

講演

連邦憲法裁判所

——その基礎と最近の発展——

アルブレヒト・ヴェーバー
杉原周治訳

- I はじめに
- II 構造と地位
- III 権限と裁判の効力
 - 1 規範統制
 - 2 連邦国家的争訟
 - 3 機関争訟
 - 4 個人から申し立てられる異議（憲法異議）
 - 5 裁判の効力
- IV 裁判の最近の発展

I はじめに

現代立憲国家では、政治は、法の支配の下に置かれている。立憲主義（Verfassungsmäßigkeit）とは、公権力を行使する国家機関の民主的正統化（demokratische Legitimation）^{訳注1}、憲法の優位、法律の留保および優位、そしてとりわけ公権力の基本権への拘束を意味する。なかでも、憲法の優位と公権力の基本権拘束、さらに水平のおよび垂直的権力分立（die horizontale und vertikale Gewaltenteilung）は、現代立憲国家の基礎をなしており、今日、すべての西欧・中欧・東欧諸国において、他の西の諸国と同様に、最高裁判所がこれらを監視しているのである。ここで、実質的意味の憲法裁判権（Verfassungsgerichtsbarkeit）とは、憲法裁判所に明示的に割り当てられている憲法争訟（Verfassungsrechtsstreitigkeit）に関する裁判、または各々の〔専門〕裁判所の下す低位の裁判に対して、Supreme Court と呼ばれる最高上告裁判所（höchstes Revisionsgericht）が行う終局的裁判から発生する憲法争訟に関

する裁判をいう。アメリカ、カナダ、オーストラリア、日本、さらにヨーロッパのなかでも例えばスイスやいくつかの北欧諸国^{訳注 2}とは異なり、ドイツのモデルは、1920～29年のオーストリア連邦憲法に対するケルゼンの提案にしたがった、集中的憲法裁判権 (konzentrierte Verfassungsgerichtsbarkeit) というオーストリアのモデルを手本としている。ケルゼンの思考上の出発点は、法の形式に基づく審査の対象となりうる高位の規範に、法のあらゆる適用を拘束させることにあった⁽¹⁾。法秩序の構造に対するこの見方は、裁判形式による政治的紛争の司法的解決 (justizförmige Beilegung) を可能とするものであった。この結果、すでにアメリカ建国の父達が唱えていた立法者に対する憲法の優位と (『フェデラリスト (Federalist Paper)』)、裁判官によるその承認は (1803年のマーベリ対マディソン事件における合衆国最高裁判所の判決)、後のヨーロッパの「反対モデル」 („Gegenmodell“) となったのである。ドイツの憲法裁判権は、(神聖ローマ帝国の帝国最高法院 (Reichskammergericht) における〔裁判権〕、諸邦における国事裁判権 (Staatsgerichtsbarkeit)、1848～49年のパウル教会憲法第一草案 (連邦国家的争訟手続、機関争訟、憲法異議) といったいくつかの前身、さらにワイマール共和国におけるラントの憲法裁判権を除けば)、実際には、基本法の下ではじめてその意義を手に入れた⁽²⁾。

第2次世界大戦後の強固な憲法裁判権の構築は、ナチス体制の諸経験の結果であり、法治国家を三つの権力から保護するためのものであった。ドイツ連邦憲法裁判所は、その地位、構造および権限に関して、まさにファシスト体制または共産主義体制後に自国に法治国家原則を再登用しようと試みた最近の憲法裁判所に対しても影響を及ぼした。このことは、とりわけ、スペイン、ポルトガル、ポーランド、ハンガリー、チェコ共和国、さらには中欧ないし東欧諸国の国々に妥当する⁽³⁾。つまり、集中的憲法裁判権というオーストリアのモデルから始まった発展は、1989年の世界史の転機後、全法秩序の憲法化 (Kon-

(1) Vgl. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 32; Korinek/Martin, Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: C. Starck/A. Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd. I: Berichte, 2. Aufl. 2007, S. 69.

(2) Vgl. A. Weber, in: Starck/Weber (ob. Anm. 1), S. 39.

(3) O. Luchterhandt/C. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Bd. I: Berichte, 2007 による。

stitutionalisierung)^{訳注3} という意味において、さらに進展していったのである。

裁判の最近の発展の話に入る前に、聴講者のなかには連邦憲法裁判所の地位、諸権限、裁判の効力について知識のない方がおられる可能性もあるので、以下において、ドイツ憲法裁判権の本質的要素につき一瞥しておくことにする。

II 構造と地位

連邦憲法裁判所は、ドイツ基本法によれば、連邦憲法裁判所、連邦裁判所ならびにラントの裁判所によって行使される裁判権の構成部分である（基本法92条）。それにもかかわらず連邦憲法裁判所は、すでに1952年において、ライプホルツ（Leibholz）を中心として作成された著名な、〔憲法裁判所の〕地位に関する覚書（Status-Denkschrift）^{訳注4} のなかで、自律した憲法機関としての憲法裁判所の地位を指摘しており、さらに立法者も、これを連邦憲法裁判所法のなかで確認している（連邦憲法裁判所法1条）。裁判機関と憲法機関という憲法裁判所のこの二重の機能については、裁判が50年以上に渡って継続している今日においては、もはや自明のこととされており、同時に、他の諸国においても類似のものが見られるようになった。憲法典のなかには、〔憲法裁判所に対して〕特別な権原（Titel）を付与しているものがあるが、通常このような場合には、〔憲法裁判所の〕憲法機関としての性質が意図されている（例えば、オーストリア、イタリア、フランス、スペイン、ベルギー）。〔これに対して〕憲法裁判所が司法（Judikative）の一部として捉えられる場合であっても（例えば、ドイツ、ポーランド、ギリシャ）、このことは、実質的な憲法機関の性質となんら矛盾するものではない。憲法裁判所の地位にとって決定的なことは、それと結びついた規則制定の自治権（Geschäftsordnungsautonomie）、手続の自律権（Verfahrensautonomie）、および一定範囲の財政権（Haushaltsautonomie）である⁽⁴⁾。

連邦憲法裁判所は、その構造に関しては、それぞれ8名の裁判官からなる2つの部会によって構成される裁判所（Zweikammergericht）である。これら

(4) Vgl. A. Weber, Generalbericht Verfassungsgerichtsbarkeit in West-europa, in: Starck/Weber (ob. Anm. 1), S. 328.

