

〔論 説〕

ドイツ連邦憲法裁判所裁判官の選出手続の改革をめぐる議論について（2・完）

— Zum Stand der Diskussion um die Reform des Wahlverfahrens für die Mitglieder des deutschen Bundesverfassungsgerichts (Teil II) —

岡 田 俊 幸

目次

- I はじめに
- II 現行の連邦憲法裁判所裁判官選出手続
- III 学説の展開
- IV 緑の党連邦憲法裁判所法第6条改正案をめぐる議論
 - 1 緑の党連邦憲法裁判所法第6条改正案
 - 2 研究者の見解 ((8)まで和光経済33巻2・3号に掲載。)
 - 3 法務委員会における審議とその結果
- V 候補者に対する公聴会の実施をめぐる議論
- VI 結びにかえて (以上、本号)

[はしがき]

(1) 本稿は、筆者が2001年に当時勤務していた大学の紀要に発表した論文「ドイツ連邦憲法裁判所裁判官の選出手続の改革をめぐる議論について（1）」(和光経済33巻2・3号(和光大学社会経済研究所、2001年) 55頁以下) の続き（後半部分）である。未完成の論文を15年以上もの長期間放置しておいたのは筆者の無力と怠慢の結果と言うほかなく、誠にお恥ずかしい限りであり、弁解する言葉は見つからない。筆者は、最近、ドイツ憲法判例研究会編(鈴木秀美・畠尻剛・宮地基編集代表)『ドイツの憲法判例IV』(信山社、近刊予定)において、連邦議会における連邦憲法裁判所裁判官の間接選挙方式を定めた連邦憲法裁

判所法6条は合憲であると判断した2012年6月19日連邦憲法裁判所第二法廷決定(BVerfGE 131, 230)の解説を担当する機会を与えられたが、同決定の解説を執筆する過程において、15年以上も前に発表した上記論文が未完成であることが気になり、これ以上恥をさらし続けることは耐え難いと感じるようになった。そこで、未完成の論文を完結させるための論文（後半部分）を急いで作成し、現在の勤務先の紀要に一前半と後半を異なる紀要に掲載することは異例のことであり、紀要の編集委員長にはご迷惑をおかけすることになったが—掲載していただくこととした。本稿も、いくつかの問題点について十分な考察ができなかったことなど、不備の極めて多い論文ではあるが、今は未完成の論文をようやく完成できたことで満足するしかない。〔注：本論文の前半の注(1)において言及したペーベルレの講演集は、現時点では出版されている。ペーター・ペーベルレ(井上典之・畠尻剛編訳)『文化科学の観点から見た立憲国家』(尚学社、2002年)。〕

(2) 本稿が検討の対象としている緑の党の連邦憲法裁判所法第6条改正案の主要な内容の一つは、連邦憲法裁判所裁判官の選出を連邦議会本会議においてではなく、選出委員会によって行うという間接選出方式を定めた（当時の）現行法を、連邦議会本会議

において直接に選出する方式に改めることを求めるというものであった（もう一つは、候補者に対する公聴会の実施である。）が、2015年6月24日に連邦憲法裁判所法6条を改正する第9次連邦憲法裁判所法改正法が公布され（BGBl. I S. 973），同月30日に発効し，連邦議会が選任する裁判官の選出手続は直接選出の方式に改められ，この点においては，緑の党的主張は実現している。本稿において説明又は引用されている連邦憲法裁判所法6条は改正前のものであることに注意していただきたい。連邦憲法裁判所が，2012年6月19日の決定において，連邦議会における連邦憲法裁判所裁判官の間接選挙方式を定めた連邦憲法裁判所法6条は合憲であると判断したにかかわらず，上記の改正が実現したのは，間接選出方式を定めた（改正前の）連邦憲法裁判所法6条を戦後一貫して擁護してきたCDU/CSU, SPD及びFDPが従来の考え方を変更したからであるが，連邦憲法裁判所法6条改正の経緯等については，別途論文を作成してこれを解明する予定にしているので，本稿ではこの点には触れない。

〔脱稿後、「日本公法学会第81回総会ご案内」によって，2016年10月8日及び9日に開催された日本公法学会総会第81回総会において，本稿の主題に関する二つの報告がなされていることを知った。 笹田栄司「司法過程と民主主義」においては，「最高裁判官の任命に際しての『任命諮問委員会』設置」についての検討が，見平典「最高裁判所と民主主義—最高裁判所裁判官人事を中心に—（仮題）」においては，「中長期的課題」として，「選任時の公聴会制度の可能性」についての検討が予告されている。ただし，筆者は日本公法学会総会第81回総会に出席しなかったので，実際の報告の内容は分からぬ。〕

IV 緑の党連邦憲法裁判所法第6条改正案をめぐる議論

2 研究者の見解

（9）エルヴァイン

政治学者で当時コンスタンツ大学教授であったエルヴァインは，連邦議会本会議による裁判官選出について反対の意見を述べる一方，公聴会の実施については，「慎重かつ控え目に」（S. 120）ではあるが，賛成の意見を述べている。エルヴァインは，まず，議論の前提として，連邦憲法裁判所裁判官の選出手続は有効に機能してきたこと，そして，3分の2の多数という政党間の「合意強制」は連邦憲法裁判所の憲法上の機能に適合的であることを指摘する（S. 145）。

エルヴァインは，一方において，連邦議会本会議による裁判官選出に以下の理由で反対する。エルヴァインによると，3分の2の多数は，それを形成する者の間の交渉過程を前提とするが，この交渉過程は，最終的に少人数のサークルに調整を委ねる場合にのみ実効的に機能し得る。少人数のサークルにおける調整の結果，交渉は，次回以降の選出を含むパッケージに至ることが多い。また，このパッケージが全体として成立することが保障されなければならない。この保障は，少人数の信頼できるサークルにおいてのみ可能であって，連邦議会本会議においては，投票に際して議員に対して会派による拘束（党議拘束）を強く及ぼさない限り不可能である（S. 10）。つまり，合意強制は，「無制限の代理権をもって本会議に代わって行動する見通しのきく委員会」においてのみ機能する。本会議による選出は実行可能なものではない（S. 148）。

他方でエルヴァインは、公聴会の実施には賛成する。⁽²⁹⁾ エルヴァインは、まず、3分の2の多数は、それを形成する者の間の交渉過程を前提とする、つまり、「取引」によって成立するものであるから、交渉過程・取引の経過は必然的に非公開とならざるを得ないものであって、選出手続に先行する候補者の事前選考は内密に行われるものであることを指摘する（S. 10）。そうだとすると、選考過程の全体を透明化することは考えられず、透明性の改善は狭義の選出手続についてのみ可能である。そして、エルヴァインは、アメリカ合衆国の事例を模範として委員会における聴聞を規定する改正案を「議論に値する」と評価する。アメリカ合衆国においては、大統領の提案権と上院の関与権とが対抗関係にあるので、合衆国連邦最高裁判所裁判官の場合においては、上院における聴聞において人物の審査及び思想傾向の審査が行われるのに対して、ドイツにおいては、3分の2の多数という合意強制があり、公聴会が実施される時点ではすでに実質的な決定がなされている、という点でアメリカ合衆国との比較は限定的にのみ可能であるにもかかわらず、「大きな政治的影響力を有する職務に就く人物が就任前に質問を受け、それに応答することは、たしかに異議を出す

ことはできないし、歓迎されなければならない」⁽³⁰⁾（S. 146 f）。なお、エルヴァインによると、3分の2の多数という合意強制はすでに公聴会の時点において影響を与えるものであるから、小会派によって提案され、選出される見通しがほとんどない候補者に対して聴聞を行うことは不適切である。合意強制と「少数派の完全な同権」とは両立しない（S. 147）。また、公聴会における質疑応答の事項についてルールを定式化することはできず、ある程度の政治的熟練と各人の独立的判断に委ねざるを得ない。このような聴聞を耐え難いと感じ、それに怖気づく候補者は、連邦憲法裁判所裁判官の職にあまり適しているとは言えない（S. 147）。

（10）ライヒト

当時週刊新聞「ツァイト」の副編集長であったジャーナリストのライヒトは、一方において、連邦議会本会議が裁判官の選出を行うことに以下の理由から賛成する。第一に、選挙人委員会は、基本法94条1項2文において規定されている「全議員の関与権」を決定的に縮減するものであるが、これを正当化する憲法上の根拠を挙げることはできない（S. 153）。第二に、連邦議会における裁判官選出方法と連邦参議院における裁判官選出方法との間のコント

(29) なお、エルヴァインは、法務委員会公聴会の審議において、候補者に対する公聴会は選挙人委員会においてではなく、法務委員会において行われるべきであると発言している（S. 12）。この発言に対して、SPDのドイブラー＝グメリン（Herta Däubler-Gmelin）は、なぜ公聴会を選出委員会にではなく法務委員会で行うのか、その理由を質問した（S. 58）。また、SPDのピック（Eckhart Pick）は、公聴会を法務委員会で行うことに対する「共感」を示した（S. 66）。これを受けたエルヴァインは、公聴会を法務委員会で行う理由について、第一に、法務委員会は「使い慣れた手続」を有しているからであり、第二に、法務委員会は「比較的大きな委員会」であるからであり、第三に、法務委員会の委員は選挙人委員会にも属している場合が多いからである、と答えている（S. 121）。この点について、プロイスは、法務委員会は、他の多数の法律問題を日常的に扱っているので、公聴会を実施するのにより適格な機関である可能性があるが、公聴会を選出委員会で実施するか、それとも法務委員会で実施するかは、「便宜」の問題であると発言した（S. 97）。ニーブラーは、法務委員会か特別の委員会かは「純粹に政策的な問題」であると指摘した（S. 101）。また、ベンダは、自らが選挙人委員会の委員であった当時、選挙人委員会には連邦議会の指導的人物が属しており、これらの人物は必ずしも法務委員会に属していなかったことを指摘しつつ、「政治的種類の横断的視点」を提供する者が関与する可能性を開いておくべきであり、この視点は選挙人委員会における選出に賛成する根拠となると発言した（S. 125）。

(30) なお、エルヴァインは、「少数派の保護」について、法務委員会公聴会の審議において、3分の2の側に属さない者が裁判官の選考に完全な範囲で関与する可能性はないことは明らかであるが、3分の2の側に属さない者が少なくとも、公聴会に参加し、聞くことを確保することは可能である、と発言している（S. 122）。

(31) 連邦憲法裁判所裁判官人事に精通したジャーナリストとしてフロンメ（Friedrich Karl Fromme）が著名であるが、参考人としてライヒトが選ばれた理由は不明である。

ラストをさらに強めるような立法は行うべきではなく、むしろ、両者を構造上接近させるように配慮すべきであるから、連邦議会においても本会議による裁判官選出が行われるべきである（S. 156 f.）。第三に、裁判官が連邦議会本会議によって選出されることになると、会派指導部は、予定している候補者の適格性について出来るだけ多くの議員を説得しなければならなくなる。これにより技術的・法的意味における公開性が生み出されるわけではないが、「理由付けの強制」が従来よりもはるかに広い土台に置かれ、12人の委員会の密室の中で「こそこそと行われる（Muschelei）」という危険が予防される（S. 157）。なお、連邦首相や国防受託者の選出の場合と同じように、連邦憲法裁判所裁判官の選出においても本会議における討議手続は行うべきではない（S. 153）。

他方、ライヒトは、公聴会の実施については反対の意見を述べている。ライヒトは、緑の党案に三つの問題点を見出す。第一に、緑の党案においては、公聴会の想定される機能が不明確である。合衆国最高裁判所裁判官の選出においては、上院における聴聞は、「大統領の単独の指名権に対する反射作用」、言い換えると、「二つの憲法機関の間における機関相互の統制の手段」である。これに対して、緑の党案においては、議会は他の憲法機関から候補者が示されるわけではなく、選出機関がその内部から出された候補者について判断するのであって、聴聞は「潜在的に対立的な手続の道具」ではない。合衆国においては、聴聞の結果として大統領の指名が拒否される場合があり、聴聞においては、大統領が下した決定を拒否する説得的な理由が明らかになるかが重要である。このような「不信任聴聞」においては、聴聞の方向性は比較的明確である。これに対して、緑の党案は、誰をどのような理由で裁判官に選出するかを公聴会においてはじめて明らかにしようとするものであり、聴聞は「特定の手続類型に集中することなく一般的にあれこれとつつき回すこと

（Herumstochern）」に等しい（S. 154）。

第二に、緑の党案に従えば、補充される裁判官職の数よりも多くの候補者を聴聞することにならざるを得ないが、裁判官に選出される見込みがせいぜいのところ五分五分である場合に、一体何が候補者を公開の調査を進んで受けようとする気持ちにさせるのか、不明である。アメリカ合衆国における選任手続においては、候補者は、大統領によって指名されており、選任される前に最後のハードルを越えなければならない、という状況にある（S. 156）。

第三に、連邦議会における裁判官選出手続と連邦参議院における裁判官選出手續は構造上接近させるべきであるから、連邦憲法裁判所裁判官の半数だけが連邦議会における公聴会という「障害馬場」を走らされるのは理解し難い。このことは、連邦議会における「ハードル」を乗り越えるよりも連邦参議院の「割当」の中に入れてほしいという候補者の気持ちを強めるに加えて、論争的な候補者を連邦参議院が選任する半数のポストを利用して裁判所に送り出そうとする大政党の傾向を強めることになる（S. 156 f.）。

3 法務委員会における審議とその結果

(1) 以上の叙述により、参考人が法務委員会公聴会に提出した意見書を個別的に紹介する作業は終了した。つぎに、法務委員会公聴会の審議における委員と参考人との質疑応答のやりとりを紹介しよう。何よりもまず注目されるのは、緑の党のヘフナーの質問である。ヘフナー（Gerald Häfner）は、「根本問題」として、連邦憲法裁判所は「まったく通常の裁判所（ein ganz normales Gericht）」なのか、それとも「国家指導機関（staatslenkendes Organ）」であるのか、という問題を提起している（S. 65）。また、同じく緑の党に所属するニッケルス（Christa Nickels）は、裁判官が強大な権限を有しているという現実から出発すげると指摘し、「この強大な権限」と、裁判官が「政治的な方

向決定と裁判との交差点に位置していること」は、選考手続を通して裁判官の民主的正当性の強化を考慮することを必要とすると発言している（S. 60）。

ヘフナーの質問に対して、シュテルンは、連邦憲法裁判所が、憲法機関としてのその地位に比して、裁判所であり、裁判機関であることを強調している。シュテルンは、次のように発言している。連邦憲法裁判所法1条が、連邦憲法裁判所は他の機関と並んで憲法機関であると規定しているとしても、このことは、「裁判作用」、すなわち、「連邦憲法裁判所が本来的に従事しなければならないこと」に影響を与えるものではない。「この裁判所が、規範に関する裁判によって、例えば法律を無効であると宣言することができ、かつ他の方法によって政治過程に介入することができる、ということは、たしかに正しい。ただし、憲法を基準として判決を下すことがこの裁判所の中心的任務であることについては、我々は意見を一致させるべきである。……裁判所は、一私はこのことを繰り返して強調しておきたいのであるが—自らを裁判機関と理解し、その75巻にわたる判例集において、何よりもまず憲法を基準として判決を下してきた。当然のことながらここでしばしば基本権の具体化、基本権の展開を推進しなければならないこと、さらには、憲法の書かれた文言をあちこちで拡張的に解釈しなければならないことは、私見によると、この裁判所の職務に、正しく理解された裁判の本質の職務に属する」。そうだとすると、連邦憲法裁判所の「裁判官」を選出するということに焦点が合わせられなければならない。連邦憲法裁判所裁判官は「高度の民主的正当性」を有していないなければならないが、「憲法機関として地位」から、「これまで選出手続によって規定されてきたこと、すなわち、連邦議会及び連邦参議院による特別多数」を超えることを読み取ることができるとする考えを、私ははっきりと拒否する、と（S. 70 f.）。

連邦議会議員の経験のあるシューマンは、「議会人」の立場から、連邦憲法裁判所は「国家指導機

関」ではなく、「裁判所」であると発言している。連邦憲法裁判所は、法律問題だけを判断しなければならないのであって、それ以外のことは求められない。政治問題は、連邦議会及び連邦参議院において決定される。それ故、連邦憲法裁判所は、「法のみを語る機関」である（S. 85）。さらに、ピュトナーは、「裁判官像に関する意見のある種の不一致」を語っている。ピュトナーは、連邦憲法裁判所が政治的機能を有していることを否定しないが、しかし、問題は、この政治的要素を、すなわち、連邦憲法裁判所の判決が政治的影響を有しているという事実を強めるのか、それとも、憲法裁判所は、当事者間の紛争において中立的に判決を下すという任務を処理するために設置されたものなのか、ということであると指摘しつつ、裁判所は、まさに当事者に対して、たとえ基本法の解釈について争っているとしても、一定の作法に従って解答すべきものである、という立場を表明している（S. 90 f.）。

これに対して、プロイスは、次のように反論した。「政治的指導機関」という概念を用いたのは、何も好みや憲法政策的希望を定式化するためではなく、「憲法によって十分に表現されてもいる裁判所の実際上の政治的性格」から結論を導き出したにすぎない。このことを否定し、連邦憲法裁判所は、それにもかかわらず裁判所であると主張することは、存在する政治的事実関係を「聖書外典（Apokryph）」に押しやり、権力関係において消滅させるものである。また、連邦憲法裁判所法は、裁判官の資格として、年齢40歳以上と法曹資格を要求しているが、法曹資格は、法律家としての最小限の資格であって、法曹資格しか要求していないことは、立法者が当時、連邦憲法裁判所を「政治的機関」と見ていたことの「明らかな証拠」である。さらに、放送制度など我々の社会構造の主要な要素が連邦憲法裁判所の判例によって発展を遂げてきたことからも、連邦憲法裁判所が指導機関であることを否定することはできない、と（S. 92 f.）。加えて、法務委員会は連邦

