

# ドイツにおける司法権力と憲法裁判権

## — 裁判上の権利保護と憲法忠誠 —

山 岸 喜久治

はじめに一序説

[A] ドイツの司法権力

- (1) 基本法の「司法」像
- (2) 権利救済と「司法」観念
- (3) 裁判所組織と裁判官
- (4) 法治国家の手續原則

[B] ドイツ憲法訴訟の基礎理論

- (1) 憲法裁判権とは何か
- (2) 連邦憲法裁判所の設置
- (3) 憲法訴訟の主要カタログ
- (4) 連邦憲法裁判所と国際司法機関
- (5) 連邦憲法裁判所と州憲法裁判所

むすび—司法と憲法政治

[略記]

Grundgesetz (基本法) : GG

Bundesverfassungsgerichtsgesetz (連憲裁法) : BVerfGG

Entscheidung (en) des Bundesverfassungsgerichts (連憲裁判例集) : BVerfGE

[\*] 参照条文は、Beck-Text 『ÖfR 公法』(36版 2025年)、『ZPO 民事訴訟法』(69版 2025年)、『StPO 刑事訴訟法』(61版 2025年)および『VwGO 行政裁判法』(50版 2025年)の中に収録されたものである。

はじめに一序説

本稿は、ドイツ司法のありようを主に基本法第IX章(司法)の規範論のレベルで、さらに同第I章(基本権)19条4項の意義を加えて概観する。現行のドイツ司法は、多様な「入口」をもち、複雑に機能もするが、憲法上の「争い」を広く認め、最終的には憲法裁判で決着をつける方式をとっている。したがってドイツ司法と憲法裁判は、その行程を一つの「流れ」として捉えることが

できる。本稿は、そのような問題意識をもって、その「流れ」に即してドイツ司法・憲法裁判をコンパクトに描こうとするものである。

#### <基本法の「司法」関連条規>

ドイツ基本法（憲法）は、第 IX 章を「司法」（Rechtsprechung）と題し、92 条から 104 条までの 13 条項を収める。ドイツ司法を論じるには、この第 IX 章が主たる対象となる。IX 章の筆頭に置かれた基本法 92 条は「司法権力（rechtsprechende Gewalt）は裁判官に委託されている（anvertraut）」「それは連邦憲法裁判所によって、この基本法の中に規定された連邦裁判所によって、および州の裁判所によって行使される。」と明記する。そして、92 条以外の条項は、要約すれば、①憲法裁判権（GG93 条、94 条、99 条、100 条）、②連邦の広範な裁判権（GG95 条、96 条）、③裁判官の地位（GG97 条、98 条）、④法治国家の手續原則（GG101 条、102 条、103 条、104 条）に分類される（Vgl. Maurer/Schwarz, Staatsrecht I, 7. Auflage, 2023, 646.）。

上記 IX 章以外に、しかし司法に係わるもう 1 つ重要な条項がある。基本法 19 条 4 項である。19 条は、基本法 I 章の「基本権（Grundrechte）」の中に包摂され、「何人も、公権力（öffentliche Gewalt）によって自己の権利（Rechte）が侵犯されたときは、この者に訴訟手段（Rechtsweg）が開かれている」とした。

ところで、現代国家は法治国家である。「法治国家（Rechtsstaat）において、法秩序の遵守を保証することは、国家の任務である。侵害された法権利の事件、もしくは異議を唱えられた法権利の事件において、それは裁判所の仕事である。市民は、これに従って、自己の事案が裁判所によって判定されることを求める権利を有する。すなわち、市民は、司法許可（Justizgewährung）に対する請求権を有するということである。市民が、国家自身の公権力（öffentliche Gewalt）により自己の権利を侵害された場合、基本法 19 条 4 項の権利保護保証（Rechtsschutzgarantie）が介入する。それは独立した裁判所による効果的な権利保護を保障するものである。19 条 4 項は、法治国家の丸天井（Gewölbe）における要石（Schlussstein）であるとも言われる。」（Vgl. Christoph Degenhart, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 39. Auflage, 2023, 154.）。

本稿は、ドイツ司法がこれら 2 つの原理、すなわち法治国家原理と基本権保障とを 2 つの柱として、両者が絡み合う中で、現在のドイツ司法の特質が生まれているとの前提に立ち、論を進める。

#### <啓蒙思想と司法>

言うまでもなく「司法は、3 つの国家権力の 1 つであり、そのことにより国家の機能の 1 つとなっている。独立した司法府の今日的な理解は、啓蒙の思想と結びついたものであり、それは、すべての国家権力とそのことによって司法をもその人格で統合する全能（Allmacht）の君主を不快に思った。自立した第 3 の権力は、民主的な憲法運動の考えの中心にあった。

ドイツ憲法史上初めて司法と行政の分離を記したのは、1849 年のパウル教会憲法であった。ナチス体制は確かに裁判所の独立的地位を維持したが、裁判官の取り替え、現行法的内容的拡大、そ

して行政と警察による統制により、真正の司法的性質を除去してしまった。

自然状態においては、各個人が、自ら自由に使える手段で、自分の地位を守る権限を有する。この場合、より力の強いものが単純に自らの意思を押し通すという危険が高まる。この状態において、勝つのは力（Macht）であって、正義（Recht）ではない。国家（Staat）への結合に市民（Bürger）が相互に同意したのは、それぞれ皆が確保された権利圏で利益を得ることができるためであり、人格上の自由空間の一部を上位の審級（Instanz）へ譲り渡すことであった。

そのように正当化される国家の権力独占—正確に言えば、正当な権力の独占—が前提とするのは、紛争事案についての国家的決裁メカニズムが存在していることである。国家は市民から自己解決を取り上げ、その代わりに個人権を守るための代替物（Ersatz）を提供しなければならない。国家の独立した決裁機関への市民の入り口が権利保護の請求権を通じて保障されなければならない。他の市民に対する、つまり権利主体に対すると同じレベルで、個人は法治国家原理から導出された権利保護請求権を有し、国家による侵害に対し、基本法 19 条 4 項からの効果的な権利保護請求権が味方をするのである。」（Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 6. Auflage, 2023, 395.）。

#### <裁判権の種別>

「司法を所轄する国家制度には、裁判権が必要不可欠である。その際、単純裁判権（einfache Gerichtsbarkeit）と憲法裁判権（Verfassungsgerichtsbarkeit）が区別される。単純裁判権の対象は、何よりも法律正義（Gesetzesrecht）の適用および解釈である。基本法 1 条 3 項、20 条 3 項によれば、基本法とくに基本権は、すべての裁判所が遵守しなければならない。憲法裁判権は、一方では憲法の基準に照らして、国家行為を審査し、他方で、最上級国家機関の間の紛争（Streitigkeiten）、連邦と州との間の紛争に決着をつけ、特別な弾劾機能（Anklagefunktionen）をもつ。」（Stefan Koriath/Michael W. Müller, Staatsrecht I, 6., überarbeitete Auflage, 2022, 313.）

総じて「国家の裁判権は、制度化された司法機関の総体と定義づけられる。それらに司法機能が割り当てられ、さらに制度化が求められる。それは、国家機関の間の紛争を調停し、国家の行動の憲法適合性、とりわけ法律について審査し、連邦の権限システムの維持を監視する。このため、補足すれば、いわゆる専門裁判権と憲法裁判権との間が区別されなければならない。」（Stefan Koriath/Michael W. Müller, a.a.O., 315. Rn. 967.）

すなわち、専門裁判権とは、憲法裁判権を例外とし国家の裁判所総体を包摂する。しかし基本法は裁判官の機関権限（Organkompetenz）と並行し、単に裁判権の組織、手続および行使についての団体権限（Verbandskompetenz）だけを規律している（GG92 条）。このため、単純法律による整備（Ausgestaltung）は、立法者の任務であり、行政訴訟法または民事訴訟法のような固有の特殊法領域を対象とする。基本法はそれゆえ、法治国家原理による内実的規準、および司法にとってのその特別な鑄造（Ausprägungen）を作成する。

一方、憲法裁判権により、連邦憲法裁判所（以下「連憲裁」という）は、国家行為の憲法適合性について審査し、法律力（Gesetzeskraft）をもって法規範を斥ける。連憲裁の所轄は、基本法上リストアップされている。一般条項は存在しない。ただし、基本法 93 条により、それ以上の事案の

配分が連邦法律によって可能である。しかしこの配分権は、連邦国家原理によって制限されうる。州憲法裁判所の管轄領域が侵されてはならない。ただし、基本法 99 条により、州立法者も、州憲法裁判所の管轄内の紛争を連憲裁へ配分することができる（したがって州が州固有の憲法裁判所を維持する必要性が問われる）。州憲法裁判所が設置される場合—このかんすべての州がそれを行ったが—州は憲法裁判所の管轄について独自に決定しうる（Vgl. Stefan Koriath/Michael W. Müller, a.a.O., 315–316. Rn. 968–969.）。

なお「基本法 30 条、92 条後段（Halbsatz2）によれば、司法もまた原則的に州の業務である。基本法は、連邦次元において、連憲裁、および基本法 95 条、96 条にあげられた、州の裁判所で始まり審級序列の最後に位置するところの連邦裁判所だけを定めている。州裁判所の設立は、第一審および控訴審が伝統的である。両者の審級裁判所は、いわゆる事実審であり、訴訟対象が事実と法の観点から決裁のために包括的に考慮される。控訴審の後に上告審が続く。上告審は決裁の法的正当性のみを審査する。上告審の任務は、何より連邦全体における法解釈の統一化の保持である。この三審制はただ足場（Gerüst）にすぎない。それは単純裁判組織法と訴訟法の中で時おり修正される。理由は、軽微手続（Bagatellverfahren）による上級審の負担軽減、ならびに裁判手続の迅速化もしくは特別に重要な訴訟対象の上級裁判所への移送である。」（Stefan Koriath/Michael W. Müller, a.a.O., 316., Rn. 970.）

「基本法 95 条、96 条から生じるのは、単純裁判権が通常裁判所、労働裁判所、行政裁判所、財政裁判所ならびに社会裁判所で構成されることである。刑事・民事事件における裁判権は、伝統的に通常裁判権と呼ばれる。連邦と州の裁判権の手続と構成に関する立法権を連邦が有する（GG74 条 1 項 1 号、同 108 条 6 項）。それゆえ裁判所組織だけでなく、個別の訴訟法も連邦法である。結果的に州に残されているのは、連邦の基準に従った個々の司法機関による国家権力の行使のみである。」（Stefan Koriath/Michael W. Müller, a.a.O., 316, Rn. 971.）

結局「司法が—国家的に整序され保障された裁判所において活動する—裁判官に委託されたということは、現代の司法国家の決定的な保証（Garantie）を意味する」（Christian Bumke/Andreas Vosskuhle, a.a.O., 592.）。ドイツ司法権力・憲法訴訟はその具体化となる。

## [A] ドイツの司法権力

### (1) 基本法の「司法」像

基本法 92 条が冒頭で、裁判官を指名し、そして機関執行者（Organwalter）としての裁判官へ司法権力を委託したのは、裁判官に対する国家と社会の特別な信頼（Vertrauen）、および裁判官の多大な責任を証明している（Vgl. Christoph Gröpl, Staatsrecht I, 16. Aufl., 2024, 379.）。「司法府（Judikative）の中心主体として、基本法にいう裁判官だけに 92 条に従い法（Recht）を宣言する権能が義務づけられているのである」。「基本法は、国家裁判所の司法独占（Rechtsprechungsmonopol）を成文化し、立法者に対し、司法の任務を基本法にいう裁判所以外の機関（Stellen）に配分することを禁止した。このように、司法には他の 2 つの機関よりも、より厳格な権限配分（Kompetenzzu-

teilung) が妥当するのである」(Morlok/Michael, a.a.O., 399.)。

しかし「司法の特別な役割はあるが、他の2つの国家権力との交差 (Verschränkungen) も存在する。基本法 97 条に従って、何が裁判官の決裁規準であるか、さらに司法権 (Justiz) の組織および手続が立法者によって決定され、また裁判官の選出を議会に一部義務づけるこれらの規範の公布において、立法府と交わる点が存在する。加えて司法に自由な使用が任される国家予算につき決定するのは、財政法律である。逆の関係として、司法には規範統制手段 (主要的・付随的) により、立法者の活動への審査可能性が開かれている。裁判官の最終決裁権は、この関係において、もっとも強力な形である。」(Morlok/Michael, a.a.O., 399.)

