

憲 法 保 障

——構造的保障と抑圧的保障——

高 野 敏 樹

はじめに

I. 法的保障と予防・匡正的保障

II. 構造的保障とその制度

III. 抑圧的保障とその制度

むすび

はじめに

すべての組織体が、内外からの攻撃に対抗してその存立を保障する手段と制度をもつように、歴史上の多くの憲法が、国家の基本法として、憲法上の基本的な価値や秩序をまもると同時に、自己の存立を維持する制度、すなわち憲法保障 (Verfassungsschutz, die Gewähr der Verfassung) の制度を発展させてきた。いいかえれば、実定憲法は、いわゆる「遵守の保障 (die Gewähr seiner Durchsetzung)」とともに、その「存立の保障 (die Gewähr seines Bestandes)」を自己の任務としてとり込んできた。そして、その憲法保障の意義と制度の内容および位置づけについては、イエリネック (G. Jellinek) によって⁽¹⁾、ひろく「公法の保障 (die Garantien des öffentlichen Rechtes)」として、包括的提言がなされ、それが憲法保障についての基本的な視座を提供していることはよく知られている。

しかし、一方で、憲法保障の概念は、しばしば指摘されているように、憲法構造の全体にかかわる広大な射程をもつと同時に、個別の憲法のおか

れた歴史的、政治的状況によって複雑な展開を示してきた概念でもある。⁽²⁾ とりわけ、ボン基本法に代表的に示されているように、価値中立性の維持というより、「みずから価値理念のにない手として、実定法秩序の防衛の任にあたる」⁽³⁾ 憲法状況において、憲法保障の名のもとにどのような制度を意識し、それをどのように位置づけるかについては、むしろ錯綜した状況にあるといつてよい。以下、憲法保障の制度の内容およびその意義について再検討したい。

注(1) G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1921, SS. 788-795.

(2) 佐藤功「憲法の保障」『日本国憲法体系』(1961年)第1巻143頁以下参照。

(3) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(1973年)285頁。

I. 法的保障と予防的・匡正的保障

1. 憲法保障の体系について、イエリネックは、周知のように、それを(1)強大な社会的諸力—すなわち、宗教、習俗、社会的道徳などの文化的諸力—によって、恣意的権力行使に対して事実上の制限をなす「社会的保障」、(2)組織化された国家的諸要素間の、「権力分立 (Gewaltenteilung)」原理にもとづく現実の力関係のなかに存在する「政治的保障」、(3)客観的法 (objektiven Recht) の保障ないし主観的権利 (subjektiven Recht) の保障を目的とする「法的保障」の三つに大別した。⁽¹⁾

そして、イエリネックは、これらの憲法保障のうち、法的保障をもって、「その作用を確実に予測しうるという点で、社会的保障や政治的保障とは区別されうる」⁽²⁾ と評し、その内容を、(i)国家機関に対する法的統制 (Kontrolle)、たとえば上級行政庁により下級行政庁に対して行われる行政的統制、議会による他の国家機関に対する統制、(ii)すべての国家機関の担い手に、民事上、刑事上、懲戒上の責任を負わせる個人的責任制度、および多分に政治的性格をもつ大臣責任制度、(iii)裁判、(iv)司法救済、行政救済、請願、議会の上奏等の各種の制度などの法的救済手段 (Rechts-

mittel), というの四つの範疇に分類したうえで, (iii) の裁判について, とりわけ行政裁判が客観的な法領域の保護のために多大な役割をはたすことを指摘し, このような「公法の領域への裁判の拡張という現象は, 19世紀における近代国家の構造上, もっとも重要な進歩のひとつ」⁽³⁾ と評価した。

