

E・R・フリーバーの基本権論（七）

——ヴァイマル期基本権論研究——

菟原 明

一 はじめに

二 フリーバーの基本権論

A 基本権解釈の方法（以上、山梨学院大学「法学論集」第四号）

B 基本権の分類・体系化論

1 自由権

2 一般的法原理（以上、同第六号）

3 制度保障（以上、同第七号）

4 組織的保障（以上、同第八号）

5 団体的保障（以上、同第十号、第十二号）

C ヴァイマル憲法下でのフリーバーの基本権論の意義（以上、本号）

三 おわりに

E・R・フリーバーの基本権論（七）（菟原）

これまで、本稿(二)〜(六)にわたって、ヴァイマル憲法の保障した基本権を、自由権、一般的法原理、制度保障、組織的保障および団体的保障という五種の群に分類するフーバーの基本権分類論を個別に検討してきた。フーバーは、基本権をこのように分類することで、ヴァイマル憲法の保障した基本権は、体系的に編成されるとともに、その精神的意味内実の変化も認識される、とした。基本権のそのような精神的意味内実の「意味変化」とは要するに、基本権は、個人の国家に対する防禦権から国家の構築的要素へと、秩序原理へと意味変化した、ということであった。フーバーの言を今一度藉りていえば、それは以下の如くである。即ち、

「自由主義的精神で刻印づけられていた古典的基本権は、それが、外面的にはなお旧い形式を帯びている場合でさえも、新しい国家的生成の影響の下でその意義を変じた。基本権は、その大部分が一般的法原理、法制度の保障および組織的、団体的保障に変化した。基本権は、その法形式からすれば、本来的な自由権でありつづけた場合でさえも、基本権で承認されていた自由は、甚だしく解体され、制限された結果、留保条件付きでしか『自由主義的』自由権とは呼び得ないものとなっている<sup>(1)</sup>、と。

或はまた彼はいう。

「ヴァイマル憲法が構成した民主主義的人民国家(Der demokratische Volksstaat)は、……自由主義的国家ではない。民主主義的国家思想の発展によって、国家と市民との関係に関する古典的自由主義の始源の見解は破壊された。……ヴァイマル憲法の基本権では、より強い程度においてであれ、或は、より弱められた程度においてであれ、極端な自由主義の自由思想は後退しており、主観主義的・個人主義的強調は、物的内容の客観化によって押しつけられている。この意味内実の決定的変化は、基本権は全体として、今日もはや自律的人格の個人的自由と解釈されるものではなくて、民主主義的人民国家の枠内における秩序原理と化した、という点に存する<sup>(2)</sup>、と。

基本権をこのように五種の群に分類するフーバーの分類論にあっては、以下のことが指摘できるであろう。

そのまず第一は、彼の分類方法とは、ヴァイマル憲法の保障した基本権、就中、伝統的に自由権と解されてきた基本権のうちにおいて惹起され、成就された「意味変化」の結果に基づく分類方法である、ということである。この意味では、フーバーが基本権を分類するに際して、基本的に依拠しているカール・シュミットの基本権の内容的分類とは、同じく内容的分類であるとはいいながらも、その観点を異にする、というべきである。何故なら、シュミットの分類論にあっては、どちらかといえば基本権規範の性質や保障対象等へ一層傾斜した静態的・概念構成的観点が優勢であり、フーバーの分類論のように「意味変化」というような動態性は少なくとも前提とされていないか、または念頭にないというべきだからである。とはいえ、それではフーバーの分類論が動態的性格を有するか、といえ、それが、基本権の「意味変化」の結果に注目してのものであることからすれば、必ずしもそうとはいいきれないであろう。だが、両者のこの観点の相違は、例えば（フーバー自身が註記しているところであるが）両者とも、基本権の本来的機能として、「基本的秩序原理を定立し、共同体全体（シュミットの原文では、*ganze Gemeinwesen* であるが、フーバーは、これを *soziale Gemeinwesen* と読み違えている——引用者）の態様と構造とを構成する機能」を強調する点では同一の立場に立つにも拘らず、シュミットによっては、この機能は、ヴァイマル憲法では甚だしく後退していると認識されるが、一方フーバーによっては、現近にしてようやくはつきりと現れ始めたとして認識される、という相違を生み出しているのである。<sup>5)</sup>

その第二は、フーバーの、基本権のこの五種の分類そのものが、ヴァイマル憲法の保障した基本権の、就中、伝統的に自由権と解されてきた基本権の「意味変化」の結果を意味するものであるとすれば、また、基本権の五種の分類群のうち「自由権」という分類群は、国家との関係においては、それ自体国家的統一の積極的・肯定的構築的要素ではあり得ず、当初より否定的・消極的要素でしかない、ということに鑑みれば、その他の分類群とは同列に論じられる地位にはな

い、というべきである。或は、むしろフーバーの「自由権」に関する論述内容を極限にまで押し進めれば、この分類群は消滅してしまい、<sup>(6)</sup>それ以外の四分類論へといきつくこととなるはずである。いずれにせよ、彼の分類論では、国家的統一体との関連で、各々の分類群には(空間的意味あいにおいて)優劣関係が存在するといえるであろう。

ところで、フーバーの、このような基本権の精神的意味内実の「意味変化」に基づく基本権分類論の展開を、共和国末期の憲法現実との関連のなかで捉えるとすれば、それは、次のように総括可能であった。即ち、

「『国家的統一体の維持・強化』を目指して、強力な官僚指導の下、資本主義経済秩序を維持しつつ、全国民を団体を媒介にして国家の綱の目に組み込み、それにより、団体国家を構想することで、対社会主義・対ファシズム・対西欧Ⅱフランスに対抗するための特殊ドイツ的理論であった<sup>(7)</sup>」、と。

本稿では、以上のようなフーバーの基本権の「意味変化」論の展開と、それによって彼が具体的に何を意図したのか、といういわばフーバーの基本権論のもつイデオロギー性の意味の解明を前提として、本研究ノートに残された最後の課題である「ヴァイマル憲法下でのフーバーの基本権論の意義」について論究することとする。それに際して、まず第一に、彼が、「基本権の意味変化」論文の最終章「基本権の理念」で展開した論述内容を追跡・検討するという手順を経て、第二にそれでは彼が、国家、社会或は基本権の担い手等との関係において、ヴァイマル憲法の保障した基本権に対し如何なる位置づけを与えたのか、等々を叙述していくことで、この課題を果たすこととする。

(1) S. 79; 第三号一四五頁以下。

(2) S. 83ff.; 第三号一五〇頁以下。

(3) Vgl. C. Schmitt, VL., S. 157ff.; 尾吹訳・一九六頁以下参照。

- (4) Vgl. S. 85, Anm. 151.; 第三号一五八頁 C. Schmitt, HbDSrR, Bd. 2. S. 604.; derselbe, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Aufl., S. 226f.

(5) このような両者の認識の相違が発生する要因のひとつとして、シュミットの場合には、『現代議会主義の精神的状況』(一九二三年——前記樋口訳の他、第二版訳として稲葉素之訳が、第三版訳として服部・宮本訳がある)に典型的にみられるように、ヴァイマル憲法の予定するある制度なりを分析するにあたって、それを極めて概念至上主義的に捉え、一定の基準に従って断罪していくという、いわばディスコンストラクションの方向で思考していくのに対し、フーバーの場合には、同じくヴァイマル憲法の予定する制度なりを分析するにあたっては、これを憲法現実に引き寄せてヴァイマル憲法の規範からその市民的性格を剝奪する方向に意味変化させ、自己の望む方向にリコンストラクションしているか、ということの指摘できるのではなからうか。フーバーのこの思考は、保守的思考でのリコンストラクションである、ということとは改めて断る必要もなからう。

(6) 例えば、「旧い自由主義で型どられている自由権にとってまさしく顕著なことは、その憲法法的意味が著しく揮発してしまっ  
た、ということである」(S. 88.; 第三号一四六頁)、というような発言参照。

(7) 本稿(六)一二三頁以下参照。

### C ヴァイマル憲法下でのフーバーの基本権論の意義

以下では、まず最初にフーバーが、「基本権の理念」<sup>(1)</sup>のなかで展開した論述を確定し、次いで、そこで確定されたことを基礎にして、これまで(一)〜(六)において検討してきた彼の基本権論総体が、ヴァイマル共和国末期にあって一体

如何なる意味をもったのか、を鳥瞰する。

### 一 基本権の「意味変化」総括

フーバーは、「基本権の理念」の章を、まず第一に、ヴァイマル憲法の保障した基本権の「意味」乃至「性質」を確定することから、その論述を始める<sup>(2)</sup>。それに際して、彼がヴァイマル憲法の保障した基本権の「意味」乃至「性質」を確定するために採った方法とは、(a)自由主義時代に保障された基本権の「意味」乃至「性質」をまず特定化し、(b)次いで、この特定化された「意味」乃至「性質」と対比することで、たとえ、ヴァイマル憲法の保障した基本権と自由主義時代に保障された基本権の両者が、「……の自由(＝権)は、これを保障する」というような同一の文言から構成されていたとしても、その意味するところは両者相異なるとして、その相違を強調する、というやりかたである。これによって意図されることは、それぞれの基本権の「意味」するところをはきちがえて基本権解釈が行なわれることがあってはならず、また、その「意味」を実現するよう基本権解釈は行なわれなければならない、という要請である。そして、この「意味」乃至「性質」の相違を、法律学的に弁証する根拠として打ち出されてきたのが、(それを惹起する手段は区々ではあるが)基本権の「意味変化」というコトバであった。殊改めていうまでもないことだが、意味「変化」という場合、当然にあるものからあるものへ向けての変化という過程が問われようが、このような動態的視点は、このコトバとは裏腹にフーバーにはない、ということとは前述した如くである。ここでも、ヴァイマル憲法の保障した基本権の「意味」乃至「性質」は、憲法現実においてそう解される・解されるべきである、という結果もしくは現実化されるべき目標としてイデオロギッシュに想定され、従って、自由主義的意味・性質を剥奪するために基本権の「意味変化」というコトバが選ばれたにすぎない、というべきであろう。

それでは、フーバーは、自由主義時代に保障された基本権の「意味」乃至「性質」をどのように捉え、ヴァイマル憲法の保障した基本権との関係において、この「意味」乃至「性質」がどのように「変化」したと認識したのであるか。それは、以下四点に整理される。もっとも、ここでの論議はフーバーが既に、五種の群に基本権を分類したそれぞれの箇所<sup>(5)</sup>で論述したことを基本的には再確認したにすぎず、従って、その意味では基本権の「意味変化」を総括したものである、ともいい得よう。

(i) 第一の定式…(A)自由主義時代の全ての真性の基本権||国家権力に服する個人の「主観的権利」。(B)ヴァイマル憲法の保障した基本権||一般的法秩序の、国家の組織的秩序の、公法上の団体の、民法秩序の「客観的原理」。

フーバーが指摘する如く、基本権を主観的権利として理解するのはR・トーマである<sup>(3)</sup>。彼は、ヴァイマル憲法の保障した基本権を、その効力段階に従って分類するに際し、その出発点として基本権の実質的定義を確定する前提作業を行なう。そこで採られた基本権の実質的定義が、この、基本権||国家に服する人格(個人または団体)の主観的権利、であった。そして、彼は、G・イエリネク<sup>(4)</sup>に倣いこの主観的権利、就中、主観的公権の中でひとつの主観的公権のみが、その概念と本質とからして初めから「基本権」であるとする。それが、イエリネクのいう一般的人格権乃至一般的自由権であった。この一般的人格権こそ、主観的公権の根本形態であり、この一般的人格権から諸々の主観的公権は派生する、と主張したのであった<sup>(5)</sup>。

ところで、トーマのこの基本権定義につき留意しておかねばならないことは、(a)第一に彼は、フーバーのように、これを自由主義の時代に限定しているわけではない、ということである(ちなみに、フーバーのいう自由主義の時代とは、フランス革命とともに始まり、一九世紀を経て、第一次大戦にまで及ぶ時期<sup>(6)</sup>である)。むしろ、それは、ヴァイマル憲法の保障した基本権を、基本権の発展史・歴史性をも考慮しつつどう捉えるか、という点での定義であり、それ故に、フーバーのように時

代的限定を行なうことは、トーマの理解を不当に狭めることとなるであろう。(b)その第二は、トーマは、イエリネクの主観的公権の分類でいう消極的地位(der negative Status = status libertatis)のみがこの定義では問題であるとしており、従って、基本権一般の、即ち、積極的地位(der positive Status = status civitatis)や能動的地位(der aktive Status = Status der aktiven Zivitat)をも包含する定義ではない、ということである。もしそうであるとすれば、フーバーのこのトーマの基本権定義の理解の仕方は、トーマの理解を不当に拡げることとなるであろう。もっとも、いわゆる自由主義時代の基本権は、その殆どが消極的地位に位置づけられることからすれば、両者の理解の仕方は、定義構成上の論理を別とすればほぼ重なり合うといひ得よう。

さて、フーバーは、トーマのこの基本権定義を援用しつつ、基本権は、第一の定式(A)から(B)へとその意味を變じたという。その結果、(B)にとっては、(A)の核心をなす主観主義的・個人主義的放射作用は否認され、基本権のうちに表現されている客観的核心＝秩序原理こそが本質である、とされるのである。次いで第二に、意見表明の自由や信教の自由の如く、なお本質的に主観的・個人的権利と看做される基本権にあっても、それらは「憲法上の発展」を媒介として、国家的必要事に服せしめられ、それと共に一般的国家秩序との関連の下におかれることにより、実効的な憲法法的価値を著しく喪うこととなった、とされるのである。これが意味するところまさしく、個人の国家離反性・無関係性を意味する「国家からの自由」から、個人と国家との結合を基礎づける自由＝客観的秩序原理への自由権の意味変化であり、これが企図するところまさしく、個々の国民を国家の下へ編入し、服属させることによって、国家的統一性を維持・創出していく、ということである。

(ii) 第二の定式…(A)自由主義時代の全ての真性の基本権＝国家から独立して存在する個人の私的領域の・自然的自由の法的承認を意味する「自由権」。(B)ヴァイマル憲法の保障した基本権＝国家により規制され且つ統制された自由。



以上みてきた如く、第一の定式では、ヴァイマル憲法の保障した基本権は、「主観的権利」として理解されるのではなくて、「客観的原理」秩序原理」として捉えられたとはいえ、主観的権利に特徴的な個人主義的・主観主義的放射作用は完全に否認されるということではなかった。それでは、このような主観的権利性＝個人主義的・主観主義的放射作用の側面をまだ残しているヴァイマル憲法の保障した基本権は、如何に解されたのか。ここに登場してくるのが、第二の定式である。

フーバーは、この第二の定式(A)では、C・シュミットが、ヴァイマル憲法の保障した基本権を實質的に分類・区分するに際し、個人主義的自由権のみが本来の意味の基本権であるとし、これにはいわゆる市民的法治国家(ヴァイマル憲法もこれに該当する<sup>8)</sup>)を特徴づける「配分原理」(Verteilungsprinzip)が妥当する<sup>9)</sup>、としたところを踏襲する。だが、第二の定式(B)では、(A)に妥当するとされた「配分原理」(＝一方で、個人の原理的に無限定の、前国家的・超国家的な自然的自由が承認され、他方で、国家によるこの自由の侵害は、原理的に限定され・可測的でコントロールされる、とする原理)は、排除され、(a)一般的法原理では、平等思想<sup>10)</sup>が、(b)組織的・団体的保障では、その保障は自然的自由の保障ではなくて、自律的団体の国内的に拘束を受けた・限定的自由<sup>11)</sup>が、(c)民法上の制度(＝制度保障<sup>12)</sup>)では、内容的規範化の留保と社会的留保により、国家によって内容を規制され・形成される自由<sup>13)</sup>が、(d)旧来の自由権では、事実上の変遷とその自由権に附されている法律の留保とにより、規制され且つ統制される自由<sup>13)</sup>が、支配すると説かれるのである。

ところで、ここで確認しておかねばならないことは、シュミットにあっては、第二の定式(A)は、ヴァイマル憲法の保障した基本権のうち個人主義的自由権について妥当すると捉えられているのであるが、フーバーにあっては、これは否認される対象でしかない、という点である。ここでも、ヴァイマル憲法の保障した基本権理解につき、両者の見解の相違をみる事ができる。このような相違の拠って来る原因のひとつは、シュミットが一九二八年の

