

憲法の憲法適合性

——ヘッセン州憲法第四一条の憲法適合性をめぐって——

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II ヘッセン州憲法第四一条の成立史
- III 学説の諸相
- IV 一九五一年七月二〇日ヘッセン州国事裁判所判決
- V 学説の展開
- VI 結びに代えて

I はじめに

一九四六年十二月一日のヘッセン州憲法^①は、一九四六

年十二月一日に実施された国民表決において過半数の賛成を得て、同憲法一六〇条の規定により同日発効したが、それから四年近くが経過した一九五〇年九月二日、ヘッセン州議会自由民主党(FDP)会派(以下、「FDP会派」という。)は、ヘッセン州憲法四一条は有効に成立しておらず、法的に無効であるとの判決を求めてヘッセン州国事裁判所(以下、「国事裁判所」という。)に訴えを提起した(以下、この訴えを「本件訴訟」という。)。本件訴訟は、「憲法の憲法適合性」という理

論的に極めて興味深い論点を争点とするものであり、この論点は、当時の学説において極めて熱心に議論された論題の一つであった^③。本稿は、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性を争点とする本件訴訟及びこの訴訟をめぐる学説上の議論をできる限り内在的に理解し、多少とも詳しく紹介することを目的とする^④。本稿が半世紀以上も前の出来事に属する本件訴訟を研究の素材として敢えて取り上げる理由は、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性という問題が、戦後初期において当時のドイツ公法学を代表する研究者が憲法制定権力の理論を用いて一定の解答を与えようとして真剣に取り組んだ具体的かつ実践的な問題の一つに属するものであり、この問題に考察を加えることなくしては戦後ドイツ憲法学における憲法制定権力論の内在的な理解はできない、という点にある^⑤。以下、まず、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性という問題を理解するために必要な範囲に限定してヘッセン州憲法それ自体の成立史とヘッセン州憲法四一条の成立史を叙述する(Ⅱ)。つぎに、有力な研究者によって当時主張された、ヘッセン州憲法四一条は違憲無効であるとする見解を紹介する(Ⅲ)。その上で、一九五一年七月

二〇日ヘッセン州国事裁判所一部判決の内容を紹介する(Ⅳ)。さらに、上記判決の後にヘッセン州憲法四一条の憲法適合性の問題に考察を加えた諸学説を紹介する(Ⅴ)。最後に、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性に関する学説上の議論に若干の交通整理を施して、結びに代える(Ⅵ)。

Ⅱ ヘッセン州憲法四一条の成立史

一 ヘッセン州憲法の成立史

(一) 第二次世界大戦の終結後、ドイツは、戦勝国(英米仏ソ)によって四つの占領地区に分割されたが、一九四五年九月一九日のアメリカ占領地区軍政府「布告第二号」(Proklamation Nr. 2 der Amerikanischen Militärregierung vom 19. September 1945)によつて、アメリカ占領地区は、大ヘッセン、ヴェルテンベルク、バーデン、バイエルンの三行政地域に編成され、上記の各行政地域は、同布告発布以降、「州(Staaten)」と呼称され、各州は「州政府(Staatsregierung)」を有するものとされた(一条)。同布告によると、各州は、軍政府の有する優越的権限を除き、かつ、その行使が管理委

員会及び同委員会の設置した中央のドイツ官庁の措置に抵触しない範囲において、立法権、裁判権及び執行権を有する（三条一項）。民主的な諸制度の創出が可能となる時点までは、州の立法が有効であるためには、立法が首相によって許可され、公布されることで足りる（二条二項）。そして、大ヘッセン州内閣は、軍政府によって移譲された立法権に基づき、軍政府の許可を得て、一九四五年一月二二日の「大ヘッセン国の国家基本法」^⑥（以下、「国家基本法」という。）を制定した。国家基本法によると、州政府の長である首相は、法律及び命令を制定し、公布する権限を有する（三条）。法律及び命令は、首相がこれに署名し、担当分野の大臣が副署し、官報で公布されたときに拘束力を発する（七条）。首相は、「将来の国民代表（州議会）の前身」として「ラント審議委員会」を設置し、同委員会の構成員を任命し、罷免する。首相は、同委員会の議長を務め、会議に付する案件があるときは、同委員会を招集する。重要な法律を制定し、予算を確定する前にラント審議委員会の意見を聴くものとする。首相は、その他の任務についても、同委員会の意見を聴くことができる（九条）。

(二) 国家基本法によると、大ヘッセン州政府は、「ヘッセン国民の受託者」であり、「民主的憲法を準備する」（九条）ことが求められており、「大ヘッセン内閣」は、国家基本法の諸規定に基づいて、一九四六年五月一六日の「大ヘッセン憲法審議ラント会議のための選挙法」^⑦（以下、「選挙法」という。）を制定した。そして、選挙法二条は、憲法制定の手續について、次のように規定していた。

ラント会議 (Die Landesversammlung) は、大ヘッセン州の憲法を準備する任務を有する。この憲法は、以下の場合にのみ効力を生じる。

- a) 占領国の軍政府によって許可され、かつ、
- b) 国民表決によって承認された場合。

かりにヘッセン州憲法が、まず、ラント会議が「この憲法」を議決し、つぎに、ラント会議の議決した「この憲法」が占領国の軍政府によって許可され、最後に、ラント会議によって議決され、占領国の軍政府によって許

可された「この憲法」が国民表決によって承認されたというように手続が進行して成立していたならば、ヘッセ州憲法四一条は選挙法二条の定めた手続に違反して制定されたというFDP会派の主張が成立する余地はないのであるが、ヘッセン州憲法は、戦後の混乱の中で短期間で急いで制定されたため、同憲法の制定手続は、選挙法二条が想定していたようには進行しなかった。ヘッセン州憲法の制定過程は、次のようなものであった。⁸⁾

(三) 選挙法一条によると、「憲法審議ラント会議 (Die verfassungberatende Landesversammlung)」は、普通、平等、直接及び秘密の選挙によって比例選挙の原則に基づいて選挙された九〇人の議員によって構成される。憲法審議ラント会議の議員の選挙は、一九四六年六月三日、選挙法の諸規定に基づいて実施された。選挙の結果、ドイツ社会民主党 (SPD) が四二議席を、キリスト教民主同盟 (CDU) が三五議席を、ドイツ共産党 (KPD) が七議席を、ドイツ自由党 (LPD) が六議席を獲得した。憲法審議ラント会議は、一九四六年七月一五日に第一回会議を開催し、その活動を開始し、一九四六年一〇月二九日にその活動を終えたが、その間、

本会議は六回開催された。憲法審議ラント会議は、一九四六年七月一五日の第一回会議において、二九人の議員によって構成される憲法委員会を設置した。憲法委員会は一九四六年八月七日から一九四六年一〇月一日までに合計一八回の会議を開催した (なお、後述するように、国事裁判所は、憲法審議ラント会議第六回会議におけるバウアー議員の発言を根拠として、記録は存在しないが、憲法委員会は、一九四六年一〇月二九日に、憲法審議ラント会議第六回会議 (第三読会) の日に、最後の会議を開催したと認定した)。加えて、憲法委員会においても合意を得ることが容易ではない「困難な」部分に対処するために、憲法委員会の中に「七人委員会」との名称が与えられたさらに小規模の委員会が設置された。この委員会は、一九四六年九月四日から同月二〇日まで活動した。選挙法二条において規定された「国民表決」を実施するために、大ヘッセン州内閣は、一九四六年一〇月一四日に「ヘッセン州憲法に関する国民表決に関する法律」⁹⁾ (以下、「国民表決法」という。) を制定した。国民表決は、同法二条により、一九四六年十一月一七日に実施される予定であったが、時期尚早であることが明

らかになり、一九四六年一〇月三〇日の「ヘッセン州憲法に関する国民表決及びヘッセン州議会選挙の期日に関する法律」^⑩により、国民表決の実施日は一九四六年一月一日に延期された。また、一九四六年一〇月三〇日には「ヘッセン州憲法に関する国民表決に関する法律を改正する法律」^⑪（以下、「国民表決法改正法」という。）が制定されている。改正前の国民表決法は、憲法全体を国民投票の対象とするものであったが、軍政府から、四一条について憲法全体から切り離して別個独立に国民投票の対象とすることを求められたため、ヘッセン州政府は、四一条を別個独立に国民投票の対象とすることができるとように国民表決法を改正をする必要に迫られたのである。改正法二条は、四一条を憲法全体から切り離して別個独立にその賛否を問うことを定めている。一九四六年一月一日、ヘッセン州憲法に関する国民表決が実施され、賛成票が過半数を上回り、ヘッセン州憲法は、同憲法一六〇条の規定により同日その効力を生じた。ヘッセン州憲法は、一九四六年一月一日、ラント政府によって認証され、一九四六年一月一八日付けヘッセン州官報で公布された。

二 ヘッセン州憲法第四一条の成立史

(一) つぎに、ヘッセン州憲法四一条の成立史を、本件訴訟を理解するために必要な範囲において叙述する。一九四六年一月一八日付け官報において公布されたヘッセン州憲法四一条は、次のような文言である。

- (1) この憲法の発効とともに、
 - 1 鋳業（石炭、カリ、金属）、鉄鋼生産業、エネルギー管理業及び軌道又は架線に連結された交通業務は、共同所有に移される。
 - 2 大銀行、保険企業及び第一号に掲げられた企業のうちヘッセンに所在地を有さないものは、国により監督又は管理される。
 - (2) 詳細は、法律がこれを定める。
 - (3) これにより共同所有に移された事業体の所有者又はその管理を委任された者は、州の受任者として、施行法が制定されるまで、この事業体を引続き経営しなければならない^⑫。

(二) 大ヘッセン憲法準備委員会の作成した憲法案には、

現行の四一条の前身と言えるような条文は含まれていなかった。四一条の前身と考えられる条文は、憲法委員会の作成した憲法草案の三一e条であった¹³。憲法審議ラント会議は、一九四六年一月一日及び二日に開催された第二読会においてヘッセン州憲法案を議決したが、同案には、以下の文言の四一条が含まれていた。この四一条は、上記の三一e条に若干の修正が加えられたものである。

- (1) この憲法の発効とともに、
 - 1 鋳山(石炭、カリ、金属)、鉄鋼生産業、エネルギー管理業並びに軌道及び架線に連結された交通業務は、共同所有に移される。
 - 2 大銀行、保険企業及び第一号に掲げられた企業のうちヘッセンに所在地を有さないものは、国家により監督又は管理される。
 - (2) 詳細は、法律がこれを定める。
 - (3) これにより共同所有に移されなければならない事業者又はその管理を委任された者は、州の受任者として、施行法が制定されるまで、この事業体を引続

き経営しなければならない。¹⁵

憲法審議ラント会議第二読会で議決された州憲法は、第三読会における議決を待たずに、許可を得るために軍政府に提出された。このことは、一九四六年一月一日に開催された憲法委員会の審議において、同委員会委員長が、同会議の冒頭、「我々の憲法についてのアメリカ軍政府の意見」について報告をするために、ラント会議議長に発言を許していること¹⁶によって裏付けられる。軍政府は、憲法審議ラント会議が「憲法の準備」を完了していない時点において、憲法制定に介入していることになるが、このような対応は、第三読会の審議の終了を待つと国民表決に付される案について判断する時間がなるとの考慮に基づくものである。

(三) 憲法草案の第三読会は、一九四六年一月二十九日に開催された憲法審議ラント会議第六回会議において行われた。本件訴訟に特徴的なことの一つは、憲法審議ラント会議第六回会議において、どのような文言の四一条が議決されたかという点をめぐって対立があったことである。ヘッセン州憲法四一条の成立史については、事実

それ自体について争いがあったことが、本件訴訟をめぐ
る対立の構図を複雑化し、本件訴訟の理解を困難なもの
としている。以下、憲法審議ラント会議の議事速記録¹⁷に
依拠して審議の進行及び内容を叙述し、争点を明らかに
したい。

一九四六年一〇月二十九日に開催された第六回会議は、
一五時三〇分に始まった。憲法審議ラント会議議長
ヴィッテは、第六回会議の開会を告げた後、次のように
発言した。

「本日の議事日程は、以下のとおりです。

1 ヘッセン州憲法に関する国民表決及びヘッセン州
議会選挙の期日に関する法律案の審議及び採決—印刷物
第一部九九号

2 ヘッセン憲法案の第三読会—印刷物第一部九八号

3 議会調査委員会の選出

4 その他の案件

私は、第一号議案を後回しにして、第二号議案から始
めることを皆様に提案いたします。我々は、一七条、
二九条、三六条及び四一条を除いて、各条項を番号順に

取り上げます。一七条、二九条、三六条及び四一条につ
いては、我々は、皆様にはすでにご存知の理由で、つま
り、我々は、何時到着してもおかしくない軍政府の通知
をなおも待っている、という理由で後回しにしたいので
あります。私は、皆様が私の提案に賛成していただいた
ものと考えます。」(S. 210)

こうして第六回会議は、第二号議案（ヘッセン憲法草
案の第三読会）から審議を開始した。前文に始まり、
一六〇条に至るまで、一七条、二九条、三六条及び四一
条を除くヘッセン州憲法草案のすべての条文について—
内容によっていくつかの条文を一括して—審議及び採決
が順調になされていった。上記の審議及び採決が終了し
た時点でも軍政府の通知は到着していなかった。そのた
め、議長から、「軍政府の通知の到着を待つために短い
休憩を入れる前に」第三号議案（議会調査委員会の選
出）を処理することが提案された。そして、この提案に
従って第三号議案も処理した後、一六時五分から「軍政
府の回答が到着するまで」休憩に入った(S. 212)。
第六回会議は、一六時三〇分に再開された。後回しに

した条文についての採決に入る前に、クレイ將軍から議長に送付された書簡が読み上げられた。書簡の内容は、次のとおりである。

「アメリカ軍政府の名において、私は、提案されたヘッセン州憲法案——一九四六年一月二日にそれを受理しました——を検討しました。私は、憲法案が提出された当初から、憲法委員会が、一七条、二九条、三六条、一二三条及び一三〇条について補充を行うこと、さらには、四一条について別個に投票を行うことに同意しているとの情報を得ております。

アメリカ軍政府は、ヘッセン州市民の選挙された代表者によつて表明された、ヘッセン州の意思を具現している憲法を承認します。さらに、アメリカ軍政府は、この憲法はデモクラシーの基礎を具現し、個人の諸権利を保護しようとするものである、というこの草案の作成者の明白な意図を確信しております。

それ故、総会が、……上述しました諸改正を受け入れた場合には、それによつて憲法は許可され、国民に提示することができません。この憲法には四一条も含まれます

が、四一条につきましては、人民が自己の意見をその選択において表明することができるように、別個に投票されなければなりません。言うまでもありませんが、その他の改正は、純粹に形式的な、又は文章表現を整えるにすぎない性質の改正を除いて (mit Ausnahme solcher rein formeller oder textlicher Art) 行わないことが前提とされています。」(S. 212)

グレイ將軍の書簡が読み上げられた後、後回しにされた条文の審議及び採決がなされた。一七条、一九条、三六条についての審議及び採決がなされ、いよいよ四一条の審議に入った。ヴィツテ議長は、次のように述べた。

「我々は、四一条に達しました。

憲法に関する「国民」表決と関連して、この四一条に關する別個の表決を行うものとされていますが、これは、選挙民に対して、提出されている文言における四一条を憲法に採用したいかどうかについて問いかけるという方法で行います。

まず、四一条について採決をとります。——LDPの反

対票はありますが、可決されました。

次いで、選挙民に対して、提出されている文言における四一条を憲法に採用したいかどうかについて問いかけるものとするという提案について採決をとります。―全会一致で可決されました。』(S. 213)

これにより、ヘッセン州憲法案の各条文についての審議及び採決が完了した。この後、各会派の議員団長から、憲法案に対する各会派の考え方に関する総括的発言がなされ、これに続いて憲法案に関する最終採決がなされた。憲法案は、賛成八二票、反対六票で可決された(223)。

さて、見解が対立するのは、四一条の採決の際に議長がした発言における「提出されている文言における四一条」とは一体何かという点にある。憲法審議ラント会議第六回会議の議事日程には、議案第二号として、「ヘッセン憲法草案の第三読会―印刷物第一部九八号」と記載されているが、印刷物第一部九八号とは、「本会議の設置した編纂委員会の文言における、かつ、憲法委員会の改正案に基づく、大ヘッセン憲法審議ラント会議本会議

第二読会の議決に基づくヘッセン州憲法案」である。議事録の記載を全面的に信賴すると、憲法審議ラント会議第六回会議の審議においてこの憲法案に含まれる四一条を修正することを求める提案がなされたという記載が憲法審議ラント会議第六回会議の議事速記録に見出すことができな以上、憲法審議ラント会議第六回会議の審議の対象は「印刷物第一部九八号」であり、議長の発言における「提出されている文言における四一条」とは、印刷物第一部九八号に記載されている憲法案に含まれる四一条であつたと考えるよりほかない。この憲法案に含まれている四一条は、次のような文言であつた。

- (1) この憲法の発効とともに、
 - 1 鋳業(石炭、カリ、金属)、鉄鋼生産業、エネルギー管理業並びに軌道及び架線に連結された交通業務は、共同所有に移される。
 - 2 大銀行、保険企業及び第一号に掲げられた企業のうちヘッセンに所在地を有さないものは、国により監督又は管理される。
- (2) 詳細は、法律がこれを定める。

(3) これにより共同所有に移されなければならない事業者の所有者又はその管理を委任された者は、州の受任者として、施行法が制定されるまで、この事業者を引続き経営しなければならない¹⁸⁾。

憲法審議ラント会議第六回会議(第三読会)において可決された四一条は、憲法審議ラント会議第五回会議(第二読会)において可決された四一条とは、一つの単語を除いて同じである(四一条一項一号における *übergeführt* を *überführt* に変更しただけである)。以下、憲法審議ラント会議が第三読会において議決したと考えられる四一条を文言Aの四一条と呼び、一九四六年一月一八日付け官報において公布された四一条(II(一)を参照。)を文言Bの四一条と呼ぶこととしよう。

