

クリスティアン・シュタルクの憲法構想について

——ドイツ再統一に関連する諸論稿を基礎として(一)——

菟原 明

目次

はじめに

- 一 基本権論(以上、本号)
 - 二 人間の尊厳論
 - 三 憲法の優位と連邦憲法裁判所
 - 四 憲法国家論
 - 五 憲法解釈論
- おわりに

はじめに

現在のドイツ連邦共和国は、法律学にとって、とりわけ公法学にとって、これまでのドイツの法Ⅱ制度の比較研究・紹介あるいは法思想(Ⅱ史)の研究、等とは別次元で、新たに興味の尽きない対象となっている。そこでは、一方で、ドイツ統一(一九九〇年一〇月三日)との関連で生じた旧東独国家の消滅、⁽¹⁾いわれるところの「前法治国家的過去」の

クリスティアン・シュタルクの憲法構想について

克服をめぐる大問題もさることながら、⁽²⁾より具体的なレベルでは、次のような憲法学上の問題が提起されているといえよう。まず第一に、旧東ドイツが、新しく五つのラント(ブランデンブルク、メックレンブルク・フォアポンメルン、ザクセン、ザクセン・アンハルト、チューリンゲン)として、ドイツ連邦共和国に「加入(Bei tritt)」することにより、⁽³⁾それぞれが „Staat“ として、「憲法自治 (Verfassungsautonomie)」を獲得し、それに基づき新憲法の制定作業に入ったことである。⁽⁴⁾ここでは、次の第二の問題とも密接な関連性を有することであるが、基本法の採用する連邦制国家構造から生じる、基本法の内容と新ラントの憲法の規定内容との整合性の問題が興味を引く。⁽⁵⁾その第二は、統一一条約第五条を受けて、基本法にとって、将来の憲法改正が課題とされたことである。特に、連邦とラントの関係、ベルリンとブランデンブルクの境界再編の可能性、基本法への国家目標規定の採用および基本法第一四六条の適用の問題と国民投票に関連して、これが課題とされたことである。⁽⁶⁾その第三は、このようなドイツ国内の変動とも密接に関連する対外的な問題、すなわち、ヨーロッパ連合 (Europäische Union) との関連で生じる基本法改正の問題がある。⁽⁷⁾

法学にとって、このような重大な問題が、一挙に、相互に密接な関連性をもちつつ、しかも同時進行的に出現するという時期・時代は、歴史的にも稀有なことに属するであろう。そうであれば、これらの、とりわけ憲法上生起する諸問題に対するドイツの憲法・公法学者の対応は、その人の憲法理論、憲法構想を知る上で、格好の題材を提供するはずである。本稿は、現在のドイツを代表する、そのような公法学者の一人として、一九七一年以降、伝統あるゲティンゲン大学法学部⁽⁸⁾において、公法担当教授の地位を占めるクリスティアン・シュタルク (Professor Dr. Christian Starck, 1937. 1. 9.-) の憲法構想を、ドイツ統一をめぐって彼がものした憲法上の諸問題に対する諸論稿を基礎にして、論じようとするものである。

しかしながら、いうまでもなく、同教授の憲法構想も、彼のこれまでの学問的・実践的諸活動に裏打ちされているの

であり、そうである以上、その憲法構想を検討するためには、統一前に発表された諸論稿にも可能な限り目配りすることが必要となる。しかし、その関心領域は、ドイツ人学者の例にもれず、きわめて多岐にわたっているだけではなく、その著作も膨大なものでもある。その研究領域は、本来の領域ともいべき公法領域に限られることなく、この公法領域と密接に関連する租税法、放送法、医事法、基礎法、法比較、国際法等々の領域にも及ぶ。さらに彼は、多様な研究プロジェクトのオーガナイザーとして、また、編集者として国内的・国際的にも活躍している。それが故に、彼の研究活動・研究領域を完全にフォローすることは、私の能力に余る。したがって、本稿での検討対象は、前述したように、彼の憲法構想の一端を、ドイツ統一に関連して発生した、あるいは、発生している憲法問題に対して彼が公表してきた諸論稿に基づき、可能な限り彼の説くところを引用することによって、明らかにすることに限定される。それに際して、手順としては、まず第一に、彼の基本権論に焦点を当て、次に人間の尊厳についての彼の捉え方に、さらに、彼のいうところの憲法秩序を、とりわけ、基本法の予定する憲法秩序を保障する制度としての憲法裁判所の位置づけ、これらを包括する基本法の法治国家について展望し、最後に、近年発表された彼の憲法解釈に関する論稿を基にして、憲法解釈論について触れることとする。

なお、彼のこれまでの著作活動については、大東法学前号に掲載した業績一覧表⁽⁹⁾を参照していただければと思う。と同時に、本稿は、前号に継続する在外研究成果の一部をなすものである。

註

(1) ドイツの統一が、ドイツとヨーロッパを根本的に変化させたという認識の下に、基本法はこれに充分に対応できてはならず、さらにまた、基本法は、環境保護、平和、民主制、人権および社会権の領域で欠損しているとして、円卓会議の憲

法草案を考慮して、統一ドイツのための憲法構想案を提示した例としては、vgl. Vom Grundgesetz zur deutschen Verfassung. Denkschrift und Verfassungsentwurf, vorgelegt vom Kuratorium für einen demokratisch verfaßten Bundesdeutscher Länder, Baden-Baden 1991. 日卓会議の憲法草案について、vgl. P. Häberle, Der Entwurf der Arbeitsgruppe, Neue Verfassung der DDR des Runden Tisches in: JöR, N. F. Bd. 39, 1990, 320 ff. und Textanhänge, I: Die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik 1990 (Runder Tisch) - Entwurf, S. 350 ff.

- (2) Ch. Starck, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, in: VVDStRL, 51, Walter de Gruyter 1992, S. 13 は、何が「前法治国家的」かにつき、「前法治国家的」という表現が使われる場合、その基礎にあるのは、何が法であるかを国家がまったく自由に決めてはならない、という国家観です。国家が特定の法原則を承認し、国の法秩序をその法原則と一致させている場合にのみ、その国家は法治国家なのです」という「戸波江二訳」法治国家と前法治国家的過去の克服(上)(中)(下)。(ジュリスト九九六、九九七、九九八号)の(上)九一頁参照]; ders., Die Behandlung des Vermögens der Parteien und Massenorganisationen der ehemaligen DDR, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis, 2. Jg., 1991 は、ドイツ統一との関連で旧東独最初の選挙が実施されるに先立ち、SED(社会主義統一党)のもしくは大衆組織の有する財産とその取得をめぐり、基本法にいう実質的・法治国家的原則によることなく取得された財産の処理をめぐる問題を扱う。そして、政党なり、大衆組織が取得した財産は、それが基本法にいう実質的・法治国家的原則にしたがって取得されたことが証拠によって証明されねばならず、これが証明されない限り、元の所有者に当該財産は返還されるかそれが不可能なときには公益のために利用されることを説く(a. a. O., S. 332 ff.)。ここで、彼のいう実質的・法治国家的の基本原則とは、文明諸国家で一般的に承認されている法治国家諸原則をいい、具体的には、自由・平等・所有権を保障する基本権、基本権保障を実効的に確保するための国家組織原理としての権力分立および権力分立体制の存続を保障する政党多元主義である(a. a. O., S. 321 ff.)。ゆえに、vgl. G. Haverkate, Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, C. H. Beck 1992, 12 ff., 16 ff.

