

憲法の憲法適合的解釈

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II 連邦憲法裁判所の判例
- III 学説
- IV 結語

I はじめに

憲法改正に限界があるか否かについては、周知のように、学説において、従来から様々な見解が述べられ、活発な議論の対象となってきたところであり、⁽¹⁾ 現在もなお活発な議論が展開されている。⁽²⁾ さらに、最近では、「憲法改正の

憲法の憲法適合的解釈 (岡田)

限界を超えた改正に対して裁判所が違憲審査権を行使することができるか」という「正面から議論のテーマとされることは稀であった」⁽³⁾問題についても立ち入った検討がなされ、緻密かつ用意周到な解釈論がすでに示されている。⁽⁴⁾憲法改正に対する司法審査の可否は、憲法改正の限界の具体的内容と並んで、——とくに憲法改正に限界があると主張する学説にとっては——今後さらに議論を深めていかなければならない重要な論点の一つであると言つてよいだろう。

ところで、憲法改正に対する司法審査の可否という問題を検討する際にしばしば参照されるのがドイツ連邦憲法裁判所の判例である。何故なら、「違憲審査権は法律などが憲法に適合しているかを審査するのであるから、審査の基準となる憲法自体の改正には、裁判所は口出しできない、と考えるのが当然であるように思える」⁽⁵⁾が、連邦憲法裁判所は、「実現した憲法改正が憲法の改正限界規定を超えていないかの審査権を有し、改正限界を超える場合それを無効とする権限を有すると考え、この審査を実践している」⁽⁶⁾からである。もともと、日本の学説において関心が向けられてきたのは、連邦憲法裁判所が、憲法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかを判断する権限を有していることそれ自体であり、⁽⁶⁾連邦憲法裁判所が、どのような仕方でも憲法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかを判断しているのか、という憲法適合性判断の手法については、従来の学説において必ずしも十分な注意が払われていないとは言えないように思われる。日本の学説において議論の中心に置かれてきたのは憲法改正に対する司法審査の可否それ自体であることからすると、従来の学説が連邦憲法裁判所の用いている憲法適合性判断の手法に立ち入った検討を加えていないことは言わば当然のことであると言わなければならぬのであり、筆者はこの点について従来の学説を批判するつもりはない。⁽⁷⁾筆者としては、かりに憲法改正に対する司法審査の可否について肯定説を採用した場合、当然のことながら、つぎに、裁判所は憲法改正の憲法適合性をどのように判断するべきなのかが問題になり、肯

定説を採る場合、上記の問題点を検討することが求められることになるはずであるから、憲法改正法律の憲法適合性について判断した連邦憲法裁判所の判例を憲法適合性判断の手法という視点から分析することも、憲法改正に対する司法審査の可否という問題を検討する際の比較法的資料として極めて有益ではないか、と考えているにすぎないのである。そして、上記の視点から連邦憲法裁判所の判例を分析する作業を行ってみたいところ、⁸⁾連邦憲法裁判所が、憲法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかを判断するに際して、憲法（憲法改正法律）の憲法適合的解釈の手法を駆使していることを確認し、そして、このことが、連邦憲法裁判所の判例の大きな特徴の一つである、との結論を得た。本稿は、連邦憲法裁判所が用いている憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法を多少とも詳しく紹介・検討することを目的とするものである。なお、憲法改正法律の憲法適合性を判断する枠組み（基本法七九条三項の解釈）も重要な論点であることは言うまでもないが、この論点に関する本格的な考察は別の機会に譲り、本稿はこの論点については必要な限りで言及するにとどめる。以下、まず、憲法改正法律の憲法適合性を判断する際に連邦憲法裁判所が用いている憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法を多少とも詳しく紹介することにした（Ⅱ）。つぎに、学説において、連邦憲法裁判所が用いている憲法（憲法改正法律）の憲法適合的解釈がどのようなように評価されているのかを明らかにする（Ⅲ）。最後に、本稿の要点を述べた上で、筆者に残された今後の検討課題を確認する（Ⅳ）。

II 連邦憲法裁判所の判例

一 一九七〇年十二月十五日連邦憲法裁判所第二法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九七〇年十二月十五日のいわゆる盗聴判決⁹⁾において、基本法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかという問題に初めて取り組んだ¹⁰⁾。基本法一〇条は、一九六八年六月二十四日の第一七回基本法改正法律によって変更されたが、従前の基本法一〇条は、「信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は、不可侵である。制限は、法律の根拠に基づいてのみ、これを命じることが許される。」と定めていた。従前の基本法一〇条は上記基本法改正法律によって再編され、従前の基本法一〇条一文が同条一項になり、従前の基本法一〇条二文が同条二項一文になった。そして、上記の基本法改正法律によって、基本法一〇条二項二文として、「その制限が自由で民主的な基本秩序又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全保障に役立つときは、法律によって、その制限が関係者に通知されない旨、並びに、出訴の途に代えて国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査を行う旨を定めることができる。」という文が挿入された。また、一九六八年六月二十四日の第一七回基本法改正法律によって、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途が開かれている。他の管轄が認められていない限度において、通常裁判所への出訴の途が与えられている。」と定める基本法一九条四項に、「第一〇条第二項第二文はこれと抵触しない。」と定める三文も挿入された。そして、上記の基本法改正を受けて、一九六八年八月一三日の「信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密を制限する法律」(以下、「基本法一〇条法律」という。)が制定された。連邦憲法裁判所は、抽象的規範統制及び憲法異議の訴えの手續において、五対三で、基本法一〇条二項二文が基本法七九条三

項に適合するとの判断を下したのであるが、その判断手法の特徴は、まず、基本法改正によって挿入された基本法一〇条二項二文の解釈を展開し、つぎに、基本法七九条三項の解釈を示し、最後に、基本法一〇条二項二文が基本法七九条三項に適合しているかどうかを判断した、という点にある。

(二) そこで、まず、連邦憲法裁判所（五人の裁判官の多数意見）が展開した基本法一〇条二項二文の解釈を見ることにしたい。連邦憲法裁判所は、「憲法規定は、その文言のみに基づいて、切り離して解釈されてはならない。あらゆる憲法規定は、むしろ、基本法の根本的な基本原則及びその価値秩序に合致するように解釈されなければならない。……従って、基本法一〇条二項二文の解釈に際しては、憲法のコンテクストを、とくに基本法の基本決定と一般的な憲法原則を考慮しなければならない。」と指摘した（S. 19）上で、基本法一〇条二項二文を限定的に解釈した。その骨子は、次のとおりである。①基本法一〇条二項二文は、比例原則にかんがみると、監視措置の目的を危険にさらす事態、及び、自由で民主的な基本秩序の保護又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全保障を危険にさらす事態を排除することができる場合においては監視対象者に対する事後的通知を求めている、としか解釈することができない（判決要旨二）。②基本法一〇条二項二文は、比例原則を考慮すると、基本法一〇条法律が、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密に対する制約が許される範囲を、具体的事実が憲法敵対的行動の嫌疑を正当化する場合、及び、具体的事件における憲法敵対的行動が他の手段を尽くした後には信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密を制限することによってのみ解明され得る場合に限定しなければならないことを求めている。監視措置をどうしても必要なものに限定するという憲法的要請は、監視が、被疑者の目的のために利用されると想定することができる第三者の通信連絡に及ぶことを排除しない（判決要旨三）。③基本法一〇条二項二文は、基本法一〇条法律が、関係者がこの代用手続に

