
種 別： 翻訳

タイトル： ドイツ連邦憲法裁判所はどのようにして機能しているのか

著 者： ゲルトルーデ・リュッベ=ヴォルフ（松本尚子訳）

所 収： 『上智法学論集』第 60 卷 3-4 合併号（平成 29 年 3 月）347-376 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

翻 訳

ドイツ連邦憲法裁判所はどのようにして機能しているのか

ゲルトルーデ・リュッベ=ヴォルフ

（松本尚子訳）

2011年5月、連邦憲法裁判所の小派遣団の一員として、ブカレストで開催された第15回ヨーロッパ憲法裁判所会議を訪れたときのことです。会議は議事堂宮殿と今日呼ばれる、幻想的な、ヨーロッパ最大の建築物で開催されました。1980年代に、ルーマニアの独裁者ニコラエ・チャウシェスクが「人民の館」として作らせたものです。歓迎の辞のひとつは、ルーマニア大統領トリアン・バセスクによるものでした。大統領が歓迎の挨拶を終え、最前列の席沿いに会場を去ろうとしたときのことです。ドイツの出席者の前方におかれた小さな黒赤黄の国旗に目を留めて、私たちのほうにやって来たのです。「ドイツ憲法裁判所ですか German Constitutional Court?」

私たちがうなずくと彼は顔を輝かせ、一人一人に握手を求めました。「ドイツ憲法裁判所！ドイツの首相メルケルさんがヨーロッパでいつも言うのですよ。それはできない、できない、憲法裁判所が〔あるから〕！とね。」

裁判所ごときがそのような役割を演じ得ることに、大統領は明らかに強いインパクトを受けたようでした。だからこそ彼は、その担い手を間近に見てみようとしたのです。そこに示されていたのは、称賛だけではありませんでした。大統領が面白がっていたことはその面持ちに見過ごしようもなく表れていて、それは私には次のことを表わしているように思えたのです。すなわち、大統領が私達に語ったことは、彼にとってやはり——少なくとも相当に——珍奇なことであり、しかも彼にとってそれは首相メルケルの問題であって、大統領バセスクをも煩わす問題では決してないのだ、と。じっさい、連邦憲法裁判所とその役割は、おそらく相反する感情を全く抜きにしては語れないものです。この点については、連邦憲法裁判所の仕事ぶりがドイツ型民主主義の機能にとって何を意味するのかという問いに行きついたときに、改めて触れたいと思いま

す。まずは次の問いから始めましょう。この裁判所はいったいどのようにして機能しているのか、そして、今そのようにして機能するのは何故なのか？

I. 連邦憲法裁判所における憲法異議の中心的意義

連邦憲法裁判所には、2013年に9000件余りの手続きが寄せられました。なかでも飛び抜けて大きな割合——ほぼ98%——を占めるのが、憲法異議です。ご存知の方も多いと思いますが、連邦憲法裁判所はほかにも諸々の方法で申立て可能です。たとえば最上級の連邦機関とその一定の部署は、いわゆる機関争訟手続において連邦憲法裁判所に訴えることができます。これは、当該機関が自身の権利もしくは自身が所属する憲法機関の権利が他の憲法機関によって侵されたと判断するとき用いられます。連邦と州もまた、いわゆる連邦・州間争訟すなわちそれら相互の関係における憲法上の権利義務についての争いを連邦憲法裁判所で争うことができます。連邦政府と州政府もしくは連邦議会議員の4分の1は、抽象的規範統制 *abstrakte Normenkontrolle* において連邦憲法裁判所に申立てることができます。そこではとりわけ、ある法律が基本法と合致するか否かを審査します。大切な役割を果たしているのは、具体的規範統制 *konkrete Normenkontrolle* 手続も同じです。もしある法律が裁判所の判断を左右し、かつその法律が基本法と矛盾するならば、同裁判所は連邦憲法裁判所に訴え出ることができ、またしなければいけないという仕組みです。

これらの手続方法等々はもちろんすべて重要なのですが、憲法異議という制度は、それが与えられた形態において、連邦憲法裁判所の位置づけと働きによって格別の意味を持つのです。それは当裁判所と憲法がもつ名声を支え、と同時に、連邦憲法裁判所の、世界でもおそらく類のない特徴である、実効力と法文化形成に占める重要な意義という、併存するふたつの要素の土台となっているのです。

ドイツにおける憲法異議の構図をみてみましょう。

何人も、憲法異議を申立てることができます。公権力の行為によって——それは法律による規定でも行政措置でもいいし、あるいは裁判所による判決でもかまいません——基本権やそれに類する権利を侵害されたという主張があれば、申立てができます。こうした異議申立ての適法性 *Zulässigkeit* については、幾つかの条件があります。とりわけ、異議申立て期限を守ることと、すべての法的手段をとりつくしたと、つまり事件を専門上管轄する裁判所の救済を、可能なかぎり最上級審までたどること、それも、効力を認められた基本権侵害

除去のために手続法が提供するすべての可能性を使い切ることが必要です。加えて、憲法異議が認められるためには、以下のことを示さなければいけません。すなわち、連邦憲法裁判所の判例に従えば、法律明文上の諸前提を超えて説明要求が認められるのは何か、が示されねばならないのです。たとえば、問題とされる判決その他の、憲法異議の適法性および認容性 *Begründetheit* の判定のために必要不可欠な書類が、当裁判所に対して提供されなければなりません。それも、じゅうぶん判定に堪えるかたちで——一番いいのはコピーで——提供する必要があります。昨今の判例は、法的根拠の質をますます求めるようになりました。これらの適法性条件は、もはや簡単に満たせるものではなくなくなってきているのです。憲法異議は他にも、裁判の受理 *Annahme zur Entscheidung* を必要とします。しかし、こうしたハードルは、憲法異議が適法であり、またどう見ても成功の見込みのないケースでなければ、従来の受理条件の運用からしてそれほど高くはないと考えてよいでしょう。

総じて権利保護サービスの敷居は、今なお低いと言えるでしょう。憲法異議は、重要な事件でしか勝てないというわけではないのです。異議申立人は原則として弁護士をつける必要はないし、手続き費用は無料です。つまり、憲法異議申立権濫用に対して提起される手数料以外は、裁判手数料はかかりません。そしてじっさい、弁護士の手助けなしに、ときに手書きで作成された異議申立書で開始された憲法異議が成功を収めることもしばしばあるのです。

こうした憲法裁判所手続の開放性は、同裁判所が万人のための裁判所として作用し、認知されることにつながります。それは、息子との面接交流権を拒否され異議を申立てる父親、使用済み核燃料移送に反対するデモのさいに警察に不当に逮捕されたと考える学生、迫害の待つ故郷への送還に抗う難民、服役中の仕事が十分に報われていないと感じる服役囚、のためだけではありません。脱原発や航空税によって不当に負担を課されたと考える企業のため、でもあるのです。メディアで連邦憲法裁判所の判決が大なり小なりとも報じられない週はほとんどありません。そこではだれもが、何が自分の権利であるのか、または同じく大切なことに、どこで自分の権利が終わるのか、新聞で読むことができるのです。

連邦憲法裁判所への高い評価は、過去数十年間、アンケートによって定期的に明らかにされているのですが、もちろんこの高い評価を支えているのは、比較的容易なアクセスや判決の多さ、また誰もが関心のあるテーマを扱うという事実だけではありません。非党派性と判例のバランス感覚にも支えられているのです。当裁判所は正当にも、政治的スペクトルにおけるある面の代弁者とみ

なされています。同裁判所が繰り返し苦い失望を生みだすことや、政界に時おり根深い憤怒さえ引き起こすことは、このように設計された裁判所には避けられないことなのです。裁判所では二つの陣営(二人の人間)が争うわけですから、その判決によってほぼ必然的に、少なくとも両サイドのうち一方を失望させることとなります。この点でむしろ注目に値するのは、連邦憲法裁判所の判決言渡し後に、[どちらの当事者もが]自らを勝者と宣言したり、少なくとも満足した様子で法廷を後にすることがいかに多いか、なのです。しかし最も重要なのは、どうしても憤怒が避けられないかぎり、いずれにしる腹を立てねばならないのはいつも同じ人ではない、ということです。この点において、当裁判所は自らが不偏の判定者であることを身を以て示しているのです。当裁判所がじっさい「当事者たちを超越した」判定者として機能する——この種の裁判所においてはこのことは決して自明のことではありません——理由については、後述します。

信頼を呼ぶ判例内容だけでは、当裁判所が今日享受する名声を生みだすことは決してできなかったことでしょう。憲法異議が広範で敷居の低い権利保護を提供することがなければ、また権利保護について市民に直接かかわる判決を常時アウトプットすることがなければ、連邦憲法裁判所は今日の姿には決してならなかったことでしょう。

たとえば、フランスの憲法院 *Conseil Constitutionnel* や、イタリアの憲法裁判所 *Corte Costituzionale*、さらには多くの中欧・東欧諸国における憲法裁判所を思い浮かべてみてください。これらの裁判所のなかには、市民が直接訴えることが全くできなかったり、いずれにしる一般の裁判権をもつ裁判所の判決を審査する権限をもたなかったりするものがあります。諸官庁や他の裁判所が市民を救済できない場面で、これらの裁判所もまた同じように市民を救済できていないのです。憲法裁判権がこのように構築されている国々では、憲法裁判所を知る市民が少なく、その評判は一般の裁判権をもつ各最高裁判所のそれより高くないのが普通です。後者の判決を破棄する権限によって高位に配置されているわけでもないからです。

このような国々では、憲法自体もまたドイツにおけるような敬意と評価を得ているわけではありません。たとえば、イタリアのある憲法裁判所判事が、イタリアのテレビでベルリンでの基本法60周年記念祝賀行事のニュースを目にしたときのこと。ベートーベンの『第九』がブランデンブルク門の前で演奏され、花火が上がり、何十万人もの人々が通りや広場で祝う様子が報道された後に、この同僚が言うのです。憲法記念日をこのように大きな国民の祭りとして