憲法裁判所に係属している事件について議会として意見表明をするかどうかを審議しているが、そこでは、裁判所としての連邦憲法裁判所の意義を強調するのが「不文の多数意見」であるとのCDU/CSUのヘルムリッヒ（Herbert Helmrich）の発言（S. 98）を受けて、プロイスは、次のように反論した。裁判所の政治的性格をあえて強調したが、連邦憲法裁判所の裁判所としての性質を否定するものではない。連邦憲法裁判所は、他の裁判所のように妥当している法は何かという問題を判断するのみならず、いかなる法が妥当しているのか、という法の妥当性それ自体について判断する、という点で、連邦憲法裁判所は他の裁判所とは異なる。憲法裁判所は、裁判所ではあるが、「憲法の拘束力のある内容に関する最終的解釈権」を有しており、他の裁判所が有している「通常の枠組みを超越している」。我々は、裁判所の「二重の性格」のうち、裁判所の「その他の次元」を、選出手続を通して考慮しなければならない、と（S. 99 f.）

プロイスの発言を受けて、ニーブラーは、次のように発言した。言うまでもなく連邦憲法裁判所は、司法機関であると同時に憲法機関でもあるという二重の機能を有する。憲法の解釈は最終的には「国家哲学上の問題」であるから、憲法機関として、その作用からして政治的なものに接近し、政治的な問題について判断を下す。しかし、だからと言って、連邦憲法裁判所が政治的裁判所になるわけではない。我々は、政治的機関として連邦議会や連邦参議院を有しており、連邦憲法裁判所が政治的裁判所であるとすると、我々はそれを必要としない、と（S. 100）。また、ヘルツォークは、連邦憲法裁判所は政治機関か、それとも裁判所か、という問いは、夜が寒いか、それとも外が寒いか、という問い合わせと同じようなものであり、両者は相互に排除するものではない

い、と指摘しているが、それにもかかわらず連邦憲法裁判所は「政治的指導機関」ではないことを強調した⁽³²⁾（S. 115）。なお、ジーモンは、憲法裁判所は、一方において、「司法機関」であるが、憲法という政治的法を適用し、解釈しなければならないのであるから、「極めて政治的な」司法機関であることについて偽ってはならないが、他方において、「重要な政治機関」ではないことについても偽ってはならない、と指摘している（S. 81）。また、ライヒトは、「政治的指導機関」というプロイスの導入した像は間違いであり、連邦憲法裁判所は、「合理化された、法律及び法を基準とした理由付け強制」を伴った「政治的統制機関」であるとの見解を表明した（S. 112）。

このように、公聴会の審議においては、連邦憲法裁判所裁判官の選出手続のあり方を議論するための出発点となる基本的考え方として、「連邦憲法裁判所の性格」に関する各人の立場が問われたのであった。

（2） 緑の党の連邦憲法裁判所法第6条改正案の主要な内容の一つは、連邦憲法裁判所裁判官の選出を連邦議会本会議においてではなく、選出委員会によって行うという間接選出方式を、連邦議会本会議において直接に選出する方式に改めることを求めるというものであった。この提案には、連邦憲法裁判所裁判官を選出委員会によって間接的に選出するという方式の憲法適合性という憲法解釈上の問題と、連邦憲法裁判所裁判官を選出委員会によって間接的に選出するという方式よりも、連邦議会本会議において直接選出する方式がより適切であるかどうかという憲法政策上の問題が含まれている。

まず、憲法解釈上の問題であるが、連邦憲法裁判所裁判官を選出委員会によって間接的に選出するという方式は違憲であるとの立場から、次のような發

(32) ヘルツォークは、年間約3500の判決・決定のうち3470件は、創造的要素が含まれているとしても、純粹な裁判活動であり、残りの30件（例えば、兵役拒否の事件）において、連邦憲法裁判所はある種の政治的判断を下さなければならないが、決して政治的指導機関ではない、と述べる（S. 115）。

言があった。まず、プロイスは、基本法38条は「直接選挙」という文言を用いており、基本法94条は連邦議会による「選挙」という文言を使っているところ、基本法94条に「直接」という言葉が欠けていることから、基本法94条の「選挙」は間接的であることもあり得るとのアルンツ（Adolf Arndt）の解釈論に対して、これは「少し法文に拘泥しすぎる解釈」であって、基本法38条から正反対の結論を導き出さなければならぬと主張している。基本法38条が選挙の直接性を定めているのは、国民はその決定をする場合に一回限り、つまり連邦議会によってのみ媒介化されるべきであるという趣旨であり、連邦議会は全国民を代表するもので、全国民のために行動する。したがって、委員会による連邦議会のさらなる媒介化は、憲法上の明文の規定が必要である、と（S. 94 f）。また、ライヒトは、本会議における選出が「不可避的である」と主張し、次のように発言した。基本法38条に依拠したアルンツの論証は「まったく合目的的ではない」。基本法38条は、市民が選挙人委員会を通して「濾過される」ことから市民を保護するもので、議員は公職担当者であり、議員の権利を単純に合目的性の衡量から縮減することはできない。連邦議会によって選出を行うとされているところでは、必ずそのように行われなければならない。これは、「憲法を擁護しようとする機関」の担当者を選任する場合、「最小限の要求」である、と（S. 113 f.）。

これに対して、ニーブラーは、「学説における明確な多数」が選出委員会による選出を合憲と解している、と発言し（S. 101）、ヘルツォークは、連邦憲法裁判所の両法廷が、この点について検討する機会があるにもかかわらず、検討しなかったことから一自らはこれらの判決に関与していないが—これに對して「深刻な疑惑はない」と考えている、と発言した（S. 116）。

つぎに、「憲法政策上の問題」であるが、議員の経験のあるシューマンは、「議会人」として投票を

出来る限り本会議で行うことを重視するが、本会議の決定を3分の2の多数によって行うのは困難であるから、連邦憲法裁判所裁判官の選出の場合、本会議の決定は得策ではない、と発言した（S. 81）。また、ベンダは、決定を下す機関が大きければ大きいほど、そこに入る情報は「液化される」が、これは、決して悪意によるものではなく、本会議と会派との間の分業の必要性から生じるものであるところ、決定を下す機関は、候補者に関する包括的な情報に基づいて決定を下すべきであるから、決定機関は情報が行き渡る程度に小規模であるべきである、と発言した（S. 125 f.）。なお、SPDのデヴィット（Hande With）が連邦議会本会議における裁判官の選出を肯定的に評価する発言をしている点に注目される（S. 55）。

(3) ところで、選出手続の「透明性」を悪化させている要因と一つして、実際の選考は少数の人々によって行われており、連邦議会選挙委員会の決定権限も形骸化していることが、緑の党の連邦憲法裁判所法第6条改正案の提案理由にも指摘されているし、学説や意見書においても指摘されているところである。このような現状認識に対して、CDU/CSUのシュタルク（Anton Stark）は、選出委員会の委員は、会派から、裁判官として選出することにすでに合意した人を伝えられ、その人を選出するだけにすぎないというのは、事実に合致しないと反論している。シュタルクによると、選出委員会委員との事前の話し合いが数多く行われ、その段階で個々の委員が会派の決定にもかからず候補者となった人物に反対し、その人物が取り下げされることもある。「少なくとも最近の十年」は、選出委員会の委員は、分厚い資料に基づいて、相互に議論をし合っている（S. 62 f.）。

上記のような反論に対して、公聴会の審議においては、次のような発言がなされた。シュテルンは、選出委員会が「追認するだけの状況」が存在しないことを聞いたことは喜びとするところであるが、批

判されているのは、何故この人が選ばれて、あの人が選ばれなかつたのか、という理由が人々にとって必ずしも十分に見通すことができない点にあると指摘している（S. 69）。ベンダは、自分は1969年から1971年まで選挙人委員会に所属していたが、当時、連邦憲法裁判所裁判官の選考について同委員会で審議されたことはなく、現在の実務については文献で情報を得るだけであると述べた上で、かりに学説の批判が正しいとしても、これは「法改正の問題」ではなく、「実務の変更の問題」であると発言している。候補者の人柄について独自の判断を包括的に形成し、誰かが推薦した者に「喝采して賛成する」のではない、自己責任による決定を下すことが選出委員会の任務であると考えるが、これを妨げる者はいないのである、と（S. 124）⁽³⁴⁾。

（4）緑の党の連邦憲法裁判所法第6条改正案は、連邦憲法裁判所裁判官の選出手続において候補者に対する公聴会を実施することもその主要な内容としている。まず、SPD所属の議員であるピックは、公聴会の審議において、「参考人の多数」が聴聞手続に否定的な立場を表明したことについて「困惑している」と発言していることが注目される。ピックは、聴聞手続に否定的な立場は、聴聞手続において候補者が傷付けられ負担をかけられるという「前理解」に基づくが、我々は、議会人として、「期待可能性の限界」を知っており、何が人格権と関係するかも知っているので、上記のような前提から出発することは不適切であると批判している。また、ピックは、「連邦憲法裁判所と立法府との関係」といった質問は「正当な質問」であると指摘している（S. 66 f.）。また、プロイスは、公聴会の審議においても、意見書で展開した主張を繰り返している。「責任、正当性及び民主的統制の間のバランスのとれた

関係」が連邦憲法裁判官においては不完全であるところ、連邦憲法裁判所は「極めて高度の政治的権限」を有し、これにより「重要な政治責任」を負っているが、極めて例外的な場合を除いて統制に服さない。それだけに裁判官選出の民主的正当性のモーメントを強めることが重要となる、と（S. 96 f.）。なお、プロイスは、公聴会の質問事項として、「憲法政策上の基本的考え方」、例えば、「連邦憲法裁判所の役割の評価」に関する考え方などが想定されると指摘している（S. 95）。

これに対して、シュテルンは、公聴会を実施すると、人々は、候補者の学問的見解ではなく、候補者が裁判官としての将来の活動においてどのような態度をとるのを知りたがるのであり、この点に公聴会の危険がある、と発言した（S. 71 f.）。また、ライヒトは、議会における権力闘争を否定できない以上、ある会派が他の会派の候補者を貶める危険性がつねに存在する、と指摘している（S. 111）。さらに、ベンダは、反対の理由として意見書で論述したことを短く述べている。公聴会の実施に反対の理由は「過大な負担の問題」ではなく、むしろ、公聴会において示される「資質」が、果たして高位の裁判官職に任命するのにとくにふさわしいと考えられる適格性メルクマールであるかどうかの問題である。裁判官として傑出した人物に属すると考えられる人が公聴会において「立派に見せる」ことにならざるを得ないが、これは正しくない。傑出した政治家であることを示す資質は、良い裁判官の本質をなす資質とは同じではない。誰が実際にもっとも適格な人物であるか、このような人物をどのように見出すのか、という問題に焦点を合わせると、公聴会は「役に立たない道具」である、と（S. 129 f.）。

ジーモンは、意見書において、候補者に対する

(33) この立場は、候補者を推薦する機関はその推薦に理由を付けるべきであるとの提案と結び付く。

(34) なお、ジーモンは、選出機関が追認するだけの状況になつてないことを教示してもらったのは喜びであると述べるだけで、形骸化の問題は自分より議員の方が判断することができるとして、この点について発言を控えている（S. 72）。

「非公開の」聴聞の実施を提案しているが、公聴会の審議においても、次のように発言している。仮に自分が重要な決定を下さなければならない場合、自らその根拠を詳細に点検し、事情を正確に知ることを望むところ、詳細でない知識に基づいて判断を下さなければならない場合には、他人を信頼せざるを得ないが、このような状況は連邦憲法裁判所裁判官の選出のような重要な決定においては排除されなければならない。選出機関の委員は、実際に各自が事情を知る手段を持つべきである。聴聞手続における質問事項については、聴聞手続の経験がないため、「無遠慮な質問」や「事柄に関する質問」の危険がないとは言えないが、原則として各委員は正しいと考えることを質問することができ、質問が拒否され、又は議長がこれを制止するということに委ねざるを得ない。「一般的な憲法政策上の専門的立場についての議論」に限定されるわけではないが、「議会と裁判所の境界線画定」、「憲法裁判の限界設定」に重点があると考えられる、と（S. 72 f.）。また、ベンダも、「公開の」聴聞には反対するが、「非公開の」聴聞を「検討に値する」と指摘している（ただし、ベンダは、ジーモンの提案と異なり、聴聞は、一つの可能性にすぎないのであって、必ず実施しなければならないものではないと主張する。）。ベンダによると、公開の聴聞と非公開の聴聞ではその機能において決定的な相違がある。緑の党は、公聴会を「透明性の手段及び機能」と見ているが、非公開の聴聞は、もっぱら「情報の補充」にすぎない。すなわち、選出委員会の委員は、候補者の身上書や著作を読むが、必要は場合には情報を補充しなければならない。例えば、候補者が一定の憲法上のテーマについて一定の立場を採っていることから、どのような結果を引き出すかは、各委員の責任による判断に委ねられているが、候補者がどのような立場を採っているかを知ること、その情報を得ることは、各委員の権利であり、一定の範囲では義務でもある（S. 127 f.）。また、ベンダは、候補者との対話におい

て、その人柄についての印象を形成し、候補者が、その人柄から判断して、専門的基準のみならず人柄に関連する要素も決定的に重要である合議体において一定の役割を果たすことができる適格性があるかどうかを検討できるという点でも、聴聞は有用である、と指摘している（S. 128）。

これに対して、シューマンは、聴聞手続に何の意味も見出せないとしてジーモンの提案に反対する。候補者である人を詳しく知りたいというのであれば、これらの人々はすでに知られていると言わなければならない。連邦憲法裁判所裁判官になりたいという人に何を質問すべきなのか、私には分からない。個人的なことに興味はないし、健康であることは医者が言ってくれるであろうし、専門的なことは書かれたものを読むことができる、と（S. 84）。また、ヘルツォークは、公開の聴聞のみならず、非公開の聴聞にも反対している。ヘルツォークは、髪をたくわえていないことを質問することに何の問題もないが、一定の事項について候補者の考え方を固定化しようとしているという外観を生じさせることが公聴会の問題点であり、議会での出来事が新聞に報道されることを避け難い以上、非公開の聴聞もこの問題点を排除するものではない、と発言した（S. 119）。

ところで、シュテルンは、裁判官の選出手続の「透明性」を高めるための方策として、「候補者推薦機関の拡充」を「候補者推薦機関が候補者の推薦理由を示さなければならない」という仕組みと併せて提案している。シュテルンは、次のように発言している。候補者推薦機関が推薦理由を示すことによって情報提供がなされ、推薦理由を示し、候補者の名前を挙げることによって透明性がもたらされる。候補者の名前が公式にテーブルの上に置かれ、推薦機関はその人物を推薦した理由を示さなければならない。また、選出機関も、推薦された候補者を選出せず、他の者を選出した理由を示さなければならない。「専門家によって構成される候補者推薦機関」に対しては、これまで以上に「著しく高度の透明

性」と「公衆への情報提供」が期待される。と（S. 68）。また、シューマンは、「選出委員会モデル」を維持する場合、「出来る限り詳しい理由付けによる透明性」が有効であると指摘する。理由付けは、「典型的に法治国家的かつ民主的な手段」であり、必ずしも際限のない公開ではない。秘密選挙や秘密投票などは非民主的ではなく、秘密の領域も民主制の一部であって、秘密のプロセスは非民主的ではない。我々は、手続の最終段階において根拠付けをすることができ、それにより議会全体に情報が提供される、と（S. 32）。さらに、ニーブラーも、「情報を改善するために」、候補者の推薦に理由附記義務を導入することに賛成した（S. 102）。

（5）以上が公聴会の審議における委員と参考人との質疑応答の概要である。法務委員会は、1989年11月17日の第62回会議において、公聴会の議論を踏まえて緑の党の改正案についての審議を行い、最終的にこれを否決した。⁽³⁵⁾この会議において、各党の委員は各党の立場を改めて表明している。

まず、緑の党のヘフナーは、次のように発言した。同党の改正案の目的は連邦憲法裁判所裁判官の選出を「民主化するとともに、透明性の要請をこれまで以上に考慮すること」にあるところ、そのために裁判官の選出を連邦議会本会議に戻すべきであり、このことは「基本法の文言」も求めているところである。第二の関心事は、候補者に対する公聴会の実施である。公開の聴聞手続に対しては、適格性のある候補者が公聴会の試練を乗り越えられない可能性があり、公聴会の実施は候補者にとって有害となる可能性があるとの懸念が表明されているが、連邦憲法裁判所裁判官の「傑出した公的機能及び重大な責任」に鑑みると、公開の聴聞手続に耐えることを候補者に求めなければならないのであり、この勇気を持たない者は、あれこれの判断に際して必要となる

勇気を奮い起こすことはないだろう。改正案の核心は、政党から直接に指名された政治家がそれぞれの候補者について裏取引をしているという悪評から連邦憲法裁判所裁判官の選出を解放することである、と（S. 15 f.）。

