

憲法改正の憲法適合性に関するドイツ連邦憲法裁判所の判例

岡 田 俊 幸

I はじめに

II 判例の展開

III 小括

I はじめに

樋口陽一は、「国際的な学界フォーラム」での議論状況を紹介した一九九四年の論文において、「憲法裁判官は憲法改正権を審査できるか」という問題について、「違憲の憲法」をめぐる議論が早くから取り上げられてきたドイツだけではなく、フランス、オーストリアなど「広い範囲で問題関心が共有されるようになった」と指摘している^①。憲法改正に対する司法審査の

可否については、日本においてもすでに一九九四年の時点において、――豊富とは言えないまでも――かなりの議論がなされていた^②が、その後、この論点をめぐる議論は飛躍的な理論的發展を遂げ、日本でも「広い範囲で問題関心が共有されるようになった」と言つてよいと思われる。実際、二〇一四年のある論文においては、「憲法改正の違憲審査という論点が近時注目を集めている」^③と指摘されている。最近の学説における議論状況を示してみると、次のとおりである。

工藤達朗は、二〇〇三年の論文において、「憲法改正の限界を超えた改正に対して裁判所が違憲審査権を行使することができるか」という「正面から議論のテーマとされることは稀であった」^④問題を、ドイツの議論を参照しつつ詳細に検討し、

「日本国憲法上、最高裁判所は憲法改正の合憲性を審査する権限を有しない」との解釈論を提示した。工藤は、次のように説く。議会が憲法改正権を有するドイツと異なり、「日本の場合、憲法改正権は国民が有するのである」から、「裁判所に憲法改正の違憲審査権を付与することは、裁判所が国民に優位するのを認めること」になり、「これを民主主義に反しないと説明することはできない」。「有権者総体は主権者たる国民を代表するから」憲法改正権を有する国民と主権者たる国民は区別できないと考える自説と異なり、かりに、「憲法改正権を行使する国民と憲法制定権を行使する国民は別だと考えても、裁判所の判断が有権者総体の判断よりも優位すること」は、「有権者の判断と議会の判断を同列に置くことはできない」から、「やはり民主的とはいえない」。「国民投票で国民の承認を得たということは、投票者の過半数はその改正案を改正の限界を超えていない、したがって合憲であると考えているということである」から、「この判断を裁判所が覆すことは民主的とは到底いえない」。「憲法制定権を有する国民と憲法改正権を有する国民を同じものにとらえる場合はもちろん、国民投票が国民主権の不可欠の構成要素であると考える場合にも、国民投票によって成立する憲法改正を裁判所が審査することは、国民主権原理に反するもので違憲だというべきである」と。⁽⁵⁾

これに対して、赤坂正浩は、二〇〇三年の論文において、全面改正と部分改正を区別し、まず、日本国憲法の「全面改正は内容如何にかかわらず、法的には新憲法の制定と評価されるべき」で、「その場合、裁判所は、新憲法によって新たに設置され、新憲法をその存立根拠とすることになるので、新憲法が旧憲法に反するかどうかの審査権をいわば論理的にもたない」が、部分改正の場合には、基本原理説を前提とすれば、①改正によって基本原理そのものが変更されたと解され、したがってやはり新憲法の制定と評価されるべきケース、②基本原理そのものは維持されており、改正の内容が基本原理に触れるため、違憲の憲法改正と見なされうるケース、そして、③改正が基本原理に触れないケースの三つが想定され、②と③のケースについては、「裁判的統制も理論的には可能だと考えられる」と主張している。⁽⁶⁾さらに、高橋和之は、憲法訴訟論の一つの体系を提示した二〇一七年の著作において、「改正手続に違反した改正、あるいは、改正権の限界を超えた改正が行われた場合、裁判所は違憲審査を行うのだろうか」という論点についても考察を加え、憲法改正の違憲審査を肯定する理論的可能性を示唆した。高橋は、次のように説く。「国民投票による承認は、主権者国民の承認を意味する」もので、「主権者の意思が表明された以上、これを審査しうる憲法上の権力は存在しえない」と

「考えれば、司法権による違憲審査は否定される」。しかし、「同じく『国民』と呼んでも、憲法制定権力をもつ主権者国民と憲法改正国民投票を行う国民では、まったく次元を異にする」、すなわち、「国民投票を行う国民は憲法により定められた憲法上の機関としての国民であり」、「この国民は、憲法を制定する、その意味で憲法に『先行』しその上位に位置づけられる主権者国民の低位にある」。「違憲審査権が憲法を制定した主権者国民により司法権に与えられたものであることを考えれば、憲法改正の違憲審査を行うことは主権者国民が司法権に委託した司法権の責務ではないか」。「こう考えれば、裁判所が国民の投票した憲法改正を審査することに問題はないことになる」。「もちろん、憲法上の機関としての国民は民主政治の観点からは裁判所よりもはるかに強い民主的正統性を有するものであるから、裁判所は違憲審査を特に抑制的に行うことが要請される」が、「違憲審査権が否定されるわけではないと考えることもできる」と。^⑦

このように、憲法改正に対する司法審査の可否については、現在の学説において、真っ向から対立する解釈論が示されており、今後さらに議論を深めていかなければならないのであるが、残念ながら、現時点において、筆者には、上記の緻密かつ用意周到な解釈論に何らかの新しいことを付け加える準備も、また

その能力もない。本稿の目的は、将来においてこの論点に関する解釈論を展開するための準備作業として、憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を多少とも詳しく紹介することにある。従来の学説において議論の中心に置かれてきたのは、憲法改正に対する司法審査の可否それ自体であり、憲法改正に対する司法審査の方法について立ち入った考察はなされていない。かりに憲法改正に対する司法審査の可否について肯定説を採用した場合、当然のことながら、つぎに、裁判所は憲法改正の憲法適合性をどのように判断すべきなのか問題になるはずであり、肯定説を採る場合、上記の問題点の検討が求められることになるはずであるが、肯定説においても、すでに紹介したように、「憲法上の機関としての国民は民主政治の観点からは裁判所よりもはるかに強い民主的正統性を有するものであるから、裁判所は違憲審査を特に抑制的に行うことが要請される」との高橋和之の指摘があるだけである。そうだとすると、本稿が憲法改正法律の憲法適合性について判断したドイツ連邦憲法裁判所の判例を多少とも詳しく紹介することは、憲法改正に対する司法審査の可否について肯定説を採用した場合に必然的に出てくる上記の問題点を今後さらに立ち入って検討するための準備作業として全く無意味であるとは言えないと考えられる。^⑧そこで、以下において、憲法改正法

律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を時系列に沿って出来る限り詳しく紹介する作業を行いたい。⁹⁾

II 判例の展開

一 一九七〇年二月一日連邦憲法裁判所第二法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九七〇年二月一日のいわゆる盗聴判決¹⁰⁾において、基本法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかという問題について初めて取り組んだ。¹¹⁾ 基本法一〇条は、一九六八年六月二十四日の第一七回基本法改正法律によって変更されたものであるが、従前の基本法一〇条は、「信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は、不可侵である。制限は、法律の根拠に基づいてのみ、これを命じることが許される。」と定めていた。従前の基本法一〇条は上記基本法改正法律によって再編され、従前の基本法一〇条一文が同条一項になり、従前の基本法一〇条二文が同条二項一文になった。そして、上記の基本法改正法律によって、基本法一〇条二項二文として、「その制限が自由で民主的な基本秩序又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全の保障に役立つときは、法律によって、その制限が関係者に通知されない旨、並びに、出訴の途に代えて国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査を行う旨

を定めることができる。」という文が挿入された。また、一九六八年六月二十四日の第一七回基本法改正法律によって、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途が開かれている。他の管轄が認められない限度において、通常裁判所への出訴の途が与えられている。」と定める基本法一九条四項に、「第一〇条第二項第二文はこれと抵触しない。」と定める三文も挿入された。そして、上記の基本法改正を受けて、一九六八年八月一日の「信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密を制限する法律」が制定された。連邦憲法裁判所は、抽象的規範統制及び憲法異議の訴えの手続において、五対三で、基本法一〇条が基本法七九条三項に適合するとの判断を下した。以下、基本法一〇条は基本法七九条三項に適合するとの連邦憲法裁判所の判断を多少とも詳しく紹介することにしよう。¹²⁾

(二) 連邦憲法裁判所(五人の裁判官の多数意見)は、まず、基本法改正によって挿入された基本法一〇条二項二文の解釈を展開する。その内容は、次のとおりである。

(a) 信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は、基本法において何の留保もなく保障されていたわけではなく、自由な憲法秩序又は国家の存立を保護するために信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密を法律によって制限することは許容され

ていた。その点では、改正によって挿入された基本法一〇条二項二文は、新しいことをもたらしたわけではなく、基本法一〇条一項一文の適用事例を具体化したにすぎない。ドイツ連邦共和国の存立及びその自由な憲法秩序は、極めて重要な法益であって、その実効的な保護のために、どうしても必要な範囲においては基本権を制限することができると (S. 17 f.)。従って、基本法改正によって挿入された条項の「新しさ」は、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密の「制限」にあるのではなく、①関係者にその制限を通知しないことと②国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査を出訴の途の代わりにすることを規定できるという点にある。監視措置を事後的に公表することや裁判手続においてそれが事後的に言及されることも、憲法敵対的諸勢力に対して、憲法保護機関の作業方法や具体的監視領域を知る手掛かりや、憲法保護機関に所属する非公開の構成員を同定する手掛かりを提供することになり、これによって憲法保護の実効性を著しく損ねることになる。盗聴措置を関係者に通知せず、裁判所ではない機関による事後審査の利用を関係者に求める権限は、憲法保護の実効性に役立つもので、これによって盗聴及び信書の開披は意味のあるものになる。従って、基本法一〇条二項二文は、憲法保護及び国家保護のための信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密の制限として、電話及び

無線電信による通話、テレタイプ、電報及び信書について、関係者に事後的にも秘密のままにし、裁判所によって審査されない内密の盗聴及び検査を許容している (S. 18 f.)。

(b) 「憲法規定は、その文言のみに基づいて、切り離して解釈されてはならない。あらゆる憲法規定は、むしろ、基本法の根本的な原則とその価値秩序に合致するように解釈されなければならない……。従って、基本法一〇条二項二文の解釈に当たっては、憲法のコンテクストを、とくに基本法の基本決定と一般的憲法原則を考慮しなければならない。」 (S. 16) ①まず、「本件の関連においては、ドイツ連邦共和国の憲法が『戦う民主制』を採用していることが、とくに重要である」 (S. 19 f.)。②また、「公共の福祉の考慮によって、さらには優越的法益の保護のために基本権に設定された限界に関する基本法の基本決定も、これに劣らず重要である」 (S. 20)。③「最後に、連邦憲法裁判所は、基本法の第三の基本決定—法治国家原理—から、比例原則を導出したが、比例原則が基本権地位を制限するに際して求めているのは、憲法によって認められた法益—本件では国家の存立とその憲法秩序—の保護のためにどうしても必要なものだけを法律で定め、個別事案において命ずることが許される、ということである」。さらに、「法治国家原理」から、「市民の自由と財産に対するあらゆる高権的な制約は少なくとも実

効的な法統制に服さなければならないこと」が導出される (S. 20.1)。

(c) 基本法一〇条二項二文の位置しているこの「意味連関」から、まず、この規定の文言自体から得られた解釈の正しさが確認される。とくに、本人に通知しないことと裁判所以外の方法による統制を裁判所による保護の代わりとすることは、「事の性質」から—この措置がなければ信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密を制限する目的が達成できないという理由から—正当化されるだけではなく、さらに「戦う民主制を採用する」という基本法の基本決定」によっても正当化される (S. 21)。

(d) 他方、基本法一〇条二項二文によると、法律は、その制限が関係者に通知されない旨、並びに、出訴の途に代えて国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査を行う旨を定めることが「できる」が、基本法一〇条二項二文は、比例原則の観点からすると、「この憲法条項は事後的には通知を許容し」、さらに、「監視措置の目的が危険にさらされることや自由で民主的な基本秩序の保護又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全保障が危険にさらされることを排除できる場合においては、通知を要求している」としか解釈できない。また、この条項は、通常の出訴の途に委ねる余地や、国民代表によって選任された機関による審査に代えて特別の裁判手続を規定する余地も、このことが自由で民主的な基本秩序の保護又は連邦若し

くはラントの存立若しくは安全の保障を危険にさらすことなく可能である場合には、残している (S. 21)。

上記の点は別として、「その制限が自由で民主的な基本秩序又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全保障に役立つときは」という言い回しは、「法律は、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密の制限が許される範囲を、具体的事実が憲法敵対的行動の嫌疑を正当化する場合、及び、具体的事件における憲法敵対的行動が他の手段を尽くした後に信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密の制限によってのみ解明され得る場合に限定しなければならない」という比例原則が要求する解釈を許容する (S. 22)。

さらに、「監視措置をどうしても必要なものに限定する」という憲法的要請」から、基本法一〇条二項二文に基づいて監視することが許されるのは上記の種類の具体的嫌疑を受ける状況にある人に限られることが導き出されるが、郵便と電話がコミュニケーションの性格を有している結果、被疑者を監視する際には、被疑者が連絡をとる人も必然的にこの監視の対象となる、という理由でこの監視が不適法にならないのは、当然である。「監視措置をどうしても必要なものに限定する」という憲法的要請」は、監視が、被疑者の目的のために利用されることが想定される第三者の通信連絡に及ぶことを排除しない。また、上記

の憲法的要請を考慮すると、基本法一〇条二項二文は、憲法敵対的行動に関する情報の獲得に向けられた監視に限って権限を与えている。基本法一〇条二項二文は、上記の憲法的要請によって要求される解釈においては、監視によって獲得した情報を他の行政官庁がその目的のために利用できるようにすることを禁止し、自由で民主的基本秩序の保護という目的にとつて重要ではない、又はもはや重要ではなくなった資料は遅滞なく破棄することを命じている (S. 22 f.)。

(e) 「出訴の途の排除」に関しては、法治国家性の憲法原理に照らしてみると、基本法一〇条二項二文の解釈に際して、「出訴の途に代えて」国民代表の選任した機関及び補助機関により事後審査を行うこととしている状況がとくに重要である。このことは、基本法一〇条二項二文を実施するに際して、法律において、たとえ関係者がこの代用手続に關与できないとしても、実体的及び手続的に裁判的統制と同等の事後審査が定められなければならないことを意味する。このように解釈する場合、基本法一〇条二項二文は、その実施のために制定された法律において、国民代表の選任した機関及び補助機関として、裁判官的独立性を有しつつ、監視の準備、行政上の決定及び実施に關与するすべての者に対して拘束力をもって、監視措置の適法性や、関係者に通知しなければならぬかどうかの問題について

