

国家と憲法裁判権

Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit[†]

ヘルゲ・ゾーダン^{*}
訳 太田航平^{**}

目 次

訳者はしがき

．誰が憲法の番人なのか？

1．一般的任務としての憲法保障および個別任務としての憲法保障

2．シュミットとケルゼンの憲法理論に関する争い

a) 憲法の番人としての国家元首というテーゼ

b) 憲法の番人としての憲法裁判所

3．中立的かつ特別な機関としての憲法裁判所

4．憲法実践への憲法理論の転化

．憲法裁判所の法的位置づけ

1．裁判所としての憲法裁判所

a) 裁判所に要求されるもの

b) 裁判官による刻印

c) 裁判官の事物的独立

d) 裁判官の人的独立

† Helge Sodan, Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit, Schönburger Gespräch zu Recht und Staat Bd.16 (2010), © Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2010

All right reserved by and controlled through Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn

* ベルリン自由大学教授

Helge SODAN

Professor an Freie Universität Berlin

** 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

- e) 政治に対する中立性および政治との距離
 - f) 憲法裁判所裁判官の選挙(選出)
 - g) 何人も自ら関係する事件の裁定者たりえない(Nemo iudex in causa sua)
2. 憲法機関としての憲法裁判所
- a) 憲法機関の概念
 - b) 憲法機関であることの形式的な帰結
 - c) 憲法裁判権の機能的制約
 - d) 「政治的問題の法理」について
 - e) 「手続の統括者」としての憲法裁判所?
 - f) 国家指導への限定された関与
 - g) 公の意見表明における裁判官の自制要請
- . 憲法の権威ある最終解釈者としての憲法裁判所
1. 究極的に拘束力を持った憲法解釈権の基礎づけ
2. 憲法解釈の機能的限界および方法論上の限界
- a) 憲法解釈の任務
 - b) 憲法の統一性の保障
 - c) 法秩序の無矛盾性
 - d) 憲法適合的解釈の原則
- . 憲法裁判権と専門裁判権
1. 憲法異議の補充性原則
2. 憲法異議手続における法の審査の実質的限界
- . 連邦制国家における憲法裁判権
1. 連邦国家の基礎
- a) 連邦国家における垂直的権力分立
 - b) ラント固有の国家性
2. 連邦を構成する諸ラント独自の憲法裁判所
- a) ラント憲法裁判権の意義
 - b) ラント憲法異議
- . 憲法(判例)の継続性
1. 憲法の同一性の保護
2. 憲法改正
3. 憲法解釈の継続性という目標

訳者はしがき

本稿は Helge Sodan, Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit, Schönburger Gespräch zu Recht und Staat Bd.16 (2010) の全訳である。

この本の著者であるヘルゲ・ゾーダン (Helge Sodan) は1959年に生まれ、ベルリン自由大学で学んだ後、エアランゲン・ニュルンベルグ大学に教授資格論文を提出し、現在はベルリン自由大学の国家法・行政法、経済公法、社会法担当の教授である。ゾーダンはその経歴の中で7年間、ベルリンのラント憲法裁判所裁判官として実務に携わった。さらに研究対象としては、国家法・行政法、憲法訴訟法、行政訴訟法、公衆衛生法・社会法、経済公法といった幅広い分野に著作がある。

このような多彩な経歴を持つゾーダンの著作の一つである本書はコンパクトで適度な分量でありながら、憲法裁判権に関する重要な問題を網羅的に取扱っており、ドイツの憲法裁判研究のための優れた入門書であるとともに、全体像を概観するための好著であるといえる。

なお、本稿では本書の利点である簡潔な叙述を尊重するため、訳者による補足は必要最小限にとどめた。本稿で触れられる各論点の詳細については畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判(第二版) 連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』(2013年, 中央大学出版部)を参照していただきたい。

I. 誰が憲法の番人なのか？

1. 一般的任務としての憲法保障および個別任務としての憲法保障

民主的法治国家は本質的に権力分立を特徴とし、そこでは、立法、行政および司法は憲法に拘束されている。それゆえ、自身の行為を憲法と一致させることこそが、まずもって各国家機関の任務である。しかし、憲法の諸規準は常に明確というわけではない。つまり、この諸規準は解釈を必要

とする場合があり、実践においては、無意識的あるいは意識的に誤って解釈されることもある。そのため、憲法を実効的なものにする（Durchsetzung einer Verfassung）ができるかどうかは、拘束力をもって憲法を解釈し、個別事件において国家措置の憲法適合性を審査することのできる機関が存在するかどうかにかかっている。そこで、権力分立構造においてこの機能が誰に割り当てられるべきかという問いに、憲法理論上、答える必要がある。この点に関する考察の出発点は、次のことを認識することである。それは、国家権力を三つの部分的機能に分割する（水平的権力分立）ことが、相互に審査し配慮しあう（「チェックアンドバランス」）体系を作り出し、国家権力の制限および抑制に資するということが、また、このような三つの機能への分割が、国家任務遂行において、効率および質の向上という意味の専門化につながるということである¹⁾。法原則としての権力分立は、「自由を確保する基本的なメカニズムを実効的に保持するものである」と規定されている。つまり、公権力の統一および分離、授權（Ermöglichung）と制限を同時に保障するものであると規定されている。²⁾憲法の制度上の保障は、有意義な形でこの体系に組み込まれなければならない。

2. シュミットとケルゼンの憲法理論に関する争い

いわゆるワイマール共和国では、誰に「憲法の番人」という特別な機能を割り当てるかという問題についての、原理的な争いが存在した。この憲法の番人という言葉のもとでは、「元来の意味からすると、憲法の侵害から憲法を保護するという機能を持った機関が」³⁾理解されている。憲法理

1) これについての詳細は、Helge Sodan/Jan Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht. Staats- und Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2010, § 7 Rn. 5 ff.

2) Udo Di Fabio, Gewaltenteilung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. , 3. Aufl., 2004, § 27 Rn. 1.

3) Hans Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 1931, S. 5.

論に関するこのような論議は、今なお大変有意義である。

a) 憲法の番人としての国家元首というテーゼ

カール・シュミットは次のような見解を主張をする。「政治的決定権ないし政治的影響権 (Einflußrechte) を持つ者の間に生じる意見の多様性および差異は、まさに明白な憲法侵害が問題となる場合以外、一般に裁判の形式によって決定」されえない。「そのような多様性および差異は、その相異なる意見を超越している強力な政治的権力によって上から、つまり、より上位にある第三者によって排除される。その場合、その第三者は憲法の番人ではなく、主権を持つ国家の支配者ということになるであろう。あるいは、その多様性および差異は、上位ではなく並列的に秩序づけられた地位を用いて、つまり、中立的な第三者によって、解消され、決着がつけられる。中立的な権力、つまり中立かつ仲介的な権力 (pouvoir neutre et intermédiaire) というものの意味は、まさに、他の憲法適合的な権力の上位ではなく、それと並列的な地位にしながら、独自の権限および影響力が備わっているということである。」⁴⁾すでにオットー・フォン・ビスマルクは、1863年に、プロイセン議会の中で批判的に次のようにコメントを述べていた。「……憲法が侵害されたか否かという問いの解決のために、裁判所に訴えた場合、それによって同時に、裁判官には立法者の権限が与えられてしまうだろう。つまり、裁判官は、憲法を有権的に解釈し、あるいは実質的には完全なものにするよう、求められることになってしまうだろう。」⁵⁾

シュミットは「中立的で、仲裁、規律、そして維持を行う国家元首の権力」という理論を用いながら、ワイマール憲法という実定法にしたがいつつ、ドイツライヒ組織全体の体系の中で、ライヒ大統領の地位を明らかにする⁶⁾。シュミットはライヒ大統領を憲法の番人と呼んだ。なぜなら、ラ

4) *Carl Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung*, 2. Aufl., 1969 (unveränderter Nachdruck der 1931 erschienenen 1. Aufl.), S. 132.

5) *Horst Kohl* (Hrsg.), *Die politischen Reden des Fürsten Bismarck*, 1892, Bd. 2, S. 172. からの引用。

イヒ大統領は全国民によって選出され、さらに、「社会的および経済的な権力集団の多元主義に対抗し、バランスを保つ者として、……政治的全体性としての国民の統一性を維持する」⁷⁾よう求められているからである。ライヒ大統領は、「憲法違反の多元主義から」国家を「救う」⁸⁾という任務を持つのである。シュミットは司法(Justiz)を、純粹に規範を適用する者として考えている。「およそ司法権である以上は規範に拘束されており、その規範自体が内容において疑わしくかつ議論の余地があるものとなる場合、司法権はそこで途絶える。」⁹⁾憲法裁判所は、「民主主義原理という政治的帰結と直接対立する」ことになる。なぜなら、憲法裁判所は国民によって選ばれたわけではなく、議会に対抗して働きうるからである¹⁰⁾。まさに、ある憲法において「一時しのぎのための形式的妥協」¹¹⁾が存在する場合、疑問および意見の多様性についての決断は「実際のところ、まず大抵は事実上の規範設定」となる。つまり、そのかぎりでは、裁判所は「高度に政治的な機能を持つ憲法律制定者(Verfassungsgesetzgeber)として機能する」¹²⁾ことになる。「一般的な憲法裁判」が存在することによって、「司法はあらゆるものを失わなければならない、政治は何も得ることはできない」¹³⁾であろう。また、憲法裁判所によって「中立的な客観化」が行われるという考えは幻想である。「政治的権力を現実において持つ者は、裁判官の地位の確保に対して、……必要な影響力を容易に持つことができ

6) *Schmitt* (N 4), S. 141.

7) *Schmitt* (N 4), S. 149, 159.

8) *Schmitt* (N 4), S. 131.

9) *Schmitt* (N 4), S. 19. すでに批判的なものとして, *ders.*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 118 f.

10) *Schmitt* (N 4), S. 155.

11) その概念については, すでに *Schmitt*, *Verfassungslehre* (N 9), S. 31 f. を見よ.

12) *Schmitt* (N 4), S. 48.

13) *Carl Schmitt*, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in: *ders.*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 1958, S. 63 (100).

る。」¹⁴⁾

b) 憲法の番人としての憲法裁判所

このようなシュミットのテーゼに対し、ハンス・ケルゼンは、すかさず説得力ある論拠でもって反対した。このケルゼンは、近代憲法裁判権の精神的先駆者として認められており、彼自身、何年もの間、オーストリア憲法裁判所の構成員であった¹⁵⁾。憲法裁判所の意義および機能を、彼は以下のような言葉で的確に示した。「憲法侵害が発生するようなもっとも重要な事件においては、まさに議会と政府が争訟の当事者なので、その争訟の決定のためには、この対立の外にあり、憲法が本質的に議会および政府に分け与えた権力の行使に自らは全く関与しない第三者機関を引き合いに出すことが得策である。そのため、この機関は一定の権力を獲得することが、不可避ですらある。しかし、一つの機関に、まさに憲法統制という機能に属するこのような権力以外のいかなる権力も与えないのか、あるいは、二つの主たる権力保持者のどちらか一方の権力に、憲法統制を委ねることで、委ねられた権力をより強化するのかでは、著しく異なる。このことは、今なお憲法裁判所を設けることの主たる長所である。すなわち、憲法裁判所自身が、全く権力の行使には関与しないので、必ずしも議会あるいは政府と対立しないということである。」¹⁶⁾ケルゼンは正当にも、シュミットを、彼が国家元首の憲法侵害可能性を無視しているとして批判した¹⁷⁾。シュミットによって批判された多元主義は憲法に敵対的なものではなく、むしろ反対に、ワイマール憲法によって求められているとする。

14) *Schmitt* (N 4), S. 109.

15) これについては、*Robert Walter, Hans Kelsen als Verfassungsrichter, 2005*を見よ。彼の法学的な意義については、たとえば、*Rudolf Aladár Métall, Hans Kelsen. Leben und Werk, 1969*を参照。また、*Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., 1990*および *Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005*。なども参照。

16) *Kelsen* (N3), S. 38.

17) *Kelsen* (N3), S. 51.

というのも、この憲法が、ライヒ大統領を、議会と対抗し「バランスを保つ者」として任命し、それゆえ、多元的な権力配分を予定しているからである¹⁸⁾。

憲法裁判所には民主主義的性格が欠けているというシュミットの主張に対し、ケルゼンは、国家元首と同じように憲法裁判所も国民によって選出するというを示して、反対する。「たとえば、その機関の創造およびその機関への権限付与をこのような方法で行うことが、その機関の機能を考慮した場合に、まさにもっとも合目的であるかどうかということが未解決であっても」¹⁹⁾、そういった選出方法をすることは可能なのである。「裁判官の判決が、すでにもう法律の中に含まれており、論理的作用という方法によって法律から『導出』されるにすぎないという観念、つまり、法機械としての司法といった観念」は、誤っていることになる。憲法裁判所の判決は、その政治的性格があるにもかかわらず、法創設行為として、依然、裁判権の行為にとどまる²⁰⁾。それにもかかわらず、憲法裁判所は、憲法違反の法律を廃止する権限、およびそれに伴う「消極的立法者」²¹⁾としての機能を通じて、民事裁判、刑事裁判あるいは行政裁判とは区別される。もっとも、「憲法が意図せず、また政治的に最も不適切なものであるところの、議会からその外にある機関への権力の移動という危険」を避けるために、ケルゼンは、憲法裁判所が適用するために存在する憲法規範、特に基本権についての規定を、過度に一般的な形でとらえないようにということを要求した²²⁾。

18) *Kelsen* (N3), S. 53.

19) *Kelsen* (N3), S. 50. 憲法裁判所裁判官の選出についての詳細は、本稿65頁以下を見よ。

20) *Kelsen* (N3), S. 21. さらに、*ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S.231 ff., 301.

21) *Kelsen* (N3), S. 27.