つぎに、CDU/CSUのガイスは、次のような発言をした。連邦憲法裁判所裁判官の選出に必要な3分の2の多数を得ることは、本会議においてよりも、少人数で構成される委員会において達成することができる。複数の候補者からの選考のような「微妙でデリケートな」決定は少人数のサークルに委ねるのが合理的であるようにも思われる。また、候補者を公聴会においてその適格性を審査するという方法の採用にも反対である。何よりもまず、公聴会において立派に戦い抜く者が良い裁判官になるという前提から出発することはできない。裁判官は、部や法廷などの比較的狭く見通しのよい場所で議論し、意見交換をしなければならない。つぎに、公聴会によって、候補者が特定の政治的サイドに立たされ、いずれかの政党の一員であるとの烙印が押される危険が生じる。憲法政策的問題は、極めて政治的な問題であることが通常であり、候補者が選出の前に憲法に関連する特定の政治問題について質問され、自らの立場を明らかにするように強制される場合、裁判官の独立が損なわれ、将来の裁判官が一定の政治的方針に固定化される可能性があり、場合によっては不公平であるという外観が生じることになる、と（S. 16 ff.）。

さらに、SPDのヴィーフェルスピュツ（Dieter Wiefelspütz）は、緑の党の提案に反対の立場を表明した。まず、選出委員会による選出は違憲であるとの見解は、たしかに憲法学者によって主張されているが、「明らかに少数意見に分類することができる」。40年以上も違憲の実務が行われていたとの考

(35) Protokoll der 62. Sitzung des Rechtsausschusses am Freitag, dem 17. November 1989, S. 15. 以下、この会議における各委員の発言の典拠としてこの議事録を引用する場合には、割注の形式で該当頁数を示すこととする。

えは間違っているように思われる。従って、現行の手続は合憲である。また、SPDは、従来の選出手続は中核部分において成功しているが、「改善」はあり得るとの見解を有しており、より高度の透明性を達成するために「システム内在的な継続的発展」を追求しているのであるが、公聴会の実施に関しては、連邦憲法裁判所裁判官の候補者は公聴会を恐れではならないのであり、委員会がケースバイケースで公開の会議を開催し、有用であると考えられる限りで聴聞を実施する、ということが考えられる。これは法改正をしなくとも可能であり、透明性の増大に貢献する。他方、人事決定は、つねに事前の話し合いが必要であり、決定過程を可視化するという意味での「透明性」は不可欠であるが、選出を本会議に移すことは何の改善ももたらさない、と（S. 19 f.）。

この発言に対して、緑の党のヘフナーは、次のように反論した。裁判官選出に事前の話し合いが必要であることは疑問の余地はないが、「選出という民主的行為」は本会議において行わなければならぬ。何故なら、そうでなければ、「必要な正当化の力」が欠けるからである。選出委員会による選出は、連邦議会による選出よりも少ない「正当化の力」しか有していない、と（S. 20）。また、ヘフナーは、「委員会における非公開の聴聞」と「本会議における報告義務と選出」を定める案で妥協する用意のあることを表明した（S. 21）。

続いて発言したSPDのデヴィットは、連邦憲法裁判所長官及び副長官については、連邦憲法裁判所が、連邦大統領、連邦首相、連邦参議院議長との対比において、どのような地位を有しているかを表現するために、連邦議会本会議において公開で選出するという考え方を示した。連邦大統領、連邦首相及び連邦参議院議長は、公開の行為で選出され、選出された者は演説を行う。そこでは、「国のトップたち」がどのような正当性を有しているかがはっきりと分かる

が、連邦憲法裁判所もこれに属する、と（S. 22）。

最後に、FDPのファンケ（Rainer Funke）は、現行の選出手続が機能していないことが明らかになった場合に新しい法律を制定すべきところ、現行の選出手続に重大な欠陥はないと指摘した。また、公開の場で自分をとくに良く見せることができる者が、「問題を学問的に良く処理できる」能力があるとは限らないと公聴会の実施に否定的な発言をした（S. 24）。

(6) このようにして緑の党の提出した連邦憲法裁判所法第6条改正案は他党の賛成が得られず、同案をめぐる議論は1989年11月17日の法務委員会第62回会議において終結した。緑の党は、その後も、1987年3月20日に連邦議会に提出し、法務委員会で審議された連邦憲法裁判所法第6条改正案とほぼ同じ内容の改正案を連邦議会に提出している。

まず、90年連合／緑の党は、第12立法期の1993年7月5日に、連邦議会本会議によって連邦憲法裁判所裁判官を選出すること、その前に委員会において候補者に対する公聴会を実施することを内容とする連邦憲法裁判所法第6条改正案を連邦議会に改めて提出した。⁽³⁶⁾ 同案は、1993年9月23日の連邦議会本会議において審議された。CDU/CSU所属のフォン・シュテッテン（Wolfgang Freiherr von Stetten）は、「公開の選考」は「さらし者にすること」であり、「笑い物にすること」であると批判し、将来の連邦憲法裁判所裁判官をいかなる状況においてもこのよう⁽³⁷⁾な目にあわせてはならないと発言した。SPD所属のデヴィットは、合衆国における公聴会の存在理由は、大統領が裁判官を指名し、カウンターバランスもなく最高裁の人事構成を決定することができることに対する「バリア」である点にあるが、ドイツでは、バリアは3分の2の多数であって、これが大勢力の間の合意を必要なものとし、「中庸への」傾向を支えている、として90年連合／緑の党案に否定的な発言をするとともに、連邦議会本会議による選出につい

(36) BT-Drucksache 12/5375.

(37) BT-Plenarprotokoll 12/176, 15295 D.

ては、これにより連邦憲法裁判所の重大性が公衆の意識において強まり、より高度の透明性が調達され、⁽³⁸⁾ グループにも関与を認めることになるとして、90年連合／緑の答案に肯定的な発言をした。連邦司法省政務次官フンケは、緑の党が1987年3月20日に連邦議会に提出した案に関する連邦議会法務委員会報告書を引用しつつ、選出機関の「民主的及び議会的正当性」は十分であること、候補者の公開聴聞は、結果として連邦憲法裁判所の独立性及び非党派性を疑問視させる重大な不利益を必然的に伴うことを指摘し、この評価は改めて提出された改正案にも当てはまると発言した。⁽³⁹⁾ その後、90年連合／緑の党の提出した改正案は、連邦議会において審議されなかった。

さらに、90年連合／緑の党は、第13立法期の1995年7月25日、連邦議会本会議における選出と公聴会の実施を含む連邦憲法裁判所法改正案を連邦議会に提出した。⁽⁴⁰⁾ 民主社会主義党（PDS）も、同じく第13立法期の1995年10月18日に、緑の党案と同じ趣旨の内容を有する改正案を連邦議会に提出した。⁽⁴¹⁾ しかしながら、両者ともCDU/CSU、SPD及びFDPの賛成を得られず、連邦議会において否決された。

（7）加えて、90年連合／緑の党は、2008年6月18日に、「連邦憲法裁判所女性裁判官及び男性裁判官の選出手続を改善するための法律案」及び「連邦憲法裁判所女性裁判官及び男性裁判官の選出手続を改善するためのドイツ連邦議会議事規則の改正」⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾案を提出した。「連邦憲法裁判所女性裁判官及び男性裁判官の選出手続を改善するための法律案」は、連邦憲法裁判所法6条を、「連邦議会により選任さ

れる連邦憲法裁判所裁判官は、委員会の候補者名簿に基づき、連邦議会によって選出される。この手続及び選出に必要な多数は、連邦議会議事規則がこれを規定する。」と改正することを提案している。また、同案は、連邦憲法裁判所法7条を、「連邦参議院による裁判官の選出手続は、連邦参議院議事規則がこれを規定する。その際に、選出に必要な多数及び候補者の聴聞に関しても定めるものとする。」と改正することを提案している。そして、「連邦憲法裁判所女性裁判官及び男性裁判官の選出手続を改善するためのドイツ連邦議会議事規則の改正」案は、連邦議会議事規則112条の後に「連邦憲法裁判所裁判官の選出」と題する10章を挿入することを提案している。同章は、112a条のみで構成されるもので、その内容は以下のとおりである（4項及び5項は省略した。）。

「① 連邦憲法裁判所裁判官は、法務委員会の候補者名簿に基づき、連邦議会により秘密投票で（第49条）、かつ討議を経ないで選出される。総票数の4分の3の多数を得た者が選出される。

② 候補者名簿は、法務委員会が決定する。候補者は、会派の申立に基づき、候補者名簿に登載されなければならない。

③ 法務委員会が連邦議会に推薦する候補者に対して、事前に、委員会により公開の会議で聴聞がなされるものとする。会派の申立に基づき、この聴聞は実施されなければならない。その後の審議及び議決は、非公開の会議で行う。」

(38) 「グループ」とは「会派」の要件を充たさない議員集団のこと（当時は、90年連合／緑の党は会派の要件を充たしておらず、「グループ」の地位にとどまっていた。）を指していると推測することが可能である。

(39) BT-Plenarprotokoll 12/176, 15296 A und B.

(40) BT-Plenarprotokoll 12/176, 15299 A.

(41) BT-Drucksache 13/2088.

(42) BT-Drucksache 13/2686.

(43) BT-Plenarprotokoll 13/230, 21116 D.

(44) BT-Drucksache 16/9628.

(45) BT-Drucksache 16/9927.

(46) Vgl. Jerzy Montag, Transparenz und Legitimität, ZRP 2008, S. 139.

90年連合／緑の党は、提案理由を次のように述べている。「連邦憲法裁判所裁判官の選出手続は不透明である。まさに最近の出来事がこのことを示している。公衆に対して、自分の考え方方に基づいて候補者についての確固たる見解を形成する可能性を作り出す手続きは存在しない。と同時に、候補者に対しても、候補者が候補者となっていることに疑念が生じた場合にこの疑念を事実に即した質疑において一掃することができる手続が提供されているわけではない」。また、「二つの大きな政治陣営（CDU/CSUとSPD）は、しばしば裁判官の任命をその共有の（単独の）領地とみなしており、小政党からも裁判所の最善の人事についての合意を得ることが求められているとは考えていないのが通常である」ととも、不透明さを悪化させている。さらに、合憲かどうかはともかくとして、連邦議会が、基本法の文言が規定しているように連邦憲法裁判所裁判官の選出を自ら行う、ということをせずに、それを他の機関に委譲しているのは、「もはや受け入れられない」。それ故、連邦憲法裁判所法改正案は、連邦議会が連邦憲法裁判所裁判官を自ら選出することを規定するとともに、選出の前に「透明な手続」を置いたのである。⁽⁴⁷⁾

90年連合／緑の党の提案に対しては、連邦議会の第一読会において、CDU/CUSとSPDに所属する議員から否定的な意見が述べられたが⁽⁴⁸⁾、同案は、法務委員会に付託された。法務委員会では、2009年6月15日に、6名の専門家を招いて公聴会が開催され、そこでは極めて興味深い議論がなされている（意見書も書面で提出されている）。2009年6月15

日に開催された法務委員会公聴会でなされた議論について、連邦憲法裁判所裁判官選出手続において候補者に対して公聴会を実施することの是非をめぐる議論に限り、次章において紹介することにしたい。90年連合／緑の党の提案は、法務委員会の審議⁽⁴⁹⁾を経て、連邦議会において否決された。

なお、90年連合／緑の党の提案理由で言及されている「最近の出来事」とは、いわゆるドライヤー事件である。ドライヤー事件についてここで詳しく紹介することはできないが、極めて単純化して言えば、2008年に退官が予定されていたハッセマー裁判官の後任として、SPDの推薦により、著名な国法学者でビュルツブルグ大学教授のドライヤー（Horst Dreier）が予定されていたところ、人間の尊厳などに関する彼の学説が各方面から（SPDの内部やSPDに考え方方が近い人たちからも）批判の対象となり、選出に至らなかった、という事件である。⁽⁵⁰⁾

V 候補者に対する公聴会の実施をめぐる議論

（1） 本稿の目的は、緑の党の提出した連邦憲法裁判所法第6条改正案を対象として開催された法務委員会公聴会において、連邦憲法裁判所裁判官の選出手続のあり方をめぐってどのような議論がなされたのかを明らかにすることにあり、この目的は、以上の叙述によりほぼ達成されたと考えられる。以下においては、連邦憲法裁判所裁判官の選出手続に含まれる憲法上の問題点の中から「公聴会の実施」の問題を取り上げ、法務委員会公聴会以降の政治動向及び学説の展開を叙述しておきたい。

(47) BT-Drucksache 16/9628, S. 4.

(48) BT-Plenarprotokoll 16/173, S. 18534.

(49) BT-Plenarprotokoll 16/230, S. 25934 A.

(50) Oliver W. Lembecke, Wahl und Auswahl. Die Besetzung des Bundesverfassungsgerichts als Problem der Parteidemokratie, Antonius Liedhegener/Torsten Oppelland (Hrsg.), Parteidemokratie in der Bewährung, Festschrift für Karl Schmitt, 2009, S. 105 f.

(2) ドイツの学会において連邦憲法裁判所の選出手続において候補者を対象とする公聴会を実施すべきことを70年代前半から首尾一貫して主張してきた研究者として、ヘーベルレを挙げができる。ヘーベルレは、すでに、1972年に開催されたあるシンポジウムにおいて、「公聴会の設置」を提案している。そこにおいて、ヘーベルレは、1971年11月にまさに現地で、アメリカ合衆国においては、全国民が、比較的小規模の地方新聞すらも、大統領が提案した保守的すぎるとと言われていた二人の候補者に対する公的聴聞にいかにきわめて強い関心を寄せていたかを観察できたこと、そして、二人の候補者が、その「法哲学」の観点から、例えば、エドワード・ケネディーのような専門知識を有する上院議員によって「くまなく光が当てられた」ことを指摘し、選挙人委員会（選出委員会）は、アメリカ合衆国において行われているように、候補者の適格性について公開で議論すべきであると主張した。⁽⁵¹⁾しかし、ヘーベルレの主張は、1987年に緑の党が連邦憲法裁判官の選出に際して候補者に対して公聴会を実施することを求める連邦憲法裁判所法第6条改正案を連邦議会に提出するまでは、他の研究者の関心を引いたようには見えない。緑の党の提案をきっかけとして、公聴会の実施は、他の研究者による議論の対象となったのであるが、IVでみたように、多くの研究者は、連邦憲法裁判所裁判官の候補者に対して公聴会を実施することに批判的であった。

その後の動きとしては、「ドイツ諸州による民主的に構成される連邦のための評議会」が1991年6月

29日に公表した憲法草案が注目される。同案は、連邦憲法裁判所を含む「連邦の最高裁判所の裁判官は、現在、あまり民主的ではなく、かつまったく不透明な手続において決められている。その際に、密室における話合いや政党間の取り決めが重要な役割を演じている。」との認識の下で、「裁判官選出の民主化及びより高度の透明化」を追求し、基本法94条1項2文を、「連邦憲法裁判所の構成員は、女性及び男性の候補者に対する公聴会の後、連邦議会及び連邦参議院によって半数ずつ選出される。」と改正するよう提案している。ヘーベルレは、1994年に、評議会案94条1項2文を支持する論文を書いている。この論文において、ヘーベルレは、公聴会の効用を次のように指摘している。公聴会によって、市民は、連邦憲法裁判所の広範な権限の故に連邦憲法裁判所裁判官として憲法生活を決定的に共同形成する者について、前もって情報を得ることができる。候補者は、自らの「前理解」を明らかにするとともに、憲法解釈方法論が理論的に要求する合理化作業を「実践的・個人的に」行わなければならなくなる。連邦憲法裁判所裁判官の選出に際して候補者の範囲が党派的に限定されている、としばしば批判されてきたが、公聴会の実施によって「候補者の範囲の党派的限定」が一部阻止され、「より多くの中立的な裁判官を」という要求（ゲック）の実現が容易になるであろう。すべての政党との「等距離」が例外ではなく、広く行きわたる可能性がある、と。ヘーベルレは、その後も、連邦憲法裁判所裁判官の選出に際して候補者に対して公聴会を実施すること

(51) Häberle, a. a. O (Anm. 2), S. 79 f.

