

資料

「プロイセン対ライヒ」(七月二〇日事件)
法廷記録(八)

山下 威士訳

第六章 第四八条一項の機能

局長フレヒト博士…「ラントとは何か」以下において、標題の問題について、私どもの見解を手短に、要点のみ申しあげたいと思います。四八条一項は、一般にとりうる処置につきまして、絶対的限界と相対的限界をもっております。その絶対的限界というのは、いかなる状況下においても、そのような処置が

とりえない場合に存在するものです。その限界は、四八条二項の場合とは、正確には同じものではありません。第二項の場合の限界がいかなるものであるかについては、今この場で申し上げようとは思いません。第一項は、自己の機関をもつラントを前提としています。このラントは、持続的に自己の義務を履行しなければなりません。その規定は、誰を名宛人として考えられているのでしょうか。ラントをです。その規定は、何のために、ラントに向けられているのでしょうか。義務の履行のため

にです。今ここで申しあげている場合のラントというのは、この地表の一部、ある限界をもつ地域、国（ラント）境で区切られているあるものを指して言っているわけではありません。そうではなく、この意味のラントというのは、ライヒ憲法で語られている意味でのラントです。さらに、そのもつとも狭い概念として申しあげれば、議会とラント政府、すなわち、そのラントの最高機関のことです。

〈代替的処置〉では、この最高機関に対して、どのようにして、その義務を持続的に履行させることができるのでしょうか。軍事的手段、あるいは、それよりももう少し穏和な手段をもちいて義務の履行を求めることができます。もし、それ以外に手段がない場合には、四八条一項にもとづいて、ある種の代替的処置を行うことができると思われます。もちろん、この点については、争いがあります。しかし、私は、ここでの議論を、取り上げるに値するものだけに限りたいと思います。ある行為のために、代替的な処置を行いうる場合、本来その行為をしなければならぬ人が、そのまま残っていること、および、その人に替って、別の人が、当該の行為を行うということが、常に

前提となっています。したがって、代替的処置が行われる場合でも、そのことによって、ラント政府が、法的意味では決して罷免されるわけではありません。ほんの瞬間的と言えども、そのようなことは生じえません。以上のことは、すべてのラント政府に、すなわち、ライヒ憲法と合致しているラント憲法にもとづく、すべてのラントの機関について言えることです。

〈憲法違反のラント政府の場合〉あるラントにおいて、ラント政府自身が法に違反しているような場合を考えてみましょう。あるラントにおいて、その政府が、ライヒ憲法と合致しているラント憲法の言うところの「自由国家的政府」として構成されていない、例えば、ライヒ憲法に違反するようなソビエト政府として構成されているとか、ライヒ憲法に違反するようなファシズム政府として構成されているような場合を考えてみましょう。かかる場合にあっては、ラント政府は、もはやライヒ憲法に言うところの「ラント政府」ではありません。このような場合には、ライヒ大統領は、四八条一項にもとづいて、このようないわゆる「ラント政府」は、もはやラント政府ではありえないのですから、それを罷免する手続きをとることができ

ます。そのようなことが、まさにゴータの場合でしたし、ザクセンの場合でした。これらふたつの事例にあっては、政府自身が、ライヒ憲法と合致している自由国家的憲法の枠をはみ出したのでした。以上の理由から、これらの事例にあっては、政府を法的にも罷免することが可能だったのです。しかし、そのような場合でない限り、すなわち、ラント政府が、ライヒ憲法と合致するラント憲法に従って行動している限り、ラント政府をワキ〔閑職〕に追いやることはできないにしましても、法的にそれを罷免することはできません。(S 195)

以上により、例えば、ゴータの事例のように、あるラントが、突然ライヒに対して武装蜂起したとか、公然たる反乱のような事柄を起こした場合に、それに対して取られるべき処置についての問題は解決されたと存じます。

〈憲法に合致しているラント政府の場合〉しかし、憲法に合致している政府が問題となる限りでは、最高機関は罷免されず、ただワキ〔閑職〕に追いやられることがありうるだけです。四八条一項から、ラントの最高機関を更迭することができる、という結論を引き出すことはできません。さらにまた四八条一項

から、ライヒ・コミッサールをラント政府にすることができ、という結論を引き出すこともできません。そんなことは、まったくできません。なしうることは、ラント政府のために代替的処置をとるところまでです。ラント政府を罷免し、新たに任命するということはなしえませんが。

ではどのような代替的処置ができるのでしょうか。おそらく四八条一項にもとづいてならできるが、四八条二項にもとづいてはなしえないような処置というものもありうるでしょう。しかし、これについて、今私は、ここでこれ以上の詳細を申しあげようとは思いません。しかし、いずれにせよ、四八条一項にもとづいて許されるのは、ラントがその義務を履行すべきものと考えられているような処置のみです。

〈代替的処置を行いうる分野〉このような制約というものは、ライヒ大統領にとっても、またライヒ大統領によってその処置の実施を委ねられている方にとっても当てはまります。例えば、警察の分野で怠慢があり、何らかの義務違反が見出されたとします。その場合、その警察の分野とはまったく異なった分野のことがらが、代替的処置として、コミッサールによって取られ

るための根柢を、その警察分野における義務違反に見出すことは、決してできません。いずれにせよ、義務が履行されなかった分野についての代替的処置を行いうるにすぎません。以上の結果として、例えば、警察の分野での義務が侵害されていることを理由として、公務員の任命・罷免という分野で何らかの処置をとる可能性は、まったく存在しません。例えば、ラント経済省の局長を、ラントに対して彼が負っている行為に関して、代替的処置というやり方で、罷免し、別の人をその地位に任命するということは、絶対にできません。同じことが、実際には行われてしまいました、その他の任命や罷免にも当てはまります。ところで、ではこれらの公務員を罷免する義務を、プロイセン・ラントは負っていたのでしょうか。それこそが、プロイセンがサボッテいた義務なのでしょうか。しかし、そんなことは、まったく主張されてはいません。したがって、これについては代替的処置などということは、まったく考えられません。

四八条一項にもとづいては、ラント政府を罷免することはできないということについて、すでに氏名をあげた方々以外にも、トリーベル〔教授〕が、ライヒ監督についてのその著作の中で、

二回にわたって触れています。そこでは、次のように書かれています。「〔ライヒ〕執行は、あらゆる段階において履行強制の手段というに止まる。その限りでは、それが、合法的なラント政府を暫定的に機能停止させ、ワキ〔閑職〕に追いやるようにする場合には、まったく異なった性格をもつこととなる。」また別のところ、六七五頁や、六七九頁に関連しては、私は、一九三二年一〇月八日の『フランクフルト新聞』のグラウ〔教授〕の論文によって、今一度触れてみましょう。「したがって、当該の権限が、地方自治体の監督権についての法規定からの類推によって引き出されるというのは、誤りである。ゲオルグ・イェリネクが、ライヒは、地方代表に好意的でない国家法にもとづいて、連邦構成国の議會を解散し、あるいは、連邦構成国の政府を罷免することはできないとしたのは、正当である。」ここで触れられたイェリネクとは、『公権の体系』の三〇九頁のことです。そこでは、彼は、同じことは、「連邦国家においてすらも、……連邦権力は、各自治体の代表に好意的でない国家法にもとづいて、連邦構成国の政府を罷免し、連邦構成国の議會を解散することはできない」と書いています。

《ゴータとザクセンの事例》 四八条のふたつの規定が、ゴータやザクセンに対して有効に発動しうるかという問題については、学界においては圧倒的に否定されていますし、当事者においても疑いをもたれておりました。(S. 196) そのことは、とりわけ、ザクセンに対する命令について言えました。その命令は、発布後、ほんのわずかで廃止されました。ライヒ首相は、シュトレーゼマンであり、ライヒ大統領は、エーベルトであり、ライヒ・コミッサールは、ハインツエでした。そして、このハインツエこそ、できることは何でも行なおうとしていた人であり、政府を罷免し、噂によれば、その当時まさにラント議会の集会を禁じようとしていました。しかし、そうこうする内に、この急いで作られた命令が、本省において検討に付されることとなり、それに対する有力な反対が出てきました。その命令がはたして憲法と一致しうるものかどうか、疑問が出されました。権限をもつ省や、その省内のある部から、そういう鑑定が提出されました。司法大臣と内務大臣とが、ライヒ首相と異なる見解を提出いたしました。それは、ゾルマン氏とラートブルフ氏のことです。そして、これらふたりの方はいずれも、ザクセン

政府の行為を認めていず、その時の処置の目的そのものは肯定されていきました。それにもかかわらず、このふたりの大臣は、この選ばれた手段について疑問を提起され、それがために、それからほんの数日後には、内閣から退任されるという結果になりました。その後、ザクセンによつてこの命令の妥当性について訴えが提起されました。しかし、新しい政府が、この訴訟を撤回しましたので、判決には到りませんでした。

《事件の時のライヒ政府の態度》 後になって当事者の、繰り返し語るところによれば、シュトレーゼマン首相は、これらの日々、ずつと電話に掛かりきりでした。その電話で、首相は、ザクセン・ラント議會の人々に、「できるだけ速やかに、憲法にもとづいて、新しい政府を形成していただきたい。何故かと申しますと、今回の命令がなお維持しうるかどうかについては、大きな疑問がありうるからです」と語っていました。首相は、ハインツに電話して、「あなたは、ラント議會の集会を阻止してはいけません。逆に、ラント議會を集会させることが、あなたの任務です」と述べました。もつとも、ハインツが、そもそもラント議會を阻止しようとしていたのかどうかについて意見

の違いもあります。ラント議会は招集され、わずか数日の内に、新しい政府を選出いたしました。その当時のライヒ首相シュトレーゼマン自身は、社会民主党と友好関係をもつ政党〔中央党〕を右側から攻撃していました。そのような友好関係をもつ政党は、社会民主党だけが形成する政府に合意を行う用意があると宣言していました。そのような政府が当時話題となっていました。結局のところは形成されませんでした。その理由は、シュトレーゼマンが、とりあえず今一度新しい政府を形成しようとして戦ったためです。その当時に形式上の違反が存在したかどうかはともかくとして、できるだけ早い内に、憲法に合致する状況を作りだそうとするのが、ライヒ首相のもっとも緊急の意志であることは明らかでした。あらゆる努力が、この方向に向けられていました。以上すべてから考えられますことは、ザクセンにおいては、まず第一に、現在のプロイセンの場合とは、まったく異なった実質的要件が存在いたしました。第二には、形式的要件の充足が、事前の欠陥の表示について、詳細な報告について、期間について、さらには最終的手段について、まったくその程度が異なっていることです。第三には、その経過が、

今回の場合とはまったく異なることです。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…私は、ひとつの点であなたに賛成できませんので、ひとつ疑問を提出したいと思います。あなたの言われたことを、私が正しく理解しているとすれば、あなたは、あるラントにおいて、ライヒ憲法やラント憲法に合致しない政府が存在するとすれば、その場合には問題は異なることになろうと言われました。要約して言えば、あるラントにおいて、ラント議会によって選ばれたのではない、ただクーデタによつて政府と称しているような、いわば蜂起による政府が形成されているような場合、そこには、まったく政府というものが存在しないのだ、それもライヒ憲法の意味での政府が存在しないのだ、とあなたは言われました。以前の事例は、まさにそのようなものであったと、あなたが言われるのに、私は、賛成することができません。本当に、当時のザクセンは、そのような状況だったのでしょうか。その当時の政府は、蜂起による政府だったのでしょうか。その政府は、まったく合法的に形成された政府ではなかったのでしょうか。その〔ラント〕政府の行為は、ただ〔ライヒ〕政府によつてのみ異議を唱えられてい

たにすぎないではありませんか。(S 197) ここには、飛躍がなされているように思われ、私は、あなたの御意見に賛成することができません。

局長ブレヒト博士…しかし、そこにはふたつの場合があつたのではないでしょうか。蜂起による政府の成立。これがひとつの場合です。すなわち、ある政府が、ラント憲法と合致しないやり方で成立したという場合です。その場合の要件は、ラント憲法がライヒ憲法と合致しているということです。今ひとつの場合というのは、ラント政府そのものは、合法的に成立した。しかし、その後において、ラント憲法やライヒ憲法に違反することになった。例えば、反乱を始めた、すなわち、ライヒに対して武器をもって抵抗したとか、あるいは、ゴータにおいて実際になされたように、それに似たような行為がなされたという場合です。(ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…どうもありがとうございます。)

ヤーン局長…「ヘバアイエルの立場…提訴理由」さてみなさん。ただ今長官が議論のために提出されました、本訴訟の部分は、まさにわがバイエルンの提訴理由の第一項の内容に関わ

ります。本訴訟を通じて、私どもは、次のことを確定していただきたいと思っております。すなわち、ライヒ憲法やラント憲法によってラントに与えられている国家権力の機能を、ライヒ執行というやり方で、ライヒが剝奪しうるのは、次のような要件がある場合だけである。すなわち、このような権力機能の剝奪が、ライヒの連邦国家という性格と合致しうる場合であり、ラントの、その違反していると主張されている義務の履行のために必要、とくに公の安全と秩序の再建のために必要とされる場合に限り、ということです。私どもは、この訴訟提起理由の第一項において、私どもの解釈によれば、ライヒ憲法にもとづくライヒ執行には、ふたつの絶対的な限界が課せられていることを、はっきりとさせることができる、と考えています。そのひとつは、ライヒの連邦国家的な性格であります。今ひとつは、取られるべき処置は、ラントが侵害していると言われている義務を履行するために必要なものである、ということです。私どもが、ライヒの連邦国家的な性格ということばで考えていることにつきまして、昨日行いました詳細な議論を、今再びここで繰り返す必要はない、と思います。要するに、私どもは、憲法

を守るためにライヒ執行を行なおうとする者は、自分自身においても、憲法を尊重しなければならない、と考えます。すなわち、ラントに憲法を肯定させようとしてライヒ執行を行おうとする者は、自分自身においても、憲法を肯定しなければならず、決して憲法を否定することはできない、と考えます。さらに今一度繰り返せば、憲法の遵守を強制しようとしてライヒ執行を行おうとする者は、自分自身においても憲法を遵守しなければならない、と考えます。以上のことから、ラントは、その概念に本質的なメルクマールをもちつつ、なお維持されつつけねばならないと要求できる、すなわち、ラントは、ラントに割り当てられた代表をもつ国法の主体でありつつ、決して国法の客体にされることはできないということが、結論として引き出されます。私が昨日申しあげましたように、ラントは、そのラントの内部において自己決定権をもっており、ライヒの運命に対して共同して決定する権利をもちつづけています。したがって、ラントの独立の国家としての性格を侵害するようなこと、とりわけ、その政府を罷免するようなことはなしえませんが、さらにまた、ラントのもつ共同決定権を侵害するようなこと、つ

