

摂南法学第 54 号抜刷

March 2018.

ワイマール憲法 73 条について

——カール・シュミット『国民票決と国民発案』（1927 年）の解説——

松 島 裕 一

【研究ノート】

ワイマール憲法 73 条について

——カール・シュミット『国民票決と国民発案』（1927年）の解説——

松島 裕一

はじめに

I 本書の位置づけとその概要

II 国民立法手続きの構造

III 国民立法手続きの実態

結びにかえて

はじめに

このたび仲正昌樹教授（金沢大学）の監訳のもと、カール・シュミット（Carl Schmitt, 1888 – 1985）¹⁾の次の書籍を翻訳する機会に恵まれた（以下、この原著を本書と称す）。

※ 本稿において [] はすべて筆者（松島）による挿入であり、……は筆者による省略である。なお、本文にも明記したように、本稿は法学を専門としない一般の読者を念頭に置いて執筆したものであり、そのため、専門家には半ば常識に属する事柄も多く記載されている。研究ノートという本稿の性格に鑑みてご寛恕を請いたい。

1) 本稿でももに参照したシュミットの著作は以下のとおりである。参照指示に際しては下記の略記号を用いて原著の頁数を記載し、あわせて [] 内に既存の邦訳の該当頁を挿入した。邦訳が複数存在する場合は、区別のため訳者名も掲載している。下記以外のシュミットの著作についてはその都度脚注で示した。

LL = *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, 2005 (7. Auflage) [orig.1932] (田中浩・原田武雄訳『合法性と正当性』未來社、1983年)

GLHP = *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, 2017 (10. Auf.) [orig.1923] (稲葉素之訳『現代議会主義の精神的地位（新装版）』みすず書房、2013年／樋口陽一訳『現代議会主義の精神的状況 他一篇』岩波文庫、2015年)

Carl Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren: Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie*, Walter de Gruyter & Co. (Berlin und Leipzig), 1927.²⁾

訳書はすでに2018年1月に作品社より『国民票決と国民発案——ワイマール憲法の解釈および直接民主制論に関する一考察』(以下、たんに訳書と称す)のタイトルで刊行されており、巻末には監訳者である仲正教授の優れた解説が掲載されている。本来であれば、監訳者の解説とは別に、本稿において本書の解説を繰り返すことは無益な試みでしかないだろう。しかしながら、法律学に馴染みのない一般の読者にとって本書で展開されているワイマール憲法の解釈論はけっして読みやすいものではないし、なにより私自身が憲法学の素人であるためにテキストの理解には相当の苦勞を強いられた。翻訳に携わった者として、自分なりの理解を交えながら、可能なかぎり平易に本書の要点を一般の読者にお伝えできればと思い至った次第である。また本稿の公表を通じて、訳書に残されているであろう誤訳なども含め、シュミット研究およびドイツ公法学をご専門とする先生方のご叱責を賜ることができれば幸いである。

以下、本稿では本書の位置づけとその概要を明らかにしたうえで、一般の読者が躓きそうに思われる用語や訳書では扱えなかった情報に的を絞って、本書の内容を解説していきたいと思う。

I 本書の位置づけとその概要

1 『国民票決と国民発案』は1926年12月11日のベルリン法律家協会での講演がもとになっており、公刊はその翌年の1927年である。ワイマール共和国(1919-1933年)の歴史に照らせば、本書の出版は一般に「相対的安定期」(1924-1929年)と呼ばれる時期にあたる。本文中にはこの安定期を牽引した「協調政策」の文字も見られ、当時の政治的雰囲気少なからず反映されて

VL = *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, 2010 (10. Auf.) [orig.1928] (尾吹善人訳『憲法理論』木鐸社、1972年/阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』みすず書房、1974年)

2) 本書の参照指示に際しては、VVの略記号を用いて原著の頁数を記載し、あわせて[]内に訳書の頁数を挿入している。ちなみに、原著の新版が2014年にDuncker & Humblot社より刊行されているが、今回の翻訳で使用したのは初版の1927年版である。したがって、本稿において原著の頁数などはすべてこの初版に依拠している。

いる（VV 37 [57頁]）。ワイマール共和国を破滅へと導いた世界恐慌（1929年）の到来は本書の刊行からわずか数年後の出来事である。

ワイマール時代に公刊されたシュミットの主要著作のなかに本書を位置づけてみると、右表ようになる。注目すべきは、本書が発表された翌年にシュミットの憲法学上の主著『憲法論』（1928年）が出版されていることである。ワイマール憲法の解釈をテーマとする本書は『憲法論』の序奏をなす論考のひとつであり、実際には数多くの類似する記述が見受けられる。本書をより深く理解するためには、『憲法論』は必読の一冊である。ただし誤解のないように急いで言い添えておくと、本書での詳細な考察が

1919年	『政治的口マン主義』
1921年	『独裁』
1922年	『政治神学』
1923年	『現代議会主義の精神史的地位』（初版）
1924年	『大統領の独裁』
1927年	『政治神学』
1926年	『現代議会主義の精神史的地位』（第2版）
1927年	『国民票決と国民発案』
1928年	『憲法論』
1929年	『憲法の番人』
1932年	『合法性と正当性』
1932年	『政治的なものの概念』

『憲法論』にすべて取り込まれているわけではなく、本書独自の考察も随所に見られる。したがって、『憲法論』とは別に本書を紐解く意義ははまだ失われていないと言えるだろう。

さらに『憲法論』以降のシュミットの著作において、本書との密接な関連を示す作品が『合法性と正当性』（1932年）である。ワイマール末期に出版されたこの作品のなかで、ワイマール憲法の根幹を揺るがす特別立法者として「国民立法手続き」³⁾が比較的詳しく論じられている（LL 57ff. [87頁以下]）。後述のように、この国民立法手続きこそが本書の主たる検討対象であり、同手続きをめぐる『合法性と正当性』での記述も本書の延長線上に位置づけることができる。『合法性と正当性』を一読しただけでは「国民立法手続き」なる手続きがうまくイメージできなかった読者——正直に告白すれば、私もそうした読者に含まれる——にとって、本書は『憲法論』とともに格好の手引きになると思われる。