文言Aの四一条と文言Bの四一条を比較してみると、以下の二点において異なっていることに気付く。第一に、文言Aの四一条一項一号においては、「軌道及び架線に連結された交通業務 (*das an Schienen und Oberleitungen gebundene Verkehrswesen*)」(傍点は本稿筆者による。)と定められているに対して、文言Bの四一条一項一号に

おいては、「軌道又は架線に連結された交通業務 (*das an Schienen oder Oberleitungen gebundene Verkehrswesen*)」(傍点は本稿筆者による。)と定められている。第二に、文言Aの四一条一項三号においては、「これにより共同所有に移されなければならない事業者の所有者 (*Eigentümer eines danach in Gemeineigentum zu überführenden Betriebes*)」(傍点は本稿筆者による。)と定められているに対して、文言Bの四一条一項三号においては「これにより共同所有に移された事業者の所有者 (*Eigentümer eines danach in Gemeineigentum überführten Betriebes*)」(傍点は本稿筆者による。)と定められている。

FDP会派は、憲法審議ラント会議第三読会において議決されたヘッセン州憲法四一条(文言A)と国民表決の対象とされ、その後、認証及び公布された四一条(文言B)とが異なっていることを理由として、ヘッセン州憲法四一条の無効を主張した。これに対して、国事裁判所は、後述するように、一九五一年七月二〇日の一部判決において、国民表決によって承認され、その後、認証及び公布された文言の四一条がラント会議第六回会議

(第二読会)においても議決されたと認定した。つまり、国事裁判所は、憲法理論のレヴェルではなく、事実認定のレヴェルにおいて、FDP会派の主張を斥けたのである。国事裁判所の見解については後述するが、ともあれ、憲法審議ラント会議第六回会議において、どのような文言の四一条が議決されたかという点をめぐって対立があったことは、ここで確認しておきたい。

(四) 憲法審議ラント会議第六回会議は、憲法案の審議に続いて、国民表決法改正法(ヘッセン州憲法に関する国民表決に関する法律を改正する法律)の審議に入った。¹⁹⁾すでに述べたように、軍政府は、四一条を憲法全体と切り離して別個独立に国民表決における賛否の対象事項にすることを求めており、軍政府の要求に対応するために国民表決法の改正が必要であったからである。議長は、審議において、次のように発言した。

「法案を印刷して印刷物を本会議の各メンバーにお届けすることは、技術的理由から不可能でした。それ故、私は、皆様が諸規定をはつきりと認識できるように、テキストを読み上げなければなりません。法律は、以下の

ような文言です。

憲法審議ラント会議の議決と一致して、大ヘッセン州内閣は、一九四六年一〇月三日のヘッセン州憲法に関する国民表決に関する法律を改正するための次の法律を制定する。

第一条

国民表決に関する法律一条は、次のように変更される。

「国民表決の対象は、

a) 憲法審議ラント会議が一九四六年一〇月二九日に議決したヘッセン州憲法、

b) 次の条項の憲法への採用。

第四条

この憲法の発効とともに、

1 鋳山(石炭、カリ、金属)、鉄鋼生産業、エネルギー管理業並びに軌道及び架線に連結された交通業務は、共同所有に移される。

2 大銀行、保険企業及び第一号に掲げられた企業のうちヘッセンに所在地を有さないものは、国家により監督又は管理される。

詳細は、法律がこれを定める。

これにより共同所有に移されなければならない事業者の所有者又はその管理を委任された者は、州の受任者として、施行法が制定されるまで、この事業体を引続き経営しなければならぬ²⁰。

……（注…議長は、第二条から第四条までを読み上げているが、ここでは省略する。）

この法律に賛成の方は起立をお願いいたします。反対の方は起立をお願いいたしません。LDPの棄権はありませんが、可決されました。」

さらに、憲法審議ラント会議は、ヘッセン州憲法に関する国民表決及びヘッセン州議会議選挙を「一九四六年一月一日」に実施するために、「ヘッセン州憲法に関する国民表決及びヘッセン州議会議選挙の期日に関する法律案」を全会一致で可決した。その後、他の案件を処理し、議長が閉会の辞を述べるなどして、一九時に会議は終了した。

国民表決法改正法の審議及び議決において注目しなければならぬのは、ラント会議第六回会議において、国

民表決法改正法一条に記載し、国民表決の対象とする条文として議長が読み上げ、ラント会議によって議決された四一条は、文言Aの四一条でも、また、文言Bの四一条でもなく、憲法審議ラント会議第二読会の審議のために提出されたヘッセン州憲法案に含まれている四一条の文言（印刷物第一部九三号に記載された文言の四一条）であったことである。もともと、国民表決法改正法一条に記載し、国民表決の対象とする条文としてラント会議が議決した四一条と文言Aの四一条との違いは、すでに述べたように、一つの単語にすぎない（文言Aの四一条一項一号においては *übergeführt* ではなく *überführt* が使われている）。

国民表決法改正法は、一九四六年一月三日付け官報で公布された。ところが、国民表決法改正法一条に記載する条文として憲法審議ラント会議第六回会議において議長が読み上げ、可決された四一条は、一九四六年一月三日付け官報で公布された国民表決法改正法一条には記載されていなかった。同法に記載されていたのは文言Bの四一条であった。そして、文言Bの四一条が国民表決の対象となり、州政府によって認証され、

一九四六年一月二日一八日付け官報において公布された。

ラント会議第六回会議において、国民表決法改正法一条に記載される条文として、印刷物第一部九三号に記載された文言の四一条が議決されることになった事情及び国民表決法改正法の有効性については、対立する見解が示されている。この点については、後述する。

(五) 以上において、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性という問題を理解するために必要な範囲において、ヘッセン州憲法それ自体の成立史とヘッセン州憲法四一条の成立史を叙述した。つぎに、ヘッセン州憲法四一条は適法に成立しておらず、違憲無効であると主張する学説を紹介することにしよう。

III 学説の諸相

一 グレーヴェの見解

(一) 当時フライブルク大学教授であったグレーヴェ (Wilhelm Greve) は、一九五一年に、ヘッセン州議会 (FDP会派の求めにより、「ヘッセン州憲法四一条の法的有効性に関する鑑定意見書」²¹) を作成している。同意見書は、「一九五〇年九月二日にヘッセン州国事裁判所に

提起された訴訟との関連において」(Vorbemerkung) 作成されたものであり、ヘッセン州憲法四一条が法的に無効であるとの宣言を求めるFDP会派の主位的請求に理論的な支柱を提供する内容になっている。以下においては、同鑑定意見書の内容を多少とも詳しく紹介することにした。

(二) グレーヴェは、まず、「手続問題」を検討する。ヘッセン州憲法一三一条一項に基づいて国事裁判所は「法律の憲法適合性」について決定する。グレーヴェは、憲法の個別条文はヘッセン州憲法一三一条一項の意味における「法律」に当たらないので、国事裁判所において憲法の憲法適合性を争うことはできないとの主張が想定されるが、この主張は妥当ではなく、「憲法の憲法適合性」を決定する権限もヘッセン州憲法一三一条一項に基づく「法律の憲法適合性」について決定する権限に含まれると説いている。グレーヴェは、次のように主張する。憲法が「絶対的決定権のあらゆる法的拘束を受けない行為」として妥当しているのではなく、憲法自体が上位の規範の優位を認めている憲法体制の枠内においては、上記の主張は決定的なものではない。憲法制定者の決定権

のこうした法的拘束は、二つの意味において作用する。第一に、あらゆる憲法は、その実効性の限界を、「憲法制定行為を正当化するとともに限界付ける一定の不可侵の超実定的法原則」に見出す。第二に、憲法成立の行為が「純粹な革命的憲法決断」ではないところでは、憲法成立の行為は、前憲法的法律において定められた憲法制定行為の手續によつて拘束される。本件においてヘッセン州憲法四一条の有効性は、「超実定的法原則の違反」を理由として攻撃されているわけではなく、「ヘッセンにおける憲法制定行為のために制定された手續規定の違反」を理由として攻撃されている。ヘッセン憲法は、「あらゆる実定的な国法上の拘束を受けない革命的行為」によつて創造されたわけではなく、むしろ、「その制定の前に国法上規律されていた手續」において成立した。憲法制定の過程は国法上拘束力のある規定に基づいて進出したのであるが、この規定は、憲法制定権力の担い手に一定の範囲の憲法制定権を付与するとともに、憲法制定機関に乗り越えられない限界を設定するもので、「この前憲法的手続規定」の違反は憲法制定行為を無効にする。国法上規律された手續において、かつ法律上定めら

れた権限に基づいて制定された憲法は、その妥当根拠をもつばそれ自体に求めるものではなく、むしろ、一定の「前憲法的」権限・手續規定の妥当根拠に基づくものであり、その限りについて「法律」である。ヘッセン州憲法一三一条一項の意味における「法律」とは、この憲法の基準に従つて制定された法律のみならず、「国法上規律された手續において制定されたあらゆる法規範」を意味する。従つて、憲法が、あらゆる国法上の拘束を受けない主権的な憲法制定権力 (pouvoir constituant) の革命的行為ではなく、一九四六年五月一六日の選挙法の権限・手續規範によつて国法上規律された複数の憲法制定機関の行為である限りについて、憲法それ自体も「国法上規律された手續において制定されたあらゆる法規範」に含まれる。それ故、この権限・手續規定の違反は「憲法の憲法適合性」の問題を提起し、これは、「法律の憲法適合性」について決定しなければならない国事裁判所の権限に属する、と。そして、国事裁判所に「法律の憲法適合性」の審査を求める訴えは、ヘッセン州憲法四一条が法的に無効であることの確認を目的とするものであるところ、本件訴訟を提起した会派が一九五〇年九

月二日付け書面において提起した主位的請求は、上記の確認を求めている(S. 5 ff.)。

(三) つぎに、グレーヴェは、「ヘッセンにおける憲法制定権内部における権限分配」を考察する。すでに述べたように、国家基本法九条は、州政府は民主的憲法を準備すると定め、選挙法二条は、ラント会議は大ヘッセン州憲法を準備する任務を有し、この憲法は、それが①占領国の軍政府によって許可され、かつ、②国民表決によって承認された場合にのみ効力を生じる、と規定していた。グレーヴェは、法律内容の確定と法律命令の付与との区別を下敷きとして選挙法二条を解釈し、選挙法二条は、憲法内容を確定する権限をラント会議に排他的に付与し、憲法に効力を付与する権限を能動的市民団に付与するものであったとの解釈論を示した。

グレーヴェの分析によると、四一条の法的有効性を擁護する見解は、「フランス革命の憲法理論において展開された国民の *pouvoir constituant* の理論」に基づいて、①憲法を制定する国民意思はいかなる法的拘束にも服しておらず、②国民投票によって憲法テキストが承認される場合、憲法制定権力は投票する能動的市民団にのみ帰

属し、憲法についての国民投票に先行するすべての行為は準備行為にすぎず、法的に意味のないものと見なければならぬと主張している(S. 16)。グレーヴェは、上記の二つの主張に真つ向から反対する議論を展開している。

まず、グレーヴェは、①の主張について、次のように反論している。「全くの絶対的な、主権的かつ無制限の国民の *pouvoir constituant* の理論」は、「あらゆる法治国家的拘束を受け入れない過激な民主的・革命的ナショナリズムの体制」にのみ適用される。この理論は、シェイエスによって展開され、カール・シュミットの論述はこの理論に基づくものであるが、シュミットの仕事の学問的意義は別として、憲法制定権力に関するシュミットの見解は「通説」の地位を占めない。「西欧の民主的・法治国家的立憲主義」は、すでに一九世紀に、この「過激な民主的・革命的思想」から離反した。ドイツは、一九四五年に、同じような極端化を排斥して、憲法制定権及び立法権の保持者としての国民も法的拘束に服するものであり、国民は憲法制定においても「憲法に基づく形式」に拘束されるとの原則を明確に支持した。

pouvoir constituent の絶対的かつ無制限の全能の理論は、憲法は全面的な革命的転覆の結果であるところに限り、つまり、憲法が規整された手続においてではなく、直接的な革命的行為によって成立するところに限り、適用される。この場合のみ、憲法制定は何らの「様式」にも拘束されない。ドイツにおいては、一九四五年に、上記のような革命に至らなかった。占領権力の干渉や、困難な経験から得られた「直接行動」からのドイツ国民の離脱の結果として、新しい憲法状態は「合法的な、憲法に基づく形式」において創造された、と (S. 16 f.)。

つぎに、グレーヴェは、②の主張について、次のように反論している。国民投票による憲法の承認の場合、投票する能動的市民団を単純に「国民」と同一視し、国民投票において表明された能動的市民団の意思のみを「法的意味のある国民の意思」と解することはできない。「憲法案を作成する国民会議と後続する国民投票」による憲法制定の場合、*pouvoir constituent* の担い手は、能動的市民団だけではない。憲法制定権力は、国民代表と能動的市民団が共有している。国民の憲法制定意思は、国民代表の議決及び能動的市民団の決定という二つの行

為において現れる (S. 17)。

グレーヴェの見解によると、憲法は、①憲法制定権力が単独の担い手に集中され、もっぱらこの一手によって行使される、という仕方でも成立する場合と、②憲法制定権力が複数の機関に配分され、規律された協働手続において行使される、という仕方でも成立する場合があり得る。憲法制定権力が一つの手に集中する場合であっても、*pouvoir constituent* の固有の担い手他に、憲法制定に際して一定の準備的職務を遂行する補助機関が存在し得るが、この補助機関は、固有かつ決定的な憲法制定に關与するものではない。これに対して、憲法制定の権限を複数の機関に対して配分している場合には、異なる機関によって行使されるあらゆる活動が、憲法決断における構成要素である。第一の場合には、単なる準備における瑕疵は、憲法制定の固有の行為の法的有効性に影響を与えない。これに対して、第二の場合においては、憲法制定の合同行為の内部におけるあらゆる個々の部分行為の瑕疵は、法的に有効な憲法の成立を排除する (S. 18 f.)。

グレーヴェによると、憲法制定権力は国民に存するという命題は、国民がいかなる機関によって自己に存する

憲法制定権力を行使するのにかについては何も述べていない。国民の憲法制定機関は、①「選挙された国民代表」である場合（民主的・代表制型憲法制定）もあるし、②「能動的市民の総体」（民主的・国民投票型憲法制定）である場合（①と②は上記の①の場合に当たる。）もあり、さらに、③「国民代表と能動的市民団の協働」（代表制・国民投票混合型憲法制定）が定められる場合（上記の②の場合）もある。憲法制定に参与する「能動的市民団」は、決して「国民」自身とはみなされず、国民代表と同じように「国民の機関」であると解される。国民は、能動的市民団のみによって構成されるのではなく、その所属者の総体を含むからである。憲法制定に参与する「能動的市民団」は、「国民」それ自体として行動しているのではなく、議会と同じように「意思形成機関」として行動している（S. 20）。「代表制・国民投票混合型憲法制定手続」においては、憲法は、一つの機関の単独決定によってではなく、「複数の機関の憲法制定合同行為」によって成立するが、このような憲法制定手続は、「立憲的であつ民主的な国法にはずつと以前からよく知られた事象」である。例えば、一九世紀の立憲的な諸憲法は

諸侯と国民代表の「憲法協定」（二つの同価値的意思行為の合致）によって成立した。また、一八六七年及び一八七一年の連邦憲法も「憲法制定合同行為」によって成立した。基本法も、「議会評議会」と採択の権限を有する諸ラントの議会の「憲法制定合同行為」によって成立した。一九四六年以降のドイツの諸ラントの憲法制定は、フランス及びスイスの国法において発展した憲法レファレンダムの制度を手本にしたものであるが、この制度においては、憲法制定行為において、国民代表の議決と国民投票によるこの議決の承認が憲法制定合同行為を構成する。国民代表は、たんなる諮問機関ではなく、真正の議決機関であり、能動的市民団は、単独決定権を有するものではなく、承認権を有するにすぎない。憲法制定行為は、憲法レファレンダムにおいては、国民代表の議決と能動的市民団の承認という二つの等価的部分行為によって構成される（S. 21 f.）。

④ そして、グレーヴェは、一九四六年のヘッセン州憲法についても、憲法制定が国民投票の行為に集中されているのか、それとも、憲法制定権力は複数の憲法制定機関に配分されていると解することができるのか、とい

う点に「本質な基本問題」を見出す (S. 19)。ヘッセン州のような民主的国家においては、国家権力は不可譲のものとして国民に存する (ヘッセン州憲法七〇条)。このことは、すでに国家基本法によって確定されていたところである。国家基本法は、州政府に「民主的憲法」を

準備する任務を付与したが、これによって、将来の憲法が内容上民主的性格を有していなければならないだけではなく、民主的方法によって成立させなければならないことが決定された。それによって、当時のヘッセンにおいて、憲法制定権力も国民に存していた。しかし、憲法制定権力が国民に存するということは、国民がいかなる機関によって自己に存する憲法制定権力を行使するのかについては何も述べていない (S. 20)。能動的市民団が国民投票の行為によって憲法制定に関与するところでも、能動的市民団は、憲法制定権力が国民に存するという理由から言わば概念必然的に唯一の憲法制定機関であることを前提とすることはできない。ヘッセンにおいては、一九四六年五月一六日の選挙法によって「代表制・国民投票混合型憲法制定手続」が定められた。憲法審議ラント会議と能動的市民団は共同で憲法制定機関としての職

務が付与されており、憲法制定は「憲法制定合同行為」であった (S. 23)。

さらに、グレーヴェは、ヘッセンにおける憲法制定の権限及び手続について詳細な解釈論を展開している。

(a) 軍政府によって移譲された立法権に基づいて州政府が制定した国家基本法は、「暫定州憲法」、より慎重に言えば、「州の暫定的組織法規」の性格を有するが、州政府によって制定された選挙法二条は、憲法制定手続を定めていた。これらの国法上の諸規範によって規律されている、ヘッセンにおける憲法制定の手続における権限の分配を明確にするためには、立法の様々な部分行為に関する「国法上の一般原則」に遡る必要がある。憲法に基づいて規整された立法手続と同じように、国法上規律された憲法制定手続においても、①憲法発案(草案の作成及び審議・議決機関へのその提出)、②憲法内容の確定(憲法の審議及び憲法の議決)、③憲法の拒否権(憲法制定に組み込まれた許可機関の異議権)、④憲法の裁可(確定され、かつ許可された憲法テキストを法的拘束力のある規範に昇格させる法的行為)、⑤認証(憲法テキストが真正であることの公証)、及び、⑥公布(官報