(52) Bernd Guggenberger/Ulrich K. Preuß/Wolfgang Ullmann (Hrsg.), Eine Verfassung für Deutschland, 1991, S. 79. [クラトーリウム（小林孝輔監訳）『21世紀の憲法—ドイツ市民による改正論議』（三省堂, 1996年）70頁]

(53) Guggenberger/Preuß/Ullmann, a. a. O (Anm. 52), S. 224. [クラトーリウム・前掲注(52)176頁]

(54) Häberle, a. a. O (Anm. 3), S. 132. [ベーター・ヘーベルレ（畠尻剛・土屋武編訳）『多元主義における憲法裁判 P. ヘーベルレの憲法裁判論』（中央大学出版部, 2014年）277頁（280頁）。]

⁽⁵⁵⁾
を提案している。

(3) すでに述べたように、90年連合／緑の党は、2008年6月18日に、連邦議会法務委員会において候補者に対する公聴会を実施することを可能にする連邦憲法裁判所法及び連邦議会議事規則の改正案を提案し、この提案について、2009年6月15日に、⁽⁵⁶⁾連邦議会法務委員会公聴会が開催されたが、そこにおいて、連邦裁判所裁判官の選出に際して候補者に対する公聴会の実施に賛成する意見が出されていることが注目される。まず、ベルリン・フンボルト大学教授のマイヤー（Hans Meyer）は、公聴会の実施は「ドライヤー事件の後には必然的な帰結である」と主張する。何故なら、ある地位に応募すらもしていない人が、無遠慮な言論によって、正規の手続きにおいて自らを正当化し、あるいは自己の立場を説明することもできない状況に置かれることは「耐え難い」からである。マイヤーは、公聴会に対

する危惧について、次のように反論している。かりに私が墮胎や人間の尊厳について質問を受けたとしたら、どこに問題点が存在するのかを話すことには問題もない。他方、私はどのような判断をするのかについて話をすることはない。他の裁判官が自分よりも良い論証を有しているかもしれないが、他の裁判官と合議して初めて判断を下すことになると話をしてことになる。しかし、このような重要な質問に対して、どこに問題点が存在するのかを述べることができない人は、裁判官になることはできない、と（S. 15）。

また、1996年から2008年まで連邦憲法裁判所裁判官を務め、2002年以降（2008年まで）は同裁判所副長官の職にあったハッセマー（Winfried Hassemer）も、「ドライヤー事件」を踏まえて、公聴会の実施に賛成する意見を表明している。ハッセマーは、連邦憲法裁判所裁判官の選出において「秘密」又は

(55) 例えば、Peter Häberle, Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates, EuGRZ 2004, S. 123 [ヘーベルレ・前掲注(54)253頁以下] がそれである（ただし、この論文では、「この実践は、アメリカ合衆国では上院に存在するが、もちろん危険はらんでいる」とも指摘している。）。最近でも、Peter Häberle, Verfassungsgerichtsbarkeit in offenen Gesellschaft, in: Robert Chr. Van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., 2015, S. 36 f. [ヘーベルレ・前掲注(54)269頁] において公聴会に言及している。公聴会の実施を求めるヘーベルレの主張をどのように評価するかは難しい問題である。何故なら、ヘーベルレは独特的の憲法裁判論を開拓しており（例えば、「具体化された憲法としての憲法訴訟法」という主張）、公聴会の実施に関するヘーベルレの主張もヘーベルレの憲法裁判論（さらには憲法理論）全体との関係において考察しなければならないからである。この点については、すでに畠尻剛「ペーター・ヘーベルレの憲法裁判論—憲法裁判権と憲法原理論・憲法解釈方法論との交錯—」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編『日独憲法学の想像力下巻—栗城壽夫先生古希記念—』（信山社、2003年）231頁以下及び同「解説 ペーター・ヘーベルレの憲法裁判論」ヘーベルレ・前掲注(54)309頁以下によって詳細な考察が加えられている。また、「具体化された憲法としての憲法訴訟法」という主張については、高見勝利「西ドイツの憲法裁判—憲法訴訟手続を中心に」芦部信喜編『講座 憲法訴訟第1巻』（有斐閣、1987年）97頁以下（103頁以下）、畠尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第2版〕』（中央大学出版部、2013年）137頁以下【畠尻剛執筆】において紹介・検討がなされている。さらに、ヘーベルレの憲法解釈方法論については、渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』との対話（3）」国家学会雑誌111号5・6号514頁以下（542頁以下）、同「『憲法』と『憲法理論』との対話（4）」国家学会雑誌112号7・8号682頁以下によって詳細な考察が加えられている。ヘーベルレ・前掲注(54)は、ヘーベルレの憲法裁判論に関する主要な文献を訳出するという貴重な仕事であり、これによりヘーベルレの憲法裁判論の全体像が見通せるようになった。ヘーベルレの憲法裁判論に関する研究は、一筆者がどの程度貢献できるかはともかくとして一同書を土台としてさらに進展させなければならないと考えられる（ドイツでは、ヘーベルレの憲法裁判論をテーマとする博士論文（Jorge Luis León Vásquez, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozessrecht und Pluralismus, 2016）が出版された。）。

(56) 公聴会の審議における各委員及び参考人の発言は、Protokoll der 145. Sitzung des Rechtsausschusses am 15. Juni 2009 in der 16. Wahlperiodeに基づくものであるが、以下の叙述において委員及び参考人の発言を引用する場合には、割注の形式でこの議事録の該当頁数を示す。

(57) Hans Meyer, Zur Anhörung des Rechtsausschusses zum Thema Bundesverfassungsrichter am 15. Juni 2009, S. 5.

「部分的秘密」が存在しており、たとえ神経質な人々が公開の聴聞を受けることを好まず、連邦憲法裁判所の裁判官構成が現在のものとは異なるものとなる可能性があるとしても、これを試してみるべきだと主張している（S. 8）。ハッセマーは、「透明性」とは何かという質問（S. 20）に対して、「透明性」とは「候補者の発言する機会」（候補者が発言することができること）を意味するもので、公聴会は、候補者が思い通りにプレゼンテーションをすることができるフォーラムであると答えている（S. 30）。

さらに、シュナイダーは、ドライヤー事件において、候補者が自らに対してなされた非難に対して発言するフォーラムを有していない、という状況が発生したことを我々は知ったと指摘し、これを理由として、独特な形式の公聴会を提案している（S. 18）。シュナイダーは、次のように主張する。連邦憲法裁判所裁判官の現在の選出手続における最も重大な欠陥として、一般的に「透明性の欠如」が批判されている。民主的秩序は全体として政治的決定における透明性に依存するが、現行法は透明性の増大に貢献していない。しかしながら、法務委員会で候補者に対する公聴会を実施するという提案は間違っている。何故なら、諸会派は、他の会派の候補者に集中的に尋問することを試みることになるので、そこには、候補者の名声を傷付ける可能性のある「エキシビション演技」の危険が存在するからである。アメリカ合衆国上院における公聴会など他国の経験も好ましいものではない。最近、ドイツにおいて、

「悪い評判」や「嫌疑」が「誰からも認められない極めて有能な候補者」を失脚させたが、これに対して、この候補者は防戦することもできなかつたし、正規の枠組みにおいて立場を表明することもできなかつた。それ故、候補者が、より広い範囲の公衆に自らを知らせる機会を有する手続が必要である。現在、候補者は、メディアを通して防御することができますが、それは、候補者が公衆の前に「出世第一主義者」あるいは「官職の人事に文句ばかりつける人」として登場することを望まない限り、適当ではないし、これを求めるることはできない。ただし、このような面接手続が、政治家が自党以外の政党の候補者を「撃墜する」ことを試みるようなアメリカ合衆国上院の聴聞手続を模範とした聴聞手続に悪化しないように配慮しなければならないので、このような面接手続は政治家に委ねてはならない。むしろ、信頼でき、かつ非の打ち所がないことに何ら疑いの余地がなく、裁判官の職務経験もある独立した人物、例えば、連邦裁判所（連邦通常裁判所、連邦行政裁判所など）の6人の長官によって構成される機関が考えられる。このフォーラムは、政党の推薦した候補者に質問をし、これにより、候補者に対する事実に即さない攻撃を退け、自己の学問的見解の誤解を訂正するだけではなく、選出機関にも候補者の適格性に関する示唆を与えることができる。また、候補者との対話は、連邦憲法裁判所自らが主宰し、また同裁判所長官又は副長官が議事進行役を務めることもできる。この対話は、専門的に関心を有しているメディアにのみ公開すべきである、と。⁽⁵⁸⁾

(58) Hans-Peter Schneider, Stellungnahme, S. 5 f. さらに、シュナイダーは、個性的な政治家が、連邦憲法裁判所裁判官に選出された後には、極めて中立的な態度をとっていること、また、自分を選出した陣営の期待に反することもまれではない、ということを経験してきており、人は連邦憲法裁判所に選出された瞬間にある意味で突然変異をする、と指摘し、公聴会の議長を務めるのにはこの経験が重要であると、法務委員会公聴会の審議において発言している（S. 25）。なお、この提案は、憲法上の視点からのものではなく、「実用的な意見表明」であり、公聴会の実施に対して表明された疑問を排除するものではないが、弱めるものである、と（S. 26）。クリーガーは、シュナイダーの提案を「専門家による質疑」と特徴づけ、この質疑が議会の外に出されるとすると、大いに疑問であると指摘している。聴聞手続は連邦議会による選出の準備に、それにより連邦議会の行為による民主的正当化に仕えるもので、これに対する責任は明らかに連邦議会にあり、選出手続の一つのステップも民主的責任を負う機関によって踏まなければならない、と（S. 29）。

加えて、ドイツ裁判官連盟は、聴聞は正式の手続において候補者に発言する機会を与えるとして公聴会の実施に積極的な見解を示した。同連盟は、一方において、法務委員会の公開の会議における公聴会が裁判官選出の手続により多くの透明性をもたらすかどうかは疑問であり、選考手続の政治化及び裁判官人事の政治化をもたらし、候補者が傷付けられ、適格な候補者が得られなくなるおそれがあると指摘しつつも、他方において、聴聞は、正式の手続において、「証明し」、自己の立場を明確化し、偏見を取り除く機会を与えるが、過去の出来事は、候補者が公衆において不適切に描き出されたり、不完全に描き出されたり、一方的に描き出されたりすることがあり、候補者がこれに対して、描かれた像を修正し、その地位を説明する機会を有しない、という危険がつねに存在することを示していると指摘している。⁽⁵⁹⁾

(4) 法務委員会公聴会においては、候補者に対する公聴会の実施に懐疑的な見解が表明されているのはもちろんである。まず、1987年から1999まで連邦憲法裁判所裁判官を務めたグリム (Dieter Grimm) は、法務委員会公聴会の審議において、次のように発言している。選出した人がつくポストは「法的に重要な官職であるのみならず、政治的に重要な官職」であるから、「透明性を高めることを求める」のは「完全に正当である」と考えるが、「手続の透明性」は唯一の目的ではないし、ましては自己目的ではないから、「手続の透明性」は、「裁判所の機能遂行能力の問題」つまり、「その構成員の質の問題」に劣後する。たしかに、公聴会は透明性を高めるし、公衆の中において裁判官の選出の前に人事に関する議論をすることを可能にする。しかし、政治家や公衆がもっとも関心を持っているの

は、裁判官が「アクチュアルな法政策的及び憲法政策的問題」にどのような態度をとるのか、例えば、墮胎問題や幹細胞研究についてどのような判断を下すのか、ということであるが、候補者はこのような問題に答えてはならない。それは、候補者が、これにより、不公正のおそれがあるとされる危険に自らをさらすことになるから、という理由からだけではない。より重要な理由は、当事者の議論や同僚の論証に開かれている、ということが連邦憲法裁判所裁判官の「最も重要な倫理」であるが、かりに公聴会において裁判官が政治的に論争誘発的な問題に答えていたとすると、裁判官が就任後に「開かれた議論状況」に身を置くことが困難となることにある、と⁽⁶⁰⁾ (S. 6)。

また、ベルリン自由大学教授のカリース (Christian Calliess) は、アメリカを模範として公聴会を導入する場合に、以下の諸点に留意すべきであると指摘する。第一に、聴聞手続は、大統領と議会がお互いに政治的に競争しているアメリカ大統領制に特有のものである。大統領が裁判官を指名し、議会がそれを統制するが、聴聞手続は、ドイツのシステムにおいては、この統制機能を果たすことはできない。何故なら、基本法の採用する議院内閣制においては議会多数派と政府は一つの陣営に属しているからである。第二に、アメリカの聴聞手続においては、今日、候補者は完全に準備して公聴会に望み、一定の立場をとることを巧みに回避しようと試みる。このような仕方で、アメリカの聴聞手続は、政治的信条を気付かれないでいる—メディアとの関係で安全な一人を生み出している。第三に、アメリカの法理解は、法の政治化と裁判官の個性に信頼をおくもので、検察官や裁判官は、合衆国においては、政治的に就任する官職であり、「裁判官の活動に固

(59) *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme zur Vorbereitung der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 15. Juni 2009, S. 2.

(60) *Dieter Grimm*, Wahlverfahren für Verfassungsrichter (Erschienen in DIE ZEIT, "Gute Wahl", 24. April 2008, S. 15), S. 2 f.

有の非政治的価値」という像は支配的ではない。これを民主的であると呼ぶことはできるかもしれないが、「我々がドイツにおいてその法文化の中で司法に期待するもの」とは合致しない。裁判所内部での政治的分裂は、「政治的紛争を調停し、それによって憲法コンセンサスを確認する」という連邦憲法裁判所が有している、憲法実践において重要な能力を脅かすことになる。第四に、アメリカ合衆国の聴聞手続においては、法的問題や法政策的問題よりも、倫理的問題が前面に押し出されている。公聴会実施の支持者においては、質疑は、聴聞を行う委員会及びその委員の決定に事实上影響を及ぼし、文明化された公衆を基準として正当な仕方で役割を演じるあらゆる事情に及ぶことが許され、政治的及び宗教的確信についての質問も、これらが裁判官としての活動に影響を及ぼすので、正当であるとされるが、このように聴聞手続と結び付いた連邦憲法裁判所裁判官選出の政治的個人化は、連邦憲法裁判所は裁判所である一連邦憲法裁判所は、たしかに政治的問題についても判断を下すが、つねに根源的には裁判所である—という基本法の理解と矛盾する。第五に、候補者が固定化を余儀なくされ、裁判官就任後において、不公正のおそれを理由とする忌避申立てが増加する可能性がある。カリースは、結論として、公聴会は透明性を高めるという目標に適合的なものではなく、また、公聴会を含む透明な手続において適格性のある候補者が選出されるという保証もないと主張した。さらに、カリースは、専門的適格性が事实上中心となるべきであるとすると、手続の内密性はその透明性よりも重要であると指摘している。⁽⁶¹⁾

さらに、同じくベルリン自由大学教授のクリーガー (Heike Krieger) は、一方において、たしか

に国の決定過程の透明性が従来よりも法的に必要とされていること、裁判官選出に際して生じた最近の出来事を踏まえると、候補者に正規の手続において、その人が候補者となったことに対して唱えられた異議に対して立場を表明する機会を与えることが必要であるように思われること、さらに、公聴会を通して、裁判官の人柄、その考え方、選出された理由をより広い範囲の公衆が知ることができることを指摘しつつも、他方において、公聴会の実施が連邦憲法裁判所の名声と機能遂行能力を危険にさらし、憲法上の疑問がある「一連のマイナスの影響」を感じさせるおそれを理由として、公聴会の実施に否定的である。クリーガーは、次のように述べる。まず、90年連合／緑の党によって提案されているような、政治空間における公聴会は、裁判官ポストをめぐる政党間の闘争を公衆の前に明らかにする。公聴会がメディアに対して効果的であることから、公聴会が「政治的パフォーマンスの機会」として利用されることは排除できない。また、このことは政治化とイデオロギー化を増大させるおそれがある。何故なら、一方において、政治空間においては、候補者の法的能力を適切に審査することは困難であり、他方において、記録から明らかな事実をたんに討議するだけでは、情報に対する関心の高まりに十分に応えたように思われないからである。さらに、候補者は、争われている法的問題に答える場合、憲法上保障された、裁判官としての中立性及び独立性を守らなければならず、そのため、裁判が予定されている法的問題に向けられた質問に答えることを拒否することが許される。このような状況においては、個人的事情及び政治的見解に関する質問がなされるのは自然の成り行きであるが、これは望ましいものでは

(61) Christian Calliess, Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu den BT-Drucksachen 16/9628 und 16/9927 am 15. Juni 2009, 14 Uhr, S. 5 ff.

ない。加えて、アメリカ合衆国最高裁裁判所裁判官選任手続における公聴会は、過去において、極めて政治化された手続となり、裁判官がその信用を失墜するような激しい個人攻撃にさらされたこともあります。ドイツとアメリカ合衆国の間の「憲法政策上のスタイル」の相違を考慮したとしても、裁判所の名声を傷付け、適格性のある人が候補者となることを妨げる可能性のある「政治化」の危険は残される。公聴会の政治化とイデオロギー化の危険によって、適格性のある候補者が委縮し、その結果、大衆受けのするタイプの裁判官が選ばれる可能性を排除することはできない。⁽⁶²⁾ と。

(5) 以上の叙述により、法務委員会公聴会に出席した参考人が、連邦憲法裁判所裁判官の選出手続において候補者に対して公聴会を実施することの是非について表明した見解が明らかにされた。以下においては、候補者に対する公聴会の実施に関連して、法務委員会公聴会の審議において、どのような議論がなされたのかを見ておきたい。

何よりもまず注目されるのは、かりに公聴会の手続があれば、公聴会はドライヤー事件を実際に好転させたか、というSPDのシュトゥンカー (Joachim Stünker) の質問である。シュトゥンカーは、ドライヤーをめぐる議論に際して非常に悩み苦しんだが、その時に、もし公聴会があれば、公聴会によって事態がよい方向に進んだのかをとつねに自問していたと発言している (S. 35)。また、シュトゥンカーは、候補者に対する公聴会を実施した場合、ドライヤー事件で経験したような「政治化」がより激化するのではないか、との心配も表明している (S. 46)。

グリムは、候補者に対する公聴会においては「ド

ライヤー事件」が制度化されてしまうのではないかとの危惧を表明している。公聴会の「前哨戦」において、候補者の発言があれこれと調べられ、前後の脈絡から切り離されて候補者が批判される。その結果として、どこからも抵抗されなかつた候補者を選任するという傾向が強まるが、これが「我々が望むべき裁判官のタイプ」であるかは疑問である、と (S. 6 f.)。さらに、シュトゥンカーの質問に答えて、ドライヤー事件において残念ながら起ったことが「公聴会によってほとんど制度化されることになる」ことを危惧すると発言している。ある候補者が選任されることに反対する人々は、その候補者が文書又は口頭でしたあらゆる意見表明を、反対の理由になり得るものがないかと徹底的に調べ上げた人物を公聴会に送り込む。公聴会においては、候補者にこれに応答する機会が与えられるとしても、そもそも、気に入らない候補者に対する「爆弾」が含まれていないかどうかという点からその人の「作品」を徹底的に調べることは正しいことだろうか、と (S. 43 f.)。これに対して、ハッセマーは、ドライヤー事件の当時に聴聞手続があったとすれば、ドライヤーにとって事態はよりましな方向に進行したであろうと指摘する。この手続は、候補者に、連邦議会法務委員会で発言する機会を与える。候補者はこの機会を利用することができるのであって、利用しなければならないわけではない。グリムの予測するような事態が生じる可能性もあるが、将来的には委員会が経験を積んだ人によって構成されることを考えると、そのような事態は生じないと期待される、と (S. 45)。また、マイヤーは、例えば、「生命の保護」について、ドライヤーが賢明であれば、ドライヤーは、裁判官になったときに他の裁判官と議論し合わ

(62) Heike Krieger, Stellungnahme, S. 4 f.