基本法 92 条は、連憲裁を、同じく列記された他の裁判所から際立たせ、それに特別な地位を認めている。連憲裁の所轄だけが基本法で規律されている。機関争訟 (Organsstreit)、連邦・州争訟 (Bund-Länder-Streit)、抽象的規範統制 (abstrakte Normenkontrolle)、具体的規範統制 (konkrete Normenkontrolle)、憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde)、政党禁止 (Parteiverbot)、基本権喪失 (Grundrechtsverwirkung) などが所管される。

1968 年に基本法へ導入された緊急事態法は、「連憲裁およびその裁判官の憲法上の地位およびその憲法上の任務の履行が侵されてはならない」(GG115 条 g 第 1 段) と明記し、連憲裁の特別な地位を承認している。このことから、連憲裁と同裁判官が有する憲法的地位は、緊急事態 (対外的・対内的) においても絶対的に保証される。連憲裁の特別な地位について、法理上の争いはないとされている (Vgl. Kaufhold/Wischmeyer, Staatsrecht I, 36. Auflage, 2024, 258.)。

## (2) 権利救済と「司法」観念

### <権利と「公権力」>

「法治国家において、すべての市民は、事実上もしくは推定上の権利侵害に際し、裁判所による権利保護請求権をもつ」とされ「基本法 19 条 4 項は、公権力 (öffentliche Gewalt) による権利侵害に対して権利保護を求める手続的基本権 (Verfahrensgrundrecht) を保障する」。この「基本法 19 条 4 項の手続的基本権は、裁判所へ訴えるべき (anzurufen) 形式的権利と理論的可能性だけでなく、権利保護の有効性をも保障する」とされ、「市民は実際に有効な裁判的統制を求める実体的請求権を有する」(Vgl. Christian Bumke/Andreas Vosskuhle, Casebook Verfassungsrecht, 8. Auflage, 2020, 322-323.)。

基本法 19 条 4 項にあっては、「公権力」という概念が問題となる。連憲裁の判例は、公権力概念を狭く (eng) 解釈し、執行権力 (vollziehende Gewalt)、すなわち統治 (Regierung) または行政 (Verwaltung) の行為すべてとして捉え、そこに司法行為と立法行為は含まれていない。裁判所は、民事事件において、裁判上の権利保護への市民の請求権を一般的法治国家原理に内在するところの「司法許可請求権」(Justizgewährungsanspruch) から導き出した。権利保護の基本法による保証は、裁判所への入り口 (Zugang)、正式手続における係争請願 (Streitbegehren) の審査ならびに裁判上の拘束的決裁を包含するものであった (Vgl. Christian Bumke/Andreas Vosskuhle, a.a.O., 323.)。

しかしその後、公権力概念に関する連憲裁の判例に例外が生じる。事案は、次のようなもので

あった (BVerfGE 107, 395; Christian Bumke, a.a.O., 326. より)。

「総会手続 (Plenarverfahren) の対象は、法的審問への基本権相当権利 (GG103 条 1 項) の裁判官による侵犯が、専門裁判所自身によって取り除かれうることを基本法は要求しているかどうか、またそれをどの程度要求しているか、という問題である。総会手続の契機は、連憲裁の第一部会に係属した憲法訴願 (1BvR 10/99) である。憲法訴願の土台にあるのは、控訴判決 (Berufungsurteil) であった。第 1 部会の見解では、訴願申立人の法的審問許可に対する権利が侵害された。連邦通常裁判所は、訴願申立人が控訴裁判所の判決に申し立てた上告 (Revision) を不適法 (unzulässig) として却下した。控訴裁判所は、上告総量 (Revisionssumme) に達していないという理由で、上告を許可しなかった。また、非常時の [つまり民事訴訟法の中には規律されていないが、連邦通常裁判所の裁判官による、権利保護欠陥の修復 (Schliessung) のための法継続形成 (Rechtsfortbildung) によって発展させられる] 救済手段としても、明確な法律違反があるため上告は許されないとされた。この二判決に対し憲法訴願が申し立てられた。」

それから、裁判所は、基本法 19 条 4 項が—従前の判例の継続において—執行府の行為に対する権利保護のみを、もしくは私法上の事件において裁判所への入り口をも保障するかどうかの問題について検討し、次のように判示した。

「基本法 19 条 4 項は、判例において、および一部の学説において、用いられた公権力の概念は、限定的に解釈されるべきであり、執行権力にのみ妥当するものと解される。これは通例、基本法が保障するのは裁判官による権利保障であり、裁判官に対抗するものではないという公式で把握される。[・・・] ただし、この公式の第二の部分は、ますます批判にさらされている。[・・・] とりわけ批判の根拠として詳述されるのは、公権力の概念は広く、司法も同時に含むとするものである。基本法 19 条 4 項の成立史も、またその趣旨目的からも、それが執行権力からの権利保護に限定されるという狭い解釈を正当するものではない。[・・・]

第一部会が得ようとした連憲裁の従前の法見解—基本法 103 条 1 項に由来する手続的基本権の決裁に影響する重大な違反の場合の権利保護に関するものであるが—の任務は、基本法 19 条 4 項の適用領域が新たに規律されることを前提としていない。この規範は、一般的司法許可請求権が一部他の構成要件上の要件のもとで権利保護を保障する、という仮定と対立しないからである。[・・・] 基本法 19 条 4 項の公権力概念の限定的解釈は、法治国家性の外見のもとで、一般的司法許可請求権が、基本法 19 条 4 項によって把握されない事案においても、権利保護を可能にする場合、いずれにしても疑問をはさむ余地はまったくない。このことが法治国家的に命じられている限り。[・・・]」 (Ebenda, 326.)

その後、決定は、裁判所による法的審問権 (GG103 条 1 項) の侵犯に対し、単純裁判上 (einfachgerichtlich) の権利保護が開かれていなければならないかどうか、またいかなる事案において開かれていなければならないか、という中心問題に向かった。

「基本法は、103 条 1 項の手続的基本権によって、裁判上の手続における法的審問を確かなものにしていく。法的審問は、人間の『訴訟上の原権利』 (Urrecht) だけでなく、客観法上 (objektivrechtlich) の手続原理—それは基本法にいう法治国家的手続にとって直ちに本質を構成する—で

もある。[・・・]個人は、裁判上の決裁の客体であるだけでなく、自己の権利に関係する決裁前に、当該手続および自己の結果に影響を与えることができるために、発言の機会を有する主体でもある。法的審問は、当事者に対して、情報、意見および顧慮に対する権利を確保し、当事者が自主決定的、状況独自の自己の行動を形成することができる結果へと至る。それは、とりわけ当事者が実行と申立てをもって審問されることを確保する。

それに応じて、権利保護にとって重要なのは、法的審問の瑕疵ある拒絶を修正させる可能性である。このような瑕疵が除去されて初めて、手続における審問現実が開かれるのである。その時に裁判所への道が形式的にだけでなく [・・・]。

その理由から、基本法 103 条は、権利保護保障と機能的に関連する [・・・]。権利保護保障は、手続への入り口を確保し、一方、基本法 103 条 1 項は、手続の適正な過程をねらいとする。裁判所のもとで形式的に遇される (ankommt) 者は、実質的にも遇されなければならない、すなわち實際上審問されなければならない。裁判所が手続において審問違背を犯すときには、裁判所の前で有効に主張する可能性が水泡に帰せられてしまう [・・・]。

司法許可請求権は、あらゆる裁判上の審級において、したがって権利救済手続において初めて手続的基本権が侵犯される場合にも、法的審問請求権の侵犯に対する権利の保護を確実なものにする。」(Christian Bumke/Andreas Vosskuhle, a.a.O., 326–327.)

まとめると、連憲裁は、基本法 19 条 4 項が、原則上「裁判官による保護」のみを承認するのであって、裁判官からの(保護)ではないことから、公権力概念を限定的に解釈する。しかし、連憲裁は、一般的司法許可請求権を認め、裁判所が手続的基本権 (GG101 条 1 項・103 条 1 項)を侵犯した事件において有効な権利保護を国家に義務づけた。

これに対し、学説はどうか。広義と狭義の公権力概念に分かれる (Kaufhold/Wischmeyer, Staatsorganisationsrecht, 36. Auflage, 2024, 249. より)。広義は、公権力を基本法 1 条 1 項 2 段の国家権力と同義に捉え、立法、執行および司法の権力すべてを包摂するものである。この意味では、基本法 93 条 1 項 4a 号の「公権力」—基本法 19 条 4 項の「公権力」とも同一語である—は、基本法 1 条 3 項により、すべての国家権力—立法、執行権力および司法—の基本権への包括的拘束として理解される。

これに反して、狭義説は、逆に公権力を基本法 20 条 3 項の執行権力と同一視する限定的見解である。この場合、権利救済的訴訟手段の適用事例は、狭くなり、保証力が弱くなる。しかし、広義の立場では、一連の矛盾 (Ungereimtheiten) に帰結しかねないとの見方もある。権利保護が執行権に向けられるだけでなく、司法権にも向けられる場合には、制限のない「審級行列」(Instanzenzug) への確証となりかねないという。

#### <ドイツ憲法上の司法観念>

さて、基本法の中に、「司法」の定義はない。「学説・判例も異論のないほどの終局的な司法概念をこれまで発展させることができなかつた」と言われている (Morlok/Michael, a.a.O., 396.)。語源的にみると、ドイツ語で司法とは「法」(Recht)を「語ること」(Sprechung)である。しかし、そ

うであるとしても、憲法上の「司法」においては、憲法概念としての司法のメルクマール（指標）の提示が必要とされよう。現在の通説は、次のように形式と実質の両面から「司法」を定義づける。

「司法の形式的理解は、現行法から生じるところの司法府のあらゆる権限の総体（事後的コントロールとしての訴訟権限および予防的コントロールとしての裁判官留保）を意味する。実質的概念は、司法活動の内容と結びつくが、司法権の内容のために法律で割り当てられた権利救済が開かれているカタログだけでなく、憲法制定者によって規定された裁判権の伝統的な中核領域—すなわち、いずれにしてもそれに数えられるのは市民の争いならびに刑事裁判権である—をも明示する。司法の全体像は、作り上げられた特性の組み合わせ（Zusammenfügungen）によってもたらされ、立法と行政のために役立つ土台を提供する。したがって、司法とは、争われもしくは侵害された法権利の事件において拘束力のある国家的に権威づけられた決裁であって、特別な手続における独立した中立的な第三者による決裁である。」（Morlok/Michael, a.a.O., 396.）

「いずれにしても、司法に属するのは、伝統的領域、つまり民事法上の紛争の決裁および刑法への配慮である。さらに、基本法 19 条 4 項からは、国家的措置の終局的な法的審査もそれに算入されなければならないことが生じる。それは、本来的に 19 世紀において市民（Bürger）と国家（Staat）との間の紛争として、ほとんど通常裁判所の事件とみなされ、独立した行政裁判権の確立で初めて分離しただけに、より多くの価値があった。問題はしかし、どのような規準が実体司法概念にとって決定的か、そしてそれが明記された領域を超えていかにして限定されうるかである。以前は、いくつかの本質的指標にねらいが定められていたが（紛争決着、個別事件において争われるあるいは不確かな権利の確認、最終拘束性、客観的第三者による裁定、コントロール作用）、今日では、憲法・法解釈学の差異離脱に対応して包括的な定義が現われている。」「合理的な（sinnvoll）のは（行政概念の場合のように）、典型的な指標を指摘することである。それは、司法の特質を示し、具体的事件の解決にとっての根拠を与えるものである。この点で、司法は、法的紛争を、法律（Gesetz）と法権利（Recht）のみに拘束された独立の国家機関により、特別な保証をもって手はずが整えられた手続において、拘束的に決裁するものである。」（Maurer/Schwarz, Staatsrecht I, 7. Auflage, 2023, 647–648.）

●なお連憲裁は、初期の判例において、司法概念の中身ではなく、司法権力の典型的な任務として『民事上の財産法上の性質を有する決裁』（BVerfGE 14, 56 [66]）、および『刑事裁判権の行使』（BVerfGE 8, 197 [207] ; 12, 264 [274]）に言及していた。その後 1967 年に、連憲裁は財務当局により発令された租税刑罰決定についての憲法訴願を契機に、『司法』概念を精査した。参考に紹介する（Christian Bumke/Andreas Vosskuhle, a.a.O., 593. より）。

〔事案〕：財務当局はすべての租税犯罪に際し、事実を調査し、比較的軽微な事案においては刑罰を確定する（festsetzen）権限を有していた。嫌疑に根拠があるように思われるとき、また財務当局の処罰権力がその行為の懲罰のために十分であるとき、財務当局は受諾（弁論）審理（Unterwerfungsverhandlung）の方法で、もしくは処罰決定そのものによって決裁することができた。容疑者が、留保なしに租税違反を認容し、処罰決定の公布の回避のもとで、調書（Niederschrift）におい



て確定されうる刑罰 (Strafe) に直ちに服するとき、受諾審理が実施されえた。受諾は、確定力ある有罪判決 (Verurteilung) と同等のものであった。受諾が実現せず、しかし財務当局が自ら決裁しようとするときに、当局は処罰決定を発令した。その決裁は、理由づけられなければならない、権利救済手段の教示を備えなければならなかった。処罰決裁が執行可能となったとき、それは確定判決として作用した。ハイルブロン (Heilbronn) 財務局は、訴願申立人に対して、租税規則違反のかどで処罰決裁により 100 マルク (DM) の罰金 (Geldstrafe) を決定した。すべての権利救済手段が尽くされた後、訴願申立人は憲法訴願を提起した。訴願申立人は、基本法 92 条により裁判官だけが刑事罰を科することができる規定を根拠に、財務当局の処罰は憲法違反であると思料した。連憲裁は、当該処罰決定および権利救済手段での決裁が、基本法 92 条と結合した同 101 条 1 項 2 段に由来する訴願申立人の権利を侵害したという理由で、それらを取り消し、当該規則の関係規定 (旧) を無効と宣言した。刑事罰を科するのは、裁判官にのみ留保されているからである。」 (Christian Bumke/Andreas Vosskuhle, a.a.O., 593, Rn. 2598.)

