



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	西ドイツ連邦憲法裁判所の自己抑制の態度 —基本条約をめぐる諸判決の中に表れた”judicial self-restraint”—
Author(s)	牧野, 忠則; MAKINO, Tadanori
Citation	北大法学論集, 29(2), 131-152
Issue Date	1978-10-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16257
Type	departmental bulletin paper
File Information	29(2)_p131-152.pdf



西ドイツ連邦憲法裁判所の自己抑制の態度

— 基本条約をめぐる諸判決の中に表われた *judicial self-restraint* —

牧野忠則

目次

- 一 序
- 二 基本条約とその政治的背景
 - (1) 基本条約締結に至るまでの西ドイツの外交政策の概観
 - (2) 基本条約をめぐる紛争
- 三 基本条約に関する諸判決
 - (1) 仮命令の制度
 - (2) 基本条約に関する諸判決
 - (a) 第一回目の仮命令申請を棄却した決定
 - (b) 第二回目の仮命令
 - (c) 本案判決
- 四 おわりに

一 序

すでに知られているように、西ドイツでは通常の裁判所とは系列を異にする憲法裁判所が憲法問題を独占的に、しかも、狹義の「司法」(Justiz)の枠を越えて広範に審査する²⁾。したがって、司法裁判所が具体的事件を処理する際にその前提として憲法問題を審査する一すなわち、「司法」の枠内で審査する一アメリカ型の裁判制度と比較して、西ドイツの連邦憲法裁判所は、政治の領域に深く立ち入る権限を、制度上与えられていると言える。それにもかかわらず、他方、憲法裁判の限界上の問題について、西ドイツの連邦憲法裁判所が、「自己抑制」的態度をとっていること、しかも、それが機能的にはアメリカの連邦最高裁判所の態度と類似していることが、これまでも指摘されてきた³⁾。そして、西ドイツでは最近、連邦憲法裁判所の基本条約をめぐる判決の中で judicial self-restraint というアメリカの用語が英語のまま使用されるに至り、そのことは是非などをめぐって、激しい議論がなされた。このように、西ドイツの判例の中にまで、アメリカの用語が表われたことはアメリカ型と西ドイツ型の両憲法裁判制度の合一化傾向⁴⁾が指摘されているこんにち、極めて興味深いことである。そして

この判決が我が国の学界で未だ紹介されていないことを考えると、ここで紹介する意義があるものと思う。

したがって、西ドイツで初めて、「Judicial Self-restraint」という用語が判決の中で使われた事例として、以下で二つの判決(決定)を紹介する。更に、それらの判決を理解する上で必要と思われるので、その前に出されたもう一つの決定と基本条約及びその締結された背景を簡単に説明することにする。

本稿は、次稿以下で検討する憲法裁判における自己抑制についてのアメリカと西ドイツの制度の比較研究のための資料となるものである。したがって、ここで紹介する諸判決(決定)についての分析は、そこですることとする。

- (1) たとえば Friesenhahn, E. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland in herausgeb. Mosler, H. Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, 1962, S. 91. 広田健次訳、西ドイツ憲法裁判論(一九七二)三頁。また実質的な意味では、他の裁判所によっても一種の憲法裁判が行なわれていることについて a. a. O., S. 105 ff. 広田訳二二頁以下。

- (2) 西ドイツの通説は、それにもかかわらず、憲法裁判権を実質的意味の裁判(あるいは、司法)として位置づけてい

る。たとえは、Zetler, C. Verfassungsgesicht und völkerrichterlicher Vertrag. 1974, S. 174. また、山内敏弘「自衛隊裁判と統治行為論」法律時報一九七七年八月号六三頁以下、野中俊彦「西ドイツ連邦憲法裁判所の人的構成」金沢大学法文学部論集法学編一七卷三五頁脚註(三)など。たとえば、ツァイトラーは、a. a. O., S. 168, FN. 85. この通説に反対する少数説のあることを紹介して、エッサーやゾイフェルトを挙げている。彼によればエッサーは「連邦憲法裁判所が立法や行政に対するのと等しい距離をもって他の裁判(Rechtsprechung)と向かいあっていることを根拠にして、連邦憲法裁判所は裁判ではない」としているという。

(3) 西ドイツ連邦憲法裁判所が自己抑制の態度をとっていることについては、野中俊彦「憲法裁判」公法研究三八号一五六頁以下。違憲判決をする際の自己抑制については、同著者「西ドイツにおける違憲判決の方法」公法の理論(上)(一九七五)一〇五頁以下。アメリカとの対比では、ルッパが、連邦憲法裁判所がアンシュバンダー・ルールに似たいくつかの準則を發展させてきたことを指摘している。

Rupp, H. G. Some Remarks on Judicial Self-restraint. Ohio State Law Journal. Vol. 21, 1960, p. 503 ff.
 (4) マウロ・カブレッティ、谷口安平・佐藤幸治訳、現代憲法裁判論(一九七四)。

二 基本条約とその政治的背景

(1) 基本条約締結に至るまでの西ドイツの外交政策の概観

西ドイツ政府は、一九四九年のドイツの分裂以来東外交に移行するまで、「ドイツ連邦共和国政府が、旧ドイツ・ライヒを継承する唯一の正統政府である。」という見解をとっていた。それは、具体的には、ハルシュタイン・ドクトリンとなつて表われる。すなわち、そのドクトリンは「国際法上の通念では一つの国家に二つの正統政府がありえない以上、西ドイツ政府を承認する国は東ドイツを承認してはならないのであり、したがって、西ドイツ政府は、東ドイツ政府を法的あるいは事実上承認した国とは国交を断絶する」というものであった。事実、たとえば、一九五七年十月に、東ドイツと外交関係を持ったユーゴスラヴィアに対して西ドイツは、国交を断絶している。しかし、一九六六年にSPD(社会民主党)を含む大連立政権が生まれ、ブランドが外相に入閣してから、西ドイツは次第に東ヨーロッパ諸国との関係改善に外交の重点を移しはじめる(「東外交」)。そして六七年にはルーミアとの、また六八年にはユーゴスラヴィアとの外交関係が再開され、それと同時にハルシュタイン・ドクトリンは事実上放棄

