

ドイツ基本法 21 条改正の波動

—NPD 政党禁止訴訟の失敗後の政党法制改革—

加 藤 一 彦

《目 次》

- 一、はじめに
- 二、ドイツ基本法 21 条改正の経緯
- 三、政党排除の憲法的論理
- 四、政党排除の現実化と 2024 年連邦憲法裁判所判決
- 五、2024 年判決の意義
- 六、小結

一、はじめに

政治的紛争が、もっぱら政治過程において処理され、あるいは処理されるべきと捉える日本の憲法システムでは、裁判所が政治的紛争に巻き込まれる可能性は — いい意味でも悪い意味でも — 著しく低減化されている。しかし、政治的紛争を裁判過程においても処理することを本道とするドイツ憲法システムでは、ときとして連邦憲法裁判所の判決が、合憲違憲判決を問わず、大きなインパクトを立法者に与えることがある。連邦憲法裁判所の判決とその後の立法者による法律改正という和解、場合によっては対立として現れるときでも、民主主義の永久に続く両者間の対話によって、あるいはその回路の保障によって、政治的対立の法的解決は、自ずと収束に向かっていく。

ただ、連邦憲法裁判所の判決が、立法者にとって受け入れられない場合、かなりやっかいな問題を醸し出す。というのは、ドイツの場合、立法者は同時に憲法改正権者 (verfassungsändernder Gesetzgeber) でもあり、連邦憲法裁判所の判決を実質的に憲法改正法律によって覆す権能をもっているからである — もち

ろん連邦憲法裁判所は、ドイツ基本法 79 条 3 項に準拠して憲法改正法律を「違憲の憲法」として処理し、憲法改正権者に立ち向かうことはできる。

この両者間の対立が、ドイツ憲法システムの根本にあるいわゆる「闘う民主制」(streitbare Demokratie) あるいは「戦闘的民主制」(wehrhafte Demokratie) に直接関連する課題として現れたとき、立法者がどのように対処したのか、また連邦憲法裁判所が、立法者の対処の仕方をどのように受け止めたのかに関して、一つの事例がある。それは、NPD (Nationaldemokratische Partei Deutschlands.／ドイツ国家民主党) への政党禁止訴訟をめぐる一連の統治機関内の憲法的処理の手法である。すなわち、NPD への政党禁止訴訟を主導した連邦参議院の敗訴を受け（2017 年）、連邦参議院が連邦議会と協調して憲法改正に踏み出し、この憲法改正権者が、法令審査権の基準となるはずのドイツ基本法 21 条自体の改正と政党法改正及び連邦憲法裁判所法改正に成功したとき、連邦憲法裁判所が、この法変動をどのように受け止めたのかという憲法課題である。

本稿では、まず最初に、この課題に関する憲法諸機関の法形成のあり方について、時間軸に沿ながら考察を加えてみた。その作業を通じて、政治に対する憲法の優位があるにもかかわらず、憲法典上の「反憲法的異物」が生まれたとき、憲法改正権者の対処とこれより生じる副作用が、既存の憲法典にどのような変異を与えるのかについて分析してみた。次いで、政党法制固有の側面から、2024 年 NPD 政党財政援助排除判決が投げかけた課題について考察を加えてみた。この二つの作業を通じて、現在のドイツ憲政に内在する大きな課題の一側面を明らかにできればと考えている。

二、ドイツ基本法 21 条改正の経緯

I. 背景

NPD は、ドイツの極右政党である。NPD は、2023 年に「Die Heimat」（祖国党）と改名したが、その政治姿勢は同一である。2001 年 1 月に連邦政府は、ドイツ基本法 21 条 2 項に基づき NPD に対し政党禁止 (Parteienverbot) の訴訟を連邦憲法裁判所に提起し、連邦議会及び連邦参議院も同年 3 月に連邦政府に同調し、違憲訴訟を提起した¹⁾。

しかしこの訴訟は、2003 年 3 月 18 日に連邦憲法裁判所によって、「手続きは中止」された。中止の実質的な理由は、NPD 内に憲法擁護庁の情報提供者 (V-Leute) が存在することが明るみになり——いわゆるスパイ活動——これにより政党禁止訴訟における法治国家的手続きが侵害され、それ以上の訴訟遂行は不可能だと判断されたからである²⁾。

とはいっても、統治サイドからみれば、NPD の違憲活動は明白であるため、改めて政党禁止を連邦憲法裁判所に提訴し、再チャレンジすべきだとの考えがあった。そこで、2 回目の NPD 禁止を求めて、今回は、各ラント政府の集合体である連邦参議院が、単独で 2013 年 12 月 1 日に連邦憲法裁判所に出訴した。しかし連邦憲法裁判所は、2017 年 1 月 17 日に NPD がドイツ基本法 21 条 2 項に外觀上該当する違憲政党だとしても、NPD の活動には憲法秩序を除去する現実的 possibilityがないことを理由に訴えを棄却し、結局、連邦参議院が敗訴した³⁾。

この判決の結果、NPD は政党禁止を免れ、その後もドイツ政治の右傾化の波に乗りながら、その勢力の拡大を目指していた。確かに NPD は、ドイツ市民の反移民感情から一定の市民の支持も確実に得ていた。その状況に鑑み、連邦参議院は、NPD への政党禁止失敗のリベンジを考えていたが、連邦憲法裁判所の判例の枠組みからして、政党禁止の訴訟をもう一度行うことは、実質的には不可能な状況であった。そこで、連邦参議院は、反憲法的活動を継続している NPD に対しては、何らかの別の法的制裁措置があつてしかるべきと判断した。すなわち連邦参議院は、政党禁止の代替方法として、政党禁止に至らない法的制裁をドイツ基本法 21 条に新たに挿入し、反憲法的政党を憲法によって押さえつける手法を構想し、実際にこれを実現させた。それが現在のドイツ基本法 21 条 3 項である。では、この新たな条文は、どのような規範的意味をもつのであろうか。

- 1) この訴訟に関しては、分析をしたことがある。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, 339 (356f). NPD 禁止訴訟の中止に関する連邦憲法裁判所の判決紹介として、加藤一彦「NPD 違憲政党訴訟と憲法裁判」『現代法学』(東京経済大学現代法学会誌) 10 号 (2005 年) 119-156 頁参照のこと。
- 3) BVerfGE 144, 20.

II. ドイツ基本法改正の経緯

連邦憲法裁判所が、2017年1月17日にNPDへの政党禁止を棄却したことを受け、当該訴訟の提訴者である連邦参議院は、直ちにNPDのような反憲法的政党、過激主義的政党に対しては政党禁止とは別の方針で法的制裁を課すべく、ドイツ基本法21条改正に着手し、2017年2月16日に「過激主義的政党に対する政党財政援助からの排除を目的とする基本法改正のための法律案」をニーダーザクセン州政府が構想し、これを連邦参議院に提出した⁴⁾。ニーダーザクセン州は、NPDが政党法18条に基づき国家補助を受け取っている現状に鑑み⁵⁾、いわばNPDに対する金融制裁を構想し、反憲法的政党に国家資金を提供してはならないと判断し、この新たな法的制裁を単純法律ではなく、ドイツ基本法自体に導入すべきだと考えたのである。

この構想は各ラント政府の賛同を得て、同年3月10日に連邦参議院は、基本法改正法律を全会一致で議決した⁶⁾。この「基本法（21条）の改正のための法律案」は、以下のように定めている⁷⁾。なお、基本法改正に伴う関連法律改正に関しては、後述する。

改正法1条

1. 現行第2項2文は廃止する。
2. 第2項に続き、以下の項を挿入する。

第3項　自由で民主的な基本秩序またはドイツ連邦共和国の存立に対峙する活動を追求（verfolgen）する政党は、部分的国家財政援助または租税上の優遇措置より排除される。

第4項　第2項に基づく政党の違憲の問題及び第3項に基づく国家資金からの部分的財政援助の排除に関しては、連邦憲法裁判所がこれを決定する。

4) BR-Drucksache,153/17.

