

憲法の「優位」と基本権の客観法的把捉について

—基本権が「保障するもの」は何か・続続続続—

小 貫 幸 浩

0. 序

筆者は長きにわたり、しかし細々とかつ遅々としてではあったが人権法理の比較研究を意識して、とくにドイツ基本権論の展開を跡づけてきた。その思惟様式の特徴を究明することに微力を注いできた⁽¹⁾。比較憲法史的に、あるいは憲法裁判例および学説の分析を通してドイツ基本権論の思惟様式をつかみ出すことができるならば、これまで以上に日本での人権論議のための確固たる参照枠—フレーム・オブ・レフェレンス—を獲得しようと考えたのであった。というのも、今やドイツの基本権思考はアメリカ合衆国の人権論、とくにその審査基準論と並んで、ヨーロッパレベルにおいてのみならず世界の憲法思考にとつての一大言及点となった感があるからである⁽²⁾。

そのようななかで、基本権「理論」であれ、「ドグマティック」であれ基本権は果たして「古典的な」「防御権」に尽きるのか、はたまたそれ以外の「客観法的な」もろもろの作用（機能、次元、側面などとも呼ばれる）も認められるのか。そもそも何をもって「古典的」と呼ぶべきかという点⁽³⁾とも併せて、ドイツでの基本権について考える者たちの頭を絶えず悩ませてきたのが、その問題であった。この点につき、あるいは基本権はまずは「原理規範」であるとする見地から（R.アレクシー）その問題の出し方を逆転させて、基本権は単に客観的保障としてだけでなく主観的にも「権利」を保障するものであるかと問いただされる場合もある。こうして、同様に基本権保護義務は、最適化命令を考慮して「保護権」というほうが適切である、と主張されるのである⁽⁴⁾。

いずれにせよ、上の問題点をさらに分割・微分化すると、(A) 防御権からそもそも何らかの客観法的次元が導き出されうるか、(B) 往々にして基本権

の「客観法的作用」と呼ばれるものは多かれ少なかれ防御権というフィギアによってカバーしきれないのでないか、つまりその限りで不要でないかという関連問題が絡んでいる。これら(A)(B)は不可分の問いであり、同時並行的に論じられてきたところである。学説においても、憲法裁判例においても一筋縄とは言えないが、(A)(B)の問いの限りでは、ある程度まで追行可能な程度にそれぞれの陣形を整えてきたといえるのでないか。

戦後ドイツ憲法学において、おそらくもっとも明確に基本権とは公権力と個人との関係での主観的防御権(自由権)であるという見地を貫いたのが、E.-W.ベッケンフェルデだった⁽⁵⁾。若干の留保をつけるにしても、基本権を客観的原理として把握することへの抵抗感を強く示したのもベッケンフェルデだった。そこには、憲法定作者の意思によらずに、憲法裁判官や学説が主張する何かいわゆる客観的なものが、国民代表の制定する法律をも介さずに「再・主観化」(権利化)されて、基本権のインフレ現象につながることへの警戒があったのである。この小論はどちらかといえはうえに示した(A)の問題設定に焦点を当て、ベッケンフェルデの見解をめぐる二つの批判的見解を取り上げる。旧拙論でもすでに取材したところであるが、とくに2000年代に入って晩年のベッケンフェルデによって基本権「保障内容」というコンセプトが端的に提示されていく。その意味とシルエットを、こうした一連の議論状況に照らし出したと考えてるのである。もちろん今日まで問題設定(B)に重心を置いた重要な研究が陸續として表れているが⁽⁶⁾、その検討はこの小論の枠をこえるという点をお断りしておきたい。

1. H. ドライアーの基本権の多次元論

基本権の「多次元」論自体は、すでにドイツ基本権論議での定番のトピックになっているが、ここではH.ドライアーの議論にまずは注目したい。上に定式化した二つの問題群のうち(A)に焦点を当てた代表的な作品がドライアーのものである。主に取材するのは、もう四半世紀以上前に公刊された「基本権の諸次元」である⁽⁷⁾。副題に「価値秩序裁判例から客観法的基本権内容へ」と添えられており、後述の意味で筆者にとってはあらためて興味をそそられるものである。のみならず、そのなかでE.-W.ベッケンフェルデへの正面からの批

判になっていることも見逃せないところである。今さらながらかもしれないが、以下、ドライアーの所論を手掛かりにして戦後ドイツ基本権ドグマティークをできるだけ総体的に見返して、小稿のタイトルをめぐる今日の議論状況をより明確に位置規定したいと思う。

