

資料

「プロイセン対ライヒ」(七月二〇日事件)
法廷記録(一七)

山下 威士訳

ライヒ最高裁判所長官フムケ博士…(審理の再開を宣言した後に)どなたが、発言を望めますか。

局長ブレヒト博士…午前中の審理において残っております二三の点について、ここで発言させていただきたいと思ひます。ここで、私どもが提出いたしました具体的な論点、および、第四八条二項から導きだされます結論について申しあげたいと思ひ

います。繰り返しを避けますために、最初のふたつの点については、本当に簡単にすませたいと思ひます。

ブラウン首相とゼーベリング大臣との罷免および官職剝奪は、私どもの解釈では、第四八条二項の絶対的な枠を越えるものであるということにつきましては、すでに詳細に申しあげました。その点について、これ以上付け加えることはありません。

同じことは、その他の大臣たちの官職剝奪についても言えます。

〈公務員、とりわけ政治的公務員の既得権の侵害〉 私どもの

具体的な第三の論点は、公務員を待命にすること Zur Dispositionstellung と、新たに公務員を任命することに関する点につき、なおいくつかのことを申しあげなければならぬと思います。公務員は、終身雇用されるという既得権をもっており、この終身雇用されるという権利は、当該の公務員が雇用されている間は、法律により定められている条件に従つてのみ剝奪されます。国家公務員を一時的に休職 Ruhestand にすることにかかわる一九一九年二月二六日の命令では、公務員は、次のふたつの理由により、一時的に休職にすることができると規定されています。すなわち、ひとつは、同法の第一条により、国家官庁の構造が変更される場合であり、ふたつは、同法の第三条により、特定の職種、すなわち、いわゆる政治的公務員、すなわち、事務次官、局長、プロイセンの州知事 Oberpräsident、県知事 Regierungspräsident、郡長 Landestat などが問題となる場合です。ここにあげました公務員は、簡単に「政治的公務員」と一般に称されております。この政治的公

務員は、国家官庁の構造が変更されなくとも、待命にされえます。(S. 359)

しかし、同法の第三条が、一時的休職は、第一条の場合、行政の長により行われると規定しているのに対して、第三条の場合には、プロイセン政府により(すなわち、ラント内閣により)行われると規定しています。いま本件において、ラント内閣により任命され、またラント内閣によつてのみ待命にすることが許される政治的公務員が問題となっているという事実から考えあわせると、そのような地位にある公務員について、以下のような結論が出てまいります。すなわち、そのような政治的公務員も、その地位につく前に、公務員として、そのような政治的官職とは別の官職についていたという場合が、ほとんどの例です。当該の公務員は、そのような官職にあつて、終身で、すなわち、定年という年令上の限界がくるまで、その官職に止まれるという期待をもっているものです。それが、いずれにせよ通常の場合です。もちろん、当該の公務員が、懲戒上の責任を追求められる場合とか、官庁の構造が変更されるという例外的な状況に遭遇した場合は、別ですが。そのような公務員が、政治

的官職に移動させられたり、それに応募したり、そのような地位を受け入れる場合、当該の公務員は、自分の、それ以降の生活のことを考え、自分の家族、つまり、妻や子どもたちの生活のことを考えますと、重大な決断を下さざるをえないことになります。その公務員は、こう考えなければならぬのです。私は、六五歳まで、公務員として、給料を、まるまる、しかも、昇給をしながら受け取ることが確実な地位から離れて、ひよつとすると、ほんのすぐ先には、待命になる可能性すらある地位に移るのだ、と。その公務員が、どのような状況において待命になりうるものであり、誰によって待命にされうるかという問題は、自分の個人的関係において（すなわち、妻や子どもたちに対して）責任をもつことができるかということを判断するに際して、決定的に、大きな意味をもちます。

したがって、法律により、ラント内閣のみが、そのような公務員を一時的に休職にすることができると規定していることは、当該公務員にとっては、非常に大きな保障なのです。ここで、ラント政府というのは、これまで本法廷で、まさに問題になっております意味で、憲法により明確に規定された機関の

ことであり、ラント議会との関連が正確に規定されている機関のことです。そのことを、私どもは、これまで詳細に説明してまいりました。その機関こそ、ラント議会に対して責任を負い、ラント議会が議決する場合にのみ、退陣をし、ラント議会によってのみ交代させられうる機関です。公務員を解雇できるラント内閣の下において、どのようなチャンスがあるのかということ、すなわち、公務員にとって、解雇されるという危険性があるのかないのかということ、公務員は、ただ現に存在している法律的状况にもとづいてのみ判断できるのです。その結果として、ラント内閣の代わりに、ラント議会といささかの関係をもたず、ラント議会に対して、まったく責任をもたずに行動する、別の機関が、突然登場する場合には、公務員の既得権に対する侵害が生じることになります。すなわち、その別の機関というのは、たとえ、そのような機関が、公務員を罷免する決定をすることができるとしても、ラント議会の、おそらく一〇分の九は、その決定を否認するであろうことは、確実なものなのです。プロイセン憲法による限り、いかなる状況下にあつても、九〇名以上の公務員が罷免されるなどということは、まっ

たく誰ひとりとして考えることもできないでしょう。〔しかし、現在、そのような状況が起きているのです。〕その結果、まさにそれは、既得権の侵害そのものです。そのために、当該公務員の給料や、その年令に応じての昇給〔を停止する〕などという付随的な効果をも伴うような、一時的休職を命じることは、法的には考えられないものです。そのような休職命令は、ライヒ憲法第一二九条と一致いたしません。

第四八条二項にもとづいて、公務員は、罷免されることはできず、また任命されることもできないということは、すでに触れられました一九二四年の国法学者大会において、カール・シュミット教授も、述べられています。そのことは、国法学者大会の議事録の一〇〇頁にありますシュミット教授の講演の中で、公務員は、〔そのような権限にもとづいて〕最終的には任命されることはできないし、罷免されることもできないとされています。(S. 360)

〈ライヒ参事院代表と裁判官〉なおさらに、二三の職種の公務員については、特別の事情があります。例えば、ライヒ参事院の全権代表です。さらには、その中でも、そのような全権代

表を任命する主務官庁が、そのままライヒ参事院におけるプロイセンの代表であるという場合のライヒ参事院の全権代表です。このようなライヒ参事院の全権代表は、いかなる理由があらうとも、その地位を剝奪されることはありません。すなわち、ライヒ参事院に対する大臣の権利の独立性と剝奪不可能性のためにです。さらに、裁判官についても、憲法により、司法がラントの管轄事項であるとされていることから、特別の事情が生じてまいります。したがって、裁判官の場合には、待命ということが、そもそも問題となりませんし、裁判官は政治的公務員ではありませんから、その点についても、まったく問題にもなりません。

雇い主が同一でありつづけるということも、既得権に属することは、確定されております。通常の法律により、あるいは、第四八条二項により、ラント公務員を、ライヒ公務員にするとか、その逆のことを規定することも、許されません。

〈公務員の任命〉別の側面の問題として、公務員の任命の問題があります。公務員の任命の場合には、以上、私が申しあげましたことがらは、問題になりません。何故なら、公務員を任

命するということにより、公務員の既得権が侵害されるということはないからです。しかし、最終的な任命が許されないという結論が、以上とは別の理由から導き出されます。その点については、すでに詳細に議論されており、ここで、繰り返さそうとは思いません。ここでは、なお一二のことについてのみ申しあげておきます。ラント内閣によって行われるのではない公務員の任命、したがって、ラント内閣よりも下位の機関、例えば、ラント上級裁判所長官や、プロイセンの州知事、県知事、さらには省内において事務次官により行われる任命などについては、法的な困難は、まったくありません。何故なら、このような事例の場合には、そこに居ない、職務を妨げられている大臣の代理人による任命は、このような代理権にもとづいて行動されておき、それがライヒ・コミッサールのためとか、あるいは、その名において行われているのでない限り、かなり広い範囲において合法だからです。なお、初級事務官 *Regierungsrat* 以上の公務員の任命は、ラント内閣に留保されています。したがって、これ以上の高級公務員の任命の場合には、ラント内閣が任命を発令しなければなりません。もちろん、この場合のラ

ント内閣とは、真のラント内閣のことであり、まさにラント内閣のみがなしうることなのです。

《公務員罷免の具体的なやり方》では、公務員の罷免と任命の場合、事実上、どのような手続きがとられたのでしょうか。プロイセンの大臣たちが罷免されました日に、この見捨てられた大臣たちの事務次官たちが、パーベン・ライヒ首相に招集されました。首相は、この次官たちに、今後は、自分が、かれらに諮問すると述べられ、さらに、これから、どの公務員が罷免されるべきかについて名簿を読みあげられました。この名簿は、どこか別のところで作られて、首相に渡されたものです。私どもの調査では、それは、ライヒ国防省で作成されたものと思われまふ。この名簿には、プロイセン政府が、誇りにしている方々の名がありました。この名簿は、この集まりで、例えば、正しい閣議におけるのと同じようなやり方で、投票され、表明されたものではありません。そうではなく、ただ伝達されたにすぎません。事務次官たちは、ただただ肝を潰して聞いておりました。次官たちは、いまや、一体どのような法を執行するための機関が創設されるべきなのか、そもそもまったく理解できな

かったのです。「その名簿にあげられた」大部分の公務員を、次官たちは、知っていませんでした。その場に、内務事務次官が居なかったために、内務行政について本来の人事についての知識をもつ次官が居なかったことを考えて下さい。そこに居た、その他の省の事務次官たちは、「その名簿にあげられた」人たちの大部分について、詳しくは知りませんでした。またまた、次官たちが知っている人が、「その名簿の中に」ひとり居ました。そこで、ある次官が、その人は、非常に有能な公務員であり、その人を待命にすることはできないと言いました。しかし、それに対する答えは、その人を名簿に載せる、あるいは、「あなたの言うとおりであるとすれば、もちろん、われわれは、その人を、後に、この名簿から削除することもできるでしょう」というものでした。(S. 36) そのようにして、あれこれの人たちが、その名簿から外されたり、あるいは、またもう一度搭載されたりしました。しかし、大部分の人たちは、この新しいプロイセン・ラント政府とみずから称する政府の、最初の活動により、このようなやり方で待命にされました。第二の日、すなわち、私どもが、ここライプツヒで審理をしております、