5) 政党法上の国家補助に関しては、次のデータが便利である。https://www.bundestag.de/parlament/praezidium/parteienfinanzierung/festsetz_staatl_mittel. 同データによれば、NPDは2021年以降は、国家補助は受領していないが、2017年段階では国家補助を受領している。

6) BR-Plenarprotokoll 954. Sitzung v.10.3.2017, S. 99.

7) BR-Drucksache,153/17 (Beschluss), Anlage, S. 1f.

3. 従前の第 3 項は、第 5 項とする。

改正法 2 条

第 2 条 本法は、公布の翌日に効力を発する。

この連邦参議院による基本法改正法律案は、ドイツ基本法 76 条 3 項に従い議決日の 3 月 10 日より 6 週間以内に連邦議会に送付され⁸⁾、審議の場は、連邦議会に移っていく⁹⁾。

2017 年 5 月 16 日に連邦議会における CDU ／ CSU 及び SPD の会派は、共同して先の基本法改正法律案を提出した。この基本法改正法律案は、以下の通りである¹⁰⁾。

第 1 条

1. 第 2 項 2 文は、廃止する。

2. 第 2 項に続き、以下の第 3 項及び第 4 項を挿入する。

第 3 項 政党のうちで、その目的またはその支持者の行動からして自由で民主的な基本秩序を侵害し、もしくは除去し、またはドイツ連邦共和国を危うくすることを志向する (darauf ausgerichtet sind) 政党は、国家による財政援助より排除される。排除が確認されたとき、当該政党への租税優遇措置及び補助金は、受領できない。

第 4 項 第 2 項に基づく違憲の問題及び第 3 項に基づく国家による財政援助からの排除の問題に関しては、連邦憲法裁判所がこれを決定する。

3. 従前の第 3 項は、第 5 項とする。

第 2 条 本法は、公布の翌日に効力を発する。

この基本法改正法律の審議にあたり、連邦政府は特段意見を述べなかつた。この点について、イプゼンは、第 1 に、先の NPD 政党禁止訴訟の提訴の時に連邦

8) BR-Drucksache, 153/17 (Beschluss).

9) 改正の経緯に関しては、J.Ipsen, Das Ausschlussverfahren nach Art.21 Abs.3 GG - ein mittelbares Parteienverbot?, in: JZ 19/2017, S. 933. が簡潔に説明している。

10) BT-Drucksache, 18/12357, S. 3.

政府が提訴を拒否し、提訴自体を連邦参議院の判断に委ねたこと、第2に、政党法改正にあたっては、連邦政府が意見表明をしないとの従来の国家実務 (Staatspraxis) があること、第3に、連邦政府が世間からの批判を免れたかつたこと、を指摘している¹¹⁾。

連邦議会の審議は——主要会派が共同提案者になっていることから——順調に進み、6月21日には連邦議会の内務委員会において、共同提案者の三会派のほかに左派党 (Die Linke) の一部が同調し、先の基本法改正法律の法文は修正されずに議決された¹²⁾。翌22日、連邦議会は、ドイツ基本法79条2項に基づき基本法改正上の特別多数をもって、基本法改正法律を議決した（賛成502票、反対57票、棄権20票、投票しない者51人／議員定数579人）¹³⁾。連邦議会において、連邦参議院の原案は修正されたため、連邦参議院においてもう一度、審議・議決を要するが、7月7日に連邦参議院は、討論なしに全会一致（全ラント賛成）にて基本法改正法律は議決された¹⁴⁾。ドイツ基本法21条改正法律は、2017年7月19日に公布され、翌20日より施行されるに至った¹⁵⁾。なお、この憲法改正に伴う関連法律（連邦憲法裁判所法改正、政党法改正など）も同時並行的に審議・議決され、7月28日に公布、29日に施行された¹⁶⁾。

三、政党排除の憲法的論理

I. エッピングの『法鑑定意見書』の影響

連邦参議院は、2013年12月1日に2012年12月14日の本会議決議¹⁷⁾に従い連邦憲法裁判所にNPDの政党禁止を求めて出訴したことがある。これに対し連邦憲法裁判所は、2017年1月17日に判決を下したが、結果は連邦参議院の敗訴であり、NPDの政党禁止訴訟は失敗した¹⁸⁾。その後の展開は、先にふれた

11) Ipsen, a.a.O., (Fn. 9), S. 933.

12) BT-Drucksache, 18/12846, S. 4.

13) BT-Plenarprotokoll 240. Sitzung v. 22.06.2017, 18/240, S. 24560.

14) BR-Plenarprotokoll 959. Sitzung v. 07.07.2017, S. 326.

15) BGBl. I 2017, S. 2346.

16) BGBl. I 2017, S. 2730f.

17) BR-Drucksache, 770/12 (Beschluss), S. 1f.

とおりであるが、ではなぜ、敗訴後、ニイーダーザクセン州が主導して、連邦参議院が憲法改正に着手し、NPD 潰しにこだわったのであろうか。それには、2003 年の最初の NPD 政党禁止訴訟が失敗し、訴訟中止以後も NPD は活動を継続し、しかも政党法 18 条による国家補助を受領する政党として認知されている現状に対し、ニイーダーザクセン州は、NPD を抑制するための方策の策定をエッピング教授 (V. Epping) に依頼し、同教授が 2008 年に『法鑑定意見書』(Rechtsgutachten) を提出したことが遠因となっている。

このエッピングの『法鑑定意見書』の正式名は、「ドイツ基本法 21 条 2 項に基づき禁止できなかった政党は、国家による財政援助より排除できるか、またそれにはどのような前提条件が必要かという課題に関する法鑑定意見書」¹⁹⁾である（以下では、『エッピング意見書』と略記する）。

『エッピング意見書』の骨子は、次の点にある。第 1 に、政党を禁止するには、連邦憲法裁判所の判決によらなければならないとする政党特権 (Parteienprivileg) があるが、政党はこの特権を享受する特別な憲法的地位をもつことから、政党を国家による財政援助から排除するには、単なる単純法律の改正（政党法改正など）によって、これを行うことはできない。第 2 に、この政党排除は、ドイツ基本法 79 条 3 項の基本法改正の限界が問題となるが、政党の機会均等は、戦闘的民主制 (wehrhafte Demokratie) に関わる憲法上の基本決定に含まれているため、政党の機会均等への侵害は、財政援助の排除がやむを得ない事由に該当すれば、基本法改正の限界を超えず、正当化できる。第 3 に、政党の国家による財政援助からの排除は、連邦議會議長の権限とし、その決定の裁判は、連邦行政裁判所の管轄権とする。

この『エッピング意見書』に基づき連邦参議院は、先の「第 3 項 自由で民主的な基本秩序またはドイツ連邦共和国の存立に対峙する活動を追求 (verfol-

18) BVerfGE 144, 20.

