

論
説

E・R・フーバーの基本権論（八・完）

——ヴァイマル期基本権論研究——

一 はじめに

二 フーバーの基本権論

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、同第一〇号、第一二号）

C ヴァイマル憲法下でのフーバーの基本権論の意義（以上、本誌第一七号）

三 おわりに（以上、本号）

菟
原
明

C ヴァイマル憲法下でのフーバーの基本権論の意義(承前)

以上、本誌第一七号では、フーバーが、「基本権の意味変化」論文の最終章である「基本権の理念」のなかで展開した論述内容を、一「基本権の『意味変化』総括」、二「基本権の再構成―その意味と機能」、三「基本権の憲法的位置」、と題して順次批判的に紹介・検討してきた。本号では、このような紹介・検討をふまえて、「基本権の理念」の章の下で、フーバーが意図し、主張せんとしたことは奈辺にあったのか、その総括を行なうことが、そのまず第一の課題となる。次いで更に、本稿全体を総括することが、本号に残された最終的課題である。逐次、これらの課題を果たしてゆくこととしよう。

それでは、フーバーは、この「基本権の理念」の章の下で一体何を意図し、主張せんとしたのか。それは、この章の下で展開された論述内容にみられる彼の根本的志向性を剔抉することで、明らかとなるであろう。この根本的志向性については既に、前号で叙述したことから判明するところであろうが、それを、ここで要約的に示しておけば、以下のようにまとめることが可能である。即ち、それは、(1)ヴァイマル憲法の保障した基本権を、「基本権の意味変化」なる媒介項をもちいることで、この基本権の担い手を人民とする「公的秩序の根本形式」と読み変え、(2)ヴァイマル国家を、新たに民主主義的人民国家として構築・再編することを企図するとともに、このヴァイマル国家Ⅱ民主主義的人民国家を、ドイツ史から特殊断絶した国家としてではなくて、逆に過去から現在(また将来)にも及ぶ伝統と連続性を反映する国家としてドイツ史のなかに位置づけ直すこと、換言すれば、ヴァイマル憲法の保障した基本権を、ドイツ史から特殊断絶した基本権としてではなくて、逆に過去から現在(また将来)にも及ぶ伝統と連続性を反映する基本権として位置づけ直す

こと、これである。以下では、前号での論述を基にして、フーバーの以上のような根本的志向性を具体的に検討することでこの章を締め括ることとする。

一 召命としての基本権論⁽¹⁾

これまでの論述からして明らかのように、フーバーは、基本権の「意味変化」という媒介項をもちいることで、自由主義時代の全ての真正の基本権は、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、要するに客観的秩序原理、へと意味変化した、と捉え、これこそがヴァイマル憲法の保障した基本権である、という。かくして、このように特質づけられた基本権を、人民の自然的秩序を具現した「公的秩序」の根本形式と位置づけることでもって、一方で自由主義国家を特徴づける国家と社会の二階層モデルを排除するとともに、他方で全体国家に特徴的な国家と社会の同一視・同置に基づく一階層モデルをも排除した。フーバーはいう。「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⁽²⁾、と。そして就中、基本権を、この公的空間⁽¹⁾公的領域に位置づけることから、基本権そのものの特質或は性質は、どのように理解され、解釈されることとなるのか、また、そこから帰結することは何か。それが、まず問われねばならない。

フーバーにあって、この公的空間とは既述した如く「社会」そのものであり、この社会は、国家的統一体を維持・強化すべく関連づけられている(就中、この関連づけを可能ならしめるのが国家の監督と団体の自治とであった⁽³⁾)。それ故に、基本権が「公的」領域を構成する秩序と看做されるかぎり、基本権の特質のうちから「私性」は否認されざるを得ないことは論理必然的である。この「私性」を否認された自由は、公的領域⁽¹⁾社会における自由である以上当然にまた、それは「私的・個人的」自由ではあり得ず、「社会的に拘束された自由」でしかあり得ない。いうまでもなく、この「社会的に拘束

された」とは、国家的統一の維持・強化に向けて拘束された、ということの意味し、従って、社会的に拘束された自由とは、このような枠組みのなかでの自由、と観念されることとなる。このようなフーバーの基本権観を一層よく理解するためには、極めて卑近な例ではあるが、彼の基本権観を、ジグソー・パズルの例でもって図象的・空間的にイメージするのが適当といえようか。つまり、ジグソー・パズルを構成する個々の部分の形状は多種多様であるが、これと同じく国民の自然的秩序(これを、ヴァイマル憲法の基本権は保障する)も、多種多様性からなる。「基本権は、……実在的統一に結合された多種多様な社会的諸勢力の自治を実現する、という意義をもつ。即ち、基本権は、この多種多様な社会的諸形式と諸機構とを、政治的構築の基礎となすべきなのである」⁽⁴⁾。この多種多様であるジグソー・パズルの個々の部分が、自己の占めるその形状を離れて(勿論、自由な意志があるとの擬制の下で)個々勝手な形状をとることを主張し始めたとするならば、全体としてのジグソー・パズルは完成をみることはできないであろう。だが、それらが、各々占めるべき空間を占めて、これが完成した暁には一つの統一体として何らかのまとまった図象を形成することとなる。これと同様に、自然的秩序に編成された人民が、その秩序の枠組み(同時にこれを空間的視覚で捉えれば、民主主義的人民国家でもある)を恣意的にのみ出して私的な行動をとることとなれば、この枠組みそのものが解体するに至る。このような枠組みの解体(＝国家の多元主義的解体)を惹起することに通じる人民の基本権行使を規制し・統制することで、この枠組みの維持・強化を図る手段こそが、基本権を規制され・統制された自由と捉える観点であり、また、各種の基本権をいわゆる「制度的保障」として捉えることにより、国家的統一の維持・強化に奉仕しない基本権行使を、制度の周辺領域として規制する思考である。いうまでもなく、フーバーの制度的保障論は、一方でヴァイマル国家から自由な公的領域を確保するとともに、他方で民主主義的人民国家を強化する役割を果たす⁽⁵⁾。彼のこのヴァイマル国家からの解放という意味での制度的保障論は、民主主義的人民国家においては逆に、この国家へ向けての統合化の手段として位置づけられる、ということについて

は屢々触れた通りである。以上のことを一例でもって示せば、次のようにいえようか。即ち、民主主義的人民国家における最も重要なジグソー・パズルの個々の部分をなすのは、経済・宗教・文化という三つの自律的領域であった。⁽⁶⁾このうち、たとえば経済の部分についていえば、ヴァイマル憲法のうちに、資本家も労働者も、それぞれ自己にとって有利な基本権を、資本家にとっては財産権等の経済的自由権を、労働者にとってはこれに対抗する団結権等の労働権を、看取し得るであろう。だが、これらの基本権を、自己の階級的利益⁽⁷⁾私的・個別的利益を実現するためにのみ利用することは、まさしくこの国家的統一の維持・強化を阻害する私的・恣意的基本権行使にあたる。そうであれば、資本家も労働者も、それぞれが自己に割り当てられた職分を果たすことによってこそ、この国家的統一を強力な「経済国家」として実現することが可能となるのであり、それが故に、この目的実現に向けて個々の構成部分には、基本権を自律的に行使することが義務づけられることとなる。従って、この例の場合からも看取されるように、フーバーにあって基本権の保障は、両階級の利害の対立という観点からではなくて、強力な経済国家を実現するためのそれぞれの職分⁽⁸⁾ジグソー・パズルという個々の構成部分の職分を果たすための地位、まさしく国家的統一の維持・強化に奉仕すべき召命(Beruf)、と理解されているのである。⁽⁷⁾