他方、『国民票決と国民発案』以前の著作において参照すべき作品は『現代

3) 「国民立法手続き」を始めとしてタイトル中の「国民票決」「国民発案」にいう「国民」の原語はすべて Volk である。既存の邦訳では「人民」と訳されていることが多いが、今回の翻訳では原則として「国民」という訳語を採用し、一部文脈に合わせて「民族」や「州民」などと訳出した。詳しくは訳書 105 頁（訳注 1）を参照されたい。

議会主義の精神的地位』(以下、『議会主義』と略す)と『政治神学』である。これらは本書の脚注で言及されており、とりわけ現代の議会制の問題点を鋭く剔出した『議会主義』での口吻は本書からも感じ取ることができる。「直接民主制論」の語句を副題に掲げてその限界を説く本書は『議会主義』と表裏一体の関係にあり、シュミットの民主制論を理解するためには両著作の併読が求められる。もっとも、このテーマについては監訳者の解説に詳しいので、そちらをご参照いただきたい。

2 次に本書の内容を、章を追って見てみよう。訳書をご覧いただければお分かりのように、本書はごく短い「はじめに」と3つの章から成り立っており、第1章から順に「国民立法手続き」「国民立法手続きから除外される事項」「直接民主制の必然的限界」という章題が与えられている。全体の分量は原著初版で約50頁であり、今回の訳書でも訳注や監訳者の解説などを除けばわずか80頁ほどの小著である。そのため、議論が錯綜しがちな大著に比べると、本書の論旨を追うことそれ自体は必ずしも困難ではない。

本書のおもな考察対象はワイマール憲法73条である。大統領の非常事態大権を定めた48条2項の陰に隠れがちだが、73条はワイマール憲法の直接民主制的な側面を象徴する重要な条文である。本書の内容に関連する条文については訳書の末尾に邦訳を掲載しているので、適宜そちらでご確認いただきたい⁴⁾。

(1) まず本書の第1章では、73条3項で規定されている特殊な立法手続きが詳細に分析されている。日本国憲法と同じくワイマール憲法においても、通常、法律案は政府ないし議会の議員から提出され、その法律案が議会によって議決されることによって法律が成立する(68条参照)。これが本書で言われる正規の立法手続きである。対して、73条3項が定める正規外の立法手続き

4) 訳書にワイマール憲法の関連条文を掲載するにあたり、初宿正典訳「ヴァイマル憲法」(高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集 第7版』信山社、2016年、所収)およびシュミット『憲法論』(阿部・村上訳、前掲注2)に掲載の邦訳を参照し、多くの訳語を使用させていただいた。ここに記してお礼を申し上げます。

は、シュミットによれば、「国民発案⁵⁾」に基づき、国民票決⁶⁾によって法律案が法律になる」ところにその本質を有する (VV 10 [16 頁])。しかも、この立法手続きは正規の立法手続きのたんなる補完物や派生物ではなく、それとは独立に存在する「一個の一貫した手続き (ein einheitliches Verfahren)」とされる。シュミットは本書においてこの無名の立法手続きに「国民立法手続き (Volksgesetzgebungsverfahren)」 (VV 10, 14 [16, 21 頁]) という名称を提唱する。『憲法論』 (VL 259 [尾吹訳 322 頁 / 阿部・村上訳 301 頁]) で半ば唐突に使用されるこの名称は、じつのところ、シュミットのオリジナルにほかならない⁷⁾。

5) 「国民発案」の原語は Volksbegehren である。この語は「国民請願」と訳されることが通常だが、以下の理由から今回の翻訳では「国民発案」の訳語を採用した。第一に、本書のおもなテーマは法律の「発案」であり、「請願」と訳すよりも本書の文脈に適しているように思われること。第二に、本書では Volksbegehren と Volksinitiative がほぼ互換的に使用されているにもかかわらず、前者を「国民請願」、後者を「国民発案」と訳し分けることはかえって読者に混乱をもたらす恐れがあること (Initiative は原則として「イニシアティブ」とカタカナで表記したが、分かりにくければ適宜「発案」「発議」と読み替えていただいで差し支えない)。第三に、複数の独和辞典で Volksbegehren の項目に「国民発案」の訳語が掲載されており、学術論文においても「国民発案」の訳語がしばしば使用されていること。

なおシュミット『憲法論』の翻訳では、尾吹訳 (297 頁ほか)、阿部・村上訳 (280 頁ほか) とも「人民請求」の訳語が用いられている。動詞 begehren が「要求する」を意味することに鑑みれば、忠実な訳語であると思われるが、法律用語として定着しているとはいえないので今回の翻訳では採用しなかった。

6) 「国民票決」の原語は Volksentscheid である。この語は「国民投票」と訳されることが多いが、シュミットが Volksabstimmung (これも「国民投票」と訳される) との混同を諷めていること (VV 7f. [11-12 頁]) に鑑みて、これと区別するため、今回の翻訳では「国民票決」の訳語を採用した。票決の語には「投票による決断 (Entscheidung)」という意味が込められているが、直接的には K・ヘッセ『ドイツ憲法の基本的特質』(初宿正典・赤坂幸一訳、成文堂、2006 年) 95 頁にご教示を受けている。

なお憲法学上の用語として「国民票決」ではなく「国民表決」なる語が存在するが、これはおもにレファレンダムの訳語として使用されているようである。後述 (本稿 II 1) のように、シュミットは Volksentscheid と Referendum を厳密に区別していることから、今回の翻訳では「表決」という表記は採用しなかった (ちなみに訳書では Referendum は「レファレンダム」とカタカナで表記している)。

