

Title	ドイツ基本法(憲法)の成立と展開
Author(s)	栗城, 壽夫
Citation	聖学院大学総合研究所紀要, No.52, 2012.2 : 40-76
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=4224
Rights	



聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository and academic archiVE

ドイツ基本法（憲法）の成立と展開

栗城 壽夫

Ⅰ. 基本法の成立

1. 諸州における憲法制定

無条件降伏の結果、ドイツは、アメリカ、イギリス、フランス及びソ連（当時）の占領軍司令官によって構成される連合国管理委員会の統治下におかれ、且つ、四つの占領地区に分割され、これら四つの地区がそれぞれこれら四つの占領軍のいずれかによって統治された（ベルリンは四つの地区に分割され、それぞれ四つの占領軍のいずれかによって統治された）。四つの占領地区の統治には、そこを統治する占領軍の母国の国情・政治体制が反映されることになった。

四つの占領軍は、それぞれの占領地区を幾つかの州に分け、それぞれの州に国家としての地位を認め、国家として行使される三権の構成を認め、且つ、それぞれの州に憲法制定を行わせた。

このようにして第二次大戦後のドイツにおける憲法制定は、諸州から始まった。^①先鞭をつけたのは、アメリカ占領地区であった。アメリカ占領地区の諸州では、選挙で選ばれた憲法制定議会によってワイマール憲法を模範とした憲法が

制定され、且つ、制定された憲法は一九四六年一月から一二月にかけて国民投票にかけられ、それによつて承認された。イギリス占領地区の諸州の憲法制定は、各州が歴史的な共通性を全く持たない部分から構成されていたこともあつて、非常におくれ、基本法が成立した後に制定された。フランス占領地区の諸州では、既に一九四五年に憲法制定が行われた。以上三つの占領地区の諸州憲法は、法治国家的民主主義を基本原理としていたが、これにたいして、ソ連占領地区は、一九五二年に中央集権制強化のための制度改正によつて変更されるまで、五つの州に分けられ、それぞれの州は社会主義統一党の作成した草案に基づく憲法を制定した。⁽²⁾

2. 西側諸州のための統一憲法Ⅱボン基本法の制定⁽³⁾

(1) 占領軍のイニシアティブ

西側諸州のための統一憲法の制定は、一九四八年七月一日に西側の三占領軍軍政官によつて一一の西側諸州の首相たちに、いわゆるフランクフルト文書が手交されたことから始まった。フランクフルト文書は、諸州を一つの連邦国家へと統合するための憲法の制定を授権するとともに、憲法制定の手段面と内容面とにわたつて種々の要求をした。手続に関しては、憲法制定議会の選挙、憲法制定議会による憲法の審議・議決、憲法制定議会によつて議決された憲法の国民投票における三分の二の州による支持などの要求を含んでおり、内容に関しては、民主的憲法、連邦制、個人の権利と自由の保障、適切な中央機関の創設などの要求を含んでいた。更に、フランクフルト文書は、作られた憲法がこうした要求を満たしておれば、軍政官たちはそれを承認するであろうということを表明していた。

(2) 諸州首相たちの側の対応

こうした要求にたいして、諸州首相たちは、軍政官たちと折衝・応酬を重ねながら、次のような決定をした。

① 軍政官たちとの間でも、また、諸州首相たち相互の間でも、最も問題になったことは、西側諸州だけで憲法を制定することにするか、ということであり、結局、西側諸州だけで憲法を制定することにしたが、そのかわり、本格的な憲法ではなく暫定的なものですませるということで決着がついた。そのことを踏まえて、手続面でも内容面でも、暫定的なものであることを表現することにした。

② 制定及び発効手続に関しては、国民から直接選挙された憲法制定議会によってではなく、州議会の代表者たちによって構成される議会評議会 (Parlamentarischer Rat) によって憲法を制定することにした。また、議会評議会によって議決された憲法について、国民投票にかけて承認させる手続をとらないで、三分の二の州議会の承認ですませることにした。

③ 内容に関しては、諸州首相たちは、暫定的なものであることを明らかにするため、最初のうちは、人権規定を含まず統治機構の規定だけから成るものとどめようとしたが、軍政官たちの反対にあつて、人権規定をも含むものにしたが、名称としては *Verfassung* という名称を使わず *Grundgesetz* という名称を使うことにこだわり、これは軍政官たちの反対を押し切って貫徹した。

④ 憲法制定の責任は、最終的承認を与える占領軍が負うことを主張したが、これも軍政官たちの反対にあつて、ドイツが憲法制定の責任を負うことにした。

(3) ヘレンヒームゼー草案

占領軍軍政官の指令どおり、憲法を制定するための会議が一九四八年九月一日に召集された。会議は、州の人口数に
応じた数の州議会の代表六五人によって構成されていた。これより先、バイエルン州首相のイニシアティブで諸州首
相たちによって草案作成を委嘱された専門家会議（政治家、官吏、憲法学者及び一人の州代表）は、八月一〇日から
二三日まで、ヘレンヒームゼーで憲法問題に関する審議を行い、最終報告書を憲法草案として作成した。自らを準備議
会としてではなく学問的研究会議として理解していた専門家会議によって作成されたヘレンヒームゼー草案は法的拘束
力を持つものではなかったが、多くの点で憲法作成にたいする方向指示を行った。そして、ヘレンヒームゼー会議のメ
ンバーでもあり、議会評議会の議員でもあったカルロ・シュミットやアドルフ・ジュスターヘンらがこれらの方向指示
の実現に努力したので、ヘレンヒームゼー草案は基本法の中に相当程度とり入れられた。基本法がワイマール憲法より
も法律的に練り上げられた憲法になったのは、ヘレンヒームゼー草案のおかげである。⁽⁴⁾

(4) 議会評議会（II制憲議会）における審議・議決

議会評議会は、一九四八年九月一日に活動を開始し、一九四九年五月八日に審議を終え、同日基本法の採決を行い、
五三対一二で可決した。基本法は、更に、占領軍軍政官の承認も与えられ（五月一二日）、一一州中一〇州の州議会の
承認も五月一八日、二〇日、二二日に与えられ、一九四九年五月二三日に発効した。

(a) 審議の冒頭、カルロ・シュミットとアドルフ・ジュスターヘンがヘレンヒームゼー会議の結果について報告
を行い、この報告が通常の場合の政府案提出の役割を担った。⁽⁵⁾

(b) 審議及び審議の結果に関して注目されるのは、次のような諸点である。

(i) ナチスの非人間的な暴政にたいする反発と反省に立脚していること

これは、基本権に関する規定が統治機構に関する規定の前におかれていること、基本権が国家権力を直接拘束するものとされていること(一条三項)、とりわけ人間の尊厳を不可侵とする規定が第一条第一項におかれていること、また、公権力による権利侵害にたいする裁判上の救済が全面的・包括的に定められていること(二九条四項)などに現れている。⁽⁶⁾

(ii) ナチス独裁によつてくつがえされたワイマール憲法にたいしては、積極的及び消極的二様の態度がとられていること⁽⁷⁾

(ア) 一方では、ワイマール憲法の基本権規定(ただし、社会権の規定は除く)及びその模範となつたフランクフルト憲法の基本権規定が模範とされた。

(イ) 他方では、——ワイマール憲法挫折の原因は現在では、ワイマール憲法自身の欠陥にあるというよりは、むしろ当時の政治状況、とりわけ、ドイツ国民におけるワイマール共和制擁護の意思の欠如にあつたと考えられているのであるが——ワイマール憲法自身の構造的欠陥にワイマール憲法失敗の原因を求める雰囲気強く、そうした欠陥と考えられているものを克服することが試みられた。

① 代表民主制と直接民主制との二元主義をとることをやめて、代表民主制を徹底する方向がとられた(国民投票制の原則的廃止、国民による大統領の直接選挙制の廃止)。

② 安定した政府を実現するための方策が講じられた。そのため、建設的不信任投票の制度が導入され(六七条)、また、議会の解散が非常に困難にされた(六四条四項、六八条)。

③ 政党についての規定を設けることによつて(二一条)、政党にたいする一定の保護を与えること及び政党にたいして一定のコントロールを加えることについての憲法上の根拠がおかれた。

