

## 政党禁止に関する憲法裁判制度について

手島, 孝  
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1351>

---

出版情報 : 法政研究. 25 (2/4), pp.257-274, 1959-03-05. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 政党禁止に関する憲法裁判制度について

手 島 孝

- 一 序 論
- 二 正統性の問題
- 三 手続構造の問題
- 四 実体要件の問題
- 五 結 論

## 一 序 論<sup>(一)</sup>

世界憲法史上初めて政党を憲法的要因として承認した<sup>(二)</sup>一九四九年のドイツ連邦共和国基本法（以下西独基本法と呼ぶ）は、同時に、いわゆる「政党禁止」(Partei-Verbot)の制度を創設した。すなわち、「その目標又はその支持者の行態に徴し、自由民主主義的基本秩序を害し或いは廃し若しくはドイツ連邦共和国の存立を危くすることを旨す」政党は、連邦憲法裁判所における憲法裁判手続を通じて、違憲とされ禁止される（基本法第二一条第二項・第三項、連邦憲法裁判所法一三条二号・四三―七条）。

この制度は、反体制的政党の規制という現代西欧民主政の一大課題に敢然正面から取組んだものとして、強くわれわれの注目を惹くのである。それは、疑いもなく、ナチスに庇を貸して終に母屋まで乗取られたワイマール民主政

(「自殺としての民主政」)の苦い教訓を創設の直接の動機としている。<sup>(三)</sup>換言すれば、反動的な体制破壊的政党をその萌芽のうちに摘み取る憲法的手段を講ずることによって、西欧民主政を防衛すること——を直接の目的として創設された、といつてよい。現に、この制度の最初の適用例は、ナチスの残党たる Sozialistische Reichspartei (SRP)であった。<sup>(四)</sup>

しかし、この制度には、それ自体西欧民主政の根底を脅かす大きな問題性があることを、看過すべきではない。一九五六年八月一七日のドイツ共産党(KPD)の禁止は、<sup>(五)</sup>このことを如実に示すものであろう。本論稿は、政党禁止裁判制度の包蔵するこのような問題性を、指摘し検討してみようとするものである。

(一) 参照、拙稿、西独の違憲政党禁止制度(『選挙』八卷六号・昭和三〇年・一八頁以下)、西独基本法政党条項をめぐる憲法上の諸問題(『ジュリスト』一四八号・昭和三三年・一一頁以下)、なお、自治庁選挙局訳『政党制度の法的秩序(西ドイツ連邦内務大臣設置政党法委員会報告書)』(原本Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, 1957)。

(二) 基本法第二一条によって、いかなる憲法上の地位が政党に与えられたことになるかについては、問題があるが、それは「国民の政治的意思形成に協力」する特殊<sup>スイ・クネリス</sup>の「憲法的要因」(Verfassungsfaktoren)である、となす外なかるう。参照、

M. Drath, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 9, 1952, S. 65, S. 76; なお、前掲拙稿、西独基本法政党条項をめぐる憲法上の諸問題、一三頁。  
(三) 参照、Entscheidungen der Bundesverfassungsgerichts [以下 BVerfGE と略記]、Bd. 2, 1952, S. 70; F. A. Frhr v. d. Heydte, Freiheit der Parteien, in Die Grundrechte, hrsg. v. F. L. Neumann-H. C. Nipperdey-U. Scheuner, Bd. II, 1954, S. 460 f.; H. Nawiascky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes, 1950, S. 83.

この関連で、一九四五年八月二日のポツダム協定に示された連合国のドイツ管理原則の3(III)が注目される。すなわち、そこには、「ナチス及びそれと一体をなし又それに監督された諸組織を根絶し、すべてのナチスの制度を解消させ、それらが何

らかの形で復興することのないよう保証し、そして一切のナチスの軍国主義的な活動或いは宣伝を禁遏すること」が、ドイツ占領の四つの目標の一つとして挙げられているのである。——参照、E. Schäfer, Von Potsdam bis Bonn, 1950, S. 165.

(四) BverfGE, Bd. 2, S. 1 ff. 参照、前掲拙稿、西独の違憲政党禁止制度、二二—二頁。

(五) BverfGE, Bd. 5, 1956, S. 85 ff. 参照、西村信雄、西ドイツにおける共産党禁止の判決（『法律時報』二八卷一一号・昭和三十一年・八二頁以下）。

## 二 正統性の問題

根本的問題は、この制度の、西欧民主政体制内における正統性 (Legitimität) の問題である。すなわち、或る特定の政治的志向をもつ政党をその志向の故に禁止するこの制度は、結社の自由・表現の自由に立脚する西欧民主政の根本理念と果して相容れるものであろうか。