関与する機会を有していない場合であっても、実体的及び手続的に裁判的統制と同等の事後審査を規定しなければならないことを要求している(判決要旨四)。

(三) 連邦憲法裁判所は、上記のような基本法一〇条二項二文の解釈を展開した後、つぎに、基本法七九条三項の解釈を示している。本判決の意義は、何よりもまず、連邦憲法裁判所が基本法七九条三項の解釈を示した点にある。連邦憲法裁判所によると、基本法七九条三項の趣旨は、現行の憲法秩序がその実質において憲法改正法律という形式的・合法的方法によつて排除され、全体主義政権を事後的に合法化するために悪用される可能性を阻止することにあるから、この条項は、同条項に列挙された基本原則の「原理的放棄」を禁止するものであり、基本原則が一般的に考慮され、かつ、特別の状況に限定し、その独自性に依拠して、明らかに適切な理由に基づいて修正されているときは、基本原則に抵触していない(S. 24)。基本法七九条三項は「例外規定」であり、例外規定は、少なくとも、立法者が憲法改正法律によつて根本的な基本原則を体系内在的に修正することを妨げられる結果をもたらしてはならない(S. 25)。そして、最後に、連邦憲法裁判所は、上記のように解釈された基本法一〇条二項二文が上記のように解釈された基本法七九条三項に適合していると判断した(S. 26 ff.)。

(四) これに対して、三人の裁判官の少数意見は、基本法一〇条二項二文は基本法七九条三項に反し、無効であると主張している。少数意見は、まず、多数意見の採った憲法解釈の方法を厳しく批判する。

「憲法改正法律については、その憲法適合性の審査に際して、……憲法規範の解釈に当てはまる諸原則によつて解釈することはできない……。というのは、基本法一〇条二項二文が有効な憲法規範であるか否かがまさに疑わしいからである。基本法七九条三項を基準とするこの審査にとつて決定的であるのは、憲法改正規定が、文言、意味連関及

び目的に照らしてどのように理解されなければならないかである。その際には、憲法改正法律が、判決において行われた『基本法適合的』解釈を受け入れないことが判明する。」(S. 34)

つぎに、少数意見は、基本法一〇条二項二文の解釈を示す。その骨子は、次のとおりである。

(a) 基本法一〇条二項二文によると、立法者は、一定の要件の下で、監視措置を関係者に通知しないことを定めることができる。文言は一義的である。事後的な通知を少なくとも完全に排除することは許されないと考えると、これは、基本法一〇条二項二文をその正反対のものに歪曲することを意味する。

出訴の途の保障を定める基本法一九条四項の本質は、権利保護が事物的かつ人的に独立し、行政部及び立法部から分離した、従って中立の機関によって与えられることであり、そして、この機関に一定の制度的担保(例えば、適法な人事配置)が組み込まれ、この機関が関係者の聴聞をした後にのみ判断することができることである。改正された憲法規定に基づいて、出訴の途に代えて国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査が行われると、「本来の権利保護システム」は交代させられる。この規定が意味を持つとすると、この代替システムが通常の「出訴の途」から区別されなければならない。このことは、代替システムが独立性及び中立性の保障を有する必要はなく、一定の手続きの強制に服する必要もないことを意味する。この区別は、基本法一〇条二項二文が監視措置を秘密にしておくこともできるようにしたことによって、さらに明確になる。

また、この憲法改正規定から、監視することが許される人の範囲について具体的な制限を引き出すことはできない。この制限は、自由で民主的な基本秩序の保護又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全保障に役立つ場合であれば、一般的に命じることができる。まずは広い範囲を監視下に置き、危険地点を絞り込むことは、十分に合理的であるよ

うに思われる。

それ故、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は具体的な嫌疑のある場合においてのみ制限することが許されるというように基本法一〇条二項二文を制限的に解釈することは不可能である。基本法一〇条二項二文は、その趣旨からして、数多くの場所を試行的に監視する大規模な監視行動を排除していない (S. 34 f.)。

(b) 多数意見の基礎としている解釈は、成立史から一義的に明らかになる憲法改正の目的にも合致させることはできない (S. 35 f.)。

(c) 「従つて、文言、意味連関及び目的に照らして、基本法一〇条二項二文は、憲法保護及び国家保護を目的として、電話による会話、テレタイプ、電報及び信書に関して、関係者に事後的にも秘密のままにし、裁判所によって事後審査されない内容の盗聴及び検査を可能にする仕方、信書の秘密並びに郵便及び電気通信の秘密を制限することを許容している。関係者の範囲は限定されておらず、『被疑者』に限定されるわけではない。『議会統制』に仕える機関及び補助機関の性格は完全に不明確なままであり、立法者は、これを政治的審議機関として組織することもできるし、独立していない行政機関として組織することさえもできる。」それ故、多数意見による基本法一〇条二項二文の解釈は、「基本法一〇条二項二文に異なる意味を与えている。この解釈は、基本法一〇条二項二文を縮小し、その規範的内容を変更している。しかし、これを行うのは、もっぱら立法者の仕事である」。

基本法一〇条法律が憲法規範によつて与えられた広い裁量の余地を使い尽くしていないことは重要ではない。立法者は、従来の憲法状況に適合する状態にとどめることもできるし、様々なヴァリエーションでそこから離れることもできる。憲法改正が基本法七九条三項に基づいて許容されるかどうかの問題の審査にとつて、基本法一〇条二項二文

は、立法者に対して許容している可能性の全範囲において決定的である (S. 37 f.)。

そして、少数意見は、本件における憲法改正は、上記の解釈においては、基本法七九条三項によって許容されていないと判断する。少数意見は、まず、基本法七九条三項の解釈を示す。

「たしかに、このような重要で、その帰結において広範囲に及ぶ例外規定は、拡張的に解釈されてはならない。しかしながら、この規定の意味を、とりわけ、憲法改正法律という形式的・合法的手段が全体主義政権を事後的に合法化するために悪用されることを阻止する点に見出そうとすることは、この規定の意義を完全に見誤っていることを意味する。」一九三三年の授権法のような「授権法」が許されないことを強調する必要はない。「基本法七九条三項は、これ以上のことを意味する。すなわち、基本法制定者の一定の基本決定は、基本法が妥当する期間においては……破棄できないと宣言されている。」 (S. 38 f.)

