

## 「憲法機関」概念の意義と基準

光 田 督 良

### Die Bedeutung und Kriterien des Begriffs „Verfassungsorgan“

Masayoshi Mitsuda

- 1 「憲法機関」概念検討の必要性
- 2 「憲法機関」概念の登場
- 3 「憲法機関」たる基準
  - 1) 憲法機関の形式的基準
  - 2) 憲法機関の実質的基準
- 4 「憲法機関」とその類似概念
  - 1) 憲法機関と憲法上の機関
  - 2) 憲法機関と直接機関
  - 3) 憲法機関と最高機関
- 5 「憲法機関」概念の意義

#### 1 「憲法機関」概念検討の必要性

西ドイツの連邦憲法裁判所について論じられるとき、例えば、諸コメンタールや代表的な教科書の一つである、K. ヘッセの „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ 等に見受けられるように、必ずといってよいほど頻繁に用いられる概念に「憲法機関 (Verfassungsorgan)」がある。この憲法機関という概念は、単に連邦憲法裁判所の説明のための概念としてだけでなく、かなり一般的に用いられてきている<sup>1)</sup>。憲法機関という概念は、西ドイツの憲法に関する諸問題を取り扱った文献において、一般的に、しかもかなり頻繁に用いられているにもかかわらず、たいていの場合、この概念についての説明はまったくといってよいほどなされていない<sup>2)</sup>。説明なしに一般的かつ頻繁に用いられていることが、この概念の成熟性を意味しているかといえ、必ずしもそうではない。むしろ、この概念は、広狭さまざまに用いられ、統一性を欠いて用いられ、それにより、そこにはかなりの混乱が見受けられるように思われる<sup>3)</sup>。

また、1980年に「国家機能の構造における憲法裁判権」をテーマとして開かれた第39回ドイツ国法学者大会において、報告者 K. シュライヒは、憲法裁判所につい

ての問題点の一つとして、「連邦憲法裁判所は自分自身を『最高の権威を認められた憲法機関』である裁判所と定義した。このような自己評価によって、連邦憲法裁判所は奇襲攻撃的に基本法の国家機能の機構の中へ侵入した<sup>4)</sup>」と述べ、連邦憲法裁判所が憲法機関性を強調し、連邦憲法裁判所が最高の国家指導に関与することに対し疑念を投げ掛けた。報告後の討議においても、彼は憲法機関について議論をなすよう問題提起をしている<sup>5)</sup>。しかし、なされた討議においては<sup>6)</sup>、シュライヒの意図した「憲法から直接演繹された連邦憲法裁判所の憲法機関性について<sup>7)</sup>」の議論は深められることなく終わったのであった。このようなことの一因は憲法機関という概念自体の不明確性にあるといえよう。

一般的に用いられているにもかかわらず、明確性・統一性を欠くように思われる憲法機関という概念を明らかにすることは、西ドイツの憲法に関する諸問題、特に連邦憲法裁判所について考察する上で、欠くことのできない問題と思われる。そこで、本稿の目的はこの憲法機関という概念を明らかにすることにある。

次章以下では、まず「憲法機関」という概念を明らかにし、そして次に、「憲法機関」たる基準を求め、さらに、「憲法機関」とこれの類似概念とを区別する。

- 1) 例えば、連邦大統領が連邦憲法裁判所の創設25周年記念式典で用いたり (Vgl. in: Der vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung herausgegebenen Bulletin 1976, Nr. 122, S. 1177ff.), 連邦参議院の25周年記念論文のタイトル『憲法機関および政治的権力としての連邦参議院』として用いられ (Vgl. Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft 1974.), また、K. シュテルンの大著 „Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland“ で連邦の統治諸機関を説明するための一節として用いられている (Vgl. Klaus Stern, „Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland“ Bd. II 1980, S. 37ff.).

- 2) 例えば, W.R. シェンケは *Die Verfassungsorgantreue* という題名を付した著書をあらわしているにもかかわらず, 憲法機関そのものについてまったく説明をしていない (Vgl. Wolf-Rüdiger Schenke, *Die Verfassungsorgantreue* 1977.). また, K. シュテルンも前掲書において約 340 頁にもわたって諸憲法機関について論じているにもかかわらず, 憲法機関そのものについて独立した説明をしていない。
- 3) 一例をあげれば, K. エンゲルマンは *oberste Verfassungsorgane* といった用い方をしているし (Vgl. Klaus Engelman, *Prozeßgrundsätze im Verfassungssprozeßrecht* 1977, S. 100.), C. シュタークは *hinkendes Verfassungsorgan* といった用い方をし (Christian Stark, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik* 1976, *Recht und Staat*, Heft 466/467, S. 30.), さらに, R. トーマは *unmittelbares Verfassungsorgan* といった用い方をしている (Richard Thoma, *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge 6, S. 162f. (以下 JöR と略す).)。また, 連邦総会 (*Die Bundesversammlung*), 合同委員会 (*Der Gemeinsame Ausschuß*) や政党といったものを憲法機関に含ませているものも多く見受けられる (*Stern* a. a. O., S. 163f.).
- 4) Klaus Schlaich, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 39 (以下 VVDStRL 39 と略す。) S. 101.
- 5) Vgl. VVDStRL 39 S. 162.
- 6) K. シュテルン (Vgl. VVDStRL 39 S. 164.), E. フリーゼンハーン (Vgl. VVDStRL 39 S. 165.), A. ザトラー (Vgl. VVDStRL 39 S. 165f.), W. ブロム (Vgl. VVDStRL 39 S. 166f.) が連邦憲法裁判所の憲法機関性を擁護する立場から意見を述べ, これに反対の立場から H. マイヤー (Vgl. VVDStRL 39 S. 167.) が意見を述べた。
- 7) VVDStRL 39 S. 163.