次に、連憲裁は、基本法 92 条における司法概念を考察する。

「基本法 92 条は、司法権力の実体的概念を前提としている。[···] 基本法の多くの個別規定 (13 条 2 項、14 条 3 項 4 段、15 条 2 段、18 条、19 条 4 項、21 条 2 項、34 条 3 段、41 条 2 項、61 条、93 条、95 条、96 条、96 条 a (当時)、98 条、100 条、104 条 2 項・3 項、126 条、132 条 3 項) の中で輪郭づけられた憲法上の任務は、裁判所へ割り当てられたものである。これらの任務は、司法権力としての裁判所の活動の概括において、司法に関する基本法 IX 章の初めのところに共同包摂されている。それらには、すでに裁判所の活動のきわめて本質的な部分が見いだされる。[···] それによれば、自主的で独立した司法権力の樹立は、憲法制定者の特別な目標に属する。それゆえ、基本法 92 条前段における司法権力の強調、基本法の司法に関係する他の諸規定との関連、および制定の歴史的な背景は、その規定がワイマール憲法 103 条の形式的標識に比べて、司法権力の憲法上の保障により多くのものを含むことを明らかにしている。」 (Ebenda, 593–594.)

その後で、連憲裁は、概念の実体的内容をより綿密に説明した。

「92 条は、司法に関する基本法 IX 章の冒頭に位置している。それは組織上および実体上の性格の諸規定を含み、第三権力のために権力分立原理を具体化する。それに応じて、92 条は、確かに組織規範でもあるが、それとともにすでに司法権力への特定任務の配分が行われているという意味で、実体的意義を有する。92 条によりそこに、憲法自身が他の箇所で裁判所に委託するすべての任務が割り当てられているのである。ほとんど全部の連憲裁の権限列举が、93 条、99 条および 100 条ならびに 18 条、21 条 2 項、41 条 2 項、61 条、84 条 4 項、98 条、126 条、19 条 4 項による公権力の介入に際し、例外なく抑制的な法コントロール、104 条 2 項・3 項による自由剥奪の命令に対する独占的な裁判上の権限、さらに 13 条 2 項における一連の個別割り当て (捜索)、14 条 3 項 4 段 (収用補償)、15 条 2 段 (社会化補償)、34 条 3 段 (国家賠償)、95 条 (最上級連邦裁判所) および 132 条 3 項 (公務員法の暫定的廃止) にある。このことによって、連憲裁の権限のほとんど全カタログ、一般・特別行政裁判所のほとんどすべての活動 (19 条 4 項による抑制的法コントロール)、行政の過金決定を事後審査する通常裁判所の権限 (同じく 19 条 4 項)、より重要な、自由刑

もしくは代替自由刑（Ersatzfreiheitsstrafen）へ至る刑罰権力の一部（104条）、すべてのその他の自由剥奪（104条2項）、および通常裁判所へ割り当てられている法的紛争の一部、すなわち収用・国家賠償事案は、排他的に裁判所に留保されているものとして、そして実体的意味における司法として特徴づけられる。この伝統的な裁判所のもっとも重要な任務、その任務は、介入の重大性ゆえおよび公民（Staatsbürger）の法的地位にとっての意味重大性ゆえに、保全にはできるだけ早い裁判手続を必要とするが、それは憲法上の他の箇所ですでに司法に分類されている。憲法の中に明記されている任務の範囲を超えて、92条により、さらに他の任務が司法に属するのである。個別事案において正確な線引きは、困難であるかもしれないが、疑いないのは憲法定者が司法の伝統的核心部分—市民の権利配慮と刑事裁判権—を司法権力に類別したということである。仮に基本法の中に特別な形で示されていなくても。」（Ebennda, 594.）

最後に、連憲裁は、司法がまったく明示していない裁判手続に対する基本法92条の意義に注釈を加える。

「しかし、今のところ裁判所の任務に属するものすべてが、基本法92条により裁判官に留保されるべき実体司法であるというわけではない。本来、実体司法が対象としない裁判上の管轄を別とすれば、立法者は、一定の範囲内で、実体司法の領域を次のような形で変更することができる。すなわち、立法者は、たとえば刑法素材を減じるか、あるいは不法の内容を法政策上、別の評価により、従来の犯罪構成要件を単なる秩序違反としての行動様式性質に取り換えることである」。「92条は、立法者によって司法として導入されたあらゆる手続において」「法律上の独立した裁判官および基本法IX章の法治国家的裁判手続を保障するのである」（Ebenda, 594-595.）。

そこで、この原則に基づき、連憲裁は租税刑罰手続の審査へ移行した。連憲裁は、財務当局が行政手続において活動しているということを確認したのち、学説上評価の一定しない問題、つまり財務当局は国家刑罰権を行使することが許されるか否かに向かった。

「事案によれば、国家の刑罰権が問題となっている。法秩序は、かなり昔から、刑事罰（Kriminalstrafe）と、秩序違反に対する国家的反応としての過料（Busse）との違いを区別している。刑事罰だけが真正の刑罰である。それだけが倫理的な有責非難（Schuldvorwurf）に結びつくのである。それは、原則的に犯罪人名簿に登録され、『前科』となる。[・・・]基本法によれば、刑事罰を科することは、公民の権利領域へのあまりに重大な侵害として現れるので、それはすべての事情のもとで裁判官によってのみ行われることが許される。自由刑の宣告については、基本法において104条2項が明確に定めている。しかしそのことは、刑事上の犯罪行為に対する贖罪としての罰金刑（Geldstrafe）の宣告にも当てはまる。この場合、罰金刑が当事者の財産権への侵害に当たることは、決定的なほどの重要性をもたない。本質は、刑事罰としての罰金刑の決定が必然的に無価値判決（Unwerturteil）、法秩序に対する反抗への非難、およびこの非難への権利付与の確認である。この権威ある無価値判決は、基本法上の秩序によれば、それが裁判官によってのみ言い渡されうるほどの、あまりに重大なものである。」（Ebenda, 595, Rn. 2606.）

### (3) 裁判所組織と裁判官

#### <裁判所組織>

基本法に、連邦と州との間での司法権力の配分に関する規定はない。しかし司法権力は、「連憲裁、連邦裁判所および州の裁判所により行使される」(GG92条)ので、裁判管轄権も連邦国家における権力分立に服することになる。また「国家的権能の行使および国家的任務の遂行は、この基本法が特段の定めをしないか、もしくはそれを認めない限り、州の業務(Sache)である」(GG30条)とされていることもあり、司法ないし裁判は、原則上、州の任務事項であり、州裁判所が国家の裁判所としての業務を遂行するのである(Vgl. Christoph Gröpl, Staatsrecht I, 16.Aufl., 2024, 384.)。

さて、連邦の裁判所は3つのグループに分けられる(Maurer/Schwarz, a.a.O., 654.より)。

- ・基本法93条・94条に従った連邦憲法裁判所。
- ・基本法95条1項に従った特定分野のための最上級連邦裁判所。それらは、通例、上告審裁判所である。例外的に、一審にして終審として決裁することもある。カールスルーエにある民事・刑事事件の連邦通常裁判所(Bundesgerichtshof)、ライプチヒにある連邦行政裁判所、ミュンヘンにある連邦財政裁判所、エルフルトにある連邦労働裁判所およびカッセルにある連邦社会裁判所である。
- ・基本法96条に従った特定分野のその他の裁判所。すなわち、ミュンヘンにある営業上の権利保護事案のための連邦特許裁判所、フランクフルト・アン・マインにある連邦公務員懲戒事案の連邦懲戒裁判所、軍人の訴願・懲戒事案の軍務裁判所(Truppendienstgerichte) — 上訴としての連邦通常裁判所ないし連邦行政裁判所が伴う —。

ちなみに「司法の統一化保持のために、第1項に掲げられた裁判所(=連邦の最上級裁判所)に合同の部(Senat)が設置されうる」(GG95条3項)。

#### <裁判官の任用・地位>

誰が裁判官を任用するかは、裁判官の独立性と最終決裁権ゆえに重要な問題である。想起できるのは、①議会による選挙方式、②政府もしくは所轄大臣による任命方式、③裁判官の代表との共同方式である(Vgl. Maurer/Schwarz, a.a.O., 656-657.)。

筆頭裁判所である連憲裁には、特別な選定方式が定められている。連憲裁は「2つの部(Senate)で構成」され、「おのおのの部に8人の裁判官が選定される」(BVerfGG2条1項・2項)。「連憲裁は、連邦裁判官と他の構成員(Mitglieder)からなる」(GG94条1項1段)が、「連憲裁の構成員は、連邦議会と連邦参議院により半数(8人)ずつ選定される」(同項2段)。

他の最上級連邦裁判所、すなわち連邦通常裁判所、連邦行政裁判所、連邦財政裁判所、連邦労働裁判所および連邦社会裁判所の裁判官の任用については、その時々業務領域を管轄する連邦大臣が、裁判官選定委員会—この委員会は、その時々業務領域を管轄する諸州の大臣、および連邦議会から選出された同数の構成員で構成される—との共同で任命する(GG95条2項)。裁判官選定委員会は、16の連邦州のその時々現職大臣とそれと同数の連邦議会議員16人(合計32人)で構成される。「選定委員会は、そのつどの提案に対し投じられた票の過半数で決し、所管大臣は同

意しなければならない」(Maurer/Schwarz, a.a.O., 657.)。

「州は、州における裁判官の任用について、州法務大臣が裁判官選定委員会との共同で決定する旨を規定することができる」(GG98 条 4 項)。また「州における裁判官の法的地位は、特別な州法律によって定めうる」(同条 3 項)。州の憲法裁判所の裁判官は、州議会により選定されるが、すでに「職務上の構成員」(Mitgliedschaft kraft Amtes)である場合—たとえば上級行政裁判所(OVG)の長官(Präsident)は同時に州憲法裁判所の構成員であり、しかも議長(Vorsizender)である—を除く(Maurer/Schwarz, a.a.O., 657.)。

他の州裁判所の裁判官は、州政府もしくは所轄州大臣(州法務大臣)によって任命される。この場合も、多くは議会に設置された裁判官選定委員会の協力が定められている。共同選定主義(Kooptationsprinzip)は実現していないが、最上級連邦裁判所の場合および州裁判所の場合(その時々々の裁判部門について)は、裁判官で占められた「長官・所長評議会」(Präsidialrat)が形成され、この評議会が任命前に、候補者の人格・専門的適格性に関し、理由付見解を交付する。投票に拘束力はないが、仲介的な参考意見(Mitspracherecht)となる(Vgl. Maurer/Schwarz, a.a.O., 657.)。

#### <裁判官の法的地位>

「裁判官は、独立し、法律(Gesetz)にのみ服する」(GG97 条 1 項)。「独立性の保障により、可能な限り客観的で、公正な、そして事案外の考量(Erwägung)から自由な決裁が保障される。事案の独立性は司法活動に関係する。それは、国家機関からの指示および他の影響を禁止し、その結果、法権利に対する裁判官の排他的拘束が保障されるのである。事案の独立性および法律への拘束は、相互に条件づけ合う関係にある。」(Maurer/Schwarz, a.a.O., 655.)

裁判官の法的地位は、3つの柱(Säulen)でまとめられる。すなわち、①事案からの独立(GG97 条 1 項)、②人格上の独立(GG97 条 2 項・98 条)、③機構(組織)上の自立性(GG20 条 2 項 2 段)である(Vgl. Christian Bumke/Andreas Vosskuhle, a.a.O., 597.)。「連邦裁判官の法的地位は、特別な連邦法律によって規律される」(GG98 条 1 項)が、「連邦裁判官は、職務の内外において、基本法の諸原則または州の憲法秩序に違反したときに、連邦議会の申立てに基づき、連憲裁が3分の2の多数をもって当該裁判官が他の官職もしくは退官(Rehestand)へ移される(Versetzen)べきことを命じることができる」(同条 2 項 1 段)。「故意による違反の場合には、罷免(Entlassung)が言い渡されることがある」(同項 2 段)。

「指示からの裁判官の自由は、基本法 38 条 1 項 2 段に従った議員の指示からの自由を思い起こさせる。しかし、決定的な違いは、議員が憲法の枠内で自由に決定することができ、また決定しなければならないのに対して、裁判官は、法律に応じて決裁しなければならないことにある。裁判官の独立は、昔の時代は、君主による司法への介入を防ぐために発展し実現した。今日では、危険はむしろ社会領域、とくに予断、無遠慮および世論操作によって業務を行おうとする特定メディアからもたらされる。また、ますます増大する社会ネットワークの影響も事実をゆがめかねない。裁判官が影響されることはないにしても、少なくとも当事者の利益のために、原則的で明確な限界線を引くことが必要な時代である。」(Maurer/Schwarz, a.a.O., 655.)