④ ナチスがワイマール憲法の保障した権利や自由を利用してワイマール憲法を崩壊させたことに鑑み、そのようなことを予め封ずる試みが行われた。即ち、いわゆる「闘う民主政」の体制がとられた。自由で民主的な基本秩序の破壊を企てる政党の禁止（二二条二項）及びそのような個人の基本権喪失（二八条）の制度がその中心をなしている。

⑤ 憲法を破壊する革命的行為をもなお外見上合法的なものとして正当化することを不可能にするために、憲法改正について内容的限界（人間の尊厳、民主政原理、法治国家原理、連邦国家原理、社会国家原理）を明文で定めた（七九条三項）。

⑥ 既に述べたことと関連するが、基本権を制限・侵害するについては、法律によることを必要とするが、法律によりさえすれば制限できるとする形式的法治国家原理をあらため、立法権にたいして基本権による内容的制限を設け（一条三項）、且つ、それを憲法裁判所による統制に服せしめる実質的法治国家原理を採用した（九三条）。

(iii) 基本法が暫定的なものであることの表明
基本法が暫定的なものであることを明らかにするための条文を設けた。

旧二三条「この基本法は、さしあたり、バーデン、…の諸州において妥当する。ドイツの他の部分には、基本法は、その加入後に施行される。」

旧一四六条「この基本法は、ドイツ国民が自由な決断によって可決した憲法が施行される日にその効力を失う。」

(5) 審議過程への占領軍の介入

議会評議会による基本法の審議の過程への占領軍の介入は、特に連邦と州との関係に関して、州の権限をより強化する方向で行われ、異議が唱えられ、訂正が求められた。しかし、ドイツ側は考えを変えなかつた。最終的には、本国の指示にしたがつて軍政官のほうが譲歩した。東西対立が強まってきたことに鑑み、憲法制定を急いだ本国政府のほうの方針を変更したのである。⁽⁸⁾

(6) ワイマール憲法とボン基本法のおかれた環境の違い

一四年間しかもたなかつたワイマール憲法と、既に六〇年以上続いているボン基本法とを、不運な憲法と幸運な憲法という形で対比することが行われている。⁽⁹⁾ このような対比は、両者の寿命の違いを、両者の憲法構造そのものの違いよりは、両者のおかれた環境、とりわけそれぞれの出発点において両者のおかれた環境の違いに求めようとするものである。こうした環境の違いとして、次のようなことが挙げられる。⁽¹⁰⁾

- ① ワイマールにおいては、敗戦及びヴェルサイユ条約受諾の結果としての賠償によるドイツ経済の圧迫とそれに伴う国民生活の窮迫があつたが、ボンにおいては、賠償は要求されず、賠償による国民生活の窮迫はなかつた。
- ② ワイマールにおいては、国際社会がドイツにたいして厳しい態度をとり続けたが、ボンにおいては、東西対立の激化の結果として、ドイツを引き入れるために西側諸国が寛容な態度をとつた。
- ③ ワイマールにおいては、ワイマール時代を通じて経済不況が続いたが、ボンにおいては、一九五〇年から一九七三年のオイル・ショックまで、ドイツを含む世界の経済の長期的ブームが続いた。
- ④ ワイマールにおいては、ワイマール時代を通じて憲法に敵対的な極右勢力にたいして寛容な態度がとり続けら

れたが、ボンにおいては、軍事裁判によるナチス指導者の処刑及び占領軍による非ナチス政策によるナチス関係者の公職追放によつて、少くとも初期においては、極右勢力が活動できなかった。

⑤ ワイマールにおいては、ワイマール憲法を内心から信奉する民主主義者が官僚、軍人、宗教人、大学人、出版業者などのエリート層において少数であったが、ボンにおいては、ワイマール時代に活躍し、ナチス時代に獄中にあつた人々、亡命していた人々が、戦後の政治の世界に登場したのをはじめとして、民主主義者が各界の指導的地位を占めた。

3. 基本法の正当性

上述の如く、基本法は、——前文において、ドイツ国民がその憲法制定権力に基づいて基本法を制定した、と宣言されているにもかかわらず——国民から直接選ばれた議会によつて可決されたものでもなく、国民投票によつて承認されたものでもなかつたので、その正当性の欠如を指摘し、欠陥ある誕生 (Geburtsmakel) という非難を加えるものもあつたが、一般的には、基本法の発効によつて可能となつた連邦議会選挙による国民の民主的自己決定によつて、基本法の民主的正当化が生じたと考えられている。⁽¹¹⁾ 第一回連邦議会選挙には、有権者の七八・五%が参加し、そのうちの五四・七%が基本法を支持する政党に投票した(過半数を辛うじて上廻つた)が、最初としてはそれで十分と考えられた。第二回連邦議会選挙では、有権者の八六・三%が投票に参加し、それ以後の連邦議会選挙における投票率は七七・八%と九〇%との間を上下している。

もつとも、基本法の正当性については、二つのことを付け加える必要がある。第一は、基本法は単に国民による受け入れ、承認によつて、その正当性を獲得しただけでなく、そのなかに実質的な諸原理(人間の尊厳、法治国家原理、民

主政原理、社会国家原理)を含んでいることによっても、その正当性を獲得したということであり、第二は、基本法の正当性は、制定当時の時点で一回限りのものとして与えられるだけでなく、その後も不断に与え続けられなければならないということである。それは、ひとえに基本法が社会状況・政治状況の変化に適切に対応しながら具体化されて展開され、具体化された相において国民一般の承認を受けているかにかかっている。そして、これは、次の基本法の展開の問題である。

II. ボン基本法の展開

制定された基本法が国民によつて支持され、国民の意識に定着するためには、政治状況、社会状況の変化、時代の要請に適應するために展開されることが必要であつたが、ボン基本法の展開は、基本法の正式改正と、基本法の運用との二本建てによつて行われた。⁽¹³⁾ なお、正式用語としては「基本法」という語が用いられているが、実質上「憲法」として考えられているので、以下においては「基本法」と同義のものとして「憲法」という語も用いることにする。

1. 基本法の正式改正による展開

- (1) 頻繁な改正が行われたこと(二〇〇九年七月二十九日までに五七回)が基本法の展開にとって特徴的である
- (a) 頻繁な改正の背景として次のようなことが挙げられる。

① 政治や社会の変動に対応し、また、時代の要請に応えるために必要であつたこと。

② 規範と現実との乖離を避けるために必要であったこと。もともと乖離にたいして神經質であることがドイツ人の特性でもあるし、それに加えて規範と現実との乖離がワイマール憲法の崩壊を招いたという歴史的経験も踏まえられている。

③ 改正手続が簡易であること（即ち、連邦議会と連邦参議院のそれぞれ三分の二以上の賛成で成立し、国民投票を必要としない）。

④ 改正しても憲法の同一性が失われないことにたいする国民の信頼があつたこと。且つ、制度的にも、そのための手当てが行われていたこと。即ち、七九条三項のいわゆる「永久性条項」（この基本法の変更によつて、連邦の諸ラントへの編成、立法に際しての諸ラントの原則的協力、又は、第一条及び第二〇条にうたわれている基本原則に触れることは許されない）によつて、基本法改正の内容的限界が明文で設けられていた。且つ、基本法改正が七九条三項の定める限界をこえたか否かについては、連邦憲法裁判所によるコメントロールに服するものとされ、これまでに三回審査が行われた（ただし、いずれの場合も、限界をこえていないと判断された）。

(b) 頻繁な改正のデメリット
頻繁な改正は、憲法はいつでも変更できるという印象を国民に与え、憲法の評判・権威を落とす恐れがある、ということが指摘されている。⁽¹⁴⁾

(2) 主要な改正

(a) 再軍備のための改正（一九五四年三月二六日、一九五六年三月一九日）

① ドイツ連邦共和国を西側へ組入れるための手続の一環として、又、占領状態を解消し、ドイツの主権を回

復するための前提条件を満たすために行われた。⁽¹⁵⁾

② 西側への組入れのための諸条約への加入については、二四条の「連邦は、法律により、高権的権利を国際機関に委譲することができる」という規定で対応できたので、再軍備だけが憲法改正の対象となつたのである。⁽¹⁶⁾