祝えるドイツが羨ましい。このようなことはイタリアでは全く考えられない、と。さて、このようなことは、ドイツでも憲法裁判所なしには考えられなかったことでしょう。つまり、原則として、基本法にとって重要なあらゆる国家行為を（国家機関の審査行為および決定行為への相応の事前効果 *Vorwirkung* と、政治やメディアの論争における基本法の存在感を前提として）憲法規定による審査に服させ、基本法を解釈する判例を絶え間なく生産し、市民に対し、この憲法が自分にとって何を意味するのかを常に明らかにする、この憲法裁判所なしには考えられなかったでしょう。言いかえればそれは、もし憲法異議という制度がなかったとしたら不可能であったことでしょう。

連邦憲法裁判所はこうした土台の上にその重要性和高い人気を確立してきたのですが、それは同時に、同裁判所の判例への敬意に対するもっとも有効な保証であり、したがって憲法自体への敬意を保つために最も有効な保証でもあるのです。このような敬意は自明のものではなく、法規によって命令すれば生ずるものでもありません。ウクライナでは、前大統領のユシチェンコが憲法裁判所の裁判官を2名解任し、憲法裁判所がこの解任を無効と宣言すると、解任を更に繰り返しました。ロシアでは、憲法裁判所はモスクワからサンクトペテルブルクへと懲罰的に移されました。ハンガリーとトルコでは、憲法裁判所と政府もしくは議会多数派とのあいだに生じた紛争で、「裁判所詰込み *court packing*」という対策が講じられました。つまり、裁判官の数を増やし、政治的に都合の良い裁判官を任命するという手段が用いられたのです。この手法は、1930年代に〔当時の〕アメリカ大統領ルーズヴェルトも試みています⁽¹⁾。こうした現象は、連邦憲法裁判所が突出した司法消極主義 *judicial restraint* 傾向にないにも拘らず、ドイツでは非常に考えにくいことです。そして逆に、まさにそうした現象がドイツで考えにくいからこそ、連邦憲法裁判所は司法消極主義で際立つ必要がないのです。

II. 連邦憲法裁判所の業務風景

さて、当裁判所内部の業務風景について話しましょう。まずは、「小さな」

(1) 【訳注】ルーズベルトは1937年に提出した司法手続き改革法案 *Judicial Procedures Reform Bill* で、70歳以上の合衆国の裁判所の判事1名につき裁判官1名を新たに大統領が指名できる制度を提案した。当時のアメリカ最高裁には、定員9名のところ70歳を超える裁判官が6人いたという。ニューディール政策関連法に違憲判決を出し続ける最高裁に対し、ルーズベルトが対抗策を講じたものとされる。

事件に対する作業について少しお話しします。そこでは、当裁判所の仕事の相当部分が、この派手さは全くないけれど決して重要でなくはない「小さな」事件への従事に充てられているという印象を得られるでしょう。そして、当裁判所がとりわけ官僚的組織として働き、この機関が組織された分業によって成り立ち、組織の仕事を整然と管理しなければならないことにも気づかれるでしょう。第二のステップとして、夜のテレビ報道で聞くような「より大きな」判決の作成を取り上げます。

1. 概要

想像してみてください。あなたが、連邦憲法裁判所第二部所属の裁判官 R の典型的な執務日に付き添って、カールスルーエの中心、シュロス広場にある連邦憲法裁判所の建物の中にいるさまを。そのねらいは、当裁判所の仕事かどのように進むのか、イメージを掴んでもらうことです。「裁判官 R」は私の別名というわけではなく、単に当裁判所によく似る裁判官に名前をつけたものです。朝、裁判官 R とあなたは裁判所中央部の正面玄関前で落ち合います。この部分は「裁判官リンク」と呼ばれているのですが、環状なわけではなく、長方形が中庭を囲む枠のように配置されていて、そのためその廊下がガラス張りの修道院回廊を想起させるのです。気さくに挨拶する守衛さんの前を通ったら、一緒に三階にまで行きます。そこには第二部に所属する 8 名の裁判官のオフィスがあります。第一部の裁判官が上らなければならない階段は、これより 1 階分少ないです。もちろんエレベータもあるのですが、私は裁判官がエレベータを使うのを見たことが一度もありません。——けがを負っているときと重い荷物を運ぶときは別ですが。ちなみに当裁判所の裁判官はそもそも、統計的に見て極めて頑丈で、病気をしません。12 年余りの任期中、ほかの裁判官が病気を理由に評議日や公判日に穴をあけたことはほとんどありませんでした。私の所属する部のメンバーのほとんどは、一度も欠席していません。これには、モチベーションの働きが少なからずあるようです。任務を遺漏なく果たそうとする点で、裁判官の士気は高いのです。

当裁判所では元来、第一部がすべての憲法異議およびその他諸々の種類の手続き、とりわけ抽象的・具体的規範統制や政党禁止手続きを担当していました。これに対して第二部の管轄は、機関争訟や連邦・州間争訟、そして数量的に見てあまり重要ではないその他の手続でした。やがてこの分担方法は維持しがたいことが明らかになります。両者の負担があまりにアンバランスだったからです。今日では、第二部もまた相当広い範囲で、憲法異議の裁判を担当して

います。これ以外にも第二部には、ひきつづき重点として、国家機関法関連の権限が与えられています。

各部とは別に、手続き負担を軽減するために設けられた合議体があります。今日、部会 **Kammer** と呼ばれているものです。現時点では第一部・第二部ともに三つの部会がおかれ、それぞれの部に所属する三名の裁判官により成っています。これらの部会は、州裁判所の裁判官による移送申請が適法性を欠く場合や、大まかに言って憲法異議における不受理について、過去の判例に基づいて判断可能な、明らかに認容範囲内の事件 **Stattgabefälle** について判断します。ほとんどの手続きはこの部会で決定されます。たとえば 2013 年、部会は 6,084 件の本案決定 **Hauptsacheentscheidung** に至っています。これに対して部が下したのは 33 件のみ。さらに言えば、各部が口頭弁論に基づいて行った裁判は、そのうちのほんの一部に過ぎません。

さて、3 階に到着しました。ここには、2 階と全く同じように、各裁判官に一室ずつオフィス〔裁判官室〕があります。裁判官室の一方の側には秘書室があり、反対側には調査官 **wissenschaftliche Mitarbeiter** 用の部屋があります。この部屋割りから分かるのですが、この建物が計画され、1960 年代終盤に建造されたときには、各裁判官は調査官を 1 名しか擁していませんでした。この間、調査官の数は 4 名となり、〔裁判官室の横の部屋に配置されない〕残りの 3 名はどこか他の場所、たとえば後に建てられた棟のなかに配置されます。裁判官の仕事を支えるための調査官の数が継続的に増強されたことは、長期的傾向として、常に増加しつづけた事件数に適応するための諸方策のひとつなのです。

調査官はたいがい若い人たちで、その大半は 30 代前半です。彼らの大多数は司法機関から来ていますが、個別には行政機関や各省出身の人もいます。裁判官が同時に大学教授でもあるケースでは、調査官の一部を大学からリクルートすることがよくあります。例えば自分の大学講座スタッフから動員することがあるのです。どこから来たにせよ、調査官はたいがい 2 年か 3 年しか連邦憲法裁判所に派遣されず、その後は元の機関もしくは各々の雇用主の下での配置部署へと戻っていくことが多いです。以上のことは、繊細な憲法感覚と専門知識が司法のあらゆる領域のなかに恒常的に移転することに結びついています。それがドイツにおける比較的高い水準の憲法意識と、高いレベルでの基本権保護とに貢献しているのです。

裁判官 **R** があなたを裁判官室に案内します。広い仕事部屋で、事務机とコンピュータ、応接用テーブルとたくさんの棚があります。この部屋は、裁判記録の積み替え地点です。秘書室では、裁判記録が中断なく行き交っています。

黄色いカバーのかかった記録と、赤いカバーのものが 있습니다。赤は急ぎのケースであることを示しています。裁判官がちょうど部屋にいないときに、秘書がその間を利用して、運び込まれた最新の手続記録を正しい場所に置いておきます。今朝はもう、裁判官 R があなたとここに着く前に、その作業が終了しています。

したがって棚の上には、高い確率で、ちょうど自分の統括する直轄部署 *Dezernat* に割り振られたばかりの事件に関する最新のファイルがおいてあるはずで、事件の割り振りは、業務配分計画に沿って行われます。計画が各裁判官を一定の分野に配分すると、当裁判官が配分された分野の担当裁判官[主任]となり、判決の準備を行います。第一部では、新任の裁判官が前任者の担当部分を引き継ぐ伝統ですが、他方で第二部は伝統的に、裁判官の入退があるたびに担当分野が新しく配分される習いとなっています。在任中の裁判官からすれば、退官する裁判官の直轄部署から、自分が担当したい分野を獲得する機会が与えられることになります。それはたいてい、頻繁に耳目を集める法廷判決が下される分野です。逆に、あまり人気のない分野の担当を新任裁判官に張り替えることにもなります。こうした業務配分の変更は、新任が部に配属される前に決定されます。この決定について希望が競合する場合、職務記録上の地位という観点——つまり議長職にあることと勤続年数——が考慮されます。希望者の多い担当分野に就くことは、勤続年数が長ければ長いほど容易になります。これと並んで、もちろん、負担の配分が妥当であるように配慮もされます。それでも、結果としてこの配分慣行は常にアンバランスな負担につながり、これはとりわけ部で取り扱う事件による負担から生じます。ある同僚が、この配分方法をウシガエル原理と呼んだことがあります。ポイントは、ウシガエルが自らパチンと弾けるまで膨らみつづけることです。憲法裁判官は、勤続年数の長さにかまかせて部内管轄を手元を集めすぎると、パチンと弾けることはありませんが、担当する部内手続きを処理することが困難になります。他方で勤続年数の短い裁判官のなかには、力を持って余す人もでてきます。改善は繰り返し試みられたのですが、これまでのところ一度も成功したことはありません。部の構成員の勤続年数が増えるにつれ、その利害状況が変化するためです。わたしがこの点に言及するのは、これが制度的欠陥の恰好の例であることと、とりわけまた、憲法裁判官もまた人間であり、制度的欠陥の不都合な作用に対して免疫があるわけではないことを示す恰好の例でもあるからです。だからこそ、当裁判所の大枠の前提には感銘を受けざるを得ません。それはこの大枠によって、連邦憲法裁判所が従前のやり方のままで際立ってうまく機能して

