

西ドイツ憲法の規範統制

目次

はしがき

一 規範統制の二種類

二 抽象的規範統制の審査基準と申立権者

(イ) 審査基準等の範囲

(ロ) 抽象的規範統制の申立権者の地位

三 具体的規範統制の沿革

四 州の法規命令に対する規範統制

五 規範統制の基準

六 規範統制による無効宣言

はしがき

本稿は私の著書「西ドイツの憲法裁判」(信山社出版)の統篇であるが、同書を読まない人もわが国の憲法学に

田 上 穰 治

ついて常識があれば容易に理解してもらえらると思う。

現代のわが国の憲法学は、民主主義をとり、西ドイツと共通しており、西ドイツ憲法も民主主義の基本である国民の総意に基づく政治の規範であるから、主権者国民についてその基本的な権利を認め、国の政治組織である国会、政府、および人権を保障する裁判所による三権分立を認めることで大差はない。ただわが国は戦前から君主制を採用しているが、西独では一九一九年のワイマール憲法以来君主のいない共和制をとり、このことである程度の差異が認められる。まず国会が国権の最高機関であることは似ているが、その下に置かれる政府は、西独の宰相制に対してわが国は明治以来の内閣制度による行政を行い、また裁判所についてはわが国が司法

権独立の制度であるのに対し、西ドイツは憲法裁判所を司法権の上に頂点として認めたから、あたかも憲法裁判所が最高裁判所と異なり、立法、行政、司法すべての上にあり、絶対の地位をもつようにみえるが、国会が立法権として立法の自由を確保し、裁判所がこれを支配することには憲法上厳しい制約があるから、この点でもわが国の権力分立と大差はない。このような立場から本稿では、憲法裁判所がわが国の最高裁判所とどの程度に差異があるか、これによって国会、政府と裁判所の関係がどのような影響を受けるかについて問題とすることにした。その要点は、立法または行政が憲法に違反するとき、連邦憲法裁判所（以下連憲裁と略称する）が違憲と非難された立法を審査し、これを合憲に改めるためとる方法と、わが国の最高裁判所との差異を主として究明した。この方法を憲法裁判所の規範統制という。

わが国でも憲法八一条の規定で、法律、命令その他が憲法に適合するか否かを審査し、最終の判断を下すものとして最高裁判所の権限を認めている。ただこの権限についてわが国にも学説の対立がある。最高裁判所が法律の合憲性を審査するには、具体的事件に適用する場合の

先決問題として法令を審査するのであり、したがって具体的事件に適用するべき法令審査となるが、西ドイツにおいてはこのほか、法令が適用される個々の事件ではなく、法令自体が憲法に違反するか否かを審査する場合があり、これを具体的規範統制に対して抽象的規範統制という。けれどもわが国で最高裁判所は一般に法令それ自体の合憲性を審査することができ、あるいは司法権の行使にあたって具体的事件の裁判に適用する法令の合憲性を審査する場合に限られるかの問題があり、通説は司法権の性質上、後の場合の審査を行うに止まり、一般的審査は司法権の範囲から除かれるとし、最高裁判所は憲法裁判所でなく、具体的事件に関する審査に限られるとしている。これによって西ドイツでは抽象的規範統制として明瞭に憲法裁判所の性質をもつが、わが国のように具体的事件の適用にあたり偶発的にその違憲審査（*Inzidentprüfung*）を行う場合もある。以上が日独の制度の区別の概観であり、これを以下に説明したいと思う。

一 規範統制の二種類

西ドイツの連邦憲法一〇〇条一項は、裁判所の裁判に

当って法律の効力が問題となる場合に、規範統制の申立を許す訴訟のことである。それが抽象的規範統制 (*abstrakte Normenkontrolle*) といわれるのは、民主政治の原則による立法府の制定した法律について例外的に裁判所の審査が許されるからである。民主政治は国民主権を原則とし、国民の総意によって立法された場合はこれを尊重することが憲法の原則である。法律が国民の総意による憲法に反して違憲とされるとき、その瑕疵を裁判所の確信において違憲と認めるときにのみ、民主制の原則を例外的に已むを得ず破り、立法権の支配を最高の司法権の側から違憲とするのである。原審の裁判を法律に基づかないものとするときは、基本権の保障のために例外を認めることが必要の場合であるから、この例外は狭い範囲で認めるほかはない。適用される法律が連憲裁によって憲法と一致しないと認められるためには、連憲裁の確信によって憲法違反とすることが必要であり、合憲たることに疑いがあり、仮に八〇パーセントは合憲と解釈される場合にも、二〇パーセントの違憲とみられる理由がある場合は合憲と認めることを得ず、裁判所が確信をもって違憲の判断をする場合でないから、疑わしい場合

は国会による立法を合憲と認めなければならない。つまりこの規範統制においては、問題となる法律を違憲とすることが動かし難い判断であるとして、これを覆えすことにつき規範統制の審査を許すのである。したがって規範統制の申立をする場合にも、違憲の解釈の余地があり得ることについて法的確信 (*Überzeugung*) がある場合であって、その法律が合憲か違憲かいずれの判断をとるべきか明確でない場合は、連憲裁は合憲の判断をとる必要があり、規範統制を申立てることができない。このことを連憲裁法七六条は、申立権者が実質的または形式的に連邦憲法に一致しないことが明確でない連邦法または州法を適用して裁判を行った場合には、規範統制の申立ができないこととする。また反対に裁判所、行政機関または連邦もしくは州の機関が連邦憲法その他の連邦法と一致しない場合にこれを適用しないと判断したときに、これらの規定を連憲裁が有効と判断できる場合に一般的規範統制の申立ができるのであって、これを単純に法律の合憲性の審査ということではできない。前の場合は連憲裁法七六条一号の規定であって、既に問題の法律が無効と考えられることが事実上明らかな場合であり、後者は