2. 以上のイェリネックの分類で示された法的保障について, とくに裁判所の憲法保障機能をさらに論理的に精密化し, その理論をひろく憲法裁判の領域において展開したのがケルゼン (H. Kelsen) である。1919年のワイマール憲法は, その108条において「国事裁判所 (Staatsgerichtshof)」を設置し, 「議会, 大統領, 宰相および国务大臣が, 国の憲法 (Staatsverfassung) または国の法律 (Staatsrecht) に違反する場合, ドイツ国事裁判所に公訴を提起することができる」(59条) 旨を規定した。この国事裁判所の役割およびその評価に関して行われた, 1928年4月23日のドイツ国法学者大会における「国事裁判の本質と発展」についてのケルゼン・トリーペル論争は有名であるが, そこでケルゼンは, 憲法裁判を国家作用の法適合性を保障する目的をもつ手段体系のひとつとしてとらえ, 憲法裁判所の役割の評価に最大の力点をおいた。⁽⁴⁾ すなわち, 純粹法学 (reine Rechtslehre) の論理からすれば, 一般に, 公法理論における法段階説のもとで, 上位規範に下位規範が抵触することは許されない。いいかえれば, 実定国法秩序の最上位規範である憲法に, 法律以下の下位規範が抵触しえないことは自明の理に属するといつてよい。

ケルゼンによれば, 憲法裁判所は, 憲法保障の領域において一たとえば他の国家機関に対する裁判所の勧告的意見という形式を用いることにより一違憲判断を法案成立の前段階になすことによって, 違憲の行為がなされることを事前に阻止すること, すなわち「予防的保障 (präventive Schutz)」に貢献しうると同時に, 違憲行為がなされた事後において違憲行為そのものの不成立もしくは取消をなす「事物的保障 (sächlich Schutz)」

あるいは違憲の行為をなした国家機関に刑事的、民事的、懲戒的責任を負わせる「人的保障(persönlich Schutz)」をとおした「匡正的保障(repressive Schutz)」という多元的な側面において、憲法保障の中心的役割をになうものである。このような「憲法の裁判的保障 (der gerichtliche Schutz der Verfassung)」に対するケルゼンの高い評価は、そののちの、シュミット(C. Schmitt)とのいわゆる「憲法の番人(Hüter der Verfassung)」論争における、「憲法の政治機能は権力の行使に法的制限をくわえることにあり、憲法の保障とは、この法的制限が躓えられないように保証することである」⁵⁾ という主張にも一貫してうけつがれている。それは、要するに、大統領の政治的権力にバンジャマン・コンスタンのような中立的、調整機能を期待し、そこに終極的な「憲法の番人としての大統領 (der Reichspräsident als Hüter der Verfassung)」の役割をみいだすシュミットの「政治的決断主義」に対抗し、憲法規範の「規範力」を維持することによって、ワイマール憲法下において憲法現実として急速に進行する大統領への権力の集中を阻止し、憲法の価値秩序を維持することの意義を強調するものであったといえよう。

注(1) G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1921, SS. 788-795.

(2) a. a. O., S. 791. イェリネックは、「社会的保障」について、それが法の妥当性に最も強い保証をあたえたとしながらも、性質上、既存の法体系を破壊する作用を営む点を指摘し、一方、「政治的保証」については、現実の力関係のなかで、たとえば国民代表制が腐敗すれば専制政治と同様に法を破壊するように、憲法保障について意図されたところと反対の働きをなす可能性を指摘している。

(3) Jellinek, a. a. O., S. 794.

(4) H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, 1929, S. 30. ここでは、裁判的保障のうち、最も有効であるものとして、「事物的保障」の方法があげられている (a. a. O., S. 43).

(5) H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931, S. 6. シュミットとの論争については、佐藤功「憲法の保障」『日本国憲法体系』(1961年)第1巻172頁以下参照。

II. 構造的憲法保障とその制度

1. 以上のイエリネックあるいはケルゼンの分析は、すでに述べたように、憲法保障の意義およびその制度の位置づけに関して多くの示唆をあたえると同時に、他方でまた、現行のボン基本法との関係において、いくつかの点で、さらに検討すべきあらたな課題をも提供している。

