

「法の来し方(Woher kommt das Recht)?」

—Ch. シュタルク教授ゲティンゲン大学科学アカデミー総裁就任講演について—

菟原 明

I. はじめに

昨2009年5月23日、ドイツの現行憲法である基本法は、1949年5月23日に公布されて以来60年の歳月を閲した。これを祝賀してものされた論稿や著作は多数にのぼる(1)。そのようなものとして、J・イプゼンの戦後憲法史をテーマ別に通観する興味深い書も刊行された(2)。なおまた、民主制的社会国家の基礎的諸原理の内容を追究しようとするA・クレルスは、基本法の中核的規定ともいべき第1条第1項 „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“ (人間の尊厳は、不可侵である) をもじって、„Die Bürde des Menschen ist unantastbar!“ (人間の重荷は、不可侵である) と皮肉っている(3)。

これから、本稿で紹介しようとする、2008年以降ゲティンゲン大学科学アカデミー総裁の職にあるクリスティアン・シュタルク (Professor Dr. Christian Starck) も、基本法60周年を機に、これを祝賀してこれまでの既発表の諸論稿の一部を、Grundgesetz, Landesverfassungen, Europa-Auslandの三部編成の下に総計20本の論稿を一冊の書(全442頁)にまとめ、論文集として世に問うた(4)。シュタルクは、同書の「はじめに」でいう：本書は、「基本法の60周年に捧げられる。基本法は、連邦憲法裁判所や法理論 (Rechtslehre) を通じて媒介されつつ、われわれの世代に、安定した政治的諸関係において生活と活動を可能とすることに決定的に貢献してきた」(S. 5)、と。基本法のこのような「政治的諸関係において生活と活動を可能とする」という機能に、(公) 法学者としてこれまで重要な一翼を担ってき、また、現に担っている者の一人こそ、クリスティアン・シュタルクその人であろう。基本法を含め、一般的にこのような機能をもつ法は、どこから生じ来たったのか。この問いに、シュタルクは、ここで紹介しようとする彼のゲティンゲン大学科学アカデミー総裁への就任講演 (2008年5月29日) : „Woher kommt das Recht?“ (「法の来し方?」) で応えようとする。„Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen 2008“, Walter de Gruyter 2009, S.87-103に収載された、この講演論稿が2009年12月初旬に私の手許に送付されてきた。本講演論稿は、シュタルクが法律概念や、法 (=律) の根源をどう捉えているかを知るうえで有益である。また、このような問いを考えるに際し重要な示唆を

も、われわれに与えてくれるであろう。なお、本論稿は、彼の今一つの論稿：„Gründe, Bedingungen und Formen von Rechtsrezeptionen“ (5)とともに、私の手許に送られてきた。後者の論稿は、シュタルクの国際的な活躍を証して余りあるものである。

- (1)たとえば2, 3の例をあげれば、Hans-Peter Schwarz (Hg.), Die Bundesrepublik Deutschland. Eine Bilanz nach 60 Jahren, Böhlau Verl. 2008; Thomas Oppermann, Deutschland in guter Verfassung?-60 Jahre Grundgesetz, in: JZ 10 / 2009, S.481ff.; M. Sachs, Das Grundgesetz in seinem sechsten Jahrzehnt, in: NJW 21 / 2009, S.1441ff.あるいは、DVB1.9 / 2009は、基本法60周年特集として、P. Kirchhof, J. Ipsen, H. -G. Henneke, P. M. Huberの論稿を収載する。
- (2)J. Ipsen, Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, C. H. Beck 2009.
- (3)A. Krölls, Das Grundgesetz-ein Grund zum Feiern? Eine Streitschrift gegen den Verfassungspatriotismus, VSA Verl. 2009.
- (4)Ch. Starck, Verfassungen. Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung, Mohr Siebeck 2009.ただし、第2部第6章の „Niedersachsen in Europa. Wer setzt das Recht, führt es aus und spricht Recht?“ は、未発表の講演である。本書は、5月23日に合わせ、クリスティアン・シュタルク教授から送られてきた。
- (5)in: W. Heun / Ch. Starck / Tzung-jen Tsai (Hrsg.), Rezeption und Paradigmenwechsel im öffentlichen Recht. Viertes deutsch-Taiwanesisches Kolloquium vom 7.-8. November 2008 in Taipeh, Nomos Verl. 2009, S.25ff., 205ff.

