

講演

憲法の規範力

トーマス・ヴェルテンベルガー
高橋雅人 訳

- I. 規範力について
- II. 憲法現実
- III. 規範力の保障者として具体化する憲法発展
- IV. 憲法の規範力の限界について

憲法の規範力というテーマは、コンラート・ヘッセが、1957年に古典的ともいべきフライブルク大学での就任記念講義ではじめて取り上げた⁽¹⁾。それから半世紀たっても、このテキストは依然として、国家論の議題にも憲法政策の実務的な議題にもなっている。そこでは、〔ドイツの〕基本法のようなかなり多くの憲法が、高い規範力を発揮することができた一方で、新旧さまざまな憲法の諸ルールが、たんなる「死文」となったままだと認識されている。

Iでは、さまざまな特徴を見せる「規範力」の構想を追究することになる。IIでは、憲法の規範力に、憲法条文と憲法現実の関係に関する対案が対置される。この対案は、憲法の規範的な規準を継続発展させるときの、現実との比較的強い結びつきから出てくる。中心となるIIIは、憲法が規範力を発揮するのに必要となる枠組条件に費やすことになる。最後のIVは、憲法（Verfassungsgesetz）の規範力の体系内在的な限界を問う。

I. 規範力について

規範力は、20世紀における国家論の中心問題の1つである。それはやはり、

* 本稿にたいして先導的かつ批判的な示唆を与えてくださったシュテファン・タンネンベルガー氏に感謝申し上げます。

(1) Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.

規範が実定法に妥当しなければならないということであり、そのことから、誰もが遵守すべき法として承認されるということなのだ。規範力は3つのタイプに区別することができる。事實的なるものの規範力、規範的なるものの規範力そして憲法の規範力である。

1. ゲオルク・イエリネックの事實的なるものの規範力の理論

ゲオルク・イエリネックは、彼の一般国家学において、革命がおきた場合に旧政治・法秩序に新しい法秩序がどのようにとって代わるのか、という問題を投げかけた。新法は旧秩序の法源に立ち返らせることはできないので、現行法として認められるためのさらなる基準を必要とする。この基準を、イエリネックは、事實的なるものの規範力のなかに見ている。それは、法をもたない力(Macht)が力をもたない法と戦うという、国家の大変革を例にして展開される⁽²⁾。ここでは、事實的なるものの規範力が新法を妥当させるという。このことは、事實的なるものの規範力が人の本性に還元されるという心理学的な手が必要によって根拠づけられている。人にとって、すでによく慣れたものは、新しいものよりも、生理学的かつ心理学的にたやすく再現することができるという。事實的なるものの規範力がもつ「正当化する」作用という本質的な機能条件は、事實的な支配関係を法として承認できる⁽³⁾、という確信がそこから生じるということである。確信のないところでは、この事實的な秩序は権力(Gewalt)によってのみ維持され、少なくとも長くはもたない。たんに、実際に妥当していることだけが、慣習に基づく承認を通じて規範になるのであれば、第三者にはどんなに不当だと思われる権限も、その法共同体にとっては適法と感じられることになる。国家のもっとも純粹に事實的な力を法的に正当化された力へと変換することはいつも、事實的なるものが現状と同じでなければならないという新興の心理学的な觀念を通じて行われている。したがって、イエリネックの考えによると、「結局は、長い時を経て慣らされた事実関係の承認から、法がいつも導き出されている」⁽⁴⁾のであれば、歴史的に生成された法を正当化する承認こそが真の核心である。

(2) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914 (Neudr. 1966), S. 285; ders., Der Kampf des alten mit dem neuen Recht, 1907, S. 6.

(3) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 342.

(4) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 344.

2. 規範的なものの規範力

「規範的なものの規範力」は、すでにイエリネックが論じた事実的なものの規範力の特別な変種である。規範的なものの規範力は、法規範がその長く継続する妥当性と貫徹によって、それ以上の背後をさぐれない「正しい」法になる、ということをもたらし。したがって、事実関係が法的関係になるということではなく、現存する諸規範が「正しい」諸ルールとみなされ、遵守されるということである。規範的なものの規範力は、諸規範の長く継続する妥当性と貫徹が、個人と集団の法意識を刻印づけることによって説明される。

このことによって、時間の現象は、法意識の法秩序への適合にたいして決定的な重要性をもつ。伝統と歴史的な継続性によって、法秩序は、市民の眼には承認すべきものと映った。法律がたびたび正しいと見られたのは、その長く継続する妥当性ゆえに正しさの推定を内包していたからである。この意味で、古代から繰り返される「慣習 (consuetude)」と「法律 (lex)」の関係が復元される⁽⁵⁾。この時間の正当化する力は、長い時間かけて慣れたものの方が、新しい振舞い方を受け入れることよりも、心理学的に見て、少ない抵抗ですむということに基づいている。長いこと存立している法律は、たびたび、卓越したものと見ることもできるし、正しいものと鵜呑みにすることもできる。これにたいして、新たに制定されるルールは、初めてつくられるもので、自己の振舞いの指針 (Richtschnur) になるものでなければならない⁽⁶⁾。保守主義者たちだけでなく、その他の法の服従者たちの大多数にとっても、法は法伝統によって正当化される。時間とともに、法意識は、社会秩序を決定し法的安定性を保障する法律上のルールに成長していく。規範的な伝統と法へと志向する慣習は、ある強力な法意識を刻印する力をもつのである。

こうした、法律と法の規範力、つまり法意識を形成する力⁽⁷⁾は、そのほか

(5) *Sten Gagnér*, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, 1960, S. 21, 27 m. Nw.