いうまでもなく、結社の自由・表現の自由は、それによってのみ民主的國家組織が構成されるものとして、西欧民主政の支柱をなすものである。そして、そこからは、当然に、「政党の自由」(Freiheit der Parteien)<sup>(1)</sup>の要請が生まれて来る。なぜなら、現代においては、政党こそ、政治的な結社・表現の自由の第一義的担い手に外ならないからである。政党結成の自由を規定した西独基本法第二一条第一項第二文、イタリー共和国憲法第四九条は、この当然の要請を明文化したものに過ぎない。そのKPD禁止判決の中で、連邦憲法裁判所も、國家意思形成過程に関する相対主義的考え方を「自由主義的民主政の基礎的見解」と認め、<sup>(2)</sup>「この思想を首尾一貫徹底させるならば、すべての政治的見解の主張者に対して、政党の形で自らを組織化し、その政治的見解の実行のために運動する可能性が開かれねばならぬであろう」と述べている。<sup>(3)</sup> 実際、この判決文が直ちに語を継いでいうように、このような政党自由の原理に対しては、國家意思形成の過程における選挙民の意思によってではなく、國家の干渉によって或る政党を政治生活から排

除することは、理論的に矛盾する、といわざるを得ないであろう。西歐民主政の諸憲法がこれまで政党禁止裁判のよ  
うな制度を知らないのは、決して偶然ではないのである。

しかし、西独基本法は、敢えて政党禁止の制度を創設した。いかにも、基本法は政党に憲法的要因としての地位を  
与えた。その限りで、政党に国家的見地から或る程度の規制を加える（同法第二一条第一項第三・四文）ことは容認され  
る。しかし、この規制が或る政党の存立をその特定の政治的志向の故に抹殺することにまで及び得るかどうかは、あ  
くまでも問題である。この点について、政党禁止裁判制度の正統性を擁護する立場は、次のように論ずる。――こ

の制度は、理念的に、民主政の相對主義的寛容に限界を劃する思想<sup>(四)</sup>によって正統化され得る。すなわち、ナチスの抬頭  
と制覇を許すに至ったワイマール憲法下の苦い体験を経た今日では、もはや、そこでのようなすべての政党に対する無  
条件の寛容と中立の態度は許されない。相對主義に立脚する民主政そのものを否認する全体主義政党は、民主政の自  
己防衛のため、断乎、国家の実力を以て排除されなければならない。「かくて基本法は、意識的に、すべての政治的見  
解に対する寛容の原理と、国家秩序の或る不可侵の基本価値に対する信念告白との間に、一の綜合<sup>ジュンテーズ</sup>を試みた。基本  
法第二一条第二項は、従って、憲法の基本原理の一と矛盾するものではない。それは、自由民主主義的国家秩序の限  
界問題を解決しようとする意識的な憲法政策的意思の表現、特定の歴史的状況において政党に対する国家の中立性の  
原理をもはや純粹に貫くことはできないと考えた憲法制定者の経験の沈澱、――この意味で――『鬭争を辞さぬ民主  
政』への信念告白である。<sup>(五)</sup>」要するに、現在の危機的時代における西歐民主政の自己防衛のため必要已むを得ないも  
のとして、政党禁止裁判制度は、この体制に本質的な結社・表現の自由に限界を置くものではあっても、これを破壊  
するものでは決してない。加えて、この制度は、上述の目的に必要な最小限にとどまることを手続・実体の両面から  
保障されていて、濫用の危険がない。すなわち、その運用は公正な司法機関たる連邦憲法裁判所の手に委ねられ、ま

たその実体要件は、極端な反体制的政党のみについて、しかもかなり厳密に、規定されているのである。<sup>(六)</sup>——おおむねこのように、政党禁止裁判制度は弁護される。<sup>(七)</sup>

われわれは、しかし、この議論に対しては疑問なきを得ない。そこで政党禁止裁判制度の正統化に援用されたいわば絶対主義的相対主義の立場は、果して、従来の西欧民主政の根本理念と同質性を保ったその発展形態といひ得るものであろうか。己れに敵対的な世界観にも自由な活動を許すという自信満々な楽天主義にこそ、後者の精髓は存したのではなかったか。そして、かの自己防衛の論法は、古来、政府による自由な思想・表現の抑圧の弁護として重用されて来たものであることを想起せよ。<sup>(八)</sup> いずれにせよ、政党禁止裁判制度は、結社・表現の自由という西欧民主政の本質的原理と、鋭い緊張関係——それは、本来相対主義に立脚する西欧民主政が今日置かれてある危機的状況の一つの表現に外ならないのであるが——に立たざるを得ず、その西欧民主政体制内における正統性には、少くとも、大きな疑問の余地がある、といわなければならぬ。それに、この制度における手続・実体両面からの保障というのも、決して完璧なものとはいえず、むしろ却って問題性を含んでいる。この点については、次節以下に詳論するであろう。

(一) 参照、Heydte, a. a. O., S. 457 ff. なお、政党の自由には、設立の自由、入党の自由、<sup>プロパガンダ</sup> 宣伝活動の自由を含むが、これらは、政党そのものの権利であると同時に個人的基本権でもある、とされる。——S. 481.

(二) 参照、H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., 1929, S. 101.

(三) BVerfGE 5, 134 f.