II 本講演の緒：法の来し方—その第一「法は国家に由来する」(S.87-89) (6)

(i) 法は、国家（の法律）に還元される：「法」の来し方を考える場合、われわれが即座に思い浮かべるのは、法は当然に国家の憲法が定めるしかるべき立法機関によって、立法手続にしたがい成立する「法律 (=実定法)」を意味する、ということであろう。シュタルクは、まずもって法の由来を、このように法律概念へと向ける方向づけ、すなわち、法の近代的な法律化に求める思考は、国家の主権の標識として立法者を捉えるフランス人権宣言（1789年）第6条「法律は、一般意思の表明である。すべての市民が、自らもしくは代表者を通じて、その定立に参加する権利をもつ。…」に凝縮した表現を見出す、という。そうであれば、とりわけ近・現代的な法の「来し方」とは、国家の立法者によって公布される「法律」であり、それ故、法は「国家から」来たる、と答えれば解決可能な問いとい

える。このことは、(a) 自治体での法の定立の由来についても、「条例」が国家の授権にもとづくことからすれば、国家に還元され得るのであり、さらには、(b) ヨーロッパ連合(EU)での法の定立(Art. 249 Abs. 2, Abs. 3 EGV)の由来についても、EU構成国が国際法上の条約により高権をEUに移譲(=授権)したことからすれば、EU法の由来(欧州裁判所による条約に規定された法の継続的形成)も、たとえば基本法第23条第1項第2文「連邦は、連邦参議院の同意を得て、法律により、諸々の高権を欧州連合に委譲することができる。」が規律するように、国家に還元され得る(7)。(c)国際法、国際慣習法の由来についても、それを生じさせる法主体は、国家である。このような「法の由来」を国家(の法律)に還元する思考、別言すれば、法と国家の同一化思考を捉えて、シュタルクは、以下のよう¹に総括していう：「ヨーロッパ法や国際法に対する省察は、法の来し方という問いへの解答を変えるものではない。法は、直接的に国家の立法者を通じてまたは他の諸国家との条約締結を通じてか、あるいは、間接的に下へ向けては国家基礎的(infrastaatlich)統一²体へのもしくは上へ向けては超国家的(suprastaatlich)水準への授権を通じて、のいずれかで国家から生じる。国家と法の結合は、国家があらゆる法の創造者であるという意義において国家主義的(etatistisch)である」(S. 88)と。いずれの事例においても、法とは、国家に由来する実定法秩序が想定されている。

(ii) H・ケルゼンによる法と国家の同一視：このような法の由来の問題につき、法と国家を同一視する法観を徹底したのは、いうまでもなくかのH・ケルゼンである。ケルゼンは、「国家が規範体系であるならば、それは実定法秩序でのみありうる」(8)ということで、国家の実定法秩序以外の別の法秩序の妥当性(Geltung)を排除する。また、彼は、一の法秩序は、それが仮設された「根本規範」によって規定されたやり方で創設されたが故に妥当する、ともいう。そこから帰結することは、この根本規範から内容が導出できないのではなく、ある法規範の妥当根拠だけが導出できない、ということである(9)。民主制³的憲法国家の法秩序の妥当根拠からは、独裁制的国家の法秩序の妥当根拠は導出できないとしても、それぞれの国家の根本規範は、ケルゼンの規範論理からすれば、法理論上同等の妥当性を主張可能となる。