(6) *Ernst Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung, 1921, S. 250 ff.; *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 337 ff.; *Eugen Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. Aufl. 1967, S. 327 ff.

(7) *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2011, § 21 II; *Thomas Würtenberger*, Zeitgeist und Recht, 2. Aufl. 1991, S. 208 ff.; *Martin Killias*, Zur Bedeutung von Rechtsgefühl und Sanktionen für die Konformität des Verhaltens gegenüber neuen Normen, in: E.-J. Lampe (Hg.), Das sogenan-

に、すべての者に遵守される法律ということから由来する、一定の同調性のプレッシャーに基づいている。法律が成立するともう、経験的に、法律への同意は強まる。こうした法意識の刻印は、言うまでもないことだが、民主的に正当化された立法者の権威にも基づいている。国家の民主的な諸原則にしたがって組織された権威の領分の流出 (Emanation) として、法律は、まずもって正当性それ自体を推測することになる。

3. 憲法の規範力

ゲオルク・イエリネックの「事実的なものの規範力」をコンラート・ヘッセは「憲法の規範力」と対置した。イエリネックの本質的なテーゼを、ヘッセは次のような (レトリックの) 問題でスケッチしている。「事実関係の特定の力と所与の政治的な力および社会的な力と並んで、ある一定の憲法法の力というものも存在するのだろうか。この力は何に基づいていてどの範囲にまで及ぶのだろうか。」

この問いにたいしてヘッセは、対立するものの間をとりもつという彼独自のやり方で、「一方で法的な憲法から、他方で政治的・社会的な現実からの相互の条件がある」と答えている。リアルな政治的秩序である「現実の憲法」と法的な憲法は「相関的な分類関係」にある。「それらは相互に関連するが、相互依存にあるわけではまったくない。むしろ、法的な憲法には、相対的にすぎなくとも、独立した意義がある。その妥当要求は、国家的現実性をもたらす効力の一要素なのである。⁽⁸⁾」

だから、ヘッセは、憲法の規範的な独自の地位を承認し防護するのだ。もちろん、その地位の経済的、技術的、社会的、精神的な条件からふたたび剥ぎ取ろうとすることはない。「憲法の現実性の条件と規範性は区別することしかないのであって、互いを分離したり、互いを同一視することはできないのである⁽⁹⁾」。

さらにヘッセは憲法の規範力の可能性と限界を考えていて、これも現実との関係に目を向けることによってのみ決めることができる⁽¹⁰⁾。たとえば、憲法

nte Rechtsgefühl, 1985, S. 257 ff., 266, 270; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, 4. Aufl., 1988, S. 4.

(8) Konrad Hesse (Fn. 1), S. 9.

(9) Konrad Hesse (Fn. 1), S. 8.

(10) Konrad Hesse (Fn. 1), S. 9.

が効力をもつことができるのは、憲法が「現在の個々の性質」と結びつき、それを「未来に向かってつくりあげようとする」場合だけである。これに相應するように、憲法が、実際に事実関係に影響を及ぼしたり、事実関係を形成しようとする「場合、歴史的所与性と諸力を…顧慮することなく抽象論として国家を構成しようとしてはならない」。結局、ヘッセは「憲法が規範力のための最適な基準を展開できる条件」を挙げているのだ。ここには、すでに言及した、その時々々の個々の状況に憲法を結びつけることと並んで、「変遷する政治的・社会的現実のなかで生き生きとしていられる」能力も含まれるのである。

ここで憲法の規範力は「所与のものへの巧みな適合」に依拠するだけではない。さらに、憲法への意思は、憲法生活にたいする責任という意識においてのみならず、国民の一般的な意識においても完全に決定的なものとして付け加えなければならない。こうして憲法から、政治的なものの優位をたしなめるという思想が要請されるのである。

ここから、憲法解釈の重大な新しい手がかりが生ずる。ヘッセは憲法解釈を、これまでの通例とはちがって、最適に憲法を実現するためだと考えている。つまりそれは、具体的な条件下で規範的なルールの意味を最適に実現することという、かの解釈をつねに要請することである。ヘッセは、「憲法の規範性」という彼の包括的なテーゼを以下のようにまとめている。「法的な憲法は、歴史的現実を通じて条件づけられる。法的な憲法は、時間という具体的な所与性から引き剥がされるものではない。法的憲法がこの所与性を考慮する場合にのみ、所与性にたいする妥当要求が実現される。しかし法的な憲法は、たんに、そのときどきの現実の表現物というだけではない。その規範的要素の力は、政治的・社会的現実を法的憲法の立場から整理し、形づくる。しかし、こうした相関的な存在と当為の分類から生じるのは、憲法の規範力の可能性でもあり限界でもある⁽¹¹⁾」。

1961年にハンブルクで行われた「国法学者小大会」とも呼ばれる公法の助手の最初の学会で、エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデは、後のフライブルク大学の同僚であるヘッセのこのテーゼを取り上げた。「憲法の規範力？ 憲法理論の方法論的な基礎問題」と題する彼の報告は、たしかに公刊されてはいないが⁽¹²⁾、ヘッセの就任記念講義本にたいする幅広くねらいを定め

(11) *Konrad Hesse* (Fn. 1), S. 16.

