言でいえば、憲法改正立法者による「憲法破毀」の新たな弁証論という性格をもつものであり、しかも、事の性質上「憲法破毀」論の核心をなすところの非常事態にさいしての例外的憲法侵犯の許容性の問題を正面から取り扱ったものであった。以下、三二年の大統領の任期延長計画についてまず簡単に紹介し、次いでライプホルツの所説を紹介することにした。

(ii) 三二年一月、当時の首相H・ブリュニング(H. Brüning)は、大統領ヒンデンブルクの任期が同年四月をもつ

て満了するという事情に鑑み、主要諸政党の指導者に対して、国会の憲法改正多数による議決(ないし憲法改正法律)にもとづき、大統領の任期を暫定的に延長することを提案した。そして、ブリュニングのかような任期延長(実質的には大統領選挙の回避)を内容とする提案は、公的には当時ドイツが直面していた「外政的危急事態」(ヴェルサイユ条約の改正による賠償および軍備制限の緩和)を理由とするものではあったが、実際には大統領ヒトラーの誕生を阻止することを基本的な狙いとするものにはかならなかった。けだし、三〇年九月の国会選挙の結果が示していたように、当時ナチス党はその勢力を飛躍的に伸張しつつあり、したがって、かかる状況の下で大統領選挙が行なわれた場合には、当時の左翼およびブルジョア中間諸政党の急速な退潮と混迷状況からして、ヒトラーに対抗しうる対立候補としては現大統領ヒンデンブルクにおいては存在しなかったが、ヒンデンブルクは、当時既に八五歳の高齢に達しており、このため仮に当選しても職務を長期間担当することは不可能であり、それ故近い将来大統領ヒトラーが誕生することは必至の情勢だったからである。ブリュニングは、かかる情勢に鑑み、二〇年二月の先例(憲法改正法律による大統領エーベルトの任期延長)⁽⁴⁴⁾に倣って、差し当たり大統領の任期を延長し、しかる後に憲法の大幅な改正を断行してヒンデンブルクを終身の摂政とする立憲君主制を導入し、そのことにより大統領ヒトラーの誕生を終局的に阻止するとともに、保守主義勢力をナチス運動から切断してナチス運動の孤立化をはかろうとしたのであった。⁽⁴⁵⁾

しかしながら、ブリュニングのかような任期延長計画は、ブルジョア中間諸政党(中央党、民主党、人民党など)のほか、ファシズムの阻止という観点からする社会民主党の同意を獲得することはできたものの、当然のことながら、ナチス党、さらには伝統的右翼政党たる国家人民党の強い反対に遭遇し、⁽⁴⁶⁾このため国会で憲法改正多数を獲得する可能性は失われ、かくして、右計画は国会に提案されることなく挫折することになったのである。この結果、三二年三月から四月にかけて、ワイマール憲法史上二度目の大統領選挙が行なわれ、同憲法の運命を賭した激烈な選挙戦

の結果、ブルジョア中間諸政党および社会民主党の支持を背景としたヒンデンブルクが、新旧両右翼陣營の統一候補ヒトラーおよび共産党のテールマンを破り、第三代大統領に選任されたのであった。

(iii)ところで、右の過程で、任期延長計画の是非をめぐって、政府とナチス党との間で激しい論争が展開されることになった。この論争は、事の性質上憲法解釈論争としての性格をもち、また、後述する学説上の論議（ことにライプホルツの所説）を生ぜしめる契機となったという意味でのみならず、それ自体としてもワイマール共和国の崩壊過程の一面を示すものとして興味あるものであり、それ故、以下その要旨を簡単に紹介しておくことにしたい。

まず、ヒトラーは、三二年一月一八日付のブリュニング宛書翰（ナチス党機関紙フェルキッシャー・ベオバハター紙上に公表）の中で、要旨以下のように述べて、右計画は憲法上も政治的にも許されないものであると主張し、政府を激しく批判した。

私は、純然たる憲法上の観点から見て、かかる措置（右計画を指す―筆者）は不可能だと考える。憲法は、第一条で国権は国民に由来する旨定め、また、そのことに対応して、四一条で大統領は全国民がこれを選挙すると定めているが、かかる国民による選挙を国会の憲法改正多数による議決によって代置することは、憲法の明文規定に反するものである。けだし、大統領の罷免手続を定める四三条の規定から明らかなように、憲法は国民投票の結果を国会の憲法改正多数による議決に優位せしめているからであり、また、もし憲法制定者が国会の多数による大統領の選挙あるいは任期延長を可能なものと考えていたとすれば、同じ多数に当然大統領を罷免する権限をも付与してははずである。しかし、憲法は、大統領は国民によって選ばれ、それ故にまた国民によってのみ罷免されうると明確に定めることにより、右のような国会の権限をもとより誤ったものとして否認しているのである。したがって、憲法改正多数による四一条の廃止（Aufheben）は、原則として国会の大統領罷免権が明規されたときのみ許されよう。しかし、そのような場合には、大統領の地位と権限は、議会の変転する偶然的な多数に委ねられてしまうことになるであらう。

また、貴殿（ブリュネーニグを指す―筆者）は、先例としてエーベルト大統領の任期延長を援用するが、それも誤りである。けだし、エーベルトは、暫定的な大統領として国民議会により選出され、国会の議決によりその任期を延長されたものだからである。しかも、この事例は、当時ですら有力な国法学者の一般的な同意を得てはおらず、のみならずナチス党は右の措置を違憲として反対してきたのである。ところで、今回のヒンデンブルク元帥閣下の場合は、初代大統領として四一条にもとづき国民によって選出されたものであり、そうだとすれば、かような場合の国会による任期延長にたいしては、エーベルトの場合よりも一層強く憲法上の疑義が主張されうることにならう。

以上のように、憲法が国家生活の眞の基礎と看做されるべきだとすれば、右のような計画は憲法上許されないものと考えるべきであるが、にもかかわらず、国会の三分の二の多数を国民投票と等置することができるといった憲法の明文規定に反する解釈が認められるとすれば、その時には最低限次のような要件が充たされていなければならない。すなわち、国会の構成が国民の現在のかつ眞の意思を現実かつ明白に表現しているということ、別言すれば、国会の意思が三二年三月の時点で存在する国民の意思と完全に一致していることである。しかし、事實は明らかにそうではないし、また決してそうではありえない。そうだとすれば、大統領選挙は行なわれなければならないのである。

