

「プロイセン対ライヒ」裁判における

カール・シュミットとヘルマン・ヘラー⁽¹⁾

—— 法廷での対決をめぐる ——

高橋 愛子

第1節 本稿の位置づけと狙い

本稿の狙いは、一九三二年一〇月にワイマール共和国のライプツィヒにおける国事裁判所で行われた「プロイセン対ライヒ」裁判の歴史的背景、制度的な枠組み、および、そこでの争点をめぐる理論的問題についての筆者の拙論⁽²⁾⁽³⁾に基づき、これらの続稿として以下の点を論ずるところにある。すなわち本裁判におけるシュミットとヘラーの「弁論」を詳しく跡づけ、それぞれの「弁論」において何が語られたのかを明確にしつつ、審理の展開上のコンテキストの中に位置づけてその意味を考察し（第2節から第9節）、その上で、法廷において対決した両者の「弁論」の特徴がいかなる点に見出されるか、殊に、二人の「弁論」の法的側面と政治的側面という二つの側面に着目した場合、いかなる特徴が見られるかを探る（第10節）ことにある。⁽⁴⁾シュミットとヘラーの発言回数は、シュミットが七回、ヘラーは三七回にわたる。⁽⁵⁾シュミットは一回一回にかなり長い「弁論」を展開するが、ヘラーはまとまった発言ばかりではなく、ある問

題についての何回かの短いやり取りの繰り返し（反論に対する反論というような）や、裁判長からの注意に対する弁解・反論なども見られる。そこでシュミットについては全発言を、ヘラーについては重要なもののみを対象として主張の基本的な論点を確認し、その意味を考察することとした。⁶⁾

審理第一日目である一〇月一〇日曜日午前一〇時三〇分の開廷と同時に始められた第一章「開始時の説明」(S3-10)では、まず裁判長ブムケによる「審理計画」の説明がなされ(S3-8)⁷⁾、その後、原告側のプロイセン、バイエルン、バーデンの代理人が提訴の「主旨説明」を短く行ったのみで終わっており、シュミット、ヘラーによる発言はない。

第2節 第II章「一九三二年七月二〇日以前、および、

七月二〇日の事実経過(S.II-86)におけるヘラーとシュミット

二人の「弁論」が初めに行われるのは、第II章「一九三二年七月二〇日以前、および、七月二〇日の事実経過」をめぐる議論においてであり、シュミットが一回、ヘラーは八回発言する。第II章は、第一日目の午前中から始まり、同日の午後八時閉廷(S.68)までかけても終わらず、審理第二日目、一〇月一日火曜日の午前一時過ぎまでを費やして行われた。⁸⁾

第II章では、まずブレヒトが原告プロイセンの訴えの全容について、第一日の正午休憩⁹⁾に入るまで長時間にわたって論告し(S.II-28)、その後、午後のセッションの冒頭で被告ライヒ側のものである反論がゴットハイナーによって行われた(S.29-35)。その直後にまずヘラーが発言し、そして、裁判長とヘラーとの短いやり取りを挟んですぐシュ

ミットが発言している。つまり、原告被告双方の基本的な論点の提示を受け、双陣営の先頭を切る形でヘラーとシュミットが発言を始める。そして裁判における最初の発言の中で展開されたのは、まさしく、本件の本質を「その法解釈上の争点の背後に隠された政治性」にあると、「法廷」前の論争において共通に洞察していた二人の、「観点」上の相違⁽¹¹⁾、つまり、本事件が起きたときに現存していた「政治的状況／事態」を問題とするシュミットと、七月二〇日の大統領命令とこれによる諸措置をもたらしたライヒ側の「政治的狙い／動機」こそが問題だとするヘラーとの鮮やかな対照であつた。

1. ヘラー：(1) II. S.35-38.

ここでヘラーは三つの点を主張するが、その中心は第三の点にある。第一に、ヘラーは、ヘラーの発言の直前に、ゴットハイナーがライヒ側の基本的主張の中で言及した二つの「事実」に反論する。すなわち、官職剥奪された大臣には、給料全額が依然払われており、ブラウン・プロイセン首相は事件直後に「給料の支払」が継続してなされるかを問ひ合わせ、全額支払われるという返答に満足の念を表したという第一の「事実」、そして、七月二〇日になされたようなライヒ・コミッサール設置をゼーベリング・プロイセン内務大臣が事前に自ら「要求した」という第二の「事実」に對して、これらの「事実」は事前のいかなる文書においても主張されておらず、ゴットハイナーが法廷で初めて主張した事柄⁽¹²⁾だが、いずれも根拠がなく、また「給料問題」は本件の審理と関係ない、と反論する(S.35)。

第二に、今回とられた措置の理由としてライヒ側が提出した点、すなわちプロイセン内務大臣ゼーベリングと共産主義者たちとの間に「秘密の交渉」が行われたという主張には根拠がない、と反論する。

第三の点として、ヘラーは、コミッサール設置の「本当の動機」は何かをめぐる論及を始める。ヘラーは、七月二〇

日事件の「不適切な動機」(die unsachliche Motive)を明らかにする事柄として、「パーペンとヒットラーとの間での合意というエピソード」の存在を指摘し、これによつてのみ「七月二〇日のライヒ政府によるクーデターは理解しうるものとなる」(S37)と発言する。つまり、七月二〇日のライヒ政府の行動においては、第48条適用に許される動機が決定的だったのではなく、「憲法違反の動機」(verfassungswidrige Motive)、すなわちヒットラーとの確固たる「政治的取り決め」が決定的だったのだ(S37 傍点引用者)と主張し、その証明のために、パーペン、ヒットラー、グライヒェンの証人喚問を要求する。さらに、この主張を根拠づける二つの証拠文書をすでに持っているとして、紳士クラブ(Herrenklub)⁽¹³⁾ 代表アルヴェンスレーベン伯爵⁽¹⁴⁾による一九三二年六月七日付のライヒ財務大臣宛の書簡、および、紳士クラブ事務局長グライヒェンによる一九三二年六月六日付の書簡⁽¹⁵⁾を読み上げる。殊にパーペンが法廷で読み上げた後者の書簡は、以下のようなものだった。

新しい内閣「パーペン政府のこと―引用者」は、……暫定的な内閣ではなく、まもなく成立する新しいライヒ議会によつて承認されるでしょう。そのためには、幾つかのラントがナチスに委ねられ、プロイセンに關しても、以下のような取り決めが結ばれるでしょう。すなわちラント首相として、あるいは、ライヒ・コミッサルとして信頼できる人を送り込むとか、国民社会主義勢力の強力な支援のもとで内務行政を組織し直すという取り決めが結ばれるでしょう(S38)。

この書簡の真実性について、数日前、グライヒェンはヘラーに対して個人的に確認した、とヘラーは付け加えている。こうした「取り決め」こそが、ライヒのプロイセンに対する「介入」の「本當の動機」なのであり、それはすなわち「不適切な動機」であつて、ライヒ政府の措置は、法的に言えば「裁量の濫用」(Ermessensmißbrauch)と称されるも

のだ、こうしたプロイセン側の主張がすぐに認められないならば、パーペン、ヒットラー、グライヒェンの召喚を求める (S.38 傍点引用者) と述べ、ヘラーは再度、証人喚問請求をする。

2. シュミット：(I) II. S.39-41.

続いてシュミットの発言は、「事件の細部がすでに周知のこととなり、社会民主党の学術顧問ヘラー教授のやり方になされた議論の後で、私は、教授とは異なるやり方で、一九三二年七月二〇日大統領命令に関する事実経過の法的判断の明確化に貢献したい」という皮肉たつぷりのやり方で始まる。そしてシュミットはまず、七月二〇日に存在した「政治的状況」を分析する二つの「状況概念」を展開する。

私は、七月に生じ、七月二〇日に出現した状況 (in der Lage) においては、二つの要素が区別されるべきだと考える。それは、内乱状況 (eine Bürgerkriegslage) とあると同時に、紛争状況 (eine Konfliktlage) とあった (S.39 傍点引用者)。

シュミットによれば、「内乱状況」とは、「複数の強力に組織された党派が、それぞれ非常に強力な効果的な権力手段をもって対立している状況」、すなわち「一種の党派闘争」(eine Art von Parteikampf) であり、その本質は、どちらもその敵に対して「不法」(illegal)、「国家の敵」(Staatsfeind) あるいは「国民」民族の敵 (Feind des Volkes oder der Nation) と呼んで「法的権力手段」を「党派闘争の武器」(Waffe des Parteikampfes) として使う点にある「合法性の政治的道具化」(S.39 傍点引用者)。そうした場合、いずれの側が「合法」か、「違法」かを決しうるの

は「独立の政府」のみである(S39)。したがって、ある党派が他のそれを「不法」と呼び、党派的国家指導(eine parteische Staatsführung)とは異なる国家指導は不可能だと指摘すること、独立の非党派的国家指導の方法(einer unabhängigen, unparteiischen Art der Staatsführung)の追求の試みを予め不可能だ、虚偽だと主張することにこそ、あらゆる災いの原因がある(S39 傍点引用者)とシュミットはいう。

さらに、そうした「独立の政府」としてのライヒ政府による対党派政策としての、対ナチス政策の正当性の主張を行う。つまりSSの制服禁止令、デモ行進禁止令の解除というライヒの政策転換はライヒ政府が「正しく、客観的であろうとした」ことの結果であり、「数百万のドイツ人が共感するばかりではなく、その支持を与えている運動を、共産党と同様に扱うという無礼」を中止したことを意味する(S39)とこう。

では「紛争状況」とは何か。それは、「お互いに相手をできるだけ広い範囲にわたって併合しようとしている二つの国家、政治を、その言葉の最も強く最も強い意味において行う権利を要求する二つの国家権力」が対立している状況(S40)である。こうした観点から具体的に問題となるのは、二つの国家権力の間での「独自の政策を追及する権利」という問題、本件に関していえば、「一体ラントは、ライヒの政策からどこまで離れた政策をとりうるのか」という問題であり、その本質は、「国家の敵は誰か、不法なのは誰か、憲法の敵は誰かという問題」について、ラントはライヒとは異なる独自の見解を持ちうるのか、という問題だという(S40)。

この点に関連してシュミットは、形式的平等の根源的批判を展開し、あらゆる政治的運動を、その目的、プログラム、強さ、そして連合・連携の可能性を含む活動の全体状況を無視して一律の扱いをすること、また内乱状況、紛争状況、正常な平和的状况などのあらゆる政治的状况を一律に扱うこと、あるいは、プロイセンのような大国と小ラントとを同一に扱うことは、すべて誤りだと指摘する(S40)。ラントがライヒの政策から離反する政策をとる権利を持つのは自明だが、しかし問題はそこにはない。問題の本質は、そうした内乱状況の中においても、ラントはライヒの政策か

ら、離反した独自の政策をとる権利を持つのか、そして離反する政策をとる権利をどの程度持つのか、である(S.40 傍点引用者)。それゆえラントがライヒの政策とは異なる政策をとる権利は、内乱状況、紛争状況の場合、またプロイセンの場合には全く別の要件の下にある(S.41)とこう。

現在は、党派間闘争という「内乱状況」があり、かつ「紛争状況」がある。これはスイスの分離派戦争直前の状況であり、アメリカの一八六一年の内乱状況と同様の事態である。そうしたとき、プロイセンのようなライヒの三分の二に当たるラントが、ライヒに対抗する政策を追及するならば、それはライヒの存続にとつての政治的危機を生じさせるのであり、それはドイツ・ライヒにとつて埋葬の鐘の音に等しい(S.40-41)。こうシュミットは締めくくる。

3. ヲラー：(4) II. S.65-66, (6) II. S.76-77, (7) II. S.77-78, (8) II. S.85.

第II章「事実経過」でのシュミットの発言は上記の弁論の一回のみだが、シュミットの弁論(1)の後のヘラーの第II章における発言は六回にわたる。その内二回(3)(5)は、先の弁論で既に述べたブラウンの給与問題と「ライヒ執行」についてのゼーベリングによる事前要求問題というゴットハイナーが持ち出した件への反論であり、ここでの考察の対象からは除外する。

(4)(6)(7)(8)の四回の発言⁽¹⁶⁾に共通するヘラーの追及のポイントは、パーペンとヒットラーとの間で、ライヒ・コミッサール設置をめぐる事前協定の存在についての事実認定を、裁判所がするか否か、という点を裁判所に迫る発言である。

まず、審理日第一日の終了間際に行われた発言(4)でヘラーは、もし裁判所がこの事実について認定しえないならば、この間の事情は最も決定的な意味を持つので、証拠を提出すべきだった、そうすれば、プロイセンに対するライヒ執行

(第1項)と非常事態(第2項)とに關して、「不適切な、憲法上許されていない動機」(das unsachlich, nicht von der Verfassung zugelassene Motiv)をただちに証明したに違いない(S66 傍点引用者)と述べる。

この一連のパーペン・ヒットラー間の合意をめぐる追及で最も重要なのは(6)の発言である。まずヘラーは、一回目の発言で読み上げたグライヒェンの書簡には、「後に起きた事柄のほとんどすべてが述べられている」と指摘し、この書簡の真实性を一四日前にグライヒェン自身がヘラーに個人的に保証したと再度強調する。加えて、もし国事裁判所が彼を召喚すれば、グライヒェンはその書簡の宛名人を言わざるを得ないだろうと語った、と付け加え、それゆえ是非、グライヒェンの証人尋問を行つて欲しいと要求する。というのも、パーペン政府の主要な四閣僚が「紳士クラブ」の会員であり、グライヒェンの書簡に述べられている事柄と今回のクーデターとの間の因果關係は明らかだからだ、と主張する。

さらに、この召喚によつて明らかにされるべき点は、昨日のシュミット教授の説明によつても明確にならなかつたこと、すなわち、「独立の、非党派的な」政府などと語ることはできないという点だ(S76 傍点引用者)、と述べ、前述のシュミットの議論を批判する。逆に、ライヒ政府の行為は、国民社会主義者とののはつきりとした党派政治的な取り決めの影響下にあつた(S76 傍点引用者)、そしてこの取り決めの説明はわれわれにとつて決定的な点だ(S77)とヘラーは主張する。ライヒの一連の行為の本當の動機は、公共の安全と秩序の攪乱や義務不履行に対するものではなく、「不適切な、憲法によつて許されていない動機」(unsachliche, nach der Verfassung nicht zugelassene Motiv)による。したがつて、「裁量の濫用」(Ermessensüberschreitung)が存する(S77)とヘラーは主張する。

(7)におけるヘラーの発言の要点の一つは、今回の行為においてナチスとの合意が唯一の動機だと主張するつもりはなく、それが最も本質的な動機(das wesentlichste Motiv)だつたと主張しているのだ(S77 傍点引用者)と述べている点である。もう一つの要点は、プロイセンに安全・秩序の攪乱という事実が存在したことは周知の点だが、しかしこ

の点に関する法的な問題は、そこに存在した危機が、(a)「第48条を用いて介入すべき重大な危機、あるいは、あるラント政府そのものを取り替えねばならないほどの危機だったか」であり、また、(b)「この安全・秩序の攪乱に対してプロイセン・ラント政府は、安全・秩序の確保・維持のための意思と能力とを持つていたか否か」だ(S78)傍点引用者)、と述べる。プロイセン・ラント政府の治安維持に責任を持つゼーベリングがその意思と能力を持つていたのは確かであり、現に、ゼーベリングが警察長官をしていた当時以上に、現ブラハト・ライヒ・コミッサールの赴任以降のほうが流血の騒動は増大している(S78)、と指摘する。

(8)では、プロイセン・ラント政府排除についての、ライヒ政府による対ナチス合意の存在をこちら側は一貫して主張してきたのに、ライヒ政府側は、この主張への明確な反論をこれまで避けている、と指摘し、それゆえ、ライヒ政府側がこの点を否認するつもりならば、もっと明確な証拠を提出すべきだ(S80)という。

4. 小括

ヘラーの法廷での最初の発言に一貫する重要な点は、プロイセンに対する大掛かりな介入の真の動機は、パーペン政府がその安定化のためにヒットラーからの協力を得るべく、社会民主党の牙城であるプロイセン政府を解体し、そこにナチスに有利な体制を築くといった、パーペン＝ヒットラー間の政治的協定の締結に存する、したがって、「不適切な、憲法に反する動機」であり、法的には「裁量の濫用」が認められる、という点であり、そこで、裁判所が、事前協定の存在についての事実認定をするために必要な関係者の証人喚問を要求する、という極めて政治的な主張であった。そしてこの一点こそが、法廷闘争の全体を貫いてヘラーが主張し、証明しようとした点だったのである。ヘラーにとって決定的に重要だった点は、それゆえ、一言で言うならば、「証人喚問」が実現するか否か、それによって、

パーペン・ヒットラー間の水面下での「政治的密約」の存在と、その密約の実現としてプロイセン政府の罷免が行われたという点とが解明されるか否か、にあつた。

他方、シュミットが法廷での最初の弁論で展開した主張の中心は、現在の政治的闘争を分析する二つの、「状況概念」「内乱状況」(Bürgerkriegslage)と「紛争状況」(Konfliktlage)の提示にある。そして、「内乱状況と紛争状況の併存」という、法が政治的武器として相互から用いられるような特殊に危機的な「政治的状況」が現存する、こうした危機状況の下では、形式的平等の要求は根源的な誤りであり、したがつてプロイセンでは、「国家の敵は誰か、不法なのは誰か、憲法の敵は誰か」を決する対党派政策の独自性は制限される、という点にあつた。現存する「政治的状況」がどのような状況であるかという一点を出発点とし、他の問題はすべてここから推し量られる、したがつて、法規範それ自体の意味するところは問題とはならず、状況に照らした、あるいは、状況に即した法解釈こそが求められるという、まさに、シュミットの政治的、状況的思考形態が鮮明に示された発言だつたといえよう。

それと同時に、シュミットは、政治的な危機状況の下で、いずれが合法であり不法であるかを決しうるのは、非党派的な「独立の政府」のみだ、と述べ、非党派的な、合・不法を判断しうる独立の政治的審級というものの存在を前提する。

これに対して、ヘラーは、ライヒ政府による今回の措置の本質をなす政治的党派性を指摘し、そもそも、「独立の、非党派的な政府」というものそれ自体の存在不可能性を主張する。ライヒ政府の今回の措置をめぐる党派性、対、非党派性、そして、より根源的な政治認識としての、独立の政治的審級というものそれ自体の想定可・否をめぐる、シュミットとヘラーの正面衝突の対決が、こうして冒頭から繰り広げられたのである。

第三章「一九三二年七月二〇日命令の諸帰結」(S.87-111)⁽¹⁷⁾ではシュミットの発言はない。他方、第三章におけるへ

ラーの全発言(9)(10)(11)(12)が論じる問題は、「被告代理人の法廷における召喚問題」⁽¹⁸⁾であり、ここでは言及しない。

第IV章「ライヒの連邦国家的性格」(S.112-123)⁽¹⁹⁾で論じられたのは、バイエルン・ラントおよびバーデン・ラントによつて提出された訴えに基づく、主としてワイマール共和国の連邦的構成に関する一般的抽象的な原則の問題である。したがつて、主にバイエルンおよびバーデンの代理人が発言し、シュミットとヘラーの発言は見られない。二人の法廷闘争の次の舞台は、第V章以下の、第48条第1項、第2項をめぐる法解釈論争の場面である。

第3節 第V章「第48条第1項の諸要件」(S.124-193)におけるシュミットとヘラー

第V章「第48条第1項の諸要件」の審理は、第二日目、一〇月一日火曜日の夕方五時を回つてから始められ、同日の七時閉廷(S.145)まで、やうに第三日目、一〇月二日水曜日の午前九時半の開廷から、休憩(午後一時一五分から午後四時まで、S.187)をはさんで四時半過ぎ頃までが費やされた。第V章でシュミットは二回、ヘラーは四回発言しているが、それぞれの一回目の発言は一〇月一日の夕方に、それ以外は翌二二日の午前のセッションに行われている。

第V章の「ライヒ執行」の「要件」問題の第一発言者は、アンシュッツであり、シュミットの一回目の発言は、「ライヒ執行」という法制度の本質についてのアンシュッツの見解に対する反論を展開することから始まる。そこでシュミットの反論の主旨を理解するのに必要とされる限りで、先行したアンシュッツの議論の要点を確認しなければならぬ。

アンシュッツの第V章冒頭での発言(S.124-130)は、大きく三つに分けられる。第一の点は、「権力」の強大化に伴う「保障」の強化の必要性である。ここ数年で学んだのは、途方もない政治的投資にとつて第48条の第1項、第2項の中に何が潜んでいるのかという点であり、同時に、「多大な権力が存在するところでは、一定の限界が引かれねばならないし、権利保障 (Rechtsschutz) も強化されねばならない」(S.124)という点だ、とアンシュッツは述べる。したがって第48条に読み込まれる権限が拡大強化されるならば、同時に、学問は、「一定の内在的限界と保障手段の強調」を重視するのであり、これに伴う学問的見解の修正も生じた(S.124)という。

アンシュッツの発言の第二の点は、シュミットの「状況的」解釈に対する批判、すなわち、シュミットの「憲法を政治的状况にに応じて、すなわち、『状況的に』(situationsgemäß) 解釈することが、許されているというに留まらず、特定条件の下では必要なことですからある、という見解」(S.124) に対する批判である。アンシュッツは、ワイマール憲法の解釈に際して、政治的、必要や政治的状況が決定的に重要だと語るのとは、いかなる状況の下でも国法学者としての責任を負うものではない、と述べ、憲法はまさに、それが意味している通りに解釈されるべきだ、との主張を繰り返す(S.124, S.125 傍点引用者)。

そしてアンシュッツが取り上げる、ここでの発言のほとんどが向けられた第三の問題は、第1項の定める「ライヒ執行」という法制度の問題である。まずアンシュッツは、「ライヒ執行」問題を全体として議論するならば、裁判長が提示した二つの観点、「ライヒ執行の要件と限界」のみでは充分ではなく、もう一つ別の観点、すなわち「手続き、規定」についても論ずる必要がある(S.125 傍点引用者)、と述べる。そこで三つの観点から、すなわち、(1)「要件」(Voraussetzungen) (2)「手続き」(das Verfahren) したがって「執行の形式」(die Form der Exekution) として(3)「限界」(die Grenzen) (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濫用があると言えるのか) という三つの点から論ずべきだ、と提起し(S.125)、後から論じられる予定の(3)「権限の限界」問題

を後回しとして、第V章では前二者をめぐる見解を示している。

(1) まず「ライヒ執行」の「要件」について。「要件」は、「ライヒ憲法やライヒ法律によってラントに課されている義務にラントが違反すること」であり、したがって、ラントに課されているあらゆる義務が問題となるのではなく、ライヒ憲法やライヒ法律によって課されている義務だけが問題となるが、この場合、ライヒ憲法上の明文規定を必ずしも要しないという従来からの見解をここでも維持する、とする。

プロイセンの義務違反の「事実」としてライヒが主張するもの全てに対する反論をアンシュッツは示すわけではないが、幾つかの「事実」を上げて、義務不履行の構成要件には当たらない、と反論する。殊に、シュミットが「義務違反」として取り上げた「統治政策」上のライヒとラントとのズレ(Divergenz)、——つまり、「国家指導」「政策」全体のラントとライヒとの不可欠の同質性(Homogenität)が欠落しているという事実はライヒ執行の要件になりうる」とシュミットは主張した(強調アンシュッツ)——は、決してラントの義務違反の構成要件に該当しない(S.126)、と指摘する。また、プロイセンにおいて事務管理内閣が長期間存続していることも、「ライヒ執行」の根拠としての「義務違反」だというライヒ側の主張にも反論する。すなわち、そもそもワイマル憲法は連邦国家、議会主義的国家、議会制民主主義を意図しているのだから、これらに伴う一種の影の部分もあえて引き受けているというべきで、こうした影の部分が具体的事例として存在するからといって、それが不法、さらには「ライヒ執行」実施の契機となる「義務違反」だとは言えない(S.126 傍点引用者)、と主張する。さらに、ある政治組織(ここでの問題は、ナチスと共産党)への警察権力の行使が手ぬるいことが「義務違反」を構成するという点について(強調アンシュッツ)、政治的判断を下すのは「学問をその職務とするものの仕事ではない」が、原理的にのみ言及するならば、ラントの警察権力とはラント高権の一部であり、ラント政府がラント法律によって与えた一般的警察機能を充分運営しているかの問題は、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ない(S.126f)、と述べる。もし、ラントが警察権力の手綱を緩め

ることによってライヒ全体の公共の安全と秩序が危機に瀕するという理由で介入が行われる場合には、したがって、第2項が問題となるべきであり、第1項の問題とはならない(S127)、と指摘する。

さらに「一般的原理的重要性を持つ問題」として、第1項と第2項の決定的違いを国事裁判所の審査権限という観点から指摘する。第2項は国事裁判所の裁判官といえども無制限に審査しえない「裁量問題」だと考えうる(ただし、アンシュッツ自身はこの見解が無条件に正しいとは考えないと付言する)(S128)が、これに対してアンシュッツの見解によれば、第1項には「裁量問題」は存在せず、一つの、あるいは複数の法的問題が存在し、法的義務の違反のみが問題となりうる(強調アンシュッツ)(S127)。したがってライヒが主張する「義務違反」の事実が「ライヒ執行」の法的構成要件に該当するか否かについて、国事裁判所は審査し判決を下すことができ、また、下さねばならない、国事裁判所は「裁量問題」の存在を理由として「ライヒ執行」の合法性についての審査、判決を拒否することはできない(S128)と主張する。

(2) 次に、「ライヒ執行」の「手続き規定」あるいは「形式」について。まず本件において、プロイセンはいかなる「事前の通告」も、義務違反が存在することについての「事前の瑕疵通知」もされることなく、「ライヒ執行」の対象とされたという事実を確定しておかねばならない(S128)とアンシュッツはいう。確かに憲法上は「事前の通知」や、形式に則った「事前の瑕疵通知」を明文によって規定してはいない。またもともと商法、民法において用いられている「瑕疵通知」を国法学は借用しながら用いている。確かにライヒ憲法第15条第3項²⁰の基礎にある法制度を第48条に直接転用することはできないことは認める。しかし、ここでの「ライヒ執行」とは「強制執行」(Zwangsvollstreckung)であり、「強制執行」の本質からして、これを行う「権限」(Zwangsvollstreckungsstiel)が必要とされる(S129 傍点引用者)。本件の場合、「権限」は、「要件」が確定される点にのみ存する。すなわち形式がどうあれ、義務違反が存在し、当該ラントが義務違反をやめる意思も能力もないことが何らかの方法で確定されることが、その「要件」である、これ

は強制執行の本質から出てくる(傍点引用者)。したがって、プロイセン政府に対して何らの「告知」もされずに「執行」に踏み切ったという点に、この手続き規定の無視があり、重大な手続きの欠缺(強調アンシュッツ)が存在するのである。

1. シュミット：(2) V.S.130-134.

アンシュッツの上記の発言の後、裁判長とアンシュッツとのやり取り(S130)を挟んで、シュミットが発言を始める。シュミットのここでの発言は、アンシュッツの発言に対する三つの観点からの反論である。その第一は、「ライヒ執行」という法制度の本質に関して、すなわち、「強制執行」の本質から法的権限が存在しなければならず、何らかの「事前の通知」や「聴聞」が必要だ、という見解に対して、その第二は、第48条の権力の強大化に対する何らかの権利の「保障」を形成しなければならないという点に対して、そして第三に、第1項と第2項とを厳密に区別するアンシュッツの議論に対して、それぞれ反論を試みる。

まず第一の点に関連してシュミットは、第1項には「執行」という言葉はない、ここで憲法は「執行」について語っているのではなく、「義務の履行をさせること」といつており、その要件は、「義務の不履行」であつて、義務を履行しないラントに対してライヒ大統領は、その義務を履行させるために強制権限を行使しうる(S131 強調シュミット)、と指摘し、この制度の本質は「強制執行」にあるのではないとの見解を示す(傍点引用者)。

第二の強大化した「権力」に対する「保障」について。シュミットは一八〇六年に崩壊した神聖ローマ帝国での数百年にわたる皇帝に対する諸等族の権利保障の歴史について長々と語り、そこで見られた「帝国の強制の適用に対する模範的な保障」(vorbildlicher Schutz vor einer Zwangsanwendung des Reichs)の結果こそが、帝国崩壊の到来だつたと指

摘する (S132)。

現行憲法では、第48条のライヒの強制権限をできる限り強大なものに作り上げようとし、「保障」という観点をできるだけ控えめにしてきた、なぜならその「保障」のためにライヒの崩壊にまで至りかねないからであり、この点こそが憲法制定過程からも判明するこの法制度の本質なのだ (S132 傍点引用者) という。つまり、強大化された権力に対する「保障」という関心からの「手続きの形成」という観点は、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、自覚的・意図的に排除されている (S133 傍点引用者)、少なくとも一九一九年夏の時点で、人々はこうしたドイツ・ライヒの統一に対する危険をよく認識していたとシュミットはいう。

第三に、アンシュッツはラントの警察権力の行使に関して義務違反がある場合、第1項ではなく第2項が問題となると述べたが、第1項と第2項の二つの条項の区別について云々される場合でも、それらが非常に密接な関係を持っているのは自明であり、具体的な場合には相互に入り組んでいる、とシュミットは主張する (S133 傍点引用者)⁽²¹⁾。たとえばスイスの連邦国法でも、ほとんどあらゆる重要な事例において、「執行」が問題となっているのか「干渉」が問題となっているのかが争われるが、一度連邦の行動が始まると、どんなに優れた経験ある国法の専門家ですら、具体的にどちらが行われているのか区別できない、という。

そして間違いなく「執行」と断言しうるスイスの事例において、連邦議会決議に基づいて二年間警告を発し続けた結果は、七つのカントンによる拒否から引き起こされた「分離派戦争」である。このように、「保障」が突然に、公然たる分離戦争の勃発という事態に転化した、という実にはつきりした歴史的事例がある (S133-134)、と指摘する。

個々の国家「ラント」が独自の政策を追求する権利や独立性の保障を連邦主義的観点から考察する場合にも、連邦が、個々の国家の要求に対して原則的には優先しなければならぬという原則に、自分は立つ、とシュミットは述べ、第1項の本質が、連邦主義的観点や連邦であることの過度の強調の否定、すなわち、連邦を構成する国家「ラント」が

独自の政策を追求する権利を持つことの過度の強調の否定にあるのは、全く明らかだ (S134 傍点引用者)、と締めくくる。

2. ヘラー：(13) V.S.135-139.

第V章におけるシュミットの一回目と二回目の発言の間に、ヘラーは二回(13)(14)発言しているが、これはいずれも、シュミットの一回目の発言に対する反論が主要な内容である。

ヘラーのここでの一回目の発言(13)は、大きく二つに分けられる。第一に、裁判長の希望にいささか反すると思うが、ラントの義務違反の問題に入る前に一般論に言及したいと前置きし、シュミットが「権利保障」の問題に関して持ち出した「ドイツ民族の神聖ローマ帝国の国法上の構造との比較対比」は極めて不適切だと批判し、まして三〇年戦争にまで遡ることは拒否されるべきだ、と指摘する。当時のドイツ帝国の状況と今日のドイツ・ライヒの状況を対比しても何事も明らかにならない、なぜなら、連邦国家として非常に強い中央権力を持つ今日のドイツ・ライヒと、その当時、崩壊に瀕していたドイツ帝国とは、そもそも比較することなど不可能だ、そして、もし比較するなら「ビスマルク憲法」と比較すべきであろう、と指摘する。ヘラーは、「ビスマルク憲法」が、「強大な権力や」「行政権」執行者の濫用に対する保障」として、連邦参事院の決議を「要件」として規定していたのは周知のことであり、今日よりはるかに強い「権利の保障」が存在した (S136) と主張する。

ヘラーの議論の第二の点は、第1項と第2項の「明確な区別」をめぐるもので、ここでもシュミットを槍玉に上げて第1項「執行」と第2項「非常事態」とを区別しないというのは、法学的にはいささか思い切った主張といえるべきだ、しかもスイスを引き合いに出しての主張であれば、なおさら思い切った主張といえるべきだ、と切り出す。スイスでは、

「干渉」は連邦憲法第16条により、「執行」は連邦憲法第85条第8号によって行われるのであり、「干渉」が行われているのか、「執行」が行われているのかは完全に明確にされる。「ビスマルク憲法」においてすらこの二つは区別されていた (S.136)。

これまでの通説によれば、「第2項から明確に区別される」第1項の「要件」は、代表権限を持つ、「ラントの」機関 (die vertretungsberechtigten Organe) が、いかなる救済策もとらず自ら義務に違反する場合に初めて、「ライヒ執行」が行われる (ベツチュルヘフターのコンメンタールによる) (S.136 傍点引用者)。したがって第一に、ラント内の私人による秩序攪乱行為からはただちにラントの責任は生ぜず、代表権限を持つ機関による義務違反の場合であり (S.137)、第二に、権限あるラント中央官庁への警告にもかかわらず救済策をとらない場合であつて (傍点引用者)、すなわち主観的義務違反が求められている (S.138 強調ヘラー)。

第一の法主体に関連して、第1項が、いわゆる国際法上の不法行為の理論に相当する帰責の問題とかわかるといふラヒ側主張は全く問題外であり、そうした主張はこれまで学界においても国家の実際においても用いられたことはない。この理論を妥当とすれば、私人によるライヒ法律違反から「ライヒ執行」が可能とされることになるのであり、これは「執行」と「非常事態」の限界線を曖昧化するためのもの (S.137) と批判する。さらに法主体の問題として、大臣も国家机关であり機関担当者 (die Organträgerin) として行動する (傍点引用者) が、この場合でも、職務を行っているときの大臣と、自己の職務外にある政治的指導者との区別は必要だ (S.138 傍点引用者)、と指摘する。ただし、機関担当者の職務外の行為が、「ライヒ執行」の対象とされかねないような重大な過失を追求される場合は考えうる (たとえばレーバー大臣の演説) が、その場合でも、その過失を修正する意思があるか否かについての事前の質問は、その「要件」とされる (S.139) と主張する。アンシュッツが指摘した「法的聴聞」の必要性に対して、シュミットはこれを認めればライヒの崩壊を招くと応じた (強調ヘラー) が、しかし「法的聴聞」の不要が連邦国家の本質から導き

出されるという見解は、全く不当であり、アメリカ憲法においても「通告」と「聴聞」は、いかなる場合においても欠くことのできない本質的要件の一つだ (S.139) と指摘する。

3. ヘラー：(14) V.S.167-170.

ここでのヘラーの二回目の発言(14)のほとんどは、第1項と第2項の関係をめぐるもので、第一に、二つの条項の区別とその基準、しかし第二に、それにもかかわらず二つの要件の競合は存在しうる、という二つの観点にかかわっている。

第一に、第1項と第2項の区別とその基準について。第2項「非常事態」の場合には、「客観的違法反」のみが必要であり、いかなる場合でも「主観的過失」は必要ではない。しかし第1項の行使の場合には、「主観的過失」(in subjektives Verschulden) が必要であり、「主観的過失」の問題が第1項と第2項を区別する重要な基準だ (S.167 強調ヘラー) と述べる。この過失は、義務違反があるという「瑕疵通告」があつて初めて構成されるのであり、この通告に関しては「法的聴聞」という形式 (Form des rechtlichen Gehörs) が必要とされる (傍点引用者)。したがって、「瑕疵通告」や「法的聴聞」は、第2項の要件があるにすぎない場合に、それがあつて初めて第1項を発動できるようになる切替え装置 (der Transformator) なのだ (S.167) という。

したがって、第二の点だが、いかなる状況下でも第1項と第2項の要件の混同はないと述べている「かのごとき自分への非難が行われたが、そういう」わけではない。「ラント政府の義務違反の行為または不作為が、騒乱を引き起こすような形で、公共の安全と秩序を攪乱する原因となつている、あるいは、そのような状況を意図していると思われる場合」には、「法的聴聞」が行われるにしても、第1項による処置と第2項による処置が同時に行われることがありうる

のであり、これは自明のことだ (S.168) と指摘する。これは「競合」(Konkurrenz) としう、ある一つの行為によって複数の犯罪が行われる刑事裁判官にとって自明の事例であり、本件に関しても、まさに二つの法制度の「競合」が存在しているのだ (S.168) としう。

ここでのヘラーの主張において、もう一つの重要な点は、ラントの「主観的義務違反」の問題である。ライヒが主張するプロイセンの義務違反として、「一般的誠実義務」(“allgemeine Treupflicht”) 違反が指摘されているが、ライヒの主張する「義務違反」を法的概念によって表現し構成することができないから、「誠実義務」としう、いささか感情的、道徳的、概念を持ち込んだのだろう (S.169 傍点引用者)、とヘラーは指摘する。もちろんラントがライヒに対する誠実義務を侵害することはありうる。極端な場合、ラントが国内政策について、ライヒ政府の処置を不可能とするような政策を追求することによって、ライヒの存続のために決定的に重要なライヒ政府の意向を妨げる場合である。しかしそうした場合でも、「義務違反」は明示されねばならず(そのために事前の「聴聞」と「瑕疵通告」は必要である)、たとえば、政府の個々の構成員がある特定の政治的傾向に対して「内面的独立性を失っている」という主張だけでは「誠実義務」の侵害の根拠とはならない (S.169f.) と述べる。

4. ツツミント : (3) V.S.175-181.