- (3) 一九八九年一月九—一〇日の東西両ドイツを分断していた壁と鉄条網柵の解体後、ドイツ統一の方式をめぐり、基本法第二三条によるかあるいは第一四六条によるかという当時激しく争われた論議については、たとえば、vgl. Ch. Starck, Deutschland auf dem Weg zur staatlichen Einheit, in: JZ, 45. Jg., 1990, S. 349 ff. なお、このドイツ統一に関連して示されている、本稿で展開された彼の基本法に対する強度の信頼感、それを支える彼のいう法治国家体制の揺るぎなさについては、vgl. a. a. O., S. 353 ff. そこでは、基本法が、効力を保持し続け、究極的なドイツの憲法となることに對する正当化論拠が摘示されている。それは、まず第一に、基本法は既に四〇年もの間、連邦共和国憲法として維持されてきたこと、

具体的には、基本法は、①実効的な基本権保護を伴う法治国家的民主制を保障しており、②活動能力のある議会主義的統治体制と作動能力のある連邦国家性を構成しており、③法律学的には疑義のある、憲法を軟化させるプログラム規定から広く解放されていること、第二に、連邦憲法裁判所は基本法を解釈し、それを国家行為の憲法裁判所による審査基準として利用してきたこと、第三に、住民のうちにおいて連邦共和国の安定性とこの体制の教育能力とが正當に基本法と同視されていること、第四に、基本法は、南欧三国（ギリシャ、ポルトガルそしてスペイン）の憲法制定の範例ともなっていること、第五に、基本法の継続的妥當のもとで再統一から生じる諸問題に対処する方が、新憲法制定によって新たな法的基礎を作り上げ、このような諸問題に対処するよりも良いこと、第六に、連邦国家性を採用する基本法は、各ラントにも憲法自治を承認していること、第七に、旧東独の連邦共和国への加入に際し、基本法に抵触しない旧東独の法を過渡期に継続的に妥當とさせることにより、軋轢を減少させ得ること、第八に、基本法改正との関連でも時間的余裕をもち得ること、等である。

- (4) このような新しい五つのラントの憲法制定作業の過程と憲法草案に含まれる問題点については、vgl. Ch. Starck, Eine Verfassung für Mecklenburg-Vorpommern, Artikelfolge, in: Nordkurier [Tageszeitung für Mecklenburg, Vorpommern und Uckermark] vom 4. 4. 1991/Nr. 78, vom 5. 4. 1991/Nr. 79, vom 8. 4. 1991/Nr. 81 und vom 13. 4. 1991/Nr. 86, jeweils S. 3; ders., Verfassungsgebung in den neuen Ländern, in: ZG, 7. Jg., 1992, S. 10 ff.; ders., Verfassungsgebung in Thüringen, in: Thüringer Verwaltungsblätter, H. 1, 1992, S. 10 ff.; P. Häberle, Der Entwurf der Arbeitsgruppe „Neue Verfassung der DDR“ des Runden Tisches(1990), JöR, N. F. Bd. 39, 1990, S. 319 ff.; ders., Die Verfassungsbewegung in den fünf neuen Bundesländern, JöR, N. F. Bd. 41, 1993, S. 69 ff.; K. Stern(Hrsg.), Deutsche Wiedereinigung, Bd. III, Zur Entstehung von Landesverfassungen in den neuen Ländern der Bundesrepublik Deutschland, Carl Heymanns Verlag 1992. 特別に、新しいラントの憲法制定と基本権の関連については、vgl. J. Dietlein, Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der Art. 31 und 142 GG, Verlag Franz Vahlen München 1993. また、本書を挙げてくれた豊富な文献目録も参照。

- (5) Vgl. J. Rux, Die Verfassungsdiskussion in den neuen Bundesländern-Vorbild für die Reform des Grundgesetz, in: Parlamentsfragen (ZParl) 1992. 3, S. 291 ff.

- (6) 両院合同憲法委員会の基本法改正案をめぐる議論については例えば、シタタルクが、„Was wird aus dem Grundgesetz? Der neue Artikel 146 und die Verfassungskommission“, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 15. Juni 1993/Nr. 135, S. 12 及び、統一条約第五条との関連で、基本法改正・補充が問われているが、全面改正が問題となっていないのではなからう。

たうえで、この問題を扱う委員会として組織法上・手続法上原理的には両院合同憲法委員会は、必要とされる基本法改正を準備するにふさわしい制度であるという。そして、今、どの程度同委員会の諸提案が、再統一とヨーロッパ連合の実現とによって提起されている憲法問題を解決でき、また、それに際して、基本法の諸制度が核心において不可侵とされるか、が検討されねばならないであろう、と問題提起を行っている。本稿を下敷きとする „Der neue Artikel 146 GG und die Gemeinsame Verfassungskommission“, in: K. Letzgas/H. Hill/H. H. Klein/D. Kleinert/G-B. Oschatz/H. D. With (Hrsg.), Für Recht und Staat. Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag, C. H. Beck 1994, S. 289 ff. 及び „Der neue Artikel 146 GG“, vgl. K. Stern (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. IV, Zur Reform des Grundgesetzes, Carl Heymanns Verlag 1993; Scholz, Grundgesetz zwischen Reform und Bewahrung, Walter de Gruyter 1993; H.-J. Vogel, Die Reform des Grundgesetzes nach der deutschen Einheit - Eine Zwischenbilanz-, in: DVBl, 109. Jg., 1994, S. 497ff.; 田栄司「ドイツ憲法問題合同調査会最終勧告」(ジュリスト、一〇三六号七七頁以下) 参照。

(7) ドイツ連邦憲法裁判所は、一九九三年一月二日のヨーロッパ連合に関するマーストリヒト条約は憲法に適合する、との判断を下した (EuGRZ, 20 Jg., H. 17, 1993, S. 429)。これとともに例えば、基本法第二八条第一項は、EU (ヨーロッパ連合) 市民に対する選挙権を地方議会レベルで承認するに至った。マーストリヒト条約による基本法改正の問題については、vgl. J. Schwarze, Das Staatsrecht in Europa.; J. Wolf, Die Revision des Grundgesetzes durch Maastricht, in: JZ. 48. Jg., 1993, S. 585 ff. 584 ff.; F. Ossenbühl, Maastricht und das Grundgesetz - Eine verfassungsrechtliche Wende?, in: DVBl, 108. Jg., 1993, S. 629 ff.

(8) 戦後でも、すぐに思い浮かぶことのできる、わが国でもよく知られた教授たちを何人か挙げるとすれば、たとえば R. Smend, A. Köttgen, G. Leibholz, E. R. Huber, W. Weber (いずれも、故人) がいたし、また、とりわけドイツ近世私法史の著作でわが国でも著名な F. Wieacker (一九九四年二月逝去) も挙げることができよう。また、現在連邦憲法裁判所裁判官でもある H. H. Klein も、ゲティンゲン大学法学部教授である。同じく、法哲学者の R. Dreier、刑事法学者 H. L. Schreiber (現総長) 等もいる。拙稿「E・R・フーバー追悼トウラ・フーバー・ジモンズを訪ねて」(大東文化大学法学研究所報 第一四号一九九四年三月) 一六頁以下参照。

(9) 拙稿「現在ドイツ公法学研究資料 - Ch. Starck 教授研究業績一覽 (一九九二年一月一八日現在)」(大東法学第三巻第二号、通巻第二二二号) 参照。なお、本誌記載の諸論稿について、筆者がゲティンゲン大学法学部図書館等で検索したうえで、入手不能なものについて入手可能か否かを同教授に尋ねたところ、早速にコピー、抜刷等により、その殆どを揃えていただいた。それにより、多くの彼の論稿を読むことも可能となった。

一 基本権論

一 本章の課題 クリスティアン・シュタルクの基本権に関する思考傾向もしくは思考構造は、新しい五つの連邦ラントの憲法草案策定作業に関する発言のうちに、明瞭に読みとることができる。それ故に、以下では、新ラントの憲法制定作業に関する彼の発言を中心にして、その基本権論を描出することとしよう。

二 新ラントにおける憲法制定作業 ところで、旧東独の一四のベチルクは、一九九〇年七月二二日のラント導入法に基づき、五つのラントに編成され、これによって、連邦共和国に加入する前提が創出された。これらの新ラントは、第一回選出のラント議会に、憲法制定ラント会議の機能を果たすことを規定する、ラント導入法第二三条第二項に従い、⁽¹⁰⁾新憲法の制定作業に入った。⁽¹¹⁾同法は、新ラントに憲法制定を義務づけたが、このラント導入法上の義務とはまったく別の根拠からも、すなわち、新ラントは、ラントとして国家の特質をもつことから、自から憲法を制定しなければならぬとする、いわゆる「憲法自治」に基づき、憲法制定を義務づけられることとなった。いうまでもなく、新ラントも、ドイツ連邦共和国の一員であることからすれば、この憲法自治といえども無限定ではなくて、基本法の確定する一定の限界に服する。とりわけ、そのような限界としては、たとえば基本法第二八条、あるいは、連邦の立法管轄権（第七〇条―第七五条）⁽¹²⁾等が挙げられる。⁽¹²⁾そのようななかで、五つの新ラントのうち既に三つのそれが、つまり、一九九二年六月六日にザクセンが、一九九二年七月一七日にザクセン・アンハルトが、そして、国民投票の後一九九二年八月二八日にブランデンブルクが、それぞれ自己の憲法を施行した。残る二つのラントも、早晚憲法の制定、施行をみるに至るであろう。ちなみに、メックレンブルク・フォアポメルンでは、一九九三年五月一四日にラント議会によって「暫定憲法（Vorläufige Verfassung）」が可決され、一九九四年度中に、その可否を問う国民投票が実施される予定である。一方、

