

公法学者としてのエルンスト・フレンケル

渡 辺 暁 彦*

Ernst Fraenkel als „aufgeklärter Staatsrechtslehrer“

Akihiko WATANABE

キーワード：ヴァイマル憲法、ユダヤ系亡命法学者、『二重国家』、ドイツ公法理論、
多元的民主主義

はじめに。

1. ヴァイマル憲法体制とフレンケル
 2. ユダヤ系亡命法学者と『二重国家』
 3. 戦後ドイツ公法理論におけるフレンケル受容
- おわりに。

はじめに。

ヴァイマル憲法が制定されて一世紀。それを契機に、あらためてヴァイマル憲法の歴史的意義を問う著作物が多数公刊されている¹。

当時、“世界で最も民主的な憲法”を有したヴァイマル共和国が、わずか10年余で崩壊したのはいかなる理由によるものか。特に、ヴァイマル憲法に内在する要因については、これまでも繰り返し論じられてきた。

共和国が直面する危機的な状況下で、ヴァイマル憲法解釈をめぐる芳醇な理論展開がみられたこと、そしてそれは第二次大戦後のドイツ基本法の解釈及び運用に大きな影響を与えていることはあらためて論じるまでもない。その当時の公法学の議論状況を、論者の自由主義に対する姿勢に着目して整理しようとしてつとめたのが、古賀敬太教授の著作『ヴァイマル自由主義の悲劇 - 岐路に立つ国法学者たち -』（1996年）である。そこで考察対象とされたのはH・ケルゼンとC・シュミットを筆頭に、E・カウフマン、R・スメント、H・ヘラー、G・ライプホルツ、G・アンシュッツ、R・トーマなどであり、いわゆる法実証主義者か反法実証主義者かを越えた、錚々たる名前が連なる。もちろんそれ以外にも、共和国下で活躍した公法学者として、例えばH・トリーペル、H・ペータース、H・ナヴィアスキー、さらにはK・レーベンシュタインなど、わが国の憲法学でも馴染みのある人物の名前が想起されよう。

危機に瀕したヴァイマル共和国（憲法）体制に対して、すでに時代遅れの所産としてそれを激しく批判する者がある一方、それを理論的に擁護しようとする試みも少なからずみられた。その多くが、当時の政治状況及び実践と極めて密接に結びついた理論的営為であった。

もとより、これ以外にも多くの公法学者が危機的な状況下で自らの学問的立場から、時代の課題に向き合ってきたのであり、その点からすると、従前あまり取り上げられることのなかった公法学者に焦点をあてることで、当時の議論状況をより立体的な枠組みで捉えることができるのではないかと考えられる。

* 滋賀大学教育学部

そこで本小論では、30年代初頭の“危機の時代”に共和国擁護の論陣を張った一人、エルンスト・フレンケル（Ernst Fraenkel, 1898-1975）を取り上げ、共和国時代の彼の公法学の領域での理論的取組み、さらにそこでの議論が戦後の基本法にどのような影響を与えたかについて幾ばくかの検討を行うものとする。

公法学の視点からフレンケルを取り上げることには異論もありえよう²。一般には、彼の主著である『二重国家』（1941年、ドイツ語版は1974年）のタイトルとともに、第二次大戦後1950年代から70年代にかけて活躍した政治学者として知られる。ドイツ公法学の基本書・概説書等においても、一部の例外を除いて、フレンケルに言及されることは今もって少ない。そうしたなかで、近時、P・ハーベルレ（P.Haberle）教授らが編纂された大著『20世紀の国法学者』（初版2015年、第2版2018年）において、フレンケルに一章が割かれている点は特筆すべき事柄であろう³。

同書で「フレンケル」の項目を執筆しているのは、フレンケルの浩瀚な著作集（全6巻）の編者、フォン・ブリュネック（A.von Brünneck）教授である⁴。簡潔ながら公法学への示唆という点でも要を得たもので、最近のドイツ公法学におけるフレンケル受容の一端を示すものといってよい。以下、簡単にフレンケルの略歴にふれつつ、上記フォン・ブリュネック教授の論稿に依拠して、今日の基本法をめぐる議論との関わりで取り上げてみたい。

1. ヴァイマル憲法体制とフレンケル

ヴァイマル憲法体制からヒトラー独裁に転換するなかで、フレンケルはユダヤ系の出自をもちながらも、法理論家として、あるいはまた弁護士として30年代後半までドイツ国内に留まって活動を行っていた。激動の時代にあって、まさしく“わが身をもって”、ヴァイマル憲法の理念を具現化しようとした人物と評することも許されよう。以下、簡単に略歴を確認しておきたい⁵。

(1) ヴァイマル憲法の擁護

1) フレンケルとジンツハイマー

1898年12月26日、フレンケルはケルンの裕福なユダヤ人家庭に生まれたが、早くに親を亡くしたため、フランクフルトに住む母方の叔父の下で暮らした。そこでの教養豊かで自由主義的な環境が、後々のフレンケルの思想に影響を与えたといわれる⁶。