#### <裁判官留保>

「司法権力は裁判官に委託されている」(GG92条)とする「司法」の章は、「立法」、「行政」の章とは完全に異なっている。連邦と州との間の権限配分で始まり、その後一部、所轄機関が指定されている「立法」、「行政」に対して、「司法」は、機関執行者 (Organwalter) で始まっているからである。このことによって裁判官の意義と責任が強調されるのは、ナチスの蛮行時代からの教訓であるという (Vgl. Maurer/Schwarz, a.a.O., 651.)。

ところで、基本法 13 条 2 項の「裁判官を通じてのみ」(nur durch den Richter) および同 104 条 2 項の「裁判官だけ」(nur der Richter) という文言から、基本法は「裁判官留保」(Richtervorbehalt) というものを容認する。とくに効果的な基本権保護の要請から、比例原則による予防的な裁判官留保が認められている。たとえば住居の家宅搜索と聴覚による監視 (盗聴) には、裁判官の命令 (令状) が必要であり (GG13 条)、自由剥奪 (警察上の逮捕、未決勾留、施設施設への収容) の際には裁判官の決定が必要である (GG104 条)。

裁判所は、所轄の行政庁の申立てに対して決裁する。したがって第一次的には行政が判断し、これに対して裁判所がその当否を決裁するのである。通常は、行政庁が行動し、市民が引き続いて行政裁判所へ提訴するが、行政が先に職権で裁判官に決裁を仰ぐことになる。

#### (4) 法治国家の手続原則

##### <法律上の裁判官に対する権利>

基本法 101 条 1 項 2 段は、「何人も法律上の裁判官を奪われてはならない」と定める。「このことは、特定の争訟について、いかなる裁判官が、いかなる決裁機関 (室、部等) が、そしていかなる裁判所が管轄しているかということが、あらかじめすでに抽象的・一般的 (abstrakt-generell) に確定されていなければならないということを前提としている」。「このいわゆる事案上、場所上、審級上および機能上の管轄は、具体的な事案において事実上も遵守されなければならない」のである (Vgl. Christoph Gröpl, Staatsrecht I, 16. Aufl., 2024, 381.)。

「基本法 101 条 1 項 2 段にいう一般的・抽象的規定化は、いくつかの段階において行われる。まず形式的法律 (裁判所構成法、民事訴訟法等) によって、いかなる訴訟が開かれているか、そして事案のいかなる種類 (Art) に対していかなる裁判所が事物上および場所上、管轄しているか (たとえば、裁判所構成法 13 条、同 23 条以下、同 28 条以下、同 71 条以下、民事訴訟法 1 条以下多数) が確定される」。そして「裁判所内部では、部 (Senat) もしくは室 (Kammer) の管轄と配置、ならびに個別裁判官の管轄が業務配分計画 (Geschäftsverteilungsplan) によって決定される」が、「その計画はその時々裁判所の長官が立てたものである」ので、これに対する違反は、同時に基本法 101 条 1 項 2 段の侵犯を構成する」(Vgl. Christoph Gröpl, a.a. O., 381.)。

##### <法的審問請求権>

基本法 103 条によれば、「すべての人が裁判所の前 (vor) で法的審問に対する権利 (Anspruch auf rechtliches Gehör) を有する」(1 項)。この規定は、「基本権」という名称、「訴訟基本権」もし

くは「基本権相当権利」の名称で呼ばれるが、「主観的権利」(ein subjektives Recht)であり、その侵害は憲法訴訟の方法で救済される (Vgl. Maurer/Schwarz, a.a.O., 660.)。問題となるのは、訴訟上の人間の原権利＝本来的正義 (Urrecht) であり、保障されるべきは個人が裁判上の決裁の客体だけでなく、自己の権利に関係する決定・判決前に発言の機会をもつことである。並行して、法的審問に対する請求権は、法治国家原理の刻印であり、客観法原理 (ein objektiv-rechtliches Prinzip) である (Ebenda, 660.)。

また基本法 103 条 1 項は公平・公正な決裁を可能にするものであり、先入観にとらわれない相互の主張の利用と評価のための準備を通じて、客観的でフェアな審理の実施を保証する。裁判所は、当事者と関係人に対して、とりわけ被告人に、当該手続にとって重要なあらゆる質問に答える機会を与えなければならない。総じてこの規定が禁止するのは、人間に対する裁判手続上の「簡易訴訟」(kurzer Prozess) である。基本法 1 条 1 項における「人間尊厳保証」(Menschenwürdegarantie) の具体化として、刑事手続のような重大状況においては、事実上・法律上の論拠について主張し合う機会がなければならない。その場合、当事者は、裁判所に対して、自己に申し立てられた非難全般に対して意見を表明し、申立てを行い、陳述する機会を与えられなければならない。裁判所は、当事者と関係人、とりわけ被告人に対して手続に重要なすべての質問に答える機会を与えなければならない。これに応じて、裁判所は、詳細を知り、少なくとも考慮に入れるはずである (Vgl. Maurer/Schwarz, a.a.O., 660.)。

裁判所の決裁の基礎となるのは事実と証拠であるが、それらに対し関係人が意見表明する機会が与えられなければならない。これに反する場合、判決は、合法的に成立したものととはならず、その時々の裁判所において「審問不服」(Anhörungsrüge) により異議申立てができる (Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., 382. および民事訴訟法 321 条 a)。

#### <公正手続命令>

連憲裁は、基本法 103 条からすでに派生する要請を拡張し、「基本法 2 条 1 項の一般的自由権と結びついた法治国家原理から、フェア（公正）な法治国家的手続に対する請求権を導き出した」。その結果、特別な保障では把握されない制約が緩和されることになった。ただし法治国家性の不確定性ゆえに、公正手続原則から、一般的な「下命」(Gebote) または「禁止」(Verbote) を導出しようとするある種の「注意」(Vorsicht) が命じられているという (Vgl. Maurer/Schwarz, a.a.O., 661.)。

「この命令は、基本法の中に明示されているわけではないが、一般的行為自由 (GG2 条 1 項) と法治国家原理との結びつきから導出される」ものであり、「正確な内容規定は容易ではない」が、「個別事件において目標 (abzustellen) となる」ため、当該事案において「すべての事情が考慮され、もはや法治国家として看過することのできない要請が遵守されていないことに疑いが無い場合は、公正手続の命令が侵害された」ことになる (Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., 382.; BVerfGE 57, 250 [276])。

### <遡及禁止>

基本法 103 条 2 項によれば、ある行為がなされる前に、その行為の可罰可能性が法律で定められていた場合にのみ、犯罪として処罰されることが許される。それは、意味の正確な文章で書かれた法律がなければ、処罰されることはないという原則である。この原則は、秩序罰においても適用され、以下の重要な憲法原則を導く (Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., 382–383.)。

・刑法上の制裁を加えるためには、常に形式上・法律上の根拠、すなわち議会法律が必要である (厳格な法律留保)。

・刑法は、構成要件において、十分に規定化されていなければならない (明記原則)。「すべての人が、いかなる行動が禁止され、処罰をもって威嚇されているかを予見することができなければならない」。同時に、このことにより保障されるのは、立法者だけが処罰可能性について決定することである (BVerfGE 71, 108 [114] —反核プラカード事件)。

・法律の明確化 (明記) 要請から、さらに導かれるのは、類推上 (analog) もしくは慣習法上 (gewohnheitsrechtlich) の処罰根拠は違憲である、ということである。

・最後に、基本法 103 条 2 項は、実行の際には、まだ犯罪ではない行為に対して、罰を加えることを禁止する。このことによって排斥されるのは、行為の終了後に初めて公布された刑法の適用である。この絶対的遡及処罰禁止 (absolute Rückwirkungsverbot) は、実体刑法 (刑罰威嚇と刑罰強化) に適用され、手続法または消滅時効期間には適用されない。

### <二重処罰の禁止>

基本法 103 条 3 項により、何人も同一行為を理由として一般的刑罰法規に基づき再び (二重に) 処罰されてはならない。この二重処罰の禁止は、一般刑法にのみ妥当し、職業上・懲戒上の制裁は許容される (Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., 383.)。

### <ヘイビアス・コーパス>

基本法 104 条 2 項・3 項は、身体的自由剥奪 (逮捕・勾留) に際し、裁判官のみによる決定 (裁判官留保) を成文化している (Ebenda, 383.)。

## [B] ドイツ憲法訴訟の基礎理論

### (1) 憲法裁判権とは何か

#### <憲法裁判権の概念>

現行ドイツ憲法裁判権には、歴史的な経緯があり、また学説上の捉え方にも違いがある。以下、平均的で有力な理解を引用する (Kyriell–Alexander Schwarz, Verfassungsprozessrecht, 2021, 1ff. より)。

「それ自体軽やかに響く (klingend) と同時に、憲法理解にとって完璧に基礎的問題、すなわち『憲法裁判権』とは何かについてのわかりやすい解答はない。憲法裁判権の統一見解はないということである。確かに憲法裁判権の学術語は、さしあたり合成語の分解で、『憲法生活の諸問題に関

する裁判権』と解されよう。しかし、現実の認識獲得 (Erkenntnisgewinn) と実体的な剰余価値 (Mehrwert) は、ここからは帰結しない。基本法も連邦憲法裁判所法も、救済手段に道を開く一般条項 (たとえば行政裁判権についての行政裁判法 40 条 1 項 1 段) の形式において、憲法裁判権の概念への接近—それは、いずれにしても憲法裁判権に外観上の輪郭を与えるであろうが—を含むものではない。むしろ基本法 93 条の中で、そして基本法 93 条 1 項 5 号における開放条項 (Öffnungsklausel) に即して、基本法に置かれているのは、単に連憲裁の権限カタログの列挙だけであり、そこに連邦共和国の憲法裁判権の実定法上の標識 (Absteckung) が汲み尽くされている。基本法の規範的実状は、すでに古くからの、ワイマール憲法に由来する観念、すなわち憲法裁判権は最終的に『多様な種類の司法にとっての集積記号 (Sammelbezeichnung)』である。」

「連邦ドイツの憲法裁判権には、本質的にこの仮説が当てはまるであろう。これは、排他的に憲法上規範的に刻印され、これに対する補助性 (Akzessorietät) においてのみ理解される。連邦国家権力の特色として、権限、手続および決裁には、法律上の授権が必要であり、それによって憲法裁判権が確立するだけでなく、同時に制約もされるのである。それにより連憲裁は形式的意味で憲法裁判権を行使する。その限りで憲法裁判権は連憲裁の実定法上の権限の集大成である。基本法は、連憲裁を独立した裁判所として設立した。このことから、最終的に定式 (Formel)、すなわち、連邦の憲法裁判権は連憲裁の制度と一致するということが導かれるのである。」(Kirill-Alexander Schwarz, a.a.o., 1-2.)

「それにもかかわらず、連邦共和国の憲法裁判権の現状 (status quo) にとって、この正当な、しかし同時に狭義の概念定義は、正にそのものへの帰納的推論 (Rückschlusse) を認めるに過ぎない。それは、それを規定している憲法秩序の時間的・場所的な連結 (Konnex) においてのみ存在する。このような概念理解は、歴史的にも全体としても有効性が求められないため、憲法裁判権の概念に、その活動の内容について実体的意味においても対抗する (begegnen) 多くの試みが見いだされ、それは同時に形式的法治国家観から実質的法治国家観への変遷 (Wandel) をも素描した (nachzeichnet)。このような、オリジナルな接近努力 (Näherungsversuch) は、何はさておきハインリッヒ・トリーベル (Heinrich Triepel) に現れた。それが依拠したとされるのは、元来オーストリー国法学から借用された『憲法裁判権』概念が結局ドイツ法学へ初めて進入 (Einzug) し、当時まで (bis dato) 広く行われていた『国事裁判権』(Staatsgerichtsbarkeit) の概念を押しつけたことである。そのところで、憲法裁判権は、内容上の要素なくして理解することはできない。それは、『実体的憲法の事件における裁判権』であり、『裁判形式のやり方で、これに存立と保証を得させることが目的であるとされる (トリーベル、国事裁判権の本質と発展、1929, 5)。ウルリッヒ・ショイナー (Ulrich Scheuner) は、この観点から、その後一貫して憲法生活の諸問題—それらはしかし真正の司法 [ . . . ] を表し、その眼目は憲法問題に関する決裁を意味する—に関する裁判権として憲法裁判権を見た (ショイナー『19 及び 20 世紀におけるドイツ国事裁判権の伝統』in : Starck (Hrsg.), Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 1976, 1 [4])。

そのほか、たとえばコンラート・ヘッセ (Konrad Hesse) は、憲法裁判権の目的を「排他的に憲法の守護 (Wahrung) に資することに結び付けた (同著者、ドイツ連邦共和国の憲法綱要、20.



Aufl. 1995, Neudruck 1999, 561)。さらに、ヨセフ・ヴィントリッヒ (Jesef Wintrich) は『目的の統一、対象の統一および憲法裁判所に固有の二重機能』からすべての憲法裁判所の基礎になっている根本思想の探索へと歩を進めた (同著者、憲法裁判権の任務、本質および限界 in: Maunz (Hrsg.), Festschrift für Hans Nawiasky, 1956, 191 [199])。

連邦ドイツの憲法裁判権の現況にとって、これらの端緒 (Ansätze) は、何らの偉大な認識獲得 (Erkenntnisgewinn) をも期待させるものではない。それらは、任意性 (Beliebigkeit) と散漫性 (Diffusität) というあらゆる批判を離れて (Abseits)、確かに制度拘束的なものではなかったが、それでもその憲法条文の規範コルセット (Korsett) から独立して理解することもできる。それにもかかわらず、それらはひとつの発展—歴史的ラインを基礎として、また何百年もの最盛期 (Kulmination) へと張り替えられた (umspannend) 理念史の基底 (Fundus) の上に宿っている一の王冠 (Krönung) として、憲法裁判権への熟視 (Blick) を開いたのである。」(Kyrill-Alexander Schwarz, a.a.O., 2-3.)