“Verfassungslehre”段階でみるかぎり、ヴァイマル国家を徹底して市民的法治国家と規定することにより、ヴァイマル憲法の保障した基本権が含んでいた社会（＝主義）化の方向を、即ち、反市民的＝反ブルジョア的傾向を否認し（このような道具立てのひとつがまさしく、彼の制度的保障の理論である）、レトロスペクティブに構想しているのに対して、フーバーは、むしろヴァイマル国家の市民的法治国家性を攻撃し、これに代わる新たな国家構想の、国家統一形成の基礎としてプロスペクティブに基本権を位置づけようとする点にあるといえるのではなからうか。

このように、市民的法治国家の憲法としてヴァイマル憲法を位置づけるシュミットの志向性こそが、シュミットをしてヴァイマル憲法の、ヴァイマル国家の擁護者たらしめる、とする主張の重要な根拠のひとつとされるのであろう。<sup>(15)</sup>

だが、これについては、安教授が指摘するように、「このシュミットのワイマル憲法観は当時の政治過程の中で重要な意味を持っていた。なぜなら、彼によると、この憲法の採択によってドイツ国（ライヒ）は『プロレタリア階級国家』ではなく『従来の社会的既存状態、すなわちブルジョア的社会秩序の維持の方に』決断を下したことになるからである。その結果、憲法制定権力の主体としての人民が新たな決断を下さない限り、この決断を現行憲法下では変更できないという主張が導き出される。……このように、シュミットは独自の憲法定義（積極的憲法概念を指す——引用者補）から、ワイマル憲法の社会主義への合法的な道を閉ざしてしまふ解釈を引き出したのである。この解釈を彼は一九三二年まで一貫して主張して止まなかった<sup>(16)</sup>」というべきであり、それが故に、シュミットは、ヴァイマル憲法の擁護者であったかという問いについては、同じく安教授の言を借りていえば、「共和国の帝政国家の延長的側面、彼はこれを『国家』とか『憲法』と称していたが、この側面の擁護者であったことは明白である。したがってこの面についていうなら、答えはイエスである。しかし逆に共和国をその積極的側面と受けとめるなら、これは一般的な受けとめ方であるが、この側面については、シュミットはまぎれもなく破壊者であった<sup>(17)</sup>」、といい得よう。このようなヴァイマル憲法がもったいわば積極的側面を解体

・否認する役割を果たしたのが、市民的法治国家を支える所有権等の「制度保障」であったことは既述した通りである。<sup>(18)</sup>この点につき、C・ミュラーは次のようにいう。即ち、「所有権保護の『制度的保障』（精確には制度保障というべきか——引用者）という思考形態から、C・シュミットはワイマール憲法の文言に反して、『伝統的な所有権概念の中味である「処分の自由」が、列挙された個々の権利の総和に転嫁されるような仕方、法律により私的所有権の内容を規定することは、許されないであろう』という命題を引き出している。この命題によって言わんとするところは、ワイマール憲法が可能にさせようとしていた所有権の内容規定と社会的義務化という社会国家的志向をもつ形態は、利用されるべきではない、ということであった<sup>(19)</sup>」と。

(iii) 第三の定式…(A) 自由主義時代の全ての真性の基本権＝消極的地位、防禦的。(B) ヴァイマール憲法の保障した基本権＝積極的地位、構築的。

第二の定式においてみたように、ヴァイマール憲法の保障した基本権は、自然的自由の保障を意味するのではなくて、国家に関連づけられて保障される自由、即ち、国家により規制され且つ統制される自由と規定された。そうであれば、この自由は論理必然的にG・イエリネク<sup>(20)</sup>いうところの消極的地位の基本権ではあり得ない。それ故に、ここに登場してくるのが、第三の定式・ヴァイマール憲法の保障した基本権は、消極的地位に属するか否か、の問題である。

第一次大戦前からの伝統を引き継ぐもしくは旧説と呼ばれる立場に立つ者（たとえば、G・アンシュッツやR・トーマ）は、またこの立場がヴァイマール期を通じて通説とも解されていたのであるが、G・イエリネクの地位論（Statuslehre）を踏襲しつつ、ヴァイマール憲法の保障した自由を、国家権力の違法な強制からの自由と捉え、これを防禦権もしくは不作為請求権と解したのであった。要するに、ヴァイマール時代においても基本権の核心に、基本権の防禦権としての機能＝「国家からの自由」を位置づけていたのである。<sup>(21)</sup>これに対し、フーバーは、ヴァイマール憲法の保障した基本権ではこの防禦

権としての機能は本質的でない、とこれを否認する。その否認の根拠として彼が挙げるのは、ヴァイマル憲法の保障した基本権は、新しい国家的生成の影響の下で五種の群に（厳密には、前述した如く、四種というべきであろう）意味変化したということを中心でも前提として、(a) 一般的法原理では、立法の積極的平等と行政の法律適合性が要求されており、不平等と違法性との回避を消極的に要求しているのではない、(b) 国家組織や公法上の団体の保障では、国家的統一体の多元的解体をではなくて、国家的統一体の内部的編成を意味する、(c) 民法上の制度の保障では、民法の基礎を積極的に規定することを意図する、(d) いわゆる自由権では、国家的必要事の枠内で、即ち、公的生活の総体の枠内で保障されるにすぎず、防禦機能は本質的とはいえない、ということでもあった。

このようなフーバーの基本権の意味変化というが如き（或は、一層拡大していえば、前述した法実証主義的立場に対する保守的または進歩的新説の）基本権認識は、いわゆる旧説的自由権理解<sub>II</sub>消極的地位論を完全に圧倒するまでに、換言すれば通説化するまでになったのであろうか。共和国末期においては、確かに法実証主義的立場の優勢化がみられるとしても、このような「パラダイムの転換」は実現されることがなかったというべきであろう。そのようなひとつの例証としてヴァイマル期国法学の集大成ともいえるべきG・アンシュッツ/R・トーマ編になる「Handbuch des Deutschen Staatsrechts」の第二巻が、一九三二年にまだ刊行されていることを挙げることができる（ただし、その第一巻は、一九三〇年刊行）。それのみならず、一九三三年までこの法実証主義的立場は、旧説的立場とは異なり実務に根本的な影響を与えることはできなかった、ともいわれる<sup>(22)</sup>。それでは、このパラダイムの転換は一体何によって惹起されるようになったのか。それは、理論のもつ説得力によってではなくて、政治的暴力、まさしくナチスの政権獲得によって、であった。ここに、G・アンシュッツは、教職を辞すことを宣言する！何故なら、国法教師がもつべき「国家秩序と高度の内面的結びつき」を、新しい国家秩序のうちに見出すことができないが故に<sup>(23)</sup>。

(iv) 第四の定式…(A)自由主義時代の全ての真性の基本権∥人権。(B)ヴァイマル憲法の保障した基本権∥国民の権利。

これまでフーバーのいうところの基本権の意味変化を、対比的に三つの定式にまとめて論じてきたが、そこで主張されたことは、(a)自由主義時代の全ての真性の基本権とは、主観的権利、自由権、消極的地位に属するものであり、これに対して、(b)ヴァイマル憲法の保障した基本権とは、客観的原理、規制され・統制された自由、積極的地位に属するものである、との理解であった。かくして、(a)及び(b)からは、この両者を対比することで、基本権は、国家との関連性において或は国家を構築すべく保障されるということが、それが故に、基本権は、個人主義的・国家離反的(∥超・前国家的)・国家解体的(∥多元主義的)に解されることがあってはならない、という命題が導出される。この命題にみられるように、基本権は「国家」との関連性において、「国家」を構築すべく保障される、ということ、自動的に基本権を担う者の特定化・限定化を意味する。ここに第四の定式にまとめられるような、フーバーの主張が現れる論理的必然性があるといえる。

フーバーは、この第四の定式を、基本権を人権と捉えるG・アンシュッツの見解を批判することで論証しようとする。

G・アンシュッツは、ドイツの地に住む或は滞在する外国人も、ドイツ人と同様に「法治国家」を共有する、ということ(24)を根拠に、「基本権は、それが『ドイツ人』の権利と標記されているにも拘らず、国民主義的に考えられているのではなくて、個人主義的に考えられているのである(25)」、という。このG・アンシュッツの見解に対し、フーバーは、以下の二点からこれを反駁する。

(1) その第一は、形式論からする批判である。即ち、ヴァイマル憲法の保障した基本権は、G・アンシュッツのいうように「ドイツ人の権利と標記されているにも拘らず」ではなくて、「ドイツ人の権利と標記されている点にこそ」意味をもつというべきであり、この標記のうちにこそ、基本権の(ドイツ)国民的権利としての性格が看取される、とする批判で

ある。ここでフーバーが自説を補強し、正当化するために援用したのが、R・トーマの、基本権規定の文言に基づき基本権の保障客体・担い手を区別する論述であった。即ち、トーマは、アンシュッツの上記の見解に対し、ある基本権条項における保障の担い手・客体に関し、文言上ドイツ人が指示されているか(例・第二二一条、第二一二条、第一六三条二項)または総ての住民が指示されているか(例・第二一六条、第二一七条、第一三五条、第一三六条、第一四九条二項、第一五三条、第一五八条)の区別は、基本権条項の編纂者達による熟慮の結果であり、解釈上この区別を無視することは許されない、とい<sup>(26)</sup>う。フーバーは、トーマのこの基本権条項の文言に現れた基本権の担い手・客体の区別という論述を基礎として、ヴァイマル憲法の保障した基本権は自由主義的見解から離れている、と結論づけるのである。もつとも、フーバーのトーマ理解は、いささか牽強附会にすぎるといふべきであろう。何故なら、トーマは、文言上ドイツ人のみが指示されている上記の基本権条項にあつても、「ドイツの地にある外国人は決して無権利になるのではない。行政の法律適合性の原理は、外国人に対しても妥当し、違法な要求からの自由を求める一般的自由は、外国人に対しても認められる」、と補足している<sup>(27)</sup>点に鑑みれば、彼自身の見解は、フーバーの理解したように必ずしも自由主義的見解から離れているといふことはできないからである。

(2) その第二の批判は、第一のそれよりも実質的且つ重要とされる批判である。即ち、第四の定式(A)から(B)への基本権の意味変化は、基本権に現れた客観的内実の変化のうちに看取されるとし、これを基本権の分類論にそれぞれ応じて確定するのである。(a) 一般的法原理と制度保障では、外国人と国家公民との別異の取扱いは恣意を意味しない、(b) 組織的・団体的保障では、保障された諸機構を国家と関連づけ・結合することを前提とすることから、国民的強調がみられる、(c) 自由権では、外国人もしくは全住民に認められる一部の例外はあるにせよ(例・身体の自由、通信の秘密、信教の自由)、圧倒的にそれは一般的人権ではなくて、ドイツ人へのみ帰属する自由である、と。

以上二点の批判を軸にしてフーバーは、第四の定式（B）を帰結したのであった。

ここで、簡単にフーバーの議論を振り返ってみておくこととしよう。彼は、憲法現実の発展や法律上の根拠を媒介として、「自由主義時代の全ての真性の自由権」の権利の性格・保障の担い手は、ヴァイマル憲法の保障した基本権のそれに意味変化したというが、その場合、「意味変化」の出発点を形成する自由主義時代の全ての真性の自由権なるものは、ドイツ近代憲法史上存在しはしなかった、ということについては既に、本稿（二）一七六頁以下で詳述した。従って、これについては該当箇所を参照されたい。ここでは、このような基本権の「意味変化」というようなスローガンは、一体如何なる意味をヴァイマル共和国末期にもつこととなったのか、が問題となる。これについては、K・ゾントハイマーの言が極めて示唆的である。<sup>(28)</sup> いささか長くなるが、ここでのまとめに代えてそれを引用しておこう。即ち、ゾントハイマーいわく、「反自由主義的国家思想は、……自由の理念については、それを他の新しい概念によっておきかえる代わりに、その意味転換を狙った。……自由主義社会の中の個人々にいわゆる国家からの自由を保障したこれまでの自由概念は、反自由主義的国家では個人々人を国家に結びつけるための道具へと鑄直される。この新しい自由こそ真の自由である。それは基本権として固定された外面的なものではなく、全体との結合に基礎をおくものである。つまりそれは内面的・道徳的自由であり、同時に有機的結合を意味する。自由主義的自由の概念が、こうした反民主主義的観点からみて、とめどもなく進行するすべての解体现象の原因であったとすれば、まさに正反対のもの、すべてを結びつけるもの、これが新しい自由概念である。……新しい自由は、個人々が全体へと溶解することによって実現される。新しい自由の目指すものは、個人々の全体への服従と編入である」と。

ここに述べられていることこそまさしく、フーバーが、基本権の「意味変化」論を展開してきたことの意図そのものでもあったのだ。

- (1) S. 79ff.; 第三号一四五頁以下。
- (2) SS. 79—83.; 第三号一四五頁—一五〇頁。
- (3) R. Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt, 1925, S. 184. 拙訳七七頁。
- (4) Vgl. G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Neudruck 2. Aufl., Tübingen, 1919 / 1964.
- (5) 一般的人格権とは、イエリネクの地位論でいう消極的地位に相応する権利であり、臣民が自己の自然的諸力及び私的権利を行使するにあたって、公権力による違法な制限からの臣民の自由を求める権利である。トーマによれば、この一般的人格権は、憲法が施行されると同時に所与の権利として、明示的にか黙示的に措定される。Vgl. R. Thoma, a. a. O., S. 184ff. 拙訳七七頁以下。この一般的人格権という観念を否認するのは、Fritz Stier—Somlo, Gleichheit vor dem Gesetz, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, 1930 / 1975, S. 168ff. その根拠を彼は、基本権は個別的基本権としてのみ存在するものであり、一般的人格権は、自由権を含む基本権の総合から抽象的・概念的に演繹されたものでしかない、ということに求める。以上の点については、拙稿「R・トーマの基本権論」(『現代法の諸領域と憲法理念 小林孝輔教授還暦記念論集』) 三一頁も参照。
- (6) Vgl. E. R. Huber, Verwaltungswirtschaftsrecht, 1932, S. 1.
- (7) これについては、特に本稿(二)一六七頁以下参照。
- (8) Vgl. C. Schmitt, VL., S. XI.; 尾吹訳六頁。
- (9) C. Schmitt, a. a. O., S. 126. u. S. 163ff. (尾吹訳一五九頁—二〇三頁以下); derselbe, HbDSGR., Bd. 2, S. 591ff. 勿論、うそでもなうことだが、オシュミットはヴァイマル憲法の保障した基本権をこれにつきまると考えているわけではない。
- (10) 本稿(二)一八四頁以下参照。



- (11) 本稿(四)、(五)、(六)参照。
- (12) 本稿(三)参照。
- (13) 本稿(二)一六四頁以下参照。
- (14) このようなC・シュミットの志向性は、世界恐慌を反映したドイツの全般的危機状況においても、憲法改革もしくはライヒ改革の方向性ではなく、憲法上のあらゆる手段、就中、第四八条をもちいて、また、国家感情をまだ喪失してはいないライヒの官僚制を背景にして「強い国家」の構築が可能と考えることにもつながって行くのであろう。これについては、vgl. C. Schmitt, Beitrag zur Aussprache über das Thema der deutschen Wirtschaftskrise, Mitteilungen des Langnamvereins, Bd. 19—4, 1930, S. 458ff.; derselbe, Gesunde Wirtschaft im starken Staat, Mitteilungen des Langnamvereins, Bd. 21, 1932, S. 13ff.; derselbe, Starker Staat und gesunde Wirtschaft, in: Volk und Reich, Heft 2 / 1932, S. 81ff. 山下威士『カール・シュミット研究』一八五頁以下参照。
- (15) 田中浩教授は、G・シュワープ著、服部・初宿・宮本・片山訳『例外への挑戦』や、J・W・ベンダースキー著、宮本・古賀・川合訳『カール・シュミット論——再検討への試み』等にみられるヴァイマル共和国の擁護者C・シュミットという捉え方に対し、「カール・シュミット考——知識人と政治——」(思想七七四号)六頁で、「ヴァイマル時代のシュミットの政治行動を概括すれば、かれは一貫して保守支配層の復権と『光栄あるドイツ』の再興をはかるために権力集中型権威主義国家の確立を目指し、そのためにも、ヴァイマル共和国の政治原理ともいえるべき議会制民主主義の思想・制度を次々に掘りくずす理論作業に専念したものである——それができれば、かれにとっての真の敵対物であった労働者階級の勢力や社会主義運動を打倒することも容易となる——、と規定できよう」とC・シュミットの根本的志向性を剔抉される。Vgl. D. Haselbach, Die Wandlung zum Liberalen – Zur gegenwärtigen Schmitt – Diskussion in den USA, in: K. Hansen/H. Lietzmann (hrsg.), Carl Schmitt

und die Liberalismuskritik, 1988, S. 119ff. 中道寿一「ワイマル末期におけるC・シュミットの政治的位置について」(法学研究第六一巻十二号)一一七頁以下参照(本稿は、後に同『ワイマルの崩壊とC・シュミット——C・シュミット研究序説』に終章として収録される)。なお、ワイマル大統領政府時代からナチス時代初期にC・シュミットの法・政治思想のもった歴史的位 置確認研究史において傑出するのは、山下威士・前掲書である。

(16) 安世舟「カール・シュミットはワイマル共和国の擁護者であったか」(思想第七七四号)四五頁。

(17) 安世舟・同右六一頁。

(18) 本稿(三)特に一六六頁以下参照。

(19) クリストフ・ミュラー、山口利夫訳「ワイマル共和国とボン共和国における憲法の『開かれた性格』または『価値拘束性』」(名古屋大学法政論集一二〇号)四五三頁。所有権条項に伴う「内容規定」と「社会的義務化」という留保は、必ずしも社会国家的志向をもつ形態と解されるとは限らず、論者や政党等々の拠って立つ立場の相違によって多様に解される、というべきであろう。まさしく概括条項のもつ各種解釈||イデオロギーの包摂機能を、ここにもみることができる。フーバーは、このような留保を前述したように、国家構築的に所有権を統合化していく点にみていたのである。

(20) G. Jellinek, a. a. O., S. 87, insbes. S. 94ff.

