

H・ヘラー「基本権と基本義務」（一九二四年）

大野 達 司  
山崎 充 彦 訳

一 歴 史

中世においては、内外に向けて主権的であつすべての構成員に等しく支配権を行使する集権的国家は知られてはいなかつた。それでもなお、当時の社会生活は今日よりもはるかに硬直した形で営まれていた。つまり個人が出生と職業によつて拘束されていたのである。自由で完全に自立した人格、すなわち「人間それ自体」は存在しなかつた。各人は、自分を多かれ少なかれ保護し、また制限もする共同体の構成員であり、またそのように自覚していた。この共同体は、個人に外面的及び内面的特徴を刻みつけていた。ホルバインの「死の舞踏」に見られる死神は、人間一般ではなく、農民・市民あるいは貴族に、さらには修道院長・司教あるいは教皇に対して、といった具合に近寄っている。経済生活すら、出生の際にどの身分に属しているかによつて規定され、個人の自由な経済生活の営みを妨げているギルドやツunftの中に組み込まれていた。様々な身分が、それぞれに異なる法や法廷の下で生きていた。その程度はかなり様々にせよ、各人は、教会の、また国家及び身分の、さらにはギルドやツunftの正当と認められた法規

によって、行為や思考の自由を制約されていた。それと並んで、より高次のものへの献身や奉仕がおよそ不平等な仕方です。様々な姿の権威が織りなすこのような中世世界は、ルネッサンス以降、個人の自律という今日の近代的な世界へと、範囲を広げながら次第に移りかわっていった。宗教的確信、道徳、並びに思考一般の自律、そして政治や経済における自由、民主的自律は、近世史の運動の方向性の一つの表現である。これは、プロテスタントの自由をめぐる一七世紀の宗教戦争の中で追求され、フランス革命において「自由と平等」の叫びの中で爆発し、カントの国家学とその定言命法の中で定式化され、ヘルダーやペスタロッチの「普遍的人間教育」によって要求され、ついには政治文化において「人権及び公民権」をも憲法上承認させるに至った運動の方向と同一線上にある。この後者の成立は、政治的な革命ではなく、宗教改革や決して消えることのない「ドイツ的自由」、つまり身分的自由の意識に負っている。

中世全体を通じて、教会と国家とは俗界での優越性をめぐって闘ってきた。しかしながら「漁師とその妻」というおとぎ話も示しているように、中世の人間の思考においては、教会は、そのより大きな文化的意義のおかげで、世俗の支配者に対して長く優位を保って来た。一三世紀以来、教会権力の絶えざる没落が始まっており、絶対主義的王権は対外的には教皇や皇帝に対して、対内的には「諸身分の」権力に対して、主権性を獲得し、それによって平等な国家公民層の前提が形づくられた。この闘争において絶対君主は、臣民の良心に根づいていた教会の力にさえ容赦しなかったし、またそのつもりもなかった。とりわけ、宗教改革以降に自分の領地内で様々なキリスト教の宗派が闘っている場合にはそうであった。領土ノ属スル宗教ニ人モ属ス、(cujus regio illius religio)、という命題に対しては、神ないし「自然」によって人間に生まれつき備わった良心の自由が反抗して立ち上がった。世俗の権力に対しては、国家によって付与されざる不可侵の始源的自由が対置され、普遍的で天賦不可侵の「自然権」が主張された。イングラ

ドとスコットランドでのローマ教皇派と独立派との宗教戦争で、宗教的信条の自由が初めて自然権として要求された。それは法的には、この戦争で母国から追い出された北アメリカの移民によって初めて実現された。彼らは自らの運命を心に刻みつつ、既に一七世紀には諸州で良心の自由という普遍的人権を布告していたのであった。こうした自由の要求は宗教的な領域にとどまらなかった。抬頭しつつあった市民は、経済的制約に反対して、出生身分による特権に反対して、絶対主義に反対して、そして精神的及び社会的自律のために、社会的闘争を敢行しなければならなかった。こうした社会闘争の必要から、つまり封建経済体制に対する産業経済体制の闘争から、特にロックとブラックストーンが定式化した自然的諸権利に関する包括的教説が生まれた。これらの権利は、個人の生命、自由、財産の保護に寄与し、国家権力に対して乗り越えることのできない制約を課すことを目的としていた。かくして、自然権の完結した形での個人的・原子論的世界観が成立したが、これはなお第二の意味での自由、政治的自律を要求した。良心、意見、財産などの前者の自由は、絶対君主によって支配された臣民の側から国家に対して向けられた要求、つまり被治者の自由であった。これと殆ど同時に出てきた第二の要求は、直接に君主制原理に対して向けられており、自己自身を統治する自由、支配に参加する自由を志向していた。第一番目の自由は、市民的・自由主義的な自由、国家からの自由であり、二番目の自由は、政治的・国家公民的・民主的な自由、国家への自由と呼ばれる。前者は近代に固有なものであるが、後者についてはアテネの民衆が既にそれを誇っていた。今日の民主的要求はその根源を宗教改革に有している。カルヴァンは、教会の権力は教区の人々 (Gemeinde) の中に在ることを教えたが、清教徒と長老教会派はこの教説を政治的共同体 (Gemeinwesen) に、つまりイングランド共和国 (the commonwealth of England、一六四九年のチャールズ一世の処刑によって成立したものに適用した。イングランドの革命は、王を民主的・議会議主義的に制約し、英語にいう自治 (self government) を基礎づけた。北アメリカへと移住した清教徒は、近代最初の厳格に民主主義的な共

和国を創立した。こうした国家への決定参加の自由も、人間の生来的本質として切り離せないものとなり、人権として主張されたのである。

政治的闘争において文書で保障された武器を手にするために、イングランドの人々は伝来の身分的な自由権を権利章典（一六八九年）という形で文書として確認した。北アメリカの個々の州の新たな自由権も同じく文書化され（ヴァージニア、一七七六年）、かくしてこれが、近代的意味での最初の成文「憲法」の構成要素となり、後のすべての大陸の憲法文書の模範となった。一七八九年に、かの有名な人権と公民権とを宣言した革命的な制憲議会にも、北アメリカの諸憲法はラファイエットによって紹介されていた。このフランスを手本として一八三一年にベルギー憲法が、それに従って一八四九年のフランクフルト憲法の基本権、並びに一八五〇年のプロイセン憲法が制定された。

## 二 基本権の本質

一七から一八世紀を支配していた自然法の世界観は、思想の上では社会構造を個人から構成していた。この世界観にとって、歴史的には第一のものではありえないにせよ、論理的に第一番目のものは、本性上自由で諸々の権利を授けられたような個人である。こうした個人は他の個人とともに国家へと結びつけられ、それによって自然状態から離れるとされていた。絶対主義者たち（ホッパスとルソー）は、この契約を通じて個人はそのすべての始源的権利を君主のために（ホッパス）あるいは全体のために（ルソー）放棄したと主張した。これに対して、自由主義理念の擁護者は、ある一定の人権の不可譲性を主張していた。

この自然権的観念論に対して、今日という批判的な進化論の時代には、国家契約思想と自由の自然状態との歴史的な不可能性が強調されている。あらゆる自然権に関して、社会的組織つまり国家が、始源的自由の制約となっていた。



今日の時代からみれば、国家は、社会的形式に他ならないと考えられている。人間は、始源の野生的状態から文化を持つ数千年を通じてそうした社会的形式へと適合していくようになり、この社会的形式を通じて初めて自由というものが可能になったのである。それ故、今日では我々は、自由権をもちや自然権としてではなく、むしろ文化的権利として、また、始源的に個人に存するものとしてではなく、政治文化の発展を通じて個人に共同体から授けられたものとして認識している。国家の保護権力を通じて始めて、個人の平等な自由が保障される。我々は、個人をもちや唯一価値あるものとは認めず、むしろ世代を超えて継続する国家にも固有の価値を与える。それ故に、我々は人間の諸団体を考察するに当たっては、専ら個人のみから出発するわけではない。我々が、等しく尊厳を有するドイツ人の政治的基本権のみならず、基本義務をも念頭に置くのもその故である。

上述のような「ドイツ人の基本権及び基本義務」ワイマール憲法第二編・第一〇九条以下」標題をつけられた憲法の部分に属する個々の条項は、別の法律、学的意義を有する。全体としてこの編は、「ドイツ法文化の反響」として、つまりドイツ・ライヒの信条の根幹を示す綱領として、捉えられねばならない。制憲審議会に関して報道記者が表現していたように、それは「我々の法文化のある一定の基礎的真理が尊敬に値するものされ、ありきたりな立法の日常から憲法という祝祭的な場へと高められ」ねばならないのである。かくして、この基本権の内のいくつかは事実上、倫理的な原則に「過ぎず」、その内容上、法ではないことになる。<sup>(1)</sup> また、他のものは立法者の行為に関する原則に過ぎず、そうした原則は、未だ個人そのものには国家に対する法律的請求権を与えるものではない。<sup>(2)</sup> 更に他の基本権は、確かに立法者を、対応する法律を發布するように義務づけるものではあるが、これもまた個人には、なおそれについての請求権を保障してはいない基本権である。<sup>(3)</sup> 憲法改正という困難な道をとる場合にこそ、立法者は、憲法違反をすることなく、憲法という法命題と矛盾する法律を發布することができる（第七六条（第一項）「憲法は、立法によりこれを改正する

ことができる」)。その限りで、立法者は、憲法という法命題によって、法的に義務づけられているのである。真の基本権と基本義務とは、個人に、国家権力の作為と不作為に対する法的請求権を付与するものである。<sup>(4)</sup> 個々の場合に、憲法の規定が法律的にどのようなように考えられるべきなのか、つまり、それがただ立法者への指示にとどまるものなのか、それとも、客観的にせよ主観的にせよ既に効力のある法なのか、こうした点は曖昧である。基本権の幾つかは「ドイツ人の」権利にとどまらず、ドイツに定住している外国人の権利でもある。<sup>(5)</sup>

### 三 構 成

憲法の第二編は、ドイツ・ライヒの政治的な意向の基礎を形づくっている。それは歴史の展開のなかで、諸々の社会的理想と利害との闘争から成長してきたものである。基本権は、歴史的に生成してきた対立の妥協であるため、抽象的に論理的な構成に適するものではない。我々は、それが歩んできた道を歴史の中で慎重深くたどることによってのみ、こうした基本権を司る理性を認識できるに過ぎない。そこで、我々は、絶対主義以来の近代国家の発展において、四つの理念、歴史の四つの運動方向が互いに作用しあっているのを見てみたい。つまり自由主義的、民主主義的、国民的、社会的という理念である。「歴史発展に対して」超越的ではなく発展に内在したこれらの理念は、その政治的影響及び経済的、芸術的、宗教的、学問的、一言でいえば社会的影響に即して読み取られねばならない。従って、この今日でも生きて延びており基本権の中に表現されるに至った理念圏(思想)に即して、基本権は整理分類されなければならぬのである。

自由主義理念の歴史的影響については既に簡潔に示したが、この理念は、人間の「群居的」「非群居的本性」という基本的特徴の一つに、<sup>(6)</sup> つまり人間の個人主義的、世界主義的傾向に対応している。文化とは、一つの方向性に従って、

「人種に即したもののから、それを反映したものへの変遷<sup>(7)</sup>」として把握されざるを得ない。始源的な集合観念から解放され自律した意識へと到達した人間は、自らの開明された理性や、自らの純化された感情、さらに自らの倫理意識及び法意識が、自分の人間的本性に他ならず、人間としての普遍妥当性を有しているという確信に達する。ここに普遍妥当的な倫理法則と自然権の観念が生じたのである。

個人の国家からの本来的な自由という自由主義思想は、大抵は市民的自由と呼ばれるのだが、これは主として、政治的及び経済的な市民層の勃興によってその実現を見た。こうしたドイツの市民層は、絶対的な警察国家なり福祉国家なりの、保護者面して暴力をふるうことも稀ではない権力に抵抗し、封建社会と経済の残滓を取り除くよう求めた。まずもって革命的な資本主義的経済様式を伴った経済社会としての市民社会は、保護者面した絶対主義からの自由、重商主義国家からの自由を要求した。自由主義理念の最も有名な代弁者たるヴィルヘルム・フォン・フンボルトが語るに、国家は、共同生活の秩序を「諸力の自由な戯れ」に委ね、「自己自身や外敵に対して、個人を保護する以外には」「一歩たりとも」個人の自由を制限してはならないとされる。法を制定し、法を論じ、外部に対して保護を与えこそするが、それ以外のすべては個人の合意に委ねる国家という意味において、フンボルトの言葉は自由主義的法治国家の理想であった。この理想から、国家の使命の必要性について異議を唱え、無政府主義に至るにはほんの僅かである。

この自由主義理念によれば、すべての人間は人間として法的に自由である。法律上、奴隷制度を排除したこの自由な人格が人間の状態であり、こうした状態が、人間のその他の権利及び義務すべての基礎をなす。しかし自由主義は、国家からの絶対的な自由を要請しているのではなく、フンボルトが既に述べているように、「安全性」「法律に則った自由の確実性」、警察国家の諸機関の恣意的な命令や禁止に対する法的制約を要請していた。すべての機関が、法律に基づいてのみ市民に命令を下すことが許されるような国家共同体という意味での法治国家、つまりいわゆる行政の適

法性の原則を、自由主義は要請している。行政の法律への拘束が自由の保障を意味するというのなら、当然要請されるのは、立法権はそれとは別の機関に委ねられるべきだという点であり、これは行政権や司法権が他の二権からできる限り独立すべきだというのと同様である（モンテスキューの権力分立論）。なぜなら、すべての自由権は、法律に基づかない行政や司法の介入から個人を護ることができただけなのであって、現行法（憲法についても条件付き多数決によって）を改変しようとする立法者に対しては、この限りではないからである。勿論、近代国家の権力は統一的なものとして考えなければならぬ。しかし、その三つの機能は、原則に従って、別々の機関に配置されている。その結果として、国家機関が個人の自由に干渉するのは、法律による授権があつてこそであり、またその限りでのみであるという点を、あらゆる市民が要求し得るようになった。