(四) 参照、G. Radbruch, Le relativisme dans la philosophie du droit, dans Archives de Philosophie du droit et Sociologie juridique, 4<sup>e</sup> année, 1934, p. 109.

(五) BVerfGE 5, 138 f.

(六) 参照、BVerfGE 2, 12; 5, 139 f.

(七) 『政党制度の法的秩序』二六七頁以下も、政党禁止裁判制度は「民主的思想となんら矛盾するものでない」と説いている。

(八) 参照、J・B・ピュアリ『思想の自由の歴史』（森島恒雄訳）、二二二頁以下。

### 三 手続構造の問題<sup>(二)</sup>

政党禁止裁判制度は、その濫用防止を手続的に保障するため、連邦憲法裁判所をしてその運用の衝に当らしめる<sup>(三)</sup>。たしかに、政党禁止を、執行府の行政措置ではなく、独立の司法機関における裁判手続によらしめることは、或る意味で高度の保障を提供するものであろう。しかし、果してそこに問題はないであろうか。

元来、政党禁止は、すぐれて政治的な裁量・決断を要する政治的行為<sup>(四)</sup>（Regierungsakt）である。このような行為が、本来司法を任とし従って国民に対して政治的責任を負わない裁判所の手で行なわれることは、西欧民主政の政治機構における三権分立・責任政治の大原則からして、甚だ問題といわざるを得ないのである。因みに、憲法裁判所といつても、いかにもその判定は大きな政治的効果をもたらすものではあるが、やはり、係争の場合に法——憲法——を解釈し宣言する司法機関なのである（参照、基本法第九二条・第九三条）。

この問題について、カウフマンは、提訴が政府の政治的責任においてなされる限り、連邦憲法裁判所による司法的処理は可能である、として次のように説いた。——「連邦憲法裁判所は、裁判所の枠の中にとどまろうと欲するならば、政治的問題を法的問題から明確に分かたなければならぬであろう。それは次のような意味である。人は、破壊的政党を、その小さな尖端のみが海面に突出し、本当に危険な塊は海面下に存するところの、海洋に漂う大きな氷山に譬えた。その政党を、その公然の活動の故に禁止するのが合目的か、或いはその地下運動の故に、存続せしめて、禁止が全体的状況の枠内でのような政治的結果をもたらすかを更に観察し続けるのが合目的か、の問題は、その解決にとって数多の観点と種々に異なる利害の考量とが規準となるが、しかしそれについての法的規範は存在しな

いところの、政治的問題である。それ故、連邦憲法裁判所は、政府の当該政党禁止の申立に上述の問題についての政治的決定をみて、ただ、申立の基礎である決定が構成要件に関して内的に根拠があり合理的であり恣意的でないかどうか、という法的問題にのみ答うべきである、とする立場をとるべきであろう。これによって、事物の本質に従い、政治的責任は政府にのみ帰し、連邦憲法裁判所は、ただ、この政治的決定が法的に根拠があり恣意的ではなかった、ということについての責任をのみ負うことになる<sup>(五)</sup>。」一九五一年に制定された連邦憲法裁判所法は、この線に沿って、連邦議会・連邦参議院・連邦政府及び——一定の条件の下で——邦政府という政治的機関に、且つこれらにのみ、政党禁止訴訟の申立提起権を与えた(四三条)。そして、解釈論は、この申立提起がこれら諸機関の政治的裁量に属することを認めている<sup>(六)</sup>。しかし、それでもなお、ここで連邦憲法裁判所に課せられる任務が實際上強度の政治的色彩を免れ得ないことは、否定できない。この制度の実際の運用、殊に最近のKPD禁止の事例が、このことを実証する。マウンツは、連邦憲法裁判所法四六条三項によって、違憲政党の解散措置までが連邦憲法裁判所の任務とされているところに問題がある、とみて、次のような見解を述べる。——「単なる法律の中に含まれているこの規定が、法治國家及び権力分立の憲法原理と両立し得るかどうか、疑問である。この憲法原理に従えば、政治的種類の諸決定は、常に政府によってなされなければならない。それらは、政治的裁量を行使し得ない裁判所の任とされてはならない。基本法第九三条第二項によるも、連邦憲法裁判所には、裁判的任務のみが委ねられ得るのである。連邦憲法裁判所法四六条三項が基本法と両立しないならば、……連邦憲法裁判所は、それを適用することはできず、またしてはならず、違憲性から引出される帰結はこれを政府の手に委ねなければならない<sup>(七)</sup>。」要するに、或る政党の違憲性の確定とその解散措置とは別個の行為であって分離できる、との前提の下に、連邦憲法裁判所は、「違憲性の確定」にとどまり、「解散」の決定はこの確定に基く政府の政治的裁量にこれを委ねればよい、とするのである。連邦憲法裁判

所の判決文に現われた見解では、「政党の解散は、独立の執行的措置ではなくて、違憲性の確定の法律上規定された正常・典型的・適当な効果である」から、このことは不可能である。<sup>(八)</sup>しかし、仮にこのことが可能であるとしても、なお、それで問題が解決されたことにはならないであろう。なぜなら、その場合でも、件の「確定」自体、高度に政治的な考量と決断を必要とするものと考えられるから。

