The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈（一）：ドイツ連邦通常裁判所の民事裁判を手掛かりとして
Author(s)	原島，啓之
Citation	阪大法学. 2021, 71(1), p. 99-153
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87345
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈（一）

――ドイツ連邦通常裁判所の民事裁判を手掛かりとして――

原　島　啓　之

はじめに――本稿の問題意識
第一章　ドイツにおける憲法適合的解釈の理論的基礎
　第一節　憲法適合的解釈の基礎づけ論の出発点
　第二節　憲法適合的解釈の要請の水平的・権限法的導出
　第三節　憲法適合的解釈の要請の垂直的・実体法的導出
　第四節　小括――司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈（以上、本号）
第二章　ドイツ連邦通常裁判所の憲法適合的解釈の方法
　第一節　連邦通常裁判所の憲法判決
　第二節　憲法判決の構造分析
　第三節　小括――民事法の解釈・適用における憲法の機能
おわりに――日本法への示唆と残された課題

（阪大法学）71（1-99）　99〔2021.5〕

はじめに――本稿の問題意識

（一）憲法適合的解釈をめぐる問題状況

本稿は、法律の合憲・違憲という視座に立った憲法論に対して、法律の解釈・適用のなかで機能する憲法論をも展開すべきではないかという問題意識の下、憲法適合的解釈の要請の理論的基礎およびその方法について考察するものである。

憲法学において、法律解釈と憲法との関わりは、従来より合憲限定解釈の文脈において議論されてきた。しかし近年においては、とりわけ堀越事件最高裁判決[1]を契機として、これとは異なる形で憲法を考慮する局面への注目が高まっている[2]。同判決においては、国家公務員法一〇二条一項が公務員に禁止する「政治的行為」について、当該規定の文言、趣旨、目的に加え、憲法二一条一項により保障された「政治活動の自由の重要性」の考慮の下、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当」という形で限定的に解釈された。しかし、同判決に付された千葉裁判官の補足意見はこれを合憲限定解釈を採用したものではないと強調し[3]、さらに同判決の調査官解説が宍戸常寿の著書を引用しながらこれを「憲法適合的解釈」にあたると位置づけた[4]。こうして「憲法適合的解釈」という用語が広く注目され、この概念に関する議論が活発化するとともに、民刑事法等の法令解釈のなかで憲法が果たす機能を考察する必要性が明らかとなり[5]、法律の合憲・違憲とは異なる位相における「憲法的価値の実現」という視点が顕在化することとなった[6]。

かかる状況において憲法適合的解釈の概念を検討する学説の特徴は、最高裁判例を素材として、「合憲限定解釈

とは区別されるべき憲法適合的解釈とは何か」という視角から考察を加える点にあるように思われる。[7] 多くの論者から引用され、[8] その後の議論の基点として措定されている宍戸の見解によれば、憲法適合的解釈とは、「法令の規定それ自体は合憲であると同時に、憲法論を前提とした解釈を行うことで、規定の適用に際して開かれていた解釈の余地を充填し、その適用の違法・合法を決定するというもの」とされる。そのうえで、憲法適合的解釈と合憲限定解釈との「連続的な側面」を認めつつ、「憲法適合的解釈がもともと合憲である法令の規定の意義を憲法論を踏まえて明らかにするのに対して、合憲限定解釈は、通常の解釈によるならば法令の規定が違憲の瑕疵を含むという憲法判断に至った場合に、法令の適用範囲等をより限定する解釈を採用することで、法令の適用を合憲とする憲法裁判の方法と位置づけられる」として両概念を区別した。[9] その後さらに、「憲法が全法秩序における最高法規であることを前提に、憲法上の要請を見据えながら法令を解釈し、そのように解釈された法令を事実関係に適用する」ことを指す「広義の憲法適合的解釈」の概念を導入したうえで、その下位類型として、法令の規定に「違憲の瑕疵すなわち違憲的適用部分」が存在するか否かによって、合憲限定解釈と「狭義の憲法適合的解釈」とを区別すべきだとし、[10] 以上の整理に沿って最高裁判例を分類している。[11] このようなアプローチは、合憲限定解釈と憲法適合的解釈を別々の概念として立てる必要性の有無を宍戸の概念整理を検討しながら考察する山田哲史の見解にも見られる。すなわち山田は、「合憲限定解釈」は「憲法適合的解釈」に包含されるとしたうえで、憲法を頂点とする法体系において一般的に為されるべき「憲法適合的解釈」のうち、「実際上の違憲判断」を伴い、「ややアクロバットな手段」ないし「多少の『無理』」をして違憲の瑕疵を解消し合憲判断を導いたものを「事後的に『合憲限定解釈』として括り出すことができる」と説明している。[12] このように、以上の代表的な見解において憲法適合的解釈は、判例に現れた「憲法の援用を伴う解釈」（広義の憲法適合的解釈）から、法令それ自体の違憲の瑕疵の存在、あるいは、

「無理」を伴ったアクロバットな解釈といった指標によって「合憲限定解釈」を括り出し、それに該当しないものを「（狭義の）憲法適合的解釈」として区別するという仕方で観念されているということができる。

しかしながら、かかるアプローチによって導出された憲法適合的解釈の観念は、合憲限定解釈との間で本当に適切に区分されうるのかという問題を生じさせる。というのも、上述の区分論において重視されていたのは、憲法の援用を伴う解釈を施す際に裁判所が「法令に違憲の瑕疵があるという前提に立つか否か」であるところ、先の論者自身が留保を付している通り、当該限定解釈を付さなければ条文が違憲となるのか、また、違憲となりうる部分が法令の規定に含まれているのかが判例中に明示されないことも多く、[13]「実際上の違憲判断」を伴うものか否かの判断が困難な場合もありうるからである。[14]そうだとすれば、裁判所が判決中に違憲の疑いを明示するか否か[15]という判決文の書きよう次第で、[16]合憲限定解釈と憲法適合的解釈のどちらに分類されるのかが左右されかねない。[17]さらに、「違憲の瑕疵の存否にかかわらず、法令解釈の方法あるいは範囲に差異が生じないとするのであれば、この区別を行う実質的意義が問われる」との指摘もあり、[18]上述の概念整理が、両解釈の具体的方法や憲法が法令解釈に及ぼす機能の整序につながるのか疑問視されることもある。[19]

また、合憲限定解釈の意義を強調する視角から、「複数の解釈がある場合に、まず当該規定の文言、趣旨と体系に最も適合的なものを選ぶ」のが通常の法解釈であるが、「場合によっては体系の中に最高法規である憲法の保護する価値も入り込むことも当然あり」、「それを殊更に『合憲限定解釈』とは呼ぶ必要はなく、体系的解釈の一種としての合憲解釈（憲法適合的解釈）でしか」ないとの理解にとどめられ、[20]あるいは、憲法適合的解釈は「法の体系的解釈に過ぎない」[21]とされるにとどまり、それ以上踏み込んだ考察が加えられないことも少なくない。[22]

（二）本稿の問題意識

しかしながら、合憲限定解釈を措定しそれとは区別される憲法適合的解釈とは何かという問いの立て方、換言すれば、判例に現れた「憲法が考慮された解釈」のうち法令違憲判決の可能性に言及され、あるいは、無理を伴ったアクロバットな解釈と評価しうるといった徴表から合憲限定解釈と性格付けできるもの以外を（狭義の）憲法適合的解釈とする、というアプローチによるのでは、憲法適合的解釈というコンセプトそれ自体の憲法的・理論的意義[23]が不明確なままとなってしまうように思われる。

一方において、合憲限定解釈は、「字義どおりに解釈すれば違憲になるかも知れない広範な法文の意味を限定し、違憲となる可能性を排除することによって、法令の効力を救済する解釈[24]」とされ、憲法判断回避準則の一環として位置づけられてきた[25]。かかる合憲限定解釈の原則の理論的根拠として援用されてきたのは、法秩序の統一性や法的混乱の回避と並んで[26]、特に司法の自己抑制[27]ないし議会に対する敬譲の要請[28]であった。すなわち第一に、権力分立の原則によれば、裁判所は、立法者の権限に対する介入をできる限り自制すべきであるとされる。国家権力は自身の機能の範囲に留まるべきであって、それぞれの権限を越え出ないことの必要性から、合憲限定解釈が正当化されている[29]。第二に、民主制原理によれば、裁判所は民主的に正統化された議会を最大限尊重しなければならないという。裁判所は本来的に非民主的機関であり、選挙により選出された国民の代表により組織される議会の判断をできるだけ尊重すべきである。このような政治部門に対する敬譲の要請が合憲限定解釈の基礎に置かれてきた[30]。第三に、司法に内在する機能的限界も援用される。司法はその組織および手続に鑑みて、社会における様々な利益の衡量・調整を可能とする資料に限定的にしか到達できないが、それらの資料は法律の憲法判断のために欠かすことができないはずである。それゆえ未成熟な判断を避けるためには、法律の違憲判断はどうしても必要なときに限定するのが

望ましいとされる。[31] これらの論拠に基づき、合憲限定解釈は、法律の違憲無効判決を回避することで法的混乱を防ぎ、また立法府との過度の摩擦・緊張を避けつつ、より憲法適合的な法運用を可能にする憲法判断の方法だと理解されてきた。[32] こうして合憲限定解釈というコンセプトの下で憲法は、民主制原理や権力分立に基づく議会への敬譲および司法の自己抑制の要請、さらには司法権に内在する機能的限界という理論的根拠に基づき、裁判所に対して、法律に違憲の疑いのある場合にそれを除去するように当該法律を解釈することによって、違憲審査の局面において法律の違憲判断を下すことを禁止し、当該法律の効力を維持することを要請していたということができる。

これに対し憲法適合的解釈は、宍戸の概念規定を受け入れるとすれば、法令に違憲の瑕疵が存在しないことが前提とされており、合憲限定解釈の原則の射程外にある。[33] それにも拘らず、裁判所が憲法をより創造的に機能させ、それに基づき積極的操作・解釈が為されているのだとすれば、それは法令の違憲判断回避の要請からなされるべき合憲限定解釈とは次元を異にするものであり、両者は並列的に区分されるべきものではないように思われる。「規定の中に違憲的適用部分が存在しないにもかかわらず、なお憲法上の要請が当該規定の理解や解釈に影響する場合があ」り、「違憲の瑕疵が存在しないがなお解釈の余地のある法令の規定を具体的な事実関係に適用する際に憲法上の価値を考慮するよう適用者が求められる」のだとすれば、[34] なぜそのような行為が求められるのか、それが為されるべきなのはどうしてかという理論的基礎を、憲法にまで立ち返って明らかにする必要があるのではないだろうか。[35] すなわち、憲法適合的解釈というコンセプトの下で憲法が、いかなる理論的根拠に基づき、裁判所に対して何を要請しているのかを考察することによって、憲法適合的解釈の要請を憲法論の次元で構成することが必要だと思われるのである。

そのうえで、憲法適合的解釈がどうして為されるべきなのかという憲法的・理論的根拠の考察を基盤として、法

律の解釈・適用のなかで機能する憲法論を展開するためにさらに考察されるべきは、憲法適合的解釈の具体的方法[36]およびそこで憲法が法律の解釈・適用に及ぼす作用である。近年の憲法適合的解釈への関心の高まりから、行政裁量の憲法的統制[37]、あるいは、刑法解釈論における憲法論の意義[38]をめぐって議論の展開がみられるところ、本稿は、民事法における憲法適合的解釈の可能性に着目したい。

言うまでもなく、民事法における憲法の意義については、私人間効力論の文脈で膨大な議論の蓄積があり、そこでの利益衡量の方法や憲法の作用方法について、議論の深化が著しい分野ということができる[39]。しかしその一方で、「基本権の私人間効力とは私法規定の基本権適合的解釈にほかなら」ない[40]とし、あるいは、それを合憲解釈の問題として位置づける[41]としても、そこから直ちに私法の解釈・適用における憲法の作用の在り方が判明するわけではない[42]。また、最高裁判例においては、同じく私人間効力が問題となりそうな事案でその枠組が用いられないこともある[43]。さらに、「第三者によって一方私人の基本権法益が侵害されていて、それを裁判所が一般条項を用いて保護する」という私人間効力論が検討対象とする典型的な局面以外においても、一見憲法上の権利に関わりのある事案のようでありながら、憲法論が現れることなく事案が解決される場合も少なくない[44]。このように日本においては、民事裁判における憲法適合的解釈の意義が指摘されつつも、その位置づけは明確とは言えず、民事法の解釈・適用に際して、いかなる場合に、いかなる形で憲法論を機能させるべきか、という点が十分に明らかでないのが現状だと思われる。かかる現状に鑑みれば、法律の解釈・適用の次元で機能する憲法論の土俵を自覚的に設定し、憲法的考慮を民事法の解釈・適用に反映させるための枠組を構築することが必要となろう。すなわち、民事裁判において、そもそもいかなる局面・条件の下で憲法適合的解釈が要請されるのか（憲法適合的解釈の作動条件）、民事法の解釈・適用において憲法はどのような機能を果たしうるのか（憲法の機能方法）、という点が明らかにされる必要が

あると思われるのである。[45]

