

# 西ドイツにおける 近代立憲主義確立の政治過程

——三権の立憲主義的統制機関としての  
連邦憲法裁判所の活動を中心に——

安 章浩

## The Political Process of the Establishment of Modern Constitutionalism in West Germany:

Centering on the Constitutional Control over the Three Branches of  
Government by the Federal Constitutional Court

YASU, Akihiro

### Abstract

It is said that the German Federal Constitutional Court is one of the political institutions which succeeded in securing modern constitutionalism after World War II. In this article, first, I try to clarify how this system was adopted in West Germany. Secondly, I try to follow how this system contributed to creating the free and democratic basic order, while it struggled to get the status as the independent and autonomous constitutional organ against the Adenauer Government. After the constitutional control over the three branches of Government by this system succeeded, the relation between this system and the scholars of constitutional law who played the priest-role of interpreting the constitution has been fundamentally changed. With that the main concepts for the study of the constitutional law also had changed its meaning. Lastly, I try to elucidate the reason why this happened.

### 要 約

西ドイツにおいて近代立憲主義を担保する権力分立、連邦制の他に、アメリカの違

憲審査制を参考にして、独立かつ自立した憲法機関としての連邦憲法裁判所が創立された。それによって、近代立憲主義がドイツ史上初めて確立された。本稿では、敗戦後、占領軍の要請に基づいて憲法制定過程において同裁判所が設立された経緯を辿り、アメリカの憲法裁判所とは異なるその独特な性格を有するようになった歴史的事情を明らかにした。次に、同裁判所がアデナウアー保守連立政権に対してその「独立かつ自立した憲法機関」としての地位を確立していく政治過程を解明し、さらにそれが権威主義的で反民主的な政治文化に染まっている社会の自由主義化や民主化にいかに関与したか、その主体的な条件を探った。さらに、同裁判所の出現によって、ワイマール共和国時代に憲法解釈の「神官の役割」を担ったドイツ国法学者と同裁判所の関係が変化し、両者の対立や、同裁判所の地位の確立と共に「憲法の優位」体制が確立された。それに伴い、国法学も変容を迫られ、国法学の中心的概念も近代立憲主義に適合する形で解釈替えされるに至った学界の状況をも合わせて解明した。

#### キーワード

憲法の優位 (The Supremacy of Constitution)

戦う民主政 (Militant Democracy)

連邦憲法裁判所 (The Federal Constitutional Court)

社会の憲法化 (The constitutionalization of society)

国家概念の意味変容 (the change of the meaning in the concept of state)

## 目次

はじめに

1. 憲法裁判の前史—ワイマール共和国の苦い経験
  2. 連邦憲法裁判所の「独立かつ自立した憲法機関」としての地位の確立を巡る政治過程
  3. 連邦憲法裁判所による「社会の憲法化」を中心とする政治過程
  4. 連邦憲法裁判所の地位確立に伴うワイマール共和国と異なるボン共和国の特徴の表出
- おわりに

## はじめに

2015年の通常国会における安部首相率いる自民党・公明党連立政権による限定的な「集団的自衛権」の行使を可能にする安全保障関連法の制定は日本国憲法第9条に違反し、日本の立憲主義を踏みにじるものである、という意見は、野党は言うまでもなく、与党を支持する国民の間でも聞かれる。近代立憲主義が確立されているアメリカや現代ドイツでは、もし政府やそれを支持する立法部の多数

派が違憲の動きを示した場合、政治制度としてその違憲の恐れのある活動をコントロールし、かつ憲法を保障する仕組みが選挙の他に、憲法裁判所という形で確立されている。もとより、日本国憲法第81条にも、最高裁判所は違憲審査権を保持している。とはいえ、最高裁判所はこれまでの歩みを見る限り、憲法保障の点では「司法消極主義」と見られ、とりわけ政治問題については「統治行為論」を用いて極めて謙抑的な姿勢を示していると言っても過言でなからう。<sup>(1)</sup>

第二次世界大戦では我が国と同様に連合国

に敗北し、自由民主主義国家として再建された西ドイツでは、自国の非立憲主義国家としての過去の歴史を反省・再検証し、それを土台にして西欧の近代立憲主義的制度を新しい国家制度の構築のモデルとして真摯に検討して、近代立憲主義を実のあるものにするべく、近代立憲主義を担保する仕組みとしてドイツ独特の「連邦憲法裁判所」を導入している。本稿では、西ドイツにおける連邦憲法裁判所の「独立かつ自立した憲法機関」としての地位の確立を巡る政治過程とそれが近代立憲主義の確立において果たしてきた活動を垣間見ること、我が国の立憲主義の在り方を考える上で少しでも<sup>よすが</sup>縁になればと思い、西ドイツにおける三権の立憲主義的統制機関という独特な憲法裁判所としての連邦憲法裁判所の活動を素描することにした。その際、2011年に刊行された、ドイツ連邦憲法裁判所創設60周年を契機に、同裁判所の60年間の活動を批判的に総括した、現代ドイツの新進気鋭の4人の国法学者によるドイツ連邦憲法裁判所論『越境する裁判所』(Das entgrenzte Gericht)<sup>(2)</sup>に所収されている、シェーンベルガー論文「カールスルーエについての所見」がⅠ台頭、Ⅱ功績、Ⅲ成功、Ⅳ弱点、Ⅴ消滅、の5部構成になっているのを参考にして、本稿では、同論文のⅠからⅢまでの、時期的にはその創設から約20年間に亘る西ドイツに

における近代立憲主義確立過程において同裁判所が果たした貢献の部分のみを取り扱うことにした。紙数の関係もあり、その後の問題は別途取り扱う予定である。従って、本稿では、主にドイツ連邦憲法裁判所の創設期における同裁判所と連邦政府との緊張関係と、次に憲法解釈を巡っての、ワイマール共和国期において憲法解釈をほぼ独占し、かつ敗戦後も西ドイツで再び憲法解釈の独占を目指す、復活したドイツ国法学界と連邦憲法裁判所との関係に焦点を当ててアプローチした。最後に、西ドイツにおいて連邦憲法裁判所が憲法解釈を独占するのに伴い、ドイツ国法学における国家や憲法などの中核概念に関しても大きな変容が生じた点についても紹介したいと思う。

なお、ドイツ連邦憲法裁判所に関しては、我が国の憲法学界では、畑尻剛・工藤達郎編『ドイツの憲法裁判—連邦憲法裁判所の組織・手続き・権限』(第二版、中央大学出版会、2013年)などの研究書や研究論文が多数刊行されており、さらにドイツ連邦憲法裁判所の判決の事例研究は夥しいものがある。<sup>(3)</sup>とはいえ、西ドイツ・統一ドイツの政治過程における連邦憲法裁判所の果たした政治的作用に関する政治学からのアプローチは管見の限りではあまり見受けられない。<sup>(4)</sup>従って、本稿は、政治学的アプローチによる、上記の通り、ドイツ連邦憲法裁判所の創立当初の活

- 
- (1) 憲法裁判について日独を中心とする各国の発展経過とその異同を比較法学的見地から研究した、ドイツ憲法判例研究会編『憲法裁判の国際的発展』(信山社、2004年)の第8章(永田秀樹「憲法裁判と議会との関係—法と政治のはざまの憲法裁判・日独の比較による考察」(199頁～214頁)には、日本の最高裁判所の「司法消極主義」がドイツ連邦憲法裁判所の「司法積極主義」との比較において論究されている。
- (2) 『越境する裁判所—連邦憲法裁判所の成立60周年後の批判的総括』は邦訳されているが、その題は『越境する司法—ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』となっている。著者は、現代ドイツの国法学界の新進気鋭の4人の国法学者(M・イエシュエット、Ch・シェーンベルガー、O・レプシウス、Ch・メラース)である。本書は、4人の著者が今日までのドイツ連邦憲法裁判所の歩みをそれぞれの問題関心から捉え直し、かつその問題点を究明した論文集である。以下の引用に際しては、邦訳書(M・イエシュエット・他著、鈴木秀美・他監訳『越境する司法—ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』(2011年)風行社、2014年)は、『越境』と略す。

動を中心とする、西ドイツにおける近代立憲主義確立の政治過程の素描であることをあらかじめ断って置きたい。

## 1. 憲法裁判の前史——ワイマール共和国の苦い経験

外見的立憲主義憲法の典型と言われたプロイセン憲法成立後約100年が経過した1949年

に、ボンを首都とする西ドイツの憲法に当たる基本法（Grundgesetz）が制定された。この基本法には憲法の内容において価値序列主義が導入され、近代憲法の二点セットの内、基本的人権の尊重が最高価値に位置づけられ、次に、この最高価値を実現するための手段の国家機構の合理化の成果である西ドイツ版の「自由で民主的な基本秩序」も同じく最高価値に位置づけられた。<sup>(5)</sup>つまり、近代憲

- (3) 我が国におけるドイツ連邦憲法裁判所に関する憲法学からアプローチした体系的な研究書は管見の限り畑尻剛・工藤達郎編『ドイツの憲法裁判—連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』第二版、中央大学出版部、2013年（以下、『ドイツ憲法裁判』と略す）ではないかと思う。630頁を越す大著である。なお、ドイツ連邦憲法裁判所に関しては、我が国では、憲法学からアプローチした同裁判所に関する研究論文は多く、とりわけその判決の事例研究に至ってその数は非常に多い。例えば、1996年から刊行されているドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』、同II、同III（信山社）を一覧するならば、我が国の憲法学者の殆どがその専門分野に関連するドイツの憲法判例の事例研究を行っていることが分かる。その分量の多さに圧倒される思いがする。ちなみに、憲法学者によるドイツ連邦憲法裁判所について概観したものは、上記『ドイツの憲法判例』（第二版）に所収の、渡辺康行「概観：ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」があり、さらに同書の編者の一人の栗城壽夫執筆の「第一版はしがき」には、憲法学から見たドイツ連邦憲法裁判所の活動の六つの特色が紹介されている。次に、ドイツにおける憲法裁判の歴史に関する憲法学的研究では、憲法裁判権の限界画定に焦点を当て、憲法裁判に関するドイツ国法学の諸理論を体系的にフォローし、かつ検証した研究書として、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）がある。また、ケルゼンとスメントの憲法裁判論を比較研究した、宇都宮純一『憲法裁判権の理論』信山社、1996などがある。その他に、憲法学からアプローチしたドイツ連邦憲法裁判所に関する研究論文は多いが、本稿では関連するもの以外は触れないことにした。

- (4) 本稿の対象である建国期から1960年代までの西ドイツにおいて連邦憲法裁判所の成立とそれが政治過程の中で果たした政治的作用に関して政治学からアプローチした研究は管見の限りあまり見受けられないが、次の二冊がそれに該当する、と思う。Heinz Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politischer Prozess. Studien zum Bundesverfassungsgericht für die Bundesrepublik Deutschland*, 1968, 623 S; Donald Kommers, *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*, 1976, 312 p.

ラウファーは、その著作の目的として、西ドイツにおいて呱呱の声を上げたドイツ政治学のアメリカ現代政治学をモデルにして国家学・国法学から分離・独立したその学問の独自性を示す仕事として自国の憲法裁判所の成立と展開について政治学的にアプローチしたものであると、自負しているように（*Ibid.*, S.34）、彼の著作は西ドイツにおいて連邦憲法裁判所に関する1960年代におけるドイツ政治学からアプローチした最初の業績であると見られる。次のコマーズの著作は、アメリカの政治学者による業績である。アーモンドのシステム・アプローチと決定作成理論を併用して、ドイツ連邦憲法裁判所を中心とする政治過程を比較政治学的にアプローチしたもので、連邦憲法裁判所創設に関係した政治家や同裁判所の判事のインタビューや新聞、雑誌などの記事を十分に生かした研究である。本稿では、主にこれらの著作を利用しながら、昨年刊行されたばかりの、J. Collings, *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*, 2015. や、R. Chr. Van Ooyen, M. H. W. Möllers, Hrsg., *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Auflage, 2006, 2015. も参考にした。コリンズの著作は、連邦憲法裁判所を中心とした敗戦から今日までのドイツ政治史であり、後者は、現代ドイツの政治学者と国法学者の連邦憲法裁判所に関する最新の共同研究である。

- (5) K・ヘッセ著・初宿正典他訳『ドイツ憲法の基本的特質〔第20版〕』（1999年）成文堂、2006年、77頁；樋口陽一『比較のなかの日本国憲法』岩波新書、1979年、50頁。

法の二点セットそのものが最高価値に祭り上げられたのである。それによって、英米仏で成立した近代憲法は社会主義の挑戦によって変容を被ったが、<sup>(6)</sup> その状態が止揚されて、第二次大戦後の西ドイツにおいて、近代立憲主義国家それ自体を近代憲法の最高価値を化体させた存在として解釈するボン基本法の形を取って、近代憲法が他でもない外見的立憲主義憲法発祥の地のドイツで先祖帰りを果たすことになった。

西ドイツでは、ナチ時代までは遅れてきた近代国家として伝来の封建的遺制を引きずって来たが、そうした過去とは、敗戦とドイツを分割統治した占領軍の非ナチ化政策などによってその多くの部分と断絶することになった。つまり、それまでドイツ国民国家として英米仏の西欧の近代的国民国家と比較して否定的に評価されていた部分が「外からの圧力」で一応清算された。その結果、国民のアイデンティティの基礎は、ドイツの精神的な文化的伝統が表面的には否定された以上、国民を精神的に統合する唯一の価値体系を体現するボン基本法以外に求めることが困難になった。<sup>(7)</sup> そして、アメリカは、移民国家であるが故に国民のアイデンティティの基礎が憲法であるが、そうした状態が西ドイツにも見られるようになった。こうした事態は、一部の学者によっては、「憲法愛国主義」と表現

されるようになっている。<sup>(8)</sup>

アメリカでは、基本的人権の尊重を明記した「権利の章典」が憲法の最高価値に祭り上げられ、この最高価値を実現する統治機構がその任務を正当な手続きに基づいて完遂しているのかどうかを、主権者の国民一人一人が点検できる、という前提に基づいて近代的立憲システムが構築されていると見られる。もし、統治機構がその任務を完遂していない場合は、次の選挙でその責任を問われることになる。他方、次の選挙までは、統治機構が正当な手続きに反して国民の基本的人権を侵す恐れがあった場合、あるいはあった場合、侵された価値の回復のためにその救済を裁判所に訴え、最終審としての連邦最高裁判所がそれを正す仕組みが制度化されて久しい。従って、統治機構の職務を担う公務員は、行政の名宛人の国民から常時監視されているので、訴えられないようにするために、憲法を遵守するばかりでなく、憲法に基づいて制定された法律の執行においても、法による適正手続（due process of law）に則<sup>のつと</sup>って行動するように強いられていると言えよう。その結果、アメリカでは、法律に基づく権力の行使には適正な手続き規範が網の目のように張り巡らされている。また、司法による憲法擁護の場合でも、同じように適正手続に基づいて行われる。こうして、アメリカでは、統治のプロセ

(6) 近代憲法が社会主義の挑戦を受けて現代憲法の典型と言われている「ワイマール憲法」の形態をとるに至る経緯については、参照：拙著『憲法改正の政治過程—ドイツ近現代憲法政治史から見えてくる憲法の諸相』（学陽書房、2014年）、第三章。

(7) 保守的の国法学者のイーゼンゼーも「屈折していない自信を有する国においては歴史的、文化的、民族的要因が内部結束に貢献するが、ドイツではそれらに代わるものは基本法である。」と認めている。J・イーゼンゼー著・ドイツ憲法判例研究会編訳『保護義務としての基本権』信山社、2003年、378頁。

(8) J・ハーバマス著・三島憲一訳『遅ればせの革命』（1990年）岩波書店、1992年、219頁；西ドイツにおけるハーバマスの「憲法愛国主義」を巡る憲法論議は、毛利透『民主制の規範理論—憲法パトリオティズムは可能か』勁草書房、2000年、第1章、同「憲法の前提としての国家と憲法による国家統合」『憲法の基底と憲法論』高見勝利先生古希記念、信山社、2014年、109頁～111頁。

(9) 松井茂樹『アメリカ憲法入門〔第3版〕』有斐閣、1995年、72頁以下。

ス、市民参加のプロセス、侵された価値の救済を求めて司法へ訴えるプロセスなどの、一連の適法手続に基づく法運用のプロセスが憲政の中で大きな比重を占めている。<sup>(9)</sup> 西ドイツ・現代ドイツでも、「自由で民主的な基本秩序」という憲政体制を守るために、それを侵す国家機関や政治集団、そして個人のすべてに対して、普通の市民によって訴えられれば、すべての者が従わなくてはならない判決を下して、憲法の番人の役割をアメリカの連邦最高裁判所のように行なう、憲法保障を担当する連邦憲法裁判所がボン基本法とセットとなって導入されている。