ところで、このようなフーバーの基本権理解の基礎にあるのは、R・スメントの基本権論⁽⁸⁾である。スメントは、基本権は、一方で特定の価値体系、財の体系及び文化体系の規範化であると同時に、他方でこの体系を国民的(national)体系として、即ち、ドイツ人の体系として規範化することによって、一つの人民(Volk)を他の人民と區別し、対立させる文化の体系であると同時に人民の統合を図ろうとするものである、と捉える。⁽⁹⁾とすれば当然に、ヴァイマル憲法の保障する基本権を有する国家も、特定の文化体系を有する国家⁽¹⁰⁾であることからすれば、かかる国家へ向けて基本権は、物的統合(sachliche Integration)の一翼を担うものとして、この人民の統合に資するものと位置づけられる。これを基本権の担い

手の側面からみれば、基本権は、政治的統合の基礎と解されることから、基本権としての自由権は、「国家からのブルジョアの解放ではなくして、国家の市民的基礎づけ」である、と捉えられ、それが故に、たんに国家から解放されたブルジョア⁽¹²⁾ II 市民ではなくて、「倫理的に国家に拘束される市民(sittlich an den Staat gebundenen Bürger)」こそが、基本権の担い手とされる。この「倫理的に国家に拘束される」とは、国家は一つの完結した体系、価値・財・文化の体系である以上、基本権に具現される特定の価値体系等を実現すべく、基本権行使は義務づけられる、ということ論理必然的に意味することとなる⁽¹⁴⁾。ここに、基本権は、スメントによって「人格的・政治的職分権 II 召命権⁽¹⁵⁾」と把捉されたのであった⁽¹⁶⁾。もつとも、スメントは、このように基本権を *Berufsrechte* と捉える思考は、何もヴァイマル憲法の基本権につき特徴的な思考ではなくて、一〇〇年以上も前から既に、即ち、一七九四年プロイセン一般ラント法⁽¹⁷⁾の時代以降、ドイツ法史を特徴づけてきた思考である、という⁽¹⁸⁾。これによって、ヴァイマル憲法の基本権は、ドイツ法史の伝統のなかに位置づけられるとともに、同時にまたそれを、人格的・政治的召命権と捉える思考の正統性も、歴史的に弁証されることとなったのである。

フーバーは確かに、基本権を特徴づけるにスメントの如く *Berufsrechte* なる言葉をもちいているわけではないが、彼が、「基本権は、(中略)国家へと成り行く自由の意義においてのみ理解され得るものである。基本権は、防禦権から国家の構築的要素となったのである。基本権のこの意味変化に基づいてのみ、ルドルフ・スメントの考察、即ち、基本権のうち、その中で人民が一体であるべきところの文化価値の存続を、それ故に、その中で統一体としての人民が、常に新たに形成され且つ体験されるべきであるところの文化体系を見る彼の考察と同様の考察が可能となる⁽¹⁹⁾」というとき、スメントと同じく基本権を、「完結した且つ国民的形成に奉仕する体系」たる召命権と解していた、といい得るであろう。この両者にあつては、そのいずれもが、①革命に起因するフランス流の基本権観を、ドイツ法史の伝統を援用することによつ

て或は基本権の意味変化を根拠に、否認⁽²⁰⁾、②かくして、基本権から「私性」を剝奪するとともに、基本権を国家的統合要因とみ、国家的統合へ向けて基本権行使は制限され、義務づけられる(≡召命としての基本権)とする。だが、同じく国家的統合といっても、③その力点の置き所は、両者では相違するといふべきであろう。即ち、スメントにあっては、プロセスに統合の力点は置かれているとすれば、フーバーにあっては、その階層的モデル論からして空間的統合(自治と監督)が目指されているのである。もつとも、このようなフーバーとスメントとがもつ基本権を能動的性格において捉えようとする近似性に対しては、カール・シュミット→フーバー→ナチスという系列でフーバーの基本権論を位置づけ、スメント→コンラート・ヘッセ→ドイツ連邦共和国(統一後のドイツでも——引用者)の公認理論≡民主主義という系列でスメントの基本権論を位置づけることによって、両者の基本権論を対立的に捉える見解があることはいうまでもない⁽²¹⁾。だが、問題なのはここでは、基本権の能動性を強調する両者の考え方の共通性であり、その根底にある国家強調的姿勢である。

二 国家の統合媒体としての人民(Volk)、そして団体

フーバーは、R・スメントに倣い、基本権を国家的統合に向けての職分権、即ち、召命権と捉え、基本権の「私化」(Privatisierung)を否認することで、国家的統一の維持・強化を企図したのであった。基本権をこのように職分権≡召命権と構成することで、彼は、いったい何を追求しようとしたのであろうか。それは、経済恐慌により急激に加速化されることとなった、ヴァイマル共和国末期の国家的危機状況の特徴づける分裂、即ち、「ワイマル末期の政治的危機を特徴づけるものは、民衆における一般的な分裂である。それは失業労働者と就業労働者の分裂であり、共産党と社会民主党の分裂であり、労働者と中間層の分裂であり、共産党・社会民主党とナチスの分裂であり、そして、軍隊・警察を含めた国家・官僚機構に抑圧される民衆とこれに仕える民衆との分裂である⁽²²⁾」、といわれる分裂を克服する職分≡召命の担い手を

誰に求めるか、⁽²³⁾換言すれば、国家的統一体を維持・強化するための前提となるべきドイツ国民の喪なわれた「社会的同質性」⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾を回復・再建する職分⁽²⁶⁾召命の担い手を誰に求めるかということ、これである。

これに対する解答をR・スメントは、前述の „Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht“ のなかで、「倫理的に国家に拘束される市民」に求めたのであった。彼は、文献のなかでは、一〇〇年以上も前から今日に至る迄も、基本権は、ブルジョアという意味ではなくて、古典古代ギリシャ・ローマ的(antik)市民の意味で理解されてきた⁽²⁶⁾、⁽²⁷⁾という。とすれば、スメントのいう「市民」とは、基本的にはアリストテレス流の市民概念が前提とされている、ということが予想されよう。アリストテレスは、市民を、「審議の役か、もしくは裁判の役かに与かる権利を有する者」と定義する。その意味は、裁判のうちにこそ秩序形成機能と正義決定機能が存する、と解されるが故にである。即ち、アリストテレスいわく。「裁判は国的共同体を秩序づけるものであり、そして正義は何が正しいことであるかを決定するものである」⁽²⁸⁾、と。この定義において特徴的なことは、自立的な家長(homo sui iuris⁽²⁹⁾ 自権者)からなる政治的身分たる市民は、まさしく Beruf⁽³⁰⁾として政治(=国家)に参画する資格を有する、ということであり、また、この政治(=国家)に参画する者こそが市民である、ということである。スメントが、この「市民的」意味で基本権を構成した意図は、次のことに求められるであろう。即ち、社会的同質性が解体の憂き目にあっているヴァイマル共和国において、新たに国家的統一体を形成すべく「社会」の国家への統合化を企図するとき、その担い手を国家と社会との二元的対立を前提として、公民と、自己の経済的利益の追求と安全のみを志向する脱政治化したブルジョアとに解体するような市民概念のうちに求めることは不可能である⁽³⁰⁾。ここに、その担い手たる市民概念を、スメントはアリストテレス流の市民概念のうちに求め、その核心を「倫理的に拘束される市民」、と表現したのである。そして、基本権を国家に向けての *Berufsrechte* と捉えることにより、国家に奉仕すべく基本権を行使することがまさしく *sittlich* となる、と解されたのである。