1916年から1918年にかけて従軍した後、フランクフルトで法律学と歴史学を学ぶ。1923年には、“労働法の父”と称されるH・ジンツハイマー（Hugo Sinzheimer, 1875-1942）の下で、「無効な労働契約論（Der nichtige Arbeitsvertrag）」を執筆し、学位を取得した⁷。それに先立って1921年には社会民主党に入党している。これ以降、彼は社会民主党系の理論家として活躍する。

1927年には、ベルリンで労働関係専門の弁護士として裁判実務にも携わるようになる。労働法学を専攻し、労働運動にも期待を寄せていたが、1927年刊行の『階級司法の社会学』⁸にみられるように、現実の社会を透徹した眼差しでみつめた彼の学問的関心は、決して一つの法領域にとどまるものではなかった。労働法学の久保敬治教授は、彼の学問的変遷を「労働法から法社会学をへて社会主義法学へ、さらに国法学へ移行し、アメリカに渡った後は、政治学者フレンケルに転身した」⁹と評している。

ちなみに、共和主義裁判官協会の機関誌ユスティーツ（Die Justiz）の時評欄を、ジンツハイマーの後を継いで1931年10月号から33年2月号まで担当している。

2) ヴァイマル共和国の擁護

共和国末期、憲法を敵視する主張に対して、フレンケルはヴァイマル憲法体制を擁護する論陣をふる。その際に、現実の政治状況をふまえた憲法解釈の必要性を説き、憲法改革に向けた主張を展開した。そのような現実政治のなかでの試行錯誤の取組みが、戦後の基本法の規定ならびにその運用に少なからず影響を与えたことは、今一度、注目されてよいように思われる。

この時期の論稿として、とりわけ1932年に発表された「憲法改革と社会民主主義」が重要である。

この論文では、危機的状況下で、共和国が生き延びるためには柔軟かつ現実的な憲法解釈が必要であると説き、改革のための処方箋を書き留めた。必ずしも憲法の文言に固執しない解釈手法は、シュミットのそれとも相通ずるものがある。

フレンケルは、憲法改革案の一つとして、現下の憲法を保持しようとするのであれば、その核心部分についての「心臓手術」が必要になると述べ、議会の権限に関する具体的な憲法改正の提案を行っている。

そうした提案のなかで注目されるのが、「ライヒ議会が不信任投票を行うよう大統領に提案する場合、辞任へと迫りやる者にかわって新たにひとかどの人物を任命する具体案と結びつけることによるのみ、ライヒ首相や各大臣に対する不信任投票に辞任という法的効果を付与すべき」¹⁰ だとする考え方である。これによって、少数政党が離合集散するなかで不安定な政権が誕生することを阻止し、議会多数派に支えられた安定した責任ある内閣を生み出そうとした。このような考え方は、戦後ドイツの基本法第 67 条、いわゆる建設的不信任投票制度に結実していくこととなる¹¹。

(2) 共和国の崩壊とナチ・ドイツへの抵抗

ナチ・ドイツによるユダヤ人差別・迫害が激しくなるなかで、フレンケルは第一次世界大戦への従軍・前線勤務の経験から、ひとまず 1933 年以降も弁護士として活動することが許された。

この間、強制収容所収監処分を受けた労働組合のリーダーらの弁護活動に尽力したという。金属工労組の組合長アルヴィーン・ブランデスは、後年、フレンケルの弁護活動を称賛している¹²。

こうした活動と並行して、フレンケルは労働者に対してナチへの抵抗を呼びかける一文をものしている¹³。「ナチへの最初の反対者は、とりわけいくつものグループに分かれ、分裂をしていた労働運動の中に形成された」¹⁴ といわれる。早くから労働者教育に取り組んできたフレンケルからすれば、労働者の「非合法活動」を通して、ナチの恐怖支配の打破とドイツの再生を期したことも十分に肯ける。1934 年から 37 年にかけてフレンケルが執筆した幾つかの論説は、その点で「ナチズム初期の抵抗運動に関する重要な歴史的記録」¹⁵ としても興味深いものといえよう。

1933 年 4 月の職業官吏再建法の成立は、特にユダヤ人にとって、「ホロコーストへ通じる、長い、幾重にも曲がりくねった道の第一歩」¹⁶ であったといわれる。一連の人種差別立法により、多くの著名な研究者が亡命を余儀なくされたが、フレンケルも、「ユダヤ系弁護士の許可に関する命令」(1938 年 9 月 28 日) によって、業務の継続が不可能となったため、アメリカへの亡命を決断することとなる。

2. ユダヤ系亡命法学者と『二重国家』

(1) 亡命生活のなかで

アメリカへ亡命した後、彼は奨学金を得て、シカゴ大学ロー・スクールで学ぶ。苦勞の末に、1941 年に著者『二重国家 (*The Dual State*)』が公刊された。

翌年 (1942 年) から 1944 年にかけて、彼はニューヨークのニュー・スクール・フォア・ソーシャル・リサーチで「比較法 (Comparative Law)」の講座を担当する。この学院は、社会人教育の目的で 1933 年に開設されたが、多くの亡命知識人、特にドイツからのユダヤ系亡命学者を受け入れたことで知られる¹⁷。

