

論
説一九三二年国事裁判所における
カール・シュミット

山下 威士

一 はじめに

一 一九三二年七月二〇日、ライヒ政府首相F・パーベンは、ライヒ憲法四八条一項および二項にもとづいて、大統領令を發布した。それにより、プロイセン政府首相O・ブラウン以下、七人の閣僚を全員罷免し、そのすべての行政権を、ライヒ・コミッサールとしてのパーベンに集めた。これは、国民主権と並ぶ、ワイマール憲法の二大原理である連邦国家制に対する重大な侵犯と考えられた。そこで、プロイセン・ラント、その措置により罷免され

たプロイセン・ラントの大臣たち、プロイセン・ラント議会の社会民主党会派と中央党会派、および、将来自己も、今回のプロイセンと同様の立場に置かれる可能性のあるバイエルン・ラントとバーデン・ラントが、今回の大統領令を、憲法違反として、国事裁判所に訴えた。これが、ワイマール時代において、最大の政治的・歴史的重要性をもつ裁判事件となった、いわゆる「一九三二年七月二〇日事件」である。⁽¹⁾

二 ライプツィヒで、一九三二年一〇月一〇日(月)午前一〇時から始まった、六日間にわたる国事裁判所の集中審理は、当然、その訴訟対象のもつ性格から、今回の措置の合憲性という、狭い限界をただちに乗り越える。審理は、当時直面していたドイツの政治的・社会的・経済的な危機に対して、どう対応して行くかという、参加者たちの基本的な憲法・国家観をめぐる争いとなる。すなわち、ワイマール憲法のもつ民主主義・法治国家的基礎づけを、どのように考えるか、政治・国家改革の方向をどのように志向するか、さらには、その根底にある、現代における国家の役割をどのように捉えるかという憲法・国家観をめぐる根本的な問題にまで、議論が及ばざるをえない。⁽²⁾

三 この国事裁判は、国家の根幹を形成する憲法の解釈を争うものである。すなわち、もし、その命令が、ライヒ憲法四八条の要件を欠き、その限界を越えるものであるとすれば、今回のライヒ政府の行為は、クーデタとなる。このため、この裁判は、その内実において、政治的な方向決定の争いであり、国家観の争いであつた。にもかかわらず、憲法訴訟は「訴訟の形式をとった政治的争議」⁽³⁾として、ここでも、「圧倒的に専門法律学的な遣り取りに終始した」⁽⁴⁾。原告であるラント側には、G・アンシュッツ、F・ギーゼ、H・ヘラー、H・ペータース、H・ナヴィアスキー、さらには、若きTh・マウンツが立ち、被告であるライヒ側には、C・シュミットをはじめ、E・ヤコビ、C・ビルフィンガーが立つ。まさに「ドイツ国法学のエリートを集」と、誇張なしに語りうる⁽⁵⁾ものであつた。

- (1) 事件の詳細は、私の「一九三二年七月二〇日事件・覚書」『菅野喜八郎教授還暦記念論文集・憲法制定と変動の法理』、木鐸社一九九一年四三三頁～四六五頁参照。なお、本稿は、私の紹介「『プロイセン対ライヒ』(七月二〇日事件) 法廷記録」法政理論一八巻二号一九八五年以降継続中、を前提として、前記論文で解明した事実経過を踏まえて、国事裁判所の審理の状況を資料的に追求する「一九三二年国事裁判所におけるヘルマン・ヘラー」『時岡弘先生古稀記念論文集・人権と憲法裁判』成文堂一九九二年三三三～三六九頁と、対をなす連作の一部である。
- (2) K.D. Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*, Schwarzwald, (1955), 5. Aufl. 1971, S. 557; J. Bay, *Der Preußenkonflikt 1932–1933, Ein Kapitel aus der Verfassungsgeschichte der Weimarer Republik*, Diss. Erlangen, 1965, S. 191.
- (3) E. Friesenhahn, Die Staatsgerichtsbarkeit, in: G. Anschütz/R. Thoma (Hg.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, Tübingen, 1932, S. 544.
- (4) A. Kaiser, Preußen contra Reich, H. Heller als Prozeßgegner C. Schmitts vor dem Staatsgerichtshof 1932, in: Ch. Müller/I. Staff (Hg.), *Der Sozial Rechtsstaat, Gedächtnisschrift für H. Heller 1891–1933*, Baden-Baden, 1984, S. 29.
- (5) H. Grund, *Preußenschlag und Staatsgerichtshof im Jahre 1932*, Baden-Baden, 1976 S. 83.

二 ライヒ側代理人シュミット——その選任

一 ライヒ側の当事者たちは、七月一日の、今回の大統領命令の措置を決定したライヒ閣議において、「現在のプロイセン政府が、国事裁判所へ提訴を行うことは可能であろうが、おそらく〔かれらが勝訴する〕見込みはない」(F・ゲール・ライヒ内相)⁽¹⁾と、はやくも、この措置が法廷にもちだされることを見通していた。

そのような来るべき訴訟にそなえて、七月二五日のライヒ閣議において、パーペン首相が、シュミットとヤコビとビルフィンガーの三人の教授が、ライヒ政府の鑑定人Guarantorとして加わると、閣議報告している。⁽²⁾さらに、G・アンシュッツとW・イエリネクとも、ライヒ政府の側に立つよう口頭で要請していることも、同時に報告されている。⁽²⁾結局、アンシュッツが、プロイセン側の代理人として出席したことからすれば、かれは、当事者双方から、代理人として招請されたことになる。

また同じ閣議で、シュミット教授が、七月二九日に『ドイツ法曹家新聞』に「ライヒ政府とプロイセン政府との憲法紛争について論文を寄稿し、この中で、ライヒ政府に権利があるRecht habenとのべる」予定であることも報告されている。⁽²⁾さらに、それに引き続き、ゲール内相が、「シュミット教授と共同で、〔国事裁判所に提出するための〕覚書の輪郭を作っており、また事実資料は、その付録に纏めるつもりである」⁽²⁾と報告している。この付録は、証拠資料として、八月五日に国事裁判所に提出された。⁽³⁾

二 以上のような、閣議記録からも確認できるシュミットの、本訴訟との関わりに対して、K・D・ブラッヒャー

は、⁽⁴⁾かれが、もつと早い時期、すなわち、七月二〇日命令の出される前の段階において、この事件に関与していたとする。すなわち、そのような憲法違反の疑いのある命令を発布することについて逡巡しているヒンデンブルグ大統領を納得させるために、法上の根拠づけを行って、パーベン政府を助けたという。

これに対して、一九三二年夏段階におけるシュミットを、パーベン政府の支持者とするH・ムースですらも、かれの、このような早い時期からの「寄与」というのは、「部分的には、現在にまで、その効果を及ぼしている伝説」であるという。⁽⁵⁾また、シュミットを、パーベンではなく、シュライヒャーの周辺に位置づける点で、ムースと対立するJ・W・ベンダースキも、一九三二年の事件で、かれは、たしかに、パーベンの法的顧問という役割を引き受けたが、それがただちに、その政府を支持したことはならず、かれは、ただ訴訟における代理人以上のコミットは、なしていないとする。⁽⁶⁾

もつとも、この点について、シュミットの助手として、当時、親しくかれの周辺にあり、今日では、「なお生きのびている最後の時代の証人」⁽⁷⁾であるE・R・フーバーは、シュミットが、その事件に、どの程度、事前に関与していたかは、分からないと語っている。⁽⁸⁾そのような慎重な留保をつけながらも、フーバーは、シュミットの、この事件に対する役割を、「全体として見れば、周辺のなもの Randerscheinung」と評価している。⁽⁹⁾

三 シュミット自身は、一九三二年の夏に刊行した⁽¹⁰⁾『合法性と正当性』の扉裏に、わざわざ「本書は、一九三二年七月一〇日に校了した」と注意書きをつけている。⁽¹¹⁾その意味は、一方では、本書が、具体的な事件、すなわち、七月二〇日事件を目当てに書かれたものではなく、より一般的な論述であることを示し、他方では、にもかかわらず、おそらくは、自己の予測の正確さを誇るものとして示されたのであろう。

しかし、さらに想像を逞しくすれば、シュミットが、当時もついていた、さまざまな方面の個人的接触、例えば、J・ボーピッツや保守革命運動のメンバーや『ドイツ紳士クラブ』のメンバーから、この事件について何らかの情報をあらかじめ得ていたということもありえよう。もともと、かれ自身が、ボン大学から、ベルリン商科大学へ転出したのも、そのような現実政治との接点を求めているものであった。⁽¹²⁾ 例えば、時期的には、少しズレるが、かれは、この訴訟に対する準備のためもあって、シュライヒャーの秘書的な役割を果たしていたことで知られるE・オートー少佐（後の、日本駐在大使）などの国防軍の将校たちと、しばしば（八月二七・二八・二九・三〇日）会談している。⁽¹³⁾ このような情報源から、今回の措置について、あらかじめ、何らかの情報をえており、そのため、「来るべき事件を意識しながら」、⁽¹⁴⁾ わざわざ、そのような序文をしたためたのかも知れない。