(12) Vgl. *Alexander Hollerbach*, *Vermischte Reminiszenzen: Rückblicke auf die ersten vier Tagungen*, in: *Dalibor u. a. (Hg.), Perspektiven des Öffentli-*

た彼の書評に、その基本思想が表わされている⁽¹³⁾。哲学的な有力な見方によれば、厳格に互いに分けられる存在と当為の溝を、ヘッセが架橋しようとした、ということが評価されている。なぜなら、存在、つまりリアルな諸関係から、規範のないし倫理的な規準を導出することは不可能だといわれているからだ。もっともベッケンフェルデは、ヘッセが要請した、最終的に憲法の規範力を担わねばならない「憲法への意思」という形で、事実と規範を相関的に分類することにたいしては批判をしている。ではいったい、憲法への意思とは何なのか。憲法からの思想というのは、どんな内容をもつのか。その答えは、「規範的なものは…、現実的なもののなかで規範的にありうるものと考えられ、実現されることのできるもの⁽¹⁴⁾」となるのだろう。

結局ヘッセは、自身の構想によって、「国民主権原理に関する憲法の規範〔力〕の原理」を打ち立てた⁽¹⁵⁾。彼のありとあらゆる結論につながるこの研究の端緒は、20世紀が更けゆくまでフランスで支配的だった憲法理論および憲法実務と比較することで明らかにされた。フランスの「法律の遮蔽 (Loi écran)」理論によれば、主権者としての議会によって締結され民主的に正当化された法律は、憲法の規範力を損なうペールのように、憲法を覆い隠す⁽¹⁶⁾。これにたいして、ヘッセの構想における憲法の規範力は、単純法を貫徹し規定するものとされる。このことは、憲法からの方が民主的に正当化された立法者にに基づくよりもずっと、最終的にドイツの憲法裁判権の特別な役割を説明する理由の一つとなりうるものが考えられるというのだ。ドイツの分野では、フランスのモデルをパラフレーズして、「憲法の遮蔽 (constitution-écran)」つまり、ペールのように法律を取り囲む憲法、ということもできるかもしれない。

50年代半ばのヘッセのこの考察から、規範と現実との、すなわち基本法と生の現実との具体的な関係が変わった。憲法の規範力という要請、すなわち、憲

chen Rechts, 2011, S. 33, 37.

(13) Ernst Wolfgang Böckenförde, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 118 (1962), S. 172 ff.

(14) Böckenförde (Fn. 13), S. 174.

(15) Konrad Hesse (Fn. 1), S. 20.

(16) Vgl. Thomas Würtenberger, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmenseetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), S. 139. 151 m. Nw.

法の意味での現実に影響を与える憲法の能力という要請が実行された。50年代半ばに、まだ「先取りした」憲法としての基本法は、しばしば時代遅れの現実と対立していて、本質的な分野において、そうした矛盾を、基本法の規範的規準を具体化することで解消した。憲法の規範力は、憲法自体を現実にする、という理論的な構想なのである。

ヘッセの憲法の規範力の構想は、ときが経つとともに広く承認された基本法の新たな憲法理論を、画期的にも先回りしていたのだった⁽¹⁷⁾。未来に開かれた憲法としての基本法と、憲法条文の具体化という絶え間ない課題は、（ともにもう一度立ち戻ることになる）理論的な構想として、つまりは、彼のフライブルク大学の就任記念講義に端を発する。こうした理論的な端緒をあとづける者だけが基本法の規範力の根源を把握することになる。

ヘッセのこの端緒は、それが時代に応じた、しかも時代精神にかなった憲法法の継続的發展を扱うものであるかぎり、ヘーゲル哲学に負っている。ここで、憲法の規範力は、過ぎ去りし世紀の90年代初頭以来議論された受容（Akzeptanz）の主題とつながっている⁽¹⁸⁾。なぜなら、基本法が規範力を展開するのは、基本法を具体化する継続的發展が個人の法意識にも集団の法意識にも支持され、とくに政治階級から圧倒的に「正しい」か、少なくとも受け容れられると認められる場合だけだからだ。

II. 憲法現実

これまでどちらかといえば規範に導かれていた見方を取り替えて、フライブルク大学の政治学者ヴィルヘルム・ヘンニスによって展開された憲法現実という対案に取り組むことにしよう⁽¹⁹⁾。ヘンニスは、憲法から「一種の一般的な使命」を取り出して、一般的に維持されている諸概念を具体化しようという憲

(17) Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 5 Rn. 21 ff., § 7 Rn. 32 ff. zum Grundgesetz als „Grundordnung“.

(18) Vgl. die Freiburger Antrittsvorlesung von Thomas Würtenberger, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW 1991, 257 ff. sowie ders., Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996; ders., Die Akzeptanz von Gesetzen, in: Soziale Integration. Sonderheft 39 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1999, S. 380 ff.

(19) Wilhelm Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, 1968.