チューリンゲンでは、まだコンセンサスを得られるような憲法草案の審議が続行中である。⁽¹³⁾

三 国家目標・社会的根本権の新憲法への採用 新ラントの憲法草案作成もしくは制定作業において論議の的となった領域の一つが、基本権領域であった。そこでは、とりわけ、いわゆる社会的根本権規定もしくは国家目標規定を、憲法に採用すべきか否かをめぐって、議論は対立した(この問題は、いうまでもなく、統一条約第五条が規定した基本法改正に対する課題一つでもあった)。

新ラントは、その憲法制定にあたって、環境保護、文化的諸権利もしくは労働の権利や住居の権利といった国家目標規定あるいはいわゆるプログラム規定ないし社会的根本権を憲法に採用することで、「完全な憲法(Vollverfassung)」の制定を目指そうとする傾向にあった。⁽¹⁴⁾ 例えば、このような傾向につき、カロリーネ・ヒンズは、旧連邦ラントは、基本法施行前のラントを除き、各ラントは基本法の基本権に拘束されることを理由に(基本法第一条第一項および第三項参照)、基本権カタログをラント憲法に採用することを放棄しているが、しかし、「新ラントは、圧倒的に完全な憲法を手にいれようと努めている」と評価する。さらに、国家目標規定をラント憲法に導入することにつき、それは、事実上は「憲法上の革命」であるかどうか、が問われている、といわれるが、基本法も、第二〇条第一項、第二八条第一項から生じるような国家目標規定を規定している、との判断の下に以下のようにいう。すなわち、「国家目標規定の下で理解されるのは、国家活動に対して、一定の客観的に限定された課題の継続的な遵守と履行とを規定する、法的拘束力をもった憲法諸規範である。それに際して、『規定するかどうかの』選択 Ob』、『規定するとすれば、どのような』方法 Wie』、『いつ規定するか』の時 Wann』は、名宛人の裁量に任されている。通常、国家目標は立法者によって具体化されること(Umsetzung)が必要であるが、しかし、それは、執行部もしくは司法部にとって解釈指針でもあり得る。……ザクセン憲法の国家目標は、その大部分が社会国家原理もしくは人間の尊厳を、内容的に具体化しているのである」と。⁽¹⁵⁾

彼女は、新ラント憲法への国家目標規定導入批判の根拠ともなっている、国家目標規定の主観的法的根本権化や、立法者の活動余地の制限という問題に対しては、次のように応えている。前者の批判については、(ザクセン憲法の規定する)この国家目標と主観的・法的根本権とは、別の章建てとされることにより、その違いは明瞭に区別されているのであり、憲法異議も、根本権の侵害に対してのみ提起され得ることから、国家目標を主観的権利へと意義転換することは阻止されている、と。後者の批判についても、国家目標の性質からして、「Ob」、「Wie」、「Wann」の問題については、立法者の広範な活動余地に任ざれること、また、どのような国家目標に優先順位を与えるかも、立法者の自由に委ねられていることから、妥当とはいえない、と。⁽¹⁶⁾

あるいは、ラント・レベルではなく、基本法改正の問題レベルであるが、同じくやはり、この国家目標規定もしくは社会的根本権が、議論の対象となっている。これについても、簡単に触れておくことが、基本法レベル⇨連邦国家レベルと、ラントレベルでの問題の共通性を知る上でも利便であろう。両院合同憲法委員会は、一九九二年六月一六日に国家目標と基本権というテーマで、学識経験者の公聴会を実施したが、その折りに開陳されたディーター・シュテルツェルの見解を取り上げることで、この問題性に対する一つの方向性をみておくことにしよう。⁽¹⁷⁾ 彼は、社会的緊張状況や紛争状況を解決するために、国家目標規定のもつ舵取り機能に着眼して、この問題に迫っている。すなわち、彼は、国家目標規定の意味を、「ドイツの政治的秩序の基本構造が確定されると同時に、国家機関の活動を原則的に舵取りするため、連邦共和国の将来にとって憲法上拘束力をもった目標観念が定義される」、⁽¹⁸⁾ という点に見、そして、新しい国家目標規定なり社会的根本権を憲法に採り入れる際の決定的判断基準として、「この国家目標によって記述されている政治的諸領域が、社会総体にもしくは個人の自由にとって根本的ないしは構成的意味をもつかどうかを妥当し得る」のであり、したがって、「国家目標や社会的根本権は、たんなる形式的妥協以上のものというべきである。その根本的言述におい

て、それらは、政党を越えて、コンセンサスへと向かい得るべきである」と説く。⁽¹⁹⁾

確かに、新ラントのラント憲法はすべて、社会的国家目標をその憲法に取り入れていた。しかし、合同憲法委員会に目を転じるならば、H—J・ホーゲルのいうように、このような方向での基本法改正は、否認されるに至っている。すなわち、同委員会では、連邦レベルで、基本法の社会国家原理を労働、住居および社会的安全という生存領域のために形成し、これによって東部ドイツのラント憲法の範例に倣うような多数派は見出されなかったのである。⁽²⁰⁾

四 シュタルクの基本権論 以上みてきたような、どちらかといえば、国家目標規定なり社会的根本権を、憲法に採り入れることに肯定的な志向性・論拠づけに対して、あるいは、合同憲法委員会でのその否定的態度に対して、それでは、シュタルクは、どのような方向性を、この問題につき展開したのであるうか。

前述したように、彼は、学識経験者として、CDU(＋FDP)を代表して、これらの新ラントの憲法草案作成作業に携わる機会をもった。それ故に、彼の基本権構想は、新ラントの憲法制定作業への取り組み、もしくは、論評のうちに明瞭に看取される。それは、とりわけ、新ラントの諸憲法が、基本法の枠組みを越える、国家目標規定もしくは社会的権利を規定しようとすることに対する反論のうちに明瞭に現れている。シュタルクは、自己の基本権観を開陳するなかで、このような国家目標、社会的根本権のラント憲法への導入を、あるいは、それを支持する思考を、どのように批判し、自己の基本権論を展開したのか。以下、彼の基本権構想を、新ラントの憲法制定に関わる註(4)に挙げた三論文を基にして、説明することとしよう。

①新ラント憲法への基本権カタログ導入の可否論 新ラントは、憲法制定に際し、中央円卓会議の構想にしたがって、しばしば社会的根本権等を含む、独自の基本権カタログを新憲法に導入しようとしたが、その主たる理由は、新ラントが、独自の憲法上保障された基本権を通じて、旧東ドイツ時代の過去からの断絶を追求しようとしたことのうち求め

られる。ヨハンネス・ディートラインに倣ってより具体的にいえば、以下のような時代史的体験である。すなわち、(a) ナチおよびこれに続く共産主義の暴力支配による殆ど五七年間にわたる法的、道徳的、生態的荒廃の体験、(b) 一九八九年の「平和革命」の体験、(c) 再統一されたドイツにおける社会的不確実性の体験すなわち大量失業、住宅の窮乏体験である。⁽²¹⁾ 新ラントは、このような歴史的体験を背景にして、独自の憲法上保障される基本権を通じて、一方で基本法の定める基本権の効力がラントに作用することを、他方で基本権をもつ完全な憲法を制定することへの願望を表明した。

各新ラントが、このような基本権カタログを取り込み、完全な憲法を目指した理由づけの一つとして援用可能とされたのが、旧西ドイツの若干のラント、たとえばバイエルン（一九四六年）、ヘッセン（一九四六年）等の憲法が、基本権カタログを含むことであった。この点に関し、シュタルクは、大要以下のように批判する。すなわち、上記の諸憲法は、いずれも基本法施行（一九四九年）前に公布されたが故に、ラント憲法において、ラント国家権力に対する基本権保障を行わねばならなかったのであるが、一方、基本法施行後に制定公布された旧西ドイツ各ラント憲法にあっては、基本法の保障する基本権は、直接適用される法として、ラント国家権力の各機関をも拘束するが故に（基本法第一条第三項）、基本権保障を規定せず、統治形態の規律で満足するか、基本法の保障する基本権をラント憲法の構成部分として宣言するか、にとどま⁽²²⁾っている。そうであれば、新ラント憲法が、改めて基本権カタログを導入することは不用である、⁽²³⁾と。

ここで、シュタルクがいう基本権とは何か。いうまでもなく、それは、古典的基本権、すなわち、国家権力に対する防禦権に限定して理解されている。したがって、基本法施行後には、連邦憲法裁判所による包括的な基本権保護が、ラント国家権力の諸行為に対しても保障されることからすれば、新各ラントが、独自の基本権カタログを憲法に導入することが不要とされるのは、彼のこのような基本権理解、つまりは、基本法の保障する基本権Ⅱ古典的基本権Ⅱ防禦権と