決定し、かつ、法的要件が欠けている場合に監視措置を禁止する機関が定められなければならないことを求めていることになる。この機関は、議会の内部に設置することも、また、議会の外部に設置することもできるが、必要な専門的及び法的知識を有するものでなければならず、また、何の指示も受けないものでなければならぬ。さらに、その構成員は、一定の任期を定めて任命されなければならない。この機関は、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密の制限の準備、決定、実施及び監視に従事するあらゆる機関及びこれらの機関のすべての措置を監視する権限を有しなければならない。この統制は継続的に行使することができなければならない。この目的のために、統制機関は、決定にとつて重大なすべての事件記録を利用できなければならない。この統制は、法的統制でなければならない。しかし、基本法一〇条二項二文は、統制機関が、監視の法的要件が存在する事例においても、不当の判断をして、監視を実施しないこと又は中止することを求めることができるとする規定を設けることを許容している (S. 23 f.)。

(三) 連邦憲法裁判所は、上記のように基本法一〇条二項二文の解釈を示した後、つぎに、基本法七九条三項の解釈を展開している。その骨子は、次のとおりである。

(a) 憲法改正立法者に対する制限としての基本法七九条三

項は、現行の憲法秩序が、その実質において、つまり、その基礎において、憲法改正法律という形式的・合法的方法によって排除され、全体主義政権の事後的正当化のために悪用される可能性を排除することを趣旨としている。従って、この条項は、そこに列挙された基本原則の原理的放棄を禁止している。基本原則が一般的に考慮に入れられ、かつ、特別状況に限定し、その特殊性に応じて、明らかに適切な理由に基づいて修正されているときは、基本原則に抵触していない。従って、上記の基本原則に抵触することは許されないという定式は、いかなる場合でも基本権はその本質的内容において侵害されてはならないという基本法一九条二項の定式よりも厳格な意味を有するものではない(S. 24)。

(b) さらに、基本法七九条三項が、不可侵なものとして「基本法一条及び二〇条において定められた基本原則」を挙げていることも、解釈にとって重要である。これは、基本法七九条三項は人間の尊厳の尊重及び法治国家原理を憲法改正の対象から除外するというような言い回しとは異なるものであり、この言い回しと比して一部は上回り、一部は下回る。基本法二〇条においては、複数の原則が定められている。しかし、「法治国家原理」は定められておらず、法治国家原理の特定の原則のみが定められている。法治国家原理から、基本法七九条三項に

において引き合いに出されている基本法二〇条の法原則を上回るものを導出することができるし、連邦憲法裁判所は、このような法原則を展開してきた(例えば、遡及的に負担を課す法律の禁止、比例原則、個別事件における法的安定性と正義の緊張関係の解決、出来る限り欠缺のない権利保護の原理)。基本法七九条三項の言い回しと結び付いた憲法改正立法者の拘束の「制限」は真剣に受け止められなければならない。基本法七九条三項は「例外規定」であり、例外規定は、少なくとも、立法者が憲法改正法律によって根本的な基本原則を体系的内在的に修正することを妨げる結果となってはならないのであるから、なおさらである。この観点からすると、市民はできる限り包括的な裁判的保護を利用できなければならないという「法治国家原理から導出される基本原則」は、基本法二〇条に「定められた基本原則」に含まれない。従って、基本法一九条四項は、この意味における出訴の途の保障を含むが、基本法七九条三項によって憲法改正法律による制限と修正の対象とならないというわけではない(S. 24 f.)。

(c) 基本法七九条三項に基づいて、憲法改正によっても、基本法一条に挙げられている「人間の尊厳の不可侵の原則」に抵触することが許されないとされているが、「人間の尊厳の不可侵の原則」に関しては、すべては、いかなる状況において人

間の尊厳が侵害され得るのかの確定に左右される。人間は国家権力のたんなる客体に貶められてはならないといった一般的定式は、人間の尊厳が侵害されている事案を発見するための方向性を示しているにすぎない。人間は、事実関係や社会的展開の単なる客体であるのみならず、法の客体であることも稀ではない。人間の尊厳の侵害をこの点だけで見出すことはできない。さらに、人間はその主体としての性質を原理的に疑問視する取扱いを受けること、又は、具体的な事件における取扱いに人間の尊厳の恣意的な無視が存することが付け加えられなければならない。従って、法律を執行する公権力による人間の取扱いが人間の尊厳に抵触すると言えるためには、その取扱いが、人間にその人格存在に基づいて帰属する価値の軽蔑の表現、従って、この意味において「軽蔑的取扱い」でなければならない (S. 25 f.)。

(四) そして、最後に、連邦憲法裁判所は、上記のように解釈される基本法一〇条二項二文が上記のように解釈される基本法七九条三項に適合していると判断した。その判断の骨子は、次のとおりである。

(a) 基本法一〇条二項二文が上記の解釈に基づいて許容している範囲における通知の排除は、基本法七九条三項に基づいて憲法改正立法者によっても侵すことができない「人間の尊厳

の尊重の要請」に適合しないものではない。基本法七九条三項は、内容上、基本法一条一項一文を越えるものではないが、基本法一条一項一文が、市民の自由を制限し、市民に義務を課し、又は本人が知らない措置に断りもなく市民を服させる規制や措置によって侵害されるものではないことに争いはない。本件においては、通知の排除は、「人間の人格やその尊厳の軽蔑の表現」ではなく、むしろ、国家の存立と自由で民主的な秩序を保護するために市民に課される負担である。通知の排除が、基本法一条一項一文に適合しないような盗聴実務における濫用をもたらす可能性があると考えるのは、基本法一〇条二項二文が基本法七九条三項に適合しないとの結果を導く法的論拠にならない。違法及び違憲の濫用の可能性はそれだけで規制を違憲とするものではない。むしろ、規範の解釈及び評価に際しては、規範が正確かつ公正に適用されることを前提としなければならない (S. 26 f.)。

(b) 出訴の途を他の方法による法的統制に代えることは、本件においては、人間の尊厳を侵害しない。たしかに、人間の主体としての性質を考慮することは、通常の場合、人間が主観的権利の担い手であるのみならず、その権利を防御及び貫徹するために訴訟の途を踏み、裁判所で自己の事柄を主張できること、従って、この意味において、裁判的保護を受けることも求

める。しかし、以前から、人間の尊厳を傷付けない、このルールの例外が存在している。少なくとも、裁判的保護の排除が、人間の人格の無視又は軽視を理由とするのではなく、民主的秩序及び国家の存立を保護するために措置を秘密にしておく必要性を理由とするものである場合は、人間の尊厳は侵害されていない。これに対して、かりに出訴の途の排除によって対象者が官庁の恣意に委ねられる場合には、人間の尊厳に違反することになる。しかし、基本法一〇条二項二文によって、「他の種類ではあるが、同等の法的統制」が求められており、それは対象者の権利の保護にも役立つものとされているから、人間の尊厳に違反しない (S. 27)。

(c) 基本法一〇条二項二文の定めているような異なる種類の法的統制を出訴の途の代わりとすることは、基本法七九条三項が不可侵と宣言している「権力分立の原理」を侵害するものではない。何故なら、基本法二〇条二項は、国家権力は、「立法、執行権及び裁判の個別機関を通じて行使される」と定め、権力分立を保障しているが、権力分立の原理は、「諸権力の厳格な分離を求めるものではなく、むしろ、立法が統治及び行政の機関によって、又は統治及び行政が立法機関によって例外的に行使され得ることを許容している」からである。「権力分立の原理は、行政部の措置に対する権利保護が例外的に裁判所で

はなく、議会によって選任又は設置された、行政部の作用領域内の独立の制度によって与えられることも許容している。本質的なことは、この場合においても権力分立の存在理由、すなわち国家権力の相互の限定と統制がなお果たされていることである。」行政部内の独立の制度を裁判的統制の代わりとすることが裁量や恣意によって安易に定められてはならないことは当然であるが、少なくとも、「やむを得ない、説得的な根拠」がこれを求め、これにより裁判権に留保された核心領域に抵触しない場合についてこれを定めることは許される (S. 27 f.)。

(d) 基本法一〇条二項二文の定めているような異なる種類の独立の法的統制を出訴の途の代わりとし、通知を基本法一〇条二項二文において許されている範囲で限定的に排除することは、基本法七九条三項において引き合いに出されている範囲における法治国家原理に反しない。この関連においては、執行権は法律及び法に拘束されるという基本法二〇条三項に挙げられた原則のみが問題となるが、一定の要件の下で、監視措置を監視対象者に通知せず、国民代表の選任した機関及び補助機関による審査を出訴の途の代わりとすることを許容する規定は、すべての行政は法律と法に拘束されるところの法治国家の原則に触れるものではない (S. 28 f.)。

(e) 最後に、上記の諸点とは別に、基本法一〇条二項二文

は、基本法七九条三項によって許容される「一般的憲法原理のシステム内在的修正」であるとの「一般的視点」から、基本法一〇条二項二文の基本法七九条三項適合性が導かれる (S. 29)。

(五) これに対して、二人の裁判官の少数意見は、基本法一〇条二項二文は基本法七九条三項に反し、無効であると主張している。少数意見は、まず、多数意見の採った憲法解釈の方法を厳しく批判する。

「憲法改正法律については、その憲法適合性の審査に際して、……憲法規範の解釈に当てはまる諸原則によって解釈することは許されない……。というのは、基本法一〇条二項二文が有効な憲法規範であるか否かがまさに疑わしいからである。基本法七九条三項を基準とするこの審査にとって決定的であるのは、憲法改正規定が、文言、意味連関及び目的に照らしてどのような理解されなければならないかである。その際には、憲法改正規定が、判決において行われた『基本法適合的』解釈を受け入れないことが判明する。」 (S. 34)¹³⁾

つぎに、少数意見は、基本法一〇条二項二文の解釈を示す。その骨子は、次のとおりである。

(a) 基本法一〇条二項二文によると、立法者は、一定の要件の下で、監視措置を関係者に通知しないことを定めることができる。文言は一義的である。事後的な通知を少なくとも全体

として排除することは許されないと考えると、これは、基本法一〇条二項二文をその正反対のものに歪曲することを意味する (S. 34)。

出訴の途の保障を定める基本法一九条四項の本質は、権利保護が事物的かつ人的に独立し、行政部及び立法部から分離した、従って中立の機関によって与えられることであり、そして、この機関に一定の制度的担保 (例えば、適法な人事配置) が組み込まれ、この機関が関係者に聴聞した後にのみ判断することができることである。改正された憲法規定に基づいて、出訴の途に代えて国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査が行われると、「本来の権利保護システム」は交代させられる。この規定が意味を持つとすると、この代替システムは通常の「出訴の途」から区別されなければならない。このことは、代替システムが独立性及び中立性の保障を有する必要はなく、一定の手続きの強制に服する必要もないことを意味するが、この区別は、基本法一〇条二項二文が監視措置を秘密にしておくこともできるようにしたことによって、さらに明確になる (S. 34 f.)。

また、この憲法改正規定から、監視することが許される人の範囲について具体的な制限を引き出すことはできない。この制限は、自由で民主的な基本秩序の保護又は連邦若しくはラント

の存立若しくは安全保障に役立つ場合であれば、一般的に命じることができる。まずは広い範囲を監視下に置き、危険地点を絞り込むことは、十分に合理的であるように思われる (S. 35.)。

それ故、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は具体的な嫌疑のある場合においてのみ制限することが許されると基本法一〇条二項二文を制限的に解釈することは考えられない。基本法一〇条二項二文は、その趣旨によると、数多くの場所を試行的に監視する大規模な監視行動を排除していない (S. 35.)。

(b) 多数意見が基礎としている解釈は、成立史から一義的に明らかになる憲法改正の目的にも合致させることはできない (S. 35 ff.)。

(c) 「従って、文言、意味連関及び目的に照らして、基本法一〇条二項二文は、憲法保護及び国家保護を目的として、電話による会話、テレタイプ、電報及び信書に関して、関係者に事後的にも秘密のままにし、裁判所によって事後審査されない内密の盗聴及び検査を行うことを可能にする仕方、信書の秘密並びに郵便及び電気通信の秘密を制限することを許容している。関係者の範囲は、限定されておらず、『被疑者』に限定されるわけではない。『議会統制』に仕える機関及び補助機関の性格は完全に不明確なままであり、立法者は、これを政治的審

議機関として組織することもできるし、独立していない行政機関として組織することさえできる。」多数意見による基本法一〇条二項二文の解釈は、「基本法一〇条二項二文に異なる意味を与えている。この解釈は、基本法一〇条二項二文を縮小し、その規範的内容を変更している。しかし、これを行うのは、もっぱら立法者の事項である」 (S. 37 f.)。

基本法一〇条法律がこの憲法規範の広い裁量の余地を使い尽くしていないことは重要ではない。立法者は、従来の憲法状況に適合する状態にとどめることもできるし、様々なヴァリエーションでそこから離れることもできる。憲法改正が基本法七九条三項に基づいて許容されるかどうかの問題の審査にとって、基本法一〇条二項二文は、立法者に対して許容している可能性の全範囲において決定的である (S. 38)。

(六) そして、少数意見は、本件における憲法改正は基本法七九条三項によって許容されていないと判断する。少数意見は、まず、基本法七九条三項の解釈を示す。

(a) 「たしかに、このような重要で、その帰結において広範囲である例外規定は、拡張的に解釈されてはならない。しかしながら、この規定の意味を、とりわけ、憲法改正法律という形式的・合法的手段が全体主義政権の事後的合法化のために悪用されることを阻止する点に見出そうとすることは、この規定

の意義を完全に見誤っていることを意味する。」一九三三年の授権法のような「授権法」が許されないことを強調する必要はない。「基本法七九条三項は、これ以上のことを意味する。すなわち、基本法制定者の一定の基本決定は、基本法が妥当する期間においては……破棄できないと宣言されている。」(S. 38 f.)

