

資料

「プロイセン対ライヒ」(七月二〇日事件) 法廷記録(一五)

山下 威士記

局長ブレヒト博士…今回、実際に生じました事例につきまして、プロイセンの立場を今一度明確にすることを、お許しいただきたいと存じます。

〈独裁権力に対する絶対的限界と相対的限界〉たしかに、四八条二項は、ライヒの権力を非常に拡大するものです。しかし、それにもかかわらず、そこには、踏み越えることのできない絶

対的な限界というものがありません。このような「絶対的な限界」というものは、三重の側面をもっております。まず第一には、独裁を制約する *diktautes* 憲法規定というものが、存在いたします。この独裁を制約する憲法規定という概念については、アンシュッツ教授が、その『コンメンタール』においても、また昨日、本法廷においても、とりわけ明快に解明されておしま

す。第二には、独裁権力に対する論理的 *logische* 限界というものが、存在します。すなわち、その限界内においては、ライヒ大統領といえども、特定のことがらを変更することは、論理的にできないというものです。例えば、命令は、命令であり、命令を、法律にという具合に変更することはできません。また、ライヒはライヒであり、ライヒを、法的にまったく異なる意味をもつラントにという具合に変更することはできません。第三には、四八条二項で認められている目的を実現するために、絶対には必要ではありえないような性格の措置も、存在いたします。まったく必要でないという、そのことから導かれるのですが、このようなものもまた、絶対的な限界をなします。

以上のものと並びまして、そのような措置が、公の安全と秩序とを再建するという目的にとって必要なものでなければならぬということから出てくる、相対的限界というものも、存在します。その問題については、後に扱いたいと思います。

〈独裁を制約する憲法規定〉絶対的限界の内の最初のものは、独裁を制約する憲法上の規定です。たしかに、アンシュッツ教授に由来いたします、こういう呼び方そのものは、あまり使わ

れておりません。しかし、その言わんとするところは、圧倒的な通説により承認されております。このような通説を、ライヒ政府も、これまで繰り返し承認されております。(S. 323) その最初の事例は、一九二〇年三月二三日のライヒ議會において、シィファー Schiffer ライヒ司法大臣により承認されております。その後も、ライヒ政府は、内政上の実際に際して、このことを、繰り返し承認しております。またライヒ最高裁判所も、そのふたつの判決において、簡単ではありますが、しかし、明確に、「四八条二項の、憲法自身が定める例外を除いては、ライヒ憲法は、ライヒ大統領にとつても、ひとつのタブー〔触れることのできないもの〕である」と述べております。その他最高級の裁判所や、アンシュッツ教授、ギーゼ教授、ベツチュ・ヘフター教授などのコンメンタールが、このことを承認していたします。私は、ここで、このような通説を支持される学者を、すべて数えあげようとは思いませんので、ただなお、おふたりの氏名だけ挙げさせていただきます。すなわち、ナビアスキー教授とライヒ最高裁判所裁判官シユワーブ博士であります。シユワーブ博士は、『ドイツ法曹家新聞』に掲載されました、その

論文の中で、この問題につきまして、とりわけ詳細に説明されております。なおまた、グラウ氏も、独裁権力についての、多くの著書や、また「国法ハンドブック」に、非常に重要な論文を書かれています。

へ一九二四年の国法学者大会報告 このような通説に対して、一九二四年の国法学者大会において、これを否定しようとする試みがなされました。そこで、非常に活き活きと、きわめて才能あるやり方で、通説と異なる学説を展開されたおふたりの方すなわち、カール・シュミット教授とヤコビ教授とが、今日、ライヒ政府の新しい見解を代弁されるために、ライヒ政府の側に立たれていることは、まことに偶然ではありません。その当時、シュミット教授は、次のように主張されました。すなわち、四八条は、ただ今、私が申しあげましたような意味での限界をもつものではないこと。四八条二項において、特定の基本権の失効を定める第二段は、その第一段には、掛からず、それぞれは、独立していること。したがって、ライヒ大統領は、以前には、小戒厳状態 Kleine Belagerungszustand として知られていたのと同様に、その基本権の失効で満足することもできませんし、

それに止まらず、さらに、それ以外の憲法規定を、その効力を失効させることもなしに、事実上、破棄する durchbrechen こともできること。このようなことを、シュミット教授は主張されました。このような教授の見解は、当時は、教授自身が付け加えられた、いまひとつ別の見解により、本質的に緩和されました。すなわち、その当時、教授は、「措置 Maßnahmen」のみが、それも、一時的な措置という厳格な意味での措置のみが、実施しうるものであり、決して法的命令 Rechtsverordnung が発布できるわけではない、と。共同報告者であったヤコビ教授においては、このような見解は、それ以外の基本権を、失効させることはできないという具合に、もつと大幅に緩和されていました。もちろん、私が、正確に記憶していることですが。

国法学者大会におきましては、このような見解は、尊重されはいたしましたが、多くの方々により否定されました。もちろん、圧倒的多数により否定されたのです。今、ここに御集まりの、多くの方々も、あの当時、そこに御出席でした。その後、この問題につきまして、いずれの見解も、より深く探究され、

このような新しい見解を否定する、説得力をもつ研究が、次々と刊行されました。このような内容をもちます、最初の、重要な研究の内に、ナビアスキー教授と、リヒアルト・グ라우氏のものがあります。通説は、かれらに従っております。初めの内は、疑っていた二、三の方々も、今では、このような疑問を、完全に払拭され、通説が正しいと語られています。今や、カー・シユミット教授すらも、最近の著作では、そのようなものが通説であり、そのことは考慮されねばならないと言われることにより、ある程度、通説に譲歩されております。

したがって、昨日、私が、四八条一項について、反対側は、立法論 *lex ferenda* について語られており、私どもの側は、現行法 *lex lata* について語っていると申しあげましたが、本日は、この二項につきましても、まったく同様に、私どもの側は、通説の立場にあり、相手側は、アウトサイダーであると言えるかと思えます。もちろん、法的領域において、反対意見を、そのように表現できるといふに止まり、決して非難しているわけではありません。(S. 324)

《通説の見解》今ここで、私は、反対理由を、理論的に申し

あげようとは思いません。それは、専門家の方が、いずれおやりになるでしょう。通説の結論は、四八条二項にもとづいては、そこで明文をもつて上げられた七つの基本権を除いて、ライヒ憲法は、破棄されえないし、改正されえないということです。すなわち、ライヒ大統領は、正常ではないような事態において、正常な状態にあつてとは、まったく異なる、特定の権限をもつということ、すなわち、自己の権限を拡大するということが、四八条から、完全に論理的に引き出されるといふにすぎません。したがって、通常の場合だと、ライヒ憲法に干渉できないにもかかわらず、それを行いうる暫定的な措置を実施する権限が問題となる場合、正常時なら立法に関して権限をもっている機関と行政に関して権限をもっている機関の権限を移行させること *Verschiebung von Zuständigkeiten* が問題となります。

《最小限度の組織の保障》それ以外では、当時すでに、カー・シユミット教授も、また同じくヤコビ教授も、ライヒ憲法の最小限度の組織規定 *ein gewisses organisatorisches Minimum in der Reichsverfassung* は、自分たちの見解によつても、侵害することができないのは、当然のことであると強調されていま

した。また、カール・シュミット教授は、本年七月の、一番新しい著作『合法性と正統性』の七九頁においても、通説を検討された際に、次のように書かれています。すなわち、「四八条によつて、憲法全体を転覆せよとするのなら別だが、そうでないのであれば、ライヒやラントの存続のために、最小限度の組織をそのまま侵害せずに残さなければならぬということ、少なくとも認められるべきであろう」と。(アンシュッツ教授・謹聴、謹聴。)

〈独裁権によつても干渉できないもの〉ライヒ大統領は、いま申しあげました事項以外には、ライヒ憲法に対して、干渉することを許されていません。そのことだけからしても、ただちに、憲法規定全体が、特定の措置をとることを、ライヒ大統領に対して禁止しているという結論が出てまいります。したがって、まして、通説によれば、ライヒ大統領は、四八条によつても、国事裁判所を廃止したり、変更したりすることはできないといふことに、まったく疑いがありません。ライヒ大統領は、たとえ、いかに最後の最後的手段であるにしても、国事裁判所を廃止するというような命令を發布することはできません。ライヒ

大統領は、次のように論ずる実に欺瞞的な根拠づけによつても、そのようなことをなすことはできません。すなわち、ライヒ大統領は、本来なら、自己以外の機関によつてのみなされるような措置にまで、自己の権限を拡張することができる。であるから、憲法改正法律によつてのみなされるようなことがらをも、ライヒ大統領はなしうる。したがつて、国事裁判所をも、制度として、廃止することができる、と。同様に、ライヒ大統領は、ライヒ議會、ライヒ大統領、ライヒ政府、ライヒ参事院などの法的地位についても、手を触れることはできません。ライヒ大統領は、四八条二項にもとづいて、憲法上定められている期間を越えて、選挙期間を延長することはできません。何故なら、選挙期間についての最長の期間が、ライヒ憲法に定められているからです。これは、まったく純粋な形式的な理由です。

ライヒ大統領は、さらにまた、既得権を侵害することもできません。たしかに、立法論の *lege ferenda* として語れば、いかなる場合にも、既得権は侵害されるべきでないと言ふほどに、既得権が重要なものかどうかには、疑いもありましょう。私としては、反対の議論〔既得権を侵害できるという議論〕を採用

