

西ドイツ連邦憲法裁判所における法令審査の判決の効力 (1)

山内敏弘

裁判所による法令審査がどの程度の実効性を有するかは、ひとえにその判決にいかなる効力が与えられるかにかかっている、といっても過言ではあるまい。我が国において、憲法第八一条に基づく違憲判決が個別的効力を有するか、或は一般的効力を有するか、が重要な論点として争われているのも、この意味においてであろう。

ところで、既に周知のように、ボン基本法は連邦憲法裁判所の設置を規定しており、そこでの重要な権限の一つとして、法令審査権——我が国におけるそれとは、当然のことながら、その形態及び様式において異なるが——を認めている。従って、この、連邦憲法裁判所によってなされる法令審査の判決がいかなる効力を有するかも、前述した意味で、きわめて重要であるというべきである。勿論、連邦憲法裁判所による法令審査の判決が原則としていわゆる一般的効力を有するであろうことは、連邦憲法裁判所の性格からして予想され得る処である。しかし、問題はそれだけではすまされない。更により具体的且つ多

角的に問題を検討してみることが必要である。この小論は、そのための、一つの試みである⁽¹⁾。

連邦憲法裁判所による法令審査は、種々の形態及び様式をもつてなされている⁽²⁾。そのすべてにおいて、判決の効力が同一であるか否かについては争いが存する。憲法訴訟に基づく法令審査の判決の効力が他の法令審査の場合と同一であるか否かについて見解が分れているからである。しかし、この点については、他の研究にゆずり⁽³⁾、この小論では取扱わない。憲法訴訟に基づく場合以外の法令審査の判決については、連邦憲法裁判所法が規定を設けている。即ち、同第三条二項によれば、「第一三条六、一一、一二、及び一四号の事例においては、連邦憲法裁判所の判決は *Gesetzeskraft* を有する」のである。かくして、法令審査の判決の効力に関する議論は、「ここにいう *Gesetzeskraft* がいかなる意味を有するか、という点から始まることとなる。ところで、この、*Gesetzeskraft* という言葉は、基本法第九四条二項に既に見出され、いわばその規定を受けて連邦憲法裁判所法に採り入れられたものであるが、しかし、それは、基本法の創造によるものではない。ワイマール憲法時代にも遡るのである。即ち、ワイマール憲法第一三条二項は、「ラント法の規定がライヒ法と一致するか否かについて疑い或は見解の相違が生じた場合には、権限を有するライヒまたはラントの中央行政庁は、より詳細なライヒと法律の規定に基づき、

ライヒ最高裁判所の裁判を求めることができる」と規定しているが、この規定に基づいて、執行法律第三条三項が、この事例におけるライヒスゲリヒトの判決は Gesetzskraft を有する⁽⁴⁾と定めていたのである。そして、当然の如く、ワイマール憲法時代にこの規定の意味について論議がなされた。例えば、アンシュッツは、Gesetzskraft を有する判決は「……ライヒ立法者によりなされる、当該ライヒ法律の有権的解釈 (authentische Interpretation) と同様の作用をする⁽⁵⁾」と述べ、ギーゼム、そのコメントールで同旨の指摘をしてゐる⁽⁶⁾。そして、これに対して、例えばベールは、「判決に Gesetzskraft が与えられるものとされた場合には、それは、いずれの点でも、それがあたかも法律であるかの如くに見なされ、また評価されるべきである、ということの意味している⁽⁷⁾」と述べている。そして、更にこの種の議論そのものに対して、ヘンゼルは、それが、その法的効果については広範な一致が存在する以上、「概して言葉に関する争いに基づいてるように思われる⁽⁸⁾」としてゐるのである。

ワイマール憲法下におけるこのような前史を有する Gesetzskraft は、ボン基本法下においてはどのように把握されているのであろうか。事情は、ボン基本法下においていささか異なっているようである。例えば、ガイガーは、この点について以下のように述べてゐる。「この種の (Gesetzskraft を有する——引用者) 判決は、なんら規範ではない。それは、規範とそのまま同等のものでもない。それは、単にその一般的拘束性を

