

【翻 訳】

## ペーター・ヘーベルレ 『憲法裁判の基本問題』(1)

畑 尻 剛

## 目 次

まえがき
憲法裁判の基本問題（以上本号）
脚 注
参考文献一覧
解 説

## ま え が き

本稿は、ペーター・ヘーベルレ (Peter Häberle) の Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit の全訳である。本論文は、彼が編集した Verfassungsgerichtsbarkeit, Wege der Forschungen Bd. 495, Darmstadt, 1976 に掲載されたが、同書は、ヘーベルレによって選択された24編の憲法裁判に関する基本文献を納めたものである<sup>(1)</sup>。編者としてのヘーベルレは、同書の意図および掲載された諸論文の選択理由を、本論文とは別の「前書き」において述べており、今回訳出した論文は、同書に収録された各論文とは独立したものである。本論文は、その目次からも明らかのように、憲法裁判をめぐる様々な論点について網羅的、一般的にかなり広い視野から検討するものである。しかし、その具体的内容については従来の議論を踏まえながらも、憲法裁判論についてのヘーベルレの独自の思考方法が示されていて興味深い。

確かに、ヘーベルレの問題関心は憲法裁判にとどまるものではなく、憲法原理論、憲法解釈方法論、基本権論など多方面にわたる<sup>(2)</sup>。しかしそのいずれをみても彼の憲法裁判論との結びつきが密である。立法論と解釈論を大胆に架橋しようとする憲法改正論、解釈の主体に着目して方法論の再構成を試みる憲法解釈方法論、人権の制度的側面を強調する基本権論、そのいずれの主張も、内容の斬新さ大胆さゆえにともすれば見過されがちではあるが、憲法裁判論と密接不可分の関係にある。したがって、彼のこれらの主張を正確に分析・理解するためには、彼の憲法裁判論を分析し理解することが必要となる。

また逆にいえば、ヘーベルレの憲法裁判論自体が、彼の憲法理解、基本権理解と密接不可分の関係にあり、彼の憲法裁判論を理解するためには、①実体憲法、憲法前理解、憲法原理、②憲法

解釈方法論、③憲法手続法という三和音の相互関係を十分に認識した上で議論を進めなければならない。つまり、彼の憲法裁判論の考察は彼の憲法論全体における位置づけを常に明確に認識しながら行われなければならないのである。ここで訳出した本論文には、このようなヘーベルレの憲法裁判論の特徴が明確に現れている。

以上のように考えると、ヘーベルレの憲法論全体を検討するためにも、また彼の憲法裁判論を検討するためにも、本論文の翻訳はその前提作業として不可欠であるように思われる<sup>(8)</sup>。

#### 《注》

- (1) 本書には、Heinrich Tripel, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Walter Simons, Erich Kaufmann, Martin Drath, Ulrich Scheuner, Josef M. Wintrich, Gerhard Leibholz, Richard Thoma, Ernst Forsthoff, Otto Bachof, Horst Ehmke, Réne Marcic, Rudolf Smend, Herbert Krüger, Ernst Friesenhahn, Konrad Hesse, Winfried Steffani, Gerhard Müller, Otwin Massing, Helmut Ridder, Willi Geiger の所論の全部または一部が収録されている。
- (2) ヘーベルレの全業績およびわが国におけるヘーベルレ関連論文については、畑尻剛編「ヘーベルレ著作一覧」城西大学研究年報第16巻（1992年3月刊行予定）参照。
- (3) 本論文は、当初、憲法裁判研究会（代表：川添利幸教授）が憲法裁判に関する基本文献を検討する段階で訳出したものである。訳者は1990年4月からバイロイト大学のP.ヘーベルレ教授の下で憲法裁判を研究する機会を得て、その際に本論文の翻訳を申し出たところ快諾を得た。本稿は、これを機に、憲法裁判研究会の下訳を基にして改めて全文を訳出したものである。
- ※ なお、原文でゴシック体となっている部分は・印で、補訳の部分は〔 〕印で表記している。

## 憲法裁判の基本問題

### 第1章 法と政治

### 第2章 憲法と憲法裁判の関係

### 第3章 憲法裁判と権力分立ないしは権力分立としての憲法裁判

### 第4章 憲法裁判の二重機能

### 第5章 憲法裁判による憲法解釈

### 第6章 実定憲法と憲法訴訟法

1. 憲法訴訟法における憲法上の諸原理
2. 憲法解釈の方法論の憲法訴訟上の対応
3. 連邦憲法裁判所の判例

ドイツにおける憲法裁判についての議論は、今日に至るまで極めて複雑で、機に応じてさまざまの方向に広がっている。にもかかわらず、どのような問題に関心が向けられているかに従って考察すれば、公然とであれ隠然とであれ結局はいつもそこに立ち戻らざるをえないような、したて逆にいえば具体的問題に対してもその影を落としているようないくつかの問題を識別することができる。すなわち、法と政治の関係、憲法と憲法裁判の体系的な位置づけ、権力分立と（個人の

権利保護か憲法保護のための客観的手続かという) 憲法裁判の目的, そして最後に, 「憲法裁判による憲法解釈」および実体的実定憲法と憲法訴訟法との関連性が, それである。

議論はいまだなお決着はついておらず, ヴァイマル憲法時代以降の発展も著しいが, しかし実際のところこれらの基本問題を克服したわけではない。確かに強調点の置かれるところは変化し, 同様に, 問題を論じる方法も変化した。つまり, このような基本問題は, 互いに前理解, とりわけ憲法をどのように理解するのかに応じて結びつけられたり, 切り離されたりしている。にもかかわらず, そのようなことを問題として受けとめるという伝統はいまだに維持されている。

## 第1章 法と政治

「法か政治か」, 「法と政治」というのは, 永遠の問題である。憲法裁判の役割と機能をめぐる議論も, この問題に組み入れられるものであり, さらにこの問題は, 連邦憲法裁判所の近時の諸判決によって, 最も新しいところでも基本条約判決と墮胎判決<sup>(1)</sup>において, 再び活発な論議をよんだ。この問題がもっとも鋭い形で現れるのは, 憲法裁判の範囲と限界, すなわち, 「政治的なものの領域」に対して憲法裁判が自己抑制することについて考察する場合である。政治的な諸決定がとりわけ民主的立法者の手から憲法裁判に移るということが問題とされる。

いまだ変わらぬ激しさをもって行われている, 「政治的法」としての実定憲法の性格をめぐる論争を考えてみよう。すでにトリーペル<sup>(2)</sup>とケンゼル<sup>(3)</sup>から, C.シュミット<sup>(4)</sup>, E.カウフマン<sup>(5)</sup>を経て, ライプホルツ<sup>(6)</sup>とマッシング<sup>(7)</sup>に至るまで, さらに最近のモノグラフィー<sup>(8)</sup>においても, 法と政治の「緊張の場」が, 憲法裁判に関して研究されている。

法と政治の(外見的)二元論とその基礎にある法と政治を分離しようとする思考は, 真に問題なのは憲法解釈によって「正しい」政治を追求することなのだという視点を不明確にするものである。法のあらゆる解釈が政治的観点を内に含んでいるように, 憲法裁判もまた, そしてまさに憲法裁判こそが, 全体システムにおける政治過程を構成するその部分<sup>・</sup>手続として一つの政治的機能そのものなのである。憲法も, 憲法裁判も, 政治的実存を指導する。憲法裁判を, たんなる非政治的な(国家)機能とみなすことができないように, 憲法裁判をたんにひとつの政治的機能にとどまるとすることはできない。法か政治かのいずれかだという二者択一は, (ここでも他の場所と同様に)適切ではない。非政治的憲法裁判というドグマは, 非政治的(憲)法という言い方と同様に, 自己欺瞞を含んでいる。むしろ重要なのは, 憲法解釈といういかなる政治が憲法「から」憲法裁判官によって展開されるのかという問題, すなわち, 憲法裁判のもたらす憲法解釈による政治<sup>(9)</sup>という問題である。論争は, (国家)機能の機能的な法的相互作用の有無に関するものではなく, その態様に関するものである。この点において今日問題なのは, 連邦憲法裁判所が政治過程の中でいかに作用すべきかということである。

法か政治かという論争の影響は、至るところにあらわれる。たとえば、連邦憲法裁判所の「自己抑制」の要請<sup>(10)</sup>において、同様に憲法裁判官の選出のやり方(「政治的傾向」)において、そして判決のもつ政治的影響力<sup>(11)</sup>を考慮に入れるべきかどうかという問題の場合や、同様に憲法裁判所の判決の拘束力<sup>(12)</sup>を考察する場合の解釈方法においてである。この論争は、違憲警告判決<sup>(13)</sup>や準政治的な方針決定(連邦憲法裁判所判例集第20巻56頁)<sup>(14)</sup>を認めるか否かという議論に影響を及ぼしている。この法か政治かという論争は、憲法訴訟法の取扱い<sup>(15)</sup>、連邦憲法裁判所法上の参加手段の適用<sup>(16)</sup>および連邦憲法裁判所が自身でどこまで事実認定をするかなどの議論に際してあらわれる憲法裁判官の戦術と戦略において顕著となる。