また、貴殿は、現在の激しい外政状況を理由として選挙は回避されるべきだとするが、私にいわせれば、逆に外政上の考慮こそが選挙の遂行を絶対的に要求しているのである。けだし、嘗ての強大なライヒの衰退は、その基点を外政上の諸作用により、むしろ今日の体制を体現している諸政党による我が民族協同体の普遍的抵抗力の内政上の破壊にもつからであり、したがって、将来の外政上の勝利のための不可欠の要件は、一八年一月に開始された世界觀的党派の解体作業を内政上克服することにあるからである。かように、ドイツの外政上の復権の問題は、究極的には国内における我が民族の精神的復権の問題にほかならず、それ故、一八年一月に開始され遠からず終焉を迎えるであろう現体制の克服の問題にほかならないとすれば、かかる体制を救済しようとする貴殿の計画は、断固拒否されなければならない。⁽⁴⁷⁾

かように、ワイマール憲法を援用しつつも、同時に同体制にたいする憎悪と排除の意図を赤裸々に示したヒトラー

の激しい批判にたいして、首相ブリュニングは、同年一月二三日付のヒトラー宛書翰（フランクフルター・ツァイトゥング紙上に公表）の中で、要旨次のように反論した。

私は、貴殿が主張する憲法上の疑義は全く根拠がないものと考え。私は、貴殿が主張するように、決して四一条の「廃止」を意図しているものではなく、たんに現在の大統領閣下の任期を、ドイツ国民全体の福祉という理由から立法の方法で暫定的に延長しようとしているにすぎない。もとより、かような任期延長が憲法上の疑義に服するかどうかという問題については、政府も十分検討した。そして、その結果は、憲法改正法律による任期の延長は許されるということであった。けだし、憲法七六条によれば、憲法改正法律の形式で四三条一項の規定に個別の場合に反する定めをすることは許されないといふいかなる理由も認められないからである。いうまでもなく、かような憲法改正法律は、国民による大統領の選挙を定める四一条一項の原則規定それ自体を問題にしようとするものではないし、ましてやそれを「廃止」しようとするものでもなく、また国会による大統領の選挙を内容とするものでもない。

また、貴殿の反対の政治的理由についても、それは事実即したものとはいえない。この問題における私の提案が専ら全国的超党派的観点に立っているのにたいして、貴殿は、専ら自らの党派的観点に立脚した議論を展開しているにすぎない。すなわち、貴殿は、私の提案は結局のところ「現体制」の維持を目的としており、そして、この「現体制」こそ一三年間に及ぶ計画的な破壊作業によりドイツを破滅に導いてきたものであり、したがって、かかる「体制」の克服のみが国内の復興と外政上の勝利を約束する、と主張する。しかし、今日のドイツの危急の根本的原因は、外政上の与件、すなわちヴェルサイユ条約にあるといふのが今日一般に承認されているところであり、そうだとすると、貴殿の主張は、かかる事実を故意に無視し、その原因を貴殿の党派的イデオロギーの観点から「現体制」に転嫁するものにほかならない。さらに、貴殿は、今回の提案をナチズムとの政治的対決にたいする「体制」の恐怖の所産だと称するが、それも少なくとも私にたいしては的外れである。けだし、我々の目的は、ただ今日の重大な危急事態から祖国を救済するという点にのみあり、また、政府の今回の計画は、専ら外政の優位とい

うことのみによって支配されているものだからである。⁽⁴⁸⁾

以上のようなブリュニングの反論にたいして、ヒトラーは、同年一月二五日付のブリュニング宛書翰 (フェルキッシャー・ベオバハター紙上に公表) の中で、要旨以下のような再反論を行なった。

貴殿は、貴殿の提案が四一条の「廃止」にかかわるものではなく、たんに現在の大統領の任期を一定期間延長するにすぎないものだと言張するが、それは誤りである。けだし、任期の延長は實際上七年間となるうし、また、今回の任期延長のために主張されている理由は、七年後にも再び主張されうことは明らかだからである。したがって、仮に貴殿が主張するように限定された期間の延長であったとしても、そのことは実際上は四一条の廃止ないし停止 (Außerkräftsetzung) を意味することになるう。そして、かような廃止ないし停止は、憲法上明示されている場合にのみ許されようが、四一条はかような明示された規定でないことは明白である。次に、今回の提案が「ドイツ国民の全体の福祉」という理由から行なわれるという動機の点についていえば、かかる動機は憲法上何らの重要性をもつものではなく、純然たる個人的見解にすぎず、あらゆる首相により大統領選挙の都度随意に繰り返し主張することができものである。さらに、民主主義的基本権の観点からいえば、国家元首を直接選挙する憲法上保障された権利をもつのは国民のみであり、かような国民の権利は、国会の特別多数によって代置されうものでは決してなく、にもかかわらず代置しようとするならば、そのとき国会は現存する民意の眞の代表者でなければならぬ。また、貴殿の提案は、そもそも憲法を危うくするものにはかならない。けだし、国民によって選出された大統領を国会に対抗せしめるというのが憲法の根本思想であるが、貴殿の提案は、結局のところ大統領を国会に従属せしめ、大統領の威信と影響力の計り知れない低下をもたらすことになるうからである。

次に、政治的理由についていえば、貴殿は、我々の立場は純然たる党派的利益にとづくものであるのにたいして、貴殿の立場は「祖国の利益」にもとづくものであると主張する。そうだとすると、七年前に貴殿達が元帥閣下の対立候補マルクスを支持したのは、「祖国の利益」からだったのだからか、それとも党派的利益からだったのだからか。あるいは「祖国の利益」は、七年前にはヒンデンブルクに反対することを命じ、今日では逆に支持することを命じているとでもいうつもりなのであるうか。また、貴殿は、貴殿の提案が今日の国政上の緊要事だと主張する。しかし、それは貴殿の純然たる個人的見解にすぎないのであ

て、逆に私の確信によれば、現体制の除去こそが今日の国政上の緊要事にほかならないのである。さらに、貴殿は、ヴェルサイユ条約こそ今日の危急の根本原因だと主張する。正にその通りである。しかし、そのヴェルサイユ条約は、ほかならぬ貴殿を支持している中央党、民主党および社会民主党といった諸政党が旧帝国を弱体化し、破壊し、裏切らなかつたならば、そしてまた、彼らが革命を用意し、遂行し、少なくとも容認し、援護しなかつたならば、そもそも生じなかつたはずのものである。これまでヴェルサイユ条約の中に我が民族の生存と経済の繁栄のための可能な基礎を見ず、一貫してそれに反対してきたのは、貴殿ではなく私であり、逆に貴殿を支持している諸政党こそこの条約を調印し、その履行を少なくとも可能なものとして欺いてきたのではなかつたのか。したがって、私は外政状況を決して無視してはならず、むしろその行動によってかような状況を創出してきた者達の責任を追及しようとするものである。ビスマルクが嘗てドイツを鍛造するために自由主義政党を除去せざるをえなかつたように、今日ドイツを救済するためには、貴殿の諸政党は断固撲滅されなければならないのである。⁽⁴⁹⁾