（三）検討の方法と本稿の構成

以上の問題意識の下、本稿は比較法研究の素材をドイツに求める。第一に、憲法適合的解釈の要請の理論的基礎をめぐるドイツの判例・学説を分析することにより、同要請がいかにして導出されるのかを考察する。ドイツにおいては、連邦憲法裁判所が一九五三年に憲法適合的解釈の要請を打ち立てて以来[46]、その理論的性格や論拠をめぐる考察が豊富に積み重ねられてきた[47]。かかる基礎づけ論のなかで本稿の問題意識からとくに注目されるのは、――日本においては付随的違憲審査制における憲法判断の必要性の原則ないし憲法判断回避準則に由来するものとして位置づけられてきた合憲限定解釈の原則[48]と同様に――司法の自己抑制ないし立法権への敬譲に基づく法律の違憲無効判断の回避の観点から憲法適合的解釈の要請を把握・構成しようとする立場と並んで、それを規範維持原理との結合ないし等置から切り離し、「憲法に照らした法律解釈」それ自体を憲法適合的解釈として把握し、かかる解釈の要請を憲法的に基礎付けようとする立場が見られる点である。このようなドイツにおける憲法適合的解釈の理論的考察は、憲法適合的解釈というコンセプトそれ自体の理論的・憲法的意義を探求するための有力な手掛かりとなるように思われる。そこで第一章では、憲法適合的解釈の要請の理論的基礎をめぐるドイツの判例・学説の議論につき、踏み込んだ検討を行う。そこではまず、基礎づけ論の出発点として、憲法適合的解釈のリーディングケースにおいて連邦憲法裁判所が援用した「議会法律の合憲性の推定」、および、同時期のバイエルン州憲法裁判所が強調した「法秩序の統一性」という論拠を取り上げ、それらの論拠が学説において憲法適合的解釈の要請を基礎づけるには不十分と評価されていることを示す（第一章第一節）。そのうえで、ドイツの判例・学説において有力に主張

されている憲法適合的解釈の基礎づけ論として、立法者と裁判所という機関相互間の水平関係に着目して権限法的に正当化しようとする立場（同第二節）と、憲法と法律、および、裁判所が憲法の下にあるという垂直関係に着目して実体法的に基礎づけようとする立場（同第三節）を対比させて検討する。第一章の課題は、これらの見解が憲法適合的解釈の要請をいかなる論拠によって基礎づけようとしており、それに相応して憲法適合的解釈にどのような理論的性格を付与しているのかを明らかにすることにより、憲法適合的解釈というコンセプトの理論的・憲法的意義を探求することにある（同第四節）。

そのうえで第二に、ドイツ連邦通常裁判所の民事判決を素材として、憲法適合的解釈が具体的にいかなる方法によって為されており、そこで憲法規範が法律の解釈・適用に対していかなる作用を及ぼしているのかを具体的に分析する。既に別稿において検討したように、[49] 憲法裁判所制度を有するドイツにおいても、日々の具体的事件において憲法問題および基本権保護にまず第一に取り組んでいるのはいわゆる専門裁判所（Fachgerichte）である。[50] なかでも連邦通常裁判所は、憲法適合的解釈（verfassungskonforme Auslegung）の方法によって、すなわち、日々の民事事件に際して憲法（とくに基本権）を援用し、通常法律（einfaches Gesetz）の解釈・適用に反映させることを通じて憲法問題を解決し、基本権保護を実現している。それゆえ、連邦通常裁判所の判例理論は、日本において憲法適合的解釈の具体的方法を考察し、法律の解釈・適用に憲法的考慮を反映させるための枠組を探求するための有力な手掛かりとなるように思われる。そこで第二章においては、連邦通常裁判所が具体的事件において何を「憲法問題」と捉えて憲法を援用し（憲法適合的解釈の作動条件）、法律の解釈・適用に憲法論をいかなる形で反映させているのか（憲法の機能方法）、という点を考察し、連邦通常裁判所の憲法適合的解釈の構造を明らかにすることが課題となる。そのためにまず、連邦通常裁判所の憲法判決を憲法適合的解釈の方法に着目して分析する（第二

章第一節）。そのうえで、①憲法適合的解釈を要請する「憲法問題」とは何か、②憲法が法律の解釈・適用においていかなる機能を果たしているか、という二つの観点から、連邦通常裁判所による憲法適合的解釈の構造を判決に即して明らかにしていくこととする（同第二節・第三節）。

最後に、以上のドイツにおける憲法適合的解釈の要請の基礎づけ論の考察、および、連邦通常裁判所の憲法適合的解釈の構造分析から、日本法への示唆を探ることとしたい（おわりに）。

第一章　ドイツにおける憲法適合的解釈の理論的基礎

第一節　憲法適合的解釈の基礎づけ論の出発点

第一款　法律の合憲性の推定

（一）　合憲性の推定による憲法適合的解釈の基礎づけ

連邦憲法裁判所は、憲法適合的解釈の要請を打ち立てたリーディングケースである一九五三年五月七日決定[51]において、その論拠として議会法律の合憲性の推定を持ち出した。すなわち同決定は、「一般的に、法律はそれが憲法に調和するように解釈されうる時には無効と宣言されてはならないという原則が妥当している」とする。そのうえで、「法律は基本法に適合しているという推定だけでなく、この〔合憲性の〕推定に表現されている原理が、違憲の疑いがある場合においても法律の憲法適合的解釈を要求する」と論じた。こうして連邦憲法裁判所は、法律の合憲性の推定によって憲法適合的解釈が要求されるのであり、かかる「解釈が可能であり、その法律がその解釈においても意味あるものに留まるときには、法律は違憲ではない」とすることによって、自身の判例における憲法適合的解釈の要請を打ち立てたのである[52]。

しかしながら同決定は、合憲性の推定の存在を宣言し、それが憲法適合的解釈を要請するという結論を述べるにとどまったため、かかる推定の法的性質および内容は不明確なままであった。[53] そのありうる具体的内容について、学説においては二つの可能性が指摘されている。第一は、事実的推定である。これは、議会により制定された法律は原則として基本法適合的である、という法律の合憲性にかかる高度の蓋然性を意味する。[54] すなわち、法律が無効である事例は法律が有効である事例よりも統計的に見てはるかに少数にとどまっているため、法律の合憲性については高い蓋然性が存在するのであるから、法律の効力についての憲法的検討は原則として必要ないとするものである。[55]

第二の可能性は、法的推定（適法性の推定）である。それによれば、法律の制定に際して立法者が行った検討および価値判断は、疑わしい場合には正しいと考えるべきである。それゆえ、ある法律の憲法適合性の審査に際して肯定および否定の論拠の双方が天秤に載せられたときには当該法律の合憲性を肯定すべきだとするものである。[56] したがって、規範を審査する裁判官が法律の合憲性について疑念は有しているが、違憲であるとの確信を有していないときには、その合憲性が推定されるべきであり、合憲と判断されるべきだとされる。[57]

（二）合憲性の推定に対する批判

しかしながら、連邦憲法裁判所が提示した合憲性の推定は、学説における圧倒的な批判にさらされている。というのも、連邦憲法裁判所は合憲性の推定について何の根拠づけもしておらず、[58] 事実的推定としても法的推定としても、その存在を基礎づけることに成功していないからである。[59]

まず、事実的推定については、憲法を遵守することを目指す明確な立法者意思が経験的に存在する必要がある。

しかし、およそ民主的法治国家における立法機関が憲法拘束を遵守し、合憲の法律を制定しようとするという経験的に証明可能な考察は存在しない。[60] むしろ連邦憲法裁判所の判例史において多くの法律が違憲として破棄されており、それゆえ、合憲性の推定を事実的推定として基礎づけることは極めて困難である。[61]

また、法的推定については、憲法裁判所の存在それ自体とすでに相容れない。[62] 基本法は連邦憲法裁判所における規範統制の仕組みを創設し、裁判官に法律の憲法適合性について審査権を付与している。これらの規定はまさに法律が基本法に適合しないことがありうることを前提としており、立法権の憲法忠誠に対する基本法の不信を表すものである。[63] それゆえ、憲法裁判権の存在がすでに法律の合憲性にかかる法的推定に反しているというのである。

さらに、仮にそのような合憲性の推定が存在したとしても、それがどうして憲法適合的解釈を要請するのかが不明であるとの批判もある。[64] すなわち、法律の内容は憲法によっても規定されており、それゆえ憲法適合的解釈は正当であるということを、法律の効力の推定によって説明することはできないというのである。[65]

以上のように学説はほぼ一致して、合憲性の推定によるのでは憲法適合的解釈の要請を正当化することはできず、その理論的根拠とはなしえないと結論づけている。[66]

第二款　憲法の優位と結合した法秩序の統一性

（一）　法秩序の統一性による憲法適合的解釈の基礎づけ

これに対し、憲法適合的解釈の要請の基礎づけにおいて、連邦憲法裁判所に従わなかったのがバイエルン州憲法裁判所であった。[67] 同裁判所は、憲法適合的解釈の要請を法律の合憲性の推定ではなく、法秩序の統一性の思考に結び付ける。すなわち、「国家の法体系は、憲法および憲法に含まれる基本原理によって支配される統一体を形作っ

ている。したがって許されるのは憲法との調和をもたらすような法律解釈のみであり、憲法と矛盾する解釈は許されない[68]」。こうしてバイエルン州憲法裁判所は、国家の法体系の統一性によって憲法適合的解釈の要請を基礎づけ、「――ある法律の文言が複数の解釈を可能としているときには――一般的な法体系に組み込まれる、とりわけ……憲法の諸原則に適合しうる解釈のみが許されている」としたのである[69]。

このような法秩序の統一性の思考に憲法適合的解釈の基礎を見出す見解は、それを法秩序の段階構造の観念によって説明する。例えばボグスは、以下のように述べる。「法秩序の段階構造の観念……によれば、法秩序は、段階的に規範の層を成し、根本規範から徐々に具体化・個別化されることによって発展する体系である。より高い段階の法命題は、……次に低い段階の法命題にとっての妥当根拠（Geltungsgrund）のみならず、内容的な枠をも含んで」おり、「下位ランクの法は、次に上位にある規範の内容的枠内においてのみ妥当する」。それゆえ下位ランクの規範は、上位ランクの規範と合致するように、上位ランクの規範から解釈されなければならない[70]。このような形で法秩序の統一性の思考は、異なる段階の規範間の内容上の無矛盾性を要求することによって、法律を憲法に合致するように解釈せよとの原則を支える論拠となるというのである[71]。

（二）法秩序の統一性に対する批判

しかしながら、憲法の優位と結合した法秩序の統一性の思考に対しても、批判的見解が多く存在する。

第一の批判は、法の段階構造理論の理解に関するものである。スコウリスによれば、法の段階構造が想定する統一性は法の内容とは無関係である。すなわち、段階理論の「創始者たちは、異なる層の規範の論理的・形式的な連関を支持している。法秩序の統一性は全ての法規定の形式的連関を明確化している」のであり、「〔上位法が〕下位

規定の内容を前もって定めるというのではない」。それゆえ、下位法が上位法からその内容を受け取り、法適用者が憲法適合的解釈によってそれを実現すべきことを、法の段階構造によるのでは根拠づけられないはずだという。[72]同じくアウアーも、法秩序の段階構造から上位法の内容上の優位が出てくるわけでは必ずしもないことを強調する。すなわち法の段階構造は単に形式的な法創出連関であって、「そこからは原則として、〔下位法を〕創出する規範の内容上の優位、つまり、〔下位法を創出する〕規範の、下位法に対しその実体的内容において影響を及ぼす能力についての実体的な言明を読み取ることはできない」。したがって、「規範ヒエラルキーを原則として受け入れうるとしても、かかる規範ヒエラルキーは、下位法に対する上位法の内容的優位をも含意するわけでは必ずしもない」とする。[73]

法段階理論の創始者の元来の議論に立ち入って検討することは本稿の目的を超える。しかし法秩序の統一性の要請により、下位法が上位法の枠内でのみ妥当することが要求されるとすれば、異なる段階にある規範間の内容上の無矛盾性が求められることは否定できないように思われる。[74]憲法は、規範ヒエラルキーの内部において最高の位置を占めているために特別の意義が帰属するのであり、そのため、法秩序内部における憲法との矛盾はできる限り回避されるべきことになるだろう。[75]

ところが問題は、法秩序内部における無矛盾性の要請を認めるとしてもなお、法秩序の統一性の思考が憲法適合的解釈の要請を基礎づけるには不十分だと批判されていることである（第二の批判）。その根拠は、上位規範と下位規範との衝突は、解釈の修正によってのみならず、下位規範の違憲無効判決によっても是正できる点に求められている。[76]すなわち、憲法と法律との間の規範衝突によって破壊された法秩序の無矛盾性は、憲法適合的解釈の方法によらずとも再創出されうるのであって、法秩序の統一性および憲法の優位は、当該規範を違憲と宣言し破棄する

ことによっても到達可能である。[77] そうだとすれば、法秩序の統一性単独では、憲法適合的解釈の要請を基礎づけるには不十分ということになるだろう。つまりこの論拠は、「憲法に反する解釈を禁止するけれども、憲法に適合する解釈を要求するわけではない」[78]。なぜなら、憲法の優位の貫徹および法秩序の統一性の達成が、規範の破棄という方法ではなく、まさに憲法適合的解釈という方法によって確保されるべきであることについて、追加的な基礎づけが必要とされるからである。[79]

第二節　憲法適合的解釈の要請の水平的・権限法的導出

ここまでの検討から示されるように、連邦憲法裁判所はリーディングケースにおいて、憲法適合的解釈の要請を議会法律の合憲性の推定に依拠させようとした。しかしかかる推定は、事実的推定としても法的推定としても根拠づけられないとして、支持を失っている。これに対し、憲法の優位と結合した法秩序の統一性の思考は、一方で、憲法適合的解釈を支える決定的な要素の一つとされている。憲法の優位を前提としなければ、憲法に反する解釈を禁止することも、憲法に適合する解釈を要請することも、そもそも不可能である。[80] しかし他方で、この論拠単独では、憲法適合的解釈の要請を完全に基礎づけるには不十分とされていた。なぜなら憲法の優位や法秩序の統一性には、憲法適合的解釈という方法ではなく、憲法に反する法律の破棄によっても到達可能だからである。それゆえ、「法体系の統一性が憲法適合的解釈の要請を打ち立てることができるとすれば、異なる段階の規範間の内容上の無矛盾性と並んで、それが規範の維持をも目標として有している場合に限られるはずだ」[81]というのである。