いうまでもなく、ドライアーは現代ドイツ憲法学をリードする学者の一人である。拙論⁽⁸⁾を重ねてきた筆者の関心を引きつけるのは、ドライアーのこの作品が基本権の保護領域というフィギアとより近年の基本権「保障内容」というそれとの間で視線を往復するもの⁽⁹⁾となっていること。上に述べた通り副題の一部に含まれる基本権「内容」という表現が思わせぶりであることによる。その論旨をこの場で手っ取り早くまとめてしまうのもやや傲慢なようで恐縮するのであるが、まず戦後ドイツ連邦憲法裁判所によるいわゆる価値秩序論についての通説的理解が正されている。しばしばR. スメントの憲法学あるいは実質的価値倫理・哲学からの影響が指摘されてきたが、そうではなくてむしろワイマール期の価値相対主義への明確な対抗性が意識されたものであるというのである⁽¹⁰⁾。そうすると、今日さまざまに議論される基本権の客観法的拡張が正当であるか否かは、価値哲学や精神科学への賛否いかんでなくて、あくまでも憲法と基本権理論レベルで検討されるべきだという基本視角が与えられる。この視角設定から基本権の客観法的理解への、とくにバッケンフェルデによる批判を内在的に検討して、大要、次のごとく主張する一。「個人の人格の自由」を守るためには古典的な防御権作用だけでなく多次元的な作用がやはり認められるべきである。基本権の客観法的理解に立つ場合に主要なアキレス腱として指摘される比例原則・較量論も憲法裁判例の蓄積のなかで不安定さを減じて着実な法理としてその姿をとりつつある、というものである⁽¹¹⁾。

この荒削りの粗描をもうすこしソフィストケーションすべく、以下にドライアーの所論を詳しく追行したいと考える。それは、基本権の「保障するもの」を比較憲法史と憲法および基本権の規範論理・体系性の結節点においてつかみ取るための作業でもある。

(1) 連邦憲法裁の価値秩序論の理論的基礎をめぐって

連邦憲法裁の採った価値秩序論についてはR. スメントがインスパイアーしたといわれてきた。だが、ドライアーの見解ではそうではない。スメントは階層的で固定的な法秩序観をもってはいなかった。もちろん、E. フォルストホ

フのように⁽¹²⁾、基本権間に意味の体系的連関があることは否定してもいなかった。要するに憲法裁の価値秩序論とスメントの国法学は別物であり、スメントを引き合いにして憲法裁の価値秩序論を説明しても無駄なことである、とするのである。(S.17)

同様に、M. シューラーらの実質的価値倫理学はそもそも法的評価・法解釈の理論的基礎としては全く不適である。複雑な現代社会の主要問題は「多元主義の事実」⁽¹³⁾である、つまり諸個人・団体間の価値体験の対立こそが問題なのである。このように、ドライヤーの見解では、実質的価値倫理学は何ら解決の糸口さえ与えてくれない。(S.19)

憲法裁の裁判例を注意深く読むならば、むしろ憲法裁がこうした一定の価値哲学へのよりかかりを回避していることがわかる、とドライヤーは主張する。憲法裁が述べているのは、基本権の作用は防御作用に尽きない。それはすべての法分野に放射するといっているまでである。それ以上でもそれ以下でもない。こうして、憲法裁の裁判例を価値哲学に結びつけるのは過剰反応である、というのである。

では、逆に「価値」を法秩序から仮象問題だとして一掃しうるのであろうか。これは、ドライヤーによる反語的問いというべきであろう。「価値」という言葉にはなにかしらおぼろげなところがあるが、それにもかかわらず法は人間の選択行為によって実定化される、やはり価値なのである。まさにボン基本法(GG)の基本権は何らかの価値に関係しているし、この意味で一定の法益を選びとる価値決定の表明でなかろうか。こうしてドライヤーによれば基本権の「規範内容」を指すのが「価値」に他ならない。問題はこの先にあり、基本権規範が前提する価値について解釈者が規定すべき「射程」こそが重要である。とりわけ、基本権がもろもろの新しい次元にどこまで妥当するかが問われるべきだ、とドライヤーは書いている。(S.25)

以上、ドライヤーの論旨をまとめると、憲法裁の裁判例を実質価値哲学に直結することはできない。しかし、この消極的確認だけでは、かのリュート判決などによって提起された問いが片づけられるわけではない。より積極的に憲法理論・基本権理論として、今日、基本権の多次元的理解に正当性があるか否かこそが問われるべきだ、というわけである。