四 シュミットの事件以前からの参加というのは、丁度、ナチスの授権法制定へ、かれが参加したという伝説⁽¹⁵⁾と同じように、後のかれの盛名からする「伝説」としか言いようがないであろう。たとえ、かれが、何らかの情報はえており、そのような事件が、近い内に起きることを知っていたにしても、かれ自身が、この事件にコミットしはじめるのは、七月二〇日に事件の発生した以後、七月二五日の閣議に報告される直前の時期であろう。

たしかに、カール・シュミットという名は、一方では、すなわち、カトリックの社会科学の世界では、『ローマ・カトリックと政治形態』（一九三三年）の著者として、少しは知られていた。他方、すなわち、本来の活躍の領域である、国法学界では、『国民発案と国民投票』（一九二七年）や『憲法理論』（一九二八年）の出版により、その名はよく知られていた。そうではあるにしても、それは決して、その範囲を越える、すなわち、国法学界、せいぜい法学界を越えるものではなかった。かれの「聴衆が、狭い知識人世界を越えて広がっていった」⁽¹⁶⁾のは、一九三〇

年代に入ってから、とりわけ、この事件の弁護を契機としてである。

大体、シュミットの、事件への「参加」は遅れがちであった。まさに、後の親衛隊SS機関誌『黒い兵団』寄稿者の言うとおり、かれは、常に、決断をギリギリまで引き伸ばして、「最後の、最後の瞬間まで待ち」つづけていたと言ふべきであろう。⁽¹⁷⁾ あるいは、それには、かれの「用心深くて、いずれかと言えば、心配性の男」⁽¹⁸⁾ という性格が影響しているのかも知れない。しかし、かれの参加が、事件発生後のものであったにしても、「七月二〇日」が、シュミットにとって、当時の国家政治的現実についての基本的な体験であったし、以後においても、そうでありつづけたことは間違いない⁽¹⁹⁾。

- (1) Bayerische Akademie der Wissenschaften (Hg.), *Akten der Reichskanzler Weimarer Republik, Das Kabinett von Papen*, Bd. 1, Boppard, 1989, S. 206.
- (2) Ebenda, S. 318. かれの報酬は、それぞれ一〇、〇〇〇ライヒ・マルクであったという、J. Bay.a.a.O., S. 191.
- (3) Ebenda, S. 318, Anm. 11.
- (4) K.D. Bracher, a.a.O., S. 509.
- (5) H. Muth, C. Schmitt in der deutschen Innenpolitik des Sommers 1932, *Historische Zeitschrift*, Beiheft 1, 1971, S. 103.
- (6) J. Bendersky, C. Schmitt in the summer of 1932, *A reexamination, Revue européenne des sciences sociales*, Tome 16, 1978, p. 48; J.W. Bendersky, C. Schmitt, *Theorist for the Reich*, Princeton, 1983, p. 158. 宮本盛太郎・他訳『カール・シュミット論』お茶の水書房一九八四年一九〇頁。なお、このふたりの論争については、中道寿一『ワイマルの崩壊とC・シュミット』

ト」三嶺書房一九八九年二六八頁以下参照。

- (7) H. Quaritsch. Aussprache, in: H. Quaritsch (Hg.), *Complexio Oppositionum, Über Carl Schmitt*, 1988, Berlin, S. 70. の表現。なお E.R. Huber にについては、菟原 明『変革期の基本権論——E・R・フーバー』尚学社一九九一年参照。
- (8) E.R. Huber, C. Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit, in: H. Quaritsch (Hg.), a.a.O., S. 61.
- (9) Ebenda, S. 52.
- (10) C. Schmitt 自身が、戦後に書いた補註『Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin, 1958, S. 345.
- (11) 田中浩＝原田武雄訳『合法性と正当性』未来社一九八三年では、シュミットの、この注意は訳出されていない。また、解説においても、そのことについて、触れられていず、残念ながら、この注意書きについての、訳者の見解を伺うことができない。もっとも、一九三三年に刊行されたと思われる、O. Kirchheimer/N. Leites, *Bemerkungen zu C. Schmitts, Legalität und Legitimität*, (1933), in: O. Kirchheimer, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*, Frankfurt, 1976, S. 113–151. の長文の書評も、本書と具体的事件との関連には、一切ふれていないから、当時は、あまり注意されなかったのかも知れない。なおシュミットの本書は、「合法的手段によるワイマール憲法の破壊という差し迫った危険に警告を発するため、一九三三年の春に書き始められた」J. Bendersky, op. cit. p. 147 and p. 179. またこの本の出版前後の状況については、E. Hennig, C. Schmitts, „Legalität“, Die politische Deizision im Jahr 1932, in: H-G. Flickinger (Hg.), *Die Autonomie des Politischen, C. Schmitts Kampf im einen beschädigten Begriff*, Weinheim, 1990, S. 129–142.
- (12) 「シュミットは、ベルリンに、国政を決定する、さまざまな力の集まる中心部との直接的な繋がりを、かれにもたらしうる場所を求め、またそのとおりに見出した」E.R. Huber, a.a.O., S. 36. 和仁 陽『教会 公法学 国家 初期カール・シュ

- ミットの公法学』東京大学出版会一九九〇年三七〇頁。またシュミット自身の発言は、*Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Köln, 1950, S. 35. 長尾龍一訳・清水幾太郎編集『危機の政治理論』ダイヤモンド社一九七三年三一一頁。
- (13) E.R. Huber, aa.O., S. 36, S. 40 und S. 61.
- (14) H. Muth, aa.O., S. 106.
- (15) 私の『カール・シュミット研究——危機政府と保守革命運動——』南窓社一九八六年七二頁。
- (16) J. Bendersky, op. cit. p. 166 and p. 198.
- (17) 私の『シュミット研究』五九頁。
- (18) E.R. Huber, aa.O., S. 68.
- (19) Ebenda, S. 38.

三 ライヒ側の学者シュミット——『ドイツ法曹家新聞』論文

一 シュミットは、上記のように、この七月二〇日事件について、『ドイツ法曹家新聞』の、実に八月一日号と
いう、非常に早い時期に、「プロイセン・ラントに対するライヒ・コミッサールの設置の合憲性⁽¹⁾」という論文を掲
載した。この論文には、「このように現在において、もっとも重要であり、またきわめてアクチュアルな問題につ
いて、わが国の、第一人者である国法学者と、著名な実務家とに、私どもが、お願いして、寄稿していただいた論

稿を掲載する」という、編集者による脚註がついている(S.953)。わざわざ付けられたこの脚註は、上記のような、ライヒ政府の依頼により書かれたという、本来の筋道をあいまいにするためのものかも知れない。⁽²⁾

二 シュミットのこの論文は、Iとして、ライヒ大統領の権限についての総論的叙述と、IIとして、今回の措置について触れる部分、さらに、後者が、一と二の部分に分かれる。しかし、全体としては、書き流しの感が強く、⁽³⁾そのような章節の分類にも、ほとんど意味はなく、同じテーマが、例えば、ライヒ憲法四八条にもとづく措置について、ライヒ大統領に最終的な裁量権があるということが、アチコチに顔をだす。

〈大統領はラントに干渉しうる〉まずライヒ大統領のライヒ憲法四八条一項、二項についての権限から、かれは、議論をはじめる。

非常時においては、ラントの国家機構をそのままにしておいても、ライヒ国家権力が拡大する。その場合、ラント公務員は、ライヒ大統領の補助機関 *Hilfsorgan* として、ライヒの名において、ライヒ国家権力を行使することになる。この場合、いわば、ラント憲法が、ライヒ憲法により「補充される *ergänzt*」ことになる(S.953)。ライヒ大統領のライヒ憲法四八条二項にもとづく命令は、ライヒ憲法一四条により、通常は、ラント公務員により行使される(S.954)。したがって、もし、四八条二項により、ライヒ憲法・ライヒ法について命令された義務が、ラント公務員により履行されない場合、四八条一項にもとづいて、ライヒ大統領には、当該のラントに対して、履行を求める権限が与えられる(S.954)。

三 〈代理機関の設置〉ライヒ憲法四八条一項により、ライヒ大統領は、ラントの大臣やラント議會を、武装兵力を用いても義務履行のために強制しうる(S.956)。もし、そのような義務の履行をラントが拒否する場合には、

当該のラントのラント機関を排除して、代理の措置 *Ersatzvornahme* を行いうる。もちろん、この代理の措置として設置されるライヒ・コミッサールに、ラント政府の指導を委任することもできる。そのようにして設置された代理機関の任務は、ライヒ大統領が履行を求めているラントの義務を行うことである。このような考え方は、ラントに向けられた執行というものが、ラントを排除しようとするものではなく、逆に、連邦国家的構造の枠内において、ラントを維持しようとするものであることを明らかにする (S. 956)。

このようなシュミットの主張は、後の、法廷における最終弁論においても強調されている (本稿五節七参照)。

四 へ四八条権限の行使 次に、シュミットは、今回の措置の合法性を論じる。

かれは、七月二〇日令は、おそらくライヒ憲法四八条の一項と二項との、双方により根拠づけられようという。それらの条項は、一応区別されるが、同一の要件が、満たされるならば、双方適用の可能性があるからである。二項により、ライヒ・コミッサールは、ラント国家権力を、直接に行使すること、例えば、①ラント大臣の官職を剝奪すること、②ラント政府の仕事を暫定的にライヒ・コミッサールにより遂行すること、③政治的公務員の官職を剝奪すること、④ライヒ参事院への全権代表を任命することなどをなしうる。もし、そのようなライヒ憲法四八条二項による根拠づけに、連邦主義的な立場から異論があるとすれば、そのようなことがらは、すべて一項により、適用されることとなる (S. 957)。