規範と共有するにすぎず、その内容上生ずる場合には、規範と同じような主観的権利及び義務を生ぜしめるのである⁽⁹⁾。」「Gesetzskraft を与えられた判決は、Rechtsspruch であり、またそれにとどまる⁽¹⁰⁾」。また、レヒナーは、以下のようにいう。「ここでは、法定立的行為 (rechtsetzende Tätigkeit) は、多く立法に近似している。しかし、それは、新たな規範が創造されるのではなく、単に既存の法——或は見せかせる法の無効——が一般的な拘束力をもって確認されるにすぎないのだから、立法ではない⁽¹¹⁾。」「Gesetzskraft は、すべての者が、裁判によりその地域的並びに人的効力範囲において、当該規範に基づいて直接に権利を取得し、または義務づけられる、ということの意味している⁽¹²⁾」。マウンツもまたいう。連邦憲法裁判所法第三条二項は、「単に連邦憲法裁判所の判決が実体的に法律の効果を有することを述べているだけで、それが法律、《司法の立法行為》である、と述べているのではない⁽¹³⁾」。

連邦憲法裁判所における判決が我が国でいう一般的効力を有することは、このような指摘からも既に明らかであろう。それは、その内容についてすべてのものを一般的に拘束するのである。法令に関する連邦憲法裁判所の判断が判決の正文において直接示される以上、このことは当然といふべきであろう。唯問題は更にその先にある、ということもまた以上のことから明らかであろう。即ち、問題の焦点は、Gesetzskraft を有する判決が果たして立法とみなし得るか否か、という点である。憲法裁判の本質論がはからずもここで一部顕在化した訳である。憲

法裁判の本質論一般については、将来の研究に委ねることとして、当面の問題に限ろう。そして、この点に限っていうならば、西ドイツにおいて既に通説は形成されている、といつても誤りではないであろう。ここに挙げたガイガー、レヒナー、マウンツを始め、更にフリーゼンハーン⁽¹⁴⁾、ヴィントリッヒ⁽¹⁵⁾、カーデンバツ⁽¹⁶⁾等が、Gesetzeskraftを有する判決といえども、それは立法ではない、としているからである⁽¹⁷⁾。我々は、ここに、ワイマール憲法時代とボン基本法時代との間における、Gesetzeskraftに関する見解の推移を読み取ることができるのである。

しかし、このように Gesetzeskraftを有する判決が立法ではないとされたとしても、それでは、それが通常の民事・刑事等の判決とその一般的効力を有する点を除いてすべて同一に考えられるのか、ということ、ことは必ずしもそう簡単ではない。Gesetzeskraftを有することにもなう特殊な議論がなされているからである。従って、以下においては、この点について検討してみることにしよう。

二

再度、ガイガー及びレヒナーのいう処をみてみよう。まずガイガーは、そのコメントールにおいて以下のようにいっている。「Gesetzeskraftを与えられた判決の拘束力は、種々の段階(Rang)を有し得る。判決は、基本法の如くに一般的に拘束し得る、従って憲法としての効力(Verfassungskraft)を有し得る、

連邦法律の如き一般的拘束力(連邦法律としての効力《Bundesgesetzskraft》)、ラント憲法或はラント法律の如き一般的拘束力(ラント憲法としての効力《Landesverfassungskraft》、或はラント法律としての効力《Landesgesetzskraft》)或は命令の一般的拘束力(命令としての効力《Verordnungskraft》)を有し得る。基準となるのは、その存立について連邦憲法裁判所が判決を下した処の法規範の効力である……。憲法としての効力を有する判決は、就中、連邦憲法裁判所が憲法改正法律の法的存在を肯定するすべての事例において存在する。それは、単に、憲法によってその改正に関して規定された手続が遵守されているか否かについて疑いがある場合のみならず、基本法の一定の規定は改正できないことから^(基本法第七九条)、憲法改正法律の基本法との実質的不一致が主張された場合においても、可能である⁽¹⁸⁾。レヒナーも、そのコメントールにおいて次のようにいう。「判決(=Gesetzeskraftを有する——引者)は、……それが適用する規範の段階(Rang)を、従って通常(例えばラント法が連邦法を基準として測られる場合でない限り)憲法の段階を有する⁽¹⁹⁾」。