まさにその日に、第二の名簿が提出されました。

《大臣の代理》 それまでの間に、「ライヒ政府側は」法的妥当性を確保するための手段が、なお存在していることに考えつきました。すなわち、事務次官たちに、大臣としての宣誓を行わせるというものです。次官たちは、この宣誓を行いました。その動機を、私は存じあげません。おそらくは、「ラントの次官たちが、ラント行政の」連続性を維持したいと考えたためだと思えます。この宣誓の内容は、次官たちにとって、まったく問題のないものでした。すなわち、自分たちは、自己の職務を忠実に、良心に従って果たすというものでしたから。ラント政府や大臣が、公務員の任命権をもつという規定によりながら、それ以降は、この次官たちが、「この規定の意味での」大臣と見なされることになると言われております。その際に、私は、プロイセン・ラント内閣の規程によれば、事務次官たちは、自己の大臣に障害がある場合でも、投票権をもつわけではないということを述べておきたいと思えます。そのことは、ライヒにおける場合と、プロイセンにおける場合では、事情が異なるのです。ライヒにおいては、その事務運営規則によれば、大臣は、

事務次官により代理されることができません。ですから、次官たちが、大臣としての宣誓を行うのです。その宣誓を行う場合のみ、「その事務次官の」決裁が、法的に大臣の決裁となるのです。

「ギーゼとのズレはない」ギーゼ教授の弁論について、なお一言申しあげておきます。大臣が、プロイセンの公務員であり、大臣もまた、第一二九条の保障を享受する、したがって、法律が規定している形式に従つてのみ、その官職を剝奪できるという点では、私どもと、教授の意見とは、完全に一致しております。ギーゼ教授は、この「剝奪の」形式が、ラント議会による信任が失われる場合と同じものであると、傍論で言われました。この点につき、誤解を避けるために、ギーゼ教授は、以下の点においても、私どもと一致した御意見をお持ちのことについて申しあげておきます。すなわち、ラント議会の不信任が、それだけで、ただちに大臣から、その官職を剝奪するわけではありません。そのような場合には、まずは辞任が必要となりますが、たとえ辞任を行うにしても、新しい政府が選出されるまでは、大臣たちは、プロイセン憲法に従つて、その官職に止まります。

その後はじめて、大臣恩給法のことを言えば、その任務を降ろす *die Geschäfte nieder legen* のです。したがいまして、プロイセン政府が新たに樹立されてはじめて、その官職からの解放が行われるのです。そうして、その官職は、プロイセン憲法に従つて、新しい政府に受け継がれて行かねばならないのです。

「ライヒ参事院には、絶対に触れられない」ライヒ参事院の問題につきましては、何故、本件において、第四八条二項の絶対的な限界が越えられたのかということについて、その特別の理由について、なお補充的に申しあげたいと思います。それ以外のことは、第一項と第二項につき、すでに詳細に申しあげました。第四八条二項によれば、シュミット教授もまた、とりわけ明確に説明されましたように、ライヒ大統領のみが、憲法上の安全と秩序とを再建するのに必要な措置をとることができず。ライヒ憲法の改正は、第四八条二項にもとづく命令の対象となりえません。もちろん、ライヒ大統領の発する具体的な措置や、大統領により全権を委任された人の発する具体的な措置の対象ともなりません。何故なら、委任を受けた人も、公の安全と秩序を再建し、維持するのに必要な措置以上のものを発

することができないということこそ、憲法の原則であるからです。たしかに、その原則は、なお充分に明確に表現されているとは言えないかも知れません。しかし、委任を受けた人が、ライヒ大統領以上のものでありうるわけではないのです。さて、そこで、ライヒ・コミッサールが、プロイセンのために、ライヒ参事院において投票を行うという場合、ライヒ参事院における事態が、どのようなことになるか、あなた(シュミット教授)も考えてみて下さい。ライヒ参事院の、ごく最近の大きな課題は、**ライヒ改革**に関する法律の審議でした。(S. 393) 一昨日、ミュンヘンにおいて、次のような声明が出されております。すなわち、ライヒ改革に関する法律が、再招集されるライヒ参事院に提案されるべきである、と。したがって、いずれは、ライヒ参事院により、その審議が行われるでしょう。ライヒ参事院に、この法律が提案されますと、ライヒ憲法の、きわめて広い範囲にわたる改正が問題となります。ライヒ憲法の改正について、どのような投票をするかについて指令を出すことは、現行のライヒ憲法の言うところの憲法上の安全と秩序を再建するという課題に合致するものでは、到底ありません。以

上、私が理解する限りでは、これ以上、プロイセン・ラント政府の側から、第四八条二項について申しあげるべきことはありません。たとえ、答弁という形にせよ、ありません。

ライヒ最高裁判所長官フムケ博士…さて、中央党および社会民主党の党派の代理人の方々、および、バイエルンとバーデンの代理人の方々において、なお何ごとか発言されることがありますか。(否定された——速記者の挿入。)では、つづいてライヒ政府の代理人の方々にお尋ねいたします。あなたの方の内、どなたが、発言を希望なさいますか。

ヤコビ教授…(公務員の既得権の内容)簡単にコメントしておきます。同一の雇い主の下で勤務することに関する公務員の既得権は、おそらく認められねばならないと思われれます。しかし、プレヒト局長の弁論の最初のところに出てまいりました、同一の上役の下で勤務することに関する既得権というものは、おそらく認められないでしょう。次に、ライヒ政府は、コミッサール政府が、ラント政府のすべての権限をもっていると考えておりますので、この点について(「ラント側とライヒ側との間で」根本的な見解の相違が生じていると考えられます。そ

のために、一九三二年七月二〇日の命令が、法的な効力をもっていないという、相手側から出されました見解が採用されるとすれば、当然考えうる、多くの疑問が生じてまいります。それらのことは、すべて一九三二年七月二〇日の命令の効力の問題に、完全に関連しております。

〈公務員は勤務職の変更を拒否できるか〉ある公務員が、政治的公務員という地位に転任することを、その勤務義務からしても、簡単に拒否できるとは、すなわち、当該公務員が、そのような官職を拒否する権利をもつとは、到底考えられません。もつとも、今すぐに、ここで、その点を明確にすることはできません。当然のことではありますが、私は、この問題のあらゆる側面を、ライヒ政府の立場から、あらかじめ徹底的に考えぬくということをしておりませんので、ここで今すぐに御答えすることができません。その点は、なお引き続き検討されねばならないことでしょう。

〈人事権：プロイセン王国憲法第四五条 人事に関する権力、すなわち、独裁を制約する人事の領域の問題につきましては、一八五〇年一月三十一日のプロイセン王国憲法第四五条が、示唆

を与えてくれることを強調しておきたいと思えます。すなわち、その条文では、王のみが、執行権をもち、王が、大臣を任命し、解雇していました。したがって、少なくとも、この憲法では、大臣の任命と解雇は、執行権に属しておりました。その後、執行権とともに、そのような組織的な問題もまた、今日に受け継がれております。

〈デイトラムツェラー命令の意味〉次に、あるいは、必要かとも思われますので、ここで、すでに繰り返し言及されておりますデイトラムツェラー命令に関して、申しあげておきたいことがあります。それは、かなり複雑なものです。その「命令が發布された」状況は、俸給問題に関して、公務員の既得権が、ラント法律により、しばしば削減されるとか、そもそも俸給そのものの支払いが、完全にきつちりとは行われないというものでした。その理由は、ラント法律が、俸給支払金に関して、変更の留保を含んでいたからです。このような変更の留保は、ラント政府が、デイトラムツェラー命令による授権にもとづいて発布した節約令によっても、認められておりました。(S. 222) このような俸給の削減とか、変更の際して、ラントは、

ラントの制定したラント法律とか、ラント法を基準にして考えました。つまり、ライヒ大統領の命令に基礎をおくラント法律とか、ラント法を基準としたわけではありません。すなわち、私の考えますところでは、このようなデイトラムツェラー命令にもとづく節約令もまた、ラント法律にもとづいて雇用されている俸給者の俸給を削減でき、したがって、ラント法律の変更の留保を履行するものであるということが承認されております。そのような思考過程は、かなり複雑です。そのことにつき、かなり多くのことを費やしてはじめて、御理解いただけることになろうかと思えます。しかし、そのようなことは、この訴訟の進行状況からみて、まったく相応しいこととは、私には思えません。

《独裁的措置は警察事項に限られない》ナビアスキー教授に對して申しあげますが、第四八条二項は、警察的措施のみを授權しうるといふ、教授の御説明は、すでに、このデイトラムツェラー命令が、そのような限界をまったく認めていないといふことだけからしても、破綻しております。その点につきましては、アンシュッツ教授のコメントの說明をも参照してい

ただきたいと思ひます。

局長ブレヒト博士…《公務員の既得権・俸給》ひとつだけコメントさせて下さい。公務員の俸給が、待命になることにより削減されるというのは、完全に例外的なことであります。そのようなことは、たしかに公務員の職種ごとに異なります。しかし、いずれにせよ、例外的であることは間違ひありません。したがひまして、公務員のかんりのものは、待命が財政的に有効となるその時には、自己の以前の俸給の、大体二分の一を、なお受取りうるのです。

