

「プロイセン対ライヒ」(七月二〇日事件) 法廷記録(四)

山下 威士訳

第四章 ライヒの連邦国家的性格

(S.112)

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…それでは、以上をもって事実に関する部分を終了して宜しいでしょうね。

〈論点の列挙〉もちろん、最初に申しあげておきますが、法的な考察を行っている際にも、必要な限りで事実には立ち帰るこ

とは、決して阻止されるわけではありません。

それでは、昨日申しあげました予定に従って、これから法的问题の審理に入りたいと思います。まず四八条一項の議論から始めたいと思います。その場合、昨日の予定からしまして、四八条一項にもとづいて行動する場合の要件から議論を始めたいと思います。当法廷で特に議論していただきたいと思ひますのは、昨日申しあげましたように、次の点です。すなわち、何をもってラントの義務違反となすのか。四八条一項は、主観的過

失を要求するのか。さらに、四八条一項にもとづいて行動を開始する際に、学界において論じられておりますように、義務違反が存在することについての通告を行うことMangeltueが必要とされるのか。そして最後に、四八条一項にもとづいて行動を起こす際には、事前に国事裁判所による義務違反の確定が存在する必要があるのかという論点です。——以上の四点は、特に考察に値すると思われます。当然のことではありますが、この四八条一項についての議論の際に、以上申しあげた要件について論じていただきたいということ以外には、いかなる制約も存在いたしません。

ヤーン局長…長官は、昨日、法的議論の最初に、ライヒの連邦国家的性格の問題について議論を行うつもりであるとおっしゃいました。それは、私どもにとつて実に喜ばしい御発言でした。と申しますのも、バイエルンの訴えにとつて、ライヒの連邦国家的性格というのは、そもそもその基礎づけをなすものだからです。そして、この議論が始まりましたら、バイエルンの代理人にこそ、この問題についての原則的な議論をさせていただきますものと期待しておりました。ところが、ただ今お

聞きしたところでは、この可能性がまったくありません。というのも、ただ今の四点は、いずれもバイエルンの訴えにとつては大して重要ではないからです。これらのいずれの議論にも、私どもは参加したいとは思いません。長官にお尋ねいたしますが、絶対にこのようなやり方でなければならぬものでしょうか、あるいは、昨日の御提案におもどりになられますでしょうか。もし昨日の御提案にもどられるようでしたら、是非今から発言をさせていただきます。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…私はまず最初に、この四つの点が、それぞれ特に考察するに値するものであるということとを申しあげておきます。しかし、それ以外のものも、この議論の枠内にあるものなら、四八条一項について語られるべきことは、語られるべきであると思います。今申しあげたことに、さらに今ひとつの、そもそもライヒ憲法において四八条がいかなる地位をもつかという論点を付け加えることが合目的かどうかは、私にはどうでもよいことのように思われます。つまりこの議論に、ライヒ憲法の基本構造、すなわち、ライヒとラントとの基本的な関係についての議論を付け加えるかどうかという

ことは、どうでもよいことではありませんか。私としては、この議論の枠内に、まったくうまくはめ込めようのではないかと思います。(S113) もちろん、四八条一項と二項とは、非常に異なった要素をもつてはありますが。しかし、いずれにせよ、みなさん方が、四八条についての一般的な議論をまず行いたいということであれば、私としてはもちろんそれに反対するつもりはありません。

ヤーン局長：長官、長官は、昨日、四八条の制定過程やその発展過程、さらには諸外国における、それに似たような制度の発展についての一般的な議論をもなさるつもりだとおっしゃったではありませんか。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士：どうも、興奮なさらないで下さい。それでは、四八条、とりあえずまずライヒ憲法における四八条の地位についての議論を始めたいと思います。

アンシュッツ教授：私は、ヤーン局長の御提案を支持したいと思います。それも、確かに一見したところあまり重要とは思えないかも知れませんが、しかし、私どもが価値を置いている、特殊な理由があるからです。これまでの議論の材料は、ほとん

どがプロイセンの側から、とりわけブレヒト局長とそのあたりのお仲間から出されてきました。そして、私どもは、バイエルンとバーデンを代理されている方々が御発言になることを期待しております。私どもは、われわれの訴訟記録に含まれております多くの論点の提出を、喜んでこれらの方々にお任せしたいと思っております。したがって、プロイセンの側の私どももいたしましても、今バイエルンとバーデンの代理の方々が、連邦国家の問題について議論に参加されることを望みます。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士：というわけで、プロイセン・ラントの方々も、まずヤーン氏が発言されることを期待させていただきます。四八条について、ライヒの基本構造から引き出される一般的な観点について、議論をしていただくようお願いいたします。もしそうすることが合目的であるとすれば、この問題について法の展開、法の適用、法の比較という問題に立ち入ることにも、もちろん制約はございません。

ヤーン局長：〈連邦国家的構造におけるラントの地位〉さてみなさん、私は、一九三二年七月二〇日にどのようなことが起きたのかということが、この審理に対して大きな影響を与える

ことを認めるにやぶさかではありません。しかし、またその他方では、その事實は、これまでの一日半ばかりの審理において、それが明らかにできる限りは、大体明らかにされたいと思います。したがって、今や法的な問題に議論が進められるべき時であると思ひます。まず私は、われわれバイエルンの者たちが、いかなる手続きで、またいかなる理由から、この訴訟を国事裁判所に対して提起するにいたつたのかということを明らかにするために、簡単な説明をさせていただきますと思ひます。その手続きというものは、きわめて簡単なものです。すなわち、それは、確認訴訟です。その確認訴訟によつて、次のことを確認していただくことに、私どもが正当な利益を有していると思ひます。私どもに対して提起されています問題で、私どもがライヒ政府と意見の一致を見ることができない問題について、国事裁判所、すなわち、ライヒ憲法によつて、そうする権限を与えられた機関によつて、決着をつけていただきたいと思ひます。私どもには、このことが明らかにされることについて、法的な利益を有しております。ところが、私どもが、七月二〇日の行為についてライヒ政府と行いました予備交渉では、何ら私

どもの満足するべき結果に到りませんでした。したがひまして、今の私どもには、ライヒ憲法一九条(ライヒとラントの憲法争議)の方法による以外には、手続きは存在しないわけです。

私は、既に昨日の短い立場表明のための弁論でも申しあげたことですが、私どもの観点は、過去にはなく、未来に向けられております。そう申しあげたために、あるいは、ライヒ政府の側の方々には、私が自分の本来の立場を忘れていたのではないかと疑われた方があるかも知れません。(S114)しかし、それは、決してそうではありません。私どももまた過去にも目を向けていることは確かですが、ただ主としては未来に目を向けているのです。その理由は、私どもがライヒ政府と意見の一致を見ることができない問題について、ライヒ政府との連邦友好的な共同作業を行うために、国事裁判所に明確に決定していただきたいからです。したがって、ふたつの政府の間で今争われている問題について、予防的 *präventiv*, *prophylaktisch* に決定を下していただきたいのです。それが、私どもがここに参りました理由であり、また七月二〇日事件の直後にこの訴訟を提起いたしました理由であります。私どもは、いかなる状況にお

いても、たとえ四八条にもついたとしても、なほしないことがあるということを確認したいだけではありません。とりわけライヒの連邦的構造に関してそのようなものが存在するということを確定したいと考えております。

その場合には、バイエルンがライヒの連邦国家的構造といふことばで理解してきましたものが、当然問題になるものと覺悟しております。したがって、私どももいたしましては、私どもの訴えの理由として申しあげましたことの内、それに関する二三の文章を読みあげることをお許しいただきたいと思つております。ライヒの連邦国家的構造といふことばで、ライヒの連邦国家としての構成と、ライヒ憲法の枠内において獨立の国家としての諸ラントに帰属する権利とを考えております。もちろん、「連邦国家」を定義するのに「連邦国家としての構成 Aufbau als Bundesstaat」といふことばをもちいることはできないと言ふことができるかも知れません。もしそうだといたしますと、私どもは、連邦国家という概念が私どもにとつて、すなわち、いかに私どもバイエルン人のものか考え方にもハートにも力を及ぼしているかという状況にさらに立ち入る

必要がありましよう。私は、諸ラント會議において、ヘルド（バイエルン）ラント首相が昨年中繰り返しこの概念について用いられた説明を援用したいと思つております。首相は、ライヒ改革についてのバイエルンの覚書の中でも、このことに繰り返し触れられていました。もちろん、私は、前世紀以来の政治的展開の歴史について、今ここでお話ししようとしているわけではありません。ただ私は、諸ラントというものはライヒより古いものであり、とりわけ、バイエルンは千年以上にわたる歴史をもち、ドイツ・ライヒといふものについてまったく語ることはできないような昔から存在していたといふことだけを、ここで申し上げたいと思つております。諸ラントの方が古く、それが第一次的存在であり、つまるところドイツ・ライヒといふものを構成する根本的な核をなすものです。一八六六年と一八七〇年に、ドイツの諸ラントは、契約を結んで、永遠の連邦を結成いたしました。諸ラントは、ドイツ・ライヒの領域において、平和に相携えて住まい、生活し、外部に対して強くあらうといたしました。このような考え方といふものは、一九一九年以後においても基本的には変わりません。以上申しあげたのは、今ここに御出席

の国法学者の方々、大学教授の方々の多くの方によれば、むしろ反対を申し立てらるような意見かも知れません。しかし、ただ今申しあげた見解とは異なる立場から出發することは、政治的に不可能であるということは、私どもにとつては明確です。すなわち、私どもは、ラントは、ライヒのために、その権限の一部を自発的に放棄したのであり、そしてそのようなことは、一九一九年のライヒ憲法によつても、なお以前と同様に存在することであるという立場から出發いたします。私どもからすれば、一八七〇年から一九一九年までと、一九一九年以後とにおいても、ライヒ憲法は(この点について)何ら異なつておは考えられません。したがひまして、ラントは国家なのである。ラントは、独立の国家であり、固有の権力をもち、だからも由來したわけではない権力を、すなわち、第一次的な権力をもつのです。国家権力は、連邦国家という性格に応じてのみ分割されるのです。そのようにして、国家権力は、ライヒ国家権力とラント国家権力とに分割されました。今日では、ライヒ権力とラント権力が並存しているのです。ラントは、このふたつの国家権力の並存が平和的に行われ、自分たちが第一次的に

もっており、その一部だけなら任意に放棄することもできる自分たちの権利が不可侵のものとして維持されることに重大な関心をもっております。(S115)そしてまた、以前のように、自分たちの締結した契約によつては、この自分たちの権利もはや今日では剝奪することはできないこと、今日においては、自分たちが参加したライヒ憲法によつてのみ、これらの権利を剝奪することができるということにも重大な関心をもつています。

