



室蘭工業大学

学術資源アーカイブ

Muroran Institute of Technology Academic Resources Archive



## ドイツ国家緊急権史研究—プロイセン合囲状態法制—

メタデータ	言語: jpn 出版者: 室蘭工業大学 公開日: 2014-03-04 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 長, 利一 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10258/675">http://hdl.handle.net/10258/675</a>

ドイツ国家緊急権史研究  
—プロイセン合囲状態法制—

長 利 一

**Eine Studie über die deutsche  
Staatsnotrechtsgeschichte**

— Das preußische Belagerungszustandsrechtsinstitut —

Toshikazu Tyou

**Abstract**

Die Terminologie vom Staatsnotrecht ist in der Verfassungslehre nicht im positiven Rechtgebrauch. Die deutsche Staatsrechtslehre hat das Staatsnotrecht, geschichtlich zum Beispiel im 19. Jahrhundert, "Belagerungszustand" (Art.111 der Preußischen Verfassung 1850), und im 20. Jahrhundert "Diktaturgewalt" (Art. 48 der Weimarer Verfassung 1919) genannt. Das ist eine geschichtlich und rechtlich äußerst bedeutende Tatsache. Denn diese beiden sind von den sowohl geschichtlich als auch rechtlich verschiedenen Charakteren. Aber andererseits besteht der allgemeine Charakter des Staatsnotrechtes in dem unvermeidlichen Widerspruch zwischen der Logik vom Überlegen des *raison d'Etat* und dem Ideal des Rechtsstaates.

Die Aufgabe dieser Abhandlung ist es, einen Teil vom ganzen geschichtlichen Bild über die Vorgeschichte, Entstehung, Entwicklung, Abartung und Feststellung des Staatsnotrechtes zu skizzieren. Hier aber soll zunächst die Verschiedenheit zwischen der geschichtlichen und rechtlichen Charakteren vom "Belagerungszustand" und der "Diktaturgewalt" dadurch klargemacht werden, daß wir von seiten jenes annähern, indem der geschichtliche und rechtliche Charakter des Belagerungszustandsrechtes rechtstheoretisch in dem Zusammenhang erörtert wird, einerseits mit der Charakterbestimmung der preußischen Verfassung ("Schein-Konstitutionalismus") und andererseits mit dem Rechtsprinzip des bürgerlichen Rechtsstaates vom 19. Jahrhundert, das die Entstehung der modernen Verfassung voraussetzt.

## 〔目 次〕

はじめに

- I プロイセン憲法の性格規定—「外見的立憲制」
  - II プロイセン合囲状態法制
    - 1 1848年3月革命における合囲状態の運用
      - 反革命の *ultima ratio* としての合囲状態
      - A 「前史」
      - B ドイツにおける合囲状態の運用
    - 2 プロイセン合囲状態法制の成立
    - 3 プロイセン合囲状態法制の法的性格
      - A 市民的法治国的性格
      - B 市民的法治国の例外状態 (*Ausnahmezustand*) としての性格
    - 4 1951年プロイセン合囲状態法律の法的性格
      - A 市民的法治国的性格
      - B 市民的法治国の例外状態としての性格
- 結びにかえて

## はじめに

国家緊急権という憲法学上の専門用語は、実定法上、例えば、1850年プロイセン憲法第111条にしても、1919年ワイマール憲法第48条2項にしても、これらの条文中には全く見られない。このような国家緊急権という用語は歴史的には、前者の例でいうと、「合囲状態」(*Belagerungszustand*)<sup>\*</sup>と称されたり、後者の例では、大統領の「独裁権」(*Diktaturgewalt*)<sup>1)</sup>と称されたりする。このように、歴史的に異なる背景や事情の下に成立した国家緊急権が、ドイツ国法学上それぞれ別個の用語で、一方は“*Belagerungszustand*”、他方は“*Diktaturgewalt*”という用語で説明されている<sup>\*\*</sup>。したがって、本稿で問題となる

のは、実定法上の法現象として、1850年と1919年とで異なる固有の名称と法的性格を有する国家緊急権が成立したという歴史的事実である。すなわち、上のような実定法上の法現象としてあらわれる国家緊急権が、歴史上、いつ成立し、発展し、そして変質を遂げ、現在のような高度に発達した資本主義国に一般的に見られる国家緊急権として確立・定着を見たのかという、いわば国家緊急権の「前史」→成立→発展→変質→確立・定着の歴史的全体像の一端を粗描することが本稿の課題である。

本来ならば、こうした国家緊急権の歴史的発展の全過程を総合的に全体として検討して初めて、その歴史と法の全体像が解明される筈である。しかし、本稿ではさしあたり、ドイツ国家緊急権史における19世紀の典型的歴史モデルであるプロイセン合囲状態法制に素材を限って、すなわちこれを国家緊急権の歴史的発展の全過程の中で位置づけ直すと、「成立→発展」に該る部分に限定して、同法制の歴史的法的性格を検討することになる。蓋し、従来19世紀合囲状態法制研究は、“Belagerungszustand”、“Kriegszustand”などの法概念分析、歴史分析とも十分になされてこなかった領域と思われるだけに、そうした領域の側から接近することによって、かえって、例えば、ワイマール大統領の「独裁

\* わが国では一般に「戒厳」の名称が用いられてきた。この名称の起源・由来、明治憲法時代における戒厳の成立、運用等の歴史に詳しいのは、日本史学からの歴史研究である大江志乃夫：戒厳令（岩波書店、1978年）である。

\*\* このような“Belagerungszustand”と“Diktaturgewalt”という異なる二つの用語において、その国法上合意する国家緊急権の法的性格の相違を当時最も明確に認識していたのは、Carl Schmittであろう。とりわけ、Schmitt, C., Diktatur und Belagerungszustand: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 38, S. 128-162(1916) Ders., Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 1, s.86-87(1924)でも、“Belagerungszustand”を「例外状態の典型的な法治国規定」＝「委任的独裁」(kommissarische Diktatur)とし、“Diktatur”を「主権的独裁」(souveräne Diktatur)として、一もっとも、そこではワイマール大統領の“Diktaturgewalt”を端的に「主権的独裁」としないで、「主権的独裁の残存」(das Residuum einer souveränen Diktatur)という概念カテゴリーの下に注意深い留保がなされているが—明確な区別がなされている。ここではさしあたり、ワイマール大統領の“Diktaturgewalt”がどのような性格を有するにせよ、ワイマール憲法第48条2項をものは“Belagerungszustand”とは称さないことを確認しておけば足りる。

権」や戦後の西ドイツ非常事態法制などの領域における国家緊急権の歴史的法的性格との相違が一層明確なものとなると考えられるからである。

なお本稿では、前稿で粗描したドイツ合囲状態法制の成立史<sup>2)</sup>（「前史」→成立）を極く簡単に確認した上で（後述Ⅱ1A、B）、そうした合囲状態法制の成立後のプロイセンの同法制が考察対象とされる。したがって、ここでは、一方でプロイセン憲法の性格規定（F・エンゲルスのボナパルティズム国家論から導かれる「外見的立憲制」）とのかかわりで、他方でそうした近代的憲法の成立を前提とした19世紀市民的法治国概念とのかかわりで、プロイセン合囲状態法制の基本的性格の法理論的な検討がなされることになる。

## I プロイセン憲法の性格規定—「外見的立憲制」

プロイセン合囲状態法制がプロイセン憲法（1848年欽定憲法、1850年改正憲法）に基づく立憲主義の枠組の中に編成された法制度として出発した以上、同法制の基本的性格は同憲法の性格から規定を受けることにならざるをえない。したがって、プロイセン合囲状態法制の性格を検討する前の予備的作業として、プロイセン憲法の性格を規定しておかなければならないであろう。

F・エンゲルスはプロイセン憲法の性格を、現実の政治権力が「将校と官吏の特殊なカストの手に握られた」ボナパルティズム国家<sup>※</sup>の上に立憲主義の外見(Schen)を与えたものとして、「外見的立憲制」<sup>※※</sup>と規定している。このようなF・エンゲルスのプロイセン憲法の性格規定は、同憲法の内容について、一方で官僚による現実の政治権力の掌握を保障したことからくる反議会主義的性格（「官僚制的立憲君主制」<sup>3)</sup>）と、他方でそのような官僚の政治権力の掌握を将校が物理的に担保したことからくる反動的絶対主義的性格と特徴づけていると考えられる。このことは、48年3月革命が反革命で終熄した結果として、絶対主義時代以来の古い遺物である君主、官僚層、そして将校団が無傷で生き残った事実によって裏書きされるであろう。したがって、「将校と官吏の特殊なカスト」を法的に担保した憲法規定を検討する必要があるが、本稿の課題である合囲状態法制との関係では、「将校」の権力掌握を憲法上担保する法シス