まり、ライヒ参事院において、ラント憲法にもとづいて割り当てられているやり方で、審議に参加する権利を、そのラントから剝奪するようなことはなしえませんが、以上が、バワイエルの訴えの第一項の最初の部分で確定したいと考えております原則的な申し立てであります。

〈一項の権限の限界〉さてライヒ政府は、そのあらかじめ提出された訴訟文書におきまして、四八条一項は、例外という性格をもっており、したがって、ライヒ憲法からはずれること〔例外〕も合法的であるという論理を操られています。(S. 198)これについて、私は、ここでナビアスキー教授がすでに語られましたことばを引用したいと思います。すなわち、「ふたつのライヒ憲法が存在するわけではない。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を含む憲法がひとつあり、四八条を内容とする憲法が今ひとつあるというわけではない。そうではなく、四八条もライヒ憲法の枠内にある。と言うことは、四八条が例外と認められるものでない以上、四八条の適用に際しては、ライヒ憲法その他の条文も尊重されねばならないということを意味する。」たしかに四八条二項は、いくつかの基本

権が停止されうるといふ例外を認めています。それに対して、四八条一項は、いかなる例外をも含んでいません。したがって、第一項によつては、どのようなやり方によるにせよ基本権を停止することはできませんし、またバファイエルンの見解によれば、とりわけ、憲法の第一部の組織にかんする規定を掘り崩すことはできません。四八条は、例外規定です。したがって、法学上の一般的な解釈に従つて、それは狭く解されるべきです。できるだけ厳格にことばを解釈するというやり方で解釈されるべきものです。さて次に、ライヒ大統領は、ラントに対して、ラントの義務を履行するよう命令することができるといふことが、憲法に規定されています。この点に、私どもが、私どもの提訴の結論部分において再び繰り返したいと思っております、第二の、絶対的な限界が存在いたします。すなわち、ライヒ大統領は、ラントの国家権力の機能を、ラントが違反していると称されている義務を履行するために必要な限りで、剝奪することができにすぎない、というものです。私どもの提訴を根拠づけますために、「実際に必要であるもの was notwendig ist」と、「必要となる可能性をもつもの was notwendig sein kann」との間に明確な区別をしておきたいと思ひます。私どもは、まず、一方に、違反している義務の遵守を強制するために「必要となる可能性をまつたくなかないもの」があると考えます。もちろん、同じ目的を達成することができるとする別の手段が存在するためです。それに対して、他方において、「必要となる可能性をもつもの」があるでしょう。そして、次に、この後者、すなわち、「必要となる可能性をもつもの」の内に、「実際に必要であるもの」と、「実際には必要ではないもの」とを区別いたします。私どもからいたしますと、この「必要となる可能性をまつたくなかないもの」こそが、絶対的な限界と考えられます。第一項にもとづく処置は、さらに目的によつて限定されています。したがって、その処置の目的が、厳格に審査されねばなりません。それは、訴えにもとづいて、国事裁判所によつて審査されねばなりません。最終的に、その必要性について、いささかの疑念を残すことも許されません。

さてみなさん。私どもの訴えの、今申しあげた論点を、国事裁判所が、御認めにならないとは、私どもには、到底考えられません。何故なら、私は、ひとりの連邦主義者といたしまして、

ライヒの連邦国家的性格を越えて、ライヒ執行を実行することは、絶対的に不可能と考えるからです。たとえ統合主義を採るにしても、事実の問題として、私どもが今ドイツにおいて連邦国家〔体制〕を取っているということを御認めになる限り、以上と異なった見解を採ることは不可能であろうと考えます。

〈ライヒ執行者はライヒ機関〉さらに、ライヒ執行の効果の問題について、なお数言申しあげたいと思います。とくに、あるラントにおいてライヒ執行が行われる場合、いかなる法的効果が生ずるかという点について申しあげます。ライヒ執行者は、ライヒの機関でありつづけるのでしょうか。あるいは、彼は、ラントの機関となるのでしょうか。私どもの見解によれば、ライヒ執行者が、あるラントの領域内に登場するにしましても、彼がライヒの機関であり、またライヒの機関でありつづけることには、いささかの疑いも存在しない、と考えます。したがって、ライヒ執行者は、当該のラントの境界を越えるにしましても、彼のその資格にはいささかの変更もくわるものではありません。例えば、ライヒ執行者が、ライヒがそうであるように、ひとつの町を、ともに自分の首都としてもつという関係にない、

別のラント〔プロイセン以外のラント〕にやってきたとしてみましょう。しかし、その場合、ライヒ執行者は、別のラントにやってきたということによって、自分の資格を何ら変更することはありません。動物の王国についての寓話を、引き出して例えさせていただきたいと思います。そのイメージを生々と語れるかどうかは分かりませんが、とにかくやってみましょう。

鷲が、ライオン、あるいは、熊かも知れませんが、そのライオンの洞窟に、何らかの法上の権利を主張し、何らかの処置をとるために出掛けるよう委任されるとしましょう。(S. 106) そのような委任を受けることによって、鷲がライオンや熊になるということはありえず、鷲は鷲でありつづけるのではないでしょう。また、鷲は、鷲として彼が取るべきとされた処置を取るのではないのでしょうか。もちろん、これは冗談です。もっと真面目な例を考えてみましょう。例えば、建築警察違反について、下級裁判所の判決を考えてみましょう。この場合、地区警察は、私人に代わって何ごとか行う権限を委任されるでしょう。さてそのことによって、この判決にもとづいて代替的処置を行っている国家機関が、国家の公務員というその地位を

変えるなんて、考えられるでしょうか。もちろん、そんなことはありえませんが。その機関に委ねられた処置を私人に代わって行う場合といえども、その国家機関は、従前通りに国家機関でありつづけるのです。

《ライヒ執行の手段》 以上の議論は、ライヒ執行が行われるべき、その手段の問題に、私どもを導きます。軍事的な性格をもつ処置が取られる可能性もありましょう。ライヒ憲法が、そのような手段をただひとつの方法として規定していることは、注目されるべきです。それがために、ライヒ執行は軍事的な分野においてのみ行いうるという解釈すらあります。もちろん、このような解釈が誤っていることは、自明のことです。そのようなことは、ライヒ執行の実例にも、その目的にも、絶対的に違反するものでしょう。ライヒ執行は、民事上の分野においても行われます。ライヒ執行が、財政とか、経済的な関係に関わる場合には、事情によっては、民事上の執行の方が、あるいは有効かも知れません。そして、その場合には、多くの例において、しばしば問題となります代替的処置も行われうるでしょう。このような場合でも、ラント内において、ライヒ執行を行っ

ているライヒ機関は、ライヒ機関でありつづけ、決してラントの機関になるということはありませんし、そういう可能性もありません。そのことについて、すでに多くの例をあげて、証明いたしました。四八条は、その条文によって権限を与えられた者が、カメレオンのように、必要に応じてライヒ機関になり、ラント機関になったりすることのできる魔法の杖ではありません。その者は、ライヒ機関に止まり、ライヒ機関に認められている事柄のみをなすにすぎません。したがって、その者は、ラント行政にかんして、ラント機関に留保されている処置をとることはできません。以上のことは、ラントの公務員の任命について、まさに当てはまることです。したがって、ライヒ機関としてのライヒ執行者は、ラントの公務員を任命し、昇進させるなどのことはできません。そのようなことは、その性格に反するのです。概念上考えることもできないことは、たとえ四八条の手段によろうとも行うことはできません。

《ラントの強制管理》 さて強制管理の問題について、なお申しあげたいと思います。この強制管理の問題は、訴訟文書において大きな役割を演じておりますし、また私どもバイエルン

にとりましては、特別の理由から忘れられないものです。

強制管理という手段は、ライヒ執行にかんして、北ドイツ同盟憲法の一十九条において言及されています。南ドイツの諸国が、北ドイツ同盟に参加しようとしていました時、一八七〇年九月二二日から二六日までの、ミュンヘンでの会合において、ひとつの協定が結ばれました。それに参加したのは、連邦宰相府長官・「プロイセン・ラント」大臣デルブリュック、ヴェルテンベルグ司法大臣フライヘル・フォン・ミットナハト、それに六人のバイエルンのラント大臣たちでした。彼らは、北ドイツ同盟の憲法について相談し、それを南ドイツの諸国の解釈に適合するように形成しようと努力いたしました。そこで、その一十九条が問題となりました。それについて、私は、バイエルンのラント文書庫から「当時の」議事録を見つけました。それによりますと、一十九条は、バイエルン政府によって異議を申し立てられています。(S. 200) 連邦の権限に合致する命令の執行について、有効な統制がなされないでは、連邦を生々と形成することなど考えられないということについて、議論が交わされました。この問題についての詳細な議論が交わされた後に、

この条文の内容は、次のような文言において解されるもの、と合意されました。すなわち、「連邦の構成員が、憲法にもとづく自己の義務である連邦義務を履行しない場合、その構成員に対して、連邦執行というやり方がとられうる。このような連邦執行は、連邦参事院によって決定され、連邦の長によって実施されねばならない。」強制管理は、バイエルンの提案にもとづいて削除されました。その当時、バイエルンは、強制管理ということばに反対していたわけではなく、そのような考え方のそのものに反対していたのです。ただこういう不吉なことばを削除するだけで、バイエルンの人々が満足すると考えるなら、それは、当時のバイエルンの人々の精神をまったく理解しないものと言わざるをえません。彼らにとつては、そのような問題そのものを除去することが重要だったのです。そして、このような問題は、バイエルン政府の申し出にもとづいて、削除されたのです。そのような申し出には、ヴェルテンベルグ政府もまた賛成していました。バーテン政府は、私の知る限りでは、當時は、まだ代表を派遣していませんでした。このような見解が、一八七〇年から一九一九年まで維持されました。一九一九

年には、そもそも強制管理という問題そのものが提起されることはありませんでした。人々は、そのような問題を、最終的に処理されたものと考えていました。そして、将来においてもそのように扱っていただくようお願いいたします。少なくとも、バイエルンが問題となる限りでは、そうお願いしたいと思います。私どもは、この強制管理というものが、北ドイツ同盟の当時の政府と私どもが締結いたしました契約にもとづいて、バイエルンにとっては問題とならないものであると考えております。もちろん、その契約の効力は、今日においてもなお引き続き不可侵のものと考えられるべきものです。したがって、ライヒ国法についての強制管理という概念からしても、また四八条の解釈からしても、以上と異なる結論を引き出すことは、もはや不可能であります。

〈強制管理の限界〉 私どもは、訴訟文書の中で、たとえ強制管理の可能性を認めたとしても、そのことにより強制管理以上のことをなしうるわけではない、と述べております。強制管理というのは、民事訴訟法において、よく知られた制度です。しかし、その方法では、例えば、強制管理されるべきものの所有

者を追い払い、そのものを別の人に与えるという結果をもたらすことはできません。そうではなく、むしろ、強制管理は、その制度の目的を達しようとすれば、当該のものが、やがて再び本来の占有者・所有者の手に帰すために、とりあえず信頼できる人にそのものを委ねる、ということが重要なのです。さらにまた私どもは、訴訟文書の中で、たとえ前世紀の連邦国法を適用して、強制管理を行うにしても、それにより、あるラントの最高首脳を更迭するというようなやり方で、ある国家(ラント)を強制管理することはできない、ということを証明いたしました。強制管理というやり方で、ドイツの連邦を構成している君主たちを、その家族もろともに、その王位から追い払うことになりかねない、とドイツの連邦の君主たちが(かつて)危ぶんだことも、よく知られております。もちろん、私は、当時そのような問題が本当にありえたとは思いませんが。したがって、たとえ強制管理という概念が、前世紀の国法の意味において執行されるにいたしましたも、それによって、今日におきまして、ラント政府は、自己の公務員を罷免させられることはない、という結論にいたるしかないと思われます。

《ライヒ執行の効果…公務員の任免》さて続いて、私どもが、今回の訴えのAという項目で述べました、具体的な効果について、いくつかのことを申しあげたいと思います。バイエルン政府は基本的には、政府構成員の、法的に完全な罷免などまったく問題とならないと考えます。何故なら、ラントは、自分自身で選出するラント政府をもつ権利をもっています。かかるラント政府は、ラントが新しい政府を選出しない限り、存続し、存続することができ、また存続しなければならないものだからです。同じように、ラント政府の構成員もまた、ライヒ執行者によって、任命されることはできません。(S. 201) 今私が詳しく申しあげた目的、この制度がもっている目的からして、かかることがらは許されていないのです。さらにそれに加えて、そのようなことは、そもそも必要でもないし、必要である可能性すらもないからです。ライヒ執行者は、自分から見て、その活動が望ましいものと思われないラント政府の構成員については、しばらくの間、彼を窓際（閑職）に追いやり、冷遇するというやり方で、その目的を達成することができるからです。その場合、法的に罷免を宣言する必要は、まったくありません。

《ライヒ参事院への代表権》次に、私どもが、その訴えのBの項目で扱っておりますライヒ参事院への代表権の問題に入りたいと思います。ライヒ参事院における代表権も、ラントのもつ共同決定権の結果として、ライヒ執行によっても、ラント自身から剝奪することはできない、と考えられます。その理由は、もしそう考えないとなれば、ライヒ内におけるラントとしての資格が剝奪されることになるからです。したがって、共同決定権は、いかなる状況においても、ラントが持ちつづけます。

さてライヒの訴訟文書においては、この問題につきまして、これはライヒ憲法の内部のことながら扱われているのである、という見解が述べられています。私どもは、すでに、この点について、そうではないということを申しあげておきました。ライヒ参事院においては、ふたつの側から見ることでできる制度が問題となっている、と私どもは考えます。すなわち、それは、一方においては、ライヒ政府、ライヒの側から見られるものです。それに対して、今ひとつのものは、ラントの側から、すなわち、ラントの代表という側から見られるものです。ライヒ参事院は、ラントの代表です。ラントは、ライヒに対して、ライ