における刊行)の諸段階が区別されなければならない(S. 24 f.)。

(b) グレーヴェは、一般国法の諸原則によって示された憲法制定の段階的プロセスを下敷きとして、まず、州政府の権限を検討する。州政府は、国家基本法九条に基づいて、民主的憲法を「準備する」任務を有し、ラント会議は、選挙法二条に基づいて、大ヘッセン州の憲法を「準備する」任務を有しており、州政府も、またラント会議も憲法を「準備する」権限を有するのであるが、これにより、同じ内容の権限を有する複数の機関の併存、すなわち、権限重複が生じているわけではない。「一般国法上の諸原則」によると、「立法行為の準備」は、①発案、②審議及び③法律内容の確定の三つを含むが、場合によっては、異議権や法律命令の付与(裁可)をする権限を有する機関への法案の送付を含む。「一般に認められた原理」によると、民主的体制において行政府の権限は、法律の準備の枠内において、発案及び審議に、場合によっては、異議権等の権限を有する機関への送付に限定される。また、民主的共同体において行政府は「法律内容の確定」に参与しない。法律内容の確定は、「民

主的立法手続」においては、つねに国民の選挙した代表機関(又は能動的市民団)である。当時のヘッセンにおいて、権威的行政機関である州政府が立法権を有しており、立法は民主的手続において行われていなかったが、憲法制定については、国家基本法及び選挙法によって「民主的手続」が定められていた。これによって、州政府が法律内容の確定に参与することが排除されていた。そうだとすると、州政府とラント会議が憲法を準備する権限を有していたとしても、二つの機関は同一内容の権限を有していたわけではなく、各機関は別の内容の「準備権限」を有していた。州政府は、憲法案を作成し、それをラント会議に提出し、憲法の審議に参与する任務を有していた。さらに、州政府は、ラント会議による憲法内容の確定の後、軍政府の許可を得る任務を有していた。最後に、州政府は、能動的市民団によって承認された憲法を認証及び公布する権限を有していた。州政府の権限は、認証及び公布を除いて、「固有の憲法決断の行為における構成的要素」ではない。これに対して、ラント会議の権限は、憲法の審議に加えて、憲法内容の確定であった。そうすると、州政府の任務は、憲法案の発案と

有効に成立した憲法の認証及び公布であり、州政府は憲法内容の確定にも憲法の裁可にも関与していなかった。選挙法は、州政府によって制定されたものであるが、州政府は選挙法に拘束される。あらゆる法律は、民主国家においては、立法行為によって明示的に改正又は廃止されない限り、立法者をも拘束し、立法者であっても、効力を有する法律に違反することは禁止される。選挙法が改正されずに効力を有していることに疑いの余地はない (S. 25 ff.)。

(c) つぎに、グレーヴェは「ラント会議」の権限を検討する。選挙法は、「憲法審議ラント会議」(二条一項)に州憲法を「準備する」任務を付与している(二条)が、選挙法がラント会議に「憲法審議」ラント会議という名称を与えていること、及び、同法がラント会議の任務の範囲を「準備」という言葉によって定めていることから、ラント会議が憲法制定行為において補助作用のみを行使するにすぎず、固有の決定には関与しない、という結論を導出することは不可能である。むしろ、選挙法二条からは、ラント会議は憲法を審議しなければならないのみならず、ラント会議のみが憲法内容を確定する権限を有

していたことは明らかである。選挙法二条は、「この憲法」は、(a) 占領権力の軍政府によって許可され、かつ (b) 国民表決によって承認された場合に限り、効力を生ずると定めているが、「この憲法」とは「ラント会議によって内容的に確定された憲法」を意味すると解されるので、ラント会議は、審議作用のみならず、議決作用も有していた。従って、ラント会議は、「憲法制定の合同行為」において、単なる諮問機関ではなく、真正な議決機関であった。ラント会議の憲法議決は、軍政府の許可及び能動的市民団の承認の後にはじめて効力を生じるものであるが、「憲法決断の本質的要素」であった。従って、ラント会議は、憲法制定の合同行為において、憲法内容を最終的に確定する権限を有していた (S. 27 ff.)。

(d) 軍政府は、ヘッセン法によると、ラント会議によって確定された法文を許可する権限を有していた。言い換えると、軍政府は、ラント会議による憲法議決に対する拒否権を有していた。軍政府の拒否権は、占領法に基づくのみならず、ヘッセン国法それ自体において定められており、軍政府の許可権の侵害は、占領法の違反であるのみならず、ヘッセン国法にも違反する (S. 29)。

(e) 最後に、グレーヴェは、「能動的市民団」の権限を検討し、能動的市民団は、ヘッセンの憲法制定において、「確定機関」ではなく、「裁可機関」にすぎなかったと解釈する。能動的市民団は、国民投票を通じて、ラント会議によって確定され、かつ軍政府によって許可されたテキストを法的拘束力のある州憲法として効力を生じさせるべきか否かについて決定する権限を有していた。その権限は、憲法のいわゆる「裁可」を内実とする。これに対して、能動的市民団は、何らかの任意のテキストをその投票によって拘束力のある憲法に昇格させることができるという意味における排他的憲法制定権を有するものではなかった。このことは、この憲法は国民投票によって「制定される」ではなく、憲法は国民投票によって「承認される」と明示的に規定している選挙法二条から明らかである。先行する手続において権限のある機関によって憲法内容として確定されたもののみが裁可されるのであるから、ラント会議によって可決された憲法と合致していないテキストに関する国民投票は、法的に拘束力のある裁可とはなり得ない。選挙法二条からして、憲法制定の合同行為の内部で能動的市民団に認められた

承認権は「主権的単独決定権」ではなく、能動的市民団の権限が、国法上、ラント会議によって確定され、かつ軍政府によって許可された憲法テキストを承認するか、それとも拒否するかに限定されていたことに疑いの余地はない。ラント会議の可決した憲法が国民投票の「法的基体」であつて、国民投票は、それがラント会議の議決した憲法と合致している限りにおいて、法的有効性を獲得することができる (S. 29 ff.)。

(五) そして、グレーヴェは、上記のような選挙法二条の解釈を踏まえて、一九四六年一〇月三〇日の国民表決法改正法の憲法適合性を検討し、同法は選挙法二条に反し、違憲である (S. 45 ff.) と主張した。グレーヴェの主張の骨子は、次のとおりである。

(a) 憲法審議ラント会議は、一九四六年一〇月一日／二日の第二読会 (第五回会議) において、文言 A の四一条を議決した。文言 A の四一条は、第二読会において議決された憲法案の一部として軍政府に提出され、軍政府は、憲法全体に同意しつつ、四一条については、別個の国民表決の実施を求めた。そして、軍政府の許可は、「純粹に形式的かつ文章表現上の性質」の変更を除いて、

第二読会において議決された憲法テキストに変更を加えることは許されることが前提とされていた (S. 33 f.)。

一九四六年一〇月二十九日に開催された第三読会において、ラント会議は、文言Aの四一条を可決し、同日、文言Aの四一条を含む憲法案が最終投票において可決された。これにより憲法内容は最終的に不可変的に確定され、四一条は、ラント会議によって議決され、軍政府によって許可された文言においてのみ、国民投票に付すことができる。州政府は、文言Aと異なる文言の四一条を能動的市民団に承認を求めするために提示することはできず、四一条は文言Aに限り国民投票によって効力を生じさせることができた (S. 34 f.)。

(b) 一九四六年一〇月三〇日に開催された第六回会議においては、憲法案の第三読会の後、国民表決法改正法に關して審議及び議決がなされた。グレーヴェは、ラント会議は「一つの本質的ではない純粹に編集上の変更を除いて」文言Aの四一条を採用したと分析する。すでに述べたように、改正法の審議において改正法案は印刷されておらず、ラント会議議長は、議決しようとしている改正法案（国民表決の対象となる四一条）の文言を読み

上げたが、これは、議長が、明らかにうっかりして (aus Versehen) 'übergeführt' を 'überführt' に修正するのを怠ったためであって、議長が読み上げた文言の四一条は文言Aの四一条を引き継いだものと評価できる。そもそもラント会議自身も、先行する議決に拘束されていたのであり、ラント会議においてすでに確定されていた文言（文言A）の四一条のみを国民投票に付すことができた。州政府も、公布によって効力を生じせしめる法律に文言Aの四一条を採用する義務があった (S. 37 f.)。

(c) しかしながら、公布された改正法は、文言Aの四一条ではなく、文言Bの四一条であった。文言Aの四一条と文言Bの四一条のそれぞれについて、様々な解釈が示されている (S. 38 f.)。しかし、文言Aの四一条は「単なる社会化プログラム」を含むものであったが、州政府は、文言Bによって、ラント会議の議決に反して、四一条を「自動的即時社会化」の意味に修正しようとして、みたと見るべきで、文言Aから文言Bへの変更によって、「編集過誤の単なる訂正」ではなく、「憲法内容の実質的変更」が追求されていたと解するべきである (S. 41)。

① 選挙法二条によると、ラント会議が憲法内容の排他的

確定機関であること、及び、②軍政府の許可は、「編集上の変更」のみを許容し、第二読会において可決された憲法テキストの内容上の変更を許容していないことからして、州政府は、四一条の内容変更の権限を有しない(S. 43 f.)⁽²³⁾。

(d) 文言Aの四一条から文言Bの四一条への変更が行われた時点を明確に確定することはできないが、①変更が認証の後に、かつ公布の前に行われた場合（公布の瑕疵）と②変更が認証の前に行われた場合（認証の瑕疵）が考えられる(S. 44)。まず、①公布の瑕疵の場合、認証と公布は一体を成すもので、ある文言で認証された法律は、この文言で公布されない限りその効力を生じないし、ある特定の文言で公布された法律は、この文言で認証されていない場合にはその効力を生じないから、改正法は無効である(S. 44 f.)。つぎに、②認証の瑕疵の場合、(a) 法律に署名する首相とこれに副署する首相代理が思い違いをしている場合と(b) 首相及び首相代理が意識的に変更をした場合に分けられる。(a)の場合、署名者は、ラント会議の議決と一致させて認証をしようとした、つまり、署名するつもりのないものに署名したのであり、

署名者の意思と合致していない認証行為は法律上無効であると解される。(b)の場合、首相及び首相代理はすることが許されず、かつすることができない認証行為をしたことになる。首相及び首相代理は、ラント会議による憲法の最終決定に拘束されるし、改正法の文言についての議決にも拘束されるのであるから、文言Bの四一条を国民投票に付すことはできず、文言Bの四一条を能動的市民団に提示してはならない(S. 45)。上記のいずれの場合も改正法は無効である。選挙法二条は、憲法内容の確定権限をもっぱらラント会議に付与し、ラント会議によつて確定され、軍政府によつて許可された憲法テキストについてののみ国民投票に付すことを認めるものであり、改正法は、文言Aの四一条を文言Bの四一条に変更することによつて選挙法二条に違反している(S. 45 f.)。

(e) 州政府が、国家基本法によつて付与された立法権に基づいて、自ら制定した選挙法を、新たな法律によつて、ラント会議に認められた憲法内容を確定する権限を廃止又は制限するように改正する権限を有するかどうかという問題は、未解決のままにすることができる。何故なら、このような選挙法の改正は行われなかったからで

ある。また、国民表決法改正法は、州政府が、憲法内容をラント会議の議決から離れて独自に確定する権限を有するということに選挙法を黙示的に改正するものであったと主張することもできない。何故なら、州政府は、国民表決法改正法の冒頭で、法律がラント会議の議決と合致していることを確約しており、この確約によって、州政府は、ラント会議の有する、憲法内容を拘束力をもつて確定する権限を明文で認めているからである (S. 46)。

(f) 文言 A から文言 B への変更によって、州政府は、国民表決法改正法の制定に際して、軍政府の許可権も侵害している。軍政府の有する憲法テキストの許可権は、軍政府の占領法上の留保に基づくのみならず、ラント法によっても定められている。文言 A の四一条の許可は、許可されたテキストの編集上の変更のみを許可するものであって、実質的変更を許可するものでないから、一九四六年一〇月三〇日の国民表決法改正法は有効に成立しなかった (S. 47)⁽²⁴⁾。

(六) 最後に、グレーヴェは、四一条に関する本件国民投票は法的に無効であると説いている。

(a) グレーヴェの解釈によると、選挙法二条は、能動

的市民団に憲法の裁可権を付与している。この権利は、「主権的単独決定権」を含むものではなく、むしろ、ラント会議の確定した憲法テキストにその承認によって法的拘束力を付与する権利を含むにすぎない。従って、能動的市民団は、国民投票において、新しい憲法テキストを創造することはできず、権限を有する機関によって創設された文言に対して賛否を示すことができるにすぎない。選挙法二条に基づいて能動的市民団に提示する投票質問事項を作成する権限を有しているのはラント会議である。しかし、四一条に関する本件国民投票において示された投票質問事項は、権限を有する機関であるラント会議によって作成されていない。一般的に認められた法によると、国民投票の結果は、その対象が権限を有する機関の作成した投票質問事項に関する決定である場合に限り、法的に有効となり得る。一九四六年一月一日に実施された国民投票は、投票質問事項を作成する権限を有する機関によって作成された投票質問事項に基づいていないので、投票質問事項に対する賛成は法的に有効な結果とは言えない。国民投票は、国法上無効である (S. 55 f.)。

(b) なお、グレーヴェは、かりに能動的市民団の単独決定権が存在したとしても、本件国民投票には重大な瑕疵、つまり、投票質問事項に関する投票者の錯誤があり、四一条に関する国民投票は無効であると主張している(S. 19 f.)。グレーヴェの主張の骨子は、次のとおりである。

国民投票の有効要件は、投票質問事項が投票前の適時に十分かつ明確な公的通知によって能動的市民団に知らさせることである。有効な決定が成立するためには、投票者が、決定しなければならぬ事項を知らなければならぬ。能動的市民団に投票質問事項が適時に通知されなかった場合、又は、能動的市民団が投票質問事項について欺罔された場合、国民投票は無効である(S. 60)。

能動的市民団に適時かつ十分に知らせるためには、官報に投票質問事項を公布しただけでは十分ではない。何故なら、官報は、極めて限られた範囲の有権者しか手に入れることができなからである。また、文言Bの四一条が広告塔その他の公的掲示場所に掲示されたとしても、十分ではなかった。このためには、州政府は憲法案(全体及び四一条)の正式のテキストを十分な部数で配布す

ること、又は、ヘッセンで普及している新聞に信頼できるテキストが公表されるよう手配することが必要であった(S. 61)。

しかし、州政府は、憲法案の公式のテキストを配布することもせず、プレスにおいて正しいテキストが公表されるように働きかけることもしなかった。むしろ、州政府は、ヘッセンにおいて発行されている新聞において、国民投票に付される四一条(文言B)ではなく、実際には投票に付されなかったテキスト(文言A)が公表されることを容認しており、投票者において、文言Aの四一条が決定の対象であるとの印象が生じていたに違いない。州政府は、一九四六年一〇月三〇日の法律において行われたテキストの変更について人々に注意を喚起するための通知をしなかったため、この誤りは増幅された(S. 61 f.)。

能動的市民団は、プレスによって、誤った情報が与えられていた。何故なら、すべてのプレス刊行物において、文言Aの四一条が投票の対象として公表されている。プレスは、公布を行う公的機関ではないが、デモクラシーにおいては、公共的機能を有している。とくに、

一九四六年のように、許可を受けた少数の新聞が報道を独占している時代においては、そうである。州政府は、プレス刊行物によって、文言Aの四一条が投票の対象であるとの印象が生じた後に、テキストの誤った記載を訂正し、投票権者に対し、テキストの変更に至った状況を指摘する義務を有していた (S. 62)。

州政府は、これらのことを行わなかったことにより、人々に対するその教示義務に違反した。政府により、その教示義務を履行しないで実施された投票が適法・有効であると解することはできない (S. 62)。投票質問事項に関して投票者が錯誤に陥っていた場合、投票には、投票過程全体を無効にするほどの著しい法的瑕疵がある (S. 63)。かりに一九四六年一月二〇日の国民表決法改正法が有効であるとしても、一九四六年二月一日に実施された投票は、四一条に関する限り、無効である (S. 64)。

二 クリューガーの見解

クリューガー (Herbert Krüger) は、グレーヴェが鑑定意見書を作成したのと同時期に、「ヘッセンにおける

社会化の法律問題」と題する論文⁽²⁵⁾を發表している。同論文において、クリューガーは、四一条の成立過程を検討し、憲法審議ラント会議 (第三読会) が可決した文言の四一条 (文言A) とは異なる文言の四一条が国民表決に付されて承認されたことを確認した (S. 50 f.) 上で、四一条の憲法適合性について、以下のように論じている。

まず、クリューガーは、上記の事実を前提とすると、国民表決法改正法の認証又は公布の過程で四一条の文言に変更が加えられたと考えざるを得ないと指摘し、首相が四一条の文言を変更する権限を有するかどうかを検討する。ヘッセン州憲法が発効するまでは、立法権は首相に属する (国家基本法三条二項) ので、ラント会議の議決は「首相に対する拘束力のない提案」にすぎず、首相はこの提案を裁量によって変更を加えることができた、と考えることもできないわけではない (S. 51 f.)。しかし、クリューガーは、この解釈は「この事象の本質」と矛盾する、と説く。憲法制定においては、従来の純粋な占領法上の体制に代えて民主的に正当化された体制を確立することが問題となっていたのであるから、ラント会議は、首相に助言を与える単なる「名士会