テムを問題にすれば足りる。

固より、3月革命の前と後とは全く同じ法状態であるとはいえないであろう。立憲体制の成立によって、少なくともそれまでの絶対王制は限られた範囲内ではあるが制限的なものへと枠づけられ、ブルジョアジーは国政に影響を与えうる可能性を獲得したのである。例えば、プロイセン憲法の反動的絶対主義的性格の端的な法的表明である国王の統帥権にしても、国防制度にしても、そして合囲状態発動権にしても、少なくとも憲法の枠組の中に再編されたことによって、むき出しの裸の暴力装置ではなく、法治主義の外被が与えられたものとなったことは間違いないであろう<sup>4)</sup>。プロイセンでも、それまでの絶対王制は、3月革命の結果（「3月所得」）として、少なくとも「外見的立憲君主制」へと歴史的発展を遂げたといえる。

しかし、問題は、その再編と近代性のありようである。3月革命は、諸階級間の権力闘争の全過程を瞥見するとき、ブルジョア革命としては挫折し、反革命に終わった。プロイセン憲法の半ば絶対主義的な反動的な性格は、その反革命の子として生み落された帰結から規定される。プロイセンのブルジョアジーは、労働者に依存して君主・貴族と闘うよりも、「ひしひしと迫ってくる労働者階級」<sup>6)</sup>の脅威から身を守るために君主・貴族に依存することの方を選択した。ブルジョアジーと君主・貴族の力の均衡に基づく両者間の対等の妥協でなく、力のモメントが圧倒的に後者の方に傾斜した形の、すなわち革命の振子が反革命の方へ圧倒的に傾いた後での前者が後者に従属した形の妥協である。憲法の発布形式の点でも、君主と臣民の意思の合致に基づいた君民協約憲法の法形式をとらず、「神の恩寵」(Gnade des Gott)と君主の一方的な意思に基づく欽定憲法という法形式をとった。エンゲルスのいう、「将校と官吏の特殊なカスト」が現実の政治権力を掌握し、これに立憲主義の外見を与える「特殊ドイツ的えせ」<sup>6)</sup>ポナパルティズム国家とは、このような政治権力の反革命的な反動性に着目してのことであろう。かくて、君主・貴族—将校と官僚による現実の政治権力の掌握を法的に担保するような憲法は、絶対主義的反動的な性格を帯びたものとなろう。そして、1850—56年の反動期 (Ära der Reaktion) から新時代

(Neue Ära) を経た1871年、さらには1918年までのプロイセン憲法の運用を規定した法的枠組も、このようなプロイセン憲法それ自体に内在もしくは潜在する絶対主義的反動的性格にはかならなかつたのである。

プロイセン憲法に内在・潜在する絶対主義的反動的性格を端的にあらわす憲法規定として、例えば、国王の統帥権（第46条）、国防制度（第34—39条）、そして合囲状態発動権（第111条）などが挙げられよう。これらの反動的諸制度の中核となるのは国王の軍事大権—統帥権 (Kommandogewalt) である。これについては、大臣責任制、副署制などの責任内閣制<sup>\*\*</sup>乃至議會制との関連でも論ずる必要があるけれど、ここでは国防制度、合囲状態発動権との関連に限って論及することにする。

国王フリードリヒ・ヴィルヘルム4世は、憲法制定直後からすでに、憲法第46条の規定（「国王は陸軍に対して統帥命令 Oberbefehl を行う」）を根拠に、「軍の組織及び国防制度は国王の所管事項であり……軍事予算の個々の項目に関する議会のいかなる決定も無効とみなす」とする統帥権独立の強硬な主張をしていた<sup>\*\*\*\*</sup>。その上、国王の統帥命令の客体たるプロイセン陸軍は憲法上の国防制度 (Wehrverfassung) として法制化されたものの、大元帥たる国王にのみ忠誠を誓う「旗盟」 (Fahneneid) にとどまり、憲法遵守を誓うことを内容とする「憲法宣誓」 (Verfassungseid) を義務づける明示規定が設けられなかつたことから、憲法遵守義務を免れた<sup>7)</sup>。したがって、プロイセン陸軍が、合囲状態発動のときのために用意された憲法外の (extrakonstitutionelle)<sup>8)</sup> 実力であることは紛れもない事実であった。かくて、1918年の流血の反革命をもたらした軍事独裁は、この反革命の ultima ratio (最後の手段) として発動された合囲状態と、危機に際してこれを現実化する暴力装置である陸軍、そして、この軍隊の出動を命ずることのできる最高の法的権力としての国王の統帥権とによって、合法的にいつでも呼び出しうる「潜在的絶対主義」 (Krypto-Absolutismus)<sup>\*\*\*\*</sup>として憲法それ自体の中に内在化されていたのである。

- ※ F・エンゲルスによると、「1840年以来徐々にくさっていった君主制は貴族とブルジョアジーとの闘争を根本条件とするものであって、この闘争によって平衡を保っていた。もはや、ひしひしと押し寄せてくるブルジョアジーから貴族を守るのではなく、ひしひしと迫ってくる労働者階級から有産階級全体を守ることが必要となったその瞬間から、旧絶対君主制は、わざわざこの目的のためにつくりだされた国家形態であるポナバルティズム君主制に完全に移行しなければならなかった。」〔『ドイツ農民戦争』(1870年および1875年版)への序文〕マルクス＝エンゲルス全集第7巻547頁(引用文中傍点は筆者)
- ※※ F・エンゲルス「住宅問題」：マルクス＝エンゲルス全集第18巻254頁によると、「古い絶対君主制のもとでも、現代のポナバルティズム君主制のもとでも、現実の政治権力は将校と官吏の特殊なカストの手に握られている。……社会の外部に、いわば社会の上に立っているように見えるこのカストの独立性が、社会から独立しているという外見をこの国家にあたえているのである。プロイセンで(そしてその先例に従ってドイツの新帝国制度のもとでも)、こういう矛盾にみちた社会制度のなかから必然的な帰結として発展してきた国家形態は、外見的立憲制である。この形態は、古い絶対君主制の、今日における解体形態であるとともに、ポナバルティズム君主制の存在形態である。」(引用文中傍点は筆者)
- ※※※ プロイセン憲法の規定する大臣責任制については、「誰に対して責任をとるのか明確に決めておらず……いわば不完全法であった……特にマントイフェル(反革命後の反動期の首相—筆者)は、大臣の責任は神と国王に対してのみ有するという態度であったが、これが反議会主義的立場の国王と一体化していた……」〔上山安敏：憲法社会史、52頁(日本評論社、1977年)〕
- ※※※※ フリードリヒ・ヴイルヘルム4世が50年憲法発布直後に当時の首相(Ministerpräsident)であったマントイフェル(O. V. Manteuffel)に宛てた親書。これについては、Huber, E. R.: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III, S.77 (Stuttgart 1963) 勿論、このような国王の憲法解釈のみが、後の1862年の予算争議のごとき憲法紛争を惹起せしめうる決定的モメントを構成する訳ではないが、反革命の勝利を背景とした国王のこうした強硬な主張は憲法運用の現実を規定する上で重要な一要素となる。
- ※※※※※ Huber, E. R., a. a. O. S.68 プロイセンにおいて絶対主義時代から3月前期(Vormärz)を通じて温存された、君主の軍事大権を中核とするこれらの反動的諸制度は、制憲後、むき出しの裸の暴力装置ではなく、さしあたり法治国の外被をまとして再編された形となった。しかし、こうした「見せかけの憲法」(Schein-Verfassung, Ebenda, S.48)の中に潜在・内在する陰の絶対主義的・反動的諸要素は、国家存在の危機—法治国家の例外状態(当時、念頭に置かれていたのは、「ひしひしと迫ってくる労働者階級」の革命運動)に際し、直ちに成文憲法外の(extra-Konstitutionelle, Ebenda, S.68)制度となることによって、立憲主義の潜在的脅威となっていた。ここでは、外見的立憲主義(Schein-Konstitutionalismus)の論理は、法によって余すところなく規範化しきれずに憲法の外部に立つ「国家」乃至憲法の上に超然と立つ「国家」の存立を守るために、もともと憲法それ自体の中に潜在化・内在化させられていたこうした絶対主義的・反動的諸要素が、例外状態において俄に顕在化し、そのことによって憲法(権力分立制と基本権保障の法体系)を全体として、その内部から合法的に掘り崩すところに解決し難い矛盾が見られる。このような外見的立憲主義の潜在的・内在的矛盾は、やがて20世紀初頭のプロイセン・ドイツ帝国の終末に迎えた危機(第一世界大戦及び11月革命)に際しての合囲状態法の運用において現実のものとなる。



