

NPD 違憲政党訴訟と憲法裁判

——「政党禁止」訴訟の新たな課題——

加 藤 一 彦

目 次

- 一、はじめに
- 二、連邦憲法裁判所の決定概要
- 三、連邦憲法裁判所の反対意見
- 四、本件の特異性と憲法裁判の意義
- 五、日本との関連性
- 六、結びにかえて

一、はじめに

筆者はかつてドイツ極右政党である NPD (Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands.) に対する政府及び連邦議会／連邦参議院による政党禁止申立書について紹介したことがある¹⁾。当時、まだ政府申立書が提出されたばかりの時期でもあり、もっぱら政府申立書 (2001 年 1 月 29 日作成) を訳出・紹介する作業に限定し、NPD 違憲訴訟の行方をベルリン・デモクラシーの将来を占うものとしてしか論じていなかった。

ところが本件訴訟は、予想外の形で終結した。すなわち、連邦憲法裁判所第 2 法廷は、2003 年 3 月 18 日に「手続は中止される」(判決主文) との最終的判断を下した²⁾。NPD 違憲政党訴訟が連邦政府の敗訴で終わり、戦

後ドイツにおける3度目の政党禁止訴訟が失敗するであろうとは予想していたが、手続中止決定による連邦政府敗訴は想定していなかった。

他方、本決定が憲法裁判上、それ固有の法的問題を提起したことも事実である。政党禁止訴訟が日本ではドイツ基本法に内在する「戦闘的民主主義」の一場面で否定的に紹介され、またその課題に関連して政党禁止が論じられていたが、今回のケースは憲法裁判自体のパラドックスが現れた点で、政党禁止訴訟の新たな課題が浮き彫りになったと思われる。

以下では、本中止決定を適宜、訳出しつつ連邦憲法裁判所における政党禁止訴訟の新局面について考察を加えることとしたい。

二、連邦憲法裁判所の決定概要

1. 経緯

ドイツにおける極右的諸活動にNPDが色濃く関与している事実はよく知られている。90年代におけるヨーロッパ社会の陰の問題として、若年層の失業問題、外国人問題、ヨーロッパ統一傾向を強める中での「ドイツ的なるものへの憧憬」、こうした諸要素を背景にNPDは次第に党員数を増やしてきた。すなわち、1964年11月28日に設立されたNPDは、各ラントレベルで議会進出をはかったがそれぞれ5%阻止条項に阻まれ、議席を有するまでに至らず、活動も停滞していた。しかし、1996年にフォイクトが党首に選出された後、連邦議会選挙にNPDが参加し、98年には第2投票（政党名簿への投票）につき0.3%、2002年には0.4%を獲得し、また1999年のヨーロッパ議会選挙では0.4%を獲得するまでに至った³⁾。この傾向は、2000年以降も強まり、2004年に行われたザクセン州議会選挙において9.2%を獲得し、州議会の議席を初めて獲得した。NPDは今日、その他の州議会選挙でも健闘し、5%のハードルを超える寸前のところまで勢力を増してきている。この間、NPDの親ナチ的傾向に変化はなく、そ

れだけに一層、ドイツ国民のNPD支持は不気味さを感じさせるところまでできている⁴⁾。

そうしたNPDの政治的伸張に対し危機をもった連邦政府は、2001年1月31日、基本法21条2項もとづき連邦憲法裁判所にNPDの違憲性を求めて出訴した。同時に提訴権限を有する連邦議会、連邦参議院も同年3月30日、連邦政府に同調し出訴した⁵⁾。

II. 判決概要

以下では、連邦憲法裁判所の判決中、重要な部分を抽出して紹介してみたい（以下のナンバーは判決書に記載されたものである。なお判決中引用された文献については省略してある）。

B 本手続は、続行することはできない。というのも、中止に関する被申立人によって行われた申立が裁判停止に関する連邦憲法裁判所法15条4項にもとづく必要な多数をもつことができないからである。4名の裁判官は手続侵害は存在しないとの見解を有している。しかし他の3名の裁判官は除去できない手続侵害があったとする見解を有している⁶⁾。

1. 連邦憲法裁判所法15条4項によれば、同法43条以下に関連する基本法21条2項にもとづく政党禁止手続においては、被申立人に不利になる判決を下す場合、本法廷の3分の2以上の同意を必要とすると定めている。この特別多数を設定することによって、連邦憲法裁判所に関する法律は、特定の痛烈な自由侵害、または国家機関に向けられた重大な措置に対して特殊な手続法上のハードルを設けている。連邦憲法裁判所法15条4項1段は、少なくとも8名の裁判官の内、6名が被申立人に対する不利な判決を下すことを求めている。同2段の通常の多数決を別にすれば、本法廷6名の裁判官による特別多数が成立しない場合、少数意見は被申立人に

対する不利益な判決に対抗できる。この手続中止の申立却下は被申立人にとって不利益な決定である⁷⁾。

a) 同法 15 条 4 項 1 段の意味における「不利益」(nachteilig)とは、基本的に被申立人の法的地位を侵害またはその他不利な影響を与えう一切の判決を指す。そのことは基本法 21 条 2 項にもとづく手続において政党禁止の申立が行われ、連邦憲法裁判所が政党の禁止を確定するときにもあてはまる。同様に特別多数の必要性については、とくに同法 45 条にもとづく禁止申立が許容されるか否か、十分な根拠があるか否か、またそれ故に審理が継続されるか否かを判断する事前手続において下される決定も含まれる。口頭弁論を継続することは、すでに被申立人の法的地位を侵害している⁸⁾。

b) 連邦憲法裁判所法 15 条 4 項 1 段の政党禁止手続中にいかなる被申立人による訴訟上の申立が行われるかについては、決定を要しない。被申立人によって提起された手続中止に関する却下決定は、結局、除去できない手続侵害が存在することを理由に、同法 15 条 4 項 1 段に定める判決を出すための定数を超えることを要する……⁹⁾。

bb) 同条項の規定の目的と意義は次の点にある。すなわち、除去できない手続侵害が存在することを根拠に中止申立の却下することが、政党禁止手続の継続の必然的結果として不利益な決定とみなされる点である。同条項は連邦憲法裁判所法 13 条 2 号と結びついた基本法 21 条 2 項の手続において、政党の憲法的地位を考慮に入れているからである¹⁰⁾。

(1) 政党は——基本法 9 条 1 項の意味における結社と比べて——基本法の憲法的秩序の点で特異な地位を有している (BVerfGE 2,1 [13])。政党は憲法 21 条 1 項における国民の政治的意思形成にとって憲法上不可欠なものとなされ、憲法制度のランクまでに高められた (BVerfGE 1,208 [225]; 20,56 [100]; 73,40 [85])。政党は政治的行動統一体であり、有権者を政治的に行動できる集団にまとめあげ、有権者側より国家のことがらに

ついて初めて影響力を与えうるために、民主主義には政党が必要なのである（BVerfGE 11,266 [273]）。政党は市民と国家機関との媒介者であり、これを通じて市民の意思は選挙のときに実現されていく（BVerfGE 20,56 [101]）。したがって政党は民主主義的意思形成において、また、国家の決定発見において決定的な役割を果たす（BVerfGE 85,264 [285]）¹¹⁾。

(2) 基本法 21 条 1 項によって憲法上承認された政党の役割から、ある種の形式的・実体的観点において高められた保護・存立保障が生まれる。違憲の確定（連邦憲法裁判所法 46 条 1 項と結びついた基本法 21 条 2 項）及びその組織の解散（連邦憲法裁判所法 46 条 3 項 1 段）を通じて政党は、総体的に国民の政治的意思形成への自由な協力については基本法 21 条 1 項により保障された任務から排除されるが、その場合にも政党の不利益に関する裁判所の判断には、政党禁止訴訟において特別な正当化を必要とする。それに対応して同法 15 条 4 項 1 段は、政党禁止及び当該政党に対しそのほかの不利益を課すという特に重大な結果が、裁判所における十分な特別多数なしに行われることを妨げている¹²⁾。

(3) これらの規定の目的は、ともかくも除去できない手続侵害の存否にかかわる決定をも含んでいる。連邦憲法裁判所が手続侵害なしとして手続中止を却下する場合には、政党禁止手続は続行されざるを得ず、しかも——連邦憲法裁判所法 45 条が規定しているように——口頭弁論も開催しなければならないはずである。手続の継続、口頭弁論の実施は申し立てられた手続の中止との比較において、当該政党にとっては固有の負担となるはずである。それは——もちろん同法 45 条にもとづいて定められた申立の十分な根拠を評価した上で——違憲と判断しうる法文と手続の継続とを調和させようと試みているのである¹³⁾。

(4) 3 名の裁判官の少数意見は以下の点にある。すなわち、訴訟における被申立人の国家からの自由が欠如しており、また申立の根拠となっている政党の形象である国家からの自由も欠如していることを踏まえ、2001 年

