

「憲法解釈」論（一）

——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 解釈対象としての憲法の性格
 - 1 憲法の規範的性格
 - 2 憲法の枠組み性格
- 三 憲法解釈の方法
 - 1 いくつかの憲法解釈方法論（以上、本号）
 - 2 シュタルクの憲法解釈方法論
- 四 基本権解釈とその個別的課題
- 五 おわりに

一 はじめに——課題設定

本誌第一四巻第一号で、クリスティアン・シュタルクの憲法構想論のうち、「憲法の優位」論を検討した。そして、その「おわりに」において、彼の憲法構想を解明するにあたって、「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轍することで、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⁽¹⁾、と述べることで、彼の「憲法解釈」論の検討が残された課題であると記しておいた。本稿は、この残された課題に取り組みものである。これまで追究してきたシュタルクの憲法構想論を理解するために設定された諸テーマとその検討は、広義には彼の「憲法解釈」(II「基本法解釈」)論をも意味すると捉えられ得るのであり、したがって、本稿での彼の「憲法解釈」論の検討は、これまでの彼の憲法構想に関連して述べべきだったことを再確認する作業であると同時に、それが故に、これまで展開してきた彼の憲法構想論を締め括る位置をも占めることとなる。別言すれば、これまで論じてきたことを、「憲法解釈」という側面に焦点を当てて、シュタルクの憲法構想論を浮き彫りする作業ということとなろう。

もっとも、彼の憲法構想の理解に関するこの「締め括り」という作業は、「暫定的」な性格の終結を意味するにすぎない。「暫定的」な性格というその理由は、まず第一に、シュタルクは、本年二〇〇五年四月一日に、ゲティンゲン大学を定年退職したとはいえ、現在でも第一線で活躍する現役のドイツの代表的公法学者の一人であり、今後も、さまざまな著作活動を通じて⁽²⁾、また、国際的なシンポジオンを通じて等々、公法学(とりわけ、憲法学)に対して重要な貢献をされつづけるであろうことから、その憲法構想を理解するうえで、「終結させる」ということはおおよそあり得ないからである。しかしまた、第二に、「暫定的」な性格というその理由は、彼の憲法構想を理解するという私のこれまでの作業が、彼の研究対象領域を、また、これまで彼がものしてきた膨大な研究諸業績を十分にカバーして展開し得たものであるとはいえない、という点にある。シュタルクが多くの論稿等で発言している分野、たとえば、「放送法」、「税法」、「学校法」⁽³⁾等々の諸分野については、これまでの私の論稿ではまったくといっていいほど触れられていない点は十分に意識しており、シュタルクの憲法構想の理解をいっそう深めるための、今後の私の検討課題でもある。そうである

以上、今後も新たな研究作業を継続する必要性がある、ということからも、本稿は、「暫定的」な性格でしかない。最後に、「暫定的」な性格というその理由は、彼の憲法構想の理解について、私なりの理解に暫定的にでもそれなりの区切りを、一段落をつける、という意味でもその締め括りは「暫定的」である、という点に存する。

以上のことをふまえて、シュタルクの憲法解釈論の検討に移ることとする。それに際し、C・マインツァーとともに、「憲法解釈の『正しい』(richtig)』方法の問いは、最高度に争われており、おそらくは終局的にまたけっして解決され得ることはない⁽⁴⁾」、といえよう。もつとも、このような言述は、憲法解釈に関する諸方法論・理論、また、とりわけ基本権解釈に関する方法論・理論⁽⁵⁾も、特定の時代状況のなかで発生した憲法をめぐる具体的な論争の解決を求める努力において確立され、提起された諸作法とでもいふべきであり、そのような諸作法が、一定の(とりわけ、裁判、学問において)認知を受けることで、客観化され、さらに新たな作法によって批判されることを通じて、展開されてきたことに鑑みれば⁽⁶⁾、自明の理ともいえる。そうではあっても、それでは一体どのような憲法解釈の方法が、基本法制定後にこれまで展開されてきたのか⁽⁷⁾、をみておく必要はあろう。憲法解釈論につき、しばしば引用されるそのような論稿として、たとえば、一九七五年のE・W・ベッケンフェルデの論稿をあげることができる⁽⁸⁾。そこでは、彼は、憲法は「断片的・破片的」性格をもつことから、法律解釈とは異なる、説明的・充填的な憲法解釈論が必要であることを説き⁽⁹⁾、一九七五年現況下での憲法解釈諸理論を、連邦憲法裁判所判決にみられる憲法解釈(基本権解釈を含む)をも考慮にいれつつ、①古典的・解釈学的方法(die klassisch-hermeneutische Methode)(E・フォルストホフ)、②いくつの変種のもとにあらわれるトポシス・問題志向的方法(die topisch-problemorientierte Methode)(この方法の民主化とこれと結合した徹底化の例ーP・ヘーベルレ)、③スメントの意義における現実科学的に志向する憲法解釈(die wirklich-keitswissenschaftlich orientierte Verfassungsinterpretation)、④解釈学的・具体化的憲法解釈(die hermeneutisch-

konkretisierende Verfassungsinterpretation) (K・ヘッセⅡ具体化としての憲法解釈、F・ミュラー具体化過程の方法的合理化)に整理し、論述する⁽¹⁰⁾。ベッケンフェルデのこの分類論は、憲法の規範的性格に力点をおく、憲法の規範的性格づけから批判的に検討されており、また、憲法を枠組み秩序として捉える憲法理解もあわせ主張している点で、現時でも、彼の基本権理論の分類論と同様に、シュタルクの憲法解釈の構想を考えるに際し、有効な指針を提供するであろう⁽¹¹⁾。すなわち、ベッケンフェルデはいう。「(法律の相対的に高度の内容的規定性、意義決定性および法律的規則の規範的・概念的完成度、さらには、目標プログラムではなく、条件プログラム性といった特質に対して)この多くの点で断片的な憲法の性格は、憲法には、法律の規範的・内容的構造が必然的に欠ける、という帰結をもたらす。この構造からみれば、憲法は、枠組み秩序である。すなわち、憲法は、典型的に、政治的な行動過程や決定過程のための枠組み条件と手続規則を確定するだけであり、そして、個人、社会および国家の関係に対して基本的決定を行うが、しかし、司法上または行政適合的意義で確かに執行可能というべき個別規律を含まない⁽¹²⁾」。と。論点先取りではあるが、シュタルクは、このようなベッケンフェルデのいう憲法の「断片的、不完全」な規範的性格という観点から、法律解釈に対する憲法解釈の特殊性を強調する、という観点には原則的に立たない⁽¹³⁾。また、憲法の規範的性格を強調し、憲法を「枠組み秩序」と捉える点においては、両者共通であるが、同じコトバを用いても、憲法規範の性格・構造の捉え方の相違からして、その内実は異なるといえよう。

ベッケンフェルデの提示した憲法解釈の諸方法間での対立に加え、同一の方法論に立脚すると思われる論者内部においても、見解の相違が見られることからすれば、まさしく「憲法解釈」とは、その解釈の対象・前提である「憲法」概念の理解、その理解にもとづく憲法解釈の理論、方法論等々、その解明抜きに論ずることは不可能な課題である⁽¹⁴⁾。そのことをも念頭において本稿の主題である、クリスティアン・シュタルクの憲法解釈論に接近を試みる。

それに際し、シュタルクが、憲法解釈につき、詳細にその論を展開した最重要な論稿というまでもなく、イゼンゼーとキルヒホフの編集になる「国法便覧 第七巻」へ寄稿した「憲法解釈」をテーマとする論稿、Ch. Starck, Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, §164, S. 189ff. “⁽¹⁵⁾である（本稿は以下では、Ch. Starck, Rdhr. xと引用する）。この論稿は、K・ラレンツ（一九九三年一月二四日逝去）⁽¹⁵⁾の定評ある「法学方法論」教科書を受け継いだ、彼の弟子C・W・カナリスの手になるその「学生版（Studienausgabe）」⁽¹⁶⁾のなかで、憲法解釈の課題につき、近時ではとくにまた、シュタルクの憲法解釈の論稿もみよ、とシュタルクの本論稿の引証を勧める。⁽¹⁷⁾このようなカナリスの註記もさりながら、ごく最近においても、シュタルクの本稿は、たとえば、P・ツァールの学位請求論文で、「人間の尊厳」概念の定義問題と関連して、その「基本権解釈への前提的省察」において、とりわけ、憲法解釈方法論の叙述に際して頻繁に引証されている。⁽¹⁸⁾その意味では、シュタルクが本稿で展開した「憲法解釈」論は、その現時性を喪つてはいない、別言すれば、現時の「憲法解釈」論を規定する基本的作品である、ともいえよう。

またさらに、シュタルク自身の憲法解釈論にとっても、憲法解釈に関する本論稿は、それまでの彼の憲法解釈に関する構想を、集約的に表現するにとどまらず、⁽¹⁹⁾その都度の時代状況を背景にして生じたその後の憲法諸問題への、彼の新たな対応の展開が各種の関連論稿で見られるものの、基本的には憲法解釈に関する本論稿での構想に、それら諸論稿は裏付けられているともいえよう。⁽²⁰⁾その意味では、本論稿は、シュタルクの憲法解釈に関する構想の根本をなすものであり、以下では、本論稿を軸に彼の「憲法解釈」論を追跡していくこととする。⁽²¹⁾

