

## 憲法の規範力

トマス・ヴユルテンベルガー\*  
山田 秀 訳

憲法の規範力という論題は、かつてK・ヘッセが一九五七年のフライブルク大学就任講義において取り上げられ、今では古典的と称されるようになったものである。<sup>1</sup>半世紀経った今でもこの原文は国家理論の議論の論題でもあれば、憲法政策上の実践の論題でもある。認識上重要な点は、基本法のように憲法が、一方では高い規範力を有すると同時に、他方では新旧両方の憲法の多数の規定がただ単に「死んだ文言」に止まっていたという認識である。

第I章で「規範力」という概念が討究される。この概念は様々な特徴をもって登場する。第II章では、憲法の規範力に対して、憲法現実と憲法原文との関係のための対抗草案が対置される。この草案は規範的憲法の基準を更に展開するに当たってより強力な現実連関を前提とする。第III章で中心をなす章は、憲法が

規範力を展開することが可能となるために必要な枠条件に当てられる。終章の第四章は、憲法の規範力の体系内在的な制約を問う。

### 第I章 規範力について

規範力は二〇世紀の国家理論上の中心問題の一つである。そこで問題とされるのは、規範が実定法上の効力を得るために、即ち規範が万民から服従されるべき法として承認されるために何が追加されなければならないかという問題である。規範力の三つの類型が区別され得る。事実的なものの規範力、規範的なものの規範力、憲法の規範力。

## 第1節 ゲオルク・イエリネックの事実的なもの

### 規範力の理論

G・イエリネックは『一般国家学』で、如何にして革命の事例で古い政治的法的秩序の地位に新しい法秩序が取って代り得るのか、という問題提起を行った。新しい法は旧秩序の法源に依拠出来ないものであるから、有効な法として資格を得るために更に基準を必要とする。この基準をイエリネックは事実的なものの規範力に求めたのであった。その基準は、法なき力と力なき法がぶつかり合う際の国家革命に即して展開される。<sup>2)</sup>ここで事実的なものの規範力が新しい法の効力を導くというのである。この根拠づけは心理的記述の試みであって、事実的なものの規範力を人間本性に還元する。人間にとって既に習慣化したものは、新しいものよりも生理的にも心理的にもより容易に再生可能であるということである。事実的なものの規範力の「正当化」作用の本質的な機能（を發揮するための）条件は、そこから、事実上の支配関係が法として承認され得るといふ確信が生ずるといふことである。<sup>3)</sup>こうした確信が見られないときは、事実上の秩序は権力によってのみ保持され得るものであるが、これは何れにしても長続きはしない。単に事実上通用しているものが習慣的な承認によって規範になる場合には、部外者には未だ不正に思われる状態が法共同体によって合法であると感ぜられる。

初め純粹に事実的であった国家権力が法的に正当化された権力に変化するのには、常にこの事実的なものがそのあるがままであるようにあるべきであるという心理的な表象が付け加わることによる。従って、イエリネックの考えによると、歴史的に生成した法の正当化された承認に正しい核心があるのは、権力が「窮極的には常に長い時間をかけて事実関係が承認されること」によって法を引き出す」場合である。<sup>4)</sup>

## 第2節 規範的なものの規範力

「規範的なものの規範力」は、既にイエリネックによって論及された事実的な規範力理論の特別の変化形である。規範的なものの規範力がその力を發揮するとは、法規範が長期間有効で実施されることによってそれ以上背景を問われない「正しい」法と化することである。それ故に、重要なのは、事実関係が法的関係になるというのではなく、既存の規範が「正しい」規則と看做され服従されるということである。規範的なものの規範力は、長期的に妥当し実施される規範が個人並びに集団の法意識を刻印するということによって説明される。

時間の現象は、かくして法秩序に法意識を定位するにつき決定的に重要となる。伝統と歴史的継続性の効能は、法秩序を市民の眼に承認に値すると思わせるところにある。法律は、長期間効力を有することから正しさが推測されるが故に、正しいと

されることがしばしばである。この意味で古代以来、常に繰り返し、「慣習」と「法律」との間の関係が確立される。<sup>5)</sup>こうした時間の正当化力は、心理的にみて長期間慣れ親しんだ事柄に対しては新しい行為形態の受容に対するほど抵抗はないという事実に基づく。長期間存在した法律は、しばしば唯一可能なものと看做され、頭から正しいものと承認される。新しい法律規定は、それに対して、先ず加工され行為の基準にされなければならぬ。<sup>6)</sup>保守主義者にとつてのみならず、法に服従するその他の多数の者にとつても又、法は法の伝統によつて正当化される。社会秩序を決定し法的安定性を保障する法律的規則に関する法意識は時の経過とともに成長する。規範的伝統と法に定位した慣習とは法意識を強力に特徴づける力となる。

法律と法のこの規範的、即ち法意識を形成する力は、更に、到る処で守られている法律に由来するある種の協調圧に基づいている。法律が可決されるということ自体よつて既に、経験によれば、この法律へ同意されたことが強化される。法意識のこうした刻印（特徴）は、それと並んで周辺では民主的に正当化された立法者の権威にも基づいている。国家の、民主主義原理に基づいて構成された権威の領域からの放散としての法律は、先ずそれ自身で正当性の推測を獲得する。

### 第3節 憲法の規範力

G・イエリネックの「事実的なものの規範力」に、K・ヘッセは「憲法の規範力」を対置した。その基本論題をヘッセは、修辭疑問文の形で概括して「事実上の関係と所与の政治勢力と社会勢力と並んで国家構成法「憲法」を決定する力もまた存在するか。この力は何に基づくか、そして何処までそれは及ぶか。」と言つた。