とりわけ、ライヒに対するラントの、もつとも大切な義務は、①公の安全と秩序を乱すような危険を避け、②ライヒ政府の解釈により、国家敵対的と判断されるような組織や運動を支援することをせず、とりわけ、③国家に敵対的でないような政党を、不平等に、不当に取り扱わないようにすることである (S. 957)。ここで、かれは、プ

ロイセン政府が、秩序混乱の責任者である共産党に甘く、ライヒ政府の判断によれば、決して、国家敵対的ではない、ナチスに対して、厳しい態度をとるということを、ライヒ政府に対する義務違反とする、ライヒ側の主張を、そのままに繰り返すにすぎない。

五 〈具体的状況における決定権〉以下、シュミットは、この問題について、法的な評価をするために、もっとも大切とされる、ラントのライヒに対する忠誠義務の問題と、国家の針路を最終的に決定するのは、ライヒ大統領であるという問題にふれる。

ラント政府とその構成員は、アンシュッツの憲法コンメンタールの言うように、ライヒに対する忠誠義務 *Treupflicht* を遵守しなければならない (S. 957)。もちろん、ラント政府とライヒ政府との、国内政策上の、すべてのズレが、ラント政府の義務違反になるわけではない。しかし、内乱状態における公然たる政治的対立は、ライヒと憲法四八条の要件を満たすことになる。

ここでは、具体的な状態が問題であり、決して一般的な規範が問題となるのではない。法的評価というものは、具体的な要件と一回限りの措置の内容にたく結び付いている (S. 957)。さらに、そのような政治的決断を下すについては、プロイセンとライヒの首都ベルリンに存在した、とくにさま変わりした政治的状況 *Situation* が注目されねばならない。決断は、政治的なものとなればなるほど、その時々 of 具体的状態に左右されるようになる。同じことは、どのような措置が必要かということについても、言える。したがって、もっとも本質的なことは、「行為の問題であり、裁量の問題」である。このような状況において、もし争いがある場合には、ライヒが存続する限り、推定は、政党を超越するライヒ大統領、および、かれにより任命されるライヒ政府のためになされる (S. 957i)。

六 〈多元的政党制〉ところで、この訴訟における中心が、ふたつの政党、すなわち、共産党とナチスとを、政治的に、どのように評価するかということにあるのは、疑いない。今日、あらゆる国家の権力手段や憲法の解釈の可能性が、政党の戦略的な道具になっているということにこそ、多元的政党国家の危険性がある。そこでは、自己の政党の敵に対して、平等な機会を剥奪するために、その敵が「非合法」と宣言される。そのことにより、議会制国家構造の基礎が崩壊し、すべての政党に、平等な機会を与えようとした憲法の基礎が掘り崩される（S. 958⁽⁵⁾）。この点も、シュミットにより、後の、法廷における最終弁論で強調される（本稿五節一〇参照）。

七 〈結論：真の対立：全体と部分〉もちろん、他面においては、真に国家に敵対的な政党に、平等な機会を与えることもまた不当であると、シュミットは言う。かれは、このように述べることににより、一挙に結論を導きだす。すなわち、このような場合に、もし、政党を越えて活動する機関が、存在しないとすれば、ライヒも、ラントも崩壊してしまうであろう。例えば、プロイセンのように、あるラントにおける国内政治的な状況にかんがみて、公然たる内乱の勃発を阻止するためだけではなく、さらには、義務として行わねばならない裁量によって必要と判断されるならば、四八条の手段を用いて、このような崩壊を阻止し、ライヒの統一とラントの国家としての憲法上の存続とを保障することは、ライヒ大統領の義務であり、ライヒの政策の基本方針を決定するライヒ政府の義務である。したがって、この訴訟においては、ライヒとラントとが争っているのではなく、中央国家と支邦国家とが争っているのでもない。この訴訟の本来の当事者は、ライヒとラントとが、一緒になって、政党と党派と、争っている（S. 958）。

八 以上のように、この短い論文は、理論的には、シュミットの従来議論、例えば、法の解釈は、具体的状況

に依存するとか、議會制民主主義においては、あらゆる政党に、政權獲得の平等な機会が保障されねばならないということの繰り返しであり、それ以外は、具体的には、七月二〇日政府声明にあらわれていたライヒ側の主張の再確認にすぎなかった。V・ノイマン⁽⁶⁾は、この論文を、「政治的には有効であったが、法学的にはつまらない」と評するが、まさにそうしか言いようがない。⁽⁷⁾おそらく、そのもった政治的意義からすれば、かれの悪名高い論文「總統は法を守る」(一九三四年)⁽⁸⁾と、非常に似た機能をもつ論文であった。そうではあるにしても、後の、かれの法廷における弁論の基本は、すでに、そのほとんどが、ここに表明されていた。

九 なお、この「ドイツ法曹家新聞」を使つての、ライヒ側のキャムペーンは、これ以外にも、すでに早く、シュミットの助手を勤めたフーバーの「ドイツの諸ラントにおける事務管理内閣の地位」(二月一日号)⁽⁹⁾で、ライヒ・コミッサールの設置を要求していた。また、上記のシュミットの論文につづいて、次号において、ビルフィンガーが、「執行、独裁、連邦主義」(八月一五日号)⁽¹⁰⁾で、七月二〇日以降の、各ラントの対応を紹介しながら、ライヒ・コミッサール設置を、ひとつの「強制的管理」として、その正当性を論じていた。また、一〇月一日号という、裁判直前の号では、シュミットの助手を勤めたE・フリーゼンハーンが、「国事裁判所の対象」⁽¹¹⁾と題して、国事裁判所は、何を審査し、何を審査できないのかを、今回の事件に関連しながら論じている。

これに対して、F・ギーゼが、同誌八月一五日号で、「ライヒにより、プロイセンに対して、および、プロイセンにおいてなされた措置の合憲性について」という論文をよせ、シュミットの議論を検討し、「ライヒ・コミッサールの設置自体は、四八条一項および二項により憲法上なしうることは疑いない」としながらも、今回の措置が、裁量の限界を越えるものとして、違憲の疑いが濃いとしている。⁽¹²⁾

- (1) C. Schmitt, Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das Land Preußen, *Deutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 37, Heft 15, 1932, S. 953-958. 以下「本節の文中の頁表示は、この論文のもの。」
- (2) なおシュミットと共に「論文「ライヒ権力とラント権力との関係について Zum Verhältnis von Reichs- und Landesgewalt」*Deutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 37, Heft 15, S. 958-963. を寄せた。」「著名な実務家」とは「ドイツ国家人民党所属のフロイセン議員で、ライヒ議員でもあった」G. Dryander である。
- (3) シュミットに与えられた執筆期間は、「上記からすれば、七月二〇日の事件発生以降、閣議報告の二五日直前から、当時の編集・印刷技術からして、七月二六日あるいは二七日までの期間であろう。たしかに「あらかじめ、かれが事件の概要について知らされていたとすれば、この期間は、いさし余裕があるものとなろうが。」
- (4) G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reich vom 11. August 1919*, Bad Homburg, 14Aufl. (1933), 1960, S. 272.
- (5) 「シュミットの議論は「完全に」*Legitimität und Legitimität*, Berlin, (1932), 2Aufl. 1968, S. 30-40. [第一章第三節「合法性と政治的権力を獲得するにいつの平等な機会」] その主旨である。この箇所は「刊行前に」*Deutsches Volkstum*, Jahrg. 15, 1932, S. 577-584. における編集者であり、シュミットの心酔者であった W. Stapel の要請により、本書より抜粋して転載された。Vgl. H. Muth, a.a.O., S. 134; J. Bendersky, op. cit. p. 153 and p. 158.
- (6) V. Neumann, *Der Staat im Bürgerkrieg, Kontinuität und Wandlung des Staatsbegriffs in der politischen Theorie C. Schmitts*, Frankfurt, 1980, S. 127.
- (7) なお「この論文は、O. Kirchheimer の著、『Verfassungslehre des Preußen-Konflikt, (1932), in: *Funktionen des Staates und der Verfassung*, Frankfurt, 1972, S. 42-61.」
- (8) Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede A. Hitlers vom 13. Juli 1934, (1934), in: *Positionen und Begriffe in*

Kampf mit Weimar Genf-Versailles 1923-1929, Hamburg, 1940, S. 199-203.

- (9) E. R. Huber, Die Stellung der Geschäftsregierung in den deutschen Ländern, *Deutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 37, Heft 3, S. 194-199.
- (10) C. Biffinger, Exekution, Diktatur und Föderalismus, *Deutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 37, Heft 16, S. 1017-1021.
- (11) E. Friesenhahn, Der Gegenstand der Entscheidung des Staatsgerichtshofs, *Deutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 37, Heft 19, S. 1193-1203.
- (12) F. Giese, Zur Verfassungsmäßigkeit der vom Reich gegen und in Preußen getroffenen Maßnahmen, *Deutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 37, Heft 16, S. 1021-1024, bes. S. 1023.

