

## 資料

「プロイセン対ライヒ」(七月二〇日事件)  
法廷記録(一三三)

山下威士訳

## 第八章 第四八条二項の権限 (S. 301)

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…さて、これで、この問題を終わりにしても宜しいようですね。(同意の拍手)

それでは、これから、四八条二項に、その権限をめぐる問題

にはいりましょう。

ここでは、当事者の見解により、一項と違いがある点についてののみ、詳細に取り扱っていただくことが重要です。(二項との)一致がある場合には、一項について語られたことを援用されるだけで十分です。もちろん、違いが認められる限りでは、その違いについて詳細に語られる必要がありますし、さらにはその

違いを法的に根拠づけられることも必要かと思ひます。

アンシュッツ教授・長官、および、皆さん。私は、政治的な議論をしたいたとは、まったく思つておりませんし、またおそれなくは、そのような政治的な議論を一切する必要もないであろうと考えております。本審理も白熱してまいりまして、このホルの雰囲気全体も、その熱もますます高まつております。部分的には、あまり楽しくないような議論により、いささかカッコとしてまいりましたが、幸いなことに、そのような議論も、今や終わりになつたようです。イメージを用いて申しあげれば、私たちの乗つてゐる議論という船を、政治的な状況や争点という荒れ狂う大海原から、再び、純粹に法学的、および、法律家的な考察という、静かな内海にひきもどすことがよろしいでしょう。私は、プロイセンの大臣たちの代理人により、私になされました委託は、ただ今、主張され、証明されようとしてゐる事実を、四八条二項に当てはめることではない、そのようなことは、少なくとも私の任務ではないと解釈しております。それは、他の発言者の方々に、とりわけ、当裁判所にお任せしたいと思ひます。私は、純粹に法的議論をなしたいと考えておりま

す。それは、おそらくは、全体としては、かなり簡単なものとなりましょう。長官は、すでに、二項について語られることの内、かなりの部分は、一項について語られるものと、大体重なるであろうと、正しく御指摘になりました。もちろん、本質的な違いもあります。その点については、これから、すぐに申しあげます。しかし、多くのことがらは、繰り返される必要もないでしょう。また、さらに二項について語られるべきことからの中で、かなりの部分については、私どもと、相手側との間で争いありません。その点についても、詳細な議論は、不要でしょう。では、皆さん、私どもは、二項についての議論の内、どの点に重点をおくべきでしょうか。長官が語られたことによりますと、私どもは、二項について、これからはじめて議論を始めるものと仮定されてゐます。しかし、おそらく、そうではないでしょう。そうではなく、長官が、別の関連で語られましたように、二項の要件の問題は、すでに議論されております。長官が、そのことをどのように考えておられるにせよ、私は、自分が考えて、法的な決定を下すのに重要と考えられる法的問題について、一般的な概観を与えるように試みたいと思ひ

ます。(S. 302)

四八条二項の文言は、周知の通りです。すなわち、「ライヒ大統領は、ドイツ・ライヒ内に、公の安全と秩序に対して重大な障害が生じ、または生じるおそれのある時には、公の安全と秩序を再建するために必要な措置をとることができる。必要な場合には、兵力を用いることもできる。」その後、ライヒ大統領に、憲法上の七つの基本権を停止させる権限を授権する周知の規定がきます。それら、七つの基本権とは、一一四条、一一五条、一一七条、一一八条、一二三条、一二四条、一五三条に定められているものです。これらのことがらについて、私は、一切立ち入るつもりはありません。それは、争いのないことだからです。

〈問題の限定〉 四八条二項により、ライヒ大統領に委ねられた、このような例外的な権限は、周知の通り、一項のライヒ執行権と区別され、またそれと対立するものとして、**独裁権**と称されております。私は、このような区別をあまりに強調する考え方をとりません。もちろん、カール・シュミット教授とは、〔その趣旨は〕まったく違いますが。教授は、そもそも、この