③ 政府による再軍備の準備をめぐって激しい対立が展開され、政府は自然権としての自衛権を援用し、野党（SPD）は憲法に明記されていない権限を国家は持たない、と主張して対抗し、連邦憲法裁判所において両者の攻防が繰り広げられたが、一九五三年の連邦議会選挙において、与党が連邦議会の三分の二を獲得したことに基づいて、連邦政府は正式の憲法改正によつて、この問題に決着をつけた。⁽¹⁶⁾

④ 再軍備のための基本法改正は二段階で行われ、一九五四年の改正で連邦の専属的立法権限のなかに防衛事項を組入れ、且つ、一般的兵役義務を定め、一九五六年の改正で兵役義務に伴う種々の基本権の制限（及びそれと並ぶ良心的兵役拒否の権利の承認）が定められるとともに、国家組織の分野で連邦国防軍に関する種々の規制がおかれた（軍の統帥権の限定と連邦議会による強いコントロールが特徴的）。⁽¹⁷⁾

⑤ 一九五三年の改正の結果と一九五六年の改正の結果とをあわせて防衛憲法（Wehrverfassung）と呼ぶことが行われている。

⑥ 全体として見て、防衛憲法の導入は、単純に基本法の補完を意味するだけでなく、まさに連邦共和国の展開の転機を意味すると考えられている。⁽¹⁸⁾

(b) 緊急事態体制の導入のための改正（一九六八年六月二四日）⁽¹⁹⁾

① 導入の動きは既に占領協定の廃止を目的としたドイツ条約（一九五五年発効）の時から始まっていたが、導入に強く反対していた野党（SPD）が政権に入った一九六八年の大連立の時になって、現実化するに

いたった。

② 導入は、ドイツ条約で連合国に留保されていた緊急事態処理権を消滅させる条件であったが、連合国は連邦議会の基本法改正手続が終了した時点で、当該権利の消滅を宣言した。

③ 緊急事態体制 (Notstandsverfassung と呼ばれる) の導入に伴う基本法改正ほど基本法の規範状態に大幅な介入を行った改正はないとされているが、二八ヶ条に変更が加えられた。

④ 緊急事態体制の特色は、次の諸点にある。

(a) 連邦議会に強い関与権が与えられ、緊急事態の存否の認定は連邦議会の権限とされている。

(b) 緊急事態において保障が停止される基本権が、個別的に挙げられている。

(c) 緊急事態においても裁判所による権利保障は停止されないとされ、とりわけ連邦憲法裁判所の機能の確保がはかられている。

⑤ 再軍備のための改正と緊急事態体制導入のための改正とは、あわせて後追い憲法制定といわれている。⁽²⁰⁾

(c) 緊急事態体制導入の代償のための基本法改正⁽²¹⁾

(i) 抵抗権の保障 (一九六八年六月二四日)

(ア) 抵抗権規定の機能として二つのものが考えられている。⁽²²⁾

① シンボル機能

自由で民主的な基本秩序を防衛しようとする意思の表現であり、憲法国家を防衛するようにとアピールする機能。

② 正当化機能

抵抗が成功した場合、刑事法・民事法に違反した行為を正当化する機能。

(イ) 抵抗権は、抵抗義務を意味するものではなく、共和国が市民の自由な防衛意思にその存立を賭けるとい
う思想のあらわれである。⁽²³⁾

(ii) 憲法異議制度の憲法レベルでの保障（一九六九年一月二九日）

① それまで連邦憲法裁判所で認められていた憲法異議制度を、憲法レベルのものに格上げしたもので
ある。⁽²⁴⁾

② 憲法異議制度は、憲法が国民の意識に定着するのに著しく貢献した。⁽²⁵⁾

③ 二〇〇七年までの連邦憲法裁判所における総受理件数（二六九、四七七件）のうち、憲法異議の受理件
数（一六三、三四七）はその九六%を占めている（成功率は二・五%）。⁽²⁶⁾

(d) 東西ドイツの統一に伴う基本法改正

(i) ドイツ統一に関しては、旧二三条による旧ドイツ民主共和国のボン基本法への加入方式で行くか、旧
一四六条による新しい憲法制定方式で行くか、という二つの途があり、後者の途を支持する立場からは、全ド
イツ国民の憲法制定議会による憲法制定の提案や憲法草案の提出も行われたが、結局この方式の支持者は少数
にとどまり、旧二三条による加入方式で行くことになった。⁽²⁷⁾ 新しい憲法を旧東側の人々を含む全ドイツ国民に
よって制定することは、旧東側の人々を含む全ドイツ国民の統合に役立つ、統合に必要な共通意思の表明に役
立つ、と考えられたが、⁽²⁸⁾しかし、政治の動きが速すぎて憲法制定のための時間的余裕がなかったこと⁽²⁹⁾とならん
で、ボン基本法が十分に成功しており、これで十分であると西側の人々の圧倒的多数が考えていたこと⁽³⁰⁾、逆に
東側の人々は基本法のような憲法を望んで平和革命を起こした⁽³¹⁾ということが原因となつて、旧一四六条による
新しい憲法制定方式は採用されなかった。

(ii) 旧二三条の削除（一九九〇年八月三二日）

そのあとに、統一とは無関係のヨーロッパ統合条項が導入された（一九九二年二月二一日）。「統一されたヨーロッパを実現するために、ドイツ連邦共和国は、ヨーロッパ連合の発展に協力する。……。そのために、連邦共和国は、連邦参議院の同意を得て、法律により、高権的権利を委譲することができる。」

(iii) 旧一四六条の変更（一九九〇年八月三一日）

『ドイツの統一と自由の達成後は全ドイツ国民に適用される』この基本法は、ドイツ国民が自由な決断で可決した憲法が施行される日に、その効力を失う」。この規定をめぐっては、統一達成後は意味を持たないものとなつていくとする見解と、統一達成後の新しい憲法制定を革命的混乱なしに可能にする意味を持つていくとする見解とが対立している。

(e) 基本権制限の方向での基本法改正

(i) 信書・郵便・電信電話の秘密の保障の制限（一九六八年八月一三日）

基本法の制定以来、他の基本法改正の波及効果としての改正を別とすれば、基本権自体の改正が行われることは一九九〇年代まではなかった。唯一の例外が、信書・郵便・電信電話の秘密の保障の制限のための改正であつて、内容的に見れば、これは一九九〇年代以降しばしば行われるようになった改正の先駆をなすものであつた。この改正は、憲法価値としての個人の基本権よりも国家理性に優位を与えるものとして、基本法の同一性を危くするものであるとの批判を受けたが、⁽³²⁾一九九〇年以降になされた基本権制限の方向での改正にたいしても、自由から安全へのパラダイムの転換を行うものとして、⁽³³⁾批判が加えられている。

(ii) 一九九〇年以降における基本権制限の方向での改正としては、次のようなものがある。

① 庇護権の制限（一九九三年六月二八日）

② 監視装置による住居の不可侵性の制限（一九九八年三月二六日）

③ ドイツ人の外国及び国際裁判所への引渡しの特許(二〇〇二年七月二六日)

(f) 基本権保障の強化のための改正

しかし、また、基本権保障の強化のための改正も行われた。

① 男女同権の促進(一九九四年一〇月二七日)

② 障害を理由とする不利益取扱いの禁止(一九九四年一〇月二七日)

③ ヨーロッパ連合加盟国家の国籍を有する者にたいする、地方自治体における選挙権・被選挙権の承認

(一九九二年一二月二一日)

(g) 国家目標規定の導入

国家目標規定の導入は、統一条約のなかで行われた基本法の改正・補完の勧告に基づいて設置された合同憲法委員会の審議の結果なされた提案の、部分的実現である。(上記(f)①②もそうである)。

(i) 国家目標としてのヨーロッパ統合規定(一九九二年一二月二一日)

ドイツが直面していたマーストリヒト条約批准のために憲法的根拠を与えるために行われた改正である(これについては後述)。

(ii) 国家目標としての環境保護(一九九四年一〇月二七日)・動物保護(二〇〇二年七月二六日)規定

「国は来るべき世代にたいする責任を果たすためにも、憲法的秩序の枠内において立法を通じて、また、法律及び法律の基準にしたがって、執行権及び裁判権を通じて自然的生存基盤及び動物を保護する。」