22) *Kelsen* (N3), S. 24 f. 同旨のものとしては、*ders.*, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), S. 30 (57) がある。そこで、以下のよう述べている。「憲法裁判所の裁判の対象は、まずもって、その憲法違反性が何らかの方法によって明らかになった法律である。」

ドイツにとってこの衝突問題は、最終的に歴史の展開を通じて決定された。「ライヒ大統領は、まさしく憲法の番をせず、むしろ憲法を1933年に憲法の敵に委ねてしまった。」²³⁾

3. 中立的かつ特別な機関としての憲法裁判所

まさに憲法裁判所は、カール・シュミットによって要求されるような「中立的権力」として示されうるが、それは、このような裁判所を形作る際、以下でより詳しく説明されるような要求²⁴⁾を満たしているかぎりにおいてである。このことは特に、立法および行政において政治的決断をする者からの独立についてあてはまる。というのも、「(他の)政治的アクターに対し、全体意思を代表する際にも方法を誤る可能性があることを気づかせる」²⁵⁾のが憲法の番人の任務に属するからである。もっとも、憲法裁判所は、制限的にのみ番人の機能を果たすことができるにすぎない。なぜなら、たとえ、自らに主導的な権限がないことで、連邦憲法裁判所の行動範囲が「これまで現実に決定的な形で狭められることがなかった」²⁶⁾ということが実践で主張されうるとしても、裁判所としての憲法裁判所には、自ら積極的に活動する²⁷⁾権限が欠けているからである。にもかかわらず、次のことが認められる。「憲法裁判権は、憲法をより高次の法的小よび事実的な妥当力 (Geltungskraft) を持つ状態におく。……そのため、予想できない異常な展開を克服するために、国家の基本秩序は、歴史の流れの中で柔軟性ある道具であり続けなければならないという目的に適合しているかを考慮することよりも、憲法の安定性および信頼性に高次の価値が与え

23) *Franz C. Mayer*, *Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?*, AöR 129 (2004), S. 411(412).

24) このことについては、本稿60頁以下を見よ。

25) *Oliver W. Lembcke*, *Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts*, 2007, S. 28.

26) *Ernst Friesenhahn*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Jura 1982, S. 505 (517).

27) *Christian Hillgruber/Christoph Goos*, *Verfassungsprozessrecht*, 2. Aufl., 2006, Rn. 5.

られる。……法的な静態は政治的な動態に対する優位を獲得する。そして裁判官の権力は高まり、伝統的な政治権力と並ぶ権力要素になる。」²⁸⁾

さらに、憲法裁判所については、その特殊なものとしての側面が語られる。実定憲法は特別な性質を持っているため、憲法裁判所の活動の方法および範囲は、専門裁判官によるその他の仕事とは本質的に区別されるが²⁹⁾、このような専門裁判所の裁判官も、憲法それ自体に拘束される。特に、実定憲法においては、憲法の持つ不可避的な開放性および広範性のゆえに、裁判所が詳細な規定を適用しなければならないような法領域よりも、より頻繁に、そして、異なった形で(解釈問題が)生じる³⁰⁾。憲法裁判権のもとで、「憲法問題に対する独立の管轄権」³¹⁾が理解されうるが、それを、実定憲法の適用についての独占的な地位と混同してはならない³²⁾。

実定憲法は、憲法の「共同の番人」としての特別な機能を、例えば、国

28) *Christian Tomuschat*, Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 245 f. 逆に、このような展開に批判的なものとしては、*Kostas Chryssogonos*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle, 1987, S. 29 ff.

29) *Tomuschat* (N 28), S. 251 f. を参照。裁判権にとっての性質上の基準一般については、*Helge Sodan*, Das Spannungsverhältnis von Qualität und Quantität in der Justiz, DÖV 2005, S. 764 ff.

30) *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 50. 憲法裁判所によって遵守されるべき憲法解釈の方法論については、50頁以下を見よ。

31) *Ernst Friesenhahn*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S. 7. 同旨のものとして、*Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. , 1980, S. 938, 951.

32) たとえば、以下のものを参照。BVerfGE 2, 124 (131); *Gerd Sturm*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 93 Rn.4; *Andreas Haratsch*, in: Helge Sodan (Hrsg.), Grundgesetz. Beck'scher Kompakt-Kommentar, 2009, Art.93 Rn. 2.

家元首に割り当てることもでき、それによって、カール・シュミットが強調して求めたような「中立的権力」としての地位が、何らかの形で、顧慮されることもありうる。すなわち、憲法の規定にしたがって成立した法律は、副署の後に、国家元首としての連邦大統領によって認証されるという内容の基本法82条1項1文という規定を通じて、顧慮されうる。その際、連邦大統領には、いずれにせよ、当該法律の形式的な憲法適合性に関する審査権、さらに立法権限および立法手続の規定に関する審査権が与えられている³³⁾。学説において圧倒的に支持されている見解³⁴⁾によれば、それを超えて連邦大統領の実体的な審査権³⁵⁾も、少なくともその核の部分においては肯定されている。このことは、特に、基本法1条3項および20条3項に規定されている（大統領だけではないが）連邦大統領の憲法拘束性によって、裏付けられる。もし、連邦大統領が、実体的に憲法に違反する法律を認証できる、あるいは認証しなければならないとした場合、矛盾が生じることになる。その際、連邦大統領のこのことに関する決定が最終的な妥当性を全く持たず、連邦憲法裁判所による大統領弾劾にもとづいて、また連邦憲法裁判所による機関争訟手続あるいは、場合によっては抽象的規範統制手続において、その連邦大統領の決定が最終的にかつ拘束力ある形で審査されうるかぎり、連邦憲法裁判所との権限の衝突は存在しな

33) たとえば、*Martin Nettesheim*, Die Aufgaben des Bundespräsidenten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. , 3. Aufl., 2005, § 62 Rn. 37および *Haratsch* (N 32), Art. 82 Rn. 7. を見よ。

34) たとえば、以下のものを見よ。 *Stern* (N31), S.233; *Nettesheim* (N33), § 62 Rn. 38; *Hartmut Maurer*, *Staatsrecht* . Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 5. Aufl., 2007, § 17 Rn. 89; *Haratsch* (N 32), Art. 82 Rn. 8; *Michael Nierhaus*, in: Michael Sachs (Hrsg.), *Gundgesetz. Kommentar*, 5. Aufl., 2009, Art. 82 Rn. 7 ff.; *Sodan/Ziekow* (N1), § 14 Rn. 10.

35) EU法を考慮した連邦大統領の審査権限についてのこのような関係は、*Andreas Neumann*, Die gemeinschaftsrechtliche Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten, DVBl. 2007, S.1335 ff. を参照。

い³⁶⁾。

クラウド・シュテルンは、そのように国家元首の決定が憲法に適合しているかを審査することのできる憲法裁判所に、「統合システムの要石」をみる³⁷⁾。

4. 憲法実践への憲法理論の転化

憲法実践において、憲法の番人を憲法裁判所とする考え方は多くの国で昔から実施されてきた。その憲法裁判権の歴史は相当過去にまで遡る³⁸⁾。クリスティアン・トムシャットは「憲法裁判のそもそもの誕生の瞬間」を、1803年のアメリカ合衆国連邦最高裁におけるマーベリー対マディソン事件判決³⁹⁾だと考えている。そこで連邦最高裁(首席裁判官はジョン・マーシャルであった)は「憲法理論の教科書からの引用のように、推論を展開していった」⁴⁰⁾。成文憲法が、ある国の最高法規であり、かつ加重された条件に基づく一定の特別な手続でのみ変更可能である場合、それと一致しない立法行為は無効でなければならないだろう(a legislative act contrary to the constitution is not law)。つまり、具体的な推論によるこのような無効を主張することが、裁判所に禁じられているということはあ

36) この手続については、*Sodan/Ziekow* (N 1), § 52 f., § 56 Rn.5. を参照。

37) *Klaus Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit als staatlicher Integrationsfaktor, in: Helge Sodan (Hrsg.), *Verfassungsrechtsprechung in und für Berlin. Ansprachen anlässlich des Festaktes am 27. Oktober 2004*, 2005, S.17 (21).

38) この点につき、詳しくは、たとえば以下の文献を見よ。*Stern* (N 31), S.967 ff.; *Tomuschat* (N 28), S. 246 ff.; *Gerhard Robbers*, Geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Dieter C. Umbach/T. Clemens/F.-W. Dollinger (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl., 2005, S. 3 ff.; *Klaus Schlaich/ Stefan Koriath*, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 8. Aufl., 2010, Rn. 1 ff.; *Joachim Wieland*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. , 2. Aufl., 2008, Art.93 Rn.1 ff.

39) 5 U.S. 137 (1803), <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> から引用。

40) *Tomuschat* (N 28), S. 250.

りえないことになる。なぜなら、さもないと憲法の優位的地位が実践の帰結において、放棄されてしまうからである⁴¹⁾。もっともその場合でも、以下のことは考慮されるべきである。それは、アメリカ合衆国の法秩序の中で、連邦最高裁は、あらゆる事物領域に対する権限を持ち、裁判権力の頂点にいるものの、独自の憲法裁判所を表しているわけではない。つまり、憲法の正しい解釈についての論争は、通常主要問題ではなく、特定の法律上の争訟における前提問題であるにとどまる⁴²⁾。

例えばヨーロッパにおいては、スカンジナビアの国々であるデンマーク、アイスランド、ノルウェー、スウェーデンなどは、各々の憲法が立法者を拘束することを承認しつつも、特別な憲法裁判所を置いていない⁴³⁾。

特別な裁判所に集中した憲法裁判権⁴⁴⁾というオーストリア・ドイツモデルは、近年では特に中央および東ヨーロッパで現われてきた⁴⁵⁾。国際的には、自分自身をまさに「憲法の番人」と称する⁴⁶⁾ドイツ連邦憲法裁判所に、しばしば一つのモデルおよび模範が求められた⁴⁷⁾。元連邦憲法

41) このような事例について、以下の文献を参照。Klaus Stern, Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit, 1984, S. 24 (31); Winfried Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 5 ff.; Lembcke (N 25), S. 74 f.

42) Tomuschat (N 28), S. 251.

43) Tomuschat (N 28), S. 251. さらに, Gerd Roellecke, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl., 2005, § 67 Rn. 3. も参照。

44) それ以外の「混合システム」については, Tomuschat (N 28), S. 252. を見よ。

45) これについて詳細は, 以下の文献を見よ。Georg Brunner, Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa, ZaöRV 53 (1993), S. 819 ff.; Jochen Abr. Frowein/ Thilo Marauhn (Hrsg.), Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, 1998.

46) たとえば, BVerfGE 1, 184 (195, 197); 1, 396 (408); 2, 124 (129, 131); 6, 300 (304); 40, 88 (93). また, BVerfGE 96, 133 (138) を見よ。そこでは, 連邦憲法裁判所は「連邦憲法の保障人」とであるとされた。

47) Schlaich/Korioth (N 38), Rn. 3 a. E.

裁判所裁判官であるディーター・グリムは次のように報告した。「連邦憲法裁判所には、ひっきりなしに使節団が訪れ、カールスルーエで憲法裁判所法の草案を審議したロシアの憲法裁判所、あるいはこの地で、そもそも初めて開かれた南アフリカの憲法裁判所のような憲法裁判所が存在する。」⁴⁸⁾ドイツ人にとっては、いつの時代も、「帝室裁判所時代から、国事裁判権あるいは憲法裁判権が、憲法の最後を飾るものとしてみなされている。」⁴⁹⁾宮廷顧問官でありゲッティンゲンの国家学の教授であったアウグスト・ルートヴィヒ・シュレツァーが、すでに1793年に以下のように定式化している。「幸いなるドイツは、支配者の尊厳を害することなく、法という方法によって、そして第三者であり、支配者のものではない裁判所のもとで、支配者に対抗できる世界で唯一の国である」⁵⁰⁾

II. 憲法裁判所の法的位置づけ

憲法裁判所は二重の機能を通じて、裁判所および憲法機関として刻印づけられる⁵¹⁾。

1. 裁判所としての憲法裁判所

憲法裁判所は、まずもって裁判所であり、その構成員は裁判官として司法権を委ねられている。すでに、ハインリッヒ・トリーペルは憲法裁判権を、「憲法が問題となる裁判権および憲法の保護のための裁判権」⁵²⁾である

48) *Dieter Grimm*, Verfassungspatriotismus nach der Wiedervereinigung in: Hauke Brunkhorst/Peter Niesen (Hrsg.), *Das Recht der Republik*, 1999, S. 305.

49) *Klaus Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, *VVDStRL* 39 (1981), S. 99 (101).

50) *August Ludwig Schlözer*, *Allgemeines Staats-Recht und Staats-Verfassungslehre*, 1793, Nachdruck 1970, S. 107.

51) たとえば、連邦憲法裁判所の身分については、以下の連邦憲法裁判所自身の報告を参照。 *Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952*, abgedruckt in *JöR N.F.* 6 (1957), S. 144 ff.

と称している。

a) 裁判所に要求されるもの

裁判所は国家の（あるいは国家間の）地位（Stellen）として定義されるが、その地位は当事者ではない第三者によって占められており、その他の国家権力からは組織的および人的に明確な形で分離していなければならない⁵³⁾。そのような分離はまさに以下の理由があるからこそ意義がある。それは国家自体が当事者である訴訟では、「結局のところ第三者ではなく、常に国家が自分自身を裁くことになる」からであり、また「国家あるいは官庁に対抗する裁判が……あたかも当事者でない第三者によってなされたように、実現され」うるのは制度上分離することによってのみ行われうるからである⁵⁴⁾。裁判は、特別に規律され、資格を与えられた裁判形式の手続において、法をめぐる争いに関する事件、あるいは法の侵害に関する事件を、適切に拘束力を持った形で決定することであり、その決定は結果として、法状況を明らかにし、紛争を解決することになる⁵⁵⁾。憲法裁判所は独立の判決言い渡し機関として、そのときどきの当事者の一方の申し立てに基づき、その権限の枠内で、具体的な法律上の争訟につき拘束力をもって決定する⁵⁶⁾。

52) *Heinrich Triepel*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 2 (5) 傍点は筆者。さらにたとえば、以下の文献も参照。 *Ulrich Scheuner*, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. , 1976, S. 1 (5); *Karl Korinek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S.7 (14 ff.).