この、一見奇異とも思われる指摘は、なにを意味するのであろうか。我々は、ここに、連邦憲法裁判所における法令審査の判決に与えられた特殊な性格を読みとることができよう。Gesetzeskraftを与えられた判決は立法ではなく裁判判決そのものであるとしても、やはり通常の判決とはこの点で異なる、という訳である。しかし、判決が種々の段階を有し得るといふ、

これらの指摘は、当然のことながら、慎重に吟味すべき問題を含んでいる。それは、判決が立法或は規範ではなく裁判判決そのものであるとしたことと矛盾し兼ねない要素を含んでいるからである。なぜなら、まず第一に、これまでの通常の概念からするならば、種々の段階を有するのは判決ではなく、むしろ立法（憲法、法律、命令といった）なのであり、その意味で既に根本的な疑問があるからである。この意味で、判決に種々の段階を認めようとするならば、むしろ判決はこの場合立法であるとした方が論理一貫しているようにも思われるからである。レヒナーは、かくて、後にその自説を訂正し、判決の段階ということは、いわぬ方がよく、段階を有するのは、真実の処、訴訟の対象をなし、或は判決の基礎にある規範のみである、と述べるのである。⁽²¹⁾ また、これを基本法の規定との関係で問題にするのがシェファーである。即ち、シェファーはいう。「私には、連邦憲法裁判所の判決がある規範の基本法との一致、或は基本法に対する衝突を理由とするそのような規範の無効を宣言する場合に、基本法と同じ段階を有するということを受入れることは不安をとまなう。実際、そのような場合には、連邦憲法裁判所の法適用活動によって事実上継続的に憲法が成立するという結果になるであろうから。一方では、基本法第七九条二項において憲法の改正及び補充のために正当に認められた立法者が第七九条一項の『明文でもってすること (Urkundlichkeit)』の義務に拘束されるのに対して、それと並んで絶えざる連邦憲法が判決……の形態で成立することになるであろう。⁽²²⁾」更に予想

され得るのは、Gesetzeskraft を与えられた判決をその段階に関係づけて考え得るとするならば、それはまさに規範の段階構造の上で法律としての効力 (Gesetzeskraft) を有するとするものがすなおであり、憲法としての効力 (Verfassungskraft) とか、命令としての効力 (Verordnungskraft) を有するとはみなし得ないのではないかと、という批判である。事実、Gesetzeskraft を文字通り法律としての効力と捉える考え方が存在するのである。ワイマール憲法時代におけるベール、⁽²³⁾そして近くはドラーの考えがそれである。例えば、ドラーは、若干の憲法や執行法律が判決は Gesetzeskraft を有する旨を一般的に規定している、としたあとで以下のようにいうのである。「この規定は、憲法規定の改正不可能性に基づき法律案の違憲性を、或は憲法を改正するための多数の必要性を確認することが問題となる場合には十分ではない。なぜなら、第一の事例においては憲法の改正をする権能を有する立法者も、そして第二の事例においては少なくとも単純の (einfach) 立法者が判決に拘束されることに必要だからである。判決は、そのような場合、単なる Gesetzeskraft ではなく、Verfassungskraft を、それだけではなく憲法改正が認められない場合には更に基本法第七九条三項に従って高次の Verfassungskraft を有すべきなのである。」⁽²⁴⁾しかし、このように Gesetzeskraft を有する判決が文字通り規範の段階構造において法律としての効力を有する場合には、そこから明らかな不合理が生ずるのであろう。ある法律を違憲とする判決が、別の新たな法律によって簡単にくつがえさ