連邦議会の選挙人委員会(連邦憲法裁判所法第6条4項)及び連邦参議院(同第7条)における3分の2の特別多数を要求する連邦憲法裁判官の選出に関する諸規定——これは実体的実定憲法である——そして、(たとえば、申立権に関する規定において)政治的反対派の制度化の一端を含む憲法訴訟法は、それ自体政治的法であり、かつその時々「適用」されることにより政治的法になるのである。

## 第2章 憲法と憲法裁判の関係

憲法裁判にとってなくてはならない背景について、まず論じなければならない前提問題のうち、ここでは次の二つを論じよう。つまり、憲法裁判の特有の任務を憲法の全体の枠組みの中に、どのように組み入れ、どのように整序するかという問題と、憲法裁判に配分される存在価値がいかに憲法理解に左右されるかという問題である<sup>(17)</sup>。

(1)「憲法裁判」については語られるが、「国事裁判」については、もはや(ヴァイマル憲法時代においてしばしばなされたようには)語られないということには、十分な理由がある。なぜなら第一に、憲法裁判は国家ばかりでなく社会にもかかわるからであり、しかも社会的権力の濫用が阻止されるべきである以上、社会とのかかわりがますます増大しているからである(たとえば、とりわけ私法の領域における基本権の「第三者効力」に関して、また、連邦憲法裁判所の最近の判例の傾向によれば、基本法の基本的価値決定は通常の法における一般的な解釈原理である<sup>(18)</sup>)。第二の理由は、憲法裁判が一つの国家機能である以上に、一つの公的な(公共の福祉)機能だからである<sup>(19)</sup>。

(a) 今日の通説によれば、「憲法裁判とは、憲法の遵守を直接に保障すべきあらゆる裁判的手続」<sup>(20)</sup>である。このような定義においては、憲法裁判が保障しようとする目的とその統制機能が強調される。しかし、この定義においては、この保障目的から、基本法の下での憲法裁判の具体的任務にとっていかなる結論が引き出されるかが明らかとはならない。つまり、憲法を国家共同体(res publica)における国家的作用および社会的作用に対する秩序として守りかつ将来に向

かって開かれたものとするということが明らかとならない。この定義が前提としていることは、憲法裁判にあっては（基本法上もまたそうであるように）、「裁判（Rechtsprechung）」をすることが問題であって、マッシング<sup>(21)</sup>が定義したように断固として決断された政治的・形成意思を問題にするのではないということである。ここにおいて、法—政治論争との交差が明らかとなる。

（b） いかなる基準から、基本法の憲法裁判を裁判として位置づけるかという問題は、依然未解決である。問題となるのは、裁判という概念がもっぱら実質的に（その機能から）決定されるべきなのか、それとも形式的基準と実質的基準との結合において決定されるべきなのかということである<sup>(22)</sup>。フリーゼンハーン<sup>(23)</sup>は、もっぱら実質的に、裁判とは「紛争解決のための法律適用であると」定義した。同様にH・J・ヴォルフも、実質的メルクマールだけを正当なものとして認めようとした。彼によれば、実質的意味における裁判とは、公平な（国家）機関が事実関係に現行法を適用して下す法的判断であり、そしてこれは、特別に規律された手続において法的拘束力をもつ決定を導き出す法的判断である<sup>(24)</sup>。これに対して、トーマ<sup>(25)</sup>は、かなり早い段階において、実質的契機と形式的（組織的）契機を結びつけていた。彼は裁判を、「現行法を個別事件において具体的事実に適用して、何が正しいか〔何が法であるか〕ということを経営的権威をもって自律して宣言すること」であると考えた。

トーマの定義から出発しながらも、組織的要素に対して手続的要素をさらに強調することによって、最近では、裁判の概念は、特別な手続上のやり方が本質的メルクマールであるという点に重点をおきながら規定されている。ヘッセ<sup>(26)</sup>によれば、裁判とは、「その基本類型において、法に関する争いがあり、また法が侵害されている場合に、特別の手続において有権的に、かつ拘束力をもって自律的に決定するという任務によって特徴づけられる<sup>(27)</sup>」。

これらの諸定義にしたがえば、連邦憲法裁判所の裁判官の活動も、実質的裁判<sup>(28)</sup>であり、その対象として憲法にかかわるものである。このような見解は、基本法における連邦憲法裁判所の地位（第92条、第93条参照）ないしは、連邦憲法裁判所法における（「自律かつ独立の裁判所」（第1条）という<sup>(29)</sup>）表現によって実定法的に補強されている。このことは、次のような性格をもつ抽象的規範統制（基本法第93条1項2号）<sup>(30)</sup>の手続にすらあてはまる。すなわち、抽象的規範統制手続においては、裁判所は訴えに基づき、法律を無効（連邦憲法裁判所法第78条）または——無効宣言の遡及効がもたらす結果を回避するために——違憲<sup>(31)</sup>と宣言することができるのであるが、この手続では、違憲の法律による具体的な権利侵害の有無は要件とされていない。このような権限においては、裁判所は立法部の権限に介入し、法律の廃棄は法律の公布と同じ一般的效果を持つにしても<sup>(32)</sup>、それでもなお連邦憲法裁判所は立法者の機能を行使しているわけではない<sup>(33)</sup>。連邦憲法裁判所は、「実定憲法に関する争いがあり、または憲法が侵害されている場合に<sup>(34)</sup>」、訴えに基づいてのみ、その規範統制権限の枠内で裁判する——そして、このことによ

て、連邦憲法裁判所の活動は立法者の活動から区別される。したがって、その決定は、実質的な裁判活動にとどまる。

試金石は<sup>(34a)</sup>、「憲法上の争訟」という基本法上の概念が、形式的基準を基礎として決定されるべきなのか、あるいは実質的基準を基礎として決定されるべきなのかという問題である。行政裁判所法第40条1項の意味における「非憲法的性格の公法上の争訟<sup>(34b)</sup>」の場合と同様に、憲法裁判を実質的に理解することが、「憲法上の争訟」の実質的概念を明らかにするであろう<sup>(34c)</sup>。

(2) 憲法裁判にそのつど割り当てられる役割は、憲法すなわち憲法概念の(前)理解によって決定的に規定される(その逆もありうる)<sup>(35)</sup>。憲法裁判が基本法の下で、とりわけその主導的な裁判実践を通じて獲得した影響力は<sup>(36)</sup>、どちらかといえば実証主義的な見解を代表する人々の間では賛同を得られていない。それでも、実証主義はケルゼンの功績によって憲法裁判に対して大いなる貢献をした。けれどもケルゼンは、フォルストホフによる連邦憲法裁判所に対する批判<sup>(37)</sup>に部分的にしか同意しないであろう。両者の交差することのない方法論が問題について異なった実際上の結論に至りうることは明かである。

憲法の開かれた理解<sup>(38)</sup>(「開かれたプロセスとしての憲法」<sup>(39)</sup>)を要請する者にとっては、憲法によって規律・整序された(verfaßten)政治的共同社会の発展のために憲法裁判に特別の地位を配分する「憲法裁判の問題と機能」という一つの見解がそのような要請から導かれる。この見解にしたがえば、憲法は(確かに排他的ではないが、しかし一定の場合には最終的な拘束力をもって)憲法裁判によって全社会的プロセスに対して現実化され、そして、また逆に、このプロセスを考慮に入れることにより、憲法の理解に「あらかじめ影響を及ぼす(vorwirken)」。憲法裁判の任務は、まさしく、国家行為の中に宣明されている社会発展の諸々のプロセスを憲法の枠内に(かつ開かれた形で)維持し、慎重に制御することなのである。社会に成立したさまざまな集団<sup>(40)</sup>による憲法の「事実上の」解釈に対抗して、憲法の規範性を発揮させるという憲法裁判の機能は、非常に重要なものである。憲法は、——開かれた——社会によって刻印されるばかりでなく、憲法はその基本的決定を通じて、開かれた社会を「日々刻々に」形づくるのである。憲法と社会を媒介することは、憲法裁判という「公的な機能」の最も重要な責務である。

憲法理解と憲法裁判との関連性は、連邦憲法裁判所の自己拘束の問題に関して明らかになる。問題は、たとえば、連邦憲法裁判所が既にある規範統制手続においてある法律の規定を合憲であると宣言していた事例に関して、連邦憲法裁判所がそれと異なる判断を下すことがいかなる形で許されるのかということである。この問題の答えは、いま審理にもたらされている新しい訴訟物がどんな場合でも既に前に存在したものと同一ものとみなされるものかどうか、すなわちこの訴訟物が生活関係が変動しているにもかかわらず、つまり、一般的法見解が変化した場合でも存在するものなのかどうかという点にかかっている<sup>(41)</sup>。