自由主義理念そのものは、未だ特定の国家形態と結びついてはいない。絶対君主制は、適法な行政という原則に厳格に固執していれば自由主義理念に反しはしないが、民主主義理念に対してはそうではない。民主主義理念とは、国家への自由、政治的また国家公民的な被治者の統治への参加を要請し、被治者の自由とも呼ばれるものだからである。民主主義理念は、その最も有名な提唱者たるルソーの言葉を借りていえば、国家元首は「個々人から構成され、形成される」（『社会契約論』第七章）。民主主義理念は、人民主権においてその実現を見る。人民主権は、君主制の理念と対立して、すべての公権力を国民から引き出すものであり、自己自身によって正当化される君主から（「神の恩寵から」）そうした公権力を導き出すものではない。民主主義理念は、共和制か、少なくとも議会主義的君主制を要求する。ここでは、間接にせよ（国民代表を通じて）、あるいは直接にせよ（国民投票、国民請願）、立法権は、司法権や（陪審員〔Geschworene〕、民間参（陪）審員〔Schoeffen〕、あるいは普通選挙による裁判官公選）さらには行政権（公務員の選挙、自治、評議会〔レーテ〕）と同様に国民に由来する。このような理念の社会的担い手は、ドイツでは一八四八年までは概ね

市民層であった。こうした市民層は、絶対主義に共同支配を要求し、それまでは唯一政治的権限を手にしていた貴族階層との「同権」を獲得しようとした。市民層が、このような共同支配を少なくとも原則的には獲得した後に、民主主義的要求は第四身分に、つまりプロレタリアートへと移っていった。

フランス革命は、自由主義的自由と並んで民主主義的平等と世界主義的連帯を旗印に掲げていたが、同時にナポレオンの国民的帝国主義を生みだした。その病的な世界征服の権力欲は、ヨーロッパの諸国民に対して、とりわけスペイン人・ドイツ人やイタリア人に対して、国民文化にとつての国家の意義を、非情ではあるが反駁し難いような形で証明した。「(こうした状況下で)国民的理念が、初めて歴史の中で政治的理念として登場した。初めて「一国家、一民族」が要求され、文化共同体の政治的自由としての国民主権が対外的に必要とされたのである。国民は、もはや個々人の総計ではなく文化の総体とみなされ、その自己主張のためには国家権力という粗野な外殻が必要とされた。こうした国民的理念は、ベルギー、ノルウェー、ギリシャ、さらにバルカン半島の国民国家を創り出し、ドイツとイタリアを統一させ、オーストリア・ハンガリー君主制を幾つかの国民国家へと解体し、ポーランド人やチェコ人そして南スラヴ人が国家として独立するのに力を貸した。一九世紀においては、この理念は、群居的・非群居的な人間の本性の第二の基本的特徴として、つまり権威的・共同的発展傾向として、自由主義的個人主義的な方向への発展を妨げた。近代国民国家においては、国民的理念は、構成員に対して全体から課されたあらゆる基本的義務の道徳的基礎を形成した。この理念の社会的担い手は、ドイツでは市民層であった。市民層はその際、一九世紀前半には各地方の領主(Landesherzog)と、さらに一部は貴族とも対立し、一九世紀後半は労働者層と対立したのである。

自由主義理念はすべての個人に国家からの形式法上の自由を認め、民主主義理念も、少なくとも原則的には各人に平等な公的な法権力を認めたが、二〇世紀は社会革命の恐るべき危機に脅かされている。自由放任(Laissez aller)が、



つまり国家からの経済の自由が、理性の自然法として要求された。それによると、各々の経済的主体は、その自己利益を自由に追求すればよく、しかる後に予定調和が社会の交響樂を必ずや保障すると考えられているようである。かつて理性であったものは、機械経済の発展によって無意味となり、自由というかつての善行は、経済的弱者には癩の種となった。一七八九年から一八一五年の間に、現実の社会を本質的に変革することもなくして、十本もの異なる憲法を手にしたフランスの例は、社会秩序が法律的、抽象的憲法闘争よりも実質的、経済的権力闘争において確立されるものだという認識を示すものである。マルクス以前にロレンツ・フォン・シュタインがドイツで初めて認識していたように、「国家権力の力に依ってプロレタリアートの社会的地位をもちや従属的ではないものにする」と、つまりその（プロレタリアートという）構成員を、国民の資本への参与者にする」ためには、プロレタリア化した階級は、今や必然的に「国家権力を、社会の促進の手段として」「社会的自由の条件として」みなすことを目標としなければならぬ。こうした社会的理念は、政治的民主制から経済的民主制への理にかなった進行である。政治的民主制は政治的な諸身分を廃棄し、経済的民主制は経済的な階級を攻撃する。この理念の社会的担い手は、手工業者層であり、その最も直接的な政治的敵対者は、国家の自由主義的な「夜警理念」である。「ブルジョアジー」は、夜警理念の目的を専ら「個人の人格の自由とその財産とを保護すること」<sup>(8)</sup>にしかみてはいない。従って、「生産の無政府状態」を経済生活の正当な秩序と置き換えようとし、その目標のために私有財産を可能な限り広範に制限することで、社会的理念は、純粋な法治国家を民主的、社会的福祉国家へと転換しようとして望んでいる。こうした展開は、「戦時社会主義」によって強く促進され、ロシアやオーストリアそしてドイツでの革命によって、その初めての憲法上の表現を見いだした。我々はまさしく、そうした展開の渦中に立っている。



#### 四 憲法の基本権と基本義務

これまで形式的原理として示してきたこれらの理念は、本来はつくりだされたものである。それは、決して単なるイデオロギー的な綱領ではなく、むしろ、精神的現実において、また政治的及び経済的現実において、外的存在へと現れた社会生活の諸形態を意味している。こうした理念は、明確に区別可能で歴史的にも区別された社会的現存在の内在的な諸形態をとり、従って、その担い手の社会的な力に応じて強弱の差はあれ、ライヒ憲法第二編のなかに何れの場合も認識可能な憲法上の表現を見いだした。そもそも憲法は、政党の綱領とは異なり、相争う集団の利益なり理想なりの調停を追求するのであり、論理的要求を満たすには必ずしも充分ではない。いわんや、目下存在するこの憲法は、そうした論理的要求を満たすには全く不適合である。それは、この憲法が厳しい対立の時代に生まれたために、その必然的ともいえる妥協的性質を、しばしばまさに矛盾に満ちた基本権諸条項の中に現さざるを得ないからである。<sup>(9)</sup>

一七八九年の革命の合い言葉は「自由、平等、友愛」であった。一九一九年憲法の前文は、一七八九年との歴史的結びつきを確かにはつきりと認識させるものであり、同じく自由と民主権とを強調してはいるが、しかし平等の代わりには正義を置き、ドイツの統一や国民的理念、並びに社会的進歩や社会的な思想を明確に信奉して<sup>(10)</sup>もいる。

##### 1. 個人

第一〇九条〔法の下での平等の規定など〕。絶対主義の歴史的所業とは、個人としての君主の前での、すべての臣民の政治的に平等な処遇を成し遂げたことである。民主制は、個人から離れた(非人格的な)「普遍的意志」の前での万人の平等を、法律といういわば崇高な一般意志の前での万人の平等を宣言している。「万人にとっての同権」という民主的理

念は、女性にも拡張された。女性も、既に以前から原則的には男性と平等な市民としての諸権利を享受してはいたが、今日ではその公民としての地位に関しても、確かに「原則的に」に過ぎないにせよ、男性と平等とされた。つまり、例外を許容するすべての法律は留保されている。私権（婚姻）については、一〇九条は全く関係がない。

民主的な公法上の平等は、出生身分に因る社会秩序が持つ最後まで残った諸々の権利の廃棄を命じている。とりわけ、これまで統治してきた諸侯をも含む貴族の公法上の特権の廃棄である。「廃止される」〔憲法第一〇九条の条文〕とは立法者への指示を意味している。立法者は一九二〇年七月二三日の法律でこれに応じた。貴族の名跡は（オーストリアと同様に）廃止されなかったが、決して法的請求権（例えば「殿下」というような敬称をつけて呼ぶなど）を認めるものではない。そうした名跡は、貴族を母とする非嫡出子にも受け継がれるが、勲章や栄誉章と同様に、もはや新たに授与されてはならない。商工業顧問官（商工業の功労者への称号）、枢密宮中顧問官、法律顧問官といった、官職も実際の職業も表していない単なる肩書きは、これまで授与された他のあらゆる社会的呼称と同様に、現在の該当者は継続的に保持してもよいが、将来はもはや授与されてはならない。

第一一〇条〔国籍に関する規定〕。「国籍」は、一連の基本権及び、何よりも殆どの基本義務に関してその前提をなすものであるが、基本権そのものを意味するわけではない法的な基本状態（地位）である。一九一三年七月二二日の現行ライヒ国籍法及び邦国籍法に基づいて、嫡出子ないし認知された子は父方の国籍を、非嫡出子は母方の国籍を、婚姻した女性は夫の国籍を取得する。官庁による授与によって、a)ライヒドイツ人は他のドイツラントで公民として受け入れられ、b)外国人はライヒに帰化する。

他のラントに属するライヒ国籍保有者は、居住ラントの国籍保有者と同様の義務と権利（選挙権、官職就任権）を持つ。<sup>(11)</sup>  
第一一一條、第一一二條。封建的およびツント的經濟体制、並びに絶対主義的重商主義は、領主が支配する土地

へと農民を結びつけ、土地の取得をしばしば出生身分と結びつけていた(騎士領)。都市の商工業の営業は、(最後には極めて困難となった)公認されたツunftへの所屬と結びついていたし、臣民は高い移住税のために(追徴税(Nachsteuer)、移住税(Abschoß))邦に引き留められ、邦の内部でもしばしば特定の場所に縛りつけられていた。自由主義理念は、個人をこのような硬直した囲い込みから解放したが、個人から、農民や手工業者の共同体の保護をも奪い取った。

第一一条、第一二条は、革命前の法状況に比して何らの革新ももたらしてはいない。居住地や営業地の自由な選択、並びに職業の自由な選択は、ドイツ人にもみ保障されているのであり、外国人についてはこの限りではない。移住移転の自由は、意思無能力者、未成年者、妻については制限されており、それらの者の居住地については、後見人ないしは両親、夫が決定しなくてはならない。移転の自由は、国民的及び社会的理念が強まれば強まるほど、公的な義務を果たすために一層制約された(食料の供給、住居の欠如、生活扶助、兵役義務)。

移住の自由は、古代やまた一八世紀ですら明確になつていなかったものだが、これは以前は兵役義務によってのみ制約されていた。今日では、国民的及び社会的利益の観点から、納税逃れを阻止するために納税義務者の移住は、彼らの納税の保証と結びつけられている。ライヒ国籍は、外国での居住がどんなに長くなっても消滅することはない。

ドイツ人は、ライヒを護らねばならず、またライヒによってドイツ国境の内外で保護されてもいる。「ドイツ人の」ライヒへの在外での保護の請求とは、ドイツ人に加えられた他国の不法に関して責任をとらせることに、また有責の当該国籍保持者にその国の力に依つて責任をとらせることに向けられる。この保護の実効性は、全く以てライヒの力に左右されている。

国家と国籍保有者との信頼関係を認める旧来のドイツ法思想にもとづいて、大陸では自国民の引き渡し不可の原則

が發展してきた(しかしイギリスはイギリス人を相互性があれば引き渡す!)。この原則を、ヴェルサイユ講和条約第二二八条は破っている。それによれば、ライヒは、戦犯との申し立てがなされたドイツ人を協商国側に引き渡さなくてはならない(ワイマール憲法第一七八条第二項参照(一九一九年六月二十八日ヴェルサイユにおいて調印した講和条約の規定は、憲法に抵触しない))。一九二〇年二月二三日に協商国側は、ドイツ・ライヒ裁判所の手続に、当該手続が「被疑者から正当な贖罪の機会を奪う」効果を持たないという留保付きで、納得した。

第一一三条。外国語を話す国民の一部(つまりドイツの日常言語を話す国民の少数者ではない)を保護するという原則は、請求資格の不確定性の故に、なお基本権を形成しているわけではない。この点は、以前のポーランド人に関する立法と対照的である。

第一一四条。人身の自由の権利は、広範に捉えられており、そうした権利は、自由主義理念から導かれるあらゆる結論を包括し、本来すべての「自由権」を含むことになる。実際、すべての人間(ドイツ人に限られない)は法的意味での人格、つまり権利と義務の担い手であって、法的意味での物として、つまり奴隷として扱われてはならない。

この基本権は、(私的ではない)公の権力に対する個人の自由を、つまり国家の行政機関によって適法に行われぬ形での自由の制限に対する個人の自由を庇護している。立法者は、恣意的な人格ではなく「一般意志」を体现しているが、彼らにとっては個人の自由は、所有権と同様に「神聖かつ不可侵」なものではない。

第二項では、行政の適法性の原則が自由の制限の特殊事例に、つまり自由の剥奪(拘留、留置、拘禁、保護措置など)に適用されている。

第一一五条。住居、家庭の平和は、人格の自由の領域の一部である。これは憲法上は、法律の認めていない国家機関の侵入すべてに対して保護されている。法的安定性のために心から、法律は、数多くの場合に(国家機関の)侵入を

認めている（差し押さえ、搜索、刑事訴追、脱獄囚の再逮捕の目的の場合）。住宅難を克服するために、個人の家屋不可侵権は、強制的な宿泊施設の提供により制限される。

第一一六条。罪刑法定主義〔*nullum crimen nulla poena sine lege*〕の原則は、処罰は勿論のこと国家機関の行為は適法なものでなければならぬという原則の帰結である。遡及効をもった刑法は、今日の法感覚と矛盾し、従って違憲だとされる。<sup>(12)</sup>