この問いにヘッセは、彼独特の対立するものを調停する遣り方で、「一方において法的憲法の、他方において政治的及び社会的現実の相互制約」が存在するという趣旨で答える。「現実の憲法」、従つて真に政治的秩序と法的憲法は、「相関的な組み合わせ」の関係にある。両者は相互に関連している。しかし、必ずしも相互依存でもない。むしろ、法的憲法に、たとい相対的であれ独自の意義が帰属する。その妥当要求は、国家という現実がその働きによつて生まれてくるどころの作用領域の一要因である。<sup>8)</sup>

そこでヘッセは、憲法の規範的独自存在を承認しこれを擁護する。もちろんこれを経済・技術・社会・精神的な諸制約から剥ぎとろうなどとはせずに。「憲法の現実・制約性と規範性は、ただ区別されるだけである。両者は切り離されないし、同一視され得もしない」。<sup>9)</sup>

ヘッセは更に、憲法の規範力の可能性と限界を訊ねる。これらも又、現実と関連付けてのみ決定される。<sup>10</sup>そこで憲法は、「現代のそれぞれの性質」を受けついでこれを「将来に形成しよう」と試みる」場合にのみ作用し得る。それに応じて憲法は、事実上の諸関係を実際憲法の趣旨において影響し形成しようとする「場合に、歴史的所与や諸力を顧みずに抽象的理論的に国家を設計しようとしては」ならない。最後にヘッセは、「憲法が規範力を最適な程度で展開することが出来る諸前提」を挙げ、これには既に述べた憲法のその時代のそれぞれの状況への接合と並んで、「変化する政治的社会的現実のなかで生存可能であり続ける」能力もまた含まれる。

この場合、憲法の規範力はただ単に「所与に賢く適合していること」に基づくだけではない。更に憲法への意思が、それも憲法生活に責任を負う者だけの意識だけではなく国民の一般的意識においても決定的な仕方で追加されなければならない。これによって、政治的なものの優位に制約を与える思想が憲法の側から要請される。

そこから憲法解釈上重要な新しいアプローチが生まれる。ヘッセはこれを、従来一般的であったのとは異なり、最適な憲法実現のために利用し始める。具体的条件の下で：規範的規則の意味を最大限に実現する解釈が常に必要であるとされる。ヘッセは「憲法の規範性」の複合問題に関する彼のテーゼを以下の如く纏めている。「法的憲法は歴史的現実によって条件づけられ

ている。憲法は、具体的所与を考慮してのみ、それに対して自己の要求を為し得るのであるから、時代の具体的所与から切り離され得ない。法的憲法は、そうとは言え、その時々々の現実の表現に過ぎない訳ではない。その規範的要素のお蔭で憲法は政治的・社会的現実を秩序付け、形成する。存在と当為のこの相関的組み入れから憲法の規範力の可能性が生じるとともに、その限界も生じる。<sup>11</sup>」

一九六一年ハンブルクの公法の助手の最初の会議で、これは「国法学者小会議」とも呼ばれるが、そこで、E・W・ベッケンフェルデは、後にフライブルク大学の同僚になるヘッセのテーゼを取り上げた。「憲法の規範力か？憲法理論の方法論上の基礎的問題」と題するヘッセの報告は、なるほど公刊はされなかったが、<sup>12</sup>ヘッセの就任講義に関する既に雄大な構想を持った書評において、その基本構想が周知された。<sup>13</sup>支配的な哲学的な観方によると相互に厳しく区別されている存在と当為の溝をヘッセが架橋しようとする点が評価された。と言うのも、存在から、即ち現実の諸関係から規範のないし倫理的規準（準則）を引き出すことは不可能であるとされるからであった。しかし、ベッケンフェルデは、結局憲法の規範力を担うとされる、ヘッセによって要請された「憲法への意思」という形態でなされる事実と規範の相関的組み入れを批判する。何となれば、憲法への意思は何を意味するのだろうか？憲法から思想は如何なる内容を有するのだろうか？それへの解答は、「規範的なものは：現実

的なもののうちにおいて規範的に可能なものとして認識され実現され得るといふこと」<sup>14</sup>であるといふことも知れない。

最後にヘッセは彼独特の構想を立て、「憲法の規範力の原理を国民主権原理の上に」<sup>15</sup>置く。多くの帰結を伴うこのアプローチは、フランスで二〇世紀に至るまで支配的であった憲法理論と憲法実践と比較することで明瞭になる。フランスの「loi-cran」理論（「法律ヴェール」理論）によれば、主権者としての議会で可決され、民主主義によって正当化された法律は、憲法をめぐる覆いの如きものであって、その規範力に不利になる。<sup>16</sup>それに対して、ヘッセの構想における憲法の規範力は、単純法を貫徹し決定するとされる。単純法はかくして民主主義的に正当化された立法者によるよりは寧ろ憲法によって考察されるが、これは結局ドイツの憲法裁判権の特別の役割を説明するものかも知れない。ドイツの領域にとつては、フランス・モデルを換骨奪胎して、「constitution-cran」（「憲法ヴェール」）を、即ち、ヴェールのように法律を取り囲む憲法を語ることが出来よう。

五〇年代半ばのヘッセの考察以来、規範と現実、即ち基本法と生活現実の具体的関係は変化した。憲法の規範力、即ち、現実とその趣旨において影響を与える力の要請は、実現された。五〇年代半ば基本法は尚「先取された」憲法として遅れた現実としばしば対立し、本質領域におけるこの矛盾を規範的規準の具体化を通じて解消した。憲法の規範力は、憲法自身を現実にするための理論的構想である。

憲法の規範力というヘッセの考えは、時が経過するにつれ大いに承認されてきた基本法の新しい憲法理論への決定的な先取りであった。<sup>17</sup>未来に開かれた憲法としての基本法と憲法条文の具体化という永遠の課題は——この両者について後に再述するが——理論的な構想としてみるならば最終的にはフライブルク就任講義に遡る。この理論的アプローチを追体験する者でなければ基本法の規範力の源泉を把握しない。