するべきであるとは言いませんが、たしかに、そのような反対の議論の方が、より合目的である場合もありうると思います。ただそうではあるにしても、そのこと（既得権が侵害できるということ）を承認したからといって、四八条二項にもとづいて、すなわち、現行法 *de lege lata* にもとづいて、既得権へ干渉することはできないということ自体は、何ら変わるものではありません。今日、多くの公務員に対して、非常事態の命令によつて生じております紛争問題は、ライヒ最高裁判所にとりましても、すべて四八条二項を、どのように解釈すべきかという争いに関するものではありません。そうではなく、それらは、当該の事例において、公務員の既得権が、今問題となつてゐるのか、そうではないのかということに関わるにすぎません。もし、そうであるとすれば、そこには、独裁を制約するものが存在することは、明確です。

「ラント政府は、最小限度の組織に当たる」最後に、ライヒ憲法一七条もまた、独裁を制約する規定に属します。その規定から、ラント政府が、ラントに関する最小限度の組織に属することが結論されます。その点は、ライヒ政府が、ライヒに関する

る最小限度の組織に属しているのと、まったく同じです。(5) (6) ラント政府は、それ自体が、もちろん、組織上の制度としてのことですが、ライヒ憲法のさまざまな規定において、ただ権限の担い手としてのみ定められてゐるわけではありません。そのような理由からだけでも、ただちに、ラント政府が、そのような最小限度の組織に属することは、明らかです。

もちろん、そのことは、とりあえずは、ライヒ憲法から、まったく形式的に導きだされることにすぎません。四八条自身において、ラント政府の存在が予定されております。すなわち、四八条四項は、危険が差し迫つてゐる場合には、ラント政府が、措置（原文は、Bestimmung）だが、憲法条文は、Maßnahmeであるため、こう訳す——山下）をとることができることと定められています。さらに、とりわけ、本日、私どもが、詳しく申しあげましたように、六三条は、「ラントは、ライヒ参事院において、それぞれのラント政府の構成員により代表される」と規定しております。このことだけからしても、ただちに、ラント政府が、四八条二項にもとづいては、永続的にせよ、一時的にせよ、いずれにしても、法的には、廃止できるものではないということ

が結論されます。

「ラント政府を振り崩すこと」…執行権力の移行」ラント政府を振り崩すこと Aushling が、特定の範囲において、あるいは、非常に広い範囲において、可能かどうかという問題は、以上とは、まったく異なる問題です。そのことは、執行権力を移行させることにより、あるいは、多くの具体的な措置を用いることにより可能となります。この範囲については、今私どもが扱っております事例においては、それ自体としては、問題となることではありません。せいぜいのところ、そのような問題は、例えば、ライヒ大統領は、憲法によって予定されている範囲内の権力しかもっていないものかという観点からのみ問題となりうるにすぎません。しかし、そうであるにしても、ライヒ大統領に与えられている権力は、非常に大きいものがあります。とりわけ、執行権力を移行された場合には、そう言えます。またさらには、必要な場合には、多くの具体的な措置を行うことができる、ここに数えあげることができないほどの可能性をもつ結果としても、ライヒ大統領の権力は、非常に大きなものであります。しかし、その場合にもなお、独裁を制約する絶対的な

限界というものが、常に存在するのです。ライヒ参事院、公務員の権利、ラント裁判所、恩赦権、ラント大臣という称号やラント政府という称号などが、そのようなものに属します。そうです。称号もまた、そういう性格のものであります。そのことは、一般の人々からすれば、理解しがたいことかも知れません。しかし、私ども国法学者や、愛国心をもっている者にとりましては、みずからラント大臣と称する権利や、みずからラント政府と称する権利、すなわち、ラント高権にかかわる権利 Staatshoheitrecht は、決してどうでもよいものではなく、非常に高貴な性質をもつ権利なのだということも、よく知られております。

「グラウの論文：独裁権力の限界」 一体、どこに問題があるのでしょうか。そのことは、本日、ここに出席されておられます、ひとりの方により、非常に明確に叙述されております。すなわち、ライヒ政府が、その訴訟準備文書の中でも、しばしば依拠されました、独裁権についての、著名な著書の著者であり、『国法ハンドブック』に論文を寄せられています、リヒヤルト・グラウ氏です。もちろん、本日、ここに御出席の方々、この問題について、いかに明確に把握されているか、みずから雄弁

に語ることのできることは、十分に存じあげておりますが。先週の日曜日の「フランクフルト新聞」に寄せられた論文の中で、グラウ氏は、次のように述べられています。

「連邦国家の本質に属するのは、ライヒとラントの間に権限が配分されていることである。このような事項に於いての国家任務の配分は、ライヒと独裁権力の活動の結果として、ラント権力に与えられた制限により、現実には、ラントに不利に変化することにならう。ラントの国家権力そのものは、自己の任務の範囲を非常に制限されるということもありえよう。しかし、ラントの国家権力の分割ということは、行いえない。ラントの国家権力そのものは、そのいかなる部分といえども、ライヒと大統領にも、ライヒ・コミッサールにも移行しえない。ライヒ権力が、拡大すれば、それに於いて、ラント権力は、収縮することにならう。しかし、それにもかかわらず、ラント権力のみが、ラントをもつのであり、ライヒ権力は、ライヒをもつにすぎない。」

さらにまた、かれは、次のように書いています。「四八条二項により、ライヒ権力が行使されるということを考えれば、

ライヒ憲法の明文により、あるいは、事物の本性から考へて、ラント権力にのみ属するようなあらゆる国家行為および、ラントの名によつて行われねばならないあらゆる国家行為については、独裁権力「の干渉」が排除されるという結論が引き出されよう。したがつて、独裁権力にもとづいて設置されたライヒ・コミッサールは、ラントの全権代表をライヒ参事院に対して派遣することはできないし、ラント公務員を任命したり、解雇したりすることもできないし、ラントの名において国債を募集したり、その他のことについても、ラントの名において行うことはできない。もちろん、ラントの枠内において、ラントの名において、できないというにすぎないが。」(S. 326)

以上のことは、現行の実定法にもとづいて、これまで論じてきました点につき、ライヒ憲法上、独裁に対して、法的に制約があるということから導きだされる結論です。以上のことは、連邦国家の憲法において、いかようにも規定されうることでしよう。スイス、オーストリー、アメリカにおいて、これとは、また異なるように規定されることも可能です。ただ、ドイツに

おいては、まさに、このように規定されているのです。

〔論理的限界〕 それでは、次に論理的限界について申しあげます。論理的限界というものは、さらにライヒ憲法の基本概念とも関連しておりますが、しかし、そのような概念と並んで、独立の意義をもつものです。その論理的限界から、部分的には、これまで申しあげましたことと同じことが結論されます。すなわち、ライヒ政府は、決してラント政府ではなく、ライヒ省庁やライヒ・コミッサールは、決してラント省庁ではありえないということです。たしかに、ライヒ・コミッサールが、自己の権限を拡大することにより、ラント省庁やラント政府の管轄に対して、大きな影響を与える「Behelligen 迷惑を掛ける」ということはありえましょう。しかし、だからと言って、ライヒ・コミッサールが、もともとそうでないようなものになりうるわけではありません。それは、丁度、男が女になったり、命令が法律になることが、まったくありえないのと同じです。以上のことは、ひとつの例として申しあげたにすぎません。

〔絶対に必要な措置〕 最後に、特定の措置は、絶対に必要なではないというところから出てくる限界について申し

あげます。そのことから、部分的には、これまでと、まったく同じことが言えます。すなわち、「憲法に」規定されている目的のためには、特定のことがらを変更する必要が、まったくありえないというものです。まったく必要ではありえない、すなわち、いずれにせよ、本件のような事例にあつては、まったく必要なことではなかったということです。このような、「一般的に必要なではないということ」と、本件について必要でなかったということの「ふたつの考え方は、相互に交錯しておりますので、私は、ここでは、これ以上、この点について議論しようとは思いません。と言いますのも、本件のような事例において、いずれにせよ、必要ではありえなかったということ、具体的に申しあげられる可能性を、今後も、私が、もつていと思うからです。とすれば、今ここで、必要ではありえないということにつきまして、詳しく申しあげることが、まったく余計なことと、私には思われるからです。ここでは、私どもが、基礎にしております、それ以外の、強力な、ふたつの議論に對抗する、第三の議論を、根本的に問題にしておきたいと思

「警察が危機的状態にあつたという主張について」ライヒと政府の側から、今回なされたような広範な独裁の適用が必要であつたという証拠として、何かに脅えている政府により支配されているプロイセンの「警察が、非常に危険な状態にあつたということ」が、繰り返し挙げられています。そのことは、今また、シュミット教授により、詳しく語られました。あなたは、繰り返し、そのことに触れました。しかも、あなたは、とりわけ、狡くやられて rafiniert bedrungen、失礼、ライントラントという、かつて占領されていきました地域をもち出すことにより、御自分の考えを根拠づけられました。あの地域は、中立地帯であり、軍隊は、存在せず、警察だけしかいなかったのです。その結果として、もし、もし、万が一ですが、警察が、安全や秩序に対して謀叛でも起こすということになれば、もう何もかもが、てんやわんやになってしまうぐらい、プロイセンの権力が大きいところです。私もは、そうではないのだと、繰り返し申しあげてきましたが、あるいは、そのようなことは、まさにリップペに対しては、相応しいことかも知れません。それでも、もし、警察を、ラントの支配下から取り上げて、軍隊に