(21) Vgl. E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 187. その上で、グラビッツは次のようにいう。「しかし、自由権は、自由に関する民主主義理論におけるようにもはや構成原理 (Konstitutionsprinzip) ではなくて、国家的な(=政治的な)支配と社会的な(=私的な)自律との間の配分原理 (Verteilungsprinzip) でしかないとしたら、消極的地位 (status negativus) というカテゴリーは、憲法上の自由保障にとって適切な表現形態である」と。G・イエリネクの地位論については更に、vgl. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 85.

(22) H. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986, S. 85.

(23) G. Anschütz, *Ruperto—Carola* (Heidelberg), 9. Jahrgang, Bd. 22, 1957, S. 40. (つねに、彼の一九一六年—一九三三年までの回想録である—国立国会図書館所蔵。なお、彼の一九〇〇年—一九〇八年までの回想録については、同誌 Bd. 21, 1957, S. 35ff. —東大図書館所蔵) に拠れば、その理由は以下のようである。即ち、「私が教授に任命されたのは、まず第一にドイツ国法に關係してである。大臣閣下の賛同を乞う次第であるが、以前より示してきた私の確信するところに従えば、この専門領域で大学教員に望まれるのは、法学的性質のものではなく、政治的性質のものでもある。国法教師の責務は、学生にドイツ国法の知識を伝達することだけではなく、現行国家秩序の意味と精神とでもって学生を教育することでもある。そのためは、大学教員は、この国家秩序と高度の内面的な結びつきをもつことを必要とする。私に課せられている義務が私自身に要請していることは、率直にいえば私は、現に生成中である新しいドイツ国法とのこのような結びつきを見出すことができない」と告白することである。その際、この新しい国法は、特にラントに対しライヒを無条件に優位させることや、ラントとライヒ間の關係をあたう限り中央集権主義的に形成しようとしているように、いくつかの点では私自身にあっては年来主張してきた目標をそれは追求している、ということとは承認したく思う。

上述の理由からして私は、邦 (Staat) 政府に適當な (ドイツ国法教師の—引用者補) 新規採用を可能ならしめるために、私の職を邦政府の自由に任せることが、私の義務であると存する次第である」と。これについては更に、vgl. E. Forsthoff, *Gerhard Anschütz*, in: *Der Staat*, Bd. 6, 1967, S. 139. アンシュッツは、トーマも彼と行動を共にするものと思っていたようであるが、だが実際にはトーマが彼と同一歩調をとらなかつたことから、両者の關係はそれ以後気まずくなった、といわれる (Vgl. H-D. Rath, *Positivismus und Demokratie*, 1981, S. 25. insbes. Anm. 18)。古賀敬太「リヒャルト・トーマとワイマー民主主義」(政治経済史学一九八号)二〇頁以下、同「G・アンシュッツとその時代」(同誌二〇〇号)七二頁以下も参照。

(24) G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., 1933 / 1968, S. 511.

(25) G. Anschütz, a. a. O., S. 513. R・スメントは、基本権はその起源に相応しく個人主義的にまず理解されたとすれば、その選択は「国民主義的」か「個人主義的」かではなくて、通例自由主義的といわれる意味における「市民的 (bürgerlich)」であるか公民的職務資格 (die staatsbürgerliche Berufsqualifikation) の意味における「公民的」か<sup>1)</sup>である (R. Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 320, Anm. 15.)<sup>2)</sup>とウ・ハンミンッを批判する。

(26) R. Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt, S. 197ff. 拙訳九二頁以下参照。

(27) R. Thoma, GR. u. GPfl., Bd. 1, S. 26.

(28) K・ゾントハイマー、河島・脇訳『ワイマール共和国の政治思想』二七七頁以下参照。

## 二 基本権の再構成——その意味と機能

一では、「基本権の『意味変化』総括」と題して、フーバーが「基本権の理念」の章でまず最初に論述したところを四つの定式に整理し、これを順次紹介・検討してきた。そこで確認されたことは、自由主義時代の全ての真性の基本権は、客観的原理、規制され・統制された自由、積極的地位に属するもの及び国民の権利へと「意味変化」した、ということであり、これこそが、ヴァイマル憲法の保障した基本権の意味である、ということであった。さて、それでは、このような意味変化の相の下で把握された基本権の再構成は、一体どのような意味及び機能を有することとなるのであろうか。これが、第二に問われるべき課題となる。そこで、ここ二では、「基本権の再構成——その意味と機能」と題して、「基本権の理念」の章のなかで展開されている第二の論述内容<sup>1)</sup>を、紹介・検討する歩を進めていくこととする。フーバーは、この第

二の論述内容にこそ、この章全体にとって、おそらくはそれ以上にまた、本稿の分析対象である彼の「基本権の意味変化」論文全体にとって基底的同时いべき地位を与えている、といひ得るであろう。一層拡大・敷衍していえば、彼の基本権論そのものを理解するための鍵ともなるべき概念を提供するものこそ、ここで展開されたことからである、といつても過言ではない。それを集中的に表現するものこそが、ヴァイマル憲法の保障した基本権「公的秩序の根本形式」(die Grundformen der öffentlichen Ordnung)と捉える思考、これである。以下、彼の述べるところを順を追つてみていくこととしよう。

(i) 公的秩序の根本形式としての基本権観の成立　ある基本権観、それが如何なる形態をとるものであらうとも、その背後には、ある特定の国家理解が前提的理解として控えている。基本権論抜きに国家理解はあり得ても、国家理解抜きに基本権論はあり得ないといふべきであらう(自己の拠つて立つ国家理解のうちに基本権を如何に組み込むか、が自覚的に営為されているか否かは別としても)。

それでは、フーバーは、国家と基本権との関係をどのように捉えたのか。この問いへの解答は、前述一の基本権の意味変化に関連する四つの定式のうちに既に与えられている。これらの定式において基本権は、それぞれ(A)から(B)へと意味変化した、ということであつた。とすれば、このような基本権の意味変化に対応して、その前提にある国家の意味内実も当然に意味変化した、ということが帰結しよう。それが、「自由主義国家」から「民主主義的人民国家」(der demokratische Volksstaat)への国家の意味内実の意味変化であつたのだ。この国家理解の下に、基本権も各々そのしかるべき位置を占めることとなる。それを、ここで、図式的に言い表すとすれば、次のようにいえようか。即ち、(a)「自由主義国家」||自由主義時代の全ての真性の基本権||個人的自由、(b)「民主主義的人民国家」||ヴァイマル憲法の保障した基本権||公的秩序の根本形式、である。前述一でのフーバーの議論が、憲法現実の変化或は憲法上の留保文言を媒介として、

基本権の意味変化を正当化するための議論であつたとすれば、ここでの彼の議論は、それとは観点を變えて、国家理解の側面からする基本権の意味変化を弁証するための議論である、といひ得るであらう。

さて、フーバーは、この(a)から(b)への国家の意味内実の意味変化につき、これを以下のように弁証する。即ち、国家から自由な個人の自律的・私的領域を保障する自由権は、国家の任務が、個人の利益のために法的平和を維持することに汲み尽くされている国家 $\parallel$ 自由主義国家においてのみ可能である、と。だが、ヴァイマル憲法の保障した基本権は、自由主義的自由権ではない。それが故に、ヴァイマル憲法が構成した国家は、当然のことながら自由主義国家ではあり得ない。ここにフーバーは、自由主義国家に代わる新たに構成された国家として民主主義的人民国家という国家類型を提示するとともに、これをもってヴァイマル憲法の構成した国家と解したのだ。

それでは何故、ヴァイマル憲法の構成した国家は、「民主主義的人民国家」なのか。それが、民主主義的「人民」国家と規定されるのは、国家の担い手を根拠にしてである。つまり、自由主義国家においては、基本権の担い手は個人もしくは市民と想定されたが、この個人もしくは市民が同時に国家の担い手でもあつた。だが、ヴァイマル憲法の構成した国家は、このような自由主義国家ではない。それ故に、基本権の担い手も個人もしくは市民ではあり得ない。これに代わつてその担い手と想定されたのが、まさしく「人民」(Volk)であつた。この人民が同時に、国家の担い手と構想されることにより、ヴァイマル憲法の構成した国家は、民主主義的「人民」国家と規定されたのである。それでは次いで何故、「民主主義的」人民国家であるのか。これを根拠づけるとされたのが、「一般的兵役義務」と「普通選挙権」(就中、それは戦争と革命において最終的確認をみたとされる)を基軸とする民主主義的国家思想の発展であつた。このような「一般的兵役義務」と「普通選挙権」との結びつきのうちに真性の民主政を看取するのは、C・シュミットもそうである。C・シュミットいわく。「一般的な平等の兵役義務、より正確には、自己の適性に應じて国家とその秩序を、内部でも対外的にも、武器

によって防衛するすべての国家公民の権利および義務。普通選挙権なくして真性の民主政がないように、一般的な兵役義務なくして真性の民主政は存在しない<sup>3)</sup>、と。この一般的兵役義務と普通選挙権とが人民のうちに喚起したことは、「国家とは、自由主義国家の如く、人民にとっては異質の・外部から作用する権力ではなくて、人民の政治的統一と形成とにおける人民自身を意味する<sup>4)</sup>、ということであった<sup>5)</sup>。この短い文章のうちに、国家と基本権との関係につき、フーバーの意図したところを極めて明瞭に読み取ることが可能となろう。それは、(a)ヴァイマル国家<sup>6)</sup>||人民の政治的統一と形成とにおける人民自身<sup>6)</sup>||民主主義的人民国家——基本権の機能||国家を構築する積極的機能||秩序原理<sup>7)</sup>、(b)自由主義国家||人民にとって異質の・外部から作用する権力——基本権の機能||国家(権力)を制限するにすぎない消極的機能||国家を離れて営まれる運動の要素、という対立図式を基礎として、基本権の自由主義的理解を峻拒すること、これである。

自由主義国家を前提とする基本権の自由主義的理解を峻拒するということは、国家(権力)と人民との対抗関係で基本権を捉えることを拒否する、ということをも同時に意味する。換言すれば、国家と国家から自由な個人の自律的・私的活動領域、これこそが自由主義国家においては「社会」と観念される空間である<sup>8)</sup>(基本権と社会との関係については、後述(四)参照)が、まさにこの空間との対抗関係を拒否する、ということである。フーバーにとって基本権は、国家と人民との対抗関係で捉えられ得ないとすれば、それは一体どのように捉えられるのか。これに代わる想定可能な基本権理解の第二の途は、国家と基本権との関係||国家と人民との関係を対抗関係で捉えるのではなくて、これを無矛盾的融合関係として捉える途であろう。その場合、人民の自律的活動空間はまったく存在せぬか、国家が人民の活動空間に完全に解消されるかにより、基本権は、基本「権」たることを止め、人民にとっては単なる「義務」に転化するかもしくは「恣意」にすぎなくなるであらう。これまで本稿(一)——(六)で検討してきたことから判明するように、この途はフーバーの採るところではない。基本権を私的空間の保障と捉えることや、基本権を国家と同置することのいずれもが彼の採るところではないとした

ら、残された第三の途はただひとつ、即ち、それは、基本権を、私的空間（『社会』と国家（国家空間というべきか）との間に位置づける途となろう。私的空間と国家空間とのこの中間領域・中間空間こそ、フーバーが「公的秩序」と位置づけた領域・空間であった。ここに、ヴァイマル憲法の構成した民主主義的人民国家『ヴァイマル憲法の保障した基本権』公的秩序の根本形式という図式の成立をみる事が可能となる。

(ii) 公的秩序の根本形式の意味　このようにして成立をみたところの、公的秩序の根本形式としての基本権、という場合の「公的秩序」とは、一体如何なることを意味するのであろうか。フーバーの公的秩序に関する論述は、E・フォルストホーフの「公的なもの」(das Öffentlichen)という概念に即して形成されているといえよう。従って、まずフォルストホーフが、「公的なもの」という概念を如何に規定したか、をみておくことが必要となろう。彼は、公的団体が国家全体の内部において如何なる法的地位を有するか、を解明せんとした著作<sup>(10)</sup>のなかで、この概念の解明をも図っている。それに際し、おそらく彼の前提にある基本的認識とは、「一切の政治的制度は、その意味と権限とを政治的統一の現実態である国家との関連において有するにすぎない<sup>(11)</sup>」、ということである。このような基本的認識に基づいて彼は、一九世紀前半の国家と社会との緊張関係から成立した政治的概念である公的団体の解明へと向かうのである<sup>(12)</sup>（この公的団体のうち、ヴァイマル憲法の保障したものこそが就中、ゲマインデと教会とであった<sup>(13)</sup>）。その場合、公的団体という「公的」とは何か。これまで、個別法領域とは異なって、国法の領域においてはこの「公的」ということの意味を展開する体系的企図は欠如していた、との認識の下に<sup>(15)</sup>彼は、これを以下のように規定した。即ち、まず第一に、「公的なもの」と「私的なもの」に関し、「『公的なもの』と『私的なもの』とを区別する基礎となっている秩序概念は、国家的な概念、国家それ自体でしかあり得ない。この排他的な基準は、何が公的であり、何が私的であるかに関する国家の具体的決断である。これ以外に基準はない<sup>(16)</sup>」、と。次いで第二に、「公的なもの」と「国家的なもの」に関し、「ある団体を公的なものとして受容することは、国家組織へと



それを組み込むことを意味しはしない。公的と国家的という概念は一致しないのであり、従って、「国家と個人との間には、国家とならぶ、国家的ではない・ただ単に公的であるような領域が形成されたのである」<sup>(17)</sup>、と。かくして、「公的秩序に関する決断の自由こそ、この秩序が固有の真正銘国家的秩序である、という折紙を付けるのである」<sup>(18)</sup>、と述べることで、何が「公的」で、何が「私的」かまた何が「国家的」かの問いも決断主義的・主権的に答えられたのである<sup>(19)</sup>。

フォルストホーフのこのような、国家と個人の間には公的領域を設定する議論に触発されて、フーバーは、ヴァイマール憲法の保障した基本権を、国家的領域と私的領域との中間領域＝公的秩序の領域に属する、と捉えた。彼はいう。「公的秩序は、一方で直接国家組織と対立し、他方で無制限の私的自由と対立する国民的・社会的共同体にとって決定的な諸形式と諸機構とを含む空間である」<sup>(20)</sup>、と。この公的秩序は、まさしく国民及び社会と国家との対抗関係のなかから歴史的に発展してきたのであり、そして、この公的秩序の具体的な内容を構成するものとして、この「国民的・社会的共同生活の諸形式と諸機構」とが位置づけられる。この諸形式と諸機構とは、たとえそれらが明示的な憲法上の承認を得られなかったとしても、「国民的・社会的発展の目標と方向とを限定する当為」としての機能を果たすが故に、憲法解釈上重要な意味を有する。そうであれば、これらの形式なり機構が憲法に書き込まれている場合には、一層重大となる。何故なら、憲法に明記されることにより、公的秩序の構成要素として憲法上の保護を受けることとなるからである。