(iii) 法と国家の同一性理解批判：以上のように、法の来し方を国家に還元することで、また、H・ケルゼン流に法と国家の同一視の観点から、法の来し方への問いへの解答は、「法の妥当性」に関していえば、「法の内容」に関わりなく、形式的・規範論理的には「国家」からとひとまずは解答され得る。しかし、シュタルクは、法の妥当性問題が規範論理的レベルからのみ、還元主義的、一元論的に説明され得るのではなく、社会学的、道徳的⁴局面から、すなわち、「法の内容」のレベルからも接近しなければならない、と説く。そ

こから、シュタルクは、この「法の来し方」の問いにつき、前述Ⅱの規範論理的な観点からの問題設定を捉え直して、①法と国家の同一性は実際に存在するのか、また、②国家以外に私人も法を創設しないのか、の問いを設定する。さらに、彼は、③法文化的なレベルでの法の内容の来し方を問うことで、④法の受容、継受の問題を論じる。これにつづいて、彼は、⑤立法という手仕事 (Handwerk) を考察すれば、法の内容への多層的な影響が示されることを論じ、最後に、⑥法の内容は、深い歴史的根源をもつ法の諸基本原則 (Rechtsgrundsätze) によって確定されている、と説く。シュタルクは、法の来し方・由来の問題につき、たんに形式的・規範論理的観点からだけではなく、むしろ「法の内容」の観点から「法の来し方」という問題に迫る新たな課題を設定するのである。

このように「法の内容」から法の来し方を問い直すとするれば、結論先取りのにいえば、「法の内容」が国家に由来する、との思考は、二つの視点から、その限界を指摘され得るであろう。①その一つは、「法と国家」の関係の捉え方の観点からであり、②今一つは、国家以外の「私人」による法の内容形成という観点からである。これにつき、シュタルクは、法の内容が国家から由来する、とする観念は、二重の仕方で相対化されると指摘している。「(1) 国家は、法の創出に際して、法の諸基本原則に拘束されている。この拘束は、部分的にはいうまでもなく憲法のうちに、それ故、実定法のうちに表れている。(2) 国内で (innerstaatlich) 創出された法は、部分的には私人が締結する諸契約、それに際して契約の自由を利用する諸契約、もしくは、私的に産出された慣習法に発する。国家の法律は、法的枠組みを設定しはするが、しかし、私的自治により定立された法の固有の源ではない」(S. 93f.) と。

(6) 本論稿を紹介するに際し、以下での見出し等は、シュタルクが附したものではありません。お断りしておく。

(7) これにつき、vgl. Ch. Starck, Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, in: R. Hendler, M. Ibler u. J. M. Soria (Hrsg.), » Für Sicherheit, für Europa «. Festschrift für Volkmar Götz zum 70. Geburtstag, Vandenhoeck & Ruprecht 2005, S.75ff. また、菟原明「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26号、2006年3月) 1頁以下。

(8) ケルゼン著、清宮四郎訳『一般国家学』(岩波書店、1986年) 28頁。

(9) ハンス・ケルゼン著、尾吹善人訳『法と国家の一般理論』(木鐸社、1991年) 192頁以下参照。

III 第一の法の来し方の第一の相対化(第二の法の来し方①):「法と国家の弁証法」(S.90-91)

(i) 文献における法と国家の弁証法的理解: 前述IIでの法と国家の関係を、国家に還元したりまたは純粹法学の国家と法を同一視して捉える思考に対して、シュタルクは、この両者の関係を、(哲学者の領野からは)パスカルと(法学者の分野からは)シントラーを積極的・肯定的に援用しつつ、「一方で、法と国家両者の一定の独立性と、他方で、両者が相互に依存し合う」(S. 90) 関係にあると捉え、このような両者の布置状況にあって、法の来し方の問いへの解答は、法と国家の同一性を否認するとともに、「法の来し方」の問題は、「法の内容」の問題性へと向かう、という。

