

「憲法解釈」論(二)

——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、本誌第一五巻第一号)
 - 2 シュタルクの憲法解釈方法論(以上、本号)
- 四 基本権解釈とその個別的課題
- 五 おわりに

2 シュタルクの憲法解釈方法論

1 シュタルクは、法律解釈の方法と憲法解釈の方法間の区別を否認し、基本法の法的性格を「厳密な意義での規範的憲法」と捉え、それとともに、その「枠組み性格」を強調する立場から、基本法の規範的意義の探求、つまりは、基本法の解釈は展開されるべきであるとする。シュタルクはいう。「一定の事例状況(Fallkonstellation)において、ど

のような方法で、憲法が国家活動を規定しているのかを確認せんとする場合には、当該規範の意義が探求されねばならない⁽¹⁾、と。このような探求の拠るべき解釈の方法として、そこに持ち出されたのが、いわゆる古典的な解釈規準 (Auslegungscanones—以下、*canon* は規準と訳出する)⁽²⁾ である。そして、このような解釈規準にもとづいて、法を適用する者 (通例は、裁判官) 各専門裁判所が想定されようが、とりわけ重要なのは連邦憲法裁判所裁判官 (連邦憲法裁判所) は、一般的に定式化された規範 (典型的には、法律) と一定の事実関係との構成の相互連続的 (*nacheinander*) というよりもむしろ、相互共時的な (*miteinander*) 相互関連性を顧慮しつつ⁽³⁾、新たな現象が規範によって捕捉されるかどうかを審査し、評価する、という創造的行為である解釈の主要課題を遂行することになる。シュタルクはすでに早くこの点につき、「法律の適用は、意思の要素を含む創造的な認識行為である。何故なら、特定のそして個別的な行動規範 (*Verhaltensnorm*) の形成は、開かれた、たいていは概括的な行動規定への機械的な包摂を通じて行われ得るのではなくて、むしろ、第一に、立法者が、裁判官の眼前にある具体的な問題 (*Konkretheit*) という点ではまだ知らなかった、現実領域を把握することを要求するのであり、そして、第二に、この事実状況と関連する法律の規範性の確定を前提とするからである。法律は、その範囲からして判決以上のことを意味する⁽⁴⁾、と述べていた。もっとも、このような課題を遂行するに際し、現時の基本法は、施行数年後の基本法とは異なり、その国内外の種々の環境変化のもとで相当の変化を被っている、ということはいうまでもなく当然に考慮しておくべき事柄である。この点に関して、とりわけ参考となるのが、W・ティームの指摘である⁽⁵⁾。W・ティームは、一九五五年当時の論稿で、基本法の自由主義性 (*Liberalität*) を、五つの憲法法的領域・民主制、権力分割、法治国家、社会国家および基本権の諸問題の具体的な形成、をパラメータとして測ろうとした。この予測を五〇年後に検討した二〇〇五年の論稿でも、同じく彼は、基本法の自由主義性を考察するが、今日の基本法は、もはや当時の基本法ではないことがまず確認されねばならないという。彼

は、その理由として、①基本法改正（それは、五〇以上の改正法律を体験し、当初の一四六ヶ条から一八〇ヶ条を超えるものとなっている）、②連邦憲法裁判所の包括的な裁判例、そして③ヨーロッパ連合と国際的な国家共同体の影響⁽⁷⁾をあげる。これらの諸点は、基本法の自由主義性の問題如何に拘わらず、基本法を解釈するに際して、より一般的に、現時の基本法理解のための前提的要件として捉えることができよう。

2 前述したように、シュタルクは、いわゆる古典的な解釈基準（die Auslegungskriterien）にもとづき、憲法は解釈されるべきであるというが、このいわゆる古典的な解釈規準（Auslegungscanones）とはなにか。それは、F・C・V・サヴィニーのいわゆる法律解釈の四要素にほかならない⁽⁸⁾。シュタルクは、この四要素に必要な変更を加えて、語義（Wortbedeutung）、文法上の構成（grammatische Konstruktion）、法律の意味連関（Bedeutungszusammenhang des Gesetzes）、歴史的立法者の規律意図（Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers）そして客観的・目的論的観点（objektiv-teleologische Gesichtspunkte）⁽⁹⁾という解釈規準を提起する。それに際して、サヴィニーの解釈要素は、私法の解釈に限定されたものである⁽¹⁰⁾、との理由で公法には適用されないとする見解に対し、以下のように反論する。すなわち、シュタルクは、サヴィニーが、解釈要素の適用を私法解釈に限定し、公法解釈には適用されないとしたとする、このような見解に対して、現在では、この解釈要素を、公法解釈へも適用可能である、という。その理由を、彼は、まず第一に、サヴィニーが、私法は、「国家において、裁判官職の設置を通じて、生命と現実（Leben und Wirklichkeit）⁽¹¹⁾」を受け取る⁽¹¹⁾、と述べたとき（一八三八／一八三九年）、公法には、当時まだ私法に対応するような「裁判官職の設置」は存在しなかったが、現在、公法に「生命と現実」とを与える「行政裁判所と憲法裁判所」とが存在することで、公法に関しても、私法と同様に、規範の明瞭性と法律学的操作可能性の前提が設定されている、という点に求める。ついで、第二に、公法の法律学的操作可能性は、公法の運用と統制に際して権力分割の問題、すなわち、

権限問題が問われることからすれば、期待されること大であり、このことは、ますますもって憲法に妥当する、という点をあげるのである。

3 この古典的解釈諸規準は、(憲) 法解釈方法論にとって、どのような意味で一般的に用いられているか。ここで、シュタルクの古典的解釈規準間の位置づけやその機能等を検討するに先だってまず、この古典的解釈規準の意味それ自体につき、なにが問題とされているのかを、法律解釈のテキストのなかから簡にして要を得た、R・ヴァンク⁽¹²⁾の説くところを手懸かりに、ごく大雑把にはあるがみておこう(以下、R・ヴァンクの著作からの引用は、本文にその頁数を示す)。

ヴァンクは、まず、法律学方法論 (die juristischen Methodenlehren) を、①解釈目標と、②解釈基準とに二分化する。①の解釈目標とは、「法律の意味を認識すること」であって、それには、原則的に、(a)法律起草者すなわち立法者(立法者の意思または立法者の言葉) から出発するという可能性と、(b)立法者意思や法律条文外における目標から出発するという可能性の二つの可能性がある (S. 41) が、重要なことはただ、解釈者がどのような見解を基礎においているかを前もって知っておくことである (S. 52)。②の解釈基準について、解釈目標に到達するためには、(a)文言、(b)体系性、(c)成立史、(d)意義および目的、の四つの解釈基準がある、ということは方法論において承認されている (S. 56)、と彼はいう。以下、彼のいうところの要点を略述する。

(a) 文言について：すべての方法論は、法律解釈が文言 (Wortlaut) でもって開始されねばならない、という点については一致するが、⁽¹³⁾それでは、「文言」との言葉によって、どのような文言が意図されているのか。これについては論争がある。問題となる文言としては、(i)日常言語上の文言か法律学上の文言か、(ii)事実上の文言か可能な文言か、(iii)一般的な法律学上の文言か特殊法律学上の文言か、(iv)解釈者の意味理解が確定した語義か、(v)成立時点の文言か妥當時点の

文言か、が問われる(S. 59)が、いずれにあっても基本的には後者の意義での文言が重要とされる。⁽¹⁴⁾しかし、文言が一義的であることはきわめて稀れであるというべきであろう。そうであれば、解釈目標達成のためには、他の基準との関連でいえば、「文言解釈は、解釈に際して中間的結論をもたらす。適切な(zutreffend)語義は、他の解釈基準も探査された後にはじめて、一義的に確定され得る」(S. 77)にすぎない。それ故に、解釈目標を達成するためには、文言解釈以外の諸基準とはなにか、がつきに問われねばならない。

(b)体系性について…個々の規範は、統一的な法秩序の部分を構成しており、したがって、解釈すべき規範の意味を確定するためには、他の規範との関連性を問うことが有意義となり得る。この体系性の基準は、規範解釈に際して、①外部的体系性と、②内部的体系性の問題として現れる。まず、①の外部的体系性は、(i)規定がどのような(公的な(antich)表題であるか、(ii)ここから、立法者の見解にしたがえば、この規範ではなにが問われているかが推論され得るか、(iii)どの章にこの規定は位置しているか、(iv)法律がどのように組み立てられており、どの章にそれが編成されているか、を確定することで、法律の意味を説明しようとする(S. 79f)。これに対して、②の内部的体系性は、「法秩序の統一性」の問題であり、法文もしくは評価における矛盾の解決を、具体的には、④規範間の優劣順位の確定と、⑤同位序列規範間の評価の矛盾の解決とを指すものである。④の優劣順位(Ⅱ法秩序の段階構造)では、基本法―単純法律―法規命令という序列順位が、もしくは、EG法―連邦ドイツ法という序列区別がつけられる。したがって、ここでは、基本法と単純法律との関係では「憲法適合的解釈(verfassungskonforme Auslegung)が、単純法律と法規命令との関係では法規命令の「法律適合的解釈」が、EG法と連邦ドイツ法との関係ではドイツ法の「共同体法適合的解釈」が重要となる。ヴァンクは、これらの解釈方法を、一括して「序列適合的解釈(rangkonforme Auslegung)」のもとに整序しようとしている。「憲法適合的解釈は、なおまた憲法友好的(verfassungsfreundlich)解釈とか憲法志向的(ver-

fassungsorientiert) 解釈と呼ばれることもある」。⑥二つ（またはそれ以上）の規範の同位序列間における規範評価の矛盾の解決につき、そこでは解釈諸可能性の「調和 (Harmonisierung)」が図られるべきであるとして、このような調和を実現するためには、「ある規範にとって、いくつかの代替可能な解釈可能性がある場合には、他の規範と最も容易に一致可能であり得るような解釈可能性が選択されるべきである」(S. 88f.)、という。しかし、この第二の解釈基準も中間的結論というべきであり、さらにひきつづいて、第三の解釈基準すなわち規範の成立史が問われなければならない。

(c) 成立史について…成立史が問題となるのはただ、文言および体系性を精査した後、なお疑義がのこる場合であり、この成立史は、①規範の前史 (Vorgeschichte)、②狭義の成立史、そして③発展史とに区別される。①の前史とは、②の狭義の成立史以前の時代から得られる認識であり、それは、たとえば、今日の規定と比定可能な先駆的規律とか、または、議会に現れる以前の空間での、後の法律で規律される問題についての討議、といった形態をとる (S. 92f.)。ついで、②の狭義の成立史の探求は、歴史的解釈のもとで通常は理解される成立史である (S. 93ff.)。これには、(i) 内閣の報告者草案、(ii) 公的 (amtlich) 理由づけを含む政府草案、(iii) 連邦議会の審議および連邦参議院の審議、(iv) 委員会議事録、等がある。③の発展史では、解釈されるべき法律がその施行以降に受けた解釈であり、ここでは、今日までの裁判実践や学説での法律解釈がどのように認識され、また、各種の解釈基準にしたがって解釈されるべき規範が叙述されてきたかの展開・発展の歴史が問われる。ただ、この解釈基準としての成立史においては、狭義の成立史すなわち、当該法律についての諸資料が、解釈目標すなわち規範意味の認識の中核をなし、このほかに規範の前史と発展史とがこの規範の意味認識に貢献する (S. 95)、という構図が描かれる。

(d) 意義および目的について…規範の目的は、立法者の意思から明らかとされるか、それとも、これとは関係なく規範

そのものから解釈されるか、の争いはあるものの、⁽¹⁶⁾ 規範の意義または目的について、①具体的目的と、②抽象的目的とに大別される。①の具体的目的は、法律はすべてなんらかの特定の規律目的を追求しており、それ故に、それは、法律の目的に言及する固有の規定から明らかとなり得る (S. 97)。これに対して、②の抽象的目的とは、法律すべてに共通する規範目的である。

以上の点を踏まえて、ヴァンクは、この規範の意義および目的につき、「法律目的につき明示的な言述が見出せない場合には、解釈を通じて目的が突き止められる。顧慮されねばならないのは、一方で、具体的な、特殊に法律で追求されている目的であり、そして、他方で、とりわけ、事物正義 (Sachgerechtigkeit)、実効性、実用性といった一般的法律目的である。もし、個々の観点が相互に矛盾する場合には、それらの観点は、できるかぎり互いに同調されねばならない」(S. 102)、と総括する。

(e) さいごに、法律学的方法論における解釈基準は、規範の意味探求＝解釈においてどのように関連づけられるか、が中間的結論としてではなく、確定的結論を得るために問われよう。それに際しては、四つの解釈基準のいずれかが、同一方向へ向けてではなく、それぞれが異なる方向へと進むとき、いずれかの解釈基準を重要視せざるを得なくなる。すなわち、いずれかの解釈基準の重点化問題である。この点につき、いずれにせよ、「一義的な決定は、諸々の結論が、四つのすべての解釈基準につき提示されている場合にのみ可能であることからすれば」、解釈目標を達成するためには、「解釈を行う者は、用立て得るすべての認識手段を投入しなければならない。したがって、彼は、四つの解釈基準すべてをつねに検討しなければならない」(S. 103f.) のである。

4 R・ヴァンクの古典的解釈基準に関する以上の論述をも念頭におきつつ、シュタルクの説く、古典的解釈基準の位置づけや機能について検討の歩を進めることとする。

シュタルクにあっては、R・ヴァンクのいう、法律学的方法論における①解釈の目標、すなわち、「法律の意味の認識」は、「規範的意義の探求」と表現されるが、②このような探求を可能とするための解釈の方法Ⅱ解釈の補助手段こそが、古典的解釈規準である。シュタルクは、このような古典的な解釈規準が憲法解釈においても放棄不可能なことを強調し、そして、解釈の特別な観点が憲法において引き合いに出される場合でさえ、古典的な解釈規準が放棄されることであってはならない、という。その理由を彼は、古典的解釈規準が、文言によって設定される活動余地における可能な意義偏差を精確化する手助けとなる、という点に、つまりは、*法文 (Rechtstexte)* の解釈は、*文法や論理、体系性や歴史的規律意図を含む語義が顧慮されることを必ず前提とする*、という点に求める⁽¹⁷⁾。