もとより、アメリカで生まれた違憲審査制がドイツでは第二次世界大戦の敗戦後に西ドイツになって初めて導入された訳ではない。すでに、ワイマール共和国時代には成功しなかったが、違憲審査制が保守的な司法部によって試みられたことがある。ワイマール共和国は、第一世界大戦におけるドイツの敗戦を契機に1918年末勃発した「ドイツ革命」を革命状況の規定者に不本意ながらも押し上げられたドイツ社会民主党（以下、SPD と略す）が革命状況のボルシェヴィズム型革命への急進化を阻止するためにドイツ帝国の支柱の軍・官僚団及び保守勢力と同盟を結んだ結果、緊急避難的な形で作り出された。従って、同共和国は保守勢力と同党との一時的な妥協の産物として成立したと言えよう。そしてその妥協を法文化したのが、当時「世界で最も進歩的で民主的な憲法」と言われたワイマール憲法であった。<sup>(10)</sup> ドイツ行政法学の樹

立者と言われたオットー・マイヤーは、ワイマール共和国を評して「憲法は変わったが、行政法は残った」と述べているが、司法官僚の裁判官は、ワイマール憲法によって帝政時代に彼らが享受していた特権が認められたままその地位を保持することができた。その結果、ワイマール共和国初期に右翼軍人による共和国政府の要人、例えば戦勝国の要求の履行に努めたラテナウ外相やエルツベルガー財務相が暗殺された事件でも、裁判所では無罪に近い判決が出されるような「司法の反動化」現象が顕著に見られた。<sup>(11)</sup> 1925年末に連邦最高裁判所は、1923年の天文学的数字にまで高進したハイパーインフレの被害者救済の「増額評価法」に関して、アメリカの違憲審査権を援用して違憲審査権を示唆した。そして、その後、同裁判所は、憲法第109条の「法の前の平等」原則は〔SPDとそれに同調する、議会多数派が支配する〕立法部を拘束するという判断を示した。<sup>(12)</sup> その後、反動的な司法部は民主的な立法部が制定する法律を失効ないしは形骸化するために、違憲審査権を主張して、それを契機に、ワイマール憲法の民主的・進歩的側面を形骸化する方策の一環として、保守的な国法学者によって司法部が「憲法の番人」であるという主張が国法学界で展開されたのである。<sup>(13)</sup> こうした司法部による社会民主主義的な革新の阻止を図る「裁判官政治」とは別の政治戦略に基づいて政治・国法理論を展開したのが、共和国末期には、後にナチ党の「桂冠法学者」と言われるようになるカール・シュミット (Carl

(10) 拙著、前掲書、140頁以下。

(11) 清水誠編『ファシズムへの道—ワイマール裁判物語』日本評論社、1978年。

(12) D. Kommers, op.cit., pp.38-39; 廣渡清吾「〈法による革命〉と法実証主義—ヴァイマル共和国を中心に」長谷川正安・他編『講座・革命と法』第一巻 市民革命と法、日本評論社、1989年、225～256頁；同『法律からの自由と逃避—ヴァイマル共和国の私法学』日本評論社、1986年、282頁、292頁。

(13) C. Caldwell, Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law, 1997, pp.145～160.

Schmitt, 1888～1985) である。彼は、「憲法の番人」は司法部であるという主張を批判して、「憲法の番人」はむしろ共和国大統領であるという主張を展開したことは有名である。そして、もし司法部が「憲法の番人」になれば、政治の司法化と司法の政治化を招くと批判した。<sup>(14)</sup> 彼がこうした主張を展開した政治的な思惑の背景には、1925年初めにSPD党首出身のエーベルト初代大統領の急逝に伴い実施された第二代大統領選挙で保守派が担ぎ出した元帝国陸軍参謀総長のヒンデンブルク元帥が当選して、共和国政治の右旋回と言う事態が始まっており、再建途中の旧ドイツ帝国の国家機構がヒンデンブルク大統領を通じて下からの国民の人民投票的な正当性を獲得し、さらに彼を「代用君主」として頂くことで、ワイマール共和国は権威主義的な旧帝政国家へと変わっていくのではないかという期待があったからである。また、連邦中央政府と各支邦政府との紛争や各支邦政府間の紛争などの国家機関同士の係争事件では、その解決に当たる憲法裁判所の「国事裁判所」(Staatsgerichtshof) が1921年に設立されていた。1932年のワイマール共和国崩壊の序曲と言われた「プロイセン・クーデター」〔極右のパーベン首相率いる中央政府は、ヒトラーと組んでワイマール憲法擁護のSPD中心の

プロイセン邦のワイマール連立政府を憲法第48条〔大統領非常大権〕に基づいて罷免させた〕事件<sup>(15)</sup>に際しては、罷免されたプロイセン邦議会のSPD議員団が提訴し、この事件が争われたが、言うまでもなく、反動的な裁判官は事実上パーベン中央政府のクーデターの措置を事後承認するような判決を下している。<sup>(16)</sup> このように、ワイマール共和国時代に、ドイツでも一応アメリカの違憲審査制度の影響を受けて、司法部による違憲審査制の動きはあったが、それはワイマール憲法の「民主的で進歩的な」側面を否定ないしは形骸化を図るために利用されたという苦い経験があった。

## 2. 連邦憲法裁判所の「独立かつ自立した憲法機関」としての地位の確立を巡る政治過程

国家の三権の立憲主義的統制機関という世界に類例のないドイツ連邦憲法裁判所は、1949年のボン基本法制定過程でその基本的な骨格が定められ、その二年後の1951年に制定された「ドイツ連邦憲法裁判所法」によってその制度の大綱が一応確定された。従って、それまでの経緯を知るために、基本法を制定した主体の政治的アクターについて先に簡単

(14) カール・シュミットの著作の内、「憲法の番人」を共和国大統領であると主張したのは、*Der Hüter der Verfassung* (1931), Vierte Auflage, 1996, SS.158～159。(川北洋太郎訳『憲法の番人』第一法規、1989年、230頁～231頁)においてであり、次に、最高裁判所を「憲法の番人」とする解釈を批判したのは、上の著作の第一部及び*Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Zweite Auflage, 1973, S.98 ff.においてである

(15) 大西楠・テア「ライヒとラント間の争訟—ヴァイマル憲法における国事裁判所」、権左武志編『ドイツ連邦主義の崩壊と再建—ヴァイマル共和国から戦後ドイツへ』岩波書店、2015年、79頁～80頁。D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, 1977, pp.28～37. なお、「プロイセン・クーデター」当時のプロイセン邦の高級官吏であったアーノルト・プレヒトの同事件に関する研究として次の著作がある。A. Brecht, *Prelude to Silence: The End of Weimar Germany*, 1944, 1968.

(16) 1932年10月10日から14日までと17日にライプツィヒで開催された国事裁判所での裁判の速記録をプレヒトが編集した著作 (*Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*) については、次の邦訳がある。山下威士訳『クーデターを裁く—1932年7月20日事件法廷記録』尚学社、2003年。

に見ておきたい。

敗戦後、英米仏軍に占領された三つの地域において政党が再建され、それらが中心となって占領軍の指導の下にそれぞれ地方政府を樹立して行った。例えば、アメリカ軍占領下のバイエルン州では亡命地のスイスから帰国したSPDのヘーグナー（Wilhelm Hoegner）が州政府首相に任命され、翌年（1946年）には州憲法が制定され、さらに憲法裁判所まで創設されて自由民主主義の実践が始まっていた。こうした状況は他の各州においても進行していた。こうした下からの国家再建の総仕上げとして、連合国の要請に基づいて、1949年5月、各州の議会の代表からなる「議会評議会」が基本法を制定した。そして、この基本法に基づいて三つの地区が統合されて「ドイツ連邦国家」（Bundesrepublik Deutschland）（以下、西ドイツと略す）が誕生した。次に、この基本法に基づいて最初の総選挙が1949年9月に実施され、ワイマール共和国時代にケルン市長を務めたアデナウアーを首班とする保守連立政権が成立し、ドイツの西側の地域は敗戦から立ち直り、再び新しい国家作りを開始したのである。

アデナウアー政権を担った中核政党はキリスト教民主同盟（以下、CDUと略す）である。同党は、ワイマール共和国時代の極めて保守的なプロテスタント系の「国家人民党」と中道派のカトリック教会の権益を守るためにドイツ帝国創立時に創設された宗教政党の「中央党」という二つの政党の西ドイツの領域内におけるそれぞれの支持基盤が中央党を中心に結合して共産主義に対抗する保守勢力の大同団結を図った保守中道勢力の結集政党である。そして、旧中央党のバイエルン支部とプロテスタント系の保守勢力との合同政党が「キリスト教社会同盟」（以下、CSUと略す）である。CDUとCSUは姉妹政党である

が、CSUはCDUのバイエルン支部的な性格を有し、政治行動を共にするので、本稿では、CDUと表記している場合は、両党を指す。次に、最大野党のSPDはナチ時代に弾圧され、その幹部の多くは投獄されるか、亡命し、党首のシューマッハーに至っては強制収容所に十年以上も収監されていた。同党左派はその主要な地盤が東ドイツにあり、ナチ暴政下においてドイツ共産党（以下、KPDと略す）と共に反ナチ闘争に従事していた。敗戦後、それは東ドイツで支配政党となったKPDとソ連軍によって強制的に合同を強いられ、吸収・合併された。新しい政党はドイツ社会主義統一党（以下、SEDと略す）と言う。西側のSPDは、その結果、戦闘的なマルクス主義的社会主義者は基本的には不在で、主に戦前の右派によって再建された。そして、アメリカ的なリベラリズムの志向の中産階級出身の多くの知識人も加わることになり、その実質において左翼自由主義的ないしは民主社会主義的政党へと変質していた。同党は、マルクス主義的社會主義的綱領をワイマール時代から受け継いでいたが、ついに1959年のゴードスベルク綱領を採択して、マルクス主義的社會主義を放棄し、国民政党への転換を成し遂げた。従って、保守党のCDUとの間にドイツ統一問題を巡る意見の対立を除いては国内政策面での対立はあまり大きくはなかった。最後に、主としてワイマール時代の民主党が中心になり、その右の人民党（帝政時代の国民自由党の左派）系の人々と共に、西ドイツに残存する自由主義勢力を糾合して設立した政党が「自由民主党」（以下、FDPと略す）である。同党は小党ではあるが、政治的イデオロギーの点では保守大政党のCDUと戦後再建されたSPDとの中間に位置し、総選挙でCDUが第一党になれば、それと組み、次に、もしSPDが第一党



になれば、またそれと組んで、1980年代まで、保守ないしは革新のどちらかの連立政権に加わって政界の枢軸的存在であり続けた。そしてこのFDPを中心にして右のCDUと左のSPDのこの三党の全体は有権者の約80%台の支持を獲得し続けたのである。<sup>(17)</sup>

さて、基本法制定の任に当たった議会評議会議員は11の州の議会における各政党の勢力比に応じて配分された。主要な二大政党のCDUとSPDから各々27名、FDPから5名、KPDを含めてのその他の三つの小党から6名、合計65名から構成された。SPD議員はナチ独裁のような暴政を再びドイツに出現させないような制度の構築を目指したことは言うまでもない。CDU議員の中にはナチに迫害されたものもあるが、その多くは党首のアテナウアーと同様にナチとは距離を置いて12年間過ごした人々であった。12年間のナチ独裁と言う「不法国家」(Unrecht-Staat)を体験した彼らは、連合国の占領下で自由民主主義思想の影響を受けたこともあり、ナチ党のような過激政党の出現を阻止する制度作りには賛成であった。また、議員の多くはカトリック自然法を信奉する者も多く、ナチ時代の苦い経験もあり、基本的人権を尊重する点においてはSPDに同調した。しかし、教養市民層出身者、とりわけキャリア官僚や裁判官出身者が多く、彼らはナチ時代にも官職にあり、戦後一時官職を追われた人もいたが、アメリカの非ナチ化政策が1947年に中止されるや、政界に進出した人々であった。<sup>(18)</sup> こうした人々から構成された議会評議会はワイマー

ル憲法を土台にして、ナチ党のような過激政党が再び政権を掌握できないような仕組み、つまり後述するカール・レーヴェンシュタイン(Karl Loewenstein, 1891~1973)が唱えた「戦う民主政」論を採用した。<sup>(19)</sup>

ところで、議会評議会で議決した「戦う民主政」論を骨子とする原案は、実はアメリカの要請に基づいてバイエルン州のヘレンキームゼーに召集された憲法の専門家会議で予め作成され草案であった。この会議において、憲法裁判所の原案の作成に加わったのはナヴィアスキ(Hans Nawiasky, 1880~1961)である。彼は、オーストリア出身者で、第一次世界大戦後、法段階説に基づいて上位法に反する下位法は効力を持ちえないという、純粹法学の自説に基づき、オーストリア共和国の憲法裁判所の創設に主導的役割を果たしたケルゼン(Hans Kelsen, 1881~1973)の弟子でもあった。ワイマール時代の初めにドイツに移り、1928年にミュンヘン大学の国法学教授に就任し、パーペン・クーデター事件では、国事裁判所ではバイエルン邦代表として、プロイセン側の弁護人と共に法廷でカール・シュミットと対決し、国事裁判の経験を有していた。ナチ政権によって追放され、スイスに亡命し、ザンクト・ガーレン大学で国法学教授として過ごしたが、ドイツ敗戦後、上記のバイエルン州のヘーグナー首相によってミュンヘン大学法学部教授に呼び戻され、同州の憲法の起草に当たった。そして、バイエルン州代表としてヘレンキームゼー会議に参加して憲法裁判所に関する規定の作成に参加したの

(17) 拙著、前掲書、243頁~246頁。

(18) D. P. Kommers, op. cit., pp.72~75.

(19) J. Collings, op. cit., p. xxiii, p. 44. 議会評議会でK・レーヴェンシュタインの「戦う民主政」論が基本法に取り入れられたが、「戦う民主政」論は次の彼の論文において展開されている。K. Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights, I", The American Political Science Review 31 (1937)-3, pp.417-432; Militant Democracy and Fundamental Rights, II", The American Political Science Review 31 (1937)-4, pp.638-658.

である。その規定にオーストリア共和国で設立された独立した憲法裁判所の影響が見られるのはナヴィアスキの影響と見られよう。<sup>(20)</sup>そして、このナヴィアスキ案が議会評議会で基本法の作成過程で叩き台にされたのであった。審議の過程で、個人の基本的人権を保障した憲法を守る最高かつ独立した裁判所の設置を主張する占領軍政官諮問会議（Zonenbeirat）の要請もあったので、<sup>(21)</sup> 憲法裁判所の導入については賛成であるが、それを各種裁判所の一種にするのか、あるいは独立した裁判所にするのか、と言う問題でCDUとSPDの間に意見が分かれた。また、裁判官は各種裁判所の職業裁判官のみに限定するのか、それとも裁判官以外の国家生活の各種の経験を持つ人々、いわゆる「素人裁判官」にも広げるのかでも意見が分かれた。SPDは独立した憲法裁判所で、かつその裁判官はワイマール時代の反省から、「政治的な法」の憲法を基準にして違憲審査を行うのには所与の実定法の法教義学的な解釈をこととする職業裁判官の他に、憲法の基本理念に基づいて変化する世界と時代の趨勢に適合する判断を下せる「素人裁判官」も加えるべきであると主張し、両党の意見の違いは埋まらなかった。しかし、憲法制定は引き延ばすことが出来ないで、憲法裁判所の設置は一応認めるが、その憲法上の地位や組織・権限など、その制度の具体案については、建国後に法律で定めることにするという妥協が図られた。従って、基本法には「9、裁判」の章において、その制度の骨格のみが示されることになった。<sup>(22)</sup>

その制度の骨格を定めているのは基本法の次の三つの条文である。すなわち、第92条に

において「裁判権は連邦憲法裁判所、連邦最高裁判所、この基本法に規定されている連邦裁判所及び州の裁判所<sup>ラント</sup>によって、行使される。」と規定されている。従って、連邦憲法裁判所は、民事・刑事の事案を取り扱う通常裁判所、行政裁判所、税務裁判所、労働裁判所、社会裁判所と同列に位置付けられていた。次に、第93条には、ワイマール時代の国事裁判所やアメリカの憲法裁判所、オーストリア共和国の憲法裁判所などを参考にし、国事裁判関係〔機関争訟、連邦国家的争訟〕の事項に関する権限の他に、SPDの主張した規範統制権が規定されている。最後に第94条には裁判官の選出方法が規定されている。<sup>(23)</sup>ともあれ、1949年5月、基本法の公布後に、それに基づいて連邦議会、連邦政府、連邦参議院をはじめとして西ドイツの新しい国家機構が構築されていったが、連邦憲法裁判所が本格的に始動するのは、基本法公布の二年後の1951年9月であった。

と言うのは、総選挙後の連邦議会において、SPDは直ちに連邦憲法裁判所法案を提出し、同党の主張に沿った連邦憲法裁判所の設置を求めたが、それに対して、政府与党になったCDUはそれに反対し、議会評議会で両党の意見の対立は解消されず、継続したからである。政府はその主張を正当化するために国法学者に鑑定を依頼し、それに対抗してSPDも国法学者に鑑定を依頼するなど、番外の国法学界でも論戦が展開された。そして、2年後にようやく妥協がなされ、1951年3月に連邦憲法裁判所法が制定され、5月に公布された。裁判所の所在地は、政治的権力闘争の展開される首都のボンから遠く離れた南

(20) H. Laufer, op.cit., SS.38~39; D. P. Kommers, op.cit., p.71.