同七六条二号の場合であつて、問題の法律が違憲として適用されないことが現実であり、これをその後になつて有効と判断した場合である。いいかえれば、その法律が無効または不適用とされることは既に事実上明らかな場合で、容易に変更し難い場合に限る。この点においても抽象的規範統制は、既に立法または行政が公益上抽象的に合憲として扱われる段階で、連憲裁がこれを違憲とすることによつて立法府の權威を覆えず (Verwertung) 必要ある重大な場合であるから、何れも合憲性の推定が許されない場合である。このように抽象的規範統制は例外的な極めて異常な事態であるから、例外の場合に限つて違憲の判断をもつて民主制の原則、人權の尊重を保障し、これを救うものである。なおこのような例外は嚴格に戒めなければならぬから、この申立をするのは憲法七六条の場合に限られ、連邦政府、州政府または連邦議會議員の三分の一以上の者のほかは、申立を許されない。連憲裁法六三条では、このような機関訴訟の申立人は申立の相手方と同じく、連邦大統領、連邦議會、連邦參議院、連邦憲法四五条による委員會のほかは連邦憲法もしくはは連邦議會、連邦參議院が固有の權限をもつこれらの

機関の一部を議事規則により認められる場合に限つて申立の資格ある者とされ、これは機関訴訟 (Organstreit) として当然に原告または被告の制限等があるが、これらとは全く異なり、抽象的規範統制の申立人は、連憲裁法七六条によつて抽象的または具体的規範統制 (konkrete Normenkontrolle) を申立てるのみの資格であつて、規範統制の手續においては原告または被告でなく、ただ規範統制の手續を連憲裁に対して求めるに過ぎない。言い換えれば、原告、被告、關係人の存在しない裁判手續である。

要するに規範統制が抽象的な場合は、国会が最高機関として主權的地位を占める權威を制限する極めて重大な場合であり、憲法の原則を保障するために、基本權の尊重も含めて司法權によつて制限する場合である。これと異なり具体的規範統制は、一般の訴訟において適用すべき法規が憲法に適合しない場合に、例外として憲法裁判所がこれを審査し、その不適用を決定するものであつて、必ずしも抽象的規範統制のような例外ではない。ただ十九世紀までの西ドイツにおける君主制の連邦のように裁判所の審査が否定され、二十世紀に至りワイマール憲法

が連邦の最高裁判所として国事裁判所 (Staatsgerichtshof) に違憲立法審査権を認めたが、理論的には君主制の伝統が残り、また連邦制のために州の立法と連邦憲法との関係で連邦内部の法令の破棄権の集中 (Verwerfungsmonopol) が十分に認められず、実際の政治には法律の違憲審査に殆んど実例がなく、ボン憲法に至り、連邦憲法裁判所の創設によって審査および破棄権の集中が認められたが、今日においてもなお、条約と国内法の関係、あるいは連邦の法律と州の法規命令の関係が破棄権の独占を実現するに至らず、さらに国際状況から占領法規について例外が生じ、また東西の対立によって基本権の超法規的効力が未だ認められず、法律の審査権、殊に破棄権の独占は連邦憲法裁判所に完全には実現していない。

しかしながら戦後の憲法では、わが国を始め多くの先進国において司法権が立法権を例外の場合に制限し、憲法の優位を認めることによって最高裁判所に、法律の破棄法、審査権を集中せしめるに至った。これはわが憲法八一条においてもほぼ同様であり、先進国に共通する憲法の原理であるから、ドイツにおいて具体的規範統制は、一般の裁判所における訴訟に認められるが、抽象的規範

統制のように例外的に、立法権と司法権の対立を前提とするものではない。両者には相関関係が認められる。

二 抽象的規範統制の審査規準と申立権者

(1) 審査基準等の範囲

基準の中には連邦憲法そのものが含まれ、形式的意味において連邦憲法とされた法もその対象となる。憲法の現実には、有機的に一体をとらないようにみえる場合も、これに反するかどうかを審査する。憲法は全体として一体制をもっているから、一般的な憲法原理に基づき各条文を個々に分離してみることができず、憲法全体の内容、憲法裁判所の判例および基本原理に対しては批判することができない。超実証的な法も審査に当って基準となる。但し各条文の合憲性について、超実証的に遡ることはなく、さらに個々の審査に当って、自然法の考えによる審査も必要でない。

連邦憲法九三条一項二号で、審査の基準として形式的かつ実質的に不一致が必要というのは、連憲裁の審査権の範囲を特に制限するものでなく、すべての法的見地から評価することが必要である。例えば命令が憲法の授権

の範囲に止まっているかどうかは、形式的一致の問題であるのに対し、規範が裁量の範囲または法形成の範囲に止まるかどうかは、実質的な一致の問題である。

(ii) 抽象的規範統制の申立権者の地位

連憲裁法七六条によれば、連邦政府、州政府または連邦議会議員の三分の一以上が申立権者である。この列挙規定は制限的であって、このほかに規範統制を認めない。連邦政府とは、政府部内で指導権をもつ連邦大臣が、閣議の決定に基づき申立を行うことになる。州政府による場合は、連邦直属の政府であるが、ベルリン州、プレーメンおよびハンブルグの州では、元老院である。連邦議会議員の三分の一とは、その法定数によるものであって、申立が行われた任期中の議員に限られ、また意見の相違または疑問についてのみ、下位の規範が上位の規範に矛盾することを申立てるのであり、意見の相違と疑問とは、連憲裁によって審査されることを要する。この場合に疑問とは、特定の法的理由が不確実にみえ、したがって争われる場合であり、意見の相違とは、少なくとも二個の意見が区別されることが必要であり、連憲裁法七六条一号により問題の規範を無効と考える申立権者、また同条

二号は裁判所、行政機関が連邦もしくは州の規範の無効について確信により不適用につき証明した場合である。

これは明らかに特定の国家的地位において法的に重大な疑問または意見がある場合であって、その疑問とは、一つの地位にある者に法的理由が不確実であり、または理由が争われて効力に影響があると信じている場合をいい、意見の相違とは少なくとも二つの集団に区別されて、その間に実質的な差異がある場合をいう。一号は規範を無効と考える申立権者の集団であり、二号は裁判所、行政機関または連邦もしくは州の機関であって、これ等はいずれも問題の規範が無効なことにつき、確信あることを不適用によって証明しているのである。これによれば、すべての人が意見の相違または疑問をもつのではなく、特定の機関にある者が、法的に重大な疑問または意見の相違を述べることができることになるが、この解釈は抽象的規範統制の例外たる性質に反する。

註 = Vgl. RdNr. 61, 52, 54, 56 zu § 76.