## Ⅱ プロイセン合囲状態法制

### 1 1848年3月革命における合囲状態の運用

#### 一 反革命のultima ratioとしての合囲状態

##### A 「前史」

合囲状態の母国はフランスであり、プロイセン・ドイツの合囲状態 (Belagerungszustand、以下B Zと略記する) も概ね、以下で極く簡単に紹介するようなフランスの合囲状態 (état de siège、以下E D Sと略記する) の歴史的發展と強いパラレルを示し、これを継承したものである。その意味で、1848年までの合囲状態の「前史」(Vorgeschichte) (国家緊急権もしくは合囲状態が法治国化される前段階における合囲状態の生誕と発展の歴史という意味で「前史」という) は、そのままフランスのE D S史であるといえよう<sup>9)</sup>。

もともとE D Sはフランス革命の歴史的過程の中で生まれたもので、当時の国際情勢を背景に、当初は外国からの干渉や反革命から革命を守るため、「外国の敵」との戦争を念頭に置いた、純粋に軍事技術的な観点が優位する「軍事的E D S」(EDS militaire)であったが、やがて「国内の敵」を鎮圧する政治的手段としての「政治的E D S」(EDS politique)へと発展した。前者の例として、1791年7月8-10日法律があり、後者の例として、1797年8月27日(10 fructidor V)法律がある。有名な1811年12月24日のナポレオンデクレは、軍事と政治の両方の性格を帯びるものであったが、ロシア遠征に備えての措置であった点で、どちらかという軍事性格の方が優位していたようである。しかし、E D Sの「前史」にとって重要なのは、同デクレでは、憲法規定の停止宣言なしに市民的自由の侵害が許されていた点である。これは、対外的軍事的観点が優位していたことから、「国内の敵」に対する憲法規定(とりわけ市民的自由の保障)の停止は問題とならなかったためであろう。憲法規定の停止については、すでに1799年(共和暦8年)憲法(22 frimaire VII)の第92条<sup>\*</sup>が規定していたことから見て、ナポレオンデクレが發布された1811年の時点では、E D S

は概念上必ずしも憲法の停止という概念を包摂するものではなかったと考えられる。

E D S が法制度として成立を見るのは、1848年憲法第10条以下、とりわけ第106条<sup>\*\*\*</sup>と、これを具体化し、E D S の宣言形式、効果などの詳細を定めた1849年E D S 法律 (loi sur l'état de siège) においてである。フランス近代史上このとき初めて、近代立憲国家の枠組の中に編成された、「法制度としてのE D S」(régime de légalité) が姿を見せるのである。ただ、このようなEDSの法制化の背景には、48年2月革命の分岐点である6月反革命におけるカヴェニヤック將軍の軍事独裁下での血腥いE D S の運用経験が直接の立法事実を形成していた点を看過してはならないであろう。そのような点で、49年法律は反革命的反動的性格を反映したものとなっている。しかし反面で、同法が憲法に基づく人権保障を前提に、これらの人権規定のうち停止可能な人権規定のみを限定列挙するという方式を採用していた点で、「前史」で見られたような、憲法の停止宣言なしに憲法が全体として停止されることが許されるといった、例えばナポレオンデクレのような方式とは決定的に異なるのである。

## B ドイツにおける合囲状態の運用

前述したように、ドイツのB Zの「前史」は、フランスのそれと同様、やや遅れながらも概ね「軍事的B Z」→「政治的B Z」→「法制度としてのB Z」といった歴史的発展過程をたどった。ここでも、ドイツB Zの「前史」及び48年3月革命における運用の簡単な整理をしておきたい。

プロイセンでは1794年2月5日のプロイセン普通法 (Allgemeines Landrecht) が、「暴力と秩序の妨害から王国を保護する」ために必要なあらゆる措置を執りうるとする国王の「非常大権」(große Machtfülle) を定めていた<sup>10)</sup>。しかしこれは、「近代立憲国家以前の国家」(Vorverfassungsstaat) —絶対主義国家における「君主の緊急権」であり、また、近代憲法が制定されていない段階での、その意味で憲法上の明文根拠のない「超法的緊急権」(übergesetzliches Notrecht)<sup>11)</sup>といえよう。プロイセンにおける軍事的B Zに関する規定は、1809年の勅令 (Publikandum<sup>\*\*\*</sup>)<sup>12)</sup> が最初のものである。

フランスE D SのドイツB Zへの影響が比較的強かったのは、ナポレオンの支配下にあったライン河西岸地域や西南ドイツ諸邦においてであるといわれる。西南諸邦、とりわけラインーブファルツで開催されたハンバッハ祭 (Hambach Fest)<sup>13)</sup> において発動されたB Zは、法的には前記ナポレオンデクレ等に依拠するもので<sup>14)</sup>、その基本的性格において軍事的なものであったけれど、それが「国内の敵」である急進的な政治運動に向けられている点で、その運用の仕方は極めて政治的性格を帯びたものであったといえよう。

ところで、このようなB Zの政治的性格が明確な形をとるようになるのは、「フランス2月革命に対する6月蜂起、ドイツ3月革命に対する11月事件に象徴されるような、19世紀中葉のブルジョア革命に対する反革命過程においてであろう。」<sup>15)</sup> もっとも、11月反革命においてブランデンブルク危機内閣 (Kampfkabinett) によって、ベルリンとその周辺部に8000名の正規軍を配して発動された政治的B Zは、その法的根拠について国法上の疑義があった。すなわち、48年以前のプロイセンには前記1809年の勅令が存在するだけで、こうした法的根拠では国法上要塞外でB Zを発動しうるかどうか疑問であったからである<sup>16)</sup>。その意味で、このときのB Zの運用は、近代立憲国家以前の絶対主義時代における憲法上の明文根拠をもたない「君主の緊急権」としての性格を帯びたものと特徴づけることができよう。かくて、革命から反革命への決定的な転

---

\* フランス1799年(共和暦8年)憲法第92条は次の通り規定する。

「武装蜂起又は国の安全を脅かす騒擾の場合、法律はその定める地域及び期間につき憲法の効力を停止することができる。

立法院の休会中の武装蜂起又は騒擾の場合、政府の命令により憲法の停止を暫定的に定めることができる。但し、政府の命令の一条項において立法院を最短期間内に召集することを定めなければならない。」

\*\* フランス第2共和制憲法(1848年)第106条は次の通り規定する。

「合囲状態の宣言される場合、及びこの措置の形式と効果については、法律によりこれを定める。」

\*\* \*\* 1809年の勅令は、戦争によって包囲された要塞の防衛のための純粋に軍事技術的な観点から用意された所謂「要塞法」であった。Strupp, K.: Deutsches Kriegszustandsrecht, Ein Kommentar des im Deutschen Reiche geltende Ausnahmerechts für Theorie und Praxis, S. 32-33 (Berlin 1916) "Siège" 又は "Belagerung" という名称も、この要塞防衛に由来する。

轍点において、「国内の敵」を弾圧するために ultima ratio として B Z が発動されたことによって、3月革命はその一撃で落命した。そして、反革命の勝利後直ちに欽定された憲法には、わずか3週間前の生々しい B Z の爪跡がはっきりと刻印されていたのである。まさに、K・マルクスが指摘したように、「プロイセンの真の憲法は一戒厳令」<sup>17)</sup>であった。

このようにプロイセンでも、政治的 B Z から法制度としての B Z への発展は、48年11月反革命における B Z の運用経験を背景に、48年欽定憲法第110条、50年憲法第111条と、これを法律によって具体化した51年プロイセン B Z 法律といった一連の B Z の法制化によって行われた。