ような区別そのものを認めようとはされず、このふたつの制度、すなわち、ライヒ執行という制度と独裁権という制度とを、相互に密接な関連の下におかれ、あるいは、渾然とひとつのものにされようとなさいます。しかし、このライヒ執行という制度と独裁権という制度とは、たしかにひとつの条文の中に規定はされておりませんが、基本的に違うものなのです。このふたつの制度は、まったく違うものです。二項を問題にします場合には、本法廷でもそうですが、ラントが侵害し、そのために、政府の責任が問われ、ライヒ執行により始末の付けられるべき義務などについて語る必要は、まったくありません。そのこと、すなわち、一項については、もはや議論は終わりました。したがいまして、私どもは、お蔭様で、その長い議論を終わりにしてよいわけです。そして、今や独裁権について議論を始めることとなります。その場合、ライヒ執行の場合と似ておりますが、ここでも、まず三つの主要な問題が区別されるべきであろうと思います。すなわち、第一は、いかなる要件の下で、四八条二項の権限が、行使されるべきかということです。第二は、四八条二項にもとづいて、そもそも何をなしうるのかということです。

す。とりわけ、大抵の場合に実施される典型的な「措置」とは、どのようなものかということ。第三は、四八条二項のこの権限、すなわち、独裁権は、いかなる枠を、いかなる法的限界をもつかということ。す。

〈要件・公の安全と秩序に対する重大な障害〉(第一の主要問題の)要件に関する限りは、それについて長い議論をする必要は、おそらくないでしょう。要件は、ドイツ・ライヒにおける公の安全と秩序に対して、重大な障害が生じていることです。ドイツ・ライヒにおいてというところに注意して下さい。その意味では、局長ブレヒト博士が、「シュミット教授の説明の」間に入りました発言に、まうたく賛成であります。すなわち、例えば、オルデンブルグも、ドイツ・ライヒに属するという発言です。そのドイツ・ライヒの部分が、より小さいか、より大きいかということで違いがあるとは、私には思えません。

公の安全と秩序という概念は、ここでは、狭い概念ではなく、かなり広く解釈されるべきでしょう。したがって、周知の警察法上の、狭い意味で解釈されるべきではありません。以上のことを、私は、単に周知のこととして前提にするだけではない

く、さらに争いのないところとして前提いたします。私自身により代表されております、この概念の広い解釈が、相手側におかれても、採用されているものとして、さらに議論を進めます。したがって、四八条二項は、独裁権という観点からすれば、高度に強調された警察権限と目されるべきものではなく、それとは、まったく異なるものなのです。私は、この点につきましては、私のコンメンタールや、その他の文献や判例の参照をお願いするだけにして、このような初歩的なことがらについて、当裁判所に対して議義しようなどとはまったく考えておりません。

〈とりうる措置としての代行命令〉(第二の主要問題の)二項にもとづいて、何をなしうるのでしょうか。その文言の言う通り、ライヒ大統領は、公の安全と秩序の再建のために必要な措置をとりえます。(S. 303)一九一九年以来、今日にいたるまで、二項にもとづいて取られました多くの措置が、一般的な命令としての性格をもっていること、すなわち、法律家のことばで表現いたしますと、**処分 Verfügung**と異なる**命令 Verordnug**としての性格をもっていることも、すべての方々にとつ

て周知のことであり、したがって、ただ簡単に申しあげればすみます。たしかに、その發布されました措置の、大部分、一〇〇%近くが、法規命令 *Rechtsverordnung* であり、すなわち、法律代行命令 *Gesetzvertretende Verordnung* でありました。そして、本件の今年の七月二〇日のライヒ大統領の命令も、同じです。

〈執行権力を委譲されたライヒ・コミッサールの設置〉とくに興味のある典型的な独裁的措置、とりわけ、おそらく、もっとも関心のある独裁的措置は、あるラントにおける、とくに、あるラントのためにする、単数ないし複数のライヒ・コミッサールの設置でしょう。これらの単数ないし複数のライヒ・コミッサールに対して、執行権が委譲されることは、もちろん、可能なことです。四八条二項の条文それ自体は、この点について何も語っておりません。しかし、諸ラント、あるいは、特定のラントにおける執行権を、ライヒ・コミッサールに委譲するというやり方により、このように執行権をライヒ化すること *Vereichlichung* それ自体は、何ら禁止されていることではなく、許される措置であります。このことについては、争いがある