このように、政党禁止裁判制度は、その運用の手続的保障を連邦憲法裁判所に求めたのが、却って問題性を孕む結果となっている。すなわち、それは、西欧民主政の政治機構にとって基礎的な三権分立・責任政治の建前を紊し、政治的無責任の蔭で憲法裁判所の権威を藉りて却って制度濫用の危険を生むのではないか——連邦憲法裁判所の構成が決して政治的公正・中立を担保するものではない事実<sup>(九)</sup>を考え合わせよ——、と疑問視されるのである。

(一) 連邦憲法裁判所法の中に規定されている政党禁止裁判の手続は、大略次の通りである。

(一) 訴訟の主体 (1) 審判機関：…連邦憲法裁判所の第二部。<sup>ゼナート</sup>これは、従来、「基本権部」(Grundrechtssenat)と呼ばれる

第一部の管轄であったのが、一九五六年七月二二日の連邦憲法裁判所法改正法(一条七号)で改められたものである(この間の事情については、参照、西村・前掲論文八二—三頁及び Das Schandeurteil von Karlsruhe, Ein Entscheid gegen Frieden, Freiheit, Einheit und Recht, hrsg. v. KPD, 1957, S. 16)。(2) 当事者……申立提起者(Antragssteller)たり得るのは、連邦議会・連邦参議院・連邦政府及び——その組織が当該邦内に限られている政党に対する場合——邦政府に限られる(四三条)。申立相手方(Antragsgegner)は政党(政党の概念については、参照、前掲拙稿、西独基本法政党条項をめぐる憲法上の諸問題、一二頁、『政党制度の法的秩序』一五七頁以下)。訴訟における政党の代表権者に関する規定(四四条)。

(二) 訴訟の開始 訴訟は、一般の憲法裁判の手続に従って、申立(Antrag)の提起によって開始される。申立の目的は、「或る政党が違憲であるかどうかの判定」である(参照、四三条一項)。(但し、W. Geiger, Gesetz über das BVG, Kommentar, 1952, S. 161 は、制度の濫用を慮って、申立提起権者の一が或る政党の違憲性の確定を求める申立を提起した場合、

他の申立提起権者がその政党の違憲でないことの確定を求める申立も認められるものとする。)

(三)訴訟の審理 形式的要件審査手続(二四四条)、弁論(二二二条、二二五条)、証拠調(二二六―二二九条、三三二条二項)、仮命令(三三二条)、訴訟手続の中止(三三二条一項)等、原則として、職権主義の支配する憲法裁判一般に共通の規定に従うが、政党禁止訴訟の場合には、その刑事訴訟的特質に由来する若干の特則がある。(1) 必要的予備手続の規定(四五条)―ドイツ刑事訴訟法における公判開始決定(Eröffnungsbeschluss)の中間手続に類似。(2) 証拠調に関し、裁判所は、申立受理後は刑事訴訟法の規定に従って差押捜索を命ずることができ(四七条、三八条一項)、また、口頭弁論の準備のため、本案の判定について管轄権をもたぬ<sup>ゼナート</sup>部の裁判官に委任して、予備審理(Voruntersuchung)を行わせることができる(二八条二項)。更に、証人及び鑑定人の尋問には、刑事訴訟法の規定が準用される(二八条一項)。

(四)訴訟の終了 本案の審理に入った訴訟手続は、一般の憲法裁判同様、通常、終局判定(Endentscheidung)によって終了する。訴の取下(Klagerücknahme)も認められ得る(参照、H. Lechner, BVGG, Kommentar, 1954, S. 132)。訴訟上の和解(Vergleich)は、政党禁止訴訟のような刑事訴訟的手続については、勿論認められない(参照、Lechner, a. a. O., S. 134)。(1) 判定の成立・方式……原則として憲法裁判の総則規定(一七条、三〇条、二五条四項)に従うが、評決については特則がある(一五二条二項、なお一九五六年七月二二日の改正法二二条三項)。(2) 判定の内容……申立が「理由なし」と判明すれば、「棄却」の判定が下される。(一) 申立提起権者が相反する申立を提起することを可能と考へる Geiger, a. a. O. は、その場合には、例外として、「その政党は違憲でない」ということが判定されるべきである、とする。―S. 165.) 申立が「理由あり」と判明するならば、i 裁判所は、「その政党は違憲である」ことを確定する(四六条一項)。この確定は、政党の法的又は組織的に独立の部分に限定してなされ得る(四六条二項)。ii この確定には、政党又は政党の独立的部分の解散及び代替組織結成の禁止が結合されなければならない(四六条三項前段)。iii その際、裁判所は、更に、政党又は政党の独立的部分の財産を公共の目的のために連邦或いは邦に没収する旨宣告することができる(四六条三項後段)。(3) 判定の効力……形式的