(Notablenversammlung)ではなく、国民代表、より正確には *pouvoir constituant* の代表であつた。 *pouvoir constituant* 及びその担い手の優位にかんがみると、首相は、立法権を有しているとしても、ラント会議が可決した文言を変更することはできない。首相の権限は、国民投票に関する法律において、ラント会議が可決した四一条の文言を再現することに限られる。そうだとすると、首相は四一条のテキストを変更する権限を有しない、と (S. 52)。

つぎに、クリューガーは、首相が四一条のテキストを変更する権限を有しないことを前提として、さらに一歩進めて、この瑕疵が、変更された文言の四一条を国民が承認したことによつて治癒されるか否かという問題を提起し、次のように論じている。「二段階の憲法制定」にあつては、国民には問いの内容を変更する可能性が与えられておらず、国民はもはや変更することができない問いに賛否を示すことしかできないのであり、この場合には、「国民の答え」のみならず、「国民に提起される問い」も同じように重要である。「問いと答えの同価値性」は、問いの「内容」のみならず、問いの「作成者」にも

及ぶ。誰が国民に提出される問いを作成するのかはまったくどうでもよいことであるとする見解においては、憲法審議ラント会議の選挙は必要がないものであり、むしろ、憲法案の作成は専門家委員会に委ねるほうが好ましいということになる。しかし、憲法審議ラント会議の議員が国民によつて選挙される場合、このやり方には、国民自らがその代表者を通して、国民表決において賛否を表明する問いを自ら作成しようとした、という意味が含まれているとしか考えられない。国民が国民表決において自らに問いを発することにより明らかに憲法制定の民主的正当化は完璧なものになる。そうだとすると、第三者によつて、とくに、民主的に正当化されておらず、むしろもつぱら占領法によつて正当化されていた首相によつて問いが出されることは排除される。問いが正当な作成者によつてではなく、正当ではない作成者によつて出されたことによつて、四一条に関する憲法制定に瑕疵が帯びたのであるが、この瑕疵は本質的なものであつて、この瑕疵は、この問いに肯定の答えが与えられたことによつて治癒されたものと見ることはできない、と (S. 52 f.)。

最後に、クリューガーは、国民がラント会議によって可決されていない文言の四一条に投票する一方で、ラント会議によって可決された文言の四一条が国民表決に付されなかった場合、どのような効果が生じるか、という問題を検討している。この問題の答えは、選挙法二条が規定するヘッセン州憲法の成立要件をどのように解釈するかに左右される。クリューガーは、次のように説く。ラント会議の有する重要性に照らして、ラント会議の関与は憲法の成立にとって本質的なものとみなさなければならぬ。憲法の内容及び成立の民主的正当性を保障するためには、まさに憲法の制定のために選挙された国民代表が憲法を最終的に確定すれば、それで十分であるはずであるが、これに加えて憲法をさらに国民表決の対象とするのは、この点に関する「ごくわずかの疑問」すらも排除するためであり、国民表決に「ラント会議及びその成果の民主的正当性の確認」以上のことを見出そうとすれば、「法律内容の確定」はもっぱらラント会議に帰属するものと解し、憲法制定過程への国民の直接的関与を「法律命令の付与」と解するほかない。「立法の四段階」の一つに関与しなければならぬ国家機関がこれに

関与していない場合、問題となっていない法文 (Rechtssatz) は成立していないとの結論は避けられない。「当時のヘッセンの憲法状況」によると、ラント会議が憲法内容を確定する任務を有しており、ラント会議が確定した内容の四一条ではなく、他の内容の四一条が国民表決の対象とされたとすれば、四一条は成立していないことになる、と (S. 54 f.)。

三 ギーゼの見解

(一) フランクフルト大学法学部の「創立スタッフ」としても知られている⁽²⁶⁾ ギーゼ (Friedrich Giese) も、ヘッセン州憲法四一条の法的有効性の問題に関する鑑定意見書を作成している。⁽²⁷⁾ ギーゼは、「知らされた事実」(S. 6) を前提として、四一条は法的に有効にヘッセン州憲法に採用されていない (S. 18) との見解を示した。以下、ギーゼの見解を多少とも詳しく紹介することにした。

まず、ギーゼに「知らされた事実」を確認しよう。国民表決法改正法は、一九四六年一〇月三〇日に内閣によって認証され、その後公布がなされたが、認証及び

公布された改正法に含まれている四一条は、ラント会議によつて可決された四一条の文言(文言A)とは異なるものであった。認証及び公布された改正法において「国民表決の対象」とされていたのは、文言Bの四一条であった。国民表決は、一九四六年一月一日に実施され、憲法全体及び四一条は過半数の票を獲得し、ヘッセン州憲法は、一九四六年一月一日に発効した(S. 1 ff.)。

ギーゼは、上記の事実を前提として、文言Aから文言Bに四一条の文言上の変更を行うことは、「議決の後、公布の前に」のみ、従つて、「内閣において、公布の際に、つまり、署名し、その後印刷しなければならぬ原本を作成する際において」のみ可能であると推測する(S. 5)。そして、ギーゼは、内閣の内部において四一条の文言に加えられた二つの変更が、ヘッセン州憲法への四一条の挿入の法的有効性に対して、どのような国法上の効果を有するのか、という「根本問題」(S. 6)に考察を加えている。

(二) 国家基本法七条は、法律及び命令は、首相が署名し、担当分野の大臣が連署し、官報で公布されたときに、拘束力を有すると規定しているが、軍政府の許可につい

ては、特に明記するところはない。しかし、ギーゼは、「大ヘッセン国」において法律が成立するためには軍政府の許可を必要としていたと解釈する。そして、ギーゼは、一九四六年一月三〇日の国民表決法改正法は、軍政府に提出されておらず、軍政府によつて許可されていないので、適法に成立していない、と主張している。ギーゼが、法律が成立するためには軍政府の許可を必要とする解釈する根拠は、次のとおりである。

あらゆる立法は「国家行為」であり、国家権力だけがこの国家行為をその機関を通して、かつ然るべき形式において行使することができる。しかし、ヘッセン州(das Land Hessen)は当時未だ完成した国家ではなく、独立の国家でもなかった。一九四五年のドイツの崩壊後もライヒの存続(国法上及び国際法上の権利能力)は学説によつて肯定されているが、無条件降伏後はこの権利能力は行為能力を伴つておらず、ドイツ全体については、連合国軍政府が、各占領地域については、個々の軍政府が、この隙間を埋めた。軍政府は、国(ライヒ)、州及び市町村等の当局の代わりに、通常は国家権力が権限を有するあらゆる必要な措置を講じた。外国の機関が、ド

イツの国家権力から派生する国の措置も講じる権限を有していた。占領機関の措置は、立法、行政、司法の全領域に及んでいたが、占領機関は、ドイツの機関に対する権限移譲を推し進めた。立法及び憲法制定はその最終段階に位置付けられる。一九四五年九月一九日にアメリカ占領地区の軍政府によって制定された布告第二号は、大ヘッセンの行政区域を州（国家）と呼び、その範囲を定め、軍政府の優越する権限を留保しつつ、立法権、司法権及び行政権をこの行政区域に移譲した。そして、布告第二号は、民主的諸制度の創設が可能となるまでは、首相に法律を「許可し」、「公布する」権限を付与した（三条二項）。この布告によって、アメリカ占領地区における国家及び政治の計画的・体系的再建が始まったが、「法技術的・特殊的意味における（新）国家」が創設されたわけではなく、ましてや主権国家が創設されたわけでもなく、たんに強力な地域単位・行政単位が創設されたにすぎない。布告第二号発布後の大ヘッセンにおいては、たしかに民主的議会制度が予定されていたが、なお全く存在していなかった。講じられる措置は、大ヘッセン地域の住民の役に立つべきものであったが、これに属

する人を国家要素である「国民」と認めるものではなく、ましてや国家機関として組織化するものでもなかった。国家が存在しない以上、国民も存在し得ない。国民は「国家の実体」であり、国家は「国民の政治的・法的生存様式」である。従って、いかなる公権力もヘッセン国民に由来することはできず、すべての公権力はもっぱら軍政府に由来する。軍政府は、大ヘッセンの公権力（国家類似の権力）の担い手であって、その立法権の下部機関として大ヘッセン首相を設置していた。首相もヘッセン独自の権力を行使するわけではなく、他国の占領権力を行使していた。このことから、首相の立法活動は軍政府の一般的統制を受け、個別事案の行使に際して軍政府の具体的許可を必要としたとの解釈が必然的に帰結される。軍政府の同意の必要性は、国家基本法において明文で定められていないが、同法は、大ヘッセンの内部関係を規律するものであって、大ヘッセン首相と軍政府との法関係を規律するものではないので、国家基本法における明文規定の欠如は、軍政府の同意の必要性に影響を与えるものではない（S. 7 ff.）。このように、ギーゼは、「大ヘッセン国」においては、当時、国家基本法三

条二項に基づいて、首相が法律を制定し、公布していたが、首相の立法活動は軍政府の一般的統制を受けており、個別事案におけるその行使に際して軍政府の具体的許可を必要としていた (S. 9) との解釈を示したのである。

さらに、ギーゼは、軍政府による法律の許可は法律の「裁可」を意味すると指摘する。ギーゼによると、いかなる立法手続においても遵守されなければならない「立法の方法」は、主要段階として、「法律内容の確定」と「法律命令の付与」を区別しているところ、「法律命令の付与」、いわゆる裁可の権限を有するのは国家権力の担い手のみであり、ヘッセンが国家でない以上、軍政府のみが国家権力の担い手となり得るのであるから、軍政府による法律の許可は「立法の裁可」を意味する。当時、ドイツの機関は法律命令の付与に関与することはできず、内閣はいかなる場合であっても法律を裁可することはできなかつた。内閣は法律の認証及び公布の権限を有するが、内閣は、この国法上の義務を遂行するに際して、すでに裁可によって変更できないものとして確定された法律のテキストを内容上変更する法的可能性を有していなかつた (S. 9 ff.)。

(三) 一九四六年一月三〇日の第六回会議でラント会議によって議決された国民表決法改正法は、議決の後、軍政府に提出されておらず、公布された後に通知されたにすぎない (S. 4)。上記の「国法上の基準」に従うと、一九四六年一月三〇日の国民表決改正法は、軍政府によって「許可」されていらない以上、手続上の瑕疵があると解されることになる (S. 11)。

もつとも、軍政府は同法で満足していたように見える。ギーゼは、これを「黙示の事後的許可」又は「事後承認の付与」とみなすことができるかと説く。一九四五年一月一日及び二日に開催された憲法審議ラント会議第二読会において文言Aの四一条が議決された。そして、この文言の四一条が軍政府に提出され、同条は、軍政府によって、四一条について別個に国民表決の対象にするという条件付きで許可された。その後、文言Aの四一条は、一九四五年一月二九日に開催された憲法審議ラント会議第三読会において何の変更も加えられずに議決された。同じ会議において、四一条について別個に国民表決の対象にせよとの軍政府の要求に応えるために、国民表決法改正法を議決したが、同法一条によって「国民表決の対

象」とされたのも文言Aの四一条であった。すなわち、ラント会議によつて議決された憲法案が軍政府に提出された際に、軍政府は、いくつの改正を望んだ。さらに、軍政府は、四一条の文言に異議を唱えなかったが、基本法四一条を憲法全体から切り離して別個に国民投票の対象とするとの条件を付した。軍政府のこの立場表明を「条件付き許可」と見ることができるところ、ラント会議が、国民表決改正法において、軍政府に提出した憲法案と同じ文言の四一条を議決し、また、その他の点においても軍政府の要求に応じていた点に「条件の充足」を見出すことができる。軍政府には、認証の前に、又は少なくとも公布の前に、軍政府の付した条件が充足されているか否かを審査する機会が提供されなければならなかったという点において重大な疑問が残るが、それにもかかわらず、寛大な解釈をすると、「事後の許可」を出し、「事後承認」の付与を肯定することができる(5. II.F)。

しかし、公布された文言の四一条は、ラント会議の議決した文言の四一条に二つの変更が加えられたものであった。軍政府の許可は「条件付き許可」であり、この

条件は、①四一条について別個に国民投票を行うこと、及び②純粹に形式的な、又は文章表現を整えるにすぎない性質の改正を除いて、さらなる改正を行わないことであるが、ギーゼは、四一条の文言に対してなされた二つの変更が「純粹な編集上の性格」を有するにすぎないものではなく、ラント会議の議決した文言の四一条に加えられた二つの変更は上記の条件を充足していないと主張する。

まず、ギーゼは、四一条一項一号における「及び」から「又は」への変更について、次のように説いている。軌道「又は」架線に連結された交通業務は、①私鉄、軽便鉄道、馬車鉄道等の軌道に連結された交通機関と②トロリーバス等の架線に連結された交通機関の二つの異なる交通機関を含むが、軌道「及び」架線に連結された交通業務には、路面電車のように軌道と架線の両方に連結された交通機関のみが含まれる。共同所有への移行は、「原則」ではなく、「例外」であつて、原則は広く解釈され得るが、例外は狭く解釈されなければならない。「及び」の条文と「又は」の条文の間に実質的な違いがある以上、「及び」から「又は」への変更は、法律内容の確

定にも法律命令の付与にも関与しない内閣の権限逸脱を意味する。また、この変更は、軍政府の条件付き許可の範囲を超えている (S. 13)。

つぎに、ギーゼは、四一条三項における「移されなければならぬ」(文言A) から「移された」(文言B)への変更について、次のように説いている。二つの言い回しの間に対立があることは明らかである。前者(文言A)は、「指令的」、すなわち、「立法者に対する将来の規範化の命令」であり、後者(文言B)は、「現在の」、すなわち、「過去に実施され、現在は既に完了している措置の法律上の確認」である。(なお、共同所有への移転が現実にすでに実行されたとすると、移転された対象を取得する者を見出すことはできず、移転された対象は無主物になる。そうだとすると、「移された」との言い回しも「指令的」にのみ解釈することができる。)

この間に行われた四一条の変更がたんに「文言上・編集上の」変更ではなく、「極めて実質的な」変更であることに疑問の余地はない。この内容上の変更は、軍政府の許可(裁可)に付された条件を充たしていない。それ故、公布された文言における国民表決法改正法は占領法

に照らして法的有効性を欠いている (S. 13f.)。

また、同法は、当時のヘッセン憲法に照らしても法的有効性を欠いている。内閣において、何者かが、最終的に条文が確定され、かつ条件付きで許可された法律に変更を加えたと考えられるが、内閣は、法律内容の最終的確定の権限も法律命令の付与の権限も有していない。法律の内容が確定され、軍政府によって裁可された場合、内閣は、内容上の変更を加えずに認証及び公布をしなければならぬ。ラント会議によって議決され、軍政府によって裁可された国民表決法改正法は有効な文言において認証されていないし、公布されてもいない。国民表決法改正法として公布されたものは、ラント議会の同意を得ていないし、軍政府の裁可も得ていない (S. 14f.)。

(四) さらに、ギーゼは、「国法の理論と実務」が「立法の方法」の確固たる理論として練り上げてきたことを基準として、四一条成立の適法性を検討する。ヘッセンは、州憲法が発効してはじめて独自の国家権力を有するのであり、それまではすべての公権力は軍政府によって代表される占領国に由来するものであったが、占領国によっても「文化国家に共通する立法手続の基本的特質」

が尊重されたことは確実であると想定することができる。憲法制定手続を含むあらゆる立法手続は、まず、「法律案」を必要とする。「実際の法律案」は、ラント会議によつて議決され、かつ、軍政府によつて条件付きで許可された州憲法草案（「当初の」文言の四一条¹¹文言Aの四一条）である。法律テキストの確定に關与していたのは、ラント会議、軍政府及びドイツ国民であり、ヘッセン州内閣は、法律内容の確定に關与せず、それ故、改正権限を有しない。「当初の」文言の四一条は、一九四六年一〇月一／二日の第二読会及び一九四六年一〇月二九日の第三読会においてラント会議によつて賛成多数により議決され、さらに、軍政府も、「もともとの」文言の四一条に、条件付きではあるが、同意している。しかし、国民が一九四六年一二月一日の国民表決において、どのような文言の四一条に同意したのかについて答えることは不可能である。例えば、ノイエ・ツァイトウング等の日刊新聞によつて「もともとの」四一条（文言Aの四一条）が流布されており、個人の判断を形成するために自宅で新聞を読む努力をした投票権者は、「もともとの」四一条についてその賛否を表明したと考えられる。しか

し他方で、投票前に四一条の「改正された」条文（文言Bの四一条）を知っていた投票権者は、「改正された」条文に關して投票によつて賛否を表明したと想定しなければならぬ。ここで法的に重要なのは、投票における「分裂」の故に、いずれの文言の四一条が有効投票の過半数を得たのかを証明できないことである。このような証明が不可能であることは、「もともとの」条文（文言A）に有利な決定も排除する。文言Aの四一条については、ラント会議と軍政府は同意を与えているが、国民の過半数は同意を与えていないので、文言Aの四一条も有効に成立していない (S. 15 ff.)。

このように四一条は、ヘッセン憲法に有効に採用されていない。同憲法は、四一条なしに認証され、公布されなければならない (S. 18)。

(五) 最後に、ギーゼは、国事裁判所の権限について、次のように指摘する。裁判所は、ヘッセン州憲法に基づいて、四一条が有効に成立したかどうかを審査する権限があり、訴訟上主張された場合にはその義務がある。国事裁判所は、ヘッセン州憲法一三二条及び一三三条に基づいて判決をしなければならぬ。判決の対象が憲法典

それ自体の一つの条項であることも疑問を生じさせない。形式的憲法の条項であつても、法律の成立に關する「一般国法原則」、とくに基本的諸規定に合致しなければならぬ (S. 18 f.)。

IV 一九五一年七月二〇日ヘッセン州

国事裁判所判決

(一) 以上において示したように、当時、有力な研究者によつてヘッセン州憲法四一条違憲論が唱えられていた。こうした状況の中で、国事裁判所は、一九五一年七月二〇日の一部判決²⁸において、「ヘッセン州憲法四一条は法的に有効である」(主文)との判断を示した。以下、国事裁判所の判決を紹介することにしよう。