《その意志に反する転任・昇進拒否》当該公務員の意志に反しても、なお政治的官職という、従来と異なる地位に転任させることが合法的かという問題について、私は、ここで詳論したいとは思ひません。ただ、ここで、それを肯定するかのような議論がありますので、そのような転任は、決して行なわれえないといふことを強調しておきたいと思ひます。もちろん、その他の場合に、次のようなやり方も、ありうるかも知れません。すなわち、初級事務官を解任したいと考えた場合、まずこれを、郡長 Landrat にします。それから、ただちに待命にする

のです。いずれにせよ、そのようなことは、「〔当該公務員の〕意志に反してはなしえず、あくまで、その希望にもとづいてのみ行われます。したがって、そのことを希望するかどうかは、当該公務員にとって、すでに申しあげました理由により、きわめて重大な問題なのです。例えば、ライヒ本省の局長補佐 Ministerialdirigent (部長) が、自分は、待命を命じられることのある局長になりたくない、自分は、待命を命じられることのありえない局長補佐「部長」に止まりたいと、かつて私に述べたことがあることを紹介しておきたいと思っています。もちろん、私は、そのことを、ここで何度も繰り返している議論についての、ほんのひとつの例としてのみ申しあげているにすぎません。そのような事例においては、人は、自分の家族のことをも考えねばならないのです。

ナビアスキー教授…〈独裁的措置は警察事項のみ〉ヤコビ教授が、私に反対して語られた御議論に、簡単に御答えしておきたいと思います。私は、その御議論を完全に不可能なものと考えます。第四八条二項は、ライヒ大統領に、ただ警察的措施のみを授權しているにすぎません。いわゆる「自分のもつていな

い權力を、他人に譲り渡す権利は、誰ももたない nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet」です。したがって、ライヒ大統領は、ラント政府に対しても、もはや「何も」譲渡できません。このような權力は、第四八条二項により、ラント政府自身が、もつのです。

ゴトハイナアー局長…〈公務員に転任拒否権はない〉私は、プレヒト局長の、政治的公務員に関する御議論に対して、なお反対しておきます。たしかに、非常に多くの事例において、というよりもむしろ、ほとんどすべての事例において、あらかじめ、当該公務員に対して、かれが、当該の地位を受け入れるかどうか尋ねられるでしょう。しかし、このような公務員に対して、「(あらかじめ) 尋ねなければならない」という政府の義務というものが、存在しないことは、疑う余地がありません。(S. 30c) 裏側から申しあげれば、公務員には、政府により提供された官職を受け入れる義務というべきものが、存在するのです。ライヒ最高裁判所裁判官シュワープ博士…〈独裁的措置はラント財政の処理権を含むか〉双方の側に、簡単な質問をさせていただきますと思います。それは、公務員の任命の問題と、あ

る程度関連する問題で、ラントの財産の運営、すなわち、収入と支出を処理する問題にかかわります。両当事者が、これまでに主張されたことからいたしますと、ライヒ政府の側からすれば、ライヒ・コミッサールが、このような処分権をもつ、すなわち、ライヒ・コミッサールが、ラント財産や、国有地、また

同様に、収入や支出についても、自由に処理することができると、ただちに述べられるものと思います。これに対して、プロイセンの側では、いずれにせよ、このような権限を争われるでしょう。もし、そのような私の予測が当たっていませんでしたら、簡単に説明して下さい。しかし、もし、その通りであるとすれば、次に、私は、ライヒ政府の代理人の方々に、それでは、あなた方は、プロイセン憲法第六八条を、どのように御考へになるのか、御尋ねしたいと思います。その規定によれば、国家予算の会計報告は、上級会計検査院による事後審査と並んで、財政大臣の責任を解除するために、政府によりラント議会に提出されねばなりません。財政大臣が、ラント議会に対して責任を負わない場合、この規定は、それでも充足されるのでしょうか。あるいは、その場合も、財政大臣が、ライヒ大統領に対し

て、国家財産の収入と支出の管理について責任を負うというのでしょいか。ということは、その場合には、いわば、ライヒが、プロイセン・ラントについて責任を負うということになります。が、そういうことが、認められるのでしょうか。一体、どのように考えられるのでしょうか。

局長ブレヒト博士…〈プロイセン憲法第六八条の会計検査報告

第六八条は、特定の行為は、ラント議会に対して責任を負い、第六八条に定めるような関係をラント議会ともつ政府によつてのみ行われることができる点に特徴があります。同じようなことは、ライヒの側についても、ライヒ参事院との関係において存在します。ライヒの財政は、ライヒ参事院によつて責任解除されると規定されているからです。プロイセンが、ライヒ・コミッサールによつて代理されます場合には、ライヒは、(ドイツの)非常に広い範囲において、みずから責任を解除できることになります。

ゴットハイナアー局長…第六八条には、何ら難しいことはありません。ライヒ・コミッサール、あるいは、財政省の指導を委ねられている人は、第六八条に規定されている、まさにその

通りに、上級会計検査院の検査を受けます。その上級会計検査院の検査をうけた会計書が、その後、ラント議会に提出されるのです。もちろん、上級会計検査院の検査は、政治的責任を問うものではなく、会計上の責任を問うものです。時として起こりますが、ラント議会が、そのような責任解除を拒否した場合、一体、どのような事態が起きるかということについて、ここで、短い間に説明することはできません。いずれにしても、そのような場合には、非常事態と考えられるような事態が生じることだけは間違いないでしょう。

ライヒ最高裁判所裁判官シュワープ博士…もちろん、そのことをこそ、私は、御聞きしたかったです。ラント議会が、財政大臣を、すなわち、財政大臣の地位にありますライヒ・コミッサールに対して、その責任の解除を拒否した場合、そもそも、いかなる事態が生ずるのですか。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…〈議論の打ち切り〉私は、第四八条についての議論を、これで終わりにし、今日、事実の側面についてなされました、部分的に新しい議論に、御答えを求めたいと思います。(S. 365)

局長ブレヒト博士…第四八条〔の問題〕は、いまだなお、完全に終わったわけではありません。なおどんな措置が必要であったのかということ、事後審査〔の問題〕があります。(長官…事後審査の問題は、これから始めます。)時に応じて、私も、事実の問題にも立ち入りたいと思います。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…それでは、措置についての事後審査の問題に入りたいと思います。

第九章 裁判官の事後審査。相対的限

界 (S. 366)

ベータース教授…〈三つの側面…法的问题・事実問題・裁量

問題〉事後審査の問題につきまして、三つのことがらを区別する必要があります。すなわち、法的问题 Rechtsfrage と、事実の問題 Tatfrage と、裁量の問題 Ermessensfrage の、いずれが問題となっているのかということが重要です。私の見るところで、これら三つの問題群は、それぞれ区別して取り扱う必要があります。第四八条一項あるいは二項において、法的一般概念の解釈とか、法的な要件の確定と関係しなければならぬようなところ、すなわち、法的な推論 rechtliche Schlüsse が必要とされるところでは、事後に審査することのできる法的问题が対象となります。特定の事実 Sachverhalt とか、構成要件 Tatbestand が存在するかどうかというところでは、裁判所の課題は、このような構成要件の存在を確認するという点にあります。最後に、いわゆる裁量の問題が、なおその他の部分として

残っています。この裁量の問題の場合にも、法上当然に zwingend 審査ができないとなるわけではありません。そのような問題も、裁量というものが、いずれにしても、特定の、明確に定められた、法的な限界の内部において行われるべきであるという限りでは、審査できます。

〈法的问题とは何か…不確定概念 〉まず最初に、ここで取り扱われるべき規定に関して、そもそも何が法的な問題かということを確認しておきたいと思います。第一項の場合には、その問題は、比較的簡単に明らかにできます。何故なら、第四八条一項の場合には、明らかに、非常に広範な法的问题が対象となっているからです。ラントが、自己の義務を履行しているかどうかということは、法的问题です。そのこと自体は、おそらく、反対側の陣営の方々も、お認めになると思います。ラントの義務は、法的に確定できます。その中に、いわゆる忠誠義務 Treupflicht というものが入るとしても、この忠誠義務という概念が、法的概念であることは、疑う余地もありません。ここで、私は、すぐに、不確定な法的概念と裁量概念との間にある、非常に重要な違いを指摘しておかねばなりません。それ自体と

して不確定であるような概念がすべて、自由裁量に活躍の場を与えるというものではありませんし、また裁判所による審査ができないというものでもありません。例えば、信義誠実「*Treue und Glauben*」という概念があります。具体的な場合に、信義誠実の原則に違反しているかどうかを審査することができることを疑う人は、まずいいでしょう。

〈裁量の問題…その枠〉 法的概念が問題となるところでは、具体的な事例において、ただひとつの決定のみが、法的に可能であるということについて、異論はないと思います。自由な裁量が存在するところでは、ふたつ、あるいは、それ以上の決定を下すことが、法的にはできるということについても、異論はないでしょう。ラントが、自己の義務を履行しているか否かとか、何が、ラントの具体的な義務かということは、法的概念として、ただちに承認されるに違いありません。さらに、「ライヒ」執行の実施のやり方というのも、法的概念です。「ライヒ」執行それ自体について、私どもは、すでに、「ライヒ」執行に絶対的な枠と相対的な枠とがあるということを、申しあげておきました。どこに、その枠があるかということについては、たし

かに、意見は、未だ完全には一致しておりません。しかし、そうではあるにしても、この場合、枠があるということ自体は、いずれにせよ確認されているところです。国事裁判所が、その枠を最終的に、どこに見出されるかは、裁判所御自身の仕事です。ここに存在する法的枠のために、事後審査を行うことができるのです。以上のことが、本件との関連で、私どもにとり、まずとりあえず決定的に重要なことです。