三 具体的規範統制の沿革

具体的規範統制の手続については、連邦憲法一〇〇条

一項の要件が備わるときに、上級連邦裁判所の場合は直接に、またその他の州法が問題となるときは上級裁判所が管轄上級連邦裁判所に対し、また州の最高裁判所に対しては連憲裁の裁判を求めることができる。

当初の政府案によれば、一項で上級連邦裁判所長官に職務上の提案権が与えられ、連邦参議院の議長にという言葉を用いて一般的な職務上の提案に改めた。これに反して連邦議会は、司法行政上および職務上の監督権ある官庁の提案を明らかに拒否し、これらの機関の影響をできるだけ避けたのである。むしろ審級により上級連邦裁判所または裁判機関としての最高州裁判所に対して申立をすべきものとされた。中間の審級における裁判所の提案を拒否し、または提出する裁判所に提案を撤回させることを試みてはならないのが、初期の通説であった。最後まで議論になったのは、連憲裁法八〇条一項の申立の方法が、これらの裁判所に対し教示の意味をもつか、またはこれらの裁判所に意見の決定ができるかであった。この最後の見解が支配的であり、連憲裁の判例は、移送を受けた裁判所に自己の意見を表明できることを認めた(一九五一・一一・七、連憲裁長官書翰)。この先例に対

して連憲裁は、一九五五年一月三〇日の決議において反対し、連邦憲法によれば裁判所の任務は法を宣言するもので、個々の法律事件において拘束力をもつ裁判をすることであるから、これと無関係な任務には権限がなく、これに関する連憲裁長官の書翰も誤りとした。これらの先例に反対して連憲裁の決議(一九五五年一月三〇日)は、裁判所の任務が法宣言にあり、勧告的意見は表示できないとした。連憲裁の裁判は長官の意見に反対であり、論争された。国会は第一次改正法案において、連憲裁法八〇条の争いに終止符を打ち、以後裁判所は連憲裁の裁判を直接に求めるようになった。その第一次、第三次の改正法案によって、最高裁判所の特色を連憲裁に広い範囲で徹底させることに努めた。これによれば、連邦法に関する場合は上級の憲法裁判所に、また州法に関する場合は州の最高裁判所に通知をし、これらの裁判所は連憲裁に連邦憲法で争われている問題について、その法規の有効性につきどのように、またどの理由によって解釈したかを述べ、これに関連する法律問題を裁判において主張するものとし、また連憲裁ではその法律八二条四項後段の如く、自ら上級連邦裁判所または最高の州裁

判所の立場においてその考慮を、裁判の重要な法律問題について説明することを求めたのである。かくて第三次の改正法案一条四号によれば、第一次改正案に組入れられた四項乃至六項の規定を、八二条四項に置き換えて、手続を簡略にするため上級連邦裁判所または最高州裁判所に対し申立趣旨の徹底を知らせ、かつその裁判の中で問題につき判決において公示を求めた。改正法案によれば八二条に規定された手続は、連憲裁自身の手続であり、今日の文言によれば、直接の提案として自明の理であって、法律はこれを変更するものではない。連邦憲法一〇〇条一項は憲法の規定として優越し、提案の義務は通常の法律によって制限できない。またこれに対応する申立の権利を拡張できないことは、提案権に関する九四条二項の規定する通りである。

連邦憲法一〇〇条一項前段においては、憲法違反の法律といひ、第二段では連邦憲法が州法によって侵害され、または州法律が連邦法律と不一致であると規定している。この場合の法律の憲法違反の効果については争いがある。伝統的な裁判官の審査権について、法規は当然に無効とあって、当然に無効のほか、憲法一〇〇条一項から裁判

所の審査権の基礎的な新形成は出てこない。これは連邦憲法により定められた、制定法における憲法裁判所の破棄の独占である。この憲法裁判所の権限の行使は、規範を個々の場合に裁判所が適用しない性質から、決定的な不適用と、異なる法的性質がある。けれども憲法裁判所の内部においては、規範の違憲性と無効の効果の間に、先天的な牽連はない。違憲の法律の無効は法学的論理の要求ではない。憲法は違憲の効果で規定しないから、問題の解決は憲法訴訟法に任されている。これは無効宣言のほか、不一致の宣言と制限された有効の宣言（憲法一致の解釈）があるからである。

審査されるべき規範として州の法規命令がある。連邦憲法九三条一項二号後段はもっぱら形式的な法律に限るもので、連邦と州の違憲の法規命令および州の法規命令はすべての裁判所が自己の権限において無視することができる。規範統制の結果が無意味であるのは、それが州法の命令に及ばないで州法律と連邦法の不一致についてのみ審査することである。連憲裁の規範統制は、州の命令には及ぶが連邦の法規命令には及ばないことであり、これで連邦憲法九三条一項二号後段と一〇〇条一項との

一致が規範統制に認められる。帝国法の規定の合憲性の審査に関する政府案によれば、法律については国事裁判所に審査の独占が認められ、州の命令の規範統制は連憲裁の権限に属しないことである。これはワイマール時代の通説であり、ナチの支配は警察命令についてのみ連邦の規範統制が行われたが、権威国家の解釈が一般の法律および命令に及ばなかったのは、この解釈のためであった。

なお戦後の憲法に基づかない州の憲法と区別をして、ヴェルテンベルク・バーデンの州法規命令の審査を法律の州法規命令の審査と区別することは、この州にのみ認められたことで、州法律の規範統制は連憲裁の裁判を求めることが許されたのに止まる。またバイエルン州の憲法は九二条によって、州法律の連邦憲法違反については、州の憲法裁判所に対してのみ規範統制の申立が認められた。

四 州の法規命令 (Rechtsverordnungen)