ヒ参事院において代表される権利をもっています。もちろん、ある特定のやり方で代表される権利ですが。ライヒ執行が調教を意図している場合、すなわち、複数のラントにおいてそれが行われる場合、どんなことが起きるかということについては、すでに昨日申しあげました。そのようなことが、プロイセンに對すると同時に、それよりなお小さなたつたひとつのラントに對しても行われるとしても、そのことにより、ライヒ首相は、きわめて簡単に、ライヒ参事院における、多数を獲得することができることとなります。それは、ライヒ参事院の目的に完全に背反するものであり、したがって、ライヒ憲法の基本的な考えからすれば、まったく不可能なことがらであります。

ラント公務員の任命、昇進、休職、罷免などは、すでに申しあげました、ライヒ執行者はライヒ機関でありつづけ、決してラント機関を創設することはできないという考えからすれば、憲法上不可能と考えられるべきことがらです。というよりも、そういうことは必要ですらないと言えましょう。何故なら、ライヒ執行者は、彼の言うことをきかない公務員を冷遇し、休暇を与えることができますし、さまなければ、そういう公務員を

邪魔にならない地位に移すこと、例えば、ある警察官を、ライヒ執行者の考えにより、邪魔をすることのできない場所に移すということが、いつでもできるからです。

次に(子どもの訴えの)Dの項目にあげてある、公債の借り入れの禁止について申しあげたいと思います。これもまた、私どもの見解では、ラント憲法によってのみ行いうることであり、ライヒ憲法によって行われることはありません。

以上でもって、バイエルンが、四八条一項に関連して提訴いたしましたことからの理由づけをとりあえず終了したいと思っています。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…「ライヒ執行をめぐる問題点の整理」ただ今の、プレヒト局長とヤーン局長の、御ふたりの御議論について、少し私として明らかにしていただきたいことがありますので、二三の質問をさせていただきますと思います。またさらに、プロイセンが、その訴えのB項目で述べられ、ささいなズレはありますが、バイエルンとバーデンによっても提出されました提訴の文言をあらかじめ明らかにするため、お尋ねしたいと思います。今ここで、この文言に入ろうと

するのは、別にここでこの文言について詳細に検討を行いたいがためではなく、この提訴のどこかに欠陥があるものかどうかを、一度みなさんともによく考えてみたい、と思うためです。

(S 202) さてそのB項目は、次のように書かれています。「国事裁判所は、次のことを認識できる。」すなわち、「ライヒは」このことばの後には、プロイセンの訴えでは、次のようになっています。「ライヒは、四八条一項にもとづいてライヒ執行という方法でも、あるいは、四八条二項にもとづいて処置という方法でも」と。この書き方は、バイエルンの場合とまったく異なっています。もつとも、「主旨からすれば」ほんの小さな違いにすぎませんが。「ライヒは、四八条一項にもとづいてライヒ執行という方法でも、あるいは、四八条二項にもとづいて処置という方法でも、いずれによっても、ライヒ憲法およびラント憲法にもとづいてラントに与えられている国家権力の機能を、その剝奪が、ライヒの連邦国家という性格と合致することができる限り、またラントによって侵害されていると思われる義務を履行するために、あるいは、公の安全と秩序を再建するために必要とされる限りで、剝奪することができる。」

そのような訴えによって、四八条の文言によって明らかにできること以上の、どんなことが明らかにできるのかということについて、考えてみたいと思います。

〈ライヒ執行としての兵力の使用〉 さてそれでは、ただ今私の申しあげましたことにつきまして、二三の疑問を申しあげますので、それについて、みなさん如何お考えになるのか、御説明をお願いしたいと思います。なお念のために申しあげますが、このような疑問を申しあげることにより私は自分自身の法観を明らかにしたい、と思っているわけではありません。四八条一項には、こう書いてあります。「もしラントが、ライヒ憲法やライヒ法律によってそのラントに与えられた義務を履行しない場合には、ライヒ大統領は、兵力を用いて、その義務を履行させることができる。」ヤーン局長は、この規定では、ただ兵力の使用についての規定されている、と強調されました。もつとも、それと同時に、だからと言って、それよりも穏和な手段をとることができないという具合に、その条文が解釈されるべきでないことは、自明のことであり、またこれまでの国家実例においても、そのようには解釈されてはこなかった、とい

うことをも強調されました。四八条一項が、ここでは、兵力の助けを最終的な手段としていることは、極めて特徴的なことであり、またそのことは決して否定できないと思われます。今の法廷では、私どもは、四八条一項の限界について理論的に語ろうとしているにすぎません。また実際に、いかなる人といえども、踏み越えることのできない、ある絶対的な限界が存在する、と主張されています。したがって、私どもは、今ライヒ大統領が、武装兵力をかけるラントに派遣すると宣言した、という事例を考えてみましょう。——おそらく、普通の場合には、ラントはすでに自分自身の軍隊をもっていると思われますが、今ここでは、軍隊をもっていないラントというものを想定しておきましょう。さてそのように仮定します場合、事態は、ライヒ大統領が「兵士さえ派遣すれば、その政府はただちに理性的となり、自己の義務を履行するであろう」と言いうるようなものではありえないでしょう。またそのようになれば、兵士たちが住民をほんの少々苦しめることとなり、それがために(「ラント」)政府の人氣が落ち、そのために、ライヒ大統領が、その政府に対して期待していることを、その政府が行うようになら

う、と誰でもが言えるような状況になるとも思われません。したがって、そんなことは考えられないのです。そこで問題をもつと実際に考えてみましょう。そうすると、そこでどのようなことが起きるのでしょうか。あるいは、このようなラントやその住民が、自分たちのところに兵士が駐留し、あまつさえそのために金銭を支払うとしても、かえってそれを心から喜んで行うという事態すら、まったく考えられないことではありえませんか。したがって、かかる方法は、住民に影響を与えて、その政府にその義務を履行させようとする間接的な圧力と考えることはできません。その方法は、かかる義務を履行することのできる立場にある者に対する直接的な強制と考えられるべきものと思われます。したがって、問題は、かかる直接的な強制は、最大どこまで行いうるかということになります。その点で、私がみなさんを正しく理解しているとすれば、ヤーン局長が言われましたように、ラントの機関を、とくにラント政府の構成員ですらも、一時的に「窓際(閑職)」に追いやっておくことができることについては、みなさんの意見は一致しているように思われます。今日のラントは、いずれも経済的な理

由から、ラント政府の構成員をできるだけ少数にしていることは、御存じのとおりです。そこで、今わずかふたりから構成されているというラント政府を想定してみましよう。そうしますと、現在の訴えが、これらの義務の履行を確保するという目的のために、暫定的に、これらふたりの政府構成員をその職務遂行から遠ざけておくことができるという可能性を、必ずしも排除しないものである、と考えられます。もちろん、このような想定は、ただ私がみなさんを正しく理解しているかどうかをお尋ねしたために想定しているにすぎません。(S 203)

おそらくは、この問題は、特別にうなじ固き〔剛直な〕ラント政府の構成員に対して、二三の歩兵を伴う武装兵力が行使されるべきかどうかという具合に申しあげることもできるかと思えます。では一体誰がその地位について行動すべきなのでしょう、か、という問題もあります。みづから自分自身をその地位に任命する人でしょうか。あるいは、彼でないとすれば、誰でもいいか。そのようにしてその替わりの地位についた人に、いかなる状況下においても、常にライヒ参事院に出席する権利や、あるいは、ラント議会に出席する権利が与えられるものでしょう

か。またライヒ法律によって、ラントに対して、特定の任務を履行する目的で特別の公務員を任命するよう義務づけるというような場合、みなさん、どのようにお考えになるか、さらにお尋ねいたします。またそのような場合に、そのラントが、自分はそのようなことをしない、すなわち、そのような公務員を任命しない、そのようなことを余計なことと考えたと答えた場合、どのようにみなさんはお考えになりますか。そのような場合、ライヒ大統領は、誰かを派遣することができます、すなわち、ラント政府に代わって、そのような公務員を任命することができますものでしょうか。あるいは、ライヒ大統領は、どのようにすれば、そのような義務を履行させることができるものでしょうか。以上の問題について、みなさんがその御意見を表明下さるようお願いいたします。

局長ブレヒト博士…私どもは、この問題の大体の輪郭を明らかにするために、とりあえず、この問題に一般的にのみお答えすることになろうかと思えます。歴史的に見るならば、兵士の派遣というのは、おそらくは次のような理由のために、憲法に数えあげられた、ただひとつの手段として、憲法に取り込まれ

たものと考えられます。すなわち、通常の場合には、武装兵力による干渉というものが、市場での音楽をともなつての陽気な民家宿泊として行われるものではなく、暴動の鎮圧のために行われるという場合のみ、ライヒ執行というものがなされうると考えられるからです。例えば、ブラウンシュバイクで起きたように、政府自身が引き起こすような暴動の場合です。それは、実際の戦争にも相似た状況です。そのように考えられるものですから、その条項は、ラントとライヒとの武器をもつてする争いが生じた場合のために、存在しているのだ、と従来考えられてきました。もちろん、そのようなラントとライヒとの武器をもつてする争いなど、起こらないことを願っておりますが。

〈銃殺はできるが、罷免はできない〉さてこれに対して「より穩健な方法 *finus*」というものがあります。すなわち、学者の中には、武器が使われる必要はまったくなく、より穩健な方法が適用される必要がある、という意見があります。しかし、法学的には、より穩健な方法ということと、別の方法 *aliud* ということとは厳格に区別されるべきだと思います。武器をもつて干渉することもできますし、もし大臣たちが市街戦に参加し

ているなら、そこで打ち倒すこともできません。さらに大臣たちを、反乱罪と確定することもできます。しかし、その大臣たちを、ラント政府として法的に罷免することはできません。大臣たちを銃殺することはできますが、罷免することはできません。それは、まったく性格の異なるふたつのことがらだからです。法的な地位は除去できないのです。

ところで、ライヒ大統領は、軍事権力保有者に執行権を委任することができません。ライヒ執行というものは、以前の考えからすれば、かかる執行者に対する委任ということがなければ、そもそも考えられないものです。そのことから、とくに必要と考えられる場合に、特別の長をもつ行政行為の大部分を処理するための、手段や方法が存在しているのだ、という結論が出てまいります。私どもは、さらに執行権力という概念については、第二項に際して、より詳細に触れる予定であります。そこで触れられることですが、通常の行政が、定められている通りにしか機能しないのに対して、この執行権力の保有者は、自分で必要と考える時には、どこにでも干渉することができる、ということも明らかとされましょう。しかし、その他の点では、大臣

は、その職務に支障が生じた時には、公務員によって代理されます。それは、大臣が市街戦に参加している場合でも、同じことです。もしその大臣が、市街戦で倒れたならば、新しい大臣が法的に有効に任命されるまで、その大臣の部下である公務員か、あるいは、その大臣の同僚が、その職務の執行について代理をいたします。このような代理機能は、完全に自動的に規律されています。ですからこそ、いかに小さなラントといえども、行政において、ただひとり的大臣しか存在せず、彼以外にはだれも居ないというラントは、神様の御陰をもって、これまでまったく存在いたしませんでしたし、またこれからも存在しなはずです。(S.204)

〈軍事権力保有者の限界〉その軍事権力保有者といえども、ある種の行為は、いかなる場合にもとることができません。その軍事権力保有者は、ラントを、そのラントが現在存在しているラントの中でもっとも小さいもののだとしても、ライヒ参事院において代表することはできません。また同じように、彼は、ラント議会に突然現れて、「今や政府代表が、二名ほど欠けている。そこで私は、二名の兵士を〔ライヒ参事院に〕派遣し、

彼らに、政府の望むとおりに投票せよと命じるつもりである」と述べることもできません。軍事権力保有者は、兵士たちを派遣することはできません。しかし、その兵士たちが行うことが、けっしてラント議会の決定になるわけではありません。また同じように、彼は、ライヒ議会やラント議会において、現在欠けている政府構成員を、かかるやり方で補充することもできません。同じことですが、彼は、ライヒ参事院における二三名の代表に対して、「ライヒ・コミッサールが、諸君に命令する通りに投票せよ」とか、「ライヒ政府が、投票してほしいと考えている通りに投票せよ」と命じることもできません。外部的には、ライヒ参事院は、ある者がその地位に任命されながら、それとは別の者が、その地位を實際に占めるということに、抵抗することは、おそらくできないでしょう。その後者の者は、たしかに自分の思う通りに手を上げてその意志を表明することはできません。しかし、その者の挙手は、ライヒ参事院の議決に数えられてはならないのです。以上のことは、憲法の基本的な考え方の内に、その根柢をもつ事柄なのです。男を女に変えることができず、命令を形式的に法律にすることができないのと

同じように、ライヒ権力に基礎をもつライヒ・コミッサールが、ラントを代表することは、すなわち、ドイツのライヒ参事院においてラントを代表することはできないのです。

《限界…公務員の任免》 四八条一項による公務員の任命は、まさにかかる公務員を任命すること、あるいは、ある公務員をその地位に任命することがラントの義務であるような場合にのみ、問題となりましょう。そういう場合にのみ、コミッサールによるその地位のとりあえずの占有が、現実の事実となるのです。ライヒ法律に従って任命されねばならず、しかも終身にして、最終的な任命が行われうるような公務員が任命されていないということが、ラントの義務違反になるという事例を考えてみましょう。このように特殊な事例について、代替的な処置が可能であるかどうかについては争いがあります。いずれにしても、このような特殊な事例は、まったく非現実的であり、私には、そのような事例を想定することがまったくできません。おそらく、そのような事例がもしあるとすれば、そのような場合には、ラント公務員を代替的処置によって作りだすことは事実上できることも知れませんが。この問題につきましては、なお

後に、ギーゼ教授が、その担当される公務員の任命について論じられる時に、あわせて説明されるであらうでしょう。

ヤーン局長… へー〇万回に一回あるかないかの事例で、ただ今の局長ブレヒト博士の御説明に、なお簡単に付け加えさせていただきます。私どもは、一般的にはただ今の御説明に賛成でございます。また私どもは、バイエルン政府のために、ある政府が行き詰まっている場合には、その権限が剝奪され、憲法上の代理機関が設定されねばならない、と考えております。私の知るところでは、いずれの憲法においても、ある大臣がその職務の執行において支障が生じた場合には、代理されねばならない、と定めております。バイエルン憲法もまた、かかる事柄についてまったくその通りの条項を含んでおります。軍事権力保有者が、かかる代理人もまたその職務に相応しくなく、かれもまた行き詰まっていると考える場合には、そのまた代理人を設定し、結局、かかるやり方は、最終的にはもはや誰もいなくなるまで行われうでしょう。しかし、そんな場合というのは、私の考えでは、空が陥没してしまい、すべての雀が死んでしまう〔まったくありえない〕ような事例でしょう。私は、局