四 寡黙なシュミット

一 このワイマール史にとつても、国法学史にとつても、非常に重要な意義をもった事件の国事裁判所の審理には、公式の記録は存在しない⁽¹⁾。いま、われわれの手元に残されているのは、ひとりの超人的な速記者による、あくまでも私的な記録にすぎない。たしかに公式のものではなく、また一方の当事者による校閲をえていない⁽²⁾というハインディはあるにしても、いや、逆に、そのような後からの手の入り方が少ないということから、よりリアルに法廷の遣り取りを示すものとして、この速記録は、何ものにも換えがたい資料的価値をもつ。私が、すでに評価したよ

うに、「われわれは、この審理の状況を、当事者たちが喋ったに近い形で知ることができる。たしかに、そのために、議論に繰り返しが多く、纏まりが悪く、また表現も冗長という欠点がある。しかし、と同時に、それこそ、この審理の有り様を、つぶさに、プレヒトの表現を借りれば、『臨場感溢れるもの』として、手にとるように伺うことができる⁽³⁾」。

二 われわれは、この速記録を整理することにより、一日の審理時間を計算することができ、またそこから、一頁あたりに、どれだけの時間がかかったか、逆に言えば、例えば、一時間で何頁進んだかと計算できる⁽⁴⁾。このような時間計算表を基礎として、各人の発言時間を計算することが可能となる。そこで、この記録にもとづいて、訴訟参加全員の発言回数と、時間を計算したものから、各人の特色を考えてみよう。

この法廷における発言で、対極的な特色を示すのが、ヘラーとシュミットである。参加者全員の総発言回数四六九回の内、①裁判長E・ブムケの一六二回、②原告であるプロイセン・ラント側の主任代理人A・プレヒト局長八三回、③ライヒ側主任代理人G・ゴットハイナール局長五八回は、当然にしても、それに続くのが、④プロイセン議会社会民主党会派の代理人H・ヘラーの三七回である。学者としての代理人で、これに続くのが、プロイセン議会の中央会派代理人H・ベーターズの一六回、ライヒ側代理人E・ヤコビの一五回であるから、ヘラーの発言の多さが理解されよう。

また、ヘラーは、不正規発言においても、活躍し、総数一〇三回（発言者が明示されているものの総数）の内、第二位に当たると一八回の発声をしている。さらに、発声者不明とされている一九回の内、かなりのものが、かれに属すると思われる。不正規発言、すなわち、速記録の扱いにおいて、文中に挿入される形で記録されているものに

は、①プレヒトの二六回、③ゴットハイナーの一六回、④ブムケの一三回と、多いものもある。しかし、これらは、内容的には、ほとんどが、審理のやり方について、その場で交わされた遣り取りであり、純粹の「野次」(?)とは言えない。これに対して、ヘラーのそれは、すべてが「野次」と考えて間違いない。

三 このヘラーの発言と極めて顕著な対比をなすのが、シュミットの発言である。まず、かれは、ライヒ側の中心的な代理人 *the mainspring of the Reich's legal defense* ⁽⁵⁾ という地位を占めながら、この六日間の審理において、わずかに七回しか発言しない。もちろん、不正規発言など、一回もないから、とにかく、かれが、この六日間正味四二時間に及ぶ審理において、声を出したのは、たった七回だけである。これは、ヘラーの三七回(プラス不正規発言一八回)と比べると、五分の一以下(すべてでは、八分の一以下)ということになる。もともと、学者である代理人たちは、ヘラーを別にすれば、ペーターズの発言回数一六回(プラス不正規発言三回)、ヤコビの一五回(プラス不正規発言五回)が、目立つぐらいで、バイエルン代理人H・ナヴィアスキー(発言回数八回、プラス不正規発言一回)にしても、プロイセン代理人G・アンシュッツ(発言回数七回、プラス不正規発言五回)にしても、シュミットとほぼ同じ程度であり、後者が、際だって少ないとも言えない。

上記のように、シュミットには、不正規発言が、ただの一回もない。もちろん、法廷という場を考えれば、それは当然のように思われる。しかし、例えば、当時の国法学界の重鎮であり、「温厚な長者」という気配のあるアンシュッツ⁽⁶⁾ですら、五回の野次、ヤコビも五回の野次を放っているのに比べれば、やはり目立つ。しかも、ヘラー、ペーターズ、ナヴィアスキーをはじめとして、ラント側の代理人たちの非難攻撃が、圧倒的にシュミットの弁論やその思考に集中した。例えば、かれらは、シュミットの状況的法解釈や、その四八条一項と二項の無区別論を、その面前に

において、非難し、罵倒した。にもかかわらず、シュミットは、これらの非難に、少なくとも直接には、一切答えず、無言で通したわけである。

このようなことを考えれば、「饒舌」ともいべきヘラーに比べて、シュミットは、その「寡黙さ」により、その「沈黙」の故に、この記録の中で、より大きく印象づけられる。

四 シュミットの発言の最大の特色は、その発言の長さであろう。かれの発言回数は、わずかに七回にすぎないが、そのすべてが、一頁以上、したがって、大体五分以上に及び、とりわけ、その内の三回（総発言の中の四二・九％）は、五頁以上、二五分以上に及ぶ。すなわち、①第五日の、ライヒ憲法四八条二項の権限の具体的な内容について語る一一頁余り（約一時間、この審理中になされた、すべての発言の中で、長さにおいて、第四位）、②第三日の、四八条一項と二項とは、同時に適用することができるとした六頁余り（約三五分）、③第五日の、今回のような代理機関の設置が、このような状況にとつてもっとも適切であったとする五頁余り（約三〇分）など。この点も、ヘラーと非常に対象的で、かれの三七回の発言の内、一頁以上のものが、一四回あるが、しかし、その中でも、最長で、三頁あまりのもの（一五分前後）が、三回あるだけで、後はすべて数分のものである。^{（一）}

もちろん、その発言の時間の長いのは、ヘラーを除く、総じて学者である代理人の発言の特色であり、シュミットに限られるわけではない。裁判長をはじめとする聴衆なども、いい加減イライラしていたところであろう。例えば、その絶対的な時間の長さについては、流石のシュミットも、ナヴィアスキーには、及ばない。ナヴィアスキーは、八回の発言回数の内、三回が、五頁以上にわたるものであるが、しかも、そのすべてが、一〇頁以上に及ぶ。

この審理での、長時間弁論の記録では、冒頭弁論のブレヒトの一七頁余り（約二時間）に次いで、①第二位の一三

頁余り（約一時間一〇分）、②第五位の一〇頁余り（約一時間）、③第六位の一〇頁（約五〇分）と、長口舌のベスト上位六位までの半分を、ナヴィアスキーが占めている。とにかく、かれが、メモをもって立ちあがった時には、聴衆は、それから、約一時間は、その講義を拝聴することになると、余程覚悟をしたことであろう。

それにしても、この法廷で、五頁以上、時間にして二五分以上にわたってなされた、それぞれの弁論は、いずれも、それぞれの学者の理論の実際への応用を示すものとして、短い論文程度の長さをもつものであり、かれらの理論を考える際にも、重要な資料とされるべきものであろう。

五 このシュミットの、七回の発言は、次に触れるように、例えば、その第七回目の発言が、ライヒ側の最終弁論として行われることに、表現されているように、ライヒ側を代表して、その基調を形づくる弁論であった。全体の議論の中で、第六章として扱われた「公務員関係」について、かれの発言がされていないだけである。例えば、最終弁論のような、基本的な弁論は、プロイセン側では、ブレヒトが行っていた。したがって、ライヒ側とすれば、それは、ゴットハイナーの仕事と思われるが、それを、シュミットが行っているわけである。いわば、ラント側におけるブレヒトの役割を、ライヒ側は、ゴットハイナーとシュミットとが、分かちもつという形になっていた。

- (1) A. Brecht (Hg.), *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof, Stenogrammbereich der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. October 1932*, Berlin, 1932, S. 299. 以下、本書からの引用は、すべて、頁のみで、本文中に表記する。

- (2) ライヒ側は、誰も校閲を行わなかったというブレヒトの証言（*ebenda*, S. XIV, (1) 一四〇頁）にもかかわらず、少なく

ともシュミットは、全体にわたって手を入れたと思われる。例えば、かれの発言中の強調(単語のスペルを開けるやり方で)個所は、第二回発言四ヶ所、第三回発言五ヶ所、第四回発言一ヶ所、第五回発言一三ヶ所、第六回発言九ヶ所、第七回発言四ヶ所と、合計三六ヶ所にもなる。これだけ、多数のものを、速記者が、聞いた時の強い印象によってのみ挿入したとは思えない。また発言者自身にとっても、これだけ多くの強調を挿入するためには、全体をかなり慎重に読み直す必要があるはずであろう。

(3) 私の「一九三二年七月二〇日事件・覚書」四六六頁。

(4) この発言の詳細な一覧表は、私の「一九三二年国事裁判所におけるヘルマン・ヘラー」三六六頁の付表参照。

(5) E.R. Beck, *The Death of the Prussian Republic, A Study of Reich-Prussian Relations, 1932-1934*, Tallahassee, 1959, p. 134.