法と国家の関係につき、彼は、パスカルが、パンセのなかで、「力をともなわぬ法は無力である。法をともなわぬ力は暴君のである」と説いていた例をあげる(10)。ついで、彼は、法と国家の関係をいっそう明確に弁証法的契機において捉えた例として、スイスの法学者D・シントラーの記述、「法は国家を正当化し、そして、国家は法に力(Macht)を与える」のであり、「法と力是一个の全体(eine Ganzen)の弁証法的な契機である」(11)に言及しつつ、シントラーにあっては、「国家を正当化する法に際して、国家によって定立された法だけが重要なのではない。むしろ、法は、独立のものとして法の基本原則(12)の形態において現れ、これらの基本原則は、歴史の流れのなかで有益であることを示し、承認されてきた。シントラーは、一方で—実定法としてのまた法の基本原則としての—二重の形態における法と、他方で力は、一个の全体の弁証法的契機である」、ということを明確にしたと評価する。

(ii) 基本法等におけるシントラーの命題の確認:(a) とくに基本法における: シュタルクは、1932年のシントラーのこの「法は国家を正当化し、そして、国家は法に力(Macht)を与える」との命題は、基本法を、国家の正当化という観点の下で問いただすときに確認されるという。シュタルクはいう:「ドイツにおいては、実定法の最高規範としての憲法こそが、国家の正当化を実定・法的に決定すると同時に確定している」(S. 91)と。このような確認は、具体的には基本法の以下の諸条項に見出される。すなわち、①第1条第2項の「世界におけるあらゆる人間共同体、平和および正義の基礎としての不可侵かつ不可譲の人権」に信仰告白することで、基本法は、人権のうちに表れた法の諸基本原則の国家を超える(überstaatlich)性格を承認し、これによりまた1789年のフランス人権宣言にもしたがっている点、②第20条第3項の立法を合憲的秩序に、執行権と裁判権を法律と法に拘束するとする点、州に関しては総括的に、③第28条第1項第1文の「この基本法の意義における共和制的、民主制的および社会的法治国家の諸基本原則」につき規定している点、最後に、④第73条第3項による第1条と第20条に沈殿した基本原則に触れる基本法改正の

禁止という点、においてである。このような基本法の諸規定から帰結する「法治国家」とは、シュタルクによって、「それが法を創出することから国家であるのではなく、法の創出に際して、形式的小よび実質的な態様の法の諸基本原則に拘束される国家である。これらの基本原則は、広く憲法として基本法のうちに規範化されており、それ故、より高位の秩序の実定法である」と特徴づけられるのである。

(b) **基本法以外の憲法等**：基本法により正当化されるドイツの民主制的憲法国家の例は、類似の法秩序を有し、同一の法の諸基本原則に拘束されるような、①憲法において民主制や法治国家を基礎とし、人権を承認する諸国家（一例：1997年ポーランド憲法）にも妥当するし、また、②1957年創設の経済的かつ法的共同体であるヨーロッパ共同体についても妥当する。

IV 第一の法の来し方の第二の相対化(第二の法の来し方②)：「私人による法の創出」(S.92-94).

シュタルクは、法と国家の同一性を上述のように批判した後、これにつづいて、国家のみが法創出主体ではなく、「私人」も法創出主体である、別言すれば、「法の来し方」は私人にも求められることに論点を移す。ここでシュタルクが問うのは、私的自治にもとづく「契約」である。

(i) **私的自治と慣習法**：当事者間で、ある事実関係は、「契約」を通じて法的に規律される。契約を通じての法創出の基礎は、「契約自治 (Vertragsautonomie)」として作用する個人の自由である。この契約自治は、諸々の契約を通じてすなわち自律的に、当事者間で法が創出されることを意味する。とはいえ、この契約自治において保障される市民の自由は、法律の下位に位置づけられる(13)。その理由は、いうまでもなく実際の (real) 契約自由を確保するためである (例：良俗違反の法律行為を無効とする民法典第138条第1項)。しかし、シュタルクは、「国家が法律上契約形成に影響を与える、とりわけこの契約形成に限界を画する場合でさえも、契約当事者は、契約上の合意された法の内容や効力を決定する」ことからすれば、法の来し方は、「私人」にも求められるという。なお、慣習法については、近代的な法制度のもとでは「契約を補完する法形態」として一定の重要性をもつ (例：商慣習の形態における商に関する商法典第346条) と捉えられている。