また、1944 年からは、ワシントン DC の「対外経済局 (Foreign Economic Administration, FEA)」に勤務する。渡米後にフレンケルがはじめて得た定職であった。FEA は「戦略情報室 (Office of Strategic Service, OSS)」の下部組織である。戦略情報室には、フランクフルト社会研究所のメンバーをはじめ多くの亡命知識人が関わっており、そこにはフレンケルの友人である F・ノイマン (Franz L. Neumann, 1900-1954) や O・キルヒハイマーらが在籍していた。

(2) ナチの支配体制と『二重国家』論

1) 『二重国家』の誕生

「二重国家」論は、ナチ・ドイツの支配構造に関する古典的分析としてわが国でもよく知られている¹⁸。同書は、フレンケルと親交のあったF・ノイマンの『ビヒモス』と並んで、ナチ独裁体制の政治構造分析における双璧といってよい¹⁹。

アメリカ合衆国で1941年に出版された『二重国家 (*The Dual State*)』は、ようやく1974年にドイツ語版『二重国家 (*Der Doppelstaat*)』として刊行された²⁰。ドイツ語版の序文には、「本書は国内亡命の産物である」²¹と記されている。ドイツ国内で、『二重国家』論が幅広い共感をもって受容されたのは、ようやく70年代半ばを過ぎてからのことであったのである²²。

戦後の多元主義的理論の展開を考えるうえでも、ここで「二重国家」論について一瞥しておく。フレンケルは同書において公文書や訴訟記録など様々な資料を通して、「ナチズムの憲法現実」を批判的に分析した。そこにはナチの人種差別立法により、いかに「合法的に」人々の権利が剥奪されたか、数々の事例が示される。弁護士として多くの裁判に向き合った彼の経験が色濃く反映されている²³。

ナチの権力支配のまったただ中、ベルリンの中心部にある図書館等で執筆は行われたが、その際に「人々に疑いをもたれないよう、別のテーマや専門領域に関する資料に紛れ込ませて」文献を手にしたといわれる²⁴。その草稿は、フランス人外交官の旅行鞆に入れられて国外に持ち出されたのである²⁵。

こうした苦難を経て、亡命先で刊行された『二重国家』は、「1933年から1945年までのドイツ国内で生まれた唯一のナチ独裁体制に対する批判的考察である」²⁶。

2) 二重国家とは何か

そもそも『二重国家』の「二重」とは何を意味するのか。ファシズム体制の特質として、しばしばその暴力性ととともに、政党が国家と一体化する傾向が指摘されるが、そのような政党と国家との二重性を意味するものではない。

『二重国家』論の基本テーゼは、ナチ・ドイツには「二つの支配形式」、つまり規範国家と大権国家（措置国家）との並存がみられるというものである²⁷。規範国家とは、「法令や判決、そして行政の活動等に適切に示されている法秩序の維持を目的として、広範な統治権限が付与された政治体制である」。それに対して、大権国家とは「いかなる法的保障も及ばない絶対的な専横及び暴力の支配体制である」²⁸。ナチの経済政策も資本主義の展開に即したものであり、大権国家においても法律の形式的合理性が維持される状況を、フレンケルは国家の二重性と捉えた。

「大権国家」の始まりは、1933年2月28日に出された「民族及び国家の防衛のための大統領緊急令」（いわゆる「議事堂炎上緊急令」）である。国会議事堂炎上事件（2月27日）をきっかけに、共産党議員をはじめとして、社会民主党議員や進歩的な知識人が次々に逮捕されたが、これら大量逮捕の合法性を裏付けるために布告されたのが2月28日の緊急命令である。フレンケルは、これを「第三帝国の憲法」と呼んでいる。

「二重国家」論の背景には、当時、盛んに用いられた全体主義概念の捉えなおしという意図もあった。つまり、ファシズムやナチズム、スターリニズムを一括りに「全体主義」という概念で捉えようとする風潮に対して、ナチ・ドイツのそれは「私的資本を認める法治国家と独裁国家との折衷」であり、他の独裁体制とは異なる、つまりナチズムは「限定的な全体主義」²⁹であったとされるのである。

フレンケルの『二重国家』には、その時代の公法学の文献、例えば、E・R・フーバーやT・マウンツらの概説書等が引かれる。そこからは当時の公法学がいかにナチズムのイデオロギーによって深く刻印されていたかがうかがえる。その結果として、いかに多くの人々の権利が奪われることにつながったか。それはその後の歴史が教えるところである。

(3) 第二次世界大戦の終結とドイツへの帰還

第二次大戦後、フレンケルはアメリカ占領軍の一員として朝鮮半島（現在の大韓民国）に渡る。齢47歳にして、極東の地で国家の民主的再建に寄与することになったわけである。当初、彼は法律専門