フーバーは、以上の如く公的秩序を意味づけ、基本権＝公的秩序の根本形式という定式を提起したが、それに際し、次の点に留意しておくことが必要であろう。

(1) その第一は、公的領域は、基本権領域か否か、という点である。フーバーの援用するフォルストホーフにあっては、「公的なもの」の下で理解される特性は、純粹且つ排他的に組織的・制度的領域で妥当するにすぎないとされ、これを根拠に、「公的なもの」の領域では、基本権は存在しないという（＝組織的・公的領域が統一されているということが、総じて国家

の統一性を形成する<sup>(22)</sup>。この意味では、フォルストホーフが、公的秩序をヴァイマル憲法でいえば第一編の「国家組織」の問題であると解するのに対し、フーバーの採る立場は、第一編は、ドイツ的国家理論とは異質の否認されるべき西欧的フランソ的国家理論に基づくことを理由に、ドイツ的国家理論は同憲法第二編の「基本権」に基づいて構築されねばならない、という立場である。それが故に、公的領域とはまさしく基本権領域そのものとなる。即ち、ヴァイマル憲法第二編は、国家が自律的生活領域の固有価値を認識し、「承認していることを表明するものであり、この自律的生活領域には、宗教、文化、経済、の各領域が妥当する。そして、これらの領域は公的秩序の根本形式を形成する基本権こそが、彼の分類論でいえば、制度保障、組織的保障及び団体的保障に属する基本権であった。ここからドイツの基本権に対する彼の根本的テーゼが導出される。即ち、「これら三つの社会的領域の、即ち、宗教、文化及び経済の自律性は、国家的存在の中に生き生きと接合した状態にある——これがドイツの基本権体系の特徴である<sup>(23)</sup>」ということ、これである。

(2) 留意すべきその第二点は、公的秩序空間とその他の空間領域、即ち、私的空間と国家空間との関係について、である。フーバーは、国家空間——公的空間——私的空間という三階層モデルを設定することで、一方で、国家空間と私的空間（『社会』とを対抗関係で捉える自由主義国家に特徴的な、国家と社会の二階層モデルを否認するとともに、他方で、国家の社会化・社会の国家化という一階層モデルをも拒否する。フーバーのモデルと他のモデルとの関係については、より一般的にいえば、国家と社会との関係をどう捉えるかについては、次に検討すべき課題であり、ここでは、彼の設定したこの階層モデルにおいて、各々の空間領域は一体どのような関係にあるのか、をみておくこととする。確かに彼は、コトバの上では三空間からなる階層モデルを設定してはいる。だが、まず第一に、自由主義的モデルである二空間からなる階層モデルにいう国家と対抗関係に立つ私的領域は国家から自由な個人の領域を、基本権の意味変化なる媒介項をもちいることと否認していることからすれば、この私的空間は民主主義的人民国家においては基本権の保障対象ではあり得ない。ま

さしく彼のいう社会とは、この私的空間が、国家離反性を剝奪され、国家構築的方向性において「底上げされた」空間とでもいうべきであり、これが公的秩序空間と観念されているといえよう。それ故に、彼の明言するところではないが、この公的秩序空間は自由主義国家モデルとの対比でいえば、同モデルにいう「社会」に該当するといいい得る。従って、まず公的空間と私的空間との関係でいえば、彼のモデルは、三階層モデルとはいいながらも、現実には私的空間はその存在を認められず、二階層モデルとなっている、ということである。第二にそれでは、国家空間と公的秩序空間とは、自由主義的モデルの私的空間と国家空間にみられると同じく、対抗・分離関係にあるのか。フーバーは、この関係を、一方で公的秩序を構成する諸形式と諸機構の自律性の尊重と、他方でこの自律性に「国家の維持・強化」という方向づけを与え、その濫用・逸脱を防止するという国家の役割という関係、と捉えたのである。従って、ここでは対抗・分離関係は問題とはならない。この両空間の関係を表現するものこそ、公的秩序空間での「自治」と、その国家空間による「監督」、これである。この間の事情を、また、そのイデオロギーの意味をも最もよく表現するのは、彼の別稿での論述である。<sup>(24)</sup> いささか長くはなるが、彼の意図を知るに相応しいことから、煩を厭わずに引用することとする。即ち、「団体や職業身分を国家に服属させることは、人民を編成された国民へとかたち創るという極めて困難ではあるが、しかしまた、最も切迫した課題でもある。教会、職業身分及び団体は、『国家の中の国家』へと成り行く傾向を、つまり、それらのうちに存在する完結した統一の力によって自らを分離し、規定的な政治的实力へと自らをかたち創ろうとする傾向を、それ自体孕んでいる。……この『国家の中の国家』の発生を阻止する適切な手段は、分離された人民の部分を国家の中へと組み込むことである。この組み込みの原理が、規律と自由の思想である。これによって編成された国民と国家との関係は規定される。この組み込みの法律的形式が、公法上の団体である。それは、団体的・職業身分的自治の保障と、実効的な国家の監督とを結びつける。国家に編成された（「受容された」）法形式が初めて見出されるヴェストファーレンの講和以降、公法上の団

体の地位は、国家と人民との間の緊張を架橋し、人民の国民的編成を可能にする法的手段であった。公法上の団体は、国民の分枝として自律的である。即ち、それは、その在り方を外部からではなくて、自らのうちに存在する法則性から受け取るのであるが、同時にこの法則性から一層高位の政治的秩序へと接合されるのである。それ故に、自律性とは、自己法則的自由と、上位の統一体へ向けての接合とを意味する。国民の主権性ではなくて、国民の自律性がドイツ国民という概念を規定する原理である。政治的支配へ向けての国民の投入ではなくて、編成され・国家に服属する国民の自治が、ドイツ的国民原理の有意義な形成を意味する」と（強調は、フーバーによる）。

この「自治」と「監督」の論理こそが、更には、国民の「主権性」ではなくて「自律性」こそが、まさしくまたフーバーの全体国家に特徴的な一階層モデル批判・その否認へと通じていくのである。<sup>(25)</sup>

(iii) 公的秩序の根本形式としての基本権の機能　基本権の意味変化は、まず第一に、必然的にその前提にある国家観の意味変化をも惹起した、ということは前述した如くである。そこで確認されたのは、(a)自由主義時代の全ての真性の基本権＝個人の自由＝自由主義国家から、(b)ヴァイマル憲法の保障した基本権＝公的秩序の根本形式＝民主主義的人民国家、への移行であった。第二に、この基本権の意味変化は、国家観の意味変化にとどまらず、必然的にそれが前提とする「社会」観の意味変化をも惹起するに至る。ここで問題とされるのは、結論先取り的にいえば、自由主義国家を特徴づけるとされた国家と社会の二元論・分離論は、ヴァイマル憲法のもしくはヴァイマル共和国の前提をなすのか、また、世界恐慌後に顕著に現れてくる「国家的危機」状況を克服するに適切な形態であるのか。<sup>(26)</sup> もし、そうでなければ、このよきな形態を如何に再構成することで、この危機克服は可能となるのか、ということであろう。フーバー流に言えば、一九世紀の国家＝自由主義国家を特徴づける国家と社会の二元論・分離論は、二〇世紀の国家＝ヴァイマル国家にあっては、公的秩序の根本形式という基本権の意味変化をうけて、如何に再構成されるべきか（＝規範的要請）、また、現実に再構成さ

れているのか（＝憲法現実）、ということである。

ところで、自由主義時代の全ての真性の基本権に相応しい国家概念が自由主義国家であったとすれば、それに相応しい「社会」概念とは何か。それは、自由主義国家概念に対応する「自由主義的」社会概念である、と彼はいう。それでは、この社会概念は如何に特徴づけられたのか。それは、(a)まず、この社会概念のイデオロギー的前提として、「人間を、その本質的機能の点で国家から切り離し、この人間に基づいて国家とは区別される特殊な『社会』を構築することが可能」、という擬制によって、(b)次いで、このイデオロギー的前提を基礎にして国家と社会との関係につき、社会を国家に対し「絶対的価値」として把握する思考（＝国家と社会との絶対的「二律背反」）によって、である。

この自由主義的社会概念の時代非即応性を根拠にこれを否認し、新たな国家と社会との関係を築こうとしたのが、(a)一方で労働者階級を主軸におくマルクス主義的・社会主義的思想及びその思想を背景にもつ運動であり、(b)他方で国民国家の原理に基づく国民主義の運動、であった。<sup>(27)</sup> ヴァイマル共和国の資本主義的国家性を廃棄し、社会主義社会実現の方向で志向するか、或は、国民の主権性の絶対的妥当要求に基礎をおく「国民的民主制」<sup>(28)</sup> (Nationaldemokratie) の方向で志向するかは別としても、この両者が自由主義的社会概念を完全に廃棄しようとする点では、フーバーとその軌を一つにする。

ところが、この両者の具体的な既成の歴史的形態であるとされる、一七九三年のフランスの国民主義、<sup>(29)</sup> 一九一七年のロシア・ソヴィエト同盟、一九二二年のイタリア・ファシズム<sup>(30)</sup> は、そのいずれもが、C・シュミットのいう「国家に対する社会の自己組織」<sup>(31)</sup> を意味しており、それは、社会的・国民的諸形式と諸機構を破壊するが故に、「全体国家」へ通じる、という点では公的領域を設定するフーバーの立場とは異なる。もつとも、彼の立場からすれば、マルクス主義的運動（＝社会主義的・共産主義的運動）の観点からする国家と社会の再構築は論外であり、当初より敵対する観点である。では、同じくフーバーにとっては敵対する立場である国民国家的原理＝ヴァイマル憲法第一編の構成原理による国家と社会の再構築

は、どのように論難されたのか。また何故、彼は、これに対して否定的評価を下したのか。より一般的な問題に還元していえば、国民国家原理による国家と社会との関係の再構築を、ドイツではどのように評価し得るのか、という問題に帰着する。即ち、一九世紀の憲法現実の根本的变化に対応して、それ以上にドイツの国家的危機状況そのものに直面して、二〇世紀の国家＝ヴァイマル国家を如何に定式化するか、が問われているといえよう。フーバーは、これにつきこの国民国家的原理に基づく国家と社会の再構築も、それが全体国家であるかぎり、「公的秩序の諸形式と諸機構」とを破壊するが故に、特殊ドイツ的国家理論の構築に相応しいものではない、と簡単に述べるにすぎない。この問いに関し、就中、国民国家原理に基づく全体国家批判に関して詳細な議論を展開しているのは、フーバーも援用するH・O・ツィーグラ<sup>(32)</sup>である。フーバーの立場は、殊全体国家批判に関しては、全体国家のとり国家と社会の同置に基づく一階層モデルに批判的であるという点で、彼と基本的に同一の立場であるといえよう。従って、ここではツィーグラの著作に現れた全体国家批判を簡単にでも眺めておくことが、フーバーの立場を理解するうえで、また、当時のドイツにおける(保守の側からする)国家と社会の再構築をめぐる雰囲気を知るうえでも有益であろうし、かつ、必要なことでもあろう。

ツィーグラは、H・ヘルファルトがその著作「Der Staat des 20. Jahrhunderts」<sup>(33)</sup>のなかで展開した、「一九世紀の国家」、即ち、議会主義、議会の多数派に従属する内閣及び法治国家原理という要素を伴う、要するに民主主義的議会主義的形態を採る国家に対して、「二〇世紀の国家」は、如何に定式化され得るか、換言すれば、現時のヴァイマル国家は、如何に定式化され得るか、という問題提起をうけて、これに答えようとする。それに際して、彼は、三つの解答が可能であるという。(a)その第一は、「自由主義的民主制」であり、(b)その第二が、ここで問題とすべき「全体国家」であり、(c)その第三は、「権威国家」である、と。第一の自由主義的民主制は、「ヴィルヘルムの専制君主制」をその対抗相手とするが、これは現時のドイツの具体的な憲法状況に適合するものではないことから、論外である。第二の全体国家は、「中立国

家<sup>(34)</sup>」をその対立概念とする。第三の権威国家は、一方で第一の自由主義的民主制を対抗概念とする点では第二の全体国家と同様であるが、それと同時に他方で全体国家をも対抗概念とする。即ち、権威国家は、全体国家が攻撃的にする自由主義的民主制だけではなく、人民主権の原理における絶対的・全体的民主制をも批判的に議論の俎上にのせようとする。何故なら、全体国家は、自主的で自己責任を負う支配国家として、人民の団体 (Volkkörper) の統一性をよく組織し、代表する権威国家に対立するが故にである<sup>(35)</sup>。ちなみに、彼自身は、これらの定式化のなかから、択一的に解答は求められるのではなくて、全体国家と権威国家とを生き生きとした緊張関係のなかで捉えることにより、ドイツの将来の国家形成の課題は果たされる、と考えているようであり、そこからイタリア・ファシズム国家を、権威国家であると同時に全体国家と特徴づけることで、高く評価している<sup>(37)</sup>。

さて、ツィーグラの第二の「全体国家」に関する論理立ては、大要以下のように捉えることができよう。フランス革命に端を発する人民主権 (Volkssouveränität) に基づく、即ち、国民的民主制に基づく国家は、国家と社会を同置・同一視することで、政治的統一体を、単一主義的・中央集権主義的に基礎づけ・正当化し、統合化することを企図する。この国民的民主制の「相続人」こそ同じく国家と社会の同置を極限まで押し進めようとする全体国家である。この両者の内在的目標とは、「全体的行政国家」、これである<sup>(38)</sup>。かくして、この国民的民主制→全体国家は、フーバーのいうところの中間領域・団体を知るところではなく、むしろそれを解体・消滅させることにこそ、その意義が見出されるのである。ツィーグラのいうところを具体的に聞いてみよう。

全体国家において問題となるのは、国家のために社会を全体的に動員することであり、その結果、国家と社会とは「同置」される。この同置が意図するところは、国家の権限の拡大と、政治的統一体の一元主義及び中央集権主義社会との基礎づけと正当化にある。そこから、この全体国家と国民民主主義的發展との間には広範な同一性が見出されるのだ (＝全

体国家も国民的民主制も、そのいずれもが国家と社会の同一視に根ざす。「フランス革命の憲法政治にとって決定的な成果も、民主権の名の下で、かの国家と社会とを同置することであったし、単一にして不可分の国民的共和国という綱領は、決定的な点で全体国家の綱領と一致する」<sup>(40)</sup>、と。更に、国民的民主制（＝全体国家についても同様なことが妥当する）は、その単一主義と中央集権主義の帰結として、「社会的、身分的、地域的結びつきや、それと同時に多様性を知るところではなく、それは、今や諸々の原子へと空虚化された個人に、即ち、一般的公民に基づき構築されている。それ故、本質的なことは、この主権概念は、個人の原子化と平等主義的集団主義とを含む<sup>(41)</sup>」ということであり、それが、如何なる意味と機能とをもつかといえ、それは、(1)まず第一に、人民、即ち、社会と国家とを同置することで、編成されていない大衆社会を動員するための手段、つまりは、神話が国家に提供される、ということ、(2)第二に、この国民主義的な同置は、必然的に国家の漸次進行する権限の拡大と、同時に一切の社会的生活領域の政治化に至るということである。その結果は、国家は、独立した、支配的決断活動であるというその特性を喪失することにより、自律的で方向指示的な「第三者」としての自己の課題と責任とを果たすことが不可能となる<sup>(42)</sup>。(3)その第三は、この国民的民主制の主権性の必然的結果は、単一主義と中央主権主義とである、ということである<sup>(43)</sup>。従って、そこから生じる一つの帰結は、全体国家の憲法は、団体的憲法とは異なって、多種多様な個々の社会集団を国民的統一体へと結集することをよくなし得ず、論理必然的に少数派の存在を容認し得ない、ということである<sup>(44)</sup>（フーバーは、ツィーグラーの、この少数派の尊重という観点のうちに、彼がまだ自由主義的性格を完全には脱却してはいないとみているようである<sup>(45)</sup>）。

以上のツィーグラーの論述から窺われることは、以下のことである。フランス革命は、一切の封建的な紐帯を断ち切った抽象的・原子論的個人を国民と規定し、この国民を主権者として新たな国家の担い手と位置づけ、国民形成と国家形成（国民国家の形成）とを企図する展望をヨーロッパ大陸にもたらすこととなった。だが、このようなフランスの主権論から