(ii) **グローバル化の諸局面**：国家を超える (transnational) 経済的法関係を規律するのは、(i)と同様に「契約」である。したがって、契約の自由は、まさしくグローバル化の動力源である。契約当事者は、グローバルな経済関係の契約による規律に際して、基礎となる国家法を自由に選択できるし、また、独自の法も形成されるが、紛争解決のために必要な諸手続規律は、パリに所在する International Chamber of Commerce / ICCによってスイ

ス法を範にして展開されているとのことである。このような法の形成を前にしてすでに、国家法や国際法以外に、「第三の法秩序、脱国家化した民事法秩序」が語られている、とシュタルクはいう。とはいえだが、(i) の場合と同様に、契約を媒介とする私的な法設定は、グローバルな水準でも国家の保障を必要とする(14)が、「法の来し方」との関連でいえば、国際的に活動する私人の法秩序の内容形成への影響力行使が看取されるのである。

(10) Vgl. Ch. Starck, *Recht und Macht*, in: *fiph Journal*, Nr. 14. Nov. 2009, S. 7 で、「力を法的手段をとまなう正義の原理にしたがって実効的に囲い込むこと」こそが重要な課題であることを、パスカルのこの一文は示しているという。それが故に、正義の女神ユスティティアは、秤と剣をもつ、と。本稿は、2010年1月初旬に送付されてきた。なお、正義の女神ユスティティアにつき、vgl. O. R. Kissel, *Die Justitia. Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst*, 2., durchgesehene Aufl. C. H. Beck 1997; H. Hofmann, *Bilder des Friedens oder Die vergessene Gerechtigkeit. Drei anschauliche Kapitel der Staatsphilosophie*, Carl Friedrich von Siemens Stiftung München 1997.

(11) Vgl. D. Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, dritte, unveränderte Aufl. 1950, S.19, 118f.; 渡辺中他訳『憲法と社会構造』(有信堂、2005年) 91, 217頁以下。

(12) 「法の基本原則」に関連して、シュタルクは、註(10)S. 7で、H・ヘラーに言及して、ヘラーの法の諸基本原則を、「ヘルマン・ヘラーによれば、国家は、国家が法を確実化 (Sicherung) するに必要な組織を表すかぎりにおいて、正当化されるにすぎない。当然、実定的なすなわち国家によって定立された法規範だけが考えられているのではなく、とりわけ、ヘラーが世俗化されたキリスト教的自然法のうちに見出した法の諸基本原則が考えられている」と特徴づける。これにつき、vgl. Ch. Müller (Hrsg.), H. Heller, *Gesammelte Schriften*, Bd. III. *Staatslehre als politischer Wissenschaft*, Mohr Siebeck 1992, S.325ff., insbes. 332f.; 安世舟訳『国家学』(未来社、1971年) 314頁以下、とくに322-323頁参照。

(13) これにつき、vgl. Ch. Starck, *Gesetz und Vertrag. Grundbegriffliche Klärung*, in: Okko Behrends und Christian Starck (Hg.), *Gesetz und Vertrag II*. 12. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, Vandenhoeck & Ruprecht 2005, 14f.

(14) これにつき、vgl. S. Müller-Franken, *Die demokratische Legitimation öffentlicher Gewalt*

in den Zeiten der Globalisierung. Zur unhintergehbaren Rolle des Staates in einer durch Europäisierung und Internationalisierung veränderten Welt, in: AöR. Bd.134 (2009), S.542ff.