上記のヘラーの発言後、ペータース、フォン・ヤーン、フェヒト、ナヴィアスキー、そして、ギーゼによる発言が続ぎ、ギーゼの後に、第V章におけるシュミットの二回目の発言がなされる。この発言における要点は以下の五点に纏められるだろう。

第一の点は、第1項の要件としての「事前の通告」ないし「法的聴聞」について。ギーゼが、第1項の要件としての

「事前の通告」と「法的聴聞」の必要性をイエリネクの論文に依拠して述べた(S175)ことへの言及から、シュミットはここでの発言を始め、ギーゼの引用したイエリネク論文には、さらに、「法的聴聞を行うことが政治的に不可能な、極めて緊急の場合もありうる」とも書かれていると指摘し、本件はまさにこうした事態なのだ(S175)という。ラントによる義務不履行が現に存在するか否かという問題は、義務不履行、義務の侵害、不法行為がどのようにして団体に帰責されるかの問題であり、「主観的過失」の問題は、結局、客観的に確定するための帰責の方法の問題に帰着する(傍点引用者)。ラントの義務が客観的に履行されていない、したがって、第48条の要件が存在するということを客観的に確定することが問題だ(傍点引用者)という。

第二の問題は、ラントの「誠実義務」についてであり、それは自らの政策をライヒに合致させるべきラントの義務だ、という。憲法上は誠実ということには何ら触れていないが、ここでは憲法の精神、連邦国家的な憲法の精神を根拠としている。こうした一般的義務は存在するのであり、こうした義務が承認されなければ、そもそもライヒは存続しない、と指摘する。

第三に、第1項と第2項の関連性、類似性について。シュミットによれば、二つの条項のあれかこれかという二者択一が展開されることは、誤った推論に導く。ラントが自己の義務を履行しないという第1項にかかわる事例が、同時に、第2項の公共の安全と秩序に対する危機を意味することは充分にありうる、その結果、第1項に基づいて、ラント自身に対する義務履行を求める強制を行使しうると同時に、第2項に基づく処置が行われる可能性が出てくる。ここに第1項と第2項の、相互に交錯しあう関係を認めよう。

二つの条項はともに、ライヒ大統領の裁量に発し、ともにライヒ大統領が行いうることに規定し、ともに武装手段をもって介入しうるという特色ある手段について規定している。憲法制定会議の第三読会において、両条項が似た事柄を扱うという理由で一つの条文に纏められたという経過がある。したがって第1項と第2項の類似性は争いのない

ところである。また、こうした戦争権限、軍事手段を利用する機能が、危機状況が存在する場合には、非常に広範に展開されうることは、スイス連邦憲法、アメリカ憲法からも導き出せる。結論として、二つの条項は極めて密接であり、それらを区別することからあれかこれかの二者択一を構成しようとすることは、否定されねばならない。

第四に、シュミットはライヒ憲法批判を行い、そもそもワイマール憲法上の、ラントとライヒの関係についての欠陥ある構成 (Fehlkonstruktion) こそが、「内乱状況」と「紛争状況」によってもたらされた危機の原因だ (S.179 強調シュミット) という。その欠陥ある構成の除去それ自体が一つの問題ではあるが、ここでは、こうした構成から事実として危険が生じたというかわりのみか問題であり、具体的状況において具体的問題に対して何をなすのか、こそが、第48条に基づいたライヒ大統領の仕事なのである。

そして第五に、第48条制定者たちの制定意図に立ち返って議論を進める。シュミットによれば、制定者たちは第48条制定に当たって「二つの危険」に対処しようとした、という。アンシュッツが「第48条の強大な権力に対する特別の保障、権力の限界づけ」の必要を語ったことを逆転させ、シュミットは、特別の危険に対する一つの「保障」として特殊に強大な権力を制定者たちは創り出した (S.180 強調シュミット) と主張する。そして「二つの危険」の第一は、「ドイツの多数国家性 (die deutscher Vielstaatlichkeit) すなわちドイツの国家的分立状態 (die staatliche Zersplitterung Deutschlands) という、ドイツ人が既に授業で教えられ、自らの歴史から学んできた危険⁽²⁴⁾であり、第二は、ドイツ人がまだ知らない、むしろスイス人やアメリカ人にとってより馴染みのある新しい危険、すなわち、民主主義的党派性から生じる全く特殊な危険、連邦国家における全体国家の統一性に対する新しい種類の危険だ (S.180 強調シュミット) という。制定者たちは、ライヒの統一に対する「二つの危険」は結びつきうるということを知っていた。そして政党の対立が、ライヒに対するラントの「誠実義務」の否定にまで到達するような場合、つまり第一の危険と第二の危険の結合状況という、「ライヒの統一」を脅かす「二つの危険」の「結合」に対する「保障」として、第48条制定者たちは第48

条の非常権力を作り上げた。つまり、「内乱状況」(Bürgerkriegslage)と「紛争」(Konflikt)の「結合」であり、第48条第1項と第2項の「結合」である、そして、これこそがまさに一九三二年七月二〇日の状況だったのだ、とシュミットはいう。

それゆえ、もし一政党がラント国家権力を掌握し、ただその政党のためにだけラント国家権力を行使し、「ラントの」国家的権力手段をその政党権力のために利用するならば、つまりもし、多数国家性、国家の分立状態(die staatliche Zersplitterung)と、内乱にまで至りかねない政党の分立状態(Parteizersplitterung)とが結合するならば、そのときには第48条第1項と第2項の二つの権限が相互に融合する構成要件が存在する。そうした場合、第48条のようなこの強大な権力に対して、保障が存在しなければならぬと主張することは許されない。なぜなら、そんなことをすれば、強大な権力が守るべきもの、すなわち、まさにライヒの崩壊に対する保障(den Schutz gegen die Zerstörung des Reichs)が破壊されてしまうからだ(S.181 傍点引用者)。

一九一九年一月に同様の危険に直面した制定者たちは、恐ろしい崩壊から自らを救い出しようするのは、「ライヒの統一」だということを実感し、そうした感情からこの第48条の特別に強大な権力を制定した。それほど多くの政治的感覚、それほど多くの憲法構成能力を、憲法制定者たち、とりわけ第48条の制定者たちは持っていた、とシュミットは称賛し、リンカーンによる「統一されていない国家は、どんな国家であれ崩壊するであろう」という言葉をもって、この発言を締めくくる。

5. ヘラー：(15) V.S.186, (16) V.S.187.

第V章での、シュミットの二回目の発言の後になされたヘラーによる残る二回のいずれも短い発言は、シュミットの二回目の長い弁論の中で扱われたもののうち、第1項の要件としての「事前の通告」ないし「法的聴聞」に対してのみ向けられる。すなわち、緊急の場合に限って、「事前の通告」ないし「法的聴聞」は不要だとするシュミットの見解にしたがって、それ以外のすべての場合には「ライヒ執行」に先立って「事前の通告」や「法的聴聞」は必要だという見解に、ライヒ政府も同意するのか（傍点引用者）という、ライヒ政府代理人ゴットハイナーへの確認質問である。ゴットハイナーは、この質問には答える意思はない、その点についてのわれわれの見解はすでに充分明らかだと応じるのみで、裁判長が、この質問は肯定されたとみなすのが妥当だろうと纏め、第1項の「要件」としての「事前の通告」ないし「法的聴聞」問題の議論は終わる。

6. 小括

第48条第1項「ライヒ執行」の「要件」をめぐる第V章の議論では、上で見たように、「ライヒ執行」の制度の本質についての体系的議論に基づいた「要件」論を展開したのは、アンシュッツとシュミットであった。すなわち、この問題の核心部分における対決の構図は、アンシュッツ対シュミットであり、これに対してヘラーは、基本的にアンシュッツが展開した立場に立ちながら、シュミットの主張に対する断片的反論ないし批判をするに留まっている。

しかも第1項と第2項の「明確な区別」をめぐる議論では、第2項から区別されるべき第1項の「要件」としての

「主観的過失」の必要性を主張するヘラーが、しかし同時に、實際上、両条項の要件の「競合」はありうると述べることで、シュミットの状況次第での両条項の同時適用の必要性和正当性の主張に限りなく接近している。さらにヘラーが主として指摘した、第1項の「要件」としての事前の「法的聴聞」の必要性の問題では、「法的聴聞」が政治的に不可能な極めて緊急の場合があるとはいえ、それ以外の場合、つまり原則としては「法的聴聞」を必要とする、というイェリネクの解釈においてはシュミットも同意する、という点を確認したという意味では、ヘラーのシュミット批判はそれ自体として、決定的な対決点を構成するものではなかったといえよう。

他方、第V章でシュミットが論じた点で重要なものは、対アンシュッツの議論として提出された、以下の二点であるう。

第一の点は、第1項「ライヒ執行」の本質、についての見解である。シュミットによれば、「ライヒ執行」の本質とは、(a)「強制執行」にあるのではない、むしろ、(b)「ドイツ・ライヒの統一」を脅かす危険に対抗するために、ライヒ大統領の素早く、有効な介入を可能とすべく、強大な権力に対する「保障」という観点、および、「保障」のための「手続き形成」という観点を、自覚的、意図的に排除することにある、つまり、(c)連邦主義的観点やラントの独自性の過度の強調の否定にある、という点である。結論的にいえば、第1項は、第2項と結合することによって、「ライヒの統一」を脅かす「二つの危険」(二つの「状況概念」KonfliktlageとBürgerkriegslage)に対抗して、ライヒを崩壊から守るための、「保障」を構成するものであり、それゆえ、第48条という強大な権力に対する、「保障」は構成されてはならない、とシュミットは主張するのである。

第二の点は、第1項と第2項との関係をめぐる見解である。「二つの危険」が結合して存在する場合には、これに対して、実践的には、第1項と第2項は結合して「ライヒの統一」を守るための「保障」を構成するのだから、両条項の間の厳密な区別は否定されるべきだ、⁽²⁵⁾ というものである。それゆえ、アンシュッツ、ヘラーらが主張した、第2項から

第1項が区別される基準としての「要件」（義務不履行の主体は、私人ではなく代表権限を持つラント機関であり、かつ、「主観的過失」の存在の確定のための「法的聴聞」は必要である）は厳格に要求されるべきものではなく、義務不履行の状態を客観的に確定することこそが問題の核心だ、とする。しかも、義務不履行の状態の存在を客観的に確定する主体は、あくまで、ライヒ政府でありライヒ大統領なのである。

第4節 第VI章「第48条第1項の諸権限」(S.194-285)におけるヘラー

第VI章第48条第1項の「権限」の審理は、審理日三日目一〇月一二日水曜日夕方四時半過ぎから同日の七時閉廷(S.222)まで、引き続き審理第四日目一〇月一三日木曜日、午前九時半開廷から休憩(午後一時四五分から四時三〇分、S.272)を挟み、同日の夕刻五時半過ぎ頃までである。

第VI章「第48条第1項の諸権限」では、シュミットの発言はなく、ヘラーは四回(17)(18)(19)(20)発言している。その内(17)は審理日三日目(一〇月一二日水曜日)に、それ以外は審理日四日目一〇月一三日木曜日の午前のセッションに行われた。そして四日目に行われた三回(18)(19)(20)の発言でヘラーは、前日の新聞報道上の裁判長ブムケの発言がライヒ政府側の立場の擁護を表明したものであるかのように、その真意を追求する。結果的にブムケの釈明を引き出したここでのヘラーの弁論は、法廷審理をヘラーの側から見た場合の、一つの重要な山場ということができらるう。

この発言は、三日目の閉廷近くに行われた。その主眼は、諸外国の——特にスイスとアメリカの——連邦執行の例を示して、本件の異常性を強調することにある。まずヘラーは、一八六六年以来のドイツでも、数百年来のスイス、アメリカ、そして連邦国家になって以降のオーストリアでも、州政府それ自体が排除されるという今回のような事例は全くないが、それはなぜかの答えはただ一つ、連邦執行は、通常は、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持つて行われるという点だが、これに反して本件では、憲法違反の状況をできるだけ長引かせるという目的もつて「ライヒ執行」が行われた（傍点引用者）、と指摘する。

たとえばスイスでは、ヒルティ論文によれば、カントン政府がたとえ瞬間的といえども排除されたことは、数百年間にわたつて！(seit Jahrhunderten) ⁽²⁶⁾ なかった。ただ一つの事例である一八九〇年九月のテッセン・カントンの事例では、一つの政府の交代があつた。しかしこの事例でも、九月一二日に政府が打倒されたが、一〇月一四日には既に以前の政府が再建された。連邦国家において、連邦は常に合憲的政府ができるだけ速やかに職務に就くよう配慮する（傍点引用者）。したがつて本件のような問題は成立の余地がない、という。

アメリカ憲法には、連邦執行というものがない。しかしただ偶然にそうした規定がないのではない。一七八七年の憲法草案審議において、マディソンの提案によるヴァージニア憲法草案第6条が、すなわち、「連盟の法律に反して自己の義務を履行しない、いかなる連盟構成員に対しても、連盟の軍隊を派遣する権限を、国民議会に与える」という条項が事実上提起された。しかし、一国家（州）に対して軍隊を派遣するのは、合目的でもなく正しくもないという見解を人々が持つに至つたため明確に拒否され、その起草者自身にも拒否された(S215)という経過がある。現在の解釈に

ついでヘラーはウィロビー (W. Willoughby) の『合衆国憲法』⁽²⁷⁾ を引用する。それによれば、州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、連邦は個々人に対して、また時として個々の政府構成員に対して、武装権力によって対処する権限を与えられている。しかしそれにもかかわらず、一政府が排除されるということは可能でもなく、全期間にただの一度も起こっていない (S215 傍点引用者) と指摘する。

いずれにせよ、できる限り早く、合憲的政府を再建することがライヒ憲法や諸外国においては考えられているのに対して、本件におけるその行為の目的は全く逆だ (S216 傍点引用者) とヘラーは締めくくる。

2. ヘラー：(18) VI. S.248-249.

ここでのヘラーの発言は二つに分けられる。前半で取り上げた問題は、上の発言(17)でも指摘した、今回の措置の極めて長期にわたっている期間であり、こうした期間それ自体が、ライヒ政府の「憲法違反の意図」(verfassungswidrigen Absichten) によつてのみ生じた (S.248 強調ヘラー) と指摘する。もし本当に何らかの「義務違反」を理由とした「ライヒ執行」ならば、あるいは短期間の代執行によつて履行させることもできた (傍点引用者)。またもし公共の安全と秩序の再建のみを考えていたなら、その目的のためのコミッサール設置も可能だろうが、その場合、それ以外の事柄はプロイセン政府が任務を遂行することになるはずである。ところがプロイセン政府それ自体が排除されてしまい、解答不能と思われるような難問が次から次へと眼前に現れている、と述べる。

また、審理が続けば続くほど、ライヒ政府はライヒ憲法を手品のように消していく。ヤーコビの、シュミットよりさらに歩みを進めた第48条解釈をたつた今拝聴し、その解釈によれば、第17条が第48条によつて片づけられました。これは、次の週にもはまだ審理が継続していたら、憲法に第48条以外に何が残るのか、誠に不安になる。

ミュンヘンにおけるパーペンの「ライヒ憲法改正」の演説では、今の状態はもつと長く続くだろうと語っている(傍点引用者)。パーペンはもちろん「憲法改正」を第48条を用いてやろうとしている。それゆえ、この状態が一体いつ排除されるのか、これを知ることが決定的に重要であり、それが真の問題だ(S249 傍点引用者)とこう。

後半でヘラーは、一体、何が今日の事態の「原因」(傍点引用者)か、と切り出し、裁判長ブムケがライヒ政府の立場を擁護しているかの如き観のある前日の新聞報道を取り上げて、ブムケ発言の真意について尋ね、以下のブムケの釈明を引き出すことによつて、ライヒ政府の措置の「真の原因」が何かを追求しようとする。

ヘラーのブムケへの質問は、以下のようなものだった。新聞報道によれば、ブラウンとゼーベリングが社会民主党に所属していたため、共産主義者たちに対して必要な厳然たる態度をとりえなくなっているという確信をライヒ政府に引き起こさせた(強調ヘラー)、そこに、ライヒ政府が「ライヒ執行」を発動するための十分な理由を見出すことができ、というのがブムケの見解だという。ヘラーはこれが、本当にブムケの見解なのかとは迫らずに、この見解の中で語られていることが、ライヒ政府の措置の「真の原因」なのか、と尋ねる(S249)。

ヘラーの質問後、すぐにブムケが応答し(S249-250)、「自分の発言の一部のみが報道され、また、誤りがある」と述べ、ライヒ政府擁護の発言は断じてしていいないとして、自分の真意についての釈明をする。ブムケによれば、彼自身の発言は以下の通り。ライヒ政府が訴訟文書の中で表明している「ライヒ・コミッサールたる」ブラハトの見解は、全く明確ではなく、読み方によつては次のようにも読むことができる。すなわち、第一の読み方は、ラントの大臣たちが、共産主義者たちに対して闘うのに必要な内面的独立性を持つておらず、その結果、大臣たちは現実には彼らと闘えなくなっている、という点に、ライヒ政府はラント政府の「責任」(Schuld)を見た、そしてさらに、第二の読み方として、ブラウンとゼーベリングがその地位に留まっている(つまり事務管理内閣の継続)ということに、ライヒ政府はラ

ント政府の「責任」を見た、と読むこともできる。こうした内容の発言を自分はしたのだ、とブムケは釈明した。

3. ヘラー：(19) V. S. 250, (20) V. S. 250-252.

上記のブムケの釈明で明らかになった点に対して、(19)でヘラーは、恐らくはライヒ政府の見解であろうものを、裁判長の見解だと自分が仮定したとすれば、それは侮辱的な推定だ、と述べたうえで、今、ブムケによって整理された二つの解釈は、本来にライヒ政府の見解なのか、再度、ライヒ側代理人からの明確な返答を要求する。

裁判長は、一度答えられた点の繰り返しを避けようとするが、ヘラーはすぐに(20)で、自分ばかりではなくブレヒトも、ライヒ側の回答をほとんど理解できなかったのだ、と食い下がり、これに対してゴットハイナー自身は応じないで、ブムケが、第一の解釈、第二の解釈のいずれもが、ライヒ側によって肯定されたと、返答する。「私の理解した限りでは、両方とも、イエスでした」とのブムケの返答に対して、ヘラーは、「だとすれば、それはわれわれにとつて、非常に価値あることだ」(S. 250) と叫び⁽²⁹⁾、「なぜなら、そのことによつて、ついにわれわれは以下の点を知るからだ、第一に、プロイセンに対するライヒ政府の措置すべてが、そも、そも、なぜ行われたのかを、その上「第二に」、いかなる時間的限界づけも存在しないということも、われわれは知るに至つた(傍点引用者)。なぜなら、「内面的」独立性とは、いかなるものであれライヒ政府に合う政党への所属のことであり、そんな独立性ならば、プロイセンではいかなる政府も決して持つことはないだろう！」(S. 250) と述べる。さらに、こうも言う。プロイセンでは、合憲的な政府をいかに再建すべきかについてもはや頭を悩ます必要はないということも分かつた、なぜなら、プロイセン政府は、現在のライヒ政府と同じ政治的意図しか、すなわち、国家人民党的な政治的意図しか持ちえないのだから、と。

この後、再びウィロビーからの引用に基づいてアメリカの事例を示し、アメリカでもスイスでも、州政府自体の罷免

は起きたことがないと強調するが、ここでのヘラーの発言の中心は、何といってもブムケ発言から引き出された点にある。今回の事例では、ある特定の政党政治的、目的 (einen ganz bestimmten parteipolitischen Zweck) から、つまり、社会民主党を排除し、それとは異なる政治的方向を持ち込もうとするという目的から一切が行われた、これこそが第48条適用の「真の原因」(die wahren Ursachen)だ (S.252 傍点引用者)、と主張する。

この直後、ヘラーは発言についての注意を裁判長から受ける。ブムケは、「私は情熱^(st)をあくまで評価はするが、しかし、手綱を緩め過ぎないように用心しなければならない」(S.253)と述べ、聴衆との関係では声の調子を強めることも好ましいかもしれないが、強い表現を用いることによって抗議が出され、そのやり取りから本来の課題である法的問題からどんどん離れてしまいかねない、一貫してこの問題への内面的な関心から把握できるように、穏和な発言が望ましい (S.252 傍点引用者)、とブムケはあえて発言しなければならなかった。それほどまでに、ここでのヘラーは情熱的で過激な発言を繰り返したのだろう。全記録中たった一回の「声を一段と強めて」という速記者による挿入が記されたことも、この点を裏付けている。

4. 小括

第VI章第48条第1項「ライヒ執行」の「権限」の審理においては、シュミットの発言はなく、ヘラーの論及の焦点は、「何がライヒ政府の措置の真の原因 (Ursache) か」をめぐるヘラー対ブムケの論戦にある。ブムケの釈明によって、「真の原因」についてのライヒ側の見解の確認を引き出したここでのヘラーの弁論は、法廷審理をヘラーの側から見た場合の、一つの重要な山場であった。ヘラーがブムケに食い下がって確認し、「遂に分かったぞ!」とヘラーを叫

ばしめたのは、次の二点である。

第一の点、そもそも「ライヒ執行」が行使された「真の原因」についてのライヒ側の見解とは、(a) プロイセンの大臣たちの、共産主義者に対する「内面的独立性」の欠如という「責任」(Schuld)、および、(b) プロイセンにおける事務管理内閣の存続という「責任」にある。

第一の点の結果として、第二に、ヘラーによれば、「措置の暫定性」がライヒ側からいかに主張されようとも、それは建て前にすぎないのであり、事実として、時間的限界はなく、「措置の最終性」が判明した。なぜなら、「内面的独立性」とか「憲法に合致した新政府の再建」とかいわれているものは、結局、ライヒ政府と同じ政治的意図しか持ちえない政府のことであり、そんなものはプロイセンのいかなる政府も持ちえないからだ、という。

一連のライヒによる介入の「本当の動機」の追及を求め続けてきたヘラーにとって、「ライヒ執行」が、憲法に定められている(義務不履行の強制的履行という)動機ではなく、まさに特定の政党政治的動機という「不適切な動機」によつて貫徹されたことを、ライヒ政府自身が認めたことを確認した、という点で、ブムケの釈明から引き出した言明は画期的な意味を持つものだったのである。

第5節 第七章 「第48条第2項の諸要件」(S.286-300)におけるシュミットとヘラー

本件の法解釈問題の核心部分である第48条第2項の問題に審理が及んだのは、既に審理日第四日目(一〇月一三日木曜日)の午後のセッションだった。一三日朝の開廷時のブムケの審理スケジュールでは、午前中のうちに第2項の「要件」問題を終わらせ、同日中に第2項の「権限」についての審理を終わらせる、そして最終日の一四日(金)には「裁

判所の審査権限」問題と「訴訟要件」問題のみが審理される予定であった。

しかし、実際に第2項の「要件」の議論が開始されたのは、既に一三日の夕方であり、そして同日の夜七時前には第2項の「権限」問題の審議に入った。この日の夜七時三〇分の閉廷時において、なお、裁判長は、翌一四日中に全ての審理を終わらせるという希望を表明している。こうした経過を訴訟記録から見ると、第7章の第2項「要件」問題は極めて足早に進められたのである。⁽³⁴⁾ 第7章ではシュミットが一回、ヘラーは五回発言している。

1. シュミット：(4) VII. S.288-292.

第2項の「要件」問題についての一回だけのシュミットの弁論は、大きく二つに分けられるだろう。前半においては、この点に関するシュミットの核心的主張が展開されており、第48条第2項の解釈上の一つの重要な観点が示される。

シュミットは、第2項の「要件」をめぐる議論として二つのやり方があるだろう、と発言を始める。一つのやり方は、他のラントにも同様な状況があるにもかかわらず、ある特定のラントに対してのみライヒが干渉する理由は何か、と問題を論ずる方法だが、この方法は、第2項の「要件」問題を一般的に論じることには弾みをつけることになる。もう一つのやり方は、第2項の「要件」が、現実にはどのよう⁽³⁵⁾に存在しているのかを具体的に論ずることに限定する方法であり、自分としては後者が望ましいと考える(傍点引用者)、と述べる。

というのも、シュミットの考えによれば、他のラントに同様の状態があると仮定し、特定ラントにのみライヒが干渉する理由は何か、と問うこと自体の中には、「平等原則」(Gleichheitsprinzip)が正義原則(Gerechtigkeitsprinzip)として構成されているという前提がある(S.288)が、多くのラントを同一に扱うことは、客観的状況が何かという唯一

の本質的問題から誤った方向へとそらすことになる (S289 傍点引用者)、という。つまり、合法的権力手段の政党政治的濫用という危険がある場合でも、二〇万人の保安警察を持ち、巨大な官僚組織等を備えたプロイセンと、オルデンブルグ、アンハルトなどの小ラントでは、客観的危険性は全く異なる (S290 傍点引用者)、という。また、そもそもラント自身が、公共の安全と秩序に対する危険の原因を作るのに手を貸すような事態であれば、そこでは政治的権力手段の違いが問題である (傍点引用者)。強力で、権力を持ち、武装した組織が背後にある何者かが危険で疑わしい政治的行動をとっているのか、それとも、無害で無難な、あるいは少なくとも全く重要でない小さなクラブや結社が、無礼で下品なやり方で騒いでいるのか、とでは違いがある (S290) とシュミットは一つの対比を示す。

第48条の二つの条項にも「できる」(“Kann”) という言葉が入っているのは、一定の「要件」が存在する場合に、ライヒ大統領の政治的裁量に非常に広い活動の余地が与えられているためだ、とシュミットはいう。それゆえ、第1項でも第2項でも、ライヒ大統領は、政治的顧慮から必要と考えれば、自己の義務に従って行う裁量に基づいて干渉することもできるし、「逆に」たとえ、干渉のきっかけとなる「構成要件」が存在する場合であっても、政治的顧慮から干渉しないこともできる (S289)。そして、シュミットによれば、第48条第2項の「要件」とは、ライヒ大統領をして、この例外的な権力手段の行使をなさしめるべく、第48条第2項を具体的事例へと適用するよう誘うる、その動機は何か (S290 傍点引用者)、とこうことになる。そして、

ライヒ大統領とライヒ政府にとって生じる唯一の問題は、彼らの義務に従って行う裁量において、彼らが危険をどのような広がりにおいて認識するかという問題だけなのである。危険こそが常に決定的問題であり、端的にいつて、危険の範囲と大きさを考量する、という事実問題 (die tatsächliche Frage) 「こそが決定的問題」なのである。それはすなわち、政治的危険であり、大ラントにおける紛争は小ラントにおける紛争

より、一層危険は大きい。これこそが、この問題における本質的事柄だと私には思われる (S290 傍点引用者)。

つまり第48条第2項の「要件」についてのシュミットの結論を端的に言うならば、

事実的なものこそが、ここでは要件である (Das Faktische ist hier Voraussetzung) 、「ちょうど、必要性が問題である場合には、その効果のみが決定的な観点であるのと同じように (S291 傍点引用者) 、「

ということに尽きる。

後半では、法的濫用 (Rechtsmissbrauch) の議論 (S.291 強調シュミット) の無意味さが論じられる。法的濫用の議論、すなわち、権限が政治的裁量に任される部分が大きく、強くなればなるほど、この権限は濫用されやすくなる、簡単に濫用されるために、その権限には限界を設けるべきだ、という議論は、シュミットによれば誤りだ、という。なぜなら、この議論は証明力を持たない (das keinerlei Beweiskraft) からだ (傍点引用者) という。

この件の明確化のためには、アメリカの最高裁判所による連邦大統領の非常権限をめぐる一八七七年の判決への言及が必要だとして、そこに認められるのは、「大統領の非常権限は巨大な権限であり、濫用の可能性がある。にもかかわらず、その権限が具体的に濫用されたことを証明する証拠は存在しない」という判断だ (S291)、という。かつて法的濫用の危険性が存在した、あるいはその可能性が存在するという主張は、具体的事例において法的濫用が存在したことの証明にはならない、とシュミットは主張する。

上記のシュミット発言に続いて、政府側代理人ゴットハイナーが補足発言を行い、裁判長からゴットハイナーに対して表現をめぐる短い注意がされると、待ちかねたようにそのすぐ後にヘラーが発言(21)を始める。ここでのヘラーの目は、先のシュミット発言に対する批判であり、三つの観点から論及される。

第一に、ヘラーは、シュミットが論証したことは争わない、また、われわれの主張したことを、シュミットは全く論じなかった、と切り出し、プロイセンがオルデンブルグより大きいこと、そしてより多くの保安警察を持っていることも争わない。われわれが主張しているのは、この不平等かつ不当な扱いの中に、プロイセンに対するライヒの干渉についての、憲法に合致しない動機の徴候を見ている、という点にある(S.293 傍点引用者)、と述べる。

シュミットは、プロイセンがオルデンブルグより危険だというならば、そうした危険がどこに存在したのか、という点こそ証明されるべきだとヘラーは指摘する。また、ライヒ大統領が、共産主義者により壟断された官僚組織を持つ大ラントに対して何らかの処置をなさねばならず、それに対して、無害な小さなクラブに対しては何らの処置もしないことについては、誰も疑問など持たないのは自明のことだ。シュミットが示した非現実的な対比、(irreale Gegenüberstellungen) や空想に富む物語 (phantasievollen Erzählungen) は、一体本件にどう関係するといふのか(傍点引用者)。明らかに全く関係ない! むしろ、そもそも、プロイセンが共産主義的になる危険をもたらす態度とは一体どこに存在するのか、という点こそ明らかにされねばならない(S.293)、と主張する。

第二に、第48条第2項について強調されるべき点は、秩序と平穩に対する通常の警察的攪乱が想定されているのではなく、極めて重大な攪乱、すなわち、その攪乱に対してラントが処理しきることができず、あるいは、処理しようとす

る意欲すら持てないため、ライヒがそれに介入することを強いる程に、重大な攪乱であることが必要だという点だ。それゆえ一九一四年以来、程度の差こそあれ恒常的に起きている程度の攪乱では、充分ではなく、何らか通常のものでないような攪乱がなければならぬ。しかしプロイセンにおいて、他のどこと比べてもより大きい攪乱はなかったのである、むしろ、コミッサール設置以降、プロイセンにおける攪乱は重大なものとなった、と指摘する。したがって、裁量の濫用の徴候として、われわれにとつて平等原則の侵害は重要なものだ (S.293 傍点引用者)、と主張する。

シュミット批判の第三の点について、ヘラーは、次のように表現する。シュミットの主張を言葉通りにとれば、ラントは大きくなればなるほどその権利は小さくなり、ラントが小さくなればなるほどその権利は大きくなる、ということのようだ、オルデンブルグにはほとんど全てのことの許され、プロイセンには全く何も許されない、これがシュミットの引き出した最終的な結論だ、と。しかし客観的な危険の状況についても語るべきだ。プロイセンが大きければ、平穏と秩序のために大きな権力手段を持ち、オルデンブルグが小さければ小さな権力手段を持てばいいだけのこと、だが、そのいずれにおいても、平穏と秩序の確保に対する優れた意思 (der gute Wille) はより大きいだろうか、この点こそが問題だ (傍点引用者)、という。そこで、ゼーベリンの『前進』誌への祝賀論文や選挙演説での表現と、レーバー大臣の農民に対して、蜂起に訴えよ、と要求した演説とを比べれば、同レベルに並べることすら不可能なほど、歴然としている、と主張する。

以上の点から、「比例性の原則の違反」(die Verletzung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit) ならびに、「動機における不適切性」(die Unschicklichkeit im Motiv) とが明確に帰結される (S.293) と主張する。

さらに、オルデンブルグには民族社会主義者の大臣がいたために干渉されず、プロイセンには社会民主主義者の大臣がいたから干渉が行われたのは、全くの偶然だとしてもシュミットは言うのだろうか、と反問し、ライヒ政府代理人自身が、既に、政党政治的な動機が決定的だったと認めているのだ (S.294) と言い放つ。

次に、矛先をゴットハイナーへと向けて、ライヒ政府は、プロイセン政府の民族社会主義者に対する一方的な取り扱いが、プロイセンに対する処置を動機づけたと説明したが、しかしもともとは、民族社会主義者への突撃隊禁止という取り扱いを命じたのはライヒ大統領であり、一九三二年四月二三日の声明に発している、その大統領に助言したのはライヒ政府だ、と指摘する。民族社会主義者への一方的な取り扱いをまず提起したのも、そしてその後、突然その手綱を緩めることをプロイセンの警察組織に求めたのも、ライヒであり、ライヒ大統領であり、ライヒ政府だったのだ(S.294) 、「こうヘラーは締めくくろ」。

3. <ラー：(22) VII. S.297-298, (23) VII. S.298, (24) VII. S.298-299, (25) VII. S.300.