憲法改正によって基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に「抵触する」ことは許されないが、文言と意味によると、基本法七九条三項は、基本原則（の全部若しくは一部）が完全に排除されること、又は原理的に放棄されることを求めるものではない。「抵触する」との文言は、上記のことを下回ることを意味する。「個人の自由領域の個別範囲において基本法一条及び二〇条から導出される基本原則が全体として又は部分的に無視された」場合には、それで十分である。抵触してはならない構成的諸要素を、基本原則がたんに「一般的に考慮され」なければならない場合に展開する可能性がある「漸次的崩壊過程」からも保護しようとするものである (S. 41 f.)。

少数意見は、上記のような基本法七九条三項の解釈を示した後、基本法一〇条二項二文は基本法七九条三項に適合しないと判断した (S. 42 f.)。

(五) 本判決(多数意見)の特徴は、基本法七九条三項の制限的解釈を示すとともに、改正された憲法規定を基本法七九条三項に適合させるために憲法規定の憲法適合的解釈を駆使した点にある。これに対して、少数意見は、基本法七九条三項の制限的解釈にも、また、憲法規定を基本法七九条三項に適合させるために憲法規定の「憲法適合的解釈」の手法を用いることについても批判的な見解を示した。多数意見は、憲法規定は、その文言のみに基づいて、他の憲法規定と切り離して解釈されてはならず、むしろ、基本法の基本原則とその価値秩序に合致するように解釈されなければならないとの考え方を解釈の出発点としているのに対して、少数意見は、基本法一〇条二項二文が有効な憲法規範であるか否かがまさに問われているから、憲法改正法律の審査に限っては憲法改正法律を憲法規範の解釈に当てはまる諸原則によって解釈することは許されないと説いている。少数意見は、多数意見の考え方それ自体を否定するものではなく、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査に限っては多数意見の考え方は妥当ではないと主張しているにすぎない。少数意見によると、基本法七九条三項を基準とする審査にとって決定的であるのは、憲法改正規定が、文言、意味連関及び目的に照らしてどのように理解されなければならないかであり、「基本法適合的」解釈を用いることはできない。基本法一〇条二項二文は、立法者に対して許容している可能性の全範囲において基本法七九条三項適合性審査を受ける。本判決における多数意見と少数意見の対立は、憲法改正法律に対する基本法七九条三項適合性審査のあり方に関して検討しなければならない極めて重要な問題点を鮮やかに示したのであった。

二 二〇〇四年三月三日連邦憲法裁判所第一法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所第一法廷は、二〇〇四年三月三日の判決(「大盗聴」判決)¹¹において、基本法一三条三項が基

本法七九条三項に適合するかどうかについて判断した。一九九八年三月二六日の第四五回基本法改正法律によって、住居の不可侵を定める基本法一三条に第三項から第六項が追加され、従前の第三項が第七項となった。基本法一三条三項は、刑事訴追を目的とする住居の聴覚的監視について、「一定の事実によって、ある者が法律上個別に定められた特に重大な罪を犯したとの嫌疑が根拠付けられる場合において、事件の追及が他の方法によっては過度に困難になり、あるいは見込みがなくなるであろうと考えられるときには、裁判官の命令に基づき、被疑者が滞在していると推測される住居を聴覚的に監視するための技術的手段を講じることが許される。この措置には、期限を付けるものとする。この命令は、三人の裁判官による合議体によって下される。危険が急迫している場合には、この命令は一人の裁判官によっても下すことができる。」と定めた。連邦憲法裁判所は、六対二で、上記の憲法改正法律によって追加された基本法一三条三項が基本法七九条三項に適合するとの判断を示したが、合憲判断の決め手となったのは、基本法一三条三項の憲法適合的解釈である。以下、連邦憲法裁判所の判断の内容を多少とも詳しく紹介することにしよう。

(二) 連邦憲法裁判所（六人の裁判官の多数意見）は、まず、基本法七九条三項の解釈を示す。

「基本法七九条三項は、狭く解釈されなければならない例外規定であって、この規定は、憲法改正立法者が、これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由から修正することを妨げない……。連邦憲法裁判所は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触しない限りにおいて、個別の基本権を改正し、制限し、又はそれどころか廃止する憲法改正立法者の権利を尊重しなければならない。これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由により修正することは、立法者に禁止されていない……。何が個別の基本権の枠内において基本法一条一項の保障内容に含まれるのかは、各々の基本権規範の解釈によって別個独立に規定されなければならない。」(Rn. 114 f.)

多数意見は、基本法七九条三項の解釈については、一九七〇年二月一日連邦憲法裁判所第二法廷判決(盗聴判決)を引用せず、一九九一年四月二三日連邦憲法裁判所第一法廷判決及び一九九六年五月一四日連邦憲法裁判所第二法廷判決¹³を引用し、その解釈を引き継いでいる点において注目し値するが、本稿は、基本法七九条三項の解釈については検討しない。

(三) つぎに、連邦憲法裁判所は、基本法一三条三項は基本法一条一項の「人間の尊嚴の保障」に適合している(Rn. 117)と判断した。その骨子は、次のとおりである。

(a) 基本法一条一項に基づく人間の尊嚴の不可侵には、私的な生活形成の絶対的に保護される核心領域の承認も含まれる。刑事訴追を目的とする住居空間の聴覚的監視(基本法一三条三項)は、この領域を制約してはならない。この範囲においては、住居の不可侵(基本法一条一項と結び付いた基本法一三条一項)と刑事訴追の利益との、比例原則を基準とする衡量は、行われない(判決要旨二)。

(b) 基本法一三条における聴覚的監視を法律上導入するための授權は、基本法一条一項と結び付いた基本法七九条三項に違反しない。何故なら、この授權は、この限界を遵守する法律上の規定とこれに基づく措置のみを可能にするものだからである。憲法上の授權の限定は基本法一三条三項において含まれている。これに加えて、憲法上の授權の限定は、体系的憲法解釈の手法によると引き合いに出さなければならぬ他の憲法規範から導出される。比例原則は、人間の尊嚴の保護の絶対性を疑問視するものではなく、むしろ、盗聴措置が人間の尊嚴を侵害しないところに限って、さらに別の制限として引き合いに出されなければならない。もつとも、比例原則による聴覚的監視の授權の限定は、措置を実施するに際して基本法一三条三項の人間の尊嚴の内容が侵害されるリスクを排除することも狙いと

している (Rn. 128)。

(i) 基本法一二条三項は、制約の適法性の実体的及び形式的要件を定めている (Rn. 129)。①まず、基本法一二条三項一文に基づく聴覚的監視は、法律上個別に定められた特に重大な罪を犯した者に向けられた嫌疑が一定の事実によって根拠付けられる場合において、その者を訴追するために限り許される (Rn. 130)。②また、基本法一二条三項は、事件の追及が他の方法によっては過度に困難になり、あるいは見込みがないことを求める (Rn. 131)。③さらに、憲法改正立法者は、監視措置に裁判官の命令を要件とすることによって憲法上の実体的要件の遵守を手続的に確保している (Rn. 132)。

(ii) 基本法一二条三項においては、刑事訴追を目的とする聴覚的監視の実施に対して、私的な生活形成の不可侵の核心領域を絶対的に保護するという要請から導かれるあらゆる限界が明文で定められているわけではない。他の限界は、—すべての基本権規範と同じように—他の憲法規範から導出される。憲法改正立法者は、基本権規範を修正する際にも、いずれにせよ基準となるすべての憲法上の準則を改めて規範化することを義務付けられない。それに応じて、基本法七九条三項を基準とする審査に服するのは、他の憲法上の基準と結び付いた基本法一二条三項である (Rn. 133)。

それ故、憲法改正によって導入された基本権制約は、体系的解釈を用いて、他の法規範、とくに基本法一条一項に遡求しつつ、かつ、比例原則を適用しつつ解釈されなければならない。憲法解釈の限界は、憲法改正によって創設された規範についても、文言と意味によると一義的な規定に正反対の意味が付与され、解釈されなければならない規範の規範的意味内容が根本的に新たに規定され、又は、規範的目標が主要な点において達成されなくなるところに存す