りませんし、また相手側からも、争われていません。

〈包囲状態理論からの遺産…ライヒ法律の執行とラント法律の執行〉私どもは、今ここで、ライヒ・コミッサールに、部分的に、あるいは、全面的にでも委譲されうる執行権ということばを用いました。これについて、なお御注意を申しあげておきます。すなわち、〔そのひとつは〕専門用語 *terminus technicus* としての「執行権 *vollziehende Gewalt*」と、いうことは、今日の共和国の国法から由来するものではなく、昔の包囲状態法、すなわち、一八五一年のプロイセン包囲状態法に由来するものだということですが。この法律は、旧ライヒ憲法により、ライヒ法律と宣言されました。このような由来については、実務においても、学説においても、まったく争いはありません。そして、〔今ひとつの注意は〕そこにも言われているように、軍事命令権をもつ者に対して執行権を委譲することができるということです。このことは、今日の法にも、暗黙の内に受け継がれています。それは、司法を導く理念となっており、学説においてもまた、それについて何ら異論は提出されてはいません。したがって、二項に表現されたような状況においては、そ

れが、必要な措置である限り、ライヒ・コミッサールに執行権を委譲することは、可能です。そのライヒ・コミッサールが、軍事的な地位にある者、すなわち、將軍であつても、あるいは、あの当時のザクセンのハイントツ大臣の事例のように、非軍人である公務員でも同じです。もちろん、この執行権の委譲は、全面的にも、すなわち、執行権全体を委譲することもできます。すなわち、私が自分のコンメンタールに書きましたように、単にライヒ法律の執行に止まるものではなく、ラント法律の執行をも委譲できます。この点につきまして、尊敬すべき相手側の方々も、このようなライヒ権力の広い解釈につき、私に好意的に言及していただき、まことにありがとうございます。ライヒ法律の執行にかかわる限り、憲法一四条が、ライヒ法律の執行も、ラントの公務員により行われうると明確に規定しているのですから、そこにはいかなる法的に困難な問題も生じないことは明らかです。ライヒ法律が、それと異なる定めをしていない限り、ライヒ・コミッサールは、もつと先へ進むことができます。ライヒ法律が、通常の、平穏な状態において規定することのできることはすべて、四八条二項の場合には、独裁命令に

よつても、規定できます。したがういまして、まさに独裁命令により、いづれにせよ、ライヒ結社法とか、ライヒ営業規則とかいうような、ライヒ法律の執行が、ライヒ・コミッサールに委譲されるのです。それだけではなく、さらに進んで、私は、ラント法律の執行もまた、いづれにせよ、ライヒ・コミッサールに委譲されうると言えることにつきまして、いささかの疑いもありません。私は、その点につきまして、私のコンメンタールの二九〇頁以下で行いました詳しい議論を援用しておきたいと思ひます。幸いなことに、この点も、相手側から提出された争点の中には入っておりません。(S. 304)

「**執行権の中心は警察権力、安全と秩序を再建するための「必要な措置」**」と言われています。そのことばで、とりわけ、警察権力が考えられています。もちろん、それだけに止まるものではありませんが、まずとりあえずは、警察権力のことが考えられていると理解されます。したがういまして、ライヒ・コミッサールには、警察権力もまた、すなわち、ラント法である警察法の執行も委譲されうることになると理解されます。この点についても、まったく疑いはありません。

〔独裁権の法的枠〕さて、(第三の主要問題の)独裁権限の枠すなわち、その限界の問題にはいりましよう。この問題につきましても、長官が御指摘にされました意味で、一項について、詳しくなされた議論に関連づけることにより、かなり手短に申しあげることができると思います。この問題、すなわち、独裁権につきましても、本質的には、ライヒ執行権力についてなされたのと同じの限界、すなわち、法的な枠が引かれると考えます。私は、ここで、私の友人ギーゼ教授が、本日の午前になさりました、実に明快な御説明をお手本に利用したいと考えます。教授は、まったく説得的なやり方で、まず四つの特殊な限界、すなわち、ライヒ執行権力の法的な枠を、**目的限定性**、**比例性**、**補完性**、**暫定性**というスローガンで示されました。これらは、まったく同じ意味において、二項にも妥当すると考えられます。すなわち、一項のライヒ執行権力について問題とされたのと同じことを、独裁権についても語る事が可能なのです。

〈独裁権の目的限定性…裁量権の乱用〉二項にもとづいて行われる措置は、**目的限定性**という考えにより限界づけられます。もちろん、それは、ただ政治的にとか、その場の都合によりと