(b) 基本法七九条三項を拷問、罪人のさらし柱、第三帝国の方法等の復活の禁止に限定することは、「基本法の構想や精神」に合致しない。基本法一条一項と結び付いた基本法七九条三項は「はるかに具体的な内容」を有している。人間は、「非人格的に」、つまり対象のように扱われてはならない。たとえこのことが人格価値の無視からではなく、「善意の意図で」行われたとしても、そうである。連邦憲法裁判所第一法廷は、このことを、人間を国家権力の単なる客体にし、無造作に当局の指示により意のままにすることは、人間の尊厳に反する、と定式化した。この定式は、もっぱら、人間の尊厳が侵害されている事案を発見できる方向性を示すだけののではなく、直接的に基準を設定する「基本法一条に根差した原則」である (S. 39 f.)。基本法二〇条は、明文上、法律適合性の原則と三権分立の原則を含んでいる。基本法二〇条三項で保障されている法律適合性の原則は、国家権力の諸機関を憲法適合的秩序に、つまり、

法律及び法に拘束しているが、これによって客観的保護を提供している。保護が実効的であろうとすると、市民は、国家権力の侵害に対して自ら防御し、国家権力をその合法性の点で審査させることができなければならない。このことは、基本法二〇条二項に基づいて立法部及び行政部から分離された裁判機関によって保障される。権力分立の意味は、公権力の相互の制限と統制にあるが、権力分立は個人の役にも立つ。それ故、基本法二〇条二項は、「個人の権利保護の法治国家的原理」を含んでおり、この原理は改正前の基本法一九条四項において具体化されている (S. 40 f.)。

「基本法一条及び二〇条に定められた基本原則」には、一つには、人間は国家の単なる客体にされ、その権利が無造作に当局の指示によって意のままにされてはならないという「基本法一条に根差した原則」が含まれ、一つには、出来る限り欠缺のない個人の権利保護という基本法二〇条から導出される法治国家の要請が含まれる。この二つの原則は、法治国家の像を本質的に規定し、憲法秩序に特徴を与える基本法制定者の基本決定を含んでいる。まさにこれらの構成的要素が基本法七九条三項によって変更できないものとされている (S. 41)。

(c) 憲法改正によって基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に「抵触する」ことは許されない。文言と意味に

よると、基本法七九条三項は、いずれかの基本原則が完全に排除されること、又は原理的に放棄されることを求めるものではない。「抵触する」との文言は、上記のことを下回ることを意味する。「個人の自由領域の個別の範囲において基本法一条及び二〇条から導出される基本原則が全体として又は部分的に無視された」場合には、それで十分である。基本原則がたんに「一般的に考慮され」なければならぬ場合に展開する可能性がある「漸次的崩壊過程」からも構成的諸要素を保護しようとするものである。基本法制定者が、基本法七九条三項において、基本法一九条二項と異なる、正確に言うと実質的により狭い言い回しを選択したことを考慮しないことは許されない (S. 41c)。

(七) 少数意見は、上記のような基本法七九条三項の解釈を示した後、基本法一〇条二項二文は基本法七九条三項に適合しないと判断した。その判断の骨子は、次のとおりである。

(a) 基本法一〇条二項二文に基づいて、出訴の途を排除しつつ市民の私的領域の秘密を制約することが可能となったが、このような制約は、憲法の敵やスパイのみならず、嫌疑のない人や人的に無関係な人にも同じように課される。これらの人の電話も盗聴され、信書は開披され得るのであるが、これを知られることもなく、また、嫌疑をはらすこともできず、望ましからざる巻き添えから逃れることもできない。このような取扱

いによって、私的領域の尊重を求める個人の権利は「無造作に当局の指示によって」意のままにされ、「市民は国家権力の客体にされる」(S. 42)。

(b) 基本法一〇条二項二文は、さらに、「基本法二〇条から導き出される個人の権利保護に対する法治国家的要求に抵触する」。基本法一〇条二項二文において規定されている機関は、個人の権利保護の保障が求める要件を充足していない。何故なら、基本法一〇条二項二文は、当該機関が必ず独立でなければならず、かつ指図を受けてはならないとは定めていないからである。「議会によって選任又は設置された、行政部の作用領域内の独立の制度」は、この要件を充足していない。この種の制度は、「行政の自己統制」であつて、個人の権利保護を付与するものではない。個人の権利保護の付与は、他の二つの権力の侵害からの保護を目的とするものであるから、権力分立のシステムにおいては、裁判作用である。それ故、権利保護機関は、裁判作用に属する。この機関が伝統的な裁判所類型に合致しなければならぬかどうかはさておき、少なくとも、権利保護機関が中立性の保障も充足すること——中立性の保障には立法部及び行政部からの分離が必要である——及び、この機関が整序された手続において判断を下すことが不可欠である。このことは、とりわけ、関係者が手続に関与することを意味する。「基本法

一〇条二項二文において許容されているような秘密の手續、つまり、関係者は聴聞も受けず、防御することもできない手續が権利保護を提供するものでないこと」は、もはや強調する必要はない(S. 43 f.)。

(c) なお、多数意見は、「戦う民主制」を採用した基本法の決断の重要性を指摘する。軍事攻撃及びこれにより発生する例外状況の場合、市民の自由権は一時的に広範囲に制限せざるを得ないし、制限することも許される。しかし、通常状況において国家秩序を保護するために必要であると思われる措置の場合、事情は異なる。ここでは、個人の権利の制限には限界が設定される。何故なら、「戦う民主制」は、既存の法治国家的憲法秩序を防御するものであるが、基本権もこの憲法秩序の不可欠の構成要素だからである。それ故、憲法改正立法者を含む立法者は、例えば、犯罪撲滅や秘密情報機関の領域において危険防御を定める場合、基本法が個人の権利に与えた価値を考慮しつつ対立する法益を衡量しなければならない。「国家理性」は無条件に優先する価値ではない。立法者がこの制約を見誤った場合、「戦う民主制」は自らに向けられることになる。破棄することができない制限は、基本法七九条三項における制限と同じである。憲法秩序の変更できない構成要素に――緊急事態という例外ケースを除いては――抵触することは許されない。基本法

九条二項、一八条及び二一条と同じように、基本法七九条三項においても、「戦う民主制」が現れており、基本法七九条三項も「憲法保護」の規範である。憲法を保護するために憲法の放棄することができない基本原則を放棄することは、自己矛盾であらう(S. 45 f.)。

(八) 本判決の意義は、何よりもまず、連邦憲法裁判所が基本法七九条三項の解釈を示した点にある。連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項の趣旨は、現行の憲法秩序がその実質において憲法改正法律という形式的・合法的方法によって排除され、全体主義体制の事後的正当化のために悪用される可能性を排除することにあるから、この条項は、そこに列挙された基本原則の「原理的放棄」を禁止するものであり、基本原則が一般的に考慮に入れられ、かつ、特別状況に限定し、その特殊性に応じ、明らかに適切な理由に基づいて修正されているときは、基本原則に抵触していないとの解釈を示した。さらに、連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項は「例外規定」であり、例外規定は、少なくとも、立法者が憲法改正法律によって根本的な基本原則を体系的内在的に修正することを妨げる結果となつてはならないとも説示している。しかし、連邦憲法裁判所(多数意見)が展開したこのような基本法七九条三項の制限的解釈については議論のあるところであり、本判決における少数意見は、

多数意見の示した基本法七九条三項の解釈を厳しく批判している。少数意見は、もとより基本法七九条三項のような例外規定は拡張的に解釈されてはならないが、この規定の意味を、憲法改正法律という形式的・合法的手段が全体主義政権の事後的合法化のために悪用されることを阻止する点に見出そうとすることは、この規定の意義を完全に見誤っていると指摘し、基本法七九条三項は、これ以上のことを意味すると説いている。

本判決のもう一つの意義は、連邦憲法裁判所が、基本法一〇条二項二文に「憲法適合的解釈」を施した上で、基本法一〇条二項二文が基本法七九条三項に適合すると判断した点である。もつとも、改正された憲法規定を基本法七九条三項に適合させるために憲法規定の「憲法適合的解釈」の手法を用いることにについても議論があるところで、すでに少数意見がこれに対する疑問を述べている。少数意見は、基本法七九条三項を基準とする審査にとって決定的であるのは、改正された憲法規定が、文言、意味連関及び目的に照らしてどのように理解されなければならないかであり、「基本法適合的」解釈は使えないと説いている。

本判決（多数意見）の特徴は、基本法七九条三項の制限的解釈を示すとともに、改正された憲法規定を基本法七九条三項に適合させるために憲法規定の憲法適合的解釈を駆使した点にあ

る。これに対して、少数意見は、基本法七九条三項の制限的解釈にも、また、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査における憲法規定の憲法適合的解釈の使用にも批判的な見解を示していた。このように本判決における多数意見と少数意見の対立は、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査のあり方に関してさらに検討しなければならない問題点を明確に示したのであった。

二 一九七二年七月二六日連邦憲法裁判所第二法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九七〇年一月一五日の盗聴判決の後、ヘッセン州官吏俸給に関する一九七二年七月二六日の判決¹⁴において、基本法改正法律の基本法七九条三項適合性の問題に取り組む機会を得ることになる。一九七一年三月一八日の第二八回基本法改正法律によって、大綱的立法に関する連邦の権限を定めた基本法七五条が改正され、基本法七四a条が新たに挿入された。当時の基本法七四a条一項は、「競合的立法は、さらに、連邦が第七四条第八号に基づいて専属的立法権を有していない限度において、公法上の勤務及び忠誠関係にある公務従事者の俸給及び扶助にも及ぶ。」と定めていた。連邦政府は、上記の改正後に制定された公務員俸給に関するヘッセン州法の一部の規定が違憲無効であると主張して、規範統制手続を提起

した。

(二) 連邦憲法裁判所は、当時の基本法七四 a 条一項が基本法七九条三項に適合するかどうかについて審査し、適合すると判断を示した。その内容は、次のとおりである。

(a) 基本法七九条三項は、「連邦の諸ラントへの編成」に抵触する基本法の改正を禁止している。ここでは、諸ラントは、国家の性質又は国家性の本質を喪失する憲法改正に対して保護されている。連邦国家における諸ラントは、ラントが自己の任務の核心を「家財」として剥奪されずに残されている場合にのみ国家である。少なくとも、ラントには、ラント憲法において含まれる組織的基本決定及び連邦国家における総税収入の相当分の憲法に基づく配当の保障を含む自己の組織に関する自由な決定が残されていなければならない。¹⁵⁾

(b) ラント官吏の俸給法及び扶助法全体の分野における競合法の権限が連邦に委譲されたことにより、連邦の立法者がこれを行使したときは、直ちに、もっぱらラントとその官吏との間に存する公法上の勤務関係の創設と内容に適用される法の主要な部分についての決定はラントから奪われることになる。また、連邦がラント官吏のための俸給法を定めることは、その俸給法上及び扶助法上の請求権を越えて官吏の官吏法上の地位に影響を及ぼす。というのは、俸給法上の等級付けは、場合に

よっては、一定の教育課程を含意し、一定の職務内容を取扱し、官吏の地位に変更をもたらすからである。そして、結局のところ、ラント官吏についての連邦法上の俸給規制は、ラントにおける新たな官職及び組織形態の展開を阻害し、ラントが、その行政構造に関わる改革を実現する際に、連邦に従属する可能性がある。

しかし、基本法七四 a 条一項は、この権限の行使が、当裁判所の確立した判例によると連邦国家原理(基本法二〇条一項)に由来する連邦忠誠的に行うべき憲法上の義務によって拘束されている、という理由で、基本法七九条三項に適合する。連邦憲法裁判所は、基本法七二条二項の限界の遵守を原則として審査することはできないが、この憲法上の義務から、連邦は、基本法七二条二項の限界とは別個独立に、ラント官吏の俸給及び扶助の規制を行う場合、ラントに、その組織の改革及び構造的変更の過程で、ラント官吏に対する連邦俸給規定の構造に対応する俸給法上の等級付けを含む新たな職務内容を伴う官職を自己の責任において創設する可能性を残しておかなければならないことが導かれる。権限行使に当たってのこの制限は、連邦憲法裁判所によって完全な範囲で審査され得る。¹⁶⁾

このように連邦憲法裁判所は、当時の基本法七四 a 条一項が基本法七九条三項に適合すると判断した。この後、連邦憲法裁

判所は、ヘッセン州法の一部規定が連邦法に適合しないと判断したが、この判断については触れない。

三 一九九〇年一〇月三十一日連邦憲法裁判所第二法廷判決

シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州において、一九八九年二月二一日の市町村及び郡選挙法改正法律によって、デンマーク、アイルランド、オランダ、ノルウェー、スウェーデン及びスイスの国籍を有する者に対しても、一定の条件の下で、市町村及び郡選挙における選挙権が付与されることになった。連邦憲法裁判所は、一九九〇年一〇月三十一日の判決において、一九八九年二月二一日の市町村及び郡選挙法改正法律は基本法二八条一項二文に適合せず、無効であると判断したが、傍論として、「このことから、欧州共同体の範囲において現在論議されている、外国人に対する地方選挙権の導入が、基本法七九条三項によって許される憲法改正の対象になり得ないということとは導かれない。」との見解を―理由を示すことなく、断定的に―示した。連邦憲法裁判所の上記説示を受けて、一九九二年に、欧州共同体加盟国の国籍を有する者に郡及び市町村における選挙に際して選挙権及び被選挙権を付与することを可能にするための基本法改正が行われた（基本法二八条一項三文）ことは、周知のとおりである。

四 一九九一年四月二三日連邦憲法裁判所第一法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九九一年四月二三日の判決において、「統一条約四条五号の文言における基本法一四三条三項は基本法七九条三項に適合する」（判決要旨一）と判断した。ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国の両政府は、一九九〇年六月一五日に「懸案の財産問題の規律に関する共同声明」を発表したが、共同声明第一項一文は、「占領法又は占領高権に基づく収用（一九四五年から一九四九年まで）は、もはや原状に回復することはできない。」と定め、ソビエト占領地区で行われた収用を無効と扱うことを禁止するとともに、その効果を被収用物件の返還によって包括的に処理することを禁止した。これに対して、共同宣言第一項四文は、ドイツ連邦共和国政府が、国家的調整給付の最終決定は将来の全ドイツ議会に留保されなければならぬとの見解を有していることを定めており、被った損害の財産価値の調整を行うことは禁止されておらず、むしろ上記の調整は共同宣言第一項四文において明文で留保されている。上記共同宣言は、一九九〇年八月三十一日に調印された統一条約の「構成部分」となった（統一条約四一条一項）。さらに、統一条約四条によって、ドイツの再統一に伴う経過規定である一四三条が基本法に挿入されたが、同条一項及び二項は、旧ドイツ民主共和国の地域において適用される法が過渡期にお

いて基本法の諸規定と相違することができる旨を定め、さらに、同条三項は、「第一項及び第二項とは別に、統一条約第四条及びその施行規則も、この条約第三条に掲げられた領域における所有権に対する侵害が、もはや原状に回復されない旨を定めている限りにおいて、存続する。」と定めた。連邦憲法裁判所は、本件判決において、基本法一四三条三項が基本法七九条三項に適合するとの判断を示した。その判断内容は、次のとおりである。

(一) 連邦憲法裁判所は、まず、基本法七九条三項の解釈を示す。

「基本法七九条三項は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触する改正を禁止している。これに含まれるのは、基本法一条一項で保障されている人間の尊厳の原則だけではない。基本法一条二項に含まれている、人間共同体、平和及び正義の基礎であるところの不可侵にして譲り渡すことのできない人権への信奉表明も、この点において意味を獲得する。基本法一条三項に含まれているところの以下の基本権の参照指示と結び付いて、以下の基本権の保障は、基本法一条一項及び二項に適合する秩序を維持するために放棄することができない範囲において、原則的に制限されない。これによると、始源的憲法制定者と同様に……、憲法改正立法者も、基本的な正義要

求を無視することは許されない。これに含まれるのは、法平等と恣意の禁止である……。同じく、基本法二〇条一項及び三項において明文化されている法治国家原理及び社会国家原理の基本的要素も尊重されなければならない。もつとも、それにもかかわらず、基本法七九条三項は、たんに、掲げられた基本原則に抵触しないことを求めているにすぎない。基本法七九条三項は、憲法改正立法者が、これらの基本原則の実定法上の具現(Ausprägung)を適切な(sachgerecht)理由から修正することを妨げない。」(S. 120 f.)