## 2 プロイセン合囲状態法制の成立

革命の昂揚から反革命へと至る革命史は、フランクフルト憲法の制定から、その流産、48年欽定憲法、50年憲法の制定へと至る制憲史の上に反映しているとみることができる。そのような革命と憲法制定の展開は、B Z の法制化の動向の上にもそのまま反映しており、それは恰も「地震計」(Seismograph)のように、その時々の変化を記録したといわれる。<sup>18)</sup> こうしてプロイセン・ドイツでも、フランス同様、革命の経過の中で反革命の幕引きという形をとって、ドイツ近代史上初めて B Z の法制化—法治国化—「立憲化」(Verkonstitutionalisierung)<sup>19)</sup>を見ることになる。

ドイツ B Z 史の上で最初に憲法停止と B Z とを結びつけたのはフランクフルト憲法第197条であった<sup>\*</sup>。そこでは、B Z 発動に際し、憲法で予め挙示した規定のみを停止しうることとし、しかも停止可能条項の中から出版の自由を注意深く取り除いていた。プロイセン憲法(48年欽定憲法)でも、当初の政府草案では出版の自由の停止は含まれていなかった。3月所得として獲得された普選によって選挙された国民議会の委員会草案(Charter Waldeck)は、こうした傾向をさらに進めて、停止可能条項を人身の自由と集会の自由に限定するとともに(同草案第110条)<sup>\*\*</sup>、例外裁判所の設置禁止を謳っていた(同草案第6条)。しかし、こうした謙抑的傾向の中でもとりわけ注目されるのは、B Z 発動権限

の立法部への付与であろう。執行部によるB Zの発動は、議会の停会中に限り暫定的に許されるにすぎなかった<sup>20)</sup>。こうしたところにも、Charte Waldeckの自由主義的、民主主義的傾向がはっきりとあらわれていた。

周知のように、プロイセンでは3月革命は11月反革命で終熄した。プロイセン憲法の性格については、前にF・エンゲルスによる性格規定を検討した。ここでは、プロイセン憲法の「外見的」(Scheinbar)性格は、一方で反議会主義的性格を、他方で絶対主義的反動的な性格を内容とするものであると特徴づけられた。プロイセン憲法のこうした性格は、制憲直前の反革命による規定を多分に受けざるをえなかったように思われるが、とりわけB Z規定においてははっきりとそれを見ることができる。欽定憲法第110条<sup>\*\*\*</sup>が、B Z発動に際し、出版の自由のみならず、法律で定める裁判を受ける権利をも停止しようとしていたのもその一例であろう。

48年11月の反革命のさなかに、ブランデンブルク政府によって発動されたB Zが、絶対主義の遺物である「君主の緊急権」、すなわち当時国法上の根拠を有しない「超法的な緊急権」(ein übergesetzliches Notrecht)であったことは前述した。このようなB Zは、個人の権利に優越する国家の支配権を意味するdominium eminens—国家緊急権の概念上の用語では、jus eminensといわれるものであろう<sup>21)</sup>。jus eminensとは、危機に際し、個人の権利に優越する国家の存立という目的のためには、一切の法的制約を受けずに必要なあらゆる措置を執りうる「法を破る法としての国家緊急権」<sup>22)</sup>をいう。当時のB Zは、法的に無制約な君主のjus eminensの如きものであった点で、絶対主義的性格を帯びたものと特徴づけることができる。同時にそれが、3月革命から11月反革命への決定的な転轍点において、君主国家の存立を守るという目的のためにぎりぎりのところで、まさにultima ratioとして執られた措置であった点で、反動的な性格を帯びたものと特徴づけることができよう。このような当時の絶対主義的であると同時に、反革命的な反動的であるようなB Zの運用経験から、B Zの法制化—法治国化—立憲化においても、何らかの性格規定を受けることは避けられないであろう。

50—51年にB Zに関する2つの法改正が行われた。第1に、50年憲法第111条のB Z規定（後出、II 3を参照）は、48年欽定憲法第110条を改正したものであった。50年の改正憲法は、49年4月の国王の緊急勅令（Notverordnung）（欽定憲法第105条<sup>\*\*\*</sup>）に依拠して導入された三級選挙制によって選挙された

\* フランクフルト憲法（Verfassung des Deutschen Reiches vom 28. März 1849）第197条は次の通り規定する〔原文の出典は、Dürig-Rudolf：Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, 2. Aufl., S. 121（München 1979）〕

「戦争又は反乱の場合、逮捕、家宅捜査及び集会権に関する基本権の規定は、ライヒ政府又はラント政府によって、各地域について一時的に停止することができる。但し、以下の条件でのみこれを許す。

1. 措置（Verfügung）は個々の場合全てにつきライヒ又はラントの内閣全体が行なう。

2. 議院が集会中のときは、ライヒ内閣はライヒ議会の承認を、ラント内閣はラント議会の承認を直ちに得なければならない。議院が集会していないときは、議院が召集されて、執られた措置（Maßregeln）が承認のために提出されないならば、措置（Verfügung）は14日以上長期にわたって継続することは許されない。

その他の規定はライヒ法律に留保する。

要塞における合囲状態の布告については、現行の法律規定を引き続き適用する。

\*\* Charte Waldeck 第110条は次の通り規定する〔原文の出典は、Boldt, H.: Rechtsstaat und Ausnahmezustand, Eine Studie über den Belagerungszustand als Ausnahmezustand des bürgerlichen Rechtsstaates in 19 Jahrhundert, S. 67, Anm. 25（Berlin 1967）〕。

「戦争又は反乱の場合に、憲法典の第5条（人身の自由）、第13条（集会の自由）及び第28条（軍隊の派遣要請）の時間と区域を限定した停止は、遅くとも最寄りの議会の会期まで別に定める法律によって規定することができる。この場合、議院が集会していないときは、内閣の決議に基づいてその責任の下で、そのような停止が暫定的に要請されることができる。この場合、議院は直ちに召集されるものとする。」（括弧内筆者）

\*\*\* 1848年プロイセン欽定憲法（Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 5. Dezember 1848）第110条は次の通り規定する〔原文の出典は、Anschütz, G.: Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat vom 31. Januar 1850, Bd. 1, S. 623ff（1912）〕

「戦争又は反乱の場合、憲法典の第5条（人身の自由）第6条（住居の不可侵）、第7条（法律の定める裁判官の裁判を受ける権利）、第24条（言葉、文書等による思想表現の自由）、第25条（言葉、文書等による犯罪の普通刑法による処罰）、第26条（出版の自由）、第27条（集会権）及び第28条（結社権）は一時的且つ地域的に停止することができる。

これに関する細目規定は特別法に留保する。それまで、これに関しては現行規定を適用する。」（括弧内筆者）

\*\*\* 48年欽定憲法第105条2文は次の通り規定する（原文の出典は、Anschütz, G. a. a. OO.）「議院が集会していないとき、緊急の場合に国内閣全体の責任の下で、法律の効力を有する命令を發布することができる。しかし、この命令は、議会の最寄の集会において承認されるよう直ちに提出されるものとする。」

議会の作品であった。その同じ国王の緊急勅令（「1849年5月10日の合囲状態に関する命令<sup>23)</sup>」）に基づいて、さしあたりB Zも法制化された（国王の緊急命令は、法律の効力を付与されていたという意味で）（これは、K.マルクスによって「新しく欽定された戒厳憲章」と呼ばれた<sup>24)</sup>）。51年B Z法律は、このときの緊急勅令を改正したものであった。これが第2の法改正である。

かくて、プロイセン・ドイツのB Zは法制度として完成を見るが、それは同時に反革命完成の法的表現とみることもできよう。そのようなBZの法制化は、プロイセンBZ法制の基本的性格を規定する上で、さしあたり次のようにその法的意味を定式化しうるであろう。すなわち、

第1に、それまで明文上の法的根拠をもたなかったB Z—君主の「超法的緊急権」に憲法—法律上の根拠を付与することによって、反革命の *ultima ratio* として運用されてきたB Zが市民的法治国的枠組の中に再編されたということ（市民的法治国的性格）、

第2に、そのような合法性 (*Legalität*) を付与することによって、憲法に基づいて保障された権力分立制と基本権規定の停止（もともと何れの保障とも、50年憲法では不十分ではあったが）を例外状態 (*Ausnahmestand*) において合法的になしうるよう、法制度を予め用意しておくということ（例外的性格）、である。