V 法の来し方：その第三「外国の法秩序からの継受」(S.94 -96)

シュタルクは、国家の法の内容に影響を与えるのは、外国での法教義学、立法また裁判を通じての「継受」でもある、と、上述したこととは異なる新たな次元へと論を進める。ここで、シュタルクがあげる事例は、略述すれば、①法教義学に関しては、とりわけオットー・マイヤー(15)を介しての19世紀ドイツ行政法の構築に際して、フランス行政法（の中心的諸概念：法律留保、行政行為、公法上の所有権、公法上の損失補償等々）の継受の例、②立法の継受に関しては、近代国家としての明治国家形成過程におけるわが国のドイツ憲法の継受、また、ドイツ等との人的交流にもとづく（立）法の継受の例、③台湾での憲法裁判所（die hohe Richter）による「人間の尊厳保障」の継受の例(16)、である。

(15)今でも基礎的なわが国での O・マイヤーの研究書は、塩野宏著『オットー・マイヤー 行政法学の研究 行政法研究第一巻』（有斐閣、1988年初版第4刷）であろう。

(16)Ch. Starck, 註(5)参照。わが国における立法の継受につき、S. 27ff.

VI 法の来し方：その第四「立法という手仕事」(S.96-100)

シュタルクは、法の来し方につき、立法という手仕事の作品を「法の内容」という観点から考察する場合、①立法の助言、②立法への法教義学の作用および③立法にとっての実定法の段階秩序の意味、という三つの局面が重要であるとして、これらの局面を個別に論じる。

(i) 立法の助言：手仕事の作品としての立法の内容は、「法政策 (Rechtspolitik)」から生じる。そうであれば、「法の内容」の確定過程において、関連分野における専門家 (Sachverständige) の助言のもとに法律案が起草されるのが通例である（例：医薬品、遺伝子工学、原子力エネルギー、等々での学問的な分析や助言）。このような助言は、ドイツでは「政策助言 (Politikberatung)」と呼ばれるが、たとえば、連邦議会議院規則第56条の定める調査委員会での立法上の決定に、だれがこのような政策助言を与えたか、等を公衆が知るためには、会議の公開や審議の公開等が重要であるのはいうまでもない。しかし、問題は、専門家等を通じて情報提供を受けた立法が、良き立法にとって十分な条件とはなにか、である。シュタルクは、「失敗した法律 (das missglückte Gesetz)」(17)を回避する

ためには、熟慮や公開性以外にも、「法律が秩序づけかつ制御的に作用すべき社会的現実を確実に把握すること、意図された規律の予測効果の知識が法律の内容に影響を及ぼすことは、直接的に明白である。立法者は、これに関して確実な情報を媒介的に入手し、そして、これをわが物とする」(18)ことを強調する。

(ii) 立法への法教義学的作用：手仕事の作品=法律は、「法教義学 (Rechtsdogmatik)」により、法学上洗練化されることを必要とする。政策助言が法律作品の成立過程での作業であったとすれば、いわば、この作品によりいっそうの磨きをかける作業が法教義学といえよう。シュタルクは、法教義学を特徴づけるに、G・ラートブルフの言「法教義学とは、正法の学問ではなく、現行の法の学問すなわちあるべき法の学問ではない」を援用しつつ、法教義学を、「この学問は、立法を手直しする (nacharbeiten)、すなわち、所与の法律を一般的な観点にしたがって解釈し、調和を図り、諸矛盾を体系的解釈を通じて調整し、規則 (Regel) を打ち立て、これを通じて法適用を合理化し、計算可能とし、また、法の均一な所掌を促進する」と特徴づける(19)。それ故、法教義学のもつこのような機能からすれば、法教義学は、内容的になにが法として妥当するか、を立法とともに決定し得るだけでなく、とりわけ法教義学が裁判に採り入れられるときには(20)、法の来し方という問いへの応答に法教義学は属するとされる。シュタルクはまた、法教義学がもつこのような機能からすれば、法教義学上の予備作業や体系化をとともなわぬ立法は、法文化的には非常に低い水準にとどまるだけでなく、法治国家の諸要請 (例：法の通観可能性、信頼性) に正しく応えることもできない、ともいう。