ボン基本法は、憲法保障の理念および制度に特別の注意をはらい、従来の憲法保障の制度に加え、「連邦のラントへの編成、立法のさいにおける諸ラントの原則的協力、または第1条（人間の尊厳の保持）および第20条（法治国家原則）にかかげられた基本原則に影響をおよぼすような基本法の改正は許されない」旨の憲法改正の限界を定める明文の規定(79条3項)をおいた。この改正禁止規定は、ヘレンキームゼー草案 (Entwurf des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee)の段階において、106条(加重された改正手続)、107条(連邦国家の維持)、108条(自由で民主的な基本秩序の改正禁止)の三つに分離されていた条項を整理、統一する形で—ただし、ワイマール憲法76条にならって憲法改正に際して国民投票を要件とした106条は修正され、同条の国民投票制度は削除されたうえで—導入された。⁽¹⁾ ボン基本法は、この79条によって、法実証主義的立場からする憲法改正限界否定論に終止符をうつとともに、「憲法の実質的核心 (materiellen Kern der Verfassung)」を明示し、みずから積極的にその価値の防衛に任ずることを宣言することとなった。

2. ところで、憲法改正に関して、このような憲法改正の限界が規定されることや、憲法改正の手続が加重されることについて、さきに述べたイエリネックの分析においては、憲法保障の態様として直接に指摘されていない。1791年フランス憲法や1832年のザクセン憲法など、憲法史上、いくつかの憲法典がその改正を禁止する趣旨の規定を設けていたにもかかわらず、それが憲法保障の制度として論及されていない理由として、「(イエリネッ

クの理論において) おそらくは、憲法保障が問題となるのは、憲法がその定める『改正』としてではなく変更せしめられることを防止しようとする場合についてであるとするのであろう。『改正』以前の段階において憲法の保障が必要なのである』⁽²⁾ と考えることが妥当であるかもしれない。

しかし、一方で、これらの憲法改正に関する諸規定もまた、その目的において、憲法の安定性あるいは存立を保障することをめざしていることは疑いない。すなわち、それらの規定は、憲法改正という新たな憲法規範の定立作用に一定の制限を加えることによって、現行憲法の価値秩序を維持し、その存立を保障する目的に仕えようとする点で、ひろい意味における憲法保障の一環として位置づけることは可能である。ボン基本法下の現在の西ドイツにおいても、79条3項の位置づけをめぐって、その規定をまさしく上に述べた意味において、実質的な憲法保障の制度的側面のひとつであるととらえ、同条がいわゆる憲法の「予防的保障(präventive Schutz)」の重要な担い手とする考えが学説の大きな流れを形成しているといっている。⁽³⁾

ただ、この場合の「予防的憲法保障」の概念は、さきに述べたケルゼンの意味での「予防的保障」の概念とは基本的に異なる。ケルゼンの主張する「予防的保障」の概念がいわゆる「法的保障」のカテゴリーに属する「憲法の裁判的保障」の態様のひとつであるのに対して、憲法改正に関する諸規定を「予防的保障」の範疇に包摂しようとする目的は、憲法保障の射程範囲を憲法改正といういわば憲法規範が終極的な状況をむかえるところにまで拡大することによって実質的な憲法価値の維持をはかるところにある。

3. そして、それは、いかえれば、イエリネック的な「社会的保障」「政治的保障」「法的保障」の三分論に対する再検討の契機としてとらえることも可能であろう。その点で、たとえば、ショイナー (U. Scheuner)⁽⁴⁾あるいはヘッセ (K. Hesse)⁽⁵⁾ によって主張されているように、憲法保障の

態様を、このような社会的、政治的あるいは法的に区分するのではなく一憲法保障が本来そのような性質を有することを前提としたうえで一全体として、大きく憲法の構造そのものからくる「構造的保障 (kostruktiven Sicherungen)」の枠組みでとらえようとする試みは注目される。ヘッセによれば、「構造的保障は、目標設定の交代を認めず、さまざまな諸力の働きかけを受け入れないような閉鎖性 (Geschlossenheit) が憲法の解放性 (Offenheit der Verfassung) にとってかわるのを阻止するために憲法のなかに設置された組織規定や手続規定 (organisatorischen und verfahrensmäßigen Regelung), とりわけ権力の配置と均衡 (Zuordnung und Balancierung der Gewalten) のなかにみられる」⁶⁾ものであり、このような憲法保障の具体的態様として、伝統的な憲法保障制度に加えて、たとえば、(1)憲法改正の内容的限界を明示し、その改正を禁止する79条3項、(2)「法律の留保の過度の利用 (übermäßige Ausnutzung der Gesetzesvorbehalte)」からくる基本権の空洞化を防ぐために、「いかなる場合においても、基本権の本質的内容が侵害されてはならない」ことを宣言した19条2項、(3)「基本法は、基本法の文言を明文をもって変更し、または補充する法律によってのみ、これを変更することができる」と規定し、いわゆる「憲法破毀 (Verfassungsdurchbrechung)」の制度を否定した79条1項、(4)国家権力の「協働と統制 (Zusammenwirken und Kontrolle)」のために、積極的に司法権の介入を認めた92条と95条、および連邦憲法裁判所の権限を定めた93条があげられている。