確定力、実質的確定力（既判力）、関係諸機関に対する拘束力（三二条一項）という憲法裁判における判定の一般的効力の外に左の効力をもつ。i 一事不再理（*ne bis in idem*）の効力（四七条、四一条）——政党禁止訴訟の刑事訴訟的性格に基く。ii 形成力（参照、Geiger, a. a. O., S. 165; Wernicke, in Bonner Kommentar, zu Art. 21, S. 17; T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 5. Aufl., 1956, S. 64 等、反対—Lechner, a. a. O., S. 73f.）。なお、違憲性を確定する判定がなされると、申立提起又は判決言渡の時に於いて当該の政党又は部分組織に所属する代議士は議席（Mandat）を喪い、その未選出候補者は候補者名簿上の次順位者としての継承権を喪う（連邦選挙法四九条一項、なお参照、BVerfGE 2, 72ff.）。判定の実効性の確保のための罰則（四七条、四二条）。

(二) その際、行政裁判所ではなく憲法裁判所が選ばれたことについて、Drath, a. a. O., S. 36f. は、基本法第二一条の確認する政党の自明な憲法上の地位からして極めて妥当な解決である、と述べるが、E. Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, in Festschrift für R. Thoma, 1950, S. 50f. は、この任務は、本来、行政の干渉のための前提を予め判決によって確定する行政裁判的性質のものである、としているのが注目される。

(三) 参照、Drath, a. a. O., S. 37,

(四) 参照、Geiger, a. a. O., S. 5f.

(五) E. Kaufmann, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 9, S. 11f.

(六) Maunz, a. a. O., S. 64; Geiger, a. a. O., S. 160.

(七) Maunz, a. a. O., S. 64f.

(八) BVerfGE 5, 391f.

(九) 基本法及び連邦裁判所法（一九五六年七月二日改正）に従えば、連邦憲法裁判所は次のようにして構成される。

連邦憲法裁判所は二〇の部 (Senat) から成り、各部には八名 (一九五六年八月三十一日までは十二名、一九五六年九月一日から一九五九年八月三十一日までは経過措置として一〇名——改正法二条一項) 宛ての裁判官が選任される (法二条)。裁判官の資格要件——(一) 満四〇才以上で連邦議会の被選挙権を有し、連邦憲法裁判所の構成員となることを文書で予め宣言していること (三条一項)。(二) 裁判官資格を有するか、若しくは正規の国家試験に基いて高級行政官職に就く資格を獲得し公法の特殊知識に秀で公的生活を経験していること (三条二項)。裁判官の兼職禁止 (三条三・四項)。候補者名簿の作成 (八条)。

裁判官の選任方法——各部の裁判官中、三名は上級連邦裁判所の裁判官 (少くとも三年以上級連邦裁判所に勤務したものであることを要する) の中から当該裁判所におけるその任期について選任され (四条一項)、他の裁判官は八年の任期で選任される (四条二項)。各部の裁判官は、半数宛て、連邦議会と連邦参議院によって選挙される (基本法第九四条第一項) が、その際、任期付で選任される裁判官については、中三名が連邦議会、二名が連邦参議院によって、上級連邦裁判所におけるその任期につき選任される裁判官については、中一名が連邦議会、二名が連邦参議院によって選挙される (法五条一項)。連邦議会における選挙は、間接選挙であって、比例選挙の原則に従って選出された議員一二名より成る選挙人委員会によって行われ (六条一・二項)、裁判官に選挙されるには、最少八票を要する (六条五項)。連邦参議院における選挙は、直接選挙であり、三分の二の多数決による (七条)。なお、特殊の場合の選挙手続 (七条の a)。長官及び長官代理の選挙手続 (九条)。任命は連邦大統領が行う (一〇条)。

すなわち、一定の高い専門的資格を要件とするとはいえ、結局は、政治的機関たる連邦議会・連邦参議院によって選挙されるところの、裁判官から構成されるものであり、従って「その時々 of 政党星座の鏡像」となる危険を多分に含んでいるのである。参照、H. Feldmann u. M. Geisel, Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, 1954, S. 114.

#### 四 実 体 要 件 の 問 題

濫用防止のための他の配慮として、かなり限定的且つ厳密に規定された筈の実体要件にも、問題がある。

すなわち、政党禁止の実体要件の各標識は、実際には、決してそれ程明確なものではなく、むしろ曖昧であって、恣意的解釈を許しかねない。やや詳細に、個々の検討を加えてみよう。

(一) 先ず、違憲性の認定手段として、当該政党の「目標又はその支持者の行態」が挙げられている。「目標」(Ziel)には、「秘密の目標」や「重要でない遠い目標」まで含まれるのか。<sup>(一)</sup> また、「支持者」(Anhänger)の範囲も定かでない。党員(Mitglieder)の概念より広いことは確かであろうが、果して、その外どの程度の者までがこれに属するの。<sup>(二)</sup>

