

シュミットの憲法・政治思想—緊急権を中心として (2)
—ワイマール共和国初期におけるシュミット—

古賀敬太*

Carl Schmitt's Concept of the Power of Emergency (2)
—Carl Schmitt in the period of the Weimar Republic—

Keita Koga*

Abstract

This article concerns C. Schmitt's theory of the state of exception and the emergency powers of the president. In order to clarify the relationship between constitutionalism, and the exceptional power of the president, I analyze Schmitt's major political and juridical works, *Politische Theologie* and *Die Diktatur des Reichspräsidenten*.

In particular, this article investigates Schmitt's interpretation of Article 48, Section 2 of the Weimar Constitution in comparison with that of other prestigious scholars of public law such as G. Anschutz, Hugo Preuß, R. Grau, and Erbin Jakobi. This clarifies Schmitt's position among public lawyers of the Weimar Republic.

Schmitt constructed the emergency powers of the president in the Weimar Constitution not as a sovereign dictatorship, but as a commissarial one.

Concerning the relationship between dictatorship and constitutionalism, Schmitt did not attack constitutionalism as such, but set the extraordinary power in the context of constitutionalism. In conclusion, Schmitt was not a destroyer of the Weimar Constitution as has been mistakenly supposed, but tried to defend and recover it with help of his strong emergency powers.

キーワード

政治神学、「例外状態」、「緊急権」、「大統領の独裁」、法治国家

ワイマール共和国初期 (1919~1934) におけるシュミット

I H・プロイスの緊急権解釈

II 『独裁』(1921年) (以上31巻第1号掲載)

* こが けいた : 大阪国際大学現代社会学部教授 (2017. 9. 22 受理)

Ⅲ 『政治神学』（1922年）

Ⅳ 『大統領の独裁』（1924年）（以上本号掲載）

本稿では、『政治神学』（1922年）と『大統領の独裁』（1924年）というワイマール初期のシュミットの憲法・政治思想を緊急権を中心に考察することとする。ここでの問題は、シュミットが『独裁』に続いて、ワイマールの憲法秩序を擁護するための「委任独裁」をいかに理論構成したかである。『政治神学』では、主権論や政治神学との関係でシュミットの独裁論の本質に迫り、『大統領の独裁』においては、第48条の緊急権をめぐる他の国法学者の議論を背景に、シュミットの緊急権に関する独自の立場を確定することにする。

Ⅲ 『政治神学』（1922年）

シュミットは、1922年の春にグライスヴァルト大学からボン大学に赴任した。ボン大学に赴任したのは、エーリッヒ・カウフマン（1880～1972）の助力に負う所が大きいが、R・スメントの後任であった。このボン大学において彼の憲法学は開花して、憲法学者としてのシュミットの地位と名声が確立する。

シュミットは、1922年に『政治神学』を刊行した。この書物は、憲法解釈の書物ではなく、神学と政治・法学の構造的類似性を指摘した書物であり、どちらかといえば、法理論的考察ではなく、社会学的分析が前面に登場している。『政治神学』は、1.「主権の定義」、2.「法の形式および決定の問題としての主権の問題」 3.「政治神学」、4.「反革命の国家哲学について - ド・メスドル、ボナール、ドノソ・コルテス」によって構成されている。

シュミットは、1919年から1920年にかけて、ミュンヘンでのM・ウエーバーのゼミナールに参加しており、『政治神学』の最初の三章を、1922年12月に刊行されたウエーバーの記念論文集に寄稿している。¹⁾

シュミットの憲法解釈を扱う本書で分析の対象となるのは、主に「主権の定義」と「法の形式および決定の問題としての主権の問題」であるが、「政治神学」の問題も、「緊急権」との関係で簡単に触れておくことにする。

1. 主権の定義

シュミットは、「例外状況」が「常態」を解明することに役立つことを説明するために、キルケゴールの言葉を引用して、「例外は一般を説明し、また例外自身をも解明する。一般を正しく研究しようと欲するならば、まず現実的な例外に目をくばりさえすればよい。例外は、一般そのものはるかに明確にすべてを曝し出す。」²⁾と述べている。また「例外においてこそ、現実生活の力が、繰り返しとして硬直した習慣的なものの殻を突き破る」と主張する。

ここに「例外状況」を前面に押し出すことによって、主権の問題、国家と法の問題を考察しようとするシュミットの基本的視点が明らかとなる。

『政治神学』の冒頭には、「主権者 (Souverän) とは、例外状況 (Ausnahmezustand) に関して決断を下すものをいう。」とある。³⁾ この決断は、「公共ないし国家の利益、安全および秩序、公共の福祉などがどこに存するかを決定を、紛争時には誰が下すのか」という問題である。実際に緊急事態を法律に書き込もうとすると、「いかなる場合に緊急事態 (Notfall) が存するといえるかを推定可能な明白さで列挙することもできなければ、またもし現実に極度の急迫事態となり、その除去が問題とされる場合、このような事態で何をおこなうことができるかを内容的に列挙できない。」のである。⁴⁾

問題は『政治神学』における主権者が「委任的独裁者」か「主権的独裁者」かである。シュミットは、主権者について以下のように述べている。

「この主権者は、現に極度の緊急事態であるか否かを決定すると同時に、これを除去するために何をすべきかを決定するのである。主権者は、平時の現行法秩序の外に立ちながら、しかも憲法が一時停止されるか否かを決定する権限をもつがゆえに、現行法秩序の内にある。」⁵⁾

このような定義からすれば、主権者は、「例外状況」とその克服手段について決定する点において、ワイマール憲法では第48条の緊急権を有する大統領とみなすことも可能であろう。シュミットは、1926年のアンシュツの著作についての書評においても、以下の様に述べている。

「すべての国家において、例外的に、また主権的な力によって行為する審級が存在しなければならぬ。……だが、このような主権的行為を正当に行うことができるかは、ワイマール憲法にとって根本的問題である。第48条の緊急権の行使によるか、第76条の憲法改正権力の行使か、様々な方法により、主権的行為に対して合憲的な基礎が付与された。」⁶⁾

当然シュミットにとって主権的行為を行うのは緊急権を行使する大統領であった。問題は、主権者ないし主権的行為という言葉自体が、例外状況において緊急権を行使する大統領を「委任独裁者」として論理構成した『独裁』と矛盾するのではないかという点である。

第48条のシュミットの解釈を読めば、大統領が主権者であるという結論を導き出しても間違いがないように思われる。かれは『政治神学』において、大統領の権限が君主のそれに等しいと述べているからである。その際には、シュミットは、大統領を君主の地位をモデルとして論理構成したことになる。それは、「代用君主」の構想である。

「1919年の現行のドイツ憲法では、第48条で、例外状況 (Ausnahmezustand) はライヒ大統領によって宣言されるが、ただし国会の制約を受け、国会は常時その解除を要求できる。この規制は、法治国家的発展およびその実際に対応するものであって、権限の分立および相互制約によって、主権の問題をかぎりなく先へ伸ばそうとするものである。ただし、法治国家的傾向は、単に緊急権 (Ausnahmebefugnisse) の前提を規制するに留まっており、第48条の内容的規定ではない。第48条はむしろ、無制限な全権を付与するものであって、したがって、もしも制約なしにこれに関する決定が下される場合には、1815年の憲法第14条の非常権限が君主を主権者たらしめたのと同様に、これは、主権を付与するものとなる。」⁷⁾ (下線部引用者)

ちなみに、フランスの1815年の憲法（シャルト憲法）第14条には、「国王は国家の元首である。彼は陸海軍を指揮し、戦争を宣言し、平和条約を締結し、……法律の執行と国家の安全のために必要な法規（règlement）や命令（ordonnances）を下す」とある。

このように読むとシュミットは、『政治神学』においては、第48条の緊急権を持つ大統領を、現行秩序を破壊する「主権独裁」として論理構成をしていると主張することが可能である。大統領を「委任独裁」として構成する『独裁』と、「主権独裁」ないし主権者として設定する『政治神学』との間には一体いかなる整合性があるといえるのであろうか。二つの著作の時間的な期間は、たったの一年であり、後の『大統領の独裁』（1924年）でシュミットは明らかに「委任独裁」を理論化しているからなおさらである。