(2) 基本権の諸次元と基本権「内容」

以上(1)で紹介したように基本権の客観法的次元の特質について、哲学的詮索でなく正面から憲法・基本権理論のレベルでの検討に引き戻そうというわけである。これが問われるべき「ザッヘ」であって、そのために①「古典的」防御権作用を再定義し、②基本権の民主的作用、③原理規範としての基本権とをそれぞれにしっかり見極めようというのである。

① 主観的防御権について

まず、ドライヤーはドイツでの憲法・基本権の「優位」が確立したのがGGにおいてであるという憲法史的認識を提示する。そもそも、かの南ドイツでの初期立憲主義の基本権においては国家に対する個人の権利を直接には認めていなかった。また、それらは高次の主観的権利を保障してそれらに反する法規範を無効にするというものでもなかった。それらは普遍的人權の規定ではなく、封建社会から近代市民社会秩序への立法を通しての継続的変革のための「指針」だった、というのである。(S.29) 実際、こういう見方がワイマール期国法学の通説を支配していたのである。

他方で、常々憲法史的に「古典的」とされるアメリカ・フランスの人權宣言・権利章典に規定された諸権利も単純に国家に対する防御権であったとして、直接に裁判で争える権利であったと同定するわけにもいかない⁽⁴⁴⁾。フランス人權宣言はむしろ、普遍的に妥当すべき社会哲学の「宣言」だったのである。それはアンシャン・レジームの死亡「宣言」であり、平等な市民社会への法的革命ののろしだったということである。国家に対抗する私的領域の確保だけを狙ったというのではない。むしろ、自由権・平等権など人權規定と国民主権・権力分立など国家組織の諸原理とをあわせて一気呵成に書き込んだものであり、人權宣言と国家設立とが内的に絡み合っている。アメリカの権利宣言についても同様にいえる。ただし、ドライヤーはフランスの場合に比べてアメリカの権利章典には次の特徴が認められるとしている一。

アメリカでは、個人の私的自由と政治的自由とが結合しており、ゆえに人權保障と自由で民主的な秩序とが両立しうるものと理解された。いわばアメリカ型のオプティミズムであるが、すでに出発点として一定の範囲内であれ平等な社会を持つことができたことに関係している。基本権＝人權と国民主権・民主制とが割合に骨折りなしに調和可能であると考えられたわけである。こうしてアメリカにおける自由はイギリスの伝統に沿って国家・国家機関の外にだけで

なく、その内部、つまり国家とともに、国家において、国家によっても存続すべきものとされた。(S.31)

ドライアーの理解では、アメリカ・フランスの人権宣言と憲法には、この点では19世紀のドイツ立憲主義と同様に基本権の水平的=私人間効力(第三者効力)も国家による保護も考慮されていない。尤も、1789年の議論のなかで個人の自由が私人によっても脅かされることがシェイエスによって表明されていた。その点には、「安全」—1789年人権宣言確定条項、第2条—とは単に法治国家的な国家の恣意からの保護を上回るものでないかということをめぐる議論がなされたという史的文脈が控えている⁽¹⁵⁾。現代ドイツ憲法では、1980年代以降、「安全」が基本権保護義務のテーマとの関連で論じられている。(S.32)

右のようにドライアーは英米仏独の近代人権宣言史に一瞥を与えたいうえで、いずれにせよ国家に対する防御権だけを本来の基本権作用であるとみるのは、憲法史的には根拠のないショート・カットであると述べている。このような狭い理解は自由な経済社会秩序への転換が遂げられた後期立憲主義の時代(19世紀後半以降)によろやく成立した見解に過ぎない⁽¹⁶⁾。このような理解に固着することはできない、とドライアーは主張する。

一方、ドライアーによれば基本権の防御権の次元が体系的には第一次的で主要なものであるという憲法裁の見解も、この限りでは、つまり体系的言説としては適切であるとしているが⁽¹⁷⁾、この点は重要である。基本権の法治国家的要素=防御権が論理的・体系的に「優位」する。というのも公権力に対し私的・社会的に自由な領域を確保すること自体が、公権力の秩序維持機能の目的だからである。このことは例えば人身の自由(104GGなど)に表れており、自由はく奪に対する防御が公権力を徹底的に後退させることによってでなく、むしろその介入の仕方を形式化し合理化することによって行われる。(S.35)

ドライアーは、基本権ドグマティークに関して従来の保護領域論とは幾分違う見解を示唆している。それは、国家権力をもっぱら自由の「敵対者」としてのみ見るのとは違う見解である。

この見方によると、基本権の保護領域への侵害が憲法によって正当化されない場合にはじめて、基本権「侵犯」とされる。そうだとすると、個々の基本権にとって最も重要な点はその制約可能性である。というのも国の介入がさまざまに開かれており、介入に際し moreover の条件が付されることで主観的自由権