いう理解からすれば当然の事理であろう。⁽²⁴⁾

これに対して、基本法施行後に新たに発生するに至った基本権問題、とりわけ放送技術、遺伝子工学、データ処理等の発展をめぐる基本権問題について、⁽²⁵⁾ ラント憲法レベルでの基本権の補完は、どうか。これについても、連邦憲法裁判所の裁判が、その時々新たな事実的所与に基づいて、基本法の基本権を適用することで、再びすぐに旧態化するであろう、という。⁽²⁶⁾ この基本法の基本権保障に対する彼の揺るぎなき信頼感を一層具体的に表現するのは、以下の一文である。すなわち、「基本法の基本権は、一九五一年の連邦憲法裁判所の設置以降、変わることなく国家行為の審査基準でありつづけている。それに際し、連邦憲法裁判所は、基本権を、国家権力に限界を劃する実践的に有益な媒体へと発展させてきた。連邦憲法裁判所の判決が、基本権に対する侵害を許容するのはただ、共通の福祉法益が保護されるべきばあい、また、この法益の保護に向けられた措置が、適切で、必要であり、そして比例しているばあいだけである。これらの媒体によって、連邦憲法裁判所は、連邦共和国における自由水準を確保してきた。新たな技術によって、たとえば、電子データ処理によって生じるような、新しいあらゆる基本権問題も、満足の行くように解決され得る。これに加えて、連邦憲法裁判所は、基本法第二条第一項のうちに、一般的自由権を発見した。この自由権は、個別の基本権(Spezial-grundrechte)が、新種の自由の局面を包含していないばあいに、常に関与する。他の西側諸国家と比較してみれば、連邦共和国における基本権保護の水準は非常に高い」と。⁽²⁷⁾ このような彼の連邦憲法裁判所判決を媒介とする、とりわけ、そこで展開されたいわゆる「比例性原理(Verhältnismäßigkeitsprinzip)」⁽²⁸⁾ を媒介としての基本法の基本権保障論の展開は、連邦憲法裁判所こそが「憲法の優位」⁽²⁹⁾ を担保する国家機関であるという、ある種の「連邦憲法裁判所中心主義」的発想が、連邦憲法裁判所判例を媒介とする基本権の「憲法判例進化主義」あるいは「憲法判例実証主義」ともいえるべき立場が、彼の憲法構想の背景にあることを示している(これらの問題については、憲法国家の箇所を扱う)。このよう

な彼の構想を支えているのが、基本法の「基本権を国家行為の審査基準」と捉える、したがって、法的拘束性を空洞化させる虞のある社会的 기본権、プログラム規定等を排除する思考であるといえよう。

さらに、この不要論の手続的根拠として挙げられたのが、基本権侵害を理由とするラント国家権力に対する憲法異議に際して、第一に、ラント憲法裁判所と連邦憲法裁判所との間に相違する裁決が下される虞が発生すること、第二に、出訴の途の複雑化である。ラント独自の基本権の保障は、連邦の基本権保障との基本権保護の複線化(Zweispurigkeit)へ至る。ラント法の適用が問題となる事例においては、憲法異議をラント憲法が認めている場合、ラント憲法裁判所は、その裁決基準としてラントの基本権のみを基準とし得るにすぎない。しかし、この裁決を不満とする市民は、さらに、連邦憲法裁判所に、異議の提起をなすであろう。あるいは、ラント基本権の侵害を根拠に、ラント憲法裁判所へ異議を提起するとともに、連邦の基本権侵害を理由に連邦憲法裁判所へも異議申立がなされることで、出訴の途が複雑化する。しかし、連邦憲法裁判所の上告活動(Revisionstätigkeit)は、ラント法の適用が問題となる事例においても、基本法の基本権が基準となるが故に、ラントの基本権カタログの独自性は早晚喪われるであろう、ということであった。⁽³⁰⁾

②新ラント憲法への社会的 기본権もしくは国家目標規定導入の可否論 上述したように、シュタルクは、いわゆる防禦権と理解される基本法の 기본権は、ラントの国家権力をも直接拘束すること、また、たとえば、データ保護等の新たな基本権問題については、基本法第二条第一項の一般的自由権の保障機能が及ぶことを根拠に、ラントの各憲法が基本権を導入することに対して、否定的立場をとった。それに際し、基本法の 기본権保障の硬直化を防止し、時代に適合させる役割をもつ国家機関こそが、連邦憲法裁判所であり、その梃子となった判例法理が比例性原理であったということができる。

それでは次に、彼は、いわゆる社会的 기본権もしくは国家目標規定のラント憲法への導入に対しては、どのような態

度をとったのであろうか。M・クチャがいうように、防禦権は、既存のものを保護するのであるが、社会的基本権は、請求権者 (Anspruchsteller) がなお全然自由に処理し得ない法益の創出もしくは配分を目指す点⁽³¹⁾で、両者の法構造はまったく異なる。したがって、彼が、社会的基本権に対してどのような立場をとったかを別決することで、彼の基本権構想はより一層明確となるろう。

まず第一に、彼は、新ラント各憲法の社会的基本権もしくは国家目標規定導入に対し、基本権 (Ⅱ古典的基本権Ⅱ基本法の基本権) と社会的 basic 権もしくは国家目標との法的特質の違いを、厳格に区別することを主張する。このような主張は、彼の以下の文章のうちに明瞭に看取される。些か長くはなるが、引用することにしよう。すなわち、それは、「プログラム規定と国家目標とが、古典的基本権と区別されるのは、それが、市民の観点からすれば、国家に対して社会権もしくはその外の給付権を意味することがまればではない責務を課すことによってである。この国家目標が、たとえ社会権の形態をとって現れるとしても、この『権利』が、国家に対する市民の防禦権である古典的基本権と同一の法的特質をもつ、などという誤りに陥ってはならない。基本権は、憲法上の保障が直接妥当する国家の限界を規定する。たとえば、『労働を求める権利』もしくは『住居を求める権利』のような国家目標と、そこから導き出される権利とを、国家は往々にして高々間接的に充足するにすぎない。たいていの労働場所と住居とは、社会的市場経済の体制においては、私人の掌中にある。他の国家目標と給付の公約は、法律と国家予算とを通じてはじめて、法律に転化され、財政的に実現されねばならない。この重要な区別に止目すれば、プログラム規定は、ラント議会の処理に任されるのであり、また、任されねばならない。何故なら、ラント議会は、年次国家予算に対して政治的に責任を負うからである。国家は、国家が前もって徴収したものを支出し得るにすぎない。社会的給付のために、共通ドイツ憲法によれば、いかなる信用も引受けてはならない。租税で徴収したものを配分できるにすぎない。しかも、税収は、生産と商業とが利潤を創出し、労

働者が賃金を得ることに依存している。利潤と賃金とが、税の基礎である⁽³²⁾、という一文である。ここでの、論述の基本的骨子は、要するに、古典的基本権は、国家権力に対する限界劃定にあり、これに対して、プログラム規定なり国家目標規定は、法律と国家予算とを通じてはじめて、財政的に実現されるということ、それ故に、この課題を担うのは議会である、ということである⁽³³⁾。両基本権の法的特質を、このように区別すること自体格別目新しい議論ではないが、これが、シュタルクの第一の、法的特質論からするラント憲法への社会的基本権ないし国家目標規定導入に対する批判論である。さらに、彼の導入論に対する第二の批判は、連邦国家構造からする連邦とラントとの立法管轄権を論拠とする。それは、ラント憲法に採用されているプログラム規定は、連邦立法の規律事項に係わるだけでなく、かりに、ラント議会が立法管轄権を有する領域であっても、ラント・レベルではプログラム実現のための資金が欠如している、という批判である。その結果、第三に、憲法現実が憲法に適合していないことに対する不満が、かなりたてられることとなり、憲法は、その権威を失墜することとなる、と批判する。要するに、社会、文化そして生態に関する立法は、立法の政治的責任領域での、政党の公約に関連する重要な課題ではあっても、政治的・国家的生活を安定化すべきである憲法には関連しない、と⁽³⁴⁾。そこから彼は、ZG 論文では、「誠実さの命ずるところは、議会と政府が行い得る以上のことを、憲法で公約しないということである。市民は、堅実な財政政策と経済政策とを、空虚な公約に優先させるであろう。それ故に、政治的に望ましいと看做されることすべてが、プログラムもしくは社会的権利として、憲法に採用されるべきではない」と結論づけた。このような結論づけの背景には、憲法とは、政治的・国家的生活を安定化すべき規範であり、それ故に、憲法の権威の失墜を招くような規範を含むべきではない、とする彼の憲法観もはっきりと現れている⁽³⁵⁾。