れることになるからである。蓋し、共に法律としての効力を有するならば、そこには、後法は前法を廃す (Lex posterior derogat legi priori) の原則が準用されるはずだからである。そして、そのような場合には、裁判機関としての連邦憲法裁判所に法令審査権を認めた意味そのものが失われることは明らかなのである。

以上、Gesetzeskraft を有する判決がなんらかの規範の段階を有し得るとする主張に対して、現に存在する、そして考えられ得る反論をみてみた。しからば、このような——十分に根拠のある——反論にもかかわらず、尚、その主張が自己を貫こうとするならば、その積極的な理由は一体何なのであろうか。ガイガーは、この点を以下のようにいう。「この区別(＝判決に種々の段階を認めること——引用者)が意義をもつのは、就中判決が立法の方法でくつがえされ得るか否か、くつがえされ得るとしたらいかなる機関によって、そしていかなる手続においてであるか、という問題についてである。例えば、連邦憲法裁判所が基本法を改正する法律をその基本法との実質的不一致によって無効と宣言した場合には、連邦憲法裁判所がその判決から異なる限り……、内容の同じ法律が提出され、決議され、公布され、そして効力をもつことはできない。違憲と宣言された連邦法律の内容は、憲法改正法律の方法でのみ新たに決議され得る。」また、レヒナーは、そのコメントールにおいていう。「それ(＝連邦法律を違憲とした判決——引用者)は、単純の (einfach) 立法者によって遵守されなければならない。」

換言すれば、レヒナーによっても、そのコメントールにおいては、法律を違憲とした判決は憲法改正法律によってくつがえされ得る、とされたのである。同様のことは、エンゲルハルトによっても述べられているのである。⁽²⁷⁾

我々は、ここに、法令審査を対象とする判決になんらかの規範の段階を認めようとする主張の積極的或は実際の根拠をみる事ができるのである。しかも、それは、同時に、我々に法令審査の判決のもつ特殊性をも示している、ということが出来る。蓋し、ここでいわれていることは、判決が段階を有するとする主張に対してなされた前述の反論にもかかわらず、それとして、十分に理解され得る処だからである。確かに、ある法律が基本法のある条項に違反しているとして無効とされたとしても、基本法その条項そのものを改正することにより、当該判決は実質的にくつがえされ、違憲とされた法律が再び生かされることが可能だからである。そして、このように、法律を違憲とする判決が新たな法律によってくつがえされ得ないが、憲法改正によってくつがえされ得るとするならば、そこに判決の段階性を認めることは決して理由がない訳ではないからである。

もつとも、このような指摘に対しては、更に以下のような反論が考えられ得るであろう。もし法律の違憲性を確定する判決、例えば「某連邦法律第A条は基本法第B条に違反し、従って無効である」とする判決が立法ではなく裁判判決そのものであるとしたならば、いかに憲法改正法律をもってしても、この

判決そのものを撤廃或は変更することはできないであろう。ガイガー自身その点は認めている。⁽²⁹⁾ そのようなことは、基本法の探っている権力分立の原則に反することになるからである。その場合、憲法改正法律の形式でなし得ることは、基本法第B条を改正し、某連邦法律第A条が合憲となるような新たな規定を設けること、或は基本法第B条を改正して、その代りに直接某連邦法律第A条と同旨の憲法規定を設けることであろう。それは、その限度で憲法改正権の正当な行使といひ得る。そして、その結果として、「某連邦法律第A条が……無効である」とする判決が無意味となることは当然に予想され得る。しかし、それは、決して「某連邦法律第A条は基本法第B条に違反し、従って無効である」とする判決そのものを変更することを意味する訳ではない。それは、基本法第B条が改正されたことにより生ずる、いわば反射的効果なのである。もしこのように解し得るとするならば、憲法改正法律によって「某連邦法律第A条が……無効である」とする判決が結果的に無意味になるからといって、それは、当該判決が憲法としての効力を有するから、という訳ではないのである。そして、そういわない方が誤解を避ける為にも必要なのである。