ラント国家権力は、連邦国家においては、ふたつの形式において現れます。ひとつは、ラントが、それぞれ自己の領域内において自治(自己決定)権をもつことです。いまひとつは、ラントが、ライヒ権力に対して共同決定権をもつことです。この後者の権利は、ラントが自分の国家権力の一部を任意に放棄した代償として、ライヒ憲法によつてラントに保障されているものです。このラント国家権力について、ライヒ憲法の二三の条文を引用したいと思います。二条は、ラントの領域、五条は、ラントの国家権力を保障しています。一二条は、ラントの立法権、一四条は、ラントによるライヒ法の執行の保障、とりわけ、

一七条は、ライヒ国家権力の基礎づけをなすものです。一七条によれば、ラントは、自由国家なのです。それは、確かにライヒ憲法によって、一定の枠をはめられています。同時にライヒ憲法の枠内において、独立の国家として存在する権利をもっているのです。その他にも、ラントには、その第一項によって、ラント憲法にもとづきながら、ラント政府を一定のやり方で形成する義務が課せられています。すなわち、ラント政府が、国民代表に依存するように形成しなければならないとなつています。私は、ただ今「依存する」と申しあげたのであつて、ラント政府が国民代表の信任を享受しなければならないと申し上げたわけではありません。と申しますのも、この条項の解釈としては、ラント政府が国民代表によって選ばればそれでよく、それ以上にラント政府が国民代表の特別な信任を必要とはしないというのが、一般的であるからです。私は、以上のことを、とりわけライヒ政府の代理人が、もちろん、直接にバイエルンのことを目してではありませんが、しかし、考え方としてはおそらくバイエルンにも押し及ぼすことのできるようなやり方で、繰り返し事務管理内閣について語られましたために、特

に申しあげました。その点について、なお二三のことを申し上げておきたいと思ひます。バイエルン政府は、確かに事務管理内閣です。それはその通りです。しかし、みなさん、バイエルン政府は、例えば、ラント議会の多数によって不信任をされたために辞任をしたというわけではありません。その政府は、自発的に辞任したのです。政府は、その辞任後においても、自分がしなければならぬと考えるあらゆることをラント議会と共同して行うために、必要とされるラント議会の多数の支持を常に得ております。ラント政府は、ある法律を拒否したために辞任をしたのですが、それ以後においても、バイエルン・ラント議会の多数の支持を得ております。その法律は今日においても妥当しております。すなわち、畜産税法です。この法律は、その後、バイエルン以外のラントにおいても作られております。したがって、バイエルンの事務管理内閣は、バイエルン憲法の六六条一項によって文句なく憲法に合致する基礎をもっており、ラント議会が別の政府に取り替えることが必要であると考えない限り、なお存続するものであります。ですから、この政府は、自分がしなければならぬと考えることを実

行するために必要な議会の多数の支持を依然として見出し、その限りで、国民代表の信任を得ているということ、私は強調しておきたいと思ひます。

〈ライヒ・コミッサール政府はラント政府ではない〉さて私は、むしろ、この、ラント政府について語っている場所こそ、ライヒ・コミッサール政府は、そもそも政府なのであるうかという問題が提起されるべきであると思ひます。この「ライヒ・コミッサール政府」という表現は、ライヒ政府が、私どもに対しても、しばしばその訴訟記録の中で用いることを求められた表現です。私自身は、ライヒ・コミッサール政府は、決してラント政府ではないという意見をもっております。こんな場合、政府とすることは用いるは、政府とすることばの乱用というものです。それは、純粹に全權授權、すなわち、ライヒ・コミッサールではありえますが、決してラント政府ではありえません。(SING) 以上申しあげたことから、今後の具体的なことからについての議論に際して、かなり重要な結論が引き出されます。とりわけ、そのことから、ラントにおいてライヒ・コミッサールは何をすることができ、何をすることを許されない

かという問題について、解決することができます。あるラントにおいては、ただひとつのラント政府のみが存在することができ、ライヒ・コミッサール政府は決して、こういうラント政府という表現を用いることはできないということは、またライヒの連邦国家的な性格からも引き出されるところです。

〈ラントの共同決定権・ライヒ参事院への代表権〉さてそれでは、次にラントの共同決定権について申しあげたいと思ひます。この権利は、とりわけライヒ憲法の六〇条以下に、ライヒ参事院に関連して、ラントに対して保障されています。この制度は、ライヒが自己の名において法を實行できるようにするために、ラントが、自分たちの主権の一部を任意に放棄したその代償として設置されたものです。この共同決定権は、ライヒ参事院に体现されています。ライヒ参事院は、ラントの代表なのです。ラントは、そこにおいては、ラント政府の構成員によって代表されます。したがって、もうそれだけのことからだけでも、私は、バイエルン政府の立場として、以下のことが主張できるといふことを申しあげておきたいと思ひます。すなわち、ライヒ・コミッサールはいかなる意味でもラント政府ではあり

えませんが、ライヒ・コミッサールの代理といえども、ライヒ参事院に自分の席をもつことはできない、と。またラント政府が、ライヒ政府によって自分の権利の一部を停止されるというような紛争が万一生じた時ですらも、ライヒ参事院へ登場する権利が、ライヒ・コミッサールに認められるということはありえません。ラント政府は、ライヒの連邦国家的性格のために無条件に維持されなければならないのです。そして、極端な場合には、すなわち、「ライヒ憲法四八条のライヒ」執行や独裁によって、そのラントのライヒ参事院の議席が空席になった時には、そのまま空席におかねばならないのです。

以上のことが、私としては、みなさんが四八条一項や二項の具体的な問題についての個々の審理に入られる前に、ぜひ申し上げておきたかった原則的な注意です。少なくとも私どもにとりましては、四八条一項と二項の問題は、次のような問題にまとめることができます。すなわち、ライヒの連邦国家的な性格はどこまで及ぶものか。憲法の枠内において、独立の国家としてのラントは、どこまで権利をもつものか。またそこから何が生じるのか。私は、まずこの概念で一体何が理解されているの

かということについて語りたいと思います。そのことによって、後に具体的な規定に触れる際に、繰り返し概念を明確にするために議論をまた前に戻さなければならないという事態を避けたいと思います。――さらに、長官によって提起された問題、四八条の展開過程や、外国の法については、私どもとしては触れるつもりはありません。それは、おそらくは、大学教授の方々がおやりになる方がより相応しいことから。

フエヒト局長…みなさん、私は、自分の問題に入る前に、あらかじめ少し申し上げたいことがございます。それは、バイエルンとバーデンの訴えが、テーマに関する限り、ほとんど完全に一致しており、したがって当然のことながら、その理由づけについても、それぞれの事情はあるにしても、大体似通ったものであります。そのことから、次のようなことが結論されます。すなわち、このような事実があるために、具体的な問題についての議論に際して、私どもがその立場を述べようといいたしますと、私どもは既に述べられたことを繰り返すことにならざるをえないということになります。このために、私どもといたしましては、バイエルンの、わが同胞諸氏が詳細に語られ

ました場合には、状況におうじてはただ簡単に立場表明をするだけに止める、とりわけ、私どもがその御議論に完全に一致できません時には、その議論に同感であると申しあげるだけにすることが、国事裁判所の御見解にも添うことでありましようし、また時間の節約にもなるものと考えます。ただし、そのようにしたからと言って、決してバーデン政府があらかじめ提出しておきました訴訟記録の一部を事後的に放棄したという具合にとられないようお願いしたいと思います。とりわけ、バーデン政府の代理人にとりまして特に重要な状況を扱います時には、バーデンが既に提出いたしました訴訟記録を既に提出されているものと扱っていただくようお願いいたします。(S117)

〈連邦国家的性格の確認〉 以上の簡単な御注意を申しあげた上で、私は、私の前の演説者が述べましたと同じように、バーデン政府が本訴訟を提起いたしました理由につきまして少し申しあげたいと思います。私どもの訴えにおきましては、次のようなことを考えておりました。すなわち、ある国家〔ラント〕に当てはまることは、別の国家〔ラント〕にも同じようにしてあてはまる、と。そしてまた、ライヒ政府が、今回と同じよう

な手続きを、べつのラントにも適用しよういたしますと、今日の分裂した状況から生じてくるものがほぼ間違いない紛争に對しては、ライヒ憲法に言う平和的な方法で対処するために、ライヒ憲法の一十九条によつて事態に対処するべきであると考えました。私どもが、このような解釈をとりましたのは、ライヒ政府は、ラントに對する処置をとります時には、いかなる状況においても、ライヒの連邦国家的性格から出てくる原則に拘束されているものだとということを出発点とするからです。ライヒの連邦国家的な性格によりまして、ラントは、一定の權利を憲法上保障されております。もちろん、私どもが、不可侵であり、不可讓であると考えている權利が保障されているのです。それは、ライヒ内において独立の國家として存在する權利のことで、もう既にヤーン局長がこの点について詳しく議論されましたので、具体的に、この獨立國家としての權利をいかなる理由から私どもが要求しているかということについて申しあげることはいたしません。ただライヒの連邦国家的性格そのものを、所与のものとして考えることは、今日の通説でもあるということだけは申しあげておきたいと思ひます。したがひまして、私

は、この点につきまして、これ以上法的な議論に立ち入る必要を認めません。ただ私どもは、この連邦国家的権利が私どもラントに保障されていますことに、とりわけ重要な価値を置いておりますので、次の点だけは、ここではつきりと申しあげておきたいと思えます。すなわち、昨日の審理におきまして、別の関連ではありましたが、カール・シュミット教授によってなされた発言についてです。その発言というのは、私どもには実にシヨックの大きいものであり、しかもライヒ政府の全権代理人によってなされたものであるということが重大なのであります。もしそのような発言が学問の立場からなされたものでありとすれば、その場合には、私は、どんなものであれ、自分としてはあらゆる学問的な信念に尊敬の念を払う用意はあると言えはそれで足りるでしょう。しかし、私どもにとつてとりわけシヨックを与えましたのは、カール・シュミット教授が、ライヒ政府の全権代理人として、かかる発言をなさったことであり、しかも連邦国家の指導者、すなわち、ラントの指導者という立場から、真剣に問題を考えられるからこそ、そのような発言をなさったという事実です。カール・シュミット教授は、ラント