が憲法に分節化される。これが重要なのである。とくに抵触関係に立ちやすい基本権と他の憲法益とを調整すべく、基本権行使に一定の制約が課される。この点を明確にすることが民主的立法者の使命である。基本権の防御権的次元についてもかかる調整が必要であるが、基本権をもっぱら公権力にとつての「消極的」授權規範とする、ある種、空間的な論法によってこのことが覆い隠されている。(S.26) GGにおける基本権は圧倒的に防御権として「形成」されることではじめて実効的な基本権になる。さもなければ、自由に対する国家権力による敵対行為・侵害行為に対して、その違憲性を訴えることさえできないのである。(S.37) このようにドライアーにより、基本権にはその防御権的次元以外にも多次元的な作用が開かれている。唯一防御権だけであるとする見解が非歴史的で短絡的なものであることが指摘されている。(S.38)

② 民主的秩序と基本権の関係について

まず、ドライアーは基本権の歴史においてはその民主的内容が着目される、という指摘をしている。とくに意見表明・集会・結社の自由が市民の社会・国家への参加という点で注目されるのに、ドイツではこれらの諸自由が非政治的で消極的な次元に限定されてきたことに注意が向けられる⁽¹⁸⁾。だから、かのリュート判決で意見表明の自由が「民主制そのものにとつて構成的」なものであるとされたことの意義が再確認される。(E7.198 (208)) 無論、ある基本権が民主的次元をもつからといって、そこからその基本権が同時に自由主義的・消極的機能をもつことが否定されるわけではない。そこで、ベッケンフェルデが基本権の「民主的、機能的」理論と名づけた見解について、代表的なのがスメント、ヘッセらの見解であるが、これらを過度に単純化してあたかも自由主義理論と対立するがごとく叙述したことがミス・リーディングだったとドライアーは批判している。(S.39, Anm.143) ドライアーからすれば、基本権に民主的次元を認めるからといって必ずしもブルジョアジーをまるっきり「公民」に吸収してしまうことを意味しない。こうして、基本権に民主的機能を認めるからといって、「個人」の自由の固有価値を否定することにならないはずだ、というのがであった。

かように基本権に二重の「側面」(R.アレクシー)が宿っているからこそ、個人個人の「人格の自由」が主観的防御権的に、また主観的能動的に、あるいは民主的にも保障されるのである。これが立憲国家の目的である。ベッケンフ

エルデの所論も批判的に再構成すれば、このように理解しうるのではないかとドライアーは述べるのである。(Anm.154) 私見では、この点、ベッケンフェルデにおける自由主義と民主制の関係把握も決して排他的な理解でなく、両者がオーバーラップする面も小さくないという理解なのであり⁽¹⁹⁾、存外、ドライアーによる再構成も外的外れでもないだろうと考えている。ドライアーの視線は、ベッケンフェルデの見解を内在的に批判するものであるといえよう。

③ 基本権の客観法的次元について

このテーマをめぐるドグマティークの展開に大きな寄与を提供したのがいうまでもなく憲法裁の裁判例であった。基本権ドグマティークの形成における学説と実務との関係については微妙なところもあるが、その点はさておき、客観法的内容としては(i)放射効、(ii)組織と手続き、配分請求、(iii)保護義務、の三点を挙げるができる。ここではそのうち、とりわけ、ドライアーにそって後二者につき(a)(b)として分節化して概観したい。

(a) 配分請求、または給付国家における自由の問題

国の公的制度の形成に対する基本権の意味について、とくに明確な説示を提供したのが大学判決であった。

「この価値決定は単に学問の…固有領域への国家の侵害を拒否するだけではない。そこにはむしろ文化国家として自己了解する国家が自由な学問の理念を支持し、その実現に協力することの請け合いが含意されている。この価値決定は国家に対しその行為を積極的にそのように方向づけ、つまりこの自由保障の空洞化を回避すべく、それを擁護し、促進すべく義務づけている。」(E35,79 (114))

憲法裁はこう述べた後すぐそれに続き、学問の自由を配分請求権の方向に解釈している。そこから重要な決定過程への参加が組織法的、手続法的に認められたわけである。こうして、組織、手続、参加(配分請求権)が絡み合って、自由権が実質的にも保障される論理が示される。すでに存在する給付制度、たとえば社会保障、高齢者介護などにおける適正な配分を求める「派生的」権利についても平等条項やその他の憲法原理によって対処されるが、これも同様に考えてよい。ただし、「始原的」配分請求権についてはしからずである。(S.45) 憲法裁は今のところ、この問いには明答を避けている。かの大学判決でも問いこそ立てられたものの、答えは明言されなかった。その一年後のレコード売上税判決においては問題の提示さえもが控えられていた。(E36,321 (331f.)) そ

