

《資料》

## 憲法秩序および政治過程における連邦憲法裁判所

——シュターク教授のテーゼによせて——

渡 辺 中

まえがき

本稿は、ドイツ・ゲッチンゲン大学公法学教授 Christian Starck の論文、Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß (Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, herausgegeben von Peter Badura und Horst Dreier) の全訳紹介である。二〇〇二年一月、本論文がシュターク教授から私宛に年賀状とともに送付されてきた。通読した後、是非とも翻訳し、紹介したい旨の意思を礼状とともに送付した。私が本論文の紹介を試みようとした理由は、次の三点にある。先ず第一に、今から遡ること二六年前の一九七六年、私が大学院博士課程在籍中、私の指導教授・和田英夫教授のもとにシュターク教授からドイツ連邦憲法裁判所創設二五周年記念論文集に掲載した論文「Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik, 1976, Recht und Staat, Heft 466/467」の抜刷が送付されてきた。その際に、和田教授から私に「訪独に際し、親交をもったシュターク教授への友情の思い出として紹介したい論文なので全訳を試みるように」との依頼があった。この論文の紹介は、和田英夫解説・渡辺中訳として、「西ドイツの政治過程のなかの憲法裁判所——シュターク論文の

憲法秩序および政治過程における連邦憲法裁判所（渡辺 中）

八一

紹介によせて——」(明大・法律論叢五〇巻六号)に掲載されている。私が、シュターク教授の名前を知り、教授の論文を読んだのはこれがはじめてであったが、これが機縁となって教授の多くの論文を紹介させていただくとともに、個人的にもシュターク教授と親交を深めさせていただくことになった。今回、私のもとに送付されてきた本論文は、ドイツ連邦憲法裁判所創設五〇周年という節目の年に書かれた論文であり、法と政治のなかの連邦憲法裁判所を静態面・動態面の両面にわたってその在り様を問題意識として持ち続けてこられた教授のいわば二五周年記念論文集掲載論文の続稿をなすものといえるものである。また、論文そのものも豊富な連邦憲法裁判所の判決を駆使して展開されており、連邦憲法裁判所の静態面(原理)・動態面(実践)を鳥瞰する内容となっている。それゆえに、ドイツ連邦憲法裁判所論あるいは比較最高裁判所論の研究にとって有益かつ格好の論文となりうると判断したからである。第二に、私の研究テーマとしている「社会国家」論および「婚外子の人権」、そしてその総論的位置をなしている「憲法委託」——本論文でも言及がなされている——もまさに連邦憲法裁判所と立法府(政治過程)に関わる問題であるだけに、憲法委託実現に果たす連邦憲法裁判所の役割に深い関心を有しており、今後の研究に生かしていきたいという判断からである。そして第三に、第一とも関連するが、親交を深めさせていただいた結果、一九九六年四月から一年間、ドイツ・ゲッチンゲン大学に留学の機会を与えられ、シュターク教授の指導のもとで有意義な研究生生活を送らせていただいた。この間、私のみならず私の家族ともども心からの歓迎と御高配を賜わったうえ、二〇〇〇年二月には、私の娘および大東文化大学法学部教授菟原明氏の御令嬢とが再渡独した際にも多忙な時間を割いて歓待していただいた。恐縮の極みであり、本論文の紹介は、私の心からのシュターク教授に対する感謝の気持の表明にしたいという思いからでもある。



二〇〇二年九月二〇日、ドイツ憲法判例研究会主催による日・独比較憲法裁判シンポジウムに出席するためにシュターク教授が来日され、五年半ぶりに東京で再会した。教授の元気な姿を拝見するとともに、楽しい昼食のひとときをもつことができた。心よりシュターク教授の御健康を祈念している。

## I 憲法秩序における連邦憲法裁判所

### 1 憲法の優位

基本法が規定している憲法秩序は、国家支配を根拠づけ、組織づけ、嚮導し、そして限界づける。国家権力の正当性と基礎づけは、基本権的自由の理念および民主主義的自由の理念という二つの源泉に由来している。<sup>(1)</sup>すなわち、「すべての国家権力は、国民に由来する」(基本法二〇条一文)。そして「ドイツ国民は、世界のすべての人間共同体、平和および正義の基礎として、不可侵かつ譲渡することのできない人権を信奉する」(基本法一条二項)がこれである。このようにして正当化された国家権力は、権力分立および連邦国家性の原則に基づいて組織化され(基本法二〇条一項、二項二文、三項)、そして国家権力を限界づけている基本権に拘束される(基本法一条三項)。予測可能性を目指した、憲法によって根拠づけられ、組織された国家支配のこのような制限は、保護義務(例えば、基本法一条一項二文)、具体的な憲法委託(例えば、基本法六条一項、四項、五項)そして一般的な憲法上の目標規定(例えば、基本法二〇条一項、二八条一項一文に基づく社会国家性)によって補完されている。

支配を根拠づけ、支配を制限する憲法は、すべての法がそうであるように拘束性（規範性）を狙ったものであり、とりわけ憲法は、たとえ民主的に正当化されているとはいえ、その時々単純多数派によって操作されうるべきものではない。このような目標方向は基本法の民主的正当性と矛盾するものではない。なぜならば、国民の憲法制定権力（pouvoir constituant）——これは一九四九年に代表者を通じて行使されている<sup>(2)</sup>——の所産としての基本法は、基本法七九条の手段に基づいて、そしてこの範囲内において憲法が改正されない限り、基本法によって創設された国家権力（pouvoir constitué）を拘束する。憲法への国家権力のこのような拘束は立憲主義（Konstitutionalismus）と呼ばれ、ドイツ語では、概念的に単純な法律に対する憲法の優位を内容とする憲法国家性（Verfassungsstaatlichkeit）を呼んでいる。

憲法の優位は、アメリカ合衆国最高裁判所の有名なマーベリ対マデソン事件（一八〇三年）における判決で初めて実際の承認を見出し、そしてその古典的な根拠づけを獲得した。ジョン・マーシャル裁判長は、その根拠をフェデラリスト<sup>(3)</sup>でのアレクサンダー・ハミルトンの言述に関連づけて次のように定式化した<sup>(4)</sup>。「憲法がそれに矛盾するどのような立法行為も抑制するのか、あるいは立法議会がどのような通常法律によっても憲法を変更することができるとかという命題は、あまりにも明白すぎて議論の余地はない。これらの二者択一の間には中間的領域はありえない。憲法は、通常的手段によって変更することできない最高の法であるのか、あるいは通常の立法行為と同等レベルのものであって、他の制定法と同様に立法議会によって任意に変更できるものであるのか、二者択一である。もし二者択一のうち前者が真実であるならば、憲法に反する議会制定法は法ではない。もし後者が真実であるならば、成文憲法は、性質上制限できない権能（a power）を制限せんとする国民の側の愚かな試みであるということになる」と。

ここで再現されたこの引用文は特別な意義がある。なぜならば、この引用文は裁判所の規範審査による憲法の優位の実際的実現のための論証上の基礎を提示しているからである<sup>(5)</sup>。基本法は、規範審査の導入（基本法九三条一項二号、一〇〇条一項）によって、この伝統<sup>(6)</sup>に対応したのであり、規範審査は、議会制定法律が問題となる限りにおいて、連邦憲法裁判所に独占されている<sup>(7)</sup>。このことによって、実際的に見て議会制定法律にその民主的正当性に基づいて自動的に作用する基本権保護の機能が帰属せしめられるとか、あるいは議会立法者が基本権の真正の解釈者とみなされるといったすべての観念は、時代遅れのものとなったのである<sup>(8)</sup>。

憲法の優位は、基本権を実効的に保護のための基礎としての役割を演じるだけでなく、憲法によって定められている連邦国家的権限配分を保障するための前提でもある。連邦国家は、憲法の優位という理念の本質的な推進者であることを実証する。なぜならば、特に州における国家機能保持者にとって、連邦国家的権限配分は優位する法によって規律され、そしてこの優位する法は連邦立法者の単純多数によって変更されえないということを容易に理解できるからである<sup>(9)</sup>。基本法は、連邦国家的権限配分を規範審査の可能性によって（基本法九三条一項二号）の他に、連邦憲法裁判所でのさまざまな連邦——州訴訟手続（基本法九三条一項二号 a、三項、四項、八四条四項）によって保障している。

それゆえに、連邦憲法裁判所による憲法の優位の確保<sup>(10)</sup>は、主として基本権および連邦国家的権限配分に関して明らかになる。さらに、すべての大政党あるいは少なくとも多数派グループが結託し、政党に関わる憲法をなおざりにするということから生じる「政党国家」における看過することのできない憲法の危殆化を防止するために、機関争訟手続（基本法九三条一項一号）における機関権限の保障や上述の手続の利用がこれに加わる。もし連邦憲法裁判所が多くの手続において政党に関する規律が欠如していたり、ゆるがせにされたりしている場合や政党への財政援助に対して異議を唱える（事例については II 4 (a) 以下参照）機会を繰り返しもたないならば、政党法の憲法上の基礎は、違憲



的実践の蔓延化によって收拾のつかないものになってしまおう(II 4 (a)以下の例を参照)。

総合的に判断するならば、連邦憲法裁判所創設二五周年記念論集(一九七六年)の序文での次のような確認が今日でも妥当するであろうし、またプログラムとしても然りである。「かくして、憲法裁判権は、特に基本権の効力を強化し、政党国家の法的形態を發展させ、そして連邦主義の中央集権主義的空洞化を阻止することができた」。

## 2 憲法的機能秩序

連邦における機関権限の配分と連邦国家的権限配分は、既に述べたように、憲法の優位を前提としている。機能配分は、この節において詳述するようにそれはそれで憲法の優位を保障する。それとともに憲法の優位に制度内在的にその保障をもたせしめている。憲法と権力分立の本来備わっている結びつきは、一七八九年の人および市民の権利宣言一六条において明確に述べられている。ここでは抽象的かつ啓蒙的に次のように宣言している。

「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものではない」。国家権力の編成に際して裁判の独立に重要な意義が帰属しているということを考慮するとき、どれほど裁判に憲法の優位を、しかも立法に対しても保障する制度的能力が宿っているかということが明らかになる。アメリカ合衆国において実際にこの点に着手されているということは、もとよりアメリカ合衆国憲法(一七八七年)三条二節が「司法権は、この憲法、合衆国の法律の下で発生するコモン・ロー上およびエキィティ上のすべての事件に及ぶ」と規定している点に還元されうる。司法権は——「一つの最高裁判所……に属する」(二条一節)——は立法権(一条)および執行権(二条)に続いて三条においてこれらに準じて対等に規定されている。ヨーロッパの伝統<sup>(11)</sup>に対抗してアメリカ合衆国において簡潔な憲法規範に基づいて着手されているところのものを、基本法では一九四九年にその詳細に規定された権限をも

った連邦憲法裁判所の創設によって受容され、さらに發展させられている。

以下、先ず憲法秩序の中での連邦憲法裁判所の地位を明確にする(a)、次に、これに関連して立法府および政府との連邦憲法裁判所の関係(b)ならびに判決に対する憲法異議に際しての連邦憲法裁判所と専門裁判所間の任務配分(c)を論究する。

### (a) 憲法機関

憲法の優位を保障する連邦憲法裁判所の任務は、連邦憲法裁判所を他の裁判所から一線を画するという制度的予防措置を必要とする。司法機関としての裁判所は憲法機関(最高国家機関)とはみなされない。なぜならば、これらは紛争処理に際して法適用機関として機能するだけであり、国家嚮導レベルにおいてなんらかの決定を下さなければならぬわけではないからである。このことは裁判所の決定が政治的影響力を及ぼすような場合でも妥当する。たとえ連邦最高裁判所が基本法(基本法九五条一項)において言及され、連邦最高裁判所に訴訟法において法の継続的形成の任務が配分されているとしても、この裁判所ですら憲法機関とはみなされない<sup>(12)</sup>。なぜならば、裁判所は、法律を違憲として斥けたり、あるいは争訟を裁断する際に法律が違憲である場合、適用しないままにしておくような特別の権能を有していないからである。法律の合憲性、連邦の憲法機関間、そして連邦と州間の憲法訴訟について決定する連邦憲法裁判所の任務から、必然的に憲法機関のレベルでの連邦憲法裁判所の機能が明らかになる。というのも、連邦憲法裁判所は、憲法と調和して、憲法機関として特質づけられているからである<sup>(13)</sup>。憲法から明らかになるところのものは、連邦憲法裁判所法一条において確認的に規定されている。それにすると、「連邦憲法裁判所は、すべての他の憲法機関に対し自立かつ独立した裁判所である」と規定している。