法理論の取組みに、強い調子で反論する⁽²⁰⁾。ここでは、憲法現実が基本法の規範力から影響を与えられるだけではなく、ときおり規範力から遠ざけられさえする、ということが目に留まる。

1. 憲法現実の現象

「憲法現実」は、国家共同体の現実の共同生活の一部であり、それは憲法の諸規範と諸原則の規律領域に侵入していくものである。ここで考えられているのは、国家諸機関と、ある国家に生活する人の実際上の振舞いが、憲法にかなっていると信じることである。つまり、そうした国家機関と人が理解するところの憲法に、今や、それらの振舞いが憲法の客観的に正しい解釈にいつも厳密に適合できているか、そうでないかということである。したがって、この意味での「生きた憲法現実」とは、経験的に理解でき、主観的に憲法を志向した、国家のなかで生活する人の実際上の振舞いである。市民や国家機関が憲法規範から逸脱する範囲も——「否定的な場所」としての——憲法現実の一部である⁽²¹⁾。

ドイツにおける憲法現実とは、国法学によって本質的な部分へと刻み込まれている。立法過程において、法律案が基本法の与件に一致しているかどうかの問題について、国法学は中心となる助言を行っている。連邦憲法裁判所の訴訟では、国法学者はたびたび、当事者の代理人であり、裁判所の「大学教授」の同僚と同じ目線で争うだけではない。立法手続や連邦憲法裁判所での法律の憲法適合性に関する議論において、国法に関する政治助言にこれほどまでに幅広く尽力することは、世界的にも比類ないことといえるだろう。連邦憲法裁判所における大学教授の優位も、これまたほぼ同様に比類ないことといえるだろう。現在、女性裁判官および男性裁判官の半数以上が国法学者のなかから構成されていて、憲法現実の観点が効果をもっていないわけではないのだ。

今しがた述べた包括的な意味での憲法現実から、より狭い憲法現実の概念を区別することができる。この狭い概念は、憲法諸命題の制度化された具体化である。これは、憲法が国家機関によって解釈、適用され、そしてとくに、自覚的な憲法裁判権によって、組織された貫徹の機会が受けとられるという方法で行われる⁽²²⁾。この具体化の成果と判明したものを、法的に保障された憲法現

(20) Wilhelm Hennis (Fn. 19), S. 20.

(21) Vgl. Theodor Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl. 1987, S. 27 ff.

実と呼ぶことができるのである。

2. 憲法現実の変遷について

行政と司法の職務者の情実人事（Patronage）から、財政法上の安定性基準の観点までの多くの分野で⁽²³⁾、憲法現実はずでに長いこと、ひょっとするとずっと以前から、憲法の規範力から逃げています。加えて、憲法現実、絶えざる変遷を被る。ここでは、憲法の改正ではなく、憲法実務の変化が問題となる。憲法実務のそのような変化は、基本法の規範的な指導的モデルから離れると、特殊利益とぶつかる。最近では、議会主義の領域から以下の実例を挙げることができる。

- （1）連邦議会は公開の議論と議決の場所であるといわれる。事実はもはやそうではない。本質的な決定は連邦議会の委員会で行われる。連邦議会の中心となる討論は、実体がないままで、ほとんど議員のいないところで行われている。表決された法律条文を、やはり表決に出席する国会議員のうちの大多数は理解できていない。
- （2）連邦議会では公開の議論はもはやほとんど行われていない。公開の政治討論は、関係するメディア、とくにテレビのトークショーへと移動した。議会の公開性機能がこうして周縁化した結果、目を見張るようだが、同時に白状すると、——最近では公式にも認められた実務だが——議事録に演説文を提出することができるのだ。文書手続におけるそのような議会の公開性は、議会制度へのあらゆる要請と矛盾している⁽²⁴⁾。
- （3）さらに、たとえばハーツ第4委員会（Hartz IV-Kommission）のような特別な委員会で、本来の政治的意思形成が行われることで、脱議会化がなされる。連邦議会には、もう、議会の外で行われた妥協をあとづけることが残されているだけである⁽²⁵⁾。

(22) Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 7 Rn. 71.

(23) Vgl. bereits Wilhelm Hennis (Fn. 19), S. 7 ff.

(24) Claudia Kornmeier, Rede zu Protokoll-der Bundestag formalisiert ein lange praktiziertes Verfahren, DÖV 2010, 676 ff.

(25) Nachweise bei Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 11 Rn. 53.

当然、憲法裁判の統制にほとんど服さない議会実務の分野では、目下の議会主義の現実、憲法国家と基本法の理想像からは完全にかけ離れている。こうして、基本法が重要な分野で規範力を失った、ということが確認される。

3. 政治的なスタイルと憲法法 Verfassungsrecht

国家生活は憲法法の規範だけでなく、他の社会的諸規範によっても規律される。市民生活には、法規範のほかに、付加的な規律として、社会道徳、取引慣行、商慣行の規範があるように、憲法生活においても——法規範にまかせた裁量の範囲で——特定の政治的スタイルの枠組みが展開している。これにはたとえば、政治的な敵対者にたいして守らなければならない公正のルールや、たとえば政府の構成員が道徳的または政治的に不適切とされた場合に辞職を要求するような行動規準を挙げることができる。とくに、政治システムが十分に機能するのは、そうしたスタイルの枠組みをひろげて遵守する力とやる気しだいとなっている⁽²⁶⁾。

III. 規範力の保障者として具体化する憲法発展

憲法の規範力は、その受容、すなわち、本質的に強制ではなく憲法を遵守する法の服従者の受け容れ態勢による。なぜなら、憲法は「正しい」秩序として、または少なくとも受け容れられる秩序と感じられるからである⁽²⁷⁾。この受容をかちとって受けとることは、憲法実務と憲法学にとっては絶えざる挑戦である。このとき、あらゆる主体に重要な問いがたてられる。集団の価値観が変遷するときに、基本法が、社会的、文化的あるいは技術的な領域、そして国際的な秩序のなかで、自らの規範力を維持し、それによって同時にこの変遷過程を規範的に制御することはどのように達成できるのだろうか？ つまりは、規範的な規準が、広く社会的領域の受容と政治的領域の受容によって担われるのだろうか？

1. 憲法改正による規範力

集団の価値観と正義感の、つまり時代精神⁽²⁸⁾の変化は、繰り返し基本法に

(26) Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, §§ 6 I; 27 II.