19) E. Epping, Rechtsgutachten über die Frage ob und unter Voraussetzungen eine nicht nach Art.21 Abs.2 GG verbotene Partei von der staatlichen Parteienfinanzierung ausgeschlossen werden kann, SS. 1-84. 出典は、以下のところからダウンロードできる。<https://www.mi.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/-62456.html>

gen) する政党は、部分的国家財政援助または租税上の優遇措置より排除される」との簡易な基本法改正案を構想したのである。

加えて、連邦参議院がドイツ基本法 21 条改正に積極的であったのは、2017 年連邦憲法裁判所の法廷意見もその原因の一つと目される。すなわち、連邦憲法裁判所は、同判決の中でドイツ基本法 21 条 2 項の「規定概念の修正は、たとえば政党禁止には至らないが、ドイツ基本法 21 条 2 項に定める個別的構成要件の特徴を満たしている場合に、そのための特別な制裁の可能性を作ることについては、憲法改正権者に留保されている」²⁰⁾と判示し、政党禁止に至らない法的制裁の導入は——単純法律を制定する立法者の権限ではなく、憲法改正権者の権限として——可能であることを明確に判示していた。この判決を前向きに受け止めた連邦参議院は、政党排除を憲法典のレベルで処理することに、より積極的になったといえる——政党禁止が無理でも別の法的選択肢が、憲法改正権者に留保されているという連邦憲法裁判所からの応援メッセージとして。

こうした経緯から、連邦参議院主導でドイツ基本法 21 条改正が進められていったが、改めて基本法改正案が審議されている間に、多くの研究者により基本法改正について批判的論考が公表されはじめた。では、具体的に当時どのような課題があると指摘されたのであろうか。

II. 政党排除の構成要件的的前提条件

2017 年の NPD 禁止訴訟において、連邦憲法裁判所は、NPD が「権威主義的な国民国家」(autoritärer Nationalstaat)、「民族共同体」(Volksgemeinschaft) の樹立を標榜する点で、ドイツ基本法 21 条 2 項に定める政党禁止要件には外觀上該当し、反憲法的 (verfassungsfeindlich) 政党として分類できるもの²¹⁾、「ドイツ基本法 21 条 2 項の意味における目指す²²⁾ (Darauf Ausgehen)」という

20) BVerfGE 144, 20 (202).

21) BVerfGE 144, 20 (246).

22) 「Ausgehen」の日本語訳として「目指す」が定訳となっている。しかし、この訳語であると新第 3 項の「Ausrichten」とは区別しにくい。「Ausrichten」も「目指す」と訳しても必ずしも誤訳ではないからである。ただ同一訳語をあてると、両者の混同が生じ不適切である。本稿では「Ausgehen」を「目指す」と強い意味で、また「Ausrichten」には「志向する」との弱い意味で用い、それぞれ別の訳語をあてておいた。ただ両者の

要件が欠いているため²³⁾、NPD は禁止に至らないと判断した。

まず、連邦憲法裁判所が「Darauf Ausgehen」に関し、従来の判例とは異なり特別な解釈を施したことが重要である。つまり連邦憲法裁判所は、従来の判例（KPD 違憲判決）から離れて²⁴⁾、政党の活動が、事実の上でも 21 条 2 項の規範によって保護された法益を除去するという意味において、この保護法益を破ることに成功する可能性、すなわち「潜在性」（Potentialität）の基準を新たに設定した点が重要である²⁵⁾。つまり、「潜在性という不文の構成要件的メルクマル、したがって反憲法的目的を実現する現実的 possibility」²⁶⁾を「Darauf Ausgehen」の概念に新たに挿入したのである。

一方、新たに挿入された政党の国家財政補助からの排除条項であるドイツ基本法 21 条 3 項は、排除のための構成要件としての動詞に「Ausrichten」の用語を採用している。つまり、ドイツ基本法 21 条 2 項の政党禁止条項では「Ausgehen」、同 3 項の政党財政援助排除条項では「Ausrichten」と使い分けている。憲法改正権者の意図としては——連邦憲法裁判所の第 2 回目の NPD 禁止訴訟の判例理論に従い——「Ausgehen」が成就するには、「政党のうちで、その目的またはその支持者の行動からして自由で民主的な基本秩序を侵害し、もしくは除去し、またはドイツ連邦共和国を危うくする」潜在性をもつ政党に限定される。

これに対し、憲法改正権者が採用した「Ausrichten」は、構成要件としての潜在性の要素を外した法概念であり、したがってドイツ憲法体制を危殆におとしめる現実的 possibilityがない場合にも——換言すれば、政党禁止に至らない反憲法的政党に対しても——国家財政援助からの排除という意味で政党排除が可能となり、

区別を明確にするのであれば、「Ausgehen」は「目的とする」、「Ausrichten」は「傾向をもつ」と訳すこともできる。なお、大曲薰 佐藤令訳「ドイツの政党法」「外国の立法」第 286 号（2020 年）71 頁においても「Ausrichten」には「志向」の訳語があてられている。

23) BVerfGE 144, 20 (246).

24) M. Jores, Der Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der staatlichen Parteienfinanzierung nach Art.21 Abs.3 GG, 2021, S. 135f. KPD 違憲判決に関しては、BVerfGE 5, 85 (141f).

25) F. Ferreau, Die Sanktionierung von Parteien und das Recht auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb, in: DÖV., 2017, S. 494.

26) Ipsen, a.a.O., (Fn. 9), S. 934.

だからこそそうした憲法条項が導入されたとみられる。つまり、先の 2017 年判決を憲法改正権者が正面から受け止め、反憲法的政党の政治生活を根絶するために憲法改正権者独自の法政策的決断を行い、基本法上、二段構えで当面、NPD に対処しようとの姿勢がそこにはある。つまり、第 3 項に基づく政党排除条項は、第 1 項に基づく政党の機会均等という「不变の憲法原則」の例外として機能し²⁷⁾、同時に現実に機能させることにより、政党禁止に至らない法的制裁の根拠規定として絶大な効能を發揮するはずだと、憲法改正権者は意図していたといえる。そして、後述するように 2024 年判決において、これは現実味をもつことになる。

III. 政党特権の拡大

ドイツ基本法 21 条 3 項に基づく政党排除条項を導入するにあたり、排除を誰が決めるのかという問題が、議論になったことがある。エッピングは政党禁止の場合とは異なり、政党排除決定は連邦議會議長に留保されるべきと提言していた²⁸⁾。連邦参議院もこれに同調し、排除規定だけを基本法改正に置き、具体的な排除手続きは法律で処理しようとを考えていた。しかし、基本法改正審議中、この考え方には批判があった。というのも、連邦議會議長による排除決定が下された場合、当該政党（さしあたり NPD のみが対象となるが）は、法的救済を求めて連邦行政裁判所に訴えを提起し、その判決に不服があるときには、さらに連邦憲法裁判所に出訴するという手続きが必要となるからである。政党禁止条項の場合は、政党特権、すなわち政党禁止は唯一、連邦憲法裁判所のみが管轄権を有するという政党の特別な憲法的地位の保障がある一方で、政党排除には連邦行政裁判所が関与するという意味で、その特権が当該政党に対しては享受されないという齟齬が発生する。この点について、フェローは、エッピングの連邦憲法裁判所に負荷をこれ以上かけるべきではないとの主張に対して²⁹⁾、連邦憲法裁判所の能力の限界は、そもそも法的評価ではないと反論している。政党排除をするには、当該政党が反憲法性 (Verfassungsfeindlichkeit) をもつことが不可欠であるが、この決定の確認には必然的に伴う厳格な審査を要するはずである。政党制裁を緩やかに

27) Ferreau, a.a.O., (Fn. 25), S. 497.

28) Epping, a.a.O., (Fn. 19), S. 57.

29) Ibid.

決めるることは、新たな権限規定の自己目的化になるだけだと批判をしている³⁰⁾。

フェローは、そもそも政党排除を連邦議会議長あるいは連邦大統領に留保させる点について批判的であり、こうした構想は、政党政治の影響を受け、政党排除に政治的思惑が随伴する危険があると指摘している。特に政党への国家財政援助は、ときとして政治的権力闘争の側面をもち、特定政党が排除されればそれだけ既存政党に資金が回りやすくなるという側面をもつ。だからこそ、フェローは、「ドイツ基本法の民主制概念の根本的構成要素としての政党の機会均等保障は、確かに政治的課題ではあります、しかし何よりも憲法理論上の課題なのだ。政党への不平等な取り扱いという絶対的例外の特質は、憲法構造の点でも政治現実の点でも万人の目に見えるようにしておかなければならぬ」³¹⁾と指摘し、連邦憲法裁判所のみが政党排除をなし得ると主張し、政党特権の重要性に注意を促している。

この主張は、連邦参議院における基本法改正審議において反映され、第2項の政党禁止と第3項の政党排除は、ともにドイツ基本法 21 条 4 項において「第2項に基づく違憲の問題及び第3項に基づく国家による財政援助からの排除の問題に関しては、連邦憲法裁判所がこれを決定する」と修正するよう求められ、実際にそのように基本法を改正することで憲法典上の解決がはかられた。また、これに関連し連邦憲法裁判所法も次のように改められた³²⁾。

連邦憲法裁判所法 43 条 1 項

政党の違憲（ドイツ基本法 21 条 2 項）または国家による財政援助からの排除（同 21 条 3 項）に関する決定の申立ては、連邦議会、連邦参議院または連邦政府によりこれを行う。国家による財政援助からの排除に関する決定の申立ては、政党の禁止に関する決定の申立てに伴う予備的申立てとして行うことができる。

30) Ferreau, a.a.O., (Fn. 25), S. 499.