一九世紀にさかのぼる最高国家機関の特別の性格に関する学説は、これを憲法によって直接に創設され、他の機関

から独立しているものと定義している。<sup>(14)</sup> このことは、ある機関が他の機関によって形成されたり、あるいは解体されるということ(15)を排除するものではない。もちろん、憲法上の規定に基づかなければならないことは言うまでもない。憲法機関の直接的構成というためには憲法上単に言及されているということだけでは不十分である。むしろ、機関の存在、地位そして本質的な権限が憲法から生じていなければならない。<sup>(16)</sup> 同様のことは他の憲法機関との関係に対しても妥当する。これらすべてのことは連邦憲法裁判所にもあてはまる。なぜならば、連邦憲法裁判所の裁判官の選出(基本法九四条一項)や他の憲法機関の行為に関する本質的な手続の様態は、基本法で規律されている(とりわけ、基本法九三条一項)。

憲法機関は国家嚮導のレベルで活動する。もちろん、連邦憲法裁判所は、政治的裁量にしたがってその決定を下すのではなく、連邦憲法裁判所に申立てられている行為が憲法に違反していないかどうかだけを審査することが許されている。それにもかかわらず、国家嚮導——発展させられた憲法国家においては、国家活動の基礎であり、枠組みである憲法の保護も(この点に関する詳細はI 4 以下参照)国家嚮導に属する<sup>(17)</sup>のレベルにおいてこのような決定がある。これを通して国民の満足や統合が実現される。この点については第二部において再度論じるつもりである。

国家嚮導の憲法拘束を維持する権限を有する憲法機関としての連邦憲法裁判所の概念的分類は、連邦憲法裁判所に補助的な権限を創設するものではないが、しかし連邦憲法裁判所の法的地位にとって重要な帰結を要求する。もちろん、概念法学的な演繹の意味においてでないことは言うまでもない。<sup>(18)</sup> むしろ、連邦憲法裁判所が位置している憲法上の規律関連<sup>(19)</sup>から帰結が導出されるべきである。他の憲法機関の行為をその合憲性について審査する連邦憲法裁判所の独立性は、次のような事柄を通して保障されている。<sup>(20)</sup> すなわち、——連邦憲法裁判所法および法律上その職務内容について規律されている連邦憲法裁判所裁判官の特別地位、——連邦予算上の独自の個別プランと当該予算の自主的な

管理、——学術的スタッフを含む裁判所のすべての職員に対する自己責任による採用、——連邦憲法裁判所に勤務している公務員の最高の雇用官庁としての長官の地位、——連邦やラントの他の憲法機関、並びに諸裁判所との連邦憲法裁判所との直接的交流などによってである。

連邦憲法裁判所は、一つの本質的な点において他の憲法機関から区別される。通例として、憲法機関の設置、組織、権限および手続は憲法で規律されている。その他の必要な補完的規律については憲法上事務規則の自律が予定されている。<sup>(21)</sup> すなわち、憲法機関は自己の本質的な機能を立法者の媒介回路なしに憲法および自ら定立した法に基づいてのみ行使する。これに対して、基本法九四条二項は、連邦法律が連邦憲法裁判所の機構および手続を規律すると規定している。このような法律の留保(Gesetzesvorbehalt)は、憲法の残念な首尾一貫性のなさとみなされるべきではない。むしろ裁判手続の必然的形式性と関連するものであり、この裁判手続はその全体をことごとく憲法で規律されないし、同様に裁判所の自律的規制にゆだねるわけにもいかない。連邦憲法裁判所の手続および判決の裁判形式性それ自体が、規範審査、殊に相手方のない手続<sup>(22)</sup>に際しては特別の、機能内在的な、無視することのできないその機関的特性とあってよい。連邦憲法裁判所法を補完するものとして、連合部の事務規則が適用される。(連邦憲法裁判所法一条三項<sup>(23)</sup>)。

(b) 連邦憲法裁判所と立法府および政府との関係

(1) 枠組み秩序としての憲法。議会立法に対しても、憲法の優位を確保するために規範審査権限を有する連邦憲法裁判所制度は、民主的に正当化された議会多数派とコントロールする裁判機関間に困難な緊張関係を生み出す。<sup>(24)</sup> 憲法裁判所による規範審査は、裁判的領域と政治的領域間の緊張関係のなかで行われる。<sup>(25)</sup> この点についてはなによりもまずコリネイク(K. Korinek)も述べていることであるが、<sup>(26)</sup> 一般的に民主制と裁判を対置することは、適切ではない

と言わなくてはならない。なぜならば、「単純立法者による憲法法律的規範化 (verfassungsgesetzlichen Normierung)」を監視するという任務は、憲法裁判所の一つの民主的機能、すなわち、より高度な、民主的に正当化された行為に対して民主的正当性の点で劣っている行為がそれに適合しているかどうかを監視するという機能だからである」。そこで、より正確には緊張関係は、民主的に正当化された立法府の単純多数派の政治的な形成意思と民主的により高度に正当化されている憲法の憲法裁判所による解釈間にあるとまで確定することができる。このような方法で憲法の優位が確保されるのである。

かくして、連邦憲法裁判所による憲法解釈は、憲法の優位の維持および議会・立法者の政治的な形成の余地測定の際に決定的な役割を獲得する。<sup>(27)</sup> 憲法解釈は、あらゆる方法的考慮の立場からみれば、憲法概念と結びつけられているし、憲法概念は、既に述べたように、本質的メルクマールとしての規範性を含んでいる。憲法の規範性は、一定の要素を前提とする。先ずこれは、権力分立によって保障されていなければならない。<sup>(28)</sup> さらに規範性は、政治的に責任ある機関、とりわけ立法府に対して活動の余地を保障する憲法構造を要請する。<sup>(29)</sup> なぜならば、社会的な実態を評価したり、規律することは、この憲法機関の任務だからである。その際に存在する政治的形成の自由は、憲法裁判的規範審査によって無に帰せしめられてはならない。なぜならば、法的認識の確実性が欠如しているのであるからさまざまな憲法原理 (基本権を含めて) や国家目標を最適化するようなことをしてはならないし、その点で規律問題として予定されている憲法の具体化を主張して一般に認めさせるようなことをしてはならないからである。<sup>(30)</sup> むしろ連邦憲法裁判所は、政治的な憲法機関が憲法の枠組みのなかに自らを留めていたかどうかだけを審査することができる。<sup>(31)</sup> 連邦憲法裁判所のこのような限界のなかで憲法の枠組みにおいて政治に形成する憲法機関と裁判的にコントロールする憲法機関 (基本法九二条) 間の機能配分が明確になるのであり、そして裁判的にコントロールする憲法機関は、解釈の手

段によってこの枠組みを決定するのである (I 4 以下参照<sup>(32)</sup>)。

(2) 将来に残されている複合的な事案。法律による規律の合憲性は、法的効果を付与された事案が審査に取り込まれた場合にのみ審査されうる。<sup>(33)</sup> 立法者が規律する事案は、それが完結されておらず、したがって承認されている証拠手段によって確定されえず、むしろ将来に開かれているものであるという点で、通例として裁判官が決定する事案とは区別される。より厳密に表現するならば、法律による規律の基礎となっているのは、行政の計画決定と同様に、それ自体として把握されなければならない事物領域 (複合的な事物) であり、これは、しばしば評価的事実確定と予測を前提としている。事実確定と予測の不確実性ゆえに、連邦憲法裁判所は、立法者に「認識と経験を集めるために合理的な期間」を許容し、その期間中、立法者は、自ら規律する場合に「大まかな類型化と一般化で満足する」ことが許される。<sup>(34)</sup> しかし、立法者は、さらに事実配慮し、認識と経験を集積し、そして必要ならば法律を改正しなければならない。<sup>(35)</sup> 立法者に許容された判断権 (Einschätzungsprärogative) は、規律される事物領域の特性、十分に信頼できる判断を形成する可能性、そして危険にさらされている法益の意義に<sup>(36)</sup> 応じて段階づけられている。段階づけは、特に経済政策の領域における単なる明白性の審査から、代替可能性 (Vertretbarkeit) の審査を経て、人の生命<sup>(38)</sup> あるいは人身の自由あるいは広範囲にわたる制限が問題となる限りでその他の基本権に関係づけられるときになされる徹底的な内容的審査にいたるまでに及んでいる。審査の段階づけ間の限界は、個々の場合には困難であることがしばしばである。しかし、審査段階の類型化は、論拠づけのための一定の拠り所を与える。法律は、現実態を変化させる影響力を及ぼすし、このことは実験的法律にも妥当するので、このような変化は新規律に際して考慮されなければならない。また、連邦憲法裁判所が第二次墮胎判決において確認しているように、このような変化は直接に新規律を義務づけることができる。<sup>(39)</sup>



(3) アメリカ合衆国最高裁判所の裁判でよく知られている政治問題——これについては裁判所が決定しない——や司法の自己抑制の<sup>(40)</sup>観点は、立法者と憲法裁判所の権限の境界設定にとって不適切である。この二つの論証形姿 (Argumentationsfiguren) は、ドイツ憲法には適合しない。「自己抑制」は、裁判所が自らのイニシアティブを抑制することを意味する。ままたそのようなことがあるかも知れないし、判例分析の比較から生じるのかも知れないが、しかし憲法学による判決の憲法的評価にとって有益な見地ではない。さらに、憲法が政治的決定に対する枠組みを設定しているということを考慮するならば、政治問題が存在する状況は、憲法裁判所に判断を禁ずるということにならない。むしろ連邦憲法裁判所は、政治的決定が憲法の枠組み内でなされているかどうかを審査し、決定しなければならない。政治問題論で憲法裁判所が自ら政治問題を決定するのではなく、むしろ立法者によって決定された政治問題が憲法の枠組み内にとどまっているか否かだけを審査するということが考えられているのであれば、この理論は、ドイツ憲法システムに適合するであろう。しかし、その場合に決して誤解が生じないように、アメリカの実践から明確に一線を画されなければならない。

(4) 法律の憲法裁判所による審査は、どうしても機能上立法府と関わり合いをもたなくてはならない。連邦憲法裁判所が、法律を無効と宣言したり、あるいは基本法に適合しないと宣言する限りで、<sup>(42)</sup>連邦憲法裁判所による審査は消極的立法を意味する。連邦憲法裁判所が、立法者の不作為を違憲と宣言したり、あるいは、例えば、嫡出でない子に対して、立法によって、肉体的および精神的成長について、ならびに社会におけるその地位について、嫡出子に對すると同様の条件がつけられなければならない (基本法六条五項) という一定の憲法委託を履行するように立法者に警告するとき、それは消極的立法以上の何かではあるが、依然として積極的形が行われるものではない。<sup>(43)</sup>基本法の施行後二〇年を経てようやく、連邦憲法裁判所は、次のことを確認した。すなわち、「立法者が、憲法委託を合理的期

間内に履行しない限り、基本法六条五項の立法委託は直接に裁判所によって実現されうるし、また実現されなければならない<sup>(44)</sup>」と。基本法六条五項の極めて具体的に把握された憲法委託を真剣に考えるならば——この点については、すべての者が厳格に規範的憲法の枠組み内で支持している<sup>(45)</sup>——、二〇年にわたる立法者の怠慢は、裁判所によって、この場合、先ず通常裁判所によって、しかし最終的には憲法異議に基づいて連邦憲法裁判所によって補完されなければならない。裁判官が、個々の事件の判決を通して補助的なやり方で憲法上の立法委託を履行するならば、権力分立の観点からも問題はないように思われる。なぜならば、立法者は、いつでもその委託を履行することができるし、それによって裁判的形成を凌駕することもできるからである。