の裁判官は12年の任期をもって任命されるが、再任の可能性はない。裁判官の選出の正統化は、ドイツにおいては、連邦国家原理に応じて、その半数が連邦議会によって、もう半数が連邦参議院によって選出されることによって担保されている（基本法94条1項2文、連邦憲法裁判所法5条1項）。裁判官選出の議会による正統化は、相当程度多数の国家で行われているが、議会が独占的に〔裁判官の〕指名権（Nominierungsrecht）を有することは、比較的稀である（例えば、スイス、ベルギー、部分的にはあるがポルトガル）。憲法裁判所裁判官の選出に際しては、例えば、大統領、議会、場合によっては裁判官最高評議会（höchster Richterrat）（例えば、イタリアとフランス）など、複数の国家機関が関与するのが通常である。裁判官の人数に関しても、ヨーロッパの実務では9人から11人が通常であるため、16人の裁判官を擁するドイツ連邦共和国は、この点でも群を抜いている⁽⁵⁾。政党の影響力は、まさに議会による〔裁判官〕選出方法（Bestellungsmodus）の場合にはとりわけ強力なものとなり、ドイツ（ポルトガル、イタリア、ベルギー）では通常、3分の2の特別多数ゆえに、与党と野党の間で妥協が必要となる。

III 権限と裁判の効力

ドイツの連邦憲法裁判所は広い権限を有しているが、これに匹敵する裁判所は、（形式的に見れば）ヨーロッパの裁判所の枠内では、おそらくスペインとハンガリーの憲法裁判所のみであろう。このことは、部分的に、憲法異議手続きという特殊性にも起因する。この憲法異議手続きは、最近では中欧および東欧においても、いうまでもなく、ますます重要なものとなっている。

形式的意味での憲法裁判権には、憲法裁判権にとって本質的なものとみなされうる、一定数の基本的権限が属する。そのような諸権限として、以下のものがある。

- ・連邦および／または連邦を構成するラントの諸規範の統制
- ・連邦国家的争訟または準連邦国家的争訟（quasiföderative Streitigkeiten）
- ・複数の連邦最高機関の間の権限紛争
- ・直接的または間接的な憲法侵害から基本権を保護するための憲法異議手続

(5) Vgl. Luchterhandt, Generalbericht Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa, in: Luchterhandt/Starck/Weber (ob. Anm. 3), S. 298; s. auch A. Weber, in: Starck/Weber (ob. Anm. 1), S. 319.

・選挙および投票に際しての統制ならびに議席喪失（Mandatsverlust）に関する裁判

憲法裁判所のなかには、これらの権限と並んで、さらに以下のような管轄権を有するものがある。例えば、国法上の訴追（staatsrechtliche Anklage）、政党に対する違憲確認の宣言、官庁と裁判所間の紛争の仲裁、ある国際法の原則が〔国内法の〕構成部分であるかどうかの確認、などである。

1 規範統制

連邦憲法裁判所は、抽象的および具体的規範統制という形態〔の手続き〕を有している。抽象的規範統制においては（基本法93条1項2号、同項2a号、連邦憲法裁判所法13条6号、同条6a号、同76条）、その目的は、連邦法もしくはラント法の憲法との適合性の統制、したがって本質的には、規範の序列化（Normenhierarchie）である。それゆえその審査の対象は、条約法律、法規命令（Rechtsverordnung）、規則（Satzung）を含む、すべての法規範となる。その申立権者は、連邦政府のほか、連邦議会構成員の3分の1、ラント政府である。抽象的規範統制は、連邦議会構成員の3分の1が申立権者となりうるため、とりわけ少数者保護の効果的方法として、その意義を獲得してきた。同時に、ラント相互の間の連邦国家的争訟が抽象的規範統制に移行した〔ことも見逃すことが出来ない〕^{訳注5}。たとえ抽象的規範統制〔手続における申立件数〕がここ50年間に於いて比較的少数であったとしても（145件の抽象的規範統制）、例えば、堕胎、兵役拒否、ラント相互間の財政調整（Länderfinanzausgleich）、政党助成、基本条約などの重要な問題は、この手続きのなかで決定されたのである。

基本法を基準とする〔連邦憲法〕裁判所による統制の2番目の形態として具体的規範統制が挙げられるが、この手続きは、訴えが継続している裁判所における、それぞれの出発点となっている事件（Ausgangsfall）（オーストリアでは「原因となる事件」（„Anlassfall“）と呼ばれる）を媒介とする。裁判官による審査権のみならず、廃棄権限（Verwerfungskompetenz）^{訳注6}をも最上位の憲法裁判所に集中させることは、いわゆる司法審査（judicial review）の体系における拡散した（diffus）規範統制とは、決定的に異なる点である。具体的規範統制の目的は、憲法の最高位の番人としての憲法裁判所の機能〔の保持〕だけでなく、一般の裁判官（Instanzrichter）による法規の軽視から議会の立法者を保護することにある⁽⁶⁾。ドイツでは、具体的規範統制の審査対象