第一一七条。信書、郵便、電信及び電話の秘密が、こうした公共の行政部門において任用された機関〔職員〕に対して禁止しているのは、①この機関に託された（公的なものも含めて）郵便配達や遠距離通話そのものがなされたという事実からも、その内容からも、送達や業務の処理に必要なものである（宛名や電報を読むこと）以上の情報を得ることと、②そうした何らかの情報を私人ないしは官公庁に与えることである。国家行政機関に対して刑法上も保護されているこうした送り主や発信者の自由は、これまで刑事裁判や破産手続の利益において、さらには戦時目的のために、制限されてきた。革命人民委員〔*Volksbeauftragten*〕も、既に一九一八年九月一八日付けの命令で外国との郵便業務を取り締まらせていた。

刑法第二九九条によって、すべての密封された信書が、その私的侵害から保護されている。

第一一八条。官憲（教会、国家）の許可なしに自らの思想を公表する自由は、宗教改革の闘争の結果はじめて主張され、ドイツでは、ようやく一八四八年革命によって認められた（シラーのドン・カルロス「各々方、思想の自由を与えよう」）。世論の最も重要な機関つまり出版に対する予防検閲は、教養自由主義によって最も嫌悪された三月革命以前の絶対主義の権力手段であった。すでに一八一三年に出版の自由を約束していたにも拘らず、一八一九年になお、プロイセン国王は、その事前の許可及び検閲済みという認可書なしには、いかなる文書も印刷され販売されてはならないと

の命令を発した。予防的検閲が原則的に廃棄された後の一八四八年以降も、警察はなおも予防的に出版の自由に（認可義務、保証義務を通じて）介入した（一八七四年のドイツ・ライヒ出版法まで）。

意見の表明が、とりわけ報道機関の持つ暴力的で時に危険でもある力によって、何らかの法律を侵害する場合には、その自由は廃棄される。例外的に、意見の表明は、公権力の違法な介入のみならず、社会的、私的な諸力（雇用者のよくな）による侵害に対しても、基本権として保障されている。

劇場の俳優はなんら自分自身の見解を表明しているわけではないし、劇場に対しても検閲は存在しない。あらゆる意見の表明に何らの抑制もないとすると、まさに政治的及び道徳的な過渡期の時代には、極めて危険でもある。とりわけ何の躊躇もない営利心が、ひよわな品性の卑しい本能への思惑を以て活動するような場合には、そうである。憲法はこうした認識を考慮し、映画の検閲やエロ・グロものの抑制に憲法上の基礎を与えている。<sup>(13)</sup>

## 2. 共同生活

この第二章では、市民の基本権がその特別な資格において、つまり、①家族の構成員として、②集会及び結社の構成員として、③自治の担い手として、④公務員として、論じられており、また並びに、⑤政治的共同体に対する、市民の最も本質的な義務も論じられている。これまでの基本権は、孤立した個人の国家との関係に関わっていたが、以下で論じるのは、国家との関係において社会化された個人に関わるものである。

自然法的啓蒙主義は、ルソーやカントも、常に「人間そのもの」を、つまりあらゆる家族的な、身分的な、国民的な、およそ社会的な共同体から解き放たれた個人を、抽象的原子としてなんらの媒介もなく、中央の国家権力と対置し、そうした国家権力に組み入れていた。フランス革命の経過の中でナポレオンは、この原子論的・集権的な自然法の



国家理念をフランスにおいて現実のものとした。もともと、これは彼ナポレオンが市民を、殆ど権限のない地方組織を通じて、まっすぐに中央に服従させていたという限りで、のことではあったが。このフランスの国家思想に対して、ドイツ・ロマン主義は、とりわけドイツの偉大な国家哲学者ヘーゲルは、家族・経済・職業等に根ざしている現実の人間が、数多くの団体や共同体を通して、「市民社会」の諸領域を通して、健全な国家に結びつけられており、その「有機的」分節は憲法上も表現されなくてはならない、という重要な認識へ至った。「具体的な国家は、その特殊な領域へ、と分節された全体であり」(『法哲学』§三〇八)、「生き生きした連関は、分節された全体にのみあるのであり、その部分そのものが特殊な従属的な領域を形成している」。家族と団体(Korporation)は国家の倫理的な二つの根源であり、国家本来の強靱さは、地方公共団体(Gemeinde)の中に存在するという。

イングランドでは、国家集権主義が勝利をおさめたことはなかった。そこにおいては、国家当局による直接の関与なしに一定の政治的な共同の課題を処理すること、つまり自治(selfgovernment)という古代ゲルマン的思想が維持され続けていた。自治団体(Korporation)の思想においては、自由主義的理念と民主的理念とが分かち難く結びついていくように思われる。自由主義的な結社の自由が個人を結合させ、その結社を通じて個人は、国家生活の一定の領域への民主的影響力を得る。

第一一九―第一二二条は、様々な形の自然的共同体の内部における個人の諸権利を扱い、憲法上の保護を、婚姻や青少年そしてその教育という共同体の生活の自然の基盤に対して約束している。女性のプロレタリア化、とりわけ女性の工場労働が家庭生活を崩し子供の教育を不可能にしているという確固たる認識から出発して、急進社会主義的思想はこの「婚姻や青少年そしてその教育といった」諸制度を攻撃してきた。そういった攻撃を防ぐために、また社会的理念との妥協として、憲法は、婚姻と両親による教育は確かに保障されるが、上位に位置する国家共同体によっても監督

されると規定している。これらの規定は倫理的原則を含んでいない限りで、またそうでなくとも実際に適用可能な法ではないが、将来発せられる法律の指針を含んではいる。

第一一九条。正式の婚姻（法律婚）に関する民法第四卷に含まれている諸規定は、かかる憲法によってはなお変更されない。従って、母権には、「嫡出であるとないつに關わらず」、国家による保護と配慮についての請求権が認められている。母権と婚姻とを等置しようとするような、容易に「共產主義の座礁」に至りかねない試みを、憲法は確かに徹底して企てているわけではないが、非嫡出子には、今後公布せられる法律を通じて嫡出子と同様の発育条件を与えることを約束している。<sup>(14)</sup> 国家は、次世代の青年たちの育成を監督するが、しかし、両親ないし代理人がその公法上の教育義務を懈怠する場合にのみ、国家がその育成を引き受ける。<sup>(15)</sup>

自然の共同体という諸形態の法的評価に關するこうした諸々の原則の後には、集会、結社、選挙、共同での陳情といった社会的諸形態での個人の、どちらかという恣意的な活動とりわけ政治的活動を違法な公的介入から保護する規定が続く。我々はここで再び、自由主義理念から生じてきた真の市民的諸権利と取り組むのである。

第一二三条（ヘラーの原文では第一二四条となっているが、内容上、第一二三条の誤りであろう）。総体としての個人は、容易に国家の総体やその秩序にとり危険なものとなりうる。それ故に、絶対主義国家は、集会及び結社の自由を特別な注意を以ての監督下に置いている。集会の自由は、原則的には一八九八年に實現されたが、最終的には一九〇八年のライヒ結社法によって規定された。この法律の由々しき制限（政治集会の届出義務、屋外での集会の許可を受ける義務、政治的集会及び結社からの青少年の排除、軍人と公務員には禁止）もまた、憲法によって廃棄された。各々の群衆（「教養層」も含めて）心理を念頭に置けば、公共の安全のある程度最小限の保障を放棄するわけにはいかない。<sup>(16)</sup> 衛生、建築及び消防・警察に關する規定の遵守を別にすれば、平穩かつ武器を持たない形での（集会への）参加が、憲法によって要求さ

れている。無制限な大衆が集まり、敵対者をも含む一般の人々の目につく形で彼らが集会を行っているだけで、公共の安全がかなりの程度まで危うくされ得るような屋外においては、国家権力は、安全を守る処置を講じなければならず、そして危機に直面していると考えられる場合には、その禁止をもする可能性を手にしなくてはならない。その際、安全の危機が集会の主催者により目指されているかどうかは問題ではない。ライヒ議会やラント議会の建物という「平和が確保された立入禁止区域」の内側では、屋外での集会は絶対に催されてはならない。

第一二四条。刑法上禁止された目的のために濫用されない限りにおいて、結社の自由は、予防措置規定によっては絶対に制限され得ない。

個々人の力を越えた、自発的な責務を実現する効果的な共同体の行為のための最も重要な前提の一つは、複数の人が一致して一人の人間のように行動できるといふ点にある。このような人間の結合が一つの集合人格〔Verbands-person〕となりうるためには、つまりその機関を通じて購入、賃借、借金ができるためには、またそれによって、推移してゆく構成員の中のあるこれの個人ではなく、抽象的な法人のみが権利義務を持つようになるためには、法秩序によって初めて、この法人に法的統一が授けられ、権利能力が付与されなければならない。これによって、こうした複数の人々が一つの「法人」となる。<sup>(17)</sup> こうした過程を通じて団体に与えられるかなり大きな社会的な力とりわけ経済的な力を、法秩序即ち国家が全く恣意的裁量に基づいて付与する場合（認可制度）がある。あるいは、その際に、国家が、団体という特定の範疇に関して、その権利能力の取得を法律的に定めている一般的規範に拘束される場合（一般的な規範規定の体系）もある。あるいは最後の可能性として、国家は、あらゆる種類の団体に対して一般的かつ平等な規範を定立すること（平等な規範的規定の体系）もある。第一の体系に従うのは絶対主義的国家。第二のものに従うのは一九〇八年のライヒ憲法であり、これは（この憲法が）、政治的・社会政策的ないしは宗教的目的を追求する団体の権利能力

に關して、実務的に行政の認可を要請していることによる（社会主義者やカトリックの修道会の居住地に対して向けられたもの）。第三の体系は、第一二四条を根拠にしている。第一二四条によれば、あらゆる種類の団体は、管轄簡易裁判所の団体登記簿に登録されることにより、その権利能力を獲得する（e. V.、つまり「登録団体」）。目的が、経済上の營業活動に向けられている団体は、商業登記簿に登録されることにより権利能力を獲得する（商法第二〇〇条）。

より特別な方式で、結社の自由はヴェルサイユ条約第一七七条により制限されている。軍事的な事柄に関わり合うすべての種類の結社を（とりわけ教育施設に關しても）、その構成員の年齢に關わらず禁止している。それに対応する一九一九年八月三十一日のライヒ法律は、それに抵抗する団体や私的教育施設を、解散させるといふ圧力をかけている。

第一二五条。あらゆる選挙に關して、選挙の自由の保障が妥当する。秘密投票に關しては、更に選挙の秘密の保障が妥当する。こうした保護の実行は、ある面では刑法に、他面では様々な選挙法に委ねられている。例えば一九二〇年四月二十七日のライヒ議會選挙法がそれである。<sup>(18)</sup>

第一二六条。民主的国家共同体にとって本来自明である請願権は、絶対主義に對抗するために歴史的に伝えられてきた闘争権としてのみ、理解されるべきである。ドイツ人のみならず外国人もまた、一人ないしは他の人々と共に権限のある官庁に訴え、審級順序が行き尽きた場合には国民代表に訴えることができる。国民代表はその請願または訴願を受け取り、規定に従って処置しなければならない。

第一二七条〔地方公共団体及びその連合体は、法律の制限内で自治の権利を有する。〕。官僚制と自治。ゲルマン人のもとはゲマインデが公的生活の広い領域を、とりわけ法と経済の領域を自立的に管理していた。フランク王国において諸關係が発展してようやく、ローマを模範とした国王に從属する官僚制（フランク王国代官〔伯〕〔Grafen〕、カール大帝の巡察使<sup>[1]</sup>）が行政のために形成された。諸都市の自治権はそれまでずっと増大していたのだが、この官僚制形成にあ

たつてもこれが奪い取られることはなかった。王に雇われ無条件に従属する職業官僚制は、近代絶対主義のまず前提であり、さらにそれを継続させる条件である。近代絶対主義は、経済的に進んだイタリアで初めて実現された(シチリア王フリードリヒ二世(ナポリ・シチリア王としてはフリードリッヒ一世、在位一一九七—一二二二、一二二五年に神聖ローマ皇帝に即位))。フランスのルイ一四世、プロイセンのフリードリヒ大王、オーストリアのヨーゼフ二世によって、官僚的「警察国家的絶対主義はその完成の域にまで達した。三〇年戦争の苦しみから容易に立ち直れなかったため、ドイツ市民層の自治は、殆どその名残りもとどめなくなっていた。だが一八世紀以来、市民層の絶対主義に対する闘争は、必然的に、とりわけ都市自治体(都市ゲマインデ)の、絶対主義的支配者の官僚機関に対する闘争という形をとった。自己統治という民主主義的理念は、まず以て都市の自治の要求として掲げられた(フランス革命でいう都市の権力[pouvoir municipal])。ナポレオン一世は、確かにフランスにおける革命的な地方自治体の自治を廃棄した。しかし、一七八九年の理念は、はるか昔のイングランドの自治(self-government)と結びついた形で、シュタイン男爵の大規模に構想された国家改革の範例となった。イングランドにおける自治[self-government]が、地方自治[local government]を前提にしているように、シュタインもまずもって、一八〇八年の都市令によって、プロイセン国家全体の包括的改造のための礎石を置こうと考えた。改革を通じて、都市のみならずラント共同体でも、そしてゲマインデのみならず郡やプロヴィンツでも、諸侯の数多くの使用人たちは、被治者から選ばれた名誉職の自治行政機関に置き換えられることとなった。官僚的絶対主義は、立憲国家の民主主義的理念と近いものとなった。シュタインとその後継者ハルデンベルクは、都市の自治を踏み越えようとしなかった。郡とプロヴィンツでは、封建的及び官僚的権力は破壊されぬままに遺っており、ハルデンベルクは、ゲマインデの自治を決してラントの自治にまで拡大しようとはしなかった。経済的「地理的な状況が、そして何よりもプロイセン貴族の権力が改革政策を妨げた。これら(抵抗する)諸々の勢力



の精神を示しているのは、レブス郡、ベースコウ郡そしてシュトルコウ郡で一八一一年に出された数多くの抗議文の内の一通である。そこで、ハルデンベルクは、旧来の名誉あるプロイセンを新たな形のユダヤ国家に変形させようとしているのではないかと疑われている。<sup>[2][19]</sup>