№ (Rn. 134)。

本件においては、この限界の踰越を肯定する手掛かりは存在しない。何故なら、基本法一三条三項は、基本法一条一項一文の求める制約の限界を十分に考慮して法律の内容を定めることのみを授權しているからである。比例原則も補充的に使用されなければならない。このような解釈は、憲法改正立法者の意思と矛盾しない (Rn. 135)。

(c) 法律の規定は、規範明確性の原則を遵守しつつ、居住空間の聴覚的監視のやり方が人間の尊厳の侵害に至らないことを保障しなければならない。監視は、当該措置によって人間の尊厳が侵害されるとの手掛かりが存在する状況においては、始めから行つてはならない。また、居住空間の聴覚的監視が予期せずに絶対に保護される情報を収集することになってしまった場合、当該監視は中止されなければならない。記録は消去されなければならない。刑事訴追に枠内において収集された絶対的に保護されるデータのあらゆる利用は排除される (Rn. 139)。

(四) これに対して、二人の裁判官の少数意見は、基本法一三条三項は基本法七九条三項に適合しておらず、無効である (Rn. 366) と主張するとともに、憲法改正によって挿入された基本法一三条三項は憲法適合的解釈又は憲法体系的解釈によって合憲にとどめることができるとする多数意見に従うことができない (Rn. 375) と主張している。少数意見は、次のように説く。

(a) まさに憲法規範も解釈が必要であり、切り離して考察することはできず、基本法の根本的な基本原則とその価値秩序に適合するように解釈されなければならないことは正当である。しかし、基本法七九条三項によって憲法改正にどのような限界が設定されているかという問題は、既存の基本権規範の整合性の創出ではなく、改正が基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触するかどうかに関わる。それ故、憲法改正の憲法適合性は、これらの

基本原則に照らして判定されなければならないのであるが、憲法改正を、文言から離れて、憲法に適合させるために、基本原則を基準として解釈することはできない (Rr. 376)。

(b) 多数意見も、憲法改正の方法によって導入した聴覚的監視の授権は、法律上の規定及びそれに基づく措置が、聴覚的に監視することが許される者の私的な生活形成の核心部分を侵害しないようにするために、明文上十分な制限を定めていない、つまり、基本法一三条三項は、それ自体としては基本法七九条三項に適合していない、という前提から出発している。それ故、多数意見は、「憲法改正法律の体系的憲法解釈の助けを借りて」一三条三項に更なる不文の限界を付加し、聴覚的監視の授権を立法者が設定した程度を越えて制限している。多数意見は、基本法一三条一項の人間の尊厳の意味内容を、解釈の方法で基本法一三条三項の付加的な不文の制約を設定するための基準として使用している。しかし、人間の尊厳の内容は、「憲法改正に対するその阻止効果」を失い、たんに、解釈の手段として、そうしないと違憲である憲法改正を合憲にするためにのみ使われている。憲法改正規範にまったく書かれなかったことが、この憲法改正規範が基本法七九条三項のハードルを乗り越えることに寄与する (Rr. 378)。

(c) 基本法一三条三項それ自体は、差し当たり、基本法一三条一項から、この規範の人間の尊厳の内容に関連する領域も除外する。しかし、これによって、その保護がなくなるわけではなく、この領域は、基本法一条一項から直接に保護を受ける。もともと、これにより、一方において、基本法一条一項は、人間の尊厳を保持するために、私的住居において現れる内密領域を包括的に保護し、他方において、基本法一三条一項は、特別法として基本法一条一項の適用を排除している一三条三項と結び付いて、この領域を制約することを憲法改正によって明文で許容しているという「憲法の矛盾」が生じる。この矛盾を憲法解釈の方法によって解消しようとすると、憲法律制定者によって行わ

れた憲法改正はその内容において大幅に後退することになる。改正された憲法規範においてこれは構想されておらず、また明文化されていないにもかかわらず、そうなるのである。改正された憲法規範は、基本法七九条三項に基づいて保障されている憲法水準を遵守していない基本権制約が許されるとの「外観」を創出する (Rn. 380)。

これによって、一方において、この憲法改正によって何を生じさせようとし、いかなる範囲において私的住居の保護の制約を立法者に授権しているのかについて十分な明確性を欠くことになる。他方において、解釈によって、憲法改正規範に立法者が与えた意味内容が再び変更されるが、このことは規範自体においては明文化されていない。このような変更は、もっぱら憲法律制定者が行うべき事項である。それ故、憲法律制定者が、基本法一条一項の基準に適合していない基本法改正を行った場合、基本法の権限配分と規範明確性の法治国家原則は、この憲法規範を、基本法七九条三項のハードルを乗り越えることができる範囲にまで解釈によって限定し、その後、埋め合わせとして、改正された憲法規範において明文化されている介入権限を根拠とする法律上の規定に憲法違反を理由として異議を唱えることを禁止している。違憲の憲法を治癒することはできない。違憲の憲法を治癒することは基本法七九条三項に適合しない。基本法七九条三項は、各基本権に含まれる人間の尊厳の内容を制約するための憲法上の根拠が基本法改正によって創設されることを阻止しようとするものである (Rn. 381)。

これに加えて、少数意見は、憲法改正規定の憲法適合性を憲法適合的解釈によって創出する可能性は、基本法七九条三項の適用範囲を許されない仕方でも制限する、と多数意見を批判している。少数意見は、次のように説いている。

「この可能性は、基本法七九条二項によって憲法改正に設定された制限が作動することができるのは、結局のところ、憲法改正立法者が、連邦的秩序、基本法一条又は二〇条それ自体を全体として廃止しようとするところだけであ

ることに帰着する。というのは、それ以外の場合には、基本法一条及び二〇条が解釈基準として憲法に存在する限り、あらゆる憲法改正に対して、基本法一条又は二〇条に照らした解釈を通して、それが合憲になるように手助けし、その結果として基本法七九条三項に耐える不文の内在的制約を付加することができることになるからである。」しかし、基本法制定者は、基本法七九条三項において、もっぱら基本法一条及び二〇条の廃止を不適法であるとして排除するのではなく、すでに、これらの諸条項に定められている基本原則に抵触する改正を不適法であるとして排除している。従って、基本法七九条三項は、より広い範囲に及ぶものである。基本法七九条三項は、憲法に定められているところの、法治国家の基本原則に基づく又は人間の尊厳の確保に役立つ諸々の基本権地位の崩壊の始まりを阻止するためのものであって、法治国家が全体として廃止され、人間の尊厳がもはや保護を受けないものとされるところで初めて作動するために用いられるものではない。まさに基本法七九条三項が我々の憲法の主要な支柱の漸次的解体に対処できるように、憲法改正を言葉どおりに受け取り、立法者自身がした授権を基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に照らして判断しなければならぬ。これらの基本原則に抵触する場合、基本法七九条三項は、許容されない改正が事後的に合憲になるように手助けする憲法適合的解釈の余地を提供しない。(Rn. 382)

