

「憲法の優位」論

——クリスティアン・シュタルクの憲法構想について——

菟原 明

- 一 はじめに——課題設定
- 二 旧来の憲法思想の受容
- 三 憲法の優位と法の位階秩序論
- 四 憲法の優位と権力分割論
- 五 憲法の優位と連邦憲法裁判所の役割
- 六 おわりに

一 はじめに——課題設定

現行ドイツ連邦共和国基本法（以下、基本法という）を支える最も重要な基本的構想の一つとして、「憲法の優位（Vorrang der Verfassung）」のそれがあげられる。⁽¹⁾ この憲法の優位は、とりわけ、基本法第一条第三項：「以下の基本権は、直接に適用される法として立法、執行権および裁判を拘束する。」⁽²⁾ や、第七九条第三項：「この基本法の変更によって、連邦の諸ラントへの編成、立法に際しての諸ラントの原則的協力、または、第一条および第二〇条にうたわれている基本原則に触れることは、許されない。」⁽³⁾ の規定に典型的に表れるが、その確保手段としての憲法裁判権の制度と

関連して、その時々、立法、執行権、また、憲法裁判所と専門裁判所との関係、等々において論議の対象ともなっている。

この「憲法の優位」という構想は、たとえば、第七代連邦憲法裁判所長官（一九九四―二〇〇二）であったJ・リムバッハによれば⁽⁴⁾、憲法に、法秩序における最高の権威を賦与する考え方であり、この構想を刻印づけるに三つの標識があるという。すなわち、その標識とは、第一に、憲法と単純法律とが区別可能であること、第二に、立法者を憲法に拘束すること、第三に、係争事例において国家の法行為の憲法適合性の審査を行う権威をもつ裁判所制度があること、である。このような観点からすれば、憲法の優位は、憲法に対する法律の、したがって、立法者の劣位性（Nachrang）を意味する、と特徴づけられる⁽⁵⁾とともに、この憲法の優位を制度的に確保する方策として、憲法裁判権のもつ決定的重要性が強調されることともなる。なお、J・リムバッハは、憲法裁判権や憲法の優位という構想は、過去に議会制とともに、または、独裁制という悪しき経験をした諸国家において見出されることもあわせ指摘する。

J・リムバッハの見解と同様に、クリスティアン・シュタルクも、「権威主義的な政治体制あるいは全体主義のそれを克服した、世界の多くの国々は、新たに制定した憲法を立法者に対してもその優位を確保するため、憲法裁判権を導入した⁽⁶⁾」、と捉える⁽⁷⁾。殊ドイツに関していえば、「一九四九年に代表制により行使された人民（Volk）の憲法制定権力の産物としての基本法は、第七九条の途でまたその枠内で憲法が改正されないかぎり、基本法によって設定された国家権力を拘束する。憲法への国家権力のこの拘束は、立憲主義（Konstitutionalismus）と呼ばれるが、ドイツ語では、憲法国家性（Verfassungsstaatlichkeit）といわれる。それは、概念上単純法律に対する憲法の優位を内容とする⁽⁸⁾」、と述べることで、シュタルクは、単純法律に対する、換言すれば、議会に対する憲法の優位性を強調する⁽⁹⁾。それ故、この優位は、民主制的憲法国家と特徴づけられるドイツ連邦共和国の憲法秩序を維持するために、連邦憲法裁判所による

規範統制を通じて実務上実現されるとともに、担保されるはずである。このような基本法の最高法規性を体现する「憲法の優位」の理念を、彼は、その多くの論稿のなかで力説する⁽¹⁰⁾。本稿は、本誌第一三巻第一号に寄稿したCh・シュタルクの「人間の尊厳」論を受けて、これにつづき、彼のいう「憲法の優位」について検討することで、その憲法構想のいっそうの理解と解明をはかることを課題とする。それに際し、上述したように、基本法下での「憲法の優位」の問題が、連邦憲法裁判所という憲法機関を回転軸として論議されている、ということは見逃されてはならない。何故なら、「憲法の、他の総ての実定法、また法律法 (das Gesetzesrecht) に対する優位から、違憲の法律や違憲の法行為の可能性が帰結するのであり、これを除去し得るためには、これに適合する裁判所が必要である」⁽¹¹⁾からである。そのことをも念頭においたうえで、本稿は、まず第一に、憲法の優位の発展史と基本法での憲法の優位の受容の問題について、第二に、憲法の優位と法の位階秩序について、第三に、憲法の優位の根本的な構成要素であり、また、前提とされる権力分割論について、第四に、憲法の優位に対する連邦憲法裁判所の役割を、彼が強調してやまない政治過程に対する「枠組み秩序」としての憲法という観点から、対立法者、対専門裁判所、対社会的な基本合意と関連して論ずることで、クリスティアン・シュタルクの「憲法の優位」論に接近する。

(1) 憲法の優位に関する代表的な論稿として、たとえば、vgl. R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung, in: Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Suhrkamp 2003, S. 121ff. R・ヴァールの本稿につき、栗城壽夫『憲法の優位』という考え方に「ついで」(上智法学論集第三〇巻第一号)一頁以下参照。また、vgl. R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung und Selbständigkeit des Gesetzesrechts, S. 161ff. 以下、ドイツ憲法判例研究会編、編集代表栗城壽夫・戸波江二・畑尻剛『憲法裁判の国際的発展』(信山社、二〇〇四年。本書は、日独研究シンポジウムの成果である)二六五頁以下に収載の栗城壽夫「総括」もみよ。現時のドイツ、オーストリア、スイスの法学者名を調査するのに利便のために、Köbler/Peters, Who's Who im deutschen Recht, C. H. Beck 2003があ

る。わがシュタルクについては、同書 S. 688ff.

(2) 基本法の条文訳については、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集「第三版」』（信山社、二〇〇一年）による。

(3) Vgl. H. A. Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Mohr Siebeck 2000, S. 290ff. は、「憲法の優位は、その成立史においてと同じくまた、その規範的基礎（基本法第二〇条第三項と第一条第三項）においても、基本法第七九条、第九三条および第一〇〇条とともに、憲法典（die Verfassungsurkunde）に規定された憲法規定（Verfassungsrecht）と関連づけられる」という。

(4) たんざば、vgl. J. Limbach, Mißbrucht die Politik das Bundesverfassungsgericht? AGV M+E Köln 1997, S. 13p. 彼女が「憲法裁判権は、ドイツの憲法システムに固有の憲法の優位という理念のうちだ、それ独自の正当性を見出す」という；dies, »Im Namen des Volkes«. Macht und Verantwortung der Richter, Deutsche Verlags-Anstalt 1999, S. 178f.; 青柳幸一／栗城壽夫訳『国民の名を以てー裁判官の職務倫理』（風行社、二〇〇一年）八六頁以下；dies., Das Bundesverfassungsgericht, C. H. Beck 2001, S. 49ff.; dies., Vorrang der Verfassung oder Souveränität des Parlaments?, Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus 2001；本書を基礎とする来日時の講演につき、井上典之訳「憲法の優位か、議会主権か？」（自治研究第七八巻第六号）三頁以下；dies (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht. Geschichte-Aufgabe-Rechtsprechung, C. F. Müller 2000 は、多くの写真（歴代連邦憲法裁判所裁判官のそれをも含む）やイラストとともに、連邦憲法裁判所裁判官（であった者）の手になる連邦憲法裁判所の格好の解説書となっている。J. リムンツンについては、連邦憲法裁判所長官職の退職を機に彼女に捧げられた「U. Fölscher, Ch. Stresemann (Hrsg.), Recht so, Jutta Limbach! Zum Abschied verfasst für die Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts, Nomos Verl., 2002」との伝記のほか、K. Deckenbach, Jutta Limbach. Eine Biografie, Droste Verlag 2003 がある。

(5) Vgl. P. Umrub, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes. Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion, Mohr Siebeck 2002, S. 84ff. 「憲法の優位から帰結するのは、憲法諸規定と単純諸法律間の機能的区別だけでなく、また規範理論上、効力理論上の区別である」という。これにつき、本稿三「憲法の優位と法の位階秩序論」をみよ。

(6) クリスティアン・シュタルク、光田督良訳「権力分立と憲法裁判（ドイツ憲法判例研究会編、編集代表栗城壽夫・戸波江二・畑尻剛『憲法裁判の国際的発展』（信山社、二〇〇四年）一五頁以下参照。ちなみに、Ch. Starck (Hrsg.), Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung, Nomos Verl., 1990；ders., Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat, in: Ch. Starck (Hrsg.), Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat. Zweites deutsch-taiwanesisches Kolloquium vom 26. bis 28. September 2002 in Taiph, Nomos Verl., 2004, S. 29ff. もみよ。また、この関連で南アメリカの憲法システムについて論じた「Ch. Starck, Der

- südafrikanische Verfassungsvertrag von 1993, in: O. Behrends und Ch. Starck (Hrsg.), Gesetz und Vertrag I. 11. Symposition der Kommission. Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart, Vandenhoeck & Ruprecht 2004, S. 125ff. ㊦㊧。
- (㊨) ㊦㊧ vgl. P. Häberle, Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ), 31. Jg., H. 5-8, 2004, S. 118f.
- (㊩) Vgl. Ch. Starck, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: P. Badura u. H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Mohr Siebeck 2001, S. 1f. 本稿の翻訳と「渡辺中記」憲法秩序および政治過程における連邦憲法裁判所「シタターク教授のナーヤヒギヤ」(「国士館法学第三四号」) 八二頁以下がある。
- (㊪) ㊦㊧の点について ㊦㊧ vgl. M. Jestaedt, Grundrechtentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Mohr Siebeck 1999, S. 19f. ㊦㊧の M・トホントナットは「憲法の優位の原則は、もっぱら憲法規定と単純法との規定の間で抵触がある場合に、㊦㊧のよび(wie—強調は原文) 手続をなされるか、㊦㊧の間に問うに必要。それに対して、この種の抵触が存在するか、㊦㊧、また、㊦㊧の範囲か (ob und in welchem Ausmaße—強調は原文) にいつ、憲法の優位からなにも引き出され得るか、㊦㊧。
- (㊫) たとえば、本稿でも頻繁に引証し、引用する㊦㊧となる彼の論稿と「㊦㊧ Ch. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ch. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, Nomos Verl., S. 11ff.; 本稿は、現在では彼の著書 Der demokratische Verfassungsstaat, Mohr Siebeck 1995, S. 33ff. に収載された㊦㊧の「利便性からして引用は本書による。なお、本稿を基礎とするシタタルク来日時の講演の翻訳として、廣田健次・廣田全男訳「憲法の優位と憲法裁判権」(日本法学第五八巻第一号) 一五九頁以下がある。」② ders., Rechtsordnung der Gesetze. Einführung, in: Ch. Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, Vandenhoeck & Ruprecht 1995, S. 9ff.; ders., Verfassung und Gesetze, aaO., S. 29ff.; ③ ders., Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: P. Badura u. H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Mohr Siebeck 2001, S. 1ff. ㊦㊧の論稿を引用する㊦㊧と㊦㊧ Ch. Starck, Fn. 10, ㊦㊧, S. x ㊦㊧の表記である。
- (㊬) Vgl. Ch. Starck, Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat, in: Ch. Starck (Hrsg.), Fn. 6, S. 22f.

二 旧来の憲法思想の受容——憲法の優位の確立に向けて

(1) シュタルクは、民主制的憲法国家の根本法 (Grundgesetz, lex fundamentalis) としての憲法を、したがって、ドイツ連邦共和国基本法を、主権者に帰属する憲法制定権力にもとづき、「国家権力を根拠づけ、制限し、国家権力を組織し、その責務と義務を確定し、権限を賦与し、国家権力が活動する手続を規定する」⁽¹²⁾、と特徴づけ、「憲法の優位」は、このような憲法の規定性の事情からの論理的帰結である、という⁽¹³⁾。そうであれば当然に、憲法を通じて設定された国家権力は、したがって、立法もこの憲法に拘束されることとなる。このような、憲法制定権力の理念から生じる「憲法の優位」は、一方で、国家権力の編成・組織・活動手続原理により、国家権力の濫用防止を目的とする権力分割原理を、他方で、市民の自由や基本権の保障を、要請するだけでなく、この権力分割原理や基本権保障を前提ともする。

いうまでもなく、このような憲法の優位は、一朝一夕に成立したものではない。例えば、これと関連してシュタルクは、人権の哲学的基礎を追究した最近の論稿のなかで、「フランス国民議会が、人権に対する無知、忘却または軽視について語り、あるいは、『ヴァージニアの善良な人民』の代表が、自然的な、生れながらの権利について語るとき、人権は、それが、当時はじめて憲法条文に表れたにも拘わらず、一八世紀の発見ではない。法概念の、そうしてまた人権の歴史は、この概念が、外面的に認識可能な形体をとったときにはじまるのではなく、それ以前の体験と思想の力強さを含んでいる。人権は、政治哲学において準備されていた」⁽¹⁴⁾、と論じる。また、シュタルクが、根本法としての憲法は、その成立にいたる過程において、「旧来の憲法思想を受容し、そして、この思想を、国家の総ての法的基本秩序へと適用している」⁽¹⁵⁾、というとき、先の発言と同様のことを述べているといえよう。それでは、根本法としての憲法が旧来の思想を受容している、とシュタルクがいうとき、それは、一体どのような思想であると捉えられているのか。その歴史