自治とは、仲間意識〔ゲノッセンシャフト思想〕の基本理念である。今日の巨大国家においては、仲間〔ゲノッセン〕はもはや個人的な集まりの中で自己統治することさえも出来ない。このような国家では、自治行政〔Selbstregierung〕という民主主義的理念は通常は間接的にのみ、つまり代表を通じてのみ可能である。自治行政〔Selbstverwaltung〕の民主的形式は、今日の分業を主とする経済国家においては、原則的に無給で選任され、職業ではない名誉職の公務員に依っては、限られた範囲でしか実現されない。政治共同体が巨大化すればするほど、その任務はより包括的かつ込み入ったものとなり、専門知識を持った有給の職業官僚制がいつそう必要になってくる。他面で、巨大国家や経済国家は、「官憲国家」という形式においての治者と被治者との分離を不可能とってしまう。服従者の持つ思慮には限界があるという確信は依然揺るがないだろうが、現代国家の非常に多様な利益集団の自負心は、もはや中央官庁がこの利害を直接の当事者よりもよりよく認識し管理できると認めることを許さない。国家の規模とその任務の範囲とともに、その市民の自己責任と自発性が必然的に拡大するか、さもなくば結局は住民の半分が他の半分を職業的に統治し管理するということにならざるを得ない。このようなわけで、あらゆる現代の巨大国家と同様に、ドイツ・ライヒもまた宿命的に困難な問題の前に立っている。それは、(ラント、郡、ゲマインデの自治による)集権化と脱集権化、職業官僚制と名誉職の公務員制という、二つの同じように必要な要素を、弾力があり融通の利くような(有機的な)均衡な状態にするという問題である。<sup>[20]</sup>

ドイツ都市令にとって、プロイセンはその模範であった。このようなドイツ都市令は、市民に、彼らがゲマインデ



代表や市会議員（参事 [Magistrat]、参与 [Rat]）を選挙することで、自らの案件については自らの自由な活動によって処理できる権利を与えた。こうした市民たちに依って、ある面では「自分の活動範囲」が管理され、他面では国家によって割り当てられた「委任的」活動範囲に属する事柄が取り扱われた。

プロイセンでは、自治体 [Gemeinde] の選挙は、一九一九年まで三級選挙法に従って行われた。一九二〇年の新都市令草案は、ワイマール憲法第二二条（ライヒ議会の選挙についての規定）に規定された選挙権以外に、個々の区の長たる区長や三年間の任期で選挙される名誉職的な市議員、さらにその中から一二年任期で選出される参事などを想定していた。なお、この参事については無給のものもあれば有給のものもある。有給のものには、市長、収入役、技術担当参与（建築、学校、医療参与）が含まれる<sup>21</sup>。

この都市自治権は、ライヒ憲法に依って、地方自治体 [Gemeinde] のみならず、地方自治体連合、プロイセンではしたがって（都市及びラントの）郡連合、プロヴィンツ連合にも保障されている。このことを通じて、これら団体は、全体人格の自由に対する違法な国家の介入からの保護が保障されている。ちなみに、その保護は、個人の人格の自由の保護と、同じ種類とやり方である。

こうした根底を覆すような行政改革の意義は、決して一九一八／一九一九年の憲法革命の意義に劣るものではない。行政改革は、憲法革命に初めて実践的な意義を与えるが、憲法革命よりも困難かつゆっくりと進められている。行政の民主化という大規模な改革作業は、現在ようやくその準備段階に入ったところである。これまでのところきちんと実現されているのは、オーバー・シュレージエンのプロヴィンツの自治にすぎない。プロイセン憲法第七〇条は、ワイマール憲法第一二七条に規定されている地方自治体 [Gemeinde = 市町村] と地方自治体 [市町村] 連合の自治を約束し、第七二条と七三条でプロヴィンツの自治に、より具体的な形を与えている。それによれば、プロヴィンツには自

主立法権と自主行政権が与えられている。自主立法権のおかげで、地方自治体連合は、一定の領域で（例えば混合言語地域での第二公用言語と教育言語の採用に関して、プロイセン憲法第七三条）自立的に法律を議決することができる。こうした法律は、すべての市民と官公庁に対して拘束力を有する。また、その自主行政権のおかげで、プロヴィンツは、これまで国家組織によって管理されてきた一定の領域を、自らが任命した機関によって管理する。その際区別されるべきは、①「自主行政業務」、これは自治体が、国家のような秩序管理に至るまで完全に独立しかつ自己責任を以て、当該自治体独自の案件として処理するものである（例えば幹線道路の建築）。②委任業務、これは、国家の業務にとどまるものの、もはや「直接の国家機関によって」（州長官〔Oberpräsident 一八一五年から一八四五年のプロイセンの州長官〕、行政区長官等々）ではなく、大臣の、実務に即した指導権と責任の下に、地方自治体で任用された公務員や官庁の組織によって処理される（とりわけ、本来の公安警察は例外としつつ、警察業務はこれに該当する<sup>(22)</sup>）。

公務員の権利。社会民主党のエルフルト綱領は、第二部<sup>(3)</sup>で、「人民による公職の」完全なる普通「選挙」、つまりある種の最も一般的な自治官僚制を要求している。職業官僚層は、革命によって、また議会制と必然的に結びついている政党の立法や行政に対する影響によって、既得権が侵害されるのを恐れていた彼らを主として安心させるため、憲法は、一定の公務員の基本権を認め<sup>(23)</sup>た。それらは、将来発布されるライヒ法律を通じてより詳細に施行されるものとされる。最も徹底した自治と職業官僚制との間の実際的な調整をなすのは、形式上普遍的な公職資格（第一二八条）である。公務員の国家に対する請求権を定めるのは第一二九条、公務員の、市民的及び公民的自由権並びに基本的義務を規定するのは第一三〇条である。他方、一三一条では、国家は、その機関に因る義務違反の結果生じた私人への損害を保障する義務を負うものとされる。

第一二八条。第一二八条によれば、すべての公民には、区別なくその業務能力に応じて公職に就く資格が与えられ

るが、これは民主主義的理念から直ちに必然的に導かれる帰結である。この理念によれば、被治者は同時に治者でもあるとされる。公的な支配を遂行する公務員（ライヒやラントや自治行政区の公務員）は、特定の出生身分（貴族）、特定の社会階級（市民層、プロレタリアート）、政党、信条に基づいて、偏った形で選任されてはならず、ライヒの被治者すべてから（第一一〇条第二項）様々な業務能力の観点にのみ基づいて選任されねばならない。特定の公務員の業務能力は、あらゆるこうした条件の平等のもとで、年齢（第四一条参照（ライヒ大統領の被選挙権は満三五歳以上という規定））や準備教育（判事、教師、医師、技術者などとしての）や職業（商事部判事としての商人）等々に基づいて、最終的には個人の才能に関して、多様でありうる。様々に平等な資格づけのもとで、権限ある国家機関は自由に将来の公務員を選抜する。女性の平等な公職資格の約束も、照応する能力の条件の下でのみ理解されるべきである。いわゆる独身制（結婚による公務員の解雇）は、この規定により廃止される。というのは、結婚そのものではなく、母親としての特質のみが公務員としての業務に抵触するに過ぎないからである。女性の本性の中にある業務能力の不足が、法律によって特定の公務員の任官に際して考慮される（軍人、判事等）とすれば、かような特別規定は女性公務員に反対する例外規定と見なされてはならない。

第一二九条第一項（公務員の任用は、法律に別段の規定ある場合を除き、終身とする。恩給及び遺族扶助料は法律によって定める。公務員は、その正当な既得権を侵されることはない。公務員は、その財産法上の請求権につき訴訟を提起することができる）は、原則的に、財産権を継続的に保障された終身の職業官僚層の任用について述べている。行政ではなく法律のみがこの原則について例外を設けることができる（例えば、地方自治体の公務員や商事判事など）。公務員である状態の終了や懲罰に関する条件も、法律に依って個々の点に至るまで規定されている（プロイセン憲法第七九条参照）。従って憲法は、一方でロシアの革命評議会（レーテ）制を、他方で素人行政をもたらし合衆国の猟官制を排除している。

この獵官制では、大統領の交替ごとに三〇ないし四〇万人の公務員の地位が政党人に新たに授けられることになる。<sup>(24)</sup> 個々の公務員を法律以前の力の濫用から護るために、公務員にはすべての懲戒処分に対して異議申し立ての手續と（ライヒ公務員法（RGB）第一一七条の改正に際して）再審手續の可能性が開かれている。公務員の身上書への不利な記載が、しばしばその公務員のあらゆる経歴を決めてしまうこともあるので、ワイマール憲法は、公務員に対する秘密人事記録を厳しく禁じており、不利な記載がなされるのは、公務員がそれに対して事前に態度をとり得る（発言する機会のある）場合に限られている。公務員の個々の基本権を、ワイマール憲法は職業軍人に対しても保障しており、とりわけドイツ国防軍の将校と兵士には通常の裁判上の手段が、その雇用関係による財産権の請求（具体的には恩給・年金などを指す）の主張に関しても認められている。

第一三〇条。第一三〇条の第一の倫理的原則も獵官制を支える考え方に反対している。（第一三〇条第一項「公務員は全体の奉仕者であつて、一党派の奉仕者であつてはならない」）雇用主たる国家の権力を眼前にして、また例えば社会民主党員を公務員から排除していた従来の国家実務を目的にしたりして、ワイマール憲法は、公務員には政治的意見表明の自由（信條に限らない）と「団結の自由」<sup>(25)</sup>が保障されることを明確に強調している。労働者とサラリーマンが、その社会的及び経済的利益を主張するために職能代表制を形成しているのと似て、公務員もその特殊な地位と活動に応じた公務員代表委員会（會議）を保持することとされる。（第一三〇条第三項「公務員は、ライヒ法律の定めるところにより、特別の公務員代表機関を保持する」）

第一三一条（「公務員が委任された公権力を行使するに当たり、その公務員が、対第三者関係において彼に義務づけられた職務義務に違反した場合には、その責任は原則として、その公務員を使用する国または公共団体に属する。但し、その公務員に求償することは妨げられない。本条の賠償につき、通常の訴訟の途が閉ざされてはならない。詳細な規定は、関係立法の定めると

ころによる。〔公務員の人格のなかでは、市民と国家そのものが対立している。法治国家はその構成員に、国家機関が第三者に対するその職務上の義務に反しないための一定の権利保障を与えている。それは、国家が、なかでも国家公務員に対抗する権利保護をその構成員に保障し、また国家機関としての属性における公務員の私法上及び刑法上の責任追求をする権利を国家の構成員に与えることによる。多くの場合、特に公務員が財産を持たない場合には、彼だけの責任では十分ではなく、そのために更なる国家責任が公務員に関して生ずる、ないしは直接に国家のみが責任を負うということがありうる。公務員が国家を代理するのは、例えば売買に際してのように、私法上に限られるとすれば、あらゆる団体と同様に、国家もその代理人に関して責任を負う（民法〔BGB〕第八九条、第三一条）。しかしながら、第一三一条によって、公務員に委託された公権力を行使する公務員に関する国家の責任、つまり例えば判事、公証人、地方治安警察、事情によっては軍人に関しての国家の責任を、憲法はドイツ・ライヒに関して明言している。つまり国家ないし当該団体（公務員に損害を賠償させうるもの）に原則的に責任が生じるといふように規定しているのであり、法律上の例外も可能である。<sup>〔4〕</sup>

第一三二条―第一三四条。基本義務。ドイツ国家をその活動を通じて共同統治し共同管理するといふ一般的な権利には、必然的に、ドイツ人は自らの国家のために全力で活動するといふ各々のドイツ人の義務が対応している。一般的権利と一般的義務とのこのような均衡に、民主主義の倫理的情念がある。すべての国家権力が人民より発するものとされる国家共同体〔Gemeinwesen〕は、人民から自らの国家への義務を免除するような権力を知らない。しかしながら同時に、自治〔selfgovernment〕には、近代国家の現実政治的な権力が存在する。「個人はその義務の履行において何らかの仕方と同時に自分自身の利益、自分の満足や計算を見いださねばならない。そして個人には、国家における彼の地位からして、普遍的な事柄を自分自身の特殊な事柄にする権利が与えられなければならない<sup>〔26〕</sup>」。対外的には国民主権



といわれる民主制の理念から、ドイツ人の基本義務が生じる。それは、国家に人間としてのあらゆる奉仕を行い、国家を守り（国防義務）、名誉職を引き受け、物的貢献を通じて国家の実質的存在を可能にし、教育の義務の履行を通じて国家の文化的使命に協力するというものである。事情によっては国家が強制するこのような法的義務に加えて、憲法は、更にそれに続くドイツ人の本質的に倫理的な基本義務を挙げている。それらは、憲法上の処罰命令がそうした義務の履行に手を貸すわけではないという点には関わりなく、国家共同体の存続について根本的な意義を有している。つまりこれは、自分の子供を、肉体的・精神的及び社会的に優れたものへと教育する両親の義務（第一二〇条）、所有権を同時に公共の福祉に役立つように用いる義務（第一五三条）、そして第一六三条で挙げられているすべてのドイツ人の勤労の義務である。

近代法治国家は、市民一般を判決に関与させる。それは、この国家が市民を陪審員席や陪審裁判所の中に掛けさせたり、市民に、市会議員として、また郡・プロヴィンツ・人民の代表として、国家や地方公共団体（Gemeinde）を管理させることによる。国家生活のこうした領域の行政を確保するためにも、（命令ではなく）法律によって、あの様な名誉職の引き受けが一般的義務とされなくてはならない（第一三二条）「すべてのドイツ人は、法律の定めるところに従い、名誉職を引き受ける義務を有する。」。同様に、そもそもドイツ人の基本義務は、国家や地方公共団体（ゲマインデ）のために「人的役務」を行なうこと（第一三三条）であり、それは、例えば、とりわけ定められた形での司法の利益という点（証言義務）と同様に、公安上の目的やその他の警察の目的（不慮の事態における緊急援助、防火義務、賦役（手作業と牛馬による賦役）等々）などが考えられている。