ヘッセのアプローチは、時宜を得た、時代精神に合致した憲法の継続的発展が問題とされる限りに於いてヘーゲルの哲学に依拠している。ここで憲法の規範力は、前世紀の九〇年代が始まって以降議論されているような受容理論と一致している。<sup>18</sup>と言うのは、基本法が規範力を展開するのは、その具体化する更なる展開が個人の法意識によっても集団の意識によっても担われて、とりわけ政治階級によって圧倒的に「正しい」とみられ、少なくとも受容可能と見られる場合だけであるからである。

## 第二章 憲法現実

これまでどちらかという規範的に導かれてきた見方を転換して、フライブルクの政治学者ヴィルヘルム・ヘニスの憲法現実という対抗概念に取り組むことにしよう。<sup>19</sup>ヘニスは、憲法から「一種の一般的課題」を読み取り、その一般的に維持されている諸概念を「具体化し」ようとする憲法理論のアプローチに

強く反対する<sup>(20)</sup>。ここで注目されることは、憲法現実が基本法の規範力によってのみ影響を受けるのではなく規範力から逃れることもあるということである。

### 第1節 憲法現実という現象

「憲法現実」とは、国家共同体の現実の共同生活のうち、憲法の諸規範と諸原則の規制領域に含まれる部分を指す。それで意味されるのは、その行為がたとえ憲法の客観的に適切な解釈に常に正確に適合していようがまいが、憲法に——それも彼らが理解するがままの憲法に——自ら従っていると信じている国家機関及び国家のうちに生活する人々の事実上の行為である。この意味での「生きられた憲法現実」は、従って、経験的に把握可能であり、主観的には憲法に定位した国家に生きる人々の事実上の行為である。市民や国家機関が憲法規範から遊離する<sup>(21)</sup>度合いは、——「否定的項目」として——憲法現実の一部である。

ドイツの憲法現実とは、国法学によって本質的部分を象られている。立法過程において国法学は、法律草案が基本法の基準に適合しているか否かという問題につき重要な助言を行う。連邦憲法裁判所の訴訟において国法学者はしばしば当事者の代弁者であり、「いかにも教授といった」裁判所の同僚と同じ眼の高さで争うばかりではない。立法手続きにおいて、又連邦憲法裁

判所における法律の合憲性をめぐる議論において国法上の政治的助言がこのように広く及ぶ成果をあげるということは世界的にも稀なことであろう。連邦憲法裁判所において大学教授の優位がみられるのも殆ど稀有なことと言ってよいであろう。現在女性裁判官と男性裁判官の過半数が国法学者仲間から構成されているが、これは憲法現実の一側面であり、影響がないことはない。

上述した包括的意味における憲法現実から憲法現実のより厳密な概念が区別されなければならない。狭義の概念は憲法命題の制度化された具体化を表わしている。即ち、憲法が国家機関によって解釈され適用され、とくに自覚的な憲法裁判権によって組織化された実行の機会を獲得するという態様で、憲法命題は実現「即ち具体化」される<sup>(22)</sup>。こうした具体化の成果として現われるものは、法的に保障された憲法現実と呼ぶことが出来る。

### 第2節 憲法現実の変遷

行政と私法の官職の情実人事から財政法上の安定性基準の尊重に至るまで多くの領域において、<sup>(23)</sup>既に長い間、ひよっとするとかなり以前から憲法現実とは憲法の規範力を免れていた。憲法現実とは、その上、常に変遷の下にあった。ここで問題となつていのはVerfassungsgrecht構成法「法」という規範的側面から眺められた憲法」の改正ではなく、Verfassungspraxis憲法実

実践「実践という現実的側面から眺められた憲法」の変更である。憲法実践におけるかかるとの変更は、それらが基本法の指導的範型（モデル）から乖離する場合には、特別の利害に逢着する。最近では以下の事例が議会主義の領域から挙げられる。

- (1) 連邦議会は公共的な（公開の）議論と議決の場とされる。「しかし」事実にははやそうではない。重要な決定は連邦議会の「各種」委員会で下される。連邦議会の重要議題は、実質内容を欠いたまま空虚な議員のベンチの前で審議される。表決がなされる法律条文は、表決の際にそもそも出席していないというのにその大多数の国会議員によって理解されない。
- (2) 連邦議会において公共の（公開の）討論は最早ほとんど見られない。公開の政治討論は関連メディアのフォーラムと、とりわけテレビ討論に移行した。議会の公共性（公開性）機能のこうした周縁化の瞠目すべき結果と同時に告白によると、最近では公式にもまた認められた実務でもあるが、演説草稿を議事録に提出することが見られるようになった。文書手続きにおけるそうした議会の公開性は議会制度に対するあらゆる要請に反している。<sup>(24)</sup>

(3) 更に脱議会制度化が次のようにして起ころ。即ち、本来の政治的意思形成が特別の委員会、例えばハルツIV「社会（保障法）」に関する委員会において為される。連邦議会に残されているのは、議会の外で決着を見た妥協を跡付けること

くらいである。<sup>(25)</sup>

当然ながら殆ど憲法裁判の統制に服すことのない議会の実践の領域において、現在の議会主義の実情は、憲法国家と基本法の理想像からは著しく乖離している。かくして、基本法は重要な領域で規範力を喪失してしまったことが確認される。

### 第3節 政治的形態と憲法（国家構成法）

国家生活は構成法の規範だけでなく、他の社会規範によっても規律される。市民生活には、法規範のほかに、付加的な規律として、社会道徳、取引慣行、商慣行の規範があるように、憲法生活においても——法規範にまかせた裁量の範囲で——特定の政治的形態の枠組みが展開する。これにはたとえば、政治的な敵対者に対して守らなければならない公正のルールや、たとえば政府の構成員が道徳的に或いは政治的に不適切とされた場合に、彼等に辞職するよう命ずる行動規範がある。とくに、政治システムが十分に機能するのは、そうした形態の枠組みを展開し遵守する能力と意気込み如何に懸かっている。<sup>(26)</sup>