的展開は、ごく大雑把に図式的にいえば、(ヨーロッパ) 自然法思想における法律の階続性思考から、一七世紀以降には、政治理論や法実践において重要な役割を果たすこととなる(自然法論から切り離されて、契約上根拠づけられた) 高位の実定法である根本法(実定法化された自然法をも含む)の優位観念を経て、近代立憲主義的憲法観を特徴づける成文憲法へ、とこのような観念が受容されるいたるとされるが、このような説明図式は、いうまでもなくそれ自体詳述されるべき課題であろう。シュタルクは、自然法論についていえば、古典古代から中世のトマス・アクイナスの説く法律の階続性思考(*lex divina, lex aeterna, lex naturalis, lex positiva*)が、スペインの後期スコラ学派を経て、このよ
うな思考の神学的な根拠づけから哲学的根拠づけへの転換が図られた近世の法思考に受け継がれていくという。その際、自然法は、内容的には、人間の「生れながらの権利」を含む重要な諸規範(これらの規範は、人間相互の関係と同様に、個人と国家との関係)を特徴づけるとともに、形式的には、諸法律の階続性にとっての基礎として機能する、という。
なお、ドイツでは、一七世紀初頭に、根本法(*Leges fundamentals*)のドイツ語化である基本法(*Grundgesetz*)という用語が用いられるようになるが、これは、国法上の根本を形成し、帝国や国家および憲法等々の法的性格を規定し、そして、それ以外の法律や法規命令の基礎である、との意味づけがなされていた⁽¹⁶⁾。このような発展のなかで、問われつづけてきた課題とは、「規制を行う立法権の権力権限を自覚的に、意欲的に制限する」こと⁽¹⁷⁾であった⁽¹⁸⁾。それに際して、彼は、一七世紀以降のヨーロッパ、とくにイギリス、フランス、ドイツでの、また、北アメリカ等の歴史の流れのなかで展開された思想を、とりわけ、そのような思想を担ったイデオログに焦点を当てることで、明らかにしようとする⁽¹⁹⁾。まずは、いわば比較法思想(史)的な視点にもとづく、「憲法の優位」の確立へ向けての発展につき、彼がどのようにそれを捉え、展開しているか、からみていこう。

(2) 憲法の優位の嚆矢(イギリス) シュタルクは、まずは立憲主義の母国たるイギリスに目をむけ、一七世紀以降の

憲法の優位思想に重要な影響を与えた法思考、法理論として、E・コークとクロムウエルのそれに注目する。E・コークは、一七世紀初頭に、議会法律に対し、「裁判官の規範統制のために、また、『コモン・ロー上の権利と理性に (common right and reason)』に対する明白な違反がある場合の法律の非適用のために、一つの留保をおこなった」ことで、コモン・ローの高位性の観念を主張したが、むしろ、その後のイギリスでは、根本法または憲法法律と単純法間の位階秩序を認めない議会主権が貫徹されていく。シュタルクは、この世紀に、憲法の優位にとって重要な理論的関心を提起するものとして、クロムウエル体制下での「人民協定 (Agreement of the People-1647)」に注目する。その理由として、シュタルクは、この人民協定が、近代的意義での憲法概念を構成する二つの本質的な標識を明らかにしたことをあげる。その標識とは、彼のいうところによれば、「(1)憲法は主権者の作品である。憲法は、もちろんまだ契約上の基礎 (協定 || agreement) に依拠してはいる。自然法は、契約は守られるべし、という自然法上の命題が妥当するかぎりにおいて、関与するにすぎない。(2)憲法は、根本法 (Grundgesetz) である。そのようなものとして、憲法は、憲法そのものを組織する (einrichten) 権威に優位する」、である。ところが、イギリスでは、この憲法の優位の理念を、法実践において受け継ぐことなく、今日にいたるまで、憲法と法律間の区別をみない、と総括するとともに、この憲法の優位の思想は、北アメリカに受け継がれ、開花するという。

(3)根本法観念の展開 (ドイツ) シュタルクは、一七、一八世紀のドイツ国法学において、後の単純法律による廃止から守られるべき根本法 (そのようなものとして、彼は、王位継承規則、支配者 || 君主と諸身分との基本的協定、その他の領主の権利や国家の権利および宗教の自由をあげる) の思想が、とりわけ「契約思想」にもとづき展開されるが、これが、ドイツにおける最初の立憲主義思想 (もちろん、近代的意味の憲法のそれではない) の開始を意味する、という。⁽²²⁾ 一七、一八世紀のドイツ国法学において、このような根本法が、憲法の優位の由来との関連で重要な意義をもつ

とされたのは、第一に、根本法がもつ拘束作用において、第二に、この拘束作用と関連する支配者の主権性問題において、であった。何故なら、そこでは、主権性に関して、根本法(Grundgesetz)の許容される内容やその法的拘束力の限界が論じられたからである。

主権概念は、その概念内容からして、自らの最高性を論拠づけようとするかぎり、高位法としての根本法を承認する際に阻害要因として働こうが、これに対して、主権を拘束する高位法としては、まず第一に、自然法が想定される。しかし、これは、その実効性、効力の点で重大な弱点をもつ。そこから、支配者の主権性を拘束する高位法の観念を弁証する考え方として持ち出されたのが、支配者と諸身分間の支配契約の観念、すなわち、「契約」思想である。シュタルクはいう。「根本法律(die Fundamentalgesetze)は、『その真正の法的性質からすれば』契約とみなされた」と。この契約の優位は、自然法的に契約は守らるべし、という規範でもって根拠づけられ、その結果、法論理的観点からすれば、後の法律が根本法に対する廃止効を展開することは許容されるはずもなかった。⁽²³⁾

支配者は、その立法権により根本法の制定をなすことができないとの、このような論拠づけの議論、別言すれば、根本法は立法権に従属せず、とする立法に対する根本法の優位性の論拠を明解に基礎づけた論者として、シュタルクは、クリスティアン・ヴォルフ(一六七九—一七五四)⁽²⁴⁾をあげ、そして、彼に先行する者として、フリーゴ・グロテウス(一五八三—一六四五)⁽²⁵⁾とザムエル・プーフエンドルフ(一六三二—一六九四)⁽²⁶⁾とに言及する。それに際し、シュタルクは、根本法観念と関連して、グロテウスについて以下のように位置づける。グロテウスは、主権を、支配者の個人的属性としてではなく、「国家権力の特質」と捉え、主権が様々な異なる機関に配分され、行使されると説くことで、主権概念を明瞭にした、と。すなわち、主権の「配分態様と方式は、国家権力の組織を規範化する根本法の本質的な規律対象である。自然法学は、これによって、憲法によって構成される権力に対する憲法制定権力の優位を明瞭にした。

ここから帰結する根本法律の下への統治者の服従は、ドイツにおける憲法国家開始の前兆である」と。そうであれば、根本法違反の支配者の行為がどのような法的評価を受けるか、が問われようが、この点に関連して、シュタルクは、「根本法から生じる支配者の義務に違反する彼の行為は、無効であり、服従を要求することができない」と説くプーフ・エンドルフの思考を摘記する。なおまた、当時のプーフ・エンドルフのグローバルなともいうべき「自然法論」⁽²⁷⁾の影響につき、シュタルクは、G・エスターライヒにならって、⁽²⁸⁾以下のようにいう。「トーマス・ジェファソン（一七四三—一八二六）、ジェイムス・マディソン（一七五一—一八三六）そしてアレクザンダー・ハミルトン（一七五七—一八〇四）にとって、プーフ・エンドルフは、北アメリカにおける新たな国家の独立と法に対する論拠づけの拠り所を形成した」⁽²⁹⁾と。これらの思考をさらに展開したのが、Ch・ヴォルフとされ、彼は、後期立憲主義の意義において、完全に権力の限界問題を論じている、と。

(4) 成文憲法による憲法の優位の確立（北アメリカ合衆国） ドイツで展開された根本法の思想、また、E・コークのコモン・ローの高位性の観念や、それを支える法理論等が、既述したように、当のドイツまたイギリスでよりもむしろ、北アメリカに受け継がれ、そこで、展開され、開花したといわれる。⁽³⁰⁾このような展開・開花をみるためには、いうまでもなく当時の北アメリカへの入植者たちに、イギリスやヨーロッパ諸国家で主張されていた法思想や、政治哲学等に対する一定の知的蓄積があった、ということが前提となろう。G・エスターライヒが指摘するように、「ヨーロッパの諸見解は、初期の入植者たち、それが、ピューリタンであれ、アングリカンであれ、によって、精確に観察されていた。自然権の教説や、これらの自然権が基礎をおいた契約理論の教説は、周知であった。特殊、ロックやブラックストーンのようなイギリスの文献だけではなくまた、プーフ・エンドルフやヴォルフからマーブリーにいたるまでの大陸の文献も、研究されていたのであった」⁽³¹⁾。それでは、シュタルクは、憲法の優位の確立に向けて、このような

知的蓄積の北アメリカでの展開について、どのように捉えたのであろうか。⁽³²⁾

シュタルクは、なにはともあれ、憲法概念を、根本法にもとづき説明する構想をとりあげる。彼は、「根本法の法的特質は、憲法の優位の直接的先駆者であり、憲法とはなにかは、一八世紀末には、この根本法の概念で説明された」といい、このような説明を典型的に表現するものとして、A・ハミルトンが、『ザ・フェデラリスト』の第七八篇「司法部の機能と判事の任期」で開陳した思想⁽³³⁾を引証する。すなわち、「憲法とは、まさしく根本法なのであり、かつ判事たちによって根本法とみなされるべきものにほかならない。…もし、憲法と法律との間に調停しがたい矛盾が生じたとすれば、優越する拘束力と効力とが優先されるべきことは当然である。いかえれば、憲法が議会制定法に優先し、人民の意図がその代理人の意図に優先すべきなのである」と。根本法として理解されたこの憲法観により、北アメリカにおいて、実践的には、一七七六年七月四日の独立宣言が、憲法の優位の政治的基礎をはじめて創出し、さらに、一七七六／八の連合規約を引き継ぐ一七八七年連邦憲法は、前文…「われわれ合衆国人民は、アメリカ合衆国のために…この憲法を制定し、確立する。」で、人民主権理念を奠定憲法上はじめて貫徹した。かくして、主権者に帰属する憲法制定権力は、憲法を制定することをもって、国家権力を基礎づけ、制限し、組織し、国家権力に権限を賦与し、そして、国家権力が行使される手続を規定することにより、国家権力を一方で制限すると同時に、他方で国家権力を正当化する。そうであれば、憲法によって設定された国家権力は、とりわけ立法権も、憲法の下位に位置し、憲法による制約を受けることとなる。とりわけ、のちに修正条項で導入された基本権（第一修正から第一〇修正は、一七九一年）は、議会に対する禁止として定式化されており、憲法に違反する立法行為、違憲の立法はどのように扱われることとなるのか。さらに、A・ハミルトンのいうところを聞こう。彼は、たとえば、「裁判所の完全なる独立は、権力を制限する憲法にとっては、ことに欠くことのできないものである。…この種の権力制限は、裁判所という仲介を経なければ実際には守り

えないのである。つまり、憲法の明白な趣旨に反する一切の立法行為を無効であると宣言するのが裁判所の義務である。これなくしては、特定の権利または特権も維持もすべて無に帰することになる⁽³⁴⁾」、と述べることにより、裁判所は、法律の憲法適合性を審査し、違憲の法律であれば、それを無効とし、適用しないとする、いわゆる裁判所による司法審査論をも射程に入れて、立法に対する憲法の優位を論じている。このような思想を、裁判上承認したのが、一八〇三年のマーベリー対マディソン事件連邦最高裁判所判決であることは周知のことである。シュタルクは、これにより「いまや、人権は、憲法の優位に与り、そして、立法者にとっての規準として待機している。すでに早く、アメリカの裁判所判決では、個人の根本的権利は、国家権力に限界を画する、ということが言及されていた⁽³⁵⁾」、という。北アメリカにおいて、根本法として認識された憲法は、憲法制定権力の産物として、憲法によって設定された国家権力を、その組織化、権限配分すなわち権力分割とにおいて、また、人権保障の観点からも、制限する規範と位置づけられ、そこでは、違憲の国家行為か否か、の判断機関、解釈者の役割は、裁判所・裁判官という国家機関に委ねられる途へと進んでいく。

(5) 人権宣言第一六条(フランス) このような、「一方で組織法や権限法が、他方で基本権が、国家の法的根本秩序である憲法において対となつて⁽³⁶⁾」、憲法をより高位の法として位置づけ、国家権力、とりわけ立法を制限するという規範的構想が実現をみた。この権力分割と人権保障を核とする高位法としての憲法⁽³⁷⁾を明確に位置づけたものこそ、フランス人権宣言第一六条…「権利が保障されておらず、権力が分割されていない社会は、憲法をもつものではない。」⁽³⁸⁾であった。もっとも、周知のように、同宣言第六条は、法律は、ルソー流の理解にもとづき「一般意志の表明である。」、と規定されたことからすれば⁽³⁹⁾、論理的に立法者こそが人権の有権的解釈者と想定され得よう。このような事情は、法律に対する憲法の優位にとつて、必ずしも有利に作用するとは限らない、という留保は必要ではあろう⁽⁴⁰⁾が。

このようにして、いわゆる近代立憲主義の憲法典は、したがって、その系譜に立脚するドイツ連邦共和国基本法もし

かりであるが、国家権力の制限を、とりわけ「立法権の権力権限を自覺的に、意欲的に制限する」ことを、成文の形式で、一方で権力分割を通じて、他方で人權保障を通じて、規範的に確定することとなった。この権力分割と人權保障との結合関係につき、シュタルクは、とりわけ、基本法についてであるが、以下のように表現する。すなわち、「人權保障をいっそう厳密に考察すれば、権力分割との結びつきがみられる。何故なら、人權の実効的な保障に属するのは、憲法上の基本権カタログ、拘束条項そして本質内容条項だけではなく、独立の裁判所による基本権保護でもある。自己の権利を侵害されたと感じる者は誰でも、この保護を求める権限を有する。基本権保護の最高の段階は、基本権が立法者に対しても、裁判所で貫徹可能である場合に、すなわち、国会の民主制的に正当化された多数派に対しても貫徹可能である場合に、達成される。これとともに、基本権上の自由理念と民主制的自由理念間の緊張が視野に現れる。自由を、民主制的に正当化された国家権力からも保護する必要性は、多数派が必ずしも少数派の権利を尊重するつもりがない、という歴史的体験から生じる」、と。

さて、近代立憲主義憲法が受容した「旧来の憲法思想」とは、立法に対する憲法の高位性を実現することで、国家権力の制限を構想する思想であった、とひとまずは総括可能である。旧来の憲法思想を包摂しつつ、実定憲法上、憲法の優位は確立されることとなった。この「憲法の優位」は、これまでのシュタルクの論述の検討からすれば、①憲法制定権力論の見地から、②権力分割論の見地から、③憲法規範の明瞭性の見地から、さらに、④基本権保障の見地から、論拠づけられているといひ得よう。⁽⁴²⁾これらの論拠づけを通底する観点は、いうまでもなく「国家権力の制限」という観点である。

つぎに問われるべきは、憲法の優位の前提ともいうべき、また、不即不離の関係にあるとされる権力分割論について、シュタルクが憲法の優位との関係でこれをどのように捉えたか、を検討することであるが、それに先立って、憲法の優