(6) 古賀敬太「G・アンシュッツとその時代」(一九八三年)『現代自由主義の諸相』風行社一九九一年、八六頁―一一五頁参照。

(7) ヘラーの発言について、山口利男「国家学の危機とヘルマン・ヘラー」『年報 政治学 一九七三 危機状況と政治理論』岩波書店一九七四年、一五九頁―一九七頁、とくに一七四頁以下の分析を参照、また、私の「一九三二年国事裁判所におけるヘルマン・ヘラー」。

(8) 私は、一九九〇年に、現在、ミュンヘン大学法学部公法研究所に保管されているナヴィアスキー文書の中から、Badura教授の御好意により、この資料を見ることができた。私の「一九三二年七月二〇日事件・覚書」四六三頁註三〇参照。そこには、七月二〇日事件関係のものとして、かれのメモ(A六ぐらいの不揃いの紙片)が、一九種一〇三枚残されている。

五 シュミットの状況的解釈（一）——連邦国家制

一 シュミットの第一回目の発言（S. 39—41）⁽¹⁾は、ブレヒトによるラント側の、今回の事件についての基本的な事実の確認と主張、ゴットハイナーによるライヒ側のそれが行われた後、第一日目（一〇月一〇日（月））の午後に登場する。

〈内乱状況と紛争状況〉シュミットは、当時の事実状況を法的に評価するために、まずふたつの法的概念を提出することから、その議論をはじめめる。すなわち、複数の強力に組織された党派が、それぞれ非常に強力な武器をもって対立している内乱状況 *Bürgerkriegstage* と、ふたつの国家が、お互いに相手をできるだけ広い範囲にわたって併合しようとしているふたつの国家が、対立している紛争状況 *Konfliktstage* である。

このような区別をした上で、かれは、まず、前者において、ある党派が、合法か、違法かを決定できるのは、「独立の政府のみ」と、断定する（S. 39, (2) 一四八頁）。すなわち、その争いあう党派から独立した政府のみが、決定を下すことができる。これは、ただちに判明するように、そのような党派の争いから超然としたライヒ大統領をいなく、ライヒ政府こそ、少なくとも、前者の内乱状況では、最終的な決定権をもつという主張にはかならない。もちろん、現実には、ライヒ議会内の勢力関係においても、ドイツ国家人民党という、ほんの一握りの支持層しか見出せず、必然的に議会内の、ほとんどの党派から超然とならざるをえなかった、パーペン政府のためにする議論でもあった。

《状況的解釈》 次に、後者の紛争状態という概念を持ち出すことにより、プロイセンの議論が、いわば国家と国家との争いとして意図されているものであるかのような外見を作りだそうとする。プロイセンの主張は、いわば、独立の国家のように、ラントが、ライヒから離反する政策をとる権利をもつというようなものである、と。

そのような権利自体は、連邦国家である以上、当然、支邦国家にも認められようと言いながら、かれは、まず、第一の限定を加える。すなわち、問題は、「あらゆる状況を、すべて同じに扱うのも誤りです。例えば、紛争状況や内乱状況を、正常な平和な状況と同一視するのは誤りです」と、状況の区別を強調する。次にかれは、第二の限定として、「しかし、問題は、……ラントは〔ライヒの政策から〕離反する政策をとる権利を、どの程度もっているかということにあります」という(S. 40, (2)一五〇頁)。

結局、ふたつの状況概念を提出しながらも、かれの判断のポイントは、紛争にしろ、内乱にしろ、ある種の危機の状況においては、通常の状況とは、異なる論理・判断が支配するという状況の思考と、具体的な程度の問題に、議論が収斂させられていた。

二 《プロイセンの特殊性》 以上の議論に、ただちに答えず、かれは、次のような、プロイセンと、他のラントとを区別するという、一層具体的な論理で補強しながら、このような危機な状況においては、プロイセンの、そのようなライヒの政策から離反する権利を否定する。すなわち、「あらゆる誤り、欠陥のもっとも根本的な根源は、すべてを同じように扱うこと、すなわち、すべてのラントを平等に扱うこと、もっとはつきりと申し上げれば、かかる状況〔内乱状況〕にあるプロイセンを、それ以外の、小さなラントと、同一に扱うことにこそあります」(S. 40, (2)一五〇頁)と。

三 シュミットの第二回目の発言 (S. 130-134, (4) 一四二頁—一四九頁) は、第二日目 (一〇月二一日火) の午後、ライヒ憲法四八条一項の要件に關してなされる。ラント側のアンシュッツの、四八条一項を行使するための要件論に對抗して、まず、その制度が、「ライヒ執行」と表現されることへの反対から、かれは、議論をはじめ。『ライヒ執行』概念の言い換え⁽²⁾ シュミットは、「執行」という民事法・民事訴訟法的な表現を止めて、その制度が特別な権限であることを示し、それを、主権の観点から考えるために、「義務の履行を求めること Anhalten zur Pflichterfüllung」と呼ぼうと提案する (S. 130, (4) 一四二頁)。このように、ライヒ執行を言い換えようとする考えは、後に、ヤコビによっても、支持されている (S. 217, (8) 八一頁)。

そのように言い換えることの意味は、後に、ナヴィアスキーによって、鋭く指摘された。すなわち、たつたひとつのことを言い換えることにより、長年にわたつて学問が営々と積み重ねてきた「ライヒ執行」に關する議論がほとんど無意味化され、「執行を行うための根拠となる権限が不要となり、手続きが不要となり、(ライヒとラントとの) 平等な地位が失われます」(S. 239, (10) 八七頁)。また、ギーゼは、そのように言い換えるなら、かえつてライヒが困ることになろうと言う。何故なら、そこに「義務」ということが残る限り、その「義務」についての「事前通告は必要であるから」(S. 142, (5) 二四〇頁)、と。

以上の第一回目と第二回目の發言に、すでに、具体的な状況によつて思考する、あるいは、概念により思考するシュミットの特色⁽²⁾が、色濃く表現されていた。

四 〈支邦国家の權利の保障は控え目〉次に、シュミットは、ラント側の主張する連邦国家内部において、支邦国家がもつ權利の保障という論点に入る。そこで、神聖ローマ帝国における等族の權利の保障のもつた役割を語り、

それに対する反省として、ビスマク憲法における連邦参事院が、「強い連邦強制をもった」と語る（S. 131. (4) 一四三頁）。（もつとも、このように、神聖ローマ帝国を例にとつたことは、後に、ヘラーにより、「比較の相手が違う」と批判された（S. 135. (5) 二二八頁）。）その上で、「現行のライヒ憲法は、まさにこの四八条について、ライヒの強制権限を、できるだけ強いものと、精力的に作りあげようと自覚的に努力し……、また〔ラントに対する〕保障という観点を、これまでの多くの経験から、できるだけ控え目にしようとして〔います〕。……その保障のために、ライヒの崩壊にまで到り兼ねないからです」（S. 133. (4) 一四五頁）と結論する。

かれは、このことを、最後の部分で、スイス分離派戦争の例を考察しながら、もう一度、第一回目の発言の趣旨「連邦が、個々の国家〔ラント〕の要求に対して、原則的に優先しなければならぬという原則」（S. 134. (4) 一四八頁）として強調している。⁽³⁾

五 〈四八条一項と二項の無区別論〉 シュミットは、次いで、ライヒ憲法四八条の一項と二項との間には、重要な違いがあるとするアンシュッツの議論（S. 128. (4) 一三七頁）に反対して、それらの無区別論を展開する。その根拠は、これらふたつの条項が、密接な関係をもっていること、具体的な場合には、多くの事例において、これらふたつの問題は、決して区別できないということにある（S. 133. (4) 一四六頁）。

六 シュミットの第三回目の発言（S. 175-181. (7) 一六九頁-一八二頁）は、第三日目（一〇月二日）午前のもので、第二回目の発言と同じく、ライヒ憲法四八条一項の要件に関するものである。その弁論で、まさにブレヒトが感想として語るように「ずいぶん沢山のことを話された」（S. 181. (7) 一八二頁）が、基本は、四八条一項のライヒ執行を行う場合、そこにおける義務とは、何かにあった。

《事前の法的聴問の不要》 まず、ラント側のギーゼの語った、ライヒ執行の場合、事前の法的聴問が必要である(S. 174. (6) 二二五頁) という主張に対して、語りはじめる。そこで、シュミットは、ビルフィンガーの事前の聴問不要論(S. 154. (5) 二五九頁) を補強する形で、「国家は、危険が差し迫っている時には、あらかじめの警告・事前の聴問がなくとも、警察・行政上の根拠をもって処置をとりうる」(S. 175. (7) 一七〇頁) とする。次に、ヘラーが、ライヒ憲法四八条一項を適用するためには、主観的過失が必要(S. 167. (6) 二〇二頁) とするのに対して、シュミットは、「主観的過失という問題の全体は、結局客観的に確定するための帰責のやり方の問題に帰着いたします。すなわち、ラントの義務が客観的に履行されていない、したがって、四八条の要件が存在するということを、客観的に確定することが問題なのです」(S. 176. (7) 一七一頁) と、違法性の認定で十分とする。