ドイツ人の最も重要な基本義務は防衛義務であった。それは、ヴェルサイユ講和条約第一七三条（国民皆兵義務の廃止）により兵力が一五万人に定められるとともに、一般的義務としては廃止された。国家に人的な役務を提供し、その



任務の履行のための手段を国家に与える市民によってしか、国家は存立し得ない。このような公的な負担は、第一三四条によって、すべての公民に（原則的には外国人も含めて）等しく、つまりその様々な能力に応じかつまた法律に従って課されるものとされる。それらは今日では、例外的には現物給付（宿営の負担）であるが、通常は我々の貨幣経済に依じてのいわゆる公的税負担である。この税は金銭であるが、いわゆる手数料や分担金として、公的給付（例えば裁判所の）の対価として徴収されるか、あるいは具体的な反対給付がなく租税として支払われるかである。

これに続いて、ワイマール憲法は、ドイツ国家とその三つの文化的勢力、つまり宗教・教育生活及び経済との法的関係を規定している。ドイツ民族の政治生活に関するその重大な意義は、こうした特別な事項を通じて、基礎的な法律の所業において承認されている。宗教、精神文化及び経済は、継続的な相互作用の中で国家を規定し、また絶えず国家によって規定されてもいる。これらの勢力の何れも、民族の政治史において意義を失ったことはない。たとえ、文化領域の生の断面において、それぞれの勢力の優越に強弱の差がはっきりと現れるとしても、この点は変わらない。政治文化も未発達段階では他の文化と同様に、殆ど完全に宗教文化の支配下にあったが、そこから経済、芸術そして世俗の教育が徐々に自立化していった。文化発展の過程において、経済生活の完全な展開とともに、国家生活に対する経済生活の絶えざる意義がはじめて承認され、これが次第に大きな政治的役割を果たすようになってきた。資本主義経済体制の革命的作用とは、いわゆる唯物論的（より正確には経済的）歴史観を生み出したことだが、この歴史観は経済的生産様式を政治的發展についても唯一の動因であると主張したのであった。

### 3. 宗教と宗教社会

当然経済体制に敵対したり無関係にではなく、それと手を組んだ場合に限られることだが、宗教が近代国家におい

ても如何に重要な役割を果たしてきたか、まさに宗教が近代国家にいかにも強く奥深く革命をおこしてきたかについては、前述の自由権の発展史の中でほど明確に認識できる領域はない。ゲオルク・イエリネクは次のことを異論の余地なく立証した。「個人の不変にして生得の神聖な権利は法律的に確定されるのだという理念は、政治ではなく宗教を起源としている。」〔イエリネク『人権宣言論』〕。

国家と宗教との密接な関係、ないしは古代の東洋的専制が示していた神官制は、確かにヨーロッパには知られることがなかった。だがヨーロッパでも、教会は、中世の精神文化の殆ど唯一の担い手となつたばかりか、自らを、莫大な財産と甚だしい政治的影響力を備えた世俗的権力体へと組織化していた。この教会という権力体は、国家という権力体を一一〇〇年から一四〇〇年ぐらゐまで殆ど凌駕していたのである。人間の内面性の重要な領域に押し込められつつ、宗教はまさにこの深みから、すべての政治的理念と運動に、他の精神的勢力の及ばないほどの自由と駆動力を与えた。このような訳で、国家は宗教から眼を逸らすわけにはいかなのである。<sup>(27)</sup>

国家と教会との関係が全面的に展開されると、——文化の領域の内部では——疑う余地のない合法性が明らかになってきた。その原理は、「二つの共同体は当初は非常に密接に結びついていたが、そこから両者の区別が徐々に徹底されていく方向へと絶えず移行していくというものである。それは心眼には、二つの領域があり、この二つが、当初は重なり合い、更には互いに分離し、しかる後に境を接し、ついにはまったく対立的に競争するようになった、というようなイメージに象徴化されて映るのである。自らを解放しようとする傾向をもつた周囲との接触というのが、恐らく今日の状況を示している。今日もなお、そして革命にも拘らず、である」<sup>(28)</sup>。

国家と教会の統一は考えられるし、歴史的には、国家組織の教会組織への編入ないし従属として（中世の教会国家）、あるいは逆に国教制として実現された。国教制は一四世紀から一七世紀にいたるまで、最初に皇帝教皇制、次に属地

制（領土、ニ属スル、宗教、ニ人モ属ス）として発展してきた。宗教改革の精神は、ラント領主の教会支配（ヨーゼフ二世、ルイ一四世）と矛盾していただけない。「精神的統治と世俗的統治は、天と地が存在する限り、区別されねばならない」<sup>(29)</sup>。それはまた、政治的に無理なことでもあった。しかし大選帝公が、そして法律的には一七九四年のプロイセン一般ラント法が（この国はその国境内にプロテスタントとカトリックを匿っていた）、いったん宗派同権国家を形成した後には、他のドイツ領邦は、一九世紀の流れの中でこの制度に倣った。この制度によれば、教会はもはやその内部に支配権をもたず、世俗的な案件に限っては（国家に）従属し、そこでは保護及び監督的な国家教会高権を留保するだけとなっていた。これは一九一八年の革命に至るまで、ドイツ・ライヒの教会政策の制度であり続けた。この制度に対しては、究極の政治的可能性である国家と教会の分離が一八四九年のライヒ憲法によって確かに宣言されていたのだが、しかしこの可能性は、日々切迫さを増しこそすれ、要求にとどまり続けた。他方でいわゆる協調体制、つまり、国家と教会との二つの主権的共同体としての国際法上の同権という、ドイツ中央党が擁護したカトリックの教説は、政治的原理としては東の間の意義を持っていたに過ぎない（以前に締結された、教皇とフランス・バイエルン・オーストリアとの政教条約では、今日もなお教皇庁には外交使節派遣権がある）。諸宗派共同の国家キリスト教会というロマン主義的理念、これは国際的には神聖同盟によって、プロイセン国内ではシュタール、アイヒホルン、ビスマルクによって主張されていたが、これも実際の政策にはならなかった。というのは、この理念は信仰の自由という法原則と一致しえなかったからである。

個人の信仰の自由と法律上の信教の自由は、上述のように、自由主義理念の原型である。つまり、国家から付与されたのではなくそれ故に決して奪い取られることのない、その他の「生得の」人権すべてにとって歴史的な根源であり、精神の自律に基づく我々の文化の基本的前提である。一般的な信仰の自由の必然的な帰結とは、国家による、す

べての信条や宗教団体の同等な扱いである。当然のことながら、この国家は特定の宗教と同一視されても、教会に服従してもならないのであり、あらゆる点で「脱教会化」し、逆に教会をも脱国家化しなければならない。人権に関しては古典的国家であるアメリカ合衆国とフランスが、この国家と教会の分離の体制を最も早く、また最も一貫して徹底したのは偶然ではない。これらの国ですら、この分離が、純然たる形では決して可能ではなかったというのも、また偶然ではない。あらゆる法は、伝来にしてかつ生き生きとした社会的諸力の表現に過ぎない。如何なる権力も、宗教ほど個人や社会の生活に強く長く浸透するものはない。合衆国においても、例えば慣習法上、カトリック教徒は大統領となり得ず、<sup>(27)</sup>連邦議会は祈禱とともに開会される。

ドイツでは、千年にもわたる宗教的慣習伝統と闘争が、婚姻・学校・社会・そして国家において無数の宗教的束縛を生み、二つの大教会（カトリックとプロテスタント）の関係にあつては非常に入り組んだ法状態を造り上げてきた。それ故に、一九一九年の革命が教会と国家との分離を完全に貫徹できなかったのも、なんら不思議ではない。全体として今日の法状態は、国家的教会高権体制と両組織（国家と教会）の分離との間の過渡的状态であると見てよい。

第一三五条―第一三六条。個人、<sup>(30)</sup>個人の信仰の自由。フリードリヒ二世がすでに望んでいたように、国家は、各人を（すべてのドイツ国家公民に限らず）その流儀に従つて、永遠の喜びに入らせ（死して神の永遠の祝福にあづかること）、各人に宗教的慣行を妨害を受けない形で認めるだけではなく、教会高権の原理に従つて、あらゆる侵害から保護している。他のすべての自由権と同様に、この自由権も法律の力によって制約されている。信仰上の掟なり礼拝が、国家の命令（例えば国防義務、警察規定）と衝突する場合、自由を享受することはできない。ある人間の宗教的立場は、その国家との関係に関しては重要ではなく、その人に法的な利益や不利益をもたらすわけではない。このことはとりわけ公務員たる資格に関して妥当する。<sup>(31)</sup>自由な宗教的意見表明の権利は、既に一一八条によって保障されている。各人は、自分の

宗教的確信について口を噤む権利があり、その外的な宗派の所属を問われても回答する必要があるのは、何らかの権利・義務（教会税）がこの回答によって決定されたり、法律によって命じられた統計（例えば国勢調査）に必要なとされる場合に限られる。何人も（学童や軍人も例外ではなく）何らかの宗教儀式に（自分の属する教会によってさえも）強制されるはならない。同様に、従来の宗教的宣誓の強制はなくなる（ワイマール憲法第一七七条参照）。他方で、どの信条であれ、各人は、軍人でさえも、一般的法律の枠の範囲内で自らの宗教的義務を充足する自由を持つものとされる（第一四〇条）。

第一三七条、第一四一条。社会的な信仰の自由。個人的な信仰の自由は、意見表明の一般的な自由の一つの特殊事例に過ぎない。それと同様に、更にそうした信仰の自由が、論理的・法律学的な根拠からというよりは、むしろその歴史的意義の故に憲法の中で特別な扱いを受けているのと同様に、宗教団体のための結社の自由も、今日、原則的には一般的な結社の自由の一つの特殊事例でしかない。宗教法人は、権利能力の取得に関しても、原則に従って全ての他の法人と同様に扱われる。その限りでは、いかなる教会の結社も利益も不利益も被ることはない。「国教会は存在しない。」これに依って、国家と教会との分離の原則は、最も重要な問題点の一つのなかで実現される。つまり、それまで領主〔Landesherr〕に（ハンザ同盟では市参事会に）集中されていた教会の管理権が廃棄されることよってである。それに依って、それまでは君主への服従の下、官公吏によって管理されていた教会の事務機構（儀礼聖省〔ローマ教皇庁の用語〕、最高宗務会議〔またはプロテスタントの用語〕、枢機卿会議〔またはプロテスタント教会の役員会〕は、ラント法によって廃止されることとなった。<sup>(32)</sup> 国家教会高権の体制下では、どの範囲まで国家が教会の制度に対して介入することが許されるのかに関して、より詳細な規定が必要であった。今日では、国家は宗教団体をまったく他の団体と同様な形で監督しており、とりわけ、国家は、職員任命などといったような団体自身に関わる事柄の管理を、宗教団体自身に委ね



ている。その限りで分離の原理は嚴格に貫かれている。

しかし他面で、これまで示したような根拠からも、この分離をとことん貫くことは不可能となった。憲法第一三七条第五項によれば、国家は、宗教団体に対して私的結社に優位する法的地位を与えており、今日もなお多くの点で、宗教団体に、教会の至高権の体系と同様の保護と奨励を与えている（後見〔Advokatie〕の原則）。このような優越的地位を、もはや国家は個々の教会に限るということはせず（これまではカトリック、古カトリック（一八六九—七〇年の公会議で発せられたローマ教皇不可謬説に反対する教団）、及び福音主義派のラント教会のみであった）、すべての宗教団体に、さらに宗教団体に限らず世界観に基づく結社すべてに与えている（一元論協会や自由思想家団体がその一例である）。これらの結社は、自身の組織〔Verfassung〕とその構成員の数だけで存続の保障を提供していれば、公法上の法人となりうる。ここに、これらの結社の持つ有利な法的地位がある。従って、国家は、こうした結社の権力を国家に類似したものとして承認している。この特性の最も重要な帰結として、かような宗教団体には徴税が許されており、この目的のために、官公庁はこれらの団体に納税者名簿を利用可能とせねばならず、国家はこれら団体にこの税の徴収のためにその行政上の強制手段を付与する（俗界ノ腕〔Bracchium saeculare〕）。特に二つの大教会〔カトリックとプロテスタント〕の、非常に錯綜し微妙な法関係に立ち入らずに済ますために、ライヒ憲法は、そうした関係により密接に関わるラント立法に、いっそう詳細な規定を委ねている。政教分離の原則は、日曜日及び国家に承認された祝日の法律的保護によってと同様に、宗教団体への公法上の法人格の付与によって破られてしまっている（第一三九条）。

教会高権の体系において妥当していた後見〔Advokatie〕の原則に従って、国家は、主要なキリスト教会に物質的、支持をも与えていた。文教予算においては、福音主義派の教会管理事務局に対する支出、聖職者に対する俸給と年金、教会建設に対する補助金などが認められていた。政教分離の原理に添って、すべてのこうした給付は、ライヒ法律の

基本原則の枠内におけるラント立法を通じて廃止されねばならない。すなわち、国家はその給付を停止し、教会に補償する(第一三八条)。ライヒは、対応する法律が發布されるまで、これまでの国家的給付を継続する(第一七三条)。ライヒは、宗教団体にあらゆる結社の権利を与えているが、それとともに教会財産の没収は、これを否定している。この教会財産の没収は、宗教改革以来極めてしばしば行われ、最近ではフランスが一八六五年に実施したものである。最後に、国家は、軍隊・病院・刑務所その他の公共施設における司祭・牧師の活動をめぐっての教会の関与を、もはや国家に端を発するものとは見なさないが、こうした活動に関して個々の宗教団体に対しては、一切の邪魔立てをしない。政教分離の原則は、この点でも貫徹されている(第一四一条)。