が自分自身の政治的意志を表現することができるといふ場合もありうるだろうということをも、たしかに認めては下さいました。しかし、それと同時に、教授は、状況におうじては、教授のこゝばを借りれば、内乱のような状況においては、ラントがライヒの政策から離れた政策をとる権利をどの程度もっているのかという問題を提起しなければならぬとも言われました。私どもの見解によれば、このような発言によって、連邦国家において自身自身の意志を述べる権利が、かなりの程度に侵害されていると考えます。いやそもそも、そのような発言によって、連邦国家において存在する権利そのものが侵害されていると考えます。かかる発言は、パーペン・ライヒ首相やライヒ内務大臣の発言にも矛盾するものです。すなわち、首相は、一九一八年以来そうであつたように、現在の政府も、連邦主義的な政府であると表明されていたのです。かかる教授の発言は、いかなる状況下においても、ライヒ政府自身によつても無条件には肯定することはできないものです。いずれにせよ、ライヒ政府の指導的な方々が、ラントに対して、危機的な状況において示された〔前掲のような〕原則に、以前と同様に立っていることを、

明確に私どもに保障して下さい、初めてラントの安定に役立つというものであらうと思えます。(S118) 私は、ライヒの連邦国家的性格につきまして、ライヒのもっております連邦主義的性格について、このような御注意を申しあげることには止めたいと思えます。と申しますのも、具体的になお語られねばならないことにつきましては、すべてそれぞれの具体的などころで申しあげたいと思えますので。

ナビアスキー教授…私は、ただ今のバイエルン政府代理人の議論に、おそらくはバーデン政府代理人の議論につきましても、二三の補充をしておきたいと思えます。もちろん、ここで私は、教師の馴染み深い理論的な検討をしようとするわけではありません。そうではなく、二三の一般的な観点について強調しておきたいことがあります。

〈ラントの自治権…シュミットへの反論〉連邦国家がどのよ
うに構成されるにせよ、どんな場合でも、ライヒとラントとの間には相互的な権利と義務とが存在します。すなわち、ライヒの権利と義務、そして、ラントの権利と義務とが存在します。既にヤーン局長によって、アンシュッツ枢密顧問官に由来しま

すところの分類に関連しながら、私が今ここで申しあげたいと考えているラントの権利には、一方には自治権が、他方には共同決定権を分けるとができると述べられました。自治権は、既に強調されておりますように、ラントが国家として、すなわち、独立の意志の担い手としてライヒとの結合に入る権利をもっていう点に示されます。そのことから、一連の原則的な結論が引き出されます。その第一の結論、そしてわれわれの紛争にとつてもっとも重大な意義をもつ結論は、国家は尊敬される権利 *Anspruch auf Achtung* をもつというものです。国家というものはすべて、他の国家から尊敬される権利をもち、したがって、ラントもまたライヒによって尊敬されることを要求できます。ラントは、また自分自身の国(「ラント」)内的な政策を実行する権利をもちます。もちろん、対外的な政策は、すべてではないにしても、ライヒの仕事です。このような関連において、私は、既になされた議論の中で言われた発言に触れないわけにはいきません。ライヒ政府の代理人は、ラントの大臣は、ライヒ政府の政策に対する批判を控える義務をもつという意味のことを繰り返し語られました。私は、ラントが国家であるという

立場から、かかるラントの義務なるものは存在しないと反論したいと思えます。ラント政府は、ライヒ政府の政治的な行為に対する批判を行う権利をもちます。そのことは、当該のラントの大臣が官吏とみなされようがどうであろうが、いささかも関係ありません。ラントの大臣が、たとえ官吏であったとしても、自己のラント政府の指示に従っている限り、彼はライヒ政府の行動を批判する権利をもちます。かかる事例が、ラント政府は、自己のラント官吏がライヒ憲法に違反しないように監督する義務があるということと同じことだと言われるとすれば、そのようなことは同じではないと言うべきです。何故なら、ラント官吏は、ライヒ憲法を尊重することを、ライヒ憲法によって義務づけられているのであり、決してラント憲法によって義務づけられているのではないからです。そのことは、まったく自明のことであり、しかもまったくこの問題とはかわりのないことなのです。カール・シュミット教授が、ラントは、さまざまな政治的方針を判断する時に、ライヒ政府の方針に自己を合致させなければならぬ義務をある程度もつと、その議論の中で述べられましたが、それは誤りです。それと同じ

ことは、部分的には、ライヒ政府の訴訟記録の中でも述べられています。同様に誤りです。そのようなことは、ラントの独立国家としての性格に完全に矛盾するものです。ラントは、それぞれの裁量において政治的方針を立て、自己の責任においてそれを実行する権利をもっています。そしてまた、カール・シュミット教授が、『ドイツ法曹家新聞』において、ライヒ政府に有利に忠誠を推定することができる、したがってその結果として、ラント政府に不利な推定がなされると議論されたことも誤りです。(S. 116) そんなことは、まったく言えません。ライヒとラント政府とは、国内政治に関しては、それぞれ独立に並存しているのですから、忠誠については、それぞれに同じように推定が行われるべきです。ライヒ政府は、教授の表現を借りれば、ライヒ大統領によって任命されるものでありますから、国内政治についても、より強い忠誠を要求することができます。シュミット教授の行われたような議論はまったく不可能です。シュミット教授は、このライヒ大統領の立場について、ごく最近、その解釈を一八〇度変えられたのです。教授は、以前は、ライヒ大統領を憲法の番人として、中立的権力であると

いう立場をとられていました。この「憲法の番人」ということは、そのような地位をみずからに当てはめていました、前の大統領エーベルトに由来するものです。ところが、その後、ライヒ大統領は、大統領政府を樹立することにより、政治的決断というやり方で、決定的にライヒの政治を左右する権利をもつと、教授は語られるようになりました。かかる政治的決断を行う人は、決して中立的ではありませんから、このようなふたつの見解は、絶対的に両立いたしません。

さらにラントは、国家として自分自身の機関に対する権利を、すなわち、独立の意志を形成する権利をもっています。その結果として、ラントは、ライヒに反対して自己の立場を弁護する権利をもっています。したがって、ライヒに対抗して、上級裁判所に訴える権利をもっています。そして、まさに今その事例がここにあるわけです。ラントはさらに、ライヒ憲法の明文をもってそれぞれの重要性に違いをつけられていない限り、平等を求める権利をもっています。このような平等を求める権利は、大ラントに有利にできています。すなわち、プロイセン・ラントにです。ラントは、さらにライヒの側で権限を履行する

ように求める権利をもっています。またライヒが自己の権限を踏み越えないように要求する権利をもっています。

以上のことが、ラントの自治権について強調されるべき本質的な点です。このような議論から、ラントはすべて、ライヒ憲法の四八条の場合にあっても、一定の保障をもつものであるということが結論されます。

〈共同決定権〉共同決定権につきましては、現在は、ライヒの側にその代理人として迎えられていらつしやいますが、ビルフィンガー教授が、以前強調されていたことを、ここで引用したいと思います。すなわち、ラントは、ライヒに対して介入権をもちます。ビルフィンガー教授のさまざまな論文において繰り返し常に強調されていたことですが、ラントは、さまざまな性格をもつ介入権をもちます。それは、とりわけ、ライヒ参事院において共同して決定を下す点に現れます。ところで、このライヒ参事院における介入権とは一体どんな意味をもつものでしょうか。まずその第一は、連邦機関としてのライヒ参事院の構成員になる権利、したがって、ラントのみが、そこで代表されているような機関の構成員となる権利です。その第二は、

ライヒ参事院における、それぞれのラントのもつ重要性が、ライヒ憲法に従って何ら変更されずに維持されることを求める権利です。したがって、当然のことながら、ライヒ憲法に従って行われる変更は何ら妨げられません。すなわち、この権利とは、ライヒ参事院において、立法、行政、司法に共同して参加する権利であります。

さまざまの論文において強調されていますように、そうして、ビルフィンガー教授が『ドイツ法曹家新聞』において明らかにされていますように、バアイエルン、バーデンとライヒとの間の紛争において問題となっているのは、ライヒの国内事務です。したがって、一方の側にはライヒ参事院があり、他方の側にはライヒ政府がいるわけです。ライヒは、このような問題について、ライヒ憲法は、国事裁判所にその管轄権を認めていないから、本問題を国事裁判所に訴えることはできないという立場をとっています。(S.120) それでは、お尋ねしますが、そのような影響力をもたないとするれば、一体介入権とは何を意味するものなのでしょうか。かかる権利は、ライヒ参事院においても主張されるものです。何故なら、もしライヒ政府の言うよう

に、ライヒ・コミッサールの発言によってライヒ参事院への介入権というものが行使されるものとすれば、その時には、ラントの介入権が侵害されることは疑いないところだからです。私は、以前に連邦主義者として通っていたビルフィンガー教授が、今では、明らかに法の状況的解釈によって影響されながら、連邦主義者の立場を忘れられているようなのが、極めて残念です。

しかし、みなさん、私どもにとつてとりわけ重要なことは、以下の点です。私どもが強調しております権利はすべて、実質的に内容あるものを問題としております。決して形式的な権利を問題としているわけではありません。ところが、ライヒ政府の側に立たれる方々は、その学問的な活動においては、国法における内容的な権利、政治的な権利とされている、著名なおふたりの方々(シュミットとビルフィンガー)まで、今やできるだけ形式的な立場に立とうとされていることが、私にははなはだ不思議に思われます。ライヒ大統領によって任命されたライヒ・コミッサールが、ラントにおける事務の最高指導に任じるのであるから、彼はラント政府とみなされるべきである

と主張するのは、まったく形式主義的なものの見方です。ところで、政治的な内容ある権利とはどんなものでしょうか。それは、すなわち、ここでは意志を問題とするもの、したがって、ラントの意志を問題とするものです。かかるラントの意志は、いずれにせよラントの機関により担われなければなりません。ラントの意志は、ラント憲法にもとづかなければなりません。それが、ライヒ憲法の六〇条から七六条の意味です。したがって、政府の事務を指導する人が、今ここで発言するべきであるということとは、形式的な立場からは述べることはできません。そうではなく、ラント憲法にもとづいて、ラントに由来する意志について語られているのです。このような意志が通用するのだということが、ライヒ憲法一七条において保障されているのです。

さらに、法とは一般的な規範を意味するという意味で、ラントの権利が問題となります。それは、私には自明に思われる、少なくとも法の原理的な概念です。一般的な規範が問題となる限り、かかる規範は、あらゆる事例にも適用されねばならないということとは自明です。さまざまな状況のもつそれぞれの違い