(二) 違憲性の選択的構成要件の一は、「自由民主主義的基本秩序を害し或いは廃する」ことを目指すことである。「自由民主主義的基本秩序」(freiherrliche demokratische Grundordnung)とは何か。これは、西独基本法の本質的性格を示す重要な概念の一つである(この語は、この外、第一八条・第九一条にも現われる)が、その内包外延は極めて漠然としている。同じ基本法中第二条第一項・第九条第二項に現われる「憲法的秩序」(verfassungsmässige Ordnung)より狭く、これに自由民主主義的刻印を捺すところの基礎的憲法原理と解するとして、<sup>(三)</sup> それでは、それは一体いかなる具体的内容をもつものかとなると、これに一義的解答を与えることは容易ではない。連邦憲法裁判所は、これを、内容的に、「すべて権力的恣意的支配を斥け、その時々多数者の意思による国民の自己決定と自由及び平等とに基づく法治国的支配秩序をなすところの、秩序」と規定し、この秩序の根本的原理として、「基本法中に具体化されている人権就中生命及び自由な発展に対する人格の権利の尊重、国民主権、権力分立、政府の責任性、行政の法律適合性、裁判所の独立、多政党原理及び反対党を合憲的に結成し運営する権利を伴うすべての政党に対する機会の平等」を挙げているが、<sup>(四)</sup> この解釈が決定的なものとは決していえないであろう。<sup>(五)</sup> 「害する」(beeinträchtigen)という言葉も甚だ曖昧である。<sup>(六)</sup> このことは、現にこの語は、「その解釈が争われ、連邦憲法裁判所がそれによって後に余計な仕事

を負わされる」虞れありとして、制憲議会での審議の間で一旦削除されたものであり、その復活は何とその後<sup>(七)</sup>の会議における「見落し」に因る(一)というその成立の歴史が、雄弁にこれを物語っている。

(三) もう一つの選択的構成要件は、「ドイツ連邦共和国の存立を危くする」ことを目指すことである。「ドイツ連邦共和国の存立」(Bestand der Bundesrepublik Deutschland)とは、ドイツ連邦共和国の「空間的(領土的)」存立——国際法的存立、すなわち、ドイツ刑法八八条一項(一九五一年八月三〇日改正)の意味における国家の政治的独立性及び領土的一体性——のみならず、その「政治的」存立——国内的秩序の存立、すなわち、基本法第二〇条第一項(「ドイツ連邦共和国は、民主的で社会的な連邦国家である。」)の意味における国家の連邦共和国としての存立——をも意味するものかどうか、明確でない<sup>(八)</sup>。具体的には、シュレスヴィツヒルホルシュタインの南シュレスヴィツヒ選挙人団(SSW)など、本構成要件に該当することになるのかどうか<sup>(九)</sup>。

(四) 最後に、自由民主主義的基本秩序を害し或いは廃し若しくはドイツ連邦共和国の存立を危くすることを「目指す」(darauf ausgehen)とは、いかなる意味か。通説・判例は、ここで問題となるのは「意図」(Absicht)であること<sup>(一〇)</sup>が、KPD禁止訴訟において、KPDは、「この行為標識は、単なる意図以上のもの、すなわち活動(Tätigwerden)を要求する」とし、「かくて、實際上、基本法第二一条第二項に従って政党に対し処置がとられ得る前に、刑法八一条(大逆的企図の予備)の構成要件が充足されていなければならない」と主張して譲らなかつた<sup>(一一)</sup>。

容易に推論せられるように、このような実体要件の不明確性は、政治的目的のためにする制度の濫用に大きく道を開くものである<sup>(一二)</sup>。ヤーライスが、政党禁止の制度は、基本法第一八条所定の基本権喪失の制度と共に、その規定の不明瞭性と不確定性の故に「民主政の自己危殆化」となり得る、との危惧を表明している<sup>(一三)</sup>のも、決して理由のないことではない。現に、一九五六年八月一七日のKPD禁止判決が、かかる観点から鋭く批判されている。就中、そこで、マ

ルクス・レーニン主義の学説、そのものがKPDの「目標」認定の重要な資料として用いられ、また、「自由民主主義的基本秩序一般のより容易な廃除のための過渡段階として利用するために——たとえこの廃除がドイツ再統一との関連で又はその後初めて行われるとしても——、連邦共和国における今日のそれと異なる社会的・政治的形態の自由民主主義を志向する」(傍点筆者)ことが既に「自由民主主義的基本秩序を害することを目指す」ものとされている等は、<sup>(一五)</sup>「論者の指摘に俟つまでもなく、大きく問題とされねばならぬところである。けだし、この論法からすれば、ドイツ社会民主党(SPD)を始めとする社会主義政党の禁止も決して困難ではなくなるであろう。<sup>(一七)</sup>

要するに、政党禁止裁判制度は、その実体要件の面にも、却って西欧民主政を脅かすような制度の濫用を許しかねない問題性を潜めているのである。

(一) 通説・判例によれば、結党大会で声明され、また党則・綱領等に明記された目標設定並びに目的のみならず、後に事実上変更されたそれ、更に、政党自身によって公表されたそのみならず、立証可能である限り、秘密の隠されたそれも亦、ここで問題となる。すなわち、ここにいう「目標」とは、実際の、真正のそれである、と。Wernicke, a. a. O., S. 11; Heydte, a.