(1) 大東法学第一四巻第一号一四八頁参照。

- (2) シュタルクの憲法解釈の成果が集中的に表現されている業績こそが、彼が編集した定評ある基本法コンメンタール³⁵、Mangoldt・Klein・Starck (Hrsg.), GG, Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Bde. 3³⁶であることは、断るまでもない。なお、シュタルク教授からの私信によれば、現在その第五版刊行に向けて、ゲティンゲン大学定年退職後も、今秋(二〇〇五年)まで同大学在職中利用していたとは別の研究室を利用している、とのことである。
- (3) シュタルクのこの分野での業績の一端にふれるのは、荒原明「ブランデンブルク州学校法にいう『LER』は、基本法に適合するか」(大東文化大学法学研究所報第二三三号二〇〇三年三月)一頁以下、同「基本法における宗教授業の保障」(大東法学第一三巻第一号)三三三頁以下参照。
- (4) Vgl. C. Mainzer, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, Nomos Verl., 2003, S. 22. C. マインツァーは、このような基本法にあって「正しい」基本権理論追究への取り組みが行われたのは、とりわけ前世紀七〇／八〇年代のことであった、と指摘する(S. 26)。この時期に公開された著作として、今でもわが国で引証されることの多い著作をランダムに数点あげれば、たとえば、給付国家における基本権をテーマとする、VVDStRL 30, Walter de Gruyter 1972; H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, Kohlhammer 1974; E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, Mohr Siebeck 1976; 憲法解釈また基本権解釈に関する諸論稿を編集した、R. Dreier u. F. Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse, Nomos Verl., 1976; 初版出版は六〇年代であるが、その後の版が七〇年代以降の著作として、P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, C. F. Müller 1962 (2. Aufl., 1972; 3. Aufl., 1983); M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Duncker & Humblot 1967, 1. Aufl. (2. Aufl., 1976); 400 S. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Nomos Verl., 1985 (本書は、同一内容の第二版として、Suhrkamp 社から一九九四年に出版); J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977 (本書は、同一内容の第二版として、一九九七年 Hamburg 出版); G. Lübbe-Wolf, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Nomos Verl., 1988等々がある。なお、政府関連では、連邦内務・司法大臣により設置された、E.・デミンガー教授を委員長とする専門家委員会「国家目標規定／立法委託」報告(Der Bundesminister des Innen/Der Bundesminister der Justiz, Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge. Bericht der Sachverständigenkommission, Konkordia GmbH für Druck und Verlag)が一九八三年に公表されている。ちなみに、クリスティアン・シュタルクの教授資格請求論文, Der Gesetzbe-griff des Grundgesetzes. Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff, Nomos Verl. は、一九七〇年の出版である。なお、C. マインツァーは、その著の Vorwort 中、同二〇〇三年に公開された、教授資格請求論文で、本文だけで四八四頁にもおよぶ浩瀚な

書' U. Mager, Einrichtungsgarantien, Mohr Siebeck 2003)や田口の学位請求論である本書がすべて二〇〇三年一月初頭に完成していったことから、とりあげられるべきなかつたことを断つて置く。

(5) 基本権教義学の理論に取り組み、最近の著作として、J. F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, Mohr Siebeck 2005)をみよ。

(6) Vgl. M. Borowski, Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte, Nomos Verl., 1998, S. 23f. なら「よのち」基本権学 (die Grundrechtswissenschaft) は、世界観的な論争の舞台である。憲法上の諸規範の解釈、それ故にまた、基本権の解釈は、個人のもしくは社会のインテロギーを通じて高度に操縦される」ところ。また、vgl. R. Dreier u. F. Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 37ff. 同一の論稿を収載する、R. Dreier, Recht-Moral-Ideologie, Suhrkamp 1981, S. 123ff.

(7) たゞ、W. Schmidt, Grundrechte-Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland, in: D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, Suhrkamp 1994, S. 188ff. なら「彼ら基本権教義学に引きよりのようという。「一般的なまた特殊な基本権問題が、基本権教義学の対象である。教義学は、この点ではまた、学問により導かれた実践としての法学に組み込まれた自己統制と合理化の媒体として理解される」(S. 191)と。また、vgl. U. Karpen, Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes. Vom liberalen Rechtsstaat zum demokratischen Sozialismus, Duncker & Humblot 1987, S. 41ff.

(8) ハタタシタシ、註文のよきな論稿として、vgl. ① E.-W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation-Bestandsaufnahme und Kritik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Suhrkamp 1991, S. 53ff.; ② ders., Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatswissenschaft, in: Staat, Verfassung, Demokratie, S. 27f. また、基本権理論と基本権解釈につき同書収載の諸論稿中として、③ Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, S. 115ff. が有益である。これにつき、E.-W. Böckenförde著/初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』(木鐸社、一九九九年)第四編所収の諸訳稿参照。近年のバックンフェルデの基本権教義学に関する論稿として、vgl. ④ E.-W. Böckenförde, Schutzbereich und Eingriff. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, in: E.-W. Böckenförde, D. Edward, E. Schumann, Grundrechte in Deutschland und Europa, Reden zur Ehrenpromotion in Münster, Lit 2002. 二〇〇一年十一月一日の本講演を基調とする⑤ ders., Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 42 (2003), S. 165ff. による。本稿は、バックンフェルデの「今日の基本権教義学は、「保護領域」と「侵害」という二元的対抗を通じてひたすら」(④ S. 12/⑤ S. 165)が、基本権教義学として

憲法の諸規準をより正当に評価する別の途はないか、と問い、従来の二元的対置から、基本権の「事物領域・生活領域」―「保障領域」―「侵害および制限」という三編成による教義学アプローチを提示する(④ S. 21ff./⑤ S. 174ff.) [これに引き続き、小山剛著『基本権の内容形成―立法による憲法価値の実現』(尚学社、二〇〇四年)一四一頁以下参照。本書は、ドイツ基本権論の研究書として、必読の一冊といえよう]。講演時の論稿にはなかった、追加された部分としての「枠組み秩序としての憲法」論の展開につき、S. 186ff. をみよ。ベッケンフェルデの憲法理論を検討したものとしてみよ。vgl. O. Köppe, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft. Ambivalenzen der Verfassungstheorie Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Kritische Justiz, 30. Jg., H. 1, 1997, S. 52 ff. なお、ベッケンフェルデの七十五歳祝賀に(き) vgl. R. Grawert, Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 75. Geburtstag, in: AöR, Bd. 130 (2005), S. 345ff. また、ベッケンフェルデの教会およびキリスト教(信仰)と憲法との関係を知るのに利便な論文集として、vgl. E.-W. Böckenförde, Kirche und christlicher Glauben in den Herausforderungen der Zeit. Beiträge zur politisch-theologischen Verfassungsgeschichte 1957-2002, Lit. verl., 2004.

- (9) E.-W. Böckenförde, Fn. 8, ②, S. 13は「国法〔憲法と必ずしもイコールの関係にはならず(S. 12)が、その主軸はいうまでもなく憲法である―引用者補〕は(他の諸法領域との関係において)根本的な(fundamental)法であり、直接的に政治に関連し、そのかぎりにおいて政治的法であり、典型的に枠組みの態様の法であり、また、諸部分において断片的(不完全)な法である」という。ders., Fn. 8, ①, S. 58; 同様の指摘を、ders., Fn. 8, ③, S. 115 [小山剛訳「基本権理論と基本権解釈」(初宿正典編訳、二七九頁)]で行っている。ベッケンフェルデの本稿は、ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Suhrkamp 1976, S. 221ff. にも収載されている。なお、彼が、同論稿で展開した主要な基本権理論の分類論(引用は、前者S. 119ff. (訳: 二八二頁以下))―①自由主義的または市民的・法治国家的基本権理論、②制度的基本権理論、③基本権の価値理論、④民主主義的・機能的 basic 権理論、そして⑤社会国家的基本権理論―は、現時でも諸々のモノグラフィイで頻繁に引用されることからして、その有効性を喪失してはいない、とつい得るであろう。そのようなものとして、たとえば、vgl. M. Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, Duncker & Humblot 2000, S. 58ff.; C. Mainzer, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, Nomos Verl., 2003, S. 28ff.

- (10) E.-W. Böckenförde, Fn. 8, ①, S. 80ff. もっとも、彼は、その「憲法は、国家のすべての決定権を構成し、制限する規範的基礎」[ヘルンストロヴォルフガング・ベッケンフェルデ、小山剛訳「ドイツおよびヨーロッパにおける憲法の歴史的発展と意味変化」(名城法学第四六巻第四号)一〇頁以下もみよ]という憲法理解からすれば、いくつかの欠陥の一つとして、このような憲法解釈方法のどれも結果的には、「憲法の諸規範と諸原理の内容的不確定性を限定するのではなく、これを拡大、強化してしまう」が故に、憲法の規範性を解体することとなる、という。ただし、たぶん(vielleicht) F・ミュラーの方法は例外であるというが、ベッケンフェ

ルデは、"vielleicht"という語を用いていることからすれば、その他の解釈方法との違いの程度もそれほどではない、といえようか。F・シュラーの解釈方法につきたとえ、vgl. H. H. v. Arnim/S. Brink, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz. Grundlagen einer verfassungsorientierten Rechtsmethodik (Speyer Forschungsberichte 218), Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer 2001, S. 249ff.; また、小野寺邦広・嶋崎健太郎共訳「フリードリヒ・シュラー『基本権解釈の諸テーゼ』」〔埼玉大学紀要(総合編)第一三巻〕一四五頁以下もみよ。

- (11) E.-W. Böckenförde, Fn. 8, ①に触れる近年の論稿の「ひとこと」を、vgl. M. Bullinger, Fragen der Auslegung einer Verfassung, in: JZ 59. Jg., 2004は、憲法が、単純に法律のようにその文言から、切れ切れに解釈されてはならないことを強調し、そして、主柱となる憲法理論の必要性から出発する、"バックケンフェルデの思考を正当と考えているといえよう(たとえば、憲法の枠組み秩序性につき S. 212; 憲法裁判官の責務につき S. 211)。

- (12) E.-W. Böckenförde, Fn. 8, ①, S. 57f., S. 86f.; ders., Fn. 8, ②, S. 17f.

- (13) 法律解釈が、憲法解釈や基本権解釈と解釈方法の点で異なることを主張する者と、これを拒否する者につき、vgl. W. Cremer, Freiheitsgrundrechte, Funktionen und Strukturen, Mohr Siebeck 2003, S. 13, Anm. 4は、相違に賛成する者にバックケンフェルデ等、原則的に同一とする者にシュタルク等をあげる。また、法律解釈と憲法解釈とは、その解釈方法の点で異ならないというのは、vgl. K. Larenz・C.-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer 1995, 3. Aufl. (Studienausgabe), S. 180ff.; H. v. Arnim/S. Brink, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz. Grundlagen einer verfassungsorientierten Rechtsmethodik, Speyer Forschungsberichte 218, 2001, S. 257.