(ア) 「及び動物」の文言は後から追加された。

(イ) 国家目標としての環境保護規定を憲法の中におくことは、憲法国家の憲法秩序の新たな正当性のスタンダードになったという評価がある³⁴⁾一方で、一般的に言って、国家目標規定、とりわけ動物保護規定によって

示されるような国家目標規定の陳腐化は、民主的自己決定の喪失を招くという批判が行われている。⁽³⁵⁾

(ウ) 環境保護規定は、国家権力にたいする法的拘束力を持った指令であるが、その具体化は立法・行政・司法の三権に委ねられており、国民個人に主観的権利を与えるものではないとされている。⁽³⁶⁾

(h) 連邦国家体制に関する改正

二〇〇九年現在で五七回を数える基本法改正の半分以上が、連邦と州との関係に関する改正である。このことは、この関係が統一化と分権化との緊張関係のなかでゆれ動く、極めて不安定なものであることを示している。⁽³⁷⁾

出発点をなすのは、責任領域の明確な連邦制的分離の原理であったが、これは、ワイマール期の中央集権的国家財政運用の乱用の経験及び強い中央集権的権力に反対する占領軍の介入に基づくものであった。しかし、次第に連邦は、種々の形態の混合財政を通じて州の行政活動に強い影響を及ぼすようになり、一九六九年五月二日の基本法改正によって、連邦と州との共同任務の制度及び幾つかの混合財政が導入された。更に、このような連邦と州との協働の制度化が基本法の改正に基づかずに行われた（協働的連邦国家主義⁽³⁸⁾）。

一九九〇年代に入ると、ドイツ統一とヨーロッパ化とが重なり合って、連邦と州との関係の再構築を必要ならしめた。⁽³⁹⁾ 先ず、ヨーロッパ連合事項への連邦参議院の関与の手続が定められた。次いで、連邦と州との間の立法権限及びその他の権限の再配分が再三行われ、州の権限の強化を通じての連邦国家の再連邦国家化（Reöderalisierung）が行われた。この傾向は、二〇〇六年の改正による——外見上は州の権限を強化するよう⁽⁴⁰⁾に見えて、実際は——連邦にとつて有利な方向への改正まで続いた。

2. 解釈・適用による基本法の展開

(1) 解釈・適用による基本法の展開における連邦憲法裁判所の決定的役割

(a) 憲法は、単なるテキストとして存在しているだけでは、その規範力を発揮することはできず、また、国民生活に定着することはできない。憲法は、解釈され、適用されて初めてその意味にしたがつて現実化され、具体化され、国民と具体的なかわりを持つことができ、国民のほうでも憲法を身を以て体験し、実感し、憲法に好意を抱き、憲法に信頼を寄せることができる(もちろん、その逆のことがありうることも否定できない)。

(b) ボン基本法がドイツ国民によって受け容れられ、国民のコンセンサスによって支持されている、と一般的に言われているのは、もちろん改正を含む憲法のテキストの持つシンボル機能のせいでもあるが、しかし、何と云っても、憲法の解釈・適用によって憲法がドイツ国民にとって身近なものとなされていることに負っている。基本法の解釈・適用による展開とは、第一に、基本法の諸規定の意味内容を明らかにすることであり、且つ、具体的政治的、社会的状況のなかで、且つ、政治的、社会的状況の変化・進展に対応して、その意味内容を明らかにすることであり、第二に、その意味内容を実現するために必要な措置(例えば、立法、行政行為、判決)を講ずることである。

(c) 解釈・適用による基本法の展開にとって特徴的なことは、次の諸点である。

第一は、基本法の解釈・適用を行うのは、国家機関であるが、国家機関のうち、とりわけ、連邦憲法裁判所が決定的な役割をいとなんでいることである。

第二は、憲法テキストがどちらかという、消極的・権力制限的であるの(1)にたいして、憲法裁判所がどちらかという、憲法を積極的・権力方向づけ、権力指導的なものとして(2)していることである。⁽⁴⁾

第三は、その連邦憲法裁判所がその積極性のあらわれとして、全国家行為、換言すれば、全法秩序を憲法の支配下におこうとして、包括的なコントロールの網の目を張りめぐらしていることである。即ち、立法機関が、憲法の趣旨にそつた立法を全生活分野において行うことによる全法秩序の憲法化を行うだけでなく、連邦憲法裁判所も、立法機関の活動結果を憲法の観点のもとでチェックし、更には、行政機関、とりわけ（通常）裁判機関の活動を憲法の趣旨に適合するようにコントロールして、全法秩序の憲法化に貢献していることである。⁽⁴²⁾立法機関による全法秩序の憲法化は、いわば普遍的な現象であるが、憲法裁判所による全法秩序の憲法化は、ドイツに特有なことといえよう。

(d) このような特徴的な現象にたいしては、問題点も指摘されている。

(i) 憲法の解釈・適用による展開にあたるのは、国家機関のなかでは、先ず第一に、国民を直接代表し、それゆえに国政上の重要決定を委ねられている連邦議会であつて、連邦憲法裁判所ではないのではないか、という問題がある。もちろん、ボン基本法は、立法者の形式的全能という思想のもとに立法形式を通じて行われた国家的決定には実質的限界はなく、裁判所も立法が限界をこえたかどうかについて審査することはできないとする行き方がワイマール憲法の崩壊・ナチスの政権獲得を招いたという苦い経験にたいする反省を踏まえて、立法をはじめとするすべての国家行為に実質的限界があり、且つ、その限界の踰越の有無を裁判所が判断することができるとする体制を憲法が構築したことは十分理解できることであるが、⁽⁴³⁾しかし、連邦憲法裁判所は、憲法が裁判所としての連邦憲法裁判所に指定した役割以上の役割をいとなんでいるのではないか、ということが問題とされているのである。

先ず、連邦憲法裁判所は、立法の合憲性を審査するにあたって、——立法者の裁量の尊重を建前としてかかげているにもかかわらず——立法者の憲法上認められている裁量の余地を十分に尊重していないのではないか、という問題がある。

また、連邦憲法裁判所は、立法の合憲性の審査にあたって、憲法規定から余りにもこまかな点まで規範意味を導出し、それを基準として余りにもこまかな点まで立入ってコントロールしすぎるのではないか、という問題がある⁽⁴⁴⁾。

更に、連邦憲法裁判所は、立法の審査にあたって、立法の不備を指摘するのはよいとして、その改善の方向を打出し、その実現を指示しているのは、裁判所としては行過ぎではないか、という問題がある。

以上のようなことを、シュルツェーフィーリッツは、民主的要素を犠牲にして法治国家的要素を一方的に強調するというドイツ憲法史の基本的傾向を踏まえたものとしての基本法の影の面とし、政治的・議会的立法者、したがってまた国民の代表者の力を奪うものという指摘を行っている⁽⁴⁵⁾。

(ii) また、連邦憲法裁判所による全法秩序の憲法化については、特に、法律の解釈・運用についての自律的判断権を与えられている通常裁判所（もしくは専門裁判所）の固有の権限を侵犯することになるのではないかという問題がある。もちろん、連邦憲法裁判所も、連邦憲法裁判所は通常裁判所（もしくは専門裁判所）の超上級審ではないということは意識しており、そのため「連邦憲法裁判所が介入できるのは憲法固有の事項（spezifisches Verfassungsrecht）の侵害の有無だけである」という定式が樹立されているのであるが、しかし、何が憲法固有の事項にあたるのかについての明確な線引きはできておらず、そのため、連邦憲法裁判所による通常裁判所（もしくは専門裁判所）の判決のコントロールは、しばしば通常裁判所（もしくは専門裁判所）からの非難・攻撃を受けている⁽⁴⁶⁾。

(e) こういう問題を指摘され、批判・非難を受けているにしても、連邦憲法裁判所が国民の前で、他の国家机关の行為を、憲法を基準としてコントロールすることによって、国民に憲法規定の規範的意味を具体的状況との関連において明らかにし、そのようにして、一方で、政治状況、社会状況に則しつつ憲法規定の意味内容を具体的に形

成・展開するとともに、他方で、そのようにして具体化された憲法の意味内容を国民の意識に植えつけ、根ざさせる役割をいとなんでいることは否定しがたい。連邦憲法裁判所ほど国民の憲法意識に貢献した制度はないと評価されるゆえんである。⁽⁴⁷⁾