31) Ibid. この指摘は、ほかの論者からもある。K-A. Schwarz, Der Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der staatlichen Parteienfinanzierung, in: NVwZ-Beilage, 2017, S. 41. シュバルツも政党特権の重要さを主張している。

32) BGBl. I 2017, S. 2730.

同 46a 条

第 1 項

ドイツ基本法 21 条 3 項による決定の申立てに理由があると判断されたときは、連邦憲法裁判所は当該政党に対し 6 年間、政党法 18 条に基づく国家による財政援助から排除することを確定する。この確定は、当該政党の代替政党にも及ぶ。第 1 項に基づき国家による財政援助より排除された政党の活動を代替政党としてこれを行い、あるいは継承した政党は、連邦憲法裁判所により第 1 文に該当すると確定する。この確定は、第 43 条 1 項 1 号に基づく権限を有する機関の申立てによる。第 45 条は、本手続に準用しない。

第 2 項

一の申立て権者が、第 1 項 1 文に基づく期限の到来前の遅くとも 6 ヶ月以内に排除の延長を求めたときは、この申立てに関する決定が出される間、国家による財政援助は排除される。第 45 条は、本手続に準用しない。連邦憲法裁判所は、口頭弁論を経ずにこれを決定する。この決定に関しては、第 1 項を適用する。さらなる延長申立ては、これを許容する。

なお、排除期間が 6 年間である点は、既存の政党法 2 条 2 項において連邦議会またはラント議会に 6 年間、候補者を擁立しない政党は、政党法上の法的地位を失うことにより準拠した結果である。

IV. 反憲法的政党への二段構えの意味

2017 年 NPD 判決によって打ち出された「潜在性」の存否が、政党禁止の要件とする限り、NPD などの過激主義的政党に対しては——昨今では連邦議会に議席を有する AfD (Alternative für Deutschland／ドイツのための選択肢) のようなネオナチズムに親和性のある政党に対しては——連邦憲法裁判所によって政党禁止判決を受ける可能性は、ますます小さくなってくる。というのも、「潜在性」の概念は不確定概念であり、政党禁止を申し立てる側からすれば、その立証には高いハードルがあるからである。そうだとすれば、政党禁止に至らない政党排除の場合、「潜在性」の要件は不要であるがために、政党排除申立ての可能性は著しく高まる。いわば、政党禁止の次善の策としての政党排除がしやすい法

環境がドイツ基本法上、整ったといえる。ただ、政党排除という金融制裁措置には、それ固有の問題が内在している。

第1に、政党禁止とは異なり、政党排除は、政党法18条による国家財政援助を受領できないという制限にとどまる点である——政治献金に関する租税控除に関しては後述する。政党禁止の場合、連邦憲法裁判所法46条3項により政党が解散され、その代替組織の結成も禁止され、また既存党財産も没収できる。加えて連邦選挙法46条1項5号に基づき政党禁止判決が確定した場合、当該政党の連邦議會議員の議席は喪失する (Mandatsverlust)。しかし、政党排除の場合、当該政党の既存財産への制裁は課されず、当該政党が連邦議會議員を擁している場合には、その地位、活動についても制限を課すことはできない。そういう文脈でドイツ基本法秩序の根本である「闘う民主制」は、その射程を広げながらも、逆説的に「戦い方」が希薄化し、その実質的効果が不透明になったように思われる。

第2に、しかし別の視点からみれば、「闘う民主制」の射程の広さは、市民社会における政党自体の存在価値とその支持者への見方、つまり政治生活における「異物」の範疇が、拡大視される契機を与える。すなわち、基本法21条3項に該当するとして政党排除が確定した政党は、自らが「政党」と名乗っても、制裁処分を受けた「二流政党」(Parteien zweiter Klasse)³³⁾として格下げられる。しかも基本法改正に伴う関連法の制定・改正により、当該政党の支持者たちがその政党に政治献金をしたとき、個人の場合では所得税法上、法人の場合には法人税法上、この献金額について租税控除ができるとする租税法改正が行われた³⁴⁾。そのあり様は、「二流政党」を財政面で支えようとする市民社会における個人と法人をあたかも「下層階級」に位置する「賤民」として国家が認定することを意味する。リンケが、「違憲と目される政治的行為者を計画的に差別化することは、ある意味『二流政党』を作り出すことでドイツ基本法の代表制的・政党国家的構造内部にパラドックス」³⁵⁾を生じさせると指摘しているが、確かに政党排除の帰結は、ドイツ基本法21条に含まれる「政治的意意思形成への本質的な平等な参加」

33) T. Linke, Verbotsunwürdige Verfassungsfeinde, streitbare, aber wertarme Demokratie und problematische Sanktionsalternative, in: DÖV. 2017, S. 492.

34) BGBl. I 2017, S. 2730f.

35) Linke, a.a.O., (Fn. 33), S492.

という法形象とは合致しないと思われる。その点、この新たに差別されて生み出された政治的階層が——自分たちが「賤民」にまで貶められることによって——ドイツ政治生活においてより一層、過激的主張を行い、「政党排除からの排除」のための運動主体になる可能性は小さくはないはずである——「NPD がだめなら AfD へ」。

さらに政党排除は逆の側面もある。政党排除判決を受けた政党が 6 年の間に財政的に干上がり（連邦憲法裁判所法 46a 条 1 項）、自ら進んで浄化（Katharsis）し、自発的に憲法適合的政党に変身することもある。その場合、排除を継続できるか否かは、当該政党の反憲法的性格が消滅していることが不可欠である。ただ、政党排除の論理がそこに順接するというよりは、むしろ次のイプゼンの指摘の方が現実味をもつ。すなわち、イプゼンは、浄化された政党の振る舞いは見せかけであり、善人風の外觀はただ世間を安心させるためだけであり、そうした政党は、所詮、過激主義的運動をして自己目的を追求するのであり、それが二流政党の本質なのだと厳しい視線を浴びせている³⁶⁾。そうだとすれば、当該政党への見方は、厳しいままであり、その結果、政党排除は、6 年後も連邦憲法裁判所の決定によって継続され、ひいては政党禁止と政党排除との質的差はかなり相対的になるはずである。いわば政党禁止が死刑判決である一方、政党排除は永久刑による獄中死への期待を意味し、かかる憲法的対応がドイツ基本法の新たな「闘う民主制」の姿であれば、ドイツ基本法の思想性は再評価の対象にせざるを得ない。

四、政党排除の現実化と 2024 年連邦憲法裁判所判決

I. 訴訟の経緯

ドイツ基本法 21 条の改正及び関連法の改正は、2017 年 7 月に正式に公布されたが、その後の動きは迅速であった。すなわち、2018 年 2 月 2 日に連邦参議院が、NPD をドイツ基本法 21 条 3 項に基づき国家による政党財政援助より排除するための申立てを議決した³⁷⁾。この議決は全会一致である³⁸⁾。また、連邦議

36) Ipsen, a.a.O., (Fn. 9), S. 935f.

37) BR-Drucksache, 30/18 (Beschluss), S. 1f.

38) BR-Plenarprotokoll 964. Sitzung v.02.02.2018, S. 4.