この点に関して、マコーミックは、独裁と政治神学における危機克服の手法を比較して、『政治神学』は主権独裁に接近していると述べている。⁸⁾しかし、この時点でシュミットが大統領を主権者ないし主権独裁と考えていると結論づけることはできない。

第一の理由は、シュミットは『大統領の独裁』（1924年）やそれ以降の著作においても、委任独裁と主権独裁を区別し、大統領を委任独裁として構成しているからである。

第二の理由は、シュミットが『政治神学』で「主権」という言葉を使用する場合、あくまでも「例外状況」の克服の主体を示すものであり、ボダンやホッブスがいう「絶対的で永続的という伝統的な主権」ではなく、その権限には限界があり、議会のコントロールを受けるものであった。また君主主権や人民主権という概念に伴っている権力の淵源や正当性といった意味合いを、ここでの主権概念は持っていない。前に引用した一文には、「もしも制約なしにこれに関する決定が下される場合には、……主権を付与するものとなろう」とあるが、実際には大統領には様々な制約が存在するのである。大統領は、「憲法によって構成された機関」であって、伝統的な主権概念は、実はシュミットの憲法構造においては、「憲法制定権力」（pouvoir constituant）を指し、それは人民なのである。私たちは、シュミットの憲法論から切り離して、大統領の立場を考えることはできない。

第三に、シュミットは、ボダンに触れる文脈の中で、主権について触れ、「主権」の標識として、「現行法秩序の廃棄」を挙げた。「現行法を廃棄（aufheben）する権限が、まさに主権の本래の識別標識なのである」⁹⁾と述べている。たしかにシュミットにとって大統領の緊急権は、現行法を一時的に停止したり侵害する権限を持ち、その意味において「法より解放され」（legibus solutus）ているが、それでもワイマール憲法秩序に拘束されているのであり、ボダンやホッブスの主権者のように実定法秩序全般を廃止し、新たな秩序を産み出すことはできない。

シュミット自身1924年の「ライヒ大統領の独裁」の学会報告の中で、プロイセン憲法における君主とワイマール憲法における大統領の立場を比較して、大統領は主権者ではないと次のように述べている。

「プロイセン王国憲法の国法に関しては、ともかく、この憲法は、第63条に留保されている緊急命令のゆえに、国王が命令の形で法律をも、いや憲法そのものをも、副署さえ得られるなら、変更する可能性を残している、という見解を主張することが可能であった。共和国の大統領が、この意味では、決して主権者でありえないのは、いうまでもな

い。したがって、正規の経常的な国家組織のほかに、正規外の国家組織が第48条から生じる、などと論じることはできない。」¹⁰⁾

シュミットが伝統的な「主権者」としてイメージしていたのは、君主が緊急命令で法を制定したり、廃棄したりする権限をもっているプロイセンの君主や1815年のフランスのシャルト憲法下における君主であって、ワイマール憲法下の第48条の緊急権を持つ大統領ではない。

ただシュミットの中に混乱があることも事実である。主権者とは、「例外状況に関して決断を下すものである」というシュミットのテーゼだけが「主権の標識」として一人歩きすれば、大統領も主権者として位置づけられることも可能となるからである。しかし、伝統的な主権者のイメージは、法制定権を持ち、また現行法を廃棄する権限を持つ絶対君主制の君主のイメージであり、立法権をもたず、現行法の枠内における大統領ではないのである。シュミットは、『独裁』の中で、共和国の大統領は、君主制的な意味での主権者には決してなりえないとはっきり述べている。¹¹⁾

もともと伝統的に「主権論」が展開されてきたのは、ボダンやホッブスにおいてであり、法律に拘束されず、自由に法律を制定したり、廃棄したりできる君主権限においてであった。そうした文脈で議論されてきた主権論を、緊急事態や戒厳令に適用することは、妥当なものではない。シュミットは、『独裁』の中で、主権と独裁を区別して、「主権とは、ラテン人が至高権力 (Majestas) と呼ぶもの」で、君主か人民によって行使されるものに対して、独裁者は主権者から特定の委託を受けた「行動受託者」(Aktionskommissar)¹²⁾であると述べている。彼の真意はこの言葉に尽きているように思われる。

2. 法治国家論批判

ところで、シュミットが『政治神学』において攻撃したのは、法=国家を主張し、法治国家論を提唱するケルゼンなどの法治国家論者であった。彼の法治国家に対する批判は激しいが、彼が全面的に法治国家を排斥していると考えるのは一方的な見方であろう。シュミットは、国家と法との関係において、国家権力を法に縛って、制限しようとする立憲主義的な手法に対して、具体的な「例外状況」を前面に押し出し、国家を法の束縛から解放しなければならないと考えた。この点に関して、シュミットは、ケルゼンを批判して次のように述べている。

「例外状況であるためには、原理的に無制限の権限、つまり現行秩序の停止 (Suspendierung) が必要である。……この状況が出現した場合、法は後退しながらも、国家は依然として存続することが明白である。……国家の存立はここにおいて、法規範の効力に対する明白な優越性を実証するのである。決断はいかなる規範的拘束からも免れ、本来の意味で絶対化される。例外状況においては、国家はいわゆる自己保存の権利によって法を停止する。『法=秩序』なる概念を構成する二要素が、ここにおいて相対立し、それぞれの概念的独立性を表明しうる。」¹³⁾

ここで、シュミットが述べていることは、常識的には当たり前のことを言っているにすぎない。法秩序と具体的な国家は別物であるという認識である。こうした立場に立てば、

法規範を遵守するだけでは、国家、国民を守ることができないばかりか、時には危険に晒す事態も生じることになる。シュミットは、法秩序が国家、国民を守りえない場合は、国家の決断はいかなる規範的拘束からも免れえると述べているのである。

しかし、だからといってシュミットは、国家が法を無制限に廃止できると主張しているのではないことに注目すべきである。あくまでも一時的に「停止」するのであり、「例外状態」が克服されれば、元に戻り、法規範の実効性は担保されるのである。そして、「例外状態」を克服する権限は、憲法の中に規定されているのであり、憲法の外側から超法規的に行われるのではない。

ポール・ハーストは、「カール・シュミットの決断主義」と題する論考の中で、シュミットの決断主義は法を否定するものであるとする反論に対して、そうした主張は、「あらゆる法が外部を持つという事実を無視するものである。」¹⁴⁾と述べている。ハーストは、シュミットが「法の外部」を強調するからといって、彼の議論が政治的な「非法常態」(non-law)に依拠しているとしても、「無法状態」を肯定しているわけではないと述べている。¹⁵⁾憲法秩序を守るためにも、法の外側、つまり「例外状況」における決断が必要なのである。彼にとって、「シュミットの価値は、あらゆる法秩序には、外部があることを強調した点」にあった。¹⁶⁾

しかし、マコーミックのようにシュミットが大統領を主権的独裁者として構成し、既存の法や体制を解消する権限を持つと考える人々は、例外と規範の関係をハーストのようには考えない。シュミットは「例外状態」を一時的に克服されるものとしてではなく、永続的なものとして考えているので、例外は規範を飲み込み、「例外はもはや単に規範なきものであるにとどまらず、例外なきものである」¹⁷⁾と考えるのである。しかし、こうした議論はあまりにも、シュミットの「例外状態」や緊急権をワイマール憲法秩序との関係から切り離し、外部の哲学的・神学的な基準を無批判に適用した結果であり、説得性に欠ける。シュミットは「例外状態」を「例外」として考えずに、それを「永続的」なものにしたという批判は枚挙にいとまがない。たしかに、「例外状態」が永続化する危険性があり、また政治支配者は「例外状態」＝「非常事態」を意図的に永続化させることによって自らの支配権を維持しようとする傾向を持つものであるが、シュミットがそのことを最初から目指したと考えることには無理がある。ただ大統領に誰になるかによって、そのような危険性が生じてくることは否定できない。

3. 政治神学

シュミットは、政治神学的手法を用いて、彼の「例外状況」や「主権」ないし「独裁」の概念を正当化したと批判される。しかしシュミットの「政治神学」は、基本的に神学的正当化の理論ではなく、「概念の社会学」なのである。