(2) 連邦憲法裁判所による憲法の理念・精神を国民生活に浸透させるための原理的コンセプトの開発

(a) 基本権の客観法的要素、したがってまた基本権の照射効果の開発⁽⁴⁸⁾

(i) 基本権には客観法的要素が含まれており、したがって全法秩序に照射効果を及ぼすべきであるという基本方針の宣言は、一九五八年一月一五日のリュート判決のなかで行われた。⁽⁴⁹⁾

(ii) 事件は、ナチス時代に活躍した映画監督が戦後再び監督として撮影した映画のボイコットを呼びかけたハンプルク市の局長にたいして、映画会社と監督がこれを不法行為として損害賠償を請求した事にかかわるものである。この訴えについて民事裁判所は、そのいずれの審級においてもボイコットの呼びかけが不法行為にあたるとして訴えを容認したが、ハンプルク市の局長による憲法異議の申立てにたいして、連邦憲法裁判所は異議を容認し、民事裁判所の判決を破棄した。

(iii) 連邦憲法裁判所が判決理由のなかで展開した理論は、大要次のようなものであった。

① 基本権は第一次的には国家にたいして個人の自由を守ることを任務とする防御権である。

② しかし、基本法はその基本権の章において、客観的価値秩序を設立し、そのことによつて基本権の法的効果の強化を行っている。

③ この客観的価値秩序は、憲法の基本的決定として法のあらゆる領域において妥当しなければならず、したがって、立法、行政、司法にたいして基準と推進力を与える。したがって、立法機関、行政機関、裁判機

関は、立法、行政、裁判にあたって基本権をそのようなものとして尊重しなければならない。

④ 立法機関、行政機関、裁判機関がそれぞれの活動において、基本権のこのような照射効果を考慮に入れ、基本権を尊重しているかについては、憲法裁判所が審査することができる。

⑤ 憲法裁判所は、法律をはじめとする一般的法規範の合憲性を審査することができるだけでなく、行政機関、とりわけ裁判機関による法律の具体的適用の合憲性を審査することができる。

⑥ 私人相互の関係は私法固有の領域であり、また、私法の解釈・適用による私人相互の争訟の解決は、通常裁判所（専門裁判所）の固有の権限であるが、通常裁判所（専門裁判所）が判決にあたって基本権の意義を考慮に入れて判決しているかについては、憲法裁判所が審査することができる。

(iv) 憲法裁判所がこのように基本権の意義が尊重されているかどうかという観点から通常裁判所（専門裁判所）による私法法規の適用を審査し、尊重されていないと判断する場合には判決の効力を否定することができることによつて、基本権規定は国家と国民個人との関係において効力を持つだけでなく、私人相互の関係においても効力を発揮することになる。

(v) 基本権が客観的法秩序を構成するという原理は、以下で述べる基本権の様々な効果が引き出される源泉となるものであり、その意味でリユート判決は基本権革命の発端をなすものといわれている。⁵⁰

(b) 基本権の参与請求権としての性格の承認⁵¹

この性格の承認は、一九七二年七月一八日の大学入学定数判決によつて最初に打ち出された。⁵² これは、大学入学について定数制が設けられ、入学希望者のすべての入学の希望が満たされなくなった事態についての判決であつて、基本権が客観的法秩序をなすものであるということを踏まえ、基本権は国家にたいする個人の自由保護請求権の根拠となるだけでなく、国家の給付への参与を請求する権利の根拠ともなりうるのであつて、当該基本権の行使に不可欠の

条件（施設）を国家が独占している場合、そのような条件（施設）への加入を請求する権利の根拠ともなりうる、とする原理を打ち出した。もちろん、これが認められるのは、国家の財政的能力に照らして可能な範囲内で、という留保がつけられている。しかし、可能な範囲内かどうかの審査は裁判所がなしうるとされている。

このようにして、限られた程度においてであるにせよ、本来国家にたいする不作為請求権を意味する自由権が、国家にたいする作為請求権をも含んでいるという原理が打ち出された。

（c）基本権の有効な行使のために必要な組織を請求する権利の承認⁽⁵³⁾

この考えは、一九七三年五月二九日の大学法判決において最初に示された。⁽⁵⁴⁾ 大学改革のために、正教授、講師・助手、学生の三者による大学運営を定めたニードーザクセン州の大学法の合憲性に関する憲法訴訟において、連邦憲法裁判所は、学問の自由はその個々の主体に学問の自由の保護のために不可欠の組織を設けるよう国家にたいして要求する権利を根拠づけるという考え方を打ち出し、この学問の自由の保障にとって不可欠の組織のあり方に関して具体的基準を展開し、この基準に合致していないとして、この大学法を違憲と判断した。

（d）国家の基本権保護義務⁽⁵⁵⁾

このコンセプトは、最初に第一次妊娠中絶判決（一九五七年二月二五日）において打ち出された。⁽⁵⁶⁾ 妊娠中絶を原則可罰としていた刑法を改正して、妊娠一二週以内の中絶を不可罰とした刑法改正の合憲性を審査した連邦憲法裁判所は、胎児にも生命への権利があることを前提として、胎児の生命への権利の——母親による——侵害から保護する義務があるとし、国家はこの義務を果たすために適切な措置を講じなければならず、そのため妊娠中絶を原則的に可罰的とするはこの義務を果たすゆえんであり、逆に原則不可罰的とすることはこの義務に合致しないと判断した。この考え方は、私人による侵害から私人の基本権を保護するものとして一般化され、国家の基本権保護義務は、基本権を国家と個人との関係においてのみならず、私人相互間の関係においても効力を持たせるための原理として活用さ

れるにいたっている。また、後述の比例性原則が過剰禁止 (Übermaßverbot) としての役割を果たすのにたいして、基本権保護義務は過小禁止 (Untermassverbot) としての役割を果たすことになる。

(e) 比例性原理の憲法原理としての承認⁽⁵⁷⁾

連邦憲法裁判所は、多くの判決において、基本権の制限を制限する原理として比例性原理を活用し、これに憲法原理としての地位を与えた。これは、基本権の制限は、追求する目的が正当なものであるということを前提としたうえで、三段階の審査をクリアしなければならぬとするものである。即ち、第一に、適切性の (国家によつて選ばれた手段が具体的目的を達成するのに適しているかどうかの) 審査、第二に、必要性の (目的を達成することができると手段のうちで基本権制限がより少ないものであるかどうかの) 審査、第三に、狭義の比例性の (目的と手段とが適切な関連を保っているかどうか、基本権制限の重さと制限措置によつて追求される公的利益の意義とが適切に均衡を保っているかどうかの) 審査である。この原理は、それゆえ、衝突する法益の調整に大いに役立ち、利益衡量の基準として機能するものである。比例性原則は、立法機関による一般的利益衡量の合憲性の判定基準として役立てられている⁽⁵⁸⁾。行政機関や裁判機関による具体的利益衡量の合憲性の判定にも役立てられている。

(f) コミュニケーションの自由の優越的地位の承認

連邦憲法裁判所は、リユート判決以来の確立された判例を通じて、多元的・民主的憲法国家にとつてのコミュニケーション基本権の優越的地位を承認し、この優越的地位は、対立し、制限の根拠となる公共の利益の観点との衡量にあつて、適切に考慮されなければならないということを強調している。そして、連邦憲法裁判所は、意見表明の自由もしくはメディアの自由の制限が同時に民主政治の作用条件を危くする恐れがある場合には、制限のための特別に慎重な理由づけが必要であると、表現がその目的から見て公共にとつて本質的にかかわる問題に関する精神的闕いに寄与しようとするものである場合には、コミュニケーションの自由の優位のための推定が働くとして⁽⁵⁹⁾。

(3) 連邦憲法裁判所による憲法の理念・精神を効果的に実現するために連邦憲法裁判所が開発した手法

連邦憲法裁判所は、憲法の理念・精神を実現するために、立法・行政・司法の合憲性審査活動を展開したが、その際、一方で、国民意思を代表する立法府の判断を尊重しなければならないという要請及び裁判所としての役割を自覚して抑制的であればならないという要請、他方で、憲法の意味内容の実現のための最適のことは行わなければならないという要請を調整するための種々の手法を開発した。こうした手法としては、以下のようなものがある。ここでは項目だけを挙げるにとどめる。⁽⁶⁰⁾