(二) 何よりも注目されるのは、国事裁判所が、憲法制定行為が「前憲法的法律において定められた手続」に違反した場合、手続に反して制定された憲法規定は手続上の瑕疵により無効になるとの見解を示した点である。国事裁判所は次のように説示した。ある憲法規定が無効かどうかの問題は二つの場合に提起される。一つは、憲法の諸原則が、憲法制定者 (Verfassungsgesetzgeber)

それ自体を拘束し、このランクが与えられない他の憲法規定がこの諸原則に違反することを理由として無効になり得る程度において、「憲法に先行して存在している超実定法の表出」であるかどうか争われる場合である。本件において上記の問題は提起されていない。もう一つは、「純粋な革命的憲法決断」が存在せず、むしろ憲法制定行為が「前憲法的法律において規定された手続」、つまり、「法律上確定された権限」に拘束される場合であり、「このような種類の手続条項違反はこれに關係する憲法規定の法的無効という効果を発生させる」点において、この視点は決定的に重要である。本件においては、まさに憲法制定それ自体が「憲法の発効まで国家の諸作用を憲法上規律していた憲法制定に先行する法的秩序」に依拠している。従つて、憲法行為の合法性を確認するためには、「国法上『憲法の憲法適合性』の問題が提起され、これを肯定すること」が必要である。ヘッセン州憲法四一条のように、憲法制定が特別の手続によつて行われる場合も、個別の憲法条文 (Verfassungssatz) の憲法適合性は、「現在通用している憲法の前に制定された、関連する法律、すなわち、前憲法的法律」によつて

決定される。国事裁判所は、ヘッセン州憲法一三一条に基づき、「法律の憲法適合性」について判断する権限を有するところ、憲法それ自体又は個々の憲法条文について上述の意味における憲法適合性を判断することをその権限から除外する理由は見出せない (S. 470 f. 判決理由II)。

(三) 選挙法二条により、憲法審議ラント会議によって「準備された」憲法のみが軍政府の許可及び国民表決の対象になり得る。従って、憲法審議ラント会議の議決した四一条の文言と国民表決に付された四一条の文言が異なっている場合、選挙法二条の手續規定に違反しているように思われる。軍政府の許可が、ラント会議の議決した四一条の文言と異なる文言に対して与えられた場合も、同じことが当てはまる。ラント会議の議決した文言の四一条が国民投票に付されなかった場合、投票質問事項に関する詐罔行為があり、これによって投票過程の全部無効を招来せしめる可能性がある (S. 477. 判決理由VI)。

そこで、国事裁判所は、憲法審議ラント会議の議決した四一条の文言と国民表決に付された四一条の文言が異なっているかどうかを検討する。国事裁判所は、四一条

の制定過程を綿密に検討し、憲法審議ラント会議第六回会議 (第三読会) において議決された四一条は文言Bであり、憲法審議ラント会議第六回会議 (第三読会) において議決された四一条 (文言B) と、国民投票によって承認され、公布がなされた四一条 (文言B) との不一致は存在しないと認定した。国事裁判所は、一九四六年一〇月二十九日に開催されたラント会議第六回会議において議長がした発言の中の「提出されている文言における四一条」が何かは議事録から明らかにならないが、同会議の冒頭において審議を後回しにされた四つの条項 (四一条もその一つである。) については、「ほんの数時間前に作成されたために印刷されなかった憲法委員会最終案」が議決の基礎とされている可能性があるとの見解を示した。その根拠は、次のとおりである。国事裁判所は、まず、憲法委員会の会議について記録・印刷された「議事速記録」は、一九四六年八月七日から一九四六年一〇月一日までの期間に開催された一八回の会議を対象としているが、すでに述べたように、憲法審議ラント会議本会議で行ったバウアー議員の発言から、憲法委員会は、上記の期間の後も活動を継続し、一九四六年一〇

月二十九日、つまり第三読会（ラント会議第六回会議）の日になつてようやく終了したと認定する。そして、国事裁判所は、憲法審議ラント会議の冒頭に、審議を「後回しにされた」四つの条文（四一条のほか、一七条、二九条及び三六条）に注目する。これらの条文については、印刷物第一部九八号に記載された憲法案に含まれる各条の文言と一九四六年一月十八日付け官報で公布されたヘッセン州憲法に含まれる条文の文言が異なっている。国事裁判所は、これらの条文については、印刷物第一部九八号に記載された憲法案のテキストに変更が加えられており、この変更が、憲法委員会によって「ぎりぎりの時間に」なされた提案と合致していることは明らかであると説く。このように考えると、一九四六年一月二十九日に第三読会の始まる直前に開催された憲法委員会の審議の結果が憲法審議ラント会議第六回会議の議事日程で挙げられている「印刷物第一部九八号に記載された憲法案」に反映されることは時間的制約からしてあり得ないのであるから、印刷物第一部九八号に記載された憲法案が四一条の審議及び議決の基礎とされたとは考えられない。そこで、一九四六年一月二十九日に第三読会の始ま

る直前に開催された憲法委員会において議決された四一条がどのような文言であったのかが問題となるが、憲法審議ラント会議第六回会議の日（一九四六年一月二十九日）に開催された憲法委員会において四一条についてどのような審議がなされたのかについての記録は存在しない。そこで、国事裁判所は、「ヘッセン内務省の記録に存在するある文書」を利用する。同文書は、同じ筆跡で継続的に印刷物第一部九三号に記載されている案に変更を加えたもので、憲法委員会の審議中に審議結果として記入されたものであることは明らかであり、第三読会の審議において後回しにされた四つの条文を除いて変更された部分は印刷物第一部九八号に記載された憲法案と同一である。四一条を含む四つの条文は、印刷物第一部九八号に記載された憲法案とは異なるが、印刷物第三a部の「比較対照」において第三読会の結果として掲載されている憲法テキストに完全に一致する。上記の変更を記入したのは極めて職務に忠実で信頼できる官吏であるコスマン参事官（後に局長）で、不正な陰謀をしたという疑いはまったくくない。文書それ自体も不正な陰謀をしたとの手がかりをまったく提供していない。このように考え

ると、ラント会議が第三読会において投票の対象にした「提出されている文言における四一条」とは憲法委員会の最終提案であるとしか考えられない (S. 478 ff., 判決理由Ⅶ)。

このように国事裁判所は、ラント会議が第三読会において議決したのは文言Bの四一条であると認定し、憲法審議ラント会議の議決した四一条の文言と国民表決に付された四一条の文言は異なっていないとして、ラント会議第六回会議 (第三読会) において文言Aの四一条が議決されたとの事実を基礎として組み立てられたFDP会派の主張を事実認定のレヴェルで斥けた。一九五一年七月二〇日国事裁判所判決は、結論においてはFDP会派の主張を斥けたのであるが、同判決の特徴は、法理論的側面においてグレーヴェの見解に依拠している部分が多い点にある。同判決は、憲法制定行為が「前憲法的法律において定められた手続」に違反した場合、手続に反して制定された憲法規定は法的に無効になるとの効果が発生するという解釈を示している点において、極めて注目し値すると言わなければならない。

(四) すでに述べたように、憲法審議ラント会議第六回

会議は、憲法案の審議・議決 (第三読会) を終えた後、国民表決法改正法 (ヘッセン州憲法に関する国民表決に関する法律を改正する法律) 案を審議・可決した (II二(四)を参照)。第六回会議の議事録において国民表決法改正法に関する事象が正しく再現されていることを前提とすると、同会議で議決された法律とその後には公布された法律との間に「矛盾」が存在することになる。議事録によると、ラント会議議長によって採決に付されたのは、印刷物第一部九三号に記載されている四一条であった (文言Bの四一条でもなく、文言Aの四一条でもなかった)。ただし、文言Aの四一条との違いは一つの単語 (文言Aの四一条においては、印刷物第九三号に記載されている四一条一項一文の *übergeführt* が *überführt* に変更されている。) にすぎない。他方、すでに述べたように、公布された国民表決法改正法一条において国民表決の対象として記載されている四一条は文言Bの四一条であった。

国事裁判所は、上記の「矛盾」が生じた経緯を次のように推測している。本会議で採決しようとしている法案のテキストを議長が読み上げたとき、法案の印刷が技術

的に不可能であったことが公表されている。印刷されなかつた法案が、後に、「……のヘッセン州憲法に対する国民表決に関する法律を改正する法律の内務大臣案」との表題で、印刷物第一部一〇〇号として編集・刊行された法案（日付けは空白。）であることに疑いの余地はない。内閣官房長官に宛てた内務大臣の一九四六年一〇月二九日付け書面から、上記の法案が第三読会が終わる前に提出されたことは明らかである。それ故、同法案は、四一条に関する議決の結果を待つて提出することができないのであるから、必然的に、第三読会の結果との一致を保証しない条文を含むことにならざるを得なかつた。同法案は、ラント会議第六回会議において、審議の結果に合わせて修正されなかつた。上記の法案及び書面の複写が法務省に保管されていたが、法務省に保管されている複写においては、一九四六年一〇月三〇日に法案の複写を法律制定の根拠として利用できよう、審議の結果に合わせた修正がなされていた。ただし、内務省においても同省に存在する法案の複写が訂正されて、それが国民表決法改正法の制定及び公布にとって決定的であつた可能性もある。

国事裁判所は、上記の可能性のいずれであつたか、どちらのテキストが一九四六年一〇月三〇日に内閣に提出されたのかは「取るに足りない」と見る。国事裁判所によると、首相のみが立法行為をすることができたのであり、この立法行為については法律の内容と公布された法律が合致していないとの兆候はどこにも現れていない。ラント会議の立法行為が審査されなければならないのであれば、議事録に重大な意義を認めなければならないが、本件においては、ラント会議の立法権は問題となっていない。また、国民表決法改正法には、「憲法審議ラント会議の議決と一致して、大ヘッセン州内閣は、次の……を制定する。」との前文があるが、この文は、法的にはまったく無意味である。この前文からラント会議の審議中におけるラント会議の立法権限を導き出すことも間違っているように思われる。ラント会議には、一九四六年六月一八日の法律 (GVBl. S. 167) に基づいて、「重要な法律の制定及び予算の確定の前」などに必要に応じて首相から意見を求められる「ラント審議委員会」の任務が移譲されていたにすぎない (S. 483 ff., 判決理由 VIII)。

(五) 国事裁判所が、ラント会議第六回会議における四一条の議決は文言Bの四一条を対象としていたと認定したことは、すでに述べたところであるが、他方において、国事裁判所は、ラント会議第六回会議における四つの条文(一九条、二九条、三六条及び四一条)の審議は「著しい時間的圧迫の下に」行われたものであり、議決に際して、いかなる文言の四一条を議決しようとしているのかについて、そもそも明らかにされていなかった可能性があると説示している。しかし、国事裁判所は、この説示に続けて、かりに上記の不確実性が存在するとしても、投票事項の形式上の取扱いだけが法律上の権限の侵害の有無にとって決定的なものであってはならないのであり、むしろ、国民表決法改正法の公布された内容についてのすべての関係者の「長年にわたる沈黙」は、この条文が表現しようとしている意味について意見の相違がなかったことを明らかに意味していると述べている(S. 486, 判決理由Ⅹ)。

さらに、国事裁判所は、文言Aの四一条と文言Bの四一条の違いにさしたる意味はないと述べている。まず、文言Aの四一条三項が「これにより共同所有に移されな

ければならない事業者の所有者」(傍点は本稿筆者による。)と定められているに對して、文言Bの四一条三項が「これにより共同所有に移された事業者の所有者」(傍点は本稿筆者による。)と定めている点について、国事裁判所は、憲法委員会及び七人委員会において、憲法に基づく社会化、いわゆる「即時社会化」を導入しなければならぬとの意見が大勢を占めたこと(FDP所属の議員は「憲法に基づく社会化」に反対していた。)を指摘した上で、「この憲法の発効とともに」との四一条一項の冒頭の文言によって「即時社会化の思想」が出現し、主要な決定内容になっており、これを前提とすると、四一条三項における文言上の違いは重要なものではなく、四一条一項の冒頭の文言の解釈に影響を与えないともあり得ないと説いている。国事裁判所によると、四一条の草案作成者には、社会化は、憲法の発効とともに「現在」になるであろう「未来のこと」として映じたので、文言Aの四一条においては「移されなければならない」との文言が選択された。そして、四一条三項における「これにより(danach)」という言葉も、四一条一項の冒頭の文言と関連付けて解釈されなければならない

ので、文言Aの四一条三項は、「この憲法の発効とともに共同所有に移されなければならない事業体の所有者」と読まなければならない。このように考えると、「移されなければならない」から「移された」への変更は、不可解な条文を「真の意思」に合致する理解可能な条文に置き換えただけであるということになる。

また、文言Aの四一条一項は「軌道及び架線に連結された交通業務」（傍点は本稿筆者による。）と定めているのに対して、文言Bの四一条一項は「軌道又は架線に連結された交通業務」（傍点は本稿筆者による。）と定めており、文言Aの四一条が架線の付いた電気軌道鉄道（軌道及び架線）を社会化の対象とし、文言Bの四一条が架線のない軌道鉄道と軌道設備のない架線鉄道（軌道又は架線）を社会化の対象としているようにも見えるが、この点について、国事裁判所は、電気路面電車（架線の付いた軌道鉄道）のみを社会化し、架線のない軌道鉄道とトロリーバスを除外することが文言Aの意味で、また、架線のない軌道鉄道とトロリーバスを社会化し、架線の付いた軌道鉄道を除外することが、「及び」から「又は」への変更（文言B）の意味であるはずがなく、むしろ、

はじめから①架線の付いた電気軌道鉄道（軌道及び架線）、②架線のない軌道鉄道及び③軌道設備のない架線鉄道（軌道又は架線）の三類型すべての社会化が意図されていたと考える場合に限り、二つの文言の四一条は筋の通った意味を有するものになると述べた（S. 486 ff.; 判決理由X）。

(六) 最後に、国事裁判所は、軍政府の許可が文言Bの四一条に対して与えられていない点について、次のように説示した。公布された文言Bの四一条が有効な憲法内容になり得るのは、文言Bの四一条に対しても軍政府の許可が与えられた場合に限られる。占領軍の許可は、ラント会議の最終的な憲法案に対して付与されたのではなく、一九四六年一〇月二日に開催された第二読会において議決された憲法案が軍政府に提出され、占領軍の許可は、これに対して条件付きで付与された。そのため、一九四六年一〇月二日から二九日までになされた作業についてもすでに許可された憲法内容への拘束は不可避免的であって、このことはとくに第三読会にも当てはまる。たしかに、占領軍の書簡の意味内容を正しく評価すると、実質的重要性を有する変更は許されないが、しかし、こ

の禁止が軍政府によってどのように運用されていたのか
がより重要であり、「事後に行われた改正の黙認」がそ
の許可の代わりとなっていた可能性がある。實際上寛大
に運用されており、そこでは、編集上の変更と実質的な
変更との境界線も流動的であることが考慮される。少な
くとも、一九四六年一〇月二日から二九日まで第二読
会の結果に対して異論なく行われた改正が様々な性格を
有していることを指摘することができ。軍政府も、ラ
ント議会によって議決された憲法テキストを一九四七年
初めに編集された公式の州憲法集に変更を加えずに採用
している。従って、占領軍の事前の許可から生じる困難
は、実務的性格というよりも、理論的性格を有するもの
であり、これは四一条にも当てはまる (S. 489 f.; 判決
理由 XI)。

(七) 以上が、一九五一年七月二〇日ヘッセン州国事裁
判所判決の骨子である。⁽²⁹⁾すでに述べたように、同判決
は、グレーヴェの見解に依拠しつつ、憲法制定行為が
「前憲法的法律において定められた手続」に違反した場
合、手続に反して制定された憲法規定は法的に無効にな
るとの効果が発生するという解釈を示している点におい

て、極めて注目に値する。つぎに、この判決に対する学
説の反応を見ることにしよう。

V 学説の展開

一 一九五〇年代の諸学説

(一) ショイナー (Ulrich Scheuner) は、国事裁判所
判決後に執筆された鑑定意見書⁽³⁰⁾において、当該憲法律
(Verfassungsgesetz) は、一九四六年五月一六日の選挙
法という「前憲法的規定」を遵守した場合のみ有効に成
立できた、という国事裁判所の見解は正当であると指摘
している (S. 8 f.; S. 10)。国事裁判所によると、選挙
法に基づき、ラント会議、軍政府、国民という三つの機
関が憲法律制定に関与しなければならなかったが、これ
らのファクターの間に序列はなく、国民投票に「本来的
に決定的な議決」が含まれていたわけではないから、国
民投票は手続の瑕疵を治癒することはできなかった (S.
10)。ショイナーは、複数のファクターの協働によって
共同の手続又は承継的手続において制定された命令は
「合同行為」であり、合同行為が有効であるためには、
「すべての関与者の、内容的に正確に一致し、かつ同方

向を向いた協働」が必要であるから、立法手続の個々の段階は同価値的である、と説いている (S. 11)。

他方において、シヨイナーは、上記の要件は四一条の成立においては充足されていないと国事裁判所の判決を批判している。国事裁判所の判決は、ラント会議第三読会において文言Bの四一条が基礎とされたことは確かであるが、実際に投票の対象とされた文言が何かは明らかでない。四一条が議決された可能性や、ラント会議がいかなる文言の四一条を議決したかについて明確に認識していなかった可能性を認めている。議決の内容に不確実性が存在する可能性や、後に公表された条文とは異なる条文が議決された可能性は、手続の適法性を認める主張を否定するのに十分なものである。法律上の規定は、関与する機関の明確かつ明示的な議決によってのみ成立するが、ましてや憲法の基本的な規定は、そうである。上記の諸規定においては、私法上の契約と異なって、全住民にとって重大な意義を有する高権的権利の行使が問題となつていたので、議決された文言が認定できない場合、立法者の意思を事後的に解釈したり補充したりすること