4. これらの諸規定は、ワイマール憲法の崩壊過程から多くの教訓をえたボン基本法の憲法体制維持のためのいわば核心部分を形成する。同時に、それは、性質上、法と政治あるいは社会的諸力がそこで錯綜する領域であるといえる。とりわけ、その状況は、成立以来、多くの改正を経験したボン基本法において、憲法改正の合憲性をめぐる連邦憲法裁判所1970年12月15日判決⁷⁾に象徴的にあらわれている。

問題の憲法改正は、非常事態憲法の公布にともなう基本法の補充として、1968年6月24日の憲法改正法律によって、信書、郵便および電気通信の秘密の不可侵を定めた基本法10条に制限をおくとともに、あらたに「その制限が、制限をうける者に通知されないこと、および裁判の方法に代えて、議会が選任した機関および補助機関による事後審査を行うことを法律で定めることができる」との条項を付加したものである。しかし、これに対しては、さきに述べたように、基本法79条3項が、「人間の尊厳」(1条)および「法治国家原則」(20条)に反する憲法改正を禁止する旨を定めており、本改正は人権の広汎な制限を招く点で1条に違反し、また、その人権制約の合法性についての審査権を裁判所以外の機関に委ねた点で20条に違反する一したがって、本件憲法改正は、79条3項に違反するため違憲無効と考えるべきではないか—との点が争点となったのであった。

以上のように、本件は、「憲法改正の憲法違反(Verfassungswidrigkeit der Verfassungsänderung)」を確定しうるかどうかの判断が求められたケースであるが、連邦憲法裁判所第2部が、すくなくともこの問題に対して、裁判所の審査権限がおよぶことを全員一致で肯定し、合憲性の審査に積極的に踏み込むにいたったことはきわめて注目される。「憲法改正の合憲性(Verfassungsmäßigkeit der Verfassungsänderung)」の問題が、学問上の問題にとどまらず、このように現実の憲法解釈の問題として裁判所の審査に服するとされたことの背景には、(1)学説上、すでに、ひろく憲法規範相互の間において、理論的には「憲法違反の憲法規範(verfassungswidrige Verfassungsnormen)」が生起する可能性が指摘されており⁽⁸⁾、そのような「規範矛盾」の概念を州の憲法裁判所においてではあるが肯定した先例が存在すること⁽⁹⁾、(2)憲法改正の合憲性の前提問題として、いわゆる「憲法制定権力(Verfassungsgebendegewalt)」と「憲法改正権(Verfassungsänderungsgewalt)」との関係をどのように理解するかという問題について、理論上この両者を分離する考えかた、すなわち「憲法

改正権」は *pouvoir constituant* ではなく「憲法によって作られた権力 (*pouvoir constitué*)」にすぎず、そこに一定の限界を認める立場が通説を形成しており、ボン基本法79条3項そのものがそのような趣旨にしたがって成立したと考えられた¹⁰⁾ こと、(3)それと関連して、ボン基本法がその改正の手續として、国民投票制を採用せず、上述のように、79条1項において、基本法の文言を明文をもって変更または補充する「憲法改正法律」という、いわば「立法の方法 (*der Weg der Gesetzgebung*)」—ただし、議会において3分の2の特別多数決を要する—による改正の形式をとっているため、連邦憲法裁判所が、実質的にもまた形式的にも、問題の憲法改正をその審査の対象である「連邦法」の範疇に包摂することが可能となった、といった種々の積極的要因が考えられる。