(a) 立法府の形成の自由の尊重

連邦憲法裁判所は、立法の合憲性の審査にあたって、一律に厳しい審査を行うものとせず、規制の対象領域の特性、規制される権利の重要性などに応じて審査の厳しきを変えらるものとし、明白性のコントロール、主張可能性のコントロール、強度の内容的コントロールの三段階に分け、中間段階の主張可能性のコントロールをもつて標準型とし、このコントロールの場合には、審査は立法の内容面には立入らず、立法にあたって十分な調整・準備をつくしたかという手続面に限られるものとした。

(b) アppeal判決

法律を審査した結果、法律を直ちには違憲と断定できないが、そのまま放置すれば違憲になるとして、立法者に憲法に適合した状態を作るよう——場合によっては期限をつけて——Appealする判決形式。

(c) 違憲確認判決

法律は違憲であるが、しかし、有効とする判決形式。連邦憲法裁判所が法律を違憲と判断すれば、法論理的にはその法律は無効となるはずであるが、連邦憲法裁判所は、独自の判断で、法律を違憲としつつも無効としない判決形式

を編み出した。後にこの判決形式は、連邦憲法裁判所法の改正によって正式のものとされた。この判決形式は、法律が違憲とされたあとの法的空白を回避するためにも有用であるし、法律が違憲とされたあとの事態の処理を立法者に委ねるものとしても有用である。主として社会立法の分野で用いられる。

(d) 合憲限定解釈

結論として法律を合憲とするものではあるが、法律に憲法裁判所の判断で憲法に適合するような意味を持たせて、その法律を合憲とする判決手法である。一方で、法律を合憲とすることによって立法者に敬意を払いつつ、他方で、憲法裁判所の憲法解釈、したがって、憲法の理念・精神を貫徹させる判決手法である。厳密に言えば、このなかには、本来違憲とすべきものを違憲という判断を回避するために独自の解釈を加えて合憲とするものと、必ずしも違憲とはいえないものであるがより憲法に適合したものにするために裁判所が独自の解釈を加えるもの（憲法に方向づけられた解釈）とがある。この判決手法は、法律の解釈を憲法の支配のもとにおくものとして、法発見方法の憲法化として捉えられている。⁽⁶¹⁾ 法律の解釈方法としては、歴史的立法者の主観的意思よりも、法律の客観的意思、即ち、基本権の客観的価値秩序を優先させる方法といえる。⁽⁶²⁾

(e) 「統治行為」の条件付合憲判断

我が国を含め多くの国々で統治行為と呼ばれている政治的機関の行為を、審査の対象とはするがしかし——その政治的判断を尊重する意味で——合憲とし、しかし、合憲とするについて条件をつける判決手法。一種の合憲限定解釈であるが、政治的機関の政治的行為について行われるので、独自性を有するといえる。外交・国防分野でこの手法が用いられる。例えば、西ドイツと東ドイツの国交回復に関する基礎条約についての一九七三年七月三二日の判決は、ドイツ人民共和国を国家としては認めるが、外国としては認めず、ドイツ連邦共和国に滞在する東ドイツ国民を西ドイツ国民と同等に取扱うというように同条約を解釈することを条件として、同条約批准法を合憲とした。⁽⁶³⁾ また、ドイ

ツ国防軍の域外派兵に関する一九九四年七月一二日の判決は、基本法の諸規定に照らして基本的に派兵が合憲であるとしたうえで、更に具体的な派兵についてその都度連邦議会の原則として事前の同意を得ることを条件として、合憲とした。⁽⁶⁴⁾ また、リスボン条約に関する二〇〇九年六月三〇日の判決は、ヨーロッパ連合が国家結合体から連邦国家になるものでないということを条件として、同条約批准法を合憲とした。⁽⁶⁵⁾

(4) 連邦憲法裁判所の努力の成果

連邦憲法裁判所が、その積極的判決活動を通じて達成した成果は、原則的に国民のコンセンサスを獲得し、憲法愛国主義の基礎となつている。⁽⁶⁶⁾ 憲法愛国主義とは、憲法を尊重し、憲法を支えようとする共通の志向を意味し、こうした志向にたいして憲法愛国主義という言葉を用いることについては、或る程度の反対はあるが、相当程度の支持がある。⁽⁶⁷⁾ 憲法愛国主義と呼ばれる現象は、憲法が国民のアイデンティティの基礎をなしていることのあらわれである。⁽⁶⁸⁾

もつとも、近年においては、憲法が国民のアイデンティティの基礎であり、国民統合の基礎であるということについては、かげりが見られる。

一つは、東西ドイツの統一の結果、憲法が国民的アイデンティティの中核としての役割を担う必要性が以前に比べて薄れてきたからである。⁽⁶⁹⁾ 一つは、特にグローバリゼーションの結果、価値あるものに関する考え方が変動し、更にはこれまで価値あるものとされてきたものにたいする関心、信頼が薄れ、憲法にたいする無関心の傾向が生じてきているからである。⁽⁷⁰⁾

しかし、そのようなかげりは否定できないものの、連邦憲法裁判所の判決活動を通じてその意味内容が具体的に展開された基本法が、国民一般によって受け容れられ、国民の意識に根づいていることもまた、否定できない。⁽⁷¹⁾

3. 一九九〇年以降のボン基本法の展開（Ⅱヨーロッパ統合の進展に伴うドイツ憲法のヨーロッパ化の進展）

（Ⅰ）ドイツ憲法のヨーロッパ化の進展は二つの方法で進められている

（a）条約への参加による進展

とりわけ、マーストリヒト条約（一九九二年）批准、及びリスボン条約（二〇〇七年）批准によって。それに伴って、基本法に必要な改正が加えられた。

裁判所の判決を通じての進展

（i）ヨーロッパ裁判所の判決を通じて、ドイツ法にたいして優位が認められているヨーロッパ共同体法が適用され、それがドイツ法にとつて代わりつつある。

（ii）連邦憲法裁判所の判決を通じてもヨーロッパ化への進展が行われている。

連邦憲法裁判所は、一九八一年六月二三日の Solange I 判決の立場（「ヨーロッパ共同体の裁判所が、十分に有効な基本権保護を提供していないかぎり、ドイツ連邦憲法裁判所が審査することができる」）から、一九八六年一〇月二二日の Solange II の判決の立場（「ヨーロッパ共同体の裁判所が、基本法によって提供される基本権保護と同等と考えられる基本権保護を提供するかぎり、連邦憲法裁判所は、第二次共同体法の適用に関して裁判権を行使しないし、共同体法を基本法の基本権を基準として審査しない」）へと転換し、ヨーロッパ化への方向を一層進めた。⁽²⁾

(2) ヨーロッパ化の進展にたいする憲法上の根拠

基本法は、その制定の当初からヨーロッパ統合への寄与の志向を持ち、それを条文の上でも表現していた。即ち、前文において、「ドイツ国民は、神と人間とにたいする責任を自覚し、統合されたヨーロッパにおける同権の構成員として世界の平和に奉仕せんとする意思に満たされて、その憲法制定権力に基づき、この基本法を制定した」と規定し、二四条において、「連邦は、法律により、高権的権利を国際機関に委譲することができる」と規定していたが、マーストリヒト条約の批准に際して、ヨーロッパ連合が国際機関かどうかの問題を明文をもって解決するために、また、ヨーロッパ統合への志向を一層強く打ち出すために、基本法改正によって新二三条一項を導入した。即ち、「統合されたヨーロッパの実現のために、ドイツ連邦共和国は、民主的・法治国家的・社会的・連邦国家的諸原則および補充性の原則を尊重する義務を負い、且つ、この基本法と基本的な同等の基本権保護を行うものとしてのヨーロッパ連合の進展に協力する。連邦は、連邦参議院の同意を得て、法律によって、高権的権利をヨーロッパ連合に委譲することができる。この基本法の内容を変更もしくは補完し、或いは、このような変更もしくは補完を可能にするような、ヨーロッパ連合の創設及びその条約上の基礎及びそれと同等の規律の変更については、基本法七九条二項及び三項が適用される」。

(3) ヨーロッパ化の進展の限界づけの試み

(a) 条約の締結、それに伴う憲法・法律レベルの対応による憲法のヨーロッパ化の進展にたいしては、連邦憲法裁判所が憲法の同一性を根拠として限界づけを試みていることが注目される。