### 第3章 憲法裁判と権力分立ないしは権力分立としての憲法裁判

憲法裁判を権力分立の問題とみなすことは正当であるが、このことが疑義ある影響を及ぼすのは、民主的立法者に対して境界を画定する場合である<sup>(42)(43)</sup>。しかし、問題は、これにとどまらない。憲法裁判に委ねられた諸機能のために、憲法裁判は、基本法が自ら意図した権力分立を著しく破壊するものであるといわれてきた<sup>(44)</sup>。古典的な権力分立理解の表現であるこのような見解<sup>(45)</sup>は基本法の下で、今日の権力分立(配分)の「抑制と均衡」という幾重にもあみこまれた網の目の中に連邦憲法裁判所が組み入れられていることを、十分には理解していない。憲法裁判所はそれ自体、権力分立の一端であり、そしてまさにその手続と裁判活動を通じて権力分立を守ろうとするのである。憲法裁判は、国家権力(もちろん社会的な力!)を制約する。憲法裁判は、このような活動を通じて自ら、権力(もちろん政治的な力)の本質的構成部分になる。とりわけ、憲法裁判の「機能的・法的に画定される限界」<sup>(46)</sup>という言い方の背後には、権力分立の諸問題が存在する。同様に、この諸問題が明らかになるのは、法律の合憲解釈に関する連邦憲法裁判所の権限を(及び限界をも!)決する場合である<sup>(47)</sup>。

権力分立は国家の領域に限定されるべきではなく、より広い意味で理解されなければならない。すなわち、まず第一には、(議会の)反対派が権力分立システムに組み込まれなければならない(「反対派の問題における憲法裁判」<sup>(48)</sup>)。同様に、連邦憲法裁判官の選出手続(3分の2の特別多数)によって、多数派の権力を抑制する反対派の地位は強化されよう<sup>(49)</sup>。まさにこの議会の反対派は国家機能ではないのだから!<sup>(50)</sup>、[権力分立をより広く理解することが必要となる]。さらにまた、連邦参議院を連邦憲法裁判所の裁判官選出手続に組み入れること(基本法第94条1項2段、連邦憲法裁判所法第5条1項、第7条)によって、連邦制的な権力分立および権力均衡<sup>(51)</sup>の一端が実現される。連邦憲法裁判所はその憲法解釈を通じて、社会的・公的領域における多元的権力分立の一端を保障し<sup>(52)</sup>、また基本権の私的側面の保護を通じて、私的なものを国家及び公的なものないしは社会から守るのである。

権力分立の諸観点は、個別手続の中に多様な形で現れている。たとえば、機関争訟の手続における連邦議会の会派の申立権(基本法第93条1項1号、連邦憲法裁判所法第13条5号、第63条)、さらに、抽象的規範統制の手続におけるラント政府の申立権(基本法第93条1項2号、連邦憲法裁判所法第13条6号、第76条)がそれである。

憲法裁判は、その活動を通じてさまざまな国家の機能がお互いに権力を抑制しながら併存することを維持するのに寄与する<sup>(53)</sup>だけではない。憲法裁判は、それ自体具体化された権力分立そのものであり、かつそのようなものとして憲法裁判は、権力分立システム全体のバランスをとるために、批判にさらされなくてはならない<sup>(54)</sup>。

#### 第4章 憲法裁判の二重機能

憲法裁判のすべての手続様式<sup>(65)</sup>は、実定憲法の保護に役立つ。憲法異議手続においては<sup>(67)</sup>、個人の(基本的)権利保護という別の観点が出てくる<sup>(68)</sup>。しかし、憲法の保護と個人の権利保護は対立するものではない<sup>(69)</sup>。つまり、両者は、無関係に併存しているのではなく、相互に結びつけている。

個人利益の保護を通して、憲法は守られる<sup>(60)</sup>。憲法異議のこのような「客観化」は<sup>(61)</sup>、(少なくともまた)間接的には、変化した基本権理解を通じて生じる。基本権の主観的(防禦権的)側面に、客観的<sup>(62)</sup>あるいは制度的側面<sup>(63)</sup>が付け加わり、二つの側面は相互に強化されるのである<sup>(64)</sup>。憲法異議手続における個人の権利保護という観点が、憲法裁判のすべての手続を支配する実定憲法の保護というものに、それと同等のそれと並ぶ機能<sup>(65)</sup>として付け加えられる<sup>(66)</sup>。ここから結論としていえることは、適法かつ理由ある憲法異議といえども連邦裁判所法第93 a 条4項の要件の下では、必ずしも連邦憲法裁判所によって判断のために受理されなければならないわけではないということである<sup>(67)</sup>。連邦憲法裁判所の判決によれば、もっぱら客観的な法保護機能を規定する手続様式であるということから、手続法に関する、たとえば関係人という概念を確定する際の具体的諸帰結が生じる<sup>(68)</sup>。

#### 第5章 憲法裁判による憲法解釈

(1) 憲法裁判の存在は、憲法解釈に質的な影響を及ぼす。憲法裁判所は、實際上、「憲法解釈の問題」において、ある種の指導的地位とでもいうべきものを獲得はするが、決してそれを独占するわけではない。このことは、全体配慮責任を含んでいる。「正しい」憲法解釈をめぐる学問上及び政治上の争いは、憲法裁判所(及び憲法裁判官の相対的に最良の選出とそのための手続)に集中する。他の国家機関とくに立法、執行権とりわけ政府及び「通常の」裁判も、憲法解釈を行い(行うべきであり)、かつ相応に責任を負うにしても、とりわけ憲法裁判官の行う憲法解釈、その憲法解釈の裁判官に固有の側面、その原理及び方法は議論を支配する。さらに、これらの者以外に憲法生活に参加するすべての者が、「広い意味での」憲法解釈者<sup>(69)</sup>である。

憲法を絶えず形成していくことは、かなり完成された憲法裁判を有する共同社会においては、主として憲法裁判官と、彼が用いる解釈方法論を通して行われる<sup>(70)</sup>。このことは、方法論理解に影響を及ぼし、裁判の地位を全体として強化する。形式的に見れば、憲法裁判官が最終的な決定権を持っているが、実質的に見ればすべての人々が発言権を持っており、そしてだれも、たとえば、連邦憲法裁判所や立法者などといえども、「自分だけでは」最終的決定権を持っていない。ドイツの連邦憲法裁判所は、一方では、自己の従前の法見解への拘束を——正当にも——拒否する



点において<sup>(71)</sup>、自己自身を相対化し、他方では、他の国家機能に対してその判決主文及びそれを支える理由への拘束（連邦憲法裁判所法第31条1項）<sup>(72)</sup>を要求することによって、その指導的地位を——場合によっては過度に——強化している。

分業——権力分立としての——は、「憲法解釈の問題」にも存在しなくてはならない。だから、憲法解釈の方法は、まさに憲法裁判官の解釈方法であるばかりではなく、他の国家のおよび非国家的諸機能の解釈方法でもある。それ故、憲法解釈の理論は、他の国家的（及び非国家的）諸機能（ないしは、集団、個人）による解釈の可能性と限界を含んでいなければならないが<sup>(73)</sup>、このことは、憲法の優位と、自由な憲法は我々すべてに対する偉大な「贈物」であるというテーゼの当然の帰結なのである。したがって、憲法裁判官による憲法解釈が過度に「拡大」という傾向は阻止されなければならない。このことはたんに憲法裁判所の「自己制限」という言い方において考えられるばかりではなく、憲法解釈に対する他の国家的諸機能の「積極的任務と権限」という言い方においても考えられる。憲法裁判官の自己制限は、まさに憲法裁判官以外の諸機能ないしは解釈者！による外部からの他律的制限の一端でもある。憲法と憲法解釈は、憲法裁判によってのみ活力あるものとなるわけではないのである。

(2) 連邦憲法裁判所は、その指導的地位に基づいて特別の全体配慮責任を負うことになる。この全体配慮責任は、「結果がもたらす影響を配慮した<sup>(74)</sup>」、「現実的に正当な<sup>(75)</sup>」、公共の福祉を配慮した憲法解釈という言い方において表明されていることである。「公的なものの実現及び公共の福祉の具体化」<sup>(76)</sup>は、民主的共同社会における憲法裁判に課せられている全体配慮責任を示唆する。形式的には異論があるが、実質的にはほとんど異論がない連邦憲法裁判所を念頭に置いて作られた「憲法機関」<sup>(77)</sup>という概念は、同様に、基本法に対して憲法裁判官のもつ全体配慮責任（個別責任ではない！）を表現しているといえる。この全体配慮責任は、連邦憲法裁判所が実際に行っている解釈の前理解とそこで選ばれる方法に反映している。しかしながら、他の国家諸機能、特に立法も同様に全体配慮責任を負っている。これらの国家諸機能は、その時々に関別的に取り扱うべき問題群を配慮するばかりではなく、常に憲法秩序の全体への影響を、問題の性格に応じて適宜に、配慮しなくてはならない。学問論からいえば、全体配慮責任およびその個別的表現である結果責任は、ポパーが厳密に論証した、意図的な人間行動のもたらす意図せざる重要な社会的反作用の一つの適用事例なのである<sup>(78)</sup>。