いるからです。これについては後述します。

新規事件用トレーのなかの憲法異議は、担当裁判官に割振りされる前にすでに、特別の管轄内の事前審査手続きを経ています。これは職務規定に定められていて、同じく[膨大な]手続量を克服するために考案されたメカニズムの一つです。事前審査を行うのは裁判官ではなく、法曹資格を有する行政官吏です。憲法異議がこの事前審査の結果、明らかに適法でないときや、その他の理由で明らかに成功の見込みがないときは、当該事件はまず、いわゆる一般登録簿 *Allgemeiner Register* に書き入れられます。申立人はこれについて、また明らかに成功の見込みがないとされた理由について、通知を受けます。申立人はこれに加えて一通の覚書を受け取ります。覚書は、憲法異議が成立するために必要なくつかの極めて重要な前提を伝えるものです。申立人が納得すれば、そこで手続きは終了です。2013年には、2,365件の憲法異議申立てが——つまり申立総数の4分の1余りが——どの裁判官の眼にも触れることなく終了するのですが、それは異議申立人がこうした書面に応じて異議を取り下げるか、事件をそれ以上追及しないことによって一件落着くからです。申立人が事前審査結果に不服を申し立てれば、事件は一般登録簿から訴訟手続登録簿に転記されます。つまり、新しい登録番号がつけられ、一つの手続きファイル *Verfahrensakte* が作成されます。担当裁判官が決まると、このファイルはこの担当裁判官の部署に届きます。2013年には3,308件の申立てが、すなわち裁判官が処理すべき憲法異議件数の半数余りが、いったんは一般登録簿を経由して手続登録簿にたどり着いているのです。その多くは、上に述べた管轄内事前審査結果が否定的であったものです。つまり、自分の直轄部署に届いた新規ファイルをいれるトレーには、おそらく、すでに一般登録簿のなかで明らかに成功の見込みなしと判断された憲法異議が多く含まれているのです。

裁判官Rは、仕事にとりかかると直ちにこのトレーを空にします。手続ファイルをふるいにかけて、ときに注意事項を添えて調査官に分配するのです。ひょっとすると彼女はその一部を選び分け、週末に自分で目を通すことにするかもしれませんが。あるいは、事件をひとつふたつ、目を通すと同時に処理するかもしれませんが。裁判官が最初からすべての手続きを調査官に分配するのか、それとも多かれ少なかれ書類の大半を最初から自分で処理するのかは、目的合理的分業の問題であり、多くの事柄と同様、裁判官ごとに異なります。私自身はやり方を任期の途中で変え、部会手続の大部分を自分一人で片づけるようになりました。

さて、Rはまず他の業務に関わることも見せてくれます。室内にある他の

諸々のトレイには、手続きファイルのうち、彼女の調査官たちがすでに処理したものが置かれています。これはたいいてい、上に述べた量的事情から部会事件 *Kammersachen* のみになります。調査官が処理した手続きにはすべて、彼らが決定案と意見書 *Votum* を作成しています。意見書とは、事件の概要を記し、所定の段階を踏み、慎重な法的審査を進めて決定案を示す、鑑定書のことです。R は意見書と記録を参照しながら、これらの決定案をチェックします。提案された判断にたいして R に何らかの疑義が生じたときには、R は事情を調べ、場合によっては意見書もしくは決定案に修正を加えます。あるいは、R は書類に一定の調査依頼または修正依頼を添えて、調査官に戻します。R が意見書と決定案に異存がないときは、意見書に略式サインをし、決定案に署名して、ファイルを部会内回覧に回します。

部会事件ではこうして、担当報告官である裁判官の決定案は、通例、部会会議ではなく持ち回り審議によって諮られます。ファイルは、意見書と担当裁判官の署名がある決定案とともに、部会内の裁判官二名に順番に回っていきます。両裁判官は決定案を吟味して、賛成の場合は署名します。三番目の裁判官が賛成の署名をし、同時に署名の日付を判決日付に替えると、決定が下されたこととなります。

裁判官 R の仕事部屋には、こうして新規の事件のためのトレイと、調査官が決定のために下準備したファイル用のトレイがありますが、そのほかにもまだ、所属部会の同僚裁判官が担当裁判官として処理したファイル用のトレイがあるわけです。後者のファイルは、決定案に署名するよう、R に回覧されて来るのです。

もし、裁判官 R があなたにファイルの中身をお見せすることができたならば、——もちろんデータ保護 *Datenschutz* のため、じっさいはできませんが——、あなたが目にする決定案の多くは、「憲法異議は受理されない。」であったことでしょう。そして、大半の事件において、これ以上の理由は付されていないことに気づいたことでしょう。

じっさい、連邦憲法裁判所に届く憲法異議のほとんどは成立しません。大多数の憲法異議は、そもそも適法性条件を満たしていません。認容率は、手続登録簿への記載に至った異議申立件数に基づけば、2012年で2.78%、2013年では1.46%のみに留まっています。この不成立[率の高さ]は、憲法異議がほとんど「受理されない」ことを示すように見えます。裁判のための受理という要件もまた、手続負担増加への対策として、裁判所を事件一つ一つの完全審査という負担から解放するために導入されたのです。とはいえ、じっさいは大方の

場合、完全審査がなされているようです。原則として、憲法異議を法的な詳細審査なしに不受理とすることは可能です。事件が客観的にも該当者にとっても全然重要でない場合に、この原則が採用されます。しかしこのような可能性が用いられるのは、私の見たかぎりでは非常にまれで、本当に軽微な事件 *Bagatellfälle* にしかありません。憲法異議の法的成功の蓋然性が審査され、裁判の受理に至らない典型的なケースは、これが右の審査の結果成功の見込がない〔と判明した〕ときです。

法外な手続き負担から裁判所を解放する手続簡略化策のひとつとして、不受理のさいに理由を付さないことを認める制度があります。理由を付さずに不受理となる憲法異議の割合は、残念ながら増え続けています。2013年の年次統計は、不受理および申立てを拒絶する高速決定 *Eilentscheidung* のうち、理由を付さない判決の割合が第一部では63%にのぼり、第二部ではなんと94%にのぼることを示しています。こうした判決を受ける申立人にとって、これはもちろん受け入れ易いものではありません。とくに、前もって一般登録簿において、自分の異議申立てのどこがまずいのかを知らされていない申立人にとっては、納得し難いものです。しかし、理由なしに不受理となる憲法異議は審査が一切なされず、その時々で気分で処理されているという推測がときどき口にされますが、それは間違っています。調査官が最初に関与するか、それとも担当裁判官が最初から自分で一件に関与するかによらず、事件はその都度慎重に審査され、審査の結果は意見書に記録されているのです。適法性がないことが特段明らかな憲法異議——たとえば、ときに起こることですが、(申立人が) 非難する決定から何年も後になって申立てられる憲法異議——の場合は、審査は非常に短いものになります。というのは、このようなケースでは、決定内容やその法的評価はもはや問題でないからです。[しかし]多くのケースでは、事はそれほど簡単ではありません。難易度によっては、ときに部会においても非常に詳しい意見が書かれることもあります。

制裁手段がないため必ずではないけれどたいてい遵守されているのは、部会内回覧で別の裁判官から寄せられる事件ファイルは、自分の直轄部署から回覧されるファイルより前に処理すること、あるいはいずれにしろ長期間放置しておかないことです。したがって裁判官 R は、これらのファイルの山に最初に取り組みねばなりません。

遅くともこの段階で、R の訪問者であるあなたにとって明らかになることがあります。それは、裁判官の典型的な執務日は相当に退屈なものだということです。裁判官自身にとって退屈ということではなく——裁判官が仕事をきちんと

とするならばですが——、裁判官の仕事を見学しようとする人にとって、ということ。裁判官 R は事件ファイルを手にとり、調査官の意見書と事件ファイルの書類を読み、意見書で考慮されていないか、十分には考慮されていない疑問点を調べ、データベースで検索し、提案された解決策に納得がいった場合は、決定に署名します。このような具合に、何時間も過ぎていきます。決して息をのむような光景ではありません。

さて、報告書を作成した部会の同僚裁判官の決定案に従えないと思うとき、R はどうするのでしょうか。そのようなことが起こるのは稀ではありません。ときには、ある裁判官にとって明らかに正しいと思えることさえ、別の裁判官には明らかに間違っていると思えることがあるのです。これは問題です。というのは、部会では全員一致での決定しか有効でないからです。このようなケースでは、たいてい裁判官は問題の事件ファイルを小脇に抱えて決定案の出所である同僚裁判官を尋ね、事件について話し合います。懸念が解消されない場合、必要であればその部会の裁判官三名全員での話し合いがセッティングされます。それでも問題が解決されない場合は、担当裁判官は当該事件を部の審査に諮らなければなりません。しかし、部の手続き *Senatsverfahren* は時間と労力を要し、また各部の稼働容量は限られています。そのため、部会に全員一致を課すこの制度は、合意を見出すための強いプレッシャーを生みだします。実務においては、担当裁判官が当初部会での決定を予定していながら、後になって管轄の部に召集をかけるような例は非常にまれです。というわけで、部会での業務自体がすでに、制度上の前提からして必然的に、当裁判所の業務全体の特性を表わしているのです。それは当裁判所が機能するために非常に重要な性質で、色濃い合意指向性 *Konsensorientierung* と呼ばれるものです。