問題を厳密に考えたならば、恐らく、このような反論が提示され得るであろう。しかし、私は、ここで問題に最終的な決着をつけることはさしひかえたい。このような議論をみることによって、法令審査の判決にともなう特殊な、そして困難な問題の所在の一部が明らかとなれば、それでよいのである。問題

は、Gesetzeskraftを有する判決といえども立法ではないとした処から始まった。立法であるといえればことは簡単であったであろうが、それは他の大きな問題を生ぜしめていたことであろう。Gesetzeskraftを有する判決に規範の段階を認めようとする考えは、このように判決が立法ではないとしつつもそこに立法的な機能を認めざるを得ず、通常の判決と異なり立法的に実質上無意味とされることがある、という処から生まれたいわば苦心の策といふことができるのである。そして、このように法令審査の判決に段階を認めるか否かはともかくとして、いづれにしてもここで注目すべきことは、それが立法の方法で実質的に無意味とされ得る、ということである。我々は、ここに法令審査の判決の有する限界を見ることができるのである。

尚、立法によって判決が無意味になる場合として、更に別の事例も考えられている。レヒナー及びショイナー等が特に指摘している点である。即ち、レヒナーによれば、判決がある法律を無効とした場合、連邦の立法者はその種の法律を最早制定し得ない、とする連邦憲法裁判所の判決は、*clausula rebus sic stantibus*をもつてのみ、即ち、一般的法意識或は憲法規定の基礎にある事実関係が異なった憲法解釈をも許すような具合に変らないという前提の下でのみ妥当する⁽³¹⁾とするのである。また、ショイナーは、判例のいうような立法者の拘束は同一の、事実に同一の状態を前提としているとし、ついで「行政法において、そして立法者の裁量の領域においては尚更、事実状態は絶えざる変動を受け、従って立法行為に際して同一事例の

繰返しが存在することはかつて殆んど有り得ない」と主張するのである。確かに、これらの指摘するように、憲法の基礎にある事実関係が全く変わった場合にも、尚、立法者が従来の違憲判決を遵守しなければならぬとするのは問題であろう。事実の規範力によって、憲法の変遷がなされたとも考えられ得るからである。唯、このような事例を簡単に認めることはできないであろう。問題は重大且つ微妙である。ここでも問題の所在を示すだけにとどめることとする。(未答)

(1) この小論は、ゼミナールでの田上穰治先生をはじめ、市原昌三郎先生、杉原泰雄先生からの多大の御教示に負っている。この機会に感謝の意を表した。

(2) 基本法及び連邦憲法裁判所法が規定している法令審査は、以下のようなものである。一、連邦政府、ラント政府または連邦議会議員の1/3の提訴に基づく、いわゆる抽象的規範統制(連邦憲法裁判所法第22条第1項)。二、裁判所の提訴に基づく、いわゆる具体的規範統制(同)。三、裁判所の提訴に基づき、国際法の原則が連邦法の構成部分であるか否かについて、そしてそれが個人に対して直接権利並びに義務を生ぜしめるか否かについて疑いがある場合、その審査(同)。四、法の、連邦法としての効力の存続について見解の相違がある場合、その審査(同)。五、憲法訴訟に基づく法令審査(同第9条)。

(3) 林屋礼二「西ドイツにおける違憲判決の効力」『法律時報』第三五卷一一号所収) 参照。

- (4) Schäfer: Gesetzeskraft und bindende Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in NJW, 1954 S. 1465 ff. 1470.
- (5) Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8. 1919, 1960, S. 107.
- (6) 同, Schäfer: a. a. O., S. 1468 ff. 1470.
- (7) Beht: Die Rechtskraft der Entscheidungen des Staatsgerichtshofes, AöR, N. F. 17 S. 438.
- (8) Hensel: Die Rangordnung der Rechtsquellen insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung, in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 329.
- (9) Geiger: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952, S. 115.
- (10) Geiger: a. a. O., S. 117.
- (11) Lechner: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1954, S. 181. Ders.: Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in Die Grundrechte III/2 1959, S. 713 ff. 714 ff. 716 ff.
- (12) Lechner: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, S. 181.
- (13) Mannz: Deutsches Staatsrecht, 7 Aufl. 1958, S. 217.
- (14) Friesenhahn: Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N. F. 73, S. 156. ノーヤハンニッ直接ノ母

決の効力について論じている訳ではないが、その意味する処は同じである。

(25) Wintrich: Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, 1956, S. 204.