か、道徳的に限界づけられるというのではなく、**法的に**、**目的限定性**という考え方により限定づけられています。言い換えれば、ライヒ大統領が、四八条二項にもとづいて行う措置は、この制度そのもの、すなわち、独裁権がもっている目的、すなわち、公の安全と秩序の維持、とりわけ、その再建という目的と、証拠をもって立証しうるような関連をもたなければならぬのです。したがって、二項にもとづいてなされた措置が、この意味において、このような目的と関連性をもたないことが、証拠により明らかにされた場合を考えてみましょう。すなわち、その措置が、実際には、公の安全と秩序の再建のためのものではなく、それとは別の根拠からなされたものであるというような場合です。もちろん、私は、今、ここでは、別に事実について語っているわけではありません。ただ、まずは、純粹に一般論として、私の良心の命じるところに従い、何が法的状況であるのかということについて、申しあげているだけです。このような法規範を事実当てはめるといふ事は、別の方に、とりわけ、当裁判所に御任せするところでありませう。もちろん、この法規範そのものは、これから私の探究すべきものではありません。

すが。ところで、以上のように、公の安全と秩序を維持するという目的とまったく関連のない措置が、行われたと認められる場合には、公法の学説では、すなわち、行政法学では、**裁量権の乱用** Ermessensmißbrauch と称しておりますところの裁量の誤り Ermessensfehler が存在することになります。もちろん、これは、裁量権の乱用であり、裁量権の**踰越** Ermessensüberschreitung ではありません。すなわち、当該の公権力が奉仕すべきものと定められた目的とは異なる目的のために、公権力が行使された事例に当たります。

以上のことにより、私は、ここには、単なる政治的境界ではなく、法的な境界が存在することを申しあげました。以上のことから、そもそも判決を下さねばならない人は、あらゆる法について法的枠を監視しなければならないのと、まったく同じように、このような法的な枠を監視する必要があり、また、そのように監視することを、その任務としているのだという結論が、おのずから出てまいります。

長官が、当裁判所は、判決を下すために、ここに集まったと語られたことは、まったく正しいことであります。したがいま

して、本件の場合には、おそらく、目的との関連性が欠けている、したがって、裁量権の乱用という方向で、法が探究されなければならないでしょう。

〈**独裁権の枠としての比例性**…**裁量権の踰越**〉第二は、比例性です。そのことは、ライヒ大統領が、必要な措置をとる権限を授權されているという文言から、はっきりしております。

(S. 305) どちらかと言えば、この比例性の原則が妥当するかどうかという問題は、一項については、あるいは、争いがあるかもしれませんが。もともと、この比例性の原則が、一項についても妥当することは、私には、まったく疑いのないところですし、そのような議論が、一項について、何ら提出されなかったことから考えても、別に問題はないのかも知れません。ところが、ここ、すなわち、二項につきましては、法違反性とそれに対抗する措置との間に比例性の原則が妥当することは、完全に明瞭です。もちろん、そのことは、**必要な措置のみがなされる**という、その文言から引き出されます。もともと、例えば、七月二〇日の命令が、そこに書いてあるようなものであったか、あるいは、その後実際に適用されたようなものであった



のかというような事実を、すなわち、法的状況の全体を審査することは、法適用〔を行う人の判断すべき〕の課題です。さらに、この大きなラントに対するライヒの措置の全体が、「必要な措置」を越えるものであったのではないか、したがって、この事例においては、独裁権は、裁量権の乱用という裁量権の誤りがあったというよりは、むしろ裁量権の踰越という裁量権の誤りがあったというべきではないかという問題も、また法適用〔を行う人の判断すべき〕の課題です。本件において、必要以上のことながら、あるいは、必要なこととは、まったく別のことがらが命令されていたのかも知れません。私は、ここでも、このことにつきまして、何ら判断を下そうとは思いません。ただ、私が申しあげようとしていることは、もし、万が一、そうであったとすれば、その場合には、裁量権の踰越があると言わねばならないということだけです。

〈独裁権の枠としての補完性〉 次は、補完性です。この問題につきましても、自明のことであろうと思います。もちろん、すぐに大砲を使うべきではないでしょう。スズメを撃つのに大砲を使うべきではなく、もっと穏健なやり方で行い、目