このように、規範の破棄が可能である以上、憲法の優位が要請するのは憲法に反する解釈の禁止にとどまるという理解を出発点とするならば、憲法適合的解釈の要請の承認は、憲法と両立しうる解釈が不可能な場合を除いて規

範の破棄を禁止することに他ならない。[82] カナリスによれば、問題の真の核心は、ある規範を違憲の内容に解釈する可能性があるというだけで当該規範の違憲・無効に至るのか、あるいはそうではなく、解釈の限界に到達してもなお合憲の結論に辿り着けないときに初めて、裁判所は当該規範の違憲を宣言してよいのか、という点にあるという。[83] そして憲法適合的解釈の要請の承認は、この問いに後者の回答を与え、[84] 単に違憲の解釈可能性があるというだけでは当該規範の違憲宣言は正当化されない、と解することを意味する。[85] したがって、このような見方からすれば、可能な解釈の範囲においては「規範維持のための憲法適合的解釈が無効宣言に原則として先行する」[86]ことが基礎づけられなければならないことになる。そこで判例・学説において広く援用されている論拠が、立法権尊重の思考および規範維持にかかる実践的利益である。[87]

第一款　立法権尊重の思考

連邦憲法裁判所が憲法適合的解釈の論拠として立法権への尊重を初めて明示的に援用したのは、一九九二年六月三日決定である。[88] 本決定によれば、「立法権への尊重（基本法二〇条二項）は、憲法の枠内において、立法者が意図した事柄の最大限を維持することを要請する。それゆえ立法権への尊重は、それが法律の文言により裏付けられ、立法者の原理的目標設定が維持されている限りにおいて、憲法適合的解釈を要求する」。[89] かかる判示から読み取れる具体的内容は次の二点である。すなわち一方で、憲法適合的解釈が可能な場合における規範破棄の禁止[90]ないし規範の効力の維持[91]が要請され、他方で、立法者の意図した事柄を憲法の枠内で最大限維持することが求められる。そしてこれらの要求を実現するために、基本法二〇条二項に基づく立法権への尊重が憲法適合的解釈を要請するとされている。

（一）　立法権への過剰な干渉の防止

（i）　立法権と司法権との機能適合的な境界画定

ここで問題となるのは、立法権への尊重とはいかなる理論的基礎に基づくものであるのか、そして立法権尊重の思考がどうして憲法適合的解釈を要請するのか、という点である。連邦憲法裁判所と同じく、立法権への尊重を憲法適合的解釈の「中核的論拠」と考えるカナリスは、ここで「裁判権に対する立法権の優位」を挙げ[92]、「規範の維持を目標とする憲法適合的解釈」は、裁判権によって法律の違憲性が非難されることを通じて立法者の権威が傷つけられること、および、立法者の決定余地が制限されることを防止するために要請されると述べる[93]。

このことを説明するための思考実験として、カナリスは、裁判所による普通取引約款（Allgemeine Geschäfts-bedingungen）の内容統制の例を比較対象として持ち出す。それによると、審査に付された条項はまず、解釈上可能ではあるが顧客にとって最も不利となるように解釈され（顧客敵対的解釈の原理）、その後、その内容の下で有効性を審査される。この審査をパスできなかった場合、当該条項の内容を縮減することによってその効力を維持するのではなく、当該条項は全体として無効と判断され破棄されることになる（縮減による効力維持の禁止）。このような仕方の背景には、「予防の思考」が存在するという。つまり、普通取引約款を使用する者は、条項が無効となるリスクによって威嚇され、自身の条項の適法性に自ら配慮するようになるというのである。そのうえで、以上のモデルを法律と憲法との関係および立法者と裁判所との関係に転用し、ある法律を違憲の内容に解釈する可能性――いわば憲法敵対的解釈の可能性――が存在するだけですでに当該規定全体を違憲無効にすべきと解するとすれば、それは「全く不適切」であり、立法権に対して「無礼」になるだろうとカナリスは述べる。その理由は、「私人によって一方的に定められた法取引上の規律である普通取引約款の統制が……裁判所の生来の任務に属するのに

対し、法律の裁判的統制は最初から慎重を要する大それた企てだからである。なぜなら立法者は、法律を創出する際にまさにその生来の任務を果たしているからだ」と説明されている。(94)

カナリスの議論のポイントは、まさにこのような規範破棄を通じて裁判所が立法権に不当な形で干渉するのを防止するために、憲法適合的解釈が要請されるとする点にある。すなわち、「憲法適合的解釈の要請は、立法者の権威および自律性を裁判権による不当な干渉から保護するためのものであり」、最終的にそこで為されるのは、「立法権と司法権との機能適合的な境界画定」である。(95) 憲法適合的解釈を通じて規範の効力が維持されることにより、「基本法二〇条三項に明示的に表れている……裁判権に対する立法権の優位が最適な形で（optimal）維持され、立法権に対する裁判権の不当な干渉が可能な範囲において防止される」のであり、この点にこそ、「憲法適合的解釈の真の基礎づけ」が存するというのである。(96)

（ii）　過剰介入禁止の要請

このような思考に表れているのは、規範の破棄は憲法適合的解釈に比して本質的に強度の、司法による立法権の領分への介入であるという理解だろう。かかる思考によれば、規範を憲法違反とすることが許されるのは、法律に対する憲法の優位を貫徹するために必要な範囲に限られる。規定の文言によれば基本法と両立しないという理由だけで当該規範を違憲と宣言し無効として破棄するならば、それは「あまりにも比例性を欠くことになる」。(97) ツィッペリウスはこのことを、権力分立原理に基づく過剰介入禁止の要請として説明する。すなわち、国家権力相互間においても「過剰介入禁止（Übermaßverbot）」が妥当する。そのため、立法権の規律権限の領域に対する裁判所の過剰な介入は禁止されなければならない。そしてこのことが、「規範維持原理」ないし「規範保存原理」を根拠づけるのであり、(98) 立法者の形成権限を保護するために「より制限的でない手段」として憲法適合的解釈が求められる

のだとされる。[99]

（二）　憲法に対する法律の自律性

これに対し、「憲法に対する通常法の相対的自律性」を持ち出すことにより、立法権尊重の思考を過剰介入禁止とはやや異なる角度から構成するのがアウアーである。アウアーによれば、立法権尊重の思考がそもそも力を発揮できるのは、規範の全部破棄が原則として比例性を欠くとされるからである。しかしそのように言えるのは、法律規定全体の無効化が法秩序の全体構造のなかに欠缺を作り出し、かつ、その欠缺が憲法ないし憲法上の不確定原理に依拠するのでは直接に充填できないという理由のみに基づく。それゆえ、憲法によって充填不能な法の欠缺を防ぎ不可欠な法規律を維持するために、規範維持が求められることになる。反対に、仮に――EU法の直接執行の事例のように――法律に欠缺が生じたときに即時に、つまり立法者による具体化なしに上位法による欠缺の充填が可能であれば、不可欠な法規律の創出のために立法者の作為を必要としない。このような場合には、欠缺を防ぐための法律規範の維持は不要となる。かかる考察から、「立法者の形成高権への尊重は、一次法と二次法との相互浸透が強ければ強いほどその重要性を失う」ことが明らかになるという。すなわち、「憲法適合的解釈にとっては、――一見逆説的であるが――憲法に対する通常法の相対的自律性が強く刻印されていればいるほど、それだけ多くの余地が存在する」というのである。[100]

アウアーはここから、「憲法適合的解釈の承認の真の根拠は、法秩序のますますの憲法化にも拘らず……通常法が……憲法に対して相対的に自律している」点に求められるという帰結を引き出す。通常法は単に「適用された憲法」ないし「具体化された憲法」ではなく、方法、概念、構想、論証に関して憲法に対する独立性を有しており、

憲法と通常法の関係は――完全な分離でも完全な同一性でもなく――相対的自律性の関係である。[101] かかる通常法の相対的自律性のゆえに、通常法を創出する立法者の形成高権を尊重することが必要であり、通常法秩序に不可欠な法規律の欠缺が規範の違憲無効判決によって生じることを防ぐ必要がある。それゆえ、立法者の形成的決定である通常法規範をできる限り維持するために、憲法適合的解釈が要請されるというのである。

(三)　立法者の政治的決定の維持

以上の見解に強く表れていたのは、憲法適合的解釈によって規範の無効が回避され、それにより立法者が法律という手段で行った形成的決定が維持されることであった。この点に、憲法適合的解釈を民主制原理の観点から基礎づける見解の手掛かりが求められている。立法者は、国民によって直接民主的に正統化された代表機関として、法律という手段によって一定の法政策的、社会的、経済的、あるいは文化的な成果を追求する。[102] 憲法適合的解釈は、立法者の形成・秩序決定によってつくり出された法秩序を維持しておくことができる。法律上の構想は、必要な限りでのみ適合化されるのであって、その他の部分においては、立法者の政治的基本政策が決定的な役割を果たし続けることになる。この点は、連邦憲法裁判所によって繰り返し述べられてきた。すなわち、立法権への尊重が要請するのは「立法者が意図した事柄の最大限を維持する」[103]ことであって、その際に不可欠なのは「立法者の原理的目標設定が維持され」[104]、「法律の趣旨が失われない」[105]ことである。ここでは、規範の効力を維持することによって、立法者が法律のなかに定めた「趣旨」や「立法者の原理的目標設定」、そして「立法者の意図した事柄のうち憲法の枠内において可能な最大限」を引き続き妥当させ続けることが立法権尊重の思考により要請され、そのための手段として憲法適合的解釈が位置づけられていると見ることができる。

ヘッセはこのことを機能法的（funktionell-rechtlich）に捉え、「憲法の具体化に際しての立法者の優位の原理」と称する。[106] 基本法の実効的な具体化は妥当する法律によってのみ可能であり、憲法適合的解釈によって、妥当する法律に基づき機能している規範秩序をできる限り広い範囲で維持することが可能となる。[107] まさにこの点に「憲法適合的解釈に表現された規範維持原理の根拠が存する」[108] のであり、これは、生活状況の法的形成を第一次的に委ねられている立法者に対する裁判官の謙抑の原理だと説かれている。[109]

第二款　規範維持にかかる実践的利益

以上にみた立法権尊重の思考と並んで、かかる論拠を補完し支える形で実践的な考慮も論拠として付け加えられている。[110]

（一）　規範の空白に伴う実際上の不都合の回避

すなわち、規範の効力の維持には実践的な必要性が存在するとされ、それはまず、一時的な規範の空白を回避しうる点に認められるという。[111] これは、違憲無効判決を回避し規範の効力を維持することによって、行政活動の根拠法が失われたり、私人の法的活動の基盤が揺らいだりすることによる実際上の不都合の回避につながりうる。それゆえ、無効宣言の場合に生じる法的空白を回避すべしとする規範維持の原則は憲法適合的解釈を実践的に正当化しうるとされる。[112]

（二）立法者の負担軽減

また、規範の効力が維持されることにより、規範テキストの周縁部分の訂正によって立法者に負担をかける必要がなくなる。[113] はるかに労力の掛からない解釈という手段によって裁判権が違憲性を回避しうるにも拘らず、立法者に新たな規範の制定や規範の改善を義務付けるとすれば、それは明らかに適当ではないだろうという。[114] それゆえ、規範の違憲の意味を原則として解釈の方法によって是正することは、実務上不可避とまではいえないとしても、まさしく意義のあることだとされる。[115]

第三款　小括――規範維持の手法としての憲法適合的解釈

本節においては、憲法適合的解釈の要請を立法者と裁判所の機関相互間の水平関係において権限法的に正当化しようとする見解を分析してきた。そこで理論的根拠として援用されていたのは次の二つの論拠である。第一は、立法権尊重の思考である。これによれば一方で、立法権に対する裁判所の過剰な介入を防止するという権力分立の観点によって、他方で、立法者の民主的・形成的な決定をできる限り維持するという民主制原理の視角によって、憲法適合的解釈が正当化されていた。第二の論拠は、規範維持にかかる実践的利益である。これによれば、違憲無効判決によって生じる法秩序の欠缺に伴う不都合を回避し、また、無効とされた法律の修正にかかる立法者の負担を軽減するという実際上の理由のために、憲法適合的解釈が正当化されていた。

かかる基礎づけ論に共通するのは、憲法適合的解釈を徹底して規範維持という目的のための手段として理解していることである。例えばリューデマンは、「憲法適合的解釈の真の特質は、規範を維持せよとの要請である」と明言する。ある規範が憲法に適合する解釈を許容しているときには憲法上可能な範囲で規範を維持しなければならな

いのであり、「憲法適合的解釈は、法律が必要もなく破棄されることを防止するためのものである」とする。[116] カナリスもこれと同様の見方をする。憲法適合的解釈は「憲法違反を回避するという目標に仕える」手法であり、[117]「規範維持のための手段として捉えた場合に限って理解可能なものとなる」とされている。[118] 連邦憲法裁判所が立法権への尊重によって要求されるとしていたのも、「法律規定を破棄することの禁止」[119]であり、「立法者の規律目標を最大限維持せよという憲法上の要請に従う解釈」[120]であり、「立法者の原理的な目標設定を維持する解釈」[121]であった。

以上のように、憲法適合的解釈の要請を立法者と裁判所の機関相互間の水平関係において権限法的に正当化しようとする見解は、立法権への尊重および規範維持にかかる実践的利益という論拠、さらにはそれらの基礎にある立法権に対する裁判所の自制[122]および立法者の第一次的形成権限の優位[123]といった論拠を援用し、規範の無効宣言の回避および規範の効力の維持を基礎づけている。このような立場において憲法適合的解釈の要請は、規範維持原理と同一視され、あるいは、規範維持という目的を実現するための手段として位置づけられているのである。