立法者に法益を保護すべき憲法上の義務が課されており、そして立法者がこの義務を十分に履行しない場合、連邦憲法裁判所は、なぜ保護が十分ではないかをその判決理由のなかで詳しく説明しなければならない。このことは通例として、十分な保護というためにはどのように考えなければならないかという点についての詳しい説明を必要とする。<sup>(46)</sup>単なる否定を越えたこのような説明は、しかしながら、立法者に対する拘束力はない。立法者は、保護構想が必要最小限度のみを達成するにすぎないときには、別の保護構想も選択することができる。<sup>(47)</sup>確かに、新たに違憲的に行動するリスクを回避するために立法者は、十分に連邦憲法裁判所の詳しい説明に従うことになるであろう。

無効宣言の際の法的空白状態を回避するために、<sup>(48)</sup>あるいは立法上の構想への介入をできるだけわずかなものにとどめるために、<sup>(49)</sup>連邦憲法裁判所法三五条に従って経過的なやり方で憲法適合的規律を發布するとき、連邦憲法裁判所は、積極的・規制的に活動する。このような経過的規律は、即座に立法に着手することのできる立法者による新規律がなされるまでだけ適用されるにすぎない。すなわち、これらの規律は、立法者がどのように規律しなければならないかといった裁判所の勧告でもない。<sup>(50)</sup>新たに規律すべき素材は、全く別の態様の立法上の構想が憲法の枠組み内にと

どまっているときには、この構想のために空けておかれる。同じことは、しばしば判決理由のなかに見出されるのであるが、どのような規律をすれば憲法適合的規律となりうるかというような例示的助言 (beispielhafte Ratschläge) にも妥当する。

立法機能に対する上述の、過渡的規律に際して時間的に制限された連邦憲法裁判所の判決の効果以外に、判決の一般的な事前効果 (Vorwirkung) が確認されうる。<sup>(51)</sup> したがって、法律はすべて、発案段階や議会審議間に連邦憲法裁判所判決とのその適合性が審査される。このような事前効果は、立法の合理性を促進する。なぜならば、憲法によって画された立法の枠組みを顧慮して、法律学的に論証されなければならないからである。

立法府の諸機能と憲法裁判権のそれとの境界設定には、さらに憲法適合的な法律解釈——専門裁判所も、憲法適合的な法律解釈に権限を有するとともに、義務づけられている——のテーマが属している。法律解釈の憲法適合性の厳命は、承認された規準がそれに相応する解釈を可能にするときだけに、貫徹されうる。<sup>(52)</sup> このことが遵守されたときのみ、憲法適合的解釈が、新種の、立法によってカバーされていない法政策的決定に帰着したり、裁判官がこのような決定を通して法律の裏をかき、そして自らが立法的に活動するということが回避される。裁判所が極端になりすぎると、憲法適合的解釈を通じて確保されなければならない立法者の尊重は、解釈を行う裁判所によって立法者が監督されるといふことになりかねない。このような事例においては、異議を唱えられた法律は無効と宣言されなければならない。<sup>(53)</sup>

(5) 執行府との連邦憲法裁判所の審査権限の關係は、若干の有名な事件において現実的な問題となっている。そこでは、テロ行為の脅威に直面して、諸外国に対して、また技術の危険を顧慮して人間の生命の実効的保護が、議論されている。生命を危殆化するテロ行為による脅威を克服するに際して、国家の保護義務の実効的履行は、権限ある国

家機関が個々の事例のその時々的情勢に適切に対応することができる状況にあるということが前提となる。これらに際して必要な戦術的裁量は、特定的手段についての法律上の拘束や憲法からの特定の手段の導出を排除する。なぜならば、テロリストに対する国家の反応は、予測可能なものであってはならないからである。<sup>(54)</sup> ——ヘス事件 (Fessel-Fall) では、諸外国に対する、ここではニュールンベルクの国際軍事法廷によって終身禁固刑がくだされた「NSDAP 総統代理」で帝国無住所大臣ルドルフ・ヘスのために、戦勝諸国家<sup>(55)</sup> に対する保護保証 (Schutzgewähr) に際して、連邦政府の政治的裁量が問題となった。ヘスは、一九八〇年に、決定の時点で八六才であり、健康状態も悪化していた。連邦憲法裁判所は、連邦政府に対して特定の声明や行動をすることを義務づけたり、あるいは連邦政府に対して特定の支払いをすることを禁止する権限はないとした。——「高速増殖炉」型原子力発電所が問題となったカルカー決定では、<sup>(56)</sup> 連邦憲法裁判所は、まず第一に、立法者と政府の政治的責任をその権限の枠組み内において確認し、そして諸裁判所が自己の評価で政治的機関にとって代わることを諸裁判所の任務とはみなさなかつた。というのも、その限りでは法的基準が欠如していたからである。

(c) 専門裁判所との連邦憲法裁判所との關係

権力分立の古典的問題は、このことに関連しない。むしろ、裁判権内部での権限の境界設定が問題になる。<sup>(57)</sup> 連邦憲法裁判所は、憲法機関としてのその地位にもかかわらず (上掲 I 2 (a) 参照)、疑問の余地なくこの裁判権に属する (連邦憲法裁判所法一条)。裁判所判決に対する憲法異議による基本権保護は、憲法上および法律上規律されている裁判権の総体的体系の内部で行われる。

憲法適合的法律の適用の合憲性が審査される純粋な判決に対する憲法異議は、権利追求者に訴訟規則 (Prozeßordnungen) や裁判所構成の審級を超えるまた別な、特別な権利保護の可能性を与える。連邦憲法裁判所は、憲法異議



を、個人の権利保護に役立つにもかかわらず、適切にも出訴の途には算入していない<sup>(58)</sup>。なぜならば、憲法異議は、憲法に限定される独自の審査を開くものであり、そしてその審査は裁判にも及ぶものであるからである。連邦最高裁判所制度（基本法九五条一項）および「裁判の統一性を維持するため」のこれらの裁判所の合同部の設置（基本法九五条三項）は、その専門領域で連邦法の適用の統一性を確保するという上告審裁判所としてのその機能を包含する。基本法一条三項から、当該専門法律の解釈と適用に際して基本権を遵守することもこれに属する。基本法九五条における専門裁判権に対する憲法上の決定は、結局のところそれに相応しい裁判官層、すなわち、個々の裁判官としての経歴の過程のなかで一般的な法律上の素養の他に、専門法とこれによって支配されている生活諸関係についての高度の知識を修得している裁判官層に行き着くのである。このような制度的基礎の上に、通常の場合、基本権への裁判官の拘束が保障される。

連邦憲法裁判所は、その裁判の開始以降、判決に対する憲法異議におけるさまざまな公式でその審査を次の点に「限定」してきた。すなわち、攻撃された判決が「特別の憲法（spezifisches Verfassungsrecht）を侵害している」<sup>(59)</sup>かどうか、「通常裁判所が、市民法の領域で基本権の射程と作用力（Wirkkraft）を適切に評価した」かどうか、法律の適用が、「基本権の意味と射程、特にその保護領域の範囲に関して根本的に不当な観念に基づく」誤りを含んでいるかどうか、ということである。<sup>(61)</sup>連邦憲法裁判所は、超上告（Superrevision）を執り行うという点に自己の任務を看取してはいなかった。<sup>(62)</sup>引用された公式は、内容的に開かれており、また部分的には不明確である。また、既に述べたように、連邦憲法裁判所による専門裁判所の判決の事後審査を制限する状況にはほとんどない。<sup>(63)</sup>どのような基準が基本権から引き出されるかは、基本権解釈の問題である。この基本権解釈は、周知のように多くのバリエーションを産み出してきており、法律学的ファンタジーをいまなお提唱し、そして、予期しない出来事——これはしばしば憲法

裁判上確認されるところである——が明るみに出されている。基本権の内容は、珊瑚礁のように増大する。最適化の観念からの基本権の法律上の具体化は発展して憲法上の基準になる傾向をもつ。<sup>(64)</sup>このことによって、憲法はますますその枠組みとしての性格を喪失する。

その他の点では、連邦憲法裁判所の計り知れない過重負担となる判決の審査（Überprüfung von Urteilen）は、二つの点が顧慮されれば、基本法に対応する範囲に還元される<sup>(65)</sup>。すなわち、まず第一に、連邦憲法裁判所は、基本権の最適化という一切の観念を放棄して、基本権を枠組みとして理解しなければならぬ。つまり、立法の制約としての防禦権（過度の制約禁止 Übermaßverbot）として、また基本権から引き出される過少保護の禁止（Untermassverbot）としての立法の保護義務として理解されなければならない。さらに、審査密度（Kontrolldichte）は制限されるべきである。そのためには六〇年代からの提案に拠る所が求められうるし、<sup>(66)</sup>そしてその提案は拡大されるべきである。それによれば、専門裁判所による法律適用の憲法裁判所の審査は、純粋な判決に対する憲法異議の手続において、次の点のみを審査するだけでよい。

——審査すべき判決の基礎となっている事実関係の調査が恣意的であるかどうか、すなわち、当該基本権に関してまったく誤った事実関係が採用されているかどうか、

——恣意的に確定された事実関係への法律適用の帰結が——規範として一般化されて——違憲となるであろうかどうか（準規範審査）、そして、

——裁判所による法の継続的形成の限界が超越されたかどうか、である。

第一の問題が肯定されるならば、第二の問題は、連邦憲法裁判所が事実関係を自ら確定することができる場合（例えば、単純な二者択一事例において）にだけ審査される。第二の問題が肯定されるならば、第三の問題はいかなる場

合においても審査されえない<sup>(67)</sup>。第二の問題は、規範審査領域での連邦憲法裁判所の経験の利用と無益な裁判(Billsk-eisjudikatur)や特殊事例の裁判の回避を可能にする<sup>(68)</sup>。判決に対する憲法異議が準規範審査である場合にのみ、連邦憲法裁判所の判決は、連邦憲法裁判所法三一条一項において規定されているように、個別事例を超えて拘束作用を展開することができる。

### 3 連邦国家性

その名に値する連邦国家においては、諸権限は連邦と州に配分されなければならない。また、その任務配分に対応する財政配分が保障されなければならない。この両者は、連邦国家秩序は単純連邦立法者の自由な処理には委ねられないために、連邦憲法によって行われる<sup>(69)</sup>。およそ連邦憲法において命じられているところは、憲法裁判所によって保護される。このために、基本法は、特別の手續を九三条一項2 a号、三号、四号および八四条四項で規定している。

#### (a) 州の固有国家性 (Eigenstaatlichkeit der Länder)

連邦憲法裁判所は、その裁判の開始以降、州の固有国家性を、すなわち、そこから流出する州の組織高権<sup>(71)</sup>として連邦と州の「憲法領域 (Verfassungsraum)」の分離<sup>(72)</sup>を強調してきた。

この意味において完全に、連邦憲法裁判所は、州法律による選挙の普通および平等原則違反を審査しない<sup>(73)</sup>。その限りで、そこから州憲法裁判所の専属的管轄権が生じる。州法律に対する地方自治体からの連邦憲法裁判所への憲法異議は、基本法九三条一項4 b号によって明確に、州憲法裁判所に異議を申立てることができない限りにおいてのみ許容されると規定されている。両規律、すなわち、新しい裁判と憲法上の補完条項は、基本法二八条一項二文および二

項の同質性の保障に抵触していない。なぜならば、これらの規律は、その列举された権限の外に連邦憲法裁判所の審査権限を自動的に包含するものでないからである。基本権に関する保障条項(基本法二八条三項)に抵触することなく、基本法九三条一項4 a号は、直接に州法に対する連邦憲法裁判所への憲法異議は憲法異議が州憲法裁判所に提起されえない限りでのみ許容されるということまで制限することはできるであろう。