転じて「法は、自分自身の機関によっても貫徹される場合に、信頼できる形で作用することができる。連憲裁は、特別な程度において、憲法の実体的内容を保全するために調整された (ausgerichtet) 制度である。最高の裁判所によって防衛されなければ、基本法は、至上命令 (Postulate) の空 (leer) の集積である。連憲裁は、具体的な憲法問題につき最終拘束的に決裁することで、基本法に生命を吹き込んだ。とりわけ国家構造において、その際立った—シンボリックでもある—地位は、最上級連邦裁判所の重要な任務として、憲法の擁護 (Schutz) に寄与する。すべての国家機関が、憲法を守らなければならないとしても (GG20 条 3 項)、憲法の遵守 (Beachtung) と貫徹 (Durchsetzung) を専門に取り扱う制度は、やはり特別な価値を有する。憲法の守護へのフォーカスはそれにこの任務を特別に遂行する能力を与える。」(Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 6. Auflage, 2022, 409.)

## (2) 連邦憲法裁判所の設置

### <連邦憲法裁判所の成立>

「基本法施行の2年後 (1951年) に、連憲裁がカールスルーエの地に創立されたので、基本法と同じ時期ではない。連憲裁は、憲法裁判権の制度自体と同じく、3つの根 (Wurzeln) から生まれたと解される。第一に、連邦国家は、その時々権利・義務について、総体国家と構成国家との間の紛争を上位から、権威ある形で決裁する機関を必要としていたことである。このことは、アメリカ合衆国 (USA)、オーストリーのような連邦国家において—そして正にドイツにおいても—ありありと現象する憲法裁判権にも示されている。第二に、今日の連憲裁は、ドイツの国事裁判所の伝統に組み入れられ、ドイツ国民の神聖ローマ帝国にまでさかのぼる。そこでは、帝室裁判所 (Reichskammergericht) と帝国枢密顧問官 (Reichshofrat) がすでに紛争を法の流儀で解決しようとしていた。ワイマール共和国においては、すでに国事裁判所が—いずれにしても法的に定められた—強固な地位を占めていた。国家権力の憲法への拘束の実現とともに、憲法の保持に関する紛争事例に裁判所が呼び出されたのも、より自然に思われた。」(Morlok/Michael, a.a.O., 410.)

「最後に、一般的憲法拘束 (allgemeine Verfassungsbindung) が制度上守られるべきものとされた。このことは、憲法機関にとどまらず市民の利益にも妥当した。ことに市民権 (Bürgerrechte) が憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde) および規範コントロール (Normenkontrolle) のように、市民自身によって連憲裁へ懇願できる特別な手続種類によって実現されることができた。伝統的な結びつきと他国の憲法裁判権とのパラレルではあるが、連憲裁は、力能 (Stärke) と広範な権限をもつ唯一の憲法裁判所である。憲法擁護のために、そのような強力な制度を創設したことは、とりわけナチス時代に蔓延した権利喪失に対する議会的評議会 (Parlamentarischer Rat) の追体験的な (nachvollziehbar) 反応である。」(Morlok/Michael, a.a.O., 410.)

#### <連憲裁裁判官の選定>

連憲裁は、連邦憲法裁判所法 (連憲裁法) 2 条 1 項・2 項によれば、それぞれ 8 人の裁判官を擁する 2 つの「部」(Senat) で構成される。8 人のうち、3 人は最上級連邦裁判所の出身 (stammen) でなければならない (BVerfGG 2 条 3 項)。各部の裁判官は 8 名である (総計 16 人)。両部の間で、連憲裁が所管する手続は排他的に (exklusiv) に分配される (BVerfGG 14 条)。重点として、第 1 部が基本権問題、第 2 部が国家組織法を扱う (Vgl. Stefan Koriath/Michael W. Müller, a.a.O., 252 f.)。

第 1 部と第 2 部の間で、不統一が生じたときは、「総会」(Plenum) が決する (BVerfGG 16 条 1 項)。部は、そのつど 3 名の裁判官で構成される室 (Kammer) を設置し (BVerfGG 15 条 a 第 1 項)、室は連憲裁の膨大な日常活動を処理するが、とくに憲法訴願の受理 (Annahme) を決裁する (Christoph Gröpl, a.a.O., 386.)。

連憲裁の裁判官は、基本法 94 条 1 項 2 段、連憲裁法 5 条以下に従い、選挙によって選ばれる。前記のように、連邦議会が半数 (8 人)、連邦参議院が残りの半数 (8 人) を選出し、長官および副長官—それぞれ別の部に所属する—も選挙で選ばれる。連邦議会は、連憲裁法の改正新規定 (6 条 1 項) により、2015 年 6 月 30 日以降、選定委員会の権利は単なる提案権に限られ、その提案に基づき投票の 3 分の 2 以上の多数で (その際少なくとも連邦議会議員総数の過半数をもって) 決する (Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., 386.)。連邦参議院においては、投票の 3 分の 2 の多数が必要である (BVerfGG 7 条)。「それは、大政党に連邦議会ならびに連邦参議院において人事政策上の妥協を強いる」と言われている (Christoph Gröpl, a.a.O., 386.)。

連憲裁の裁判官は、年齢満 40 歳以上で、裁判官職の就任資格 (裁判官法 5 条 1 項) を有する者でなければならない (BVerfGG 3 条 1 項・2 項)。裁判官は、1 度限りで任用され、任期は 12 年である (BVerfGG 4 条)。基本法 94 条 1 項 3 段および連憲裁法 3 条 3 項によれば、連憲裁の裁判官は、連邦議会、連邦参議院、連邦政府に属してはならず、州のそれらに相当する機関にも属してはならない。この兼任不可によって裁判官の独立または不偏不党が保障される。

連憲裁の部は、少なくとも 6 名の裁判官が審理に出席している場合、決定能力があるものとみなされ (BVerfGG 15 条 2 項 1 段)、決裁は原則上、関与裁判官の単純多数で行われるが (同条 4 項 2 段)、特定事件 (基本権喪失、政党禁止、大統領弾劾、裁判官弾劾) では、被申立人に不利な決裁には 3 分の 2 以上の多数が必要である (同項 1 段)。

### <連憲裁の地位と機能>

「連憲裁の地位は、基本法 92 条にいう裁判所 (Gericht) としての、また連邦の最上級憲法機関 (oberstes Verfassungsorgan des Bundes) としての、その二重的機能によって特徴づけられる」。「連憲裁は、裁判所である」ので、それは「自らに託された権限の範囲内において、具体的な法的紛争 (Rechtsstreitigkeiten) に決着をつける」。「その特別な地位は、連憲裁にとって自由に使える規範材料 (Normenmaterial) から結果として生じる」。「連憲裁は、もっぱら憲法の規準で決裁する」ため、「ここでは『オープンな』 (offene) 具体化が要請される (konkretisierungsbedürftig) 諸規範が、他の裁判権の領域よりも強力に適用されなければならない」。「憲法司法 (Verfassungsrechtsprechung) は、特別な様式において法継続 (Rechtsfortbildung) および法創造 (Rechtsschöpfung) でもある」とされ、「憲法は、政治法 (politisches Recht) である」と言われる。「憲法は、国家意思形成の、政治的な国家指導 (Staatsleitung) の法的規準 (rechtlichen Vorgaben) を決め、「これを司法によって指し示すことは、すなわち政治的な国家指導への介入を行うことを意味する」。「それゆえ憲法司法は、概念必然的に政治司法 (politische Rechtsprechung) でもある」。「連憲裁の司法機能のこの特殊性から、連憲裁の憲法機関としての意義が同時に生じる」。「自立性および裁判官の独立性において、連憲裁は、他のあらゆる憲法諸機関に対して最終拘束的な決裁を行い、それらが『国家指導的』に活動する場合も、そうであるである。」(Vgl. Christoph Degenhart, Staatsrecht, 39. Aufl., 2023, 294.)。

総じて「憲法裁判権の機能は、国家の諸機関から憲法を守ること、すなわち憲法の擁護 (Schutz der Verfassung) である。このとき、憲法諸機関相互における衝突 (Konflikte) に関する決裁と、市民の自身の憲法上の権利の保護とが区別されなければならない。前者の機能領域には、機関争訟手続と並んで、他の憲法機関の申立てに基づく立法者への憲法的統制、抽象的規範統制が分類され、ならびに連邦共和国の連邦国家的構造の前提で、連邦と州との関係における憲法レベルでの紛争、連邦・州争訟がある。後者の機能領域には、とくに憲法訴願の手続による基本権保護が分類されるが、おそらく具体的な権利争議における決裁に重要な法律の合憲性審査、具体的規範統制も属しよう。これに加えて、狭義の憲法擁護の手続、たとえば憲法上の義務違反による憲法機関の弾劾手続、基本権の喪失についての決裁、違憲政党の禁止がある。基本法の遵守は、原則としてヨーロッパ連合 (EU) に対しても連憲裁に義務づけられている。委員会 (Kommission) が、連憲裁の PSCP 判決ゆえに連邦共和国へ開始した条約違反手続は、委員会がヨーロッパ裁判所 (EuGH) の唯一的解釈高権から発していることの背景も見るべきである。それに連邦共和国が追従してはならない。基本法のアイデンティティー (Identität) の遵守を連憲裁は義務づけられている。」(Vgl. Christoph Degenhart, a.a.O., 294–295.)

### (3) 憲法訴訟の主要カタログ

#### <総論>

「憲法訴訟法 (Verfassungsprozessrecht) は、憲法裁判所への手続を規律する法規の総称である。連憲裁と並行して、各州には固有の憲法裁判所が存在する」が、以下の記述は、「連邦の憲法訴訟

法」を対象とし、その主な特徴を要約する (Vgl. Christoph Gröpl, Staatsrecht I, 16. Aufl., 2024, 387.)。

①連憲裁は「スーパー上告審」ではない：

「コンセプトからは、連憲裁は、決して上告審もしくは『スーパー上告審』でもなければ、『スーパー事実審』でもない。その意味は、連憲裁がとくに争訟事件 (Streitfall) を、すべての考えられる法的瑕疵 (Rechtsfehler) に関し、ゆえに州法もしくは連邦法に対する違反に関して包括的に審査するわけではないことである。それは原則上、むしろ基本法がある措置によって侵犯されたかどうかだけを判断する。したがってその名称は、連邦憲法裁判所なのである。このことは、いずれにしても、行動規範としての原則に当てはまるものであり、実際には連憲裁は時にそれを越えて介入的審査と称し、強引に振る舞うことがある。」 (Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., 387.)

② 手続の列記主義：

「連憲裁への訴訟手段は、とくに通常裁判権上と行政裁判権上のそれとは異なり、一般条項 (裁判所構成法 13 条、行政裁判法 40 条 1 項参照) に関係してオープン (eröffnet) ではない。連憲裁の管轄は、基本法により、もしくは連邦法律によって個別に列記された手続においてのみ与えられている。中でも最も重要なものは、基本法 93 条と 100 条に見いだされる。最終的リストアップは連憲裁法 13 条である。この技法は、列記主義 (Enumeration) と呼ばれる。そこから推論されるのは、紛争の憲法上の性質だけでは、まだ連憲裁の所轄の根拠にならないことである。むしろ必要なのは、具体的な、法律によって個々に承認された手続類型に関係していることである。」 (Christoph Gröpl, a.a.O., 387.)