料 され、それ以後、少しずつ現実を認める政策がとられていく。六
九年には、総選挙があり、そこで第二党にとどまりはしたが史上
資 はじめて四〇%を上回る票を獲得したSPDは、FDP（自由民
主党）とともに連立内閣をつくり、ブランドが首相となる。東方
外交はこのブランド政権の下でようやく公然と推進されること
なる。その後さらに、ポーランド、ソ連、チェコスロヴァキアな
どとの間に次々に国交が正常化されていくのだが、東ドイツとの
基本条約は、この東方外交の総仕上げともいうべきものであ
る。そして、一九七二年十二月二日、西ドイツは、東ドイツと
の間に基本条約（正式には、ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和
国との間の諸関係の基礎に関する条約）を締結したのである。こ
の条約によって、両国は、相手方を「国家」⁽²⁾として承認し、国交
を正式に樹立することになった。

(2) 基本条約をめぐる紛争

基本条約は、前文、本文および付属文書からなっており、全十條
からなる本文のうち、第八條を除いてはすべて通常諸国家間で結
ばれる条約の形式をとっている。⁽³⁾このことから野党・保守勢力が、
基本条約を、ドイツの分裂を恒久化するものだとして、攻撃した
のである。しかし、最終的に訴訟にまで持ち込んだのはCSU（キ

リスト教社会同盟）であった。すなわち、CDU（キリスト教民主
同盟）の大勢は、結果的には東方条約（対ソ、対ポーランド、対
東ドイツの諸条約）を容認した。これに対して、CSUは、東方
諸条約とくに東ドイツとの基本条約を基本法違反とみなすに至っ
たのである。そしてCSUは、みづからが政権をとっているバイ
エルランツ政府からの抽象的規範審査請求によって五月二八日
に基本条約に対する訴えを提起した。⁽⁴⁾これに先だつ二二日には、
基本条約承認法の公布と覚え書きの交換を本案判決まで延期する
ことを求める仮命令（ *einstweilige Anordnung* ）の申請をした。⁽⁵⁾

(1) ここでの叙述には、以下の文献を参考にした。加藤雅彦、
ドイツとドイツ人（一九七六）、佐瀬昌盛、戦後ドイツ社会
民主党史（一九七五）、同著者「シュミット政権下西独の
内外情勢」国際問題一九七五年九月号三六頁以下、井手重
昭、西ドイツ（一九七〇）、斎藤孝「西ドイツ」岩波講座
・現代八卷一二五頁以下。

(2) 「この『国家』とは、どのような国家なのか」、「東ドイ
ツを『国家』として認めることは、基本法と矛盾しないの
か」などという問題があり、これが西ドイツで問題にされ
るわけである。これらの問題が連邦憲法裁判所によって基
本法上どのように理解されたかは、基本条約についての本
案判決で明らかになる。第三章の註(15)参照。しかし、こ

の「国家」の問題について言えば、実際上はまさに東西両ドイツは、この基本条約によって「ドイツに二つの国家が存在すること、つまりドイツが二つの国家に分裂して存在することを、内外にはっきり宣言した」のである。加藤前掲書二五一頁。

(3) ちなみに、ここで、基本条約の前文と本文を訳出して紹介する。これは、Cieslar/Hampel/Zettler, *Der Streit um der Grundvertrag—Eine Dokumentation*, 1973, S. 328 ff. に依った。

「条約両締結国 (Seiten) は、平和の維持に対する責任を忘れず (eingedenk)、ヨーロッパにおける緊張緩和と安全に対して寄与する努力の中で、現在の境界 (Grenzen) におけるすべての国家 (Staaten) の境界が侵されないことや、現在の境界におけるすべての国家の領土の完全性と主権とが尊重されることが、平和のための基本的条件であるということに自覚し、それゆえ、西ドイツ国家 (Staaten) は両国の関係において力によって威嚇することや力を使うことを慎しまなければならぬ、ということを確認し、歴史的所与から出発し、原則的な問題—その中に民族の (national) 問題が含まれる—についてのドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国との相異なる見解をそこなうことなく、両ドイツ国家にいる人々の幸福のために、ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国との間の協力のための前提を作り出す」という望みに導かれて、

以下のように協定した。

第一条

ドイツ連邦共和国(以下、BRDと略記する)とドイツ民主共和国(以下、DDRと略記する)は、平等の資格にもとづいて、互いに良き隣人としての正常な関係を発展させる。

第二条

BRDとDDRは、国連憲章に規定されている目標と原理、とくにすべての国家の主権の平等、独立・自主・領土の完全性の尊重、自決権、人権の保護、差別をしないこと、という目標と原理によって指導される。

第三条

国連憲章にしたがって、BRDとDDRは、両国の係争問題をもっぱら平和的手段によって解決し、力による威嚇や力の使用を慎む。両国は、両国の間に存在する境界の不可侵性を現在および将来にわたって保証し、また、両国の領土の完全性を無制限に尊重する義務を負う。

第四条

BRDとDDRは、両国のどちらも他方を国際的に代表したり、他方に代って行動したりすることはできないということから出発する。

第五条

BRDとDDRは、ヨーロッパの諸国家間の平和的な関係を促進し、ヨーロッパにおける安全と協力のために寄与す

る。兩國は、關係諸國家の安全に不利益を生ぜしめることなく、ヨーロッパにおいて戦力と軍備を縮小しようとする努力を支持する。

B R DとD D Rは、國際的安全の有効な國際的コントロールの下で全般的かつ完全に軍備を撤廃するという目標をもって、とくに核兵器その他の大量殺戮兵器の分野で軍備を撤廃しようとする努力を支持する。

第六條

B R DとD D Rは、兩國のそれぞれの高権（の及ぶ範圍）はそれぞれの國家領域に限定されるという原則から出發する。B R DとD D Rは、その國內外の事項における兩國のそれぞれの独立と自主を尊重する。

第七條

B R DとD D Rは、兩國の關係の正常化の過程で、現實的人道的問題を規律する用意のあることを宣言する。兩國はこの條約にもとづき、また双方の利益のために、經濟・科學技術・交通・法的交流・郵便通信制度・保健制度・文化・スポーツ・環境保護の諸分野およびその他の分野での協力を發展させまた促進するために協定を結ぶ。その詳細については、付屬文書で規律する。

第八條

B R DとD D Rは、常駐代表部を交換する。その代表部はその時々々の政府の所在地に設置される。代表部の設置に關

する實際的問題は、付屬文書で規律される。

第九條

B R DとD D Rは、この條約によって、兩國がかつて締結した二國間あるいは多國間の國際的な條約や合意、または兩國に關する二國間あるいは多國間の國際的な條約や合意が影響を受けないということと合意した。