7) 長野晃が G・アンシュッツ (Gerhard Anschütz, 1867-1948) のコンメンタールを引用しながら述べるところによれば、「この『国民立法手続き』という名称は学界の共有するところとなった」という (同「カール・シュミットの均衡理論——リベラリズムとデモクラシーの分離と結合」政治思想研究 15 号、風行社、2015 年、305 頁 [注 51])。なお、この長野論文 293-298 頁には本書についての的確な要約が示されており、本稿の執筆にあたって筆者は多くを教えられた。

ちなみにアンシュッツのコンメンタールには以下のように記載されている。「[73 条] 3 項の手続きは、国民発案によって開始され、国民票決へと至るような正規外の立法手続きである。シュミットはこの手続きを前掲書 [すなわち、『国民票決と国民発案』] 14 頁において——的確かつ推奨に値する表現だが——「国民立法手続き」と名づけている。」 (Anschütz, G., *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14. Aufl.(1933), Berlin 1968, S.390)

ワイマール憲法には73条3項以外にも国民票決の規定がいくつか存在しており、それらは国民票決法1条(1921年6月21日)⁸⁾に列挙されている。ただし、ワイマール憲法の包括的な研究書を著したグズイ(Christoph Gusy)によると、政治的に意味があったのは、国民発案に基づく国民票決(73条3項)のみであったという⁹⁾。

筆者の管見のかぎり、国民立法手続きの詳細について論じた邦語文献は少なく、また本書の第1章には『憲法論』では見られない考察もなされている。それゆえ、他の国民票決のケースとの相違点も含めて、シュミットの分析する同手続きの構造をⅡで詳述してみたい。

(2) 本書の第2章では、73条4項が取り上げられ、国民立法手続きから除外される3つの事項、すなわち「予算案、公課法¹⁰⁾、俸給法」の意味をめぐって細かな解釈論が繰り広げられている。結論だけを述べれば、シュミットはこれらの文言の意味を狭く捉えるべきではないと主張する。シュミットによれば、73条4項によって「予算案」が国民立法手続きから除外されている以上、予算案のみならず、それに関連する法律もまた同手続きから除外されていると解さなければならない。このことを論証するためにシュミットが持ち出す論拠は多岐にわたる。それらの論拠はワイマール憲法の立法資料、ラント諸憲法の規定からイギリス、フランスの憲法史にまで及んでおり、公法学者としての彼の手腕が遺憾なく発揮されていると言えるだろう。のちほどⅢにおいてこうした彼の論証で使用されているいくつかの法的概念について説明を加え、そのうえで、国民立法手続き(73条3項)およびその除外事項(同4項)の運用実態を見てみよう。

なお『憲法論』との関連において特筆すべきは、この第2章において「金銭法律(Geldgesetz)」という新たな概念が導入されていることだろう。この耳慣れない概念は『憲法論』では特に明確な定義なしに使用されており、初めて『憲法論』に触れる読者には不親切かもしれない(VL 261, 264, 295, 301 [尾吹訳325, 328, 370, 377頁/阿部・村上訳304, 307, 344, 350頁])。他方、本書では「財政法律」などの紛らわしい用語に代えて「金銭法律」という語を使用する旨が

8) 同条項の訳文は訳書105頁(訳注5)を参照されたい。

9) Ch・グズイ『ヴァイマール憲法——全体像と現実』(原田武夫訳、風行社、2002年)15頁。

10) 本書では「公課法(Abgabengesetz)」のほかに「租税法(Steuergesetz)」という語が使用されているが、両者はほぼ同義である。

宣言されている（VV 22 [36頁]¹¹⁾。

(3) 公法学者よりも政治哲学者としてのシュミットに関心を有する読者にとって、おそらく本書の第3章が最も興味深いと思われる。『政治神学Ⅱ』（1970年）¹²⁾において批判的になるペテルゾン（Erik Peterson, 1890 - 1960）が本書では彼の喝采研究とともにきわめて好意的に参照されており、シュミットをして「国民なくして国家はなく、喝采なくして国民はない」（VV 34 [53頁]）とさえ言わしめている¹³⁾。あるいは、のちにシュミットがナチスへ加担したことに思いを巡らせれば、本章に散りばめられたいくつかのフレーズは刺激に満ちたものとして読者に迫ってくる。「勇敢な国民（民族）は重大かつ決定的な瞬間において偉大なことを成し遂げる」（VV 31 [49頁]）、「国民は指導者を信頼し、指導者との連帯や一体性を政治的に意識しつつ、それに基づいて提案を承認する」（VV 35 [55頁]）などの一節がそれである。

もっとも、以上のような個々の文章から離れて第3章を全体として見てみると、本書の最終章にふさわしく、国民票決と国民発案に適した本来の領域なるものが提示されている。シュミットによれば、「国民票決には適しているが国民発案には不適切である対象もあれば、その逆もあ」り（VV 15 [26頁]）、国民票決と国民発案はそのあるべき対象を異にしている。それぞれの対象を画定するにあたって、本書では次の2つがキーワードとなっている。

ひとつは「秘密個別投票（geheime Einzelabstimmung）」である。秘密個

11) 「金銭法律（Geldgesetz）」という表現それ自体は、本書のなかでも取り上げられているイギリスの「金銭法案（Money Bill）」に触発されたものと推測される。金銭法案については、本書での該当記述（VV 26 [41頁]）のほか、田中英夫『英米法総論（上）』（東京大学出版会、1980年）157頁を参照。

12) Schmitt, C., *Politische Theologie II: Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, Duncker & Humblot, 1970（新正幸・長尾龍一訳「政治神学Ⅱ——「あらゆる政治神学は一掃された」という伝説」長尾龍一編「カール・シュミット著作集Ⅱ」慈学社、2007年、所収）