(iv)以上が三二年の大統領の任期延長計画をめぐって政府とナチス党との間に展開された論争の概要である。この論争は、ワイマール末期におけるワイマール憲法体制の存立(より正確に言えば、ナチス独裁体制の樹立の阻止)を賭した論争の一つとしてのみならず、同体制末期の政治状況の一つの特徴でもあつたところのレーヴェンシュタインのいう「政治的逆説」(politische Paradoxie)⁽⁵⁰⁾〔憲法的政党〕(Verfassungsparteien)が憲法秩序の危険な変形を主張しているのにたいして、逆に「憲法敵対的政党」(verfassungsgegenwärtige Partei)が憲法および国民の権利の擁護者として振る舞っていること)を鮮かに浮き彫りにしているものとして、それ自体としても極めて興味あるものであるが、ここでの課題に即して言えば、右の論争は、「憲法破毀」論の観点からいうと、正に憲法改正立法者による「憲法破毀」の許容性を基本的な争点とするものであつたといえよう。すなわち、より具体的にいえば、右の論争は、国会は憲法七六条にもとづき国民による大統領の選挙を定める四一条一項および大統領の任期を定める四三条一項に反して、暫定的に大統領の任期を延長すること(すなわち、憲法を「破毀」すること)が許されるのか、ということを基本的な争点としたものであり、そし

て、この点について、政府は、支配的学説の立場にほぼ立脚しつつ、憲法改正立法者の「憲法破毀」権を實質上肯定し、故に右計画を許されるとしたのにたいして、ナチス党は、ワイマール憲法の「代表」制を半代表制の意味に理解するという当時次第に有力となりつつあった学説の動向に基本的な依拠しつつ、さらには、「破毀」と停止(ないし改正)は實質的には異ならないという嘗てシュミットの所説にたいする批判として主張されたのとはほぼ同じ理由から、實質上憲法改正立法者の「憲法破毀」権を否定(ないしは少なくともその限界を主張)することにより、右計画を許されないとしたのであった。

かように、任期延長計画をめぐる政府とナチス党との間の論争は、「憲法破毀」論の観点からいえば、肯定説と否定説という形で鋭く対立することになったのであるが、かかる論争にも触発されて、学説上でも同計画について様々な見解が表明されることになった。たとえば、一方では、ペッチ・ヘフターにより、ほぼ支配的学説の観点からするところの政府支持の所説が公表されたのにたいして、他方では、レーヴェンシュタインやO・ケルロイターにより、形式的条件説の観点からするところの政府(および右計画)にたいする批判的見解が表明された。⁽⁵³⁾そして、かような論議の中で、形式的条件説を批判しつつ、かつ支配的学説とは異なる論拠から右計画の弁証を試みたのがライプホルツであったのである。

(2) (i) ライプホルツの所説は、要旨以下の通りである。

彼は、まず、「憲法破毀」の概念を「憲法規範の効力制限」と広義に解し(彼は、狭義の「憲法破毀」〔具体的個別的憲法破毀〕(konkrete individuelle Verfassungsdurchbrechung)と称する)のみならず、ヤコビのいう「法規的憲法改正」をも「抽象的一般的憲法破毀」(abstrakte generelle Verfassungsdurchbrechung)として、同概念の下に包摂する⁽⁵⁴⁾。その「正当性」(Legitimität)を憲法の性質から次のように主張する。

「憲法破毀の正当性についても、真面目な疑いは存在しないであろう。けだし、憲法の破毀は、憲法生活の力学により強制されるものであり、それ故、あらゆる秩序にとって不可避的なものだからである。その正当性は、憲法の諸命題が具体的特殊なるものを排して、必然的に抽象的一般的に構成されざるをえないという憲法の性質から生ずる。したがって、もし誤って理解された不可侵性という教義にもとづいて、憲法破毀法律を利用することによる一般なるものの特種なるものへの潜在的適應能力を放棄するならば、その時、あらゆる憲法はその固有の脆弱さの故に砕け散ることになる。」⁽⁵⁵⁾

ライプホルツは、かように述べて、憲法改正立法者による「憲法破毀」を基本的に肯定するが（解釈論的には、彼らという「憲法破毀」は、原則として七六条所定の「憲法改正」の概念に含まれるとしているようである）、しかし同時に、彼らにかかる「憲法破毀」を無制限に認めることは「法治国的憲法概念」に反し許されないとするのである。

「基本法 (lex fundamentalis) の基礎的諸決定が、たとえ憲法改正手続の形式においてであれ、常に随意にいわゆる実質的憲法改正法規により破毀されうることは、基本法の尊嚴とのみならず、その特殊な法的羈束力とも反しよう。けだし、憲法は、永続性を予定された最終的秩序であること、およびその諸決定が原則として確定的な規律を含むことによつて初めて法秩序となるからである。」⁽⁵⁶⁾

かように、「憲法破毀」が無制限に認められえないものとすれば、その限界（即ち「憲法破毀」の許容性の基準）をどこに求めるかが次に問題となる。

(iii) 右の点について、ライプホルツは、まず、かような判別基準を憲法正文の変更を求める説（即ち形式的条件説）を次のように批判する。

「憲法破毀の有効性を憲法典の正文の事前もしくは同時の変更依存せしめる所説にたいして主張すべき根本的異議は、それが実体問題を純然たる形式的手段により解決しようとしている点にある。この所説によれば、憲法上の権限ないしは基本権に

たいするいかなる濫用的侵害も……当該憲法破毀が憲法典に追加されさえすれば正当なものとなるのである。⁽⁵⁷⁾」
 かような批判につづけて、彼は、さらに次のように主張する。

「憲法破毀が憲法正文の変更を要件とするか否かという問題は、確かにその意義において過少評価することはできないもの
 はあるが、にもかかわらず、その問題は、憲法破毀の実体法的性質決定 (materialrechtliche Qualifizierung) というもう一つ
 の問題から区別されなければならない。一定の外面的技術的手続は、内容的に否定的に評価されるべき憲法破毀行為を決して正当
 化することはできない。したがって、ある憲法破毀が憲法補充として憲法典の正文に採用されたという事実から、当該憲法破
 毀の正当性を論結することは許されない。…… (けだし) 基本法の正文に追加されたとしても、当該憲法破毀が議会の破毀権
 (Durchbrechungsbefugnis) の本来及ばないところのものであるような場合には、それは実体上違憲の行為とされなければなら
 ないからである。逆に実体法上肯定的に評価されるような場合には、かかる憲法破毀行為は、憲法典の正文に追加されない場合
 にも法的に正当なものといふべきであらう。⁽⁵⁸⁾」