は、とりあえずは問題とされません。この点については、既にペーターズ教授が、昨日完全に正しく表現されました。すなわち、状況的な解釈というものと、法とはまったく異なる別々の観点である、と。そして、さらにそのことから、もし一般的な規範が問題となるとすれば、その規範はプロイセンに対しても妥当するという結論が引きだされます。ライヒ政府の訴訟文書においても述べられていますが、プロイセンのもつ特殊な地位こそ、本件の場合には考慮されるべきであるというシュミット教授の見解は、法の立場から述べられているのではなく、政治の立場から述べられているにすぎません。シュミット教授は、昨日われわれ国法学者にとつては極めて驚くべき発言をなさいました。教授は、ライヒとプロイセンとの間に紛争が存在するというのは極めて疑わしいと、前から言われていることこそ注目すべきことであり、そこにはただ単純な事務が存在するだけであると述べられたのです。わが国には、一九一八年までは、ライヒとプロイセンとの間には人的連合が存在していました。それがために、そこには、紛争というものが成立する余地はありませんでした。新しいライヒ憲法において行なわれたプロイ

センの地位についての変更によって、ライヒとプロイセンとの間は切り離され、プロイセンは、その他のラントと同様の地位に置かれました。したがって、そこには当然のことながら、紛争の生じる可能性が生まれたのです。したがって、ラントが、ライヒ憲法の枠内で、自分自身の意志を、つまり自分のラントに由来する自分の政治的意志を表現する権利をもつことになりました。その結果として、このような権利は、ライヒの連邦国家的性格のために、すなわち、プロイセンがライヒ全体の人口の六〇%以上をもっているからと言って、この最大のラントに否定されるということにはなりません。(S121)もしライヒの半分以上を占めるこのラントの中に、連邦国家的性格が飲み込まれてしまうとすれば、一体それ以外のラントは何をもつことになるのでしょうか。その場合でも、なお四〇%は残っているのです。ラントは、ライヒ全体において、連邦国家的性格を維持する権利をもっているのです。これこそが、バアイエルンとバーデンとが、たとえライヒ政府が本審理において、この問題を扱いたくないとしても、本問題を国事裁判所によって決定していただきたいと要求する権利を、疑いなくもつていると主

張する理由なのです。「最大のラント」とは、一体何のことでしょうか。御存知のごとく、バアイエルンは第二の大きなラントなのです。もしそうだとすれば、ライヒ政府と同じ政策をとらなくともよい権利をもつのは、もつとも小さなラントだけということになりかねません。——以上が、私がここで補充的に申し上げたことがらです。

ゴットハイマア局長・ナビアスキー教授は、私が自分の発言の中で、ラントの大臣には、ライヒ政府の政策を非難する権利はないと述べたかのように語られました。私は、かかる発言に抗議いたします。私は、ゼーベリク大臣が、そのような非難を行われた時に、形式を欠いていたと述べたにすぎません。ラント大臣といえども、ライヒとラントとの関係や、公法上の職務関係にもとづいて、一定の形式を守るべき義務があると述べたにすぎません。ところで逆に、私としては、ナビアスキー教授に御尋ねしたいのですが、例えば、その言われる連邦主義的解釈にもとづくなら、あるラント大臣が「われわれは、ライヒ政府を待たてよう」と公然と語ることも合法とみなされるべきと御考えなんでしょうか。ナビアスキー教授は、ラントは、ラ

イヒの尊敬を要求する権利があると語られました。とすれば、それと同じように、ラントに対して、ライヒもまた尊敬を要求することができるではありませんか。その他の点につきましては、ビルフィンガー教授に御発言をお願いしたいと思います。ます。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…私は、ただ今電報を受取りました。それによりますと、これまで、本審理を聴衆として傍聴されてきましたシュッツ局長が、プロイセン・ラントに対するライヒ・コミッサールという資格でのライヒ首相を代理するよう全権を委任され、またその委任を受理されました。したがって、本問題については解決がなされたと思えます。では、ビルフィンガー教授、御発言をお願いいたします。

ビルフィンガー教授…さて、長官、私は、長官が私になさった御指名にもとづいて、今ここに立ちました。決して、ナビアスキー教授が信じていられるような意図のために、ここに出てきたものではありません。いずれかと申せば、私としては、今われわれが扱かっていることがらについては、距離をもつ中立的な第三者が呼び出されるべきだと考えております。私は、決し

て連邦国家の解釈を行おうとするものではありません。それでもしかし、ライヒ最高裁判所の民事判例集一一卷一一一頁から、二三の文章を引用したいと思えます。それはこう述べています。「ライヒとラントとは、相互に疎遠な国家として対立しているのではない。それぞれの利益が、具体的な問題について異なるということはありうるにしても、そのふたつは、法的にも、事実上においても密接な関連をもっている。ラントは、ライヒの構成員であり、ライヒとともに統一を構成している。ラントの活動の最終的な目的は、決してライヒのそれと異なるものではない。すなわち、国民の福祉である。」

これこそが、連邦国家、すなわち、ワイマールの連邦国家なのです。もちろん、その場合には、「国家」ということはこそが強調されるべきであり、ラントの代表たちがおやりになったように「連邦」ということは強調されるべきではありません。(S. 122) 個人的に申しあげるなら、私も連邦国家以外のいかなるものも支持しようとは思いません。ナビアスキー教授に申しあげますが、私が連邦主義を弁護したことがあることを、もちろん忘れてはおりません。そのことは、私がイエナで行いま

した講演をお読みいただけるほどの親切さを、あなたがおもちでしたら、すぐ証明されることです。あなたは、私が連邦主義を支持していたということを認めるように述べられました。現在のところでは、以上で充分ではないでしょうか。

さて本訴訟において重要とされる限りで、連邦国家の問題に触れることにいたします。みなさん方は、ライヒ最高裁判所の、今読みあげました判決から、次のことを理解なさるでしょう。すなわち、ここではふたつの権力の問題が扱われているが、しかし、それらの権力は、決して二元論であるのではなく、既にラーバントが指摘していたように、もっぱら全体と構成部分との関係において存在するのであり、決してラーバントに関して上下の関係において存在するわけではないということです。そのようなことを強調することが、社交的に見て、すなわち、礼儀の観点からして常に正しいことかどうかは、学問的な問題ではないでしょう。今ここでは、この連邦国家と名づけられた構造物の核心が、問題となっているのです。連邦国家も統一体なのです。ということは、そのような問題に関して、また今私どもに対立されている方々にとっても、ラーバントの国家権力は、ライ

ヒの権力の一部であらねばならないということを意味いたします。またそのように述べることは、ラーバントの権力の貫徹は、ライヒの権力によって保障されるということの意味いたします。

四八条の非常事態に関して、ラーバントの現在もっている国家権力の行使に関して、もし必要であるとすれば一定の制限が行われるということとは、自明のことです。そのような制限、そのような抑制は、暫定的なものであり、一時的なものであり、ただラーバントの国家権力の行使にのみかかわるものです。そして、今日私どもが直面しているものこそ、そのような事例なのです。

〈議会による辞職強制〉ヤーン局長が、一七条について語られたことに、少し御注意を申しあげたいと思います。この一七条が、議会による辞職強制 *Demissionszwang* を含むものかどうかについては、争いがあります。私は、諸ラーバント会議の議事録にもとづいて、私が誤っていないとすれば、確かバーデンの代表が語られたような意味において、一七条の補充を行いながら解釈したいと思えます。確かその解釈は、一七条が辞職強制を規定しているということを認めることを、現在の文言は排除していないというものでした。この問題については、争いがあり

ました。そのために、諸ラント会議においては、スイス流の制度が導入されようとなりました。そのことによつて、ラントは議会的なやり方で、合理的な限界内に引きもどされるはずでした。私は、以上のことを、一七条は、議院内閣制が採用されればそれで充分であるという具合に解釈されるものではないということを示すためにのみ、ここで申しあげました。以上は、非常に本質的な点です。と申しますのも、以上の詳論の最終目的は、事務管理政府は、一七条に何ら違反するものではないということを示すことにあるからです。

さて介入権について、私が論文で述べ、学問上の態度としてとっておきますことについて、ふたつばかり述べさせていただきます。それを、みなさんも期待されていますので。もっともだからと言つて、私は、そのことであなた方を非難しているわけではありませんが、私の如何なる論文から、如何なる文章が引き出されているのかは存じあげません。ただ私どもは、ラント国家権力の行使は、ラントの国家権力の担い手であるライヒ・コミッサールの手に暫定的にのみ委ねられているという立場をとっております。したがつて、ライヒ・コミッサールは、

それ自体としてラント国家権力をもっているのです。そのことは、介入権といささかも関係いたしません。

それとは異なる状況に議論を変えらるゝとするならば、私は、既に必要なことはすべて申しあげております。ただ私どもの側としては、同じ(か)つて書かれた論文を引用して非難する(か)方法を用いて反対側をやつつけようとするような試みを行おうとは思わないということだけ申しあげておきたいと思ひます。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…是非そのようなことは、止めていただきたいと思ひます。そうでなくとも議論をするのに充分な程に材料はありますから。そのことは、今この法廷に関与されている方々が、以前あれこれの場所において、あれこれの意見をおもちであつたということを、今ここに持ち出すことが、必要であるか否か、あるいは、それが有用であるか否かにかかりません。(の)もちろん、これらの問題につきまして、私どもがもつて見ます見解のすべてが、絶対に変らないというものではないでしょう。しかし、今ここで新しい認識にいたる可能性というものは、一般の方々に比べれば、大学教授の方々にとつてほとんどないに等しいでしょう。したがいま

して、そのようなことをやろうとすれば、今ここでは適切ではないような部分にまで議論が及んでしまうことになり、より議論が複雑になるだけではないでしょうか。それは、私どもの議論を前進させるのを阻害するようなことがらと言うべきでしょう。

局長ブレヒト博士…私としては、このあたりで一般的な議論を終りにして、そろそろ四八条一項に移りたいと思います。もちろん、その際にそれぞれの当事者が、四八条一項について一般的に論じ、その後に、長官の列挙された、四八条一項をめぐる問題について、それぞれの立場で論じることが必要でしょう。それは、もちろん実にとっさりであることでしょう。四八条一項の領域において、プロイセンは、多くの戦線に遭遇するでしょう。ここで戦争からのイメージを使わせていただければ、プロイセンは、ブルュンヒルデ線や、ジークフリード線、さらにはその背後には、難攻不落のヒンデンブルグ線にすら遭遇するでしょう。ところで長官は、事前の打ち合わせで、四八条の絶対的な限界について、それだけを切り離して論じる必要