「政治神学」には、政治の神学化と、概念の社会学としての政治神学がある。¹⁸⁾たしかに、シュミットの『政治神学』の解釈として、ド・メストルやドノソ・コルテスのような19世紀の反革命的なカトリックをモデルとして、シュミットの政治・法思想が反動的であると主張することも可能であるが、ここでは触れない。問題は神と主権者を「類比的に」

理解する「概念の社会学」が独裁の神学的正当化を行っているかである。以下私達はシュミットの「類比概念」が独裁を神学的に正当化するものであったか否かを検討することにする。

シュミットは、『独裁論』の中で、ドノソ・コルテスの「独裁に関する講演」を引き合いに出して、国法を停止しうる独裁者を、自然法則を停止しうる神の奇跡と類比した。¹⁹⁾そして彼は、国家・国法学と神学の構造的同一性を、『政治神学』第三章の「政治神学」において本格的に展開をしたのである。シュミットは、この著作の中で、「近代国家学の重要な概念は、すべて世俗化された神学概念である」と述べ、「ある特定の時代が構成する形而上学の世界像は、その時代に自明のものとして受け入れられている政治組織の形式と同一の構造を持っている」²⁰⁾と主張した。「世俗化過程」を念頭に置きながら、主権概念における神学と法学の類比を問題とする「主権概念の社会学」にとって重要なことは、「目先の現実的法律問題を志向する法的概念操作を超えて、究極的・根源的な体系構造を見出し、これとその時代の社会構造の概念的表現を比較することであった。」²¹⁾したがって、特定の時代の法や政治の構造を理解するためには、根源にまで肉薄して、形而上学や神学の構造を理解する必要があると言う。ここにシュミットにおける概念のラデイカリズムがあるといえよう。こうした立場に依拠して、シュミットは、神学概念と法学概念の構造的類似性を追求したのである。

シュミットは第一に、神学における奇跡と、法律学における例外状況、第二に神学における理神論と、法律学における法治国家論の類比を指摘した。奇跡を排除し、理神論に移行していく過程は、「例外状況」が排斥され、法治国家が確立されていく過程に対応している。

「近代法治国家思想は、理神論の貫徹とともに貫徹した。理神論の神学や形而上学は、世界から奇跡を排除し、神が直接世界に介入して例外的に自然法則を破るといふ、奇跡概念に含まれている思想を排除したが、法治国家論も同様に主権者の実定的秩序への直接的介入を排除した。」²²⁾

ここで問題となるのは、シュミットの「政治神学」が、法学の概念や構造を神学にまで遡って解明しようとする法学的的方法論に留まるものなのか、それとも、彼の政治的立場を神学的世界観によって正当化しようとしているのかである。

確かに「例外状況」を無視する「法治国家論」に対して、法秩序を停止する大統領の権限を根拠づけるために、自然法則を侵犯して奇跡をおこなう神を持ち出したといえなくはない。その意味において有神論的世界観を持ち出すことによって間接的に独裁を弁証したという批判もあながち的外れではない。しかしたとえそうであっても、相対的な政治の世界の主体である大統領は全能者ではない。すでに何度も触れたように、例外状況を克服する大統領は、たとえ個々の憲法規定を侵犯したとしても、基本的にワイマールの憲法秩序に拘束された存在であり、ホッブスやボダンの絶対君主主義時代の主権者の概念に帰することはできないのである。神は絶対的な存在であるが、例外状況を克服する大統領の権限は限定された相対的な存在にすぎない。したがって大統領を神の存在に引き上げ、絶対的権力を付与することは「被造物神化」であり、それはシュミットが意図したことではない。

もともと「類比」とは、神と被造物の質的区別を前提とした上での二つの存在の間の対応関係を示すものであり、双方の間の緊張関係を前提とするものである。

シュミットと同じ時期に「政治神学」的方法論を展開したのが、シュミットの論敵ケルゼンであった。シュミットは、ケルゼンが神学と法学の方法論的共通性を指摘したことを彼の功績として認めている。²³⁾しかし、シュミットにとって国家＝法を説くケルゼンの純粹法学は、理神論＝法治国家という過程を更に推し進め、自然科学的思考によって神と国家を神学と国家学の領域から追放した産物であった。それは、まさに世俗化を更に推し進め、自然法則の支配を構築しようとする試みであった。

「ケルゼンが、国家と法秩序とを法治国家という形で同一化する根底には、自然法則と規範を同一視する形而上学が存在する。この形而上学は、もっぱら、自然科学的思考より発し、あらゆる恣意の廃棄に基づいて、人間精神の領域からいかなる例外をも排除しようとする。」²⁴⁾

シュミットとケルゼンの政治神学は、神学と法学の構造的同一性を説き、神学と法学の超越から内在への変遷を描き出す点においては共通している。しかしその向う地点は全く逆である。ケルゼンが自然法則と規範を同一視し、自然科学の法則概念を法学に適用し、法＝国家の法治国家論を展開したのに対して、シュミットはすでに述べた様に一定の留保を付しつつも、有神論的立場から「類比」概念を用いて法規範を一時的に停止する独裁者の役割を弁証したといえよう。

4. ドノソ・コルテス

シュミットは、『政治神学』の4章「反革命の国家哲学についてド・メストル、ボナール、ドノソ・コルテス」において、反革命の国家哲学者の決断主義を、自由主義の「永遠の会話」に対置した。三人の中でシュミットが最も評価したのが、ドノソ・コルテスであった。シュミットが、ドノソに自らを一体化させたのは、ドノソの神学的背景というよりは、君主制が崩壊し、もはや正統主義が失われ、独裁しかないという共通認識であった。シュミットの場合は、第一次大戦後、君主制が崩壊し、極右極左の革命運動に対抗するためにも「独裁」を支持したように、ドノソもフランスで1848年の二月革命による君主制の崩壊に遭遇し、バクーニンやブルードンの無政府主義的社會主義に対抗して独裁を提唱したのである。シュミットは、ドノソについて以下のように述べている。

「一切の政治の形而上学的核心を根底から自覚したカトリック国家哲学者、決断的思惟の最大の代表者であるドノソ・コルテスが、1848年の革命に際して、王制の時代の終焉を認識したことは、測り知れないほど重大な事件である。もはや王もなく、したがって王制もなく、伝来の意味での正統性もない。彼に残されたものは独裁のみである。」²⁵⁾

ドノソは、1849年1月の「独裁に関する講演」において、一時的措置として政府の独裁を提唱した。ここでこの講演が行われた当時のスペインの政治状況について簡単に触れておくことにする。1848年に中道左派政権のナルヴァエス将軍は、憲法によって保障された個人の自由を停止し、事実上の行政独裁を樹立した。このような政府の措置に対して、進歩主義者は、議会において異議を唱え、違憲行為であると非難すると同時に、法

シュミットの憲法・政治思想—緊急権を中心として(2)—ワイマール共和国初期におけるシュミット—

による支配を要求した。特に進歩主義者のコルティナ氏は議会で、「すべてのものは法によって、すべてのことは法律のために、そしてすべての場合は法の形式で」²⁶⁾行われることを主張した。これに対しドノソは、一月の講演の中で、コルティナ氏に反論し、「法律が社会のために造られたのであり、社会が法律のために造られたのではない」とし、「すべてのものは社会を通して、社会のために」と強調した。彼は、法の形式が社会を救出するに不十分な場合は、独裁が必要だと考えた。

ドノソにとって問題であったのは、「独裁が正しいか否かではなく、独裁を必要とする状況がスペインにあるかどうかであった。」²⁷⁾進歩派は、独裁は個人の自由を脅かすと警告した。しかしドノソにとって問題となっている定式化は、「自由か独裁か」ではなく、「反乱の独裁か、政府の独裁か」、ないし「剣の独裁か、短刀の独裁か」、あるいは「下からの独裁か、上からの独裁か」であった。²⁸⁾ドノソにとって「前代未聞の暴政」をもたらす無政府主義者の「剣の独裁」に比べれば、「短刀の独裁」の方が耐えやすいものであった。

シュミットからすれば、ドノソの政府の独裁、「短刀の独裁」が「委任独裁」に当たるのに対して、「剣の独裁」、「反乱の独裁」は主権独裁に該当するものであった。シュミットは、ドノソの革命的独裁に対する恐怖を共有し、その対抗概念として、「委任独裁」を提唱したのである。