- (14) なお、バックケンフェルデは、Fn. 8, ①のなかで、憲法解釈の方法と憲法理論との関係につき、「憲法解釈の方法と、基礎にある憲法理論ないし憲法概念の間には、貫通的に相互関連が存在する。…憲法解釈に対する方法論議は、つねに同時にまた、憲法概念や憲法理論に関する論議であり、それから切り離され得ない」(S. 82)、と主張することで、その密接不可分性を強調するとともに、「拘束力のある憲法理論は、もはや主観的前理解や既存の政治的合意ないしは合意変化の問題(Sach)ではありえない。それは、ただ、憲法論文や、憲法成立から合理的な認識手段でもって確認され得る、憲法に明示的にか黙示的に含まれる憲法理論として、可能であるにすぎない。このような憲法適合的憲法理論(強調は原文)の修得と形成は、その出発点を、憲法そのものから得なければならぬ、すなわち、憲法の基本的諸決定とそれを担う諸原理、憲法伝統や、諸機能/諸権力の達成された関係づけと均衡化の継受されまたは修正された諸要素、等々から得なければならぬ」(S. 83)、と説く。その際に、憲法理論とは、「憲法のなんらかの前・概念(Vor-Begriff)ではなくて、憲法そのものや、その部分の一般的性格、規範的目標方向および内容的射程に関する体系的に志向した見解」(S. 83)を意味するといふ。

- (15) これにつき、菟原明「E・R・ノーバー追悼—トッラ・ノーバー・シモンズを訪ねて」(大東文化大学法学研究所報第一四号、一九九四年)一六頁参照。
- (16) Karl Larenz・Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Dritte, neu bearbeitete Auflage, Springer 1995. 本書の評釈「LPT」たゞ「LPT」を参照。vgl. B. Rütters, Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug?, in: NJW 1996, H. 19, S. 1249ff.
- (17) Karl Larenz・Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 13), S. 180, Anm. 103.
- (18) P. Zaar, Wann beginnt die Menschenwürde nach Art. 1 GG?, Nomos Verl., 2005, S. 24ff.
- (19) そのような先行業績の代表的なものとして「たゞ」Ch. Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes. Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung, in: Juristische Schulung (JuS), 21, Jg., 1981, H. 4, S. 237ff.; 基本法施行四〇周年を記念して発表された論稿「Ch. Starck, Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte, in: Hyde/Starck (Hrsg.), Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, C. H. Beck 1990, S. 9ff. 「本稿を基調とする一九八九年来日時の講演：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巻第五・六号)三二頁以下」をあげることができる。シュタルクの本稿は、現在では「ders., Praxis der Verfassungsauslegung, Nomos Verl., 1994, S. 21ff. に収載されている。また、彼の「憲法解釈」論稿発表後も、前記論稿と保護義務論を展開した一九九三年の「ders., Grundrechtliche Schutzpflichten, in: ders., Praxis der Verfassungsauslegung, S. 46ff. 「本稿を基調とする一九九五年来日時の講演：ドイツ公法研究会・小山剛訳「基本権保護義務」(名城法学第四九巻第一号)一九五頁以下。彼の保護義務論につき、菟原明「クリスティアン・シュタルクの憲法構想について(二)」(大東法学第六巻第一号)一頁以下」を基調とする一九九五年の講演「ders., Die Rolle der Grundrechte in Deutschland, in: ELSA-Saarbrücken eV./CJFA (Hrsg.), Recht und Gesetze im deutsch-französischen Dialog, Carl Heymanns Verl., 1997, S. 49 ff. にも、基本的な憲法構想は変わることなく受け継がれている。
- (20) たとえば、彼の「憲法解釈」論稿後、基本法施行五〇周年を契機に、基本法に関連する諸問題を扱った論稿である「Ch. Starck, Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren: bewährt und herausgefordert, in: JZ 54. Jg., 1999, S. 473ff. 「これにつき」菟原明「シュ・ボン基本法五〇年に寄せて」(大東文化大学法学研究所報第二〇号)一頁以下」をみよ。また、連邦憲法裁判所の基本法下での地位・機能等を包括的に詳細に論じた、連邦憲法裁判所創設五〇周年記念祝賀論集に寄稿した論稿「ders., Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß, in: P. Badura u. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Mohr Siebeck 2001, S. 1ff. 「本稿の翻訳として、渡辺中訳「憲法秩序および政治過程における連邦憲法裁判所—シュタルク教授のテーゼによせて」(国士館法学第三四号)八一頁以下」もみよ。なお、本稿に先行する論稿ともいえるべき

ders., Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik, Recht und Staat, H. 466/467, Mohr Siebeck 1976 「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—シュタートク論文の紹介によせて—」(法律論叢、第 五〇巻第六号) 九二頁以下)での議論展開もみよ。

(21) この関連で、国家の正当化の源泉として、事実上の国家の存在条件でもある「国内の平和(＝安全)」を前提に、基本法の基本権的自由理念と民主制的自由理念につき詳述するのは、たとえば、vgl. Ch. Starck, in: Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, §29, S. 3ff. また、vgl. W. Höfling, Demokratische Grundrechte-Zu Bedeutungsgehalt und Erklärungswert einer dogmatischen Kategorie, in: Der Staat, Bd. 33, 1994, S. 493ff.

二 解釈対象としての憲法の性格

1 憲法の規範的性格

憲法解釈の対象が憲法(以下、「基本法」と同義)であるならば、まずは、対象となる憲法をどのように性格づけ理解するか、が憲法解釈の前提となる。その理由は、まさしく、シュタルクのいうように、「憲法解釈は、あらゆる方法的省察に先行して、まず第一に、憲法概念と結びつけられている」⁽¹⁾からである。P・ウンルーは、近年のその著作のなかで、ベッケンフェルデやシュタルクの論稿も引証しつつ、基本法の憲法概念を問い、それは、多数の概念要素から構成されている、という。彼は、この概念要素を、八つの構造概念要素と八つの実質的概念要素の二つのグループからなるとして、この二つの部分グループを関連づける憲法理論的基礎であると同時に、かすがいを、人間の自律性(Autonomie)に求める。⁽²⁾そうして、この憲法概念の構造要素と実質的要素について、以下のようにいう。「基本法の憲法概念は、市民の自由と平等と理解された自律の憲法価値から出発する。この憲法理論上の出発点は、基本法において、人間の尊厳の(憲法—)法概念を通じて実定化された。この公理から、多くの概念要素が生じる。これに属するの

は、構造要素としては、国民主権（国民の憲法制定権力の形態での）、統治の構成（die Herrschaftskonstitution）、憲法の優位と規範性、憲法の枠組み性格、憲法の包括的性格、憲法の普遍性、そして憲法改正であり、また、実質的な観点では、代表民主制、（水平的）権力分割、法の支配、憲法裁判権、基本権、垂直的権力分割、共和制そして社会国家、である⁽³⁾、と。そして、これら諸概念要素が、①アメリカ、フランス、ドイツでどのように展開されてきたか、の検討をふまえて、基本法下でのこれらの構造要素や実質的要素がどのように理解されているか、を問い、また、②ヴァイマル期の代表的な国法学者たちが、これらの諸要素をどのように捉えていたのか、を引照基準にして、基本法へのその影響を測ろうとする。

P・ウンルーが、列举した、これら二つのグループ諸概念要素は、シュタルクにあってても、たとえば、「人間の尊厳」論⁽⁴⁾、「民主制的憲法国家」論⁽⁵⁾や「憲法の優位」論等々⁽⁶⁾において論じられた憲法（＝基本法）を構成する諸要素でもあるといえよう。その意味では、P・ウンルーの著作は、法比較的視点と憲法理論的視座とにおいて、シュタルク等の説くところをよりいっそう深（進）化、細分化させている、と位置づけることも可能である。

シュタルクは、憲法解釈の対象となる「憲法」を、それではどのように捉えたのであろうか⁽⁷⁾。それは、大要、二つの点に求められるであろう。そのまず第一は、憲法の規範的性格に関わる点であり、その第二は、この規範的憲法を前提にして、憲法の枠組み性格を強調する理解である。この構成は、上述したP・ウンルーのいうところの、「憲法の優位と規範性」および「憲法の枠組み性格」の要素を軸に、各要素を編成し、組み込んだ構成である、と比定可能でもある。これらの概念要素または憲法の性格づけを担保する基本法の構想こそ、「憲法の優位」論であり、その責務を担う重要な国家機関が連邦憲法裁判所であることは、いうまでもない⁽⁸⁾。これら諸点については、拙稿ですでに検討してきた。したがって、以下では、上述の二点に焦点を当てて、シュタルクの説くところを追究していくこととする。

まず第一に、憲法の規範的性格の点から、彼の説くところを展望する。

シュタルクは、基本法を、「厳密な意義での規範的憲法」である、と捉える。その規範的性格は、基本法それ自体による「拘束力をもつ法」であることの表明のうちに、すなわち、基本法第二〇条第三項、基本法第一条第三項また基本法七九条第一項および第二項の諸規定のうちに、示される。この基本法の規範性の前提をなすのが、立法も基本法に拘束され、限界づけられる、ということである。ここにおいて、一方で、立法の可能性と限界とが、法学（＝法教義学）の対象となり、他方で、裁判所の判断対象となると同時に、連邦憲法裁判所の解釈に拘束されることとなる。このシュタルクの言述は、J・イゼンゼーの以下の発言とも通底する基本的な発想といえよう。J・イゼンゼーはいう、「基本法の厳格な法的性格は、憲法裁判権の可能性のための前提である。他方で、連邦憲法裁判所の活動は、基本法の規範性の証明でもある⁽⁹⁾」。と。また、H・A・ヴォルフが、憲法の規範力について、「憲法の規範力の強調は、教義学的に明瞭に構築された法秩序の段階構造のうちに、基本法第七九条第一―三項や憲法制定権力と国家機関の分離のうちに、また、相当程度において憲法裁判権を通じて、現れている⁽¹⁰⁾」、というとき、その意図するところは、シュタルクの上記言述と同旨であると理解できる。

つぎに問われるべきことは、この憲法の規範性は、どのような要因にもとづき、それが確保されるのか。これにつき、シュタルクは、二つの要因が前提となる、という。その第一は、規範的要因であり、その第二は、事実的要因である。

まず第一の、彼のあげる規範的要因とは、権力分割と定期的な選挙とを通じて統制される国家権力の組織化と権限配分であり、具体的には、以下三点がその要点である。すなわち、①憲法によって規定される権限配分と権力配分、②憲法規範の明瞭性と確定性、そして、③国家機関のための活動余地¹¹。憲法の枠組み性格、である。第二に、憲法の規範性の事実的諸前提として、①当該国家の政治的文化と、②社会的諸関係の最少限度の均衡、とがあげられる。①の政治的

文化には、この政治文化に適合的な（法学方論を含む）水準の法学も含まれる⁽¹²⁾。

最後に、憲法の規範性と、この規範性に対する市民の確信は、なにに根拠づけられるのか⁽¹³⁾。それは、憲法が、なにを、その規範の内容としているか、すなわち、「憲法の内容」いかによるであろう。まさしくこの「憲法の内容」として、基本法は、一方で前記規範的要因（国家権力の組織、権限および手続—国家権力の配分と限界づけ）をその内容とし、他方で、憲法における国家活動のための内容的基準として、基本権（市民の防禦権、法益保護、権利形成、憲法委託等）を規範内容とすることで、憲法の規範性と市民のこの規範性に対する確信を確保しようとする。そして、この「憲法の内容」こそが、「憲法解釈」の問題性に、直接的な重要性・関連性をもつことともなるのである。