以下では、50年憲法のB Z規定（II 3）及び51年B Z法律（II 4）の法的性格につき具体的内容を検討してみよう。

### 3 プロイセン合囲状態法制の法的性格

1850年プロイセン憲法第111条は、B Zについて次のように規定していた。

「戦争又は反乱の場合、公共の安全に急迫の危険のあるときは、憲法典の第5条（人身の自由）、第6条（住居の不可侵）、第7条（法律の定める裁判官の裁判を受ける権利）、第27条（意見発表の権利、検閲の禁止）、第28条（出版の自由）、第29条（集会権）、第30条（結社権）及び第36条（一般行政官庁の要請等に基づく武力行使の制限）は一時的且つ地域的に停止することができる。詳

細は法律が規定する。<sup>25)</sup>」(括弧内筆者)

### A 市民的法治国的性格

B Zの法制化は、B Zに対する単なる事後的な合法性の付与にとどまるものではない。外見的立憲主義といわれる特殊ドイツ的立憲体制とはいえ、とにかくにも近代憲法が制定される前と後とでは、B Zの法的性格も異なって来よう。すなわちここでは、国家緊急権は、かつて規定されずに存在したものの単なる制限でなく、全く別のものに生まれ変わっている。絶対君主の *jus eminens* から市民的法治国的BZへ—前近代的な国家緊急権から近代的国家緊急権へと変態を遂げているのである。もっとも、そのようなB Zの市民的法治国的立憲化がもちうる法的意味の射程がどのようなものであるかは、検討を要する困難な問題であろう。蓋し、B Zの市民的法治国化が市民的法治国というコインの裏側を象徴する法現象でとあるとするならば、それはいわばコインの裏側から市民的法治国とは何かを問題にするようなものだからである。かような19世紀ドイツにおける市民的法治国の成立がB Zに対してもちうる法的意味の射程如何といった困難な問題については、さしあたり次のような粗描にとどめるをえないであろう。

19世紀初め頃から中葉にまたがる一連の市民革命(1848年仏2月革命、独3月革命など)によって成立した近代立憲主義を法的枠組とする市民的法治国(*der bürgerliche Rechtsstaat*<sup>※</sup>)は、二つの法的構成原理—市民的自由の保障と、これを担保するための組織原理たる権力分立制を内容とする理念国家であったといってよい<sup>26)</sup>。それはまた、法イデオロギー的には、あらゆる国家活動—非常事態でさえも—を前もって計算・予測可能であるとして、これらの国家活動に余すところなく法(憲法—法律)の網の目を被せることによって市民的自由を確保しようとする法治主義的合理主義のイデオロギーに基礎づけられていた。これをB Zにひきつけていうと、このような市民的法治国的理念からは、次のような二つの法理が導かれよう。第一に、その時々独裁者の非合理的な恣意に依存することなく、理性が支配する平時のうちに一般的に合目的であるとされる措置を憲法—法律に予め法定しておく合目性の法理。のみならず第二に、



非常事態において国家権力の濫用を防止するため、そのような合目的な措置の発動要件、場所、時間等の厳格な規制を通じて、他に執りうる手段がなく、どうしてもやむをえない場合にB Zの発動を限定する補充性の法理である。このように、国家活動の予測可能性 (Meßbarkheit)<sup>27)</sup>に基づいて、B Zの構成要件、法的効果等を予め憲法—法律に登録する (einregistrieren)<sup>28)</sup> ことによって、法的明確性を担保しておくことが市民的自由の法的安全に質する所以であろう。固より、B Zにおいてはその「前史」で瞥見したように、もともと憲法の停止、行政権の軍司令官への移行、軍法会議の設置など一種の独裁状態が見られ、そのような事実状態は、市民的法治国原理と矛盾し、それどころか反対物ですらあるかもしれない。しかしながら、上で見たように、B Zを憲法中に登録し、法形式上立憲化することによって、こうした憲法とB Zとの矛盾は止揚されたとするところに、B Z法制の市民的法治国的性格の特徴が見られる。かくて、B Zは、立憲化された独裁—「立憲独裁」(verfassungsmäßige Diktatur<sup>29)</sup>, constitutional Dictatorship<sup>30)</sup>) という法形態をとって近代立憲国家の前に立ち現れることになるのである。

## B 市民的法治国の例外状態 (Ausnahmезustand) としての性格

プロイセンのブルジョアジーにとって、このような「立憲独裁」は「左の敵」の革命運動から市民的秩序を守りつつ、同時に国家権力の濫用を防止するための安全弁 (Sicherheitsventil<sup>31)</sup>) の筈であった。憲法とB Zの矛盾は止揚される筈のものであった。しかし、歴史的事実において、彼らは自ら自身を守る力をもたなかった。彼らは、「ひしひしと迫ってくる労働者階級」の脅威から身を守るため反動勢力と妥協した。F・エンゲルスのいうボナパルティズム国家とは、このような「貴族とブルジョアジーの力の均衡の上に成り立つ国家形態」のことであった。そこでは、「現実の政治権力は将校と官吏の特殊なカストの手に握られて」おり、その必然的帰結として、プロイセン憲法は見せかけのものでしかない外見的立憲主義の性格を帯びざるをえなかった。憲法という安全弁が外見的なものでしかないとしたら、例外権力と憲法との矛盾は、その止揚に成功するだろうか。

ところで、C・シュミットによると、主権的決定の問題を回避するどのような妥協も「延期的妥協」(dilatatorischer Kompromiß<sup>32)</sup>)でしかない。それはまた、真の決定を遅らせるだけの「外見的妥協」(Scheinkompromiß<sup>33)</sup>)でもある。プロイセン憲法は、このような延期的、外見的妥協の作品であった。そして、「現実の政治権力は将校と官吏の特殊なカストの手に握られて」いた。しかし、こうした「延期的妥協」が内在するような国家では、例外状態(Ausnahmezustand)において真の主権的決定が行われる。誰が戦争と平和に関して、そしてこれと結びついたB Zの発動に関して決定権限をもつか。法による国家活動の余すところのない規範化にもかかわらず、旧君主大権の「化石」(Petrefakt<sup>34)</sup>)がB Zの発動権という法形式において、新たな市民的法治国の制度の中に残存している点にこそ外見的立憲主義の外見的たる所以が存するのである。

国家活動の余すところのない規範化を完成した筈の市民的法治国は、反革命の帰結としてそれが生まれたときから、例外状態—そして、その市民的法治国

\* H・ボルトによると、「市民的法治国」の概念は、ヨーロッパ大陸の1830年と1848年に保守反動の復古的君主制と交代し始め、20世紀を経て、社会的法治国によってその発展がとって代わられた自由主義的寡頭政治的(階級的)法治国の意味において理解される、とした上で、このような市民的法治国とB Zとの関係は講学上は暗に前提とされているが、必ずしもはっきりと解明されてこなかったとされる [Boldt, H.: Rechtsstaat und Ausnahmezustand, Ein Studie über Belagerungszustand als Ausnahmezustand des bürgerlichen Rechtsstaates in 19 Jahrhundert, S. 75, Anm. 2 (Berlin 1967)].