なければならないので、答えを控えることにならうが、もしドライヤーがこれを真摯に行うときには、この問題に答えることがいかに難しいものか、いかなる事柄を論じなければならないのかを知ることは、委員会にとっても一般国民にとっても利益であって、これが事態の悪化だとは思わないと発言した（S. 47）。さらに、シュナイダーも、公聴会の実施が事態を悪化させることは決してないと反論している。ドライヤー事件においては、ドライヤーは、前連邦大統領と同じ見解を主張している（遺伝子工学）とか、現職の内務大臣と同じ見解を主張している（航空機の撃墜）と委員会で言うことできたはずで、このことが討議を促進し、連邦憲法裁判所を傷付けることもない（S. 48）。また、シュナイダーは、グリムが危惧したことはすでに起こっており、ある候補者を拒否しようとする人々は、候補者に関するあらゆるものを縦密に読み込む作業をするであろうが、公聴会を実施すれば少なくとも「信頼すべき情報源」から情報を得ることができるのであるから、公聴会を実施しないことは事態を悪化させることになると発言している（S. 48）。

また、「公開」の聴聞手続の代わりに「非公開」の聴聞手続を導入すべきかどうかをめぐる議論も注目に値する。FDPのロイトホイザー＝シュナーレンベルガー（Sabine Leutheusser-Schnarrenberger）は、少人数によって構成される委員会において「非公開」で開催される聴聞手続についての賛否を質問した（S. 22）。クリーガーは、危惧しているイデオロギー化の効果は、極めて政治化された裁判官選出の文脈における聴聞の「公開」から生じること、とくに議員が公聴会を「政治的パフォーマンスの手段」として利用できることが問題であること、候補者の情報に関する高い関心が存在するが、これは非公開の聴聞によっても充足することができる指摘し、「非公開」の聴聞手続は「我々の問題に

とっての出来の良い妥協案」であり、「良い解決策」である、と評価している（S. 28 f.）。これに対して、シュナイダーは、たしかに「非公開の」聴聞手続は、公聴会に対して表明された懸念を減少させるが、自分の関心は、ドライヤー事件のようなケースにおいて、本人に発言の機会を与えることにあると発言している。多くの人が、公の場で批判されながら、それに防戦できないことの心構えができていなことによって、候補者となることを委縮してしまうことを考慮しなければならない、と（S. 26）。また、ハッセマーは、とくに理由を述べることなく、「非公開の」聴聞手続は、何もしないよりは良いが、「非公開」の聴聞手続よりも「公開の」聴聞手続のほうが良いと発言している（S. 31）。

(6) 以上において見たように、90年連合／緑の党が2008年6月18日に連邦議会に提出した連邦憲法裁判所法及び連邦議会議事規則の改正案に関して2009年6月15日に開催された法務委員会公聴会においては、連邦憲法裁判所裁判官の選出手続において候補者に対して公聴会を実施することの是非について、これまでの状況と比して一例えば、1987年3月20日に緑の党が連邦議会に提出した連邦憲法裁判所法第6条改正案を対象として1988年5月4日に開催された法務委員会公聴会において表明された意見の分布図と比して一意見の分布図に大きな変化が生じていることが注目される。すなわち、そこにおいては、公聴会の実施に懐疑的な意見が表明されていることはもちろんであるが、複数の参考人によって公聴会の実施に賛成する意見も出されているのである。ただし、候補者に対する公聴会の実施を支持する見解の多くは、民主的正当性の視点から議論を開拓しているのではなく、ドライヤー事件から教訓を引き出し、候補者に対して正式の場で不当な批判に反論し、誤解を訂正する機会を与える必要があるとことを根拠としていることに注意しておきたい。

(7) ところで、この時期（2009年前後）においては、連邦憲法裁判所裁判官の選出手続のあり方にについて民主的正当性の視点から議論を展開している論文も発表されている。まず、1994年から2002年まで連邦憲法裁判所裁判官を務め、1994年からは同裁判所長官の職にあったリムバッハ（Jutta Limbach）の見解を取り上げよう。リムバッハは、2009年の論文において⁽⁶³⁾、連邦憲法裁判所裁判官の候補者に対する公聴会の実施を支持する見解を表明している。リムバッハは、大要、以下のような主張を述べている。憲法裁判権は、「憲法テクストにおける創造的作業」と「判断すべき法的紛争の特殊性」の故に政治的なもの領域に入り込んでいる。まず、一般条項のみならず、多数の不確定法概念が法定立を裁判官に委ね、唯一の正しい判断だけを許容するのではない意味論上の余地を生み出す。裁判官の判断は、「認識」というだけではなく、つねに「法獲得」でもある。裁判官は、法の適用において、法を創造する。裁判は、その限りにおいて政治的機能を有する。このことは憲法裁判権にも当てはまる。基本法の各条項は、精密度が低いという特徴があるのに加えて、基本法は、具体化をしてはじめて適用が可能となる原理を含んでいる（S. 276）。また、裁判所は、連邦議会と連邦政府の任務領域の範囲を画定するなどして、政治的な権力ゲームに影響を与える。連邦憲法裁判所は、「政治的共同体の憲法」を解釈及び適用することによって、政治的なもの領域に入る。そのために、多くの人々により、裁判官選出における透明性と情報提供が求められており、裁判官職の候補者を公開の場で面接を行い、討議の後に本会議で選出するという提案が繰り返し出されている。そして、このような仕方で選出された裁判官は、必ずしもより適格性があるとは限らないが、よ

りよく正当化されるものであり、これは、民主制において、争うことのできない長所である（S. 277）。公聴会の実施により「将来の憲法の番人」が「傷つけられ」、権威を喪失する可能性があるという反対論は、質問者に対しても、質問を受ける候補者に対しても要求すべきものを要求していないとともに、過大な評価もしている。まず、連邦憲法裁判所裁判官に推薦されるのは、「法的資格」のみならず、「模範的な職業実践」においても傑出している人物であって、一人でひっそりと働いてきて、公の場に登場する力のない人物ではない。また、アメリカ合衆国における政治的実務から教訓を引き出し、議長は質問の公正性・客觀性に注意を払わなければならぬが、「裁判官の社会的及び政治的問題意識、この国の政治問題及び社会的展開に対する裁判官の関心」は、議員の好奇心の許容される対象であろう。これらの情報を得ることは、「憲法の情報力」が限定期的であり、この状況が解釈の余地を開く、という認識から正当化される。また、およそ人間は、従つて裁判官も、出身、信仰、世界観といった様々な要因に基づいて社会的現実及び法の治安任務を様々に解釈し評価することは方法論が示すところであることを踏まえると、基本法の下であっても様々な法理解が存する、という洞察からも上記の情報入手は正当化される（S. 277 f.）。さらに、裁判官の法理解への関心は、我々の憲法秩序の多元性から正当化される。候補者の法的能力に疑問の余地はないとしても、政治家が、様々な経験や立場を裁判官の合議体に代表させようとすることを悪く言うことはできない。何故なら、出身、信条、社会的思考、性別の点で異なる人が裁判官席に座っている場合に、あらゆる対立する意見及び利益が憲法紛争において擁護され、熟慮されるチャンスが最大化されるからで

(63) *Jutta Limbach, Zur Wahl der Richter und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Staatsrecht und Politik, Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, 2009*, S. 273. 以下の叙述においてこの論文を引用する場合には、割注の形式で該当頁数を示す。

ある（S. 278 f.），と。

(8) ハンブルク大学教授で政治学者のラントフリート（Christine Landfried）は，2009年前後に連邦憲法裁判所裁判官の選出手続のあり方に関するいくつかの論稿を書いている。ラントフリートは，⁽⁶⁴⁾ 2006年の論文において，緑の党の提案及びプロイスの主張をさらに一步推し進めて，連邦憲法裁判所裁判官を（選出委員会においてではなく）連邦議会本会議において候補者の公聴会を実施した後に本会議において選出する，⁽⁶⁵⁾ というように選出手続を改正すべきであると主張している。

ラントフリートは，まず，「民主的諸原理に適合する憲法裁判官選出の可能性の諸条件」（S. 230）とは何か，という「理論的問題」を考察する。ラントフリートによると，連邦憲法裁判所裁判官は，基本法の解釈に関する係争問題において最終的発言権を有するが，この「有権的憲法解釈」は，裁判官に「政治的形成における相当な権力」を付与する。このことから，選出手続は，裁判官の広範囲に及ぶ政治的権力を正当化するのにふさわしいものでなければならないことが導き出される。すべての公権力は

国民の意思に遡求させることができることが必要である（基本法20条2項）が，このことは連邦憲法裁判所の権力にも当てはまる。そして，民主的手続は，透明性を欠いては考えられない。この透明性は，裁判官の選出についても候補者の選考についても保障されなければならない。したがって，裁判官の選出による憲法裁判権の正当性の第1の条件は，選考過程の透明性であり，第2の条件は，裁判官選出それ自体が民主的手続に拠ることである。憲法裁判権の高度の民主的正当性のための第3の条件は，裁判官の選考及び選出に際して社会的，職業的及び政党政治的差異（裁判官の社会的出身，教育，職業経験，政治経験）を考慮することであり，第4の条件は，憲法裁判所の政治的役割を意識して政治的決定と法的決定との差異を考慮することである。正当な憲法裁判のための第5の条件は，基本法の政治的秩序に適合した，議会と憲法裁判所との間の権限配分であり，第6の条件は，連邦憲法裁判所に対する市民の信頼である（S. 231 ff.）。

以上の「理論的仮説」と裁判官選出の「経験的調査の結果」（S. 233 ff.）を踏まえて，ラントフリート

(64) Christine Landfried, Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Robert Chr. Van Ooyen/Martin H.W. Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2006, S. 229. 以下の叙述においてこの論文を引用する場合には，割注の形式で該当頁数を示す。

なお，同書は第2版が出版されている（Robert Chr. Van Ooyen/Martin H.W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., 2015.）。ラントフリート論文も若干の加筆がなされて，369頁から387頁に収録されている。

(65) ラントフリートが公聴会を（選出委員会においてではなく）連邦議会において，つまり選出機関において実施することを主張している背景的事情を説明しておく。緑の党の連邦憲法裁判所法第6条改正案は，裁判官の選出を連邦議会本会議で行い，準備機関となった委員会において候補者に対する公聴会を実施するという内容であった。同案に関する法務委員会公聴会において，SPDのドイブラー＝グメリンは，聴聞を実施する機関と選出機関は同一である必要があるかと質問した（S. 58）。これに対して，プロイスは，聴聞と選出を同一の機関で行うのがより良い解決であり，聴聞を選出委員会に選出を連邦議会本会議に配分することが有意義であるという前提を探るものではないと答えている。連邦議会が選出機関でなければならないことを前提とした場合，連邦議会を選考機関として機能させることができが賢明であるとは考えられないので，その結果，聴聞と選出を二つの機関に配分することになった，というである（S. 91）。なお，ピュットナーは，かりに聴聞手続を実施するとした場合には，選出機関と聴聞手続を実施する機関は同一であることが好ましいと発言している。何故なら，聴聞の結果を報告書で本会議に伝えるのは困難であり，聴聞手続を実際に見聞した者が聴聞を踏まえて判断すべきであるからである，と（S. 90）。（選出委員会においてではなく）連邦議会本会議において候補者の公聴会を実施するというラントフリートの提案の背後には，上記のような論争の経緯がある。

トは、「憲法裁判官選出の改革」の検討に入る。ラントフリートは、次のように主張する。まず、「民主的で、透明な、かつ差異を考慮した」裁判官選出の方法を、裁判官選考ができる限り「政党に対して中立的に」かつ「非政治的に」行うことに見出すことはできない。裁判所であると同時に憲法機関であるという「憲法裁判権の特殊的な合理性」を踏まえて、憲法裁判権の民主的正当性を基礎づけるように裁判官の選出を形成することが重要である。連邦議会及び連邦参議院による裁判官の選出は、裁判官の「間接的」な民主的正当性をもたらすにすぎず、このような理由から、連邦議会の選出する裁判官は本会議によって「直接的に」選出されることが要請されるのであり、連邦議会の委員会によってもう一度「間接的に」選出されてはならない。加えて、裁判官の選考及び選出に際して透明性がより高度に保障されなければならない。透明性を高める目的は、連邦憲法裁判所裁判官の選出に関する公共の議論を可能にすることである。連邦憲法裁判所裁判官の選考及び選出の公開の必要性は、裁判官の「任命」ではなく、裁判官の「選出」を定めている基本法94条から導き出される。そして、ラントフリートは、裁判官の民主的責任は、選出に先行する選考手続の公開も要求していることを理由として、連邦議会の委員会において候補者に対する公聴会を実施することを提案するプロイスの見解を紹介した上で、プロイスの見解を一步進めて、憲法裁判の正当性にとっての裁判官選出の重要性を考えると、候補者の公聴会と選出は両方とも連邦議会本会議で行うことが求められると主張している。さらに、ラントフリートは、連邦参議院においても、裁判官の選出に当たって公聴会を実施すべきであり、公衆は、連邦議会及び連邦参議院における公聴会を通じて、裁判官の選出について情報を得てこれを批判し統制する権利をもつとも容易に手に入れるのであると主張している（S.

240 f.）。

また、ラントフリートは、2009年8月26日付けの「フランクフルター・アルゲマイネ」に論説を寄せ、連邦議会及び法務委員会公聴会において緑の党の提案が一部の例外を除いて拒否されたことについて、現状を変更しないことによって利益を得るのは二大政党だけであって、連邦憲法裁判所は、民主的かつ透明な選出によって正当性を獲得する機会を得られず、市民は、政治的に影響力のある連邦憲法裁判所裁判官の憲法適合的、民主的かつ透明な選出を求める権利を奪われた、と批判している。ランドフリートは、次のように論じている。「裁判官の広範囲に及ぶ政治的権力は、憲法上根拠付けられ、民主的に正当化され、かつ公開で熟慮されなければならない」が、政党が裁判官の選考及び選出に際して重要な役割を演じることを正当であって、裁判官の選出を出来る限り非政治化することは問題にならない。問題となるのは、憲法裁判権の民主的正当性を根拠付けるように裁判官選出を形成することである。二大政党だけが、さらには二大政党の中の少数の党員だけが裁判官の選考及び選出の決定に関与している場合には、「民主的手続」を語ることはできない。実際の選出は、委員会においてすら行われていない。「公開性」は、手続全体において排除されている。「透明性と公開性」が選出手続の改革のための指針であり、裁判官の選出手続を改正する場合には、連邦議会本会議は候補者の公聴会を実施した後に3分の2の多数によって裁判官を選出しなければならない。公聴会の目的は、議員及び市民が候補者の人物像を得ることができるようにすることである。公衆の関心に適合するとともに連邦憲法裁判所の任務にも適合する「透明性の型式」を見出すのは容易ではないが、このことは、公聴会を始めから放棄することにはなり得ない。公聴会の組織化及び実施に際しては、議員の「センス（Fingerspitzengefühl）」、能

力及び責任」が問われる所以である。公聴会においては、とくに「裁判官の職業経験」及び「憲法政策上の問題に対するその接近方法」がテーマとなるが、特定の憲法問題についての候補者の「意見」が重要なではなく「候補者がどのような仕方で情報を得て、意思疎通をして、どのように結論に達したのか」が重要である、⁽⁶⁶⁾ と。

さらに、ラントフリートは、2011年に、法律専門誌によるインタビューに答えて、「フランクフルター・アルゲマイネ」に掲載された論説で主張した内容をすでに語っている。繰り返しとなる部分もあるが、いくつかの発言を引用しておこう。ここでもラントフリートは、「裁判官の政治的形成権力」は「裁判官の民主的かつ透明な選出」を求めていると述べている。法律を無効とする連邦憲法裁判所の判決が法政策的影響を有しているだけではなく、裁判官が憲法適合的解釈を通して法律の解釈を詳細に示すことが頻繁にあり、この場合、法律は、裁判所によって合憲であると判断された解釈においてのみ適用される。市民にとって、法政策的影響がよくわからない場合が少なくない。それだけになおさら、裁判官の選出は公衆によって注視されなければならないのであり、選出を言わば裁判官の民主的正當性の源泉としなければならない、と。また、ラントフリートは、公聴会における質問は、公聴会において質問を出す議員の「センス」にかかっていると指摘する。公聴会の目的は、候補者の人物像を得ることにあり、「候補者の職業経験」及び「憲法政策上の問題に対するその接近方法」が対象となり得る。問題となるのは、「一定の社会政策上のテーマについて

の候補者の意見」ではなく一なぜなら、それを公開の場で確定することは、後の訴訟における不公正のおそれの故に問題となり得るからである一、むしろ、候補者がどのように情報を得て、どのように意思疎通をして、どのように結論に達したのか、である。ラントフリートは、議員が公聴会を事実に即しかつ責任を強く自覚して実施するものと信じていると述べる。さらに、公聴会が「ある種の演出」、「新種の裁判ショウ」になる危険について、ラントフリートは、すべての手続は濫用される危険があり、このことは公聴会とこれと結び付いた透明性をはじめから放棄することを意味するものではないこと、そして、新たなことを始めることにあまりにも多くの不安をもつべきではなく、試してみて徐々に改善すべきであることを指摘している（S. 158）。また、ラントフリートは、合衆国における公聴会について、候補者は上院において大事に扱われているわけではなく、政党政治が公聴会を支配していることは、その通りであるが、公聴会は公開で行われるので、公衆は上院議員の行動や議論の仕方も批判することができると指摘し、これに対して、我々は政党が「舞台の裏で」候補者についてどのように交渉しているのかを知らないのであるから、ドイツでは批判すらも不可能である、と述べている。⁽⁶⁷⁾

（9） 以上の叙述により、ドイツにおいて2000年代後半から連邦憲法裁判所裁判官選出手続において候補者に対する公聴会を実施することに賛成する意見が増えつつあることを観察することができるが、しかし、筆者が調査した範囲においては、ドイツの学説においてこうした意見を有する者は少数にとど

(66) Christine Landfried, Es fehlen Frauen und Transparenz, in FAZ vom 26.08.2009. 以下の叙述においてこの論文を引用する場合には、割注の形式で該当頁数を示す。

(67) Christine Landfried, Vorhang für die Bühne in Karlsruhe, ZRP 2011, S. 156 (158).