憲法が、「厳密な意義において規範的性格」をもつとしても、憲法を法律と比較してみれば、憲法は、その規範的・内容的な完成度からすれば、断片的で、ばらばらな性格であるか、がついで問われよう。これを肯定する代表的論者の一人が、ベッケンフェルデである。彼は、憲法と法律との規範的・構造的性質の相違につき、以下のよう⁽¹⁴⁾にいう。「法律は、…一定の性質の規範的・内容的構造を通じて特徴づけられる。これに属するのは、まず第一に、相対的に高度の内容的規定性、意義決定性および法律規則（die Gesetzesregeln）の規範的・概念的完成度（Durchbildung）である。法律は、…構成要件と法効果の内容確定的な結合の意義における『条件（eine Wenn-so）』プログラム設定を含むのであって、単純な目標プログラム設定ではない。他方で、すでに存在している構造的に同等の諸規律のコスモスにおける…個々の法律の履行が属する」と。これに対して、「憲法は、その規範的・内容的な完成度からすれば、断片的で破片的（fragmentarisch und bruchstückhaft）である。その諸規定は、…本質的に法適用の意義において執行可能であるためには、充填と具体化とをまずは必要とする諸原理を含む（例…目標諸規定、簡潔な形式そして形式上の妥協—引用者補）」のであり、そこから、「多くの点で断片的な憲法の性格は、憲法には、法律の規範的・内容的構造が必然的に欠け

る」と。憲法と法律とがこのように特徴づけられることにより、憲法と法律との構造的同等性は否認された。

シュタルクは、憲法と法律との規範的・構造的相違を強調する思考に対して、憲法は、「よく秩序づけられた規範の全体 (ein wohlgeordnetes normatives Ganzes)」である、との観点から反対する⁽¹⁶⁾。その反対論拠とは、具体的にいえば、①法律も、高度に不確定な規範やたんなる目標規定をとまなう規範を含む、②憲法は、法律規範の平均より以上に明瞭で、明確なまた確定的である多くの規範を含む、③憲法は、総体としてみれば、平均的な法律よりは密度の劣る規範的確定を含む、という確認は正当であるが、この適切な確認と関連して追求される破片、断片との憲法の性格づけは不当であり、憲法規範は、破片、断片でもなく、それは、よく秩序づけられた規範の全体であり、これは、高順位を備えた、国家活動のための基礎であり、枠組みである、④憲法がよく秩序づけられている、ということは、必要な活動余地が管轄権をもつ憲法機関のために開放されている、という点に存する、つまりは、民主制的憲法国家における政治過程は、実質的問題は多数決に服することを、また、あらゆることが憲法を通じて、憲法は憲法裁判所の解釈を通じて見出されるという形態で、まえて決定されているのではない、ということを要求する、⑤そこから、憲法は、「枠組み秩序 (Rahmenordnung)」として特徴づけられる、等々という諸論拠である。シュタルクは、このように憲法と法律との規範的・構造的相違を否認することで、憲法と法律との間に特別な相違は認められない、との結論を得た。そこから帰結するのは、第一に、憲法解釈と法律解釈との間に解釈方法の点で相違はない、ということである。第二に、ベッケンフェルデは、憲法の断片性、破片性という規範的・内容的構造から、憲法を「枠組み秩序」である、と捉えた⁽¹⁷⁾が、むしろ、シュタルクは、よく秩序づけられた憲法の性格から、憲法の「枠組み秩序」性を弁証する。憲法を枠組み的秩序と特徴づけることで、彼が強調するのは、とりわけ、憲法の「権力制限的機能」と、立法者の「形成活動の自由」の確保である⁽¹⁸⁾。シュタルクはいう。「権限と手続とが、憲法機関の活動のための形式的基礎を規律するかぎりにおいて、

広義において枠組みと限界とが語られ得る。手続とは、枠組みであり、この枠組みのなかで決定が準備され、そして、下されるのである。権限は、同時に、機関がもはや行つてはならないことのための限界を提示する。一定の目標を実現するという憲法上の委託は、目標に向けて投入される手段が、政治的観点のもとで自由に選択されるかぎりにおいて、枠組みと理解され得る⁽¹⁹⁾、と。そうであれば、つぎに検討されるべきは、彼の憲法思考を特徴づける「憲法の枠組み秩序」性格について、である。

2 憲法の枠組み性格

G・F・シュペールトとCh・ブムケは、ドイツの憲法理解をめぐる議論において、二つの憲法理解のモデルがたえず出来することを観察して、つぎのようにいう。「われわれが正しく見ているとすれば、ドイツの議論において、再三にわたり現れる二つの（憲法理解の——引用者補）基本的モデルが区別され得る。すなわち、**枠組み秩序としての憲法**（強調は原文——以下、同様）というモデル——**枠組み秩序モデル**と、**基本秩序モデル**と特徴づけることができる**実質的基本秩序としての憲法**というモデル、とである⁽²⁰⁾。このような憲法理論レベルでのモデル論議とも関連するが、H・フーバによれば、ドイツ再統一の際の基本法の位置づけに関する論議のなかで、基本法を全ドイツの憲法とすることの支持者と新憲法を制定する擁護者の両者によって、憲法を枠組み秩序と捉える思考が展開されていたようである。この点につき、フーバは、以下のようにいう。「『**枠組み秩序**』として憲法を考えているのは、基本法を持続的な全ドイツの憲法として擁護しようとする者だけでなく、統一ドイツのために新たな憲法を要請しているような者も、そうである。彼らにとつてはまた、憲法は、『ただ、異なる政治的目標を実現するのに余地を与える**枠組み秩序だけ**』を形成する⁽²¹⁾、と。ところで、これら二つのモデルのうち、憲法を、政治過程に対する「**枠組み秩序**」⁽²²⁾と位置づけるシュタルクの思考か

らすれば、彼が、「枠組み秩序モデル」に与することは断るまでもない。⁽²³⁾ この憲法構想において、とりわけ、憲法と単純法律との関係をめぐって、以下の諸点が力説される。そのまず第一は、憲法と単純法律との明確な優劣関係、段階秩序である。ついで、この枠組み内部において、立法者は政治的形成の自由、活動余地を有することである。そこから、「民主制的に正当化された立法の単純多数の政治的な形成意思と、民主制的にいっそう高位に正当化された憲法の連邦憲法裁判所による解釈」間に、緊張関係が発生する。この緊張関係の解決において、決定的な役割が連邦憲法裁判所の憲法解釈に与えられるとしても、議会立法者の政治的意思形成余地の測定に際し、社会的事実関係 (die gesellschaftliche Sachverhalte) を評価し、規律することは立法者の責務であり、法的認識の安定性 (rechtliche Erkenntnis-sicherheit) が欠如していることからして、連邦憲法裁判所は、多様な憲法原理 (基本権も含む) や国家目標の「最適化」や、憲法の「具体化」⁽²⁴⁾ を企図してはならず、連邦憲法裁判所が審査し得るのは、ただ、「政治的な憲法機関が、憲法の枠組み内に自らとどまっていたかどうか」⁽²⁵⁾ だけである。

このような枠組み理解に対して、二つの側面からの批判が予想される。その第一は、枠組み確定の規準問題に関連して、その第二は、枠組みの硬直性の問題に関連して、である。これらの批判に対する反批判としては、シュタルクの論稿⁽²⁶⁾を引証する、M・ルツフェルトの言述が妥当する。ルツフェルトは、隠喩法的な叙述もって、枠組み秩序を巧妙に説明していることから、いささか長くなるが当該箇所を引用することで、その批判への応答となし得るであろう。⁽²⁷⁾「憲法が、法秩序の枠組みとして理解されることによって、同時に法律法に対する憲法の優位が前面に現れる。別の法を、その射程において制限し、また、内容的に形成する、まさしく枠に入れる (einrahmen) 特質をもつ法は、序列の点で、このようにして枠に入れられた法に、優位しなければならない。具体化の構想とは対立して、枠組みとしての憲法観念は、憲法と法律法との間を、いわば絵と額縁の間を、明瞭に差別しようとする。額縁は、額縁に嵌め込まれたもの

(Fingerahnten)の一部ではなく、額縁に嵌め込まれたものは、額縁の諸特質を引き受けない。憲法と単純法とのこの距離は同時に、立法者の決定活動余地の強調と同時に、権限水準では、連邦憲法裁判所の形成権能を立法者に移すことに帰着する。枠組み秩序としての憲法像に対しては――正確にいえば、憲法理論的・憲法法的現実についての別の像の諸観念に対しては――、憲法法上の規準 (Vorgabe) の限界は、最終的には創造的な要素抜きにはすまされない解釈を通じて探求され得る、との反論が主張され得る。しかし、ともかく、枠組み観念を通じて、憲法法と法律法の混合 (Ineinanderliegen)、そして、これと結びつけられる同一視問題や序列問題は、予防される。枠組み秩序としての憲法の理解に対する別の反論は、この利点の裏面に関わる、すなわち、そこから帰結する枠組みの硬直性 (固定性 II Starrheit) である。この反論は、憲法法上の枠組みが、これを最後として設定され、また、変更不能と解される場合には、まったく正しい。だがしかし、憲法変遷の可能性や時代のなかで変更可能な枠組み形式が可能とみなされる場合には、そうではない。枠組みに嵌め込まれたもの (Fingerahnten) と枠組み (Rahmen) 間の相互作用すらも、もし、枠組みも、枠組みにはめ込まれたものに適合し、そして、場合によつたら適合させられねばならない可能性が含められるならば、観念できる」と。まさしく、枠組み秩序が、時代適合性を要請される場合に、その時代適合性を個別的事例において最終的に判断するのは連邦憲法裁判所の責務であり、その憲法解釈ということとなろう。そこでは、憲法裁判官の憲法拘束問題が、換言すれば、憲法裁判所による法の継続的形成の限界問題⁽²⁸⁾が必然的に発生する。まさに、憲法の枠組み秩序としての理解においても、立法者の形成自由と連邦憲法裁判所のその審査に対する微妙なバランスを、どのように維持し、測っていくか、が問われてもいるのである。⁽²⁹⁾

この「枠組み秩序」としての憲法理解と関連して、なお別の重要な問題の一つが、「憲法原理の最適化」の問題、換言すれば、「憲法の枠組み的性格と原理理論上の最適化は、一致するかどうか⁽³⁰⁾」の問題である。シュタルクは、R・ア