しかし、このような改正の合憲性に対する司法審査の、より本質的な問題は、「憲法の番人」は誰であるかというしばしば繰り返された論争に対し、ボン基本法の下において、どのように答えるべきかというところにあったといえる。学説の多くは、ボン基本法の憲法保障の起点が、公権の限界の確定と、そのための概括主義にもとづく司法手續のメカニズムにあるとの観点から、連邦憲法裁判所に対して、憲法改正の領域における「憲法の番人」としてのあらたな役割を期待していた。70年判決は、この問題について、連邦憲法裁判所が提示したひとつの回答であり、それによって、79条3項はその規範力を法的に担保する具体的なメカニズムを獲得しうることになる。すなわち、憲法の「構造的保障」の一環として「予防的保障」の役割を担っていた79条3項は、70年判決によって、ケルゼンの分類にいう「法的保障」の類型としての「匡正的保障」の領域へとその機能を拡大する可能性が開かれたといえることができる。

ただ、判決は、改正の合憲性に関する実体判断については—5対3の僅差ではあるが—68年改正の合憲性を肯定する結果となった点で今後に大きな課題を残すことになった。すなわち、多数意見は、問題の改正が、ボン

基本法をつらぬく「たたかう民主主義 (streitbare Demokratie)」の理念にしたがって行われたものであることを強調し、(1)問題が自由な民主的秩序にかかわる場合には、基本権も制限可能であると同時に、(2)基本権制限の合法性の審査機関も、それが議会の承認によって設置される以上、「法治国家原則」に反しない、と結論づけた。しかし、このような多数意見の立場に対しては、正面から対立する少数意見が付されている。3名の裁判官の少数意見は、多数意見の論理が「憲法秩序の維持を強調するあまり、かえって憲法に明記されている基本原則を放棄することになる」⁽⁴⁾点を指摘した。すなわち、少数意見によれば、現行基本法において維持されるべき「法治国家」原理には、その不可欠の要素として基本権保障の理念が存在しているとみななければならない。それにもかかわらず、その大幅な制限を肯定する点で、多数意見の立場は論理的な矛盾に陥るといわざるをえない。いいかえれば、少数意見は、憲法秩序の維持の目的をかかげる多数意見の論理が、実質的には、憲法の価値・秩序の維持というよりは、むしろ現行体制そのものの法的追認となる危険性をもつことを強く主張したのであった。

注(1) K. Hesse, *Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsänderung*, AöR, Bd. 1, 1951, S. 574 ff.

(2) 佐藤功・前掲152頁参照。

(3) たとえば、K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht*, 7 Aufl., 1974, S. 268; T. Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 19 Aufl., 1973, S. 333; G. Dürig, *Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III*, Festschrift für T. Maunz, 1971, S. 48 参照。

(4) U. Sheuner, *Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, Um Recht und Gerechtigkeit*, Festgabe für E. Kaufmann, 1950, S. 326.

(5) Hesse, *Grundzüge*, a. a. O., S. 268.

(6) a. a. O., S. 268.

(7) 1 BVerfGE 30 (1971). 判決の詳細については、高野敏樹「憲法保障と憲法改正の合憲性」佐藤功先生古稀記念『日本国憲法の理論』(1986年) 653頁以下参照。

(8) 「憲法違反の憲法規範」概念を肯定する学説として、それを主唱したBachof,

Verfassungswidrige Verfassungsnormen, 1951のほか, Maunz, a. a. O., S. 49; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 79, Anm. III, Abs. 2d; Model-Müller, Grundgesetz, 8 Aufl., 1976, S. 52; GG Kommentar, Rdnr., 159 などがある。

- (9) たとえば, バイエレン憲法裁判所1950年4月24日判決 (DöV 1950, S. 407; Bachof, a. a. O., S. 15) は, 憲法規範が憲法制定者の意思である基本原則に抵触する場合, 無効となることを宣言している。
- (10) H. Rupp, NJW 1971, Heft 7, S. 275.
- (11) 1 BVerfGE 30 (1971), S. 33.