(21) H. Laufer, op.cit., SS.53~54.

(22) Ibid., S.57 ff; D. P. Kommers, op.cit., pp.72-77.

(23) 高田篤他編訳『ドイツ憲法集』（第6版）信山社、2010年、267頁~268頁。

の、かつてのバーデン公国の首都であったカールスルーエ (Karlsruhe) に決められた。そこには連邦最高裁判所があり、さしあたりその建物の一部を借りて発足したのである。<sup>(24)</sup>

同法によると、連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht) の組織編成とその権限の内容は次の通りである。第一に、憲法裁判の形態としては、アメリカの付随的違憲審査制は取らず、オーストリア共和国の憲法裁判所のように憲法問題を専門とする特別の裁判所による違憲審査制が採用されたが、それに加えて、その特別の裁判所による集中的な審査制が採用された。第二に、その権限は次の通りである。基本法第93条にすでに導入されている、連邦制に起因する国家機関間の紛争を処理する憲法争訟を取り扱う、ワイマール時代の国事裁判所の機能を受け継いだ権限である。次に、基本法第1条第3項〔以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、行政及び裁判を拘束する〕の趣旨を具体化する司法機関としての違憲審査権などが同裁判所に付与された。それに伴って、SPDが主張した、抽象的・具体的規範審査〔法令等の憲法適合性の審査〕と、個人が各種裁判所での係争中の事案で下された判決を基本権違反であるとしてその判決に異議を提起する憲法異議 (Verfassungsbeschwerde)〔邦訳語として、他に憲法訴願、憲法抗告、違憲の訴え、などがある。なお、憲法異議は1969年の憲法改正時に基本法に導入された。〕を取り扱う権限が追加された。さらに、基礎自治体の憲法異議の他に、「戦う民主政」の武器の一つとしての基本法秩序、すなわち「自由で民主的な基本秩序」を侵害もしくは除去を目指す過激政

党の違憲確認、連邦大統領に対する訴追、連邦裁判官及び州裁判官に対する訴追、選挙法の争訟、基本権喪失手続きなどの権限が認められた。第三に、その組織編成は抽象的・具体的規範審査、とりわけ憲法異議を取り扱う第一法廷 (Senat) と、国家機関間の争訟と連邦制に関する争訟などの統治機構上の論点を取り扱う、国事裁判所の機能を継承した第二法廷と言う二部制が採用された。このように、連邦憲法裁判所は二部制が採用されたために「双子の裁判所」と称されるようになった。最後に、裁判官の選出方法についてであるが、それはすでに基本法第94条第1項〔連邦憲法裁判所は、連邦裁判官及びその他の構成員でこれを構成する。連邦憲法裁判所の構成員は、それぞれ半数ずつ、連邦議会及び連邦参議院によって選出する。構成員は、連邦議会、連邦参議院、連邦政府のいずれにも、また、それらに相当する州の機関にも所属することは許されない。〕の規定に沿って、最初は、各部は12名の裁判官から構成されることになり、計24名の裁判官が連邦議会及び連邦参議院によってそれぞれその半数が選出されることになった。もっとも、両院における選出方式は異なった。連邦参議院が本会議において選挙するのに反して、連邦議会は比例代表制に従って12名の連邦議会議員からなる裁判官選挙委員会を置き、裁判官を選挙した。年齢は40歳以上で、任期は12年である。各部の裁判官12名に内、その半数は各種の最高裁判所の判事から選出されることとした。その任期は各種裁判所判事時代の定年までである。若くして任命された場合には、その他の裁判官よりもその任期は長くなる可能性が

(24) 連邦議会における連邦憲法裁判所法の制定過程におけるCDUとSPDとFDPとの間の主張の対立と妥協の経緯について詳しいのは、H. Laufer, op.cit., S. 95 f; 光田督良「憲法裁判の歴史—連邦憲法裁判所(法)の成立と改正」、『ド憲法裁判』、26頁～29頁。永田秀樹「西ドイツ連邦憲法裁判所成立過程の研究」、『法学論叢』第104巻第2号(1978年)、57頁～78頁。

あり、あるいは定年まであまり長くない裁判官が選出される場合はその任期が12年未満と言う人も現れる場合がある。その後、連邦憲法裁判所法が数十回改正されるが、1963年の法改正で、各部の人員は8名に減らされた。そして、各部の8名の裁判官の内、3名の裁判官職には各種の連邦最高裁判所判事が当てられることになった。<sup>(25)</sup>

ここで注目しておくべき点は裁判官の候補者資格である。と言うのは、連邦議会で連邦憲法裁判所法制定中の与野党間の大きな対立点は、裁判官の候補者資格の問題であったからである。と言うのは、基本法第94条第1項の文面は「連邦憲法裁判所は、連邦裁判官及びその他の構成員でこれを構成する。」となっており、連邦憲法裁判所を構成する裁判官は、連邦の民・刑事、行政、税務、労働、社会の各種の裁判所などの裁判官と「その他の構成員」と言うことになるからである。第94条の第1項に「その他の構成員」の文言が入ることになったのはSPDの主張が取り入れられているからである。ところが、2年後の、連邦憲法裁判所法制定時には、連邦政府は、連邦憲法裁判所は裁判所であるので、その構成員はすべてドイツの裁判官法に基づく裁判官有資格者によって構成されるべきであると主張した。野党のSPDも憲法異議などのその主張が受け入れられたこともあって、それを飲み、政府案が実現された。但し、法学を担当する大学の法学部教授は裁判官資格を有するので、そうした教授の裁判官就任が認められたのである。<sup>(26)</sup> このことは見逃しては

ならない点である。と言うのは、このことによって、連邦憲法裁判所裁判官には各種の最高裁判所判事と大学法学部教授のみが任用されるのではないという点である。ドイツでは、法学部の4年間在学して一定の法学の科目を履修した後、第一次国家試験に合格すると、二年間の修習期間を終えた後、再び第二次国家試験を受けて法曹資格を得ることが出来る。その後、さらに三年間裁判所で修習してキャリア裁判官になる人や、また行政官庁で三年間修習してキャリア行政官になる人もいる。従って、外交官を含めてキャリア行政官僚も裁判官に任命されることになったという点は注目すべきであろう。<sup>(27)</sup>

こうして、「仏」が鑄造されたが、それに「魂」を入れる問題が生じた。ワイマール時代に保守的な裁判官が「世界で最も進歩的で民主的な」ワイマール憲法を保守反動の方向において解釈を捻じ曲げて違憲審査制を反民主的な方向へと運用しようとした過去の悪しき先例があるので、連邦憲法裁判所という「仏」にどのような「魂」を入れるかによって、西ドイツの「自由で民主的な基本秩序」の内容も決まる可能性が生じたからである。こうして、連邦憲法裁判所を構成する裁判官の徴募が当時の西ドイツの政治を方向付ける最も重要な問題として提起されることになった。とはいえ、既存の裁判官の権益の守護を目指す保守的政府がその主張を押し切った形で妥協が成立したのであった。

ところで、連邦憲法裁判所を構成する裁判官の徴募の問題の重要性を理解するためには、

(25) 連邦憲法裁判所法の紹介・研究については、『ド憲法裁判』のⅡが詳しい。同書の「Ⅶ、資料」には連邦憲法裁判所法および連邦憲法裁判所規則の邦訳が掲載されている。また原典対訳（初宿正典他編訳『原典対訳連邦憲法裁判所法』成文堂、2003年）もある。

(26) Ch・シェンベルガー「カールスルーエについての所見」、『越境』、10頁；永田秀樹、前掲論文、69頁～71頁。

(27) D. P. Kommers, op.cit., pp.52-53.

当時の西ドイツの裁判官の状態を見て置く必要がある。ドイツ革命後成立したワイマール共和国においては、上記の通り、帝政時代の国家機構の支柱を構成していた官僚団、つまり高級官僚と裁判官の地位と特権は温存され、さらにワイマール憲法でも保障されていた。そして、12年間のナチ時代においても、その状態は変わらなかったと見られよう。そして、この12年間において、高級官僚と裁判官はその本来持っていた保守的で国粹主義的な政治的態度をさらに強めていたし、その上、ナチの人種主義的な偏見が支配する社会体制の下で、ナチのイデオロギーに影響される者も多く、ヒトラーの恣意的な支配体制の主要な機構の一つの司法部を担った。そして、敗戦後、西ドイツを構成することになる英米仏の連合国のそれぞれの占領地域で、裁判官の場合、ナチの暴虐な支配には裏方として加担し、華々しく表にはその姿を見せることがなかったこともあり、その多くは非ナチ化の中でも生き残り、各州の裁判所で再任され静かにその職務を続けていたのである。<sup>(28)</sup>

こうして、西ドイツ建国後でも、帝政時代に制定された民法や刑法、行政法などの資本主義的な市民社会を律する法律体系は、英米仏の近代憲法の政治文化に一応形式的には合わせるような形で部分的な修正は施されていたとは言え、その根幹部分は当然存続した。従って、そうした政治的・社会的な性格を持った裁判官が違憲審査権を行使するようになった場合、近代憲法至上主義のボン基本法の基本理念が、まず通常裁判所の判決において、保守的な方向においてねじ曲げられて解釈され、憲法の基本理念の形骸化が生じる可

能性が当然に予想され得た。そこで、ナチ時代に迫害され亡命生活を余儀なくされた多くの議員を抱えていたSPDは、連邦憲法裁判所は基本法第1条第3項〔以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、行政及び裁判を拘束する〕の趣旨を具体化する、つまり憲法保障を専管する、通常の裁判所とは異なる特別な地位を有すべきであると主張し、それはナチ党独裁に抵抗した経験を有する与党の議員の中にも賛成する者も多く、連邦憲法裁判所は通常裁判所と並列するのではなく、ワイマール時代の国事裁判所の機能を併せ持つ、一応独立したいわゆる「憲法の番人」としての機能が付与されることになったのである。<sup>(29)</sup>しかしその構成員の資格は与党の主張が容れられて、上記のように法曹資格者のみとすることで与野党の間で妥協がなされた。従って、「仏」は出来上がったが「魂」を入れる作業が問題となったのである。

連邦憲法裁判所は、1960年代の終わりごろには、憲法機関の連邦政府、連邦議会、連邦参議院と並んで、憲法保障の独立かつ自立した憲法機関として、つまり真の「憲法の番人」としてのその不動の地位を確立することに成功する。従って、同裁判所は、それまでは内外の障害を克服しながら試行錯誤の困難な道程を歩むことになるのである。まず、同裁判所を運営する裁判官の人選から見て置こう。上記のように、各部12名の裁判官は連邦議会、連邦参議院の両院によって半数ずつ選出された。連邦憲法裁判所法によると、各裁判官は両院において特別多数、つまり三分の二の賛成によって選出されることになっていた。従って、日本の最高裁判所判事の選任の

(28) イギリス占領地区では、検事と裁判官の76%がナチ党员であった (D. P. Kommers, op.cit., p.75.)。その他の地区でもその事情はそう変わらなかった。例えば、1953年当時の連邦政府の公務員の30%が元ナチ党员であったし、外務省と内務省のその比率はずっと高かった (J. Collings, op.cit., p.2.)。

(29) H. Laufer, op.cit., S.285 ff.

場合のように、政府が一方的に選任することは不可能であった。その結果、野党の意向は言うまでもないが、ある程度少数野党の意向をも反映した人事でなければ、裁判官の選任は不可能であった。各部の裁判官の半分は各種の連邦最高裁判所の判事が当てられたが、残りは各州の司法長官やその他の分野の閣僚、外交官、法律学を担当する大学の法学部教授が選任されることになった。このように、裁判官選出方式を考慮するなら、その政治的態度においては中道か、中道左派に近い人物が連邦憲法裁判所裁判官に選任される傾向が生まれることになった。こうした傾向から、後には連邦憲法裁判所は政府の活動に対する議会の野党のチェック機能を補足する役割を果たすことになったとも見られるのである。<sup>(30)</sup> ところで、連邦憲法裁判所裁判官の選出状況は次の通りである。1949年8月の総選挙の結果、連邦議会における主要政党の獲得

議席数を見ると、CDUは139議席、SPDは131議席、FDPは52議席であった。SPDはその議席数ではCDUと伯仲しているのに、野党であっても裁判官の選出において大きな影響力を行使することが出来た。また、裁判官の半数の選出権を持つ連邦参議院でもSPDが政権をとっている州が多く、結果的には裁判官の選出ではSPDが相対的に有利な形で進むことが可能となった。また、裁判官選出には政党比の他に、地域間のバランス、キリスト教の宗派間のバランス、などが考量された。その結果、SPD系の裁判官はナチの迫害を受け政治家や学者、行政官や、ユダヤ系の政治家、学者などの比率が高く、またCDU系の裁判官でもカトリック自然法の信奉者が多く、中にはナチの迫害を受けた人もいた。従って、裁判官の三分の二以上は大なり小なりナチの迫害を受けた人々であったと見られる。<sup>(31)</sup>

さて、発足当初において連邦憲法裁判所の

(30) 川又伸彦「連邦憲法裁判所の裁判官」、『D憲法裁判』、104頁。

連邦憲法裁判所が政府をチェックする機能を果たすようになった理由の一つに、次のようなドイツの特有な決定システムがあった。ドイツでは、宗教改革以降、新教と旧教との間には比例代表と「対等・同権 (parität) のルール」に基づいて問題解決が図られてきたが、資本主義の発展と共に、それは労使間においても問題の解決に際しても用いられるようになり「ゲームのルール」として定着して行った。そして、このルールへの偏愛は根強く、連邦議会での連邦憲法裁判所裁判官の選出においても、大政党のCDUとSPDは裁判官の枠をこのルールで決めていた。その結果、いずれの法廷においても、裁判官席を政党間で分け合い、退官する裁判官を推薦した政党が候補者を推薦し、これに他党が同意するという「世襲領地制 (Erbhof) となっている。

(31) 1951年から67年までの連邦憲法裁判所裁判官の選出経過については、参照：H.Laufer, op.cit., S.219 f; J. Collings, op.cit., p.6; D. P. Kommers, op.cit., pp.150～155.

なお、選出された24名の裁判官の内、元ナチ党員のガイガー (Willi Geiger, 1909～1994年) 最高裁判所判事も含まれている。彼は、ナチの突撃隊に所属しており、バイエルンのバンベルクの検事や裁判官を歴任している。変わり身の早い司法官僚の典型とも言える人で、議会評議会のFDPのデーラー (Thoma Dehler) 議員の腹心となり、連邦憲法裁判所の導入の審議にも裏方で参画し、アデナウアー政権発足と共に、デーラーが司法大臣に就任するや、司法省憲法調査課長の要職に就き、連邦憲法裁判所法の政府案を作成し、議会における審議で政府を代表して同法案の成立を図った。彼は「時勢」を見る眼力は並外れていて、連邦憲法裁判所法の制定過程で、SPDが個人も憲法異議を申し立てるべきであると主張して、それに固執したので、同党が主張する裁判官の少数意見制度の撤回の代わりに憲法異議を認めるという妥協案を示して、憲法異議が承認された。この点を捉えて、メラースは次のように述べている。「ヴィリー・ガイガーと言う、若い時期におけるナチスのキャリアと〔戦後における〕カトリック的自然法への接近との間で融通無碍な司法官僚は、憲法異議は法治国家にとって不可欠であると考えた。」と。(メラース、「連邦憲法裁判所の合法性・正統性・正統化」、『越境』、18頁位～19頁)。

方向付けのリーダーシップをとったのは、国家学ないしは国法学、つまり憲法学の教授グループであった。その中でも著名な人物は、我が国でも『現代民主政の構造問題』の邦訳書などで知られている、ゲルハルト・ライプホルツ (Gerhard Leibholz, 1901~1982) である。彼は、1931年にゲッチングン大学法学教授に就任していたが、ナチ党政権掌握後ユダヤ系の故に1935年に休職を命じられ、1938年にイギリスへの亡命を余儀なくされた。イギリス滞在中に英米の憲法の理論や政治学を研究し、さらにイギリスの「法の支配」体制という憲法生活の現実にはじかに接して、1947年に帰国し、再びゲッチングン大学法学部教授職に復帰した。但し、国法学ではなく、新設の政治学担当の教授として採用された。そして、1951年9月、連邦憲法裁判所の第二法廷の判事に選任されたのである。そして、1971年12月までその職にあった。<sup>(32)</sup>

もう一人、国法学者として注目すべきは、フランクフルト大学法学部教授時代のヘルマン・ヘラー (Hermann Heller, 1891~1933) の助手であったベルリン自由大学法学部教授のマルティン・ドラート (Martin Drath, 1902~1976) が第一法廷の判事に任命された点である。と言うのは、彼はアーベントロート教授と共に西ドイツ建国時の国家学・国法学界の最左翼に属していたからである。彼は、国法学・行政法学者のW・イエリネック教授の

下で法学の学位を修得後、SPDに入党し、1932年初めにヘラーがフランクフルト大学法学部教授に就任するや、彼の助手兼私講師として同大学において勤務した。ナチ党の政権掌握後は大学を追われ、戦時中はベルギーで兵役に従事したが、敗戦後、ソ連占領下のチューリッゲン州のイエーナ大学で研究生活を再開し、同州の憲法の起草にも当たった。東ドイツでは上記の通りSPDはKPDとの合同が強制され、その結果、彼も両党の合同政党のSEDの党员となった。敗戦の翌年の1946年、カール・シュミットの国家学を批判的に考察した教授資格請求論文がイエーナ大学でパスして、同大学の公法学正教授に就任した。しかし、間もなく政治的迫害が迫り、1948年に西ベルリンに移り、翌年の1949年に新設のベルリン自由大学法学部教授に任命され、1951年に連邦憲法裁判所裁判官に選任されたのである。<sup>(33)</sup>

また国法学と教会法学専攻のボン大学学長のエルンスト・フリーゼンハーン (Ernst Friesenhahn, 1901~1984) も連邦憲法裁判所裁判官に任命されており、注目に値する。彼は、ボン大学在学中、カール・シュミットの指導を受けているが、彼の恩師とは政治的な立場を異にしていた。一応、ナチ党の政権掌握後、ナチ党の突撃隊に加わったが、ナチ党独裁の実態が露わになるや翌年には脱退しており、ナチ体制には積極的コミットしていな

(32) J.Collings, op.cit., p.6; F. Günther, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949~1970, 2004, SS.189~191. なお、このギュンターの著作は、林 知更『現代憲法学の位相－国家論・デモクラシー・立憲主義』岩波書店、2016年、第2章「国家論の時代の終焉?－戦後ドイツ憲法史に関する若干の覚え書き」において紹介されている。著者はそれに基づいて戦後日本の憲法学界の在り方についての戦後ドイツの憲法学の変遷との比較法学的考察を行い、さらに憲法理論 (国法学) と憲法解釈との関係の日独における相違の政治的意義を解明しており、有益である。次に、ライプホルツの伝記については、次のものがある。Manfred H. Wiegandt, Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901~1982) — Leben, Werk und Richteramt, 1995.