1月30日、同3月30日に申し立てられた手続を続行するには除去できない障害が存在し、その結果、これは連邦憲法裁判所法15条4項1段にもとづき手続のいかなる段階においても行うことのできる職権による審議及び訴訟要件の前提に関する決定に影響を与えるとする見解である。これを踏まえれば政党禁止の申立は成立しないことは明白である。したがって、この手続の続行は法治国家上、主張してはならないし被申立人に負担させてはならないとみる。

2. 以下に述べる各評価にもとづき少数意見と多数意見とはそれぞれ自己の法の見解を提示している。この理由づけには連邦憲法裁判所法31条1項にもとづく拘束力はない。というのも、手続中止を決めるには、訴訟上の決定が問題なのであって、実体的判断は要しないからである¹⁴⁾。

III. 少数意見

以下では少数意見（ハッセマー、ブロス、オスターロー裁判官）を最初に紹介したい。本件の特殊性に鑑み、この少数意見が実質的な法廷意見であり、決定的であるからである。もっとも全文訳出はせず、本稿に関連する部分の抄訳的紹介にとどめたい。

1b) 基本法21条は政党が憲法生活の特殊な地位を占めているため、高められた保護・存立保障（いわゆる政党特権）をあてがっている。これは、政党がその他の政治集団とは違って連邦憲法裁判所によってのみ違憲が宣告され、しかもその判決には特別多数を要するという点に特にその表現をみることができる。そこから連邦憲法裁判所の判決が出されるまで、何人も政党の違憲性を法的に主張できないことが導き出せる。その限りにおいて、連邦憲法裁判所の判決は設権的意義をもつ（BVerfGE 12,296 [304f.]; BVerfGE 47,198 [228] 参照）。

連邦憲法裁判所のこの判決独占権は、政党の存立に対する行政権の介入

を一般的に排除する一方、政党はこの間、自由民主主義的基本秩序になお
も反対の立場をとることが許されている (BVerfGE 40,287 [291]; 47,198
[228])。政党は確かに政治的に戦うことはできるし、自己の政治活動につ
いては一切の妨害から自由のはずである (BVerfGE12,96 [305ff.]; 39,334
[357]; 47,198 [228])。基本法は政党の違憲の確定までの間、政党活動に
つきその政治的自由を自己に背負い込む危険性をもっている。たとえ反憲
法的目的を宣伝しようとも、政党は憲法適合的に保障された寛容の範囲内
で行動しているからである (BVerfGE 12,296 [306]; 47,198 [228])¹⁵⁾。

2. 連邦憲法裁判所は、従来、情報収集手段を用いた国家機関を通じた
政党への許された監視に制限を課すことを認めていなかった。加えて、従
来の判例との関連からすれば、この問題は単に広汎な問題群内部における
特殊限定的な部分とみられてきた。この問題が基本法 21 条 2 項による手
続に対する法治国家的諸要求とどの範囲まで合致するかを答えなければなら
ないが、それには手続開始の申立を行った機関とを直接関連させつつ、
連邦または各ラントの国家機関と違憲との判断が求められている政党幹部
たちとの情報収集的接触が連邦・ラントレベルにおいて保たれ、行われて
いることが調べられなければならない。この関連において、政党違憲申立
人が自己の申立理由を国家機関との情報収集的接触を保ち、保ち続けてき
た党員の公的表明により支えていたかどうかにつき、どの範囲まで法治国
家的手続の要求が認められるのかという点も重要な意味をもつ。

基本法及び連邦憲法裁判所法には、連邦憲法裁判所法 13 条 2 号・43 条
以下と結びついた基本法 21 条 2 項にもとづく手続遂行に関する法治国家
的な少数派の要求に対する特殊な規範を有せず、またかかる要求に対する
侵害の法的効果、除去できない手続侵害を理由とした手続中止の可能性、
条件に関する規範もない。加えて裁判所はこれまで憲法過程においてその
ような問題について一定の立場を表明してきたこともない。

もっぱら刑事訴訟に関する本法廷の判決の中で、絶対的手続侵害が極め

て特殊例外的に直接、憲法より引き出されることが原則的には承認されている（BVerfGE 51,324 [343ff] 参照）。つまりこの判決によれば、国家刑事事訴追は「被告人の基本権を考慮しないで実行することはできず、他方この基本権のあらゆる想定できる侵害は、訴追権を否定することを要求してもいない」。つまり権利利益が対立する場合には、比例性の尺度にもとづいて比較考量されるべきなのである……¹⁶⁾。

刑事訴訟上、被告人の基本権保障に関する第2法廷によって定式化された基本思想は、国益に立脚して遂行される一切の裁判手続に意味あるものとしてあてはまるだけではなく、基本法21条2項にもとづく政党禁止の確認のための憲法裁判手続にもあてはまる。すなわち、国家の手続は、想定できる対抗的な憲法上の要請や、一方的な目的遂行をはかるためのありうる過大なコストを考慮することなく、その都度法的に確定される手続目的の尺度にもとづいて行われてはならない。国家手続の利益設定は、対抗的な憲法上の諸権利、諸原則、諸要請と摺り合わせながら、比例性の原則の尺度にもとづき優先順位を正当化していかなければならない。

基本法21条2項にもとづく憲法裁判上の手続においても、政党の違憲性の問題に関する判決、連邦憲法裁判所法46条3項にもとづく法的効果の請求に関する唯一の裁判管轄権をもった連邦憲法裁判所には、同時に裁判手続・判決発見への法治国家的要求を是認する保障が割りあてられている。客観的憲法あるいは被申立人の主観的権利に対する重大な侵害を扱う手続では、裁判所は、手続続行の国益がもたら存在するのか否か、あるいは手続続行が本件手続の法治国家性への憲法上の要求及び被申立人の憲法上要請された権利保護に矛盾するのか否かが審査されるべきである。

即時手続中止の結果を伴う手続侵害の存在を認めることは、もとより究極的には憲法違反のありうる法的効果を引き起こすが、それは基本法21条2項の手続にみられる危険予防目的と合致する場合に限って考慮することができる（BVerfGE 5,85 [142]; 25,44 [56]）。かかる手続中止の前提は

それ故に次の点にある。すなわち、第1に著しい重大な憲法違反が存在し、第2に手続続行をするには除去できない法治国家的損失が発生し、その結果、第3に違憲と目される活動をしている政党の危険性に対する効果的な保護という国益を比較考量しても手続続行が法治国家的に不可能である場合である¹⁷⁾。

3. a) 連邦あるいは各ラントの政党幹部として活動しながら国家の官庁にいる情報提供者 (V-Leute) による政党の監視は、政党違憲性の確定を行う連邦憲法裁判所における手続遂行の前段階またその手続進行中、一般的には基本法 20 条 3 項に定める法治国家原理と結びついた基本法 21 条 1 項、同 2 項より生まれる法治国家的手続への要求とは合致しない。

aa) ドイツ連邦共和国の憲法擁護機関は、自由民主主義的基本秩序を支えるための憲法上基礎づけられた義務を負う。当該機関はとりわけ、自由民主主義的基本秩序の危険性が集団、政党より発生しているのか否かを確定するために、当局が法律上の根拠に従って時宜に応じて集団、政党を監視することを通じてこの義務を行使する (BVerfGE 40,287 [293] 参照)。かかる監視の結果とこれに対応する憲法擁護報告書における消極的評価が議会と世論に公表され、それによって政党に事実上の不利益 (たとえば党员・支持者の獲得) が生まれる限りにおいて、当該政党は第 2 法廷判決によれば、原則的に基本法 21 条による保護を受けることはない (BVerfGE 39,334 [360]; 40,287 [293] 参照)。このことは、すでに連邦行政裁判所が適切に判断しているように、もちろん次の点には何ら変化を与えていない。すなわち、情報収集手段を伴った監視が、政党の自由より生まれる政党の自己決定への重大な侵害を表し、そのために十分特定できる法律上の根拠を前提とし、加えて比例性の原則を考慮に入れた特別な正当性を必要とするという点である (BVerwGE 110,126 参照)¹⁸⁾。

bb) 連邦・ラントの党幹部または指導的党機関に対する国家当局の情報収集の接触による監視は、原則的に基本法 21 条 1 項にもとづく政党の

憲法的地位と結びついた保障への重大なる侵害であることは明白である。

政党指導部への国家関与は、政党の意思形成、活動につき避けられない影響力を与える。この状況は情報提供者の特殊な政治的活動があるときには明白であり、たとえ指導部が政治的に自制をしていたとしても、これを見過ごしてはならない。指導的党員としての役割は——それがラントのラント幹部のメンバーとして、また連邦における連邦幹部のメンバーとしてであれ——必然的にあらゆる政治的活動は、その無関心さをも含めて、政党の政治的意思形成、外部活動の現象形態に影響力を与えるという結果を招く。このことは、国家当局により潜入した協力者にもあてはまる。というのもこの固有の政治目標設定は、秘密裏に持ち込まれた政党の目標設定とは完全に対立するはずだからである。また政党の意思形成、外部活動への国家の影響力の必然性は、党プログラムを信じている党員が情報通報者として十分活動する場合にもみられる。加えて、監視されている政党の指導部における政治活動あるいは無関心が、一方では党指導者としての役割とは矛盾した忠誠心によって特徴づけられ、他方では——大抵有償の活動を伴いつつ——国家当局の通報者として特徴づけられる限りにおいて、情報提供者は必然的に国家影響力の媒介物として機能する。彼らの任務は政党禁止のありうる申立のために実体的証拠を作り出すのである¹⁹⁾。

cc) どの範囲までこの活動が原則的に——正当化できて特段に高められた危険性がある場合を除いて——ラント・連邦レベルにおける政党幹部との情報収集共同業務の違憲性に至るかに関し、本法廷は従来より判断を示してこなかった。ただ政党指導部への国家の関与が直接的に基本法 21 条 2 項による手続開始直前また手続中にまだある場合には、かかる憲法的評価は行わざるを得ない。