第一〇條

この條約は批准を必要とし、それ（＝批准）に相當する覺え書きの交換の翌日に發効する。」

第八條で「常駐代表部」という表現が使われているが、これは大使館と同じ機能を果す機關である。東西兩ドイツは相互に「外國」ではなく、特殊な國家間の關係であるという西ドイツの強い要望で、このような表現が使われたといわれる（加藤前掲書二五二頁）。

また、この條約は、通常の國家間の條約ではないという考えからか、第一〇條で批准書に相當するものとしての覺え書きの交換によって批准が行なわれることになっていゝ。基本法五九條によれば、本来大統領が批准を行なうのであるが、この條約の場合、政府が批准を行ない、その批准は政府を義務づけることになる。このことが、後述するように、第一回目の仮命令申請に対する連邦憲法裁判所の決定で問題になった。

(4) C S Uの外交についての主張は、つぎのようなものであ

つたといわれる（佐瀬「シュミット政権下西独の内外情勢」四二頁）。

「CSUの主張は、外交政策とりわけ東方外交においてSPD政権が示した国際協調主義を排し、徹底したナショナルな立場に戻れと唱えるものである。具体的には、西ドイツはソ連との協調を試みるべきではなく、ソ連の西欧支配の動きに決然として対抗すべきであり、ソ連圏諸国とりわけ東ドイツとの間に共存を求むべきではなく、対決姿勢を貫くべきであるとするものである。この見地からシュトラウスCSU党首は、姉妹政党CDUの姿勢が不徹底であるのみならず、中途半端なCDU外交路線をもつてしては有権者に対するアピールも十分でないと考える。」

(5) 訴訟の経過を簡条書きにすればつぎのようになる。

一九七三年

五月二日 バイエルン政府の第一回目の仮命令の申請

二八日 本案の訴え

六月 四日 連邦憲法裁判所第二部の決定による第一回目の仮命令の申請の棄却

六日 基本条約承認法が、連邦官報に公布

一三日 第二回目の仮命令の申請

一八日 右の棄却

一九日 本案訴訟の口頭弁論

二〇日 ボンにおける基本条約批准のための覚え書き

の交換

一一日 基本条約の発効

七月三十一日 本案判決

三 基本条約に関する諸判決

(1) 仮命令の制度

ここでは、バイエルンの仮命令の申請に対する連邦憲法裁判所の二つの決定と一つの本案判決を紹介する。そのまゝに、仮命令についての二つの決定を理解する上で最低限必要な限りで、西ドイツの連邦憲法裁判所の仮命令制度について触れておきたい。

仮命令について連邦憲法裁判所法は、つぎのように規定している。

△第三条ノ①連邦憲法裁判所は、争訟の場合において、重大な不利益を避けるため、急迫する暴力を防ぐため、または、他の重大な理由から公共の福祉のために緊急に必要である場合に、仮命令によって一定の状態を仮に規律することができる。

②仮命令は、口頭弁論を行わずにこれを行うことができる。

とくに緊急な場合には、連邦憲法裁判所は、本案手続の当事者・参加人・意見陳述権者（Auerungsberechtigte）に意見を陳述す

る機会を与えなくてもよい。

③ 仮命令を決定によって出すか (entlassen) あるいは棄却するか (ablehnen) する場合、これに対して異議を申し立てることができ。(以下略)

この三二条が規定する仮命令は、要するに一定の法的不利を回避するために迅速な手続で連邦憲法裁判所によって行なわれる仮の処分である。

この規定にもとづいて、申請者は、連邦憲法裁判所の管轄に含まれるすべての争訟について仮命令を求めることができる。ただし、この権限を行使することは、立法府や行政府に対して直接、重大な影響を与えることを意味するので、連邦憲法裁判所は、これまでに「最大の抑制をもって」この権限を行使してきた。(3)したがって、仮命令を出すか出さないかの判断には、とくに自己抑制がはたらくことになる。

(2) 基本条約に関する諸判決

(a) 第一回目の仮命令申請を棄却した決定 (六月四日、連邦憲法裁判所第二部)

「バイエルンの請求およびその理由」

バイエルンは、基本条約が基本法に違反すると考え、① (大

統領が) 基本条約承認法に連署し、それを公布することと②

「(連邦政府が) 覚え書きの交換をすること」を本案判決が出されるまで延期させる仮命令を出すように連邦憲法裁判所に請求した。すなわち、具体的には、バイエルンは、基本条約が、基本法の東西ドイツの再統一の規定、ドイツの他の領域がドイツ連邦共和国に加入する権利についての規定、基本法第二三条第一段、東ドイツにいるドイツ人に対する保護配慮義務についての規定に違反するとして、仮命令を申請したのである。そして「仮命令を出すことが緊急に必要である」理由としてバイエルンは、① 仮命令が出されなければ、連邦憲法裁判所はこの条約を審査する時間がないこと② 審査の結果、この条約が違憲とされる場合、覚え書きが交換された後では、その条約の国際的拘束力が生じてしまい、そのことによって連邦政府は違憲の行為をする義務を負うことを挙げた。

〔連邦政府の抗弁〕

① まず、バイエルンの①の請求、すなわち大統領の連署等を延期させる仮命令の申請については、この申請は許されない (unzulässig) として、その理由をつぎのように述べている。

基本条約の場合、批准は覚え書きの交換によってなされる。そ

して、この交換は大統領ではなく政府自身によって行なわれる。

大統領の連署等の延期を命ずる仮命令は、この条約の批准（⁶）覚え書きの交換（⁷）を阻止するために申請されているのであるから、バイエルンのこの申請は、この点で許されない。

②バイエルンの本件仮命令の申請は、基本条約が違憲であることとを根拠とするものであるが、この点について理由がないとして、連邦政府は、つぎのように述べている。

憲法上権限を持つ議会がこの条約承認法を可決したのであり、この議会によって、バイエルンが主張する違憲の疑いは丹念に審査され、疑いの根拠がないとされたのである。

③仮命令が出される場合に起こりうる不利益については、つぎのようなことを挙げている。すなわちそれは、(i) 交渉の相手国に対する連邦共和国の国際的行為能力が限定されること、(ii) このことはとくに当面予定されている全欧安保会議 (Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa) の準備のための外相会議や両ドイツの国連加盟申請の際に重大な問題であること、(iii) 東ドイツとの交渉が困難となり両ドイツの人的往来規制の緩和も遅れること、である。