### 第三章 規範力の保障としての具体化する憲法展開

憲法の規範力は、その受容に懸かっている。即ち、憲法が「正しい」秩序として、又は少なくとも受容可能な秩序と感じ

られるから、本質的に強制なしに憲法を遵守しようとする法の服従者の心構えに憲法の規範力は懸かっている。<sup>(27)</sup>この受容を獲得し維持することは、憲法実務と憲法学にとっては絶えざる挑戦である。このとき、あらゆる主体に重要な問いがたてられる。集団の価値観が変遷するときに、基本法が、社会的、文化的あるいは技術的な領域、そして国際的な秩序のなかで、自らの規範力を維持し、それによって同時にこの変遷過程を規範的に制御することはどのように達成できるのだろうか？つまりは、規範的な規準が、広く社会的領域の受容と政治的領域の受容によって担われるのは、如何にして実現されるのだろうか？

## 第1節 憲法改正による規範力

集団の価値観と正義観の、つまり時代精神の変化は、<sup>(28)</sup>繰り返して基本法に影響を与えてきた。新たに組み入れられた国家目標は、基本法の価値のテーブルを拡大し、時代の要請に適合することで基本法の規範力に役立って来た。とくに挙げられてよいのは環境保護という新しい国家目標である。基本法二〇a条は、ほぼ二〇年つづいた議論を尽くした後で、環境保護が集団の意識においても特別な意義をもつようになったあと、基本法に受け入れられたのである。特別な意義をもつのが、とりわけ男性と女性の事実上の平等取扱いを促進することを要請し、それによって集団の意識のなかで起きた社会における女性の役割の静

かな革命を受けとめた<sup>(29)</sup>新たな基本法三条二項二文である。<sup>(30)</sup>

## 第2節 構成法の発展と憲法解釈の準拠点としての

### 変遷する社会的現実の間の相互関係

憲法に安息のときはない。憲法のなかでは、ありとあらゆる発展が予見できるわけでも、規律できるわけでもない。憲法公布の時点から歴史的な隔たりが大きければ大きいほど、憲法を形成し続ける課題はより切迫してくる。憲法法規範は、国家共同体の現実、とくに政治的、経済的、社会的利益および権力関係（そして団体による代表）、政党制度の現実、そして世論およびマスメディアで表明される意見との多様な相互関係にある。こうした諸要素は、憲法が内容的に形作られて更に発展させられるかという決定に対しても影響する。<sup>(31)</sup>

憲法規範の解釈に際しては、現実も一緒に考慮されねばならない。この規範は、生の現実に関係づけて具体化される。とくに、規範がその目的を最良に達するのは如何なる解釈によるかは、生の現実依存する。憲法公布のあとに、社会的・技術的或いは経済的な変動が生じたり、又は、集団の価値観と行動様式が変遷すれば、憲法の個別規定の意味変遷を、即ち「静かな憲法変遷」をもたらしすかも知れない。「規範はつねに、規範が作用すべきところの社会関係や社会観・政治観という文脈のなかにある。規範の内容は、状況次第でその諸関係や諸概念とと



もに変遷する<sup>(32)</sup>。例えば、経済的な生活保障の新たに生まれた形式は基本法一四条の具体化に、そして新しいコミュニケーション技術は基本法五条一項の具体化に影響を与えることが出来た<sup>(33)</sup>。まったく一般的に定式化すると、議論による評価や衡量が問題になるのは、構成法（憲法）の諸規範が、変遷する社会の現実<sup>(34)</sup>に目を向けることで具体化され、継続的に発展させられる場合である。基本法（＝権）部分の継続的發展における中心目標は、個人の自由と集団の自由の実効的な保護であり、又、比例原則を志向する基本法（＝権）上の自由の限定である。

変遷する現実においてすら憲法の規範的規準の実効化を目指すこうした憲法解釈の方法は、憲法の理想像、憲法の諸課題についての一定の理解に基づいている。基本法は、とくに基本権（＝法）部分においては、しかし国家目標、国家構造規定においても又、固定的ではなく開かれた動的な憲法である。こうして基本法の解釈は、歴史の変遷と生活関係の変動を正当に評価することができる。この種の開かれた憲法は、社会的・経済的な変遷に際して、連邦憲法裁判所の判例によって、そのつど継続的に発展させられる。

憲法諸規範の文言は、しばしば、相当な意味の作用域を有しており、そのなかでは、諸概念や憲法諸原理の規範的内容が、変動する社会的現実を含めることにより詳細に具体化され得る<sup>(35)</sup>。ここでは古典的な解釈ルールによって憲法規定にとって所与の規範内容を解明するのではなく、憲法規定を法創造的に継続的に発

展させる。要するに、法認識ではなく法創造、即ち、法創造的憲法発展である。

### 第3節 開かれた憲法としての基本法

基本法には、政治と法の（ほぼ）すべての領域に、規範的拘束力によって方向性と基準を与える基本秩序がある。この構想によると、基本権は防禦権であるばかりではなく、国家を基本権の保護に義務付けもする——国家任務としての基本権の自由の保障。基本法五条一項二文の出版、放送、テレビ、映画や、基本法一四条一項一文の所有のような制度的保障は、技術的、社会的または経済的な変化があれば変遷し得る。同じことは、民主主義や法治国家といった憲法諸原理にも当てはまる。変遷する技術的、社会的又は経済的關係に直面して、構成法（憲法）の規則と原理は繰り返し新しく具体化され、それによって実現されねばならない。この基本法の具体化は、連邦憲法裁判所による伝統的な解釈のなかでは基本法の条文を踏まえるのだが、結局、変動する社会・経済的現実のために、一般的憲法原理から新しい憲法法の規準が展開されることになる。