位に関連して、必然的に問われることともなるであろう憲法と法律との関係、その位階秩序論について、まずは触れておくつもりである。

- (2) なるべし vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ②, S. 29; ders., Fn. 10, ③, S. 1; ders., Gewaltenteilung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: P. Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, Universitätsverlag Freiburg Schweiz 2003, S. 451.
- (3) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 43; P. Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes. Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion, S. 84.
- (4) Vgl. Ch. Starck, Menschenrechte aus Büchern in die Verfassungen, in: G. Nolte und H.-L. Schreiber (Hrsg.), Der Mensch und seine Rechte. Grundlagen und Brennpunkte der Menschenrechte zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Wallstein Verl., 2004, S. 11; 前記論稿と基本的な同一内容を参照。ders., Die philosophischen Grundlagen der Menschenrechte, in: M. Brenner, P. M. Huber und M. Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes-Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck 2004, S. 555. 以下では引用するに際して「一般的な利便性から見て後者」D・ン・ド・マールナ七〇歳記念祝賀論集による。
- (5) Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 41.
- (6) なるべし vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 35f. 以下の関連で重要なものは Ch. Starck, Fn. 14の論稿による。
- (7) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 35.
- (8) Vgl. Ch. Starck, Funktion der parlamentarischen Gesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, in: ders., Der demokratische Verfassungsstaat, Mohr Siebeck 1995, S. 19f. は「立法とは「自覚的」計画的な法の設定 (das bewußte und planmäßige Setzen von Recht)」を意味し「中世の「良き旧き法」の優位は、国家の立法の優位によってとって替わられたことを指摘する。それに際して「この国家の立法は、三つの要因によって支えられている」という。その一は「自然法的に基礎づけられた法の理性的把握と形成という啓蒙思想、その二は、多かれ少なかれ絶対主義的に統治されたヨーロッパ諸国家やドイツ領邦での法の統一化 (die Vereinheitlichung) へ向けての欲求、そして、その三は、時代の諸関係への法の適合という思想」である。これと関連してまた、W・エーベル著／西川洋一訳『ドイツ立法史』(東京大学出版会、一九八五年)もみよ。

- (19) 一七、一八世紀は、まさしく啓蒙の時代である(それは、また世俗化へ向けての時代でもある)。人権は、この啓蒙の時代の産物といわれるが、その近代自然法論を通じて人権の発展に重要な刺激を与えたイデオログとして、Ch. Starck, Fn. 14, S. 556は、Ch・ヴォルフ、S・プーフェンドルフ、J・ロックそしてH・グロティウスの名をあげる。
- (20) 詳しくは、Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 35-37をみよ。また、vgl. ders., Fn. 10, ②, S. 9. また、C・H・マクワルワイン著、森岡敬一郎訳『立憲主義 その成立過程』(慶應通信株式会社、一九六九年第三版)もみよ。
- (21) E・コークに「お」vgl. K. Lerch, Coke, Sir Edward (1552-1634), in: M. Stolleis (Hrsg.), Juristen. Ein Biographisches Lexikon, Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, C. H. Beck 1995, S. 133ff.
- (22) 詳しくは、Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 37-39をみよ。また、vgl. ders., Fn. 10, ②, S. 9.
- (23) 支配者による契約違反の問題は、「いわゆる「抵抗権」の問題を惹起することとなる。このような抵抗権を背景にする契約思想は、根本法の優位性を担保する手だてともなる (vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 38, 45ff.)」。
- (24) Ch・ヴォルフにつき、G・クラインハイヤー・J・シュレーダー編、小林孝輔監訳『ドイツ法学者辞典』(学陽書房、一九八四年)三二三頁以下参照。また、vgl. T. Reppen, Wolff, Christian (1679-1754), in: M. Stolleis (Hrsg.), Fn. 21, S. 656ff. 本年二〇〇四年四月九日は、ヴォルフ没後二五〇年であり、また、カント没後二〇〇年であるが、カントの影に隠れた、ドイツ啓蒙哲学の分野でも、とても重要な影響力のあったといわれるヴォルフの法思想および国家思想を検討するH. Hofmann, Recht und Staat bei Christian Wolff, in: JZ 59. Jg., 2004, S. 637ff. もみよ。
- (25) H・グロティウスにつき、vgl. R. Feenstra, Grotius (de Groot), Hugo (1583-1645), in: M. Stolleis (Hrsg.), Fn. 21, S. 257ff.
- (26) S・プーフェンドルフにつき、G・クラインハイヤー・J・シュレーダー編、小林孝輔監訳、前掲註(24)二二四頁以下参照。また、vgl. K. Luig, Pufendorf, Samuel (1632-1694), in: M. Stolleis (Hrsg.), Fn. 21, S. 506f. トーンマンツェルンG., De statu imperii Germanici, (1667) は、H・デンツァーによるドイツ語訳がある。H. Denzer, Die Verfassung des deutschen Reiches, Reclam Nr. 966 [3], 1976. シェタルクは、プーフェンドルフの自然法論がヨーロッパ諸国家で広く翻訳・公刊され普及していたことに言及した後、プーフェンドルフの理論・教説に徹底して取り組んだH・デンツァーが、「プーフェンドルフの同時代人ジョン・ロック(一六三二-一七〇四)が、彼の自然法と国際法を、市民法と政治の諸原理にとって最善の本として特徴づけ、そして、そこから、政府二論(一六九〇年公刊、それ故に、プーフェンドルフの自然法の一八年後)を起草するに際して、「最大の有益さを引き出した」との指摘を書き記している (Ch. Starck, Fn. 14, S. 557)。
- (27) シェタルクによる、プーフェンドルフの自然法論につき、vgl. Ch. Starck, Fn. 14, S. 557f. は、「自然法の根本法律は、プーフェンドルフによれば、社会性 (die Sozialität) に向けて人間を相互に義務づけることである。そこから、もっとも重要な義務として、

何人も他者を加害しない、ということが帰結する。第二に、万人は、万人に対して、『各人が、他の各人間を、自己にとって生まれながらに平等であり、そして、平等な方法で人間であるとみなし、処遇する』、という義務のもとにある。このような原則にもとづいて、プーフェンドルフは、「人間の個性性 (die Individualität) ではなく、人間の社会性を強調している」と論じる。

- (28) Vgl. G. Oesterreich, Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Betteermann/Neumann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. I/1, Duncker & Humblot 1966, S. 41; ders., Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, Zweite, durchgesehene und ergänzte Auflage, Duncker & Humblot 1978, S. 50 ff. この点につき以下のよう。「倫理的自由にもとづく人間の尊厳という、プーフェンドルフにとって中心的な思想は、すべての人間の自由と平等の理念に対して新たな確たる理念を与えた。アメリカの諸権利宣言の前史へのプーフェンドルフの影響は、確実に実証される」と。

- (29) Ch. Starck, Fn. 14, S. 557. ちなみに、シュタルクは、プーフェンドルフの思想のもった当時の影響力につき、「ドイツ啓蒙哲学者プーフェンドルフの普遍倫理学 (ethica universalis) において記述されていたような、それ固有の尊厳をもつ人 (Person) としての人間の地位は、まづもってドイツ以外で、すなわち、北アメリカやフランスで、不可譲の人権理論が現示した世界を変える力を展開した」(Fn. 14, S. 559) と総括する。プーフェンドルフのこのような北アメリカへの影響につき、Deutscher Bundestag (Hrsg.), Schlussbericht der Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin, Leske+Budrich 2002, S. 22f. は、「ザシエホル・プーフェンドルフの理論は、一七七六年のアメリカ人権宣言に影響を与えることとなったが、彼は、すべての人間には理性が賦与されているという思想を、すべての人間の平等という思想と結びつけた。というのも、すべての人間をそれ自体に、この特質が帰属するからである」とする。

- (30) なお、Ch. Starck, Fn. 14, S. 563f. は、「ヴァージニア憲法の権利章典にいわれる、生命、自由、財産、安全および幸福という人権カタログの先行形態として、ヴァトリアの財 (Güter) の三類型論、自然の財 (生命、身体の完全さおよび健康)、幸福の財 (富、榮譽および名譽) として霊 (Seele) の財 (徳と恩寵)、に言及し、ヴァトリアが、霊の財が、国家の法律を通じて制限不可能である」というとき、それは、霊的事項 (Spiritualia) が現世的権力の権限には属さないことを意味し、したがって、近代的に作用する、という。T・シエファソン著、中屋健一訳『ヴァージニア覚書』(岩波文庫、一九七二年) の質問一三(一九八頁以下) および質問一四(二二五頁以下) も参照。

- (31) Vgl. G. Oesterreich, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, S. 58.

- (32) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 39ff.; ders., Fn. 14, S. 568f.

- (33) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 21ff.; ders., Fn. 14, S. 569; A・ハミルトン・J・シェイ・J・マディソン著、斎藤眞・中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』(岩波文庫、一九九九年) 三四四頁。

- (34) 前掲註(33) 三四二頁。
- (35) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 48f.; ders., Fn. 14, S. 569.
- (36) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 41.
- (37) シェタルクは、憲法を根本法と捉え、憲法の高位法的性質を主張した者としてシェースをあげ、また、挫折したとはいえず、「憲法陪審」(別称、憲法秩序における破棄裁判所)による法律統制を媒介とする憲法の優位の確保を企図した、という(vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 46f.; ders., Fn. 14, S. 568f.)。
- (38) 基本権の確保と権力分割の確定は、一七八九年以降、法治国家としての憲法国家の決定的な判断基準として妥当する、というのは、H.-D. Horn, Die grundrechtsummittelbare Verwaltung. Zur Dogmatik des Verhältnisses zwischen Gesetz, Verwaltung und Individuum unter dem Grundgesetz, Mohr Siebeck 1999, S. 235.
- (39) Vgl. E.-W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Zweite, um Nachträge und ein Nachwort ergänzte Auflage, Duncker & Humblot 1981, S. 46f. なお、メンケンフェルデは、本書では、Gewaltenteilung または Gewaltentrennung という表記に替えて、Gewaltengliederung (権力編成) という表記を用いるが、その理由として、「統一的な国家権力は、分割され (geteilt) もしなければ、多様な権力に分離される (getrennt) わけもなく、むしろ、行使に当たって編成される」(a a O., S. 13, Anm. 1) からである、という。
- (40) Ch. Starck, Fn. 14, S. 568は、一八世紀のアメリカでの人権宣言とフランスの人権宣言の特征的相違を、前者は裁判上の規準を意図しており、後者は世界の教化を意図している、という点に看取するが、これをエミール・ブートミーの口をもって語らせる。「合衆国の各州の《宣言》は、いずれも、裁判所で援用することのできる手段ということを念頭に置いている。アメリカ人は、絶えずそれらの《宣言》が自国の最高裁判所での複数の訴訟手続の基礎として用いられるであろうと考え、法律的な弁論、すなわち訴訟手続において援用しうる理由を備えることに専念したのであり、どの文脈をとってみても、このような苦心の跡がうかがわれるのである。〔これに対し〕フランス人にとっては、《権利宣言》は、雄弁なる断章にすぎず、条文はありのままの姿で、あるいは人間に対する真理の支配という唯一の威厳を具えたものとして、存在しているにすぎない。いかなる裁判所といえども、これらの条文を判決を導き出す手だてとして用いることはできない。フランス人が書くのは世界の教化のためであり、アメリカの憲法制定者がその《宣言》の条文を編纂したのは、彼らの同胞の利益または便宜のためである」と〔初宿正典編訳『人権宣言論争』(みすず書房、一九八一年)一五一頁以下〕。
- (41) Vgl. Ch. Starck, Fn. 11, S. 24; なお、基本権上の自由理念と民主制的自由理念間のこの緊張関係等の問題につき、vgl. Ch. Starck, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundes-

republik Deutschland, Bd. II, C. F. Müller 1987, § 29, S. 3ff.

(27) Vgl. Ch. Starck, Die Verfassungsauslegung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, C. F. Müller 1992, § 164, Rndnrn. 9-13, insbes. Rdnr. 10. 又 H.-D. Horn, Fn. 38, S. 125ff. 以下。

三 憲法の優位と法の位階秩序論

シュタルクは、憲法の優位は、立法レベルでは、①憲法を自己の勝手な判断にしたがって (nach eigenem Gutdünken) 理解する、立法を通じて、また、憲法解釈レベルでは、②憲法が自らの根拠をそこに求めていない、法律上の法概念を規準とする憲法解釈を通じて、原理的に脅かされる、⁽⁴³⁾ という。憲法の優位を脅かすこれらの要因は、いずれも立法、法概念⁽⁴⁴⁾ または憲法解釈に関連して提起されている。憲法の優位は、これらの要因に対して、いかにして確保されるのか。ここに、憲法と法律との関係は、どのような構造のもとにあるのか、または、どのような関係のもとにあるのか、が問われることとなろう。それに際して、憲法と法律との関係は、基本法の予定するような憲法国家では、いうまでもなく、憲法の優位によって決定されねばならない。そうであれば、このような関係は、どのように実定(憲)法上構想されるのか。シュタルクは、憲法の優位を実定法上根拠づける法的論拠として、法律の位階秩序 (die Rangordnung der Gesetze) を問題とする。

そのような位階秩序論のうち、なによりもまず第一に言及されるべきそれは、A・メルクルやH・ケルゼンの法段階構造論である。シュタルクは、彼らの主張した実定法の段階構造論の観点からすれば、より高位の法へのより下位の立法の拘束が、法体系的に根拠づけられる、という。何故なら、「憲法、法律、法規命令」という位階系列のうちに現れる、法の段階構造にとって、法の創設は、法を通じて規律され、しかも、連続的な過程において規律されるのであり、

したがって、法の創設、規律は、その都度の法創設機関にとって拘束的でなければならぬ⁽⁴⁵⁾、ということを経法論的に要請するからである。

さらになお、法律の位階秩序に関して、シュタルクは、H・ケルゼン流の位階秩序論のほかに、第二に、公的義務の自立的担い手層を基盤とする自律的な法圏を保障し、そして、配分された法統一を法的素材の配分を通じて確保する位階秩序として、「超国家法、連邦法、州法、自治体法」という位階秩序系列も想定している。ここで問われているのは、たとえば、一定の場合における連邦法の州法への優先や、超国家法の、連邦法や州法への優位である⁽⁴⁶⁾。とりわけ、超国家法としては、現在ではEU法とドイツ国内法との関係が問われるであろう。