〔連邦憲法裁判所の判断〕

連邦憲法裁判所は、本件申請は本案訴訟の係属前に提起されたものではあるが許されること⁽⁶⁾、バイエルンは原告適格があることなどの形式的訴訟要件をまず認めた後⁽⁷⁾、四人の裁判官の見解をつぎのように述べている。

△四人の裁判官の見解▽

(一) ①まずこの意見は、連邦大統領の連署等に対する仮処分申請については、連邦政府の主張をそのまま認めた（連邦政府の抗弁（¹）参照）。

②つぎにこの意見は、バイエルンのその他の請求、すなわち覚え書きの交換を本案判決が出されるまで延期するよう命ずる仮命令を出すことを求める申請について判断している。そこで連邦憲法裁判所は、仮命令の可否を審査する場合、△仮命令を出した後で本案においてこの条約が合憲とされた場合に生ずる不利益▽と△仮命令を出さず、その後本案判決でこの条約が違憲とされた場合に生ずる不利益▽とを比較衡量しなければならぬとし、その際の一般的基準をたててつぎのようにいつている。

(二) 比較衡量する際の一般的基準

一般に、連邦憲法裁判所が仮命令を出す場合、判例上厳しい基準が設定されている。高度に政治的な条約承認法に関する仮命令

の場合には、その基準はとくに厳しい。したがって、そのような場合の仮命令の申請は、一度も認められたことがない。この基準とは、つぎのようなものである。すなわち、比較衡量する際、連邦憲法裁判所は、条約承認法の違憲可能性について、その抽象的な可能性で満足してはならない。連邦憲法裁判所は、比較衡量する際、条約承認法の全体または一部が本案判決で違憲とされるだろうということがこれまで知ることのできた根拠から高度の蓋然性をもって期待できるかどうかを、少なくとも概括的に審査しなければならぬ。

このような基準にもとづいて、連邦憲法裁判所は、つぎに具体的な比較衡量を行なう。

(三)比較衡量

△仮命令を出さない場合の不利益▽

判例(とくに、いわゆる「接近理論」による合憲解釈をした事例等)⁽¹⁰⁾によれば(おそらく合憲解釈されるであろうから)この条約承認法が本案判決で違憲とされる蓋然性はほとんどない。限定解釈して合憲とされる場合でも、それまでこの条約が発効することと矛盾するものではないし、また条約の発効も、その合憲解釈によって妨げられない。したがって、本件仮命令を拒否しても、

—たとえ本案判決前に覚え書きの交換がされても—その結果生ずる不利益は少ない。

△仮命令を出す場合の不利益▽

この条約は、東方政策の重要な一環であり、この条約を批准するかどうか、東方政策全体に波及的に影響を与えるし、また、この条約自体が目ざすこと—特に東西ドイツの関係の正常化や人的往来規制の緩和—にも影響を与える。このような、政治的にきわめて重要な意味を持つ条約の締結と批准に責任を負うのは、政治機関であり、政治関係を自らの専門知識からは十分に洞察しえない連邦憲法裁判所は、そのような政治機関が責任を負うべき行為に容喙してはならない。連邦政府は、仮命令が出されれば批准が遅れることによって国際間交渉—とくに全欧安保会議と国連加盟のための交渉—における連邦共和国の行為能力に疑問が持たれると主張するが、そのような場合にとくに、そのこと(連邦憲法裁判所が容喙しないこと)は重要である。仮命令を出すことによって起こるそのような損害はもはや回復不可能であろうし、さらに基本条約にもとづく現在あるいは将来の交渉や実現しようとしている人的往来規制の緩和も、仮命令を出すことによって困難になるであろう。

四比較衡量の結果

四人の裁判官は、以上のような比較衡量にもとづいて、公共の福祉上仮命令を出すことが緊急に必要な理由はないとしている。

△他の四人の裁判官の意見▽⁽¹⁾

右のような意見に対して他の四人の裁判官が意見を述べている。すなわち、緊急の必要がないから仮命令を出すべきではないという結論においては全裁判官が一致しており、そうである以上それ以外の他の理由で仮命令を拒否できるのかどうか、あるいは事情が変化した場合別の判断を必要とするのかということ、これを考える必要がない。ただ、現在の事情を基礎として考えると、比較衡量の結果は異なったものになるというのである。その見解はつぎのようなものである。

(一)比較衡量

△仮命令を出さない場合の不利益▽

連邦憲法裁判所がこの条約の合・違憲性について判断する前にこの条約が発効すること自体が、重大な不利益である。最高の憲法諸機関は、憲法上相互に配慮しあわなければならないが、この法的に命じられた配慮というのは、いかなる政治的考慮よりも優

先する。ところで(多数意見は、この条約承認法が違憲となる蓋然性はほとんどないと考えたが)この条約承認法が合憲か違憲か—限定解釈をすれば合憲という第三の可能性もあるが—ということとは、まだ未決定の問題なのである。このことを前提にすれば、仮命令が出されないまま本案判決が下される前に基本条約が発効する場合に生ずる不利益は、決して少なくない。すなわち、その場合、連邦政府は国際法上この条約に拘束されるのである。ところで、公共の福祉のために仮命令が緊急に必要なということの一つの重要な根拠は、結局、憲法秩序を保護する機能を連邦憲法裁判所が果せなくなつてはならない、ということである。本件の場合で言えばそれは、連邦憲法裁判所がこの条約を違憲だと解釈したときには判決によってこの条約の発効を差し止めることができず、状態にしておかなければならない、ということを意味する。そして、このことは、本案判決前に批准が行なわれる場合にも言えるのである。

△仮命令を出す場合の不利益▽

連邦政府は、批准を延期すれば政府の行為能力が侵害されると主張している。政府の主張する通りとすれば、それは確かに一つの不利益である。しかし、自動的にそうなるとは言えない。とくに国際間の交渉や国際的条約の相手国がとるであろう反応を予

料 期する場合、悪意から出発することはできない。本件の場合も、

資 相手国がフェアな態度をとる、ということから出発すべきだ。そしてつぎのような努力、すなわちすべての関係国にドイツ憲法から生ずる事情を理解させ、その関係国にこの事情を考慮させ、その関係国の態度をこの事情に適應させ、そしてこの延期に伴って生ずる障害をできるだけ少なくするというような努力を連邦政府がすることが必要である。こう考えれば、西ドイツの全欧安保会議への参加や国連への両ドイツ同時加盟が危険にさらされることもない。また同様にすれば、東ドイツと付属協定についての交渉を続行することなども可能である。