長ブレヒト博士が語られたように、そのような非現実的な事例でもって何ごとか証明し、語ろうとすることはできない、と考えます。あえて申しあげれば、かかる小理屈にもかかわらず、いかなる場合においても、ライヒの連邦国家的な性格は残りつづけます。したがって、一〇万回に一回あるかないかというような、本当にめつたに起きることもありませんから、そのようなことを理由として、ラントの基礎的な権利を、あらかじめ剝奪したり、かかる権利を正當に存続できなくさせることはできない、と考えられます(§ 205)。またライヒ憲法は、数多く起きる手続的な事例に対して決断を下す民事訴訟法でもありません。ライヒ憲法は、それでもってライヒの平和のみならず、ラントの平和をも追求しようとする、すぐれて政治的な道具なのです。ラントは、一〇万回に一回あるかないかの割合で、違法な権利濫用が起こるかも知れないということを理由として、その他の九万九千九百回についても、その権利を剝奪されるということはないという権利をもちます。裁判所は、ライヒ憲法があらゆるものに勝って存在しており、ライヒにとつてのみならず、ラントにとつても、ラントがそれに無条件に自己

の根拠をおいている場所に存在しているという基本的な見解をお持ちです。かかる基本的な見解を、かかる小理屈的な事例のために、いささかも侵されることのないように、長官に是非お願いしたいと思います。もちろん、このような「小理屈的な」という表現によって、私は、批判めいたことがらを申し上げているのではなく、ただ「そのように異常な事例によって」ということを申しあげたいだけです。

〈公務員の任免の不可能性〉公務員の問題につきましては、私どもは、局長ブレヒト博士の御説明に賛成いたします。例えば、ある公務員が、あるポストについており、執行者が、別の人を用いることが必要である、と考えたとします。宜しい。その場合には、執行者は、その公務員に「明朝より、役所に出向く必要なし。雇用契約にもとづいて、別の人をその任務につける」という書簡を送ればすむことです。ライヒ政府は、そのような手続きを欠き、契約雇用者では、そのような職務を委任するに足りない、と考えました。それは、まったく誤った考えです。執行者との自由な契約関係にもとづいてライヒの勤務につくのは、高いポストの場合でもありうるのです。しかし、と言

うことは、執行者が、前面に出てきて、ラント公務員をも採用し、任命し、昇進させ、休職とし、罷免させること、を排除するものと考えられます。そのようなことを行いますと、いかなる状況においても守られねばならない、公務員高権というラントのもっとも重要な権利が侵害されることになるのです。

局長フェヒト博士…二項の絶対的制約…連邦国家的な性格
みなさん。ただ今長官の提案にもとづき、局長ブレヒト博士、および、ヤーン局長によって扱われました問題につきまして、私どもの意見を言わせていただきますが、私どもは、局長ブレヒト博士の御説明、および、公務員問題につきましてヤーン局長のなさいました御説明に賛成でございます。その他として、私どもは、四八条一項の適用の絶対的な限界につきまして、バーデン政府の見解を申しあげたい、と思います。もちろん、私どもバーデン政府の見解は、この問題につきましては、その他の多くの事例の場合と同じく、本質的にはバイエルン政府の代理人の御意見と一致しておりますので、できるだけ手短に申し上げるつもりでおります。バーデン政府もまた、四八条一項の適用に際しての、その絶対的な限界の問題について、枠という

ものがある、と考えます。その枠は、ラントがライヒ内の独立の国家として自己の存続を求めることができる、ラントの権利の中にあります。かかる権利は、ライヒの連邦国家としての性格にもとづいて、憲法上保障されており、剝奪されることも、侵害されることもできないものです。四八条一項を適用するに際しての、それ以上の枠は、バーデン政府の解釈によれば、適用される手段と釣り合い〔比例〕がとれていることが必要である、という点にあります。さらにバーデン政府は、執行という方法によって追求される目的を達するためには、**そもそも絶対**に必要ではないような処置というものもありうるという立場をとっております。例えば、ラント政府の構成員が、自己の官職を失うと宣言されたり、ラント政府の新しい構成員が任命されたりすることこそ、まず何よりも、ライヒの連邦国家的な性格と到底一致することはできない処置である、と私どもは考えます。ライヒの連邦国家的な性格は、ライヒに対してラントを代表するという職務をもち、それを実際に行うことのできる機関が、**不断に存在**することを要求していることは証明するまでもないことと考えられます。(S. 206) ラントが、争いのある権

利関係の当事者として、ライヒに対抗して国事裁判所に登場しなければならぬような場合には、以上のことは、とくにはつきりとするのであります。このような場合には、明らかにライヒによつても、また国事裁判所によつても、「ラントの」代表機能が承認されることになるのです。ラント政府の従来の構成員のたつたひとりから、そのもつていた代表機能を剝奪し、あるいは、侵害することですらも、「結局は」ラントにとつて、そのすべての代表機能を奪いとることになりかねません。そして、それは事実上、そもそも連邦国家としてのライヒの廢止を意味することになる、と私どもの政府は、考えております。もちろん、私どものラントにおいては、私どもの憲法五六条一項によつて、ラントの代表機能は、政府の全体にのみ所屬しておりますが。

〈ライヒ・コミッサールはライヒ機関〉そのような事例にあつて、ライヒ・コミッサールは、ラントの代表として考えられるべきである、と言われました。しかし、それに対しましては、私どもは、すでにバイエルン政府が明確に表明されましたのとまったく同じような考え方から、ライヒ・コミッサールは、

決してラント政府とは見なされない、と言わねばならないと思います。一体誰がラント政府であるのかということとは、ライヒ憲法の、関係の規定の枠内で作成されたラント憲法にもとづいて決定されます。

〈ライヒ参事院におけるライヒとラント〉さらにライヒ憲法六〇条によれば、ライヒ参事院が、ラントの代表として働きます。ライヒ憲法六三条一項によれば、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つて代表されます。ラントの投票権は、六一条に詳細に定められています。ライヒ政府自体は、ライヒ参事院においては、構成員資格と投票権をもたない議長であるにすぎず、ただ招集権と提案権をもつだけです。ライヒ参事院というのは、ライヒの連邦主義的な性格が、もつとも明確に表現されているような、憲法上の制度なのです。ライヒ参事院は、そこにおいて、ラントの意志が明確に表現されてはじめて、自己の任務とその意味を維持することができますのです。そして、このようなラントの意志は、ラント政府によつてのみ表現されるものなのです。その場合のラント政府とは、ラント憲法の規定にもとづいて設置されたもので

なければなりません。そして、さらにはそのラント憲法の規定自体が、ライヒ憲法の一七条の枠内にあるというもののなのです。もし選出されたラント政府が廃止されるというようなことにでもなれば、その場合には、ライヒ参事院の全権代表に訓示を与える機関が存在しないこととなり、憲法に合致するラントの代表機関が、ライヒ参事院に存在しないこととなります。例えば、プロイセンにおいて現実に存在したように、ライヒ・コミッサールによる、つまり、ライヒ首相による「ライヒ参事院の」全権代表に対する訓示とか、そのような者によって任命された機関による訓示というものは、私どもの見解では、ライヒ参事院の趣旨に基本的に反するものと考えられます。ライヒ参事院におけるライヒの共同決定権が、憲法によって明確に否定されていることを、御考えいただきたいと思います。また(もしライヒ政府の主張が、もし可能とするなら)、いくつかのラントに同時にライヒ・コミッサールを設定することにより、常時、ライヒ政府が、ライヒ参事院における投票の多数を、あるいは、さらには特別多数をすら獲得できることになろう、ということをも御考えいただきたいと思います。そのような事は、まさに

連邦国家としてのライヒの終焉を意味いたします。多数決による決議が行われているのですから、ライヒ・コミッサールによる、ほんの一票についての訓示ですらも、広範な影響をもつことになり、ライヒ憲法のもっとも重要な基礎の侵害を意味することとなります。このような理由だけからでも、そのような訓示を行うことは許されないのですから、ライヒ参事院における訓示権の剝奪は、執行の目的を達成するためにまったく必要とは考えられないことになりましょう。ライヒ参事院の全権代表に対する訓示というものは、ラントが独立の法人格として、自己の意志を形成し、実現することに関わるものではなく、ライヒの意志形成に対する(ラントの)協力に関わるものなのです。このようなラント政府の機能に際しては、ライヒ憲法の四八条一項の義務違反というものは、そもそも概念上問題とならない、と私どもの政府は考えます。(S. 207)

「ライヒ執行でも、なしえない処置」とところで、かかる機能を、従来のラント政府の構成員にそのままたせておくということが、国家生活において混乱を生じるということになるとう可能性はほとんど考えられません。このような機能は、四八

条にもとづく処置が問題となるような執行から、完全に切り離されるべきものです。いかに实际的に困難が生じようとも、ライヒの連邦国家的性格は、かかる点について、ラントの意志の偽造が行われてはならないことを、異論の余地なく、まったく明白に求めているのです。このような方向において、導き出されるかも知れないと危ぶまれることこそ、とりわけ私どもバーデン政府がこの訴えを提起する理由であるということを、今一度強調しておきたいと思います。

〈憲法違反のラント政府の場合〉 このような解釈から結論が引き出されるような問題に対して、それはいかなる状況においても、拒否されねばならないと答えが出せたと思います。その際に、共産主義的なラント政府とか、ファシズム的なラント政府とか、あるいは、その他に、ライヒ憲法を否定したり、原則的にライヒ憲法に違反するようなラント政府とかが、自分自身で、ライヒ憲法に違反するような権力機関を樹立しようとする可能性も、明らかに考えられます。この点では、私どもは、無条件で、局長ブレヒト博士の御議論に賛成であります。例えば、ライヒ憲法に違反してソビエット政府を樹立しようとか、

ライヒ憲法のまったく知らない、あるいは、ライヒ憲法に違反するような、ソビエット政府に類似した政府を志向する政府は、そもそもライヒ憲法やラント憲法の意味でいうところの政府ではありえない、と私どもも考えます。そのような政府は、いかなる権利をも持ちません。政府でありえないような政府が、ラントの代表となりうることもありません。そのような政府は、自分自身を否定しているのです。

〈憲法違反のラント政府のライヒ参事院出席の实例〉 例えば、共産主義的な政府が、ライヒ参事院に対して全権代表を派遣してきたという事実だけからただちに、いかなる状況においてであれ、その代表が拒否されねばならないという結論が導き出されるものかどうかという問題は、以上とは異なる別の問題であります。まず第一に、私どもは、かかる事例は起こりえない、と考えます。何故なら、あるラントにおいて権力を握った共産主義的な政府は、自己のもつ共産主義の原則にもとづいて、そもそも最初からライヒ参事院などに全権代表を送るということをするはずがないからです。にもかかわらず、そのような場合が生じたとします。その場合には、わが尊敬する最高裁判所長

官が、ライヒ参事院において議長を勤められ、その下に私どもが会合するという名誉と喜びをもっておりました、あの頃を、思い起こしていただきたいと思います。その当時、すなわち、一九一九年に、ブラウンシュバイクにおいて、その一月から、今朝方局長ブレヒト博士が述べられました、さまざまな出来事が起きました時まで、つまり、約三ヶ月にわたって、いわゆるスバルタクス団政府が、すなわち、むしろ共産主義者よりももっとラディカルな理念をもつスバルタクス主義者の政府が支配しておりました。この時にも、ブラウンシュバイク政府は、ライヒ参事院に代表をもっていました。ブラウンシュバイクの政府の全権代表は、その訓示を受け取っていましたし、決議に参加していました。この時代には、ライヒ参事院においてかかる投票を行うことについて、原則的な疑いを提起させる切っ掛けとなるような事柄は、私の記憶するところでは、まったくありませんでした。もちろん、現在なら、かかる共産主義的な政府が、自己のライヒ参事院の全権代表に対して訓示を与えるということがありうるとは、まったく信じられません。しかし、万が一そのようなことがありうるとすれば、その場合には、共産主義

者がライヒ参事院に登場し、提案を行い、議論に参加するという以外の結論を考えることはできません。ひとりの共産主義者がライヒ参事院に登場したとしても、おそらくライヒ参事院は、通常通りに運営され、議論は静粛に拝聴され、賛成・反対が交わされ、投票が行われるということになれば、誰が多数派であるかということも、ただちに明らかになるであろうと思います。(S 208) 一般的に言って、多数派形成に際して共産主義者の投票は、ほとんど問題としないと考えられます。

したがって、このような観点の下では、いかなる状況下にあっても、ラント政府には、ライヒ参事院における自己の代表に対して訓示を与える権利があり続け、ライヒ参事院における自己の代表をどんな場合にも持ち続ける権利があるという解釈に、いささかの疑いも存在しない、と私どもは考えます。

＜ライヒ執行の絶対的限界＞ 四八条一項の適用可能性についての第二の絶対的な限界をなすものとして、私どもバーデン政府は、執行を行う目的を達成するために、そもそも決して必要ではありえない、あらゆる種類の処置を考えております。私どもの考えでは、このようなものに属するのは、ラント公務員の

任命、昇進、休職、あるいは、ラントの財政のためのライヒ・コミッサールによる借り入れ金の承認などです。私どもは、この点につきまして、これ以上の説明をすることを差し控えたいと考えます。もちろん、やろうと思えば、私どもの訴訟文書の中でも触れておきましたように、ラントの機関の形成、ラント議会の形成などの、それ以上の事例について触れることも可能であります。私どもは、バーデン政府が、確認訴訟を提起しております事例にのみ限って言及しておきたいと思えます。

〈強制管理の問題〉 バイエールンが提起いたしました強制管理の問題につきましては、私どもは、ヤーン局長が説明されたことについての言え、大体のところ賛成でございます。二三の人々の大笑を引き起こすことになりました論点、すなわち、バイエルンの留保権の問題について申しあげれば、私どもバーデン政府の立場としても、どのラントも完全に平等に取り扱われなければならないことは、自明の事柄と考えられます。あるいはバーデンは、一八七〇年に、交渉の後に、契約が締結された時には、かかる点について何ら触れていなかったかも知れません。しかし、それにしても、バーデン政府は、