会もこれに同調し、同年 4 月 24 日に CDU／CSU、SPD 及び FDP の主要会派が主導して、NPD の排除のために連邦憲法裁判所に提訴する議決を行った³⁹⁾。この議決は、投票総数 628 票、賛成 548 票、反対 0 票、棄権 80 票の大差で議決された⁴⁰⁾。加えて政党排除には連邦政府も同年 4 月 18 日に同調した。そしてこの 3 つの提訴権者がそろって、2019 年 7 月 17 日に連邦憲法裁判所に連邦憲法裁判所法 43 条に基づき NPD が国家による政党財政援助から排除され、租税優遇措置からも除外されることを求めて出訴した。

本件訴訟も、政党禁止訴訟の場合と同様、長期に及んだが、連邦憲法裁判所は、2024 年 1 月 24 日に Die Heimat（NPD より名称変更）は、政党法 18 条に基づき 6 年間、国家による政党財政援助より排除されるとの判決を下した⁴¹⁾。

II. 本判決の概略

以下では、連邦憲法裁判所の判決を紹介するが、論点が多様であるため、ここでは、政党排除に関わる重要な部分について通観しておきたい。判決主文は、以下の通りである⁴²⁾。

1. 祖国党／Die Heimat（旧 NPD）は、政党法 18 条に基づく国家による財政援助より 6 年間排除される。
2. 被告による必要経費支払いの申立てについては、これを棄却する。
3. 弁護活動の対象となる金員は、25 万ユーロとする。

連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法 43 条に基づく各国家機関からの政党排除の申立てについて、次のように判示した。「財政援助からの排除は、理由がある。ドイツ基本法 21 条 3 項に基づく国家による財政援助からの排除の規定は、憲法上、疑義はない。ヨーロッパ人権条約の基準（Vorgaben）を斟酌して解釈すべき構成要件的前提条件は、国家による政党財政援助からの被告の排除にかかる指示内容を満たしている」⁴³⁾。

39) BT-Drucksache, 19/1824, S. 1.

40) BT-Plenarprotokoll 29. Sitzung v. 26.04.2018, 19/29, S. 2769.

41) BVerfGE 168, 193.

42) BVerfGE 168, 193 (194). 以下、本判例を引用するときは、Rn.（段落番号）を用いる。

(1) 「違憲の憲法」の主張の不成立

「ドイツ基本法 21 条 3 項において定められた国家による財政援助から反憲法的政党を排除することは、全面的に憲法上の疑義はない。同 21 条 3 項は、2017 年 7 月 13 日にドイツ基本法改正に関する法律によりドイツ基本法の一部となつた。争点となっている『違憲の憲法』の下、規範の有効性への疑義は成立しない。むしろ、憲法改正権者は、この新たな規定について自身の権限を行使したが、その際に、闘う民主制への支持をしつつドイツ基本法 20 条 1 項及び 2 項に定めるドイツ基本法の民主制概念の改正を成し遂げた。この点に関する被告の弁論は何ら説得的ではない」⁴⁴⁾。

「憲法改正権者の規定上の権限は、ドイツ基本法 79 条 3 項により制限されている。その際に、憲法改正権者によって議決された憲法改正に関しては、憲法適合的解釈の優位という原則が適用される。同条項は、その適用範囲について、憲法改正権者に対しても絶対的構成要素の保護を保障している。これは、ドイツ基本法 1 条及び同 20 条にある諸原則の中核的要素のみを包含する」⁴⁵⁾。

「憲法改正法律によるドイツ基本法 79 条 3 項の違反は、当該基準に即した規範の解釈がその余地をもたない場合にのみ生じる。個々の憲法規定は、ドイツ基本法の全体的関連性の中で設定され、ドイツ基本法の基本的な諸原則とドイツ基本法の価値秩序に適合させながら解釈されなければならない。憲法改正権者は、その憲法原理に抵触しない限りで、憲法典に規定を導入しようと努めるが、そのことがまず原則的に目指されなければならない。かかる憲法改正規範の解釈が、当初より行われていない場合には、ドイツ基本法 79 条 3 項違反が想定される」⁴⁶⁾。

憲法改正権者が遵守しなければならない不可侵の絶対的構成要素とは、人間の尊厳及び国家構造の原則を憲法改正権者が篡奪してはならないことである。ドイツ基本法 79 条 3 項のいわゆる「永久保障条項」(Ewigkeitsgarantie) の意義は、同条項がそのほかの憲法規定に比べて優越しているとみさなれ、同条項によって引かれた限界を尊重しないような憲法改正は、「違憲の憲法」として示され、無

43) Ibid., Rn. 198.

44) Ibid., Rn. 199.

45) Ibid., Rn. 200.

46) Ibid., Rn. 202.

効とする点にある⁴⁷⁾。本件では「ドイツ基本法 79 条 3 項によって保護された規範内容は、同 21 条 3 項によって抵触されたとはいえない。そのことは、民主制原理と人間の尊厳の保障に照らしてあてはまる」⁴⁸⁾。

(2) 政党排除条項とドイツ基本法との調和性

「ドイツ基本法 21 条 3 項に基づき国家による財政援助より反憲法的政党を排除することは、同 79 条 3 項の永久保障条項に抵触するような同 20 条 1 項及び 2 項に定める民主制原理の空洞化を表してはいない。『戦闘的民主制』(wehrhafte Demokratie) と呼ばれているドイツ基本法の概念によれば、自由で民主的な基本秩序の廃止を目指す政党は、ドイツ基本法 21 条 2 項に基づき禁止され、ひいては同 1 項 1 文による国民の政治的意意思形成への協力のための憲法委託の行使から完全に妨げられる。その際、『戦闘的民主制』の概念は、国家による財政援助からの排除を通じてそのような政党に対し不平等で不利益を課すことも含まれている。同 79 条 3 項によって保障された民主制原理の実体、つまり自己決定をしながら自由かつ平等に政治的意意思形成に市民として参加し、また国民によって国家権力行使を正当化するのだという要請は、そのことによって影響を受けない」⁴⁹⁾。

「ドイツ基本法 21 条 3 項の制定は、憲法改正権者に政党禁止という敷居を超えない『戦闘的民主制』を形成する権限付与の行使としてみられる」。

「確かに、国家による財政援助より当該政党を排除することは、国民の政治的意意思形成の過程への機会均等としての参加に対して、深刻に場合によっては存立そのものを脅かす手段で侵害することもある。しかし、この措置が、正に自由民主主義的秩序を除去する政党に向けられている場合、当該措置は『戦闘的民主制』への支持の結果として、ドイツ基本法の自由で民主的な秩序の保護に仕える点に関しては、何ら変化を与えてはいない。ドイツ基本法 21 条 2 項に基づく政党の違憲性の確認に関する連邦憲法裁判所の独占権は、政党禁止の確認判決が下されまで、政治的意意思形成の過程への平等な参加を求める政党の要求に関しては、そのまま継続して残り、政党の存立に対する一切の行政的介入は許されないことに

47) Ibid., Rn. 204.

48) Ibid., Rn. 210.

49) Ibid., Rn. 218.