(二)比較衡量の結果

以上の二つの不利益を比較衡量すれば、仮命令が緊急に必要なという理由の方が明らかに優先する。

〔全裁判官一致の結論〕

本決定は、このように各四人の裁判官の二つの見解を述べた上で最後に「すべての裁判官は、現在、この、仮命令を出すことが緊急に必要なとは思えない。」と結論づけている。その理由は以下のようにある。

条約承認法が立法機関を通過した後は、批准手続は、これを比

較的速く進めることができる。しかし、現在のところ、批准手続がいつ終わるか、あるいは連邦政府が連邦憲法裁判所の本案判決の前に覚え書きの交換をする気になるかどうかははっきり確定していない。東ドイツの批准手続も、まだ終っていない。このような事情の場合には、八月一日（日本裁判決の翌日）以前に覚え書きの交換を行なう条件が存在するだろうということさえ予想できない。したがって目下のところ、仮命令の申請は却下されるべきである。

(b)第二回目の仮命令申請を棄却した決定（六月一八日、連邦憲法裁判所第二部）⁽¹²⁾

第一回目の決定は結局、現状では仮命令を出すことは緊急の必要性がないとしたものであったが、逆に考えればこの決定は、状況が変わり緊急に必要なとなれば裁判所は仮命令を出すということである。そこでバイエルン政府は、六月一三日に、状況が変わって仮命令を出す緊急の必要が生じたと考えて第二回目の申請をしたのであるが、これに対する決定が本件決定である。

〔バイエルンの主張〕

バイエルン政府は、この訴えで、連邦政府の覚え書きの交換を本案判決が出されるまで延期させる仮命令を出すことを求めた。

そこです、第一回目の申請以後変化した事実状況と法律状況としてつぎのことを挙げ、仮命令を出すことの緊急の必要性を根拠づけている。すなわちそれは、①この条約の承認法が公布され（六月六日）施行されたこと、②この条約に対して東ドイツの人民議会が同意したので東ドイツはいつでも覚え書きの交換ができること、③この覚え書きの交換をボンで六月二〇日に行なうことを両ドイツ間で取り決めたのでこの条約は六月二一日に発効することに（基本条約第一〇条参照）、その覚え書きの交換は仮命令によってしか阻止されえないし、またそれを本案判決以降にまで延期することが可能であることなどである。

つぎに、生ずるであろう二つの不利益を比較衡量して以下のようバイエルンは主張している。

本案判決前にこの条約を批准し、その後その憲法上の瑕疵が明らかにになった場合、取り返しのつかない重大な損害が生じる。

すなわち、条約を批准してしまえば連邦政府は、国際法上その条約を履行する義務を負うのであって、連邦憲法裁判所の判決を理由としてこの義務を免れることはできない。また、本案判決前に条約を発効させることは、連邦憲法裁判所が政府によって出し抜（*überziehen*）かれないことを要求する基本法の法治国国家秩序に

抵触する。他方、発効が少しぐらい遅れても、そのことから生ずる不利益は比較的取るに足らないものだ。すなわち、ヘルシンキで全欧安保会議の準備会が行なわれることになっているが、その際の行為能力に関する政府の疑念についても、会議の初めに発効の遅延に対応する留保をつければよい。国連への両ドイツの同時加盟に対する影響についても同じことがいえる。東西の往来規制の緩和に対する影響については、条約の発効が数週間遅れても實際上の不都合はない。というのは、規制の緩和の準備のためには、いづれにしろ更に若干の時間が必要だからである。また、この条約に付随して今後締結される諸条約にとっては、批准が遅れることは不利益というよりむしろ利益になる。

〔連邦政府の抗弁〕

このバイエルンの主張に対して連邦政府は、その抗弁として、この訴えは許されないものであるから却下されるべきであること、また予備的抗弁として（*hilfsweise*）、この訴えは明らかに根拠のないものであるから棄却されるべきであることを主張した。そして、本件訴えは法的保護の利益を欠くものであるとして、つぎのように理由づけた。

仮命令を出すことによって生ずる内政・外交上の不利益は依然

料として存在する。また、両国の国連加盟がすぐ目前に迫っており、仮命令が出されれば、国連は基本条約の発効が確定しているのにこの加盟申請を取り扱わなければならなくなる。

〔連邦憲法裁判所の判断〕

連邦憲法裁判所は、まず連邦政府の「法的保護の利益がない」という主張を否定した後で、第一回目の決定でしたように二つの不利益を比較衡量している。

(一) 比較衡量

△仮命令を拒否した後に、この条約が違憲とされるか、あるいは一定の合憲解釈によってのみ合憲とされる場合の不利益▽

ここで連邦憲法裁判所は、以下のように判例上初めて *judicial self-restraint* という用語を使っている。

仮命令を拒否すれば、もし本案の訴えが認められるべきだとされるならば—その結果として第一に、連邦共和国と連邦政府はつぎのような条約に拘束されるという矛盾に陥る。すなわち、政府は、その条約を履行すれば、連邦憲法裁判所のその（本案）判決によれば憲法上の命令だとされることに違反せざるをえず、他方連邦憲法裁判所のその判決に従えば条約不履行になるといふという条約に拘束される矛盾に陥るのである。この矛盾は、国内

においては憲法改正によってしか除去されえない。他方、条約改正によってこの矛盾を除去することは、この条約には終了条項や廃棄条項 (*Beendigungs- oder Kündigungsklausel*) がないのでこれを連邦政府だけの力ではなしえない。それはともかくとして、仮命令が出されない場合、それだからといって連邦政府は最高の憲法諸機関相互の基本的関係から生ずる憲法上の命令をまもることを免除されるわけではないということを考慮しなければならぬ。基本法が憲法裁判を採用していることや憲法裁判所が国際法上の条約をも憲法審査しうる権限を持っていることは、原則として、執行部が連邦憲法裁判所に係属している訴訟手続を出し抜き、ある措置によって終局的にこの裁判所の判決の効力の一部を奪い取るということと適合しないが、他方、このような急を要する憲法紛争の場合には、可能なあらゆる方法を使って訴訟手続を速める義務を連邦憲法裁判所が負うということも基本法と適合しない。このことと対応することは、連邦憲法裁判所によって発展させられた *クラント* は連邦に忠誠な態度をとらなければならぬ—という憲法原則に連邦政府が拘束されるかどうかの問題についてもいえることである。両憲法原則とも、限界をもっている。連邦憲法裁判所が仮命令を出すことを放棄する場合には、この限界を