(五) 本判決の多数意見は、基本法一三条三項が基本法七九条三項に適合すると判断したが、少数意見は、これに真つ向から対立する見解を述べた。両者の結論を分けた要因が基本法七九条三項の解釈にあることはもちろんであるが、それに加えて憲法の憲法適合的解釈についての考え方の違いも大きな要因であったと考えられる。多数意見は、基本法一三条三項の定める基本権制約の限界は、基本法一三条三項において明文で定められた限界に加えて、すべての基本権規範と同じように他の憲法規範からも導出されるのであるから、憲法改正立法者は、基本権規範を修正する

際にも、いずれにせよ基準となるすべての憲法上の準則を改めて規範化することを義務付けられておらず、それ故、基本法七九条三項を基準とする審査に服するのは、他の憲法上の基準と結び付いた基本法一三条三項であると主張している (Rn. 133)。多数意見によると、憲法改正によって導入された基本権制約は、他の法規範、とくに基本法一条一項に遡求しつつ、かつ、比例原則を適用しつつ解釈されなければならない (Rn. 134)。多数意見は、このような考え方に立ち、基本法一三条三項に憲法適合的解釈を施した上で、基本法一三条三項が基本法七九条三項に違反しないと判断した。これに対して少数意見は、基本法一三条三項の憲法適合的解釈に批判的な見解を表明している。少数意見も、憲法規範も解釈が必要であり、他の憲法規範から切り離して考察することはできず、基本法の基本原則とその価値秩序に適合するように解釈しなければならないことは正当であると述べており、多数意見の考え方をそれ自体として否定しているわけではない。しかし、少数意見は、基本法七九条三項によって憲法改正にどのような限界が設定されているかという問題は、既存の基本権規範の整合性の創出ではなく、憲法改正が基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触するかどうかに関わるものであるから、憲法改正法律を、文言から離れて、憲法に適合させるために、基本原則を基準として解釈することはできないと説いている (Rn. 376)。一九七〇年一月一五日連邦憲法裁判所第二法廷判決 (盗聴判決) における多数意見と少数意見は、四半世紀近くの時を経て、新たに連邦憲法裁判所入りした裁判官にそれぞれ引き継がれ、その対立は、本判決においてもまったく解消されなかった。

III 学説

(一) 一九七〇年二月一五日連邦憲法裁判所第二法廷判決(盜聴判決)の直後の学説において、連邦憲法裁判所(多数意見)が駆使した憲法の憲法適合的解釈の手法は厳しい批判を受けた。ヘーベルレ(Peter Häberle)は、基本法改正それ自体を憲法適合的に(基本法適合的に)解釈する多数意見の試みは誤っていると主張している。何故なら、これによつて、憲法改正法律は、憲法全体を基準として判断されることになり、基本法七九条三項のみを基準として判断されなくなるからである。また、基本法一〇条二項二文が憲法全体の有効な構成部分として前提とされているが、その有効性がその前に審査されなければならないはずである。従つて、憲法改正法律については、まずは、「それ自体として」、つまり、文言、意味及び目的並びに成立史に反して憲法全体に調和的に埋め込むことはしないで、文言、意味及び目的並びに成立史によつて解釈し、その後基本法七九条三項との適合性が判断されなければならない。さらに、憲法適合的解釈は、暗黙のうちに現行の基本法一〇条法律に依拠しているように見えるが、法律の内容形成の可能性は多様であり、憲法違反の明確な判断だけが濫用の可能性に対処することができることを考えると、憲法適合的解釈に対する疑問はさらに増大する。そして、ヘーベルレは、憲法適合的解釈によつて基本法一〇条二項二文に多くのことが読み込まれ、連邦憲法裁判所は、憲法改正法律の代わりに引き受けることになる、つまり、その権限を逸脱することになる、と総括している。¹⁴⁾

また、ルップ(Hans Heinrich Rupp)は、多数意見の方法論的アプローチの誤りを批判している。ルップは、次のように説いている。多数意見は、憲法改正法律も他の憲法規範と同じように基本法の基本原則及びその価値秩序を基準

として判断されるとし、その際に、先例¹⁵⁾を引きつつ、「憲法内部における矛盾の、解釈による治癒」という視点を持ち込んでいるが、このような多数意見の方法論に対する少数意見の批判は正当である。本件は、「違憲の憲法規範の問題」ではなく、「憲法改正の違憲性の問題」に関わる。憲法制定権力の成果である憲法は、同一の法的ランクを有しており、全体として捉えられなければならない。それ故、憲法律の内部においてある憲法規範に他の憲法規範に対する何らかの性質の優位を認め、他の憲法規範の廃止効果を付与することを可能にするような価値序列を憲法の規範構造の中に読み込むには若干の努力が必要である。そして、このような価値スケールには、主観的な思弁によって設定される危険があるので、原理的に、憲法を憲法制定権力の矛盾のない表出として扱い、矛盾とされたものを体系に適合した解釈による調和の方法で解消する以外に途はない。しかし、本件は、憲法改正の問題、すなわち、基本法が自ら七九条三項において越えることができない限界を設定している対象である措置の許容性の問題に関わるものである。多数意見は、違憲の憲法規範の解決モデルである基本法適合的解釈を使用することによって、基本法七九条三項の明確な意味を偽造している、と¹⁶⁾。

さらに、エーリヒゼン (Hans-Uwe Erichsen) も、憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法に批判的な見解を述べている。あらゆる憲法改正法律は、憲法全体に影響を及ぼし、それを変更することが許される前に、基本法七九条三項との適合性に関して判断されなければならないが、連邦憲法裁判所は、まず、憲法全体に準拠して憲法改正法律の憲法適合的理解を創出している。これは、憲法改正立法者の憲法改正の可能性を縮減する結果となる。憲法改正法律は、基本法七九条三項との適合性のみならず、憲法の他の基本原則との適合性についても判断されるからである。憲法改正のための基準は基本法七九条三項だけである、と¹⁷⁾。

これに対して、シュリンク (Bernhard Schlink) は、一九七三年の論文において、連邦憲法裁判所が展開した憲法適合的解釈に肯定的な見解を述べている。憲法適合的解釈は、明確な文言に反してはならないし、成立史から明らかにされる立法者の意思にも反してはならない。また、憲法適合的解釈は、立法目的を見誤ってはならないし、それを歪曲してはならない。これらは、あらゆる解釈に設定された限界であり、この限界の範囲内において、複数の可能な解釈の中から、憲法と調和するものを優先することや、ある憲法規範が解釈されなければならない場合、それ以外の憲法規範と調和するものを優先することは、まさしく「体系的解釈の要請」である、と。¹⁸⁾

(二) 最近の学説においては、連邦憲法裁判所が展開した憲法の憲法適合的解釈はむしろ肯定的に評価されているようにも見える。¹⁹⁾ 例えば、ブリーデ (Brun-Otto Bryde) は、連邦憲法裁判所は、「憲法改正立法者の決定特権」と憲法原理を擁護する「見張り役」である自己の役割との調整を、とくに、憲法改正を「憲法適合的解釈」を使って基本法七九条三項に適合させることによって行ってきたと観察しつつ、次のように説いている。憲法改正立法者は違憲の憲法を制定するつもりはないことが前提とされなければならないのであるから、少なくとも「基本法七九条三項適合的解釈」はたんに問題がないというだけではなく、むしろ必要である。さらに、改正された条文であっても、憲法改正立法者が基本法一条及び二〇条に抵触しないようにしている限り、これらの憲法原理に照らして解釈されなければならないのであるから、「基本法七九条三項適合的解釈」によって基本法七九条三項の適用範囲が許されない仕方限定されるわけではない。「基本法七九条三項適合的解釈」によって憲法裁判所が憲法改正を破棄するのは「稀な例外事例」に限られることになるが、基本法七九条三項が「例外的性質」を有することを考えると、これは歓迎されなければならない。と同時に、連邦憲法裁判所は、政治プロセスに対する重大かつ極めて厄介な介入に至らないところ