53) *Sodan/Ziekow* (N 1), § 19 Rn.4.

54) BVerfGE 4, 331 (346).

55) BVerfGE 103, 111 (136ff.); *Ebenhard Schmidt-Assmann*, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. , 3. Aufl., 2004, § 26 Rn. 52.

56) 以下の文献参照。 *Helge Sodan*, Schutz der Landesgrundrechte durch die Land

b) 裁判官による刻印

裁判所およびその裁判は主として、そのアクター、つまり裁判官によって、またこの裁判官に要求されるものによって、刻印される⁵⁷⁾。特に主として職業裁判官がこれにあたるが、素人裁判官のような副職あるいは名誉職としての裁判官も含めた、まずもって司法権を行使する者すべてが裁判官である。特に憲法裁判所裁判官が主たる公職として任務を遂行するのか、あるいは名誉職として⁵⁸⁾任務を遂行するにとどまるのかどうかということ、およびどの程度の人数が任務に就くのかは、その国やラントの大きさ、および憲法裁判所の権限、さらにそれと結びついた憲法裁判所の経費に依存することになる。その構成員が少ない場合、その機関の裁判官が持つ権力の個人化が強くなりすぎるとい危険が存在し、また特定の主観的傾向にしたがって裁判が影響を受けるという危険も存在する。さらに、構成員がとてつもなく多い場合には、その責任があいまいになり、裁判所内部でグループが形成され、さらに憲法判例の統一性が危険にさらされる可能性がある⁵⁹⁾。

c) 裁判官の事物的独立

裁判官は事物的に独立していなければならない。事物的独立とは、命令およびその他の国家による影響力の行使からの自由を意味する。このような独立は自己目的的なものではなく、公正かつ外部の影響から自由な裁判を保障するのに必要であり、それゆえ、裁判官も裁判官として活動しているかぎりにおいて、事物的独立を享受しているにすぎない⁶⁰⁾。その裁判

esverfassungsgerichtbarkeit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 5, 2009, § 84 Rn. 5.

57) 以下を参照。BVerfGE 4, 331 (344 ff.); Dieter Wilke, Die rechtsprechende Gewalt, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl., 2007 § 112 Rn.20.

58) ラントの憲法裁判所の裁判官は通常、名誉職として活動している。Sodan (N 56), § 84 Rn. 12.

59) Tomuschat (N 28), S. 253 を参照。

官としての活動には、まさに最も中心的な核である裁判官の判決行為だけが含まれるのではない。その活動は、さらに、直接的に法発見と関連するような裁判官の任務も含んでいる⁶¹⁾。特にそれに属するものとしては、公判日⁶²⁾および期限に関する規定や、裁判官が審理において法発見という目的のためにとる措置⁶³⁾、すなわち証人および専門家への尋問および法廷警察に関する任務がある。特に憲法裁判所は、権力分立構造におけるその審査機能を考えると、行政権、専門裁判所および原則として立法権に対しても、事物的に独立していなければならない⁶⁴⁾。もっとも、議会の立法者との関係でも、このことは認められるが、それには次のような制約が伴う。それは、憲法裁判所が、そのときどきの憲法および、その憲法と一致し、「単純多数の」立法者によって公布された憲法裁判所法に拘束されるということである。

d) 裁判官の人的独立

事物的独立と並んで、人的独立も要請されるが、それは次の点に見られる。裁判官は、一定の年齢に達するまで、あるいは特定の任期の間、そしてその任期よりも前に原則罷免されない形で任務にあたる⁶⁵⁾。職務期間が終了した後に再選することの禁止は、事物的独立だけでなく、人的独立をも強化する。再選が法律上排除されていることを事前に知っている者は、再任が認められるように任務を行うという誘惑にさらされることはなく、また、そのようなことをしているのではないかという他人からの疑念

60) *Helge Sodan*, Der Status des Richters, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 113 Rn.22.

61) BGHZ 90, 41 (45) を参照。

62) BVerwGE 46, 69 (71).

63) *Hans-Jürgen Papier*, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1089 (1090).

64) 裁判官の事物的独立性の傾向一般については、*Sodan* (N 60), § 113 Rn. 22 を参照。

65) それについての詳細は、*Sodan* (N 60), § 113 Rn. 70 ff.

にさらされることすらない⁶⁶⁾。

e) 政治に対する中立性および政治との距離

憲法裁判所は憲法の番人として、権力の統制という機能を果たすことができるが、それが実効的なのは、その構成員が政治に対する中立性および政治との距離を必要不可欠なものとして維持している場合に限る。ここで問題となる要求は、憲法裁判所の裁判官には特に強く認められるが、もちろん専門裁判所の裁判官にも認められる。というのも、憲法裁判所は専門裁判所同様、法を語るからである。憲法裁判権は、「裁判官による紛争決定という態様および方法にしたがった裁判権にとどまるものであり」、「政治的決断という態様および方法にしたがった裁判権」になることはない⁶⁷⁾。しかし、「たとえ詳細極まりない手続法および権限カタログがあっても、その判決が他の裁判所よりも政治的に影響力を持つということを阻止することはできない。そのことは、その判決の対象および、考慮しなければならない帰結から生じる。その判決は、私的な争いを解決するのではなく、通常、一般的な利益、ときには一般的な福利に関する争いを解決する。さらに、そのことはその判決が設定する基準からも生じる。」⁶⁸⁾しかし何よりも、中立性、特に議会および政府との関係における中立性の維持は、憲法裁判所の存在に対する本質的な正当化根拠である⁶⁹⁾。

66) *Helge Sodan*, Sieben Jahre Tätigkeit für den Berliner Verfassungsgerichtshof - Versuch einer kleinen Bilanz, in: Margret Diwell (Hrsg.), Chancen, Möglichkeit und Risiken - Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin. Ansprachen anlässlich des Festaktes am 29. November 2007, 2009, S. 13 (14).

67) *Stern* (N 31), S. 957.

68) *Christian Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz, 3. Aufl., 1991, § 1 Rn. 1. また, *Lembcke* (N 25), S. 1 も参照。そこでは次のように述べられている。「共同体 (Gemeinwesen) を守ることは、政治的思考の初期段階にある。」

69) 本稿55頁以下を参照。

f) 憲法裁判所裁判官の選挙（選出）

これまで述べたことから考えると、憲法裁判所裁判官の選挙（選出）について、いくつかの要求が生じる。適切な規律を行うことによって、確実に、政府が憲法裁判所の構成を恣意的に操れないようにしなければならない。「それゆえ、任命権がとにかく政治的権力にあり、さらにそれに対する安全対策が何も講じられない場合、あらゆる政府が、在職期間の間、できるだけ広範囲に渡り、自身の政治的カラーを持った法律家によって、裁判所を支配しようとするのが予想される。」⁷⁰⁾明らかなことであるが、どんな憲法裁判所裁判官も前理解および個人的確信から自由であることはありえない。独立性は意見がないということの意味するわけではない⁷¹⁾。もっとも、理想的なケースをいえば、憲法裁判所裁判官は「すべての政治的および議会における集団および権力に対して、同じ距離を持ち、かつそれを維持す」⁷²⁾べきである。憲法裁判所は「政治を先に進めるための機関ではない。つまり、憲法裁判所は、人々の間の政治的傾向を代表する者ではない。裁判所は代表者ではない。」⁷³⁾それゆえ、憲法裁判所裁判官の選挙の目標が、憲法裁判所において「最大限に社会の（多元的な）現状および代表を確保する」ことであるはずがない⁷⁴⁾。憲法裁判所を裁判に分類し、それによって「第三の権力」に分類することと、「党派に比例して裁判官の席を割振ることにより、憲法裁判所を議会の鏡像にすること」⁷⁵⁾は

70) *Tomuschat* (N 28), S. 255.

71) *Helge Sodan*, Unabhängigkeit und Methodik von Verfassungsrechtsprechung, in: ders. (Hrsg.), Wechsel und Kontinuität im Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin. Ansprachen anlässlich des Festaktes am 14. April 2000, 2001, S. 21 (24).

72) *Karl August Bettermann*, Opposition und Verfassungsrichterwahl, in: Herbert Bernstein/Ulrich Drobniig/Hein Kötz (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert, 1981, S. 723 (746).

73) *Schlaich/Koriath* (N 38), Rn. 47.

74) しかし、この点、*Peter Häberle*, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 1 (24) も参照。

75) *Bettermann* (N 72), S. 745. 賛成するものとしては、*Franz Knöpfle*, Richterbe-

一致しない。

それゆえに、社会における政治的意思形成の本質的な担い手である⁷⁶⁾政党は、憲法裁判所裁判官の選出に対し、重い責任を負っている。決定的な基準は、憲法裁判所裁判官が専門的な資格を持つということではなければならないが、憲法裁判所裁判官は、賢明な方法によって、法学および法実践の様々な領域から選出されることになる。多くの憲法問題が複雑かつ難解であることを鑑みれば、憲法裁判所にとって素人裁判官は、全く適さないであろう。特に、素人裁判官が手続を職業上行うことなど問題外だからである⁷⁷⁾。党派を超えた合意⁷⁸⁾は、通常、特定多数、例えば、選挙機関の少なくとも3分の2あるいは4分の3の賛成を要求することで確保される。それによって強制的に妥協が行われるため、たとえば、「頑迷な党派主義者」が、候補者選抜において、選ばれる可能性は低い。「というの

stellung und Richterbank bei den Landesverfassungsgerichten, in: Christian Starck/Klaus Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilbd. 1, 1983, S. 231 (237). また, Klaus Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 63. も参照。

76) Philip Kunig, Parteien, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl., 2005, § 40 Rn. 1.

77) ドイツにおけるすべてのラント憲法あるいはラント憲法裁判所法は、少なくとも、選択的に素人裁判官の任命を予定している。そのことについては, Sodan (N 56), § 84 Rn. 7を見よ。また, 裁判官の要求の特性一般については, Marion Eckertz-Höfer, Vom guten Richter -Ethos, Unabhängigkeit, Professionalität, DÖV 2009, S. 729 (733) を参照。

78) 連邦憲法裁判所に関する「選挙手続の現実」は、「政党政策および権力政策のための分配があらかじめ固定されている」がゆえに、先に挙げた要求とほとんど合致しない。その現実については Uwe Kischel, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl., 2005, § 69 Rn. 21 f.; を見よ。さらに, Friedrich Karl Fromme, Verfassungsrichterwahl, NJW 2000, S. 2977 (2978) も参照。法改正の提案については, トマス・トラウトヴァインによる一覧を見よ。Thomas Trautwein, Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern, 1994, S. 35 ff.

も、裁判官の合議体では、耳を傾け、互いに熟考し、議論によって確信に至ることが重要なので、厳格に信仰を守ることは、推奨される価値のある職業倫理ではないからである。⁷⁹⁾政治的に先入観を持っているという疑いがあることで、憲法判例を受け入れることが危ぶまれるが、そのような疑いは、まさに憲法裁判所における議論の質が高いことによって、一掃させることができる⁸⁰⁾。

憲法裁判所裁判官の選挙は、民主主義的に直接正当化される⁸¹⁾議会によって行われることになる。場合によっては、他の立法機関 (gesetzgebenden Körperschaft) と分有する場合がある。たとえば、基本法94条1項2文には次のように規定されている。連邦憲法裁判所の構成員は、それぞれ半数ずつ、連邦議会および連邦参議院によって選ばれる。また、憲法裁判所裁判官の一部は、最上級の通常裁判所および行政裁判所の裁判官によって、規定されることもありうるだろう⁸²⁾。もっとも、政治的権力と並んで他の集団が候補者の選出に関与した場合、党利党略のための影響力の行使が他の場所に単純に移っただけ⁸³⁾ではないかということに疑うべきである。まさに、すでにハンス・ケルゼンによって、もちろん明らかに控えめな態度ではあったが、国民による憲法裁判所裁判官の選挙⁸⁴⁾も考えられていたが、そのような国民による選出は、政治化をもたらすものであり、それによって、客観的な仕事及要求される選出裁判官の資格を確保することができなくなる。

79) *Jutta Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 24.

80) *Stern* (N 37), S. 26.

81) 民主主義的な正当化の絶え間ない連鎖を要求することで国家を支配することと、国民との間の帰責関係については、*Sodan/Ziekow* (N 1), § 6 Rn. 21 ff. を見よ。

82) イタリアのそのようなシステムについては、*Tomuschat* (N 28), S. 255. を見よ。

83) *Ernst Benda*, in: ders./Eckart Klein, Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch, 2. Aufl., 2001, Rn. 135.

84) 本稿54頁を参照。

g) 何人も自ら関係する事件の裁定者たりえない (Nemo iudex in causa sua)

中立性および距離を置くことが要求されているため、具体的な紛争の対象に関していえば、当事者でない第三者だけが、裁判官として活動できる。つまり、誰も、自分自身の事件においては裁判官になることはできない (nemo iudex in causa sua)。ところで、すでにギリシャの哲学者ソクラテスは、善き裁判官に対し、四つの特性を要求していた。それは、礼儀正しく耳を傾け、賢明に答え、理性的に考え、そして非党派的に決定することである。

2. 憲法機関としての憲法裁判所

憲法裁判所は、憲法機関でもあるという点で、他の裁判所と比較して特別な法的地位を有する。

a) 憲法機関の概念

憲法機関として定義されるのは次のような機関である。「それは、その地位および本質的な権限について、直接憲法によって構成され、また、その内部を組織することについて本質的に自由であり、他の機関に従属することなく、さらに国家に特有な本質を形成する機関である。憲法機関は、実定憲法によって構成された国家権力のまさに本質的な部分を独自に担っている。」⁸⁵⁾ 憲法裁判所が憲法機関であることは、一般的には、最も上位にある憲法の番人としての機能によって示されるが、それだけではなく、より具体的には、何よりも、議会の法律制定者の規範を廃棄する、つまり無効を宣言するという権限および他の上位にある国家機関同士の争いを裁定するという権限によっても示される⁸⁶⁾。機関争訟手続は、以前から憲法裁判所の最も重要な訴訟に属し⁸⁷⁾、近代における憲法裁判権の基礎となる部分だとみなされている⁸⁸⁾。この手続は、憲法機関あるいはその中

85) Stern (N31), S. 42.