\*\* 1919年3月3日のプロイセン内閣の命令及び軍司令官ノスケの命令の如きは、11月革命期におけるB Z法の反革命的運用の代表例であろう。同命令の原文につき、Huber, E. R.: Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. III, S. 84-85 (Stuttgart 1966) のようなB Z法の反革命的運用の事実があったからこそ、ワイマール制憲議会では48条2項(大統領の「独裁権」)の起草をめぐって激論が交わされ、例えば独立社会民主党(USPD)は、大統領への「独裁権」の付与はB Zと軍事独裁という過去の亡霊(Schreckbild)を呼び出すものとして激しく非難した [Fromme, F. K.: Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, S. 113 (1960)]。しかし、当時、彼らは国家緊急権というものを正確に捉えていなかった。それは、「過去の亡霊」というよりも、世界史上人類が未だかつて経験したことのない「独裁」(Diktatur)という新たな「怪物」(Leviathan)というべきであった。この点、C・シュミットの方が明確に認識していたのである。見よ、Schmitt, C., Diktatur und Belagerungszustand: Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 38, S. 138-162(1916)

形態である合圍状態という小さな裂け目 (Lücke) —しかし、致命的な裂け目を潜在・内在させていた。やがて、この裂け目は恰も癌細胞のように自己増殖し、ついに見せかけの憲法に死亡宣告を突きつけるであろう。すなわち、1918—19年の11月革命という最大の例外状態において、主権的決定としてB Zが、それこそ反革命の *ultima ratio* として発動されることによって、見せかけの憲法に死亡宣告を突きつけた<sup>※※</sup>。まさに、プロイセンでも、そしてドイツ<sup>ライヒ</sup>帝国でも、「真の憲法は一戒厳令<sup>35)</sup>」であった。

#### 4 1851年プロイセン合圍状態法律の法的性格

1850年プロイセン憲法第111条は、B Zの具体的な実施につき、「詳細は法律が規定する」としていた。これを受けて、これより先にBZを欽定していた49年5月の国王の緊急勅令の改正法として「1851年6月4日の合圍状態に関する法律」(Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851) 制定された。その主要な規定の内容のみを列記すると次の通りである<sup>36)</sup>。

- (1) 戦争の場合の軍司令官のB Z宣言権 (第1条)。
- (2) 反乱 (Aufruhr) の場合の内閣のB Z宣言権。但し、地域によっては緊急の場合に軍司令官もB Zを宣言しうる (第2条)。
- (3) B Zの布告に伴う行政権の軍司令官への移行。一般行政官庁 (Zivilverwaltungsbehörden) の軍司令官の命令、指示への服従 (第4条)。
- (4) 憲法典の停止可能条項 (50年憲法第111条中に列举された停止可能条項に同じ) の明示義務と、停止の地域的、時間的限定 (第5条)。
- (5) 現行刑法の重罰規定 (第9条)。とりわけ、軍司令官の命令に対する違反、その教唆・煽動の重罰規定 (第9条b項)。
- (6) 民間人を対象とした軍法会議の設置 (第10条)。
- (7) B Z宣言が行われない戦争又は反乱の場合の内閣による基本権停止 (停止可能条項は(4)に同じ) [所謂「小合圍状態」(kleiner Belagerungszustand<sup>※</sup>)] (第16条)。
- (8) (4)と(7) (基本権停止) の場合の内閣による議会に対する釈明 (Rechens-

chaft)義務（第17条）。

### A 市民的法治国的性格

フランスでもドイツでも、合囲状態の歴史的発展は、軍事的合囲状態から政治合囲状態へと発展してきた。政治的合囲状態の特徴は、司法領域では自国の一般市民への軍法会議の適用という形をとり、行政領域では行政権の軍司令官への移行という形で一般化される。

51年プロイセンB Z法律は、B Zの発動要件として、外国との戦争(Krieg)の場合（同法第1条）と国内の反乱(Aufbruch)の場合（同法第2条）とを共に規定していたが、その立法時の歴史的状況に迫られて、どちらかという後者の方、例えば国内の革命運動を念頭に置いていたと考えられる。すなわち、プロイセンでの政治的B Zは、国内における「ひしひしと迫ってくる労働者階級」の革命運動から有産者階級全体の秩序を守るための政治的闘争手段となっているのである。同時に、政治的B Zのかような法定式化は、市民的法治国のB Zに対する理念的要請ともなっているのである。

したがって、このような市民的法治国の理念的要請の下では、行政権の軍司令官への移行（同法第4条）は、行政の領域内での権限の集中ではあっても、他の統治領域への権限の拡大ではないとされる<sup>37)</sup>（所謂、行政型の国家緊急権<sup>\*\*\*</sup>）。また、上のように行政権が軍司令官へ移行する場合、軍司令官は行政官庁に代わって直接に行政を行うことになるが、ここでも市民的法治国の原理的要請の下で、法治行政の原則の適用を受けることになる。それ故、例えば軍司令官の命令も、その内容が法規命令である場合は、法律の委任に基づく具体的な委任命令でなければならないであろう。しかしなんとといっても、このような政治的B Zの構成要件や法的効果の詳細な法定式化の中核的規定は、市民的自由保障の停止規定であろう（同法第5条）。これは、B Zの市民的法治国的発展の最たるものと見られる。そこでは、B Zの宣言と同時に、その布告の中に停止される所定の基本権が明示されることによって、憲法は全体としては勿論のこと、限定的に列挙された規定以外のいかなる個別的な憲法規定の侵害も許されないとする効果が生ずる。このような憲法規定停止の限定的列挙は、

軍司令官の権限を制限することになろう。例えば、プロイセン憲法第7条（法律の定める裁判官の裁判を受ける権利）が停止される場合、停止の範囲は、例外裁判所（例えば軍法会議）の設置とその管轄権の構成等に関する詳細な規定（51年B Z法律第11条—15条）によって限界づけられることになる<sup>38)</sup>。また、ここでいう憲法規定の停止とは、軍司令官による憲法規定の一時的な侵害を意味し、規定そのものの廃止を意味するものではないとされる<sup>\*\*\*</sup>。さらに、フランス49年法律のように、EDSの発動権者（＝議会）と執行者（＝内閣一軍）とを区別する代わりに、プロイセン51年法律では、B Z宣言が行われた場合（あるいはこれが行われない場合でも）、憲法規定の停止について、内閣は議会に対して釈明(Rechenschaft)すべき義務が課せられていた（同法第17条）。

## B 市民的法治国の例外状態としての性格

しかし、B Zにおける、こうした市民的法治国の理念的要請（権力分立制と市民的自由的保障）は、例外状態において裏切られざるをえないであろう。

まず、軍法会議の設置といった、司法権の軍当局への移行によって、政治的中立の国家機関たるべき裁判所の独立を保障する権力分立制が、政治的B Zの現実の運用の中で突き崩されるのは自明であろう。

次に、なるほど形式的には行政権の軍司令官への移行は行政の領域内での権限の集中であるかもしれないが、行政を委ねられた軍当局の法治行政の点に疑問がある。蓋し、法律に基づいて規定された行政目的の達成も、例外状態においてはむしろ純粋に事実によって規定されるのが常であろう。ここに軍当局が法治行政を行うことの困難な点が存する。このような行政官庁に代わる軍当局の法治行政は、法律が軍司令官に広汎な裁量権を付与することによってさらに一層ルーズなものとなろう（例えば、同法第9条b項による軍司令官の命令への白紙委任を見よ<sup>\*\*\*</sup>）。そうした法律による軍司令官の行政に対する白地授權は、法律に拘束されもしなければ、法律を執行することもしない行政、換言すると、法律に基づいて規定された目的でなく、純粋に軍事目的に支配された行政を行う余地を全面的に軍司令官に与えることになりはしないか。すなわち、C.シュミットによると、立法—行政の形式的な区別のない、純粋に軍事

的観点が優位するような行動を多分に行ないうる余地のある例外状態においては、軍司令官は、いわば権力分立以前の行政国家 (verwaltender Staat) の如きものとして行動するのである。そこでの法状態は、恰も権力分立制が存在しないかのような始源状態 (Urzustand) である。国家機能の分化以前のかつての単一な状態が「出発点」(Position) であるとするならば、その後の権力分立制は

※ W. ハルディによると、51年B Z法律第16条において予定されている法状態とは、軍事力が要請されなければならないほどの国家秩序の危殆でなく、且つ、通常の強制手段では十分でないような場合に執られる、B Zの宣言を伴わない憲法規定の「単なる停止」(bloße Suspension) の状態をいう、とされる。こうした見解に立つと、B Zの本質的契機が行政権の軍司令官への移行に存するとすれば、こうしたB Zに本質的な軍事的要素を欠いた「単なる停止」はもはやB Zの名に値せず(「小」"kleiner" の字すら冠することも許されない)、その反対物ですらある。蓋し、それはB Zの惹起を防止するためのすぐれて抑止的予防的性格を有する政府の措置だからである。[Haldy, W.: Der Belagerungszustand in Preußen, S. 65-66 (Tübingen 1906) 同趣旨、Wilutzky, K.: Das Recht des Belagerungszustandes, Inaugural-Dissertation, S. 92 (Breslau 1914) また、Strupp, K., a. a. O., S. 143-144