第三節　憲法適合的解釈の要請の垂直的・実体法的導出

前節において検討した見解の前提は、法秩序内部における無矛盾性は上位法と矛盾する規範の破棄を通じても達成できる以上、憲法の優位と結合した法秩序の統一性の思考によって要求されるのは憲法に反する解釈の禁止にとどまり、憲法に適合する解釈の要請を基礎づけることはできない、ということであった。それゆえ、憲法適合的解釈の要請を導出するためには、憲法適合的解釈が不可能である場合を除いて規範の破棄を禁止し、規範の効力を維持すべきことを基礎づけることが必要とされ、それを根拠づけるために、立法権への尊重ないし立法権に対する裁判権の自制という権限法的論拠や、規範維持の利益という実践的論拠が援用されていた。

これに対し、本節において検討されるのは、「裁判所に憲法上課されているのは憲法に反する解釈の禁止にとどまり、憲法に適合する解釈が要請されるのではない」という出発点に必ずしも与しない見解である。かかる見解によれば、裁判所は、憲法が法律の解釈・適用に対して発する規範的要請を貫徹することを義務付けられており、それゆえに――憲法に反する解釈の禁止にとどまらず――憲法に適合する解釈を施すことを憲法上要請されている。すなわち裁判所は、法律の無効宣言を回避し効力を維持するために憲法適合的解釈を要請されるとするのではない。そうではなくて、憲法の規範的要請を実現し貫徹するために、憲法適合的解釈を義務付けられているというのである。

第一款　憲法適合的解釈の要請と規範維持原理の切断

（一）　憲法適合的解釈と規範維持原理の同一視に対する疑問

このような立脚点に立つ見解はまず、多くの判例・学説が憲法適合的解釈を規範の効力の維持という目的と結び付け、法律の効力に疑念がある局面にその適用を限定している点を疑問視する。ブアマイスターによれば、憲法適合的解釈は、通例の理解によると、「成果のための手段が書かれた処方箋（Mittel-Erfolg-Rezept）」[124]であって、それは規範維持原理と同一視され、規範の効力の維持という成果のために投入される手段とされている[125]。そのため、「一応合理的な複数の解釈可能性の全てが憲法と両立するというわけではないために、審査されるべき規範の意味内容が一義的には確定できない」という状況が、憲法適合的解釈の原則のいわば「構成要件」となっているという[126]。そしてブアマイスターは、「かかる『基本事例』が憲法適合的解釈の原則という形で現れた解釈命令の唯一の出発点」とされていることを指摘したうえで[127]、「『規範維持原理』と『憲法適合的法律解釈』との同一視は果たして必然

的なものか」[128]との疑問を提起する。さらにこの疑問は、「異なるランクにある規範間の衝突が切迫しているという要件からこの解釈原則を切り離すことは可能か」という「憲法適合的解釈の内容および本質に関わる問い」[129]へとつながっていく。すなわち、規範維持原理との強固な結びつきから憲法適合的解釈を切り離し、「基本事例の外側で、規範維持という目的と関連付けることなく」それを把握することは可能か、「憲法との関係において法律が占める位置や、そこから導出される規範相互の内容的浸透の顧慮の下であらゆる解釈活動を遂行することを、法適用者に要請する一般的な解釈原則」として憲法適合的解釈の原則を理解することはできないか、との問題提起がなされることになった[130]。

（二）判例における憲法適合的解釈の現れ方

このような問題提起の背後にあるのは、連邦憲法裁判所および専門裁判所の具体的判例における憲法適合的解釈の現れ方の多様性である。というのも、具体的判例に目を向けるならば、法律の合憲性が裁判所によって一切疑問に付されていない多くの事例においても同様に、規範が「憲法に適合するように」解釈されているからである[131]。

例えば連邦憲法裁判所のある決定においては、「ある規範が、一方で違憲の、他方で合憲の結果を導くような複数の解釈を許す場合には、当該規範は合憲であり、また憲法に適合するように解釈されなければならない」との定式化が見られ[132]、ここでは確かに憲法適合的解釈が規範それ自体の合憲性と結び付けられている。しかしレムケによれば、判例における憲法適合的解釈の現れ方は単一ではなく、この概念の下で多くの異なる現象が把握されているという[133]。

例えば、連邦憲法裁判所の別の判例には、「ある規範について二つの異なる解釈が可能なときには、憲法の価値

決定によりよく適合する方が優先されなければならない」との定式化が見られる。[134] この定式は後の判例によって更に発展させられ、「裁判所による通常法規範の解釈・適用に際して複数の解釈が可能である場合、憲法の価値決定に相応し……、できるだけ広範に実践的調和をもたらす形で関係者の基本権を妥当させる解釈が優先される」との判示へと至っている。[135] これらの判例においては、「憲法の価値決定に相応し……実践的調和をもたらす……解釈」が求められる一方で、かかる要求と規範それ自体の合憲性とは全く関連付けられていない。かかる分析は他の専門裁判所にも同様に当てはまる。例えば連邦労働裁判所は、上述の連邦憲法裁判所の判例に依拠しながら、「憲法の価値決定に相応し、できるだけ広範に実践的調和をもたらす形で関係者の基本権を妥当させる解釈が優先される」べきであり、「したがって専門裁判所は、比例原則に反する基本権制約が回避される仕方で通常法を解釈・適用しなければならない」と判示している。[136] さらに連邦行政裁判所は、「『憲法適合的解釈』は、解釈に開かれた法律が、ある特定の理解を採った方が他の理解を採るよりも基本法の価値決定によりよく適合するときに要請されうる。このような場合には、憲法により近い解釈が優先されなければならない」と述べる。[137] これらの判示においても、「憲法の価値決定」や「比例原則」、関係者の基本権の「実践的調和」に適合的な解釈が要求される一方で、――とりわけ「解釈に開かれた法律」を対象とする連邦行政裁判所の行論から明らかなとおり――法律そのものの合憲性への疑念との関わりを読み取ることはできない。

以上の分析から示されるように、具体的判例において、憲法適合的解釈は必ずしも規範の効力に対する疑念や違憲無効判決の回避と結合しているわけではない。このことが、憲法適合的解釈の要請を法律規範それ自体の合憲性ないし効力に対する疑念と結びつけ、同解釈とそれによって追求される目的（規範の効力維持）および帰結（規範の合憲性）とを結合させて理解する見解に対する批判の背景の一つを形づくっている。[138]

（三）憲法適合的解釈の要請と規範維持原理の切断

そこで学説においては、憲法適合的解釈の本質を規範維持原理から切り離し、解釈原理として統一的に把握すべきとする見解も有力に主張されてきた。例えばボグスは、「憲法適合的法律解釈は、一般的な解釈原理の表れである」るとしたうえで、その内容を、「下位規範は上位規範から解釈されなければならない」との要請として理解する。[139] またメルテンスは、「憲法適合的解釈は、解釈の方法によって可能な範囲で、法律の内容を憲法の内容に適合化させようとするものであり、いわば憲法規定の趣旨を法律規範の中で受け止めようとするものだ」と把握し、憲法適合的解釈の本質を端的に《法律解釈の憲法への定位》に見出している。[140] つまり、これらの見解のポイントは、「規範の効力が疑問に付されるか否かに関わらず、ある法律が『憲法に照らして』解釈されるおよそ全ての事例を、憲法適合的解釈に帰属させよう」とする点に存するということができる。[141]

第二款　法律の解釈・適用に対する憲法の内容的作用

（一）法適用レベルにおける憲法の内容的作用

そのうえで問題となるのは、憲法に照らした法律の解釈・適用が要請されるのはどうしてなのかという点である。その手掛かりとなると思われるのは、連邦憲法裁判所の提示する次のような憲法理解および基本権理解である。一九七九年六月一九日決定は次のように述べる。すなわち「基本法は、最上位の国内法として、国内法源から生じる法規範の効力（Geltung）に関する規準であるにとどまらない……。これらの法規範はいずれも、内容的にも基本法と調和するように解釈されなければならない。いずれの法規範も、その文言の枠内で、場合によっては基本法から補足的な意味を受け取り、あるいは、そのための他の諸要件が満たされている場合には、基本法に調和するよ

うに形成されなければならない。基本法も全法秩序の一部であり、この法秩序は、意味の総体として理解されなければならず、国内法のいかなる解釈の基礎にも置かれなければならないのである」と判示した[142]。この判示の中で注目されるべきは、憲法は通常法規範の効力の次元のみならず、規範の内容の次元においても機能すべきだとする点である。ここで憲法は、通常法の形式的効力の審査基準としての機能に加え、通常法解釈の内容に変化を加える機能をも果たすとされている。さらに連邦憲法裁判所は、このような憲法理解を基本権についても貫徹する。このことを一九九七年一〇月一五日決定は次のように説明している。すなわち「基本権は、規範の創出や規範の統制に際してだけではなく、個別事例の具体的状況において合憲の規範を適用する際にも顧慮を要求する」。「従って、基本権の顧慮には――規範統制とは独立した――自立的な動因が存在しうるのである」[143]。ここから読み取れるように、基本権が機能するのも規範統制の次元に限られず、規範統制とは独立して、裁判所が個別事例において法を適用する局面においても基本権は顧慮を要求するのだとされている。

これらの説示のなかには、憲法適合的解釈の要請にとって決定的な憲法理解および基本権理解が表れているように思われる。つまり連邦憲法裁判所によれば、憲法は通常法規範の合憲性を判断する基準として規範統制のレベルで機能するにとどまらず、法の解釈・適用のレベルにおいても機能するのであり、それは法律の形式的効力だけではなく、法律の内容およびその解釈・適用の内容に対して影響を及ぼす。こうした理解に基づき、憲法および基本権は規範統制――規範の効力の有無の審査――とは独立して法律解釈の内容上の基礎とされなければならず、法適用に際してもその規範的内容が顧慮されなければならないとされている。このように、法律に対して実体法的に発される「憲法の示導力（dirigierende Kraft）[144]」ないし「憲法からの内容的指令[145]」が法適用の局面において顧慮されるべき内実であり、これらの規範内容が法律の解釈・適用に反映されなければならないというのである。

ブアマイスターは、かかる憲法の機能を「基本法規定の二重機能」の概念を用いて説明する。それによれば、憲法規定は一方で、通常法規定にとっての「統制規範（Kontrollnorm）」であり、規範統制に際して法律の有効性を決定するための「審査基準」として機能する。しかし他方で、憲法規定は通常法規定にとっての「内容解明規範（Erschließungsnorm）」でもあり、具体的事件の決定に際して適用すべき法律の規範内容を探求するための認識基準としても機能する。[146] このような憲法規範の二重機能の見地からすれば、法律解釈に対する憲法の作用にとって決定的なのは、そもそも憲法を内容解明規範として援用することの可否ということになるだろう。

そこでブアマイスターは、憲法が規範の維持とは独立して援用された諸判決に言及しながら、これらの判決における真の「問いは、解釈のなかで憲法を使用することの許容性、すなわち、認識基準として憲法に依拠することの許容性」であったとする。[147] そしてとりわけ連邦憲法裁判所のリュート判決[148]を明示的に引用しながら、次のような診断を下す。すなわち「これらの判決の中では、憲法の趣旨および精神における解釈という、法律解釈のための基本要件が明示的に語られ、しかもそれは、解釈される法律に対して存在する〔効力の〕疑念とは独立した形で語られている」。それにより、「事例に適した規範解釈および事例判断の獲得のために憲法が援用されなければならないことが承認された」。そこでは、「憲法に特有の内容が通常法律規定に流れ込み、その解釈を規定したのであって」、このような「基本権の価値基準が下位法に対して有する、解釈を方向づける作用」こそが、いわばこれらの判決の「主文」であった――このような診断を示したのである。そして「これは事柄の性質上、規範維持という目的との関連性なしに要求される……憲法適合的解釈以外の何ものでもない」との結論が引き出されている。[149]

（二）憲法の優位との関係

このような法律に対する憲法の内容的作用は、憲法の優位と結合した法秩序の統一性の思考から憲法適合的解釈の要請を基礎づけようとする見解によってもすでに主張されていた。例えばミッヒェルは、下位規範が上位規範からその内容を受け取るという観念を次のように説明する。すなわち、「いわゆる段階理論に依拠して、段階的に規範の層を成し、根本規範から徐々に具体化・個別化されることによって発展する体系として法秩序を理解するならば、そこからは、より高い段階の規範は、より低い段階の規範を内容的に規定することが帰結される……。したがって上位規範からは、下位規範に対する示導像（Leitbild）および指針が取り出されなければならない」とする。[150] つまりここでは、法秩序の統一性の思考に基づいて、「より高い段階の規範は、より低い段階の規範の妥当根拠であるだけではなく、その動機付けの根拠でもあり、内容規定根拠でもあるべき」ことが主張されているといえる。[151] その際には、とりわけ憲法の優位を背景として、下位法に対して有する憲法の特別の意義が強調される。例えばボグスによれば、「基本法のなかには、ドイツ法の最も重要な秩序づけ原則が実定化されて……おり、それらの原則は、〔そこから〕派生したあらゆる法に内容上の基本尺度を与えている」。「それゆえそれらの原則は、法律制定者のみならず、法律解釈者も実現しなければならない」。[152] こうした理解から、「憲法適合的解釈の権限および義務は、国家の法秩序の統一性から、とりわけ憲法より下位の秩序全体を形式的および実質的に支配し貫徹する憲法秩序から帰結される」というのである。[153]