家として日本で勤務する予定であったが、直前で行き先が朝鮮半島に変更されたという。この地で、朝鮮戦争が勃発するまで、ほぼ5年にわたってリーガル・アドヴァイザーとして職務に従事している³⁰。

その後1951年、親友のO・ズーアの呼びかけなどもあってドイツに帰還し、再開されたドイツ政治大学（後のベルリン自由大学）で職を得た。そこで、亡くなる年（1975年）まで教鞭を執った。著名な公法学者K・シュテルンも、基本法の「自由で民主的な基本秩序」に対する価値志向において、ドイツ公法学はアメリカの政治理論（ベレルソンやダール）に多くを負っているとし、「[[そのダールらの] 思想をドイツの政治学に広めたのは、とりわけ、E・フレンケルであった」と述べる³¹。

戦後のフレンケルは、H・ラスキ等の影響を受けつつ、特に多元主義（新多元主義とも称される）の立場から、民主主義や政党に関する理論的検討を行ったことで知られる。これについては、次に節をあらためて論じることとする。

3. 戦後ドイツ公法理論におけるフレンケル受容

(1) 多元的民主主義論

もともとドイツの大学では、「法学・経済学の内容が優位の『国家学』が支配的であり、学問としての政治学は周辺的なものとみなされがち」であったが、第二次大戦を経て「[[政治学は] 教員やジャーナリストに対する政治教育を通じて西ドイツに民主的な政治文化を形成するために、アメリカから導入が図られた」といわれる³²。

亡命先のアメリカで、英米法の枠組み及び政治理論を吸収したフレンケルは、ドイツに帰国して後、ひろくアメリカの政治理論をドイツに紹介するとともに、戦後ドイツの政治学の発展、なかでも民主主義的思考の復権に大きく寄与した。そうしたなかで、「50年代の終わりからは、多元的民主主義のコンセプトを発展させていった」といわれる³³。それは、「ドイツでしばしば論じられてきた憲法規範と憲法現実との間隙をうめる」役割を担うものである³⁴。

彼はベルリンのドイツ政治大学で教鞭をとるかたわら、数多くの論文を執筆したが、そうした学問的営為を通して、フレンケルの多元主義論および多元的民主主義論が形成されていく。それらは、後に論文集『ドイツと西欧民主主義』（1964年）³⁵に収録されている。

フォン・ブリュネック教授によれば、フレンケルの多元的民主主義のコンセプトは、「公益（Gemeinwohl）」を次の通り捉えることを出発点においている。すなわち、「公益は、全体主義体制の時代のイデオロギー支配にみられるような、政治機関の外に先天的に（a priori）存在するものではなくて、むしろ「それは政治的意思形成に際して相対立する各セクターのなかで、開かれた手続を通して経験に基づいて後天的に（a posteriori）確かめられる」という認識である³⁶。

これこそが多元的民主主義でいう「公益」であり、利己的な個人、組織、団体、政党、そして世論などの相互作用によって、それは明確となるのであり、政治的な意思形成プロセスは、相対立する立場のあいだで互いに歩み寄ろうとする妥協をねらいとする。「公益」は、そのような様々な経済的・社会的・政治的な力関係の「ベクトルの和（Resultante）」として現れるのである³⁷。

その際、互いに共有できる価値、つまり憲法上明記された基本的な手続の遵守が重要となる。つまり、多元的民主主義は「ヨーロッパの自然法的伝統という根本的な価値志向を擁護すること、すなわち人権と法治国家原則の有効性ということに決定的に依拠する」³⁸。このような基本的思考を、フレンケルは「英米法の憲法伝統」に負っている。

こうした主張を通して、1960年代半ばに至ってもいまだ捨てきれない権威主義的・官憲国家的思考の残滓に反駁を加えていったのである³⁹。

(2) 戦後ドイツの公法理論

1) スメントの統合理論

戦後早い段階のドイツ公法理論の展開に目を向けると、ヴァイマル共和国時代に活躍した理論家、例えばスメントやシュミットの影響が色濃くうかがえる。

このうち、スメントの統合理論は「『国家への無関心』の克服」を基本モチーフとするもので、1970年代に栗城教授が手際よく整理されたように、「統合理論に直接的あるいは間接的に依拠した憲法理論が現代ドイツの憲法学において有力な潮流」であるとされる⁴⁰。

フレンケルの多元的民主主義論は、「1960年代初め以降にみられるドイツの政治制度の自明性を定式化するものでもあり、ひろく受け入れられていくが、1970年代に入り「一般国家学でもいちだんと受容されていく」⁴¹。フォン・ブリュネック教授によれば、「多元主義的民主主義のコンセプトは、内容的にみて、スメントと彼の学派が展開した統合理論コンセプトをさらに発展させたもの」であるという⁴²。

フレンケル自らも1960年の論説「ドイツと西欧民主主義」のなかで、スメントを引きながら、「[議会主義の特徴を]多様な立場の対立のなかで、繰り返し新たに獲得されるであろう『ベクトルの和』として捉えたことを「想像力豊かなもの」と評している⁴³。