ところで、スメントの如く、基本権を職分権³⁰ 召命権と思考するわけではないにせよ、スメントのこの論文に先立って既に早く、この市民とブルジョアとの問題性を論じていたのがH・ヘラーであった³⁰ (その意味ではスメントは、その思想性はともかくも、基本的にはヘラーの問題意識を受け継いでいた、といえようか³¹)。同論文のなかでヘラーは、市民とブルジョアにつき、以下のように両者をその政治的態度を軸にして対極的に位置づけることで、市民こそが(民主主義的)国家形成の担い手であることを弁証する。即ち、彼は、ブルジョアとは、「自らの社会的・政治的安全に全く満足しきっている市民」、「脱政治化された市民」のことであり、政治参加の放棄と自己の私的資産及び階級的地位の確保にのみ一意専心するものことであるが³²、だが、これに対し市民とは、「社会的・政治的権威を尊重し自らの国(land)の人倫と法とに常に従う人々」のことであり、それはまた、「社会的—政治的に秩序を与えていく人間」のことである、³³ といふ。とすれば、国家形成の担い手と想定されるのは、この「市民」を描いて外にない³⁴。だが、この市民が国家形成の担い手とされるとき、この市民とは異質の勢力である「労働者階級」を、この市民のなかに取り込まずしては、彼にとって国家形成の与件ともいふべき「社会的同質性」を確保することさえ不可能とならう。ここにヘラーは、労働者教育を媒介として市民的精神³⁵ 市民的徳をもった労働者階級の創出を図ったのである。即ち、労働者階級は、かかる市民的精神を自己のものとするこゝとによって、自らが国民となると同時に、国家を形成する担い手へと転化するのである。「プロレタリアは、普遍的な人間教養をすべて身につけなければならぬ。プロレタリアは一つの歴史的階級である。歴史的な階級は過去との全体との関連を保ちつつその道を前進していかなばならない³⁶」。このような「市民」と市民的徳を備えた「労働者階級」、これこそがヘラーのいう国家形成の担い手としての市民であった。彼が、このような「市民」を何故に国家形成の担い手と措定したのか。その意図に関しては、安教授の指摘するところがまさしく妥当するであろう。即ち、「市民階級とSPDの協力体制を現実的土台として、労働者階級を国民に教育していくことで、認識の上で同一の文化共同体に共属しているという

『われわれ意識』を両階級が持つことができるなら、この一つの『意思共同性』に基づいて、国家は多元的に分裂している個人主義的・階級的利害対立を和解させ、資本主義経済を公正な社会主義的経済秩序に変革して行くことが可能である、とヘラーは考えていた⁽³⁷⁾、が故にである〔ちなみに、一九三〇年九月一四日の国会選挙の結果、ナチスは一挙に第二党へと躍進する(一二→一〇七議席)が、かのトーマス・マンも、このナチスのもつ危険性に対する警告を発するとともに、ドイツ市民的精神の伝統を受け継ぎ共和国を擁護する立場を、社会民主主義のうちに見ていた者の一人であった⁽³⁸⁾〕。ヘラーにせよ或はスメントにせよ、国家的統合の或は国家形成の担い手として、両者ともに「市民」を措定し⁽³⁹⁾、これによって、その方向性は必ずしも同じというわけではないが、ヴァイマル共和国の新たな「国家性」の創設が、かく目指されたのであった。

それでは、何故フリーバーは、スメントなり、ヘラーのいう「市民」を基礎に、国家的統一の維持と強化を図ろうとするのではなくて、「人民」なるものを設定することで、これを実現しようとしたのであろうか。その理由は、ここでも彼が、ヴァイマル憲法第二編の基本権を機軸としてヴァイマル国家の新たな形成・展開を図ろうとしたことに求められるであろう。つまり、ヘラーやスメントのいう「市民」は、ヴァイマル憲法第二編に関わるだけではなく、第一編の国家組織の部分とも密接不可分に関わっており、そもそもこのヴァイマル憲法の両編を分かって理解すること自体許されざる誤謬である、と捉えられているというべきであらう。何故なら、スメントにあっては、「第一編に秩序づけられた諸機能の活動と、第二編で就中一定の物的(sachlich)内容の現実化のうちに、ドイツ国民は、その国家的統一性を有すべきである⁽⁴⁰⁾」、と主張されることからして、また、ヘラーにあっては、I・マウスが、C・シュミットを批判しつつヘラーを擲えて、「カール・シュミットが、二つの憲法部分を対立させ「その内の」基本権部分の『実体的秩序』に都合の良い決定を指示したのに対し、ヘルマン・ヘラーは、法治国家的手続方法から基本権を独立させる形で、基本権保証を主張するのではなく、逆に、法治国家的手続方法を伴った組織形態自体の中に、基本権保証を位置づけることによって、基本権

と民主的な法治国家の組織構造との緊密な関係を明らかにしたのであった⁽⁴¹⁾、というように、ヴァイマル憲法の両編は密接不可分のものと位置づけられているが故に、である。だが、フーバーにあっては、そもそもヴァイマル憲法第一編は、前述した如くフランス流の国民概念を前提とする国民的民主制に基づく国民国家の編成原理であり、国家と社会の構築に際し、「公的秩序の諸形式と諸機構」とを破壊することを出発点にもつ、と認識されていた。これこそ、彼のいうドイツ的国民概念に基づく民主主義的人民国家の見地からすれば、排除・否認されるべき異質の国家編成原理であった。それに代えて持ち出されたのが、第二編の基本権こそ、ドイツ人民の「自然的秩序とその編成」を確認したものであり、これを団体に組み込むことによって国家は統合化されねばならない、ということであった。「ドイツの国民概念は、人民の内部的同種性と一様性とを前提としてはいいない。即ち、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⁽⁴²⁾」であり、「独立した公法上の団体の保障は、人民の内部的対立を、国民的編成及び政治的構築の原理とする⁽⁴³⁾」。まさしく彼にとって、民主主義的人民国家の編成原理は、ヴァイマル憲法第二編で保障される人民を基底に据えた団体を機軸とするものであった。そうであれば、必然的にヴァイマル憲法第一編をも前提とする「市民」概念によることは、彼が否定せんとした「主権」性に基づく国家構築を是認することとなるのであり、ひいては、このヴァイマル憲法第一編(＝フランス的原理)に基礎づけられた国家、即ち、ヴァイマル共和国を是認することになってしまふであろう。ヴァイマル共和国を是認するということは、一方で人民の自然的秩序とは異なる階級を、またそれを基盤とする階級政党を、そして政党国家を是認し、他方で個人主義的＝自由主義的原理を、ひいては国家の多元主義的解体を是認する、ということを意味することとなるろう。そうなれば、これ迄の彼の構想する国家論すべては、その根底からして破産宣告を受けたも同然となるであろう。このヴァイマル共和国を否認し、別の構想でもって国家を構築すること、これこそ彼の国家論の課題であったのだ。即ち、フーバーにとってドイツ的国家論の展開と

は、団体のうちに人民を取り込み、この団体の自治(＝ヴァイマル憲法第二編の基本権)と団体に対する国家の監督(＝官憲国家的な中立性のイデオロギー⁽⁴⁴⁾)を軸に、国家を「団体国家」として構想すること、これであった。それに際し、この団体の「自治」という場合の「自治」とは、職分＝召命権の別名であることは断るまでもなからう。そして、この国家論を支える法的理論構成こそが、制度的保障を、(a)団体の自治を確保しようとする団体的保障と、(b)官憲国家的中立性のイデオロギーの担い手を確保しようとする組織的保障、とに区別する議論であった、ということができよう。制度的保障を二分化することに対するクラインの批判にも拘らず、この制度的保障二分化論は、彼の国家論そのものの二大支柱であったのだ。