(二) つぎに、連邦憲法裁判所は、基本法一四三条三項は基本法七九条三項に反しないと判断した。その理由は、次のとおりである。

(a) 国際法に基づく請求権をさしあたり度外視すると、立法者が異議を唱えられた規制によって制約したとされている関係者の法的地位はもはや存在しないのであり、この観点からは、憲法上の瑕疵ははじめから問題にならない(S. 121)。

(i) 「ある人に一定の法的地位が帰属するかどうかの問題は、具体的な法秩序に目を向けた場合にのみ答えることができる。かつてのソビエト占領地区及び後のドイツ民主共和国の領域における法状況によると、このような法的地位は収用措置が執行された後は存在し得ない。収用行為は、所有者からその法

的地位を完全にかつ最終的に剝奪することに向けられていた。収用の規範的根拠は、占領権力によつても、また、ソビエト占領地区及び後のドイツ民主共和国におけるドイツの国家権力によつても、全面的に適法と判断された。」関連している法的根拠が極端に解釈された場合や、法治国家の諸基準に照らすと恣意的に適用された場合であつても、原則として権利保護は不可能であり、このような収用は存続可能なものと扱われた (S. 121 f.)。

(ii) ドイツのソビエト占領地区における収用は、それがソビエト占領権力によつて直接に指示されたものか、それとも、この占領権力によつて設置されたドイツの諸機関に独自の決定の余地が与えられていたかとは無関係に、基本法に義務付けられるドイツ連邦共和国の国家権力に責任を負わせることはできない。たしかに、連邦共和国は、以前から、基本法前文の意味において、全ドイツに対する責任を自覚していた。しかし、その国家権力は、実際上のみならず、国法上も、連邦共和国の当時の領域に限定される (基本法二三条一文)。ドイツ連邦共和国の責任は、ソビエト占領地区におけるドイツ国家権力の―ドイツ連邦共和国の視点からは違法又は違憲とされることもあり得る―措置の補償責任を負わなければならないという意味においては、外国の国家権力の措置に対するのと同じように、存在

しない。また、収用措置は、大部分の場合、その措置が講ぜられた時点において基本法は未だまったく効力を生じていないという理由からだけで、基本法を基準として判断することはできない (S. 122 f.)。

(iii) 西側占領地区及び連邦共和国において存在した法状況によつても、関係者には、財産的価値、実現可能な法的地位は残されていなかった。

「ドイツの国際収用法によると、補償のない『没収』を含む外国の収用は、当該国家がその権力の領域内に留まる限りにおいて、原則として有効なものと見なされる。これによると、収用は、外国の高権領域内において効力を生じ、収用の時点において、収用する国家の領土高権に服する財産に適用される―属地主義―」。外国の収用を受け入れることは、公序の留保によつてのみ制限されるが、この留保も、十分な国内関係及び現在関係が存在する場合に、その範囲においてのみ使われるにすぎない。収用に補償がなされないことや、国内の正義観念からすると存在する瑕疵は、それだけでは、収用が収用する国家の領土内の物件になされる限り、有効性を否定するためには十分ではない (S. 123 f.)。

この法律上の状況に対して憲法上疑問はない。属地法主義が適用されることは、ドイツ連邦共和国の憲法秩序も依存してい

る国際秩序の利益に基づくものである。これと矛盾する超国家的な法原則は確認できない。むしろ、属地法主義が補償のない没収を含む収用の効果を規定することは、国際的に承認されている。問題となっている収用措置が当初から社会主義秩序の意味における社会関係の再編成に向けられている場合でも、同じことが当てはまる。他国における上記の再編成を受け入れることにとって、それが自国の国内憲法秩序に適合するかどうかは、他国の領土におけるその効果が問題となる限り、ドイツの国際収用法によってだけではなく、国際取引においても少なくとも大部分において——決定的なものとは考えられていない(S. 124)。

(b) 国際法上の原則によって占領国に対する個別の関係者の請求権がそもそも考慮に値するかどうか、この種の請求はいかなる範囲において返還に向けることが可能であるのか、この種の請求権が攻撃されている規制によって排除されたかどうかは、判断する必要はない。立法者は、基本法一四三条三項がなくても、「高いランクの憲法上の目的であり、要請である」ドイツの国家的一体性を回復するために、この種の請求権の排除を承認することも許される(S. 124 f.)。

(c) 「かつての不法の事後的調整という観点からも、対象となる事例において被収用物件が以前の所有者又はその権利継

承者に返還される必要がないことは、基本法七九条三項に反しない。」ソビエト占領権力による収用であり、対象物件に連邦共和国の影響が及ばない限り、このことは、返還の可能性の欠如から導き出される。しかし、たとえ原状回復の可能性があったところでも、基本法七九条三項はこれを排除することを妨げない(S. 125)。

(i) 連邦憲法裁判所は、占領に伴う賠償及び敗戦国の賠償に関する諸規定を検討して、連邦共和国の立法者は、たしかに、基本法の価値秩序に基づいて、とくに、基本法二〇条一項で明文化されている社会国家原理の観点から、その範囲において国内的負担調整を定めることが義務付けられるが、戦争被害については、連邦共和国の国家機関によって引き起こされたのと同じ仕方では責任を負う必要はないと判示した。立法者は、このような負担調整を定めるに際して、広範な形成の余地を有し、他の負担及び差し迫った任務のための財政需要を考慮しつつ可能なことは何かという基準によって調整給付を決定することも許される。これらの原則は、共同声明第一項四文において留保された調整規定によって十分考慮され得る(S. 125)。

(ii) 基本法に義務付けられる立法者は、異なる秩序観念に基づく政治体制から国家権力を引き継いだ後に、その以前の措置が法治国家の諸基準によると受け入れられないことが明らか

になった場合、一般的な負担調整を上回る補填によってこの措置を調整することが求められると判断することもあり得る。統一条約において講じられた、補償のない収用に関する規定は、この基本思想に基づくものである。本件の収用について、補填を行う立法者の憲法上の義務の範囲はさておき、少なくとも、基本法七九条三項によると、被収用物件の現物返還による損害回復を必要としない。この意味における損害回復の根拠は法治国家原理及び社会国家原理にあり、憲法改正立法者は、これらの原理の基本要素を無視することは許されないが、少なくとも、問題となっている収用を原状回復の方法で処理しなくても、これらの原理はその基本要素において侵害されていない(S. 126 f.)。

(iii) 共同宣言第一項に基づく原状回復の排除に対する憲法上の疑問は、補償のない収用について被収用物件の返還を原則的に規定していることから生じない。基本法七九条三項に基づいて不可侵である平等原則の基本要素は、これによって侵害されていない。攻撃されている規制における原状回復の排除は、ドイツ民主共和国とソ連が、この規定の導入に固執し、連邦政府は、ドイツ統一を達成するためにはこの条件に対応しなければならなかったことによって、正当化される(S. 127)。

(四) 本判決は、一九七〇年二月一日のいわゆる盗聴判

決の参照を求めつつ、基本法七九条三項は、たんに、掲げられた基本原則に抵触しないことを求めているにすぎず、基本法七九条三項は、憲法改正立法者が、これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由から修正することを妨げないと判示した。連邦憲法裁判所は、盗聴判決において、基本法七九条三項の趣旨は、現行の憲法秩序がその実質において憲法改正という形式的・合法的方法によって排除され、全体主義政権の事後的正当化のために悪用される可能性を排除することにあるから、この条項は、そこに列挙された基本原則の「原理的放棄」を禁止するものであり、基本原則が一般的に考慮に入れられ、かつ、特別状況に限定し、その特殊性に応じて、明らかに適切な理由に基づいて修正されているときは、基本原則に抵触していないとの解釈を示したのであるが、本判決は、盗聴判決において連邦憲法裁判所が示した基本法七九条三項の解釈を再構成した点において注目される。

五 一九九三年一〇月一二日連邦憲法裁判所第二法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九九三年一〇月一二日のマーストリヒト判決²¹⁾において、欧州統合の進展に伴って生じた数多くの憲法上の論点について自らの見解を示した。基本法八八条二文の基本法七九条三項適合性も、同判決において連邦憲法裁判

所が自らの見解を示した論点の一つである。基本法八八条二文は、欧州中央銀行への連邦銀行の任務と権限の委譲を定めたもので、一九九二年十二月二日の第三八回基本法改正法律によって、「連邦は、通貨・発券銀行を連邦銀行として設置する。」と定めていた基本法八八条に、「その任務及び権限は、欧州連合の枠内において、独立した欧州中央銀行に委譲され、欧州中央銀行は物価安定の確保という優先的目的に義務付けられる。」と定める二文が追加された。連邦憲法裁判所は、基本法八八条二文の基本法七九条三項適合性について、次のような判断を示した。

(二) 連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項に基づいて不可侵である民主制原理の内容に、国の任務の行使及び国の権限の行使が国民 (Staatsvolk) にまで遡ることができ、原則として国民に対して責任を負うことができることも含まれること (S. 182)、民主制原理は、連邦共和国が、――超国家的に組織された――国際的共同体に加盟することを妨げるものではないが、国民から発する正当化と影響力行使が国家結合体の内部においても確保されることが加入の前提条件であること (S. 184)、そして、現時点においては、諸国民は、国内の議会を通して民主的正当化を行うのであり、この場合、欧州共同体の任務及び権限は民主制原理によって限界が設定され、連邦議会には実質

的重要性を有する任務が残されていなければならないこと (S. 186) を指摘した上で、「連合条約において規定された欧州の諸機関の任務及び権限の容認は、実質的な政治的重要性を有するなお十分な任務及び権限をドイツ連邦議会に残している」が、「しかし、欧州の諸機関による高権的諸権利の行使に対する連邦議会の、そしてそれとともに選挙人の影響力行使は、欧州中央銀行に欧州共同体及び各加盟国に対する独立性を付与している限りにおいて、ほとんど完全に撤退している」との診断を示した (S. 207)。連邦憲法裁判所によると、「貨幣価値によって個人の自由を支え、通貨供給量によって公財政制度及びそれに依存する政策領域をも規定する本質的な政策領域が、高権の担い手の指示権限の対象にも、――条約改正を除いて――任務領域及び行動手段に関する立法者の統制の対象にもならないのである」。しかし、それにもかかわらず、連邦憲法裁判所は、基本法八八条二文は基本法七九条三項に適合すると判断した。その判断の内容は、次のとおりである。

通貨政策の大部分の任務を自立させて独立の中央銀行に担わせることは、「通貨制度が利害関係者集団や再選に関心のある政治的な議席保有者の干渉を受けないようにするために」、国の高権的権力を、国内の直接的対議会責任又は超国家的な直接的対議会責任から切り離すことを意味する (S. 208)。「加盟国

における選挙人から発する民主的正当化のこの制限は民主制原理に抵触するが、しかし、基本法八八条二文において規定されているこの原理の修正は、基本法七九条三項に適合する。欧州連合に目を向けつつ行われた基本法八八条の補充は、欧州中央銀行が、『中央銀行の独立性及び貨幣価値安定の優先性に関するマーストリヒト条約の厳格な基準及び中央銀行欧州体制の定款』に合致する場合に、欧州中央銀行への連邦議会の権限の委譲を許容する……。従って、憲法改正立法者の意思は、明らかに、連合条約に規定された通貨同盟のために憲法上の基礎を創設するとともに、これと結び付いた、すでに説明した仕方で独立させた権限と制度をこの場合に限定することを意図している。貨幣に置かれた支払信頼の確保に役立つ民主制原理のこの修正は、適切である。何故なら、高権的機関は、その行動可能性及び行動手段の点で本質的に通貨供給量及び貨幣価値に依存する

とともに、政治的諸勢力の短期的な同意に依拠しており、独立の中央銀行は、高権的機関よりも、貨幣価値を、それによって国の財政政策及び経済的自由権を行使する際の私的な計画及び処分のための一般的経済的基礎を保障する、というドイッの法秩序において試験済みであり、学問的視点からも——実証されている特殊性を、この修正は考慮しているからである。その点において、通貨政策を自立させて独立の欧州中央銀行の高権的

権限とすることは、他の政策領域に転用することはできないが、民主制原理を修正することが許される憲法上の要求を充たしている。」(S. 208 f.)