## 2 「憲法機関」概念の登場

「憲法機関」という概念は西ドイツにおいても, 広狭さまざまに使用されたり, 種々の修飾語を付けて用いられることがある<sup>1)</sup>。ましてや, この概念は, わが国においてはまったくといってよいほど紹介されていない<sup>2)</sup>。それは, この概念の誕生そのものが比較的新しく<sup>3)</sup>, またその生成についても知られていないからである<sup>4)</sup>。

「憲法機関」という概念は, その伸張を, 理論的概念形成にではなく, むしろ, 政治的実践に負っている<sup>5)</sup>」といわれている<sup>6)</sup>。そもそも, この概念が国法学上初めて使用されたのは E. カウフマンによってである<sup>7)</sup>。彼はこの概念によって, ドイツの国事裁判所が大統領, 政府, ライヒ議会, ライヒ参議院と同等の地位にあることを明らかにすることを意図していた<sup>8)</sup>。その後, 連邦憲法裁判所法の制定に至るまで, この概念は使用されていない<sup>9)</sup>。したがって, 「この概念は連邦憲法裁判所法第 1 条第 1 項の規範化の際に立法者によって創設されたといってもよい<sup>10)</sup>」であろう。しかしながら, 「この法律の審議についての連邦議会議事録からさえ, 憲法機関という概念の定義および内容を知ることにはできない<sup>11)</sup>」。それゆえに, 憲法機関という概念は非常に不明確なまま使用されることとなったのである<sup>12)</sup>。

憲法機関という概念が初めて議論されるようになったのは, 連邦憲法裁判所がその裁判官からなる委員会<sup>13)</sup>を設置し, 連邦憲法裁判所の地位問題について検討を始めたのを契機として行なわれた論争においてである<sup>14)</sup>。この論争が「連邦憲法裁判所の地位をめぐる争い」であり, これを通じて, 連邦憲法裁判所の憲法機関性, そしてそれゆえに, 憲法機関という概念が明らかにされることとなった<sup>15)</sup>。

しかしながら, この連邦憲法裁判所の地位をめぐる論争においても憲法機関という概念の使用に関し差異が見受けられる。「覚書」は連邦憲法裁判所を憲法機関としているにもかかわらず憲法機関という概念について何ら説明していない<sup>16)</sup>。この「覚書」を受けて, 長官ヘプカー＝アショッフは「覚書で用いられた『憲法機関』という概念を, 最高の, かつ, 基本法で特に言及された機関で, 立法, 行政, 司法に共通であり, 司法内部では連邦憲法裁判所, 連法最高裁判所, 基本法第 96 条で予定されている裁判所<sup>17)</sup>」と解し, 「第三権力において, 連邦憲法裁判所のみが憲法機関と主張することは誤りである<sup>18)</sup>」とした。しかし, ヘプカー＝アショッフも, ただ定義するのみに終わっているし, ましてや, 連邦最高裁判所や基本法第 96 条で予定されている裁判所を入れるなど疑問とされるべきである。

R. トーマは憲法制定者が憲法典の中で予定している機関を「憲法の直接機関」もしくは「直接の憲法機関」と名付けた<sup>19)</sup>。そして, これらの機関が最近, 「憲法機関」と呼ばれていると説明している<sup>20)</sup>。しかし, 彼のいう「直接の憲法機関」と, 今日使われている「憲法機関」とは概念上異なるものがある。彼の定義からすれば, 基本法第 114 条の「会計検査院」や第 77 条の「委員会」も「直接の憲法機関」となる。彼はこれらの機関を「直接の憲

法機関」とは認めず「行政庁(Verwaltungsbehörde)<sup>21)</sup>」であるとしている。しかも、会計検査院を「直接の憲法機関」から除外する理由は述べられていない。結局、R.トーマの「直接の憲法機関」は形式的な側面からしか考察されていないために、「憲法上の機関」と同じ内容を示すこととなる。彼はさらにこれを「憲法機関」と区別しようと試みたが、その基準を立てえなかった。

連邦憲法裁判所の「トーマに対する反論」における憲法機関の説明は、まず、「憲法機関という表現は最近ドイツ国法学によって発展させられた、機関論の中でも、比較的新しいものである<sup>22)</sup>」とした。そして、憲法機関とは、以前の、「直接国家機関」、あるいは「主要機関<sup>23)</sup>」であると述べている。さらに、憲法機関の基準を形式的基準、実質的基準に渡って示している。憲法機関という概念はここにおいて最も明確に示されたわけである。しかし、ここにおいても、憲法機関という概念は、主として、以前の概念からの説明であって、しかもこれら以前の概念については詳説していない。それゆえに、どうしても説明不足となり、何故、憲法機関という用語が「直接機関」や「主要機関」にとって代わったかについてはまったく不明である。

憲法機関という概念は、連邦憲法裁判所によって、最終的に「その成立、存在および憲法に適合した活動が国家を形成し、かつその統一を確保するような機関<sup>24)</sup>」であると定義された。

憲法機関という用語は基本法上の用語ではない。基本法は機関について、単に「機関<sup>25)</sup>」もしくは「連邦最高機関<sup>26)</sup>」という用語しか用いていない。しかしながら、憲法機関という用語は、単に講学上の用語に止まるだけでなく、実定法上も用いられている。連邦憲法裁判所法は、第1条第1項において「連邦憲法裁判所は他のすべての憲法機関に対して自律かつ独立の連邦の裁判所である」として憲法機関という用語を用いている。さらに注目する事実はラインラント＝プファルツ憲法が1970年の改正において、「国家機関 (Staatsorgan)」という用語を「憲法機関」と改正していることである<sup>27)</sup>。この改正については、興味ある問題も多く含まれているが、このような事実があるという指摘に止める。このように、憲法機関という用語は実定法上も用いられている用語である。

1) 1の註3)を参照。

2) 憲法機関そのものについて言及したものは見受けられない。従来から用いられている、憲法上の機関という概念との関係について説明されることなく、Verfassungsorgan を「憲法上の機関」と訳しているもの

も見受けられた(例えば、小島和司「西独憲法裁判所法(訳)」法律論叢26巻2号73頁)。その後、多くの文献において「憲法機関」と訳されることが多くなってきている。しかし、それらにおいてもこの語について特段の説明はされていない。