それでは、このような観点のもとで、シュタルクは、解釈の目標を達成するために、これらの諸規準間での適用優先順位につきどのように考えているのであろうか。個々の規準を検討するに先だって、彼の説くところを理解するうえで有益であろうと思われることから、論点先取りのとはなるが、彼のいうところを示しておく。シュタルクは、この諸規準の順位づけについて、以下のように位置づけている。諸規準間には、①目的論的規準の後位性を別とすれば、優先序列はない、それ故、②諸規準は、一般論としては「同順位的」であり、具体的事例と関係しては「相互補完的」である、と位置づける。彼はいう、「解釈の規準にとって、まず目的論という規準に対して、それ自体から生じる後位性を度外視すれば、確固とした序列はない。諸規準は、具体的事例を離れてみれば、論拠づけのために相互に関連させられる同等の諸観点を意味する。それらの観点は、決定すべき事例に照らしてみれば、それぞれが、規範の意義内容の探求に際して補完し合う⁽¹⁸⁾」と。シュタルクの主張するこのような解釈諸規準は、他の憲法解釈原理・規準の主張に対して、実践的・理論的に、どのような批判的機能を営むのか。これらの解釈規準との関連で、彼が具体的に論ずるところをみてみよう⁽¹⁹⁾。

(1) 上位規準としての体系的解釈 (K・ヘッセ批判—その一)：K・ヘッセは、憲法が憲法解釈の過程でつねに具体化されるのであり、⁽²⁰⁾したがって、憲法解釈が憲法規範の具体化である、との観点から、解釈の課題を、①憲法に適する正しい結論の発見、②この結論の根拠づけ、そして③法的確実性と予見可能性の創出という三点に看取する。いわく、「**解釈の課題 (Aufgabe der Interpretation—強調は原文)**とは、憲法に適する『正しい』結論を合理的かつ統制可能な手続きにおいて見出し、この結論を合理的かつ統制可能に根拠づけ、そして、このようにして法的確実性と予見可能性を創出することである—おおよそただ、決定のために決定することではない」、と。⁽²²⁾そして、彼は、憲法の解釈原理として、「憲法の統一性」、「実践的整合性」⁽²³⁾そして「機能的正当性」を挙げるが、シュタルクは、「憲法の統一性」、「実践的整合性」そして「機能的正当性」といった、憲法解釈原理を、体系的解釈の下位事例に位置づけられる規準であると、これを批判する。彼は、その理由を、これらの憲法解釈原理は、「個々の憲法規範を孤立して考察することを禁止し、むしろ、憲法規範を解釈するためには、伝統的な憲法国家的機能において、その他の憲法を顧慮することを要求して⁽²⁴⁾いる」、という点に求めるのである。シュタルクのこのような批判とその基調を同じくするのは、「…詳細に考察すれば、これらすべての原理 (ヘッセのいう上記の憲法解釈原理—引用者補) は、いかなる憲法規定も、それ自体ほかの憲法規範を顧慮することなく、孤立化して解釈されてはならないが故に、体系的解釈の枠組みにおいてすでに実現され得ていることが判明するか、あるいは、しかし、目的論的解釈に際して主張され得るか、のいずれかである。そのかぎりにおいて、憲法解釈の諸原理に際しては、十分に定式化された (ausformuliert) 凝集力のある基準や利害基準が問われているのであるが、しかし、独自の解釈方法 (強調は原文) ではない。ここにおいて、憲法は、方法論的観点のもとで特別な地位をなら占めはしない。トピック的アプローチは、憲法以外の法律解釈に際してと同様に、憲法解釈に際しても⁽²⁵⁾必要ない」というときのD・ローシェルダーとW・ロートである。

(2) 憲法国家の伝統の重視 (K・ヘッセ批判—その二) : K・ヘッセは、ある連邦憲法裁判所判決を評釈して、同裁判所が、「たとえば、規範の直接的な成立史よりも、さらに過去に遡る諸々の発展に拠り所を求めたことによって、決定的とみなされる解釈方法の規準 (Kanon) を超えている」と批判する。⁽²⁷⁾ これに対して、シュタルクは、直接の成立史のほかにも、歴史的解釈では規律伝統、それも、憲法法では「憲法国家の伝統」が重要であり、このような伝統は、新しい憲法制度の体系的観点のもとで理解され、解釈されねばならない、⁽²⁸⁾ と反批判する。⁽²⁹⁾ 彼は、現時の憲法国家を理解するためには、憲法国家の発展史を、まさしくR・ヴァンクという「狭義の成立史」が中心的地位を占めることに加えて、「前史」、「発展史」を踏まえたうえでの解釈の必要性を、それも「憲法国家の規律伝統」を強調するのである。⁽³⁰⁾

(3) 目的論的解釈の位置づけ : シュタルクは、解釈 (Interpretation) に対する客観的・目的論的解釈が必要となるのは、憲法法に限られるのではなく、また、とくに憲法法に現れる規範設定の不精確さに帰因するのでもなく、文言、文法、体系等々の諸解釈規準から、確実な結論を導出できないような事例状況が決定されねばならないようなときである、と述べることで、この解釈規準に他の解釈規準を補完する役割を与えるにすぎない。そして、シュタルクは、この目的論 (Teleologie) が憲法法上の解釈問題に適用されるとき、憲法が立法者にとっては基礎であり、枠組みであるという規範的特質が顧慮されねばならない、⁽³¹⁾ という。何故なら、立法を憲法の「具体化」と捉える立場に批判的なシュタルクの見解からすれば、立法は、憲法法上の権限にもとづき、憲法の手続きと内容的基準の枠組みにおける政治的形成活動であるからである。憲法が立法者にとって基礎であり、枠組みであるならば当然に、立法目的は、憲法の基礎なり枠組み内にとどまらねばならず、また、その目的論的解釈も、この憲法の規範的特性を超えることが許容されないことは論理必然的である。D・ローシエルダースとW・ロートが、「立法者の事実上の価値決定が確認され得ないときには、目的論的解釈 (強調は原文、以下同様) の方途で、立法者の推定的価値決定から規範の内容を推論するために、この推

定的価値決定を採求することが行われなければならない」というとき、目的論的解釈を駆使しての「立法者の推定的価値決定」探求は憲法の枠組み内で行われねばならないのである。⁽³²⁾

(4) 解釈諸規準間の位置づけ…これにつきシュタルクは、先述したように、目的論的解釈の後位性を別にすれば、具体的事例を離れてみれば、論拠づけのために相互に関連させられる同等の観点を意味し、決定すべき事例に照らしてみれば、それぞれの規準が規範意義内容の探求に際して相互補完的である、と位置づけた。しかし、個別の法決定 (Rechtsentscheidung) の合理性と統制可能性は、まず第一に、これらの規準を援用しての、判決理由で示される論拠づけに依存する。さらに、第二に、個々の規準間の決定は、先例上の事例や比較事例を通じて調整される。その結果として、第三に、解釈結果は、一般化可能でなければならない。その理由は、この一般化可能性のうちに、解釈に対する制約と同時、決定の予見可能性に対する保障が存するからである。このような一般化可能性の他にもこの論究づけに際して恣意性や偶然性を回避するためには、法の体系性の問題が考慮されねばならない。この問題は、憲法が統一的な法秩序であることを、どのようにして確保するかの問題 (例…原則—例外関係、一般法と特別法の関係等) である。それは、前述したR・ヴァンクのいう、体系性の解釈基準で展開された「序列適合的解釈」と「解釈可能性の調和」の問題であるが、これを決定する観点を、シュタルクはここでも憲法国家の伝統からの判断を求めるのである。そして、結論として彼は、諸決定 (Entscheidungen) の説得力にとって肝要であるのは、諸規準を補助として、どのようにその決定の根拠づけが行われるのかであり、これにつき、たとえばK・ヘッセ等の観点を批判しつつ、古典的解釈規準の卓越性を弁証したのである。⁽³³⁾

5 シュタルクは、基本的に古典的解釈規準にもとづく憲法解釈こそが、法決定の理由づけ等にも資するのであり、とりわけ、憲法の「具体化」としての解釈論に優位することを立論した。さらに、彼は、厳密な意義での憲法の規範性

や憲法の枠組み性格を重視しない立場の批判的検討を行っているが、彼の具体的な批判内容がどのようなものであるのか、の検討に入る前に、ここで、今一度、シュタルクの古典的解釈規準擁護論また彼の観点をよりよく理解するために、二つの側面から解釈問題に触れておく。そのいずれもが、憲法規定の解釈そのものに関してではないが、①一つは、連邦憲法裁判所の法律解釈の方法に関連して、同裁判所が、その裁判例で、どのような解釈規準を決定(Entscheidung)の理由づけに用いているのか、という実践的観点からの連邦憲法裁判所裁判例の分析であり、②いま一つは、どちらかといえば理論的観点からのものである。

(1) まず最初に①の連邦憲法裁判所が、その裁判例(Rechtsprechung)で、どのような基準やその基準適用順位にもとづき法律解釈の方法を展開しているのかを、A・ブレックマンの論稿⁽³⁴⁾から窺うことにする(以下、A・ブレックマンの論稿からの引用は、本文にその頁数を示す)。

ブレックマンは、法律解釈の権限が、原則的に専門裁判所に帰属することを確認したうえで、それにも拘わらず連邦憲法裁判所が、専門裁判所の法律解釈を精査していることを指摘する。連邦憲法裁判所が、専門裁判所の法律解釈を精査するという包括的な管轄権の根拠づけとして利用したのが、①基本権を客観的価値秩序として捉える思考方法であり(この場合には、法律規定の違憲性は、専門裁判所によって具体的規範統制手続きの枠内で主張される)、②専門裁判所の決定(Entscheidungen)を恣意的である、すなわち、一般的平等原則違反であるとする構成方法(この場合には、憲法異議の方法で異議申立される)、である(S. 942)。それと同時に、連邦憲法裁判所によって展開された法律解釈の方法は、裁判所に対する(事実上の)拘束力をもつ。何故なら、それにしたがわれない専門裁判所の判決等は、連邦憲法裁判所によって破棄される危惧がつけねにつきまとうからである。

ところで、連邦憲法裁判所は、その裁判例で、法律解釈の方法につき「通常」の方法とか、「承認された」方法、「一

一般的な方法」あるいは「伝統的な」方法、等々の言い回しを用いているが、これらの語法で意味されているのは、いわゆる「古典的な方法論」で叙述された方法である。これらの方法は、具体的にどのようなように連邦憲法裁判所の裁判例から見て取れるか、さらにブレックマンの説くところを聞こう。

ブレックマンは、連邦憲法裁判所がその裁判例で展開した法律解釈方法を、(i)「主観的および客観的解釈方法」、(ii)「文法的解釈」、(iii)「体系的解釈」、(iv)「目的論的解釈」、(v)「規範の成立史および前史」、(vi)「他の解釈方法」、そして(vii)「憲法適合的解釈」とに分かって論述する。

(i)主観的および客観的解釈方法 (S. 943)：彼が、ここで裁判例の分析から析出したことは、連邦憲法裁判所が、支配的見解と同じく法律解釈に際して、立法者の主観的意思だけでなく、法律の客観的意思（法律のうちに客観化された立法者意思）を問うている、ということである。それでは、連邦憲法裁判所は、どのようにしてこの法律の客観的意思を探查しようとしているのか。ここでは、成立史の限定的な用法が認められると、ブレックマンはいう。「連邦憲法裁判所が、立法者の客観化された意思を探知するための解釈方法として、ただまた文法的、体系的そして目的論的方法に言及しているだけの場合には、それ故、成立史が抛り所とされ得るのはただ、成立史の方法が、他の方法とともに発見された諸々の結論を確認し、もしくは、他の方法の適用によれば解決されないままである疑義が、ただそのようにして取り除かれ得るときにだけである」と。このように規範の成立史から立法者の意思が問われるにしても、連邦憲法裁判所は、二つの前提のもとでのみこれが許容されるにすぎないとして、①立法者の主観的意思が資料から明瞭に推論され（資料につき、前述R・ヴァンクのところも参照）、また、一義的でなければならぬということ、②連邦憲法裁判所は、立法者の意思が法律のうちに「客観化された」ことを要求している点を指摘し、ただ、成立史にもとづく解釈に、規範の関連性と目的とが対立することは許されないが、規範の文言は、解釈に少なくとも抛り所を与えねばなら

ない、とする裁判例をあげる⁽³⁵⁾。

(ii) 文法的解釈 (S. 943f.) : 連邦憲法裁判所の裁判例は、規範の文言が一義的であるならば、文法的解釈とは別の解釈方法に拠ることを当然ながら禁じている。しかし、規範の文言が、明瞭かつ一義的であることはきわめて稀でしかない。その理由として一般的に考えられるのが、①立法者は、規範を諸々の事情の変化に適合させ得るためには、「流動的な (flüssig)」諸概念すなわち相対的に「不確定な」概念を用いざるを得ない点、また②立法者は、あらゆる事例を予見することはできないのであり、それ故に、解釈を裁判官に委ねざるを得ない点、そして③法律は、あらゆる事例を決議論的に列挙するとすれば、きわめて長文化し、訳のわからないことになってしまう点、さらに④規範の文言は、解釈に最終的な限界を劃する機能を有し、これとは別の方法で発見された結論は、文言に少なくとも拠り所を見出さねばならず、それ故に、文言はこの意義においても解釈され得る点、であろう。もっとも、文言の可能な意義は、他のすべての解釈方法を適用した後にはじめて確定され得ることは否めないであろう⁽³⁶⁾。連邦憲法裁判所は、これらの諸点を勘案して、不確定概念や概括条項に拠ることが憲法上の確定性原則に違反しない、ということを帰結している。