(iii) 実定法の段階秩序：法教義学が「法の内容」を立法とともに決定するとすれば、憲法の枠組み秩序としての性格からして、「憲法の優位」(21)は、憲法教義学(22)が法の来し方につき単純法の教義学をも支配することを帰結することとなろう。そのような例として、シュタルクは、①比例性原理(23)の導出：法教義学上、直接適用される法としての基本権 (基本法第1条第3項) と法治国家原理 (基本法第20条第3項、第28条第1項) とから帰結する比例性原理が法の内容を決定する一つの重要な要因となること、②主観的法としての基本権からの帰結：a) 違法な行政行為の結果を排除するために、結果排除請求権が教義学的に「基本権上の保護請求権」として構成されたこと、b) 連邦憲法裁判所が一般的人格権から近時、「情報技術システムの機密性と完全性の保護を求める権利 (das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme)」(24)を導出したこと、を指摘する。

(17) Vgl. U. Diederichsen u. R. Dreier (Hrsg.), Das mißglückte Gesetz. 8. Symposium der

Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, Vandenhoeck & Ruprecht 1997.

- (18) Vgl. Ch. Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff, Nomos Verl. 1970, S. 158, 160, 162; シュタルクは、「討議、公開性および情報を通じて法律をより良きものとする努力」を説く。
- (19) Vgl. Ch. Starck, Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht, in: O. Behrends u. W. Henckel (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, 3. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 29. und 30. April 1988, Vandenhoeck & Ruprecht 1989. (2., um ein Geleitwort erweiterte Aufl. 2004), S.106ff.
- (20) 連邦憲法裁判所の元・現職裁判官に匿名を条件にインタビューし、連邦憲法裁判所の諸裁決 (Entscheidungen) がどのようにして成立するか、を問うた論稿として興味深いのは、U. Kranenpohl, Berichte und Kritik-Die Bedeutung von Interpretationsmethoden und Dogmatik in der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat, Bd.48 (2009), S.387ff. クランネンポールは、「憲法解釈に向けての方法の多様性と、連邦憲法裁判所がその裁決実践において展開してきた包括的な、だが、『緻密とはいえない (unscharf)』教義学とが、同裁判所に状況に適合し、問題に適合して憲法上また憲法政治上の対象へと反応することを可能としている (erlauben)。何故なら、これとともに、カールスルーエは、「憲法の優位」を原理上すべての社会領域へと拡大し、そしてまた、広範な影響可能性をすべてのこの領域へと開いたからである」(S. 408) という。なお附言すれば、シュレースヴィツヒ・ホルシュタイン州も、2008年5月1日、これまで設置されていなかった憲法裁判所を設置するにいたった。州の憲法裁判権につき、vgl. Ch. Starck, Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder, in: J. Isensee u. P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland (HStR), Bd. VI Bundesstaat, Dritte, völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl. C. F. Müller 2008, §130, 317ff.
- (21) 憲法の優位につき、vgl. Ch. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ch. Starck u. A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: Berichte, 2. Aufl. Nomos 2007, S. 11ff.; ders., Verfassung und Gesetz, in: Ch. Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze. 7. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 22. und 25. April 1994, Vandenhoeck & Ruprecht 1995, S. 29ff. 菟原明「『憲法の優位』論」(大東法学、第14巻第1号、2004年) 101頁以下も見よ。

- (22) (憲法教義学との関連づけとともに) 憲法理論 (Verfassungstheorie) の復権を目指すともいうべき書、Matthias Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie, Ferdinand Schöningh 2009 も見よ。
- (23) 比例性原理につき、vgl. P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit, zweiter, um eine neue Einleitung des Autors erweiterte Aufl. Keip Verl. 1999.
- (24) いわゆる Online 判決である BVerfEG 120, 274 (302ff.).