このようにしてみれば、いずれにせよ、シュタルクの見解からすれば、新各ラント憲法は、いわゆる古典的基本権も、あるいは社会的基本権ないし国家目標も規定すべきではない、換言すれば、ニードーザクセン憲法のように統治形態に

関する部分にとどめるべきである、ということとなるであろう。⁽³⁶⁾

ところで、彼は既に、積極的な地位の権利の特殊なカテゴリーとしての社会権もしくは社会的根本権は、基本法には規定されていないことから、根本権を社会国家的に改変したりまたは根本権の配分請求権的な拡大を図ろうとする見解に対し、三つの論拠から反対していた。その意味では、彼の憲法への社会権規定の導入もしくは根本権の配分請求権的読み替えには、一貫して反対していたといえる。したがって、これらの三つの反対論拠は、そのまま新ラント憲法への社会的根本権ないし国家目標導入否認論として受け継がれている。この三つの論拠とは、第一に、(a)相当な財政費用調達をどうするかの問題であり、憲法あるいは連邦憲法裁判所は、これを保障し得ない、第二に、(b)多くの社会的配分請求権は、構成要件が不明瞭であるとともに、原理上社会権は、法律に現れた社会政策の基準に従ってのみ存在するにすぎず、このような社会的根本権は、消極的地位の基本権とは解決不可能な紛争に陥らざるを得ない、第三に、(c)請求権対象の不明確性と、克服し難い財政的欠損の故に、憲法は、社会的配分請求権を、防禦権と同様の厳格な拘束力をもって保障することはできない、というものである。⁽³⁷⁾ 要するに、社会的・文化的根本権は、その性質上裁判所にとって、直接裁判の基準として役立つためには余りにも不確定であり、これと関連して、これらの根本権の実現は、財政的措施を要し、このような措置は、唯一国家予算に責任を負う議会の責務である、という論拠である。したがって、これらの根本権は、常にただ立法の基準としてしか妥当し得ないし、また、いわゆる社会立法によって保障される立法レベルの問題であって(その基礎は、利潤と賃金から生じる租税)、憲法レベルの問題ではない、ということである。彼のこのような思考を支える論拠のひとつは、端的にいえば、「配慮は、支配である(Sorge ist Herrschaft)」と云う発想であり、⁽³⁸⁾ 換言すれば、社会国家原理の貫徹による市民の国家依存性の増大と自己責任意識の解体は、憲法国家を危殆に瀕せしめることとなるという主張である。彼はいう、「社会国家は、法的・事実的現象であり、何の正当化も必要としないが、し

かし、市民の自己責任こそが保持されねばならないのであり、国家は、自由な広く自己責任を負う市民を前提とする⁽³⁹⁾。このようなエートス・倫理観をもつ市民を育成することこそ「教育」の役割であり、教育において生徒が習熟すべきことは、(a)自己の発見、(b)他者に対する寛容、(c)社会的・政治的責任の引受、である⁽⁴⁰⁾。

もつとも、だからといって、彼は、社会的基本権の権利性をまったく否認しているわけでもない。きわめて限定的ではあるが、これら三つの反対論拠を覆す一定の要件を満たすときに限って、換言すれば、請求対象が明確であり、立法者の予算責任を侵害することのないような事例においては、これを首肯する。そのような例として彼が挙げるのは、本法第一条第一項による最低限生活保障あるいは第七条第四項の私立学校規定である。たとえば、彼は、この私立学校の自由は、国家に対する給付請求権をも根拠づけるとして、以下のようにいう。私立学校の自由は、(a)十分に規定可能であること、(b)したがって、立法者の予算責任を侵害する可能性がないこと、(c)さらに、そのための一層強力な根拠づけは、憲法から生ずること、すなわち、様々な年齢段階にある生徒に対する一人あたり支出(Pro-Kopf-Aufwendung)は、統計的に調査可能であり、したがって、私立学校の助成に対する憲法上の請求権は、原則的な予算問題や財政問題を惹き起こさない、ということである。なお、助成が統制となつてはならない、ということの重大性もあわせ強調することも忘れられてはいない⁽⁴¹⁾。

③さらにまた彼は、一般論としては、国家目標を新ラント憲法に導入することに対して否定的な態度をとるにも拘らず、こと環境保護については、旧東独における事態の深刻さからして、唯一の例外としてこれを肯定的に評価する。ただし、その場合でもラント・レベルであらゆる環境問題を規律し、解決できないということ、一部は連邦が管轄権をもち、一部は外国との条約締結を必要とする⁽⁴²⁾という留保を付け加えることを忘れてはいない。この点にも、やはり基本的には(新)ラント・レベルでの憲法への新たな国家目標規定の導入に対する、彼の消極的立場が看取されよう⁽⁴³⁾。しかし、

彼のこの問題領域における一般的な肯定的立場は、ドイツでの環境・生態系の悪化という事態に触発されているだけではなくて、同時に以下のような環境保護に対する認識が潜んでいるといえる。その認識とは（これは、同時に彼の基本法の前提する自由観・人間観をも表現している）、「包括的な基本権カタログを含み、このカタログで保障された自由を实效的に確保する憲法は―キリスト教的・自然法的伝統と同じく人間主義的・理性法的伝統の意味において―、自由であると同様に責任ある人間から出発する。責任を伴わない自由は、結局は自由の基礎それ自体を否認する。このことは、人間の自己自身や、自己と共生する人間（Mimenschen）との関係においてだけではなくて、自己の環境との関係においても妥当する。この環境は、憲法においては明示的な配慮は欠如しているにも拘らず、当然のことながら人間ときわめて密接に結びついていることから、人間は、環境に対し責任を負い、また、国家はこの責任を基本権制約の形態で主張し得るし、しなければならぬ⁽⁴⁴⁾」、というものである。さらにまた、彼の環境保護規定のラント・レベルでの憲法導入に対する肯定は、憲法連邦レベルでの環境保護規定導入を予定する基本法改正作業にも触発されていると推測される⁽⁴⁵⁾。

この国家目標としての環境保護をめぐり、「両院合同憲法委員会」によって基本法改正議論に関して、基本法第二〇a条として環境保護規定…「国家は、将来の世代に対する責任においても、自然的生活基盤を、憲法適合的秩序の枠内において立法を通じ、また法律および法の規準にしたがって執行権および裁判を通じて保護する⁽⁴⁶⁾」の導入が勧告されていることは、周知のことである⁽⁴⁷⁾。また、ニードーザクセンは、ドイツ統一後いわゆる旧ラントのなかで初めてその憲法を改正したが（条文数も六一一条から七八条に増加）、そのなかで「自然的生活基盤の保護」を謳うに至っている。

五基本権の前提としての自由・人間観 以上のようにシュタクルは、基本法が既に基本権を保障していることを根拠として、新ラント憲法へ基本権を導入することを否認するが、それにとどまらず、社会的な基本権等についても、市民の国家依存性を増大させ、自己責任意識の解体をまねくことから、あるいは、憲法の規範性を揺るがすことにならざるを

得ないことから、これらの権利を新ラント憲法へ導入することにも反対する。

それでは、基本法の保障する基本権を自由権に限定する、彼の思考の根底にある基本法の基本権の前提となる自由・人間観とは、一体どのようなものであろうか（この問題は、同時に次章で論ずる彼の「人間の尊厳」理解の問題に直結する事柄でもある）。それは、端的にいえば、唯一の根拠づけというわけではないとしても、不可欠の根拠づけとして彼が言及するのが常である、すべての人間を「神の似姿（die Gottesebenbildlichkeit des Menschen）」と捉えることによる自由の形而上学的根拠づけである。彼はいう、「すべての個々の人間の尊厳と権利の基礎は人間の神の似姿という聖書的・キリスト教的観念である。そこから、この地上では処分不可能な固有価値が、人間のために生じるのであり、それ故に、人間は、単なる客体あるいは道具とされてはならない。形而上学におけるこの人間の根拠づけは、人間の自由、平等、友愛にとり根本的なものである。何故なら、すべての人間は、等しく神の似姿をもつ者だからである」⁽⁴⁸⁾、と。

このような自由の形而上学的基礎づけから、なにが帰結するのか。それは、まず第一に、（他）人を単なる道具とし、この者から固有の自己存在を奪ってはならないということであり、換言すれば、自己自身につき決定する能力（これが彼のいう人間の自由である）が、一切の法秩序の前提とされねばならないということである。したがって、「この自由の形而上学的地位は、法の根拠でありまた批判的審級でもある」⁽⁴⁹⁾。そうであれば、このような人間の自由は、他者との関係において、どのようにして制限可能となるのか、ということが当然次に問われよう。シュタルクはこの問題につき、人間の行動は、共通契約的（*gemeinverträglich*）でなければならず、その共通契約性が、その都度の歴史的状況において実定法に規定されねばならない、要するに、自由の形而上学的地位から生じる人間の自己規定能力は、すべての法秩序における人間の共同性（*Mitmenslichkeit*）を考慮して制限されねばならない、⁽⁵⁰⁾という。そして、最後に、国家権力は、常に制限的のみ許容されるにすぎず、このような自由の地位から生じる原則を表現するのは、人権および市民権