掌握させるか、あるいは、コミッサールに支配させるとすれば、ライヒ警察コミッサールを設置することで、充分でありましょう。プロイセンにおける警察の状態にかんがみて、措置が取られるべきであるとするなら、どんな事例の場合でも、ライヒ警察コミッサールの設置で十分であるということについて、異論を言おうとする人は、いないでしょう。そうなつてはじめて、そこでなされた措置が、警察と国防軍という国家の権力手段を、ひとつの支配に纏めて委ねるものとなりましょう。しかし、現実には、警察は、完全に秩序整然と活動していたのです。(327)

「代理機関の設置は、穏和なやり方ではない」ライヒ警察コミッサールの設置で十分だつた。代理機関の設置、すなわち、正統的な政府の代わりに「コミッサール政府」を設置することが、それ以外の措置に比べれば、より穏和なやり方 *ein minus* であつたという、今ひとつの仮定は、国家権威とか、国家高権とかいうものを理解されている方なら、どなたでもそうだと思えますが、まったく理解できないものです。シュミット教授、あなたが、私に対して、悪意をおもちとは、まったく思いません

ん。しかし、私どもが、プロイセンにおいて、現在、被つておられますが、このようなライヒによります、八人の大臣を追い出すというやり方が、ライヒ警察コミッサールを設置することに比べて、より穏和なやり方 *gentle* であると言われることは、まったく理解できません。そのようなことは、まさに余計なこと *superfluous* であり、さらに言えば、まったく異質のもの *unrelated* ですらあります。

ライヒ首相とラント首相の兼任という解決の可能性 シュミット教授により、次のような考え方が、語られました。すなわち、もし、ライヒ首相が、プロイセン・ラント首相に選出されれば、その場合、ライヒ政府が、同時にラント政府にもなるう、と。しかし、このような考えに対して、誰かが、何か、〔まじめに〕御答えしなければならぬとは、私には、到底考えられないのですが。例えば、イングランドの王様が、同時に、ハノーバーの王様でもありえました。非常に卓越した大学教授が、大学教授であるということとを辞めることなしに、同時にライヒ政府の代理人であるということもありえます。(大笑い) このことについては、それ以上、申しあげるに値することとは

思いません。私どもも、ラント議会が、ライヒ首相を、同時にラント首相に選任するようにと希望したこともありました。ブラウン・ラント首相が、今年のはじめに、プリューニング・ライヒ首相と、そのような提案をする用意があると話あったことがあることについて、私は、報告できます。おそらくは、そのようなやり方こそが、ライヒとラントとの密接な関係を、早急に樹立するためには、もつとも相応しいやり方であつたらうと思ひます。ライヒ首相であり、ライヒ・コミッサールであるパーベン氏が、プロイセン・ラント首相に選出されるならば、もちろん、あらゆることが、法的には、整然と行われたことになつたでありましょう。もちろん、そのようなことが、政治的に望ましいかどうかは、これは、また各人の好みの問題であり、政治的意見の違いにより異なってくる問題でしょう。おそらく、私どもの側に立つて法的に戦われている方々にとつては、そのようなやり方は、政治的にも望ましいものであり、反対側の陣営の方々にとつては、政治的には、あまり望ましいものではないのかも知れません。はつきりとは、言えません。しかし、そのようなやり方も、疑いなく、法的には、ほとんど問題のな

い、ひとつの解決法ではありません。

昨日、長官とおふたりの陪席の方から、一連の問題が、私に対して提出されました。もちろん、そのすべての問題を、私が正確に理解できているかは、よく分かりませんが、それへの、私の答えを、明確にするために、ここで「次の声明を」読みあげることを、お許しいただきたいと思えます。

一 私どもの見解では、四八条二項により設置されたライヒ・コミッサールに対して、執行権力は移行されうる。したがって、特定の移行されえない事項を除いて、ライヒ・コミッサールは、公の安全と秩序とを再建するという自己の任務の枠内で、公務員や、さらには、大臣に対してすらも、実質的な命令を発することができる。ライヒ・コミッサールは、このような目的に関係のない、それ以外の目的のために、命令を発することはできない。

二 ライヒ・コミッサールは、ライヒ参事院における、プロイセン、あるいは、その他のラントの代表に対して、指示を与えることはできない。ライヒ・コミッサールは、例えば、小切手法とか、七月以降、これまでライヒ参事院に

おいて扱われてきた、すべての問題のように、憲法に合致する安全と秩序を再建することに、いささかも関係のないことがらについて、このような「指示を与える」権利を要求してきた。

あるライヒ・コミッサールが、特殊な状況において、憲法に合致する秩序を再建するために、特定のライヒ参事院の扱う問題について、大臣に対して指示を与えることができるかという問題は、ここでは、決定できない。それについて議論されるべきということになれば、とくに、そのことについて、時間が取られるべきであろう。しかし、本事件においては、このような形では、議論は提起されていない。(S. 328)

三 ライヒ・コミッサールと六人「上記の八人から、ブラウン首相とゼーベリング内相を除くため——山下」の大臣との共同作業が、たとえ行われるにしても、その共同作業をするということが、ライヒ参事院に対する全権代表の任命とかが、すべて法的には、大臣と、その代理人とによつてのみなされるべきであるということに、何ら影響を与え

るものではない。なお本件の場合には、次のような事例も検討されねばならない。すなわち、ラント首相が、病気により、あるいは、自発的に休暇をとることに、その任務から外れるとか、あるいはまた、合法的にしろ、非合法的にしろ、その職務の遂行を妨げられており、ラント首相の代わりに、その代理を勤める大臣が、施策の方針について、内閣を指導するという場合である。この場合においても、ライヒ・コミッサール自身が、指示を与えることは、法的にはできない。もちろん、このような法的な限界があるにしても、そのような共同作業が、任意に行われる可能性は、実際には、十分ありえよう。と言うよりも、おそらくは、そのような共同作業は、何らの摩擦もなしに、行われるであろう。

四 プロイセンのラント大臣たちは、プロイセンの県の執行部により任命された代表と同じように、それぞれが独立に投票するのではなく、統一的にのみ、プロイセン・ラントの票を投じる。

昨日、あたかもプロイセン参事院で、各々の代表が発言する

のと同じような言い方が(「ライヒ参事院について」)なされたので、このような声明を、この関連で読みあげておきたいと思えます。もちろん、そのような言い方は、私どもの採用するところではありません。私は、この声明を提出いたします。

ナビアスキー教授：「*Reich contra Land* と *Reich mit Land*」さて、みなさん、昨日、長官が、四八条一項と、二項の権限が、どこまで一致しており、どの点で異なるかという問題について、まづ正面から議論するようにと、私どもに求められました。私は、この問題について、お答えしたいと思えます。本質的な違いは、四八条一項では、ライヒとラントとは対立しており *Reich contra Land*、四八条二項では、その四項と関連しながら、ライヒがラントをひき連れている *Reich mit Land* という点にあります。私は、すでに、この点について、一度強調しておきました。すなわち、四八条一項の場合は、ラントに対する強制 *Zwang gegen das Land* が、問題であり、四八条二項の場合には、臣下〔従属するもの〕に対する強制 *Zwang gegen die Untertanen* が、問題となるのです。これこそが、そのふたつの規定の目的と意図に関する違いなのです。それと比

べまして、四八条二項にもついで、ラントに対して影響を及ぼす干渉が認められる場合、例えば、ある種の強制が行われる場合に限り、四八条二項（二項の誤植であろう？——山下）の場合に適用できる手段と、（四八条二項にもつづく手段とが）一致いたします。以上のことが、原則的なことからして言われるべきことがらでしょう。

〔ところが〕四八条二項の文言は、そのような種類の、ラントに対する強制を規定しておりません。その規定は、ただ措置について語るにすぎません。このような措置というのは、もちろん、ラントに対するものではなく、臣下〔従属するもの〕に対するものとしてのみ考えられています。そのような措置は、したがって、四八条二項にもつぎまして、ラント権力の一部が、安全と秩序とを再建するために、ライヒによって利用されうる限り、ラントに対して影響力を及ぼすことができるものです。その結果として、ライヒの側には、一定の〔権限の〕膨らみ *Ausbuchung* がでてまいり、またラントの側には、一定の〔権限の〕へこみ *Einbuchung* がでてまいります。このことにつきましては、本法廷で、繰り返し申しあげてまいりまし

た。したがって、その限りでは、ほとんどラントに対する強制のようなものとして作用するラント権力の制限が存在することにになります。何故なら、その制限が、ラント憲法、ラント政府、ラント議会、ラント公務員などの領域に対して影響を及ぼすものだからです。

〈四八条一項と二項の限界は同一〉次に、このような領域に對して影響を及ぼす、その限界は、どこにあるか、したがって、四八条一項と、二項との限界は、異なるものであるのかという、重要な問題があります。(S. 383) この問題に対する私どもの主張は、次の通りです。すなわち、ラント権力に対して影響を及ぼすことに關して言えば、四八条一項と二項との場合で、本質的に、その限界は、まったく同じものです。このように、とりわけ、バイエルンとバーデンの訴えは、明確に把握されるものです。