これらの領域には自分のために留保権が存在するというバイエルン政府の言う意味ではなく、これらの権利は、すべてのラントに同じように請求しうるものとして存在する、という解釈に組したいと思えます。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…ヘライヒ執行として、なしうることとなしえないこと」私は、当事者の見解ができるだけ明確に表明されることに関心を有しております。したがって、私には、小理屈という表現につきましてヤーン局長と争うつもりはございません。局長が、私を完全には理解していないと考えられるからです。例えば、あるラントにおいて、みずから統治している人々が、ヤーン局長の御ことばを御借りすれば、行き詰まっており、一体誰が代理人の代理人として登場するのかよく分からないというような困難が存在するような事例を、ここで議論したいとは思いません。私には、まったくそんな気はありません。そうではなく、ヤーン局長や局長ブレヒト博士の御見解によれば、そのような事柄が起きた場合に、四八条にもとづいて、義務の履行を維持するために、積極的にどんなことがなしうるのか、それを御尋ねしたいだけです。失礼で

すが、軍隊の導入そのものは何にもならないと思います。局長
ブレヒト博士は、軍事権力保有者は、四八条二項から結論され
るように、執行権をも受け継ぐことができる、と語られました。
あらゆる場合において、執行権の限界がどこあたりにあるか
という問題は、それほど簡単に答えられうるものではない、と
私には思えます。したがって、私どもは、なしえないこと
についてばかりでなく、義務の履行を確保するためになしうる
ことについても、御聞かせいただければと考えます。(5(206))
以上のことについても、明確にしていたかねばならないと考
えます。さらにまた、私どもは、当初シュミット教授によつて
提起されました、実際の具体的な事例においては、四八条一項
と二項との要件とがともに当てはまる場合があるということに
ついて述べたいと思います。もつともそれに対しては、昨日、
すでに反対意見として、いかなる状況においても、これらふた
つの事柄は混同されてはならず、四八条一項と二項との間には
法学的に厳格に区別されねばならない、と主張されました。今
日また、局長ブレヒト博士は、私の関わりました、異常に平穩
であつた事例について語られました。もちろん、その事例は、

確かに四八条一項に関わつたものではありません。しかし、第
一項は、公の安全と秩序とがすでにかなり危機に瀕しており、
崩壊寸前に到っている場合、したがって、第二項の要件をもま
た存在するような場合にも適用されうることは、常にありうる
ことです。実際的にはそのことは、疑いもなく正しいことでしょ
う。しかし、と言うことが、「(それらふたつを)」法学的に区別
をすることを阻止するものでもないでしょうし、またヤーン局
長が言われたような、小理屈をもつて構築された事例を考える
ことをも不可能とするものではない、と考えられます。そのよ
うな事例とは、四八条二項でもつてただちに切り抜けることが
できないというものであり、またもつぱら四八条一項の要件の
みが存在しているというものです。またそのことから、そのよ
うな事例にあつては、(a)ライヒ政府が、積極的になしうること
の限界はどこにあるのか、(b)訴えが関心をもっている、権限の
限界はどこにあるのか、という問題が提示されることとなるで
しょう。私は、ライヒ法律において、ラント公務員の任命が要
求されているにもかかわらず、ラント政府が、そのような任命
を行うことは簡単なことではない、という事例をあげました。

そのような事例は、常に起こりうるものです。そのような事例の場合、四八条一項にもとづいて、どんなことが起こるのでしょいか。今ひとつ、別の事例を、想定してみましよう。四八条一項でもって、このような事例を処理することができない原因がある、と想定してみて下さい。ライヒ憲法は、司法的救済について、いくつかの条文を定めています。それらの規定は、法律にのみ服する、独立の通常裁判所の裁判官によって、司法権が行使されるべきことを定めています。これらの規定は、裁判所構成法の規定によって補充されています。この裁判所構成法は、司法官になる資格について定め、予め定められた審査を受けた者のみが裁判官になりうることを定めています。さてみなさん、今四八条二項を度外視して、次のような事例を考えてみましょう。すなわち、ラントが、次のように語る場合を考えてみましょう。それ〔裁判官についての規定〕は不合理である。すなわち、われわれが、憲法のやり方にもとづいて現在もっている裁判官は、住民がもはや黙って従えるようなものではない。だから、今や別の人と取り替えねばならない。われわれは、われわれの仲間内から裁判官を選任すべきである。しかし、われわれの内

には、試験を受けた司法官試験などとはほとんどないのだから、〔裁判官に選ばれるべき人は〕学生でもよいのであり、あるいは、まったく異なる職業についている、しつかりとした人でもよいのではないだろうか。その人たちこそ、われわれのラント最高裁判所の長官になり、ラント裁判所の長官になるべきである、と。このような事柄に対して、一体四八条一項にもとづいて、何を、ライヒはなしうるのでしょうか。

「ラント代表権は誰がもつか」さらに今ひとつ、別の問題もあり、これをも、みなさんの考察の内に加えていただきたいと思ひます。ある方々は、今回のライヒ・コミッサールは、あるいは、そもそもライヒ・コミッサールというものは、いかなる状況においても、ライヒ参事院においてラントを代表することはできないと論じられ、それに対して、ライヒがその訴訟文書の中で反論されました。このような考え方は、学界においてもしばしば主張されています。そのいずれが正しいかということについては、とりあえずは留保しておきます。ただ、そのような事柄が無条件的に引き出されるものかどうか、すなわち、従前の権力、つまり、ライヒ・コミッサールによって排除された

従前の権力が、なおライヒ参事院において機能し、投票について訓示を出すことができるものかどうかについて、御尋ねしたいと思います。学界においては、そのいずれのものも、ライヒ参事院において、もはやラントを代表することができないという意見もあるようです。(S. 210) またその投票は、停止されているものと見なすこともできるという意見も主張されています。まさにこのような主張を、今私どもの考察の範囲の中に入れるとすれば、すなわち、双方の側においても考慮していただけるということになれば、ますます、困ったことになるのではないかと私には思われます。すなわち、では、停止とは何か、すなわち、停止されているのは、ライヒ・コミッサールの職務なのか、あるいは、とりあえずその職務から排除されている、従前のラント政府の構成員の職務なのか、という非常に難しい問題が生じます。私の考えでは、これらの問題に答えるためには、私どもが、先ごろ、妥協にもとづいて到達いたしました状況、すなわち、事実上投票は停止され、あるいは、本質的に停止されたままにしておくという状況を考えに入れる時、ますます特別に考察することが必要となりましょう。

この問題について、さらにもう少しことを付け加えたいと思います。私の考えでは、この問題は、訴訟文書中で、あまりに簡単にのみ触れられていると思います。ライヒ・コミッサールは、プロイセンのために、ライヒ参事院において投票をすることができるといふ、この問題についてのライヒの見解は、そう、例えて言えば「雄勁・簡潔」と言うべきかも知れません。(大笑い) まず従前の(ラント)政府が、ライヒ参事院に出席していないと仮定しておきましょう。また、ライヒは、ライヒ参事院において議長地位につき、その会合のために配慮しなければならぬことは自明のことです。また、四八条にもとづいても、かつて一度は承認されたラントの利益ができるだけ保障されねばなりません。これらのことから、議論は出発いたします。今ここで実際の例を上げてみましょう。現在そうであるように、プロセインの(ライヒ参事院における)議席が空席になったという状況を仮定してみましょう。そのような場合に、私には、次のことは、自明のことに思われます。すなわち、ライヒは、プロイセン以外のラントに対して、この問題について何か言うべきことはないかと尋ね、しかる後に、プロイ

センのために、これこれの事柄が、主張されねばならず、またプロセインの利益、あるいは、その見解からすれば、これこれの意見が主張される、と言わねばならないでしょう。もちろん、その場合に、このプロイセンの意見なるものが、たとえライヒの意見とズレている場合でも、そうする必要がありましょう。もちろん、そのような場合にあって、非常な困難が存在することは、私も承認いたします。さらには、ライヒ自身の見解というものが、その後にただちに表明される予定の場合には、かかる発言の重みというものが、著しく損なわれることも確かにありうると思います。したがって、私が事態を正しく理解しているとすれば、今日の状況は、プロイセンが、ライヒ参事院において目に見えない存在となっていることでしょう。このような状況がどのくらい続くものか、どのような結論が出てくるものか、行政の任務についていかなる危険が生じてくるものか、とくにライヒ立法への協力という任務について、絶えずどのような危険が生じてくるものか、さらには、プロイセン自身にとつては、どのような不利がそこから生じてくるものか、これらすべての事柄につきまして、訴訟文書に扱われているより

ももっと詳しく扱っていただきたい、と考えております。

局長ブレヒト博士…ライヒ執行に軍事権力を使用する意義

ある義務を負っているラントが、その義務の履行を、法的な手段によって、純粹に法的なやり方で、どのように強制されるものか、という疑問が出されました。しかし、私どもは、その前に今ひとつ別の問題を提起したいと思います。すなわち、四八条一項とライヒ執行とは、もともと別のものと考えられていたのか、という問題です。さらに言い換えれば、あるラントに派遣された軍隊の圧力によって、その心理的な作用の結果、間接的ながら、ラントや、この事柄に関係するあらゆるものごとが、それまで持っていた意味とはまったく異なった意味を、すなわち、義務を履行するというのとはまったく異なる意味を担うという結果にならないであろうか、という問題です。もちろん、この場合、私どもは、履行しうる義務というものを前提としております。これは、戦争において作用し、国家をして平和締結へと誘うのと同じ手段なのです。軍事的な手段の適用というのは、さまざまのやり方で行使されるものです。かかる適用は、必ずしも戦いである必要はありませんが、しかし、また楽しい

というものでもありません。占領は、それが金をもたらし、兵士の見世物や軍隊音楽を準備するという限りでは、快適なものでもありうるでしょう。しかし、またかかる占領も、「七時以降、

何人といえども街頭に出るはならない。もしこの命令に違反して出る者は、ただちに射殺される。すべての人々は、二日毎にそれぞれの場所において届け出をしなければならない」という命令によって、不愉快きわまりないものとなりえましょう。以上のすべてのことは、占領というものが、人々にとってほとんど耐え難いほどの苦痛となりうることを示しています。

(S 21) このような手段について、私どもは、歴史からも多くのことを学び、またごく最近の出来事からも学んで知っております。そのような心理的な作用によって、国家に与える可能性は、非常に大きなものがあります。したがって、ライヒ大統領が大臣を罷免できないからと言って、ライヒ大統領が無力であるとは、到底言えません。そのような場合には、ライヒ大統領は、法的な性格をもつ文書の遣り取りという方法でしか行動できないというわけのものでもありません。たしかに、そのようなやり方が、より穏和な手段として望ましいものである

にはしても、それが、四八条一項の場合に、念頭に置かれてい

るわけではありません。

〈ライヒ参事院への出席権〉次にライヒ参事院の問題に移りたいと思います。これまで、つまり、以前の内乱状態の時代においても、また最近の十年間においても、軍事権力保有者の側から、連邦参事院、あるいは、ライヒ参事院における投票権、あるいは、それへの出席や意見表明ですらも要求されるということはありませんでした。そんなことは、今日におけるまで、誰にも、まったくいかなる人にも許されることはありませんでした。現在ライヒ参事院における活動は、停止しています。訴訟文書には、誤って八月二日となっていますが、実際には、八月一日の会合以来、今日にいたるまで、いかなる会合も、まったく開催されておりません。かかる解決は、日常的なこまごまとした仕事をすべて犠牲にすることにより獲得されたのです。しかし、このようなことは、そんなに長く続けるわけには行きません。ライヒ参事院は、開催されねばなりません。ライヒ政府が、ライヒ参事院を招集され、審議を開始されようとするればどんな場合でも、常に、私どもは、プロイセン・ラント首相や

プロイセン・ラントの大臣の提訴にもとづいて、「ライヒ政府が会議を開催されれば、これら的大臣たちが出席するであろう」と申しあげることとなります。すなわち、ライヒ政府が会議を開催されれば、ブラウン・プロイセン・ラント首相、ヒルトジッファ・プロイセン・ラント大臣、および、シュライバア・プロイセン・ラント大臣が、出席されることとなります。この人たちは、プロイセンのために発言し、投票を行います。そのような会合が、さらにどのように継続されるでしょうか。バイエルン、バーデン、あるいは、その他のラントは、このような投票を御認めになるでしょうか。また各県の代表も、その大多数は、同じような意見を御持ちになるでしょうか。その結果、もしかかある会合で、投票をするということにでもなれば、ライヒ参事院がもっております「全権代表の資格の」正当性の審査権にもとづいて、プロイセンの大臣たちを支持するような結論にいたるでしょう。このような見解を、私自身が歓迎しているわけではありません。しかし、ライヒ政府は、このような見通しをおもちのために、会合を開催し、起きるかもしれない衝突を避けようとして、会合を延期することを選ばれました。

《ライヒ参事院におけるライヒの役割》さてライヒ憲法が存在しないと仮定してみましよう。その場合、ライヒ参事院におけるもつともスマートな逃げ道とは、どんなものでしょう。また最善のものは、どんなものでしょうか。ライヒ・コミッサールが、プロイセンを代表すべきでしょうか、あるいは、プロイセンの大臣が、「プロイセンを」代表すべきでしょうか。あるいは、そもそも誰も、「プロイセンを」代表すべきではないのでしょうか。このような問題を考えていますと、あるいは、誰もプロイセンのためには、そこ「ライヒ参事院」には居ないのだ、という結論にもいたりかねません。しかし、その結論は、中でももつとも取りえないもの、と思われまします。今大きな影響を及ぼす法律、例えば、ライヒ改革をめぐる法律などについて、問題が提起されているとしてみましよう。このような法律にかんして、プロイセンが代表されないまままで審議が行なわれる、ということがありうるでしょうか。あるいは、このようなライヒ改革にかんする法律に際して、プロイセンは、ライヒ政府によつて代表されるべきである、というのでしょうか。ライヒ政府が、一方の側にあり、プロイセンを除く、その他のラントが、

