

## F-J・パイネ 「規範統制と立憲主義体制」

畑 尻 剛

### I

いうまでもなく、規範統制手続というものは上位法の下位法に対する保障に有効である<sup>1)</sup>。基本法によって設けられた規範統制手続は立法者の不正に対して憲法を防御する。規範統制手続においては基本法は統制基準として働く。つまり、連邦憲法裁判所はこの基本法という基準に違反する規範を無効と宣言する（連邦憲法裁判所法第78条<sup>2)</sup>）のである。無効と宣言する権限を有する唯一の裁判所としての連邦憲法裁判所によって行なわれる、基本法によって設けられた抽象的・主要問題型規範統制と具体的・付随的規範統制<sup>3)</sup>は——なお、これらの裁判権については今日ほとんど異論なく受け入れられている<sup>4)</sup>——ドイツの伝統からみれば新しい手続である。無論、既に以前からドイツ立憲主義時代においても、このような二つの手続を綿密に制度化しようとする試みもなされていた。このような形の「憲法保障」の問題が最初に提示されたのは立憲主義においてであった。なぜなら、絶対主義では、憲法とは君主の意思表示すべてが法規範であるとの原則に尽き、このような憲法を保障することなど問題にはならなかった<sup>5)</sup>からである。しかし、立憲主義においては、法律は君主の意思という不可分の統一体ではなく、憲法、命令、議会の議決等のさまざまな形式において裁判官の眼前に現われる<sup>6)</sup>。この「新しい」問題に対する答えは立憲主義の段階に対応してさまざまであるが、しかし否定的なものが圧倒的に多かった。確かに個々の邦の中には憲法の保護または保障を任務の一つとする国事裁判所も存在したが<sup>7)</sup>、憲法保障の手段は規範統制ではなく、副書を行なう大臣は君主の行為の合法性に関して責任を負うという大臣弾劾であった<sup>8)</sup>。

規範統制手続を導入する法的可能性の問題は、二つの側面、即ち政治的—心理学的側面と法的側面において答えられなければならない。そしてこのことは、立憲主義体制だけではなく民主主義体制においても妥当する。立憲主義体制において本質的に規範統制が制度化されなかったことを政治的に説明すれば、まず第一に次のような状況を指摘することができる。即ち、国の政治の将来を裁判官の手に委ねてよいものであろうかという考えである<sup>9)</sup>。憲法は政治的行為に対して一定の枠を設定する。規範統制の導入と必然的に結びついた裁判所による憲法の有権解釈は、社

会的現実において立憲主義権力、即ち初期立憲主義における君主、後期立憲主義における君主と国民がもはや憲法の「主人」ではなく、それゆえ、政治の枠を決定するものではないという結論を必然的に導く。いずれにせよ、このような帰結を強力な君主の権力要求と合致させることは非常に困難である。また、このような形の憲法保障が存在しなかったことを心理学的に説明すれば次のようになる。即ち、強力な君主は、自身は統制を受けない裁判官によるこのような形の統制に服することを嫌うことである。つまり、「神の恩寵により」国家権力の担当者として正当化されるという君主の観念と、国家権力の行使について自律的統制以外に君主の行為を統制するということは合致しなかった。しかし、このような説明は——立憲主義体制を考えた場合——立憲主義体制において前述の形の規範統制が法的に可能である限りにおいて、現実的基盤をもつのではないであろうか。以上のような政治—心理学的領域における回答は、それが可能となる現実の条件として、規範統制手続の導入の法的許容性を必要とする。立憲主義体制について、トーマ<sup>10)</sup>が主張するところによれば、多くの立憲主義学説に見出される権力分立という公準において、憲法裁判権はいかなる位置も占めていない。さらに、「憲法裁判所を純粋に法的に裁判する裁判所とすることは、政治権力の独立した担い手の間の権力闘争が憲法上調整され、そして立憲主義的多元論にかわって権力の一元論が登場する場合に、はじめてその目的を全的に達成することができる。民主主義の場合がそうである。これは、逆説的に聞こえるかもしれないが、事実である」。今日、ヴァール<sup>11)</sup>は同様の見解を主張する。即ち、君主主義と国民主権との二元論は、君主と国民共同体との闘争を法的に掌握することを妨げ、特に憲法裁判など考えられなかった。なぜなら、二つの勢力間の争議において、憲法裁判が中立的な共通の正当化根拠を引き合いに出すことなどできなかったからである。それゆえ、法的前提条件の存在が排除される限り、その存在を付随的に承認するような見解が現われる。ケルゼン<sup>12)</sup>によれば、当時既に、法律の憲法適合性の問題そしてそれゆえ憲法保障の問題は考え得る最大限のエネルギーをもって主張されえたのである。ロエレッケ<sup>13)</sup>が今日主張するところによれば、絶対主義が克服されたのちには、法律の裁判官による審査は必然的とならざるをえなかったのである。

以上のように、立憲主義体制における規範統制手続の導入の法的可能性の問題は、様々な要素と相互に関連する問題である。ここでは、以下のような手順でこの問題が検討される。まず第一に、このような手続を制度化する二つの試みが示され(Ⅱ)、次にこれについて必要な諸条件が提示される(Ⅲ)、さらに、このような諸条件が立憲主義体制において満たされるか否かが考察される(Ⅳ)。以上の結論(Ⅴ)をヴァイマル時代の裁判官の審査権をめぐる議論と手短に対照させ(Ⅵ)、最後に、当初から今日までの規範統制をめぐる議論を政治的統制という観点からまとめる(Ⅶ)。

## II

(1) 抽象的規範統制を導入しようとする試みの例として、1848年5月28日のエアフルト同盟憲法が挙げられる<sup>14)</sup>。この憲法は規範統制を含む多くの点で<sup>16)</sup>、1849年3月28日のフランクフルト憲法と内容的に類似していた<sup>15)</sup>。本稿が考察の対象としてエアフルト同盟憲法を選んだのは、フランクフルト憲法が君主制原理との関係を断っており、立憲主義憲法の例としては問題にならないからである。立憲主義憲法について、ウィーン最終議定書は自由都市を含むすべてのドイツ諸邦に対する拘束力を持って次のように規定する。即ち、邦の首長としての侯爵は国家権力の権利すべてを自身の内に統合し、ただ特定の権利の行使についてのみ邦憲法によって議会の参与を必要とすると。したがってこのような原理が前提とするのは、国家権力の担い手が国家でも、王と国民共同体でもなく、王ただ一人であるということである。王の主権は、絶対君主制が浸透するにつれ、憲法に先行するものと考えられ、憲法は国家権力の行使に関する王の自由意志による制限とみなされ、その基盤とはみなされなかった<sup>17)</sup>。このような制限はわけても、国民に保障された立法に対する参与権において存在する<sup>18)</sup>。フランクフルト国民議会が何より真っ先に要求したのは、憲法制定権力と法律制定権力であった<sup>19)</sup>。国民議会はこのような要求を各邦の君主の参与のない法律の公布という形でも具体化している<sup>20)</sup>。その結果、国民議会が制定した憲法によれば、皇帝は、その全能性ゆえに憲法を制定するような国家権力の完全な保持者ではない。さらに、皇帝は法律の議決に対してただ停止権 (suspensives Veto) を持つにすぎず<sup>21)</sup>、したがってまた、もはや法律制定権力の全き意味の共同保持者でもないのである。これに対して、エアフルト憲法は完全に君主制原理の基盤の上にとっている<sup>22)</sup>——にもかかわらず、抽象的規範統制を導入しようとしている。この憲法はライヒ裁判所の創設を規定している。第124条a号によれば、「ライヒ裁判所の権限に属するのは、a) ライヒ憲法が侵害されたことを理由とするライヒ権力に対する各邦の訴……」である。パウル教会の人々にとって第一に重要な憲法上の機能を果たす中心機関としてライヒ裁判所の創設が疑問の余地のない基本思想であったように<sup>23)</sup>、このことは、三王同盟の条約当事者にとっても妥当したのである。かれらは、規範統制の導入によって同盟憲法を、形式的にも実質的にも<sup>24)</sup>、ライヒ法律による侵害から守ろうとした。申立権を有するのは各邦であり、その政府が代表する形をとるので、申立権者に関していえば十分に広範囲なものであるとはいえないが、第124条a号は、基本法第93条1項2号に相当する。

(2) これに対して、エアフルト憲法は具体的規範統制を予定していない。これを導入すべしという要請は、しばしばというわけではないにせよ、当時の論客たちによって行なわれていた。このような見解の主張者の例として、ロベルト・フォン・モール<sup>25)</sup>はかの同盟当事者と同様に、法律が憲法を侵害する可能性があり、憲法は立法者に対する保護を必要とするということから出発