IV 「大統領の独裁」(1924年)

『政治神学』が発表された翌年の1923年は、ハンブルク、ザクセン、テューリンゲンで共産主義者の一揆が発生し、またライン地方では分離主義運動が行われ、さらにはナチ党のミュンヘン一揆が発生したが、エーベルトは第48条の規定に基づいて「例外状態」を宣言し、危機を克服した。こうした危機的状况の中でのシュミットの立場をベンダースキーは以下のように説明している。

「危機のたびごとに、しばしば議会が麻痺し、互いにいさかいをする非妥協的な政党が、たいていの場合状況を、悪化させた。秩序と安定を回復する仕事は、歴代の大統領の肩に重くのしかかり、彼らは、共和国期間を通じて、実に250回以上も第48条の緊急権を発動した。共和国初期の国内闘争の時期に、共和国の存続が保証されたのは、大統領緊急命令が頻繁に行使されたからに他ならなかった。シュミットは自分が議会制に見出した欠陥に対する救済策を持ち合わせていなかったものの、憲法によって緊急権を付与された大統領が、政治秩序の完全な崩壊や急進派による権力の掌握をくいとめることができる、と信じた。しかしシュミットは、大統領を代用皇帝とみなしはしなかったし、憲法に基づく議会の権利の大統領による侵害を主張することもしなかった。それどころかシュミットは、大統領をワイマール国家の番人とみなしたのである。」²⁹⁾

このベンダースキーの言葉からもわかるように、シュミットは、内憂外患にあったワイマール共和国において、国家を崩壊から救う唯一の手段を、大統領の緊急権に見出した。

シュミットは、1924年4月14日と15日の二日間、ドイツのイエナで行われた国法学者大会において「大統領の独裁」³⁰⁾と題する報告を行った。この大会における主要テーマは、「ドイツの連邦制」と「ライヒ大統領の独裁」であり、前者の報告者はG・アンシュツ

ツ（ハイデルベルグ）とK・ビルフィンガー（シュットガルト）、後者の報告者は、カール・シュミット（ボン）とE・ヤコービー（ライプツィヒ）であった。

実は第48条の緊急権の行使が終わりをつける時期になって、国法学者の間で第48条の議論が本格的に行われるようになり、その大半は、第48条の行使に法治国的制限を設けることを試みたものであった。ワイマール共和国初期の緊急権の行使の実態に関して、多くの国法学者は批判的であった。この問題に関する最初の本格的な研究は、1922年のR・グラウの『ライヒ大統領の独裁権力とラント政府』³¹⁾である。本書は、ベルリン大学のH・トリーペルの指導の下に執筆された学位請求論文である。この論文は、第48条の緊急権理解の通説を形成しており、第48条の緊急権解釈においては、頻繁に引用される書物である。ここでは、通説を代表するものとしてR・グラウとG・アンシュツの見解を紹介し、その後シュミットの『大統領の独裁』を検討することにする。

1. R・グラウの見解

まず、グラウは、第48条第2項の大統領の緊急権に対して、第48条第2項第1文において列挙された7つの基本権以外の憲法規定は不可侵である（Die Unantastbarkeit der Reichsverfassung）と論じる。

グラウは、「憲法の不可侵性」の議論を三つの根拠に基づいて説明する。

第一は、過去のプロイセン憲法、ビスマルク憲法との継続性である。グラウは、歴史的に遡って、第48条の第2項で停止することが許されている基本権は、戒厳状態において無効とされうる1850年1月31日のプロイセン憲法の基本権の範囲と一致していると主張する。プロイセン憲法第111条には、「戦争または暴動の場合で、公安に対する差し迫った危険がある時は、憲法第5条（人身の自由）、第6条（住居の不可侵）、第7条（裁判を受ける権利）、第27条（意見表明・出版の自由、検閲の禁止）、第28条（一般刑法による処罰）、及び第36条（内乱の鎮圧）の侵害が認められている。そして第111条の施行法として制定された1851年6月4日のプロイセンの戒厳法（Belagerungszustandgesetz）の§15、16においては、同じ基本権の停止が明記されている。ビスマルク憲法も、「憲法法律（Verfassungsgesetz）の不可侵性の原則を継承しているものであり、この原則はワイマール憲法にも受け継がれ、第48条第2項の緊急権を制約している」というのである。

第二番目の根拠は、第48条において停止できる基本権はすでに限定的に明記されているので、その他の基本権、また憲法規定は侵害できないものと考えらるべきである。とりわけ憲法第76条は、「憲法は、法律制定の方法で、これを改正することができる」と規定しているので、2/3の議会の特定多数決以外の方法で、憲法を改正することはできない。³²⁾

第三番目の根拠は、憲法制定者の意図である。グラウによれば、憲法制定者たちは、7つの基本権以外は、独裁者に対して「憲法は不可侵」であることに一致していたという。³³⁾ また国民会議の審議においては、独裁権力の制限のために施行法を設けることに合意がなされていた。³⁴⁾

その後の議論は、イエナの大会までは、このグラウの路線に従って行われていく。例え

ば、ワイマール憲法の父プロイスは、「合憲的独裁」において、「憲法自体は、原則上、独裁に対して不可侵である」と述べ、ハチュックは『ドイツ国法とプロイセン国法』において、シュミットに倣って、委任独裁と主権独裁を区別し、委任独裁の大統領の第48条の緊急権は、憲法に拘束されると主張した。³⁵⁾

それでは、グラウは、緊急権の行使に対するコントロールをどのように考えていたのだろうか。グラウは、6章の「独裁のコントロール」において、「法的コントロール」と「政治的コントロール」に区分している。「法的コントロール」においては、独裁者の権限行使が憲法に合致しているかどうかのみが問題となり、公共安全と秩序が脅かされているか否か、秩序の回復のためになされる手段や措置が適切なものか、その措置が一時的なものであるかどうかは、大統領の裁量にゆだねられているという。³⁶⁾ただ、ライヒ議会在大統領の措置を事後的に無効としたにもかかわらず、ライヒ大統領が措置を続行した場合、ライヒ議会は、憲法違反として、ライヒ国事裁判所に訴えることができるとした。というのも、ワイマール憲法第59条は、「ライヒ議会は、ライヒ大統領、ライヒ首相、及びライヒ大臣が故意及び過失により、ライヒ憲法およびライヒ法律に違反したことについて、これらのものをドイツ国事裁判所に提起することができる。」と規定しているからである。またライヒ議会は2/3の多数によって大統領の解職を国民投票にかける議決をなすことができることを主張した。³⁷⁾

しかし、グラウは、大統領の緊急権は、単なる措置だけではなく、法規命令をくだせるとした。「ライヒ大統領は、第48条に基づいて法規命令(Verordnungen)を、ライヒ議会在開かれていようとまいと、発布することができる。彼は、通常の立法者になるのではなく、通常の立法者とともに存在」する。³⁸⁾いわば大統領は特別の立法者になるのである。グラウは、緊急立法(außerordentlicher Gesetzgebung)と通常の立法(ordentlicher Gesetzgebung)の併存について述べている。