あるいは基本権ならびに基本権が実効的に確保される多様な権力分立の体制である、という⁽⁵¹⁾。

六法教義学について ところで、彼の以上のような、基本法の保障する基本権の基底にある責任ある人間を前提とする彼の基本権観あるいは国家目標規定に対する態度は、どのような「法教義学 (Rechtsdogmatik)」に支えられているのであろうか。これについては、憲法解釈論の箇所では触れるべき事柄であるが、以後の行論を理解するために、ここで簡単にでも触れておくことが有益であろう。それは、これまでの論述からも窺えるように、原則として既存の法規範(＝基本法)の解釈によって問題の解決がまかなえるかぎり、ドラスティックな変更を避けようとする態度である。彼のような漸進的な思考は、法教義学に対する彼の基本的な姿勢をも特徴づけている。それは、教授資格請求論文である „Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff.“ のなかで展開された、「法律概念」の解明に関する法教義学の機能に関する次の一文からも、これを窺い知ることができる。彼は、「国法上の教義学は、…徹底的に変革される必要はない。法学における教義学の継続性は、不可欠ともいうべき安定化機能を果たすことから、伝来の概念は、それが現在の憲法に適合せず、それ故に、合理的な機能をもはや果たせないときに限って、修正され得るにすぎない⁽⁵²⁾」、という。この一文と基本権の基底にある人間観から判明するように、彼の法教義学の根幹を形成するのは、自己責任を負う市民を前提として、基本法の「安定化機能」と「合理化機能」とを確保することであり、これがまた、基本法の「権威」をも支えるということである。このような彼の思考を、制度的に支える地位を占める国家機関こそが、いうまでもなく連邦憲法裁判所なのである。

なおまた、別の論稿で、「法教義学は、制定された諸法律を一般的な観点に従って解釈し、調和をとり、矛盾を調整し、原則 (Regeln) を定立し、そしてこれらを通して法律の適用を合理化することによって、立法をただ補修するだけではない。法内部 (intra legem) で活動する法教義学は、立法に先行する知を、また法律適用に際して始めて立

法の役に立つのではなくて、法律の作成に際して既に立法の役に立つ知を備えている。法教義学は、あらゆる立法の――また法を統一化する立法の――必要な基礎である。法教義学的予備作業と体系化がなかったら、立法は、法文化的にはきわめて低い水準しかもたず、また、法の予測可能性と信頼性の要請も正当に評価されることはなかったであろう⁽⁵³⁾」というとき、それは、彼の法教義学理解を、立法との関連で典型的に表現しているといえよう。

註

(10) 同法の経過規定および終末規定に規定された第二三条第二項の条文は、以下の内容である。§ 23 (2): Der erstgewählte Landtag, dem zugleich die Aufgabe einer verfassunggebenden Landesversammlung obliegt, tritt spätestens am 14. Tag der Wahl zusammen. Spätestens am 20. Tag nach seinem Zusammentritt hat er eine vorläufige Landregierung zu bilden. in: Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen (Hrsg.), Texte zur Deutschenpolitik, Reihe III/Band 8 a-1990. 本法の入手については、現在(一九九三年四月) シュンスター大学で在外研究中の、工藤達朗中央大学助教授のお手を煩わせた。記して感謝いたします。

(11) Vgl. J. Dietlein, a.a.O., S. 1 f. Ch. Starck, Verfassungsgebung in den neuen Ländern, in: Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG), 7. Jg., 1992, S. 1 ff. は、一九九〇年以降、ドイツ各ラントでは、憲法制定の第三段階が始まったという。第一段階とは、基本法制定前に公布されたバイエルン、ヘッセン等の憲法制定段階であり、その第二段階は、基本法施行後の各ラントの憲法制定段階である。なお、シュタルクの本稿は、一九九一年までの憲法草案作成作業に関連した中間報告の形をとっている。

(12) Vgl. Ch. Starck, Eine Verfassung für Mecklenburg-Vorpommern, in: Nordkurier v. 4. 4. 91. S. 3. など、「憲法草案」という用語の「憲法高権 (Verfassungshoheit)」という表現の方を批判するのは、vgl. J. Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus nach dem Grundgesetz, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 1990, § 98, Rn. 64 (161); J. Kersten, Homogenitätsgebot und Landesverfassungsrecht, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV), 46. Jg., 1993, S. 896. メックレンボルク・フォアポンメルン・ラント憲法草案を例としてであるが、このような限界の問題については、vgl. W. Erbgut/B. Wiegand, Über Möglichkeiten und Grenzen von Landesverfassungen im Bundesstaat, in:

DÖV, 45. Jg., 1992, S. 770 ff.

- (31) Vgl. M. Kilian, *Föderalistische Verfassungsgebung in den neuen Bundesländern: Das Beispiel Sachsen-Anhalt*, in: *Juristische Schulung* (JuS) 1993, H. 7, S. 536 ff.; J. Dietlein, a. a. O., S. 61 ff. 以下の議論は、この問題が、現在進行形であるため、本稿では、このキリアンの論稿時点に、一応の時点を確認することとする。
- (14) シュタルクは、ザクセン＝アンハルトの憲法草案作成に関して、CDUとFDP提案に基づき、投票権をもたない、同ラント議会によって任命された二名の学識経験者のうちの一人として憲法委員会に参加した。他の一人は、SPD提案に基づくHans-Peter Schneider (Hannover) である (Vgl. Ch. Starck, ZG., a. a. O. S. 4)。同じく、シュタルクは、CDU提案に基づき、メックレンブルク＝ヴォルテンプホーンメンの憲法委員会構成員となった。この折りのSPD提案により選出された学識経験者は、A. v. Mutius である (Vgl. Ch. Starck, ZG., a. a. O. S. 8)。なお、個々の社会的根本権については国家目標規定については、vgl. J. Dietlein, a. a. O. S. 127 ff. 以下の通り、vgl. W. Brohm, *Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung, Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes*, in: *JZ*, 49. Jg., 1994, S. 213 ff.
- (51) Vgl. C. Hinds, *Die neue Verfassung des Freistaates Sachsen-Berechtigte oder unberechtigte Kritik an der Verfassungsgebung*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), 26. Jg., 1993, S. 150 ff. 以下の通り、国家目標規定の定義は、*Bericht der Kommission Verfassungsreform des Bundesrates* (Ann. 4), 1992, Rn. 7 以下の通りである。以下の通り、vgl. A. Uhle, *Das Staatsziele „Umweltschutz“ im System der grundgesetzlichen Ordnung-Zu dem von der Verfassungskommission empfohlenen neuen Art. 20 a GG*, in: *DÖV*, Jg., 46, 1993, S. 950. 国家目標規定については、*Der Staat*, Bd. 32, S. 430 ff.; M. Kutschera, *Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in den neuen Landesverfassungen*, in: *ZRP*, 26. Jg., 1993, S. 339 ff.; D. Merten, *Über Staatsziele*, in: *DÖV*, Jg., 46, 1993, S. 368 ff.; Ch. Feddersen, *Die Verfassungsgebung in den neuen Ländern: Grundrechte, Staatsziele, Plebizite*, in: *DÖV*, Jg., 45, 1992, S. 997 以下の通り、新ラントの憲法草案における多くの国家目標規定は、基本法第二〇条第一項の社会国家思想に基づき、一般的な社会的規律領域を具体化することに関わる、とらう。
- (19) C. Hinds, a. a. O., S. 151; M. Kilian, *JuS*, 1993, H. 7, S. 538 以下の通り、ラント憲法は、基本法に倣って体系上、基本権を国家組織の前においているが、一方、旧ラントのたいの憲法は国家組織で始めている……。このようにして、新憲法は、歴史的体験に鑑みて、匿名で、抽象的な国家権力に対する人間の優位を、視覚的に既に明瞭にしている。国家は、人間に