これらの四回の短い発言は、ヘラーの第七章での一回目の発言(21)の後に、ゴットハイナーによって読み上げられたライヒ内務大臣フライヘル・フォン・ゲール (Freiherr von Gayl) の「陳述書」(S.296) に関してなされている。そこで、ここではヘラーの四回の発言の要点の叙述に入る前に、ゲールによる「陳述書」が法廷に提出されるに至った経緯について簡単に言及することが必要であろう。

ゲールの「陳述書」が読み上げられたのは、審理日四日目の一三日木曜日夕方だが、その前日一二日水曜日、ゼーベリングの「陳述書」(S.221-222) がブレヒトによって読み上げられていた。ゲールの「陳述書」は、これに応じて急遽ライヒ側によって準備されたものだが、双方の「陳述書」が明らかにしようとしたのは、六月半ばに持たれた、ライヒとプロイセン双方の内務大臣による会談、ゲール＝ゼーベリング会談において何が語られたのか、という点である。この六月会談の経過の確認が法廷の焦点に浮上したのは、その会談で、ゼーベリング自らが、この度のようなプロイセ

ンに対するライヒ・コミッサール設置を求めた、したがってプロイセン側からの事前の了解が存在したのも同然だ、とライヒ政府代理人ゴットハイナーが主張したことに発する。

ゴットハイナーがゲールの「陳述書」を読み上げると、ブムケは、この詳細な陳述により多くの議論を省略できるだろう、と述べる。なぜなら、第一に、ライヒと最大のラントの国家的権力手段を集中することが必要となるような時が来るのではないかという問題に、ゼーベリングとゲールとが言及したことはなかったのか、と以前自分（ブムケ）は尋ねたことがあったが、「そうしたことがあった」ということがこの二つの陳述から明確になった、二つの「陳述書」の間に認められる一定のズレは、両者が異なる考え方と前提から出発したことに由来するが、「われわれの判決にとって重要性を持ちうる限りでは、全てが明確になったと確信する」（S297）とブムケは述べる。第二に、ブムケは、問題の政治的側面にかかわることは、われわれは語りえないのであり、法的には、この中から議論の対象とすべきものを認めない（傍点引用者）。文書による陳述は、口頭陳述が与えるのと同様の点にまでわれわれを導いたと確信する、事柄は私にとって今や充分明確だ（S297）、と発言し、これら二つの「陳述書」が持つ意味についてのさらなる検討を打ち切る意志を表明した。

これに対して(22)でヘラーは言う。ゲールの陳述書が、法的には重要性を持たないという裁判長の見解には、同意しかねる。それは法的にも非常に大きな重要性を持つ。なぜなら、ここにはゲール大臣の主観的見解が明確に表明されており、その立場からすれば、ゼーベリング大臣の言動の中に、プロイセンの脅迫的な態度を予期することが、いかに不可能であるかが明確に示されており、「ゲールの見解に示された」ライヒ政府の立場からすれば、何らかの危険が迫っている、と認識することは不可能である（S297 強調ヘラー）。そこで、ただちに、「ゲール大臣は」達成されるべき事柄を討議という方法で達成しようとしたのであろう（S298 傍点引用者）、とヘラーは述べる。

しかしブムケは、依然として、二つの「陳述書」によって、この議論の継続は不要となったとの見解を繰り返し述べた (S.298, S.300)。

ヘラーは、あくまでゲールの「陳述書」から明らかにになった問題の審理を求め、この問題は簡単に放棄しえない重大な意味を持つ、と食いつかり、ゲールによって表明された見解がライヒ政府の立場でもあるとしたら、以下の点は全く理解しえない矛盾を突きつけることになる、と主張する。ヘラーの繰り返された発言(24)(25)を要約すれば、以下のようになろう。

二人の陳述から読み取れるのは、警察権力の責任者であるゼーベリングとゲールとが、会談において、現状と今後の方策についての見解の一致を大筋において確認することができた程度に、安全と秩序への攪乱問題を直接討議し合える信頼関係が、現に存在していたし、双方ともにそれを認識していたという点である。もし、今ゲールの「陳述書」において我々に示されたような見解をライヒ政府が持っていたのなら、どのようにしてライヒ政府は、とてつもない危険が迫りつつあったと、同時に主張することができるのか、また、プロイセン警察に捕らわれるだろうという心配を人々が抱くような、それほど大きな危険を、プロイセン政府はいかなる義務を侵害し「てもたらし」たと、同時に主張することができるのか。ライヒ政府の本性に関する主張とゲールの見解とはどのように一致させるのか(以上、発言(24))。さらに、ゼーベリングは会談の場では自らコミッサール設置を求めたにもかかわらず、その後の実際の行動においては、その要望をただ内心に留め、逆の行動「ゲールがゼーベリングの見解とみなしていたのとは逆の行動」をとっていたから、ゼーベリングは信用できないというライヒ側の主張が正しいと、もし仮定すれば、なぜ、水曜日「審理日三日目、一〇月一二日」のゼーベリングの「陳述書」において、コミッサール設置をライヒ側に求める程にまで危険が目

前に迫っているという認識を「持っていたことを」ゼーベリングは示さなかったのか、という疑問が生ずる（傍点引用者）。これらの点は、依然、解明されていない、とヘラーは主張する（以上、発言⁽²⁵⁾）。

ヘラーのみならず、プロイセン側のブレヒト、バードも、ライヒ政府側の主張とゲールの見解の間の食い違いの重要性を指摘して、この問題をめぐる審議継続を要望するが、それら全てを遮って裁判長はこの件を打ち切り、第2項の「権限」問題の審理の開始を宣言する（S.301）。

4. 小括

第七章第48条第2項の「要件」をめぐる攻防は、二つに分けられる。一つ目の局面は、シュミット対ヘラーの真つ向からの対決であり、二つ目の局面は、ゲールの「陳述書」の重要性をめぐる、ヘラーのブムケに向けられた主張である。

まず、第一のシュミット対ヘラーの対決の局面における争点は、「平等原則」をめぐる対立である。シュミットは、大小多くのラントを同一に扱う、あるいは、政治的権力手段の規模が異なる諸党派を同一に扱うという「平等原則」の固守は、「客観的政治状況」が何かという唯一の本質的問題を見失わせ判断を誤らせる、として、政治的な危機状況の下での「平等原則」の追求を批判する。

これに対してヘラーが主張するのは、「平等原則」の破棄そのものを問題としていたのではなく、七月二〇日のライヒ政府の「介入」における「平等原則」の遵守のあからさまな否定の中に、「憲法に合致しない動機」の徴候が認められる限りにおいて、「平等原則」の逸脱が問題だ、という点である。つまりここでも、ヘラーの主要問題は、「動機」の解明にある。そこで、プロイセンに対してだけ第48条第2項が適用される（第2項適用の際、単なる警察的攪乱では不

足であり極めて重大な攪乱でなければならぬのに」という、「平等原則」が公然と否定されるほどの「客観的な危険」は一体どこに認められるのか、を問題とする。

しかしこれに対するシュミットの見解は、事実に即した、「客観的危険」の認識の提示にはなく、問題は、第2項に基づく「介入」を可能とするほどの「客観的危険」の範囲と大きさを、ライヒ大統領とラント政府とがどう認識し、どう考量するか、に帰する、そこに第2項の「要件」の本質がある、というものであった。

第七章の第二の局面、ゲールの陳述書から判明した問題を突くヘラーの追及の狙いは、以下の点にある。すなわち、ゲール見解から出発すれば、ライヒ政府が主張するこの度の措置の必要性の根拠は失われる、という点であり、ヘラーは、ゲール見解に示された前提とライヒ政府の公式表明との不一致を突くことによつて、ライヒの「介入」の表向きは正当化根拠を崩す新たなアプローチの可能性を追求しようと試みたのである。この点が効を奏すれば、表向きの理由の陰に隠された「真の動機」こそを問題とすることができはるはずである。しかしこの途はブムケの「却下」により閉ざされ、いとも容易く挫折したのである。

第6節 第八章「第48条第2項の諸権限」(S.301-365)におけるシュミットとヘラー

第2項の「要件」問題(第七章)に引き続き、第2項の「権限」問題(第八章)の審理が、審理日四日目の一三日木曜日に始められたが、それは既に夜七時近くであつたと推定されることについては前述した。まず、この問題についてアンシュッツがまとまつた発言を行い、一三日は七時半に閉廷、そして、この問題をめぐる主要な議論は審理日五日目に当たる翌一四日金曜日の午前、午後にわたつて引き続き行われた。第八章ではシュミット、ヘラーの発言はともに二

回ずつ見られるが、いずれも一四日に行われている。

1. シュミット：(5) VIII. S.311 - 322.

シュミットの第2項「権限」問題についての一回目の発言は、一四日金曜日の朝九時半の審理開始と同時に、この日の第一発言者として行われたもので、約一時間に及ぶ、シュミットの全七回の発言の中で一番長い弁論⁽³⁶⁾である。この中で、おおよそ四つの観点から弁論が行われた。

第一にシュミットが取り組む問題は、前日の夜、第2項「権限」問題の審理の冒頭でなされたアンシュッツの問題提起 (S.301-307) に発する、第48条第2項に基づく「独裁」権限の限界⁽³⁷⁾ (S.311 強調シュミット) という問題であり、この問題についてシュミットは、まず、「独裁の本質」としての例外性を強調する(傍点引用者)。

シュミットは、アンシュッツが、「独裁権限の限界」を明らかにする試みとして、裁量概念の本来の意味には、必要性、比例性、補充性、そして暫定性の概念が結びついていると指摘した点に言及し、これに対して、「授権と裁量 (Ermächtigung und Ermessen) とが、他の場合には決して現れてこないような方法で関係してくるという点に、独裁の本質、そして、国法学上、国家学上の独裁の定義はある」(傍点引用者) と反論する。

これは専門的な言い方をすれば独裁の例外性 (das Außerordentliche der Diktatur) と (この) と、すなわち、独裁者が権限を有するその内容と範囲とは、独裁者の裁量によつて最も広範な程度に規定されているといふことであり、その理由は、独裁がまさにこうした例外的で予見不可能な状況 (dieser außerordentlichen, unvorhersehbaren Sachlage) について規定されているからに他ならない (S.311 傍点引用者)。

「独裁の本質」に関する独自の根底的見解を示したうえで、前日のアンシュッツの提起した「独裁権力 (Diktaturgewalt) の限界」をめぐる議論、特に、いわゆる「独裁を制約する法律の留保」 (sogenannte diktatorfeste Gesetzvorbehalte) (S.312 傍点引用者) に対する反論を試みる。そこで、アンシュッツのこの点に関する主張を確認することが必要となろう。

アンシュッツは、前日 (一〇月一三日木曜日) の夜、第2項「権限」問題の審理に入るや、まず、第2項の「独裁権力」について本質的な点は、独裁権力についても、第1項の「ライヒ執行権」に妥当するのと同様の限界と法的な制約が引かれるべきだという点だと述べ (傍点引用者)、同日の午前にギーゼが示した第1項についての四つの法的限界、すなわち、目的限定性 (Zweckgebundenheit)、比例性 (Verhältnismäßigkeit)、補充性 (Subsidiarität)、そして暫定性 (Vorläufigkeit) という四つの法的な制約が、そのまま第2項にも妥当すると論ずる (S.304 強調アンシュッツ)。

しかしアンシュッツのここでの発言の最重要な点は、この後に主張された点、すなわち、独裁権力には、ここに示された四つの限界・法的制約のほか、その背後に、(傍点引用者)、さらに全く一般的な制約、あるいは絶対的な制約 (強調アンシュッツ) がある (S.305) と指摘している点である。では、一般的制約とは何か。それは、独裁権力が緊急命令によって処置しうるのは、通常、「一つの通常のライヒ法律」 (ein einfaches Reichsgesetz) を必要とし、かつまたそれで充分であるような事柄である、ということに存する、すなわち、これを専門的にいえば、「独裁権力の作用領域が対象的に及ぶのは、通常のライヒ立法に留保されている全領域に対して立法という形で及ぶ (es erstreckt sich gegenständlich der Wirkungsbereich der Diktaturgewalt rechtsetzend auf das gesamte Vorbehaltgebiet der einfachen Reichsgesetzgebung)」 (強調アンシュッツ) ということであり、これこそが、一般的な制約だという。このことが含

意するのは、独裁権力は、「ライヒ憲法上の強行法規定」(zwingende Reichsvorschriften der Reichsverfassung)によって規律されているような、つまり制度を変更、あるいは、破棄するといった権限を与えられてはいない、ということだという。

なぜならば、通常のライヒ法律 (das einfache Reichsgesetz) がなしうることは全て、独裁者もなしえる。「しかし」憲法制定者だけしか (nur der Verfassungsgesetzgeber) なしえないことは全て、独裁者はなしえないからなのである (S.305-306)。

アンシュッツのここでの主張の要点は、すなわち、「通常のライヒ法律の立法権力」と「憲法制定権力」とを厳密に区別したうえで、「独裁権力」の及ぶ範囲は、「通常のライヒ法律の立法者の権限領域」に限定され、「憲法制定権力」の範囲にまでは及ばない、という点である。こうした「法律の留保」が含意する独裁権力に対する制約性を表現するため(傍点引用者)、アンシュッツは「独裁権を制約するもの(性質)」(“Diktatorfestigkeit”³⁷)という専門用語 (terminus technicus) の必要性を提起する (S.306 強調はアンシュッツ)。

アンシュッツによれば、ライヒ憲法の中には、独裁者の命令によって影響されず、変更されない、つまり「独裁権を制約する」(diktaturfest)、あるいは「独裁権制約性を持つ」(mit Diktaturfestigkeit) 規定、条項、あるいは制度が存する。そして、明文によつて、あるいは、意味上から暗黙のうちに「独裁権制約性」を否定されていないと考えられうるライヒ憲法規定は、全て「独裁権制約性」を持つ。たとえば、明文をもって暫定的失効が規定されている七基本権や、さらに、暗黙のうちに「独裁権制約性」が否定されている第二部の基本権規定は「独裁権制約性」を持たない (S.306)。逆に、独裁者の命令によつて侵害されない、すなわち、無条件に、絶対的に独裁権を制約する性格を持つ憲法規定の

重要な例として（したがって、本来、「憲法制定権力」にのみ委ねられた領域として）、アンシュッツは、ライヒとラントとの間の権限配分規定全体（die ganze Zuständigkeitsverteilung zwischen Reich und Ländern）を指摘する（S.306 傍点引用者）。

まず、第6条から第11条によつて、「ライヒの立法高権」に配分されていないことは、当然、そのことによつて「ラントの立法高権」に配分されている。そしてラント立法高権に留保されているものは、独裁権を制約する（傍点引用者）。

なかんづく諸ラントの憲法規定の全体（das gesamte Verfassungsrecht der Länder）は、独裁権を制約する（S.306 強調アンシュッツ）。ライヒ憲法第17条がラント憲法に与えた方向づけや規範的な規定は、「ライヒ法律」によつてではなく、「ラント法律」、「ラント憲法」によつて、すなわち、ラントの法律を制定する権力によつて具体化されなければならない（S.306 強調アンシュッツ）。この場合、「ラント立法権」の代わりに「ライヒ立法者」が、自ら立法することは許されない、したがつて、第2項による立法者としての独裁者にも許されない（S.306）のである。

それゆえアンシュッツによれば、——ここで本件にとつての最も重要な論点に到達した、と指摘しつつ（S.306）——ラント憲法規定を構成すること、特に、ラント議会の招集、ラント政府の設置、ラント議会とラント政府との関係などを、いかなる形であれ構成することは、独裁権力に対する絶対的な制約（eine absolute Schranke der Diktaturgewalt）であり、独裁命令権にとつての絶対的な制約（eine absolute Schranke des Diktaturverordnungsrechts）なのである（S.306—307 傍点引用者）。つまり、これらのラント憲法を構成する行為は、ライヒの管轄領域外であり、したがつて、独裁権力もこれらに干渉する可能性を持たない。以上のことからだけでも、第2項に基づいて、独裁者によつて、ラント政府が設置されるということはありえない。

確かに第17条は、誰がラント政府を指名し、任命するのかを規定していない。しかしこうした任命が、「ラント高

権」のみのなしうる行為であり、決して「ライヒ高権」のなしうる行為ではありえない、というのは自明だという。ライヒ・コミッサールが、公共の安全と秩序を維持するために、第2項によって、非常に広範な機能を委譲されるとしても、だからといって、ライヒ・コミッサールが厳密な意味でのラント政府になりうるわけではない。そもそも第1項に基づいてすら、ライヒ・コミッサールはラント政府になりうるわけではない。せいぜい、執行によって (quoad exercitium)、ラント政府の一定の権限の行使が委譲されるにすぎない。ましてや第2項に基づいては、なおさらできない。

結論として、第2項に基づく大統領権限は非常に大きい、しかし、独裁権を制約する制度を無効としたり、「憲法を」破棄したりするところまで及ぶわけではない。したがって、第2項に基づく大統領権限は、ライヒ大統領によって、あるいはその委任のもとでライヒ政府によって任命されたライヒ・コミッサールが、ラント政府であると説明されるほどにまで広くはないのである (S.307 強調アンシュッツ)。以上が、アンシュッツの提起した「独裁権を制約する法律の留保」の意味するところである。

これに対してシュミットは、アンシュッツの提起する「法律の留保」(Gesetzvorbehalt)、あるいは、「独裁権を制約する法律の留保」(diktaurufeste Gesetzvorbehalt) という見解によれば、「ライヒ大統領は、通常の立法者がなしうるのと全てをなしうる、「しかし」独裁権制約性「を持つ規定」の中にはライヒ大統領の限界がある」ということになるが、しかしそれでは、ライヒ憲法が語る法律のどれが独裁者に委ねられており、どれが独裁権を制約するものとなるのか、という点が必ずしも明確ではなく、納得がいかない (S.312) という。

そこで、アンシュッツの以上のような「独裁権の制約」についての立論に対抗してシュミットが持ち出すのは、「独立の権限規定」(“selbstständige Zuständigkeitsvorschrift”) (S.312 傍点引用者) という観点に基づいた議論である。⁽³⁸⁾

シュミットは、アンシュッツは「独立の権限規定」という表現を用いなかった、したがって、第2項が「独立の権限規定」としての性格を持つということ、さらに、「独立の権限規定」からは、たとえば、ライヒとラントとの関係を規律する憲法規定といったような、個々の憲法諸規定に対する広範な制限が生じる、ということには言及しなかった(S312 傍点引用者)、と指摘する。

いわゆる「不可侵理論」によれば、明記されている七基本権以外はいかなる規定も第48条第2項に基づく独裁権力によって侵害されてはならないのであるが、これに対して、「独立の権限規範 (selbstständige Zuständigkeitsnorm)⁽⁸³⁾」(S312 強調シュミット)という観点に立つと、第2項が「独立の権限規範」だと承認することによって、列記された七基本権以外の憲法条項に対して独裁者はどこまで関与しうるか、という点こそが問題として浮上することになる(S313 傍点引用者)。つまり、「独立の権限規範」によって侵害されうる、あるいは、制限されうる七基本権以外の憲法規定はどのようなものか、ということが問題となる。しかしここではそうした目録を作り上げることが問題となっていないわけではない。そうではなく、問題は、どのようなライヒ憲法規定が、本件の具体的事例の判断に際して、「独立の権限規範」によってもたらされる「制約という観点から考察されるべきか、七月二〇日命令とその執行によって、いかなる憲法規定が侵害されたと申し立てられているか、という点のみだという。

シュミット自身は、一連の国事裁判所判決において承認されている立場、つまり、事実上、第48条の第1項も第2項もともに「独立の権限規範」であるという立場に立つ、その上で、いかなる規定が、「独立の権限規定」である第48条によって制約され、その結果、独裁者がその措置を行うことに対していわば路を開くのかという問題を提起したい(S313-314)と述べ、なかでもこうした問いにとって重要なのは、第17条がどのような関係にあるのかという問題だと論ずる。

シュミットは、「独立の権限規範」によって制約される憲法規定として第17条が含まれるのか、あるいは、第17条

自体が「独立の権限規範」なのか、という点に関する国事裁判所の判決は存在しない (S.314) という。しかしシュミット自身は、第17条それ自体が「独立の権限規範」であると認める。そして、ここでは第17条がラントの国家的独立性の根拠とされているが、しかし同時に、第48条第2項の観点から見た場合に第17条が意味するのは、それが、ライヒの同質性 (Homogenität) を維持するために、ラントの規範的規定 (Normativbestimmung) として、ラントに対して、特定の種類の「自由国家の」憲法を命じたものだ (S.314 傍点引用者) という。つまり、同質性という観点 (Homogenitätsgesichtspunkt) が第17条の積極的機能を示しており、同質性を逸脱したり、同質性に危険を与えるような場合が、第48条第1項、第2項に基づく干渉のための基礎を形成しうるのは、シュミットにとって極めて自明だ (S.314) という。したがってシュミットは、第17条のことで問題となつてゐる解釈について、「まさしく第48条規定の持つ独立的な性格に直面し、第17条は讓歩する (zurückweichen) ことになる。第48条とその不可避性という観点のもとにある限り、それは必然だ」 (S.315) と結論つける。

シュミットがここで問題とする第二の点は、法的なるものと事実なるものの区別 (eine Unterscheidung von Rechtlich und Tatsächlich de jure und de facto) に関する、ひどい取り違え (S.315) を指摘する議論である。

アングロサクソンの法システムでは、緊急の場合には、いわゆる法と無関係な領域 (ein rechtsfreier Raum) が登場し、そこでは事実的なもの (etwas Faktisches) が行われ、それが合法か違法かという問題は論じられない (傍点引用者)。このアングロサクソンの考え方は、法的なるものと事実なるものの領域を厳密に区別することに基づいてゐる (S.316)。

では第48条の実定法的内容を、この二つの観点に基礎づけるべきか、シュミットはそうではない、という。そうではなく、第2項は独裁者に、すなわちライヒ大統領に、あらゆる種類の措置について授權してゐる (S.316 傍点引用者)、たとえば、ライヒ大統領が特別裁判所を設置し、そこで下された死刑判決を執行する場合、独断で (via facti) 人

を殺しているのではなく、法的な意味で絞首にしている（傍点引用者）。これは法的な過程であり、その措置の効力は法的効力であり、それが法的効力を持つという意味で永続的な性格を持つ（傍点引用者）。しかしライヒ大統領にとって、第48条第2項の場合には、厳密な意味での法的命令・法的行為という以外に、独断で（*via facti*）処理を行うという可能性も、もちろん限界的事例ではあるが、ありうる（傍点引用者）。「ライヒ大統領は、事実上（*tatsächlich*）必要なことは、何でも行いうるのである」（S316 傍点引用者）。

ところがラント側の主張では、事実上はなしうる、しかし法上はなしえない、つまり、法的には（*de jure*）ラント政府を罷免しえない、と主張する。ラント政府の手足を縛り上げて閑職に追いやることもできるし、銃殺することすらできる、しかし、罷免することはできない、と主張する。

ここでは法的と事実的という区別ではなく、全く異なる区別、すなわち、「法による」（*quoad ius*）と「執行による」（*quoad exercitium*）という区別が問題とされるべきなのだ、とシュミットは述べ、「法的」（*de jure*）と「事実的」（*de facti*）という区別と、この「法による」（*quoad ius*）と「執行による」（*quoad exercitium*）という区別を混同することは許されない（S316）とこう。

ライヒ大統領は「法によって」は（*quoad ius*）ラント国家権力を授権することはできない、しかし「執行によって」は（*quoad exercitium*）そのことをなしうる（S317）。まさにそこにこそ、ラントの自律性への尊重が現れている。そして、ライヒ大統領は、ラント国家権力の行使を、それが必要である限り、その全ての範囲において続行することができる。その際、ライヒ大統領はラントの存続を尊重しなければならぬ。

以上のような区別は、*de jure*と*de facto*という区別とは全く別のものだという。シュミットによれば、実際の事件に際して、独裁者をこうした観点から、事実的なものと法的なものに分裂させて押し込めようとすることができるとは考えられない。つまり、独裁者が事実上の措置をなしうるということから、第48条の法解釈によれば、独裁者は法的な

措置はなしえないという結論にはならぬ (S317)。

しかし独裁者がラント国家権力の行使を受け継ぐ、ということから、ラントそれ自体を独裁者が廃止するという結論には至らない。なぜなら、ラント政府はラントそれ自体ではないからだ。現在のラント政府、事務管理内閣、あるいは、七月二〇日に存在していた事務管理内閣が、自己をラントやラント国家権力と同一視するのは正当とは言えない (S317) 'nope'。

シュミットの弁論の第三の点は、例外状況における非常権限の行使の場合の、ライヒとラントの相互関係に関するもので、ここでは、原理からして、相互の絶対的干渉不可能性から出発することはできない (S317) 'と主張する。

シュミットはまず、連邦と州との厳格な分離の故に相互の「干渉」の必然性が本来的には想定されえないアメリカの例ですら、非常時においては、「干渉」の必然性が見られる (S318) 'と指摘する。すなわち、アメリカの大統領は、連邦最高司令官という性格を持つて非常時の権限を行使する。その場合、大統領は州の民兵を指揮下に入れることができ、非常時の認定は大統領のみがなしうる。大統領は連邦軍の連邦最高司令官であると同時に、完全に自分の自由裁量において出す一方的な布告により、州の民兵の最高司令官にもなるのである (S318)。

これに対して現行のライヒ憲法に基づくドイツ・ライヒは、アメリカとは全く異なる構成を持つ国家制度であり、ライヒ国家権力とラント国家権力との「相互干渉」は、ライヒ憲法第14条にも示唆されている (S318)。それは非常に注目に値する、極めて多様な相互関係であり、さらには、直接的な指示権すら存在する。だから、不干渉性、相互に影響を与えることはできないという考え方から出発する場合、連邦の概念について、憲法が全く認めていない事柄を一方的に持ち込むことになる (S319) 'と批判する。

シュミットのここでの四番目の議論は、以上の一般的な議論を前置きとしながら、「何が、以上のような見解からすると、第2項によって可能なのか？」という問 (S319 強調シュミット) に対する、六つの可能性の提示である。第

一に、最も主要な事例として、「一般的法律の発布」をシュミットはあげる (S.319)。ライヒ大統領は、自分の命令権を行使し、第14条によつてラント国家権力を行使し、ラント官庁によつて執行される「ライヒ法」を制定する。第二、ラント公務員に対して一般的規範を作るのではなく、ラント国家権力の行使に際しての具体的指示・命令を与える (S.319)。ラント公務員をライヒ大統領の一般的な指揮下に入れることもなく、執行権力を一般的に移すということもなしに、それは行われる。第三、執行権力の正常な移行。行政権 (Exekutive) 全体が独裁者の一般的な指揮下に入ることを意味する (S.319)。第四としては、第三に示したのとは異なる性質の執行権力の移行の例として、独裁者は、ライヒの組織として独自の独裁組織 (eigene Diktatur-Organisation als Reichsorganisation) を設置することもでき、このためにラント官庁を用いることもできる (S.320 強調シュミット)。この行為を行うか否かは、合目的性 (Zweckmäßigkeit) の問題であり、独裁者の裁量の問題である。以上の四つの可能性は、いずれも、ライヒとラントの二つの国家権力が相互に「干渉」しうることを明らかにしている (S.320) といふ。

第五の可能性は、とりわけ特別な可能性であり、ライヒ大統領は、ラント官庁にラント国家権力の行使に際して、「ラント憲法」によつて許されていないようなラント国家権力の行使を、「ライヒ法」によつてラント官庁に授權することができ (S.320 傍点引用者)。つまり、「ラント憲法」の規定する限界を乗り越えて、ラント国家権力の行使に関してラント国家権力に授權することができる。しかもその権力行使に関して、ラント官庁は、ライヒ大統領にいかなる責任も負わない、そうした事例である。

第六の可能性は小戒、厳状態の事例 (Fall des kleinen Belagerungszustandes) である (S.320 強調シュミット)。それは、ラントの国家権力の行使に関して、「ライヒ法」と「ラント法」との境界線を除去する事例に他ならず、その際には基本権のみが停止され、ライヒ大統領はその他のことは何もなしえない (S.320-321) といふ。

以上のさまざまな可能性を並べ立てたうえでシュミットは、「代理機関の形成」(die Schaffung eines Ersatzorgan) が

どのような意味を持つか (S.321 強調シュミット)、と問う。シュミットは、それは、他の可能性に比べて、控えめなやり方、やや小規模のものだと強調 (S.321) し、以下の言葉をもつてこの弁論を結ぶ。

七月二〇日命令において行われたような代理機関の形成は、ラント国家権力に対する、それ以外の、より強力な影響力行使のさまざまな可能性に対して、実に控えめな方法であった。しかもそのうえ、ライヒの意のままになしうる行政手段という観点から見たライヒの当時の状況「つまり、ライヒはライヒ固有の行政権を持たず、行政権力という言葉にふさわしい内務行政である警察権力はラントの管轄事項であり、問題になる唯一の行政権力としては国防軍しか持たない、という状況」においては、それ「代理機関の形成」は、唯一可能なことであつたし、一九三二年七月二〇日の具体的な危険を克服するために考慮の対象となる効果的手段として、唯一のものであつたのだ (S.322)。

2. <ラー> (26) VIII. S.345-346.

シュミットの前掲の弁論に対しては、即座にプロイセン側から、ブレヒト (S.322-328)、ナヴィアスキー (S.328-339)、フェヒト (S.339-341)、そしてペーターナス (S.341-344) から相次いで批判が集中し、これに続いて、ライヒ側からヤーコビ (S.344-345) が発言する。これらの議論の後でなされた、第八章の一回目のヘラーの弁論は、上記のシュミットの弁論に対する批判を含むものの、シュミットの論点に対する全面的反論ではなく、ごく限られた範囲の発言であり、三つの観点から展開される。

第一の点は、第48条から引き出される「権限の限界」をめぐる点であり(傍点引用者)、ヘラーは、シュミットが

一九二四年のイエナでのドイツ国法学者大会で示したヤールコビシユミット理論を完全に無視している（強調ヘラー）、と指摘し、当時シュミットは、第48条に関する二つの極めて確固たる「限界」を表明していた、と述べる。すなわち、第一は、第17条も当然これに属するところの「最小限度の組織」（das organisatorische Minimum）「にまでは及ばないという限界」であり、第二は、ライヒ大統領は暫定的「措置」（vorläufige “Maßnahmen”）のみなしうるにすぎない（強調ヘラー）という限界である（S.345）。本件ではこうした「措置」の暫定性こそが問題であり、今回も、暫定的措置そのものであるような、プロイセンに対する警察ライヒ・コミッサールが事実上設置されたのであれば、そのことに自分は賛成するであろう（S.345）、と述べる。

第二の点は、外国法の参照であり、ドイツの戒厳状態のモデルであるフランスの戒厳状態に言及する。フランスの非常事態においては、ただ「警察権力」の移行のみが問題となるにすぎないのであり、したがって「比例性」の原則」が存在しなければならぬのは明白だ（S.346 傍点引用者）と指摘する。

さらに第三の点も外国法についての言及であり、連邦国家が存在する限り、非常事態において、その全ての行政装置を連邦に、すなわちライヒに移行する必要があるなどとは、いずこでも誰によっても考えられてはいない、とヘラーはいう。非常事態において、あたかも戦争を行って二つの国家が存在するように、一方が他方を征服しなければならぬかのように、なぜ考えるのか理解できない。ヒルティの非常事態の歴史研究⁽⁴¹⁾によれば、スイスでは、カントンの政府は数百年來決して排除されたことはなく、たとえ非常事態においてもそうであった。スイスは、シュミットが指摘するような、民主主義がその党派闘争のために、しばしば非常事態にまで至りうる可能性を持ち、カントン政府を廃止する可能性を持った典型的な国であったにもかかわらず、まさにスイスではそうはならなかったのだ、と指摘する。

上述のヘラーの弁論に続いて原告側からギーゼによるシュミット批判 (S.346-348) が展開され、これによって、シュミットの同日の冒頭の弁論に対しては、総勢六名によってさまざまな角度から手厳しい批判が提起された形となった。ギーゼの後にはライヒ側からヤークビ (S.348-350) が発言する。第VIII章におけるシュミットの二回目の発言は、このヤークビ発言の直後になされたが、こうした、プロイセン側からの相次ぐ集中的批判によって、相当に血が上つていたことを窺わせる、冷静さを失つたいわゆる「問題発言」の乱発する弁論となった。シュミットの同日の一回目の発言に対する個々の批判のうちの、幾つかの論点に対する反論として、二回目の発言は展開されるが、およそ六つの問題に及んでいる。

初めにシュミットが展開したのは、原告側からの批判に対する、「法律家としての自尊心」からの心情的反発といった性質が色濃くにじんだ反論である。まず、ブレヒトとナヴィアスキーの間の、すなわち原告の間での「独立の権限規範」に関する見解の矛盾に触れ、この矛盾の発端は、ブレヒトが「独裁権制約性」という概念を、アンシュッツによる本来の意図から離れてむやみやたらと広範に適用した点に存する⁽⁴⁾、と批判する (S.350)。そして、自分は、「法律家、法律家」に対峙している法律家」として (als Jurist vor Juristen 傍点引用者) 語っているから、両者間の矛盾にかかわる法的側面以外の側面には言及しない、とわざわざ断っている。続いて、「経験ある法律家なら誰でもよく知っている」法的濫用 (Rechtsmissbrauch) (S.350 強調シュミット) の議論へとテーマを移し、この議論は世論、新聞、そして街頭にも影響を及ぼしている、と指摘する。しかし自分は、街頭演説家 (Straßenedner) として語りたとは思わないから、この議論に深入りはしない (傍点引用者)。法的濫用の議論はそもそも議論の対象にすらならない、とシュミットは断じ、

「非常権限を持つある機関が、もしその人次第で何でも可能だと思ひ描いてこの権限を濫用するような場合には、その機関はあらゆることをなしうることになるのではないかという考えは、趣味の問題、礼儀作法の問題にすぎず」、したがって法的問題ではない、だから、「お、よ、そ、法律家として訓練され、法律家としての経験を持つているとすればだが、反対側の誰一人として、通常の立法権の濫用によって何でもなしうるなどと考える人はいないと思う」(S.350 傍点引用者)、と述べる。つまり、自分は、「街頭演説家」ではなく「法律家に対峙している法律家」としてここで論じている、という法学者としての自負を述べつつ、相手側には、そうではない人物がいる、と言わんばかりの挑発的な発言である。

第二の点は、「ここ」で場当たりの作られたいわゆるヤーコビ＝シュミット理論というカリカチュア(S.351)についての短い言及である。イエナ(一九二四年の国法学者大会)での第48条の「権限の限界」をめぐる議論から、今日の見解への「変節」が語られたことに対する反論として、シュミットは、第48条とは、自分にとつて、ライヒ憲法に本質的に統合されている構成部分であり、また、現にそうであるようにライヒ憲法の「保障」だ(傍点引用者)、という、この観点こそが、エーベルト時代にイエナで、また、今日ヒンデンブルグ時代にも、常に変わらず持ち続けている観点だ、と述べる。これによつて、観点の一貫性・継続性を強調し、これ以上の議論には立ち入らない。

第三に論じられたのは、「一つの小さな不正確な点」(eine kleine Ungenauigkeit) についてだが、とシュミットが切り出した点で、これに立ち入つて論ずるのは、「それが、私の恐らくは小事に拘泥する学者としての、感覚を害したから」(weil es meine vielleicht pedantische wissenschaftliche Empfindung verletzt) だと前置きする(S.351 傍点引用者)。それは、「ここ」での議論の中で歪曲されているような標語(Schlagwort)として、考え出されたのではない、「独裁権制約性」(“Diktaturfestigkeit”) といった表現が用いられる場合の、「一つの小さな不正確な点」である(強調シュミット)。シュミットは、アンシュッツが「独裁を制約する」という概念を提出したとき、それは本来、全く厳密に法学的

な、かつ、まずは法律家にとつてのみ理解が可能な関連において、(in einem ganz bestimmten juristischen und prima vista nur für die Juristen verständlichen Zusammenhang) その概念を用いた (S.351 傍点引用者)。つまり、ライヒ大統領は第48条第2項に基づいて、どの範囲まで、いわゆる財政的法律を代行する命令 (sogenannte Finanzgesetzvertretende Verordnungen) を発動することが許されるのかという、キューネマン (Max E. F. Kühnemann) 「ライヒ国債庁副長官」] によって提起された周知の議論に対抗する立場表明として、アンシュッツはこの概念を用いた。そこで議論の経緯は次のようなものだった。

ライヒ憲法第87条 (国債規定) では、「国債は、非常の必要ある場合に限り、また通例事業目的の経費に充てるために、これを起こすことができる。この起債、ならびにライヒの負担となる担保の引受は、ライヒ法律に基づいてのみ、これを行うことができる」と定められている。そこでキューネマンは、第48条に基づいてライヒ大統領が、起債授權命令のような財政法に代わりうる命令を発動するのは違憲だと証明しようとした。これに対してアンシュッツは、ライヒ大統領が第48条第2項の権限に基づいて起債授權にまで権限を行使しうるか、というこの問題に「肯定的に答え、「なぜなら」第87条は、さまざまの根拠から独裁を制約する規定ではない (Keine diktatorische Bestimmung) 「から」と述べた」(S.351 傍点引用者) のだ、とシュミットは指摘する。その結果、ライヒ憲法は、ライヒ法律というやり方でのみ起債授權 (Kreditermächtigung) をなしうるとしている「その限りで、起債規定たる第87条には法律の留保が存する」にもかかわらず、ライヒ大統領は、第48条によって起債授權を与えることができる (S.351 傍点引用者) とシュミットは述べる。⁽⁴⁵⁾このように、「独裁を制約する」(“diktaturfest”) というこの概念は、「法律の留保」(Gesetzvorbehalt) との関連においてのみ問題となるにすぎない概念であり、その他の場合には問題とはならない、とシュミットは指摘する。だから「憲法は第48条の中へと崩壊し、それ以外の全規定は独裁を制約しないなどと、あたかもここで主張されたかのように」言われた発言については、私は、それを法律家に値しない発言として (als eines Juristen unwürdig) 却下

すること、甘んじよう (S351 傍点引用者)、とシュミットは高飛車な発言をする。

第四の問題は、第48条の「独立の権限規範」の効力の拡大という問題 (die Frage der Ausdehnung der Wirkungen der selbständigen Zuständigkeitsnorm des Art. 48) であり、これが第17条との関係ではいかに扱われるべきか (S351 強調シュミット) という、第VIII章での一回目の弁論でも言及した点である。というのは、ラントの独立性の主張の根拠として原告側から第17条が援用されているので、その第17条が、「独立の権限規範」としての第48条からどこまで制約されるのか、されないのか、という点の解釈が、決定的に重要となるからである。