他方の側にある、という対立当事者としてあるべきというのでしょうか。もちろん、この場合、諸ラントもまた、それぞれの立場から、ライヒ政府の存在を変更しようとするものです。むしろ、ライヒ参事院におけるライヒ改革にかんする法律の審議に際して、ライヒ政府は、プロイセンに対しても、対立しているのではないのでしょうか。ライヒ政府の義務は、妥協のできる線を探究することにあります。これに対して、プロイセンは、バイエルンやヴュルテンベルグ、バーデンと並んで、自己の改革提案を提出し、またこれらの各ラントも、それぞれの立場から、それぞれの提案を主張することができます。これに対して、ライヒ政府の役割は、妥協案をもつて調停することにあります。以上でもって、そのような会議が、プロイセンが代表されているか、いないかに応じて、いかに異なって運営されることになるかについて、明らかにすることができた、と考えます。以上、申しあげたことは、多くの事例の中の、ほんのひとつのことにすぎません。しかし、それは、決定的に重要なひとつの事例なのです。ライヒ改革にかんする法律は、ライヒ参事院において、プロイセンの議席が空席にされたままで、審議されう

るようなものではありません。そのような法律の審議は、プロイセンの議席にライヒ・コミッサールが着席することによっても行うことはできません。ただただ、そのような審議は、政治的にも、法的にも、プロイセンの議席にプロイセンの代表が着席してはじめて行いうるものなのです。(6.212)

〈代表者の全権代表権〉 執行が行われることによって、具体的なある個人が、建物の中に入ることを阻止されうるものか、すなわち、その人が、ライヒ参事院の審議に参加することを、事実上邪魔されうるものかどうかというのは、以上とはまた別の問題であります。その場合、それらの人々は、自分のもつ全権代表権を代表しております。ここで、ブラウンシュバイイクの事例を考えてみましょう。ライヒ参事院のもっとも古くからの構成員であります、エクゼーリン・ボーゼン氏は、もっとも早い段階におきましては、ブラウンシュバイイクの大公を代表し、その後のメルグ氏を代表し、次には、左翼政府、右翼政府、そして今日では、国民社会主義者の政府を、次々とライヒ参事院において代表しなければなりませんでした。時としては、彼に対して、具体的な事例について、いかなる訓示も与えられな

い時もありましたが、その時でも、彼は、自分の一般的な全権にもとづいて、ラントの利益を護り続けねばなりませんでした。彼が、全権を与えられている限り、すなわち、彼が、ラント政府によって全権を与えられている限り、つまり、彼の投票が、ライヒ参事院において認められている限り、誰も、ボーデン氏に對して、「あなたは、本日、一般的な訓示、あるいは、特別の訓示を与えられていますか」などと尋ねようとはしませんでした。以上が、ライヒ参事院における従来守られてきた慣行です。同じことは、現在のように、「(ラント) 大臣が(ライヒ参事院における) プロイセンの議席につこうとするのを事実上妨げられているような場合にも、プロセインのために、ライヒ・コミッサールのためではなく、まさにプロイセンのために投票をする、その(ラント) 大臣の代理人である全権代表が議席につく必要があります。したがって、委員会の最初の会合において、投票を行います全権代表ノビス局長が、立ち上がって、「私は、ライヒ・コミッサールのために投票を行うものであります」と述べたのは、決定的な誤りです。もし、彼が、そんなことさえ言わなければ、つまり、彼が、私はライヒ・コミッサール

ルのために投票するなんてことを言いさえしなければ、彼は、従来通りの、従前の政府からの全権をなお持ち続けたでしょう。またさらには、誰も、彼に對して、一体あなたは、誰のために投票を行い、誰から訓示を受けているのですかねて尋ねはしなかつたでしょう。さて正しい政府は誰か、すなわち、今私どもが代表しております(ラント) 大臣たちが、これらの全権をなお持ち続けているものかどうかという問題について、ここですべて以上立ち入る必要はないと思います。もちろん、この問題について申しあげれば、従来、「(ラント) 大臣たちは、これらの全権を間違ひなくもっていたのです。いずれにしても、この大臣たちが、自己の代理人を召還する権利をもっていることは、自明のことです。

ベータース教授…へコミッサールの行いうる処置」さて私は、長官が提起されました問題につきまして、できるだけ具体的にお答えするように努力したいと思ひます。まず作為と不作為との間に區別がなされなければならない、と考えます。次に、代理できる行為と代理できない行為とが區別されるべきである、と考えます。この代理できない行為という概念で、私どもは、

ラントが独自の国家であるという性格のために、ラントによってのみ、とりわけ、ラントの機関によってのみ行なわれるものを考えております。このふたつのものを表現するために、ひとつ例をあげましょう。長官が上げられました例は、また異なるグループに属しております。執行というのは、強制的な処置です。一般に行政庁の強制に当てはまる一般的な規定は、この場合にも当てはまります。代替的に、どんなことが行われうるでしょうか。ライヒ・コミッサールによる代替的な処置は、代理しうる行為についてのみ可能なことです。代理しえない行為については、直接強制によって強制されることになります。時には、軍事権力もちいて行われることもありうるでしょう。当該の行為が行われることが、力づくで阻止されているような不作為の場合も、同じように考えられます。

〈ラント公務員の任免〉以上の一般的な議論の後に、私どもは、長官が上げられました問題について議論を行いたいと考えます。まず第一に、ラント公務員の任命の問題です。かかる任命というのは、私どもの側で何度も繰り返して申しあげております私どもの見解からしますと、ラント政府によってのみ行い

うるような機能です。ここで、驚とライオンの例に戻りますと、驚は、決してライオンを生みだすことはできません。(S. 213) したがって、この場合でも、ラント機関のみが、ラント機関を生みだし、ライヒ機関は、決してラント機関を生みだすことはできません。もし公務員が任命されるとすれば、それは、ただコミッサールの〔暫定的〕にのみなされうることです。ライヒ・コミッサールが、あるコミッサールを、つまり、暫定的な職務執行者を定めることができるのと同じように、その他の多くのコミッサールを、自分の援助者として任命することはできます。

〈執行が行いうる具体的事例〉長官の上げられた、司法が、ライヒ憲法の枠内ではなく、適切に訓練されていない人によって行われる、という例を考えてみましょう。したがって、この場合には、ラントの側において、禁じられたことが、現実発生している、ということになります。すなわち、任命されるべきでない公務員が、任命されている、ということになります。強制は、この場合にあっては、そのようなことを阻止するために、必要とあれば軍事力を用いても行使されねばならないでしょう。とりあえずは、そのような公務員が任命されることを

阻止し、次いでは、直接的強制によって任命文書の交付が阻止されるべきでしょう。すでに任命文書が交付されてしまっている場合には、ライヒは、規定に合致するような訓練をあらかじめ受けていない、当該の裁判官が、裁判所の建物に立ち入り、その職務行為を行おうとするのを、必要とあれば力を用いて阻止することができます。

〈三人会議におけるプロイセン首相の地位〉さて次に、ライヒ参事院における状況についての議論に入る前に、未だまったく議論されてはいませんが、政治的には一定の役割を演じている事柄について、ここで少し思い起こしていただきたい、と思います。それは、ラント議会が解散した場合の、三人会議（プロイセン・ラント首相、プロイセン・ラント議会議長、ケルン市長の構成する会議体）におけるラント首相の地位であります。この場合には、ラント首相の極めて個人的な権利が問題となります。その権利は、代理できない行為に関わるものですから、ライヒ・コミッサールによって行使できないことは自明のことです。この権利は、特別のラント機関としてのラント首相に、そのラント首相という資格において、その自由裁量にお

いて行使されるべきものとして帰属するものです。

同じことが、ライヒ参事院にかんしても存在いたします。ライヒ参事院における代表は、ラントにおける、まったく典型的な、高度に個人的な権利を行うものでありますから、ライヒ・コミッサール、あるいは、いかなるライヒ機関も、ライヒ参事院への代表を、自分たちで任命することは、完全に否定されております。このような個人的な権利という性格は、ラントが独立の国家であるということに、その理由をもつものです。

〈憲法違反のラント政府のライヒ参事院への出席権〉もっと難しい問題は、第二の問題です。すなわち、ライヒに対して力づくで抵抗しているラント政府が、ライヒ参事院への全権代表を任命し、その全権代表が（ライヒ参事院に）やってきた場合、その代表の議席は、空席のままにしておかれるべきものか、あるいは、その者たちの職務執行が阻止されるべきものかという問題です。この場合には、この全権代表たちは、ライヒ参事院に出席することによって、力づくでライヒ法律やライヒ憲法を侵害しようとしているのだから、彼らの活動を事実上阻止することも、合法となりうるといような事例を考えることもでき

る、と思います。もちろん、私どもは、実際には、彼らが〔参事院へ〕出席してくることは、まったくありえないことと考えますが、それでもそのような事例が、もし起きるとすれば、このような具体的な場合には、そこには実際には権利の濫用があるのですから、ライヒ政府は、かかるライヒ参事院への全権代表の、その権利の行使を事実上阻止することができる、と考えられます。しかし、その場合でも、ライヒは、かかる代表を、別の人でもって置き換えるということではできません。その他の点については、そのような事例にあつては、ライヒ参事院が、自分自身の運営規則にもとづいて、自分で処理いたします。したがって、通常は、ライヒは、ライヒ参事院の全権代表を阻止するための契機を持ちませんし、たとえライヒ・コミッサールが存在するにしても、ライヒやその他のラントに対するプロイセンの権利は、通常のプロイセン参事院の全権代表によつて、完全に適切に代表されるのです。したがって、その限りでは、いかなる難しいことも存在いたしません。バーデンの代理人が、言われましたように、ライヒ参事院の全権代表によつて、その地位の濫用が行われました場合には、その代表が

述べられたことについて、遺憾の意を表明して軽く受け流す、というのが正当と考えられます。(S. 214)

以上申しあげました原理から、その他の問題につきましても、大体のところ、それほど骨折りをしなくとも解決できるかと考えます。

ヤーン局長…「ライヒ執行でなし得ないことの確認」非常に簡単にのみ御注意申しあげたいと思います。ペーターズ教授の御議論は、法律家にとつては、まったく的確なものでございます。私もバイエルンの立場からしますと、何がなされうるかということについて申しあげる気持ちはまったくございせん。私どもは、ただ何がなされえないかということを確認していただきたいだけでございます。今私どもが、この議論に参加していることすら、実はすでに私どもの本来の訴訟目的をはみ出していることなのです。しかし、私はもちろん、あらゆる観点から見ても、起こる可能性のあることならについて、ライヒに対して申しあげるべき義務をもつものではありませんが、この問題に対しては、お答えできるかと思ひます。ここで、私どもは、アンシュッツ枢密院顧問官のなさった御注意のみを指摘し

ておきたいと思います。教授は、軍事的権力のみが唯一の手段であるわけではなく、それ以外にも、例えば、ライヒがラントに対して負っている支払いを停止するなどの方法もある、と述べられています。もちろん、このような論争において、このようなことを申しあげるのは、私どもの側からすれば、まことに都合の悪いことであります。(大笑い)しかし、今私どもの現在あります状況とおり、客観的に申しあげます。そのようなやり方は、ラントに対して、すみやかに、規定に従って訓練されていらない裁判官を解雇させ、ラントにおける状況を再び正常にもどすことのできる裁判官を任命させるのに、有効であろう、と思われまゝ。

ヘラー教授…「連邦構成国の権利」…スイスの例 さて、今私どもがここで議論しております問題が、北ドイツ同盟やドイツ・ライヒの時代においても、まったく論じられたこともなく、したがって、また答えられたこともないというのは、大きな意味のあることのように思われます。いやそれに止まらず、そのような問題は、単に一八六六年以降のドイツにおいて論じられなかっただけではなく、数百年以来、スイスにおいても、アメ

リカにおいても、連邦国家になって以来のオーストリーにおいても、まったく論じられたことがないので。そのことには、考えるべきことがあるように思われます。それには、ただひとつの答えがあるだけに思われます。すなわち、連邦執行というものは、憲法に違反する状況をできるだけ早く除去するという目的をもって行われるものである、ということでもあります。七月二〇日には、ライヒによって、憲法違反の状況を作ただけ長引かせるという目的をもって、この連邦執行が行われましたが、以上、申しあげただけからしても、この問題が、できるだけ詳細に扱われなければならないということが御理解いただける、と思います。アメリカや、スイスの学界においては、以前の事例の場合と同じように、そのような事例の場合に、どのようなことが起きるのかということについて、まったく触れられていません。しかし、私は、みなさんに、外国の連邦国家における、ただひとつの例を御示しすることができると思います。それは、プレヒト局長やヤーン局長が、代理でないラントの権利として語られたような権利が、スイス連邦や、アメリカ合衆国においては、事実上、いかなる人によっても要

求されたことがないということを明らかにしてくれるものです。スイス連邦においては、この数百年間にわたって、カントン政府が、たとえ瞬間的といえども排除されえないということは、極めて明白に認められております。このことを、確認することが、まず第一に重要なことです。数百年間にわたって、そうだったのです。このような表現を、私は、レットリック的な強調として申しあげているのではなく、ヒルティの論文「連邦の干渉 Die eidgenössische Intervention」(スイス連邦政治年鑑、一八九一年、六一頁)から、ことは通りに引用しているのです。(長官…一八九〇年には、実にさまざまの事柄が起きました。)確かに、そのとおりですが、これから申しあげることは、その時にただ一回起きたきりのことです。ひとつの政府が、交代いたしました。しかし、いかなる政府も、排除されたことはありませんでした。それ以来、ただひとつの政府といえども、排除されたことはなく、すなわち、数百年間にわたって排除されたことはありません。ただ一度だけ、一八九〇年九月に、政府が交代させられました。もちろん、テッセン・カントンの事例です。その当時、テッセン・カントンにおいては、ある党派によ

る、他の党派に対する革命が行われ、政府は、武器をもって追いつかれ、国家参事会 *Staatsrat* (スイス連邦の中央政府) は、その活動を停止していました。カントンの政府を再建するためには、連邦の中央機関がまず作られねばならず、何よりも第一に、政府自身が引き受けられねばなりませんでした。(S. 215) では、そのような状況は、どのぐらい続いたのでしょうか。九月一二日に、政府が打倒され、一〇月一日には、もうすでに以前の政府が再建されました。その他のすべての連邦国家においては、連邦は、常に、憲法に合致する政府を支持しようと努力し、そのような政府が、できるだけすみやかに再び自己の職務につくように配慮するものです。したがって、ここですでにだ今とり扱われました問題はすべて、まったく成立する余地のないものであります。