憲法裁判所の「全体配慮責任」は、権限の拡大（たとえば、客観化傾向を通して）——多くは解釈という手段で実現されている——をもたらすこともあれば、権限の限定をもたらすこともある。それ故に、全体配慮責任はアンビバレントなのである。したがって、その全体配慮責任をこのように理解すれば、連邦憲法裁判所は場合によっては、立法者に分業という意味における優先権を与えなくてはならない。このような分業は、変化するものである。たとえば、少数者保護

という形で（エホバの証人事件—連邦憲法裁判所判例集第23巻191頁）、連邦憲法裁判所は議会過程においては果たせなかった任務を引き受けたし、同様のことは、議員歳費非課税違憲判決（連邦憲法裁判所判例集第40巻296頁）にもあてはまる。

(3) 連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所の全体配慮責任という観点を極めて多様な方法で、憲法訴訟法を適用する際においても解釈によって既に考慮に入れてきたし、将来的にはより意識的に配慮するようになるだろう。連邦憲法裁判所のこのような全体配慮責任という観点は、既に略説した憲法裁判に関する法的思考と政治的思考という困難な論点においても、憲法訴訟法においても見いだされる。ここでは個別的にみれば、これらの間にいくつかの関連性が指摘できる。

(a) ————解釈者としての———憲法裁判所の全体配慮責任は、法と政治をめぐる論争の中で多かれ少なかれ明確に、しかも実際的に宣明されている。政治的影響を配慮せよという要請は、憲法訴訟法において明確に行なわれている。すなわち、結果が及ぼす影響を配慮した憲法解釈は、法律の無効を当初無効宣言<sup>(79)</sup>というやり方から、将来無効というやり方を経て、法律のたんなる違憲宣言に至るまで<sup>(80)</sup>、あるいは、判決の執行の態様（連邦憲法裁判所法第35条<sup>(81)</sup>）を定めてさまざまな形ではじめて言い渡すことができるかどうかという問題で言われたりする。

以上のようなやり方で、連邦憲法裁判所法によって現実化されている全体配慮責任のあらわれは、憲法裁判官の（自己）忌避を限定的に取り扱うことの必要性である。なぜならば、連邦憲法裁判所の各部は、全体機関として政治的共同社会の全スペクトルを可能な限り完全に反映すべきであり<sup>(82)</sup>、かつ憲法裁判官の選出は、このような理念にそって行われるべきだからである<sup>(83)</sup>。しかし、憲法裁判所の全体配慮責任において、連邦憲法裁判所がたとえば外交政策の問題において<sup>(84)</sup>、分業的に他の国家機関、たとえば、民主的立法者に責任を「委ねる」という事態もありうる。全体配慮責任は憲法裁判官の自己制限と決して対立するものではない。

最後に、連邦憲法裁判所は次のような形で全体配慮責任を考慮すべきなのである。すなわち、連邦憲法裁判所は、憲法訴訟法を裁量の幅のある規定として取り扱い、連邦憲法裁判所法及び1975年の連邦憲法裁判所規則<sup>(85)</sup>の情報及び参加手段を最も適切な形で利用すべき場合には、それにふさわしい形で憲法訴訟法を取り扱うべきである。つまり、連邦憲法裁判所は、直接・間接に、公的なものを実現する形で、広義及び狭義の関係人ができるだけ多く発言できるようにすべきであり、かつ集団間の対立においてはほとんど実現され（得）ない多元的な公共の諸利益を解釈というやり方で考慮すべきなのである。ここでは代表されていない利益もあるいは代表不可能な、ないしは代表の著しく困難な利益が想定される（周縁集団、消費者利益等）。

以上のことは、憲法訴訟法という媒介を通しての全体責任から生じる憲法解釈なのである！周縁集団の利益を考慮することは、最も政治的な事柄である。つまり、「憲法解釈による政治」なのである！

(b) 公的な全体配慮責任を自覚した憲法裁判による憲法解釈は、開かれた憲法理解を内に含んでいる。公的プロセスとしての憲法は、憲法裁判官の憲法理解にとって重要である。たとえば、連邦憲法裁判所による他の機関の拘束には、限界がなければならない。なぜなら、そうでなければ、連邦憲法裁判所が、他の機関（及び間接的には、自からをも）あまりに強く阻害することになるからである。連邦憲法裁判所法第30条2項における少数意見の制度は、公的な憲法理解とそれに合致する解釈のための実定法上の、憲法訴訟上の論拠である。それゆえに、開かれた憲法理解は、——再び——憲法訴訟法に作用する（そしてその逆もある）。このような憲法理解に基づいて活動している裁判所の実体法上の影響は、たとえば、「自由な民主的基本秩序」という文言を、歴史的解釈方法の意義を弱めるという形や、法の継続的形成に全面的に委ねることをより強く要請するという形で解釈するという点にあらわれている。この開かれた憲法理解というものによって、連邦憲法裁判所は社会が常に開かれているために必要なあらゆる行為をなし、それゆえに、いわゆる「第三者効力」、基本的価値決定並びに配分参加的側面を通じて基本権を「社会的に」実現し、かつ基本権を全体として「現実的に」解釈するであろう。しかし、開かれた憲法理解は、憲法裁判官の責任と能力の限界から来る憲法裁判の限界をも念頭においている。結局、開かれた社会こそが開かれた社会の憲法裁判を（政治的に）「支え」なくてはならない。

(c) 全体配慮責任における憲法裁判は、矛盾したことのようにみえるかもしれないが、解釈の過程において、特に権力配分の問題を強く意識させるように思われる。

「権力分立」に関する（前）理解、すなわち、——多元的な——公的なものの中で他の国家的諸機能に対して限界を画定し、そしてそれらと分業的な共働を行う中での自らの「権力」ないしは機能に対する憲法裁判官の自己理解は、その時々々の憲法解釈及びその方法のうちに、たとえば、民主的立法者との関係では「形成自由」という言い方に反映している。権力分立に関する憲法裁判官の理解は、憲法解釈の問題の内部で影響を及ぼす。その場合、憲法裁判の限界も問題となるが、しかし、それだけではない。

憲法裁判官の判決の拘束力の内容や範囲をめぐる争いは、同時に、権力分立「システム」における憲法裁判所の位置をめぐる争いでもある。このことは、「司法の自己抑制」に関する論争の場合に明確に示される<sup>(86)</sup>。権力分立についての一定の見方の表現であり、権力分立の中で憲法裁判に与えられた位置の表現であるところの機能的な法的評価<sup>(87)</sup>についても考えてみよう。合憲解釈の場合、権力分立の問題との関連が明白である。合憲解釈は、憲法裁判に対して意識的に新たな権限領域を憲法解釈を通じて開拓するものであり、それは——憲法異議手続における客観化傾向の場合と同様に——憲法解釈という手段によって憲法裁判を「拡大」せしめるものである。しかし、もちろん合憲解釈は、とりわけ政治か法かの論争、開かれた憲法理解（民主的立法者の任務！）から生ずる限界をも明確に認識しなければならない。

権力分立的な観点は、連邦上級裁判所の裁判権限に対する限界を画定する場合<sup>(88)</sup>や、連邦憲法裁判所は他の裁判所による通常の法の解釈におけるまさに憲法（基本権）そのものの侵害の存在をいつ肯定するかという問題<sup>(89)</sup>に現れる。

(d) 憲法裁判による憲法解釈は訴訟法に特に依拠しているように思われる。「法と政治」、(開かれた)憲法理解、客観的・主観的な保護機能、および「権力分立」という問題は、まさに憲法訴訟法という手段で解決され、場合によっては修正される(具体化された実定憲法としての憲法訴訟法<sup>(90)</sup>)。憲法訴訟法を取扱うことは<sup>(91)</sup>、放棄しえない憲法解釈(の前進)の一端となる。憲法裁判所の全体配慮責任は、この点において、「ここがロードス島だ。ここで跳べ」を意味する[すなわち自己の活躍する場をもつのである]。憲法裁判所は——政治的にも——その真価が問われる。たとえば、開かれた憲法理解はそれと一致するような憲法訴訟法の(多元的及び参加的)取扱いをもたらす。そのときどきの憲法訴訟法(その可能性と限界)が憲法解釈に逆に及ぼす影響、なかんずく連邦憲法裁判所が憲法訴訟法に基づいて「及ぼし」うる影響は、憲法解釈が自ら憲法裁判の一定の基本的問題や、その「形式的法」と対峙していることを物語るといってよいであろう。たとえば、「民主主義」や「共和国」もまた、憲法解釈の方法に対する諸帰結を有し<sup>(92)</sup>、そして立法並びに執行権がこのような基本問題やその他の基本問題と実際に結びついているのである。学界は、憲法裁判はかような基本的問題に対してどのように対処するか、そして対処することができるかを、[そして]のような問題を解釈によって解決する場合、考えられる限界はどこにあるのかを、繰り返し問うべきであろう。