決めることは、連邦政府の責任である。そのことは、連邦憲法裁判所がそのような事例の場合に判例において自らを義務づけてきた judicial self-restraint から出てくることである。

▲仮命令を出す場合の不利益▼

いかなる政治的危機がこの条約の発効の遅延の結果生ずるかが予測されえない⁽¹³⁾。ただ一つ、六月二〇日に覚え書きが交換された場合にのみ両ドイツの国連加盟が実現するということが確定である。というのは、二一日の国連安保理事会で両ドイツの国連加盟についての決定が行なわれるからである。この六月二〇日に覚え書きを交換した場合にのみ両ドイツの国連加盟が実現するということは、両ドイツの間に密接かつ特別な関係を維持するため

に基本的に重要なことである。

(二) 結論

本決定は、以上二つの不利益を比較衡量した結果、後者の不利益の方が重大であるとして全員一致でバイエルンの申請を棄却した。そしてその際、このように仮命令を棄却しても「本案判決は完全な効力は持たないにしても——依然として国内秩序にとつてや、また後統諸条約 (EUGVERTRÄGE) の交渉の際の連邦政府の法的立場にとつて、決定的な意味を持つ」としている。

(c) 本案判決（七月三一日、連邦憲法裁判所第二部判決）⁽¹⁴⁾

本案訴訟においては、バイエルン政府は「基本条約承認法は、基本法と一致せず、したがって無効である」ということの確認を求めた。そして、バイエルン政府は、大略つぎの四つの点からその主張を根拠づけた。すなわちそれは、基本条約が、①基本法のドイツの単一性を保護する規定、②再統一についての規定、③ベルリンについての規定、④東ドイツに住むドイツ人に対する保護配慮義務についての規定、に違反するといふものであった。そのことに対応して、本案判決はこれらの問題について判断をし、結局いわゆる合憲解釈の方法によってこの条約承認法が基本法に適合すると判示している。ただこれらの問題は特殊ドイツ的な問題であり、本稿の叙述とは直接関連性がないので、ここではこれらの問題を割愛して判決のうち judicial self-restraint に関する部分だけを紹介する⁽¹⁵⁾。

本判決は、まず連邦憲法裁判所の条約についての審査権と judicial self-restraint との関係をつきぎのように述べている。

規範審査をする場合の尺度は基本法であり、この基本法を拘束力をもって解釈するのは連邦憲法裁判所である。条約は実体憲法を作り出すものではないし、また憲法を解釈するために条約を引

き合いに出すこともできない。このことを前提にすれば、条約の審査の場合にも合憲解釈をすべきだという原則が適用されるべきである。さらに、連邦共和国と他の国との関係に関する憲法規定を解釈する場合、その憲法規定が政治的形成のための自由裁量を認める性格を持っている、ということも無視してはならない原則である。このように、基本法は、外交の領域でもあらゆる政治権力を限界づけているが、このような憲法秩序を貫徹させる最終的義務を負っているのは連邦憲法裁判所なのである。連邦憲法裁判所が自らに課している *judicial self-restraint* の原則は、連邦憲法裁判所の上述の権限を縮小したり弱めたりするものではなく、政治を行なうことの放棄、すなわち憲法によって創り出されたまた限界づけられている自由な政治的形成に委ねられている領域に介入することの放棄を意味する。したがってこの原則は、他の憲法諸機関のために保障された自由な政治的形成に委ねられている領域を留保することを意図するものである。

他の憲法機関が既成事実をつくって連邦憲法裁判所を出し抜くことについては、それにつづけてつぎのように述べている。

このように考えることから、その結果として、条約に関する規範審査手続における判決は、その条約の発効前に行なわれるという

ことがでてくる。このことをすべての憲法機関は考慮しなければならぬ。このことは、一方では、連邦憲法裁判所は憲法審査をできるだけ早く終らせるということを意味し、他方、他の憲法諸機関は、条約批准までの日程を決める時に連邦憲法裁判所の審査権を考慮するということが、また連邦憲法裁判所が適切な時期にそして有効にその権限を行使することを困難あるいは不可能にするすべてのことをしないということを意味する。包括的な憲法裁判を規定している基本法の決定は、執行部が憲法裁判所に係属している訴訟手続を出し抜くということとは適合しない。例外的に、本件のように連邦憲法裁判所の訴訟手続が終わる前に条約を発効させることが行政府の見解によればどうしても必要であるように思える状況が生じる場合には、それに責任を負っている憲法機関がそのことから生じる結果に責任を負わなければならない。

(一) ドイツ語では *einstweilige Anordnung* である。仮処分 (*einstweilige Verfügung*) とは、用語上も区別されているので、野中・小島氏に従ってここでも「仮命令」の訳語を使う。野中俊彦「憲法裁判における仮処分」金沢法学一四卷一号一頁以下、小島和司訳「西ドイツ連邦憲法裁判所法」法律時報二六卷二号一九一頁以下参照。以下の仮命令の説明については、野中氏の前掲書に負うところが大き

ら。

(2) 野中前掲書一頁以下は、『争訟の場合』とは、連邦憲法裁判所が扱うすべての手続だ」と連邦憲法裁判所が判例上考えていることを指摘している。そして、連邦憲法裁判所の権限に属する争訟の場合であれば、本案請求が認められるか否かが確認される必要もないし、また、本案手続がすでに連邦憲法裁判所に係属している必要もないという。

(3) ルップはつぎのように言っている。Rupp, H. G. Some Remarks on Judicial Self-restraint. Ohio State Law Journal. Vol. 21 (1960) p. 505 ff.

「連邦憲法裁判所は、違憲の法律を打倒したり、また執行部の行為を違憲と宣言したりする権限を持っている。しかし、統治機構の政治諸部門が、統治の舞台の主役なのであり、連邦憲法裁判所は、単にレフェリーのような機能しか持っていない。この理由から、連邦憲法裁判所は、不必要に統治上の行為に干渉すべきではない。このような干渉が最も強く感じられるのは、連邦憲法裁判所が仮命令によって、執行部にそのいくつかの機能を使用することをその機能の合憲性が確認されるまで中止するように命ずる場合、あるいは、ある法律をその合憲性が決定されるまで執行しえないと宣言することによって立法府の努力を妨げる場合である。したがって、連邦憲法裁判所は、これまで繰り返し、『連邦憲法裁判所は、仮命令を出す権限を最大限の

抑制をもつてのみ行使する』と、つてきた。」

(4) BVerfGE 35, 189 ff.