まっているように思われる。しかも、候補者に対する公聴会を実施することに賛成する意見を主張する者の中で、連邦憲法裁判所裁判官の民主的正当性の観点から議論を展開するのは少数（リムバッハとラントフリート。本稿作成時に入手できなかった若干の文献があるので、他の研究者で上記の観点から議論を展開している者がいるかもしれない。）にすぎないことに注意しなければならない。また、ドイツの研究者の多くは、アメリカ合衆国において最高裁判所裁判官選任手続において行われている公聴会についてあまり好意的に見ていないか、あるいはアメリカ合衆国の特殊的背景の下で成立する仕組みであってドイツの憲法体制には適合するものではない

と考えていることも、本稿の叙述から明らかであろう。⁽⁶⁸⁾

VII 結びにかえて

（1） 本稿は、連邦憲法裁判所裁判官の選出手続のあり方にめぐる近年の議論を紹介・検討することを目的とし、70年代の主要な学説を簡単に見た（Ⅲ）後、緑の党の提出した連邦憲法裁判所法第6条改正案に関する連邦議会法務委員会公聴会における審議を法務委員会の議事速記録に基づいて紹介する作業を行った。この作業を行うに際して、本稿は、研究者の見解や議員の発言を可能な限り個別的に紹介していくという叙述形式を採用した。そのため、本稿

(68) 候補者に対する公聴会の実施に懐疑的な見解として、次のようなものがある。2002年から2010年まで連邦憲法裁判所長官を務めたパピア（Hans-Jürgen Papier）は、公聴会には、後に具体的な判決に際して公平性を疑わせる可能性がある、裁判官に対するある種の「事前拘束」の危険が含まれていると指摘する（*Hans-Jürgen Papier, Die Balance zwischen Sicherheit und Freiheit*, DRiZ 2009, S. 130 (132)）。クライン（Eckart Klein）は、公聴会の実施に反対するのは、適格性のある候補者が選出されなくなる可能性があるという考えによるよりも、よい裁判官であることを指し示す属性は、候補者に対する公聴会においてはまったく認識することができないという考えによるものであり、最も適格な候補者を見出すことが重要であるとする、手続の内密性は透明性の要望よりも重要である、と指摘している（*Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., S. 68(Rdnr. 134.)）。また、ショルツ（Rupert Scholz）は、候補者の公聴会は「選出手続全体の正当化できない政治化」をもたらし、候補者は文字通り選挙戦をすることになるが、このことは、その後に選出される裁判官の独立性及び公正性にとって著しく有害な効果を生じさせる、と指摘し、公聴会の実施に反対している（*Rupert Scholz, Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?*, ZRP 2012, S. 191）。さらに、ルッペルト（Stehan Ruppert）も、アメリカ合衆国において導入されている公聴会の実務はドイツに転用することはできないように思われると述べている。ルッペルトによると、アメリカの実務は、大統領の強大な権限の「調整手段」である。また、ルッペルトは、「内密領域」には入り込む候補者の「審査」が有益かどうかは判断しないが、このことが「異なるタイプの裁判官」を生み出すことは確かであるとも指摘している（*Stehan Ruppert, § 6, in: Christian Burkiczzak/Franz-Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2015, S. 117 (Rdnr. 30.)）。

なお、Christofer Lenz/Roland Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., § 6, Rdnr. 9によると、2010年におけるパウルス（Andreas L. Paulus）の選出に際して、FDPが「推薦権」を有する会派として彼と合意した後、本人が選出委員会に出頭して自己紹介したようであるが、これは例外で、慣行とはならなかったようである。なお、同書は、このやり方に問題はないと指摘している。何故なら、諸政党は、すでにその前の段階で、自己の候補者が政治的相手方にも受け入れられることに留意するのが通常だからである。これに関与している者は、裁判官ポストの補充について党派的な動機をもった議論は裁判所の名声を傷つけることを意識しているという。

(69) 日本人法律家としてアメリカ合衆国連邦最高裁判官の選出手続における公聴会のあり方をどのように評価するのかという点についての検討は、アメリカ憲法について勉強していない筆者のなしうるところではない。須藤典明「連邦最高裁判官の任命問題（上）、（中）、（下）」判例時報1305号（1989年）17頁以下、1308号（1989年）20頁、1317号（1989年）17頁以下は、現職裁判官が現地での見聞に基づいて、連邦最高裁判官任命のプロセスの実際を、公聴会の様子を含めて詳細に報告しており、興味深い。なお、アメリカ合衆国連邦最高裁判官の選任過程についての最近の研究として、大沢秀介『アメリカの司法と政治』（成文堂、2016年）297頁以下がある。

の叙述がやや冗長になってしまったことを否定することはできない。しかし、本稿は、連邦憲法裁判所裁判官の選出手続の改革をめぐる近年の議論を基礎資料として出来る限り精確に提示するということも目的の一つとしており、筆者としては、本稿の採用した叙述方法は間違っていなかったと考えている。

ところで、連邦憲法裁判所裁判官の選出手続の「改革」に関する主張又は提言を組み立てるためには、現行の選出手続及び実務にどのような欠陥があるのかを認識した上で、その欠陥を除去するためにどのような処方箋を書くのかについて検討を加えなければならないところ、選出手続及び実務の欠陥を認識することも、また、欠陥を除去する処方箋を書くことも、連邦憲法裁判所の性格をどのようにとらえるのか、すなわち、連邦憲法裁判所をあくまでも

「裁判所」とみるのか、それとも連邦憲法裁判所が「裁判所」であると同時に「政治機関」でもあることを強調するか、という原理的問題に抜きにして行うことはできないと考えられる。連邦憲法裁判所裁判官の選出手続の改革に関連する個別論点における見解の対立は最終的には上記の原理的問題に帰着する(70)ように見えるのである。もし本稿で行った作業においてこのことを多少なりとも示すことができたとするならば、本稿も若干の存在価値を主張することも許されよう。

しかしながら、本稿には、いくつかの重要な問題点について十分な検討を加えることができず、立ち入った考察を今後の課題として残してしまったという不備があることも認めなければならない。何よりもまず指摘しなければならないのは、連邦議会にお

(70) キシェル (Uwe Kischel) も、裁判官選出を最終的にどのように評価するのかは、結局のところ、憲法裁判権を政治的判断と法的判断の間のスペクトルにおいてどこに位置付けるのか、という問題に左右される、と指摘し、連邦議会による間接選挙、候補者についての公開の議論、裁判官構成における（政党）政治的及び世界観的バランスなどの問題をめぐる対立の構図を描いている（*Uwe Kischel, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Bd. III, 3. Aufl.*, 2005, § 69, Rdnr. 53）。本文で見たように、シュテルンとプロイスは、緑の党的連邦憲法裁判所法第6条改正案に対してまさに対照的な見解を示しているが、両者の見解の対立は、本文でのべたような原理的問題に帰着するように見える。シュテルンは、連邦憲法裁判所をあくまでも「裁判所」ととらえ、連邦憲法裁判所が政治的な影響力を有する権限を有しているとしても、裁判官の選出に際しては裁判官としての専門能力の点で優れた人材の確保が他の基準に優先するものと見て、党派的な人事の緩和を改善目標に据える。これに対して、プロイスは、連邦憲法裁判所を裁判所であると同時に政治的な決定機関であるととらえ、現行の選出手続の欠点を連邦憲法裁判所の強大な権限やその機能に照らして民主的正当化の要素が弱すぎる点に見て、裁判官の選出手続に対してより強い民主的正当性を付与しようと追求している。

(71) 工藤達朗「憲法裁判における裁判官」同『憲法学研究』（尚学社、2009年）123頁以下、138頁（初出、工藤達朗「憲法裁判における裁判官」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・畠尻剛編集代表）『憲法裁判の国際的発展』（2004年）179頁以下、191頁）は、「憲法裁判権を行使する裁判官に対して、裁判官の独立と矛盾しないコントロールが必要である」ため、「ドイツでは、議会が裁判官を選出する」のに対して、「日本では、国民は裁判官を審査する」が、「そのかぎりでは、どちらの裁判官も民主的正当性を有する」と指摘した上で、「しかし、これで十分なのか」と問う。そして、工藤は、「この問題は、結局、憲法裁判権を他の裁判権と異なるものとみるか、それとは異なるものとみるか、憲法裁判官は他の裁判官と同じ裁判官としての法解釈適用能力が何よりも重要なのか、それとも広い視野と政治的判断力がより重要なのか、そのどちらの道を進むかにかかっている。裁判官が常に法を語るものであるならば、民主的コントロールにはなじみにくいし、政治的な機能行使するものなら、より強力な民主的コントロールが必要である。」との指摘をしている。本稿は、工藤の示した議論の対立図式に何らかの修正を加えることを意図するものではなく、工藤の指摘した対立図式に新たに付け加えることは何もないであるが、筆者としては、工藤の示した議論の対立図式に一ドイツ連邦憲法裁判所裁判官の選出に関する議論に限定されるが一資料的な裏付けを与えていく点において本稿にも多少なりとも独自性があるのではないかと考えている。

ける連邦憲法裁判所裁判官の間接選挙方式を定めた連邦憲法裁判所法6条の憲法適合性について十分な検討ができなかったことである。⁽⁷²⁾ つぎに、現行法に基づいて行われている連邦憲法裁判所裁判官の選出の実務・実際・慣行（一言でいえば、政党比例による裁判官ポストの配分）をどのように評価するか、

という問題についても考察を加えることができなかつた。さらに、本稿が検討の対象とした時期の議論においては、連邦憲法裁判所法が連邦憲法裁判所裁判官を選出するために連邦議会及び連邦参議院において3分の2以上の多数が必要であるとしていることによって異論は出されておらず、むしろ、絶

-
- (72) 連邦憲法裁判所法6条の憲法適合性については、連邦憲法裁判所法が制定された1950年代から現在に至るまで種々の議論がなされており、60年以上にわたる論争の歴史がある。すでに述べたように、2015年に連邦憲法裁判所法6条が改正され、本会議において直接選出するという方式に改められたので、連邦憲法裁判所法6条の憲法適合性という論点はもはや実務上の意味を有さない。しかし、憲法解釈論あるいは議会法論という見地から論争の歴史を検討することは少なくない価値があると考えられる。
- (73) シュライヒ（Klaus Schlaich）は、連邦憲法裁判所裁判官の選出実務の評価は、連邦憲法裁判所の作用（機能）に関する前理解に左右されると指摘している（*Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 29 f.* なお、改訂版（現在、第10版）にも同じ記述がある。）。シュライヒによると、連邦憲法裁判所の作用（機能）に関する前理解には、連邦憲法裁判所は裁判所であり、かつ裁判所以外のものではなく、それ故、他の裁判所と同じように中立的であるべきだという考え方と、憲法裁判権はシステム全体における政治プロセスの部分手続として政治的機能を有しているという考え方の二つがある。シュライヒは、前者の考え方方に立つ学説として、ベッターマン（Karl Augst Betterman）の見解を挙げている。シュライヒの引用しているベッターマン論文の箇所においては、以下のように述べられている。裁判官ポストの「会派に比例した割り振り」によって憲法裁判所を「議会の鏡像」にすることは、憲法裁判権が基本法上「第三権力」に配置されていることと両立しないので、不适当である。反対派が、権力分立に加えて裁判所と裁判官の中立性を規定している基本法の地平から要求することは、もっぱら、すべての憲法裁判官がすべての議会集団の信任を得ること、すなわち、多数派のみならず、少数派の信任を、連立与党のみならず、野党の信任を得ることだけである。反対派が憲法裁判所において代表されることが重要なではなく、重要なことは、政府又は（政府を支える）議会多数派が政党同調者（Parteigänger）を憲法裁判所に送り込むことを防ぐことである。憲法裁判所には、多数派の代表者も少数派の代表者も属してはならないし、連立与党の支持者（又は敵対者）も野党の支持者（又は敵対者）も属してはならない。憲法裁判所に属してよいのは、むしろ、あらゆる政治集団・権力及び議会集団・権力と等距離を保っている裁判官だけである。反対派は、「その阻止的少数を憲法裁判所の人的中立化の手段としてのみ利用することが許される」のであり、自党の同調者を送り込むために、つまり、政府と「戦利品を分け合う」ために濫用してはならない、と（*Karl Augst Betterman, Opposition und Verfassungsrichterwahl. Festschrift für Konrad Zweigert, 1982, S. 745 f.*）。本文で紹介しておいたゲックの見解も、また、公聴会におけるベンダやシュテルンの主張も前者の考え方方に立脚するものと考えられる。他方、シュライヒによると、後者の考え方方に立つと、政府及び野党は、現行の手続によって、多少なりとも各法廷における均衡を達成するのであるから、現行の手続は適切なものと評価されることになる。もっとも、シュライヒが後者の考え方を主張する学説としてヘーベルレの主張（*Peter Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in ders. (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 4 (24)*）[ヘーベルレ・前掲注(54)3頁、24頁以下]を引用しているが、ヘーベルレ本人は、現在の選出実務に批判的であり（*Peter Häberle, Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, JöR 1997, S. 89*は、政党の影響力があまりにも強いと批判し（S. 92）、憲法裁判権が全体システムにおける政治プロセスの部分手続として政治的機能を（も）有することから出発した場合、裁判官選出は「最適な社会的（多元的）現前と代表の確保」に役立つものでなければならず、連邦憲法裁判所の判決の政治的重要性にかんがみると、少なくとも「政治的結び付き」が必要であるとは言えるが、このことは、政党が「先祖伝来の裁判官席」を求める権利を主張できないことを意味する、と指摘している（S. 131）。[ヘーベルレ・前掲注(54)177頁、224頁以下]），ヘーベルレの師であるコンラード・ヘッセがいわゆる「中立的な」裁判官（政党の同調者や党员ではない者）として選出されたことを繰り返し肯定的に語っている（例えば、*Peter Häberle, Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Bd. I, S. 325* [ヘーベルレ・前掲注(54)160頁] や *Peter Häberle, Über die*

Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders., Verfassungsgerechtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht, 2016, S. 234〔ヘーベルレ・前掲注(54)292頁〕などがそれである。)。後者の考え方を基点とした場合であっても、現在の選出実務を肯定的に評価することには必ずしもならないようであり、シュライヒの示す対立図式はあくまでの思考の整理のための物差しにすぎないのかもしれない。