グラフの緊急権理解と同様に、当時通説とみなされていたのが、G・アンシュッツの緊急権理解である。

2. G・アンシュッツの見解

アンシュッツは、法実証主義の大家ゲルバーやラーバントの弟子であり、1908年から1916年までベルリン大学で教鞭をとり、その後、1933年のナチ支配までハイデルベルグ大学教授であり続けた。ワイマール共和国で最も権威あるワイマール憲法のコメントールの初版が1921年に出版されたG・アンシュッツの『1919年8月11日のドイツ国の憲法』である。³⁹⁾ここでは、シュミットの第48条の解釈との比較において重要なポイントを、7点列挙しておく。

i アンシュッツは、第48条第2項の「公共安全及び秩序」の意味を単に警察的な権力の強化に限定しないで、経済的・財政的諸問題にまで拡大している。この点に関して後に述べるようにシュミットは反対であった。

ii アンシュッツは、大統領の緊急権が危機克服のための事実上の措置のみならず、法規命令を含むと考えた。大統領の法規命令は、立法機関である議会の通常の法律に代わ

るものである。もちろんこの法規命令は一時的なものであり、緊急事態の期間に限定されるべきものであった。大統領の法規命令はできるだけ早く議会の通常の法律に帰ることが大事である。ちなみにアンシュツは Maßnahme (措置) を Verfügungen (処分) と Verordnungen (法規命令) を含むと考えたが、シュミットにとって、Maßnahme はまさに Verfügungen のみである。

iii アンシュツは、大統領に「法規命令」を付与した結果、それは原則的に「法律の留保」の条項においても、適用されると考えた。例えば、「人身の自由」を定めた第114条は、「人身の自由」はこれを侵してはならない。公権力による人身の自由の侵害又は剥奪は、法律の根拠に基づいてのみ許される」と定めているが、これは大統領の法規命令によっても侵害が可能となる。憲法が、単純な立法に限定している規定(6-11, 14, 105, 110, 111, 112, 114-118, 121, 122, 129-134, 151-153)などは、適切な前提条件の下で、第48条第2項に基づいて大統領の法規命令によって発布される。⁴⁰⁾しかしこの原則の例外として、独裁権力が代行できない「法律の留保」があることをも指摘している。これは、「独裁に対する留保」(diktaturfeste Vorbehalt)と呼ばれている。例えば第45条第2項の「宣戦及び講和は、ライヒ法律によってこれを行う」の規定において、ライヒ法律の代わりに大統領の緊急権を行使することはできないし、第48条第5項4の「詳細は、ライヒ法律できめる」の規定において、大統領の緊急権の「法規命令権」が議会の形式的な法律に代わることはできない。というのも、大統領の大権をコントロールする機能が失われるからである。

iv アンシュツは、大統領の緊急権が停止できる基本権は、第48条第2項に規定されている7つの基本権に限定されていると考えたが、シュミットは、7つの基本権は例示したものにはすぎず、秩序回復のためには、7つの基本権に留まらないと考えた。アンシュツは、シュミットの考えは「法的に間違いである」と拒絶している。ただシュミットの場合には、7つ以外の基本権は、「効力の停止」(Außerkräftsetzung)を受けるのではなく、あくまでも法規範の効力を前提とした上で、その「例外」として「侵害」(Durchbrechung)を受けるものであった。

v 大統領の緊急権のコントロールであるが、アンシュツは、第48条第3項に依拠して連邦議会が緊急命令を事後的に廃止できると考えたが、裁判所の法的コントロールに関しては抑制的であった。例えば、第48条第1項に基づいて大統領の緊急権によるラント政府の強制執行が行なわれる場合、ラント政府は第19条第1項に基づいて、国事裁判所に訴えることができる。これは、実際1932年にライヒ政府によってプロイセン政府が強制的に解体された場合に、ライプツィヒの国事裁判所での訴訟が行われた。しかし、通常の裁判所や行政裁判所は、大統領の緊急権行使の合憲性は審査しうる(例えば、副署がなされたか、第48条の権限の範囲内でおこなわれたかなど)が、緊急権の行使がなされる「緊急事態」が存在するかどうかや、そのためにいかなる手段が行使されるかなど、緊急権行使の「必要性」や「合目性」などは、審査できないとされた。アンシュツとグラウなどの通説といえども、緊急事態の判断や危機克服に使用される手段に関しては大統領の裁量に属し、法的コントロールを免れているという一点では、シュ

ミットと一致していた。しかし、停止すべき基本権の範囲、緊急権が法制定権をも含むものか、第5条に従って、早急に緊急権の行使を縛る「施行法」をつくるか否かについては、意見は異なっている。「施行法」の作成は、大統領の緊急権行使の前提となる「緊急状態」やそれを克服する手段について制限を課すことを意味する。グラウやアンシュッツは、「施行法」を作成し、大統領の緊急権を制限することに関しては、積極的であったが、シュミットは消極的であった。

シュミットは、アンシュッツのコメンタルに対しては、個々の憲法条項の解釈においてのみならず、より根本的な疑問を抱いていた。それは、アンシュッツが、ワイマール憲法構造の本質的特徴を理解できていないという不信感である。

シュミットは1926年にアンシュッツのワイマール憲法のコメンタルに対する書評を書き、アンシュッツの法実証主義の立場を鋭く批判した。シュミットは極めて逆説的であるが、法実証主義は、法治国家の思想を正しく認識しておらず、権力分立を否定するものであると批判した。彼は、アンシュッツが法規範と措置との間の区別をせず、立法機関が立法手続きの方法で行うものがすべて法律であるという形式的法律概念に立脚しているので、法律が個別的な行政行為や司法を含む事になる結果、権力の分立が破壊されて、立法府の絶対主義に至るという。

シュミットは、法実証主義を批判して、「それがワイマール憲法の組織的基礎を解消し、ドイツの戦前の法学に特徴的な方法で、いわゆる『権力の分立』の意味を軽視するので否定されるべきである。……もし立法者が法律の形式で行うことがすべて法律であるとするならば、もはや理論的に立法、司法、行政の区別が失われるのみならず、行政と司法の『法律適合性』の原理も失われる。要するに法実証主義は、絶対主義的思考から抜け出すことができず、市民的法治国家の基準となる概念を認識できないのである。」⁴¹⁾と述べている。

アンシュッツのような通説は、後に述べるシュミットの説に比べれば、大統領の緊急権の範囲を限定していると思えるかもしれない。しかし、実際にはそうではない。この点に関して、E・R・フーバーは、『ドイツ憲法史』6巻において、「効力の停止」(Außerkräftsetzung)や「停止」(Suspension)は、七つの基本権に限定されているが、(個々の場合における)具体的な「侵害」(Durchbrechung)は、必然的に許容されると説くシュミットに対抗させて、アンシュッツに代表される通説について以下のように述べている。

「より厳格な解釈は、一般的な停止と具体的な侵害の区別を否定し、枚挙されていない基本権を独裁の介入に対して不可侵と宣言した。しかし通説のテーゼは一見期待できるように思われるほど基本権に忠実ではなかった。通説は、大統領とラント政府の独裁の緊急命令に立法的性格を承認したことによって、ライヒ憲法が、一般的な『法律の留保』に服することを認めている基本権(7つの停止される基本権以外のもの)に対しても大統領が限定的に介入する権限を容認したのである。こうした回り道の解釈の方法により、7つの基本権以外の基本権も『法律の留保』から導き出される『緊急権の留保』(Notverordnungsverbehalt)の下に置かれたのである。」⁴²⁾

この文章にアンシュッツの第48条第2項解釈の問題点がすべて言い表されている。このように考えると、実際に侵害される基本権は、大統領の緊急権が「措置」としての形態

をとるか、「法規命令」としてだされるかにかかわらず、通説においても広範囲に及んでいるのである。通説が、緊急権の行使を経済的・財政的領域にまで容認したことを考えれば、シュミット以上に大統領権限の強化を容認しているという「逆説的」な結論が生み出されるのである。

3. C. シュミットの見解

まず、シュミットがこの報告の中で、大統領を「委任独裁」として位置づけているのか、主権者ないし「主権独裁」として考えているのかについて検討する。シュミットは、大統領の委任独裁とフランス革命後の「主権独裁」の相違に関して、国民の「憲法制定権力」—あらゆる権力の源泉で無制約な権力—によって委託された「主権的独裁」である国民議會は、無制約の法的権力を行使するものであり、その点においてワイマール憲法に拘束される大統領とは異なると主張する。この点は彼の『独裁』の主張と全く変わっていない。

「主権的独裁者は、特別の国家権力によって憲法上の諸組織の他に、常に新しい組織を作り出すことができる。第48条第2項に基づくライヒ大統領の諸権限に関して、いかに「無制約な権力」や「全権」(plein pouvoir) とかの言い回しが用いられたとしても、大統領がこの憲法規定に基づいて、たとえ副署するライヒ政府と結びついたとしても、主権独裁を行使することは、不可能であろう。主権独裁か憲法かの二者択一であって、両者は互いに排除しあうのである。」⁴³⁾