2. 部の決定のための準備と評議

この色濃い合意指向性は、当裁判所の最も重要な決定（部の決定）の生産にも大きな影響を及ぼしています。このことは、通例隔週の火曜から木曜にかけて行われる評議に裁判官 R があなたをお連れしてきたならば、体験できたことでしょう。しかし残念ながらそれはできません。評議の内容は秘密なのです。裁判官以外はだれも出席できません。意見書や判決草案の準備に携わった調査官さえ出席することができません。これは世界のどの裁判所にもあることはありません。たとえば連邦行政裁判所や、少なくともいくつかの州憲法裁判所、そしてまた多くの外国の憲法裁判所にはない制度です。たとえばオーストリア憲法裁判所は、評議に調査官が参加します。トルコの憲法裁判所では、そ

れどころか、調査官が自ら作成した意見書を読み上げます。その他の最上級裁判所は、たとえばスロヴェニア憲法裁判所と欧州人権裁判所の例のように、裁判所の事務局長 *Generalsekretär* が評議に同席しますし、多くの外国の憲法裁判所がそうであるように、記録係が同席します。れどころか、ブラジルの憲法裁判所の評議は、衆人環視のなかで行われます。当裁判所には公開の法廷弁論と評議の区別が全くないのです。スイスの連邦裁判所でも公開評議が定められています。裁判官の間で意見の一致が見られない場合を想定した制度です。けれどもこれらのルールは、最近ではもはや、ただ合意への圧力を生み出す作用しかないようにみえます。いずれにしろ、公開の会議は次第に人気を失っている、もはやめったに開催されることはありません。

私自身は、透明性は一般に極めて価値あるものと考えています。いくつかの司法関連事項、たとえば処理件数やとりわけ副業においては、この透明性ももっと確保されることが望ましいでしょう。けれども、裁判所の判決言渡し機関 *Spruchkörper* が行う話し合いは、すぐさま公けにアクセスできる仕組みではない方がよいと思われます。評議の秘密は、裁判官を政治的圧力から守るのです。この守秘義務にはほかに、諸々の主張に対して虚心坦懐に臨み助けになり得るというメリットがあります。想定外の新しい論拠がもたらされた場合、いったん自分がとった立場を7人の同僚の前で撤回することは、十分に難しいものです。世間を前にしては尚のこと、一度示した立ち位置の正しさを、それに固執することによって「証明」しようとする傾向は高まるでしょう。

さて、裁判官 R が、部内の評議の初日のために一つの事件を準備したと仮定してみましょう。ほかの裁判官に対しては、予定されている評議日程の少なくとも10日前に、意見書が用意されていなければなりません。この意見は彼女が直轄部署のサポートを経て作成したものです。この、部の意見書 *Sentatsvotum* には、当該事件のあらゆる法律問題を、関連する国内外の裁判所判例および関連文献を基に整理し尽くしていることが期待されます。これに加え、まだ収束していない憲法問題を扱うことが多く、加えてしばしば複雑な事実関係を扱うために、この意見書は数百頁にわたることが少なくありません。さらに、いくつもの添付書類用バインダーがついてきます。添付書類の束は、手続きファイルの重要な構成要素——申立書、再抗弁、問題とされた判決など——や、意見書で検討した判例および文献を含んでいます。上記の添付書類は、裁判官が簡単に参照できないものにかざられます。

各裁判官は、評議の第一段階にあたる事実審議 *Sachberatung* と呼ばれる話し合いにむけて、報告担当者が用意した上記の情報をもとに準備を進めます。と

きに、どちらかといえばまれなケースですが、初回評議日に先立って、部のメンバーが評議体全員に向けて書面で所感を配布し、報告担当官の意見書またはその所々に疑義を呈したり、反論を展開したりすることがあります。

当裁判所の——他のすべてがこれに左右されるという意味で——最も重要な文化的功績は、評議の進行方法です。すなわち、評議が政治的党派形成に囚われず、極めて^{sachlich}実際的かつ^{gründlich}入念に合意に向かおうとすることです。これは決して自明のことではありません。大きな政治的意味をもつ問題をつねに判断せねばならない裁判所の判事も、ほかの人間と同じく政治的意見をもっています。この種の裁判所は、裁判官の合議体が党派もどきを形成し、党派間でまともな話ができなくなる危険と隣り合わせています。ややもすると、法律的根拠が何らかの道具と化し、裁判所内を二極分化し、結果、判決それ自体が裁判所外に存在する政治的分極化をさらに進めることになってしまいます。アメリカ合衆国の最高裁判所は、その悲しい一例を提供しています。連邦憲法裁判所では、そのような結果にはなりません。確かに、事件を判断するさい、裁判官が自分を推薦した政党と調和するような価値的姿勢をときにとることもあります。両者の間に一定の相似点があるからこそ、その裁判官が選ばれたからです。しかし、裁判官は政治の紐につながれているわけではないのです。そういうことを望む政党政治家がたまにはいるかもしれませんが、それは別の話です。裁判官の独立は種々の法的枠組み——長い任期と再選不可能性および任期終了後の年金供給——に支えられているので、軍人まがいに政党に忠誠を尽くしたとしても、当裁判所内では名声も権勢も得られないでしょう。憲法裁判が諸々の価値観にも影響されていることは、裁判官が個人の政治的価値観をそのまま憲法上の法確信へ転移させることを意味するわけではありません。ちなみに、裁判官個人の価値観は、他の人間と同様、政党の立場と大体においてでも完全にかみ合うことは決してありません。政党政治などの党派形成は、政治的に重要な権限をもつ最高裁判所の評議の客観性を危うくする最大の要素です。裏を返せば、まさに入念かつ客観的な評議という実務こそが、党派形成を防ぐことになるのです。

裁判官たちが評議室に集合すると、担当裁判官——今回はR——は意見書の概要を手短かに説明するか、Rにとってとくに重要と思われる点を指摘します。その後、第二部の慣例で、他の裁判官が全員、勤続年数の若い順に発言します。発言はそれぞれ、事件への最初の評価もしくは／および未解決の問題に対する指摘からなります。最後の発言は議長が行います。これにつづいて担当裁判官がコメントを返した後、争いのある問題や単純に結論の出ていない問題に

ついて議論が始まります。ときとして、たったひとつの難しい事件が何日にもわたり議論されることもあります。どの論点も、どの反論も余すところなくとりあげられます。議論は憲法にかかわるものです。もちろん、判決にとって重要な憲法規範や手続き規範の解釈がもたらしうる帰結も、議論の内容に含まれます。このような議論は「目的論的」考察として、従来からある法解釈方法および憲法解釈方法なのですが、それでも論点は法的枠組にとどまります。もし裁判官 R があなたを評議の場にお連れできたならば、あなたは 8 名の人間がここで、どうしたら好ましい解決策を得られるかについて議論している、とは感じなかったことでしょう。逆に、彼らが意を砕くのは、法解釈でよくある方法論的スタンダードに従い、憲法にあらかじめ与えられた条件を適切に具体化し、とりわけ当裁判所の介入権限の境界を守ることなのだと感じたことでしょう。この境界線がどこを辿るのか自体が議論の対象になることもしばしばです。必要があれば評議は延長され、担当裁判官もしくは部所属の他の裁判官が評議に寄せられた問題をさらに調査できるようにします。事実審議は、部が不一致のままでも終了できます。それだけでなく、一名以上の裁判官が少数意見を表明することもあります。ただ、こうした結果に終わる以前に、全員の支持を得られるような解決への努力は常になされているのです。

評議の第一段階に続くのは、読会審議 *Leseberatung* とよばれる第二段階です。事実審議の結果が確定すると、この結果を土台に判決草案が作成されねばなりません。原則として以下の場合も、この仕事は担当裁判官が引き受けます。つまり、よくあることですが、審議結果またはその重要な部分が、担当裁判官が意見書で提供した判決草案と異なる場合があるのです。通例、担当裁判官は判決草案を会議日の 10 日以上前に部の構成員に配布します。それも、紙媒体とワードファイルと両方で配布することになっています。多くの場合、担当裁判官は部の構成員から修正案を受け取ります。修正案は単なる誤字訂正から文体の推敲、個々の判決理由のディテールの推敲、そして主旨の変更や抜本的原稿カットへの提案、数ページにわたる補足に置き換え、あるいは原稿全体の大幅な組み換えにまで及ぶことがあります。多くの修正案が裁判官 R に寄せられると、彼女は最初は目をむくかもしれません。他の同僚が担当裁判官であるときと同様、もちろん彼女もまた、草案作成において熟慮を重ねたと自負しているからです。それでも彼女は、そこに本当の改善案もあることに気づくことでしょう。このほか、部のプロフェッショナルな仕事に欠かせないのは、この挫折体験とのリラックスした関係です。挫折体験はチーム作業では避けられないものであり、メンバーの誰もが体験するものだからです。ここで助けに

なるのは、このような手続きには大きな意味があり、また、自分がベストと考える解決案への異議が事実在即したものであって、個人攻撃ではないという確信をメンバーが共有していることです。