### 第4節 指揮する憲法としての基本法

基本法は国家行為を秩序付け限界づけるだけでなく、それ以

上に、指揮する憲法である。これはとりわけ基本権に当てはまる。国家介入からの保護を志向する古典的な基本権論は、重要な側面を付け加えた。つまり諸基本権は、法と政治を指揮する客観的秩序の諸要素であるから、諸基本権は国家に保護の保証（基本権保護義務）を義務付ける。そのほかの例は、なかでも、基本法五条一項と民主主義原理から、憲法の放送秩序が技術的な変化と結びついて発展した連邦憲法裁判所の放送判例、或いは、社会の変遷に基づいて所有権概念を継続的に発展させた所有権判例がある。

政治と法の方向性と規準を基本法から読み取るという構想は、状況・時間・領域に特有の憲法実現にいたる。そのようなプロセス的な憲法実現は、<sup>36</sup>基本法の条文の裁判官法による大幅な継続発展のなかで明らかになる（いわゆる憲法裁判官法ないし裁判官憲法）。誇張して言うると、構成法（憲法）は、一部は基本法にあるが、大半は、今やほぼ一三〇巻にもなる連邦憲法裁判所の判決「の中」にある。判例は後で言及しよう。

状況・時間・領域に特有な具体化されるべき基本秩序としての基本法の構想は、種々議論された「法秩序の憲法化」に到る。基本法の解釈は中心領域において単純法を展開し解釈するに当たって、繰り返し新たに具体化されるべき「指針」<sup>37</sup>と変遷する規準を与える。基本法の単純法への照射の帰結として、たびたび単純法は具体化された憲法であるとされる。この意味で、フリッツ・ヴェルナー<sup>38</sup>は既にかなり前から、具体化された憲法と

しての行政法を語っていた。

このように憲法を単純法秩序に向けて広く大掴みにすることによって、基本法は指揮する憲法になるであろう。この発展にたいする批判はまた後で触れよう。<sup>39</sup>

#### 第5節 憲法展開力の担い手としての連邦憲法裁判所

憲法発展の過程は、徹底的に連邦憲法裁判所に牛耳られている。基本法の憲法発展を現実主義的に考察するならば、単に歴史的に、且つ憲法制定の状況から基本法の規範的規準を捉えようとすると、国制の法状態と一致することが出来ない。<sup>40</sup> そのような理解では、憲法裁判官の裁判の本質的成果が一面的な歴史的な手がかりの選択によらず遂行された、ということが見誤られてしまう。

連邦憲法裁判所の判例による基本法の具体化は、ここでは詳細に述べることが出来ない。憲法裁判官法は、連邦憲法裁判所判例集のこれまでほぼ一三〇巻のなかで、基本法の条文を積み重ねて展開し続けたので、国制法（憲法）は、基本法における連邦憲法裁判所の判例におけるほど多くはない。それ故に、連邦憲法裁判所は憲法を発展させる権力の決定的な担い手である。<sup>41</sup>

a) 憲法変遷による「社会契約」の継続補正について  
 憲法変遷について——それ故に単に憲法の具体化に限らず——

この文脈で語ることができるのは、憲法解釈の新しい理論的アプローチが基礎に置かれる場合であるとか、<sup>42</sup>或いは、全く一般的に、憲法の具体化が連邦憲法裁判所によって断念され、別の憲法の具体化に取って代わられる場合である。<sup>43</sup>連邦憲法裁判所は、多くの判決でそのような憲法変遷のための諸前提を明確に作り出した。社会的ないし経済的諸関係の変化は、それも人々の行動様式や価値観の変化も又、憲法解釈の変更を必要とすることがあり得る。<sup>44</sup>

憲法裁判官法は、この種の根本的に新しい定位を行うに当たり、フランスの国家理論が定式化したように、憲法は絶え間ない社会変動に適合させられることによつて、<sup>45</sup>「社会契約 (Pacte social)」を継続補正する。憲法は、連邦憲法裁判所によつて具体化され、または変遷を被つた形で、世代を超えて「社会契約」をととも形成できる場合に、規範力を発揮する。

憲法の具体化や憲法変遷によつて「社会契約」がともに形成されるといふのであれば、連邦憲法裁判所は、かなりの程度で政治と社会領域での受容に頼らざるをえない。<sup>46</sup>これには好ましい大綱的条件がある。連邦憲法裁判所は世論調査においてかなり高い受容を享受している。連邦憲法裁判所は一種の社会の裁判所であり、社会のなかの希望や不安を裁判所の決定のなかから拾い上げ、それを広く受け容れられるやり方で処理できる。<sup>47</sup>その判決は、政治領域の態度決定と広範な事実の尊重に基づいている。事案に即してほぼ教科書に準拠するかのように憲法の

規準や準則が展開されている。連邦憲法裁判所は、自己の決定をメディアで発表し、重要な決定の理由を発表することに骨を折る。これにより同様にかなりの程度受容されることになる。とくに連邦憲法裁判所の裁判官は、メディアと学問的な書物のなかに登場することによつて、裁判所の判例の基本ラインを宣伝することに貢献する。

この観点で憲法の規範力や基本法の受容を語ることはあまり的確ではない。連邦憲法裁判所の判例の規範力に照準を合わせる方がより正確であろう。しかし判例は憲法への意思によつて担われ、政治的行為と個人的行為の土台になる。こう見てくると、基本法は憲法条文としてではなく、その具体化や連邦憲法裁判所による基本法の変遷のなかでこそ独自の規範力を発揮する。

b) 憲法改正者と連邦憲法裁判所との対話について

この社会契約の關係のほかにも、広範な憲法具体化によつて、結局憲法改正者の機能を憲法裁判権が引き受けることを正当化するのとは何であるのかについて大いに熟考がなされて来ている。<sup>48</sup>と言うのも、例えば新たな基本権の創造によつて、変化した時勢に憲法条文を適合させること自体、憲法改正立法者の任務でなければならぬからである。あらゆる裁判官法における場合と同様に、ここで最終的な正当化の源泉となるのは、憲法改正者が憲法の改正を通じて憲法裁判官法と憲法変遷に立ち向かい、自