(5) 国際法上の条約を締結する権限は、基本法五九条一項によって連邦大統領に与えられている。したがって批准をするのは、通常は、連邦大統領である。そして、条約承認法に対する大統領の連署等の行為は、この批准の前提行為をなすことになり、大統領の批准をなす意思決定はこれらの行為によってすでになされると考えられる。それゆえ、大統領が条約承認法に連署しそれを公布すれば当然批准に進むことになり、ひとたび批准されれば、その後は、たとえその条約承認法が違憲でも連邦共和国はその条約を履行する国際法上の義務を負うことになる。したがって、このような事態を避けるため、条約承認法の場合には、とくに公布前でもこれを連邦憲法裁判所が審査できるとされるのである。vgl. BVerfGE 1, 396. しかし、基本条約の場合、条約承認法の公布の後に、さらに、覚え書きの交換という連邦政府の行為がなければ発効しない。したがって、本件では、連邦大統領の連署・公布の延期を求めることは、許されないとされたのである。

(6) 註(2)参照。

(7) ここで連邦憲法裁判所は、本案の訴えが許されないの仮命令の申請も許されない (unzulässig) という抗弁を6対2で、また本案の訴えが明らかに理由がないので仮命令

の申請も許されないという抗弁を5対3で斥けた。これに「*gegen*」は vgl. *Friesenhahn, Hifter der Verfassung?* in ZRP, 1973, S. 188 ff. (190 f.)

(8) 前述のように、連邦憲法裁判所法三二条一項は、仮命令を出すための実質的要件を、「重大な不利益を避けるため、急迫する暴力を防ぐため、または他の重大な理由から、公共の福祉のために緊急に必要である場合」と規定している。野中前掲書二五頁以下は文言上の抽象性や文脈上の不明確性から、この規定の解釈が分かれていると指摘し、その解釈の分かれ目はたとえ「公共の福祉のため」という文言が「その他の重大な理由から」のみを、うけるのか、それとも「重大な不利益を避けるため、急迫する暴力を防ぐため」をも、うけるのかということであるという。そして、連邦憲法裁判所自体も、この論争にはつきりした解答を与えていないが、判例の蓄積をみると、「公共の福祉を連邦憲法裁判所法三二条の中心概念にまで高めている」ということができるとしている。すなわち仮命令が請求された場合、連邦憲法裁判所は、仮命令を出すことが公共の福祉のために緊急に必要かどうかを判断するのである。この判断の方法として比較衡量が行なわれる。そして、この比較衡量の仕方、また、どのような考慮がその中に入ってくるのかについて、野中前掲書三二頁は、判例理論をつぎのように紹介している。

「ある法律の合・違憲が争われ、それに関連して仮命令請求がなされた場合に、 \wedge 執行停止の仮命令を発令しないで、後で当該法律が無効であるとされる場合に生じうる不利益 \vee と \wedge 当該法律を仮命令により暫定的に停止した後、本案判決では当該法律の有効性が確認された場合に生じうる不利益 \vee とを秤量した上で仮命令を発すべきか否かを判断する。その場合、 \wedge 審査に際しては、原告の利益のみならず『問題の中にはいってくるすべての利害』と『相対立する利益』を考慮し、相互に秤量しなければならぬ。 \vee 」

この指摘の中に、連邦憲法裁判所が仮処分申請の許否を判断する方法の基本線——判例理論上の——が述べられている。ここでとくに注意すべきなのは、比較衡量の対象になるのは、 \wedge 問題の中に入ってくるすべての利害 \vee だということである。したがって、当然のことながら、法的利害のみならず、事実上の利害、あるいはさらに政治的利害までも、この考慮の中に含まれることになる。ここには、仮処分について「最大限の自制をもって」これを審査する連邦憲法裁判所の態度が表われている。

(9) ここでは、仮命令の許否の判断の中で本案判決が先取りされている。フリーゼンハーン a. a. O. S. 191. は、この先取りがこれまでの判例から外れるものであるとして批判している。野中前掲書四二頁以下も、仮命令が本案判決

を先取りすることを、判例は厳しく排除しているとして、つぎのようにいっている。

「本案を先取りできないということから、先にも触れたように、連邦憲法裁判所は仮命令に関する決定を、本案手続の考慮とは全く無関係に下しうるし、またそうすることがたてまえとならざるをえない。すなわち、生じうる利益の比較秤量が行なわれる場合、もっぱら仮命令を発するか、しないかによって生じうる不利益の比較のみによって、いずれかの結論が出されることになる。」

(10) ここで引用されているのは、条約の合憲性を認めるためには、「条約の定める措置がその意図と傾向において少なくとも政治的に可能なかぎり合憲状態に近づくものであり、その達成を準備するものであれば足りる」とした判例(BVerfGE 4, 156)である。阿部照哉「憲法裁判と政治」法学論叢八八巻一・二・三号六三頁以下とくに七七頁参照。

(11) 連邦憲法裁判所法は、一九七〇年十一月二日の改正で少数意見制をとり入れた。改正後の同法三〇条二項は、つぎのように規定している。

「裁判官は、評議において主張した判定(Entscheidung)または判定の理由づけに対する彼の少数意見(abweichende Meinung)を特別意見(Sondervotum)の中に記載することができ。そして、その特別意見は、判定に添付されな

ければならない。裁判部(Senat)は、判定の中で投票の割合を知らせることができる。詳細は、連邦憲法裁判所の連合部の決定する手続規則が規律する。」

この手続規則は、一九七一年一月に決定された。vgl. Sacker, H. Das Bundesverfassungsgericht-Status-Funktion-Rechtsprechungsbeispiele. 1975, S. 50. ちなみに本決定では、理由づけについて裁判官の見解が4対4と同数に分かれているので、多数意見・少数意見とかいう言葉は使われていない。

(12) BVerfGE 35, 257 ff.