で、基本法七九条三項において保護された基本原理の遵守を憲法改正のプロセスにおいても維持する可能性を作り出した、と。⁽²⁰⁾このようにブリーデは、連邦憲法裁判所が用いている「憲法適合的解釈」の手法に肯定的評価を与えている。また、ヘアデーゲン (Mathias Herdegen) も、ブリーデの見解を引用しつつ、民主的立憲国家においては、立法者は、憲法改正においても、憲法上の拘束の枠内で行動しようとしている、ということが前提とされなければならないが、このことが憲法適合的解釈の可能性の根拠となると説いている。⁽²¹⁾

ハイン (Karl-E. Hein) も、憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法を肯定的に評価する。ハインは、次のように説いている。憲法制定権力 (pouvoir constituant) と憲法によって作られた権力 (pouvoir constitué) の区別が基本法の基礎に置かれていることを前提とすると、改正阻止条項 (Revisionsperiklausel) は、憲法制定者の一定の基本決定への憲法改正立法者の他律的拘束として現れる。この拘束は、憲法改正立法者の意思に由来するものではなく、その意思に反して他の主体の——憲法制定者の——意思によって当為として設定されるものであるから、他律的である。基本法七九条三項は、法技術的には、拘束条項に分類することができる。基本法七九条三項は、その基本的性格の点で基本法一条三項及び二〇条三項の拘束条項と同じであり、この拘束条項は、形式的ルールとして、ドイツ法秩序の段階構造を実定的に構成する。この段階構造においては、憲法によって作られた権力は、上位の規範的内容に拘束され、上位の規範的内容を生み出す権限を有しない。このことは、以下の効果を発生させる。第一に、拘束の名宛人は、拘束条項によって画定された限界にとどまる決定のみを下すことが許される。第二に、法文 (Rechtssätze) が裁量の余地を含んでいる場合、この法文は、その時々に基づきとなる拘束に従って——つまり、基本法七九条を基準として「基本原則適合的に (grundsatzkonform)」——適用されなければならない。第三に、ある決定を基準となる拘束に適合するように適用

できず、そのために拘束力のある規範の内容に反する場合に限り、「修正の可能性を伴う瑕疵効果システム」²²が作動し、基本法七九条三項を考慮すると「基本原則に適合しない」規定は無効となる、と。²³

(三) このように連邦憲法裁判所が用いている憲法改正法律の憲法適合的解釈は、現在の学説において支持を得ていると言ってよい。憲法改正法律の憲法適合的解釈を肯定した場合に次に問題となるのは、憲法改正法律の憲法適合的解釈の「限界」である。この点について、連邦憲法裁判所は、「文言と意味によると一義的な規定に正反対の意味が付与され、解釈されなければならぬ規範的意味内容が根本的に新たに規定され、又は、規範的目標が主要な点において達成されなくなる」²⁴と、ここに求めている。この定式に関連してヘアデーゲンは、基本法七九条三項に適合させる解釈については、法律の憲法適合的解釈の場合よりも狭い枠が設けられていると説いている。何故なら、基本法七九条一項一文は、「基本法は、基本法の文言を、明文で変更又は補充する法律によつてのみ、これを変更することができ。」と定めており、憲法のレヴェルにおいては、規範明確性の原則が、とくに厳格に適用されるからである。ヘアデーゲンは、次のように説いている。連邦憲法裁判所の示した上記の定式は、憲法制定者の客観的意思を変質させる解釈にあまりにも広い余地を与え、憲法の明確性の要請を充たさない。憲法規定の主要な規制内容について、憲法裁判所の示した解釈に遡求しないで伝統的な解釈準則だけで確定することがほとんどできないとすると、憲法規定の制御機能は継続的に傷付けられることになる。それ故、憲法適合的解釈は、一般的な解釈基準（文言、体系、目的及び歴史的規制意思）によつてその解釈が高度に説得的であると考えられる限りにおいてのみ許される。これにより、憲法改正立法者の「客観的意思」が性急に歪曲されてしまわないことが保障される、と。²⁵もつとも、筆者が調査した限りでは――調査が不十分なのかもしれないが――ヘアデーゲンの見解を支持する学説を見出すことはできなかった

た。²⁶多くの学説は連邦憲法裁判所が示した定式にとくに異論はないと推測される。

なお、憲法改正法律の憲法適合的解釈の「限界」に関する連邦憲法裁判所の考え方に立った上で、連邦憲法裁判所が二つの判決において示した憲法改正法律の解釈が上記の「限界」を越えていないかどうかは、極めて重要な論点となるが、ここで検討を加える余裕はない。²⁷

IV 結語

連邦憲法裁判所(多数意見)は、憲法規定は、その文言のみによつて他の憲法規範から切り離して解釈されてはならず、むしろ、基本法の基本原則とその価値秩序に合致するように解釈されなければならないとの考え方に立ち、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性を審査するに際して、憲法改正法律の憲法適合的解釈を行っている。連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項を制限的に解釈しており、この解釈に従うと憲法改正法律が基本法七九条三項に違反すると判断されることは極めて限定されるところと考えられ、実際、憲法改正法律が基本法七九条三項に違反することはないが、しかし、連邦憲法裁判所は、憲法改正法律の憲法適合的解釈を行うことによつて基本法七九条三項の定める基本原則を擁護する役割をある程度まで果たしているようにも見える。筆者は、憲法改正法律の憲法適合性について判断した連邦憲法裁判所の判例の特徴の一つはまさに上記の点にあると考えている。これに対して、少数意見は、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性を審査するに際して憲法改正法律の憲法適合的解釈を行うことを否定する。もつとも、少数意見も、憲法規定も他の憲法規定と切り離して解釈することはできず、基本法の基本原則とそ

の価値秩序に適合するように解釈しなければならぬとの多数意見の考え方をそれ自体として否定しているわけではない。少数意見は、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査においては憲法改正法律が有効な憲法規範であるか否かがまさに問われているから、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査の場面に限って、憲法改正法律の「基本法適合的」解釈は受け入れられないと説いているにすぎない。一九七〇年一月一日連邦憲法裁判所第二法廷判決（盗聴判決）の直後においては、連邦憲法裁判所（多数意見）が駆使した憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法に批判的な学説が多かったが、現在の学説の多くは、むしろ、連邦憲法裁判所（多数意見）が駆使した憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法に肯定的評価を与えている。

最後に筆者に残された課題を確認しておく。筆者は、日本において、憲法改正がなされた場合を想定して、裁判所は、改正された憲法規定の憲法適合的解釈をすることができるかどうかという点を検討しておくことが極めて重要であると考えている。この論点の検討が、まさに筆者に残された課題である。²⁸