〈ライヒ執行を行うか否かは、裁量事項〉 そもそも、ライヒ大統領に、「ライヒ」執行そのものを実施するかしらないか決定することが、その裁量に委ねられているのが、すぐに問題となります。私は、個人的には、この場合には、自由裁量の働く余地が、事実上かなり広いという意見をもっております。もちろん、状況によっては、この自由裁量の枠が逾越される *überschritten* ことがありうるし、そのことにより、法の侵害が生じる可能性があるということも、認められますが。(S. 367) もちろん、私どもは、この場合にも、本件において、「法に定める」目的に違反するような動機が存在したということを証明するために、他の諸国における実例が、まず第一に、参照され

るべきでしょう。しかし、そうではあるにしても、〔ライヒ〕執行が「できるか否かO」について、一定の裁量の自由があることは、認められねばならないでしょう。

《**第四八条二項の法的问题**》 第四八条二項については、問題は、かなり難しくなります。第二項においては、何が、**法的问题**なのでしょうか。公の安全と秩序に障害が生じているか否かということは、もちろん、まずは事実の問題です。公の安全とか、公の秩序という概念は、裁量概念ではなく、不確定な法的问题です。その場合には、解釈の入り込む余地が、かなり広く残されているでしょう。こう考えたからと言っても、私は、国事裁判所やライヒ最高裁判所の判例と、この点で、意見が異ってはいないと思います。解釈の働く余地を、私は、国事裁判所の判例による裁量の活躍する余地 *Ermessens-Spielraum der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs* と名づけます。このふたつのものは、結局、同じことに帰着するからです。いずれにせよ、ここにも、法的限界が存在することは、疑いありません。この点については、後に裁量の限界と併せて申しあげます。

《**必要な措置であること**》 それでは、必要な措置 *notige*

Massnahmen という概念に移りましょう。必要でもない措置が行われた場合、そこに法の侵害が存在することは、常に認められるでしょう。したがって、ここには、いずれにしても、法的な枠というものがあに違いありません。その際に、そのような概念を、広く解釈したいと思うか、狭く解釈したいと思うかという問題は、いまのところ、未解決のままにしておきたいと思います。私は、『行政雑誌 *Verwaltungsarchiv*』の第三二巻の三九九頁で、プロイセン憲法第五五条に関連して、この「必要」という概念が、不確定な法的问题でもあるという見解を述べておきました。しかし、そのことを認めたくないと思われ、**「必要」**という点に、裁量概念を見出し出したと思われる方にとつても、やはり、自由裁量の枠が、そこでは問題となります。いずれにせよ、自由裁量の枠を超越することは、法の侵害です。それにつきましては、おそらく、学者の意見は、ほとんど一致しているかと思えます。

これまで申しあげましたことにおいて、自由裁量は、法的な限界をもつということが、いつでも重要なことです。自由裁量とは、特定の法的に自由な領域において、複数の決定が合法的

になされうということを意味します。このような自由な領域の外で決定が下される限り、裁量は踰越したことになります。その場合、法の侵害が存在するのです。

さて、それでは、次に、裁量の、どのような枠が問題とされるべきか、どのような場合に、法の侵害となるような誤った裁量 Ermessensfehler が存在することになるのかという問題が扱われなければなりません。その際に、私は、アンシュッツ教授やギーゼ教授によって述べられました、目的拘束性、比例性などの定式に立ち帰るべきかと思いますが、その前に、なおいひとつ別のことがらを確認しておきたいと思います。

〈不可能な措置は違法〉 まず最初に、不可能なことが、必要なものでありえないことは、言うまでもありません。不可能な措置というものは、けっして必要な措置ではありません。けっして必要ではないものは、第四八条二項の枠内に入らないということです。そのようなことは、裁判所によっても、事後に審査できます。それにもかかわらず、そのようなことがなされたといいたしますと、それは、違法です。いかなる状況にあっても、「それを用いて」追求されている目的に到達できないようなもの

のは、必要ではありません。したがって、これまでの審理において、法的に不可能と確定されたことがらは、すべて必要なものではありません。私は、どのようなライヒ・コミッサールの行為が、法的に不可能であるために、必要でない行為であるか、ここで争われている問題のすべてについて、もう一度、再検討したいとは思いません。いずれにせよ、このような措置のすべてが、裁判所により審査でき、そのような措置は、事実的に、あるいは、法的に不可能な措置として、違法です。それとともに、目的に相応しくない手段もまた、疑いもなく違法です。したがって、追求されている目的に到達するのに、客観的に不適切な手段も、違法です。(§ 33) そのような手段は、すべて、必要ではありません。したがって、そのような措置を、第四八条二項が、授權できないことは、確かなことです。したがって、そのような第四八条二項の適用もまた、違法です。

〈比例性の原則…過多〉さらに比例性の原則 Verhältnismäßigkeit があります。過多 Übermaß ということは、通常は、自由裁量の法的限界を踰越するものです。すなわち、客観的に

必要とされるもの以上に、無関係な法分野に、強く干渉したりすることが、もはや必要なことと言えないのは、確かでしょう。そのような法の枠を踰越していることについて、裁判所が審理できることは、もちろんです。手段が過多であるとか、あるいは、釣り合いがとれていない場合には、法の侵害が問題となることについて、ドイツのすべての行政裁判所の、すべての判例を根拠とすることができます。それに対して、たしかに行政法においては、そうであるかも知れないが、国法においては、事態は異なると言われるとすれば、私は、争わねばなりません。行政法において、論理的に可能ではない、したがって、違法であるのなら、まったく同じ結論が、国法においても、妥当しなければなりません。この場合には、純粹に論理的な考え方の問題であり、けつして実定法を考慮することが問題になっているわけではありません。そのような考え方が、行政法におけると同じように、国法においても妥当いたします。したがって、私は、代表例として、プロイセン上級行政裁判所の先例を指摘し、またイエリネクの『行政法』三版二〇頁、二八頁以下に引用されている文献を指示しておきたいと思います。

したがって、過多は、疑いもなく法の侵害ですし、そのようなものとして、裁判所は審査することができます。

《目的拘束性》次に、目的拘束性 Zweckgebundenheit の問題です。自由裁量は、どんなものであれすべて、その行使は、特定の目的に奉仕いたします。このような、法律に規定されている目的が、明らかに追求されていず、それとは異なる目的が追求されている場合には、法が侵害されています。そのことこそ、本件において存在したことであり、私どもが、これまでの審理において明らかにしようと試みてきたことです。いずれにせよ、ある行為の目的拘束性の内に、法的枠もまた存在いたします。そのようなものが、まさに法的な枠であるからこそ、このようなものもまた、裁判所により事後に審査できるのです。

したがって、裁量の踰越と裁量の濫用とは、法の侵害であり、裁判所により事後に審査できるということが確認されました。今ここで問題としていますのは、異なる行為が問題となるとしても、次のように言うことができるでしょう。すなわち、公の安全と秩序にいささかも関係をもたない大臣を、例えば、いささか疑義のある〔閣議への〕招請に応じなかったとい

う、ただそれだけの理由から、罷免するということが、公の安全と秩序を再建するために、まったく必要な措置とは言えないことは、確かなことです。私は、この場合には、たとえ裁量の濫用はないにしても、少なくとも裁量の踰越が存在し、そのような行為の法律違反は、事後に審査できると考えます。

《ライヒ最高裁判所の先例…審査可能》 私は、これ以外の事例を議論したいとは思いません。ただ、ライヒ最高裁判所も、国事裁判所もまた、私と同じ立場に立たれていることだけを指摘しておきたいと思います。ライヒ最高裁判所刑事第二部（判決録第六六卷二五七頁）は、以下のように述べています。すなわち、「審査の際には、ライヒ大統領の命令が、その性格からして、公の安全と秩序に関わるものか、公の安全と秩序の再建に寄与するに相応しいものかということ、あるいは、第四八条二項により根拠づけられる権限が、恣意的に濫用されていないかということが問題となる。対象に応じて区別できる、複数の規定が問題となる場合には、裁判所の審査権は、その時々にもっとも適切な規定のみにかかわる。」この判決は、私の議論と完全に一致いたします。さらに、その判決録二五九頁には、ライ

ヒ最高裁判所の判決部は、「第四八条二項の権限が、どんどん拡大して使われているが、そのような使われ方が、憲法の全体性を侵害しないかということ」を事後審査するとあります。（S. 99）第四八条二項の適用が、その〔判決〕当時よりも、はるかに拡大されていることは、もちろん、承認いたします。そのこと自体もまた、私どもは、争いません。

さらに、その判決録二六一頁には、ライヒ最高裁判所は、「立法機関の活動能力を再建するために、必要なものとして命令されている手段の適用が、何らかの理由から、揺るがせにされている〔サボられている〕場合」には、裁量の濫用について法的な事後審査を行うことを授權されているとあります。本件に即して言えば、議会が、まじめに連合形成の努力をしないとか、活動能力の喪失状況をみずから作りだしているということなどが考えられています。

したがって、ライヒ最高裁判所は、いずれにせよ、私が、一般的にこれまで申しあげましたような枠の中で、事後に審査ができるという立場に立たれているのです。

《国事裁判所の先例》 国事裁判所の判例については、もはや

立ち入る必要がないと思います。その判例は、訴訟文書の中で、繰り返し引用されています。とりわけ、民事判決録第一三四巻付録四二頁においてなされた説明が重要で、すなわち、公の安全と秩序に対する、不必要な *unnötig*、とはいえ、もちろん、かなり重大な障害とか、危険が存在するかということが、事後に審査されるのは、当然であるという説明が、重要です。その際に、この概念が、たんに警察法上の意味においてのみでなく、さらに経済的、財政的緊急事態についても理解されるべきだということが、強調されるとしても、私どもは、そのことを争いません。しかし、そうではあるにしても、公の安全と秩序に対する危険ということと、せめて間接的な関連性は、存在しなければならぬという条件が、残りつづけます。もし、そうでなければ、その措置は、違法となります。そのように述べることに、より、国事裁判所も、また、私どもの主張しておりますように、第四八条二項にもとづいて発布される措置の事後審査の可能性を、原則的に承認されております。