《アメリカの例》さらに今ひとつ、外国の法を参照すること、御許しいただきたいと思えます。例えば、アメリカの憲法は、われわれの考えますような「連邦」執行というものを、そもそもまったく知らないということが、まず大切なことです。それも、ただ偶然に、そのようなものが、規定されていないと

いうわけではないのです。そうではなく、一七八七年の憲法案審議に際して、同盟の構成員が、同盟の法律に反して、自己の義務を履行しない場合、そのような構成員のいずれに對しても、同盟の軍隊を派遣する権限を、同盟の議會に与えると定めた規定が、事実上提案されたのです。それは、御存じのとおり、ヴァージニア草案の第六条にありました。マジソンの提案になります、このような重要な規定は、国家〔州〕に對して、軍隊を派遣するのは、決して合目的でもなければ、正しいことでもないという意見を、人々がもつにいたつたために、結局明確に拒否されるにいたしました。そのような条文は、その提案者自身によつてすらも、同じ理由から拒否されるにいたつたのです。今日のな解釈として、重要な個所だけを簡単に引用しておきましょう。それは、最新のものです、もつとも包括的なW・ウィロビーのアメリカ憲法についての著作『合衆國憲法』一九二九年、第一卷、一三六頁以下の個所です。

「同盟している各国家〔州〕が、一致して、自分たちは連邦國家を構成していると考えている。かかる連邦國家においては、連邦權力高權は、構成國家に對する直接的な処

置によつて維持されるものではない。そうではなく、それは、自己の管轄權に服している人々に對して、それぞれのもつ國家〔州〕の政治的な權力保持者がどのような意見をもとうとも、あるいは、どのような努力をしていようとも、自己の意志を直接的に貫徹することのできる、自己の權力の内に表現されているのである。これらの各國家〔州〕の憲法や法律が、連邦權力に對立するものとなる可能性は常に存在するのである。

……各國家〔州〕が、自己の管轄權の下にある人々に對して、連邦法律に對する服従の拒否や抵抗を煽ることがある。しかし、かかる事實は、決してこれらの人々に對して、刑罰を受けなくてもすむという保障を与えてくれるものではない。何故なら、いかなる人といえども、憲法違反の法律の背後に隠れるということはできないからである。何故なら、そのような法律は、すでに述べたように、そもそも眞實には法律ではないのであり、ただ単に効果をもたない法律の試みにすぎないからである。」

したがって、ラント政府が、憲法違反の事柄を決議し、市民

が、憲法違反のことを煽られる場合、アメリカ法によれば、連邦には、いつでもこれらのものに対して武装権力をもって対処することが許されています。時としては、個々の政府構成員に對してすらも許されるのです。しかし、それにもかかわらず、政府が罷免されるということは、決して可能ではありませんし、全期間を通じて、ただの一度も起きたことはありませんでした。いずれにせよ、スイスにおいても、アメリカ合衆国においても、カントン、つまり連邦構成国の代表が、中央において、すなわち、連邦會議とか、上院において、連邦によつて訓示を与えられ、代表されるということなど、ただの一度もありませんでした。スイスやアメリカにおいて、この数百年間必要でなく、ドイツにおいても一八六六年以来必要とは考えられなかったようなことがありますが、今必要であるとされているのは、実に興味津々たるものがあります。何故こんなことになったのかと言いますと、本件においては、連邦執行の要件が、ライヒ憲法や、多くのよその国々において考えられているのとは、まったく異なつて考えられているためです。(S. 220) すなわち、本来の連邦執行は、できるだけ速やかに、憲法に合致するような政府を再

建することを目的としているのに対して、本件においては、その行為の目的が、まったく逆であるからです。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…これまで、御議論いただいたことがらについて、まずライヒ政府の側から御答えいただくのが宜しいか存じますが。

ヤコビ教授…ライヒは連邦国家ではない…連邦国家概念のあいまいさ。私は、ライヒ政府に対する専門的助言者という資格においてではなく、まったく自分自身のために、個人的に、予め簡単に申しあげておきたいことがございます。私は、個人的には、ライヒは、バイエルンがライヒに対して提起いたしました訴えを、ただちに承認できるのではないかと考えております。すなわち、「ライヒは、ライヒ憲法の四八条一項のライヒ執行というやり方で、ライヒ憲法やラント憲法にもとづいて、ラントに与えられている国家権力の機能を、ライヒの連邦国家という性格に合致する限りで、ライヒのために剝奪することができないにすぎない」というバイエルンの主張は、ただちに承認されうるものと考えられます。さらにそれに付け加えられました「侵害されていると考えられるラントの義務を履行す

るために必要とされる」という文章は、せいぜいのところ、裁量の事後審査をどのような観点の下に行うことができるかという問題に際して、重要性をもつにすぎないものと考えられます。その他の点については、この訴えは、本来四八条一項にもとと含まれているもの以上のことがらを何ら述べていない、と言わざるをえない、と私は考えます。今どんな事柄が、ライヒの連邦国家的性格と合致するものが問題とされています。しかし、連邦国家という概念から、何事か結論を引き出そうとする試みは、最初からまったく望みのないことのように思われます。何故なら、第一に、連邦国家ということについて、現在法学的に確定した概念が存在しないからですし、第二には、ライヒ憲法においても、いやそれ以外のいかなる憲法においても、ライヒが連邦国家であるとは、どこにも書いてないからです。したがって、このようなふたつの観点から考えても、そもそもこのようなやり方は、必然的に失敗するものと判定されざるをえません。私は、現行のライヒ憲法によれば、一体何が許されており、何が許されていないかを確定することだけが、ここで問題とされるべきである、と考えます。私自身も、これま

での研究において、このような連邦国家という法概念を確定しようと努力してまいりました。すなわち、厳格に規定された法概念を追求してまいりました。その結果、もつとも重要なことは、連邦構成員は、その同意なくしては、決して排除されない、すなわち、その構成、その存在は、法的に保障されているということである、という結論に到達いたしました。このような観点からすれば、私は、ワイマール憲法について、ライヒはいささかも連邦国家ではありえない、という結論に到達せざるをえない、と考えます。その当時、ギーゼ教授は、かかる結論に対して、それが必ずしも不当なものとは言えない、とされました。もつとも、私の記憶が、正しいとしてのことですが。その時に、私は、連邦国家という厳密に規定された法概念でもって考えることができないとすれば、われわれは、ライヒ憲法〔の規定〕によれば、一体何が存在し、どんなことが許されているのかをこそ、尋ねるべきではないか、とも申しあげました。このような手続きを経てはじめて、ドイツ連邦国家において、ライヒ憲法は、ライヒとラントとの状況を、これこれと規定しているのだ、と言うことができることになるでしょう。

「一項から導き出せる意味」 以上のように、連邦国家の性格ということから、四八条一項にもとづいて、なしうることや、なしえないことについての何らかの情報を引き出すということはできないこととなりますと、さしあたり四八条一項の文言のみが残るということになります。そういったしますと、次には、この文言から何が引き出されるかということが、問題となります。そして、まさに今根本的に問題とされています「ラント政府の罷免は、不可能である」という主要テーゼを、ライヒの連邦国家という性格から引き出すことも、また四八条一項の文言から引き出すことも、共に不可能である、と考えられます。「ラントが、ライヒ憲法またはライヒ法律によって与えられている義務を履行しない場合、ライヒ大統領は、その義務の履行を武装兵力を用いて促すことができる」という文言は、一体何を言っているのでしょうか。(S. 121)「その文言から、したがって、ラント政府は、無条件に存続しなければならない」という結論を引き出すことができるのでしょうか。おそらく、そうではないでしょう。その文言から、「ラントは、無条件に存続しなければならない」とは言えず、あえて言いうるとすれば、

「ラントそのものは、四八条一項にもとづいて、存続しなければならない」とは言えるかも知れません。みなさんは、ラント政府が存続しなければならないということを、どのようにして、その文言から導きだされるのでしょうか。以上、したがいまして、この論点にかかわります問題は、すべて、この限りでは、まったく重要性をもたない、と考えられます。四八条一項から、すなわち、その文言から、「ラント政府が存続しなければならぬ」という方向で、結論をむりやりに引く張りだすことではできません。さらに付け加えて申しあげれば、今具体的に決断されるべき本件紛争におきまして、あらゆるラント政府をも排除するということなぞ、まったく問題となっておりません。本件で問題とされているのは、ラント政府を一時的にその職務から外すこと、すなわち、停止することにすぎません。以上が、ライヒ政府の考えであります。

「ライヒ執行など存在しない」では、どのようにして、このことが正当とされ、またどの程度まで、かかることが可能とされるのでしょうか。ここでも、四八条一項には、ラントの義務を履行させることが規定されているということから出発しな

ればなりません。私は、みなさんが、常々ライヒ執行ということばを用いられることからして、すでに誤りである、と考えております。四八条一項には、執行など規定されているのではなく、ラントに義務を履行させることが規定されているのです。すなわち、ラントに対して、その義務を強制的に履行させることが問題なのです。

〈ライヒ執行・ライヒ強制・行政強制〉このようなライヒ強制、私ならこう呼びたいと思いますが、このライヒ強制は、行政法において、行政強制について当てはまるのと同じ原則に従って取り扱われれば足ります。何故なら、ともに同じように、公権力による、すなわち、国家によって行使される強制を問題としているからです。この際に、ふたつの基本的に異なった強制が区別されるべきでしょう。すなわち、その第一は、強制執行であり、国家の具体的な行為が執行される場合に問題となります。このような強制執行は、一九条二項のような、判決の執行の場合にも行われますし、また、単に判決を執行するだけでなく、その他の場合にも行われうるようなものであります。

この強制執行のひとつの例は、現在では、例えば、プロイセ

ンの警察行政法に規定されており、行政法学が展開してきた直接的強制であります。これに対して、このような強制執行と並ぶ、処置の直接的執行という第二のライヒ強制が考えられます。

この処置の直接的執行は、執行規定をもたない強制であり、それに先行する国家行為の存在しないものであり、アンシュッツ教授によって要求された権原をもたないものです。このような処置の直接的な執行を行政法上認めることのできる根拠は、ゲズグズと遅延することが決定的な危険を引き起こすということだけでなく、それとともに、このようなことを直接的に行うことが、国家にとって特別に利益となる、ということにあります。

〈執行手段・秩序罰、代執行、直接強制〉このような根拠づけにもとづいて、では、かかる強制手続きの強制手段は、何かという問題になりますと、この場合でも、行政強制の体系に従って、以下のような区別を行うことになります。強制執行の場合には、よく知られています三つの強制手段があります。すなわち、秩序罰 *Zwangsstrafe*、強制的代執行 *Zwangsvornahme*、直接強制 *Gewaltanwendung* です。直接的な強制の場合には、不作為を強制するとか、あるいは、受忍させるという直接強制

の手段しかありません。このような強制手段の内の、いずれが、今問題となっているライヒ執行の事例において実際に考えることができる、適用することができるのでしょうか。命令違反罰 *Ungehorsamsstrafe*、すなわち、秩序罰は、おのずから排除されます。直接強制は、その本質からして、作為を義務づけようとする場合には適用できず、不作為を義務づけているとか、受忍することを義務づけている場合にしか行うことができません。(S. 218) したがって、執行手段としては、すなわち、直接的に執行しうる処置としては、強制的な代執行しか残されていません。以上、したがって、武装兵力を用いずして、ライヒ執行を行ういう可能性を正確に考えようとする場合、このような代執行が問題となるのは、決して偶然ではなく、完全に理由のあることなのです。武装兵力の派遣は、もちろん、直接強制の場合に当たります。しかし、それも、基本的には、不作為や受忍を強制することができるだけで、積極的な行為を強制することはできません。ですから、それらもまた、あくまでも強制的代執行に止まるのです。

〈代執行の性格・具体的義務〉 技術的意味での強制的代執行

ということでは、具体的な義務が、公権力によって、強制的に執行されることにより、実現されるもののみが理解されます。その場合、執行が、公権力自身により行なわれるか、あるいは、その委任を受けたものにより行なわれるかは問いません。言い換えれば、今問題となっております行為が、国家によって、すなわち、その機関によって、あるいは、国家によって委任されたものによって取り行われることにより実現されるものに限られます。そのようなものは、常に具体的な処置のみです。

それに反して、継続的な行為が問題となったり、永続的な義務が問題となる場合には、かかる技術的意味での強制的代執行は、用いることができません。強制的代執行は、一度の行為で完全に終了してしまう具体的な義務のみを代わって執行することができるのであって、継続的な行為や、継続的な義務を果たすことはできません。まさに本件のようなライヒ執行の場合には、ある特定の義務に際して、ある共同体が、本来取らねばならない一般的な態度を継続的に取っていないということが問題となっています。もちろん、この場合、特定の義務についてであって、決してあらゆる義務について言っているわけではあり

ません。したがって、その共同体に、そのような継続的な態度をとらせるような、特別の執行手段が代わって取られねばならないのです。このような特別の執行手段は、誰の目にも間違えようのない程に危機的な場合には、そのラントの本来の政府や行政を抑え、ライヒが、自己の機関、すなわち、ライヒの執行組織の助けを借りて、秩序に合致するような状況が再建されるまで、事態を暫定的に支配するというものでもありえます。

《代理機関の設置》 また次のようなやり方は、まったく目的に相応しいことであり、またその結果として、四八条によつて許されている手段でもある、と考えられます。それは、そのラントに特定の態度をとらせるために、ラントの機関をすべて職務から排除するのではなく、そのラントの最高の地位にあるものだけを排除し、その地位に、以上申しあげましたようなやり方で、その代理機関を任命するというやり方です。すなわち、ライヒが、かかる関係において信頼することができると考える人を、ラント政府の地位に任命し、このような職務の遂行を委任するというやり方です。もちろん、すでに申しあげましたように、この場合、継続的な現象が問題となるのではなく、かか