なるが（いわゆる政党特権）、この拘束は、憲法改正権者には全く適用されない。つまり、憲法改正権者が、民主制的自己決定と国民主権の憲法諸原理の形成にあたり、その秩序の廃止を目的とした民主制的自由の濫用を阻止するのだという視点を考慮に入れることに關し、何ら妨げられることはないと⁵⁰⁾。

「以上のことからすると、ドイツ基本法 21 条 3 項は、同 79 条 3 項に基づいて不可侵に保障されている同 20 条 1 項及び 2 項の民主制原理に抵触しない。この規範は、自由で民主的な基本秩序を保障するために、民主制原理の具体的形成を発展させることとは原則的に対立しない。政党の機会均等は、ドイツ基本法の民主制概念によって絶対的に保障されるわけではない。むしろ、自由民主主義の存立が正に保障されなければならないとの条件の下では、この民主制概念が、ドイツ基本法 21 条 1 項の政治的意意思形成の自由と政党の自由への侵害のための余地を与えていた。ドイツ基本法 20 条 1 項及び 2 項の民主制の要請は、政党の機会均等という原則を含むといえるが、それには政党が根本的な民主制の『役割のルール』(Spielregeln) を承認し、かつ尊重している場合に限られる。その前提が欠いている場合には、国家給付の供与にあたり考慮すべき規定は、ドイツ基本法 79 条 3 項によって保障されている民主制原理の中核内容に対する侵害にはあたらぬ。そのことによって、政治的意意思形成への市民の平等な参加の要請、国民によるすべての国家権力行使の正当化の要請も、実体的に疑問視されることはない」⁵¹⁾。

（3）政党排除条項と NPD 支持者の人権との抵触の課題

「憲法改正に対しドイツ基本法 79 条 3 項により保護されている同 1 条 1 項に定める人間の尊厳の保護要求と尊重要求は、侵害されていない。人間の尊厳は、連邦憲法裁判所の判例においてドイツ基本法上、最も価値あるものとして承認されている。国家権力は、この価値をあらゆる現象形態において尊重し、保護しなければならない。自由に自己決定をし、自らの運命を自己責任を負いながら作り上げていく人たちとして把握する人間觀がそこにはある。国家秩序の形成は、あらゆる市民の自由な自己決定という觀念を考慮に入れなければならない。自由を可能にする人間の固有価値と尊厳から出発すると、ドイツ基本法は、市民の権利

50) Ibid., Rn. 223f.

51) Ibid., Rn. 225.

の内に自由と平等、選挙と投票を通じて市民に関わる公権力について実質的かつ個別的に決定を下すことを保障し、同時に民主制原理に内包する人権の中核も保障している」⁵²⁾。

「ドイツ基本法 1 条 1 項と結びついた同 79 条 3 項により保障されている民主制の自己決定への要求について、国家による財政援助からの反憲法的政党の排除は、これを侵害していない」。「人間の尊厳保障が、財政援助より排除された政党に対して抵触するかは、当初より問題外である。そのことは法人として人間の尊厳に準拠することもできない」⁵³⁾。

「反憲法的政党の財政援助からの排除により民主制的自己決定への市民の要求を侵害するとの主張も、問題外である。確かに財政援助からの排除が、政治的意思形成への協力にあたり当該政党にとっては不利益になり、場合によっては政治的意見の論争から切り離されることになる。しかしこのことは、各人に対して政治的意思形成への自己決定としての協力と国家権力の正当化の機会が消滅する結果になるわけではない。民主制的自己決定への要求は、ドイツ基本法が定めているように、自由民主主義的秩序の形成への平等な参加に関連する。この秩序の廃止を目指す政党を支える可能性がなくなる場合、あるいは公金から切り離されて政治的意見の論争への参加の機会が著しく阻害された場合、有権者が国家行為の単なる客体となり、自身の民主的な自己決定権の行使について妨げられるという結論にはならない。むしろ自由で民主的基本秩序の枠内で政治的意思形成への協力の機会と国家権力の正当化の機会を利用するか、またそれをどのようにするのかは、有権者の自己責任による判断に留保されている」。

「その際に、個々の諸要素あるいは自由で民主的な基本秩序を全般的に拒絶することは、各有権者に委ねられている。人間の尊厳に根を置く民主制的自己決定への要求は、政治的意思形成への平等な参加の機会を利用しない権利をも含んでいる。しかし、その要求には『戦闘的民主主義』を採用したドイツ基本法の基本決定を放棄して反憲法的政党も国家による財政援助に参与できるとの権利は、含まれない」⁵⁴⁾。

52) Ibid., Rn. 228f.

53) Ibid., Rn. 230f.

54) Ibid., Rn. 232f.

(4) ドイツ基本法 21 条 2 項における「目指す」と同 3 項における「志向する」との差異

「ドイツ基本法 21 条 2 項に基づく『目指す』(Darauf Ausgehen)」と同 3 項 1 文に基づく『志向する』(Darauf Ausgerichtet) との前提条件は、同一ではない。『志向する』とは自由で民主的な基本秩序の除去あるいは侵害を行い得る力がありかつ計画的な行為を前提としているが、そこにはこの潜在性の必要性はなくともよい。2017 年 1 月 17 日の判決 (NPD 判決のこと——引用者) で判示したように、「『目指す』とは、政党自身が積極的行動を通じてその目的のために力を尽くし、自由で民主的な基本秩序を侵害もしくは除去あるいはドイツ連邦共和国の存立を危うくすることに向けて活動することを要する。ドイツ基本法 21 条 2 項は、主義主張の禁止あるいは世界観の禁止を含まず、組織の禁止なのである。政党が自身の反憲法的目的をもって世間に登場し、自由で民主的な基本秩序あるいは国家の存立に対する攻撃をしたとき初めて、ドイツ基本法 21 条 2 項に基づく介入が考えられる。したがって政党は、自身の（反憲法的）目的を公言すること以上に、自由で民主的な基本秩序あるいは国家の存立への戦いのために限界点を超えていなければならない」⁵⁵⁾。

「したがって『目指す』とは、自由で民主的な基本秩序の侵害もしくは除去あるいはドイツ連邦共和国の存立を脅かす力のある準備の意味における計画的行為を必要とする」⁵⁶⁾。もっとも「政党の行為が、ドイツ基本法 21 条 2 項の保護法益に対する具体的危険の段階にあることは必要とはしない。同条項における具体的危険の必要性の放棄は、この規定が、ナチズムの擡頭と民主主義の敵に対するヴァイマル憲法の（想定できる）無防備さからの反応であるとの事情から導き出せる。そのことは、ラディカルな活動がその地歩を築き上げればあげるほど、より一層これに対峙して戦うことが困難になるとの歴史的経験に起因している。加えて、具体的危険が生じる時点、つまり自由で民主的な基本秩序の除去もしくは侵害あるいはドイツ連邦共和国の存立を危うくする充分な蓋然性をもってその事態が進行していくような時点は、通常、正確には確定できない」。そのため「政党禁止の例外的特性に応じて、『目指す』は、ドイツ基本法 21 条 2 項の保護法

55) Ibid., Rn. 277f.

56) Ibid., Rn. 279.

益に対して向けられた政党の行為が必要でありつつも、少なくともこれが推定され得る重みのある具体的端緒が、存在するだけで足りるといえる」⁵⁷⁾。

これに対して「ドイツ基本法 21 条 3 項 1 文における『志向する』は、自由で民主的な基本秩序またはドイツ連邦共和国の存立に対する戦いのための敷居を超えることのみを前提としつつも、潜在性の敷居が超えられたか否かとは関わりがない」。そのことは、同条項の制定史が示している。つまりこの条項は、2017 年判決を背景に制定されたが、そこではドイツ基本法 21 条 2 項における『目指す』規定が、保護法益の具体的な侵害であるかが問題とされた⁵⁸⁾。これに対し「憲法改正権者の意思によれば、この新規定は、自由で民主的な基本秩序またはドイツ連邦共和国の存立に敵対する目標を追求する政党を当初より国家補助金の受領について考慮してはならない機会を与えたのである。この反憲法的目標設定が、その目標の成功の蓋然性に全く関わりなく、国家による政党財政援助からの政党排除に関する唯一の構成要件的前提条件である。この『潜在性』は、ドイツ基本法 21 条 3 項 1 文に基づく国家による財政援助からの排除に関しては何ら関係性をもっていなかった。むしろ『段階づけられた』制裁可能性が作られたのであり、国家補助金を支出しない場合には、政党禁止に比べてより低いレベルでの要求で足りるとされていた。これに対応してドイツ基本法 21 条 2 項の文言とは異なる文言を意識的に考え出し、構成要件的特性である『目指す』ではなく『志向する』との文言に替えられたのである」⁵⁹⁾。

(5) 政党排除の適用に関する 5 つの基準

「政党が自由で民主的な基本秩序への『闘い』のための敷居を超えたかどうかは、その時々の個別事例の状況に応じて判断されるべきである。その際に、①財政構造、②組織構造、③獲得票率 (Wahlbeteiligungen) は、自由で民主的な基本秩序に対峙する政党の攻撃的・闘争的態度を示す第一義的な微表である。これに加えて特に重要な点は、④政党が自由で民主的な基本秩序の侵害のために戦略的概念を利用し、⑤この秩序の転覆を計画的に進めているのか否かである」⁶⁰⁾。すな

57) Ibid., Rn. 282.