a. O., S. 485; Geiger, a. a. O., S. 159; BVerfGE 5, 144 f. かつ、BVerfGE 5, 143 f. に従えば、「憲法に敵対的な意図の立証については、基本法第二一条第二項によって、政党の目標が最も重要な認定手段たるべきである(『その目標に徴し』)。その予防的性格に依じて、その際、規定は、(重要な)近い目標と(重要でない)遠い目標とを区別していない。決定的なのは、ただ、或る政党が、その目標に徴して、ここで今(hic et nunc)自由民主主義的基本秩序を害し、或いは廃する意図を有するかどうか、ということだけである。その目標から、この意図が現在において立証され得るならば、その予想で意図の効果が生ずるであろうとこの時点は、法的意義をもたない。憲法制定者の意思は、基本法が有効に存続する間、自由民主主義的基本秩序を侵害することを目指す政党を發展せしめない、ということであった」。しかし、「目標」概念をこのように広く解するのは、現実に或る政党の「目標」を認定する際、裁判官の主観が大幅に介入する危険を招来しはしないか。参照、

G. Dennekamp, Zum Verbotsurteil gegen die Kommunistische Partei Deutschlands, 1956, S. 6 f.

(二) 党員の外に、或いは同調者 (Mitläufer) や後援者 (Förderer) が——F. Giese, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 3. Aufl., 1953, S. 48——、或いは黒幕 (Hintermänner) や資金提供者 (Geldgeber) や当該政党のために運動し煽動し又はその他の方法でこれに与する人物が——Geiger, a. a. O., S. 159——、「支持者」の範疇に含ませられる。この概念は、規範的に規定し得るものではなく、ただ、具体的な歴史的状況——それは裁判官の解釈すべきものである——からのみ、その都度範囲を劃さるべきものである、とする見解もある。これに従えば、「支持者」は、場合によって、政党職員 (Parteiangestellte) や附属組織・下部組織の所属者が、党員資格の有無に拘らず、そうであり得るし、また、当該政党を支持するすべての「後援者」や、それに与するすべてのジャーナリストがそうであることもある。——Heydte, a. a. O., S. 486 f. 以下、Wernicke, a. a. O., S. 12 のいうように、この概念は、それに附着する不明確性の故に、控え目に解釈せらるべきであろう。

(三) 参照、Wernicke, a. a. O., S. 13; Geiger a. a. O., S. 136; BVerfGE 2, 12; 5, 141. Heydte, a. a. O., 490 は、「『自由民主主義的基本秩序』は、人格的自由と民主政についての西欧的概念規定の意味において自由主義的且つ民主主義的と特性づけられ得るために憲法秩序が最小限包含せねばならぬ規範の総体——と規定せられる」とし、「この意味で、この概念を、その具体化を裁量の範囲内に見出すところの「不確定概念」(unbestimmter Begriff)ではなく、憲法の中に具体的な形で含まれている規範的最小限を指称するところの「極限概念」(Grenzbegriff)たるものとして見る。

(四) BVerfGE 2, 1, 12 f. 参照、Geiger, a. a. O., S. 136. なお、これは G. Leibholz, Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien, in Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages, 1951, S. C 27 f. の見解に追随したものとされる。参照、Heydte, a. a. O., S. 489 Anm. 94.

(五) 例えば、Dennekamp, a. a. O., S. 22 は、「この列挙は決して悉皆的でないとして、特に民族的自決権をかかるとして

て加える。また、KPD禁止訴訟で、KPDは、「自由民主主義的基本秩序」の根本原理には、基本法上のドイツ再統一の命令と平和政策への義務づけが附け加えられるべきである、と主張した。参照、Das Schandurteil von Karlsruhe, S. 95.

(六) Wernicke, a. a. O., S. 13によれば、「害し或いは廢する」とあることによって、ひとり自由民主主義的基本秩序を「根底から覆え」そうとする極端な目標設定のみならず、この基本秩序を（単に）個々の点で破壊し侵害し変容しようとするそれでも、否認されることになる。しかし、本条項の規定の例外的性格とその法的効果の重大さの故に、この規定を単なる侵害の場合に適用するに当たっては、最大の慎重と強い抑制とが必要であり、従って「害する」という概念には、どんな些細な侵害でも属するわけではなく、ただ、顯著で本質的な侵害のみが属するであろう、と。

(七) 参照、K. B. v. Doemming-R. W. Füslein-W. Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in Jahrbuch des öffentlichen Rechts, NF. Bd. 1, 1951, S. 209; H. v. Mangoldt, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, S. 143.