〈ふたつの憲法とひとつの憲法〉以上のことがらを、これから証明しなければなりません。私は、すでに、四八条二項の文言は、詳細なことは、何ひとつ含んでいず、すべてが、「措置」という表現を、どのように理解するかにかかっているというこ

とについて、申しあげました。今日では、この措置という表現は、理論と実務により、以前に比べれば、より詳細に規定されるようになりました。すでにプレヒト氏により、イエナの**国法学者の大会**が、この点について大きな役割を果たしたことに触れられました。その頃までは、まだ事態は、それほど明確ではありませんでした。その当時、この問題が、はじめて根本的に議論され出したのです。それから、後になって、通説が形成され、その説が、やがてライヒ最高裁判所などにより、受け入れられるようになりました。その頃の状況が、いかなるものであったかということについても、すでに言及されました。当時、私の尊敬いたしますシュミット教授やヤコビ教授が、一方の側に立たれ、それ以外のすべての方々が、ただひとりの例外をもちまして、反対側の陣営に立たれていました。そう、ビルフィンガー教授も、あちら側に立たれていました。つまり、現在、ライヒ政府の側の座席に並ばれています三人の方々です。さらに、なおビルフィンガー教授の立場につきまして、なお一言御注意を申しあげねばなりません。(ライヒ政府側から叫び声あり。ヘラー教授もです!) そのとおり。だからこそ、ヘラー教授は、

「改説された、すなわち」いわばサウロから、パウロになられたのです aus einem Saulus ein Paulus。 (大笑)

さて、何が問題でしたっけ。問題を簡明にするために、この法廷における議論で、常に繰り返し返し議論され、四八条一項に際しまして、四八条二項に際しまして、大きな役割を演じました、ひとつの主張をとりあげましょう。すなわち、一方の主張では、ふたつのライヒ憲法が存在する、他方の主張では、ひとつのライヒ憲法が存在するというものです。シュミット教授などは、まずは、四八条がある、すなわち、非常事態のための規範があり、「その規範が妥当する場合には」それ以外のすべての規範、すなわち、一条から四七条までと、四九条から一八一条までは、効力をもたない、と語られました。まさに、それが、その主張において大切な点です。もちろん、それは、何ほど誇張があるとは思いますが。これに対し、他方の側の主張は、いや、そうではない、それは正しくない、そうではなく、四八条は、それ以外の、すべての条文と関連させながら解釈されねばならないと語ります。

「**ワイマール憲法は、ひとつの憲法**」この四八条は、一八一

の条文の中のひとつの条文にすぎないという、第二の解釈は、どのように根拠づけられるのでしょうか。また、何故、このような解釈が通用するにいたり、その結果、何故、このような解釈が、通説になったのでしょうか。何故なら、そのために提出された論証が、法律家であるなら、いかなる人も、それを無視することができないほどに決定的なものであったからです。それは、以下のようなものでした。すなわち、四八条を、それだけ、独自のものとして、取り出して考察するとすれば、その場合、われわれは、われわれ自身をも含めて、あらゆることを考えることができなくなるような状態に陥るであろうからです。四八条では、いかなるライヒ機関について、規定されているのでしょうか。ライヒ大統領とライヒ議會のみであり、決して、ライヒ政府ではありません。したがって、四八条が、それだけ、独自のものとして存在しているとすれば、「ライヒ政府の」副署ということは、まったく問題となりません。ライヒ参事院も、規定されていません。国事裁判所も、規定されていません。もし、これらのライヒ政府とか、ライヒ参事院とかの機構が、非常事態にあっても、そのまま不可侵なままに残りつづけるべ

きであるということが認められるといたします。その場合には、人々は、四八条のみで十分とは言えず、これらの機構は、四八条とは別の条項に、その根拠をもっていると言わざるをえないでしょう。

もちろんですとも、シュミット教授。あなたは、ただ今、私が申しあげたように、極端にした形で主張されたわけではありません。四八条には、四八条以外の規定によつて規定されていることがらも、含まれていると、あなたは、言われたのです。あなたは、その例として、国民により選出されたライヒ大統領や国民により選出されたライヒ議會をあげられました。しかし、これらふたつの機関に係わる国民による選出など、四八条では、まったく言及されていません。そのことは、四八条以外の、別の憲法の場合に規定されています。もちろん、そのことは、四八条においても、見出されねばならないことでしょう。さもないと、そのことが、四八条によつては、カバーされないことになりすから。それ以外にも、ライヒ政府は、ライヒ議會の信任を必要とするということなどが、四八条に見出されないということとは、当然のことではありますが、なかなか興味あると

ころです。(S. 330)

《独裁を制約する規定…五条》このようなやり方で、独裁を制約するものがあるという理論が成立いたしました。アンシュッツ教授が、ライヒ憲法自身は、四八条自身に規定されている、いくつかの例外を除いては、干渉されることはできないと述べて、そのことばを、特徴づけられたことは、良く知られております。ここで、非常に鋭い感覚をもたれるヤコビ教授が、登場されます。そうして、教授は、そのような地位をライヒ憲法に与えることはできない、すなわち、四八条以外のすべての規定が、独裁を制約すると、ライヒ憲法について主張することはできないという異論を述べられました。では、五条とは、いかなる関係に立つのでしょうか。シュミット教授もまた、本日、「上記のヤコビ教授と」同じような主張をなさいました。ところで、五条は、次のように規定しています。「国家権力は、ライヒの事項については、ライヒ憲法にもとづき、ライヒ機関により行使され、ラントの事項については、ラント憲法にもとづいて、ラント機関により行使される。」ところで、ヤコビ教授は、次のように言われました。すなわち、執行権力の移行は、四八

条にもとづいて、もちろん、合法的に行われうる。その際に、主に問題となるのは、警察である。ところで、警察は、ラント法「にもとづくもの」であり、ラントが、権限をもつところである。もし、ライヒ大統領が、執行権力をライヒ機関に移行することができるのとすると、ライヒ大統領は、五条を侵害する。したがって、大統領が、ラント憲法を侵害することになる、と。このような議論にもとづいて、ヤコビ教授は、あなた方「すなわち、私たちラント側」の立場は、もはや維持できないと、言われました。

したがいまして、今や、このような異論を反駁することが、問題となります。その反駁のひとつは、私が、当時、詳細いたしました論証により、なされるでしょう。すなわち、四八条によれば、緊急事態 *Notsstand* において、公の安全と秩序とを維持することは、ライヒの事項とされています。したがって、その結果として、ライヒの権限が登場することになります。そのことが、以後の、すべての議論の出発点です。とすれば、これだけでもはや、ヤコビ教授の異論は、正しくないことになります。何故なら、五条は、そのまま何ら手をつけられずに残っ

ており、いま問題となっているのは、国家権力が、ライヒ憲法にもとづいて、ライヒ機関により行使されるライヒの事項にすぎないからです。このようにして、この異論は、処理され、その結果として、すでに申しあげたような解釈が、通用することになり、通説になることができたのです。

〈四八条は、特殊なライヒの独立権限規定〉さて、以上、申しあげたことには、新しいことは、まったくありません。いずれにせよ、干渉が、ここでは、ライヒの事項として述べられているのですから、**独立の権限規定**が、四八条により根拠づけられているのです。ライヒの事項とされるものが、その前の六条から一二条までに列挙されたものに、すべてが尽くされているわけではありません。例えば、宗教に関する規定を考えてみましょう。この点については、とりあえずは、ライヒは、立法というやり方で、宗教団体の権利と義務に関して原則を定めることができるといふ規定が、表に出てくるだけです。しかし、一三五条と一三六条により、宗教的な事項に関連して、個人の地位も規律されます。そのことにより、このような個人の地位に関わりをもつ法律に関する権限が、根拠づけられることになり

ます。さらに一六五条に含まれるもの、すなわち、経済協議会、すなわち、協議会の構成なども、とりあえずは、表だって登場するものではありません。今私どもの扱っている本件にも、また、次のような特殊性があります。すなわち、本件では、一般的には、ライヒの権限は、根拠づけられているわけではありません。そうではなく、ライヒ執行が必要になるとか、非常事態が存在するとかいう、特別の条件の下でのみ、このような権限が現れるという特殊性があるからです。したがって、このような限定の下でのみ、ライヒは、権限をもつのです。

〈ライヒによる権限の濫越〉さて、みなさん、以上のことは、非常に重要な論点であり、今少し、その点について、立ち入らねばなりません。そのことにより、以後の議論が、おそらくは、より容易になるであろうと思いますので。ライヒ大統領、すなわち、ライヒは、当該の要件が存在する場合に限り、このような非常権限を行使する権利をもつにすぎません。当該の要件が存在しない場合には、ライヒは、このような権利をもちません。したがって、ライヒとラントとの間の**権限の限界**づけが、問題なのです。当該の要件が存在しないにもかかわらず、ライ

ヒが、このような権限を要求されるとすれば、その場合には、権限の踰越が存在することになりましょう。したがって、その場合には、国事裁判所が、そのことを審査しなければならぬことになりましょう。(S.331)

ひとつ、かなりドラステックな例を取りあげてみましょう。

ミュンヘンに、オクトバー・フェスト(一〇月祭)というものがあります。この時には、「騒動があるのが」バイエルンでは、当たり前のことであると、人々は、了解しております。だからといって、そこに何らかの「公の安全や秩序の」混乱があると