する国家と社会の再構成は、国家と国民 $\parallel$ 社会の間に存在する一切の夾雑物（身分、団体、地域性等）を排除・否認すること（ $\parallel$ 一階層モデル）、国家の下にすべての者を平準化し、また、国家のために社会を総動員するという国民的民主制 $\downarrow$ 全体国家を惹起せしめるに至った。このような国家体制は、すべての者を抽象的・原子論的な国民と位置づけることからまた主権の絶対的妥当要求という観点からしても、平等主義、単一主義、中央集権主義をその特徴とすることとなる。

このようにヴァイマル国家を「全体国家」として定式化することは、「公法上の団体による編成され且つ国家に関連づけられた人民の自治は、ヴァイマル憲法に含まれている国民的基本権体系の核心である<sup>(46)</sup>」という観点に立つ、換言すれば、公的領域 $\parallel$ 社会 $\parallel$ 二階層モデルという個人の国家から自由な私的活動空間の国家離反性が剝奪され、国家構築的方向性において「底上げされた空間」を重視する、フーバーにあっては当然にとることのできない定式である。この意味では、フーバーのヴァイマル国家の定式化は、「組織的保障<sup>(47)</sup>」での論述からしても、ツィングラのいう「権威国家」以外にはないであろう<sup>(48)</sup>。かくして、フーバーのいう「公的根本秩序としての基本権の機能」とは、以上のような論理を経て、ヴァイマル国家を、一方で「自由主義的民主制」と、他方で「全体国家」と定式化することを否認することであった。

ところで、C・シュミットは、その著 *Legalität und Legitimität*<sup>(49)</sup> のなかで、ヴァイマル憲法第一編と第二編とは異質の二つの憲法である、と繰り返し述べるところである。このC・シュミットの命題との関連でいえば、「権威国家か全体国家か」というツィングラの問題提起は、フーバーにとって、ヴァイマル憲法第一編に基づいてヴァイマル国家を構築するか、同第二編に基づいてそれを構築するか、という選択問題の意味をもつこととなろう。経済的危機を核とする全般的な国家的危機状況下で、国民を国家へと直接的に総動員することで「強い国家」を構想するか、団体を媒介してくことで「強い国家」を構想するか、いずれが現下のドイツに相応するか、ということである。勿論、フーバーにとってその答えは、いうまでもなく第一編のフランス的な抽象的・原子論的な「国民の主権性」から国家は構築されるのではな

く、第二編の「基本権」から国家は構築されねばならない、である。そうであるならば、このような国家の構築を担う者は、論理必然的に「国民的民主制」あるいは「全体国家」の担い手とは異なったものとならざるを得ない。ここに、それでは誰が、人民民主主義的国家＝権威国家を担うのか、が次に問われるべきこととなる。

〔注記〕 本稿の対象とする時期を越えることにはなるが、フーバーがいわゆる「全体国家」を特徴づける国家と社会の同置に対し、どのような態度をとるか、彼の一九三四年の論稿がこれをよく示している。以下引用すれば、次の通りである。即ち、E・ユンガーの「総動員 (totale Mobilmachung)」という言葉に倣って成立し、C・シュミットによって刻印付けられた「全体国家」という概念は、「対外的防衛闘争における総動員という例外状態を、民族の政治的共同生活の平常状態に移すものである。全体国家とは、個人の全ての生の力と全ての生活財とを永続的かつ完全に政治的統一のために出させるような国家である」と捉えられ<sup>(50)</sup>、「政治的根柢価値＝政治的理念」の相違に応じて、全体国家を特徴づける国家と社会の統一性は、三種の形態があるという。いわく、「全体国家を特徴づける国家と社会の統一性は、三重のやり方で成就され得る。その第一は、国家が社会を支配し、形成する、即ち、国家が社会秩序を自己に適合させ、自己の特定の意欲に従わせる。この場合には、社会の国家からの自由は国家の側から克服される。この種の政治的『全体性』は、絶対国家やファシズム国家において見られるところである。或は第二に、社会が国家に対する支配を開始し、国家をその社会的目的のための道具としてもちいるのである。この場合には、社会の国家からの自由は、いわれるように社会が国家へと組織化されることにより、社会そのものによって除去されるのである。『全体性』のこの形式は、大衆民主主義的複数政党国家やボルシェヴィッキ的一党国家において成立する。或は第三に、国家と社会とが第三の政治勢力、即ち、政治的民族の根源的力によって新たに統一体へと連結される。民族主義的国家の全体性が成立することとなる<sup>(51)</sup>、と。既述したことからす

れば、この第三の途がフーバーのとする途であろうが、ヴァイマル期とナチスの政権掌握後の彼の思想的連続性と断絶性の一般的な検討は、本稿の課題とするところではなく、それ自体一つの大きなテーマとして考察することを必要とする。

(iv) 国家構築の担い手としてのナチオン　二〇世紀の国家を如何に定式化するか、の問題は、自由主義国家における国家と社会の構成に代えて、国家と社会の関係をどう再構成するか、の問題であり、究極的には誰がその担い手となるか、換言すれば、どのような種類の「国民」に基づいてドイツの国家と社会は構築されるか、の問題に至るであろう（この国民形成の問題は、いうまでもなく国家形成の問題でもある、即ち、一方で如何なる政治原理に基づいて国家を構築するかの問題であると同時に、他方でそれを担う「国民」を如何に形成するか、という国民創出の問題でもある）。

この「国民」概念につきフーバーは、<sup>(52)</sup>「二つの相対立し、相互に敵対する国民概念」である「フランス的国民」概念と「ドイツ的国民」概念とを想定する。<sup>(53)</sup>と同時に、この概念規定の問題は、ヴァイマル憲法第一編＝フランス的「国民」概念と第二編＝ドイツ的「国民」概念との対立・矛盾をいずれの方向で如何に解決するか、という極めて実践的・イデオロギーの意味をもつものであった。

では、フーバーは、このドイツ的国民概念につきどのように構想したのか。これまでの論述からも明らかのように、フーバーが問題とする「国民」のイメージは、(a)自由主義国家、(b)国民的民主制↓全体国家、(c)民主主義的人民国家それぞれにおいて、別様であることはいうまでもない。だが、彼が基本的に問題とするのは、公的根本秩序としての基本権の担い手たる国民、即ち、民主主義的人民国家の担い手たる国民である。この国民を際立たせるべく彼は、(b)の根底にあるとされるフランス的国民概念と、(c)の根底にあるとされるドイツ的国民概念とを対質させるのである（(a)の前提する国民概念＝国家離反的個人は論外である）。彼のいうフランス的国民概念をまず定式化すれば、以下の如くになろう。即ち、フランス的国民概念とは、(1)国民＝政治的なるものに向けられた、政治的支配を追求する国家に生成中の社会＝治者と被治者の

同一性（主権原理と代表性）↓(2)その帰結⇨国民の内部的同種性と一様性⇨単一国家主義、中央集権主義、平等主義、フーバーのいう「公的秩序空間」の解体・否認、これである。このような一階層モデルを予定するフランス的国民概念は、フーバーの立場、即ち、「人民の自然的秩序と編成」とを公的空間領域⇨社会と捉え、この人民の織りなす社会秩序を保障することこそを、公的秩序の根本形式としての基本権の機能と考えることによって、国家空間との対抗関係（⇨自治と監督）を想定する立場、からすれば到底採り得るところではない。ここに、各種団体に編成された人民⇨フォルクが、公的生活の諸形式と諸機構の担い手として位置づけられるのである。即ち、ドイツ的国民概念の意図するところ、フランス的国民概念の全面的否認、これである。(1)については、人民自らが政治的支配となり、また、自らを国家へと組織化することの否認⇨支配と国民との区別（官憲と人民との区別）と関連づけ↓(2)については、自然的人民秩序の多様性の承認⇨人民の自律的諸領域の承認（公的根本秩序としての基本権）、である。<sup>(55)</sup>だが、この公的空間の担い手たるフォルク⇨人民⇨社会は、フランス的国民概念とは異なり、それ自体国家を担うナチオン⇨国民たり得ない。何故なら、フーバーにあっては国家と社会とは、国民の主権性の観点から一階層モデルを帰結する全体国家とは異なり、人民の基本権を基底におく私的空間・公的空間・国家空間という三階層モデルから成るとされる（現実にはそれは、公的空間と国家空間との二階層モデルであることは既述した如くである）が故にである。従って、この公的空間の担い手たる人民⇨基本権の担い手たる人民が、何らかの手順を媒介として「国民」に転成されることが必要になってくる。ここにフーバーが提起したのが、「自然的」(naturhaft) 人民概念、むしろ「そのあるがままの」人民概念というべきかと、「政治的」人民（⇨国民）概念という二種の人民概念、これである。ヘーゲルのひそみに倣っていえば、即自的人民⇨对自的人民⇨国民⇨即自的・对自的人民⇨国家となろうか。それではこの「自然的」人民は、何を媒介にして「政治的」人民に転成するのか。フーバーは、これにつき詳述するところではなく、ただ「ドイツの国民概念は、人民の既存の秩序と編成とを廃棄するのではなくて、それらを維持し、更新しよう

とするものである。この人民の秩序と編成において、社会生活の諸形式と諸機構は新しい意味を受け取ることとなる。国家は、それらを承認し、憲法適合的秩序となすことによって、国家自体の中に編成された人民に政治的統一意識を覚醒し、この人民を生き生きとした調和のうちにライヒに関連づけ、これと共に、人民を政治的状态に移し変えようと尽力するのである<sup>(56)</sup>、と述べるだけである。この文章から判明することは、この媒介項は、自然的人民に対し政治的統一「意識」を覚醒すること、これにつぎるであろう。フーバーのいう「国民」とは、自然的人民およびそれによって組織される諸々の団体を基礎に、これらをヴァイマル憲法の保障した基本権に組み込むことで（基本権の五種の分類）、これらに政治的統一意識を覚醒させ、よって「政治的」人民<sup>(57)</sup>ドイツ的国民を創出し、この国民が「自治」と「国家の監督」を梃子として「ドイツ国家」、ヴァイマル国家を担うとされるものである、といえよう。かくしてフーバーは、ヴァイマル憲法第一編の国民の主権性（＝フランス的国民概念）ではなく、同憲法第二編の国民の自治<sup>(58)</sup>自律性（ドイツ的国民概念）からヴァイマル国家を構築することを主張する。いわく。「ヴァイマル憲法の国民的原理は、……人民の自然的諸形式と諸機構とを政治的統一の基礎となし、それ故に、憲法適合的保護でもって、それらを取り囲んでいるのである。これによって、自然的人民秩序は、政治的存在の構成要素となる。即ち、それは、公的秩序となる<sup>(57)</sup>」、と。これによって、一方で自由主義国家（の国民概念）を、他方で全体国家（の国民概念）を否認したのである。それに際し、このドイツ的国民概念を正当化するための根拠として持ち出されたのが、歴史であった。つまり、一五世紀以来「神聖ローマ帝国」に対して与えられた、*Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation* という慣用語のうちに現れたドイツ国民の伝統的特性<sup>(58)</sup>、即ち、「ドイツ国民」というこの観念につき、本質的で永続的なことは、確かに政治的統一意識を意味しはするが、だが、如何なる支配要求をも含まず、また、如何なる同質性や平等性をも要求しない国民概念が存在する<sup>(59)</sup>、ということであった。このような国民概念が、以後の歴史にあってドイツ国民を規定してきた、とされたのである<sup>(60)</sup>。

(v) 公的秩序の根本形式としての基本権のその他の機能 上記の如く基本権を、「国家的統一内部における豊かな内部的編成と個人の発展とに対する保障」<sup>(61)</sup>と捉えることは、一方で自由主義国家に対し、他方で全体国家に対して「民主主義的人民国家」(フーバーは、「国民的人民国家」と表現することもある)を対質させるものであった。ところで、このようなヴァイマル憲法の基本権理解は更に、(1)国家と法との関係を如何に認識するか、また、(2)権威と自由との関係を如何に規定するか、についての解決をも与える、とフーバーはいう。以下、この二点について彼のいうところを整理しておこう。

(1) 国家と法との関係につき、これをどのような基本的立場に基づき構想するか、即ち、法の優位でか或は国家の優位でか、更には両者の緊張関係でか、<sup>(62)</sup>は国家を如何に構想するかとも密接不可分な関係にあり、「国家と法との関係の問題こそが、また、法治国家の意義と本質とについての問題こそが、国法学の最も深淵な問題である」<sup>(63)</sup>、ともいわれるところである。フーバーは、この両者の関係につき次のようにいう。(a)ヴァイマル憲法は、司法の独立性を保障することによって、法を、国家から独立して存在する、国家の外部に基礎づけられた価値として承認する。だが、(b)国家は、法価値(=理念)の実現を自己の本質的目標とすることで法治国家となるが、政治的統一体としての国家の存在は、法理念とは独立に存在し、また、この政治的統一体を維持することは、全ての他の国家目標に優位し、法の実現にさえも優位する<sup>(64)</sup>。彼のこの言表のもつイデオロギーの意味の詳細については、一般的法原理を論じた本稿(二)一九一頁、一九三頁以下、また(四)一〇五頁、一一九頁以下を参照願いたい。要するに、それは、ヴァイマル共和国議会による社会(=主義)的方向での法形成を阻止すべく、超国家的・形而上的価値としての「法理念」を設定し、これを議会から独立した裁判所・裁判官に担わせるとともに、他方で、国家的価値については、政党即ち Partei 部分は、それを如何に集積したとしても、部分は部分でしかなく全体 Ganzheit たり得ず、それが故に、諸政党よりなる議会を媒介としてではなく、この全体を担う大統領を基軸とする職業官吏制度を媒介としてこれが実現される、ということである。社会の利害をストレートに国家化する

る議会・政党国家の二重の拒否、「官僚国家」(Beamtentat)たるドイツ国家の強調、これである。また、裁判所・裁判官  
|| 法理念の担い手と、職業官吏制度|| 国家的価値の担い手とは、そのいずれもが「組織的保障」の分類群に属するとはい  
え、フーバーが国家的価値を法理念に優位して理解していることからすれば、「民主主義的人民国家」においては、全体の  
担い手たる職業官吏制度が法理念の担い手たる裁判所・裁判官に優位するということである。それが故に、彼は、組織的  
保障のなかでこの「職業官吏制度」に最も重要な地位を割り当てたのである。

この法と国家との関係の問題を、フーバーのこれまでの議論との関係で更に敷衍していえば、以下のようなろう。ま  
ず第一に、宗教、文化及び経済の自律性を固有価値として基本権保障の対象とする。これこそが、ドイツの基本権体系を  
特徴づける、とされる。これら三領域を基本権として統一的に保障することこそ、彼のいう法の理念であり、この基本権  
領域こそ「公的領域」|| 「社会」でもある。とすれば、第二に、この公的領域イコール国家領域ではない以上(フーバーの  
いう三階層モデル。現実には既述の如く二階層モデル)、この公的領域を規律する法理念イコール国家的価値(= 国家の維持・強  
化)でないのは理の当然である。ここにフーバーは、この両者の関係を、国家的価値の優位の下或は国家的価値実現に向  
けて、国家の監督を媒介に法理念(また社会)を国家に編入・服属させる関係、即ち、国家的価値(= 監督)の法価値(= 自  
律性・自治)に対する優位の関係、と構成し、この国家を、O・ケルロイターに倣って「国民的法治国家」と特徴づけたの  
である<sup>(65)</sup>。これによってまた、ヴァイマル共和国を自由主義的法治国家と構想する見解においては見られない国家緊急権  
の正当化<sup>(66)</sup>も図られることとなった。

ところで、フーバーのいうこの「国民的法治国家」の「国民」とは、前述した如く公的秩序の根本形式と理解された基  
本権の担い手・保障対象たる自然的人民であり、これが政治的人民へと転化したものである。それ故に、この自然的人民  
と政治的人民とは、コトバの上では区別されるが、その実態は同一である。この国民を国家に組み込むもしくは服属させ

ることによって（その手段が、国家の監督であることはいうまでもない）、ヴァイマル国家は、「国民的」法治国家となるのである。<sup>(67)</sup> O・ケルロイターとフーバーとの「国民的法治国家」理解は、自由主義的法治国家や社会主義的国家、というよりはヴァイマル共和国下での社会主義的国家構想を否認すべく、自由主義的なものに代えて国民的なものを措定するもしくは国民的な或は国民的に志向する国家を意味する「国民的法治国家」を強調するという点では、同一であるとしても、<sup>(68)</sup> だが、その内容・意味に関しては必ずしも同一ではないというべきであろう。何故なら、ケルロイターのいうところの「国民的法治国家」の「国民」とは、自由主義国家における「個人」とは対立する「人民の集合体」を意味するとしても、また、彼にとって「法治国は単に法律的制度的なる価値ではなく、同時に国民道徳的価値である」<sup>(69)</sup> としても、その意義・内容についてはフーバーほどには明瞭ではなく、具体的に展開されているともいえないからである。<sup>(70)</sup>