Ⅲ. 抑圧的憲法保障とその制度

1. ボン基本法における憲法保障体制は, その基礎を, さきに述べた「たたかう民主主義」の理念に基本的に依存し, この「たたかう民主主義」の実現のために, とりわけ重要なつぎの二つの特色のある規定をおいている。

すなわち, 基本法は, その18条において, 基本権としての種々の自由が, 「憲法の基礎 (Grundlagen der Verfassung)」を破壊する目的に利用されることを防止するため, 「意見表明の自由, とくに出版の自由 (5条1項), 教授の自由 (5条3項), 集会の自由 (8条), 団体結成の自由 (9条), 信書, 郵便および電気通信の秘密 (10条), 所有権 (14条) または庇護権 (16条2項) を, 自由な民主的基本秩序を攻撃するために濫用するものは, これらの基本権を喪失する。喪失とその程度は, 連邦憲法裁判所によって言い渡される」という「基本権喪失 (Verwirkung von Grundrechten)の制度」を導入した。この場合の基本権の喪失については, 上に規定されているとおり, 連邦憲法裁判所だけがその決定権を有し, 連邦憲法裁判所は, 宣告をうける者に対し, 喪失した基本権以外の基本権を侵害しない限りで, 基本権の種別および期間を定め, 制限を課する命令を発することができる (連邦憲法裁判所法29条1項3, 4段) と同時に, 喪失の期間中, 選挙権および被選挙権ならびに公務就任の資格を停止することができ, 法人の基本権喪失の場合には, 法人の解散を命じることがで

きる（連邦憲法裁判所法39条2項）。⁽¹⁾

それとともに、基本法は、21条2項にいわゆる「政党禁止(Parteiverbot)の制度」をおき、「政党のうち、その目的または党員の行為が自由な民主的基本秩序を侵害もしくは除去し、またはドイツ連邦共和国の存立を危うくすることをめざすものは違憲である。違憲の問題については、連邦憲法裁判所がこれを決定する」と規定した。政党の違憲性の確認にあたって、連邦憲法裁判所は、政党の解散、代替組織の設立の禁止および当該政党の財産の没収を言い渡すこと（連邦憲法裁判所法46条3項）ができ、政党禁止によって、その政党に所属する議員はすべて自動的に議席を失うことになる。⁽²⁾

以上のように、ボン基本法は、政治的諸勢力の自由な活動に対して、「民主主義の敵対者(Gegner der Demokratie)」が民主主義を手段とすることによって、その民主主義体制そのものを打倒しようとする局面において限界線をひくことを決断した。これらの規定がいずれも、1930年以降の反憲法的勢力によって「憲法の危機」を迎えるにいたったワイマール共和国の経験にもとづくことはしばしば指摘されるとおりであり、ボン基本法はこの民主主義の限界づけの問題を「たたかう民主主義」の理念によって解決しようとしたのである。

2. これらの制度は一問題を憲法保障にひきもどして考えれば—ボン基本法の価値秩序の基礎である「自由な民主的基本秩序(freiheitlichen demokratischen Grundordnung)」をそれが反憲法勢力によって破壊される以前の段階で阻止しようとする点で、ひろい意味における「予防的保障」の機能をはたすことが期待されている。さらに、見方を変えて、基本権喪失および政党禁止が連邦憲法裁判所によって決定され、強行される点という意味では、いわゆる「匡正的保障」のカテゴリーに属するととらえることもできる。そのように考える限りにおいて、この「基本権喪失」あるいは「政党禁止」の制度を、従来の憲法保障の枠組みのなかに位置づ

け、その機能を説明することは必ずしも不可能ではない。

しかし、これらの制度は、これまでの憲法保障の諸制度と対照する場合、きわめて異質な側面をもつことも事実である。すなわち、前述の各種のいわゆる「構造的憲法保障」の制度は、マウンツ(T. Maunz)の表現をかりれば、国家権力の担い手としての国家機関による「上からの憲法軽視(Verfassungsmisachtung von oben)」に対抗する制度として憲法構造のなかに組み込まれてきた制度であり⁽³⁾、とくに国家権力の濫用による攻撃から憲法の価値秩序を守るところにその本来の意味をもっていたといえる。憲法保障の制度が近代立憲主義の成立とともに発展し、そこに制度の正統性が存在するといわれるのは、このような憲法史上の経緯によるものである。