#### (b) 州の権限の保護

連邦憲法裁判所は、州の立法権限と連邦法律の執行権限を保護したが、このことは、個々の判決で読み取ることができる。例えば、連邦憲法裁判所は、次のような場合にだけ事物の本性に基づいて連邦の不文の専属的立法権限を認めている。すなわち、概念必然的<sup>(74)</sup>に州による規律から奪われているような事項が問題となるときである<sup>(75)</sup>。事物関連性によって、連邦憲法裁判所は、立法権限を厳格に成文の権限に結びつけている<sup>(76)</sup>。きわめて限定的に、連邦憲法裁判所は、確定した判例のなかで、事物関連性からの立法権限を次のような場合にのみ認めているにすぎない。すなわち、「連邦に明確に配分された事項が、同時に連邦に配分されているのかどうか不明確な事項ともに規律されなければ、適正に規律することができない場合、したがって、配分されているのかどうか不明確な事項への干渉が連邦に配分されている事項の規律のための不可欠の前提である場合<sup>(77)</sup>」である。したがって、事物関連性に基づく立法権限は、体系的な憲法解釈を通して獲得される<sup>(78)</sup>。

連邦憲法裁判所は、特に立法権限をめぐる規定の解釈に関して、連邦国家性の維持につき重要な任務を有している。連邦憲法裁判所は、バイエルン妊婦援助補充法<sup>(79)</sup> (Schwangerenergänzungsgesetz) をめぐる最近の判決においてこの任務に正当に対応しなかった。というのも、連邦憲法裁判所は、連邦による規律の不作為から連邦による事物関連性による立法権限を州立法者のために阻止することを導き出そうと尽力したのである。背景にあるのは、連邦憲法裁

判所の保護義務判決であり、それは、バイエルン判決において、連邦立法者は連邦が権限を拡大することのできる新種の保護構想を展開することができる、とまで補充されていた。このことによって、連邦は、保護構想に関する自らの決定によって権限の権限 (Kompetenz-Kompetenz) を獲得する。州の政治システムも連邦の政治システムも民主的に正当化されているので、その限りでは、連邦に比較的高度な正当性が認められるというわけではない。このような確認がどれほど重要であるかは、次のような状況が提示しているところである。すなわち、それぞれの州においては、それぞれの政治的多数派が議会内に存在しており、それとともに連邦と個々の州との関係においても同様であるということである。民主的に基礎づけられた連邦国家性にとって、連邦立法と州立法間の権限画定は、いわば「骨格」なのであって、これなくして、州議会主義や州における民主的生活はありえない。したがって、次のことは堅守され続けなければならない。すなわち、基本権上の保護義務は、その都度に権限を有する立法者によって履行されなければならないということである。<sup>(80)</sup> 連邦立法者と州立法者の同一の保護義務は、それぞれの事項に従って履行されなければならない。保護義務の履行に際して、憲法上は、過少保護の禁止が遵守されるならばあらゆる解決法が許されている。まさに憲法適合的な最小限度の保護と並行して、他の州においては州議会の政治的布置状況に応じて最高度の保護が実現されうる。

(c) 統一化の推進力としての基本権

連邦憲法裁判所が保護すべき権限を有している基本法の基本権は、連邦憲法裁判所による基本権解釈に依りて、州立法者にかかりの影響を及ぼす。とりわけ、基本権からの手続法的、組織法的演繹は、州立法をその独自の権限領域で先取的に (Präjudizierend) 狭めうるし、また連邦主義的構造のなかでかなりの統一化のプレッシャを生み出さる。このことは、次の二つの事例で明らかにされうる。連邦が、大学制度の一般的な基本原則の大綱立法権限 (基本法七五条一項一文一 a 号)<sup>(81)</sup> を一九七六年一月二六日の大学大綱法の可決によって行使する前にはまだ、連邦憲法裁判所は、一九七二年七月一八日の大学入学者制限判決 (Numerus-clausus-Urteil) において、「養成所を自由に選択する」基本権 (基本法二二条一項) から、共通に——例えば、州契約 (Staatsvertrag) の締結によって——基本権保護の協働実現のための共同責任を負うというその全体性のなかでの州の補助的義務を導き出してきたが、それは、地域を超えた場所での自由な勉学の場合はすべて、統一的な選抜基準を適用することによって配分される、ということによってである。<sup>(83)</sup> ——一九六一年以降の放送法の領域での公法上の放送局の組織、任務および資金に関する、とりわけその「基本的供給委託」、二元的放送システムおよび私経済的に活動する放送局に対する公法上の監督に関する連邦憲法裁判所のダイナミックな判決は、大綱法に相応する密度を有している。<sup>(84)</sup> 放送法の領域での連邦の立法権限はほとんどないにもかかわらず、連邦憲法裁判所は、「放送による報道の自由は、保障 (される)」（基本法五条一項一文）とする簡潔な文言から連邦 (憲) 法上の放送システムを大綱法の態様に従って導出しており、放送システムをしばしば——立法者の如く——着実に急速に変化する技術的条件に適合させるべく試みてきた。

基本権がどれほど激しい統一化の推進力となりえるかは、さらに、州の警察法および秩序法への連邦憲法裁判所の個人情報保護判決 (Datenschutzrechtsprechung) の影響力が示している。連邦憲法裁判所の国勢調査判決は、まさに州警察法の統一化の第二期の開始である。<sup>(87)</sup> 他の例は、大学組織の領域で、最近では、十字架磔刑像決定を想起するならば、<sup>(89)</sup> 学校法の領域で見出せる。さらなる発見も予想されうる。<sup>(90)</sup> 連邦国家的憲法秩序における連邦憲法裁判所の立場は、それにもかかわらず、州を恒常的に配慮することを必要とするし、しかも、特に州の権限が本来的に問題となるのではなく、これらが副次的に関係づけられるにすぎない場合でも、恒常的な配慮を必要とする。



## 4 憲法解釈と憲法の継続的形成

## (a) 憲法解釈

憲法秩序における連邦憲法裁判所の地位は、さらに、憲法解釈の理解から解明される。憲法の優位の確保を課されている機関としての連邦憲法裁判所は、憲法解釈に際して重大な責任を有している。連邦憲法裁判所は、憲法解釈に際して最終的な決定権を有する。すなわち、憲法が政治的な過程に画している枠組みを決定する。このことを、ルドルフ・スメントは、一九六二年にすでに連邦憲法裁判所一〇周年を機に次のように述べている。すなわち、基本法はいまや連邦憲法裁判所が解釈するように、実際的に妥当している<sup>(91)</sup>。この言明は、もちろん、連邦憲法裁判所が憲法の解釈において自由であるということの意味するわけではない。つまり、憲法解釈において連邦憲法裁判所が自由であるとすれば、憲法の優位は無に帰してしまおうし、憲法裁判所の決定の優位が妥当することになってしま<sup>(92)</sup>う。このことは、基本法に抵触することになるであろう。基本法は、その優位条項（基本法一条三項、二〇条三項）によって、憲法の効力優位を意図しているのであって、憲法裁判所の決定によってではないのである。したがって、連邦憲法裁判所は、法律解釈の承認されたルールに服する。憲法裁判は、前もって設定された基準に基づく審査である<sup>(93)</sup>。

憲法規範の意義は、規範全体のなかでの規範の語義、文法的構成、体系的位位置、歴史的立法者の規律意図を基礎にして、そして客観的・目的論的視点を通じて以上の基準と密接に結びつけることで探求されるのである<sup>(94)</sup>が、しかし、この客観的・目的論的視点は、時代精神の体现者へと自立化されてはならない。憲法における方法論議は、憲法の特殊な方法論がある<sup>(95)</sup>、すくなくとも補足的な解釈方法が存在するということを想定しがちである。憲法解釈の特別な視点が持ち出されるときですら、古典的な規<sup>(96)</sup>準は放棄されえない<sup>(97)</sup>。なぜならば、これらの規<sup>(96)</sup>準は、まず第一に、「文言

によって標示された余地のなかで可能な意味変形 (Sinvarianten) を精確化する<sup>(98)</sup>」のに役立つからである。規範的効力を有する法文としての憲法の解釈は、文法や論理を含めて語義、体系的位位置づけ、ならびに歴史的な規律意図が考慮される<sup>(99)</sup>ということ为前提とする。これらの視点に触れることのない問題のある判決の理由づけは、不十分であり、また、恣意的で、決断主義的 (decisionistisch) と感じられるであろう。

憲法解釈のために必要とされる補足的な視点<sup>(100)</sup>、例えば、「憲法の統一性」、「実践的整合性」、「機能的正当性」は、明らかに体系的解釈の規<sup>(101)</sup>準に含まれる。これらの視点は、個々の憲法規範を関連づけ<sup>(102)</sup>ないで考察することを禁じており、<sup>(101)</sup>そしてその他の憲法を考慮することをその伝統的憲法国家的機能において要求する。H・P・シュナイダーが、一方でまた適切にも次のように指摘している<sup>(103)</sup>。すなわち、歴史的解釈は、放棄できない認識の源泉であり、決定の補助であって、これは、文言の意味や憲法規範が位置している意味関連に対する洞察力を鋭敏にし、とりわけ憲法規範の具体的な規範目的や保護目的を明確にする、と。

憲法解釈の特別な問題はそれぞれ、基本権、構造原理ならびに組織権限規<sup>(104)</sup>範と手続規<sup>(105)</sup>範に関連して生じてくる。これについて展開した指針は、先に公表した叙述に基づいている。これらの特殊な指針 (speziellen Leitlinien) は、基本権の意義の存続性を確保するが、基本権は、その直接的拘束性 (基本法一条三項) ゆえに、十分に根拠づけられた例外的事例においてのみ給付権 (Leistungsrechte) として解釈されうるにすぎない<sup>(106)</sup>。憲法の構造原理としての民主制原理は、基本法に規定されたその具体化や基本法七九条三項にあげられた別の構造原理をつねに考慮して解釈されなければならない<sup>(107)</sup>。基本法の組織規<sup>(108)</sup>範、権限規<sup>(109)</sup>範そして手続規<sup>(110)</sup>範に関していえば、歴史的解釈が、基本法制定前の概念を受容しているがゆえにまた、重要な役割を果すのである<sup>(111)</sup>。

## (6) 憲法の継続的形成

承認された準則に基づいた憲法解釈を超えて、憲法の意識的な継続的形成がある。それは、憲法変遷を結果として生み出すものである。<sup>(108)</sup> 広範な意味内容をもった憲法規範の解釈の変更、あるいは成文憲法からの不文憲法の発展は<sup>(109)</sup> だ憲法の継続的形成を意味しない。<sup>(111)</sup> 新たな要因の発生や新たな観念の展開は、憲法の継続的形成にとっての十分な根拠とはいえない。このような変更が、憲法の秩序づける機能や限界づける機能を維持するために新たな準則が必要であるということが、確認され、十分に根拠づけられなくてはじめて、立法者の憲法国家的機能にその程度を見出す憲法の継続的形成のための状況が与えられるのである。<sup>(112)</sup> この点について、最近の判決から二つの事例をあげておきたい。

国防憲法 (Wehrverfassung) の基礎にある原理から、連邦憲法裁判所は、国連が編成した平和部隊へのドイツ軍隊の投入のための議会留保 (Parlamentarvorbehalt) を導入した。<sup>(113)</sup> この結論が、憲法解釈によって獲得されているのかどうか極めて疑わしい。法の継続的形成が容認されるにせよ、このために必要とされる前提があったかどうか問題になる。連邦憲法裁判所は、以前には考えることのできなかつた軍隊の投入を必然的に伴う「国際政治状況の変化」<sup>(114)</sup> で論拠づけている。——憲法の継続的形成の第二の事例は、州財政調整に関する一九九九年一月一日の連邦憲法裁判所の判決である。同裁判所は、基本法一〇六条三項四文による売上税収の配分、基本法一〇七条二項一文および二文による水平的財政調整そして基本法一〇七条二項三文による連邦の補充割当に関する憲法上の準則が具体化され、そして補充される基準法を發布すべき立法者の義務を導入している。<sup>(115)</sup> 理由のなかで判示されていることは、基本法は立法者に「憲法上の基準を具体化し、補充すること」<sup>(116)</sup> を委託しており、これらの基準は、その場合、立法者を年次配分に際して拘束する、ということである。しかし、さらにまた次のことも説示されている。すなわち、立法者は、「財政憲法上の規準を連邦国家的憲法原理の継続的形成において、(強調は、クリスチャン・シュターク)、財政憲法が時代に相応しい基準において明らかにされ、また、配分効果と調整効果がその都度現代に相応しく査定され、また、