ここでは国の財源に限度があることなどに照らして「始原的」配分請求権の問いは棚上げされ、むしろ既存の制度の枠内での適正な配分や、そのための手続的・組織的側面に重心が移っている。この裁判例の水準には一抹の物足りなさを感じる向きもあろうが、ドライバーは、逆に手続的、組織的側面が資源配分や給付領域にとどまらず汎用的な重要性をもちうるということを示唆したものとして積極的に受け止めている（実際、この事件では他の文化的芸術的作品、本・雑誌などの出版物、放送メディア作品などが大きく税制上の優遇を受けているのに、レコード産業がその恩恵にあずからないのは5-1GG,5-3GG,3-1GG違反であるかどうか争われた。あわせて、淡泊ながら立法手続きにおいてしかるべく聴聞される権利をめぐっても言及されている）。それによれば、裁判・行政が手続的にも適切に形成され、それらの手続法が適切に解釈されることで、基本権の切り下げの危険によく対処しうる。後述（b）で言及される基本権保護義務も、たとえば原子力発電の認可手続き⁽²⁰⁾の様に、手続的および組織的側面と絡むものである。

（b）基本権保護義務について

基本権の客観法的内容に関して最も大きな争点となったのが保護義務であった。とくに第一次中絶判決（E39,1（46f.））以降、保護義務論こそが憲法裁の創造的な裁判例の駆動役であったとする向きもある。あるいは保護義務を基本権のもろもろの客観法的次元の「かすがい」と位置付ける向きもある。こうして、ドライバーによると基本権の客観法的理解は保護義務論を経て、カズイステーキの段階を越えてドグマティークのなかに構造化され確固たるものとなった、ということである。

さて、基本権の客観法的次元に着目する思考からは、基本権「内容」の実現に向けて国家が行為することが正当であると考えられる。その内容が一義的である場合には、国には行為することが義務づけられる、例えば胎児の生命を守るために刑罰的対応によって、女性の中絶する自由を制限する、など。基本権保護義務の特徴は国家目的規定や立法権限、もしくは憲法列挙の国家任務規定からそのような義務が導かれるということではない。国家の行為義務が導かれたり、そのために当事者の基本権が制約されうるのはあくまでも基本権そのものからであるというのが、基本権保護義務である。

なお、ドライバーは、保護義務の枠組みでは市民が基本権の名宛人となった、つまり市民が基本権によって義務づけられるという趣旨の書き方を肯定的な立

場からしているが (S.50)、この点は少しく留保が必要であろう⁽²¹⁾。

(3) 客観法的把捉へのベッケンフェルデによる批判への応答

ともかくも、基本権についてはそれを多次的に把捉することが憲法裁および学説の大方において一定の地歩をかためたといいよい。他方で、このような基本権観には、なおも根強い批判もあるところである。

① 批判の急先鋒であったのは、言うまでもなくベッケンフェルデであった。

基本権とは原則として市民と国家の関係での防御権であるとし、そこから今日主流となった基本権の客観法的、多次的把捉に批判を加えるというのが一貫したその見解であった。基本権を客観的に「原理規範」(R.アレクシー)と理解すると、勢い、基本権の規律内容や名宛人を同定することがおろそかになる。また、基本権が全方向に放射すると解されることでその内容の明確さが失われる。結果、基本権の本来の効果が相対化されてしまう、と批判するのであった。(S.52) さらに、基本権の「原理規範」的把握によって憲法裁のコントロール権限が拡張され、「立憲国家」から「司法国家」への変容が一層加速されることになるという指摘もなされていた。それでは、ベッケンフェルデとともに「古典的な」自由権論に立ち戻るべきか(夫婦合算課税決定やリユート判決以前の)とドライアーは反問するのである。

② 批判を受けて立つ—

結論として、ベッケンフェルデの批判には徹底性が欠如している。客観法的理解を撤回する必要はない、というのがドライアーの見解である。(a) 基本権を主観的防御権に還元することは憲法理論としても極めて疑わしい見解であること。(b) 主流学説・憲法裁の裁判例へのベッケンフェルデによる批判は論駁されること、(c) 連邦憲法裁の権力拡張に歯止めがかけられなくなるという危惧は、客観法的理解に立つ場合に特有の恐れではないことが反対論拠である。以下、これらの反対論拠を追行する。