(2) ヴァイマル憲法の保障した基本権を「公的秩序の根本形式」と位置づけることはまた、「権威」<sup>(71)</sup> と「自由」との関係を如何に規定するかの問題についても解決を与える、とされる。その解決の途へ向けての論理展開は、これまでの論述からして既に明らかであろう。即ち、自由主義国家における国家と社会の二階層モデルではなく、また、国家と社会の同置による一階層モデルでもなく、国家と公的領域としての社会の二階層モデルからなるフーバーの国家構想からすれば、まず第一に、公的領域〓社会における個人なり団体なりに保障される自由とは、自由主義的意味での社会における個人の私的な活動の自由、という意味での自由の保障ではあり得ないことは理の当然である。基本権が「公的」領域を構成する秩序であるかぎり、それは「私性」を否認されることとなる。このような「私性」を否認された自由が、まさしく国家的統一の維持・強化に奉仕すべく国家により「規制され・統制された」自由であり、国家の「監督」と対概念をなす団体の「自治」である。このような「規制され・統制された」自由なり「自治」なりは、「公的領域」即ち「社会」における自由である以上、当然それは「私的自由」ではなく、「社会的自由」と観念されることとなるであろう。<sup>(72)</sup> だが第二に、国家が



「社会の自己組織」となりおおせないためには、国家そのものをこの公的領域の構成要因となすことは許されない（＝全体国家の拒否）。ここに、国家は、国家的統一体の維持・強化へ向けて中立的第三者として公的領域＝社会を嚮導することで、新たな国家形成を実現していくのであり、この国家形成が実現されるかぎりにおいて国家はその「権威」をも実現することとなるのである。<sup>(73)</sup>これに際して、フーバーのいうところの国家を担う中立的第三者とは、大統領を頂点とする「普遍的身分」としての職業官吏制度であることは論を俟たない。

### 三 基本権の憲法的位置

最後に、「基本権の理念」の章を締め括るにあたって、ヴァイマル憲法の保障した基本権は如何なる性格の「憲法」<sup>(74)</sup>と捉えられるか、が問われる。

(i) 基本権＝本来の意義における憲法 既述した如く、彼にとって、ヴァイマル憲法の保障した基本権とは、「人民の自然的諸形式と諸機構」を保障するものであり、そして、これが政治的統一体＝国家の柱石として国家に組み込まれ、編入されることで「民主主義的人民国家」（＝国民的人民国家）が構築される、というものであった。とすれば、人民の「自然的」諸形式と諸機構は、それが「自然的」に存在するという点からして、歴史的・論理的にヴァイマル憲法に先行して存在する、換言すれば、ヴァイマル憲法は、このような形象を法規範として確認したにすぎない、ということが成り立つ。また、この形象が国家即ち政治的統一体の礎石と把握されるということは、ヴァイマル憲法という名称をもった法典が存在するか否かに関わりなく、それは国家構築的要素を意味する、ということである。かくして、フーバーは、G・アンシュッツ等の法実証主義者がヴァイマル憲法の保障した基本権を、「行政の法律適合性の個別的適用事例」<sup>(75)</sup>と捉えることに反対し、「本来の意義における憲法（Verfassungsrecht im eigentlichen Sinne）」、「真性の憲法（echtes

Verfassungsrecht)と位置づけるとともに、この「本来の意義における憲法」は、(a)基本権に基づいて人民の政治的統一体が生ずる場合、(b)個人が、憲法に記されたその地位において国家的統一体の共同担い手となる場合、(c)国家が、国家に接合された自由な人民の諸々の構成部分に基づいて構築される場合、に初めて存在すると帰結した。<sup>(76)</sup>

(ii) このように、ヴァイマル憲法の保障した基本権を、「本来の意義における憲法」と位置づけることから、いくつかのコロラリーが生じるとされる。(1)その第一は、憲法争議当事者を確定するということであり、(2)第二は、憲法改正権に制約を課すということであり、(3)第三は、憲法改革(Verfassungsreform)を規定する、ということである。以上三点につき、彼のいうところに耳を傾けることとしよう。

(1) 憲法争議当事者の確定 ヴァイマル憲法第一九条は、「ラント内部における憲法争議」について規定するが、「第一九条は、憲法争議の概念を法的に定義したのではなく、むしろその確定を解釈に委ねている」<sup>(77)</sup>、といわれるところである。フーバーは、基本権を「真性の憲法」と捉えることにより、この憲法争議の概念の確定を行なう。具体的には、(イ)憲法争議の前提たる「憲法」とは何か、(ロ)憲法争議の「対象」とは何か、(ハ)その「当事者」とは誰か等の解明を媒介に、これを企図するのである。

(イ) フーバーのいう基本権とは、「真性の」憲法であるということからすれば、第一九条にいう「憲法」(Verfassung)とは、それが憲法典という文書の形式をとっているか否かによって決定されるのではなく、三の(i)に挙げておいた(a)・(b)・(c)の条件に該当するか否かによって決定され得よう。従って、憲法典という文書に成文化された憲法を「形式的憲法」とすれば、憲法争議で問題となる「憲法」とは、この意味での憲法ではなく「真性の」実質的「憲法を指す、ということとは自明である。これにつき、K・リッターが次のようにいうとき、それはフーバーの見解と同一といえよう。即ち、「争議は、憲法に関連する。……これに際して、この憲法争議という概念は、憲法典に含まれる諸規定に限定されること

があつてはならない。何故なら、憲法(Verfassungsrecht)は、国家の基本法にもつぱら採用されるという必要はないからである。……それ故に、憲法という表現は、実質の意味で理解されなければならない<sup>(78)</sup>、と。

(ロ) 憲法争議にいう「憲法」が実質の意味に解されるならば、その「対象」も当然に憲法典に含まれる個々の規定の解釈と適用とに関する一切の争議ではあり得ない。それ故に、その対象となり得るのは、「ある憲法規範の正当な解釈に関する一切の争いが『憲法争議』ではなくて、ただ憲法上の法関係に関する争いだけである<sup>(79)</sup>」、といわれる場合の「憲法上の法関係」だけである。かくして、次に問われるべきは、「憲法条文の意味に関する一切の争いが憲法争議なのではなく、相争う主体が問題なのである<sup>(80)</sup>」、といわれる場合の「相争う主体」は誰かである。

(ハ) それでは、この「相争う主体」即ち当事者能力と原告適格を有するのは誰か。フーバーは、このような資格をもつのは「直接的な国家机关」であるという。具体的にこれに該当するのは、E・フリーゼンハーンが「憲法争議当事者」として指摘する例を正当としていることからすれば、政府と議会、議会内の少数派、政党のような公民の団体(Staatsbürger-schaft)等、である。以上のものを「当事者」とすることに学説上殆ど争いはない。問題となるのは、基本権をめぐる争いもこの憲法争議の範疇に入るか否か、である<sup>(81)</sup>。彼にとって、基本権とは実質的意義の憲法であることからすれば、この基本権の担い手も当然に当事者と看做されることとなる。だが、基本権をめぐる争いについては、「基本権と自由権とが、単なるプログラムの意味ではなくて、法律学的に総じて把握可能な内容をもつ限りにおいて、それは個人と国家との関係を規律する。それ故に、基本権と自由権は、内容的にみれば行政法的性質のものであって、国法的性質のものではない。従つて、基本権と自由権とをめぐる争いは、憲法争議には属さない<sup>(82)</sup>」、というべきであろう。これに対しフーバーは、(五種に分類された)基本権によって保障された諸要因がすべて争議当事者たり得るとするのではなく(『行政法的関係』、「憲法争議の可能性は、基本権によって保障された諸要因が、国家に対して独立した権利の担い手たり得る場合にのみ存在するに

すぎない」と述べることで、国家に対する「組織的独立性」という要件を充たすもの（＝国法的関係）だけを争議当事者に指定する。かくして、この要件を充たすものとして、「団体的保障」の基本権分類群の範疇に属する団体のうち、「宗教団体」<sup>(83)</sup>、「市町村」、「大学」がこれに該当するとしたのである（いうまでもなく、これらの団体は、団体的保障を享く団体のうち極めて重要な団体とされたものである）。もっとも、これらの団体も無条件に争議当事者であると解されたのではなく、「第一九条によれば、ラント内部における憲法争議しか存在せぬことから、ヴァイマル憲法で明示されている団体的保障は、ラント憲法を補充するものであり、また、保障された団体は、憲法裁判の対象であるがためには、『ラントの地位』（Landestelle）にある」ということが必要条件と看做されたのであった。<sup>(84)</sup>

(2) 憲法改正行為の制限　フーバーは、基本権を、実質的意義の憲法＝「人民の政治的定在の法的根本形式、即ち、政治的総体秩序を担う柱石」と解することにより、基本権は、ヴァイマル憲法（典）に対し論理的・歴史的に先行すると同時に、「憲法定定」（より精確には、憲法典制定）という形式的行為は、実質的憲法の構成要素を創設する行為ではなく確認する行為である、という帰結を導出した（実質的意義の憲法と文書化された＝形式的意味での憲法の区別、と同時に実質的意義の憲法の論理的・歴史的先行性の確定）。これにつき、フーバーはいう。「実質的意義の憲法の根本要素は、形式的な憲法定定行為によってはじめて成立したのではなくて、このような形式的行為とは関係なく、憲法秩序を担う構成要素を表すものであり、ただ後から確認のために憲法条文に採用されたにすぎない<sup>(85)</sup>」、と。そうであれば、この実質的意義の憲法の構成要素は、ヴァイマル憲法（典）の存在とは切れたところでも存続し得るのであり、また、存続してきたということとなる。それ故に、これらの構成要素は、ヴァイマル憲法第七六条による「改正」の埒外にある、ということは論理必然的となる。かくして、ヴァイマル憲法の保障した基本権、そのなかでも就中最も重要な制度的保障（例・官吏制度、裁判官制度、国家の学校および市町村、宗教団体、職業別組合）は、憲法定定行為の外部で実質的憲法の構成要素として貫徹されていたが故

に、第七六条による廃止を免れている、と位置づけられたのである。このようなフーバーの議論のもつイデオロギー的意味とは、実質的意義での憲法の構成要素なるものを、議会の通常法律、更には改正法律から不可侵の領域と設定することで、「ヴァイマル共和国議会」(これこそ、まさしくフランス的国民原理に基づくと解されたところである)を封殺するとともに、強力な官僚指導の下に、ドイツを団体国家として構築すること、これこそがドイツ的国家を展望すると主張するにあった、といい得よう。

(3) 憲法改革構想　ドイツの国家的危機状況下でドイツ的国家を如何に展望していくか、これこそが「憲法改革」の問題として論じられたところである<sup>(86)</sup>。既述した如く、フーバーは、ヴァイマル憲法の保障した基本権＝実質的意義の憲法と捉えることで、ヴァイマル憲法第一編と同第二編との対立・矛盾を解決しようとする。それは、以下の論理を経ることによってであった。まず第一に、第一編と第二編における憲法＝国家構築の論理は、次のように捉えられた。(a)第一編の憲法＝国家構築原理は、フランス的国民国家思想、即ち、「フランス国家理論の厳格な国民的民主主義原理」に倣って構築されており、それは、同質的且つ不可分の人民＝国民↓政党↓代表＝議会↓国民国家という編成をその特徴とする。これに対して、(b)第二編の憲法＝国家構築原理は、ドイツ的国民概念、即ち、「多種多様な諸形式と諸機構を伴う自然的人民秩序」を政治的統一の基礎となし、それは、人民↓団体↓団体の代表＝団体代表議院↓民主主義的人民国家という編成をその特徴とする。このように第二編をも憲法＝国家構築の基礎とすることによって、第一編の憲法＝国家構築の原理との間に生じる矛盾は、国家の組織編成において、(c)第一編の「議会」と並んで、第二編の「職能代表的機関」を設置することで解決されるとするのである。<sup>(87)</sup>「憲法改革」構想につき、これ以上のことをフーバーは述べるところではない。だが、勿論のこと、この「議会」と「職能代表的機関」間の対立は、フーバーのこれまでの論述から判明するように、後者の重視、前者の権限縮小・否認の方向で解決されることとなるはずである。

以上、フーバーが、「基本権の理念」のなかで論述・展開したところを順次批判的に紹介・検討してきた。次に論じられるべきは、このような紹介・検討の総括、それとともに本稿全体の総括、これである。だが、紙数を費消しすぎた。これについては、次回にまわすこととしよう。

- (1) SS. 83-93.; 第三号一五〇頁。
- (2) この「民主主義的人民国家」の性格規定については、本稿(三)一七七頁以下、(四)一一二頁以下、(六)一〇五頁以下参照。
- (3) C. Schmitt, VL, S. 254.; 尾吹訳・三一五頁。もっとも普通選挙権のような個人の政治的国家公民の権利についてフーバーは、これを基本権(ヴァイマル憲法第二編)の問題とは考えてはいない。「個人の政治的国家公民の権利は、直接の憲法組織的意味をもち、それ故に、本来の国家領域内部にある」(S. 85.; 第三号一五一頁)、と。その理由は、ヴァイマル憲法第一編の国家組織の領域は、フランス的な民主主義論を基軸としており、ドイツ型民主主義、ドイツの国家構築の原理的基軸とされる第二編の基本権とは異質であり、敵対的と看做されていることにある、といい得よう。
- (4) S. 84.; 第三号一五〇頁。
- (5) 註(3)とも関連するが、フーバーの構想するドイツ的民主制とは、人民(Volk)↓団体↓団体の代表↓民主主義的人民国家という編成をその特徴とするが、他方で排除されるべきフランスのそれは、国民(Nation)↓政党↓代表↓議会↓国民国家をその特徴とする、と捉えられている。Vgl. E. R. Huber, Selbstverwaltung und Verfassungsaufbau, in: DJZ, 38. Jg., 1933, Sp. 209ff.; 拙訳・山梨学院大学法学論集第九号六四頁以下参照。
- (6) フーバーのかような国家理解の仕方は、C・シュミットの、人民の政治的統一体として国家を把握する仕方と同様であるといえよう。だが、C・シュミットでは、この人民の政治的統一体である国家の形成は、同一性原理と代表性原理とを基軸とし

て構想されているが、フーバーでは、フォルク（これについては後述）を核とし、それを編成した団体を媒介にして国家形成が構想されていることで、いわばシュミット流の同一性・代表性原理＝フランス型（＝ヴァイマル憲法第一編）は、否認されているといえよう。フーバーが、C・シュミットの弟子といわれながらも両者の相異なる点の一つである。これについては、「シュミットにとって、国家とは『人民（ないし国民）の実存する政治的統一』である。すべての『人民』が政治的統一の状態に達するとは限らず、反対に政治的統一を自覚した、例えばフランス大革命期の『人民』は『国民』と呼ばれる。（中略）シュミットは、祖先はフランス系のためか、……国民国家を初めて自覚的に形成したフランスに大きな敬意を払っている」（尾吹善人『憲法学者の大あくび』七一頁）を参照。

(7) 基本権のこのような意味変化に基づいてはじて、R・スメントのいう基本権のうちに一の文化体系・価値体系を読み取る考察 (R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, S. 89ff. und S. 260ff., insbes. S. 264ff.) も可能となる<sup>7</sup>とフーバーはいう (S. 84.; 第三号一五一頁)。その理由とするのはおそらくは、ある特定の文化なり価値の体系は、ある個体に特有の属性（特殊ドイツに固有の属性）＝具体的普遍性の下で捉えられるのであって、抽象的普遍性のもとで捉えられるのではない（例・基本権とはドイツ人の権利であって、人一般の権利、人権ではない）、ということにあるうか。なお、この具体的普遍性の問題については、山下威士『憲法学と憲法』一九三頁以下、広沢民生「法学と法原則——ヘルマン・ヘラーの法学観——」（静岡大学教育学部研究報告 人文・社会科学篇第三〇号）一七頁以下、南原繁『政治哲学序説』六九頁以下、特に七六頁も参照。

(8) 工藤達朗「憲法学における『国家』と『社会』——K・ヘッセの『共同体』概念とその問題性——」（法学新報九一巻八・九・十号）二二九頁他は、「社会」を、「国民が私人として活動できる領域、あるいは個人の自由と自律に委ねられた領域」と規定する。この規定の妥当性を指摘するのは、樋口陽一『権力・個人・憲法学——フランス憲法学研究』三八頁である。

(9) 「公的なもの」が、「私的なもの」との単純な対比により定義されることはないとして、公的なものの概念規定につきフォル

ストホーフは以下のようにいう。即ち、『公的なもの』という概念を『私的なもの』との対比から導き出すことはできない、ということとは明白である。何故なら、この両概念はそれぞれが補完しあうのであり、両者を対置することで何らかの特殊な内容を伴う、ということはないからである。そうでなければ、公的とは、私的でないことであり、私的とは公的でないこと、という循環論法を抜け出すことはできなくなる』と云う (E. Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931, S. 14)。

(10) 上掲註(9)の著作。

(11) E. Forsthoff, Die Krise der Gemeindeverwaltung in Heutigen Staat, 1932, S. 4.