シュミットは、ナヴィアスキーが同じくライヒ憲法第17条に関連して引用した国事裁判所の判決録、民事編纂第一三五巻収録の判決に言及しつつ、そこから、第17条も、「独立の権限規範」に対しては譲歩する一つの権限規範として (als eine vor der selbständigen Zuständigkeitsnorm zurückweichende Zuständigkeitsnorm) の、第二の機能をも持つ、という結論を引き出す。つまり、第17条の第一の機能は、積極的な機能、すなわち、第48条も状況に応じて特に強力なやり方で担っているところの同質性機能 (Homogenitätsfunktion) である。そして第17条は、第二の機能として、「権限規範」の性質を含む消極的な機能を持つのだ、という。

ラントの独立性が強調され、それによって、例外事態におけるライヒ権限を制限しようとする議論が繰り返されている (強調シュミット) が、これらの議論は、憲法の構成全体に基づく従来の実務のやり方の掌握にとつて適切な議論ではない (S351)。ライヒ権力とラント権力との相互干渉性が存在しなければドイツ・ライヒは一瞬たりとも存続しえない、しかしまた、ラントが存続しなければならぬ。では、ラントに属するのは何か、とシュミットは問いを立て、ラントとは、ラント憲法か、ラント議会か、ラント政府か、と論じる (S352)。結局、シュミットは、ラント憲法自身も不確定であるし、「現行ライヒ憲法によれば、以下のようなことは到底言えない。つまり、その時々のラント政府は、それが議会の多数派に基づくのであれ、事務管理内閣であれ、あるいは、官職を剥奪された事務管理内閣として活動し

ている政府であれ、いづれも、自己をいわばラントと同一視しうる、とか、また、ラントが持つ自己の存続についての不可侵の権利は、権力の占有とこれがまさしく持つている諸機能についての不可侵の権利へと変質しうるだろうとは、到底言えない」(S.352)と結論する。

またこの関連で、ラント公務員の性格づけをめぐる問題、たとえば、バイエルン王によって任命され、ライヒに勤務し、ライヒの管轄事項を扱い、ライヒの国家権力を持つ、ライヒにとつての間接的な公務員は、ライヒ公務員か、ラント公務員かという有名なバイエルンの委任論争に見られる見解の対立は、従来から存在する (S.352-353) と指摘する。シュミットは、この法廷でも、ラントのなすことは、すべてラントの国家権力であり、ラントの名においてのみなすことが許され、ライヒのなすことは全て、ライヒの国家権力であり、ライヒの名においてのみなすことが許される、といったような、全く内容を伴わない術語上の争い、全く無内容のレッテル貼りに墮しているのではないかと疑念を呈す (S.353)。

しかしここで、第17条と第48条との関係で重要なのは、ライヒが、ライヒ法上の優先権によって、自らをラント機関へと接合する (sich einfügen) 点、それによつてこうした切り替え (Umschaltung) が始まる、そうした点であり、切り替え、変換 (Transformation) といった概念は、まさしく「ラントの」独立性に対する尊重を最大限に示す表現だ (S.353) とこう。

第五の問題は、以上のような「切り替え」による「執行権力の移行」(Übergang der Vollziehenden Gewalt) の場合の範囲の問題である (傍点引用者)。つまり、移行される権限はいかなる範囲に及ぶか、という問題である。シュミットは、公共の安全と秩序を再建するためのライヒ権限は、周知の通り非常に広く (強調シュミット)、ナヴァイアスキーがそうしたように「警察権力」(die Polizeigewalt)、さらには、「治安警察」(die Sicherheitspolizei) といった狭い警察法上の概念が扱う領域へと限定されるのではなく、公共的生活全体 (das gesamte öffentliche Leben) に関与する事柄

まで及ぶのであり、こうした考え方は最高裁判所の多くの議論にも合致する (S353 傍点引用者)、という。

さらに、経済的、財政的な事柄がこのような観点に含まれること (傍点引用者)、また、そうした措置の実施に際して、全てが細部にわたってこの目的に役立つことは必要とはされない、ということは、本来、既に戦争中の「執行権力の移行」の実務において充分明確にされていた事柄だ (S353 強調シュミット)、という。その場合、「執行権力の移行」において、指揮権を持つ將軍、あるいは、軍事命令権者が、ラント公務員になったということの意味しない。こうした誤解が、ペータースの議論の基礎にもあることからしても、法律家にとっても理解することがいかに難しい問題であるかが分かるという。

ライヒの機関であるにもかかわらず、彼らの指揮下にラント行政が入る、もちろんその際、ラント公務員はラント公務員という身分を持ったまま、すなわち、ラント国家権力を行使することを止めることなく、ライヒ機関の直接の命令に服する。たとえばバーデン代表は、戦時状態の全活動期間を通じてライヒの軍事命令権者が執行権力の保持者であったにもかかわらず、自分はバーデンの公務員であり続けバーデン警察権力を行使した、ということについて争わなかった、この点こそが、この関連で、私が重要と考える唯一のことなのだ (S353-354) 一。

次いで、さらに広い範囲に及ぶ「執行権力の移行」問題にまで、議論を拡大する (S354)。それは、通説的解釈や、一九一四年から一九一八年の戦争状態における実務によって当時提出された観点であり、そこでは、ライヒ権力を行使するライヒ機関が、ラントの組織に直接的に挿入された。このライヒ機関に、一つの複合体 (Komplex)、すなわち、個々のラント機関がではなく、ラント機関という複合体全体そのものが、服従した。もちろん、そうした服従を行うにもかかわらず、ラント機関はラント国家権力であることを止めることはなかった。また、指揮権を持つ將軍が、ラント公務員に対して、懲戒権を行使することも認められていた。將軍に、統計を扱うラント公務員も服従し、塩の管理も委ねられていたが、これらに争いはなかった、という。

そもそも「行政権」とは「立法権」ではないもの、司法権ではないものの全てなのであり、これは一八五〇年プロイセン憲法の「行政権」についての有名な定義である。したがって「行政権」は、公共の安寧、安全と秩序の再建と維持という狭い警察法上の意味で考えられる警察的機能の行使に限定されるものではない。以上の点は、第48条第2項の解釈に役立つ範囲でのみ言及したものである。

第六の問題圏として、外国法との類比に関して議論になった点、すなわち、アメリカの事例とスイスの事例に言及する。既に述べたが、グラウの命題「ライヒ権力とラント権力とは相互不可侵である」は、わが国の憲法とは異なる憲法の考え方、たとえばアメリカ憲法の考え方に由来する(S354 強調シュミット)。しかし同時に私は、アメリカ憲法の場合でも、連邦野戦司令官に民兵が服従する可能性を持つのは自明だということも既に強調した(S354)という。

次にスイスの事例について。スイスの「行政権」、「干渉」の歴史、第102条の権限の歴史は、スイスにおいては「干渉」の方向で発展してきた(S355 強調シュミット)、連邦権力がカントンの権力に優越することは全く明確であり、ここで一八九一年のヒルティの論文にまで立ち戻る必要はない、⁽⁴⁶⁾そんなことをしなくともこのことを確認する多くの文献がある。この点に関して非常に多くの重要な文献から、⁽⁴⁶⁾たまたま、⁽⁴⁶⁾読んで、⁽⁴⁶⁾と、(Zufallslektüre)に基づいて、なぜ一八九一年の非常に短いヒルティの論文が引用されたのか(傍点引用者)。むしろ一九一二年のショレンベルグの弟子によるスイスの「干渉権」についての詳細な論述の中で「干渉」を行う際のスイス連邦のコミッサールの権限について述べられている。彼は、彼の師と同様、状況が必要としているならあらゆる「干渉」をなしうる、国家権力や統治権力などへの「干渉」は許されると主張している。さらにこうも言っている、と、引用箇所をシュミットは読み上げる。⁽⁴⁷⁾

それと全く同様に、コミッサールには、全ての国家権力と司法権力の掌握のために、独裁的権力と同等の権力を自らに要求する権利が認められうる(S355)。

さらに五〇頁では、「干渉は、カントンの全権力、あるいはその一部を連邦へと移行することを生じさせる」と述べている (S.355)、と指摘する。

また、ブルックハルトの一五二頁では、スイス連邦のコミッサールは、カントンの立法者の活動をも停止させ、あるいは暫定的にその立法者の地位に、自ら立つことができる。しかもそれは、立法者が自己の権限を行使できないような状態にある場合に限られないと述べられている、という。

次に再びアメリカの事例に言及し、最高裁判所の有名な判例では、憲法には、州の権力、特に連邦権力に対して敵対的な州の権力を取り上げることについて、いかなる障害もない、と述べられており、国家権力、すなわちアメリカの場合には連邦権力の優越性は全く自明のことだ、という。

最後の締めくくりとして、シュミットは、イエナの国法学者大会においてビルフィンガーが引用した表現、すなわち、ゲオルク・イエリネクによって強調された「政府の行為については合法性の推定がなされる」という表現に言及し、その上で、ビルフィンガーは国家的立場から自分の解釈をとる、と語った、と述べ、私もまた第48条の自分の解釈を国家的立場から採用する (S.355 強調シュミット)、と結んだ。

シュミットの発言の直後に、裁判長ブムケは、シュミットに対してかなり厳しい表現上の注意を与える (S.355-356)。指摘された問題の表現は四つにわたった。第一に、「街頭演説家 (Straßenredner)」という表現。第二は、「おおよそ法律家として訓練され、法律家としての経験を持っているとすればだが、反対側の誰一人として」(“niemand auf der Gegenseite, soweit er überhaupt juristisch informiert und erfahren ist”) といつた言い方をしたこと。第三は、ある特定の議論を「法律家としておぼろしくなご」(“eines Juristen unwürdig”) のとみなして却下すべきだと語ったこと。そ

して、第四に、「たまたまの読書」(“Zufallslektüre”)という表現。ブムケは、こうした一連の表現や語法を用いることによって、あなたの議論はまさしく「街頭演説家」の如くだ、とシュミットを批判する。さらに、最後の表現などは、特定人物、つまりヘラーをさして述べられたことは明白だ、と指摘し、立ち入ってヘラーを以下のように弁護する。

ヘラー教授が、文献全体の中から偶然にもこのものにぶつかり、その一冊だけで満足しているとみなそうとした見解は、受け入れられない。ヘラー教授の議論全体が、たまたまの読書 (zufällige Lektüre) に基づくのではなく、徹底的な研究に基づくものであるのは自明だと思われ、このことに全く疑念の余地はない (S.356)。

さらに、この法廷に出席している、かねてから敬意を抱いている人々のうち、ただ一人として、「およそ法律家として訓練され、法律家としての経験を持つているとすればだが、反対側の誰一人として」といった表現が当てはまる人は、決していないと確信する、とブムケは述べる。

4. <ヘラー> (27) VIII, S.356.

シュミットに対する、ブムケの立ち入った忠告によつて溜飲を下げたのか、ヘラーは、ブムケのすぐ後で、短い発言を差し挟み、シュミットが揶揄したスイスの事例に関する文献引用問題のみを取り上げ、これに余裕をもつて応じる⁽⁴⁶⁾。ヘラーは、自分が法廷でしばしば言及したヒルティはスイスの最も著名な憲法史学者の一人であり、だからヒルティが私の「たまたま読んだもの」(Zufallslektüre)の中に入ったのだろう、と発言し、一堂大笑いとなる。しかしこれとは

対照的に、シュミットの重視したグネームの労作は、その著作以外では全く知られていない若い人の非常に小さな博士論文であるが、もちろんこの労作も、私の「たまたまの読書」から外れてはいない。しかもその五三頁には、シュミットがここで主張したのとまさしく反対のことが書かれているのを見つけたのだが、そこには、こう記されている、として以下の引用を読み上げる。

連邦は、最大の緊急事態の場合にのみ、そのような独裁という手段を頼みとすべきであり、また、そのような手段を頼みとすることが許される。もちろん、そうした独裁という手段以外のあらゆる手段が、全て失敗した後に、初めて用いることができる (S.356)。

そしてヘラーは、「私のたまたまの読書が、こうした文章をも手にすることを可能としてくれたことを、私は嬉しく思う」と結び、再び、一堂の大笑いを誘った、と速記者は記している (S.356)。

ヘラーのこの発言の後、一〇分ほどで一四日の午前のセッションが終わり、午後のセッションの再開⁽⁴⁹⁾から四〇分程で、第2項の「権限」問題 (第VIII章) の議論は終了となる。

5. 小括

第VIII章第48条第2項の「権限」についての議論は、外国法の参照を含めさまざまな論点に及んだが、核心をなす争点は、「独裁(権)の本質」をめぐるアンシュッツ対シュミットの対決であり、第V章と同様、ヘラーのシュミット批判

は限られた範囲に留まり、ここでの核心的問題に触れるものとはいえない。第八章における論戦は、シュミットにとつては最も力のこもったものであり、この裁判をシュミットの側から見た場合、一つの大きな山場をなしていると見るべきであるが、そうしたシュミットの議論に対する全面的かつ根源的対決者として立ちはだかつたのはアンシュッツであった。

第48条第2項の「権限」に関する議論を、アンシュッツもシュミットも「独裁の本質」とは何かについての見解から出発する。アンシュッツによれば、「独裁権についても法的限界が存する」という点に「独裁の本質」がある。そして、独裁の法的限界を画する議論の基本概念となるものが、「独裁権制約性」(Diktaturfestigkeit) ないし「独裁権を制約する法律の留保」(diktatorfeste Gesetzvorbehalte) である。

これに対して、シュミットが示す「独裁の本質」は、独裁の例外性、予見不可能性という点に求められ、アンシュッツの「独裁を制約する法律の留保」の議論に対するシュミットの反駁を根底で支える基本概念は、「独立の権限規範／規定」(selbstständige Zuständigkeitsnorm/-vorschrift) という概念である。アンシュッツは、「独裁権制約性」という概念に基づいて分析することによって、独裁(権)によつてすらも侵害されてはならない憲法規定は何か、と問いを発する。これに対してシュミットは、第48条の「独立の権限規範」としての性格のゆえに、独裁(権)は、明文中列記されている七基本権以外のどこまで他の憲法条項を侵害しうるか、と問いを立てる。この二つの逆方向の問いが正面衝突した憲法条項が、「ラントの独立性」の根拠としてプロイセン側が援用したワイマル憲法第17条であり、第17条の意義、あるいは、第17条と第48条第2項との関係といった点が、第2項の「権限」の解釈上の一大争点として問題化したのである。

「独裁の本質」をめぐる、上に示した対決の構図に対して、ヘラーは切り込んでゆくような弁論はしていない。ヘラーが提起したのは、独裁権にも課されているとみなすべきである「最低限度の組織」と措置の「暫定性」という二つ

の明確な「限界」を保持していた、シュミットの一九二四年の立場（イエナの国法学者大会）からの「逸脱」を批判する指摘、および、スイス、フランス、アメリカなどの諸外国における独裁権の理論と実際からの参照であった。

しかし、ヘラーとシュミットの間での、スイスの事例についての文献引用の相違をめぐる応酬は、法廷における争点の核心に触れるものではなかったとはいえ、二人の間の軋りを垣間見ることのできるエピソードの一つであろう。

第7節 第IX章 「裁判所の事後審査：相対的限界」(S.366-391)におけるヘラー

第48条の法解釈をめぐる第V章から第VIII章までの論争において五回の発言をしたシュミットは、その後、最終章に当たる第XI章「訴訟要件」での「最終弁論」まで沈黙を続ける。これに対してヘラーは、第IX章「裁判所の事後審査：相対的限界」で一回(28)、第X章「総括」で二回(29)(30)発言する。

第IX章「裁判所の事後審査：相対的限界」の議論は、審理日第五日目の一四日金曜日の夕方五時近くに始められ、その日の閉廷時刻（七時一五分）と同時に終了している。国事裁判所の事後審査権限をめぐる論議にまず先鞭をつけたのはペータース(S.366-369)であり、続いてフォン・ヤーン(S.369)が、ペータースが示した基本的な論点に同意する旨を短く表明した。これら原告側からの二人の発言を受けて、被告ライヒ側からヤークビが長い弁論(S.369-379)を行い、ヘラーの発言は、このヤークビへの反論として展開される。そこで、ヘラーに先立つペータース、フォン・ヤーン、ヤークビの弁論の概略を確認しておくことが必要とされるが、これら三名の発言の内、特に、ヤークビの弁論は、ヘラーの発言の理解にとっても、この問題の考察にとっても重要である。

ペータースは、裁判所の「事後審査権限」を論ずる際に、「法的问题」(Rechtsfrage)、「事実問題」(Tatfrage)、「裁量問題」(Ermessenfrage)とどう三つの問題を区別して論ずる必要があるとしたうえで、まず「法的问题」については、構成要件たる事実が存在するか否かを裁判所が確認する、と述べる(S.366)。三つ目の、いわゆる「裁量問題」については、法上当然に(ipso iure)審査しえないわけではなく、「裁量」が、一定の、法的に規定された限界の内部において行われるべきである限り、裁判所による審査は可能である(S.366)。自分(ペータース)の見解としても、「自由裁量」には大きな活動領域が事実上与えられる(S.366)が、しかし「法的限界」としての「裁量の限界」が存在することには疑念の余地はない(S.367)。つまり「自由裁量」は「法的限界」を持つ(S.367)強調ペータース)のであり、「法的限界」としての、措置の必要性(S.367)・比例性(S.368)・目的拘束性(S.368)は、「裁量問題」といっても裁判所の審査対象とされる(強調ペータース)・そして「裁量の越権」と「裁量の濫用」は法違反(Rechtsverletzungen)として司法的に審査される(S.368)・と論じた。フォン・ヤーンも、われわれが問題としているのは、まさに、第48条第1項と第2項に基づく大統領の「裁量」による措置についての、一定の絶対的制約(bestimmte absolute Schranken)・法的制約(Rechtsschranken)だ、と述べ、ペータースの提示した論点に同意する旨、発言する(S.369)強調フォン・ヤーン)。

以上に対して、被告側からヤーコビが弁論を行い、「裁量」に対する審査権の問題を取り上げ、通説と多くの判例に言及するが、その結論は、「政治的な裁量問題」については裁判所による事後審査権の限定(eine Beschränkung der Nachprüfung)が生ずる(S.379)傍点引用者)・というものであった。

ヤーコビはまず、「裁量に関する審査権」の問題は、例外的なライヒ警察権力からではなく、これとは異質なもの

である「独裁権力の本質」から出発しなければならぬ、と述べ、この点を強調するのはペーターズに対してではなく、「独裁権力」を警察的解釈に限定する傾向のあるナヴィアスキーに対抗して強調すると述べる (S.369)。第2項に基づく「独裁権力の本質」とは、公共の安全と秩序の重大な障害、危険が生じた場合に必要な措置をとる権利、つまり、予想もできないような事例と状況 (unvorhersehbare Fälle und Lagen) のために必要な事柄を処理する手段をライヒ大統領に与える権力が問題となっている点にある、そうした予想もできないような状況のために与えられている権力を予め規定しておくことは、*bestimmen. S.369-370* 傍点引用者)。(Eine solche für unvorhersehbare Fälle gegebene Gewalt läßt sich nicht im voraus bestimmen. S.369-370 傍点引用者)。「独裁権力の本質」にはこうした「裁量の自由」(Ermessensfreiheit)が存在している (S.370)、と述べる。すなわちヤーコビの主張はシュミット同様、危険な例外的状況に伴う予測不可能性を根拠とした無規定な裁量の自由こそが「独裁権力の本質」だ、というものである (傍点引用者)。

次にヤーコビは「通説」と「判例」に言及し、これらは以上の見解に従うものだと主張する。現在の「通説」によれば、独裁権力とは単なる警察権力ではなく、問題となるのは、行政行為ではなく統治行為、行政の裁量ではなく統治の裁量である。例外状況における政治的行為の場合、起こりうる結果と影響を予測しえない。つまりある政治的行為が必要か、目的適合的かについて一義的判断に達することはできず、せいぜい、ある裁量に代わつてもう一つ別の政治的裁量を持ち込むことができるにすぎない。またもし政治的機関による政治的裁量に対して裁判所の判断が行われるならば、国家的権威に対する、すなわち国家そのものに対する危機が生ずる。以上の理由から「通説」は、裁判所による裁量の事後審査を、明白な (offensichtliche)、すなわち、いかなる議論、論証がなくとも誰もが認めうる裁量の越権、明白な裁量の濫用という最も外側の限界に限定してきた (S.371)。それゆえ「要件」と「手段」については裁判所の審査を認めていない。「裁量問題」の中で審査可能なものとして残るのは、法の濫用 (Rechtsmißbrauch)、すなわち、恣意 (Willkür) についての審査のみであり、つまり、第2項に基づく措置が公共の安全と秩序の再建のためではなく、全く

異なる「不適切な動機」(die unsachliche Beweggründe)からなされる場合の「裁量の濫用」(S.371)と「裁量の越権」(S.372)に関してのみ審査しうる(強調ヤーコビ)。ただし「不適切な動機」が本質的な動機だった場合でも、それだけでは「裁量の濫用」の主張としては不十分、とヤーコビは主張した。

さらにもし、第2項の適用の際の「要件」と「手段」とが審査される場合にも、——この点も、シュミットと同様——客観的事態(eine objective Sachlage)が問題となるのではなく、命令発布の際に認識可能な事実上の関連(die bei Erlaß der Anordnung erkennbaren tatsächlichen Verhältnisse)執行機関にとって認識可能な事態(die für die erlassene Stelle erkennbare Sachlage)が問題となるのであって、すなわち、「主観的善意」(subjektive Gutgläubigkeit)で足り、と定式化されていると主張し(傍点引用者)、これについてリヒャルト・トーマを援用する。ヤーコビが読み上げたトーマの論文からの一節は、以下のように述べている。

「命令の中で述べられている措置が、公共の安全と秩序を再建するために、目的か、本当に必要なかについては、政治的には常に争われうる。したがって、まさに、ある特定の措置やそれをも含む措置全体が、躊躇なく実施されることが必要だと、ライヒ指導の中枢部において、主観的に、真摯に確信されていたかということだけが、法学的には問題となるにすぎない」。政府は、「たとえば、客観的な必要性や緊急性を証明する必要はない」。ラントの緊急命令の場合も同様であり、「政府はその動機を述べることにより、必要性と緊急性についての自己の善意の、主観的確信を信じさせるだけでよい」(S.372)⁽⁵¹⁾。

続いてヤーコビは、ライヒ最高裁判所、ライヒ財務裁判所、プロイセン上級行政裁判所からの「判決」を示し、それらは「通説」と同様の立場を表明しており、「明確な恣意」が主張されない限り、審査はされないことを判示している、

と指摘する。

これに対して国事裁判所の判例では、国事裁判所の特別な地位 (S.376 強調ヤールコビ) を理由として、緊急性をめぐる「要件」の審査、「手段」の必要性についての審査をなしうる、としており、そこには法治国家的志向からの国事裁判所の事後審査管轄権の拡張・強化の傾向が見出せる、と指摘し、ヤールコビは、こうした傾向に対する反論を試みる (S.373ff.)。ヤールコビの反論の概要は以下のようなものである。まさに例外的状況においてこそ、国家指導の統一性が求められる。しかしもし「政治的裁量」が裁判所の事後審査に服することになり、したがって、独裁者が自己の「政治的裁量」に際して常に、この裁量が国事裁判所の審査にも合格するかと尋ねなければならず、自己の確信が充分だと確信しえないならば、独裁権力はその意味を失う。独裁者が、「明白な裁量の濫用」や「明確な裁量の越権」を国事裁判所によって無効と言明されることを甘受しなければならぬとすると、独裁権力はその意味を失い、国家的權威の損害がありうる。つまり、「法的思考の過度の拡大」 (eine Überspannung des Rechtsgedankens) は、最終的には国家にとつての損害 (Schaden für den Staat) になりうる、それゆえ、ここでは国事裁判所の従来の「判例」を大幅に抑制すべきことを主張せざるを得ない (S.377) 、「と」いう。この点について、ヤールコビは自らの一九二四年における発言とグラウ論文を援用する (S.378)。グラウ論文からの引用としてヤールコビが法廷で読み上げたのは、以下の箇所である。

独裁者の裁量に対する審査は、その措置の必要性もしくは合目的性が問題となるか否かに関係なく、原則的に拒否される。なぜならば、独裁の行使にとって決定的である裁量はライヒ指導の全政策と分かちがたく結びついているからである。……独裁的措置の審査については、一般的な考えが妥当する。すなわち、行政行為とは異なり、統治行為には、裁量ということについて、裁判所の審査にいかなる活動の余地をも与えてはいないという一般的な考えが、最も適切に妥当する。独裁的行為は最も重大な危険に対処するものであるか

ら、独裁者の措置がその行為の細部にわたってまで規定されていると解釈されることになれば、独裁者により追求されるべき目的そのものが、危険に瀕することになる。もしそうした審査が可能であれば、政治的な見解から決して自由ではありえない証人の個人的見解が決定的となり、その証人がどの程度の忠誠を持っているかが、物事を決するだろう。最終的には、独裁者の政治的裁量は、ライヒ議会のコントロール (der Kontrolle des Reichstags) に服すべきであり、ライヒ議会と裁判所とが、政治的領域について競合的に管轄権を持つことは、望ましくない現象を引き起こすだろう。上記に述べた見解は、国事裁判所のコントロールについても同様に妥当する。国事裁判所の場合には、加えて、政治的領域に対するその管轄が拡大すべざるほど、裁判所による政治的占有がもたらす危険 (die Gefahr der politischen Besetzung des Gerichtshofs) がより大きくなるということがある (S.378 傍点引用者)。

ヤーコビは、確かにグラウも、権利の濫用、恣意が認められないという制約 (Schranken) が残り続ける点を承認している、と付け加え、しかし本件では「明白な裁量の越権」や「明白な裁量の濫用」は存在しないと主張する。もし「濫用」や「越権」があつたと主張するならば、それは、本命令を発布した機関が、当該措置の、公共の安全と秩序の再建にとつての必要性に関する「主観的確信」を持つていなかった、と主張することと同義となるが、そうした主張が存在するとは信じがたい、と述べ、ヤーコビは、第2項も第1項も、政治的決断、「政治的裁量」の問題であり、それゆえ、事後審査の限定が生ずる (S.379) と結んだ。

以上のヤーコビによる長い弁論の後で、ヘラーは、「裁判所による事後審査」問題についての一回限りの弁論を行い、以下のように、三つの点からヤーコビに反論する。

第一にヘラーが言及するのは、国事裁判所の「事後審査権限」をめぐる、これまでの国事裁判所による判例の傾向である。第48条第2項に広範な自由裁量権が帰属しないと主張する者は、原告側に全くないのであり、われわれの主張は、「裁量の濫用」と「裁量の越権」とに対する「事後審査」(die Nachprüfung von Ermessensmißbrauch und Ermessensüberschreitung)の要求だけだ(S.379 強調ヘラー)、と前置きしたうえで、判例上、「明白な裁量の濫用」ならびに、明白な裁量の越権に対して「ばかりではなく、「要件と手段について」も、国事裁判所による「事後審査」が認められている点を強調する(S.379)。

その上で第二に、ヘラーは、ヤーコビによる、国事裁判所の「判決」傾向の否定と政府側の「主観的善意」の存在のみで足りるとした見解を批判する。国事裁判所の「事後審査」を是認する「判決」に対してヤーコビが、「法治国家原則 (Rechtsstaatsprinzip) が必要以上に強調されてはならない」と主張したことに対し、また、本件について、「ライヒ側に主観的善意 (die subjektive Gutgläubigkeit) (強調ヘラー) が存在したことで満足しなければならない」と主張していることに対して、ヘラーは、これでは、余りにも多くを要求しすぎている！もし政府の「主観的善意」に全く委ねなければならぬとするならば「法治国家」が終わりを迎えるのは自明だ(S.379 傍点引用者)、と反論する。たとえば、法学的知識を持たない共産主義者あるいは国家社会主義者のライヒ大統領が就任したとして、自らの措置がライヒ憲法と一致していると考えている場合、その大統領の「主観的善意」を信じることを以外にやるべきことがないと認め

る法律家など存在しない。もしライヒ大統領が、自らの措置が合憲的だという「主観的善意」を持つならば、どのような方法であれ、客観的にもそうだと確信させるようにしなければならぬ。(objektiv glaubhaft machen müssen, S.380 傍点引用者)、このようにヘラーは主張する。というのも第48条は、それらの措置が、公共の安全と秩序の回復に客観的に、(objektiv) 役立つ、(dienen) 場合に限り、そうした措置をとることを認めている(傍点引用者)。それゆえ、第48条第2項によってそれ以外の目的が追求されれば、たとえ、それが是認されるべき目的であったとしても、それは「裁量の濫用」なのであり、「動機」において不適切となる、と指摘する。また、本件では「ライヒ政府側に」「主観的善意」は存在しなかったというのが、われわれの見解だ、と述べる。

第三の問題は、ヤーコビが「独裁権力の本質」は政治的状況の予測不可能性から来る「裁量の自由」にある、と論じた点にかかわる。ヘラーは、確かに、政治的行為の結果を見通すことはできず、政治家が広範な自由裁量権を持つのは正しい、としつつ、しかし、政治的行為のみならずあらゆる行為について人間はその結果を見通しえないのであり、だからこそ、刑法などの法規によって処理する、と応じる(S.380)。したがって、規範がある限りは、すなわち、立法者が規範を樹立している限りは、もはや、行為に予測可能性(Berechenbarkeit)が存在するかどうかの問題などではなく、むしろ、その規範から予測される行為が生じているか否かが問題となる、とヘラーは主張する。本件の場合には、予測可能性は、以下の限りで存在していた、つまり、「要件」と「手段」の一定の目的拘束性(eine bestimmte Zweckgebundenheit)、「手段」の「目的」適合性(eine Adäquatheit der Mittel)が存在しなければならなかったという限りにおいて、予測可能性は存在したのであり、「手段」は、目指されているところの目的を踏み越えることは決して許されない(S.380)、とヘラーは結んだ。

この後、原告側からはペーターズ、ブレヒトが、被告側からはゴットハイナーが、また裁判所からブムケが発言し、

第IX章「国事裁判所による事後審査」をめぐる弁論は終わり、五日目の全審理は終了した。

2. 小括

第IX章「裁判所の事後審査権」をめぐるヘラーの一回だけの弁論の対決相手は、ヤーコビである。ここでの対決の構図は、当時の、「政治的裁量行為」に関する裁判所の事後審査の範囲」をめぐる、裁判所自体の中に存在していた大きな二つの流れを、ヤーコビとヘラーはそれぞれ象徴的に現出している。すなわち、「政治的裁量行為」については、「明白な恣意による濫用」についての審査のみに自己限定するライヒ最高裁判所をはじめとするほとんどの裁判所の見解を、ヤーコビは支持する。これに対して、ヘラーは、その特別な地位の自覚に基づき、審査の範囲を、従来の「明白な恣意による濫用」のみという限定を踏み越えて、緊急性をめぐる「要件」の審査、および、「手段」の必要性についての審査にまで拡大しつつあった国事裁判所の立場を擁護する。国事裁判所は、従来の裁判所一般が保ってきた「政治的裁量行為」に関する事後審査」の限定の枠内に留まる判例に依拠すべきか、あるいは、国事裁判所自体が示してきた新しい判例傾向に依拠し、「政治的裁量行為」といえども、その審査対象を拡大して国事裁判所としての判断を示すべきか、という、国事裁判所のレゾン・データにかかわる態度決定を迫られていたことが鮮明に浮き上がる。

審査権の「限定」を主張するヤーコビの、その理由は、第一に、独裁権の行使が想定される政治的状况における、見不可能性に対応する、独裁権の不可避的無規定性、第二に、最も国家的統一が急務であるそうした政治的状况の下で、司法が政治的決定を覆しかねない可能性は、国家的統一と国家的権威の危機をもたらし、つまり、国事裁判所といえども、「法治国家原則」の過度の強調がもたらす危険性を回避するために、「政治的裁量」に関する事後審査権をミニマムに限定すべきである、第三、以上の点から、仮に「要件」「手段」の審査がされる場合にも、必要性、緊急性の客観的

証明は不要であり、政府の「主観的善意」の存在のみで足りる、という点にある。

これに対して審査権の「拡大」を求めるヘラーは、第一に、独裁に限らずあらゆる政治的行為は予見不可能性が伴うが、立法権が規範を樹立している以上は、もはや行為の予見不可能性は問題ではなく、規範が予測している行為の存否の認定が問題となる、すなわち、「政治的裁量行為」が目的適合的な「手段」の選択であったか否かの認定が求められる。さらに、ヤーコビの第二、第三の主張を受け入れれば「法治国家」それ自身が崩壊することになる、政府の「政治的裁量」については「主観的善意」のみでは不十分であり、それが善意であることを客観的にも確信させることが求められる。

以上で見たように、国事裁判所の審査権限の範囲をめぐる争点は、より根源的には、「法治国家原則」の抑制か、徹底的追求か、そして「法治国家」それ自体の存続の危機という点にまで及んだ。そして、ヤーコビが持ち出した「法治国家原則の過度の強調の否定」をめぐる議論は、引き続き、審理最終日の第X章「総括」、第XI章「訴訟要件」の審議においても重要な争点として両陣営から維持され、肯定、否定のそれぞれの論理がより深められて展開されることになる。

さらに、ヤーコビの弁論についてここで注意しておかなければならない重要な点は、独裁者の「政治的裁量」に対する裁判所の「審査権」の拡大の危険性を強調するためにグラウ論文を引用した中で、グラウが裁判所による審査権拡大の危険性を指摘した点のみを援用し、グラウが同時に表明していたもう一つの重要な点、すなわち、独裁者の「政治的裁量」の最終的な監視はライヒ議会の管轄だと述べた点には注意を払わなかったことである。グラウ自身の趣旨は、「政治的領域に対する、ライヒ議会と裁判所の競合的管轄 (eine konkurrierende Zuständigkeit des Reichstags und der Gerichte auf politischem Gebiet)」を問題としたのであり、政治的裁量に対する裁判所による司法審査の否定は、「政治的裁量」に対するライヒ議会による政治的コントロールの存在と、いわば表裏一体であった。したがって、ライヒ側

が、一方では司法審査の限界を強調し、同時に、他方で、事実として、七月二〇日の命令の前後に相次いで二度のライヒ議会解散を行い、ライヒ議会による不信任投票の機会を奪ったという、ライヒによる両面作戦にこそ、独裁権の「政治的裁量」に対する監視の、実質的不在を帰結する重大な問題が潜んでいたのである。しかし、この点をプロイセン側が法廷で初めて指摘したのは、ようやく審理日最終日になってからのことだった⁵⁴のである。

第8節 第X章「総括」(S.393-414)におけるヘラー

第X章「総括」が行われたのは、週の明けた法廷最終日である第六日目、一〇月一七日月曜日の午前であり、五日間の審理全体を振り返って双方の主張する論点を整理し総括的に述べる機会が必要ではないかとの、前週末に出されたブレヒトの提案(S.390)に基づいて行われた。朝一〇時三〇分の開廷と同時に開始され、一時間半余りを費やして行われたが、まず原告側からブレヒト(S.393-402)が、続いて被告側からはゴットハイナー(S.403-406)が総括的な弁論を行った。

第X章での二回のヘラーの弁論にかかわる限りで、ブレヒトとゴットハイナーの弁論の中の重要な点を示しておく。

ブレヒトは、冒頭で、前週における原告側の主張を、「第1項は適用できない。第2項は適用可能であるが、しかし、現に適用された形での適用は許されない」と要約し(S.393)、第1項適用に際してライヒ側から出されたプロイセン・ラントに対する七つの非難に対する反論を簡潔に示した(S.393-394)。続いて、本件への第2項適用に伴う問題点を指摘し(S.394-399)、以上に基づく法的結論(das juristische Ergebnis S.399-400)を述べた後、付随的に、裁判所に

よって示される判決がもたらすであろう政治的帰結 (Politische Folgen S.400-402) にも言及した。その上で、「憲法の番人は誰か」という議論を提起し、それは国事裁判所であるとの見解を表明する (S.401)。以上のブレヒトの弁論の中で、重要な点は、第2項適用に伴う問題点の叙述の中で前週には言及していなかった新しい要素を付け加えた点である。