以上のように、ライブホルツは、形式的条件説を、それは「実体」(内容)にたいして「形式」を優位せしめるも
 のであって、今日では既に克服された「実証主義的形式主義」(positivistischer Formalismus)にはかならないとして批
 判するとともに、⁽⁵⁸⁾ 逆に、彼自身は、「実体法上肯定的」に評価される「憲法破毀」は憲法正文の変更を要しないと
 て、「形式」にたいして「実体」(内容)を優位せしめるのである。そして、彼は、以上のような批判にもとづき、「憲
 法破毀」の許容性の判別基準を、憲法一〇九条一項所定の「平等原則」に含まれる「恣意の禁止」という、彼のいう
 ところの「実体的価値原理」(materiales Wertprinzip)に求め、かかる立場にもとづき、「具体的個別的憲法破毀」
 (たとえば、前記「阻止法案」など)は原則として右基準に反し、それ故、形式的憲法改正の方法による場合であれ「破
 毀権の濫用」として許されない、とするのである。⁽⁵⁹⁾

右のように、ライプホルツは、肯定説に近い立場から出発しつつも、「具体的個別的憲法破毀」(狭義の「憲法破毀」)を原則として「恣意の禁止」の基準に反し許されないとすることにより、否定説に近い立場にたつ。しかしながら、彼は、次に紹介するように、かような原則的立場の例外を主張することにより(そして、正にこの点に彼の所説の核心があるのだが)、憲法改正立法者による「憲法破毀」の新たな弁証論を展開するとともに、そのことにより三二年の任期延長計画の適法性を主張したのであった。

(iii)彼は、まず、三二年の任期延長計画は彼のいう「具体的個別的憲法破毀」に典型的に該当するものだとする。ただし、同計画は、憲法四一条一項の効力をたんに具体的個別の場合につき制限するものにほかならないからである。⁽⁶⁰⁾したがって、彼の前述した原則的立場からすれば、右計画は「恣意的」なものとして当然に許されないものとなるうが、にもかかわらず、彼は、「具体的個別的憲法破毀」であったとしても、「恣意的」ではなく、したがって例外的に許される場合があると主張するのである。ライプホルツはいう。

「しかし、この法原則(「具体的個別的憲法破毀」は「恣意的」であり、許されないという原則―筆者)は、個別の場合につき真の政治的緊急事態の存在が証明される場合には、例外的にその効力を停止せしめることができる。たとえば、戦争の間は、議会の立法期のみならず大統領の任期もまた憲法を破毀して延長することができる。それ故、決定的なことは、今日の国の全体状況がかように憲法原則の破毀を是認しうるほど厳しいものかどうかということである。⁽⁶¹⁾」

だとすると、ライプホルツが三二年当時のドイツの状況をどのように見ていたかが問題となろう。彼はいう。

「……これにたいして、真の外政的緊急事態が問題であるならば、そしてまた、今日のドイツの国民が、政府が正当に主張しているように、『平時における戦争』(Krieg im Frieden)に匹敵し、かつ国民の全勢力の投入と『動員』(Mobilmachung)を

要求するような状態の中で事実上生存しているとすれば、内政にたいする外政の優位を承認するものにとつては、戦時においてと同様に、憲法上の手続からのそれ自体許されない違反を是認し、それ自体としては濫用的なるものをも法的に適法化するような状態が存在しているといえよう。⁽⁶²⁾

かようにして、ライプホルツは、彼の原則的立場からすれば本来許されないはずの三三年の任期延長計画を、「政治的緊急事態」(politischer Notstand)の存在を主たる根拠として弁証したのであつた。⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾

(3) 以上が「憲法破毀」に関するライプホルツの所説の概要であるが、その特徴は一応次の点に求めることができる。

第一に、彼の所説は、先にも指摘したように、憲法改正立法者による「憲法破毀」(権)の新たな弁証論という性格をもっていたことである。すなわち、これまで紹介してきたように、三二年の大統領の任期延長計画をめぐって、ほぼ肯定説の立場にたつてその適法性を主張する政府にたいして、否定説(ナチス党)および形式的条件説(レーヴェンシュタイン、ケルロイター)の側から、強い批判が提起されるにいたつたのであるが、かかる状況の下で、ライプホルツは、否定説に近い立場にたちつつも、究極的には「政治的緊急事態」を根拠として、実質的憲法改正法律による「憲法破毀」(≡右任期延長計画)の適法性を弁証したのであつた。もとより、再三指摘するように、彼の原則的立場はむしろ否定説に近いものであつたが、にもかかわらず、彼の所説の核心は、支配的学説(肯定説)とは異なつた(というよりも、むしろそれに批判的⁽⁶⁵⁾)立場からするところの「憲法破毀」権の新たな弁証論にあつたといふべきであらう。そして、この「政治的緊急事態」による「憲法破毀」権の弁証という点にかぎつていえば、彼の所説は、正にシュミットの所説と軌を一にするものであつたといえる。

第二に、ライプホルツが「憲法破毀」の許容性の判別基準を「恣意の禁止」の原則に求めていることである。先

にも指摘したように、かように許容性の判別基準を「恣意の禁止」という実体要件(彼の表現によれば「実体的価値原理」に求めていること自体彼の所説の著しい特徴をなすものであるが、同時に注目されるのは、右のことは、彼が憲法一〇九条一項所定の「法律の前の平等」原則を憲法改正立法者(憲法改正権)をも拘束する一種の超憲法原則と見ているということを示していることである。すなわち、周知のように、当時右原則をめぐりいわゆる立法者非拘束説(法適用の平等説)と拘束説(法平等説)との間で激しい論争が展開され、この論争において、ライプホルツは、E・カウフマンやH・トリールらとともに立法者拘束説の立場にたち、右原則(彼はそこにいう「平等」を「恣意の禁止」ないし「恣意的差別の禁止」(Verbot willkürlicher Unterscheidung)と解する)が通常、立法者を拘束すること(その意味で違憲法令審査制の肯定)⁽⁶⁷⁾を主張すると同時に、憲法改正立法者をも拘束しうるものであることを暗示していたのであったが、かような立場が右の三二年の論説において明示されることになったのである。もとより、このことは、右原則を「法秩序の内在原理」と見る彼の立場からすれば、そしてまた、立法者拘束説が伝統的な「法実証主義的形式主義」とそれにもとづく立法者万能説にたいする批判として登場したという事情からすれば、⁽⁶⁹⁾いわば当然の帰結であったともいえようが、にもかかわらず、右原則を一種の超憲法原則として明示したことは注目されるべきであろう。