的を達しなかった場合にはじめて、大砲を使うべきでしょう。もっとも、その穏健なやり方というのが、一体どんなものかは、私には分かりませんが。そもそも、私は、武器の比較等を、まったく意図しておりませんので。したがいまして、まずは、警告が、例えば、マックス・ザイデルが言いましたように、まずは「連邦友好的な警告 *avertissement*」がなされるべきであり、それで、なお目的を達しない場合には、おそらくは、最初は、空砲で、その後初めて実弾でもって、打つべきでしょう。

〈独裁権の枠としての暫定性〉 さて、次は、暫定性です。これについても、わずかなことばを語れば十分でしょう。すなわち、継続的な措置は、四八条二項にもとづいてはなしえませんが、ここで、これについての詳細な議論をする気は、まったくありませんし、その必要性もないと思います。ライヒ政府も、このような状態が継続的なものであるとは、したがって、比較的長い期間続くものとは、まったく考えておられないということが、相手側からも確認されているからです。ライヒ政府は、このような状態をできるだけ速やかに解消したいという御考えだそうです。したがいまして、暫定性という状態、あまり上品でない

ことばを使えば、しばしの間 Provisoriat という状態は、本件の場合にも適用されるわけです。

〔**独裁権の一般的な枠・独裁権の制約性**〕しかし、なお以上でもって、すべて終わりとするわけには参りません。と言うのも、今申しあげました、独裁権のこのような、四つの限界とか、枠の背後には、まったく一般的な枠が、もしそう皆さんが言いたければ、絶対的な枠が、すなわち、独裁権の一般的な範囲から出てまいります枠があるからです。むしろ、次のように言うべきかも知れません。ただ今申しあげました四つの特別の法的な枠を留保し、その基準に従いながら、独裁権は、とりわけ、命令の発布により、通常使われている表現で言いますと、緊急命令の発布により、すなわち、一般的な命令の発布により、あらゆることを整序できます。その整序しうる、あらゆることは、通常の状態においては、〔その処理のためには〕通常のライヒ法律を必要とするようなことからであり、言い換えれば、〔その処理のためには〕通常の法律が必要であり、またそれで充分であるようなことがらです。すなわち、私どもの国家学で用います仲間内の用語「argon」で表現いたしますと、独裁権の

作用領域が、対象的には、通常のライヒ立法の、すべての領域に、法制定という形 Rechtssetzend で及ぶということです。ここにこそ、私が申しあげたいと考えております、一般的な法的な枠というものがありません。すなわち、独裁権は、ライヒ憲法の強行規定により規律されるべきような規定、とりわけ、制度を変更し、あるいは、破棄する権限を授けられてはいないということです。その理由は、ただ今申しあげたばかりですが、通常のライヒ法律がなしうることはすべて、独裁権も、なしえます。(S. 306) しかし、憲法制定者のみがなしうることは、いかなることによらず、独裁権は、まったくなさないからです。したがって、私は、ここで、かつて私が提案いたしました「**独裁権の制約性 Diktaturfestigkeit**」という専門用語を用いる必要があるかと思えます。もちろん、私は、この提案を、何らかの企みを秘めてとか、あるいは、自慢のためにしようとするのでもありません。

〔**独裁権を制約する憲法規定**〕したがって、独裁権を制約する diktaturfest、すなわち、ライヒ憲法中に、独裁権を制約するという性格 Diktaturfestigkeit づけをもって規定されて

いるような規範、規定、あるいは、制度は、独裁的な指示 *Diktaturordnung* により影響されませんし、変更されることはありません。そのような独裁権を制約するという性格を、明文でもって否定されていないか、あるいは、その意味の上から考えて、暗黙の内に、そのような性格を否定されていないと考えられるライヒ憲法の規定はすべて、独裁権を制約するという性格をもちます。明文(でもって、このような性格を否定されている規定)の例としては、私は、七つの基本権の停止をあげることができると思います。そこでは、明文でもって、これら七つの基本権は、暫定的に失効すると規定されています。したがって、これらの規定は、独裁権を制約するという性格をもつものではありません。暗黙の内に(このような性格が否定されている規定)の例として、かなり多くの規定、すなわち、基本権についての第二部に定められた規定があげられると思います。そこでは、詳細は、ライヒ法律により定める、すなわち、通常の法律により規定すると定められていたり、例外を、通常の法律で定めることができるという言い方をしています。それらは、いわゆる法律の留保であり、通説によれば、独裁命令に