(iii) 体系的解釈 (S. 943f.) : 連邦憲法裁判所は、「意義連関」、「客観的関連」、「全体的関連」等の用語のもとで、体系的解釈に拠り所を求め、法律の全体構造における規範の意義、機能を追求している。体系的解釈は、①同一法律の規範間の矛盾を除去するという消極的機能と、②一定の解釈結論へ向けての指示を提供するという積極的機能、とをもつ。連邦憲法裁判所の裁判例にみられる体系的解釈の出発点は、立法者が法律の構築に際しては厳密に論理的にまたは合理的に行動する、ということである。

(iv) 目的論的解釈 (S. 944f.) : 目的論的方法は、規範のどのような解釈が法律の目標にもっともよく適うか、を問う方法である。ブレックマンは、その際、目標と目標達成にとって適切で、必要な手段が重要であるが故に、この方法は、

比例性原則と重なり合う、⁽³⁷⁾とも捉える。そうして、彼は、連邦憲法裁判所が、規範の「意義」や「意義と目的」について述べた裁判例で、規範の「意義」という概念を三つの意味で、すなわち、①規範の目標という意味、②規範の「理由(Ratio)」、それ故に、規範の「根拠」、「事物の論理(Sachlogik)」と、いう意味、③規範内容の単純化された総括という意味で用いている、と整理分類する。他方で、連邦憲法裁判所は、規範の目標決定につき、法律案の公的な理由づけや規範の成立史にも拠り所を求めている。

(v) 規範の成立史と前史(S. 945f.) : ブレックマンは、連邦憲法裁判所による規範の解釈は、原則的に客観的方法にしたがっているが、規範の成立史に拠ることもきわめて頻繁にみられるという。規範の成立史の観点からは、連邦憲法裁判所は、たとえば、法律の政府による理由づけ、連邦議会や連邦参議院での報告、議事録(委員会のそれも含む)等、多数派によって容認された個々の議員の見解や法律案に決定的な影響を与えた議員の見解、等を問うている。ブレックマンは、そのような連邦憲法裁判所の裁判例から、「立法機関(連邦議会と連邦参議院)が、当該規範を、政府草案の条文でか、もしくは、連邦議会の委員会によって精査された改正条文で、必要とされる多数をもって受容するとき、この多数がこのために発せられた理由づけにも同意した、というたしかに論駁し難い推定が働く。同じことは、ただ編纂上の変更または規範内容の明確化が問題となるときにも妥当する」との原則を導出した。規範の解釈のために連邦憲法裁判所は、規範の成立史を引照するだけでなく、さらに、規範の前史をも頻繁に援用し、規範が連続的につづく法律によって変更されたとか、同一でありつづけたか、を詳細に叙述している。

(vi) 古典的解釈方法以外の解釈方法(S. 946) : このような解釈方法として、連邦憲法裁判所の裁判例が摘記するのは、①税法や社会法等の「大量行政」に関する行政行為の単純化を目指す「実用性(Praktikabilität)」という解釈方法、②補助源としての専門裁判所の判決や学説(とくに支配的学説)、③ごく稀にであるが、国家機関の実務や法比較、

等々である。

(vii) 憲法適合的解釈 (S. 946f.) : シュタルクの憲法適合的解釈については後にふれるとして、連邦憲法裁判所は、民主制的立法者の形成自由への介入を避けるために、確立した裁判例において、まずもって憲法に適合する法律の解釈が可能かどうか、を審査している。この連邦憲法裁判所の確立した裁判例からは、連邦法律や州法律の憲法適合的解釈が許容されるためには、三つの前提要件を充足することが必要である、とされていることが判明する。①憲法適合的解釈の第一の要件とは、当然ながら、解釈の必要のある規範が問題となっているのでなければならぬ。文言と関連性が明瞭かつ一義的であるが故に、法律の文言、関連性および目標が憲法に違反する解釈しか許容しない場合には、憲法適合的解釈は許されない。その理由は、この解釈が立法者の客観的意思に矛盾することとなるが故に、である。②第二の要件とは、憲法適合的解釈の結論が、一義的に表れる立法者の主観的意思に矛盾しない、ということである。③その第三の要件とは、憲法適合的解釈が規範に合理的な意義を賦与する、ということである。そうして、これら三つの要件が存在するならば、裁判官は、たしかに憲法に合致するというだけでなく、立法者が意欲したことの最大限 (Maximum) を堅持する解釈を採らねばならない。この最大限の原則は、①二またはそれ以上の解釈が可能ならば、立法者の意思にもっとも広く適う解釈が優先されるべきであり、他方で、②規範総体 (die ganze Norm) が憲法適合的に解釈されるに先だって、規範の制限または拡張に帰着するだけの解釈が選択されるべきである、ということを帰結する。

さいごに、ついでながら、ブレックマンは、専門裁判所および官庁も、法律の適用に際して、同一の法源に拘束されることからして、法律の憲法適合的解釈に権限を有する、ともいう。

シュタルクの支持する古典的解釈規準が、連邦憲法裁判所の裁判例において、どのように法律解釈に関して展開されているかを、A・ブレックマンの立論を通してみてきた。それではつぎに、法比較的観点からも、シュタルクの議論を

理解するうえで興味を引くG・ビアジーニのどちらかといえは理論的観点からの論稿を、要約しつつみてみよう(以下、G・ビアジーニの論稿からの引用は、本文にその頁数を示す)。(38)

(2) (i) コンパスとしての古典的解釈規準 (S. 27ff.) : G・ビアジーニは、船乗りの目的地へ向けての航海に必要な不可欠のナビゲーター、古くは北極星、後にはコンパス、そして現在は衛星航海システム等の高精度の航海システムのもつ重要な役割に喩えつつ、たとえば、法適用のコンパスとはなにかを、問うていう。法解釈者にこの方向づけを与えるコンパスの役割を担うのが、法学方法論に関する諸理論(例・利益法学、価値評価法学、法律学上のヘルメノイティク、トピックや記号論、近時では、法適用のさまざまな決定理論、論証理論や討議理論)と諸方法とである。(39)だが、このような諸理論や方法の立場の多様性は、法実践にとってその解釈目標への到達に豊かな補助手段を与える、というよりはむしろ、「方法多元主義」のもとに混乱をさえ惹起するにいたっている。しかし、法適用者は、サヴィニーの時代以降、四つの解釈要素…文法的、論理的、歴史的そして体系的要素、を核心とする信頼のおける解釈規則の規準 (Kanon) を有しているのであり、さらに、近時の方法理論においては、以上を補完する要素として、論理的要素が目的論的要素によって代替されたり、また、第五の解釈方法として、法比較や憲法比較の解釈要素が主張されてもいるのである。

(ii) 古典的解釈要素の抱える難点 (S. 33ff.) : G・ビアジーニは、以上のことを確認した後、古典的解釈要素が信頼に足る法律家のコンパスと捉えられるにしても、それにはつぎの点で疑義が提起されるという。(a) その第一は、古典的解釈規則につき、その「名称の不統一」が目立つという点である。それは、たとえば、解釈規則、解釈方針、解釈手段、解釈方法、解釈要素、解釈論拠等々の名称で呼ばれるが、名称にかかわりなく、同一のことが意味されているのか、あるいは、そうではないのかが明確ではない。(b) その第二は、伝統的な要素のそれぞれが、若干の未解決の問題や課題を提起するという点である。① 文法的要素は、言語の厳密さの欠如の故に、また、多くの不確定な法概念の故に、往々に

して確固たる拠り所を提供しはしない。②体系的解釈は、立法が統一のとれたものではない、というもとで悩まされている。体系的解釈の一現象形態である憲法適合的解釈に際しても、通常準拠基準をなす基本権規範が、たいていは漠然と定式化されており、具体化の必要がある。(c) 歴史的方法是は、資料への期待される筋の通った示唆が見出されないが故に、往々にして明瞭な結論にいたらない。(d) 目的論的解釈は、いわゆる目的条項と次第に関連づけられてきつつあるといえるが、しかし、価値評価に強く依存しつづけており、法適用者が、どの程度具体的事例において価値変遷を顧慮してよいか、一義的な解答を与えない。(e) 古典的解釈規準は、以上の難点以外に、原理的な難点を抱えている。それは、方法理論の中核的問題ともいわれる、これら諸要素の組み合わせ (Zusammenspiel)、それらの順位づけおよび重要度に関わる問題点である。さらには、解釈の目標に関して提起される問題点である。規範的解釈は、規定の成立時の意義の探査か、あるいは、いわゆる「方法多元主義」との言葉で示されるように、成立時の意義の探査か、あるいは、規範は、歴史的に、あるときは時代適合的に解釈されてよいのか、すべきなのか。

それでは、G・ビアジーニは、これらの難点を克服する可能性、別言すれば、解釈の方向づけにとって不可欠の座標系を、どこに求めたのか。彼は、民主制的憲法国家においては、ただ一つの解答が与えられ得る、という。すなわち、民主制的憲法国家においては、解釈問題は憲法問題である、というものである。「われわれは、憲法を引き合いに出さねばならない。権力分割的民主制的法治国家の憲法は、いうまでもなく、国家の規制過程と決定過程を組織する責務をもつ。この目的のために、憲法は、決定管轄権を根拠づけ、そして、規制権能を割り当てる。その際、憲法は、少なくとも暗に、裁判官と法律との関係についても述べており、また、裁判官の法創造と法の継続的形成に制約も課している。このように見れば、方法問題は、憲法問題 (eine Verfassungsfrage—強調は原文) でもある。何故なら、憲法構造における裁判官の解釈者の地位と機能とが問われているからである」(S. 37f.) と。そうであれば、法律学的方法是は、こ

の座標系にすなわち憲法に向けて開放されている、と。彼は、法律学的方法の憲法へ向けての開放性という問題を、具體的には(a)憲法法的にみての地位決定の問題と、(b)憲法法的にみての途(Wege)と目標との関連性の問題とに分つて問う。

(iii) (a)の地位決定(Positionsbestimmung)について(S. 39ff.)：この点につき、彼は、以下のような諸点が考慮されねばならないことを指摘する。①解釈者、典型的には裁判官は、法実現過程における自己の地位と機能とを分析すれば、法律拘束という憲法原則を遵守しなければならない。そして、この法律拘束の原則は、民主制の国家では、法適用者が民主制的立法者によって(事前)決定されたことを尊重する、という要請と結合しており、法適用者は、民主制的に事前決定されたこと(＝民主制の事前決定の優位性)を無視する権能はない、ということの意味する。また、②法適用者は、法律の留保の憲法原則(憲法上規定された法定立機関の決定の優位性)も顧慮しなければならない。民主制的憲法国家において法をいっそう発展させることは、基本的に、裁判官の責務(Sache)ではなく、立法者の責務と理解される。さらにまた、③憲法上の観点から、法適用者は、解釈すべき―場合によつたら、解釈によって時代に相応しく継続的に形成すべき―規範にどのような機能が帰属するかを現在化(gegenwärtigen)しなければならない。さいごに、スイスでは④司法内部における裁判官である法適用者の地位、とりわけ、法の配慮と継続的形成に対する特別な責任を負う連邦裁判所(最高裁判所)の地位も考慮されねばならない(ドイツでは、この点はとりわけ連邦憲法裁判所が比定されようか)。

(b)憲法法的にみての途(Wege)と目標との関連性について(S. 41ff.)：ピアジーニは、ここで、規範の成立時と現時の妥當時の解釈目標の関係をどう捉えるか、を問う。この解釈目標を対置することは有益ではないとして、歴史的解釈(成立時の解釈)は、民主制的憲法国家における規範解釈の必然的な(通過―)段階であり、時代に適った解釈は、

法実現過程において布置状況に応じてそれぞれ、また、問題となる法適用者の立場に応じてそれぞれ、現実的となり得る可能性である、と捉えるべきであるという。それ以上に、ここで展開されたピアジーニの、憲法を枠組みと捉える憲法観は、シュタルクの憲法解釈方法を検討する本稿との関係で関心を引く。いわく、「憲法は、法実現過程における解釈者の活動にとっての法的枠組み（強調は原文、以下同様）を設定する。それに際して、憲法は、正当な裁判官の法の継続的形成のための活動余地を開く。しかしまた、憲法は、裁判官の法の解釈と継続的形成に限界も劃するのであり、そして、裁判官に、彼が民主制的憲法国家において、自己自身の正義観念を立法者の正義観念に代えるどのような保障ももたない、ということも想起させる。要するに憲法は、法適用の方法論 (Methodik) にとって最高度の重要性をもつ。憲法は、どこで法適用の余地が始まり、終わるのか、どこに裁判官の法創造と『解釈の技艺 (Kunst)』が展開されるのか、を決定する。このことは、方法学 (Methodenlehre) の憲法上の被制約性と特徴づけられる——公法の方法学だけではなく、法律学方法論一般の憲法上の被制約性、でもある」(S. 45) と。

(iv) 法適用の方法論に対する若干の実践的帰結 (S. 46ff.) : ピアジーニは、法律学的方法の憲法へ向けての開放性から、ついでどのような帰結が生じるのか、を問う。これに答えるに、方法論をより強く憲法と結びつけることは、シュタルクと同様に、伝統的解釈規則や解釈要素を放棄することを意味しないことを強調する。彼は、伝統的解釈規則や解釈要素が、依然として実践的有用性をもつ、それどころか、さまざまな局面のもとで不可欠でさえあるとして、「古典的な解釈規則や解釈要素は、法実現過程を構造化する (strukturieren)。それらは、論拠づけ上の複雑さを縮減するに役立つ」、「数ダースの決定」を、迅速かつ説得的に法律によってカバーされたとすることが妥当するとき、十分に役立つ」(S. 46) ことを根拠に、その有用性を説く。