第三に、以上の二点に関連して、ライプホルツの右任期延長計画に関する肯定的評価は、彼の所説の構造自体が基本的な点で論者の主観的政治的価値判断に依存せざるをえないものであったことにもとづき、基本的に彼の主観的政治的価値判断にもとづくものであった、ということである。けだし、「恣意の禁止」という判別基準自体がそもそも必ずしも十分明確かつ客観的なものとはいえず、その意味で同基準にもとづく評価が多分に論者の主観的価値判断に依存し易い側面をもっていたことに加えて、⁽⁷⁰⁾ライプホルツは、右任期延長計画の「恣意性」の存否の認定にさい

しては、「真の政治的緊急事態」の存否および政府の「動機づけ」といった、その認定が不可避的に論者の主観的価値判断に依存せざるをえない要素を重視しており、したがって、かような基準にもとづく評価もまた、不可避的に論者の主観的価値判断に依存することにならざるをえないからである。

もとより、右の任期延長計画にたいする彼の肯定的評価が、右のような意味ですぐれて彼の主観的価値判断にもとづくものであったとしても、同計画における基本的な政治的争点がナチス独裁体制の成立を阻止すべきか否かであったとすれば、彼の右のような立場は相対的にせよワイマール憲法秩序の存立に奉仕するものであり、その意味で彼の所説はそれなりに評価されるべきであろう。⁽⁷¹⁾ にもかかわらず、法理論として見た場合、彼の所説は、「国法的主観主義」(staatsrechtlicher Subjektivismus) という批判⁽⁷²⁾を免れ難い上、国法学をその時々⁽⁷³⁾の権力の侍女に墮さしめるという危険性を秘めていたこともまた確かであった。ともあれ、ワイマール末期の危機的状況の下で、同憲法体制の存立に係る事件の弁証を目的としていたということもあって、所説の構造自体がすぐれて論者の主観的価値判断に依存するものであったという点に、ライプホルツの所説⁽⁷⁴⁾＝実体的条件説⁽⁷⁵⁾の主要な特徴があったといわなければならない。

(44) 第三章註(57)参照。

(45) K. D. Bracher, Die Auflösung der Weimarer Republik, 5. Aufl. (1971), S. 391 f.; W. von Kann (山口定訳)・国防軍とドイツ (昭三六)二二二—二二頁。

(46) 国家人民党の反対理由は、簡単にいえば、政府の任期延長計画は実質的には国会による大統領選挙を意味し、したがって憲法四一条所定の国民の大統領選挙権の国会への委任を意味するが、かような委任は、国会が真の民意と一致していない場合には許されないと主張した (E. R. Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 3, (1966), SS. 457—458)。

(47) F. Poetzsch-Heffter, Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung, AöR Bd. 21, (1933/34), SS. 102—107.

(48) Ibid., SS. 107—108.

(49) Ibid., SS. 108—112.

- (50) K. Loewenstein, Die parlamentarische Verlängerung der Amtdauer des Präsidenten, Bayerische Verwaltungsblätter, Februar 1932, S. 57. (O. Koellreuter, Verfassungstheoretische Bemerkungen zur Gültigkeit der geplanten parlamentarischen Reichspräsidentenwahl 1932, AöR NF Bd. 22, (1932), S. 136 以下を引用する)。
- (51) 岩間「議会政と民主主義」公法研究三九号(昭五二)五五頁以下参照。
- (52) Poetzsch-Heffter, Zur Reichspräsidentenwahl, DJZ, (1932), Hef. 3, Sp. 185 f.; なおベッチ・ヘフターは「同計画が憲法上許されるものであることの論拠として、伝統的な憲法改正概念を援用するほか、憲法破壊法律による大統領の任期延長を基礎づけるにたる異常な政治状況が当時存在していることを指摘する。
- (53) レーヴェンシュタインは、前記形式的条件説の観点から、同計画は形式的憲法改正の方法によってのみ許されるとし、したがって、政府が同計画を実質的憲法改正法律なしに国会の憲法改正議決によって行なおうとしていたかぎりでは批判的立場をとる (O. Koellreuter, a. a. O., SS. 129, 136 における引用による)。これにたいして、ケルロイターは、結論的にはレーヴェンシュタインと同じ立場にたちつつも、政府とナチス党との間の前記論争についてはナチス党の立場を基本的に支持し、四一条一項の「不可破毀性」(Durchbrechungsimunität)を暗示しつつ、政府見解およびライプホルツの所説を批判するのである (O. Koellreuter, a. a. O., S. 129 ff.)。
- (54) G. Leibholz, Die Verfassungsdurchbrechung, AöR NF Bd. 22, (1932), SS. 2, 14 f.
- (55) Ibid., S. 3.
- (56) Ibid., S. 4.
- (57) Ibid., S. 9.
- (58) Ibid., SS. 10—11.
- (59) Ibid., S. 11 f.
- (60) Ibid., S. 21.
- (61) Ibid., S. 25.
- (62) Ibid., S. 26.
- (63) ライプホルツは「同計画が恣意的」なものではなく、したがって許されるものであることの根拠として、「政治的緊急事態」のほか、同計画における政府の「動機づけ」(Motivierung)を援用する。すなわち、彼は、政府が同計画の理由として「ドイツ国民の全体の福祉」(Gesamtwohl des deutschen Volkes)を挙げている点を重視して、それはナチス党が主張するように純然たる個人的見解ではなく、法的評価にとり高度の原則的意味をもつ言葉であるとする。そして、彼は、さらに、かような「全体の福祉」という概念は法的規範的概念ではな

く、本質的に政治的実存的概念であるが、近時の国法学説上有力に主張されているように、憲法の特性が法的なるものと政治的なるものとの特殊な結合にあるとすれば、かような結合の意味は、今回のような場合には何よりも「全体の福祉」という政治的概念が法的評価の対象にされ、それに法的効果が結合される点にある」とするのである (Ibid., S. 36)。なお、ライプホルツの右のような主張にたいして、エームケは「憲法が「政治的法」(politisches Recht)として特徴づけられる場合、それは憲法が「政治的なるもの」(「社会の公共生活」(öffentliches Leben eines Gemeinwesens))を規律の対象としているという意味でのみ理解されるべきであり、そこから法にたいする「政治的なるもの」の優位を導き出すことは許されない」と批判する (H. Ehmke, a. a. O., S. 403)。