13) 『憲法論』においてはペテルゾンへの言及は見られないものの、「アクラマティオン〔喝采〕なしにいかなる国家も存在しない」という類似の表現が見出される（VL 247 [尾吹訳 304頁／引用は阿部・村上訳 286頁による]）。あるいは、『議会主義』第2版においてもペテルゾンに言及することなく、本書とはほぼ同様の趣旨で喝采（acclamatio）が高く評価されている（GLHP 22 [稲葉訳 25頁]）。

シュミットとペテルゾンの交友関係および両者の喝采概念の異同については、松本彩花「カール・シュミットにおける民主主義論の成立過程——第二帝政末期からヴァイマル共和政中期まで」（博士論文 [http://hdl.handle.net/2115/67370]）の第5章で詳細に検討されている（103頁以下）。また、本稿では扱えなかったモムゼン（Theodor Mommsen, 1817-1903）の『ローマ国法』（VV 33 [87頁原注 40, 42]）も松本論文（97頁以下）では丁寧に考察されており、本書（特に第3章）の理論的背景を理解するうえできわめて有益である。

別投票では国民はひとりひとりバラバラに一票を投じるだけであり、彼らのあいだで公開の審議と討論¹⁴⁾が行われるわけではない。この観点から「秘密個別投票に基づく直接民主制は、その意思形成と意思表示に特性に適した本来の対象を有している」ことが指摘され、国民票決の対象が画定される (VV 38f. [60頁以下])。もうひとつは「官吏 (Magistratur)」である。国民に選挙 (選定) された官吏が存在するにもかかわらず、その官吏になり代わって少数の国民——ワイマール憲法73条3項によれば、有権者の10分の1——がすべての案件を自由に発案してもよいのだろうか。シュミットはこうした国民と官吏の緊張関係を視野に入れつつ、国民発案の対象に限定を加えている。

第3章の内容については『憲法論』に並行する記述が多いこともあり、本稿の「結びにかえて」でごく簡単に論及するだけにとどめたい。

II 国民立法手続きの構造

1 本書の第1章は原著で8頁、訳書でも11頁足らずの分量にすぎない。それにもかかわらず、一般の読者にとってこの章が難解——あるいは、退屈?——に感じられるとすれば、その原因は第1章で扱われているテーマがワイマール憲法に特殊固有の論点だからではないだろうか。既述のように、第1章のテーマはワイマール憲法73条3項で規定されている国民立法手続きであり、この構造をめぐってシュミットは緻密な分析を展開している。現代の日本人には縁遠いテーマであるため、シュミットの議論が複雑に感じられるのは当然である。とはいえ、条文と照らし合わせながら丁寧に本文を読んでいけば、実際にはさほど難しいことが述べられているわけではない。

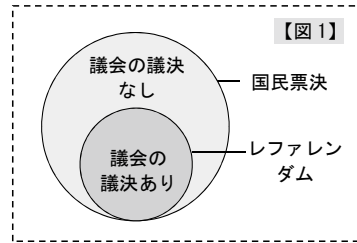
ここでは簡単な図を用いながら、シュミットの理解に即して国民立法手続きの構造を説明してみよう。ただし、その前提として次の2点を確認しておく必要がある。

第一に、シュミットは国民票決とレファレンダムを明確に区別している。シュミットによれば、レファレンダムとは「立法府の議決が存在するような事案」に限定して使用されるべき概念であり、立法府 (議会) の議決が先行しない国民票決 (国民投票) は本来のレファレンダムではない (VV 7f. [12頁])。

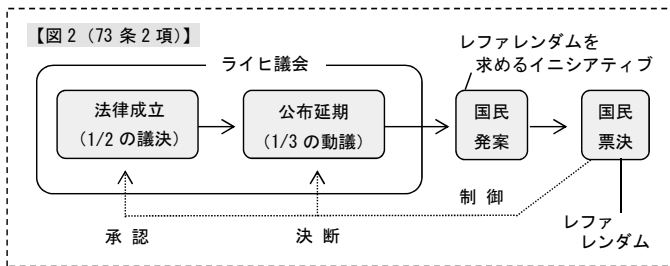
14) 「公開の審議と討論 (die öffentliche Beratung und Diskussion)」 (VV 38 [60頁]) という表現は、「私 [は] 討論 (Diskussion) と公開 (Öffentlichkeit) を議会制の本質的な原理と考えている」という『議会主義』第2版序文 (GLHP 5 [稲葉訳4頁]) の一節と通じる。

レファレンダムの用語法にかんしては、当時のドイツでも現代の日本でも混乱が見られるようだが、少なくともシュミットの理解に基づくかぎり、レファレンダムとは「議会が議決した憲法改正案・法律案などに対して国民が賛否の意思表示をおこなうもの」¹⁵⁾と解するのが適当と言える。他方、国民票決は議会の議決の有無を問わない広い概念である(図1参照)。

第二に、シュミットは国民票決の諸機能を承認機能(Bestätigungsfunktion)、決断機能(Entscheidungsfunktion)、制御機能(Kontrollfunktion)の3点に求めている。承認機能とは、レファレンダムにおいて顕著なように、国民の賛成多数により議会の議決に対して承認を与えることである(もちろん国民の反対多数により、承認が与えられないこともある)。決断機能とは、国家の最高諸機関のあいだで生じた見解の相違などにかんして、国民が票決によって決断(裁定)を下すことである。そして制御機能とは、国民が主導権を握って行動することで国民代表(議会)を制御することである。