とはいえ、方法論の憲法への開放性からは、このような有用性に対して以下のような四つの帰結が生じる、とされる。

①その第一の帰結とは、伝統的な解釈規則や解釈要素がただ限定的な業績能力 (Leistungsvermögen) しかもたない、ということである。つまるところ、これらの規則や要素は、品質保証とか正しさの担保を提供しないし、また、操作的な (manipulativ) 法律解釈に対する十分な保護も提供するものではない (例・ナチの教義を貫徹する手段としての規準の濫用)。第二は、②法適用者の実践と方法論が、しだいに伝統的な解釈規則や解釈要素の背後へと目を向けることが、したがって、法適用方法論の憲法上の背景を明らかにすることに強く尽力することが要請されるべき、という帰結である。第三の帰結は、③方法論の憲法上の被制約性に鑑みて、あらゆる方法理論上の「絶対化 (Verabsolutierungen)」には、重大な懐疑の念をもって対処すべきである、ということである。そして第四のさいごの帰結は、④私法、刑法、行政法または税法における法律の (憲法上制約された) 異なる機能故に、法実践と方法論は、どの程度、法適用の方法論が、学科依存的であるか、また、どの程度、それら共通の範例にしたがうか、という問いと対質しなければならぬ、ということである。

G・ビアジーニは、その論稿を総括して、「今日のまた将来の法適用者は、個々の解釈要素とはどのようなものであり、また、どのようにして、それを『手際よく (kunstgerecht)』適用するかを学ぶことで満足してはならない。より重要なのは、法適用者が伝統的な—徹底して有益ではあるが、ときとして危険でもある—解釈規則を、批判的かつ責任を自覚して扱うことを学ぶことである。そして、このことは、とりわけ次のことを意味する、すなわち、法適用者は、これらの規則を、憲法上の枠組み諸条件にしたがって—それ故、憲法適合的に—司掌する (handhaben) ことを学ぶ、ということである」(S. 51)、と結論づける。

6 連邦憲法裁判所裁判例において、また、法律解釈方法論との関連で、古典的解釈規準がどのように用いられ、論じられているかをブレックマンとビアジーニの二人の論稿から、それも、シュタルクの憲法解釈方法を理解するうえで

有益と思われる論稿からみてきた。そこでは、①連邦憲法裁判所が、古典的解釈規準にしたがい、裁判の理由づけを行っていることが、また、②憲法比較の観点からも興味を引くが、スイスにおいて法律解釈に際して、解釈の向かうべき目標としての座標系ともいえるべき「法的枠組としての民主制的憲法国家」の憲法構想論から、古典的解釈規準を再定位しようとする思考方法が、看取され得た。

それでは、つぎに、法学方法論における古典的解釈規準論から、その外の諸々の観点に対するシュタルクによる批判的検討に移ることとする。ここでも、シュタルクが批判の鋒先を向け、批判の俎上に乗せるのは、主に「実質的基本秩序としての憲法」モデルに立脚するK・ヘッセ、P・ヘーベルレ、R・スメント等の解釈理論である。

シュタルクは、憲法解釈という実践的行為を導くのに、方法の自由な選択は可能ではないとして、このような方法につき二つのグループからなる観点を総括的に提起した。⁽⁴⁰⁾ その第一は、シュタルクが批判の俎上に乗せたグループであり、彼は、それを、「解釈すべき憲法本文が、多かれ少なかれ孤立して考察され、そして、多大な発見の豊かさ(Erfindungs-reichtum)をもつ個別的規範の意味論的諸可能性が、その歴史や基本法の全体構造へのその組み込みを顧慮することなく解釈される、ということを通じて標される。……憲法解釈者は、その説明(Deutung)の諸基準を、社会的諸関係から取り出すか、または、憲法解釈を相互に離反しようとする諸精力を統合するという目標のもとにおく」、と特徴づけた。そして、第二のグループこそは、シュタルクの支持する立場、すなわち、「枠組み秩序としての憲法」モデルである。彼は、それを、「伝統的な方法的基準(Standard)と結びついており、この基準をさらに発展させる。しかし、それに際してはつねに、立法者と憲法裁判権間の機能配分に止目されねばならず、また、解釈が予見可能な判断基準にしたがって行われる、ということにも留意されねばならない」、と説くグループである。

シュタルクは、この第一グループに関わる憲法解釈を補完するといわれる新たな方向性・観点として、(i)トピック論、

(ii) P・ヘーベルレの憲法解釈論、(iii) R・スメントの統合理論、等々を取り上げ、憲法の法的性格を、「厳密な意義での規範性」と「枠組み性」のもとで捉える観点から批判する。

(i) シュタルクは、まず第一に、とりわけ Th・フィーヴェクによって「法領域における論証の基礎理論」として主張されたトピック論⁽⁴¹⁾につき、「トピックの極端な形式は、それによれば、法律は、とりわけ一つのトピックでしかないときされるが、憲法の規範性を正当に評価せず、したがって、ここで論述すべき憲法解釈問題にとって、利用可能な手助けでは全然ない」と規定する。K・ヘッセは、トピック (Topic) の観点の憲法解釈に対する有益性に着眼し、「事態に即して (sachlich) 適切で、有益な諸前提を含んでいるならば、問題を解決するか、そうならなくとも貢献はする、という帰結を可能とする。それに際して、解釈者が、多数の考えられ得る観点のなかから、どのようなトピックを引き合いに出すことをのぞんでいるかは、彼の恣意に任されているのではない⁽⁴²⁾」、と述べることで、自己の憲法解釈論に取り込もうとしている。シュタルク自身も、上述の極端なトピック理解を排除しはするが、しかし、トピックによる解釈規準の拡大に対するその有用性につき、きわめて限定的にはあるが、「解釈に対する判断基準は、解釈の別の規準から明らかとなるのであり、この規準は、文言にしたがう解釈と関連づけられねばならない。『Inventio (Erfindung) Ⅱ 発見、Aufindung Ⅱ 発見』の方途』で探求される観点の拡大は、厳格に問題志向的なトピックに限定ねばならない。たとえば、先例への拘束またはそれからの離反、法比較的局面、比例性原理、あるいは、私法上引き受けられるもしくは公法上課される義務と負担の制限的解釈を提供する自由の原理、である。非常に役に立つのは、とりわけ先例のうちに見出される解釈体験である。この枠組みの中で、トピックは、解釈規準の利用可能な拡大を意味する⁽⁴³⁾」、と論拠づけることで、その利用可能性をまったく否認しているわけではないといえよう。このような限界を越える議論が、以下の憲法解釈である。

(ii) シュタルクの批判の鋒先はさらに、P・ヘーベルレの「憲法解釈者の開かれた社会」構想に向けられ、この構想においては憲法が「溶解する (zerfließen)」という。P・ヘーベルレは、憲法解釈の理論は、これまで本質的に二つの問題を問うてきたとして、それは、①憲法解釈の課題と目標への問い、そして②憲法解釈(解釈規則)の諸方法(手続き)への問い、であったが、しかし、③憲法解釈の関与者 (Beteiligten) への(新しい)第三の問い、が以上の問いとどのような体系的関連のもとにあるか、ということが無視されてきた、という問題意識のもとで、この第三の問いを、「憲法解釈者の閉じられた社会から、開かれた社会によるそして開かれた社会のための憲法解釈へ向けて」、と標語化する。⁽⁴⁴⁾ テーゼ的にいえば、「憲法解釈の過程に、潜在的に総ての国家機関、あらゆる公的な勢力 (Potenzen)、あらゆる市民や集団が介入する。憲法解釈の定数制 (numerus clausus) はない!」。⁽⁴⁵⁾ この点に、あらゆる憲法解釈の目標とみなされべき「共和主義的な」開かれた解釈が、⁽⁴⁶⁾ 法律学的憲法解釈の相対化が、看取されるのである。⁽⁴⁷⁾

シュタルクは、このようなヘーベルレの憲法解釈思考を以下の諸点で批判する。すなわち、①その第一点は、ヘーベルレは、広い解釈概念を基礎としており、この概念にしたがえば、規範を「生きる (Leben)」者すべてが、規範をまた(共に)解釈することから、憲法の枠組み性格は消失し、国家生活すべてが、しかしまた、社会生活も、—基本権を顧慮して—この概念にしたがえば、憲法解釈となる、という批判である。②その第二の点は、この解釈概念の拡大とともに、憲法解釈の概念は、把握不可能なものへと消え去り、これとともに、学問的な対象としても消失する、という批判である。何故なら、私人や国家機関のあらゆる生活事象が、方法論の対象となり得るわけではないからである、と。③その第三点は、法的平等の問題に関わる批判である。ヘーベルレは、民主制の国家における憲法解釈の民主化を要請するが、民主制の本質的要素とは法的平等であり、この法的平等は、溶解する憲法の諸条件のもとでどのようにして保障されるのか、をシュタルクは問うのである。⁽⁴⁸⁾

(iii)さらに、シュタルクは、厳密な意義で憲法の規範的性格および憲法の枠組み性格から、いわゆる「現実科学的憲法解釈」を批判する⁽⁴⁹⁾。シュタルクは、この憲法解釈の一部はトピックの極端な形式と、一部はP・ヘーベルレのアプローチとに合致すると捉え、そのうえで、この現実科学的憲法解釈を、「規範外の諸要因、たとえば、憲法の社会的機能、市民の意識状態、社会の変化、等々が憲法解釈を規定すべきである」という憲法解釈アプローチであると特徴づける。そうして彼は、この解釈では、①解釈者が理解するような時代の流れが、解釈にとって決定的な基準点とされ、これを通じて、規範的要因が駆逐されてしまう(憲法の弾力的解釈)、②憲法の弾力性を保障するために、憲法を現実に適合作させることが追求される(憲法の柔軟性)のであり、さらに、③規範的規準(Vorgabe)の外部において、「現実」とか「要請」がどのようにして規定されるのか、その基準はまったく認識不可能である、別言すれば、「現実」は、無前提的に、すなわち、純粹に経験的にか純粹に機能的に捉えられるのではなく、つねにただ、外部から与えられた問題設定、観察慣行または仮定という局面において捉えられ得るにすぎず、それ故に、このような問題設定は、規範からではなく、社会哲学または世界観から行われている、との批判を展開する。シュタルクは、このような批判にもとづき、結論として、憲法の規範性が、現実科学的(Ⅱ社会科学的)憲法解釈によって掘崩され、解体されてはならないこと、また、枠組みとしての憲法構想も、政治と多数派の社会哲学に活動余地を認めはするが、この活動余地が、哲学的にも法学的にも受容することのできない現実科学的な憲法解釈の手法でもって、開放されることがあってはならないことを力説する。

(iv)さいごに、統合的憲法解釈が、①連邦憲法裁判所の定数制判決を例にして、また、R・スメントの統合理論(Integrationslehre)を取り上げること⁽⁵¹⁾で、批判の対象とされる。①の連邦憲法裁判所判決につき、シュタルクは、「すべての教育場所希望者が、満足させられるべきかどうかは、憲法が応えることのできない問題である。教育場所の自由

な選択は、平等原則を顧慮して、既存のもの枠内で存する。国家の給付を求める請求権は、社会国家原理からも直接引き出し得ない。憲法の統合能力は、基本法第三条第一項と結合して第一二条の確約に限定される。これ以上に及ぶ統合能力を調達するのは、責任を負う国家機関である。それに際して、この国家機関は、さまざまな状況を顧慮して決定を行わねばならず、この決定に対して責任を負う」と論評する。いうところの国家機関とは、もちろんシュタルクにあっては、第一次的には立法機関であり、連邦憲法裁判所ではない。ついで、②の統合理論の提唱者R・スメントが憲法解釈に関して述べた「その意図を、国家の個々の点ではなく、国家の全体性に、そして、国家の統合過程の全体性に向けることが、憲法そのものの意義であり、この国家の統合過程の全体性は、かの弾力的で、補完的な、その他のあらゆる法解釈から広く隔たる憲法解釈を許すだけでなく、さらには要請もしている⁽⁵³⁾」、という頻繁に引用される一文から、シュタルクは、このようなスメントの解釈構想は、「憲法裁判権をもつ憲法の基礎とされ得るものではない」と、現行基本法下での解釈構想とはなり得ないことを指摘する⁽⁵⁴⁾。シュタルクは、その根拠を、このような解釈構想に依拠する者は、憲法解釈を通じて「政治的妥協」を惹起しようとするが、政治的妥協のための基準は憲法ではない、という点に求める。つまりは、本来的にもっとも持続的な統合要因であるべき憲法の規範性は、このような憲法構想のもとでは解体されてしまう、ということである。

7 A・フォスクーレのいうところによれば、シュタルクは、憲法適合的解釈を行う義務は、一切の裁判官に同一の方法で義務づけられている、と「素朴」に指摘することで満足しているといわれる者の一人に算入されている⁽⁵⁵⁾。たしかに、シュタルクは、これまで検討してきた彼の憲法解釈に関わる論稿での論述に比べてみれば、憲法適合的解釈に対して詳細な議論展開を行っていないといえるかもしれない。しかし、彼の立論から、憲法適合的解釈の要点を見て取ることは容易に可能である。

それは、たとえば、①憲法適合的解釈が憲法解釈ではなく法律解釈であるとの指摘や、また、②「立法と憲法裁判権」という機能の観点のもとで、「裁判所があまりに行きすぎると、憲法適合的解釈を通じて確保されるべき立法者の尊重が、解釈を行う裁判所を通じて思わぬところで立法者の後見へと転化する」との憲法適合的解釈の危険性の指摘⁽⁵⁶⁾のうち、含意されているといえよう。これらの指摘のうち、まず第一に、憲法適合的解釈における権限配分の問題、すなわち、①連邦憲法裁判所と専門裁判所間の法律解釈に関する権限関係の問題が、第二に、②とりわけ立法機関と裁判権との権力配分・分割の問題が、読み取れるであろう。