は、形式的かつ後憲法的な法律である。その審査基準は、基本法またはその他の連邦法律である。後憲法的なラント法も〔審査の〕対象となりうる（ラント憲法やラント法律）。ところで、裁判官による規範統制の拡散の体系を有している国を除けば（例えば、スイス、ギリシャ、アイルランド）、具体的規範統制はヨーロッパの多くの国々で見られるが、それは各々の憲法裁判権にとって、統計的にも大きな意義を有している。ドイツでは、具体的規範統制は、憲法異議の次に多く利用され、その他のあらゆる手続方法よりもはるかに〔利用件数が〕多い。この規範統制は、〔その大部分において〕日常生活に関わる事件〔を出発点として〕審査を行うが、さらに例えば、原子力法の合憲性、1976年の家族法改正、または旧東ドイツ刑法の効力の存続などの、極めて政治性の強い事件に際しても、審査を行っている⁽⁷⁾。

2 連邦国家的争訟（interföderale Streitigkeiten）

連邦制または地方分権制においては、複数のラントまたは地方にまたがる争訟は、管轄権争訟の重要な構成要素である。ドイツでは、この点、連邦・ラント間争訟の仲裁（基本法93条1項3号、連邦憲法裁判所法13条7号、同68～70条）、連邦とラントの間の公法上の紛争の仲裁（基本法93条1項4号前段）、〔異なる、または一つの〕ラントの間の争訟の仲裁（基本法93条1項4号後段）、1994年に導入された競合的連邦管轄権の行使の要件の存否に関する権限統制（Kompetenzkontrolle）（基本法93条1項2a号、同72条2項）が存在する。連邦・ラント間争訟は、ドイツの戦後の歴史のなかで非常に大きな意義を有してきた。〔この争訟手続きによって判断された事件として〕例えば、ライヒ政教条約（Reichskonkordat）、放送判決、核兵器に関する住民投票、最近ではEU放送指令についての裁判がある^{脚注7}。連邦とラントの間、またはラント相互間の〔公法上の紛争に関する〕連邦国家的争訟の件数は、連邦・ラント間〔の憲法〕争訟のそれよりも多い。競合する連邦またはラントの管轄権が存在するか否かを確定するための権限統制は、これまで、なんらの役割も果たしていない⁽⁸⁾。

（6） Vgl. bereits BVerfGE 1, 184/197; stRspr.

（7） S. A. Weber, in: Starck/Weber (ob. Anm. 1), S. 48.

（8） Vgl. A. Weber, in: Starck/Weber (ob. Anm. 1), S. 50.

3 機関争訟

連邦憲法裁判所は、さらに、水平的権力分立の枠内において、憲法諸機関の権利と義務に関する紛争の管轄権を有する。この紛争は、19世紀以来、ドイツの憲法裁判権の古典的な構成要素を成している。すなわちヴァイマル時代には、憲法裁判権は、ライヒ最高機関の相互間の紛争について決定を下していた（ヴァイマル憲法19条）。〔機関争訟〕手続きの申立権者には、憲法機関（Verfassungsorgane）のほか、憲法機関の一部も含まれる。これは、例えば、連邦議会の委員会（Ausschuss）もしくは院内諸政党（Fraktionen）または連邦議會議員といった、各々の機関の諸権利を主張する機関をいう。機関争訟における〔連邦憲法裁判所の〕判決は、確認判決（Feststellungsurteil）として発せられ〔連邦憲法裁判所法67条1文〕、廃棄判決（kassatorisches Urteil）として発せられることはない。比較法的には、機関争訟は、例えばスペイン、イタリア、中欧および東欧諸国の例が示しているように、国家機関相互の間の権限の紛争として、極めて重要な役割を果たしている。したがって今日の西ヨーロッパでは、機関争訟には、最高国家機関相互の間の平和的な紛争調整メカニズムとして、重要な意義が付与されているのである。

4 個人から申し立てられる異議（憲法異議）

憲法裁判所としての特殊性をあらわしているのが、ドイツにおける憲法異議の導入である。この制度は、すでに、1848～49年に作成されたバウルキルヘン教会憲法草案にその前身を有していた。憲法異議は、法秩序全体の憲法化および法化（Verrechtlichung）のための、もはやなくてはならぬものとなった強化（Verdichtung）を意味しており、さらにそれは、国民の権利の貫徹力という点に目を向ければ、彼らの法治国家の理解にとって非常に大きな意義を有している。それゆえ連邦憲法裁判所は、憲法異議に、廃棄機能（kassatorische Funktion）だけでなく、教育機能（Erziehungsfunktion）をもたせている。憲法異議は、古典的基本権、手続的基本権、基本権と同等の権利（grundrechts-gleiche Rechte）を含む基本権の貫徹のための、特別の権利救済手段（außerordentlicher Rechtsbehelf）^{訳注 8}である（基本法93条1項4a号）。訴訟要件の詳細についてここで論じることはできないが、比較法的に見ても重要であると思われる点は、ドイツでは憲法異議の対象が、最終審の裁判所の裁判または行政行為だけでなく、一定の要件の下で立法行為にまで及ぶということだ