## 第6章 憲法と憲法訴訟法

憲法訴訟法は、「実定憲法を具体化するもの」であるというテーゼは、次のことを意味する。

(1) 憲法訴訟法は手続法ではあるにしても通常行われるよりも、実体的に<sup>(93)</sup>、——政治的な——実定憲法によって、その(前)理解、その原理(たとえば公開性、これには少数意見の公表という積極的側面と、連邦憲法裁判所の手続における公開性の欠如という消極的側面がある、さらには、少数者保護、多元主義、具体的には関係人の範囲と、参加形式の拡大の要請、裁判官の選挙における反対派保護としての3分の2の特別多数)によって、そして憲法の解釈方法(たとえば、現実及び結果を配慮する開かれた方法)によって解釈・説明されなければならない。憲法の諸原理は、憲法訴訟法の諸原理に現れている。このことが方法論に逆に反映し、憲法訴訟法は「手続的な憲法解釈」の意味での参加法として、そして「多元主義的法律」として理解されることになる。

(2) ここでいう憲法訴訟法とは、全体的な意味に解釈されなければならない。それにあたるものとしては、たんに、申立権、当事者能力に関する諸規定(「いわゆる入口規定」)、裁判官忌避

及び判決の執行ならびに再審<sup>(94)</sup>に関する諸規定などの狭義の訴訟法上の諸規範、すなわち、具体的な憲法訴訟の開始から終了に至るまでの諸規定ばかりでなく、以下のような、「審理が開始される前」の手続的規範もそうである。すなわち、憲法裁判官の選出に関する規範・兼職禁止規定、憲法裁判官の資格、在職期間、員数、および裁判官の裁判活動以外の職業活動に関する諸規範、あるいは少数者保護という形で訴訟法への影響をもつ議会法の諸規範などである。これらは、たとえば裁判官の選出に関するもののように、具体的な憲法訴訟法に先立つ諸規範である（「広義の憲法訴訟法」）。そしてそれは実体憲法との全体的関連において解釈されなければならない。すなわち、憲法訴訟法には、たんなる「技術的な」、それだけを取り出して扱おうような個別的問題などはほとんど存在しない<sup>(95)</sup>。

(3) 憲法訴訟法は、他の訴訟法と比べて訴訟手続というよりも憲法に近いものとして、それゆえに独立したものとして捉えなければならない。それが、上記(1)と(2)の要請からの帰結である。これは、次のような言い方で表現される。すなわち、いわゆる一般的な訴訟原則の「憲法化」、連邦憲法裁判所固有の裁判所規則、手続の自主性そして実際に行われる手続の中から規範を生み出す力、最もよい形で社会の現状が（多元的）に示されそして代表されることを保障するために不公平な裁判〔をすることを恐れるとの理由による裁判官忌避〕規定を（他の訴訟法と比べて）制限的に解釈することである。憲法訴訟法の独自性は、「憲法を取り扱っているということ」の特性に由来し、紛争の調停、利害の調整、多元的な権力分立<sup>(96)</sup>にとって有用である。

憲法を国家と社会に対する開かれた秩序とみなす規範的な一手続的憲法理解は、憲法訴訟法を紛争に関する「ルール作り(Transport)」のための、そしてコンセンサスの獲得のための政治的法と考える。このような政治的理解<sup>(97)</sup>は、憲法訴訟法について立法上および解釈上の諸帰結をもたらすが、逆にいえば、憲法訴訟法の個々の規範からこのような政治的理解のための示唆が明らかとなる。

憲法訴訟法は、実定憲法を現実化するための手続的な道具（そして限界はもつにしても制御手段）である。つまり、これは、手続の内容形成に関する規範から、憲法裁判官の解釈を経て、判決の執行の規律と拘束力並びに再審の調査に至るものである。ある憲法規範の実体的内容は、手続においてはじめて完全に憲法裁判官に開示される<sup>(98)</sup>。手続において、法が準備されまた整序される。そして憲法訴訟法は、（憲法裁判官的デュープロセスとして）これらの任務に役立たなければならない。なぜなら、憲法訴訟法は、實際上、憲法解釈のための分岐点を設けるからである。同時に、連邦憲法裁判所はその全体配慮責任に応じなければならない。

以上のようなつながりは、次のような形で明らかにされる。

- ① 憲法訴訟法における憲法諸原理の具体化と憲法訴訟法と憲法諸原理との相互の対応関係
- ② 憲法解釈の方法論への訴訟上の対応

## ③ 連邦憲法裁判所の判決からの実例

## 1. 憲法訴訟法における憲法上の諸原理

多元主義、少数者保護、権力分立そして公開性といった憲法の諸原理は、憲法訴訟法とその諸原則にあらわれている。憲法原理を憲法訴訟法のなかに最適の形で「移しかえ」、そして「具体化する」<sup>(99)</sup>ことは、立法者と憲法裁判官の任務である。たとえば、憲法裁判官選出のためには3分の2の特別多数〔を必要とすること〕は<sup>(100)</sup>、反対派を保護し、そして多数者と少数者の妥協を必要とするという視点から見ると、実体的な実定憲法である。逆に、憲法訴訟法の諸原理が実体的な実定憲法としての性格をもつともいえよう（憲法上の手続原理）。

(a) 「基本権と民主主義論によって根拠づけられる」基本法の多元主義的原理は、憲法裁判の法とその運用に反映している。憲法裁判官に裁量の余地を与えることになる<sup>(101)</sup>多元主義的に構成された公的なものもつ規範形成力は、憲法裁判の手続に作用する。この点において、憲法訴訟法に関して、多元主義による「真理」！が存在する。新たな、また伝統には見られない形式（たとえば、団体のような非国家的なものへの意見聴取、鑑定人の意見聴取の改善、「関係人」【概念】の拡大、発言だけの機会から正式の参加に至るまでの段階的な参加の形式<sup>(102)</sup>）にまで認識判断の可能性を拡大することにより、憲法訴訟法は、多元主義に一層適切に対応することができる<sup>(103)</sup>。つまり、憲法訴訟法は多元主義的法律として、広義の憲法解釈者に役立つ。これによって、連邦憲法裁判所はその全体配慮責任を確保することができる。連邦憲法裁判所法は、すべての手続について、誰が申立権者でありそして誰がその相手方たりうるか、つまり誰が「関係人」たりうるかだけでなくどのような形で「関係人」たりうるかを個別に定める。考えうる関係人の範囲は、「国政上の利益の程度に応じて、特に憲法争議手続と規範統制手続において広く画定される<sup>(104)</sup>」。

このように多元主義を憲法訴訟法にとりこむことにより、また国家共同体(res publica)の多元主義を肯定することにより、ヴァイマル憲法時代に、C.シュミットが行った多元主義及び(!)国事裁判に対する論難は無意味なものとなってしまふ<sup>(105)</sup>。憲法は多元的共同社会においては一つの妥協であり、この憲法の妥協的性格を維持し、継続しそして発展させていく機能をもつのが憲法裁判なのである。C.シュミットは、法的争訟の決定と利益衡量、裁判と利益衡量を対置させたが<sup>(106)</sup>、このことは理論上も、実際上も、支持することはできない。連邦憲法裁判所の公共の福祉判決を想起すべきである<sup>(107)</sup>。権利という言葉の背景には利益がある<sup>(108)</sup>ということは、多元的な憲法解釈をもたらし、憲法訴訟法の内容形成に影響を与える。

憲法裁判官を多元的共同社会の社会的勢力に「組みこむこと」は、憲法裁判官の基礎訓練と「職業教育」の時期に限定されない。それは、裁判官の選出過程においても行われるばかりでは

なく、手続の問題でもあり、そしてその具体的な手続における問題でもある<sup>(109)</sup>。

(b) 「多元主義のあらわれである」少数者保護は、民主主義並びに基本権的自由の標識であり、憲法裁判の本来の任務である<sup>(110)</sup>。このことは、連邦議会の選挙人委員会(連邦憲法裁判所法第6条1, 5項)<sup>(111)</sup>並びに連邦参議院(連邦憲法裁判所法第7条)による憲法裁判官の選出の際に3分の2の特別多数を要することに、また、とりわけ連邦議会議員の3分の1により提起されうる(この3分の1という数の背後には、実際に政党が存在する)抽象的規範統制にあらわれる。憲法裁判の法における二つの相互に関連する<sup>(112)</sup>——民主主義と法治国家の——特徴(少数者保護, 妥協の必要性)が問題となる。これによって憲法裁判官の判断へのコンセンサスの機会が増すのである。