身で「社会契約」の継続的發展のイニシアティブをとることができるということである。

ドイツ連邦共和国の歴史において、憲法改正者は様々な仕方  
で連邦憲法裁判所の判例に、これを修正する趣旨で影響を及ぼ  
してきた。<sup>(49)</sup>このことは例えば基本法七二条二項の連邦法律の規  
定のための必要性条項の追加に当てはまる。一九九四年の改正  
は、それまで連邦憲法裁判所が拒んで来ていた、必要性条項の  
遵守を連邦憲法裁判所によって審査させることを狙った。<sup>(50)</sup>連邦  
憲法裁判所が一連の目覚ましい諸決定のなかで、連邦の立法権  
限を切り落とした後、<sup>(51)</sup>二〇〇六年の連邦制の改革が、基本法七  
二条二項の適用領域の明確な制限を再度もたらした。<sup>(52)</sup>基本法  
一六 a 条における庇護権や基本法一三条三―六項の盗聴工作の  
新ルールも連邦憲法裁判所の判例に応えたものである。<sup>(53)</sup>

#### 第四章 憲法の規範力の限界について

憲法国家における憲法に規範力が備わっていないければならな  
いということに疑いはない。耳触りのよい憲法条文を公布して  
はいるものの、憲法現実を制御できていない多くの国家の国制  
法に目を向けると、次のことが、即ち、民主的で自由な政治秩  
序をもつことができるのは憲法の規範力が政治的・法的生活を  
決定できるときだけであることが判明する。このことは、とく  
に基本権の問題においても政治的・法的秩序とともに形成する  
憲法裁判権を前提としている。古い名言を借用して、行政法の

「権利」保護は法治国家の九天井の要石を成すということと正  
に同様に、憲法の基本権保護は同時に、憲法の規範力の要石で  
あり、実践された憲法国家の秩序の要石である。それ故に、憲  
法は、その憲法裁判権が憲法異議を認めていないすべての国家  
で、非常に限定された規範力しか発揮できない。

憲法裁判権の強い優越性は、憲法の規範力は憲法裁判による  
憲法發展を媒介として民主主義原理の強力な敵対者になるとい  
う帰結をも有し得る。何となれば、憲法の規範力が指揮する度  
合いが増大すればするほど、議会による政治形成が縮小される  
度合いもますます強まるからである。法秩序の憲法化に際して、  
また最近ではその安全に関する憲法判例において、<sup>(54)</sup>政治形成に  
対する民主的に正当化された立法者の特権が憲法發展によって  
あまりにも強く制約されるとい警告によって、連邦憲法裁判  
所は咎められている。権限踰越をほとんど責めることができな  
いその最終決定権限の<sup>(55)</sup>行き着く先は、相反する両価値である。  
各方面から受け入れられている憲法裁判の判例によってのみ、  
憲法は規範力を獲得する。逆にこれに対して、統制的になる憲  
法の規範力は、憲法の拘束と民主的な政治形成との間の憲法が  
前提する座標軸を憂慮すべき仕方ですらすることがあり得る。

全く別の問いがある。憲法の規範力は、どの程度まで国際化  
した立憲主義<sup>(56)</sup>によって新たな政治的・法的緊張状態に達するの  
だろうかという全く別の問いがある。憲法の国際化とグローバル  
化<sup>(57)</sup>によって、国内憲法の規範力はますます国境を狭める。と

りわけヨーロッパ人権裁判所の基本権判例は、連邦憲法裁判所による基本権発展の上によいよ覆いかぶさってくる。これに比肩すべきことはEUの領域にも当てはまる。データ保護に関して行われたヨーロッパ連合の法制定によって以下の事態もたらされ得る。即ち、連邦憲法裁判所はデータ保護に関して最終発言権を喪失し、国勢調査判決以来設定されていた憲法裁判所による私的領域の保護とデータ保護の仕組みからその土台が打ち碎かれる<sup>58</sup>。憲法の規範力は将来、もはや国内の主権や主権によって設立された憲法裁判権に還元され得ない憲法の規準をも顧慮して規定される。ヨーロッパ化され国際化された国制法(憲法)への意思は、その受容可能性と同様、自明なものではなくなる。ここにヨーロッパの統合過程は「ヨーロッパの憲法裁判連合」<sup>59</sup>と同様、新たな課題に直面するのである。

附記 本稿は、二〇一二年三月一三日にドイツ憲法判例研究会(代表:栗城壽夫、戸波江二)後援を受け、熊本大学法学部と熊本大学大学院法曹養成研究科の共催により法科大学院遠隔講義室(F棟二〇二教室)にて実施されたトマス・ヴェルテンベルガー(フライブルク大学名誉教授)の講演会における講演原稿の全訳である。

原典 Thomas Württenberger, Die normative Kraft der Verfassung

#### 略歴

父親が同名の刑法学者であるトマス・ヴェルテンベルガー教授は、一九四三年に出生された。専攻は、憲法・行政法。

- 1971 Dissertation: „Die Legitimität staatlicher Herrschaft“
- 1972-78 エアランゲン大学助手 (Zippelius研究室)
- 1977 Habilitation: „Staatsrechtliche Probleme politischer Planung“
- 1979 アウクスブルク大学教授
- 1981 トリア大学教授(公法、行政学、国家哲学、憲法史講座)
- 1988 フライブルク大学教授(公法・行政法講座)
- 2011 フライブルク大学名誉教授