六 一九九六年四月一八日連邦憲法裁判所第一法廷決定

(一) 連邦憲法裁判所は、一九九六年四月一八日の決定において、一九九一年四月二三日連邦憲法裁判所第一法廷判決を踏襲して、基本法一四三条三項において存続可能であると認められた、一九四五年から一九四九年までにソビエト占領地区において占領法又は占領高権を根拠として実施された収用に関する原状回復の排除は、憲法に基づいて異議を唱えることはできないとの判断を示した(判決要旨)。判断内容の骨子は、次のとおりである。

(二) 一九四五年から一九四九年までにソビエト占領地区において占領法又は占領高権を根拠として収用された財産を返還しないことは、基本法それ自体において容認されたのであるから、連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項が憲法改正に対して課した要求が遵守されているかどうかについてのみ審査することができ。七九条三項によると、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触する改正は許されないものであり、他の審査基準、とくに基本法三条一項及び一四条は、直接に妥

当する法としては問題にならない。基本法三条一項及び一四条を引き合に出すことができるのは、これらの基本権の基本要素が基本法一条及び二〇条に掲げられている基本原則に含まれ、憲法改正の対象にならない範囲に限られる (S. 33 f.)

(三) まず、攻撃されている規定は、基本法七九条三項に基づいて不可侵である平等原則の基本要素に反しない。

「憲法改正立法者が基本法一条及び二〇条の視角から無視することは許されない基礎的な正義要求には、法平等の原則及び恣意の禁止が含まれる……。しかしながら、基本法七九条三項は、たんに、掲げられた原則に抵触してはならないことを求めているにすぎないので、憲法改正立法者が、これらの原則の実定法上の具現を適切な理由から修正することを妨げない。」

(S. 34)

憲法改正立法者には、原状回復の排除を基本法一四三条三項において憲法上確実なものにする適切な理由がある。財産的価値を一九四九年以前に収用措置によって失った所有者と、財産的価値を一九四九年以後に収用措置によって失った所有者を異なっており理由は、基本法においてドイツ連邦共和国の諸機関に追求されるべき政策目標として憲法上与えられているドイツ再統一を可能にするという点にある。この目標とその卓越した意義にかんがみると、一九四九年以前の収用に関する原状

回復の排除を、たとえ関係者には重大な不法と感じられるとしても、すべての収用の平等取扱いよりも優先させることも許される。このことは、かつての所有者の利益は再統一が失敗した場合でも実現されないから、なおさら当てはまる。(S. 34 f.)

再統一が原状回復の排除に實際上左右されるかどうかの判断は、連邦政府が行う事項であり、連邦政府は、外交の領域において、幅広い政治的裁量の余地を有している。条約の交渉に際しての連邦政府の行為は、この範囲に限って連邦憲法裁判所によって審査される。連邦政府が行い、今日まで維持されている評価は、依然として、義務に反すると評価できない (S. 35 f.)。また、所有権保護からも、基本法七九条三項の対象となる範囲においては、一九四五年から一九四九年までの収用に関する原状回復の排除に対して、憲法上の疑問は生じない。国際法上の視点も、攻撃されている規定の違憲性を招来せしめないし、公序の視点も同様である (S. 46 f.)。

七 一九九六年五月一四日連邦憲法裁判所第二法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九九六年五月一四日の判決²³において、基本法一六a条に定められた庇護権の新規定(二項から五項まで)が基本法七九条三項に適合するかどうかについて判断した。一九九三年六月二八日の第三九回基本法改正法律に

よって、「政治的に迫害された者は、庇護権を有する。」と定めていた基本法一六条二項二文が削除され、庇護権とその制限を定める基本法一六a条が新たに設けられた。同条一項は、「政治的に迫害された者は、庇護権を有する。」との従来の文言を引き継いだ。同条二項一文は、「欧州共同体の加盟国から入国する者、又は、難民の法的地位に関する協定並びに人権及び基本的自由の保護に関する条約の適用が保障されているその他の第三国から入国する者は、第一項を援用することができない。」と定め、同条二項二文は、「欧州共同体の外にある国家で、第一文の要件に該当するものについては、連邦参議院の同意を必要とする法律でこれを定める。」と定め、庇護権の人的保護範囲を限定した。また、同条二項三文は、「第一文の場合においては、滞在を終了させる措置は、これに対して申し立てられる法的救済手続とは独立に、これを執行することができる。」と定め、手続的保障を弱めた。さらに、同条三項は、「連邦参議院の同意を必要とする法律により、その法的状態、法的適用及び一般的政治的状况を根拠として、そこにおいては政治的迫害が行われておらず、かつ、残虐若しくは屈辱的な処罰若しくは処遇も行われていないことが保障されるとみられる諸国家を決定することができる。かかる国家の一つから来た外国人は、この推定を覆して政治的に迫害されているという想定を根拠付

けるような事実を適示しない限り、政治的に迫害されていないと推定する。」と定めるとともに、同条四項は、「第三項の場合、及び、明らかに根拠がなく、又は明らかに根拠がないとみなされるその他の場合においては、滞在を終了させる措置の執行は、その措置の適法性に重大な疑義が存在する場合にのみ、裁判所によってこれを停止する。審査の範囲は、これを制限することができ、時宜を失した申立ては、これを考慮に入れずにおくことができる。詳細は、法律でこれを定めるものとする。」と定めた。加えて、同条五項は、「第一項ないし第四項は、欧州共同体の加盟国が、相互間で、及び第三国との間で締結する国際法上の条約によつて、締結国においてその適用が確保されていないならばならない難民の法的地位に関する協定並びに人権及び基本的自由の保護に関する条約に基づく諸義務を遵守しつつ、庇護決定の相互的承認を含む庇護申請の審査に関する権限規制を定めることを妨げるものではない。」と定めた。連邦憲法裁判所は、基本法一六a条における庇護権の新規定が基本法七九条三項に違反しないとの判断を示した。その判断内容は、次のとおりである。

(二) 連邦憲法裁判所は、まず、基本法七九条三項の解釈(判断枠組み)を示す。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

「基本法七九条は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触する改正を禁止している。これに含まれるのは、基本法一条一項で保障されている人間の尊厳の尊重及び保護の原則だけではない。基本法一条二項に含まれている、人間共同体、平和及び正義の基礎であるところの不可侵にして譲り渡すことのできない人権への信奉表明も、この点において意味を獲得する。基本法一条三項に含まれている以下の基本権の参照指示と結び付いて、以下の基本権の保障は、基本法一条一項及び二項に適合する秩序を維持するために放棄することができない範囲において、原則的に制限されない。同じく、基本法二〇条一項及び三項において明文化されている法治国家原理及び社会国家原理の基本的要素も尊重されなければならない。もつとも、それにもかかわらず、基本法七九条三項は、たんに、掲げられた基本原則に抵触しないことを求めているにすぎない。基本法七九条三項は、憲法改正立法者が、これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由から修正することを妨げない。」(S. 102 f.)

本判決は、基本法七九条三項の解釈について、一九七〇年二月一五日連邦憲法裁判所第二法廷判決（盗聴判決）を引用せず、一九九一年四月二三日連邦憲法裁判所第一法廷判決のみ参照を求め、同判決の示した解釈をほぼそのまま引き継いだ。

(三) そして、連邦憲法裁判所は、上記の判断枠組みに照らして基本法一六a条における庇護権の新規定は基本法七九条三項の定める限界を越えるものではないとの判断を示した。その内容は、次のとおりである。

「基本法七九条三項によって憲法改正立法者に対して設定された限界に基づいて、基本法一条及び二〇条において定められている基本原則に抵触することは許されないが、この限界は、外国人に対して政治的迫害からの保護が基本権の保障を用いて提供されないことによつては侵犯されていない。もつとも、連邦憲法裁判所は、改正前の基本法一六条二項二文における政治的に迫害された者の概念を規定するために、庇護基本権は、人間の尊厳の不可侵の尊重によつて規定された信念を基礎としており、いかなる国家も、身体、生命又は政治的自由を、政治的信念、宗教的基本決定又は自分の力では変えられないメルクマールのみに存する理由に基づいて危険にさらしたり、侵害したりする権利を有しない旨を説示していた……。しかしながら、このことから、庇護基本権が基本法一条一項の保障内容に含まれるという結論を導き出すことはできない。何がその保障内容であるのか、そして、そこからドイツの国家権力に対してどのような帰結が導き出されるのかは、独自に決定されなければならない。」

従って、憲法改正立法者は、庇護基本権そのものを廃止することを妨げられないのであるから、二項一文及び二文によって当該基本権の人的適用範囲を縮小し、三項によって手続に関連した保障内容を限定し、二項三文及び四項によって基本法一九条四項の権利保護保障を改造し、最後に、五項によって国際法上の協定の方法による難民保護の欧州規模の規制のための基礎を創出する基本法一六a条の規定が、許される憲法改正の限界にとどまっていることは、何の問題もなく判明する。(S. 103 f.)

「基本法一六a条二項三文は、安全な第三国から入国した後、の滞在終了の手続についての特別規定を含んでいる。これによって基本法一九条四項は修正されている。基本法二〇条に定められている基本原則が、基本法一九条四項において具体化されている個人の基本権保護という一つの法治国家原理を改正できないものであると宣言しているかどうかは、未解決のままにする²³が²⁴ (vgl. BVerfGE 30, 1 [39 ff.])。基本法一六a条二項三文はこのような基本原則に少なくとも抵触するものではない。たしかに外国人を別個の統制機関による事前の審査なく即時に安全な第三国に戻すことができるが、しかし、この措置に先行して、当該第三国においてジュネーブ難民規約及び欧州人権規約の適用が保障されていることの規範的確認がなされていることにかんがみると、このことはなおさら当てはま

る。」(S. 104.)

八 二〇〇四年三月三日連邦憲法裁判所第一法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所第一法廷は、二〇〇四年三月三日の判決(「大盗聴」判決)²⁴において、基本法一三条三項が基本法七九条三項に合致するかどうかを判断した。一九九八年三月二六日の第四五回基本法改正法律によって、住居の不可侵を定める基本法一三条に第三項から第六項が追加され、従前の第三項が第七項となった。基本法一三条三項は、刑事訴追を目的とする住居の聴覚的監視について、「一定の事実によって、ある者が法律上個別に定められた特に重大な罪を犯したとの嫌疑が根拠付けられる場合において、事件の追及が他の方法によっては過度に困難になり、あるいは見込みがなくなるであろうと考えられるときは、裁判官の命令に基づき、被疑者が滞在していると推測される住居を聴覚的に監視するための技術的手段を講じることが許される。この措置には、期限を付けるものとする。この命令は、三人の裁判官による合議体によって下される。危険が急迫しているときは、この命令は一人の裁判官によっても下すことができる。」と定めた。連邦憲法裁判所は、六対二で、憲法改正によって導入された上記の基本法一三条三項は基本法七九条三項に適合するとの判断を示した。以下、判断内容を多

少とも詳しく紹介することにしよう。

(二) 連邦憲法裁判所(六人の裁判官の多数意見)は、まず、基本法七九条三項の解釈を示す。

「基本法七九条は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触する改正を禁止している。これに含まれるのは、人間の尊厳の尊重及び保護の原則(基本法一条一項)であり、さらに、人間共同体、平和及び正義の基礎であるところの不可侵にして譲り渡すことのできない人権への信奉(基本法一条二項)である。基本法一条三項に含まれているところの以下の基本権の参照指示と結び付いて、以下の基本権の保障は、基本法一条一項及び二項に適合する秩序を維持するために放棄することができない範囲において、原則的に立法者による制限の対象とならない。」(Rn. 112)

「基本法七九条三項は、狭く解釈されなければならない例外規定であって、この規定は、憲法改正立法者が、これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由から修正することを妨げない……。連邦憲法裁判所は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触しない限りにおいて、個別の基本権を改正し、制限し、又はそれどころか廃止する憲法改正立法者の権利を尊重しなければならない。これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由により修正することは、立法者に禁止されて

いない。何が個別の基本権の枠内において基本法一条一項の保障内容に含まれるのかは、各々の基本権規範の解釈によって別個独立に規定されなければならない。」(Rn. 114 f.)

(三) つぎに、連邦憲法裁判所は、基本法一三条三項は基本法一条一項の人間の尊厳に適合している(Rn. 117)と判断した。連邦憲法裁判所は、次のように述べている。

「刑事訴追を目的とする住居空間の聴覚的監視は、一般的には基本法一三条一項の人間の尊厳の内容も基本法一条一項と結び付いた基本法二条一項も侵害するものではない」が、「住居空間の監視の実施のやり方」によっては、「人間の尊厳が侵害される状況」に至る可能性があり、①基本法一三条三項は明文の法的対策措置によってこれに対処しているほか、②憲法解釈によって探求された他の基準がこれに加わる。「基本法一三条三項における住居空間の聴覚的監視を導入するための憲法上の授權は、基本法七九条三項に反しない。何故なら、必要な法律上の規定は、人間の尊厳が個別の事件において侵害されないことを保障することができるし、保障しなければならないからである。基本法一三条三項の授權は、これを保障している規範の制定のみを含んでいる。」(Rn. 118)

上記のような連邦憲法裁判所の見解を多少とも詳しく紹介すると、それは、次のとおりである。

(a) 連邦憲法裁判所は、人間を国家権力の単なる客体とすることは人間の尊厳に合致しないと繰り返し強調してきた(Rn. 120)。国の内密の行動は、それ自体として直ちに絶対的に保護された尊重要求の侵害とはならない。ある人が監視の対象とされた場合、人間としてのその価値の無視が必然的に生じるわけではない。しかし、監視の場合、私的な生活形成の核心部分が侵されてはならない(Rn. 122)。

人間の尊厳の保護は、基本法一二条一項に基づく基本権においても具体化されている(Rn. 123)。「私的な生活形成の核心部分における人格の発展には、極めて個人的な種類の気持ちや感情、考慮、見解及び体験といった内的事象を表現する可能性より正確には、国家機関がこれを監視する不安がなく表現する可能性が含まれる。感情表現、無意識の体験の発現、性の表現形式も保護の対象になる。これに対応する展開の可能性は、個人がこのために適した自由空間を利用できることを前提条件としている。内密のコミュニケーションも、少なくとも、法秩序が極めて個人的な生活形成のために特別の保護を認め、市民がこの保護を信用しているところでは、空間的基体が必要とする。これは、通常は、他者に対して閉ざすことができる私的住居である。個人がこのような空間を利用できると、個人は、一人であることも、また、自ら設定した基準によって自由に自己を発

展させることもできる。私的住居は、『最後の避難所』として、人間の尊厳を維持する手段である。このことは、たしかに、私的住居の空間の絶対的保護を要求するものではないが、しかし、この空間における行動が私的な生活形成の核心領域における個人の発展として現れる限りにおいて、この行動の絶対的保護を要求する。」(Rn. 124) この保護は、比例原則を基準とする刑事訴追の利益との衡量によって相対化されてはならない(Rn. 125)。