86) いわゆる連邦憲法裁判所の身分についての報告 (N 51), S. 144 f. を参照。

の一部の権限を、他の機関との関係において、限界づけることに資するが、もっとも、特定の機関行為の客観的な憲法適合性を一般的に審査することに資するわけではない⁸⁹⁾。そのため、その対象は、最も上位のレベルにおける権力分配および権限分配の内容に関する争い⁹⁰⁾、また、それゆえ高度に政治的な背景を持った憲法規定の解釈および適用についての争いである⁹¹⁾。憲法裁判所はそのような権限を持つことで、他のすべての裁判所とは全く異なるレベルに位置づけられる⁹²⁾。

b) 憲法機関であることの形式的な帰結

憲法機関として位置づけることから、まず本質的かつ形式的な帰結が生じる。たとえば、憲法裁判所は司法大臣の所掌範囲に属するのではなく、そのため、司法大臣の監督の下にあるわけではない。憲法裁判所は、自身のすべての職員に対して対人高権を有している。国家予算案の中では、独自の単位として扱われ、この範囲において、自身に関係する予算案を自ら

さらに以下の文献を参照。 *Gehard Leibholz*, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht 1951 1971, 1971, S. 31ff.; *Christian Starck*, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozess, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 1 (4); *Herbert Bethge*, in: Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Herbert Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, Loseblatt, Bd. 1, § 1 Rn. 16 ff. (Stand der Kommentierung: Juli 2007).

87) *Helge Sodan*, Organstreitverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, in: Wolfgang Knippel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Land Brandenburg. Festgabe zum 10jährigen Bestehen des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg, 2003, S. 139.

88) *Scheuner* (N 52), S. 2.

89) BVerfGE 104, 151 (193 f.); 118, 244 (257); *Haratsch* (N 32), Art. 93 Rn. 4.

90) *Pestalozza* (N 68), § 7 Rn. 2.

91) *Sturm* (N 32), Art. 93 Rn. 44.

92) 連邦憲法裁判所の報告 (N 51), S. 144を参照。その他の憲法裁判権の様々な「権限類型」については、*Korinek* (N 52), S. 19 ff. を見よ。

提出する⁹³⁾。憲法機関としての憲法裁判所が持つ機能性を確保するために、憲法裁判所裁判官の職務は、他のあらゆる職業上の行為に対して、優位していなければならない⁹⁴⁾。

c) 憲法裁判権の機能的制約

憲法裁判所は、「他の憲法機関と同等の、つまり、同じランクにある憲法機関」⁹⁵⁾である。効率よくお互いに調和し合う権力分立構造を維持するために、憲法機関および、それゆえ憲法裁判所も、憲法にしたがって権限を用いる場合には、他の憲法機関の特性に配慮しなければならない⁹⁶⁾。

このことは憲法裁判所に有利な面としては、一方で次のことを意味する。それは、憲法裁判所の「時宜に適った効果的な権限行使を困難にする、あるいはそれを不可能にしてしまう可能性のある」⁹⁷⁾すべてのことを、他の憲法機関が、慎まなければならないということである。また他方では、いわゆる配慮要請から憲法裁判権の機能的制約が生じ、それは特に、審査密度に影響を及ぼすことがある⁹⁸⁾。「どのような権力も、憲法に予定されていないような、他の権力に対する優位を獲得することは許されない。どのような権力からも、その権力が憲法上の任務を遂行するために要求される権限を奪ってはならない……。各権力の核心領域は、変更不可能である。そのため、諸権力のうちの 하나가、憲法によって自己に付与さ

93) それについての詳細は、以下を参照。Benda (N 83), Rn. 104; Starck (N 86), S. 6; Bethge (N 86), § 1 Rn. 38 f.

94) 以下参照。Christian Starck, Der verfassungsrechtliche Status der Landesverfassungsgerichte, in: ders./Klaus Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilbd. 1, 1983, S. 155 (172 f.); Petra Michaelis-Merzbach, Rechtspflege und Verfassung von Berlin, 1999, S. 149 f.; Helge Sodan, Berliner Verfassungsgerichtsbarkeit eine später Errungenschaft, DVBl. 2002, S. 645 (649 f.).

95) Bethge (N 86), § 1 Rn. 33.

96) それについては、たとえば、BVerfGE 35, 257 (261 f.); 45, 1 (39); 68, 1 (77 f.) を参照。

97) BVerfGE 36, 1 (15).

98) Benda (N 83), Rn. 111. を参照。

れた典型的な任務を放棄することは排除される。」⁹⁹⁾そのため、憲法裁判所は 議会あるいは政府が独自に形成する領域を尊重しなければならない。

たしかに「憲法裁判権を創設する場合、その憲法裁判権は、形式的な法律を、抽象的かつ具体的、一般的かつ付随的、また直接的かつ間接的に審査する権限を有するので、そこでは立法者の権限を部分的に奪うことになる。」¹⁰⁰⁾しかし、憲法裁判所は「上位の立法者」にも「超議会」にもなりえず、本来権限を持つ議会が、法設定というまさに生来的な任務を十分に果たせない場合にのみ、「代替立法者」という役割を負うにとどまる¹⁰¹⁾。外交政策あるいは国防政策を判断し、評価することは、その時々为国家政府の権限に属する¹⁰²⁾。「司法の自己抑制」¹⁰³⁾という原則は、憲法裁判所の権限を縮減すること、あるいは弱めることを意味するのではなく、「政治を行うこと」の放棄、それゆえ、「憲法によって創設され、制限されている自由な政策形成の領域に干渉することの放棄を意味する。つまり、そのような原則は憲法によって他の憲法機関に保障されている自由な政策形成の領域を留保することが目的なのである。」¹⁰⁴⁾それゆえ、政治の形成余地を与えることを決定するのは憲法それ自体であって、憲法裁判所ではない¹⁰⁵⁾。

d) 「政治的問題の法理」について

このような機能的制約を考察するために、アメリカの「政治問題の法

99) BVerfGE 34, 52 (59).

100) Hillgruber/Goos (N 27), Rn. 19.

101) Stern (N 37), S. 28を参照。また、それについては、Udo Steiner, Der Richter als Ersatzgesetzgeber. Richterliche Normenkontrolle - Erfahrungen und Erkenntnisse, NJW 2001, S. 2919 ff.

102) BVerfGE 55, 349 (364 f.); 68, 1 (97, 111); 84, 90 (127 f.); Benda (N 83), Rn.27 を参照。

103) それについての詳細は、Stern (N 31), S. 958ff. を見よ。さらに多くの文献については、同書注107。

104) BVerfGE 36, 1 (14 f.). また、たとえば、BVerfGE 35, 257 (262) も参照。

105) Stern (N 37), S. 29. 「裁量」という概念の柔軟な意味づけについては、Robert

理」を継受する必要はない。その法理とは、「ある一定の基準にもとづいて、政治的性格を有することが証明された問題については、実質的な決定を拒否する、つまり司法判断不可能性が認められる」というものである¹⁰⁶⁾。しかし、そのような法理が現実に存在しても、脱政治化に至るわけではなく、むしろ、逆のことがもたらされる。つまり、憲法裁判所が政治的な特徴を持つどのような事件を一般的に決定するのかということについて、憲法裁判所自身が自由に判定できるとすれば、その場合、「憲法裁判所は、単独ですでに、このような権限によって、非常に重要な政治的道具を獲得することになるであろう。」¹⁰⁷⁾しかし、何よりも次のことは考慮されるべきである。それは、憲法裁判所が、提起された問題に答えるために考慮される規定を適用しなければならず、政治的な理由によって、裁判を拒否することは許されないということである。裁判による審査活動を実施することが困難であるからといって、決定する義務(Entscheidungszwang)から解放されることはない¹⁰⁸⁾。別の形で定式化すると以下ようになる。「権限は同時に、遂行義務である。」¹⁰⁹⁾

e)「手続の統括者」としての憲法裁判所？

ところで、憲法機関であるということから、憲法裁判所が「手続の統括者」であるということが生じるわけではない¹¹⁰⁾。連邦憲法裁判所が法的に自己を過大評価する中で刻印づけられ、さらに誤解されているこの定式化¹¹¹⁾は、次のような異議と衝突する。それは、憲法裁判所によって遵守

Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 7 (15 ff.) を見よ。

106) このような特徴づけは、*Stern* (N 31), Art. 93 Rn. 3 による。

107) *Benda* (N 83), Rn. 24. また、*Haratsch* (N 32), Art. 93 Rn. 3 を参照。

108) *Stern* (N 31), S. 962.

109) *Hillgruber/Goos* (N 27), Rn. 37.

110) それについては、*Schlaich/Korioth* (N 38), Rn. 33; *Hillgruber/Goos* (N 27), Rn. 20 ff.; *Sodan/Ziekow* (N 1), § 50 Rn.8 を参照。

111) BVerfGE 36, 342 (357); 60, 175 (213) を見よ。もっとも、そこでは「法的拘束

されるべき手続を制定するのは、議会の立法者の権限であるという異議である。連邦憲法裁判所が自らの権限において自由に展開する手続には、必要不可欠な民主的正統性が欠けることになるだろう。民主的正統性は、法律の規準を通じてのみ仲介されうるのである。つまり、基本法94条2項1文[「連邦法律は、連邦憲法裁判所の機構及び手続を規律し、かつ、その裁判がいかなる場合に法律として効力を有するかについて定める」 訳者]からは、単に立法者に対して規律することを授權しているだけでなく、立法者が規律することを義務づけているということが導かれる¹¹²⁾。連邦憲法裁判所法が、「少数かつどうしても必要な規定で、憲法裁判所の手続の特性に適応した規定」に自らを限定しているがゆえに¹¹³⁾、連邦憲法裁判所法がある手続的諸局面について、特別いかなる規律も含まない場合にのみ、連邦憲法裁判所による欠缺補充が問題となる。しかし、このことに関する要求によって、訴訟を任意に行うという意味での手続の自律が根拠づけられることはない。むしろ、欠缺補充は原則、一般的な訴訟上の原則に合致していなければならない¹¹⁴⁾。連邦憲法裁判所は、他のドイツの手続法との類推という方法を通じ、目的適合的な手続を形成することで、現に存在する欠缺を補充しようとする。ただそれは、その補充が憲法訴訟の特性と合致するかぎりにおいてである¹¹⁵⁾。

自己形成することへの願望および、その能力がある場合でも、裁判所は常に、「その訴訟法という重たい鎖を外すという誘惑にとらわれてはならない」¹¹⁶⁾。憲法裁判所法が憲法と一致しないことが明らかな場合にのみ、訴訟法上の規準から憲法裁判所は解放される。

の枠内において」ということが加わっている。また、昔のものでは、BVerfGE 13, 54 (94) を参照。

112) Hillgruber/Goos (27), Rn. 22.

113) BVerfGE 1, 109 (110).

114) Sodan/Ziekow (N 1), § 50 Rn.8.

115) BVerfGE 1, 109 (110 f.); 2, 79 (84); 72, 122 (132 f.) を参照。

116) Pestalozza (N 68), § 1 Rn. 2.

f) 国家指導への限定された関与

憲法機関として位置づけられるとしても、憲法裁判所は国家指導に対して、限定的にのみ関与することができる。というのも、憲法裁判所は自らのイニシアチブによって、実定憲法の問題の解明に取り組むことができず、そのかぎり、常に、他者から要求される手続の開始に依存しているからである。さらに、法律の妥当性についての憲法裁判所の判決は、確かに立法者の議決と比肩しうるような効力を持つが、ただその判決は、実体的にも機能的にも立法ではなく、法的決定(Rechtsentscheidung)である¹¹⁷⁾。

g) 公の意見表明における裁判官の自制要請

たとえ、憲法裁判所が憲法機関であって、国家指導について限定的に関与するものであったとしても、その構成員は職務遂行にあたり、自分たちがまずもって裁判官であるということを忘れてはならない。そこから、次のような要請が生じる。それは、憲法裁判所裁判官の活動にとって重要なものとなりうるような(憲法)政策上かつ(あるいは)実定憲法上の問題に関する、裁判の外でなされる公の意見表明は自制せよという要請である。例えば、メディアを通じて政治的決定の担い手に対し、将来の立法において憲法判例の一定の規準を遵守するよう警告することは禁止されており、それは個々の裁判官が過去に関与した判決の解釈について、裁判の外でコメントを加えることが禁止されているのと同様である。さらに、憲法裁判所裁判官には、伝統的な原則も妥当するであろう。それは、裁判官は判決を通じて語り、その後は沈黙するというものである¹¹⁸⁾。そのような自制によって、必要不可欠な中立性および憲法裁判所裁判官と政治との距離に対する国民の信頼が強化される¹¹⁹⁾。

117) *Benda* (N 83), Rn. 109.