よつても、その要件を満たすことができます。しかし、このようなり方で、独裁権の制約性が、憲法中に、明文をもつて、あるいは、暗黙の内に、否定されていないところでは、いずこにあつても、憲法規定は、まさに独裁権を制約するという性格をもつものであり、したがつて、独裁的な指示によつて侵害されることはできません。

〔ライヒとラントとの権限配分規定は独裁権を制約する〕私は、そのような、無条件に、絶対的に独裁権を制約するという性格をもつ、わが憲法の規定の、重要な例として、とくに、ライヒとラントとの権限配分全体をあげたいと思います。それは、ライヒ憲法の六条から一一条にかけて、および、その他の規定に定められているものです。これらの権限配分規定は、任意に干渉されうるといふわけのものではありません。ある学説(リムピウス)により、かつてまつたく反対のことが主張されたことがあります。この問題については、わが尊敬するナヴィアスキ教授の、深い学識に訴えたいと思います。リムピウス氏により、ライヒ行政雑誌に発表された、このような見解に対して、どのように答えるべきかは、後に教授が、皆さんに御教示下さ

るでしょう。ナヴィアスキー教授は、正当に反論して下さるでしょう。ライヒ憲法の六条から一一条により、ライヒの立法高権に配分されておらないことがら、当然、そのことにより、

ラントの立法高権に配分されております。しかも、このような留保は、私はこう表現したいと思いますが、ラントに有利なように、憲法上の効力 *verfassungskräftig* をもって、したがって、独裁権を制約するという性格をもつて規定されていきます。私には、四八条二項にもとづいて、例えば、市町村法、狩猟法、あるいは、水法などを、独裁命令によって規定することが許されることは、考えられません。その理由は、それらのことがらが、まさにラント立法権に留保されていることがらだからです。またとりわけ、**ラントの憲法規定全体も、独裁権を制約するとい**う性格をもつものです。ここにおいてようやく、私は、協道から、本題に入つてまいりました。ライヒ憲法一七条が、ラント憲法に与えました方向づけや、規範的な規定は、ライヒ法律によつて具体化されるのではなく、**ラント法律、ラント憲法**により、すなわち、ラントの法を制定する権力により具体化されなければなりません。この場合に、ラント立法権の代わりに、ラ

イヒ立法者がみずから、立法することは、許されませんし、したがって、四八条二項により、立法者としての独裁権にも、許されることは、とうてい考えられません。

△**ラント憲法は、独裁権に対する絶対的な枠** 以上のことから、結論として、なお最後のことがらを申しあげます。私は、ラントの憲法の規定に手を加えることは、独裁権の絶対的な枠、すなわち、独裁命令という法 *Diktaturverordnungsrecht* にとつて絶対的な枠であると考えております。このことについて語ることで、ようやく、私は、もつとも大切な論点に到達いたしました。とりわけ、例えば、ラント議会の招集、ラント政府の設置、ラント議会とラント政府との関係などに、何らかの形で手を加えることが、絶対的な枠になります。なお、ここで、私は、独裁権について申しあげているのであり、ライヒ執行について申しあげているわけではありません。(S. 66) これらのことからは、(ライヒ憲法の) 一七条に、憲法上の効力をもつてすでに確定されております。たとえそうでないとしても、それらのことがらは、ライヒ権限の枠の外で、したがって、独裁権力もまた、これらについて干渉する可能性をもたないという形で、

ラント憲法制定権により規定されるべきことが、確定されてお  
ります。以上のことがらだけでも、四八条二項にもとづいて、  
独裁者により、ラント政府が取り替えられるということはあり  
えないという結論が出てまいります。私は、このような結論は、  
非常に重要であると考えております。たしかに、ライヒ憲法の  
一七条は、誰が、ラント政府を指名し、任命するかについて、  
何ごとも規定していません。同条は、ただ、それぞれのラント  
に、政府が、すなわち、ラント政府が存在しなければならぬ、  
第二には、議会が、すなわち、ラント議会が存在しなければな  
らぬと規定しているだけです。またさらに、一七条は、これ  
ら、ラント政府とラント議会との間では、ラント議会が、何ほ  
どか優越的な地位をもつような関係が存在しなければならぬ  
と、すなわち、同条は、政府は、議会に依存し、議会の信任を  
もたねばならないとも規定しています。そのことにより、厳密  
な意味ではありませんが、議会制政府 *parlamentarische Re-  
gierung* が考えられているということは、完全に正しいのです。  
このことは、相手側でも、とりわけ、ビルファイガー教授もまた、  
認められました。この点については、私どもの間には、まった