(a) まず、ベッケンフェルデの批判がその憲法・国法理論上の基本見解から導かれることが確認される。(i) 憲法とは国家の支配組織にかかわる「粹秩序」であるという見解が第一である。(ii) 立法者には単に憲法を執行するだけではない始原的な形成任務が課されているという見解もそうである。(iii) 社会と国家の二元論、(iv) 形式的法治国家理解、さらに以上4点の総合として(v) 基本権とは国家による侵害に対する市民の防御権である、という見解である。

こうしたベッケンフェルデの思惟様式について、R. ドライアーの分類によって、立憲主義というよりは「法律主義」の基本権理解に立つものであると規定している。(S.54)

ドライアーの憲法理解は一少なくとも上の様に解された限りのベッケンフェルデとの関係で対照的であり、GGは単なる国家の支配組織の法にとどまらないし、また国家と自律的な私的社会とのあいだに境界を設定する法でもない。(上述 (i) (iii) の否定) すでに先在する支配権力をプンクチュエルに制約するものというよりは、むしろ包括的に共同体を設立・構成するものである。この点には、拙稿が幾度か言及してきた D. グリムの憲法観との共通点が見られるようである。

次に、立憲君主制のせいぜいのところ二元的民主制から一元的民主制への転換という歴史的にも論理的にも重大なモメントを把握すべきである、というのである。この転換とともに、憲法は政治共同体の正当性と統一性を創出するものとなった。こうして憲法は、社会に対立する君主権力（この意味での国家）をプンクチュエルに拘束するだけにとどまらない。自由・平等な人々によって創造される秩序となった。(これも、上記 (i) (iii) の論駁) こうして憲法は、集団としての主権者・国民による自己決定の作品となり、定義上、その効力範囲は国家と市民との垂直関係にとどまらない。

第三、個人の自由はただ国家権力から守られればこと足りるというのではなく、国の給付によって可能となるという側面がある。社会国家的視点がドライアーによって強調される。確かに、これら三点だけでは憲法・基本権を客観法的「原理規範」とみなすというには足りないかもしれない。それでも強力な手掛かりを与えてくれる、というのがドライアーの見解である。

憲法・基本権の客観法的「原理規範」性については、アレクシーの様に断定的であるというよりは、ドライアーの見地はもっと抑制的である。ベッケンフェルデによればGG自体としては決して「原理規範」であるという自己理解に立っているわけではない。これに対して、しかし同様にこのような理解をGGが少なくとも排除してはいない、というのがドライアーの見解であるからである。(S.55) ベッケンフェルデによると、基本権を「原理規範」とする観念はGGのもとで、とくに憲法裁およびそれに追隨する学説によって発展されたものに過ぎない。この点をめぐってもドライアーはその主張を認めつつも異議

をはさむ。それは、基本権がいかなる関係で規範性を有する法規範であり、いかなる危険から、誰を誰から守るものであるかの認識、さらには基本権の性格をめぐる歴史認識が絡まったものである、曰く一。憲法制定者の意思により、GGはすべての国家権力について「人間の尊厳」を「尊重し、かつ保護」することを義務づけている。(基本法1条1項)それへの侵害がどこから一国家権力からか、それとも私人からか一にかかわりなしに万全に対処すべく、あらゆる国家権力がかく義務づけられている。GGではまた、「あらゆる人間共同体の基礎」として人権を「不可譲」であると規定している。(基本法1条2項)これらの条文からしてすでに、基本権がただに国家と個人との二極関係だけにかかわるのでないことが暗示されている。婚姻・家族に関する規定によって、国家が保護を具体的に委託されている点も見逃せない。(基本法6条1項)さらに条文よりもより強力なよりどころとして挙げられるのが憲法伝統についての歴史認識である。曰く、保護義務をはじめとする客観法的次元は決してGGのもとで憲法裁や学説によっては発明されたものではない、それは長い憲法伝統にたつ理解なのだ、と。(S.56)

以上からのまとめとして、基本権を客観法的な「原理規範」とすることが、基本権の基準性を損ない、解釈において較量を不安定にするというベッケンフェルデの主張は批判として有効でない、として反批判されている。基本権を主観的防御権に限定しても、較量に不安定さがつきまとうのは同じであろう、というわけである。むしろ、較量論には法益の価値づけ、つまりバランスングを透明化し、評価・選好のプロセスにおいて理由づけを重しとして要求するという強みがある、というのである。

(b) 次にドライヤーは、主流学説・憲法裁による基本権の放射効論および基本権保護義務論へのベッケンフェルデの批判には徹底さが欠如しているので支持し得ないという趣旨の批判をしている。基本権があらゆる法領域に放射するのは不可避であり(以下、⑦)、保護義務のフィギアを他の概念で取り換えることもできない(以下、④)という論旨がそれである。