118) そのかぎり、連邦憲法裁判所裁判官の行動方式に批判的なものとして、*Hillgruber/Goos* (N 27), Rn. 7 Fn. 3. ここでは、特に近年において、注目すべき様式の変化が主張されている。

119) 本稿64頁を参照。

III . 憲法の権威ある最終解釈者としての憲法裁判所

1 . 究極的に拘束力を持った憲法解釈権の基礎づけ

憲法裁判所の主たる機能は、適切な申立てに基づき、具体的な憲法上の争いを決定することにある。それは、憲法裁判所が、審査されるべき法的行為と憲法とが一致する、あるいは一致しないということを確認することで行われるが、そこから、場合によってはそれ以上の帰結、たとえば、特に法律規範の無効宣言、さらに憲法違反の行政行為や裁判判決の取消しといった帰結が引き出される。つまり、憲法の権威ある解釈は、「このような判決主文に示された判決内容にとって、先例となるべき前提問題を形作るものでしかない。」¹²⁰⁾しかし、憲法保障という任務を効果的に果たすことを可能にするには、憲法裁判所が、憲法の解釈を究極的に拘束力ある形で決定する権限をも持たなければならない¹²¹⁾。そのような究極的な拘束力を持ち、他の国家機関を拘束する憲法解釈は、憲法の統一的な適用および法的安定性、法の明確性に寄与する。理想的事例においては、このような方法によって、憲法上の争いは、初めから避けられるものなのである。

もっとも、憲法自体においては、憲法への拘束だけが維持されるべきであり、判決を支える理由¹²²⁾の中で表明されている憲法裁判所の憲法解釈への拘束は維持されるべきではない。さもないと、立法権は、憲法裁判所によって提示された特定の憲法解釈を克服するために、憲法改正をせざるをえなくなるであろう。直接的に民主的な正統性を持つ議会の立法者から、憲法裁判権に有利になるよう広範囲にわたって権力を奪うことは、国家権力が互いを審査し配慮し合うような体系とうまく順応するものではない。憲法裁判所の判決形式が持つ、一般的な法的効力から分化した拘束力

120) *Hillgruber/Goos* (N 27), Rn. 10.

121) BVerfGE 108, 282 (295) を参照。

122) それについては、たとえば、BVerfGE 19, 377 (391 f.); 20, 56 (87); 24, 289 (297); 40, 88 (93) を参照。

が、「単純法律」によって規律されるものにすぎないとすれば、「立法者が必要と判断した場合に……，立法者が，内容の同じ新たな規律を可決することによって，自身の形成自由を行使し，形成責任を果たすことは」，禁止されない。「このような判断は，民主的正統性を持った立法者が，変化する社会的要求および変化する秩序観念に法秩序を適応させることについて特別な責任を持つことに適合的である。同時に，このような判断は，憲法裁判所の権利保護に対する機能的および制度的な限界をもたらす。すなわち，次のような状況を顧慮している。」それは，憲法裁判所が「立法者の行為を，憲法それ自体に即して審査するべきであり，憲法裁判所による先例によって審査してはならず，さらに判例を自己のイニシアチブによって訂正することはできない」という状況である¹²³⁾。憲法裁判所は，新たな手続を通じそのような訂正のための手段を獲得した場合，以前の判決で，そのときはまだ主張していた法的見解を，それがたとえ当時の判決にとって重要であったとしても，放棄することができる¹²⁴⁾。

2. 憲法解釈の機能的限界および方法論上の限界

解釈の独占と混同してはならないが¹²⁵⁾，憲法裁判所は「言葉の真の意味において決定的に解釈を支配」している。しかし，その支配も様々な限界に服している。その限界を遵守することで，「憲法裁判所による司法国家」¹²⁶⁾への展開を阻止することができる。まず，すでに示してきた，憲法裁判権の機能的限界が顧慮されるべきである¹²⁷⁾。

123) BVerfGE 77, 84 (104). これとは反対のものとして，BVerfGE 69, 112 (115).

124) BVerfGE 4, 31 (38); 20, 56 (86 f.); 77, 84 (104).

125) Hillgruber/Goos (N 27), Rn. 15 f. また，これについては，Günter Püttner, Der schwierige Weg der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Dieter Wilke (Hrsg.), Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 573:「憲法解釈を要請されている者が，主権を有している。」

126) この概念については，Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz. Erweiterte Fassung eines Vortrages, gehalten in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung am 19. Oktober 1989, 1990,

a) 憲法解釈の任務

まさに多くの憲法規定が広汎かつ一般的であるために、いずれにせよ一般に認められている法学的解釈方法を一貫して用いること、およびそれを無視しないことが要求される¹²⁸⁾。このような方法によって、憲法裁判所裁判官が、「憲法の中に個人的な価値体系や評価を読み取ってしまいたい」¹²⁹⁾という誘惑に負けないようになる。憲法は、解釈手順が恣意的であることを許さない¹³⁰⁾。憲法裁判所が、究極的に拘束力を持つ形で、憲法を解釈する場合、「すべての国家権力は憲法の拘束を受けるという思想が、その拘束力を基礎づけ、正当化する。ただ、その思想が現実化するのには、裁判所の判決が、たとえ裁判所の解釈の中ではあっても、憲法の内容を表現している場合に限られている。憲法裁判所は、このような内容を拘束力あるものとして確定する権限を有しているにもかかわらず、自身の存在の根拠である憲法の上に立つことはない。それゆえ、憲法裁判所が任務を遂行するため、および全体としての憲法生活（Verfassungsleben）のために、大事なことは、どのように憲法解釈の問題を克服するかということである。解釈の任務は、合理的かつ審査可能な手続において憲法適合的な『正しい』帰結を発見すること、また、この帰結を合理的かつ審査可能な

S.61, 69; *Matthias Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, in: Otto Depenheuer/ Markus Heintzen/ Mattias Jestaedt/ Peter Axer (Hrsg.), *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*, 2002, S. 183.

127) 本稿70頁以下を参照。

128) *Sodan* (N 71).

129) *Ekkehart Stein*, in: Erhard Denninger/ Wolfgang Hoffmann-Riem/ Hans-Peter Schneider/ Ekkehart Stein (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Loseblatt, Einleitung, Rn. 9 (Stand der Kommentierung: 2001).

130) *Ernst Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Hans Barion/ Ernst Forsthoff/ Werner Weber (Hrsg.), *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*, 1959, S. 35 (41).

形で基礎づけること、さらにこのような方法によって、法的確実性および予測可能性を創設することであって、判決を下すためだけに決定することではない。¹³¹⁾簡単にいえば次のように定式化できる。重要なのは、「裁判官の技術と結びついた方法の安定性」¹³²⁾である。

憲法解釈の基礎には、「古典的な」¹³³⁾四つの解釈準則があるが、それは、フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニー¹³⁴⁾にまで遡る。すなわち、規範の文言を根拠とする解釈(文法的解釈)、立法資料および発展史を根拠とする解釈(制定史(genetische)および歴史的解釈)、さらに他の規定との意味連関を根拠とする解釈(体系的解釈)、そして意味および目的の探求(目的論的解釈)である¹³⁵⁾。

b) 憲法の統一性の保障

体系的解釈は、「論理的な矛盾を避けながら、精神的な憲法の統一性を保障すること」に資する¹³⁶⁾。それどころか、「論理的・目的論的に意味を持ったものとしての憲法の統一性」は、「第一の解釈原理」と呼ばれる。「なぜなら、憲法の本質が、国家共同体の政治的および社会的・生活の統一秩序だという点にあるからである。」¹³⁷⁾それと密接な関係にあるのが、実践的調和という原理である。その原理にしたがえば、実定憲法上保護された法益は、問題解決に際し、その法益のいずれもが現実化されるよう互いに

131) Hesse (N 30), Rn. 50 f.

132) Stern (N 37), S.29.

133) Ernst Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961, S. 39を見よ。

134) System des heutigen Römischen Rechts, Bd. , 1840, §§32 ff. サヴィニーは法学的解釈を四つの要素に分ける。すなわち文法的要素、論理的要素、歴史的要素、体系的要素であり、それはこの順序で用いられる。

135) これについての詳細は、Helge Sodan, Methode der Verfassungsinterpretation in der verfassungsgerichtlichen Judikatur, in: Otto Depenheuer/ Ilyas Dogen/ Osman Can (Hrsg.), Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre , 2004, S.11 (13 ff.); Sodan/ Ziekow (N 1), § 2 Rn. 4 ff を見よ。

136) Stein (N 129), Rn.64. 強調は筆者。

137) BVerfGE 19, 206 (220).

調和される。また、憲法の統一性という原理から、最適化という任務が生じる¹³⁸⁾。もっとも、憲法の統一性を保障することによって、憲法裁判所が自由権の適用領域において、一般的政治的な考慮によって、当該基本権に追加的な憲法内在的制限¹³⁹⁾を創作してはならず、また、このような方法によって、憲法の中で明示的に規律されている制限の留保を意味のないものにしてはならない。

しかし、そのような訴訟の例としては、2009年11月4日に連邦憲法裁判所がした、刑法130条4項の憲法適合性に関する判決がある。その刑法規定によれば、公然とあるいは集会において、国家社会主義による暴力的支配および恣意的支配を是認し、賞賛し、あるいは正当化することで、犠牲者の尊厳を傷つけ、公の平穩を乱す者は罰せられることになる。正しくも、連邦憲法裁判所は、まず、この刑法規範が、基本法5条2項の意味における一般的法律を表したものではないというところから出発する¹⁴⁰⁾。というのも、「内容関連的な意見表明の制限が十分に開かれたものとして規定されておらず、初めから、もっぱら、特定の信条、考え方、イデオロギーに反対する場合、法律には一般性が欠けている」¹⁴¹⁾からである。基本法に明示的な形で規律されている制限が欠如している中で、連邦憲法裁判所は憲法内在的な制限を作り上げ、それについて以下のように詳しく述べた。「一般的法律ではない刑法130条4項は、それでも、基本法5条1項および2項と合致する。国家社会主義の支配がヨーロッパおよび、広く世界にもたらした、一般的カテゴリーから逸脱した不法および恐怖を鑑みると、また、その不法や恐怖とは反対の構想として理解されるドイツ連邦共和国の誕生を鑑みると、基本法5条1項および2項は、1933年から45年にかけての国家社会主義体制をプロパガンダ的に是認することを制限する規

138) *Hesse* (N 30), Rn.72.

139) 憲法内在的な制限についての詳細は、*Helge Sodan*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz*. Beck scher Kompakt, 2009, Vorb. Art. 1 Rn. 53を見よ。

140) BVerfGE, NJW 2010, S. 47 (50); a. M. BVerwGE 131, 216 (219 ff.).

141) BVerfGE, NJW 2010, S. 47 (49).

定であって、そこには、意見表明と関係する法律に対する特別法の禁止に例外が内在している。」支配的見解によって、憲法で明示的に規律されている基本権制限と並んで、さらに憲法内在的な限界が存在しうることが承認されている場合、「これらの権利(意見表明の自由)は、一般的法律の規定、少年保護のための法律上の規定、及び個人的名誉権によって制限を受ける」という訳者]基本法5条2項の中で挙げられた制限のトリアスを無視しないようにするため、いずれにせよ限定的な取り扱いが要請されるが、その取り扱いを、先に引用した連邦憲法裁判所の政治上の説明と一致させることはできない¹⁴²⁾。

c) 法秩序の無矛盾性

憲法の統一性という原理と関連して、法秩序においてすべての法命題が矛盾しないこと¹⁴³⁾が要請されるが、その要請は、究極的に法と、実態に基づいて確定される現実との均斉のとれた関係を保障することになる。つまり、「法秩序の統一性および完結性(Geschlossenheit)は、各個別の法命題が法秩序全体の一部であるという点に示されるのではない。統一をもたらす、平和をもたらす、法秩序の力を支えているのは、むしろ、その法秩序に属する個別命題の無矛盾性だけなのである。...無矛盾性は、法秩序にとっての妥当根拠である。」¹⁴⁴⁾

このような法体系的な考え方を、連邦憲法裁判所の第2部は1998年に取り上げた。「連邦国家的な権限配分を遵守するよう義務づけること、および、連邦国家特有の相互的配慮をしながら権限を行使するよう義務づけることは、.....法治国家原理によってその内容が明らかになり、さらにその

142) *Sodan/Ziekow* (N 1), § 32 Rn. 28を参照。

143) *Dagmar Felix*, Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, 1998, S. 9 ff., 168 ff.; *Helge Sodan*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, S. 864 ff を参照。

144) *Paul Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978, S. 8 f.

適用領域が拡大する。法治国家原理によって、連邦およびラントのあらゆる法設定機関は、法秩序を矛盾したものにするような互いに衝突する規定が規範の名宛人に及ばないように、そのときどきにおいて、その規定を互いに調整するよう義務づけられている。矛盾を基礎づける規定のうち、どの規定が退かなければならないかは、原則的にその規定の地位、時間的順序および特別法かどうかによって決まる。¹⁴⁵⁾連邦憲法裁判所が、立法が体系適合的であるよう、これ以上強く求めるようになるという予想は、従来認められていない。そこでは、今も変わらずカール・エンギッシュの以下のような主張が妥当し続けている。「何か法ドグマーティクに、その法ドグマーティクが熱望している真正の学問としての地位、もっといえば、より洗練された評価学 (Wertungswissenschaft) という地位を保障するのにふさわしいものがあるとしたら、それは、まさに法秩序の統一性原理の持つ支配的意義である。」¹⁴⁶⁾

d) 憲法適合的解釈の原則

さらに、憲法適合的解釈の原則もまた、法秩序の統一性原理にもとづいている¹⁴⁷⁾。この原則は究極的には、体系的解釈に属する。なぜなら、憲法もまた「全体法秩序の一部」であり、「その全体法秩序は意味統一体として理解されなければならず、国内法のあらゆる解釈の基礎に置かれる」¹⁴⁸⁾からである。様々な解釈が考えられ、かつその「単純法律」の規範が、どの解釈をとっても、上位法としての憲法と一致するわけではない場合、「憲法適合的」な解釈が選択されなければならない¹⁴⁹⁾。解釈可能な規

145) BVerfGE 98, 106 (118 f.). また, BVerfGE 98, 83 (97); 98, 265 (301) を参照。

146) *Karl Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, Neudruck 1987, S. 1.

147) *Hesse* (N 30), Rn. 81.