ブレヒトは、第2項適用の問題点をめぐる総括の最後のところで、「合憲的な状態が存在したか否か」(Sein oder Nichtsein verfassungsmäßiger Zustände) を、二つの点について問う (傍点引用者)。^① その第一として、ライヒ政府が、今回の大統領命令の発布の前後に、「不信任投票」(ein Misstrauensvotum) を回避するために相次いで二度、ライヒ議会解散を行ったことを指摘し (傍点引用者)、ライヒ政府は、解散によってライヒ議会が七月二〇日の緊急命令の撤回を要求するのを妨げることを、予め決定していたのであり、このことを、ライヒ首相自らが「真相解明委員会」(Untersuchungsausschuss) で認めている議事録がある、と述べた。ブレヒトによれば、ライヒ議会の五分の四が、今回の緊急命令の廃止を要求することは確かだったが、議会の解散によってその機会は奪われた、という。それが、今度のライヒ政府は、こうしたライヒ議会の解散によって、第48条の「土台」(das Fundament des Art. 48) を侵害した (eingreifen)、とブレヒトは主張する (S.398)。第48条によれば、大統領の緊急命令の効力は、ライヒ議会による反対が表明されない限りで有効であるにすぎないのであり (傍点引用者)、その見解はシュミットによって示されている、として、ブレヒトは、わざわざ刊行されたばかりのシュミットの『合法性と正当性』⁽⁵⁵⁾ から、以下の引用を読み上げる。

第48条第2項の独裁者は、合法的なやり方では、議会の立法者が、独裁者を寛容している限りで活動できるにすぎない。すなわち、議会が、独裁者の措置の効力を失わせるという自己の権利を行使しない限りで、また、その措置に署名するライヒ政府が、議会の不信任投票を受けないという限りで、独裁者は活動できるに

すぎない。そのことにより、第48条第2項の多くの適用事例、特にここ数年の緊急命令の事例は、議会の暗黙の授権に基づく、より活動しやすい立法手続きだと考えられる。……憲法に則した権力の分配は、ライヒ議会の多数派が、確実な、認識可能な意思の下で、いかなる困難もなしに、合法的な勝利者として活動領域を維持しうる形で、なされているのである (S.398-399)。

②第二の点としてブレヒトは、大統領の許可なしに行われたライヒ議会の搜索を指摘する。これは、既に国会の「監視委員会」において、憲法に合致しないと、ほぼ全員一致をもって確認されているが、この搜索の違憲性を述べたナヴィアスキー論文を掲載した『ベルリン国民新聞』は、そのゆえに発禁となった(傍点引用者)、という。

③そして「憲法に合致しない事態の」第三の点は、暫定的な措置ではなく最終的措置としてなされたプロイセン大臣たちの最終的罷免だ(傍点引用者)、とブレヒトは指摘する。

裁判長ブムケは、ブレヒトの弁論に対して以下のように指摘する。すなわち、ブレヒトによる以上の発言は、七月二〇日事件以降の一連の出来事についての言及であり、これらは国事裁判所が先週の議論において取り扱わなかったものであり、その上、ライヒ政府の「憲法違反」(eine Verfassungsvletzung der Reichsregierung)を主張するもの(傍点引用者)、として問題視する。「憲法違反」という非難をライヒ政府側が否定し、これに対してさらに議論が続くということはありそうなことだが、それはわれわれの目的へと導くものとは考えられない、そこでこれらの「憲法違反を指摘する」論点を排除するのが望ましい、とブムケは指摘する (S.402)。

ブムケの指摘の後で、即座に、ゴットハイナーが、ライヒ側の弁論を行い、まず、ライヒ政府の「憲法違反」という

ブレヒトによる問題提起は、「時期的には、七月二〇日より遙かに以降に生じた、本法廷で議論されていることとほとんど関係のない事柄」であり、また、裁判長が法廷の冒頭でできる限り排除すべく注意した「政治的領域」に踏み込むものだ、と批判する。また、そもそも、「ライヒ政府の七月二〇日の処置が憲法に違反する意図 (verfassungswidrige Absichten) に導かれていた」という、そうした言い方 (Redewendung) が果してここで許されるのかどうか、と疑問を呈する (S.403 強調ゴットハイナー)。そして、あくまで七月二〇日の措置は憲法に即した限界内で (強調ゴットハイナー)、合憲的な手段によってなされたものであり、法に違反する動機が存在したという解釈、行動していた機関に「主観的善意」が認められないという解釈は断乎として拒否されねばならない、と反論する。

この後幾つかの論点に立ち入るが、ゴットハイナーの弁論の中で、重要な点は、最後に取り上げた「最終的な措置」(eine endgültige Maßnahme) という問題 (S.405 強調ゴットハイナー) である。この問題をゴットハイナーがここで取り上げたのには、以下の経緯があった。まず、前週の一月一三日木曜日「第四日目」の審理の中で、裁判長ブムケからゴットハイナーに対して、「近い将来、ライヒ・コミッサールが終了する見込みは、あるか否か。この命令の廃止の決定前に、「プロイセン・ラント」政府構成の問題に関して、特にプロイセン・ラント議会において、どのような前提がそろふ必要があるか。ライヒ・コミッサールの立場からすると、どのような事柄が既になされ、あるいは、どのような事柄が予定されているか」という質問が出された (S.284)。これに答えるものとして、翌一四日金曜日午前中の弁論で、ゴットハイナーは、以下の「声明」(S.357) をライヒ政府の名において読み上げた。⁵⁶⁾

ライヒ政府は、できるだけ速やかに、活動可能なプロイセン・ラント政府が成立することを期待している。それが成立した暁には、ライヒ・コミッサールは、廃止可能となる。プロイセン・ラント議会において、活動可能な政府を樹立するのに必要な多数派が、形成されねばならない。ライヒ・コミッサールは、従来通

り、このような政府を樹立するために努力するであろう。こうした方向において出される具体的措置は、政治的状況の展開に、とりわけ、ライヒ議会議選挙の動向によつて左右されることになる。この点については、現時点では、いかなる人も確定的なことを述べることはできない (S.357)。

これを聞いたとき、ブレヒトはすぐに、この「声明」は本訴訟にとつて原理的重要性を持つ、と指摘し、これによつて完全に明確になったのは、プロイセンの大臣たちは最終的に罷免されたのであり、二度と大臣として認められる可能性はなくなったという点 (傍点引用者)、そして、ラント議会が、新たな政府を樹立することが期待されているという点だ、以上のことが、たつた今、いかなる曖昧さもない形で明確に表明された、と述べていた (S.357-358)。

こうした前週のやり取りが一方に背景としてあり、さらにブレヒトが最終日の「総括」の中で、「措置の最終性」に対する批判を述べたこと (前述の発言、ライヒ政府による違憲性の三つ目の事例として、プロイセン大臣たちの最終的罷免を指摘する発言) を受けて (傍点引用者)、ゴットハイナーは、「一連の議論を振り返つて (S.405-406)」、これに反論する。ライヒ政府の立場は、とられている措置は「暫定的措置」(vorläufige Maßnahmen) とみなされるべきものだ (傍点引用者) という立場であり、これは繰り返して語られてきた、本審理を一貫する立場だと述べる。その上で、しかし同時に、今日、暫定的なものとして性格づけられているこれらの措置を解除しうるのか、「公共の安全と秩序は再建された、今や古い政府が再び活動を始められる」といえるのか、私には分からない、というのは、第2項にいう「公共の安全と秩序」とは、狭い警察的な意味ではなく、国家の安全が問題となつている。社会民主党と共産主義者たちとの統一戦線が存在が (強調ゴットハイナー)、社会民主党系の新聞から認められる今日の状況下で、「暫定的行為」という観点から措置の解除をしてよいものか。ゴットハイナーはこのように述べ、「暫定的措置」は、プロイセン・ラント議会に多数派が形成され、活動可能な政府が樹立されない限り、さらに、社会民主党と共産主義者との統一戦線が存在

する限りは、解除される見通しのないことを指摘した。

1. ヘラー：(29) X. S. 406-409.

ヘラーの第X章「総括」における一回目の発言(29)は、以上のゴットハイナーの上記の弁論のすぐ後に行われ、三つの点についてゴットハイナーを批判する。

最初にヘラーは、プロイセンの大臣たちの「主観的善意」と振る舞いに向けられたゴットハイナーの誹謗中傷——つまり、六名の大臣たちは当時、ライヒ首相あるいはライヒ・コミッサールとの共同作業の意思を持つていたという「プロイセン側の」現時点での主張は、単なる訴訟戦術上の策にすぎないとゴットハイナーが発言したこと (S. 404-405) ——に反論するが、しかし、これはほんの一言で終わっており、ここでの弁論の中心的主張は、以下の第二、第三の点にある。

ヘラーが第二に問題としたのは次の点である。すなわち、われわれがライヒ政府側の「主観的善意」に疑念を呈したことに對して、ゴットハイナーはこれを却下したが、しかし、善意の存在がライヒ政府を免責することは断じてないのだからそれは問題ではない、われわれの主張しているのは、次の事実、(die Tatsache 傍点引用者)である、すなわち、今回のライヒ政府の行動にとつて、憲法によつては是認されない「政治的動機」(politische Motiv 強調ヘラー)が決定的だったという事実である (S. 406)。もし、ライヒ政府の措置の「憲法違反」(Verfassungswidrigkeit) についてこの訴訟において語ることは許されない、とライヒ政府代理人「ゴットハイナー」が主張するならば、われわれはこの訴訟をしないほうがいい、というのも、ライヒ政府が合憲的に行動したか、もしくは憲法に反して行動したのかについて確認することこそが、この訴訟の中心問題なのだ。われわれが主張するのは、ライヒ政府の「裁量の濫用」(ein

Ernennungsbrauch)、すなわち、ライヒ政府の「不適切な動機」(ein unsachliches Motiv der Reichsregierung)が存在するという点であり、その証拠をわれわれは提出した。その証拠とは、ライヒ政府とヒットラーとの間の、プロイセン政府の特定の人たちの排除を含んだ、文書の形ではない協定の存在を示すものだ(S406-407)、とこう。

さらに、一致した新聞報道によるものとして、ヘラーは、フリック前大臣が数日前のベルリンでの公務員大集会で行った演説に言及する。新聞報道に基づいてヘラーが語ったところによれば、フリック氏は、パーペン政府がその職務を引き継ぐ際、ヒットラーに文書による声明を要求したが、ヒットラーはそれを拒否した、ということの目撃者であり、かつ、それを聞いていた証人だ、と発言したという。そこでヘラーは、フリック前大臣を証人として召喚し、ライヒ政府「パーペン内閣」がヒットラーに期待したのはどんな行動だったのか、ヒットラーとその当時締結したいと考えていた文書による協定とはどのようなものだったのか、という点を明確にすべきだ、と新たな証人喚問要求を出す。なぜなら、プロイセン政府排除にかかわるパーペンとヒットラーとの「事前の合意」の存在という点については、現在に至るまでライヒ政府によってすら反駁されていないからだ(S407)とこう。

第三の点は、今回の「措置の最終性」の問題(Frage der Endgültigkeit der Maßnahmen 強調ヘラー)にかかわる。ライヒ政府は、プロイセンに「憲法に合致する」新政府を樹立することを自らの課題だという。その場合、ライヒ政府の気に入らない政党、たとえば社会民主党の構成員がラント政府に参加していることに、事実上「義務違反」があると主張し、なぜなら、それによりプロイセン政府の共産主義者たちに対する「内面的独立性」に疑義があるからだという(強調ヘラー)。そうなれば、プロイセンにおいては決して政府が形成されることはないだろうと言わざるを得ない。なぜなら、もし何らかの政党への所属ということが、プロイセン政府の閣僚であることを理由として、また、ライヒ政府の気に入らない統一戦線を他の政党と組むかもしれない蓋然性を理由として、それ自体で既にライヒ・コミッサールの設置可能性をライヒ政府に与えるのだとしたら、その場合は、「ゴットハイナーは、とられた措置は暫定的なものだと

言っているにもかかわらず」「措置の最終性」が確かに論証されていることになる(S407)、と指摘する。つまり、ライヒ政府の言う「憲法に合致する」新政府など誰にも形成しえないものである以上、新政府成立までの「暫定的措置」とライヒ側が言うものは、結局、実体としては「最終的措置」と言わざるを得ない、とヘラーは主張する。

さらにまた、「ラント」政府の閣僚が社会民主党に所属しているということが、ラントに対する「ライヒ執行」の根拠を与える、なぜなら、共産主義者に対する内面的独立をもちや保証しえないから、というライヒ側の主張がもし認められれば、「法治国家」はまさに危機に瀕することになり、「法治国家」の形成・存続のために努力してきた一四年間の社会民主党による政治教育活動はまったく無駄になる(S407)。さらにもし将来、共産主義者と社会民主党との間で統一戦線が形成される可能性があれば、そのことによって、当該ラントに対して「ライヒ執行」を行う十分な理由あり、ということになれば、ライヒ政府によって、「法治国家」はもろろんのこと、どんなものであれ全てが片づけられてしまっただろう(S408)とヘラーはいう。

以上のことが意味するのは、左翼には、いかなる状況においても、政治的紛争における平等の機会、(die gleiche Chance 強調ヘラー) が与えられる可能性はない、ということであり、左翼は、力づくで憲法上の官職から排除されることを常に覚悟せねばならないということの意味する(S408)。

しかし、ライヒ側は、「社共の」統一戦線が差し迫っていること(der drohenden Einheitsfront 強調ヘラー)は、社会民主党の新聞を開いただけで明らかだと主張したにもかかわらず、実際には、証拠として新聞の引用は一つも出されなかった(S408)。統一戦線は、それがあんなら、われわれは共に行進したいと思っただけのものだ。しかし現にそんなものは存在していない。したがって、「差し迫っている統一戦線」などというものは、あらゆる左翼の言葉を、左翼に对立する形で語り、それが政治的に持つている意味とは異なる形で解釈するという、明らかに反対側陣営の訴訟戦術にすぎない、と主張する。

最後にヘラーは、国事裁判所の裁判官たちへの呼びかけの言葉として、わざわざ、ヤーコビの著作からの「法治国家」についての引用⁽⁵⁸⁾を示して締めくくる。ヘラーが読み上げたのは、以下の一節である。

認められねばならないのは、法が国内において崩壊しているために、法治国家という意味での秩序の再建を課題とする国家が、法治国家という看板の裏で、個々の機関の発する無限定の命令でもって働くという、あの古い過ちを繰り返さないようにすることである。……(中略) 国家生活や法生活において決定的なことは、どのようなやり方で、ある事柄が実現されるかということにある。法秩序を樹立しようとしているまさにその人が、まず最初に、自ら、誠実に、その法に拘束されるということこそ、大切である(5,409 強調ヘラー)。

ヘラーは、以上のヤーコビの言葉を、ドイツ人として、法律家として、本訴訟に関して国事裁判所に対して最後の言葉として言わねばならない言葉だ、と結んだ。

2. ヘラー：(30) X.S.410.

第X章「総括」での二回目の発言(30)で、ヘラーは、憲法違反 (Verfassungswidrigkeit) という表現自体が問題化している状況⁽⁵⁹⁾に対する根本的な疑念を呈し、次のように発言する。

私はお尋ねしたい。そもそもわれわれはここで、ライヒ政府の処置について審理しているのか、そうではな

いのか。「ライヒ政府の」違憲の処置 (das verfassungswidrige Vorgehen) こそが、まさしく訴訟の対象なのであり、プロイセン・ラント議会の私の会派と中央党会派による訴えが主張しているのは、ライヒ政府の処置はライヒ憲法第48条第1項によっても第2項によっても許されない、というものである。このことが、憲法違反 (verfassungswidrig) と称されるのだ (S.410)。

しかしこれに続いて発言した裁判長ブムケは、「あなたは残念ながら、刑法学者ではない。「憲法違反は」意図 (Absicht) 次第なのだ、だから、誰かが憲法を侵していると「主張」することは、憲法違反の意図 (verfassungswidrige Absicht) が存在している、ということ」「主張すること」になる [もちろんここではそんな主張は認められない] (S.411 傍点引用者) と述べ、以上で本件の審議を打ち切る。

その後、原告側からバトが数回発言するが、これも裁判長から本件についての本質的な議論とはみなされず、二〇分程で「総括」の審議は打ち切られ、いよいよ最後の議題、「訴訟要件」の問題へと移る。

3. 小括

第X章「総括」でのヘラーの弁論において特に目を引くのは、法廷での審理最終日に及んで、なお、新たな証人喚問要求を突きつけている点である。ヘラーにしてみても、もはやこの要求が裁判所に受け入れられるとは思っていないからであろう。しかしそれほどまでに、ヘラーがこの裁判においてこだわり続け、追求し続けたのが、パーペン・ヒットラー間の「密約」の存在とその内容の解明であり、この点の追及へとヘラーを促し続けたものが、そのことの解明なくして、七月二〇日のライヒ政府によるプロイセンへの「介入」の真の動機は明らかにしえない、したがって、裁判所の

公正な判断も獲得しえない、という政治的認識、政治的判断だったのである。

さらに、第二に、ライヒ政府が「暫定的措置」と公式には言明しつつも、その過渡的暫定性の、終点とされた目的設定が、プロイセンの現状に鑑みて実現不可能であり、あるいは少なくとも、社会民主党の構成員によつては全く担われえない目的設定であるというこの政治的含意は、結局は「措置の最終性」なのだという点を、ヘラーもブレヒトも重要視し、再度取上げ批判したことに留意すべきであろう。なぜなら、「措置の暫定性」が実質的には最終性を意味するというこうした政治的からくりの中に、本来、例外的過渡的状态であるはずの非常事態の恒常化、日常化という事態の根源が、法的偽装によつて隠されていることを、ヘラーとブレヒトは洞察し、その欺瞞性を批判せざるを得なかったのである。

第三に注目すべき点は、「憲法違反」(Verfassungswidrigkeit)という表現を回避しようとし続けてきた裁判長ブムケの態度が、裁判の最終局面に及んで、露呈したことである。他方、原告側を代表する中心人物の一人、ブレヒトその人が、ライヒ政府の一連の政治的行動において問題なのは、「憲法に合致していない」状態を生じさせてきたこと、つまり「憲法違反」という点だ、という問題の深層を端的に指摘するに至ったのもまた、審理日最終日という最終局面においてでしかなかった、という点である。しかしこの点こそが、ヘラーが法廷の冒頭から、そして、最後に至るまで一貫して問題化し、追及してきた点だったのである。

だが、審理過程の最終局面においてであったとはいえ、ライヒ議会解散によつて第48条の「土台」が侵害された、それゆえ第48条と議会解散権を組み合わせて行使すること、それ自体に「憲法違反」が存する、と明確に指摘したことは極めて重要であつたのではないだろうか。一九二〇年代以来の第48条の実際の運用に伴う問題は、議会をバイパスする議会外立法様式という大きな流れの中で、授權法もしくは授權法+第48条という運用から、第48条+大統領の議会解散権(第25条)の行使へという一見合法的な変化に見える、しかし実は、《合法性》の存在根拠たる根である「議会」

を完全に離れた根無し草の《合法性》の出現という質的転換の中にあつた。⁽⁶⁾二〇年代からの議会外立法様式の蓄積と第48条適用の経済的財政的領域への拡張とが相携えて進行してゆく過程の中で、決定的な一線の《越境》を意味する点、それこそが、第48条と議会解散権とを組み合わせた運用であつた。そしてまさにこの手法が七月二〇日事件に用いられたのである。ここにこそ、「憲法違反」の根源的な争点が求められるべきであつた、という意味で、この点が弁論の中で最後に指摘された意義は認められるが、しかし遅すぎたといわねばならないだろう。

最終日において初めて「憲法違反」を問題とした、その意味で初めて事柄の本質を認識し、その本質的な点でヘラーと同位置に立ったブレヒト、他方、「憲法違反」は「憲法に合致しない意図(Absicht)」の問題なのだから、そのようなことは本法廷の土俵に乗らないと軽々しく振り払うブムケ、まさに問題の焦点が明るみに出たその瞬間、ブレヒトと裁判長ブムケの間の隔たりもまた極大化したのである。

そして第四に、ヘラーのここでの弁論において指摘すべき点は、以上の第一、第二の点が解決されえずに放置され、さらに第三の点、国事裁判所それ自体が「憲法違反」という本題を回避するならば、そこに立ち現れる真の問題は、「法治国家」、それ自体の存続の危機だ、という点である。さまざまの法的偽装に隠された形で進行している政治的企図が国事裁判所の審査の対象とされ、その判断によつて阻止されなければ、それは、結果として「法治国家」それ自体の排除を意味するという、第IX章で示した悲壮な認識を、ヘラーはここで繰り返し表明するのである。

第9節 第XI章「訴訟要件」(S415-477)におけるヘラーとシュミット

最終章である第XI章「訴訟要件」の審理は、最終日(二〇月一七日月曜日)の正午過ぎから始まり、休憩(午後一時

四五分から四時一五分、S434)を挟んで、同日の閉廷(午後八時頃、S477)と共に終了した。第XI章では、シュミットの発言は本法廷における「最終弁論」である一回、対するヘラーは七回の発言を行っている。

1. ヘラー：(31) XI. S.416, (32) XI. S.417, (33) XI. S.417-418, (34) XI. S.419.

休憩前のセッションになされたヘラーの五回の発言(31)(32)(33)(34)(35)の内、最初の四回は、プロイセン・ラント議会の二つの会派の訴えの「相手方」は、誰かという問題をめぐるもので、すなわち、訴えが、ライヒ政府だけではなく、「ライヒ・コミッサール」としてのライヒ首相」に対しても向けられている、という点をめぐって、ヤーコビとの間で交わされた論戦である。

まずヘラーが、裁判長からの問いに答える形で主張する(発言(31))のは、社会民主党会派による訴えは、「ラントとライヒとの間の争い」だけではなく、「ラント内部における憲法争議」が存在しているという立場に立ち、ライヒ政府だけでなく「プロイセン・ラントの機関としてのライヒ・コミッサール」、「ライヒ・コミッサール」という資格でのライヒ首相」にも向けられている、という点である。

その後、ペーターズが中央党会派の訴えの対象について、ヘラーが述べた社会民主党の立場と同じく、ライヒに対してのみならず、「ライヒ・コミッサールとしてのライヒ首相」に対しても訴えを提起する、その際、事前の文書では明示されていなかった、「ライヒ・コミッサールとしてのライヒ首相」への訴えも含むよう訴えを拡大する、と述べる。これに対してヤーコビは、国事裁判所に対する訴えは文書でなければならず、口頭審理の中で新たな訴訟対象を付け加えることはできない、と批判する。

このヤーコビの批判に対する反論として、ヘラーは(発言(32))、ライヒ首相とライヒ・コミッサールとは、同一人

物が問題となつてゐるのだから、「ペーターズが述べた「訴えの拡大」とは」最悪の場合でも、せいぜい「表示の錯誤」を意味するにすぎない、それゆえ、二つの会派の主張は共に正当とみなされうる、と主張する。

再びヤーコビ (XI. S. 417) が、ヘラーとペーターズの弁論に対して、二つの点についての批判を述べる。第一の点は「訴えの合法性」にかかわるもので、「ライヒに対するプロイセンの憲法争議」が対象なのか、「プロイセン内部の憲法争議」が対象なのかは、全く性質の異なる問題であり、もし後者ならば、一九三二年七月二〇日命令の合法性を訴訟の主要な対象にすることはできない、という点であり、第二の点は、たとえ同一人物が問題となつてゐる場合でも、政府の任務は管轄権に縛られてゐる (Resortgebundenheit)、つまり、ある事務が、ライヒ省庁によつて処理されるべきものか、プロイセン・ラントの省庁によつて処理されるべきものか、それぞれに應じて異なつた取り扱いが必要とされる、それゆえ「表示の錯誤」では済まされない、というものであつた。

以上のヤーコビの発言に対して、ヘラーは再び反論する (発言 (33))。ヘラーによれば、ヤーコビの提起は、「管轄権の共同」 (Resort-Miarbeit) ということにすぎない。ライヒ首相は、自分の立場をできるだけ広い範囲において根拠づけるために、プロイセン内務省内部の調査資料も使つた。つまり、ライヒ首相は二つの足を持つており、時としてライヒ首相としての足の上に立ち、そのすぐ後には「プロイセンに対するライヒ・コミッサール」という足の上に立つ。いづれかについて主張すると、そちらの方には権限がない、と答える。しかし現実には、ライヒ・コミッサールはシュツツェによつて代理されてゐるから、すでに訴訟の相手方は「本法廷に」存在してゐる。社会民主党会派の訴えは、「プロイセンに対するライヒ・コミッサール」という資格でのライヒ首相」に対しても、はつきりと向けられてゐる、と主張する。

以上のヘラーの弁論に対して、今度は、シュッツェ (S417f.) が応じる。シュッツェの発言内容は、自分は、①八名のラント閣僚によって提起された、「プロイセンに対するライヒ・コミッサールという資格でのライヒ首相」への訴えについてのみ代理権を持つ、しかし、②二つの会派 (社会民主党会派、中央党会派) により提起された、ライヒ・コミッサールという名前での訴えについては権限を持たない、という二点である。

これに対して、ヘラーは (34)、「プロイセン内部における憲法争議」をも問題とするために、ライヒ首相が、「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」において、私たちにより訴えられている。また、ライヒに対して、会派は原告として訴訟に参加する資格を持つ、との主張を繰り返す。

2. ヘラー：(35) XI. S.419-420.

休憩前のセッションにおける五回の発言の内、最後の発言 (35) は、そもそもなぜ、ラント議会会派の名前で、ライヒに対する訴訟における原告適格 (Activ-Legitimation) が与えられねばならないのかという点の、その根拠を述べるものである。ヘラーの見解によれば、その根拠は、会派がラント議会の一部を構成しているから、であり、仮に、議会会派に原告適格が認められなければ、次のようなことが起きるからだという。すなわち、ライヒ政府が、ラント議会の多数派の助けを得て、あるいは、ラント議会議長の助けを得て、クーデターを敢行したような場合、いかなる人も国事裁判所に訴えを提起できないことになる (S419)。

さらにヘラーは、「プロイセン権限管轄法」(das Preussische Zuständigkeitsgesetz) 第19条、第21条を援用することもできる、と述べる。そこでは、市町村長が訴えを提起しない場合、市町村議会に提訴権が認められる。つまり、ここで

は、プロイセン憲法やライヒ憲法に広く導入されている「議、会、内、少、数、者、の、保、護」(parlamentarische Minderheitenschutz)が問題となっており、それによって、「議、会、内、少、数、者」に、多数派による権利侵害に対して自らを守る権利が与えられている(傍点引用者)。同時にその規定は、ライヒに対しても自ら「ラント議、会、内、少、数、者」を守るためにライヒの行う憲法違反の干渉をも問題としてくる(S419)。

以上の点から、プロイセンとライヒの紛争において、会派は「補助的参加者」(Nebeninterventienten)と認められねばならない。確かに、補助的参加は無制限に認められるべきものではない。しかし、憲法に従って構成された政府が、ライヒ・コミッサールによって罷免された「という本件のような」場合には、会派に原告適格が認められねばならない。憲法に合致して構成された政府が、ここで、もしかすると原告適格を認められない可能性すら主張されている。そうした可能性が現実のものとなるならば、その場合、会派こそが、ラントの利益を維持するためにこの訴訟に参加できる唯一の主体ということになる(S419)と主張する。

最後にヘラーは、ラント議会の構成部分として議、会、会、派、が原告適格を持つことを国事裁判所が認めた多くの判例を援用する(S419-420)と結んだ。

午後のセッションの開始(S434)と同時に、ヤーコビは、「憲法裁判」における「訴訟要件」審査の意義とその内容について、極めて体系的に一時間以上の弁論を行う(S434-447)。その後、シュッツェの再度の発言(S447f.)に続いて、ナヴィアスキーが約一時間、ヤーコビを批判しながら論ずる(S448-458)。ヘラーもまた、ナヴィアスキーに続いて行った、第XI章での六回目の発言(36)で、ヤーコビの上記の弁論を批判する。ヘラーの発言(36)とナヴィアスキーの弁論にとってはヤーコビの弁論が、シュミットの最終弁論(7)にとってはナヴィアスキーの弁論が重要性を持っている。そこで、ヘラーとシュミットの残された弁論の考察に入る前に、ヤーコビとナヴィアスキーの弁論の要点を述べておこ

う。

ヤーコビは、ここで、各原告が原告適格を持つか否かについての厳密な検討を行うが、それに先立って、前週末にも述べた、「法治国家思想」の過度の強調がもたらす危険性を、再度、主張し、古いライヒは、「法治国家」としてのライヒをたたえる賛歌をシュロツァーが歌い上げた数年後に、司法国家的に (justizstaatlich) 崩壊したと訴える。したがって、「法治国家思想」の過度の強調 (eine Überspannung des Rechtsstat-Gedankens 強調ヤーコビ) は国家に害を及ぼしうるものであり、「支配の理念」 (Herrschaftsidee) と「法の理念」 (Rechtsidee) とは、相互に依存し合いながらも永遠の対立を示している (S.434 傍点引用者) とこう。

この基本的観点からワイマール憲法を見ると、ヤーコビによれば、「法治国家性」 (Rechtsstaatlichkeit) が非常に強調されているワイマール憲法において、これに対抗して、緊急事態については「支配の思想」 (Herrschaftsgedanken) を貫徹することを可能ならしめる第48条という規定を持っているのは幸いだ (S.435) という。それゆえ、第48条の本来の意味に対して狭すぎる解釈を加えることによって、緊急事態に対して第48条が持つ効力を削いではならないという見解を、一九二四年に表明したのだという。ヒスマルク憲法が、司法形式による「憲法裁判」の方向を完全に捨て去った後に、ワイマール憲法は、再び、ドイツにおいて国家権力に対する司法形式の監督と裁判という「法治国家思想」を非常に強く実現し、個々のラントに対してばかりではなく、全体国家権力、つまり、ライヒ権力自体に対しても司法形式のコントロール (justizförmliche Kontrolle) を導入した (S.435)。最高の政治的指導に対するこれらの司法形式のコントロールが持ちうる明白な危険性に対して、つまり、「法治国家思想」の過度の強調から出てくる危険性に対して、「支配の思想」とバランスをとるために、「憲法裁判」という制度そのものの内部において、二つの有効な手段がありうる (S.435 傍点引用者) とヤーコビはいう。その第一が、既に本法院で述べた「政治的裁量の事後審査」の制限という点⁽⁶¹⁾

であり、第二が、訴訟の、いわゆる形式 (Formalien) についての厳格な審査、とりわけ「訴訟要件」の厳格な審査である、したがってここでの形式とは、通常の意味での形式ではなく、高度に国家政治的意味を持つ (S.436 強調ヤーコビ) という。このようにヤーコビは、「憲法裁判」制度における「訴訟要件」の審査を、「法治国家思想」が強調されざることを持つ危険性に対抗し、「支配の思想」とバランスをとるための一手段として位置づける。

その上で、厳格に審査されなければならない「訴訟要件」として、①当事者適格の問題、および、②権利保護の必要性の問題の二つをあげる (S.436)。

①当事者適格とは、第19条の意味での当該手続きにおいて、国事裁判所に対して訴えを提起できる権限である (S.436 強調ヤーコビ)、とする。つまり、実質的権限⇨訴訟権限⇨訴訟適格⇨原告あるいは被告適格であり、問題は、自身が、こうした当事者として法的関係に参加することが法的にできるのか、である。②権利保護の必要性とは、自身が、当事者適格を持つ当事者として、訴訟において法的関係を主張する法的利益を持つ、つまり、法的関係を裁判所に申し立てることについて、単なる事実上の利益ではなく法的利益を持つ、ということ (S.437 強調ヤーコビ) である。

以上を前置きとして、本件の原告について具体的な検討を行うが、第一に、ヤーコビは、ライヒに対するプロイセン・ラントの訴えにおいて、既に罷免されたプロイセン・ラント政府がプロイセン・ラントの法的代表権を持ちうるのか、という問題をめぐって詳細な考察を行う。第二は、ラント議会会派の訴訟遂行能力について、第三は、個人としての大臣の原告適格であり、そして第四に、バイエルンとバーデンの原告適格についての検討がなされる。以下のヘラーの弁論との関係で重要な発言としてここで確かめる必要があるのは、第一、第二の点であり、ナヴィアスキーのヤーコビ批判との関連では、第四の点が重要である。

第一に、本件では、プロイセン・ラントが「ライヒに対する訴訟」を、官職を剥奪された大臣たちによる事務管理政府がラントを代表して提起しているが、ヤーコビによれば、それは「訴訟上の擬制」(Prozessfiktion) の助けを借りて

のみ提起しうるものだ(5437 傍点引用者)、という。その「擬制」とは、プロイセン・ラントの大臣がラント権力行使の権限を全面的に剥奪されたにもかかわらず、訴訟においては、プロイセン・ラントの名において行動することができ、プロイセン・ラントを代表できるといふ「擬制」であり、法的には根拠づけしえないものだといふ(傍点引用者)。ではなぜ、「訴訟上の擬制」を置かねばならなかったのか。ヤーコビは、それは、憲法訴訟をただちに開始したいと考え、後になって形成されるだろう正規の政府が、ライヒに対して訴えを提起するのを待とうとしなかったからだと考え、(5437)、とこう。しかしヤーコビによれば、ここでプロイセン・ラントを代表するものとして訴えを提起している事務管理内閣は、「現在とは全く異なる構成を持っていた以前のラント議会に根拠を持つものであり、ラント議会の最近の選挙の後で辞任したものであり、新しく構成されたラント議会によって明瞭に不信任投票されたものであり、最終的に、ライヒ大統領によって政府としての事務管理権限を剥奪されたもの」であるがゆえに、ライヒに対する訴訟を提起する資格を持たない(5438)、とこう。

では、『プロイセン内部の憲法争議』として、プロイセンのコミッサール・ラント政府に対して訴訟を提起するという場合の、法的代表権についてはどうか。ヤーコビは、この点については肯定し、本件においては、現在のプロイセン・ラントの事務管理を行っている政府に対して、以前のプロイセン・ラントの事務管理を行っていた政府が提起した訴えが存在しているのであり、つまり、プロイセンのラント権力を行使するコミッサール政府の権限を争う「プロイセン内部の憲法争議」がある。その場合、ライヒは埒外に留まるのであり、その際、七月二〇日のライヒの行為が合憲的であるかどうかは、一つの先決問題にすぎず、訴えの対象とはされえない。そこで、ライヒを被告とする訴訟における、プロイセン・ラントのための法的代表権を、官職を剥奪された大臣が持つか否かを、国事裁判所は審査して頂きたい、と求める。ヤーコビの見解としては、本件では、官職を剥奪された大臣は、プロイセン・ラント国家権力の行使をめぐって、コミッサール・ラント政府と争うべきであり、干渉を行うライヒの権限をめぐってライヒに対してラントの

訴訟を提起することはできない、ライヒに対する訴訟を提起するということは、官職を剥奪された大臣たちに委ねられるべきではなく、後に形成される正規のラント政府に委ねられるべきものだ、と述べる。

第二に、「ラント議會」諸会派の原告適格について（強調ヤークビ）。ヤークビは、「プロイセン・ラントの対ライヒ訴訟」という観点、および、「プロイセン内部における憲法争議」という観点、という二つの観点から考察し、結論として、会派は、あらゆる点から見て本訴訟における当事者能力を持たず、法的代表権を持たない（S. 40 傍点引用者）と論ずる。

まず、「ラント対ライヒ訴訟」という観点から、四つの点で、会派の原告適格を否定する。①プロイセン憲法第49条で「ラント政府は、ラントを対外的に代表する」とあり、現にラント政府が存在している。したがって、ラント政府の不存在ゆえにラント議會が代理として呼び出されざるを得ない、ということはない。②ライヒに対してラントを代表するものとして、ライヒとラント議會議長との交渉も問題にならない。そうした交渉は、もともと存在しないラント議會議の代表権を正当化するものではないし、万一、ラント議會議の代表権が存在したとしても、会派をプロイセン・ラントの法定代理人とするものではない。③第三の可能性としての、ここで主張されている、民事訴訟法第66条に基づく「補助的参加」(Nebenintervenient)については、四つの点から否定する。(i) 補助的参加のための実定法上の根拠がない。本件は、民事訴訟法や行政訴訟法の場合と全く異なる。(ii) 民事訴訟法上、行政訴訟法上で認められている「補助的参加」の権限を持つのは、それ自身としても当事者能力を持つものに限られる。本件で「補助的参加」を主張しているのは全く当事者能力を持たない機関である。(iii) プロイセンの勝利を想定した場合ですら、会派は、自身の法的利益を持たない。事実上の利害を持つことは否定できないが、法的利益は認められない。(iv) 会派を参加させる実際上の必要性 (praktisches Bedürfnis) も認められない。プロイセン政府はこの訴訟遂行に会派の支援など必要としない。以上の観点から、会派は「ラントがライヒに対して提起する訴訟」の法的代表権を否定される。