三 ドイツ的国家構想

フーバーは、基本権を召命権＝職分権と解しながらも、その担い手を「市民」とするのではなくて、「人民」を基礎に、これを団体に取り込むことで、「団体国家」としての民主主義的人民国家なるものを措定した。何故、民主主義的人民国家は、団体国家として構想されたのか、その意図は何か。それは、この団体国家構想こそ、ドイツ史に適合的な国家形態であり、歴史的連続性と伝統とに裏づけられた国家形態である、と位置づけることにあった。彼が、「公法上の団体は、時として想定されているように、特殊自由主義に属する現象というものではない。即ち、それは、ドイツにおいてはヴェストファーレンの講和以来、『受容された』宗派という形式において見出される。それ以来、この公法上の団体は、人民のなかに存在する自然的諸力及び諸編成と国家との間の緊張を克服し、政治的統一と国民の多様性との実り豊かな関連を整序を可能にする、という任務をもつこととなった。(中略)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⁽⁴⁵⁾」というとき、まさしく自己の団体国家構想

を歴史的連続性と伝統のなかに位置づけることにより、その正統化を図っただけではなくて、ヴァイマル憲法第一編に基礎づけられたヴァイマル共和国こそ、フランス的国家構築の原理に基づくフランス的国家形態であつて、それが故に、ドイツ的国家とは異質・疎遠な国家形態を意味することが浮彫りされたのである。更にまた、彼が、「ドイツの国民概念は、『治者と被治者との同一性』に基づくものではなくて、支配と国民との区別、官憲と人民との区別を前提しているのであるが、とはいえ、これら二つの要因は、生き生きとした関連づけのなかで結合しているのである⁽⁴⁶⁾」というとき、ドイツ史から特殊断絶したともいふべき・フランス的原理に基づくヴァイマル共和国に代わるドイツ国家の新たな構築とは、早晩ドイツ史の伝統に立ち帰った原理に基づき国家構築を実現すること、その意味では国家構造における保守的回帰と、大統領を頂点とする官僚主導の官憲国家思想をもって、「国家改造Ⅱ憲法改革構想」をもくろんだ国家構築を実現することを意味したのである。「官憲と人民」との関係の問題にした論稿のなかでフーバーはいう。「ドイツ憲法理論の課題は、このフランス的ドグマ(ジャン・ボダンの君主主権の理論において頂点に達した絶対主義の憲法体系と、ジャン・ジャック・ルソーの人民主権論によって基礎づけられた民主主義の憲法体系を指す——引用者補)克服し、ドイツの憲法体系に固有の官憲と人民とを共に秩序づけることを概念的に把握可能とすること、これである⁽⁴⁷⁾、と。それに際し、フーバーのいう如く、公法上の団体をもってドイツ国家の構成原理であるとするならば、このような団体を憲法上保障するということは、必然的にその保障を確認的なものならしめるであろう。ここにその保障は、ヴァイマル憲法に歴史的、論理的にも先行するものとして、法論理上は、当然に憲法改正の対象外のものとして位置づけられねばならない根拠がある。「最も重要な制度的保障——官吏制度、裁判官制度、国家の学校及び市町村、宗教団体、職業別組合——は、このようにして、本来の憲法制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のであり、それ故に、その核心において第七六条の方法による廃止を免れている。」⁽⁴⁸⁾かくして、ヴァイマル憲法の保障する基本権(Ⅱ実質的憲法)も、形式的憲法Ⅱヴァイマル

憲法に優位・先行する地位が賦与されるのであり、これとともに、これを議会が恣意的に変更・改正することを実質的憲法違反として違憲ならしめるために、裁判官の法令審査権が呼び出されることともなるのである。⁽⁴⁹⁾

ところで、ここで問われねばならないことは、フーバーにあって、基本権の意味変化論と、団体国家構想において、団体がドイツ史の歴史的連続性・伝統のなかに位置づけられていることとの関係はどう理解されるのか、ということである。何故なら、団体の自治を保障することこそ、伝統的にドイツの基本権保障の意味であったとするならば、殊更に基本権の意味変化ということをもちだすまでもなく、ヴァイマル憲法の基本権保障もその系で捉えることが可能であるからである。この間については、以下のように回答され得ようか。(1)ヴァイマル憲法の保障した基本権は、「意味変化」を軸に、自由主義的意味の基本権を保障したのではなくて、国家の積極的構築要素、秩序原理を保障したと解されることで、基本権保障に国家構築的方向性が指示されるが、(2)この指示された国家こそが、団体国家であり、ヴァイマル憲法の保障した基本権も、ドイツ国家の伝統に従って団体国家を構成する団体の自律性を保障したものと解される、ということである。(3)それが故に、基本権の意味変化なり、団体の自律性の保障なりは、団体国家構想のなかに合一化していくといひ得よう。このことを表現するものこそ、彼の「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」⁽⁵⁰⁾、という一文である。ここで宗教、文化、経済の自律性といわれるとき、それは具体的には、宗教団体の、大学の、経済上の職業団体等の自律性を指しての言葉であることは断るまでもなからう。

勿論、フーバーのこの団体国家構想(これはまた、「職能国家」構想をも意味しよう⁽⁵¹⁾)は、たんに保守回帰的思考を意味しているだけではなくて、保守回帰的思考の性格をもつとはいへ、ヴァイマル共和国を非ドイツ的国家として否定しきろうとする点では、極めて革命的な性格をも併せもつものであったのである。⁽⁵²⁾まさしく、ヴァイマル共和国とは、「理性の

共和派」といわれるほどの支持者しか見出せなかった「愛されざる共和国」(ungeliebte Republik)⁽⁸⁾でしかなかったのである。り、「愛される共和国」(geliebte Republik)に遂に最後までなりおおせなかったのである。

- (1) 召命としての基本権という場合の「召命」については、マックス・ヴェーバー、大塚久雄訳『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』における訳者の Beruf の訳に負う(訳者解説二九五頁以下参照)。もっとも、向けられるべき召命の名宛人は、フーバーでは「神」ではなく「国家」ではあるが。
- (2) S. 85.; 三号一五一頁。
- (3) S. 91f.; 三号一五七頁。そこで、フーバーは以下のようにいう。「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、ヴァイマル憲法にふくまれている国民的基本権体系の核心である」と。
- (4) S. 89.; 三号一五五頁。
- (5) S. 91.; 三号一五七頁参照。そこで、フーバーは次のようにいう。「ヴァイマル憲法において屢々見出されるような独立した公法上の団体の保障は、人民の内部的対立を、国民的編成及び政治的構築の原理とする」と。
- (6) S. 90.; 三号一五五頁。
- (7) これについては、本稿(三) (四)一七九頁も参照。ちなみに、ここから、基本権を民族仲間の法的地位と捉える思考、に至る迄の道程はほんのわずかである (vgl. E. R. Huber, Die Rechtsstellung des Volksgenossen. in: ZgesStW., Bd. 96, 1936, S. 440)。
- (8) スメントの基本権論の一端については、これ迄本稿(一)二四頁以下、(二)一六九頁以下及び(五)八三頁以下で触れる機会があった。
- (9) R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 1968, S. 264f.
- (10) R. Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Ebenda, 91f.
- (11) R. Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, in: Ebenda, S. 318.
- (12) R. Smend, a. a. O., S. 311. スメントは、ブルジョアにつき次のようにいう。「愛と冒険、美と内面的生に対し何の能力もない資本主義時代の計算高きエゴイスト、彼らからは生き生きとした世界を創造的に構築することに如何なる希望も望めない過去の人間である」と。