またさらに、シュタルクは、第三の位階秩序の問題として、多様な現れ方をもつ「法律内部」での規範の位階秩序にも触れる。たとえば、それは、①憲法内部では、基本法第七九条第三項にみられるような、いわば実体法的レベルで、憲法改正権の明示的な限界を確定する「修正阻止条項 (die Revisionsperiklausel)」の場合である。基本法第七九条第三項のこの修正阻止条項につき、K・E・ハインは、「一九四五年以後のドイツ諸州の憲法や基本法第七九条第三項の実質的修正阻止条項は、それが、教義学史的には西欧的国家思想の伝統の一定の軌道上に基礎づけられるにも拘わらず、内容的な観点において憲法改正立法者の権能を明文で制限するものとしては、憲法史的にはドイツの憲法制定の革新 (Novationen) と評価され得るであろう⁽⁴⁷⁾」、とこれを位置づける。憲法の優位との関係でいえば、ここでは、基本法第七九条第三項と、その他の憲法規定の間には、基本法第七九条第三項によって保護される規範を形式的に高位の憲法規範と捉え、他の憲法規定を「単純憲法規定 (einfaches Verfassungsrecht)」と理解することで段階的に位階秩序を構成する、第一の位階秩序という法の段階構造論との交差がみられる⁽⁴⁸⁾。さらに、憲法改正手続に関わる問題は、憲法の優位が確保されるか否かにとって、いうまでもなくきわめて重要な事柄である。これにつき、シュタルクは、「憲法の優

位は、議会が、通常立法の途で憲法改正の権能をもつならば、それ自身において崩壊する。優位が帰属する憲法の問題には、憲法は、特別の手續のみ改正され、または、補完され得る、ということが帰属する。憲法制定権力は、あらゆる憲法改正のために動員され得ないが故に、特別の憲法改正手續が創り出されたのであり、この手續は、通常の立法手續とははっきりと際立っている⁽⁴⁹⁾、と通常の立法手續と憲法改正手續の相違を強調する。さらには、②ある法律内部では、他の規範に対して実質的に高位の規範が存在するとされるとき、その規範の形式的高位性が憲法から生じる場合である。

ついで、第四の位階秩序として、法律または憲法のレベルでは、法律の体系性の観点にもとづく規範の位階秩序が想定される。それは、法律または憲法の水準で、法律の体系性の観点に由来する規範の位階秩序である。具体的には、法律と施行法との関係、法律の解釈規範や定義規範と他の法律規定との関係、また、一般法と特別法との関係のうちに看取される。

ところで、シュタルクは、このような法律の位階秩序を問うことで、そこからなにが帰結するというのか。それは、①法律の位階秩序を通じて、力 (Macht) が限界づけられる。とりわけ、単純立法者の、すなわち、単純な議会多数派の力の限界づけは法を安定化し、そして、その動態化に限界を画する、②法律の位階秩序は、法定立の自治を有する公的責務の自立的担い手の重層化を可能とし、そして同時に、配分された法の統一を可能とする、③個別の法律の体系から、また、いくつかの法律の関連性から、個別の規範のもとでの異なった位階秩序が帰結する⁽⁵⁰⁾、ということである。

憲法の優位にとって実定法の位階秩序がもつ「力」の限界づけ機能、権限配分機能等に対応して、法教義学 (Rechtsdogmatik) は、どのような構成をとることとなるのか。シュタルクは、「法教義学」を、「定立された法の学問的解明 (Aufbereitung)」に取り組む法学の部門⁽⁵¹⁾、とこれを定義し、法教義学の課題につき、「法教義学は、制定された諸法律

を、一般的な観点にしたがって、解釈し、調和させ、諸矛盾を体系的な解釈を通じて調整し、諸規則 (Regeln) を打ち立て、そして、これを通じて法律解釈を合理化し、計算可能とし、総じていえば、法の一般的な司掌 (Handhabung) を促進する。法律内部 (intra legem) で活動する法教義学のこの課題設定がすでに、法教義学は、立法に先行してある、したがって、法律の起草に際して役立ち得る知を備えていることを示している⁽⁵²⁾、と説く。そうであれば、実定法の段階秩序にもとづく憲法の優位の観点からすれば、法教義学において憲法教義学は、単純法教義学に優位し、これを支配することとなろう。この点に関して、シュタルクは、「われわれは、とくに憲法の優位のうちに現れる実定法の段階秩序を有することから、また法教義学の段階について語らねばならない。立法は、憲法適合的秩序に拘束され、基本権は、立法を、直接適用される法として拘束する。憲法の優位は、法教義学的には、憲法教義学が、もちろんただ、憲法が枠組み秩序として及ぶかぎりにおいて単純法の教義学を支配する、というように作用する」⁽⁵⁴⁾、という。

憲法の優位を実現するものとして、シュタルクにあっては、実定法の位階秩序と、法教義学との密接な関連性が自覚的に展開されており、この位階秩序に対応して、憲法教義学・基本権教義学の単純法教義学に対する優位性が、枠組み秩序としての憲法との関連で帰結されているのである⁽⁵⁵⁾。

(43) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ②, S. 30.

(44) シュタルクが、法律概念を論じている諸論稿として、本稿に引用するもの以外につき、菟原明「現代法治国家における『法律』の制御機能について」(大東文化大学法学研究所報第一九号、一九九三年)一頁以下をみよ。また、A. Bleckmann, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes-Zur Funktion des Haushaltsplans im Subventionsrecht, in: DVBl. 2004, H. 6, S. 333ff. 49, 行政の方針と結合して予算案を補助金承認の必要な前提とみなす、連邦行政裁判所の確立した判例の検討と関連して、基本法の法律概念を問題とする。

- (45) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 42; ders., Fn. 10, ②, S. 10. ちなみにまた、H・ケルゼンの法秩序の段階構造論と憲法の優位との関連については、vgl. G.-F. Schau, Das Verhältnis von Verfassung und einfachem Recht in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik, Peter Lang 2002, S. 65ff. シヤウは、本書で、ヴァイマル共和国の指導的国法学者たち（H・ケルゼン、G・ファンシャット、J・シホット）が、どのような意図にもとづいて、憲法と単純法との関係についてその言述にいたったか、を憲法の優位との関連で問うことを課題とする。なお、シヤタルクは、H・ケルゼンの著作として、Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960と General Theory of Law and State, 1949〔尾吹善人訳『法と国家の一般理論』（木鐸社、一九九一年）〕を引用するが、ここでは、また、Allgemeine Staatslehre, 1925の清宮四郎訳『一般国家学』（岩波書店、一九八六年第八刷）第三編「国家秩序の創設（動態）」三八一頁以下をみよ。
- (46) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ②, S. 10f.
- (47) Vgl. K.-E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes. Ein Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, Nomos Verl., 1999, S. 35.
- (48) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ②, S. 11. シヤタルクのいう、基本法第七九条第三項で保護される規範のこの「形式的高位性」については、vgl. K.-E. Hain, Fn. 47, S. 72f.
- (49) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 43ff.; ders., Fn. ②, S. 30が、「憲法の優位は、憲法典の存立が十分に明瞭である」ということを前提とする。したがって、既述したことは（改正手続等を含む憲法改正について述べたこと―引用者補足）、ただ成文憲法にとつてのみ妥当する。そのほかに、近年の憲法は、憲法の文言が改正されまたは補充されることを有効な憲法改正のための前提としている」と述べている。
- (50) Vgl. Ch. Starck, Fn. ②, S. 12.
- (51) Vgl. Ch. Starck, Rechtswissenschaft in der Zukunft, in: Die Akademie der Wissenschaften zu Göttingen (Hrsg.), Wissenschaften 2001. Diagnosen und Prognosen, Wallstein Verl., 2001, S. 48. 本稿と基本的に同一の内容であるのは、ders., Die Rechtswissenschaft in der Zukunft, in: Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, C. H. Beck 2002, S. 567ff. 以下では、一般的利便性からして、引用は後者の論稿による。
- (52) Vgl. Ch. Starck, Die Rolle der Verfassungswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat, in: Ch. Starck (Hrsg.), Fn. 6, S. 25f.; ders., Fn. 51, S. 568. シヤタルクは、また、「立法学が、「良き立法学」であるためには、「意図された規律の基礎にある諸事実（Tatsachen）を認識しなければならず、そうしてまた、経済の法則性や自然科学的、技術的發展を知るだけではなくまた、業績能力（leistungsfähig）のある法教義学的知識を備えていなければならない」（Fn. 51, S. 568f.）」とその必要前提条件に止まることも示れないう。とりわけ学生に対する、自身の法哲学および国家哲学講義の内容と構想に関連して、法教義学とは、「法学

(Rechtslehre)] (dogma = doctrina = Lehre) を意味するものと、同様の見解を開陳するのは、vgl. ders., Die Vorlesung Rechtsphilosophie, in: K. Amelung, W. Beulke, H. Lillie, H. Rosenau, H. Rüping u. G. Wolfslast (Hrsg.), Strafrecht-Biographisches Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, C. F. Müller 2003, S. 997.

(53) Vgl. Ch. Starck, Fn. 51, S. 570ff.; ders., Fn. 18, S. 29ff.; ders., Fn. 6, Die Rolle, S. 28は「法教義学の段階秩序においてはまた、啓蒙主義的自然法の法哲学的伝統が、今日では部分的に、多くのヨーロッパ諸国家の憲法のうちに実定化されているのを見る。人間の尊厳保障、人権と基本権、法治国家と権力分割や社会国家目標が挙げるに価しよう。したがって、国家における人間の地位や、国家権力の内部統制の必要性に関する、自然法に依拠する法哲学的省察は、単純法に影響を与える憲法教義学の内容となった」ということが妥当するであろう。

(54) Vgl. Ch. Starck, Fn. 6, S. 26.; ders., Fn. 51, S. 569f. 基本権教義学につき、ders., Fn. 51, S. 577ff.

(55) Ch. Starck, Fn. 18, S. 20f. は「立法権の把持者と関連して、権力分割の洗練化は、立法権能それ自体が、権力分割的に行使されるという点にみられる」という(いわゆる「機関内分割」)。それは、たとえば、立憲主義における君主と両院の協働権や、現在では、両院制、とりわけ連邦制における州の地位等に現れる。

四 憲法の優位と権力分割論

J・イゼンゼーは、F・オッセンビュール六五歳祝賀記念シンポジウム(56)の書の冒頭を、「Kein Verfassungsstat ohne Gewaltenteilung」:「権力分割をもたない憲法国家はない」との一文でもって始める。このフレーズが、憲法国家を典型的に特徴づけるものであるとすれば、「憲法」国家とは、同時に「権力分割」国家でもある。そうであれば、権力分割は、憲法の優位にとって必然的に最も重要な支柱の一つといえよう。シュタルクは、その論稿の随所において、これと同様の思考を展開する。(57) それでは、彼が、憲法の優位と関連して権力分割をどう捉えたのか、をみていこう。

既述したように、シュタルクは、権力分割につき、「権力分割は、国家権力を組織するための原則であり、この原則は、国家権力の行使に際し、権力の濫用を防止し、そして、市民の自由を確保すべきである」ことを力説し、その重要

な根源を、いわゆる「混合憲法（＝制限的国制）構想（die Konzeption der gemischten Verfassung）」のうちに求め、
という。そして、この支配権力の分割という理念は、実体的観点と機能的観点から捉えられる。その第一は、いわばモ
ンテスキュー型の実体的構想であり、それは、現実の支配的な政治的諸勢力に対応して、これらの多様な支配諸勢力の
支配権が相互抑止的に均衡することを企図する分割と編成として現われる⁽⁵⁸⁾。その第二は、機能的編成型とでもよぶべき
ものであり、現在では、権力分割論は、統一的な国家権力の機能的な（funktionell）編成に、すなわち、国民主権に
基礎づけられた統一的に思考された国家権力が、古典的な諸機能・立法、執行権および裁判において分割されて行使され
るということに、関わっている⁽⁵⁹⁾という。この国家権力の機能的編成は何を指すか。それは、いうまでもなく権力を制
御することである。とりわけ、民主制と民主制の多数決原理が、それだけで自由と正義のための、そして、権力濫用に
対する十分な保障たり得ないことは、ヴァイマル憲法政治の、また、ナチの不法（正）支配の、あるいはまた一党独裁
体制下での社会主義諸国家（たとえば、旧東ドイツ）の教訓でもあったといえよう。それ故にこそ、民主制国家におけ
る権力分割は、国家構築の重要な要素として機能する。シュタルクはいう、「権力分割は、憲法の優位を前提とする。
そうでなければ、権力分割は、実践において最強の国家機関の恣意に委ねられてしまうであろう⁽⁶⁰⁾」、と。さらに敷衍し
て彼はいう、「支配を根拠づけ、支配を制限する憲法は、あらゆる法と同じく、拘束力を目指しており、権力をもつ
者（die Mächtigen）を通じて、たとえば、その都度の多数派を通じて操作されるようなことがあってはならない。操作
に対してほとんど抵抗力のない憲法のための第一の前提は、その相互の統制と抑制を保障することで、個々の国家機
能の担い手を巧みに均衡化することである⁽⁶¹⁾」、と。憲法が権力をもつ者によって、その都度の多数派によって恣意的に
操作されないように、憲法の優位の危殆化を防止する制御装置として、権力分割はどのように構想されるのか。ここに
構想されるにいたった制度的装置が、裁判所による規範統制の構想である。これにつき、シュタルクはいう、「法治国

家的民主制では、裁判は、二つの他の権力から独立している。∴裁判所の規範統制の程度は、権力分割の特別な刻印づけとして評価され得る。というのも、それは、議会の多数派の決定を統制し、その憲法適合性を審査し、違憲の場合には適用させないことを、可能とするからである。規範統制は、違憲の法律を無効と宣言する権能をもつ特別な憲法裁判所に割り当てられる⁽⁶²⁾、と。憲法の優位は、他の国家機関が憲法を厳守しているか、の審査権をもつ独立した裁判所を通じて確保される、とのこの観念は、歴史的には、二つの憲法裁判権の形式で、すなわち、①通常裁判所、とくに最高裁判所が行使する拡散的憲法裁判権と、②特別の憲法裁判所による憲法裁判権で、実現をみた。いわゆる、アメリカ的モデルと、オーストリア・ドイツ的モデルである。いうまでもなく、シュタルクにとって、基本法下での憲法の優位が問題であるが故に、後者に、それもドイツ連邦憲法裁判所の憲法裁判権に力点はおかれる⁽⁶³⁾。