定期的な審査されうるように形成しなければならない」と。実際、問題となるのは、立法者が基本法と同様に服従させられる連邦憲法裁判所の憲法の継続的形成の行為なのである。<sup>(117)</sup>

将来的に、連邦憲法裁判所は、憲法の継続的形成の行為それ自体を明確にし、その必要性を、上述の基準を考慮に入れながら根拠づけをしなければならぬであろう。憲法の継続的形成の例外的性格が明確にされるであろうし、特に基本法七九条に基づく手続において憲法改正の可能性がただに、裁判所は軽率に継続的形成をしないよう慎重になるであろう。

憲法変遷が、政治的諸力、すなわち、立法府や政府に由来するとき、同様に連邦憲法裁判所には決定的な役割が与えられる。連邦憲法裁判所による憲法の継続的形成によってはじめて憲法変遷が承認されるが、その際、連邦憲法裁判所は、次の点を考慮しなければならない。すなわち、基本法は、七九条において正式の手続による基本法の改正を規定しており、そのために必要な特別多数によって基本法の優位を確保しているということである。それゆえに、当該の憲法改正が、三分の二の多数を欠くがゆえに実現されえないということが認識できるときには、容認されえない。<sup>(118)</sup> 上掲の憲法の継続的形成の二つの事例においては、基本法七九条は、阻害理由ではないように私には思われる。

##### 5 憲法訴訟法・手続、判決およびその理由づけ

基本法は、連邦憲法裁判所 (上掲 I 2 (a) 参照) が特別の訴えに基づき、憲法の遵守について決定する、すなわち、憲法の優位を確保する手続を規定している (基本法九三条、一〇〇条)。…基本法は、憲法裁判所裁判官の独立 (基本法九七条) および連邦憲法裁判所の前での法的審問 (基本法一〇三条一項) を保障している。その他の点について言うならば、憲法訴訟法は、連邦法律によって規律される (基本法九四条二項) が、連邦法律それ自体は、憲法秩序

における連邦憲法裁判所の地位に関する本稿の対象ではない。連邦憲法裁判所の手続の裁判形式性 (Gerichtsförmigkeit) は、憲法から既に生じている。しかも、専ら当該規定が、「裁判」という標題である基本法九章に見出されることからそのことが理解される。とりわけ証拠法や決定を理由づける義務は、裁判形式性に属する。この両者は、法律上具体化されている。「連邦憲法裁判所は、真実の究明のために必要な証拠を提示する」(連邦憲法裁判所二六条一項一文)。連邦憲法裁判所は、「非公開の評議において、自由な、弁論の内容および証拠調べの結果から得られた確信に従って決定を行う。決定は、文書で作成され、理由を付し、決定にかかわった裁判官によって署名されなければならぬ」(連邦憲法裁判所法三〇条一項一文および二文)。

憲法の解釈と継続的形式について既に述べられたことに関連して特に重要なことは、理由づけの義務であり、そこに連邦憲法裁判所における手続の憲法上規定された裁判形式性の唯一可能な具体化が看取される<sup>(120)</sup>。したがって、理由づけの義務それ自体が、連邦憲法裁判所が位置している憲法秩序の一つの要素なのである。証拠調べと憲法解釈に関連して、連邦憲法裁判所の決定の理由づけの目的と機能は、とりわけ次の点にある。<sup>(121)</sup>すなわち、裁判所の回答 (Beantwortung) / 説明、自己統制、(法律学上の) 世論による外部的統制の可能性、<sup>(122)</sup>満足感の充足、コンセンサスの確保である。なされた決定は、決定に適用された法を納得させることができ、できる限り受容することのできる理由づけの関連性と正当化の関連性に基づいていなければならない。<sup>(124)</sup> 解釈の諸々の基準 (Auslegungs—Canones) は、理由づけのこのような目的を達成するための手引きとなるものである。連邦憲法裁判所が、憲法の継続的形成としての憲法変遷を承認するか、あるいは憲法変遷自体のイニシアティブをとる場合には、決定の理由づけに他の要求が置かれなければならない。とりわけ、最早憲法が解釈されるのではなく、継続的に形成されるような事例においては、<sup>(125)</sup> ことが明らかにされなければならないし、理由づけもそれに対応してなされなければならない。

## II 政治過程における連邦憲法裁判所

### 1 政治過程と憲法秩序

政治過程の下で理解されるのは、連邦と州における政治的な憲法機関、すなわち、立法府と政府の活動である。しかしまた、政治に影響を与える諸団体 (教会を含む) や個人そして社会と憲法機関の間を媒介する政党の活動も政治過程に属する。ドイツにおける政治過程は、ただたんに国内的な政治過程だけではない。多くの対外政治上の、またヨーロッパ政治上の影響を受けている。そのような影響には、まず第一に、「対外からの」ドイツの政治過程への影響があり、しかしまた、ドイツ国内の政治過程にともに刻印づける、ドイツの対外政治上の、またヨーロッパ政治上の活動への影響がある。

本稿の第一部と関連して、さしあたり包括的に次のことが留意されなければならない。すなわち、憲法は政治過程に対する枠組み秩序を意味している<sup>(126)</sup> ということであり、その際に、例外的に政治過程から憲法を継続的に形成する(前提については上掲 I 4 (b) 参照) 必要性が生じるということである。憲法解釈の変更やそれを超える憲法の継続的形成のこの両者は、憲法秩序に一定のダイナミックをもちこむけれども、しかしここでは政治過程に算入されない<sup>(127)</sup>。というのもそれは、憲法の優位 (I 1 参照) とこれを確保する連邦憲法裁判所の活動を理解しうるために必要である概念上のカテゴリーを曖昧にしないためである。

それにもかかわらず、——これまで述べてきたことを超えて——連邦憲法裁判所の裁判の開始以降、対外政治上の重圧を顧慮して確認することのできる基本法解釈への政治過程の影響が検証されうる。一九五五年のザール規約



(Sarsstatut) に関する判決以来、連邦憲法裁判所は、対外政治上の問題において政治過程を考慮してきている。しかも、相互に補完し合う、三つの異なる観点の下で、である。連邦の政治関係を規律する国際法上の契約の解釈に際して、契約の政治的出発点の状況に当然のことながら特別な意義が与えられる。<sup>(128)</sup> 国際法上の契約が違憲とはされえないのは、それが従前に存在していた状態よりも一層近く基本法の下にあるような状態を創出している場合である。<sup>(129)</sup> 国際法上の契約の基礎にある政治的価値評価と予測は、憲法裁判上の判断評価を免れる。<sup>(130)</sup> これらの諸原則は、後続の裁判において現在にいたるまで顧慮されてきており、<sup>(131)</sup> 憲法学においても圧倒的に賛同を見出している。<sup>(132)</sup> ——再統一の課程で連邦憲法裁判所は、当時のソヴィエト占領地区での一九四五—一九四九年の間の公用収用措置につき、補償を排除することを次のような理由で正当化した。すなわち、ドイツ民主共和国とソヴィエト連邦は、このような規律の上に存立していたのであり、連邦政府は、ドイツの統一を達成するために、義務的評価としてこのような条件を飲まざるをえなかった、ということである。<sup>(133)</sup>

「ヨーロッパ統合の政治過程は、まず第一に、憲法上は一般的な言い方で委託されているにすぎないが（基本法二四一条一項）、しかし内容的には規制するようなものではなかった。連邦憲法裁判所は、同裁判所が統合過程を、共同体の高権の掌中に統合過程がある限りに対して、基本法の基本権の保護の下に位置づけることによって、この過程に関与したのである。<sup>(134)</sup> 後に、連邦憲法裁判所は、ヨーロッパ共同体裁判所（EuGH）による基本権の保護を信頼するにいたった。<sup>(135)</sup> 一九九二年二月二日の憲法改正法律によって、新たな基本法二三条が導入された。同条は、さらに広範な統合過程を憲法上保護育成するとともに、<sup>(136)</sup> 連邦憲法裁判所に、ヨーロッパ共同体裁判所の判決が無条件に命じられている基本権の保護を保障しているかどうかについて審査する権限（審査予備の意味における）を付与している。<sup>(137)</sup> ——ヨーロッパ人権協定は、ドイツにおいては単純な法としてのみ妥当するが、しかしそれにもかかわらず、連邦憲法裁

判所は、事実上はこれに拘束される。なぜならば、連邦憲法裁判所の決定は、ヨーロッパ人権裁判所に異議申立されるからである（ヨーロッパ人権協定三二条以下）。その限りで、ヨーロッパ人権裁判所の判決は、ドイツの基本権解釈が協定の標準を下回ってはならないという限りにおいて、ドイツの基本権解釈に影響を及ぼす。

## 2 連邦憲法裁判所の判決による社会的基本合意

国家的に組織された社会は、その存立のためには基本的なコンセンサスを前提とする。基本的コンセンサスは、単なるコンセンサスという程度のものではない。民主制においてはもうこれ以上には問題になることはないであろう。うな基本的問題におけるコンセンサスだけが問題となる。なぜならば、民主制に属するのは、多元主義、討論そして多数決であるからであり、これらは、極めて稀にしか合意にいたらない。したがって、基本的なコンセンサスは、比較的僅かな意見の一致を意味する。基本的なコンセンサスは、機能的な民主制の前提であり、したがって、これは、保持し続けるために、常に擁護されなければならない。新たに出現する社会的問題に関連して、基本的なコンセンサスがまず見出され、そして確立されなければならないが、これらの前提となっているのは統合機能（Integrationsleistung）なのである。統合の国法上の方法は、議会での討論、連邦大統領や責任ある政府構成員の演説であるが、しかし全く特別には、権限ある諸機関の決定、とりわけ、立法府、<sup>(138)</sup> 政府そして裁判の決定である。これらの決定は、その効果において基本的コンセンサスを強化するものである。もちろん、このことは失敗することもありうる。

ところで、連邦憲法裁判所の、とりわけその判決を通しての統合作用を考察すると、<sup>(139)</sup> 連邦憲法裁判所自体が政治過程の一要素であるという前提が基礎となっている。このことは、法律学上の世論に対してだけ妥当するのではなく、世論全体が関係づけられている。まさに連邦憲法裁判所の統合作用に関連して、法律家の間での基本的コンセンサス

は、ある一定の、法律家以外の人々を感激させる効果をもつかもされない。したがって、問題は、どの程度まで連邦憲法裁判所の判決が社会的な基本的コンセンサスを維持し、促進するか、である。

連邦憲法裁判所による基本的コンセンサスの維持と創出、すなわち、政治過程におけるその統合作用は、連邦憲法裁判所の判決が全体的に受容されるということを前提にする。このことは、批判——個々の判決や全般的な裁判の方向性についての原則的な批判や激しい批判であっても——を排除するものではない。連邦憲法裁判所の判決との批判的対決は、それが法律家グループから発するとき、大抵の場合判決の理由づけに、したがって、憲法解釈の態様とやり方に向けられている。法学と連邦憲法裁判所との間のこのような対話は、全体的に見れば、憲法裁判所の判決の合理性を促進し、それと同時にこの対話自体が基本的コンセンサスを持続させる基本条件なのである。<sup>(140)</sup>

それゆえに、連邦憲法裁判所は、一方で、基本法の統合作用に参画し、<sup>(141)</sup>他方で、基本法の解釈と適用を通して統合作用を活性化するが、このことは、ときとして失敗に終わることもある。その例として、意見表明に対する憲法上明文で保護された名誉（基本法五条二項）の過小評価<sup>(142)</sup>、積極的宗教の自由に対する消極的宗教の自由の優遇<sup>(143)</sup>、座り込み封鎖の無罪放免<sup>(144)</sup>そして薬物禁止の審査に際して、比例原則をもって惹起された混乱<sup>(145)</sup>などがあげられよう。全体的に曖昧に理由づけられている判決は、一部は裁判所の報道説明によって解説されるが、少なくともこのようなことは異例のことである。