類似のことが、政党の役割についてもあてはまる。——機関争訟においてであれ、その問題の性格からいって基本法第93条1項2号についてであれ、——政党が連邦憲法裁判所に訴訟を提起できるとしても、そして、それ以前に政党が裁判官選出に決定的影響を与えることができるとしても<sup>(113)</sup>、このことは憲法の当然の帰結なのである。政党国家においては、憲法裁判所の裁判官の任用に政党を関与させることなしには、連邦憲法裁判所のいかなる「民主主義的正当性」も存在しない(基本法第21条及び第20条)<sup>(114)</sup>。それ故、政党への所属が連邦憲法裁判所法第18条2項における除斥事由でないことも、その当然の帰結なのである<sup>(115)</sup>。したがって、裁判官の独立とは裁判官が政治過程又は政党に「関与しない(fern)」ことではない!むしろ、政治過程又は政党から自由であることが重要である<sup>(116)</sup>。

(c) 権力分立は憲法訴訟法において多種多様な形であらわれている。このことは多元主義や少数者保護においてだけでなく、連邦憲法裁判所法の個々の規範においても示される<sup>(117)</sup>。

(d) 個々の手続の遂行についての実体的な公的利益と、公開性<sup>(118)</sup>ないしは憲法の公開性という「形式的な」原理との間には緊密な関係が存在する。憲法裁判の公開性は個々の訴訟制度の中にまで影響を及ぼす。このことは一方では、連邦憲法裁判所法第28条2項2段——[証人・鑑定人の所属する上級機関による]証人または鑑定人に対する陳述の承認の拒否を3分の2の多数で排除すること——において、他方では、連邦憲法裁判所法第26条2項において明らかである<sup>(119)</sup>。たとえば、連邦憲法裁判所法第93a条5項<sup>(120)</sup>の領域での公開性の欠如は憲法にマイナスに作用する。

少数意見制は連邦憲法裁判所の——公表された——判決と同様に、公開性が規範を生み出す力を通じて法発展に役立つ。少数意見のアピールは、最も効果的である可能性がある。手続原理としての公開性は、特に公共の福祉に関連した概念を解釈する際に実体法的な重要性を得る。「憲法の実現」とは、多種多様な手続において段階づけられる一つのプロセスである。この手続は様々な方法で規範化される。憲法を実現するについて最も不定型な形式は、公的な意見・意思の形

成過程、すなわち一般的公開性である。しかしながら、これは憲法裁判の憲法解釈にとって、少なからぬ意義を有する。つまり、憲法裁判による憲法解釈は分業的な共働過程においてそれなりのやり方で公的な意見・意思の形成過程に貢献している<sup>(121)</sup>。憲法裁判は、「憲法全体における部分機能」であり、かつかかるものとして政治的意思形成の全体プロセスの中に組み込まれている<sup>(122)</sup>。憲法裁判は「政治過程」に対立させられるのではなく、たとえ特別の手續においてであれ、この全体プロセスの一部なのである。たとえば、憲法付託の実現、合憲解釈、「刺激的な」傍論、明示的あるいは黙示的な「アピール」などを通じて、政治的意思形成に対してさまざまな刺激を与え、またその意思形成の中から生まれるさまざまな刺激を受けている<sup>(123)</sup>。

(e) 結局、憲法訴訟法の（個別的な内容ではなく！）基本原理は、実体憲法の地位を有する。このことは、基本法第93条2項において現実味を帯びてくる。立法者は連邦憲法裁判所に任意の権限を与えたのではなく、実質的意味における憲法裁判に属する事例に関する権限のみを与えたのである<sup>(124)</sup>。基本法における裁判官の審査権は、実体的実定憲法に属し、また手続的な性質を有する一つの制度である。「手続を促進する」ための個々の制度は、憲法解釈を促進するための制度と理解しうる（連邦憲法裁判所法第94条5項2段参照）。これまで憲法解釈の方法論については、数多くの言及がなされているのに反して、その手続的な前提条件、影響および結果については、ほとんど言及されていない<sup>(125)</sup>。歴史的に見れば、時として憲法訴訟法は実定憲法（及びその理論）に先行することさえあった<sup>(126)</sup>。

憲法訴訟法の——発展が可能で、発展させる必要のある——諸原理を「憲法レベルの問題として扱うこと」が重要なのである。

連邦憲法裁判所は（1975年の連邦憲法裁判所規則の施行後も）、連邦憲法裁判所法が詳細な手続規定を欠いている場合には、憲法裁判所の手続を「発展させる」任務を負っている<sup>(127)</sup>。いかなる基準によるかといえば、それは、憲法、すなわちその実体的な一手続的理解により、そしてこのように理解された基本法に照らして、つまり憲法訴訟法の独自性ということを考慮にいれながら——準用される——他の裁判所の一般的な手続規定により行なわれる<sup>(128)</sup>。

連邦憲法裁判所及び立法者は憲法裁判の法（そして議会法！）を、常に実体憲法、その解釈の方法論と憲法裁判との関連<sup>(129)</sup>、つまり実体法と手続法との関連に基づいて再審査しなければならない。少数意見の公表についての連邦憲法裁判所法の追加条項（第30条2項）——憲法が開かれていることの表現——は、成功した一つの実例である。基本法の多元主義原理は、憲法解釈に関与するすべての者のよりよい情報提供や情報交換の可能性を作り出すという意味において、参加に適した憲法訴訟法を要請する。



## 2. 憲法解釈の方法論の憲法訴訟上の対応

(開かれた) 憲法解釈の方法論は、憲法訴訟にあらわれる。解釈が現実及び結果を配慮すること<sup>(130)</sup>、並びにその解釈が多元的に公的なものを実現することは、憲法訴訟法上の前提条件であり、また帰結点でもある。たとえば、憲法訴訟の入口の問題、つまり当事者の問題における列挙主義、連邦憲法裁判所法第26条の意味(そして[提案された]第26a条を否定すること)における——連邦憲法裁判所固有の——事実調査の範囲と程度及び手続様式に応じて情報収集能力を様々に制度化する形で広義の憲法解釈者を「多元的に」組み込むこと、そして、「拘束力」というものを適切に解釈することによって社会的変動を顧慮すること、端的にいえば、連邦憲法裁判所法を多<sup>・</sup>元<sup>・</sup>的<sup>・</sup>法<sup>・</sup>律<sup>・</sup>及<sup>・</sup>び<sup>・</sup>さ<sup>・</sup>ま<sup>・</sup>ざ<sup>・</sup>ま<sup>・</sup>の<sup>・</sup>段<sup>・</sup>階<sup>・</sup>で<sup>・</sup>の<sup>・</sup>参<sup>・</sup>加<sup>・</sup>法<sup>・</sup>律<sup>・</sup>と<sup>・</sup>し<sup>・</sup>て<sup>・</sup>の<sup>・</sup>考<sup>・</sup>え<sup>・</sup>る<sup>・</sup>こ<sup>・</sup>と<sup>・</sup>が<sup>・</sup>、<sup>・</sup>そ<sup>・</sup>れ<sup>・</sup>で<sup>・</sup>あ<sup>・</sup>る<sup>・</sup>。

憲法訴訟法が逆<sup>・</sup>に<sup>・</sup>憲<sup>・</sup>法<sup>・</sup>解<sup>・</sup>釈<sup>・</sup>に<sup>・</sup>反<sup>・</sup>映<sup>・</sup>す<sup>・</sup>る<sup>・</sup>こ<sup>・</sup>と<sup>・</sup>は<sup>・</sup>明<sup>・</sup>ら<sup>・</sup>か<sup>・</sup>で<sup>・</sup>あ<sup>・</sup>り<sup>・</sup>、<sup>・</sup>こ<sup>・</sup>の<sup>・</sup>こ<sup>・</sup>と<sup>・</sup>は<sup>・</sup>、<sup>・</sup>こ<sup>・</sup>れ<sup>・</sup>ま<sup>・</sup>で<sup>・</sup>部<sup>・</sup>分<sup>・</sup>的<sup>・</sup>に<sup>・</sup>機<sup>・</sup>能<sup>・</sup>法<sup>・</sup>的<sup>・</sup>な<sup>・</sup>観<sup>・</sup>点<sup>・</sup>か<sup>・</sup>ら<sup>・</sup>議<sup>・</sup>論<sup>・</sup>さ<sup>・</sup>れ<sup>・</sup>て<sup>・</sup>い<sup>・</sup>る<sup>・</sup>。

たとえば、連邦憲法裁判所法第79条は特定の憲法解釈を必要とする。多元主義的な解明作業は、憲法訴訟法の前理解や方法の選択を前もって決定する。もちろん、その負荷可能性の限界も存在する。