これに対して、H. ボールトによると、B Zが実効的であるためには自由権の停止を必要としたので、これと軍司令官への行政権の移行とが結びついて、その全体を統一的に「大B Z」(großer B Z) と称し、軍司令官への行政権の移行を伴わない自由権の停止のみの場合を「小B Z」(kleiner B Z) と称するのを慣例としたとされ、後者の例として、1878年の「社会主義者全鎮圧法」の第28条に基づく措置が挙げられる。“großer B Z” と “kleiner B Z” の区別には、“Militärdiktatur” (軍事戒厳) と “Zivildiktatur” (行政戒厳) の区別が対応するともいわれる [Boldt, H. a. a. O., S. 71 さらにそこでの Anm. 38 また、Huber, E. R.: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III, S. 1046 (Stuttgart 1963)]。なお、わが国の明治憲法下の「行政戒厳」についての詳細な研究については、大江志乃夫前掲書109頁以下を参照。

※※ 大西芳雄「緊急権について」：公法研究第107号、7頁(1957年)によると、「行政型」とは、「行政権の行使が単に行政の領域にとどまり、平常時において行政権に加えられていた憲法上あるいは法律上の制限がとりのぞかれ、行政権に自由な活動領域がひらかれる型」をいう。「行政型」に属する代表例として、普通イギリスの “martial law” フランスの “état de siège”、ドイツの “Belagerungszustand”、わが国の明治憲法の「戒厳」などがあげられる。

※※※ 例えばプロイセン憲法第5条(人身の自由)、第6条(住居の不可侵)と、これらの規定にかかわりのある刑事訴訟法の規定は、具体的な場合に軍司令官によって一時的に無視することが許されはするが、これらの規定それ自体は廃止されることなく効力を維持し続ける。この点で、BZの本質的作用は行政の領域内にとどまっており、立法の領域にまで拡大するものではないとされる (Schmitt, C.: Diktatur und Belagerungszustand, S. 158-159)。

その否定であり、B Zはこの「出発点」への回帰だとされる<sup>39)</sup>\*\*\*\*\*。

ところで、こうした権力分立制以前の始源的国家の如き軍司令官とは、ほかならぬプロイセン陸軍の軍司令官のことをいうのであろう。だとすれば、そのような始源的国家の軍司令官は、憲法にでなく国王にのみ忠誠を誓う無制限の権力—憲法の外に立ち、憲法の上に超然と立つ「超立憲国家」(der extra-konstitutionelle Staat<sup>40)</sup>)の如きものであろう。ここでは、B Z (=「委任的独裁」kommissarische Diktatur<sup>41)</sup>)から「独裁」(=「主権的独裁」soveräne Diktatur<sup>41')</sup>)までの距離はもはや半歩とない。B Zの歴史的發展は、20世紀前半の資本主義国家の全般的危機(資本主義国家の帝国主義段階における世界戦争と

---

\*\*\*\*\*このような軍司令官への広汎な命令委任は、その分だけ一層実際の運用に依存することになるが、殊に第一次世界大戦に入ってその意義を獲得したといわれる。白地授権にも等しい軍司令官の命令違反に対する重罰規定が市民的自由の脅威となったことから、こうした軍司令官の命令の法的性質をめぐって国法上の重大な疑義が生じた。すなわち、第9条b項は軍司令官に法律の効力を有する法規命令権(Verordnungsrecht)を付与したものがどうか争われた。学説も、国事裁判所(Staatsgerichtshof)も、これを追認したとされる。立ち入った検討は他日を期するほかないが、さしあたり、Schmitt, C. a. a. O., S. 152ff. Strupp, K. a. a. O., S. 87ff. Pürschel, H.: Das Recht über Belagerungszustand, S. 153ff. (Berlin 1916) Rosenberg, W., Die rechtlichen Schranken der Militärdiktatur: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 37. S. 808ff. (1916) 国事裁判所の判例を検討したものに、Conrad, E.: Das Gesetz über den Belagerungszustand in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, (Berlin 1916)

問題点だけ指摘しておく、わが国では、大西芳雄前掲論文7頁でも、小林直樹：国家緊急権、58-59頁(学陽書房1979年)でも、BZを「行政型」の典型例として挙げるのが通例のようである。しかし、では、20世紀初頭の総力戦争、社会主義革命等の危機的状况に対処するため、B Z法は、1851年法律第9条b項の軍司令官の命令権にも見られるように、立法機能を果たし始め、学説、判例ともにこれを追認したということ、B Zの法的性格とかかわってどう位置づけるのか。また、19世紀「行政型」B Z法の20世紀に入ってから、こうした発展・変質が国家緊急権の本質的性格や概念カテゴリーとどのようにかわるのか。さらに、歴史的には、ワイマール大統領の「独裁権」との断絶・連続性如何といった問題等々について立ち入った検討を要しよう。

\*\*\*\*\* また、次のような指摘も重要である。軍司令官は一時的にもせよ、法を無視して行動することが許されるならば、憲法の停止についての議会に対する内閣の事後的な釈明義務(同法第17条)によって権力分立のシステムは確保せられるのだろうか。まして、議会に対する内閣の責任制が確立されていないような大臣責任制の下で、果たして同法第17条を駆使して議会は政府に対して政治責任を追求しつつ、有効な統制を行いうるだろうか(Boldt, H., a. a. O., S. 71-72)なお、前出、Iの脚註\*\*\*\*\*も参照。

社会主義革命という最も深刻な例外状態)において、文字通りの「独裁」(Diktatur<sup>42)</sup>)へと転化・変質して行くであろう。

## 結びにかえて

### 1 プロイセン合囲状態法制の歴史的性格

合囲状態の歴史は、フランス、ドイツともに(後者は前者の影響下に)、軍事的合囲状態から政治的合囲状態へと発展した。それは、「要塞法」から出発しつつ、19世紀初頭から中葉にかけての国内の革命運動に対応する政治的闘争手段としての不可避的な発展の方向であった。プロイセンでも、そうした発展の方向は1848年に一つの完成を見、BZの「前史」もここで終わる。同時に、ドイツにおける国家緊急権の近代史は1848年を始点とする。この年、君主を始めとするプロイセンの保守反動勢力は、「ひしひと迫ってくる労働者階級」に脅えるブルジョアジーと結び、革命のぎりぎりのところで、ultima ratioとしてBZを発動することによって反革命に成功する。こうして、貴族とブルジョアジーの妥協の上につくられた国家は「ボナパルティズム国家」であり、これに法治国的外見を与える統治形態が「外見的立憲制」(エンゲルスによるプロイセン憲法の性格規定)であった。そうした法治国の外被の下に、現実の政治権力は将校と官吏の手中にあった。このような「将校と官吏の特殊なカスト」は「社会の外部に、いわば社会の上に立っているように見える」独立性を保持していたが、それは恰も「憲法の外部に、いわば憲法の上に」超然と立つ「超立憲国家」の如きものであろう。このような「超立憲国家」は、国王の統帥権を中核とし、プロイセン陸軍という実力によって支えられ、これらと法的に結びつけられたBZを最後の切札(ultima ratio)とするものであったといえよう。反革命の不可避的な帰結として、憲法の中に潜在・内在していたこのような半ば絶対主義的であるとともに反動的な諸制度がプロイセン憲法を外見的なものにしていた。かくて、BZの反革命的な運用経験が、BZの法制化にあたって立法事実の基盤を形成していたことは間違いないであろう。このことから、プ



ロイセンのB Z法制は当時の反革命的運用に規定されるとともに、このような19世紀中葉のブルジョア革命という危機に対応する反革命のための政治的ウルティマ・ラティオ (ultima ratio) であったという歴史的な性格を有するものと特徴づけることができよう。

## 2. プロイセン合囲状態法制の法的性格

革命の前と後とは全く同じ法状態ではありえないであろう。48年3月革命の挫折は絶対主義への回帰ではなかった。こうした挫折したブルジョア革命によってもたらされ、「外見的」と特徴づけられる近代憲法に基づく統治形態を備えた国家を「市民的法治国」(der bürgerliche Rechtsstaat)と呼ぶ。もっとも、この市民的法治国はドイツ国法学によって創出された、市民的自由の保障と権力分立制を法的構成原理とする理念国家である点に注意を要する。このような市民的法治国理念の下では、あらゆる国家活動—B Zでさえも余すところなく規範化されなければならないことになる。こうして、「B Zでさえも」、48年欽定憲法、50年改正憲法、51年法律といった一連の規定に基づいて市民的法治国化されることによって「合法性」(Legalität)を付与された。そこでは、B Zはもはや剥き出しの裸の反革命のための政治的闘争手段ではありえず、市民的法治国の理念的要請の下に再編されなければならない。憲法と、これを具体化する法律の詳細な規定の下に、B Z発動の構成要件、効果等を予め厳格に法定・登録しておくことによって国家権力の濫用は防がなければならない。すなわち、憲法と法律によって予め列挙された市民的自由に限って停止することが許され、行政官庁に代わって行政権を行使する軍司令官は憲法と法律の許す範囲内で行動するよう要請されるのである。