さて、裁判官 R は、担当の部構成員として、寄せられた修正案からいわゆる連結版の判決／決定草案を作成しなければなりません。R は、修正案のなかでじっさいに改良に資するもの、または少なくとも改悪には至らないと思えるものを変更モードの[ワードファイル]原稿に加えていきます。このようにして、ドラフトに加えられた変更箇所がわかるようにしておくわけです。R が採用したくないと思う修正案は、従来の第二部の慣習にしたがって、脚注に引用されます(第一部の慣習は少し異なります)。読会審議においては、この統合整理版がページからページへ、脚注から脚注へと順番に検討され、とくにまだ争いのある修正案について検討がなされます。具体的な文章形体をめぐる組討ちは、退屈で骨が折れる仕事であり、また苦痛をとまなうことがあります。自分が作成した文章の一部が反故にされるのを見ることを好む裁判官はいません。心血を注ぎ、もしかすると多くの時間と労力をつぎ込んだ文章でもあるのですから。しかしこの場合も議論は、全員が受け入れられる解決をめざす努力によって特徴づけられます。二人が争う場合は、三人目が折衷案をだします。明らかに多数の賛意を得ていない提案があっても、すぐに退けられたりはずせず、話し合いがなされます。改まった票決は全くの例外です。大方はシンプルに一つの合意が形成されます。事件の内容についてであれ、明らかな多数意見が形成されたことによりこれ以上審議の進行を食い止めることはできない、という点についてであれ、合意が形成されます。部構成員の1人にとって明らかに特別重要な点においては、部は礼を尽くすよう努力します。これは次のような体裁をとることがあります。すなわち、ひとつの案件が内容的に多数の支持を得なかった場合でもなお、判決理由においてその案件の重要性が強調されるという具合にです。

出発点からお互いの理解を目指した評議の実務は、連邦憲法裁判所が党派に分裂しておらず、政治化されていない裁判所であることの帰結であり、また前提でもあります。この実務ゆえに、連邦憲法裁判所の判例はバランスを保つことができ、その「中道性」や満足できる効果がうまれてきたのです。同裁判所自体がこの実務のおかげで、党派を超えてあらゆる住民層に共有される大きな信頼を得られているのです。

裁判所がこのように機能することは、決して自然に生じたことではありません。また、裁判官個人の資質のみで決まることでもありません。重要なのは、

間接的に〔裁判官の〕行動に作用するような一定のルールなのです。裁判官の独立への法的保障については、すでにお話しました。政治的な党派形成の危険に対しては、裁判官の数と、裁判官選任法および票決方法とのコンビネーションがとりわけ有効に作用します。各部に8名の裁判官がおり、すでに長い間の慣習により、半数ずつがそれぞれ主だった政治勢力によって選ばれています。原告が勝訴するためには、この8名のうち5名を味方に付けなければなりません。この状況においては、世界の憲法裁判所に広く普及した9名制の場合とは異なり、政治が織りなすスペクトルの一部からなる、永らく固定した多数派裁判官というものはありません。後者の場合、多数派裁判官はただ単に苦勞もなく他の裁判官の賛意を得ることを待っておればよいのです。裁判官が3分の2以上の多数で選出されねばならないしくみは、分極化する可能性の高い人物を遠ざけ、このことは、選考委員会のみならず、選出された裁判官の合議体においても同様に、意思疎通に寄与します。

共同作業の客観性確保にとって重要な役割を果たすのは、少数意見を作成することができるしくみで、これは法律によっても認められています。少数意見の存在により、意見不一致のさいに客観的な論点を黙殺することが不可能になります。基本的に意思疎通を目指した評議文化という文脈においては、意見が一致しない部分を明確にし、加えて合意を促すことに効果があります。というのは、少数意見を書けるということは、異論や発案、論点がきちんと受け止められる下地ができることであり、少数意見をもたらず裁判官の快い賛同を得られるよう努力することでもあるのです。ここで同時に大事なものは、異なる立場を公にしたり明確に表現したりすることに対する強制やプレッシャーがなく、これに関する期待が裁判所内外に存在しないことです。つまり大事なものは、基本的に意思疎通を目標とする審議文化が、評議の内部で生じる意見の相違を逐一外部にもちこさないこと、そしてこの文化が政治と世間一般において受け入れられていることです。

Ⅲ. 強力な憲法裁判権は民主主義と相いれるか？

私たちがドイツで保持しているような強力な憲法裁判権が望ましいかどうかは、それ自体議論の対象となっています。そもそも、憲法裁判権——議会で決議された法律を違憲と宣告する権限をもつ裁判権——が望ましいかという問い自体、合意が存在しているわけではありません。アメリカ合衆国においては、また学問の世界でも、裁判所が法律を無効にする権限を持つことは民主主義の

観点から拒否されねばならないという見解が広く支持されています。もしくは、このような権限の行き過ぎと憲法裁判権制度の普及は左翼エリートの陰謀であり、彼らはこのようにしてそのひねこびた政策アジェンダを拒否する機会を国民から剥奪しているのだ、という見解さえ流布しています。

スイスの民主制のような敬うべき民主制は、従来、連邦法と連邦の国家間条約に関する憲法裁判権なしで存続してきました。連邦裁判所は、単にカントン法を連邦憲法（その他の宣誓共同体法）に照らして測るだけなのです。議会主義の母国イギリスでは、裁判官による法律審査権は最近になって初めて導入され、それも、欧州人権条約から生じる義務を守ることを目指した慎重な発案においてのみ、導入されたのです。私たちの隣人フランスは、確かに専門の憲法裁判所である憲法院 *Conseil Constitutionnel* をもっています。がしかし、その権限はドイツの連邦憲法裁判所よりはるかに狭いのです。ドイツにおける連邦憲法裁判所のような役割を果たす裁判所は、裁判官のいかなる形成権 (*gouvernement des juges*) に対しても留保を設ける傾向が遥かに強いフランスにおいては、受け入れられる見通しは全く立っていません。

ドイツにおいても、連邦憲法裁判所が稼働して以来、多くの賛意の傍ら、つねにその裁判に対する批判や、権限踰越への非難がよせられています。それは、個々の判決に対して必然的に生ずる批判、憲法裁判所が原則として逃れられないタイプの批判だけではありません。連邦憲法裁判所批判のなかには、遠大でクリエイティヴな憲法解釈への原則的かつ中心的なシフトに対する非難もあったのです。

この現象をどう考えればよいのでしょうか。おそらく自覚が必要なのは、憲法裁判は、民主主義原則との兼ね合いにおいて二つの顔をもつ事柄であることです。

すなわち、一方においては、憲法裁判は国民の意思の貫徹を制限するものであり、それは次のようなことになりましょう。制度的に強力なものとして設計され、それに相応して大胆かつ解釈権の強い憲法裁判権は、民主主義文化にとってプラスの作用だけをもたらすわけではありません。強力な憲法裁判権は、立法権力が及ぼす作用領域を狭めます。そして民主主義がもっとも活発なのは必ずしも次のような状況下ではないのです。すなわち、紛争を政治的に治め、運動を組織し、街頭に繰り出る代わりに、憲法裁判所の宣告を待つような状況では。そして、連邦憲法裁判所による審査のリスクを恐れるあまり、しばしば新しい路線に踏み出さないような状況では。

他方で、まさに連邦憲法裁判権こそが、民主主義的状況の進展と安定化に寄

与しているともいえます。確かに、「反多数派支配主義という難点 *countermajoritarian difficulty*」という問題はあります⁽²⁾。憲法裁判権制度の批判者が用いる根拠です。しかし民主制は、政権にある多数派が何をしてもよい——たとえば少数派を差別したり、政権が好まない意見を遮断したり、政治的ライバルを抑圧してもよいという制度ではないのです。民主制は市民を平等に尊重するという土台に立ち、政治的競争の公平な条件下でなされることを前提とします。本当の民主制が必要とするこれらの諸前提は、必ずしもその時々政権多数派によって守られるとは限りません。ドイツにおいては、世界大戦およびナチス政権の後、基本権と民主制を憲法裁判権によって保護せねばならないもっともな理由がありました。連邦憲法裁判所はこの基本権及び民主制の保護という課題を果たしてきたし、今も変わらず果たしています。今日ドイツに存在する憲法文化では、基本権が通常は尊重され、政治的プロセスが大幅に公にされ、憲法の意義についての意識が広く普及し、私たちが今もっている憲法への忠誠が広く行きわたることが当たり前となっています。この憲法文化が今あるのは、基本的にこの裁判所の働きがあったおかげです。この裁判所の判例がどこで常軌を逸すると感じるかについては、議論できるし、議論することが許されているし、また議論すべきです。こうした批判は裁判所の内部に伝わり、とりわけ批判が頻繁に登場するようになると、深刻に受け止められます。強力な憲法裁判権は批判を要し、とりわけ裁判官の機能の限界に注意が注がれることを要します。それはまさに、この憲法裁判権が遂行力の欠如という意識によって、囲いのなかに保たれているわけではないからです。この制度それ自体の存在を疑問に伏すことは、全く考えられていません。また、最近の一連の〔連邦憲法裁判〕判例に対する怒りから、形成力に歯止めをかける懲戒手段が検討されたそうですが、着手すべきではないでしょう。そうした手段はあります。しかしそれらは〔裁判の〕質を圧倒的に損なうものであり、責任関係をゆがめ易く、また倒錯した刺激と結びついています。それはさて置き、そうした手段を投入することは、当裁判所に対しては不適切でしょう。最良の知による憲法解釈をしていないという非難は、当裁判所については当たらないからです。連邦憲法裁判所があるために基本法に向けられる敬意と忠誠は、連邦憲法裁判所自身も受けるに

(2) 【訳注】この問題についての詳細は、参照、金澤孝「憲法理論の新局面——反多数派支配主義という難点（Countermajoritarian Difficulty）からの解放に向けて」『法律時報』79巻4号（2007年）83～90頁。初岡宏成「アメリカ社会における司法審査制度の機能論（1）」『北海道教育大学紀要 人文科学・社会科学編』67巻1号（2016年）65～72頁。

値するのです。以上のことは、確かにこの制度設計を法律で改正することを原則として排除するものではありません。皆さんもご存じのように、そうした変更は基本法でも排除されていないのですから。けれども、憲法裁判所が正常に作動する法的枠組みを無調整かつ対決的に変更することが、法治国家的・民主主義的立憲国家においてよい作法とされないのには、もっともな理由があります。例外状況がこうした措置をどうか正当化できたかもしれませんが、そのような例外状況の兆候はどこにも見られないのです。