- 3) „Der Status des Bundesverfassungsgerichts“, JöR S. 196.
- 4) Andreas Sattler, „Die Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts als Verfassungsorgan und Gericht“, Göttingen 1955 S. 5.
- 5) Sattler, a. a. O., S. 5.
- 6) G. イエリネックも最高機関の説明においてその政治性について述べている。
- 7) Vgl. Sattler, a. a. O., S. 5. Anm. 5.
- 8) Vgl. Erich Kaufmann, „Verfassungsausschuß und Staatsgerichtshof“ 1920 Berlin S. 46.; Sattler, a. a. O., S. 5.
- 9) Vgl. Ebd.
- 10) Ebd.
- 11) Vgl. Ebd.
- 12) Konrad Hesse, „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ 12Aufl. S. 264 Anm. 1; Heinz Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß S. 296f. (以下 Prozeßと略す。)
- 13) Laufer, a. a. O., S. 281. この委員会は連邦憲法裁判所とその構成員(裁判官)の憲法上の、および行政組織法上の任務を明らかにすることを目的としていた。
- 14) 論争の経過は、1952年3月21日付で委員会の委託を受けた、G. ライプホルツがこの委員会の名で、総会に「地位」問題についての報告書を提出した (JöR S. 120)。これに対し、裁判官 W. ガイガーは1952年3月26日付で「連邦憲法裁判所の地位についての補則的論評」(JöR S. 137)を提出し、これによって、地位報告に批判的な見解を表明した。1952年3月29日付の「報告書の補則」(JöR S. 142ff.)において G. ライプホルツは、W. ガイガーに対し反論した。ここまでは連邦憲法裁判所内部での議論である。

1952年6月27日に長官ヘプカー＝アショッフは総会の委託に基づき、連邦憲法裁判所の覚書「連邦憲法裁判所の地位」(JöR S. 144)を連邦最高機関(連邦大統領、連邦議会、連邦参議院、連邦政府)に送付した。1952年10月13日、ヘプカー＝アショッフは連邦司法大臣に書面を提出し、その中で、「覚書」に対する自己の疑念を示したが、同時に「覚書」の内容の実現を要請した (JöR S. 149ff.)。これに対し副長官 R. カッツ

も連法司法大臣に書面を提出し、その中で、彼は、長官と W. ガイガー以外の20名の裁判官の一致した意見として、地位問題についての見解を述べた (JöR S. 156ff.)。1953年1月16日に長官ヘプカー＝アショッフは連邦政府に、連邦予算案における連邦憲法裁判所の個別予算に関する書面を提出した (JöR S. 159ff.)。1953年3月15日に、連邦司法大臣の委託により、ボン大学教授 R. トーマは「連邦憲法裁判所の地位に関する鑑定」 (JöR S. 161ff.) という報告をした。これに対し、連邦憲法裁判所は、1953年6月3日付で反論した (JöR S. 194ff.)。

この後、1955年7月28日付 (JöR S. 208ff.) と 1955年11月4日付 (JöR S. 210ff.) の長官の書面が司法大臣に提出され、また、1956年2月8日付 (JöR S. 215) と 1957年1月12日付 (JöR S. 217) の長官の書面が連邦議会の公務員法に関する委員会に提出された。しかし、これらは地位問題に関するものというよりも、新しい地位から生ずる些細な事務に関するものであった。

- 15) Vgl. JöR S. 198.
- 16) Vgl. JöR S. 145.
- 17) JöR S. 149.
- 18) Ebd.
- 19) Vgl. JöR S. 166.
- 20) Vgl. Ebd.
- 21) Ebd.
- 22) JöR S. 196.
- 23) JöR S. 197.
- 24) JöR S. 198.
- 25) GG Art. 20 Abs. 2 „Organ“.
- 26) GG Art. 93 Abs. 2 Ziff. 1 „obersten Bundesorgan“.
- 27) Vgl. Christian Pestalozza, Verfassungsprozessuale probleme in der öffentlichen Arbeit, 1976 S. 263. ここで用いられていた「国家機関」は「憲法機関」のつもりであろう、それが「憲法上の機関」と解されるために、改正された (同所)。

### 3 「憲法機関」たる基準

前章において、憲法機関という概念がこれまでどのように把握されていたかを概観した。機関について論じる以上、機関を整理し、分類する基準について考察しなければならない<sup>1)</sup>。「機関として取り扱われているものの中にも、法学的にみれば、ほとんど価値を持たないものがある。そして、一般的な機関という概念から特別の種類の機関特性が演繹されるところでしか機関概念は国法学

にとって有用性がない<sup>2)</sup>。」それゆえに、ある機関を「憲法機関」と特徴づけるためには、その機関がいかなる特性を備えるべきかという問題、即ち、基準の問題が生じる。したがって、ここでは憲法機関たる基準について考察する。

憲法機関に限らず、一般に、機関を法学的に特徴づけるには、まず、機関の法的基礎を明らかにし、次に、機関の機能の国家秩序における意味合いを明らかにする必要がある<sup>3)</sup>。前者が機関特性を明らかにするための形式的基準であり、後者がその実質的基準であるといえよう<sup>4)</sup>。したがって、憲法機関について、この形式的基準と実質的基準を具体化する必要がある。

#### 1) 憲法機関の形式的基準

機関の法的基準として考えられるのは機関の設立についての法的根拠と機関の権限についての法的根拠である。

G. イエリネックは機関と国家の関係について、「その意思が団体の意思とみなされる個人は、彼と団体との関係が継続する限り、団体の意思の道具、団体の機関と考えられる<sup>5)</sup>」と述べている。このように、機関が団体の意思の道具であり、かつ、機関の意思が団体の意思とみなされる限り、団体は自己とこのような機関との関係についての組織規則を設けなければならないであろう。そして、この組織規則の中で形成されている機関のみがその団体の機関といえよう。それゆえに、団体のすべての機関は同じ組織規則にその根拠を持つこととなろう<sup>6)</sup>。