連邦憲法裁判所の統合作用は、R・スメントが一九二八年に展開した彼の統合の観念と混同されてはならない。<sup>(146)</sup>この統合の観念によれば、「憲法それ自体の意味は、その意図を細目に向けるのではなく、国家の全体性や国家の統合過程の全体性に向けられる。国家の統合過程の全体性は、周知のようなあらゆる法解釈から広範に逸脱する、柔軟な、補完的憲法解釈を許容するだけでなく、むしろ要求する」。このような解釈構想は、憲法裁判権をもつ憲法の基礎

に置くことはできない。<sup>(148)</sup>今日この構想に依拠しようとする者は、憲法の解釈によって政治的な妥協を導き出そうと試みる。このための基準は、基本法ではない。むしろ政治的な敵対者によって確定された地位しだいなのである。一方の陣営が、その地位を確定し、活用することに巧みであればある程、この陣営にとってはこのような類の統合的憲法解釈でそれだけ結果はより良いものとなる。最も安定的な統合要因である憲法の規範性は、したがって、もはや法律学上の解釈原則に拘束されない、政治化した憲法裁判の車輪の下敷きにされてしまう。これとともに、憲法の優位は、長い間には憲法裁判所による決断の優位に代替されてしまう（上掲 I 4 (a) 参照）。

これに対して、連邦憲法裁判所の統合作用は、まさに議会や執行府の決定で政治過程が生み出すものを、裁判形式の手続で基本法の枠組にとどまっているかどうかについて審査するという点にある。裁判所の手続は、特に政治的性格をもった多数決を、それが基本法と一致しているかどうかについて審査するのに適している。このことは、権限と手続、すなわち、民主的競技規則が遵守されているかどうかの審査に関していえば、自明のことである。<sup>(149)</sup>しかし、大抵の場合、争点は政治的決定の内容的な合憲性にかかわっている。基本法が、まさにその実体法規範においても基本的コンセンサスを述べているとすれば、裁判所によるその保護は、基本的コンセンサスにとって通常有益であり、強化的に作用する。<sup>(150)</sup>したがって、一章で述べられた連邦憲法裁判所の法機能こそ、政治過程において基本的コンセンサスの確保のために重要な役割を演じるとともに統合に配慮するものなのである。

### 3 外国への影響

政治過程は、今日もはや純粹に国民国家的理解されるべきではない。II 1 のもとでの叙述が、既にドイツの政治過程への、しかもまた効果的に連邦憲法裁判所へのドイツ対外政治の影響や他国の対外政治の影響およびヨーロッパ統

合の影響を明らかにした。次に問題となるのは、連邦憲法裁判所およびその判決の他国への、また、その政治過程への影響である。

第二次世界大戦後、憲法裁判権は、憲法の優位を確保する手段として漸次西ヨーロッパ諸国において導入されるにいたっている<sup>(151)</sup>。今や、憲法裁判権は、世界中に及び、中央ヨーロッパ、東ヨーロッパ<sup>(152)</sup>、若干のアジア諸国家<sup>(153)</sup>、また比較的古い伝統に遡る南アメリカや中央アメリカならびに南アフリカ<sup>(154)</sup>などにおいて大きな成果をあげている。南アフリカの憲法裁判所は、コモン・ローの伝統や議会主権の伝統に反して、その地での体制変更後、憲法の優位を確保する目的で、しかも、明らかに、特にドイツにおける特別な憲法裁判権をもつ肯定的に評価された経験に基づいて、組織されている。南アフリカ憲法裁判所は、その間に憲法裁判権による合意維持ないしは合意創出的な機能にとっての優れた範例となっている。南アフリカにおける体制変更は、白人少数派によって組織された政府と黒人多数派が三四の憲法原理に合意することで、協定が締結されている。これらの憲法原理は、憲法制定に際して遵守されなければならぬ。遵守義務を制裁なき委託に変質させないために、憲法裁判所は、議会によって可決された憲法草案が諸原理と一致しているかどうかについて審査することを委託されている<sup>(155)</sup>。このような異例の、歴史的にこれまで先例のない憲法制定手続は、成功裡に実行され、住民の統合のために憲法裁判所の果たす重要な意義が立証されている。

一九二〇年に設置されたオーストリア憲法裁判所や若干の州憲法裁判所を度外視するならば、連邦憲法裁判所は、最も古い特別の憲法裁判所である。加えて、連邦憲法裁判所は、その権限の広範さやその判決の多さゆえに、今や五〇年持続的に継続している裁判実践に基づく最良の経験を生かしていくことができる。このような状況に書き加えられるべきことは、連邦憲法裁判所が新しい憲法裁判所の設置に際して、しばしばモデルとなっているということであり、また、その裁判が他の憲法裁判所へかなりの影響を及ぼしたし、今もなお及ぼし続けているということである。

この点について、本稿では詳細に立ち入ることはできないが<sup>(157)</sup>、しかし、当該諸国家における政治過程への重要な影響を与えている発展的方向は言及されるべきであろう。

オーストリア憲法裁判所は、一九四五年以降に再設置されたのちも、憲法の権限規定と手続を基準とする法律審査に限定されている。というのも、オーストリア憲法裁判所は——依然としてH・ケルゼンの呪縛のもとにあり——、基本権の法律留保のうちに、任意の基本権制限の授権を見ており、そしてせいぜい基本権の本質的核心を保護したにすぎないからである。したがって、——全く大多数のヨーロッパ諸国における当時の見解に対応して——立法者のうちに、独占的かつ審査不可能な基本権解釈を承認していた<sup>(158)</sup>。八〇年代の初頭以来はじめて、比例性の原理の適用が、基本権を基準とした法律の実質的審査をもたらした。H・シュッファー(H. Schüffer)は、裁判の決定的変遷をヨーロッパの憲法裁判所との意見交換に、とりわけ、ドイツの裁判や基本権理論の影響に還元している<sup>(159)</sup>。ポルトガルとスペインの憲法裁判所は、その裁判の開始以降、基本権制限を比例性の基準で審査してきた<sup>(160)</sup>。これによって、憲法上保障された自由権は、立法に対する重大な効力を獲得した、もしくは、——本稿で論じられている意味で一般的に語るならば——憲法秩序は、政治過程に対して強い影響力を獲得している。

#### 4 政党

「政治過程における憲法裁判所」というテーマについては、政党に関して言及しないわけにはいかない。連邦憲法裁判所は、基本法二二一条に基づき、その裁判の過程のなかで、政党国家の法的内容を展開し、政治過程における政党の憲法上の地位を強調してきた。逆に、議会団体内における政党は、連邦憲法裁判所法の公布と改正(基本法九四条二項)および裁判官の選出(基本法九四条一項)を通して連邦憲法裁判所に対し影響力を行使する。

憲法秩序および政治過程における連邦憲法裁判所(渡辺 中)



(a) 政党の財政援助に関する基本法二一条の解釈について

政党に関する大部分の基本法の規律は、連邦憲法裁判所が全力を投入した裁判の対象となっている。立法府は、基本法二一条三項の規律委託を一九六七年になってようやく、したがって、基本法施行後ほぼ二〇年たって履行した。<sup>(16)</sup> 政党法は、繰り返し大抵はその都度、政党の財政援助に関する連邦憲法裁判所の変更判決に従って、改正されなければならなかった。政党への財政援助に関して、基本法は、政党は、その資金の出所および用途について、ならびにその財産について、公的に報告しなければならない、とだけ規定している（基本法二一条一項四文）。政党財政援助に關していえば、連邦議会に代表されている院内会派の際立った固有利害があり、この院内会派の背後には政党が位置している。与党の院内会派と野党の院内会派は、大抵は、同じ目標を追求している。直接的な国家的政党財政援助に際しての、また租税立法を通しての間接的な国家的政党財政援助に際しての国家予算への自己の院内会派を媒介とする介入は、連邦憲法裁判所が、政党財政援助に詳細に取り組みきっかけとなった特殊な状況を呈示している。適切な解決を求めて、連邦憲法裁判所は、国家的な政党財政援助の変更を要請した。これは、必ずしも解釈の変遷とみなされうるものではなく、むしろ、後に不適當と認識され、そして新たな要請によって代替される憲法の継続的形成（I 4 (b)参照）をも表示するものである。その限りで、連邦憲法裁判所は、政治過程に対して重大な、積極的形成的な影響力を及ぼしており、この過程の主役であることを実証した。

一九五八年、連邦憲法裁判所は、政党への寄付金の税制上の優遇措置を、租税の累進を理由に、政党の機会の平等に違反するものとして、違憲であると宣言し、また、連邦憲法裁判所は、いわば代償措置として「選挙それ自体のためだけではなく、選挙を支えている政党のために財政上の資金を国家から拠出するということは、許容される」とみ<sup>(16)</sup>なしたのである。これとは対照的に、一九九六年には、国民から国家機関への自由で、開かれた意見形成という民主

制原理と、「政治的意見形成や政治的意思形成の領域において、政党に対してその全体的な活動のために連邦の予算から補助金を供与することは、一致しない」と連邦憲法裁判所には思われた。<sup>(16)</sup> 基本法二一条一項は、政党に対する継続的な財政援助の配慮を国家の責務にすることを禁止している。この禁止には次のようなコメントがつけられている。すなわち、政党の自由と機会の平等を顧慮して、政党に適切な選挙戦必要経費が補償されるのであれば、憲法上正当化される、と。

一九九二年、連邦憲法裁判所は、次のような決定をくだしている。<sup>(16)</sup> 「これまで本法廷によって主張された見解に反して、国家は、政党に一般的に（強調は原文）基本法に基づいて政党に課せられている活動の財政援助資金を供与することは憲法上妨げられない。しかしながら、国家からの自由 (Staatsfreiheit) の原則は、国家の資金から、政党の一般的活動の部分的な財政援助だけを許容するにすぎない」。そのために、連邦憲法裁判所は、相対的な上限を、それどころか——このような状況下では——絶対的な上限を確定することを怯む必要はない。

政党財政援助に関する裁判のこのような発展方向が示していることは、連邦憲法裁判所が憲法規範から導出する帰結がより具体的であればある程、ないしは憲法の継続的形成がより詳細になればなる程、それだけ一層連邦憲法裁判所は積極的に政治過程に關与することになり、またそれだけ一層連邦憲法裁判所の決定は誤りやすくなるということである。さらに一連の決定の不安定性がこれに加わってくる。

(b) 連邦憲法裁判所への政党の影響

連邦憲法裁判所裁判官の選出については、それぞれ半数ずつ連邦議会と連邦参議院が権限を有している（基本法九四条一項二文）。連邦議会によって任命される裁判官は、一二名からなる選出委員会によって選出され、同委員会の政党政治構成は、連邦議会の構成に対応している。選出委員会（連邦憲法裁判所法六条）と連邦参議院（連邦憲法裁