ヤーン局長…私どもが提出しております論点は、第四八条一項と二項にもとづきまして、措置が発布される場合、ライヒ大

統領には、明確な、絶対的な枠があるということが確定されねばならないというために、お願いしております。法的枠が、問題なのです。私は、ベーターズ教授の説明をいただきましたので、自分の発言を、その点に限ることで充分だと思えます。

ヤコビ教授…ライヒ憲法の第四八条にもとづく措置に対する事後審査権の問題が、これまでの方々が語られたほどに簡単な問題とは、私には、到底考えられません。とはいえ、私どもも、ひとつのことだけは、すぐに申しあげることができます。すなわち、**憲法の限界**に関する審査権が承認されねばならないことは、言うまでもありません。その点を除いて言えば、この問題は、それほど簡単ではありません。憲法の限界については、法律違反の事例が問題になりますから、**法的に不可能な措置**に数えられるべきことになるのが、当然のことでしょう。

〈独裁権に対する事後審査の不可能性〉しかし、裁量 *Ermessens* に関する審査権については、まったく別の問題があります。この場合には、まさに例外的なライヒ警察権力ではなく、それとは、異質 *and* なものである独裁権力の本質から、おそらく出発しなければならぬでしょう。この点について、

私は、ただいま弁論されましたベータータース教授に反対しているのではなく、再度、警察的な解釈に復帰される傾向のあるように思われるナビアスキー教授に反対して、強調しておきます。したがって、私は、まず第四八条二項に触れたいと思います。何故なら、第二項に関する学界における議論や、また先例も、第一項に関するものよりも、当然のことではありますが、数多く、また有益でもあるからです。ここでは、公の安全と秩序に重大な障害が生じ、危険がある場合、必要となる措置をとる権利、すなわち、予想もできないような状況において、ライヒ大統領に、必要なことがらを処理できる手段を与える権力が問題となります。そのような予想もできないような状況のために存在する権力を、あらかじめ規定しておくことはできません。(S. 370) その点は、この法廷でも、繰り返し強調されました。すなわち、このような裁量の自由こそが、独裁権力の本質としてあります。また、たしかに、そのことは違ひは、例えば、非常時における、プロイセン法による一般的な警察の授權を、強く思いおこさせるものがあります。しかし、そのようなことば違ひにもかかわらず、現在の通説もまた、このような裁量性か

ら、このような独裁権力を警察権力とは考えないという結論に到達しているのです。その結果として、ここにおける裁量の事後審査というのは、一般的な警察への授權にもとづく措置の場合とは、まったく異なるやり方でとり扱われ、具体的な事例について判断されるという結論にいたりました。

《通説の裁量理論》 私は、まず最初に通説について申しあげたいと思います。まず通説においては、全体の状況とかかわりをもつ政治的決断が問題となります。すなわち、行政行為ではなく、統治行為 *Regierungsakt* が問題となり、行政の裁量ではなく、統治の裁量 *Regierungsmassen* が問題となります。しかし、そのような政治的行為は、起りうる影響を、どの程度に見積もるか *Abschätzung der Wirkungsmöglichkeit* ということに、いつでも大きく左右されます。そのような決定を下す際に、政治的全体状況に対しておかわりをもってくる勢力をすべて計算に入れるということは、そもそも不可能です。その結果、このような場合には、何が結果的に生じてくるかについて予測できないということが、常にまわりつきます。すなわち、ある政治的行為が、必要なものか、あるいは、目的に相応しいもの

かということについて、一義的な判断に到達することができないということになります。せいぜいのところ、ある裁量の代わりに、いまひとつ別の政治的裁量をもちこむことができるだけです。したがって、このような認識から、独裁者の行う裁量を、裁判所により事後審査することが、拒否されるのです。たとえ、裁判所が、何らかの証明手段の助けをえて、政治的結果の複雑さを、完全に見通すことができたとしても、まさにいま申しあげました、起りうる影響をどの程度に見積もるかということが、なお必要なこととして残りつづけるのです。刑事判決録第六六巻において、正しく述べられていますように、このようにして、裁判所が、答えることのできない政治的問題が、次々と提起されることになります。ここで、私は、何らかの証明手段により、政治的結果の絡みあい、完全に見通すことができるという前提をおきましたが、しかし、そのような前提が、そもそもありえないことは、まったく論証する必要もないでしょう。そのことは、このような政治的結果の全体像を、根本的に見通すことのできるものは、ある立場、すなわち、政治的に決断を下す立場にあるもののみであるという、簡単な理由だけからして

も明らかです。また、このような方向において、最終的に政治的決断を下すに際して、何が決定的に重要かということ、完全に明らかにすることはできないという理由からも、そう言えます。

〈独裁は、国家の全体を救うもの〉最後に、独裁権力は、国家や国家秩序の全体にかかわる危機に際して、助けとなるべきものです。全体のために、その他の決断をもまとめあげて行われるような命令が、ここでは問題となります。ひとつの機関が、決断を下さねばなりません。例えば、まず最初に、ライヒ大統領の政治的裁量にもとづいて、決断が下され、その後、この政治的裁量が、国事裁判所によって事後的に訂正されると考えてみて下さい。そのような構成は、不可能です。何故なら、このような場合、すなわち、国家の全体に対する危機がある際には、その他の決断をもまとめあげて、全体のために、統一的に下される決断こそが、まさに必要だからです。国家指導の統一性とは、まさにそのような事態においてこそ、力を発揮するものです。

通説の最後の論拠は、例えば、裁判所の決断が、政治的機関に反対して行われるとすれば、その場合、国家權威に対する、すなわち、国家そのものの Staatsganze に対する危機が出現するということがあります。ここでも、再び、独裁者の裁量に対する裁判所の事後審査を排除する理由が、見出されます。政治的機関を否認することが、国家そのものに対する危機となるということは、当然のことです。そのような危機が、どの程度のものであるかということについては、いろいろと疑問もあるでしょう。そうではあるにしても、そのような否認が、そのような〔国家そのものに対する危機を引き起こす〕ことに、加担するものであることについて、疑う人はいないでしょう。(S. 371)

〈裁量に対する事後審査権の限定〉以上の理由から、通説は、裁判所による裁量の事後審査を、ペーターズ教授により、正当に指摘されましたように、法的問題に、繰り返し限定してきました。すなわち、明確に、ということとは、いかなる議論や論証がなくとも、誰にとつても自明な裁量の踰越、あるいは、明確な裁量の濫用がある場合という、もつとも外側にある限界に、審査権を限定してきたのです。そのような考えに依じて、通説

は、第四八条二項の適用を正当化する、公の安全と秩序に対する重大な障害あるいは危機が存在するかどうかという要件について、裁判所による審査を認めてこなかったのです。また同様に、その手段についても、裁判所の審査を、認めておりません。公の安全と秩序を再建するための措置の必要性は、技術的な必要性という意味において考えられるべきものではなく、自由な決定に必要な考慮という意味において把握されるべきものです。ライヒ大統領は、自分に義務として与えられた裁量にもとづいて、必要と考えることがらを命令することができなければなりません。このような必要性とか、合目的性とかについて、決断を下すのは、ライヒ大統領です。要件と必要な手段とが密接な関係をもつために、このような問題もまた、「ライヒ大統領の」裁量に任せねばなりません。

さて、なされるべき措置についての一定の原則が、これまで述べられてきました。すなわち、暫定的性格とか、比例性の原則とか、選択可能な、同様の価値をもつ、複数の措置が存在する場合には、もつとも短期間に終了するような措置を選択すべきという原則とか、ラントが、なおみずから必要なことを行い

うる場合には、干渉を控える義務があるという原則などです。

しかし、ここで、ライヒ大統領の第四八条二項にもとづく権限について展開されてきました、これらの原則はすべて、通説によれば、その遵守のために裁判所の統制が及ぶるものではありません。裁判所の審査は、明確な裁量の濫用があつてはじめて、明確な裁量の踰越があつてはじめて行いうるものです。

このような裁判所の審査権の制限を、あなた方も、通説として見いだすでしょう。すなわち、通説は、司法部に関連して、すなわち、通常裁判所の裁判官や行政裁判所に関係する法の間接的統制や、国事裁判所によつても行われうる直接的裁判統制について述べています。そのことが学説において述べられていることの証拠は、私どもの訴訟文書の中にあります。

《裁量の濫用・動機》さて、それでは、裁量問題の中で、何が、審査可能なものとして残るのでしょうか。一般的に言うならば、法的问题がすべて、事後審査可能なものとして残ると言えます。法の濫用、すなわち、恣意が、審査可能です。法の濫用、すなわち、恣意ということの中には、裁量の濫用とか、裁量の踰越が含まれるでしょう。裁量の濫用とは、次のような

ことだと言われています。すなわち、第四八条二項にもとづく措置が、公の安全と秩序の再建のためになされるのではなく、それとはまったく異なる、適切ではない *missachtlich* 動機からなされることだと言われています。もちろん、そのような非難は、相手側からなされているのであり、ライヒ政府は、そのような非難を断固として拒否しておりますが。なお、この際に、次のことに注意しておく必要があります。すなわち、私が、ここで申しあげていることは、法的な議論だということです。すなわち、通説の議論は、行政法における裁量に対する事後審査の議論に由来しているものです。適切ではない動機が、そのみが唯一決定的ではあつたわけではないにしても、非常に本質的な動機であつたということはありうるでしょう。たとえそうであつたといつたとしても、純粹に理論的に語る限り、そのようなことだけでは、裁量の濫用を主張することはできません。何故なら、行政官庁についての裁判所の先例によれば、執行を行う機関により承認された理由が、その〔措置の〕發布を正当化するものであれば、たとえ、その際に、その〔措置發布の〕真の動機が、別のところにあつたとしても、そこには、裁量の