七 《ラントの誠実義務》 そのような議論を前提にした上で、中心的な議題である、ラントの義務、すなわち、ラントが、自己の政策をライヒのそれに合致させるべきという、ラントの誠実義務 *Treupflicht* というテーマに入る。この概念は、ライヒ側の主張の中心をなす概念として、ビルフィンガーにより提出され、かれにより、ラントが「自分を「ライヒに」組み込む義務 *Einordnungspflicht*」と表現された(S. 150. (5) 二五一頁)。もちろん、ラント側は、このような議論に対して一斉に反発し、「ラントは、自分の意志を述べる権利をもつ」(バーデン代理人フエヒト局長, S. 117. (4) 一一八頁) とか、「ライヒの政策に批判を差し控える義務など存在しない」(バイエルン代理人ナヴィアスキー, S. 118. (4) 一一九頁) と批判した。

とりわけバイエルン代理人H・ヤーン局長は、「誠実」などという概念は、憲法上、どこにも規定されていないと指摘する。かれは、「誠実義務」なるものが、憲法上どこにも存在しないことから、それが「憲法の意味につ

いての方法論的な手続きをへて出てきたもの」に違いないという。すなわち、ザイデルのことを借りながら、「おそらく、それが、憲法の意味 *Sinn der Verfassung* であるに違いない。何故なら、たしかに憲法の文言 *Wortlaut der Verfassung* には、そう書いていないから」と揶揄する (S. 171. (6) 二〇九頁)。シュミットは、「ラントの誠実」ということが、憲法上存在しないことを、はっきりと承認する。その上で、そのような揶揄にもめげず、あえて、「私どもは、*non*で憲法の精神 *Sinn der Verfassung* を根拠にしています。もちろん、連邦国家的な憲法の精神をです」(S. 177. (7) 一七三頁)と答える。これでは、完全に水掛け論であろう。

いずれにせよ、シュミットは、「このような一般的な義務〔ラントの誠実義務〕というものが存在し、このような義務が承認されなくては、そもそもライヒは存在することができません」(S. 171. (7) 一七三頁)と結論する。このようなライヒ側、とくにシュミットの法解釈は、現行法 *lex lata* の立場からするものではなく、あるべき法、すなわち、立法論 *lex ferenda* の立場からするもの、とりわけ、「ライヒ大統領について、こうあつて欲しいと思うイメージから語るもの」(ペーターズ、S. 235. (10) 七九頁、S. 59. (2) 一八三頁)と非難された。

八 「ライヒはラントを包括する」次に、ナヴィアスキーの、ライヒとは、中央国家という名の、ひとつの「部分国家」を表現するものであり、ラントもまた、ひとつの国家として、それも国際関係における国家とおなじ意味での国家として存在するという意見 (S. 173. (6) 二一四頁) に対して、シュミットは、真向から対立する。すなわち、「ライヒは、全体であり、ラントが国家であることは間違いないにしても、それらの諸ラントを包括するもの、それがライヒである」(S. 177. (7) 一七四頁)と主張する。

九 「四八条一項と二項との無区別論の根拠」これに引き続き、シュミットは、第二回目の弁論と同じく、この

弁論でも、ライヒ憲法四八条の一項と二項との、無区別論を展開する。すなわち、それらの規定は、密接な関係にあり、両者は、決して、あれか、これかという二者択一の関係にあるものではない。少なくとも、それらは「交錯する可能性がある」(S. 177. (7) 一七四頁)。そのような関連性をもつ根拠は、このふたつの条項が、ともにライヒ大統領から発するということ、両方が似たようなことがらを扱っているということ、ともに、武装手段をもって介入しようという特色ある手段について規定していること、さらに四八条三項が、一項と二項との、ふたつの場合について、ライヒ議会の統制について規定していることなどに求められる。したがって、「第一項にもとづいて、ラントに対する義務履行を求める強制を行使することができると同時に、第二項にもとづく措置が、ラントに対して行われる可能性が出てきます」(S. 178. (7) 一七五頁)とする。このふたつの規定が、同時に適用されうることが、もう一度確認される(S. 179. (7) 一七七頁)。

これに対する反論は、「それは、シュミット」教授の議論がいつもそうでありますように、まことに機知に富んだものではありますが、まったく教授御自身の勝手な思いつきにすぎません」(ナヴィアスキー, S. 234. (10) 七八頁)と、数多くなされた(ヤーン, S. 140. (5) 三三六頁, S. 144. (5) 二四三頁, ヘラー, S. 167. (6) 二〇三頁, ベーター, S. 172. (6) 二〇七頁)。

一〇 〈国家崩壊の危機に対処する〉このような規範解釈の上に、「具体的な状況において、具体的な問題に直面しているのは、四八条によれば、ライヒ大統領[である]」(S. 179. (7) 一七八頁)と、危機における最終的な決定権が、またまたライヒ大統領に指定される。

それでは、そのようなライヒ憲法四八条が対処しようとしている危機とは、一体どのようなものであろうか。そ

のことについて、語ることに、かれの、この長い弁論も、ようやく結論を迎える。この四八条という大きな権力が、対処しようとする特別の危険とは、第一は、「ドイツの国家的多元性、すなわち、ドイツが、国家としてバラバラであるということ」(S. 180, (7) 一七九頁)、第二は、「民主主義的な政党制から出てくる特殊な危険」(S. 180, (7) 一八〇頁)である。そして、このようなふたつの危険、すなわち、「国家がバラバラであるという危険」と、政党の分裂による危険とが、結び付けられて考えられていたのです。それは、内乱状況と紛争〔状況〕との結合であり、四八条一項と二項との結合なのです。そして、それこそ、まさに一九三二年七月二〇日の状況だったのです」(S. 180, (7) 一八〇頁)と。

- (1) 私の紹介『プロイセン対ライヒ』（七月二〇日事件）法廷記録(2) 法政理論一八巻二号一九八五年一四七頁～一五一頁。なお、本節では、S. 254 までについては、私の既発表の試訳の頁をふす。これは、(1) 法政理論一八巻一号一九八五年一二九頁～一八九頁、(2) 一八巻二号一九八五年一二九頁～一九七頁、(3) 一八巻三号一九八五年七五頁～一五一頁、(4) 一八巻四号一九八六年一〇八頁～一四九頁、(5) 一九巻一号一九八六年二六頁～二六五頁、(6) 一九巻三号一九八七年一八三頁～二二六頁、(7) 二〇巻一号一九八七年二六八頁～二〇四頁、(8) 二二巻二号一九八八年三七頁～九一頁、(9) 二二巻三号一九八九年一六五頁～一八三頁、(10) 二二巻二号一九八九年七三頁～一一八頁である。なお、訳了されている未掲載部分についても、引続いて掲載できれば、幸いである。

- (2) 私の『シュミット研究』終章「シュミットの状況的思考とその地平」二〇五頁以下、E. R. Huber, Positionen und Begriffe, Eine Auseinandersetzung mit C. Schmitt, *Zeitschrift für gesamten Staatswissenschaften*, Bd. 101, 1941, S. 2; H. Quaritsch,

Positionen und Begriffe, Berlin, (1989), 2Aufl. 1991, bes. S. 2lf. もちろん、このような概念の言い換えは、シュミットのみ
の専売ではなく、例えば、かれの批判者ペーター・スモ、*「権力の分割 Gewaltenteilung」*を、*「管轄権の分割
Zuständigkeitsverteilung」*と呼ぼうと提案している (S. 280)。

- (3) このような考えの根底には、シュミットの独特の連邦国家観、すなわち、「民主政」を強調する連邦国家観、具体的には、
ワイマール共和国は、もはや連邦ではないという認識がある。かれは、連邦国家の一般論としては、「連邦の本質は、ひ
とえに、この〔連邦の全体的実存と連邦構成国家の個別的実存の〕実存的な結合とその均衡にある」(*Verfassungslehre*,
Berlin, (1928), 3Aufl. 1957, S. 371. 尾吹善人訳『憲法理論』創文社一九七二年四五六頁) としながらも、「統一体の本質
はひとつであること」(S. 373, 四五八頁) ということから、「構成国の事項に連邦が介入しない連邦は存在しない」(S.
370, 四五四頁) とする。そのような一般的な連邦国家観の上に、連邦国家が「民主政」、すなわち、統一体としての人民
と結合することにより、独特の連邦国家、すなわち、「連邦的基礎をもたない連邦国家」(S. 389, 四七八頁) が生まれる
とする。ワイマール共和国こそは、そのような連邦的な基礎をもたない連邦国家として、すなわち、外見のみの連邦国家
として、「もはや連邦ではない」(S. 389, 四七八頁)。シュミットの憲法解釈は、往々にして、状況的解釈の権化のよう
に言われ、まさに、この訴訟においてこそ、その特色を遺憾なく発揮した。しかし、その憲法解釈には、その根底に、こ
のような「民主政」の強調（それが、いかに、当時の学界の常識と異なる、かれ独特のものであるにせよ）があり、それ
自体としては、一貫したものであり、言われるほどに、その場しのぎのものではない。