(27) Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 16. Aufl. 2010, § 16 I 2.

(28) Hierzu Thomas Würtenberger, Zeitgeist und Recht, S. 105 ff.

影響を与えてきた。新たに挿入された国家目標は、基本法の価値の書字板（Wertetafel）を拡大し、時代の要請に適合するように基本法の規範力に役立っている。とくに新しい国家目標である環境保護を上げることができる。基本法20a条は、ほぼ20年つづいた議論があつて環境保護が集団の意識においても特別な意義をもつようになったあと、基本法に受け入れられたのである。とくに、男性と女性の事実上の平等取扱いを促進し、それによって集団の意識のなかで起きた社会における女性⁽²⁹⁾の役割の静かな革命を受けとめた新たな基本法3条2項2文が特別な意義をもつ⁽³⁰⁾。

2. 憲法の継続的發展と憲法解釈の基準としての変遷する 社会的現実の相互関係

憲法は休んでいてはいけない。憲法のなかでは、ありとあらゆる発展が予見できているわけでも、規律されているわけでもない。憲法公布の時点から歴史的な隔たりが大きければ大きいほど、憲法を継続形成する課題は切迫してくる。憲法法規範は、国家共同体の現実、とくに政治的、経済的、社会的利益および権力関係（そして団体による代表）、政党制度の現実、そして世論およびマスメディアで表明される意見との多様な相互関係にある。こうした諸要素は、憲法が内容的に形作られて継続的に発展させられるように、決定への影響をもつ⁽³¹⁾。

憲法規範の解釈に際しては、現実も一緒に考慮されねばならない。この規範

(29) Josef Isensee, Vom Stil der Verfassung, 1999, S. 34によれば、ここでは「フェミニストの時代精神」に反対する言及が問題となっている。彼は、改正された基本法3条2項2文と20a条を「象徴的な憲法の立法」と呼び、その意味を政治的・法的発展とはほとんど考えなかった。

(30) もっとも基本法3条2項の新たな国家目標規定は、たんに基本法3条2項についての連邦憲法裁判所のかつての判例を確認し強化しただけである。これは、平等取扱いの要請をすでに、社会的現実には拡張し（BVerfGE 85, 191, 207）、性別グループに典型的に該当する不利益を調整するのにこの国家目標規定を使う場合、法律による不平等取扱いを正当化したのである（BVerfGE 74, 163, 179 ff.）。つまり、憲法条文の規範力の変動は、憲法裁判官の法と憲法改正立法者によるのと同じように行われうることである。これについてはあとで再び立ち返ろう。

(31) Reinhold Zippelius, Grundbegriffe der Rechts-und Staatssoziologie, 2. Aufl. 1991, §§ 5 II; 12.

は、生の現実に関係づけて具体化される。とくに、いかなる解釈をすれば、規範がその目的を最良に達成するののかということについては、生の現実にかかっている。憲法公布のあとに、社会的・技術的あるいは経済的な変動が生じたり、または、集団の価値観と行動様式が変遷すれば、憲法の個別規定の意味変遷を、すなわち「静かな憲法変遷」をもたらすかもしれない。「規範はつねに、規範が作用すべきところの社会関係や社会観・政治観の文脈のなかにある⁽³²⁾」。たとえば、経済的な生活保障の新たな形式は基本法14条の具体化に、そして新しいコミュニケーション技術は基本法5条1項の具体化に影響を与えている⁽³³⁾。まったく一般的に定式化すると、議論による評価や衡量が問題になるのは、憲法法の諸規範が、変遷する社会の現実を目を向けることで具体化され、継続的に発展させられる場合である⁽³⁴⁾。基本権部分の継続的発展における中心目標は、個人の自由と集団の自由の実効的な保護であり、また、比例原則を志向する基本権の自由の限定である。

変遷する現実においてすら、憲法の規範的規準の実効化を目指すこうした憲法解釈の方法は、あるべき憲法や憲法が果たさねばならないもの、という一定の理解に根づいている。とくに基本法は、基本権部分、また国家目標、国家構造規定では、固定的ではなく開かれた動的な憲法である。こうして基本法解釈は、歴史の変遷と生活関係の変動に対応することができる。この種の開かれた憲法は、社会的・経済的な変遷に際して、連邦憲法裁判所の判例によって、そのつど継続的に発展させられる。

憲法諸規範の文言は、しばしば、意味の少なからぬ作用域をもっていて、そのなかでは、諸概念や憲法諸原理の規範的内容が、変わりゆく社会的現実を含めることで詳細に具体化される⁽³⁵⁾。ここでは、古典的な解釈ルールによって、すでに憲法規定に規定された規範内容をつきとめるのではなく、法創造として憲法規定を継続的に発展させるのである。要するに、法認識ではなく、法創造、つまり法創造的憲法発展なのである。

(32) BVerfGE 34, 269, 288.