仕えねばならないのであって——そして、その逆ではない」という。

- (17) D. Sterzel, Staatsziele und soziale Grundrechte. Zur Steuerungsfunktion eines Staatszieles Umwelt und sozialer Grundrechte, in: ZRP 1993, Heft 1, S. 14.
- (18) D. Sterzel, a. a. O., S. 13.
- (19) D. Sterzel, a. a. O., S. 17. 彼は、a. a. O., S. 14 で、国家目標規定から、国家に向けられた、法律的に具体的に把握可能な行為委託が導き出されるように、それを定式化することができれば、国家目標規定は、革新的に作用することができ、また、社会的もしくは政治的紛争状況を解決するに際して、政治的選択や形成の選択が多様であるということを通じて、生産的に貢献する手段が与えられる」という。このようなコンセンサスの問題については、vgl. T. Württenberger, Wiedervereinigung und Verfassungskonsens, in: JZ. 48. Jg., 1993, S. 745 ff.
- (20) Vgl. H-J. Vogel, Aus dem Westen nichts Neues, in: Neue Justiz, 48. Jg., 1994, S. 147.
- (21) Vgl. Ch. Starck, ZG. 7. Jg., 1992, S. 23; J. Dietlein, a. a. O., S. 59 f.
- (22) 旧西ドイツの各ラント憲法・ラント憲法裁判所法等のテキストについては、vgl. Verfassungen der deutschen Bundesländer, Beck-Texte im dtv, 4 Aufl., 1991.
- (23) Ch. Starck, Nordkurier v. 4. 4; ZG, S. 1 ff.; Thür VBl., S. 10. U. Berlitz, Verfassungsgebung in den fünf neuen Ländern — ein Zwischenbericht, in: Kritische Justiz, 25. Jg., 1992, S. 444 は、基本権と国家目標とは、基本法によればラント憲法の可能ではあるが、必要とはいえない構成要素である」という。
- (24) Ch. Starck, Nordkurier v. 8. 4; ZG, S. 1 ff.; Thür VBl., S. 10.
- (25) これらの諸領域に関しても、シュタルクは非常に多数の論稿をものしている。これについては、前註(9) 拙稿「現在ドイツ公法学研究資料」(大東法学第三巻第二号、通巻第二二二号) 記載該当論稿を見よ。
- (26) Ch. Starck, Thür VBl., S. 14. これについては、Ch. Feddersen, DÖV. Jg., 45, 1992, S. 996 f. は、「基本法の基本権カテゴリーを越える新しい基本権を取り入れることは、問題がないわけではない。というのも、諸(ラント)憲法は、このようにしてたとえば事情によっては、連邦憲法裁判所によって解釈された基本権の保護領域から切りとられた一部分を形成し、連邦憲法裁判所の動態的な判決を静態的な憲法法として取り入れ、そしてこれによって、この基本権保護を硬直化させかつ旧態化させるのである」と。
- (27) Ch. Starck, Nordkurier v. 8. 4 は、その結語で、「基本権は、連邦憲法裁判所によって、もっともよく確保されるべき」という。Vgl. ZG, S. 91 ff.; Thür VBl., S. 14 にも、これと同一趣旨の文章が見られる。

- (28) この比例性原則について、Ch. Starck, ZG, S. 22 は、連邦憲法裁判所の解釈における基本法第二条第一項の一般的自由権と、比例性原則の適用とが、その時々の人間の自由表明と、その時々的人格権の局面とが基本権として保護され、比例性原則を保持してのみ制限され得る、ということを実現した。それ故に、基本権カタログは、ラント憲法においても必要である、という論拠は効果がないう、という。この原則についてはまた、v. Mangoldt-Klein-Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl., S. 123 ff. は、連邦憲法裁判所の判決では、この比例原則は、必要性 (Erforderlichkeit) 適切性 (Geignetheit) として狭義の比例原則を意味する比例性 (Proportionalität) から構成されつつあると指摘するところ (S. 123) への原則は、法治国家原理からこの導き出されつつある (S. 125) ところである。この原則は、Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte, in: W. Heyde/Ch. Starck (Hrsg.), Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, C. H. Beck 1990, S. 15 ff.; 海老原明夫訳「基本権の解釈と効果について」(国家学会雑誌第一〇三号 五・六号) 三二頁以下。
- (29) Vgl. Ch. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ch. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, Baden-Baden 1986, S. 11 ff.; 廣田健次・廣田全男訳「憲法の優位と憲法裁判権」(日本法学第五八号第一卷) 一五九頁以下。
- (30) Vgl. Ch. Starck, Nordkurier v. 8. 4; ZG, S. 19 f.; Thür VBl., S. 10; P. H. Kunig, Die rechtsprechende Gewalt in den Ländern und die Grundrechte des Landesverfassungsrechts, in: NJW, 47. Jg., 1994, S. 687 ff.
- (31) Vgl. M. Kutscha, ZRP, 26. Jg., 1993, S. 341. 同巻を註釋するものとして、vgl. Ch. Starck, Rechtsvergleichender Generalbericht, in: Ch. Starck (Hrsg.), Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1990, S. 26 ff.
- (32) Vgl. Ch. Starck, Nordkurier v. 13. 4; ZG, S. 24; Thür VBl., S. 15.
- (33) Vgl. Ch. Starck, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?, in: Ch. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, Tübingen 1976, S. 516 ff. 526; ders., Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.), 31. Jg., 1978, S. 943 ff.; ders., Der Schutz der Grundrechte durch den Verfassungsrat in Frankreich, in: AöR, Bd. 113, 1988, S. 637. シュタルクは、既に早く、欧州共同体レベルでの欧州基本権カタログの導入を問題とした論稿のなかでも、基本法レベルでとまらずに同一の論拠をもって、防禦権と社会権もしくは文化的権利のめぐり同一の問題性を論じている。Vgl. Ch. Starck, Ein Grundrechtskatalog für die Europäischen Gemeinschaften,

in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 8. Jg., 1981, S. 549 f.

(34) Vgl. Ch. Starck, Nordkurier v. 13. 4.; ZG, S. 24 ff.; Thür VBl., S. 15 f.

(35) たとえば、Thür VBl., S. 16 の結論部分で、「願わくば、チャーリンゲンが、流行の時代的拘束を受けた無用の長物を捨てて、国家活動にとって適切な枠組みを表し、政治的・国家的生活を永続的に安定化するに役立つ憲法を制定することに成功してくれば」とチャーリンゲンでの憲法制定につき願望を述べていた。

(36) V. Götz/Ch. Starck, Niedersächsische Verfassungs- und Verwaltungsgesetz, 9. Aufl., 1992. シュタルクが、新ラントの憲法制定を問題にしていたこの時点ではまだニーダーザクセンでは「暫定憲法」が妥当していたが、一九九三年五月一日新憲法が制定され、同年七月一日より同憲法が施行された。これについては、vgl. U. Berlit, Die neue Niedersächsische Verfassung, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 13. Jg., 1994, S. 11 ff. など、新ラント憲法が、国家目標規定を導入するに肯定的なのは、vgl. P. Häberle, JöR 1993, S. 69, 89. の問題については、vgl. J. Dietlein, a. a. O., S. 121 ff.

(37) Vgl. Ch. Starck, Entwicklung der Grundrechte in Deutschland, in: U. Immenga (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Göttingen, 1980, S. 104; ders., Die Grundrechte des Grundgesetzes. Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung, in: JuS, 21. Jg., 1981, S. 241 f.; ders., Europas Grundrechte im neuesten Gewand, in: Recht als Prozeß und Gefüge Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 477 f.; ders., Von Geburt frei und gleich. Zur Entwicklung und Aktualität der Menschenrechte, in: Evangelische Kommentare, 21. Jg., 1988, Heft. 1, S. 13-16 は、人権の精神的基礎として、人間は神の似姿 (Ebenbild Gottes) であることを強調するキリスト教的前提、スペインのスコラ哲学、フマニスムスの寛容思想そして啓蒙主義を挙げ、このような精神的基礎を背景に基本法下での人権保障は、連邦憲法裁判所により、とりわけ比例性原理を媒介にして保障され、社会権保障は立法レベルの問題と説く。本稿では、さらに当時のオスト・ブロックにおける人権保障の虚偽性を追求するとともに、国際的な人権保障の歴史にも触れる。それに際し、人権侵害を行っている国家との外交・経済関係を断絶することに警告を発してもいる。その理由は、それ以上に人権侵害を行っている国家が目立たなくなること、そのような国家に対して、人権確保を目指すように影響力を行使できなくなること、に求められている。このような立論を、Im Auftrag der Synode der Evangelisch-reformierten Kirchen in Nordwestdeutschland herausgegeben vom Landeskirchenvorstand, Recht nach Gottes Wort. Menschenrechte und Grundrechte in Gesellschaft und Kirche, Neukirchner 1989 掲載諸論稿に対する書評という形で敷衍したが、vgl. Ch. Starck, Von den Schwierigkeiten, klar über Menschenrechte zuzusprechen, in: Zeitschrift für