(八) これを肯定する Wericke, a. a. O., 13f. に従えば、「連邦共和国を国家連合、統一国家、君主国家等に変形することを指す政党」も亦、本構成要件に該当することになる。これに対して Heydte, a. a. O., S. 486f. Anm. 91は、「基本法第二〇条一項は、既に同第七九条第三項（「連邦の邦による構成、立法への邦の原則的関与或いは第一条及び第二〇条に規定されている基本原理に影響を及ぼすような基本法の修正は、許されない。」）によって、基本法の有効期間中十分保護されているわけであるが、基本法が同法第一四六条に従って失効したときについて、且つ同条の語る新憲法についてまで、国家連合、統一国家、君主国家等を希求する権利を政党から奪うのは、政治的目標設定の自由の余りにも強い制限と思われる、とする。しかし、元来、この構成要件は、「或る政党が、自由民主主義的基本秩序を危くするものではないが、ドイツ連邦共和国の存立を、例えば分離主義的傾向によって、危くするものである場合があり得よう」という理由で、制憲議会における審議の間に挿入されたものであり——参照、Jahrbuch des öffentlichen Rechts, NF. Bd. 1, S. 210——また Leibholz, a. a. O., S.

28によっても、「ここでは、国外勢力と協働して連邦共和国の存立を危くし、かくて国民国家の観点からみて集团的に反逆罪を犯す政党のことが考えられている」と説明され、「領土を連邦共和国の現状から切離して独立させたり、或いは連邦共和国自体又はその部分を外国に従属せしめたり、若しくは第三勢力への領土割譲を促進することを目指す政党」がそのようなものとして挙げられていることが、注意するべきであらう。なお、参照、Mangoldt, a. a. O., S. 148.

(九) 参照、Feldmann u. Geisel, a. a. O., S. 114. S. S. W. の綱領(一九四八年八月五日)については、参照、W. Treue, Deutsche Parteiprogramme 1861-1954, 1954, S. 229 ff. その問題点は、R. Barzel, Die deutsche Parteien, 1952, S. 246 f. によつて指摘されている。

(一〇) Wernicke, a. a. O., S. 12; Mangoldt, a. a. O., S. 148; Heydte, a. a. O., S. 485; Geiger, a. a. O., S. 159; BVerfGE 5, 85, 141 ff. なお、Wernicke, a. a. O., S. 12 によれば、既に一九四六年のバイエルン邦憲法第一五条第一項に用いられている「„darauf ausgehen“なる語は、„beabsichtigen“, „bezwecken“, „planen“の意である。

(一一) 参照、BVerfGE 5, 141. Dennenkamp, a. a. O., S. 13 は「このKPDの主張を支持して」「„Darauf-Ausgehen“の概念からは、この構成要件標識充足のためには政党の活動(Tätigerwerden)が必要であることが一義的に推論される。従つて、計画(Plan)或いは意図(Absicht)を超えて、自由民主主義的基本秩序の廃除又は侵害に向けられた計画或いはそれに応ずる意図の実現への具体的な数歩(konkrete Schritte)が踏み出された、という立証がなされなければならない」とし、連邦憲法裁判所が、その判決中で、「基本法第二一条第二項は、刑法八一条のように、具体的企図を要求しない。政党の政治的針路が、基本的且つ継続的に、傾向上、自由民主主義的基本秩序の敵対に向けられている意図によって規定されていれば、十分である」として、この主張を斥けた——BVerfGE 5, 85, 141 ff.——ことを「„Darauf-Ausgehen“の概念をも広く従つて諺って解釈して、それにその語義と矛盾する解釈を与える」ものと非難している。

(一二) 殊に、肝心の「自由民主主義的基本秩序」の語の曖昧なことは、甚だしく危険である。「……『自由民主主義的基本秩

『序』の成句の不確定性の故に、第二一条第二項の事件における連邦裁判所の判定は強く政治的に規定されているであろうから、この前提条件が好ましからざる政党を抑圧するために利用され、従って、自ら、民主主義的国家思想の危殆化の意味で効果を顕わすことがあり得る、という危険が存する。」Mangoldt, a. a. O., S. 148.

(一三) 参照、Wernicke, a. a. O., S. 11.

(一四) BVerfGE 5, 147 ff.

(一五) BVerfGE 5, 86, 335 f.

(一六) Dennenkamp, a. a. O., S. 7 ff.

(一七) 参照、Dennenkamp, a. a. O., S. 10 f.

## 五 結 論

政党禁止裁判制度には、このように問題が多い。先ず根本的に、理念上、それは、西欧民主政の基礎原理たる結社・表現の自由と容易に調和しそうにない。更に、技術的にも問題がある。すなわち、手続的保障を求めてその運用を裁判所の手に乗ねたのは、三権分立・責任政治という西欧民主政の機構原理の上から、却ってその当否が疑わしいし、それに加えて実体要件の曖昧さは、制度濫用の大きな危険性を孕んでいる。これらは、この制度をして、その創設の動機（序論参照）とは逆に、却って西欧民主政の根底を脅かす「双刃の剣」たらしめるものであり、その西欧民主政体制内における正統性を疑わしめるものである。

とまれ、このような重大な問題性にも拘らずそれを制度化せざるを得なかったところに、われわれは、西ドイツの況位に象徴された今日の西欧民主政の苦悶を看取することができるのである。