(33) BVerfGE 53, 257, 290 f.; 57, 295, 322 f.

(34) *Thomas Württemberg*, *Auslegung von Verfassungsrecht-realistisch betrachtet*, in: *Festschrift für Hollerbach*, 2001, S. 223, 230 ff.

(35) 具体化としての憲法解釈については *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995, Rn. 60 ff.; kritisch *Jestaedt*, in: *FS für Isensee*, 2002, S. 197 ff.

3. 開かれた憲法としての基本法

基本法には、政治と法の（ほぼ）あらゆる領域に、規範的拘束力によって方向性と基準を与える基本秩序がある。この構想によると、基本権は単なる防禦権ではなく、国家をも基本権の保護に義務付ける——国家任務としての基本権の自由の保障。基本法5条1項2文のプレス、放送、テレビ、映画や、基本法14条1項1文の所有のような制度的保障は、技術的、社会的または経済的な変化があれば変動しうる。同じことは、民主主義や法治国家といった憲法諸原理にも当てはまる。変遷する技術的、社会的または経済的關係に直面して、憲法法のルールと原理は繰り返し新しく具体化され、それによって実現されねばならない。この基本法の具体化は、連邦憲法裁判所による伝統的な解釈のなかでは基本法の条文を踏まえるのだが、結局、変わりゆく社会・経済的現実のために、一般的憲法原理から新しい憲法法の規準が展開されることになる。

4. 指揮をとる憲法としての基本法

基本法は、国家行為を整序し限界づけるだけでなく、それ以上に、指揮をとる憲法（eine dirigierende Verfassung）である。これはとりわけ基本権に当てはまる。国家介入からの保護を志向する古典的な基本権論は、重要な側面を付け加えている。つまり諸基本権は、法と政治を指揮する客観的秩序の諸要素なので、諸基本権は国家に保護（基本権保護義務）を義務付ける。そのほかの例は、なかでも、基本法5条1項と民主主義原理から、憲法法の放送秩序が技術的な変化と結びついて発展した連邦憲法裁判所の放送判例、または、社会の変遷に基づいて所有権概念を継続的に発展した所有権判例がある。

基本法から政治と法の方方向性と規準をとりだすという考え方は、状況・時間・領域に特有の憲法実現にいたる。そのようなプロセス的な憲法実現は⁽³⁶⁾、基本法の条文の裁判官法による大幅な継続的發展のなかで明らかになる（いわゆる憲法裁判官法ないし裁判官憲法）。誇張して言う、憲法法は、一部は基本法にあるが、大半は、今やほぼ130巻にもなる連邦憲法裁判所の判決にある。判例についてはあとで触れることにする。

基本法の構想は、状況・時間・領域に特有の具体化すべき基本秩序として、いろいろと議論された「法秩序の憲法化」にいたる。基本法の解釈は中心的分

(36) Gunnar Folke Schuppert, Staatswissenschaft, 2003, S. 817 ff.

野の単純法の発展と解釈にたいして、繰り返し新しく具体化される「指針」⁽³⁷⁾と変遷する規準を与える。基本法の単純法への照射はたびたび次のように帰結する。単純法は具体化された憲法である、と。この意味で、フリッツ・ヴェルナー⁽³⁸⁾はすでにかなり前から、具体化された憲法としての行政法を語っていたのである。

このように、憲法が単純法秩序を幅広くつかみだすことで、基本法は指揮する憲法になるだろう。この発展にたいする批判⁽³⁹⁾はまたあとで触れる。

5. 憲法を発展させる権力の担い手としての連邦憲法裁判所

憲法発展の過程は、まるっきり連邦憲法裁判所に牛耳られている。基本法の憲法発展を現実主義的に考察するとき、たんに歴史的に、憲法制定状況から基本法の規範的規準を捉えようとする⁽⁴⁰⁾、憲法法の置かれている状況と一致しなくなる。そう考えると、歴史的な手がかりを一面的に選びとらないことでこそ、憲法裁判官の裁判権が遂行されてきたことを見誤ってしまう。

連邦憲法裁判所の判例による基本法の具体化は、ここでは個別に述べることはできない。憲法裁判官による法 (Verfassungsrichterrecht) は、連邦憲法裁判所判例集のここのまではほぼ130巻のなかで、基本法の条文の上に積み重なって、継続的に発展してきたので、基本法のなかの憲法法は、連邦憲法裁判所の判決のなかの憲法法よりもわずかしかない。したがって、連邦憲法裁判所は憲法を発展させる権力の決定的な担い手⁽⁴¹⁾なのである。

(37) BVerfGE 96, 375, 398.

(38) Fritz Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527; Matthias Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: ders. u. a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 86.

(39) Vgl. Christian Starck, HdStR, 1. Aufl. § 164 Rn. 5 ff.; Ernst Wolfgang Böckenförde, NJW 1976, S. 2091; Helge Lothar Batt, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, 2003, S. 377: 憲法を解釈する憲法裁判権の支配による、民主的に正当化された立法者を低下させる危険。

(40) たとえば Matthias Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 332 ff.