に対する規範統制

西ドイツ連邦では、州の政府が作った法規命令が連邦

憲法に適合するかどうかにつき、連憲裁の規範統制が行われるか否かについて、かつて問題となった。連憲裁は連邦の法律については規範統制ができるが、州の憲法または法律についてはこれを否定する判例が通説であった。連邦の法律は連邦議会が制定するもので、これが連邦憲法に違反する場合には一般的に規範統制が行われるが、州の法律は各州の憲法に基づき、その規範統制は州の憲法裁判所が行うことになるから、連憲裁としては州法が連邦憲法に反するかどうかを審査すれば足り、州の憲法に適合するかどうかは、少なくとも州政府の法規命令について連憲裁が統制できず、もし統制できるとすれば、これによって法規命令が連憲裁の判決により合憲あるいは違憲となり、著しく憲法の解釈に不統一な結果となり、州の法規命令が合憲または違憲となり混乱を生ずる。このためにワイマール憲法の時代には、連邦の憲法裁判所に当たる国事裁判所は州の法規命令については審査できず、すべては州の憲法裁判所が規範統制をすべきものと考えた。連憲裁は連邦の法律については州の憲法裁判所の裁判と同じく連憲裁で直接の審査を認めるが、州の内政に関する法規命令はもっぱら州の規範統制に一任する

態度をとった。けれども、ワイマール憲法自体にはそのような連邦裁判所の規範統制を制限する規定はなく、また法規命令に至るまで連憲裁が規範統制を行なっても、全体として州法の解釈につき不統一になる虞れはなく、むしろ一元的に連憲裁が統制するのが理論的に一貫している。要するに、州の法規命令を連憲裁が統制することは徒らに法の不安定と法の分散を招き、危険な事態になる予後学的な虞れがあった。このため連憲裁判例集一卷一八三号の判例は、広く学説によって支持されたが、見方によるとワイマールの体制の判例の解釈とも矛盾があり、かえって法の分散を招くものと思われた。この判例の根拠は連邦憲法九三条一項二号で、州法の抽象的規範統制において憲法違反の申立の適格者は州政府その他行政府であって、州議会にはこれがなく、連邦法の場合にはこれに反して連邦議会からも規範統制の申立をすることができた。つまり、州の法規命令について州議会の側から規範統制を申立てることができないとすると、これは州法に関係がない規範統制であって、法規命令は州の憲法裁判所により、州の法律は連憲裁によって行われるというのである。けれども、現行憲法になって連憲裁に

よる規範統制が行われると、もはや州の法規命令をその規範統制から除くことは格別の必要がないのであって、それは州の規範統制が連邦裁判所により濫用されて、州の行政権の独立または州法の一体性を破り、州に干渉することを虞れる以外には格別の理由がない。ただ、バイエルンの州憲法裁判所の判例(一九五一・五・一三)があり、この他にもハンブルグ、ブレーメン、ヘッセンでは、その州の憲法裁判所が規範統制を行うことになっていくが、一般に州法も法規命令を含むものとして規範統制を行う必要から、もし連憲裁の手続によらなければかえって連邦内の州法制の統一的な解釈が破られることになる。連邦憲法が連憲裁に完全な司法審査権および偶発的な破棄の権能を認めないとすることは特に理由がなく、連憲裁の規範統制が州の法律のみならず州の法規命令をも審査できることは、連邦の論理的構造からみて必要と考えられた。このため、連邦憲法一〇〇条一項の州法の規範統制について、法(Landesrecht)を実質的意味に解釈して、これに法規命令を含ませる意見が有力となってきた。憲法には、州の法とあって州法律(Landesgesetz)ではないから、法規命令を含む法とする解釈が規

規範統制に認められる余地はある。

一九二六年および一九二八年の法案では、全国的に権限ある帝国裁判所 (Reichsgericht) があり、その他の裁判所としては各州の最高裁判所および控訴院が、いずれも国事裁判所に直接上訴する権限をもっていた。控訴院以外の裁判所は直接にその上級裁判所の裁判を求めることができず、下級の通常裁判所は控訴院に対して裁判を求めることができ、この控訴院の裁判に他の裁判所は法の解釈につき拘束されるものであった。これに対して、連邦憲法で事後審査により法規命令について個々の裁判所によるときは、法の不安定もしくは法の分散の危険は存在しない。規範統制は連邦憲法九三条一項二号によるが、ここではすべての法規命令に対して有効適切に一般的拘束力ある連憲裁の裁判を求めるため十分な可能性が保障される。ただ、法律についてはともかく、州の立法府が法律を個々の裁判所によって連邦憲法違反もしくは連邦法違反として扱うならば、連邦憲法九三条一項二号によって規範統制を連憲裁に申し出ることではできない。問題の憲法九三条一項二号によれば、連憲裁は州政府に申立てる限り州の議會を考慮しない。それは極めて明瞭に規

範統制の集中を偶発的に認め、法律的不安定と法の分散を阻止する限り、法規命令についてはその必要がなく、これによって規範統制による法の分散が防がれる筈であった。連邦憲法一〇〇条は法規命令までも含めて規範統制を認め、すべての裁判所は連邦または州の法規命令が連邦憲法に違反する理由で無効と考えるとき、連憲裁の裁判を求める必要があるのみならず、州もしくは連邦の法規命令を連邦憲法に違反する理由で無効と判断する場合のほか、一九二六年および一九二八年の草案の範囲を越えて、州の命令が連邦法律と一致しない場合にも、連憲裁の裁判を求めなければならないとしていた。この連邦憲法一〇〇条一項の規範統制は、さらに審級による上級審の審査を必要としないから、その狭い解釈がその他の包括的な連憲裁の権限に当って、その規範統制の範囲における最も重要な任務を制限することは相応しくなく、結果においては連憲裁の意見に同意ができる。この傾向は、この病理現象を予防するものであって、法規命令に対して十分な裁判上の審査権を認めることは法律的な安定を侵害するものでない。憲法九三条一項二号により政府は連憲裁に申立ができるからである。学説においては