もつとも、限界づけの試みは、上述の如く、基本法二三条一項自身が基本法七九条三項が適用されると規定することによって行われている。また、ヨーロッパ法のレベルにおいても、リスボン条約四条二項が、ナシヨナル・アイデ

ンティティ（この場合、ナショナル・アイデンティティは、憲法のアイデンティティとして理解されている）の尊重をうたっている。問題は、このアイデンティティをどう理解するかである。この点、一九九三年のマーストリヒト条約判決、二〇〇九年のリスボン条約判決は、憲法の同一性のなかに多くのものを盛り込み、それを根拠にしてヨーロッパ連合の一層の進展に歯止めをかけた。リスボン条約判決は、ドイツ連邦共和国が加盟するヨーロッパ連合は国家同盟にとどまるべきであつて、連邦国家になつてはならないという考えを打ち出した（ヨーロッパ連合の現状は、諸国家結合体として捉えられている）。判決はその理由として二つを挙げている。⁽⁷⁴⁾

① ヨーロッパ連合の権力の民主的正当化が不十分なものであること（ヨーロッパ連合は連邦国家ではないから、この程度であつてもよい）。

② 基本法二三条が規定する諸原理は、主権国家を前提としてということ。即ち、基本法二三条は、ヨーロッパ統合の進展にたいして、ドイツ連邦共和国は主権国家であり続けなければならないという限界を課しているということ。判決によれば、この限界は、基本法七九条三項から帰結される限界であり、憲法の同一性の維持のために課される限界である。主権国家であるということは、憲法の同一性の核心をなすものであつて、憲法改正を以てしてはできない。この核心をなくすことは、憲法制定権力の主体たるドイツ国民のみがなしうることである（換言すれば、ヨーロッパ連合を連邦国家に移行させるためには、ドイツ国民による新しい憲法の制定が必要である）。

(b) 連邦憲法裁判所のこのような考え方は、憲法の同一性の核心としての国家そのものを強く打ち出す傾向がドイツで強まってきたことを反映するものであり、更に、その背景としては、東西ドイツの統一によつて「国家」が成立したこと、ヨーロッパ的に見て、更には全世界的に見て、ナショナルなものを強調する傾向が強まってきたこと、ヨーロッパ化の進行にたいする反発が強まっていること、憲法愛国主義にたいする反発が強まっていること、が

考えられる。更には、連邦憲法裁判所の裁判官が二〇世紀前半の経験を持っていないことが指摘されている。⁽⁷⁵⁾

(4) 憲法の同一性についての異った見方

これにたいして、ヨーロッパ化の進展によつても憲法の同一性は失われていないとする主張も展開されている(この主張は、リスボン条約判決にたいする批判ということになる)。

この立場は、前文で示され、二三条で具体化されたヨーロッパ統合への憲法命令こそが基本法によつて構成されたドイツにとつてそのアイデンティティを特徴づけるものであり、抽象的に規定されたナショナル・アイデンティティを以てヨーロッパ統合の進展に対抗させることはできない、とするものである。⁽⁷⁶⁾ この立場は、七九条三項によつて保護された憲法のアイデンティティは、前文及び二三条一項を考慮に入れば、ヨーロッパ的デイメンジョンを持つものと考えられるべきであり、主権的国民国家という固定的イメージを前提して考えられるべきではないとする。⁽⁷⁷⁾

(5) 憲法の同一性の変更の許容

更には、憲法の同一性にこだわる必要はない、とする立場もある。その時々国民が憲法制定権力を発動して新しい憲法を作ればよいのであつて、その場合、七九条三項の同一性条項もしくは永遠性条項は障害とならないとする。一四六条があるのは、新しい憲法の制定が革命という印象を回避し、平和裡に行われることを可能にするためである。この立場からすれば、ヨーロッパ統合が連邦国家に移行するとすれば、それは同一性の変更となるから、一四六条に基づいて新しい憲法を制定すればよいということになる。⁽⁷⁸⁾ 結論は、連邦憲法裁判所の言つていることと違わないかもしれないが、この立場は、国民の憲法制定権力の発動が自由であることを強調するところに特色がある。

(6) 憲法の同一性の意義

ボン基本法は、その制定に際して、憲法の同一性を重視し、それを確保するための仕組みを憲法のなかに設け、それに基づいて憲法の同一性を中核として国政運営が行われ、国民の側でもそのようにして同一性が維持・確保された憲法を自分のものとして一体感を抱き、このようにして同一性を確保された憲法が国民統合のうえで非常に大きな役割を果たしてきたが、二〇世紀九〇年代以降のヨーロッパ化の進展に直面して、それに対抗するために、ナシヨナル・アイデンティティと同一視された憲法の同一性を一層強く打ち出す傾向が生じるとともに、その一層の進展を歓迎するために憲法の同一性を多様に、多元的に理解する傾向も生じ、更には憲法の同一性にこだわらない立場も打ち出されている。今後の議論の行方が注目されるところである。その際の問題点の一つは、現在は同一視されているナシヨナル・アイデンティティと憲法のアイデンティティとが同一のものかということであろう。

※ 本稿は、筆者が二〇一一年六月一三日に聖学院大学総合研究所で行った報告に、必要な加筆を行ったものである。なお、報告および本稿作成にあたっては、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』（信山社、第六版、平成二二年）を参照した。

註

- (1) *Christoph Möllers*, Das Grundgesetz, 2009, S. 18.
- (2) *Konrad Hesse*, Die Verfassungsentwicklung seit 1945, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1994, S. 36 ff.; *Manfred Botzenhart*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1806–1949, 1993, S. 179 ff.
- (3) *Reinhard Müsgnug*, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 3. Aufl., 2003, S. 319 ff. 参照: *Wolfgang Benz*, Die Neugestaltung Deutschlands zwischen Weststaat und Provisorium, in: H.-P. Schneider (Hrsg.), Das Grundgesetz in interdisziplinärer Betrachtung, 2001, S. 9 ff. 参照。
- (4) *クノーンマン* 著、*Reinhard Müsgnug* (Anm. 3), S. 328 ff.; *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 19 f. 参照。
- (5) *R. Müsgnug* (Anm. 3), S. 330.
- (6) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 30 f.
- (7) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 32 ff.; *Michael Bremer*, Die wehrhafte Demokratie: Eine Lehre aus Weimar?, in: E. Eichenhofer (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung — was ist geblieben?, 1999, S. 95 ff.
- (8) *R. Müsgnug* (Anm. 3), S. 341 ff.
- (9) *ノイマール* 憲法を不運な憲法と呼び、*ギン* 基本法を幸運な憲法と呼ぶ例として、*Dieter Grimm*, Die Verfassung und die Politik, 2001, S. 36.
- (10) *Hans-Peter Schwarz*, Die demokratische Verfassungsstaat im Deutschland des 20. Jahrhunderts — Gründung und Niedergang, Bewährung und Herausforderung, in: K. Dicke (Hrsg.), Der demokratische Verfassungsstaat in Deutschland, 2001, S. 13 f., 14.