判所法七条)は、三分の二の多数で選出する。これによって、憲法裁判官の民主的正当性が確保され、しかも、二重の方法で国家権力の連邦主義的構成を考慮して、確保される<sup>(165)</sup>。繰り返し述べられているように、今日まで支配的な選出の実践は、CDU/CSUとSPD<sup>(167)</sup>の二大院内会派の最高幹部の間で前もって討議され、決着づけられているものを、選出機関 (Wahrgremien) が議決するだけのものになっている。その際、両グループは、各法廷における裁判官の半数ずつにつき、相互に提案権を認めている。選出機関では三分の二の多数が必要とされることから、その時その提案は、「相手方」の同意を必要とする。このことによって、政治的に偏った人物の選出は、阻止されうる。二大政党が、裁判官選出を完全に支配するという二極構造は、もちろん、小政党にサービスすることも許容する。これによって、長年FDPは利益を得てきたし、また、今では緑 (Grünen) も利益を得ている。サービスするためには、二大政党の一つが、自己に割当てられている「裁判官の椅子」のために、連立パートナーの提案を請え負うだけで十分である。もちろん、この提案は、「相手側」によって承認されなければならない。かなり以前から、ポストにつけられるべき裁判官の椅子の四分の一については中立的な人物を提案するという、二大政党の首脳達の協定があったといわれている<sup>(168)</sup>。察するところ、このことが意味するのは、大多数の他の裁判官は政党構成員であるが、中立的な人物は政党構成員であってはならないということだけである。全体的に見れば、候補者選出の実践は、政党構成員や政党に近い候補者についてはかなり狭小化しており、また、連邦憲法裁判所の正当性も減少化してきているが、連邦憲法裁判所の裁判は、本質的に他の手段でもってする政治の継続とは別物である<sup>(169)</sup>。

裁判官選出の実践は、明らかに、(政党) 政治過程との連邦憲法裁判所の密接な結びつきを示しており、このことは、若干の決定においてまた明らかに<sup>(170)</sup>。憲法の優位を確保するという連邦憲法裁判所の任務は、政党との距離を保つことが前提である。若干の裁判官は、ひとたび選出されると、努めてこの距離を保とうとする<sup>(171)</sup>。裁判官の再選が法律上排除されているだけになおさらのことである。さらに、法廷においては、自らの見解を貫徹しようとする個々の裁判官から法律的に納得させるだけの論拠づけを要求する集団力学が生じる。憲法の優位の保障人としての憲法秩序における連邦憲法裁判所の地位は、政治過程の側からの影響力の行使が少なければ少ない程、それだけより機能適合的に政治過程に作用するのである。

## 注

- (1) この点については詳細は、(Ch. Starck, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: HStR Bd. II (1987), §29.
- (2) Ch. Starck, in: H. von Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck, Bonner Grundgesetz, Bd. I, 4. Aufl. 1999, Präambel Rdnr. 17 ff. m. w. N.
- (3) The Federalist Nr. 78 (1788).
- (4) Marbury v. Madison 2 Law Ed. U. S. 60, 73 (1803).
- (5) J. Gough, Fundamental Law in English Constitutional History, Oxford 1955, S. 2 ; W. Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, S. 9. 参照
- (6) Ch. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit (1986), in: ders., Der demokratische Verfassungsstaat, 1995, S. 33ff. ; P. Badura, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: HStR Bd. VII (1992), §160 Rdnr. 3ff.
- (7) 州法律のものでこれに対応する州憲法裁判所の権限もなご限りのこと。
- (8) 例えば、ヴァイナーの憲法時代の支配的見解は、C. Schmidt, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Verfassung, in: G. Anschütz/R. Thoma, HDStR Bd. II, 1932, S. 572, 586f., 598 ; G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches. Kommentar, 14. Aufl. 1933, S. 514ff. 参照
- (9) 例として C. J. Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953, S. 258 ; K. Loewenstein, Verfassungslehre, 3. Aufl.

- 1975, S. 249f.; *M. Bothe*, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, 1977, S. 133ff.; *Th. Öhlinger*, in: FS für Melichar, 1983, S. 125, 135f.; *R. Lhotka*, Imperiale Verfassungsgesetzbarkeit und Föderalismus. Das Judicial Committee of the Privy Council und der BNA Act, 1995, S. 13 u. ö.
- (9) *H. Bethge*, in: Th. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/G. Ulsamer (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblattsammlung (1998), Vorb. Rdnr. 3 ff. m. w. N.; *E.-W. Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen. Organisation, Legitimation, NJW 1999, S. 9, 10f.
- (11) *Starck* (Fn. 6), S. 49ff.
- (12) *Ch. Starck*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, JZ 1996, S. 1033, 1034 m. w. N.
- (13) *ユンケル* *G. Leibholz*, Der Status des Bundesverfassungsgerichts (1952), in: Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971, 1971; S. 31ff.; *E. Benda/E. Klein*, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, S. 25ff.; *Bethge* (Fn. 10), § 1 Rdnr. 16ff. 参照。
- (14) *C. F. v. Gerber*, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. 1880, S. 76f.; *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913, S. 544ff. 特 種訴訟に關するに於ては設置する國家機關と直接に憲法の依頼する間接的な國家機關との區別を。
- (15) *O. v. Gierke*, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft (1883), Separatdruck, 1961, S. 46, Anm. 2.
- (16) *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 344.
- (17) *Leibholz* (Fn. 13), S. 34f.; *Ch. Starck*, Der verfassungsrechtliche Status der Landesverfassungsgerichte, in: ders./K. Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband I, 1983, S. 156; *A. Weber*, Generalbericht, in: Ch. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 1986, S. 118; *H. H. Klein*, Verfassungsgsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur, in: FS für Franz Klein, 1994, S. 511, 524.
- (18) *ヤンケル* *R. Thoma*, Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, in: JöR 6 (1953), S. 161, 166, 文中に於ての疑義を釋するに於て。
- (19) *Bethge* (Fn. 10), Rdnr. 42.
- (20) 総括的なものとして *Bethge* (Fn. 10), Rdnr. 38f.
- (21) Bundestag Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG, Bundesrat Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GG, Bundesregierung Art. 65 Satz 4 GG.
- (22) 議会立法者「オランダ」連邦におけるとは「連邦議会と連邦参議院」州におけるとは「州議會は、基本法九三条一項三号「四号」四号に於ては」一〇〇条一項に於ては「規程審査手続の申立ての相手方ではない」。
- (23) Vom 15. 8. 1986 (BGBl. I, S. 2529), 最中の「オランダ」18. 12. 1995 (BGBl. 1996 I, S. 474); 以下同様に *Bethge* (Fn. 10), Rdnr. 60 ff. 参照。
- (24) *O. Massing*, Recht als Korrelat der Macht?, in: P. Häberle (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 411ff., 特この緊張関係を「議會多数派に有利なように解決しようとする」としての「チーム」論文は「特徴的である」ケルンの次のようなコメントを支持しているからである。「しかし、国家権力を司法の対象としなければならぬ場合、司法はその本性から完全に逸脱する。なぜならば、これによつて本質的に国家の一部にすぎない司法が、全体の上位に置かれることになるからである」。これは「實際」マレーリー対ブレンマンとの文脈的な立場を示すものである。
- (25) *P. Badura*, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung, in: HStR Bd. VII (1992), §163 Rdnr. 35, 特「オランダ」(憲法) 裁判問の不安定な均衡のことに於て。
- (26) *K. Korinek*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39 (1981), S. 7, 46.
- (27) 全ての型に於て「代表」を表現するものとして *Badura* (Fn. 25), Rdnr. 7 ff.; *M. Brenner*, Die neuartige Technizität des Verfassungsrechts, in: AöR 120 (1995), S. 248, 254f.
- (28) *Ch. Starck*, Die Verfassungsauslegung, in: HStR Bd. VII (1992), §164Rdnr. 2.
- (29) *Starck*, Verfassungsstaat (Fn. 6), S. 53ff.; *R. Wahl*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, S. 401, 403; *ders.*, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), S. 485, 486f.; *Brenner* (Fn. 27), S. 265ff.
- (30) この点については「正統的」に *P. Lerche*, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: FS für Stern, 1997, S. 197ff. m. w. N.; 基本権に關するに於て vgl. *M. Peters*, Grundrechte als Regeln und als Prinzipien, in: ZöR 51 (1996), S. 159, 177ff.





chts in der Gerichtsbarkeit, in: HStR Bd. II (1987), S. 683, 684.

- (8) BVerfGE 79, 365 (367).
- (9) BVerfGE 1, 418 (420); 18, 85 (92); 21, 209 (216).
- (9) BVerfGE 7, 198 (207).
- (10) BVerfGE 100, 214 (222); 18, 85 (92); 95, 96 (128); 96, 288 (311); 96, 375 (399); 97, 12 (27).
- (10) 裁判所の事務 *E. Haas*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte, in: FS zum 50-jährigen Bestehen des Bayer. Verfassungsgerichtshofs, 1997, S. 27ff.; *M. Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, 1999. 参照。
- (10) 裁判官の職務と自由 *Ch. Starck*, JZ 1996, S. 1033, 1035-1038; *W. Roth*, Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, in: AöR 121 (1996), S. 544ff. 参照。
- (10) 自由の範囲と自由 *E. - W. Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Der Staat 29 (1990), S. 1, 13ff.; *Hesse* (Fn. 50), S. 268.
- (10) 自由と国家の権限 *Starck* (Fn. 63), S. 1038f.
- (10) *E. Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 206ff.
- (10) 連邦憲法裁判所の自由の判決や例となった裁判官 *Starck* (Fn. 63), S. 1040. 参照。
- (10) トロロキの自由と回覧 *R. Herzog*, in: Th. Maunz/G. Dürig, GG, Art. 5 Rdnr. 260, und *H. Sendler*, Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Anforderungen an die verwaltungsggerichtliche Kontrolle, DVBl. 1994, 1089, 1100, 1101. 連邦憲法裁判所の裁判の展開と自由と憲法違反 *参照。*
- (10) 一強と権限 *Ch. Mellwain*, The High Court of Parliament and its Supremacy, 1910, S. 3 ff.; *Friedrich* (Fn. 9), S. 258; *Loewenstein* (Fn. 9), S. 249; *G. Burdeau*, Traité de Science politique, Bd. IV, 3. Aufl. 1984, S. 373f.; *Lhotta* (Fn. 9), S. 97ff., passim. 参照。
- (10) BVerfGE 3, 58 (158); 6, 309 (346); 22, 267 (270); 36, 342 (360).

- (11) BVerfGE 34, 9 (21, 44f.); 38, 281 (309).
- (12) BVerfGE 99, 1 (7 ff.) mit Angaben aus der aufgegebenen älteren Rechtsprechung.
- (12) BVerfGE 99, 1 (17).
- (12) BVerfGE 11, 89 (99); 84, 133 (148); 85, 360 (374).
- (12) *J. Rozek*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. II, 4. Aufl. 2000, Art. 70 Rdnr. 38 m. w. N.
- (12) 自由と権限 *Ch. Starck*, Neues zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes kraft Sachzusammenhangs, in: FS für Maurer, 2001, S. 281, 283ff.
- (12) BVerfGE 3, 407 (421); 44, 9 (40); 44, 203 (331); 97, 332 (342).
- (12) 自由と権限 *M. Bullinger*, Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat, in: AöR 96 (1971), S. 237, 243.
- (12) BVerfGE 98, 265 (298ff.); 裁判所の事務 *Starck* (Fn. 76), S. 289ff., 292ff.; 自由 *unter* Fn. 124. 参照。
- (12) *Ch. Starck*, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 46.
- (12) Eingefügt durch 22. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12. 5. 1969 (BGBl. I, S. 363).
- (12) BGBl. I 1976, S. 185.
- (12) BVerfGE 33, 303 (357f.).
- (12) BVerfGE 12, 205 (259ff.); 57, 295 (319ff.); 73, 118 (152ff.); 74, 297 (325); 83, 238 (295); 87, 181 (196ff.); 90, 60 (87ff.).
- (12) 裁判所の事務 *Ch. Starck*, "Grundversorgung" und Rundfunkfreiheit, NJW 1992, S. 3257ff. = in ders., Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 157ff.; ders., "Grundversorgung" und Programmauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in: FS Stern, 1997, S. 777ff.; *K-E. Hain*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, 1993, S. 156ff. 参照。
- (12) BVerfGE 65,1 (41ff.).
- (12) 自由と権限 *V. Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 1995, S. 33. 参照 *自由と権限* 連邦の諸州の統一的警察法モデル案 *参照*。

- (88) BVerfGE 35, 79 (112ff.).
- (89) BVerfGE 93, 1 (15ff.).
- (90) *Ch. Starck*, Unitarisierung des Rechts im Bundesstaat, in: FS zum 50-jährigen Bestehen des Bayer. Verfassungsgerichts, 1997, S. 229, 235ff.; 国家の統一と統一の Ch. Starck, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?, in: ders. (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, 1976, S. 480, 488ff., 499ff., 511ff., 522f., 524, 525.
- (91) *R. Smend*, Festvortrag, in: Das Bundesverfassungsgericht 1951–1971, 1971, S. 16.
- (92) この点については、G. Roellecke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Ch. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, 1976, S. 22, 49.
- (93) *F. Ossenbühl*, in: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstags von Peter Lerche, 1998, S. 91, ähnlich *P. Badura* und *E. G. Mahrenholz*, ebda, S. 47.
- (94) 註釋にこの点について *Ch. Starck*, HStR Bd. VII (1992), §164 Rdnr. 16ff. (Lit.); 同様に *K. Stern*, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl., S. 125f.
- (95) den Tital “Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts” von *F. Müller*, in: M. Thiel (Hrsg.), Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, 11. Lieferung, Methode der Rechtswissenschaft, Teil I, 1972. 参照。
- (96) *P. Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation, JZ 1975, S. 297ff.
- (97) *H. Coing*, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, in: Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein–Westfalen, Geisteswissenschaften, Heft 84 (1959), S. 13ff.
- (98) *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, S. 26.
- (99) この点については、BVerfGE 60, 319 (325); 62, 1 (36ff., 44); 67, 100 (128ff.); 99, 1 (11, 13ff.).
- (100) この点については、*Hesse* (Fn. 98), S. 24, 27, 28.
- (101) 註釋にこの点について *Ch. Starck*, HStR Bd. VII (1992), §164 Rdnr. 19.
- (102) *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 338f.; *EW. Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S. 2089, 2097f.

interpretation, NJW 1976, S. 2089, 2097f.