では、「プロイセン内部の憲法訴訟」という観点からするとどうか(S.441 強調ヤーコビ)。ヤーコビは、本来は、「プロイセン内部の憲法訴訟」として、事実上のラント権力を行使しているプロイセンに対するライヒ・コミッサールに対して、そのラント権力の行使をめぐって提起されるべきだったのだ、という見解をここで繰り返すが、しかし、現に提起されているのは、そうではなく、訴訟の対象はライヒ・コミッサールを設置したライヒの行為に対する異議であり、したがって、本件は「プロイセン内部の憲法争議」とは言いえないがゆえに、会派の法的代表権は存在しない、と述べるに留まり、仮に「プロイセン内部の憲法訴訟」であった場合に、プロイセンに対するライヒ・コミッサールを相手とした訴訟の原告適格をラント議会会派が持ちうるか否か、という問題には言及しない(傍点引用者)。

最後に、ヤーコビは、本件では、ライヒの第48条に基づく行為を理由としてライヒに対する訴訟を、ラント議会会派として提起するというのがなされた(傍点引用者)。ライヒ議会会派ですら拒否されていることを、せいぜい加重された条件の下で第59条に拠つてのみライヒ議会になしうるとされていることを、本法廷でラント議会会派がやつてしまった「なんたることか」(S.441)と批判する。

第四の、バイエルンとバーデンの原告適格の検討(S.442ff.)においても、ヤーコビは緻密な議論を展開する。ヤーコビの結論は、本件においてバイエルンとバーデンには原告適格はない、というものであるが、その根拠を二つの観点から論ずる。第一の観点は、ライヒ憲法第19条と第13条第2項の相違をめぐる議論から導かれる「国事裁判所の管轄権」の対象に、バーデンとバイエルンの訴えは当てはまらない、という議論であり、第二の観点は、バーデンとバイエルンの訴えによる確認の利益(Feststellungsinteresse)の存否をめぐる議論である。

第一の点について、ヤーコビは以下のように述べる。バイエルンとバーデンによる訴えは、最高に一般的意味を持つ第48条の一般的意味内容の確定を求めるものである(S.442 傍点引用者)。「しかし国事裁判所は、……現に存在する、具体的な法的関係をめぐる紛争の場合に管轄権を持つにすぎない」(S.442 傍点引用者)。ヤーコビの理解する「現に

存在する具体的な法的関係」とは、「特定の具体的な構成要件に基づいた法秩序から出てくる法的な帰結」に限られる(S.442 傍点引用者)。それゆえ、ヤーコビによれば、国事裁判所によって確定されるべき「判決」の対象は、「バーデンやバイエルンが求めるような」法規範についての見解ではなく、構成要件に関して導き出された具体的な法的帰結だけであり、あるいは別の言い方をすれば、法規範の一般限界の確定ではなく、常に具体的事例にのみかわる(S.443 傍点引用者)。

以上の点は、ヤーコビによれば、換言すれば、「有権解釈」(authentische Interpretation)⁽⁸³⁾と、「一般的な既判力をもって法的紛争に判断を下すこと」との間の対比の問題でもある。「有権解釈」とは、判断の対象が抽象的な法の問題、法規範、(die abstrakte Rechtsfrage, die Rechtsnorm)である第13条第2項のように、判断の対象が法規定(der Rechtssatz)であることを意味する(S.443 傍点引用者)。

これに対して、「一般的な既判力をもって法的紛争に判断を下すこと」とは、具体的な法的関係を、将来起こるであろうあらゆる訴訟について確定することであり、決して、そこで適用される法規範が確定されることを意味しない(S.443 傍点引用者)。したがってヤーコビは言う。

第19条は、「具体的な法的紛争 (eine konkrete Rechtsstreitigkeit)」、具体的な法的関係 (ein konkretes Rechtsverhältnis) を判断するのに対して、第13条第2項は、抽象的な法的問題について (über eine abstrakte Rechtsfrage) 判断を下す、という二つの条項の間の対比ほどに鋭い対比は他にはないのである (S.443)。

第二に、確認の利益、すなわち、権利保護の必要性 (Rechtsschutzbedürfnis) について (S.446 強調ヤーコビ)。バーデンもバイエルンも、確認の利益は存在すると主張するが、具体的な法的関係の確認を求める訴えが出されているので

はない。フォン・ヤーン自身が一度述べたように、特定の事態に根拠を置いた確認訴訟ではない、つまり、特定の事態が欠けている。したがって、紛争に相当するいかなる具体的な法的関係も存在しない、それゆえ、法的争訟は存在しない (S.445 傍点引用者)。

また、条件付きの具体的な法的関係が存在する、あるいは、訴えの対象は特定の具体的な国家行為だ、との主張も「バーデンとバイエルンから」なされたが、それらは法学的な意味における、国家行為ではない、なぜなら、それはいかなる法的効果もたらさないことは確実だからだ (S.446 傍点引用者)。

単なる紛争は、法的争訟の存在を肯定するものではない。われわれは法的争訟があると前提してしまっているが、自分分は、法的争訟が存在するかどうかを争う。法をめぐる争い (der Streit ums Recht) で充分なのではなく、具体的な法的関係をめぐる争い (ein Streit um ein konkretes Rechtsverhältnis) であることが必要とされる (S.446)。

結論として、

確認の利益は存在するかのようには思われるが、しかしそれは、具体的な法的関係の確認を求めるものではない。く、一般的な法的状況の確認 (Feststellung einer allgemeinen Rechtslage) を求めるものである。ここでは恐らく法解釈と法解釈の対立は存在するが、……具体的な法的関係と具体的法的関係の対立は存在していない (S.446)。

特に、ライヒ参事院 (Reichsrat) における関係についての確認の利益をめぐる一般的な法的問題が提起されている。そして、「私は一般的法的問題をバーデンもしくはバイエルンに適用する」と述べることによって、具体的になるのではなく、具体的な構成要件との関連が引き合いに出されなければならない (S.446) とヤーコビは指摘する。

以上の二つの観点から、ヤーコビはバーデンとバイエルンの訴えが第19条の意味における訴えには該当しないがゆえに、両ラントの原告適格は否定される、と主張した。

その後、シュツツェが、ヤーコビの触れなかった点、つまり、官職を剥奪されたプロイセンの大臣たちが、個人として、「プロイセンに対するライヒ・コミッサールとしてのライヒ首相」を相手として提起した訴えにおいて、大臣たちの個人としての原告適格について述べ、これを不適法として却下されることを求める。

以上のライヒ側の弁論が続いて、ナヴィアスキーは、ヤーコビを批判しながら、第三者であるラント、バーデンとバイエルンは本件において原告適格を持つ、と反論する。ナヴィアスキーの議論の主題は、もちろん両ラントの原告適格の弁証であり、そのために多くが費やされるが、しかし同時に、ヤーコビが「訴訟要件」論の前提とした点、すなわち、「法治国家」の過度の強調の否定のための一手段として「訴訟要件」の厳格な審査を位置づけた点をも問題とし、「法の理念」対「支配の理念」というヤーコビの立てた構図における「支配の理念」の強調に対する、連邦主義的観点に立った批判から、ここでの議論を始める。

ナヴィアスキーは冒頭でまず、「ライヒは、司法形式」[による権力への監視] (Justizförmlichkeit) に反して支配の理念 (Herrschaftsidee) に有利な展開がされてきた (法治国家から権力国家への展開) というヤーコビの主張における、「支配の理念」、「支配国家」が意味するのは、本訴訟との関係でいえば、諸ラントに対するライヒの支配権を意味するにすぎない、つまり、ヤーコビの示した見解では、ラントは、あたかも支配主体に対する支配客体 (Herrschaftsobjekte) のように、あるいは、命令を下す権力に対する臣民のようにライヒに対立すべきものとされている、しかしわれわれの見解では、第48条におけるラントとライヒの関係は、第1項では contra 「対立」が問題となるが、第2項では、決して contra ではなく、せいぜい mit 「協働」が問題となるにすぎない (S.448)、と主張する。

以下では、バーデンとバイエルンの原告適格の弁証が、大きく分けて三つの観点から論じられる。第一の点は、両ラントが提起した訴えには、確認の利益 (Feststellungsinteresse)、および、具体的な法的関係 (ein konkretes Rechtsverhältnis)、具体的構成要件 (ein konkreter Tatbestand) が存在する、という点、第二の点は、「国事裁判所の管轄権」をめぐる議論、そして第三の点は、「裁判の本質」としての法規範の発見という点をめぐる議論である。

第一の、確認の利益「法的利益」、および、具体的な法的関係の存在について。まずナヴィアスキーは、確認の利益が認められるのは、以下のごとく諸ラントに対する脅迫的事態が存在するからだという。すなわち、大きなラントが緊張した状況の下でライヒと異なる政治的見解を持つことから生じる危険が、それ自体、ライヒによるそのラントへの「介入」を可能とする根拠となるというライヒ側の主張は、諸ラントから政治的意見を持つ権利が剥奪されかねないことを意味する、つまり、諸ラントは、国家に対して自己独自の政策を持つことを許されない地方自治体 (Selbstverwaltungskörper) として扱われるべきだというのも同然だ。これが意味するのは、法原則に反した支配原則への発展 (die Entwicklung zum Herrschaftsprinzip gegen Rechtsprinzip) が、諸ラントに背を向けつつ行われるべきだということ (S.449)。これらの点から、南ドイツの諸ラントは、自分たちの法的地位が脅かされている、と感じている (傍点引用者)。そこで、第48条との関連においても、諸ラントは国家としてみなされるべきであり、ライヒの連邦国家的性格は疑いの余地無く位置づけられねばならない、という点についての「判決」「を得ること」に、諸ラントは、特に南ドイツの諸ラントは法的利益を持つ (S.449 傍点引用者)、とナヴィアスキーは主張する。

またヤーコビは、誰もバイエルンを脅かそうとしていないというが、プロイセンでは七月二〇日の行為の二日前に、ライヒ・コミッサールは設置されないといわれていた。こうした不意打ちに対してどのように身を守ればいいのか (S.450)。したがって、確認の利益が存在するのは疑いがなく (S.451)。確認の訴えは予防的働き (prophylaktische Wirkung) を持つ、それこそがこの制度の核心である (S.451) とナヴィアスキーは指摘する。

次に、具体的構成要件について。ヤーコビは、両ラントの訴えには具体的な構成要件が存在しないというが、しかし、対立し合っている全く具体的な法主体が存在し、一方が、他方の権利や義務に干渉する、あるいは、一方が他方の法的地位を争うという全く特定の権利と義務が存在している (S.450) とナヴィアスキーはいう。

さらに、「よりアクチュアルな問題として、ライヒ参事院における事態について」ナヴィアスキーは論及する (S.450 傍点引用者)。プロイセンが、その憲法に合致する政府によって代理されていないことについての異議を、バイエルンは正式な代理人を通じて申し立てた。ライヒは、自ら、この件には争いが存在するため、国事裁判所の判断を待ちたいと述べ、それゆえに、ライヒ参事院の会合は当分開催されないことになった。つまり、ライヒ自身が、この問題に関する決定を国事裁判所に期待している (S.450)。

ところがヤーコビは、第三のラントには、プロイセンが議会主義的政府によってのみ運営されるべきだと請求する権利など存在しない (S.447) と述べ、また、ライヒ参事院が特定の方式で招集されることを求める権限を持たないと主張した (S.451)。これに対する、私「ナヴィアスキー」の見解、および学界で広く支持されている見解は、ラントは「ライヒ参事院における」ライヒとの、「共同決定権」(ein Mitbestimmungsrecht am Reich) を持つ、それは抽象的な「共同決定権」ではなく、ライヒ憲法に即して明確に規定された「共同決定権」である、つまり諸ラントは、ライヒ参事院を全く特定のやり方で構成する権利を持つ (S.451 傍点引用者) というものだという。なぜなら、もし、ライヒ参事院が「憲法に規定されているのとは」異なるやり方で構成されることになり、とりわけ、実質的にはライヒの投票であるような投票がライヒ参事院において有効になるならば、われわれ「諸ラント」の「影響を行使する権利」が本質的に異なったものになってしまうからだ。たとえばライヒ参事院でライヒ政府が一三票を自由にできることになれば、それによって、ライヒ参事院によるライヒ政府への制約は緩和されてしまう。

留意すべきなのは、ここで問題となっているのは、実質的な問題であって形式的な問題ではないということ。諸ラン

トは影響を行使するという、実質的な権利を持つ (S.451 傍点引用者)。そうでなければ、諸ラントは、ライヒ参事院に代表を派遣するという純粹に理論上の権利を持つにすぎないことになってしまう。そうなれば、それ「影響を行使する権利」は統合主義的な (unitarischen) ワイマール憲法の下で、諸ラントがライヒにおいて持つ唯一の連邦主義的な権利 (das einzige föderative Recht) とみなすことができなくなる。すると、ワイマール憲法における諸ラントの地位は、全く押しつぶされたも同然だろう (S.451)。

さらにナヴィアスキーは、「いかなる国家行為も存在しない」とヤーコビは述べることができないと指摘する。ライヒ参事院におけるバイエルンの要求、たとえば、ライヒ・コミッサールによる投票権の行使が停止されるべきだという要求などは、まさにそれ自体一つの国家行為である (S.450)。

したがって、ナヴィアスキーの見解によれば、以下の点が確認されるべきだという。すなわち、本件におけるバイエルンとバーデンの訴えには、

具体的な法的関係、つまり、現に争われている現実的、個別的な法的関係が存在し、さらに、国事裁判所の判断を引き出すバイエルン・ラント、および、バーデン・ラントにとっての法的利益が存在する (S.450 傍点引用者)。

第二の問題、「国事裁判所の管轄権」についてナヴィアスキーは、第一に、第19条と第13条第2項との比較という点から (S.451ff.)、第二に、国事裁判所の成立史という観点から、つまり、第19条と旧ライヒ憲法第76条第1項との比較から (S.454f.) 論究し、「国事裁判所の任務」の特殊性についての掘り下げた議論を展開している。この議論は「国事裁判所は憲法の番人である」という「憲法の番人」をめぐる議論にかかわる点からも重要である。結論として、国事裁

判所は、具体的な法的関係の紛争のみを扱うというヤーコビに反して、一般的な法規範についての判断を下すことができる、と主張した。

第一に、「国事裁判所の管轄権をめぐる」第19条と第13条第2項との有名な関係について (S.451ff.)。ナヴィアスキーはまず、国事裁判所はライヒ憲法第19条に根拠を持つが、そこでは「私法的性格をもたない紛争」といわれているだけで、対象についての規定はない、つまり、一般的な法的問題 (allgemeine Rechtsfrage) が扱われるのか、あるいは法規範の下に包摂されるべき具体的な事態 (konkrete Sachverhalte) のみが扱われるのかは記されていない (S.451) と指摘する。

これに対して、第13条第2項におけるライヒ最高裁判所の管轄権は、成文法の規定をめぐる争いであり、法規範をめぐる争いでは全くない。つまり、法規範をめぐる争いについては、第13条はかわりを持たない。法規範をめぐる争いは、そうした紛争が審理の対象でさえありうるならば常に、第19条第1項に基づいてのみ提起しうるのである (S.452)。

第19条は、ラント法の規定がライヒ法と一致するかではなく、ライヒ法の規定がライヒ憲法と一致するか疑われているような事例の訴訟を根拠づける。つまり、ライヒ法律がライヒ憲法違反であると訴える権利、および、国事裁判所にこれ「憲法違反性」を宣言してもらうために訴える権利をラントが持っている、ということは、学界において一般に承認されている。したがって、国事裁判所に一般的な規範 (eine allgemeine Norm) についての判断を求めて訴えることができないなどということは全くできない (S.452)。

それゆえ、国事裁判所の権限を制限することは、国事裁判所の持つ意味と任務からしてふさわしくない (S.452)。つまり、第19条を狭める解釈をとるべきではなく、広く解釈されるべきである。第48条について、ライヒ側は、これを狭める解釈 (eine einengende Auslegung) を拒否した (S.451) にもかかわらず、第19条については狭める解釈をとろうとしている。しかし、第48条について正しいことは第19条においても正当とされるべきだ。さらに、ここで言われてい

る「国事裁判所の権限の」制限とは、特定の国家行為の有効もしくは無効をめぐる争いがあるという意味での、具体的な法事例への制限であるが、そうすると、国事裁判所は個々の国家行為について判断を下すべき一つの特別行政裁判所以外の何ものでもなくなるか、あるいは、せいぜい行政裁判所ではないのであり、一方では統治行為が、他方では行政行為が扱われるという違いがなくなる。

ここでの誤りと非常に似通った間違いが、ヤーコビの「ライヒ執行」を「行政強制」と等置した議論にも見られる、とナヴィアスキーは指摘する (S.452)。「行政強制」の場合は、一方には高権の担い手 (Hoheitsträger)、他方には私法主体 (private Rechtssubjekte) がいる。しかし、二つの高権の担い手が対立する場合、ライヒとラントといういずれの側にも国家が存在する場合、状況は全く異なる (傍点引用者)。そうした紛争の場合、初めから、それぞれの法的領域の制限 (die Abgrenzung ihrer Rechtssphären)、つまり、それぞれの管轄権の明確化 (die Bestimmung ihrer Kompetenz)、¹⁾ までが一方の国家権力に、どこまでが他方の国家権力にかかわるかを確定することが問題となる。その場合には、したがって、一般的にのみ確定されうる「管轄権問題」が正面に出てくるのである (S.453)。

結論として、国事裁判所は法規範について判断を下す任務を持つ。したがって国事裁判所の任務は、できるだけ広い意味において解せられるべき (S.453) であり、反対側代理人の主張するように、行政裁判所と同じものと把握されることはできない (S.454)。

第二に、国事裁判所の成立史 (S.454f.) からも同様の結論が導かれる。ナヴィアスキーは、ワイマール憲法第19条と、前史としての旧ライヒ憲法 (ビスマルク憲法) 第76条第1項との比較を試みる。

旧ライヒ憲法では、連邦を構成する国家間の紛争は連邦参事院 (Bundesrat) において処理されるとされていた。第19条との重要な違いは、旧ライヒ憲法では、第一に、「紛争」処理が政府機関によって行われ、第二に、ラント間における法的争訟事例のみが規定されていた、という点にある (S.454 傍点引用者)。

これに対して、第19条では、第一に、政府機関の代わりに裁判所という機関が登場し、第二に、管轄権はライヒとラントとの間の紛争にまで拡大され、それによって、ライヒの連邦国家としての性格が強化され、連邦主義という観点から見てラントの地位が改善された(§454 傍点引用者)。また、以前の連邦参事院では、諸ラントは、常に全員一致して権利を行使したが、現在では、ラントがそれぞれ個別に自己の権利を遂行しうる。ライヒとラントとを同一の地位にあるとするのは、ワイマール憲法におけるラントのかなり小さな獲得物かもしれないが、ラントが、これらの問題について、独立の裁判所に訴えを提起できる権利を持つことによって、以前より強い法的保障を受けているのは重要なことだという。この点について、憲法制定時に、バイエルレ顧問官は、ライヒが諸ラントの国家権力に「干渉」する場合、その「干渉」が、法的紛争の対象とされうることは多くのメリットがあるかと語っていた、とナヴィアスキーは指摘する(§454)。

旧憲法下における連邦参事院の管轄権としては、二つの事例があり(§454)、第一に、具体的な法的紛争、第二に、一般的な法的紛争を含んでいた(§455)。ナヴィアスキーによれば、連邦国家の展開には、国際法の大きな国家共同体の展開に見られるのと全く同様の展開が存在する、つまり、国家行為をできる限り司法形式に委ねようとする傾向への漸進的発展がますます明確化しつつあるという。ドイツ連邦国家というより狭い国家共同体において、連邦参事院の代わりに国事裁判所が登場することにより、国家行為をできるだけ司法形式に委ねようとする傾向は、今やますます明確になりつつある。こうした「司法化の」展開方向の本当の意味を解するならば、国事裁判所は、この種の紛争解決のために連邦参事院の管轄権の全面的な法的後継者に就いたと解されるべきであり、したがって、狭い解釈は否定されるべきだ(§455) と云う。

さらに、憲法制定者たちは、紛争概念がどのように解釈されるか、手続きの全体がどのように形成されるかという、これらの問題を、あえて未解決のままにした、とナヴィアスキーは指摘する。つまり、一般的な枠だけ(nur einen

allgemeinen Rahmen) を規定しようと考え、国家間の公法上の性格を持つ紛争について決定を下す権限を国事裁判所に与えている第19条の持つ、こうした枠をうめることは、国家生活や法生活の内での現実に働いている諸勢力に委ねようとした(S.455)。そこには第48条との注目すべき並行関係が見られる。第48条の場合も、まず枠だけが規定され、その枠をうめることは、国家生活や法生活の内での現実に働いているさまざまな勢力に委ねられている。第一には、国家の政府の実践であり、第二に、第19条の場合には、公法上の性格を持つ紛争とは何かを確定することを、国事裁判所の実践に委ねようと考えた(S.455) という。

第三の点として、ナヴィアスキーは、そもそも裁判官の任務とは、具体的な事態を法律規定の下に(unter Gesetzesvorschriften) 包摂する(subsumieren) ことなのでは断じてなく、具体的な事態を法規範の下に(unter eine Rechtsnorm) 包摂することにある、したがって、裁判官が自ら具体的事件に適用すべき法規範を見出すことに裁判官の創造性(das Schöpferische des Richterantes) が存する、と述べ、裁判の本質をめぐる見解を提起する(S.456 傍点引用者)。

この訴訟においてわれわれは、第48条の複雑な絡み合いの中から、ライヒとラントとの間の根源的な関係を決定すべき法規範(die Rechtsnormen) を明らかにするという壮大なる試み(der grandiose Versuch) を経験しつつある、とナヴィアスキーはいう(S.456 傍点引用者)。当事者全員と裁判所全体のここでの労力は、法規範を確定することに向けられている。この訴訟の目的は何か。それは、この事件から生じてきたさまざまな機能の混乱状態を除去することだが、それは、規範を定立すること(die Aufstellung von Normen) 以外ではなしえず、個々の点について具体的に決定するというだけでは本件は不十分だという(傍点引用者)。なぜなら、こうした機能の混乱状態は、将来にわたって除去されねばならず、そうしたことは規範の定立(die Aufstellung) によつてのみ初めてなしうるからだ(S.456 傍点引用者)。

ライヒには重大な危険が存在する、病に冒されている、といわれている。確かに、法規範は、それを守りたくない人

にとつては「危険」(eine Gefahr)であり、それを支持したいと考えている人にとつては「保障」(ein Schutz)を意味する(S.457)。ライヒのためにヤーコビが主張する「権力国家」という特別な例外的な地位は、「法治国家」とはいかなる関係もないし、国事裁判所という制度とは一致しない、とナヴィアスキーは解するという。国事裁判所が判断を下すと、それはまさにライヒをも拘束する(S.457)。

そもそも国家間の争いとは、支配者、つまり、王国、国家高権の担い手の間の紛争であり、そうした紛争は、王権と同様な性質を持つ裁判所においてのみ処理される。つまり、裁判所が、王と同様、法規範を宣言することができる場合にのみ、その裁判所は王国間の紛争を処理しうる。「法、すなわち、法規範を見出す」という彼「王の裁判官(ein königlicher Richter)」、あるいは「裁判官たる王(ein Richerkönig)」の使命(vor seinem Beruf, das Recht, das heißt die Rechtsnorm, zu finden)の前に、王国の代理人、国家の代理人は、畏敬の念を持って膝を屈するのである(S.458 傍点引用者)。ナヴィアスキーはこう結んだ。

3. ヘラー：(36) XI: S.458-460.

ヘラーは、ナヴィアスキーに引き続いて、五つの点からヤーコビを批判する。第一の点はプロイセン・ラントの代表権限をめぐるヤーコビへの批判である。ヘラーは、ヤーコビの弁論を要約すれば、もはや全く誰も原告になる権限も被告になる権限も持たず、さらに訴訟対象は全く存在しない、しかし多くの欠陥を負わされ遂には訴訟上の擬制(eine Prozesfiktion)だけとなったラント政府が存在しているにすぎないということになる(S.458 強調ヘラー)、と切り出す。さらにヘラーは、ラント政府が不信任投票を蒙ったから訴訟上の擬制になっている、というのがヤーコビの主張だと述べつつ、もしそうであるならば、ヤーコビの弁護するライヒ政府にもそれは当てはまる、つまり、ライヒ政府は

ずつと多くの不信任投票を獲得した (S459)、とやり返す。

第二の点は、諸会派の「補助的参加者」(Nebenintervenienten)としての原告適格についてである (S459 強調ヘラー)。ヘラーは、実は個人的には、諸会派が補助的参加者とみなされうるのか疑わしく思っていた、と述べ、しかしヤーコビによる弁論は、そうした疑念を完全に払拭した、と述べる。なぜなら、他のあらゆるもの「原告主体」がないものと議論されるならば、その場合はただ会派だけが「補助的参加者」として登場できる「訴えることができる」だけだからだ (S459)、とこつ。

第三の点は、誰が被告でありうるか、という点に関するヤーコビの議論、すなわち、本訴訟で被告とされるべきは、ライヒでもライヒ首相でもなく、「プロイセンに対するライヒ・コミッサール」のみだ、というヤーコビの主張に対する反論である。ヘラーは、国家秘書官クリューガーに対して七月二〇日に出された休職命令の文書を一例として示し、この文書の写しを提出する。その文書に明記されているところによれば、クリューガーへの休職命令は、ライヒ・コミッサールという機関の下ではなく、ライヒ首相という機関の下で行われた、したがって、ここで問題となっているのは、ライヒ・コミッサールではなく、ライヒ首相なのだ (S459)、と述べる。

第四の問題は、「裁量の濫用」の存否をめぐる議論である (S459 強調ヘラー)。第48条に基づく措置に「裁量の濫用」があるか否かを決するのは、「不適切な動機」によるものだったか否か、である、というのが原告被告を問わず共通の土台であり、したがって、問題は、七月二〇日の措置の「真の原因」、「動機」が何であったのか、である。この点について、ヘラーは、「ライヒ政府とラント政府との間の政治的に緊迫した対立が七月二〇日の行為を導いたのならば、何ら裁量の濫用ではない」、というヤーコビの発言を問題とする (S459 強調ヘラー)。ヤーコビによる言明、つまり、今回の措置の背後にあったのは「ライヒ政府とラント政府との間の政治的に緊迫した対立」だった、という見解は、ヘラーが前週の審理で再確認した、七月二〇日の措置がそもそもなで行われたのかをめぐるライヒ政府側の立場表明、す

なわち、「あるラント政府に対するライヒ執行の布告には、社会民主党にただ所属しているという、そのことだけで充分だ」という立場から逸脱するものだ (S.459-460 傍点引用者)、と指摘する。したがって、ライヒ政府の「真の動機」は何か、そこに「明白な裁量の濫用」はないのかという点が問題である、という。ヘラーが強調するのは、政治的には、ライヒ政府とラント政府の間の緊張した対立は、行為への全く正当な動機ではあるにしても、しかしながら、第48条に基づく合法的行為を導くものとしては、その「動機」は充分ではない (S.460 傍点引用者)、という点である。すなわち、それは「不適切な動機」であり、それゆえ、「裁量の濫用」が認められるべきだ、という。

そして最後に、第五の点として、「法治国家思想」の過度の強調は国家的危機をもたらすというヤーコビの発言について、である。ヘラーは、ヤーコビの弁論全体を通じて「法治国家思想」への驚くべき軽視が表明された、と指摘しつつ、しかし、ヘラーが既に第X章で引用したヤーコビによる言葉⁽⁶⁷⁾を、われわれの共通の熟考の基礎にするよう望む (S.460) と結んだ。

4. シュミット：(7) XI. S.466-469.⁽⁶⁸⁾

これは本法廷におけるシュミットの最後の発言である。ここで、シュミットは四つの点に言及する。第一の問題は、プロイセン・ラントの「代表権限」である。シュミットはまず、国事裁判所の訴訟における「手続き」(Formalien)とは、単なる「手続き」ではなく、極めて現実的、政治的な問題であり、そして訴訟の核心にかかわる問題であって、いわゆる「手続き」の問題において突如として再び、対立のある種の強度が明らかになったことは、事柄の本質に適っている、なかでも、「誰がプロイセン・ラントか、誰がプロイセン・ラントを代表するか」が最大の問題だ (S.466 強調シュミット)、と述べる。シュミットによれば、「ラント政府が憲法に則して任命されたラント政府であれば、そ

のこともあってプロイセン・ラントの代表権限の問題は答えられる」(S465 強調シュミット)のだから、したがって、「問題は、コミッサール・ラント政府が、憲法に則して、ライヒ憲法第48条に基づいてライヒ大統領によって任命されたのか」(S466 傍点引用者)だけであり、あるラントにライヒの名においてコミッサール・ラント政府を与えるというやり方で、ライヒの側からラントに対して権力執行がなされるのか、という点に尽きる。そして、官職を剥奪された大臣たちは、ヤーコビが正当にも論じたように、訴訟技術的な理由から考え出され、許容されている「擬制」に基づいてのみここに登場しているにすぎない(S467)、とこう。

すると問題は、プロイセンの事務管理内閣の主要閣僚を罷免し、コミッサール・ラント政府を任命するという、第48条に基づくライヒ大統領の行為が、では、憲法に則したのか、という点に絞られる。この点について、プロイセン側が、憲法に則した行為とはいえないと主張する際に、その根拠としたのは、ライヒ憲法第17条に基づく「ラントの独立性」という主張であった。つまり、第17条に基づく第48条に対する抗争という構図である。

そこで、シュミットの第二の論点は、「この「官職を剥奪された」ラント政府は、ライヒの憲法上の権力行使可能性に対抗して、ラントの独立性を引き合いに出すことができるのか」(S467)という問題である。まずシュミットは、官職を剥奪された事務管理内閣は、「その存在をそもそも四月一二日の議院規則の改定というトリックに負っている、極めて特殊な形態」にすぎない、という点を指摘し、次に、ライヒ大統領がライヒ憲法に基づいて保持する一定の権力行使可能性は、「執行権の移行」の場合には、「独立の管轄規範」(selbständige Zuständigkeitsnorm)である第17条とは矛盾しない(S467)と述べる。したがって、第48条に基づくコミッサール・ラント政府の任命の可能性を否定するものとして、「ラントの独立性」を妥当させることには何の論拠もない、と退ける。

そして反対に、「ラントの独立性」という観点からも、必要な場合には、ライヒ大統領は第48条の諸権限を行使しうるし、しなければならぬ(S468 強調シュミット)、という。それはどのような場合か。シュミットは、「諸ラントを

超越し、厳格に組織化され中央集権化された政治的党派が、ラントをわが物とし、その党派のスパイや従僕をラント政府の中へと送り込み、そうしてラントの独立性を危機に陥れるという、党派の側からの、不断の機能障害、公共の安全と秩序の絶え間ない危機」が存在する場合、こうした事態に対する措置を大統領がとるならば、それは決して「ラントの独立性」とは矛盾しないという。

シュミットは、「現に起こっているやり方での、ライヒの側からラントに対する権力執行」に抗して、「ラントの独立性」それ自体を根拠とすることはできない、という主旨を、「分かりやすく表現する」として、以下の比喩を持ち出す。

もし実際に、ヤギが庭の番人をさせられており、そこで、庭番を排除しなければならぬとなるならば、ありとあらゆることをなしようが、しかし、ただ一つのことにはなしえない。すなわち、庭の独立性と自立性を主張するというただ一つのことにはできないのだ！ それが、ライヒ大統領によって罷免されたラント政府の事例なのである。ラント政府は、ラントの独立性それ自体を引き合いに出すことはできない (S.468)。

第三の点は、「憲法の番人」とは誰かをめぐる議論である。シュミットは、ナヴィアスキーの主張するように、確かに「国事裁判所は憲法の番人である」という。しかしそれは一裁判所に留まるのであり、国事裁判所は、司法形式および裁判形式の持つ特殊性 (Besonderheiten dieser Justizförmlichkeit und Gerichtsförmlichkeit) に頼らざるを得ず、裁判を通して、司法形式で憲法を擁護するものでしかない (S.469 傍点引用者)。シュミットは、「法治国家」における国事裁判所の任務の特殊性にかかわるナヴィアスキーの詳細な「管轄権」の議論に立ち入ることなく、「司法形式の憲法保障の限界」を指摘するのみで、即座に自らの見解の表明に移る。

憲法は政治的な建造物なので、その他に、より本質的な政治的決断を必要とする (傍点引用者)。こうした観点から、

ライヒ大統領こそが、「憲法の番人」である、とりわけ第48条による彼の諸権限が、他の構成要素に対してと同様、連邦主義的な構成要素に対しても、「憲法の真の政治的番人」を構成するという意味を持つ、そこで問題となるのは、ライヒ大統領の政治的決断である(S.469 傍点引用者)、とシュミットはいう。それゆえ、ライヒ大統領が政治的決断を下したならば、それによつて同時に、ライヒ憲法19条の重要問題、すなわち、そうした場合、誰がラントを代表するのかわかるという問題も答えられるのであり、ライヒ大統領のこうした行為に基づいて、コミッサール政府がラント・プロイセンを代表することには、ライヒ憲法中も、ラント憲法中も、充分で確かな法的根拠がある、とシュミットは主張する。

第四の点は、国家性から帰結するプロイセンの榮譽と尊厳である(S.469 強調シュミット)。シュミットによれば、「ライヒ執行」は、今は、ラントを否定しその存在を破壊するという意味を持つておらず、反対に、国家とラントとを脅かしている危険から国家とラントを守る意味を持つていて、という。プロイセンの国家性、威厳と榮譽が、より大切に扱われているのは、どこでか。それは、単に四月一二日のトリックのお陰で事務管理内閣の閣僚になり、七月二〇日にその官職を剥奪された大臣たちの下で、ではなく、ライヒ大統領の下で、あるいは、ライヒの下で、である(S.469)と結んだ。

5. ヘラー：(37) XI. S.470.