【訳者解説】

本稿は、Gertrude Lübbecke-Wolff, *Wie funktioniert das Bundesverfassungsgericht?* (Osnabrücker Universitätsreden ; Bd. 9), Osnabrück : Universitätsverlag Osnabrück V&R unipress, 2015の本文を翻訳したものである⁽³⁾。原書は、2014年12月4日に行われたオスナブリュック大学ヨーロッパ法研究所での講演を基にしている⁽⁴⁾。なお、原題の直訳は「連邦憲法裁判所はどのように機能するのか?」となるのが、邦訳にあたって文頭に「ドイツ」を補充した。また、本稿が同裁判所の業務分担や評議方法について具体的に説明しており、したがって内容的には単純な how よりも what makes the court functionable を問うていることから、邦題も「どのようにして」という表現をとることにした⁽⁵⁾。

本稿の著者ゲルトルーデ・リュッベ=ヴォルフ(以下原則としてすべて尊称は略す)は1953年オーストリア生まれの法学者で、ドイツのビーレフェルト大学とフライブルク大学、アメリカのハーバード・ロースクールで法学を学んだ

-
- (3) 本稿を滝澤正教授に献上する。筆者(訳者)は2002年以降十数年にわたり、本学で滝澤氏の主催する比較法外国法研究会で氏の広い知見に触れる恩恵に浴してきた。比較法的要素をもつ本訳稿によって学恩に少しでも報いることがかなうならば、望外の喜びである。また、寄稿に当たっては、本学部の矢島基美教授に憲法学の視点から貴重なアドバイスをいただいた。謹んで感謝の意を表したい。
- (4) 本書の本文注には詳細な補足説明や著者自身の見解などが展開されているが、今回は主に紙幅の関係から、著者の了承を得た上ですべて割愛することにした。今後何らかのかたちでこれも訳出したいと思うが、本文に提示された数々の統計情報のその他の出典等については、当分の間は原書を参照願いたい。
- (5) 訳語の選択に当たっては、主として畑尻剛・工藤達朗編著『ドイツの憲法裁判——連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』(第2版)中央大学出版2013年と村上淳一=守矢健一/ハンス・ベーター・マルチュケ『ドイツ法入門』(第8版)有斐閣2012年、およびドイツ憲法判例研究会編の『ドイツの憲法判例』シリーズ(信山社2003/2006/2008年)を参考にした。

後、1980年にフライブルク大学で法学博士号を、1987年にビーレフェルトで公法・近世近代国制史および法哲学の教授資格を取得している。その後は主としてビーレフェルト大学の教授職にあったが、2002年に連邦憲法裁判所判事に任命され、2014年の任期満了まで同職を務めた。なお、著者は連邦憲法裁判所になる前は研究者として法哲学、基本権理論、環境権等に関する著作を発表しており⁽⁶⁾、2000年にはドイツ学術振興会からゴットフリート・ヴィルヘルム・ライプニッツ賞を、2012年には国際ヘーゲル協会とシュトゥットガルト市からヘーゲル賞を受賞している。退官後はベルリン高等研究所研究員を経てビーレフェルト大学に戻り、憲法裁判所や裁判官の機能に関するテーマを中心に論考を発表している⁽⁷⁾。

さて、本作の特徴は、退官間もない連邦憲法裁判所裁判官が自らの職務体験を振り返り、若干の批判を交えつつ、この裁判体の組織としての特性を（非常に肯定的に）論じていることであろう。ドイツの最高府の一つである連邦憲法裁判所の判事がある特徴を論じる論考は、日本語でもいくつか見られる⁽⁸⁾。ただ、筆者（訳者解説の筆者：以下同じ）の知る限りでは、本稿ほど詳しくその

(6) 主著としては、G. Lübbe-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen? Freiburg i.Br. [u.a.] : Alber 1980; Dies., Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988; Dies., Modernisierung des Umweltordnungsrechts. Vollziehbarkeit — Deregulierung — Effizienz. Economica, Bonn 1996; Dies., Recht und Moral im Umweltschutz. Baden-Baden 1999 が挙げられるだろう。リュッベ=ヴォルフの基本権論に言及した日本の論文としては、小山剛「生存権の「制度後退禁止」?」『慶應法学』19巻（2011年）97～115頁（言及部分は106～109頁）がある。

(7) G. Lübbe-Wolff, Constitutional Courts and Democracy. Facets of an Ambivalent Relationship, in: Meßerschmidt / Oliver-Lalana (Eds.), Rational Lawmaking under Review, Springer 2016, S. 19-32; Dies., Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug, Baden-Baden 2016; Dies., Geheimniskrämerie bei TTIP, MERKUR Heft-2016-8, S. 53-60.

(8) 同裁判所判事の（在任中の）講演原稿の邦訳としては、ユルゲン・キューリンク／岡田俊幸訳「ドイツ連邦憲法裁判所（市民に開かれた裁判所をめざして—ドイツ司法の経験に学ぶ—）」『法と民主主義』264号（1992年）4～11頁や、ユッタ・リンバハ／青柳幸一訳「ドイツ連邦憲法裁判所の50年」『ジュリスト』1212号（2001年）56～63頁、ペーター M. フーバー／中西優美子訳「翻訳 EU と構成国間の権限構造に関するドイツ連邦憲法裁判所の理解：財政危機克服のための結果」『日本法学』79巻4号（2014年）747～770頁等がある。また、元判事の講演として、ディーター・グリム／上村都訳「連邦憲法裁判所判決における意見表明の自由」ドイツ公法研究会『名城法学』49巻4号（2000年）159～184頁等がある。

業務風景を活写したものは未だかつてなかったように思う。こうした意味で、本稿は憲法学者にとってのみならず、というよりむしろ、比較法学者にとってこそ得難い情報を提供するものではないかと思われる。また、幸いリュッベ=ヴォルフの主張は非常に明快で、講演のために書かれたという事情もあり、解釈学的な論争も、抽象的で難解な理論もみられない。何より、比較法社会史的にみて面白い。そこに、西洋法制史およびドイツ法を専門とする筆者が翻訳を思い立った理由がある⁽⁹⁾。

以下では、本稿で著者が論じるトピックのうち、比較法の観点からとくに特筆に値すると思われるものを2点挙げて詳述する。連邦憲法裁における裁判官の日常業務および業務配分(1)と、裁判官が行う評議の在り方(2)、の2点である。前者を裁判官個人の仕事に焦点を絞ったトピックとすれば、後者は個人ではなく、合議体であるところの判決団(部会および部)に焦点を合わせたトピックである。どちらも理念や理想とは直接関係のない実際的な話題であるが、憲法裁判所の質保障にとって極めて重要なテーマであることは、本稿を読み進めていくうちに自然と実感できるところである。

解説に当たっては、具体的な理解のために、藤田宙靖・元最高裁判事の講演「裁判官と学者の間で」(本誌55巻1号所収)を随所で参考にした⁽¹⁰⁾。もちろん、憲法問題のみを扱う憲法裁判所は、すべての法分野を扱う最高裁判所とは根本的に異なる裁判組織である。しかし、日本の最高裁は「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所」(憲法81条)である点で、憲法の番人とも見なされている。本稿でも、同裁判所のモデルとなったアメリカの最高裁がしばしば比較対象として言及されている。さらにいえば、藤田もリュッベ=ヴォルフも同じく学者出身である

(9) 本稿の訳出には、幸運な偶然が働いた。ひとつは、2010年に上智大学で藤田宙靖元最高裁判事が自身の判事としての体験をテーマに講演し、そこで裁判官の審議内容の守秘義務に対して氏が示したジレンマ(「自分が関与した事件についての秘密を守るという裁判官のモラルと、他方で真実を語るという学者としての責務の兼ね合いをどうつけるかという問題」)が筆者の印象に強く残ったこと、もうひとつは2015年のベルリン在外研究中、たまたま同じ研究所に在籍していたリュッベ=ヴォルフ氏にこの体験を伝える機会があったことである。翌日、氏が筆者の研究室をふらっと訪れて手渡された冊子(すなわち本稿)は、読み進めると、藤田氏のトピックや問題意識に重なるところが随所に見られた。邦訳を快く承諾された氏に改めて感謝したい。

(10) 藤田宙靖「裁判官と学者の間で」『上智法学論集』55巻1号(2011年)1~37頁(引用は22頁)。同論文の内容を含む回想をまとめたものとして、藤田宙靖『最高裁回想録——学者判事の七年半』有斐閣2012年。

が、日本の最高裁における学者出身判事の例はきわめて少なく、同講演はその意味でも貴重な比較対象となる⁽¹¹⁾。なにより、両講演のトピックと問題意識には重なるところがいくつもあり、図らずして比較できる点が多かった。この点は特記しておくべきだろう。

1) 裁判官の日常と業務配分

本稿の魅力の一つは、「裁判官 R」の庁舎案内によって、憲法裁判官の日常業務を疑似体験できる点であろう。リュッベ=ヴォルフと藤田の講演の最大の共通点も、ここにある。読者は、ふたつの講演原稿を読み比べることにより、両者の業務内容の大きな共通点と少なくない相違点を知ることができる。両者がともに指摘する点としては、たとえば裁判官の仕事の（外から見ての）単調さがある。積み上げられた事件ファイルを裁判官室でひとり、何時間もひたすら読み続け、署名や覚書を添えて事務方に戻す作業は、「決して息をのむ光景ではない」（リュッベ=ヴォルフ）。じっさい、両者の労力は、月に4～6回ほどの評議／審議日以外は、基本的にこの事件ファイルの処理に充てられる。