#### 4. 学校と教育

精神生活と国民教育に関する諸原則が、(革命的な)憲法という所産に受け入れられた。物事を非政治的に考える人は、精神と権力とを対立物として考えがちであるが、彼らにとってこのことは異様に映るかもしれない。シラーの言葉がこの点をはっきりさせている。「精神を形成する者に、必ずや最後には支配が与えられる。」さて、社会的闘争から解放された精神的発展など存在しないという点を示しているのは、とりわけ困難な状況のもとで政党間の妥協によって成立したこれの憲法諸規定に他ならない。中世には殆ど専ら教会によって担われ支配されていた教育と教育組織は、ルネッサンス国家の成立や人文主義の成長そして市民文化の発展と共に、次第に世俗的なもの、都市、何よりも宗派同権として諸教会の上に立つ国家の影響下に置かれるようになった。既に一五四〇年にブランデンブルク侯ヨアヒム二世は宣言している。「キリスト教と善きポリツァイの維持のために最も必要なことは、若者が学校で教育されるということである。」しかしながら、全ての精神は、自らをその社会的な被制約性から解き放つよう努力し続け、その

結果として自らの完全な自由に至り、それにより自分をとりまく共同体の足元を固めることもあれば、掘り崩してしまふこともある。精神は自由を望むものであり、教会組織の権力や教条的制約に従おうとしないし、近代国家やいわんや一政党の権力政治的目的などに無条件に従おうとはしない。政治的共同体であれ国民的共同体であれ、あるいは教会という共同体であれ、なんらかの共同体の存続を危うくするような精神に対しては、今度は逆にその共同体の自己維持衝動が抵抗する。精神と社会的組織とのこのような否定的にしてかつ創造的な対立関係のなかには、教会と国家との学校との関係という困難な問題が含まれている。教会は、自らの学校に対する歴史的な権利と現在の権利とを求めて闘い、国家は教会とこうした権利を争うだけではなく、更に、学校や教育に一定の限界を保ちつつも介入することが自らの義務と信じ、あるいは責任を負っている。しかしながら生き生きとした精神は、両者（教会と国家）に対して自己主張し、自発的な共同体にのみ協力しようとする。

精神的な人格性の自由という自由主義的理念は、ここで二つの主戦線、つまり教会と国家とに対して闘っている。教会が学問や教育に影響を及ぼすべきかどうか、いかなる影響を及ぼすべきなのかという問題は、現代の主権国家においては国家と教会との対立問題であり、かくして前述の政教分離問題の一環である。国家は教会から、まず教育と学校に関するその以前からの義務を免じ、最終的にはその社会的な権利をも剥奪した。だが今日では、国家自らが、その流儀に従って各人を永遠の喜びに入らせるのみならず、主要な事柄に関しても、各人がその流儀に従って精神的に生き、自己形成することを認めている。従って、世俗化とともに学校の完全な国家化が生じたわけではなく、学校は政治的組織に対しても、その自由主義的な意味での自由権を、その精神的自立性を擁護しているのである。

自由主義的理念のみならず、民主主義的、国民的及び社会的理念も、学校の形態やドイツ的学校教育の精神を、ライヒ憲法の中で具体化してきた。その具体化の自由主義的な中心思想は世俗性である。つまり、教会に対する学校の

独立性、自立性であり、また国家の偏った介入からの学校の自由である。また、教育権限者の指導的な影響力も、そうした中心思想である。民主主義的な原則は、一般的就学義務と、万人に共通の義務教育基礎課程を要求した。そして社会的理念に対応して、国家は、これらの民主主義的諸制度を資力の乏しい者も享受できるように、物質的扶助を給付せねばならない。ドイツ国民性の精神の中で、青年の教育がなされなければならないのである<sup>(33)</sup>。

第一四二条、第一四三条。第一四二条は、国家機関の側からの適法でない介入に対して、芸術、学問及び教育活動の自由を保障している。当然のことであるが、この自由の限界は、国民学校（小（中）学校）の教諭に關しても大学教授に關しても、国家の法律に置かれている。第一四二条は、この諸活動についての保護や（例えば教会の介入からの）並びにそうした活動への国家の奨励をも約束している。青少年教育への配慮は、世俗の共同組織の事項に属する（今日ではこれはライヒに属するが、以前は専らラントと地方自治体に属していた）。

教師の育成は、将来的には、ライヒの学問に關する諸原則に従って、統一的に規律されることとなっている。公立学校の教師が一律に国家公務員であるかどうか、彼ら皆が国家に直接雇われる公務員であるか間接的な形での国家公務員なのか（その権利と義務を有するにとどまらず）については、学説・判例ともに争いがあるし、第一四三条第三項によっても決められてはいない。有力説によれば、国家に直接雇われる公務員であると理解されている。

第一四四条。学校の監督が教会にかわって世俗的になされるということは、確かに大抵のドイツ連邦の国家では（リッペデットモルトやロイスなどのラントを除く）長期にわたる闘争の成果として既に革命前に浸透していた（例えば一八七二年のプロイセン文化闘争で）。しかしながら、大抵のラントにおいては、国家は、学校の監督をカトリックや福音主義派聖職者に委任し、引き続いて兼任の形で行わせることで、単に形式的に監督していたに過ぎなかった。今日では、こうした点でも学校は世俗化されている。

第一四五条。これまでの就学義務（これは、初等教育学校への通学や、個人授業によっても充足されうるものであり、従つてもともとは教授する義務であつた）が、万人に共通の義務教育基礎課程、つまり公立の国民学校の四年次までへの「原則的」通学義務へと変わったことは、民主主義的理念に合致するものである。一九二〇年四月二八日のライヒ法律によれば、関係管轄官庁は、「例外的に特殊な場合に」のみ、この万人に共通の義務教育基礎課程に代わって個人授業を認めている。<sup>(34)</sup>従来のように授業だけではなく、（将来は）授業の手段も、これについての義務を負っている地方自治体によつて、国民学校や（国民学校の課程卒業生のための）実科学校において、無料で用意されるものとされる。原則的には、両親の経済的及び社会的地位が、特定の学校への子供の入学を左右することがあつてはならず、むしろ公的手段を通じて資産の乏しい人々にも中・高等教育をも可能にせねばならない。

第一四六条。全体としてこの条文は、学校の宗派性をめぐる困難な闘争の成果であり、いたるところで明らかに「学校をめぐる妥協」の痕跡をとどめている。<sup>(35)</sup>この条文は、将来の立法のための方向づけを示す指針を提示しているに過ぎない。それによれば、義務教育基礎課程は、原則的に、宗派の枠を超えた（没信仰的宗派と無関係ではない！）学校、即ち宗派混合学校でなければならない。つまり教師の採用や生徒の入学に際して宗教信仰が考慮されない学校でなくてはならないのである。宗派混合学校の世俗性（宗教の授業は行なわれ得るが）に反対して、中央党は宗派に基づく宗派別学校の可能性を徹底して探つた。この点で、憲法は、<sup>(36)</sup>こうした宗派別学校を、本来の宗教の授業は行なわれないにせよ、ある世界観に基づく学校と同一視している。自らに委ねられている者の精神形成に対して影響を及ぼす親権者の自由権は、これによつて承認されている。

第一四七条。学校の民主化の原則と絶対的に両立しないのは、いわゆる初等教育学校であり、これは（公的にも私的にも）一九二〇年四月二八日のライヒ法律第二条によつて廃止された。この原理と相対的に両立しないが、第一四六条



第二項によってあるいは教育行政の教育上の権益からは必要なことが明らかかな私立国民学校は、両親の資産状態による生徒の選別を助長してはならず、教師陣の十分な訓練と社会的地位の保障を提供しなくてはならない。

第一四八条は、すべての種類の学校に関していくつかの一般的な指導目標を掲げている。第一項と第二項〔すべての学校においては、ドイツ国民性および国際的協調の精神において、道徳的教養、公民に相応しい信念、すぐれた人格すぐれた技能が完成されるように努力しなければならない。公立学校の教育においては、考え方を異にする者の感情が損なわれないように顧慮しなければならない〕は、既に現に教師を義務づける力を持っている。そこで強調されなければならないことは、世界市民性と自己の内部で確立された政治的な国民意識とは、確かに強く追求さるべきであり、またこの両者が全く両立し難いわけでもないが、ドイツ国民が現在置かれている状況では、これは容易には共存し難いという点である。

第一四九条。宗教の授業は、確かに学校には(信仰に無関係の学校を除いて)不可欠なものではあるが、教師ないし生徒に対してはそうではない。このことは自由主義理念に合致している。宗教の授業を、教授や教育の上でいかに構成するかは、国家による学校教育立法の問題である。国家は、当該教会の精神にのっとりて授業を行なうことを、教会自身も含め誰に委任することもできるが、しかし宗教の授業についての監督は行なう。国家と教会の分離が不完全であるという点については、大学の神学部の維持がこれを証明している。

第一五〇条は、第一四二条第二項で言及されている国家の芸術への保護育成についての、より詳細な規定である。国家は、歴史的遺跡及び天然記念物の保護に関与するものとされる。国民的権益から、一九一九年から芸術作品の流出が阻止されている。

## 5. 経済生活

個人主義の発展は、以前は家族や故郷、教会や身分、ギルドやツンフトに根づいていた人間から、形式的な法規による平等にしてかつ自由な個人の社会を生み出した。「市民社会は、個人をこれらの絆から引き離し、その構成員相互の仲を離反させ、そして個人を独立した人格として認めた。更に市民社会は、個人がその生計を支えていた外的な無機的自然なり父祖の大地に代えて、市民社会自身の基盤を置き、また家族全体の存立さえも、市民社会へ依存させ、つまり偶然性に服させた。」<sup>(37)</sup>必ずしも経済に限られない社会生活全体のこのような激変は、一九世紀の社会思想にも革命をもたらした。手工業者層の抑圧された経済的状況が、最も情け容赦なくこうした革命をうながした。更に原因を遡ってみれば、客観的には簡単に打撃を受けてしまいがちな生産の不安定性であり、それとの関連で、主観的には労働者の経済的生存の不安定性であった。それは労働者が日々「路頭に」迷う可能性であり、広く進められた分業や〔労働者の〕労働生産物からの分離、さらに労働の機械化であった。更にこれら全てはともに、ルネッサンス以来展開してきた個人主義的・批判的思考と相互作用の関係に立っている。この思考は、経済・科学・芸術・政治・倫理そして宗教におけるすべての価値を例外なく問題にしたのであった。かくして、社会構成と権力分立の全体が動揺し、これらに關わる体制を必要とする要求が生じてきた。「国家体制と並んで、独自の社会体制が成立しなくてはならない。」<sup>(38)</sup>個人主義的・合理主義的・社会思想の政治的成果は、フランス革命とその諸々の帰結であった。経済の面では、それはまさしく今述べたような、資本主義という見出し語にまとめられる形態で現れた。政治的・革命的な反動は、ドイツではヘーゲルとロマン主義に由来する。生を支配する主観的悟性に対して、事物の中に存在する客観的理性が強調された。「法は現存の状態を言葉にしたものである」とシュライエルマッハーは述べている。経済的な無政府状態に対する反動、社会的理念、そしてそれを政治的闘争へと体系化した社会主義も、こうしたことから精神的装備を引きだし

た。

客観的な社会的存在が意識を規定するのであって、その逆ではない。マルクス主義もまたこのように主張し、経済をこの存在の本質として、つまり存在の相対的に動かざる動因として認識しようとした。社会はマルクス主義にとつて経済社会そのものである。この社会が変われば、同時に国家、法、宗教、そして倫理といった全ての上部構造も自ずから変革されるというわけである。何れにせよ社会主義は、マルクス主義とは同一ではないし、いわんや自由主義経済に対する国家行為の秩序ある介入によって（社会政策や経済政策によって）成立した諸々の具体化の総体（例えば社会的・保守的なビスマルク帝国の優れた保険制度や労働者保護立法）である社会理念と取り違えられてはならない。社会主義はむしろ、私有財産に悪の根源を見いだし、従って所有の社会化を追求するような社会観である。今日の社会主義運動の思想は、殆ど専らマルクス主義によって支配されている。<sup>39</sup>

一九一八年の革命の担い手は、同時にマルクス主義的社会主義の担い手でもあった。何故に、この憲法には従来の憲法には存在しなかった「経済生活」という極めて重要な章が現れたのかは、前述のことから難なく理解できる。またこの章が、多くのはつきりとした社会主義思想を含んでいるのも無理からぬところであろう。もっとも、自由主義と民主主義の理念が、既に社会的現実において外的存在なり支配を形成していた一方で、社会主義の理念は、これまで本質的にはイデオロギーにとどまっていた。従って、憲法の最後の章は、それまでのすべての文言以上に、単にプログラム規定に過ぎず、まだ有効な法とはいえない文言を数多く含んでいる。だが同時にこれは、市民層の個人主義的（資本主義的）経済観とプロレタリアートにより追求されている社会主義的経済改革との間の、全く未解決で困難極まりない対立のなかに問題の核心を含んでいる。ここに明確な権利として捉え得るようなはつきりとした実践の指針を読みとる者はいない。この対立の精神は、——憲法に依れば疑問の余地のないものではあるが——マルクス主義の