なお、基本法 93 条が定める連憲裁の管轄列記は、歴史的な変更と補充、補足を通じて形成されてきた。例えば、ア) 抽象的規範統制の申立資格に関し (GG93 条 1 項 2 号)、連邦議会構成員の「4 分の 1」は、当初の規定では「3 分の 1」となっていたが、2008 年 10 月 8 日の第 53 回改正法律 (施行はリスボン条約の発効した 2009 年 12 月 1 日) により変更された結果であり、イ) 競合的立法権 (GG72 条) における連邦法律の必要性の審査に関する抽象的規範統制 (GG93 条 1 項 2a 号) は、1994 年 10 月 27 日の第 42 回改正法律で挿入されたものである。ウ) 憲法訴訟の制度に関する基本法 93 条 1 項 4a 号・4b 号は、1969 年 1 月 29 日の第 19 回改正法律で挿入されたものであり、エ) 政党不承認訴訟に関する基本法 93 条 1 項 4c 号は、2012 年 7 月 11 日の第 59 回改正法律で挿入されたものである。また、基本法 93 条第 2 項それ自体は「2006 年 8 月 28 日の第 52 回改正法律で新たに追加されたもので、この改正によって従前の第 2 項が第 3 項となった」とされる (初宿正典訳『ドイツ連邦共和国基本法—全訳と第 62 回改正までの全経過』2018 年 62-64 頁の脚注より)。

連憲裁への手続種類のうち、典型として重要なものは以下のとおりである。

- ・ 機関争訟 (GG93 条 1 項 1 号、連憲裁法 13 条 5 号と同 63 条以下)
- ・ 抽象的規範統制 (GG93 条 1 項 2 号、連憲裁法 13 条 6 号と同 76 条以下)
- ・ 具体的規範統制 (GG100 条 1 項、連憲裁法 13 条 11 号と同 80 条以下)
- ・ 連邦・州争訟 (GG93 条 1 項 3 号・4 号、連憲裁法 13 条 7 号・8 号と同 68 条以下)
- ・ 憲法訴訟 (GG93 条 1 項 4a 号、連憲裁法 13 条 8a 号と同 90 条以下)
- ・ 選挙審査訴訟 (GG93 条 1 項 5 号 + GG41 条 2 項、連憲裁法 13 条 3 号と同 48 条)

③対抗的手続と客観的な法的苦情申立手続（Rechtsbeanstandungsverfahren）：

「連憲裁への手続は概要 3つのカテゴリーに区分される。

（ア）一方で、対抗的手続（kontradiktorische Verfahren）が存在する。この場合、民事訴訟もしくは行政訴訟におけると同様、2人の当事者が対峙する。それらは憲法訴訟では関係人（Beteiligte）と呼ばれ（BVerfGG20条と同22条1項1段）、しかも具体的な申立人（Antragssteller）と被申立人（Antragsgegner）と呼ばれる（BVerfGG63条）。関係人は、反対方向の利益状況にあるだけでなく、具体的な、関係人に権限が帰属する自己の法的地位にも支えられている。例：機関争訟および連邦・州争訟。

（イ）事情は違うのは、いわゆる客観的な法的苦情申立手続である。それは主観的（機関上の）権利が侵害されたという抗議に依存しない。この事例にあつては、当事者としての2人の関係人も対峙しない。それゆえ申立人だけがいて、被申立人はいない。例：抽象的規範統制と具体的規範統制。

（ウ）第三の、憲法裁判手続のオープン（offen）なグループは、特定の分類からはずれる。例：とくに憲法訴願、それと並んで、政党禁止手続、選挙審査訴願、不承認訴願および新編成訴願（基本法29条6項による国民表決、国民請願および国民照会に際しての手続に関する法律）。連憲裁判法97条aから97条eまでに従った遅延訴願（Verzögerungsbeschwerde）は、特有の性質をもった権利救済手段を表す。それによって不利益—連憲裁への不適正な長期の手続期間によって生じた—にとっての補償を求めることができる（BVerfGG97条a第1項）。事前に、遅延非難が申し述べられている場合に限られる（BVerfGG97条b第1項）。補償請求は、特別な国家賠償法上の制度となっている。」（Christoph Gröpl, a.a.O., 388–389.）

<憲法訴願の多大な頻度>

以下は1951年から2023年までの数字である（Christoph Gröpl, a.a.O., 389. より）。

憲法訴願	係属数 254276 (96,27%)	処理数 252041 (過去10年の奏功率 1,66%)
抽象的具体的規範統制	係属数 4030 (1,53%)	処理数 3926
他の手続	係属数 5831 (2,21%)	処理数 5731

「上記の外観から連憲裁への広範でもっとも重要な手続種類は憲法訴願（GG93条1項4a号、BVerfGG13条8a号）であることがわかる。この並外れた権利救済手段によって、個々の市民は、公権力の行為によって、自己の基本権（GG1条から19条まで）の1つ、もしくは基本権相当権利—基本法93条1項4a号の中に個別に列挙されている—の1つが侵害されたときに、公権力の行為の破棄（Aufhebung）を実現することができる。憲法訴願にとっての重要な要件は、市民が事前にその時々のものである専門裁判権（Fachgerichtsbarkeit）への権利救済手段を尽したことである（BVerfGG90条2項1段と結びついたGG94条2項1段）。このことによって、ほとんどの憲法訴願が、上訴（Rechtsmitteln）ではもはや不服申し立てのできない専門裁判所の最終判決に対して向けられる（いわゆる判決憲法訴願 Urteilsverfassungsbeschwerden）。」（Christoph Gröpl, a.a.O., 389.）

なお、上記の基本権相当権利とは、基本法20条4項（抵抗権）、同33条（公民権の平等）、同

38 条（選挙・被選挙権）、同 101 条（法定裁判官への自由）、同 103 条（審問・罪刑法定・二重処罰禁止の権利）および同 104 条（自由剥奪の際の手続遵守）を指す。

<各論 = 概論>

①機関争訟手続：

「機関争訟手続の対象は、憲法諸機関の間において、その相互的な権利および義務をめぐる争い (Streitigkeit) であり、したがって機関争訟手続は、憲法諸機関の 1 つが自らの権限につき侵害されたとみる場合に考慮されうる」(Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 39. Aufl., 2023, 296.)。申立人および被申立人であれ、誰が当事者となりうるかは、連憲裁判法 63 条と結びついた基本法 93 条 1 項 1 号により決定される。申立人は、基本法 93 条 1 項 1 号の意味における「最上級連邦機関」(obersten Bundesorganen) であり、したがって連邦大統領、連邦議会、連邦参議院および連邦政府である。「それらの個別の構成員 (連邦宰相については BVerfGE 162, 207 を参照) も、基本法 53 条 a による合同委員会も、それに数えられる」。そのほか、機関部分 (Organteil)、会派、連邦議会の委員会と議長、政党や議員が「その他の関係人」に含まれるかどうかが問題となる。さらに、「申立ての適法性 (Zulässigkeit) にとって必要なのは、基本法に由来する双方の権利および義務をめぐる争議 (Streit) が存在していることであり、」「その場合、被申立人の法的に重大な措置 (Massnahmen) または不作為 (Unterlassungen) が主張されなければならない」(Christoph Degenhart, a.a.O., 298.)。訴訟物 (Streitgegenstand) としての不作為の事例に「提案された大臣の任命の拒否」の場合などがある (Ebenda, 298.)。書面により (BVerfGG 23 条 1 項)、問題の発覚 (Bekanntwerden) から 6 か月以内に申し立てられなければならない (BVerfGG 64 条 3 項)。

②連邦・州争訟：

この争訟の「対象は、連邦国家関係からの権利および義務をめぐる連邦と州との関係における争いである」。この手続は、「連邦と州との間における、もしくは個々の州と州との間における非憲法的な性質をもつ行政上の争いとは、区別されなければならない」(Vgl. Christoph Degenhart, a.a.O., 301.)。「当事者能力があるのは、連邦と諸州だけである」ので、それらは連憲裁判法 68 条により「連邦については連邦政府」であり、「州については州政府」である。訴訟物に関する適法要件として、被申立人の「具体的な、法的に重大 (rechtserheblich) な措置」ないし「不作為」をめぐる争いであることが必要である。

ちなみに、不作為が問題となった例に、次のようなものがある。

「ゲマインデ (市町村) は、連邦政府の外交・同盟政策の問題について、『国民照会』(Volksbefragungen) を実施した。これは憲法違反であった。なぜなら、このことによって、連邦の管轄への許されない干渉となったからである。これに対して、連邦政府は、州政府へ、法監督 (Rechtsaufsicht) の方法でこれに干渉するよう要請した (この権限は州だけにあり、連邦にはない)。州政府は断った。この中に、連邦忠誠 (Bundestreue) の命令に対する違反、およびそれとともに資格ある (Qualifiziert) 法的に重大な不作為がありえた。それに対して、連邦州自身による国民照会の実施の場合には、法的に重大な措置 (Massnahme) が問題となる。」(Christoph Degenhart, a.a.O., 301.)

### ③抽象的規範統制：

このカテゴリーに属する類型には2つある。1つは「この基本法との形式上・実質上の適合性に関し、または州法の他の連邦法との適合性に関し、意見の相違もしくは疑義がある場合、連邦政府、一州政府もしくは連邦議会構成員の4分の1の申立てに基づき」「連憲裁が決裁する」制度である（GG93条1項2号）。もう1つは、「ある法律が72条2項（均質的生活・国家的統一のための連邦法律の必要性）の要件に相応しているかどうか意見の相違がある場合、連邦参議院、一州政府もしくは州の国民代表（Volksvertretung）の申立てに基づき」連憲裁が決裁する（同項2a号）。前者の実例を1つ紹介する（Kaufhold/Wischmeyer, a.a.O., 275. より）。

・[実例]：「1974年6月18日の刑法改革のための第5次法律（BGBl. 1974 I 1297）により、妊娠中絶の可罰性が新たに定められた。新规定の中心は、刑法218条aであった。それによれば、妊娠中絶は、受胎後12週を超えない場合は処罰されないとされた。連邦議会議員の多数ならびにいくつかの連邦州の政府は、このいわゆる「期限解決」（Fristenlösung）が基本法に矛盾すると考えた（nach BVerfGE 39, 1）」。

### ④連邦法の代替可能性（Ersatzbarkeit）の確認：

「この新手続きは、2006年の連邦改革によって、基本法93条2項および連憲裁法13条6b号・96条をもって扉が開かれた」。「基本法72条2項に基づいて、1994年11月15日まで適用されている文言において公布されていた、そして基本法72条2号の要件の厳格化により、新たに公布されることもないであろう、競合的立法の分野の連邦法は、基本法125条a第2項に従い州法によって代替されうる」。基本法125条a第2項2段によれば、州法によって代替されうるということを連邦法は定めることができるが、「連邦がこの開放法律（Freigabegesetz）を公布しないときには、連憲裁へ訴えることができる」（Vgl. Christoph Degenhart, a.a.O., 306.）。

### ⑤具体的規範統制：

「裁判所は、決裁する際にその有効性が有用であるところの法律を憲法違反と考えるときには、手続を中止し」、法律が州憲法との整合性につき問題になるとときには、州の憲法裁判所の決裁を、また法律が基本法との整合性につき問題となるとときには、連憲裁の決裁をもらわなければならない（GG100条1項）。具体例には次のものがある（Kaufhold/Wischmeyer, a.a.O., 281. より）

・[実例]：「警察公務員は、麻薬依存（betäubungsmittelsabhängigen）者を弾丸3発の発射で死亡させたため、州裁判所へ起訴された。裁判所は、この事象を、他の犯罪行為を隠ぺいするための悪意のある殺害として、刑法211条による殺人（Mord）と評価した。ただし、裁判所は、殺人ゆえの強制的（obligatorisch）終身自由刑を、基本法19条2項と同3条1項と結びついた基本法1条、2条2項2段に矛盾すると考えた（BVerfGE 45, 187）」。

しかし「連憲裁は『判決理由の規準に従うなら』（nach Massgabe der Entscheidungsgründe）刑法211条を基本法に矛盾しない（vereinbar）と宣言した。判決理由は、終身自由刑を宣告された者に自由（Freiheit）を得るチャンスを認容する結果になったので、それは、その者への終身刑の宣告のじゃまをしなかった。むしろ、立法者が、執行猶予付き終身自由刑の言い渡し（Aussetzung）を可能にするために（刑法57条a）、動かなければならなかった。」（Kaufhold/Wischmeyer, a.a.O., 285.）

#### ⑥憲法訴願：

基本法 93 条 1 項は、「各人 (jedermann)」が申し立てる憲法訴願 (4a 号)、「市町村と市町村連合」が提起する憲法訴願 (4b 号)、政党資格が承認されなかった「団体」の訴願 (4c 号) を定めている。4a 号の憲法訴願は、基本法 19 条 4 項が規定する「公権力」と完全に同一の「公権力」概念によって基本権 (19 条 4 項は「権利」概念) が侵害されたとの主張をもって提訴される制度である。

#### ⑦その他の手続：

政党禁止手続、基本権喪失手続、大統領弾劾手続、選挙審査手続がある。

### (4) 連邦憲法裁判所と国際司法機関

#### ① EU 裁判所との関係：

ヨーロッパ連合の裁判所 (Gerichtshof der Europäischen Union) には、ヨーロッパ裁判所 (Gerichtshof)、裁判所 (Gericht) および専門裁判所 (Fachgerichte) が含まれる (EU 条約 19 条 1 項 1 段)。「それは、諸条約の解釈と適用に際し、法の遵守を確保する」任務をもつ (同項 2 段)。ところで「連憲裁は、原則としてドイツの国家権力の憲法適合性について決裁し、ヨーロッパ裁判所は、連合機関の法行為を連合法の規準で審査する。この本来的に分離された管轄が交差 (Überschneidungen) へ至るのは、連合法上の法行為がドイツの国内的な効力を発揮する場合である。そのときに問題となるのは、直接的に適用される連合法行為、またはドイツ国家権力によるその国内法への転換が、連憲裁によって基本法の規準で審査されうるかどうかである。ヨーロッパ裁判所と連憲裁との関係は、ドイツ憲法にも、リスボン条約の立場 (Stand) による連合法にも規律されていない。照準を合わせるべきは、連合法と国内憲法との関係である」とされる (Stefan Koriath/Michael W. Müller, a.a.O., 256–257.)。

連憲裁は「連合法の適用優先を原則上認めているが、ただしこれを、基本法 23 条 1 項の統合指令によって媒介されたもの、ゆえに相対的なものと理解する」。連憲裁は、「十分な基本権保護が連合レベルで保障されている『限り』、二次的連合法を基本法の規準で審査することを放棄する」。したがって「訴願申立人は、ヨーロッパレベルでの基本権保護の水準—ヨーロッパ裁判所の判例を含めて—が明らかに基本法によって定められた水準を下回っている、ということを主張しなければならない」。その場合、「連憲裁はヨーロッパ裁判所との『協働関係』から出発する」。連憲裁は、「連合機関の行為が国内憲法によって委譲された連合権限に支えられない場合、予備 (リザーヴ) 権限を主張する (いわゆる ultra-vires-Akte)」 (Stefan Koriath/Michael W. Müller, a.a.O., 257.)