(64) ライプホルツと同様に、「憲法破毀」の許容性の判別基準を「恣意の禁止」に求めるのはF・シュリューターである。彼の所説は、要旨以下の通り。

シュリューターは、まず、「憲法破毀」を、「七六条の特別多数で成立した、憲法規範の例外 (Ausnahme) を定める法律」と定義し (F. Schüster, Das verfassungsdurchbrechende Gesetz, Inaugural-Dissertation, (1931), S. 14; 以下 () 内は同書の数頁を示す)、かような「憲法破毀」について、それは憲法規範の立法技術上の不可避的な不備から生ずる危険性 (例外的事例にたいして適切に対処しえないという危険性) を回避するための必要不可欠な補正手段 (Korrektiv) であるとして、その許容性を原則的に肯定するとともに (S. 27 f.)、他方で、それは「市民的法治国の理想概念」に矛盾するものであるが故に無制限に肯定することはできないとして、限界を設ける。そして、彼は、かかる限界 (「許容性の判別基準」を憲法一〇九条一項所定の平等原則 (彼はこの原則を「法秩序に内在する原理」と解し、立法者拘束説の立場にたつ (S. 38 f.)) に含まれている「恣意の禁止」の原則 (彼はこの原則を「主観的動機づけの禁止」(Verbot der unsachlichen Motivation) と同義に解する) に求めるのである (S. 75 f.; 具体的には、たとえば、大統領の任期を終身に延長する法律や、特定の場合に国会に大統領の選挙を委任するような法律は、「憲法の基本原理」と矛盾し、それ故「主観的動機づけ」によるもので許されないとする)。以上の点に関するかぎり、シュリューターはライプホルツとはほぼ同じ立場にたつが、しかし、他方で、彼は、ビスマルク憲法とワイマール憲法の間の原理的相違の認識にもとづき、ワイマール憲法の下では憲法 (典) は通常法律にたいして原理的に高次の価値を有するものであるとし、かような観点から、憲法改正法律が少なくとも「憲法破毀」を内容とする場合には現行法上憲法正文の変更を同時に要するとして、形式的条件説の立場にもたつのである (II 4 f.; なお、因みに言えば、従来の実質的憲法改正の慣行に憲法改廃的慣習法の成立を見るトリーペルの所説 (前記第二章第一節 II 三参照) にたいして、シュリューターは、右の慣行は未だ法の前段階たる習律 (Konventionale Regel) にすぎないとして、憲法慣習法の成立を否定する)。ともあれ、かように、実体的条件説と形式的条件説の結合を内容としていた点に、彼の所説の基本特徴があったといえる。

(65) ライプホルツは、周知のように、ワイマール時代における法学方法論をめぐる対立の中で、法実証主義批判の陣営に属していた (K.

Sonthheimer, a. a. O., S. 48: 彼の法実証主義批判については、G・ライプホルツ（木村龜二訳）「ドイツにおける国法学の近況」法学志林三三巻八号（一九三二）三三三頁以下参照。なお、彼自身は、自らの立場を「法実証主義」(Rechtspositivismus) と対立するものとしての「法理想主義」(Rechtsidealismus) と称する (G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., (1959), S. 163 f.)。

(66) ワイマール憲法下における「法律の前の平等」原則をめぐる論争の概要については、柳瀬良幹・行政法の基礎理論(一) (昭二五) 五七頁以下、阿部照哉・基本的人権の法理 (昭五二) 七頁以下、小松件進「法の下の平等」公法研究一六号五七頁以下、H. P. Ipsen, Gleichheit, Die Grundrechte, (1954), S. 116 f.

(67) 柳瀬・前掲書五七頁、阿部・前掲書八頁、G. Leibholz, a. a. O., SS. 30 f., 72 f.

(68) G. Leibholz, a. a. O., S. 124.

(69) W. Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, 2. Aufl., (1964), S. 305.

(70) ライプホルツは、「一五年の「法律の前の平等」と題する論説の中で、彼の平等論の核心をなすところの「恣意」の概念につき、それは「正義の相関概念」(Korrelatbegriff der Gerechtigkeit) であって、それ故正義の観念と同様に内容的に一義的に確定することはできず、時に所に応じて可変的なものであり、その内容は結局のところ社会のその時々々の「法本能」(Rechtsinstinkt) なるものは「法意識」(Rechtsbewusstsein) によって客観的に明らかとされるものであること (G. Leibholz, a. a. O., SS. 72, 87; Vgl. G. Leibholz, Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 1, (1929), S. 78) また「恣意性」の存在の認定はあくまで「合目的性の考慮」(Zweckmäßigkeitserwägung) と「動機づけ」(Motivierung) が重要な役割を果たすとする (Ibid., SS. 72 f., 88 f.)。

(71) 当時におけるライプホルツの政治的立場は必ずしも明らかではないが、少なくとも反ナチスの立場であったことは確かであろうである。このことは、本文で紹介した三三年の論説からある程度推察することができるほか、三三年に公刊された著書 (Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild, (1933); 本書については、宮沢教授による紹介 (国家学会雑誌四八巻二号一九頁以下) がある) からある程度推察することができる。すなわち、彼は、同書の中で、ドイツにおける「議会制民主主義の解消」(Auflösung der parlamentarischen Demokratie) について論じ、その解消の基本原因を、議会制民主主義の世界観の形而上学的基礎がケルゼンによって代表されるところの批判的相対主義により解体せしめられたこと、および民主政の固有法則により自由主義の基礎 (＝政治的社会的同質性) が破壊されたことにあるとしつつ、来るべき新しい国家像としては、「社会的なるものの極性の法則」(Gesetz der Polarität des Sozialen) により政治的形而上学が再生されるにいたる結果、前世紀の自由の遺産を原則として尊重する「権威的保守的国家」(der autoritäre-konservative Staat) か、もしくは精神的領域の自律性を全面的に否定するものの「全体国家」(der totale Staat) かの二つ

れかにならざるをえないとして、彼自身としては、ドイツにおいては個人の根底的全体化は不可能であるという理由から、三〇年代当初の「大統領国家」にはほほ相当する前者の実現を予測するのであるが (Ibid., SS. 40 ff.)、この予測については、彼の政治的価値観(ないし希望)がある程度反映していると思われる。また、ライプホルツは、三一年一月に行なわれた国法学者大会での報告 (VVDStrl. Heft 7, (1932), S. 159 ff.; なお、同報告については、阿部照哉・初宿正典外訳・現代民主主義の構造問題(昭四九)三頁以下に翻訳がある)の中で、当時様々な方面から提案されていた比例代表制の廃止ないし多数代表制の方向での改革を内容とする諸案にたいして、主として「大衆民主制的政党国家」(der massendemokratische Parteienstaat)の発展の不可避性という理由から消極的見解を表明しているが(Ibid., SS. 159 ff.)、彼のかような態度も、当時の状況(ナチス党の勢力が急速に増大し、逆に中間諸政党が急激に衰退しつつあったという状況)の下で、右のような改革が必然的にもたらすであろう効果にたいする認識と無関係であったとはいえないであろう。

(2) O. Koellreuter, a. a. O., S. 145.