濫用は存在しないとされているからです。(S. 372) 私は、以上のことを、ただ純粹に理論的にのみ、すなわち、これまで語られたことだけでは、裁量の濫用が存在すると主張するには、不十分であるということを、明らかにするためにのみ申しあげております。

《裁量の踰越…方向と手段》 次に裁量の踰越というためには、合理的な裁量について存在する、もつとも外側の枠すらも、明らかに踏み越えられているという要件が認められることが必要です。すなわち、公の安全と秩序に対する重大な障害とか、危機というものが、何ら存在しないという要件が必要です。また、その手段に関して言えば、公の安全と秩序の再建のために、何ら必要な措置ではないということが、裁量の踰越を言うためには必要です。本件においては、第四八条二項に関わる限りでは、本質的に手段の問題が重要となります。したがって、私は、その点に、ここで特に詳しく触れたいと思います。それに比べれば、要件についての、裁量の踰越の問題は、これぐらいにしておいてよいでしょう。

《手段についての裁量の踰越》 手段に関して、一般的には、

次のように定式化されています。すなわち、当該の措置と公の安全と秩序の再建との間に、いかなる関連もありえない場合、すなわち、当該の措置が、その性格からして、公の安全と秩序の再建に相応しいものではない場合、すなわち、このような目的のためには、絶対的に相応しくない措置が問題となっている場合に、裁量の踰越が存在すると言われます。

《主観的な善意の事実認定で足りる》 その際に、なおとくに重要な点が強調されねばなりません。すなわち、要件についても、手段についても、そうですが、客観的な事態が問題となるのではありません。そうではなく、命令の発布の際に、認識できていた、事実上の事態が、すなわち、命令を発布する機関にとって認識できていた事態が、問題となります。そのことを形式的に表現すれば、主観的に善意 *subjektive Gutgläubigkeit* であれば足りるということです。この点は、理論的にも、実務的にも、非常に重要な点であり、その重要性のために、私としては、この論点について、トーマ教授「[論文]」から、決定的な部分を引用しないわけには行きません。トーマ教授は、『オー

ストリア公法雑誌』第一一九頁で、「命令の中で述べられ

ている措置が、公の安全と秩序を再建するために、合目的であるとか、本当に必要なものであるかについては、政治的には、いつでも争われうるものである。したがって、まさに、ある特定の措置とか、それをも含むすべての措置全体が、躊躇なく実施されることが必要であると、ライヒ指導の中枢部において、主観的に、真摯に確信されていたかということだけが、法学的には、問題となるにすぎない。もし、そのような措置が、そのようなものであるとすれば、その場合には、当該命令が憲法に合致していることについて、法学の側から、何も言われるべきことはない。」政府は、「例えば、客観的な必要性とか、緊急性とかを証明する必要はない。」もちろん、ラント緊急命令の場合も、同じです。「政府は、その動機を述べることにより、必要性と緊急性についての、自己の善意の、主観的な確信を信じさせるだけでよい。」このような議論は、プレヒト局長をはじめ、相手側の陣営の方々により、度々引用されます『国法ハンドブック』第二巻に収録されています、グラウ氏の最近の論文「ライヒ大統領の独裁権力」の二九五頁の註(50)にも、受け継がれています。

〈一般裁判所の立場…審査不可能〉さまざまの裁判所は、このような通説に対して、どのような立場をおとりでしょうか。この点について、ライヒ最高裁判所が、完全に通説と同じ立場に立たれているということを、簡単に指摘しておきたいと思います。そのためには、何らの論証をも必要としないでしょう。判例は、次のように述べています。すなわち、明確な恣意が主張されない限り、いかなる審査もなしえない。手段に関して、当該の措置が、公の安全と秩序の再建のために必要であったかということは、明確な恣意が存在する場合を除いて、審査しない。当該の措置が、その性格からして、公の安全と秩序に関係するものかということは、審査できる、と。(S. 373) この言いは、前に申しあげました、明確な裁量の踰越のことを示しています。ライヒ大統領は、かれから見て必要と思われた、すべての措置を發布する権力を授けられています。ライヒ財務裁判所もまた、このような見解を支持されております。この点についても、私は、多くの引用により証明する準備ができております。プロイセン上級行政裁判所は、ごく最近、ここで読みあげるのが、それほどの外れとは思えないような判例を下してい

ます。それは、『法律週報一九三二年』二八三三頁の左欄にある、一九三二年五月三十一日の判決です。

「第四八条二項にもとづく命令の發布に際して、ライヒ大統領が、第四八条二項にもとづく措置を發布することを正当化するような財政上の緊急事態が、事実上存在したかという問題は、ライヒ大統領自身によつてのみ決定されるべき裁量問題であり、第三項にもとづいて、ライヒ議会の統制にのみ服する裁量問題であり、それに対しては、行政裁判所による事後審査がなされることのない裁量問題である。同じことは、ライヒ大統領によりなされた措置が、当該緊急事態を除去するために不可欠のものであったかという、別の問題についても妥当する。明確な裁量の濫用とか、明確な裁量の踰越の場合にのみ、そのような命令の法的有効性について、裁判所に対する異議の申し立てが合法とされる。そのことは、裁量問題が関わっている、別の事例についても、裁判所の判決により承認されているところである。」

これは、独裁の手段を事後的に審査できるかという問題につ

いて、通説の、簡潔ではありますが、正確な定式です。もちろん、これが最初のものというわけではありませんが、その他のすべての判例によつて一致して受け継がれている定式です。

〈**国事裁判所の立場…審査可能な事例**〉この問題について、**国事裁判所**は、どのような立場をおとりでしょうか。ここでは、さまざまの法的状況に応じて、さまざまの異なる判決が問題となります。最初のグループは、**デイトラムツエーラー命令**とか、類似の命令にもとづいて發布された節約令についての判例です。例えば、財政を健全化するために必要とされるすべての措置をとることができるという授權にもとづいて發布された、**ラント命令**についての判例です。この場合には、**国事裁判所**は、このような**ラント命令**が、この授權の範囲内にあるかについて、したがって、**第四八条二項**にもとづく**独裁者**への授權の範囲内にあるかについて、事後的に審査できます。**国事裁判所**は、その「**ラント命令**によりなされた」節約が、あまり大したものではないにもかかわらず、その節約が、社会の根本にかかわる、容易に除去しがたいような永続的な影響をもつ場合にのみ、そのような**ラント命令**は、不法なものであると判決しま

した。これが、〔国事裁判所〕判決録 Sammlung 第七巻にある、プロイセンの節約令についての判決の場合です。

さらに、第二の〔グループの〕判例があります。明らかに、授權の濫用が証明されるような事例です。そのような〔国事裁判所の〕判例は、ライヒ最高裁判所民事判決録第一三五巻に収められています。ここでも、明確な踰越とか、明確な裁量の濫用という限定が見られます。

〔国事裁判所の判決…審査不可能な事例〕ところで、非常に多くあり、ここで最終的に下されるべき判決にとって、非常に重要な意味をもつのは、ラント法の緊急命令の有効性について下された〔国事裁判所の〕判例です。もちろん、その場合にも、〔第四八条二項の〕独裁命令についての判例ではなく、ラント憲法の特別の授權にもとづくラント法の緊急命令が問題となっているのですが。ラント憲法は、多くの場合、〔プロイセン憲法の〕第五五条と、たとえことば通りではないにしても、大体一致するような内容をもっていて、次のような授權をしています。すなわち、公の安全を維持するため、あるいは、重大な緊急事態を除去するために、緊急に必要である場合には、ラント

議会が招集されない限り、ラント政府が、常設委員会の同意をえて、法律の効力をもつ命令を發布することができる、と。

(S. 374)

〔国事裁判所の先例…要件〕この場合、国事裁判所が、事後に審査できることは、何かということについて、議論の展開過程の中で、だんだんと、ほぼ妥当な線に落ちついてまいりました。国事裁判所は、このような問題について、通常裁判所の付随的な判決や行政とは異なり、特別な地位をもつものであることを、正当に宣言されています。その理由は、国事裁判所は、まさにこのような問題を、主たる任務 *in der Hauptsache* として判決するものですし、その結果、裁量の事後審査権に関する通説の考える枠に限定されうるものではなく、まさに国事裁判所が、そのことを事後審査するものだからです。現状においては、そのような立場が、すべての判決において、統一的に採用されているというわけではありません。そうではあるにしても、だんだんと、このような線に落ち着くことになろうと、私は、考えております。国事裁判所は、要件、重大な緊急事態、規律をすべき緊急性などについて審査できます。このような要

件というのは、ラント法の緊急命令の場合にも、もちろん、大きな役割を演じます。もちろん、緊急性「の判断」については、国事裁判所の側でも、行為をなすべき義務を負っている政府に、一定の活躍する「裁量の」余地を容認されるでしょう。この場合、政治的な決断が必要となり、政府が行動をとる義務を負っているということは、誤認されてはなりません。また、その結果として、そのような規律を行うことが、緊急に必要なものかという問題に関して、一定の活躍「裁量」の余地が容認されねばならないということも、誤認されてはならないでしょう。

〈国事裁判所の先例・手段〉 以上のことは、要件「の問題」

に関わります。国事裁判所により、手段 *Mittel* の問題も、事後に審査されます。手段は、一般的必要性 *Notwendigkeit* にもとづいて判断され、具体的に合目的性 *Zweckmäßigkeit* にもとづいて判断されるではありません。（ヘラー教授・それでは、私どもと、完全に一致いたします。）このような一般的な必要性ということにより、明確な裁量の踰越という限界のみが考えられているのかどうかは、もちろん、まったく分かりませ