性のある、重要な問題であることを了承されました。それに、長官が〔本日冒頭に〕述べられたさまざまな論点もあります。ただ私は、外国の法や比較法について論じるのは、まだ早いと考ええます。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…比較法の問題は、四八条一項を扱います時には、あまり重要な役割をはたすとは思われません。ただその問題は、おそらく機能の限界を論じる際に重要な役割を果たすでしょう。そして、さらには、ドイツ・ライヒとなった後においても、ある国家が、その基本構造において、以前と同じようなものとしてそのまま続いているものかどうか、という問題があります。すなわち、さまざまな独立の国家が、ひとつの連邦国家へとまとまった時に、なおその基本構造において、以前と同様にそのままであるのか、あるいは、歴史的展開に応じて変わるものかという問題があります。このような問題については、この比較法は重要性をもちうると思われまます。また一九一八―一九一九年まで、ライヒについて妥当していたことが、新しいライヒ憲法をもつライヒに対しても、そのまま受け継がれるものかどうかという問題も、提起されるで

しょう。まさにこのような場合には、当然のことながら、ライヒ憲法の制定者たちが、四八条をライヒ憲法の中に取り込む際に、特にどのように考えていたかということが、重要となりましょう。またそれ以後において、四八条がどのように考えられてきたかということも重要でしょう。そのような議論に際しては、私は、四八条二項に根拠をおいて行なわれた以前の事件においても、実際には四八条一項の適用が問題となるのではなく、四八条一項による処置が問題となっていたのだという見解が、いずれの側から、あるいは、双方の側から主張されることもあろうということをおります。既に申しあげたように、私としては、四八条一項の議論に際しまして、原則的な考察が問題となっている限りは、いかなる限界をも設けようとは思っておりません。私は、ただ要件と機能とを区別するのが合目的的ではないかと考えているだけです。そして、要件の問題がまず一般的に取り扱われることについて、いかなる異論もありません。ただその際に、訴訟記録の中で特別に重要な役割を演じており、私どもからして、判決を下すのに特に重要と考えられます二三の点を、特に議論をするために切り離すこともありう

るということを留保しておきます。もちろん、これまでの詳細な議論によって、既に処理されている場合には、この限りはありませんが、私どもが、問題を厳格に区別することができればできるほど、そのイメージはより明確なものとなるでしょう。

第五章 第四八条一項の要件(S.124)

アンシユツツ教授…長官、そしてみなさん。昨日この審議に入ります前に、長官は、私ども大学教授に対しまして、それも他の代理人ではなく、私ども大学教授だけに対しまして、できるだけ短かく自分の意見を述べるように注意されました。私はいかかる御注意を当然のことと考えまして、できるだけ短かく申しあげるよう努力したいと思えます。私がここで四八条について申しあげたいことの大部分は、既に私の同僚のナビアスキー教授や、フェヒト局長、ヤーン局長によって語られたと言つてもよいと思えます。

〈学説の変更はあり得る〉私が、この問題に入ります前に、いまひとつの、簡単な予備的な注意を申しあげたいと思えます。長官が以前語られました、ひとつの言葉が私に強い印象を与えております。私は、その言葉に全面的に同意したいと思えます。長官は、おっしゃいました。私どもが、自分の意見を変更したと非難されることはない、と。もちろん、多くの意見が、年の

経過につれて変更されるということはありえましよう。私としては、次のようなことが行われようとする限りは、このようなことを申しあげることができます。すなわち、私の憲法のコンメンタールの中で書きました見解を私の見解として固定してしまい、「現在では、お前はかつて印刷して公表したのとは異なる見解をとっているではないか」と私が非難される場合にこそ、このようなことを申しあげたいと思えます。フランスの有名な諺に「愚かな人だけが、自分の意見を変えない」というのがあります。私としては、決して自分の意見を変えようとは思いません。このような愚かな人に仲間入りしたいとは思いません。そうではなく、私としては、常に学びつづける心構えを忘れないようにしたいと思っております。さて、有り難いことと言ふべきか、あるいは、残念なことと言ふべきかは分かりませんが、私どもは、ここ数年に、四八条のふたつの条項に、大きな政治的な運動のために、一体どんなことが読みこまれるかということについて、実に多くのことを学びました。私どもが、このようにして学んだことから、また当然のことながら、それについて一定の限界が引かれなければならないということに注意するべき

ことも学びました。また権力が強化されることでは、権利の保障もまた強化されねばならないことをも学びました。

その四八条に、より多くのものを持ち込み、より多くのものを読みこみ、さらには、そこからできるだけより多くのものを引き出そうとすればするほど、同時に、学問は、当然のことながらその内在的な限界や保障手段を強調することに重要性を置くようになりました。その際には、学問は、かつてはそのようなことはまったく必要ではなかった時代に自分が主張していた意見を絶えず修正しながら、そのような傾向を示してきました。

〔状況的解釈への反論〕さて以上のようなことを、もう既に前に別の方によって語られたからといって、それが不要のことであるとお考えにならないようお願いいたします。さて次に、私もまた、フェヒト氏やナビアスキー氏が既になさったと同じように、昨日カール・シュミット教授によって語られました見解に対して、はっきりと反対しておきたいと思えます。すなわち、教授は、憲法を政治的状况に依じて、すなわち、『状況的に』解釈することが、合法的であり、許されているというに止まらず、特定の状況の下では、必要なこととすらあるのだと語られ

ました。このようなやり方に対して、私は、はっきりと反対しなければならぬと考えます。ワイマール憲法の解釈に際して、政治的必要とか、政治的状况などが、決定的であり、その方向を定めるものとして重要であるというようなことを語るのはいかなる状況下においても、国法学者としての責任を全うするものではないと、私は考えます。ワイマール憲法は、その時々政治的状况とか、政治的な状況の必要が要求するように解釈されるべきではありません。そうではなく、ワイマール憲法は、まさにそれが意味しているとおり解釈されるべきです。書かれた資料をあまりに重視することに反対し、立法者の意志云々という概念に異論の唱えられることも充分ありうるでしょう。(S. 105) しかし、それでも、疑わしい場合には、私も法学者にとつては、まず書かれた資料を研究し、憲法の父たちが、すなわち、ワイマールに集った人々がその憲法の規定についてどのように考えていたかということを探ねるという方法をまず探るべきです。そのような場合にあつて、政治的な見解というもの、いくつかの点について変動するものだという問題は、私の考えるところでは、〔憲法の解釈の場合には〕まったく重

要ではありません。そうではなく、憲法は、憲法が意味しているとおりに解釈されるということが重要なのです。

〈執行の要件、手続き、限界〉さて四八条一項につきまして、当然のことではありますが、私は、この法廷において、一般的に取り扱おうという意図などももちろんもっておりません。したがって、私は、長官のなさった、まったく正当な御注意に違反することになるかも知れません。私は、国事裁判所の裁判官のみなさんに対して、学界において既に扱われているようなことを、ここで講義申しあげようとはまったく思いません。そうではなく、これからの議論の契機として、私が重要と考えておりますことを、ここで取扱いたいと思います。もしここで四八条一項やライヒ執行について全面的に語ろうとするなら、その場合には、長官が述べられたように、単に二種の、つまりライヒ執行の要件と限界について語るだけでは足りず、手続き規定についても論ずる必要があるでしょう。もつとも、今私はここでそのように全面的に語れるとも、また語りたくとも思っておりませんが。ライヒ執行の問題を全面的に取り扱おうとしますなら、その対象は三つに分けられるべきであると思われれます。す

なわち、執行の要件と、執行の手続き、したがって、執行の形式、それにこの問題にかかわるあらゆることとがが関係してくる執行の限界とです。すなわち、いかなる行為が許され、いかなる行為が禁止され、いかなる場合に裁量の乱用があると言えるのかということ です。

執行の枠、すなわち、その限界について、私は、ここで語ることはできません。この点で、私は、長官の、その問題は一切切り離しておくのがより適切であるという御見解に同意いたします。そこで、私は、まず要件について語り、その後で手続き規定について申しあげたいと思います。すなわち、ライヒ政府は、手続きを欠いていたと非難されるか否かということ です。その後で、執行の限界や枠についてのどのようなことが語られるべきであるかについての議論が行われようでしょう。

〈要件・義務違反〉どなたでも御存知のように、四八条一項の要件は、ラントが、ライヒ憲法やライヒ法律によつて自分に課せられている義務に違反することです。この点については、どなたも異論はないと思います。(そのとおりという歓声あり) 私は、聴衆のみなさんに申しあげているのではなく、裁判所や、

反対側の陣営の方々に申しあげているのです。またこの場合、ラントに課せられている、あらゆる義務がすべて問題となりうるといふわけのものではなく、四八条一項の文言に明らかなように、ライヒ憲法やライヒ法律によつて課せられている義務だけが問題となるということについても、別にとりたてて申しあげることも必要ではないと思います。ただこの場合、当該の義務が、ライヒ憲法の条項に明文をもつて書かれていることは、必ずしも必要ではないという、従来からの私の意見をなおここでも維持しておきたいと思ひます。すなわち、ライヒ法律の不文の文言もまた問題となりうるということです。そのようなライヒ法律の違反も、ライヒ執行の根拠となりうるのです。

したがつて、四八条一項の意味における義務違反が問題なのです。今反対側、すなわち、ライヒ政府によつて、一連の事実が上げられています。すなわち、その言うところによれば、プロイセン・ラントの側に、一項の意味での義務の不履行が存在することを証するような事実があると言われています。例えば、その言うところによれば、国民社会主義者たちに対する不当な取扱いがさうであり、共産主義者たちに対する良すぎる取扱ひ

がさうです。(210) またライヒの政策に対する礼儀を欠いた、しかも非生産的な批判によつて、ライヒに対する忠誠義務が侵害されたとも言われています。またラントにおいて、長い間にわたつて事務管理内閣が存続していることが、ライヒ執行を引き起こしうるような義務違反であるとも言われています。またラントの国家指導全体が、ライヒの国家指導全体と同質性を欠いているということそのことが、ライヒ執行の要件になりうるとも言われました。このことは、とりわけ、昨日カール・シュミット教授によつて述べられたことです。これに関連して、私もまた既に前に発言された方々と同じことを申しあげねばならないと思ひます。すなわち、国家指導における、ラントの統治政策において、「ライヒと」異なるものがあるという事実そのものは、つまり、カール・シュミット教授のことばを借りれば、ズレがある Divergerende ということは、私の考えでは、決して今ここで問題としているような意味での、ラントの義務違反の構成要件には該当しません。もちろん、ここで統治政策と言うのは、対外的なものを言っているわけではなく、ただ対内的なものを言っているだけです。では、何故これが、