ある。しかしながら、憲法裁判所の実質的な負担は、規範的行為 (normative Akte) に対して直接的に個人から申し立てられる異議 (個人から申し立てられる規範統制) にあるのではなく、裁判官によって認容された、行政機関による基本権の間接的侵害に対して申し立てられる憲法異議にある。それゆえ憲法異議の大半は、執政府または司法府の行為に向けられている。個人から申し立てられる異議は、たとえ略式手続 (連邦憲法裁判所法93a 条以下にいう受理手続) を含めた全憲法異議手続きの98%が不成功に終わり、容認されるのは、通常そのうちの1~2%のみであるとしても、ドイツにとっては統計的に非常に大きな役割を果たしている。このような〔憲法異議の〕意義は、例えば、スイス (staatsrechtliche Beschwerde)、スペイン (recurso de amparo)、オーストリア (Bescheidbeschwerden gegen Verwaltungsakte) においても証明されている⁽⁹⁾。憲法異議は、例えば、1997年以降、アルバニア、ルーマニア、スロバキア、スロベニア、チェコ、ハンガリー、ポーランドなど、とりわけ中欧および東欧諸国において多くの共感を得た。ハンガリーでは、法律および法令 (Rechtsvorschriften) に対する個人または民衆による訴訟 (Jedermann- oder Popularklage)^{訳注9} という特殊性さえ見られる。その他、ポーランドでも、実質的意味の法律に対して法規異議 (Rechtssatzbeschwerde) を主張することが可能である。したがって、憲法異議を様々な形で導入したドイツや他の諸国にとっては、憲法異議は、総じて、(とりわけドイツ、スイス、スペイン、ハンガリー、さらに今日ではポーランドにおいても)、法秩序の憲法化に大いに寄与したことが分かるであろう。執政府と司法府、場合によっては直接的に立法府の行為に対しても向けられる憲法異議は、〔確かに〕憲法上の紛争解決の一要素にすぎないが、同時にそれはいわゆる「憲法裁判権の頂点」 („Krönung der Verfassungsgerichtsbarkeit“) を成すものであることは、もちろん指摘しておかなければならない。しかしながら、たとえそれを欠いたとしても、集中的憲法裁判権が不可能となるわけではなく、またそれが弱体化するわけでもない。なぜならその機能は、部分的にはあるが、憲法異議の客観的機能を含んでいる別の手続方法のなかで実現されるからである。

5 裁判の効力

それぞれの手続方法において、〔連邦憲法裁判所の〕裁判の効力もそれぞれ

(9) S. A. Weber, Generalbericht, in: Starck/Weber (ob. Anm. 1), S. 354.

異なっている。ドイツでは、〔専門裁判所の裁判を〕破棄する〔連邦憲法裁判所の〕裁判（*kassatorische Entscheidungen*）が問題となる場合には、当該〔専門裁判所の〕裁判は、遡及的（*ex tunc*）に（当初から）原則無効となることが前提となっている。憲法異議が問題となる場合には、ある法律に対する無効の宣言は当初から法的効果を有し、このことは原則として、抽象的および具体的規範統制にも妥当する。とはいえ連邦憲法裁判所は、法的安定性（*Rechtssicherheit*）の観点から無効宣言の法的効果を適用行為に限定するために、規範の違憲ないし〔憲法との〕不一致の宣言の可能性をも認めている（適用停止あるいは禁止を伴う遡及効）^{訳注10}。それゆえこのドイツのモデルは、なによりもまず、原則として将来効（*Ex-nunc-Wirkung*）を前提としているオーストリアのモデルと対峙することになる。それとともに連邦憲法裁判所は、〔法律が〕なお憲法に適合している状態の確認や、立法者に対する〔違憲〕警告という方法をも用いている⁽¹⁰⁾。

その他の非典型的な手続方法をも加えて考えた場合には一層そう言えるのであるが（例えば、規範資格手続（*Normenqualifikation*）〔基本法126条，連邦憲法裁判所法126条14号，同86条以下〕，規範審査手続（*Normenverifikation*）〔基本法100条2項，連邦憲法裁判所法13条12号，同83条以下〕^{訳注11}，政党の違憲確認手続，基本権の喪失手続，選挙抗告手続など），結論として言えば，憲法裁判権の多大な強化が認められるのであり，このような強化が憲法を基準とする全法秩序の貫徹を大いに促進した，と言えるのである。この点につき，以下においていくつかの例をもって説明したい。もっともここでは，いくつかの選抜した判決を取り上げるにとどめることにする。

IV 裁判の最近の発展^{訳注12}

法秩序の憲法化は，（基本権の第三者効力およびある程度の保護義務に関する連邦憲法裁判所自身の裁判の結果として），大きな意味を得ることになった。民事法に関する諸判決の審査に際して連邦憲法裁判所が超上告審（*Superrevisionsinstanz*）の役割に踏み込んでいる場合には，通常の裁判権と憲法裁判権の境界画定は困難であり続けている。

憲法裁判所は，「特殊憲法」（„spezifisches Verfassungsrecht“）^{訳注13}という定

(10) S. A. Weber, Generalbericht, in: Starck/Weber (ob. Anm. 1), S. 372.