六 シュミットの状況的解釈（二）——独裁

一 シュミットの第四回目の発言（S. 288-291）は、第四日目（一〇月十三日（木））の午後の、ライヒ憲法四八条二項の要件をめぐる議論である。

『プロイセンの特殊性』ここで、ブレヒトの問題提起をうけながら、その他のラントにも、同じような状況があるにもかかわらず、ある特定のラント（「プロイセン」）に対してのみ、ライヒが干渉をする理由は何かという問題、すなわち、ラント間の不平等な取り扱いの合法性の問題を扱う（S. 288）。ラント側の、ライヒ執行を行うに際しての平等性という主張に対して、シュミットは、「四八条のふたつの項目には、いずれも明確に、十分考えた上で、『できる』ということばが入っています。その理由は、ここでは、ライヒ大統領の政治的裁量を行いうるためです」（S. 289）と、いとも簡単に一蹴する。

一応、このように法的に答えた後に、シュミットは、さらに政治的な判断として、第一回目の発言と同様、ラントの重要性が異なり、オルデンブルグに許されることも、プロイセンには許されない場合もあると答える。したがって、四八条二項のような手段こそは、まさに、そのような大ラントにおける公の安全の秩序との混乱の場合に、適用されるべき規定なのであり、そもそも「スズメを撃つのに、大砲を用いる人はいません」（S. 290）と言い放つ。プロイセンの場合は、ライヒとの「ほんの小さな政治的態度のズレとか、違いと言えども、非常に重大な意味をともないます。何故なら、プロイセンがもっております、いわばテコの腕は、途方もなく長いからです」（S. 290）。

これに対して、ただちに、ヘラーが、そのシュミットの弁論は、的はずれも甚だしいと批判する。すなわち、プロイセンが、オルデンブルグよりも大きいことは、あたり前のことにすぎない (S. 292)。シュミットの議論では、ラントは、大きくなればなるほど、その権利は小さくなり、ラントが小さくなればなるほど、権利は、大きくなるということになる。まさに、これが、シュミットの結論であるが、しかし、問題は、「危険の大小」でこそあろう (S. 293) と。後に、アンシュッツも、ヘラーと同様の議論をしている (S. 302)。

二 「限界のないところに乱用はない」シュミットは、その危険の度合いこそ、問題であり、その「危険の範囲を、どの範囲において問題にするかこそ、ライヒ大統領の義務なのであり……危険というのは、常に決断の問題」 (S. 290) と言う。当然、ここで、では、どのように強大なライヒ大統領の権限が法的に乱用される場合の保障は何かという問題がでてくる。これに対し、かれは、アメリカの最高裁判所の判例を引用しながら、そのような権限について、法的な乱用ということはあるかないか。何故なら、乱用を言うための前提としての「法的な限界を証明することができないから」 (S. 291) であると答える。

三 シュミットの第五回目の発言 (S. 311-322) は、第五日目 (一〇月一四日金) の冒頭、ライヒ憲法四八条二項の機能についてのもので、かれの弁論としては、もつとも長く、約一時間、私の下訳でも、二〇〇字詰め原稿一二〇枚になり、また内容的にも、もつともまとまりのあるものである。そこでは、第一に、独裁権の限界、第二に、ライヒのラントへの干渉の可能性、第三に、その具体的な措置としての代理機関設置の正当性の問題などが、語られる。

〈独裁権限の限界はない〉まず、四八条二項にもとづく権限の限界から、議論をはじめ。アンシュッツが、そ

の限界を、目的限定性、比例性、補完性、暫定性という概念でまとめた（S. 304）。これに対して、シュミットは、独裁の例外性ということから、「その権限の内容や範囲は、独裁者の裁量により、広範に規定されます。その理由は、まさに、独裁というものが、例外的な、予見することのできないような事態について規定されているものだからです」（S. 311）と、簡単に答える。

ここでの基本的な問題は、四八条二項の権限が、そこに列挙された七つの基本権以外のものを侵害しうるか、すなわち、その他のものは、不可侵の憲法規定であるのかという問題である。もちろん、ラント側のアンシュッツは、自己の「独裁権の制約性 *Diktaturfestigkeit*」という用語を用いて、独裁権は、それに限定され、さらには、一般的な法的枠というものとするとする。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、破棄する権限は、授權されていません」（S. 305）。不可侵理論、いわゆる、

同置理論 *Gleichsetzungslehre* である。

そのような独裁権を制約する規定の例として、アンシュッツは、ライヒ憲法一七条「各ラントは、自由主義の憲法をもつ」という規定をあげた。これに対して、シュミットは、アンシュッツが言うのとは、反対に、その一七条の規定こそ、各ラントへ、独裁者が干渉してゆく際の根拠になりうる規定であると論じる。すなわち、その規定は、正確に考察されると、各ラントが、同じ政治形態をもつこと、すなわち、同質性を維持することを命じている。したがって、もし、「この同質性が逸脱されたり、この同質性に危険が与えられる場合には、四八条一項と二項にもとづいて、干渉できる根拠になる規定」（S. 314）である、と。これは、通説の考えもつかないような解釈を、展開する、かれの状況的解釈の見事な（？）例であろう。

四 ライヒのラントへの干渉可能性の根拠 そのような独裁権の限界をなすものとして、ラント側が例にあげたライヒ憲法六三条「ライヒ参事院への代表権」の問題を媒介にしながら、シュミットは、ライヒが、どこまでラントに干渉しうるかという問題に入る。ここで、かれが持ち出すのは、ラントが主張する「法的 *de iure*」と「事実的 *de facto*」という区別に対して、「法による *pouvoir*」と「執行による *pouvoir executif*」という区別である。

すなわち、ラント側は、「緊急の場合には、いわば法とは無関係な領域が登場」すると主張し、そのような領域におけることとして、独裁的措置を、事実上のものとして認めようとする (S. 316)。これに対して、シュミットは、いま問題なのは、決して、「法的」と「事実的」という区別ではなく、それとは、まったく異なる「法による」と「執行による」という区別であるという。ライヒ大統領は、ラントの国家権力を、自己または他の人にすべて授権することはできない、したがって、ライヒの存続を否定できない。それは、当然のことであるが、そのことを、「法的に」と言うべきではない。すなわち、「ライヒ大統領は、法によって *pouvoir*、ラントの国家権力を授権できない」という意味に限り、そうなのです。しかし、ライヒ大統領は、執行によって *pouvoir executif*、そのことをなしうるのです」(S. 317) と語る。

五 ラント政府とラントとの区別 なお、それに続けて、すぐに、シュミットは、「独裁者が、ラントの国家権力の行使を受け継ぐということから、かれが、ラントそのものを廃止するという結論を導くことはできません。何故なら、ラント政府は、ラントではないから [です]」(S. 317) と述べる。ましてや、七月二〇日にプロイセンに存在していたような事務管理内閣の場合、なおさらにラント政府とラントの同一視はできないと、念をおす。その後で、アメリカの例を見ながら、あの厳格な連邦と支邦国家との区別のあるアメリカですら、「大統領は、連邦最

高司令官であり、非常時の権限を行使します。……この非常時の認定は、大統領のみがなします」(S. 318)と強調しておく。ましてや、これに比べれば、ライヒとラントとの協調という制度をもつ、ドイツの場合には、ライヒが、ラントに干渉しうることは、当然自明のことである、と。

六 〈結論：代理機関の設置は穏和な措置〉 このような議論をへて、シュミットは、「ライヒ憲法四八条二項により、一体、何をなしうるのかという問題」に入る。過去一〇年間の経験から、今日では、①一般的法律を發布すること、②ラント公務員に対して、具体的な指示を与えること、③執行権力を移行することが可能であるということが、明らかとなった(S. 319)。それ以外に、④本来の独裁機関を設置することもできる(S. 320)。非常に特殊な場合として、⑤ライヒ大統領は、ラント国家権力の行使に関して、同時にラント憲法上の障害を排除しながら、授權できる。

こういう独裁権行使のさまざまな可能性に比べると、「ラント国家権力を行使する代理機関を、法によって *proad ius* ではなく、執行によって *proad exercitium* 設置する、したがって、その代理機関が、ラント国家権力を行使し、その結果として、ラントが、ラントとしてなお存続することを、明らかにするということは、あまり大きな干渉ではありません」し、「穏和なやり方」と、かれは言う(S. 321)。

このような判断の上に、かれは、この長い弁論の結論をつける。すなわち、「七月二〇日のような状況にあって、ラントを掌握するような措置が必要であると前提いたしますと、ラントを掌握するために、これ〔代理機関の設置というやり方〕以上に、穏和なやり方が、別に存在するとは、到底考えられません」(S. 322)。また、そのような措置が、「ライヒの当時の状況にあって、ライヒが、自由にしうる行政権のことを考えあわせても、唯一の可能な

ことであり、一九三二年七月二〇日に存在した具体的な危険を克服するのに、問題となりうる、唯一の効果的な手段でありました」(S. 322)と。

七 シュミットの第六回目の発言 (S. 350-355) は、第五日目 (一〇月一四日^(金)) 午前に行われた。これは、第五回目の発言に対してなされた、いわゆるシュミット⁽¹⁾—ヤコビ理論という独裁権についての「急造され、いささか戯画的に誇張された理論 Karikatur」(S. 351)、「いわゆる、破壊理論 Durchbruchstheorie⁽²⁾に関連しながら、以前の発言を補完する。