(13) この部分は「連邦憲法裁判所が、詳しい立証がないのに連邦にとって危険があることを認めたかぎりで political question の萌芽が見られる」として多くの論者によって批判されている。たとえば、Blumenwitz, D. Judicial self-restraint und die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Akten der Auswärtige Gewalt. in DVBl 1976, S. 467. は、つぎのように言っている。

「連邦憲法裁判所は、明示的に『いかなる政治的危機がその条約の発効の遅延と結びついているのかは、予測されえない。……(事態の)展開の蓋然性すら計算されえない』ということを確認している。(ここでは)アメリカの議論である、表面上司法的に発見し操作しうる基準の欠如、あるいは情報の欠如(angewöhnliches Fehlen von judicially

discoverable and manageable standards oder lack of information)と類似のものが明らかと言われている。

Tomschat, C. Auswärtige Gewalt und verfassungsgerichtliche Kontroll. in DöV, 1973, S. 807. も同様の批判を述べている。この political question の問題は、六月四日の第一回目の決定についても指摘されている。たとえば、Zeitler, C. Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag, 1974, S. 177. は、このように言っている。

「七三年六月四日の決定において四人の裁判官が……『きわめて基本的な意義をもつ条約の締結と批准については、政治的な行為に任せられた連邦共和国の諸機関がその責任を果さなければならぬ』と考えた時に(連邦憲法裁判所は) judicial self-restraint を political question doctrine の限界にきつ近付けた。」

その他に、基本条約諸判決に表われた judicial self-restraint との関連で、西ドイツにおける political question の採用の可能性に言及し、それを否定しているものに Zweck, R. Political-Question-Doktrin, Judicial self-restraint und das Bundesverfassungsgericht. in JZ, 1974, S. 361 ff. (365) をよび Friesenhahn, a. a. O. があぶ。西ドイツの通説は、これまでも、西ドイツでの political question の採用を否定してきている。これを肯定する説もないわけではないが、ごく少数(エームケ、ドルツァー、イプセンなど)

であり、しかもその所説はドイツ的に変型されたものである。通説の見解としてゲルハルト・ライプホルツ、小林直樹訳「ドイツ連邦憲法共和国の憲法裁判所と政治に対する司法判断」国家学会雑誌七九卷一・一二号、六三三頁以下とくに六三七頁参照。これとはほぼ同一の論文として、同著者 Der Status des Bundesverfassungsgerichts. in Bundesverfassungsgericht 1951~1971, S. 31 ff. また連邦憲法裁判所長官時代のシュラーの見解として、ゲーブハルト・ミューラー、村上淳一訳「ドイツ連邦共和国における憲法裁判権」法曹時報二二卷三九五頁以下、とくに五三二頁参照。さらに、一九六一年のドイツ国法学者大会における、エームケの研究報告および、その際の討論が重要である。vgl. VVDStRL, Heft 20, 1963. またエームケの憲法解釈論の解説については、vgl. Koch, H. J. Seminar: Juristische Methode in Staatsrecht, 1977, S. 125 ff.

以上 political question の西ドイツでの採用の問題について参照した文献の主なものを掲げた。

(14) Byerlye 36, 1 ff.

(15) この問題の他に、本判決でとくに重要なものは、ドイツの法的地位についての裁判所の判断である。ここで、この点についての連邦憲法裁判所の判断の要旨を紹介すればつきこのようになる。

基本法は、ドイツ国 (Deutsches Reich) が一九四五年

の敗戦以降も崩壊せず存続していることを前提として、
 いる。そして、この存続しているドイツ国は依然として権利
 能力を持っているが、もちろん国家機関を持っていないの
 で行為能力はない。ところで、ドイツ連邦共和国は、ドイ
 ツ (Deutschland, これはドイツ国の空間的範囲すなわち領
 土のことをさすようである。)の一部が新たに編成されたも
 のである。したがって、ドイツ連邦共和国は、ドイツ国の
 後継国ではなく、ドイツ国と同一の国家なのである。ただ、空
 間の範囲はドイツの一部なのであるから、ドイツ連邦共和
 国だけがドイツ国だとは言えない。しかし、ドイツ連邦共
 和国は、たしかにその高権を基本法の及ぶ領域に限定して
 いるが、それでもドイツ国全体に責任を負っている。ヘル
 リンについて言えば、ベルリンの地位は、単に制限され占
 領軍の留保による義務を負わされているだけなのである。
 また、ドイツ民主共和国は、ドイツの一部なのであり、ド
 イツ連邦共和国との関係で外国とみなすことはできない。
 本判決は、これ以外にもいくつかの論点をもち、評釈も、
 それに対応して種々の観点からこの判決を論じている。そ
 れはたとえば、外交権の司法審査、連邦憲法裁判法第三
 条の判決の拘束力、合憲解釈などの観点である。また、本
 判決について論じている論文もかなりの数にのぼるが、そ
 のいくつかを紹介するところのようなものがある。判例評
 釈として、Oppermann, T. in JZ. 1973, S. 594 ff.、ドイ

ツの法的地位等に関する Kewenig, W. Deutschlands
 Rechtslage heute, in Europa-Archiv, Folge 3, 1974, S.
 71 ff. Hacker, J. Deutschland bleibt ein Rechtsbegriff.
 in Die Politische Meinung, Heft 150, 1973, S. 63. 合憲解
 釈に関する Schröder, M. Zur verfassungskonforme Aus-
 legung völkerrechtlicher Verträge. in Juristische Rund-
 schau (JR.), 1974, S. 182 ff. 国際法上の観点から本判決を
 検討するものとして Simma, B. Der Grundvertrag und
 das Recht der völkerrechtlichen Verträge. in AöR, Bd.
 100, 1975, S. 4 ff.

四 おわりに

以上で、基本条約に関する諸判決の紹介を終わる。西ドイツで
 は、これらの判決の中で「judicial self-restraint」ということが
 使われたことよって、「そもそもこの用語を西ドイツで法理論上
 採用しうるのか」「採用しうるとして、それは、これまで指摘さ
 れていた自己抑制とどう異なるのか」「また」「それを法理論上ど
 のように説明するのか」などというように、様々な形でこの judicial
 self-restraintの問題が議論された。そして、これらの問題は、そ
 のまま次稿以下で検討すべき課題となるであろう。^(一)

- (1) ここで最後に、基本条約諸判決に関連して judicial self-restriant について論じている文献でこれまでの註や脚見えなかったものを補足しておきたい。Kriele, M. Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung. in NJW. 1976, S. 777 ff. Schuppert, G.F. Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik. in ZRP. 1973, S. 259 ff.