式によって、高位の憲法と低位の憲法とを区別しようとしたわけではもちろんなく⁽¹¹⁾、裁判権の憲法上の限界に鑑みて、基本権侵害および他の諸権利〔の侵害〕に対する審査権限を制限することのみを意図したのである。もちろん、基本権上の規範および基準に対する、基本的に正しくない理解および誤認 (grundsätzlich unrichtige Anschauung und Verkennung) という、定式の後半部分によって、憲法裁判所は、専門裁判所の評価 (Würdigung) の領域において、ほとんど無制約な干渉が可能となる。こうした重大な認識権限 (Kognitionskompetenz) を示す例として、例えば、「兵士は殺人者だ」事件の第一法廷の決定^{訳注14}が挙げられる。〔本件では〕あるドライバーが、ドイツ人の作家であるトゥホルスキーの「すべての兵士は殺人者である」という言葉を引用したステッカーを使用し、その結果、兵士一般に向けられた集団に対する侮辱が発生した。とはいえ、ドイツ刑法は、集団に対する侮辱を想定しておらず (支配的見解)、個人に対する侮辱という形式のみを規定している。連邦憲法裁判所は、当該意見表明を、許されない中傷的批判 (Schmähhkritik) であるとは評価せず、意見表明の自由によってカヴァーされる意見表明であるともみなした⁽¹²⁾。同裁判所は、基本法 5 条 1 項 1 文の、刑法典 185 条の刑罰規定への照射 (Ausstrahlung) を強調することによって、専門裁判所による構成要件の解釈 (Tatbestandsauslegung) へ介入したのである。本件では、この〔連邦憲法裁判所の専門裁判所に対する〕介入が憲法異議申立人に対する「基本権侵害の程度 (Intensität)」によってなお正当化され得たのか否か、また当該介入が、刑法上侮辱からは保護されない兵士集団のケースにおいても、なお正当化され得たのか否か、が問題となった。同裁判所は、専門裁判所に対して、あらゆる解釈可能性にしたがった、事実関係の解釈を要求した。このことは、確かに専門裁判所を〔基本権に対して〕鋭敏ならしめるものではあるが、同時にそれは、専門裁判所に対して過大な要求をすることにもなるのである。

さらなる事例として、例えば、著名な十字架決定 (Kruzifix-Beschluss)^{訳注15}を引用しておく。憲法異議申立人は、バイエルン州学校法が国家の宗教からの中立義務に違反し、かつ憲法異議申立人自身の良心の自由と「消極的」信教の自由を侵害したとして、学校の教室内の十字架 (Schulkreuzen) の設置に対して〔これを取り去るよう〕訴えを提起した。連邦憲法裁判所は、学校の教室

(11) C. Starck, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, JZ 1996, S. 1035.

(12) S. BVerfGE 93, 266 f.

内の十字架〔設置〕の許可を認めた専門裁判所の判断は、信仰の自由に違反すると判断した。この〔信仰の自由侵害〕は、バイエルン州政府が拒否した、異議申立人の仮処分による権利保護にも妥当する、とされた。その結果、〔連邦憲法裁判所による〕専門裁判所の管轄権への介入は、バイエルンの立法者の基本権鋭敏性（Grundrechtsensibilität）の欠如を理由に、仮処分による権利保護の領域に移された。

基本権に対する鋭敏性が問われたさらなる領域に、庇護権が挙げられる。かつての支配的学説は、基本法16a条をめぐる主観的権利としての解釈のなかで、〔連邦憲法裁判所の審査の範囲〕は「憲法固有の部分の侵害」〔に限定される〕と解していたが、連邦憲法裁判所は、しばしば、「政治的迫害」（„politisch Verfolgte“）の構成要件を自ら解釈するに至っている。〔すなわち〕連邦憲法裁判所は、事実関係の調査やその法的評価に際して、「〔専門〕裁判所の行った事実評価および法的評価、さらにはその調査の方法と範囲が、基本法16条2項2文を正当に評価しているか否か^{〔13〕}」を審査したのである^{〔註16〕}。これにより連邦憲法裁判所には、（シュタルクが認めるように）、専門裁判所の庇護裁判に対する、ほぼ無制約な介入が保障されたのであるが^{〔14〕}、このような介入が、極めて決疑論的（kasuistisch）であることは明らかである。もちろん、まさにこのように、とりわけ基本権が侵害を受けやすい（grundrechtsanfällig）領域においては、例えば、庇護申請者の国外退去に際して基本権の保護を完全に拒否する場合などは、たとえ専門裁判所による事案の評価と憲法裁判所の認識（Kognition）との境界がほとんど不明確であるとしても、〔連邦憲法裁判所の介入に〕法治国家的な譲歩（Konzessionen）が認められなければならない。私の見解によれば、ここで、通常の〔裁判所の〕裁判官が、例えば法的聴聞権（rechtliches Gehör）^{〔註17〕}など、手続的基本権を誤認し、かつこの誤認自体と庇護申請者の国外退去ないし入国拒否の間になんらの因果関係も存在していない限りにおいて、異なる結果が生じると考える。

「憲法固有の部分」と「単純法」（einfaches Recht）の侵害の境界を、常に容易に画定することができるわけでないため、連邦憲法裁判所は、（例えば、基本権の第三者効力を原則として認めているスペインの憲法裁判所と同様に）、ジレンマに陥っている。憲法裁判所の裁判官の統制が私法秩序に対してあまり

〔13〕 BVerfGE 76, 143/176.

〔14〕 Starck, JZ 1996, 1037.

に強く拡大すれば、〔憲法〕裁判所は、ますます私法の立法者の評価を〔自らの評価によって〕置き換え、さらにそれを自らの比較衡量によって判断してしまうため、私法秩序の自律を侵害する危機が生じることになる。このジレンマは、もちろん、最終審の判決に対する憲法異議と、「客観的憲法」(„objektives Verfassungsrecht“) という意味での憲法裁判所の広範囲な統制密度を放棄した場合にのみ解決されるものであるが、この問題は真剣に議論されてはいない。こうした意味においては、憲法裁判権は、〔専門〕裁判所の裁判やその評価に介入するために、言うまでもなく、憲法上の諸問題を取り扱う上告裁判権 (Revisionsgerichtsbarkeit) に、なおいっそう近づいているのである。