かれは、自分は、法律家たちの前で、法律家 Jurist vor Juristen として喋っているのであり、決して街頭演説家 Straßenredner として喋っているのではない (S. 350) と注意する。その上で、代理機関の設置が、もつとも穏和なやり方であったという、以前の結論に対してなされたラント側の、プレヒト (S. 327) や、ベータース (S. 342) の反論に答える。「たしかに、大臣たちを銃殺するのと、一体どちらが、穏和であるかということになれば、確実には、答え難く、おそらくは、趣味の問題でしょう」(S. 352) と。(ここで、「法的な〔趣味の問題ですか〕」という、発声者不明の野次を発しているのは、おそらく、ヘラーであろう。)

八 また、ラント側の、ライヒ・コミッサールをあくまでライヒ側の機関とする主張に対して、今一度、「ラント政府は、ライヒ・コミッサール政府である」とする。もつとも、シュミットからすれば、そのような問題は、「完全に内容のない、レッテル貼りにすぎない」(S. 353)。ナヴィアスキーは、ライヒ大統領が、ライヒ憲法四八条二項によってなしていることは、警察権限のみであるとした(もつとも、ここで、ナヴィアスキー自身は、「そんなことは、言っていないません」と不満の声をあげているが)が、「公の安全と秩序を再建するための権限というものは、

それよりもはるかに広い」(S. 353)。すなわち、公的生活にかかわることすべてに関して、権限を有する。その後の議論では、スイスで、カントンに対して、連邦が優越している事例とか、アメリカで、連邦権力 Federal Power が、州の権力 State Power に優越する事例をあげて、中央国家の支邦国家への優越を一般的に論証しようとする (S. 355)。(これに対しても、ヘラーが、「まったく、誤解だ」と野次を入れている。) いずれにしても、シュミットは、ビルフィンガーと同様に、そして、反対側のナヴィアスキーのことは (S. 338) を借りて、「自分は、四八条の解釈を、国家的な観点から vom nationalen Standpunkt 行っている」(S. 355) と、この議論を締め括る。

九 シュミットの第七回目の発言、そして、この法廷における最後の発言 (S. 466-469) は、一〇月一七日(月)に行われた、ライヒ側の最終弁論でもあった。

〈訴訟当事者はプロイセンのみ〉かれは、まず訴訟当事者の限定から、話をはじめた。ここに提起された国事裁判は、「ライヒの側からすれば、ライヒに対する gegen ラントの訴訟である」(S. 466)⁽⁴⁾。たしかに、この訴訟には、ラント議会の党派やバイエルンやバーデンなども参加しているが、その中心の問題が、プロイセン・ラントをめぐるものであることは、間違いない。

しかし、今回の措置により、プロイセン・ラントが消失したわけでもなければ、その政府も存在する。もちろん、ライヒ大統領により、その権限にもとづいて設置されたライヒ・コミッサール政府であるが、したがって、問題は、このライヒ・コミッサール政府が、ライヒ大統領により、合憲的に設置されたのか、そうでないのかということだけである (S. 467)。官職を剝奪された大臣たちの訴えも、それだけですでに決着がつけられよう。

〈ラントのために取られた措置〉ライヒ大統領の干渉権限は、ラントの独立のために、その独立を救済するため

に用いられる (S. 468)。とりわけ、「連邦主義にとつて、および、ラントの独立にとつて、最大にして、最悪の危険は、ひとつのラントの境界を越えて、厳格に組織された、中央集権的な政党が、自己の代理人や自己に奉仕する人を、ラント政府に送り込むことにより、そのラントを、自分のものにする時」(S. 468)にやってくる。(ここでも、ヘラーが、「そんなことは、前代未聞ですね」と野次を入れている。)このような事態において、ライヒ大統領が、ラントに干渉することは、ラントの独立といささかも矛盾しない。(ここでも、発声者不明の「矛盾だ」という野次があるが、これも、おそらくヘラーであらう。)

一〇 〈憲法の番人…大統領〉 このように述べて、シュミットは、最後のことばに近づく。それを、概念でものを考えるかれらしく、ふたつのことばとして語る。そのひとつは、「憲法の番人 *Hüter der Verfassung*」ということばである。ナヴィアスキーなどにより、国事裁判所が、そうであると語られた。たしかに、国事裁判所が、憲法の番人であることは間違いないにしても、あくまで、それは裁判所に止まる。ところが、「憲法は、政治的なものでありますから、さらに、その上に、なお本質的に政治的な決断が必要となります。この点において、私は、ライヒ大統領こそが、憲法の番人である、まさに四八条から出てくる、ライヒ大統領の権限こそが、憲法の連邦的な部分についても、その他の部分についても、とりわけ憲法の、真の政治的番人を構成する核心となるものと考えます」(S. 469)。本事件において問題となっているのは、常にライヒ大統領の政治的な決断である、と。

〈プロイセンの名誉の擁護者…大統領〉 今ひとつ問題となることばは、プロイセンが国家であるということ、すなわちプロイセンの名誉、すなわち、尊厳性 *die Ehre, die Dignität Preußens* についてのことばである (S. 469)。今回の事例では、ライヒ執行は、ラントを否定するとか、ラントとしての存立の基礎を破壊しようとしてなされた

一一 〈状況的法解釈か?〉これらの弁論に表現されるシュミットの特徴は、ラント側に立つ学者たちにより、状況法学・状況的法解釈と規定されて、非難・攻撃的となつた。かれの解釈を、「憲法の状況的法解釈」(situationgemäße Verfassungsauslegung) として非難する系列は、すでに第一日目の午後のペータース (§ 57, (2) 一八〇頁) からはじまる。そこで、ペータースは、このような状況毎に即応するような解釈により、国家行為の予見可能性が否定されることになり、弱者の保護が失われ、最終的には、そもそも法秩序そのものが失われると非難する。以後、このような非難は、例えば、ヘラーによって (§ 137, (5) 二三二頁)、ヤーンによって (§ 171, (6) 二二〇九頁)、ブレヒトによって (§ 183, (7) 一八五頁) 語られる。さらには、シュミットのみならず、ビルフィンガーも、シュミットの法の状況的法解釈によって影響されながら、連邦主義者としての本来の立場を見失つたと、ナヴィアスキーにより非難されることとなる (§ 120, (4) 二二三頁、および 二二三頁)。

ペータースは、シュミットの議論の仕方の特徴にふれて、「教授は、事実の世界から概念の特色づけをされ、それを一定の価値判断に組み入れられ、この価値判断にもとづいて、法的要求を提出されるという誤りを、よく犯されます」 (§ 57, (2) 一七九頁) と規定している。この指摘を、もっとアクセスケに表現すれば、次のようになる。

直接には、ヤコビに対するものであるが、ナヴィアスキーが、このような概念〔にもとづく状況〕法学の特色とし

て、「まず、ひとつの概念を作り、そこにあらかじめ埋め込んでおいたものを取り出すという類のものにすぎません。そして、法律家からすれば、それは、あらかじめ卵を円筒の中に入れておいて、やおらその円筒から卵を取り出して見せる手品師のようなもの」(S. 242. (10) 九四頁) で、このようなやり方は、口から出任せ、目晦まし、砂上の楼閣、蜃気楼、妄想にすぎないとする。

これも、直接には、シュミットではなく、ビルフィンガーを目当てにしての発言であるが、ナヴィアスキーからすれば、状況的法解釈とは、事実に従って、法を見出すものである。すなわち、「まず権力的状況というものを作りだす。次で、このような権力的状況を正当化するために、国事裁判所が呼び出される」というものである(S. 388)。このような状況的な憲法解釈は、アンシュッツによって、倫理的に「国法学者としての責任をまっとうするものではない」(S. 124. (4) 一二一頁)とまで非難される⁽¹⁾。

このように、この一九三三年の国事裁判所の場合は、シュミットについても、もともとかれの思考の特色として述べられる「状況的思考 *scienza delle circostanze*」⁽⁹⁾性を顕著に際立たせながら、ひとまず幕を閉じた。

(1) Vgl. K. Schultes, *Die Jurisprudenz zur Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Verfassung*, Bonn, 1934, S. 3 und S. 57-81; E.R. Beck, op. cit. p. 138.

(2) Vgl. K. Schultes, aa.O., S. 2 und S. 47-57. 岩間昭道「憲法破毀 Verfassungsdurchbrechung の概念」(1)-(4) 神奈川法学 九卷二号一九七三年、二三卷三号一九七七年参照。

- (3) in: C. Schmitt, *Positionen und Begriffe*, Hamburg, 1940, S. 180-184.
- (4) この箇所について、後の *Positionen und Begriffe*, a.O., S. 180 では、「ライヒと mit ラントとの訴訟」と訂正されている。この gegen から mit への訂正は、どのような意味をもつのであろうか。この訴訟が、ライヒとラントの対立を意図するものではないという、上記『ドイツ法曹家新聞』論文の考えを、ここで強調するためであろうか。
- (5) もっとも、この点で、ヘラーには、「過度な状況的な解釈を、本件に当てはめられたためかも知れません」(S. 136, (5) 二三〇頁) という発言もあり、この「過度な allzu」という言い方からすると、ある程度、状況的解釈を認める余地が、かれにも、あるのかも知れない。
- (6) O. Kirchheimer, *Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikt*, a.O., S. 45.

(一九九一年一一月六日稿了)