スメント学派のH・エームケが、フレンケルの多元主義的思考を積極的に受容するなど⁴⁴、両者のつながりがうかがえる。

統合理論の現代的展開を担う一人がP・ヘーベルレ教授であるが、彼の憲法理論について、「ヘラーの理論を取り入れることによって[スメントの]統合理論の問題点の克服を図りつつ、徹底して過程と参加の要素を強調した多元主義的民主主義の憲法理論として展開されている」⁴⁵と評されることがあるが、こうした点にもフレンケルの公法理論への影響が見て取れるといえよう。

2) 憲法の存立基盤としての国民の意思

ヴァイマル憲法の教訓に基づき、戦後ドイツ公法理論において、憲法への意思（憲法コンセンサス）、つまり憲法を尊重・擁護しようとする意思の必要性が多くの論者によって強調されてきた⁴⁶。それによって、憲法の存立、憲法の実体化がはかられるのである。その場合、国民主権原理（民主政原理）は動態的かつ多元的に理解されるであろう。

国民のコンセンサスの重要性を強調するのが、憲法を創設的・包括的・積極的なものとして把握しようとする理論傾向である。この理論傾向の立場は、憲法をもって、国家に対して自由の侵害を規制するだけでなく、自由の実効的保障のために必要なことを行うよう国家に命令し国家を義務づけるものとする。

憲法の実体化については、立法者の優位を認めながらも、具体化の権限は他の機関、特に連邦憲法裁判所にも帰属すると捉えるのである。憲法のなかにある程度価値的なものを認め、その意味内容を明らかにすることを憲法の実体化とよび、意味内容については様々な解釈が可能であるから、憲法は具体化に対して開かれていると説かれるのである。

この理論傾向は、連邦憲法裁判所の判決との相互影響関係のもとに、憲法の実体化として私人間効力の思想など様々な内容を導き出したが、その最たるものが国家の基本権保護義務論であろう。

このような理論傾向に対して有力な批判もみられる。シュミット門下のE・フォルストホフの見解であり、それを修正・発展させたE・W・ベッケンフェルデにみられる理論傾向である。

この理論傾向の立場からすると、「憲法を法治国家原理、しかも、形式的に理解された法治国家原理を基礎として把握するので、憲法のなかにも価値的なものを読み込むことに対して基本的に抑制的であり、したがって、具体化によって憲法から多くのものを導出することに対して基本的に抑制的であり」、また「憲法の実体化をもとも機関として憲法上の正当性を持っている立法者の権限としているので、憲法の実体化のレベルでのコンセンサスというものは重要な意味を持ち得ない」とするのである⁴⁷。

(3) ドイツ連邦憲法裁判所の判例理論

1) ブロックドルフ決定

憲法価値の実現において、ドイツで今日重要な役割を果たしているのが連邦憲法裁判所である。コメント理論に倣えば、連邦憲法裁判所は「社会統合」に寄与し、「市民も自らの政治システムをよりよく理解し、その諸機関と一体感を保持することになると想定される」⁴⁸であろう。

第二次大戦後に新設されたドイツ連邦憲法裁判所は、「基本法の命令と禁止を諸価値の実現、一つの価値秩序の表出と理解し、書かれていることの背後に本来の法を見るこうした自然法的な考え方で、憲法の文言と構造に対して非常に大きな行動の自由を獲得した」といわれる⁴⁹。

フォン・ブリュネック教授によれば、フレンケルの基本コンセプトは「連邦憲法裁判所によって形成される基本法解釈のための国家論的正当化を内包している」という⁵⁰。連邦憲法裁判所の判決のなかには、特に民主主義の原則に関わって、フレンケルが力説した「政治的プロセスの開放性の要請」を映し出す言説が見出せる。この両者の類似性が顕著に見られる事案として、フォン・ブリュネック教授は、1985年5月に下されたいわゆる「ブロックドルフ決定」⁵¹を引く。やや長くなるが、以下、連邦憲法裁判所の決定から該当部分を引用しておきたい。

「意見表明の自由は、人の人格の最も直接的な表現であり、自由で民主的な国家秩序を構成するおおよそ最も主要な人権の一つとみなされる。この国家形態の生命要素である恒常的な精神的対決と意見相互の闘いは、意見表明の自由があってはじめて可能になるからである……。集会の自由は集団的意見表明の自由と理解されるので、同じことは原則として集会の自由にもあてはまる。……メディアを通じて意見を表明する機会が少数の人に限定されている社会では、個人には、政党や団体に組織されて協働することと並んで、一般的には、デモのための集会の自由を主張することによって集団的な影響力を行使する道しか残されていない。……一般に政治的意思形成の諸力の平行四辺形のなかで、すべてのベクトルが何かがしかの力を発揮する場合にはじめて、相対的に正しい合力が形成されるのであるから、集会の自由権の行使は、正しく理解された公共の福祉にも結局は資することになる」⁵²