(41) この術語については Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 395 ff.

a) 憲法変遷による「社会契約」の補正

憲法変遷—たんに憲法の具体化にかぎらない—をこの文脈で扱うことができるのは、憲法解釈の新しい理論の手がかりが基礎となる場合や⁽⁴²⁾、あるいはまったく一般的に、ある憲法の具体化が連邦憲法裁判所によって断念され、別の憲法の具体化に取って代わられた場合である⁽⁴³⁾。連邦憲法裁判所は、多くの判決でそのような憲法変遷のための諸前提をはっきりとつくり出した。社会的または経済的諸関係の変化は、しかも人々の行動様式や価値観によっても、憲法解釈の変更を必要とする⁽⁴⁴⁾。

憲法裁判官による法は、この種の根本的な新傾向のなかで、フランスの国家論が定式化したように「社会契約 (pacte social)」を補正し、そこで憲法は、社会の絶え間ない変動に適合させられる⁽⁴⁵⁾。憲法は、連邦憲法裁判所によって具体化され、または変遷された形で、世代を超えて「社会契約」をともに形成できる場合に、規範力を発揮する。

憲法の具体化や憲法変遷によって、「社会契約」がともに形成されるなら、連邦憲法裁判所は、かなりの程度で、政治領域と社会領域での受容に頼らざるをえない⁽⁴⁶⁾。これには、よき大まかな条件がある。連邦憲法裁判所は、世論

(42) たとえば、基本権の解釈における変遷というのは、客観的秩序の要素としてであって、もはやたんなる防御権としては理解されない場合、つまり「過少に」充足されてはならず、それによって立法者の内容形成の自由が制限されるという基本権保護義務から導かれる場合である (BVerfGE 7, 198, 225; 39, 1, 41). *Rainer Wahl* (Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte in internationalem Vergleich, in: Merten/Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, 2004, § 19 Rn. 1) は、これを第二次世界大戦後のドイツ国法学のセンセーショナルな発見と記している。

(43) これについては、外国の観点と比較法の観点からは *Michel Fromont*, *Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*, in: *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, No 20 (2006), S. 110 ff.; *Thierry Di Manno*, *Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, ebd., S. 135 ff.; *Elisabeth Zoller*, *Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, ebd., S. 104 ff.

(44) BVerfGE 96, 260, 263; BVerfG-K DVBl. 2004, 1108 ff.

(45) *Thierry Di Manno*, *Les revirements*, S. 102.

(46) *Thomas Württemberg*, *Auslegung von Verfassungsrecht*, S. 239 ff.; *Christoph Schönberger*, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in: *Jestaedt u. a., Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 9, 54 f., 58 (連邦憲法裁判所は、「社会の新たな発

調査においてかなり高い受容を享受している。連邦憲法裁判所は一種の社会の裁判所 (Gesellschaftsgericht) であり、裁判所の判決において社会のなかの希望や怒りを拾い上げ、それを広く受け容れられるやり方で処理することができる⁽⁴⁷⁾。そうした判決は、政治領域の態度決定と広範な事実の尊重に基づいている。まるで教科書に従ったように、憲法法の規準や与件が、事例に応じて展開されている。連邦憲法裁判所は、自己の決定をメディアで発表し、決定の重要な理由を発表することに骨を折る。それは、同じく、かなりの程度の受容をつくりだす。そうして、とくに連邦憲法裁判所の裁判官は、裁判所の判例の筋を売り込むために、メディアと学問的な著作のなかにあらわれるのである。

この観点で、憲法の規範力や基本法の受容を語ることはあまり的確ではない。より正確には、連邦憲法裁判所の判例の規範力に合わせる、ということになるだろう。しかし判例は憲法への意思によって担われ、政治的行為と個人の行為の土台になる。基本法は、憲法条文としてではなく、その具体化や連邦憲法裁判所による基本法の変遷のなかで、独自の規範力を発揮するように思われるのである。

b) 憲法改正する立法者と連邦憲法裁判所の対話

この社会契約の関係のほかにも、大いによく考えられているのは、広範な憲法具体化を通じて、結局、憲法改正立法者の諸機能の担当を憲法裁判権が自身で正当化する、ということである⁽⁴⁸⁾。というのも、たとえば新たな基本権の創造によって、移ろいゆく時勢に憲法条文を適合させること自体、憲法改正立法者の任務でなければならないからだ。いかなる裁判官の法でも、ここで最終的な正当化の源泉となるのは、憲法改正立法者が、憲法の改正を通じて憲法裁判官の法と憲法変遷に立ち向かい、自身で「社会契約」の継続的發展のイニシアティブをとることができる、ということなのである。

ドイツ連邦共和国の歴史において、憲法改正立法者は何度も、連邦憲法裁判所の判例に、修正の目的で影響を及ぼしてきた⁽⁴⁹⁾。このことは、たとえば基

展にたいする一種のトレンドスカウト (流行の偵察) である」)。

(47) Thomas Würtenberger, *Auslegung von Verfassungsrecht*, S. 240.

(48) Vgl. Thomas Würtenberger, *Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts*, in: Guggenberger/Würtenberger (Hg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?*, 1998, S. 57 ff.