連憲裁による憲法アイデンティティー統制 (Verfassungsidentitätskontrolle) の範囲内での決裁が考慮されるのである。憲法アイデンティティー統制によって、基本法 1 条および同 20 条に記された諸原則の違反が連憲裁の前で主張されうる (Stefan Koriath/Michael W. Müller, a.a.O., 258.)。

#### ②国際司法裁判所との関係：

国際司法裁判所は、国際連合の主要な司法機関である (国連憲章 92 条)。そして国際司法裁判所規程 59 条によれば、「裁判所の裁判は、当事者間において且つその特定の事件に関してのみ拘束力を有する」。基本法 25 条および同 59 条 2 項から導かれたいわゆる「基本法の親国際法」(Völker-



rechtsfreundlichkeit des GG) に基づいて、国際司法裁判所の決裁は、国際法規の解釈に際し原則上考慮されなければならない。国際司法裁判所の前では「国のみが裁判所に係属する事件の当事者となることができる」(国際司法裁判所規程 34 条 1 項) とされているため、連憲裁と国際司法裁判所との間の権限争議は存在しない。

### ③ヨーロッパ人権裁判所との関係：

「ヨーロッパ人権裁判所は、常設裁判所であり、その裁判所に対して、国家の訴願、もちろんとくに個人の訴願という手段で、ヨーロッパ人権規約の違反、国際法上の諸条約の違反を訴えることができる (EMRK = ヨーロッパ人権規約 19 条・33 条以下)。連憲裁への憲法訴願との類似性ゆえに、ここでは裁判管轄をめぐる争議が特別に問題にさらされる。ヨーロッパ人権規約 35 条 1 項は、憲法訴願を含む本国内の訴訟手段が尽くされたことを要求するため、具体的な個別事件において原則上、連憲裁に優位して決裁する。しかし、ここでもまた、ドイツの裁判所、とりわけ連憲裁による先行する判定を考慮する義務が生じうる。ヨーロッパ人権規約は、原則上、基本法 59 条 2 項 1 段にいう国際法の条約として、単純連邦法の地位を有し、ヨーロッパ人権裁判所の判決等は、同人権規約 46 条 1 項に従って、条約当事者が具体的関係者である事件においてのみ、条約当事者をも拘束するのである。それにもかかわらず、連憲裁は、この場合においても、基本法の親国際法性から、国内裁判所の包括的考慮義務を導き出し、したがってヨーロッパ人権規約を間接的に憲法上の審査基準に押し上げたのである。」(Stefan Koriath/Michael W. Müller, a.a.O., 259.)

「しかし、考慮義務は一連合法の視線での憲法アイデンティティー統制と似て—基本法 79 条 3 項によって保護された憲法アイデンティティーの核心の中に限界を見出す。また他の規約の締約国に関係のある決裁の場合にも、基礎となっている事情を一瞥し、これがドイツの状況に適用可能であるかどうかを正確に審査されなければならない。」(Stefan Koriath/Michael W. Müller, a.a.O., 260.)

### (5) 連邦憲法裁判所と州憲法裁判所

連憲裁と州憲法裁判所との関係は、連邦国家に特有の問題であり、複雑な様相を呈する。(以下は Maurer/Schwarz, a.a.O., 493–496. による)。

「州の憲法自治原則から、州独自の憲法裁判権の可能性が生じ、それはその憲法空間における州憲法の優位を確保する」。「今日、すべての州がこの可能性を使用してきたが、一部は、純粋な国家裁判権の形—そこには、州憲法裁判上の個人的憲法訴願がまったく存在していなかった—として、である。連邦と州との憲法空間の分離に付属して、州の固有国家性は、連邦および州の憲法裁判所の権限の広範囲にわたる分離—それは、その時々々の憲法空間によって決定される—をも引き起こした。このように、連憲裁は、原則として、州憲法の規準で審査せず、逆に州憲法裁判所は、基本法の規準で審査しない、あるいは—連憲裁のためと定められている限りは—単純連邦法の規準では審査しない。憲法裁判のこの二重性によって、最終的に州憲法裁判所も連邦主義の権力分立的な機能に参加するのである。」(Maurer/Schwarz, a.a.O., 493.)

「ドイツ連邦国家に支配的な専門裁判所の審級序列に基づき、連邦権力の行為も適法性コントロールのために諸州の裁判所へ訴えることは、例外なくふつうであるが、州憲法裁判所の管轄は、

州の国家権力の行為の統制に及ぶだけである。つまり、連邦権力の統制をもそれに授権する、連邦法上の規範は、分離された憲法空間に基づいて存在する、ということとはまったくない。これに対し、連憲裁の権限 (Zuständigkeit) の相関的 (rziprok) な制約は、州国家権力の行為に関しては存在しない。連憲裁は、むしろ、連邦国家権力の行為だけでなく、州国家権力の行為に対しても、コントロールする権限を有している。連憲裁への手続は、州国家権力に関して、原則的に州憲法裁判権上の手続に対し補助的なものではない。このことは、個人憲法訴願にとって特別な重要性を受け取る。その場合、両方の裁判所へのパラレル (同時進行的) な申立ても可能であるように思われる (BVerfGG90 条 3 項)。それらは、その時々自己に割り当てられた審査規準をもとにして決裁する。しかしながら、このような、パラレルな申立ては、州憲法裁判所のための州法によって排斥されることができ。」 (Ebenda, 493-494.)

「州憲法裁判所への憲法訴願は、訴訟手段 (Rechtsweg) の一部ではなく、そのため、その事前の (奏功しなかった) 提訴も、連憲裁の前 (vor) では、憲法訴願のための訴訟手段の使いつくし (Erschöpfung) に関し必要なものではない。両方の権利救済 (Rechtsbehelf) のパラレルな訴えは、とりわけ提起されることができ。なぜなら、州の憲法訴願は一まさにそれは訴訟手段の一部ではないので一連憲裁法 93 条 1 項の期間進行を停止せず、したがって連憲裁への憲法訴願は期間徒過の恐れを被る。」 (Ebenda, 494.)

「連憲裁と州憲法裁判所の決裁にとってもっとも重要な関係 (Implikation) は、それらのその時々自己に割り当てられた審査規準 (Prüfungsmassstaben) から生じる。連憲裁は、州国家権力の行為の審査に際しても、原則として州憲法を引き寄せるとはならず、基本法ならびに単純連邦法のみを引き寄せる (BVerfGE 41, 88 [119f.])。この原則のひとつの例外がもたらされるのは、連憲裁が基本法上の管轄により、補助的 (hilfswise) に州憲法裁判所として活動する場合だけである。そのようにたとえば、連憲裁法 13 条 10 号と結びつく基本法 99 条による手続 (州内の憲法争議)、または連憲裁法 13 条 8 号に結びつく基本法 93 条 1 項 4 号 (州機関争訟手続) である。」 (Ebenda, 495.)

「州の憲法裁判所の審査規準は、その時々自己の州憲法だけである。しかし、州憲法裁判所に対するその制限は、州憲法裁判所に対して、法権利 (Recht) と法律 (Gesetz) へのその拘束から解放するわけではない。そのことから、基本法もしくは単純連邦法に反する州憲法の諸規範は、州憲法裁判所によっても、基本法 100 条 1 項に従って連憲裁へ決裁を仰ぐために移送されなければならない (BVerfGE 36, 342 [346f.])」 (Ebenda, 495.)

「審査規準としての州憲法への州憲法裁判所の限定は、実務においてはどうしても困難な問題へと至る。州国家権力の多くの行為は、連邦法の適用 (Anwendung) であることによって特徴づけられる。そのため、どの程度、連邦法の適用が、州憲法の規準で施行されるべき、州憲法裁判上の審査の対象でありうるかという問題が立てられる。これに対する疑義は、基本法 31 条からすでに生じている。というのは、このような審査は、結局のところ、連邦法の適用を州憲法の留保の下に置くことになりうるからである。実務において、このような状況は、とりわけ州裁判所の決裁への州憲法裁判所によるコントロールに際し生じる。連憲裁は、その際、州国家権力の行為のコントロール、および最終的に破棄 (Kassation) をも、連邦の訴訟法 (刑事訴訟法もしくは行政裁判法等)

の適用を顧慮して、原則的に条件付のもとで可能であると解釈した (BVerfGE 96, 345ff.)。このために必要となるのは、まずもって訴願申立人の州憲法裁判上の手続の中での苦情が、州裁判上の決裁のみから結果として生じたものであり、連邦裁判上の決裁から生じたものではない、ということである。破棄効力の展開のためには、州憲法訴願が、連邦上の権限分類に基づいて、専門裁判所の訴訟手段に対して、州法上補助的に装備されて (ausgestaltet) いなければならない。さらに、非難された瑕疵ある手続形成 (Verfahrensgestaltung) は、州基本権の適用の事例の根拠づけとなることができなければならない。このことは、いずれにしても、その出来事が終局的に連邦法によって規律されている場合には当てはまらない。なぜなら、連邦法上の訴訟法は、州国家権力に対し、もはや何らの決裁余地 (Entscheidungsspielraum) をも残していないからである。それらを越えて、州基本権は、基本法の基本権による内容と同等でなければならない。最後に、州基本権の適用と、基本法の内容同等な基本権の仮定上 (hypothetisch) の適用が、同一の結果へと至らなければならない。この前提条件が満たされていない場合は、州憲法裁判所への憲法訴願はすでに不合法である (BVerfGE 96, 345 [363ff.])。訴訟法に関するこの考えが実体法にも応用できるかどうかを、連憲裁はこれまで未決定のままにしてきた。訴訟法と実体法との差別化についての説得力のある理由は、これに対して発見されていない。」 (Ebenda, 495–496.)

「この問題は、たとえば 1993 年のベルリン憲法裁判所 (Berliner Verfassungsgerichtshof) のホーネッカー決裁 (Berl-VerfGH, NJW 1993, 515 ff.) で重要な意味をもった。同裁判所は、決裁をもって、連邦法の刑事訴訟法による手続の中止の拒否および勾留命令 (Haftbefehl) の取消し (Aufhebung) に関する州裁判所・高等裁判所 (Land- und Kammergericht) の諸決定を破棄した。理由は、それらが当州の憲法で保障された訴願申立人の人間の尊厳を侵したことである。ベルリン憲法裁判所は、これをもって専門裁判所による連邦法の特別適用 (spezifische Anwendung) に対して、州憲法の基本権保障を根拠にしてクレームを付けたのである (monierte)。」 (Ebenda, 496.)