- (13) R. Smend, a.a.O., S. 322.
- (14) 手塚和男「ルードルフ・スメントの政治理論」(宮田光雄編『ヴァイマル共和国の政治思想』所収)は、スメントの統合理論にはナチ政権の前後で「連続」と「非連続」の部分があるとの立場に立ちつつ(三一頁)、ヴァイマル時代のスメントの統合理論が以下のように総括される。「まず第一に、統合理論が、『反自由主義』、『反議會主義』の理論であること、つぎに、ヴァイマル共和制の『民主主義』に反対する闘争理論であり、『独裁制』を容認するものであること、また大衆民主主義社会における『ファシズム』の理論であること、さらに、スメントの政治的見解がヴァイマル共和制の『体制』を批判するものとみなされていた」(三四七頁以下)と。
- (15) R. Smend, a.a.O., S. 319, Anm 15. また、その機能につき以下のようにいう。「その特性に応じてそれぞれ、全体の枠組みのなかで国家公民としての特別の召命権及び身分権が賦与された倫理的に拘束された市民が設定される場合にのみ、そこにおいて人民が活動的の統一体となり、自己に課された歴史的課題を遂行し得る形態へと人民を形成し、人民を、そこにおいてわれわれすべてが、国民としてのわれわれに共通の歴史的・倫理的召命を共に把握する形態である、とする憲法の根本的思想は保持され続けるのである」(S. 323f.)と。
- (16) スメントは、労働者に団結権や社会権等の保障されることの意味(=社会政策的意味)ではなくて、憲法政策的意味(=これを明らかにする(a.a.O., S. 319))。
- (17) プロイセン一般ラント法(1794)は『Allgemeines Landesrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Textausgabe mit einer Einführung von Hans Hattenhauer, 1970. u. Registerband zum Allgemeinen Landesrecht für die Preussischen Staaten von 1794, 1973.』が利便である。石部雅亮著『啓蒙的絶対主義の法構造——プロイセン一般ラント法の成立——』も参照。
- (18) Vgl. R. Smend, a.a.O., S. 315ff.
- (19) S. 84.; 三号一五一頁。
- (20) R. Smend, a.a.O., S. 315. スメントは、次のようにいう。「フランスでは基本権は革命から成立し、とりわけそれは、個人の徹底した世俗的解放を表現するものであるが、ドイツでは基本権は、ただ既存の状態の修正を意味するのであって、就中この状態の社会倫理的状态との徹底した訣別を意味するものではない」と。
- (21) K・クレッシェル 石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像——ドイツ法史の新しい道』三五〇頁参照。そこで、クレッシェル

は次のようにいう。「カール・シュミットの門下生、エルンスト・ルードルフ・フーバー(Ernst-Rudolf Huber)は、基本権をもはや自由主義的自由権としてではなく、民族的国民国家なるものの客観的秩序原理として、つまり自由保障を第二義的なものにしてしまうような、国家に対する実定的帰属関係の表現として理解したのです。これに対してルードルフ・スメントが一九三三年一月一八日の第二帝政建設記念日に際して、つまりヒトラー登場の文字通り直前に行った情熱的な演説で示した考え方は、フーバーのそれと真向から対立するものでした。スメントにとって基本権は、意味内容を変化させているというだけでなく、その意義を増大させつつあるものでした。スメントによれば、基本権としての自由は、国家からの市民(ブルジョア)の解放を意味するものではなく「能動的な」国民(ビュルガー)が国家を自由主義的な法治国家として基礎づけるためのものでした」と。スメントの統合理論は、全体主義と民主主義のいずれの理論でもあり得る、というのは、G・ラートブルフである。G・ラートブルフ、田中耕太郎訳『法哲学』二〇五頁註12参照。

(22) 栗原優『ナチズム体制の成立』七一頁。

(23) E. Kolb, Die Weimarer Republik, 1984, S. 106f.: 柴田敬二訳『ワイマル共和国史 研究の現状』一六九頁参照。「ワイマル共和国における短期間の相対的安定期は、一九二九/三〇年にまさに突然終わりを告げた。二つの危機が時間的に重なり合い、互いに強め合った。一つは、一九三〇年三月の最初の大統領内閣の成立に始まる政治体制の変形が、急速に拡大、進展して公然たる国家危機に至ったこと。もう一つは、世界経済恐慌の勃発の直後から、ドイツにおいても急傾斜の経済下降が始まり、その結果として経済上の分配闘争が劇的に尖鋭化したことである。増大する政治的動揺と成長する潜在的な社会的対立——これが左右両極の急進主義の種子の成長する絶好の培養土となった」と、とコルプはいうが、このような国家と経済との危機状況のなかから、如何にしてそれを克服する担い手を探るか、がまさしく問われているのだ。

(24) この社会的同質性をH・ヘラーは、「社会的同質性とは、常に存在する対立状況や利害闘争が、我々意識と我々感情とを通して、自己を実現する共同体意志を通して、結合したものとして現れるような社会——心理学的状態に他ならない」[H. Heller, Demokratie und soziale Homogenität, in: Hermann Heller Gesamelte Schriften, Bd. 2, S. 428. 大野達二・今井弘道訳「H・ヘラー『政治的民主制と社会的同質性』(北大法学論集四〇巻第二号)一七〇頁]、と定義し、その意義について次のようにいう。「民主制は、下から上へ向けて行われる自覚的な政治的決定であり、すべての代表は法律上共同体意志に依存しているときれた。数多性としての人民(Volk)は、自己自身を統一「単一体」としての人民へと自覚的に形成して行かねばならない。政治的統一がそもそも可能であるためには、一定程度の社会的同質性が存在していなくてはならない」、「政治的統一

形成がそもそも可能であるためには、一定程度の社会的同質性が存在しなくてはならない」(a.a.O., S. 427f. 同訳・四五九頁以下)、と。H・ヘラーの社会的同質性の問題については、斎藤誠「ヘルマン・ヘラーの民主主義論——ヴァイマル・ドイツの状況のなかで——」(宮田光雄『ヴァイマル共和国の政治思想』所収)二八二頁以下も参照。

(25) 社会的同質性の喪失は、必然的に政治的「支配」の正当性をも崩し、支配の正当性の危機として現象せざるを得ない。ひいては、「国家権威」の危機「本稿(七四〇頁参照)」にも至らざるを得ないであろう。かくして、国家そのものの危機を帰結せざるを得なくなる。これについては、宮田光雄「ヴァイマル・デモクラシーの精神状況」(同編・前掲書所収)一八頁も参照。

(26) R. Smend, a.a.O., S. 312.

(27) これについては、M・リーデル、河上倫逸・常俊宗三郎編訳『市民社会の概念史』一一頁以下及び一三七頁以下等参照。

(28) アリストテレス、山本光雄訳『政治学』(岩波文庫版)三六頁、第三卷特に一二二頁、一二四頁等参照。アリストテレス全集第一五巻、同訳『政治学』八頁、九一頁、九三頁等。R・ユゼレック、村上隆夫訳『批判と危機——市民的世界の病因論』二六八頁以下、注(155)も参照。

(29) R・スメントは、C・シュミットの“Verfassungslehre”で展開された「市民的法治国家」(der bürgerliche Rechtsstaat)は、厳密に言えば「ブルジョア的法治国家」(der Bourgeois Rechtsstaat)であると「これを批判して」わく。「内面的に脱政治的で国家に疎遠な市民層(Bürgertum)の国家に対する脱政治的防禦と疎隔化の体系としての『市民的法治国家』というこの概念は、われわれの憲法史の現実と合致しないばかりか、われわれの現行国法にも合致しない」と(R. Smend, a.a.O., S. 314)。

(30) H. Heller, Bürger und Bourgeois, in: Hermann Heller Gesamelte Schriften, Bd. 2, S. 625ff. 大野・今井訳「市民とブルジョア」(北大法学論集第三九巻第三号)二二三頁以下。