国家からの自由と自己決定の保障による政党の自由といった憲法上の保障は、禁止手続の中止によっても補完され、特殊な手続法上の保護によっても強化されているが、それは法治国家的で公正な手続の諸原則として特

徴づけられる。その限りにおいて、政党禁止の特殊性は当初より刑事訴訟とは著しい対照をなしている。

刑事訴訟においては個人の行為に対する帰責と可罰性の確定、国家刑罰権の要求実現にしたがって第一義的には国家の抑制的法益保護が重要である。これに反し、基本法21条2項による憲法裁判手続は自由民主主義的基本秩序の予防保護、国家制度の中心的要素の保護に仕えている。組織体としての政党は、そこでは潜在的に反国家・反憲法的役割を果たす活動をしている。政党は連邦憲法裁判所を前にして——場合によっては最終的に——次の機会をもっている。すなわち、危険防止のために政党禁止が不可欠だという申立人の提起に対し、忠誠的憲法上の制度の形象、つまり国民・国家の意思形成過程への今後とも行われる参加こそが自由民主主義的基本秩序の利益において不可欠であり、正当であるという形象を対置させることができる。国家からの自由と自己決定の意味における政党の自由とは、その状況下では特段の重要性をもつ。つまり、国家により監視活動をしていることと監視されている政党との相対立する忠誠要求を調和せざるを得ない政党指導部の構成員は、連邦憲法裁判所を前にして被申立人としての政党の地位をその中核の部分で弱めている。それは憲法裁判過程において法治国家上、必然的に自由で自己決定していく政党自身の表現を必ずや偽造するのである……²⁰⁾。

dd) かかる点を背景にして基本法21条2項、連邦裁判所法13条2号及び43条以下による政党禁止手続への法治国家的必要条件として、連邦憲法裁判所の前では、政党が監視されないまま自己決定しつつ意思形成を行い、かつ自己表現してゆくという意味において厳格な国家からの自由が要請されている。憲法裁判上の政党禁止は——それは組織化された自分の敵に対する民主主義的法治国家の最も先鋭な諸刃の剣であるが——手続の法的安定性、透明性、予測可能性、信頼性の各点についてそれぞれ最大規模を必要とする……²¹⁾。

ee) 申立権限のある憲法機関が自己に割りあてられた手続の責任を認識し、受け止める場合に限って、裁判所は法治国家的手続の保障といった自己の任務を引き受けることができる。申立の多様な準備を通じて禁止手続の遂行のための不可欠な諸前提を作り出すのが申立人の義務である。それ故、国家当局は連邦憲法裁判所に禁止申立を提起する前の適切な時期に——遅くとも申立を提起する意図が公表される前に——政党幹部と国家当局との源泉を「切断」しなければならなかった。つまり、国家当局はその時点以降、「切断」がないまま情報収集を続けるといった「アフターケア」に従事してはならず、潜入した情報提供者を撤収させるべきだったのである……²²⁾。

ff) 基本法 21 条 2 項にもとづく法治国家的手続への前述した必要条件は、通常のとときに認められる。被申立人の手続権の制約、現実の危険を予防するための止むを得ない不可欠な措置のための制約は、非常に極端な例外事例がある場合に要請されよう。たとえば、政党としての組織にかこつけて暴力的行為者あるいはその他重大な刑事犯が予備、謀議を企てるという場合がそうである。かかる例外状況に対しより明確な対処をなす機会を既存の手続は与えてはいない²³⁾。

gg) 政党の国家からの自由の要請、政党禁止手続の信頼性と透明性の要請は、手続中止の申立に関する根拠と矛盾している。そこでいわれている根拠は、取るに足りないとはいい難い範囲内において、国家当局との情報収集の接触を保ち、保ってきた党员たちの表現を支えてきた。

これは憲法裁判の禁止手続における情報提供者の情報利用可能性という根本問題とは切断されており、また情報提供者の「反憲法的」表現が結果として政党の評価になりうるか否かとも切り離されている。むしろこの接触を認識し、そこから生まれる評価問題を訴訟に際しての弁論対象とすることをせず、違憲政党の形象の一部として国家当局との情報収集的接触を従来より続け、それに沿った表現を行った人物が現に存在していることこ

それが決定的なのである。しかも一義的に評価される事実の解明と今後下される判決にとって不可欠な評価問題の公表は、申立人が自己の手續上の責任の枠内で認めた課題に限られている。この課題は禁止の申立の様々な準備によってのみ行われる。そのため裁判所には、法治国家的手続保障が信頼に足る事実の探求を不可能にさせ、あるいは違憲的方法により本質的に弱められるのである²⁴⁾。

b) 手續形成の憲法的必要性への違反が、手續の遂行にあたって除去できない法治国家的損害を与えているか否か、つまり政党によって生み出された危険性に対する実効的保障という国益を比較考量した場合でも、手續続行が法治国家上、排除されるのか否かは、一般的抽象的には答えられない。憲法侵害の重みと手續の侵害の結果は、具体的手續状況の包括的評価をした上でのみ判断されうる。しかも必要な比較衡量は手續のあり得る中止に至る具体的状況を考慮に入れなければならない……²⁵⁾。

c) この手續侵害は、連邦政府、連邦議会及び連邦参議院が申立人として行動した点にみられる。たとえ違反が連邦レベルまたラントレベルで行われ、あるいは連邦議会のように申立をした機関自体が自己に所属する部門によって侵害的行動しなかったとしても、一切の申立人に関して手續侵害があると認められる。政党の禁止は連邦共和国の政治生活から政党の一部を取り去る。つまり政党の禁止は政党から憲法制度としての固有性を奪うのである。禁止手續は全体として客観的に法治国家的でなければならない。したがって、違反の評価を下す問題を考えるには、国家権力の総体性が問われなければならない²⁶⁾。

4. 2001年1月30日、連邦政府による連邦憲法裁判所への禁止申立の前後になされた連邦及びラントの憲法擁護庁による被申立人に対する監視の形態、その意図、また国家当局に以前より属しつつ、情報提供を行ってい

た被申立人のメンバーの表現が『禁止申立書』において少なからず援用されていた点は、憲法上の必要要件を満たしていない。

a) 申立人によって提示された自己の立場、諸ラントの憲法擁護庁幹部職員による公務上明言された言説、また 2002 年 10 月 8 日に連邦憲法裁判所に提出された審理予定表によれば——本法廷の全員の確信に基づいて——連邦政府の禁止申立提起の直前・直後も連邦、ラントレベルにおいて被申立人のメンバーとの情報収集の接触が連邦政府によって行われてきたことが確認できる……²⁷⁾。(これ以降、具体的な情報提供者の活動が記述されているが、この点については省略する——引用者)²⁸⁾。

d) 基本法 21 条 2 項にもとづく手続における被申立人の厳格な国家からの自由という要請に対する法治国家に違反する瑕疵は、除去することはできない。

違憲申立理由につき決定的に重要な事実の解明、説示にかかわる検証されるべき法治国家上の不足の存在が、それ自体、被申立人のための言説、行動の一義的評価の必要性と関連して、もはや除去できない不明確性の故に、手続上取り除けない法治国家的損失としてみなされるかどうかは、未解決である。ただ指摘された事実として、「国家からの自由」が欠如し、また申立人が指導部に対して国家からの自由を配慮していないという関連の中で、この禁止手続継続中に、手続が法治国家性を弱め、除去できない損失が発生したのは事実である。憲法裁判において自由な自己決定的訴訟遂行、自己表現への被申立人の権利、またその手続開始の保障は確保されなければならないが、この権利は事後に侵害されている。裁判所が既存の不明確性があるにもかかわらず、十分法治国家的に秩序づけられた手続遂行を将来に渡って例外なく保障する状況下で、人、言説、行動を考慮に入れたとしても、認められた侵害への遡及的補償は考慮に入れなくともよいであろう。

bb) 法治国家的手続の諸原則に対する認定された重大な違反があるにもかかわらず、基本法21条2項による手続の特殊予防的目的を考慮した手続の続行を例外的に正当化しうる特別の理由は、現時点では認められない。

三、連邦憲法裁判所の反対意見

以下に翻訳・紹介する部分は、本決定の多数意見（反対意見）である。この多数反対意見は、政党禁止手続の問題性を考察するにあたって、重要な視点を様々提供している。以下、項目別に抄訳しておこう（以下に記載するナンバーも原文のものである）。