連憲裁の解釈に対し、ほとんど矛盾が指摘されなかった。実際においても、連憲裁の見解に全く従ったのである。理論的にみても憲法一〇〇条の文言および沿革史は、強い微憑にも拘わらず、この条文に実質的な法律概念を前提とするように要求できるものではない。

五 規範統制の基準

具体的規範統制の根拠となる連邦憲法は、個々の条文は勿論であるが、その解釈が基準となる法規を含み、また憲法の基礎となる原理も規範統制の根拠となり、例えば法治国原理、国家的侵害に対する比例原則のような原則が統制の根拠となる。また、形式的法治国原理、国家的侵害に対する比例原則のような法理が統制の根拠となる。また、形式的法治国原理として立法が、憲法に適合する秩序に従って、執行権および司法権を法律および法によって拘束することも含まれ、また憲法一条三項によって基本権の優位が示され、単純な法律でなくても憲法の制定する法律によって拘束され、これらの基準により審査することが規範統制の要点となる。この場合に二、三の興味ある例を挙げて考えてみたい。

まず第一は連邦憲法六条一項の規定であって、私生子が嫡出の子とその権利義務または社会的地位において平等でなければならぬとする原則である。この規定は社会国家の原則を表わしているが、性質上、立法者に広い立法上の形成の自由を認めるから、規範統制の基準としては使われない。言い換えれば、立法の裁量権が広く及び、これによって審査すれば違憲の場合が容易に生ずるから、立法を原則として違憲とすることに、規範統制の原則に反する。元来、自由権は人間として当然にすべての者に認められる地位を国家権力によって奪われなるとするもので、国家から新たに個人が利益を受ける場合と異なり、本来の自由を害されない消極的な基本権であるから、その侵害は極めて明白で、憲法の基本権の始めに列挙されている思想良心の自由、宗教を信ずる自由、学問の自由その他は、これに違反する場合が明瞭であるが、自由権的な基本権と異なり、社会権あるいは社会国家の原則になると、国家から害されない基本権は関係者によって意見が分かれ、どの範囲で違憲の法律となるかなり不明瞭である。言い換えれば、社会国家の原理は立法者に対して法形成の授權を含み、これを原則として

違憲の侵害とすれば、容易に憲法違反の結果が生ずる。けれども、基本権の原則はすべての人に極めて明白に侵害の事実があったことを前提にするものであり、したがって、社会国家の原理はこれに違反しても、原則として法規が違憲とされることは認められない。立法者の形成の自由は、それに広い裁量権を与えるもので違憲の判断を容易ならしめるから、規範統制の基準としては実施しにくい。例えば、憲法六条五項などは平等の原則の適用される場合であるが、その生活を維持し、また生活の水準を上げることについて常に平等を厳格に認めるときに、これに反しても私生子に関する法律を当然に違憲とするものではない。ところで、原告は私生子として不平等な取扱いを受けたことを違憲とし、憲法裁判所に規範統制の申立をしたのであるが、問題はその差別の時点が現行憲法以前であり、また規範統制の審理が行われた時点から既に三十年を経過していたので、本来ならば法律を憲法の下で作り、それによって不平等の事実を認め憲法違反とすべきであったが、既にその期間は終了し、その間に関係者が法律を請求してその差別または不平等を除去することを主張できたのであって、既に三十年以上を経

過すれば、その機会は去り、平等を実現することは不可能であり、すべては現行憲法に違反しないことになる。けれどもこの事件では、立法の不作為によって私生子は平等に扱われる筈のものが、既に期間を過ぎたので改めて争うことができず、関係者は連憲裁判に法律の改正を求めて、裁判所に有効に平等の実現を求めることができなくなった。その合憲の請求は過去の事実であり、今となつては常に有利な立法を主張する権利があり、これは憲法を改正しない限り奪うことのできない人権である。この判決では、人権が何らの立法なく十分に保障されると判断し、侵害の事実がないことを確認した。この場合は自由権侵害の全くないことを確認した事件である。

註Ⅱ 連邦憲法六条五項は、憲法上の立法委任を含んで、私生子を嫡出子と平等に扱うことである。これは立法者に対する拘束的な委任であつて、指示の履行は相当な期限内に実現を要する憲法上の命令である。憲法の委任を履行するかどうか、またいつ履行して基本権の範囲において特定の規定を実現するかは、立法者の自由裁量でなく、特定の立法権の約束を憲法法規に高めるもので、憲法制定者は暫定的な期間内に基本権と一致しない規定を存続させ、立法者に包括的に新秩序を制定する機会を与えたことは、連邦憲法

に明示する期限が定めてなかったから、これに適應する法律を用意し、制定するための状況を考え、適当な期限内に立法することはできない。また立法者は憲法を侵害して、この期限を無駄に経過せしめたので、連邦憲法一条三項の原則はこの違反に対して完全に法的効力を生じ、憲法の意思を繰り返し実現することを命ずるものであった。けれども、正当な期限を決め、委任を実行することは既に時期を経過したから、立法者に対する委任は直接に憲法を拘束することになり、これに反する法律を廃止する効力を生じた。裁判所は、既に制定された法律を憲法の委任と一致しないものと考え、裁判に重要な範囲において憲法一〇〇条一項の規範統制の申立をしなければならぬから、憲法以前に制定された法律の場合は、抽象的規範統制は行われなかった。この判例については、憲法の立法委任は現行法に対して効力を失わしめる力があるから、裁判所は憲法六条五項に矛盾する憲法以前の法律を適用せず、已むを得なければこれによって発生する規定の欠缺を憲法六条五項の一般条項の法創造的解釈によって補う必要がある (BYERLE, 25, 167)。法律の前の平等は憲法の原則であり、これに関する規制は実質的な立法に属するから、立法権の完全な形成の自由を尊重すべきであるが、連憲裁の裁判に当っては、平等の原則の關係で制限は或程度認められると考える。