しかしながら、国家が複雑化するにつれ、同一組織規範(憲法)において、すべての国家機関を余すところなく列挙することは不可能となる。特に現代社会においてはそうである<sup>7)</sup>。憲法は若干の国家機関の形成しかなしえなくなり、憲法に予定された機関はいきおい国家にとっての意味合いが大きいものとなる。国家機関は、憲法によって設けられた機関と、そうでない機関とに必然的に区別される。このことから、憲法による設置ということが、ある機関を憲法機関というための基準となることが理解される。このような基準に基づき、憲法によって設けられた機関を憲法機関と呼ぶ<sup>8)</sup> ならば、「その存在を憲法規範の上に構成しうような機関すべてが憲法機関と名付けられる<sup>9),10)</sup>」。もっとも、このように憲法によって設置されたということであれば、憲法の創設した秩序において存在する機関すべてが憲法機関となる。なぜならば、「基本法秩序において創設された機関のすべてが、少なくとも間接的に、憲法によって創設されている<sup>11)</sup>」こととなるからである。そこで、「ある機関を憲法

機関と特徴づけるためには憲法に依拠するだけでは充分でない<sup>12)</sup>、「いわゆる機関の直接性<sup>13)</sup>」が必要である。つまり、機関の構成に関し、たとえその機関の構成員が他の機関によって選出されることとなっても、憲法機関の存在の法規上、もしくは、制度上の前提が他の機関によって設けられるようなことがあってはならない<sup>14)</sup>、ということである。

「憲法によって形成されたという事実は、憲法機関の憲法機関としての特性にとって重要であるだけでなく、同時に、国家の多くの憲法機関相互の法的関係をも決定する<sup>15)</sup>。」憲法機関は憲法によって直接設置された機関であるから、憲法以外の何ものにも服することはない<sup>16)</sup>。それゆえに、憲法機関相互の関係については対等の原理以外の他のいかなる原理も問題とならない<sup>17)</sup>。したがって、原則として、ある憲法機関が他の憲法機関に影響を及ぼすことは許されない。

現代国家においては、機関は独立に活動するだけでなく、機関相互の協働が必要とされる。憲法は、ある憲法機関が他の憲法機関へ影響を及ぼすことを排除するため、逆に影響を及ぼしうるような場合を憲法自体に明確に規定することを必要とする。そして、このことによって憲法機関には、自己の権限として他の憲法機関への作用が可能となる。「権限を通じて、機関一般に次のような余地が初めて開ける、すなわち、法律上、もしくは憲法上規範化されることで国家の意思形成の任にあたる余地である<sup>18)</sup>。」それゆえに、憲法機関の権限も憲法で明確に規定されることを必要とすると考えられる<sup>19)</sup>。したがって、憲法による権限の規定ということも憲法機関たるための基準である<sup>20)</sup>。

上記のことから、憲法機関たる基準として、憲法による直接の設置、およびその権限も憲法によって規定されているということが考えられる。そこで、次に考えなければならないことは、「憲法によって創設されている機関のすべてを憲法機関と名付けうるかどうか<sup>21)</sup>」ということである。R. トーマはこの基準を満たすものすべてを憲法機関であると肯定した<sup>22)</sup>。果たしてそうであろうか。

基本法上この基準を満たすものとしては、連法議会、連邦参議院、連邦政府、連邦大統領、連邦憲法裁判所の他、廃止された第45条による委員会、第45a条による委員会、第77条による調停委員会、第114条による会計検査院等が考えられる<sup>23)</sup>。前五者は一般に認められているから別にしても、残りの機関の憲法機関性はおおむね否定されている<sup>24)</sup>。それは、これらの機関が、非常設的であったり<sup>25)</sup>、前五者の補助的<sup>26)</sup>、あるいは、下位機関<sup>27)</sup>であったり、またこれらを具体化する法律において「最上

級の連邦官庁<sup>28)</sup>」と考えられていることによる。それゆえに、これらは憲法上予定され、かつ権限も概略的にはあるが明記されているにもかかわらず、憲法機関とは名付けえない。H. ラウファーはこれらの機関を憲法機関と区別して「憲法上の制度 (Verfassungsrechtliche Institution)<sup>29)</sup>」と呼んでいる。(このH. ラウファーの「憲法上の制度」の中に憲法機関も含まれることは言うまでもない。)

H. ラウファーによって、一応、憲法自体によって設置され、かつ、憲法にその権限が規定されている機関に、憲法機関とそうでない機関が存在することが確認された。しかし、彼においても、この区別の基準は個別的であり、統一的な基準が示されていない。したがって、次にこれらを区別する基準について考えなければならない。

## 2) 憲法機関の実質的基準

憲法に直接その設置が予定され、かつ、その権限が憲法上規定されている、ということを経法機関の法的基礎付けという点からの基準とした。しかしながら、このような基準を満たす機関にも、憲法上、その持つ意味の異なる機関が混在する。そこで、これらを整理し、区別する基準が必要である。H. ラウファーの言葉を借りていえば「ある機関を経法機関と特質づけるためには形式的基準だけでは充分でない。これ以外に、さらに、実質的な基準が必要である<sup>30)</sup>」。したがって、ここでは、どのような基準が憲法上の機関から憲法機関を区別するものとなるかを考察する。

連邦憲法裁判所は「トーマに対する反論」において、憲法機関たる形式的基準と実質的基準とを考察した後、最終的に「その成立、存在および憲法に適合した活動が国家を形成し、かつ、その統一を確保するような機関が憲法機関である<sup>31)</sup>」と定義した。この定義からは、活動のみならず、成立や存在も憲法上の重要性を有すると読み取れる。しかしながら、連邦憲法裁判所は実質的基準について、「その機能が国家の統一を基礎づけ、統合するように作用する」と、機能面からしか憲法上の重要性を考察していない。また、A. ザトラーやH. ラウファーも憲法機関の実質的基準については機能の面からしか考察していない<sup>32)</sup>。

これに対し、K. エンゲルマンは「『最高<sup>33)</sup>』の憲法機関としての属性にとってより重要な特性、およびこの機関が他の憲法機関<sup>34)</sup>から区別される基準は、憲法秩序に対するこの機関の意義である<sup>35)</sup>」として、「最高の憲法機関は——他の憲法機関との協調の中で——憲法構造を特徴づけるにちがいない<sup>36)</sup>」すなわち、「もしそのよう

な機関が欠けているならば、設立された国家が根本から変形するであろうような機関<sup>37)</sup>」が憲法機関であると考ええる。

確かに、その機関の存在が憲法を特色づけるという基準は、憲法機関の憲法による直接の設置という基準と関連するように思える。しかし、直接の設置という基準を満たす機関で、その不存在が憲法秩序を根本的に変形させないような機関（例えば、会計検査院）があることによって、前者と後者が異なる基準であるといえよう。