する。しかし、エアフルト憲法の憲法制定者たちが自ら創設すべき憲法状況を見据えた議論をすることができたのに対して、モールは既存の憲法状況から問題を議論しなければならなかった。この差は、既存の憲法状況が多く の点において1849年憲法が導入しようとしたものを下回っているだけに、一層大である<sup>26)</sup>。モールは、①実定憲法自体が神の命令又は絶対理性の要請に抵触する場合、②法律が諸邦の実定憲法と合致しない場合、③命令が法律と抵触する場合を区別する<sup>27)</sup>。モールは第二の場合に詳細に取り組んだ(68頁以下)。モールは、違憲であると考えられる規範を具体的な事件に適用しなければならない裁判所はいかなる対応をとらなければならないかを問う(73頁)。彼はこたえる、裁判所の任務は法律の適用であるが、裁判所が適用できるのは有効な法律のみである。だが、違憲の法律は有効ではない(81頁以下)。彼はこのような見解に対して予想される一連の批判に向かって自己の見解を防衛する(83頁以下)。即ち、以下のような批判である(86頁)、法律が邦の機関によって主観的確信により適用しうるものとして取り扱われているのに、他の機関によって無効として取り扱われたのでは、直ちに法的に無秩序な状態となってしまうのではないか。モールはまず第一に、各裁判所において予想される解釈のばらつきに起因する混乱と法的不安定性が耐えがたいものであることを認める。様々な解釈が生じるという現実の可能性はモールにとって排除できないものであったし、一般的に解釈論的方法では排除できない。このような可能性を排除できるのは、解釈上の疑義について最終的に決定することを任務とする制度のみである。モールによれば、このような制度ができなければ法律に対する裁判官の審査権はその不合理な結果ゆえに否定されなければならない。けだし、確固とした法秩序はあらゆる邦における第一の要請であり、すべてはこれが果たされた後であるからである(86頁)。無論、モールは審査権のこのような否定を必然的なものとはみなしていない。彼は、裁判所の判決のばらつきを回避する可能性を三つ提言するが、ここでは次のような第二の可能性が注目される(87頁)。ある法律を違憲であると考える裁判所は、判決を下す前に当該法律を、法律の憲法適合性を審査する最上級の裁判所に移送する義務を負う。けだし、各邦には、その裁判所制度と調和させながら、実際上の裁判官の様々な異なる判決を排除するための十分な手立てを講じる義務があるからである。これによって、論理的に正しく、その上各邦の憲法にとっても有益である諸原則が実際上排除できない諸理由から、実施できないと云う状況はなくなるのである(87頁)。したがって、モールは、邦の最上級裁判所が法律の憲法適合性について決定することを要請する。憲法適合性が問題となる事例がいかなる形でこのような裁判所に提起されるのかは、これらの裁判所にとって格別の意味を持たない。ここで挙げられた紛争解決のための第二の方法によって、モールは基本法第100条1項に対応する手続を主張したのである。けだし、法的争訟事件を担当する裁判所は手続を中止し、規範の憲法適合性に関する最上級裁判所の決定を求め、そして以後の手続はこの決定に基づいて行なわれなければならないのである。最上級裁判所の判決の効力という

点ではモールの見解は今日の法律の規定とは異なる。連邦憲法裁判所は、ある規範を基本法に適合しないとみなした場合には、当該規定を無効と宣言し（連邦憲法裁判所法第78条）、この無効宣言は同法第31条2項により法律としての効力をもつ。これに対して、モールはこの種の提案を不可能なものとしてみている。彼によれば、無効宣言は実質的な立法作用であり、裁判所の権限に属さないのである（79頁）。法律の無効宣言によって生じる効果、即ち、規範を適用できなくなるという状態を、モールは特別の手續によって達成した。つまり、Gemeinbesheid という制度手續を提唱するのである。この決定は結果的には法律の無効宣言と同様の効果を展開する。つまり、これは法律をいかなる裁判所によってもはや適用されえないと宣言するのである。したがって、ある規範を違憲であると宣言する手續要件及びその法的効果の作用という点からみて、モールの提案は今日の規範統制に相応する。憲法の保障という機能は彼の提案に特徴的なものである。憲法の存立及び有効性を確保することは、モールの最も明確な目標である。彼は云う、ある法律が違憲であれば、立法者がこの法律を改廃するか、憲法が改正されなければならない（79頁）。しかし、違憲の法律の不適用及びその立法者による排除は憲法自身に保護する価値がある場合にのみ強行されるべきである、と。

(3) 以上のように、エアフルト憲法の制定者たちはライヒ裁判所に集中された抽象的規範統制を、モールは最上級邦裁判所に集中された具体的規範統制を導入しようとしたのである。両者とも憲法裁判権の問題である。このような表現は、権限ある最上級の裁判所が憲法裁判所と名づけられていないことや、これが憲法上の争訟を専門に決定するものではないことと対立するものではない。けだし、裁判権を憲法裁判権と性格づけることにとって、裁判所を憲法裁判所と名づけることもこのような争訟に対する裁判所の排他的権限も重要なことではないからである。このことは、連邦裁判所と名づけられた裁判所が憲法争訟についても権限を有するスイス及びアメリカ合衆国の例からみて明らかである<sup>28)</sup>。

### III

法律で規範統制を導入するためには、特定の条件の存在が必要となる。このような条件とは何か。これは、全部で六つある。このうち二つが事実上の条件で、他は、法的性格のものである。これらは相互に補完し関連している。

第一の条件は、憲法が法律の制定に対して基準となるという機能を持つことである。これが欠けていれば、法律は憲法を侵害するという可能性がなく、その結果、規範統制は必要なくなってしまう。このような基準となるという機能を憲法は二重の観点において展開している。憲法は一方で、それが立法手續を規定することによって、規範定立のための形式的要件を提示することができる。他方、憲法は法規範の内容に対する基準も提供することができる。——逆にいえば、立

法者から憲法を保護するための客観的手続としての規範統制は、もっぱらこの形式的及び実質的観点から法律の憲法適合性を確保しようとするものである。

第二の条件として挙げられるのは、基準として作用する憲法が立法者によって侵害される可能性があると考えられることである。立法者が憲法擁護者を自認し、それ故、立法者が憲法を侵害することなどありえないということを、立法者が前提とするならば、また立法者のあらゆる行為はその内容にかかわらず合憲であるということから出発するならば、その他の手立ては何ら必要ない。

第三に、憲法が立法者に対して保障されるべきであるならば、多くの法源を有する一つの法秩序においてその目的を達成するためには、憲法の優位が認められた形での法源の段階秩序が必要となる。憲法を頂点とする法規範のピラミッド構造によって実現される憲法の優位<sup>29)</sup>があってはじめて、憲法は下位法律に対する基準としての機能を果たすのである。この機能と憲法の優位の原則は相互に関連している。また同時にこの原理には、同一の対象を規律する場合には後法は前法に優位するという命題を排除する抵触原理<sup>30)</sup>が含まれている。この命題は、規範が同位にある場合にはほとんど常に妥当する<sup>31)</sup>。

第四に、憲法の優位の原理それ自体は、それが有効であるためには、そしてその結果として憲法がその基準を与えるという機能を失わないためには、一種の安全装置を必要とする。この安全装置が作動するのは、憲法制定・改正権力と通常の立法権とが理論上区別され、この区別が憲法自身において制度化・手続化されている場合である。けだし、通常の法律が憲法改正法律とみなされることによって、通常の立法者は通常の立法者の立場<sup>32)</sup>で部分的に又は全面的に憲法の裏をかくことができるならば——黙示的憲法破棄の問題<sup>33)</sup>——それは実定憲法それ自体の空洞化に至り、最後には通常の立法者に対する基準としての機能を喪失することになるのである。憲法の優位の原理はたんに憲法上確保されるのではなく、実際上も貫徹されなければならない。このような貫徹は裁判官によってのみ可能である。裁判官がこのような任務を果たしうるのは、二つの条件が充足される場合のみである。

第五に、裁判官は、法律をそれが憲法に適合しているか否かという点に関して審査することができなければならない。裁判官は、いわゆる裁判官の審査権、今日の用語でいえば、付随的規範統制権を有していなければならない。もしこれが欠けていれば、憲法の優位という原理は空回りしてしまう。なぜなら、これを貫徹するための他のいかなる機関も存在しないからである。立法者は審査官として問題にならない、せいぜい立法者は固有の事項における審査官であるにすぎない。執行も今日なお実質的審査権を有しない。

最後に、第六の条件として確保されなければならないのは、最上級裁判所の規範の憲法適合性に関する決定が、立法、執行及び下級裁判所によって受け入れられなければならないということ

である。これらの機関はその決定に拘束されなければならない。最上級裁判所の判決のこのような拘束力がなければ、最上級裁判所に憲法の保護を委ねることは無意味となる。なぜなら、この場合最上級裁判所の判決は実際には何の意味も持たないからである。

#### IV

さて、このような(1)から(6)までの条件すべてが、19世紀のドイツ立憲主義体制の憲法状況と適合するであろうか。以下順次検討する。

(1) 上述の分析は第一の条件として、憲法が立法者に対する基準として作用する必要性を挙げた。形式的にみれば、このような条件はすべての憲法において満たされているとみなされるであろう。憲法は、一般に、たとえば、立法権限、親署及び公布に関する規範のような法律制定に関する規定を含んでいる<sup>34)</sup>。しかし、実質的にみれば、説明ははるかに困難である。内容的基準として機能しえたのは諸憲法において本質的に基本権のみである。このことは基本権が立法者に対して法的拘束力を持つことを前提とする。このような拘束力は段階的に考えられる。即ち、拘束力の最も強力な形としては、基本権を侵害する下位の法すべてが無効となる、つまり、基本権が廃棄力 (*derogierende Kraft*) をもつことが考えられる。拘束力の最も弱い形としては、憲法付託という形で憲法違反の法を一定期間内に排除することが義務づけられているわけではなく、新しい法を作る際に基本権を基準として遵守することが立法者に義務づけられることが考えられる。このような形の拘束力の場合、基本権は、立法者が活動するに当たってそれ以上後戻りすることができない客観的な形成原理である。基本権がもっぱらプログラム規定の性格を持つものであるならば、基本権は法的拘束力を持たない。

a) 「たとえば、基本権に反する法はすべて無効となるという現代的な考え方によって、基本権の保障とは、……急進的で直接的な排除を意味するというまったく不合理で非歴史的な観念」が、立憲主義の初期の段階で受け入れられる余地があったとは思えない<sup>35)</sup>。基本権はこのような法的効果を展開させることができなかった。なぜなら、もし基本権がこのような法的効果を展開させたならば——通常法律を顧慮すれば——ほとんど無法の状態となったからである。フランスでは、1789年8月28日の憲法が公布される以前に、特権身分である貴族と聖職者が自ら特権の大部分を放棄したが<sup>36)</sup>、ドイツでは、基本権は実際にはなお残存する封建国家の上にかぶせられることになった。基本権は、「多くの伝統的な旧来の法の上に置かれたのである」<sup>37)</sup>。基本権は旧来の法状態を考慮していかなる既成事実も作り上げることができず、またその意思もなかった。したがって、三月前期の法律家たちは基本権が実際には現行法律に対して何らの効果も持たないことを歎いた。しかし、基本権の普及の後に、基本権において明示されている公民の自由及び平等という方向に社会を変革することを目指した<sup>38)</sup>、国家及び社会プログラムに違反するような規