⑦私人間の法的紛争を解決するための詳細な規定が欠けるときに、私法の一般条項の解釈に基本権の効果が及んでよい。むき出しの「前理解」「世界観」「自然法」への訴えかけがなされるよりも、そうした第三者効論のほうがよほど現実なよりどころになりうる、というのがドライヤーの見解である。

これに対し、第三者効論に批判的な立場から、おのおのの法分野をつかさどるおのおのの「法原則」(H.ヘラー)の形成をこそ期すべきである、とベッケンフェルデは主張していた。この主張からは確かに、抽象的な「法原理」を憲法裁判によって各法分野に押しつけられることへの抵抗感、つまり各法領域の自律性、とりわけ私法の自律性がそのようにして損なわれてしまうという危惧が観取しうるところではある⁽²²⁾。だが、その見解には19世紀の私法の自画像への過度の依存がないか、ここがドライバーによりアナクロニズムだと批判される点である。また、かつての私法の自画像に描かれたように、すべての法領域でそれぞれの「法原則」—例えばかつての私法における契約自由の原則や過失責任主義など—の中味が一義的に規定されうるわけでもない。(S.59)

また、ドライバーとベッケンフェルデとの間には、基本権の内容や人間尊厳の内容の形成を、つまり「法原則」の形成を連邦憲法裁判以外の各専門裁判(の最高裁判)にゆだねることの評価をめぐる食い違いがあるようである。ドライバーからすれば、基本権規定の趣旨の取り込みに消極的だったのはむしろ、各法領域を司る専門裁判のほうであった。専門裁判は基本権が各法分野に放射・効果することを阻止したのであり、これでは各法領域の「法原則」の形成を期待しうるわけがない、そのような期待は裏切られるのが関の山であり、過度に楽観的なものでしかない、となる。

①基本権保護義務論へのベッケンフェルデの批判も首尾一貫しないうらみがあるというのがドライバーの批判である。なるほど、保護義務を古典的な防御権ドグマティックの枠組みで構成しなおそうとする見地⁽²³⁾をベッケンフェルデは斥けている。それは、第三者(私人)の行為を国家に帰責する論理のことである。もし、この論理が徹底さに欠けるものであるとすると、同様に国による促進・支援、誘導、許認可などが基本権にとってどうでもよい無関係なものであるということもできないはずだ、というのがドライバーの批判である。一方の侵害者たる私人が国の干渉(第三者保護のための)に対し基本権を援用して対抗しうるのに、他方の私人たる被害者は、国の支援・誘導・許認可など「国家権力」が発動されずに基本権番外地に置き去りにされる。これほどのアンバランスがいかに正当化されるのであろうか? 行政法ドグマティックでは、多極的当事者間での基本権が関係する場合、該基本権間の適切な調整によって一定の水準に到達している。そのような見解として例えば第三者法益理論や保護規

範説があるが⁽²⁴⁾、かのアンバランスを放置するベッケンフェルデの見解はこの水準に遠く及ばない時代遅れのものであるという痛烈な批判である。(S.60)

(c) 憲法裁判による「司法国家」へのベッケンフェルデの危惧をめぐって

「司法国家」化への危惧はこれまで多くの論者によって共有されてきたものである。⁽²⁵⁾この点に関するドライアーの見解としては、ベッケンフェルデとともに憲法裁判の「作用法的限界」⁽²⁶⁾があるという前提を共有しても、それでもそもそもこのようなリスクがゼロになることはあり得ないというものである。憲法裁判が立法府に対して強力な統制者になってしまうリスクは、方法的にも憲法理論的にも完全にシャットアウトすることはできないというものである。憲法の「優位」を制度的に担保しようとして憲法裁判に強力な権限を与えたGGの構造は、このリスクをあえて織り込んだものであることを示している。(S.62) 結局、スメントを引用して憲法裁判の自己抑制に頼んで、そのことが社会的に受容され、さらに憲法裁判の権威を高めていくという循環に期待するほかはない、というのがドライアーの見解である。そのうえで、これまでの憲法裁判の裁判例の積み重ねを一瞥すると、それほどに憂慮すべきところはないという認識を示していた。