次に連邦憲法三三条五項は職業的な官僚の制度の保障

であり、人権の侵害を要件とせず、一種の社会的地位の保障が憲法で認められる場合である。ワイマール憲法以前から官僚の地位は保障されたが、官僚制度に属する個々の権利は、俸給を適当に支給される権利をみても、あるいは濫りにその地位を奪われないことについても、憲法の保障にかかわらず公務員個人の権利を保障するものでないから、基本権の侵害として関係法規を違憲または無効とすることができず、直接の請求は認められない。公務員の制度は政治の公正、不偏不党の基礎になったが、その個々の権利については内容が不明確であり、また時代によって一定せず、したがって違憲として政府に俸給その他の法律の改正を要求できず、実際には規範統制において違憲とし、申立を認めることはできない。明らかに憲法上の制度的保障であっても、規範統制に親しまない場合が出てくる。しかも、これらの制度保障の内容は、實際に關係者の個人的な権利に関するものが多く、その点で直接基本権の侵害とはいえないが、人権に類似する権利 (連憲裁法九〇条) の保障に関するものであり、この訴えは人権の保障に近いもので、憲法異議の申立が連憲裁法九〇条によって可能な場合である。

註II連邦憲法三三条五項の規定は、職業的な官僚制度の保障であって、とくに恒常的な憲法、法律に忠実な行政を確保し、同時に国家生活に対して権衡を維持するための政治力を表わすべきもので、この制度は憲法秩序の重要な要素である。したがって、憲法三三条五項は単純な政治綱領でなく、立法者を直接に拘束する現行法であり、公務員法の実質的な形成を拘束する意味をもつ。ただこの規定は自由にして民主的な国家の要件に詳細に適合するものではありえないから、その限りで立法者の裁量を認めることになるが、全く自由な立法とはいえない。この規定は官僚制度の構造原理の核心を保障するもので、一般的または長い伝統で形成する期間を通じて、少なくともワイマール憲法の下に拘束力があると認められてきたものである。この官僚制度の伝統的な原則は連邦憲法によって保障されるが、すべての伝統的な原則が守られる程度に理解されなければならない。けれどもそれ自身、独立に正式な考察で憲法三三条により甘受される個々の法律の多数は、全体において官僚制度を不明瞭な空しいものとし、連邦憲法の保障がその中に紛れ込むことになるかも知れない。したがって、すべての個別的な公務員法の規定は、全体として個々の規定につき制度を保障するものとはいえないが、制度の内部において保障し、評価されることが必要であり、ある限度公務員の不信が裁判所に監視されなければならない。したがって、この公務員法の規定は争訟において裁判に重要(Entscheidend-

gesamtheit)なものであるから、最高裁判所は一〇〇条一項により具体的規範統制の申立をする必要がある。また、公務員が上司に対し争訟において俸給につき請求し、一定限度に改訂することを求めるとすれば、法律に対しては規定がないから裁判所はこの理由で訴えを棄却するわけではない。この訴えは直接憲法三三条五項に認める給付ではないが、ただこの規定によって請求が理由ありと認められる給与であれば、むしろ一〇〇条によって具体的規範統制の申立をすることができる。この場合に給与に不足があったて、現行法の下では憲法に一致しないことになる、新たな規定により給与が改訂されるまで元來の手続は停止される。官僚制度の保障に關する事件については、手続の停止が法律の改正を期待するものである。立法者に固有の合目的性の考慮によらなければならない。けれども法律による新しい規定を内容とする停止の裁判は、憲法違反の法律状態を立法者が除く義務があり、法律の効力ある不一致の宣言を尊重することは、法律の適用を妨げる効果を招く。実質が立法機関に係属するために法律の係属を停止することになって、西ドイツの訴訟法には存在しない効力である。規範統制の裁判におけるこの場合の執行の停止は、形式的意味では立法に属するが(連憲裁法三三条)、実質的には行政行為に属し、平等原則の性質上明らかな必要があるから、判例も認めている。

最後に、土地収用の処分が平等の原則に反して、土地

所有権の侵害が違憲であるとするのは、人権侵害のようであるが、これもまた規範統制の申立ができない場合であり、基本権の保障と関係ない。現行憲法以前の時代は、土地収用法が所有権の喪失と損失補償とに結びつくことがなく、したがって損失補償を認めないで収用のため所有権を失わせることは違憲の措置と考えられたが、実際には土地所有権の喪失のみを違憲として争い、それに付随して収用を違憲ならしめないうために法律を制定して補償との関係を調整することには法律を少なくとも違憲としない手段があり、これによって収用を違憲とする申立を却下することを要しない。

註II憲法以前の古い法律に基づく収用の合法性を争うことはできないのみならず、憲法制定後の現行の土地収用法の規定がなければ、損失補償の請求はできない。この場合には、補償に関する争訟は立法者が新たな法律を定めるまでは延期される。連邦憲法一〇〇条一項の範囲における問題は、平等の原則によって公用徴収を争う場合である。連邦憲法に基準となる法律が違憲として規範統制を求めることはできないが、むしろ裁判に重要な規定が、さしあたり他の生活関係の規定と比較して不平等がないかを審査する必要がある。まず、憲法的に法律によって命じられた差別が平等

原則に対して維持できるか否かを審査しなければならない。国会は憲法違反を多くの方法によって避けることができる筈であった。とくに、関係者の間で一方を他方に比べて有利にし、もしくは不利にすることを止めさせ、または比較できる集団に対して広く平等の維持ができるかを確かめる必要がある。多くの憲法的に適法な立法の可能性の選択は、常に立法者の義務である。この形成の自由は憲法訴訟においても尊重しなければならぬ。このことから、憲法訴訟の新たな問題は連憲裁の判例が変わって、憲法異議の申立によって拡張され、立法者の平等違反が原則として憲法異議によって主張されることができるようになった。連憲裁は、この平等権的裁判に当って憲法一〇〇条一項による裁判を憲法異議の裁判に適応せしめた。この規範統制の申立は、これまで平等違反の規定の効力が原審の手続の裁判にとつて問題とならないことで不適法とみられていたが、判例の変更によって適法な訴えとされ、以後は規範統制の申立は、申立てられた法律の平等違反の場合に提起される訴え、または行政庁に向けられた公用徴収の給付の申立は棄却されるべきでなく、むしろ手続は法律によって新たな規定により延期されるまで、連憲裁による不一致の宣言によって係属するのであり、現在はこの延期の申立が認められている。