しかし他方で、かかる憲法の内容的作用は、憲法の優位の要求を超えるものであると思われる。なぜなら、憲法の優位を貫徹するためには憲法と矛盾する法律や法解釈を違憲として禁止すれば十分であり、「憲法の示導力」や「憲法からの内容的指令」に依拠して法律の解釈・適用の内容に変化や影響を及ぼすことは要求されないからであ

る。それゆえこれらの現象は、憲法の効力優位では説明し尽くせないことになるだろう。[154] 規範の統制の次元のみならず規範の適用の次元においても機能し、また、規範の効力の次元のみならず規範の内容の次元においても機能すべきとする上述の憲法理解および基本権理解によれば、憲法規範は法律制定レベルだけでなく法律適用レベルにおいても内容的な影響を及ぼし、[155] 法秩序を包括的に憲法の規範的内実へと方向づけていくべきだとされていた。[156] こうした理解に基づき、「すべての法的ルールおよび法的行為は、憲法上のある一定の枠内に留まっていなければならないだけではなく、内容的にも、基準となる価値に相応していなければならない」[157] というのである。

第三款　裁判官の憲法拘束

（一）　法律および憲法への裁判官の二重拘束

憲法規範の内容的作用を法律の解釈・適用のなかで受け止めなければならないという要請をより確固たるものにしているのが、裁判所の憲法および基本権への法的拘束である。解釈方法論の観点からの批判として、憲法の規範内容に照らした法律解釈は「体系的解釈の一部として慣例の解釈枠組に組み込まれる」に過ぎず、それは他の解釈指標と同等の資格を有するだけで何ら特別な要請とは言えないのではないかというものがありうる。[158] つまり、憲法に「内容解明機能」が帰属するとしても、それは憲法的論拠を「解釈方法および解釈補助手段」として援用することができるというに過ぎず、例えば規範維持という目的のために憲法的論拠を優先させなければならないとは言えないのではないかといった批判である。[159] しかしながら、憲法論の観点からすると、上述のような憲法の内容的作用は、通常の解釈指標とは異なる性質を有するというべきだと考えられている。[160] なぜなら裁判所は、上述のように理解された憲法および基本権に法的に拘束されているため、かかる憲法拘束が裁判所の法適用に際して憲法の規範的

要請の顧慮を義務付けるからであって[161]、それを怠った判決は憲法違反となってしまうからである。

このように、憲法適合的解釈の要請を実体法的に基礎づけようとする立脚点にとっては、憲法および基本権への裁判所の拘束という憲法上の与件が重要な論拠となっている。すなわち、憲法および基本権に拘束されているからこそ、「裁判官は全ての行為を憲法へと方向づけなければならない」とされ、その根拠は基本法一条三項[162]および二〇条三項に求められている[163]。基本法一条三項は裁判権を基本権へと直接的に拘束し、同法二〇条三項は裁判権を法律および法へと拘束している。これら二つの憲法条項によれば、「通常法を解釈する裁判官は、〔通常法の〕規範内容の確定に際して基本権およびその他の憲法内容……に効果を発揮させなければなら」ず、「憲法適合的解釈の正当化は……これらの実定法的観点によって承認される」という。そしてこれらの条文によれば、「憲法適合的解釈の原理のなかで、裁判官の法律拘束と憲法拘束とがいわば交差している」と見ることができるというのである[164]。

ドライアーもこのような思考に基づき、裁判所による憲法と法律の取扱いの問題を、法律と憲法（基本権）への「二重拘束」の文脈で把握し[165]、法律解釈に際して憲法の内容を顧慮する「要請」および「義務」を導出している[166]。すなわち一方で、法律と憲法（基本権）に二重に拘束されている裁判所には、「法律の適用優位の思考[167]」が妥当し、事例の決定に際して憲法規範に直接依拠することが原則として禁止され、まず何よりも通常法律を適用することが義務づけられる[168]。しかし同時に、憲法および基本権への拘束によって、裁判所は、「法律の解釈・適用に際して有する余地を憲法と両立しうるバリエーションに限定するよう要請され」ており、さらに、「憲法……および基本権の実効力および妥当力を顧慮」し、憲法上の「指令および指針として法律解釈のなかに流し込む」ことを「義務付けられている」というのである[169]。

（二）法適用における憲法適合的解釈の義務付け

このような裁判官の憲法拘束・基本権拘束の意義を連邦憲法裁判所が明言したのが、他ならぬリュート判決であった。[170] 以上の文脈にとっては、一方で、裁判官の基本権拘束の意味とは法の解釈・適用における基本権の顧慮のことであると明言し、他方で、それを怠った場合には当該判決が憲法違反になることを宣言した点が重要である。[171] すなわち同判決は、「裁判官は、憲法の命令により、自身により適用されるべき実体的な民事法規定が……基本権により影響を受けているかを審査しなければならない。もし影響を受けていれば、当該規定の解釈・適用に際して、基本権から生じる私法の修正を顧慮しなければならない」としたうえで、「これが民事裁判官も基本権に拘束されていること（基本法一条三項）の意味である」と明言する。そして「裁判官がこの基準を誤認し、私法規範への憲法上の影響を無視して判決を下したならば、裁判官は（客観的規範としての）基本権規範の内容を誤認したことによって客観法としての憲法に違反しただけでなく、公権力の担い手として自身の判決により……基本権を侵害したのである」と判示した。[172] こうしてリュート判決は、裁判所が憲法および基本権の「指針と推進力」を看過した場合、それは単なる法令違反ではなく憲法違反の判決となることを初めて宣言した。[173] それによって、裁判官の基本権拘束が実効化されることとなり、[174] 裁判所は「憲法の放射効を、通常法にかかる自らの法適用に組み込まれた構成要素として実践しなければならない」こととなった。[175] 連邦憲法裁判所の判例においては、かかる実体法的論拠から、「裁判所は、基本権の価値設定的内実が法適用のレベルにおいても維持されるよう……、関連する基本権を、解釈を嚮導させる仕方で顧慮しなければならない」[176] との要請が導出されている。裁判所は、以上のような実体法的論拠によって憲法の規範内容を顧慮した法律の解釈・適用を要請されるのであり、そのような憲法への法的拘束が、憲法適合的解釈の要請の理論的基礎を形成しているのである。

第四款　小括――憲法の実体的要請を実現するための手法としての憲法適合的解釈

本節においては、憲法適合的解釈の要請を、憲法と法律、および、裁判所が憲法の下にあるという垂直関係において実体法的に基礎づけようとする見解を分析してきた。それによれば、憲法適合的解釈の要請は二つの論拠によって基礎づけられる。すなわち、第一の論拠は、憲法規範は規範統制のレベルのみならず、規範の適用レベルにおいても機能し、また、規範の効力の次元のみならず（統制規範としての憲法）、規範の内容の次元においても（内容解明規範としての憲法）機能すべきとする憲法理解および基本権理解であり、そして第二に、そのように理解された憲法および基本権に裁判所が法的に拘束されているという実定法上の与件であった。このような立脚点において憲法適合的解釈の要請は、規範の合憲性に対する疑念という状況への依存性や規範維持原理とは切り離されており、憲法の規範的要請を法律の解釈・適用のなかで実現することを実体法としての憲法が法適用者に命令しているという観念が、その理論的基礎を形成していた。こうして憲法適合的解釈は、法律および憲法への二重拘束という憲法的与件の下で憲法の実体的要請を法律の解釈・適用のなかで実現するための手法として位置づけられているのである。

第四節　小括――司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈

（一）　憲法適合的解釈と規範維持原理との結合

本章においては、憲法適合的解釈が要請されるのはどうしてなのか、その理論的基礎はどこに求められるべきか、という憲法適合的解釈の要請の基礎づけ論を検討してきた。一方で、連邦憲法裁判所がリーディングケースで提示した議会法律の合憲性の推定は、事実的推定としても法的推定としても基礎づけられないとして支持を失っている。

他方で、憲法の優位と結合した法秩序の統一性の思考は、憲法と法律との無矛盾性は当該法律を違憲として破棄することによっても達成できることから、それ単独では憲法適合的解釈の要請を完全に基礎づけることはできないとされた。

そこで連邦憲法裁判所の判例および学説における多くの見解は、憲法適合的解釈の要請を立法者と裁判所の機関相互間の水平関係において権限法的に基礎づけようとする（本章第二節）。そこでは、立法権への尊重および規範維持にかかる実践的利益が援用され、立法権への過剰な介入を防止し（権力分立に基づく過剰介入の禁止）、立法者の民主的・形成的決定をできるだけ維持するために（民主制原理に基づく立法権の優位）、憲法適合的解釈の方法を通じた法律の無効宣言の回避および当該規範の効力の維持が正当化された。この立場の特徴は、憲法適合的解釈の要請を規範維持原理と結合して把握する点にある。すなわちこの立場は、憲法適合的解釈の適用を法律の合憲性にかかる疑念の存在と結びつけ、規範の効力の維持という目的のために投入される手段であると理解していた。

しかしながら、具体的な判例に目を向けるならば、憲法適合的解釈の現れ方は多様であることが明らかとなる。とりわけ、法律それ自体の合憲性が裁判所によって何ら疑問に付されていない多くの事例においても、法律解釈に際して憲法が援用され、当該法律が「憲法に適合するように」解釈・適用されている。連邦憲法裁判所や専門裁判所による定式化においても、憲法適合的解釈の要請は法律それ自体の合憲性への疑念や規範それ自体の効力の維持と常に関連付けられるわけではない。そうだとすれば、そこで憲法適合的解釈の要請は少なくとも規範維持原理とは理解されておらず、何か別の原理ないし論拠によって支えられていると考えるのが自然であるように思われる。(177)

（二）憲法適合的解釈の要請の基礎付け論における二つの次元

ここから明らかとなるのは、憲法適合的解釈の要請の基礎付け論には二つの次元の異なる問いが含まれているということである。すなわち、第一に、裁判所が法律の無効宣言を回避し、規範の効力を維持することを要請されるのはどうしてかという問いである。そして第二の問いは、裁判所が法適用に際して憲法を援用し、法律の解釈・適用を憲法に照らして行うことを要請されるのはどうしてかという問いである。

憲法適合的解釈の要請を立法者と裁判所の機関相互間の水平関係において権限法的に基礎づけようとする見解が援用する立法権への尊重および規範維持にかかる実践的利益といった論拠は、専ら第一の問いにのみ関わるものであり、第二の問いにおいて機能しうるものではないように思われる。規範維持にかかる実践的利益が規範の効力の維持を正当化しようとしていることは言うまでもないが、しかしこのことは立法権尊重の思考にも当てはまるだろう。そもそも立法権に対する不当な干渉を防止するという権力分立の観点からの立法権への尊重が憲法適合的解釈の要請を正当化しうるとされたのは、規範の破棄は憲法適合的解釈に比して強度の立法権への干渉であって「比例性を欠く」とされたからであり、このような「過剰介入の禁止」が「規範維持原理」ないし「規範保存原理」を基礎づけるのだとされていた[178]。また、立法者の政治的決定および規律目標の維持という民主制原理の視角からの立法権への尊重が憲法適合的解釈を正当化しうるとされたのも、この手法が「立法者の意図のうち、憲法の観点から維持されうる事項の最大を維持することを可能とする」[179]と理解されたからに他ならず、法律が妥当し続けることによってのみ基本法の実効的な具体化が可能になるとの考慮のなかに「憲法適合的解釈に表現されている『規範維持』原理の根拠が存する」とされていた[180]。

それゆえ、立法権尊重の思考や規範維持の利益が基礎づけの対象としていたのは、無効宣言の回避および規範の

効力の維持であったことが分かる（憲法適合的解釈の要請の基礎づけにかかる第一の次元[181]）。つまり、憲法と法律との矛盾ないし規範衝突を解消するために「規範の破棄」か「憲法適合的解釈による効力維持」かという選択を前にした局面において前者を禁止し、後者を選択せよとの要請――法律の破棄に対する憲法適合的解釈の優位[182]――を専らの正当化対象としていたのである[183]。したがってかかる基礎づけは、「裁判所が法適用に際して憲法を援用し、法律の解釈・適用を憲法に照らして行うことを要請されるのはどうしてなのか」という問いには答えてくれない（憲法適合的解釈の要請の基礎づけにかかる第二の次元）。法律の合憲性への疑念とともに憲法適合的解釈がなされた事例においても、「憲法に照らした法律解釈」という現象は共通であるところ、「法律の解釈・適用を憲法に照らして行うべし」というおよそ憲法適合的解釈が確認されるどのような事例においても共通するはずの要請は、立法者尊重の思考や規範維持にかかる実践的利益によっては基礎づけることができないのである。

（三）法適用における憲法適合的解釈の要請の理論的基礎

このような憲法適合的解釈の要請の基礎づけにかかる第二の問いに応えようとしたのが、憲法と法律、および、裁判所が憲法の下にあるという垂直関係において実体法的に基礎づけようとする見解であった（本章第三節）。かかる見解は、憲法適合的解釈の要請と規範維持原理との結合を切断し、法律が憲法に照らして解釈される事例それ自体を憲法適合的解釈として把握したうえで、そのような憲法に定位した法律の解釈・適用が要請される根拠を次の二つの論拠に見出していた。つまり第一に、憲法規範は規範統制のレベルにおいて審査基準・統制規範として機能するのみならず、法適用のレベルにおいても認識基準・内容解明規範として機能するという憲法理解であり、第二に、そのように理解された憲法に裁判所が法的に拘束されているという実定法上の与件である。こうして憲法の

規範的要請を法律の解釈・適用のなかで実現することを実体法としての憲法が法適用者に命令しているという観念が、憲法適合的解釈の要請の理論的基礎を形成することになる。裁判所が憲法に拘束されているからこそ、憲法の規範的要請を顧慮することが憲法上義務付けられるのであり、拘束の対象たる憲法が規範統制＝規範の形式的効力の次元のみならず、法適用＝法律の解釈・適用の内容の次元においても作用するからこそ、憲法の実体的・規範的要請を法律解釈に取り込んだ形で法適用を行うことを裁判所は要請されるのである。