範を制定することが法的に可能であったかどうかは疑わしいように思われる。このような点において憲法は部分的に、即座の廃棄ではないにせよ封建的諸権利の廃止を約束する諸規定を含んでいた<sup>39)</sup>。もし立法者が封建的内容の規定を制定すれば、このことはたんにこのような規範に対する違反だけではなく基本権に含まれる諸原理に対する違反をも意味したのである。私見によれば、この点において基本権には、立法者に対する効力としての上記の最も弱い拘束力が認められる。したがって、いずれにせよ部分的に基本権は立法者に対する基準としての性格を持ったのである。

b) 同様のことは、中期立憲主義段階、特にエアフルト憲法及びモールについてもあてはまる。無論、基本権はフランクフルト憲法によれば、既に現行法律に対して、少なくとも部分的には廃棄力を展開するものであった。このことを規定するのが、憲法に先立って公布された憲法の基本権規定に関する導入法である<sup>40)</sup>。その第1条及び第2条によれば、ライヒ憲法と矛盾する各邦の規定はすべて無効である。同条はさらに、ライヒが各邦の必要な執行法律を監視すべきことを定めている。最後に、ライヒは、身分特権の廃止を邦憲法に適合させるために第8条において定められた期間が徒過した場合には、この問題に介入して邦議會を招集することができた。このような効力が認められる基本権として、重要な基本権すべてが挙げられている。即ち、居住移転の自由、職業選択の自由、集会・結社の自由、所有権である。その他の基本権は邦法律による執行を要するものとされた<sup>41)</sup>。——フランクフルト憲法においては規範統制が一つの基準を持ったことは明白である。

エアフルト憲法は基本権の効力を弱めた。基本権は将来の立法に対する法的基準として作用すべきものとされた。エアフルト憲法第6章「ドイツ国民の基本権」の冒頭の第128条によれば、「ドイツ国民に対して以下の基本権が保障される。基本権はドイツの各支邦の憲法にとって規範として作用し、各支邦の立法における個別の状況に適用される」。まず第一に問題なのは、基本権が同盟(Union)にとっても各邦にとっても妥当するか否かである。もし、基本権が憲法によって同盟に割り当てられた広範な固有の立法にとって意味のないものであり、各邦の立法にとって意味のあるものであるならば、これは憲法のなかに断絶があるということになるであろう。さらに、エアフルト憲法がフランクフルト憲法を引き継いだと考えるならば、エアフルト憲法における基本権の限定された効力はフランクフルト憲法との断絶ということになるだろう。しかし企図された修正は、基本権の適用領域を制限的に考える根拠を提供するものではない<sup>42)</sup>。——無論、第128条から明らかのように、基本権は、それが現在ある法律を考慮して、廃棄力を展開させるような形で直接に妥当するものではなかった。基本権は、新たに制定されるべき法律に対する基準のみであった。しかし又このことは、この法律によって達成された自由の水準より後退できないことを意味した。それ故、基本権は立法に対する基準として作用した。



モールもまた基本権に制限的な法的効力を認める一連の論者に加わった。彼の出発点は、1819年のヴィルテンベルク憲法であった。ヴィルテンベルク憲法は第21条において、市民は憲法に従わなければならないと規定する。モールはこの規定を次のように解釈した、即ち、市民は憲法に「のみ」又は憲法に「だけ」従わなければならないのであって、特に違憲のものには従う必要はないのである、と<sup>43)</sup>。しかし、法・等族法は憲法上保障された諸権利による内容の補充を必要とする、なぜなら、憲法に従うということは、モールにとって、憲法の基準に応じた行為を行なうことであった。しかし、憲法に「のみ」従えという法の要求は、同時に憲法から市民の具体的諸権利が引き出されない場合には、効果がない。モールがまず第一に述べるように、現行法を憲法に適合させることが立法者の任務である<sup>44)</sup>。モールは刑事手続上の基本権を例に引きながら、次のように主張する、即ち、憲法の中には「多くの重要な権利が確認され……そしてなおより重要な権利についてはその萌芽がみられ、その結果これらの権利は刑事立法の形成の際に十分に展開される可能性がある」<sup>45)</sup>。彼が同時に確認するところによれば、立法者は憲法を侵害する新しい法、たとえば農奴に関する法を制定することが禁じられている。将来、この種の状況が新たに形成されることが阻止されるのである<sup>46)</sup>。

c) 後期立憲主義は基本権の効力を著しく弱めた。当時の代表的見解としてG・アンシュッツの見解が挙げられる。確かに、アンシュッツは原理的には基本権の廃棄力を認めた<sup>47)</sup>。この廃棄力は例外的にのみ、即ち、基本権が、①一般に承認され、そして、②現在の法秩序の中にしっかりと根をはっている場合にのみ、発揮されるものであった。アンシュッツは問題となるようないくつかの基本権の場合、これらの二つの条件が満たされていると考えた<sup>48)</sup>。それ故、これらの基本権は、それが法律による行政を求める権利を規範化したことによって、行政に対してさえも効力を有するものである。「基本権は法律による行政という原理の個別的な (kasuistisch) 宣言を含むものである」<sup>49)</sup>。このような見解は議会制定法による基本権の空洞化を助長するものであった。このような見解は憲法においてこのような方法で定着しているわけでも、さらに法的に説得力のあるものでもない。このような見解が依拠した国法実証主義は、憲法を解釈するために必ずしも必要なものというわけではなかったし、事実また例外なくそうであったわけでもなかった<sup>50)</sup>。このような見解は、「君主の権利及び国家権力の強力さを強調し、国家権力に対してむしろ立憲主義制度を弱体化させるという前世紀後半において支配的であった傾向に応じるものであった」<sup>51)</sup>。プロイセン上級裁判所及びプロイセン上級行政裁判所は基本権に大きな効力を認めた<sup>52)</sup>。学界においても基本権に広範な機能を認めた<sup>53)</sup>。基本権は立法に対する基準として有効であった。基本権は法律という「媒介」によって現実化されたのである<sup>54)</sup>。

d) 以上のまとめとして次のことが確認され、そしてこれは今日の一般の見解である。即ち、フランクフルト憲法を例外として、19世紀の基本権は立法に対して廃棄力をもつという意味での

法的拘束力をもってはいなかった。確かに、基本権は立法に対して拘束力を持つ客観的形成原理としては作用した。したがって、基本権は規範統制の枠内での基準として用いることができた。このような確認は、諸邦の憲法について妥当する。しかし、1867年北ドイツ連邦憲法及び1871年帝国憲法は、いかなる基本権規定も有していなかった。したがって、これら憲法においては規範統制のための基準が欠けていたのである。プロイセン憲法の基本権から出発すれば、基本権は確かに制度的ではないがしかし機能的には法的基本秩序の構成部分となった。しかし、このことは規範統制の制度化にとって十分なものではないように思われる。

(2) 第二の条件、即ち議会による憲法侵害の可能性を認識し、これを受け入れることは、事実上の条件であり、それ故それ自体は「体制中立的な」ものである。無論、第二の条件の存在が認められるためには、それがその時代の人々の意識に定着しなければならない。そしてさらに言えば、その時代の人々が最初から、法律はその内容にかかわらず常に憲法を具体化するものであるとみなすことができると考えているようでは問題にならないのである。

a) 国民によって選ばれた議会が憲法を侵害するという可能性は19世紀初頭にはまだ意識されていなかった。このような意識が欠けていた理由として考えられるのは、次のような事情である、即ち、国民はまさに君主に対抗することによってはじめて立法への参加<sup>55),56)</sup>を戦いとしたのであり、そしてこれにより、君主による侵害から憲法を守ることが確保されると考えたのである。君主は潜在的な憲法の侵害者とみなされ、これに対して議会は憲法の擁護者と考えられた<sup>57)</sup>。なぜなら、議会はあらゆる法律に対する拒否権を持っていたからである<sup>58)</sup>。1840年、モールは次のようにいう、「君主に全統治（権）の行使を委ねるが、君主が国家権力を乱用しようとする場合には、一部は公選、一部は勅撰の議員からなる議会がこの君主の企てを阻止する権利を有するという国家制度が大方の賛同をえた」<sup>59)</sup>。「それ故、政府の不時の侵害から国民の権利全体を守ることは、シュテンデ（議会）の目的である」<sup>60)</sup>。「……国民代表がなすことができるのはなによりも、違憲の権力乱用を阻止することである」<sup>61)</sup>。「市民の国家に対する法的関係のあらゆる侵害は、（法律に対する）同意を拒否することによって阻止されるべきなのである」<sup>62)</sup>。

以上の引用は、この段階の立憲主義にとって代表的なものである。裁判所の規範統制によって議会をコントロールする必要があるとの認識に欠けていたのである。

b) このような状況は19世紀中葉に変化する。この時期、トクヴィルの労作「アメリカの民主主義<sup>63)</sup>」が広く読まれるようになった結果、憲法が議会によって侵害される可能性があり、したがって議会に対しても擁護されなければならないという認識、即ち、アメリカ合衆国において1803年以来マールベリー対マディソン事件におけるマーシャル判事の判決の結果として急速に有力となった認識がドイツにおいても知られるようになった<sup>64)</sup>。トクヴィルは同時に、憲法が市民と同様に立法者をも厳格に拘束する特殊な総体を形成するというアメリカ流の考えを広めた。エアフ