2 以上を踏まえて、最初に73条2項の構造を図示してみよう(図2参照)。というのも、3項の構造を理解するためには、この2項との比較が有益だからである。



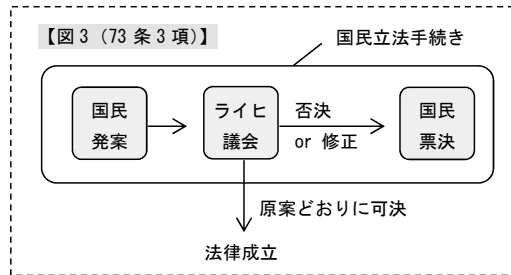
15) このレファレンダム(国民表決)の定義は大石真『憲法講義I 第3版』(有斐閣、2014年)87頁による。これに対して、『法律学小辞典 第5版』(有斐閣、2016年)は「国民投票」の項目において、国民投票とレファレンダムを同一視したうえで、次のように説明している。「議員その他の公務員の選挙以外の事項に関して、国民一般が投票を行って提案の可否を決する憲法上の制度である」(同438頁)。この説明には「立法府(議会)の議決」という要素が欠けているため、シュミットの立場からすれば、レファレンダムの定義としては不適切である。

73条2項はライヒ議会で可決した法律に対して、公布を延期する動議がなされた場合を定める。同条項によると、このとき「有権者の20分の1の請求があれば、国民票決を実施しなければならない」。このように条文上は「国民票決」となっているが、図2が示すように、この国民票決ではライヒ議会の議決した法律を承認するか否かが問題となっている。それゆえシュミットの定義に従えば、73条2項の国民票決はレファレンダムと解される。あわせてこの国民票決では、議会の議決に対する承認だけでなく、ライヒ議会少数派の異議に対する決断(裁定)もなされている。

このように73条2項には承認機能と決断機能が含まれているが、それらの機能にもましてシュミットは同条項の制御機能を重視する。シュミットによれば、同条項の趣旨は「レファレンダムを求めるイニシアティブとレファレンダムとを用いて国民代表を制御すべき」(VV9 [14頁])ということに存するとされる。シュミットは「有権者の20分の1の請求」を「レファレンダムを求めるイニシアティブ (Referendumsinitiative)」と呼んでいるが、その理由は図2から一目瞭然だろう¹⁶⁾。

3次にシュミットが国民立法手続きと名づける73条3項の構造を見てみよう。おそらく図3をご覧くださいながら訳書をお読みになれば、シュミットが述べていることは容易にご理解いただけると思われる。

73条3項にかんして、シュミットは次のように記している。「[73条3項には、]レファレンダムを求めるイニシアティブは存在しない。というのも、立法府の議決に対して国民の承認がもたされるわけではないからで



ある」(VV9f. [15頁])。72条2項の国民発案との相違を念頭に置けば、この一節の意味するところは明白だろう。3項において発案された法律案は国民によって作成されたものであり、議会の議決は存在しない。よって、この法律

16) ちなみにグズィ(前掲注9)83頁によれば、73条2項に基づいて国民票決が実施されたことは現実には1度もなかった。

案をめぐって実施される国民票決はレファレンダムではないし、同条項の国民発案もレファレンダムを求めるイニシアティブではない。

さらに続けてシュミットはこうも述べている。「[同条項は、] 法律のイニシアティブという単純なケースでもない。なぜなら、このイニシアティブは、立法府によって当該法律が議決されることのみを目的としているわけではないからである。むしろこの国民発案は国民票決に向けられている」(VV 10 [15 頁])。

73条3項の立法手続きを理解するうえでの最大の障壁は、同手続きにおけるライヒ議会の関与をどのように位置づけるかである。引用箇所からも示唆されるように、シュミット自身は国民発案が国民票決に向けられているという点を重く見ており、ライヒ議会の関与を本質なものとは考えていない¹⁷⁾。それゆえ、第1章の最終段落において、シュミットはライヒ議会に言及することなく、「ワイマール憲法には、国民発案に始まり国民票決へと至るような、そういう正規外の手続きが存在している」(VV 14 [21 頁])と結論づけているのである。

もちろん、こうしたシュミットの73条3項の理解に対しては異論もありうる。その反対者のひとりが同4項の解釈でも対立することになるトリーベル(Heinrich Triepel, 1868 - 1946)である。本書の記述によれば、彼は73条3項の立法手続きを一個の一貫した手続きとは認めず、最終的には正規の立法手続きに回収されるものとして理解しているようである。こうしたトリーベルの理解に従うと、73条3項の手続きはライヒ議会を中心にして描かれることになり、図3のあり方も大きく変わってくるだろう。

なお、この73条3項の機能にかんしてシュミットは制御機能に尽きると説明しているが(VV 9 [14 頁])、そのすぐあとで、国民票決法3条¹⁸⁾の規定によって決断機能と承認機能も獲得することになったと付け加えている(VV 12 [19 頁])。もはや解説は不要かと思われるが、念のために敷衍しておこう。国民によって発案された法律案が議会で修正のうえ可決された場合、国民票決法3条の定めるところにより、発案された法律案 A のみならず修正議決された法律 A´も国民票決の対象となる。法律 A´が国民票決の対象になることは憲

17) 『憲法論』では「この立法手続きは国家的官庁および人民代表がそれに関与しないか、あるいは単に補助機関としてのみ関与するという点に特徴がある」と明言されている(VL 259 [尾吹訳 322 頁/引用は傍点も含め阿部・村上訳 301 頁による])。

18) 同条項の訳文は訳書 104 頁(訳注 8)を参照されたい。

法上規定されておらず、この点を捉えて本書ではおそらく「憲法改正が存在している」(VV 12 [19頁])とされているのだろう。ともあれ、このケースでは、国民は法律案 A (国民発案) と法律 A' (ライヒ議会) とのあいだで決断を下すことになるし、法律 A' が選択されると、議会の修正議決に承認が与えられることになる。

Ⅲ 国民立法手続きの実態

1 本書の第2章ではかなりの紙幅を割いて予算と財政について考察が加えられており、また第3章の最終部においてルソー (Jean-Jacques Rousseau, 1712 - 1778) の『社会契約論』からの引用——「財政という語は奴隷の言語 (*mot d'esclave*) である」¹⁹⁾——とともに再び財政の問題が論じられている。このように財政は本書の隠れた主題といっても過言ではない²⁰⁾。筆者の能力では予算や財政について多くを語ることはできないが、現代の日本の法制度を視野に入れつつ、一般の読者に向けて次の3点のみを説明しておこう。