は法的に許されない。立法機関が本当はどのような文言の法律を議決したのかについての疑い、あるいは、この機関が、投票に際して、どのような文言の条文に投票したのかについて明確に認識していなかったという推定は、実際には拘束力のある議決すらも成立しておらず、立法者の議決の無効という効果が生じるほどの重大な手続的瑕疵が存在することを意味する、と (S. 11 f.)。

(二) また、フーバー (Ernst Rudolf Huber) は、経済行政法の著名な体系書において、ラント会議によって議決され、かつ軍政府によって許可された文言の四一条と国民投票によって承認され、憲法全体の一部として認証及び公布された文言の四一条は二つの点において異なっており、テキストのこの事後の変更は、ラント会議によるもとの文言 (文言A) の最終的確定と四一条を憲法全体とは別個独立に人民投票の対象とすることを定めた国民表決法改正法の認証との間に、ヘッセン州の官吏によって独断で行われた可能性があること (一九五一年七月二〇日国事裁判所判決のした事実認定は根拠のないものであること)、この変更の作者の意図は、この変更によって四一条がたんに社会化手続の開始を意味するも

のではなく、社会化の最終的執行を意味するものにしよ
うとするところにあるから、テキストの変更は、たんに
形式的な編集技術的性質のものではなく、重大な実質的
影響を有するものであることを指摘した上で、このよう
なテキストの変更は、憲法内容の確定と憲法に対する国
民投票との間では許されず、「憲法制定の瑕疵」の故に
ヘッセン州憲法四一条は有効に発効していないと主張し
ている。フーバーは、ヘッセン州憲法四一条が有効に発
効するためには、ラント会議の決定と国民投票を行う任
務を有する能動的市民団の決定との合致が必要であると

ころ、ラント会議の議決と国民投票の決定との不一致が
存在する点にかんがみて、ヘッセン州憲法四一条に関し
ては、憲法制定権力の有効な行為は存在しない、と説い
ている。³¹

(三) ギーゼは、国事裁判所の判決が四一条の法的有効
性をこれに対する軍政府の同意に結び付けたことは正当
であるが、同判決が、「純粹に形式的又は文言上の性格」
の変更以外の変更の禁止がどのように運用されたのかが
より重要であり、「黙認」が許可の代わりとなり得ると
している点は同意できないと述べている。「当時の国法

上の状況」によると、「法律命令の付与」はもっぱら軍
政府の権限であり、この許可は立法上の裁可を意味する
ところ、このような国家行為が、明示的ではなく、黙
示によって行われるとは考えられないのであり、立法の
裁可は明示的になされなければならない。また、ギーゼ
は、立法手続の主要な要件は、ラント会議の議決と国民
投票による同意であり、とくに両者の一致であるが、現
行の州憲法の四一条についてはこの一致は存在していな
い、と指摘している。³²

二 マウンツの見解

(一) これに対して、マウンツ (Theodor Maunz) は、
ヘッセン州政府の依頼により作成した鑑定意見書『ヘッ
セン憲法の憲法適合性』³³において、憲法制定権力の単一
性・不可分性を根拠として、グレーヴェらの主張する国
民投票型憲法制定と代表制型憲法制定の間の「混合形
態」の存在を否定しつつ、「国民の憲法制定権力」に関
する考察を踏まえると、憲法制定権力の担い手は能動的
市民団であるから、四一条にとって重要であるのは、
もっぱら、憲法制定権力の発動である国民表決によって

決定された四一条がどのような文言であるか、ということだけでなくと主張している。マウンツの鑑定意見書は、グレーヴェーらの見解に対する反論を内容としており、理論的に極めて興味深い。以下、マウンツの見解を多少とも詳しく紹介することにしよう。

(a) 国民の憲法制定権力の理論の根源は国民主権の思想にあり、「憲法制定権力」とは「国民の政治的存在に關する基本決定を下す政治的意思及び法的権限」であると解される。pouvoir constituentは、単一かつ不可分であり、実体的制約にも手続法上の制約にも服さず、それ故に、最高位の法源——ここから他のすべての国家権力はその有効性の法的根拠を導出し、他の権力は永続的に下位に並びまゝる——である (S. 7 f.)。ただし、pouvoir constituentの理論が憲法制定権力の担い手の絶対的かつ全面的非拘束性を主張する限りにおいて、この理論は、無条件に今日の憲法思想にとって基準となるものではない。今日の知見によると、憲法制定権力の担い手についても「超実定的性格の拘束」が明らかになっている。基本価値に対する法秩序の前国家的拘束を除いて、pouvoir constituentの理論は、憲法制定権力が唯一の淵

源であり、憲法制定における単一の権力であることを示している。憲法制定権力は、国民にのみ存し、不可分である。憲法制定権力は能動的市民団によつてのみ行使することができ、他の機関はこれに關与できない。国民の憲法制定行為は他の側からの授権や同意を必要とせず、このような影響をまったく受けない。憲法制定権力のいかなる制限も国民主権の侵害であり、国民又はその代表に対する指図は何の効果をも有しないことになる (S. 13)。憲法制定権力は他の権力と並列する一つの権力ではなく、むしろ、他のあらゆる権力を創設するものである。これに基づいて、「憲法を作る権力」と「憲法によつて作られた権力」を区別することができる。憲法を創造する政治的意思の行使については、拘束力を有する形式又は手続規定は存在し得ない。少なくとも、これらが前憲法的諸勢力によつて定立されている場合は、これらは、憲法を創設する国民に対して拘束力はない。国民は、「形式なく形成する者」であり、何の様式にも服さない。それ故、ヘッセン国民の決定は、かりにヘッセン国民がその決定に際して前憲法的手続規定を無視していた場合であっても、有効である (S. 14)。

(b) 今日の憲法思想によると、憲法制定者は、憲法内容の形成に際して、直接的効力を有する超実定的法原則に拘束される。この超実定的法原則の特徴は、それが憲法制定者によって創設された憲法命題の「内容」にのみ関わるものであって、憲法を設定する行為の成立方法に關するものではない、という点にある。超実定的法原則に内容上反することにより、憲法は、全体として又は個別の憲法命題において、不当なもの（正当性のないもの）になる (S. 16 f.)。これに対して、ある法命題（又は法行為）の合法性の問題は、ある実定的法命題とより高次の実定的法命題（又はある法行為とより高次の実定的法命題）の適合性の問題である。現実になった法秩序及び憲法秩序の内部においては、ある法命題（又は法行為）はその実体的及び手続法的合法性の観点から審査される。これに対して、憲法秩序が法現実になつておらず、憲法秩序が創設されようとしている場合、憲法制定権力の担い手は、憲法制定行為に際して、時間的に先行する法実定性に属する法命題に拘束されない。あらゆる憲法制定行為は、その政治的意味によると、新しい法現実・憲法現実を創造しようとしているため、従来の法現実・

憲法現実の関係において始源的性格を有する。それ故、超実定的法原則への憲法制定者の拘束—これは正当性の領域に属する—は別として、実定的法命題による憲法制定権力の制限は考えられない (S. 17 f.)。このような考え方に従うと、ヘッセン州選挙法は、国民の憲法制定権力に対して何の拘束も課すことはできなかった。そうでなければ、選挙法が憲法の上位にあり、まさに最高位の規範になってしまうことになる。国民は、憲法制定に際して、もっぱら超実定的法原則—選挙法の内容は超実定的法原則に属さない—にのみ拘束される。ヘッセン州憲法が国民によって承認され、四一条の採用も国民投票によって決定された以上、ヘッセン州憲法の妥当性 (Geltung) の問題は、正当性についてのみ提起され、合法性については提起されない (S. 18)。

(c) 「主体 (Subjekt)」と「担い手 (Träger)」の區別という一般国家学に属する區別を前提とすると、あらゆる民主制においては、憲法制定権力の主体は「全国民 (das Volk in seiner Gesamtheit als Staatsvolk)」であり、憲法制定権力の担い手は、将来の憲法生活の積極的決定を行う能力と適格のある国民総体の一部、つまり「能動

的市民団」である。憲法制定権力論の新しさは、全憲法秩序の究極の抽象的帰属点を国民全体に見出した点にあるのではなく、その自然的属性に基づいて政治的決定をする能力を有する国民全体の一部、つまり積極的決定を行う能力を有する能動的市民団を自主的な憲法形成のために動員した点にあり、これにより、能動的市民団には、憲法制定権力のシステムの中で基本的かつ起源的集合体の地位が帰属することになる (S. 19 f.)。

憲法制定権力の担い手は、憲法制定権力を国民投票によって自ら行使することもできるし、代表者を選出して行使させることもできる。代表制型の憲法制定の場合、憲法制定国民会議は、その行使を委譲された憲法制定権力に基づいて憲法典のテキストを確定し、自ら議決によって法的効力を与える (裁可する)。代表性に基づいて国民はすでに国民会議において決定を下しているのであり、国民会議が憲法を制定する場合、国民投票は必要ない。これに対して、「憲法会議 (Verfassungskonvent)」が憲法案を作成する (審議する) 場合、起案されたテキストは、国民及び国民投票にとって決定的ではない。それは、手がかり・出発点にすぎず、憲法制定に際して拘

束力を有しない (S. 20)。

現代デモクラシーにおける憲法制定の実務においては国民投票型憲法制定と代表型憲法制定の類型のみが存在する。代表型憲法制定においては、憲法制定権力の行使は全体としてかつ不可分に憲法制定会議に移るのに対して、憲法が国民投票による意思行為によって発効せしめられる場合には、憲法制定権力の行使は、その原始的かつ始源的担い手である能動的市民団に完全に残される。このことは、現在の大衆デモクラシーにおいては憲法を制定する国民投票を実施するには技術的準備行為 (投票権の詳細の決定、憲法草案の作成など) を必要とすることによって何らの変更も受けない。このような準備行為は、暫定政府によっても、またこの目的のために特別に選挙された団体―憲法草案作成会議又は憲法審議会―によっても行うことができるが、政府及び憲法草案作成会議の任務は、国民投票の「唯一憲法を創造する行為」を準備する法技術的活動に尽きる。国民の憲法制定権力は、能動的市民団の意思決定において現れ、国民投票の意思行為によって終わる。このように考えると、政府及び審議会は、憲法制定権力の行使の共同保持者にも憲法制定

権力の共同の担い手にもならない。共同の担い手であるとすることは、その実際上の効果として、憲法制定権力の分割に帰着し、これにより、前憲法的法が憲法の上位に位置することになる、という理由からだけであり得ない。それ故、グレーヴェが主張するような、国民投票型憲法制定と代表型憲法制定との「混合形態」は存在しない (S. 21)。

憲法制定権力の不可分性の原則に例外はない。憲法制定権力の担い手が憲法草案の作成を他の機関に委託しつつも、国民投票によって最終決定を自ら下す場合には、憲法制定権力は分裂していない。憲法制定権力の担い手は、憲法制定権力をつねに自らの手に保持している。そうすると、ヘッセンの憲法制定の場合、憲法制定権力の唯一の担い手は、一九四六年一月一日の国民投票において活動した能動的市民団である (S. 23)。

(d) 「前憲法的諸規定の解釈」は、州政府及びラント会議は憲法制定のプロセスに関与しておらず、憲法制定権力は能動的市民団のみに分割されずに始源的に帰属していたとの見解を裏付ける。国家基本法は、州政府に、民主的憲法を準備する任務を与えていた。選挙法二条も、

ラント会議は憲法を「準備する」任務を有すると定めていた。州憲法一六〇条は、「憲法は、国民によるその承認をもって効力を生じる。」と定める(一項)とともに、ラント会議に「憲法審議」ラント会議との名称を与えているが、これによって二つことを表現しようとした。まず、憲法制定会議による代表型憲法制定を否定した。また、「憲法審議」ラント会議との名称によって、ラント会議の活動が単なる審議(能動的市民団に対して拘束力を伴わずに提案する憲法規定に関する討議)以上の範囲にまで及ぶとの印象を回避しようとした。憲法制定権力の担い手に対して拘束力を有し、これによって憲法制定権力を事前に内容上制約する「憲法内容の確定」は、ラント会議が有している単なる審議作用を越えるものであり、この作用と両立しない (S. 29 f.)。

(e) ヘッセン国民の憲法制定国民投票に時間的に先行し、その法的及び技術的準備に奉仕する権限及び手続規定は、憲法制定権力の担い手—国民投票において活動する能動的市民団—に対して拘束力を有しない。投票を行う国民は、この前憲法的な技術的ルールを遵守することのできるが、黙示的に拘束力のないものと判断し、その

投票行為に際して如何ようにも扱うことができる。前憲法的法律は、その時点ですでに作られている権力だけを拘束することができるのであって、憲法制定権力の担い手を拘束できない。そうでなければ、(不確実な、又は議論の余地のある由来を有する) 手続規定が他のあらゆる規範よりも高い価値を有することになる。この場合、手続規定が憲法の上位に位置し、最高位の規定になってしまう。憲法制定権力の不可分性の原理に従うと、一九四六年一月一日の国民投票は、州政府とラント会議によって開始され、段階的に進行する憲法制定プロセスの最終行為ではない。憲法制定行為は憲法プレビシットに集中される。国民投票において活動するヘッセン国民の憲法制定権力は前憲法的手続規定に拘束されないの

で、かりにラント会議が文言Aの四一条を議決した場合であっても、国民投票によって文言Bの四一条が承認された場合には、文言Bの四一条が「有効な憲法条文」になる (S. 31 f.)。

(二) また、マウンツは、憲法制定において前憲法的手続に関する諸規定も遵守されていたと主張している。マウンツの見解の骨子は、次のとおりである。

(a) アメリカ軍政府布告第二号三条二項及び国家基本法三条二項に基づいて首相が唯一の排他的立法権を有しており、憲法の準備に必要な法律についても、当時、首相が立法権を有していた。ラント会議は、憲法制定の準備の領域においても法律を制定することはできないし、また、首相の立法権に参与することもできない。首相の立法権は、ラント会議の同意に拘束されない。選挙法は「憲法」ではなく、他の法律に優越する効力を持つわけでもない。首相は、選挙法を改正することもできる。かりに首相が、国民表決法の改正に際して、ラント会議において議決された文言と異なる文言の四一条を投票に付すことにした場合であっても、国民表決法改正法は法的に有効である (S. 36 f., S. 40)。

(b) また、マウンツは、そもそも、ラント会議は、――少なくとも国民表決法改正法を議決する際には――実際上も文言Bの四一条を議決したと認定すべきであると指摘する。マウンツは、訴訟記録に存在している前大臣及び局長の証言から、以下の事実を認定する。ラント会議が第三読会において憲法案を審議した日の翌日に、内務省の憲法問題担当者であったコスマン参事官が国民表決法

改正法案を内閣に提出したが、同参事官の提出した法案には、文言Aの四一条でも、また文言Bの四一条でもなく、印刷物第一部九三号に記載された文言の四一条が記載されていた。同参事官は、法案に記載された四一条は正しいものではなく、ラント会議は前日に別の文言の四一条を議決したことを報告し、その際に、憲法委員会の会議において自ら書き留めた記録を根拠として、ラント会議が第三読会において議決した四一条の文言として文言Bを示した。内閣の構成員は、この報告に従って、同案に変更を加えた。この事実から、ラント会議は、少なくとも国民表決法改正法を議決する際には—実際上も文言Bの四一条を議決したと推認される。何故なら、そうでなければ、誠実で几帳面であると言われていたコスマン参事官は、自らが草案を作成した改正法について、文言Bを選択しなかつたはずだからである。議事録に不備があることからして、同参事官が、国民表決法改正案を提出した際に不当にもあえて文言Bを使用したことを証明することは不可能である。また、同参事官は、一九四六年一月四日の「ヘッセン州憲法に関する国民表決のための投票規則を改正する命令」においても、ま

た、投票用紙Ⅱの自筆の草案においても、一貫して文言Bを使用していた。加えて、議事録は、ヘッセン州憲法案の第三読会の再現においても、明らかに正確性と逐語性を欠いている（S. 37 ff.）。

(三) さらに、マウンツは、国民投票の実施にも瑕疵はなかつたと主張する。法律の公布に加えて、三万部の憲法案が広告柱及び公共の掲示板に掲示され、（文言Bの四一条を含む）憲法の条文が国民に周知された。住民一二〇人（七〇人の投票権者）に一つの掲示が四週間行われた。一部の新聞が不正確な条文を掲載していたかもしれない。しかし、これはプレスの自己責任で行われたものであり、州政府はこれに影響を及ぼすことはできないし、これを阻止する権限も有していなかつた。文言Aの四一条を掲載した新聞、文言Bの四一条を掲載した新聞、さらには、文言Aと文言Bを組み合わせた文言の四一条を掲載した新聞があつたが、このことは法的に重要ではない。新聞の発行部数も問題にならない。プレスの自由の体制の下においては、何人も民間の新聞を自己責任で読むのであり、国家は、その内容の正しさを保証しない。投票権を有する市民が公共の掲示板を知らな

かった場合、州政府が印刷物を送付してそれが郵便受けに入っていることを期待できない。投票権者への情報提供が官報による公布と公共の掲示のほかに郵送によっても行われなければならないことを求める法的根拠はない(S. 41 f.)。これに加えて、一九四六年当時の能動的市民団は、国民投票において何が問われているのかについて、プレスによって詳細に知らされていた。ラント会議において「即時社会化」を行うべきかどうかが激しく争われていたが、読者は、投票前の数週間、プレスから、SPDとCDUが即時社会化に賛成し、FDPがこれに反対していたことを知ることができた。プレスは、まさにこの点において国民に対する情報提供義務を十分に果たしていた。また、プレスでは、軍政府が「即時社会化」に疑問を持っており、そのために四一条について別個に国民投票を実施するように勧告したことが報道されていた。投票権者にとって、「即時社会化」に対する賛否が問われていることに疑いの余地はなかった(S. 42 f.)。

(四) 最後に、マウンツは、文言Aと文言Bの相違は本質的なものではなく、もっぱら言語表現上の意味を有す

るにすぎない(S. 47)ことを前提として、国民が、ラント会議の議決と文言上一致していないが、内容を異論の余地なく完全に再現する規定を決定した場合の法状況についても検討を加えている(S. 43)。マウンツの見解の骨子は、次のとおりである。