義務違反とならないのでしょうか。ここでも、また私は、前に述べられた方々と同じ意見をもっております。次のことは、われわれのライヒ憲法においては既に決められていることなのです。もちろん、そのことは、統合主義的な立場から決して是認されないことでしょうし、連邦主義的な立場からのみ、是認されるべきことでしょうが。すなわち、ラントの独立という広範な権利は、現在既に存在する法であるということは自明のことなのです。私は、ここで連邦国家理論に賛成するというわけではありません。また私が、バアエルンからお出での方々に比べれば、どちらかと言えば統合的であるという事実にかかわることでもありません。そのこと自体は、この紛争を解決するためには、ほとんど関係しないことです。私は、自治権は、あらゆるラントの側にあるし、またあるべきであると申しあげたいと思います。そのことは、ライヒ憲法によって暗黙の内に含まれていることです。ライヒ憲法に含まれている権利や、そこから導き出すことのできる権利を用いること、つまり、ライヒ憲法が暗黙の認容をしているような立場を利用することなど、これらのことが義務違反になるということはありません。また、

次のような比較をすることもできるでしょう。すなわち、ライヒの連邦国家性を承認しようとするのと同じように、またそのことによつて必然的にラントの自治権を承認しようとするのと同じように、さらにはまたそのことによつて国内政治の指導について（ライヒとラントとの間の）意見の違いがその時々を生じうることを承認しようとするのと同じように、議会主義の欠陥と称される多くのものは、暗黙の内にあえて引き受けられていると言ふべきでしょう。議会主義、そしてラント議会主義が、時としてある種の不都合を導くということは、議会主義の本質に属し、したがってライヒ憲法によつても暗黙の内に前提とされているのです。そしてまた、そのような不都合ことが発生するということは、往々にしてありうることはありませんが。ライヒ憲法は、連邦国家を意図し、議会主義的国家を意図し、議会制民主主義を意図しております。したがって、ライヒ憲法は、それらのことからの影の部分をもあえて引き受けているといふべきです。かかる影の部分が具体的事例において存在するからと言って、すなわち、現実に現れてくるからと言って、それが、不法であり、あるいは、ライヒ執行という方

法を実施するための契機となるような義務違反であるということではできません。もちろんそのようなことがらが、今述べているのとは別の理由から不法と考へようような場合は除きますが。

ある政治組織に対して、警察権力の行使があまりに微温的にすぎるといことが、このような義務違反を構成するものであると言われております。私は、今かかる点について、その詳細を取り扱うことができません。と申しますのも、そのようなことを判断するのは、決して学問をその職務とするものの仕事ではないからです。(S127) そのようなことは、国家における実務を、すなわち、行務実務を担当する、わがプロイセンの代理人、局長プレヒト博士のような、非常に困難な問題について、包括的な専門的知識をもつ人の仕事であるからです。したがいまして、具体的な事例において、本当に国民社会主義者たちが不当に悪く扱われ、共産主義者たちが不当に良い待遇をうけたのかどうかということについて、私は詳細に申しあげることができません。私にできますことは、ただ原理的に、次のことを御注意申しあげることだけです。本当は、一体何が問題となっ

ているのか、ということです。今ここでは、政治的組織、政治的団体に対する警察権力の行使が問題となっています。ところで、この警察権力とは何のことでしょうか。警察権力とは、さしあたりはラント高権の一部であり、決してライヒ高権の一部ではありません。警察権力の基礎は、ラント法律です。今私は、ライヒ集會法や新聞法などの、具体的な法律について申しあげようとは思いません。ただ一般的に言えば、警察権力を行使するのは、ラントの問題です。ラント政府が、ラントの法律によって自己に与えられた、一般的警察機能を充分に運営しているか否かという問題は、それがライヒに対する義務の侵害として議論されるべき問題ではありません。そうではなく、その場合には、ラント政府が、ラント法律によって自己に与えられた高権について、適切な行使をしているかどうかの問題となるにすぎません。それは、ライヒ憲法やライヒ法律によって、ライヒによってラントに与えられた義務ではありえないのです。

もちろん、以上のような私の議論に対して、次のように反論することもできましょう。すなわち、警察権力の手綱を、ラントがまったく緩めてしまい、勝手にやらせていると、その時に

は、国内全体における公の安全と秩序が極めて危機に瀕するこ
 とになりかねないということです。もちろん、そのような場合
 には、問題はまた異なると言わねばなりません。そのような場合
 には、四八条二項が問題となります。すなわち、そのような公
 の安全と秩序が極めて危機に瀕している場合には、二項の意味
 のの独裁が行われるべきであるからです。もちろん、その当否
 自体は、またそれで問題となりうることでしょうが。

〈国事裁判所の審査可能性〉それ以外の、今ライヒに対する
 プロイセンの義務違反と称されていることについて、私は、
 これ以上触れようとは思いません。したがって、ゼーベリ
 ング大臣が行ったと称されている演説の影響についても申しあ
 げようとは思いません。そのことは、まさにその方御自身によっ
 て具体的に説明されうることであり、そのことによつて、私な
 どが行いますよりもはるかに分かりやすくなることだからで
 す。私は、ここではなお、一般的、原理的な重要性を持つ観点
 について少し目を向けてみたいと思います。四八条一項の要件
 は、既に述べられておりますように、ラントが、ライヒ憲法や
 ライヒ法律によつて自己に課せられている義務を果たしていな

いということですが。ここで、これについて裁判所が審査するこ
 とができるかどうかということは、決定的に重要と思われま
 す。すなわち、ライヒ執行の基礎として今主張されている義務違反
 について、ライヒ大統領と大統領に対して責任を負う政府が決
 定を下すべき裁量問題が存在しているという理由で、これを裁
 判所が審査できないと考えるべきかどうか、決定的に重要で
 あると考えます。私は、現在そのような主張が申し立てられて
 おりますこの事例について、その主張の正しさを認めることは
 できないと考えます。私としては、それに反対して次のように
 申しあげたいと思います。すなわち、国事裁判所は、本件の場
 合に、つまりもつとはつきりと申しあげれば、プロイセン・ラ
 ントが、ライヒ憲法やライヒ法律によつて自己に課せられてい
 る義務の侵害を行っているかどうかという問題について、審査
 をし、判決を下すことができ、また下さねばならないと考えま
 す。すなわち、私の考えでは、裁量の問題が存在するという主
 張は拒否されるべきであります。裁量問題は、本件については
 存在しません。したがって、本件においては、法律問題のみが
 存在いたします。(S128) それもおそらくは、複数の法律問題、

あるいは、一連の法律問題が存在いたします。法的義務の侵害のみが問題となるのです。もしそうでなければ、ライヒ憲法やライヒ法律、あるいは、おそらく、不文の法原則などによつてラントに課せられている義務などと、ライヒ憲法が規定するわけがありません。したがつて、この場合には便宜主義(当不当)の原則の侵害があるのではなく、法義務の侵害が存在するのです。したがつて、国事裁判所が、構成要件、とりわけ、ライヒ政府によつて主張されているいくつかの事実が、つまり、これらの事実の総体が、義務違反という法的構成要件に該当するかどうかを審査しなければならぬということは、当然のことです。それは、刑法を類推すれば、まず構成要件を確定し、次いでそれを一般的な規範に包摂するという手続きとなりましよう。したがつて、ここでは、裁量問題は何ら重要ではありません。また私としては、特に強調しておきたいことですが、四八条一項と二項との間には重要な違いがあります。すなわち、その第二項は、「ドイツ・ライヒにおける公の安全と秩序が重大な危機に瀕している場合」と述べています。もちろん、これについて、公の安全と秩序が重大な危機に瀕しているかどうかと

いう問題は、裁判官が、したがつて国事裁判所裁判官といえどもまた、無制限に審査することのできない裁量問題であると考えられることは可能ですし、またそう考える人が現実には居らっしゃるに違いないと思います。もつとも私は、このような見解が無条件に正しい、したがつて、いかなる場合にも主張しうる意見だとは必ずしも思いませんが、ところが、第一項の場合には事情が異なります。この場合には、いかなる事実が存在するのか、すなわち、プロイセン・ラントに対して、いかなる事が義務として課せられているのかということが問題となるだけです。私どもは、そのような事実として、一連の事実が主張されるのを拝聴いたしました。その事実は、一部は反駁され、一部は肯定されております。しかし、たとえ肯定されとしても、その点に義務違反なるものが存在するとは、決して言われておりません。この点については、国事裁判所が、義務違反なるものが存在するの可否かを判定しなければなりません。そして、国事裁判所は、かかる判定を下すことを、裁量問題の存在を理由として拒否することは、決してできません。

〈執行の手続き・事前の警告の必要性〉さてこれから、ライ

と執行の理論についてその第二の部分に、すなわち、手続きあるいは形式の問題に入りたいと思います。もちろん、その全体について申しあげるわけではなく、その詳しい展開は、ギーゼ教授にお任せしたいと思いますが、私自身のことばで少々申し上げたいことがあります。

まず本件において、プロイセンは、如何なる事前の告知、義務違反があることについて事前の警告、いずれにせよ、その義務違反と称されている行為について何らの事前の行動をあらかじめ一切行われることなく、即座にライヒ執行の対象とされたということを確認しておかねばなりません。少なくとも私の学問的意見や信念からすれば、このようなことを確定することが重要だと思います。このような事前の告知というのは、現在では、学界においても既に用いられている表現です。このように確定することは、なお二三説明を加える必要がある、かなり重要なことと私には思われます。

もちろん、四八条一項は、ライヒ執行の命令や、その実施に先だつて、ラント政府に対して告知しなければならぬとは、どこにも書いてないということは、私も承認いたします。この

場合、当然のことですが、ラント政府のみが問題となります。

と申しますのも、ライヒに対してラントを代表するのは、ラント政府のみがその権限を有するからです。また義務違反が存在することに於いて事前の警告を形式にのっとつて発しなればならないということも、もちろん規定されてはおりません。国法学は、この義務違反が存在することについての事前の警告と云ふことばを商法や民法においてよく知られていることば〔瑕疵通告〕を借用しながら用いています。このようなライヒ憲法一五条三項の基礎にもある法律制度を直接四八条に転用することはできないということも、私は認めてよいと思います。四八条一項にもとづくライヒ執行を合法とするためには、義務違反が存在することについての事前の警告が形式上あらかじめ存在しなければならぬとまで主張しようとは思いません。(S.120) そのことをどのように呼ぶとしても、いずれにせよその名称は、あまり重要な問題ではありません。それを義務違反が存在することに於いての事前の警告と呼ぼうと、通知と呼ぼうと、告知と呼ぼうと、それはどうでもよいことだからです。問題そのものから考えても、ライヒ執行という制度の全体から考えても、