ゾンマー裁判官、イェンツ裁判官、ファビオ裁判官及びメーリンクホッフ裁判官は手続侵害はないとの見解をとる。同裁判官たちは禁止手続の続行の要請を支持する。

1. 手続侵害は当時、存在していない。

a) 手続侵害とは、実体的判断の目的をもった訴訟対象の審理を排除する状況を意味する。その際には、手続の重大な瑕疵が問題となり、そこでは当該瑕疵が手続自体と対立する。このことは、裁判所の手続開始と手続の続行がその目的に添って事実上不可能になるか、あるいは法治国家的諸原則と耐え難い矛盾きたす場合にのみ認められる。かかる除去できない侵害の存在が確定された後には、直ちにこの手続は訴訟対象に関する実体的審理を経ないで中止される。

さほど重大ではなくまたはその他の方法で調整がとられる手続上の瑕疵がある場合には、手続中止は禁じられる。たとえば、証拠判断（BVerfGE 57,250 [292] ; 101,106 [126]）あるいは証拠却下の禁止（BVerfGE 44,353

[383]) に対する高度な要求水準のように、全体的手続を妨げないものについては、かかる瑕疵は法的効果によって調整できるであろう……²⁹⁾

b) 権利の保障は裁判管轄権により発生する。不文の訴訟法上の権利またはやむを得ない理由の存在が実体的判断を不可能にする場合にも、裁判所は司法保障を原則的に奪うことはできない。裁判所が法律上特定されていない手続侵害を認めたために、結果として当該事件で判決を拒む場合には、裁判所は法治国家的に要請された権利保障への方途を結局は閉ざすことになるが、そこでは何が法的なるものなのかが、説得力のない方法で確定されてしまう。だからこそ手続侵害を受容するには、厳格な尺度が設定されなければならない。というのも、裁判手続は、法律適合的かつ公式な方法で実体的正義の目的が実現され、紛争が拘束力ある形で調停されることを通じて正に法治国家原理に奉仕するからである (BVerfGE 54,277 [296]; 103,111 [137f.]) ……。

d) 配慮すべき利益がすでに裁判所の手続進行中、個々の点ですでに存在していない場合、また手続の続行が法治国家的にもはや受け入れられないという場合に限って、手続侵害がきわめて例外的事例として発生する。手続の実体的目的が、事実上、もはや実現されず、あるいは極端な権利侵害を受け入れざるを得ないために、この目的が実現されない場合に限って、手続中止に追い込まれる侵害の存在が認められ、また認めざるを得ないのである。ともかくも実体につき判決を下すための事実上のかつ法的侵害を処理する目的のために、一切の可能性を考慮することが裁判所には義務づけられているのである³⁰⁾。

2. 被申立人に対する政党禁止手続においては、現地点まで手続の続行を全般的に事実上不可能にし、または法的に極端と思われるような事態は認められない。政党に対する情報収集的監視は、確かに政党禁止手続にとって様々な点で意味をもつ。しかし被申立人に対するかかる監視の状況は、

(a) 国家からの自由の原則に関連しても、また (b) 現存する認識手段の評価問題、(c) 公正な手続保障のための義務を根拠にしても、手続侵害を理由づけることはできない。被申立人に対するあり得る侵害は、判決に関連する重要な事実を解明することによって初めて考察することができる。

a) 連邦及びラントの憲法擁護庁が自己の正当な任務を超越し、情報収集機関の監視が全体的傾向として政党意思を国家の側に操作する程度にまで達したならば、政党の独自性 (Merkmale) は欠損し、ひいては禁止手続の被申立人の資格も欠くことになる。というもの、政党は基本的に国家から自由な社会的結合体だからである (BVerfGE 20,56 [101]; 73,40 [87]; 85,264 [287])。そこにおいては一切の国家作用は不必要とされ、むしろ土台から予備的に形成していく影響力 (操作、操舵) にもとづく目的適格的な政党の意思形成が重要なのである……³¹⁾。

b) 情報提供者の投入は、次の問題にも重要性をもつ。すなわち、個々の使用された認識手段が被申立人の違憲性判断にとって関連性をもつのか否か、またそれはどの範囲であるのか、その重要度はどのくらいなのかという点である。違憲性確定のための認識手段とは、政党の目的、その支持者の行動 (基本法 21 条 2 項) を指す。ここでは政党目的のマニフェスト化、政党支持者の行動が基本法 21 条 2 項に定める構成要件要素に合致しているか否かが、根拠あるものとして審査されるが、その場合には当該根拠が政党概念を正確に捉えていることを条件とする。つまり、政党目的のマニフェスト化・政党支持者の行動は政党自体に合致するものとして認識され、その政治的方針性を一時的に再現しているだけではなく、政党の基本的傾向を示すことが含意されているのである (BVerfGE 5,85 [143])。党员、党支持者がそれぞれ表しているもの、その行動が国家当局によって導かれ、誘導されている場合に限って、これらは直ちに証拠評価の枠内にある政党を考慮の外におくことが許される。

連邦憲法裁判所は、政党禁止手続において認識手段の考量判断のために

手続規則に基づいてすでに定められている事実解明を行う一切の手段を利用しなければならない（連邦憲法裁判所法 26 条 1 項 1 段）。この裁判所の解明義務は、連邦憲法裁判所に次のことを認めてはいない。すなわち、情報提供者を通じた間接的な国家のあり得る影響力をもつばら根拠にして、政党活動性の枠内でなされた表現または行動につき審査を継続せずに当該手続を中断してしまうことである……³²⁾。

c) 手続侵害は、公正な手続の原則に照らしてもみられない。手続の現況をみると、公正手続の原則の侵害は確認され得ない (aa)。たとえ不可欠な法治国家上の必要性に対する違反があるとしても、政党禁止手続の続行は、連邦憲法裁判所によって尊重されるべき基本法 21 条 2 項の目的、つまり予防危険を回避することに照らして、現状では極端とはいい難いであろう (bb)。

aa) 連邦憲法裁判所は、一般的な手続基本権より生まれる必要性について、一般的な自由権（基本法 2 条 1 項）と結びついた法治国家原理から公正な法治国家的手続への要求を導き出している。政党禁止手続にも適用されるとみられる一般的な手続基本権に関して (BVerfGE 104,42 [50])、特殊な保障及び手続保障では捉えきれない一切の制約が検証されなければならない (BVerfGE 57,250 [274f.])。

公正な手続という憲法上保障された要求は、殊に自己の権利保全のために自身で選択した戦略の枠内で手続への効果的影響力を行使する訴訟当事者の権利を包含している (BVerfGE38,105 [111]; 63,380 [390f.]; 65,171 [174f.]; 66,313 [318] 参照)。申立人が相対立する手続において、被申立人の訴訟戦術に関する目的合理的情報をひねり出したときには、確かにそこには公正手続の原則への違反がみられるかもしれない。しかし、これについては次のことが積極的に確認されなければならないはずである。すなわち、口頭弁論における証拠採用の時点以前に、被申立人の弁論内容が具体的手続対象との関連で事理にかなった権利保護を最終的に不可能にさせる

方法で見つけ出されたという点である。このことは、申立人に帰すべき状況がある限り、最終的に一種の弁論の不可能性を招くこととなろう。だがかかる単なる外観性と抽象的危険性は、本件では十分にあるとはいえない……³³⁾。

bb) 手続に決定的に関与している被申立人側の幹部及び代表者の行動の調査をした諸状況が周知だとしても、手続侵害の程度が政党禁止手続の具体的な予防目的を凌駕している場合にのみ、政党禁止手続の続行が法治国家的諸原則と合致していないといえる。というのも、想定できる権利侵害は、手続侵害を根拠づけるために、この手続の目的及び重要性と、裁判手続の続行を不可能にさせてしまうような形態、意義とを比較考量することで明らかになるからである。このことは政党禁止手続にとって、単に抽象的に基本法21条2項の意義を確定するだけでなく、この規定の保護法益につき政党より発生する具体的危険性の状況を把握することも必要としている。かかる比較衡量は、一切の考量にとって重要な事実に関連した事実の解明と証拠の採用を前提としている……³⁴⁾。

(1) 比較考量に関連する事実の解明をしないで訴訟を終結させることは、連邦憲法裁判所法43条以下と結びついた基本法21条2項から生まれる特殊な司法保障義務と対立し、それ故、例外的にのみ取り扱わなければならない。連邦憲法裁判所は基本法21条2項によって自由な法秩序の唯一の機関として政党の違憲性に関する申立を判定する権限と法的義務を委ねられている。基本価値の保障と憲法秩序の重大な諸前提を問題としている手続に関し、憲法の視点でことを決すべきなのである。基本法21条2項と連邦憲法裁判所法46条による形成は、危険の防止といった執行的任務と裁判官の法認識と司法保障のための特別な義務の点で合致する。

(2) 基本法21条2項は、自由の歴然たる限界が明白である憲法規定を考慮に入れている。つまり基本法9条2項、18条、21条2項は自由の秩序と立憲国家の存立をその秩序を危殆にさらす自由権の濫用から防禦してい