く争いはありません。すでに申しあげましたように、一七条そ  
れ自体は、誰が、ラント政府を任命するべきかということにつ  
いて規定はしておりません。しかし、そうではあるにしても、  
このような任命が、ラント高権のみのなしうる行為であり、決  
してライヒ高権のなしうる行為でありえないということは、自  
明のことです。その理由は、どのようにラント政府を構成する  
べきかという規定を制定するために、例えば、ラント議会選挙  
法を發布するというやり方で、この一七条の空白を埋めること  
ができる点に求められるよりも、むしろ、ラントの自主決定権  
の領域に求められるべきでありましょう。何はともあれ、この  
ような、いわゆるラントの憲法自律 *Verfassungsautonomie* へ  
そまぎに、ラント高権の一部なのです。もちろん、それは、ラ  
イヒ憲法上の効力をもって保証されているところであり、独裁  
権もまた侵害しえないところです。

「ライヒ・コミッサールは、ラント政府ではない」したが  
まして、ライヒ・コミッサールが、公の安全と秩序を維持する  
ために、二項の意味で、常に、非常に広範な機能を委譲される  
としましても、だからと言って、ライヒ・コミッサールが、厳

密な意味でのラント政府になりうるわけではありません。私は、ライヒ・コミッサールに、かなり広い権限を認めております。私は、ライヒ・コミッサールには、警察権力全体が委譲されることも考えております。さらには、私は、ライヒ・コミッサールは、ラント公務員の服従を要求しうるし、ラント公務員は、ライヒ・コミッサールに服従しなければならないとも考えております。もつとも、これに関連いたします公務員法上の問題は、しかるべき方に御任せして、私は、今ここでは触れません。私は、あくまでも、一般的なことがらについてのみ語りたく思うからです。一項にもとづいてすら、すなわち、ライヒ執行にもとづいても、ライヒ・コミッサールは、ラント政府になりうるわけではありません。せいぜいのところ、執行によつて *quoad exercitium*、ラント政府の、ある種の執行機能を委譲されるにすぎません。もちろん、このことについては、ライヒ執行の場合でも、争いがありましたし、またこの独裁権の場合でも、議論が交わされています。ところで、一項にもとづいてですらそうであるとすれば、ましてや、二項にもとづいては、なおさらにはできないことです。ライヒ大統領の、二項にもとづく

権限は、非常に大きなものがあります。しかし、それにしても、私の考えでは、憲法に違反することはできませんし、すでに申しあげましたように、独裁を制約するような制度に手を加えたり、破棄したりするようなどころにまで及ぶわけではありません。すなわち、ライヒ大統領によつて、あるいは、その委任の下に、ライヒ政府により任命されたライヒ・コミッサールが、ラント政府であると説明されるほどに広いものではありません。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士・シュミット教授と、ヤーン局長からの発言の申し出があります。しかし、もうすでに、七時三〇分ですが。

ヤーン局長・私は、ただバイエルンとバーデンの名において、私どもは、この機会に、私どもの提訴理由について、今一度確認をしておきたい、と同時に、この提訴の理由づけに関しましては、ただ今のアンシュッツ枢密顧問官の御議論、ギーゼ教授の御議論、および、私どもが、四八条一項とライヒの連邦国家的な性格について申しあげました議論に、何ごとも付け加える気がないということをお願いしたいと思います。(S. 308)