(33) D. P. Kommers, op.cit., pp.125~127, p.137; de.wikipedia.org/wiki/Martin\_Drath; Th・オPPERマン「連邦憲法裁判所と国法学」(赤坂正浩訳)、『立教法学』No.87. 2013年、130頁~133頁。

かった。そのため大学でのキャリアアップの展望は暗く、ボン大学の税法担当の員外教授に就任したのは1938年であった。敗戦後、ボン大学法学部正教授に就任し、大学の再建に貢献し、学長となった。彼は、CDU系であるが、カトリック自然法論に基づく教会法・国法学を展開して、基本権尊重の憲法を最優先させる判決や、政党を「自由な民主政における真の権力の担い手」であるとする考え方や、議会と政府の中心的な国政運営機能を「国家指導」(Staatsleitung)と云う概念で捉えるなど、連邦憲法裁判所の判決にも影響を与え、後に触れる「憲法の優位」体制構築において貢献することになるのである。<sup>(34)</sup>

次に、注目される人事はユダヤ系ドイツ人がライプホルツの他二名判事に任命されている。その一人が副長官(第一部法廷長)に就任したルードルフ・カッツ(Rudolf Katz)である。彼はナチに追われアメリカに亡命し、コロンビア大学の行政研究所で教える傍ら、亡命SPDの唯一の機関誌の編集を続け、帰国した後にSPDの再建に携わり、シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州の司法長官となっていた。そして、1949年当時連邦参議院の司法委員長でもあった。もう一人は行政裁判所判事から転出した女性裁判官のエルナ・シェフラー(Erna Scheffler)である。彼女はナチ時代ユダヤ系と云うことで裁判官職を剥奪され裁判官の夫とも離婚させられたが、戦後に元の夫と復縁した履歴の持ち主である。<sup>(35)</sup>

以上の紹介でも分かるように、「初期の連邦憲法裁判所は抵抗者と亡命者が批判的勢力を形成した唯一の制度であった」<sup>(36)</sup>と、メラースが指摘しているように、西ドイツの政治文化とは異質の西欧的な政治文化を持った少数者であった点は注目してもよからう。と言うのは、連邦憲法裁判所が基本法上の基本権を保障し、「自由で民主的な基本秩序」を確立する上において大きく貢献することになるが、この過程において以上紹介したナチ党独裁とは一線を画したか、あるいはナチに迫害された政治家や裁判官及び大学法学部教授グループの果たした役割は顕著であったと見られるからである。ところで、ドイツでは、帝政以降、とりわけワイマール共和国時代において憲法解釈を独占してきたのは国家学・国法学者であった。西ドイツ建国と同時に、つまり1949年に、国家学・国法学者達もワイマール時代に設立された彼らの学会の「ドイツ国法学教師協会」(Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer)を再建させた。<sup>(37)</sup> ナチ時代には、カール・シュミットと彼の弟子たちと、彼らよりもより右のケルロイター(Otto Koellreutter)や、ラインハルト・ヘーン(Reinhard Höhn)などが同協会の指導権を掌握していたが、再建された同協会では、ナチに同調しなかった、伝統的なプロテスタント系の保守的国家学者のスメント(Rudolf Smend, 1882~1975)やその弟子達と、カール・シュミットの弟子たちが主流をなしてい

(34) F. Günther, op.cit., SS.144~145.

(35) D. P. Kommers, op.cit., p.124, pp.127~128; J. Collings, op.cit., p.6.

(36) クリストフ・メラース、前掲論文『越境』、302頁。

(37) F. Günther, op.cit., S.67. なお、K・ゾントハイマー著・河島幸夫他訳『ワイマール共和国の政治思想』(1968年)ミネルヴァ書房、1976年、第四章に「ワイマール共和国のドイツ国法学」の動向がコンパクトに纏められている。また、戦後のドイツ国法学界の動向については、本稿の注(32)に挙げたギュンターの著作が詳しい。なお、1950年から60年代にかけてのドイツ国法学と連邦憲法裁判所の関係については、同じ著者の次の論文が詳しい。F. Günther, Wer beeinflusst hier wen? In: R. Chr. Van Ooyen, M. H. W. Möllers, Hrsg., Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, SS.191~204.



た。とはいえ、少数派であるがアーベントロートやドラートなどのSPD系の国法学者も加わっていたし、さらにCDU支持者であるがカトリック自然法を信じる教会法学者も属していた。フリーゼンハーンはこうしたカトリック自然法を信じる教会法学者の一人である。これらの少数派の国法学者たちはその後、連邦憲法裁判所の内外から基本権思想をドイツ社会に浸透・拡大させるその活動を支えていくのである。CDUの政治家であり、反ナチ抵抗運動に参加したハンス・ペーテルス (Hans Peters, 1896~1966) などの少数のカトリック自然法を信じる国法学者が西ドイツの国法学界において重さが置かれるようになったのは、与党のCDUとCSUがキリスト教の宗教政党であったからである。敗戦後、法実証主義がナチを生み出したとの批判もあり、一時自然法が復活し、SPD系の法哲学者で、ワイマール時代に司法大臣を務めたラートブルフなどがそれを主唱していたが、西ドイツ建国と共に自然法ブームもその後50年代中葉においておもむろに衰退して行った。しかし、カトリック自然法を信じる国法学者は与党支持者であっても、普遍的人権優位を唱える英米の憲法学や自然法学派と同様に、実定法はその上位にある正義の理念の拘束を受けると考えており、その帰結として、憲法であるボン基本法の基本理念を全面的に支持していた。<sup>(38)</sup> 英米仏の近代的な立憲主義思想はそもそも国家を普遍的な基本的人権を実現する手段として捉えていた。それに反して、それまで国法学の主流を担ってきた人々は国家を何よりも重視する「国権論者」(Etatist) であるが故に、普遍的人権を国家よりも優位に置く思想を体現する基本法には初め拒否

的な姿勢を示していた。従って、連邦憲法裁判所が基本法の基本理念を司法の分野で貫徹する上において、つまりその憲法解釈において、国法学者達の主流からの反対や、あるいは従来のドイツ国法学の伝統主義的な立場からの基本法の保守的解釈が立ちはだかっていた。さらに、連邦政府のみならず、各州政府の行政・司法機構を担う官吏——基本法の下では公務員であるが——の多くはこうした国法学者達の教えを受けた人々でもあった。

さらに、連邦憲法裁判所の行く手を阻む外部勢力はナチ時代まで憲法解釈を独占してきた国法学者集団ばかりではなかった。連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法によると、予算権も事務官を含めての事務職員の人事権もない連邦最高裁判所と同様に、連邦政府の司法省管轄下にあった。<sup>(39)</sup> それは、基本法第一条が指し示すように基本権を政府に尊重するように「拘束」することが出来るどころか、実際は逆に政府の「拘束」を受ける立場に置かれていたのであった。従って、出汎したばかりの連邦憲法裁判所に課された喫緊の課題は、基本法がそれに与えた任務を遂行するために、政府の「拘束」から独立した地位を確立することであったと言える。この課題を実現する方策を提示したのは第二法廷に所属するライプホルツ判事であった。彼は、イギリスに亡命中に知った英米の裁判官像の影響を受けて連邦憲法裁判所の「地位報告」をまとめ、憲法の番人としてその任務を遂行するために、行政権を担当する政府と立法権を担当する議会など、憲法に基づいて設立された憲法機関との同裁判所の関係はどうあるべきかの構想を示した。そしてそれを土台にして裁判所内で合意された覚書を、連邦憲法裁判

(38) F. Günther, *op.cit.*, SS.94~95, S.97, SS.100~101.

(39) D. P. Kommers, *op.cit.*, pp.84~85.

所長官は創立一年後の1952年6月に連邦大統領、連邦議会、連邦政府、連邦参議院に送付した。その時、ボンの政界は激震が走ったという。<sup>(40)</sup>

この覚書によると、連邦憲法裁判所裁判官は「裁判官の独立のあらゆる保障を備えた裁判官」であり、「十分な権限を備えた憲法の番人としての性格を持ち、同時に最高の権威を備えた憲法機関」であることが強調された。さらに連邦憲法裁判所は「憲法上対等な立場で連邦議会、連邦参議院、連邦政府を支援する」と記載されていた。こうした論拠に基づいて、それは、司法部における裁判所のあらゆる優遇と、政治の分野でも憲法機関のあらゆる特権を要求した。それと共に、同裁判所は各最高憲法機関に対してその独立かつ自立した地位を確保する戦いを開始したのであった。この戦いは政治と法という二つの戦線で遂行されねばならなかった。連邦政府は連邦憲法裁判所によって自己の政治的行動の余地が制約されるのを嫌っていたし、またそのようにさせたいとは思わなかった。他方、ワイマール時代からナチ党独裁時代を通じてその地位を守ってきた連邦通常裁判所の多くの判事達は政治的に極めて保守的で特別な法律学のエリート部類としての誇りを持っていて、専門的に疑わしく、政治化した憲法裁判権には服従するつもりはなかった。それ故に、連邦憲法裁判所はこの二つの主要な障害物を克服しなくてはならなかったのである。<sup>(41)</sup>そして、この大胆な要求は、この覚書の諸最高憲法機関へ送付した時期に、その前から進行していた西ドイツの再軍備を巡る憲法裁判が提起され、その過程の中において、まず連邦政

府に対して貫徹される。

1950年6月、朝鮮戦争が勃発し、米ソ間の冷戦は熱戦へと激化した。アメリカは西ドイツを再軍備させることで、ソ連に対抗する西側の防衛力のさらなる強化を目指した。こうした国際環境の変化を受けて、西ドイツのアデナウアー政府は、アメリカの要請に応える形での再軍備を図ると同時に、あわせて連合国の占領状態からの完全なる脱却を図る外交政策を展開した。その政策が成功して、1952年5月、占領法規に代わる一般条約（通称ドイツ条約）の調印に焦げ付けた。しかし、この条約によっても、国内の非常事態に対処する問題を含めて内外の安全保障に関する問題に対処する国家の主権——ドイツではHochheitsrecht（高権）と言われる——はなお移譲されることはなかった。従って、アデナウアー政権にとって引き続きその当面する最大の課題は、ドイツの完全な主権を取り戻すために、この高権を連合国から取り戻すことであった。すでに1951年4月に、アデナウアー政権は、フランス主導による仏独の経済的統合の第一歩としての石炭・鉄鋼共同体創設に関する条約に調印しており、それと歩調を合わせる形で、フランス主導の欧州防衛共同体への西ドイツの加盟と言う形態での再軍備を進めていた。この政策は国の高権の一部を国際機構へ移譲することになるので、基本法では予想されていなかった事態であった。従って、政府が進める再軍備政策は憲法改正を行わずに可能なかどうかという疑念が提起された。野党のSPDは反軍国主義の立場から、また再軍備と西側への軍事的統合は東西ドイツの分断の固定化につながると、欧州防衛共

(40) Ibid., S.83. 連邦憲法裁判所がアデナウアー政権と対立して、その「独立かつ自立した憲法機関」としての地位を確立する過程については、参照：H. Laufer, op.cit., S.278 ff.

(41) Ch・シェーンベルガー、前掲論文、『越境』、15頁～16頁。

同体への西ドイツの加盟に反対した。そして、基本法が事前の憲法改正なしの再軍備を許容しているのかどうかに関して、連邦憲法裁判所に憲法判断を求める訴訟を起こした。これに対して、政府側は単純多数決で可決する権限を議会が有しているという確認を求める訴訟を起こした。連邦憲法裁判所は手続き的な理由から双方の訴訟提起を却下した。<sup>(42)</sup>

1951年9月に連邦憲法裁判所の発足時に、CDUは政権党であるが故に、国事裁判の権限を持つ第二法廷の裁判官には主に基本権救済を担当する第一法廷よりもより多くの自党支持者かそれに近い裁判官が選出されるように努め、それに反して野党のSPDは第一法廷の裁判官に自党支持者をより多く選出されるように努めた結果、第一法廷は「赤い裁判所」と言われ、第二法廷は「黒い裁判所」と言われるようになっていた。<sup>(43)</sup> 再軍備を巡る憲法問題を第一法廷が担当するようになれば、SPDの主張がその判決に反映される可能

性が強くなり、第二法廷が担当すれば、逆に政府に有利な判決が期待できた。そこで、妥協が模索され、二つの裁判所の合同部会が担当することになった。そして、まず初めにホイス大統領の提案に基づいて憲法問題の専門家にこの問題に対する意見を求めることになった。<sup>(44)</sup> こうして、鑑定意見の依頼を受けたのは言うまでもなく、国法学界であった。1952年から翌年にかけて、この問題を巡って、国法学者は二派に分かれて論争を続け、スメントが「国法学者の鑑定を巡る不幸な泥仕合」と皮肉られる現象が生まれた。<sup>(45)</sup> 国法学者の多数派は政府を支持したが、連邦憲法裁判所は慎重にその判断を下すのを延期した。注目すべきことには、この論争に、連合国、とりわけアメリカが加わったことである。連邦憲法裁判所が西ドイツの自由主義化と民主化を推進した「第二の民主政の助産婦」<sup>(46)</sup>の役割を演じるようになるのは、その主体的な努力もさることながら、西ドイツが

(42) 同前論文、『越境』、13頁。49ページ（訳注7）。H. Laufer, op.cit., S.379 f; 清水望『西ドイツの政治機構』成文堂、1967年、474頁～475頁。永田秀樹「西ドイツの連邦憲法裁判所成立過程の研究」『法学論叢』104巻2号（1978年）70頁。第二法廷判事のフリーゼンハーンは受理するかしないかの問題について法廷内の手続きについては、その著書（『西ドイツ憲法裁判論』（1963年）、廣田健次訳、有信堂、1972年、59頁～61頁。）に触れている。

(43) アデナウアー首相は、SPDが第一法廷に自党に近い人を送り込んでいることを非難して、第一法廷を「赤い法廷」と罵倒した、と言う（宍道常寿、前掲書、131頁。）。永田秀樹「西ドイツにおける憲法裁判と政治（1）」『大分大学経済論集』第38巻第6号、1986年、80頁。

(44) Ch・シェーンベルガー、前掲論文、13頁。清水望、前掲書、466頁～467頁。永田秀樹「西ドイツにおける憲法裁判と政治（2）」『大分大学経済論集』第39巻第2号、1987年7月、95頁。

(45) F. Günther, op.cit., S.105. 鑑定を依頼された国法学界は二派に分かれた。政府側に立つ国法学者は、殆どワイマール時代の国家人民党支持者とカール・シュミットの弟子達であった。彼らは、政府の企図を次のような理由で擁護した。連邦議会はアメリカの例を引き合いに出して、憲法には直接規定はないが、連邦議会が持ち得る権限としての「黙示的権限」（implied powers）を論拠に挙げたり、あるいは基本法によって限定されている国家権力は、たとえ基本法によって明確に規定されていない場合でも、それ自体包括的な性格を有し、自然が与えた自衛権をもそれには含まれている、と言う動的な憲法理解を挙げた。それに対して、SPD側に立つ国法学者たちは、スメント本人を含めて、主として彼の弟子達であったが、基本法の文面を厳密に解釈するなら、国家権力は基本法によって初めて創出され、かつそれに拘束される。そして、ヨーロッパ防衛共同体への加盟について基本法はあらかじめ予想していなかったことであり、従って、憲法改正を行うことなしには加盟は許されない、と主張した（Ibid., S.106.）。