〔後記〕 池村正道先生は、日本大学法学部における行政法の研究・教育の重責を担われるとともに、法学部長、副学長などの要職を歴任され、学部や大学の運営に多大な貢献をされたことは周知のとおりであるが、大学院法務研究科においても、専任教員として（かつて、法科大学院の専任教員数について、その三分の一以内の教員は学部の専任教員としても算入できるものとする経過措置が定められていたため、法科大学院と学部の専任教員に同時になることができた。）創設時から二〇一〇年度まで行政法分野の授業を担当されるとともに、数年間専攻主任も務められ（二〇〇七年四月～二〇〇八年三月、二〇〇八年一月～二〇一〇年三月）、草創期の法務研究科を教育と運営の両面において支えられたこともここ

に記しておきたい(草創期の法務研究科を知る専任教員が少なくなってしまうた今、これは筆者の責務であろう)。筆者は、二〇〇八年に信州大学から日本大学に移籍したが、その際に前任校から支障なく移籍できるようにご配慮とご支援をしてお下さったことを感謝の念とともに懐かしく想い出す。末筆ではあるが、池村先生が今後ともご健勝で活躍されることを心よりお祈りしたい。

(1) 研究書のみを挙げると、菅野喜八郎『国権の限界問題』(木鐸社、一九七八年)、竹花光範『憲法改正の法理と手続』(成文堂、一九八一年)、芦部信喜『憲法制定権力』(東京大学出版会、一九八三年)、小林直樹『憲法秩序の理論』(東京大学出版会、一九八六年)等がある。なお、本稿に関連する重要な研究書として、大隅義和『憲法制定権の法理——「違憲の憲法」との関連で——』(九州大学出版会、一九八八年)がある。

(2) 最近出版された研究書として大塚滋『憲法改正限界論のイデオロギー性』(成文堂、二〇一七年)がある。論文については二〇〇〇年以降に限定すると、赤坂正浩「憲法改正の限界と日本国憲法の基本原理」同『世紀転換期の憲法論』(信山社、二〇一五年) 四一頁以下(初出、同「戦後憲法学における憲法改正限界論」全国憲法研究会編『憲法問題一四 二〇一三』(三省堂、二〇〇三年)、同「憲法改正の限界と全面改正」同・前掲注(2)四二九頁以下(初出、同「憲法の同一性と憲法改正の限界」全国憲法研究会編『憲法改正問題』(日本評論社、二〇〇五年)、毛利透『統治構造の憲法論』(岩波書店、二〇〇七年) 一七頁以下(初出、同「憲法改正論議への比較法的視座——ドイツ憲法学の視点より」法学論叢(京都大学) 一六一巻四号(二〇〇七年)、結城洋一郎「我が国における『憲法改正の限界』に関する一考察」商学討究六四巻四号五頁以下(小樽商科大学、二〇一四年) 五頁以下、西村技美「憲法改正の限界」論究ジュリスト九号(二〇一四年) 三〇頁以下、高田篤「日本における憲法改正とその限界」鈴木秀美／マティアス・イエシュテット／小山剛／ラルフ・ポッシュャー編『憲法の発展I——解釈・変遷・改正(日独憲法対話二〇一五)』(信山社、二〇一七年) 一〇九頁以下がある。

- (3) 工藤達朗『憲法学研究』(尚学社、二〇〇九年)一九八頁(初出、同「憲法改正の違憲審査」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編集代表『日独憲法学の想像力 下巻―栗城壽夫先生古稀記念』(信山社、二〇〇三年))。
- (4) 最近の学説に限定すると、否定説として、工藤・前掲注(3)二〇六頁以下、芹沢齊・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社、二〇一一年)五〇六頁「工藤達朗」、全国憲法研究会二〇一五年秋季研究会シンポジウムにおける井口秀作発言(建石真公子・石村修「秋季研究会シンポジウムのまとめ」全国憲法研究会編『憲法問題二七二〇一六』(三省堂、二〇一六年)一一九頁があり、肯定説として、高野敏樹『憲法制定権力と主権』(青潮社、一九九八年)八九頁以下(初出、同「主権―憲法制定権力の視点からみたその意義と課題」佐藤功先生喜寿記念論文集『現代憲法の理論と現実』(青林書院、一九九三年)、赤坂・前掲注(2)四二二頁、南野森「憲法改正限界論再考―その意義についての序説」長谷部恭男・安西文雄・穴戸常寿・林知更編『高橋和之先生古稀記念 現代立憲主義の諸相 上』(有斐閣、二〇一三年)一二三頁以下、高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店、二〇一七年)一四七頁以下がある。
- (5) 毛利透・小泉良幸・淺野博宣・松本哲治『憲法I 総論・統治「第二版」』(有斐閣、二〇一七年)三八頁「毛利透」。
- (6) この論点については、工藤・注(3)一九九頁以下、毛利ほか・前掲注(5)三八頁「毛利透」を参照。
- (7) むしろ、本稿は、従来の学説から、憲法改正の限界の有無及び憲法改正に対する司法審査の可否という、本稿が扱う論点の前提となる原理的問題に考察を加えておらず、考察の順序を間違っているとの批判を受けることは間違いない。筆者としても、この問題点はもちろん承知しており、上記の原理的問題についても、今後、考察の機会を持ちたいと考えている。
- (8) 連邦憲法裁判所の判例を分析・検討するためには、何よりもまず、憲法改正法律の憲法適合性について判断した連邦憲法裁判所の判例を出来る限り内在的に理解することが必要であることは言うまでもない。憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を時系列に沿って出来る限り客観的かつ内在的に詳しく紹介する作業は、別途公表する予定である「研究ノート」によって行うことにしたい。
- (9) BVerfGE 30, 1. 11の判決の紹介・解説として、西浦公「通信の秘密とその制限―盗聴判決―」ドイツ憲法判例研究会編(栗城壽夫・戸波江二・根森健編集代表)『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)二六二頁以下がある。また、