(b) 「刑事訴追を目的とする聴覚的監視は、私的生活領域の核心領域が尊重されていない場合に、人間の尊厳に違反する」(Rn. 126)。ある事実が不可侵の核心領域に分類されるかどうかは、それがその内容によると極めて個人的な性格を有しているかどうか、つまり、それが、どのような仕方及び程度において他者の領域又は共同体の利害に関係しているかにかかっている(Rn. 127)。

(c) 基本法一二条における聴覚的監視を法律によって導入するための授權は、基本法一条一項と結び付いた基本法七九条三項に違反しない。何故なら、この授權は、この限界を遵守する法律上の規定とこれに基づく措置のみを可能にするものだからである。憲法上の授權の限定は、一つには、基本法一二条三項において含まれている。これに加えて、憲法上の授權の限定

は、体系的憲法解釈の手法を駆使すると引き合いに出されなければならぬ他の憲法規範から導出される。さらに、比例原則は、盗聴措置が人間の尊厳を侵害しないところに限って引き合いに出すことができるが、比例原則による授權の限定は、措置を実施するに際して基本法一三条三項の人間の尊厳の内容が侵害されるリスクを排除することも狙いとしている (Rn. 128)。

(i) 基本法一三条三項は、制約の合法性の実体的及び形式的適法性の要件を定めている (Rn. 129)。①基本法一三条三項一文に基づく聴覚的監視は、法律上個別に定められた特に重大な罪に向けられた嫌疑が一定の事実によって根拠付けられる場合に、その罪を追及するために限り許される (Rn. 130)。②また、基本法一三条三項は、事件の追及が他の方法によつては過度に困難になり、あるいは見込みがないことを求める (Rn. 131)。③さらに、憲法改正立法者は、監視措置に裁判官の命令を要件とすることによつて憲法上の実体的要件の遵守を手続的に確保している (Rn. 132)。

(ii) 基本法一三条三項においては、刑事訴追を目的とする聴覚的監視の実施に対して、私的な生活形成の不可侵の核心領域を絶対的に保護するという要請から導かれるあらゆる限界が明文で定められているわけではない。他の限界は、—すべての基本権規範と同じように—他の憲法規範から導出される。憲法

改正立法者は、基本権規範を修正する際にも、いずれにせよ基準となるすべての憲法上の準則を改めて規範化することを義務付けられない。それに応じて、基本法七九条三項を基準とする審査に服するのは、他の憲法上の基準と結び付いた基本法一三条三項である (Rn. 133)。

それ故、憲法改正によつて導入された基本権制約は、体系的解釈を用いて、他の法規範、とくに基本法一条一項に遡求しつつ、かつ、比例原則を適用しつつ解釈されなければならない。憲法解釈の限界は、憲法改正によつて創設された規範についても、文言と意味によると一義的な規定に正反対の意味が付与され、解釈されなければならない規範の規範的意味内容が新たに規定され、規範的目標が主要な点において達成されないところに存する (Rn. 134)。

本件においては、この限界の踰越の肯定する手掛かりは存在しない。何故なら、基本法一三条三項は、基本法一条一項一文の求める制約の限界を十分に考慮して法律の内容を定めることのみを授權しているからである。比例原則も補充的に使用されなければならない。このような解釈は、憲法改正立法者の意思と矛盾しない (Rn. 135)。

たしかに、憲法改正の審議において、住居空間の聴覚的監視に対する法的要求の明文化に関して激しい論争があり、最終的

に現行の基本法一三条三項になる文言を修正しようとする試みは成功しなかったが、この点において、他の憲法規範による制限の更なる具体化を排除する憲法改正立法者の意思が現れているわけではない。基本法一三条改正法案に関する連邦議会法務委員会報告書における検討は、憲法改正立法者も基本法一三条三項の制限的な、とくに人間の尊厳に依拠した解釈の必要性を前提としていることを示している。その際に、憲法改正立法者は、そうでなくとも非常に詳細な一三条三項において明文上の対策をしなくてもこれらの要求は充足されていることを前提としている (Rn. 136)。基本法一三条三項において更なる制限を採用することを求める提案が否決されたことは、人間の尊厳が基準となることが改正された憲法規定の枠内において疑問視されることを意味するわけではない (Rn. 137)。基本法一三条三項は、その内容を定める法律が、住居の聴覚的監視による情報の収集を、調査措置が基本法一条一項及び二条一項と結び付いた基本法一三条一項によって保護された私的生活形成の不可侵の領域に分け入るところで排除しなければならないという趣旨に解釈されなければならない (Rn. 138)。

(d) これに対応して法律の規定は、規範明確性の原則を遵守しつつ、居住空間の聴覚的監視のやり方が人間の尊厳の侵害とならないことを保障しなければならない。監視は、当該措置

によって人間の尊厳が侵害されるとの手掛かりが存在する状況においては、始めから行つてはならない。また、居住空間の聴覚的監視が予期せずに絶対に保護される情報を収集することになつてしまった場合、当該監視は中止されなければならない。記録は消去されなければならないはず、刑事訴追の枠内において収集された絶対的に保護されるデータのあらゆる利用は排除される (Rn. 139)。

(四) これに対して、二人の裁判官の少数意見は、基本法一三条三項は基本法七九条三項に適合しておらず、無効である (Rn. 366) と主張している。少数意見は、まず、基本法七九条三項が基本法一三条一項に基づく住居の不可侵の制約に対して設定した実体的限界を示す。

「基本法七九条三項は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触する憲法改正を禁止している。人間の尊厳の尊重及び保護の要請に合致する秩序を維持するために放棄することができない極めて個人的な生活形成のための生活空間としての私的住居の保護も、これらの基本原則に含まれる。」この点において少数意見は多数意見に同意する。多数意見は、人間の尊厳の保護が基本法一三条一項において保障されている住居の不可侵の基礎に置かれていると解している。というのは、人格の発展のためには、個人が監視の不安なく自ら表現し、親

しい人と個人的な見解や感情について話し合うことができる退却空間を必要とするからである。ある人のほとんどあらゆる行動とコミュニケーションを追跡し、記録することが技術的に可能になった世界において、私的住居は、個人にとって、これまでに以上に、自己の思想の自由を監視されることなく実現することができる最後の避難所として役立つ。私的住居は、それ故、人間の尊厳を維持する手段である (Rn. 367)。

「さらに多数意見は、何よりもまず、私的住居に憲法上与えられる絶対的保護は、そこにおいて行われる行動が人間の尊厳のために保護されている範囲においてのみ及ぶもので、私的住居におけるあらゆる発言が高度に個人的な性格を有しているわけではないという点において、正当であると認めなければならぬ。私的住居が個人の感情や意見の表出や交換に役立つところでは、その保護は、人間の尊厳を維持するために絶対的である。」 (Rn. 368)

「もつとも、まさに部外者に対する私的住居の閉鎖性の故に、何よりもまず、ある特定の時点において私的住居において高度に個人的な事柄が話題になっているのか、それとも、他者の領域又は共同体の利害に触れる事柄が話題になっているのかを認識することはできない。」多数意見が述べているように、「このような区別にとって、住居において行われていることの内容を

推測できる手掛かりだけが存在する。例えば、事務所よりも私的住居において、つまり、取引相手や知人との会話よりも親密な人との会話において、高度に個人的な領域に分類されなければならない状況を推定することができる。しかしながら、住居の閉鎖性を破り、その中で行われていることの情報を入手してはじめて、この推定が正しいかどうかの確信を得ることができ。これによってまさに、内密のものとして、固有の四つの壁によってまさに絶対的な保護を受けるものとされている領域をすでに制約することができることになる。従って、閉ざされた扉の内側のある状況を私的な生活形成の絶対的に保護される核心部分に分類するためにその都度の具体的確認を求めると、このことは、この核心領域の制約がつねに差し当たり甘受されなければならぬという結果をもたらすが、基本法七九条三項はまさにこれを阻止しようとしているのである。それ故、人間の尊厳を保持するための自由な個人の発現の可能性を保護するために、少なくとも、被疑者が一人で、又は家族の構成員若しくは明らかに親密な人と一緒に滞在している私的な住居については、高度に個人的なコミュニケーションのための空間を提供し、そのために利用されていると仮定しなければならない。それ故、このような私的住居は、基本法一三条一項が保障しているように包括的な保護を受ける。」 (Rn. 369)

(五) そして、少数意見は、基本法一三条三項は基本法七九条三項の設定した「この実体的限界」を逸脱している (Rn. 370) と判断する。

「基本法一三条三項によって開かれた住居の不可侵に対する制約は、たしかに、この基本権の高いランクにかんがみて……、組織犯罪に効果的に対処することができると必要範囲にこの制約を限定しようとしている複数の要件に結び付けられている。そこで、住居空間の聴覚的監視は、特に重大な罪を犯したとの嫌疑が事実によって根拠付けられる場合にのみ、かつ最終手段としてのみ行うことが許される。加えて、それは、被疑者が滞在していると推測される住居に限定され、期限を付けなければならず、裁判官の合議体による命令を必要とする。しかしながら、基本法一三条三項は、この捜査手段を使用する場合に私的な生活形成の不可侵の核心領域が保護され続けることを確保することができると限定をその文言上含んでいない。」 (Rn. 371)

基本法一三条三項の導入に至った議会の議論にかんがみると、立法者が住居空間の監視に対するこのような更なる制限をそもそも欲していたのかどうかは疑問である。基本法改正法案に関する連邦議会法務委員会の報告において、私的な生活形成の保護された不可侵の核心領域に該当する事実がある場合、監視は

はじめから排除されること、親密な家族構成員との高度に個人的な会話は内密領域に含まれること、さらに、様々な職業集団の構成員との会話は別の仕方の憲法上の保護を受けることが述べられていた。しかしながら、基本法一三条三項にこれに対応する限定を採用することを目的とする改正の提案は否決された。これに続く連邦議会における議論においても、住居空間の聴覚的監視の使用に対するこれ以上の制限はこの捜査手段の実効性を全体として脅かすとの複数の発言があった。例えば、ガイスマ議員 (CDU/CSU) は、証言拒否権者との会話に対する証拠収集を禁止した場合、憲法改正の全体的企図は役立たなくなると述べた。また、シリー議員 (SPD) は、この範囲の人々との会話の保護はあらゆる措置を無意味にすると指摘した。ニーダーザクセン州内務大臣は、証言拒否権者との会話についての証拠収集禁止は、重大犯罪者のための国によって保障された保護地区を確立し、犯罪を国の捜査から妨害されずに計画できる行動手引きを提供するおそれがあるとの危険を指摘した (Rn. 372)。

立法手続の最終段階で、刑事訴訟法一〇〇d条三項に、刑事訴訟法五三条に列挙された職業の秘密の担い手との会話についての証拠収集禁止が導入された。これに対して、刑事訴訟法五二条に基づいて証言拒否権を有する構成員との会話について

は、もっぱら、比例原則の留保の下にある証拠収集禁止のみが認められたが、その際に、基本法一三条三項はもはや何の変更も受けなかった。かりに、法律レヴェルでのこの修正が、すでに基本法一三条三項がこの点に関して住居空間の聴覚的監視の使用に対する内在的制約を含んでいるとの立法者の考えを前提としているとしても、この基本権規範によって、少なくとも家族構成員や親しい人との高度に個人的な会話は、憲法改正立法者によって保護されていないままである。何故なら、それは、技術的手段によって盗聴することが許され、もっぱらその利用が法律上比例原則に基づく考量によって問題とされるにすぎないからである (Rn. 373)。

(六) さらに、少数意見は、「憲法改正によって挿入された基本法一三条三項は憲法適合的解釈又は憲法体系的解釈によって合憲にとどめることができる」とする多数意見に従うことができない (Rn. 375) と主張する。少数意見は、次のように説く。

(a) まさに憲法規範も解釈が必要であり、切り離して考察することはできず、基本法の本質的な基本原則とその価値秩序に適合するように解釈されなければならないことは正当である。しかし、基本法七九条三項によって憲法改正にどのような限界が設定されているかという問題は、既存の基本権規範の整合性

の創出ではなく、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触するかどうかに関わる。それ故、憲法改正は、これらの基本原則によって判定されなければならないのであるが、憲法改正を、文言から離れて、憲法に適合させるために、基本原則を基準として解釈することはできない (Rn. 376)。

(b) 多数意見も、憲法改正の方法によって導入した聴覚的監視の授権は、法律上の規定及びそれに基づく措置が、聴覚的に監視される者の私的な生活形成の核心部分を侵害することを排除するために、明文上十分な制限を定めていないこと、つまり、基本法一三条三項は、それ自体としては基本法七九条三項に適合しないことを前提としている。それ故、多数意見は、「憲法改正法律の体系的憲法解釈の助けを借りて」一三条三項に更なる不文の限界を付加し、聴覚的監視の授権を立法者が設定した程度を越えて制限している。多数意見は、基本法一三条一項の人間の尊厳の意味内容を、解釈の方法で基本法一三条三項の付加的な不文の制約を設定する基準として使用する。しかし、住居空間の人間の尊厳の内容は、「憲法改正に対する阻止効果」を失い、たんに、解釈補助として、そうでなければ違憲の憲法改正を合憲にするために使われる。憲法改正法律にまったく書かれなかったことが、この憲法改正法律が基本法七九条三項のハードルを乗り越えることに寄与する (Rn. 378)。

(c) 基本法一三条三項それ自体は、差し当たり、基本法一三条一項から、この規範の人間の尊厳の内容に関連する領域も除外する。しかし、これによって、その保護がなくなるわけではなく、この領域は、基本法一条一項から直接に保護を受ける。もっとも、これにより、基本法一条一項は、人間の尊厳を保持するために、私的住居において現れる内密領域を包括的に保護している一方で、基本法一三条一項は、特別法として基本法一条一項の適用を排除している一三条三項と結び付いて、この領域を制約することを憲法改正によって明文で許容しているという「憲法の矛盾」が生じる。この矛盾を憲法解釈の方法によって解消しようとする、憲法律制定者によって行われた憲法改正は内容上大幅に後退することになる。改正された憲法規範においてこれは構想されておらず、また明文化されていないにもかかわらず、そうなのである。改正された憲法規範は、基本法七九条三項に基づいて保障されている憲法水準を遵守していない基本権制約が許されとの「外観」を創出する(Rn. 380)。