(49) EU 法のレベルでも、欧州裁判所による条約の限定解釈に対応する条約改正

本法72条2項の、連邦法律による定め必要性条項を規範化したことがあてはまる。1994年の改正は、これまで認められてこなかった、必要性条項の遵守を連邦憲法裁判所によって審査させることを狙いとした⁽⁵⁰⁾。連邦憲法裁判所が一連のセンセーショナルな決定のなかで、連邦の立法権限を切り落とした後⁽⁵¹⁾、2006年の連邦制の改革が、基本法72条2項の適用領域を再び明確に限定した⁽⁵²⁾。基本法16a条における庇護権や基本法13条3-6項の盗聴工作の新ルールも連邦憲法裁判所の判例に応えたものである⁽⁵³⁾。

IV. 憲法の規範力の限界について

憲法国家では、規範力が憲法にふさわしいものでなければならない、ということに疑いはない。たしかに響きとしては憲法条文を公布しているようだが、憲法現実を掌握できていない多くの諸国家の憲法に目を向けると次のことがわかる。民主的で自由な政治秩序をもつことができるのは、憲法の規範力が政治的・法的生活を決定できるときだけである。このことは、とくに基本権の問題においても政治的・法的秩序をともに形成する憲法裁判権を前提としている。古い名言にしたがって、行政法の権利保護は法治国家の丸天井の要石を成す、ということと同様に、憲法の基本権保護は同時に、憲法の規範力の要石であり、実践された憲法国家の秩序である。したがって、憲法は、その憲法裁判権が憲法異議を認めていないすべての国家で、非常に限定された規範力だけを発揮することになる。

憲法裁判権の極めて強い優越性は次のように帰結しうる。つまり、憲法の規範力は、憲法裁判による憲法発展を通じて、民主主義原理の有力な敵対者にな

が観察される（vgl. das Gats-Gutachten des EuGH vom 15. 11. 1994, 1-5399 ff., auf das 2001 im Vertrag von Nizza durch eine Ergänzung des Art. 133 EGV reagiert wurde）。

(50) Vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG.

(51) これについて詳しくは *Thomas D. Württenberger*, Art. 72 II GG-eine berechenbare Kompetenzausübungsregel?, 2005, S. 61 ff., 74 ff.

(52) BT-Drucksache 16/813, S. 2.

(53) *Josef Isensee*, Vom Stil der Verfassung, S. 75; *Matthias Jestaedt*, Phänomen Verfassungsgericht, S. 91は、憲法改正立法者が連邦憲法裁判所の諸決定を「修正」する場合、裁判所の権威の裏をかいぐることへの連邦憲法裁判所の批判について。

る。なぜなら、憲法の規範力が指揮をとればとるほど、議会による政治形成はますます強力に縮小されるからだ。法秩序の憲法化に際して、また最近ではその安全に関する憲法判例⁽⁵⁴⁾において、政治形成にたいする民主的に正当化された立法者の特権が憲法発展によってあまりにも強く制約されるという警告によって、連邦憲法裁判所は咎められている。権限踰越をほとんど責めることができない⁽⁵⁵⁾。その最終決定権限は、次のようなアンビヴァレンスにいたる。だれにも受け容れられる憲法裁判の判例によってのみ、憲法は規範力を獲得する。逆にこれにたいして、指揮をとる憲法の規範力は、憲法が前提とする憲法法の拘束と民主的な政治形成の座標軸を慎重にずらすことができる。

憲法の規範力は、国際化した立憲主義⁽⁵⁶⁾によって、どの程度、新たな政治的・法的緊張状態に達するのか、というまったく別の問題がある。憲法の国際化とグローバル化によって⁽⁵⁷⁾、国内憲法の規範力はますます国境を狭める。とくに、ヨーロッパ人権裁判所の基本権判例は、いよいよ、連邦憲法裁判所による基本権発展の上におおいかぶさってくる。このことは対比的に、EUの領域にも当てはまる。データ保護に関して行われたEUの法制定によって、連邦憲法裁判所はデータ保護についてラストワードを喪失し、国勢調査判決以来設定されていた憲法裁判所による私的領域の保護とデータ保護の仕組みからその土台を打ち砕いた⁽⁵⁸⁾。憲法の規範力は将来、もはや国内の主権や、主権によって設立された憲法裁判権に還元されることのない憲法法の規準を顧慮して規

(54) これについては *Thomas Würtenberger*, Entwicklungslinien des Sicherheitsverfassungsrechts, in: Festschrift für Meinhard Schröder, 2012.

(55) これについては *Franz C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidungskompetenz, 2000.

(56) Vgl. *Constance Grewe/Michael Riegner*, International Constitutionalism in Ethnically Divided Societies, in: von Bogdandy/Wolfrum (Hg.), Max Planck Yearbook of United Nations, Vol. 15, 2011, S. 1 ff.

(57) この展開について *Thomas Würtenberger*, Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes, in: Verfassungsänderungen. Beiheft 20 zu Der Staat, 2012, S. 287, 299 ff. (zum Verfassungswandel des Grundgesetzes durch unionsrechtliche Vorgaben, durch eine völkerrechtskonforme Auslegung und durch ein gemeineuropäisches Verfassungsrecht).

(58) *Johannes Masing*, Ein Abschied von den Grundrechten. Die Europäische Kommission plant per Verordnung eine ausnehmend problematische Neuordnung des Datenschutzes, Süddeutsche Zeitung vom 9. 1. 2012, S. 10; *Christoph Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, S. 60.

定される。ヨーロッパ化され国際化された憲法への意思は、その受容可能性と同様、自明なものではなくなる。ここに「ヨーロッパの憲法裁判連合⁽⁵⁹⁾」のようなヨーロッパの統合過程が新たな課題に直面するのである。

(59) *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2010, 1 ff.