(26) Kadenbach: Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in AöR, N. F. 41, S. 419.

(17) 但「アルブレヒト・ゾムナー」ドイツ連邦共和国憲法裁判所の成立「組織・権限」『法曹時報』第一六卷五号所収)五〇頁は「連邦憲法裁判所がその限りで「準立法的機能を有する」ところである。また「Zeuner: Über die Geltungsdauer der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und die Möglichkeit späterer abweichender Entscheidungen, in DÖV 1955, S. 335 ff. 彼の Gesetzskraft を有する判決と認め、認識行為であり、自由な創造的形意思志の表現ではない故、立法ではない」ところ(S. 336) 他方において、連邦憲法裁判所法第三二条一項に対比した場合、Gesetzskraft は法律と同様の効果 (gesetzgleiche Wirkung) を有し、とするとする (S. 339)。尚興味あるのは、通説の殆んどが、立法から裁判を区別する基準については、後者が新たな法の自由な創造ではなく、既存の法の確認である、としている点である。裁判、就中憲法裁判の本質論に関連して更に将来検討

すべき点である。

(21) Geiger, a. a. O., S. 116.

(21) Lechner, a. a. O., S. 181. 但「ハムナー」に「ついで異なるのは、彼が段階を単に Gesetzskraft を有する判決ではなく、連邦憲法裁判所法第三二条一項に「拘束力」を認めるところ点である。もっとも、この点は、彼が三二条一項の拘束力が及ぶのは特に一般的、抽象的判決であると「ついで」ことから理解される処である。

(20) Gesetzskraft を有する判決が段階を有するところを考へば「ガイガー」ハムナーの他「更に」Hamann: Das Grundrecht, 1960, S. 396; Zeuner, a. a. O., S. 339 Anm 44, Draht: Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in VVDStL, Heft 9, S. 85; Engelhardt: Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat, in Jahrbuch des öffentlichen Rechts, N. F. Bd 8, S. 136 に述べられる。

(21) Lechner: Ergänzungsband, 1957, S. 62.

(22) Schäfer: a. a. O., S. 1468. 彼の「われに於て」反批判がある。Engelhardt: a. a. O., S. 136 以下。『第七九条は、しかし、単にそこで規定された立法者による改正手続に関連するのみである。基本法第九三条及び第一〇〇条によって可能とされている、解釈の方法による憲法改正については、この規定はその意味通りには妥当しない。』
(23) Behr: a. a. O., S. 438.

- (24) Draht: a. a. O., S. 85.
- (25) Geiger: a. a. O., S. 117.
- (26) Lechner: Bundesverfassungsgerichtsgesetz S. 181.
- (27) Engelhardt: a. a. O., S. 136 u. 137.
- (28) 尚' Zeuner, a. a. O., S. 339 f. は、判決に段階を認めないが、そのうちから立法者による判決の変更を認めないこととなる。
- (29) Geiger: a. a. O., S. 56.
- (30) Zeuner: a. a. O., S. 339 f.
- (31) Lechner: a. a. O., S. 182.
- (32) Scheuner: Das Bundesverfassungsgericht und die

Bindungskraft seiner Entscheidungen, in DÖV 1954, S. 646. 尚' Zeuner, a. a. O., S. 337 以下の指摘がある。

(33) 小林(直)教授は、憲法の変遷をその要件及び限界如何という観点から具体的に扱っている(「憲法の改正と変遷」『憲法調査会総批判』一九六四、一八四頁以下)。尚'樋口教授は、憲法法源の変遷という意味での憲法変遷の観念は、法の科学の観念としては維持され得ない、としている(『憲法変遷』の観念『思想』一九六四、第十号五七頁以下)。

(一九六四・一一・三〇)(一橋大学大学院学生)