(12) Vgl. E. Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft, S. 88ff. 「公的団体と云うこの概念を理解するためには、それが、まったく特定の政治的・抗争的関連性のなかでその機能を有する、ということを確認することが重要なのである。この概念は、一九世紀前半に型どられた、それ故に、市民層の政治的解放が、即ち、封建的階層や強力な軍隊によって担われた国家のための闘争がその絶頂に達し、また、それが、当時の政治的概念を特徴づけていた時代に型どられたのであった」(a. a. O., S. 8)。「ドイツ立憲主義時代における「公的団体」に関する諸問題については、vgl. K.-J. Bieback, Die öffentliche Körperschaft, 1976.

(13) E. Forsthoff, a. a. O., S. 7f.; 18f. 教会とゲマインデとを、公法上の団体の「古典的類型」というのは、vgl. K.-J. Bieback, a. a. O., S. 60.

(14) E. Forsthoff, a. a. O., S. 11.

(15) E・フォルストホーフは、「公的」概念とヴァイマル憲法第四八条との密接な関係を指摘しつつ、以下のようにいう。「団体は公的と承認されることでもって、公的秩序が問題となる場合に考えられる領域へ接合されるのである。公的秩序は、特殊国法上の概念であり、その発展は、独裁権の発展と極めて密接に結びついている。この概念は、その具体的意味を委任独裁を媒



介としてえたのであり、その特質は、この独裁が既存の公的秩序を擁護するという点にあり、それが故に、この独裁は、何が公的秩序か、という正確な観念を前提とする」(E. Forsthoff, a. a. O., S. 21)と。

- (16) E. Forsthoff, a. a. O., S. 16f. E・フォルストホッフのこのような決断主義的解決は、二つの前提、即ち、第一に国家と社会との厳格な分離、第二に行為と組織、実質的領域と形式的領域および課題と制度との厳格な分離という前提に依拠することを指摘するのは、A. Rincken, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, 1971, S. 25f.

- (17) このフォルストホッフの「ある団体を公的なものとして受容することは、国家組織へとそれを組み込むことを意味しはしない。公的と国家的という概念は一致しない(a. a. O., S. 18)」という言明は、「当時において既に体系違反的矛盾であった。それは、教会とゲマインデとを団体概念(Körperschaftsbegriff)に組み込むことの難しさから説明される」と論じてるのは、A. Rincken, a. a. O., S. 25, Anm. 16. 以下。この公的領域の発展史については、E. Forsthoff, S. 22ff., insbes. S. 27f.

- (18) E. Forsthoff, a. a. O., S. 27f., u. S. 122.

- (19) E. Forsthoff, S. 122. 以下。vgl. U. Storost, Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff, 1979, S. 196ff. 以下。シュトローストは、次のようにいう。「公的なものに関する真正正銘の決断を担う権限を有するものは、議会ではなくて、統治権力であり、この統治権力は、『国家意思をその一般的(!)政治的方向において具体化する決断と定義される。この統治権力に帰属する公的秩序に対する決断の自由が、フォルストホッフにとっては、連邦国家的憲法の平常状態における主権の機能的優越性として、この秩序は固有の真正正銘の国家秩序である、という折紙を付けるのである』」と(a. a. O., S. 200)。この統治権力の担い手として大統領が予定されるが、このフォルストホッフの公的なものに関する理論は、結局は「全体国家」の先駆けであった、とシュトローストは総括する。中富公一「E・フォルストホッフの憲法論の形成―生存配慮概念の提唱まで―」(名古屋大学法政論集九五号)二四五頁以下も参照。

- (20) S. 85. : 第三号一五二頁。
- (21) Vgl. E. Forsthoff, a. a. O., S. 10. 「市民層が国家を奪取したときはじめて、国家と社会との間の抗議的特質が喪なわれ、と同時に、自由や自律的権利または保障された自己法則性も、本質的に非政治的となった。国家と社会の同一視は、確かに成就されたのであった」。
- (22) E. Forsthoff, a. a. O., S. 107. u. S. 115.
- (23) S. 90. : 第三号一五九頁以下。
- (24) E. R. Huber, Die Deutsche Nation, in: Deutsches Volkstum, 14. Jg., 1932, S. 571. 以下で展開されたフーバーの思想は、殆どその内容を変えることなく、本稿の対象とする彼の「基本権の意味変化」論文に受け継がれている (vgl. S. 91f. : 第三号一五七頁以下)。
- (25) S. 87f. : 第三号一五三頁以下参照。そこでフーバーは、次のようにいう。「全体国家においては、国民的或は社会的に規定された社会のうちに存在する統一意識によって、一切の社会的対立と緊張とが排除されている。現存する政治的、社会的諸形式は、社会によって征服され、社会自身の内実から充填されることになる——或は、それらの諸形式は、破壊されるか、若しくは、社会自体から生じた新しい諸形式によって取って換えられることとなる」と。フーバーは、全体国家を、国民的に規定されたか社会的に規定されたかにより区別するが、これについては後述「注記」参照。
- (26) この危機の原因を R. トーマは、議会主義制度や民主主義的基盤に求めるのではなくて、総体としての「経済的危機」に看取する (R. Thoma, VVDStRL, Heft. 7, 1932, S. 201) が、トーマの否認する「国家危機」こそが、現下のドイツを見舞っている (vgl. O. Koellreuter, Der Nationale Rechtsstaat, 1932, 以下)。
- (27) S. 87. : 第三号一五三頁。「この自由主義的社会概念は、一九世紀に既に、イデオロギー的には、即ち、一方でマルクス主義の

實在弁証法は、社会を排他的統一体へと高め、そしてこれと共に、社会を實際に『国家』となすことによって、他方で民主主義は、社会を国家との意味適合的な積極的關係の中に置こうとすることによって克服されていた。

- (28) H. O. Ziegler, *Autoritärer oder Totaler Staat*, 1932. S. 9.
- (29) 一七九三年憲法については、辻村みよ子『フランス革命の憲法原理—近代憲法とジャコバン主義』参照。樋口陽一「フランス革命と近代憲法」(長谷川・渡辺・藤田編『講座・革命と法第一巻 市民革命と法』所収)一二二頁も参照。
- (30) 井口文男「ファシズムと憲法」(岡山大学法学会雑誌第三八巻第一号)五七頁以下、ファシズム研究会編『戦士の革命・生産者の国家』参照。ファシズム論については、山口定『現代ファシズム論の所潮流』、同『ファシズム』を参照。
- (31) C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931/1969, 2. Aufl., S. 78f.; 川北洋太郎訳一四頁以下。
- (32) H. O. Ziegler, *Autoritärer oder Totaler Staat*, 1932.; derselbe, *Moderne Nation*, 1931, S. 233ff. insbes. S. 240. 以下「シューグラーは、「民主主義的人民主権 (Volkssouveränität) の実現は、究極的には国民の全体意思と同一視される統治活動および立法活動の全能性のうちに、あらゆる国家権力の一切の機能を政治化し、中央集権化する。それ故に、内容的に固定化された規範体系への一切の拘束を原理上超越する集団主義的に基礎づけられた絶対主義に至る」という。
- (33) in: *Blätter für Deutsche Philosophie*, Bd. 5, Heft 2/3, 1931, S. 221ff.
- (34) *リベラリズムの歴史* vgl. C. Schmitt, *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates*, 1930. in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1973, 2. Aufl., S. 41ff.; 石村修訳「国家の内政上の中立性に関する問題」(専修法学論集第四〇号)一六七頁以下参照。
- (35) H. O. Ziegler, a. a. O., S. 41f.
- (36) C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 1932/1968, 2. Aufl., S. 93. 田中・原田訳一三三頁。「民主政と国家のなかた」(E・R・フーバーの基本権論(七))(菟原)

んにちの『全体国家』の、厳密には全人間存在の全体的政治化の、原因が求められるという認識、そして、ハインツ・O・ツィーグラー（『権威国家ないし全体国家』チュービンゲン、一九三二年）がのべているように、不可欠な脱政治化を實行し、かつ全体国家のなから、ふたたび自由な諸領域、生活領域を獲得するためには安定した権威が必要なのだという認識は、はるかに大きな意味をもつ。……」。

- (37) H. O. Ziegler, a. a. O., S. 37.; derselbe, *Die Moderne Nation*, 1931, S. 298. ところでツィーグラーは、二つの本質的な点で、ファシズムは国民的・民主主義的原理（延いては全体国家—引用者）に対し、内容的に新たに規定された国民理念を対置する、という。その第一は、「政治的決断と支配そのものの優位性によって、現代国家の国民的正当性と権威主義的支配構造の結びつきが追求される—国民的主権理念の民主主義的帰結が廃棄される」ということであり、その第二は、「原子化された国民を編成された国民で置き換えることによって、国民理念は積極的に階級の問題と対質される」ということである。R・スメントは、国家の統合という観点からファシズムに好意的な判断を加えているようである（R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1968, S. 140f.）が、このスメントの「統合論」を見据えつつ、イタリア・ファシズムを、その思想、制度、構造原理、政治的位置等にわたって論評したのが、G・ライプホルツ *Zu den Problemen des fascistischen Verfassungsrechts* (1928) である。同書で彼は、ファシズムは、本来的に政治綱領をもつものではない（S. 8ff.）こと（＝行動主義の原理）を特徴とし、従来の国家理論・法学における規範重視（法治国家）から生（*das Leben*）を重視することを説くが、「その具体的形態においては、典型的にロマン的産物であって、他の関係に移すこと不能な産物である」（S. 41）」と指摘する。更に、ファシズムに対して批判的な立場を採る H. Heller, *Europa und Fascismus*(1928), in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, S. 463ff.; derselbe, *Rechtsstaat oder Diktatur?* (1929), Bd. 2, S. 443.; 西村・宮本訳『ヴァイマル民主主義の崩壊』五頁以下所収参照。なお、W・シュルプター、山口訳「ヘルマン・ヘラー小伝」(Och・ミュラー/I・シュタフ編著、安・山口編訳『ワイ

マール共和国の憲法状況と国家学』所収) 七二頁も参照。

- (38) C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, S. 11.; 田中・原田訳一〇頁以下参照。「全体国家は、たとえ、それが、道具としてであれ、矯正手段としてであれ、裁判——刑事、民事、懲戒、行政、憲法裁判のいずれであれ——を利用しようとも、その本性からいって行政国家なのである」。C・シュミットの「全体国家」論については、山下威士『カール・シュミット研究』一二〇頁以下、中道寿一「カール・シュミットの『全体国家』の概念について」(宮本・初宿編『カール・シュミット論集』所収) 一三五頁以下参照。

- (39) H. O. Ziegler, a. a. O., S. 6.; E. R. Huber, *Die Totalität des völkischen Staates*, in: *Die Tat*, 26. Jg., 1934, S. 30. E・フンガーについては、八田恭昌『ヴァイマルの反逆者たち』四五頁以下、川合全弘『ワイマル共和国におけるエルンスト・フンガーの政治思想(一)(二)』(法学論叢第一一二巻第六号二三頁以下、第一一三巻一号八六頁以下) 同「ドイツ市民文化と民主主義(一)——エルンスト・フンガーの『労働者』——」(産大法学第二二巻第四号 一頁以下)、三宅正樹『ワイマル共和国における『保守革命』の歴史意識と時間意識』(政経論叢第五八巻第三・四号五二五頁以下) も参照。

(40) H. O. Ziegler, a. a. O., S. 7., S. 31.

(41) H. O. Ziegler, a. a. O., S. 19.

- (42) Vgl. E. R. Huber, *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, S. 29. 山下・菟原訳「経済国家としてのドイツ・ライヒ」一〇五頁で、次のようにいう。「経済に対して国家のもつ強さは、ただ国家のみが中立的であり、従ってそのような中立性をもつということによって他のものよりも一段高い地位に立つ第三者でありうるという点にあらう。さらには、そのような性格をもつが故に、国家は相対立しあう諸集団や諸利害を調整し、そのような調整を通じて国民という政治的統一体の基礎づけたりうる点にあらう。従って、国家はこのような調整を行うことの内にこそ、自己の根本的な存在理由をもつのである。国家は、中立

的であり、他のものより一段高い地位をもつ第三者であるということによってのみ、あらゆる国民の統一体としての国家でありうるのであり、その意味において国民国家でありうるのである。国家がもし相対立する諸集団のいずれか一方に加担するようになれば、その時には国家はあらゆる国民の統一体であるという性格を失うこととならう。そのような場合、国家は、理性を超えたものにより根拠づけられてもつ自己の権威も、人倫的イデーによってなされる自己の正当化をも失うことになる」と。

- (43) H. O. Ziegler, a. a. O., S. 19f.
- (44) ツィーグラーは、これを、全体国家では解決困難な問題という。即ち、一方は就中複数国民性（＝国籍）をどう全体国家は統合するかであり、他方は多数派に対し少数派をどう扱うかの問題である。H. O. Ziegler, a. a. O., S. 34ff.; derselbe, Die Moderne Nation, S. 302ff.
- (45) S. 91, Anm. 156. u. 158.; 第三号一五九頁。
- (46) S. 92.; 第三号一五七頁。
- (47) 本稿（四）参照。
- (48) Vgl. H. Gerber, Freiheit und Bindung der Staatsgewalt, 1932, S. 22. 川合・初宿訳「国家権力の自由と制約」（前掲『ヴァイマル民主主義の崩壊』所収）五九頁参照。ゲルバーは、権威国家こそ、国家再建の救世主とする雰囲気が強くなればなるほど、この「権威国家」の中味が検討されねばならないことを適切に指摘する。
- (49) S. 41. usw.; 田中・原田訳五七頁他。
- (50) E. R. Huber, Totalität des völkischen Staates, S. 30.
- (51) E. R. Huber, a. a. O., S. 31f.

(52) Vgl. E. R. Huber, Die Deutsche Nation, S. 565. ところでフーバーは、国民という歴史的概念にとって本質的なこととして以下三点を挙げる。即ち、「その第一は、国民は自己自身から成長し、活動するということ、それ故に、国民は、外部から創造され、結集されるのではないということ、である。第二は、国民は一つの統一体であり、ここにおいては身分、職業、所有、教養および信仰の対立は共通性の意識によって架橋される、ということである。第三は、国民は政治的統一体である。即ち、それは、味方と敵との区別の基準を自らのうちに含むのである。それ故に、本然性(Naturhaftigkeit)、統一体意識および政治的態様が、外面的支配と内面的解体とに対して抗議的に向けられた本質的な国民概念の構成要素である」、と。C・シュミットの「国民」と「人民」との概念規定については、vgl. C. Schmitt, VL, S. 79. 尾吹訳・一〇〇頁参照。「国民(ナチオン)と人民(フォルク)は、屢々同義の概念として扱われているけれども、『国民』という語は、より精確で、誤解を招く恐れがより少ない。つまり、この語は、自己の政治的特殊性の意識と政治的実存への意志を具えた・政治的行動能力のある統一体としての人民を表す。一方、国民として実存しない人民は、ただ何らかの仕方で民族的または文化的に同類ではあるが、必ずしも政治的に実存するのではない人間の結合である」と。これもつ憲法学上の意義については、樋口陽一「フランス革命と憲法」(長谷川・渡辺・藤田編『講座・革命と法第一巻 市民革命と法』所収)一二五頁以下、同『自由と国家—いま「憲法」の meaning—』一一四頁以下参照。

(53) E. R. Huber, a. a. O., S. 565. このような二項対立図式を構成することで、ドイツの特殊性を強調することは、当時の保守主義者もしくはゲルマニストといわれる者達の常道的やりかたであった、といえるかもしれない。その例としてたとえば、ゲルマン的所有権概念とローマ的所有権概念〔K・クレッシェル、和田卓朗訳「『ゲルマン的』所有権概念説について」(K・クレッシェル、石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像』所収)二六七頁以下参照]とか、がそうであろう。ここでは特にE. Liernann, Das Deutsche Volk, 1927. が興味を引く。彼は、まずこれまでのフォルク概念の用例を整理(S. 8ff.)した後、テ

ニエンスに倣って、これを(a)ゲマインシャフト的フォルクと(b)ゲゼルシャフト的フォルクとに分類する (S. 83ff, insbes. S. 87, S. 99. u. S. 101)。そして、(a)↓ドイツ的フォルク (S. 166ff.)、(b)↓西欧的フォルク (S. 126ff.)と解したうえで、ヴァイマル憲法にはこの両者のフォルク概念が混在するが、現代ドイツにおいては(a)のフォルク概念こそが主張されねばならぬ (S. 242)とつづき。これについてはまた、vgl. R. Raun, Das Staatsvolk, HbDStR., Bd. 1, 1930, S. 244ff.