階級闘争や独裁の精神ではなく、調停の精神であり、より公正な富の分配という目的のためにできる限り双方が合意をめぐすという精神である。

第一五〇条―第一五四条。この章が、社会的諸対立が調停されていないという特質を最も明瞭に示しているというところが、明らかにされなければならない。明らかに自由主義的条項と並んで、同じくこれと対立するはっきりとした社会主義的条項がここに置かれている。全く同じことが、第一五一条〔第一項「経済生活の秩序は、各人に、人たるに値する生活を保障する」という目的をもつ正義の原則に適合するものでなければならぬ。この範囲内で、各人の経済的自由が保障される」〕にも言える。この条文は、近代最初のドイツ社会主義者であるフイヒテが次のような言葉で表現したような、社会主義の倫理的・基本思想の実現を告げるものである。「全ての人間活動の目的は、生存を可能にすることにある。そしておよそ自然により生を享けた者はみな、このような生存の可能性を要求する権利を有する。<sup>(40)</sup>」しかし、続く条項と第一五三―一五四条は、他ならぬ個人主義的経済の基盤を保障している。「個人の経済的自由」、取引と営業の自由、契約の自由、私有財産、そして相続権がそれである。法とは、まさしく本質的には「現存する状態の表明」に過ぎない。そもそも憲法なるものは、ボルシェヴィキの憲法のような意味での単なる紙切れ、にとどまるべきではないとしても、何らの新たな経済状態を「形成し」得ない。むしろ、憲法は、法律的な手がかりを提供し、それを通じて現存の状態が、支配的な倫理観念及び法観念に対応する状態へと法的に移行され得ることで満足しなければならぬ。我が憲法は、第一に、現存する経済秩序を行政に対して「法律の規準に即して」確認している。つまり、憲法は決してその将来の存続を保証しておらず、それどころか逆に、その法規に基づいた改正を、まさにそれと並んで定められている綱領に基づいて約束している。このようにして、憲法は上の役割を果たしている。第二に、憲法は、この改正のための憲法の法規上の梃子をも等しく提供している。というのは、憲法は、私的経済から共同経済へと移行するための基礎

となる大綱的法律を形成しているからである。かくして私有財産の保障は、同時に、これが何時でもまた何らの補償もなくライヒ法律によって収用され得ることを明らかにしてもいる。私的所有権は、自由主義的自然権とは異なり、もはや原則的に「不可侵の」「神聖な権利」ではない。それは、義務を課し、かつ個人の欲求充足と並んで、同時に社会的な責務を意味するものとされる。相続権の保障と並んで、同時に、国家共同体が相続への関与を求める請求が規定されている(第一五四条「相続権は、民法の定めるところにより保障される。相続財産につき国が取得する部分は、法律によって定める」)。従ってここで示したのは、未だ完全に社会主義的とはいえないまでも、社会的理念ではある。

第一五五条、第一五六条。社会主義思想を含んでいるのは、続く二つの極めて重要な条文である。それは、土地及び経済企業という二つの最も重要な生産手段と国家共同体との関係を原則的に規定している。この「社会化条項」は、公共経済へと至る実践的な道筋を示唆している。この道筋について言えば、第一五五条は、将来の立法者に対しての、根本的な土地制度の改革についての諸々の原則を含んでいる。立法者は、住居不足解消のための法律を通じて、小規模賃貸借に関する法律を通じて、住宅開発法を通じて、<sup>(41)</sup> 限嗣相続の廃止及び私有鉱山支配権を廃棄する法律を通じて、既にこの原則を実現してきた。

私的経済企業の共同所有制への移行には、枠組みとして、第一五六条が役に立つ。本条は、この目的のために、次のような社会化の法的形式と段階とを予定している。

(1) 私企業の、共同(ライヒ、ラント、地方公共団体(ゲマインデ)、地方自治団体による)所有制への完全な移行。これはいかなる場合もライヒないしラント法律によらねばならないが、必ずしも補償を要しない(但し、ライヒが社会化するのは、ラント、地方公共団体(ゲマインデ)ないしは公益団体に帰属する企業である<sup>(42)</sup>)。

(2) ライヒ、ラントないしは地方公共団体(ゲマインデ)は、その所有権が未だ国家へと移行していないような経



済企業ないし団体の管理にのみ参与する。こういった形式では、補償も法律も必要ではない。国有化の考え方が一般的に、社会化委員会によってさえも否認された後では、石炭及びカリウム経済の規制に際しては、国家によって共同管理される自主管理団体（「ドイツ石炭共同体」）に有利になるように、このような社会化の法形式が用いられた。これによって目指そうとしたのは、「従来まで私的所有者によって支配されていた領域において、『自由な』だが多かれ少なかれ国家的強制によって実行されている商取引という経済を、消費者と生産者との共同管理に任ずるような純粋に経済的内容を持った民主制へと転換すること<sup>(43)</sup>」である。

(3) 「他の方法での」影響力行使は、とりわけカルテルやトラスト組織に含まれる危機からの回避という目的で（法外な価格の上昇、流通の固定化、解雇に抗して）行なわれる。

(4) 経済企業と団体との自主管理に基づく統合—これは(3)で言及した事例の前段階である。この強制によるシンジケート化は、既に「評議会システム」が予見し前提としていたものである。そのためには法律を要するものの、補償は必要ではない<sup>(44)</sup>。

憲法の最後の諸条項は（第一六四条を例外として）労働法のために費やされている<sup>(45)</sup>。第一五七条（「労働力は、ライヒの特別な保護を受ける。ライヒは、統一的な労働法を定める。」）。ビスマルクの抵抗が挫折した後、公権力の直接介入によって人間の労働力の保護を、ライヒは保障するようになった<sup>(46)</sup>。散慢で概観できないような労働法を、ライヒにとって統一的なものにまとめることが目論まれている。

第一五八条（「精神的作品、著作者及び発明者及び芸術家の権利は、ライヒの保護及び配慮を受ける。ドイツの学問、芸術及び技術の創作物は、国際協定により、外国においても尊重され保護されねばならない。」）。今日では、過小評価されることも稀ではないような精神労働の成果の保障を、憲法は国民的にも国際的にも利益にかなったことであると認識している。

第一五九条。弱者の最も有効な武器は団結である。ストライキは、経済全体に対して危険を及ぼすものである。そのためストライキが、団結の自由を初めて有効なものとする。この団結の自由を求めて手工業者はきわめて激しく闘った。団結の自由は、革命以前には公務員、ラント職員、邦職員、鉄道労働者、そして使用人には保障されていなかった。さて憲法は、各人にそしてあらゆる職業に経済的な結社の自由を保障し、これをライヒ大統領に関する第四八条〔ライヒ大統領の非常処置権の規定〕の場合にも不可侵であるとしているが、これは意図的にストライキの自由と同視される傾向がある団結の自由という表現を避けたのであろう。ストライキの自由については、憲法は、あらゆる状況でいわんや全体にとって破局的な状況においても、保障している訳ではない。ライヒ大統領は、むしろ第四八条第二項の場合〔ドイツ国内において公共の安寧秩序に重大な障害を生じまたは障害を生ずる危険のあるときは、ライヒ大統領は、公共の安寧秩序を回復するのに必要な処置を行い、必要あるときは兵力を用いることができる。〕には、生活上重要な職種に関してストライキの禁止を命ずることができる。公務員にストライキ権が帰属するかどうかについては争いがあるが、否定されるべきであるとするのが正当である。それ以外の点では、この自由権は、各人にとってかつ各人に対して保障されており、これに対抗するような協約（たとえば、労働者の企業との）は違法である。

第一六〇条。同じようにして、つまり国家権力のみならず社会的な諸権力に対しても、公民の諸権利の主張は、保護されている。またそれによってなんらの業務の支障も起こらない場合には、公的名譽職の職務遂行は保障される（例えば経営協議会として）。

第一六一條。革命以前のドイツの社会保障の強大な成果は、維持され拡大されるべきである。そして被保障者は、民主的にそこに参与せねばならない（このことは、従来まで健康保険にのみ妥当していた）。

第一六二條〔ライヒは、人類の全労働者階級のために、広く最少限度の社会的権利を獲得せんとして締結される、労働者の

法律関係を規律する国際法に、賛同する。」。労働法は、国際化によってのみ、内政上の進歩が自国の不利益なしに継続的に保障される。諸国民の評議会〔国際連盟〕においてドイツの声に再び耳が傾けられるようになるとき、はじめてライヒ政府は、労働法の国際化について有効に主張できるようになる。

第一六三条。労働への義務は倫理的なものであり、従って法的なものではない。この義務に対応するのは、今日では極めて不完全な形でしか充足されていない労働の権利である。この原則を満たすべく、国家は、職業紹介や失業対策事業さらに失業者保護を、自らの課題としはじめている。

第一六四条〔農業、工業及び商業に従事している独立の中産階級は、立法及び行政によって助成され、かつ過重な負担を負わされたり、併合されたりすることのないように保護される〕。独立した中間層は、マルクス主義の窮乏化理論によれば消滅したと主張されているが、この階層に国家の保護を保障することが本条の目的である。

第一六五条。最後の条文は、革命と憲法の、最も独創的で恐らく将来にわたって最も実りある思想が含まれている。一九一八年一月とそれに続く半年間に、左派からは「すべての権力を労働者と兵士の評議会へ！」という訴えかけが響き渡った。その時に、模倣のために引っぱり出されたのはロシアの例だけではなかった。ロシアでは、革命運動において、まず最初に一九〇五年にソヴィエトが成立し、そして一九一七年に国家機関が完全に崩壊し、一時的にせよその任務を引き受けることのできる組織（例えば労働組合）が存在しなくなった時に、評議会が工場における労働者や個々の軍隊組織での兵士の緊急機関として形成された。レーニンの言葉と行動によれば、それは「プロレタリアート独裁の組織形態に他ならない」とされている。

政治スローガンなるものは何れにせよ多義的であるが、評議会思想も多義的である。意図的にせよ無意識にせよ、この思想が如何に多様に解釈されているかは、それが共産主義から市民政党内にいたるまで、それどころか極めて保守

的な世界にまで（ヴェシユタルプ伯爵<sup>〔8〕</sup>）支持者を獲得していることから明らかである。

社会主義とは経済的民主主義であり、民主主義は共同体の構成員による共同体の方針の共同決定に、そして共同責任に存する。評議会とは、この機関を通じて、すべての就労している国民が共同体の方針決定に参与し、この機関に対して共同して責任を負うというような自主管理機関を意味しなければならない。この点にこそ、評議会思想の核心的内容がある。多数によってであるが故に単に外的要因によって選択された中央国家机关（「形式的民主主義」）は、一面では管理すべき領域に自らが内在していないことと、他面ではここでも最終的には共同体の半分が、官僚制として他の半分の管理せざるを得ないが故に、こうした役割を果たす能力がないと考えられている<sup>〔47〕</sup>。

評議会による自主管理というこうした思想は、今やその担い手と管理領域に従って、次のような形態を採用することができよう。政治的議會を排除した上で、評議会にすべての政治的及び経済的指導を委ねるならば、主権的中央機関としての職能身分的會議に到達することになる。こうした會議は、国民全体から選挙されるものであると幾人かのドイツの保守主義者は要求し、一方、手工業者や兵士、小農そして無産者から選挙されるものとしてボルシェヴィキに依って組織されてもいる。前者は、評議会思想による民主制一般の廃棄を目的としており、後者にとって、独裁とは形式的民主主義から来るべき経済的平等への移行を意味している。例えばドイツ社会民主党や、極めて不明確な形ではあるが「社会的有機体の三要素の連盟」によって主張されていた他の考え方において要求されていたのは、職能身分的會議と、それと並行する形での政治的議會であり、従って経済のみを民主的に任命された評議会の管理に委ねようとするものであった。

第一六五条において成立した「評議会制度の定着」は独裁思想を、つまり暴力的な階級闘争思想を否定している。労働者と勤労者（サラリーマン）の協力は、共同体における経営者との同権という形でなされるものとされる。そうし

た協力は、評議会に、決してすべての政治的及び経済的権力ではなく、むしろ非常に限定されてはいるが極めて重要な領域のみを委ねる。そうした評議会はただ、経済に対するある程度の監督権と、ライヒ経済評議会を通じて政治に對して些かばかりの影響力を行使するものに過ぎないと考えられている。

この目的のために「団体的基礎」が形成されなくてはならない。これは被庸者の、経営評議会（産業労働者会議）、地区労働者評議会（地方労働者会議）そしてライヒ労働者評議会（ライヒ労働者会議）から成る二段階のピラミッドであり、これと對を成すものとして経営者の独立組織が対応するとされる。最下位の段階では、経営評議会が労働者層の階級利益を代表するが、この経営評議会の持つ権利は、一九二〇年二月四日の調停法によって規定されている。<sup>(48)</sup> また個々の経営者と、賃金やその他の労働条件を交渉し、就業規則を取り決める。だが、これは常に「労働協約のような規律が存在しない限りで」（第一六五条第一項後段が明文で認めているように、就業規則は、労働組合と雇用者団体という双方の組織による協定に属するものである）<sup>(49)</sup>に過ぎない。この第二の段階では、地域の地区労働者評議会が、組織された経営者及びその他の関係する国民各層」と共に、地区経済評議会という形で召集される。第三段階をなすのは、これに対応して構成されるライヒ経済評議会である。

ライヒ立法府に留保されたこの機構のうち、これまででは最下位の経営評議会のみが実現されたが、「暫定的ライヒ経済評議会」は緊急機構として実現された。<sup>(50)</sup> 政治的任務は、経営評議会と地区経済評議会にはそもそも存在しないが、ライヒ経済評議会には第一六五条第四項の狭い枠内でのみ与えられている。

## 文献

〈第一節について〉



- Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 3. Aufl. (Hg. W. Jellinek), München 1919 ;
- , *Allgemeine Staatslehre* (1900), 3. Aufl. (Hg. W. Jellinek), Berlin 1914, S. 409 ff.;
- Wilhelm Dilthey, *Weltanschauung und Analyse des Menschen seit Renaissance und Reformation*, in *Gesammelte Schriften*, Bd. 2 (Hg. G. Misch), Leipzig 1914, besonders S. 296 ff.;
- Leopold v. Ranke, *Englische Geschichte vornehmlich im siebzehnten Jahrhundert*, in *Sämtliche Werke*, Bd. 14-22, Leipzig 1867 ff.;
- Jakob Burckhardt, *Die Kultur der Renaissance in Italien* (1860), 8. Aufl., 2 Bde., Leipzig 1908, besonders Bd. I, 3. Aufl., Stuttgart 1918, S. 106 ff.;
- Erich Brandenburg, *Die Reichsgründung*, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1922, S. 118 ff.; Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795), in *Gesammelte Schriften* (Hg. Kgl. Preussische Akademie), Bd. 8, Berlin 1912, S. 341-386 ;
- Johann Gottlieb Fichte, *Die Bestimmung des Menschen* (1800), in *Sämtliche Werke* (Hg. I. H. Fichte), Bd. 2, Berlin 1845, S. 165-319 ;
- Scott, *Presbyterianer ; Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 336 (Anlagen, Nr. 391 : Bericht des Verfassungsausschusses), Berlin 1920, 32. und die folgenden Sitzungen.
- 〈織田編史(15)〉
- Wilhelm v. Humboldt, *Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* (1972), in *Gesammelte Schriften* (Hg. Kgl. Preussische Akademie), Bd. I, Berlin 1903, S. 97-254 ;
- Gustav Meyer, *Die Trennung der proletarischen von der bürgerlichen Demokratie in Deutschland. 1863-1870*, Leipzig 1911, Sonderdruck aus : *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, Bd. I (1911) ;
- Jean-Jacques Rousseau, *Du contra social ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762 ;
- Friedrich Meinecke, *Weltbürgertum und Nationalstaat*, 5. Aufl., München 1919 ;
- Gerhard Ritter, "Geschichtliche Wandlungen des monarchischen Staatsgedankens in Preußen und Deutschland" in *Preussische Jahrbücher*, Bd. 184 (1921), S. 234-252 ;
- Loerenz von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* (1850), Neudruck (Hg. G.