少なくとも何らかの形式で、その政府に対して、すなわち、当該のラントに対して、執行を行うという意志を明示する必要があるということは、必然的なことに思われます。たとえその告知が、実施されるほんのちよつと前に、すなわち、非常に短い説明期間をもつて行われるとしても、そうでしょう。そのことは、現在存する、その制度の本質から導き出されることです。この執行というのは、強制執行なのです。そうして、法律家なら申しあげるまでもなく御存知のとおり、強制執行には、それを行う権限が必要です。では、本件の場合、それはどこに存在しているのでしょうか。その権限は、いかなるやり方によるにせよ、要件が確定される点にのみ存在するでしょう。すなわち、たとえ形式は一定ではないにしても、義務違反が存在し、当該のラントが自己の義務違反を止める意志も、能力もないということ、何らかの方法で確定されることが、その要件なのです。それは、存在するに違いありません。しかし、それにしても、当該のラントが、ライヒによって、そのラントに対して要求されたことを実施するのを、本当に拒否したのかどうかということが、まず確定されなければなりません。すなわち、ラ

ントが、自己の義務を履行する意志をもっていなかったのかどうかということが、まず確定されなければなりません。そのことは、既に申しあげましたように、強制執行の本質から出てくることです。本件における、このような手続き規定の無視は、プロイセン政府に対する何らの告知も存在しなかったという点との内に現われています。すなわち、その政府によって代表されておりますプロイセンに対して、いかなる事前の告知もなしに、直接に介入がなされたということの内に、手続き規定の無視があるのです。私は、その点に非常に重大な手続違反が存在すると考えます。すなわち、裁判所が、そのことについて自分の立場を明確にする必要があるほどに重大な過失が存在すると思います。もちろん、そのことを決定するのは、私の仕事ではありませんが。

以上が、私がここで申しあげたことがらです。第三の部分、すなわち、執行権力の限界と枠については、それ自体後にまた取り上げて論じたいと思います。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…(過失)ところで、教授に、なお一言御説明いただきたいのですが。あなたは、その過

失ということばで、一体どのようなことを御考えなのでしょうか。またとりわけ、義務違反という場合に、主観的過失は、必要なのでしょうか、あるいは、不要だとお考えですか。

アンシュッツ教授…私は、この問題について詳細な研究を行っているわけではありません。それでも最近起こりましたこととがらを慎重に考慮いたしますと、おそらくは何らかの過失が存在しなければならぬと、私は思います。ただライヒ政府と対立するとか、それと矛盾するとかいうだけでは、それに関してラント政府の過失が主張されるのではない限り、ライヒ執行の対象たりえません。そのような場合は、おそらくは、四八条二項の介入の対象となるであろうと思います。私は、ここでは、不法の発生を、すなわち、騒動、暴動、反乱などの、われわれが考えることのできるあらゆる種類の危険とか、秩序の攪乱を考えております。それについて、政府に過失を追求することができない場合には、その政府に対して責任を課すわけには行かないと、私は思います。ザクセンにおける場合は、どうだったのでしょうか。そこでは、問題が入り乱れておりました。一方では、次のように言われています。すなわち、ボルシェビイズ

ムによりけしかけられた、ぶつそな反抗的な住民がおり、そのことについては、何ら政府には過失はないが、にもかかわらず非常な危機が存在していた。その危機は、四八条二項にもとづいて介入を行うのを正当化するほどのものであり、それがために現実に、後に介入が行なわれたのであった、と。(S.130)ところが、他方では、ツアイグナー〔ザクセン〕大臣には責任がないとか、当然そのことについて責任を負うべきなのは共産主義の指導者であるという主張はできないとも言われています。それがために、その時には、まさに四八条一項にもとづいても介入が行われたのでした。これは、ゴータの事件とは異なっておりまして、ラント政府に対する執行による介入を行います時には、原則的には何らかの過失がその必要要件となるものと考えられます。つまり、一方には、客観的な要素として、違法性、すなわち、ライヒ憲法あるいはライヒ法律に対する違反が必要であり、他方においては、主観的要素として、過失の要素、たとえばそれがライヒ政府に対する礼儀を失ったという程度のものであったにしても、何らかの過失が必要でしょう。

ライヒ最高裁判所長官ブムケ博士…二三ことばを、挿しはさましていただきたいと思えます。アンシュッツ教授は、その弁論の最初に、私が短くしていただきたいと申しあげたことを、それも教授諸氏に向けて、そう申しあげたように言われました。それは、正しくありません。私は、関係のすべての方々に、訴訟記録ばかりではなく、国法学の論文をも、国事裁判官は充分によくわきまえていると前提していただきたいとお願いしたつもりです。(アンシュッツ教授…その御ことばに、違反していただければよいと思えます。)

さらになお少し申しあげたいと思えます。私どもは、比較的多くの聴衆の方々に本審議に列席していただくために、このホールで審議を行っております。しかし、それがために、関与している者すべてにとつて、とりわけ新聞社の方々にとつて、仕事が非常に困難になっていることもはつきりとしております。もしこの審議が、もっと小さなホールで行われていれば、このホールで行うよりも仕事ははるかに容易になったであらうでしょう。ここで語られますことを、裁判所の構成員や各当事者の代理の方々が理解できることが、もちろんもつとも重要

です。しかし、と同時に、聴衆の方々も、その中には、既に私の申しあげましたように専門家の方々もいらつしやいますが、その聴衆の方々もまた、ここで述べられたことを聞くことができるということも重要であります。それに新聞も、いやそれ以外にも、今この審議に出席されて、この審議のやりとりを御覧になつていらっしゃる方々もまた聞くことができるということが重要だと思えます。もちろん、そのことが非常に困難であり、完全に目的を達成することができないことであるということもはつきりと分かっております。それにしても、できる限りこのことについて、御配慮いただきたいと思えます。したがって、大きな声でお願いしたいと思います。もつとも、あまり早口にならないように御注意下さい。この審議をできるだけスムーズに進めるためにも、このようなことに御配慮下さるようお願いいたします。氣質と慣習とからして、ことばが相互にあまりに早く、ほとんど遅滞なくやりとりされるようなところでは、今申しあげたことが、御理解いただけると思えます。アンシュッツ教授に申しあげますが、あなたが発言中に口を挿みまして、気分を悪くされないようお願いいたします。もちろん、あなたに

ただ今の特別の御注意をするというのが私の意志ではなく、あなた御自身がお使いになったことばに関連して申しあげただけです。

アンシュッツ教授…相手側の方々が、私のことを御理解いただけるよう希望いたします。また新聞社の代表の方々にお願いしたいのですか、どうか私の弁論につきまして、みなさんがなそうとされている報道を正しくやっていただきたい、あるいは、私にそれを補充する機会を作っていただきたいと思ひます。

カール・シュミット教授…アンシュッツ枢密顧問官は、ライヒ憲法の四八条一項の要件の問題につきまして、極めて重要なふたつの観点を提出されました。(S. 133) そして、顧問官は、四八条に含まれる大きな政治的な意味を、今初めてわれわれは認識するにいたり、それに応じて今や、かかる強大化された権力に対して、何らかの保障を形成しなければならぬと語られました。さらに顧問官は、ライヒ執行という法制度の本質について語られました。すなわち、そこで、たしかに義務違反が存在することに於いての、形式の調った警告ではないにしても、何らかの通知が、事前の告知が、聴問などが少なくとも必要で

あるとも語られました。そうして、執行とは強制執行であり、このような強制執行の要件として、法的権限などが存在しなければならぬと、その議論を締め括られました。顧問官は、明瞭にこのような強行執行という民事訴訟法上の概念を用いられたのです。

「義務の履行を求めること」このような議論に対して、四八条一項は、そのどこにも執行というようなことを用いてはいないということが、まず確定されねばなりません。私どもが大統領の、このような特別の権限を執行というぐあい名づけるというのは、それ自体非常に興味ある歴史的展開の結果であり、その影響なのでしょう。現行のライヒ憲法は、執行などとはまったく言っておりません。それは、義務の履行をさせること *Anhalten zur Plichterfüllung* と言っているのです。その要件は、義務を履行しない *und Nichterfüllung einer Pflicht* です。私は、これまで一度も、義務違反 *pflichtsverletzung* などとは言っておりません。したがって、その点にも、私のことばを覚えて曲解しようという意図が現われています。義務が履行されない場合、それについて、ライヒ大統領は、ライヒの強制権限

を、その義務を履行しないラントに対して、その義務の履行をさせるために行使できるのです。一項においては、ライヒ大統領についてのみ語られております。

〈支邦国家の権利の保障〉アンシュッツ顧問官が述べられましたことについて申しあげますと、連邦国家的な機関の内部にあって、執行というこの問題について、そのような制度の本質として何が考えられるのかという問題がまずあります。連邦国家はどんなものでも、そこには支邦国家に対して中央国家の行使します強制というものが存在いたします。それは、自明のことであり、また必然的なことでもあるのです。そのような強制を行うための組織というものも存在いたします。その手続きについてここで語るのは、おそらくまだ早すぎるでしょう。しかし、いずれにせよこのような中央国家のもつ強制的機能に対して、支邦国家をどのように保障するかという問題は存在するのです。

〈神聖ローマ帝国における権利の保障〉もし私どもが、一般的な問題に観点を集中するとしますと、その場合には、アンシュッツ顧問官が語られた一般的な観点が、すなわち、権力が

増大すればするほど、保障が重要となるということや、その法制度の本質が問題となるでしょう。さらにそれについて、次のように言うこともできるでしょう。すなわち、保障は、あの昔の一八〇六年に崩壊したドイツ・ライヒ、すなわち、ドイツ民族のローマ帝国においてなされたようなやり方で組織することもできる、すなわち、訴訟法的なやり方で、それも民事訴訟法的なやり方で組織することもできると言うこともできるでしょう。それは、おそらく人々が考えつく、もつとも完成された保障でありました。その場合には、執行ということばも、そのもつとも狭い意義で使われることとなります。その場合には、強制として行使されるものは、強制執行となるでしょう。すなわち、合法的な判決を前提とし、それを執行することが問題となります。そのことは、私からすれば、現在のライヒ憲法の解釈にとつても、極めて重要であると思われれます。それは、執行ということばや、執行規定という概念が、ドイツ民族のローマ帝国において、いかなる意味をもっていたかということ、ほとんど感動的なまでの入念さをもって展開するに値するほどの重要性をもっていると思います。数百年にわたって、人々は、

このような手段を用いて、皇帝に対して、諸等族が、帝国に齒向う自分たちの独自の政策を追求する可能性を作りだしてきました。少し時間をいただいて、申しあげておきたいと思いがすが、決定的な時は、三〇年戦争の時でした。まず第一に、一六三四年の選挙協約に、次のような規定が現れました。(S132) すなわち、危険が非常に激しい時においても *ex tremæ necessitatibus casu*、皇帝は、あらかじめ選挙侯に諮問することなしに、等族に対して執行を行いえない、と選挙侯は主張することができました。このことは、誰の目にも明らかで、ラントの平和の攪乱が存在する場合といえども同様でありました。その後、フランスと締結されたミュンスタールの和約の中でも、すでに次のような規定が見られました。すなわち、厳密に見て執行という形式をもたない執行は、等族に対しては行いえない、と。この規定には、フランスが重大な利益をもっていました。さらに一七一一年には、等族の選挙協約において、まさに模範的なやり方で、そのことが表現されました。等族に対しては、それが高位のものであれ、低位のものであれ、選挙侯であれ、その他の等族であれ、すべて彼らに対する聴問があらかじめなされる