る (BVerfGE 5,85 [139])。この規範概念は憲法の予防的保護にとって中心的規定に属する。つまりこの規範概念が確保すべき点は、基本法が個人あるいは組織体としての公民に国家意思形成における重要な協力の目的のために保障している基本権の存在について、この濫用が自由の維持にとって不可欠な基本秩序の限界内部に留まることにある。……

基本法は自由の敵にも憲法適合的、法治国家的自由愛護的手段を与える一方、しかし正にそれ故に、自由秩序の保護のための実効的手段を備えていなければならない。この点について政党禁止は連邦憲法裁判所法 46 条と結びついた基本法 21 条 2 項で対処している。つまりこの目的は、基本法 21 条 1 項において保障された政治的意思形成の自由を違憲政党によって危殆にさらされる危険性から時宜に応じて防禦する点にある³⁵⁾。

(3) 禁止手続が実体的判断なしに中止されべきだとしても、連邦憲法裁判所に与えられた予防委託は、基本法 21 条 2 項における法益に対する危険の具体的規模の解明を必要とする。このことは特に、口頭弁論を続行するとの決定後にあてはまる (連邦憲法裁判所法 45 条)。この手続にかかわる法的不利益は、それが一般に手続侵害としてみなされる限り、十分に調査されるべきであり、ひいては手続続行に関する必要な比較衡量的判断は、訴訟上明確にされる実体根拠に基づいて行われる。つまり、政党禁止手続の対象は、情報収集業務を許しているのか否かという一般的法的統制ではなく、申し立てられた禁止に関する判断なのである……³⁶⁾。

本法廷が、当該政党の具体的危険性と公正な手続の原則に対するあり得る違反を十分調べることなく、当事者を交えてこの法的意義を調査せず、相反する法的重要性を比較考量しないまま、手続侵害を受け入れたとき、憲法によって保障された自由権の濫用を拒み、人と人的集団による侮辱と品格を貶めることに断固立ち向かう憲法の基本傾向はそこでは欠如せざるを得ないであろう。

政党違憲の確認、政党禁止が申し立てられたとき、連邦憲法裁判所は、

手続におけるあり得る法的侵害を政党といった法的にはほぼ無制限な継続的存在と対峙させなければならない。というのも、政党の特殊な地位に鑑み、また機会均等の原則の故に、自由主義的立憲国家はそうした政党に堪え忍び、場合によっては促進も財政援助もしなければならないからである。このことが受け入れられるか否かは、裁判所が申立にもとづき権限ある憲法機関を通じて自己の責任において口頭弁論の枠内で、またあらゆる状況の解明と評価にもとづいて初めて決定されるべき事柄である³⁷⁾。

(4) 連邦憲法裁判所の任務は、事実の必要な解明を自身で行うことである。連邦憲法裁判所法 26 条 1 項はこう定めている。「連邦憲法裁判所は、事実の認定に必要な証拠調査を行う」³⁸⁾。この調査原則は、裁判所にとって判決の重要な事実を調べるための権利であると同時に、義務でもありうる (BVerfGE 93,248 [256f., 259] 参照)。その際には、当事者より主張された事実に限らず、むしろ包括的に法的紛争の基礎となっている事実をも調査しなければならない。このことは、前述したように連邦憲法裁判所が政党禁止の申立を認め、これに十分な根拠があると判断した場合、政党禁止手続において「事前手続」(同法 45 条) 終結後にもあてはまる……³⁹⁾。

(5) 起こりうる手続法上の侵害が、禁止手続において手続の続行を不可能にするほどの公正な手続原則の侵害となりうるか否かを判断するには、予防的憲法保障の憲法上の重要性が適切な方法にもとづき比較考量することで定まる。その際、違憲への希求を調査し、場合によってはこれに対処する (基本法 73 条 10b 号、87 条 1 項 2 段) 国家当局の憲法上の義務は、原則的に政党禁止手続を支持することから始めてはならない。つまり包括的な事実解明の権利と義務は、具体的事実の提示を根拠にした基本法 21 条 2 項 1 段の意味における危険性の嫌疑の成立の時点から連邦憲法裁判所の終局的判決まで、権限を有する機関によって行われる。申立の提起による禁止手続の手続支配権は、連邦憲法裁判所に移行しつつも、基本法 21 条 2 項にもとづく手続の準備遂行にとって不可欠な一切の措置を行う国家の義務

はなお継続しているのである……⁴⁰⁾。

(a) 基本法 21 条 2 項にもとづく政党の違憲性の確定は——基本法自体に設定されている政党による政治活動の自由の濫用を予防する自由の制約——政党の違憲的活動に関する情報の先行的収集を前提としている。この任務は、憲法擁護庁に義務づけられている（基本法 73 条 10b 号、87 条 1 項 2 段）。当該機関の活動は世間に知られている実情の収集に限定されるわけではない。違憲政党がときおり戦略的計算により自己の真の意図をカムフラージュし、陰謀的行動をとることがあるため、憲法擁護機関は憲法の反対者に対し秘密の業務で手がかりを獲得するために秘密行動、偽装工作によって情報収集を試みざるを得ない。したがって情報獲得のために、情報収集機関の手段を尽すことに全力をあげることは必要である……⁴¹⁾。

(b) 政党禁止手続のほかに、情報提供者による政党に対する情報収集機関の監視が個別的に正当化される理由は、基本的には政党禁止手続が係属している間にも妥当する。そこにおいては、申立をした憲法機関にとって、政党禁止の申立が成功するか否か、また政党の違憲性が確定されるのか否かは確実でなくともよいという状況がすでにみられる。予防的憲法保障の理由から反憲法的試みに関する情報を集めるという情報収集機関の監視目的は、政党禁止手続が係属している間も存続しているが、それには政党によって引き起こされるかもしれない危険性に関する（新たな）認識が、監視によって認知される場合にのみ認められるのである。

それとは別に連邦憲法裁判所法 43 条にもとづき政党禁止申立の地位を有する憲法機関が、個別的に政党違憲性を手続継続中にも判断を加え、裁判所に基本法 21 条 2 項の構成要件の評価に関して必要な情報を調達する状況が存在するのだという視点が、比較衡量を下に打ち出されざるを得ない。判断の決定的尺度は、口頭弁論の実施にもとづく連邦憲法裁判所の判断に即している……⁴²⁾。政党が公表した声明、行動、また自由民主主義的秩序にかかわる自身の信奉が政党の真の形象に対応しているかどうかを確

定するために、政党指導部より情報を獲得することが不可欠である。それに反して、政党禁止手続の開始の時点で、情報収集の監視が中止されてしまうならば、判決の重要な時点ではともかくも事理にかなった判断は下せなくなるであろう⁴³⁾。

(6) 政党の連邦又はラント幹部の地位にいる者たちに対して情報提供者を投入することが禁止手続の開始直前・直後に原則的に除去できない手続侵害を根拠づけるという前提は、相対立する政党禁止手続の当事者の憲法的地位、責任を正しく評価していない。連邦憲法裁判所法 43 条にもとづいて政党禁止の申立を行うことができる憲法機関は、どの場合にも情報収集当局による監視の範囲と意図に影響を与えるわけではない。このことは、特にドイツ連邦議会、連邦参議院にあてはまる。というのも、両機関とも情報収集当局が監視を行うための執行的権限をもっていないからである。政党禁止手続を行いうる申立人は、普通は許されない方法で得た情報を定期的に知り、あるいは大規模な情報収集的監視を黙認し、その他の方法で自身の責任を負うということは、到底推定できないからである⁴⁴⁾。

(7) 手続の中止が将来の禁止申立の許容性に関する終局的判断にならず、新たに提起された申立が直ちに可能となり、あるいはその申立が特に新たな事実によらないで行われるという指摘は、比較考量されるべきだとしても、何ら助けにならない。連邦憲法裁判所は、政党禁止手続において、基本法 21 条 2 項 1 段にもとづき違憲性が承認できるのか否かについて職権で一切の事実を調査しなければならない。憲法擁護機関が申立直前に連邦幹部又はラント幹部の者たちとのあらゆる接触をたとえ終結させていたとしても、政党違憲性の確定に関するこれらの者たちの言説は、連邦憲法裁判所によって参照され得たであろう。裁判所はその限りで、申立人の証拠提示に限定されない。情報提供者として活動した者たちの言説に関する証明力または証拠価値の問題は、基本法 21 条 2 項 1 段にもとづく政党禁止申立との関連性を有する共同業務が終結しているか否かという点とは切