レクシーによって、とりわけ、基本権理論との関連で展開された「規則—原理モデル (das Regel-Prinzipien-Modell)」⁽³¹⁾ 構想に対して批判的に対質する。このモデルにいう、規則と原理とを区別する決定的な要点につき、R・アレクシーは、「基本権理論にとってもっとも重要な区別は、規則と原理間の区別である。この区別は、基本権上の根拠づけの理論の基礎であり、また、基本権教義学の中心的問題を解くための鍵でもある」ということを前提にして、「原理 (強調は原文…以下、同様) とは、なにか (etwas) が、相対的に、法的なまた事実的な諸々の可能性のなかで可能なかぎり高度に実現されることを命じる諸規範である。したがって、原理は、最適化命令 (Optimierungsgebote) であり、この最適化命令は、それが、さまざまな程度で充足され得るのであり、また、命ぜられたその充足の程度が、事実上の諸可能性だけでなく、法的諸可能性にも依存する、ということを通じて特徴づけられる。…これに対して、規則とは、つねにただ充足され得るか、され得ないか、のいずれかの規範である」という。B・O・バイデは、この区別につきいっそう簡潔に、条件決定 (wenn/dann-Entscheidungen) を許容するのが規則、可能な限り十分に実現されねばならない最適化命令が原理である、と説明する。⁽³²⁾ シュタルクも、とりわけ、R・アレクシーの「Regel-Prinzipien-Modell」構想に関して、立法者の政治的形成の自由の観点からして、「規則」ではなく、「原理」を、その検討の俎上におく。ここでは、彼が、R・アレクシーのいう「憲法原理の最適化」命令について、どのように捉えたかをみておこう。

憲法の枠組み論テーゼの立場からすれば、枠組み内部において、ある憲法規定 (基本権を含む) が、法律上どのような実現されるかは、立法者の政治的形成の自由の問題であり、当該憲法規定が、「最適」に充足されたかどうか、という問題ではあり得ない。このような「最適化」を行うかどうか自体、立法者の判断余地に属する事柄ということとなる。シュタルクは、R・ヴァールの「枠組みと理解される憲法規範を、法律のための規準として投入することは、判断

を、中間点、頂点または最適点が、適切に言い表されているかどうかに向けるのではなく、具体的な法律が、その他の形成も可能であるのとまさしく同様に、『枠組み内部に』あるかどうかに向ける⁽³³⁾との「最適化命令」批判の一文を援用しつつ、「憲法は、枠組みと理解されるならば、最小限度の、最適程度のまたはその他の程度の『憲法充填 (die Verfassungsausfüllung)』が達成されたかどうか、という問いに対する法律学的に把握可能な規準を含まない」と、最適化命令を批判する⁽³⁴⁾。さらに、シュタルクは、この「原理＝最適化命令」の評価につき、アレクシーの著作に対する書評⁽³⁵⁾のなかで、法概念の倫理的契機の根拠づけ等、と関連して、諸原理の最適化は、政治上の目的適合的な問題（＝立法者等の形成活動余地）を法律問題（＝連邦憲法裁判所の審査権限）へと転化してしまう、と批判する。すなわち、アレクシーは、「諸原理もしくはその多数の下位原理が、疑義ある事例に関連する場合には、裁判官が、具体的な事例に関連する最適化を行うことを法的に義務づけられる。その際には、法的問題への解答が問われている」、と原理を位置づける。これとともに、諸原理は、考量の形式で適用される最適化命令として、また、諸原理の最適化問題は、法問題として理解される。別言すれば、シュタルクは、最適化命令としての原理批判のうち、最重要な批判を、「それは、基本権が被る概念上の明瞭性の喪失に向けられ、そして、これと関連して、立法を、——最適化テーゼにしたがえば——あらゆる考量に際して、いつでも最終的決定権をもつ憲法裁判権へと権限移転することに向けられる⁽³⁶⁾」、という点に看取するのである。

つまるところ、このような「原理」の理解は、「基本法の六つの基本的諸原理…人間の尊厳、自由、平等、法治国家、民主制および社会国家は、あらゆる思考可能な政治領域や、行政領域を捕捉することから、一切の裁量、立法者の政治的な形成自由、まさしく同様に合目的性考量による古典的な行政裁量は、意外にも除去され、そして、政治と行政とは完全に法制化されるように思われる。あらゆる、政治上の目的適合的な問題は、法律上の問題と化す。」このアレクシ

1の原理構成に対し、シュタルクは、原理の再解釈を提案する。「最適化命題は、法概念の倫理的契機を根拠づけるためには、必要ない。：原理は、遵守されねばならない、という意義において、それは、枠組みを設定するが、しかし、いかなる場合にも最適化されねばならぬことはないという、より弱い前提を容認することで、十分であるはずであろう。その場合には、民主制的に選出された機関の政治に、活動余地が残されよう」と。

最後に、憲法を「枠組み秩序」と捉えるシュタルクの思考論理上の構成からは、憲法規範を、行為規範と統制規範とに二層化する発想の不当性が指摘される⁽³⁷⁾。その理由は、両者とも、同一の憲法規範から導出されるのであり、このような分離によってなかが実現されるのか、また、それはどのように根拠づけられるのか、が問われる。とりわけ、機能法的根拠からすれば、行為規範といわれる規範は、政治的に活動する国家機関に対する規準を含む規範ではない、といえるからである⁽³⁸⁾。

- (1) Vgl. Ch. Starck, Rdnr. 1.
- (2) Vgl. ① P. Urruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, Mohr Siebeck 2002, S. 7; ② ders., Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein Verfassungstheoretischer Vergleich, Duncker & Humblot 2004, S. 25, 45f. 自律性^と_と P. Urruh, ①, S. 7f.; ders., ②, S. 26ff.
- (3) 憲法概念の構造的要素^と_と vgl. P. Urruh, ①, S. 9ff., 73ff.; ders., ②, S. 29ff. 実質的要素^と_と vgl. P. Urruh, ①, S. 13ff., 98ff.; ders., ②, S. 37ff.
- (4) これにつき、菟原明「人間の尊厳論—クリスティアン・シュタルクの憲法構想について」(大東法学第一三巻第一号)一頁以下、同「人間の生命はいつ始まるか—Ch・シュタルクの『人間の尊厳』論との関連で—」(大東文化大学法学研究所報第二四号、二〇〇四年)一頁以下をみよ。
- (5) これにつき、菟原明『民主制的憲法国家』の基礎としての『宗教』の役割—クリスティアン・シュタルクの憲法構想の理解のため—」(大東法学第九巻第一号)三三頁以下をみよ。

- (6) これにつき、菟原明『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—(大東法学第一四卷第一号) 一〇一頁以下をみよ。
- (7) 以下、憲法の規範性に関する論述につき、vgl. Ch. Starck, Rdrrn. 1-4.
- (8) W・クレマーも、「基本法は、ドイツの法学と裁判の確固とした確信からすれば、厳密な意義で規範的憲法であり、…そこから、憲法解釈にとって、憲法解釈は、立法者をも含む、三つの国家権力に形成活動余地を確定する、ということが帰結する。権限諸規定の解釈は、公権力の区々の担い手に行方力と形成力を関係づけるのに決定的であるが、一方、立法者の形成自由は、基本権の保障を通じて限定されている」というとき、シュタルクと同様な思考を展開している、というよう。これにつき、vgl. W. Cremer, Freiheitsgrundrechte: Funktion und Struktur, Mohr Siebeck 2003, S. 14ff.; ders., Der sog. objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts. Ein kritische Würdigung eines „Grundbestandes des Grundrechtswissens“, in: W. Erbguth, F. Müller u. V. Neumann (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, Duncker & Humblot 1999, S64ff. など。U. Karpen, Buchbesprechung: Wortgang Cremer, Freiheitsgrundrechte. Mohr Siebeck Verlag, Thübingen 2004, XXI, 570 Seiten, Ln, 114,-€. in: Die öffentliche Verwaltung, März 2005, H. 5, S. 222f.—など。D・カレンゼ「Wortgang」と記す。また、二〇〇四年とするが、「Wortgang」二〇〇三年の誤記であろう。本書の書評をめぐり、vgl. K.-E. Hain, JZ 60. Jg., 2005, S. 720f.) は、近年の基本権教義学の傾向ともうかがい、基本権論の「生産過剰の危機」に対抗して、これを克服しようとして、可能な限り単純な基本権教義学を(再び)発掘し、基本法の基本権を、自由権および保護権と理解しようとする尽力が諸教授資格請求論文においてみられる、という。これに、G. Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Nomos Verl., 1988 など。G. Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz, Mohr Siebeck 1999; Th. Koch, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, Mohr Siebeck 2000; M. Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, Mohr Siebeck 2000; R. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, Mohr Siebeck, 2003等がしたがっている。W・クレマーの上記著書も、「基本権を、基本権の人間の自由を保障する機能において、果たたはるべき可視的役割を担っている」という。なお、この最近の基本権理論に関する論稿で、興味を引く業績としてはたつと、vgl. K.-H. Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Mohr Siebeck 2004; 非難など。J. F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, Mohr Siebeck 2005; M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Mohr Siebeck 2005 (本書の書評をめぐり、vgl. K.-E. Hain, JZ 60. Jg., 2005, S. 939f.) など。
- (9) Vgl. J. Isensee, Die Normativität der Verfassung und der politische Prozeß, in: A. Kimmel (Hrsg.), Verfassungen als Fundament und Instrument der Politik, Nomos Verl., 1995, S. 28. など。J・イゼンセーの一九九八年来日時の諸講演をめぐり、

つかの既発表論文の翻訳として、ヨーゼフ・イゼンゼー著、ドイツ憲法判例研究会編訳『保護義務としての基本権』（信山社、二〇〇三年）がある。

- (9) Vgl. H. A. Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Mohr Siebeck 2000, S. 95. ユーレンは「この一文を引き続つてヤン・R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Suhrkamp 2003, S. 122ff.; Ch. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders., Der demokratische Verfassungsstaat, Mohr Siebeck 1995, S. 53を引証して、「包括的な憲法裁判権の導入と展開は、憲法の意味を、圧倒的に法的なものに裁判適合的なものよりも錯着し、中心においた」と指摘する。なお、基本法下での不文の基本権問題につき、H. H. Rupp, Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz, JZ 60. Jg., 2005, S. 157ff. は、基本法第二条第一項が、学説や裁判において「受け皿基本権 (das Anfangsgrundrecht)」として解釈されてきた」という事情から、不文の基本権に対する無関心がみられるが、基本法下での不文の基本権として、①共同体の命運に関する共同決定を求める主観的権利である、デモス (Demos) の構成員としての市民 (Citoyen) の最も重要な、もともと根本的な政治的基本権 (S. 157f.)、②行政法だけではなく、基本権にも規定されていない、「国家」によって個人に加えられた不法行為の除去に関する一般的規律 (S. 158ff.)、そして、③非物質的な個人の諸法益 (例：生命、健康) に対する公権力の侵害に際しての基本権上の犠牲損害賠償請求権 (S. 160) 、「という三つの基本権例をあげろ」。