以上のような国家権力の編成を目指す、いわば水平的な権力分割の他に、シュタルクは、国家機能の垂直的分割を意味する「連邦国家性 (die Bundesstaatlichkeit)」を、憲法の優位と関連して重視する。その理由は、「連邦国家は、憲法の優位の理念の重要な促進者であった。何故なら、州における国家機能の保持者は、連邦立法の単純多数が、州から、その憲法上確定された権限を取り上げたりしないためには、連邦憲法法の優位に根本的関心をもつからである⁽⁶⁴⁾」、と。そして、彼は、この連邦国家組織は、三つの原理に還元されるという。その第一は、実質的な責務配分とこれに適合する財政配分の要請である。その第二は、連邦の、州による連邦法律の執行に関する監視機能と統制機能である。その第三は、州による連邦の国家意思形成への関与、影響力の行使の保障 (例…基本法下での連邦議会と連邦参議院)、である。連邦国家性は、連邦と州間に権限争議がある場合には、憲法を規準にして決定する憲法裁判所を通じてまた確保、安定化されるはずである⁽⁶⁵⁾。以上みてきたように、水平的、垂直的権力分割いずれにあっても、重要な憲法の優位の確保装置は、憲法裁判所と設定されていることは、明らかであろう。したがって、憲法の優位と密接不可分である権力分割

との関連で、つぎに問われるべき課題は、連邦憲法裁判所と立法、より一般的には、連邦憲法裁判所といわゆる「政治過程」は、どのような布置関係にあるか、である。

ところで、シュタルクの説くような、法機能にもとづき「国家権力の制限と均衡」に重点をおいて権力分割を理解するいわゆる伝統的立場は、現在の基本法下で必ずしも維持できる思考とはいえない、とこれを批判するのがたとえばH・D・ホルン⁽⁶⁶⁾である。彼は、基本的にK・ヘッセによりつつ、国家権力編成規準の転換を力説し、「権力分割原則の概念は、その『陣営』を変えた⁽⁶⁸⁾」として、従来の伝統的な「規範的規準」にしたがった国家権力の編成ではなくて、「機能適合性」もしくは「機能適合的機関構造」という規準にしたがった国家権力の編成こそが、基本法の民主制的権力分割論の目指すところである、との立場を採る。これとともに、彼は、法治国家構想から権力分割原則を切り離し、民主制的構想に、唯一それを同一化させるテーゼを主張する。そこから、この民主制的権力分割論にあつては、権力分割秩序の法機能的(rechtsfunktional)制御に代わって、事物機能的(sachfunktional)制御が重視される。このよう新志向のもとで権力分割を捉えることの正当化論拠として、彼は、①国家実践においては多数の重複と相互連結が見られること、②異なる国家の手法または機能間に明確に限定された線を引くことは理論的に不可能であり、たとえば、法の制定と法の適用間には究極的には違いがないこと、したがって、③権力分割理念の政治的機能と構造的構想に焦点を当てる必要があること⁽⁶⁹⁾、を指摘する。そうして、このような権力分割理解の対抗関係につき、両者の間に存する自由概念理解の相違を、すなわち、市民的自由の視点から構成する理解と、自由の民主制的自己決定の局面を強調する理解との相違を前提にして、彼は、「二つの理解の対抗のうちには、まったくの文字通りというわけではないが(cum grano salis)、啓蒙主義的権力分割論の対極性が反映されている。それは、標語風にいえば、アメリカ的モデルとフランス的モデルをもって、自由主義と民主主義をもって、とくにモンテスキューの理論とルソーのそれとの区別をもって

ないしは『法の精神』と『社会契約論』との区別でもって標され得る⁽⁷⁰⁾、と特徴づける。権力分割論のこの理解めぐる対抗関係は、その背景に、憲法（典）そのものの理解、規範と実践との関係、憲法の解釈はどうあるべきか、等々をめぐる原理的な争いともいえるべき、いわば憲法理解をめぐる対抗関係があるといえるのであり、憲法・公法学者がどのような憲法理論にもとづいて憲法上の諸問題にアプローチしているか、にも直結する。したがって、この課題の検討は、本稿を超える課題であり、ここでは、シュタルクは、とりわけ連邦憲法裁判所の判断基準としての憲法につき、その「枠組み性格（der Rahmencharakter der Verfassung）」を前提として議論を組み立てている⁽⁷¹⁾、ということだけを指摘しておくばよからう。

(56) J. Isensee (Hrsg.), *Gewaltenteilung heute*, Symposium aus Anlaß der Vollendung des 65. Lebensjahres von Fritz Ossenbühl, C. F. Müller 2000, S. V. 本シンポジウムは、ドイツ語圏三カ国（スイス、オーストリアおよびドイツ）での権力分割の法と現実、伝統と発展およびEUと構成諸国家間での権力分割の問題をテーマとしている。

(57) 権力分割そのものが表題として現れる論稿をあげればたとえば、vgl. ① Ch. Starck, Stichwort Gewaltenteilung (1986), in: ders., *Der demokratische Verfassungsstaat*, Mohr Siebeck 1995, S. 11ff.; ② ders., *Gewaltenteilung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: P. Häfni (Hrsg.), *Mensch und Staat. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz 2003, S. 451ff.; ③ クリスティアン・シュターク、光田督良訳「権力分立と憲法裁判」(Fn. 6)。ちなみに、シュタルクは、その論文集、*„Der demokratische Verfassungsstaat“*の第一部を、*„Gewaltenteilung“*と題し、ders., Fn. 10, ①および②に収載している。H.-D. Horn, Fn. 38, 104は、「イゼンゼーと同義でシュタルクも、「権力分割をとみなわかない密な (kompakt) 国家組織は、構造的に基本権への法的拘束につき能力がない」と主張していると捉えな (Anm. 65)。

(58) モンテスキュー著、野田良之他訳『法の精神（上）』（岩波文庫、一九八九年）第二部第一編、とくに第六章「イギリスの国制について」二九一頁以下参照。

(59) Vgl. Ch. Starck, Fn. 57, ①, S. 11は、「古典的な権力分割の核心は、一般的な規制権力（立法）、執行権力および裁判官権力間の区

別の点に看取され得る」という。Ders., Fn. 56, ②, S. 451.

- (9) Vgl. Ch. Starck, Fn. 57, ②, S. 452. 一方、Ch. Starck, Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat, in: Ch. Starck (Hrsg.), Fn. 6, S. 234. また、「権力分割は、最高国家机关の創設、責務、管轄権および手続に関する憲法上の諸規定を前提する。この規律は、民主制的憲法国家の国家理論によれば、それが、抑制と均衡を実現し、と同時に市民の自由を実効的に可能とする」というように設定されねばならない。このことは、とくに独立の裁判所を前提とする。だが、国家権力の編成、抑制そして統制は、国家が、もはや対内的、対外的な平和確保の責務や、社会的調整を効果的に果たせなくなるほどに広範におよんではならない」と述べることで、権力分割にいう国家権力の編成は、権力の分割に止目するだけでなく、国家目標（自由や平和の確保また社会的調整の三幅対）の実現を阻害する程度におよんではならないと、その限界にも注意を促す。

- (19) Vgl. Ch. Starck, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik Deutschland, Mohr Siebeck 1976, S. 5f.; ders., Fn. 10, ③, S. 1; ders., Fn. 57, ①, S. 124. 「権力分割は、人権理念の背骨である。したがって、実効的な自由保護のためには、基本権カテゴリー以上に強く、権力分割的国家組織が問題となる」という。

- (20) Vgl. Ch. Starck, Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat, in: Ch. Starck (Hrsg.), Fn. 6, S. 13f. シュタルクは、あわせて法治国家的民主制においては、権力分割は、議会制的統治体制（議院内閣制）、大統領制的統治体制、参事会的統治体制等、多様な形態を採り得る、との指摘も忘れなす。

- (23) 裁判所による他の国家机关の行為に対する「司法審査制」を唱えた者として、ハント、シエース、あるいは、R・モールに言及する。Starck, Fn. 6, S. 29; ders., Fn. 57, ②, S. 453ff. Ch. Starck (Hrsg.), Fn. 6, S. 29; ders., Fn. 57, ②, S. 453ff.

- (25) Vgl. Ch. Starck, Fn. 57, ②, S. 452f. シタルクは、超国家的諸制度（例：ヨーロッパ連合＝EU）への権限移譲も連邦国家制度と同様、垂直的権力分割として位置づけられるともいう。

- (29) Vgl. Ch. Starck, Fn. 57, ①, S. 14. なお、連邦国家性の諸論点については詳細を、Ch. Starck, Neues zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes kraft Sachzusammenhangs, in: M-E. Geis u. D. Rorenzen (Hrsg.), Staat・Kirche・Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, C. H. Beck 2001, S. 281ff., insbes. S. 295f.; ders., Fn. 10, ③, S. 15f.; vgl. ders., Unitarisierung des Rechts im Bundesstaat, in: Der Bayerische Verfassungsgerichtshof (Hrsg.), Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Boorberg 1997, S. 229ff. は、連邦国家における対州との関連での連邦の立法権限（S. 229ff.）や、連邦憲法裁判所の基本権解釈（S. 235ff.）による中央集権化傾向に対し、批判的に対

憲法。400頁 vgl. ders., Die Bundesstaatlichkeit und die Gemeinsame Verfassungskommission, in: J. Goydke, D. Rauschning, R. Robra, H.-L. Schreiber u. Ch. Wulff (Hrsg.), Vertrauen in den Rechtsstaat. Beiträge zur deutschen Einheit im Recht. Festschrift für Walter Remmers, Carl Heymanns Verl., 1995, S. 159ff.; 外交権と関与 vgl. ders., Die deutsche Länder und die auswärtige Gewalt, in: P. Badura u. R. Scholz, Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, C. H. Beck 1993, S. 561ff.

(9) Vgl. H.-D. Horn, Fn. 38, S. 252ff.; ders., Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung. Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates, in: AöR (2002), 127. Bd, H. 3, S. 427ff.

(10) Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., C. F. Müller 1995, Rn. 482.

(11) Vgl. H.-D. Horn, Fn. 38, S. 260ff. ホン等の新近著作 vgl. J. Isensee (Hrsg.), Fn. 56, S. 76ff.

(12) Vgl. H.-D. Horn, Fn. 66, in: AöR (2002), S. 447f.; S. 458f.

(13) Vgl. H.-D. Horn, Fn. 38, S. 252f.

(14) S. Koriath, Bundesverfassungsgericht und Rechtsprechung („Fachgerichte“), in: P. Badura u. H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, S. 76 (Anm. 115) 以下 本文を改訂したその註の註に「憲法の枠組み性格」について「それ自体は考慮し得ず Chr. Starck, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, in: JZ 1996, S. 1038ff. の「基本法の枠組み性格を、判決憲法異義に関する諸判決 (Entscheidungen) に際しても基礎とする」の提案は「裁判 (Rechtsprechung) ではほとんど反響を見出しはしない」といって差し支えなからう」と評価する。

五 憲法の優位と連邦憲法裁判所の役割

憲法の優位を確保する制度装置は、裁判所以外の国家機関も当然に想定されようが、ドイツでは、一九四九年基本法にもとづき、規範統制を行う憲法上の国家機関として、それも、「他の国家機関に対して自律し独立した連邦の裁判所として」(連邦憲法裁判所法第一条)、一九五一年連邦憲法裁判所が設置された。⁽⁷³⁾

ところで、憲法が本質的な規律対象とするのは「政治過程」である、と一般的にいわれるが、シュタルクは、憲法を、

この政治過程に対する「枠組み秩序」と捉え、この枠組み秩序としての憲法が政治過程において遵守されているか、を監視する憲法上の規範統制機関として連邦憲法裁判所を位置づける。それに際して、この政治過程とは、「連邦と州とにおける政治的憲法機関の、すなわち、立法団体と政府の活動である。しかしまた、政治に影響を与える（教会を含む）諸団体や個人の活動、そして、社会と憲法機関間を媒介する政党の活動も、この政治過程に属する。ドイツにおける政治過程は、たんに一国内的な政治過程ではない。多くの対外政治上のまたヨーロッパ政治上の影響も受けている。：憲法は、政治過程に対する枠組み秩序を意味する。：憲法解釈の変更やこれを超える憲法の継続的形成、この両者は、一定の動態的な力を憲法秩序にもちこむが、しかし、ここでは、この政治過程には算入されない。その理由は、憲法の優位とこれを確保する連邦憲法裁判所の活動を理解し得るために必要である、概念上のカテゴリーを曖昧にしないためである」⁽⁷⁴⁾、と規定される。

(1) 連邦憲法裁判所と立法

シュタルクは、この政治過程における最も重要な行為主体ともいべき立法機関に対して、連邦憲法裁判所の役割をどのように位置づけたのか。まずその出発点として、憲法裁判所の規範統制が、「裁判領域と政治領域間の緊張関係」のなかで行われることからすれば、民主制的に正当化された議会多数派と、統制を行う司法機関との間の緊張関係⁽⁷⁵⁾につきどう折り合いをつけるか、が問われる⁽⁷⁶⁾。

それに際してまず、シュタルクが強調するのは、一方で、憲法の規範性は、権力分割を通じて確保されねばならず、また、憲法の規範性がつべき憲法構造は、社会的実体の評価と規律を行う政治的に責任ある機関にとっての活動余地 (der Bewegungsspielraum) を、すなわち、立法にとっての活動余地を、別言すれば、政治的形成の自由を保障するものでなければならぬ、ということであり、他方で、規範統制を行う連邦憲法裁判所にとっての法的基準としての憲

法は、「高度の実定性と明瞭性」をもたねばならず、また、憲法裁判所の側には、訓練され、抑制された解釈を要求する、ということである。そうであれば、連邦憲法裁判所の立法に対する審査可能な範囲は、「憲法の枠組み秩序」という憲法の性格からして、政治的な憲法機関である立法者が、憲法の枠組み内にとどまっていたかどうかに限定されることとなる。シュタルクはいう、「連邦憲法裁判所のこの限界づけのうちに、憲法の枠組み内において政治的に形成を行う憲法機関と解釈の手段でもってこの枠組みを規定する裁判官により統制を行う憲法機関（基本法第九二条）間の機能配分が示されている」⁽⁷⁷⁾、と。