(46) Ch・シェーンベルガー、同前論文、『越境』、17頁。

英米仏のような近代的な立憲主義国家へと発展して行くことを外から見守り、かつそれを間接的に支援する連合国側の「圧力」もあったことは言うまでもないが、連邦憲法裁判所はこの外部からの支援を受けることが出来たのである。国法学者間の論戦に参戦したのは、上記の政治・公法学者のカール・レーヴェンシュタインであった。彼は、1931年ミュンヘン大学で教授資格をとっていたが、ナチに追われ、アメリカへ亡命し、ナチ党の政権掌握を反省して「戦う民主政」(Militant Democracy)論を展開する一方、ルーズベルト大統領のニュー・ディール政策に感化され、戦後、アメリカ占領軍の法律顧問としてドイツに戻り、まず西側の三つの占領地区の西欧の文化圏への政治的・思想的な再統合において重要な役割を果たす。その後、西ドイツの国法学界やアメリカ帰りの亡命政治学者による政治学の自立化の動きにも影響力を発揮していた。彼は、アデナウアー政府が連邦憲法裁判所に圧力をかけてその独立性を侵害することで、政府自体の権力の依拠する立憲主義国家をその根本において掘り崩しているという懸念を示した。<sup>(47)</sup>

連邦憲法裁判所は、再軍備の賛否を巡る大論争の中、この論争には静観の姿勢を貫き、内外の政治の動向を慎重に見極めつつ、その判断を示すのを巧みに避けて、結局、その判断を回避することになった。と言うのは、1953年9月、総選挙が巡ってきたからである。選挙の結果、与党連立政党が圧勝し、アデナウアー政権を支えるCDUを中心とする連立政党は議会で特別多数の議席の三分の二以上(得票数の68.4%)を手にして、基本法第24

条〔高権的権利の委譲、集団的安全保障〕の改正に成功し、再軍備政策を展開するに当たっての憲法上の障害を克服したのである。<sup>(48)</sup>

連邦憲法裁判所は、その任務が基本法の二大支柱、つまり三権に対して基本権を尊重させること、そしてそれを可能にする政治体制の「自由で民主的な基本秩序」の守護者として活動することであるということを実感していたので、総選挙が終わった年の翌月、つまり1953年10月に、政府の訴えを受けて、基本法第21条第2項〔…自由で民主的な基本秩序を侵害し、もしくは除去し、またはドイツ連邦共和国の存立を危うくすることを目指すものは違憲である。その違憲の問題については、連邦憲法裁判所がこれを決定する〕に基づき、ナチ党を継承する極右政党の社会主義帝国党(Sozialistische Reichspartei、略称SRP)に対して違憲判決を下した。そして、その解散と財産の没収を命じた。また同党の後援の下に選出された議員は連邦議会でその議席を失うことになった。ちなみに、4年後の1957年には極左政党のKPDも基本法第21条第2項に違反する政党として禁止した。<sup>(49)</sup> このように、同裁判所は、ナチ国家との断絶をアピールすることで、政府の「自由で民主的な」国家再建の政策を支持し、さらに冷戦という国際政治という外部環境の下では、反共国家としての体制を強化するために東ドイツの伸びた手であるKPDを憲法上の異議があっても禁止する姿勢を示した。つまり、左右の全体主義に反対して司法の分野において「自由で民主的な基本秩序」を守る「戦う民主政」の守護神としてのその存在感を示そうとしたのであった。<sup>(50)</sup> 一方、国内において基本権が尊重

(47) F. Günther, op.cit., S.107.

(48) 永田秀樹「西ドイツにおける憲法裁判と政治(2)」、99頁～100頁。J. Collings, op.cit., pp.38-45.

(49) 清水望、前掲書、480頁。J. Collings, op. cit., p.43.

されるような方向へ西ドイツが発展できるように司法の分野において積極的にリーダーシップをとるが、再軍備がドイツの主権回復の手段として採用されていることや、国家それ自体の存続にかかわる外政問題では法的な判断においては消極的な姿勢を示すことで、政府に一定の貸しを作り、普遍的な人権思想のドイツへの拡大・浸透を目指す英米仏、とりわけアメリカの圧力とそれと呼応する国内のマス・メディアに助けられて、さらにSPDと連邦参議院の支援を受けて、その「独立かつ自立した憲法機関」としての地位を政府や議会に認めさせることに成功したのである。<sup>(51)</sup> こうして、同裁判所は、政府の司法省から独立し、独自の予算権や人事権を持つことにも成功した。アデナウアー首相は後に「こんなものになるうとは、我々は想定していなかった。」と漏らしていたほど、同裁判所は政府のみならず、立法府の議会をもチェックする存在へと発展して行ったのである。<sup>(52)</sup>

### 3. 連邦憲法裁判所による「社会の憲法化」を中心とする政治過程

上記の通り、連邦憲法裁判所は、その成立当初は政府や議会などと並ぶ最高憲法機関の地位の獲得に努める一方、西ドイツという国家社会の屋台骨となっている国家優位的に思考しかつ行動する行政・司法の官僚団を基本法の基本理念を実現する手段となるような行動様式をとる方向へと誘導する方策にも乗り出した。それは、ドイツ帝国以来の外見的立

憲主義的な憲法体制の「体質改善」とも言うべき官僚団の意識を変革する試みであった。換言するなら、それは、実質的には、暴力革命を伴わない、ドイツ的な外見的立憲主義体制から英米仏的な自由民主主義的な近代的立憲主義体制への転換の試みであったと見られる。この試みは、1953年12月に基本法第131条〔旧公務員の法律関係の規律〕の施行法の実施に伴う、旧官吏の訴えを契機に起こった。ワイマール憲法第130条〔公務員は全体の奉仕者であり、政治的に中立であらねばならない〕に基づいて、ナチ時代になっても旧官吏は全体、つまり国家に奉仕していたと感じていたし、そして〔国家は、すなわち官庁であるという伝統的な考え方に基づいて〕官庁と自らを同一視していた。またそうした考え方は国民の多数にも信じられているという神話も聞かれるほどであった。そして、この神話を拠り所にして、伝統的な職業官僚制はナチ時代を通じてもまた基本法下においても継続している、と主張された。ナチ党の政権掌握後、ナチ党に入党した官吏も多く、彼らの中には、敗戦後、解職させられたものもあった。施行法は、元官吏には寛大であり、多くの元官吏の再任官の請求権を認め、かつ過渡的な給与まで保障するものであった。とはいえ、ナチ党への所属を理由に解雇されたものの内、解雇は不当であり、故に完全な給与ないしは年金の追給を要求する者も存在していた、元官吏の要求の全てを叶えるものではなかった。そこで、ナチ党系の再任されなかった元官吏は、施行法は違憲である、と通常

(50) 第一法廷で基本的人権保障制度の確立において極めて積極的であったドラート判事は、KPD禁止の判決に賛成し、その際、「自由で民主的な基本秩序」に反する政党を禁止する基本法第21条第2項がもしワイマール憲法にあったなら、1932年にナチ党に対する禁止の申し立てが可能であったろうという悔しい気持を示したという。Th・オPPERMAN「連邦憲法裁判所と国法学」(赤坂正浩訳)、132頁の注34。

(51) D. P. Kommers, op.cit., p.83.

(52) Ch・シェーンベルガー、前掲論文、『越境』、17頁。

裁判所に訴えた。この訴えを受けた通常裁判所は、公務員の〔身分〕権利は実定法を超えた自然法的所有権——つまり普遍的な人権——の一部であるとの理由で、この施行法を無効であるという判決を下した。これによって、訴えを起こした元官吏の要求は実現されたかのように見えた。ところが、この判決に対して、連邦憲法裁判所はその判決こそ違憲であるという判決を下した。同裁判所は、1945年5月8日、ドイツの降伏によって全公務員の関係は解消されたが故に、施行法は憲法適合的である、と判示した。それによると、ナチ国家はワイマール憲法の党派的に中立的な官僚制を破壊した。それ故に、現在存在する公務員制度は戦後新しく作り直されたものであり、従って、旧公務員関係法に基づいて主張された要求は、この国家の明確な非連続性の命題に基づくなら、認められる余地はない、と主張された。<sup>(53)</sup>

この判決に対して、国法学者たちは憤激し、連邦憲法裁判所に対する大々的な非難攻撃が始まった。なぜなら、国法学者の殆どは国立大学の教員、つまり官吏だったからである。国法学教師協会は、「官僚制と国家の危機」をテーマにした1954年度の学会では、この連邦憲法裁判所の判決に対して、多数が反対した。その理由は、官吏は1933年以降も、今日と同様に政治的に中立であり、ただひた

すら国家に<sup>ライヒ</sup>関係する<sup>インスタンス</sup>審級のみに関わってきた、というものであった。<sup>(54)</sup> 国法学者の中で連邦憲法裁判所の判決を支持したものはハンス・バーテルスなど少数であった。

次に、連邦憲法裁判所は、ドイツの権威主義的な政治文化を民主化し、さらに個人の基本権という主観的権利を客観的な価値秩序に変える方向においてもリーダーシップを発揮した。つまり、それは、ドイツの非立憲主義的体制を支える基盤社会の自由主義化、民主化、すなわち「社会の憲法化」<sup>(55)</sup>を図るものであった。まず、同裁判所は、1960年の末に自分の息のかかった放送局を設立しようとしたアデナウアーの企図を違憲とした第一放送判決<sup>(56)</sup>や、自由な報道が現代民主政にとって不可欠であると判示したシュピーゲル判決などにより、自由な言論を保障する方向へと政治文化を方向付けた。<sup>(57)</sup> 次に、全国の通常裁判所の判決に対して基本権侵害の救済を申し立てる憲法異議の訴えが増大して行ったが、それらに対して、連邦憲法裁判所は通常裁判所の判決の無効を宣言し、さらに激増する類似の事案に対する判断の基準を示して、各種裁判所を基本権尊重の方向へと誘導するリーダーシップをとった。<sup>(58)</sup> それをきっかけに、法秩序全体の抜本的な変革の起爆剤として基本法を発動させ、<sup>(59)</sup> 各種の裁判所の裁判官については基本法を実現する方へと誘導し

(53) 同前論文、『越境』、23頁。F. Günther, op.cit., SS.107~108.

(54) Ibid., S.108; 国法学界で連邦憲法裁判所に対して最も激しく反対したのはシュミット学派であった (H. Laufer, op.cit., S.25.)。

(55) P・ヘーベルレ著・畑尻剛他編訳『多元主義における憲法裁判—P・ヘーベルレの憲法裁判論』中央大学出版部、2014年、61頁~62頁。H. Laufer, op.cit., S.458 f.

(56) 永田秀樹「西ドイツにおける憲法裁判と政治 (2)」、111頁~116頁。D. P. Kommers, op.cit., pp.152-153; J. Collings, op.cit., pp.85-90.

(57) Ch・シェーンベルガー、前掲論文、『越境』、62頁。

(58) アメリカ留学の経験を有するケルゼン学派の中堅国法学者のレプシウスは、「基準定立権力」の章において、連邦憲法裁判所が憲法規範から独自に読み取った「基準」に照らして憲法裁判を下している点を批判している。オリヴァー・レプシウス「基準定立権力」、『越境』、135頁~242頁

て行ったのである。それと共に漸次的に社会関係全般の近代化、つまり「憲法化」への動きのモメンタムを司法の分野において起こして行ったのである。その際、敗戦という既存国家機構の崩壊と新しい国家機構建設という狭間で、高級官僚の旧エリートの信頼が失墜して、未だ国家社会をリードする憲法機関の新しい権威が確立されていない「権威の空白」状況を巧みに利用して、つまりドイツ国民の中に根強くはびこっている「前民主的で権威主義的な政治文化」を逆利用して、憲政運用の最高機関としての権威の立場に拠ってその判決を遵守させることに成功したのである。<sup>(60)</sup> そうした流れの中の判決の分水嶺に当たるのが1958年の「リュート判決」である。州と同格のハンブルク市局長のリュート(Ehrich Lüth)がナチ時代に反ユダヤ主義的な映画の「ユダヤ人ジュース」(Jüd Süß)を制作した映画監督のファイト・ハーランに対するボイコットを呼びかけたことが問題となった。ハーラン映画会社の配給会社は営業権妨害を理由に、ボイコットの差止めを求める訴訟を起こし、それを通常裁判所が認めた。これに対して、連邦憲法裁判所はリュートによるボイコットの呼びかけは基本法上の表現の自由によって保護されるという次のような判決を下した。連邦憲法裁判所は、基本法の客観的な内容に触れた後、「それ故に、民事法にも影響を与え、私法の規定は価値秩序に違反してはならず、あらゆる規定がその精神

において解釈されねばならない。……客観的規範としての基本法の内容は、私法においてはこの法領域を直接に規律している規定を媒介にして展開する。新たな法が基本権の価値体系と一致しなければならないように、既存の法も、内容として、この価値体系に基づいて執行されねばならない。すなわち、価値体系から、この法の中に、これ以降の解釈を決定する特別な憲法上の内容が浸透する。…私法が解釈適応される場合、その解釈は公法である憲法に従わなければならない。」従って、裁判官は、私法の適用に際して基本権を侵害してはならず、もし判決において基本権に対する尊重が蔑ろにされている場合には、当該私人は連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てることが出来る。その上で、連邦憲法裁判所は「通常の裁判所が基本権の射程と効力を私法領域において適切に判断しているかを審査しなければならない。そこから、同時に、再審査の限界が導かれる。すなわち、完全な法の欠陥〔不備〕に対する私法裁判官の判断を審査することは憲法裁判所の事柄ではなく、憲法裁判所は、ただ私法に対する基本権のいわゆる「放射効果」(Ausstrahlungswirkung)を判断しなければならず、憲法規定の価値内容がここで実効性をもたらさなければならない。」<sup>(61)</sup> この判決によって、基本権は国家と市民との関係のみに適応されるという従来の解釈を超えて、法秩序全体の解釈においても基本権の持つ意義が強調されることになっ

(59) Ch・シェーンベルガー、前掲論文、『越境』、27頁。

(60) 同前論文、『越境』、28頁～29頁。連邦憲法裁判所は、既存の法秩序を基本法の理念に沿う形では変革させる手法として、ナチ党が政権を掌握後に、ワイマール共和国の法秩序を同党の理念に沿う形では変革した時と同じ手法を利用した。その置き換えの技術は、シェーンベルガーによると、「一般条項、不確定概念、裁量構成要件、衡量条項」を介して行ったと、言う。

(61) 同前論文、Ch・シェーンベルガー、前掲論文、『越境』、リュート判決の邦訳は、武市周作「連邦憲法裁判所の基本権の展開」、『ド憲法裁判』、514頁～515頁、から引用した。オリヴァー・レブシウス、前掲論文、『越境』、155頁～165頁。

た。この判決は、同時代の自然法的な考え方や部分的に一致する形で、基本法はどの分野においても尊重されるべき「価値体系」を樹立することを判示したのである。<sup>(62)</sup> こうして、後にこの判決は憲法論では「放射効果」とか、日本では「第三者効力」と定式化されるが、「ドイツ社会の根本的な自由化」<sup>(63)</sup> や、「社会の憲法化」に貢献したのである。

このように、1960年代末頃までに、連邦憲法裁判所は西ドイツにおいて英米仏のような近代的な立憲主義体制が確立される上において「第二の民主政の助産婦の役割」を果たして行った。その際、同裁判所において主としてその推進役を担ったのは「赤い法廷」であった。こうして、西ドイツでは基本権尊重を至上価値とする憲法の基本法がすべての国家作用に優位する憲法体制が作り出されたが、それは「憲法の優位」体制と言われている。<sup>(64)</sup> そして、そのような体制は、特別多数の議決で憲法改正を行う権限を持つ立法府の議会でさえ、憲法の二大支柱、つまり基本権尊重、「自由で民主的な基本秩序」を犯すような立法を行う場合には、それを違憲として判示して、議会が違憲な法律の制定へと逸脱しないように監視する任務を有する「憲法の番人」の地位を他ならぬ連邦憲法裁判所が獲得し、それを保持している体制と言えよう。こうし

た「憲法の優位」の体制の構築において大いに貢献したのは、ナチの迫害を受けた亡命者やドイツの自由民主主義体制への転換を願う亡命国法学者のライブホルツ判事の他、国法学界の異端児であるドラート判事のような人々であった点は、記憶されてしかるべきであろう。1933年5月、ヘルマン・ヘラーはユダヤ系との理由でフランクフルト大学法学部教授職を罷免されたが、その空席に就いたのはカール・シュミットの高弟の一人のフォルストホフ (Ernst Forsthoff, 1902～1974) である。彼はナチ党政権を、彼の師と共に擁護し、西ドイツ建国後、再び国法学界に最右翼の驍将として活動を再開した。東西ドイツの対立の構図の中で、西ドイツは反共国家として編成されるや、ワイマール時代のSPDの革命戦略の主要な手段としての「議会主義」の考え方をなお強く堅持していた、国法学界の最左翼に位置するアーベントロート教授は、西ドイツは社会的法治国家であるので、今後、いわゆる「赤い条項」と言われている基本法第14条〔所有権・相続権・公用収容〕と第15条〔社会化〕を用いての社会主義的法治国家へと転換させるべきであると主張していたが——他ならぬこうした考え方は、ワイマール時代のSPDの右派に属していたヘラーの主張であるが、西ドイツでは政治的イデ

(62) F. Günther, op. cit., S. 195. リュート判決の意義、受容、問題点についての考察は、参照：Th. Henne, Smend oder Hennis, in: R. Chr. Van Ooyen, M. H. W. Möllers, op. cit., SS. 219～230.