#### 主要著作

- Verwaltungsprozessrecht, Württenberger, Thomas. - München : Beck, 2011, 3. neu bearb. Aufl.
- Einführung in das juristische Denken, Englisch, Karl. - Stuttgart : Kohlhammer, 2010, 11. Aufl. / hrsg. und bearb. von Thomas Württenberger und Dirk Otto
- Deutsches Staatsrecht, Zippelius, Reinhold. - München : Beck, 2008, 32. Aufl. des von Theodor Maunz begr. Werkes

- Rechtsreform in Deutschland und Korea im Vergleich, Berlin : Duncker und Humblot, 2006
- Polizeirecht in Baden-Württemberg, Würtenberger, Thomas. - Heidelberg : Müller, 2005, 6., neu bearb. und erw. Aufl.
- Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, Heidelberg : Müller, 2002
- Wahrnehmungs- und Betätigungsformen des Vertrauens im deutsch-französischen Vergleich  
Berlin : Berlin-Verl. Spitz, 2002
- Umweltschutz und Recht in Deutschland und Japan, Heidelberg : Müller, 2000
- Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, Würtenberger, Thomas. - Baden-Baden : Nomos-Verl.-Ges., 1996, 1. Aufl.
- Abhandlungen zur Rechtssoziologie, Rehbinder, Manfred. - Berlin : Duncker und Humblot, 1995
- Verwaltungsgerrichtbarkeit, Würtenberger, Thomas. - München : Beck, 1995, 2. Aufl.
- Gesellschaftlicher Wandel und sittliche Werteerziehung, Grünwald : Atwerb-Verl., 1994
- Risikosportarten, Heidelberg : Müller, Jur. Verl., 1991
- Zeitgeist und Recht, Würtenberger, Thomas. -  
Tübingen : Mohr, 1991, 2., erg. Aufl.
- Verwaltungsgerrichtbarkeit, Würtenberger, Thomas. - München : Beck, 1990
- Staatrechtliche Probleme politischer Planung, Würtenberger, Thomas. - Berlin : Duncker und Humblot, 1979
- Die Legitimität staatlicher Herrschaft, Würtenberger, Thomas. - Berlin : Duncker und Humblot, 1973

## 註

\* シトナフマン・タネブルガー氏から拙稿に関し指示及び批判的校閲を賜った。謝意を表す。

- (一) *Konrad Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959.
- (二) *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914 (Neudr. 1966), S. 285; *ders.*, Der Kampf des alten mit dem neuen Recht, 1907, S. 6.
- (三) *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 342.
- (四) *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 344.
- (五) *Sten Gagnér*, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, 1960, S. 21, 27 m. Nw.

- (㉞) *Ernst Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung, 1921, S. 250 ff.; *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 337 ff.; *Eugen Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. Aufl. 1967, S. 327 ff.
- (㉟) *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2011, § 21 II; *Thomas Würtenberger*, Zeitgeist und Recht, 2. Aufl. 1991, S. 208 ff.; *Martin Kiliyas*, Zur Bedeutung von Rechtsgefühl und Sanktionen für die Konformität des Verhaltens gegenüber neuen Normen, in: E.- J. Lampe (Hg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 257 ff., 266, 270; *Hans-Heinrich Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 4. Aufl., 1988, S. 4.
- (㊀) *Konrad Hesse* (Fn. 1), S. 9.
- (㊁) *Konrad Hesse* (Fn. 1), S. 8.
- (㊂) *Konrad Hesse* (Fn. 1), S. 9.
- (㊃) *Konrad Hesse* (Fn. 1), S. 16.
- (㊄) Vgl. *Alexander Hollerbach*, Vermischte Reminiszenzen: Rückblicke auf die ersten vier Tagungen, in: Dalibor u.a. (Hg.), Perspektiven des Öffentlichen Rechts, 2011, S. 33, 37.
- (㊅) *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 118 (1962), S. 172 ff.
- (㊆) *Böckenförde* (Fn. 13), S. 174.
- (㊇) *Konrad Hesse* (Fn. 1), S. 20.
- (㊈) Vgl. *Thomas Würtenberger*, Rechtliche Optimierungsgedote oder Rahmenseetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), S. 139. 151 m. Nw.
- (㊉) *Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 5 Rn. 21 ff., § 7 Rn. 32 ff. zum Grundgesetz als „Grundordnung“.
- (㊊) Vgl. die Freiburger Antrittsvorlesung von *Thomas Würtenberger*, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW 1991, 257 ff. sowie *ders.*, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996; *ders.*, Die Akzeptanz von Gesetzen, in: Soziale Integration. Sonderheft 39 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1999, S. 380 ff.
- (㊋) *Wilhelm Hennis*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, 1968.
- (㊌) *Wilhelm Hennis* (Fn. 19), S. 20.
- (㊍) Vgl. *Theodor Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl. 1987, S. 27 ff.

- (22) *Reinhold Zippelius/Thomas Würtemberger*, Deutsches Staatsrecht, § 7 Rn. 71.
- (23) Vgl. bereits *Wilhelm Hennis* (Fn. 19), S. 7 ff.
- (24) *Claudia Kommeier*, Rede zu Protokoll – der Bundestag formalisiert ein lange praktiziertes Verfahren, DÖV 2010, 676 ff.
- (25) Nachweise bei *Reinhold Zippelius/Thomas Würtemberger*, Deutsches Staatsrecht, § 11 Rn. 53.
- (26) *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, §§ 6 I; 27 II.
- (27) *Reinhold Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 16. Aufl. 2010, § 16 I 2.
- (28) Hierzu *Thomas Würtemberger*, Zeitgeist und Recht, S. 105 ff.
- (29) *Josef Isensee*, Vom Stil der Verfassung, 1999, S. 34 f. *「ヨハン・ハルプ」* 話題となるのは「フヘミンズム時代精神」に対する照会である。新しく起草された基本法第三条二項二文と基本法第二〇条 a 項をイーゼンゼーは「象徴的憲法立法」と名付けているが、これは政治的発展にとつてのその意味を恐らく殆ど正当に評価していない。
- (30) 尤も、新しい国家目標を定めた基本法第三条二項二文は、当該旧条文に関して下された連邦憲法裁判所の古い