148) BVerfGE 51, 304 (323).

149) このような解釈原理の詳細については、たとえば、*Harald Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1966; *Karl August Bettermann*, Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren, 1986; *Hesse* (N 30), Rn. 79 ff. を見よ。

範が、通常の方法にしたがうと、複数の解釈を許容しているが、そのすべてが憲法と一致するわけではない場合、そのような解釈をする余地がある。つまり、ある規範が、合理的な形で (sinnvoll)、憲法適合的に解釈できるかぎり、その規範を無効と宣言してはならない¹⁵⁰⁾。そこから生じる憲法に合致する解釈を優先する要請は、憲法適合的解釈のことを指している¹⁵¹⁾。そのため、その要請は特別な方法によって、憲法機関の持つ相互配慮義務¹⁵²⁾を果たすことになる。「問題となっている個別的解釈を締め出し、一般的規範の法的有効性を肯定する」¹⁵³⁾ 解釈としての憲法適合的解釈をすることは、あらゆる専門裁判所の義務でもある。もっとも、憲法適合的解釈も限界にぶつかる。つまり、そのような解釈は、それが文言および明らかに認められる立法者の意思と矛盾する場合には、排除される¹⁵⁴⁾。「民主的正統性を持つ立法者を尊重するため、解釈という方法によって、文言および意味が一義的な法律に、それとは反対の意味を付与すること、あるいは規定の持つ規範的内容を全く新たな形で規定することは禁じられている。」¹⁵⁵⁾

IV．憲法裁判権と専門裁判権

1．憲法異議の補充性原則

すでに述べたように¹⁵⁶⁾、憲法裁判所は、裁判所および憲法機関という

150) BVerfGE 48, 40 (45); また, BVerfGE 32, 373 (383 f.); 69, 1 (55); 83, 201 (214 f.); 88, 203 (331) を参照。

151) *Schlaich/ Koriath* (N 38), Rn. 443.

152) 先の本稿80頁以下を参照。

153) BVerfGE 65, 132 (139).

154) BVerfGE 18, 97 (111); 71, 81 (105); 90, 263 (275); 101, 312 (329).

155) BVerfGE 90, 263 (273). また, BVerfGE 95, 64 (93); 99, 341 (358); 101, 312 (329); 112, 164 (183). 時として憲法判例の実践において主張される、いわゆる限界を超えた事例の例としては、BVerfGE 97, 186 (196 f.) を見よ。さらにそれについての批判については、*Sodan* (N 135), S. 19 ff.

二重の機能を持つがゆえに、専門裁判権とは異なるレベルに位置づけられる。この専門裁判権は、憲法に拘束され、そのため基本権にも拘束されるので、とりわけ法適用のレベルにおいて、基本権の保護に貢献しなければならない¹⁵⁷⁾。「憲法侵害があった場合に、自身の権限の枠内において法的保護を与えることは、あらゆる裁判所のもっとも主要な任務に属する。」¹⁵⁸⁾それどころか「専門裁判権と憲法裁判権との機能分配」については、基本権の保障および実行が「まずもって専門裁判所」の義務であるということが認められる¹⁵⁹⁾。つまり専門裁判所は、「もし審級の中で基本権侵害（Grundrechtsverstöße）が生じた場合、それを除去する」¹⁶⁰⁾よう義務づけられている。

そこから、実践において「憲法裁判所による中心的な法的救済手段」¹⁶¹⁾として認められており、それどころか、「法治国家の最高点（Krönung）」ともいわれる憲法異議の適法性に対して、機能的限界が生じる¹⁶²⁾。個人による憲法異議によって、諸個人は、憲法裁判所に対し、公権力の行為によって自身の基本権あるいは基本権同等の権利（grundrechtsgleichen Rechte）¹⁶³⁾が侵害されたと主張することができる。個人による憲法異議には、二重の機能が与えられる。つまり、「まず、憲法異議は、特別な法的救済手段であり、それは国民が、自身の基本権および基本権類似（grundrechtsähnlichen Rechte）の権利を守るために認められているが

156) 本稿60頁以下および68頁以下を参照。

157) たとえば、BVerfGE 100, 289 (304 f.); 107, 299 (315) を参照。

158) BVerfGE 47, 144 (145).

159) BVerfGE 96, 27 (40). すでに、BVerfGE 42, 243 (248 f.); 47, 182 (191); 49, 252 (258); 63, 77 (79); 72, 39 (43); 73, 322 (327); 74, 69 (74 f.); 78, 155 (160); 94, 166 (213) を参照。

160) BVerfGE 49, 252 (258). さらに、BVerfGE 63, 77 (79) を参照。

161) Jürgen Held, in: Christoph Grimm/Peter Ceasar (Hrsg.), *Verfassung für Rheinland-Pfalz*, 2001, Art. 130a Rn. 1.

162) たとえば、Tomuschat (N 28), S. 266.

163) その区別については、Sodan (N 139), Vorb. Art. 1 Rn. 3 f.

[.....], 法律による一般的な上訴よりも, はるかに厳格な前提条件のもとでのみ適法となる。[.....] それを超えて, 憲法異議は客観的な実定憲法を保障し, さらにその解釈および継続形成に資する機能を持つ。¹⁶⁴⁾ 特別な法的救済手段としての個人による憲法異議は, 審級の系列を先に進めるものではない。つまり, 上訴ではない¹⁶⁵⁾。そのため, 憲法異議に係争中であっても, 原手続の既判力は未決の状態にはならない¹⁶⁶⁾。

憲法異議の補充性の原則によれば, 異議申立人は, 自らが主張している憲法侵害から回復するため, あるいはその侵害を阻止するために, 狭義の意味において出訴の途を尽くしていること・の要請を超えて, さらに自身が使用できるすべての手段を利用していなければならない。そうでない場合, その憲法異議は, その時点で適法ではない¹⁶⁷⁾。このような原則は, 「憲法異議という制度の機能的意義」から導かれうる¹⁶⁸⁾。すでに述べたところの専門裁判所と憲法裁判所との権限分配はまた, 憲法裁判所に「憲法保護という本来の任務のための時間を確保する」¹⁶⁹⁾という目的に資し, またそれによって憲法裁判所の機能性を確保する¹⁷⁰⁾ことに資する。さらに補充性原則は, 憲法裁判所に対し, 「通常は数多くの審級で審査されてきた事実資料を判決前に提出し, さらに, 裁判所, 特に最上級の裁判所[.....]が事件についてとっている見解を伝達する」¹⁷¹⁾ことを意図している。

164) BVerfGE 33, 247 (258 f.) 傍点は筆者。また, BVerfGE 51, 130 (139) を参照。

165) *Sodan* (N 56), § 84 Rn. 51.

166) たとえば, BVerfGE 93, 381 (385); 94, 166 (212 f.); 107, 395 (413) を参照。

167) たとえば, BVerfGE 22, 287 (290 f.); 63, 77 (78); 73, 322 (325); 79, 275 (278 f.); 80, 40 (45); 81, 22 (27); 107, 257 (267); 108, 370 (386) を参照。

168) たとえば, ベルリン州の憲法裁判所の判断についての, ハンス・ディートリッヒとフィリップ・クーニッヒの少数意見は的確である。LVerfGE 1, 121.

169) すでに BVerfGE 4, 193 (198); さらに, BVerfGE 22, 287 (291) を参照。

170) BVerfGE 33, 247 (258); 68, 384 (388).

171) BVerfGE 78, 155 (160); また, BVerfGE 8, 222 (227); 9, 3 (7); 72, 39 (43); 79, 1 (20); 97, 157 (165); 101, 54 (74); 102, 197 (207, 210); 102, 254 (296). さらに, *Bethge* (N 86), § 90 Rn. 377 ff. (Stand dieser Kommentierung: Januar 2005); *Thomas Kreuder*, Rechtsfrage der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, NJW

個別の異議申立人によって遵守されるべき、憲法異議の補充性に関する諸要求は、立法者によって、また必要があれば、補充的に憲法裁判所の判例において、明確な形で確立されなければならないが、それは個別事件で行われる関連する基準の適用が憲法裁判所の任意で行われないようにするためである¹⁷²⁾。

しかし、連邦憲法裁判所の裁判の事例では、憲法異議の補充性原則の適用について、一部の領域においては一義的な基準が欠けている。このことは、特に直接法律に対抗するような憲法異議に認められる。形式的意味の法律に対し利用可能な法的方法がないにもかかわらず（連邦憲法裁判所法93条3項参照）、最近の連邦憲法裁判所の判例によれば、このような場合でも直接法律に対抗する憲法異議があった際には、補充性原則が適用されることになる。問題となっている法律によって直接侵害があるような場合でも、その判例にしたがえば、次のような場合、憲法異議は不適法となる。それは、期待可能な（zumutbar）方法を持つ異議申立人が、専門裁判所に上訴することによって、効果的に権利保護を得られる場合、特に、異議申立人が、その法律を基礎にして命令された個別行為¹⁷³⁾が終わるのを待つことで、権利保護が得られる場合、また、申立人が、専門裁判所の審査を通じ、基本法100条の裁判官による移送（Richtervorlage）を経て、問題となる法律の付随的審査の実現を求めることで、権利保護が得られる場合である¹⁷⁴⁾。しかし、その際、専門裁判所への上訴が「明らかに見込

2001, S. 1243 (1244 ff.) を見よ。

172) 補充性原則の重要な刻印づけおよび限界については、*Helge Sodan*, Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, DÖV 2002, S. 925 (929 ff.); *Rüdiger Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl., 2006, Rn. 36 ff. を見よ。

173) そのため、実際に問題となるのは、個別行為の命令に対応している法律が、異議申立人を、概して直接的に侵害している場合にとどまる。もっとも、連邦憲法裁判所は、直接性要求と補充性との間を、常に一義的な形で区別しているわけではない。この点については、*Sodan/Ziekow* (N 1), § 51 Rn. 38 f.

174) BVerfGE 69, 122 (125 f.); 72, 39 (43 f.); 74, 69 (72 ff., insbes. 74 f.); 97, 157(166);

みがないとはいえない」場合であっても、ここでいう期待可能性は与えられる¹⁷⁵⁾。

しかし、とりわけ次のような場合には、連邦憲法裁判所は、専門裁判所に対し法的手段に訴えるということが考えられうるにもかかわらず、例外的に法規に対する憲法異議を認めている。それは、問題となった形式的な法律の公布があった際に、立法権限についての規定を侵害したことが追及された場合である。たとえば、たしかに憲法裁判所は、医師の手数料規則、つまり連邦の法命令に対する憲法異議を、補充性原則にしたがい、専門裁判所の存在を指示することで不適法とみなした。しかし、他方で、憲法裁判所は「異議申立人が、その問題となった手数料規則が基本法の権限規定に反した形で発布され、内容上十分に特定されていない授權根拠に拠っていたために、職業選択の自由という基本権を違憲な方法で制限していると、主張するかぎりにおいては、その憲法異議を適法なもの¹⁷⁶⁾とみなしている。

過度に漠然とし、不統一である実践上の基準によって、不可避免的に法的な不安定が導かれるが、その不安定性が、憲法裁判権および専門裁判権の機能とは相容れることはない。憲法裁判所は、「専門裁判所および形式的な立法者を含む、あらゆる国家のアクターと対抗しながら、権威を持って基本権保護を実施しうる¹⁷⁷⁾」ということから生じる特別な責任を意識しなければならない。

2. 憲法異議手続における法の審査の実質的限界

憲法裁判所の主な権利保護命令は憲法違反の確認と関係しており、反対

BVerfG, NVwZ 2009, S. 1217 (1218). 批判的なものとして, *Schlaich/Korioth* (N 38), Rn. 255を参照。

175) BVerfG (Kammerbeschl.), NVwZ-RR 2000, S. 473; NVwZ-RR 2002, S. 1. また, BVerfGE 79, 1 (20); 85, 80 (86); 102, 197 (208) を参照。

176) BVerfGE 68, 319 (325 f.).

177) *Bethge* (N 86), § 90 Rn. 4 (Stand dieser Kommentierung: Januar 2005).

に、「単純」法律の「単なる」侵害とは関係しない。つまり、後者を審査するのは、まずもって専門裁判所の任務である¹⁷⁸⁾。つまり、憲法裁判所は「憲法適合性の番人ではあるが、一般的な法適合性の番人ではない。」¹⁷⁹⁾そうでないと、憲法裁判権は「超上告審」になってしまい、また、専門裁判所固有の機能を軽視することで、憲法違反の審査へと憲法裁判所を特別に方向づけたことの意味がなくなるであろう。このことを防ぐためには、憲法裁判所が、異議を唱えられた高権的行為をもっぱら、「特別な実定憲法」の侵害に基づいて審査する必要がある。つまり、その侵害は「実定憲法という特別な根拠」¹⁸⁰⁾に基づいていなければならない、単に「単純」法律の侵害から生じたものであってはならない¹⁸¹⁾。しかしながら、重大かつ全く維持できないような法適用の瑕疵があり、そのかぎりでは、この行為が、一般的な恣意の禁止に違反することになる場合は別である¹⁸²⁾。しかし、それを度外視すれば、憲法裁判所は、法適用を過度に詳細に審査することで専門裁判所に力を誇示するという誘惑に常に抵抗しなければならない¹⁸³⁾。

ところで、憲法裁判権と立法者との関係もまた、専門裁判権に影響を与

178) たとえば、BVerfGE 7, 198 (207); 18, 85 (92); 62, 338 (343) を参照。

179) *Michael Kloepfer*, Ist die Verfassungsbeschwerde unentbehrlich?, DVBl. 2004, S. 676 (680).