- (11) たゞせば、「同意」の問題につき、Ch. Starck, Nationaler Grundkonsens und Verfassungsgerichte, in: ders., Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck 2002, S. 333ff.
- (12) シュタルクの「憲法解釈」論稿以後の論稿での同様の指摘は、たゞせば、vgl. Ch. Starck, Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat, in: Ch. Starck (Hrsg.), Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat. Zweiten deutsch-taiwanesisches Kolloquium vom 26. bis 28. September 2002 in Taipei, Nomos Verl., 2004, S. 21.
- (13) 民主制的憲法国家における憲法の存立にとって、市民のもつ倫理的・政治的意識の重要性を問うた論稿として、vgl. Ch. Starck, Vom Grund des Grundgesetzes, Edition Interfrom・Zürich 1979 [本書の翻訳として、廣田健次監訳、渡辺中／酒井喜恵子共訳『西ドイツ憲法の基礎理念』(有信堂、一九八七年)]。
- (14) なお、J・イゼンゼーは、Fn. 9の論稿のなかで、憲法が規範性を獲得し得る条件として、「憲法は、それが妥当性を要求する社会が、平穏であり、また、紛争が憲法において緩和されつづけ、憲法に極端に熱狂することがない場合にのみ、規範性を獲得できるにすぎない」(S. 41)と説き、そして、「憲法の規範性は、市民と公職の担い手 (Amtsträger) の同意を見出すかぎりにおいてのみ、

保持せらるべきなり」(S. 44) といふ。

- (15) Vgl. E.-W. Böckenförde, in: Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Suhrkamp 1991, S. 16f.; ders., Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 57f.
- (16) Vgl. Ch. Starck, Rdnr. 5f. シキヤクニテハ「基本法を断片的な法秩序と理解するよりも法的なものである」といふ。Vgl. H. A. Wolff (Ann. 10), S. 164, Ann. 217; J. Isensee, HStR, Bd. VII, 1992, §162, Rdnr. 51.
- (17) E.-W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, S. 58ff. 「憲法は、典型的に政治的な行動過程と決定過程のための枠組み条件および手続規則を確定するだけである」として、個人、社会および国家の關係のための基本(原則)決定を行うが、しかし、司法上また行政適合的意義で確かな執行可能とすべき個別規律を含まなう。…解釈方法論上の局面のまじりの、憲法と法律との主張せらるべき的同等性だが、擬制である」といふ。
- (18) 「日本のみならず」 vgl. P. Urruh, ①, S. 408ff.; ders., ②, S. 32f.
- (19) Vgl. Ch. Starck, Rdnr. 5; K.-E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, Nomos Verl., S. 181ff.; M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Mohr Siebeck 1999, S. 72ff.; M. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Ein verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Mohr Siebeck 2001, S. 40f.; D. Buchwald, Prinzipien des Rechtsstaates. Zur Kritik der gegenwärtigen Dogmatik des Staatsrechts anhand des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Shaker Verl., 1996, S. 204 ff.
- (20) G. F. Schuppert/Ch. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegung zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eingeständigkeit des „einfachen“ Rechts, Nomos Verl., 2000, S. 32ff.
- (21) Vgl. H. Huba, Theorie der Verfassungskritik, am Beispiel der Verfassungsdiskussion anlässlich der Wiedervereinigung, Duncker & Humblot 1996, S. 100.
- (22) 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. 24ff.
- (23) Vgl. Ch. Starck, Rdnr. 7ff.
- (24) 「具体化」概念の多義性といふ。M. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Mohr Siebeck 2001, S. 37ff. だが、「憲法法の規範を」個別的

事例に適用し得るためには、その具体化（強調は原文）が必要である。具体化された憲法としての行政法という、連邦行政裁判所初代長官フリッツ・ヴェルナーの著名な言葉のなかで、この認識は、憲法上の共有財産へと受け入れられた。だがしかし、この概念は、多義的であるだけでなく、憲法理解にとってのその意味の点で多層的でもある（S. 37）と指摘することで、具体化概念が一義的概念ではないことに注意を向ける。

- (25) Vgl. Ch. Starck, Rdmr. 6. J.・イゼンゼーは、シュタルクをも引証しつつ、基本法の枠組み性格につき、「基本法の秩序づけ構想は、計画的に (planmäßig) に不完全である。それは、国家生活を総じて規律するのではなくて、国家生活に、ただ法的枠組みを与えるべきである。一方で、この枠組みは、国家生活に枠と拠り所 (Fassung und Halt) を提供し、他方で、国家生活に発展へ向けての余地と、この国家生活が、諸規則 (Regeln) のもとで窒息させられることを防止する」(Fn. 9, S. 30) といひ、また、「憲法は、政治過程そのものを保障するのではなくて、政治過程の基本権上の枠組み条件を保障する」(S. 36) ともいふ。

- (26) Vgl. Ch. Starck, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, in: ders., Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck 2002, S. 347 ff.

- (27) Vgl. M. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 40f.

- (28) これにこきたとせば、Ch. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: ders., Der demokratische Verfassungsstaat, Mohr Siebeck, 1995は、「裁判官による法の継続的形成につき、それは、「法律上の規律は、個別的諸事例を顧慮すれば、多かれ少なかれ不完全であるだけでなく、往々にしてまた、一般的な規律自体も、不完全であり、未完成であり、不明瞭であり、あるいは、状況の変化の故に不適合でもある」という事情に依存する」(S. 80f) といひ、「裁判官による法の継続的形成の限界に関して、裁判官の憲法上の拘束強度の五類型論を展開する」(S. 87f); ders., Zum Problem der richterlichen Rechtsfortbildung, in: ders., Praxis der Verfassungsauslegung, Nomos Verl., 1994, S. 220f. 又は「ソラヤ決定」[同決定につき、渡辺康行執筆、「裁判官による法形成とその限界—ソラヤ決定」(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)三八四頁以下をみよ) に対するその批判的な論評のなかで、「裁判官の法の継続的形成にとっての限界は、法の継続的形成が、法を『憲法にいつそう近づける (Verfassung näherrücken)』か、または、法の継続的形成が、『後退 (Rückschritt)』を意味するかに応じて、それぞれ別様に劃される。法の継続的形成に関する憲法裁判所の見解 (Befund) の判断基準は、もはや法律ではなくて、憲法へ向かう傾向である。これとともに、連邦憲法裁判所は、新たな規準もつ。そこから、二重のことが帰結する。第一に、憲法上許容される裁判官の法の継続的形成の限界、すなわち、権限問題は、もはや形式的 (formal) 判断基準にしたがって規定されない。第二に、実体的 (materiell) 審査基準からみれば、連邦憲法裁判所は、もはや、統制を受ける法行為が憲法に違反するかどうか、を決定する必要はない。…連邦憲法裁判所は、もはや憲法規範で測定するだけではなくて、また憲法上の傾向性でも測定するならば、この

ことは、憲法裁判権のいっそうの拡大に帰着する」と説く。

- (29) Ch. Starck, Rdnr. 7は、「憲法が枠組みと考えられるならば、しかもまさしく、政治的活動可能性のための枠組みと考えられるならば、憲法法の観点のもとで問題となるのは、解釈の手段でもってこの枠組みを規定することだけである」という。とはいえ、Ch. Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchung über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Nomos Verl., 1998, S. 40が(基本権拘束の問題と関連して)いのように、「基本権拘束の問題は、立法者は、彼が、憲法を通じて基本権を限定し、これを授權されているところで、また、基本権に拘束されるべきである」というパラドックス的狀況から生じる」ことを指摘するが、このような指摘は、立法者の形成自由と、憲法の枠組み内におけるその制約、という判断の妥当性をめぐって、同じようなパラドックスを発生するかもしれない。なお、F. Reimer, Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz, Duncker & Humblot 2001, S. 107は、枠組み秩序としての憲法を、「その都度の諸カテゴリーにおいて完全な規律 (Volregelungen) と部分的規律 (内部秩序と枠組み秩序) からなる混合モデルとみなされなければならない。…この精確化でもってのみ、枠組み秩序としての憲法を語ることに有意義となる」と説く。

(30) Vgl. P. Uhrub, ①, S. 408ff.; K.-E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, S. 131ff.

- (31) R・マントシー自身の「規則」―「原理」の定義については、vgl. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Suhrkamp 1994, S. 71ff, insbes. 75ff; ders., Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Suhrkamp 1995, S. 268f. [小山剛訳「主観的権利及び客観的規範としての基本権 (一)」(名城法学第四三巻第四号一七九頁以下)、同訳「同 (二)」(名城法学第四四巻第一号二二二頁以下) 参照] ちなみに、Ch. Starck, Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg: Br./München 1992 Alber 215 S., in: Der Staat 1993, S. 476ff. マントシーの強みは、概念的な明快さである、という。これと類似の指摘をしたことが、Borowski, Grundrechte als Prinzipien, Nomos Verl. 1998, S. 80は、マントシーの原理理論の重要な業績は、基本権の根拠づけ構造の合理的な再構成という点に存する、という。R・マントシーに関するわが国の文献として、渡辺康行「憲法学における『ルール』と『原理』区分論の意義―R・マントシーをめぐる論争を素材として―」(樋口陽一・上村貞美・戸波江二編集代表『日独憲法学の創造力 栗城壽夫先生古希記念(上巻)』(信山社、二〇〇三年))一頁以下参照。また、小山剛著『基本権の内容形成―立法による憲法価値の実現』(尚学社、二〇〇四年)第六章をみよ。

- (32) Vgl. B.-O. Byde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, Nomos Verl., 2000, S. 62, Anm. 18. M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 208ff. 「原理に適合する法適用の形式は、考量であ

る。これとは対照的に、規則を特徴づける適用の形式は、考量自由な包摂 (die abwägungsfreie Subsumtion) である」と、両者を特徴づける。「包摂」の問題につき、vgl. J. Bung, Subsumtion und Interpretation, Nomos Verl., 2004.