これが、三七回に及んだ、ヘラーの法廷での最後の発言である。

私は、私の側からは、街頭演説(Straßenreden)⁽²⁾を話題にのぼらせようとは思わない。また、現行のライヒ憲法に対するある国法学者の關係は、そのようなもの「庭の番人をするヤギ」であるのが明らかであるに

もかかわらず、庭番をするヤギについて (vom Bock als Gärtner) 語りたいとも思わない⁽⁷¹⁾。私は、諸党派が「ラント」政府の中へスバイと従僕とを派遣しているといったことが語られたことの中に許しがたい侮辱がありそうだ、と主張しようとも思わない。なぜなら、ブラウン大臣とゼーベリング大臣は、そうした類いのひどい悪口雑言に少しも気を煩わされずに、高くそびえ立っているからだ (S. 470)。

ヘラーのほんの数行にすぎない捨て台詞のような短い発言の後、引き続き三〇分余りの審理が行われて、夜八時頃に閉廷となった⁽⁷²⁾。ここに六日間に及んだ全審理の幕が下りたのである。

6. 小括

最後の議題である第XI章「訴訟要件」をめぐる議論は、本裁判の決して「付け足し」といった副次的なものではなかった。シュミットが「国事裁判所の訴訟における『形式』(Formalien)とは、極めて現実的、政治的な問題、そして訴訟の核心にかかわる問題であつて、まさにいわゆる形式の問題において、突如として再び、対立のある種の強度が明らかになったことは事柄の本質に適っている」(強調シュミット)と述べた通り、原告被告双方の当事者適格をめぐる論戦は、文字通り火花が散るような緊張感に満ちた争点を鮮明に浮き上がらせた。

法廷では、まず、原告適格を主張する個々の原告による弁論が先行したが、「訴訟要件」の問題を理論的に位置づけたうえで、根源的かつ整然と論じ上げたのは、既に見た通り、ヤーコビである。そして、ヤーコビの体系だった議論を反駁しようとして、やはり根源的な見地に立ち、「国事裁判所の管轄権」の議論に基づきつつ反論したのは、ナヴィアスキーであつた。ヤーコビ対ナヴィアスキーという座標軸を考察する前に、まず、ヘラーとシュミットの本章での弁論

の重要な点を振り返っておこう。

ヘラーの「訴訟要件」論は、ラント議会議会派の原告適格にかかわるものに限られていたし、ヤーコビの「訴訟要件」論に対する反論も、根源的な理論的反駁という類いのものではなく、限定的であった。さらにまた、シュミットの「最終弁論」に対して吐き捨てるように述べた最後の言葉は、やはり、理論的な争点をめぐる発言というべきものではない。

しかし、ヘラーの「訴訟要件」論をめぐる弁論が、限定的、断片的な論点に限られたということそれ自体は、ヘラーの指摘した点の重要性を減ずるものではない。ヘラーのここでの議論の中で、特に重要なのは、本訴訟における社会民主党のラント議会議会派の当事者適格の主張を、ラント議会議会の一構成要素である点、そして、「議院内少数者の多数者による権利侵害からの保護」として位置づけた点である。ヘラーは、「ラント議会議会派の原告適格を国事裁判所が認めた判決を援用する」と述べてはいるが、厳密にいうと、実際には、憲法第19条が定める憲法訴訟のうち、「ラント内部の憲法訴訟」のカテゴリーでは、既に一九二〇年代からラント議会議会派の訴訟参加に道が開かれていたが、「ラント対ライヒ」の憲法訴訟」のカテゴリーにおいて、ライヒを相手とする訴訟の原告適格が、ラント議会議会、もしくは、ラント議会議会派に認められるという判決は、実は前代未聞であった。⁽⁷⁶⁾ その点で、ヘラーの主張は決して従来の判例をそのまま援用しうるものではないという、理論的弱さを秘めていた。しかし別の見地から見れば、「ラント対ライヒ」の憲法訴訟」の「訴訟要件」論の新境地を提起するものだったともいえよう。

他方、シュミットは、「訴訟要件」それ自体については、基本的にヤーコビの議論の線上に立ちつつ、プロイセン・ラントの当事者適格についてのみ、以前の第17条と第48条との関係をめぐる見解を再び援用しながら論じるに留まっている。⁽⁷⁶⁾

むしろシュミットの発言で注目すべき点は、「憲法の番人」論に関してナヴィアスキーの見解にほんの一言批判的に

言及した際、つまり、司法形式 (Justizförmlichkeit)、裁判形式 (Gerichtsförmlichkeit) での憲法擁護という国事裁判所の役割に欠ける、憲法の「政治的保障」の必要性から、ただちに、第48条に規定されたライヒ大統領の権限こそが「憲法の真の政治的番人」を構成するとの立場を引き出した点であろう。つまり、ここで重要な点は、第IX章におけるヤーコビ発言の問題点として筆者が指摘した点と同様、シュミットによつて、言明されないことによつてバイパスされたのが、国家権力に対する司法形式の監視に対比されるべき、憲法の「政治的保障」のもう一つの方法、国家権力に対する「議会形式の監視」による憲法の「政治的保障」である。⁽²⁸⁾

この点に鑑み、ヘラーが、「ラント対ライヒの憲法訴訟」において、「議会内少数者の保護」の要請に基づきながら、ラント議会会派の原告適格を要求したことに立ち返つて、その意味を再考するならば、ヘラーの主張は、ライヒ議会による不信任投票の機会が奪われ、事実として「ライヒ議会による政治的監視」が不在であるという現実的な前提の上で、最後に残された司法形式の監視の中に、議会による監視の要素(もつとも、ライヒ議会ではなくラント議会でしかなかったのだが)を位置づける試みとしても解しようのではないだろうか。

「訴訟要件」論の議論におけるもう一つの重要な点は、前述したように、ヤーコビ対ナヴィアスキーという座標軸であり、なかでも重要な争点は次の二点である。その第一は、「国事裁判所の管轄権(の制限)」をめぐる、第19条と第13条第2項の關係・相違についての法解釈上の論戦、その第二は、「訴訟要件」論の前提をなすものとして横たわつていた、「法治国家」をめぐる争点であり、「法の理念」(Rechtsidee) 対「支配の理念」(Herrschaftsidee)、「法治国家」(Rechtsstaat) 対「権力国家」(Machtstaat) あるいは「法原則」(Rechtsprinzip) 対「支配原則」(Herrschaftsprinzip) という構図である。

第一の、「国事裁判所の管轄権(の制限)」をめぐる、第19条と第13条第2項の法解釈問題で、ヤーコビが主張したのは「法規範をめぐる争い」は第13条によるライヒ最高裁判所の管轄であり、「具体的な法的關係、具体的構成要件に

根拠を持つ具体的な争い」のみが、第19条に基づいて国事裁判所の管轄とされる、したがって、国事裁判所は「法規範をめぐる一般的・抽象的な争い」の審査を自己抑制すべきだ、というものである。これに対して、ナヴィアスキーは、「法規範をめぐる争い」も、「具体的な法的関係、具体的構成要件に基づく具体的な争い」も、ともに、国事裁判所の管轄である、という。以上の相違は、つまり、「法規範をめぐる一般的・抽象的な争い」を、国事裁判所が扱いか否かに収斂するように見える。しかし、その点だけではこの問題の核心に光を当てたことにはならない。

実は、ここでの対立の焦点は、「ライヒ法律とライヒ憲法の間」の適合性審査の訴えを、国事裁判所が管轄することができるか否かであった。というのは、「ラント法とライヒ法の間」の不一致をめぐる争いはライヒ憲法第13条第2項の定めによりライヒ最高裁判所の管轄であることに疑いの余地はない。また、「ラント法とラント憲法の間」の不一致の問題は、「ラント内の憲法争議」として第19条に明記された国事裁判所の管轄とされていた。したがって、「法規範をめぐる一般的・抽象的な争い」の内で、問題として残されたのは、「ライヒ法律とライヒ憲法との適合性問題」のみだったのである。⁽⁷⁹⁾

ワイマール憲法が設立されたとき、その設立が予定された「国事裁判所」の管轄は、その先行機関だったビスマルク憲法第76条の定めによる連邦参事院 (Bundesrat) の管轄がラント間の紛争のみに限られていたのに対して、ワイマール憲法第19条によって、「(i) ラント内の憲法争議、(ii) ラント間、そして、(iii) ラントとライヒの間の私法的でない争い」にまで拡大された。一方で、国事裁判所の管轄権の拡大という政治的決断が憲法制定会議においてなされたわけである。しかし同時に、問題の「ライヒ法律とライヒ憲法の間」の不一致をめぐる争いについては、ワイマール共和国設立以来、二度の立法・明文化の機会があり、審議がなされたにもかかわらず、ワイマール憲法にも「国事裁判所法」にも規定されなかった。その結果、実定法上は、ライヒ最高裁判所の管轄とも国事裁判所の管轄ともされず、いわば、宙ぶり状態のままに置かれたのである。これは、「ライヒ法律とライヒ憲法の間」の不一致についての司法審査を

どうするのかという点について、立法権が政治的決定を回避したことの当然の結果であった。そして、立法過程での結論が棚上げされた途端、ライヒ最高裁判所が「ライヒ法とライヒ憲法の間」の違憲立法審査権限を、実定法上の明文規定を欠いたままに発動したのである⁽⁸⁰⁾。

したがって、一九三二年のワイマール共和国の最末期においてなお、「ライヒ法律とライヒ憲法の間」の不一致をめぐる争いが国事裁判所の管轄と認められるか否か、という問題が未決着だったことの「根」は、一九二〇年代初期の立法過程における、司法審査権にかかわる決定的な点についての立法化・明文化の回避に、すなわち、政治的決断の欠如にあったと言わざるを得ない。このことのゆえに、ライヒ最高裁判所による既成事実化が進む一方、学説上の見解が錯綜し続ける結果⁽⁸¹⁾をもたらしたばかりでなく、ワイマール共和国にとっての決定的な時点において、形而上学的とも言うべき「管轄権」論争が本法廷で繰り広げられたのである。

しかし立法権の怠慢は、この点に限られない。本訴訟とかわる限りににおいても、第一に、第48条第5項に規定された「細則」の立法は遂に行われず、第二に、ライヒ憲法第107条においてその設立が予定された「ライヒ行政裁判所」の設置法の立法が行われなかったがゆえに「ライヒ行政裁判所」は設立されず、その結果、「国事裁判所法」第16条以下に定められた事項を管轄する裁判官団の構成は、過渡的構成のままであり続けたのである。

以上の経緯は、「法治国家」における《法治》の意味を根底から考えさせる。《法治》を保障する上での制度的機能のほとんどを裁判所が担っているとはいえず、その場合の《法》それ自体は、政治的意思、それも、国民の政治的意思の現れなのであり、換言すれば、国民の《政治的決断》の上に《法治》は初めてその意味を持つ。シュミットが述べた、「憲法は政治的建造物なので、より本質的な政治的決断を必要とする」という指摘は、まさにこの点を衝いたものであった。しかし、「国事裁判所の管轄権」問題に関して、その政治的決断を第一に求められたのは、憲法制定会議であり、そして第二に、ライヒ議会とその法務委員会であり、決してライヒ大統領ではなかった。《法治》の基盤であり

根拠でもある、ライヒ議会在において確定されるべき国民の政治的意思としての《法》が明確化されず不在のままであったことに、何よりも問題の根源は存したのではないか。

そしてまた、既に述べたように、「国事裁判所法」が一九二一年に制定されたとき、ライヒ憲法第19条に定める憲法争議の審理を担当する国事裁判所の七名からなる裁判官団の構成に関する諸規定は、「国事裁判所法」制定前の過渡的構成を定めたライヒ憲法第172条からの移行のプロセスで、ライヒ議会選出の四名の裁判官の排除が行われていたという事実を、ここでもう一度思い起こさなければならぬ。このプロセスの中に示された「国事裁判所の民主的正当性の部分的後退」⁽⁸³⁾という点が、極めて重みを持つてくる。

歴史において「もしも」は通用しない。しかしなお、ここで、次のような想定をあえて行ってみることに何らかの意味を見出すことができないだろうか。もしも、「国事裁判所法」制定の際に、過渡的構成としてのライヒ憲法第172条の規定がそのまま継受されていたとしたら、もしも、「国事裁判所法」において、「ライヒ法律とライヒ憲法の間」の不一致をめぐる争いを審査する権限が明記されていたとしたら。仮にそのような想定を試みたとしても、そのことによつて、本件の審理の際に国事裁判所が、ライヒ政府の行為の違憲性の疑いについてもつと踏み込んだ審理と決定を行ったか否かを推測することはできない。しかし少なくとも、「国事裁判所の管轄権」それ自体を論ずる形而上学的な議論がある程度は回避しえたであろうし、裁判官団の構成において、何がしかのライヒ議会の意思が反映されたかもしれないという推定は可能ではないだろうか。

このように考えると、第二の争点におけるヤーコビとナヴィアスキーの対立の構図は、司法の行き過ぎと行政の行き過ぎの対決が、議会の視点という本来の政治的決断主体の不在のままに現出したことを象徴するように思われる。そしてまた、ヤーコビが「法治国家の過度の強調がもたらす危険性」を指摘したとき、そこに具体的に含意されていた内容は「裁判所による審査権の過度の拡張がもたらす危険性」であった。であるならば、この指摘は場合によつては適切で

もありうる。二〇年代のライヒ最高裁判所が、所有権に制約を課すライヒ法律に対して、所有権保護を目的とした一連の審査権を行使し、司法審査の範囲を一方的に拡張したことを、このヤーコビの論理によって批判することができる。その場合、ヤーコビ流の指摘には頷くことができる。

したがって、単に「支配の理念」あるいは「支配思想」に対して「法の理念」もしくは「法治国家」を対立させるだけでは問題の核心は明らかにならない。ここでは、「法治国家」の強調が、そのまま、裁判所による審査権の範囲の問題にすり替えられている、という点を、まず確認しなければならぬ。「法治国家」それ自体の存続にとつて問題なのは、裁判所による審査権それ自体（その主体構成、その範囲など）をも根底から規定するものとしての《法》が、いかなる《法》か、という点に、何よりもその出発点を置いている。その意味では、《法治》を担う主体は裁判所だけではなく、その前にむしろ、何をおいてもまず、国民の政治的意思に《法》という形を与える議会であるという点を、どんなに強調してもしすぎることはないのである⁽⁸⁴⁾。

かつて、カール・レーヴェンシュタインは、死活的な争点をめぐる対立、紛争が存在する場合、「政治的責任を負う権力保持者——政府と議会——は、争点となつている政策の決定を裁判所に転嫁しようとする誘惑に駆られる」と指摘した⁽⁸⁵⁾。それによつて、逆に、「裁判官は、司法的決定の扮装のもとに、責任ある「政治的」権力保持者の決定を自分の政治的価値判断によつて置きかえるよう強いられる⁽⁸⁶⁾」、と。本訴訟もまた、そうした意味で、ワイマール憲法の理念にとつての、そして、ワイマール共和国の存立にとつての根源的な問いが争われたのであり、死活的な争点をめぐる論戦が繰り広げられた裁判の一つというべきであろう。そうした場合、どのような「判決」が出されたとしても、いずれか一方からの、あるいは双方からの批判は避けられず、国民の支持も得ることは困難である⁽⁸⁷⁾。こうした事態は、「権力過程の最高の調停者として裁判所を設定すること——これこそが『政治の司法化』の核心 (the core of the "judicialization of politics") である——」であり、その結果、「統治体系を司法政治 (judiciary) へと転化させることになるだろう⁽⁸⁸⁾」。

それゆえ、アメリカ最高裁判所が担う憲法保障のための使命を論じたR・H・ジャクソン判事が述べた言葉を、ここで想起することは、決して無意味ではないだろう。

……最高裁判所の将来は、最高裁判所自身の貢献よりも、むしろ、政府の行政、立法の両部門が、彼らの問題を適切に、また時機を失せず、に解決する能力を持つか否かに、より多くかかっていると思われる⁽⁸⁹⁾。

第10節 法廷におけるシュミットとヘラーの対決

——審理過程全体を振り返って——

ここまでわれわれは、冒頭で述べたように、シュミットとヘラーの弁論の把握と考察を狙いとして中心に据えながら、この狙いに必要とされる限りでそのコンテキストを——場合によってはかなり立ち入って——跡づけるという手法で、「プロイセン対ライヒ」裁判の六日間にわたる法廷審理の——限定された枠組みによってではあるが——開廷から閉廷に至るまでの全体を視野に収めてきた⁽⁹⁰⁾。シュミットとヘラーの発言が行われた章については、章末の「小括」の中で、それぞれの弁論の特徴、着眼点を持つ含意、注意を払うべき基本概念などについての指摘を試み、各章ごとのコンテキストの中で、シュミットとヘラーの発言が持つ意味を考察してきた。そこで、ここまでの考察を振り返りながら、⁽⁹¹⁾法廷においてそれぞれが展開した議論全体を通して認められる特徴を総括的に整理し、三つの観点から述べることにしたい。第一の観点は、それぞれの弁論において、中心的位置を占めていた着眼点、ないし、基本概念は何か。第二の観点は、それぞれの弁論を、政治的側面と法的側面という二つの側面から考察すると、どのような特徴が見

出せるか。そして、第三の観点は、「裁判」において求められる《合法性》という制度的な枠との関係では、第一、第二の観点から見出されたそれぞれの特徴は、どのような意味を持つのか、つまり、「裁判」を「裁判」たらしめるために求められる制度的な枠としての《合法性》という視点から二人の弁論の特徴を考察する。

1. ヘラーの着眼点、および、シュミットの基本概念

第一の観点、ヘラーとシュミットの各々の弁論において中心的役割を担っていた着眼点、ないし、基本概念は何か。この点は、これまでにも既に幾つかの箇所で言及したように、ヘラーの弁論を貫く着眼点は、ライヒ政府の行為の「真の政治的動機」であり、シュミットにとっての基本概念は、現存する政治的状况についての「二つの状況概念」（より厳密には二つの型の闘争形態を表す危機状況概念）であった。同時にまたこの二つの切り口は、既に述べたように、シュミットとヘラーの「法廷」前の各々の投稿論文において、本件の本質を「その法解釈上の争点の背後に隠された政治性」にあると共通に洞察していた二人のその「観点」上の相違そのものであり、その意味で、「法廷」前から「法廷」での闘争をも通して一貫して示された視点なのである。

「裁判」では、「動機」および「状況」という二つのキーワードが、まず冒頭の弁論で示され、その後も繰り返し用いられたという点ばかりではなく、他の争点をめぐる主張においても、その主張を支える根源に位置しているという、論理構造上の基点であったという意味で、まさしく中心的役割を担う着眼点、ないし中心概念であった。

この点を最も象徴的に示しているのは、第七章における「平等原則」をめぐる二人の議論である「第5節」。ライヒ全体に治安上の問題があり、他のラントにも流血事件が起きていた、ことにオルデンブルグではナチス党のレーバー大臣が扇動的な演説を行い、治安維持の意思すらも不在なのは明確であった、そうした中で、なぜプロイセンに対して、

け大掛かりな「介入」がもたらされたのか、そこには「平等原則」違反がある、おおよそこのような原告側の訴えがなされたことについての、二人の議論は以下のようなものであった。シュミットは、政治的危機状況における「平等原則」の維持が退けられるべきであるのは、そうでなければ、現存する危険の客観的状況が何かという唯一の本質的問題を見誤らせるがゆえにだ、と主張する。つまり、政治的状況における危険の度合いの認識こそが、政治行動のメルクマールであるから、全体状況の違いによつて政治的介入が現になされるかが決する、ゆえに「平等原則」の追求はされるべきではないのである。⁽⁸⁸⁾

これに対してヘラーは、危機的状況において一律に「平等原則」の形式的追求を主張するわけではない。そうではなく、本件において現に行われたあからさまな「平等原則」の侵害、不平等な政治的介入という事実の中に、憲法が定めるのは異なる「不適切な動機」すなわち政治的動機の徴候を見るがゆえに、この点を問題とするのだ、と述べている。つまり、シュミットにおいては「平等原則」からの逸脱の正当化根拠としての「状況」、ヘラーの場合は「平等原則」からの逸脱をもたらせた原因を批判する根拠としての「動機」、という形で、それぞれの主張の論理構造の基点として、二つの概念が働いているのである。

ヘラーは、同様の論理を、「措置の期間」が余りに長期に及んでいる（措置の時間的限定の欠如）ことを批判する別の箇所でも用いている「第4節」。第VI章で、「今回の措置の極めて長期にわたっている期間」を問題とした際、この期間それ自身が「ライヒ政府の憲法違反の意図」の結果だと指摘している。つまり、期間それ自体も問題には違いないが、むしろそれ以上にヘラーにとつてはライヒ政府の行為の「不適切な動機」の存在を示す徴候として見過ごしえない問題だったのである。

シュミットにとつても同様に、「状況概念」が別な争点をめぐる主張の論理構造の基点として働いている事例が見られる。その一つは、第V章での、第48条の強大な権限に対して、「権利の保障」が強調されねばならないというアン

シュッツの議論に対して向けられた、シュミットの批判の論理である「第3節」。シュミットの反論は、「保障」という考え方を逆転させた以下のようなものであった。第48条の強大な権限は、「二つの危険」（二つの「状況概念」）の存在に、対して、「ライヒの統一」を守るための「保障」である、ゆえに、「第48条の権限」に対する「権利保障」は形成されてはならない、なぜなら、第48条に対する「保障」を形成すると、「二つの危険」によってライヒは崩壊するから、という論理である。ここでも、第48条それ自体が「保障」を構成していること、および、第48条に対する「保障」の形成の否定というどちらの論理にとつても、「二つの危険」の存在という二つの「状況概念」がその根拠とされている。

シュミットにおけるもう一つの例は、同じく第V章における、第48条の第1項と第2項の「要件」は厳密に区別されねばならず、現に両者を区別する基準は存在する、というアンシュッツ、ヘラーの議論に対する反論である「第3節」。シュミットが持ち出した論理は、第1項と第2項は厳密に区別されるべきではない、なぜなら、七月二〇日の状況は「二つの危険」の「結合」の存在であったがゆえに、これらの危険に対処するためには、第1項と第2項は「結合」して行使されなければならない、という論理である。というのは、第1項か、第2項かという二者択一の展開は誤った推論に導く、なぜなら、「二つの危険」の「結合」が存在するならば、「その時には第48条第1項と第2項の二つの権限が相互に融合する構成要件が存在する」からだという。このように、第1項の行使と第2項の行使の厳密・明確な区別を否定し、両条項の同時一体的な行使を正当化する根拠として二つの「状況概念」が用いられるのである。

2. ヘラーとシュミットの「弁論」の政治的側面、および、法的側面

次に第二の観点、二人の弁論を、政治的側面と法的側面という二つの側面から考察すると、どのような特徴を指摘しうるだろうか。まず指摘しうるのは、上で見た二人の中心的な着眼点ないし中心概念、つまり、ヘラーの政治的「動

機」とシユミットの政治的「状況」は、い、ず、れ、も、政、治、的、な、る、も、の、位、相、に、位、置、す、る、つ、ま、り、そ、れ、ぞ、れ、の、弁、論、の、政、治、的、側、面、を、象、徴、的、集、約、的、に、表、す、言、葉、で、あ、る、と、い、う、点、で、あ、る。し、た、が、つ、て、二、人、の、弁、論、を、貫、く、根、底、的、な、視、点、が、政、治、的、観、点、で、あ、つ、た、こ、と、が、こ、れ、に、よ、つ、て、明、確、に、分、か、る。

さらに政治的側面について、ヘラーに付け加えなければならないのは、政治的「動機」を証明するため、パーベンIIヒットラー間の事前協定の存在の事実認定に必要な、証拠文書を提出し、度重なる「証人喚問要求」にこだわり続けたことである。「証人喚問要求」は、最終的には原告側の共同要求として提出されるが、そのイニシアティブをとつたのがヘラーであつたのは明らかである。しかしこれらのうち、証人喚問はただの一人も行われなかつた。⁽⁹⁵⁾

それでは二人の弁論の法的側面の議論についてはどのような特徴が認められるだろうか。ヘラーの弁論においても法的議論が存在しなかつたわけではない。しかし、たとえばアンシュッツやペーターズ、あるいは、シユミットと対比すると、いわゆる法、学、的、議、論、と、い、わ、れ、る、よ、う、な、厳、密、な、概、念、に、基、づ、く、理、論、的、体、系、的、に、組、み、立、て、ら、れ、た、解、釈、論、の、展、開、は、ほ、と、ん、ど、認、め、ら、れ、ず、あ、る、と、し、て、も、断、片、的、で、あ、り、厳、密、さ、に、欠、け、る、場、合、も、見、ら、れ、た、と、言、わ、ざ、る、を、得、な、い。

ヘラーの弁論全体を見て、法的議論としての中心をなすのは、ライヒ政府の行為の「動機」は、憲法に合致した動機ではなく「不適切な動機」である、ゆえに、「恣意」(Willkür)による政治的裁量行為(ヤーコビですら司法審査権限を認める政治的裁量行為の中で最も外側の枠に当たるもの)であり、法的には「裁量の越権」「裁量の濫用」である、また「手段」の選択の「比例性」の欠如がある、したがって「憲法違反」である、という極めてシンプルな定式である。法廷での弁論のほとんどが、この定式に関連づけられて展開されている。

これ以外に法的議論として指摘しうるのは、第一に、第V章で論じられた、第1項と第2項の「要件」上の区別の基準としての法主体論(私人ではなく代表権限を持つラント機関)と主観的過失論(客観的過失のみでは足りず、主観的義務違反であることの確定のため「法的聴聞」は本質的要件の一つ)であり、したがって、第1項の行使は、ラントの

管轄機関の義務履行の意思と能力の欠如の場合にのみ認められる、と主張したことである〔第3節〕。

第二に、第IX章で論じられた、独裁権の裁量行為に対する司法審査では、権限行使機関の「主観的善意」のみで足りるとしたヤーコビに対する反論として、権限行使機関の「主観的善意」のみでは足りず、政治的裁量行為においても「主観的善意」の存在が客観的にも示されることが必要、さらに、「要件」と「手段」についても審査されたとした議論である〔第7節〕。

そして第三に、ラント議会会派の原告適格についての弁論である〔第9節〕。既に指摘したように、ヘラーが援用すると述べた国事裁判所の判決には、「ラント対ライヒ憲法争議」におけるラント議会会派の原告適格性を認めた判決はなく、「ラント内憲法争議」においてのみ、認められていたにすぎない。そして仮に、議会会派の訴えが「プロイセン・ラントに対するライヒ・コミッサールとしてのライヒ首相」に対する訴えであり、つまり、「ラント内の憲法争議」であると仮定するならば、ヤーコビの指摘したように、七月二〇日のライヒの行為は先行的問題であって、ラント議会会派が七月二〇日の命令それ自体の違法性を訴えることは、「訴えの合法性」の観点から排除されざるを得ない。そうした意味で、「ラント対ライヒ憲法争議」における原告として、ラント議会会派が、七月二〇日の大統領命令とこれに基づく措置の内容についての異議を申し立てる当事者能力を持つと弁証する法学的議論としては、不十分であり、厳密さを欠いていたと指摘せざるを得ない。しかし既に指摘したように、「議会形式の憲法の政治的保障」という観点を突き詰めてゆけば、「対ライヒ憲法争議」においても、ライヒ議会ばかりではなくラント議会およびラント議会会派の当事者能力が認められるべきだという主張は、合理的な根拠を持ちうる、その意味で一考に値する画期的なものといえるのではないだろうか。

以上の三つの法的議論において、最初の二つの議論に共通するのは、第1項、第2項いずれの行使においても、管轄機関の「意思」の客観化の必要性和その確定のための「要件」を求める議論であろう。その意味では、ヘラーの議論

は、政治的側面においても、法的側面においても、一貫して、政治的な行為の動因たる政治的「意図」「動機」「意思」の確認を求めるものであり、その明示と客観的な確定を法的「要件」として要求するものであった。

このようにヘラーにおいては、一方では、政治的意図・動機を問題として追及する姿勢が一貫して示され、他方、いわゆる法学的議論といわれるような、厳密な概念に基づいた理論的、体系的な法解釈論は総じて認められず、あるとしても断片的であり、厳密さに欠ける場合のあったことを指摘せざるを得ない。

これに対してシュミットの弁論を法的側面から振り返ると、ヘラーとは極めて対照的な議論展開が認められる。それは、シュミット自らが、法廷において求められるべき議論は、「標語」(Schlagwort) によってではなく、「全く厳密に法律学的な、かつ、まずは法律家にとつてのみ理解が可能な関連において、用いられる「概念」(Begriff) に基づくべきであり、自分の「細かいことにこだわる学者的感覚」がこれら二つのものの混同を許容できない、と述べたことに象徴される「第6節」。シュミットにとっては、アンシュッツに対しては真の意味で法学的議論を展開する「同僚」であったが、それ以外の何人かは、概念的ではなく「標語」的に論じていると感じており、これに対して自分の議論は「厳密な法学的「概念」に基づく法学的議論だとの自負を隠すことはなかった。

その意味でシュミットの弁論を法的側面から考察すると論点は多岐にわたるが、その中でも最も力を込めて繰り返し展開された議論は、第2項「非常事態における独裁権」の「権限」論を論じた第VIII章における、「独裁(権)の本質」をめぐるアンシュッツへの反論——「独裁を制約する法律の留保」(diktatorfester Gesetzvorbehalt) に対する「独立の権限規範」(selbständige Zuständigkeitsnorm) の議論、特に第48条对第17条の関係の法解釈論——である「第6節」。これらの法学的議論に再び立ち入ることはしないが、シュミットが特に力を込めて行った法学的議論の焦点は、第17条を侵害することなく、第48条第2項に基づく「執行権の移行」は行われうるといふ点であり、「執行権の移行」の範囲の拡大を段階的に論じている点である。

以上の、二人の弁論の政治的側面、法的側面の二つの側面についての考察から結論的にいえることは、ヘラーにおいては政治的側面が極めて強く示されており、これに対してシュミットは法学的議論が広く展開されたがそれは議論の、いわば二階部分であり、それを規定し続けていた一階部分は政治的側面、すなわち、「政治的状況概念」だったという点であろう。

3. 裁判が求める「制度的な枠」としての《合法性》から見たヘラーとシュミットの「弁論」

では第三に、以上の第一、第二の観点から示された特徴を帯びた二人の弁論は、「裁判」を「裁判」たらしめるために求められる制度的な枠としての《合法性》から考察した場合、どのような問題が見出されるだろうか。実はこの点こそが、本「法廷」を、シュミットとヘラーの弁論の考察という観点から見ると、決定的に重要な点である。

ヘラーについていえば、第一に、最終的にはその原告適格を否定された。端的にいえば、彼がその代理人として法廷に臨んだプロイセン・ラント議会社会民主党会派は、本「法廷」に存在することを許容されない主体、すなわち、「裁判」が求める「手続き」という制度的な《枠》の外の存在であった。

第二に、ヘラーの弁論の内容はどうであったであろうか。ヘラーの議論にとって決定的な点のほとんどは、裁判としての制度的な枠から見た場合に、やはり《枠》外に位置していた。このことを明らかにする決定的な出来事は、「憲法違反」という表現それ自体が最終日になって第X章「総括」の議論の中で問題化した際の、裁判長ブムケとヘラーの短いやり取りである「第8節」。ヘラーが、本訴訟が問題とし続けてきたことは、まさに、「憲法違反」が存在したのか否かであつて、ライヒ政府の違憲の行動それ自体が問題の焦点だ、と追求したのに対して、ブムケは、いとも簡単にほとんど一言で、「憲法違反」となると「憲法違反の意図(Absicht)」の存在を問題にすることになる「そんなことは

認められない」と応じ、ヘラーは、一貫して論じてきた最も本質的な部分において肩透かしをくう形になったのである。いみじくも、ヘラーは、ブムケとのやり取りの少し前に、ゴットハイナーに対する批判として、「もし、ライヒ政府の措置の憲法違反 (Verfassungswidrigkeit) についてこの訴訟において語ることは許されないとライヒ政府代理人「ゴットハイナー」が主張するならば、われわれはこの訴訟をしないほうがいい (dann können wir uns diesen Prozess ersparen)、というのも、ライヒ政府が合憲的に行動したか、もしくは憲法に反して行動したかについて確認することこそが、この訴訟の中心問題なのだ」と述べている「第8節」。そして、ヘラーの観点からの追及が、裁判長の却下によって遮られたのは、この時ばかりではなかったのである⁽⁹⁶⁾。

以上の経緯をふまえると、ヘラーが法廷で展開した主張にとつて、そもそも「裁判」という場が適切であったのだろうかという疑問を生む。あるいはヘラー自身、無駄な労力を費やしたと感じていたかもしれない。法廷審理が終わりに近づくにつれてヘラーは、「法治国家それ自体の存続の危機」ということをしばしば口にするようになる「第7節、第8節、第9節」。この悲壮感に満ちた危機意識は、同じく原告側代理人ナヴィアスキーの、この訴訟で今われわれが経験しているのは「法規範を明らかにするという壮大なる試み (der grandiose Versuch)」だ「第9節」という陶酔的な高揚感と比べてみたとき、その違いは際立っている⁽⁹⁷⁾。

他方のシュミットの議論は、「裁判」を「裁判」たらしめるために求められる制度的な枠としての《合法性》から考察した場合、どのような問題が見出されるだろうか。シュミットの議論が一貫して政治的契機に規定されていたとはいえ、それは、あくまで法学的議論として展開された限りで、表現上の問題はあつたにしても、議論それ自体は法廷での審理の流儀に即した、その意味で、裁判内在的で、「合法的」なものであつた。それだけに一層、《合法性》のもう一つの次元、政治的観点から見た場合の《合法性》から《状況適合的疑似合法性》への変質過程という次元から考察すると、シュミットの議論はこの過程を、法学内在的に推し進める理論的力を持ちえたと指摘せざるを得ない。その際に焦

点となるのは、次の二つの点である。第一の点は、質的に異なる二つの型の政治的闘争状態についての「概念」の提示、および、第48条第1項・第2項の両条項の要件を同時に構成する同一事態としての、「二つの状況概念」の「結合」の存在という、現状認識をめぐる主張である。つまり、政治的な「現状認識の概念化」である。第二の点は、第VIII章でのアンシュッツとの対決において展開された、「独裁を制約する法律の留保」(diktaurfeſter Geſetzvorbehalt) 対「独立の権限規範」(ſelbſtändige Zuſtändigkeitsnorm) という構図の中で、第48条第2項が第17条に対して優先されるという議論、および、第48条第2項に基づく「執行権の移行」の範囲拡大は、第17条を損なうことなく可能だという法解釈論である。表見的には第48条第2項と第17条の関係をめぐる法解釈論である。しかし、アンシュッツが提起したように、そこでの問題の核心は、「憲法制定権力のみが定める憲法規定の、第48条第2項による破棄」を可とするか、否とするか、という点にあったのである。

以上に示されたヘラー、シュミットの法廷闘争の核心をなす着眼点、中心概念、そして法解釈論における特徴は、それぞれの背後にあるさまざまな学問的著作とは、どのように結びついているのだろうか、それぞれの理論的研究の中でいかに形成されてきたのか、そして、どこにその根源があるのだろうか。あるいは、それまでに論じられてきたどのようなモティーフの一帰結として現出したのだろうか。これらの問いをめぐる分析は、本稿の枠を越えるものであり、別稿において論じる予定である。⁹⁸⁾

4. 「法廷闘争」の考察の結びとつづ

「プロイセン対ライヒ裁判」におけるシュミットとヘラーの弁論の考察を試みてきた本稿を閉じるに当たって、エミリオス・A・クリストドゥリデイスの指摘が、ある側面に関して、深い示唆を与えるように思われる。クリストドゥリ

デイスは、共和主義的法理論に対するシステム論的な立場からの批判を展開した『法と再帰的政治』⁽⁹⁹⁾の、第二部「法的カテゴリーのもとでの政治的紛争」の中で、以下のように述べている。

……法においては、紛争の舞台は、特化されたカテゴリーによって設定される。そのカテゴリーは、予め紛争の形態と内容を定めてしまい、またそこで取り扱われる問題を仕分けし、そうした問題について語られうる事柄を先取りしてしまう。それと同時に、問題とその対象についての異なる仕分けは妨げられてしまう。簡潔に言えば、法システムにおいては、紛争は必然的に法的座標系に則して整理される。ここでは、権利、自由、危害についての法的観念、法的推論、法的テスト、法的想定といった諸観念が、第一次的に紛争の意味づけをする。……こうしたすべてのことが、法的記述と法的条件づけ〔条件プログラム化〕の集合体に依存している。端的に言えば、そうしたすべてが法として経験されるのである。法的考慮項目のすべてが、紛争を選択的に考慮に入れるのであり、紛争の可能的あり方についての縮減を強いている。法的考慮項目の領域外、つまり法的コンテンジェンシー (legal contingencies) の外に残されたものは、自然で自明で所与で、法的紛争にとつて不活性なものと映ずる (傍点引用者)。

クリストドゥリデイスが言わんとするのは、次の点である。政治的な「紛争」を法的に処理する場合、「紛争の舞台設定」(the staging of the conflict)⁽¹⁰⁾を通して、政治的な対立の根源にある「争点」それ自体が持っている全体性が縮減され、あるいは断片化され、法的言語による法的説明へと同化しうるもの、「法的座標系に則して整理される」ものだけが、「紛争」として採用される、その結果生ずるのは、政治的な「紛争」固有のパスpekティブが、「むしろ法によって沈黙させられ」、「政治的なるものの根本的な側面が覆い隠され、論点から外され、消し去られる」という点⁽¹⁰⁾である。

それはまた、「政治を法に服従させる共約可能性に対する反論」⁽¹⁰⁾でもあるという。

政治的な「紛争」を法的に処理するとき、「裁判」における「手続き」が求める「制度的な枠」としての《合法性》によって排除されるもの——つまり、論点あるいは当事者適格性に関して——、その残滓の中にこそ、実は、政治的「紛争」にとって死活的な契機があり、それゆえ、政治的に核心的な「争点」が法によって隠蔽され、沈黙させられる、そうしたことが、結果として、——開廷の前には、誰がそうしたことを予期しえただろうか——われわれのこの法廷でなされたのではないか、このような疑念を振り払うことができないのである。

本稿はこうした疑念をもって終わる。「ワイマール共和国における最大の憲法闘争」といわれた本裁判に対して、ヘラーとシュミットが一貫して保ち続けた「基本的視角」⁽¹¹⁾は、その背後にある学問的理論的著作の中でどのように形成され論じられてきていたのか、この点の探究は別稿の課題である。