(a)立法者の形成自由と基本権 政治的形成の自由の限界としての基本権との関わりにおいて、連邦憲法裁判所は、立法に対してどのような布置状況におかれているか。①憲法のプログラム性とプログラム規定・憲法の「高度の実定性と明瞭性」の観点からすれば、「国家機関に対する明確な行為指図を内容とするよりもむしろ、国民の統合を目指す」憲法のプログラムの性格は、規範統制の制度と必然的に結合する憲法の厳格な法制化（*Verechlichung*）とは緊張状態にあり、もし、連邦憲法裁判所が、立法者を厳格な法と同様に、憲法におけるプログラムやアッピールに拘束するならば、厳格な法律学的憲法法へ向けての発展と衝突ざるを得ない、ということが帰結する。しかしながら、多様な憲法原理（基本権を含む）や国家目標の最適化を企図することは、⁽⁷⁸⁾憲法の優位の維持と同時に、議会立法者の政治的意思形成余地の確保を目指して、憲法解釈を行う連邦憲法裁判所によくする任務ではない。したがってまた、憲法上プログラム規定といわれる諸規定の履行は、予算の範囲内で立法の裁量に委ねられるとともに、その優先順位の設定も立法の裁量事項とされる。②積極的請求権・シュタルクは、大学定員判決⁽⁷⁹⁾を批判的に引証しつつ、連邦憲法裁判所が、その憲法解釈特権にもとづき、憲法解釈の方途で、基本権から国家の給付を求める市民の積極的請求権を導出するならば、①と同様に、立法者の形成自由に任される、予算とその優先順位に影響を及ぼすこととなる、という。③平等原則・憲法上

の一般的平等原則から、自由の前提を創出し、社会における事実上の不平等を廃止しまたは緩和するような請求権も、導出され得ない。基本法は、人間の生活条件の調整や改善を、古典的基本権との関連においてではなく、いわゆる社会国家保障の形態で取り組んでいるのである。それ故、この保障も、①および②と同様に、政治（とりわけ立法）によって国家予算と国民経済の給付能力の基礎に適合して実現されるべき事柄である、とされる。⁽⁸⁰⁾ シュタルクは、別の論稿でも、このような社会的給付権へ向けて基本権を拡大化することに対して、以下、三つの理由からこれに反対し、憲法を解釈する連邦憲法裁判所の任務となし得るところではないとする。その理由とは、要約していえば、第一に、社会権としての基本権は、相当な財政的費用と結びつくのであり、憲法裁判所が、解釈の方途で給付権を導出するならば、憲法裁判所が、同時に国家予算やその優先順位に影響を与えることとなる、第二に、基本法から直接生じるとされるたいていの給付権は、なにが請求されねばならないか明瞭とはいえない、第三に、請求権対象の不確定性や財政の克服しがたい欠損からして、憲法は、社会的給付請求権を古典的防禦権と同一の拘束力をもって保障し得ない、と。⁽⁸¹⁾

なお、以上の問題を、③の平等原則の理解をもとに、なお若干敷衍してみよう。

③—(a)シュタルクの基本法第三条第一項にいう「法律の前の平等」理解は、端的にいえば、同条項は、法的平等(eine rechtliche Gleichheit)を意味するのであって、事実上の平等(eine faktische Gleichheit)を意味するのではない、との前提のもとに、したがって、基本法は、事実上の平等を要求してはならず、社会国家(社会政策的手段)による補償を要求するにすぎない、という主張に要約される。彼は、基本法の平等原則が、事実上の平等と理解されてはならない根拠として、以下の諸点をあげる。①突き詰めていけば、事実上の平等は、自由を否定する独裁制においてしか実現され得ない。人間の事実上の平等は、ユートピアであり、当然に憲法の目標ではあり得ない。②事実上の平等を樹立するという国家目標と基本法第一条第三項の拘束条項は抵触する。③この拘束条項は、一般的平等原則において両面

価値的に法的平等と同様に、事実上の平等をも保障することを禁じている。④基本法や法的平等と衝突する事実上の平等は、適切な社会的調整を通じての調整 (ein Ausgleich) の問題であり、「社会国家」条項の活躍する場である。この社会国家条項は、国家目標規定として政治によって基本権に違反することなく、国家予算または国民経済の基準にしたがって実現されるべきである。法的平等保障および社会国家保障の明確化と法的安定化のために、両概念は区別される必要がある。固有の社会政策を押し進め、そして、法律に規定された給付を拡大することは連邦憲法裁判所の責務ではないが故に、社会国家原理は、解釈指針として法律の評価の枠内でだけ利用されるにすぎない。

シュタルクは、上述のように、基本法第三条第一項にいう一般的平等原則の解釈につき、それは、法的平等を意味し、事実上の平等ではない、事実上の平等の実現は、国家目標としての社会国家条項の関わる場所である、と理解する。

③—(b)このような彼の一般的平等原則理解は、基本法第三条第二項第一文の同権命令にも貫徹される(第三条第二項:「男性と女性は同権である。国は、女性と男性の同権が実際に達成されることを促進し、現に存する不利益の除去を目指す。」。彼は、同権命令から、男女の事実上の対等化を求める基本権上の請求権を導出しようとする思考においては、基本法第三条第二項第一文の個人的権利性が喪われるか、さもなければ、基本権は、未知の団体的水準へと移されることとなる、と批判する。さらに、同様な思考から、第二文についても、それを「あたかも他者の自由を確保するために、自由権の制約が問題であるかのように、性別に関する厳格な差別禁止という基本権上の水準へと高め、そして、『実践的整合性』という呪文でもって、厳格な差別禁止の制約を根拠づける解釈アプローチは誤りである」⁽⁸²⁾、とこれを批判する。

③—(c)ついで彼は、連邦憲法裁判所による平等分野での立法の実質的審査基準の問題につき、以下のように主張する。まず第一に、連邦憲法裁判所は、一般的平等原則を適用するための実質的審査基準を、たとえば合理性、公平、恣意禁

止等々に求めてきたが、それは、論証図式の機能はもつとしても、これだけで実質的内容をもつものではない、と批判的に対質する⁽⁸³⁾。そして、一般的平等原則が、憲法全体の構造 (das Gefüge der Gesamtverfassung) に位置することから、一般的平等原則を規準とする連邦憲法裁判所の規範統制は、憲法の枠組み内で行使されるとの前提のもとで、規範統制にとって必要な内容的充填を、基本法に直接的か間接的に表れている差別禁止、差別命令そして差別許容の三カテゴリーに分け、これでもって、平等分野で制定された法の規範統制は、十分に実質的な基準となり得る⁽⁸⁴⁾、という。なおまた、彼は、恣意禁止を補完的に合理化するに適するものとして、体系的正義概念 (|| 結果概念) にもあわせ言及する。以上のような、シュタルクの一般的平等原則理解につき、M・カーリーナは、「シュタルクの貢献は、デュリーリッヒやイプゼンに続いて、以前の一般的省察をさらに具体化したことである。彼は、基本法の個別の諸規定を、立法部の活動指針として、立法者に不平等処遇を許容し、拒否しまたは命じる、差別命令、差別禁止そして差別許容の三カテゴリーに分けた。…さらに、シュタルクは、一般的平等原則を、体系正義の思想でもって輪郭づけようとしている⁽⁸⁵⁾」、と評価する。

b | (1) 立法者の評価特権 立法者が、なんらかの基本権を制限する目的で、その基本権を規律するに際して、その目的達成のためにどのような手段を投入するかは、立法者による事実認定と予測 (Tatsachenfeststellungen und Prognosen) を前提とする。この立法者の評価特権 (Einschätzungsprärogative) に対する審査基準として、連邦憲法裁判所が展開してきた審査基準が、いわゆる、必要性、適切性および均衡性 (|| 狭義の比例性) という三つの基準からなる比例性原理 (|| 過度の侵害禁止) であり、基本権上の保護法益を規制する立法の目的・手段関係は、比例性原理で審査される。シュタルクはいう、「基本権を制限する法律の相当性または必要性の問いに答えるためには、しばしば事実が評価され、予測が立てられねばならない、ということが考慮されるならば、比例性原理の適用を通じて、憲法裁判

所は、後に、裁判所が、事実を誤って評価し、また、予測を誤って行ったということが判明するかもしれないような場合には、政治的責任を負うことなく、相当な影響を政治的形成に与えることができる⁽⁸⁶⁾、と。

さらに、シュタルクは、立法者の評価特権と連邦憲法裁判所の審査の権限配分に関して、両者の権限関係を明確化するために、立法者に認められる評価特権を、規律される事物領域の特質、十分に確実な判断を形成する可能性および危険にさらされている法益の意味、に応じて三段階に段階づけられると構成する⁽⁸⁷⁾。そして、「この段階づけは、とりわけ経済政策におけるたんなる明白性統制 (Evidenzkontrolle) から、主張可能性統制 (Vertretbarkeitskontrolle) を経て、人の生命もしくは人身の自由、あるいは、広範囲に及ぶ制限が問題となるかぎりにおいて、その他の基本権が関係づけられるときに行われる厳格な内容的統制 (intensive inhaltliche Kontrolle) にいたるまでにおよぶ⁽⁸⁸⁾」、という。それに際し彼は、この統制段階間の限界づけにつき、ある段階から他の段階への関係づけの判断基準は、往々にして不明瞭であり、それ自体価値評価的に捉えられねばならないが故に、必ずしも簡単ではないが、この段階系列は、論拠の網の目スクリーン (Argumentationsraster) を与え、先例を顧慮してしだいに明瞭となる、との理由から、その有益性を指摘する。なおまた、シュタルクにとって、この段階系列も、立法者の政治的形成の自由の範囲に関する決定であると同時に、憲法が立法に画する枠組みの広狭に関する決定でもあるといえよう。

b-1(2)いわゆる政治問題　立法者と連邦憲法裁判所間の権限の境界設定に関して、シュタルクは、いわゆる「政治問題 (political question)」と司法の自己抑制の法理を、ドイツの憲法法にとって適合的ではない、と評価する。彼は、その論拠を、憲法の枠組みとしての性格に求める。いわく、「憲法は、政治的決定のための枠組みを前もって与えている、ということに思いを致せば、政治問題が存在するという事情は、憲法裁判所にはその判断が拒まれている、ということに帰着するはずはない。むしろ、憲法裁判所は、政治的決定が憲法の枠組み内にとどまっているかどうか、を審

査し、決定しなければならぬ⁽⁸⁹⁾」⁽⁸⁹⁾と。もっとも、いわゆる政治問題といわれる事項が、この枠組み内にとどまってい
る、と判断されるならば、それは、立法者の政治的形成の自由の問題と判断されることとなるのであろうし、⁽⁹⁰⁾あるいは、
その逆に、立法者の活動余地の範囲内にあると判断されれば、憲法の枠組み内にある、と認識されるのであろう。

(2) 連邦憲法裁判所と専門裁判所

上述したように、憲法を規準とする議会法律の連邦憲法裁判所による統制は、議会の政治的形成機能と連邦憲法裁判
所の法的統制という権力分割論に関わる問題であった。しかし、連邦憲法裁判所と専門諸裁判所 (Fachgerichte) と
の関係は裁判権内部の権限配分問題であるが故に、憲法の優位の問題に直結するいえない。しかし、この問題は、連邦
憲法裁判所による、とりわけ基本権の合憲法的解釈を規準にして、専門裁判所の判決統制に関わることから、シュタ
ルクの思考に簡単にでも触れておく必要がある⁽⁹¹⁾。何故なら、連邦憲法裁判所は、専門裁判所の事実認定や事
実評価の権限にどこまで介入できるかの問題、とりわけ、専門裁判所の判決に対する、いわゆる判決憲法異議
(Urteilsverfassungsbeschwerde)⁽⁹²⁾が惹起する問題は、上述した憲法の枠組み内での立法の活動余地の保障と同じく、
レベルは異なるとはいえ、連邦憲法裁判所の専門裁判所判決に対する統制と専門裁判所の職務の活動余地の保障の問題
でもあるからである。それと同時に、判決憲法異議は、連邦憲法裁判所の加重負担の重大な原因の一つともなっており、
このような加重負担の故に、判決憲法異議の廃止を求める声もある⁽⁹³⁾が、シュタルクは、判決憲法異議を維持する立場か
ら、両者の適切な権限関係はどうあるべきかの提言を行うのである。

この権限関係において、まず第一に、専門裁判所は、憲法に適合する法律の適用に際して、基本権に違反してはなら
ない (基本法第一条第三項)。専門法律の解釈と適用とに際して、基本権の尊重を確保するのは諸上告裁判所の権限で
あり、また、これらの裁判所間で裁判に相違があるときには、その合同部の行うところである (基本法第九五条もみ

よ)。ところが、純粋な憲法異議に関する連邦憲法裁判所判決は、この上告判決に対し、さらなる上告判決を行うことで、「超上告審 (Superrevision)」として機能するだけでなく、さらに上告審の事実 (Tatbestand) の認定と評価をも、自己のそれでもって新たに代替することで、「超事実審級 (eine Supertatsacheninstanz)」へと門戸を開くという危険性を、つねにそのうちに孕んでいる⁽⁹⁴⁾。連邦憲法裁判所は、判決憲法異議において、専門裁判所の判決を、「特殊な憲法規定 (spezifisches Verfassungsrecht)」が侵害されているか、⁽⁹⁵⁾ または、「通常裁判所が、市民法の領域で基本権の射程と作用力を適切に評価したか」といった定式でもって、そのような突破口ともいえるべき門戸を開くこととなったといえよう。⁽⁹⁷⁾ というのも、上記の定式、①特殊な憲法規定の侵害、②基本権規範と諸基準の誤認、をどのように理解するかは、内容的未決定性、不明確性の故に、連邦憲法裁判所の審査を制限することは不可能だからである。そこから帰結するのは、連邦憲法裁判所が、基本権の解釈や、基本権の内容を決定する⁽⁹⁸⁾、ということである。シュタルクは、そのようなかで、リユート判決、意見表明の自由と名誉保護間の紛争事例〔例：BVerfGE 93, 266；「兵士は殺人者だ」決定—小山剛執筆、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』一四九頁；BVerfGE 35, 202；「ラーバッハ」判決—小山剛執筆、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第二版)』一八三頁〕、庇護権関連判決 (例：BVerfGE 83, 216；「ヤジード教徒事件」決定—川又伸彦執筆、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』二九五頁) 等の周到な判決分析にもとづき⁽⁹⁹⁾、連邦憲法裁判所は、基本権を規準として、専門裁判所の判決する一切の事例に審査をおよぼすことのできる以下のような審査手段 (Prüfungsinstrumente) を創出してきた⁽¹⁰⁰⁾ という。すなわち、①相互作用論でもって…この相互作用論の枠組みにおいて、事例のあらゆる事情が調査され得る、②基本権の客観的意味の主観化でもって、③憲法上明文で保護された法益としての名誉保護を無視することでもって、④侵害された基本権の重大な介入、特別な保護必要性または特別な特質に際しての完全な事実統制の要求でもって、⑤個別事例の状況にそれぞれ応じた、そ