- (33) Vgl. R. Wahl (Fn. 10), S. 148. そうであれば、当然に、ある法律が枠組み内にあるかどうかの問題は、当該法律が憲法適合的か憲法適合的でないかの問題となる。

- (34) Vgl. Ch. Starck, RdNr. 6. また、Ch. Starck, 《Grundversorgung》 und Rundfunkfreiheit, in: ders., Praxis der Verfassungslegung, S. 159f. など、放送の自由と関連して、「最高度に不確定な最適化命令をもって、連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所が好みに応じてそれぞれ操作し、また、民間放送法に反対し得る、一つの媒体を創設した。最適化命令は、民主制的に選出された立法部の行為を審査する憲法裁判所にとっての統制規準としては、不適切である。何故なら、最適化命令は、立法者を、憲法裁判所の政治的後見のもとにおくこととなるからである」という。シニタルクと同様の批判的な指摘につき、vgl. M. Dolderer, Objektive Grundrechtsgelt, Duncker & Humblot 2000, S. 292; Ch. Bumke, Der Grundrechtssvorbehalte, S. 167; J. F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 53f. 以下の「最適化命令」としての原理」を詳細に批判するのな、M. Jestaedt, Grundrechtssent-faltung im Gesetz, 1999, S. 95ff. また、R・マンツシーに批判的な立場をとりつつも、これを一定度支持するのにはたまたま、vgl. K.-E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, Nomos Verl., 1999, S. 95ff.; シニタルクの憲法の枠組み構想の観点からの最適化命令に対する批判につき、S. 131ff.

- (35) Ch. Starck, Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts, in: Der Staat 1993, S. 475f.

- (36) Vgl. v. Mangoldt・Klein・Starck (Hrsg.), GG, Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Verl., Franz Vahlen 1999, Bd. 1, Art. 1 RdNr. 142.

- (37) Vgl. Ch. Starck, RdNr. 14. また、Ch. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, Mohr Siebeck 2001, S. 589ff. もみよ。彼は言う、「とりわけ明瞭でないのは、どの点に、統制規範の内容を超える行為規範の規範的内容が厳密に存するべきか、また、どこから、この内容はその拘束性を引き出し得るべきか、である」(S. 590) など。

- (38) Vgl. F. Reimer, Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz, Duncker & Humblot 2001, S. 349f. 「諸規範は、機能規範と統制規範として役立つ。機能規範 (もしくは行為規範ないし規程規範) は、第一次的規範名宛人に対する規律強度 (die Regelungsintensität) を規定し、統制規範は、事後審査審級に向けられる。両機能は、理想的な場合には一致するが、一方、統制機能は、権限根拠から決定機能 (die Bestimmungsfunktion) に劣後するかもしれない」という。

三 憲法解釈の方法

これまで、憲法規範の法的性格につき、その規範的性格および枠組み秩序性格を軸に、シュタルクの思考を検討してきた。このことを前提にして、つぎに追究されねばならないのは、「一定の事例状況 (eine bestimmte Fallkonstellation) において、どのような方法で、憲法は国家活動を規定しているのか、を確認しようとする場合には、当該憲法規範の意義が探求されねばならない」とシュタルクがいうときの、「憲法規範の意義の探求」、すなわち、「憲法解釈」の問題⁽¹⁾である。

憲法解釈の方法理解をめぐっては、概括的にいえば、F・C・V・サヴィニーのいう法律学的解釈の四要素、すなわち、「文法的 (grammatisches Element)」、「論理的要素 (logisches Element)」、「歴史的要素 (historisches Element)」、そして「体系的要素 (systematisches Element)」を基調としつつ、サヴィニーが、「この四要素をもって、法律内容に対する洞察は完了する」⁽²⁾としたところで、これになにものかを、たとえば、「目的論的要素 (teleologisches Element)」「すなわち立法理由 (ratio legis)」、規範目的、等々を付け加えることで、必要な変更を施す (mutatis mutandis) 立場と、このような伝統的、古典的な解釈規準を基本法、とりわけ、基本権解釈の方法としては旧態化しているとして、これに替えて「憲法の具体化」⁽³⁾を企図する立場とがあるといえよう。なお、ここで、シュタルクの憲法解釈の方法理解を検討するにすぎだつて、シュタルクのそれをよりよく知るために、どのような方法理解が展開されているか、とくになんらかの意味で、サヴィニーに注意を払っているとおぼしき者のそれをみておく。

1 いくつかの憲法解釈方法論

(a)たとえば、R・ドライヤーは、憲法法律 (Verfassungsgesetz) は、他の法律に対して特殊性 (例…政治的・国家的秩序の根本法、加重された可変性、憲法の中核的内容の高度のイデオロギー親縁性) を示しはするが、しかし、その違いは、漸進的であるにすぎず、原理的ではないとして、「憲法法律の特殊性は、法律解釈としての憲法解釈の性格に関して、原則的なことを変更しはしない⁽⁴⁾」、という。彼は、シュタルクと同様に、憲法解釈と法律解釈との相違を否認する立場に立って、サヴィニーのいわゆる四要素論は、今日の法律学的方法論では、七つの解釈の要素 (Elemente = Regeln, Canones, Methoden) に区分される、とする。すなわち、「言語的 (Verbal) (文法的、言語学的) 要素」、「論理的 (概念分析的) 要素」、「発生的 (成立史的) 要素」、「教義史的 (理論史的、問題史的、制度史的) 要素」、「体系的要素」、「比較的 (法比較的) 要素」、「目的論的要素」(立法者の主観的目標観念と法律の客観的な社会的機能に分かれる⁽⁵⁾)、である。

(b) R・アレクシー⁽⁶⁾は、「解釈の諸手段は、論拠づけ (Argumente) である。…この論拠づけの形式、類型または態様は、解釈の『要素 (Elemente)』、『判断基準 (Kriterien)』、『方法 (Methoden)』もしくは『規準 (canones)』と呼ばれるが、今日にいたっても、一般的に同意を得た分類はない」と断ったうえで、歴史的にみて成果のあったそれは、サヴィニーの四要素分類論であると、これを評価する。そして、新たに、彼は、つぎのような分類を提示した。まず、直接か間接に、実定法の権威に拠り所を求める「制度的論拠」の群として、①言語学的、②発生論的、③体系的論拠を、そして、その力を唯一その内容的正しさから引き出す、④一般的実践的論拠 (＝「実質的論拠」)、を提示する。さらに、彼は、これらの論拠づけの分類を詳論する。①の「言語学的論拠づけ」は、規範に含まれる言語表現の意味に支えらるる「意味論的論拠づけ」と、規範の文法上の構造が問われる「構文的論拠づけ」とに下位区分されるが、実践的重要性をもつのは、意味論的論拠づけであるとされる。②の「発生論的論拠づけ」では、歴史的立法者の事実上の意思が問わ

れ、それは、歴史的立法者が、一定の表現と一定の意味とを結合した、と主張する主観的・意味論的論拠と、歴史的立法者が、解釈すべき規範をもって、一定の目的を追求しており、そして、ある一定の解釈が、この目的を達成する最善の手段である、ということを対象とする主観的・目的論的論拠とに分けられる。③の「体系的論拠」は、法体系の統一性と首尾一貫性の理念に拠る。これは、さらに、首尾一貫性確保的 (konsistenzsichernd) 論拠、文脈的 (kontextuell) 論拠、概念的・体系的 (begrifflich-systematisch) 論拠、原理論拠 (Prinzipienargumente)、特殊法律学的 (speziell juristisch) 論拠、先例的 (präjudiziell) 論拠、歴史的 (historisch) 論拠、比較 (komparativ) 論拠、の八つの下位グループに区分される。このような制度的論拠に対して、実定法の権威によるのではなく、実定法そのものの正しさもしくは不正を問う論拠づけともいべき④の「一般的実践的なまたは実質的論拠」は、解釈の結果 (Folgen) に志向し、最終的には善 (Gut) の観念に拠る目的論的 (teleologisch) 論拠と、結果とは無関係に、なにが正でありまた不正であるか、を主張する義務的 (deontologisch) 論拠とに分かたれる、とこれを区分する。⁽⁷⁾ ここでは、アレクシーは、いわば実証主義的なレベルでの論拠づけと非実証主義的なレベルでの論拠づけという、両レベルからの論拠づけのアプローチを採っている、といえよう。

(c) G・ハヴァーカーテは、「方法は、結果を産出し、正当化すべきではあるが、望まれる結果が、方法の選択を決定すべきではない」⁽⁸⁾との結果と方法の分離を前提に、解釈の規則は論拠づけの規則であることから、これをごく単純化して初学者には、解釈の四規準 (文言、成立史、体系性、規範の意義と目的) が説明されるが、この法律学的方法論では、何故に、個別的事例において、これらの四規準のいずれかに決定的重点が与えられるべきか、という、唯一決定的な問いに応えることはできない、と指摘し、「概念志向 (関連) 的論拠づけ」⁽⁹⁾、「目的論的論拠づけ」そして「規範テクスト志向 (関連) 的論拠づけ」、という三つの論拠づけ類型を提示する。その理由は、「三つの論拠づけ類型論は、解釈の

四規準という伝統的理論(…)をよりよく理解し、そして、歴史的に条件づけられた誤解を一掃する可能性を提供する」からである、と。それとともに、彼は、伝統的解釈規準論と三論拠づけ論との相関関係につき、①規範テキスト関連的論拠づけは、文言からの解釈に相応する、②概念関連的論拠づけは、「体系的」解釈要素に相応する、③目的論的論拠づけは、そのアプローチにおいて、規範の背後に、法制度の背景にある歴史的な作用原因(Wirkursachen)をともなう論拠づけである、と説く。ハヴァーカーテは、四論拠づけ類型論ではなく、三類型論を採る理由を説明して、伝統的な解釈要素である成立史が欠落しているのは、すべての論拠づけ類型にとって、必然的な構成要素の故である、という⁽¹⁰⁾。では、これら三類型は、法的问题の検討に際して、どう構築されたのか。それは、彼によれば、以下の段階づけによる。まず第一段階では、規範関連的論拠づけ、第二段階では、概念関連的論拠づけ、そして、第三段階では、目的論的論拠づけによる、という段階を経ることを通じて、である⁽¹¹⁾。

(d) D・ローセルダーズとW・ロートは、シュタルクと同様に、憲法解釈と法律解釈との間で、解釈方法に相違はないとの立場に立ち、「法律解釈にとって決定的な諸方法は、憲法規範の解釈に対しても妥当する。何故なら、憲法も、まず第一に法律であり、それ故に、憲法を、方法論的な観点において、原則として他の法律と別様に扱う必要はない⁽¹²⁾、とする。このような立場を前提にして、彼らは、立法過程を顧慮して、法適用者の解釈過程を、四段階の過程として捉える⁽¹³⁾。彼らのいうところを概略すれば、法適用者は、①第一の解釈段階では、考察される規範内容を、そのテキストから探知する、②第二段階では、立法者の事実上の規律決定を確定する、③第三段階では、立法者の事実上の価値決定を見つげ出す、④第四段階では、立法者が既存の問題を認識したであろうとき、彼が、どのような価値決定を、推定するに行ったか、また、行ったはずであろうか、という問いに応えるとするものである、という⁽¹⁴⁾。このような四段階過程に対応する法解釈の方法の規準として、彼らは、この四段階論に、サヴィニーの要素論を基礎に必要な変更を加えた規準