私生子の事件では、憲法以前の法律を違憲と認めて人

権侵害があるとするとする規範統制の申立ができたが、土地収用の事件は旧憲法で、現行の憲法一四条と異なり、損失、補償と所有権の喪失を結びつけることが憲法上できないから、規範統制の通常的手段では原告の人権を保障できない。要するに、規範統制は人権の保障に重大な関係があるにかかわらず、人権の保障と関係ない場合が生ずる。

このように人権の侵害が違憲として法律を停止できない場合があり、また必要のある場合とない場合とを区別することも困難であって、規範統制の手段は目的を達しないようにみえる。けれども、規範統制は常に自由の侵害を憲法違反としてその法律を違憲または無効とするものであって、しかもこの審査はドイツの過去においては君主制を除いて、ワイマール時代から理論的に認められたが、しかしワイマールでは連邦制と議会の政党が分裂して、人権保障の機能を果たすことができなかつたため、理論的には人権侵害を厳しく戒める筈であったが、実状は国事裁判所の規範統制ができず、ボン憲法に至り、ことに連合国の占領が終りドイツの主権が回復されたことにより、初めて憲法裁判所によってあらゆるドイツの法

規が、州の法律と連邦の法律とを問わず、これを適用する場合に憲法違反を咎めることができ、この制度が初めて機能したのである。現代においても規範統制は外国法には及ばず、連邦および州の法律について違憲の場合を、効力が無くまたは適用しないとして規制するに過ぎないもので、一九四九年の五月、占領が終り占領法規が効力を失い、ドイツに主権が回復され、はじめて裁判所による規範の審査ならびに失効の手續が発効した。その結果、外国法の場合は憲法に違反しても規範統制を受けず、連邦憲法を超越する超実証的な法については、現在なお連邦憲法による違憲の判断を受けず、実際には国際条約と内容がこれに一致する同意法を制定して、この国内法としての法律により規範統制が行われるに過ぎない。条約そのものは連憲裁の合憲性の審査を受けることなく、したがって直接に条約から、ドイツ国民の権利義務は発生しない。また、連合国の占領法規は、一九四九年の占領法規 (Besatzungsgesetz) が当然にはその失効を認めず、また連合国との条約によりこれら占領法規がドイツの国内法に移行することによって、国内法として規範統制を受けるのであり、またその後もドイツの連邦制の体質に

よつて連邦憲法が各州の内政、ことに命令権の違憲審査を行うことが容易でなく、判例もバイエルンを中心として州の憲法裁判所が連邦憲法と州の法律との関係について違憲とすることが妨げられ、その結果、超国家的な自然法による国際人権宣言と同じく、国内法でないため規範統制から洩れる場合がある。

六 規範統制による無効宣言

連憲裁法七八条の思想はワイマール憲法の終り頃に、裁判所の審査権が到達した発展段階と直接に関係し、これを徹底的に進めたものである。具体的規範統制の本来の沿革からいえば、一九三三年に始まる。帝政時代からドイツの裁判所は、具体的な場合に裁判で重要な意味をもつ法規命令の適法性を審査し、その独自の権限で違法と考へた法規を、具体的事件の裁判で適用しないものと決定した。また、裁判所は形式的な法律の事後審査を当時の議会的憲法国家の立場から、審査しないと定めた。裁判所の適用する法規の審査権は次第に拡張されて、法律の下位の法を審査することになり、また州の法律から帝国の法律までも審査することになった。少なくとも、

一九二五年一月四日帝国裁判所の判例以来、裁判所は一般に審査権をもつことになった。この歴史的な根拠は、裁判官がワイマール憲法一〇二条の規定によって法律に拘束されることから生じている。裁判官は規範の衝突について審査する規則により上位の法に衝突する法規を無効とし、この無効は衝突のときから始まるものであった。

この法規は、法的にすべての人に対して効力がなく、当然に無効となる。ただ、裁判官の厳しい法律拘束にかかわらず、法律はこれを審査しないのが正当とされた。この裁判所の審査権は裁判官の権限であり、同時に義務であると理解された。裁判官の裁判に重大と考えられた法規を、上位の規範との一致について審査するもので、その不一致の場合には、裁判に当って具体的事件に限り法規を適用しないと考へた(棄却権)。規範の効力の問題は、すべて規範を適用する前に認められる先決問題であった(偶発的審査)。これは裁判官の一般的審査権であつて、ワイマール時代の終り頃に最高裁判所の判例についていわれ、学説では多数の見解であり、すべての裁判官は争訟の裁判に当って、自己の見解により違憲とする法律を適用から除外できた。法的安全、判例

の統一性および比較的に徹底的かつ専門的な法律の審査を保障するために、裁判官の審査の集中性、少なくとも棄却の権限が必要であると叫ばれ、帝国法の規定の合憲性の審査に関する法案は、国事裁判所により帝国の法律・命令の審査を独占し、問題となる規範を当然無効とする権限とともに確認するものであった。連憲裁判法七八条の沿革によれば、制憲議会の審議は、連憲裁の権限に関する連邦憲法の規定について法律の合憲性の審査に及ぶ議論が行われ、とくに連邦憲法九三条一項二号および一〇〇条とともに、九四条二項が審議の対象となった。制憲議会においては、この問題の範囲について、審議がワイマール時代の終りに行われた視角から進められ、同時にその当時すでに知られた欠点とともに論じられた。このためには、最終的な裁判は最高裁判所に留保されなければならず、ワイマール憲法一三条二項に定める連邦または州の機関はこれらの法規の合憲性の審査を申立てることができるとし、申立権については連邦と州の手続の間に本質的な差異がないと考えられて、違憲の法律が無効となることは当然とされ、適用の除外は無効の宣言と差異がないものと考えられた。