- (54) Vgl. E. R. Huber, a. a. O., S. 566. フランス的国民概念を特徴づけてフーバーはいう。「内外へ向けての人民主権 (Volkssouveränität)」、プレビシットおよび国民総動員は、フランス的国民概念を特徴づけるものである。平等主義、プレビシットおよび戦闘的国民は、自らの政治的形式を形成し、政治的支配を行なおうと望み、自ら国家たらしとする。フランス革命において生まれたこの国民概念の決定的メルクマルは、国民と国家との同一性である」と。なお、言語の標準化・単一化を企図する「言語の革命」について、田中克彦『言語からみた民族と国家』第六章二三九頁以下、同『ことばと国家』特に七八頁以下を参照。

(55) S. 88.; 第三号一五四頁。

(56) S. 88f.; 第三号一五四頁以下。

(57) S. 92.; 第三号一五七頁。またフーバーは、Die Deutsche Nation. のなかで次のようにいう。「まさしく、人民 (フォルク) 自身が政治的支配をはじめ、国家となるために、人民を政治的に動員し、能動化することができないところでは、人民に政治的統一の意識を覚醒し、国家に生き生きとした調和のなかで服属させ、と同時に政治的状态へと移すことが必要である。この政治的統一体によって担われ、国家と生き生きとした関連の下に立つが、だが、内容的に編成された人民が国民 (ナチオン) である」と (S. 570)。

(58) むしろ、このことは、ドイツが国民国家の形成に成功しなかったことの裏返し表現と理解すべきであろう。これについて、



C・F・メンガーは次のようにいう。「国民国家概念の成立は、一五世紀に入ると、かつては普遍であると解されていた帝国を變容させる結果となった。すなわち、一八四六年のある帝国法律が、初めて『ドイツ国民の神聖ローマ帝国 (das Heilige Römische Reich Deutscher Nation)』という語を用いたのである。一七、一八世紀に入って、この名称はドイツ国民が(普遍的なキリストの)帝国に対して優位したことの現れであると解された。しかしながら、それは誤りである。むしろ、「ドイツ国民の」という」この付加語はひとつの限定辞、つまりヨーロッパに成立しつつあるドイツ以外の国民国家の独立を承認することを意味したのである」と(C・F・メンガー、石川敏行他訳『ドイツ憲法史』一八頁)。メンガーと同様のことを指摘するのは、河上倫逸『法の文化社会史 ヨーロッパ学識法の形成からドイツ歴史法学の成立まで』八八頁以下である。まさしく、ヘーゲルの「ドイツはもう国家ではない」(ヘーゲル、金子武蔵訳『政治論文集 上』四九頁)、が想起される。

(59) E. R. Huber, Die Deutsche Nation, S. 568.

(60) フーバーの、以上のような「人民」↓「国民」↓「民主主義的人民国家」というヴァイマル国家構築の論理と、H・ヘラーのヴァイマル国家構築の論理、「人民(核としての労働者階級)」↓「国民」↓「社会的法治国家」とは、その思想的方向性においては相反するにも拘らず、その発想には極めて類似したものを看取できるのではなからうか。この国家構築の論理においては、フーバーは、C・シュミットの弟子というよりもむしろ敵対関係にすらあるといい得るであろう(フーバーは、C・シュミットの弟子と一般的にいわれるところであるが、この国家構築の問題に限らず、少なくともその思考論理の展開においてはC・シュミットの弟子というよりはむしろ相対する、というべきである)。以上のことから関しては、改めて検討してみたくここでは一つの課題としておく。

(61) S. 89. : 第三号一五五頁。

(62) 「この問題を明瞭かつ一義的に個人主義な立場から解決」(O. Koellreuter, Der nationale Rechtsstaat, 1932, S. 22) 以下

したが、自由主義的法治国家であり、自由主義的法治国家を批判して、法価値の独自性を承認しつつも政治的・国家的価値の優位性を説くのがフーバーまたケルロイターの立場である。法と国家との弁証法的関係を強調するのは、D・シントラーである。いわく。「国家と法との関係は、弁証法的関係である。即ち、国家と法とは相互制約的であり、国家は法なくしては考えられ得ず、法は国家なくしては考えられ得ない」(D. Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 1950, S. 104)と。因みに、ケルロイターは、R・スメントの国家と法との関係の理解 (vgl. R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 207f.) を未だ自由主義的であると批判する (vgl. O. Koellreuter, a. a. O., S. 21.; derselbe, Integrationslehre und Reichsreform, 1929, S. 11f.)。

(63) O. Koellreuter, Der nationale Rechtsstaat, S. 4.

(64) S. 90f.; 第三号一五六頁。

(65) この「国民的法治国家」については、O・ケルロイターの前掲註(63)参照。その他また、vgl. O. Koellreuter, Reichstagswahlen und Staatslehre, 1930, S. 43.; Staatsnotrecht und Staatsauffassung, 1932, in: DJZ. 37. Jg., H. 1, Sp, 41.

(66) この国家緊急権の問題は、就中ブリュニング政府が官吏の俸給減額を規定する緊急命令を發布したとき、官吏の俸給請求権は既得権か制度的保障かをめぐって極めてアキユートな問題を提起するところとなった。これについては、本稿(四)一〇二頁以下参照。フーバーのいう国家を主権と読みかえれば、極めて類似するのはH・ヘラーである。Vgl. H. Heller, Die juristische Schranken und der absolute Charakter der Souveränität, in: Gesammelte Schriften, Bd. 2, S. 185. クラーは、そこで以下のようにいう。「主権とは、普遍的な領域決断統一体にして活動統一体の有する属性であり、この属性によって主権は、法のために必要とあらば法に反しても自己を絶対的に主張する」と。なおまた、ケルロイターは、国民的法治国家におけるこの国家緊急権の行使を正当化すべく次のようにいう。即ち、「国家緊急権は、国民的法的安定性の理念を形成するもので

ある。市民的法治国家は、唯一個人的法的安定性の、その維持及びその保護の概念しか知らないが、『国民的法治国家』は、まず第一に国民的生活秩序の安定性を設定する。国家緊急権は、それ故に、国家が、国民的生活秩序の実存のために法的安定性に関わらなければならないかぎりにおいて、実定化される。そして、そのかぎりにおいて国家はそうしなければならず、その枠内においてその場合にまた個人の法的地位に対する侵害も是認されるのであり、それ故に、そのかぎりにおいてこの個人の法的地位は、絶対的保護の保障を自己のために要求し得ないのである」(O. Koellreuter, *Der nationale Rechtsstaat*, S. 35)と。

(67) S. 92; 第三号一五七頁以下参照。「国民的国家の特質は、人民秩序が、その自然的本質法則性において構築的且つ産出的に政治的領域に組み込まれる、という点にある。(ヴァイマル憲法の保障した五種の基本権群において) 政治的領域に向けられた国民という人民の概念は、その表現を獲得した。ここで刻印づけられたものこそが、人民体(volkstum)の自然的諸力から発展した、本質的に国家に属する、且つ、国家自体のうちに編成された国民の概念である。ヴァイマル憲法の基本権は、この国民と国家との積極的關係に対する客観的原理を言い表している」。

(68) フーバーと同じくケルロイターも、法価値の独自性を認めつつも、政治(=国家)的価値の優位性を説く。Vgl. O. Koellreuter, a. a. O., S. 33. そこでケルロイターは、一方で自由主義的法治国家は政治的価値に対し法価値のみを一面的に優位させるとして、他方でボルシェヴィッキ的国家は法価値を完全に否認するとしてこれらを拒否しつつ、以下のようにいう。「法価値と政治的価値というこの二つの価値群を承認し、正しく関係づけるような国家だけが法治国家といえる。……ところでだが、法価値を承認することは、個人の権利地位の絶対的保障に及び尽くされない。第一次的な法価値は、われわれの国民的生活秩序の法的形成とその保障とである。ところでまさしく、国家の内部的形成にとって『政治的なもの』の課題とは、『結びつけること、即ち、国民の内部において一致を確保し、組織的手段によってそれを保障することである』とすれば、そこから明らかとなるのは、国民的法治国家の形成は、政治的価値そのものを優位させねばならない、ということである」と。

大串兎代夫『国家権威の研究』一七五頁も参照。

(69) 大串兎代夫・前掲書一五五頁。

(70) それが故に、B. Dennewitz, *Institutionelle Garantie*, 1932. (拙訳・山梨学院大学法学論集第一三九六頁以下)の書評(in: AöR., NF. 23, 1933, S. 377f.; 拙訳・同一七四頁以下)のなかで、この「国民的法治国家」に対し疑念を表明するに至るのである。なお、ケルロイターという「市民的法治国家」とは、「自由主義的」市民的法治国家と「国民的」市民的法治国家の上位概念として構想されており、政治的理念の変化により市民的法治国家の下位概念の一方である自由主義的市民的法治国家は否認される(vgl. B. Dennewitz, a. a. O., S. 24, Anm. 38.)が、なお、ナチスの政權獲得に基づく「政治的理念の変化」とともに「国民社会主義的法治国家」(O・ケルロイター・大串兎代夫訳、法学協会雑誌第五七卷第一号、同・矢部貞治・田川博三訳『ナチス・ドイツ憲法論』一六頁以下参照)が構想されるが、これは、「市民的法治国家」の下位概念と位置づけられるのか、就中、「国民的法治国家」との関連性は如何に解されるのか、が問われよう。

(71) Vgl. C. Schmitt, VL, 75f., Anm. 1. 尾吹訳一〇頁以下。そこで、C・シュミットは、力と権威とを区別して次のようにいう。「力には主権と権力のごとき概念が対応し、これに対し、権威は、本質的に継続性の契機に基づく威望を表わし、伝統と永続への結びつきを含んでいる。力と権威の二つとも、すべての国家で相並んで生きて活動している」と。更に、vgl. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, S. 136f., Anm. 2. ヴァイマル共和国において、権威(auctoritas)を保持するのは大統領であり、国家の力(potestas)を化体しているのは国防軍であるが、この両者の内にこそ、台頭しつつある発展の鍵があり、有能な共働者を必要とするが、ブリュニング内閣にはそれがいない、と批判するのは、匿名論文、*Die kalte Revolution*, in: *Die Tat*, 22. Jg., 1930, S. 510f. 以下。

(72) フーバーのこの「社会的自由」観については、E・R・フーバー、山下・菟原訳「経済国家としてのドイツ・ライヒ」一〇三

頁以下も参照。

- (73) 大串兎代夫・前掲書は、「国家権威」の問題を国家学の独立の対象として論じた一書であるが、この「国家権威」につき、「国家権威とは、国家の實質妥當を表はし、権力に正當性を、法に妥當性を與ふる團體的規範力である」と定義する。
- (74) 「憲法」概念の問題については、山下威士『憲法学と憲法』第七章参照。
- (75) 本稿(一) 一二二頁以下参照。Vgl. R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, S. 260ff.
- (76) S. 94.; 第三号一六一頁。
- (77) K. Ritter, *Die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*, 1930, S. 9. 更に「この「憲法争議」を詳しく詳述するのは、vgl. C. Schmitt, *VL*, S. 27. u. 112ff. 尾吹訳・三六頁 一一四頁以下である。
- (78) K. Ritter, a. a. O., S. 14f.
- (79) E. Friesenhahn, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, in : *HbDStR*, Bd. 2, S. 534.
- (80) R. Thoma, *Das richterliche Prüfungsrecht*, in : *AOB*, Bd. 43, 1922, S. 283.; derselbe, *Die Staatsgerichtsbarkeit des Deutschen Reiches*, in : *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. 1, 1929, S. 184.
- (81) E. Friesenhahn, a. a. O., S.535ff. Ferner K. Ritter, a. a. O., S.23ff.
- (82) K. Ritter, a. a. O., S.15.; vgl. H. Triepel, *VVDStRL*, H.5, 1929, S. 22ff. G・マンシヨハンソウわく。「何が主張された狭義の『実質的』憲法に属し、何が属さないかについての客観的基準を見出すことは困難であるはずである」ということは度外視するとしても、……O・シュミットやトリール等と反対して『決定的に』いえることは、(彼らに従う者があるとしても) ……国事裁判所の下で争われ得るのはただ「ラントの構築と責務とにに関してであり、国民の基本権と基本義務とに関してのみである」ということである」(G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14. Aufl., S. 164f.)°

- (83) フーバー自らがいうように、一九二九年八月校了・一九三〇年出版の著書「Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich. 段階では「教会」を憲法争議当事者とは認めていなかった。その理由は、「教会は、確かに公法上の団体ではあるが、国家の憲法組織内部の意思の担い手ではない」、また、「コンコルダートに由来する紛争は、憲法の適用と解釈とに關する争議ではない」ということであった(S. 84ff.)。だが、ヘッケルの批判、即ち、「憲法上基本権に固定された価値を保護する勢力として承認されるような組織は、いずれにしても憲法争議の当事者能力があるものと看做され得る。基本権の価値を組織的に主張するために形成された団体が、その団体が有する重要な社会的意味と同時に政治的に重要な意味の故に、憲法それ自体によって公法上の地位の保障を通じて特記される場合が、そうである。重要なキリスト教的宗教団体に対しては、これらの前提が与えられる」(J. Heckel, Das Staatskirchenrechtliche Schriftentum der Jahre 1930 und 1931, in: Verwaltungsarchiv, Bd. 37, 1932, S. 289f.)を受け入れ、「基本権の意味変化」論文ではヘッケルの説を採用するに至った。
- (84) S. 94ff. 第三号一六一頁以下。勿論、K・リッターがいうように、「団体の組織上の地位に関する争いだけが、憲法争議を意味するにすぎない」(K. Ritter, a. a. O., S. 33)。
- (85) S. 96f. 第三号一六三頁。ヴァイマル期国法学・憲法学の「憲法の効力」の基礎づけ方をめぐる論議について、就中H・ヘラーのそれを、彼の憲法概念との関わりで分析する、広沢民生『憲法の機能変化』か、それとも『憲法の変遷』?——憲法規範の社会的基礎について(一)・(二)』(静岡大学教育学部研究報告(人文・社会科学篇)第三五号四三頁以下・三六号二七頁以下)参照。なお、実質的憲法の構成要素を、憲法第七六条の手続による改正の限界となす者の一人に、K・ビルフィンガー(Der Reichssparkommissar, 1928, S. 17)を挙げる事ができるが、フーバーの論稿「Bedeutungswandel der Grundrechte」拙訳・一六五頁註(一六七)では「ビルフィンガーの同書を『Der Reichskommissar (1928)』と記しているが、これは『Der Reichssparkommissar』の誤りである。ここに訂正しておく。因に『Spar』を『Spar』のように訳出すべき

かは極めて困難である。ビルフィンガー・同著一〇頁以下で、この言葉の意味が定義的に規定されている。「Sparen」という言葉は、予算と経済指導とに関連して用いられるのであって、<sup>1</sup> おおよそ貯蓄銀行 (Sparkasse) のための貯蓄 (Sparen) とは異なる。この言葉は、その根拠と額からして (nach Grund und Höhe) 必要な歳出が行なわれるべきである、<sup>2</sup> という原則を強調せんとする」と (「財務・歳出」とでも訳出すべきか、<sup>3</sup> vgl. K. Bilfinger, a. a. O., S. 65f.)。

(86) この「憲法改革」の問題を論じたものとして例えば、DfZ., 38 Jg., 1933, H. 1, Sp. 3 以下の諸論稿を参照。また、vgl. F. Klein, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, 1934, S. 123f., insbes. Anm. 8.

(87) S. 97f.; 第三号一六三頁以下。この団体の院職代表機関を如何に構成するかについては、本稿(六)、特に一二〇頁以下参照。

〔未完〕