断されているのである⁴⁵⁾。

3. ゾッマー、イエンチュエ、フアビオ、メーリンク裁判官の見解により必要だと判断された手続続行という結論が、被申立人に対する違憲性の確定がありうるにもかかわらず、何ら政党の重大な特殊な危険性を表していないために不可能になった場合にも、本法廷は自由に裁判所の手続確保的措置を通じ、公正な手続の原則に対する無視できないあるいはあまりにも考えすぎた侵害を適切に測定する必要があったはずである。この場合には、連邦憲法裁判所の任務は、憲法のさらなる展開を通じてその特殊な判断を事件に即して下す点にあったのだ。憲法裁判の特殊な機能は、判決を通じて憲法を展開させ、将来の法的平和を確保することにある(BVerfGE 1, 351 [359])。もっぱら判決の枠組の中で本法廷は、憲法の展開についてヨーロッパ人権規約、ヨーロッパ人権裁判所と関連させながら、防衛的民主主義の思想の表明としての比較できる政党禁止を受け入れることを決断できよう。憲法訴訟における基本法規定の解釈の展開は、実体的憲法の現実化に奉仕する。その際、自由、安全、国家の活動力、法治国家的拘束は、一つの適切な調整をもたらす。正に基本法 21 条 2 項の解釈にとっても、この重要な目的は訴訟上の決定によって達せられなくなったが、しかし実体的判断が本当は不可欠であったのである⁴⁶⁾。

四、本件の特異性と憲法裁判の意義

I. 本件の前提

本件 NPD 違憲訴訟は、これまで 2 件の政党禁止訴訟とは異なり (SRP 違憲訴訟⁴⁷⁾、KPD 違憲訴訟⁴⁸⁾)、政党が基本法 21 条 2 項の構成要件にあてはまるか否かという実体的憲法判断が問題となったのではなく、もっぱら政党禁止訴訟において、その手続の続行が憲法訴訟の視点から適切か否か

が争点となっている。この手続論は、違憲申立後の口頭弁論において、申立権者である連邦政府のNPD監視活動が、NPD幹部との防諜活動に基づいて行われたことが明らかになり、その活動性の故に、政党禁止訴訟自体の継続につきNPD側から中止の要請があり、これを連邦憲法裁判所が許容したことに起因している。これが本件の第1の特異な点である。

第2に、違憲政党訴訟を継続するか否かにつき、連邦憲法裁判所法は何ら特別な規定を有していないことから、手続中止決定の意味が問題となる。つまり連邦憲法裁判所法15条4項は、「被申立人に不利な判決を下す場合、部の裁判官の3分の2の多数を必要とする」と定めている。この規定が問題となるのは、違憲政党の手続続行を認めることが、当該政党にとって不利な判断とされるのか否かという点である。

第3に、本規定における特別多数の採用によって、6名の意見が一致しない限り、本件訴訟が継続できないのか否かが同時に問題となる。つまり政党保護のための特別多数の採用が、憲法裁判上、少数意見によって手続問題が処理されるというパラドックスの課題である。

II. 手続続行がNPDに不利益を与えるか。

本件少数法廷意見は、手続続行はできないという見解である。この見解の基礎には、連邦憲法裁判所法15条4項1段の意味における「不利益」(nachteilig)を被申立人に対する法的地位の侵害、その他の不利な影響を与える一切の判決と捉えたことにある。もちろんその「判決」には、実体的判決のみならず手続決定も含み、同時に「不利な決定」を下すための条件である3分の2以上の同意(6名以上)条項の適用も含まれている。

これに対し、多数反対意見は、手続続行は許されるという見解である。多数反対意見も「手続侵害とは、実体的判断の目的をもった訴訟対象の審理を排除する状況を意味する。その際には、手続の重大な瑕疵が問題となり、そこでは当該瑕疵が手続自体と対立する。これは、裁判所の手続開始

と手続の続行がその目的に添って事実上不可能になるか、あるいは法治国家的諸原則と耐え難い矛盾きたす場合にのみ認められる。かかる除去できない妨害の存在が確定された後には、直ちにこの手続は訴訟対象に関する実体的審理を経ないで中止される」と判示し、理論上、手続侵害による訴訟打ち切りを認めているが、本件ではこれを適用しないとの結論である。

NPD 違憲政党訴訟における少数法廷意見には批判が多い。まず、前提として NPD 側から主張された手続侵害がある故に、手続の続行はできないという「申立 (Antrag)」そのものが、連邦憲法裁判所法 43 条 1 項における「違憲の申立」と同列に扱うことに対する批判がある。この点につき Folkman は、次のように指摘している。

本件手続の中止を求める NPD の申立が、一般的に連邦憲法裁判所法 15 条 4 項 1 号における「判決 (Entscheidung)」にあてはまる法的に重要な訴訟行為を示しているのか否かが問題となる⁴⁹⁾。連邦憲法裁判所の判断によれば、NPD は本件違憲訴訟の被申立人であり、それ故に対席手続 (kontradiktorisch) が重要とされている。ここでは、NPD の政党性、その政党としての存否が問題とされているのであって、その政党性の存否に関する表面的な個別的法的地位が問題となっているのではない。たしかに NPD の憲法上の諸権利は保障されなければならない、NPD は政党としての自己の地位からまた法治国家的考慮からその地位にとどまることを要求できるが、しかしその一方で、NPD は自己に課せられた手続の単なる消極的な受け身の立場を甘受しなければならない⁵⁰⁾。

Folkman はこのように本件の訴訟目的の意味が政党禁止をする側にあることを再確認して上で、次のように続ける。「違憲を申立られている政党が訴訟資料を何らかの方法で自由に使い、あるいは裁判所が特定の申立を通じて訴訟遂行の措置を執ることが義務づけられていると解してはならない。その限りにおいて外面的に申立 (Antrag) が提起されても、この申立は多分に誤った証拠の申立と同様、申立と見ることはできず、むしろ

裁判所を拘束しない単なる提案 (Anregung) である。この提案は規定にあるものではなく、それに従うも従わないも関係ないのである。当事者によって『意味のあるもの』として提起された申立はそこでは全く役に立たない⁵¹⁾。

その指摘の背後には、次の事情がある。すなわち、NPD 側の訴訟中止申立が連邦憲法裁判所法 43 条 1・2 項における申立人 (連邦議会、連邦参議院、連邦政府、ラント政府) による「申立」とは異なるものとされれば、NPD の「申立」について、同法 15 条 4 項における「被申立人に不利な判決」をする場合における 3 分の 2 条項の適用自体が改めて問題視されるからである。

この 3 分の 2 条項の本件適用に関し、イプゼンは次のようにいう。「手続中止を求めるこの申立が拒否されたとすれば、それは連邦憲法裁判所法 15 条 4 項 1 段の意味における当該政党にとって『不利な判決』ではなかったとみられよう。というのも、当該政党の訴訟上の状況は、以前の状況に比較して変化はなかったとみられるからである。換言すれば、被申立人の状況は、中止申立が拒否されたとしても改善はないかもしれないが、しかし悪くもなっていないのであり、その結果、同条項における『不利』は欠いていたとみることができる。そう捉えれば、中止申立の拒否及び訴訟における現状維持の確認は当法廷による単純多数でもって決すべきである⁵²⁾。確かにイプゼンの指摘は重要である。NPD 違憲訴訟のその他の手続問題では、第 2 法廷は全員一致で手続問題を処理してきた。すなわち、連邦憲法裁判所の 2001 年 10 月 1 日の決定では、本件訴訟続行が全員一致で下されていた⁵³⁾。だが、連邦政府による「違法な」NPD 監視が明らかになった以降の 2002 年 10 月 8 日の決定では、連邦憲法裁判所は違憲訴訟の前提となる口頭弁論の期日をすべて取消すとの判断を全員一致で行っていた⁵⁴⁾。そうした従来の第 2 法廷の立場と比較すると、NPD 側からの訴訟中止の「申立」につき、これを拒否するには——つまり訴訟続行をす

るには——3分の2以上の裁判官の多数が必要とされれば、「訴訟継続はしない」との判断は少数派が握り続けることになる。つまり政党禁止が連邦憲法裁判所の専属事項であり、また政党禁止がその他の国家機関による干渉を一切受けないとする「政党特権」を前提にすれば、政党禁止の訴訟処理は、政党禁止を唯一できる連邦憲法裁判所における少数派の裁判官たちによって行使されるというジレンマを発生させたとみることができる。

Ⅲ. 手続における政党の「国家からの自由」の意義

NPD 側の政府機関／憲法擁護庁への情報提供者（V-Leute）の情報活動について、少数法廷意見と多数反対意見とでは異なった評価が下されている。その決定的差異は、政党の「国家からの自由」を政府による情報収集活動の場面でどのように機能させたかによる。

少数法廷意見によれば、政党の「国家からの自由」を政党禁止手続の場で積極的に引用・機能させ、この自由から法治国家的手続の理念型を引き出している。すなわち、少数法廷意見は「連邦あるいは各ラントの政党幹部として活動しながら国家の官庁にいる情報提供者（V-Leute）による政党の監視は、政党違憲性の確定を行う連邦憲法裁判所における手続遂行の前段階またその手続進行中、一般的には基本法 20 条 3 項に定める法治国家原理と結びついた基本法 21 条 1 項、同 2 項より生まれる法治国家的手続への要求とは合致しない」⁵⁵⁾と判示している。この判旨には、政党が国家機関による監視から保護される存在であり、同時に政党の自由より派生する政党自治権の侵害は許されないという見解が含まれている⁵⁶⁾。つまり、かかる情報活動は必然的に憲法裁判過程において法治国家上、必然的に自由で自己決定していく政党自身の表現を偽造する⁵⁷⁾ ために、この自由保障が不可欠と捉えている。換言すれば、政党の「国家からの自由」の重要な要素である政党内の自由な意思形成の保障が、政党幹部である情報提供者の諸活動によって政党の意思形成を歪め、ひいては国民の意思形成