四 小 結 び

本節では、二四年の法律家大会以後憲法改正の分野で展開された「憲法破毀」の許容性をめぐる論議について、その概要を紹介してきたが、最後に本章全体の結びもかねて、右論議の特徴を二、三指摘しておくことにしたい。

第一の特徴は、「憲法破毀」の概念が、前章で紹介した四八条における場合と同様に、憲法改正の分野においてもまたすぐれてポレーミッシュなかつイデオロギー的な役割を果たした概念であった、ということである。すなわち、前節で紹介したように、ワイマール憲法の下では、当時の厳しい状況を背景として、初期を中心に多数の憲法改正法律(ことに実質的憲法改正法律)が制定されることになったが、かかる事情の下で、実質的憲法改正の方法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。しかし、右の論議は、当時の国法学がなお帝制期国法学説の強い影響の下にあったこともあって、結局のところ、二四年の法律家大会において現行法上は許されるという形で一応の決着がつけられることになったのである。この結果、法治国的保障の強化という観点からにせよ、反議会主義的観点からに

せよ、右方法に批判的な論者にとっては、憲法改正（ことに実質的憲法改正）の運用を現行法上いかにして制限するか
が主たる関心となるにいたり、かかる状況の下で登場したのがカール・シュミットの「憲法破毀」論であった。す
なわち、彼は、法律（＝法規範）と措置の概念的區別を媒介にして、伝統的な憲法改正概念を限定することにより、憲
法改正立法者による「憲法破毀」を基本的に許されないとしたのである。もとより、シュミットのかような所説は、
総じて反議会主義的法イデオロギーとしての性格を濃厚に帯びたものではあったが、にもかかわらず、それがもつ憲
法改正の運用にたいする制限的（ないし抑制的）効果の故に、彼の所説は、法治国的保障の強化という当時有力となり
つつあった動向とも相俟って、多数の学説に強い影響を及ぼすことになった。すなわち、当時の学説上、同概念は、
部分的には実質的憲法改正の方法を弁証する手段としての役割を果しつつも（ドーナ、ライプホルツ）、憲法改正権の限
定（トリーペル、ライプホルツ）という形にせよ、実質的憲法改正の方法の制限（レーヴェンシュタイン、ヤコビ）という
形にせよ、基本的には憲法改正立法者を制限するための手段として活用されることになったのである。ともあれ、以
上のような意味において、「憲法破毀」の概念は、理論的には伝統的国法学説の立法者万能説批判のための手段とし
て活用され、その意味ですぐれてポレミッシュな役割を果たし、また、現実政治的には憲法改正（ことに実質的憲法
改正）の運用を批判ないし弁証するための手段として活用され、その意味ですぐれてイデオロギー的機能を果たした
概念であったといえる。

第二の特徴は、「憲法破毀」の概念が、憲法改正の分野においては、総じて著しく形式化される傾向を示したこと
である。すなわち、同概念は、第一章で紹介したように、本来憲法四八条の権限内容として形成されたこともあつ
て、非常事態にさいしての例外的な憲法侵犯たることを本質的内容とするものであった。しかし、同概念が憲法改正
の分野に導入されることにより、それは総じて憲法変更の一態様ないしは憲法規範の効力制限の一態様を指称する概

念に変質せしめられ、非常事態との関連性を喪失することになったのである。かようないわば形式化の傾向は、「憲法破毀」を実質的憲法改正と等置する当時の支配的学説の下での有力な動向の中に最も明瞭に見ることができ、のみならず、同概念を広義に解し、憲法正文の「例外」規定をも「憲法破毀」とするレーヴェンシュタインの所説にも見ることができようし、さらには、「阻止法案」や「禁止法」をも「憲法破毀」だとするシュミットの所説にすら見ることができよう。ともあれ、かような形式化の傾向は、憲法改正の分野への同概念の導入の主たる目的が憲法改正立法者（および憲法改正の運用）にたいする制限にあったことからすれば、ある意味では当然の成行きであったといえる。

もつとも、他方では、先にも指摘したように、憲法改正の分野での「憲法破毀」の概念についても、それを基本的に非常事態との関連性において把握する所説も少なからず存在したことは注意されてよい。たとえば、ライプホルツの所説は、結局のところ「緊急事態」を主たる根拠とした憲法改正立法者による「憲法破毀」の弁証論にほかならなかったし、そのほか、イエゼルゾーンも、憲法改正立法者による「憲法破毀」を、実際には緊急事態にさいしてのみ生ずる例外現象にほかならないとしたし、⁽⁷³⁾ また、トーマも、憲法改正立法者による「憲法破毀」を、解釈論上は慣習法の成立を根拠として一定範囲で容認しつつも、同時にそれは政治的には緊急事態によってのみ是認されうる行為だとするのである。⁽⁷⁴⁾ しかしながら、かように「憲法破毀」の概念を非常事態（ないし緊急事態）との関連で把握する所説は、全体として見れば少数にとどまり、大勢としては、同概念は、憲法改正の分野においては、そこに導入された目的とも関連して、前述したような意味で著しく形式化されるにいたったのである。

第三の特徴は、同概念が憲法改正の分野においては極めて多義的に使用されたことである。もとより、同概念は、先にも指摘したように、ごく大まかに見れば広狭の二義に用いられたといえようが、にもかかわらず、厳密に見れ

ば、これまでの紹介から明らかのように、その定義(ないし理解)は論者により全て異なっており、のみならず、類似した定義の下ですら、具体的にいかなる法律がそれに該当するか否かの認定は論者により著しく異なるものであった。そして、かような多義性(ないしは伸縮自在性)——それはそもそもこの概念の創設者たるシュミットの定義に起因するものといえようが——の故に、同概念は各論者によりそれぞれの実践目的に奉仕しうる概念として自在に活用され、そのような意味で学説上定着しえたのであったが、他方で正にそのことの故に、「憲法破毀」をめぐる論議は、憲法変更現象の理論的認識の深化に一定程度寄与しつつも、法解釈論争としては著しく不毛な結果に終わることになったのである。ボン基本法下の学説が、実質的憲法改正から区別された意味での「憲法破毀」の概念の使用にたいして概して消極的であるのは、⁽⁷⁵⁾かかる事情からすればある意味では当然の成行きだといえよう。