を対応させる。⁽¹⁵⁾すなわち、①の段階には、文法的・体系的解釈が、②および③の段階には、歴史的・発生論的解釈が、④の段階では、目的論的解釈が、対応するとされる。

(e)最後に、ごく最近の著作から、古典的解釈規準を基礎に解釈方法論を構想する、それもシュタルクの解釈方法論に原則的に依拠し、これを構想する者として、P・ツァールの説くところをみておこう。彼は、まず、「憲法解釈の難しさは、その拘束力のある確定をともなう規範性とともな、その開放性と広がりをもなう基本権規範の動態性をも十分に考慮すること、という点にある」⁽¹⁶⁾、との認識を前提にして、憲法解釈方法論につき、サヴィニーの法律解釈の四要素論に基礎をおく、後述シュタルクの説く憲法解釈の規準論に原則的に依拠しつつ、以下のようにいう。「憲法解釈は、また一切の他の法律解釈のように、四つの古典的解釈方法に基礎をおく。この方法によれば、法テキストは、歴史的、目的論的（それ故、意義と目的にしたがって）、文法のおよび体系的視点から解釈され得る。解釈規準を、一八三八／三九年に現代の法のために再発見したフリートリッヒ・カール・フォン・サヴィニーは、その法律解釈の理論を、ただ私法にだけ適用しようとした、という非難は、説得的ではあり得ない。サヴィニーがこの見解にいたったのは、当時は、公法上の裁判権が存在しなかったからである。今日では、『公法に關しても、明瞭性と法律学的操作可能性につき、原則として私法と同一の前提が設定されている』（Ch. Starck, Rdhr. 17からの引用—引用者補）。古典的解釈規準（die klassischen Auslegungscanones）は、憲法解釈にとっても、明らかに放棄できない」⁽¹⁷⁾し、また、それ故に、「古典的解釈要素を補完する観点には、憲法解釈の枠組みにおいて必要ではなく、それ故に、拒否され得る」⁽¹⁸⁾、と。とはいえ、彼は、規範的憲法内容と憲法言述に内在する動態間の緊張関係を、目的論的要素こそが、社会の価値変遷に対して個別的門戸を開き、動態的な発展になじむが故に、それは、憲法解釈の中核的要素をなす、と位置づけることで、その解決を図ろうとする。すなわち、「規範的憲法内容と憲法言述に内在する動態間の緊張関係は、憲法解釈の枠組みにおいて、解釈

要素の完結したカタログ（歴史、目的、文言および体系性）を通じて解決される。：憲法解釈の枠組みにおいて、目的論的解釈は、社会の価値変遷の個別的門戸として認識される。それは、憲法解釈に必要な程度の開放性を開く。独立の解釈要素として機能する歴史的、体系的そして文法的解釈は、それらに欠如するかもしくは少なくとも非常に限定された、動態的な社会の諸発展の捕捉の可能性を通じて、その解釈内容の点で目的論的解釈の限界を意味する。：しかし、憲法解釈の枠組みにおいて、唯一、動態的な価値変遷を捉えることのできる目的論的解釈に、中心的役割が割り当てられる。規範の意味内容が、疑いの余地なく究明され得ない場合には、ひとは、この規範の意味内容に、その他の解釈要素の枠組み設定を通じて接近することができる⁽¹⁹⁾、と。

このように、P・ツァールは、一方で、基本法規範の解釈は、もっぱら古典的な解釈要素である、歴史（Historie）、目的（Telos）、文法（Grammatik）および文言（Wortlaut）にしたがうべきであり、そして、基本法規範の目的論的解釈だけが、動態的な社会の発展に接近可能であるが故に、基本法解釈の中心におかれる、と主張するが、他方で、それ以外の解釈要素は、目的論的解釈による基本法規範の許容される憲法変遷に限界を劃する機能を果たす、と説くのである⁽²⁰⁾。このような、目的論的解釈の解釈における優位性を説く彼の立場は、たしかに、この点では、目的論的解釈の後位性を説くシュタルクの立場⁽²¹⁾とは見解を異にするであろう。

(1) この点については、vgl. Ch. Starck, RdMn. 7-23; なお、(憲)法解釈に際しての規範と事実との相互関連性の問題については、vgl. Ch. Starck, Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: ders., Der demokratische Verfassungsstaat, Mohr Siebeck 1995, S. 71ff.

(2) Vgl. F. K (C). v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Scientia Verlag Aalen 1973, Bd. 1, 206ff., insbes. 212ff. + ヴィニエーの法律解釈論を詳細に展開する論稿の「175」頁、vgl. U. Huber, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in

heutiger Sicht, in: JZ 58. Jg, 2003. フーバーは、本稿で、「サヴィニーのテクストを、現実の (aktuell) テクストとして現在化し、解釈することで、それが、あたかも今日書かれたかのように、解釈する」(S. 1) ことを企図する。サヴィニーによれば、解釈においては、「法律または立法者の『意思』の探求が肝要なのではなくて、法律のうちに言明された『思想の』再構成的確認 (die re-konstruierende Feststellung) が重要である。」(S. 2) が、サヴィニーが、解釈四要素のもとで (S. 5ff.) 問うたのは、解釈準則の「定立」ではなく、その「分析」であるとして、フーバーは、以下のようにいう。「サヴィニーの解釈論は、本来的に法律学的『方法論』と捉えられてはならず、…彼が提示したのは、解釈の理論であり、それは、解釈過程の観察から導き出された。それは、規準の定立ではなくて、その分析が問題であった。…サヴィニー自身、分析について語る。法律の解釈の『固有のこと』は、『われわれが、それ (sic. 解釈) を、その構成要素へと分解する場合に』示される。この構成要素を、彼は、化学的分析過程との類推において、解釈の『要素 (Element)』とよんだ。この理論は、二つの機能をもつ。一つは、発見的機能である。…そして、批判的機能である…」と。サヴィニーの目的論的要素の排除と解釈の補助手段の問題につき、S. 8ff. をみよ。また、児玉寛「サヴィニーの『法制度論』—理論と実践の架橋」〔村上淳一編『法律家の歴史的素養』(東京大学出版会、二〇〇三年) 二九頁以下] もみよ。

- (3) 伝統的な解釈準則にもとづく憲法解釈に対し、憲法解釈の問題を、憲法の「具体化」と捉えるのはたとえば、vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. überarbeitete Aufl. C. F. Müller 1993, S. 25ff. もともと、K・ハッセは、解釈の限界として、「それにも拘わらず、不文法は、成文憲法 (constitutio scripta) と矛盾してはならないが故に、成文憲法が、憲法解釈の乗り越えることのできない限界である。この限界は、憲法の合理化、安定化そして権力制限化を行う機能の前提である。それは、解釈を通じての憲法変遷の可能性を含む。それは、憲法破棄—個別事例における条文からの背馳—と、解釈を通じての憲法変更を排除する。解釈者が、憲法を無視するところでは、彼は、もはや解釈をしているのではなく、憲法を変更しもしくは憲法を破棄している。」(S. 29) というとき、シュタルクのいう「枠組み秩序」としての憲法理解との相違は、結果的にはそれほど大きくはない、とつうべきか。なお、K・ハッセは、二〇〇五年三月一五日その生涯を閉じた (これらにつき、vgl. P. Häberle, Zum Tod von Konrad Hesse (1919 bis 2005), in: AöR 2005, Bd. 130, H. 2, S. 289ff.; JZ 9/2005, S. 454f.)。憲法の具体化につき、vgl. H. A. Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Mohr Siebeck 2000, S. 162ff.; J. F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, Mohr Siebeck 2005, S. 128ff., insbes. 133ff.

- (4) Vgl. R. Dreier, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: ders., Recht—Moral—Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Suhrkamp 1981, S. 106f.

- (5) Vgl. R. Dreier (Fn. 4), S. 114.

- (6) Vgl. R. Alexy, Juristische Interpretation, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Suhrkamp 1995,

S. 83ff.

- (7) R. Alexy (Fn. 6), S. 89ff. は、これらの論拠づけの相互関連性につき、「二つの態様の法律学的論拠づけの規則がある。第一グループの規則は、あらゆる論拠を、いつ、どのよう¹に使用するかに関連するが、第二のそれは、衝突事例において、どのように重点が置かれ得るか、に関連する。第一グループの重要な規則は、すべての関連する論拠が顧慮され得る、ということである。第二グループの規則は、優先規則 (Vorrangregeln) である。…第二の優先規則は、一般的な実践的または実質的論拠に対する、制度的論拠の一応の優先を含む。…」と云ふ。
- (8) Vgl. G. Haverkate, Normtext-Begriff-Telos. Zu den drei Grundtypen des juristischen Argumentierens, C. F. Müller 1996, S. 2ff.
- (9) G. Haverkate (Fn. 8), S. 8ff.
- (10) G. Haverkate (Fn. 8), S. 45ff.
- (11) G. Haverkate (Fn. 8), S. 48.
- (12) Vgl. D. Looschelders/W. Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, Duncker & Humblot 1996, S. 204ff.
- (13) D. Looschelders/W. Roth (Fn. 12), S. 119ff.
- (14) D. Looschelders/W. Roth (Fn. 12), S. 124. 同頁のこの四段階に関する段階図式もみよ。
- (15) D. Looschelders/W. Roth (Fn. 12), S. 129ff. また、S. 193の図式もみよ。
- (16) Vgl. P. Zaar, Wann beginnt die Menschenwürde nach Art. 1 GG?, Nomos Verl., 2005, S. 26.
- (17) P. Zaar (Fn. 16), S. 30.
- (18) P. Zaar (Fn. 16), S. 34.
- (19) P. Zaar (Fn. 16), S. 37f.
- (20) P. Zaar (Fn. 16), S. 110ff. は、「人間の尊厳はいつ始まるか」の問題につき、これらの解釈要素を、基本法第一条第一項に適用して説明している。
- (21) Vgl. Ch. Starck, Rdnr. 22.

(二〇〇五年九月二二日提出)

【今は亡き杉藤忠士先生には、その生前中ひとかたならぬお世話になりました。感謝と哀悼の念をもって、今はただご冥福をお祈り申し上げます】