い限り、執行というやり方を行使されることはない、と。等族に対して、聴問せずに執行を行うことは許されません。もし聴問なくして執行が行われた場合には、訴訟を起すことができます。そして法にもとづいて、一つ々検査されねばなりません。したがって、等族は、あらかじめ聴問されなければなりません。その場合には、帝国宮廷裁判所か、または、帝国宮廷顧問官会議の判決が存在しなければなりません。そのようなことが、一つ一つ細かに行われなかった時には、かかる執行は、法的には全面的に無効となります。

〈連邦参事院による保障〉これこそ、帝国の強制の適用に対する模範的な保障でした。その結果は、何と一八〇六年（の到来）だったのです。この種の保障は、以後ドイツ・ライヒでは、その姿を見ることはありませんでした。とりわけ、ビルマルク帝国には存在しませんでした。私どもは、なお特別に取扱う必要のある問題に立ちかえることになるかも知れません。すなわち、あらかじめ有効な判決が必要であるという、トリーパール枢密顧問官の見解です。——なおこの他に、中央国家の強制的な権限に対する保障を形成する、別の可能性もありうるでしょう。

すなわち、特に主権の観点の下です。それは、民事訴訟の観点とは、まったく異なった観点です。と言うよりも、そもそも訴訟による保障という考え方とまったく異なった考え方です。

それは、次のような考え方です。そのような中央国家において、支那国家のそれぞれに対して、執行を行うとすれば、その場合には、保障は、訴訟という点に存在するよりも、むしろ同胞の連帯感の内にこそ存在するという考えです。ここには、このような同胞の全体的な代表の決定というものが存在しなければならぬでしょう。例えば、ドイツ民族のローマ帝国において、選挙侯たちの会合、あるいは、それをもう少し拡大した会合が聴問を行っており、ドイツ連邦においては、連邦会議が執行について決定し、一八七一年のビルマルク憲法によれば、連邦参事院が決定を下したようにです。現在にあっては、ライヒ参事院が、かかる地位につくのではなく、既に申しあげたように、ライヒ大統領が、この、いわゆる執行の要件について、すなわち、連邦の強制権限の適用について決定を下すということが重要です。

〈聴問〉ところで、さらに別の保障の可能性もあります。例

えば、執行を受ける人は、必ず呼び出されて聴問をうける権利をもつという基本権です。もつとも、この場合には、問題は、既に四八条二項に移っていると言うべきかも知れません。すなわち、公の安全と秩序に対する攪乱の存在する場合に移っていると見えましよう。何故なら、ある人が、強制権限を適用されるために呼び出されるというのは、まったく無意味だからです。

〈保障を控え目にしようとしていること〉さらに一般的な観点もあります。以上のような短い概観からしても既に、このことは明白ではないかと思われます。もちろん、私どもはなお、この四八条の制定過程を自覚的に検討する必要はあると考えておりますが。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神的に作りあげようと自覚的に努力していますし、また保障という観点を、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ることが明らかであります。その保障のために、ライヒの崩壊にまで到りかねないからです。そのことは、既に申しあげたように、ライヒ憲法の制定過程を研究することにより、もつとはっきりとしてくることと思ひます。ただ私としては、今そのよう

な説明に入ろうとは思っておりませんが。(5133)

以上が、この法制度の本質についての簡単な説明であります。現行のライヒ憲法、すなわち、四八条一項は、そのような執行をもはや規定しているわけではないのです。執行ということばや、執行秩序という觀念、すなわち、強大化された権力に対する保障を行うための手続きの形成ということばを、ライヒ憲法は、ライヒ大統領の、素早い、しかも有効な介入を可能とするために、自覺的・意圖的に排除しているのです。このような「素早い、しかも有効な介入」という表現を、私は、憲法の制定過程から引用しております。結局、一九一九年の夏の時点では、人々には、ドイツ・ライヒの統一を、このような側から脅かすおそれのある危険をよく認識していたということです。

〈四八条一項と二項との區別…スイスの例〉さらにアンシュッツ顧問官は、例えば、警察権力の行使に際して、義務違反が存在する場合には、それはもう四八条二項の問題となるとも言われました。四八条の一項と二項とが、一緒に扱われるかどうかという問題が、今この論点に関して本法廷の審議予定に組み込まれるべきものかどうかは、私には分かりません。ただ私ども

は、このふたつの権限を區別するというところから出発したはずですが、しかし、これらのふたつの条項の區別云々と言われるにしても、それらが密接な関係をもっているということは、自明のことです。またこれらふたつの条項は、具体的場合には、相互に入り組みあっているでしょう。そして、実際には、多くの事例において、これらふたつの問題は、決して區別できないということが、連邦国家的な法経験からただちに言えることと思えます。そして、この區別を行うことがほとんど不可能であるということは、今すぐにもみなさんにもお分かりになるであろうと思えます。例えば、スイス連邦国家は、このような経験をもっております。ほとんどあらゆる重要な事例において、今一体、執行が問題となっているのか、あるいは、連邦の干渉が問題となっているのか、争われています。スイスの連邦国法は、このふたつの場合を規定しております。しかし、既に申しあげたように、一度連邦の行動が開始されますと、連邦の干渉の要件や手段が、ありあまる程に存在し、そのために、国法の、もっとも優れた、経験のある専門家たちですら、もはや具体的に、執行が行われているのか、干渉が存在するのかわ別できないと

いうほどです。

したがって、アンシュッツ顧問官が提案なさったようなやり方では、これら四八条一項と二項のふたつの条項は、区別できないと、私は考えます。顧問官は、そう言われてただちに別の領域に、すなわち、警察権力の行使の問題に移られました。私の考えでは、そのことにより公の安全と秩序の維持が、非常に一面的なやり方で、一項から分離されて二項に移されることとなりました。公の安全と秩序を維持することは、ラントにとつて第一の、もつとも大切な義務なのです。私は、ここで今一度、非常に特徴的な表現をもっておりますスイス連邦国法を引用したいと思えます。すなわち、そこでは、いわゆる連邦執行の要件を「反抗 *Renienz*」としております。ということは、いわゆる「怠慢 *Lasigkeit*」ではないのです。したがって、スイス連邦国法においては、本来の議会的・民主主義的の意味での政党政府の行動によって、連邦の権威が、元来考えられてもいなかったほどに高められることとなっていることが注目されるべきであります。このようなスイス連邦国法のやり方が、カントンにおいて、政党の対立が非常に強くなるにつれて、突然そ

れまでとはまったく異なるものになってしまいました。

〈スイス分離派戦争の例〉 以上のような歴史的な説明に、あとほんのわずかのことを用いて、歴史的な回想を行っておきたいと思えます。私は、ただ今、スイス連邦国法においては、執行と干渉との厳格な区別を行っていないと申しあげました。しかし、間違いなく執行と断言できる、執行の事例が存在いたします。つまり、あらかじめ連邦議会の決議が存在するような事例が存在いたしました。その決議が、期間付通告と言われようが、警告と表現されようが、要求と言われようと同じことですが。それは、分離派の事例です。連邦が、イエスズ会士を追放するように決議いたしました。(S. 133) 七つのカトリック的なカントンが、これを拒否いたしました。それらのカントンは、そのような要求をされ、ほとんど二年の長きにわたって警告をされつづけました。その結果が、分離派戦争です。このような反抗的な国家のことを考えて作られている保障というものも、突然にしてまったく逆のものに、すなわち、公然たる分離のための戦争の勃発という事態に転化したという、実ははつきりとした事例が、ここにあります。

以上が、この問題について歴史的に申しあげたいことからあります。なお今一度はつきりと申しあげておきますが、私は、決して四八条一項と二項とが、どの範囲まで一緒にして論じられるかという問題を提起しているわけではなく、ただそれらが非常に密接な関係にあると一般的に言われているということを確認しておきたいと思っただけです。ブラウンシュバークに対するライヒの行為についての、ライヒ裁判所の、民事判例集一〇七巻に収められている有名な判決の中で、同じようなことが語られております。すなわち、ブラウンシュバーク・ラントは、ライヒの行為を執行と考へ、旧憲法の一七条によるものと考へました。それに対して、ライヒは、それを戦争状態と考へて、旧憲法六八条によって把握していました。しかし、ビスマルク憲法が、既に六八条を規定していたということそのことの内に、発展の方向が既に示されていました。そして、その発展の流の中に、現行の憲法も位置しているのです。もちろん、私は、連邦、あるいは、中央が、公の安全と秩序を維持するために何時干渉するかという問題を、連邦主義的な観点から考へることもできますし、また個々の国家が、自分自身の政策

を追求する権利と独立性とを保障するために考察することもできると思ひます。ただその場合、連邦が、個々の国家の要求に對して、原則的には優先しなければならぬという原則に、私は立ちます。それは、(国家が) 自分自身の政策を追求する権利の、避けることのできない結論です。それ以外のあらゆる結論は、結局かかる(国家が) 自分自身の政策を追求する権利を崩壊させてしまうことになるでしょう。このような原則は、ドイツ連邦においても、はつきりと自覚的に貫徹されてきました。この場合には、一八二〇年のウイーン最終議定書と、その執行規定を考へるだけで充分でしょう。もちろん、みなさんは、そこに既に一定の留保はあるにせよ、原則として、連邦の干渉や、当時の言い方を借りれば、介入調停 *Dawischenkunft* に反對する、個々の支邦国家の要求も認めることもできましょう。いずれにしましても、以上のことは、今ここで考へられるべき、この法制度の歴史的発展の全体的な方向にとつて、次のことが決定的に重要であるということを示していると思われまゝ。すなわち、既に、一八七一年のビスマルク憲法は、第一次的には連邦参事院に、いわゆる執行を行うことを認めていました。つい

で、その後に、内乱状態あるいは戦争状態について、六八条が、皇帝あるいは連邦の將軍に、したがって、連邦の長の一方的な決定に委ねていたということです。以上、私は、この制度の本質からして、四八条一項が、連邦主義的な観点をあまりに強調することを否定し、連邦であることを異常に強調することを否定しており、すなわち、連邦を構成する国家(ラント)が自身自身の政策を追求する権利をもつことを強調しすぎることを否定しているということは、完全に明確であると思います。