## むすび—司法と憲法政治

本稿は、ドイツの司法権力全般について、とりわけその中に位置づけられつつも特別な地位にある憲法裁判権について概観した。基本的な視座は、1949 年基本法が定めていた公権力による権利侵害に対する裁判的救済 (GG19 条 4 項) から、1969 年基本法改正による基本権侵害の憲法裁判的救済 (憲法訴願) への流れを重視したことである。しかしドイツの憲法裁判権は、基本権の擁護に資するものであるが、それにとどまらず、ドイツ国家のあらゆる法分野において憲法 (基本法) を規準にしたコントロールをも目的としている。その中心的役割を担うものが連憲裁 (連邦憲法裁判所) であることは言うまでもない。連憲裁は、「ドイツの憲法史の中で類をみないほど広範で、強大な権限を与えられた裁判所」とも評される (工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』2002 年 25 頁 [執筆: 光田督良])。憲法判例の積み重ねは、戦後ドイツの「憲法国家」(Verfassungsstaat) としての歩みを象徴するものである。

しかし実は、その原点がアメリカの違憲審査制にあったという刮目すべき見方がある (以下の記

述は Kyrill-Alexander Schwarz, *Verfassungsprozessrecht*, 2021, 5-9. による)。

「現代の憲法裁判権は、標準的には北アメリカの憲法の伝統に根ざすものである。それは、憲法の規範的性質の事実上の発展にとっての不可分の条件として、憲法の優位 (*Vorrang der Verfassung*) の観念に突破 (*Durchbruch*) を実現させた。標準的な糸口は、人民主権の理念におけるこの発展に見いだされる。そこにおいて、法秩序としての憲法は、人民の意思の流出であった。ジェームズ・イレデル (*James Iredell*) は、後にアメリカ合衆国の最高裁判所判事の一人となったが、すでに 1783 年の段階で『法 (*the law*) がいかなる個人やあらゆる個人にも優越し、憲法 (*the constitution*) が立法権にすら優越すること、裁判官 (*judges*) がその守護者 (*guardians*) であり、擁護者 (*protectors*) である』として共和国の青写真 (*Bild*) を描いていた。」

それは『『議会における国王 / 女王の主権』 *Sovereignty of King/Queen in Parliament* という英国理論への明らかな拒絶である。その理論では、立法者を超える何らの国家機関も存在せず、それゆえ法律 (*das Gesetz*) についての最上級裁判官の役割も、立法権によってのみ行使されることができるとされていた。とりわけアメリカ建国の父、アレグサンダー・ハミルトン (*Alexander Hamilton*) に民主主義的な論拠づけの萌芽が見られる。すなわち、憲法に反するいかなる立法府の行為も、無効である、なぜなら、そのことによって、人民の代表者が憲法制定権力としての人民を最終的に侮辱するからである。』

「アメリカ憲法の父祖は、確かにモンテスキューの権力分立論を引き合いに出したが、その司法権の意義を僅少に評価する態度には断固同調することなく (モンテスキューの鑑定は、裁判権力を『何と無のようなものか』 (*en quel façon nulle*) との断定で有名になった)、逆に司法権の評価を重大なまでに高めた。憲法の優位から生じる、国家の権力行使の憲法適合性を監視する必要性を、それゆえアレグサンダー・ハミルトンは制度化されるべき憲法裁判権のところへも位置づけたのである。1 つは、ハミルトンが、司法権を 3 つの権力の中で最も弱いものと評価したからである。それは、執行権の『剣』に対する影響も、立法権の『財布』に対する影響も行使することができず、その理由から、憲法の政治的権利にとって最も少ない危険がその前提になっていること。もう 1 つは、彼は、法律の解釈と適用を司法の純粋な任務とみなし、憲法の解釈においてもその例外ではないとみていたからである。アレグサンダー・ハミルトンの憲法裁判権を『憲法の守護者』とみる考えは、それゆえ制度上の刻印を示すだけでなく、伝染性の (*virulent*) ドイツの『憲法の番人』をめぐる議論における反響でもある。」

「アメリカ憲法におけるハミルトン理論の受容により、憲法上の『司法審査』制度の土台は確かに築かれたが、それでも完全に基礎づけられたわけではない。憲法第 6 条が証明するように、確かに『国の最高法』 (*supreme law of the land*) としての憲法の優位は浸透しているが、連邦権力の行動に対する憲法の優位が明確に定められているわけではなく、また憲法の基準に従って連邦権力を統制する最高裁判所 (*Supreme Court*) の権限が明示的に定められていたわけでもない。この権利を、最高裁判所は、1803 年にマーベリー対マジソン (*Marbury v. Madison*) 事件において初めて、有名かつ基準形成的な判決により必要なものとした。」 (*Kyrill-Alexander Schwarz, a.a.O., 7*)

ところで、マーベリー対マジソン事件は、あまりに政治色の濃い「党派的」とも言える事件で

あった。「トーマス・ジェファーンソン (Thomas Jefferson) は、1800年の大統領選挙で現職のジョン・アダムズ (John Adams) に勝利したとき、連邦主義者 (Federalists)—アダムズもこれに数えられる一と、ちょうど勢力の拡大しつつあった共和主義者 (Republicans)—ジェファーンソンも一との間の、連邦全体で動き出した支配権力の集中をめぐる抗争があった。差し迫った政権交代を見越して、交代直前にあるアダムズ政府と、同じく連邦主義者に支配された議会 (Kongress) は、1801年2月17日のジェファーンソン選出と1801年3月4日の就任 (Amtsantritt) までの憲法で定められた中休み (Zwischenzeit) を、ジェファーンソン任期内になお連邦主義者の支配を長らえるように利用した。このため、アダムズと議会は、とくに司法において、権力移動 (Machtverschiebungen) を連邦主義者に有利に実現するため多くの措置を講じた。これに数えられるものに、一方で、1801年の巡回裁判所法 (Circuit Courts Act)—これは連邦の控訴裁判権 (Berufungsgerichtsbarkeit) を確立し、最高裁判所の裁判官をそれらの裁判所でも活動する義務から解放するものであった—があり、しかしとりわけ2月27日に議会によって可決された1801年コロンビア地区組織法 (District Columbia Organic Act of 1801)—これは大統領に、首都所在地のコロンビア地区にける治安判事 (Justice of the Peace) の任命を授権した—があった。1801年3月2日にアダムズは、この法律を根拠としてなお42名 (いずれにしても大幅な) 連邦主義者の支持者をこの地位に指名した。上院 (Senat) は、1801年3月3日これを追認した。ジェファーンソン就任のほんの数時間前であった。アダムズによって署名され、まだ所管していたジョン・マーシャル (John Marshall) 国務長官 (Secretary of State) によって作成された (ausgefertigt) 任命書 (Ernennungsurkunden) は、夜陰に乗じた行動で (in einer Nacht- und Nebelaktion) 夜中の12時前に何とかほぼ全部がそろった (このため任命された裁判官は『真夜中の判事』Midnight Judgesとも称された)。しかし、ジェファーンソンが1801年3月4日に宣誓を行い、直ちに新外務大臣 (Aussenminister) にジェームズ・マジソン (James Madison) に残った任命書をもはや送達しないよう指示した (anwies) とき、わずか二三の任命書がまだ送達されていなかった。時宜に適った送達を受けることができなかった裁判官の一人に、ウィリアム・マーベリー (William Marbury) もいた。マジソンは、これから数か月 (der nächsten Monaten) 経過の間 (über den Verlauf) 変わらず (beständig) 任命書の送達を拒否した。このため、マーベリーは、1801年12月に合衆国最高裁判所 (Supreme Court of the United States) へ任命書の送達を求めて出訴した (執行令状 writ of mandamus)。」(Kyrill-Alexandar Schwarz, a.a.O., 7-8.)

「マーベリーの申立てが実体上理由のあるものかどうかという問題—これを当時の最高裁判所長官ジョン・マーシャルは結局のところ肯定したが—以上に争われたのは、それにもかかわらず、申立ての適法性 (Zulässigkeit) の問題であった。マーベリー事件にとって、合衆国最高裁判所の第一審としての管轄権は、1789年の裁判所法 (Judiciary Act) から生じたものであるが、それは、個別の手續対象 (Verfahrensgegenstände)—これについて、憲法第3条によれば、最高裁判所は控訴審としてのみ管轄していた—を今やその本来の権限のために宣言するものであった。今や憲法裁判権に対するセンセーショナル (spektakulär) な貢献 (Beitrag) が2つの歩み (zwei Schritte) として続いた。すなわち、憲法の優位—それは憲法と相いれない立法府の行為は無効でなければならない—ということも含む—から出発して、マーシャルは、最高裁判所のために、まず憲法条文 (テクス

ト)の解釈高権 (Interpretationshoheit) を要求した。法 (the law) とは何かを語る (say) ことは断固として司法部門の職分 (province) であり、義務 (duty) である。「ここから、マーシャルは、司法府の任務が立法府の行為が憲法に違反するかどうかを確認することであると推論し、そのことによって、憲法の基準に従って規範コントロールのための憲法裁判権を確立した。それから、違憲と判断された法律は、もはや裁判所によって適用されることができず、その執行が禁じられるとする。」(Kyrill-Alexander Schwarz, a.a.O., 8.)

「この憲法の番人としての憲法裁判権の叙任 (Inthronisation) とともに」、「憲法の単なる優位からの弓 (Bogen) は、最終的に憲法裁判権の優位へと打ち込まれ (geschlagen)、そして『立法者と人民との間にあって、地上では誰も裁定者ではない』 inter legislatorem et populum nullus in terris est iudex (Locke, Epistola de Tolerantia, 1689) というジョン・ロック (John Lockes) のドグマ (教義) は、最終的に (憲法の) 物語 (Geschichte) (であった)」(Ebenda, 8-9.)。

ちなみに、このロックの教義は、そのすぐ前に「立法者と人民との間で、『公共善』をめぐり争いが生じた場合、誰が両者の裁定者になるのでしょうか」「神のみと私はお答えします」という下りがあり、地上に裁定者が存在しないのは、「神のみがこの場合の裁定者であるから」と断じた (ジョン・ロック著 [加藤節・李静和訳] 『寛容についての手紙』2018年岩波文庫 90-91頁)。「神は最後の審判の日に、すべての人間に対し」「報いをお与えになる」のである (前掲書・91頁)。

さて戦後、ドイツ連邦共和国基本法 (憲法) は、その冒頭に「人間の尊厳 (Würde des Menschen) はこれを侵すことができない」こと、そしてその人間の尊厳に配慮し (beachten)、人間の尊厳を守る (schützen) ことは、「すべての国家権力の義務」(Verpflichtung aller staatlichen Gewalt) であると高らかに宣言した (GG1 条 1 項)。国家権力のうち、「司法権力 (die rechtsprechende Gewalt) は裁判官に委託されている」が、その司法権力は、連憲裁、連邦裁判所および州裁判所によって行使されるのである (GG92 条)。したがって、国家権力としての司法権力は、上記基本法 1 条 1 項が示すように、人間の尊厳に配慮し、人間の尊厳を守るべき義務を負っている。また一方で、ドイツ国民にも「人間共同体の礎 (いしずえ) として不可侵で譲り渡すことのできない人権 (Menschenrechte) を信奉する」ことが求められている (GG1 条 2 項)。そして人権を含む基本権 (Grundrechte) は、司法 (Rechtsprechung) をも「直接適用法 (unmittelbar geltendes Recht) として拘束する」(GG1 条 3 項) ため、市民には国家に対抗する強力な「武器」(憲法忠誠) が与えられているとも言える。理念上これらはドイツ司法・憲法裁判のありようを特徴づけている。

総じて、現代ドイツは基本権と憲法の擁護を標榜しつつ、直面する現実に対処していく方式をとっている。2020年の「コロナ・パンデミック」を始め、2022年のロシアによるウクライナ侵攻、繰り返されるイスラエルと中東間の争いなど世界的対応が求められてきた。憲法との関係も生じるが、ドイツの学説が指摘するように「憲法」は、究極のところ「政治法」である。憲法は必然的に政治的色彩を帯びざるをえないが、それでも、ドイツが憲法国家である以上、憲法上の議論なくして、政治決定を行うことはできない。このとき、仮に司法部門が政治部門と対立する場合、それは「立憲主義」と「民主主義」の対立と言い換えることもできよう。そして、この対立をいかに調整するかが、憲法国家に負わされた宿命的な課題である。

# Judicial power and constitutional justifiability in Germany

YAMAGISHI Kikuji

[Preface] :

This study aims not to provide a clear and comprehensive account of the German judicial system but to summarize judicial power and constitutional litigation in Germany from a comparative perspective.

[Important Summaries of the Body] :

The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 92, states that the judicial power shall be vested in the judges; it shall be exercised by the Federal Constitutional Court [the Bundesverfassungsgericht], by the federal courts provided for in the Basic Law, and by the courts of the Länder (similar to American states).

In Germany the members of the Federal Constitutional Court are selected by two houses of the parliament, half by the Bundestag and Bundesrat, while judges of the other federal courts are “chosen jointly by the competent Federal Minister and a committee for the selection consisting of the competent Land ministers and equal number of members elected by the Bundestag.” Basic Law, Article 94 and 95.

The Court consists of two Senates with eight members each. The First Senate is chaired by the President, the Second Senate by the Vice-President.

According to the Basic Law, art. 97, Judges shall be independent and subject only to the law. This article also protects the tenure of judges, that is, they shall be appointed permanently to full-time positions. However, the Basic Law also provides that if a federal judge infringes the principles of the Basic Law or the constitutional order of a Land in his official or unofficial capacity, the Federal Constitutional Court may decide to retire the judge.

The Basic Law, Arts. 93 and 100, describe the court’s jurisdiction.

The Federal Constitutional Court shall rule in matters of disagreements or doubts about the formal or substantive compatibility of federal law or Land law with this Basic Law, or the compatibility of Land law with other federal law, on application of the Federal Government, of a Land government, or of quarter of the Members of Bundestag. The Court shall also rule in cases of constitutional complaints, which may be filed by any person alleging that one of his basic rights or one of his rights under paragraph (4) of Article 20 or under Article 33, 38, 101, 103, or 104 has been infringed by public authority. Furthermore, the Court shall rule in other instances

provided for in the Basic Law, and it shall also rule on such other matters as may be assigned to it by a federal law.

Finally, if any court concludes that a law on whose validity its decision depends is unconstitutional, the proceedings shall be stayed, and a decision shall be obtained from the Federal Constitutional Court where this Basic Law is held to be violated.

[Conclusion] :

Judicial review is a core component of the German constitutional system. In all nations that meet the requirements of constitutionalism, certain checks exist on the action of democratically elected branches. In Germany judicial review has a broad structure and scope.

Constitutions typically provide for the maintenance of a judicial system. However, the composition and powers of courts vary. Some countries have federal and state courts, while others have only one court system. Some primarily rely on courts of general jurisdiction, while others rely more heavily on specialized courts. Some constitutions operate in civil-law systems, which originated in continental Europe, while others operate in common-law systems, which originated in England and in the United States of America.