Salomo), München 1921 ;

Ferdinand Lassalle, *Arbeiter-Programm* (1863), in *Gesammelte Reden und Schriften* (Hg. E. Bernstein), Berlin 1919, S. 139-202.

Wladimir Iljitsch Lenin, *Staat und Revolution*, Berlin 1919 ;

Paul Mimbert, *Soziale und wirtschaftspolitische Anschauungen in Deutschland vom Beginn des 19. Jahrhunderts bis zur Gegenwart*,

Leipzig 1919 (Wissenschaft und Bildung, Bd. 155) ;

Ferdinand Tönnies, *Die Entwicklung der sozialen Frage bis zum Weltkrieg*, 3. Aufl., Berlin 1919 (Sammlung Göschen Nr. 353) ;

—, „Bürgerliche und politische Freiheit“ in *Handbuch der Politik*, 3. Aufl. (Hg. G. Anschütz), Bd. I, Berlin 1920, S. 172-179.

#### 原注

(1) 参照、ワイマール憲法一一九条一項〔婚姻は、家族生活および民族の維持発展の基礎として、憲法の特別な保護を受ける。婚姻は両性の同権を基礎とする〕、一五七条〔労働力はライヒの特別な保護を受ける〕。

(2) ワイマール憲法一〇九条一項〔すべてのドイツ人は法律の前に平等である〕、一五二条〔経済上の取引においては、法律の定めるところに従い契約自由の原則が妥当する〕。

(3) ワイマール憲法一〇九条五項〔国は勲章及び栄誉記章を授与してはならない〕、六項〔ドイツ人は、外国政府から照合または勲章を受けてはならない〕、一一一条〔嫡出子でない子のためには、法律により、その肉体的、精神のおよび社会的な発育のため、嫡出子と同一の条件がつけられねばならない〕。

(4) いわゆる主観的公権と義務である。例えばワイマール憲法一一一条〔すべてのドイツ人は、全ライヒ内において移転の自由を有する。何人も、ライヒのどこにでも滞留し、または定住し、土地を取得し、かつ各種の生業を営むことができる。これらは、ライヒと法律によってのみ制限することができる〕、一一二条〔すべてのドイツ人は、届出または特別な許可なくして、平穩にかつ武器をもたないで集会する権利を有する。屋外における集会については、法律により届出の義務を負わしめることができ、公共の安全に対し直接の危険がある場合には、これを禁止することができる〕、一三五条〔ライヒの住民は、すべて、完全な信教及び良心の自由を享受する。宗教上の行為は妨害されず、このことは憲法によって保障されかつ国によって保護される。一般の法律は、これによってその効力を妨げられることはない〕。

- (5) 例えばワイマール憲法一四條(人身の自由は、不可侵である。公権力による人身の自由の侵害または剝奪は、法律に基づいてのみ許される。自由を剝奪されたものは、遅くともその翌日に、いかなる官庁により、いかなる理由で自由を剝奪されたかを知らされる。これらのものに対しては遅滞なく自由剝奪に対して意義を申し立てる機会が与えられなければならない。)、一三五條(前注)。
- (6) Immanuel Kant (『世界公民的見地における一般史の理念』)
- (7) Jakob Bruckhaedt (『世界史的考察』)
- (8) Ferdinand Lassalle (『労働者綱領』)
- (9) 参照特に、ワイマール憲法一五一條以下(第五章 經濟生活)。
- (10) 以下の点に関しては、アンシュッツ(Anschütz)とギーゼ(Giese)によるコンメンタールの該当する節を比較されたい。
- (11) これについては、Richard Schmidt, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig 1921, S. 101 ff.
- (12) Aao., S. 299.
- (13) Vgl. Otto Jöhlinger, „Preßfreiheit und Preßpolitik“, 3. Aufl., Bd. I, Berlin 1920, S. 189 ff.
- (14) 例えば、BGB 一五八九條二項、一七〇七條二項二文の廃止。
- (15) *Verhandlungen der verfassungsgebende Deutschen Nationalversammlung* (Stenographische Berichte), Bd. 328, Berlin 1920, S. 1597—1613; 1624 f. (58. Sitzung, 16. Juli 1919); aao., S. 2126; 2134(70. Sitzung, 30. Juli 1919)における示唆に富んだ討論を参照。
- (16) Vgl. Gustave Le Bon, *Psychologie der Massen*, 3. Aufl., Leipzig 1919 (Philosophisch-soziologische Bücherei, Bd. 2).
- (17) Vgl. BGB §21; Richard Schmidt, *Einführung* (siehe ann. 18), S. 231 ff.
- (18) 上述のワイマール憲法二二條以下、四一條に関する部分を参照。
- (19) Heinrich Treitschke, *Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert*, Bd. I, 10. Aufl., Leipzig 1918.
- (20) 参照、ワイマール憲法一八條(ライヒを各ラントに分けるには、できるだけ関係住民の意思に従い、かつ人民の經濟上及び文化上の最高の利益に合致するようにしなければならない。ラントの領域の変更および国内におけるラントの新たな設置は、ライヒの憲法改正によってこれを行う。直接の関係あるラントの同意あるときはライヒの法律でもって足りる。関係ラント中の一が同意し

ない場合においても、領域の変更またはラントの新設が住民の希望であり、かつ重大なライヒの利益がそれを必要とするときはまた前項と同様である。以下略」。

- (21) Vgl. Art. 71 der Verfassung des Freistaats Preußen vom 30. November 1920 GS. S. 543.
- (22) ちなみに次のものを参照せよ。Hugo Preuß, "Die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland in *Handbuch der Politik*, Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1920, S. 266-286; ders., "Vom Obrigkeitsstaat zum Volksstaat" in *Handbuch der Politik*, 3. Aufl. Bd. 3, Berlin 1921。更に' Fritz Stier-Somlo, *Kommentar zur Verfassung des Freistaats Preuen* Berlin 1921, S. 211 ff.; 特になあ., S.215 ff.を再録した"Gesetzentwurf über die Erweiterung der Selbstständigkeitsrechte der Provinzen.
- (23) Vgl. *Verhandlungen der verfassungsgebende Deutschen Nationalversammlung*, aao., Bd. 328, S. 1632 ff. (59. Sitzung, 17. Juli 1919).
- (24) アメリカにおいても耐えられなると認識されているこのシステムについては' Max Weber, *Politik als Beruf* (1919), in *Gesammelte politische Schriften*, Tübingen 1920, S. 399 f.; 428 ff.
- (25) 下記を見よ。ワイマール憲法一五九条「労働条件および経済条件を維持し改善することを目的とする団結の自由は、何人に対しても、またいかなる職業に対しても保障せられる。この自由を制限しまたは妨害しようとする合意及び措置は、すべし違法である。」。
- (26) Hegel 『法哲学』§261)
- (27) 国家と宗教の相互制約性については' Jacob Burckhardt, *Weltgeschichtliche Betrachtungen* (1905), 3. Aufl., Stuttgart 1918, S. 106 ff.; 更にこの節については' Wilhelm Karl, "Staat und Kirche," in *Handbuch der Politik*, Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1920, S. 127—149.
- (28) Kahl, aao., S. 127 f.
- (29) Martin Luther
- (30) 以下の点については' *Verhandlungen der verfassungsgebende Deutschen Nationalversammlung* (Stenographische Berichte), Bd. 328, Berlin 1920, S. 1643 ff. (59. Sitzung, 17. Juli 1919).
- (31) それによって廃止されるのは例えば、ハレ大学規則 84である。これは福音派の信仰をもつ教官と職員しか認めていない。
- (32) 分離の意味については' *Verhandlungen der verfassungsgebende Deutschen Nationalversammlung*, aao., Bd. 328, S. 1651 (59.

- Sitzung, 17. Juli 1919) に於て述べらるゝ; Veidt, aO., S. 1656 f.
- (33) Vgl. *Handbuch der Politik*, Bd. 3, 3. Aufl., Stuter, Kerschesteiner, Karstsd, Ziehen, Freund, 及び Goetz の編纂。
- (34) *RGBl.* S. 851, §4.
- (35) *Verhandlungen der verfassungsgebende Deutschen Nationalversammlung* (Stenographische Berichte), Bd. 329, S. 2161 ff. (71. Sitzung, 31. Juli 1919).
- (36) 参照' フイマール憲法一七四條。
- (37) Hegel [『法學叢書』 §238]
- (38) *Verhandlungen*, aO., Bd. 336. Berichterstatter Sinzheimer in der 35. Sitzung des Verfassungsausschusses am. 2. Juni 1919, S. 393.
- (39) Werner Sombart, *Sozialismus und soziale Bewegung*, 8. Aufl., Jena 1919.
- (40) Johann Gottlieb Fichte, *Der geschlossene Handelsstaat* (1800), in *Sämmtliche Werke* (Hg. I. H. Fichte), Bd. 3, Berlin 1845. S. 402.
- (41) Vgl. *Handbuch der Politik*, aO., Bd. 4, 3. Aufl., (Hg. G. Anschütz), Berlin 1921, 5. Hauptstück.
- (42) フイマール憲法一五二條二項。
- (43) Robert Wilbrandt
- (44) フレドリック・ウィチャード v. Moellendorf の論文 *Handbuch der Politik*, aO., Bd. 4 の第七編を参照。
- (45) Vgl. Richard Schmidt, *Einführung* (siehe Anm. 18æ), S.238 ff.; *Handbuch der Politik*, aO., Bd. 4, neuntes Hauptstück.
- (46) Wilhelm Schüller, *Bismarcks Sturz*, 3. Aufl., Jeybzig 1922.
- (47) 参照' 上述一七八頁以下。
- (48) 衆議院議事録' *RGBl.*, 1920, S. 147 ff.
- (49) *AaO.*, §78 Nr. 2.
- (50) 暫定的ライヒ經濟評議會に関する一九二〇年五月四日の命令' *RGBl.*, S. 858.



訳文中の(…)は原文中の括弧、「…」は原文中の…の表記、「(…)」は必要に応じて訳者が補足したもの、また傍点は原文イタリック表記である。

### 訳注

- [1] *missi domini Karls des Grossen*. ヴラーは *domini* と表記しているが、これは *dominici* ではないかと思われる。なお、この単数主格形は *Missus Dominicus* である。巡察使は、巡察使管区において、毎年聖職者及び世俗人各一名が任命され、大帝の代理として地方監察にあたった。
- [2] ハルデンベルクがユダヤ人に市民権を与えようとしたことを指す。なお、ハルデンベルクは、抵抗する貴族たちをシュパンダウ要塞に拘禁した。
- [3] 一八九一年に採択されたエルフルト綱領は、マルクス主義を基本としてカウツキーが起草した原則綱領と、主としてベルンシュタインが作成した行動綱領の二つの部分から成っているが、第二部とはこの行動綱領のことを指す。
- [4] 以上、公務員制度については、Heller, *Das Berufsbeamtentum in der deutschen Demokratie* (1930) in Heller, *Gesammelte Schriften*, Bd. II, S. 379-391 (山崎訳「ドイツ民主主義における職業官吏制度(一九三〇)」『同志社法学』第四三巻独二二〇号一四八頁)も参照。
- [5] 全集第三巻巻末の「訂正」(S. 483)によれば、*unveräuberlich* は *unverändlich* とされているので、ここでもそれに従った。
- [6] 一八四七年に、ラドウィッツとライヘンスベルガーの指導のもと、カトリック教徒が、教会の国家からの自由を旗印に結成したカトリック・クラブに起源を持つ。一八五九年に中央党と改称した。一九一九年以後は、社会民主党・民主党と共にワイマール連合を結成した。
- [7] 一九六一年就任の第三五代J・F・ケネディ大統領が、アメリカ合衆国史上最初のカトリック教徒の大統領である。
- [8] 帝制期のドイツ保守党の指導者であり、ワイマール末期にはドイツ国家人民党DNVPの中心人物の一人であった。

### 後記

本稿は、Hermann Heller, *Grundrechte und Grundpflichten* (1924) in *Teubners Handbuch der Staats- und Wirtschaftskunde*, I.

Abt., 2. Bd., I, S. 1-23. の全訳である。同論文は、*Gesammelte Schriften*, Bd. II, S. 281-317. にも収められている。なお同全集の第二版が一九九二年に出されている。タイトルからもわかるように、ヘラーが遺したもののうち、ワイマール憲法に関する（基本権／義務に限られるが）唯一の体系的論文である。従っていわゆる憲法解釈論に属するものであり、本来は該当する条文をすべて併記すべきであろうが、やや煩雑になるため、最小限文中に引用するという形にとどめた。条文に関しては阿部照哉・村上義弘訳の『カール・シュミット 憲法論』末尾に収められている訳文を参考にさせて頂いた。なお、本文はいわゆる「共訳」であるが、訳注は山崎によるものである。（大野）