しかし、このような19世紀市民的法治国イデオロギーは歴史的限界と法的矛盾を内在させていた。そのような限界と矛盾はB Zに集約されている。市民的法治国の中に同化されたかに見えたB Zは、前述したように当時のB Zの反革命的運用のもとに形成された歴史的危機概念によって規定されていた。すなわち、合囲状態を法制化するにあたって、立法の基礎事実となっていたのは、フ

ランスであれ、ドイツであれ、19世紀初頭から中葉にかけての戦争と革命であろう。19世紀における戦争と革命は、時間、空間、規模のどれをとってみても、20世紀におけるそれらとは比較にならぬほどのものである。やがて20世紀のBZは、19世紀市民的法治国によって付与された「合法性」をかなぐり捨てても、こうした20世紀の戦争と革命という例外状態において、その存在の「正当性」(Legitimität)を主張し始めるであろう。殊に、第一次世界大戦と1918-19年の11月革命の中で、かつて潜在・内在していたものが別の形をとって顕現するであろう。すなわち、19世紀BZ法制の下での軍司令官は「権力分立以前の行政国家」として行動するのに対し、同じ法制下にありながら、20世紀の第一次大戦中の軍司令官は、権力分立後に権力分立を排除した—行政と立法の両機能を併せもつ—「独裁国家」の如きものとして行動するのである。「憲法の外部に立ち、いわば憲法の上に」超然と立っていたかつての「超立憲国家」は、ここでは20世紀の例外状況に対応する「独裁国家」に転化・変質している。行政部内での集中から、立法部を吸収するような権力への拡大は、ここではさしあたり軍司令官の行動において、それも一時的なものとして見られるにすぎないが（「独裁」への変質の過渡的性格）、やがてワイマール憲法第48条2項は、今度は軍司令官ではなく、ほかならぬ行政部の最高審級である大統領その人において、それも半ば恒常的なものとして、このような現代の「独裁」(DiKtatur)を顕現せしめるであろう。この点の立ち入った検討は今後の筆者の課題とし、さしあたり筆を擱く。

(1991年6月6日未明脱稿)

引用・参考文献

- 1) Grau, R, Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten : Handbuch des Deutschen Staatsrechtes, Bd. 2, §80, S. 274(1931) Häntzschel, K, Die Verfassungsschranken der Diktaturgewalt des Artikels 48 der Reichsverfassung : Zeitschrift für Öffentliches Recht, V Bd. Heft 1, S. 205ff (1925) Thoma, R., Die Regelung der Diktaturgewalt : Deutsche Juristen Zeitung, S. 654ff. (1924), U. S. W.
- 2) 拙稿「ドイツ合囲事態(Belagerungszustand) 法制研究」(一)(二) : 法学論叢123(5)、66頁以下、同124(1)、40頁以下(1988)
- 3) 杉本幹夫「外見的立憲主義の諸問題」 : 憲法の階級性と普遍性、142-143頁(日本評論社、1975年) 同論文によると、「将校と官吏の特殊なカスト」が統治機構の中枢を支配しているようなボナパルティズム国家の統治形態が外見的立憲制であり、そしてそれは官僚制的統治機構の形態(=官僚制的立憲君主制)としての外見的立憲制として特徴づけられる。しかし、このような理論構成では、ボナパルティズム国家の統治形態が外見的立憲制であるとする場合、その統治機構の内実をなす「将校と官吏」のうち、一方の「官吏の特殊なカスト」の面しか論及されておらず、他方の「将校の特殊なカスト」の面を欠落させた一面的なものになってしまっているように思われる。
- 4) この点については、後述の、合囲状態法制化の法的意味の定式化(Ⅱ2)、及びプロイセン合囲状態法制の市民的法治国の性格(Ⅱ3A、4A)を参照。
- 5) 本章脚注\*を参照。
- 6) 松田智雄「ドイツ資本主義構造論に寄せて」 : 川島・松田編 : 国民経済の諸類型、474頁(昭和43年)
- 7) Huber, E. R.: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. III ,s. 73-78 (Stuttgart 1963)
- 8) Edenda, s. 68
- 9) フランスのEDSの「前史」につき、Schmitt, C., Diktatur in der bestehenden rechtsstaatliche Ordnung (Der Belagerungszustand): Diktatur, Auf1. 2.s.171-205 (München u. Leipzig 1928)
- 10) Haldy, W.: Der Belagerungszustand in Preußen, s. 4 (Tübingen 1906)
- 11) Boldt, H: Rechtsstaat und Ausnahmezustand, Eine Studie Über den Belagerungszustand als Ausnahmezustand des bürgerlichen Rechtsstaates in 19 Jahrhundert, s. 60 (Berlin 1967)
- 12) 「要塞法」につき、拙稿前掲論文(-)75頁。
- 13) Huber, E. R.: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. II . Auf1. 2, S. 133ff. ((Stuttgart 1975)
- 14) Edenda, S. 149
- 15) 拙稿前掲論文(-)90頁。

- 16) Huber E. R., a. a. O., Bd. II, S. 745
- 17) K. マルクス「ブルジョアジーと反革命」：マルクス=エンゲルス全集6,121頁（大月書店1970年）
- 18) Boldt, H., a. a. o., s. 66
- 19) Ebenda, S. 63
- 20) Ebenda, S. 66-67
- 21) 尾高朝雄「国家緊急権の問題」：法学協会雑誌62(9)、8頁以下 同：法の窮極に在るもの、102頁以下（有斐閣1955年、再版1980年）
- 22) 尾高前掲論文 2頁、20頁。
- 23) この時の緊急命令(Verordnung über den Belagerungszustand vom 10. Mai 1849)とその法的根拠となった48年欽定憲法第105条2文の解釈・運用については、Huber, E. R., a. a. O., Bd. III, S. 47-48拙稿前掲論文(二)45-46頁。さらに大西芳雄「緊急命令論」(一)(二)：法学論叢33(3)、115頁以下、同33(5)68頁(1935)がヨーロッパの緊急命令の起源、発展、解釈に詳しい。
- 24) K. マルクス「新しい戒厳憲章」：マルクス=エンゲルス全集6,483頁（大月書店 1970年）
- 25) 原文の出典は、Dürig / Rudolf: Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. S. 151 (München 1979)
- 26) Schmitt, C: Verfassungslehre, 5. unveränderte Aufl. S. 37ff., S. 125ff. (Berlin 1970)
- 27) Edenda, s. 131
- 28) Boldt, H., a.a.O., S. 86
- 29) Preuß, H., Reichsverfassungsmäßige Diktatur: Zeitschrift für Politik, Bd. 13, s. 104 (1924)
- 30) Rossiter, C.: Constitutional Dictatorship, Crisis Government in the modern Democracies, P. 33 (Princeton Univ. Pr. 1963)
- 31) Haldy, W., a. a. O. s. 5
- 32) Schmitt, C., a. a. O. s. 32
- 33) Edenda, s. 31
- 34) Boldt, H., a. a. O., s. 90
- 35) 註17)参照。
- 36) 原文の出典は、Strupp, K.: Deutsches Kriegszustandsrecht, Ein Kommentar des im Deutschen Reiche geltenden Ausnahmerechts für Theorie und Praxis, S. 35ff. (Berlin 1916)
- 37) Schmitt, C., Diktatur und Belagerungszustand: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 38, S. 149 (1916)
- 38) Edenda, S. 159, Ders. Diktatur in der bestehenden rechtsstaatlichen Ordnung (Der Belagerungszustand) : Diktatur, Aufl. 2., S. 199 (1928)
- 39) Schmitt, C., Diktatur und Belagerungszustand, S. 159-160
- 40) Boldt, H., a. a. O., S. 102

- 41) 41') 本稿「はじめに」の脚注※※を参照。
- 42) Schmitt, C., *Diktatur und Belagerungszustand*, S. 138-162 併せて本稿47頁、拙稿前掲論文(二) 63頁註⑤も参照