58) Ibid., Rn. 286f.

59) Ibid., Rn. 288.

わち、①財政構造に関しては、政党が政党法 18 条 4 項に基づく国家補助を受領している政党か否かという基準である。②組織構造に関しては、政党が「反憲法的目的の実現のための計画的行動の兆候」をもっているか否かの基準である。③獲得票率については、政党が連邦またはラントの議会選挙に参加し、どのくらい有権者からの投票を獲得しているのか否かの基準である。つまり、政治活動が高いレベルで国民の支持を受けているかどうかが基準とされる。その際、政党法 2 条 2 項 1 文によれば、6 年間、連邦議会またはラント議会の選挙に参加していない政党は政党の地位を失うことから、過去 6 年間の政党の選挙活動が重要な視点となる。④反憲法的活動については、「政党が中長期的に自己の反憲法的目的を達成するために戦略的概念を利用」しているか否かの基準である。⑤その戦略的概念を実行しているかに関しては、政党が自己の戦略的概念に基づいて具体的な活動を行っているか否かの基準である。具体的には「世間へのアピール度、党幹部、党員、支持者たちの行動」が、継続的に反憲法的目的を志向していることが重要な視点である⁶¹⁾。

連邦憲法裁判所は、以上の基準を NPD の行動について詳細にあてはめ、NPD を国家による政党財政援助から排除することについて、その根拠があると判示した。すなわち、NPD は、2017 年判決においてすでに確認されているように、「ドイツ基本法 21 条 3 項の意味における反憲法性」がみられ、先の判決以降も NPD は、継続的に「その目的と NPD 支持者の行動に基づいて自由で民主的な基本秩序の除去を志向している」⁶²⁾政党と判断された。

この判決によってドイツ基本法 21 条 3 項自体は、憲法適合的と判断され——「違憲の憲法ではない」——同時に NPD への当該条項の適用も憲法適合的と判示された。その結果、2017 年以降の NPD をめぐる一連の連邦憲法裁判所と各国家機関との対立と和解が、ドイツ基本法改正とその関連法の制定、またこれらの法適用の合憲性の確定を通じて行われ、この問題は一応の終結をみた。

60) Ibid., Rn. 296.

61) Ibid., Rn. 297-301.

62) Ibid., Rn. 316.

五、2024 年判決の意義

I. ドイツ基本法 21 条改正と政党法制整備の課題

2017 年における一連の NPD をターゲットとした法改革については、これを支持する学説が大勢を占めている。この法改革には多くの論点が含まれるが、本稿との関連で次の論点について、一言しておこう。

第 1 に、ドイツ基本法 21 条 3 項の規定と同 79 条 3 項のいわゆる永久保障条項 (Ewigkeitsgarantie) との関係、つまり憲法改正の限界が、政党財政援助排除規定によって乗り超えられ、「違憲の憲法」が発生したのかという点である。この点については、ミュラーは、政党の機会均等はドイツ基本法 79 条 3 項の永久保障と関連しつつも、しかし政党の機会均等は、「絶対的に何らの制限もなく保障されることを意味しない。むしろ自由で民主的な基本秩序 (FDGO) の保護法益も同条項によって確保されているのだ。その保護法益が、政党により主導された世間の議論の中で継続的に問題にされるならば、実用的な協調の原則は、その政党に制裁を課すことを許容している」⁶³⁾。

この主張は、シルヴァーニにもみられる。シルヴァーニは、ドイツ基本法 21 条 3 項に基づく政党排除は、確かに機会均等への政党の権利に対する著しい侵害であるとは、指摘している。しかし、機会均等への政党の権利が民主制の一つの現れだとしても、これを限定的な例外事例がある場合でかつ正当な理由があれば、ドイツ基本法の改正は許容できるとみている。すなわち、「ドイツ基本法 21 条 3 項は、機会均等への政党の権利を完全に除去しているのではなく、国家財政援助がかかわっている部分だけに制限を課しているのである。そのほかの政党による公的給付に対する請求権に関しては、機会均等への権利は触れられていないままである」⁶⁴⁾。

こうした見解が打ち出されたのは、シルヴァーニが適切に言及しているように、次の見方が前提となっている。「闘う民主制の原理は、特定の領域において機会

63) M. W. Müller, Der Ausschluss von der staatlichen Finanzierung als milderer Mittel zum Parteiverbot, in: DVBl., 16, 2018, S. 1039.

64) F. Shirvani, Parteienfinanzierungsausschluss als verfassungsrechtliche Ausprägung streitbare Demokratie, in: DÖV., 2018, S. 924.

均等原則を制限するための正当な理由を示している。すなわち、憲法の最高の基本価値に敵対する政党は、公金による助成によって強化されではなく、自由民主主義の活動基盤を除去する立ち位置に置いておくべきではない⁶⁵⁾。つまり、ドイツ基本法 79 条 3 項の内容物として闘う民主制の原理が当初より憲法典に組み込まれ、同 21 条 3 項はこれを現実化するための新たな条項である故に、両条項には抵触問題は発生しないという思考回路がそこにはある⁶⁶⁾。

第 2 に、ドイツ基本法 21 条 2 項と同 3 項との関係に関してである。ミュラーは前者の政党禁止条項の構成要件的的前提条件と後者の政党排除条項のそれとの間には段階構造、すなわち、反憲法的政党の活動評価基準として次の 3 つの段階の審査基準があると指摘している⁶⁷⁾。

第 1 の基準とは、政党が自由で民主的な基本秩序を主観的に侵害または除去する意図 (beabsichtigt) があるか否かである。そこでは、「目指す」 (Ausgehen) と「志向する」 (Ausrichten) の比較検討が行われ、「志向する」の意味は、大概念である「目指す」からの引かれた部分 (Minus) を指す。具体的な評価にあたっては、ここでは当該政党の政党綱領、その他の公刊物、党内の関連文書が対象となる⁶⁸⁾。

第 2 の基準とは、政党の目的がいかなる外部的效果を与えていたのかという点である。その際、政党の目標設定が継続的でそれ相当の方法で世間や党员の行動に現れている場合には、当該政党はこの目標設定の実現を志向していると判断される。この判断にあたっては、全体的に自由で民主的な基本秩序の除去または侵害を目的とした政党として現れていることが重要な視点となる。少なくとも、これが認められた場合には、ドイツ基本法 21 条 3 項に基づく国家による政党財政援助からの排除は成立すると考えられる⁶⁹⁾。

第 3 の基準は、政党禁止にまで至るかどうかの審査基準であり、それはもっぱら客観的基準で評価されるべき潜在性の課題、つまり政党が近い将来、自ら求

65) Ibid.

66) Der Ausschluss aus der staatlichen Parteienfinanzierung, 2021, S. 293f.; M. Jores, a.a.O., (Fn. 24), S. 261.

67) M. W. Müller, a.a.O., (Fn. 63), S. 1039.

68) Ibid.

69) Ibid.