は、言われません。そんなものは、存在しないからです。今、

私は、ここでは、四八条の意味での公の秩序の混乱について述べております。ところが、このオクトバー・フェストの時に、

突然、ベルリンから、バイエルンには、「公の安全と秩序とについて」非常事態が存在していると、主張されたと仮定してみましょう。その時、国事裁判所は、こう答えられるに違いありません。すなわち、このような非常事態に関する権限は、存在しない、公の安全と秩序が混乱していると主張できない、この場合には、そのようなものは、まったく存在しない、と。した

がいて、この場合には、ライヒは、自己の権限を踏み越えることになりません。何故なら、そのような権限は、現実に、公の安全と秩序の混乱がある場合にのみ、存在する権限だからです。一定の制約の下にある権限が、重要なのであり、決して、ライヒは、いかなる制約をもたない権限をもっているわけはありません。本件の場合にも、限界があります。そして、その限界が、踏み越えられたのか否かが、まさに審査されねばなりません。そのためにこそ、国事裁判所が、ここに開廷されているのです。

〈四八条二項により移行される権限の範囲〉さらに、つづけてみましょう。本件のような事例に対して特別の権限を割り当てるといふことは、一体、どういう意味をもつのでしょうか。そのことは、非常に重大です。権限といふのは、まずとりあえずは、常にその権限を行使しうる範囲を意味します。例えば、ある財務公務員に対して、ある地域における税金を引き上げる権限を付与したとします。このことは、その財務公務員が、どんな税金でも引き上げることができるということを決して意味しません。おそらくは、その財務公務員は、自分には、いかなる

種類の税金に関して、その権限があるのかと考えるでしょう。

例えば、愚かさに対する税金 *Steuer auf Dummheit* などは、非常に儲かるものでしょう。(大笑い) しかし、そうではあるにしても、その財務公務員は、引き上げる権能 *Befugnis* が、自己の権限 *Kompetenz* 内にある税金のみを引き上げることができるとはなりません。

したがって、このような権限規定において、ある権能が、どこまで含まれているのかという問題、すなわち、言い換えれば、その権限規定において、あらかじめ、どこまで制約が被せられているかという問題が、ここに、その姿を表します。このような制約と権限規定とをあわせ考えることによりはじめて、このような権限のもつ制約の範囲内において、その権能も、はじめて行使しうるものであるということが、ライヒ憲法思想から出てきます。

〈限界をなす憲法規定の例〉 比較をしてみれば、問題が、かなり明確になるでしょう。ライヒが、本件のように、公の安全と秩序が混乱しているという要件を一切もたず、七六条〔の憲法改正〕という手段により、六条から一二条までの〔ライヒの〕

権限の目録を拡大するというやり方で、ある権限 *Zustandigkeit* をもつ、例えば、市町村を規律する権限をもつと仮定してみたら、どうなるでしょう。そのような権限が、ライヒ改革に際して、重大な役割を演じているのは、周知の通りです。そのような場合、ライヒの権限が拡大されたのだから、もはやライヒは、ライヒ憲法一七条に拘束されないとか、ライヒ参事院に関する規定に拘束されないと考える人が、果たしているでしょうか。どんな人でも、こんな考え方をすることはありえません。しかし、次のような考え方をすることはありません。すなわち、例外事態 *Ausnahmestand* に際して、非常事態 *Notsand* を理由として、ライヒの権限が拡大されたのだから、そのことが、一七条に、何らかの影響を与えるかも知れないなど。正常な場合においてすら、そのような、いかなる制約をもたない権限を移行することは、不可能なものですから、このような場合に、そういう結論を導き出すことは、不可能でしょう。そのことは、明確です。五〇条、すなわち、ライヒ政府の副署が、四八条によって、何ら影響されることはないということにつきましても、すでに申しあげました。五四条、すなわち、ラ

イヒ政府が、その職務遂行に際して、ライヒ議会の信任を必要とするということも、四八条により、一挙に廃止されうるといふことなど、まったく認められません。また、ライヒ参事院が廃止されたり、私には、まったく想像することすらできませんが、国事裁判所、すなわち、一九条の規定もまた、四八条の権限により、廃止できるということなど、まったく認められません。さらに、これらの事例よりも、もっと酷い事例をひとつ、なお国事裁判所のみなさんにお目にかけてみましょう。(S. 333)

〈移行されるのは、警察権限のみ〉さて、一七条の限界が、問題となります。一七条は、すべてのラントは、自由国家的なラント憲法をもたねばならないと規定しています。このようなラント憲法の基礎は、普通選挙権、ラント議会、議会に対し責任を負うラント政府であるに違いありません。一七条は、ラントに対して、ラント法そのものを、すなわち、ラント憲法を全体として保障しているのではなく、ただ、その憲法に含まれるべき原則についてのみ保障していることに、みなさんの注意を喚起しておきたいと思います。このようにして、すでに一九二四年当時にあっても明確でありました、〔憲法の〕全体は、常

に権限 Kompetenz (の範囲) という観点の下にあるという重要な論点にたどりつきました。このことを、私は、すでに『公法雑誌』新編第九巻掲載の論文で指摘しておきました。ところで、四八条は、ライヒの権限〔の範囲〕を拡大しようとしています。そのことが、それ以降のあらゆる議論の出発点でした。では、四八条は、その権限〔の範囲〕を、何に対して拡大しようとしているのでしょうか。まずとりあえずは、もっとも広い意味での公の安全と秩序とを維持することに、したがって、警察に、それも通常の警察のみではなく、国家警察にまで拡大されることになるでしょう。そして、次には、公の安全と秩序とを維持するために必要である限り、四八条にもとづいて、そこに含まれている権能を行使するために、ラント法、さらには、ラント憲法にも影響を及ぼすことができ、さらには、ラント機関の活動分野にも影響を及ぼすことができると思われるでしょう。

そのようなことから、いかなる結論が導きだされるのでしょうか。この結論は、本件にとりまして、非常に重大な意味をもちます。では、一体、何をすることができのでしょうか。まず、広い意味での警察という観点の下で、ラント憲法に基礎を

おいてある機関の活動分野に干渉することができます。上からはじめるものとしますと、内務大臣に対して、警察権限を行使することを禁止することもできます。すなわち、内務大臣から、警察の分野における権限を剝奪することもできます。しかし、内務大臣は、例えば、バイエルンにおきましては、ただ警察大臣のみであるわけではありません。かれは、社会保障、したがって、失業についても配慮しなければならず、市町村の監督をも担当する大臣ですし、バイエルン内務大臣は、さらにはラント経済担当大臣でもあります。以上のことがらは、すべて、公の安全と秩序を維持することに、いささかも関係しないことがらです。したがって、四八条によって、ライヒが、公の安全と秩序を維持するために、みずからに要求することのできる権限にもとづいては、(ラント内務)大臣から剝奪できないものです。以上のもは、いずれも予定された権限の中には入っておりませんし、ライヒの事項でもありません。それらは、ラントの事項でありつづけ、まったく(ライヒにより)要求されることはできないものです。

この点を、さらに、つづけます。ラント首相は、どうでしょ

うか。ラント首相は、警察権限と並んで、なおその他の権限を、例えば、一般的なラント行政権などをもちます。ですから、もちろん、ラント首相から、警察分野における、その権限を剝奪することはできません。しかし、それ以外の権限に関しては、剝奪は、不可能です。

それでは、警察権限だけを与えられている、本来の警察公務員については、どうでしょうか。私は、この問題、すなわち、今日のわが国の警察が、秩序警察とか、国家警察とはまったく関係のない任務、例えば、営業(規制)警察などの任務をもっていることについて、これ以上、立ち入って申しあげようとは思いません。というのも、そこにも、おのずから枠が生じると言いうるからです。しかし、今、そのようなことを、度外視するとすれば、警察長官や本来の警察公務員の権能が、ライヒにより剝奪されうることは、認められましよう。したがって、このような問題、すなわち、権限をライヒに対して移行するという問題について、これまで繰り返しもち出されてまいりました問題につきまして、もはや、これ以上、申しあげる必要はないわけです。(S. 333)

〔限界の再確認〕しかし、その場合でも、限界というものはあります。ラント議会は、このような観点の下でも、完全に廃止されえませんが、何故なら、ラント議会は、安全と秩序との問題について意見を述べるために、存在しているだけではなく、国家のあらゆる問題について、その意見を述べるために、存在しているからです。このようなラントの事項に干渉することについて、ライヒには、いかなる権限もありません。それは、ライヒの事項ではないからです。以上が、限界です。シュミット教授、以上の点を見逃された点において、あなたの議論全体が、完全に破綻しております。ライヒは、ただ、公の安全と秩序とを維持するために問題となる限りでの権限をもつにすぎません。

その後、以上のことが、経済的財政的非常事態にまで拡張されることになりました〔ワイマール諸政府による四八条の拡大的適用の事例——山下〕。しかし、その場合でも、ライヒは、公の安全と秩序とを再建するために、そのような一般的な非常事態を克服する権限をもつのだと考えられました。したがって、それ以外のすべてのものは、権限踰越となりましょう。