それぞれの手続きにおいて、まったく異なる訴訟物を扱った裁判の数は十二分に存在するため、もし連邦憲法裁判所の最近の裁判の共通点を探し出す試みがなされるならば、それは、限られた範囲においてのみ、可能であろう。一般的に知られていることかもしれないが、憲法裁判所は、国民の安全の要請と、それに対立する国民の自由の要請との間の必要な調整を、繰り返し新しく均衡させることに努力してきた。ここでは、〔連邦憲法裁判所の〕個々の諸裁判を分析する代わりに、ある例をひとつ取り上げることにしたい。それは、ドイツの航空安全法 (Luftsicherheitsgesetz)^{訳注18}に関連するものであり、2006年2月に憲法裁判所によって無効であると宣告されたものである。^{訳注19}〔同判決の〕事実関係は以下の通りである。

航空安全法は、テロリストによってハイジャックされた航空機を撃墜する可能性を認めるものであった。ドイツの管轄権規定 (Kompetenzordnung) に従えば、このような事態のために軍隊を出動させることは不可能であり、さらに警察がそのような攻撃を防御することはそもそも不可能なため、立法者は、連邦国防大臣が当該ラントの要請に基づき、関連する〔他の〕ラントとの同意を得て撃墜命令を下すことができる可能性を、連邦政府のために規定した。すなわち、〔危険の回避が〕疑わしい状況においては、連邦国防大臣は単独で対応を行う権限を有し、かつ遅滞なく〔軍隊出動の〕決定を下すべき、とされた〔航空安全法13条2項〕。〔さらに〕航空安全法は、「特に重大な災厄事故の発生を阻止するために」、軍隊が当該航空機の針路を変更させ、着陸を強制し、武力の行使を予告して威嚇し、または警告射撃を行い得る権限を、連邦国防大臣に与えた〔航空安全法14条1項〕。〔これらの措置がいずれも効果を挙げない場合に〕「事情を考慮した結果、当該航

空機が人間の生命に対する攻撃に用いられ、かつ、この現在の危機を防ぐための唯一の手段であることが明らかである場合には」、〔軍隊による当該航空機に対する〕直接的作用も許される、とされた〔航空安全法14条3項〕。同法に対して、憲法異議申立人は、航空安全法は、人間の尊厳と生命に対する基本権（基本法1条1項、同2条2項1文）を侵害しており、かつ人間を国家行為の単なる客体とみなすものであると主張して、憲法異議を申し立てた。〔さらに憲法異議申立人は〕国家は、本件のように航空機の乗組員や乗客である少数派を故意に殺害することをもって、国民の多数派を保護することは許されない、すなわち、量的な基準にしたがって生命と生命の比較衡量をすることは許されない、と主張した。

連邦憲法裁判所は、当該憲法異議を適法（zulässig）かつ、理由がある（begründet）とみなした。航空安全法の当該規定〔同14条3項〕は、連邦憲法裁判所の見解にしたがえば、違憲とされた。〔同裁判所によれば〕航空機に対する武力による直接的作用は、常に航空機の撃墜へと行き着くのであるから、同規定は生命に対する権利への介入となる。そのための憲法上の正当化は容認されない、とされた。同裁判所は、まず、以下のことを確定した。すなわち、〔連邦憲法裁判所の憲法異議申立人の基本権に対する〕当該介入は、連邦の立法権限を根拠とすることは出来ない。なぜなら連邦には、ラントの危険防止およびラントの警察力への支援が問題となっていることを理由に、〔航空安全法14条3項を〕規定する権限など与えられていないからである。もっとも、警察力だけは出動させることが可能である。各々のラント法も、例えば自然災害に際して軍隊〔の出動〕が要請される場合に、これを認めている。〔複数のラントの領域にまたがるような〕広域的災害緊急事態が発生した場合に〔航空機に対する直接的作用のために軍隊を〕出動させることも、権限上、許されない^{訳注20}という。さらに連邦憲法裁判所は、この権限上の理由付けと並んで、立法者に対して、連邦国防軍の航空機による直接的な戦力の出動（Kampfeinsatz）の可能性をも否定した。〔同裁判所によれば〕このような戦力の出動は、基本法1条1項の人間の尊厳保障にも、生命の保護にも違反するとされる。連邦憲法裁判所は、地上にいる事件に無関係な人間が無傷でいることが、大きな蓋然性をもって結論される場合にのみ、乗員が乗っていない航空機の撃墜が許可される、とした^{訳注21}。これに対して、事件に無関係の第三者を含め、乗客の死という不利益を甘受した上での航空機の撃墜は、憲法上許されない、とい

う。連邦憲法裁判所は、第一に、個々の人間は国家の単なる客体ではないこと、このことは連邦憲法裁判所の不変の判例に適合することを、人間の尊厳をもって、根本的に論証している。〔同裁判所によれば〕テロリストの手中にある航空機の乗客は、彼らが逃げ道のない状況に陥っているために、犯人の客体であると同時に、国家の防衛措置の客体となっている。すなわち航空機の乗客は、殺害されるという確実性に近い蓋然性をもって、無防備にかつなすすべなく、国家の行為に委ねられるという。連邦憲法裁判所の判決の原文は以下の通りである。

「そのような〔国家による〕取り扱いは、尊厳および不可譲の権利を有する主体である関係者を軽視するものである。関係者は、彼らの死が他者の救済の手段として利用されることによって、単なる物とみなされ（*verdinglichen*）、同時に自己の権利を剥奪される（*entrechtlichen*）。犠牲者として自らも保護を必要としている航空機の乗客は、彼らの生命が国家のために一方的に利用されることによって、人間であるがゆえに人間に与えられている価値を否認されるのである⁽¹⁵⁾」。