これによって、一方において、この憲法改正によって何を生じさせようとし、いかなる範囲において立法者が私的住居の保護に対する制約を立法者に授權しているのかについて十分な明確性を欠くことになる。他方において、解釈によって、憲法改

正規範の立法者が与えた意味内容が再び変更されるが、このことは規範自体においては明文化されていない。しかし、このような解釈は、もっぱら憲法律制定者の行うべき事項である。それ故、憲法律制定者が、基本法一条一項の基準に適合しない基本法改正を行った場合、基本法の権限配分及び規範明確性の法治国家原則は、この憲法規範を、基本法七九条三項のハードルを乗り越えることができる範囲にまで解釈によって限定し、その後、埋め合わせとして、改正された憲法規範において明文化されている介入権限を根拠とする法律上の規制については、憲法違反であるとして異議を唱えることを禁止する。違憲の憲法を治癒することはできない。これは、基本法七九条三項に適合しない。基本法七九条三項は、基本法改正によって、各基本権に含まれる人間の尊厳の内容を制約するための憲法上の基礎が創設されることを阻止しようとするものである(Rn. 381)。

これに加えて、少数意見は、憲法改正規範の憲法適合性を憲法適合的解釈によって創出する可能性は、基本法七九条三項の適用範囲を許されない仕方では制限すると多数意見を批判している(Rn. 382)。少数意見は、次のように説いている。

「この可能性は、基本法七九条三項によって憲法改正に設定された制限が作動することができるのは、結局のところ、憲法改正立法者が、連邦的秩序、基本法一条又は二〇条自体を全体

として廃止しようとするというのでのみであることに帰着する。

というのは、それ以外の場合には、基本法一条及び二〇条が解釈基準として憲法に存在する限り、あらゆる憲法改正に対して、基本法一条又は二〇条に照らした解釈を通して、それを合憲になるように手助けし、その結果としてそれが基本法七九条三項に耐える不文の内在的制約を付加することができることになるからである。」しかし、基本法制定者は、すでに、これらの諸条項に定められている基本原則に抵触する改正を不適法であるとして排除している。従って、基本法七九条三項は、より広い範囲に及ぶものである。基本法七九条三項は、すでに、憲法に定められているところの、法治国家の基本原則に基づく又は人間の尊厳の確保に役立つ諸々の基本権地位の崩壊の始まりを阻止するためのものであって、法治国家が全体として廃止され、人間の尊厳がもはや保護を受けないものとされるところで初めて作動するために用いられるものではない。まさに基本法七九条三項が我々の憲法の主要な支柱の漸次的解体に対処できるために、憲法改正を言葉どおりに受け取り、立法者に対する授權を基本法一条及び二〇条に定められている基本原則によって判断しなければならない。これらの基本原則に抵触する場合、基本法七九条三項は、許容されない改正を事後的に合憲になるように手助けする憲法適合的解釈の余地をもはや提供しない

(Rr. 382)。

(七) 本判決の多数意見は、基本法一三条三項が基本法七九条三項に適合すると判断したが、少数意見は、これに真つ向から対立する見解を述べた。両者の結論を分けた核心部分は、憲法の憲法適合的解釈の是非にあるように思われる。多数意見は、基本法一三条三項に憲法適合的解釈を施した上で、基本法一三条三項が基本法七九条三項に違反しないと判断したのに対して、少数意見は、基本法一三条三項の憲法適合的解釈に批判的な見解を表明している。少数意見は、改正された憲法規定の基本法七九条三項適合性は、既存の基本権規範の整合性の創出ではなく、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触するかどうかの問題であり、憲法改正は、これらの基本原則によって判定されなければならないのであるが、憲法改正を、文言から離れて、憲法に適合させるために、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則を基準として解釈することはできないと指摘している。

III 小括

本稿は、憲法改正の司法審査の可否に関する解釈論を将来において展開するための基礎的資料を得ることを目的として、憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法

裁判所の判例を時系列に沿って出来る限り詳しくかつ内在的に紹介する作業を行った。以上の作業によって基本法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかについて判断した連邦憲法裁判所の判例の内容はほぼ明らかにされたと考えられる。ただし、欧州連合に対する諸高権の委譲の限界に関連して基本法七九条三項適合性判断を行った連邦憲法裁判所の判例は、紹介・分析する作業の対象から除外した。これに関連する判例については、別稿において、紹介・分析する作業を行わなければならない。

連邦憲法裁判所は、基本法一〇条二項二文、基本法七四a条（当時）、基本法一四三条三項、基本法八八条二文、基本法一六a条二項ないし五項、及び基本法一三条三項の基本法七九条三項適合性について判断した。すべて合憲判断であった。連邦憲法裁判所の判例理論の問題点を取り出してみると、少なくとも次の二点を挙げることができる。⁽²⁵⁾

第一の問題点は、憲法改正法律を判断する枠組み（基本法七九条三項の解釈）である。この点については、一九七〇年二月一五日連邦憲法裁判所第二法廷判決（盗聴判決）において、多数意見と少数意見が鋭く対立していた。この問題点については、学説における議論状況も視野に入れつつ、別稿において、多少とも詳しい考察を加えることにしたい。

第二の問題点は、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査における憲法の憲法適合的解釈の是非である。一九七〇年二月一五日連邦憲法裁判所第二法廷判決（盗聴判決）において、この点をめぐって多数意見と少数意見が鋭く対立した。この対立は、二〇〇四年三月三日連邦憲法裁判所第一法廷判決においてもまったく解消されていない。この問題点については、別稿⁽²⁶⁾において、若干の検討を加えておいた。

なお、本稿は、基本法七九条三項の規範内容に関する学説上の議論をまったく取り上げていない。⁽²⁷⁾基本法七九条三項に関する学説の議論状況についても、別途論文を作成して、多少とも詳しい考察を加えることにしたい。

最後に、繰り返しになって恐縮であるが、本稿の目的は、憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を参考資料としてできる限り客観的に紹介することであり、ドイツ連邦憲法裁判所の判例理論に含まれる問題点の検討は、筆者の今後の課題として残されていることを確認しておきたい。

(1) 樋口陽一『転換期の憲法?』（敬文堂、一九九六年）一六〇頁、一七四頁以下（初出、同「違憲審査をする裁判官の正統性と法解釈観——比較考察——」ジュリスト一〇三七号（一九九四年））。樋口は、

「民主主義社会ではすべて公権力は主権者＝国民に責任を負うものでなければならぬ」とされているのに、独立して職権を行う裁判官、国民に対して責任を負わない立場にある裁判官が、国民の意思を援用する立法府のつくった法律を無効にできるのはなぜか」という「難問」（一六二頁以下）に対する一つの応答として、「裁判官が違憲判断を下したからといって、それですべてが決着するわけではなく、「最後の言葉は、憲法改正権者にゆだねられており、違憲とされた法律を改正するか、それとも憲法の方を改めるかは、憲法改正権者の判断次第なのだ」という「消極的な意味あい」で、裁判官の正統性を弁明する議論の仕方」があると指摘し（一六七頁以下）、フランスの状況（一七三頁以下、一七五頁以下）を踏まえて、この論拠が「違憲審査にとっていわばブーメランとしての攻め道具となり、「それに対し、違憲審査の側からのもう一段つぎの次元での再反撃が可能かどうか」が、『憲法裁判官は憲法改正権を審査できるか』（Favoreu）という問をめぐって争われるだろう」との認識を示している（一七四頁）。もともと、樋口自身は、「憲法改正論にとって、改正の限界をふみこえた憲法変更は、とりもなおさず、その憲法のアイデンティティを否定し、まったく新しい法秩序が成立したことを意味する。ひとつの憲法が別の憲法にとってかわられたあとで、もはや実効性を失ってしまった先行する憲法秩序を基準として新しい憲法が無効だということは、実定法を問題とする法的議論としては無意味である。まして、（憲法改正作用にまで違憲審査制による裁判的コントロールが及ぶとするという考え方をとったとしても）先行する憲法を前提にした機関である裁判所が、法的制約を加えるために介入する余地はない。」と論じている（樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九八年）三八一頁）ことからして、憲法

改正に対する司法審査の可否については消極的立場を採っているようにも見える。なお、この主題に関連する樋口の最近の論文として、樋口陽一『抑止力としての憲法―再び立憲主義について』（岩波書店、二〇一七年）三四頁以下（初出、同『立憲主義』と『憲法制定権力』…対抗と補完―最近の内外憲法論議の中から―）日本学士院紀要六九卷三号（二〇一五年）がある。

山元一「グローバル化世界と憲法制定権力（続）」慶応法学三九号（二〇一八年）一頁以下（九頁以下）は、「国家の諸活動を法的に規律しようとする憲法裁判の活性化と、そのような規律の基準そのものを変動させようとする憲法制定権力行使の活性化」という今日の状況「から生じてくるトポスの一つが、憲法改正行為に対する実質的な違憲審査の可否という論点である」と指摘し、「違憲の憲法改正」問題を検討したイスラエルの学者の著作を肯定的に紹介している（なお、山元一「グローバル化世界と憲法制定権力」法学研究（慶應義塾大学）九一卷一号（二〇一八年）四九頁以下も参照。）。山元論文を読むと、現時点において「違憲の憲法改正」問題を考察するときには「グローバルな地平」に立つことが求められるようである（二〇頁以下）が、本稿はドイツ連邦憲法裁判所の判例という地域的に極めて限定的な範囲を対象とするものである。研究対象の限定は、主として、ドイツ語であれば多少は読めるという筆者の語学力の限界に起因するものであるが、もう一つの理由として、ドイツの判例及び学説が「違憲の憲法改正」問題に戦後初期から先駆的に取り組んできており、判例・学説の豊富な蓄積がある、という事情も大いに関係していると弁明しておきたい。

なお、その他の先行業績として、青柳卓弥「アメリカ合衆国における憲法修正権と司法審査権に関する一考察―『制憲革命』説への

理論的根拠として――」法学政治学論究（慶應義塾大学）二四号（一九九五年）二五九頁以下、同「憲法修正に対する司法審査…我が国における憲法改正論議への理論的視座として」法政論叢（日本法政学会）三二卷（一九九五年）五八頁以下がある。

（2）憲法改正に対する司法審査の可否に関する最近の学説は本文で示すとおりであるが、ここで、戦後の学説の展開を時系列に沿って簡単に跡付けておこう。周知のように、法学協会『注解日本国憲法下巻』（有斐閣、一九五四年）一四三〇頁は、限界を超えた改正はこの憲法に反するものであり、第八一条に従って裁判所がそれについて違憲の審査をすることができないかという疑問が起るが、第八一条は憲法を前提とした限りでの規定であり、前提となつてゐる憲法が改正されれば、最高裁判所の違憲審査権の範囲もそれに応じて変わったのだと考えられ、憲法改正についての違憲審査権はもたないものといわねばならないと説いていた。この解釈に対して、作間忠雄「憲法改正行為の限界」鈴木安蔵編『憲法改正の基本問題』（勁草書房、一九五六年）二六七頁は、「わが憲法第八一条の解釈として憲法改正を違憲審査の対象となしうるかは疑問である」が、「憲法改正権は憲法上の委任された権能であるから、その権能の行使が憲法の規定に反しないこというまでもないから」、「要するに、その限界を逸脱した憲法改正行為は法的に有効たりえないことは明らかで」あるから、「理論的に考えるならば、裁判所はその違憲審査権の行使に際して、憲法改正に対し手続的審査のみならず実質的審査をも加えて、その合憲性を判断しうるのではなからうか」と反論を加えている。六〇年代に入ると、芦部信喜の解釈論が登場する。芦部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会、一九八三年）一一四頁以下（初出、同「憲法改正の限界」清宮四郎・佐藤功編『憲法講

座4』（有斐閣、一九六四年）は、①「憲法改正手続にしたがつて憲法が全面的に、しかも改正の限界を逸脱して改正された場合」と②「憲法の一部が改正手続により、しかし改正の限界を超えて変更された場合」に分け、①の場合においても、また②の場合においても、「無効ではあるが、有効だ」という結果にならざるをえないと指摘しつつも、①の場合については、「旧憲法は新憲法が施行されたとき当然に効力を失うから、新憲法の下で憲法裁判制度が採用され」、「ドイツの判例・学説の認める違憲の憲法規範の理論を取り入れることが許されると仮定しても、「新憲法下の憲法裁判所が自己の存立の基礎である憲法そのものの効力を判断することは、論理的に不可能である」が、②の場合については、「裁判所の司法審査権が憲法改正前から認められている場合（つまり、審査権の根拠が改正前から現在に至るまで効力を保持する憲法にある場合）でも、アメリカで説かれているように、憲法規範そのものの実質的・内容的審査は、おそらく政治問題だとみられる可能性があるから、『無効であるが有効』という事態が生ずることは、避けがたいであろう」と説いた。芦部説は結論的には否定説に位置付けられるが、筆者としては、芦部説が、②の場合において、「政治問題」であるから裁判所は憲法規範そのものの実質的・内容的審査を差し控えると主張しているのであつて、裁判所による憲法改正の審査が「論理的に不可能である」とは主張していない点に注目しておきたい（なお、高柳賢三は、六〇年代に、「最高裁判所は、現に成立した憲法改正を、限界を超えるものであるがゆえに違憲であるとすることは恐らくないであろう」から、「たとえば基本的人権の原理が改正の限界をなすと説かれることが多い」が、この「説も法律的には、限界なしとする説と同じ結果になるであろう」と指摘している（憲法調査会