こうした判決からもうかがえるように、「連邦憲法裁判所は、多元主義のなかに、基本法が依拠する民主主義の構成要素を認めているのである」⁵³。

2) 比例原則

昨今、“グローバル・スタンダード”と評されるドイツの比例原則的手法（三段階審査論）であるが、こうした手法もある意味で「政治的なプロセスにおいて標準コンセプトとなっている妥協を、司法領域において具体化したもの」と捉えることが可能である。

この点で、フレンケルの多岐にわたる学問的取組みにおいて、特にその憲法理論的拡がりに着目して、彼の公法理論における今日的意義を詳述したW・ブルグラー（W.Brugger）教授の指摘に着目しておきたい。

ブルグラー教授によれば、たとえ基本法のテキストや連邦憲法裁判所の判決に「多元主義」という言葉がなくとも、基本法の規定の背後に多元主義的思考があることについては憲法学上争う余地はないとされる⁵⁴。

このように、「多元主義理論と連邦共和国憲法とのあいだには、広範な一致がみられる。フレンケルの多元主義理論は、憲法理論の次元で基本法の性格を明快かつきめ細やかに提示しようとするものにほかならない」と指摘する⁵⁵。

判例法上確立されてきた比例原則的手法を、学説史のないしは憲法理論的枠組みでとらえておくこともあながち無意味ではなからう。

フォン・ブリュネック教授は、最後にフレンケルの多元的民主主義論を次のように総括する。つまり、「多元主義のコンセプトは、基本法の要請を憲法現実に効果的に転換させていくために必要な具体

的条件を示すものである。それは、基本法の定める統治システムの機能性を危険にさらす欠陥や弱点に注意を喚起する。エルンスト・フレンケルの多元主義論は、基本法の解釈のために必要とされる国家論的基盤である」⁵⁶。

おわりに.

共和国末期の「危機の時代」に、ヴァイマル憲法の解釈をめぐる熾烈な論争が繰り広げられたこと、それが戦後の基本法の成立及びその解釈に大きな影響を与えたことについては多言を要しない。

その当時、多くの公法学者が様々な立場でこの種の議論に加わっていた。その後、ナチ・ドイツの権力支配によって、ある者は公職を奪われ、ある者は亡命生活を、またある者は沈黙を守った。一方で、引き続きその職にとどまる者、あるいはまたナチ・ドイツの理論家として名声を得る者も少なからずいたことも事実である。

激動の時代に翻弄された公法学者のなかから、本小論ではE・フレンケルを取り上げ、その略歴を振り返りながら、第二次大戦後の基本法をめぐる議論への影響について若干の検討を試みた。フレンケルは政治学者として知られ、これまで公法学の領域ではあまり論じられることのなかった人物である。学友のO・カーンフロイントは、しばしばフレンケルに「君の政治学は啓蒙的な国家学（aufgeklärtes Staatsrecht）だね」と述べていたそうである⁵⁷。

ナチ・ドイツに祖国を追われ、ユダヤ系亡命法学者としてアメリカでの活動、その後、占領下の朝鮮半島（わずかではあるが日本での滞在）での勤務を経て、再びドイツの地で学問に従事する。このような略歴を追うだけでも、一法律家が大陸法的思考と英米法的思考とをいかに接合しようとしたのか、比較法学的見地からも興味深い研究対象であるといえよう。

さらに、そのような経験が彼の第二次大戦後の学問的関心及び問題設定に色濃く映し出されている。その意味で、フレンケルの多元主義論は「ヴァイマル共和国末期、ナチ・ドイツ、アメリカ、そして戦後間もないドイツ連邦共和国における、彼の実践的かつ理論的経験に対する学問的応答として理解することができる」⁵⁸。当然ながら、そこではナチ独裁を経て生まれた基本法に対する並々ならぬ期待があったであろう⁵⁹。

本論では、そのようなフレンケルの取組みが戦後のドイツ公法理論にどのような影響を与えたかについて、特にフォン・ブリュネック教授の所論に依拠して議論の一端を確認した。わずかばかりであるが、公法学におけるフレンケル受容の一端を明らかにするとともに、ヴァイマルの教訓と真正面から向き合うドイツ公法学の基軸を再確認することができたと思われる。

もとより、本小論はフレンケルの多様な活動の一部分に触れたにすぎず、ナチ・ドイツの抵抗運動への関わりや、『二重国家』論の今日的意義、さらには戦後ドイツの多元的民主主義論と公法理論の関連など、引き続き考察を深めていきたい。

〈註〉

- 1 さしあたり、ドイツ連邦憲法裁判所の元判事の手によるものとして、U.Di Fabio, Die Weimarer Verfassung, 2019. わが国でも憲法改正の手法に関わって、ナチ・ドイツの“手口を学んだらどうか”とする閣僚の発言が物議を醸したことは記憶に新しい。その意味でも、ヴァイマル体制の崩壊及びその後のヒトラー独裁をめぐる問題は、単なる歴史の一頁にとどまるものでないことは明らかである。この発言に対する学問的応答として、憲法学の長谷部恭男教授とドイツ現代史研究の石田勇治教授による討議が注目される。長谷部恭男／石田勇治『ナチスの「手口」と緊急事態条項』（2017年、集英社）。
- 2 公法学者としてのフレンケルについては、これまであまり関心が向けられてこなかったように思われる。管見のかぎり、ジンツハイマー研究との関連で、ドイツ労働法史に詳しい久保敬治教授による言及がみられる程度である（久保敬治『新版 ある法学者の人生 フーゴ・ジンツハイマー』（2001、信山社））。本稿でも、同