アンシュッツ教授…運営規則について一言させていたが、いのですが。長官、できませんか。私は、いずれかの側からの委任を受けて喋ろうとするのではありません。おそらくは、私が申しあげることが、双方の側に意味のあることだと信じておられます。もちろん、今日、これ以上審理を続けるかどうかは、当裁判所の御判断に御任せするしかありませんが。ただ、これから私の申しあげることにより、明日、この審理を終わりにするための、ひとつの確実な保証が獲得できると思います。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…いかなる状況においても、確実なことなどは、なしえません。(アンシュッツ教授…いや、おそらく確実だと思いますが。)そうでしょうか、私には、信じられません。私は、私どもが、具体的な審理を行いますに、常に、気持ちの新鮮さを維持することに、重大な関心を有しております。そのことは、一日に七時間も審理をつづけておりますと、まったく容易なことではありません。私どもが、今最後の力を振り絞って結論に到達するために、あらゆるものを利用するにいたしますと、最後には、私どもは、死ぬほどに疲れてしまうことになりましょう。その後の審理の中で、未だ、

多くのことが、なお正しく理解されておりませんし、多くのものが、いばらの中にあり、多くのものが、石ころだらけの路上に、そのままに放置されているのです。それを、私どもは避けたいと思います。その上に、私は、私の同僚の裁判官諸氏のことを考えねばなりません。かれらは、たとえ、この審理が終わりましても、それぞれの部局において、再び力を尽くさねばならないのです。私は、かれらを、最後の最後まで使いきろうとは思いません。(アンシュッツ教授…おそらく、八時まで審理できるではありませんか。)私は、三〇分をめぐって、争うとは思いません。しかし、私どもは、シュミット教授が、アンシュッツ教授の、非常に興味のある御議論に対して、どのよう回答されるかを、新鮮な気持ちで聞きたいと考えております。

ゴットハイマア局長…なお一言、説明をすることを、お許しただきたいのですが。長官は、ライヒ首相と民族社会主義者の間で行われたと称されている交渉について、なお詳細な報告をするように要求されました。ライヒ首相は、ただ今、電報をもって、国事裁判所長官により、今朝ほど、ライヒ政府の代理

人である私に対してされました質問に対して、声明を述べるよう委任されました。

「一九三二年一〇月一日のライヒ政府の代理人により行われました説明の中で示されました類の交渉とか、協定とかは、私自身によっても、また私の委任にもとづいて、仲介者によっても、行われたことはありません。もちろん、私が、ライヒ首相に就任する前に行われたこともありません。」

署名 パーベン

ライヒ首相は、この関連において、かれが首相に就任するとただちに、プロイセン・ラント議会の諸政党との交渉により、プロイセン・ラント首相の選任を行うための、真摯な努力を行ったということを、申しあげることが重要と考えております。とりわけ、ライヒ首相は、中央党と民族社会主義者たちの、ふたつの政党を、間もなく行われるラント首相の選挙において、共同して行動させるために、これらふたつの政党と交渉をもたれました。この関連におきまして、ライヒ首相は、かれが、本年六月六日に、ケルル・ラント議会議長に送りました、周知の

書簡に触れました。(S. 309)

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士：私には、今この瞬間に、この声明が提出されたとは、とうてい考えられないのですが。

局長ブレヒト博士：私どもは、おそらく、この声明の原文をいただけるのでしようね。そこには、「私の委任にもとづいて」とか、「交渉あるいは協定」ということばがありました。それについて「語られた *gesprochen*」という事実そのものについては、これまで、まったく争われておりません。すなわち、制服禁止令とか、その他の禁止令について語られたという事実です。交渉とか、協定とかいう概念は、また別のことです。私は、今、そのことについて争おう *in Streit*とは思いません。ただ、次のことだけは言えると思います。すなわち、以上のことから、ある人が、あることがらについて「見込みがあるようだ *Einige Sicht gestellt*」という結論を引き出すことはできたということ。そのことは、別に委任されて行われる必要はありません。そういうことは、まったく異なるところから、それ自身の動機にもとづいて行われうることだからです。「ライヒ首相の声明(を)できる限り尊重するとしても、(上記の私どもの主張が)



完全に反駁されたと申しあげるとは、当然のことながら、なお非常に難しいことです。ただ今の声明を、私どもにもいただけるようお願いいたします。

ライヒ最高裁判所長官フムケ博士・私どもは、この写しをいただくというところから、〔明日の審理を〕はじめましょう。

(ゴットハイマア局長・もちろん、承知いたしました。)

それでは、今日の審理を、これで終了し、明日の審理は、九時三〇分より開始することにしたと思います。できましたなら、明日の審理ですべてを終わりにすることができれば、と希望しております。

(七時三〇分閉廷)