判決を確認し強化したに過ぎない。連邦憲法裁判所は既に同権命令を社会的現実にもまで広げており(BVerfGE 85, 191, 207) 法律による差別的取り扱いを、それが特定の性集団に典型的に当つはまる不利益を調整するのに役立つ場合に正当化されること(BVerfGE 74, 163, 179 ff.)。このことが示しているのは、憲法条文の規範力の変更は憲法裁判官法によつても憲法変更立法によつても同様に為され得ることである。この点については再度立ち返る必要はない。

- (16) *Reinhold Zippelius*, Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie, 2. Aufl. 1991, §§ 5 II; 12.
- (22) BVerfGE 34, 269, 288.
- (23) BVerfGE 53, 257, 290 f.; 57, 295, 322 f.
- (24) *Thomas Würtemberger*, Auslegung von Verfassungsrecht – realistisch betrachtet, in: Festschrift für Hollerbach, 2001, S. 223, 230 ff.
- (25) 具体化としての憲法解釈については *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 60 ff. 批判的であることについては *Jestaedt*, in: FS für Isensee, 2002, S. 197 ff.
- (26) *Gunmar Folke Schuppert*, Staatswissenschaft, 2003, S. 817 ff.
- (27) BVerfGE 96, 375, 398.



- (38) *Fritz Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527; *Matthias Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: ders. u. a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 86.
- (39) Vgl. *Christian Starck*, HdStR, 1. Aufl. § 164 Rn. 5 ff.; *Ernst Wolfgang Böckenförde*, NJW 1976, S. 2091; *Helge Lohar Batt*, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, 2003, S. 377: Gefahr einer Herabsetzung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers durch die Herrschaft der die Verfassung auslegenden Verfassungsgerichtsbarkeit.
- (40) So *Matthias Jestaedt*, Grundrechtseinfaltung im Gesetz, 1999, S. 332 ff.
- (41) 『の術語』の『Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 395 ff. を参照。』
- (42) その基本権がもはや単に防禦権としてではなく客観的秩序の要素として理解される場合に、「不十分に」実現されてはならず、それ故に立法者の形成領域に制限が課せられる場合に、基本権解釈の変遷がある(BVerfGE 7, 198, 225; 39, 1, 41)° *Rainer Wahl* (Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte in internationalem Vergleich, in: Merten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I, 2004, § 19 Rn. 1) は、第二次世界大戦以後におけるドイツ国法の最も華々しい発見とする°。
- (43) 『の点』及び『外国の視点及び比較法の視点からの文献』の点に参照° *Michel Fromont*, Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, in: Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, N° 20 (2006), S. 110 ff.; *Thierry Di Manno*, Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français, ebd., S. 135 ff.; *Elisabeth Zoller*, Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, ebd., S. 104 ff.
- (44) BVerfGE 96, 260, 263; BVerfG – K DVBl. 2004, 1108 ff.
- (45) *Thierry Di Manno*, Les revirements, S. 102.
- (46) *Thomas Württemberg*, Auslegung von Verfassungsrecht, S. 239 ff.; *Christoph Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt u. a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 9, 54 f., 58 (das

- Bundesverfassungsgericht „als eine Art Trendscout für neue gesellschaftliche Entwicklungen).
- (47) *Thomas Württemberg*, Auslegung von Verfassungsrecht, S. 240.
- (48) Vgl. *Thomas Württemberg*, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: Guggenberger/*Württemberg* (Hg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?*, 1998, S. 57 ff.
- (49) EU法の次元でも、EU裁判所による契約の制限解釈に対する反応についての契約変更が觀察される。(Vgl. das Gats-Gutachten des EuGH vom 15.11.1994, 1-5399 ff., auf das 2001 im Vertrag von Nizza durch eine Ergänzung des Art. 133 EGV reagiert wurde).
- (50) Vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG.
- (51) 以下の詳細を注を参照。 *Thomas D. Württemberg*, Art. 72 II GG – eine berechenbare Kompetenzausübungsregel?, 2005, S. 61 ff., 74 ff.
- (52) BT-Drucksache 16/813, S. 2.
- (53) *Josef Isensee*, Vom Stil der Verfassung, S. 75; 憲法改正の立法機関がその決定を「修正する」場合、連邦憲法裁判所が行う権力末端への批判について *Mathias Jesiaedi*, Phänomen Verfassungsgericht, S. 91を参照する。
- (54) Hierzu *Thomas Württemberg*, Entwicklungslinien des Sicherheitsverfassungsrechts, in: Festschrift für Meinhard Schröder, 2012, im Druck.
- (55) Hierzu *Franz C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidungskompetenz, 2000.
- (56) Vgl. *Constance Grewe/Michael Riegner*, International Constitutionalism in Ethnical Divided Societies, in: von Bogdandy/Wolfrum (Hg.), *Max Planck Yearbook of United Nations*, Vol. 15, 2011, S. 1 ff.
- (57) 以下の展開について EU規定による「国際法適合的解釈」によるEU憲法による基本法の憲法変遷について *Thomas Württemberg*, Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes, in: Verfassungsänderungen. Beiheft 20 zu Der Staat, 2012, S. 287, 299 ff.を参照する。
- (58) *Johannes Masing*, Ein Abschied von den Grundrechten. Die Europäische Kommission plant per Verordnung eine ausnehmend problematische Neuordnung des Datenschutzes, *Süddeutsche Zeitung* vom 9.1.2012, S. 10; *Christoph Schönberger*,

Anmerkungen zu Karlsruhe, S. 60.

(註) *Andreas Voßkuhle*, Der europäische  
Verfassungsgerichtsverbund, Neue Zeitschrift für  
Verwaltungsrecht 2010, 1 ff.