とはいえ彼は、大統領の「委任独裁」が、「必然的に委任独裁なのである」と主張しつつも、事実上「大統領権力は意図的に広範に及ぶものとされており、その法的根拠においては、実際上では国民議會の主権独裁の残存のような効力を持っている」⁴⁴⁾と注意を喚起している。

このように、大統領を、「委任独裁」と位置づけながらも、危機克服のための広範囲な権力を容認するシュミットは、できるだけ大統領の緊急権を制約しようとする通説とは異なる主張を行った。彼は、第48条第5条に規定されている細則の早急の作成には慎重であり、7つの基本権の一時的停止に加えて、第48条第2項に基づき、他の憲法条項の侵害(durchbrechung)を主張した。⁴⁵⁾

シュミットは、第48条第2項の成立過程に言及し、第二文での七つの基本権の枚挙が、第一文のライヒ大統領の一般的権限を限定するものではなく、単なる例示であり、「ライヒ大統領には、あらゆる必要な措置をとる権限が与えられている」と考えた。⁴⁶⁾ 実際の大統領の緊急権行使においても、1924年の時点で、第105条の「例外裁判所は許されない。何人も法律の定める裁判官の裁判を受ける権利を奪われない」の基本権が停止されているし、「通商・営業の自由」を定めた第151条も商店及び企業の閉鎖によって侵犯されている。また通説は、憲法の組織的規定の憲法律も「不可侵」と主張するが、シュミットは緊急事態に際して、執行権が大統領に集中すれば当然組織的規定も停止されざるをえないと考えた。特にライヒとラントの権限分配を定めた第5条、第14条、第15条は緊急事態においては侵害されざるをえない。総じて、通説は、緊急事態の克服に対しては無力たらざるをえない。シュミットによればこうした基本権の侵害や権限分配の侵害は

第48条第2項の緊急権によって可能なのであり、大統領は、国法上は無制限の権力を持つことになる。

こうした彼の憲法解釈からすると、シュミットは権力を制限する「立憲主義」を全く理解しておらず、「法の外」にあるものによって、「法」そのものを内側から破壊していく憲法学者であると非難されるであろう。しかしそれは、シュミットが権利の制約や停止を自己目的としていたからではなく、危機克服のために広範囲に及ぶ大統領権限が必要だと考えていたからに他ならない。彼の緊急権理論と法治国家思想は、きわめてアンビバラントであって、「緊急状態」や「非常事態」を無視する「法治国家」は批判するものの、彼は法治国家思想そのものに批判的ではなく、できる限り、緊急権の展開を法治国家思想の枠内で展開しようとギリギリの努力を行うのである。

シュミットはできるだけ、法制度としての緊急事態を、「一般的な法治国家的思想」の中に組み入れようと努力した。彼を法治国家的、ないし立憲主義的思考の敵対者と考えることは間違いである。彼は、フランス革命以降の「戒厳状態」に関する法規範も法治国家的な発展の中に位置づけているのである。⁴⁷⁾

シュミットといえども、大統領の権限を無制限に支持することはなかった。シュミットは、第48条第3項の規定にある議会の緊急権に対する異議申し立てを承認した。さらにシュミットは、ライヒ大統領の緊急権が立法機能を伴うものではないこと、更には、緊急権が、議会や既存の官僚組織を廃止したりするものであってはならないことを強調した。この点に関してはすでに『独裁』において、シュミットは、「ただ注意しなければならないのは、もし無制限の権限付与が既成の全職権の解消、およびライヒ大統領への主権の移譲を意味すべきでないとするならば、これらの措置が、つねにただ事実的な種類の措置であって、本来立法行為とも司法行為ともなりえないものであるという点である。」⁴⁸⁾と述べていた。

また彼は、「憲法上の制度そのものが、公共の安全、秩序を脅かすとか、また公共の安全、秩序の回復に必要という理由で、第48条によって除去されるとかいうこともありえない。」⁴⁹⁾と主張した。

更に彼は、不可侵で組織上最小限必要 (ein untastbares organisatorisches Minimum der Verfassung) なもの、例えば、ライヒ大統領、ライヒ政府、ライヒ議会を破棄することはできないことを強調する。またそれは、憲法自体や憲法の個々の条項を廃止することはできない。

「憲法自体が、第48条によって合法的に廃棄されるものでないことは、疑問の余地がない。すなわち憲法の廃棄は、いや単に憲法原文の改正といえども、概念上、公共の安全や秩序を回復するための手段ではなく、またここで説明した意味での、措置でないからである。」⁵⁰⁾

またシュミットは、大統領の第48条の独裁権力が、憲法第76条が持っているような憲法改正権や第68条の法律制定権を持ちえないと主張した。独裁権力は、状況に応じて憲法規定を一時的に「停止」ないし「侵害」するだけであり、恒常的な法制定権をもちえないのである。

シュミットが「大統領の独裁」で挙げている大統領の緊急権の限界の事例として、例えば、ワイマール憲法第二章「ライヒ議会」の項目においては、第125条の「選挙の自由」、第25条第2項の議会解散後の60日目の総選挙、議員の定数、第36条の「議員の免責特権」や第37条の「議員の不逮捕特権」は独裁権力に対して保証されている。第三章「ライヒ大統領及びライヒ政府」においては、第43条第1項は大統領の権限を7年に定めているので、大統領は、自らの任期を延長することはできず、第50条の首相や大臣の副署に大統領は拘束され、政府は、第54条の規定に基づき「議会の信任」が必要とされ、大統領はライヒ政府の解任を行うことはできない。

またシュミットは、第48条第2項に基づく大統領の緊急権を「国家緊急権」と区別している。国家緊急権とは、シュミットの定義によれば、「予期し得ぬ極端な事例において、国家の存立を守り、事態によって必要」なことを行うために、行動する力を持つなんらかの国家機関が、憲法諸規定の枠外で、あるいは諸規定に反して、処置を行うという点にある。」のに対して、大統領の緊急権はあくまでも憲法によって規定された権限である。したがって、「国家緊急権」にとってクーデターの権限はありうるが、大統領の緊急権にとっては、「憲法自体を排除し、別の憲法を持ち込むこと」はできないのである。⁵¹⁾

また、彼は、制憲議会では第48条の緊急権に対する立憲主義的制約として、大臣の副署、事後における議会の同意、施行法の制定が考えられていたと述べている。

「制憲国民議会では、第48条第2項第1文によって、ライヒ大統領に、異例の『無制約』の権限、つまり『全権』が付与される、ということが意識されていた。このような権限集中に対する懸念は、ひとつには、大臣の副署に含まれる抑制によって、さらには、第48条第3項の規定によって、解消すると考えられていた。議会に対する責任が、明らかに、『権限』の濫用に対する絶対的な保障とみなされたのである。……あまりにも大幅な授権に対する懸念を解消せんがための最も重要な手段は、それとは全く別のもの、つまり早急にその制定が期待されている、ライヒ法律による施行法規定であった。」⁵²⁾

ただシュミットは、すでに述べたように、主権独裁と委任独裁を区別し、後者の制限を承認しつつも、実際には大統領が主権独裁と同じ広範な権力を有しているもので、それだけ、権限濫用の危険性が大きいことを認めざるをえなかった。

「ライヒ大統領の独裁は、憲法が発効したという事情だけからいって、必然的に委任独裁なのである。しかしそれは、意図的に広汎なものとされており、その法的根拠においては、実際上では、国民独裁の主権独裁の残存のような効力を持って居るのである。」⁵³⁾

ここで注目したいことは、すでに述べたようにシュミットが、大統領の独裁権力に法定権を認めず、それを「措置」(Maßnahme)に限定していることである。彼は「措置」を定義して、「措置には、行動の内容が、具体的な所与の事態によって規定され、実際目的に完全に支配される結果、その行動が事態により、各事例ごとに異なる内容を持ち、真の意味の法形式をもたない」としている。したがって大統領は、一時的な立法権となる「緊急命令権」(Notverordnungsrecht)を持ちえない。「緊急命令権」は、法律としての効力を