- 石村修『憲法の保障―その系譜と比較法的検討―』(尚学社、一九八七年)二四〇頁以下(初出、同「憲法保障としての憲法改正限界論」専修大学法学論集三三三号(一九八一年)、渡辺康行「ドイツ連邦憲法裁判所の憲法解釈方法論」新正幸・鈴木法日児編『憲法制定と変動の法理』(木鐸社、一九九一年)五一七頁以下(五三二頁以下) 西村・前掲注(2)三三三頁以下もこの判決に検討を加えている。以下、この判決の引用は、本文中に連邦憲法裁判所判例集の該当する頁数を示すことによって行う。
- (10) 連邦憲法裁判所は、一九七〇年一月二十五日の判決の前に、他の文脈において基本法七九条三項に言及していた。 BVerfGE 1, 14, 32; 3, 225, 232; 4, 157, 169 f.
- (11) BVerfGE 109, 279. この判決の紹介・解説として、平松毅「住居に対する高性能盗聴器による盗聴」ドイツ憲法判例研究会編(栗城壽夫・戸波江二・島崎健太郎編集代表)『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、二〇〇八年)三二〇頁以下がある。以下、この判決の引用は、本文中に連邦憲法裁判所判例集において付されている欄外番号を示すことによって行う。
- (12) BVerfGE 84, 90. この判決の紹介・解説として、中島茂樹「ドイツ再統一と一九四九年以前の収用に対する補償」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(9)五五九頁以下がある。
- (13) BVerfGE 94, 49. この判決の紹介・解説として、川又伸彦「庇護権における『安全な第三国』要件」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(11)三五六頁以下がある。
- (14) *Peter Häberle*, Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1970, JZ 1971, S. 145 (148 f.).
- (15) BVerfGE 19, 206 [220].
- (16) *Hans Heinrich Rupp*, Anmerkung zu BVerfGE 30, 1, NJW 1971, S. 275 (275 f.). ルップの見解は、「違憲の憲法規範」に関する当時の判例・学説を踏まえたものであるが、「違憲の憲法規範」の問題に触れることはできない。
- (17) *Hans-Uwe Erichsen*, Zu den Grenzen von Verfassungsänderung nach dem Grundgesetz, VerwA 1971, S. 291 (303 f.).
- (18) *Bernhard Schlink*, Das Abhör-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 1973, S. 85 (90). エーヴァース (Hans-Ulrich Evers) は、シュリンク論文の参照を指示しつつ、審査されなければならない規範の内容は体系的解釈―それは、憲法適合的解釈でもある―によって初めて明らかにすることができるのであるから、審査されなければならない規範は「憲法のこ

ンテクストの中で」解釈されなければならないと指摘している (Hans-Ulrich Evers, in: Rudolf Dolzer/Klaus Vogel/Karin Grabhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Abs. 3 (45. Lfg. Oktober 1982) Rn. 160)。

(19) 以下の本文において紹介する学説のほか、憲法の憲法適合的解釈を肯定的に評価する学説として、以下のものがある。Rüdiger Rubel, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), Grundgesetz Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. II, 2002, Art. 79 Rn. 30 は、とくに理由を示すことなく、基本法七九条三項に違反する憲法改正法律は無効であるが、憲法適合的解釈の可能性を「優先的に」点検しなければならないと説いている。また、Michael Sachs, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 79 Rn. 84 も、とくに理由を示すことなく、基本法七九条三項違反は、それが改正規定の解釈によつて回避されない場合に限り認められると述べ、「基本法七九条三項との適合性を保った解釈」を肯定的に評価している。やぶらじ、Johannes Dietlein, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2009, Art. 79 Rn. 18 が、とくに理由を示すことなく、憲法改正法律は、それが「基本原則適合的」解釈にもかかわらず基本法七九条三項に違反する場合に、無効であると述べている。

Hauke Möller, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision, 2004, S. 177 f. が、法律の憲法適合的解釈が認められている以上、憲法適合性解釈の要請は憲法改正法律にも当てはまると主張している。

- (20) Brun-Otto Bryde, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 79 Rn. 30.
- (21) Mathias Herdegen, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 (Lfg. 72 Juli 2014) Rn. 82.
- (22) Karl-E. Hain, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 117 を参照。
- (23) Hain (Fn. 22), Rn. 31.
- (24) BVerfGE 109, 279 (316 f./Rn. 134).
- (25) Herdegen (Fn. 21), Rn. 82.

(26) *Dietslein* (Fn. 19), Rn. 18.1は、ヘアデーゲンの見解に関連して、憲法改正のみが基本法七九条の要求に服するが、規範明確性の要請が、憲法制定者が創設した規範が含まれている明確性よりも高度の明確性を要求していると解することはできないと指摘している。

(27) *Brun-Otto Bryde*, in: *Ingo von Münch (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, 1978, Art. 79 Rn. 29ff. 「盗聴判決」において連邦憲法裁判所は、要求される「限界」を大幅に越え、「司法的自己抑制」をしようと（改正を基本法七九条三項の故に失敗させまいと）努力して、基本法一〇条二項をその意味、文言及び成立史に反して解釈することによって「司法的自己抑制」に著しく違反してしまった、と説いていた。

(28) 本稿を執筆するに際して筆者の脳裏から離れなかった現代日本の問題状況について、簡単に言及しておきたい。自由民主党憲法改正推進本部が二〇一七年二月二〇日に公表した「憲法改正に関する論点取りまとめ」は、「まさに今、国民に問うにふさわしいと判断されたテーマ」の一つとして、「合区解消・地方自治体」を挙げ、「両議院議員の総選挙について、一票の較差（人口比例）への対応により行政区画と選挙区のずれが一層拡大し、地方であれ都市部であれ今後地域住民の声が適切に反映されなくなる懸念がある」ので、「政治的・社会的に重要な意義を持つ都道府県をまたがる合区を解消し、都道府県を基本とする選挙制度を維持するため、参議院議員選挙においては、半数改正ごとに各広域地方公共団体（都道府県）から少なくとも一人が選出可能になるように規定する方向でおおむね意見は一致している」と自民党憲法改正推進本部における議論の状況を整理していた。その後、新聞報道等によると、自民党憲法改正推進本部は、二〇一八年二月一六日に全体会合を開き、参議院議員選挙の合区を解消するための憲法改正案を決定するに至った。現行の四七条は、「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と定めているが、自民党憲法改正推進本部が改正案として示した四七条は、一項において、「両議院の議員の選挙について、選挙区を設けるときは、人口を基本とし、行政区画、地域的な一体性、地勢等を総合的に勘案して、選挙区及び各選挙区において選挙すべき議員の数を定めるものとする。参議院議員の全部または一部の選挙について、広域の地方公共団体のそれぞれの区域を選挙区とする場合には、改選ごとに各選挙区において少なくとも一人を選挙すべきものとすることができる。」と定め、二項において、「前項に定めるもののほか、選挙区、投票の方法その

他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と定めている。憲法改正限界論の立場からは、何よりもまず、自民党憲法改正推進本部の示した憲法四七条改正案が憲法改正の限界を越えるものかどうかを検討する必要があることになり、筆者は、これは疑いなく極めて重要な論点であると考えているが、これに加えて、かりに憲法改正の手續を経て現行の日本国憲法四七条が自民党憲法改正推進本部の示した憲法四七条改正案のとおり改正され、改正後に議員定数不均衡訴訟などが提起されて裁判所が改正された四七条の解釈をしなければならないという状況に至った場合には、裁判所は日本国憲法四七条の「憲法適合的解釈」をすることができないのではないか（さらに一歩進んで、裁判所は「憲法適合的解釈」をしなければならぬのではないか）という問題も極めて重要であると考えている。筆者は、憲法改正に対する司法審査の可否について消極的に解したとしても（というよりも、消極的に解するのであれば、なおさら）、改正された憲法条文の憲法適合的解釈（憲法の憲法適合的解釈）が裁判所には求められるのではないかと考えているのである（これは、本稿が示したように、連邦憲法裁判所がまさに実践している解釈手法である。）が、しかし、この点に関する筆者の考えは、現時点においては、十分に練り上げられたものであるとは到底言えない状態にとどまっており、ここでは、「憲法の憲法適合的解釈」という解釈手法があり得ることを示すだけで満足しなければならない。なお、自民党憲法改正推進本部の示した憲法四七条改正案については、伊藤真「自民党の四七条改憲案と一票の価値」世界九〇九号（二〇一八年）五八頁以下が批判的検討を加えている。