裁判官の日常がこのように圧倒的な比重で孤独なデスクワークで占められる理由は、両裁判所が処理しなければならない事件数の多さにある。ドイツ連邦憲法裁判所〔以下、連邦憲法裁〕の場合、本稿に言及されている通り、同裁判所に寄せられる年間約九千件の事件の98%が憲法異議であり、その申立ては（「事前審査」で除かれたケースを除いて）ほとんど部会の持ち回り審議に諮られる。日本の最高裁判所〔以下、最高裁〕でも、年間受理件数は同じく九千件（うち上告事件は六千件）に上り、このうち95%ほどは法廷の上告理由を満たしておらず、同じく持ち回り審議に回される。つまり、どちらの裁判所でも毎年膨大な数の事件が申し立てられており、持ち回り審議によって処理しなければ物理的に運営できない状況になっている。結果、どちらの裁判所の判事にも、相当な速読力と迅速な判断力、そして膨大な数の事件を延々と処理し続ける持久力と忍耐力が要求される。

(11) 最高裁設立の1947年から2010年までの63年間で、学者プロパーのキャリアをもつ者が最高裁判事になった例は、「10名いるかないか」であるという（同2頁）。一方、現在のドイツ連邦憲法裁判所、裁判官16名のうち、教授は10名である。なお、同16名のうち、女性は7名である。リュッベ=ヴォルフは教授としても女性としても、憲法裁ではもはや珍しい存在ではない。ただし、憲法学者に特化して言えば、同裁判所史上には憲法学者が1名しかいなかった時期もあるようである。参照、トーマス・オッパーマン／赤坂正浩訳『連邦憲法裁判所と国法学』『立教法学』87巻（2013）166～117頁。

ただ、敢えて数量面を比較するならば、連邦憲法裁判事に課されるノルマ(持ち回り審議への配分件数)は、最高裁判事のそれよりも少ないように思われる。この差は、受理件数の相違によるものというよりは、業務配分の仕組みから生ずるものである。というのは、上述のようにどちらの裁判所も年間九千件程度の事件を受理するが、連邦憲法裁ではまずそのうち2300件余り(2013年)が事前審査でふるい落とされるので、残りの件数を仮に6つの部会で単純に割れば、1000~1500件程度が部会あたり年間処理件数となる。これに対し、最高裁では事前審査に相当する手続きがなく、また事件は3つの小法廷に機械的に配分されるので、一小法廷あたりの年間処理件数は約三千件(上告事件のみだと二千件)になる。つまり、持ち回り審議で精査すべき件数が、連邦憲法裁では日本の最高裁の半分程度にすぎない計算となる。この差は、おおよそ判事一人あたりの担当件数の差となる。ただ、連邦憲法裁では部会が3名構成であり、最高裁小法廷より2名少ないから、担当裁判官(最高裁の主任裁判官=裁判長にあたる)になる頻度はその分だけ高くなる。それでも、前者のほうが一人あたりの事件処理数が少ないことには変わりはない。なお、連邦憲法裁では下記に述べる業務配分制度のため、各判事に配分される事件数に差があるようだが、それでも極端な偏りは業務運営上考えにくいから、上の試算は目安として大きくはずれてはいないだろう。

業務配分に移ろう。本稿の叙述によれば、リュッベ=ヴォルフの所属していた第二部は新旧の裁判官が交代するたびに担当分野を割り当て直す慣行があり、一方の第一部では、退官する裁判官の担当分野を新任裁判官が引き継ぐという。いずれにしろ、裁判官は担当裁判官として担当する分野をそれぞれもっていることになる。リュッベ=ヴォルフは、とくに第二部の慣行は、裁判官の業務分担に不均衡を生じさせると指摘する。とりわけ、人気の担当分野を獲得した裁判官が「ウシガエルのようにパチンとはじけ」んばかりの過重負担にあえぐ危険性がある。リュッベ=ヴォルフにとっては、この点が当裁判所の弱点ということになる。なお、連邦憲法裁の公式ホームページには、各部毎に判事の担当分野表が掲載されていて、どの裁判官がどのような事件の担当裁判官になるかがわかる仕様になっている。業務負担の等分性には問題が残るとしても、透明性を確保するための営為はなされているようだ。

一方、日本の最高裁においては、受理された事件は3つの小法廷に「全く機械的に配分」され、さらに、各事件の主任(裁判長)も小法廷の5人の裁判官に同じく機械的に配分される⁽¹²⁾。こうして、最高裁の各裁判官が請け負う業務には、主任として処理する年間600件の事件を含め、民事・刑事・行政あら

ゆる種類の事件が含まれていることになる。逆に言えば、最高裁では、専門性や経験知を考慮して主任裁判官を決めるわけではない。ましてや、各裁判官個人の希望を考慮するわけでもない。このこと自体については藤田論文では特にメリットもデメリットも論じられていないが、裁判官への業務配分が裁判機能や個々の事件処理にもたらす影響等、今後比較分析する意義はあるだろう。

さて、両裁判所ともに膨大な数の事件を裁くのであるから、裁判官を補佐する調査官の役割は大きい⁽¹³⁾。本稿でも、じっさいにどれだけのマンパワーがどこから投入され、どの仕事を担うのかについて言及している。連邦憲法裁では、各裁判官が直属の調査官を選任し、調査官と秘書室を束ねて一つのチームすなわち直轄部署 *Dezernat* を率いる。リュッペ=ヴォルフの調査官は4名であるから、単純計算すると、裁判所全体では裁判官16名で総計64名いることになる⁽¹⁴⁾。調査官の大半は30代前半と比較的若く、大多数は司法機関出身であるが、行政機関や大学の講座から動員されることもある。勤務年数は2〜3年で、その後は元の機関に戻っていくことが多い。将来は高等裁判所や連邦裁判所もしくは連邦憲法裁判所自体で裁判官となる、前途有望な若手法律家とみなされている。

一方、藤田講演原稿によると、最高裁調査官の数は2010年時点で37名、年齢は大体30歳後半から40歳初めで、ほとんどが元下級審裁判官である。調査官は民事・刑事・行政の3グループに分かれ、各グループに1名上席調査官（大体50歳代）がいる。さらに全体の統括をするものとして主席調査官（60歳代）がいる。調査官勤務の後は上席調査官が地方裁判所の所長、主席調査官が後に最高裁判事に昇進するのが通例だというから、調査官経験は日本でも将来のキャリアアップへの有力な通過地点でもあるようだ。彼らの主な仕事は、連邦憲法裁と同様、意見書（調査官報告書）の作成である。裁判官が目を通さない原資料にまで目を通し、通常は20〜30頁、事案によっては100頁近くになる報告書を作成するという⁽¹⁵⁾。

(12) 藤田・前掲論文（注10）7〜9頁。

(13) 詳しくは、笹田栄司「ドイツ連邦憲法裁判所における調査官の役割」『北大法学論集』66巻2号（2015年）153〜146頁；岡田俊幸「ドイツ連邦憲法裁判所調査官の制度と実務」『法と民主主義』277号（1993年）36〜40頁。

(14) 笹田・前掲論文（注13）386頁によると、2015年の南ドイツ新聞の報道では、65名となっている。また、たとえば本人の希望で3名しか調査官を配属させない裁判官がいるなど、調査官の数には常に変動がある。また、長官及び副長官をサポートする首席調査官が2名いて、調査官のなかでも若干のヒエラルキーがあるようである。

連邦憲法裁判における調査官と裁判官の関係は、総じて密であり、また指揮命令関係がはっきりしているようである。裁判官は自分のチームに属する調査官を選ぶことができるばかりでなく、直属の上司として、彼らの勤務評定をつけなければならない。逆に、調査官側には上司である裁判官の指示に従う義務がある(連邦憲法裁判所規則13条)。日常業務においても、裁判官は自分が報告を担当する事件については、事件ファイルに最初に目を通し、最初から自分で事案を処理するか、調査官に準備作業を任せるかを定める。また、調査官は、自分の上司に配分される担当分野に従事することになる。

これに対して、日本の最高裁判事には調査官を選任する権限はなく、自分専用に配属される調査官もない⁽¹⁶⁾。個々の事件ファイルは、予め調査官による報告書が添付された形で、裁判官室に運ばれてくる。したがって、裁判官と調査官の間に直接の服属関係はなく、むしろ調査官同士の間で、民・刑・行政の専門別グループそれぞれの一体性や、上席調査官による統括などの縦割り型組織性が生じることが考えられる。さらには、個々の最高裁判決についてなされる『調査官解説』の権威が独り歩きするという指摘もある⁽¹⁷⁾。しかし、ドイツ連邦憲法裁判との比較でいえば、何より顕著な相違点は調査官の数であろう。最高裁の調査官は、連邦憲法裁判のそれに比べてかなり少ない。裁判官はほぼ同人数であるから、両裁判所のマンパワーの相違は調査官の人数に現われるといえよう。これに加えて、処理すべき事案の数はおそらく逆に最高裁の方が多い。最高裁調査官に課される負担の重さが慮れる。国民にはね返ってくる深刻な問題としては、判事にしろ調査官にしろ、膨大な事件数をかかえることにより「余力」がなくなり、書かれるべき論点や少数意見が書かれず、調べられるべきこと(例えば比較法上の調査)がなされないことが考えられる。

2) 評議の「合意指向性」とドイツ型民主主義

連邦憲法裁判の機能性を語るさいにリュッベ=ヴォルフが用いる鍵概念は、「合意指向性」である。曰く、同裁判所の最も重要な文化的功績は、「政治的党派

(15) 藤田・前掲論文(注10)9頁。新藤宗幸『司法官僚—裁判所の権力者たち』岩波新書2009年も参照。

(16) 日本の最高裁判所調査官の選任制度についての批判的検討はすでに第23回司法制度研究会のテーマとして扱われており、複数の論考がある。さしあたり岡田・前掲論文(注13)の注2にあげられた文献を参照されたい。