に影響を与えるという「負的意思形成」が可能になると判断している——もとよりこの少数法廷意見の言説について、これは極めて形式的であり、単なる抽象的危険の問題であるという批判がある⁵⁸⁾。

「政党の監視されない自己決定的意思形成と自己表現の意味における厳格な国家からの自由」という少数法廷意見の定式について、多数反対意見は別の側面からアプローチしている。すなわち、多数反対意見は、政党の「国家からの自由」を手続場面で利用することに慎重な態度をとり、むしろ手続領域における比較衡量論を機能させ、具体的場面で政党に対する「公正な手続論」を展開している。つまり、多数反対意見は、手続の重大な瑕疵が手続続行を不可能にするという理論的余地を認めつつも、手続の瑕疵が重大とはいえない場合には、調整原理で処理すべきだとみる。本件に即していえば、公正な手続保障に関し、その訴訟上の侵害は些細なものと認識した上で、政府による情報収集活動と政党への具体的侵害の程度を比較考量すべきだとし、この比較衡量を厳密に行わない少数法廷意見のあり様を厳しく批判する。

その際、多数反対意見が着目したキーワードが、連邦憲法裁判所法 43 条以下と結びついた基本法 21 条 2 項から生まれる「司法保障義務 (Justizgewahrpflcht)」である。もとより「政党特権」に対応する連邦憲法裁判所の「司法保障義務」論をここで用いた実践的意義は、政府機関による情報活動の実情を裁判過程において明らかにする機会をもたないまま、本件訴訟を終結させることへの批判にある⁵⁹⁾。つまり訴訟の中止決定によって、実体判断自体が——その判断自体の当否とは関わりなく——不可能となり、なされるべき議論、ここでは比較衡量論自体がとばされることになる。

多数反対意見が政党の「国家からの自由」の利用を否定的に理解したのは、この概念が政党財政援助の枠組⁶⁰⁾を構築する実体法学的概念であったからであり、この概念を少数法廷意見のように手続準則にまで拡大することは従来の判例理論とも合致しないとする点にもあった。その当否はさて

おくとしても、政党の「国家からの自由」の意義が手続場面で機能し始めたことは、今後の判例理論に多大な影響を与えることを確認しておけばいいであろう。

Ⅳ. 憲法擁護庁による監視活動の適否

少数法廷意見によれば、憲法擁護庁による NPD への情報提供者による広汎な監視活動は政党内の意思形成、国家の意思形成双方に影響を与え、政党禁止の根拠となる「実体的証拠を作り出す」場合もあるとみる。もつとも憲法擁護庁による政党禁止のための情報収集が一律に違憲視されるのではなく、「政党指導部への国家の関与が直接的に基本法 21 条 2 項による手続開始直前または手続中にまだある場合」に限って、その監視活動の憲法適合性を判断するという立場である。そうした条件の中で「危険防止のために政党禁止が不可欠だという申立人の提起に対し、忠誠的憲法上の制度の形象、つまり国民・国家の意思形成過程への今後とも行われる参加こそが自由民主主義的基本秩序の利益において不可欠であり、正当であるという形象を対置させ」つつ、「国家により監視活動をしていることと監視されている政党との相対立する忠誠要求を調和せざるを得ない政党指導部の構成員は、連邦憲法裁判所を前にして被申立人としての政党の地位をその中核の部分で弱め」る結果、「憲法裁判過程において法治国家上、必然的に自由で自己決定していく政党自身の表現を必ずや偽造する」点を重視する。そこには、政党幹部による情報収集活動が、政党違憲申立後も継続的に行われることを通じて、NPD 自体の意思形成を偽造化し、この偽造化された NPD の意思に賛同する人たちによって形成された意思も同じように偽造化されるという図式的理解が見られる。

これに対し、多数反対意見は全く異なる見解を表している。NPD への情報収集活動は、NPD の違憲性を確定するために、そもそも憲法擁護庁の法的義務として「政党の違憲的活動に関する情報の先行的収集を前提と

している」と把握する。その活動には「秘密活動、偽装工作によって情報収集」をせざるを得ない。連邦憲法裁判所がNPDの違憲性を確定するために口頭弁論によって証拠評価をする関係上、政党禁止手続の開始後においても、情報収集活動が行われることも許される。特に連邦憲法裁判所は、「政党禁止手続において基本法21条2項1段にもとづき違憲性が承認できるのか否かについて職権で一切の事実を調査する」権限を有しており、憲法擁護庁の活動自体を手続開始前後によって評価基準を変える必要性はなく、その活動評価は比較衡量論で処理できるという見解である。つまり多数反対意見は、憲法擁護庁の活動を政党違憲訴訟の少なくとも手続場面では違憲評価から切り離し、この評価は実体的場面——NPDが違憲政党か否かという実質論——において論じる方向性を明示している。

ここで確認すべきは、政党を違憲とする法制度があるところでは、その実体的判断を下すことが望まれる結果、手続侵害の当否よりも、手続中における憲法機関による当該政党の監視が許容されるという多数反対意見の見方がそれなりの説得さをもっている点である。この点については、後述することにした。

五、日本との関連性

日本には政党禁止を直接目指した法制度はない。ただ憲法21条1項に定める「結社の自由」を規制するための法律は存在する。その市民社会の土台部分を規制する包括的治安立法として、破壊活動防止法がある⁶¹⁾。以下では、政党の解散をも可能とする団体解散規定を有する破壊活動防止法とドイツの政党禁止訴訟との異同について言及してみたい。

破壊活動防止法7条によれば、当該団体が「継続又は反復して将来さらに団体の活動として暴力主義的破壊活動を行う明らかなおそれがあると認めるに足りる十分な理由があり、且つ、第5条第1項の処分によっては、

そのおそれを有効に除去することはできないと認められるときは、当該団体に対して、解散の指定を行うことができる」と定めている。この「暴力主義的破壊活動団体」に対する「解散の指定」をするには、公安調査庁長官が「解散の指定の請求」（同法 12 条）を「公安審査委員会」（同法 22 条／法務省の外局）に対し行うことが求められ、したがって当該請求の適否は最初に行政委員会場で決定される。この決定に当該団体が不服がある場合に限って、当該団体は当該決定の「取消し訴訟」を裁判所に提起することができる（逆に公安調査庁はこの決定に不服がある場合に、裁判所に訴の提起はできない。同法 25 条 2 項）。

この文脈で政党禁止を日本で行うには、当該政党への「解散指定請求」としての構成要件該当性は、公安調査庁の事前の調査活動に基づき、第 1 段階において対審的な公安審査委員会で審査され、次いで裁判所においても審査されるという二段構えの法制度となっている。この点、ドイツの政党禁止手続において「政党特権」にもとづき連邦憲法裁判所が当該訴訟の第一審かつ終審的専属管轄権を有するのとは異なる。

第 2 に、ドイツにおける政党禁止申立権者が連邦政府、連邦議会、連邦参議院、ラント政府に留保されているのに対し、日本では行政府の一部である公安調査庁長官が独占していることが特徴的である。ドイツの過去の成功した政党禁止訴訟を通観すると、SRP 違憲判決⁶²⁾では連邦政府、KPD 違憲判決⁶³⁾でも連邦政府が違憲申立を行っているが、本件 NPD では連邦政府のほか、連邦議会、連邦参議院といった立法機関による違憲申立が行われている。このことは、ドイツ、日本とも議院内閣制を導入し、しかも二院制をとっているという相似性がある中で、ドイツの場合は、行政権の意思だけではなく、議会の、また議院の「違憲と判断した意思」が法的に凝縮化した意思として違憲訴訟で法的効力をもつことを意味する。しかし日本の場合では、政党・団体への「非合法化を求める意思」は行政権の部分にとどまっている。その相違は、行政権に対する立法府の——基

本的には野党がその中心となるが、だが与党を含めた立法機関としての——破壊活動防止法を作った立法機関による行政権への監視的審議がドイツよりも政治的にも法的にも可能になり、同時にその立法府の監視機能が期待されていることを過小評価すべきではない。

第3に、公安調査庁長官による「解散の指定の請求」後の手続について、公安審査委員会は単純多数によって議事を決する点も重要である。つまり公安審査委員会6名による合議決定は、出席者の過半数により行われ、可否同数のときは「委員長の決するところによる」（公安審査委員会設置法11条2号）。この点ドイツ連邦憲法裁判所における被申立人に不利な決定をする場合の3分の2条項とは異なり、少数派が決定を左右するという問題点は行政決定場面でも回避される⁶⁴。また、手続違反と実体判断を思考上分類した上で、もっぱら手続違反の点だけを争点にした場合にも、過半数制度が機能するため、手続違反の場面で少数意見が決定権を握ることもない。