(73) S. Jeselsohn, a. a. O., S. 76.; なお参照、前記註(82)。

(74) R. Thoma, Grundbegriff und Grundsätze, HdbStR Bd. 1, (1930), S. 156.; なお参照、前記註(82)。

(75) たとえば、マウンツ・デューリッヒは、ワイマール時代における同概念の用法の多義性を指摘しつつ、それを実質的憲法改正の意味に限定して用いており (Maunz—Durig, a. a. O., Art. 79—3) また、マイヤー・フルントも、同概念が極めて多義的に使用されてきたことを指摘しつつ、実質的憲法改正から区別された意味での「憲法破毀」については、別の用語を使用することが本来望ましいとする (Meyer—Arndt, a. a. O., S. 299.)。

むすび

本稿は、ワイマール憲法下の「憲法破毀」の概念について、その生成と展開を考察することを主たる目的としたものであった。⁽⁷⁶⁾その要旨は、以下の通りである。

一 「憲法破毀」の概念は、ワイマール憲法四八条所定の非常措置権の権限範囲をめぐる解釈論争の過程で、初期

における同権限の拡張的濫用的運用をよりラディカルに弁証するための手段として、C・シュミットとE・ヤコビとによって形成され、その後、憲法改正の分野で、主として憲法改正立法者を制限(ないし拘束)するための手段として学説上活用された概念であった。

二 かような「憲法破毀」の概念の基本的な特徴は、以下の諸点にある。

(1) 第一に、それがすぐれてポレーミッシュなかつイデオロギー的な概念であったということである。

(ii) 同概念のポレーミッシュな性格は、同概念をめぐる当時の論議の中で中心的位置を占めたシュミットの所説に最も明瞭に示されている。すなわち、同概念は、まず、四八条の分野においては、支配的学説の四八条解釈(「不可侵説」)にたいするシュミットのラディカルな論攻的解釈の核心をなす概念として形成され、また、憲法改正の分野においても、憲法改正権の限定を本質的要素とすることにより、支配的学説の伝統的な憲法改正の概念とそれにもとづく立法者万能説にたいする彼の論攻的解釈の一つの重要な手段として活用され、総じて、支配的学説(いわゆる法実証主義)批判の重要な手段として機能した点に基本的特徴をもつ概念であったからである。

(iii) 「憲法破毀」の概念のイデオロギー的性格は、次の点にあった。

まず、四八条の分野についていえば、同概念は、ワイマール初期における非常措置権の著しく右よりの色彩を帯びた拡張的濫用的運用を弁証し、同時に大統領の独裁的地位を基礎づけることを目的として形成された概念であったという意味で、すぐれてイデオロギー的性格をもった概念であったし、また、憲法改正の分野においても、同概念は、当時の頻繁な憲法改正法律(ことに実質的憲法改正法律)の制定という事情の下で、主として憲法改正権あるいは実質的憲法改正の方法を制限することにより、憲法改正立法者(議会)を拘束するために活用され、かようにして種々の実

踐目的に奉仕したという意味で、同様にすぐれてイデオロギー的性格をもった概念であった。ことに、ワイマール憲法下における真の政治的課題が、ドイツ憲法史の脈絡で見るとき、大統領を頂点とする強大な行政権力（ことに、革命の不徹底さの故に帝政下の体質を基本的に維持していた官僚と軍部）にたいする議会権力の強化とそれにもとづく議会制民主主義の確立にあったとすれば、右のような実践目的に奉仕した「憲法破毀」の概念のもつイデオロギー的性格は一層明瞭となる。

(2) 第二の特徴は、「憲法破毀」の概念は、本来非常事態にさいしての例外的な憲法侵犯作用たることを本質的内容とするものであったが、憲法改正の分野においては、同分野への導入目的とも関連して、総じて非常事態との関連性を喪失し、かような意味で著しく形式化せしめられるにいたったことである。

(3) 第三の特徴は、同概念が、種々の実践目的に奉仕するイデオロギー概念として学説上活用されたこともあって、極めて多義的に使用されたことであり、そして、そのことの故に、「憲法破毀」をめぐる論争は、法解釈論争としては著しく不毛な結果に終わるにいたったことである。

(4) 第四の特徴は、「憲法破毀」の概念は、当時の危機状況を背景に発生した頻繁な憲法侵犯（ないし変更）現象を前提にしてのみ成立しかつ活用されえた概念であり、そのような意味でそれは正に危機の時代の所産であったということである。そして、そのことはまた、「憲法変遷」の概念が比較的安定した帝制時代の憲法変動現象を象徴する概念であったように、同概念が激動の時代であったワイマール時代の憲法変動現象を象徴する概念としての性格をもっていたことを意味する。

三 「憲法破毀」の概念の学説史上の意義は、次の点に求めることができる。

(1) 第一に、ドイツ国法学説史との関連でいえば、同概念は、憲法改正(および立法)に関する考察を形式から内容に転換せしめる上で少なからず重要な役割を果し、そのことにより、憲法改正の形態に関するレーヴェンシュタインの包括的な研究が「憲法破毀」を中心テーマとしていたことにも見られるように、憲法変更の態様および憲法改正権の内容に関する理論的認識の深化に一定程度寄与したことである。

(2) 第二に、いわゆる国家緊急権論との関連でいえば、同概念は、それが例外的な憲法侵犯(変更)作用に着目した概念であったことから、本文で紹介した「憲法破毀」に関する諸説において付随的に示されているように、非常事態にさいしての措置が多様な法形式(憲法改正法律・議決、通常法律、命令、規則等)の下で複合的にとられることを明らかにしたが、このことは、従来のいわゆる国家緊急権論の考察範囲が主として明文ないしは不文の緊急権規定とそれにもとづく諸措置に限定される傾向をもっていたことからすれば、同概念が、専ら分析のための道具概念として活用されるかぎり、法現象としての非常事態現象をより包括的に把握し分析するための一定程度有効な視座を提供しうる可能性をもった概念であることを示していることである。

(76) これまで我国では、「憲法破毀」の概念については、法制度の相違(憲法上の緊急権規定の欠如、憲法改正手続が極めて硬いこと)および状況の相違(憲法変遷)が問題となるような比較的安定した状況であること)もあって、影山教授の概括的な考察(影山日出弥・憲法の基礎理論(昭五〇)一二頁以下)と前記した今井教授によるエームケ論文の紹介があるほかは、教科書等においてはほぼシュミットの定義にならった憲法変更(ないし変動)の一態様としての指摘(たとえば、小林直樹・憲法講義(改訂版)下(昭五〇)八八〇頁、橋本公亘・憲法原論(新版)(昭四八)六六頁、田上穰治編・体系憲法辞典(昭四三)一七四頁など)を別とすれば、ほとんど取り扱われてはいないようである。