憲法訴訟法を扱<sup>・</sup>う<sup>・</sup>者<sup>・</sup>は<sup>・</sup>憲<sup>・</sup>法<sup>・</sup>解<sup>・</sup>釈<sup>・</sup>を<sup>・</sup>扱<sup>・</sup>う<sup>・</sup>こ<sup>・</sup>と<sup>・</sup>に<sup>・</sup>な<sup>・</sup>る<sup>・</sup>。

このことは、申立権者になりうる人についてもその他の「関係人」にも当てはまる。「結果を配慮した」裁判をするためには、関係人の範囲は、可能な限り広く画定されなければならない。憲法解釈は、なお一層最良の情報をどのように集めるかという問題となる。

憲法裁判による憲法解釈にとって、二つの「フィルター」が存在する。列挙主義(確定的に列挙された手続)と憲法訴訟の入口の問題(申立権と参加権)が、それである。この二つのフィルターによって「憲法裁判」という機能は、基本法のバランスシステムの中に組み込まれる。

憲法裁判が、その「手段」であるところの憲法解釈からどの程度自由であり、憲法裁判がその手続の内部<sup>・</sup>に<sup>・</sup>お<sup>・</sup>い<sup>・</sup>て<sup>・</sup>ど<sup>・</sup>れ<sup>・</sup>だ<sup>・</sup>け<sup>・</sup>多<sup>・</sup>く<sup>・</sup>の<sup>・</sup>形<sup>・</sup>成<sup>・</sup>力<sup>・</sup>を<sup>・</sup>有<sup>・</sup>し<sup>・</sup>て<sup>・</sup>い<sup>・</sup>る<sup>・</sup>か<sup>・</sup>に<sup>・</sup>応<sup>・</sup>じ<sup>・</sup>て<sup>・</sup>、<sup>・</sup>個<sup>・</sup>々<sup>・</sup>の<sup>・</sup>手<sup>・</sup>続<sup>・</sup>形<sup>・</sup>態<sup>・</sup>は<sup>・</sup>規<sup>・</sup>定<sup>・</sup>さ<sup>・</sup>れ<sup>・</sup>る<sup>・</sup>。

列挙主義は、過度な要求に対抗するための有効な武器である。憲法裁判は、部分的にのみ「システム[現在の支配体制]」を担うことができるしまたそうすべきなのである<sup>(131)</sup>。もちろん、とりわけ連邦憲法裁判所は主張される憲法違反のみでなく、手続の客観的性格を考慮して、それをより包括的に審査することによってその権限を拡大している<sup>(132)</sup>。

憲法裁判所の権限規定は実定憲法全体にかかわる側面をもつのである。これらの規定は、憲法にとって典型的な若しくは特に重大な法的紛争可能性に関するものである<sup>(133)</sup>。このように考えれば、憲法訴訟法は、「紛争法」である。つまり、憲法訴訟法は、憲法の下でのそして憲法をめぐる紛争を処理するための諸要件を規定している。憲法訴訟法は、誰が「紛争の主体」であるかを規律する<sup>(134)</sup>。この場合、権力分立が問題となる。連邦憲法裁判所は、紛争[処理]機関であ

り、——このことは、連邦裁判所が統合という任務をもつことと抵触しない。つまり、連邦憲法裁判所は、憲法の枠の中で作用している諸力、その理念及び利害の緊張の場において活動している。

憲法訴訟の入口に関する規定<sup>(135)</sup>は、憲法解釈を決定づけており、それらは、政治的法である<sup>(136)</sup>。その際に、厳密に区別して考えるべきことがある。それは、憲法訴訟を提起する動機が、多くの憲法異議の〔申立〕権者の場合と比べて、機関争訟又は抽象的規範統制の申立人の場合には、より政治的であるということである。

(一見すると純粹に形式的な)憲法訴訟規範の実体法的意義は、政党禁止についての申立権の規定(基本法第21条2項、連邦憲法裁判所法第13条2号、第43条以下)において明らかとなる<sup>(137)</sup>。

確かに、連邦憲法裁判所は、申立に基づいてまた一定の手続においてのみ活動するのであって、連邦憲法裁判所は、〔手続の〕開始に関しては自分自身から積極的に手をつけるのではない。それだけに、いったん手続が開始された場合には、連邦憲法裁判所は、争訟の対象に応じて、「より活発に」、より創造的に——もちろん訴訟法上——なりうる。訴訟の関係人と「事件の関係人」、他の憲法機関さらには公的なものに対する刺激と衝撃が存在する。つまり、訴訟の関係人と「事件の関係人」に対しては、申立についての解釈の変更の可能性を弾力的に扱うことにより<sup>(138)</sup>、公的なものに対しては、後においてもそのようなものとして解釈すべきであり原則的な判断として解釈してはならない傍論(*obiter dicta*)を戦術的に用いることにより<sup>(139)</sup>、そして憲法機関に対しては、『警告判決』によってである。たとえば、立法者に対するこのような「指示」と並んで、世論に対する『警告判決』も存在する。連邦憲法裁判所の戦略と戦術はまた、何を世論においてまた世論に抗しても連邦憲法裁判所の側から貫徹させることができるのか、そして何を世論に期待できるのかを考慮しても展開される可能性がある<sup>(140)</sup>。

「(連邦憲法裁判所の)最高国家指導への限定された関与<sup>(141)</sup>」に照らして、他の憲法機関が憲法訴訟へ関与することに関する憲法訴訟法上の諸制度は、技術的というよりも、むしろ実体的かつ機能的に理解されなければならない。つまり、連邦憲法裁判所法第65条2項による〔手続開始の〕通知、第82条4項、第88条による〔裁判所に対する報告の〕要請、第77条、第82条1項、第84条、第88条、第94条1項、2項による意見表明権及び第82条2項、第65条1項、第83条2項、第88条、第94条5項による〔訴訟〕参加の形式が、それである。連邦憲法裁判所はここにおいて他の憲法機関のパートナーであり、他の憲法機関を自らの「認識判断手続」の中に組み入れる。この認識判断手続はたんに現状がどのようなものであるかについての認識判断だけではなく、将来はどのように展開すべきかについての認識判断を含むものである<sup>(142)</sup>。ここにおいて、憲法訴訟法における分業的権力分立が明かとなる。憲法解釈が創造的契機を獲得するのに応じて、憲法裁判は、たとえば他の憲法機関からの意見聴取(連邦憲法裁判所法第82条3項、4項その他参照)によって、しかしまた、憲法裁判の実践とその自己理解と関連させながら<sup>(143)</sup>、他の憲法機関を

その法の継続的形成過程の中に組み込むために、あらゆる可能性を用いなければならない。このことは連邦議会のみならず政党にもあてはまる。というのは、憲法裁判は決して反議会的、反政党的制度ではないからである！

ここから、憲法を現実化する全体手続における議会手続法と憲法訴訟法の分業的連関（「平行的運用<sup>(144)</sup>」）と両者の分業に新たな光が当てられる<sup>(145)</sup>。

それ故、一方では連邦議会及び連邦参議院による裁判官の選出及びそれらが憲法訴訟に参加する可能性のあることと、他方では、これらの機関に対する連邦裁判所の統制権限、すなわち憲法裁判官の独立との間には、いかなる矛盾も存在しない。なぜなら、独立というものは、他の憲法機関の作用に対する理解と見識を前提とするからである。広義の憲法訴訟法によって達成される連邦憲法裁判所とその他の「憲法機関」との多層的な結びつきは、最良の事実情報を基盤にした憲法裁判官の解釈が開かれたものであること、あらゆることを考慮に入れていること及びバランスのとれたものであることに役立ち、連邦憲法裁判所が機能法的に正しい解釈を行うことを可能にする。この多層的結びつきは、憲法全体に関連して連邦憲法裁判所が具体化を行わなければならないという任務を変造する「党派性」を意味するものではない。頭の中で作られた非政治的な中立概念によってまどわされてはならない<sup>(146)</sup>。

憲法解釈方法論は特定の憲法訴訟上の制度を要求する。憲法裁判による現実を配慮した（可能性を配慮した）そして結果を配慮した憲法解釈は、その他の憲法機関、多元的集団及び公的なものを裁判所の意思形成及び決定過程に組み込むための手続上の「技術」を利用しなければならない。憲法裁判官による裁判のもたらす結果は、連邦憲法裁判所がこの結果に責任を負う筋合いのものであるにせよ、ただ連邦憲法裁判所のみがその結果を「引き受ける」ことができるものではない。参加法的理解の意味における手続への参加者の数が拡大すればするほど、判決が政治体制の中で獲得することが期待しうるコンセンサスの基盤が益々広がるのである。そこから、「自己理解」の高度の重要性が生じる。

現実及び結果を、可能性及び必然性を考慮することは、高度の情報を前提とする<sup>(147)</sup>。情報を確保するためには、政治過程においてより強く積極的な他の憲法機関が利用されるべきである。憲法裁判所が実体法的そして機能法的により多くの活動しなければならないのに応じて、他の憲法機関の間の共働及び他の憲法機関との共働がより強く要請されるのである。いわゆる「政治問題」理論とその問題性の拡大、限定、修正がこれを物語っている<sup>(148)</sup>。