書の記述に多くを負っている。

- 3 P.Häberle u.a., Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2. Aufl., 2018. 本書の初版（2015年）では、P・ラーバントからK・シュライヒまで67名が取り上げられている（第2版では81名）。また、同書は1924年に第1回大会を開催して以来、現在まで続く伝統ある「ドイツ国法学者協会」に献呈されている。
- 4 A.von Brünneck, Ernst Fraenkel (1898-1975), in: P.Häberle u.a., aa.O., S.607-617.
- 5 フレンケルについて、まずはS.Ladwig-Winters, Ernst Fraenkel, Frankfurt/Main (2009).が参照されるべきである。なお、筆者は別稿でフレンケルの人物像を取り上げたことがある（拙稿「韓国制憲憲法の成立期におけるユダヤ系亡命法学者の役割」『同志社法学』64巻7号（2013）741頁以下（特に、749-752頁））。本文中の記述に、一部、拙稿の記述と重なる点があることをあらかじめお断りしておきたい。
- 6 A.von Brünneck, aa.O. (Fn.4), S.609.
- 7 ジンツハイマーは後にオランダに亡命。亡命先で法社会学、立法学の研究に没頭し、そこでまとめられた『立法の理論』は、立法学の先駆的業績と評される。ジンツハイマーの立法学について、久保・前掲書、390頁以下。「ジンツハイマー・シュール」を代表する「5人組」として、フレンケルのほかに、労働法の大家O・カーンフロイント、F・ノイマン、国際政治のH・モーゲンソー、F・メスティッツが挙げられる。
- 8 同書は、ナチスによる政権奪取後、1933年5月10日に発表された「禁書リスト」第1号のなかに挙がっている。
- 9 久保・前掲書、212頁。
- 10 E.Fraenkel, Verfassungsreform und Sozialdemokratie, 1932, GS (Gesammelte Schriften) Bd.1, 1999, S.523.
- 11 その当時の議論状況ならびに今日の基本法第67条の意義については、拙稿「政権の安定と『建設的な』不信任決議」『ジュリスコンサルタス』22号（2013）119頁以下を参照されたい。フレンケルは基本法第67条の「発案者」としてしばしば名前が挙がる。比較的最近の論説として、D.Burchhardt, Der Staat der Ungeduldigen, in: R.C.van Ooyen, u.a., (Doppel-) Staat und Gruppeninteressen, 2009, S.143ff.
- 12 久保・前掲書、210頁。当時の弁護活動の様子については、S.Ladwig-Winters, aa.O., S.119ff. 時には、弁護する被告人の子どもを、一時的にフレンケル夫妻が預かったりもしたそうである（S.121.）。
- 13 E.Fraenkel, Der Sinn illegaler Arbeit, 1935, GS Bd.2, 1999, S.491ff.
- 14 ペーター・シュタインバッハほか編（田村光彰ほか訳）『ドイツにおけるナチスへの抵抗 1933-1945』（1998、現代書館）12頁。なお、同書にはフレンケルが偽名で執筆した論説「非合法活動の意義」が収められている（60-66頁）。
- 15 A. von Brünneck, Vorwort zu diesem Band, GS Bd.2, 1999, S.23f.
- 16 石田勇治『ヒトラーとナチ・ドイツ』（2015、講談社）276頁。
- 17 この学院については、前川玲子『亡命知識人たちのアメリカ』（2014、世界思想社）、紀平英作『ニュースクール』（2017、岩波書店）に詳しい。
- 18 最近でも、長谷部ほか・前掲書、62頁以下に、フレンケルの「二重国家」論への言及がみられる。
- 19 歴史学者のM・プロシャートは「ナチズムとの歴史的対決で立ち返るべき三人の名前と著作を挙げている」が、そこではフレンケルとF・ノイマンに加え、H・アレントの『全体主義の起源』が挙げられている。舟越歌一「ナチズムにおける法体制の変動」『法哲学年報』（1988年）64頁に拠る。
- 20 ドイツ語版が公刊されて3ヶ月後に、フレンケルは77歳の生涯を閉じた。2012年には、幾つか当時の資料等を添え、H・ドライアー教授の詳細な「あとがき」を付して、第3版が刊行されている。E.Fraenkel, Der Doppelstaat, 3. Aufl., 2012.
- 21 E.Fraenkel, Vorwort zur deutschen Ausgabe, 1974, GS Bd.2, 1999, S.41.
- 22 A.von Brünneck, aa.O. (Fn.4), S.613.
- 23 この点については、拙稿「ナチ・ドイツの人種差別とニュルンベルク法」『ジュリスコンサルタス』29号（2021年）20頁以下で取り上げている。同じように、舟越・前掲論文75頁は、「二重国家」が「圧制下、不法体制下における法律家のひとつのありうべき身の処し方を提示している点において極めて大きな意義がある」と指摘する。
- 24 H.Dreier, Was ist doppelt am Doppelstaat?, in: ders., Staatsrecht in Demokratie und Diktatur, 2016, S.345f. ベルリンの国立図書館では、「信頼できる反逆者」と落ちて、館内を歩き回りながら意見を交わしたという。それは、T・ホイイス、O・ズーア、E・フォン・ハルナック、H・アッカーらである。E.Fraenkel, aa.O. (Fn.20), S.45.
- 25 A. von Brünneck, aa.O. (Fn.4), S.611.
- 26 A. von Brünneck, aa.O. (Fn.4), S.613.
- 27 A. von Brünneck, aa.O. (Fn.4), S.611.