そして、いかなる人といえども、自己の権限を越えて行動することは、不可能です。いかなる人といえども、自己の権限を越えては、行動することができないというのは、決して概念法学などではなく、ひとつの実質的な原則なのです。したがって、ライヒは、四八条にもとづいて、ライヒの事項についてのみ、または、例外的状態において、公の安全と秩序とを再建するためにのみ、干渉する権限をもつにすぎません。それ以外の分野には、まったく関与することはできません。以上の理由だけからしても、〔ライヒは〕いかなるラント大臣をも罷免できません。もちろん、あるラントにおいて、警察大臣が、秩序警察のみを担当しているという事例があれば、〔罷免ということも〕ありうるでしょう。もちろん、そんな事例は、現実にはありませんが。したがって、ラント大臣の罷免は、いかなる意味でもライヒの事項ではありません。そのような大臣の罷免ということがらは、非常事態における公の安全と秩序の維持ということを、はるかに越えております。したがって、そのようなことを行うライヒの権限なるものは存在いたしません。以上が、決定的なポイントです。

「コミッサール政府の性格」 それでは、次にコミッサールのラント政府に入りましょう。これこそ、この法廷で、中心的に議論されている第二の点です。私は、この関連で、簡単に触れることが必要であると考えます。何故なら、この法廷で、新しい議論が展開されているからです。たしかに、それは非常に才気に富んでおり、含蓄のある議論ですね、シュミット教授。しかし、それは、維持できないものです。

「人的連合と物的連合」 まず、最初に、ひとつの点に御注意申しあげます。ここで、プロイセン・ラント議会が、ライヒ首相を、プロイセン・ラント首相に選出したという事例を想定してみましよう。もちろん、そのような事例は、〔今ここで議論されている事例とは〕まったく異なる事例です。それは、もちろん、シュミット教授、あなたも御存じのとおり、人的連合 Personal Union の事例です。したがって、それは、事実上の状態にすぎません。それは、物的連合 Real Union の事例、すなわち、法的状態ではありません。本件の場合、命令では、どうなっていたでしょうか。あの命令では、パーベン氏を、プロイセン・ラントに対するライヒ・コミッサールに任命すると

あつたのでしょうか。もし、そうであつたなら、その場合、事態は、まったく異なります。その場合には、人的連合があると いえましよう。しかし、本件の場合、命令には、「ライヒ首相」とあつたはずです。例えば、パーベン氏に、何ごとか不幸があらりまして、この命令が、次のライヒ首相に対して、否応なく効力をもつという場合を考えてみましょう。その場合、それは、まさに物的連合となりますが、それは、まさにライヒ憲法により許されておらないものです。何故なら、ライヒ憲法は、ライヒとプロイセンとの間の物的連合など、まったく規定していないからです。

「代理機関は認められない」 さて、次に代理機関の問題にはいりましよう。ヤコビ教授が、つい先ごろ、この概念を四八条一項により根拠づけようとされました。その試みが失敗した後、今度は、それを、四八条二項によって根拠づけようと努力されています。このような代理機関を正当化するために、シュミット教授は、ドイツに存在しております権限の相互の干渉 *gegenseitige Durchdringung der Zuständigkeiten* ということについて、非常に興味ある議論を展開されました。偶然のことではあ

りますが、このような表現を、私もまたしております。この干渉というのは、何を意味するのでしょうか。この干渉というのは、本問題との関連では、権限が、大体、アメリカ合衆国におけるように、垂直的に区別されているのではなく、水平的に区別されているということを表すにすぎません。(5334) もちろん、これらの権限は、区別されているのです。ライヒが、立法権をもち、ラントが、執行権をもつというように、法的な権限の限界が存在します。その点につきましても、かなり以前に、私は、自分の論文の中で明確にしておきました。例えば、立法権におきましても、水平的な権限の区別も、あるいは、あなたが、そう言いたければ、垂直的な権限の区別も存在いたします。立法権に関して、ライヒとラントとの間に、権限が、まさにそのように配分されています。同じように、法律の適用に関しても、ライヒとラントとの間に権限の配分が、存在いたします。ライヒ裁判所とラント裁判所とのことを参照して下されば、よく分かります。裁判所の場合、すなわち、裁判管轄に関する法律の適用につきましても、権限の限界が、明確化されております。同じことからは、行政官庁の場合にも、存在いたします。

以上のことには、まったく難しいことはありません。権限を、垂直的に区別しようと、水平的に区別しようと、いずれにせよ、権限の限界づけがあり、あり続けるのです。以上の干渉に関する議論は、すべてラント国家権力は、まったく干渉できないものというわけではないという観点の下で、考えられています。しかし、それにしても、今一歩立ち入って事態を眺めますと、それらの権限は、完全に明確に区別されているということが、明らかになります。ある特定のことについて、ライヒが権限をもつのか、あるいは、ラントが権限をもつのかということについて、常に明確に述べられています。したがって、代理機関を創設することが許されると結論することは、誤りです。というのも、権限がいり乱れて存在しているというだけのことから、相手側に、権限が、もはや存在しないと論ずるようなものだからです。

「もつとも穏和なやり方」ではありえない。今、私は、ここで、シュミット教授が提出されました、ライヒ大統領が、四条にもとづいて行うことのできる五つのやり方につき、ひとつずつ具体的に検討しようとは、思いません。それは、たしか

に、非常に才気あふれる御説明でした。しかし、すでに、プレヒト氏が表現されたように、ここでは、再び概念法学が、はじまっております。もちろん、こういう表現は、決して侮辱するために申しあげたのではなく、事態を際立たせるために、申しあげているのです。「もつとも穏和なやり方 *mildeste Form*」ということばから、ライヒ・コミッサールが合法であるという結論が、導き出されました。すべては、このようなことばの上に、構築されております。それが、概念法学なのです。「もつとも穏和なやり方」という、ひとつのことばを、あらかじめ読みこんでおきまして、そうして、アア、なるほど、それが、もつとも穏和なやり方なのだな、と読み出して、言われるわけです。しかし、それは、本当ではありませんし、それが、もつとも穏和なやり方であるわけでもありません。バイエルンを例にとってみましょう。私どものところに、ライヒ・コミッサールを派遣し、私どものラント政府を廃止するなどというやり方が、もつとも穏和なものと言われているのです。そのようなやり方を、もつとも穏和なやり方と、私どもも解釈すべきなのでしょうか。私には、バイエルンに対する、ライヒ警察コミッサールですら

も、ほとんど我慢しがたいものに使われます。ところが、コミッサールによつて、政府を簡単に置き換え、そして、お前たちは、引き続きわれわれに税金を支払えと言われるのですよ。そんなことを、私どもバイエルンにいる者が、もつとも穏和なやり方とは、到底受け取らないでしょう。もちろん、その際、そのように考えるのは、決して、いわゆるバイエルン特有の「バイエルン訛りとも言うべき」、あの性格 *ein bairische Spezialität* からだけではありません。それは、南ドイツ全体にとつてそうであり、私どもの法感情に反するからです。ですからこそ、バーデン政府もまた、まさに、私どもと同じ立場に立たれているのです。私どもは、まさに、ここでひとつの権利のために戦っているのです。すなわち、連邦国家的な権利のために、ひいては、権利そのものために、戦っているのです。ですからこそ、もし、それがなければ、共通するところなど、これポツチもないプロイセンの側に、私どもも立っているのです。(非常に大きな笑い)

〈代理機関は設置しえない〉でしたがいまして、代理機関によりましては、何ごともなしえませんが。このようなやり方では、

何ごとも維持できません。ヤコビ教授が、このことを、まったく根拠づけることができなかったのと同じように、シュミット教授も、そのことも、根拠づけることは、まったくできておりません。ライヒ・コミッサールは、決して、もつとも穏和なやり方ではないのです。ライヒ・コミッサールは、警察権力全体を移行されることもできます。バイエルンにおいて、そんなことが歓迎されるとは、まったく思いませんが、それにもかかわらず、そのようなことも、法的にはなしうるのです。ここで、私どもは、昨日、ヤコビ教授が、四八条一項について用いられ、本日、シュミット教授が、四八条二項について用いられていますが、ひとつのことばに、立ちもどりたいと思います。私は、すぐ前に、ライヒ政府の弁論全体が、いかに見事に構成されているかということについて、申しあげました。(S. 335)「全体的態度 Gesamthaltung」ということばが、その問題のことばです。しかし、みなさん、それほどに見事な弁論にもかかわらず、ラントの全体的態度を、ライヒ・コミッサールにより強要することが、ただ警察のみを掌握するやり方に比べて、より穏和なやり方であるとは、もちろん言えません。何故なら、そのような

ものが認められるにしても、そこには、現実には、愛国心が欠けているからです。

そして、次のことこそ、決定的な点です。すなわち、代理機関についての理論全体は、次のような出発点を見失っているために、挫折し、挫折せざるをえないものです。すなわち、ライヒは、公の安全と秩序とを再建することにかかわる分野、および、経済的財政的な非常事態においてのみ、権限をもつにすぎないという出発点を忘れているからです。このような代理機関は、今日でも、国家行政の、あらゆる分野において、例えば、測量とか、農政などの分野において活動しております。しかしながら、ライヒは、そのようなことについて、いかなる権限をもちません。そもそも権限をもたない分野について、代理など設置できるわけではありません。そのことは、権限踰越であり、その典型的な事例です〔この演説中で、Nawitsky は、Machtüberschreitung と Kompetenzüberschreitung とを並列して用いるが、区別は不明。おそらく、違いはないと考えられるが。——山下〕。その結果として、国事裁判所は、簡単に、明確に宣言される必要があります。すなわち、本件においては、ライ