（四）　裁判所の司法権行使に組み込まれた構成要素としての憲法適合的解釈

以上を踏まえるならば、憲法適合的解釈は、権限法的・実践的論拠とは独立して、つまり、規範統制の次元における「規範の破棄」か「解釈による規範の効力の維持」かという選択の局面での要請とは独立して、すでに実体法的論拠に基づき憲法上要請されると考えるべきだろう。個別事例における法律規定の適用が憲法規範に影響を受けている限りにおいて、裁判官は憲法の内容的作用を法律の解釈・適用のなかで受け止め、憲法の規範的要請を自ら実現しなければならない。

以上の観点からすれば、憲法適合的解釈を、裁判所に法律の違憲無効宣言の手間を免れさせることに仕える、規範統制に付従した技術[184]として理解するのは適切ではないように思われる。そうではなくて、憲法適合的解釈は、法律および憲法への二重拘束という憲法的与件（基本法一条三項、二〇条三項、九七条一項）の下で裁判を行う司法権の法適用に組み込まれた構成要素として把握されるべきだろう。[185]すなわち、法律と憲法に二重に拘束されながら司法権を行使する裁判所を、憲法がある特定の文脈ないし事案類型においてもつ重みを具体的事例を手掛かりとして測定し、憲法の実体的・規範的要請を法律の解釈・適用のなかに取り込むことによって自ら実現しなければなら

ないという形で憲法に拘束する点に、憲法適合的解釈というコンセプトの理論的意義を認めることができるように思われるのである。[186]

（1）最判平成二四年一二月七日刑集六六巻一二号一三三七頁。

（2）憲法適合的解釈に関する近時の代表的な研究として、二〇一六年度の比較法学会における「憲法適合的解釈についての比較法的検討」をテーマとしたシンポジウム（比較法研究七八号（二〇一七年）に所収）や、土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣・二〇一八年）の公刊を挙げることができる。

（3）すなわち千葉補足意見は、本判決の限定解釈は「規定の文理のままでは規制範囲が広すぎ、合憲性審査におけるいわゆる『厳格な基準』によれば必要最小限度を超えており、利益衡量の結果違憲の疑いがあるため、その範囲を限定した上で結論として合憲とする手法」である「合憲限定解釈」ではなく、「国家の基本法である国家公務員法」に対する同「法の構造、理念及び本件罰則規定の趣旨・目的等を総合考慮した上で行うという通常の法令解釈の手法によるもの」だとし、そのうえさらに、「司法の自己抑制の観点」から憲法判断を回避したわけではないと付言している（刑集六六巻一二号一三五一―一三五五頁）。

（4）岩崎邦夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成二四年度（二〇一五年）五一六頁。それによれば、「本判決の解釈は、必ずしも本件罰則規定には文言どおり解釈すると違憲の部分が存在することを前提としているものではなく、趣旨、目的、保護法益から本件罰則規定を解釈する中で、最上位規範である憲法が表現の自由としての政治活動の自由を保障していることを考慮していることからすると、法令の解釈において憲法を含む法体系に最も適合的なものを選ぶという体系的解釈としての合憲解釈、すなわち『憲法適合的解釈』に当たるとみるのが相当」とされ、そこで、宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』（日本評論社・二〇一一年）三〇五頁が引用されていた。

（5）柴田憲司「書評：土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究（有斐閣・二〇一八年）』」憲法研究七号（二〇二〇年）一九一頁。

（6）山田哲史「日本における『憲法適合的解釈』論の現状分析」土井編著・前掲註（2）一二、二一、三八頁。

（7）毛利透「ケルゼンを使って『憲法適合的解釈は憲法違反である』といえるのか」法律時報八七巻一二号（二〇一五

年）九三頁は、日本において「憲法適合的解釈」は、合憲限定解釈とは異なる意味を有する術語として定着したといってよいとする。

（8）宍戸による憲法適合的解釈の定義を引用して議論を展開するものとして、例えば、蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む」法学セミナー六九七号（二〇一三年）三一頁、同「国公法二事件最高裁判決を読む（一）」法学教室三九三号（二〇一三年）八八頁、柴田憲司「合憲限定解釈と憲法適合的解釈」横大道聡編『憲法判例の射程〔第二版〕』（弘文堂・二〇二〇年）三七八頁、山田・前掲註（6）九―一〇頁、土井真一「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法――憲法適合的解釈と一部合憲判決の位置付け」同編著・前掲註（2）二六〇―二六一頁、大石和彦「『合憲限定解釈』または『憲法適合的解釈』の諸相」白鷗法学二五巻一＝二号（二〇一八年）七六―八五頁、曽我部真裕「憲法判断の方法」法学教室四七九号（二〇二〇年）七一―七二頁、渡辺康行「合憲判断の方法」法学新報一二七巻七＝八号（二〇二一年）五七四―五七五頁。

（9）宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣・二〇一二年）六八、七二頁。

（10）宍戸常寿「憲法適合的解釈についての比較法的検討　一．日本」比較法研究七八号（二〇一七年）五―六頁。より具体的には、一方で、「広義の憲法適合的解釈」の第一の下位類型である「合憲限定解釈」は、①法令の規定に違憲の瑕疵（違憲的適用部分）が含まれ、②その部分を排除する解釈が可能であり、③その解釈が法令の解釈の限界の範囲内に収まっている場合を指し、他方で、第二の類型である「狭義の憲法適合的解釈」とは、①法令の規定に違憲の瑕疵（違憲的適用部分）が存在せず、②当該規定に憲法上の要請を考慮した解釈の余地が開かれていて、③当該解釈によって、憲法上の要請を考慮しない通常の解釈とは異なる適用ないし帰結が導かれる場合のことをいうとされている。

（11）宍戸・前掲註（10）七―一二頁。さらに、同・前掲註（9）六八―七三頁による判例の分類も参照。

（12）山田・前掲註（6）一三、二二頁。

（13）宍戸・前掲註（9）七二―七三頁。

（14）山田・前掲註（6）一四頁。

（15）宍戸・前掲註（10）九頁は、「合憲限定解釈」に分類される判例として、規定の文言ないし「通常の解釈」によれば

当該規定に違憲的適用部分が存在するという前提のうえでその部分を除去する解釈を選択したと「裁判所自身が明らかにするもの」のみを挙げている。

(16) 高橋和之は、裁判所が違憲審査権を行使して何が違憲かについて見解を述べることに憲法統制として意味があるとの考慮から（同『体系憲法訴訟』（岩波書店・二〇一七年）二〇二―二〇三頁）、違憲的部分の存在可能性の指摘や違憲の疑いの承認なく目的解釈や体系的解釈の結果として合憲的な意味内容を呈示する場合には「合憲限定解釈」とは呼ばないとして、合憲限定解釈の認識を裁判所による違憲性への言及の有無に係らしめている（一七四、二〇二、三二一頁）。

(17) 加えて、区別基準として措定されている「法令の違憲の瑕疵」ないし「違憲的適用部分」の理論的意味も必ずしも明確ではないように思われる。というのも、違憲的適用の可能性それ自体は、理論的には、およそのような法規定にも存在するものであり（vgl. *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 410）、それが法文レベルですでに顕在化しているか、それとも適用の段階で具体的事案に関連づけられてはじめて可視化されるのかという違いにとどまるように思われるからである。そうであるとすれば、「法令の違憲の瑕疵」という問題は、このような法規定の違憲的適用の可能性を、最終的に立法者に帰責すべきか（法令の違憲の瑕疵）、それとも、法適用者に帰責すべきか（法適用の違憲の瑕疵）に関わる問いであり、それは、「法律は果たしていつ違憲とみなされるべきなのか」、あるいは、「立法者は、自身の法律に基づき違憲の帰結をも生産されうることについて、どの範囲において責任を負っているのか」といった観点から、別途考察を要する問いではないだろうか。この問題に理論的考察を加えるものとして、vgl. *Hans Paul Prümm*, Verfassung und Methodik, 1977, S. 83-90, 122-124.

(18) 土井・前掲註（8）二六二頁。これに対し宍戸・前掲註（10）一六頁は、合憲限定解釈と狭義の憲法適合的解釈の分類は「裁判所が法令の規定の構造をどのように理解したのか、そこでどのような憲法的考慮を行ったのかを明らかにし、進んで必要があればそれを批判する出発点となる限りで、意味がある」と述べ、この分類が、裁判所自身の規範構造理解（とりわけ「憲法上の価値に開かれた構造をもつ抽象的な規定」としての理解）のあぶり出しにつながると強調する。

(19) 柴田・前掲註（5）一九八、二〇〇頁は、法令解釈において援用される憲法規範の性質として「憲法上の要請ないし禁止規範」と「許容規範」とを区別したうえで、憲法適合的解釈の際に前者が援用されるのだとすれば、「憲法が法令解釈にもたらす機能・構造」において合憲限定解釈との区別は相対的になりうる点を指摘し、「両解釈の間に本質的な差異

を見出すことは困難」と述べる。

(20) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開〔第二版〕』(日本評論社・二〇一四年)三一〇頁。

(21) 高橋和之「『猿払』法理の揺らぎ?」伊藤眞ほか編『経済社会と法の役割』(商事法務・二〇一三年)四七頁。

(22) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』(日本評論社・二〇一三年)三八〇頁は、「最高法規たる憲法の趣旨を盛り込んで」体系的解釈を行う「憲法適合解釈」はいわば〝当たり前〟であるとして、合憲限定解釈の検討に進んでいる(三八一頁以下)。関連して、堀越事件判決の限定解釈について論じるなかで、「額面通り『憲法の趣旨』に徴するだけの法解釈なら、それを殊更に『合憲限定解釈』と呼ぶのは大袈裟であ」り、かかる場合には「『憲法適合的解釈』という法解釈コンセプトによるのが賢明」(傍点原文)だとする蟻川・前掲註(8)法学教室三九三号八八頁も参照。ただしこの指摘は、宍戸による概念規定を前提として、「実質的な憲法適合性判断」を伴い、「法律のうちに違憲の瑕疵を検出する」ものを――憲法適合的解釈とは区別される――「合憲限定解釈の意義」として措定したうえで、かかる「合憲限定解釈」といいうる解釈を――堀越事件判決の千葉補足意見のように――当の法解釈者が殊更に「合憲限定解釈」ではないと強弁し、あるいは、それを殊更に「憲法適合的解釈」と呼ぶことによって、当該解釈のもつ「実質的な部分違憲判断の要素」を目立たなくする「イデオロギー的機能」が生じうる点を批判する文脈でのものである(蟻川・前掲註(8)法学セミナー六九七号三一、三二頁、同・前掲註(8)法学教室三九三号八八頁、同「国公法二事件最高裁判決を読む(二)」法学教室三九五号(二〇一三年)九六頁)。これに対し、そのような「隠蔽化機能そのもの」は憲法適合的解釈だけではなく、合憲限定解釈にも同様に指摘しうると述べるのは、駒村圭吾「さらば、香城解説!?――平成二四年国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相 下』(有斐閣・二〇一三年)四二八頁。

ここで確認しておきたいのは、――合憲限定解釈を法解釈方法というよりも、「法律の解釈として複数の解釈が可能な場合に、憲法の規定と精神に適合する解釈をとられなければならないという準則」(佐藤幸治『日本国憲法論〔第二版〕』(成文堂・二〇二〇年)七〇二頁)という形で、複数の解釈結果からの選択ルールとして観念する場合(大石眞『憲法講義Ⅰ〔第三版〕』(有斐閣・二〇一四年)二四八頁はこれを「選択的合憲解釈」と呼ぶ。土井・前掲註(8)二四一、二六三頁も参照)は別に考える余地もありうるが――合憲限定解釈も、法解釈方法論における分類としては、体系的解釈に他ならないということである。というのも、「違憲的部分を切除する解釈」(高橋・前掲註(16)二〇二頁)ないし「違憲的

適用部分を排除する解釈」（宍戸・前掲註（10）五頁）、あるいは、「実質的違憲判断を潜在させ」た解釈（駒村・前掲書三七九頁）といった、合憲限定解釈の意義を強調する論者の多くによって説かれている要素に鑑みれば、そこで観念されているのはまさしく「憲法に照らし〔た〕解釈」であり、「憲法を法解釈のよりどころとすること」（時國康夫「合憲解釈のアプローチ（上）」ジュリスト三二六号（一九六五年）八二頁）であるため、それは、法の意味を把握するための「解釈の視点」（青井秀夫『法理学概説』（有斐閣・二〇〇七年）四五三頁）ないし「実質的な根拠、観点」（山下純司ほか『法解釈入門』（有斐閣・二〇一三年）二五頁（島田聡一郎））の一つとして法体系（ここでは憲法）を手掛かりとするものに他ならないからである。それゆえ、体系的解釈の一種という憲法適合的解釈の位置づけはそれ自体として正当ではあるものの、かかる法解釈方法論の観点からの分類によってそれを合憲限定解釈と区別することは困難だろう。

(23) もとより本稿も、従来法令の解釈・適用段階で暗に行われてきた憲法の考慮・機能を顕在化させて検討の俎上に載せるべきであり、「特定の対象を違憲ないし合憲とするよりも広い形で『憲法的価値の実現』を図」る（宍戸・前掲註（9）六九頁、同・前掲註（10）一二頁）という実践的意義を共有するものである（この点につき、毛利・前掲註（7）九三頁、山田・前掲註（6）一二、二二頁、柴田・前掲註（5）二〇〇頁も参照）。しかしそのような法律の解釈・適用のなかで機能する憲法論を発展させるためには、その理論的基礎を憲法にまで立ち返って解明し、憲法適合的解釈の要請を憲法論の次元で構成することが不可欠ではないかというのが、本稿の問題意識である。