る機関は、内閣の任務を、すなわち、ラント政府の任務を、議會權力の抑制の下に受け継ぐべき權力を授權されるのです。

以上のことについて、反論がありうることは、憲法上の制約を度外視すれば、私には思い付きません。しかし、四八条そのものは、第一項とともに憲法の中に含まれており、また独立の権限なので、確かにその憲法上の制約に拠ることはできません。その場合、人々が援用することのできる、このような憲法上の制約については、今ここでこれ以上詳しく申しあげることはできません。というのも、この点について、私どもは、別の関連で、すなわち、六三条との関連で議論をいたしたい、と考えているからです。それについては、私の後で、ビルフィンガー教授が語られます。(S. 216) しかし、そのような憲法上の制約を度外視するとすれば、驚がライオンを生むことはできないというような、あらかじめ結論を先取りしたような、非常識な議論から、どうして、このような手段が可能ではないとされるのか、その理由が、私どもにはよく理解できません。(大笑い) しかし、そこで上げられた例は、自然の問題であり、今われわれの扱っているのは、思考の世界の問題です。何故、こ

の思考の世界の問題について、このようなやり方で、それ自体としては合理的で、目的にも合致すると思われる処置を妨害しようとするのでしょうか。それは、ただそのようなことが、考えられないとか、概念的に不可能であるというためでしょうか。しかし、少なくとも私には、そのような説明が説得力あるものと、受け入れることができません。

〈ラントの差別的取扱いの可能性〉 ライヒ大統領は、あるラントに特定の態度を継続的に取らせたいと考える場合、このラントを、その他のラントと同じに取り扱う必要はない、と考えられます。そのような場合には、ライヒ大統領は、暫定的に、期間を限って代理の機関を派遣して、職務を行わせるということができます。もちろん、その場合、ライヒ大統領には、その職務の全体にわたって、その組織の多くの仕事を省略することもできます。

〈強制管理の可能性〉 このような驚がライオンを生むことはできないという考えは、ある命令の性格が、どの地域の国民 Dietramszeller についての管轄権をもつものであるかということによって、ただちに決められるというような考え方と同じで

す。つまり、ライヒ大統領は、ラント政府に権限を与え、その場合の授權は、ライヒ法律によって根拠づけられます。にもかかわらず、ラント政府が行うことは、ラント法であるということが、管轄権については、承認されています。したがって、四八条にもとづく処置に対する現実的な制約として、かかる概念上の不可能性というのは、まったく説得力をもつものとは思えません。その他、そのようなものを強制管理と呼ぶかどうか、またそれらふたつの内のいずれかを、強制管理と呼ぶのかという問題には、ここでは触れません。何故なら、その強制管理ということは、極めてあいまいなことであります。また、そのことばの故に、ラントの反対を呼ぶ起こすこととなりそうであり、このようなことばに、それほど重点をおくべきではない、と考えられるからです。すでに申しあげましたように、この強制管理ということばは、非常にあいまいなことばであり、何でも強制管理と呼ぶことすらできる概念です。他方では、強制管理が、ライヒ執行の許された手段であるということは、私の知る限りでは、一般に認められています。この強制管理を、執行の一種であると言うのを躊躇させているのは、すでに申しあげ

ました、その概念的なあいまいさのみにすぎません。私には、このような、いわゆる概念的なあいまいさが、〔それを執行の一種と認めることを〕妨たげている本当の原因であると断定することはできませんが、いずれにせよ私は、代理機関を設定することが可能であるという立場をとらざるをえません。さらに、このような代理機関が、ラントの名において機能行使する、すなわち、ラントの権力を、それもすべての権力を行使する場合、当然公務員をも任命し、罷免することもできる、と考えられます。さらにまた、他の点について申しあげれば、ラントの財政のために借入れを行うこともできます。それは、基本的な構造から、おのずから帰結される、自明のことである、と考えられます。いずれにせよ、ライヒ政府がとっております見解からすれば、侵害されていると考えられる義務の再建、あるいは、義務の履行のために必要と考えられる代替的機関による処置しかとることができない、という考え方は、容認されえません。必要な場合に、ラントの継続的な態度を確保するために、また、そのことによって義務違反をも除去するために、すべてのラント権力が、すべての機能をも含めて、この代替的機

関に委任されることができます。このような代替的機関は、ラント政府として登場いたしますし、例えば、〔その権限も〕侵害されていると思われる義務を再建し、履行するのに必要な処置に限られるものではありません。

このようなやり方で、これまで論じられてきた難点はすべて、解消されます。その第一は、四八条一項から、ラント政府が無条件に常に存続しているという〔結論を導き出す〕ことは考えられない、ということです。次に、第二には、ライヒ大統領によつて任命される代替的機関がラントの名において行動するということは、概念上考えられないという見解は否定される、ということです。(S. 220)

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…さて今ここで、閉廷にするのが相応しいかどうか、よく分かりません。もし直接に反駁するために、発言を希望される方がいらつしやるとすれば、もちろん、発言していただいて結構ですが。

ナビアスキー教授…私どもは、少し詳しい議論をしたいと思っております。したがいまして、明日の審理の最初にさせていただければ幸いと存じますが。もちろん、その際に扱わせて

いただくのは、本日、ヤコビ教授が取り扱われました主要な論点についてであります。

ゴットハイマア局長…本日の午後の審理におきまして、相手側では、七人から八人の方々が、四八条一項について、それぞれの解釈を表明されるために交互に発言されました。したがって、明朝、最初に、ライヒ政府の第二番目の代理人に、この問題につきまして発言させていただきたいと存じます。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…それにつきましては、まったく異論はございません。

ライヒ最高裁判所裁判官シュウルプ博士…「公務員の罷免問題…表現の問題か」というよりも、明朝、暫定的に職務を剥奪された大臣たちの、どのような処置が、もともと有効なものと思なされるべきかという問題を、検討すべきかと思えます。ライヒ政府の御説明では、決して継続的な職務剥奪が意図されているわけではなく、またあの命令においてもそのようなことは予定されていなかったということです。また他方では、原告側も、ラント政府の構成員が、その職務を剥奪され、その代わり、ライヒ・コミッサールが職務を行うことを御認めになつて

います。ところで、たった今ヤコビ教授によって、少し異なった表現がなされました。教授は、「窓際〔閑職〕に追いやられる Andie Wand-drücken」と表現されず、ラント政府の大臣たちは、その「職務からはずされる außer Dienst gestellt」、すなわち、「停止される suspendiert」と表現されました。この「職務からはずされる」という表現は、「窓際〔閑職〕に追いやられる」という表現と同じものなのか、どうか、疑いがあります。その窓際〔閑職〕に追いやられるということは、官庁へ入庁することを拒否された政府構成員が存在し、その構成員が、自分の部下と関係をもつことを禁じられたポストが存在するということを前提としています。以上のことと、とりあえずの間、正式に、その職務からはずされている、すなわち、その職務を停止されているというのは、どこか異なるものがあるのではないのでしょうか。もちろん、公務員法には、いわゆる暫定的な勤務停止 Dienstenthebung、すなわち、一時的勤務停止があります。しかし、これは、その公務員が、官庁に入庁するのを阻止され、自分の部下と関係をもつことを禁じられるというようなものではありません。公務員法上の職務停止というのは、一時的にそ

の機能を剝奪されるというものにすぎません。この点について、ヤコビ教授やライヒ政府の側で、どのように御考えなのか、まったく明らかでないのですが。ライヒ政府は、その訴訟文書の中で、停止とも、暫定的職務停止とも表現されています。したがって、そこで、一体何が理解されるべきものか、疑問があります。他方の側につきましても、原告側において、継続的な職務剝奪に対して提起されています反論は、例えば、法的に把握された、この暫定的・一時的職務停止を考えていられるものかどうか、はつきりといいたしません。この点について、なお双方の側で明らかにしていただきたいと存じます。

ヤコビ教授…〈強制的職務剝奪〉 その点につきまして、今すぐに御答えいたします。訴訟文書にも表現されていますが、ライヒ政府の考えでは、今回の職務停止は、まったく特殊な性格なものです。それは、法的には、公務員の強制的職務剝奪 *Zwangsbeurlaubung* と同じものと考えることができる、と思います。すなわち、その公務員は、完全に、その地位には止まりますが、その職務を行わないことが、その義務となるのです。公務員は、強制的職務剝奪に服従しなければならず、その限り

では、自己の公務員としての義務に従って、服従しなければならないのです。もちろん、大臣が、どのような公務員としての地位をもつのかは、また別の問題です。(S. 22) その公務員は、自己のもつ公務員としての忠誠義務に従って、自己の主人の意志に反して、公務員としての機能を行使することはできません。

ライヒ最高裁判所裁判官シュワルプ博士…もしその公務員が、職務行為を行えば、その場合、その行為は、無効となりますね。そこで、プロイセンの大臣たちが、何らかのやり方で、ライヒ参事院の全権代表たちに対して、訓示を与えた場合、その訓示は、有効なのでしょうか、あるいは、無効なのでしょうか。そのような訓示は、いずれにせよなしくることと思われるます。また〔その職務を停止された〕ラント政府が、極めて日常的なことがらについて、一般的な処理を行う場合、それもまた有効でしょうか、あるいは、無効でしょうか。さらにさらに次官が、このようなやり方で、その職務を行った場合、どうなりますか。ライヒ参事院における全権代表の事例は、実際にもありうると思われますが。(ヤコビ教授…その問題については、とくに別に扱うべきではないかと思えます。)職務停止の効力

は、どこまで及ぶのでしょうか。純粋な事実上の職務活動の停止でしようか、あるいは、職務における機能の一時的な剝奪なのでしようか。(ヤコビ教授：私は、後者であると考えます。)

では、その場合、事実上の職務剝奪ばかりではなく、一時的な職務機能の剝奪が行われる可能性について、訴えた方たちは、どのように考えるのかという問題を生じます。これについては、これまでの議論では、未だ触れられておりませんが。

局長ブレヒト博士：この問題に関連いたしましたして、私どもは、明朝、御答えしたいと思います。私どもは、もちろん、職務停止を許されないものと考えております。そのことについては、すでに申しあげてあります。

〈ゲールとの会談について、ゼーベリングの証言〉この点に関連いたしましたして、今日、私どもに届けられましたゼーベリング(ラント)大臣の声明を、本件につきまして、また異なった見解を述べていますので、読みあげたいと思うのですが。(長官：どうぞ。)

ゼーベリング(ラント)大臣は、以下のような声明を、それを読みあげるよう、私に委ねられました。この声明は、昨日、

フライヘル・ゲール(ライヒ)大臣により、電報で、この法廷に示されました声明に関連いたします。ゼーベリング(ラント)大臣は、この声明の中で、この会談の経過について詳細に語られています。

「フライヘル・ゲール・ライヒ大臣の求めに応じて、おそらく六月の中頃に、私のプロイセン内務省において開催されたと記憶している会談において、同大臣は、同大臣によつて、政治的な理由から待命にされていた局長を、プロイセン・ラント勤務として再雇用するように配慮して欲しいと申し出られました。……」

ここで問題となっているのは、メンツェル局長のことです。

「そのような(ラントの)公務員の勤務については、県知事としての雇用が問題になることから、私は、(その申し出に対して)反対いたしました。プロイセンの県の最高責任者を交代させることについて検討を行うか否かは、できるだけ早い時期に、行政の組織変更が行われるかどうかという問題に関わります。そのために、私どもからすれば、ライヒ内務省が、ライヒ憲法の改革についてどのような御

考えを御持ちなのかに、強い関心がありました。

そのために、行政改革の問題について、比較的長い会話が交わされました。その中で、私が、フライヘル・ゲール〔ライヒ〕大臣に、ライヒ内務省の意見を尋ね、さらには、それを何時実行するべきかについて、私の意見をも表明いたしました。(S. 222) すなわち、私は、ライヒ議会選挙の前に、かかることを行うのは、相応しいことではない、その理由は、下級行政の分野について改革を行うことは、選挙の時期に、必要もないのに、引き起こされてはならない、不安と混乱の原因となるから、という意見を表明いたしました。このような見解に対して、フライヘル・ゲール〔ライヒ〕大臣は、明確に賛成されました。

このようにして、私の記憶では、会談は、警察の問題に、したがって、プロイセンにおけるライヒ・コミッサールの設定の噂についてまで及びました。私どもは、過去数日間になたてて起きた騒動について、とくに南部における出来事について意見を交わし、これらの騒動を鎮静するためには、警察の力が必要であるという私の確信を申しあげまし

た。警察は、それを解体しようとする、あらゆる試みにもかかわらず、政府によつて、確実に掌握されていました。ライヒ政府は、本当にライヒ・コミッサールを設定しようと計画しているのか、という私の質問にもかかわらず、はっきりとした回答は、いただけませんでした。しかし、少なくともその時には、ゲール大臣は、そのような計画について詳細に検討されていないという印象を得ました。なおもっと大きな暴動に対抗しうる警察の組織とか、その忠誠義務とかに、わざわざ触れたことから、私は、かかる印象をますます強めました。その当時の政治的状况を、私は、七月三十一日の選挙は、結局活動不可能なライヒ議会を生み出すのではないかと判断しておりました。この点について、なお詳細に説明いたしました。もし大きな暴動が生じた場合には、ライヒは、それに有効に対抗するために、ライヒ自身の権力手段と、大きなラントの警察力を統合する御考えだ、と思われました。ライヒは、そのような処置をとるについて、プロイセンに対する法的根拠がないとしても、ライヒに有利な心理的な状況をもっていました。

そのような場合には、私の意見では、特別のコミッサールを設定するのではなく、ライヒとラントとの人的連合を形成するのが、相応しい処置であるという意見を、この会談で申しあげました。この時に、一年前に、ブリュニンゲ・ライヒ首相とブラウン・ラント首相との間で相談された計画を、私は、思い出しておりました。

この会談全体を通じて、私には、ライヒの委任を受けた者に、**警察力**をすべて集めるという考えが、ライヒにあることが、はっきりいたしました。しかし、ライヒ・コミッサール〔の設置〕は、それも、大臣を罷免し、公務員を解雇し、安全と秩序との再建のために最小限度に必要なこと以上のことを意図する行政処置を行うライヒ・コミッサール〔の設置〕を想定されているなどとは、まったく考えもつきませんでした。私には、プロイセン・ラントに対する行政的処置をとるように、ゲール大臣を促すべき状況があるなどとは、まったく思いつきもしませんでした。また、国民が、もっとも苦悩していた時に、その義務を果たしてきたプロイセンの大臣や公務員を、義務違反という口実の

下に、その職務からはずすということなど、これまたまったく思いつきもしませんでした。」

ゴットハイマア局長…ただ今のゼーベリング〔ラント〕大臣の声明につきましての、私どもの見解は、明朝にさせていただきます、と思います。

以下の審理は、木曜日の午前九時三〇分に延期された。

(閉廷午後七時)