さらに、シュタルクは、彼の編集した基本法コンメンタールのなかで、⁽⁵⁷⁾憲法適合的解釈の意義、限界等に関して、要約以下のように述べる。すなわち、①「憲法適合的 (verfassungskonform)」⁽⁵⁸⁾という言い方と、「合憲的 (verfassungsmäßig)」という表現は同義ではないとして、「国家行為は、合憲的か、違憲的かのいずれかである。このことは、法律についても妥当する。しかし、法律—それ自体さらなる国家行為のための基礎—は、たいていは、解釈余地を有するが故に、その法律が憲法に合致する、したがって、違憲的法律ではなく、合憲的 (verfassungsmäßig) 法律である、というようにその法律を解釈し、適用する必要性が生じ得る。ある法律が合憲的であるというように、その法律を解釈する思考過程が、憲法適合的 (verfassungskonform) 解釈である」といい、そして、②連邦憲法裁判所が、この憲法適合的解釈の限界を、「文言や明瞭に認識可能な立法者意思に抵触することとなろう」⁽⁵⁹⁾ようなところにみていることから、それ故、裁判官は、一義的な法律の文言や意義に、憲法適合的解釈を通じて対立する意義を与えることは許されない、という。これらの言述から明らかとなるのは、まず第一に、複数解釈のなかで、法律を「合憲的」に解釈する余地があれば、「憲法適合的」解釈を採らねばならないことである。⁽⁵⁸⁾ちなみに、この憲法適合的解釈の典型的な現れ方は、(a)法律規範につき、複数解釈が可能で、ある解釈を採れば違憲、ある解釈を採れば合憲、というときの合憲的

解釈を採ることを命じる、いわば選択解釈型と、(b)法律規範につき、広狭二義の解釈が可能で、広義に解釈したら違憲、狭義に解釈したら合憲、というときの狭義の解釈を採ることを命じる、いわば限定解釈型ともいうべき二類型が想定可能であろう。その第二は、このような解釈を採ることの理由は、憲法の枠組み内において立法者は形成の自由を有することからすれば、裁判所は、立法者の後見人（立法の庇護＝*Favor legis*）と化してはならず、立法者に対する敬讓と自制（*Zurückhaltung*）を働かさねばならない、⁽⁵⁹⁾ということである。その第三は、その限界についても連邦憲法裁判所の確立した裁判例⁽⁶⁰⁾から、その判示したところを妥当と判断していることである。⁽⁶¹⁾さいごに、シュタルクのいう「立法と憲法裁判権との機能」の点から、憲法適合的解釈をみれば、それは、「憲法適合的解釈は、規範統制である。その目標は、たとえそうではなくとも、規範統制に際してと同様に、憲法の遵守である。しかし、規範統制は、憲法を遵守するためにやむを得ない場合には、規範を違憲として斥けるが、一方、憲法適合的解釈は規範の破棄を回避する」、⁽⁶²⁾という役割を果たす。

このようにみてくれば、シュタルクは、「憲法解釈」論稿の時点（一九九二年）でも、憲法適合的解釈が包含する諸論点を提起しているといえるのであり、A・フォスクローレが指摘するように、「素朴」とは必ずしもいえないであろう。さらにまた、二〇〇五年の基本法コンメンタール（第五版）では、憲法適合的解釈についての議論は、より詳細に展開されてもいるのである。

シュタルクの主張する憲法解釈の方法は、これまでの論述からして明らかとなったことかと思われる。M・ヴォツケによれば、「ドイツの憲法法学（*Verfassungsrechtswissenschaft*）において特徴的なことは、憲法解釈の基礎にある諸理論は、たいていは基本権理論としても定式化されている」、⁽⁶³⁾といわれる。そうであれば、シュタルクは、彼の憲法解釈の方法に関するこれまでの論述を基礎にして、どのような基本権解釈論を展開するのであろうか。彼の基本権解釈に

関する構想の検討が、本稿に残された最後の検討課題となる。

(1) Ch. Starck, Rdmr. 16-22. また vgl. M. Dombert, Über den Willen des Gesetzgebers als Auslegungsmethode, in: Universität Potsdam, Tag der Juristischen Fakultät 20. November 2002. Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gesetzesauslegung, Juristische Fakultät Potsdam 2003, S. 20 ff. 「憲法が枠組み秩序として理解されるならば、憲法解釈の諸手段でもって、この枠組みを規定することが肝要である。一切の解釈は、またそしてまた、憲法の解釈も、規範によって先与された観点から自由ではなから」として、シュタルクの憲法解釈方法を支持する。

(2) また vgl. Ch. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl., Verlag Franz Vahlen 2005, Art. 1 Abs. 3 Rdmr. 158ff. シュタルクは、基本権解釈についても、「基本権の解釈は、どのような理論に人がしたがうか、にまったく決定的にかかっている」(RdNr. 159)としたうえで、彼自身は、「法規範としての基本権の規範的意義の探求にとって、解釈規準 (Auslegungscanones) 強調(原文)が決定的 (maßgebend) である」(RdNr. 163)と述べるところで、古典的な解釈規準を堅持する。彼の基本権の古典的理論とその擁護についてはまた vgl. Ch. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl., 2005, Art. 5 Abs. 1, 2 RdNr. 114.

(3) この点については詳細な vgl. Ch. Starck, Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: ders., Der demokratische Verfassungsstaat, Mohr Siebeck 1995, S. 71 ff. また A・カウマン著、上田健二訳『法哲学「第二版」』(ツェネンヴァン書房、二〇〇六年)一一八頁以下での、「ある法律規範のある『構成要件』への形態化(解釈)は事例について行なわれ、事例のある『事実関係』への形態化(構成)は法律規範について行なわれる。そしてこの形態化はつねに、当てはめに先行する創造的な、創作的な行為である(明白な諸事例において形態化と当てはめとがひとつに合体しているように見える場合であっても)」。この指摘もみよ。

(4) Vgl. Ch. Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff, Nomos Verl., 1970, S. 268ff.

(5) Vgl. W. Tieme, Liberalismus und Grundgesetz, in: DÖV 59. Jg., 2006, S. 401. なお、彼は、結論として、「二一世紀は(Liberalität 以外の)引用者捕) 新たなカテゴリーで思考することを強いる転換点であり得る」という徴候がある。おそらく、人々は、二一世紀末に、この世紀ほど世界史が激しく変化した世紀はなかった、というかも知れない。この二一世紀がより多くの自由の精神 (Freiheitlichkeit) と結びつけられているか、は疑わしい。しかし、このために闘うことは、やりがいのあることである」(S. 408) とする。なおまた、公法の領域において、ここ数十年の間に規範の解釈はより複雑となっている、というのはたとえば vgl. G. Biagini, Methodik in der Rechtsanwendung, in: A. Peters u. M. Schefer (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht

des öffentlichen Rechts-Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Stämpfli Verl., AG, Bern 2004, S. 27. ユトシーニがその重要な原因を、①経済を指導し、社会を形成する開かれた、具体化を要する諸規定の増加と結びつけられる立法国家へ向けての発展と、②法の国際化に求めている。

(6) シュタルクの憲法裁判権をテーマとする国際的活動の一例として、わが国とドイツとのこのテーマに関する対話の成果として、vgl. Ch. Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt- Teil I. Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 20. bis 24. September 2002 in Tokio und Kioto, Nomos Verl., 2004 (ユトシ憲法判例研究会編、栗城壽夫・戸波江二・畑尻剛編集代表『憲法裁判の国際的發展』(信山社 二〇〇四年)); ders (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt- Teil II. Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 25. bis 30. August 2004 in Göttingen und Osnabrück, Nomos Verl., 2006.

(7) とりわけ、EUの深化(=進化)・拡大は、その構成諸国家に、改めて「主権」の問題性を突きつけようと思われる。これについては、W. Hennis, Das Problem der Souveränität (1951) を、シュタルクが序文を附して、二〇〇三年とMohr Siebeckより公刊した点にも表れているところをしようか。その「荒原明『一般国家学 (Allgemeine Staatslehre)』の存在理由」(大東文化大学法学研究所報第二六号、二〇〇五年)一頁以下もみよ。

(8) Vgl. F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1, Scientia Verlag Aalen 1973, S. 213. その「彼は、解釈と法律に内在する思想の再構成 (Reconstruction) と定義される」ように。

(9) Ch. Starck, Rdhr. 17; ders., Praxis der Verfassungsauslegung, Nomos Verl., 1994, S. 22f. シタルクのこの指摘は「おぼた」vgl. M. Dolderer, Objektive Grundrechtsgelalte, S. 43. など。G. Haverkate, Verfassungslehre, C. H. Beck 1992, S. 61が「サヴァニーが、ひとは、民法を、また、憲法を創ることはできなく」と学問的に(一)述べたとき、彼は、一九世紀のおそらくは最も重要な憲法理論家となった、ように。

(10) Vgl. F. C. v. Savigny (Fn.8), S. 2. サヴァニー自身、そこで「私法のみがわれわれの課題であって、公法はそうではない」と述べ。

(11) Vgl. F. C. v. Savigny (Fn. 8), S. 23.

(12) Vgl. R. Wank, Die Auslegung von Gesetzen. Eine Einführung, 3., neue bearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verl., 2005. 本書が、初学者向けの法律解釈のテキストであるが故に、逆に、これらの解釈規準を知るのに利便である。その序言で彼は、「初学者 (Studienanfänger) は、三つの (民法、刑法、憲法—引用者補) すべて領域で、結局は同一の解釈規則 (Auslegungsregeln) が妥当である」と主張する(「S. V」と述べる)。たゞ、また、vgl. Ch. Saueressig, Die Auslegung von Gesetzen: Eine Einführung, in: Jura H. 8/2005, S. 525 ff. クリスティアン・ザウワーハーシーヒは、解釈方法としてサヴァニーの四要素論と

その後のこの要素論の発展、洗練化、批判的展開にふれつつ、解釈基準の段階づけについて論じている。その段階づけとは、その第一段階では、どのような語義が法律の文言に帰属し得るかが、いわゆる文法的解釈を通じて探求され (S. 526f.)、第二段階では、体系的解釈が始まり、規範の体系的解釈は、解釈すべき規範を、法規範すべての総体構造において考察するのであり (S. 527ff.)、文法的、体系的解釈を行った後の解釈の第三段階では、成立史と歴史的立法者の規範観念が解釈基準として援用され得るのであり (S. 529f.)、第四段階において、法律解釈においてもっとも重要な歩みである解釈すべき規範の認識可能な諸目的に志向する目的論的解釈が行われる (S. 530f.)、とする段階づけである。さらに、彼は、ヨーロッパ共同体法と構成国家の法と関連して、国家法のEG法適合的解釈の課題に言及する (S. 531)。そして、これらの解釈基準は、相互に構築的で相互に影響し合うが、特別重要なのが目的論的解釈であるとする。その理由は、「価値体系としての法秩序の背後には、立法者が規範の基礎とし、可能な解釈結果のうちの一つを決定する際に決定的である価値評価がまさしく存在する」からである。結語として、「解釈の法律学的方法そのものは、自己目的ではなく、法律適用の正当化とともに軽減化に資する」 (S. 532) とする。

(13) たとえば、D. Looschelders/W. Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Duncker & Humblot 1996, S. 131ff. 「成文法規範の内容の確定は、法律条文の文法的なすなわち言語上の解釈で始まる」と同様の指摘をする。

(14) ただし、R. Wank, (Fn. 12), S. 74f. で、彼は「憲法については、組織法部分と基本権部分とは、その手順が異なり、基本権部分では、概括条項で問われる「具体化 (Konkretisierung)」の手順が採られるとして、「とりわけ文言解釈は、基本権部分では二つの他の (民法と刑法—引用者補) 領域におけると同じほど有益ではない。したがって、基本権解釈の手順 (Verfahren) は、概括条項の具体化の手順により類似する」と説く。

(15) 立法者とはだれであり、また、立法者意思がどのようなようにして認識されるのかにつき、vgl. R. Wank (Fn. 12), S. 43ff.

(16) いわゆる主観的理論と客観的理論をめぐっては、vgl. R. Wank (Fn. 12), S. 41ff., S. 69f., 79, 91, 97.

(17) Ch. Starck, Rdmr. 18; ders., Die Flexibilität rechtlicher Institutionen, in: ders., Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck 2002, S. 84f. そのほか、シニタルクは、法的制度の柔軟性の限界につき、「法的諸制度の規範内容は、あらゆる法規範と同様に、解釈に服する。それ故、法的諸制度の柔軟性は、それ自体制度的に監視される。特定の法的諸制度の柔軟性の限界がどこに存するかは、解釈規準を手懸かりに探查され得る。これらの規則 (Regeln) によれば、ひとは、法規範の解釈に際して、文言および文法、成立史および継受史、法規範が位置する体系および法規範に内在する目的に志向する」とする。D. Looschelders/W. Roth (Fn. 13), S. 146 は、「法の適用者 (Rechtsanwender) は、解釈の枠内で単純に『秘教的な (esoterisch)』語法を立法者のもとにおいていたりとか、あるいは、立法者の諸観念にしたがえば、問題となっている表現に与えられるはずである以外の意義を添えたりする権能はけっしてな

ら。……文法的解釈を手懸かりとして、通例、少なくとも、そのほかの解釈を明瞭に限界づける枠組みが確定されるのである」¹⁾と云ふ。

- (8) Ch. Starck, Rdnr. 22. #だ' M. Jestaedt, Und er bewegt sie doch! Der Wille des Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung des Grundgesetzes, in: H. -D. Horn (Hrsg.), Recht im Pluralismus. Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot 2003, S. 281f. #だ'。
- (9) #だ'ひあ'だ' vgl. Ch. Starck (Fn. 4), S. 261ff.
- (10) Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. überarbeitete Aufl., C. F. Müller 1993, S. 20.
- (11) Vgl. K. Hesse (Fn. 20), S. 24. 回鑿の非難#だ' vgl. K. Hesse, Verfassungsgebung-Quelle und Maßstab der Verfassungsinterpretation?, in: F. Hufen (Hrsg.), Bundesstaat-Parlament-Opposition. Symposium aus Anlaß des 60. Geburtstags von Prof. Dr. h. c. Hans Peter Schneider, Nomos Verl., 2001, S. 22.
- (12) Vgl. K. Hesse (Fn. 20), S. 20. シュタルクの、古典的解釈規準ともてつ法決定の根拠づけをきたとぎだ' vgl. Ch. Starck (Fn. 3), S. 82ff.
- (13) Vgl. K. Hesse (Fn. 20), S. 26ff.
- (14) Ch. Starck, Rdnr. 19; vgl. D. Looschelders/W. Roth (Fn. 13), S. 205f.
- (15) Vgl. D. Looschelders/W. Roth (Fn. 13), S. 205f. 彼らは、テクスト内在的解釈とテクスト外在的解釈という上位概念のもとに、文法的解釈 (S. 130ff.) と体系的解釈 (149ff.) を、テクスト外在的解釈とテクスト内在的解釈という上位概念のもとに、歴史的、発生的解釈 (S. 153ff.) と目的論的解釈 (S. 160ff.) を位置づける。
- (16) K. シュタルクは、連邦憲法裁判所判決と#だ' vgl. BYerfGE 12, 205 (230ff.); 61, 149 (175ff.).
- (17) Vgl. K. Hesse (Fn. 20), S. 23.
- (18) Ch. Starck, Rdnr. 20.
- (19) この点につき、菟原明「憲法の優位」論 (大東法学第一四卷第一号) 一〇一頁以下をみよ
- (20) シュタルクのいう憲法国家につき、菟原明「民主制的憲法国家」の基礎としての『宗教』の役割 (大東法学第九卷第一号) 三三三頁以下をみよ。
- (21) Ch. Starck, Rdnr. 21.
- (22) D. Looschelders/W. Roth (Fn. 13), S. 160ff.