とは、このような権限をもたないのであるから、ここには権限の踰越があり、そのため、このような措置は、無効である、と。

次に、*de iure* と *de facto*、および、*quoad ius* と *quoad exercitium* などという対立に入りましょう。このような区別がありうることは確かです。しかし、これは、本件には、いささかも関係いたしません。そのようなことがらは、まったく重要ではありません。重要なことは、常に、繰り返し、出発点であり、すなわち、権限です。すなわち、これまで、詳しく申しあげましたように、ラント憲法を全体として片付けるとか、ラント機関を根こそぎに片付けるとか、ラント大臣をすべて罷免するという権限が欠けているということが、もつとも重要なのです。公務員高権 *Beamtenhoheit* (公務員任免権) も、またそれに属します。私が、ラント公務員を罷免することはできません。何故なら、その公務員は、ラントの意志により任命されているからです。私は、その公務員に向かって、ただ、次のように言うだけです。すなわち、「今、四八条二項にもついで、ライヒのために権限が拡大されました。そのため、あなたは何

のです。そして、私は、あなたに、何ごとも委ねません」と。そのように言うことはできるとしても、私は、その公務員から、かれの官職を剝奪することはできません。四八条二項は、ライヒに対して、公の安全と秩序とを樹立する権限を与えてはいま

す。しかし、それと、まったく関係のない、そのようなことは異なる任務をもっているラント公務員を罷免する権限を、ライヒに与えるものではありません。

◆ デイトラムツエラー命令の意味・ラントの非常措置権 次に、デイトラムツエラーの命令 *die Dietramzeller-Verordnung* に入ります。たしかに、アンシュッツ教授は、昨日、それと言及されませんでした。それは、おそらく、意図されたことではないとは思いますが、騎士道的儀礼から、その問題を、私に委ねられたのであろうと思います。では、どういうことなのでしょう。今、ここで、その命令を、ことば通り引用せずに、ただ、その意味だけを引用いたします。デイトラムツエラー命令は、あいまいではありますが、ラント政府に、経費節約措置などのために、必要な措置をとることを授權し、その際に、政府は、ラント憲法を無視することもできるとしています。では、

そのことは、本来、どのような意味をもっていたのでしようか。そのことを、次のように述べることにより、いとも簡単に申しあげることができると思います。すなわち、デイトラムツエラー命令は、私が見るところでは、ライヒ大統領が、そのラント政府の措置を廃止しないことを、ラント政府に対して保障するという、そういう観点の下でのみ必要とされたものです。何故なら、四八条四項にもとづいて、ラント政府は、危機が目前にせまっている場合、ライヒ大統領が、二項にもとづいて行いうるのと、まったく同じことをすることができます。ラント政府は、この分野において、まったく同じ権限をもっているのです。ラント政府が、ライヒ大統領に対して、何を求める必要があるのでしょうか。ライヒ大統領が、措置をとりうる場合には、ラント政府も、同じことをすることができます。ラント政府は、ライヒ議会の要求がある場合には、その命令を撤回しなければなりません。この点は、ライヒ大統領の場合と同じですが、ただひとつだけ違いますのは、ラント政府は、さらにライヒ大統領の要求がある場合にも、その命令を撤回しなければいけません。したがって、ライヒ大統領が、ラントに対して、この

ような授權をもつ命令を發布する場合、ライヒ大統領が、そのようなラント政府の命令に対して撤回を求めないと、あらかじめ声明しておくことが、まさに重要なのです。(S. 33) 以上が、その意味あい全体であり、そのことから、バイエルンの態度も説明されます。バイエルンの私どもは、自分たちの権利について、明確であります。私は、本件に際しまして、何も諮問は受けませんでした。後、この点につき、政府に、注意しておかねばなりません。バイエルンでは、ライヒ大統領は、必要ではないと、言われております。すなわち、私どもが、四八条四項にもとづいて、発布いたします。私どもの命令を、ライヒ大統領が廃止しないことを、私どもに対して、ライヒ大統領が保障して下さるといふ条件の下でのみ、ライヒ大統領を必要としております。ところが、ライヒ大統領は、私どもの經費節約措置を廃止されませんでした。したがって、私どもは、四八条四項にもとづいて、あらゆることをなしうるのです。ですから、私どもは、何らデイトラムツエラー命令を、何ら必要としないのです。

さて、ところで、ラント政府には、そのラント憲法により、

そのようなことをなしえないラントがあると言われます。しかし、四八条四項は、言うまでもなく、ライヒ憲法の規定です。したがって、そのように言われる人たちは、ラント政府が、四八条四項にもとづいて、ライヒ大統領が、四八条二項にもとづいて行うのと、まったく同じことをすることができるといふことを、完全に忘れているのです。いかなるラントといえども、そのために授權されることなど、必要ではないのです。したがって、いまして、このような授權は、どんなラントにとつても、完全に余計なものです。ただ、必要なことは、ライヒ大統領が、四八条四項にもとづく、ラント政府の命令に対して、廃止を求めるときをしないこと、保障するという点だけでしょう。ライヒ議會による廃止要求に対しては、もちろん、いかなるラントといえども、保護されません。ラント議會は、問題になりません。何故なら、四八条四項にもとづく措置は、ラント議會によつては、廃止されえないからです。以上のような過程をへて、ドイツラムツェラー命令が成立いたしました。以上が、この問題の核心です。

〈国事裁判所の判例から〉さて、次に、この問題についての

国事裁判所の判決にはいりましょう。私は、その判決が、もつと新たなことを言われるものと思つておりました。しかし、国事裁判所は、この件につき、私どもの側に立たれているのです。国事裁判所が、あなた方の側に立たれていると、お考えの点で、あなた〔シュミット教授〕は、誤つておられます。国事裁判所は、メクレンブルグ・シュトレリッツとザクセンの、ふたつの事例において、とりわけ、シュトレリッツの事例において、四八条を適用する場合に守られるべき限界の内、と語つております。そのことこそ、もちろん、本質的なポイントです。そのことを、国事裁判所が、明確に留保されているのです。ザクセンの事例にあつては、国事裁判所は、もつとはつきりと、ライヒ大統領は、四八条二項の、これらの機能を、四八条そのものや、その他の規定から出てくる限界内においてのみもつと、言つております。それこそ、今問題になつているところです。国事裁判所は、従前の見解を変えてはいません。国事裁判所は、独立の権限とも言つておりますが、それは、ライヒの事項といふことを言い換えたにすぎません。国事裁判所は、一九二四年以来、通説でありましたものと、同じように、完全に正しく判

断されています。ただ、異なつて見えるだけです。国事裁判所は、限界の内、と言われています。この限界というものこそ、私どもが、ここで主張しており、これまでの、すべての時間を費やして申しあげてきた制約のことです。

ところが、ここで、シュミット教授が立たれ、国事裁判所は、一七条について、限界などには、一切触れてはいないと、言われたのです。ですからこそ、シュミット教授が、ここに登壇されて、このような欠陥をうづめるための理論を、展開されることになるのです。問題は、すなわち、こうです。国事裁判所の判決は、世間において、基本的に誤解されていると語られ、その上で、その判決には、意義のあることは何も含まれていないと、結論されます。そのことを、シュミット教授は、根拠づけようとして、非常に才気溢れる形で、一七条は、ラントのための権限規定であり、ライヒとラントとの権限の限界を定めるものであると、語られました。しかし、ライヒ憲法には、それ以外の権限規定もあります。例えば、五四条のライヒ政府についての規定とか、ライヒ参事院についての規定、すなわち、ライヒ参事院への全権代表についての規定のポイントになる規定

とか、さらには一九条は、国事裁判所に関わりません。これらは、いかなる關係に立つのでしょうか。(S. 33) それらの規定のもつ独裁を制約するという性格については、争われておりません。したがって、ある人が、一七条は、権限の限界を定めると言い、シュミット教授が、とくに徹底的な形で、そう言われるのですから、この限界というのは、それ以外の場合と、まったく同じように、非常に厳格なものということになります。もちろん、こう申しあげたからといって、シュミット教授、何もあなたのために、こう申しあげているわけではありません。もちろん、私どものために、こう言っているのです。すなわち、そのことにより、一七条もまた、私がこれまで申しあげたような範囲において、独裁を制約するものであるということが承認されたわけですから。その意味で、私は、あなたが、私どもを支持して下さったことを、あなたに感謝いたします。

〔権限の躍越〕国事裁判所の出発点は、常に、四八条が、独立の権限規定であるところにあります。では、そこに含まれている権限は、どこまで及ぶものでしょうか。その権限は、公の安全と秩序に障害が生じている場合に、すなわち、非常事

態の場合に、条件つきで与えられます。その限りで、ライヒの権限が行使されます。それ以上ではありません。したがって、ラント憲法上の機関は、廃止できません。ラント憲法上の機関の廃止、例えば、ラント政府の罷免は、四八条には含まれません。したがって、そのようなことが、許されないことは、自明のことです。それこそが、今、ここで、繰り返し問題となっていることのポイントです。どのような議論を行うにせよ、常に、この出発点を念頭に置いておかねばなりません。このことは、本件の場合、権限問題です。この権限 *Zuständigkeit* (の範囲) を越える限り、ライヒは、いかなる権能 *Befugnis* をもちません。