(24) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第七版〕』（岩波書店・二〇一九年）三九四頁。

(25) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣・一九七三年）二九三頁以下、高橋和之「憲法判断回避の準則」同『憲法判断の方法』（有斐閣・一九九五年）五三頁、藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』（成文堂・二〇〇七年）一四九頁。

(26) これら二つの論拠については、赤坂幸一「合憲限定解釈」曽我部真裕ほか編『憲法論点教室〔第二版〕』（日本評論社・二〇二〇年）六五―六七頁を参照。

(27) 阪口正二郎「合憲解釈は司法の自己抑制の現れだと言えるのか？」松井茂記ほか編『自由の法理』（成文堂・二〇一五年）三七六頁は、日本においてはアメリカ以上に、憲法判断回避準則の根拠を「司法の自己抑制（judicial self-restraint）」に求めることが一般化していると指摘する。司法の自己抑制の原則については特に、芦部・前掲註（25）三〇頁以下。

(28) 例えば、「合憲限定解釈を支える精神は、立法府の判断の尊重である」と明言する高橋・前掲註（21）五八頁を参照。

(29) 芦部・前掲註（25）二三二、三〇九頁、時國・前掲註（22）八三頁、藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』（成文堂・一九八一年）一一一頁、高橋・前掲註（25）五三頁、土井・前掲註（8）二四五頁。

(30) 芦部・前掲註（25）三二、四七頁、時國・前掲註（22）八三―八四頁、藤井・前掲註（29）六三、一一一、一五七頁、土井・前掲註（8）二四五頁。

(31) 芦部・前掲註（25）三六四頁、時國・前掲註（22）八三頁、高橋・前掲註（25）五三頁、藤井・前掲註（29）一一一、一一七頁。

(32) 蟻川恒正「合憲限定解釈と適用違憲」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』（日本評論社・二〇一二年）二六九頁。

(33) 宍戸・前掲註（10）六頁。

(34) 宍戸・前掲註（10）一二頁。

(35) 憲法適合的解釈を体系的解釈と性格づけるにとどめるのでは基礎づけとして不十分であることについては、第一章で検討する。また、法秩序の統一性の要請のみによっては合憲解釈を基礎づけられない点については、土井・前掲註（8）二四七頁を参照。

(36) 山田・前掲註（6）二三頁。山田はそこで、憲法の趣旨を取り込んだ体系的解釈がどのように行われるのかという問いを立て、各法領域の「文法」のなかに憲法論を位置づける必要性を指摘したうえで、とくに刑法における憲法適合的解釈の可能性を検討している（二三―二八頁）。

(37) 宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究七一号（二〇〇九年）一〇〇頁、渡辺康行「憲法上の権利と行政裁量審査」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相 上』（有斐閣・二〇一三年）三二五頁、堀口悟郎「行政裁量と人権」法学研究九一巻一号（二〇一八年）四七九頁、山本龍彦「行政裁量と判断過程審査」曽我部ほか編・前掲註（26）五〇頁、尾形健「行政裁量の憲法的統制について」立命館法学三九三＝三九四号（二〇二一年）一八八頁。

(38) 亀井源太郎「憲法と刑事法の交錯」宍戸常寿ほか編『憲法学のゆくえ』（日本評論社・二〇一六年）八頁、山田・前掲註（5）二四―二六頁、上田正基「憲法適合的解釈は刑法解釈論に適合するのか?」法律時報九一巻五号（二〇一九年）五一頁。

(39) ここでは特に、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）（二・完）」法学論叢一三三巻四号（一九九三年）一頁、同一三三巻五号（一九九三年）一頁、同「基本権の保護と公序良俗」同『公序良俗論の再構成』（有斐閣・二〇〇〇年）一九三頁。

(40) 小山剛『基本権保護の法理』（成文堂・一九九八年）二一二頁。さらに、棟居快行「私人間の憲法訴訟」戸松＝野坂編・前掲註（9）二八、三八頁。

(41) 君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社・二〇〇八年）二六二頁以下。

(42) 君塚・前掲註（41）二六二頁。

(43) 近年における分析として参照、榎透「神出鬼没の私人間効力――私人間効力はどのような場合に登場するのか？」大林圭吾＝柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』（成文堂・二〇一八年）二九四頁以下、新井誠「私人間効力」曽我部ほか編・前掲註（26）九八頁以下、栗島智明「判例における私人間効力論」横大道編・前掲註（8）五二頁以下。

(44) 棟居・前掲註（40）二九―三八頁。

(45) かかる問題意識から、ドイツ連邦行政裁判所の憲法判決を手がかりとして、行政法の解釈・適用における憲法の機能を具体的に分析し、日本法との接合可能性を考察したものとして、原島啓之「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察（二・完）――行政法の解釈・適用における憲法の機能――」阪大法学六四巻六号（二〇一五年）二五九頁以下。

(46) Vgl. BVefGE 2, 266 (267, 282).

(47) ドイツにおける憲法適合的解釈の論拠をめぐる議論の概観として、vgl. *Ulrike Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 69-100. また、憲法適合的解釈の理論的基礎に関するドイツの議論に考察を加える先行研究として、阿部照哉「法律の合憲解釈とその限界」同『基本的人権の法理』（有斐閣・一九七六年）二二五―二二八頁、広沢民生「『西ドイツ』における合憲解釈論の位相」早稲田大学大学院法研論集九号（一九七三年）一八七―一九四頁がある。そのほか近時では、山田哲史「ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」土井編著・前掲註（2）一〇七、一一六―一一七頁が、憲法適合的解釈の根拠として挙げられる要素に言及している。

(48) 佐藤・前掲註（22）七〇二頁は、「事件に必要な限りでの限りでの憲法判断という付随的違憲審査制は、法律の解釈として複数の解釈が可能な場合に、憲法の規定と精神に適合する解釈をとられなければならないという準則（いわゆる合

憲限定解釈）を帰結する」と述べ、合憲限定解釈という準則を「付随的違憲審査制の一属性」として位置づけている。芦部・前掲註（25）二九三頁以下、土井・前掲註（2）二四〇頁も参照。また、赤坂幸一「法令の合憲解釈」大石眞＝石川健治編『憲法の争点〔第四版〕』（有斐閣・二〇〇八年）三四〇頁も、合憲限定解釈の手法について、「ブランダイスルールの第七準則により、司法審査制に特有の判断準則（＝憲法判断回避の原則〔広義〕）の一環として定式化されたものである」と指摘している。

(49) 原島啓之「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察（一）――行政法の解釈・適用における憲法の機能――」阪大法学六四巻五号（二〇一五年）二九四―三〇六頁。

(50) 「専門裁判所の違憲審査権」という観点からこの問題を鮮明に描き出したのは、毛利透「『法治国家』から『法の支配』へ」法学論叢一五六巻五＝六号（二〇〇五年）三三七頁以下である。近時のものとして、倉田原志「ドイツにおける連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所による基本権の実現」法と政治（関西学院大学）七一巻二号（二〇二〇年）三一八―三二七頁も参照。

(51) BVerfGE 2, 266.

(52) Vgl. BVerfGE 2, 266 (267, 282).

(53) *Wassilios Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 98.

(54) Vgl. *Hans Spanner*, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 91 (1966), S. 506; *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 99.

(55) Vgl. *Harald Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1966, S. 21.

(56) Vgl. *Spanner*, a. a. O. (Anm. 54), S. 506 f.; *Bogs*, a. a. O. (Anm. 55), S. 21.

(57) Vgl. *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 98.

(58) *Karl August Bettermann*, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, S. 24 f.

(59) *Marietta Auer*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Jörg Neuer (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 32.

(60) Vgl. *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 98; *Auer*, a. a. O. (Anm. 59), S. 32.

(61) Vgl. *Andreas Voßkuhle*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125 (2000), S. 182; *Bettermann*, a. a. O. (Anm. 58), S. 24 f.

(62) *Voßkuhle*, a. a. O. (Anm. 61), S. 182.

(63) Vgl. *Jörn Lüdemann*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, S. 29; *Bettermann*, a. a. O. (Anm. 58), S. 24; *Auer*, a. a. O. (Anm. 59), S. 32.

(64) *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 97. さらに *Wolf-Dieter Eckardt*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, 1964, S. 41 f.も、「法律が憲法に適合しているという推定は憲法適合的解釈のルールと同一ではない。『この推定に表現されている原理』は、それだけでは法の憲法適合的解釈を要求しない」と強調する。

(65) Vgl. *Bogs*, a. a. O. (Anm. 55), S. 21 f.

(66) Vgl. *Detlef Christoph Goldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 45; *Bogs*, a. a. O. (Anm. 55), S. 21; *Bettermann*, a. a. O. (Anm. 58), S. 24 f.; *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 97; *Ulrich Häfelin*, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: FS Hans Huber zum 80. Geburtstag, 1981, S. 243; *Voßkuhle*, a. a. O. (Anm. 61), S. 182; *Lüdemann*, a. a. O. (Anm. 63), S. 29; *Auer*, a. a. O. (Anm. 59), S. 32. ただし連邦憲法裁判所は、学説における強い批判にも拘らず、リーディングケースにおいて示したこの論拠を捨て去ったわけではない。例えば比較的近年の事例である二〇〇八年一〇月一四日決定は、「法律の原則的な合憲性の推定から、疑わしい場合には法律を憲法適合的に解釈すべしという要請が出てくる」と述べ（BVerfGE 122, 39 [60]）、憲法適合的解釈の要請を合憲性の推定によって基礎づけようとしている。

(67) Vgl. *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 99.

(68) Vgl. BayVerfGHE 5, 19 (29).

(69) Vgl. BayVerfGHE 5, 41 (54).

(70) Vgl. *Bogs*, a. a. O. (Anm. 55), S. 17 f., 21, 23.

(71) Vgl. *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 81. 日本

語訳として参照、コンラート・ヘッセ（初宿正典＝赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂・二〇〇六年）四六頁。

(72) Vgl. *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 100.

(73) Vgl. *Auer*, a. a. O. (Anm. 59), S. 36 f.

(74) Vgl. *Bogs*, a. a. O. (Anm. 55), S. 21.

(75) Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Rechtsfindung, in: Hartmut Bauer u.a. (Hrsg.), FS für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 42; *Voßkuhle*, a. a. O. (Anm. 61), S. 183.

(76) Vgl. *Häfelin*, a. a. O. (Anm. 66), S. 247 f.

(77) Vgl. *Bettermann*, a. a. O. (Anm. 58), S. 25 f.; *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 101; *Voßkuhle*, a. a. O. (Anm. 61), S. 183; *Canaris*, a. a. O. (Anm. 75), S. 42; *Auer*, a. a. O. (Anm. 59), S. 38.

(78) *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 101; *Voßkuhle*, a. a. O. (Anm. 61), S. 183. *Auer*, a. a. O. (Anm. 59), S. 38 f. はリのリスを、憲法の優位は憲法適合的解釈の「必要条件ではあるが、十分条件ではない」と表現する。

(79) Vgl. *Lüdemann*, a. a. O. (Anm. 63), S. 29; *Canaris*, a. a. O. (Anm. 75), S. 42.

(80) Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), FS für Ernst A. Kramer, 2004, S. 147 f.

(81) *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 101.

(82) 連邦憲法裁判所の判例には、このような定式化が多くみられる。その具体例として、一九九五年五月二四日決定や二〇〇七年九月一九日決定を挙げることができる。これらの決定によると、「法律規定が憲法違反と宣言されなければならないのは、承認された解釈原則によって許容され、憲法と両立しうる解釈が不可能な場合に限られる」とされる（vgl. BVerfGE 93, 37 [81]; 119, 247 [274]）。

(83) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 80), S. 149, 151.

(84) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 80), S. 151.

(85) Vgl. *Reinhold Zippelius*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Christian Starck (Hrsg.),

Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 111.

(86) Vgl. BVerfGE 130, 372 (398).

(87) Vgl. auch *Lothar Kuhlen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 9 f.; *Helmut Michel*, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, S. 276; *Lüdemann*, a. a. O. (Anm. 63), S. 29; *Canaris*, a. a. O. (Anm. 75), S. 42 f.; *Auer*, a. a. O. (Anm. 59), S. 39.

(88) BVerfGE 86, 288.

(89) BVerfGE 86, 288 (320).

(90) 例えば二〇〇七年六月一四日決定は、本決定を明示的に引用しながら、立法権への尊重によって規範破棄の禁止が導出されることをより明確に打ち出している。それによれば、「民主的に正統化された立法権への尊重により連邦憲法裁判所に禁止されるのは、ある法律規定を解釈により基本法の限界内で維持することができ……、その際にその趣旨が失われてしまわない場合に……、当該法律規定を破棄することである」という（BVerfGE 118, 212 [234]）。

(91) 本決定も、「規範が……無効と宣告されうるのは、承認された解釈原則により許容され、憲法と両立しうる解釈が不可能である場合に限られる」と述べる（BVerfGE 86, 288 [320]）。

(92) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 80), S. 149.

(93) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 75), S. 43.

(94) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 80), S. 149.

(95) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 75), S. 43; *ders.*, a. a. O. (Anm. 80), S. 149.

(96) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 80), S. 151 f.

(97) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 80), S. 152.

(98) Vgl. *Zippelius*, a. a. O. (Anm. 85), S. 111. Vgl. auch *Lüdemann*, a. a. O. (Anm. 63), S. 29.

(99) Vgl. *Auer*, a. a. O. (Anm. 59), S. 39.

(100) Vgl. *Auer*, a. a. O. (Anm. 59), S. 39 f.