- (33) Ch. Starck, Rdmrn. 22f.; ders., Nationaler Grundkonsens und Verfassungsgerichte, in: ders., Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck 2002, S. 330ff. シュタルクは、「すべての解釈の出発点は、解釈規準である。それが、信頼するに足る、合理的な論拠づけを許容する。それは、裁判官の自己統制と合意維持に役立つ、そして、裁判所の決定 (Entscheidung) の事後執行可能な理由づけへと導くのである。さらに、大いに役立つのは、また外国や国際的な裁判所の先例に表れている解釈経験である」(S. 330)、という。連邦憲法裁判所も、古典的・伝統的な解釈規準を支持する。たとえば、BVerfGE 1, 299 (312) は、「法律規定の解釈にとって決定的なのは、法律規定に表れている立法者の客観的意思であり、それは、たとえば法律規定の文言や、法律規定が定位されている意味連関から明らかとなる。これとはちがって、立法手続きへの関与機関の主観的観念は決定的ではない。…規定の成立史に、その規定の解釈にとって意味が与えられるのは、成立史が準示された諸原則にしたがって探査される解釈の正しさを確認するか、または、準示された方途だけでは除去され得ない疑義を取り除くかぎりにおいてだけである」と判示する。また、BVerfGE 11, 126 (130) は、「規範の文言からの解釈 (文法的解釈)、規範の関連からの解釈 (体系的解釈)、規範の目的からの解釈 (目的論的解釈) として立法資料と成立史からの解釈 (歴史的解釈)」、との解釈規準に言及する。
- (34) これに「き」 vgl. A. Bleckmann, Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Jus 2002, H. 10, S. 942ff.
- (35) 専門裁判所による法の継続的形成の権限と限界については、既述ソラヤ決定をみよ。また、法律に反する (contra legem) 解釈は、旧法についてのみ許されるが、法律の補正 (Korrektur) は、立法者の見落としがあれば許容される、という。
- (36) この点につきまた、A・カウフマン著、上田健二訳『法哲学「第二版」』(ミネルヴァ書房、二〇〇六年)二四七頁以下もみよ。
- (37) 比例原則を論じた近年の論稿につきたとえば、vgl. F. Raue, Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?, in: AöR Bd. 131, 2006, S. 79ff. 比例原則は、通例、基本権に関連して説かれるが、国家組織法領域でこれを論じるのは、vgl. A. Heusch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, Duncker & Humblot 2003. 彼は、「国家組織法の領域におけるその効力と適用のモノグラフィによる論述は、これまで欠如している」(S. 22)、という。
- (38) G. Biagini (Fn. 5), S. 27ff.
- (39) 法学方法論に関する著作としてたとえば、ウルフリット・ノイマン著、亀本洋／山本顯治／服部高宏／平井亮輔訳『法的議論の理論』(法律文化社、一九九七年)を参照。
- (40) Ch. Starck, Rdmr. 30. このような観点につき、菟原明『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」(大東法学第一五巻第一号)五二頁をみよ。
- (41) テオドール・フィーヴェク著、植松秀雄訳『トピックと法律学—法学的基礎研究への一試論—』(木鐸社、一九八〇年)参照。彼は、

トピックを、「問題思考の技法 (die Techné des Problendenkens)」として「トピックは、修辞学によって展開された問題思维の術である。それは、微細な点にいたるまで演繹的体系的構造とは明確に區別される精神構造を開陳する」(二四頁)、と特徴づけ(五四頁もみよ)、そして、「トピックを考察するにあたってもっとも重要なことは、問題に定位した思索のテクネーがこの場合には大切な点という点を確認しておくことである」(五三頁)、という。さらに、「トピックの機能は、問題論究に奉仕することにあるのであり、それが一般的なトピックとして現れるか、それとも特別なトピックとして現れるかはどちらでもよい」(六三頁)、とする。なお、トピックの観点からみた法律学の構造は、「(1)法律学の総構造は、問題によってのみ規定されうる。(2)法律学の構成要素、法律学のもろもろの概念と命題は、特殊な仕方で問題に拘束されていなければならず、それゆえに、ただ問題の側からのみ理解されうる。(3)法律学のもろもろの概念と命題は、それゆえまた、問題に拘束されたあるからみ合いの内にのみ置かれうる。そうでないようならみ合いは避けられるべきである」(一六二頁)、と特徴づけられる。このトピック論に対する詳細な批判につき、ヤン・シュレーダー著、石部雅亮編訳『トピック・類推・衡平—法解釈方法論史の基本概念』(信山社、二〇〇〇年)を参照。なお、トピック論を詳細に批判するのほたど²⁴ vgl. C. -W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2, überarbeitete Aufl., Duncker & Humblot 1983, S. 135ff. たゞ²⁵彼は「トピックが法律学のあり方(Wesen)を原則的に捉え損なうことは、はつきりしている。何故なら、現行法とはなにか、それ故、どのような観点がその都度拘束的であるのか、は通例『ロモンセンズ』あるいは、『総ての人のもしくは大多数の人のまたはもっとも賢慮ある人の意見』にたがってではなく、客観的法にしたがってまるごと決定されるからである」(S. 144)、と批判する。