注

(1) 本稿は、二〇〇三年二月三日に国際基督教大学大学院行政学研究科に提出した博士論文「カール・シュミットとヘルマン・ヘラー——「プロイセン対ライヒ」裁判を手掛りとして」第四章に修正を施したものである。

(2) 高橋愛子「〈合法性〉の空洞化——一九二〇年代のドイツにおける経済の独占化過程と議会外立法様式」『聖学院大学総合研究所紀要』第六〇号、聖学院大学総合研究所、二〇一五年（以下、「〈合法性〉の空洞化」と略記）三二—七八頁。

(3) 高橋愛子「〔合法性〕と〔状況適合的擬似合法性〕の間——「パーベン・クーデター」事件から「国事裁判」へ」、『聖学院大学総合研究所紀要』第四七号、聖学院大学総合研究所、二〇一〇年（以下、「〔合法性〕と〔状況適合的擬似合法性〕の間」と略記）二九一—三五〇頁。

(4) ここでの考察の目的は、審理の展開の中でのシュミットとヘラーの「弁論」の主旨と意味の考察に主眼がある——つまりシュミットとヘラーという限られた登場人物を通して、「法廷審理」を考察する——ので、それ以外の参加者の発言については、あくまでシュミットとヘラーの議論の理解に必要とされる、そのコンテクストの把握のみに限って、言及されるにすぎない。とはいえシュミットとヘラーの「弁論」が置かれているコンテクストの理解は、本裁判全体の過程の中で二人の発言が持つ意味の分析にとつて極めて重要なので、時として二人の「弁論」それ自体から離れて他の発言者の内容にも詳しく立ち入る場合がある。

被告ライヒ側の発言については、回数からしてゴットハイナーが圧倒的に多く発言しており（五八回）、また、二番目に多いヤーコビ（一五回）の議論展開には重要な論点が多く含まれているとはいえず、その主張の要点や論理的組立などからする限り、シュミットを被告ライヒ側の中心の一人と見て差し支えないであろう。しかし、原告側となると、その参加者の数の多さ、主張の幅の広さ等からして、中心的存在の特定が難しいといわざるを得ない。ましてヘラーは副次的原告であり、「判決」ではその原告適格を否定されたラント議會会派の代理人であったのだから、必ずしも中心とはいえない。回数と発言時間の比率からするとブレヒトが圧倒的に多く、群を抜いている（八三回、以上の発言回数は山下威士「一九三二年国事裁判所におけるヘルマン・ヘラー」、『時岡弘先生古稀記念論文集・人権と憲法裁判』成文堂、一九九二年（以下、「裁判・ヘラー」と略記）三六六—三六七頁「付表第3」参照）。また議論の内容から見た場合、シュミット対アンシュッツ、シュミット対ベーターズという対抗軸を視点として考察することも、本「裁判」それ自体の理解と分析に主眼を置く場合であれば、極めて重要かつ有益だろう。つまり裁判過程それ自体を対象として、そこでの議論を法学的に考察するとすれば、「シュミット対ヘラー」という構図で接近することは、必ずしも唯一の必然性のあるアプローチとは言えない。しかし、繰り返しになるが、あくまでここでの「弁論」の分析の目的は、二人の法廷での「弁論」に見られる着眼点や議論展開上の基本概念における「法的側面」と「政治的側面」という二つの側面を考察することにあるので、その目的によって限定された範囲でのみ審理の過程を追うこととなる。

(5) 高橋愛子「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」三〇四―三〇五頁の、筆者作成による「審理の進行（訴訟記録の構成）とシュミット、ヘラーの発言一覧」参照（以下、「発言一覧」と略記）。

(6) なお以下で考察するシュミットとヘラーの発言の（）付きのナンバーは、「発言一覧」（前注）で示した、両者の何回目の発言かを示す番号に対応している。本文中に（S.68）などと挿入された頁数は *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Mit einem Vorwort von Ministerialdirektor Dr. Brecht, Verlag Delev Auvermann KG · Glashütten im Taunus, 1976*（以下 *Preußen contra Reich* と略記）の該当頁数である。邦訳：山下威士訳編『クレーデタを裁く——1932年7月20日事件法廷記録』尚学社、二〇〇三年一月。本稿での訳は山下訳を参照しつつ私訳を試みている。「」は本文、脚注を問わず筆者による挿入を意味する。

(7) ここで示された審理進行上の計画内容と、そうした進行計画に至った経緯・背景については、「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」三〇二頁以下参照。

また、裁判長による審理計画の説明の中で、毎日「正午頃に二時間から二時間半のたつぷりとした休憩をとる」旨の提案がなされている（*Preußen contra Reich*, S.6）。訴訟記録には、毎日の開廷時刻、閉廷時刻、そして正午休憩の時刻が記されている（初日については、二時間半の休憩が何時から何時までであったかの記載がない）。これらに基づき、それぞれの審理がおよそ何時頃に行われたかを推定することが可能となる。山下威士は審理日ごとの総審理時間と総頁数の計算から訴訟記録一頁当たりに費やされた時間の推定値を割り出している（山下「裁判・ヘラー」三六五頁上の「付表第2 法廷審理時間計算」）。本稿で審理の経過のおよその時間を推定する際はこの「付表第2」を参照した計算から割り出していることを付記する。

(8) 審理二日目、一〇月一日火曜日の午前九時三〇分開廷（S.69）と同時に第II章の審理が継続され、第II章の二日目の一八頁（S.69-86）分を五・三分／頁（山下「付表第2」）で計算すると、 $18 \times 5.3 = 95.4$ 分となるので、およそ一一時過ぎまでかかったと推定できる。

(9) 第一日目の正午休憩は、S.28上に「二時間半の休憩」と記されているのみで、何時から何時までかは記されていない。

(10) ヘラーの最初の発言をめぐる裁判長ブムケとヘラーの短いやり取りの内容は前掲「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」三四三頁の注59参照。

- (11) この点は法廷前の二人の投稿論文における論争の第一の特徴として前掲「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」(三二二頁以下)「4. 3. シュミットとヘラーの争点——法廷前の論争から」において指摘した点である。
- (12) 「これは、ライヒ政府が提出した、やたらと細かいことばかり書き立てて、いたずらに膨大化された一〇〇頁にも及ぶ文書において、ほんの片鱗すらも見られなかった主張」だとヘラーは指摘する (*Preußen contra Reich*, S.35)。
- (13) 「ドイツ紳士クラブ」については山下威士『カール・シュミット研究——危機政府と保守革命運動』南窓社、一九八六年、一〇九頁参照。
- (14) ここでヘラーが、アルヴェンスレーベン (Hans Budo von Alvensleben-Neugattenleben) とグライヒェン (Heinrich Freiherrn von Gleichen-Rulwurm) につけている、紳士クラブの代表、事務局長などの役職について、詳しくは山下「裁判・ヘラー」三六一—三六二頁の注4参照。
- (15) ヘラーはグライヒェン書簡の宛先については述べていない。この点について前掲「裁判・ヘラー」三六二頁の注5参照。
- (16) (4)は第一日目夕方に行われ、(6)(7)(8)は二日目の午前に行われた。
- (17) 第三章の審理は、二日目の一時過ぎから休憩(午後一時一五分から午後四時まで休憩、S.109.)をはさんで午後四時一五分頃まで行われた。
- (18) この被告側の召喚問題については前掲「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」三三七頁注41参照。ドイツ・ライヒとならんで被告となっているはずの「プロイセン・ラントに対するライヒ・コミッサールとしてのライヒ首相」が、本法廷において代理されているのか、もし代理人が存在していないならば「召喚」のやり直しをすべきだ、というヘラーの主張が展開されている。
- (19) 第四章の審理は二日目の午後四時一五分頃から約一時間行われた。
- (20) ワイマール憲法第15条の規定は前掲「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」三四八頁注92参照。
- (21) 第1項と第2項の条項それ自体の相互関連の密接性と、実践上の同時適用の不可避性について、シュミットが「法廷」以前の投稿論文 (Carl Schmitt, *Die Verfassungsmäßigkeit der Einsetzung eines Reichskommissars für das Land Preußen*, in: *Deutsche Juristen-Zeitung*, Jg.37, Hf.15, 1932, S.953—958. (以下 *Die Verfassungsmäßigkeit* と略記) 拙訳「プロイセン・ラントに対するライヒ・コミッサール任命の合憲性」『カール・シュミット時事論文集——ヴァイマール・ナチズム期の憲法・

政治論議』(古賀敬太・佐野誠編) 風行社、二〇〇〇年、一二五―一三三頁)で既に主張していた点について前掲「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」三二二頁以下参照。

(22) G. Jellinek, in: *Reichsverwaltungsblatt*, Nr. 35 vom 27. August 1932.

(23) これは第II章でシュミットが示した「紛争状態」(Konfliktlage)に対応する。

(24) これは第II章でシュミットが示した「内乱状態」(Bürgerkriegslage)に対応する。

(25) 第1項と第2項の運用上の厳密な区別を否定する議論の基礎は、「法廷」前の投稿論文(Schmitt, Die Verfassungsmäßigkeit)において既に論じられていた。シュミットはそこで、「二つの条項は「理論的には分離されうるが、実際には、同一事態(einunderselbe Tatbestand)が二つの条項の要件を同時に満たす事例は容易に起こりうる」(a.o., S.956 傍点引用者)として、「内乱状況における公然たる政治的対立は二つの条項の要件を満たす」(a.o., S.957 傍点引用者)と指摘していた。前掲「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」三二二頁以下参照。

(26) Carl Hilty, Die eidgenössische Intervention, *Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft* 1891, S.68, *Preußen contra Reich*, S.214. 強調マーク(一)はヘラーによるものでヘルテイ論文にはない。

(27) Westel Woodbury Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, 2nd. Edition, Vol. I New York Baker, Voorhis & Company, 1929, S.136ff. (§77: Coercion of the States, からの引用), *Preußen contra Reich*, S.215. なおS.215では「Willoughbyとなっているが誤植であろう、下線部分の“h”は本来、“u”であり、再度の言及の際、S.251ではWilloughbyとなっている。

(28) ワイマール憲法第17条:「各ラントは自由国家の憲法を持たねばならない。議会議員は、普通、平等、直接、秘密の選挙において、比例代表の原則に従い、全てのドイツ男女国民によって選出されねばならない。各ラント政府は議会の信任を要する。議会の選挙に関する原則は、地方公共団体における選挙にも適用する。ただしラントの法律により、一年を超えない一定の期間引き続きその地域内に居住することを選挙権の要件とすることができる」(カール・シュミット『憲法論』(阿部照哉・村上義弘訳) みすず書房、一九八九年所収「巻末付録」(以下、「巻末付録」と略記) 四四九頁)。

(29) このヘラーの一語には、単なる強調マーク(一)ではなく、「声を一段と強めて」(mit erhobener Stimme)という速記者の挿入が特に添えられている。なお山下氏によれば、こうした付記は全記録中、「おそらく、ただ一ヶ所」の、つまりここだけの「かなり印象的な挿入」である(山下「裁判・ヘラー」三五七―三五八頁)。

(26) W. Willoughby, *a.a.O.*, Vol. III, S.1554-1555 (§1022: The Use of the Militia and Federal Troops to Suppress Domestic Disorder: からの引用), *Preußen contra Reich*, S.251.

(31) 本廷廷におけるヘラーの弁論を「情熱的な闘争」と評するものには、Klaus Meyer, Hermann Heller — Eine biographische Skizze, in: *Politische Vierteljahresschrift*, Jg. 8, 1967, S.310, K. D. Bracher, *Staatsbegriff und Demokratie in Deutschland*, in: *a.a.O.*, Jg. 9, Hft.1, 1968, S.19, 山下「裁判・ヘラー」三五八—三六一頁。山下は、ヘラーの野次の回数が全参加者の二番目に多い点（ブレヒトの二六回に次ぐ一八回、因みに、シュミットによる野次はゼロ回である、山下前掲書三五八頁、三六六—三六七頁「付表第3」参照）に「生身の躍動感」が見られると述べ、「野次將軍ヘラー」「永遠の青年ヘラー」と称する（山下前掲書三五八—三六一頁）。

(32) この日の休憩は一時四五分から四時三〇分までだった（*Preußen contra Reich*, S. 272）ので、これを起点として計算すると、第2項の「要件」問題の審理の開始はおよそ夕方五時半を少し過ぎた頃だったであろう。

(33) 第2項「要件」問題の審理に費やされた時間から推定すると、夜の六時五〇分頃から第2項「権限」問題に入ったものと見られる。

(34) 第48条第1項の「要件」問題には七〇頁が割かれているが、第2項の「要件」問題は一五頁にすぎない（前掲「発言一覧」参照）。総じて、第2項問題の議論は第1項問題に比べて費やされた時間が短かった（前掲〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間「三〇六頁および三四四頁注63参照」）。

(35) ただし、シュミットの言うように保安警察の数は二〇万ではなくおよそ六万にすぎない、とヘラーは訂正を加えている（*Preußen contra Reich*, S.292f.）。

(36) 訴訟記録（*Preußen contra Reich*）上一〇頁以上にわたり、山下氏の、いわゆる「ホームラン発言」の第四位に当たる（山下「裁判・ヘラー」三六九頁上の「付表第4」参照）。ここでシュミットは開口一番、「私は、「本日」最初の一時間が優先的に与えられたことを無駄にしないよう努めたい」と述べているが、その言葉通り、約一時間の発言となった。

(37) 以下では、「*Diktaturfestigkeit*」については「独裁権制約性」という訳語を用いる。

(38) 第48条第2項の「独立の権限規定」としての性格に基づく議論の基礎は、法廷前の投稿論文（Schmitt, *Die Verfassungsmäßigkeit*）において既に示されていたことをここで想起したい。シュミットはそこで、第48条第2項による大統領命

令が「現行ラント法に反する」権限をラント政府に与えた事例を引いて、そのような広範な権力執行可能性の法的根拠は、「第48条による大統領権限が、そのほかの諸権限に遡ることを要しない、『直接にこの規定に基づいた独立の』権限(eine "selbständige, unmittelbar auf dieser Vorschrift beruhende" *Zuständigkeit*)であること」に存する、と指摘している(Schmitt, a.a.O., S.954)。シュミットが「パーペン・クーデター」が起きる直前に出版した『合法性と正当性』(*Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot Berlin 1932)でも詳論している。第48条のこの解釈論が持つ意味の重要性については前掲「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」三一四頁および三四八頁注87参照。本件におけるライヒ政府による権限行使全体をシュミットが正当化する上での根拠として、最も重要な柱の一つとみなすべき点である。

(39) 「独立の権限規定／規範」をめぐる議論での議論において、シュミットは、*Zuständigkeitsvorschrift* と *Zuständigkeitsnorm* という二つの表現を、内容上の区別のない同一の概念として用いている。

(40) ヘラーがここで指摘している報告とは、一九二四年四月にイエナで開かれた第二回ドイツ国法学者大会第二部会：「憲法第48条による大統領の独裁」でのシュミットの報告を指し、これは後に、「二、三の些細な変更」と「補足」が加えられ、「ワイマール憲法第48条によるライヒ大統領の独裁」として『独裁』第二版(一九二七年)に収録された(Schmitt, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung*, in: *Die Diktatur*, 2.Aufl., Duncker & Humblot, 1927)。またシュミットは一九二二年の『合法性と正当性』の中では、イエナで表明した「第48条第2項についてのかの解釈をなお保持している」と述べている(ders., *Legalität und Legitimität*, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S.327)。

(41) C. Hilty, a.a.O. にはヒルティ論文の参照箇所を示す頁の指示はないが、前に引用したのと同趣旨の言及であることから、も「S.68と推定される」。 *Preußen contra Reich*, S.346。

(42) アンシュッツがこの概念を提起した際の本来の意図にシュミットはこだわり、すぐ後で述べるように、この弁論の後の方で「再度立ち入って詳論する。すなわち、アンシュッツが「独裁権を制約する」("diktaturfest")という概念を提起した際、本来「彼はそれを、全く厳密に法律学的な、かつ、まずは法律家にとつてのみ理解が可能な関連において用いた」(傍点引用者)ことを強調し、アンシュッツによるこの新しい概念が、そもそもどのようなコンテキストで提示されたかを、議論の本筋から脱線してわざわざ詳細に述べている(*Preußen contra Reich*, S.351)。

(43) 前掲「巻末付録」四五九頁。傍点は引用者による。

- (44) Max E. F. Kühnemann, *Reichsverwaltungsblatt* 1931, S.745; Schmitt, Legitimität und Legitimität, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S.328.
- (45) 第48条第2項に基づいてライヒ政府が発した起債授權命令をめぐる合・違憲論争について、シュミットは『合法性と正当性』で詳しく取り上げている。Schmitt, Legitimität und Legitimität, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S.326f. シュミットが指摘するこの問題についてのアンシュッツの見解は、vgl., *Die Gutachten von G. Anschütz und W. Jellinek vom 12. März 1932*, Tübingen 1932.
- (46) もちろん、ここでシュミットが一八九一年のヒルティ論文への依拠を不適切と評するのは、これまで二度にわたって一八九一年のヒルティ論文を法廷で引用したヘラーへの嘲笑的発言であることは歴然としている。
- (47) ここでシュミットは、「シヨレンベルグの弟子」とだけ述べて、その名前をあげていないが、ヘラーは、シュミットの直後の発言で、それがグネーム (Gnehm) による著作だと名前をあげたうえでグネームの研究から別の箇所を読み上げ、このシュミットのグネームからの引用の仕方への偏り、不適切さを指摘している (*Preußen contra Reich*, S. 356)。
- (48) 「余裕をもって」応じた、とはいえ、ヘラーは、自分のスイス研究に関する文献引用が「たまたまの読書」(Zufallslektüre) に基づいているというシュミットの失礼きわまりない表現 (*Preußen contra Reich*, S.355) がよほど引掛かったのである。この短い発言の中で、Zufallslektüreという言葉を二回も自身に対して使い、シュミットに応じている。ヘラーの茶目つ氣たっぷりの皮肉に誘われ法廷が爆笑の渦に吞まれた中で、シュミットはどのような面持ちでいたのだろうか。
- (49) 正午休憩は午後一時四五分から四時一五分まで (*Preußen contra Reich*, S.358)。
- (50) R. Thoma, in: *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Bd. II., S.19.
- (51) トーマの叙述のこの部分は、原告側がしばしば引用する *Handbuch des Staatsrechts*, 2. Bd. 中の、大統領の独裁権力に関するグラウ論文のS.295の注50でも引用されている。とヤーコビは付け加えた (*Preußen contra Reich*, S.372)。
- (52) ヤーコビによれば、これは、一九二四年のイエナでの国法学者大会での報告からの引用である。事後審査権は、要件に関して、および用いられた手段の必要性と合目的性について排除される。その理由は、裁判所の事後審査のために、何らかの利害が主張されうるにしても、その利害は、独裁にかかわる国家の利害によって乗り越えられるから。もし独裁のあらゆる機能に対して、審査権限が導入されうるとすれば、独裁は、全く紙の上の存在となろう。まさにこのような場合にこ

そ、緊急で確実な活動が保障されねばならない。それゆえ、自己の義務に基づいて行動する機関の裁量のみが決断を下すこととなり、政治的には、ライヒ議会、場合によっては、ライヒ大統領によってコントロールされることになろう」。さらに、「国家指導の統一性は、そうした事態にあつて、三重の意味で必要であり、したがつて政治的指導の外部に存在する機関による事後審査は、行いえない。憲法制定者が、もし審査権を保障していたと解するならば、非常事態の規定に関して、最も本質的な事柄を自ら否定していることにならう」(*Preußen contra Reich*, S.378)。

(53) *Preußen contra Reich*, S.378.

(54) 最終日の第X章「総括」において、ブレヒトが、ライヒ大統領による第48条の権限行使に対するライヒ議会の監視権限が、ライヒ議会の解散によつて奪い去られていた点に憲法違反があるという主張をするが、この点については本稿第8節参照。

(55) Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, 1932 Berlin, S.96, auch in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S.337. ブレヒトがシュミットの著作をその根拠としてライヒの行為の憲法違反性を主張したのに対して、これをシュミットは黙殺し、ブレヒトに対して何ら反論を企てなかつた。

(56) この「声明」を読み上げた時、つまりS.357では、ゴットハイナーは「ライヒ政府の名において」(namens der Reichsregierung)と述べていたが、審理最終日の第X章「総括」の弁論において再びこの「声明」に言及した際には(S.405)「ライヒ首相の名において」(namens des Herrn Reichskanzlers)「ライヒ首相の声明」(Erklärung des Reichskanzlers)などと言ひ換えている。

(57) これまでヘラーは、ライヒ政府の動機について述べる時、「憲法に合致しない動機」「不適切な動機」といった表現を主として用いていたが、ここでは、踏み込んで「政治的動機」(傍点引用者)とはつきりと述べている。

(58) Jacobi, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1920, S.278.

(59) 「憲法違反」(Verfassungsverletzung, Verfassungswidrigkeit)という表現自体が問題とされる状況は、前述したように、ブレヒトによる第X章の冒頭での弁論に端を発し、これを問題視した裁判長ブムケの発言、その直後のゴットハイナーの発言の中で、「問題化」された。これについて、ブレヒトは、ヘラー発言(29)とその直後のペータースの発言の後で、ブムケに対する質問の形で、自分としては、ライヒ政府の問題的な諸措置については、これまで気をつけて、「法的誤謬」(“Rechtsirrtum”)、「不注意な事実上の誤謬」(“fahrlässiges tatsächliches Irrtum”)等々の言い方で語ってきた、自分は「ラ

イヒ首相の憲法違反の意図 (verfassungswidrige Absichten)」という言葉遣いをしただろうか。ただし、「ライヒ側の」憲法解釈には非常に問題があるとしていたことは、誰にでも分かっていたことだと思いが、と尋ねた (S.410)。

ブムケは、これには直接答えず、一片のメモ用紙がたまたま自分の手元に渡されたが、そこには「憲法違反の意図と越権」(verfassungswidrige Absichten und Annassung) と書かれている、ブレヒトがこの表現を用いたら、自分としてはこうした表現をできるだけ避けるようお願いするつもりだったが、このメモはあなたのものではなく、あなたの隣人 (Nachbarschaft) のものだろう (S.410) と述べる。ヘラーの (30) の短い発言は、以上のブムケの注意に続いてなされたものである。

(60) 前掲「(合法性)の空洞化」において、筆者はこの問題を詳しく論じている。

(61) *Preußen contra Reich*, S.369ff.

(62) ライヒ議会は、ライヒ憲法第59条および「国事裁判所法」第2条以下に基づき、ライヒ大統領、ライヒ首相、ライヒ大臣のライヒ憲法違反およびライヒ法律違反についての公訴を国事裁判所に提起することができる。

ワイマール憲法第59条・「ライヒ議会は、ライヒ大統領、ライヒ宰相および国務大臣の憲法または法律違反につき、ドイツ国事裁判所に公訴を提起する権限を有する。公訴提起の発議は、ライヒ議会の少なくとも一〇〇人の議員の連署を要し、その議決は、憲法改正に必要とされる多数の同意を要する。詳細は国事裁判所法によつて定める」(前掲「巻末付録」四五五頁)。

なお、「国事裁判所法」は第2条から第15条までは「1. ライヒ議会の公訴における管轄権および訴訟手続き」を定めている。

「国事裁判所法」第2条(管轄権)・「国事裁判所は、ライヒ憲法第59条に従いライヒ憲法またはライヒ法律を有責的に侵害した罪につき、ライヒ大統領、ライヒ宰相、ライヒ大臣に対して、ライヒ議会の提訴する公訴を審理裁判する権限を持つ」。「国事裁判所法」第3条(任命)・「第2条の場合において、国事裁判所はライヒ大審院 (Reichsgericht) の長を裁判長とし、プロイセン最高行政裁判所、バイエルン高等行政裁判所、ハンザ邦最高裁判所の裁判官各一名、弁護士一名およびそのほか一〇名の陪審裁判官から構成される。上述の三つの裁判所の裁判官は、その代理者とともに、彼らがこれらの裁判所へ所属する期間彼らの裁判所長により、弁護士は彼がドイツ弁護士会へ所属する期間弁護士会会長によりライヒ大審院にお

いて選任せられる。他の一〇名の陪審裁判官は、その代理者とともにライヒ議会およびライヒ参議院 (Reichsrat) により半数ずつ選挙される」。

以上、「国事裁判所法」の邦訳は林田和博『憲法保障制度論——公法論文選』九州大学出版会、一九八五年、六九頁参照。

- (63) 二二頁 「authentische Interpretation」を「有権解釈」としたのは、山田晟『ドイツ法律用語辞典』大学書林、一九八九年、四二頁 「Authentische Interpretation」の訳語に拠る。

- (64) 言うまでもなく、シュミットは「ライヒ大統領こそが憲法の番人である」という主張を、ナヴィアスキーへの反論として、彼の「最終弁論」において論争的に示す (Preußen contra Reich, S.468f.)。

- (65) 国内における「司法化の傾向」についてもナヴィアスキーは言及している。「司法化の傾向は、国内法の労働法における集団的紛争に決定を下す場合にも、同様の展開が見られる。こうした任務を委ねられている通常裁判所ですらも、労働契約の規範的部分について判断を下さねばならず、したがって、法規範について判断を下さねばならないのである」 (Preußen contra Reich, S.455)。

- (66) 「そもそもなぜ七月二〇日の措置が行われたのか」という、今回の措置のライヒ側の「真の動機」を再確認しようとしたヘラーのしつこい追及とこれに対する裁判長ブムケの応答については、本稿第4節、ヘラーの発言(18)(19)(20) Preußen contra Reich, S.249-251 参照。

- (67) ヘラーがここで再度言及しているヤーコビからの引用とは、第X章「総括」における弁論(29)の結語として法廷で読み上げたヤーコビの著作の一節を指す。Preußen contra Reich, S.409, 本稿第8節参照。

- (68) このシュミットの本法廷最後の弁論は、後に「シュミットが自ら編集した『論文集』に収録された (Schlussrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig in dem Prozeß Preußen contra Reich, in: Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939, Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg 1940, S.180-184.)。シュミットの『論文集』(Positionen und Begriffe)に収録された「最終弁論」からの邦訳は、「ライプツィヒの国事裁判所での最終弁論(一九三二年)」(高橋愛子訳)『カール・シュミット時事論文集——ヴァイマル・ナチズム期の憲法・政治論議』(古賀敬太・佐野誠編)風行社、二〇〇〇年、一三四—一四一頁。速記録に基づいた本訴訟記録 (Preußen contra Reich)におけるシュミットの「最終弁論」と『論文集』(Positionen und Begriffe)に収録されたものとの間には、段落の区切り方ばかりではなく四〇箇所以上の文

言上の異同が見られる。この点については、筆者による「訳者解説」前掲『カール・シュミット時事論文集』一四二頁以下参照。

(69) Bock als Gärtner zu machen は「猫に鯉節の番をさせる」と意識されるが、ここでの「庭番としてのヤギ」は、罷免された事務管理内閣、「庭」はプロイセン・ラントであろう。この比喩によつてシュミットが語ろうとしているのは、以下の点である。「プロイセンを事務管理内閣が統治しているのは、まるで、ヤギに庭の番人をさせている様なものだ、そんなことをすればヤギに若芽を食い尽くされてしまう。そこでヤギに庭番をさせるくらいなら、庭番 \parallel ヤギ(事務管理内閣)を排除するほうがましであり、そのためにはなんだつてなしうる、ただし、その際、庭(プロイセン)それ自体に独立性や自立性があると主張することだけはできない」(前掲「ライプツィヒの国事裁判所での最終弁論(一九三二年)」一四二頁、訳注「二」)。

(70) この表現 (Straßenrede) は、シュミットが第八章で原告側の弁論への軽蔑を込めて、自分は「街頭演説家」(Straßenredner) としてではなく「法律家に対峙している法律家」として論じている、という主旨の「問題発言」をした (*Preußen contra Reich*, S.350) 、その表現を用いてシュミットを揶揄したもので、シュミットのこの最終弁論はまさに「街頭演説」そのものだ、とヘラーは皮肉を込めて言わんとしている。

(71) この表現 (vom Bock als Gärtner) もまた、まさにシュミットの言葉をそのまま用いたもので、「ある国法学者」とはシュミットを指しているのは間違いないだろう。ヤギ(シュミット)は庭(ライヒ憲法)の番人を自任しながら、実際に行っているのは、その庭を食い荒らすことだ、と言いたいのだろう。メイヤーは、ヘラーのこの表現は、「今日ならばよく理解しうる」ヘラーの「憤激の念」を表す、かつ、至当な表現だと指摘する。Vgl. K. Meyer, Hermann Heller: Eine biographische Skizze, S.311.

(72) これもシュミットの最終弁論の中の表現 (*Preußen contra Reich*, S.468) である。

(73) *Preußen contra Reich*, S.477.

(74) 「ラント内憲法争議」における訴訟当事者の範囲の拡大を認めるといふ、一九二〇年代に現れていた傾向については、前掲「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」注55参照。一九二七年の国事裁判所判決は、「ラント内憲法争議」において「ラント議会の議会同派を構成しえない少数議員」に対してさえ、訴訟当事者能力を認めた(林田、前掲書八三一―八四

頁参照。

- (75) 「ラント、対ライヒ憲法争議」における訴訟当事者能力は、原則として「ライヒあるいはラントの中央官庁」に限られるとされていた（林田、前掲書九一一九五頁、および前掲「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」三四一頁以下、注55参照）。また「ラント、対ライヒ憲法争議」における原告資格は「ライヒ議会会派ですら拒否されており、せいぜい加重された条件の下で第59条に依つてのみライヒ議会になしうるとされている」とヤーコビが指摘した点も参照（*Preußen contra Reich*, S.441）。

(76) 本稿第6節参照。

(77) 本稿第7節参照。

- (78) 前述したように、第48条第2項の行使は、ライヒ議会が不信任の意思表示をしない限りでのみ、有効であるにすぎないとシュミット自らが『合法性と正当性』の中で述べていただけに、シュミットによるこの論点のバイパスは、意図的なものと考えざるを得ない。ブレヒトによる自著からの引用に対してすら、一言の反論も行わなかったのである。

(79) 前掲「〈合法性〉の空洞化」第2章第4節の「3. 裁判所の違憲立法審査権をめぐる動向」五五頁以下参照。

(80) 同上参照。

(81) 畑尻剛『憲法裁判研究序説』尚学社、一九八八年、五二頁参照。

(82) 前掲「〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間」三〇一頁以下「3. 1. 3. 国事裁判所の構成」、特に注50参照。

(83) 畑尻、前掲書七九頁参照。

- (84) このように考えたとき初めて、ワイマール共和制下での全ての裁判所の司法審査権を否定したノイマン（畑尻、前掲書一二五頁以下、一四二頁、および、広渡清吾『法律からの自由と逃避——ヴァイマル共和制下の私法学』日本評論社、一九八六年、三二二頁参照）の「法治国家」擁護論の本質を理解することが可能となる。ワイマール憲法下での「裁判官の裁量や自由な法適用」から、国民の政治的意思の現れとしてのワイマール憲法の理念を守るためには、裁判所はライヒ法律を一切審査すべきではない、とノイマンは論じたのである。これとは反対に、ナヴィアスキーの論理によれば、国事裁判所の管轄権を広く解する点に「法治国家」の本質があるという結論に達する。ヤーコビに対して対決したナヴィアスキーは、他方では、ノイマンの「法治国家」論に対して全く対極にあるものであった点を看過しえない。

- (85) Karl Löwenstein, *Political Power and the Governmental Process*, The University of Chicago Press, 1957, p.260. (1)のアメリカ版初版のドイツ語訳に著者自身が加筆した *ders*, *Verfassungslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959 からの邦訳は、阿部照哉・山川雄巳共訳『新訂現代憲法論——政治権力と統治過程』有信堂高文社、一九八六年、その該当頁は三二〇頁)、佐藤功「憲法の保障」『日本国憲法体系』第一巻総論I(宮沢俊義先生還暦記念) 有斐閣、一九六一年、一九七—一九八頁。
- (86) Löwenstein, *ibid.*, p.260. 佐藤功、前掲論文、一九八頁。
- (87) 佐藤功、前掲論文、一九八頁。
- (88) Löwenstein, *ibid.*, p.260.
- (89) R・H・ジャクソン『アメリカの最高裁判所』(久保田きぬ子訳) 一〇八頁、佐藤功、前掲論文、二〇〇—二〇二頁。傍点
は引用者による。
- (90) その中から、「裁判」それ自体がどのような問題を孕んでいたのか、原告主体の限定が必要ではなかったか(二つのラントの訴えは別個のものとするなど)、また原告側は訴えの争点を初めから別な角度からも提起すべきではなかったか(前後二回のライヒ議会解散のもとでの第48条行使を「憲法違反」として問題化する争点を含めて。本稿第8節参照)、といった疑問も生ずる。他方で、本稿での狙いによる制限のために考察の対象としなかつた重要な発言もある。しかしここでは、そうした点に立ち入る余裕はない。「裁判」それ自体にかかわるそれらの疑問、ここで言及されえなかつた発言などを、「判決」とのかかわりにおいて分析するためには別稿を必要とするであろう。そこで、本訴訟は何をなしえ、何をなしえなかつたのか、さらに、そもそも「憲法裁判」とは何であり、どのような意味といかなる限界があるのかといった問題に対して、本訴訟がもたらしうる寄与は何かを考察することは、それ自体、有益かつ必要ではないだろうか。
- (91) 本節において、本文中および脚注で第〇節と表すのは、本稿中の各節をさす。
- (92) 二人の「法廷」前の投稿論文上の論争の第一の特徴として筆者が指摘した点(前掲〈合法性〉と〈状況適合的擬似合法性〉の間)の「4. 3. シュミットとヘラーの争点——法廷前の論争から」(三二二頁以下)である。
- (93) 「状況」次第で「平等原則」は否定される、という論理をシュミットは第II章でも用いている。諸ラントが政策の独自性を追求する権限の有無やその程度も「政治的状况」に依存するがゆえに、この点でも「平等原則」の追求を否定する「第2節」。

- (94) 「最終的にはプロイセン・ラント、社会民主党、中央党の、それぞれの代理人からの共同の証人申請の訴えとして、パーペ
ン首相、シュライヒャー国防相、プランク・ライヒ首相府官房長、グライヒェン、および、ヒットラーについてなされた」
(山下「裁判・ヘラー」三三四頁)。
- (95) この点について山下は、当事者全てを「一民間人にすぎないグライヘンに至るまで、一切喚問しないというのも、奇異で
はあった」と述べている(同上三四〇頁)。
- (96) 第七章におけるゲールの「陳述書」についてのさらなる審議を求める要求に対する審議打ち切り「第5節」、そして、再三
要求した「証人喚問」の全ての下「第10節」。
- (97) さらにナヴィアスキーは、裁判も終わりに近づいた第XI章「訴訟要件」での弁論の結びを、「法、すなわち法規範を見出す
という使命(Beruf)」は、王の裁判官(ein königlicher Richter)あるいは裁判官たる王(ein Richterkönig)の厳かなる使
命だ、と締めくくっており「第9節」そこには自己陶酔的な響きさえ感じられる。
- (98) 「弁論」での基本的主張とその背景をなす学問的著作との間の議論連環に光を当てる課題を、筆者は前掲博士論文(注(1)
参照)第五章において論じており、後日公刊する予定である。
- (99) Emilius A. Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*, Kluwer Academic Publishers, 1998. (エディンバラ大学準教授クリスト
ドゥリデイスの著。邦訳は、エミリオス・A・クリストドゥリデイス『共和主義法理論の陥穽——システム論左派からの
応答』(角田猛之・石前禎幸編訳) 晃洋書房、二〇〇二年)。なお、邦訳書からの引用中、「」は原著者の補足を表す。
- (100) Christodoulidis, *ibid.*, p.139, 邦訳書二二三頁。
- (101) Christodoulidis, *ibid.*, p.139, 邦訳書二二三頁。強調はクリストドゥリデイスによる。
- (102) クリストドゥリデイス『第七回神戸レクチャー…立憲主義と民主主義——その限界を超えて (Constitutionalism and
Democracy Limits and Opportunities)』(日本法哲学会・IVR(法哲学・社会哲学国際学会連合) 日本支部主宰の第七回
神戸レクチャーのテキスト・ブック、二〇〇二年) 七三頁。以下、『立憲主義と民主主義』と略記。
- (103) 『立憲主義と民主主義』三三三頁。
- (104) 前注(98) 参照。