の介入可能性に際しての活動余地をもって、⑥判決憲法異議に際して詳細にまで突き進んでいく比例性原理をもって、このような審査手段を創出してきたのである。

だが、このような審査手段でもってする連邦憲法裁判所の、専門裁判所の単純法の解釈とその適用への干渉は、一方で連邦憲法裁判所の加重負担を帰結し、他方で、専門裁判所の事実認定やその評価を不当に篡奪する結果をも帰結するところとなった。⁽¹¹⁾

これに対して、シュタルクは、連邦憲法裁判所と専門裁判所間の権限関係を新たに構築すべく、どのような解決策を提言したのか。彼は、連邦憲法裁判所に計り知れない加重負担を強いる判決審査 (Überprüfung von Urteilen) は、二つの点が顧慮されれば、基本法に相応しい範囲に還元され得るといふ。その第一は、基本権理解に関わる点である。シュタルクはいふ、「連邦憲法裁判所は、基本権の最適化という一切の観念を放棄して、基本権を枠組みとして、すなわち、立法の制約としての防禦権 (過度の制約禁止) として、また、基本権から引き出される過少保護の禁止としての立法の保護義務として、理解しなければならぬ」と。その第二は、統制密度 (Kontrollichte) に関してである。すなわち、統制密度は、制限されねばならず、専門裁判所の法律適用の憲法裁判所による統制は、純粹な判決憲法異議の手続においては、以下の三点を審査しさえすればよい、と連邦憲法裁判所の審査に歯止めをかける。定式化されたその三点とは、①審査すべき判決の基礎にある事実関係の調査が恣意的であるかどうか、すなわち、当該基本権に関して、まったく誤った事実関係が採用されていないかどうか、②非恣意的に (willkürfrei) 確定された事実関係への法律適用の結果が一般化されて一般化されて一違憲となるかどうか (準規範統制 = quasi Normenkontrolle)、③裁判官の法の継続的形成の限界が踰越されたかどうか、である。そして、これら三定式相互の関係は、以下のように位置づけられる。すなわち、第一の定式が肯定されるならば、第二の定式は、連邦憲法裁判所が事実関係をみずから確定し得る (たとえ

ば、単純な二者択一的な事例における）場合にだけ、審査される。第二の定式が肯定されるならば、第三の定式は、いかなる場合にも審査され得ない⁽¹⁰³⁾。換言すれば、第一の定式と第二の定式の適用が、専門裁判所の判決の違憲性に帰着しない場合には、第三の定式にしたがってなお、実体的な憲法適合的判決が、法の継続的形成の憲法上の限界（基本法第二〇条第三項）を遵守していたか、が審査されることとなる。なお、連邦憲法裁判所の判決は、第二定式にいう準規範統制である場合にのみ、連邦憲法裁判所法第三一条第一項が規定するように、個別事例を超えて拘束力を展開し得ることとなる。が、しかし、この一般的拘束力は、憲法の枠組み性格に適合して、つねにただ、たとえば第二の定式から生じるような、一般化能力のある判断（Sentenzen）にだけ帰属し得るに過ぎない、とされる。と同時に、シュタルクは、このような拘束力は、必ずしもつねに実体的憲法を豊かにするとはかぎらない、と一定の留保を行って⁽¹⁰⁴⁾もいる。

最後に、シュタルクは、一九八五年に、連邦憲法裁判所の加重負担の抑制策として導入された、認容する部会判決（die stattgebende Kammerentscheidung）は、有益ではなかった、と否定的な評価を下している。彼はいう、「それは、連邦憲法裁判所を、その審理（Kognition）を拡張する点で、さらに強化してしまった。この判決手続が廃止されるならば、連邦憲法裁判所は、その権限に関して新たな弁明を行い、憲法の枠組み性格を真摯に受け取り、そして、最高事実審裁判官（Oberatrichter）や超上告審裁判官の役割から再び抜け出ることをより強く強いられるであろう。連邦憲法裁判所は、…純粋な判決憲法異議に際しての、その審理を制限する推進力を得ることとなるろう。連邦憲法裁判所は、その審理を再び制限するあらゆる手段をいつでも使える。旋回は、内部からすなわち裁判所から出発しなければならぬ。これは、そろそろ起こるはずである⁽¹⁰⁵⁾」と。そして、この廃止による連邦憲法裁判所の負担軽減は、重要な諸案件（Sache）を迅速に解決するという、連邦憲法裁判所の業績能力（Leistungsfähigkeit）を強化しもする、と結論づけた。

(3) 連邦憲法裁判所と社会的な基本的合意

最後に、連邦憲法裁判所は、憲法の優位と関連して、社会的な基本的合意 (gesellschaftlicher Grundkonsens) の発見、形成、維持に際してどのような役割を果たすのか。⁽¹⁰⁶⁾ ここでも強調されるのは、結論先取的に言えば、政治過程に対する憲法の枠組み性の確保である。

シュタルクは、国家に組織された社会は、とりわけそれが民主制的に組織された社会であれば、その存続ためには社会的な基本的合意の形成・維持が機能的な民主制の前提となるという。そして、この基本的合意は、いわゆる合意に較べれば、比較的低い程度での一致を意味するが、新たに出来る社会的諸問題に関連して、基本的合意を見出し、形成するためには統合行為 (Integrationsleistung) を前提とする。政治過程の一行為主体として連邦憲法裁判所は、その判決を通じてどの程度、社会的な基本的合意を維持し、創出するか、その統合能力が問われる。それに際して、とりわけ、憲法裁判所判決との批判的対質が、法律家の圏域から発するとき、憲法解釈の態様とやり方に向けられているが、この法学と連邦憲法裁判所間の対話は、憲法裁判所判決の合理化を促進し、また、この対話自体が基本的合意を維持する基本条件ともなるという。⁽¹⁰⁷⁾ このことは、彼が強調する、法教義学、とりわけ憲法教義学と裁判間の相互批判的関係の問題ともいえよう。

もっとも、シュタルクは、連邦憲法裁判所の「統合」行為が、R・スメントの展開した「統合」観念と混同されてはならない、という。その理由として彼は、スメント流の憲法解釈構想は、「憲法の意義それ自体は、その意図を、国家の細目に向けるのではなく、国家の全体性や国家の統合過程の全体性へ向けることである。この国家の統合過程の全体性は、かのあらゆる法解釈から広範に背馳する、弾力性のある、補完的な憲法解釈を許容するだけではなく、さらに促進し⁽¹⁰⁸⁾とする憲法解釈を通じて、政治的妥協を企図するが、そのための規準は基本法とはされてはいない、と。また、シュタルクは、憲法解釈の出発点を、解釈の諸規準 (Auslegungscanon) や先例に求め、P・ヘーベルレ流の

いわゆる「憲法解釈の開かれた社会」、「憲法解釈の民主化」⁽¹⁰⁹⁾といった構想に対しても、最も安定的な統合要因である憲法の規範性をゆるがせにし、憲法解釈に確実に合理的な論拠づけを可能とする解釈規準を雲散霧消させる、と批判する。そして、このような憲法解釈構想に対して、連邦憲法裁判所の統合作用は、政治過程が議会の決定や執行部の決定に命じていることを、裁判形式の手続で基本法の枠組み内にとどまっているかどうか、について審査するという点にある、と反論する。

シュタルクは、このように連邦憲法裁判所とこの基本的合意との関係についても、憲法の枠組み性格を強調する。それはまた、「憲法裁判所の合意を維持する力にとって根本的前提は、憲法裁判所が、政治的日常闘争に巻き込まれ、政治的調停者になろうとするのではなく、それ故、憲法裁判所が、政治的機能を自らに与えるのではなく、また、憲法裁判所が、憲法規範の最適化を求めるのではない、ということである。そうでないと、憲法裁判所は、法的機能と政治的機能間の標しづけが消失する、滑りやすい地形に陥ることとなる。憲法は、とりわけその実体的諸命令において、ただ社会の政治的形成のための枠組みを表すにすぎない⁽¹¹⁰⁾」、という一文のうちにもはっきりと表れている。まさしく、憲法の枠組み性格を蔑ろにする憲法構想や憲法解釈を重視する思考は、憲法の規範性を軽(無)視することを通じて、現実に政治に迎合的な(適合的な)というべきか?)社会的基本合意の形成に行き着く虞を多大に孕む憲法実践の正当化とならざるを得ない、というべきであろう。

(109) Vgl. Ch. Starck, Fn. 14, S. 569f. は、このような制度の一つとして、フランス第五共和国憲法にいう「憲法院」での予防的規範統制 (die präventive Normenkontrolle) に触れ、それは、一九七一年以降人権を規準とする予防的統制として機能しているという。
「われどいおまた」 vgl. ders., Der Schutz der Grundrechte durch den Verfassungsrat in Frankreich, in: AöR (1988), Bd. 113, S. 632ff.

- (73) ドイツ連邦憲法裁判所の本格的で包括的な研究書として、工藤達朗編『ドイツの憲法裁判—連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』(中央大学出版部、二〇〇二年)、また、連邦憲法裁判所法につき、初宿正典・須賀博志「編訳」『原典対訳 連邦憲法裁判所法』(成文堂、二〇〇三年)を参照。他の憲法機関の行為の憲法適合性を審査する連邦憲法裁判所の独立性の保障条件につき、vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ③, S. 5f. など。Herausgegeben von der SDR (Süddeutscher Rundfunk) Holding GmbH mit Unterstützung der Stadt Karlsruhe, Residenz des Rechts. Das Bundesverfassungsgericht, ein Porträt mit historischen Tondokumenten ② 連邦憲法裁判所のそれぞれの時代の歴史と関連して、連邦憲法裁判所長官、大統領等々、著名人の肉声を伝える貴重なCDである。
- (74) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ③, S. 23ff., insbes. S. 23; ders., Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik (Recht und Staat, H. 466/467), Mohr Siebeck 1976, S. 5. 本書につき、和田英夫「[資料]西ドイツの政治過程のなかの憲法裁判所—シュタールク論文の紹介によせて—」(法律論叢、第五〇巻六号)九一頁以下がある。
- (75) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ③, S. 6f. など。「この緊張関係は、より厳密には、民主制的に正当化された立法の単純多数派の政治的意思形成と、憲法の優位が確保される方式である民主制により高く正当化された憲法の憲法裁判官による解釈との間に存する」と規定可能であるという。
- (76) 以下の諸論点につき、vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ③, S. 6ff.; ders., Fn. 10, ①, S. 53ff. W. H.-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz. Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, Suhrkamp 2002, S. 171f. 「良き憲法とは、政治を遮蔽し、しまらなくてはならず、政治に対して活動余地を保持する」という。
- (77) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ③, S. 8; ders., Fn. 57, S. 460ff.
- (78) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ①, S. 54f. など。「法律は、もはや憲法の枠内で公布されるのではなく、憲法上の諸原理を履行(Erfüllung)するために公布される。履行は恒常的な最適化を迫る。それとともに、法律は、憲法で測れば、つねに不完全で、役に立たず、そして、解釈を通じて改善される必要がある。このことは、法律は、その必要な信頼性、自律性そして権威を喪失するという結果となる」と最適化の問題点を指摘する。
- (79) BVerfGE 33, 303; 同判決につき、戸波江二執筆、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)二八三頁。
- (80) シュタールの「以上のような基本法第三条第一項理解につき」と並び、vgl. ① Ch. Starck, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Ch. Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Synopse zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz, Nomos Verl., 1994, S. 53, S. 55ff., S. 67ff. 本稿は現在では Ch. Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, Nomos Verl., 1994, S. 104ff. に収載されている。引用は、一般的利便性から本書による。このような彼の一般的平等原則の理解は、男女の同権化

と事実上の平等の問題を問うた論稿でも踏襲されている。② Ch. Starck, Gleichberechtigung und tatsächliche Gleichheit von Mann und Frau, in: P. Hanau, F. Heiter u. J. Hübling (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht. Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, C. H. Beck 1999 (本稿が現存だが) Ch. Starck, Freiheit und Institutionen, S. 263ff. に収載されている。引用は「一般的利便性から本書による」, S. 264f.; S. 266f. 「連邦憲法裁判所は「国家目標は『社会国家』を「ただ法治国家性の限界内で実現され得るにすぎない」(小山剛執筆「ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』(信山社、一九九九年)四六頁以下をみよ)」と適切に定式化した。これは「新たに規定された基本法第三條第二項第二文にも適合する」という。なおまた「同条項の理解は」詳細は「vgl. Ch. Starck, Kommentierung von Art. 3 GG, in: Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl., Verl., Franz Vahlen 1999. シュタールの一般的平等原則と社会国家との関係理解を適切にみる」評書による」 vgl. M. Kallina, Willkürverbot und Neue Folmel. Der Wandel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 I GG, MVK Medien Verl., 2001, S. 29, S. 122. 以下は「」 vgl. N. Weiß, Objektive Willkür. Zum einem Prüfungskriterium im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde, Peter Lang 2000, S. 118.