- (42) Vgl. K. Hesse (Fn. 20), S. 25f.
- (43) Ch. Starck, Rdnr. 24.
- (44) Vgl. P. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Duncker & Humblot 1978, S. 155ff.
- (45) Vgl. P. Häberle (Fn. 44), S. 156. ²⁴ ²⁵ ²⁶ ²⁷ ²⁸ ²⁹ ³⁰ ³¹ ³² ³³ ³⁴ ³⁵ ³⁶ ³⁷ ³⁸ ³⁹ ⁴⁰ ⁴¹ ⁴² ⁴³ ⁴⁴ ⁴⁵ ⁴⁶ ⁴⁷ ⁴⁸ ⁴⁹ ⁵⁰ ⁵¹ ⁵² ⁵³ ⁵⁴ ⁵⁵ ⁵⁶ ⁵⁷ ⁵⁸ ⁵⁹ ⁶⁰ ⁶¹ ⁶² ⁶³ ⁶⁴ ⁶⁵ ⁶⁶ ⁶⁷ ⁶⁸ ⁶⁹ ⁷⁰ ⁷¹ ⁷² ⁷³ ⁷⁴ ⁷⁵ ⁷⁶ ⁷⁷ ⁷⁸ ⁷⁹ ⁸⁰ ⁸¹ ⁸² ⁸³ ⁸⁴ ⁸⁵ ⁸⁶ ⁸⁷ ⁸⁸ ⁸⁹ ⁹⁰ ⁹¹ ⁹² ⁹³ ⁹⁴ ⁹⁵ ⁹⁶ ⁹⁷ ⁹⁸ ⁹⁹ ¹⁰⁰ ¹⁰¹ ¹⁰² ¹⁰³ ¹⁰⁴ ¹⁰⁵ ¹⁰⁶ ¹⁰⁷ ¹⁰⁸ ¹⁰⁹ ¹¹⁰ ¹¹¹ ¹¹² ¹¹³ ¹¹⁴ ¹¹⁵ ¹¹⁶ ¹¹⁷ ¹¹⁸ ¹¹⁹ ¹²⁰ ¹²¹ ¹²² ¹²³ ¹²⁴ ¹²⁵ ¹²⁶ ¹²⁷ ¹²⁸ ¹²⁹ ¹³⁰ ¹³¹ ¹³² ¹³³ ¹³⁴ ¹³⁵ ¹³⁶ ¹³⁷ ¹³⁸ ¹³⁹ ¹⁴⁰ ¹⁴¹ ¹⁴² ¹⁴³ ¹⁴⁴ ¹⁴⁵ ¹⁴⁶ ¹⁴⁷ ¹⁴⁸ ¹⁴⁹ ¹⁵⁰ ¹⁵¹ ¹⁵² ¹⁵³ ¹⁵⁴ ¹⁵⁵ ¹⁵⁶ ¹⁵⁷ ¹⁵⁸ ¹⁵⁹ ¹⁶⁰ ¹⁶¹ ¹⁶² ¹⁶³ ¹⁶⁴ ¹⁶⁵ ¹⁶⁶ ¹⁶⁷ ¹⁶⁸ ¹⁶⁹ ¹⁷⁰ ¹⁷¹ ¹⁷² ¹⁷³ ¹⁷⁴ ¹⁷⁵ ¹⁷⁶ ¹⁷⁷ ¹⁷⁸ ¹⁷⁹ ¹⁸⁰ ¹⁸¹ ¹⁸² ¹⁸³ ¹⁸⁴ ¹⁸⁵ ¹⁸⁶ ¹⁸⁷ ¹⁸⁸ ¹⁸⁹ ¹⁹⁰ ¹⁹¹ ¹⁹² ¹⁹³ ¹⁹⁴ ¹⁹⁵ ¹⁹⁶ ¹⁹⁷ ¹⁹⁸ ¹⁹⁹ ²⁰⁰ ²⁰¹ ²⁰² ²⁰³ ²⁰⁴ ²⁰⁵ ²⁰⁶ ²⁰⁷ ²⁰⁸ ²⁰⁹ ²¹⁰ ²¹¹ ²¹² ²¹³ ²¹⁴ ²¹⁵ ²¹⁶ ²¹⁷ ²¹⁸ ²¹⁹ ²²⁰ ²²¹ ²²² ²²³ ²²⁴ ²²⁵ ²²⁶ ²²⁷ ²²⁸ ²²⁹ ²³⁰ ²³¹ ²³² ²³³ ²³⁴ ²³⁵ ²³⁶ ²³⁷ ²³⁸ ²³⁹ ²⁴⁰ ²⁴¹ ²⁴² ²⁴³ ²⁴⁴ ²⁴⁵ ²⁴⁶ ²⁴⁷ ²⁴⁸ ²⁴⁹ ²⁵⁰ ²⁵¹ ²⁵² ²⁵³ ²⁵⁴ ²⁵⁵ ²⁵⁶ ²⁵⁷ ²⁵⁸ ²⁵⁹ ²⁶⁰ ²⁶¹ ²⁶² ²⁶³ ²⁶⁴ ²⁶⁵ ²⁶⁶ ²⁶⁷ ²⁶⁸ ²⁶⁹ ²⁷⁰ ²⁷¹ ²⁷² ²⁷³ ²⁷⁴ ²⁷⁵ ²⁷⁶ ²⁷⁷ ²⁷⁸ ²⁷⁹ ²⁸⁰ ²⁸¹ ²⁸² ²⁸³ ²⁸⁴ ²⁸⁵ ²⁸⁶ ²⁸⁷ ²⁸⁸ ²⁸⁹ ²⁹⁰ ²⁹¹ ²⁹² ²⁹³ ²⁹⁴ ²⁹⁵ ²⁹⁶ ²⁹⁷ ²⁹⁸ ²⁹⁹ ³⁰⁰ ³⁰¹ ³⁰² ³⁰³ ³⁰⁴ ³⁰⁵ ³⁰⁶ ³⁰⁷ ³⁰⁸ ³⁰⁹ ³¹⁰ ³¹¹ ³¹² ³¹³ ³¹⁴ ³¹⁵ ³¹⁶ ³¹⁷ ³¹⁸ ³¹⁹ ³²⁰ ³²¹ ³²² ³²³ ³²⁴ ³²⁵ ³²⁶ ³²⁷ ³²⁸ ³²⁹ ³³⁰ ³³¹ ³³² ³³³ ³³⁴ ³³⁵ ³³⁶ ³³⁷ ³³⁸ ³³⁹ ³⁴⁰ ³⁴¹ ³⁴² ³⁴³ ³⁴⁴ ³⁴⁵ ³⁴⁶ ³⁴⁷ ³⁴⁸ ³⁴⁹ ³⁵⁰ ³⁵¹ ³⁵² ³⁵³ ³⁵⁴ ³⁵⁵ ³⁵⁶ ³⁵⁷ ³⁵⁸ ³⁵⁹ ³⁶⁰ ³⁶¹ ³⁶² ³⁶³ ³⁶⁴ ³⁶⁵ ³⁶⁶ ³⁶⁷ ³⁶⁸ ³⁶⁹ ³⁷⁰ ³⁷¹ ³⁷² ³⁷³ ³⁷⁴ ³⁷⁵ ³⁷⁶ ³⁷⁷ ³⁷⁸ ³⁷⁹ ³⁸⁰ ³⁸¹ ³⁸² ³⁸³ ³⁸⁴ ³⁸⁵ ³⁸⁶ ³⁸⁷ ³⁸⁸ ³⁸⁹ ³⁹⁰ ³⁹¹ ³⁹² ³⁹³ ³⁹⁴ ³⁹⁵ ³⁹⁶ ³⁹⁷ ³⁹⁸ ³⁹⁹ ⁴⁰⁰ ⁴⁰¹ ⁴⁰² ⁴⁰³ ⁴⁰⁴ ⁴⁰⁵ ⁴⁰⁶ ⁴⁰⁷ ⁴⁰⁸ ⁴⁰⁹ ⁴¹⁰ ⁴¹¹ ⁴¹² ⁴¹³ ⁴¹⁴ ⁴¹⁵ ⁴¹⁶ ⁴¹⁷ ⁴¹⁸ ⁴¹⁹ ⁴²⁰ ⁴²¹ ⁴²² ⁴²³ ⁴²⁴ ⁴²⁵ ⁴²⁶ ⁴²⁷ ⁴²⁸ ⁴²⁹ ⁴³⁰ ⁴³¹ ⁴³² ⁴³³ ⁴³⁴ ⁴³⁵ ⁴³⁶ ⁴³⁷ ⁴³⁸ ⁴³⁹ ⁴⁴⁰ ⁴⁴¹ ⁴⁴² ⁴⁴³ ⁴⁴⁴ ⁴⁴⁵ ⁴⁴⁶ ⁴⁴⁷ ⁴⁴⁸ ⁴⁴⁹ ⁴⁵⁰ ⁴⁵¹ ⁴⁵² ⁴⁵³ ⁴⁵⁴ ⁴⁵⁵ ⁴⁵⁶ ⁴⁵⁷ ⁴⁵⁸ ⁴⁵⁹ ⁴⁶⁰ ⁴⁶¹ ⁴⁶² ⁴⁶³ ⁴⁶⁴ ⁴⁶⁵ ⁴⁶⁶ ⁴⁶⁷ ⁴⁶⁸ ⁴⁶⁹ ⁴⁷⁰ ⁴⁷¹ ⁴⁷² ⁴⁷³ ⁴⁷⁴ ⁴⁷⁵ ⁴⁷⁶ ⁴⁷⁷ ⁴⁷⁸ ⁴⁷⁹ ⁴⁸⁰ ⁴⁸¹ ⁴⁸² ⁴⁸³ ⁴⁸⁴ ⁴⁸⁵ ⁴⁸⁶ ⁴⁸⁷ ⁴⁸⁸ ⁴⁸⁹ ⁴⁹⁰ ⁴⁹¹ ⁴⁹² ⁴⁹³ ⁴⁹⁴ ⁴⁹⁵ ⁴⁹⁶ ⁴⁹⁷ ⁴⁹⁸ ⁴⁹⁹ ⁵⁰⁰ ⁵⁰¹ ⁵⁰² ⁵⁰³ ⁵⁰⁴ ⁵⁰⁵ ⁵⁰⁶ ⁵⁰⁷ ⁵⁰⁸ ⁵⁰⁹ ⁵¹⁰ ⁵¹¹ ⁵¹² ⁵¹³ ⁵¹⁴ ⁵¹⁵ ⁵¹⁶ ⁵¹⁷ ⁵¹⁸ ⁵¹⁹ ⁵²⁰ ⁵²¹ ⁵²² ⁵²³ ⁵²⁴ ⁵²⁵ ⁵²⁶ ⁵²⁷ ⁵²⁸ ⁵²⁹ ⁵³⁰ ⁵³¹ ⁵³² ⁵³³ ⁵³⁴ ⁵³⁵ ⁵³⁶ ⁵³⁷ ⁵³⁸ ⁵³⁹ ⁵⁴⁰ ⁵⁴¹ ⁵⁴² ⁵⁴³ ⁵⁴⁴ ⁵⁴⁵ ⁵⁴⁶ ⁵⁴⁷ ⁵⁴⁸ ⁵⁴⁹ ⁵⁵⁰ ⁵⁵¹ ⁵⁵² ⁵⁵³ ⁵⁵⁴ ⁵⁵⁵ ⁵⁵⁶ ⁵⁵⁷ ⁵⁵⁸ ⁵⁵⁹ ⁵⁶⁰ ⁵⁶¹ ⁵⁶² ⁵⁶³ ⁵⁶⁴ ⁵⁶⁵ ⁵⁶⁶ ⁵⁶⁷ ⁵⁶⁸ ⁵⁶⁹ ⁵⁷⁰ ⁵⁷¹ ⁵⁷² ⁵⁷³ ⁵⁷⁴ ⁵⁷⁵ ⁵⁷⁶ ⁵⁷⁷ ⁵⁷⁸ ⁵⁷⁹ ⁵⁸⁰ ⁵⁸¹ ⁵⁸² ⁵⁸³ ⁵⁸⁴ ⁵⁸⁵ ⁵⁸⁶ ⁵⁸⁷ ⁵⁸⁸ ⁵⁸⁹ ⁵⁹⁰ ⁵⁹¹ ⁵⁹² ⁵⁹³ ⁵⁹⁴ ⁵⁹⁵ ⁵⁹⁶ ⁵⁹⁷ ⁵⁹⁸ ⁵⁹⁹ ⁶⁰⁰ ⁶⁰¹ ⁶⁰² ⁶⁰³ ⁶⁰⁴ ⁶⁰⁵ ⁶⁰⁶ ⁶⁰⁷ ⁶⁰⁸ ⁶⁰⁹ ⁶¹⁰ ⁶¹¹ ⁶¹² ⁶¹³ ⁶¹⁴ ⁶¹⁵ ⁶¹⁶ ⁶¹⁷ ⁶¹⁸ ⁶¹⁹ ⁶²⁰ ⁶²¹ ⁶²² ⁶²³ ⁶²⁴ ⁶²⁵ ⁶²⁶ ⁶²⁷ ⁶²⁸ ⁶²⁹ ⁶³⁰ ⁶³¹ ⁶³² ⁶³³ ⁶³⁴ ⁶³⁵ ⁶³⁶ ⁶³⁷ ⁶³⁸ ⁶³⁹ ⁶⁴⁰ ⁶⁴¹ ⁶⁴² ⁶⁴³ ⁶⁴⁴ ⁶⁴⁵ ⁶⁴⁶ ⁶⁴⁷ ⁶⁴⁸ ⁶⁴⁹ ⁶⁵⁰ ⁶⁵¹ ⁶⁵² ⁶⁵³ ⁶⁵⁴ ⁶⁵⁵ ⁶⁵⁶ ⁶⁵⁷ ⁶⁵⁸ ⁶⁵⁹ ⁶⁶⁰ ⁶⁶¹ ⁶⁶² ⁶⁶³ ⁶⁶⁴ ⁶⁶⁵ ⁶⁶⁶ ⁶⁶⁷ ⁶⁶⁸ ⁶⁶⁹ ⁶⁷⁰ ⁶⁷¹ ⁶⁷² ⁶⁷³ ⁶⁷⁴ ⁶⁷⁵ ⁶⁷⁶ ⁶⁷⁷ ⁶⁷⁸ ⁶⁷⁹ ⁶⁸⁰ ⁶⁸¹ ⁶⁸² ⁶⁸³ ⁶⁸⁴ ⁶⁸⁵ ⁶⁸⁶ ⁶⁸⁷ ⁶⁸⁸ ⁶⁸⁹ ⁶⁹⁰ ⁶⁹¹ ⁶⁹² ⁶⁹³ ⁶⁹⁴ ⁶⁹⁵ ⁶⁹⁶ ⁶⁹⁷ ⁶⁹⁸ ⁶⁹⁹ ⁷⁰⁰ ⁷⁰¹ ⁷⁰² ⁷⁰³ ⁷⁰⁴ ⁷⁰⁵ ⁷⁰⁶ ⁷⁰⁷ ⁷⁰⁸ ⁷⁰⁹ ⁷¹⁰ ⁷¹¹ ⁷¹² ⁷¹³ ⁷¹⁴ ⁷¹⁵ ⁷¹⁶ ⁷¹⁷ ⁷¹⁸ ⁷¹⁹ ⁷²⁰ ⁷²¹ ⁷²² ⁷²³ ⁷²⁴ ⁷²⁵ ⁷²⁶ ⁷²⁷ ⁷²⁸ ⁷²⁹ ⁷³⁰ ⁷³¹ ⁷³² ⁷³³ ⁷³⁴ ⁷³⁵ ⁷³⁶ ⁷³⁷ ⁷³⁸ ⁷³⁹ ⁷⁴⁰ ⁷⁴¹ ⁷⁴² ⁷⁴³ ⁷⁴⁴ ⁷⁴⁵ ⁷⁴⁶ ⁷⁴⁷ ⁷⁴⁸ ⁷⁴⁹ ⁷⁵⁰ ⁷⁵¹ ⁷⁵² ⁷⁵³ ⁷⁵⁴ ⁷⁵⁵ ⁷⁵⁶ ⁷⁵⁷ ⁷⁵⁸ ⁷⁵⁹ ⁷⁶⁰ ⁷⁶¹ ⁷⁶² ⁷⁶³ ⁷⁶⁴ ⁷⁶⁵ ⁷⁶⁶ ⁷⁶⁷ ⁷⁶⁸ ⁷⁶⁹ ⁷⁷⁰ ⁷⁷¹ ⁷⁷² ⁷⁷³ ⁷⁷⁴ ⁷⁷⁵ ⁷⁷⁶ ⁷⁷⁷ ⁷⁷⁸ ⁷⁷⁹ ⁷⁸⁰ ⁷⁸¹ ⁷⁸² ⁷⁸³ ⁷⁸⁴ ⁷⁸⁵ ⁷⁸⁶ ⁷⁸⁷ ⁷⁸⁸ ⁷⁸⁹ ⁷⁹⁰ ⁷⁹¹ ⁷⁹² ⁷⁹³ ⁷⁹⁴ ⁷⁹⁵ ⁷⁹⁶ ⁷⁹⁷ ⁷⁹⁸ ⁷⁹⁹ ⁸⁰⁰ ⁸⁰¹ ⁸⁰² ⁸⁰³ ⁸⁰⁴ ⁸⁰⁵ ⁸⁰⁶ ⁸⁰⁷ ⁸⁰⁸ ⁸⁰⁹ ⁸¹⁰ ⁸¹¹ ⁸¹² ⁸¹³ ⁸¹⁴ ⁸¹⁵ ⁸¹⁶ ⁸¹⁷ ⁸¹⁸ ⁸¹⁹ ⁸²⁰ ⁸²¹ ⁸²² ⁸²³ ⁸²⁴ ⁸²⁵ ⁸²⁶ ⁸²⁷ ⁸²⁸ ⁸²⁹ ⁸³⁰ ⁸³¹ ⁸³² ⁸³³ ⁸³⁴ ⁸³⁵ ⁸³⁶ ⁸³⁷ ⁸³⁸ ⁸³⁹ ⁸⁴⁰ ⁸⁴¹ ⁸⁴² ⁸⁴³ ⁸⁴⁴ ⁸⁴⁵ ⁸⁴⁶ ⁸⁴⁷ ⁸⁴⁸ ⁸⁴⁹ ⁸⁵⁰ ⁸⁵¹ ⁸⁵² ⁸⁵³ ⁸⁵⁴ ⁸⁵⁵ ⁸⁵⁶ ⁸⁵⁷ ⁸⁵⁸ ⁸⁵⁹ ⁸⁶⁰ ⁸⁶¹ ⁸⁶² ⁸⁶³ ⁸⁶⁴ ⁸⁶⁵ ⁸⁶⁶ ⁸⁶⁷ ⁸⁶⁸ ⁸⁶⁹ ⁸⁷⁰ ⁸⁷¹ ⁸⁷² ⁸⁷³ ⁸⁷⁴ ⁸⁷⁵ ⁸⁷⁶ ⁸⁷⁷ ⁸⁷⁸ ⁸⁷⁹ ⁸⁸⁰ ⁸⁸¹ ⁸⁸² ⁸⁸³ ⁸⁸⁴ ⁸⁸⁵ ⁸⁸⁶ ⁸⁸⁷ ⁸⁸⁸ ⁸⁸⁹ ⁸⁹⁰ ⁸⁹¹ ⁸⁹² ⁸⁹³ ⁸⁹⁴ ⁸⁹⁵ ⁸⁹⁶ ⁸⁹⁷ ⁸⁹⁸ ⁸⁹⁹ ⁹⁰⁰ ⁹⁰¹ ⁹⁰² ⁹⁰³ ⁹⁰⁴ ⁹⁰⁵ ⁹⁰⁶ ⁹⁰⁷ ⁹⁰⁸ ⁹⁰⁹ ⁹¹⁰ ⁹¹¹ ⁹¹² ⁹¹³ ⁹¹⁴ ⁹¹⁵ ⁹¹⁶ ⁹¹⁷ ⁹¹⁸ ⁹¹⁹ ⁹²⁰ ⁹²¹ ⁹²² ⁹²³ ⁹²⁴ ⁹²⁵ ⁹²⁶ ⁹²⁷ ⁹²⁸ ⁹²⁹ ⁹³⁰ ⁹³¹ ⁹³² ⁹³³ ⁹³⁴ ⁹³⁵ ⁹³⁶ ⁹³⁷ ⁹³⁸ ⁹³⁹ ⁹⁴⁰ ⁹⁴¹ ⁹⁴² ⁹⁴³ ⁹⁴⁴ ⁹⁴⁵ ⁹⁴⁶ ⁹⁴⁷ ⁹⁴⁸ ⁹⁴⁹ ⁹⁵⁰ ⁹⁵¹ ⁹⁵² ⁹⁵³ ⁹⁵⁴ ⁹⁵⁵ ⁹⁵⁶ ⁹⁵⁷ ⁹⁵⁸ ⁹⁵⁹ ⁹⁶⁰ ⁹⁶¹ ⁹⁶² ⁹⁶³ ⁹⁶⁴ ⁹⁶⁵ ⁹⁶⁶ ⁹⁶⁷ ⁹⁶⁸ ⁹⁶⁹ ⁹⁷⁰ ⁹⁷¹ ⁹⁷² ⁹⁷³ ⁹⁷⁴ ⁹⁷⁵ ⁹⁷⁶ ⁹⁷⁷ ⁹⁷⁸ ⁹⁷⁹ ⁹⁸⁰ ⁹⁸¹ ⁹⁸² ⁹⁸³ ⁹⁸⁴ ⁹⁸⁵ ⁹⁸⁶ ⁹⁸⁷ ⁹⁸⁸ ⁹⁸⁹ ⁹⁹⁰ ⁹⁹¹ ⁹⁹² ⁹⁹³ ⁹⁹⁴ ⁹⁹⁵ ⁹⁹⁶ ⁹⁹⁷ ⁹⁹⁸ ⁹⁹⁹ ¹⁰⁰⁰ ¹⁰⁰¹ ¹⁰⁰² ¹⁰⁰³ ¹⁰⁰⁴ ¹⁰⁰⁵ ¹⁰⁰⁶ ¹⁰⁰⁷ ¹⁰⁰⁸ ¹⁰⁰⁹ ¹⁰¹⁰ ¹⁰¹¹ ¹⁰¹² ¹⁰¹³ ¹⁰¹⁴ ¹⁰¹⁵ ¹⁰¹⁶ ¹⁰¹⁷ ¹⁰¹⁸ ¹⁰¹⁹ ¹⁰²⁰ ¹⁰²¹ ¹⁰²² ¹⁰²³ ¹⁰²⁴ ¹⁰²⁵ ¹⁰²⁶ ¹⁰²⁷ ¹⁰²⁸ ¹⁰²⁹ ¹⁰³⁰ ¹⁰³¹ ¹⁰³² ¹⁰³³ ¹⁰³⁴ ¹⁰³⁵ ¹⁰³⁶ ¹⁰³⁷ ¹⁰³⁸ ¹⁰³⁹ ¹⁰⁴⁰ ¹⁰⁴¹ ¹⁰⁴² ¹⁰⁴³ ¹⁰⁴⁴ ¹⁰⁴⁵ ¹⁰⁴⁶ ¹⁰⁴⁷ ¹⁰⁴⁸ ¹⁰⁴⁹ ¹⁰⁵⁰ ¹⁰⁵¹ ¹⁰⁵² ¹⁰⁵³ ¹⁰⁵⁴ ¹⁰⁵⁵ ¹⁰⁵⁶ ¹⁰⁵⁷ ¹⁰⁵⁸ ¹⁰⁵⁹ ¹⁰⁶⁰ ¹⁰⁶¹ ¹⁰⁶² ¹⁰⁶³ ¹⁰⁶⁴ ¹⁰⁶⁵ ¹⁰⁶⁶ ¹⁰⁶⁷ ¹⁰⁶⁸ ¹⁰⁶⁹ ¹⁰⁷⁰ ¹⁰⁷¹ ¹⁰⁷² ¹⁰⁷³ ¹⁰⁷⁴ ¹⁰⁷⁵ ¹⁰⁷⁶ ¹⁰⁷⁷ ¹⁰⁷⁸ ¹⁰⁷⁹ ¹⁰⁸⁰ ¹⁰⁸¹ ¹⁰⁸² ¹⁰⁸³ ¹⁰⁸⁴ ¹⁰⁸⁵ ¹⁰⁸⁶ ¹⁰⁸⁷ ¹⁰⁸⁸ ¹⁰⁸⁹ ¹⁰⁹⁰ ¹⁰⁹¹ ¹⁰⁹² ¹⁰⁹³ ¹⁰⁹⁴ ¹⁰⁹⁵ ¹⁰⁹⁶ ¹⁰⁹⁷ ¹⁰⁹⁸ ¹⁰⁹⁹ ¹¹⁰⁰ ¹¹⁰¹ ¹¹⁰² ¹¹⁰³ ¹¹⁰⁴ ¹¹⁰⁵ ¹¹⁰⁶ ¹¹⁰⁷ ¹¹⁰⁸ ¹¹⁰⁹ ¹¹¹⁰ ¹¹¹¹ ¹¹¹² ¹¹¹³ ¹¹¹⁴ ¹¹¹⁵ ¹¹¹⁶ ¹¹¹⁷ ¹¹¹⁸ ¹¹¹⁹ ¹¹²⁰ ¹¹²¹ ¹¹²² ¹¹²³ ¹¹²⁴ ¹¹²⁵ ¹¹²⁶ ¹¹²⁷ ¹¹²⁸ ¹¹²⁹ ¹¹³⁰ ¹¹³¹ ¹¹³² ¹¹³³ ¹¹³⁴ ¹¹³⁵ ¹¹³⁶ ¹¹³⁷ ¹¹³⁸ ¹¹³⁹ ¹¹⁴⁰ ¹¹⁴¹ ¹¹⁴² ¹¹⁴³ ¹¹⁴⁴ ¹¹⁴⁵ ¹¹⁴⁶ ¹¹⁴⁷ ¹¹⁴⁸ ¹¹⁴⁹ ¹¹⁵⁰ ¹¹⁵¹ ¹¹⁵² ¹¹⁵³ ¹¹⁵⁴ ¹¹⁵⁵ ¹¹⁵⁶ ¹¹⁵⁷ ¹¹⁵⁸ ¹¹⁵⁹ ¹¹⁶⁰ ¹¹⁶¹ ¹¹⁶² ¹¹⁶³ ¹¹⁶⁴ ¹¹⁶⁵ ¹¹⁶⁶ ¹¹⁶⁷ ¹¹⁶⁸ ¹¹⁶⁹ ¹¹⁷⁰ ¹¹⁷¹ ¹¹⁷² ¹¹⁷³ ¹¹⁷⁴ ¹¹⁷⁵ ¹¹⁷⁶ ¹¹⁷⁷ ¹¹⁷⁸ ¹¹⁷⁹ ¹¹⁸⁰ ¹¹⁸¹ ¹¹⁸² ¹¹⁸³ ¹¹⁸⁴ ¹¹⁸⁵ ¹¹⁸⁶ ¹¹⁸⁷ ¹¹⁸⁸ ¹¹⁸⁹ ¹¹⁹⁰ ¹¹⁹¹ ¹¹⁹² ¹¹⁹³ ¹¹⁹⁴ ¹¹⁹⁵ ¹¹⁹⁶ ¹¹⁹⁷ ¹¹⁹⁸ ¹¹⁹⁹ ¹²⁰⁰ ¹²⁰¹ ¹²⁰² ¹²⁰³ ¹²⁰⁴ ¹²⁰⁵ ¹²⁰⁶ ¹²⁰⁷ ¹²⁰⁸ ¹²⁰⁹ ¹²¹⁰ ¹²¹¹ ¹²¹² ¹²¹³ ¹²¹⁴ ¹²¹⁵ ¹²¹⁶ ¹²¹⁷ ¹²¹⁸ ¹²¹⁹ ¹²²⁰ ¹²²¹ ¹²²² ¹²²³ ¹²²⁴ ¹²²⁵ ¹²²⁶ ¹²²⁷ ¹²²⁸ ¹²²⁹ ¹²³⁰ ¹²³¹ ¹²³² ¹²³³ ¹²³⁴ ¹²³⁵ ¹²³⁶ ¹²³⁷ ¹²³⁸ ¹²³⁹ ¹²⁴⁰ ¹²⁴¹ ¹²⁴² ¹²⁴³ ¹²⁴⁴ ¹²⁴⁵ ¹²⁴⁶ ¹²⁴⁷ ¹²⁴⁸ ¹²⁴⁹ ¹²⁵⁰ ¹²⁵¹ ¹²⁵² ¹²⁵³ ¹²⁵⁴ ¹²⁵⁵ ¹²⁵⁶ ¹²⁵⁷ ¹²⁵⁸ ¹²⁵⁹ ¹²⁶⁰ ¹²⁶¹ ¹²⁶² ¹²⁶³ ¹²⁶⁴ ¹²⁶⁵ ¹²⁶⁶ ¹²⁶⁷ ¹²⁶⁸ ¹²⁶⁹ ¹²⁷⁰ ¹²⁷¹ ¹²⁷² ¹²⁷³ ¹²⁷⁴ ¹²⁷⁵ ¹²⁷⁶ ¹²⁷⁷ ¹²⁷⁸ ¹²⁷