まず、四一条三項における「移されなければならぬ」との文言(文言A)と「移された」との文言(文言B)との相違は、当時の憲法審議を踏まえると、単なる言語表現上の性質を有するにすぎない。何故なら、憲法は当時まだ効力を生じていないので、問題となっている事業体は「移されなければならない」事業体として現れるのに対して、憲法が効力を生じた後は、「移された」事業体として現れるからである。かりに「移されなければならない」との文言が残ったとしても、所有権が憲法の発効後も剥奪されないと結論を導くことは文言を歪曲することになる(S. 47 f.)。さらに、四一条三項は、憲法発効後から施行法が制定されるまでの時期に適用される経過規定にすぎない。憲法発効後に該当する事業体にどのような法効果が生じるのかに関する決定的規定は同条一項であり、その冒頭の文言が、比類のない明確さ

で、自動的所有権剝奪を伴う即時社会化のみを対象としていることは、ヘッセン国事裁判所の二つの判決⁽³⁴⁾(一九五一年七月二〇日判決及び一九五二年六月六日判決)においても詳細に述べられている。憲法の発効とともに自動的剝奪を執行するという四一条冒頭の比類のない文言を排除することができない以上、この根本的な憲法規範に他の意味を付与したり、その効果を弱めることは不成功に終わる。このように考えると、四一条三項という経過規定が文言Aであるのか、それとも文言Bであるのかということは重要ではない (S. 48f.)。

つぎに、四一条一項一号における「及び」(文言A)と「又は」(文言B)の相違も本質的なものではない。何故なら、文言Aであっても、「路面電車」のみが「軌道」と「架線」に連結されているので、即時社会化の対象となる交通業務には「路面電車」のみが含まれると解釈することはできないからである。「及び」という単語はドイツ語では複数の意味で使用される。ヘッセンにおける社会化が、鉄道を除外し、民間企業であるカッセル鉄道会社によって経営されていた路面電車を対象とするという奇妙なことをしたなどと主張できず、また、エア

フルト綱領以降、私人の所有している鉄道事業体も社会化に熟しているとされていたので、「及び」という単語は、「…も…も」(sowohl — als auch)の意味で解釈されることよってのみ合理的な意味が与えられる (S. 48)。基本法九三条一項二号は、「形式的及び実質的適合性」いう文言を使用しているが、連邦憲法裁判所一三条六号は、これを「形式的又は実質的適合性」と言い換えていることも、「及び」の用法を特徴的に示している (S. 50)。

さらに、ラント会議の議員は、文言Aの四一条を即時社会化を定めた規定と解していた。文言Aに賛成した議員は、これにより憲法による自動的所有権剝奪の効果を生じさせようとしていた。四一条に反対した議員は、即時社会化の拒否によって自己の態度を根拠付けていた。四一条に関するラント会議とその委員会(憲法委員会及び七人委員会)のすべての審議は、この認識を裏付けている。加えて、軍政府は、社会化に関するプログラム規定を憲法に規定し、社会化を立法に委ねるといった提案をしたが、この要求は激しく抵抗され、軍政府は、国民の過半数が即時社会化に賛成するかどうかを明確にするた

めに、四一条について別個に投票するよう勧告した(S. 51)。

結論として、即時社会化の規定であるとする四一条の解釈にとって文言Aと文言Bとの文言上の違いは決定的ではないこと、及び、ラント会議と国民は一致して即時社会化を望んだことが確認される。かりにラント会議が憲法テキストの作成に関与する決定的な権利を有するとしても、文言Aと文言Bとの法的に重要ではない文言の違いが、ラント会議の意思によって支えられ、能動的市民団によって可決された即時社会化を無効にする効果を発生させることはあり得ない(S. 51)。

(五) 以上が、マウンツの鑑定意見書の骨子である。以下、マウンツの見解を支持する学説を紹介しておく。まず、一九五四年に出版されたヘッセン州憲法の注釈書において四一条を分担執筆したヘッセン州内閣官房参事官バールヴィンスキー(Berthold Barwinski)は、四一条は国民投票によって可決された文言において有効に成立したと主張している。バールヴィンスキーの見解は、次のとおりである。

(a) 「欧州大陸で認められた民主的憲法原則」は国民

の憲法制定権力を「排他的な憲法法源」とみなすもので、この理論はドイツの憲法判例によっても承認されている。そして、ラント会議は、選挙法二条において「憲法審議」ラント会議と定められていることからして、たんに憲法案を作成するにすぎず、憲法制定それ自体は能動的市民団(有権者の総体)の任務であり、憲法創設行為はもっぱら国民投票に存するから、国民の承認した憲法テキストのみが決定的である。国民の単一の憲法制定権力を二つの権力に分裂させ、憲法を審議する(憲法案を作成する)会議の議決との合致を国民投票の有効要件にすることは許されない³⁵⁾。

(b) 手続規定(選挙法二条)は、国民はラント会議の作成した憲法案に対して投票しなければならないと定められているが、かりにラント議会が国民投票の対象となった四一条の文言と異なる文言を議決していたとしても、この手続規定は、国民投票それ自体の効力を失わさせるものではない。前憲法的手続法は、憲法によって作られた権力だけを拘束することができるのであり、憲法をつくる権力を拘束することはできず、憲法をつくる権力が新たな諸権力(pouvoirs constitués)を創設する。前憲法

的手続法は憲法の上位に位置しない。そうでなければ、前憲法的手続法が最高位の規範となってしまう。国民の憲法制定権力にとって、拘束力のある手続ルールは存在しない。³⁶⁾

(六) また、グートマン (Egbert Gutmann) は、一九六五年にヴェルツブルク大学に提出した博士学位請求論文『ドイツ連邦共和国基本法に基づく制憲会議³⁷⁾』において、マウンツの上記鑑定意見書に全面的に依拠しつつ、憲法制定においては、国民投票型手続と代表制型手続の「混合形式」は存在しないと主張している。グートマンの見解は、次のとおりである。

(a) 民主制における憲法制定権力の主体は、国民総体つまり、国籍保有者及びそれと法的に同等な人の総体であるが、憲法の内容形成に関する決定を行うことができるのは能動的市民団のみである。能動的市民団は、その自然的属性に基づいて、憲法制定権力の担い手である。能動的市民団は、その権利を憲法制定に際して行使する能力と意思のある国家市民 (Staatsbürger) である。憲法制定権力の行使については、憲法史において二つの方法が形成されてきた。能動的市民団は、憲法制定権力を

国民投票の方法で直接的に自ら行使することもできるし、また、代表者の選挙を通して間接的に行使することもできる (S. 104)。

(b) まず、国民投票型の憲法制定においては、通常の場合、憲法案を作成する任務を有する憲法審議会が設置されるが、憲法をもつぱら審議するにすぎない会議は、*pouvoir constituant* の代表ではなく、それ故、憲法制定会議ではない。憲法審議会が前憲法時の実定法を根拠として活動している場合、国民が投票する憲法草案の作成に際して、前憲法時の実定法に拘束されない。憲法制定においては、国民投票型の要素と代表制型の要素の「混合形式」は存在し得ないし、また、コンヴェントと国民が同権的に関与する「二段階の」憲法制定手続もあり得ない。法律の発案、内容確定、裁可という、立法手続に妥当する原則を憲法制定に適用することはできない。何故なら、立法は、立法が行われる基準となり、または枠となる憲法秩序がすでに妥当していることを前提とするからである。憲法制定においては、この憲法秩序を創設しようとしているのである。この原則を憲法制定及び憲法制定国民会議に適用しようとする、成立手続の点に

において、憲法と法律との区別が存在しなくなる。能動的市民団が、コンヴェントが作成し、可決した案を国民投票において議決した場合、差し当たり拘束力のない、憲法審議会の議決が、*pouvoir constituent* の活動によって、一般的に拘束力のある憲法内容となるが、これによって、憲法審議会が *pouvoir constituent* の共有者になるわけではない。憲法制定国民投票を実施するために必要な準備行為を行う場合も同じであり、国民が憲法の唯一の創造者にとどまっている (S. 105 f.)。

(c) 他方、*pouvoir constituent* の担い手は、憲法制定権力を選挙された国民代表によって行使させることもできる。この代表者によって組織された憲法制定国民会議は、その代表性の力により、自ら単純多数によって憲法について議決する。憲法は、決定のために国民に提示される必要はなく、国民は、もはやこの憲法に同意する必要はない。何故なら、国民は、代表性の力により、すでに国民会議において決定しているからである。憲法制定権力の行使は、代表制型においては、憲法制定会議に完全に移行する。憲法制定国民会議の議決によって、憲法のテキストは確定され、法的効力が付与される。それ故、

憲法内容の確定は、憲法制定権力の担い手に対しても拘束力がある (S. 107 f.)。

(d) なお、このような仕方でも成立した憲法が国民投票に付された場合には、国民による可決又は否決が憲法の運命を決定することになる。この場合においては、国民の「新たな」憲法制定行為を語るなければならないのであつて、第一段階の憲法制定「部分行為」——憲法制定国民会議の選挙又は憲法に関する国民会議の議決——を補完する「部分行為」を語る必要はない (S. 108)。

また、国民が、憲法作成の権限のみを有する国民代表を直接選挙し、この「コンヴェント」の議決した憲法が国民に提示され、この憲法に関する国民投票が実施されるといふ手続も考えられるが、このような手続も「純粹に」国民投票型の手続であり、代表制型手続と国民投票型手続の「混合型」は存在しない。この手続において憲法制定行為は、選挙された憲法コンヴェントの（拘束力のない）憲法草案に関する国民の投票に存する (S. 108 ff.)。

三 シュタイナーの見解

一九九五年から二〇〇七年まで連邦憲法裁判所裁判官を務めたシュタイナー (Udo Steiner) は、一九六六年に出版された博士学位請求論文『憲法制定と国民の憲法制定権力』³⁸⁾において、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性の問題を取り上げ、①選挙された憲法審議会による憲法草案の作成と②同草案に対する国民投票によって構成される「多段階の憲法制定手続」(S. 116) について考察を加えている。シュタイナーの見解の骨子は、次のとおりである。

(a) 国民は、その意思形成及び意思表示の自然的特性に基づいて、国民表決において、国民に提示された憲法草案を全体として受け入れるか、それとも拒否するかのいずれかしかできない。それ故、将来の憲法の内容についての決定は、憲法の成立手続の現実においては、草案作成機関において下される。この観察によって、国民を代表していない人若しくはその集団又は専門知識のない人若しくはその集団の作成した草案によって国民の決定の自由が操作されないように、国民をその代表の作成した草案に拘束する、という関心事が理解できる。「民主

的代表の論理」からすると、国民が憲法審議を目的とする代表を選挙する場合、この代表によって作成された草案は、「帰属」を根拠として、法的には、国民が自ら憲法制定権力に基づいて作成したものとみなされる。これにより、憲法内容の確定は、憲法の効力にとって意味のある憲法制定手続の部分行為となる (S. 131 f.)。

(b) しかし、国民は、投票の時点において、その表決によって、憲法審議のために選挙された機関の作成した憲法に効力を付与することしかできない、というわけではない。「形式的意味における憲法制定権力」とは「憲法制定の手続を規定する国民の権限」である (S. 91) が、形式的意味の憲法制定権力は、憲法制定権力が付与された機関に対して、手続のあらゆる時点において、手続の継続及び終了について、先行する決定を変更しつつ決定する権限を付与する。国民は、憲法審議会の選挙によって、この機関によって憲法内容を確定するという形態を採用したが、この場合でも形式的意味の憲法制定権力を保持しており、従って、国民投票の時点において、異なる手続決定を下す可能性を保持している (国民は、憲法審議会の「選挙行為」によって、手続を決定する自

由を放棄していない。国民が、意識的に、国民によって選挙された会議が作成した草案と異なる草案に同意した場合、国民は、投票行為において、従前の手続決定を変更しつつ「非公式」の草案の確定及び裁可を行うと同時に、憲法審議会の作成した憲法草案について裁可しなかつたということになる。他方、手続を変更する決定が下されない限り、憲法内容の確定権限は、このために選挙された憲法審議会にある。この場合、国民は、その代表と自らによって憲法を制定するのであり、憲法確定の過程は、憲法制定手続の法的構成要素である。それ故、国民に対して、国民によって選挙された憲法審議会の憲法案とは異なる憲法草案が提示され、国民が内容上の変更を知らないでこれに同意した場合、確定された憲法は裁可がなされておらず、裁可は、法的に確定されていないテキストに対して付与されたことになる (S. 135 f.)。

において同意した場合であるということになる (S. 136)。

(d) このように考えると、代表型憲法制定手続と国民投票型憲法制定手続の中間に、第三の法的に独自の手続型式として、「半代表型手続ないし半国民投票型手続」が存在することになる。この手続においては、憲法の確定は代表型手続により、裁可の付与は国民投票型手続により行われる。それ故、この手続の特徴は、二つの法的に同価値の行為の併存である。また、マウンツの見解とは異なり、憲法創設行為は、必ずしも一つの代表機関によって又は直接的に国民によってなされる必要はないことになる。ただし、国民は、投票において裁可を与える前に、純粋な国民投票型憲法制定手続の採用を決定できるので、第三の手続類型の法的独自性は、代表型手続によって行われた憲法内容の確定が憲法の効力にとって意味をもつ可能性がある、という点に存する (S. 138 f.)。

VI 結びに代えて

最後に、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性に関する学説の対立状況に若干の交通整理を施して、結びに代える。カール・シュミットは、一九二八年の著書『憲法理

論』において、国民が直接に下した政治的決定をさらに執行し、定式化するための組織・手続を類型化した。シュミットは、「国民の憲法制定意思を執行し定式化する」方式として、①「(憲法律的規律を) 決定し、議決する国民会議」の型式に加えて、②「(憲法律的規律の) 案を作成する会議 (コンヴェント) と、これに後続する国民投票 (レフェレンダム) 又は、その他の、投票権を有する国家市民による案の直接的又は間接的であるが明示的な承認」の手続、③何らかの仕方で成立した提案又何らかの仕方でもたらされた新しい秩序及び規律に関する一般的国民投票 (プレビシット) などの型式を提示した。³⁹ ヘッセン州憲法の制定手続を定めた選挙法二条は、ラント会議はヘッセン州憲法を準備する任務を有し、この憲法は、この憲法が、①占領国の軍政府によって許可され、かつ、②国民表決によって承認された場合にのみ効力を生じる、と規定していた。選挙法二条は、上記の②型の手続を採用するものであり、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性の問題は、当時の研究者に上記②の型式の法的性格の解明を求めるものであったと言えよう。FDP会派は、選挙法二条によって、ヘッセン州憲法

が効力を生じるためには、憲法審議ラント会議が議決した「憲法」が国民表決によって承認されなければならないところ、ヘッセン州憲法四一条(文言B)は、国民表決による承認を受けているが、憲法審議ラント会議によって議決されていないのであるから、ヘッセン州憲法四一条(文言B)は選挙法二条の規定する成立要件を充足しておらず、無効である、と主張して、国事裁判所に訴えを提起した。本件訴訟の中心的論点は、選挙法二条をどのように解釈するかという点にあったと見ることができる。グレーヴェとクリューガーは、法律内容の確定と法律命令の付与(裁可)との区別を下敷きとして、選挙法二条は、憲法内容を確定する権限を憲法審議ラント会議に、憲法に効力を付与する権限を能動的市民団に付与していたと解釈した。そして、この解釈を支えたのは、代表制・国民投票混合型の憲法制定手続における「複数の機関の憲法制定合同行為」という考え方(グレーヴェ)であり、「二段階の憲法制定」における「民主的正当化の完璧化」という考え方(クリューガー)であった(Ⅲ一及び二を参照)。国事裁判所も、グレーヴェの鑑定意見書に依拠して、前憲法的法律において規定され

た手続に違反して制定された憲法規定は法的に無効であるとの解釈を示した。ただし、国事裁判所は、憲法審議ラント会議が第三読会において議決した四一条は文言Bであると認定し、憲法審議ラント会議が議決した四一条と国民表決に付された四一条との違いを理由とするFDP会派の訴えを、事実認定のレヴェルで斥けた。判決後の学説の多くも、法理論的側面については（事実認定は別として）、国事裁判所判決の考え方を支持している（シヨイナー、フーバー、ギーゼ。IV一を参照。）。

これに対して、マウンツは、憲法制定権力の単一・不可分性を根拠として、国民投票型憲法制定と代表制型憲法制定の二類型のみが存在し、両者の「混合形態」は存在しないと主張する。憲法制定権力の「主体」と「担い手」の区別を前提とすると、憲法制定権力の主体は「全国民」であり、憲法制定権力の担い手は「能動的市民団」であるが、国民投票型憲法制定の場合、憲法制定権力の行使は能動的市民団に完全に委ねられている。「憲法会議」が憲法草案を作成する場合、それは国民投票による憲法創造行為を準備する法技術的活動にとどまるもので、作成された憲法草案は、憲法制定権力の担い

手である能動的市民団を拘束しない。マウンツは、このような立場から、ヘッセンの憲法制定の場合、憲法制定権力の担い手は国民投票において活動した「能動的市民団」であり、憲法制定権力は前憲法的手続に拘束されないもので、かりに憲法審議ラント会議が文言Aの四一条を議決していたとしても、国民投票によって文言Bの四一条が承認された場合には、文言Bの四一条は有効な条文となる、と説いている（IV二を参照。）。

日本においては、憲法制定権力は手続規定には何ら拘束されないとの考え方が通説的見解であるようにも思われるが、本稿の叙述により、一九五〇年代及び六〇年代のドイツにおいては、憲法制定権力は前憲法的手続規定に拘束される場合もあり得るとする見解が、むしろ有力であったことは明らかにされた⁴⁰。また、一九五〇年代及び六〇年代のドイツにおいては、憲法制定手続の「類型論」が憲法制定権力論の一つの論点であったことも明らかにされた。本稿は、一九五一年七月二〇日ヘッセン州国事裁判所判決とそれをめぐる一九五〇年代及び六〇年代の諸学説を内在的に紹介する作業を行ったにとどまる。戦後ドイツの憲法制定権力論の展開過程において、ヘッ