180) BVerfGE 63, 266 (298) についての定式化を参照。

181) BVerfGE 18, 85 (92 f.); 62, 338 (343) を参照。それについての詳細は、*Markus Kenntner*, Vom Hüter der Verfassung zum Pannenhelfer der Nation? Zur Kontrolldichte im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde, DÖV 2005, S. 269 (271 ff.) を見よ。

182) それについては、以下のような個別の判例を参照。BVerfGE 62, 338 (343); 70, 93 (97); 74, 102 (127); 81, 132 (137); 82, 159 (194); 83, 82 (85); 86, 59 (62 f.); 87, 273 (279). 専門裁判所の判決を憲法裁判所が審査する際の、さらなる審査基準については、*Sodan/Ziekow* (N 1), § 51 Rn. 61 f.

183) *Helge sodan*, Diskussionsbeitrag im Rahmen der Aussprache zum Beratungsgegenstand: Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 193 (194).

えるが、このことはフィリップ・クーニツヒが次のような言葉で的確に表現している。「憲法裁判所が、立法者に対し全く尊敬の念を持つことなく、議会制定法に干渉した場合、憲法裁判所は、専門裁判所から、立法者が適用のために専門裁判所に与えようとした道具を奪ってしまう。憲法裁判所が、専門裁判所の法適用という任務に干渉した場合、それによって、しかし同時に、立法権に干渉したことにもなる。規範の破棄だけでなく、解釈高権の篡奪もまた、立法に影響を与える。逆も認められる。立法者が十分な形で任務遂行をしない場合、つまり、確かに法治国家にもとづく明確性の要請という基準は満たしているものの、実践で重要な問題が開かれたままである場合、立法者自身は裁判所に代替立法者の役割を強制している。」¹⁸⁴⁾

V. 連邦制国家における憲法裁判権

1. 連邦国家の基礎

連邦制国家には複数の憲法裁判所が存在することがあり、それらの裁判所が、一緒になって連邦国家における憲法裁判システムを形成している。連邦国家は一つの国家(全体国家)(Gesamtstaat)であるが、また他方でそれ自身、様々な国家(支分国家)(Gliedstaaten)で構成されている。その支分国家に属している者たちが国民全体を形成している。原則、外に対して全体国家は統一体としてふるまうが、内には多様な国家が存在する。そのような連邦国家の国家機構が具体的にどのような形になるかは実に様々な可能性があり、通常、それは長きにわたる政治的および歴史的な発展の帰結である。それゆえ、これが連邦国家だといえるものはそもそも存在しない。したがって、実定憲法上は、具体的に形成された連邦国家秩序のみが問題となりうる。

184) Philip Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 34 (46 f.). 「代替立法者」の機能については、先に述べた本稿71頁を参照。

ドイツでは、支分国家として16のラントが、ドイツ連邦共和国という全体国家を形成している。それらのラントが連邦を設立した（基本法の前文を参照）。そのため、全体国家（連邦）と支分国家（ラント）は、2つの構成要素からなる連邦国家の中で、それぞれ国家としての性格を持っているがゆえに¹⁸⁵⁾、そのすべてが、憲法、議会、政府および裁判所を頂点とする独自の基本秩序を示している。すべての国家の権限および権能は全体国家と支分国家に分けられるが、そこで、その境界が特に重要となる。

a) 連邦国家における垂直的権力分立

国家の権限および権能を、領域ごとに連邦とラントに分けることによって、連邦国家において、さらなる国家権力の差異化、すなわち二つのレベル、つまり様々な（国家）団体の間での垂直方向の差異化が生じる。このような差異化は、水平的な権力分立同様¹⁸⁶⁾、連邦の権力にバランスをとるための重り（Gegengewicht）を置くことによって、もっぱら国家の権力行使を抑制し、限界づけることに資するものであり、それによって自由を促進する効果を発展させる。連邦国家における国家組織法の主たる任務は、全体国家と支分国家に国家権力を分配すること、つまり、それらの団体の権限を振分け、限界づけることである。この任務は、連邦憲法によってのみ遂行されうる。

b) ラント固有の国家性

しかし、ラントの国家的性質を基礎づけることは問題がないわけではない。というのも、機能的な連邦国家においては、ラントが直接、連邦法に従わなければならないからである。また、連邦は、連邦憲法の改正によって、それまでラントに与えられていた権限それ自体を奪う権限（いわゆる権限の権限）を有している。今日一般的にラントの国家性を認めるのは、19世紀に始まり20世紀に継続した学問上の争いの帰結である¹⁸⁷⁾。

185) それについては、本稿89頁以下。

186) 本稿49頁以下を参照。

187) それについては、*Otto Kimminich*, *Der Bundesstaat*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*,

ラントが国家的性質を持つということは、次のことに基づいている。それは、連邦国家の(国民全体に由来する)統一的な国家権力の行使が、連邦およびラントとの間で、その任務領域に応じて分配されていること、また、それぞれの団体が、その権限の枠内で、この国家権力を、他の団体に依存することなく行使すること、特に(制限された)ラントの国家高権が、連邦に由来していないということである¹⁸⁸⁾。ラントが国家的性格を持つことの表現として、その憲法的自律(Verfassungsautonomie)が語られる。それぞれのラントにおいて、憲法にしたがって秩序を形成することは、そのラント単独の仕事である。また、連邦の憲法領域とラントの憲法領域は、原則独立しており、互いに並立関係にある¹⁸⁹⁾。しかし、ラントの憲法的自律は特に、連邦憲法において規律されている基本権並びに、基本法28条1項に含まれている同質性要請によって制限されている。この基本法28条1項は、連邦憲法とラント憲法の間的一致について最低限の基準を要求している¹⁹⁰⁾。基本法28条3項によれば、ラントの憲法適合的な秩序が連邦憲法上の規準を遵守することの保障は、まさに連邦の任務である。さらに、ラントの国家性から、独自に行使されるべき国家権力を自律的に組織化するというラントの基本的な権能(組織高権)が導かれる¹⁹¹⁾。

2. 連邦を構成する諸ラント独自の憲法裁判所

その憲法的自律に基づいて、各ラントもまた独自の憲法裁判所を設立することができる。連邦とラントの憲法の領域は、連邦制をとる国家では、先述したように、原則独立し、互いに並立関係にあるため、それに対応

Bd. , 2. Aufl., 1995, § 26 Rn. 11 ff., 15 ff. を参照。

188) BVerfGE 1, 14 (34); 60, 175 (207) を参照。

189) *Hans-Jürgen Papier*, Die Bedeutung der Landesverfassungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zur Bundesverfassungsgerichtsbarkeit, in: Helge Sodan (Hrsg.), Zehn Jahre Berliner Verfassungsgerichtsbarkeit. Ansprachen anlässlich des Festaktes am 24. Mai 2002, 2002, S. 19 (20).

190) *Sodan/Ziekow* (N 1), § 8 Rn. 9を参照。

191) BVerfGE 34, 9 (20).

し、このことは連邦とラントの憲法裁判権にも妥当する¹⁹²⁾。もっとも一つの連邦国家においては、連邦憲法だけでなくラント憲法の番人たる権限を持った、一つの中心的な憲法裁判所だけが存在するということも考えられる。2008年の初めまで、シュレーズヴィツヒ・ホルシュタイン州は独自の憲法裁判所を持たず、基本法99条にしたがって、機関委任 (Organleihe) という方法を利用していった。つまり、連邦憲法裁判所にラント憲法をめぐる争訟の管轄権が与えられていた。このことは2008年5月1日でもはや認められなくなった¹⁹³⁾。いまや、16のすべてのラントがそれぞれ独自のラント憲法裁判所を持っている。

あらゆる場合において、連邦制国家では、実定憲法上の権利義務に関する全体国家と支分国家との間の意見の相違を、連邦国家関係に基づいて決定する権限が必要だが、その権限については全体国家の憲法裁判所が優位している必要がある。さらに、この手続形態 (連邦・ラント間争訟手続) は連邦国家秩序を維持するのに資する¹⁹⁴⁾。

a) ラント憲法裁判権の意義

支分国家が独自の憲法裁判所を設立することを肯定する根拠は、その独自の国家性だけでなく、何よりも、ラントのことはラントで扱うのがよい (Sach- und Ortsnähe) という点、さらに、全体国家の憲法裁判所の負担を軽減するという点にある。そのため、支分国家の憲法裁判所は、正しく理解された補充性を表したものである。補充性の原則は、単に個人と国家との関係において実りあるものとなりうるだけでなく、さらに、国家

192) Helge Sodan, Grundfragen der Landesverfassungsgerichtsbarkeit, NdsVBl. 2009, S. 158 (159).

193) その法的根拠については、2006年10月17日のシュレーズヴィツヒ・ホルシュタイン州憲法の改正に関する法律 (GVOBl. S.220) をみよ。また、2008年1月10日のシュレーズヴィツヒ・ホルシュタイン州憲法裁判所についての法律 (GVOBl. S.25) を見よ。

194) たとえば、基本法93条1項3号、連邦憲法裁判所法13条7号、68条以下を参照。ヨーロッパの連邦争訟に関する諸規定の概観については、Tomuschat (N 28), S. 263 f. を見よ。

権限の競合を解消する原則としても理解されうる¹⁹⁵⁾。

2002年には、当時の連邦憲法裁判所の長官が、「ドイツ連邦共和国において、ラント憲法裁判権の持つ意義が増大していることは無視できない」と主張した。さらに彼は、「既に数十年前から連綿と続いていると思われる、連邦制システムの集権化への傾向は」、この憲法裁判の領域においては、「明らかに止まっており、さらに一定程度においては逆行した」と述べた。さらに彼は次のように付言した。「今日、ラントの憲法裁判権が不要だと真剣に主張するものはいない。むしろ、実定憲法上必要なものとみなされており、それなしでは、基本法の連邦制的構造が不完全なものとなるであろう。」¹⁹⁶⁾このような評価に関しては、その後も、全く変わることはない。ラントにおける憲法裁判権は、ドイツ連邦共和国の連邦的構造の中で確固たる地位を占めている¹⁹⁷⁾。

195) *Helge Sodan*, *Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Ein verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Beitrag zum Umbau des Sozialstaates*, 1997, S. 308. 補充性原則の社会哲学的な基礎づけについては、1931年の教皇ピーウス11世による回勅 *Quadragesimo anno* Nr.79における以下のような定式をみよ。「つまり、昔は小さな集団が行っていた多くのことが、社会状態のもろもろの変化のもとで今や大きな集団でなければ遂行できなくなっているということは、歴史が明らかに示しているように、真実ではあるが、それにも拘らず常に確固不動で、変更も牽強付会も不可能なのは、社会哲学のあの、きわめて重要な原理である。すなわち、個々の人間が自らの努力と創意によって成し遂げられることを彼らから奪い取って共同体に委託することが許されないと同様に、より小さく、より下位の諸共同体が実施、遂行できることを、より大きい、より高次の社会に委譲するのは不正であると同時に、正しい社会秩序に対する重大損害かつ混乱行為である。けだし、社会のあらゆる活動は、その権能と本性ゆえに、社会体の成員たちに補助を提供せねばならず、彼らを破壊し吸収するようなことは決してあってはならないからである。」[この回勅の訳については、澤田昭夫「補充性原理 The Principle of Subsidiarity: 分権主義的原理か集合主義的原理か?」『統合の深化と拡大』(日本 EC 学会年報 第12号, 有斐閣, 1992年)37-38頁を引用した。] (*Acta Apostolicae Sedis* [1931], S. 203).

196) *Papier* (N 189).

b) ラント憲法異議

ラントの憲法裁判所は、各ラント憲法の番人である。その管轄権はラントの機関にのみ及び。というのも連邦の機関は、ラント憲法に拘束されえないからである。それゆえ、ラント憲法異議は、そのラント独自の基本権侵害の訴えによって支えられており¹⁹⁸⁾、ラントの国家権力の行為に対抗するものでなければならない¹⁹⁹⁾。そのような行為は、当該高権の担い手の作為あるいは不作為の中に存在しうる。基本権侵害の審査に関して、ドイツの連邦憲法裁判所とラント憲法裁判所の関係には、いくつかの限界問題が生じる。

aa) まず、ラント裁判所のある判決が連邦の裁判所によって認容された場合に、そのラント裁判所の判決がラント憲法異議の対象になりうるかどうかについて議論がある。ここでは、特にラントの国家権力による連邦の国家権力の統制という許されない統制が起きる危険が考慮されるべきである。それゆえ、ラントの裁判所の判断に対する憲法異議が適法なものとなるのは、ラント法と抵触しないかぎり、連邦の裁判所がラント裁判所の判決を実質的には処理しない場合のみである。それはたとえば、連邦の裁判所が上訴の適法性を否定した場合、あるいはその判決に対する上訴を受理しなかった場合である。というのも、この場合、連邦の国家権力が実際には、ラントの国家権力に浸透していないからである。しかし、連邦の裁判所が実質的にラント裁判所の判決を処理し、認容し、あるいは変更した場合、ラント裁判所の判断は、ラント憲法裁判所の管轄権から外される²⁰⁰⁾。連邦裁判所の審査基準、すなわち連邦法と、ラント憲法裁判所の

197) ドイツにおけるラント憲法裁判の様々な展開については、*Christian Starck*, *Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. , 3. Aufl., 2008, § 130 Rn. 6 ff.; *Sodan* (N 192), S. 158を見よ。

198) 憲法異議という法的救済については本稿82頁以下を参照。

199) たとえば、*VerfGH Sachsen*, *LVerfGE* 9, 270 (272) を参照。

200) この意味については、また *BVerfGE* 96, 345 (371); *BayVerfGHE* 22, 124 (126); 46, 21 (29)。

審査基準，すなわちラント憲法とがそれぞれ区別された基準であったとしても，この点については，何も変わらない。

bb) 実体的なラント法のラント裁判所による適用は，それが連邦法律によって規律される手続において行われる場合であっても，憲法異議によって攻撃を受けることがある²⁰¹⁾。このことは全く自明ではない。というのも，連邦の訴訟法はラント憲法裁判所²⁰²⁾による審査を予定しておらず，そのため，ラント憲法裁判所による審査が連邦法と対立するという想定もありえないことではないからである。しかし，連邦憲法裁判所は的確にも，基本法74条1項1号による裁判手続を規律するための連邦の権限が，そのかぎりでは，憲法裁判権を規律するためのラントの権限によって制約されるということを示した²⁰³⁾。

cc) 上で述べた問題点は，連邦法を適用するラントの裁判所がラント基本権に拘束されうるか，また，それによりその判決がラントの憲法裁判権によって審査されうるのかという問題とは区別されよう。

ラント憲法裁判所において種々の判決²⁰⁴⁾がなされた後で，1997年に連邦憲法裁判所は，本質的に基本法142条の適用に起因する一つの決定をするに至った²⁰⁵⁾。この基本法142条によれば，基本法31条(「連邦法はラント法を破る」)の規定があるのにもかかわらず，ラント憲法の諸規定は，それが基本法1条ないし18条と合致して，基本権を保障している場合にかぎり，効力を持ち続ける。連邦憲法裁判所は，それによってラント憲法裁判所も基本権の保護をなしうるという見解を主張している。その結果，基本法142条は，憲法異議において主張されうるすべての基本権および基本権と同等に保障されるものにまで及ぶべきであり，基本法が発効した時点において，すでに連邦共和国のラントの憲法に規定されていた主観的な憲

201) たとえば，BayVerfGHE 54, 178 ff.; StGH Hessen, ESVGH 19, 7 (9) を参照。

202) たとえば，行政裁判所法47条3項を参照。

203) BVerfGE 96, 345 (370 f.) を見よ。

204) それについての詳細は，*Sodan* (N 56), § 84 Rn. 57 ff.