時代のなかで作用する—憲法の開放性と現実性である：『共和主義的解釈 (republikanische Auslegung)』』という。ヘーベルが、憲法解釈の方法を、憲法の開放性と現実性に求める思考は、まさに、res publica に対応しているといえようか。この点で、興味深いのは、小林標著『ラテン語の世界—ローマが残した無限の遺産』(中公新書、二〇〇六年)三頁以下の指摘である。すなわち、「res publica の res は…、普通は『もの』あるいは『こと』と訳しておけばいいものであるが、この場合は『実体』というようなニヤンクスである。publica は『民衆の』を意味する。英語の people の語源がラテン語の populus で、これから作られた形容詞が publicus、それが女性名詞である res を修飾するため、publica と形を変えたのである。res publica = 王ではなく、民衆がすべてを決定する政体は、キケロに代表される伝統主義者にとっては絶対的に守護されねばならぬものであり、『王] rex は、ローマにおいてそれはそれ自体が悪である』と。

(47) Vgl. P. Häberle (Fn. 44), S. 172ff.

(48) Ch. Starck, Rdnr. 25.

(49) Ch. Starck, Rdnr. 26.

(50) 憲法解釈に関する本稿より以前にすでに、シュタルクは、同様の指摘を行っていた。Vgl. Ch. Starck, *Empirie in der Rechtsdogmatik*, in: ders., *Der demokratische Verfassungsstaat*, Mohr Siebeck 1995, S. 109.

(51) シュタルクが憲法の枠組み性格を前提として説く「統合行為」につき、荒原明「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—(大東法学第一四巻第一号)一三九頁以下をみよ。

(52) Vgl. Ch. Starck, *Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichung?*, in: ders., *Freiheit und Institutionen*, Mohr Siebeck 2002, S. 200ff. 同判決につき、川波江二「教育場所選択の自由と大学入学請求権」『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)』二八三頁をみよ。また、vgl. G. Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 2), Art. 12 Abs. 1 Rdnrn. 16ff. 現時の大学入学権 (Hochschulzulassungsrecht) は、連邦憲法裁判所の七〇年代の定数制判決に依拠しているが、その前提とされた大学システムの変化を通じて、九〇年代以降ではそのような前提が失われたにも拘らず、伝統的な定数制教義学がなお適用されている問題性を指摘する。R. Steinberger und H. Müller, Art. 12 GG, *Numerus Clausus und die neue Hochschule*, in: *NVwZ* 10/2006, S. 1113ff. をみよ。

(53) Vgl. R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Dritte, *wiederum erweiterte Aufl.*, Duncker & Humblot 1994, S. 190.

(54) この点につき興味深い論稿として、たとえば、vgl. D. Krausnick, *Staatliche Integration und Disintegration durch Grundrechtsinterpretation: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Lichte der Integrationslehre Rudolf Smend*, in: R. Lhotta

(Hrsg.), Die Integration des modernen States. Zur Aktualität der Integrationslehre von Rudolf Smend, Nomos Verl., 2005, S. 135ff.

(5) Vgl. A. Voßkuhle, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte - Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, in: AöR. Bd. 125, 2000, S. 179 Anm. 4.

(6) Ch. Starck, Rdnrn. 31-32. Vgl. Starck (Fn.2), Art.1 Abs.3 Rdnr. 331で「専門裁判所も、法律を憲法適合的に解釈することを義務づけられている。連邦憲法裁判所に対する必要な自制について述べられたことは、まさに同様で専門裁判所についても妥当な自制がある。」

(7) Starck (Fn.2), Art. 1 Abs. 3 Rdnrn. 326ff.

(8) 一例としてたよびは、BVerfGE 69. 315＝赤坂正浩「基本法八条の集会の自由と集会法による規制―ブロックドルフ決定」〔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)〕二四八頁参照。

(9) A. Voßkuhle (Fn. 55), S.195は「機能法的な諸理由から、まず第一に、専門裁判所には、つねに基本法の解釈をも要求する憲法適合的解釈の方途で、規範の潜在的な意味内容を裁断するに際して、とくに自制する(強調は原文)」という義務が課せられねばならぬ」とする。

(10) たよびは、BVerfGE 48, 229 (242) は「ある規範が、一部は憲法違反の結果に、一部は憲法に適合する結果に帰着するいくつかの解釈が…許容される場合には、この規範は、憲法に適合的に解釈され、また、そのように解釈されねばならない」という。なお、連邦通常裁判所の裁判と連邦憲法裁判所のそれとの憲法適合的解釈に関し、外見上比較可能な類似性をもつとはいえず、比較不可能な点を問うH.-M.Pawlowski, Die Justiz als Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: JZ 14/2004, S. 719ff. も参照。

(11) Starck (Fn.2), Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 328. また、バーンタイムで雇用された教員の給与をめぐるクッセン州給与法旧第八五〇条と関連するの限界問題については、vgl. M. Dawin, Ungereimheiten bei der verfassungskonformen Auslegung, in: Universität Potsdam (Fn. 1), S. 10ff.; R. Rieger, Grenzen verfassungskonformer Auslegung, in: NVWZ 1/2003, 17ff.

(12) Vgl. M. Dawin (Fn. 61), S. 14.

(13) Vgl. M. Vocke, Verfassungsinterpretation und Normbegründung - Grundlegung zu einer prozeduralen Theorie der Verfassungsgerechtheit, Peter Lang 1995, S. 53.

【二〇〇六年九月二一日提出】