ん。しかし、国事裁判所が、単なる、明確な踰越以上のことをも審査されようとなさっていると、私は、考えます。そのことは、以下に述べます、ひとつの判決の、非常に詳しい内容において表現されています。すなわち、国事裁判所は、緊急事態という要件と、緊急性という要件について、述べています。そのことが、まず第一に重要なことですから。つづきまして、国事裁判所は、行動した政府のとった、当時の状況に対する手段の必要性が、裁判所の審査に服するために、その必要性について触れました。国事裁判所は、このような要件や必要性が、裁判所が判決を下すための、他の何ものにもまして確実な基礎づけとなるに違いないと強調されました。また、行動した政府の当時の状況を再現することが、非常に困難であるということをも強調されました。その結果、国事裁判所は、危機の時代の状況においては、「政府の取った措置とは」反対のやり方をとることができると、異論もなく言えない限り、当該政府の措置が、憲法に合致するものとみなされねばならないという結論に到達されました。私は、このような国事裁判所の判決に、明確な裁量の濫用とか、明確な裁量の踰越とか、事後審査を限定すると

いうことを理解するのではなく、それとは、何か異なるもの、すなわち、それ以上のことがらを読み取りたいと考えております。と言いますのも、明確性と言われる限り、このような踰越は、すべての人にとって、まったく議論もなしに、ただちに明らかとなるに違いないと考えられるからです。それに反して、危機の時代の状況にあつて、「政府の取った措置とは」反対のやり方をとることができると、異論もなく言われる場合には「という国事裁判所の言い方の場合」、「異論もなく」というのは、何ほどか議論をした後、つまり、立ち入った議論をした後にはじめて言いうることだという感じを、私は、もちます。またこの場合、単なる、明確な裁量の踰越より以上の審査を、国事裁判所が事実上行われるであろうと、私は、考えます。もちろん、国事裁判所もまた、判決のはじめで、原理的に、かなり広範な審査権をもつことを、常に強調されていますが。

〈ザクセン市町村税命令事件国事裁判所判決〉以上のことは、ラント法の緊急命令についての事後審査の場合にも当てはまります。さて、次に、私どもは、決定的な点に、すなわち、第四八条二項にもとづく独裁者の命令についての国事裁判所におけ

る裁量の事後審査の可否という点に進みましょう。私が理解する限り、もつとも重要な判決は、ザクセンの市町村税に関する命令にかかわる一九三一年二月五日の判決と、プロイセン・ラント議会の議席割当の切り上げにかかわるライヒ最高裁判所民事判決録第一三五巻の付録三〇頁以下に収録されている〔国事裁判所の〕判決です。(S. 376) 後者の判決の中で、国事裁判所は、要件と手段について審査しています。もつとも、その結論は、肯定的であり、その結果として、この判決から、国事裁判所が、命令の不法性を、いつから、またいかなる限度において認定するかということについて、何ごとも導き出すことはできません。何故なら、このような限界というものは、当該の命令が不法であると宣言されてはじめて、常に明らかになるものからです。ところが、上記の命令は、この判決において、合法と宣言され、その結果、どこまで審査できるかという問題については、何ら決定が下されませんでした。

問題は、前者のザクセンの市町村税に関する命令にかかわる一九三一年二月五日の判決です。この判決において、国事裁判所は、決定されるべき問題点を明確にいたしました。国事裁

判所は、緊急命令の事後審査について、これまで適用されてきた原則を、再度、明確にいたしました。もちろん、国事裁判所は、このような原則を、要件についてのみ、再度繰り返されたのですが。したがって、手段の事後審査については、何ごとも触れられていません。国事裁判所は、まず、ラント法上の緊急命令に際して、これまで要件の事後審査という問題について、どのように取り扱われてきたかということを顧みられました。

その後に、国事裁判所は、次のように言われました。「比例性 *Entsprechendes*」の原則が、この場合にも妥当しなければならぬという見解を主張しうる。」すなわち、第四八条二項にもとづく独裁命令の事後審査の場合にも、したがって、その要件に関しても、通用しうる、と。もつとも、国事裁判所は、その場合、審査権を行使したわけではありません。すなわち、この問題に決定を下したわけではありません。何故なら、ここでは、立ち入る必要もないことですが、裁判所は、別の根拠から、その結論に到達されたためです。いずれにせよ、ここには、国事裁判所の審査管轄権が、その限界に到達するその地点が、明確に示されています。

〈ラント法上の緊急命令の審査と第四八条独裁命令の審査との違い〉ここでは、ひとつの問題、すなわち、第四八条二項にもとづく独裁命令の事後審査に際して、ラント法上の緊急命令を判断する場合と同じような、私の見るところでは、かなり重大な拡大がなされている審査権が認められるべきか、行使されるべきかという問題が、提起されています。このようにして、ラント法上の緊急命令についての事後審査の議論を、独裁命令の事後審査の問題に持ち込むことができないということに、かなり重要な根拠があると考えられます。この重要な反対根拠を、ここでも、私は、なお強調しておきたいと思います。まず最初は、まったく形式的なものです。法的状況の違いをあげなければなりません。その文言だけからしても、ラント法上の緊急命令についてと、独裁命令についてとは、まったく異なる文言が使われています。すなわち、ラント法上の緊急命令については、第四八条二項には見いだされない「緊急の必要性」という特別の要件が存在いたします。さらには、実質的にもっと重要な違いが、強調されねばなりません。すなわち、ラント法上の緊急命令の事後審査に際しては、ラント政府の事後審査

が、問題となります。これに対して、第四八条二項にもとづく独裁命令の事後審査の場合には、政治的なライヒ政府の事後審査が、問題となります。すなわち、ラント法上の緊急命令の審査権の議論を、独裁命令の審査権の議論に持ち込むことに對する、もつとも大きな異論は、一方の側における、ラント法上の緊急命令によつて切り抜かれるべき政治状況と、他方の側における、独裁命令によつて切り抜かれるべき政治状況とが、まったく異なるものであるという点にこそあります。ラント法上の緊急命令の場合には、議會が招集できない場合に、緊急に必要となる法規定を發布することが問題となります。ところが、独裁命令の場合には、たとえ、議會が招集されているにしても、公の安全と秩序に対する重大な障害を除去するために行われることが問題なのです。このような状況の違いは、学界においても、しばしば詳細に強調されており、ここでは、簡単に読みあげるだけで十分と言えるほどに明確なことです。(9) (10) 例えば、アベルト氏は、『法律家週報』に掲載した論文で、そのことを述べております。ただ今、私は、その論文を手元にまつておりませんが、その論文は著名なものですし、私どもの

訴訟文書にも挿入しておきました。アベルト氏は、このような状況の違いを認めており、それを、次のように描いております。すなわち、ライヒ大統領は、たとえ、ライヒ議會が、毎日、議會を開催しているにしても、第四八条にもとづいて行動しうる、と。権限 *Vermögenszeit* は、ラント法上の緊急命令の場合よりも、おそらく広いものと考えられ、アベルト氏のことば通りに言えば、次のように述べられています。すなわち、非常手段によつて対処されるべき政治的状況は、「ラント法の場合と」まったく異なる性格を有する。まず、ライヒ議會は、いかなる状況においても、手をつけることはできない。しかし、その上で、憲法の意図にもとづいて、必要な措置を実施するために、分割できない、すべての権力が、ライヒ大統領の掌中に集中されるというやり方で、権限が、形成される。ライヒ大統領は、かれに義務として負わされた裁量にもとづいて、必要なことをらを整序する、と。なお、この論文は、完全に法治国家的な志向から、審査権の強化を行なおうとする意図をもっているものです。しかし、そのような意図は、以上のような議論から考えて、最終的には、当該措置と公の安全と秩序の再建との論理的

な関連を確定することに限られるべきであろうと、私は考えます。以上のことは、基本的には、その性格に相応しい手段の場合と、まったく同じことです。

ここで、私は、グラウ氏により、その『ドイツ国法ハンドブック』二九五頁の註(50)に述べられている見解について触れておきたいと思います。すなわち、独裁者の統一的な意志形成の必要性に関連して述べられていることです。もっとも、独裁者の意図そのものは、裁判所の議論するべきところではないとされていますが。そこで、いずれにせよ、独裁権については、国事裁判所による裁量の事後審査を、緊急命令について認められると同じ範囲内において、認めるべきではないとされています。国事裁判所自身は、ここで読みあげることはいたしません。が、ブムケ編『国事裁判所判決録』第五卷二二頁において、ラント法上の緊急命令と独裁命令に際しては、事情が異なることを、すでに、強調されており。もちろん、文脈は、これまで、私が述べてきましたものとは異なりますが。その判決では、あちらで妥当するからといって、ただちに、こちらに持ち込むことはできないとされています。

〈国事裁判所の第一の特別性…裁量の無効と取消可能性〉次に、国事裁判所の特別な地位という問題に入りましょう。すなわち、上記のような問題を扱うことが、国事裁判所の主要な任務であるという、その特別な地位から、事後審査権の拡大が導きだせるかという問題です。その際に、まず審査権の拡大ということが、国事裁判所については、ただちにふたつの方向において生ずるということに注意を喚起しておく必要があります。ひとつは、特定の行為が問題となる場合、その行為の無効が結論されるのではなく、単に取消可能性が結論としてもたらされるような違法をも、事後審査することができますし、また審査しなければならぬということです。付随的な判決を下す、すべての裁判所は、具体的な行為に際して、その審査権を、無効と結論されるような欠陥に限定されます。単なる取消可能性は、行政行為やその他の行為について、独裁行為の場合にしても、付随的審査の場合、その行為が廃止されるまで、裁判所によって、尊重されます。そもそも憲法に合致しているかどうかという、より根本的な問題を提出される国事裁判所は、無効という結論を導きださないような欠陥についても、当然、判断し