(63) Ch・シェーンベルガー、前掲論文、『越境』、19頁～20頁。

(64) 現代のドイツ法の特徴としての「法律、その法律を制定する立法部」に対する「憲法の優位」を著書の名称にしているのは、ライナー・ヴァール『憲法の優位』（古山剛監訳、慶應義塾大学出版会、2012年）である。同書の日本語版の「序言」では、「ドイツ法は、…憲法一般、とりわけ基本権に対する高い理解を形成し、高度の法化を示し、連邦憲法裁判所という制度を法生活の中心的制度につくり上げた、そのような法なのである。」(i 頁)と述べている。なお、ヴァールは同書で、「憲法の優位」が確立され、連邦憲法裁判所の主導下で憲法が全法秩序を指導するものとして(とりわけ基本権の客観法的側面を通じて)、これに深く浸透するとともに、主観的公権の拡大や裁判所による権利の保護の強化が進められて行った過程を「法化」(Verrechtlichung)と「裁判化」(Justialisierung)の進展として分析している(126頁以下)。この点について、注(32)に挙げた、林 知更教授の著作でも言及されている(43頁)。



オロギーの座標軸が大きく右側に移動し、戦後ではSPDの極左に位置する国法学者のドイツの未来国家構想のように思われるようになっていた——、フォルストホフは早速この主張に噛みつき、アーベントロートを批判して、西ドイツは市民的法治国家であって社会的法治国家ではないと主張して、両者の間で論争が展開されたことは有名である。<sup>(65)</sup>そして、彼は、1960年代において、連邦憲法裁判所が「憲法の優位」の体制を築き、その番人としての地位を確立するや、西ドイツはいまや「司法国家」へと変貌したと揶揄した。<sup>(66)</sup>と同時に、彼は、連邦憲法裁判所がこうした地位を確立する上において中心的な役割を果たしたドラート判事については、彼が1963年再任されなかった時、東ドイツの大統領ピーク（Wilhelm Pieck, 1876～1960）の手先であると誹謗し、カール・シュミットが「ファシスト国家の桂冠法学者」と言われたことにひっかけて、「ピークの桂冠法学者」と罵倒した。<sup>(67)</sup>

次に、こうした基本権の問題を超えて、連邦憲法裁判所は西ドイツの「民主的過程の保障全体」について重要な貢献を行っている。つまり、英米仏的な議会制民主政の受容と定着化においても次のような貢献を行っているのである。一つは、基本法第21条で政党は「自由で民主的な基本秩序」の侵害または除去を企てない限り、憲法上の地位が保障されているが、それを踏まえて、ライプホルツ

の「政党国家」論は、裁判所の同僚のフリーデンハーン裁判官の同調を得て、連邦憲法裁判所判決に受け入れられて、政党は政治過程における中心的な政治的アクターとして公認されることになった。<sup>(68)</sup> もう一つは、多数決原理がドイツ社会において受容されることになった点である。言うまでもなく、議会制民主政が機能するためにはその決定手続きとして多数決原理の尊重は不可欠であると言えよう。とはいえ、多数決制は比較的に社会的同質性が確保されたところでは一応順機能を果たすが、しかし価値観の分裂が見られる社会においてはその正当性に疑念を向ける傾向が強く、順機能の可能性は低くなる傾向がある。と言うのは、過半数以上の賛成で重大な決定が行われた場合、その決定は算術的に言えば、国民の51%の支持者にとっては正当性を有するが、残りの49%にとってはそうとは言えない場合が多々あるからである。従って、遅れて民族統一国家を樹立したドイツでは、それ以前の宗教改革以降の新旧キリスト教の間に対立が存続してきた上に、国民統一国家がやっと1871年に「諸君主の連合体」として成立したことから地域的な対立、さらに労働運動の台頭以降は労使間の対立などの社会的な亀裂がなお強く残っていた。それ故に、重要な決定方式として多数決原理は受容されなかった。外見的な立憲主義国家では、政治的決定、そしてその法的な表現としての「法律」は君主と国民代表機関の議会との妥

(65) F. Günther, op. cit., SS.88～88, SS.95～96.

(66) E. Forsthoft, Die Umbildung des Verfassungsgesetz, in : H. Barion, Hrsg., Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, 1959, SS.59～69.

(67) de.wikipedia.org/wiki/Martin\_Drath. 1963年の裁判官の改選を迎えて、法律改正によって、裁判官の定員が各部で12名から8名へと減らされた。与党と野党のSPDとの間の枠取りの争いで、CDU右派系のバイエルンのある団体が、ドラートが東ドイツのイエーナで教授資格を取っており、東ドイツの法律家との会談を計画しているなどのでっち上げた噂を流したが、そのことがマス・メディアで騒がれ、SPDが引くことになり、再選の道が閉ざされた (J. Collings, op. cit., pp.83-85.)。

(68) Ch・シェーンベルガー、前掲論文、『越境』、24頁。

協の産物であった。つまり、英米仏の近代立憲主義国家のように、選挙や議会では多数決制はただ条件付きで採用されていたに過ぎなかった。その結果、ワイマール共和国になって、選挙では比例代表制が、そして社会・経済領域では対立当事者間の「対等・同権（parität）のルール」が導入されていた。西ドイツにおいては、基本法に基づく政治統合システムは、イギリス型の議院内閣制が採用されていたので、イギリスに倣って議事決定方式は多数決制が採用された。従って、アデナウアー首相による上から一方的に政策決定が行われ、それを強行しようとするやり方は「宰相民主主義」と揶揄されたように、ドイツの政治文化においては受け入れられるものではなかった。そこで、議会では野党が抵抗し、さらに少数野党が政府の議会での多数を頼んでの一方的な決定を違憲として連邦憲法裁判所に訴えた場合、同裁判所が議会の少数派を支持する判決を下して、政府をチェックするようになったので、多数決原理も次第に受け入れられるようになったのである。それと共に、連邦憲法裁判所が議会の野党と並んで、政府をチェックするカウンターパワーの役割を果たすことになり、イギリス型の二大政党制に基づく——連立政権の場合が多いが——議会制民主政が可能となり、定着して行ったと考えられているのである。<sup>(69)</sup>

#### 4. 連邦憲法裁判所の地位確立に伴うワイマール共和国と異なるボン共和国の特徴の表出

以上、連邦憲法裁判所が内外の障害を乗り越えて西ドイツ社会の自由主義化、「社会の

憲法化」を主体的に行ってきた努力が実って、西ドイツは1960年代初めには名実共に近代的立憲主義国家体制を確立することに成功したと言えよう。このことは、ミュラー（Gebhard Müller）連邦憲法裁判所第三代長官（1959年～1971年）が『国際法律家委員会誌』第6号に寄稿した論文「ドイツ連邦共和国の連邦憲法裁判所」（1965年）の結論で述べた、次の文章が裏付けているものと言えよう。「ドイツにおける憲法裁判は一つの実験であった。これまでの経験はこの実験が成功であったことを十分に証明している。連邦憲法裁判所は統合的な要素となり、その判決の権威と実体的な内容によって第二次世界大戦終了時には瓦解していた国家構造の再建に大いに寄与した。」<sup>(70)</sup> この主張の通り、連邦憲法裁判所が「独立かつ自立した憲法機関」の地位の確立に伴って、西ドイツにいてワイマール共和国時代と異なる幾つの特徴が現われることになった。まず政治制度面における、ワイマール共和国時代と異なる特徴としては、ボン基本法それ自体が、ワイマール憲法が機能不全に陥った欠陥を反省しかつその克服を目指して新たに作り出された点、例えば、①直接民主制がナチ党に見られるような悪性ポピュリズムを生み出す方向に悪用される危険性を反省して、直接民主政の導入を取り止め、政治に民意を反省させる方式として間接民主制を採用したこと、それと関連して、②民意をより正確に国政に反映させる選挙制度として比例代表制を引き続き採用するが、小選挙区制と併用させ、さらに5%条項を設けて少数政党の乱立を防止しようとしたこと、次に、③ワイマール共和国末期に見られたような反議会主義的な極右（ナチ党）ないしは極

(69) 同前論文、24頁～25頁。

(70) H. Laufer, op.cit., S.26.

左政党（KPD）が政権を倒すことだけを目的として議会で多数派を形成し、内閣不信任案を提出することのないように、政権を担当する新しい多数派の形成、つまり後継首相の選出と現政権への不信任投票を組み合わせることで政治の空白を避ける「建設的不信任案」制度の採用、④ワイマール共和国末期に大統領独裁を生み出した「半大統領制度」を踏襲せず、イギリス型議院内閣制を採用し、大統領は儀礼的な国家元首にし、その選出方法も間接的方法を採用したこと、最後に、⑤「自由で民主的な基本秩序」に反する政党や個人も憲法の基本権を認めないという「戦う民主政」を採用したこと、<sup>(71)</sup>などは別にして、本稿の3の最後のところですでに指摘したように、政党の評価が180度変わり、政党が国政の枢軸的な地位を占める社会を代表する政治機関として承認された点である。<sup>(72)</sup> ワイマール時代では、ドイツ国法学では、社会は国家に敵対する存在として位置づけられ、同時代の英米と異なって、社会の多元的な利益集団とそれらを政治的に代表する政党は否定的に評価していた。例えば、カール・シュミットは、第二世界大戦後の西欧諸国の政治体制を言い表している団体協調主義的国家を「量的全体国家」と定義して、それは既存の国家が私利私欲を求める多元的集団の集合体である社会の政党による「自己組織化」へと変性

し、社会が政党を媒介にして国家を食物にしている悪しき国家形態であると批判した。国家が多元的利益に毒されている社会の影響を撥ね付けて、超然と国益に基づいて社会を上から統制する国家を理想と考えて——彼はムッソリーニのファシスト国家をドイツが目指す理想の国家であると捉えていた——、当時、そうした国家を「質的全体国家」と定義していた。<sup>(73)</sup> ドイツ国法学界ではアウトサイダーのヘルマン・ヘラーを除くと、ほとんどすべての学者がカール・シュミットと同様に、社会や社会を代表する利益集団や政党を公益ではなく私益を求める「蛆虫」のような存在として蛇蝎のごとく嫌い、すべてのことにおいて国家を最優先に考える「国権論者」であった。ところが、西ドイツにおいて、英米の社会観や、社会の多元的利益を表出・集約して代表する政党や、その政党を中心とする諸利害の妥協と調整としての政治観などがアメリカの支援の下に亡命政治学者などによって大々的に受容されて、政治的多元主義理論や憲法論が連邦憲法裁判所の判決を通じて西ドイツに受容されて行き、憲法やそれに基づいて作られた政治制度の理論と運用の実際を研究するドイツの国法学においても大きな変化が現われて来た。それについて、以下幾つかの点について見て置きたいと思う。

第一は、憲法と立法府との関係の変化と、

(71) F. K. Fromme, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, Dritte, ergänzte Auflage*, 1999, Abschnitt 1; 拙著、前掲書、235頁～236頁。

(72) H. Laufer, op.cit., S.485 f. ドイツでは帝政以降伝統的な反政党的傾向が強かったが、それが克服されて、ボン基本法では政党が憲法条項の中に取り入れられ、それに基づいて政党助成制度も作られている。そうした現状を踏まえて、ワイマール時代から現代までのドイツ国法学における政党論の主要な潮流を考察した林 知更論文（『政治過程の統合と自由一政党への公的資金助成に関する憲法学的考察』(1)～(5・完)、『国家学会雑誌』115巻5・6号（2002年）、同116巻3・4号（2003年）、同5・6号（同年）、11・12号（同年）、同117巻5・6号（2004年）は約400頁を越す大論文であり、憲法との関係における政党論であるのみならず、ワイマール期以降のドイツ国家学の大きな流れを体系的に知る上においても有益な業績である。

(73) Carl Schmitt, *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland* (1933), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, S.359 ff.

それと関連しての憲法概念の変化である。ワイマール共和国では相対的民主主義論が支配的であった。それによると、国民主権の国では国民の代表機関の立法府が政治体制、つまり憲法体制——カール・シュミットが *Verfassung* (憲法) と *Verfassungsrecht* (憲法律) とを区別した際の、彼の言うところの「憲法」〔政治的統一体の形式と態様に関する全体決断〕である——と、それを法的に規定している憲法律、すなわち実定憲法の両者を特別多数決、つまり議席の三分の二以上の賛成があれば改正できると考えられていた。従って、憲法と法律の関係は、議会で特別多数で議決されるか、あるいは単純多数で議決されるかの違いのみであり、それ故に法律と憲法は同格であると考えられた。<sup>(74)</sup> その結果、立法府が憲法よりも上位に位置づけられていた。従って、憲法体制の意味での憲法も議会の特別多数決で変更可能という考え方が支配的であったので、ドイツ革命時に革命状況の規定者に不本意ながら押し上げられていた SPD は、ロシアで2年前から展開されている暴力による資本主義体制の社会主義体制への変革という野蛮な展開過程を見て、このようなボルシェヴィズム型革命には反対して、国民の三分の二以上の支持を漸次的に獲得して議会を通して社会主義革命を平和的に実現する「議会主義」を主張し、それに運命をかけ、「議会主義」の実行に全力を傾けたのであった。ところが、危機に陥った資本主義体制の暴力的な擁護を目指すナチ党によって「議会主義」が見事に逆用されて、SPD は亡命への道へと追いやられた。こうした過去の反省から、西ドイツでは、基本権の尊重並びに「自由で民主的な基本秩序」を中核とする基本法（憲

法）は至上価値に祭り上げられて、「憲法の優位」の体制が確立された。従って、憲法と立法府の関係は、ワイマール時代とは逆に立法府に対して憲法が上位に位置づけられることになった。この「憲法の優位」の体制はカール・シュミットの言うところの「憲法」であるが、それは、彼が主張するように、国民の代表機関の立法府であっても変更不可とされた。この点で、カール・シュミットの憲法論が西ドイツで受容されたと見られよう。つまり、彼の国民の「政治的統一体の形式と態様に関する全体決断としての憲法」概念ではなく、ドイツ革命後の制憲議会においてドイツ国民が「市民的法治国家」を決断したという意味での、ワイマール憲法は「市民的法治国家」の法的な規範化であるという解釈、およびこの「市民的法治国家」は立法府によって通常の憲法改正の手続きによる改定は不可であるという、彼の主張が受容されたと見てもよからう。<sup>(75)</sup>

ところで、憲法を国家の組織規範として捉える従来のドイツの憲法観から見ると、確かに、西ドイツにおいて、彼が言うところの「市民的法治国家」がボン基本法においても継承されている。しかし、それは国家の組織規範の形式的側面の特徴であって、その内実は国家に至上価値を置くドイツの伝統的な憲法観とは異なり、英米仏、つまり西欧の普遍的な人権尊重を至上視する規範体系なしは価値秩序を体現するものである。言うまでもなく、一般論として、制憲議会で憲法制定を終えて、それを公布したからと言って、「価値秩序としての憲法」はまだ真の憲法としては社会の中に埋め込まれているとは言えないであろう。従って、価値秩序としての憲法の基

(74) 古野豊秋「憲法裁判の理論」、『ド憲法裁判』、20頁～21頁。

(75) F. Günther, op.cit., S.38.