第一に、訳書には「予算案 (Haushaltsplan)」²¹⁾ と並んで、「予算法律 (Haushaltsgesetz)」という言葉が繰り返し使用されている。日本国憲法においても86条などで「予算」という語が用いられているが、我が国では伝統的に予算は「法律」とは異なる法形式であると理解されてきた²²⁾。しかし比較法的に見れば、ドイツを始めとする西洋諸国では予算と法律は特に区別されず、予算も法律の形式で議決されるのが一般的である。訳書に頻出する「予算法律」という語はこうした法制度の相違に由来する。

19) ルソー『社会契約論／ジュネーブ草稿』(中山元訳、光文社古典新訳文庫、2008年)190頁。このルソーの一節は『議会主義』第2版序文でも取り上げられている (GLHP 19 [稲葉訳 21頁])。

20) シュミットは本書と同一の講演に基づいて「民主制と財政」という小論を著しており、その内容は本書第3章の結論部と大きく重なっている。Schmitt, C., „Demokratie und Finanz“ (1927) in: ders., *Positionen und Begriffe, im Kampf mit Weimar - Genf - Versailles 1923 - 1939*, Duncker & Humblot, 2014 (4. Auf.) [orig.1940], S.97 - 99.

21) 本書には Haushaltsplan をたんに「予算」と訳したほうがよいように思われる箇所が複数存在するが、訳語の統一の観点から今回の翻訳ではすべて「予算案」と訳出した。

22) これは予算法形式説と呼ばれる立場である。例えば、芦部信喜『憲法 第6版』(高橋和之補訂、岩波書店、2015年)362頁参照。少数説ではあるが、日本国憲法における「予算」を「法律」の一種と捉える見解 (いわゆる予算法律説) も有力である。例えば、大石 (前掲注 15) 293頁以下、同『議会法』(有斐閣アルマ、2001年)100頁以下参照。

「予算」という訳語をめぐるのは、本書ではほかにも Budget, Etat——いずれも「予算」を意味する仏語・英語由来の外来語であり、通常の独和辞典に掲載されている——なども使用されており、邦訳でそれらの用語を区別することは困難である。もっとも、用語の変遷にかんして言えば、「ドイツ連邦では第1次世界大戦後1918年以來“Budget”の語に代るに“Haushaltsplan”が公用語として用いられるようになった²³⁾とされる。

第二に、上記の「予算法律」と関連する用語として、本書では「実質の意味における法律（das Gesetz im materiellen Sinne）」というドイツ公法学特有の概念が用いられている。シュミットいわく、「こんにちの通説によれば、予算案の策定は実質の意味における法律ではなく、財務行政の行為（ein Akt der Finanzverwaltung）である」（VV 23 [37頁]）。

実質的意味の法律とは形式的意味の法律（das Gesetz im formellen Sinne）と対をなす概念であり、ドイツの法学説である「二重法律概念」を前提としている。詳しい解説は専門書²⁴⁾に譲るが、結局のところ、上の一文が意味するのは次のことである。予算案の策定はたんにその形式が法律（予算法律）であるにすぎず、その実質においては立法行為ではなく行政行為にほかならない。グズィによると、「予算法律は「法形式による行政行為である」という見解が1933年に至るまで支配的であった²⁵⁾という。

それでは翻って、実質的意味の法律とは何か。これに言及するのが第3章後半の次の一節である。「法律イニシアティブと結びついた法律とは実質的意味の法律、すなわち〔国民の〕権利を一般的に拘束する規則の定立でしかありえない」（VV 45 [68頁]）。シュミットによれば、国民発案の本来の対象は実質的意味の法律であり、それは取りも直さず一般的な法規範を意味してい

23) 杉村章三郎『財政法（法律学全集10）』（有斐閣、1959年）62頁。budgetの語義については、小嶋和司「Budgetと「予算」の語義の異同性——とくに憲法および憲法史的観点から」同『憲法と財政制度』（有斐閣、1988年、所収〔論文初出1963年〕）150-183頁参照。

24) 「実質的意味の法律」と「形式的意味の法律」の区分は多くの憲法の教科書で見られるが、ここでは専門的な研究書として堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』（多賀出版、1984年）のみを挙げておきたい。

25) グズィ（前掲注9）183頁。この点に関連する近年の論攷として次の2篇がある。中里実「議会の財政権——予算の議決と租税法律の立法」フィナンシャル・レビュー 129号（2017年）[http://www.mof.go.jp/pri/publication/financial_review/fr_list7/fr129.htm] 3-24頁、同「国家・市場・課税」金子宏監修『現代租税法講座 第1巻（理論・歴史）』（日本評論社、2017年、所収）3-27頁。とりわけ前者の論文ではドイツの予算法律が取り上げられており、シュミットを始めラバント（Paul Laband, 1838-1918）、マイヤー（Otto Meyer, 1846-1924）の議論が参照されている。

る。シュミットは『憲法論』において法律の一般性の観念を擁護したことで知られるが、本書のこの一節からもその一端が窺われる（VL 151ff. [尾吹訳188頁以下/阿部・村上訳180頁以下]²⁶⁾。

第三に、西洋では歴史が下るにつれて、財政問題への国民代表のイニシアティブが縮小されていったことが指摘されている（VV 26ff. [40頁以下]²⁷⁾。より具体的には、西洋諸国の憲法史に見られるおおよその歴史的傾向として、①予算の提出権が立法部（議会）から行政部（政府）に移行したこと²⁸⁾、②予算にかんして下院（衆議院）に先議権と優越権が与えられたこと²⁹⁾、③予算に対する議会ないし議員の変更権（とりわけ歳出増額の要求）が制限されたことなどが挙げられる。