しかし、これは実質的には、機関の機能から考察した結果、機関存在の重要性が認められるので、ここでは次に、機関の機能という面から実質的基準を考察する必要がある。機関の形式的基準についてのところで、現代国家がその目的を達成するために必要としている諸機関の種々異なる多様性に直面して、現代国家の憲法はごくわずかな機関を形成するだけに限らなければならない、ということについては既に述べた。同様に、憲法があらゆる国家機能をこれらごくわずかな機関のみに授与することも不可能であると考えられる。したがって、憲法がこれらの機関に授与するのは、国家生活にとって特別の重要性を持つ、ごくわずかな機能に限られる。それゆえに、憲法機関に期待される機能は国家生活にとって特別の重要性を持つものでなくてはならない。

このような国家生活にとって重要性を持つ機能ということの下に何を考えるかは憲法制定者の自由である<sup>38)</sup>。しかし、「最高の国家意思の形成」を「憲法によってその目的のために形成された憲法機関に授与する」ことは憲法に必然的に要請される<sup>39)</sup>。それゆえに、憲法機関に授与される機能は「最高の国家意思の形成」あるいは「独自の国家を形成し、かつ、その統一を確保するような<sup>40)</sup>」ものである。A. ザトラーはこれを「その領全域において国家生活の全体的形成を対象とするような機能<sup>41)</sup>」と呼ぶ。

上記のことから、憲法機関たる実質的基準として、憲法秩序における重要性ということをおげうるのであろう。それは、機関の存在という面においては、その不存在が憲法の性格を変えるということであり、機関の機能という面では、その機能が国家を形成し、統一を保つための最高の意思の形成に関与するということである。

1) 「近代国家は多様な機関からなる。それらの機関を整理し、一定のタイプに還元することは避けることのできない学問的要請である。」（芦部信喜他訳、『G. イエリネック著 一般国家学』学陽書房 1974年 441頁、以下『一般国家学』と略す）。

2) Sattler, a. a. O., S. 4.

3) Vgl. Sattler, a. a. O., S. 5.

4) Vgl. Ebd.; Heinz Laufer, „Typus und Status des Bundesverfassungsgerichts“ S. 448. (以下 Typus と略す。)

5) 『一般国家学』438頁。

6) Vgl. Sattler, a. a. O., S. 7.

7) 新しく生じた国家目的のために常に新しい機関を創設することが絶えず必要であるということを度外視してもこのようにいえる。

8) Vgl. Laufer, Prozeß S. 298.

9) Ebd.

10) そうなると、成文憲法典を持たない国では憲法機関は存在しなくなる疑念が生じる。しかし、そのような国においても憲法機関は存在する。憲法機関の実質的基準を参照。

11) Engelman, a. a. O., S. 99f..

12) Laufer, prozeß S. 297.

13) Ebd. K. エンゲルマンは直接の設置を「憲法そのものによって予定されている」(Engelman, a. a. O., S. 99f.)。A. ザトラーは「国民の制憲権力そのものによってなされている」(Sattler, a. a. O., S. 8) としている。

14) Vgl. Laufer, Prozeß S. 297ff..

15) Sattler, a. a. O., S. 8.

16) Vgl. Sattler, a. a. O., S. 9.

17) Vgl. Sattler, a. a. O., 10. 彼は、G. イエリネックの直接機関の独立性(『一般国家学』441頁)を引用して憲法機関の対等性、独立性を強調している。

18) Sattler, a. a. O., S. 14.

19) しかしながら、他の機関による権限の補足的な授与も可能と考えられる。しかし、そのような補足的授与は憲法そのものによって明確に認められている場合でなければならない。なぜなら、このような補足的授与によって、憲法機関に過重負担を来し、その性格を変えることとなりうるからである。

20) Vgl. Sattler, a. a. O., S. 14. 権限が憲法で規定されることは、憲法による設置の必要的補足であるという。その他, Laufer, Prozeß S. 298; JöRS. 127.

21) Laufer, Prozeß S. 297.

22) Vgl. JöR S. 166.

23) 政党も憲法機関ではないかという見解も存在するが、そもそも、政党は国家の機関といえるであろうか。

24) 基本法第 45 条は、1976 年 8 月 23 日の第 33 基本法改正法律で削除された。しかし問題となった当時存在していたし、また比較の観点からも説明に加えた。この委員会については肯定説もある。特に、二つの被選挙期間の間については (Vgl. Theodor Maunz, Rdnr. 4

und 5 zu Art. 45, in Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz Kommentar 1960.)。

- 25) 第45条の委員会は、単に、二つの被選挙期間の間しか活動しない連邦議会の補足的機関である。
- 26) 第45a条の委員会は下位機関にすぎない (Vgl. Maunz, Rdnr. 6 zu Art. 45, in Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz Kommentar 1960.)。
- 27) 第77条第2項の調停委員会は常設ではない上、最終的に連邦議会の議決に服する下位機関である。
- 28) 第114条第2項の会計検査院も「最上級の連邦官庁」ではあっても、憲法機関ではない (Vgl. Maunz, Rdnr. 12 zu Art. 114, in Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz Kommentar 1974.)。
- 29) Laufer, Prozeß S. 296. 「現代国家においては多種多様な制度があり、基本法においては、連邦政府、連邦議会、連邦参議院、連邦大統領、連邦上級裁判所、連邦およびラントの裁判所、行政庁などである。」「この種の制度は、O. ギールケや G. イエリネック以来、ドイツ国法学においては機関と名付けられており、また、この概念を上位概念として、具体的な憲法秩序のすべての憲法上の制度に適用することは合目的である。」したがって、H. ラウファーのいう「制度」は「機関」と考えてよい。
- 30) Laufer, Prozeß S. 300.
- 31) JöR S. 198.
- 32) Vgl. Sattler, a. a. O., S. 15f.; Laufer, Prozeß S. 300f.
- 33)34) K. エンゲルマンは「最高の憲法機関」という用語を用いているが、これは本稿における「憲法機関」という意味であり、かつ彼のいう「憲法機関」は「憲法上の機関」の意味である。
- 35) Engelman, a. a. O., S. 102.
- 36) Ebd.
- 37) Ebd.
- 38) Vgl. Sattler, a. a. O., S. 16.
- 39) Vgl. Ebd.
- 40) JöR S. 198.
- 41) Sattler, a. a. O., S. 24.