VII 法の来し方：その第五「西洋的な法の諸基本原則の根源」(S.100-102)

シュタルクは、「法の内容」に関して、最後に西洋的な法の諸基本原則の根源を問い、とりわけ①ローマ法の伝統と、②ローマ法を部分的に摂取したキリスト教の伝統とがヨーロッパ諸国家の法秩序とこの法秩序の子孫相互を結びつけているという。これは、たとえばヨーロッパ連合条約第6条第1項「連合は、加盟国に共通の原則である、自由、民主主義、人権および基本的自由の尊重ならびに法の支配の原則に基づき設立される。」に総括される法の基本原則の根源をなすものでもある。彼は、この問題を以下三つの例で問う。

(i) **ローマ法の作用**：シュタルクは、F・ヴィーアッカーに拠りつつ(25)、ローマ法のもつ法の内容との関係を、「ローマ法は、国家の私法秩序の多くの制度や基本概念において継続的に作用しており、また、今日でも、私法のヨーロッパ化の重要な基礎を意味する」と位置づける。そこから、彼は、ローマ法は、西洋的な法の基本原則の根源として、「決定され得べき事柄 (Sache) の厳密な確定と、一切の性急な一面性を回避し、また、容認し得る、合理的な、したがって正義に役立つ一般化可能な諸決定を追求獲得しようとする論証を教える」と結論づける。

(ii) **人権の起源**：シュタルクは、人権の起源を、近代の(フランス)革命と立法および啓蒙の成果とみなすだけでなく、むしろ、その精神的起源を、聖書的なかつ古典古代的な根源をもつキリスト教の神の似姿としての人間像に求める。つまりは、神学上の諸基本原則が時代の経過のなかで世俗的 (weltlich) 諸関係に作用した自由概念を形成した(26)と説く。

(iii) **権力分割**：シュタルクは、権力分割が古典古代に多種多様な変種において展開されていた混合憲法構想のうちに根源をもつという。ところで、解決されるべき困難な問題は、ひとがひとを支配する国家(突き詰めれば国家は、いずれもそのような国家であろう)にあっては、「ひとはまず最初に国家を被治者を監視する状況におかねばならず、ついで国家自体を統制することを国家に強制しなければならない」という重大な困難に逢着する、

とシュタルクはいう。この困難を解決する緒こそが、註(10)論稿でも説かれた、「権限配分のための、組織法と手続法のための、国家権力の個々の部門の相互統制をともなう権力分割と機能分割のための、また、歴史的には基本権カタログへと発展していった自由保障のための出発点である。権力分割と独立した裁判所の存在とともに、基本権は、実効的に自由を、基本権が国家権力を法的に組織すると同時に、制限することによって、保護することである。

(25)F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2., neubearbeitete Aufl. Vandenhoeck & Ruprecht 1967, S.26 は、
「ヨーロッパの諸々の法秩序の始りは、中世初期のローマ・ゲルマン社会の根本的な生活形式と、三つの重要な秩序づける力、すなわち、古典後期がこの社会に遺産として残した力：西ローマ帝国の組織の名残、ラテン教会および古典後期の学園 (Schule)、にある。…これら総ての根本要素は、ヨーロッパの法文化、したがってまた、私法の歴史へ持続的に、たえず作用しつつ貢献してきた」という。

(26)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』（大東法学第9巻第1号、1999年）33頁以下を見よ。

VIII 結語

シュタルクは、本稿で開陳した（とりわけドイツ現行法の）「法の来し方」を問うことは、単純に、法が国家の法律のうちに化体されている、と形式的に応えるだけではきわめて不十分な解答でしかなく、「法の内容」の観点からこの問いを捉え直し検討しなければならないこと、別言すれば、法文化・法比較、法の歴史とその知見、立法と教義学の同盟関係等々、きわめて広範な領域にわたる検討を要する問題であることを明確にした。しかし、再度この「法の来し方」という問いとの関係において「国家」がどのような役割をもつのかにつき、「国家は、必ずしも法の内容の創造者ではない。法の内容は、たびたび事前に決定されるか、または、無関係に決定される。しかし、国家の放棄できない責務とは、法を通用させ、確実にする (sichern) ことである」ということを確認して、本稿を閉じる。

(2010. 1. 27 提出)