- evangelisches Kirchenrecht, Bd. 35, 1990 以下。本稿での社会権等については vgl. insbes. S. 239, 246; ders., Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat, DVBl, 31. Jg., 1978, S. 943 ff.
- (38) Vgl. Ch. Starck, Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat, in: DVBl, 31. Jg., 1978, S. 940; ders., Vom Grund des Grundgesetzes, 1979, Edition Interfrom/Zürich, S. 68.
- (39) Vgl. Ch. Starck, Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat, in: DVBl, 31. Jg., 1978, S. 945.
- (40) Vgl. Ch. Starck, Schule und Verfassung, Köln, 1977, S. 11; ders., Organisation des öffentlichen Schulwesens, in: NJW, 29. Jg., 1976, S. 1377 以下。「基本法第二〇条第二項における民主制の定式」すなわち「能動的・受動的選挙権とならんべこのために必要な意思形成が必然的要請するのは、生徒は、民主制国家の市民たる能力を涵養されること」すなわち「自己の基本権の共通契約的 (gemeinverträglich) 利用」寛容として友愛を学ぶことである。さらに「生徒は、自由な民主制を相対的に最良の国家秩序として肯定するなかで教育されねばならない。この種の国家の配慮および憲法の配慮は、批判的能力と判断能力をもつ親を前提する」と説く。
- (41) Vgl. Ch. Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes. in: JuS, 21. Jg., 1981, S. 241 f; ders., Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?, 521 f; ders., Die kirchlichen Privatschulen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Normen über das Schulwesen, in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft, Festschrift für Paul Mikat, Berlin 1989, S. 673 ff. insbes. S. 675 f. 以下「シマンズ」の私立学校の自由の保障の「親権 (Elternrecht) の強化を看取する (a. a. O., S. 688 f.)」。
- (42) 連邦制国家構造のなかで「ラントの立法権限内での外交関係形成の問題」欧州統合の基本構造に適合的な国家構造としてのドイツ連邦制国家構造の「優位性について」 vgl. Ch. Starck, Die deutschen Länder und die auswärtige Gewalt, in: P. Badura/R. Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, C. H. Beck 1993, S. 563 f., 572.
- (43) Vgl. Ch. Starck, Nordkurier v. 13. 4.; ZG, S. 27; Thür VBl, S. 15.
- (44) Vgl. Ch. Starck/R. Dreier, Tierschutz als Schranke der Wissenschaftsfreiheit, in: U. Händel (Hrsg.), Tierschutz, Testfall unserer Menschlichkeit, Frankfurt 1984, S. 106.
- (45) 私的になるが、一九九二年の冬学期 (Wintersemester) での「一般国家許 (Allgemeine Staatslehre)」の講義の中で「シユタルクは、国家目標としての環境保護の必要性を強調していた。」
- (46) 吉田栄司「ドイツ憲法問題合同調査委員会最終報告」シヤリスト一〇三六号、七七頁以下参照。原文は「Der Staat schützt

auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.

- (47) 環境保護に関する両院合同憲法委員会における審議経過については、vgl. A. Uhle, Das Staatsziel Umweltschutz im System der grundgesetzlichen Ordnung-Zu dem von der Verfassungskommission empfohlenen neuen Art. 20 a GG-in: DÖV. 46. Jg., 1993, S. 949 f., (S. 947, 947 ff.)。彼は、同論文 S. 950 ff. で、この国家目標としての環境保護という概念は、四つのメルクマールにより規定されるという。それは、(a)客観的・法的性格を通じて特徴づけられ、プログラム規定とは異なって規範名宛人を法的に拘束する、(b)第一次的名宛人は、立法者である、(c)この規範カテゴリーは、内容的には相対的に広く把握された目標内容を、国家に課されたそして実現すべき課題として含み、立法上の決定は、明白な違反を例外として原則的に裁判所による事後審査を受けないし、また、法律の留保と法律の優位の原理が遵守されることとなる、(d)課題の実現は将来に向けられている点で、第一次的には「活動的・動態的構成要素」を通じて特記され、第二次的にはこの課題は、保障的構成要素をも含む、というものである。以上の四つのメルクマールから帰結するのは、(1)国家目標規定としての環境保護からは、主観的請求権は導出し得ず、それは、考量規準、解釈規準にとどまるということ、(2)抽象的な国家目標として法律による具体化を必要とすること、(3)国家活動とその形成の必要性の問題は、立法者固有の本来的課題であり、立法者は環境保護の主人であり続けること、(4)権力分立システムは、環境保護の領域でも承認されるということである。

- (48) Vgl. Ch. Starck, Entwicklung der Grundrechte in Deutschland, in: U. Immenga (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Göttingen 1980, S. 92; ders., Von Geburt frei und gleich, in: Evangelische Kommentare, 21. Jg., 1988, H. 1. S. 14.

- (49) シュタルクは、この点について、抵抗権の根拠について求めようとする必要はない。Vgl. Ch. Starck, Recht auf Widerstand in Demokratie (Zur christlichen Berufsetik-Kirche im Gespräch, H. 13, hrsg. vom Bistum Essen), 1988.

- (50) 自由の共通契約性の枠内で保障されるべき論点については、Vgl. Ch. Starck, Freiheit und Organisation (Recht und Staat, H. 460), Tübingen 1976, S. 3; ders., Europas Grundrechte im neuesten Gewand, in: Recht als Prozeß und Gefüge, Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 474; ders., Ist der kategorische Imperativ ein Prinzip des Sozialstaates?, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 14. Jg., 1981, S. 100.

- (51) Vgl. Ch. Starck, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das positive Recht, in: R. Alexy/R. Dreier/U. Neumann

(Hrsg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute (Beihfte Nr. 44 zum Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie), Stuttgart 1991, S. 378, insbes. 389 ff.; ders., Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts, in: R. Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, Beihfte Nr. 37 zum Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Stuttgart 1990, S. 51 ff. 以下は「国家目標の三角形」と関連して、以下のようである。

(a) 自由を支え、国家の権限を制限すべき基本権は、第三者の権利のためにまた平和のために限定可能である、(b) 社会的調整は、自由と所有権を制限しそして平和を確保する、(c) 逆に、自由の価値は、社会的調整を、それが過度に広範になりまた平和を破壊するようなときには制限する」と。国家目標の三角形についての詳細は、vgl. Ch. Starck, Leitbilder und Ordnungsidee des Sozialstaates, in: Sozialstaat (Veröffentlichungen des Walter-Raymond-Stiftung, Bd. 22), 1983, S. 69 ff.; ders., Frieden als Staatsziel, in: Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens, Köln 1984, insbes. S. 874.

(22) Ch. Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff, Baden-Baden. 1970, S. 15. また、同書七四頁でも同趣旨の記述が見出せる。そこでは、法教義学の意味づけにつき、「従来の法教義学的構成は、軽々に放棄されることがあってはならない。何故なら、それは、安定化と合理化の力をもつからである。教義学的構成は、広くもはや適合しなくなって始めて、それは新しい構成によって代替され得る」と。なお彼は「Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das positive Recht, in: R. Alexy/R. Dreier/U. Neumann (Hrsg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute (Beihfte Nr. 44 zum Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie), Stuttgart 1991」で「法教義学を、「法教義学の下で理解されるのは、法内部で、しかしまた法の外部でも展開されるとともに、一般的な承認と遵守を要求したそれを受け取る法律学的諸命題と諸規則 (juristische Sätze und Regeln) の関連構造である」(S. 376 f.)と定義し、法教義学と立法の関係について、「法教義学は、立法の必要な基礎であり、法教義学的予備作業と体系化なくしては法文化はきわめて低水準にとどまっていたはずであるし、予測可能性と信頼性に対する法治国家的要請も正当に評価されることはなかったであろう」(S. 378)という。それとともに、法教義学の機能を、実定法を、その成立・適用過程において支える安定化機能と、実定法を矛盾なきようにする批判的機能、そして、諸々の法秩序が、殆ど法秩序とは呼び得なくなつたばあいに限られるが、法教義学のパラダイム転換許容性のうちに見る (S. 381)」。同く、Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht, in: O. Behrends/W. Hechel (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, S. 114で「立法と関連して法教義学の機能・課題として、(a) 既存の体系を洗練化すること、(b) 必要なばあには、新たな体系を形成すること、(c) 新しい問題を、法形成による法律や法規の教義学的に精査さ

れた全体的視点から解決すること、に言及する。

(23) Ch. Starck, *Gerechtigkeit mal zwölf*. Die Harmonisierung der europäischen Rechtsordnung, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 2. 10. 1991/Nr. 229, S. 3.

〔一九九四年六月二一日脱稿〕