第4に、ドイツにおける憲法擁護庁の活動が違憲訴訟提起後も継続的に行われたという事実に対する連邦憲法裁判所少数法廷意見の見解は、日本の公安調査庁による「解散の指定請求」後の活動を評価する上で重大なヒントを示唆している。オウム真理教の解散請求棄却事件において、その棄却理由の大きな一つとして「将来さらに団体の活動として暴力主義的破壊活動を行う明らかなおそれがあると認めるに足る十分な理由」が存在しないことが指摘されている⁶⁵。ここにある「将来」の危険性が審査中において不存在であるという判断は、公安調査庁による追加的な情報入手による「将来」の危険証拠の入手時期、提出時期によっては左右される場合があり⁶⁶、その意味で少数法廷意見がいう「法治国家的手続の諸原則に対する重大な違反」を惹起せしめることも想定できるからである。

その点、破壊活動防止法7条による「解散指定」を回避できたオウム真理教をもっぱらターゲットとするために制定された団体規制法（無差別大

量殺人行為を行った団体の規制に関する法律／1999年)による継続的なオウム真理教(現アーレフ)への規制措置は、その法的制度上、審査機関であるべき公安審査委員会が常時、公安調査庁が取得した情報を日常的に共用するという点で(同法5条による観察処分)、特定団体への評価はすでに審査委員会内で決定されているという法的問題を残す結果になっている。

六、結びにかえて

以上、NPD 違憲訴訟を素材に本件の問題点を整理してきたが、最後に私見を交えながら次のことを指摘しておきたい。

筆者の見解は、多数反対意見に賛成の立場をとる。それは NPD が違憲化されることに賛成なのではなく、NPD の違憲性を確定する訴訟においては、その実体的判断が下されるべきだという意味においてである。本件ではおそらく政府側による手続侵害違反の事実も踏まえ、NPD の存在が基本法 21 条 2 項に定める違憲政党の構成要件に該当するという結論には達しなかった事例であろう。いずれにしても、NPD 自体への連邦憲法裁判所の法的判断は、政府の政治的意思を裁判所の公式ルートで最終的に決着させ、その合違憲性を憲法裁判の実質審議の中で確認することが、不可欠であったろう。

この点、本件訴訟に関し連邦政府、連邦議会、連邦政府の政治的意思を憲法裁判を通じて最終的な法的意思に転換させ、NPD の存在自体を非合法化するといった手順が、連邦憲法裁判所、連邦憲法裁判所法制自体によって狂わされ、その結果、当初の政治的意思が再度、政治機関に投げ返されたという事実は、ドイツ政治の失敗のリスクが政治機関に負わされただけでなく、市民社会にもこのリスクが分散することが忘れられてはならない。つまり、NPD への再度の連邦政府による違憲申立は事実上困難になったという政治的意味は⁶⁷⁾、同時に政党禁止の法制度的欠陥をはしなく

も映し出したとみられる。加えて——それ以上に重要な点として——市民社会の「ナチス的なもの」への闘いが、真にドイツ国民の政治的意識の上で共通了解事項として認知されているのかという課題がある。その課題への対応の幅の範囲は、ドイツ基本法によって作られた立憲政治自体の行方を占う点で、今後確定しなければならないはずである。その意味で本件の処理の仕方がドイツ基本法の「誤差の範囲内」⁶⁸⁾として処理できるか否かは、NPD 訴訟後の極右勢力に抗するドイツ国民の政治的成熟性と密接に絡み合っている。

註

- 1) 加藤一彦『政党の憲法理論』（有信堂、2003年）238頁以下参照。
- 2) BVerfGE 107,341.
- 3) この経緯については、Ibid., S. 341 f.
- 4) もっとも2005年9月19日に行われた連邦議会選挙では、5%阻止条項に阻まれ議席獲得には至らなかった。
- 5) 出訴の過程および『違憲申立書』については、加藤・前掲書・238頁以下参照。
- 6) Ibid., S. 356.
- 7) Ibid.
- 8) Ibid., S. 356-S. 357.
- 9) Ibid., S. 357.
- 10) Ibid., S. 358.
- 11) Ibid., S. 358 f.
- 12) Ibid., S. 359.
- 13) Ibid.
- 14) Ibid., S. 359 f.
- 15) Ibid., S. 362.
- 16) Ibid., S. 362 f.
- 17) Ibid., S. 364 f.

NPD 違憲政党訴訟と憲法裁判

- 18) Ibid., S. 365 f.
- 19) Ibid., S. 366 f.
- 20) Ibid., S. 367 f.
- 21) Ibid., S. 369.
- 22) Ibid.
- 23) Ibid. S. 370.
- 24) Ibid. S. 370 f.
- 25) Ibid. S. 371.
- 26) Ibid. S. 372.
- 27) Ibid. S. 372 f.
- 28) この省略した頁は SS. 373-377. である。
- 29) Ibid., S. 378.
- 30) Ibid., S. 379 f.
- 31) Ibid., S. 381.
- 32) Ibid., S. 382.
- 33) Ibid., S. 383 f.
- 34) Ibid., S. 385.
- 35) Ibid., S. 386 f.
- 36) Ibid., S. 387.
- 37) Ibid., S. 388.
- 38) 連邦憲法裁判所法の邦訳は、工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』（中央大学出版会、2002年）459頁以下を利用した。
- 39) Ibid., S. 388 f.
- 40) Ibid., S. 390.
- 41) Ibid., S. 391.
- 42) Ibid., S. 392.
- 43) Ibid., S. 393.
- 44) Ibid.
- 45) Ibid., S. 393 f.
- 46) Ibid., S. 394 f.
- 47) BVerfGE 2, 1.

- 48) BVerfGE 5, 85.
- 49) 本件手続の問題については、Hrsg., Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2005, S. 301 f. に簡潔な紹介がある。同コメンタールは基本的には多数反対意見に同調的である。
- 50) U. Volkmann, Anmerkung: Einstellung des NPD-Verbotsverfahrens, in: DVBL., 2003, S. 606.
- 51) Ibid.
- 52) J. Ipsen, Das Ende des NPD-Verbotsverfahrens, in: JZ., 10/2003, S. 486.
- 53) BVerfGE 104,63.
- 54) BVerfGE 104,370 (372). この全員一致の決定が下されてから、NPD違憲訴訟は、連邦政府等にとって厳しい判決となることは予想されていた。
- 55) BVerfGE 107,339 (365).
- 56) J. Ipsen, a. a. O., S. 487.
- 57) BVerfGE 107,339 (368).
- 58) U. Volkmann, a. a. O., S. 607.
- 59) Ipsen, a. a. O. S. 488.
- 60) たとえば、最近の例として BVerfGE 85,264. 参照
- 61) そのほか団体規制立法として宗教法人の法人格性を剥奪する宗教法人法 81条における裁判所による「解散命令」制度が設けられている。
- 62) BVerfGE 2,1.
- 63) BVerfGE 5,85.
- 64) 破壊活動防止法7条に基づく「団体の解散」指定が、本法初適用としてオウム真理教に対して行われた事例がある。このオウム真理教に対する公安調査庁長官からの解散指定請求について、1997年1月31日、公安審査委員会は「処分請求棄却」の決定を下したが、本決定は6名全員一致でなされた。「解散の指定」の処分決定が特別多数で行われるならば、一見、処分決定に慎重な手続が加えられているように見えるが、そこでは少数派が処分の将来を決するという点で、微妙以上の問題を引き起こす。なお、本件公安審査委員会の決定の原文については、オウム破防法弁護団編著『オウム「破防法」事件の記録』(社会思想社、1998年) 239頁以下が便利である。

- 65) 同上・196頁参照。
- 66) 公安審査委員会決定の最後の部分で「念のため」として、処分請求の判断基準を公安調査庁長官からの処分請求受理の時点ではなく、本決定の時点にあることを明らかにしている。この見解は、NPD 決定多数反対意見と同様であり、その限りにおいて、情報機関からの新規・追加的証拠が審査会に提起できる問題を残すこととなる。「念のため」部分については、同上・188頁参照。
- 67) この点については、2005年「アウシュビッツ解放60周年」式典において、NPD がドレスデンで行われたザクセン州議会の「ナチス犠牲者黙禱」を拒否したことが知られている。このNPDの対応に批判が高まったが、シリー内務大臣は事実上、再度のNPD 違憲の提訴は不可能であるとの見解を表明している。東京新聞2005年1月25日朝刊〔国際面〕参照。
- 68) たとえば、日本の場合、オウム真理教に対する破壊活動防止法7条に基づく団体解散が不可能になった段階で、改めてもっぱらオウム真理教（現アーレフ）をターゲットとする新立法／団体規制法がさしたる反対もなく制定された。この安易な立法府の決定が市民社会の土台の部分で市民による賛成を圧倒的多数で得たというこの日本の精神的貧困性の有り様、そしてその結果として引き受けられる将来の日本社会における公共圏の縮小化こそが問題群として残存する。