持ち、正規の諸立法機関によって追認される必要がある」。それは、第68条に規定されている議会の立法権を侵害するものであった。

「一般的命令としての諸措置にあっては、特に、第48条第2項によってこのような措置を講じる権限が、一般的な緊急命令権、特に暫定的な立法権ではない、という点に現れる。……緊急命令とは、暫定的とはいえ、本来の意味での法律なのである。……第68条による正規の立法者と、第48条による特別立法者という二重の意味での憲法上の立法者を想定することも、誤りであろう。ライヒ大統領は、立法者ではない。特定の手続きへの拘束によって法形式性を獲得した諸行為、したがってまっぴら情勢によって規定されること—つまり措置であること—をやめる行為はすべて、大統領には行えない。大統領は、憲法68条による正式な法律を公布することはできない。」⁵⁴⁾

すでに見たようにシュミットは、『独裁』において、「もしこの広範な権限が、全現行法秩序の破壊とライヒ大統領への主権の譲渡を意味すべきものでないなら、これらの措置は事後的性格のものでなければならず、それ自体では、立法行為や司法行政を含むものであってはならない。」と述べていた。ワトキンスは、「憲法制定者は、第48条において、以前の戦争状態と同様に、非立法的行動のみを考えていた」⁵⁵⁾と指摘しつつ、ワイマール初期における経済的な緊急立法の必要性が緊急権の性質に変化をもたらしたとことを指摘している。

「インフレーションの危機に際して緊急立法を発する試みはすぐに、この問題を前面に登場させた。そしてしばらくの間、このことがドイツ憲法のすべての領域において、もっとも深刻に議論される問題となった。」⁵⁶⁾

特に1923年に、経済的な緊急立法が緊急権の名において多発された。ワトキンスは、「ワイマール憲法においては、緊急権の権利が行政の領域のみならず、緊急立法の領域にまで拡大された」⁵⁷⁾と述べ、また、裁判所が、緊急立法を承認するようになったと述べている。通説は、第48条の緊急権の経済的・財政的法規命令を認めたが、シュミットは認めなかった。

この問題がヒートアップしたのが、イェナで開催されたドイツ国法学者大会であった。ここでシュミットは、緊急立法を大統領の側における「篡奪行為」とみなし、第48条の緊急権を「措置」に限定したのである。こうしたシュミットの主張にもかかわらず、実際には緊急権の行使は立法の領域にまで拡大適用され、通説の主張者の中にもアンシュッツ、ギーゼ、ベッツチュ＝ヘフターのように、経済・財政領域における緊急立法を容認する人々が多かったのである。

シュミットの主張には、相対立する評価が可能である。大野大は、シュミットが議会の立法権を侵害する大統領の法規命令権を否定したことを根拠に、シュミットの方が通説よりも、独裁権力を制限しようとしたと述べている。

「皮肉なことに、何とかして第48条第2項の大統領非常事態権限を抑制しようと考えていた支配的見解の方が結果的に、その権限を拡張する論拠になってしまった。そしてその支配的見解が具体的に論拠すべきと考えていた人物の方が、実はその権限を縮小する鍵を提示していた。その人物がカール・シュミットである。」⁵⁸⁾

それに対してスメント学派の重鎮シュイナーは、当時の憲法実践を考慮すれば、シュミットの議論は非現実的であったと主張する。彼は、シュミットが、概念的に措置と通常の法規設定との間に引いた鋭い分離線は、確かに、緊急権力の一時的性格を確認するものであったが、すでに起こっている第48条の権限の拡大を十分明確に表現したものではなかった⁵⁹⁾と述べ、シュミットのテーゼは、第48条の法規制定権を認めないにもかかわらず、結果的に「第48条の拡大された解釈と行使を強化し、正当化する傾向」に役立ったと評価している。

シュミットの次に「大統領の独裁」のテーマで報告したのがE・ヤコービーであったが、彼の報告も、基本的にシュミットと同意見であった。ヤコービーは、シュミットと同様に大統領の緊急権の広範囲な行使を主張しつつも、他方において緊急権が経済・財政的領域における「法規命令」として行使されてきたことによって、乱用されてきたと述べる。

「個々の独裁的な措置が公共の安全の再興への目的によってなされているのかというところではない。特に1923年以来、安全の保障という目的のためではなく行われてきた、またカール・シュミットが発展させた「措置」(Maßnahme)を意味しない法規命令(Verordnungen)の発布のために利用されたことによって、第48条の乱用が行われてきたのである。このようにして、授權法や合憲的な緊急命令権が提供するような『簡易立法』(vereinfachten Gesetzgebung)の可能性が提供された。」⁶⁰⁾

そして彼は、その事例として、特に1922年から23年においてなされた為替とレンテマルクに関する財政的領域における緊急命令を列挙している。そしてヤコービーは、第48条第2項に基づく緊急命令と授權法が「簡易立法」として相互に補完的に適用されている危険性を指摘している。ヤコービーによれば、こうしたことは、議会の立法権の「権力の横領」(détournement de pouvoir)なのである。

4. 国法学者大会での議論の反響

1924年の国法学者大会は、当時のすぐれた公法学者が集まり、大統領の独裁の問題に関して議論したことのゆえに、重要である。この大会には、シュティア・ゾムロ(ケルン)、ナヴィアスキー(ミュンヘン)、トーマとアンシュツ(ハイデルベルク)、ヘラー(ライプツィヒ)W・イエリネック(キール)、ビルフィンガー(チュービンゲン)が参加していた。後の「パーベン・クーデター」の際に国事裁判所に出廷した公法学者とはほぼ顔ぶれは同じである。

こうした公法学者の多くは、第48条の乱用の危険性に警鐘を乱打した。シュミットとヤコービーの見解は少数派にすぎなかった。シュミットは、1924年4月14日の日記に「失敗ではなかったが、大いなる成功ではなかった」と記している。⁶¹⁾

イエナ大会のシュミットやヤコービーの報告の後の討論に関して、大会の報告書は、以下のように述べている。

「特に、第48条第2項におけるライヒ大統領の措置は、憲法に抵触できないこと、第48条第2項二文は、停止される基本権を網羅していること、……非常事態や措置に範囲を定めた「施行法」を早急に制定することが主張された」⁶²⁾。

しかし、すでに述べたように、実際の緊急権の行使に関しては、多数派の議論と異なり、7つの基本権以外の憲法法律も侵害を受けていた。ロシスターは、第48条の緊急権によって、7つの基本権以外に非常に多くの憲法規定が侵害されたと述べている。⁶³⁾

以上、私たちは、『ライヒ大統領の独裁』に即しつつ、シュミットが危機克服の処方箋と考える委任独裁の像を描いてきたが、実際は、シュミットの報告は国法学者大会の参加者の多数によって「危険なもの」とみなされたのである。この点に関してショイナーは、以下の様に述べている。

「彼等（カール・シュミットとエルヴィン・ヤコービー）のテーゼ、つまり、第48条第5条において規定されている施行法がまだ存在しないので、独裁の制限はすべての憲法規定によってなされるのではないこと、また第48条は確かに憲法の維持を目的とするが、憲法の「不可侵の組織上最小限必要なもの」（*untasdtbares organisatorisches Minimum*）にのみ拘束されること、したがって、第48条は国法上無制限な権力を保持していることは、国法学においては、1924年の大会の議論が示しているように、支持を得られなかったのである。」⁶⁴⁾

しかし、奇妙なことは、シュミットの緊急権の措置の拡大が批判される一方、シュミットやヤコービーによる緊急権の乱用の指摘に関しては、ほとんど特別な反応が示されていないのである。

[注]