#### 4 「憲法機関」とその類似概念

憲法機関という概念をより精確にするため、ドイツ国法学において使われていた概念や、また、憲法機関と同様の意味を持たせようとした概念<sup>33)</sup>について検討する必要がある。

#### 1) 憲法機関と憲法上の機関

R. トーマは「連邦憲法裁判所の地位に関する鑑定」において「直接の憲法機関 (unmittelbar Verfassungsorgan)<sup>34)</sup>」という表現を用いた。彼の定義によれば、「直接の憲法機関」とは、「憲法典に予定されている機関」である。それゆえに、基本法第114条の「会計検査院」や第77条の「委員会」も「直接の憲法機関」となるであろう。しかしながら、彼は、別段の説明なく、会計検査院の「直接の憲法機関」性を否定している。また、ヘプカー＝アショッフは1952年10月13日の書面において、「覚書」において用いられていた憲法機関の概念を「最高の、基本法で特に言及された機関である<sup>35)</sup>」とし、司法部におけるその実例として、「連邦憲法裁判所、最高裁判所、基本法第96条で予定されている裁判所」を挙げている。ここでの彼の定義、および、その例示にそって考えると、「基本法で特に言及された機関<sup>36)</sup>」であれば、憲法機関と考えてよさそうである。さらに、K. エンゲルマンは「憲法機関は憲法によって構成された秩序の範囲内で、憲法によって創設された機関である<sup>37)</sup>」としながら、連邦憲法裁判所を「『最高の』憲法機関」とであると述べている。

これらの「憲法機関」という概念の用いられ方から考えられるのは、彼らは「憲法機関」という概念と「憲法上の機関」という概念を明確に区別していないか、あるいは同じ意味で使用しているということである。「憲法上の機関」とは憲法に基づいて成立する機関であって、これには憲法上の重要性は顧慮されていない<sup>38)</sup>。そして、これに対応する概念が「法律上の機関」という概念である。

したがって、本稿にいう「憲法機関」という概念は「憲法上の機関」のうちで、その存在、機能が憲法秩序の本質的部分にかかわるような機関である。つまり、先に述べた「憲法機関」の実質的基準によって、「憲法機関」と「憲法上の機関」が区別しうるのである。

#### 2) 憲法機関と直接機関

「トーマの鑑定に対する反論」において、連邦憲法裁判所は「今日、一般に、憲法機関と呼ばれるものは、以前の、直接機関もしくは主要機関である<sup>39)</sup>」と述べ、憲法機関と直接機関もしくは主要機関とが同じ概念であるとしている。K. エンゲルマンも、この箇所を引用して、「『憲法機関』という表現は、例えば、以前に、『直接機関』あるいは『主要機関』と名付けられているものであ

る<sup>8)</sup>』としている。連邦憲法裁判所やK. エンゲルマンが述べているように、「憲法機関」と「直接機関」あるいは「主要機関」が果して同じものといえるかどうか、ということが問題となる。

機関論は O. ギールケや F. プロイスに始まり、G. イエリネックによって体系化された<sup>9)</sup>。G. イエリネックは国家有機体説の主張者ではないにもかかわらず、統一的に組織された団体としての本質から、国家機関の存在を認め、かつ、機関を整理し、分類する必要を説いた<sup>10)</sup>。彼は国家機関を「直接機関」と「間接機関」、「創設機関」と「被選挙機関」、「第一次機関」と「第二次機関」、「単一機関」と「複合機関」、「独立機関」と「非独立機関」、「通常機関」と「例外機関」というように分類した<sup>11)</sup>。これらの分類において、彼は前者に優位を認め、さらに「国家を活動させ、その活動を持続させる機関で、最高の決定権力を有する機関<sup>12)</sup>」として「最高機関」という概念も認めていた<sup>13)</sup>。

このような G. イエリネックの機関論において「直接機関」とは「およそ国家には必ず直接機関がある。直接機関の存在が団体の形を構成するのであって、その廃止は国家をまったく崩壊させるか、根本からひっくり返すであろう。そのような機関が直接機関と呼ばれるのは、その機関の地位が、直接、団体の憲法そのものによって与えられている、つまり、その地位は任命されるのであるけれど、その機関の性質によって、直接、国家自体に対して負う他は他のなんびとにも義務を負わないからである<sup>14)</sup>」というような機関である。

「主要機関」という概念は、例えば、C. シュミットが用いている<sup>15)</sup>。彼は „Verfassungslehre“ において、「その設立や構成について、直接憲法の政治的決定が存在する<sup>16)</sup>」ような機関を「主要機関」と呼んでいる。しかしながら、連邦憲法裁判所も K. エンゲルマンも、「主要機関」という表現を、誰の用いた意味における「主要機関」という概念かを特定していなかった。それゆえに、「憲法機関」と同じとされた「主要機関」がどのような概念で用いられていたかを特定することは可能ではない。

「主要機関」という概念をの特定は断念しても、この語が「直接機関」と同じ意味で用いられていたことは疑いがないし、また、今日用いられている機関論を体系化し、命名したのが G. イエリネックであることを考えれば、G. イエリネックの用語である直接機関について検討するだけでも十分な成果が得られると思われる<sup>17)</sup>。

G. イエリネックは直接機関の下に、その設立を憲法が予定しており、かつ、その存在が国家の存続に影響を及ぼすような機関を考えていた<sup>18)</sup>。それゆえに、彼の直接機関という概念は、単に、憲法上の機関を示すに止ま

るのではなく、さらに、国家にとって本質的重要性を持つ機関を示すものであった<sup>19)</sup>。そして彼は「直接機関の本質は、法的には、それが同一の団体に属する他の機関の命令権に服さないということ、したがって、その機能の内容についてまったく独立に設置されているという点にある<sup>20)</sup>」と述べ、さらに、「複数の直接機関が存在する場合でも、それらの機関の一つが他の機関の支配権に服することはどんな事情があっても決してない<sup>21)</sup>」と述べている。これらのことから、彼の「直接機関」という概念は、「憲法機関」という概念とはとりたてて強調する差異はないと思われる。