(17) たとえば、滝井繁男『最高裁判所は変わったか—裁判官の自己検証』岩波書店2009年34~36頁。

形成に囚われず、極めて実際的かつ入念に合意に向かおうとする」評議の在り方である。リュッベ=ヴォルフはこの合意指向性を支える仕組みとして、①評議の秘密と②その運営方法、および③少数意見の制度を挙げる。それぞれのトピックをみていこう。

リュッベ=ヴォルフは、基本的には裁判所の透明性は促進すべきだとした上で、評議の秘密については現制度に全面的に賛成し、評議の内容は——少なくとも評議中は——公開にすべきでないという。じっさい、連邦憲法裁は評議の非公開を徹底しており、各部で行われる評議には、記録係はおろか、意見書や判決草案の準備に携わった調査官も出席することができない。評議は裁判官だけで行われる。このことは、連邦憲法裁判所規則にも明記されている⁽¹⁸⁾。

なぜ評議の秘密を徹底するのか。リュッベ=ヴォルフによると、それは政治的圧力から裁判官を守るためであり、またそれに劣らず、裁判官が同僚の「諸々の主張に対して虚心坦懐に臨む」環境を整えるためである。評議内容の秘密は、藤田元判事の講演でも、自由な審議の確保という文脈で語られている。一度最高裁で決着を見た事件について、その審議の細部を裁判官が明かしてしまうと、「それに対する世間だとかマスコミの反応等を考えたときに、まず、他の裁判官としては、もう合議の席でうっかりしたことは言えないということで、自由な審議が妨げられる」ことになるという⁽¹⁹⁾。両者の発言には、何千もの評議を体験した憲法、最高裁判官ならではの、討論の質に対するこだわりがうかがえる。

他方で、藤田は在任中に個別事件について記した詳細な（個別意見の中にも含まれていない）覚書を公表することの学問的意義を指摘する⁽²⁰⁾。確かに、先例を塗り替えるような裁判の思考の道筋を示した資料は、法学にとっても実務にとっても貴重な財産となろう。ただ、他の諸点では問題意識に共通点が見られるリュッベ=ヴォルフが、この点についてはとくに意見を述べていない。その理由は推測するしかないが、ひとつには、担当裁判官の覚書を意見書などと同様の扱いで保管する旨定めた連邦憲法裁判所規則（第34条）の存在が考えられるだろう。意見書を含む訴訟記録は、裁判から10年経過の後に連邦公文

(18) Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. November 2014 (BGBl. 2015 I S. 286). (Ersetzt Geschäftsordnung 1104-1-4 v. 15. 12. 1986 I 2529). 連邦憲法裁判所規則第25条：評議には、当該裁判に関与する裁判官のみが出席できる。

(19) 藤田・前掲論文（注10）24頁。

(20) 藤田・前掲論文（注10）22頁。藤田の主な個別意見は、2012年の単行書にまとめて掲載されている。藤田・前掲書（注10）参照。

書館に移管可能で、30年経過後から利用可能となる(同36条1項)。この30年を長いと考えるか否かによって制度の評価が分かれるだろうが、少なくとも資料開示への道筋は成文規則により確保されている。なお、記録の廃棄は裁判から20年の経過を経れば可能であるが、部は、法制史的重要性に鑑みて重要と判断した事件につき、意見書を含む完全な訴訟記録を廃棄から除外することができる(同2項)。

さて、リュッベ=ヴォルフが連邦憲法裁のもっとも重要な文化的功績と自負するのが、評議の運営方法である。その一つの特徴は、評議運営自体が比較的細かいルールによって規律されていることである。たとえば、担当裁判官は評議日の遅くとも10日前までに意見書を評議メンバーに配布しなければならない。リュッベ=ヴォルフは本稿でこのルールに言及しているが、これは単なる慣行ではなく、同裁判所規則に明文化されている(23条)。また、意見書の内容は、「当該事件のあらゆる法律問題を、関連する国内外の裁判所判例および関連文献を基に整理し尽くしている」ことが期待される。意見書がこのように、担当裁判官の思考経路を丹念に示すものであることから、翻って上述の文書保管に関する規則に意見書が含まれることの重要性が、改めて浮き彫りになる。

評議自体は「事実審議」と「読会審議」の二段階で進められる。このうち、より「实际的で入念な」作業が行われるのは、第二段階の読会審議である。担当裁判官が評議日の10日以上前に配布する判決草案に、評議メンバーが送り返した個々の修正案を組み入れ、ワードで編集し直した統合整理版が「ページからページへ、脚注から脚注へと順番に」検討される。リュッベ=ヴォルフが微に入り細にわたって描写するこの「退屈で骨が折れる仕事」こそが、同裁判所の「合意指向」文化の中核に当たる作業ということになろう。と同時に、ここは連邦憲法裁の独自性がもっとも現れる部分であるかもしれない。たとえば、最高裁第三法廷の審議日についての藤田の描写では、主任裁判官が意見書に類するような覚書を事前に配布したり、同僚裁判官がこれに文書で反論したりする「新たな慣行」は紹介されるが、リュッベ=ヴォルフが示したような読会審議にあたるような作業には言及していない。

第三に、リュッベ=ヴォルフが強調するのは少数意見の重要性である。リュッベ=ヴォルフにとって少数意見は、「共同作業の客観性確保にとって重要な役割を果たす」ものであり、「異論や発案、論点がきちんと受け止められる下地ができること」である。こうした発言に関しては、リュッベ=ヴォルフ自身がしばしば「折り紙つきの手厳しい少数意見」の書き手と評されることは言及に値するだろう⁽²¹⁾。同裁判所元判事ディーター・グリムは、リュッベ=ヴォルフ

を「大いなる反対者 *dissenter*」と呼び、その根拠として、リュッベ=ヴォルフが連邦憲法裁判事として10年間で9つの「少数意見 *Abweichende Meinungen*」を提出したことを挙げる。これは一方で、アメリカの最高裁判事が半年のあいだに書く回数にすぎないが、他方でドイツでは、同時期にこの意見数を上回るのはミヒャエル・ゲルハルトの10回のみだという⁽²²⁾。

単純に数量的な面だけで考えれば、ドイツ連邦憲法裁の少数意見は、アメリカはもちろん日本の最高裁よりも少ないようである。たとえば、藤田元判事は7年半の在任中、反対意見3件、意見3件、補足意見20件ほど、合計で26件ほどの個別意見を書いており⁽²³⁾、これは少数意見が多いとされるリュッベ=ヴォルフの優に二倍を超える。また、連邦憲法裁に少数意見制が導入された1970年頃こそ比較的多くの少数意見が見られるが、その後（同裁判所判例集41巻以降）は、部の判決の約6~7%に留まるとするデータもある⁽²⁴⁾。ただ、導入後のドイツでは少数意見制のメリットが圧倒的に多く論じられ、逆に廃止するほどのデメリットを挙げる論者はいないようである。一方で藤田は、裁判官がどこまで個別意見を書くべきかについては、日本では過去様々な意見があり、キャリアの裁判官に少なくない考え方として、「最高裁における裁判の結果というのは、できる限りこれは全員一致の形で出されるほうが信頼を得るためにも望ましい」というものがあるという。そして、自身は学者出身の判事として、個別意見を社会への説明責任と理解し、意識してこれを積極的に書いてきたという。このように、少数意見（個別意見）の機能をめぐる裁判官の評価は、少数意見が量的に多い国で高いとはかぎらず、むしろ裁判官自身の職業的出自によって分かれるのかもしれない。

リュッベ=ヴォルフの主張をまとめると、合意指向型の評議実務こそが、連邦憲法裁が党派に分裂せず、政治化もされずに存続してきたことの帰結であ

(21) Steinbeis, Maximilian: Lübbecke-Wolff-Nachfolge sorgt in der SPD für Ärger, *VerfBlog*, 2014/5/09, <http://verfassungsblog.de/luebbecke-wolff-nachfolge-sorgt-der-spd-fuer-aerger/>（2016年11月29日閲覧）。

(22) Grimm, Dieter: Laudatio für Gertrude Lübbecke-Wolff aus Anlass der Verleihung des Hegel-Preises am 24. Juli 2012 in Stuttgart, *VerfBlog*, 2012/7/30, <http://verfassungsblog.de/laudatio-fir-gertrude­lbbecke-wolff-aus-anlass-der-verleihung-des-hegel-preises-24-juli-2012-stuttgart/>（2016年11月29日閲覧）。

(23) 藤田・前掲論文（注10）25頁。この段落の関連部分は同じ個所による。

(24) 畑尻・工藤編・前掲書（注5）177頁。少数意見制度のドイツ国内での評価については、同174~180頁。

り、かつ前提だということになろう。著者はこの主張をさらに進めて、連邦憲法裁は民主主義（具体的には国会機能）を弱めるのではなく、むしろドイツ型民主主義（すなわち基本権重視の憲法文化）を支えてきた、という。後者の主張の背景には、ナチスの独裁体制と基本権蹂躪を二度と繰り返さないための憲法秩序擁護および基本権の実効的保障制度として、連邦憲法裁が設置されたいきさつがある。また前者については、憲法裁判官が国会の両院それぞれから半数ずつ選任される制度上、二大政党からの推薦が慣行化し、それによって憲法裁判官ポストが「世襲領地化」ひいては党派化されたという批判への著者の反発があろう⁽²⁵⁾。著者のこうした主張は憲法裁判所の存在理由そのものにつながるものであり、とりわけ国会との具体的な関係について論じるものであることから、日本の違憲審査制にとっても示唆するところが大きいと思われる。

(本学法学部教授)

(25) 連邦憲法裁判事の選出方法について、詳しくは畑尻・工藤編・前掲書（注5）106～109頁。裁判官選任をめぐる最近の議論状況については、三宅雄彦「連邦連邦憲法裁判所をめぐる法と人事：ドイツの場合」『法律時報』86巻8号（2014年）25～30頁に詳しい。