このような背景の下で、連邦憲法裁判所法第26条が考えられなければならない（「多元主義を通しての真実」という意味において）。つまり、「法律適用」と並んで、ないしは「法律適用」ととって非常に重要なのは、憲法裁判官による事実の解明である<sup>(149)</sup>。「真実」（連邦憲法裁判所法第26条1項1段）は、法問題及び事実問題と不可分の関係にある<sup>(150)</sup>。「事実の解明」に、憲法裁判

官の一つの「政治的任務」がある<sup>(151)</sup>。連邦憲法裁判所は、事実審である。つまり、訴訟法の取扱において、「憲法裁判官による政治」の一端が存在する。

憲法裁判官の活動の両「側面」は、一対のものである。事実の解明は訴訟法という道具によって行われる。事実の解明は、もっぱら個々の手続様式の「中」だけで行われなければならない。たとえば、第6回連邦議会において議論された連邦憲法裁判所法第26 a 条のように<sup>(152)</sup>、自分自身の手続において情報及び広範な素材を確保する自由を連邦憲法裁判所から奪うならば、連邦憲法裁判所から、その中心的機能の一つである自分が責任をもってする情報収集という機能を取り去ることになるであろう。それ故、連邦憲法裁判所を立法者の事実認定及び立法者によって期待される将来の展開に縛りつけてはならない。連邦憲法裁判所法第26条1項は、憲法のランクにあり、もしそうであるとすれば第26 a 条は無効とされよう。

憲法裁判官の事実認定は——これには予測 (Prognose) も含まれる<sup>(153)</sup>——、憲法解釈にとって構成的である。現実には、たんに規範に「おいて」のみならず、憲法訴訟法を通して連邦憲法裁判所の前に現れる。——それ故、政治的結果や公的なものを組込むことは、情報収集における自分自身の自由を通じてのみ達成される。自分自身の事実解明なしに憲法を解釈することは、自己欺満であろう<sup>(154)</sup>。もし固有の事実解明がなければ、連邦憲法裁判所は無言のうちに廃止され、その統制及び法の継続的形成機能を奪い取られ、そして「現実に根ざした解釈」を阻止されることになる<sup>(155)</sup>。

方法論が憲法解釈について行ってきた明確化というものは、憲法裁判官の活動のこのような側面に拡大されなければならない。つまり、データ収集及びデータ処理としての憲法解釈、このような活動のための道具としての憲法訴訟法が、それである。連邦憲法裁判所法第26条は、憲法裁判官が「法律及び法」に拘束されることに対応している規定であり、憲法の現実を知るための訴訟的手段なのである。つまり、第26条は、なお明確化を必要とする一般条項である。情報の水準を高めることによって、論証の地平線が拡大される。連邦憲法裁判所が、様々の憲法解釈論を「ひとまとめに」したり、ある方法論を捨てて一つの憲法解釈方法論に優位を与えたりする作業は、連邦憲法裁判所法第26条(第30条1項1段)の意味における自由な真実探求の過程と無関係にはなされえないのである。

絶えず発展し続けるプロセスの枠における進展している事実の解明<sup>(156)</sup>及び「方法の選択」は、憲法訴訟法を通じて共同決定される。事実分析及び解釈方法論の深さと幅は、相関的に定まる。重要なのは、そこにおいて解釈がなされる手続である。——そしてその手続は、憲法適合的なものでなければならないし、また同時に<sup>(157)</sup>憲法を決定しもする。方法の選択及び前理解に対する憲法訴訟法の意義については今後もなお研究される必要がある<sup>(158)</sup>。

憲法解釈を「開かれたもの」としておくことは、憲法裁判所が他の憲法機関と共同して機能し

多元的な公的なものについて理解し、それによって、憲法裁判所が機能法的及び実体法的な相互作用において他の憲法機関と調和することができればできるほど、一層現実化されうる。こうした目的及び連邦憲法裁判所を権力の均衡ないしは分業のシステムの中に組み込むことは、一定の憲法訴訟上の制度を求める。

したがって、憲法訴訟上の制度及び手段は、それらが基本法の現実化のために「満足のゆくほど」十分であるか否かについて、常に検証されなければならない。このことは、たとえば、憲法裁判の公開性の保障、裁判官の選任、少数者意見制度等を通じて、憲法裁判が憲法の正当化の一形式となる場合にはなおさら重要である。

実体法的な憲法規範が開かれていけばいるほど、実定憲法が解釈される手続がより重要なものとなり、すなわち憲法訴訟法がより重要なものとなる。憲法訴訟法を参加法的及び多元主義的法律として理解することはこのような法政策的作業の際の指導的基準である。

### 3. 連邦憲法裁判所の判例

連邦憲法裁判所の判例を分析するためには、次の諸観点が有益である。

(a) 連邦憲法裁判所法を特別に実定憲法的に解釈すること、つまり実体的及び手続的視点<sup>(159)</sup>において、基本法から連邦憲法裁判所法を解釈すること、そしてその際には、連邦憲法裁判所法を基本法と調和させることが問題である。重要なのは、「一般的な憲法規範を特別の手続法<sup>(160)</sup>の中に置きかえること」の手がかりをつけることである。さらに、たとえば、基本法第93条1項1号の意味における実体的な実定憲法関係も決定されなければならなかった(連邦憲法裁判所判例集第2巻143(156)頁)。

(b) (たとえば行政裁判所法や民事訴訟法のような)他の手続に対して自律的な固有の解釈。ここでは、連邦憲法裁判所は憲法裁判所の手続の「特性」、規範統制の本質、連邦憲法裁判所法の「基本思想」<sup>(161)</sup>などのトポスを用いている。しかし同時に連邦憲法裁判所は、「一般的な」手続原則もまた引合いに出すのである<sup>(162)</sup>。

(c) 連邦憲法裁判所法の個々の規範の全体的、統合的な解釈<sup>(163)</sup>。

(d) (他の)憲法機関との共働における分業的な解釈。憲法訴訟法はここにおいて、司法の自己抑制と司法積極主義との間の緊張領域にある<sup>(164)</sup>。

(e) 実際に行われる様々の解釈方法の局面。裁判所は開かれた領域を満たすために、法規範の間に「網」を掛ける。たとえば、類推形成<sup>(165)</sup>や、連邦憲法裁判所の「任務」、権威(連邦憲法裁判所判例集第11巻343(349)頁、第2巻79(91頁))、「連邦憲法裁判の全体構造」(第1巻167(173)頁)、連邦憲法裁判所に対する尊敬(第7巻367(373)頁)、連邦憲法裁判所の〔加重〕負担の軽減(第37巻328(333)頁)、「訴訟経済及び作業経済」(第8巻253(255)頁)のような積

極的（または消極的）に用いられているトポス，そして裁判所の機能能力のような繰り返し用いられるトポス，さらには広義の憲法訴訟法における一般的な法思想の確保が，それである。

（f）たとえば，様々の手続の一定の接近の形という形での客観化技術の強化<sup>(166)</sup>。

（g）連邦憲法裁判所法第93 a 条 4 項 2 段，第94条 5 項 2 段において述べられているような，憲法問題の期待される「解明」ないしは手続の「推進」という思想の意味におけるサーシオ・レライ技術（受理または受理の拒絶<sup>(167)</sup>）の強化。

（h）連邦憲法裁判所法における情報手段<sup>(168)</sup> 及び段階づけられた参加手段<sup>(169)</sup> の強化と明確化。また部分的には，アメリカのアミカス・キュリイ（amicus-curiae-briefs 「裁判の友」）<sup>(170)</sup>（連邦憲法裁判所法第80条 2 項，第82条 4 項，第77条，第82条，ないし第83条 2 項，第84条，第85条 2 項，第88条，第94条，連邦憲法裁判所規則第22条 3 項 2 段，第22条 4 項，第40条）<sup>(171)</sup> の意味において。情報という観点からは，憲法異議の補充性の原則<sup>(172)</sup> 及び連邦憲法裁判所法第80条 2 項 1 段に基づいて移送を行う裁判所に対する連邦憲法裁判所の諸要<sup>(173)</sup> の背後にも，また，連邦憲法裁判所旧第91 a 条 2 項 1 段<sup>(174)</sup> を解釈し，そして憲法異議手続において特別の場合に権利保護利益を承認する際にも存在する<sup>(175)</sup>。

こうした理論的及び体系的諸局面の下で連邦憲法裁判所の判決は，憲法裁判をより現実的なものとするに寄与する<sup>(176)</sup>。連邦憲法裁判所は，「憲法の本質は，かなりの程度において憲裁判所という制度と矛盾する」というトリーベルの命題<sup>(177)</sup> [不協和音] を「調和的に解決する」<sup>(178)</sup> ために多くの活動をしてきた。

（未完）