3. これに対して、ボン基本法が新たに導入した「基本権喪失」あるいは「政党禁止」の制度は、その対象が個人や政党といった非公権力主体に向けられている点で、まさしく「下から(von unten)」の憲法攻撃を阻止することをめざした制度として位置づけることができる。しかも、それらの保障制度は、目的実現の具体的手段として、個々の基本権に対する制限—とりわけ民主制の不可欠の要素である表現の自由や団体結成の自由に対する制限—をともなっている。すなわち、ヘッセが指摘しているように、基本法は、「憲法の保障および憲法によって組織された国家の保障を、憲法の存立を第一義的に支えるものとしての憲法の諸原理の正統性と統合力(Legitimität und Integrationsfähigkeit)に求めるのではなく、よく機能する監視と防御のシステム(Überwachungs- und Abwehrsystem)に求めた」⁽⁴⁾ といっている。そして、そのような観点からは、これらの制度は、伝統的意味での「予防的」または「匡正的」憲法保障というより、むしろ基本法によって保障された基本権に対して「抑圧的(repressiv)」効果をおよぼしうるところにその特質があるとみるべきとする考え方—すなわち、それらの制度を、本来的な「構造的憲法保障」の制度と分離し、そ

れに対して「抑圧的憲法保障 (repressiver Verfassungsschutz)」のカテゴリーを設けたうえで、そのコンテクストにおいてそれぞれの憲法保障制度の意味を検討すべきであるとする考え方が必然的に導かれてくる。

ボン基本法はこの「抑圧的憲法保障」制度を設けるにあたって、基本権の制限の根拠として、「自由な民主的基本秩序」維持の目的をかかげた。しかし、そこでは、この「基本秩序」の内容をどのように評定し、意味づけるべきかについて、明確な規定が置かれているわけではなく、その問題の解決は実質的な憲法解釈の問題領域に委ねられることとなった。それは、いかえれば、憲法保障の核心に「不確定要素をふくむ価値概念」を置くことを意味する。基本法の憲法保障制度について、それを「構造的保障」と「抑圧的保障」とに二分する上述の方法論は、この「不確定要素」と連結されることによって「抑圧的保障」の手段が「自由な民主的基本秩序」概念の基礎にあったはずの基本権の保障および民主制の維持という立憲的価値をむしろ縮減する性質をもつことを指摘するものである。すなわち、「自由な民主的基本秩序」を支える「法治国家」原則の目的は、恣意的支配を排除し、人権を保障するところにある。ボン基本法上の「基本権喪失」の制度は、そのような本来保障されるべき人権を制限することによって憲法を保障しようとするものであり、それは、さきにあげた連邦憲法裁判所1970年判決の少数意見が指摘しているように、まさに憲法保障のために、憲法に表明されている基本原則を放棄するという矛盾した側面をもつ。同様に、「政党禁止」の制度も、それが政治的自由を大幅に縮減する効果をもつ点において、いわば民主主義の基本条件を犠牲にすることによって民主的基本秩序を維持しようとする方向性をもっている。

4. ヘッセの表現にしたがえば⁽⁵⁾、ボン基本法は、そこで守られるべき憲法の核心として、「自由な民主的基本秩序」という価値秩序を自ら表明し、そこから、「たたかう民主主義」の理念を生みだした。そして、その「たたかう民主主義」が「抑圧的憲法保障」制度の存在理由を構成する。しか

し、「そこでは、必ずしも、そのたたかひの代償についての問いが發せられているわけではなく」、そのことが、まさしく「抑圧的憲法保障」の制度によって基本法の民主的秩序の「正統性」を保持し強化することがはたして可能であるか、という基本的な課題を生じせしめる理由となっているといわざるをえないであろう。