実際、シュライヒも、前者の考え方方に立脚しつつも、これに若干の修正を加えている。シュライヒは、一方において、「連邦憲法裁判所は、政治を継続するための機関ではなく、国民の中の政治的諸勢力の代表者でもない。裁判所は何も代表しないのである。」と指摘しているが、他方において、「しかし、この原理が純粹に実現されることは、正当である。憲法の開放性及び連邦憲法裁判所の判断の政治的重要性に鑑みると、政治機関の側からの選出によって連邦憲法裁判官を特別に民主的又は『政治的』に結び付けることは、正当である。しかし、これにより、まさに党派化及び多元化が一定の（法的ではなく、事実上の）必然性をもって現れる。問題は、これがどの程度まで許されるか、そして、これをどのように限定することができるかである。」と指摘している (Schlaich, a.a.O. (Anm. 73), S. 30)。また、ゲジイ (Christoph Gusy) は、3分の2の多数は少なくとも二つの大政党の間の合意を強いるところ、この合意を得るために、「政党を超越した客観法の番人という意味における裁判所の完全な政治的中立化」と「比例性」の二つの基本的思考があるが、「中立性の経験的基準」と「その判断のための客観的な決定機関」が存在しない以上、前者の思考は採れず、後者の思考が「当然である」と主張している (Gusy, a.a.O. (Anm. 12), S. 1631 f.)。さらに、キシェルは、「政党比例の安定した配分システム」は否定的に評価すべきものではなく、むしろ、「連邦憲法裁判所の顕著に肯定的なメルクマール」であると評価している (Kichel, a.a.O. (Anm. 70), Rdnr. 39)。キシェルは、次のように論じている。「今日の方法論」においては、法的判断は、多くの事案において、基礎となる経験的事実と結び付いて法規範から純粹に論理的に導かれるものでない、という点で一定している。価値や評価が法的判断に流入するのである。日常の仕事において、法律家は、様々な結果を主張可能なものと判断し、合理的に法律に基づくものとして受け入れることに慣れているが、このことは、とくに際立って憲法裁判権に、そして、「言語的開放性と解釈の必要性」の程度がとくに高い点に特徴のある「基本権と国家組織原理」に当たる。これによって、まさに「憲法裁判官」の場合、いかなる法律家も免れることができない「倫理的・政治的基本觀念及び評価」が特別の意義を有することになる (Kichel, a.a.O. (Anm. 70), Rdnr. 37)。そして裁判所の裁判が一面的にならないようにしようとすると、世界観的立場の観点からしても「釣り合いのとれた」人的構成が追求されなければならない。その際、「党派的好み」は「良い手がかり」となり得る。すなわち、ここで問題となるのは、政党の方針に厳密に合致することではなくて、「基本態度」及び「憲法上の前理解」であり、後者は、「政党所属」又は「政党との近さ」によって指示すことができる。もっぱら又は圧倒的に「党派的に中立の者」を裁判官に任命するという代替案は、「見かけだけの解決」にすぎない。何故なら、中立の者も前理解を有しており、それが明らかではなく、予測できないだけだからである。連邦憲法裁判所の「バランス」を確保することを試みる限り、「党派的比例性」は病理的現象ではなく、最も信頼できる治療薬である (Kichel, a.a.O. (Anm. 70), Rdnr. 38)、と (Uwe Kischel, Party, Pope, and Politics? The Election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective, Jean Monnet Working Paper 23/13, New York University School of Law, 2013, S. 12f. も参照。)。これらの見解を踏まえると、連邦憲法裁判所があくまでも裁判機関であるという考え方方に立ったとしても、実際的な理由から政党比例による裁判官ポストの配分という考え方を完全に排除することは不可能であるとも考えられる。連邦憲法裁判所があくまでも裁判機関であるという考え方と政党比例による裁判官ポストの配分という考え方方がいかなる範囲において両立可能であるのか、という点については、別の機会にさらに検討を加えてみたい。

連邦憲法裁判所裁判官の選出実務について、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005年) 140頁は、「このような実務には政党所属の者または政党に近い傾向を有する者が任命される傾向があるとの批判も強いが、官憲国家的発想に基づく政府の選任こそ最も危険であるということで、甘受されているようである」と指摘している。また、杉原泰雄編集代表『新版体系憲法辞典』(青林書院、2008年) 250頁〔畠尻剛執筆〕は、「ドイツでは、選出規定は、政治的に中立的立場にある裁判官を個々に選任する方向ではなく、与野党対等な裁判官ポストの配分によって憲法裁判所内部における政党政治的意味での均衡を確保し、これによって裁判所全体としての中立性を図るという方向で運用されている。」と説明している。さらに、畠尻・工藤編・前掲注(55)108頁以下〔川又伸彦執筆〕は、これまでの慣行に対する「評価は、連邦憲法裁判所の性格をどう理解するかによって分かれている」と指摘し、「他の裁判所と同じように、連邦憲法裁判所を純粹に法的判断を行う機関とみる立場は、裁判官の構成が議会の政治的勢力関係を反映するものであってはならず、すべての裁判官がいずれの政治勢力とも一線を画していかなければならないとして、現在の慣行を批判している。これに対して、連邦憲法裁判所を政治過程の中に位置づける立場は、裁判官の構成も社会の多元的状況を可能な限り反映すべきであるとして、現在の方法をむしろ妥当であるとしている。」と説明している。加えて、三宅雄彦「連邦憲法裁判所をめぐる法と人事—ドイツの場合」法律時報86巻8号(2014年) 29頁は、「憲法裁人事への評価は、結局、憲法裁理解に左右されるようである」と指摘している。なお、司法研修所編『欧州諸国憲法裁判所制度について』(法曹会、1990年) 214頁以下も参照。

対に放棄することができないもの、変更の余地のないものとして前提とされていたという事情があり、⁽⁷⁴⁾本稿は、連邦憲法裁判所裁判官の選出に3分の2の多数が要求されていることの意義について検討することができなかった。⁽⁷⁵⁾以上諸点については、近い将来において別途論文を作成し、多少なりとも立ち入った検討を加えてみたいと考えている。⁽⁷⁶⁾

（2）最後に、日本の最高裁判所裁判官の任命手続きのあり方をめぐる議論状況に簡単に触れておきた

い。野中俊彦は、日本国憲法制定後50年間の違憲審査制論と裁判官論を検討した1996年の論文において、「最高裁裁判官の場合、個々の裁判官の憲法観がきわめて肝要であるところ、その実質的任命権は憲法上内閣にあり、任命権者と被任命権者の憲法観が大きくずれることは考えにくい。それに随分長いこと自民党政権が続き、政権交替が行われなかつたので、最高裁の裁判官構成が体制寄りになるのを避けられない」という現実があった。そこでこの議論

(74) 例えば、シュテルンは、1988年5月4日に開催された法務委員会公聴会において、「我々は、3分の2の多数を維持すべきである点については一致している。連邦憲法裁判所裁判官は、憲法の継続的展開及び憲法の具体化などのその任務の故に、この高度の正当化を必要とする。」と述べている（S. 70）。

(75) すでに本文のIIで見たように、基本法94条1項2文は、「連邦憲法裁判所の構成員は、それぞれ半数ずつ連邦議会及び連邦参議院によって選出される。」と規定するにとどまり、連邦憲法裁判所裁判官の選出に3分の2の多数を要求していない。連邦憲法裁判所裁判官の選出に3分の2の多数を要求しているのは、連邦憲法裁判所法である。すなわち、連邦憲法裁判所法6条5項（改正前）は、「8票以上の投票を得た者が、裁判官に選出される。」と規定し、また、連邦憲法裁判所法7条は、「連邦参議院により選任される裁判官は、連邦参議院の投票数の3分の2によって選出される。」と規定し、連邦議会においても、また、連邦参議院においても、連邦憲法裁判所裁判官の選出に3分の2の多数が要求されている。それでは、連邦憲法裁判所法が連邦憲法裁判所裁判官の選出に3分の2の多数を要求している趣旨をどのように理解すべきだろうか。社団法人自由人権協会は、司法制度改革審議会の中間報告に関する2001年3月31日付けの意見書において、ドイツの「連邦憲法裁判所の場合には、その裁判官は連邦議会及び連邦参議院によって半数ずつ選出されますが、その際、注目すべきことは投票数の3分の2が選出の要件とされております（同基本法第94条1項2文、連邦憲法裁判所法第6条）。この方法は、民主的正統性の確保と一方的党派性の回避とを目的としたものであり、ドイツの憲法裁判所の成功は世界的に注目を集めることとなっています。」と指摘しているが、この指摘からも窺えるように、連邦憲法裁判所法が連邦憲法裁判所裁判官の選出に3分の2の多数を要求している趣旨は、日本の法律家にとっても興味を引く論点であることは間違いない。しかし、残念ながら、本稿においてはこの点に検討を加えることはできなかった。今後別途論文を作成して詳しい検討を加えることをお約束して、ここでは、グリムの見解を紹介しておきたい。グリムは、次のような説明をしている。3分の2の多数は憲法改正にも規定されているが、これは基本法の意義に対応している。基本法は、政治的に競争関係にある者がその対立に決着を付ける土台となるコンセンサス基盤を形成するが、かりに基本法が単純多数決によって多数派に有利に変更することができるすると、この機能（コンセンサス基盤）が失われる危険がある。そして、連邦憲法裁判所は、紛争事案において、基本法が政治にどのような要求をしているのかについて判断する任務を有するが、かりにこのような機関が存在しなければ、疑義のある場合に、その時々の多数派の見解が貫徹し、憲法のコンセンサス機能が徐々に衰弱する。裁判所の任務は、まさに、憲法規定の意味を政党の利害に左右されずに探究することにあり、それ故に、裁判官の選出を超党派的コンセンサスに拘束することは極めて有意義である、と（Grimm, a. a. O (Anm. 60), S. 1）。

なお、杉原編集代表・前掲注(73)721頁〔駒村圭吾執筆〕は、「最高裁裁判官の任命が内閣に委ねられるのは、内閣を通じての民主的コントロールを及ぼすことにより政治部門と司法部門の抑制均衡を図る趣旨と、とりわけ憲法解釈の最終判断権を最高裁が担う仕組みを採用したこと（憲81条）から、政治の法たる憲法規範の運用に対する政治部門の政治責任を一定限度で確保する趣旨に出たものと思われる。確かに憲法は法と政治の接点に関わる規範であるが、逆にそれだけに、内閣の党派的支配からの独立が強く求められるともいえる。」と指摘している。「憲法は法と政治の接点に関わる規範である」から「内閣の党派的支配からの独立が強く求められる」という主張は、憲法の意義（規範としての特質）を論証の出発点としている点で、グリムの見解と共通するところがある。

(76) なお、裁判官の選任手続については、ドイツ以外の諸国も含めた比較的研究が必要であることはいうまでもないが、このような研究は筆者の能力を超えるものである。このような研究として、ヴェルナー・ホイン（岡田俊幸訳）「憲法裁判所裁判官の選出」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(71)151頁以下がある。

は、裁判官任命諮問委員会の復活、国民投票制の投票方法の改善、最高裁の機構改革等の立法政策的次元をさまである。あるいは下級裁判所裁判所の裁判官を含めて日にとらわれない新鮮な判決への期待を込めて司法行政や裁判官制度の現状を批判しその在り方を論じる。さらにはアメリカやドイツのように裁判官の任命につき議会が牽制できる制度をあるべき

憲法制度として憲法政策の次元で論じ、現状を批判する方向へ向かった。」と指摘しているが、ここでは、「裁判官諮問委員会の復活」について一言しておきたい。これについては、かつて最高裁判所裁判官諮問委員会設置法案が衆議院に提出されたことがあるが、従来から多くの学説は、裁判官諮問委員会(78) (諮問機関)⁽⁷⁹⁾の設置を望ましいものと評価してきた。

(77) 野中俊彦「憲法訴訟論と裁判官論 その交錯と非交錯」法律時報68巻6号(1996年)35頁。同「自由の保障と裁判過程」ジャーリスト978号(1991年)59頁以下にも同旨の指摘がある。なお、横田耕一「違憲審査制の性格とその運用」ジャーリスト1089号(1996年)151頁以下も参照。

(78) 永井憲一・利谷信義編集代表『資料日本国憲法4』(三省堂、1986年)322頁以下。

(79) 戦後の代表的な教科書の一つである清宮四郎『憲法I [第3版]』(1979年、有斐閣)347頁以下は、最高裁判所の長官は、内閣の指名に基づき、天皇が任命し、判事は内閣が任命して、天皇がこれを認証するという「この制度のもとでは、最高裁判所の裁判官の人選はすべて内閣で決められることになるが、偏向・独断におちいるおそれもあり、広く人材を求めるうえからも、最高裁判所発足当時に設けられた、裁判官任命諮問委員会に諮問するような方向が考えられるべきであろう」と主張している。また、小林直樹『[新版]憲法講義下』(東京大学出版会、1981年)336頁以下は、「司法権の独立という観点だけからみても、政党派的色彩の強い内閣が、最高裁判所の裁判官の任命権を有することは、妥当かどうか、問題となろう。おそらくそれは、最高裁判所に憲法の最終的な解釈権が与えられたために、いわばそのカウンターバランスとして、『行政権の責任者たる内閣が、国会のコントロールの下において、裁判官の任命を通じて、ある程度の影響を裁判官の組織に与える可能性をもつ』ようにしたものである、と考えられる。しかし、かような内閣の人事権が、最高裁判所を『ある程度』以上に制約し、付託された使命を勇敢に達成する能力を、多少でも奪うことになれば、司法権の独立は骨抜きになりかねないであろう。もちろん、憲法は、裁判官となるための資格要件を法定すべきことを予想しているし、その限りで、『内閣の任命権は、国会の立法権によって制約される可能性がある』けれども、それだけで、内閣による任命に政党派的偏向を生ずるチャンスを、まったく抑制することはできまい。現行制度の枠内においてでも、何らかの合理的な任命手続を考慮すべき理由があると思われる。最高裁判所の発足当時におこなわれた、裁判官任命諮問委員会の諮問を経るような方法が、最初に考えらえよう。…最高裁判所の裁判官の人事に、政治色があまりにも強く入り込むことは、防止されなければならない。」と主張している。加えて、戸波江二『憲法 [新版]』(ぎょうせい、1998年)421頁は、「最高裁判所の任命権が内閣にあることは、行政の責任者である内閣による裁判所コントロールを期待したものと推測されるが、しかし、行政を統括する内閣が選任権を行使することは、最高裁の人事の政治化をもたらしかねない。最高裁判所裁判官の人選を中立的な選考委員会に託すことなどの検討が必要であろう。」と主張している。なお、伊藤正巳『憲法 [第3版]』(弘文堂、1995年)586頁、辻村みよ子『憲法第5版』(日本評論社、2016年)477頁においても同様の主張がなされている。また、最近出版された教科書においても、例えば、市川正人『基本講義憲法』(新世社、2014年)330頁は、「内閣による最高裁判官選任の過程は、日弁連内の推薦委員会の審議に基づき日弁連会長が推薦する者の中から選ばれる、弁護士出身者の場合を除き、外部からうかがいしれず、眞に最高裁判官にふさわしい資質を有した人物であるか否かという観点からの選考がなされている保証はない。それゆえ、裁判官任命諮問委員会を復活させ、最高裁判官の選任にあたり広く法曹関係者等の意見を聞くべきであるという意見も根強い。」と説明している。このように多くの学説は、最高裁判所裁判官の人事を内閣に委ねることに党派的人事の危険性を見て、党派的人事を緩和するために、裁判官任命諮問委員会の設置を求めていた。これに対して、上野妙美子「憲法裁判官の任命」法学新報103巻2・3号(中央大学法学会、1996年)465頁以下は、従来の学説とは対照的な見解を示している点において注目に値する。上野は、「日本の最高裁判所の裁判官の任命についてこれまで政治的任命であることを真正面にすえて議論してきたことはなかったように見受けられる。その半面、独立性や中立性は強調されてきた。しかし、政治的任命は避けられない。ある意味では中立だとされる人物を任命することも充分に政治的任命を意味しているといえる。ならば、むしろ政治的任命の多様化をはかることがふさわしいのではないか。それが政権交替の根拠であろう。……政治的任命であることを前提として憲法を判断する裁判官に何をどう代表させるかを改めて考えるべきであろう。」と主張している(468頁)。筆者は、「政治的任命の多様化」という上野の主張に共感するところがあるが、この考え方を裁判所に関する従来の理論の中にどのように組み入れることができるのかについては、未だ十分な検討ができていない状況にある。

例えば、浦部法穂は、79条1項が、「最高裁判所の裁判官の任命権を内閣に専属させていることは、一面において、最高裁判所の独善を排するという意味をもちうるが、他面、党派的人事の弊も否定できない」と指摘し、「最高裁判所裁判官の党派的任命の弊を避けるためには、政党党派に偏しない選考委員会を設け、その諮問を経て内閣が任命する、といった制度を確立することが、むしろ望ましいといえるであろう」と主張している。⁽⁸⁰⁾また、野中俊彦も、「最高裁判所判事の任命権が内閣に与えられていること（長官の任命も実質的には同じ）は、国会のコントロールの下にあり行政権の責任者である内閣が、ある程度の影響を裁判官の組織に与えることができ、そのことによって権力分立上の均衡を保つようにしたものである」が、「しかし最高裁判所の裁判官の任命がまったく内閣の一存にゆだねられてよいかは一つの問題である」こと、すなわち、「一方で憲法判断はすぐれて政治と法の接点にかかわるものであることと、他方で内閣は政党党派的性格を強く帯びた機関であることとを考え合わせれば、現行の任命制度は党派的に偏った任命、したがってまた偏った最高裁判所の構成をもたらすおそれを多分にはらんでいるといわなければならない」こと、「と

くに一党の長期政権が続くような場合にはそうである」ことを指摘し、「最高裁判所の人事に政治色が入りこむのを避けるために公平で非党派的な選考委員会が実質的任命を行なえるような制度の構築が望ましいという意見が今日までかなり有力に唱えられてきた」ことを紹介している。さらに、司法制度改革審議会の最終報告「司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—」（平成13年6月12日）99頁が、「……内閣による指名及び任命に係る過程は必ずしも透明ではなく、同裁判所裁判官の出身分野別の人数比率の固定化などの問題点が指摘されている。こうした現状を見直し、同裁判所裁判官に対する国民の信頼感を高める観点から、その地位の重要性に配慮しつつ、その選任過程について透明性・客觀性を確保するための適切な措置を検討すべきである（昭和22年当時、裁判所法の規定に基づき設けられていた裁判官任命諮問委員会の制度も参考となる。）」と述べたことにより、裁判官諮問委員会の設置が改めて注目を集めている。⁽⁸¹⁾加えて、最近では、最高裁判所裁判官を務めた泉徳治が裁判官諮問委員会の設置を肯定的に評価する意見を述べて⁽⁸²⁾いることも注目される。

ところで、最高裁判所裁判官の任命にあたって候

(80) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法IV』（青林書院、2004年）58頁〔浦部法穂執筆〕。

(81) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法II [第5版]』（有斐閣、2012年）249頁以下。