これらの特徴は西洋の立憲主義的憲法の系譜に連なる我が国の憲法にも息づいている。例えば、内閣の予算提出権は日本国憲法73条5号、予算における衆議院の先議権と優越は同60条に明文の定めがある。また国会法の規定によれば、予算の修正動議および予算を伴う法律案の発議・修正動議を行う場合には、通常の議案の場合よりもその要件が加重されている（国会法56条1項但書、57条但書、57条の2）。シュミットはフランスの公法学者デュギー（Léon Duguit, 1859 - 1928）の著作を参照しつつ次のように述べているが、この指摘は我が国の国会法の規定にもそのまま妥当する³⁰⁾。「[個々の議員の財政イ

26) 法律の一般性をめぐっては日本国憲法41条の立法概念との関連で多数の邦語論文が存在するが、それらの文献紹介も兼ねて、拙稿「法律は一般的でなければならない——アリステレスとシュミットを手がかりに」伸正昌樹編『近代法とその限界（叢書アレテイア11）』（御茶の水書房、2010年、所収）315-338頁を参照。

27) 『憲法論』では二院制との関連でこれとはほぼ同一のテーマが扱われている（VL 295ff. [尾吹訳369頁/阿部・村上訳344頁以下]）。

28) この点は必ずしも本書において明言されておらず、また二院制を採用する国家のみに妥当することだが、例えば、杉村（前掲注23）83頁はイギリス、フランスなどを参照しながら、「予算の発案権が行政部に所属することは近代国家における共通の原則であろう」と述べる。なおグズイ（前掲注9）184頁によれば、ワイマール憲法では「執行権による予算案策定権」が当然の前提にされていたとのこと。

29) ただし現行のイタリア憲法には予算の先議権について規定がなく、実務上、代議院と元老院の先後が1年ごとに交代するとのこと。初宿正典編『レクチャー比較憲法』（法律文化社、2014年）139頁（田近肇執筆）を参照。

30) 大石（前掲注15）291頁によれば、国会法57条の2は「議員による選挙目当ての財政事項発議権の濫用を抑制しようとして設けられたもの」であり、同56条1項但書、57条但書もこれと同旨である。これらの条項の詳細な解説として、昭和54年3月衆議院事務局編『逐条国会法』第4巻（信山社、2010年）を参照。他の文献においても、「予算を伴う議員立法が山積することになると国の財政に不当な圧迫を加えることになる」と言われていたり（杉村（前掲注23）70頁）、「民主主義が民衆迎合的な冗費を増す」といった指摘がなされている（小嶋和司『日本財政制度の比較法史的研究』信山社、1996年、68頁）。

ニシアティブを] 制限することによって公的財政が議員たちの影響から保護される……。というのも、議員たちは支出を増額したり収入を減額することが選挙民にとって喜ばれる場合には、簡単にそうする傾向にあるからである」(VV 28 [39頁])。

2 これまで見てきたように、シュミットは本書の第1章と第2章を使って、国民立法手続き(73条3項)およびその除外事項(同4項)を熱心に論じている。もちろん、これには理由がある。シュミットが本テーマで講演に臨んだとき、まさに国民立法手続きの運用をめぐる社会的な問題が持ち上がっていたのである。その具体的な事案は本書のなかでも触れられているが、その一件も含めて、そもそも国民立法手続きはワイマール期全体を通じてどの程度利用されていたのだろうか。本書の背景知識をなす国民立法手続きの運用実態を先行研究に依拠して紹介しておこう³¹⁾。

(1) 文献によれば、国民立法手続きによって発案の申請がなされたのはわずか8件にすぎず、そのうちライヒ内務大臣がその申請に許可を与えたのは下表の3件のみである。結論だけを記すと、これらはいずれもワイマール憲法の課す要件を満たすことができず、最終的な立法化には至らなかった。つまり、国民立法手続きを用いて成立した法律はゼロである。これにはさまざまな要因が考えられるが、ひとつにはワイマール憲法75条の要件が厳しすぎたことが指摘されている。同条によれば、国民立法手続きに基づく法律の

事案の概要	
旧王侯財産没収 (1926年)	旧王侯の財産を無償で没収する旨の法律案がドイツ共産党の主導で発案申請された事案。
装甲巡洋艦建造 (1928年)	装甲巡洋艦建造に賛成した与党に対し、これに反対する法律案がドイツ共産党から発案申請された事案。
ヤング案 (1929年)	第1次世界大戦の賠償金支払い案(ヤング案)に反対する法律案(自由法)が右派から発案申請された事案。

31) この点にかんする本稿の記述は、グズィの前掲書のほか、下記の文献に多くを依拠している。Jung, O., *Direkte Demokratie in der Weimarer Republik: Die Fälle »Aufwertung«, »Fürstenenteignung«, und »Youngplan«*, Campus, 1989、相澤直子「ドイツにおける直接民主制に関する一考察——その理念と実践(1)」九大法学86号(2003年)1-105頁(とりわけ21頁以下)。

成立にはたんに投票者の過半数の賛成票のみならず、全有権者の過半数が国民票決に参加していることが必要とされた。この点に関連して、シュミットは半ば皮肉めいた口調で次のように述べている。「ワイマール憲法75条の「国民」票決では、有権者の過半数が投票に参加することが定められており、その結果、この条文では国民の意思を確定するにあたって、通常とは異なり、投票した者のみが考慮されるのではなく、自宅に居た者も国民として観念されるのである！」(VV 32 [51頁])³²⁾

さらにシュミットは、国民票決が「私人の意のままに行われる新聞のプロパガンダやアジテーション」(VV 38 [60頁])の餌食になってしまうことを危惧している。これはたんなるシュミットの杞憂ではなく、とりわけヤング案反対の国民票決において顕在化した。このときに繰り広げられた扇動的な反対キャンペーンにナチスが参加し、躍進のきっかけを掴んだことは、ワイマール史的一幕として刻印されている³³⁾。