- 注(1) 連邦憲法裁判所が基本権の喪失を言い渡すには、18条に列挙されている基本権のひとつまたは複数の基本権が、「自由な民主的基本秩序」を攻撃するために用いられ、そのために「基本秩序」に重大な危険が発生することが要件とされるが、一方で、基本権行使の濫用についての個別的構成要件が定められていないために、結果として、18条の適用範囲は「自由な民主的基本秩序」の概念によって決定されることにならざるをえない。この点について、H. U. Gallwas, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, 1967, S. 118. 参照。
- (2) 「政党禁止」の言渡しの要件について、連邦憲法裁判所は、「自由な民主的基本秩序」の侵害 (*Beeinträchtigung*) または除去 (*Beseitigung*) の具体的危険が存在し、かつ「民主的な組織原理からの逸脱がはなはだしく、それが原則として反民主主義的態度の表明以外のなにもものでもないことが政党の態度その他の事実によって裏づけられるときは、21条2項の構成要件が充足される」との立場をとっている。この点について、W. Schmidt, *Das Parteienprivileg zwischen Legalität und Opportunität*, DÖV 1978, S. 468. 参照。
- (3) マウンツは、憲法保障を、このような「上からの憲法軽視」に対する憲法保障と、「下からの企図 (*verfassungsfeindliche, umstürzlerische Bestrebungen von unten*)」に対する「狭義の憲法保障 (*Verfassungsschutz im engeren Sinn*)」とに二分することを提唱し (Maunz, a. a. O., S. 334.)、また、メルクも同様に、「上から」の憲法侵害に対する「外向けの憲法保障 (*Schutz nach außen*)」と「下から」の反憲法的企図にもとづく攻撃に対する「内向けの憲法保障 (*Schutz nach innen*)」とを区別する (W. Merk, *Verfassungsschutz*, 1935, S. 25.)。
- (4) Hesse, a. a. O., S. 268.
- (5) Hesse, a. a. O., S. 267 は、同時に、「自由な民主制の実体は、自由を切りつめることによって確保されるものではない」ことを強調し、「抑圧的憲法保障の手段は、憲法の存立および共同社会での生活における憲法の実事上の妥当性を狭い範囲で保障しうるにすぎない」ことを強調している。

むすび

ボン基本法において、憲法保障の制度は—ヘッセが指摘するように—

「従来の枠を大きく超えて強化」⁽¹⁾されるにいたっている。すなわち、憲法改正禁止条項をふくむ多くの保障制度が「憲法構造」のなかに組み込まれ、それらは、「構造的憲法保障」の制度として、法と政治の錯綜する憲法現実を整序し、国民主権、人権保障あるいは民主制といった憲法の基本的価値秩序の維持と実現に仕えることが期待されている。

ただ、イエリネックが「公法の保障」を分類するにあたって分析しているように、もとより、このようにして導入された制度的保障も決して絶対的な保障を確立するものではない。⁽²⁾ 憲法が法の領域に属する限り、その存立の条件は、おそらくは憲法の「規範力 (normativen Kraft)」に大きく依存するといつてよいであろう。憲法秩序は、それが所与の歴史的状況に適合し、憲法の内容が拘束力をもつものとして広く承認される場合にはじめて自己の存立を維持することが可能となる。すなわち、ヘッセが指摘しているように、「憲法の規範力は、究極において原則的な合意に依拠しており、この原則的な合意が欠落しているところでは、憲法はその生命力と有効性の基盤を失う」⁽³⁾ といわざるをえないであろう。

そして、このことは同時に、いわゆる「抑圧的憲法保障」の諸制度の拡大化現象に対する問題提起でもある。すなわち、このような保障制度の評価をめぐる、一方では、上に述べた「規範力」の本質的性質が憲法保障の問題一般に妥当するとするかぎり、そのような保障制度がはたしてどの程度まで憲法保障の実効性をもたらるか、あるいは、他方で、その制度が、憲法保障の名の下で、実質的にはむしろ憲法の基本原則を縮減する結果をもたらすことをどのように正当化すべきか、多くの困難な問題が今後とも問い続けられることになろう。

注(1) Hesse, Grundzüge, a. a. O., S. 269.

(2) Jellinek, a. a. O., S. 343.

(3) Hesse, a. a. O., S. 268.