- (103) 基本法二八条一項二文の解釈について BVerfGE 79, 127 (143ff.) を参照。
- (104) *H. P. Schneider*, Der Wille des Verfassungsgebers, in: FS Stern, 1997, S. 903, 922.
- (105) *Ch. Starck*, HStR Bd. VII (1992), §164 Rdnr. 33–60 (Lit.). 参照。
- (106) *Starck* (Fn. 2), Art. 1 Rdnr. 152ff., 157.
- (107) *Ch. Starck*, HStR Bd. VII (1992), §164 Rdnr. 53. 十九条二項を基礎とした憲法改正の論理と際について 第一の視点から役割を演じるべきである。 憲法改正の回復について Hain (Fn. 31), S. 331f.
- (108) 同様に BVerfGE 3, 407 (414f.); 33, 52 (61); 77, 1 (45, 49ff.). を参照。
- (109) *P. Lerche*, Stillter Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: FS für Maunz, 1971, S. 285ff.; *B. O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 254ff. 憲法解釈と憲法変遷の区別と替りたるの点について *E. W. Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff des Verfassungswandels, in: FS für Lerche, 1993, S. 3, 11ff. 憲法解釈と憲法の継続性形成問題と区別たる点について *Häberles* (JZ 1975, S. 297ff.) 「憲法解釈の開かれた社会」を失われぬ。
- (110) 事物関連性による連邦立法権限の主要な例。
- (111) 異なる見解として *Bryde* (Fn. 109), S. 265f.
- (112) 回復について *P. Badura*, HStR Bd. VII (1992), §160 Rdnr. 15.
- (113) BVerfGE 90, 286 (381ff.).
- (114) BVerfGE 90, 286 (382f.); *Ch. Walter* のよる積極的論理について *Hüter oder Wandler der Verfassung*, AöR125 (2000), S. 517, 547.
- (115) BVerfGE 101, 158 (219–236).
- (116) BVerfGE 101, 158 (214f.).
- (117) BVerfGE 101, 158 (218).
- (118) auch *Badura* (Fn. 112), Rdnr. 15.
- (119) 例えは、国家秩序による婚姻の特別の保護 (基本法二八条一項) について。 この点については *M. Burgi*, Schützt das Grundgesetz die Ehe? 国家秩序および政治過程における連邦憲法裁判所 (渡辺 中)



gesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften?, in: Der Staat 39 (2000), S. 487ff. 参照。

(120) *Ch. Starck*, VVDStRL 34 (1976), S. 71f.

(121) 裁判所の決定の理由については一般的な *J. Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, 1971, S. 109ff.; *Starck* (Fn. 120), 71ff.; *J. Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 37ff.

(122) 連邦憲法裁判所が、表決の平等によつてくだされた決定を理由づけざる実践を通じては、この説明に役立たないであらう。これについては、ゲック追悼論文（一九八九年、七八九頁以下）における批判をみよ。

(123) *Ossenbühl*, *Lerche-Symposition* (Fn. 93), S. 95, 96, は、適切にも一方で連邦憲法裁判所と他方で法学と世論との間の実り豊かな合理的対話のための極めて重要な前提としての決定の理由づけを強調している。

(124) 例えば、連邦憲法裁判所が、同裁判所によって新たに導入された阻止効果を、競合的立法権限を連邦が利用する場合に阻止効果を裏づける引用によつて、事物関連性により連邦の立法権限の枠内における無規律のために理由づける場合、その理由については容認せざる (BVerfGE 98, 265 (301))。

(125) BVerfGE 101, 158 (218); siehe oben unter I 4 b. 参照。

(126) このことは、ヨーロッパ政治（基本法二三条一項）や対外政治（基本法二四条以下、三二条）にも妥当する。 *Ch. Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, in: VVDStRL 36 (1978), S. 42ff. 参照。

(127) 異なる見解は、 *Bryde* (Fn. 109), S. 111ff.

(128) BVerfGE 4, 157 (168).

(129) BVerfGE 4, 157 (170).

(130) BVerfGE 4, 157 (174f.).

(131) BVerfGE 40, 141 (164f.) (Ostverträge); 77, 170 (215) (Lagerung chemischer Waffen).

(132) 参への文庫の中心は、 *F. Schuppert*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, 1973, S. 88ff., 115ff., 167ff. 187ff.; *R. Bernhardt*, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: *Ch. Starck* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. II, 1976, S. 154ff. *W. Grewe*, Auswärtige Gewalt, in: *HStR* Bd. III (1988), Rdnr. 89ff.; *K. Hailbronner*, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, in: VVDStRL 56 (1997), S. 7, 14ff. 参照。

(133) BVerfGE 84, 90 (127); BVerfGE 94, 12 (43ff.) は、義務的評価を、交渉に参与した者の補足的意見を通じてコンセンサス側では問題とならなからず、互恵的なる。

(134) BVerfGE 37, 271 (285) (Solange I).

(135) BVerfGE 73, 339 (377f.) (Solange II).

(136) 参への基本法二三条一項を参照。 *BVerfGE* 89, 155 (179, 212) (Maastricht). 参照。

(137) BVerfG 102, 147 (162ff.) (Bananenmarktordnung).

(138) 立法府の統合義務については *Ch. Starck*, *HStR* Bd. VII (1992), §164, Rdnr. 28 を見よ。入学者定数判決 (BVerfGE 33, 303) の例を参照せよ。

(139) *H. Kuriki*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Erhalter des Grundkonsenses des Volkes, in: *R. Weiler/A. Mizunami* (Hrsg.), *Gerechtigkeit in der sozialen Ordnung*, 1999, S. 121, 125ff.; *Ch. Bumke*, Der gesellschaftliche Grundkonsens im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *G. F. Schuppert/Ch. Bumke* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, S. 197FF.

(140) 回覧文は、 *Ossenbühl*, *Lerche-Symposition* (Fn. 93), S. 75, 96; *Ch. Starck*, Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren : bewährt und herausgefordert, JZ 1999, S. 473, 484f.

(141) *H. Vorländer*, Konsens und Verfassung, 1981, S. 32, 40f., 196, 246, 272f.

(142) 個別の判決裁判については *Starck* (Fn. 63), S. 1036f. m. w. N. 参照。

(143) BVerfGE 93, 1 (13) は、連邦憲法裁判所の確定した判決に對立する。批判については *abw. Votum*, a. a. O., S. 25ff.; *Starck* (Fn. 2), Art. 4 Rdnr. 26ff. m. w. N. 参照

(144) BVerfGE 92, 1 (14); 少数意見は *参* aaO., S. 20ff.

(145) BVerfGE 90, 145 (173ff.); 適切な *参* トーマス・ケル (女性) 裁判官の少数意見の註釋を参。 aaO., S. 209ff.

(146) *F. Hufen* Die Bewahrung gesellschaftlicher Werte durch das Bundesverfassungsgericht, in: *Schuppert/Bumke* (Fn. 139), S. 61ff.; *I. Ebsen*, Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zum politischen Grundkonsens, ebda., S. 83ff. 参照。

- (54) R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 119, 190.
- (55) 櫻尾氏の『Hesse, Grundzüge (Fn. 98), S. 29.』の註釋。
- (56) v. Brünneck (Fn. 42), S. 144.
- (57) Starck (Fn. 51), S. 30.
- (58) die Zwischenbilanz bei Ch. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilbände I/II, 1986, 42頁。
- (59) J. Frowein/T. Marauhn (Hrsg.), Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, 1998.
- (60) 櫻尾氏『Young Huh, Sechs Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Korea, JöR 45 (1997), S. 535ff.; Chien-Liang Lee, Die Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechtsentwicklung in Taiwan (1949-1999) im Vergleich mit Deutschland, in: Ch. starck (Hrsg.), Staat und Individuum im Kultur- und Rechtsvergleich, 2000, S. 135ff.
- (61) N. Lösing Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika, 2001.
- (62) L. Holle, Das Verfassungsgericht der Republik Südafrika, 1997.
- (63) Holle (Fn. 155), S. 166f. Entscheidungen des Verfassungsgerichts vom 6. Sept. und 4. Dez. 1996.
- (64) Ch. Starck (Hrsg.), Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungen-entwicklung, 1990, mit einem Generalbericht des Herausgebers und Landesberichten von Schäffer (Österreich), Lombardi (Italien), M. Fromont (Frankreich), P.-M. Eysstraiou (Griechenland), J. M. Cardoso da Costa (Portugal) und J. Cruz Villalón (Spanien). 參照。
- (65) 櫻尾氏の『Korniek, VVDStRL 39 (1981), S. 7, 43f. m. w. N.
- (66) H. schäffer, Landesbericht Österreich, in: Starck (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 157), S. 63ff.; ders., in: FS für Kojia, 1998, S. 121.
- (67) J. M. Cardoso da Costa, in: Starck (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 157), S. 181; I. de Otto y Pardo, Die Regelung der Ausübung der Grundrechte, in: A. López Pina (Hrsg.), Spanisches Verfassungsrecht, 1993, S. 309, 315ff.; | 櫻尾氏の 1989, S. 885, 886f. 參照。
- (68) K. Kröger, Richterwahl, in: Ch. Starck (Hrsg.) Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1976, S. 76, 92 ff.; W. K. Geck, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, 1986, S. 31ff.; 櫻尾氏の『Schlaich bei Schlaich (Fn. 40), S. 32 Fußnote 51; A. Voßkuhle, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck, GC, 4/Aufl. Bd. III, 2001, Art. 94 Rdnr. 14f. m. w. N.
- (69) 櫻尾氏の『大院内各派の最高幹部は、つぎつぎ選出機関に属するもの。』
- (70) E. W. Böckenförde, NJW 1999, S. 9, S. 16 Fußnote 31 櫻尾氏參照。註釋の『H. Frank, Die "neutralen" Richter des Bundesverfassungsgerichts, in: FS für W. Zeidler, 1987, S. 163ff.
- (71) 櫻尾氏の『櫻尾氏の『Geck, Wahl (Fn. 166), S. 40; 櫻尾氏 Schlaich, Bundesverfassungsgericht (Fn. 40), S. 35; Stern (Fn. 164), S. 891.
- (72) Starck (Fn. 51), S. 34 櫻尾氏の『初期の觀察は、後に折々に確認された。』
- (73) Ebsen (Fn. 146), S. 92 櫻尾氏の『適切にも憲法裁判官の社会的役割と、これと結びついた政党政治的影響の遮断や相対化を指摘する。』