G. イエリネックは、直接機関として、君主や立法機関を例示している<sup>22)</sup>。「憲法機関」との関係において、我々が問題としなければならないのは、この G. イエリネックの直接機関という概念との関連で裁判所がいかに取り扱われていたかということである<sup>23)</sup>。彼は『一般国家学』の「国家機関」という章において、裁判所について特別に言及していない<sup>24)</sup>。それゆえに、彼の直接機関の中には裁判所は含まれないと解される<sup>25)</sup>。したがって、「憲法機関」という概念と「直接機関」という概念とはその下に含まれる内容が違ってくる。もっとも、彼の時代の裁判所が現在のボン基本法下の連邦憲法裁判所と根本的に異なっていたことはいうまでもない。また、非常に興味深く参照されるのは、G. イエリネックが「代表と代表機関」という章の中で司法権に言及し、アメリカ合衆国の裁判官を「直接的な第二次機関」とであると述べていることである<sup>26)</sup>。

しかしながら、制度的な問題からの疑問の余地は残るにしても、結局、G. イエリネックは直接機関の中に裁判所を含めていなかった。他方、憲法機関という概念の中には当然に連邦憲法裁判所が含まれている。それゆえに、「憲法機関」と「直接機関」とはほぼ同様の概念といえるが、内容的に裁判所を含むか否かによって、この両概念は多少とも区別する意義がある。この意味において「憲法機関」という用語が、単に連邦憲法裁判所の地位をめぐる争いにおいて用いられる<sup>27)</sup>のではなく、裁判所をも含めた「直接機関」という意味において用いられることで、この両概念は区別される。

### 3) 憲法機関と最高機関

さらに、「最高機関」という概念が問題となる。この概念も G. イエリネックによって用いられたものであるが<sup>28)</sup>、ここでは二つの意味においてこの概念を問題とする。一つは、G. イエリネックのいう「最高機関」という概念がいかなるものか、これと憲法機関との関係がど



のようなものであるかということについてである。他の一つは、基本法第93条に用いられている「最高機関」がいかなるものか、そしてこれと憲法機関との関係がどのようなものかということについてである。

まず、G. イエリネックにおける「最高機関」とは「国家を活動させ、その活動を持続させる機関で、最高の決定権力を有する機関であり<sup>29)</sup>」、しかも、「あらゆる国家において、全国家活動の原動力となり、それゆえその不活動が国家の麻痺をもたらすであろう機関<sup>30)</sup>」である。さらに彼は、一国において「最高機関」は唯一つしか存在すべきでない（「一箇の最高機関の必要性の原則<sup>31)</sup>」）とし、「万一、一定の憲法が等価値で併存する二つの最高機関を規定するとすれば、そのことによって必然的にもたらされる事態は、二つの機関の不断の抗争であって、それはいずれか一方の機関の勝利か、さもなければ国家の崩壊をもって終わる以外にはないであろう<sup>32)</sup>」と考えている。他方、彼は直接機関についてその存在の複数性およびその時の各々の独立性を認めている<sup>33)</sup>。それゆえに、G. イエリネックにあつては、直接機関と最高機関が同一の機関であることはあつても<sup>34)</sup>、しかし、直接機関と最高機関はまったく別の基準に立つ概念といえよう。

ボン基本法の民主的な権力分立制においては、G. イエリネックの意味における「最高機関」は特定しえないか、もしくは存在しえないのではないか<sup>35)</sup>。それゆえに、「憲法機関」という概念と、彼の「一箇の最高機関の必然性の原則」に基づく「最高機関」という概念とは別物である。

次に、基本法第93条第1項第1号は「連邦の最高機関」という用語を用いている。同じ「最高機関」という用語を用いていても、ここにいわれている「最高機関」という概念とG. イエリネックのいう「最高機関」という概念は異なるといえる。第93条の「最高機関」は複数予定されていると考えられるし<sup>36)</sup>、先にも述べたように、ボン基本法の民主的な権力分立制の下ではG. イエリネックの「最高機関」は考えられないからである。したがって、第93条にいう「最高機関」とG. イエリネックの「最高機関」とは別物である。

基本法第93条第1項第1号の「最高機関」は「憲法機関」と同じものだと考えられている。例えば、A. ザトラーは「憲法機関という概念は基本法第93条第1項第1号で用いられている連邦の最高機関と同義である<sup>37)</sup>」としているし、基本法のコンメンタールも第93条第1項の説明でもっぱら、憲法機関の説明をしている<sup>38)</sup>ことからこのことがうかがえる。したがって、基本法第93条第1項第1号に用いられている「最高機関」という概念は「憲法機関」と同じ概念であるといえる。

上に考察してきたように、「憲法機関」とは憲法上の

機関のうち、憲法に本質的重要性を持つ、いわゆる「直接機関」に裁判所をも含めた概念であり、しかも、基本法のいう「最高機関」にあたる。しかし、これは何も唯一の機関を意味するのではなく、複数存在するものである。

1) 例えば、M. Goessl は、特段の説明なく憲法機関という名称を用いるが、従来の機関概念からこれに該当する機関として、直接機関 (unmittelbare Organe)、主要機関 (Hauptorgane)、基本機関 (Grundorgane)、代表機関 (Repräsentativorgane)、基礎的あるいは設権的機関 (elementare oder konstituive Organe)、政治的あるいは最高の機関 (politische oder oberste Organe) をあげている (Vgl. Manfred Goessl „Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes“, 1961 S. 95f.). 憲法機関という用語を用いながらこれに修飾語をつけたものには、K. エンゲルマンの「最高の憲法機関」、R. トーマの「直接の憲法機関」などがある。

2) JöR S. 166.

3) JöR S. 149.

4) Engelman, a. a. O., S. 98.

5) Engelman, a. a. O., S. 99.

6) K. エンゲルマンが「最高の」とただの「憲法機関」を区別しているのは、おそらく、この意味においてであろう。このことは、彼が「最高の憲法機関」の憲法秩序における重要性をその基準と考えていることからもうかがえる。

7) JöR S. 197.