連邦憲法裁判所は、確かに、航空機を撃墜すべきかどうかの判断の過程で生じる予測不確実性（*Prognoseunsicherheit*）を認めているが、しかし同裁判所によれば、この撃墜は、航空機のハイジャック犯の支配下にある罪のない人々を犠牲にして実行されてはならない、という^{訳注22}。さらに同裁判所は、航空機に足を踏み入れたことから〔航空事件に〕巻き込まれた乗客は、航空機の撃墜に同意したものとみなされるとする見解も否定し、さらに、乗客のいる航空機がハイジャックされた場合には、撃墜の対象となりうる〔乗客自体が他の地上にいる人々に対する〕武器として扱われるという議論も否定した^{訳注23}。最後に連邦憲法裁判所は、航空機の自爆が行われた場合に地上で〔その生命を〕強く脅かされる人々のための国家の保護義務をも認めない、とした。本件第一法廷は、客観的な基本権機能から導かれると解されている保護義務の行使に際しての評価の余地（*Einschätzungsspielraum*）を確認した。しかしながら〔第一法廷によれば〕、保護義務の履行は憲法自身に違反してはならない、とされる。なぜなら、（第一法廷によれば）ハイジャックされた航空機に対して〔航空安

(15) EuGRZ 2006, S. 94 (BVerfGE 115, 118 (154)).

全法14条3項に基づいた〕武力による直接的な作用を実行すれば、航空機内に閉じ込められた攻撃の犠牲者も自己の生命の国家による保護を求める請求権を有している、ということを見做すことになるからである、という。いわく、

「彼らには、この〔生命の〕保護が、国家によって妨げられるのみならず、むしろ国家自身が、こうした無防備な生命を侵害しているのである^{訳注24)}」。

それによって国家は、人間の尊厳を侵害する方法で、人間の主体としての地位（Subjektstellung）を見做したのである、という。

かくして、潜在的な多数（potenzielle Mehrheit）の基本権主体のためになされた「功利主義的な」基本権解釈は挫折したのである。もしくは、これは、ヘフリング（Höfling）のように定式化できるかもしれない。いわく、

「外在的（extern）に理解される公共の福祉のために基本権を相対化することは許されない。なぜなら、基本権は、それが憲法上保障される範囲で、公共の福祉の本質的構成要素だからである。それゆえ個々の事例において、ある基本権が、全面的であろうと部分的であろうと、名目上の公共の福祉のために犠牲となるような比較衡量を行うことも不可能である。つまりこの比較衡量は、基本法によってすでに行われているのである。社会全体の決算（Gesamtsaldo）に基づいて功利主義的な差引勘定をすることを、基本法は認めてはいないのである⁽¹⁶⁾」。

連邦憲法裁判所は、さらに、乗員のいない航空機が問題となる場合、または〔航空機の撃墜が〕航空機を地球上の人間の生命に向けた凶器として使用しようと試みる人々に対してだけ向けられている場合にのみ、航空機撃墜の動員は許されるとした。それゆえ、憲法裁判所は、航空機安全法は、一方で基本法87a条、同35条2項・3項に基づく立法権限に違反しているとし、〔他方で〕生命に対する権利と結びついた人間の尊厳の基本権に違反するとして、〔同法14条3項を〕違憲かつ無効であると判示した。さらに同裁判所は、理由づけのな

(16) S. Höfling/Augsberg, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 22/2005, S. 1080 ff. (1084).

かで、法的効果 (Rechtswirkungen) に関して、本件では単に〔当該規定が基本法に〕適合していないことを確認するのみでは不十分であることを指摘している。^{訳注25°}

航空機安全法をめぐる本判決は、自由と安全の狭間であって、〔乗客の〕保護を選択した非常に劇的な事件であったと言えるであろう。本件ではもちろん、一方で安全、すなわち、ハイジャックされた乗客と乗員の生命の保護、他方で、ハイジャックされた航空機がもたらす地球上の人間に対する危険の双方が考慮されなければならなかった。結局のところ連邦憲法裁判所は、本判決において、具体的状況の把握が困難で、かつ時間的に切迫した〔即座の対応が求められる〕事件であっても、航空機撃墜の許可に反対する裁判を下し、事件に巻き込まれた乗客の道具化 (Instrumentalisierung) に反対したのである。本判決は、一貫して生命の保護を高く評価し、立法者に対して限定された判断余地のみを認めた裁判であって、こうしたことは、裁判が希望に満ちたものであることの証拠とも見て取れよう。さらに、テロリストによる差し迫る危険が生じているときでさえも、国家は、人間の尊厳と生命を著しく制約したり破壊したりする権限付与を行ってはならないということも、この裁判は示しているのである。

訳注 1 「民主政的正統化」の翻訳は、さしあたり、太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主政的正統化 (demokratische Legitimation) 思考の展開——BVerfGE 93, 37まで」藤田宙靖・高橋和之編『樋口陽一先生古稀記念 憲法論集』315頁以下 (創文社・2004) にならった。

訳注 2 北欧諸国の憲法裁判権につき、Vgl. A. Weber, Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, in: Chr. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 2. Aufl. 2007, S. 313 ff. (317 f.).

訳注 3 「憲法化」の翻訳は、栗城壽夫「第 2 版 はしがき」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 II (第 2 版)』(信山社・2006), 矢戸常寿『憲法裁判権の動態』279頁 (弘文堂・2005) 等にならった。

訳注 4 ライプホルツの「連邦憲法裁判所の地位」に関する「覚書」につき、渡辺康行「概観：ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第 2 版)』7頁以下 (信山社・2003) 参照。

訳注 5 Vgl. A. Weber, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Starck/Weber (Hrsg.), a. a. O., Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 2. Aufl. 2007, S. 37 ff. (46).