- (18) Vgl. Ch. Starck, Die Flexibilität rechtlicher Institutionen, in: ders., Freiheit und Institutionen, S. 83f.
- (32) Vgl. Ch. Starck, Fn. 80, ②, S. 647. 以下は「」 vgl. ders., Fn. 80, ②, S. 653.
- (33) Vgl. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 12.
- (34) Vgl. Ch. Starck, Fn. 80, ①, S. 115ff.
- (35) M. Kallina, Fn. 80, S. 163f.
- (39) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ②, S. 35f.; ders., Fn. 10, ③, S. 8f.
- (37) BVerfGE 50, 290; 栗城壽夫執筆「ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)三〇二頁; BVerfGE 88, 203; 小山剛執筆「Fn. 80.
- (38) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ③, S. 8f.; ders., Fn. 57, S. 462f.
- (36) Vgl. Ch. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34, Walter de Gruyter 1976, S. 75f. 現在では本稿は「ders., Der demokratische Verfassungsstaat, S. 58-96」に収載されている (S. 84ff., insbes. S. 86); ders., Fn. 10, ③, S. 9; ders., Fn. 57, S. 463.

(90) シュタールは「連邦憲法裁判所と立法との関連で、さらに、判決のもつ効果等についても問題とする。たとえば、①連邦憲法裁判所が、法律を無効としたり、もしくは「基本権と一致しないと宣言するかぎりにおいて、このことは「消極的立法を意味する点や、②連邦憲法裁判所判決が立法への事前効果 (Vorwirkung) をもつ点、また、③立法作用と憲法裁判権の作用の限界づけ関わる問題

として、いわゆる憲法適合的法律解釈（合憲解釈）にも触れる（これについては vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ③, S. 9ff.; ders., Fn. 57, S. 464 f.）。

- (15) この問題領域でのシタタルの論稿については vgl. ① Ch. Starck, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, in: Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages Karlsruhe 1996, Bd. II/1 Sitzungsberichte (Teil O. Aktuelles Forum Verfassungsrecht), C. H. Beck 1996, S. 27ff.; ② ders., Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, in: JZ 51. Jg, 1996, 1033ff.（本稿は①の報告を拡大敷衍したものであり、現在では Ch. Starck, Freiheit und Institutionen, S. 333ff. にも収載されている。引用は一般的利便性から Ch. Starck, Freiheit und Institutionen による）; ③ ders., Zum Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichten, in: Recht und Politik, 4/1996, S. 201ff.（本稿は①の論稿をシタタルの許可を得て、同誌が①の論稿の後半部分を抜粋したものであり）; ④ ders., Urteilsverfassungsbeschwerde, in: H. Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ein Grundrecht-Colloquium, Nomos Verl., 1999, S. 11ff.（本稿は①また②の論稿を踏まえて、この問題の憲法法上の訴訟法上の基礎に触れる）。判決憲法異議につき、川又伸彦「判決に対する憲法異議」（工藤達朗編『ドイツの憲法裁判—連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』二九八頁以下、同、「判決に対する憲法異議の機能—日本における理解の特徴」〔DAS研究会編『ドイツ公法理論の受容と展開—山下威士先生還暦記念』（尚学社、二〇〇四年）〕五〇七頁以下もみよ。憲法裁判所と専門裁判所間の権限画定の問題は、F. Ossenbühl, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit-Gedanken zur Wahrung der Verfassungsgrundrechte, in: M. Schröder, W. Löwer, Udo Di Fabio, Th. von Danwitz (Hrsg.), Fritz Ossenbühl, Freiheit, Verantwortung, Kompetenz, Carl Heymanns Verl., 1994, S. 212によれば、一九七七年段階までは、少なくとも連邦憲法裁判所と立法との関係に比すれば、さほど重要ではなく、「専門裁判所も、連邦憲法裁判所による指導、道案内および補正をどれほど頼りてきたかは、これまでの実践がはっきりと示している。これに反して、専門裁判所の管轄的統制領域への連邦憲法裁判所の限界超越は、取るに足らぬ重みしかもたない」と評価されていた。F・オッセンビュールが、一九七七年の段階ですでに、この問題に注目していたことは慧眼であったというべきであろう。しかし、この問題は、一九九六年第六一回法曹大会で緊急フォーラムとして取り上げられ（vgl. Ch. Starck, Fn. 90, ①）、そして、二〇〇一年のドイツ国法学者大会のテーマ（vgl. VVDStRL 61, De Gruyter 2002）ともなわれ、また、多くの論稿で論じられてもいる。

- (92) Ch. Starck, Fn. 90, ②, S. 333f. は、以下で問題とされる判決憲法異議につき、それは、「純粋な判決憲法異議」である、すなわち、憲法に適合する法律にもとづき下された裁判所判決に対する憲法異議の手続だけである、とこれを限定する。その理由は、「判決憲法異議の枠組みにおいて、この判決の基礎にある法律が違憲と認められるかぎりにおいては、その判決が統制されるのではなく、法律が統制されるのであり、したがって、法律の無効とともに、攻撃されている判決も、法律適用行為そのものが審査されることなく、

放棄されるからである」⁹³⁾と云う。

(93) この問題に与えられる論稿は、P. Kaufmann, Die Abschaffung der Urteilsverfassungsbeschwerde, in: Recht und Politik, 1/98, S. 29ff.; Ch. Starck, Fn. 90, ②, S. 356f.

(94) Vgl. Ch. Starck, Fn. 90, ②, S. 336. また、Ch. Starck, Fn. 80, S. 116. シュタルクは、専門法律の解釈と適用とに際して、基本権の尊重を確保するのは諸上告裁判所の権限であり、また、これらの裁判所間で裁判に相違があるときには、その合同部を行うところである、と説くが、これに反対して、むしろ、専門裁判所には司法の自己抑制が命じられており、排他的な棄却独占をもつ連邦憲法裁判所こそがその権限をもち、と云うのは、A. Voskuhle, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, in: AöR, Bd. 125 (2000), S. 195.

(95) 刑事訴訟法上の侵害事例 BVerfGE 1, 418 (420); 行政法上のそれ BVerfGE 18, 85 (92) (片山智彦執筆、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』五三三頁)。

(96) 民事法上の事例 BVerfGE 7, 198 (207) (木村俊夫執筆、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』一五七頁)。

(97) Vgl. W. Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit. Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, Noms Verl., 1992, S. 31, Anm. 89.

(98) これに関連して、vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ③, S. 13f.; ders., Fn. 90, ②, S. 338ff. 「どのような規程が、とりわけ実体的基本権から導出されるかは、基本権解釈の問題である。…基本権のうちには存する諸規程は、徐々に密となっている。基本権は、珊瑚礁のように成長する。基本権の法律上の具体化は、憲法上の基準(Standard)へと発展し、…一切の憲法上の『後退』を妨げる。これととも、憲法は、漸次その枠組み性格を喪い、最適化を要求するようになる」と危惧の念を表明する。また、vgl. P. Kaufmann, Fn. 93, S. 34.

(99) Vgl. Ch. Starck, Fn. 90, ②, S. 339ff.

(100) Vgl. Ch. Starck, Fn. 90, ②, S. 345ff.

(101) そいつであるからして、多くの著名な学者、実務家が、この問題にコミットするのだから、これにきき、vgl. S. Broß, Das Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte, Bayerische Verwaltungsblätter, 2000, H. 17, S. 513. 以下、vgl. M. Düwel, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen. Zu einem Kooperationsverhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit, Nomos Verl., 2000, ① 専門裁判所による①基本権侵害の強度(S. 92ff.)、②単純法の解釈と適用とにおける恣意性(S. 160ff.)、③法形成の憲法上の限界逾越(187ff.)の観点から連邦憲法裁判所の専門裁判所に対する統制権能の根拠づけを問う。

- (101) 裁判官の法の継続的形成に¹⁰¹ vgl. Ch. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34, Walter de Gruyter 1976, S. 69ff. u. S. 76ff. (本稿は¹⁰² Ch. Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, S. 59f. に収載されたもの) は、裁判官の法の継続的形成は、「法律上の規律が、個別的事例を顧慮すれば、多かれ少なかれ不充足であるだけでなく、往々にしてまた、一般的規律そのものにおいても、不完全で、未完成で、不明瞭であるかまたは諸関係が変化する故に、不適合でもある」という事情にも¹⁰³づく。裁判官の法の継続的形成は、基本法第九五条第一項および第三項を通じて前提されており、そして、諸訴訟法で諸上告裁判所に明文で割り当てられても¹⁰⁴る」(Ch. Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, S. 80f. u. S. 87ff.)と¹⁰⁵る。また¹⁰⁶ vgl. Ch. Starck, Zum Problem der richterlichen Rechtsfortbildung, in: ders., Praxis der Verfassungsauslegung, S. 218ff.; ders., Fn. 10, ③, 20ff. など、裁判官の「法律と憲法への拘束」というテーマに関連して、「基本法第二〇条第三項の拘束形式は、固有の前任者を知るものではなく、むしろ、基本法の父たちの創造を表している」と¹⁰⁷る。B. Hoffmann, Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG, Duncker & Humblot 2003, S. 32.
- (102) Vgl. Ch. Starck, Fn. 90, ②, S. 347ff. また¹⁰⁸ この憲法裁判所の統制密度に関する三つの定式を、ブリンクマン・ファン・ドーン憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』一六六頁以下)、シラヤ(渡辺康行執筆)、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』三八四頁以下)、避難所・マーマティア(BVerfGE 76, 163)、連帯保証(國分典子執筆)、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』三〇六頁以下)、兵士は殺人者だ¹⁰⁹の五事例を検討した図表(ders., Fn. 90, ②, S. 351)を¹¹⁰みよ。
- (103) Vgl. Ch. Starck, Fn. 90, ②, 352ff.
- (104) Vgl. Ch. Starck, Fn. 90, ②, 354ff. 連邦憲法裁判所の負担軽減の方策をめぐり問題に¹¹¹き、当時の連邦司法大臣(E. Schmidt-Jortzig)による組織改革の¹¹²「ドイツ委員会」報告¹¹³ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Entlastung des Bundesverfassungsgerichts. Bericht der Kommission, Moser Druck + Verlag GmbH, 53359 Rheinbach, 1988を¹¹⁴みよ。リビ¹¹⁵に¹¹⁶き¹¹⁷ vgl. E. Benda, Entlastung des Bundesverfassungsgerichts-Vorschläge der Entlastungskommission. Vortrag vor der Potsdamer Gesellschaft am 28. Januar 1998 in Potsdam, Momos Verl., 1998.
- (105) シタマンのこの問題に関する基礎的な論稿に¹¹⁸き vgl. Ch. Starck, Nationaler Grundkonsens und Verfassungsgerichte, in: G. Köbler, M. Heinze u. W. Hromadka (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, C. H. Beck 2000, S. 1109-1124. 現在では本稿は¹¹⁹ ders., Freiheit und Institutionen, S. 319ff. に収載されたもの、利便性から引用は本書による。なお、本稿では、法比較的考察も加えられた¹²⁰る。
- (106) Vgl. Ch. Starck, Die Begründung mit Stimmengleichheit erlassener Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: F.

Fiedler u. G. Ress (Hrsg.), Verfassungsrecht und Völkerrecht. Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck, Carl Heymanns Verl., 1989, S. 789ff.

(80) Vgl. Ch. Starck, Fn. 10, ③, S. 27; R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, dritte, wiederum erweiterte Aufl., Duncker & Humblot 1994, S. 190.

(109) P・ハーベルレにつき、畑尻剛「P・ハーベルレの憲法論とその批判」〔DAS研究会編『ドイツ公法理論の受容と展開―山下威士先生還暦記念』(尚学社、二〇〇四年)〕一四三頁以下をみよ。また、ペーター・ハーベルレ、井上典之編訳『基本権論』(信山社、一九九三年)、同、井上典之・畑尻剛編訳『ペーター・ハーベルレ・文化科学の観点からみた立憲国家―一九九九年日本における講演』(尚学社、二〇〇二年)も参照。

(110) Vgl. Ch. Starck, Fn. 106, S. 330.

六 おわりに

本稿では、まず第一に憲法の優位は、どのような歴史的発展、思想史的発展をたどって確立されてきたか、第二に、憲法の優位は、どのような方法で確保されるのか、第三に、憲法の優位は、憲法裁判所の規範統制による確保がもっとも重要だが、そこから、連邦憲法裁判所は、政治過程、とりわけ、議会の形成余地||形成自由との関係で、どのような問題を提起するのか、第四に、その際に、連邦憲法裁判所は、どこまで他の国家機関の判断や決定に介入し得るのかまたしてはならないのか、また、それはどのような審査基準にもとづいてか、を問うことで、シュタルクの憲法の優位論構想を追究してきた。

「憲法の優位」を検討するに際してさらに、民主制的憲法国家のもとでは、本稿で触れるところではなかったが、政治過程を現実には駆動させる最重要な力の一つこそが「政党」であるとするならば、憲法の優位にとって、政党や、また、議会への政党選出手続ともいふべき選挙のもつ意味は決定的である。連邦憲法裁判所裁判官の選出が、現実には大政党

(CDU/CSUとSPD)の影響力のもとで決定されるという事実を鑑みれば、なおさらにそうであろう。連邦憲法裁判所は、政治過程での権力問題を、憲法解釈を媒介して法の問題に転換することで、憲法の優位を企図するとすれば、つぎの課題として、シュタルクの「憲法解釈」論が検討されねばならない。

最後に、本稿を、シュタルクが基本的合意に関連して述べた、彼の憲法観をよく表現する一文で締め括ることとする。「近代的憲法概念には、憲法の優位が内在することから、それ故に、憲法裁判所の活動に際して、憲法の優位の確保が問題となる。憲法の本質的内容が止目されるならば、憲法の優位は、とりわけ以下のことを遵守することに関連するとされる…①(連邦制的)権限秩序、②決定手続のための規則、③一定の明瞭な輪郭をもった形成責務、である。これらの列挙は、基本的合意が純粹に権限的または手続的に理解されようとするならば、あまりに簡単に見積もられていることを示している。このような純粹に手続的な、最小限主義的な憲法観に対してとまさしく同様に、あらゆる政治的係争問題に対して積極的な憲法上の解答を追求し、一切の政治的行為または不行為を、憲法の履行か侵害と主張することに対しても、警戒されねばならない。むしろ、政治は、憲法の枠組みにとどまるべきなのである。政党綱領が、憲法の実施または実現と宣言される場合には、憲法は、政党政治的に道具化される。これによって、政治的に形成する立法と、憲法を確保する憲法裁判権との間の協働が蔑ろにされる。このことは、明らかに合意を脅かす思考方法であり、行為方法である。」^(三)

(三) Vgl. Ch. Starck, Fn. 106, S. 321.