伝統的、一般的な裁判官の審査権の発展をこの傾向で進めることは、ナチの支配の間は一時中断されたが、連邦憲法は憲法以後に作られた憲法違反の法律を適用しない裁判について、連邦憲法一〇〇条一項によって連憲裁が集中的にこの権限をもつとされた。これは裁判官の審査権を当然のことと前提し、裁判所の権限により憲法に一致すると認めることにより、すべての法規について従来の範囲で棄却の権限を認め、憲法以後の法律については形式的な法律のみをとり上げ、その限りで連憲裁に棄却の権限を集中するものとした。同時に、連邦憲法は伝統的な裁判官の審査権の内在的な理由づけに、裁判官が法律に拘束される連邦憲法九七条一項を拡張した意味に考えた。裁判官は裁判に重要な法律が有効であり、これに拘束されるかを審査するほか、これを超えて裁判官が憲法一条三項、二〇条三項に規定する立法者の拘束性を尊重し、すべての法規が上位の憲法に従うことにより、とくにその規定が価値に拘束された合憲の秩序に従うことを重んずべきものとした。

棄却の権限を連憲裁に集中することは、必然的に規範統制の法的な性格を伝統的な意味から変更することにな

った。規範の効力は連憲裁においては、もはや具体的事件の特定の場合の問題ではなく、憲法裁判所の手続の主たる対象となった。原則として、偶発的な審査 (Inzidentprüfung) では個々の事件の裁判が、規範の有効または無効について結果的に差別されることになるが、裁判官は規範を適用するか適用しないかであり、これに対して裁判は規範の有効か無効かをそれ自体決定する。沿革史によれば、理論的に連憲裁がこの裁判を一般的拘束力あるものと宣言したことは当然であって、これは連憲裁法八二条四項および同七八条、三一条二項に規定されている。同様に、また当然のことであるが、連憲裁法のすべての規範統制裁判は、全体として一般的拘束力を与えられている (抽象的規範統制についての同法七八条、直接または間接に法律に対して申立てられた憲法異議の手続については連憲裁法九五条三項)。

抽象的規範統制は、連邦憲法九三条一項二号によれば、連邦法または州法と連邦憲法との一致、もしくは州法とその他の連邦法との一致が問題である。これに対応する解答は連憲裁が判決の主文において、非難された法規の連邦憲法またはその他の連邦法と一致もしくは一致し

ないことを宣言する必要がある。非難された規定が連邦憲法もしくはその他の連邦法と一致しないことについて、連憲裁に確信がある場合に連憲裁法七八条一項は裁判の主文の内容について特別な規定 (Tenorierungsvorschrift) を定めている。連憲裁は不一致の確認にとどまるべきではなく、むしろ判決の主文 (Entscheidungsformel) において不一致 (Unvereinbarkeit) の結果すなわち規定の無効を宣言する必要がある。その限りにおいて、連憲裁法七八条一項は裁判の主文の規定の効力をもつ。このことは、具体的規範統制の裁判においても、八二条一項によって準用される。また、九五条三項は憲法異議 (Verfassungsbeschwerde) の申立が法律に対して認められたこと (gegen ein Gesetz stattgegeben) または裁判に対して (gegen eine Entscheidung) の異議が認められたことについても当てはまる。これらは被告に対してではなく、連憲の法律に関するものだからである。

連憲裁法七八条前段は、裁判の主文の内容につき、ただ非難された規定の不一致の場合を規定するにとどめている。裁判の主文について不適法または理由不備の申立の場合には、これらの規定から何も窺い知ることができ

ない。けれども、不一致の場合もまた、連憲裁法七八条一項の文言が無効宣言の義務をすべての不一致の場合に定めているから、規定が完全にはなっていない。これは抽象的および具体的規範統制手続および三一条二項に定める規定との、総合的な見方から生ずる。連憲裁法七八条の規定する無効宣言は、連邦憲法の明示的の命令にも、上位の法との規範の不一致から必然的にも出てこない。歴史によれば、この規定は伝統的なドイツにおける裁判官の審査権のその後の発展の圧巻を表わしており、通常の立法者が法的安全と法的明白性の要求に応えながら実現した展開である。

この無効宣言の権限は、原則的には連邦憲法が連憲裁に与える法律または命令が規範統制による憲法違反として、その廃止または改正をする権限と範囲において一致する。即ち広く立法権を行使する権限が規範の廃止または改正の権限を含むことと同じ程度で、認められる。以上の原則に対する例外として、例えば一九五四年一〇月二三日のバリ協定による占領法規が、連憲裁により連邦憲法に一致しないと判断されたとき、その無効を宣言することができなく (BVerfGE 15, 337) のは通常の規範

統制の審査と異なるが格別の議論はなかった。また欧州経済共同体の機関が作る規則は、まだ機関が整備されてなく議会もなく基本権の目録に過ぎない状態であっても、ドイツ国内で憲法により基本権が保障されているように扱われている。例外として立法の不作為の場合には、憲法に適合する法律状態は未だ法規が制定されていない場合であって、これを審査することは連憲裁の権限であるが、不一致の法規を前提としないことで連憲裁法七八条の場合とは異なる。なお七八条前段の法律は、抽象的規範統制の手続において審査し、または具体的規範統制の場合に審査ができるものとして、しかも連憲裁が上位の法に一致しないことに確信をもつ場合は法律または命令は個々の規定について審査されるが、その個々の成立要件は法律的部分的無効となっても原則として問題はなく、他の規定は法律の無効を生じないから、この場合は無効宣言は当然に除外される。例外の場合は、将来の立法について国会が義務を履行しない場合に連憲裁として規範統制によりどのような裁判をするかは法律には規定していない。この場合連憲裁の規範統制の裁判について、主文が連憲裁法にある無効宣言とは全く関係なく、将来の

立法について予測した上で合違憲を論ずることは不可能であり、例外的にも無効宣言の余地はない。連憲裁には違憲の確信がない場合であり、この場合に立法の違憲性について裁判を言い渡すことは、立法権に形成の自由 (Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers) を十分に保障

することが規範統制の前提であることからみても、規範統制を加える余地はなく、そのような申立は立法権の侵害を認めることになり、要するに連憲裁は申立を不適法として却下するしかない。

(一橋大学名誉教授)