ルト憲法の制定者たちはこのような認識を受け入れざるをえなかった。この憲法は君主とともに立法権を有する(99条)ライヒ議会を上院とともに構成する下院(83条)が憲法を侵害する可能性があるということから出発して、規範統制制度を創設した。このような認識は、既にパウル教会に集まった人々ももっていた。テルカップ議員<sup>65)</sup>は規範統制の導入によって裁判所が憲法の最上級の番人となり、立法権は憲法の制約の枠で活動することが必要となったことを指摘している。したがって、フランクフルト憲法及びエアフルト憲法は、この時代の頂点に位置するものである。

モールは後に、議会を憲法の擁護者とする彼の見解を修正した。確かに、モールは既に以前からアメリカの考えを紹介していた<sup>66)</sup>。しかし、モールがこのアメリカの考えを彼自身受け入れたのは後になってからである<sup>67)</sup>。なおその根底には、フランクフルト国民議会の構成員及びライヒ司法大臣としての彼の経験がある<sup>68)</sup>。そして、モールは、国民代表が内容上違憲の法律に同意を与えることによって憲法を侵害する可能性のあることを自明のこととなすことになった。

c) 後期立憲主義の段階において、議会は憲法の番人ではありえないとする考えは共和国に典型的なものであると感ぜられた。一方では、19世紀前半に典型的であったのと同じ理由によって<sup>70)</sup>、他方では、憲法は法律の親署及び公布の際の君主の審査義務を通じて君主がその侵害を防止するという理由によって<sup>71)</sup>、独立した裁判官による憲法の保障は不必要なものと考えられた<sup>69)</sup>。このような見解を正当化するために、数百年にわたって統治している家系の尊厳というものが引き合いに出された<sup>72)</sup>。君主の権威は、独立した裁判官による議会の他律的統制の企て——同時にこれは君主の他律的統制を含むものである——に対置させられた。しかし、アメリカの状況を指摘しても君主の尊厳を指摘しても、このような他律的統制を拒否することを納得させ得るものではなかった<sup>73)</sup>。なぜなら、上述の国家権力はすべて憲法によって画定された枠を超える危険性があり、その結果、憲法の保障が問題となるからである。このように、後期立憲主義は、1850年に到達した認識水準を下回るものであった。

d) 確かに、規範統制を導入するための第二の前提条件が1849年以降存在していたという主張は正当なものである。

(3) 第三の条件は憲法の優位という原理を承認することである。19世紀のドイツでも法秩序の段階構造という考え方自体がなかったわけではない。既に、中世において法規範は、神法(Lex divina)、永久法(Lex aeterna)、自然法(Lex naturalis)、実定法(Lex positiva)という形に分類されていた。さらに、ドイツの国法論にとって、アメリカ憲法に由来する憲法を最高法(paramount law)とする考えは既知のものであった<sup>74)</sup>。実定法秩序において憲法が最高の権威を持つという考えは、憲法に関する思想それ自体と歩みを同じくするものであった<sup>75)</sup>。しかし、立憲主義体制において憲法は実際に法律に対する優位を確保し得たであろうか。もし憲法の

廃棄が法律の改正よりも容易なものであるならば、いずれにせよ法律に対する憲法の優位は否定されることになろう。法律の改正については法律制定に関与した者全ての同意が必要とされた。憲法の廃棄はどうであろうか。君主は、自己の絶対権によって憲法を施行したように、憲法を君主制原理の帰結として廃棄できるであろうか。確かに、この段階では君主制原理はもはや民主主義の正当性に対抗していかなる正当化事由を与える性格も有しておらず、権力状況の安定化の表現であった<sup>76)</sup>。しかしこのことは、君主制原理が君主の単独の行為に対してなお理由づけを行なう力をもつことを排除するわけではない。

a) 理論上、君主制原理は君主が国家の元首として国家権力の全ての権利を一身に集中させており、そして憲法によって画定された規律のもとでのみそれを行使するということを前提とした。したがって、理論上君主は憲法に対する「処分権限」を持ったのである。しかしこの理論は当初より無制限に妥当したものではなかった。ウィーン最終議定書第56条が規定するところによれば、その実効性が承認されている憲法は、憲法上の手続によってのみ改正されうる。上からのクーデターと下からの革命が禁止されたのである<sup>77)</sup>。承認された実効性はたんにウィーン最終議定書が公布された時点において存在する憲法だけでなく、その実効性が承認された限り、後に発効する憲法にも関係づけられたのである<sup>78)</sup>。それ故、既にウィーン最終議定書は君主によって制定され又は議会によって同意された<sup>79)</sup>憲法に、君主が最終的に拘束されるということを前提としたのである。したがって、これらの憲法を君主が単独で廃棄することはできなかったのである。憲法の改正は法律の改正と比較して困難であったので、憲法は法律に対する優位を確保したのである。

b) 法律上のこのような議論は後に国家論によっても支持された。19世紀の30年代まで国家権力はそれを保持する者の私権と解されていた。たとえば、マウレンブレッヒャー<sup>80)</sup>はこのような権利を所有権との類推で次のように構成した。即ち、「私人にその権利及び正義が属するように、ドイツの主権者には準占有権 (quasi dominium) 及び準所有権 (quasi possessio) が属する」。アルプレヒト<sup>81)</sup>は国家を営造物とする彼の理論をもってこのような考え方に対抗し、君主を諸権利の所有者から国家における機関の地位に落とした。「新たな法の国法上の基本見解は君主に統一された権利を君主の私権と国家の権利に解体し、君主はその機関として、したがって私法の原則ではなく憲法の原則に従って国家の諸権利を行使すべきなのである」<sup>82)</sup>。それ故、国家論上もまた君主は、憲法についての一方的処理権限を奪われたのである。憲法はその改正の困難さ故に、法律に対して優位にあったのである。——このような国家論上の新しい見解は急速に普及した<sup>83), 84)</sup>。

エアフルト憲法の制定者たちにとって、その憲法の優位は疑問の余地のないものであった。彼等は君主制原理を規範化したにもかかわらず、憲法を上位にあるものと考えた。なぜなら、もし

そうでなければ規範統制手続の導入は無意味なものとなるのである。それ故、彼らは最も新しい認識水準を考慮にいたしたのである。モールにとっても憲法に優位という原則は、彼の初期の論稿においても後期の論稿においても、自明のことであった。「憲法＝典の明示的規定と矛盾するすべての旧来の法律及び命令は無効と宣言される<sup>86)</sup>」。この文章においてモールは、この憲法の優位とむすびついた抵触原理を展開したわけである。確かに、憲法の優位はモールにとって立憲主義体制の公理そのものというわけではなかったが、憲法は二つの理由から優位するのである。第一は、憲法が、「通常の立法権の可変性及び変動性を超えた国家生活の基礎を維持するために」<sup>86)</sup>存在するが故である。他方、憲法は加重された要件のもとでのみ改正可能だからである<sup>87)</sup>。それ故、モールの議論は憲法内在的でもあるのである。このような論拠は論理一貫している。

c) 後期立憲主義は憲法の優位というものを認めなかった。ラーバント<sup>88)</sup>の主張するところによれば、憲法は法律よりも高い権威を持つものではない、なぜなら、立法者の意思——憲法の妥当性も法律の妥当性もそこに根拠をもつ——よりも高次の意思は国家においては存在しないからである。「憲法は国家の上に超然としている神秘的なものではないのである」。ラーバントはここで当時の君主制原理を論拠としているが、君主制原理はその時代においてもはや法的には妥当せず、国制におけるイデオロギー的な立場として、君主の尊厳と権力を安定させるために持ち出されざるを得なかったものである<sup>89)</sup>。1871年のライヒ憲法も君主単独では廃棄することができなかった。この憲法は君主の単独の絶対権の所産ではなく、協約憲法であったのである<sup>90)</sup>。1890年、ビルマルクは選挙において大敗したので、ライヒ議会を排除するために諸侯を連邦から退かせることにより憲法を廃棄しようと考えたが、この考えは憲法に反するものであった<sup>91)</sup>、なぜなら、そのためにはライヒ議会の同意が必要であったからである。

d) それ故、君主制原理に最初から随伴した国家権力の保持とその行使という区別は、部分的にも当初は若干の憲法にとって後には全ての憲法にとって、法律上そして国家論上その最も重要な点について支持されながらも、うまく機能しなかった<sup>92)</sup>。君主と国民代表とは憲法改正に関して同等の地位にあった。

このような君主制原理の制限された妥当性は、今日の批判的な憲法史的観点だけではなく、立憲主義時代の当事者の観点にも対応するものであった。このような解釈が君主制原理の妥当していた時代にそれがもっていた力を誤解しているという批判は正しくない。いずれにせよ、君主によって憲法の効力が排除され（1827年ブラウンシュヴァイク）、憲法が廃棄され（1837年ハノーファー）又は改正された（1852年クールヘッセン）事例において、君主は君主制原理に依拠していない。ブラウンシュヴァイクとハノーファーでは、その根拠として信託遺贈法（agnatische Recht）が引かれており、クールヘッセンでは君主制原理に対する侵害が1831年憲法の改正のための論拠として用いられている<sup>93)</sup>。1848年のプロイセン憲法の修正は、両議院による改正の審議

の後、両議院及び国王による新しい法典の承認に基づいて行なわれた<sup>94)</sup>。

したがって、我々の問題提起にとって重要な点において、君主制原理は内容的に空虚なものであった。憲法が一旦施行された後には、その効力は君主の意思にのみ根拠を置くものではなく、その存立については君主と国民代表双方に処理権限があるのである。同じことは立法についても妥当する。君主の主権性は廃棄された<sup>95)</sup>。君主も国民もそれぞれ単独では主権者とはなりえず、「両者が一体となって主権者なのである」<sup>96)</sup>。それ故、憲法と法律との同位性に関するラーバントの理論は採用できないのである。同位性のために君主制原理を引き合いに出すことが問題とならない以上、国家の基本規範としての憲法に法律よりも高い地位を与えることは直ちに可能である。このことは、憲法の改正が法律との比較において困難であったが故に、なおさら妥当する。したがって、憲法は規範統制手続の枠内における基準として作用する。