『憲法調査会報告書付属文書第七号 前文・天皇・戦争放棄・改正・最高法規に関する報告書』（大蔵省印刷局、一九六四年）二二一頁以下）。七〇年代においては、寿田竜輔「憲法改正限界論」ジュリスト六三八号（一九七七年）一〇二頁以下（二〇七頁）が、「限界論の実効性を担保すべく、限界論の立場から論理的限界をこえ、したがって無効である憲法改正を―違憲立法の場合のように―裁判手続によつて事後的にとりあげ、審査検討のうえその無効を確認ないし宣言するといった方法を制度化すること」を提案していることが注目される。八〇年代において、石村修『憲法の保障―その系譜と比較法的検討―』（尚学社、一九八七年）二五七頁（初出、同「憲法保障としての憲法改正限界論」専修法学論集三三号（一九八一年））は、「現代国家において、憲法の最終的な公権的解釈者として裁判所が重要な役割を担っている」が、「裁判所は権力分立を根拠として、立法府の判断に対しては介入しない立場を採ることに現実的にはならざるをえ」ないこと、「しかも、我が国の裁判所は、あくまでも近代型の審査権を行使するにすぎないと考えられる」ことを理由として、「八一条は実質的憲法違反の憲法を審査することを認めるものではない」と説いている。石村説も否定説に位置付けられるが、その理由付けは日本の裁判所が「近代型の審査権を行使するにすぎない」点に求められており、石村説においても、裁判所による憲法改正の審査が「論理的に不可能である」とは主張されていない点が注目される。さらに、九〇年代に入ると、比較法的知見を踏まえて憲法改正の司法審査を肯定する解釈論を用意周到に展開した高野敏樹の論文が発表された。高野敏樹『憲法制定権力と主権』（青潮社、一九九八年）（初出、同「憲法保障と憲法改正の合憲性―憲法改正に対する違憲審査の可能性をめぐる―」佐藤功先

生古稀記念論文集『日本国憲法の理論』（有斐閣、一九八八年））は、まず、「憲法改正国民投票の意義」について、「憲法の制定にあたってそこに『主権者としての国民』の意思が表明されなければならないことを認めるとしても、憲法改正作用それ自体は、あくまで『国家機関としての国民』の行為にもとづくものであるといわなければならない」（八八頁）と考えると、「八一条に定められた違憲立法審査制は本来、九八条の『憲法の最高法規性』の原理に論理的にもとづき、そこに宣言された憲法の最高法規性を具体的に確保するための制度であるといつてよい」ので、「憲法改正の合憲性審査をめぐって、八一条の趣旨をどのように考えるのかという問題は、基本的には、この憲法の最高法規性をどのように理解するかという問題と切り離して考えることはできない」ところ、「九八条の最高法規性の意味」は、「憲法規範が単に合法的な手続を踏んで制定ないし定立されたという意味において『形式的』な憲法規範でありさえすればたりるということのみを意味しているわけではな」く、九八条は、前文の趣旨を受けて、そして、前文の趣旨を根拠として、「最高法規としての憲法の地位とそれが遵守されるべきことを宣言した規定であると考えられる」との観点から「八一条の趣旨」を考えると、「そこで述べられた『違憲審査の基準』としての憲法もまた、おそらくは単なる形式的な意味での憲法ではなく、前文あるいは九八条のコンテクストにしたがつて、少なくとも『最高法規』としての実質をそなえた憲法規範でなければならぬ」といふべきで、「憲法改正によつて定立された憲法規範が所定の手続に違反し、あるいは実質的に改正の限界を超えてしまった等の理由により、憲法内部の他の規範と矛盾することが問題とされる場合、そこではまさしくそのような憲法規範は『最高法規』としての地位をもちうるか

ということが問われて」おり、「このような場合に、最高裁判所がかりに法令の合憲性審査にあたって、このような『憲法違反の憲法規範』を違憲審査の基準として適用するとするなら、それはかえって憲法の最高規範性を定めた九八条の規範力を弱めることにならざるをえないであろう」から、「たとえ八一条が条文の文言形式上では憲法改正を明示していないとしても、それはかならずしも憲法改正をその審査の対象から除外する趣旨であると考えるべき必然性はないように思われる」(九〇頁以下)と主張していた。

以上が戦後の(一九九〇年代までの)学説の展開である。戦後初期(一九五四年)に法学協会『注解日本国憲法下巻』において示された否定説の根拠は、「前提となつている憲法が改正されれば、最高裁判所の違憲審査権の範囲もそれに応じて変わった」ことであるが、この理由付けは、その後の学説(芹部、石村)によつては必ずしも支持されておらず、むしろ、その後の学説は、否定説であつても、裁判所による憲法改正の審査が論理的に可能であることを前提としている。本文で述べるように、最近の学説において肯定説が有力に唱えられているが、その基盤は従来の学説においてすでに築かれてきたと見ることも可能であろう。

(3) 穴戸常寿「『憲法を改正する』ことの意味」論究ジュリスト九号(二〇一四年)二二頁以下(二七頁)。

(4) 工藤達朗『憲法学研究』(尚学社、二〇〇九年)一九八頁(初出、同「憲法改正の違憲審査」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編集代表『日独憲法学の想像力 下巻—栗城壽夫先生古稀記念』(信山社、二〇〇三年)。

(5) 工藤・前掲注(4)二〇六頁以下。工藤は、芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社、

二〇一一年)五〇六頁「工藤達朗」においても、「日本国憲法は国民が改正する。投票した国民の過半数が合憲であると判断した憲法改正を裁判所が覆すことができるのか、疑問である。日本国憲法上は、憲法改正限界説に立った場合でも、裁判所による憲法改正行為の審査を否定すべきであろう。」と説いている。なお、井口秀作は、全国憲法研究会二〇一五年秋季研究総会シンポジウムにおいて、「憲法九六条で国民投票が義務となつているので、これが主権者国民のラストワードとしての意思表示だと考えると、一般的に憲法改正に対する裁判所による違憲審査は否定されている。国民投票だからというわけではなく、憲法改正という場面での国民投票だからということと否定されると、私自身は理解している。」と発言している(建石真公子・石村修「秋季研究総会シンポジウムのまとめ」全国憲法研究会編『憲法問題二七 二〇一六』(三省堂、二〇一六年)一一九頁)。

(6) 赤坂正浩『世紀転換期の憲法論』(信山社、二〇一五年)四二二頁(初出、同「戦後憲法学における憲法改正限界論」全国憲法研究会編『憲法問題一四 二〇一三』(三省堂、二〇一三年)。

(7) 高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店、二〇一七年)一四七頁以下。さらに、肯定説を志向する学説として、南野森「憲法改正限界論再考—その意義についての序説」長谷部恭男・安西文雄・穴戸常寿・林知更編『高橋和之先生古稀記念 現代立憲主義の諸相上』(有斐閣、二〇一三年)一一三頁以下がある。南野は、憲法改正の違憲審査が存在するかどうかは憲法規定には必ずしも依存せず、「政治部門と違憲審査機関との現実の力関係を、違憲審査機関自身がどのように評価しているか」、さらに、「違憲審査機関が、自らの役割を、そしてそもそも憲法をどのように考えているか」に依存す

ると指摘しつつ、「違憲審査機関が自らの役割を、特定の政策実現が通常法律で可能かあるいは憲法改正を必要とするかという、政治部門が辿るべき道筋を示すことにとどまると考えるのであれば、おそらくそのような違憲審査機関が憲法改正の違憲審査に踏み出す蓋然性は低いであろう」が、「反対に、違憲審査機関が、憲法とは特定の価値を体现したものであると考え、そしてそのような憲法の擁護者としての役割を自任するのであれば、政治部門との力関係についての自己理解次第では、憲法改正の違憲審査に踏み込む可能性があるだろう」と説いている（南野・前掲注（7）一四二頁以下）。

- （8） 工藤・注（4）二三〇頁以下（初出、同「憲法改正限界論」長谷部恭男編『岩波講座憲法6 憲法と時間』（岩波書店、二〇〇七年））は、憲法制定権力と憲法改正権を区別し、「憲法制定権力の基本決定、憲法の基本原理を変更することは、憲法改正の限界を超える」と解する憲法改正限界論について、「基本決定または基本原理は、基本的であればあるほど包括的で漠然として」おり、「何がどう変更されれば基本原理が侵害されたことになるのか、事前に判断することは難しい」ので、「現実の憲法改正案を離れた事前の議論には限界がある」と指摘しているが、ドイツ連邦憲法裁判所の判例においては、具体的な憲法改正に即してまさに個別具体的な検討がなされており、ドイツ連邦憲法裁判所の判例は、憲法改正限界論の立場から憲法改正の限界をきめ細かに詰めて確定する作業をする際に、大いに参考になると考えられる。

- （9） 本稿は、憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を多少とも詳しくかつ客観的に紹介することを目的としており、問題点を考察する部分を含んでおらず、その意味において「論説」ではなく、「研究ノート」として性格を有し

ているにすぎない。ただし、筆者の管見による限り、憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を包括的に紹介した先行業績は存在していないので、本稿は、研究ノートであっても若干の存在価値を主張することもできると考えられる。もちろん、個別の判例について紹介・検討した論文は存在しており、以下（Ⅱ）において個別の判例を紹介するに際して、当該判例に関連する業績を注記する。なお、本稿に関連する研究書として、大隅義和『憲法制定権の法理——「違憲の憲法」との関連で——』（九州大学出版会、一九八八年）がある。

- （10） BVerfGE 30, 1. 以下、この判決の引用は、本文で連邦憲法裁判所判例集の該当する頁数を示すことにより行う。この判決の紹介・解説として、西浦公「通信の秘密とその制限——盗聴判決——」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・根森健編代表）『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）二六一頁以下がある。また、石村・前掲注（2）二四〇頁以下（初出、同「憲法保障としての憲法改正限界論」専修法学論集三三号（一九八一年）、渡辺康行「ドイツ連邦憲法裁判所の憲法解釈方法論」新正幸・鈴木法日児『憲法制定と変動の法理』（木鐸社、一九九一年）五一七頁以下（五三一頁以下）、西村枝美「憲法改正の限界」論究ジュリスト九号（二〇一四年）三〇頁以下（三三頁以下）もこの判決に検討を加えている。さらに、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理——人間の尊厳条約の規範的意義と動態』（尚学社、二〇一三年）もこの判決に触れている（三〇頁以下、一七〇頁以下等）。

- （11） 連邦憲法裁判所は、一九七〇年一月一日判決の前に、他の文脈において基本法七九条三項に言及していた。BVerfGE 1, 14 (32); 3, 225 (232); 4, 157 (169 f.) を参照。

(12) 連邦憲法裁判所は、この判決において、さらに、基本法一〇条法律のある規定について、制限の目的を危険にさらすことがない場合でも、制限を受ける者に通知しないとしている点において、基本法一〇条二項二文に適合しないと判断したが、この判断については触れなご。

(13) BVerfGE 30, 1 (34).

(14) BVerfGE 34, 9.

(15) BVerfGE 34, 9 (20).

(16) BVerfGE 34, 9 (20 f.).

(17) BVerfGE 34, 9 (21 ff.).

(18) BVerfGE 83, 37. この判決の紹介・解説として、古野豊秋「地方自治体における外国人の選挙権―外国人選挙権（シュレスヴィツ・ヒールシュタイン）事件」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・石村修編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）二七二頁以下がある。

(19) BVerfGE 83, 37 (59).

(20) BVerfGE 84, 90. 以下、この判決の引用は、本文で連邦憲法裁判所判例集の該当する頁数を示すことにより行う。この判決の紹介・解説として、中島茂樹「ドイツ再統一と一九四九年以前の収用に対する補償―「土地改革」判決―」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(10)五五九頁以下がある。

(21) BVerfGE 89, 155. 以下、この判決の引用は、本文で連邦憲法裁判所判例集の頁数を示すことにより行う。この判決の紹介・解説として、川添利幸「欧州連合の創設に関する条約の合憲性―マーストリヒト判決―」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(10)四三二頁以下、西原博史「ヨーロッパ連合の創設に関する条約の合憲性―

マーストリヒト判決―」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(18)三九五頁以下がある。さらに、岡田俊幸「ドイツ連邦憲法裁判所のマーストリヒト判決」石川明・櫻井雅夫編『EUの法的課題』（慶應義塾大学出版会、一九九九年）一九三頁以下、同「欧州通貨同盟と国家主権―ドイツ連邦憲法裁判所のマーストリヒト判決をめぐって」石川明編『EU法の現状と課題』信山社、二〇〇一年）一一頁以下も参照。

(22) BVerfGE 94, 12. 以下、この判決の引用は、本文で連邦憲法裁判所判例集の頁数を示すことにより行う。

(23) BVerfGE 94, 49. 以下、この判決の引用は、本文で連邦憲法裁判所判例集の頁数を示すことにより行う。この判決の紹介・解説として、川又信彦「庇護権における『安全な第三国』要件」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・島崎健太郎編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）三五八頁以下がある。

(24) BVerfGE 109, 279. 以下、この判決の引用は、連邦憲法裁判所判例集に付されている欄外番号を示すことにより行う。この判決の紹介・解説として、平松毅「住居に対する高性能盗聴器による盗聴」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(23)三二〇頁以下がある。

(25) すでに指摘したように、日本においては、憲法改正の違憲審査の可否それ自体が大きな論争点であるが、連邦憲法裁判所の判例の研究は、この論点の理論的深化にほとんど寄与しない。何故なら、連邦憲法裁判所は、改正された憲法条文が基本法七九条三項に適合するかどうかを審査する権限を自ら有していることについてはあたたかも自明であるかのように、上記の審査権の根拠付けはまったくしていないからである。工藤・注(4)一九九頁以下は、「ドイツではどうして連邦憲法裁判所が憲法改正の合憲性を審査することが認め

められているのか」を検討している。また、毛利透・小泉良幸・淺野博宣・松本哲治『憲法Ⅰ総論・統治〔第二版〕』（有斐閣、二〇一七年）三八頁〔毛利透〕は、この論点について、「同じ憲法典の中に共存するに至った改正限界規定とそれに矛盾する規定のうち、前者が後者よりも法的効力において優先するといえるのはなぜなのか、法論理的には難問であるし、なぜ憲法裁判所がその審査権を有するのもかも自明ではない」が、「シユミットの憲法制定権者が、憲法の中核的原理を示す改正限界規定とともに、その擁護者として憲法裁判所をも『決断』によって創造したのだ―だから、憲法裁判所は単なる実定法としての憲法典の擁護というだけでなく、憲法制定権者の『決断』を憲法改正に対しても擁護する任務を担う―ということになるのだろうか」と分析している。

(26) 岡田俊幸「憲法の憲法適合的解釈」日本法学八四卷三号（池村正道教授古稀記念号、二〇一八年刊行予定）。

(27) 基本法一〇条二項二文の合憲性、基本法一六a条の憲法適合性、さらに基本法一三条三項の憲法適合性など、個別条文の憲法適合性についても学説上活発な議論がなされてきたが、本稿は、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を客観的に紹介することを目的とするものであり、上記の問題点に関する学説の議論を紹介することはできなかった。個別条文の憲法適合性に関する学説上の議論についても、別途論文を作成して、紹介・検討したいと考えている（そのため、ここでは関連する文献は注記しない）。