ここで、国事裁判所の判決が、学者によっては、誤って解釈されていることについて、あらかじめ述べておきたいと思えます。誤りは、私が、すでに注意しておきました区別を見逃したために生じたものです。すなわち、権限には、その範囲があり、その範囲内の権能が、あらかじめ規定されている制約という基準にもとづいてのみ、存在するということです。その〔ように「正しく認識する」代わりに、ここには、独立の権限が存在し、

その権限により、それ以外のライヒ憲法の規定が廃止されると主張されるのです。このようなことが、国債引受に関する八七条について、大きな役割を演じたことは、周知のことです。キューネマン〔ライヒ国債庁〕副長官が、完全に正しかったのです。かれは、ライヒ憲法によれば、国債引受は、ライヒ参事院の同意の下にのみ可能であるという意見を述べました。かれは、次のようにも述べました。この規定は、四八条により廃止できない。したがって、この規定は、干渉されえない。よって、私〔キューネマン〕は、「この干渉を行おうとする四八条命令に」副署することができない、と。

国事裁判所の判決が、誤って解釈され、あたかも、その判決が、従来の判例や通説とかけ離れており、この法廷では、国事裁判所によって、権限 *Zuständigkeit* と、いかなる制約をもたない権能 *Befugnis ohne Schranken* とが、混同されたかのようにならされております。もちろん、そんなことは、まったくありえないことです。そのように言われたことにもとづいて、シュミット教授が、いかにももっともらしく語られることになるのです。しかし、私は、あなた方〔の御意見〕を尊重することが

できません。何故なら、あなた方は、一方では、ライヒ憲法が、独裁を制約するということを強調されており、他方では、四八条により、やろうと思うことは、何でもできると主張されているからです。そんなことは、当然のことながら、不条理です。すなわち、ライヒ憲法の、すべての条文が、独裁を制約するものでありながら、同時に、四八条によって、やろうと思うことは、何でもできると主張されるなど、まったく意味をなしません。そんなことは、それ自体として矛盾しております。

シュミット教授に、もちろん、正しいところもあります。すなわち、教授は、さらに、こうも言われました。あなた方(すなわち、私どもの側ですね)が、主張されていることが、もし、正しいとすれば、一九二四年に、私(すなわち、シュミット教授)が、正しかったことになりました。何故なら、私(すなわち、シュミット教授)は、当時、四八条のみによって、あらゆることをなしうるし、ライヒ憲法の、それ以外の規定は、それが、四八条に関わりをもたない限り、遵守する必要がないと主張していたから、と。以上の(シュミット教授の)発言は、私の主張を確認してくれます。私は、ここで、再び、その主張を提起

し、今、新たに論争を開始しましょう。この論争においては、あの一九二四年には、当座の話ではありましたが、私が敗北を喫し、今、ここでは、私が勝利を占めることになります。もちろん、このような(シュミット教授の)解釈が正しいとしたら、このことですよ。しかし、このような誤った解釈では、シュミット教授、あなたは、それ以上、一歩も前に進むことはできませんでしょう。

〔法解釈の仕方・状況的解釈〕 ビルフィンガー教授も、おそらく「シュミットとヤコビ」の側に立たれていることについては、すでに申しあげました。ヘラー教授と、ここで議論をしようとは思いません。教授は、私からいたしますと、あまりに血気盛ん(temperamentvoll)すぎます。(大笑い)(S. 338) ビルフィンガー教授、あなたは、当時、どう言われていましたか。私は、このことを、正確に記憶しております。もちろん、当時、私の法律家としてのものの考え方「Justizernern」に、衝動的にグサリと突きささるものがあつたからです。人は、そういうことは、よく記憶しているものです。当時、あなたは、完全に論理一貫した形で、次のように主張されてきました。その当時は、

チューリーンゲンとザクセンとに対する措置について、議論されてきました。あなたは、**国民的立場 National Standpunkt** からすれば、このような措置は、正当である、したがって、私（ビルフィンガー）は、このような措置を可能とするような、四八条の解釈を探究しなければならない、と。このように議論されたのです。これが、あなたの議論の仕方であり、それこそ、私の法律家としてのものの考え方に衝撃を与えたものでした。私は、あなたの考えとは反対に、事実にしたがって、法を見出すべきではなく、事実を、法によって評価しなければならないという立場に立っております。それが、問題の核心です。そこにおいてこそ、私どもは、状況的解釈 *situationsgemäße Auslegung* というものの、ただ中に立っているのです。まず権力的状況というものが作りだされます。それが、状況です。次いで、このような権力的状況を合法化する *legalisieren* ために、国事裁判所が呼び出されます。しかし、私の解釈によれば、イデオロギーと法との間は、厳格に区別されねばなりません。もちろん、私もまた、明確に規定された大統領権力をもつ国家が、最善のものであるというイデオロギーを、もっております。率直

に申しあげて、このようなイデオロギーを、ビルフィンガー教授、あなたも、おもちだと思えます。私は、あなたのことを、正確に理解しているつもりです。しかし、このような考えは、ライヒ憲法のイデオロギーではありません。それは、ひとつの立法論 *Lex ferenda* であるにはしても、現行法 *Lex lata* ではありません。現行法は、このような立場に立っております。あるいは、そのようなものが作られるべきかも知れません。カップ一揆の時に、このような、現行法とは異なるイデオロギーを貫徹しようと努力されたこともありました。それは、その当時、うまく行きませんでした。私は、カップ一揆を起こした方々を、「それはそれなりに」大いに尊敬しております（皮肉か？——山下）。御自分の考えを、全精力をもって実現しようとなされ、そのために、命すらも危険にさらされることを厭わなかった方々ですから。しかし、にもかかわらず、私は、ここでは、ライヒ憲法の解釈を行わなければなりません。（叫び声 .. あれは、まことに素晴らしい解決の仕方でした（あるいは、ヘラーあたりの皮肉であろうか——山下））それが、本当に素晴らしい解決の仕方であるなら、私も、尊重いたしましたでしょう。

しかし、ここでは、私は、ライヒ憲法の解釈を行わなければならないのです。このように素晴らしい解決の仕方は、ライヒ憲法には規定されておりません。したがって、それは、まさに正しくないのです。

私は、あなた方に、より危険なことがらについて申しあげること、約束しておきました。そのことに、これから立ち入りましょう。私は、昨日、ライヒの弁護人により陳述されましたライヒ・コミッサールの地位を、どこに転がるか分からない玉突き玉の例をもつて表現いたしました。このように、どこに転がるか分からない玉突き玉から、「それが、ドイツ語の表現では、玉突きKugelblitzとして、雷光Blitz」という形容詞をもつていきますので、それに引つ掛けて申しあげれば、ひとつの雷光がやってきまして、国事裁判所を打ち倒してしまうのではないかと、恐れております。ですから、あなたは、速やかに、避雷針Blitzableiterを設置されねばなりません。(大笑い)「しながいまして」ライヒ最高裁判所もまた、四八条の中には入らないのです。長官、もし、四八条のみが、基準とされるといふことになれば、この建物全体が、「この雷光により」崩壊して

しまうことになるでしょう。

〈暫定的機関による措置の永続的効力〉 私は、国事裁判所に對して、四八条にもとづく措置のもつ永続的な効果に関する裁判所の審査権について、根本的に検討して下さることを、是非にお願いしたいと思います。それが、もつとも危険なことだからです。そのことが、もつとも注目に値することだということは、あまり複雑な頭をもたない、単純なemfach人でも、誰でも理解できることです。私ども、南ドイツに住んでいますものは、大体、単純なDolmetscher人間です。四八条にもとづいては、公の安全と秩序とを樹立するために、暫定的な措置のみが採られることになっています。ところが、その下で作られます機関は、このような状態を越えて効力を及ぼす、すなわち永続的な影響を及ぼすことができます。しかし、ライヒの権限は、公の安全と秩序とを樹立するという目的のためにのみ与えられたものです。したがって、そのような措置は、暫定的な期間しか存続できないはずのものです。

ここで、結論を導きだすために、ひとつの事例をあげさせていただきます。すなわち、ライヒ大統領自身は、四八条にもと

づいて、国事裁判所を解散するとか、あるいは、本件の訴訟に
関連して、暫定的にのみ、国事裁判所を解散するということを、
何ら命令しないという事例を考えてみましょう。ライヒ大統領

例にもちだして議論される必要があるとは、私には、ほとんど
考えられません。

は、そのような措置に対して、異議を申し立てられる可能性が
ある、すなわち、ライヒ議会が、そのような命令の廃止を要求
する可能性があるから、そういうことを命令しないというわけ
ではないのです。(S. 339) そうではなく、ライヒ大統領は、
ライヒ・コミッサールが、必要と考える、あらゆる措置を「と
ることを」、かれに授權してある、と命令されるだけなのです。
ライヒ政府の側から語られております解釈では、そこには、まっ
たく限界というものが存在いたしません。そこで、ライヒ・コ
ミッサールが、私は、自分に与えられた権限にもとづいて、国
事裁判所を廃止する、と命令するといったしましょう。今や、雷
光がやってきたのです。その措置の永続的効力が、合法的とな
り、このようにして、ライヒ大統領の暫定的な授權にもとづい
て、国事裁判所が、永続的に廃止されることになりうるのです。
ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…みなさんが、私どもの
心情に対して、強く訴えようとなされるために、国事裁判所を