このような機能は二元的体制において、君主と国民との間の闘争を法的に規制するという可能性が限定されていたということによって排除されるわけではない。次のように主張される。即ち、この闘争はいかなる法的拘束によっても形式化し尽くされないであろう。特に、憲法裁判権は考えられないであろう。なぜなら、憲法裁判権が二元的体制の当事者間の争いにおいて、中立的な、共通の(正当性)根拠の上に立つことなどできなかったからである。特に憲法はこのような基盤たりえないであろう。なぜなら、憲法の平面は争訟当事者間の権限の共通のそして排他的な土俵ではなかったからである。けだし、君主は自らを「憲法の恩寵」によるものであるとは考えなかったのである<sup>97)</sup>。最後の主張は実際正しいものである。もちろん、このような確認は規範統制導入の可能性にとって法的に意味のないものである。このような確認は機関争訟手続にとって重要なことかもしれないが、当事者が相互に争うのではなくその行なった行為が再審査される客観的手続にとっては重要性をもたない。このことは規範統制に妥当する。けだし、規範統制は法律が制定されることを前提とするからである。しかしこのような場合について、憲法は既に正当性基盤として作用した。しかし、君主と国民代表は立法者としての属性において憲法という基準に拘束され、その結果、両者が基準を守ったか否かが当事者訴訟ではなく客観的な手続において判断され得る。このことは二元体制を特徴づける、かのつばぜりあいによっても排除されない。なぜなら、つばぜりあいは法律が制定されるべきか否かが問題となる場合に重要だからである。しかしこのことは規範統制訴訟の問題ではない。したがって、憲法は制定された法律に関して国民及び君主に対する正当性基盤であった。それ故、規範統制は可能であった。

(4) 第四の条件としてあげられるのは、憲法改正権と立法権の区別である。このような区別は、立憲君主主義憲法すべてにおいて明示されていた。なぜなら、これらの憲法は法律と比較して加重された要件においてのみ改正され得るからである。したがって、憲法改正権と立法権とは実際に区別された。たとえば、エアフルト憲法第194条2項によれば、憲法改正には、ライヒ理事会

(Reichsvorstand) 及び諸侯会議 (Fürstenkollegiums) の同意と並んで両議院の3分の2以上の多数が必要であるとされた。モールもこのような区別について論文で言及しているが、その認識は、このような区別を形成してきたアメリカ法に関する彼の研究に基づくものである。モールが、憲法は、「通常の立法権の可変性及び変動性を超えた国家生活の基礎を維持するが」<sup>98)</sup> 故にのみ存在すると述べる時、彼は、別の立法権、即ち、憲法改正権でのみありうるような立法権というものを承認しているのである。しかし、このような区別は論者<sup>99)</sup>によっては必然的に承認されたわけではない。なぜなら、これらの論者はそもそも憲法の優位を認めなかったからである。——立法によって憲法が空洞化されることなど有り得ないという仮説は、ここでは君主制原理が問題とならないこと及び憲法改正に加重要件が課されていることにより、疑問の余地のないものである。無論、憲法改正多数の同意を得て成立した黙示的憲法改正も可能であった。しかし憲法破棄は憲法の保障をその本質的構成部分において排除するものではない。なぜなら、憲法改正多数の同意を得て制定された通常法律による憲法改正は、それ自体憲法の地位を有しているからである。形式からだけ考えると、この場合憲法典にない憲法が存在する。——第四の条件もまた存在したのである<sup>100)</sup>。

(5) 第五の条件としてここでは裁判官の審査権の承認を挙げた。裁判官の審査権は19世紀最大の争点であった<sup>101)</sup>。法律の形式的憲法適合性審査という点では、裁判官はすでにこの権限を行使していた。たとえばその例として、1850年クールヘッセン憲法争議におけるカッセル上級裁判所の判決を挙げることはできるが<sup>102)</sup>、後にライヒ最高裁判所も同様に常態的にこの権限を行使した。法律の実質的憲法適合性審査は、学界において要請され<sup>103)</sup>、エアフルト憲法及びモールはこれを承認していた。後期立憲主義において裁判官の審査権は、君主の審査権を指摘して否定されることが圧倒的に多かった。即ち、皇帝がライヒ憲法の番人であるとみなされた<sup>104)</sup>。このような見解は政治的なものであって、法的に根拠づけることはできない<sup>105)</sup>。ライヒ最高裁判所はライヒ法律の憲法適合性審査を行っていないといわれる<sup>106)</sup>。しかし、この表現は修正を要する。ライヒ最高裁判所の審査範囲に関するこのような見解が依拠するライヒ最高裁判所民事判例集第9巻232頁<sup>107)</sup>は、ライヒ法律とライヒ憲法との適合性に関する裁判官の審査権の問題については何も言っていない<sup>108)</sup>。同裁判所の後の諸判決は実質的審査権の問題を、「なお争われている」とみなしてきた<sup>109)</sup>。ライヒ最高裁判所民事判例集第48巻88頁及び77巻231頁の判決は、ライヒ最高裁判所が実質的審査権を承認したものと理解し得るものである。これらの判決によれば、「法律はライヒ参議院及びライヒ議会によって議決されそして正当に公布されているので、裁判官にとって、ライヒ憲法第78条によっても、その合憲的成立に関して疑義を提示するあらゆるきっかけが」欠けている。疑義が提示されるのは、内容上の偶発的な違憲性についての審査が正当なものとみなされた場合にほかならない。それ故、実質的審査権は、たとえ一貫したものではないにせよ、

いずれにせよ判例実務において承認されたのである<sup>110)</sup>。このことは論理必然的なものであった。なぜなら、憲法が裁判官の審査権を明文で否定していない場合、裁判官に対してこのような審査権を否定する特別の法学的根拠など存在しなかったし、又しないからである。そのようなわけで、実質的審査権を拒否することは<sup>111)</sup>次第に反駁されるようになった<sup>112)</sup>。いずれにせよ、君主制原理によってこのような審査権を拒否することは支持されなかった。君主制原理よりすれば、邦法律の審査も排除されることになるのが筋であったであろう。なぜなら、このような法律もまた君主の権威を背後にもっているからである。しかし、ライヒ裁判所はこの種の審査をずっと行なってきた<sup>113)</sup>。

(6) 第六の条件は、裁判所の判決が他の裁判所、立法者及び行政に対して拘束力をもつことである。君主制原理よりすれば、裁判所の主人は君主である。しかし19世紀において、フリードリッヒ大王が水車小屋アルノルト事件<sup>114)</sup>において行なったような形で、君主が判決を破棄し裁判官が処分される可能性があるとの仮説は排除されているように思われる。フリードリッヒ大王の行為は当時であっても既に例外的なものであった。プロイセン一般ラント法序章第79, 80条は裁判所を既に独立したものとみなしていた。つまり、これらはプロイセンにおける官房司法を最終的に克服したのである。1850年クールヘッセン憲法争議は唯一の例外であった<sup>115)</sup>。この時代においてはドイツ全土において官房司法が克服された<sup>116)</sup>。エアフルト憲法もまた必然的にライヒ裁判所の判決の拘束力を前提としている。確かに、ライヒ裁判所に関する法律は制定されなかった。しかし、規範統制手続において立法者に不利な判決が出された場合に立法者がこれをいつでも無視することができるのであれば、規範統制手続は無意味なものとなってしまう。確かに、モールは司法を立法の下に位置づけた<sup>117)</sup>。しかし、法律によって導入されるべき *Gemeinbesheid* によって、最上級裁判所の判決はたんに下級裁判所に対してだけではなく、立法及び執行に対しても確保されたのである。このような制度が法制化されていたならば、立法者が裁判所を無視する可能性はなくなったであろうし、執行部も事実上裁判所に拘束されたであろう。裁判官の独立及び裁判官の判決の無条件の承認は、既に立憲主義の中期には若干の邦憲法において確認されていた<sup>118)</sup>。ライヒ司法法 (*Reichsjustitzgesetz*) は明文をもって最終的に、裁判官の独立及び裁判官の活動の無条件の承認を確固としたものとしている。

したがって、第六の条件についても存在していたものと考えることができる。

## V

立憲主義の初期の段階において、規範統制が制度化される可能性はなかった。このような形式の憲法保障は事実上不必要なものとなされた。つまり、意識上の前提条件が欠けていたのである。中期の段階、つまり1850年頃にはこのような前提条件は満たされており、同様に法的条件も



存在していた。君主制原理は君主と議会の様々の正当化事由と同様に、規範統制の導入に対立するものではなかったであろう。最上級の邦裁判所の判決は、慣例上それぞれの君主の名において公布されたであろうし、憲法裁判所としてのライヒ裁判所の判決は連邦ないし後にはライヒの名において公布され得たであろう——当時実際にもこのような形で行なわれていた<sup>119)</sup>。したがって、各邦憲法において規範統制が制度化される可能性はあったわけである。この時代の頂点に位置するのがエアフルト憲法とモールである。後期立憲主義においても、憲法保障としての規範統制は法的にみて存在し得た。このような形の憲法保障が存在しなかったのは、法的な条件が存在しないとみなされていたためである。したがって、君主制原理は法律と憲法とが同位にあるということ、君主制原理が法的にはもはや妥当せず外側から憲法に圧力をかけるような存在となる時点までなお前提としたのである。君主主義に偏向した国法論は君主に対するこのような形の他律的統制を学界において拒否した。これに対してライヒ最高裁判所はこれを承認した。したがって、ライヒ最高裁判所のほうがより進んでいるとみることができよう。本研究の全般的な結論として、次のことが確認されよう。1850年以降規範統制の導入は、政治—心理学的問題であったが、この問題は無論それ自体議論されたわけではなく隠蔽されていた。つまり、君主主義に偏向した国法論が1849年と比較して反動的な方法で、このような議論の法的基盤が存在しないものとみなしていたわけである。民主主義体制の国家においてはじめて規範統制導入のための法的条件が満たされたわけではない。