訳注 6 「廃棄権限」の翻訳は、畑尻剛『憲法裁判研究序説』157頁以下 (尚学社・

1988) になった。

訳注7 この点につき、工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』377頁以下（飯田稔執筆）（2002・中央大学出版部）参照。

訳注8 「特別の権利救済手段」の翻訳は、工藤編・前掲『ドイツの憲法裁判』240頁（工藤達朗執筆）になった。

訳注9 この「民衆訴訟」(Popularklage) は、自己の権利侵害を出訴の要件としな
い点で、憲法異議とは大きく異なるとされる。この点につき川添利幸教授は、
「連邦憲法裁判所自身もまた、この、自己の権利侵害が出訴の要件をなすという
点で、憲法訴願が、いわゆる『民衆訴訟』Popularklage から区別されるとし、
憲法訴願制度の目的が、主観的な権利の保障にあることを明言している」、と指
摘している（川添利幸『憲法保障の理論』184頁（尚学社・1986）参照）。また工
藤達朗教授も、「憲法異議を申し立てることができるのは、自分自身の基本権を
侵害された人だけである。民衆訴訟は認められない。他人の権利に関し自己の名
で訴訟を遂行する権利、すなわち第三者の訴訟担当（Prozeßstandschaft）は存
在しない（ただし、連邦国家争訟にはある）。政党や弁護士会のような団体は、
構成員の基本権侵害を主張することもできない」、と指摘する（工藤編・前掲
『ドイツの憲法裁判』259頁（工藤達朗執筆）参照）。

訳注10 この違憲確認判決について、詳しくは、有澤知子「西ドイツ連邦憲法裁判所
における具体的規範統制と新しい判決形式」比較法雑誌16巻4号74頁以下
（1983）、工藤編・前掲『ドイツの憲法裁判』194頁以下（有澤知子執筆）等を参
照。

訳注11 Vgl. Weber, a. a. O., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepu-
blik Deutschland, S. 48.

訳注12 ドイツにおける最近の憲法判例の発展については、わが国でもすでに多くの
研究がなされているが、さしあたり、戸波江二「概観Ⅰ：1985～1995年のドイツ
憲法判例の特色——人権」前掲『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』3項以下を参
照。

訳注13 「特殊憲法」の翻訳は、宍戸・前掲『憲法裁判権の動態』319頁、片山智彦
「審尋請求権侵害と連邦憲法裁判所の審査の範囲」阪大法学44巻1号181頁
（1994）等になった。もっとも、「spezifisches Verfassungsrecht」は、その内
実に鑑みて、「憲法固有の部分」と訳されることがある（渡辺・前掲「概観：ド
イツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」16頁や川又伸彦「憲法裁判における法
律審の事実審査——ドイツ連邦憲法裁判所の判例を中心に」法学新報103巻2・
3号549頁（2000）を参照）。本稿では、両翻訳を使い分けて用いていることにす
る。

訳注14 連邦憲法裁判所1995年10月10日決定（BVerfGE 93, 266）の判例評釈とし
て、小山剛「意見表明の自由と集団の名誉——『兵士は殺人者だ』事件」前掲
『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』168頁以下参照。

訳注15 十字架判決（BVerfGE 93, 1）の判例評釈として、石村修「公立学校におけ

る磔刑像（十字架）」・前掲『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』115頁以下参照。

訳注16 この点につき、川又・前掲「憲法裁判における法律審の事実審査」558頁以下参照。

訳注17 「法的聴聞権」の翻訳は、さしあたり、笹田栄司『実効的基本権保障論』1頁以下（信山社・1993）にならった。

訳注18 航空安全法につき、詳しくは、渡邊斉志「ドイツにおけるテロ対策への軍の関与——航空安全法の制定」外国の立法223巻38頁以下（2005）を参照。

訳注19 連邦憲法裁判所の2006年2月15日判決（BVerfGE 115, 118）につき、詳しくは、松浦一夫「航空テロ攻撃への武力対処と『人間の尊厳』——ドイツ航空安全法武力行使規定違憲判決（2006年2月15日連邦憲法裁判所第一法廷判決）を中心に」防衛法研究30号119頁以下（2006）を参照。

訳注20 Vgl. BVerfGE 115, 118 (143 ff.).

訳注21 Vgl. BVerfGE 115, 118 (160 ff.).

訳注22 Vgl. BVerfGE 115, 118 (157).

訳注23 Vgl. BVerfGE 115, 118 (157 ff.).

訳注24 Vgl. BVerfGE 115, 118 (160).

訳注25 Vgl. BVerfGE 115, 118 (165 f.).

〔後記〕 本稿は、オスナブリュック大学法学部アルブレヒト・ヴェーバー教授（Prof. Dr. jur. Albrecht Weber an der Universität Osnabrück）が、早稲田大学比較法研究所の主催により、2007年9月10日に同大学で行った講演（原題は、„Das Bundesverfassungsgericht — Grundlagen und neuere Entwicklungen“）の原稿の翻訳である。本講演のさらに詳細な内容については、本原稿の脚注でも引用されている、2007年に公表された教授の二つの論文、A. Weber, Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, in: Chr. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 2. Aufl. 2007, S. 313 ff.; ders., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Starck/Weber (Hrsg.), a. a. O., S. 37 ff. を参照されたい。

ヴェーバー教授は、DAAD 招聘研究員として2007年8月31日～9月16日の間、日本に滞在された。教授は、この間、早稲田大学のほか、専修大学（9月1日、テーマは「EU 憲法——その基礎と発展 („Der EU-Verfassungsvertrag: Grundlagen und Entwicklung“）」（以下同じ）、京都大学（9月7日）、東京大学（9月11日）においても、講演をされた。

本稿の翻訳作業に際しては、講演中になされた質疑応答の内容を参照させて

いただいた。さらに本稿の翻訳にあたって、ドイツ憲法判例研究会の先生方から、様々なご指摘をいただいた。