205) BVerfGE 96, 345 (364 ff.) を見よ。

法上の権利だけをとらえているのではない²⁰⁶⁾。基本法142条において挙げられている合致に関して、連邦憲法裁判所は、基本法とラント憲法それぞれの基本権の保障領域およびその制限が互いに矛盾してはならないということ并要求する。さらに、このような無矛盾であることは、その基本権の「内容が同じ」である場合に存在する²⁰⁷⁾。当該ラントの基本権が基本法の基本権と内容を同じくし、ラント憲法裁判所の審査基準として許容されるのは、その基本権が、判決されるべき事件において、基本法と同じような結論に至る場合にとどまる。さらに、このような問題を審査する場合、ラントの憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法31条にしたがって、連邦憲法裁判所の判例に拘束される²⁰⁸⁾。

連邦憲法裁判所は的確に次のように指摘する。ラントの裁判所は、連邦法上の手続規定を適用したとしても、ラントの国家権力を行使している。また、ラントの基本権と連邦の基本権に裁判官が同時に拘束されることからくる衝突は、これらの内容を等しくする基本権の適用が具体的事件においては同じ結論に至ることになるというかぎりで、排除される²⁰⁹⁾。つまり、そのかぎりでは、ラントの専門裁判所による連邦の訴訟法の適用が、ラント憲法異議の対象になりうる。このような認識によって、連邦憲法裁判所は、ベルリンの憲法裁判所によって事前になされた当該判決を是認したが²¹⁰⁾、このような認識は、その後、ラント憲法裁判権の領域において、もはや問題となっていない²¹¹⁾。

206) BVerfGE 96, 345 (364).

207) BVerfGE 96, 345 (365).

208) BVerfGE 96, 345 (Ls. 4 a und b).

209) BVerfGE 96, 345 (366 f.).

210) VerfGH Berlin, LVerfGE 1, 44 (51 f.); 1, 56 (62 f.); 1, 169 (179 ff.) を見よ。

211) それについて、たとえば、BayVerfGE 51, 119 (122); 51, 144 (146 f.); 52, 1 (2); VerfGH Berlin, LVerfGE 9, 41 (43); 15, 27 (32 f.); NStZ-RR 2001, S. 337; VerfG Brandenburg, LVerfGE 8, 82 (84 f.); 16, 149 (153 f.); StGH Hessen, LVerfGE 9, 195 (197); VerfGH Rheinland-Pfalz, NJW 2001, S. 2621 f.; VerfGH Sachsen, LVerfGE 8, 301 ff.; 9, 255 (257 f.); ThürVerfGH, OLG-NL 2001, S. 89 ff.; LVerfGE

しかし、連邦憲法裁判所は、「基本法と内容が同じ形でラント憲法によって保障される基本権を遵守するために、ラント裁判所による実体的な連邦法の適用を審査する資格が、ラント憲法裁判所にもあるかどうか」という問題については、明らかに未解決なままにしている²¹²⁾。さらに、2002年には当時の連邦憲法裁判所の長官が、この問題を解決しておらず、まさに未解決なものと呼び²¹³⁾。ラント憲法裁判所は、そのような審査権限を承認することについては、これまで、いくつかの例外を除いて非常に慎重である²¹⁴⁾。

しかし、連邦の訴訟法の適用ではすでに一般的に行われているように、ラント憲法裁判所が、ラインラント＝プファルツのようにラント法が禁止していないかぎり²¹⁵⁾、ラント憲法異議の枠内で、実体的な連邦法の解釈、適用を、連邦憲法裁判所によって示されたものと同じ基準によって審査するという事は、容易に想定される。異なった運用を行うことについては、説得的な根拠を見いだすことができない²¹⁶⁾。専門裁判権に比して憲法裁判権が持つ特殊な機能を遵守することで、ラント憲法裁判所が上告裁判所という形をとって、連邦法の単純法律の適用を統制するという危険は存在しない。連邦憲法裁判所が前もって追加的な保障をすることで、特に

13, 415 (420) をみよ。

212) BVerfGE 96, 345 (362).

213) *Papier* (N 189), S. 29.

214) それについての詳細は、*Sodan* (N 56), § 84 Rn. 62 f. を見よ。

215) ラインラント＝プファルツ憲法裁判所法44条2項の明示的な規定によれば、ラントの公権力が連邦法を実行し、あるいは適用している場合には、ラインラント＝プファルツ州憲法裁判所に対する憲法異議は不適法となる。しかし、このことは、裁判所による手続の実行に妥当せず、また、ラント憲法が基本法のように広範囲にわたって権利を保障している場合には妥当しない。これについては、VerfGH Rheinland-Pfalz, NJW 2001, S. 2621 f. を参照。

216) 個別事例におけるそのことについては、*Helge Sodan, Überprüfbarkeit landesgerichtlicher Anwendung materiellen Bundesrechts auf Grund einer Landesverfassungsbeschwerde*, NVwZ-Sonderheft 2005, S. 8 (10 ff.); ders. (N 139), Art. 142 Rn. 8を見よ。

ラント憲法裁判所の審査を内容が等しいラント基本権に限定したことによって、また基本法上の付随的審査において連邦憲法裁判所の判例に拘束されることで、さらに意図的に当該事件と関係する連邦憲法裁判所の判決あるいは他のラント憲法裁判所の判決と異なる判決を行う場合には基本法100条3項によって定められた移送義務があることで、部分的な連邦法が成立してしまうという危険は十分払いのけられる。

VI. 憲法（判例）の継続性

「法が、社会および国家生活の秩序要素として任務を遂行できるのは、その法が不変性および継続性を企図する場合に限られる。時間という次元は法の本質的な要素である。もっともさらに、その時間という次元によって法に保守的な傾向が与えられる。現在活動している立法者は確かに将来にむかって何らかの規定を公布するが、その際、必ず、その規定を過去において獲得された経験および認識と結びつける。」²¹⁷⁾しかし、継続性の保障は「かつて存在した法の存続を目標にしているのではなく、むしろ、法の発展を前提としている。しかし、継続性の保障は、法の発展が、唐突あるいは突然の変更、また矛盾した変更を避けながら、『連続的に』、すなわち安定かつ一貫して行われることを要求している。」²¹⁸⁾このことは、特に憲法に妥当する。憲法はまさに「固定化、安定化そして継続化」を行うものである。また、憲法は国家生活の「(その理念にしたがえば)継続的な基本秩序」であり、「国家生活の静態的かつ不変的な要素」である²¹⁹⁾。こ

217) *Hartmut Maurer*, Kontinuitätsgewähr und Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. , 3. Aufl., 2006, § 79 Rn. 1.

218) *Maurer* (N 217) § 79 Rn. 3.

219) *Herbert Krüger*, *Subkonstitutionelle Verfassung*, DÖV 1976, S. 616; さらに以前のものとしては、*Gerhard Anschütz*, *Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung*. Rede, gehalten bei der Jahresfeier der Universität Heidelberg am 22. November 1922, 1923, S. 1 f. を参照。

のような継続する力から、民主主義原理の動的な作用とバランスをとるための重り(Gegengewicht)が生じる。つまり「憲法は、そのときどきの多数者の可変的な意思などでは決してない、むしろ、包括的な考察によって到達するような、創設的かつ継続的な国民意思の表れである。」また「規範、命令および判決の全体構造において」、憲法には、「これらの方法によって、そのような国民意思を保護し、支えるという機能」が付与される²²⁰⁾。

1. 憲法の同一性の保護

基本法は79条3項の中で、連邦の諸ラントへの編成、立法に際しての諸ラントの原則的協力、または1条および20条でうたわれている基本原則に触れるような憲法改正を許されないものとして宣言している。それによって、国家の自己放棄(Selbstaufgabe)は排除されている²²¹⁾。連邦憲法裁判所は、2009年のリスボン判決において次のように定式化した。「いわゆる永久保障によって、自由主義的な憲法秩序の同一性それ自体を任意に変更するような権限は、憲法改正立法者の手から取り上げられている。基本法はそのため、ドイツが主権を持った国家であることを前提にしているだけでなく、その国家性の保障もしている。……同時に、79条3項において維持されている憲法の同一性を侵害することは、民主主義的原理からみれば、国民の憲法制定権力への干渉である。そのかぎりでは、憲法制定権力は、国民の代表者および機関に、憲法の同一性を自由に処分することを委任してはいない。どのような憲法機関も、79条3項にしたがって基礎的な憲法原理を変更する権限を認められていない。それについては、連邦憲法裁判所が監視する。一方、いわゆる永久保障により、基本法は、民主主義的な基本秩序の自由主義の本質が徐々に、あるいは突然に空洞化されたという歴史的経験に対応している。しかし、ドイツの憲法が国際的な発展と

220) *Anna Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, 2002, S. 193 f.

221) *Eckart Klein*, Staat und Zeit, 2006, S. 59.

一致した形で、まさに国際連合の誕生以来、実定法によっても変更できない普遍的な基礎を備えていることは明らかである。」²²²⁾ EU法によって同一性が審査された場合、このEU法がドイツにおいて適用できないと宣言されることにもなりうる²²³⁾。

2. 憲法改正

基本法の場合、全部で57回という改正法律の数はやはり実に多いが、この数は、憲法規範の多くが永続的に方向付けを行うことがもはやできないということを示している²²⁴⁾。最近では、何よりも2006年と2009年の二つの連邦制改革によって、立法権限および行政権限、さらに連邦国家の財政制度が根本的に再編されることになった²²⁵⁾。顕著な継続性を持ち、長い間、別格であった基本権規定でさえ、重要な改正を免れたままではなかった。しかし、まさに広範で実に詳細な、基本法13条の住居不可侵についての規定²²⁶⁾、あるいは基本法16a条の庇護権についての規定は²²⁷⁾、デトレフ・メルテンの警告的な示唆がどれほど正当であるかを示している。「憲法制定という高度な技術の本質は、多くのことを書きすぎない」²²⁸⁾という点にある。1949年に基本法の起草者たちは、おそらく、憲法を作り上げるためのこのような考え方に、沿っていた。もっとも、このようなことが、

222) BVerfGE 123, 267 (343 f.). 傍点は筆者。

223) BVerfGE 123, 267 (354).

224) Klein (N 221), S. 58 f. を参照。

225) 概観については、Helge Sodan, Kontinuität und Wandel im Verfassungsrecht. Zum 60-jährigen Jubiläum des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 2009, S. 545 (549 f.) を見よ。

226) 45. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26. März 1998 (BGBl. S. 610) を見よ。

227) 39. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26. März 1993 (BGBl. S. 1002) を見よ。

228) Detlef Merten, Basta - Neue Aphorismen zu Staat und Recht, Individuum und Gemeinschaft, 2007, S. 13.

現代の憲法改正立法者に対しても同じように妥当するかどうかについては、疑いなしとはしない。リューティガー・ツックが具体的に次のように定式化している。もともと「私の家は私の城である」という原則についての単純な規定であった基本法13条は、「今や、税制上の実施命令のようなもの」²²⁹⁾として読まれている。

3. 憲法解釈の継続性という目標

最も上位にいる憲法の番人としての憲法裁判所は特に、憲法の継続性を維持する使命がある。すでに述べたように²³⁰⁾、憲法裁判権を通じて、法の静態は政治の動態に対して優位している。他の国家機関による憲法解釈の継続性もまた、憲法裁判所が決定的で憲法の最終解釈者として機能することで確保される²³¹⁾。それゆえ、憲法判例の本質的な目標は、憲法解釈の基本的な問題に対し、可能なかぎり永続的な答えを与えるということではない²³²⁾。

229) *Rüdiger Zuck*, Der totale Rechtsstaat, NJW 1999, S. 1517 (1519). さらに, *Peter Badura*, 50 Jahre Grundgesetz, KritV 1999, S. 428 (429); *Hans-Peter Schneider*, 50 Jahre Grundgesetz. Vom westdeutschen Provisorium zur gesamtdeutschen Verfassung, NJW 1999, S. 1497 (1504) も参照。

230) 本稿56頁参照。

231) 本稿75頁以下を参照。

232) しかし、連邦憲法裁判所が基本権裁判において基本的な立場を変えることは珍しいことではない。確認しておくべき、その例については、*Helge Sodan*, Verfassungsrechtsprechung im Wandel, NJW 2003, S. 257 (258 ff.); *ders.* (N 225), S. 548 f. を見よ。