- 28 本文中の「規範国家」「大権国家」（措置国家）の定義は『二重国家』の「序論」から引用した。E.Fraenkel, a.a.O. (Fn.20), S.49f (邦訳として、中道寿一訳『二重国家』（1994、ミネルヴァ書房））。フレンケルの二重国家論と法の形式的合理性については、広渡清吾「ウェーバーの『法の形式的合理性』概念の位置」同『ドイツ法研究』（2016、日本評論社）71頁以下。
- 29 エンツォ・トラヴェルソ（柱本元彦訳）『全体主義』（2010、平凡社）79-80頁。
- 30 朝鮮半島での活動、特に韓国制憲憲法の成立及び運用へのフレンケルの関わりについては、拙稿・前掲論文（註5）752頁以下を参照されたい。
- 31 クラウス・シュテルン（赤坂正浩ほか編訳）『ドイツ憲法 I 総論・統治編』（2009、信山社）105頁。
- 32 近藤孝弘『ドイツの政治教育』（2005年、岩波書店）20頁。
- 33 A.von Brünneck, a.a.O. (Fn.4), S.613.
- 34 A.von Brünneck, Ernst Fraenkels Konzept der pluralistischen Demokratie, in: R.C.van Ooyen u.a., (Doppel-) Staat und Gruppeninteressen. 2009, S.30.
- 35 同書は、今なお版を重ねる（2011年に第9版）。E.Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien, 9.erw.Aufl., 2011.
- 36 A.von Brünneck, a.a.O. (Fn.4), S.613f.
- 37 A.von Brünneck, a.a.O. (Fn.4), S.614.
- 38 Ebenda.
- 39 Ebenda.
- 40 栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」『公法研究』38号（1976）76頁以下。
- 41 A.von Brünneck, a.a.O. (Fn.4), S.614f.
- 42 A.von Brünneck, a.a.O. (Fn.4), S.615.
- 43 E.Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien, GS Bd.5, 2007, S.87f. もっとも、スメントはこうした言説を、当時の共和国の議会制度に対して批判的な文脈で行っていた点には留意が必要である。
- 44 林知更「国家論の時代の終焉？」『現代憲法学の位相』（2016、岩波書店）53頁。
- 45 西浦公「スメント」小林孝輔編『ドイツ公法の理論』（一粒社）140頁。
- 46 栗城壽夫「ドイツ憲法理論史概観」小林編・前掲書 185頁。
- 47 栗城・前掲論文（註46）188頁。
- 48 ヤン＝ヴェルナー・ミュラー（斎藤一久ほか監訳）『憲法パトリオティズム』（2017、法政大学出版局）27-28頁。
- 49 ベルンハルト・シュリンク「法－責任－未来」同（岩淵達治ほか訳）『過去の責任と現在の法』（2005、岩波書店）6頁。
- 50 A.von Brünneck, a.a.O. (Fn.4), S.615.
- 51 BVerfGE 69,315. この事案は、ブロックドルフ原子力発電所の建設再開に対して、環境保護団体が大規模な反対デモを予定していたところ、郡長がデモを禁止する決定を行い、そのことが基本法第8条の集会の自由に反するとして争われたものである。判例評釈として、赤坂正浩「基本法8条の集会の自由と集会法による規制－ブロックドルフ決定－」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（2003、信山社）248頁以下がある。
- 52 BVerfGE 69,315 (344f). 邦訳は、赤坂・前掲論文 250-251頁による。
- 53 A.von Brünneck, a.a.O. (Fn.34), S.27.
- 54 W.Brugger, Theorie und Verfassung des Pluralismus, in: ders., Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus, 1999, S.223.
- 55 W.Brugger, a.a.O., S.249.
- 56 A.von Brünneck, a.a.O. (Fn.4), S.617.
- 57 O.Kahn-Freund, Ernst Fraenkel - Grabrede, in: E.Fraenkel, GS Bd.6, 2011, S.571.
- 58 A.von Brünneck, Vorwort des Herausgebers zur 9. Auflage, in: E.Fraenkel, a.a.O. (Fn.35), S.7.
- 59 短い論説ではあるが、その点について E.Fraenkel, Verfassung, 1964, GS Bd.5, 2007, S.511ff.