(31) これにつき、D・シェーフォルトは、「確かに、スメントは一九三三年一月一八日の段階、スメントの講演 Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht が行なわれた日——引用者補)でもなおヘラーと同じように市民的な国家を構成する基本権と憲法の自由民主主義的な構造原理のつながりを擁護しているし、彼の弟子たちと違ってナチズムを容認するということもなかった」という「広沢民生訳「ヘルマン・ヘラーの憲法概念」(Ch・ミュラー/I・シュタッフ編著、安世舟・山口利男編訳『ワイマル共和国の憲法状況と国家学』二二三頁。また、同註(43)も参照(同訳二四二頁)。ここでは、スメントとヘラーの両論文の関連性が指摘されている。もっとも、I・マウスが、「スメントは、自由権を国家的に付与された権限に転換することをまさ

に意図していた」「I・マウス、澤野義一訳「西ドイツにおけるヘルマン・ヘラー受容」(Ch・ミュラー/I・シュタッフ編著、安・山口編訳・前掲書所収)三九四頁」、というとき、はたしてスメントが、「市民的な―国家を構成する―基本権と憲法の自由主義的な構造原理のつながりを擁護している」といえるか、は疑問であろう。

(32) H. Heller, a.a.O., S. 629. u. S. 631.

(33) H. Heller, a.a.O., S. 628. u. S. 633.

(34) ヘラーは、市民を称して、「市民」を、①市民、②市民の墮落形態であるブルジョア(＝所有市民と本採用のサラリーマン)と、このブルジョアに対抗するものとしての③プロレタリア的市民(市民的徳を備えた労働者階級)とに分け、①と③の市民こそがヴァイマル共和国の担い手となり得る、と考えているといえようか。

(35) このヘラーの労働者教育につき、斎藤誠・前掲論文は、次のようにいう。「彼の労働者教育の目的は、労働者大衆を新しい文化形成へと導くエリート層を育成することにあつたのであり、現実の労働者大衆とともに歩むとか、彼らから何かを学ぶといった点は強調されなかつた」と。

(36) H. Heller, a.a.O., S. 640. 大野・今井訳二三九頁。

(37) 安世舟「序説 ワイマル共和国の憲法状況と国家学」(安・山口編訳、前掲書所収)三四頁以下参照。

(38) トーマス・マン著、青木順三訳「理性に訴える」(『講演集 ドイツとドイツ人他五編』所収)一〇七頁以下参照。トーマス・マンの共和国支持への政治的転換については、脇圭平著『知識人と政治―ドイツ・一九一四―一九三三』参照。一九三〇年九月一四日の国会選挙は、左(共産党五四―七七議席)右の反議会主義政党が大躍進した選挙であつたが、保守の立場で、この選挙が「将来のドイツ国家を担う青年世代のヴァイマル体制に対する反乱」と意義づけるのは、オットー・ケルロイターである。Vgl. O. Koellreuter, Der Sinn der Reichstagswahlen vom 14. September 1930 und die Aufgaben der deutschen Staatslehre, 1930, S. 5. 更だ、同選挙について、vgl. H. A. Winkler, Der Wege in die Katastrophe. Arbeiter und Arbeiterbewegung in der Weimarer Republik 1930 bis 1933, 1987, S. 189ff.

(39) H・ヘラーも、「市民」のいわばイデアル・タイプスとして、スメントも同じだが、古典的市民を構想しているといえようか。アリストテレス的市民像を前提に、市民的特性＝倫理を涵養することで、これを階級から国民化するという構想である。H・ヘラーいわく。「古典的市民の抱く安全性という理念は、人類のより高次なる人倫的使命に対する市民の信仰から生じたものであつた。かような信仰を通じて市民は、まだまだみすばらしいものであつた存在のあり方から脱却し、自ら生活習慣に対して意味深

い文化内容を与えうる理念に引き寄せられていったのである」と(H. Heller, a.a.O., S. 636.; 大野・今井訳二三四頁)。

- (40) R. Smend, a.a.O., S. 91.
- (41) I・マウス、澤野義一訳「ヘルマン・ヘラーとドイツ連邦共和国の国法学」(安・山口編訳・前掲書所収)三七三頁。
- (42) S. 88.; 三号一五四頁以下。
- (43) S. 91.; 三号一五七頁。
- (44) ユルゲン・コッカ「組織資本主義か国家独占資本主義か」(H・A・ヴィンクラー編、保住敏彦／近藤潤三／丸山敬一／後藤俊明／河野裕康訳『組織された資本主義』所収)二九頁参照。
- (45) S. 91f.; 三号一五七頁。
- (46) S. 88.; 三号一五四頁。
- (47) E.R. Huber, *Obrigkeit und Volk*, in: *Deutsches Volkstum*, 14. Jg., 1932, S. 682f.
- (48) S. 97.; 三号一六三頁。
- (49) これについては、畑尻剛『憲法裁判研究序説』一四二頁以下、広渡清吾『法による社会変革』と法律実証主義——ヴァイマル共和制を中心に(長谷川正安・渡辺三洋・藤田勇二編『講座・革命と法 第一巻 市民革命と法』所収)二四九頁以下参照。
- (50) S. 90.; 三号一五五頁以下。
- (51) 職能国家思想を支える憲法上の基礎として挙げられるのが、ヴァイマル憲法第一六五条第一項であった。これについては、vgl. E.R. Huber, *Die Berufsverbände und der Staat*, in: *Deutsches Volkstum*, 14. Jg., 1932, S. 957. そこでは、フーバーは次のようにいう。「いうまでもなく、職業団体の自治は、われわれの憲法の、即ち、ヴァイマル憲法第一六五条第一項の完成を意味するであろうし、その下で公的秩序の根本形式が理解されるならば、要するにそれ自体本来的意味における『憲法』の一部をなすであろう。しかし、職業団体の自治は、まだ憲法組織的性格を帯びるものではない。というのも、職業団体は、憲法生活の『要因』ではあるが、『機関』ではないからである」と。職能国家思想の背景にある「危機の思想」としての職業身分思想については、鎗田英三『ドイツ手工業者とナチズム』特に第五章一二七頁以下参照。また、栗原優・前掲書二二五頁以下及び三九八頁以下も参照。職能身分思想と中間層との関わり合いについては、中村幹雄著『ナチ党の思想と運動』五二頁、また、第五章「ナチ・コーポラティズム論の展開」二九五頁以下も参照。
- (52) このような団体国家的構想が否認されないかぎりにおいて、ナチの政権掌握後(とりわけ、一九三四年以降)の彼の諸著作も、

「ナチズムと単純に同一視され得るものではない」(A. Mohler, Die Konservative Revolution in Deutschland 1918-1932 Ein Handbuch, 1989, S. 429) という評価を生む」となるのであらう。また、vgl. K. Lenk, Deutscher Konservatismus, 1989, S. 105ff., insbes. S. 111ff. も参照。そこで、レンクは、保守革命は、「両大戦間の時期にとって典型的と看做されてしかるべきような一般的時代傾向を反映している」として、保守革命のもった特徴につき要点整理的に論じている。

(33) Vgl. W. Michalka und G. Niedhart (Hrsg.), Die ungeliebte Republik Dokumente zur Innen- und Aussenpolitik Weimars 1918-1933, 3. Aufl., 1984, S. 8. ヴァイマル共和国の歴史とは、「最初は闘争に追われ、次いで外見上は安定化したと見えはしたが、次第に愛されることがなくなり、そしてそれがために難破してしまった」歴史であった。また、H・H・ブリュッヒャーいわく。「ヴァイマル連合がそのほんの三カ月前に獲得した多数の票を、再び失ったあの一九二〇年の六月選挙とともに、すでに、ヴァイマル国家は『共和主義者なき共和国』となり始めていた」と(H・H・ブリュッヒャー著、関口宏道訳『テオドア・ホイスにみるドイツ民主主義の源流』五八頁)。