## VI

以上のような主張の正しさを確証するのは、ヴァイマル憲法時代における裁判官の審査権をめぐる議論の開始である。トリーペル<sup>120)</sup>はこの問題の主意的政治的傾向を明確に認識した。ビューラー<sup>121)</sup>はたとえ立憲君主制下で否定されようとも審査権を認めるべきであると主張した。トーマ<sup>122)</sup>は本問題が合目的的考量以外の方法では議論できないことを確認する。ヴァイマル時代におけるこれに関する議論は首尾一貫して広範に政治的なものであった<sup>123)</sup>。ヴァイマルの議論は次のようなカール・シュミット<sup>124)</sup>のテーゼをもって終焉を迎えた。即ち、法律の無効宣言は政治の司法化と司法の政治化をもたらし、司法と政治にとってなにもものももたらさず、かつすべてを失わせしめることになる、と。

## VII

過去100年以上の規範統制の議論について、以下のような独自の発展が確認される。君主制が弱体化した時期（1848年）、国民によって選出された議会は独立した裁判官による他律的統制——これは同時に君主による他律的統制を意味する——に自ら進んで服そうと考えた。次の君主

制が強力となった時期、国民によって選出された議会の裁判官による他律的統制は不必要なものであると感ぜられた。なぜなら、君主は自ら立法に参画しながらもこのような統制を行なったからである。議会が独立した裁判官による他律的統制に自ら進んで服すことは、君主の自己統制故に拒否された。そしてその君主は制度化された規範統制に服そうとせず、そして学界は付随的規範統制を排除することにより君主を側面から援護した。議会の議会自身に対する不信は一般的なものとなった。自ら進んで手に入れようと努力した、独立して行使されるべき統制は、本来は統制されるべきものによる統制にとって変わられた。議会の議会自身に対する不信は議会に対する他のものの不信に姿を変えた。このことは今日まで影響力のあるもののように思われる。統制の主体のみが変化した。つまり、既に1849年に一度、その任務を担うはずであった者が、1949年に統制の主体となった。裁判官である。統制が政治的に要請されるならば、裁判官は統制を行う唯一の者として正当化される。

#### 注

本稿は、Franz-Joseph Peine, Normenkontrolle und Konstitutionelles System, in: Der Staat, Bd. 35 (1983), S. 521/549 の全訳である。原著は、パイネ教授が教授資格取得論文について1982年12月16日にビーレフェルト大学法学部で行った講演原稿に加筆したものである。

- 1) 特に、Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 948 参照。基本法が創設したような垂直的規範統制については、ここでは言及しない。既に、1871年のライヒ憲法第2条はこのような形式の憲法保障を規定している。
- 2) 規範を常に無効と宣言するわけではないが、これは別問題である。これについて、たとえば Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit im Demokratischen System, in: JZ 1976, S. 697 ff. 参照。
- 3) これについて詳細は、Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle 及び Bettermann, Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1976, S. 292, 323, Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39/1981, S. 99 ff. 106 ff., 参照。
- 4) とりわけ、Henke, Verfassung, Gesetz und Richter (Das Normenkontrollverfahren), in: der Staat 1964, S. 449 ff. 規範統制において見出されるのは、裁判ではなく立法である。個々の場合において法に拘束されることなど決してなく、事例から離れた一般的考察が行われている。——旧来の国法論は次のように議論してきた、即ち、憲法の一般性故に憲法の適用はあてはめ適用ではなく、決断ではないか。さらに、法を無効とすることは、政治的—創造的行為、いわゆる消極的立法なのではないか。Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl. 1931, S. 44 f., Der Hüter der Verfassung, in: AöR 55/1929, S. 164 f., Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5/1929, S. 68 ff., さらに、Henke, 前掲論文 S. 450, 並びに Stern, Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des Bundesverfassungsgericht, Diss. München 1956, S. 110. 基本法施行後について、Henke とならんで、BGH, VerwRspr. 9, S. 70, BayVGh, VerwRspr. 9, S. 112, Kratzer, Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig? in: DÖV 1954, S. 44 f. Christoph Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, S. 66 ff.—これらの議論は、規範統制もまた法規範に拘束される限定的決定であり法規範の自由な創造——いわゆる立法——ではないことを看過している。Stern (注1) S. 950. 参照。

- 5) Kelsen, VVDStRL 5/1929, S. 33.
- 6) Roellecke, Über richterliche Gewalt und höchstrichterliche Entscheidung, in: Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, Wege der Forschung, Bd. 590, 1982, S. 11.
- 7) 1818年5月26日のバイエルン王国憲法第5章には、「憲法の保障」という題名がつけられている。原文は, E. R. Huber, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte Bd. 1, 1961, S. 155. 憲法の裁判的保障を目的とする国事裁判所を最初に導入したのはヴィルテンヴェルクであった。1819年9月25日のヴィルテンヴェルク憲法第5章195条以下参照, Huber, S. 171 ff. 「憲法の保障」を目的とする国事裁判所を最初に導入したのは, 1831年9月4日のザクセン王国憲法第8章142条であった。Huber, S. 245.
- 8) 詳細は, Scheuner, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, 1976, S. 32 mit Anm. 111.
- 9) ビスマルクは1863年のプロイセンラント議会での演説において次のように語った。「私もまたプロイセンの裁判官の法的権威を高く評価するものであるが, 政府は, 評決者の多数の主観的見解によって現れるような裁判所の個々の判決にラントの将来, 王とラント議会ないしラント議会両院の間の権力分割を委ねることができるなどとは考えていないのである」。引用は, Stern (注1) 972頁による。
- 10) Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 5/1929, S. 104 f.
- 11) Rezension, in: Der Staat 14, 1975, S. 599 f., Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, in: Der Staat 18, 1979, S. 321/31 mit Anm. 45, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20, 1981, S. 491 ff.
- 12) VVDStRL 5/1929, S. 34. 彼の純粋法理論からすれば, このような結論は当然に問題のないものである。ケルゼンは当時の諸条件の下での規範統制の導入を法的に可能であると見なしていたと考えられる。
- 13) 注6参照。
- 14) Huber (注7) S. 435.
- 15) Huber (注7) S. 304.
- 16) フランクフルト憲法第126条a号, エアフルト憲法第124条a号。
- 17) E.-W. Böckenförde, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1979, S. 115. Ursprünglich in: Conze (Hrsg.), Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert, 1967, S. 70 ff., wiederabgedruckt in: Böckenförde/Wahl (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815 bis 1914), 2. Aufl. 1981, S. 146. 君主制原理全般について, E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3, 2. Aufl. 1978, S. 3 ff., Erich Kaufmann, Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips, Diss. Halle 1906=Gesammelte Schriften, Bd. 1960, S. 1 ff. —ドイツ型立憲君主制が絶対主義と議会制民主主義とは異なった独自のものであるのか, あるいはたんなる過渡的形態であるのかという問題は, ここでは重要ではない。一方では, Böckenförde/Wahl, Der preußische Verfassungskonflikt und das konstitutionelle System des Kaiserreichs, in: Böckenförde/Wahl, S. 208, Rauh, Föderalismus und Parlamentarismus im Wilhelminischen Reich, 1973, 他方では, Huber, ders., Die Bismarcksche Reichsverfassung im Zusammenhang der deutschen Verfassungsgeschichte, in: ders., Bewahrung und Wandlung, 1975, S. 94 ff.
- 18) 「立法権は国王と両議院とによって共同して行使される。国王と両議院の一致が, すべての法律について必要である」(1850年1月31日のプロイセン憲法第62条)。
- 19) Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 2. Aufl. 1975, S. 852. 議員の圧倒的多数はこのような見解に賛成した(334対69)。法的にはこの問題は以下のような問題提起において先鋭的なものとなった。即

- ち、個々の法律、たとえば基本権ないしライヒ憲法の公布には個々の邦の合意が必要か否か又は個々の邦がこれらを承認すべきかどうか。Huber, S. 782 f. 817 f.
- 20) たとえば、プレスの自由の導入に関する同盟の決定, Huber (注7) S. 266. ライヒ憲法の可決 RGBI. Nr. 102.
- 21) 一方、「皇帝は法律の提案権をもつ。皇帝は立法権をライヒ議会と共同して行使するが憲法の制約に服する」(第80条)。他方、「ライヒ議会によって連続する通常の3会期に同一の議決が同様になされた場合には、たとえライヒ政府の同意がなくとも、三回目のライヒ議会の議決によって法律となる。」(第101条2項)。
- 22) Huber (注19) S. 888参照。
- 23) Faller, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, FS Willi Geiger 1974 S. 831.
- 24) ここでは、たんに形式的規範統制だけでなく実質的規範統制もまた当然に導入されるべきであったと考える。これについて詳細は注42参照。
- 25) この分析は、R. v. モールの論稿, Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, in: ders. Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 1860, S. 60 ff. に基づくものである。R. v. モールはこの問題について他のところでも論じている。たとえば, Die kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, 1852, Bd. XXIV, 又既に, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 2. Aufl. 1840, Bd. 1, S. 90 f. においてもこの問題が扱われている。「従来のすべての法律及び命令は、その名称及びその従来の国法上の意義の如何を問わず、それが憲法典の明文の規定に反する場合には無効と宣言される」。原文引用の書体は現代のものに改めてある。R. v. モールについて, Angermann, Robert von Mohl, 1962, 彼の業績の複合的側面について, Scheuner, Der Rechtsstaat und die soziale Verantwortung des Staates. Das wissenschaftliche Lebenswerk von Robert von Mohl, Der Staat 18, 1979, S. 1 ff.
- 26) たとえば, 基本権。これはフランクフルト憲法の基本権に非常に似ている。古典的基本権体系のこのような受容によって、多くの西欧憲法体系との法的同化がはかられた。Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 2. Aufl. 1975, S. 776. このような基本権はその時代の先端を行っていた。Wahl, Der Staat 18, 1979, S. 322.
- 27) 注25を見よ。S. 66. 文章の頁数は当該論文の頁数である。
- 28) 詳細かつ広範なシュテルンの指摘(注1) S. 936 f. 参照。
- 29) この原理について最近、詳細な論稿がある。Wahl, Der Staat 20, 1981, S. 485 ff.
- 30) 同上485頁以下。
- 31) この命題は他の観点からも排除されるように思われる。たとえば、プログラム法律の執行法律に対する優位又は国民投票法律の議会制定法律に対する優位が維持されることによって、このような考えについてはここでは取り上げない。後者の例について, Peine, Der Staat 18, 1979, S. 375 ff.
- 32) したがって、憲法は少なくとも、通常の立法者は憲法改正の場合憲法改正立法者として活動する旨を宣告をしなければならないという規定を含まなければならない。
- 33) これについて, Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 3, S. 952。
- 34) 立法手続にとって憲法の優位が必要かどうかは疑わしいように思われる。ここではこれ以上この問題を扱うことはできない。他の見解として, Bettermann, Reichsgericht und richterliches Prüfungsrecht, in: Demokratie in Anfechtung und Bewährung, FS Johannes Broermann, 1982, S. 502.
- 35) Wahl, Der Staat 18, 1979, S. 328. 基本権の効力について、また, Scheuner, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19 Jahrhunderts, in: FS E. R. Huber, 1973, S. 139 ff., in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 633 ff., in:

- Böckenförde/Wahl (注17), S. 319, Kleinheyder, Botzenhart Scheuner, Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit, Beiheft 4. Der Staat, 1980. 一憲法の規定と抵触する法律及び命令すべては無効とされるというヴィルテンヴェルク憲法第91条のような規定は必然的にたんなる決まり文句以上のものではなかった (Wahl, S. 328, Anm. 30)。その他の点ではこの憲法は他の憲法と同様に旧来の権利状況, 例えば財産権を保護する一連の規範を含むものであった。Fehrenbach, Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht, 1973, S. 88 ff。
- 36) Wahl (注35), S. 326. このような結論の評価についての指摘を参照。
- 37) 同上328頁。
- 38) Wahl (注35) の指摘を参照。
- 39) ヴィルテンヴェルク憲法第91条, 注35参照。このような規範は, すべての法律及び命令が修正を受けることを約束するものである。
- 40) 導入法のテキストは, Theodor Mommsen, Die Grundrechte des deutschen Volkes, hrsg. von Wickert, 1969, S. 76 ff. この法律は1849年12月27日に公布された。
- 41) この法律について, Scheuner (注35), S. 152 f.
- 42) 他の解釈も可能であると言うことが認められなければならない。エアフルト憲法の基本権の効力範囲について参照すべき文献がない。わたしは, 一応のぎりぎりの考察からこのような解釈を選択した。
- 43) v. Mohl, Württembergisches Staatsrecht (注25), S. 323 ff.
- 44) 「……未だ, 不当で違法な逮捕を迅速かつ確実に取り消すためのいかなる必要な保護形態も存在しないのである。したがって, 現在なお憲法典の当該規定はあだな願いか, 精々将来の改善のための拍車なのである」(同上 343 頁)。
- 45) 同上342頁。
- 46) 同上340頁以下。
- 47) Die Verfassungsurkunde des preußischen Staates, 1912, S. 133 ff.
- 48) 同上190頁以下, 287頁以下及び各処。
- 49) 同上98頁。
- 50) 例えば, Georg Jellinek, Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte, 1895, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905。
- 51) Scheuner (注35), S. 156. これについて, Quaritsch, Staat und Souveränität, Bd. 1, 1970 S. 182。
- 52) Scheuner (注35), S. 159 ff.
- 53) 例えば, von Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 2. Aufl. 1864, Bd. 1, 2, S. 125 f. 無論, このような効力は旧来の規定の保持によって制限された。
- 54) Wahl, Der Staat 18, 1979, S. 331 f., Schulze, Das preußische Staatsrecht, 2 Aufl. 1888, Bd. 1, S. 369 はこれを立証している。
- 55) 例えば, 1818年バイエルン憲法第7章第2条。
- 56) これ以上の個別の実証は不必要である, なぜなら, 君主制原理はこのような参画を拘束力をもって示しているからである。無論, 国民の参画はドイツの諸邦すべてにおいて実施されていたわけではない。両メクレンブルクにおいては, フライヴァルダールの仲裁裁定が両君侯国の立憲主義憲法を無効であると宣言したことによって, 旧来のシュテンデ秩序が再建され, これによって立法への参画は妨げられた。メクレンブルク諸邦は, このような君主制に反するような状況をやめることによって自ら何か新しい試みを行ったわけではない。問題はライヒ議会に持ち込まれ, 同盟参議院は問題の取扱いをためらった。ライヒ憲法の改正が提案された。第3条a号によれば, 「同盟構成諸邦においては国民の選挙によって選ばれた代表が存在しなければならず, ラント法律すべて及び諸邦予算の確定においてはその同意が必要条

件である」。改正は成立しなかった。この点に関する限り、メクレンブルクにおいては何の変化もなかった。1909年ライヒ議会はこの問題を再度取り扱ったが、同様に成果はなかった。メクレンブルクにおいて、大君侯国を1918年までに立憲君主制に変えることはできなかった。これについて、Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. 4, S. 422 ff.。

- 57) 例えば, Chr. Böckenförde (注4) S. 33 ff.。
- 58) 無論, 「法律」は今日の意味で理解されてはならない。立憲主義憲法は, 法律の留保というものを「自由と財産に対する侵害」という伝統的な決まり文句によって表そうとした。国民代表はその参画権を人格的及び社会的利害の領域に限定され, 国家及び政治の問題は君主が「君主の独立命令権」によって単独で規律しえたのである。Böckenförde (注17) S. 119. 参照。「法律」及び「立法権」の展開については, Böckenförde の同名の研究 (2. Aufl. 1981) 参照。
- 59) *Staatsrecht* (注25) S. 533.
- 60) 同上535頁。
- 61) 同上533頁。
- 62) 同上533頁。
- 63) 第1部及び第2部, 1836年。
- 64) ヨーロッパでは既にモールによって紹介されていた。Mohl, *Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*, 1824, S. 101 f., 133-140. この事件について, 最近のものとしては, Wahl, *Der Staat* 20, 1981, S. 488 ff., Haller, *Die Prüfung von Gesetzen*, 1979, S. 7 ff., Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, 2 Aufl. 1962. 504 f. これ以後の発展の詳細な叙述は, Stourzh, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Zum Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit im 18. Jahrhundert*, 1974 (Kleine Arbeitsreihe des Instituts für Europäische und vergleichende Rechtsgeschichte, Heft 6, Granz)。
- 65) *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der deutschen constitutierenden Nationalversammlung zur Frankfurt am Main*, herausgegeben auf Beschluß der Nationalversammlung durch die Redaktions-commission und in deren Auftrag von Wigard, Bd. 5, S. 3609 f. テルカンブは, 具体的規範統制の導入に関する拒否された提案について彼の意見を述べている。無論, これは抽象的規範統制についてもあてはまる。
- 66) 注64参照。
- 67) このような見解は, 注25において紹介された引用文とは対立するものではない。(そこでの叙述は) 憲法の施行前に妥当していた法に関するものである。これを示すのが「憲法にのみ従う」という彼の理論である (注25, 323頁以下参照)。これによれば, 確かに, 市民は憲法にしたがって制定され且つ内容上憲法に合致した法律にのみ無条件に従わなければならない。また, 市民は刑罰を恐れることなく, 命令に対して不服従の態度をとる権利を有すべきである。命令が違憲の法律に基づいて発せられた場合—このことは必然的に当該命令の違法性ないし最初から抵抗権を根拠づける—, この事例をどのように判断すべきかという固有の重要な問題について, R. v. モールは前に示した解決の意味において回答していない。彼はこのような問題を提示していない (327頁) それ故, R. v. モールはこの版では憲法にのみ従うという問題と裁判官の審査権の問題を結びつけていない。それゆえ, R. v. モールは一貫して「憲法にのみ従う」という問題と「裁判官の審査権」を結びつけていたという, Angermann (注25) 159頁及び彼に従う Haller (注64) 10頁の主張は, 誤っているように思われる。このような結びつけは, *Staatrecht, Völkerrecht und Politik* (注25) 66頁において詳細に行われている。
- 68) これについて, Angermann (注25) 62頁以下, また, Mohls *Lebenserinnerungen*, 2 Bde., 1902.
- 69) Gneist, *Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmässig zu Stande gekommen?* Gutachten für den 4. Deutschen Juristentag, 1863, Roellecke