セン州憲法四一条の憲法適合性をめぐる議論がどのよう
に位置付けられるのかについては、別途論文を作成して
考察する必要があることは言うまでもない。

〔付記〕 筆者は、平成二八年度海外派遣研究員短期B
（実施を一年延期）として二〇一七年八月四日から二四
日までドイツ及びスイスに出張したが、本稿で紹介した
ギーゼの鑑定意見書はフライブルク大学公法及び法哲学
研究所において複写することができた。

(1) GVBl. für Hessen S. 229. ヴッセン州憲法の翻訳とし
て、影山日出弥「ヘッセン四六年憲法」愛知大学法経論
集五〇号（一九六六年）二二―二頁以下がある。

なお、ヘッセン州憲法と言えば、その抵抗権規定が著
名であり、戦後初期において日本の研究者の注目を大い
に集め、橋本公巨「抵抗権論」同『基本的人権』（有斐閣、
一九七五年）三頁以下（初出、法学新報六五卷二号・三
号（一九五八年））などの論文が生み出された。

(2) ヘッセン州憲法一六〇条一項は、「この憲法は、国民
によるその承認をもって効力を生ずる。これと同時に、
一九四五年一月二二日の国家基本法は、その効力を失

う。」と規定している。

(3) ヘッセン州憲法四一条はいわゆる社会化条項であり、
ヴァイマル憲法及び戦後直後に制定された他の州憲法に
おいて規定されている社会化条項をさらに一歩前進させ
た独特の内容を有するものとして、当時のドイツにおい
て多くの研究者の関心を引き、この条項に関する数多く
の著書・論文が公刊された。ヘッセン州憲法四一条にか
かわる主要な論点として以下の三つを指摘することがで
きる。第一は、ヘッセン州憲法四一条が有効に成立した
かどうかという論点である。第二は、ヘッセン州憲法
四一条の法的性格、とりわけ、ヘッセン州憲法四一条は、
列挙された企業部門について、憲法と発効と同時に、所
有権の剥奪及び共同所有への移行という効果を生じさせ
るか、という論点（ヘッセン州憲法四一条の解釈）であ
る。第三は、ヘッセン州憲法四一条と基本法一五条（社
会化条項）との矛盾・抵触という論点である。本稿は、
第一の論点、すなわち、ヘッセン州憲法四一条が有効に
成立したかどうか、という論点を取り上げる。なお、第
二の論点に関する当時の学説状況を紹介・検討する論文
として、川崎和代「ヘッセン憲法における社会化条項の
意義」法学雑誌（大阪市立大学）二五卷二号（一九七八
年）二二六頁以下がある。また、ヴァイマル憲法の社会
化条項については、山田晟「ヴァイマル共和国におけ
る社会化の沿革」国家学会雑誌六四卷五・六号（一九五〇

年)三四〇頁以下、同「ワイマール共和国以後における社会化の変遷(一)」法学協会雑誌六九卷一号(一九五一年)四九頁以下、影山日出弥「ヴァイマール憲法における『社会権』」東京大学社会科学研究所編『基本的人権3 歴史Ⅱ』(東京大学出版会、一九六八年)一八五頁以下、播磨信義「ワイマール憲法における社会化条項(二五六条)の研究―その形成過程の検討を中心として―」法学論叢(京都大学)八九卷六号(一九七一年)三九頁以下、芳賀和代「ワイマール共和国の社会化法(一)、(二・完)―その成り立ちにおける意義の研究―」法学雑誌(大阪市立大学)二三卷一号(一九七六年)一二七頁以下、二三卷二号(一九七六年)二八八頁以下等がある。基本法における社会化条項については、山田晟「西ドイツ基本法における社会化条項」国家学会雑誌六六卷五・六・七号(一九五二年)一一一九頁以下、川崎和代「西ドイツ基本法における社会化条項の意義」法学雑誌(大阪市立大学)二四卷二号(一九七八年)二七四頁以下等がある。

(4) 本稿は、一九五一年七月二〇日ヘッセン州国事裁判所判決とそれをめぐる一九五〇年代及び六〇年代の諸学説を、時系列に沿って、多少とも詳しく、また、できる限りに内在的・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、後述するように(注(5))、筆

者の管見に属する限り、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性の問題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。

(5) ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性という問題は、本文中で述べたように、戦後ドイツの憲法学が憲法制定権力の理論を用いて解答を与えようとした問題領域の一つに属するものであり、現時点で振り返ると、少なくとも戦後初期においては憲法制定権力論の主戦場の一つであったと言ってもよいが、ドイツの憲法制定権力論についてすでに優れた研究業績の蓄積を有している日本の憲法学においても、この問題については、紹介・検討する作業がこれまで必ずしも十分になされているとは言えないように思われる。例えば、芦部信喜『憲法制定権力』(東京大学出版会、一九八三年)においては、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性の問題は取り上げられていない。また、大隅義和『憲法制定権の法理』(九州大学出版会、一九八八年)は、「制憲権モノグラフィ」の成果を克明に追い、戦後西ドイツ憲法学の制憲権理論に光を当てた」と高く評されている(芦部・前掲注(5)三二六頁)諸研究(大隅義和『国民の憲法制定権力』に関する若干の考察)法政研究三八卷一号(一九七一年)八九頁以下、同「現代西独制憲論事情」北九州大学法政論集七卷二号(一九七九年)一頁以下、同『国民の憲法制定権力』論

の自由主義と民主主義」北九州大学法政論集九卷三・四号(一九八二年)三五頁以下等)を集大成したものであるが、同書においてもヘッセン州憲法四一条の憲法適合性の問題は取り上げられていない。さらに、押久保倫夫「憲法制定過程における憲法制定権力概念(一)」(四・完)「早稲田大学大学院法研論集四五号(一九八八年)一一五頁以下、四八号(一九八八年)一一二頁以下、五〇号(一九八九年)一六七頁以下、五四号(一九九〇年)八五頁以下や高野敏樹『憲法制定権力と主権』(青潮社、一九九八年)は比較的最近の研究であるが、これらの研究においてもヘッセン州憲法四一条の憲法適合性の問題は取り上げられていない。唯一の例外が影山日出弥『憲法の基礎理論』(勁草書房、一九七五年)七五頁以下、とくに九一頁以下であるが、ヘッセン州憲法四一条の憲法適合性の問題については、極めて圧縮された簡潔な記述によって紹介がなされており、影山の紹介だけではヘッセン州憲法四一条の憲法適合性の問題を十分に理解することは困難であるように思われる(川崎「ヘッセン憲法における社会化条項の意義」前掲注(3)二三六頁以下もこの問題に触れている)。本稿がヘッセン州憲法四一条の法的有効性をめぐる半世紀以上も前の議論を研究の素材として取り上げる理由は、ドイツにおける戦後初期の憲法制定権力論の一断面に光を当て、ドイツの憲法制定権力論に関する従来の研究の間隙を僅かなりとも

埋めようとする点にある。

- (6) GVBl. für Groß-Hessen S. 23.
- (7) GVBl. für Groß-Hessen S. 139.
- (8) 以下の叙述に際しては、一九五一年七月二〇日国事裁判所判決の事実認定と *Wiltraut v. Brünneck, Die Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946, JöR 1954, S. 222 ff.* を参考にした。なお、宮本光雄「西ドイツ州憲法制定過程とその史料」成蹊法学一九号(一九八九年)六一頁以下も参照。

(9) GVBl. für Groß-Hessen S. 177.

(10) GVBl. für Groß-Hessen S. 189.

(11) GVBl. für Groß-Hessen S. 188.

(12) 翻訳にあたっては、影山・前掲注(1)のほか、石部雅亮「外国法の学び方—ドイツ法—」法学セミナー二四四号(一九七五年)一五二頁以下を参考にした。

原文は、次のとおりである(太字は本稿筆者による)。

Mit Inkrafttreten dieser Verfassung werden

1. in Gemeineigentum **überführt**: Der Bergbau (Kohlen, Kali, Erze), die Betriebe der Eisen- und Stahlerzeugung, die Betriebe der Energiewirtschaft und das an Schienen **oder** Oberleitungen gebundene Verkehrswesen,

2. vom Staate beaufsichtigt oder verwaltet: die Großbanken und Versicherungsunternehmen und diejenigen in Ziffer 1 genannten Betriebe, deren Sitz

nicht in Hessen liegt.

Das Nähere bestimmt das Gesetz.

Wer Eigentümer eines danach in Gemeineigentum **überführten** Betriebes oder mit seiner Leitung betraut ist, hat ihn als Treuhänder des Landes bis zum Erlaß von Ausführungsgesetzen weiterzuführen.

(17) Stenographische Protokolle über die Verhandlung des Verfassungsausschusses der Verfassungsberatenden Landesversammlung Groß-Hessen Vergleichende Übersicht, S. 20.

(14) Stenographische Protokolle der Verfassungsberatenden Landesversammlung Groß-Hessen 5. Sitzung, S. 196, S. 205.

(15) Drucks. Nr. 93.

原文は、次のとおりである（大字は本稿筆者による）。

Mit Inkrafttreten dieser Verfassung werden

1. in Gemeineigentum **übergeführt**: Der Bergbau (Kohlen, Kali, Erze), die Betriebe der Eisen- und Stahlerzeugung, die Betriebe der Energiewirtschaft **und** das an Schienen und Oberleitungen gebundene Verkehrswesen,
2. vom Staate beaufsichtigt oder verwaltet: die Großbanken und Versicherungsunternehmen und diejenigen in Ziffer 1 genannten Betriebe, deren Sitz

nicht in Hessen liegt.

Das Nähere bestimmt das Gesetz.

Wer Eigentümer eines danach in Gemeineigentum **zu überführenden** Betriebes oder mit seiner Leitung betraut ist, hat ihn als Treuhänder des Landes bis zum Erlaß von Ausführungsgesetzen weiterzuführen.

(19) Protokolle Verfassungsausschuß (17. Sitzung), S. 1.

(17) 以下の複製は、Stenographische Protokolle der Verfassungsberatenden Landesversammlung Groß-Hessen 6. Sitzung, S. 210 中、以下に掲ぐ。以下、同議事録の引用は、本文の如く、該頁頁数を示すことにより行う。

(18) Drucks. Nr. 98.

原文は、次のとおりである（大字は本稿筆者による）。

Mit Inkrafttreten dieser Verfassung werden

1. in Gemeineigentum **überführt**: Der Bergbau (Kohlen, Kali, Erze), die Betriebe der Eisen- und Stahlerzeugung, die Betriebe der Energiewirtschaft und das an Schienen **und** Oberleitungen gebundene Verkehrswesen,
2. vom Staate beaufsichtigt oder verwaltet: die Großbanken und Versicherungsunternehmen und diejenigen in Ziffer 1 genannten Betriebe, deren Sitz nicht in Hessen liegt.
Das Nähere bestimmt das Gesetz.
Wer Eigentümer eines danach in Gemeineigentum **zu**

überführenden Betriebes oder mit seiner Leitung betraut ist, hat ihn als Treuhänder des Landes bis zum Erlaß von Ausführungsgesetzen weiterzuführen.

(19) 以下の叙述は、Stenographische Protokolle der Verfassungsberatenden Landesversammlung Groß-Hessen 6. Sitzung, S. 223 ff. に基づく。

(20) 原文は、次のとおりである (太字は本稿筆者による)。
Mit Inkrafttreten dieser Verfassung werden

1. in Gemeineigentum **übergeführt**: Der Bergbau (Kohlen, Kali, Erze), die Betriebe der Eisen- und Stahlerzeugung, die Betriebe der Energiewirtschaft und das an Schienen und Oberleitungen gebundene Verkehrswesen,

2. vom Staate beaufsichtigt oder verwaltet: die Großbanken und Versicherungsunternehmen und diejenigen in Ziffer 1 genannten Betriebe, deren Sitz nicht in Hessen liegt.

Das Nähere bestimmt das Gesetz.

Wer Eigentümer eines danach in Gemeineigentum zu überführenden Betriebes oder mit seiner Leitung betraut ist, hat ihn als Treuhänder des Landes bis zum Erlaß von Ausführungsgesetzen weiterzuführen.

(21) *Wilhelm Grewe*, Rechtsgutachten über die Rechtsgültigkeit des Artikels 41 der Hessischen

Verfassung, 1951. 以下、同鑑定意見書の引用は、本文において該当頁数を示すことにより行う。

(22) なお、国事裁判所は、ヘッセン州憲法一三一条一項に基づいて、憲法争訟を決定する権限及び国民投票の結果の取消について決定する権限も有しており、グレーヴェは、この二つの訴訟類型を使って訴えを提起できると主張している (S. 8 ff.) が、この主張については紹介しない。

(23) なお、グレーヴェは、マイヤー・アンシュッツの教科書を正しく読むと、そもそも政府は、「刊行の瑕疵 (Publikationsfehler)」(誤りのない法典を誤って印刷する) を訂正する権限を有するのみで、「編集上の瑕疵」を訂正する権限を有しておらず、州政府は、かりに四一条に編集上の瑕疵が含まれているとしても、この瑕疵をテキストの訂正によって排除する権限を有していないと指摘している。この考え方からすると、州政府が、四一条の内容変更をする権限を有しないのは、当然であるということになる (S. 43)。

(24) ただし、軍政府が、国民表決法改正法の許可によって事後的に文言Bの四一条についても許可したかどうかという問題を検討しなければならぬ。当時適用されていた占領法に基づき、ヘッセンにおけるすべてのラント法は許可を必要としていたが、奇妙なことに、国民表決法改正法は、許可を受けずに認証され公布された。州政

府は、公布後、もっぱら知らせるために、同法を軍政府に送付したにすぎない。この通知に対する軍政府の返答はなかった。事後的に通知された国民表決法改正法に対する軍政府の沈黙から、四一条のテキスト変更についての軍政府の承認を読み取ることができない。すべての事情は、軍政府がテキストの変更に気付いていなかったことを物語っている (S. 47)。

(25) *Herbert Krüger*, Rechtsfragen der Sozialisierung in Hessen, AöR 1951/52, S. 46. 以下、同論文の引用は、本文において該当頁数を示すことにより行う。

(26) 石川敏行『ドイツ語圏公法学者プロフィール』（中央大学出版部、二〇一二年）一四三頁。

(27) *Friedrich Giese*, Rechtsgutachten über die staatsrechtliche Frage der rechtsgültigen Aufnahme des Artikels 41 in die Verfassung des Landes Hessen vom 11. Dezember 1946. 「刊行年不明」以下、同鑑定意見書の引用は、本文において該当頁数を示すことにより行う。

(28) AöR 1951/52, S. 469; Staats-Anzeiger für das Land Hessen Nr. 27, S. 516; Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Urteil vom 20. Juli 1951 – P.St.76 –, juris. 以下、同判決の引用は、本文において AöR の該当頁数を示すことにより行う。

(29) 再審の申立てがなされたが、国事裁判所は一九五二年一月一八日の決定においてこれを斥けた

(Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Beschluss vom 18. Januar 1952 – P.St. 76 (W) –, juris)。

(30) *Ulrich Scheuner*, Die Auslegung verfassungsrechtlicher Leitgrundsätze Rechtsgutachten zu der Frage der unmittelbaren Rechtswirkung des Artikels 41 der hessischen Verfassung vom 11. Dezember 1946, 1952.

(31) *Ernst Rudolf Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht Zweiter Band, 2. Aufl. 1954, S. 181 f.

(32) *Friedrich Giese*, Anmerkung zum Urteil des hessischen Staatsgerichtshof vom 20. 7. 1951, AöR 1951/52, S. 491 (494).

(33) *Theodor Maunz*, Die Verfassungsmäßigkeit der Hessischen Verfassung, 1952. 以下、同鑑定意見書の引用は、本文において該当頁数を示すことにより行う。

(34) Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland Bd. 5, 1953, S. 13.

(35) *Berthold Barwinski*, in: Georg August Zinn/Erwin Stein, Die Verfassung des Landes Hessen Kommentar Erster Band, 1954, Art. 41 S. 217.

(36) *Barwinski* (Fn. 35), S. 218.

(37) *Egbert Gutmann*, Die Konstituante nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1965. 以下、同論文の引用は、本文において該当頁数を示すことにより行う。

とよって行う。

(38) *Udo Steiner, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1966.* 以下、同書の引用は、本文において該当頁数を示すことよって行う。

(39) *Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 84 ff.* (カール・シュミット(尾吹善人訳)『憲法理論』(創文社、一九七二年)一〇六頁以下。)

(40) 芦部・注(5)四三頁は、IV二で紹介したマウンツの鑑定意見書の参照を求めつつ、「制憲権は、超実定的な法原則に拘束されながらも、法秩序を創造する権力である以上、当然に形式、もしくは手続規定には何ら拘束されないが、このような法治国家的な合法性の原理を排除する制憲権の発動も、さきに述べた根本規範に合致するかぎり、正当性を獲得し法規範として妥当する」こと、さらに、「憲法制定前における政治的意思によって定められた手続が存在しているも(既存の体制が排除され憲法的な空隙が存在する場合に新しい憲法を準備する各種の法則が生ずるのが常である)、制憲権をそれによって拘束するという理論を基礎づけることはできない」ことを主張している。本文で明らかにしたように、マウンツの見解は、当時のドイツの学説において必ずしも多くの支持を得ていた考え方であるというわけではない(グレーヴェ、クリューガー、シヨイナー、フーバーなど当時の有力な公

法学者は、マウンツと異なる見解を主張していた。)。もちろん、芦部が依拠しているマウンツの見解が当時のドイツの学説において必ずしも多くの支持を得ていた考え方ではないことを根拠として芦部の見解が妥当ではないと主張することはできないし、筆者もこのようなことを意図してはいない。芦部の憲法制定権力論をそれ自体として内在的に理解し、その当否を検討することは、今後の課題として残されている。