8) Engelman, a. a. O., S. 98.

9) Vgl. Laufer, Typus S. 432.

10) 『一般国家学』441頁参照。

11) 同書 441頁以下参照。

12) 同書 447頁。

13) 同書 447頁参照。

14) 同書 441頁。

15) Vgl. Carl Schmitt, „Verfassungslehre“ 1928 S. 117.

16) Ebd.

17) 「イエリネックの体系は我々の問題にとって二重の意味で興味がある。その理由は、まず第一に、現代の学説および立法者まで機関の概念とかわりあっているという限りで、彼の体系はドイツ国家学と国法学に決定的な影響を与え続けているということ。次に、連邦憲法裁判所の地位をめぐる争いに際して、連邦憲法裁判所の『機関上の性格』が中心的役割を果たしていたということである。その際に、明確にイエリネッ

クと関連させられ、また直接かつ最高の国家機関が議論された。」(Laufer, Prozeß S. 272.)

- 18) 『一般国家学』447頁参照。
- 19) G. イエリネックはその存在についての重要性は強調したが、その機能の面からの分析がなされていなかったとして、A. ザトラーは G. イエリネックの基準の不備を主張する (Vgl. Sattler, a. a. O., S. 15)。
- 20) 『一般国家学』444頁。
- 21) 同書 448頁。
- 22) 同書 447頁～448頁参照。
- 23) 当時の司法制度と現代の司法制度の相違を無視すると誤った結論を導くこととなる。
- 24) 裁判官については、『一般国家学』475頁以下で言及している。
- 25) 「イエリネックの体系において、裁判所はいかなる場合も直接機関に属することはなかった」(Laufer, Prozeß S. 273; Vgl. Laufer, Typus S. 443.)。
- 26) 『一般国家学』475頁参照。
- 27) A. ザトラーは「憲法機関」と「直接機関」が同じものであることにはまったく言及していない。彼は「憲法機関」と基本法第93条の「最高機関」が同じものであるといい (Vgl. Sattler, a. a. O., S. 5) 「最高機関」に代えて「憲法機関」を用いるのは連邦憲法裁判所の地位をめぐる争いにおいてもっぱらこの用語が用いられていたからという (Vgl. Sattler, a. a. O., S. 6)。
- 28) 『一般国家学』447頁参照。
- 29) 同書 447頁。
- 30) 同書 447頁。
- 31) 同書 448頁。
- 32) 同書 447頁。
- 33) 同書 448頁参照。
- 34) 例えば、直接機関が一つしかなく、かつ、それが最高機関であるような場合がそうである。
- 35) 強いていうならば、連邦国家ということで、連邦とラントとの関係において「連邦」がドイツ連邦共和国の「最高機関」といいうるであろう。G. イエリネックも連邦国家における連邦に「最高機関」性を認めている (『一般国家学』447頁参照)。
- 36) 第93条第1項第1号は「最高機関」の権利義務等の範囲について争いえ、かつ、それを基本法の解釈によって解決するのが連邦憲法裁判所であることを定めている。「最高機関」に関して争いえ、また、その争いを拘束力をもって解決するにはこれと同位か、これよりも高位の機関を必要とする。「最高機関」より高位の機関は考えられない。したがって、「最高機関」が複数存在することになる。

37) Sattler, a. a. O., S. 5. 註27) 参照。

38) Vgl. Hamann/Lenz, Kommentar S. 600. Maunz/Dürig/Herzog のコンメンタールは別段言及していない。

## 5 「憲法機関」の意義

以上の検討から、憲法機関には、形式的には、憲法による直接の設置とその権限も憲法によって規定されているということが必要である。また、実質的には、憲法秩序における重要性を有していることが必要である。それは、機関の存在という面においては、その不存在が憲法の性格を変えるということであり、機関の機能という面では、その機能が国家を形成し、統一を保つための最高の意思の形成に関与するということである<sup>1)</sup>。そして、他の機関概念との関係についてみれば、「憲法機関」とは憲法上の機関のうち、憲法に本質的重要性を持つ、いわゆる「直接機関」に裁判所をも含めた概念であり、しかも、基本法という「最高機関」にあたる、しかし、これは何も唯一の機関を意味するのではなく、複数存在するものである。

ドイツの伝統における司法権の位置づけを顧慮すれば、これまでとは異なり、基本法により広範かつ強力な権限を与えられた連邦憲法裁判所の地位をも含めた、国家機関の地位を説明するために、新たな概念を設けたとしてもそれは意義のあることである。憲法機関という概念は、まさにこれに当たり、他の機関概念とは異なる独自の存在意義と存在領域を持つといえよう。

このように憲法機関という概念が独自の存在意義を持ち、またその存在意義が認められるならば、このことからいかなる機関が憲法機関たりうるか、および憲法機関たることによりその機関にいかなる属性が生ずるのかを明らかにする必要がある。このことが、連邦憲法裁判所の活動およびその根拠としての連邦憲法裁判所の憲法機関性の強調へ向けられたK. シュライヒの批判に応えることにもなる。

連邦憲法裁判所が創設された当初のように、ある機関を国法上強調するために、あるいは既存の機関に新たな権限を認めるためのような、いわば政治的な目的のために、その機関が憲法機関であるということはもはや許されないであろう。憲法機関という概念は、振れば何でも出てくるという「打ち出の小槌」ではないし、またそのように用いることは許されないであろう。むしろ、明らかとなった憲法機関という概念の下で、このことの属性としていかなる意味が生じるか、そしてこのことを通じて諸憲法機関相互の関係をいかに捉えるかということの

検討こそが重要となる。

- 1) K. フォーゲルも、憲法機関という概念は形式的小よび実質的基準から構成されるとしたうえで、「形式的要件としては、憲法により、その存在、地位および本質的な権限を規定されることが必要である。実質的前提としては、その存在および機能により国家にその国

家独自の形態を与えなければならず、またその活動により最高の国家指導に関与しなければならない」(Kurt Vogel, Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane —Bundesverfassungsgerichtliche Argumentationsfiguren zu den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit 1988 S. 34.) とし、同様の基準から憲法機関を捉えている。