18 f., 19 ff. ワイマール憲法がおかれた不運な環境については、例えば、*Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 339 f. による基本法成功の原因については、例えば、*D. Grimm* (Ann. 9), S. 109 ff. 参照。

- (11) *R. Müsgenig* (Ann. 3), S. 349 ff.; *K. Hesse* (Ann. 2), S. 41 f.; *Chr. Möllers* (Ann. 1), S. 37 f.
- (12) *Thomas Würtenberger*, *Zur Legitimität des Grundgesetzes in historischer Perspektive*, in: W. Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus der Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, S. 37 ff.
- (13) *Horst Dreier*, *Deutschland*, in: A. v. Bogdandy/P. C. Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 1, 2007, S. 31 f.
- (14) *K. Hesse* (Ann. 2), S. 51 f.
- (15) *Hasso Hofmann*, *Verfassungsrechtliche Perspektiven: Aufsätze aus den Jahren 1980–1994*, 1995, S. 224 f.
- (16) *Stefanie Schmal*, *Der Einsatz deutscher Streitkräfte unter der Ägide des Grundgesetzes: Von demilitarisierten Deutschland zum Einsatz der Bundesmarine im Golf von Aden*, in: H. Dreier (Hrsg.), *Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes: Sechs Würzburger Vorträge zu 60 Jahren Verfassung*, 2009, S. 108 ff.
- (17) *H. Hofmann* (Ann. 15), S. 228 f.
- (18) *H. Hofmann* (Ann. 15), S. 231.
- (19) 下の項全体に「*H. Hofmann* (Ann. 15), S. 231 f. 参照」。
- (20) *H. Dreier* (Ann. 13), S. 35.
- (21) *H. Hofmann* (Ann. 15), S. 220; *Chr. Möllers* (Ann. 1), S. 76.
- (22) *Rolf Gräschner*, *Erläuterungen zum Artikel 20*, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 2. Aufl., 2006, S. 283 f.
- (23) *R. Gräschner* (Ann. 22), S. 286 und Anmerkung 66; *Erhard Denninger*, „Streitbare Demokratie“ und Schutz der Verfassung, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.) (Ann. 2), S. 712.
- (24) *H. Hofmann* (Ann. 15), S. 219 f.
- (25) *H. Hofmann* (Ann. 15), S. 219 f.
- (26) 川又伸彦「附録④連邦憲法裁判所の事案受理件数一覧表（一九五一年～二〇〇七年）」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの

憲法判例Ⅲ』(信山社、平成二〇年) 五六七頁。

- (27) *Michael Kilian*, Der Vorgang der deutschen Wiedervereinigung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.) (Anm. 3), S. 637 f.; *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 81 ff.
- (28) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 83 f.; *D. Grimm* (Anm. 9), S. 43 ff.
- (29) *Horst Dreier*, Das Grundgesetz unter Ablösungsvorbehalt? Zu Deutung und Bedeutung der Art. 146 GG, in: ders. (Hrsg.) (Anm. 16), S. 172.
- (30) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 82; *D. Grimm* (Anm. 9), S. 37.
- (31) *H. Dreier* (Anm. 29), S. 168; *D. Grimm* (Anm. 9), S. 37.
- (32) *H. Hofmann* (Anm. 15), S. 241.
- (33) *D. Grimm* (Anm. 9), S. 114, 303, 311 f.
- (34) *Helmut Schulze-Fielitz*, Erläuterungen zum Artikel 20a, in: H. Dreier (Hrsg.) (Anm. 22), S. 291.
- (35) *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 86.
- (36) *H. Schulze-Fielitz* (Anm. 34), S. 301 ff.
- (37) *Helmut Schulze-Fielitz*, Schattenseiten des Grundgesetzes, in: H. Dreier (Hrsg.) (Anm. 16), S. 44.
- (38) *ホルムホルツ H. Hofmann* (Anm. 15), S. 244 ff.
- (39) *ホルムホルツ Harnut Bauer*, Die Verfassungsentwicklung des wiedervereinigten Deutschland, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.) (Anm. 3), S. 105 ff.
- (40) *H. Schulze-Fielitz* (Anm. 37), S. 41.
- (41) *Helge Lohrar Batt*, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit im vereinigten Deutschland, 2003, S. 69 ff.
- (42) *H. Schulze-Fielitz* (Anm. 37), S. 14.
- (43) *ホルムホルツ H. Schulze-Fielitz* (Anm. 37), S. 18 f. 参照。
- (44) 憲法裁判所によるインターナリズムの批判がもたらした *H. Schulze-Fielitz* (Anm. 37), S. 20.
- (45) *H. Schulze-Fielitz* (Anm. 37), S. 21 ff.

- (46) H. Schulze-Fielitz (Ann. 37), S. 14 f.; Ralf Peter Schenke, Methodenlehre und Grundgesetz, in: H. Dreier (Hrsg.) (Ann. 16), S. 55.
- (47) H. Hofmann (Ann. 15), S. 219 f.
- (48) 基本権の客観的要素 したがってまた、基本権の照射効果については、*Horst Dreier, Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, S. 98 ff.* 参照。
- (49) リュート判決の意義については、*D. Grimm (Ann. 9), S. 202 ff., 307 f.*
- (50) *Chr. Möllers (Ann. 1), S. 73 ff.* 参照。
- (51) 参与請求権としての基本権については、*やこあたり、H. Dreier (Ann. 48), S. 94 ff.* 参照。
- (52) 大学入学定数判決については、戸波江二「教育場所選択の自由と大学入学請求権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、第二版、平成一五年）二八三頁以下参照。
- (53) 組織を請求する権利としての基本権については、*H. Dreier (Ann. 48), S. 106 ff.* 参照。
- (54) 大学法判決については、阿部照哉「学問の自由と大学の自治」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(52)二〇四頁以下参照。
- (55) 国家の基本権保護義務については、*やこあたり、H. Dreier (Ann. 48), S. 103 ff.*
- (56) 第一次妊娠中絶判決については、嶋崎憲太郎「胎児の生命と妊婦の自己決定」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(52)六七頁以下参照。
- (57) *H. Dreier (Ann. 13), S. 72.*
- (58) 以上については、*H. Dreier (Ann. 48), S. 128 ff.*
- (59) 以上については、*Helmut Schulze-Fielitz, Erläuterungen zu Artikel I, II, in: H. Dreier (Hrsg.) (Ann. 48), S. 548 ff.*
- (60) 個々の判決手法については、*さしあたり、川又伸彦・高橋雅人・上代康平・土屋武・千國亮介「附録①基本用語集」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(26)五三七頁以下参照。* なお、栗城壽夫「ドイツの政治と憲法裁判所」ドイツ研究21（平成七年）五九頁以下参照。
- (15) *R. P. Schenke (Ann. 46), S. 56.*
- (22) *R. P. Schenke (Ann. 46), S. 60 f.*

- (63) 基礎条約に関しては、*Jörg Menzel* (Hrsg.), *Verfassungsrechtsprechung*, 2000, S. 226 ff.
- (64) 連邦国防軍の域外派兵に関する一九九四年七月二二日の判決については、*J. Menzel* (Hrsg.) (Anm. 63), S. 547 f.
- (65) リスボン条約判決については、*Der Staat* 48 (4/2009) 所収の、*Dieter Grimm*, *Das Grundgesetz als Regel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union*. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts; *Matthias Jestaedt*, *Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon-Urteil des BVerfG*; *Jo Eric Khushf Murkens*, *Identity trumps Integration. The Lisbon Treaty in the German Federal Constitutional Court*; *Christoph Schönberger*, *Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot*. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts; *Daniel Thym*, *Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit*. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts; *Rainer Wahl*, *Die Schwebelage im Verhältnis von Europäischer Union und Mitgliedstaaten*. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts を参照。
- (66) *R. P. Schenke* (Anm. 46), S. 54.
- (67) *Rainer Wahl*, *Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und der Internationalisierung* (二〇一一年の講演原稿、未公開)、一六枚目。
- (68) *D. Grimm* (Anm. 9), S. 110. 憲法愛国主義については、*Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 91 ff. 及び、栗城壽夫「憲法愛国主義について」憲法問題31 (平成一四年)、一六八頁以下参照。
- (69) *D. Grimm* (Anm. 9), S. 113.
- (70) *D. Grimm* (Anm. 9), S. 113; *Chr. Möllers* (Anm. 1), S. 116. *メラースは、ドイツ連邦共和国には憲法愛国主義は存在していない*、を参照。
- (71) *H. Dreier* (Anm. 48), S. 168, 187.
- (72) *Solange I* 判決、*Solange II* 判決については、*J. Menzel* (Hrsg.) (Anm. 63), S. 234 ff. 参照。
- (73) *ドイツのヨーロッパ*、*Eckhard Pache*, *Grundgesetz und Europa: Verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen der Mitwirkung Deutschlands an der europäischen Integration*, in: *H. Dreier* (Hrsg.) (Anm. 16), S. 140 ff.; *Ingolf Pernice*, *Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union*. *Archiv des Öffentlichen Rechts* 136 (2011), 188 f. を参照。

- (74) リスボン条約判決については、前掲注(65) *Der Staat* 48 所収の諸論文を参照。
- (75) *Chr. Schönberger* (Ann. 65), 557 f.
- (76) *I. Pernice* (Ann. 74), S. 203.
- (77) *I. Pernice* (Ann. 74), S. 219.
- (78) *H. Dreier* (Ann. 48), S. 180 ff., 187 ff.