本理念が国民の生の営みの全体に浸透して、国民の行動様式を方向付けるように国民の心の中に埋め込まれない限り、基本法としての憲法は「生きた憲法」とは言えず、単なる政治宣言と変わらないと言えよう。それ故に、基本法に基づいて新しく設立された連邦議会と、その多数派によって選出された、連邦議会の最高委員会に当たる連邦政府は、規範体系としての基本法が指し示す方向へ向けて国政をリードすると同時に、その規範体系を国民生活の中に浸透させ、埋め込ませることで、国民の精神を統合する任務も果たさなくてはならないであろう。その任務において司法の分野において主要な役割が割り当てられたのが連邦憲法裁判所であったと言えよう。言うまでもなく、国民の精神的統合によって初めて政治的統一体としての「国家社会」が成立し、かつ存続し続けることが可能となるなら、国民の精神を価値秩序としての基本法の指し示す方向において司法の分野において「統合」する活動は「生きた憲法」を創出していく過程と言っても過言ではなからう。こうした事態が西ドイツ建国後に進行して行ったが、それは連邦憲法裁判所が中心になって試行錯誤を繰り返しながら基本法の最高価値の一つの基本権を尊重する法秩序を形成していく過程であり、また、他面において、国家を優先的に考える従来のドイツ的な伝統的な価値体系を清算して、普遍的人権尊重と言う

基本法の基本理念に基づく国民の精神の新たな「統合」過程でもあったと見られよう。従って、憲法とは国民にその共有する価値を日々想起させ、自覚させることで、価値秩序に基づく国民の精神の統一化を図る「統合」過程であるという、スメントの「統合」としての憲法概念がこうした西ドイツの基本法に基づく新しい国家建設と言う現象を説明するのに一定の有意性を示していることから、西ドイツにおいてスメント学派が憲法解釈において重きをなすことになったことが理解されよう。<sup>(76)</sup> もっとも、ワイマール共和国において、スメントが「統合」としての憲法概念を提起した時、国民の精神の「統合」を図る際の価値秩序はドイツ帝政時代の価値秩序であったが、敗戦後の西ドイツではその価値秩序は西欧の普遍的な人権尊重の価値体系であった。とはいえ、価値秩序の内容は異なっても、「統合」としての憲法概念は憲法論としては一定の有意性を発揮したことは認められよう。この「統合」としての憲法概念の観点から連邦憲法裁判所による西ドイツの新しい国家建設における役割を見るなら、次のようなことになろう。連邦憲法裁判所が処理する憲法異議の申し立ては年平均約90%を超えている。<sup>(77)</sup> 基本権の侵害を受けたと感じる各市民がその法的救済を求めて憲法異議を申し立てる行為は下からの基本法の価値観の活性化を担う推進力となる行為であると見られよ

(76) Ibid., S.39. 宇都宮純一、前掲書、266頁～269頁。なお、スメントが「統合」としての憲法論を展開した著作は1928年刊行の『憲法体制と実定憲法』(Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Vierte Auflage, 2010, SS.119-276.)である。「統合」としての憲法論は、この『憲法体制と実定憲法』第一部の第4章から第9章に展開されている。とりわけ、憲法体制については、189頁に次のように要約している。「憲法体制とは、国家〔社会〕の法秩序である。より厳密に言えば、国家が生営みの現実態 (Lebenswirklichkeit) であるような、そうした生営みの統合過程の法秩序である。この過程の意味は国家〔社会〕と言う生営みの全体性 (Lebentotalität) を絶えず新たに創出することであり、そして憲法体制とはこうした過程の個々の側面的法的な規範化である。」

(77) マティアス・イェシュテット「連邦憲法裁判所という現象—連邦憲法裁判所が連邦憲法裁判所であるためにしていること」、『越境』、95頁～96頁。

う。連邦憲法裁判所はこの下からの力を真摯に受け止めて、判決と言うフィードバック・システムを通じて、基本法の価値観を国家機関のみならず、国民各人の行動様式の変容を迫る方向において浸透・拡大させる「放射効果」の役割を果たすことで、国民一人一人が基本法の価値観に基づく精神における「統合」が果たされる好循環システムが作り出されたと見られよう。<sup>(78)</sup>

第二に、ワイマール共和国と異なる相違点は、政治と司法との間に明確な区別がなくなった点である。ワイマール共和国では、ドイツ革命が未完で終わったために、政治とは労使間の階級闘争の様相を呈し、それを反映して、カール・シュミットは「友敵の区別と、最終的には敵を実存的に抹殺することである」という政治概念を主張するようになった。<sup>(79)</sup> 従って、政治の世界では「政治とは妥協である」と言うような、英米において支配する政治概念は通用する余地は相対的安定期を除くと殆どなかったと言えよう。またワイマール共和国になってドイツ帝政時代の国家機構はその一部に——軍隊と財政——において中央集権的方向への改編はあったものの存続し続け、それを担う官僚層は「政治的中立性」を主張して「階級闘争としての政治」の国家機構への侵入を防止しようとした。とりわけ司法部は、政治と司法を厳格に区別して、司法は民・刑事上の裁判機能に限定してそこに「政治」の介入を阻止しようとした。とはいえ、司法部は、本稿の1ですでに述べたように、議会で制定された労働者階級の利益になるような、いわゆる「進歩的」法案を阻止するために違憲審査権を行使しようとし

た。その帰結として、最高裁判所が「憲法の番人」の地位を手に入れ、議会が制定するSPD色を持つ法律の無色化を図ろうとした。それに伴って「憲法の番人」論が国法学界で提起されたが、カール・シュミットは「憲法体制」を意味する「憲法」を守るのは非常大権を有する共和国大統領であって、最高裁判所ではないと主張し、もし最高裁判所が「憲法の番人」となるなら、三権分立性は否定され、司法の政治化を招くと批判した。従って、ドイツ帝政時代からの支配層が掌握する行政機構と司法機構は、国民の多数派になりつつある「労働者階級の支配」を防止するために、政治と司法の厳格な区別を主張したのである。ところが、敗戦後の西ドイツでは、立場は逆転して、司法部、とりわけ連邦憲法裁判所は、ドイツの支配層の伝統的な価値観ではなく、英米仏の普遍的人権尊重と自由民主政ないしは議会制民主政の西ドイツへの導入・拡大・定着の起爆剤の役割の一端を担うことになった。換言するなら、西ドイツにおいて、ドイツ史上初めての近代立憲主義的国家体制の確立に際して、基本法と言う憲法の基本価値を法律秩序全体に浸透させるリーダーシップを発揮するようになったのは連邦憲法裁判所であった。こうして、それは、最高裁判所であると同時に、国民のみならず、すべての国家機関を憲法の「拘束」下に置くことのできる最高の憲法機関として政治的役割を果たすようになったのである。その結果、『越境する裁判所』と言う著作名<sup>(80)</sup>が象徴するように、政治と司法との区別論は否定されるようになった。

第三に、第二と関連して、ドイツ帝政から

(78) ヘーベルレは憲法異議の有する「国家教育的市民民主主義的效果」がいかに大きいかを指摘している。P・ヘーベルレ、前掲訳書、53頁。

(79) カール・シュミット著・菅野喜八郎訳「政治の概念」、長尾龍一他訳『危機の政治理論』ダイヤモンド社、1973年、186頁～187頁。

ワイマール共和国までの間は、行政が主導して法秩序を形成する「法治国家」(Rechtsstaat)であったのに反して、西ドイツでは、連邦憲法裁判所と言う司法を通じての基本法と言う憲法の価値観に沿っての従来の法秩序の改変が続けられ、同時に新しい「自由で民主的な基本秩序」を形成する「法の支配」(Rule of Law)体制が英米のように確立されて行った点の相違が現われた。こうして、西ドイツでは、「法治国家」の用語も、従来は行政の法律適合性(Gesetzmässigkeit)が支配するという意味ではなく、特定的内容的な基準が吹き込まれていることに依存することになった。つまり、三権分立、個人の自由権の保護、あらゆる国家権力の確固として法拘束性、とりわけ、個人が国家側から公平(正当)に取り扱うことを求める要求が含まれることになった。今や、古い袋に新しい酒が注がれて、従来使われてきた「法治国家」概念は全く新しい意味付けが施されて、第一に、正義の国家(Gerechtigkeitsstaat)として捉えられ、それは倫理的諸原則の実現に拘束されるようになったのである。<sup>(80)</sup>

第四に、立憲主義の意味とその内容も変化した点である。ドイツ帝政時代において立憲主義とは、憲法に先行して存在する国家権力を制限する機能に限定されていた。従って、それは、普遍的な人権の尊重を最高価値に位置付ける英米仏の近代国家の憲法に基づいて国政運営を行う近代的立憲主義ではなく、外見的立憲主義と言われた。ワイマール共和国の成立によって、君主と言う国家の頂点は共和主義的国家元首によって交替させられただけでなく、君主主義と民主主義という二つ

の正統性原理の競合も終結させられたことになり、国家と憲法を民主主義と言う新しい基礎の上に据える試みがなされた。とはいえ、ワイマール憲法が持つその性格の故に、国家と憲法との関係は西欧の近代国家のそれとは異なっていた。上記したように、ワイマール憲法は、ドイツ革命が未完で終わったために、帝政国家機構は温存され、それに伴い旧保守主義勢力も生き残り、それらの勢力とカトリック教会をバックとする宗教政党や社会主義的な労働者階級の諸政党などの多元的な集団間の一時的な休戦と利害の調整・妥協の産物として生まれたので、国民全体に受け入れられる積極的な価値観を提示していないことから、国の最高規範としての規範力に欠けていた。その上に、国民の基本的な人権の保障は一応謳われていたが、それは最高価値ではなく、教会や官僚団の既得権の尊重や家族制度の尊重と並列的に取り扱われるだけでなく、憲法第48条(緊急事態権)によって非常事態においてはいつでも停止され得たのであった。また、人権を社会経済的な領域において発展させる社会民主主義的な規定もプログラム規定の扱いを受けていた。それ故に、憲法は社会集団間の権力闘争の形式的な「ゲームのルール」とみなされ、憲法と国家の関係は不明確であり、近代的立憲主義は確立されていなかった。

基本法を採用した西ドイツでは、国家は憲法に先行して存在するのではなく、憲法が国家的統一体を法的に構成し、すべての国家権力は法的には憲法によって創設され、憲法の基準に従って行使されなければならなくなった。こうして、ようやく近代立憲主義がドイ

(80) 『越境する裁判所—連邦憲法裁判所の成立60年後の批判的総括』(Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011)は、本稿の注(2)ですすでに紹介しているが、本書の題名こそドイツにおける政治と司法における連邦憲法裁判所の地位を象徴するものと言えよう。

(81) ライナー・ヴァール、前掲訳書、195頁～196頁。

ツで確立されることになったのである。<sup>(82)</sup>

最後に、ワイマール共和国時代に憲法解釈を独占していたのは国法学者達であったが、西ドイツにおいては彼らの権威が喪失して行った点である。当時の国法学者達は、アウトサイダーのヘルマン・ヘラーらの少数の社会民主主義者を例外として、その殆ど大部分はドイツ帝政時代の官憲国家 (Obrigkeitsstaat) を最善の国家とみなしていた。従って、彼らは、国家を、社会的利益と個人の上位にある、中立的で、かつ主権的で実体を有する統一体として捉える国家観を保持し、かつ国家は統治 (Regierung) と行政の作用と考えていた。要するに、彼らは政治的態度においては官憲国家志向的で、国権主義 (Etatismus) 的であった。その結果、ワイマール共和国になって勢いついてきた社会的利益を代表する多元的集団の跳梁跋扈、とりわけ社会主義政党の国政の要職の占拠を許す議会制民主政などに対して否定的な反応を示した。その帰結として、多元的社会とそれを代表する政党については否定的な姿勢を示した。さらに、彼らはドイツの伝統的な価値観——その象徴は〔イギリスなどの西欧の文明に対してドイツの文化の優位を説く〕「1914年の理念」であるが——の守護を主張し、その帰結として西欧的な価値観、その象徴としての普遍的な人権思想には反対し、そのドイツへの浸透・拡大には反対した。ワイマール時代の国法学界の最右翼に位置する若きシュミットとスメントは、国家や憲法についてはそれぞれ異なる考え方を示した。カトリック勢力の最右翼に属するシュミットは「行為する主体」としての国家の決断を重視し、憲法を国民の決断の

側面から捉えていた。それに対して、プロテスタント教会法の研究者でもあるスメントは、ドイツ国家の危機の原因をプロイセン・ドイツ的な伝統的価値観の衰退に求め、そうした認識から当然伝統的な価値観の復活とそれに基づいてドイツ国民の精神を再び蘇生させ、さらに活性化させなくてはならないと言う問題意識から、国民意識を方向付ける国家の多様な媒介物に着目して、それらによる国民の精神の統一化過程、つまりドイツの伝統的な価値観、つまり彼の言葉では「意味統一体」を国民の一人一人に覚醒させる精神の「統合」という国民の日々の「精神的・無時間的な意味連関」(die ideell-zeitlosen Sinnzusammenhänge)<sup>(83)</sup>の中への埋め込む動的な作用を憲法体制の実体として捉えていた。<sup>(84)</sup>

さて、敗戦後、国法学者の多数はこうした考え方を保持したまま、1949年に「国法学教師協会」を再建させ、西ドイツの新しい国家建設に立ち向かった。上記したように、彼らの多くは西ドイツの建国期から1960年代初めにかけて、連邦憲法裁判所の憲法解釈に反対し、かつ拒否的な態度を示した。しかし、1950年代末から60年代にかけて、連邦憲法裁判所が憲法解釈を独占する地位を確立するようになった。1961年に連邦憲法裁判所創設10周年記念講演において、スメントは「今や実際には、基本法は連邦憲法裁判所がそれを解釈した形において妥当している。そして〔国法学の〕研究文献はこうした意味においてそれに注釈を施している。」<sup>(85)</sup>と述べていることに象徴されるように、憲法解釈において連邦憲法裁判所の独占的地位の確立と共に、そ

(82) 同前書、180頁。

(83) R. Smend, op.cit., S.131.

(84) F. Günther, op.cit., S.1.

(85) R. Smend, Das Bundesverfassungsgericht (1962), in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, S.582.



れと反比例して、国法学界の憲法解釈における権威は当然衰退して行く他なかった。こうした変化には以下のように三つ理由が考えられる。第一に、スメント学派がその理論的枠組みはそのまま保持しながら、価値観を180度転換させる大変身を遂げて、西欧の多元主義的な価値観を受け入れ、さらに国家概念を英米の Government 概念 で捉え直して、西ドイツの新しい国家体制への順応を果たしたことで、従来の考え方を守るシュミット学派に対して優勢となって行った点である。<sup>(86)</sup> 第二は、世代交代が漸次的に進行して、旧世代の考え方に固執しない新しい世代が台頭し、彼らはアメリカの支援の下にアメリカで在外研究中に英米の憲法理論を吸収した点である。第三は、政治学界は言うまでもないが、国法学界にも英米の学問の影響が強まり、英米仏の憲法論の受容も始まり、従来のドイツ国法

学の英米仏の憲法論への組み直しを図り始めた点である。そして、2011年までには、連邦憲法裁判所判決が何千と積み重なり、その判決集が125巻も刊行されるようになった。<sup>(87)</sup> 国法学者たちが憲法を論じようとするなら、連邦憲法裁判所が解釈したこうした膨大な判決や判例研究にその力を注ぐ必要が生まれた。さらに、1951年に連邦憲法裁判所発足時に任命された裁判官の改選が、12年後に行われ、数名の国法学者も選出されることになった。<sup>(88)</sup> その結果、国法学界を構成する学者達の中に新しい国家体制への順応傾向が強まり、連邦憲法裁判所に対するその従来の拒否的態度から、次第に迎合する態度へと変わって行った。それとともに、国法学研究において憲法判例の研究の比重が高まり、ついに国法学は「連邦憲法裁判所実証主義」<sup>(89)</sup> とか「後期注釈学派」<sup>(90)</sup> とが言われるようになって

(86) スメント学派は、スイスの国法学者との交流があり、さらに英米の現代政治思想を積極的に受容して行ったことから、学派の中からエムケやヘニスなどの政治学者を輩出させている。その過程で、ドイツ国家学・国法学の伝統的な概念の解釈替え (Umdeutung) を行い、それらを新たに定義し直したり、あるいは従来の概念を新しい用語に言い替えて憲法研究を行っている。スメント学派を代表する K・ヘッセは、ドイツ国家学・国法学の中心概念である国家 (Staat) 概念が「国家社会」と政府 (Regierung) を意味する狭義の「国家」の両方の意味を有しているために、憲法研究において混乱を惹起させている点に注目して、狭義の「国家」が英米の Government に相当するので、それは Government で言い換えて使い、次に「国家社会」はイギリスでは Commonwealth とか Civil Society で言い表している「政治的統一体」(politische Einheit) に近い点を考慮して、「国家社会」は Gemeinwesen という用語で言い換えて使うことにしている (K・ヘッセ、前掲訳書、11頁～12頁。F. Günther, op.cit., SS.237-238.)。K・ヘッセの弟子のヘーベルレは「国家社会」を Res Publica と言い換えている。

(87) オリヴァー・レプシウス「基準定立権力」、『越境』、220頁、注(9)。

(88) その著作の邦訳で我が国において知られている現代ドイツの憲法学者、すなわち国法学者で、連邦憲法裁判所裁判官に選出された人は、本文で紹介したライプホルツの他に、シュミット学派の E・W・ベッケンフェルデー (裁判官在職期間、1999～2008)、スメント学派の K・ヘッセ (1975～1987) などがいる。2011年時点で、国法学者で連邦憲法裁判所裁判官に選出されているのは、第一法廷に5名、第二法廷に4名がいる。合計16名の裁判官の内、9名が国法学者である。(M・イエシュテット「連邦憲法裁判所という現象—連邦憲法裁判所が連邦憲法裁判所であるためにしていること—」、『越境』、104頁。なお、同書の122頁の注(8)に9名の名前が紹介されている) なお、連邦憲法裁判所創立50周年を記念して、憲法判例の内、7名の国法学者が裁判官としてかわった事案を研究して、「連邦憲法裁判所に対するドイツ国法学の影響」について論じた論文は、すでに本稿の注(33)で引用した、Th・オッパーマン「連邦憲法裁判所と国法学」(赤坂正浩訳)である。