三 おわりに

フリッツ・ペチュールヘフターの言によれば、ヴァイマル共和国末期における基本権論を代表するものとしては、ニッパードイ編集の全三巻からなる「Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung」(1930)を除けば、C・H・ウーレの論稿「Über die Auslegung der Grundrechte」, in: AöR, N.F. 21, 1931/1932, S. 37ff. と、本稿が対象としたエルンスト・ルドルフ・フーバーの「Bedeutungswandel der Grundrechte」, in: AöR, N.F. 23, 1933, S. 1ff. が挙げられる、という⁽¹⁾。そうであれば、彼らの基本権論を検討することで、ヴァイマル共和国末期において、ヴァイマル憲法の保障した基本権が如何に解されたか、がおおよそのところ分明になるであらう。フーバーの論稿は、右諸論稿のなかでも時間的に最後尾に位置する論稿であるという意味からするならば、その内容はどう評価されるかもしくは評価されるべきか、という点は別としても、ヴァイマル憲法の保障した基本権に関する議論の一つの重要な理論的・

実践的総括であつた、と捉えることが可能である。

これ迄本稿は、フーバーのこの「基本権の意味変化」論文を回転軸として、ヴァイマル憲法下での基本権論の展開を眺めてきた。それに際して明らかとなつたことは、各々の論者の基本権論は、当然のことながら、ただ単にヴァイマル憲法の保障した個々の基本権を解釈するための理論であるというだけではなくて、むしろそれ以上に、それは、国家的統合手段として、国家構築の形成原理として構想されており、換言すれば、ヴァイマル共和国を肯定的現実と受けとめ、その強化を支持する方向で基本権論を構想していくか、或は、共和国をドイツ史上異質の・疎遠な国家形態と捉え、これを否認する方向で構想するかは別としても、国家論構想と密接不可分な関連性をもって展開されている、ということであつた。まさしくフーバーの論稿も、彼独自の基本権論をこのような国家構築Ⅱ国家改造Ⅱ憲法改革論を下敷きとして或はそれを実現するために、開陳されていたのであつた。そうであるが故に、彼の精神科学的方法に基づく基本権の解釈論にしても、また、ヴァイマル憲法の保障した基本権を五種の群に分類する基本権の分類・体系化論にしても、究極的にはこの国家構築に向けての具体的提言であつた。その意味では、ヴァイマル共和国最末期に公刊された彼の論稿は、それがヴァイマル憲法の保障した基本権の権利保障の実効化・具体化につながるものであつたか否か、という点では疑問が残るにせよ、彼自身のヴァイマル憲法下での基本権論の総括でもあつた、といひ得る。フーバーの「基本権論」を検討対象としてきた本稿を締め括るにあたり、ヴァイマル憲法下での基本権論とは一体何であつたのか、これにつきその一端を窺ひ知る意味で、今一度彼の基本権論を総括しておく、以下の如くである。

即ち、フーバーの基本権論とは…

「大統領を頂点とする強力な官僚主導の下、資本主義経済秩序を維持しつつ、全ての人民を団体を媒介にして国家の網の目に組み込み、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り、それはまた、ヴァイマル憲法の編成に即していえば、ヴァイマル憲法第一編を基礎におき、組織されたヴァイマル共和国を、フランス的国家編成原理に基づく国家形態と捉え、これをドイツ史から特殊断絶した国家と位置づけ、否認するとともに、これに代えて、ヴァイマル憲法第二編に基礎づけられる団体国家こそ、ドイツ史における連続性と伝統とを具現する国家形態として構築されるべきである、とする理論であった」と。

ところで、このような彼の基本権論は、ナチスの政権掌握とともに、その後にはどのような変態を示すこととなるのであろうか。これは、彼の基本権論におけるヴァイマル期と、ナチス期における連続性と非連続性の問題を、新たに問うこととなる。本稿の締め括りが、右の総括であったとすれば、本稿のこのような終わりを、フーバーの基本権論研究の新たな出発点とするために、ヴァイマル憲法下での彼の基本権のうち、ナチス法体制下において何が連続し、何が断絶したのか、を彼の論稿「民族仲間の法的地位」⁽²⁾を軸に手短かにみて本稿そのものを閉じることとする。

フーバーは、カール・シュミットがヴァイマル憲法の保障した基本権につき行なった自由権、制度保障及び制度的保障という区別はそのいずれもが、ナチの政権掌握とともに、その「自由主義的」性格の故に、民族主義的世界観⁽³⁾(*völkische Weltanschauung*)に合致しないと否認・除去し、これに代えて「民族仲間の法的地位」なるものを措定した⁽⁴⁾。即ち、ナチの政治的変革とともに、「孤立化した個人に代わって、政治的民族の全体性によって把握され、民族主義的全体活動に組み込まれたところの共同体に分節的に組み入れられた民族仲間が現れる」が、この民族仲間の共同体に關連づけられ、義務に拘束された法的地位こそが民族仲間の法的地位である、と。このような基本権の「民族仲間の法的地位」への「意味変化」によって、如何なることが惹起されたのか。その第一は、シュミットのいう自由権の完全な否認、これである。ナチスの政権掌握とともに、その政権の安定化及び政策実施のために様々な緊急命令が發布されるに至るが、

その中でも基本権の問題と直結してくるものに、例えば一九三三年二月二七日「国会放火事件」の翌日二八日に出された緊急命令が挙げられる。⁽⁵⁾ 該大統領令が一連のヴァイマル憲法の保障した基本権を一時的・暫定的に停止したことにつき、フーバーは次のようにいう。「ヴァイマル憲法の自由権は、暫定的に無効とされるだけではなくて、憲法の構成部分としては終極的に除去される。というのも、それは、民族主義的世界観の諸原則とは対立するからである」⁽⁶⁾、と。

そうであれば、このようなナチ政府による基本権の否認に理論的・実践的に対応するためには、それに見合う新たな概念の創出が求められねばならないであろう。その意味では、ヴァイマル憲法の保障した自由権（＝シュミットの基本権分類でいう自由権）を、「民族仲間の法的地位」へと意味転換したことは、従来のフーバーの基本権論の徹底化・深化と解することもできよう。何故なら、この概念は、基本権の私性を徹底的に剝奪し、国家的共同体の維持・強化へ向け人民を義務づけ、拘束する点では、基本権を職分権＝召命権と解することの一層の貫徹化と考えられるからである。だが、フーバーの団体国家構想という理論構成にとって問題は、ここにあるのではない。最も問題とされるべきは、彼が、（シュミットのいう）制度保障（婚姻、所有権、相続権の保障）と制度的保障（官吏制度、市町村、宗教団体）をも、「その内容からして自由主義的（liberal）」⁽⁷⁾である、として、これを否認しきったことである。フーバーはいう。「ヴァイマル憲法の制度保障でさえも、即ち、就中、婚姻、所有権及び相続権の保障は、自由主義的精神によって満たされていた」⁽⁸⁾とか、或は、「ヴァイマル憲法の制度的保障も、新しい民族主義的秩序においてはその余地をもたない」⁽⁹⁾、と。それでは彼のこの制度的保障論の否認は、一体如何なることを帰結することとなるのか。端的にいえば、それは、フーバーの構想した団体国家論そのものの自己否定に外ならない。何故なら、既述した如く、彼の団体国家構想こそは、シュミットのいう制度的保障を、組織的保障（＝官憲国家イデオロギーの担い手）と団体的保障（＝公的秩序の担い手）とに二分化し、これに基づいて理論構築されていたからである。それが故に、これを否認するということは、その国家構想そのものが瓦解するということを意