める反憲法的目標の実現に成功し得るか否かという蓋然性に関わる基準である。そこでは、「総合的考察の評価」を下にした予測判断が必要となる。具体的には、当該政党の状況、社会への影響力、官吏部門と議席における当該政党の露出度に関連する⁷⁰⁾。

この 3 つの基準の内、前 2 者が満たされる場合が政党財政援助からの排除、3 つが満たされる場合には、政党禁止が成立するということになる。そうすると、政党禁止と政党排除は、外的構成要件は同一であるため、第 3 の基準に至らない段階で政党に不利益を課した方が、国家統治者からみれば反憲法的政党を政治過程から除外しやすくなる。また、実際にもその方が、連邦憲法裁判所の厳格な証拠検証を回避して、迅速な反憲法的政党への対処方針が定まると考えられる。政党排除が政党禁止よりも「緩やかな手段」とみなされる所以である。

II. ドイツ基本法 21 条 2 項と 3 項の併用

既存法上、政党禁止と政党排除が併用されることに留意が必要である。すなわち、連邦憲法裁判所法 43 条 1 項によれば、「政党の違憲（ドイツ基本法 21 条 2 項）または国家による財政援助からの排除（同 21 条 3 項）に関する決定の申立ては、連邦議会、連邦参議院または連邦政府によりこれを行う。国家による財政援助からの排除に関する決定の申し立ては、政党の禁止に関する決定の申立てに伴う予備的申立てとして行うことができる」と定めている。この規定に準拠すれば、申立権者は、政党禁止と政党排除のどちらを適用するか、また大概念である政党禁止の申立てを行いつつ、この訴訟が失敗するのを回避するために、政党排除の予備的申立ても行うことができる。これは申立権者の自由裁量に属する。実際の場面では、この 2 つの訴訟方法が併用され、申立権者の訴訟リスク回避手法——政党禁止が無理でも政党排除だけは成功させるための手法——が利用される点は、今後の大変な課題となるはずである。

では国家による政党財政援助からの排除が、政党禁止よりも「緩やかな手段」であり、あるいは政党排除は政党禁止の代替として描くことは正確なのであろうか。この点について、シルヴァーニは、「ほとんど第 2 の政党禁止の構成要件」⁷¹⁾

70) Ibid.

71) F. Shirvani, a.a.O., (Fn. 64), S. 924.

を導入しているという見解を否定している。というのも、政党禁止と政党排除の法的効果は、規範レベルにおいてそもそも違うベクトルを当初より組み込んでいるからである。政党禁止は、政党の自由と政治的意意思形成への重大な侵害を意味し、その法的効果は時間的に無制限に及ぶ。政党禁止は、政党組織の結合に向けられ、一切のさらなる団体としての政治的活動を防ぐことにある。そこでは、政党は選挙団体としての自己の権利を失い、当該政党所属議員の議席も喪失する。政党財産も没収される。これに対し、国家による政党財政援助からの排除は、財政面に限り政党の機会均等を失うに止まる⁷²⁾。政党排除の判決を受けた政党も、その憲法的地位は保障され、継続して政治生活に参加することも許容されている。つまり、政党排除は、公金からの政党の排除に限定され、「市民社会からの政党自体の除籍」を意味しないからである。しかし、政党排除のベクトルが出発点において異なる方向をもっているといつても、現実の場面では、そのベクトルの方向は、政党禁止へと向かうことは確実であり、両者間にその質的相違があるというのは、極めて図式的捉え方であろう。

六、小結

ドイツ基本法 21 条 3 項における政党排除条項の成立は、NPD に対する 2 回の政党禁止訴訟の失敗をその直接的契機としている。しかも 2017 年判決において、連邦憲法裁判所が、本件訴訟の提訴権者である連邦参議院の訴えを棄却する中で、政党禁止以外の何らかの政党制裁を設けることは、憲法改正権者に留保されると判示した点は、連邦参議院にとっては魅力的提言と映ったのであろう。というのも、既存の憲法典上の政党規制に関する法的座標軸が、極右政党に対して機能しないのであれば、憲法典自体の座標軸の変動、すなわち、政党規制の審査基準そのものの変動を行えば、従来の座標軸から抜け落ちる政治主体に対し新規の憲法的統制は可能となる。新たな政党規制の座標軸が設定されれば、「政党の本来的自由な領域」における「規制」としての政党規制立法も、当然、構築できるし、しかも「動かされた座標軸」に基づく法的評価の場面においても新規立法

72) Ibid.

の合憲推定機能は著しく高まる。加えて、連邦憲法裁判所は、統治者による政治主体への規制に関し、「動かされた座標軸」の中でのみ法的紛争処理を行わざるを得ないため、新規規制法律への立法裁量を尊重することが課せられる。

実際、2017 年のドイツ基本法 21 条 3 項の挿入（政党排除条項）によって、ドイツ基本法における「政党の本来的自由な領域」の「規制」次元は変動し、この変動した次元に立脚する政党法及び連邦憲法裁判所法などの関連法が改正され、新たな政党規制を拡大した法的座標軸が完成した。しかも 2024 年に連邦憲法裁判所は、この一連の憲法改正権者と立法者の動向を受容し、NPD に対する（判決時では Die Heimat）政党排除という金融制裁措置に合憲判断を加えた。その決定的意味は、座標軸変動がもたらす法的効果としての連邦憲法裁判所を拘束する審査基準が再設定されたこと、政党規制の次元の意味空間が拡大したところにある。

この視点からすると、次の 2 つのが指摘できる。第 1 に、ドイツ基本法における「闘う民主制」の変容についてである。「自由の敵には自由を与えない」とのドイツ基本法上の憲法原理的課題が、「お金」という即物的な文脈にまで拡大された点である。とはいえ、かかる反憲法的政党に対する金融制裁が加えられようとも、人間の政治的行動様式を変容させることは、おそらく困難であろう。というのも、憲法典に内在する闘う民主制は、イデオロギーの一種であり、その対象が政党に向けられても、当該政党の支持者個人は、これに対応する形で相当程度のイデオロギー傾斜を増してくるからである。たとえ「二流市民」と国家より評価され、さげすまれても「個人の内心の自由」と「これに基づく行動の自由」は、制限できないからである⁷³⁾。所詮、国家による政党財政援助からの排除は、政党への制裁なのであり、個人の主義主張、世界観自体を制裁対象にはできない⁷⁴⁾。

第 2 に、昨今のドイツ政治の動向である。2025 年 2 月 23 日の第 21 期連邦議会選挙において右翼勢力を糾合してきた AfD が、630 議席中 152 議席を獲得し、連邦議会内第二党の地位を占めるに至った。現在のドイツ政治における最大の課題は、NPD/Die Heimat ではなく、AfD の躍進の評価問題にある。では、AfD に対し、連邦政府、連邦議会、連邦参議院は、現在のドイツ基本法上の座

73) Ibid., S. 923.

74) M. W. Müller, a.a.O., (Fn. 63), S. 1038.

標軸で対抗することが可能であろうか。それは、政党禁止と政党排除というドイツ基本法 21 条の「闘う道具」の使用可能性の課題である。従来、AfD に対しては、その政党近接財団であるデジデリウス・エラスムス財団 (Desiderius-Erasmus-Stiftung/DES. 2018 年設立) に対する国家補助金排除政策によって対処してきた⁷⁵⁾。では、AfD 本体に対して国家統治者は、「闘う民主制」の論理で立ち向かうことができるのか、あるいはその手段は既存法に依拠するのか、あるいはさらなる法政策を策定するのであろうか⁷⁶⁾。

この課題は、確かにドイツ政治状況と EU 政治によって流動する。しかしそれと同時に、「闘う民主制」へのドイツ国民の支持と信頼という国民の「憲法への意思」が重要な視点である。この課題への答えは、ここ数年の間に生じるであろう統治主体と国民とのギリギリのせめぎ合いで明らかになるはずである。

75) 政党近接財団に関する国家補助問題については、加藤一彦「政党近接財団への国家財政援助の憲法問題」『現代法学』(東京経済大学現代法学会誌) 48 号 (2025 年) 45-72 頁参照。

76) AfD に対して連邦議会の 113 名の議員が、2024 年 11 月 13 日にドイツ基本法 21 条 2 項による政党禁止及び同 3 項に基づく国家政党財政援助からの排除を求めて申し立てを行った。DT-Drucksache 20/13750. しかし、この申し立ては、委員会において審議・議決されなかった。その後、2024 年 12 月 16 日にシュルツ首相へ信任動議が否決され、連邦議会は解散されたが、現段階では (2025 年 8 月末) 新規の申し立てはなされていないようである。