(89) B・シュリンク著・岩淵達司他訳『過去の責任と現在の法』岩波書店、2005年、111頁。

(90) P・ヘーベルレ、前掲訳書、166頁。

たのである。

こうして、西ドイツは名実ともに英米仏型の近代的立憲主義国家としての成熟を遂げることになった。

## おわりに

以上、その設立から1960年代にかけて、ドイツ連邦憲法裁判所が西ドイツの政治過程の中で単なる憲法裁判所ではなく、連邦政府や議会などと並ぶ最高の憲法機関としての地位と影響力を獲得して行った軌跡をフォローして来た。最後に、このドイツ連邦憲法裁判所の独特な制度が持つ近代立憲主義を保障する新しい側面を整理し、そこから学ぶべき点があるかどうかを見極めて本稿を終えたいと思う。

そもそも憲法裁判が実効性を持つには幾つかの前提条件が存在するという点に注意を向ける必要があろう。まず、政治・公法理論において、法体系が憲法を最高規範とするピラミッド構造をなしているという、ケルゼンの言う法段階説が国民やすべての国家機関の間に受容されていることが必要であろう。そうした条件が備わった国において、憲法が法段階の最高地位に位置づけられているので、もしその下位の法規がその内容において憲法に違反しているものと判断される場合、憲法の基本理念を実現する観点から、ある機関がその下位の法規を統制できるなら、憲法は保障されることになろう。アメリカの連邦憲法裁判所が歴史上初めてこの機関に当たる機能を担うことになった。アメリカでは、ある制定法が憲法に違反しているのではないかという疑念が度々生じ、法を実際に適応する裁判所がその合憲性を審査することになり、そうした慣習が制度化されて、最終的に裁判所がこうした違憲審査権を行使するようになったと

見られる。また、第一世界大戦戦後のオーストリア共和国では、法段階説を主張してきたケルゼン自らが主導して憲法裁判所が創立された。そして、西ドイツでは、アメリカとオーストリア両国の憲法裁判制度を土台にして、ワイマール時代におけるアメリカの違憲審査制が保守的な裁判官によって権威主義的国家の再建の方向に悪用された苦い歴史的経験を反省して、連邦憲法裁判所は「国政指導機関」の連邦政府、連邦議会と同等の最高の憲法機関の地位を内外の障害を乗り越えて確立して行った。そして、その過程において、それは、「独立かつ自立した憲法機関」として、他の憲法機関に対しても同等の地位を超えて、憲法である基本法第1条第3項に拠って、基本権が「立法、行政及び裁判」において保障されているかどうかを、司法を通じて見守ることで、国家の三権を基本権に「拘束」させる憲法裁判の判決を下す「憲法保障政治」を展開した。そうすることで、それは、西ドイツにおいて近代立憲主義理念を政治の実際において貫徹するのに大いに貢献したのである。

顧みるなら、近代立憲主義を支える政治制度として、代表制民主政とセットになった、水平レベルにおける三権の抑制・均衡と言う意味の権力分立制が英仏で、そしてそれに加えて連邦中央政府を抑制する連邦制が垂直的レベルにおける権力抑制装置としてアメリカで確立されていった。こうした近代立憲主義制度は周辺の後発近代国家に波及して「輸出」された。次に、近代立憲主義を支えるもう一つのアメリカの固有の違憲審査制という憲法裁判制度が第一次世界大戦後にオーストリア共和国やスイスに伝播され、それぞれの政治文化に合わせて変形されて定着した。そして、第二次世界大戦後には、西ドイツで作られ出された連邦憲法裁判所は、これまでの近

代立憲主義の歴史において類例のない憲法保障制度としてその存在感を示している。従って、「遅れてきた」ドイツが初めて新しい近代立憲主義制度を作り出し、その制度の運用において成功したことで、それは「輸出」するに耐え得るものとなった。つまり、西ドイツは近代立憲主義制度創出の点で先輩格の英米仏に伍して、誇れる新しい憲法保障制度を創出することに成功したと見られよう。こうして、近代立憲主義体制を守る新しい制度的装置としてのドイツ連邦憲法裁判所がその実績を示すようになるにつれて、それは、権威主義体制や、全体主義体制が崩壊した後の各国、例えば、欧州ではイタリア、スペイン、ポルトガル、ギリシャ、次にラテンアメリカ諸国、南アフリカ共和国、アジアでは韓国、インド、そしてソ連崩壊後は東欧・中欧諸国に「輸出」されるようになった。現代ドイツの憲法裁判の著名な研究者のヘーベルレ教授は、こうしたことを踏まえて、次のように自国の連邦憲法裁判所について誇らしげに語っている。「〈立憲主義国家〉という類型の発展史の推移の中で革新的な貢献をなした国は多い。ドイツは、ここで連邦憲法裁判所の組織と実践が模範的なものを作り出した。」<sup>(91)</sup>と。

このドイツ連邦憲法裁判所は、今や近代立憲主義の確立を目指す新興国家のみならず、先輩格のフランスにも影響を与えており、そのことはドイツが紛れもなく先進近代国家の仲間入りを果たしたことを何よりも証拠立てるものと言えよう。では、主としてアメリカとオーストリア両国の憲法裁判制度を参考に作り出されたドイツ連邦憲法裁判所が、どう

いう点で新しい独特な憲法裁判制度となっているのか、その制度的特徴を幾つか整理して見たいと思う。

第一は、ボン基本法は近代憲法としては類例のないぐらいに価値序列主義が導入され、近代憲法の2点セットの内、基本的人権の尊重が最高価値に位置付けられ、次にこの最高価値を実現する手段としての「自由で民主的な基本秩序」も基本的人権尊重と同じぐらい最高価値に位置付けられていて、憲法裁判所の存在の前提条件たる価値序列主義、つまり「憲法の優位」の法体系のみならず、憲法そのものの中にも法段階説が埋め込まれている点である。<sup>(92)</sup>

第二は、社会の変化と共に憲法現実も変化し、それに伴って憲法変遷も起こるが、こうした点を考慮するなら、社会の変化の動きに合わせて憲法の基本理念を生かすように憲法解釈を行って、憲法の理念と現実との調整ないしは調和を図ることが憲法裁判所に課されている課題であると言えようが、連邦憲法裁判所はその組織においてその課題に答える仕組みを整えている点である。社会の変化は世論において表出される。ブライスは民主政とは「世論による政治」と定義しているが、世論は代表制民主政では政治的には通常、選挙つまり投票において反映される。つまり、次の選挙までの間、政治制度としては国民代表機関の議会が世論を反映するものと想定されている。従って、連邦憲法裁判所はその組織が議会の特別多数で選出される裁判官によって構成される仕組みになっていることによって、世論、そして次の選挙までの間の議会と連動して、社会の変化を司法のフィルターを

(91) 同前訳書、156頁。

(92) K・シュテルン著・赤坂正浩他編訳『ドイツ憲法Ⅰ.総論・統治編』(1984年)信山社、2009年、2頁～4頁。D. P. Kommers, op.cit., p.282.

通して捉えて「憲法の番人」の役割を果たしているのである。マス・メディアが発達している今日、メディアを通じて表出される「世論」と、議会の70%以上を代表する連邦憲法裁判所が議会の野党と共に、もし政府が「専横」に陥りそうな場合、その政府をコントロールする仕組みが出来上がっているのである。もっとも、その際、連邦憲法裁判所は基本権保障の事案では「司法積極主義」の姿勢を示すが、国家存続にかかわる対外政策に関する重要問題では極めて謙抑的な姿勢を示している点は注目されて良い。<sup>(93)</sup>

第三は、法教義学が高度な発達を遂げている現代では、憲法解釈にはあらゆる分野における高度の専門知識、とりわけ憲法理論の専門知識が何よりも不可欠であるが、連邦憲法裁判所の裁判官は、民事・刑事、行政、税務、労働、社会の各種の最高裁判所の判事の他に、法曹資格を有する大学法学部教授や政治家、上級公務員が選出されることになっている点である。

以上のドイツ連邦憲法裁判所が順機能を果たしてきたその「標準装備」とも言うべき三つの制度的条件に照らして見るなら、戦後日本の憲法裁判所たる最高裁判所は、この「標準装備」の三つが欠けていると見られよう。従って「司法消極主義」に走るのも理解できないことではなからう。<sup>(94)</sup>

最後に、連邦憲法裁判所の1970年代以降の

歩みについて簡単に触れときたい。本稿で紹介したように、連邦憲法裁判所は1960年代まで西ドイツにおいて近代立憲主義を確立する上においてその推進力の一つとして「社会の憲法化」を実現したその功績は大いに評価されている。それは同裁判所の成功の物語である。しかし、1970年代から今日に至るまで連邦憲法裁判所の歩みを見ると、それを成功に導いた外部条件が変化し、それと共に二つの危機の時代を迎えたという。シェーンベルガーによれば、連邦憲法裁判所はこれまで三つの危機時期を迎えたという。第一の危機の時期とは、連邦憲法裁判所がその設立当初、他の憲法機関、とりわけ連邦政府との緊張関係の中で「憲法の番人」としてのその地位を確立して行った過程である。それについては、本稿においてすでに見てきた。第二の危機の時期とは1970年代から東西ドイツの統一とEU加盟までの時期を指す。第三の危機の時期とは、EU発足後の本格的なグローバル化の中で、ドイツ国民国家の国民主権を前提とした連邦憲法裁判所がその従来の在り方を保ち続けることが出来るのかどうかという問題が提起された時代に入っており、その兆候は1993年EU発足と共に欧州司法裁判所や欧州人権裁判所と言う競合する裁判所との関係をどのように調整していくべきかが問題として提起されているところに垣間見られる。<sup>(95)</sup> この第三期の危機の時期は本稿の範囲を超える

(93) 永田秀樹「西ドイツにおける憲法裁判と政治(2)」、103頁の注(66); P・ヘーベルレ、前掲訳書、20頁。

(94) 栗城壽夫教授はヘーベルレ教授が所属するドイツのバイロイト大学を訪問し、2000年9月、ヘーベルレ教授に対してインタビュー(「憲法裁判を巡って」と題する対談)を行っている。日本にドイツ連邦憲法裁判所をそのまま「輸入」出来る可能性があるのかどうかについての栗城教授の質問に応じて、ヘーベルレ教授は次のように答えている。できればドイツの制度を基本にして、裁判官の選出方法としては、議会がその三分二を、残りの三分の一は超党派的な立場にある大統領が選任するイタリアの憲法裁判所の例がモデルになるのではないだろうか、また日本は大統領制でないので、天皇(Kaiser)が三分の一を大学の法学教員の中から選任したらよいのではないかと答えている。さらに、日本はアジアに属しているので、「韓国と同じ道をとるのも一つの選択肢として考えられるでしょう」と助言している(前掲訳書、第10章、301頁～302頁)。大変刺激的で興味津々たる指摘である。

問題であるのでここでは触れない。第二の危機の時期は、連邦憲法裁判所が順機能を果たして来た時代の内外の環境が激変し、それと共にその姿勢においてその存在理由の正統性が基盤社会の構造的な変動によって幾分疑念が持たれるようになった時代である。こうした事態が生まれた幾つかの原因については別稿で考察したいと思う。

#### [参考文献]

- M・イエシュエット・他著、鈴木秀美・他監訳『越境する司法—ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』(2011年) 風行社、2014年。
- J・イーゼンゼー著・ドイツ憲法判例研究会編訳『保護義務としての基本権』信山社、2003年。
- 宇都宮純一『憲法裁判権の理論』信山社、1996年。
- R・ヴァール著・古山剛監訳『憲法の優位』慶應義塾大学出版会、2012年。
- 権左武志編『ドイツ連邦主義の崩壊と再建—ヴァイマル共和国から戦後ドイツへ』岩波書店、2015年。
- 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』弘文堂、2005年。
- 清水望『西ドイツの政治機構』成文堂、1967年。
- 清水誠編『ファシズムへの道—ワイマール裁判物語』日本評論社、1978年。
- 初宿正典他編訳『原典対訳連邦憲法裁判所法』成文堂、2003年。
- K・シュテルン著・赤坂正浩他編訳『ドイツ憲法 I. 総論・統治編』(1984年) 信山社、2009年。
- B・シュリンク著・岩淵達司他訳『過去の責任と現在の法—ドイツの場合』岩波書店、2005年、111頁。
- K・ゾントハイマー著・河島幸夫他訳『ワイマール共和国の政治思想』(1968年) ミネルヴァ書房、1976年。
- 高田篤他編訳『ドイツ憲法集』(第6版) 信山社、2010年。
- ドイツ憲法判例研究会編『憲法裁判の国際的發展』信山社、2004年。
- ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 I (第2版)』信山社、2003年。
- ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 II (第2版)』信山社、2006年。
- ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 III』信山社、2008年。
- 畑尻剛他編『ドイツの憲法裁判—連邦憲法裁判所の組織・手続き・権限』第二版、中央大学出版会、2013年。
- 林 知更『現代憲法学の位相—国家論・デモクラシー・立憲主義』岩波書店、2016年。
- J・ハーバマス著・三島憲一訳『遅ればせの革命』(1990年) 岩波書店、1992年。
- 樋口陽一『比較のなかの日本国憲法』岩波新書、1979年、50頁。
- E・フリーゼンハーン著・廣田健次訳『西ドイツ憲法裁判論』(1963年) 有信堂、1972年。
- 廣渡清吾『法律からの自由と逃避—ヴァイマル共和国の私法学』日本評論社、1986年。
- K・ヘッセ著・初宿正典他訳『ドイツ憲法の基本的特質 [第20版]』(1999年) 成文堂、2006年。
- P・ヘーベルレ著・畑尻剛他編訳『多元主義における憲法裁判—P・ヘーベルレの憲法裁判論』中央大学出版部、2014年。
- 毛利透『民主制の規範理論—憲法パトリオティズムは可能か』勁草書房、2000年。
- 松井茂樹『アメリカ憲法入門 [第3版]』有斐閣、1995年。

(95) Ch・シェーンベルガー、前掲論文、『越境』、32頁以下。

なお、連邦憲法裁判所の危機の時代区分において、第二期の危機の時期を、コリングスは、さらに二つの時期に分け、1970年代の危機の原因は1969年成立したSPD主導の連立政権が「より多くの民主主義」を実現しようとしたのに、1963年の裁判官の改選後CDU系が相対的に多くなったことから、連邦憲法裁判所は自由主義により多くのウェートを置くようになり世論と距離が広がったことにある、と指摘し、次に1990年代の危機の原因は基本的人権の解釈では、それをドイツの政治文化の許与範囲を超える「普遍的人権」として抽象的に解釈する傾向を強めたことから保守派の反発を招いた点にある、と指摘している。とはいえ、連邦憲法裁判所は常に時代を一步先に進んでいた、と評価している (J. Collings, op.cit., p.xxxviii.)。なお、1990年代の危機については、イーゼンゼーはその原因を「連邦憲法裁判所よ、いざこへ」(1996年) (J・イーゼンゼー、前掲訳書、367頁~404頁。) で分析している。

- 安 章浩『憲法改正の政治過程—ドイツ近現代憲法政治史から見えてくる憲法の諸相』学陽書房、2014年。
- 山下威士訳『クーデターを裁く—1932年7月20日事件法廷記録』尚学社、2003年。
- Th・オPPERマン「連邦憲法裁判所と国法学」(赤坂正浩訳、『立教法学』No.87. 2013年。
- カール・シュミット著・菅野喜八郎訳「政治の概念」、長尾龍一他訳『危機の政治理論』ダイヤモンド社、1973年。
- 永田秀樹「西ドイツの連邦憲法裁判所成立過程の研究」『法学論叢』104巻2号、1978年。
- 同「西ドイツにおける憲法裁判と政治(1)」『大分大学経済論集』第38巻第6号、1986年。
- 同「西ドイツにおける憲法裁判と政治(2)」『大分大学経済論集』第39巻第2号、1987年7月。
- 林 知更「政治過程の統合と自由一政党への公的資金助成に関する憲法的考察」(1)～(5・完)、『国家学雑誌』115巻5・6号(2002年)、同116巻3・4(2003年)、同5・6号(同年)、同11・12号(同年)、同117巻5・6号(2004年)
- 毛利透「憲法の前提としての国家と憲法による国家統合」『憲法の基底と憲法論』高見勝利先生古希記念、信山社、2014年。
- 渡辺康行「概観：ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例I(第2版)』信山社、2003年。
- A. Brecht, *Prelude to Silence: The End of Weimar Germany*, 1944, 1968.
- C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, 1997.
- J. Collings, *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*, 2015.
- D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, 1977.
- E. Forsthoft, *Die Umbildung des Verfassungsgesetz*, in: H.Barion, Hrsg., *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1959.
- F. K. Fromme, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, Dritte, ergänzte Auflage, 1999.
- F. Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949~1970*, 2004.
- H.Laufer, *Verfassungsgerichtbarkeit und Politischer Prozess. Studien zum Bundesverfassungsgericht für die Bundesrepublik Deutschland*, 1968.
- D. Kommers, *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*, 1976.
- R. Chr. Van Ooyen, M. H. W. Möllers, Hrsg., *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Auflage, 2006, 2015.
- Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung (1931)*, Vierte Auflage, 1996.
- Carl Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)*, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Zweite Auflage, 1973.
- Carl Schmitt, *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland (1933)*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Zweite Auflage, 1973.
- R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht (1928)*, in: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Vierte Auflage, 2010.
- R. Smend, *Das Bundesverfassungsgericht (1962)*, in: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Vierte Auflage, 2010.