味し、自らその国家構想の破産宣言を行なうに等しいといえよう。⁽¹⁰⁾ 少なくとも、唯一基本権論だけを基礎に国家構築を企図することの困難性を、われわれはここにみる事ができる。

更に、問われるべきは、彼のドイツ的国家構想と、政党との関連性の問題である。少なくともフーバーにとって、これ迄の論述からも判明するように、政党は基本的に否認の対象でしかなかった。だが、「ナチズムとは一個の世界観であり、政党ではない⁽¹¹⁾」、とヒトラーがこれを如何に否定しようとも、NSDAPは、れっきとした政党である。それ故に、ナチス国家は、まさしく「政党国家」でもある。とすれば、この国家は、彼の「官憲国家」構想とは対立する。この間の矛盾は、如何にして解決されることとなるのであろうか。彼の国家論も、グライヒシャルトウンクされる或は自らそうすることと、上からの指導によって新たにナチ期に形成・編成されることとなる諸団体を基礎に、ナチス的団体国家論を構想することとなるのであろうか。

いずれにせよ、ナチの権力掌握とその後のナチ・レジームの展開は、たんに「不法国家⁽¹²⁾」の展開というだけではなく、ヴァイマル期との関連性でいえば、フーバーをも含めて当時の各論者に対して、まさしく自己の理論そのものの生き残りをかけての理論的対決を必然的に迫らずにはおかなかった、ということができよう。H・ファングマンによれば、フーバーは、「ファシズム国家理論のスター⁽¹³⁾」といわれるが、彼がこれにどう対決していったかの検討は、彼のヴァイマル期の活動に焦点をあてる本稿の範囲を越える。この問題は、筆者にとっての新たな今後の検討課題である。

(1) Fritz Poetzsch-Heffter, Vom Staatsleben unter den Weimarer Verfassung III. (letzter) Teil (Vom 1. Januar 1929 bis 31. Januar 1933), in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 21, 1933/34, S. 2.

(2) E.R. Huber, Rechtsstellung des Volksgenossen, ZgesStW. Bd. 96, S. 438ff. この論稿は、基本的に彼の Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl., S. 359ff. に改訂継がれている。H・ゲルバーによれば、「フーバーは、本書第一版

によって新ドイツ憲法の理論的論述における指導的地位を獲得したが、本書は更にドイツ国法学内部における彼の地位をなおのこと不動のものとした」と(H. Gerber, *Der politische Begriff des Volks. Eine kritische Betrachtung zur Volkslehre* von E. R. Huber, in: *AO&R*, N. F. 31. H. 2, S. 129)。これについてはまた、中川義朗「ナチス時代の公権理論」(宮崎大学教育学部紀要 社会科学第五九号、一九八六年三月)七五頁以下も参照。

- (3) 「民族主義的」ということの意味については、野田宣雄『教養市民層からナチズムへ——比較宗教社会史のこころみ——』第二章「ヒトラーの教養市民層批判——フェルキッシュ運動とナチ運動——」五一頁以下参照。
- (4) E. R. Huber, a. a. O., S. 440.
- (5) 上の緊急命令については、vgl. F. Poetzsch-Heffter, C-H. Ule, C. Dornedde, *Vom Deutschen Staatsleben* (vom 30. Januar bis 31. Dezember 1933), in: *J&R*, Bd. 22, 1935, S. 258ff., u. 265ff.
- (6) E. R. Huber, a. a. O., S. 440.
- (7) E. R. Huber, a. a. O., S. 439. Vgl. E. Menzel, *Das Ende der institutionellen Garantien*, in: *AO&R*, N. F. Bd. 23, 1936, S. 55f.メンツェルは、制度的保障がナチス国家においても存続し得るに足る有益な概念かどうかを検討しつつ、同頁で以下のようにいう。「一九三四年一月三〇日のライヒ再建法(RGB I. I S. 75)によって、政府に新しい憲法を制定する権限が授けられ、これによって政府は、制度的に保障された諸制度を廃止する権限を得、一九三四年二月一四日ライヒ参議院廃止法(RGB I. I S. 89)によって即座にこの権限を利用する可能性を得た。これとともに、一九三四年一月三〇日はドイツ国法における制度的保障の命日となった」と。
- (8) E. R. Huber, a. a. O., S. 441.
- (9) E. R. Huber, a. a. O., S. 442. また、次のようにもいう。「自由権、制度保障及び制度的保障は、民族主義的憲法においては消失する」(S. 443)と。
- (10) Vgl. E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, S. 457ff. 「ヴァイマル国家は、複数政党国家であつただけではなく、『団体国家』でもあつた。国家秩序は、多数の特権化され、制度的憲法保障を賦与された団体によって破壊され、空洞化された」(a. a. O., S. 459)が、国民社会主義革命によって、ヴァイマル体制のこの団体的多元主義は克服された、とフーバーはいう。彼は、この団体(の自治)に代えて「Stände」(の自治)を設定する。(a. a. O., S. 460ff.)。本書に先行する国家構築の理論的支柱としての職能身分思想に関する論稿のなかで、「身分」について以下のようにいう。「(実際には)、身

分的編成は、歴史的・政治的レベルでの出来事であり、歴史的・概念的の本質法則とは何の関係もない。身分は、自然に成長し、本来的に無自覚に存在する生活共同体である。それ故に、この身分は、合理的に基礎づけられるものではなく、それ以上に自覚的な努力によって新たに覚醒され得るものでもない。現在の強く合理的に規定され、自覚的に形成された集団は、身分(Stände)ではなくて、団体(Korporationen)である」(E. R. Huber, Brufstände im Schriftentum, in: Deutsches Volkstum, 16. Jg., 1934, S. 80)。

- (11) 南利明「NATIONALSOZIALISMUS あるいは『法』なき支配体制」(一)(三)(四) 阪大法学第一四五・一四六号四五三頁以下、静岡大学教養部研究報告(人文・社会科学篇)第二四卷二号一九九頁以下、同第二五卷一号六一頁以下、同二五卷二号八三頁以下]、同「民族共同体と法——NATIONALSOZIALISMUS あるいは『法』なき支配体制」(一)(三)(四)(五)(六) 静岡大学法経研究第三七卷三号一頁以下、同三七卷四号四五頁以下、同三八卷一・二号二四九頁以下、同三九卷一号一一頁以下、同三九卷二号、同三九卷三号)参照。

- (12) Vgl. Udo Reifner (Hg.), Das Recht des Unrechtsstaat, 1981.; Redaktion Kritische Justiz (Hg.), Der Unrechts-
Staat, Bd. 2, 1984. ナチス研究班「ナチス法思想と現実」(関西大学法学研究所研究叢書第三冊、一九八九)も参照。

- (13) H. Fangmann, Die Restauration der herrschenden Staatsrechtswissenschaft nach 1945, in: Udo Reifner (Hg.), Das
Recht des Unrechtsstaat, 1981, S. 212 und S. 240.

【完】

【E・R・フーバー博士の逝去を悼む】

これまで私は、ヴァイマル憲法下での基本権論に研究課題を設定し、研究を行ってきた。それに際し、E・R・フーバーの基本権論を検討することで、これを果たそうとした。本稿を今完結させようとしているこの時点(本稿の原稿は既に、一九九〇年一〇月末に提出していた)で、E・R・フーバーが一九九〇年一〇月二八日に逝去したことを、御令室のトウラ・

フーバー・シモンズ博士からのお手紙から知った。いままでこの事実を知らなかったことは、迂闊といえは迂闊であった。その経歴において、また、業績において、彼をどのように評価するか、は人それぞれであろうが、その逝去に対し衷心より哀悼の意を表する次第である。

(一九九一年三月一八日)