(82) 日弁連は、2003年6月20日付けの「最高裁判所裁判官任命諮問委員会の設置を求める意見書」において、「司法機関の最重要機関といえる最高裁判所の裁判官の選任過程の透明性・客觀性を確保することは、国民の司法に対する信頼を確保するために不可欠なこと」を理由として、「最高裁判所裁判官任命諮問委員会の設置に関する法律（案）」を提案している。社団法人自由人権協会は、2001年3月31日付けの意見書において、司法制度改革審議会の中間報告を受けて、「内閣総理大臣の諮問機関として最高裁判所裁判官任命諮問委員会の設置」を提案している。同意見書は、「この諮問委員会は、内閣総理大臣が、優れた識見を有する者の中から両議院の同意を得て任命された委員によって構成されるものとし、合議によって最高裁判所裁判官の候補者を挙げ、内閣総理大臣に推薦するのが適切であると考えます。」と述べている。

(83) 泉徳治『私の最高裁判所論』（日本評論社、2013年）133頁は、「少数者の私情ないし狭い視野からする独断専行の誤りを避ける意味においても、多数の有識者の同意の裏付けがあることが必要かつ妥当であると考える。諮問機関の構成が適當である限り、かかる制度の存することによって、国民の最高裁判官に対する信頼と尊敬はより高まるであろうことは想像に難くない。」という真野毅元最高裁判事の見解（真野毅「最高裁判所機構改革の基本問題」ジャーリスト71号（1954年）2頁、10頁）を引用し、「私も同意見である」と主張している。

補者に対する公聴会を実施することについても、従来からそれを求める主張が一部の論者からなされて
⁽⁸⁴⁾いたが、最近、その主張は広がりを見せて
⁽⁸⁵⁾いる。それ故、今日、最高裁判所裁判官の任命手続のあり方について、最高裁判所裁判官任命諮問委員会（諮問機関）の設置と②公聴会の実施の二つの提案がなされている状況にあると言えよう。もっとも、最高裁判所裁判官任命諮問委員会（諮問機関）の設置と②公聴会の実施との理論的相互関係については、これまで必ずしも十分な検討がなされてきたわけではない。最近、宍戸常寿は、両者の相互関係について自覚的な検討を促しており、注目に値する。宍戸は、「①内閣に、法曹三者及び学識経験者などのうち、両議院の同意を得て内閣が任命する者によって構成される『最高裁判所裁判官任命諮問委員会』を置き、内閣は、同委員会が推薦した候補者数名の中から、最高裁判官を任命する、②参議院法務委員会は、最高裁判官の任命前に、内閣に対して裁判官内定者の選考の経緯および理由について、内定者に対してその人格や法的見識について、質疑を行う公開の聴聞会を開催する（ただし、委員会は、候補者の当否について採決を行わない）、という趣旨の裁判所法の改正が行われたとする。この制度の憲法上の意義と問題点について論ぜよ。」という自ら作成した「設問」を解説する中で、まず、①について、

「現在の任命制度は、まさに党派的機関である内閣に任命権が認められているために（79条1項）、最高裁の構成が党派的に偏るおそれがあり」、「そこで任命手続を非政治化し、優れた識見と能力のある候補者を推薦するための、有識者による第三者委員会を作つはどうか、というのが論点です」が、「憲法は本来は、その時々の内閣が自らの意向を最高裁の構成に反映させることを前提に、政権交代を通じて党派的偏りが中長期的には正されるべきだと考えたのかもしれません。そのことと、第三者委員会による非政治化のどちらかがよいと思うか、自分の頭で考えてみてください。」と指摘し、つぎに、②について、「アメリカ憲法では、大統領による連邦最高裁判事の任命に、上院の同意が必要で」、「そのための上院の公聴会は非常な注目を集めますが、それに似た手続を定めて内閣の任命行為をコントロールしようとするのが、②の提案です」が、「問題は、党派的利害が反映される機関である参議院法務委員会で公聴会を行うことが、最高裁判官の任命をかえって政治化したり、あるいは任命後の裁判の公正を危うくしたりするのではないかといった心配です。先に挙げた内閣の任命による党派的偏りのおそれとのバランスを、考えてみてください。」と指摘⁽⁸⁶⁾している。宍戸が作成した上記の設問の独自性は、これまで別個に提案されることの多かった①諮問機

(84) 高橋利明「最高裁判官の任命にあたって聴聞会を」注(10)51頁以下及び同「最高裁判事任命に聴聞会を」前掲注(10)4頁以下は、「国民の立場からすれば、最高裁判事の人事は密室のなかで行われている」（5頁）とする認識の下、「司法を開かれたものとし、もう少し風通しを良くするために……最高裁判官の任命経緯やその人物像を明らかにすることも……一つの方策」（52頁）であるとして、最高裁判所裁判官の任命にあたって正式な辞令の発布の前に候補者に対して国会で公聴会を開催するという改革案を提出している。高橋によれば、聴聞会における質疑の対象は、「司法のあり方や憲法秩序に対する評価、過去の著名事件に対する法律的評価など本来最高裁判所裁判官の素養として最低限度必要とされるであろう事項はもとより、司法行政上の諸問題への取組み姿勢、さらには、環境問題や女性の社会的進出と両性の本質的平等など現今の社会的諸事象」である。「聴聞会による成果」は、「これまで国民の背後を素通りしていた任命問題が国民の前にオープンにされること」で、「国民はどのような人物が任命されるのかを知ること」ができ、さらに「このような経緯で任命されるとすれば、ひとつの鑄型から生まれたような人物だけが任命される事態には些かのブレーキがかかる」ことである（53頁）。星野安三郎「最高裁判事任命制度の活性化・民主化—国民主権と公務員選定罷免権を中心に—」法と民主主義248号（1990年）54頁はこれを支持しつつ、公聴会によって「任命さるべき裁判官が、国会議員や一般国民である参考人によって、公然とした批判にさらされ」るが、「このことは、訴訟指揮権を通じて、原告・被告の訴訟当事者に超然とした地位を保障されている裁判官にとっては被告の立場に立たされるようなもので、革命的とも思える貴重な体験」であり、「このような公聴会による洗礼

は、その後の裁判に影響したり、新しく迎え入れられる同僚の経歴・人物・見識を知ることを通じて、裁判官会議や人事行政の民主的運営を可能にするなど、その影響を効果は、はかり知れない」と評価する。

なお、高橋弁護士は、上記の改革案を「最高裁の実態と改革の課題」と題するある研究集会において報告され、同研究集会においてこの報告をめぐって質疑・討論が行われている（法と民主主義254号（1991年）2頁以下）。高橋提案に対して、研究集会参加者から、「候補者の過去にした個別判決も対象になる」か、それは「裁判の独立との関係で全くないのだろうか」（大川発言、11頁）、聴聞会は「裁判官を思想調査する、公開の場で、おまえは右か左かということになるだろう」が、「弁護士や実務家のなかで、支持されるだろうか」というのが率直な疑問」だ、「実務家のレベルの意識から見ると、もう一つ抵抗感がある」（阪口発言、12頁）、との意見表明がなされている。これに対して、「質疑応答の内容は原則的にはタブーはない」が、「過去にその候補者が関与した事件について、その当否を議論することはいけない」、ただし、「その候補者がたまたま同種の事件をやっていた場合でも、それを一般論として判例評釈のようななかたちでいいか悪いかという議論をすることはよろしい」（11頁以下）、「質問の内容は、抑制的である必要はないだろうけれども、紳士的である必要はある」（14頁以下）、と回答されている。ここで質疑応答は今後検討すべき多くの問題を示唆している。

- (85) 戸波江二「憲法裁判の発展と日本の違憲審査制の問題点」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(71)37頁以下、51頁は、「違憲審査権行使する裁判官の選任手続は各国でさまざまであるが、概して、議会での選任と、選任にあたっての慎重な適格性審査がなされるのが通常である」にもかかわらず、「日本では、最高裁判所の裁判官の任命は内閣の権限とされ、しかも、選任にあたって慎重な資格審査や審査手続の透明性は要求されていない」し、「ましてや、候補者が憲法的素養をもつかどうかについて公的に検討する機会は設けられていない」と述べ、日本の最高裁判所裁判官の選任手続における「透明性」の欠如を指摘している。

最近、公聴会の実施の必要性を繰り返し主張しているのが見平典である。見平典『違憲審査制をめぐるボリティックス』（2012年、成文堂）203頁は、「司法制度改革で掲げられた『立法・行政に対する司法のチェック機能の充実・強化』をさらに進めるためには、最高裁判所任命手続の透明性を高める必要もある」から、「具体的な選考過程・選考基準の公表、さらに進んで諮問委員会の設置、あるいは国会での公聴会の開催等は、今後真剣に検討されるべき課題であるように思われる」と指摘している。見平典「最高裁判所裁判官人事のこれまでとこれから」法学セミナー674号（2011年）28頁は、「具体的な選考過程・選考基準の公表、さらに進んで諮問委員会の設置、あるいは国会での公聴会の開催等は、今後真剣な検討に値するでしょう。それらは、任命の透明性を確保し民主的統制を可能にする上でも、憲法や司法に対する国民の理解の深化の上でも、今後取り組むべき重要な課題であるといえます。」と指摘している。見平典「憲法学と司法政治学の対話—違憲審査制と憲法秩序の形成のあり方をめぐって」法律時報86巻8号（2014年）93頁以下は、「最高裁判所裁判官選任手続は、透明性を欠いているうえ、選考に関与する主体がきわめて少数であり、それらは内閣を除きいずれも民主的正統性を有していないことから、選ばれた裁判官の民主的正統性は著しく希薄化し」、「その結果、裁判官は自己の民主的正統性を顧慮して、民主主義原理との間に緊張関係をはらむ（とされる）違憲審査権の行使に対して躊躇を感じざるをえざるをなってきた」（95頁）との認識を示した上で、「違憲審査制の活性化を図るのであれば、司法の政治的資源の充実が強く求められる」ところ、「司法に対する基本的な信頼と理解に基づきつつ、そのあり方に関心を抱く能動的な市民が厚みをもって存在することは、政治動向に左右されにくい、裁判所の確かな政治的基盤になりうる」から、「裁判官選任手続を司法のあり方に関する国民的討議の場とすること」は、「そうした課題に寄与しうるものであり、検討に値するであろう」（96頁以下）と主張している。さらに、見平典・宍戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦「憲法学と司法政治学の対話（後篇）」法律時報86巻10号（2014年）106頁〔見平発言〕は、裁判員制度、アミカスのような裁判参加手続といった「制度に定着が見られれば、最高裁判所裁判官選任手続についても、公聴会制度の導入などを通して、開放性・民主的契機を高めることが検討されてよいのではないかでしょうか。公聴会制度では議員の力量が問われますが、こうした制度が実施される中で議員も市民もメディアも鍛え上げられていくのだと思います。」と指摘している。

見平の主張は、「違憲審査制の運用」という憲法現象の政治学的・社会学的分析、あるいは政治学的・社会学的方法に基づく違憲審査制の研究を基礎としており、政治学及び社会学の素養がまったくない筆者には、見平の主張を十分に理解できた自信は全くなく、これにコメントすることはできない。ドイツにおいても、近年、政治学の手法を用いた連邦憲法裁判所研究が蓄積されてきている。例えば、連邦憲法裁判所創設50周年記念論文集には、「政治学及び社会学の視点から見た連邦憲法裁判所」と題する論文（*Klaus vom Beyme, Das Bundesverfassungsgericht aus der Sicht der Politik- und Gesellschaftswissenschaften*, in Perter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd I, 2001, S. 493）が掲載されている。また、注(64)に引用したVan OoyenとMöllersの共編の書物にも政治学及び社会学の分野に属する論文が数多く掲載されている。筆者は、30年以上も前の学部生時代に大沢秀介先生の演習に参加して以来この研究分野についても人並み以上の関心を持っているつもりではあるが、政治学及び社会学のトレーニングを全く受けておらず、残念ながら、ドイツにおけるこの分野の研究状況を紹介する能力を有していない。

- (86) 宍戸常寿「憲法 解釈論の応用と展開第2版」（日本評論社、2014年）270頁以下、とくに279頁以下。

関の設置と②公聴会の実施を法律によって同時に制度化した場合に生じる問題点を考えさせようとするところにあるようにも思われる。筆者は、宍戸が上記の設問を作成したのは①諮問機関の設置を主張することと②公聴会の実施を主張することは突き詰めると理論的に矛盾する可能性があることを示唆するためではないかと推測している。最高裁判所裁判官

の任命手続のあり方については、今後さらに議論を深めていかなければならないが、筆者としては、今後の課題として、①諮問機関の設置と②公聴会の実施について、それぞれの問題点を検討するとともに、両者の理論的相互関係について「自分の頭で考⁽⁸⁷⁾えて」みようと思っている。⁽⁸⁸⁾

- (87) 裁判官任命諮問委員会の設置について、岩間昭道『憲法綱要』(尚学社、2011年)290頁は、「今日、司法制度改革と関連して、諮問機関を設けるべきだとする意見は根強く主張されている」が、「諮問機関を設けるとした場合、諮問委員会の人選をどのようにして行うかが問題となる」ことを指摘している。この論点について工藤・前掲注(71)132頁以下は、「学説のねらい」に応じて、「裁判官任命諮問委員会の構成も変わってくるはずである」と指摘している。工藤は、次のように述べる。「一つは、裁判官の政治的中立性の確保である。最高裁判所は純然たる司法裁判所なのであるから、内閣の政治的な配慮によって裁判官が選出されるのは望ましくない。このように考える場合には、委員会は非政治的な法律専門家によって構成されるべきことになる。もう一つの可能性は、最高裁判所裁判官には政治的判断力が不可欠であると考えたうえで、最高裁判所裁判官の選出に対して、すべての主要な政党に議会での議席数に比例する影響力を付与すること、つまり、政府与党だけではなく、野党にも最高裁判所裁判官の選出について意見を述べる機会を与えることである。この場合には、委員会のメンバーには政治家が参加すべきもので、連邦議会の裁判官選出委員会(参照、連邦憲法裁判所法6条)に近い構成となろう。」筆者は、「裁判官任命諮問委員会をめぐる問題には、最高裁判所の性格を法的なものとみるか政治的なものとみるかという基本的な対立がその背景にある」という点について工藤と認識を共有しているが、「最高裁判所の性格を法的なものとみる」立場と、「政府与党だけではなく、野党にも最高裁判所裁判官の選出について意見を述べる機会を与える」べきであるとの主張は必ずしも矛盾しないと考えている。この点は、別途作成する論文においてさらに検討してみたいと思っている。

- 見平『違憲審査制』前掲注(85)205頁以下は、「裁判官選任手続の透明化、民主化を進めようとするのであれば、具体的な制度論とともに、またその前提として、最高裁の正統性調達の在り方にに関する議論も深めていく必要」があり、「こうした規範的議論を踏まえたうえで、用いられるべき選任基準とその構成要素を特定するとともに、委員会や公聴会の場で質疑の対象とされるべき事項の範囲を画定していくことが求められている」と指摘している。本稿で検討の対象としたドイツの議論においても、「公聴会の場で質疑の対象とされるべき事項の範囲」は大きな論点の一つとなっている。この論点の検討も、連邦憲法裁判所の性格をどのようにとらえるのか、すなわち、連邦憲法裁判所をあくまでも「裁判所」とみるのか、それとも連邦憲法裁判所が「裁判所」であると同時に「政治機関」でもあることを強調するか、という原理的問題に抜きにして行うことはできないと考えられる(注(70)で紹介したキシェルの見解を参照。)が、本稿は、研究者や議員の主張を個別的に紹介するにとどまり、この論点について十分な検討を行うことはできなかった。

- (88) 上記注(84)で言及した研究集会において、「現在の日本国民に対して、聴聞手続きで迫ることと任命諮問委員会のようなものを設置してよりよいものにしていくという提案のどちらがベターであろうか」(大川発言、11頁)とする質問も出されている。この点、「どちらも両立し得るもので、どちらも必要だろう」(下村発言、13頁)と言えるかは一つの問題であろう。運動論として「多重的に主張」する(木佐発言、14頁)ことはあり得るとしても、両者は「論理的に矛盾しない」(木佐発言、14頁)と言えるか、両者の相互関係について理論的にもう少し詰めて考える必要があると思われる。本文で検討したように、諮問委員会の設置を唱えるシュテルンと公聴会の実施を主張するプロイスは、異なる理論的前提に立脚するものである点に留意しなければならない。

工藤・前掲注(71)138頁は、「日本国憲法や裁判所法は、最高裁判所を他の裁判所とは異なる特別の存在としていると考えができるが、実際の運用は、最高裁判所を純粹な司法裁判所にとじこめようとしてきたようにみえる。学説の多くも、最高裁判所の違憲審査権の行使が消極的すぎると嘆きながらも、最高裁判所が純粹の司法裁判所の枠を超えて活動することに警戒的であった。しかし、果たして純粹の司法裁判所が憲法の期待する最高裁判所なのか、最高裁判所の憲法上の性格づけから考え直す必要があろう。最高裁判所の制度改革も、裁判所の性格づけをぬきにすることはできないと思われる。」と指摘しているが、最高裁判所裁判官の任命手続のあり方について、「最高裁判所の憲法上の性格づけから考え直す必要があろう」とし、「裁判所の性格づけをぬきにすることはできない」と考えられる。最高裁判所裁判官の任命手続のあり方について、「最高裁判所の憲法上の性格づけから考え直す」仕事は筆者の今後の課題として残されているが、すでに述べたように、本稿においては、ドイツ連邦憲法裁判所裁判官の選任手続の改革をめぐる議論が連邦憲法裁判所の「憲法上の性格づけから」なされていることを示すことができたのではないかと考えている。