(101) Vgl. *Auer*, a. a. O. (Anm. 59), S. 40 f.

(102) Vgl. *Michel*, a. a. O. (Anm. 87), S. 276.

(103) BVerfGE 86, 288 (320). なお、一九九二年六月三日決定のかかる言い回しは、その後の連邦憲法裁判所判例の展開のなかで微妙に変化している。例えば一九九四年四月二六日決定は「立法者が意図した事柄を可能な限り維持することを要請する」と述べて「最大限」との文言を消失させ（vgl. BVerfGE 90, 263 [275]）、さらに二〇〇四年三月三〇日判決では「立法者の意思を……可能な限り顧慮することを要請する」とされ、求められるのは立法者の「意思」の「顧慮」だとされた（vgl. BVerfGE 110, 226 [267]）。しかしその後は、例えば二〇〇七年九月一九日決定や二〇一一年五月四日判決が示す通り、「立法者が意図した事柄の最大限を維持すること」（vgl. BVerfGE 119, 247 [274]; 128, 326 [400]）という一九九二年決定の定式に再び戻っている。筆者の見る限り、それぞれの判例における具体的な憲法適合的解釈にとくに質的な差は認められず、また、後の判例がとくに文言の差異を考慮することなくこれらの先例を並列的に引用していることから、連邦憲法裁判所の言い回しの変化から何らかの意味を読み取ることはできないと思われる。

(104) Vgl. BVerfGE 86, 288 (320); 119, 247 (274); 128, 326 (400).

(105) Vgl. BVerfGE 118, 212 (234).

(106) Vgl. *Hesse*, a. a. O. (Anm. 71), Rn. 83.

(107) Vgl. *Zippelius*, a. a. O. (Anm. 85), S. 111.

(108) *Michel*, a. a. O. (Anm. 87), S. 276.

(109) Vgl. *Hesse*, a. a. O. (Anm. 71), Rn. 83.

(110) Vgl. *Kuhlen*, a. a. O. (Anm. 87), S. 10.

(111) Vgl. *Lüdemann*, a. a. O. (Anm. 63), S. 29.

(112) Vgl. *Voßkuhle*, a. a. O. (Anm. 61), S. 183.

(113) Vgl. *Kuhlen*, a. a. O. (Anm. 87), S. 10; *Lüdemann*, a. a. O. (Anm. 63), S. 29.

(114) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 75), S. 43.

(115) Vgl. *Voßkuhle*, a. a. O. (Anm. 61), S. 183.

(116) Vgl. *Lüdemann*, a. a. O. (Anm. 63), S. 29.

(117) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 80), S. 143.
(118) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 75), S. 42.
(119) BVerfGE 118, 212 (234).
(120) BVerfGE 86, 288 (322).
(121) BVerfGE 128, 326 (400).
(122) Vgl. *Klaus Schlaich/Stefan Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht 10. Aufl., 2015, Rn. 449.
(123) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 80), S. 149; *Hesse*, a. a. O. (Anm. 71), Rn. 83.
(124) Vgl. *Joachim Burmeister*, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung: Verfassungskonforme Auslegung oder vertikale Normendurchdringung?, 1966, S. 7. ブアマイスターは、通常の理解によれば、「憲法適合的解釈の原則の中にあるのは、憲法の実体的内容を援用しながら法律の内容を定めよとの要請だけではない。そこにはさらに、憲法の意味内容および憲法の精神における解釈によればなお合憲の解釈が可能である場合における、規範を違憲として適用外に置くことの厳格な禁止も含まれる」と述べる（a. a. O., S. 8）。
(125) Vgl. *Burmeister*, a. a. O. (Anm. 124), S. 26, 28, 32, 33.
(126) Vgl. *Burmeister*, a. a. O. (Anm. 124), S. 10.
(127) Vgl. *Burmeister*, a. a. O. (Anm. 124), S. 31.
(128) *Burmeister*, a. a. O. (Anm. 124), S. 28.
(129) *Burmeister*, a. a. O. (Anm. 124), S. 31.
(130) Vgl. *Burmeister*, a. a. O. (Anm. 124), S. 28 f., 31 f. ブアマイスターは、このような解釈原則を「垂直的規範浸透原理」と称する(a. a. O., S. 28)。
(131) Vgl. *Prümm*, a. a. O. (Anm. 17), S. 93.
(132) BVerfGE 64, 229 (242).
(133) Vgl. *Lembke*, a. a. O. (Anm. 47), S. 23, 25.
(134) BVerfGE 8, 210 (220 f.); BVerfGE 35, 263 (280).

(135) BVerfGE 129, 78 (102).

(136) BAGE 137, 275 (juris, Rn. 28).

(137) BVerwGE 122, 130 (133).

(138) Vgl. *Prüm*m, a. a. O. (Anm. 17), S. 68 f., 71 f., 92–94.

(139) Vgl. *Bogs*, a. a. O. (Anm. 55), S. 17.

(140) Vgl. *Hans-Joachim Mertens*, Persönlichkeitsrecht und Schadenersatz, JuS 1962, S. 263.

(141) Vgl. *Prüm*m, a. a. O. (Anm. 17), S. 66. プリュムはこれを、憲法適合的解釈の「統一的原理」としての把握と称する。

(142) BVerfGE 51, 304 (323).

(143) BVerfGE 96, 345 (367).

(144) Vgl. *Christian Bumke*, Bundesverfassungsgericht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (2012–2017), Die Verwaltung 51 (2018), S. 72.

(145) Vgl. *Christian Bumke*, Verfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in den Jahren 2003 bis 2011, Die Verwaltung 45 (2012), S. 82.

(146) Vgl. *Burmeister*, a. a. O. (Anm. 124), S. 27 (Fn. 95).「統制規範」の語は、例えば「通常法律以下の法令」（山田・前掲註（47）一四一頁参照）や「規範の解釈」（原島・前掲註（45）二六二頁参照）を統制する規範を含めて用いられることも多いが、以下本稿では、「統制規範」の語を、本文で述べたような「規範統制の次元において法律の有効性を決定するための規範」という意味に限定して用いる。

(147) Vgl. *Burmeister*, a. a. O. (Anm. 124), S. 41.

(148) BVerfGE 7, 198.

(149) Vgl. *Burmeister*, a. a. O. (Anm. 124), S. 41 f. ブアマイスターが挙げる具体例は、リュート判決を中心とした私法における憲法（基本権）の作用が問題となった判例であるが、かかる内容的作用が刑事法および行政法も含む全法領域に妥当することについて参照、*Christian Waldhoff*, Steuerrecht und Verfassungsrecht, Die Verwaltung 48 (2015), S. 88 f.; *Hasso Hofmann*, Vom Wesen der Verfassung, JöR N.F. 51 (2003), S. 12.

(150) *Michel*, a. a. O. (Anm. 87), S. 276.

(151) Vgl. *Spanner*, a. a. O. (Anm. 54), S. 507.

(152) Vgl. *Bogs*, a. a. O. (Anm. 55), S. 23.

(153) Vgl. *Spanner*, a. a. O. (Anm. 54), S. 535.このような理解に対する批判については、本章第一節第二款を参照。

(154) Vgl. *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 9, 25.

(155) リュート判決は、立法・行政・司法に対するかかる内容的影響を「指針と推進力」と称する（vgl. BVerfGE 7, 198 [205]）。宍戸常寿『憲法裁判権の動態〔増補版〕』（弘文堂・二〇二一年）二〇六頁は、指針と推進力が「裁判所には『放射効』の形で及ぶことになる」と指摘する。

(156) Vgl. *Matthias Knauff*, Konstitutionalisierung im inner- und übersttaatlichen Recht - Konvergenz oder Divergenz?, ZaöRV 68 (2008), S. 477.

(157) Vgl. *Hofmann*, a. a. O. (Anm. 149), S. 12.

(158) Vgl. *Skouris*, a. a. O. (Anm. 53), S. 115, 117.

(159) Vgl. *Canaris*, a. a. O. (Anm. 80), S. 154; *ders.*, a. a. O. (Anm. 75), S. 42.

(160) Vgl. *Prümm*, a. a. O. (Anm. 17), S. 99.

(161) Vgl. *Göldner*, a. a. O. (Anm. 66), S. 48; *Zippelius*, a. a. O. (Anm. 85), S. 111; *Hoffmann*, a. a. O. (Anm. 149), S. 12; *Bumke*, a. a. O. (Anm. 145), S. 93; *Michel*, a. a. O. (Anm. 87), S. 276. ただし最後に引用したミッヒェルは、裁判所の基本権拘束を「基本権実効化解釈」の論拠とする一方で、それが同時に「規範維持原理」ないし「規範保存原理」にとっての実定法上の立脚点となると主張する。しかしながら、どうして基本権への内容的拘束によって規範の維持が正当化されうるのかの説明はなされておらず、説得力に欠けると思われる。

(162) Vgl. *Detlef Merten*, Art. 1 Abs. 3 GG als Schlüsselnorm des grundrechtsgeprägten Verfassungsstaates, in: Michael Sachs/Helmut Siekmann (Hrsg.), FS für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 483 ff. (insb. S. 500).

(163) Vgl. *Prümm*, a. a. O. (Anm. 17), S. 95; *Knauff*, a. a. O. (Anm. 156), S. 477.

(164) Vgl. *Bogs*, a. a. O. (Anm. 55), S. 24.

(165) 憲法適合的解釈の要請の基礎を法律および憲法への裁判官の二重拘束に見出す見解として、*Christian Starck*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 48も参照。シュタルクはそこで、裁判官の拘束は二重のものであり、「裁判官は法律に拘束されているが、それは法律が憲法に適う範囲においてである」と指摘したうえで、「法律と憲法への二重拘束が……法律の憲法適合的解釈を要請するのであり、……憲法に表現された法的思考を法律の解釈・適用のなかに流し込むことを要求するのだ」と述べている。

(166) Vgl. *Horst Dreier*, Artikel 1 III, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 3. Aufl., Bd. I, 2013, S. 326–328.

(167) 「法律の適用優位の思考」の意義について詳しくは、*Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, S. 407 f.; *Georg Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 141; *Hartmut Maurer*, Der Anwendungsvorrang im Normsystem, in: Sachs/ Siekmann (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 162), S. 101 ff.

(168) Vgl. *Horst Dreier*, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung?, Die Verwaltung 36 (2003), S. 106.

(169) Vgl. *Dreier*, a. a. O. (Anm. 168), S. 106.

(170) Vgl. *Andreas Voßkuhle*, Zur Einwirkung der Verfassung auf das Zivilrecht, in: Alexander Bruns u.a. (Hrsg.), FS für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 2013, S. 81–84.

(171) Vgl. *Christian Starck*, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort, in: Bruns u.a. (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 170), S. 69.

(172) BVerfGE 7, 198 (205 f.).

(173) 宍戸・前掲註（155）一九一頁。

(174) Vgl. *Christian Bumke*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Beispiel für eine rechtsimmanente Innovation im Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation im Recht, 2016, S. 132 f.

(175) *Schuppert/Bumke*, a. a. O. (Anm. 154), S. 23.

(176) BVerfGE 99, 185 (196). その後、BVerfGE 112, 332 (358) は、以上の判示が「確立した判例」であると明言している。

(177) Vgl. *Prümm*, a. a. O. (Anm. 17), S. 93.

(178) Vgl. *Zippelius*, a. a. O. (Anm. 85), S. 111.

(179) BVerfGE 48, 40 (46).

(180) Vgl. *Michel*, a. a. O. (Anm. 87), S. 276.

(181) Vgl. *Lüdemann*, a. a. O. (Anm. 63), S. 29.

(182) *Rainer Wahl*, Elemente der Verfassungsstaatlichkeit, JuS 2001, S. 1046.

(183) Vgl. *Helmut Simon*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, EuGRZ 1974, S. 86.

(184) Vgl. *Werner Heun*, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 112.

(185) Vgl. *Bryde*, a. a. O. (Anm. 17), S. 411. ブリュデは、ここで、「およそいかなる法律も憲法の価値決定に照らして解釈することを全ての法適用者が義務付けられている以上、憲法適合的解釈は、法律解釈に不可欠の構成要素である」と述べている。さらに、*Goldner*, a. a. O. (Anm. 66), S. 46 は、憲法適合的解釈は「規範統制手続に帰属させられた変則的な特殊原理ではなく、規範統制に対して独立した、あらゆる法適用の一般原理」だとする。

(186) 以上のような実体法的構成は、憲法適合的解釈が可能な場合には常にこの手法のみに依拠して事案を解決すべきだということまでを意味するわけではない。というのも、裁判所は、法適用の次元において法律およびその解釈・適用の内容について機能する「内容解明規範」としての憲法だけではなく、規範統制の次元において法律の効力について機能する「統制規範」としての憲法にも拘束されているからである（本章第三節を参照）。そのため、例えば法律の内容上の不明確性や憲法との矛盾の程度・範囲が一定程度を越えるなど、法律が妥当（Geltung）を要求しうるいわば最低条件をも満たさないような場合には、統制規範としての憲法が法律規範の破棄を要請しうるのであり（vgl. *Burmeister*, a. a. O. (Anm. 124), S. 20-24, 35）、――連邦憲法裁判所であれば自ら法令違憲判決を下し、専門裁判所であれば移送決定を通じて連邦憲法裁判所の具体的規範統制を求めることによって――法律の違憲判断を通じた事案の解決を探求すべきことになるだろう（vgl. auch *Bogs*, a. a. O. (Anm. 55), S. 32 f., 117 f., 125 f.; *Prümm*, a. a. O. (Anm. 17), S. 239 ff., 260 ff.）。このような「法律の妥当性にかかる最低要件」ないし「法律が違憲と判断されるべき条件」については本稿の射程を超えるため、これ以上立ち入ることはできない。