なければいけません。以上のように述べることは、独裁的措置について、法規定が問題となっている場合には、それほど的重要性はありません。何故なら、そのような場合、権利に対する違法が問題となるのですから、通常は、無効という結論が出てくるからです。しかし、第四八条二項の独裁命令が、具体的な行為をあらわす場合には、以上のことは、かなり重要な意味あいをもつことになりました。以上のことが、一九三三年七月二〇日の命令について、当てはまるものかどうかについては、私は、今ここで申しあげようとは思いません。(S. 377) いずれにせよ、付随的に審査を行うのは、すべて国事裁判所以外の裁判所であり、そのような裁判所は、ただ無効の場合を審査することができるだけです。これに比べて、国事裁判所は、たとえ結論が無効とならない場合でも、憲法との合致を事後的に審査しうるのであります。

〈国事裁判所の第二の特別の地位…政治的決断〉 国事裁判所の事後審査権の第二の拡張は、事後審査の限界を、明確な裁量の濫用と裁量の踰越に限るということについて、以下のような事実から出てきます。すなわち、国事裁判所は、その審理に登

場している当事者たちについて、まさに今問題となっているその主観的善意 *subjektive Guttaubigkeit* を、当事者への問いかけや、当事者への聴問と、その応答によって、国事裁判所以外の裁判所とは、まったく異なるやり方で形成しようという事実からでてきます。したがって、その限りで、国事裁判所は、誰も争うこともできないような特別の地位をもつのです。しかし、このような地位を、例えば、事後審査権が、ラント法上の緊急命令の範囲で維持されるべきだというようなやり方で、なお拡大するべきように、私には、思えます。そのことは、私は、いかなる特別な理由づけも必要でないとと思われるために、いやより正確に言えば、そのように結論できる理由が、おそらく存在すると考えられるために、そう言えます。もつとも、私には、かなり重大な反対の理由もあるように思われます。すなわち、国事裁判所以外の場合にも、裁量の事後審査を、明確な裁量の濫用と明確な裁量の踰越に限っているのと同じ理由です。その限りでは、国事裁判所についても、最終的に、一九二五年一月二二日の判決に、その確実な基礎づけを見いだそうとすることは、もはや不可能であると思われる。何故なら、

政治的機関は、まさに公の安全と秩序を再建するために、できるだけ早く、まずとりあえずは、特定のことがらを隠そうとせざるをえない、すなわち、そのことについて何も言わないということもありうるからです。さらには、次のこともありえます。そのことは、ただにありうるというだけではなく、すなわち、ほんやりとした可能性というに止まらず、今まさに起きていることがらなのです。すなわち、政治的行為の結論は、「あらかじめ」計算できません。その限りで、このような行為の必要性や合目的性について、常に異なる意見がありうるのです。したがって、このような関連においては、裁判所は、最終的には、政治的な決断にかかわるのです。それは、いわば、ある程度までは、ライヒ政府の政治的決断が、「裁判所の」ひとつの政治的決断により、すなわち、まさに、最終的には「あらかじめ」計算できない問題に対する、「裁判所の」ひとつの判断により訂正されねばならないというわけです。そのような場合、事後審査権の拡大に反対して、次のように語られます。すなわち、まさに例外的な状況においてこそ、国家指導の統一性が求められている、と。さらには、もし、次のようなことが起こりうる

としたら、独裁権力は、その重要性を失うことになる、と。すなわち、もし、政治的な裁量が、裁判所の事後審査に服することとなり、すなわち、独裁者が、自己の政治的裁量に際して、常に、この裁量が、国事裁判所の審査にも合格するであろうかと尋ねなければならず、自分が、自己の義務に応じて行う裁量や自己のこれだよいのだという確信 *guter Glaube* が、その事項について、これで十分だということを、みずから信じることでできないという場合、独裁権力は、その意味を失うことになります。さらに、もし、独裁者が、明確な裁量の濫用や明確な裁量の踰越を、国事裁判所によって無効と言明されることを甘受しなければならぬとされると、独裁権力は、その意味を失うことになりましょう。最後に、すでに述べておきました観点、すなわち、国家権威にとつての損害がありえます。私は、反対の理由を誤解してはいないつもりです。また、国事裁判所の側における司法的審査権を拡大するために語られていることをも、明確に数え上げたつもりです。以上のことは、まずは、法の問題であり、法治国家の問題の内にあります。しかし、ここでは、私は、一九二四年当時、決断していたと同じように、こ

のデイレンマについても決断せざるをえません。すなわち、法的思考を拡大しすぎることは、最終的には、国家の損害にいたりうることです。その結果、ここでは、従来の裁判所の実例を大幅に抑制すべきことを主張せざるをえません。(S 378)

〈国事裁判所の審査権の否定〉一九二四年の報告から私は、一九二四年当時にあつて、すでにこの問題を取り扱っていました。長官の御許可をいただき、私は、その報告から、ほんの数行を読みあげさせていただきます。それは、次のように述べています。「事後審査権は、要件に関して、および、用いられ手段の必要性和合目的性について排除される。その理由は、裁判所の事後審査のために、何らかの利害が主張されうるにしても、その利害は、独裁にかかわる国家の利害により乗り越えられるからである。もし、独裁のあらゆる機能に対して、審査権限が導入されうるとなれば、独裁は、まったく紙の上の存在となろう。まさに、このような場合「独裁」においてこそ、緊急で、確実な活動が保障されねばならない。その結果、自己の義務にもつづいて行動する機関の裁量のみが決断を下すことと

なり、政治的には、ライヒ議会、場合によっては、ライヒ大統領によってコントロールされることになろう。」この後半の部分は、第四八条四項にかかわります。「国家指導の統一性は、そのような事態にあつて、三重の意味で必要であり、したがつて、政治的な指導の外部に存在するような機関による事後審査は、行いえない。憲法制定者が、もし、審査権を保障していたと解するならば、非常事態の規定に関して、もつとも本質的なことがらを、みずから否定していることになろう。」

〈グラウの見解〉以上の証拠として、審査権の問題について、一九二四年当時の見解のみでなく、最近の見解、すなわち、再度、グラウ氏の『ドイツ国法ハンドブック』二九四頁の、詳しい議論をも引用しておきましょう。その見解が、これに関する意見全体を、よく纏めていると思いますので、ここで、それを読みあげることをお許しいただきたいと思います。

「独裁者の裁量に対する審査は、原則的に拒否される。その際に、その措置の必要性、あるいは、合目的性が問題となるにしても、関係ない。その理由は、独裁の行使のために与えられている裁量は、ライヒ指導という政策全体と

不可分に結びついているためである。まさに、このような結びつきのために、人々は、「同じ」政治的状況について、異なる視角から、さまざまな出発点において、たとえ、その措置が、正しいとか、誤っているとか言わないにしても、その措置が、不必要であったとか、広ろすぎるものであるとか言うことができるのである。独裁的措置の審査については、一般的な考えが妥当する。すなわち、行政行為とは異なり、統治行為には、その裁量という点について、裁判所の審査に、いかなる活動の余地をも与えていないという一般的な考えが、もつとも適切に妥当する。独裁的行為は、もつとも重大な危険に対処するものであるから、独裁者の措置がその行為の細部にわたってまで、規定され「縛られ」ていると解釈されることになれば、独裁者により追求されべき目的そのものが、危険に瀕することになる。もし、そのような審査が可能となれば、政治的な見解からは、決して自由ではありえない証人の個人的な見解が決定的となり、その証人が、どの程度の忠誠をもっているかが、ものごとを決定することになる。最終的には、独裁者の

政治的裁量は、ライヒ議会のコントロールに服すべきであり、ライヒ議会と裁判所とが、政治的な領域について、競合的に管轄権をもつことは、決して望ましくない現象を引き起こすことになる。上記に述べた見解は、国事裁判所のコントロールについても、同様に妥当する。とくに国事裁判所について、裁判所が政治に干渉することの危険性は、政治的領域に対するその権限が拡大すればするほど、より大きなものとなるということを、とくに明記すべきである。」

〈本件において裁量の濫用や踰越はありえない〉もちろん、グラウ氏もまた、権力の濫用が許されるものではなく、恣意が認められるわけではないことは承認されており、このような枠が残りつづけることは認められています。しかし、「本件においては」第四八条二項に関して、明確な裁量の踰越とか、明確な裁量の濫用というものは、存在しません。今問題となっている命令に関して、その命令を發布した機関が、公の安全と秩序の再建のために、当該の措置が必要であるという主観的確信をもっていなかったということがありうると、主張したいと考え

られる方がいらつしやるとは、私には、到底考えられません。(S. 379) にもかかわらず、明確な裁量の踰越とか、明確な裁量の濫用を肯定せよとする限り、「あなた方は」まさに、そのようなことを主張しようとされているのです。

以上は、第四八条二項に関するものです。しかし、第四八条一項についても、ここで、一般的に問題とされている裁量に関する限り、私が、第二項についての裁量の審査について申しあげたことが、本質的には妥当いたします。ここでは、そもそも裁量というものが存在するのかわかということが、問題です。あらゆる不確定概念が、法概念であるわけではないという点では、私は、ペータース教授と、まったく同意見です。しかし、第四八条一項の場合にも、単なる司法形成的な確定手続きが問題となっているわけではありません。そうではなく、政治的な決断が重大な役割を果たしています。とりわけ、その要件の確定の際には、忠誠義務とか、服従義務というような、全体的な政治状況とのかかわりの下で考察されるべき義務の侵害に関する政治的な決断が、重要な役割を果たしていると、私は考えます。ここに侵害が行われたかどうかという問題は、常に一定程度ま

で政治的な裁量の問題であり、そのために、その関連だけからしても、事後審査の限定が生じてまいります。もちろん、ペータース教授御自身が確認されていますように、措置の範囲についても、一定程度、自由裁量が認められるべきです。