- (注6) S. 24 ff. 45 に再録。もちろん、法律家会議は実質的審査権限を肯定している。ドイツ法律家会議記事録II 64頁以下参照、また、Haller (注4) 参照。
- 70) Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht 6. Aufl. 1885, S. 138. 「しかし、立法機関はその形成において、それがその権限を違憲の精神において行使しないという重要な保障を担っている」。
- 71) Gneist (注69)
- 72) 同上。
- 73) これについて、Thoma, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR Bd. 4 n. F., 1922, S. 267 ff. ここでは Roellecke (注6) 59頁より引用。
- 74) 注64参照。
- 75) Wahl, Der Staat 20, S. 485.
- 76) Otto Brunner, Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip, in: Das Königtum (Vorträge und Forschungen, Bd. 3), 1957, S. 301 ff.
- 77) Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 2, S. 648.
- 78) 同上。
- 79) 協約憲法の例として、ザクセン-ヴァイマル (1816年), ヴィルテンヴェルク (1831年) ザクセン (1819年), クアーヘッセン (1831年), ブラウンシュヴァイク (1832年), リッペ (1836年) が挙げられる。Pölit, Die Konstitutionen der Europäischen Staaten, Bd. 1-3, 1817-1820 及び Bülow, Darstellung der Europäischen Verfassungen in den seit 1828 darin vorgegangenen Veränderungen, 1841 参照。—あらかじめ議会で諮問された憲法としては、例えば、ヘッセン及びバーデンの憲法がある。Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 1, S. 326, 335 f.。
- 80) Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, 1837, S. 246. ここではその引用である。
- 81) 本書の批評において、Göttingische gelehrte Anzeigen, 1837, S. 1491 ff. —マウレンブレッヒャーとアルプレヒトの論争について、Quaritsch (注51) S. 487 ff. 参照。
- 82) 同上。
- 83) これについて、Höhn, Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, 1935, S. 225.
- 84) 憲法改正への議会の参加については、立憲主義憲法すべてが予定している。君主の一方的行為によって憲法が破棄されることが不可能なことは今日と同様当時の学界の見解であった。詳細は、Dilcher, JuS 1977, S. 388 f., 526 ff. 無論これとは違った見解もある。Smend, Staatsrechtliche Anhandlungen und Aufsätze, 2. Aufl. 1968, S. 391 f., Link, JuS 1979, S. 193 f.—このような国民の同意がなければ憲法を廃棄することができないということは、政治的にも貫徹された。エルンスト・アウグスト王が即位の後1833年のハノーバー憲法を信託遺贈法を根拠に無効としたとき、これは(同時に)ゲッチンゲン7大教授事件を引き起こし、(解散させられた) シュテンデ議会及び自由都市オスナブルクの連邦議会に対する憲法訴願に至った。憲法訴願は成功しなかった。しかし、連邦議会の要求は一致し、新たな憲法になった。このような状況について、Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 2, S. 91 ff.。
- 85) 注25を参照。
- 86) Staatsrecht, Völkerrecht und Politik (注25) S. 82.
- 87) 同上。
- 88) Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl. 1911, S. 39. 同様の見解, Anschütz, in: G. Meyer/Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, S. 743 f. 「憲法は立法に上位するものではなく、立法の処置に委ねられている。そのかぎりにおいて憲法は他のものと同樣に一つの法律である。」—これとは異なった見解, Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (注50), イェリネックは憲法の優位を理論上考えるものであるとみなしたが、裁判所

- によって実効性が担保されてはじめて可能であると考えた。当時の支配的見解は憲法の優位を認めていない。Scheuner, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, S. 653 f.
- 89) Kelsen, *VVDStRL* 5/1929, S. 345 f.
- 90) 諸侯及び自由都市の委員会と並んで、国民が憲法制定に参画した、つまり、邦議会が代表する諸邦の国民並びに1867年及び1871年の連邦議会が代表する諸邦全体の国民によって。これによって国民は憲法制定権力の保持者となった。二つの権力への分離から出発すべきである。Huber, *Bewahrung und Wandlung* (注17), S. 68 bis 71 参照。
- 91) ビスマルクの「国家計画」について、Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. 4, S. 214 ff., 217 f.。
- 92) 結論的には同様である。Böckenförde (注17) S. 125, Quaritsch (注51), S. 483.
- 93) ブラウンシュヴァイクについて、Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. 2, S. 47 ff. ハノーファーについて、*ebd.*, S. 91 ff., クアーヘッセンについて、*ebd.*, S. 930.
- 94) Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. 3, S. 52 参照。
- 95) Quaritsch (注51), S. 484.
- 96) Otto Mayer, *FS Laband*, Bd. 1, S. 57.
- 97) Wahl, *Der Staat* 20, S. 494 f. 強調は著者。
- 98) 注86参照。強調は著者。
- 99) 注88参照。さらに、Schack, *Die Prüfung der Rechtsmäßigkeit von Gesetz und Verordnung* 1918, S. 115, 138, 284. 彼はこのような分類を行ったが、これはドイツ諸邦においては存在しないものと考えた。
- 100) 憲法を默示的に破棄する有名なフランケンシュタイン条項について、Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. 3, S. 950 ff.
- 101) 問題点の指摘について、Haller (注64), 4 ff., Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungsmäßigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, S. 21 ff. 参照。
- 102) シュテンデは「公租・公課の継続的値上げに関する命令」に同意しなかった。それ故、裁判官は税の値上げを拒否した。同様に、裁判官の審査権を容認できないと宣言したランデスヘル命令は、規範統制手続において無効であるとされた。紛争の説明は、Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. 2, S. 908 及び *Dokumente in: ders.* (注7), S. 497 f. この紛争についての手短な指摘は、Ipsen (注101) S. 28, Kellner, *Verfassungskämpfe und Staatsgerichtshof in Kurhessen*, 1965, S. 60 ff. 参照。
- 103) Jordan, *Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabei auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte*, *AcP* 8/1825, S. 191 f., Pfeiffer, *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft*, Bd. 2, 1828, S. 385 f., Mohl, *Staatsrecht* (注25) ないし、第3・4回ドイツ法律家会議 (Haller 注64 S. 14 ff.)。この問題についてのこれ以上の文献は、Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. 4, S. 1055 f. — オーストリアの発展について、Haller, S. 18 ff.。
- 104) Laband (注88) S. 46.
- 105) 注46参照。
- 106) Ernst von Hippel, *Das richterliche Prüfungsrecht*, in: *HbDStR*, Bd. II, 699, Maurer, *Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung*, *DÖV* 1963 ff., Ipsen (注101) S. 23 ff., Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. 4, S. 1059 mit Anm. 13 und 14.
- 107) 注106 参照。
- 108) Bettermann (注34) S. 494.
- 109) たとえば, *RGZ* 24, 3.
- 110) Bettermann (注34) S. 497, 503.



- 111) したがって、ライヒ最高裁判所は審査の範囲を立法手続の僅かの部分に限定した。当時の支配的理論はライヒ議会における議決を審査の対象とはみななかった。このような狭義の形式的審査を主張する者として、G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 402, Laband, (注88) S. 44 ff., Otto Mayer, *Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1. Aufl. 1895, S. 282. 一広義の形式的審査権の主張者として、Bluntschli (注70), S. 134 ff., Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, 1. Aufl. 1895, S. 136. 詳細は、Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. 4, S. 1059 mit Anm. 13 und 14. 一故に、狭義と広義の形式的審査並びに実質的審査が区別される。このような区分は18世紀当時既によく知られていた。Wulffen, *Richterliches Prüfungsrecht im heiligen Römischen Reich Deutscher Nation des 18. Jahrhunderts*, Diss. Frankfurt 1968, S. 23 ff. 参照。
- 112) E. von Meier, in: *Holtzendorffs Rechtslexikon*, Bd. 3, 3. Aufl. 1881, S. 225 ff., Brie, *Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrecht*. AöR 4/1889, S. 1 ff., v. Rönne, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, Bd. 1, 4. Aufl. 1881, S. 407 ff., Trier, *Verfassungswidrige Reichsgesetz*, Diss. Marburg 1907, Schack (注88), S. 89 ff.
- 113) RGZ 2, 93; 11, 183; 15, 27; 61, 9. Huber (注111), S. 1063 は、公式の判例集だけでこの種の裁決を200以上登載していることを前提としている。支配的国法論はラント法律の審査実務を承認している。Laband (注88), S. 123, Meyer/Anschütz (注88), S. 745, Triepel, *Die Reichsaufsicht*, 1917, S. 492。
- 114) これについて、例えば、Bornhak, *Preußische Staats- und Rechtsgeschichte*, 1903 (Nachdruck 1979) S. 251 ff.。
- 115) 注102参照。
- 116) Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, S. 785 は、官房司法の最後の例として、ベンチングの相続紛争事件におけるライヒ摂政ヨハン大公の裁決を挙げている。規範統制の場合におけるランデスヘルの難しさについて、Frotscher, *Die ersten Auseinandersetzungen um die richterliche Normenkontrolle in Deutschland*, in: *Der Staat* 10, 1971, S. 383 ff. が明らかにしている。これは、アウリッヒ上級裁判所の1855年10月3日の判決を手掛りに述べたものである。
- 117) *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik* (注25), S. 84 f.
- 118) 例えば、1850年プロイセン憲法第86条1項。
- 119) Müller-Graff, *Zur Geschichte der Formel "Im Namen des Volkes"*, ZJP 88/1975, S. 442 ff.
- 120) AöR 39, S. 534 ff.
- 121) DJZ 1921, Sp. 580 ff.
- 122) Roellecke (注6) S. 61.
- 123) Böckenförde, *VVDStRL* 39/1981, S. 174. 一もっぱら法学的に、しかも否定的に議論しているものとして、例えば、Schack, AöR 41, 1921, S. 163, 167 ff.。
- 124) *Verfassungslehre*, 4. Aufl. 1969, S. 119, ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2. Aufl. 1973, S. 98, 100, ders., AöR 55/1929, S. 185. シュミットにおける法と政治との関係について、Grimm, *Recht und Politik*, JuS 1969, S. 509. 一第二次世界大戦後、フォルストフォフはこのような議論を変更した。彼は、連邦憲法裁判所を「通常の意味での」裁判所ではないとした。Über *Maßnahmegesetze*, in: *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht*, FS W. Jellinek, 1955, S. 231, ders., *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in: FS Carl Schmitt, 1959, S. 35 ff., 58. フォルストフォフは1940年には憲法裁判権を裁判官というものの正当性の範囲を超えるものと考えていた。Recht und Sprache, 1940, S. 39. 一フォルストフォフと同様にヴェルナー・ヴェーヴァーは、憲法生活の司法化によって司法判断可能性の限界が超えられたのではないかという問題を提起している。Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl. 1970, S. 29 f., 31, 93 及び各処。