- 1) Carl Schmitt, "Soziologie des Souveränitätsbegriffs und politische Theologie", in: Hauptprobleme der Soziologie, Erinnerungsgabe für Max Weber, Band II, 1923.
- 2) C. Schmitt, Politische Theologie, S.22. 邦訳『政治神学』（田中浩・原田武雄訳、未来社、2005年）、11頁を参照。なお自分で訳した所もある。
- 3) Carl Schmitt, Politische Theologie, S.11. 邦訳11頁。
- 4) Ebenda., S. 12. 邦訳12-13頁。
- 5) Ebenda., S. 12-13. 邦訳13頁。
- 6) C. Schmitt, "Anschutz", in: Juristische Wochenschrift, 55. Jahrgang, 1926 Heft 19, S.2272.
- 7) Ebenda., S 17-18. 邦訳18頁。
- 8) John P. McCormick, "The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and constitutional Emergency Powers" in: David Dyzenhaus (edited), Law as Politics, Duke University Press, 1998, p.223. こうした見解は他にも多く見出される。例えば Ohren Gross, "The normless and exceptionless exception: Carl Schmitt's theory of emergency powers and the "Norm-exception dichotomy" in: Cardozo Law Review, Volume 21, May 2000, Nubers 5-6. は、「『独裁』の一年後に出版された『政治神学』は、緊急権に関するシュミットの以前の立場から革命的なモデルの緊急権への変化を示している。彼の以前の立場が委任独裁によって裏打ちされるとするならば、シュミットの新しい定式は、主権独裁のモデルを含んでいる。」(p.1840)と述べ、Renato Christi, Carl Schmitt and authoritarian liberalism: strong state, free economy, 1998 は、すでに『独裁』においてシュミットは「主権独裁」を選択しているとまで主張する。P.63-70.
- 9) C. Schmitt, Politische Theologie, S. 15. 邦訳15-16頁。
- 10) C. Schmitt, Der Diktatur des Reichspräsidenten, in: Die Diktatur, Duncker&Hublot, 1978, S.236-7. 邦訳は、『大統領の独裁』（田中浩・原田武雄訳、未来社、1974年）、50頁。

- 11) C. Schmitt, Die Diktatur, S. 237. 邦訳 50 頁。
- 12) Ebenda., S. 39. 邦訳 52 頁
- 13) C. Schmitt Politische Theologie, S.18-19. 邦訳 20 頁
- 14) Paul Horst, Carl Schmitt Decizionarismus, in: Chantal Mouffe (ed), The Challenge of Carl Schmitt, Verso, 2006, p.12 邦訳は、竹島博之訳「カール・シュミットの決断主義」(古賀敬太・佐野誠編訳『カール・シュミットの挑戦』(風行社、2005年)、16頁)。
- 15) Ibid., p.14. 邦訳 19 頁。
- 16) Ibid., p.16. 邦訳 19 頁。
- 17) Ohren Gross, "The normless and exceptionless exception: Carl Schmitt's theory of emergency powers and the "Norm-exception dichotomy" in: Cardozo Law Review, Volume 21, May 2000, Nubers 5-6., p.1841.
- 18) Jürgen Manemann, Carl Schmitt und die Politische Theologie, Aschendorff Verlag, 2002, S.145.
- 19) C. Schmitt, Diktatur, S.139 邦訳、159 頁。
- 20) 21) C. Schmitt, Politische Theologie, S.49, 長尾龍一訳、『政治神学』(『ダイヤモンド社』、1973年、邦訳 32 頁)。
- 22) Ebenda., S.49. 長尾訳 26 頁。
- 23) Ebenda., S.54. 長尾訳 29 頁。
- 24) Ebenda., S.54. 長尾訳 29 頁。
- 25) Ebenda., S.83. 長尾訳 36 頁。
- 26) Donoso Cortés, "Speech on dictatorship", in: Menczer Bela, Catholic political thought, 1789-1848. p.173.
- 27) Ebenda., p.165.
- 28) Ebenda., p.176. ドノソ研究家でもあるマシュケは、シュミットの「主権独裁」と「委任独裁」との相違をドノソに適用し、ドノソの「短刀の独裁」対「剣の独裁」を「委任的独裁」と「主権的独裁」とを同一視している。(H. Quaritsch, Complexio Oppositorium über Carl Schmitt, Duncker&Humblot, 1988, S.203.
- 29) ベンダースキー, 『カール・シュミット論』(宮本・古賀・河合訳、お茶の水書房、1984年)、89 頁。
- 30) C. Schmitt, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 1, "Der deutsche Föderalismus, Die Diktatur des Reichspräsidenten, 1924. この論稿は、後に Diktatur (2. Aufl) に収載されている。
- 31) Richard Grau, Die Diktatgewalt des Reichspräsidenten und Landesregierungen, Verlag von Otto Liebmann, 1922. S.50
- 32) Ebenda., S.55
- 33) Ebenda., S.55
- 34) Ebenda., S.57
- 35) H.Preuß, "Reichsverfassungsmäßige Diktatur" in: Zeitschrift für Politik, 13. Bd. 1923, S.97ff. Hatschek, Deutsches und Preußische Staatsrecht, Bd. 2, S.160, 173.
- 36) Richard Grau, a. a. O, S.153
- 37) Ebenda., S.165.
- 38) Ebenda., S.18.
- 39) アンシュツのコメンタールは、1933年まで14回も版を重ね、手を加えられたが、ここでは、最後の第14版を使用する。(Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August. 1919, Neudruck der 14. Auflage 1933, 1987, Scientia Verlag Aalen)
- 40) Ebenda., S.290.

- 41) C. Schmitt, "Rezenson von Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919" ; in Juristische Wochenschrift, 55. Jahrg. Heft19, 1926, S.2271 これは、コメンタールの第三版(1926年)の書評である。
- 42) Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Band VI—Die Weimarer Reichsverfassung, Verlag W. Kohlhammer, 1993, S.716.
- 43) C. Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, in : Die Diktatur, S.238 邦訳54頁。
- 44) Ebenda., S.241. 邦訳57-58頁。
- 45) シュミットは『憲法論』の中で、憲法の廃絶(Vernichtung), 除去(Beseitigung), 侵害(durchbrechung)そして停止(Suspension, Außerkraftsetzung)を区別している。特に第48条第2項に関しては、「侵害」と「停止」の法的な区別が重要である。C. Schmitt, Verfassungslehre, Duncker&Humblot, 1970, S.99, 邦訳は尾吹善人訳、『憲法理論』、創文社、1977年、128頁。
- 46) C.Schmitt, Die Diktatur, S.229. 邦訳34頁。
- 47) Ebenda., S.239. 邦訳55頁。
- 48) Ebenda., S.201-202. 邦訳『独裁』224頁。
- 49) Ebenda., S.244. 邦訳『大統領の独裁』63頁。
- 50) Ebenda., S.254. 邦訳82頁。
- 51) Ebenda., S.235. 邦訳47頁。
- 52) Ebenda., S.233-234. 邦訳44頁。
- 53) Ebenda., S.238. 邦訳57-58頁。
- 54) Ebenda., S.99. 邦訳75-76頁。
- 55) Frederick Mundell Watkins, The Failure of Constitutional Emergency Powers under the German Republic, Harvard University Press, 1939, p.19.
- 56) Ebenda., p.19.
- 57) Ebenda., p.15.
- 58) 小倉大「ヴァイマール憲法第48条第2項における大統領非常権限」(水島朝穂編著『世界の有事法制を診る』(法律文化社、2003年)、60頁。
- 59) Scheuner, a. a. O., S.268, Ernst Rudolf Huber も緊急権を「措置」に限定しようとする試みを「徒勞」と述べ、「例外状態の慣行においては、最初から、具体的な個々の行為と並んで、法律に代わる緊急命令が有効であった」と主張している。(Ernst Rudolf Huber, a. a. o, S.705)
- 60) Erbin Jakob, "Die Diktatur des Reichspräsidenten", in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Walter de Gruyter & Co., 1924, S.118. S.124-125.
- 61) Schmitt, Schatten Gottes, Tagebücher 1921 bis 1924, S.337
- 62) Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft, 1, 1924. S.138-139. しかし、「施行法」の早期の制定に関しては、1924年の段階で、シュミットのみならずR・トーマもH・プロイスも慎重であった。トーマは、施行法の早期の制定は、一層の対立や混乱を引き起こすので、延期すべきであると主張している。R. Thoma, "Die Regelung der Diktaturgewalt" in: Deutsche Juristen Zeitung, 29, 1924, S.657 プロイスも1924年の「合憲的な独裁」において大統領の緊急権を制限することは現下の危機的状況では危険であるとし、より平穏な時代にすべきだと述べている。Hugo Preuß, "Reichsverfassungsmäßige Diktatur", S.105.
- 63) Rossiter, Diktatorship, pp.68-69.
- 64) Scheuner, a. a. O. S.267. ショイナーはシュミットが緊急権を措置に限定したことに関しては、シュミットはすでに緊急権が立法行為にまで拡大されている現実に向き合っていないと批判している。a. a. O., S.268.