(2) 他方、73条4項の除外事由に該当するために、発案申請が不許可となった事案は全部で3件である。そのうちのひとつが本書で取り上げられている事案——いわゆる「増額評価法 (Aufwertungsgesetz)」³⁴⁾をめぐる一件 (1926年)——であり、この件をめぐってライヒ政府とトリール伯の見解が激しく衝突した (VV 16ff. [28頁以下])。4項の文言を厳格に捉えるようとするトリール伯の主張は次の一節に集約されている。「この条項〔73条4項〕は予算案と述べているのであって、予算案に影響を及ぼす法律と言っているのではない」³⁵⁾。よって、トリール伯によれば、国民発案から除外されるのは「予

32) グズィ (前掲注9) 17頁によれば、ワイマール憲法75条の規定を73条3項の国民票決にも適用すべきかという点にかんして解釈論上の争いがあったようである。そのことはアンシュッツのコンメンタルからも窺える (Anschütz, a. a. O. (Fn 7), S.398ff.)。シュミット自身は「こんにちにおける第75条の運用は、……この規定を(わたくしの考えでは不当に)国民発案にもとづく国民投票〔票決〕にも適用している」と述べており、その適用に否定的だったことが分かる (LL 62 [94頁、傍点は筆者 (松島)])

33) E・コルプ『ワイマール共和国——研究の現状』(柴田敬二訳、刀水書房、1987年) 183-185頁参照。

34) ドイツを襲った猛烈なインフレ (1923年) によりマルクの貨幣価値が大下落したため、これに対処するために制定された法律。簡潔な解説として、山田晟『ドイツ法律用語辞典 (改訂増補版)』(大学書林、1993年) 52頁参照。

35) Triepel, H., „Das Abdrosselngsgesetz“ in: Deutsche Juristen-Zeitung vom 15. Juni 1926, S.847. このトリール伯の小論はそのタイトルのとおり、ライヒ政府の「制限的法律 (Abdrosselngsgesetz)」(VV 17 [29頁]) を批判する論文である。「制限的法律」は「阻止法」とも訳され、具体的には、国民発案を制限 (阻止) しようとしたライヒ政府主導の法律、すなわち「国民票決にかんする第二法律 (Zweites Gesetz über den Volksentscheid)」(VV 16 [28頁]) を指す。

算案 (Haushaltsplan)」に限られ、「予算案に影響を及ぼす法律 (Gesetze, die einen Einfluß auf den Haushaltsplan haben)」は国民発案の対象となる。こうしたトリーベルの見解に対抗して、同条項の文言を拡張的に解釈するシュミットの見解についてはすでに紹介した (本稿 I 2(2))。ある文言をめぐってその意味の広狭を争うことは法律学ではありふれたものだが、そのような典型的な法解釈論争がワイマール憲法73条4項においても展開されていたわけである。

ちなみに本書の第2章に「憲法の規定を破棄する (Durchbrechung von Verfassungsbestimmungen)」(VV 17 [24頁])という表現が出てくるが、これは『憲法論』第11章において詳述される「憲法破棄 (Verfassungsdurchbrechung)」という概念に対応する。本書でのシュミットの対決姿勢からは一転し、『憲法論』では上述のトリーベルの見解に対して一定の理解が示されている (VL 109 [尾吹訳140頁/阿部・村上訳136頁])。安直な手法で同条項の破棄を企てるライヒ政府への不信感は、トリーベルのみならずシュミットにも共有できるものだったからである³⁶⁾。

結びにかえて

以上、雑駁ながら、筆者の思いつくままに本書の解説を綴ってきた。拙い解説であることはもとより否定すべくもないが、本稿が訳書を読み進めるための一助になれば、筆者としては望外の喜びである。

最後に本書の副題「ワイマール憲法の解釈および直接民主制論に関する一考察」に立ち返るならば、本稿ではもっぱら「ワイマール憲法の解釈」の側面に焦点を当てたため、後者の「直接民主制論」についてはほとんど論及することができなかった。この点にかんしては、本書の第3章の精読をお願いするほかない。ただ、そこでのシュミットの基本思想は明快である。彼の主張をひと言で言えば、「直接民主制の可能性はまさに特定の対象および方法に限定されている」(VV 32 [50頁])ということに尽きる。「安直にもありとあらゆることを「国民」に委ねることが「民主的」と考えられている」(VV 31 [49頁])と揶揄するシュミットにとって、すべての案件を国民発案や国民

36) 憲法破棄 (破毀) にかんする浩瀚な研究書として、岩間昭道『憲法破毀の概念』(尚学社、2002年)がある。この研究書においてもワイマール憲法73条4項が具体例として取り上げられている (とりわけ同153-155頁 (注96)、189-191頁 (注20)を参照)。

票決に委ねてしまうことほど愚かなことはないのである。

近年、我が国でも憲法改正を対象とした国民投票法（2007年）が制定されたことを皮切りに、それ以外のテーマにおいても国民投票の実施を求める声が高まっている。すでに諸外国では多彩な案件で国民投票が実施されており、相応の成果を上げているようである³⁷⁾。そうした数々の実例を目の当たりにすると、日本人の多くは羨望の念を抱きつつも、しかし他面で、一抹の不安も感じるのではないだろうか。脱原発、基地移転、同性婚、夫婦別姓、女系天皇、移民受入れ……、これらの山積する難題を国民投票に託してもよいのだろうか。あるいは、これらの難題を国民投票によって解決することこそが真の民主制なのだろうか。このような問いを考える手がかりとして、直接民主制の限界を冷徹に見定める本書の議論はいまなお有効であるように思われる。

37) 今井一ほか編『国民投票の総て』（[国民投票／住民投票] 情報室、2017年）第2章。