最後に、(客観)法と自由の関係についてドライアーは滋味深いことを述べて締めくくっている。法が制定されることを自由が制約されることだと考える「自然的」自由主義によっては「個人の人格の自由」という基本権保障の出発点にして目的が十分に理解されない。この目的をベッケンフェルデももちろん抱懐しているはずなのに、そこからの明確な憲法理論上の帰結を導いていないのは、そこに不徹底さがあるからだ、という内在的批判が記されている。ドライアーによれば、なるほど自由の概念は客観法に絡まれて複雑になる。しかし、憲法が今後も現実に対して実効的なものであり続けるには、たとえ基本権の多次的な把握によって法技術的精緻さと予見可能性が幾分影響を受けようとも、それでも基本権の次元は拡張的に解されるべきである、というのである。同時に、自由と基本権の輪郭を明らかにするのは、基本権理論に今後期待される主要課題であると述べていたことも、今さらながら含蓄あることのように思われる。というのも、すでにいくつかの拙論で取材している通りとりわけ2000年代以降のベッケンフェルデによって基本権「保障内容」の概念とともに、あらためて自由と基本権の輪郭を明確に規定しようという試みがなされて

いくからである。結論的には、ベッケンフェルデにおいては、やはりGGの基本権が主観的防御権であるという認識にはいささかの変更もなかったのではあるが。

2. B. ジェンドゥーによる批判

ドライアーと同様に、B. ジェンドゥーもベッケンフェルデの主観的防御権一元論に対して、内在的な批判を加えそこから客観法的次元を割り出していくというアプローチを見せた⁽²⁷⁾。F. ミュラーの弟子筋にあたるが、夭逝したのが惜まれる学者であった⁽²⁸⁾。この小稿で取材されるジェンドゥーの論説はその表題の通り「主観的自由保障と客観的原理規範の緊張」について、抽象的にでなく「領域ごとに」おりおりの憲法規範の具体化に沿って考察するものである。ドイツ再統一を機に90年代には、基本権カタログの社会国家化、国家目的規定をめぐる議論がなされ、基本権の作用について反省が促された。他方で、古典的な近代の価値と世界像が大きく動揺し、近代国家の正当性の危機意識も深まった。そのなかで、自由主義的な基本権理解への批判も強まったという次第であった。ここで自由主義的基本権理解とは、i) 基本権ドグマティークを侵害防御的の思惟に還元し、ii) 社会と国家の二元論に立脚する理論⁽²⁹⁾のことである。こうして今や、法治国家と社会国家との関係が再考され、この課題をいかに遂行すべきか。この点が基本権「理論」であれ、「ドグマティーク」であれまだ十分には解明されていないというのがジェンドゥーの認識であった(S.162)。

現代の立法者にとって詳細な立法でもって社会国家の課題に対応することは難しいことではない。しかし、GGによって立法者がこの方向に客観法的に義務づけられているのであろうか？この点にはさらに関連する問いが絡まっている。ジェンドゥーが提示しているのは次の二つであった。i) 基本権の主観的防御権と客観的原理としての作用はいかなる関係にあるのか。この点については、折々の基本権の「規範プログラム」に方法的に適切に関連づけられない限りは、客観法的拡張によって防御権の側面が切り崩されてしまう。これが、さしあたりのジェンドゥーの見解である。客観法的拡張にも解釈方法上の歯止めが必要であるということであろう。(この点は以下、改めて(1)で取り扱う。) ii)

次にベッケンフェルデが、基本権を「原理」として把握する動向とあいまって「憲法裁判による司法国家」化が同時進行していると指摘していた点についてはどうか。この指摘には、かかる動向の下に基本権の効果が水平的に広がり、さらにそこから保護義務までもが観念されるというように拡散することへのベッケンフェルデの懐疑が関係しているであろう。いずれにしても、上述1. で取材されたドライバーの問題意識がジャンドゥーによっても共有されていた。(以下、改めて(2)で)

(1) 主観的防御権と客観法的次元との関係について

ここで改めて、基本権の二つの側面についてジャンドゥーがいかに考えたかをまず少し詳しく追行しよう。まず夫婦合算課税に関する有名な決定(E.6.55(72ff.))で憲法裁はこの二つの側面を独自の併存的なカテゴリーであると位置づけていた。けれども、のちの裁判例において、客観的側面が防御権に直結され、個人の自由保障がこうして強化されると理解された。特に共同決定判決(E.50.290(331))に、この点が顕著に表れている。ジャンドゥーはこの理解が文言的にも、体系的、目的的にも、歴史生成的にも、方法的にも適切であると考えているが、しかし、憲法裁の裁判例において法理として貫徹されずじまいであった。それは基本権「理論」的思考によって法解釈の具体化のための諸基準ないし要素⁽³⁰⁾—しばしばカノンとも呼ばれる—が相対化され、さらには主観的自由保障という第一次の側面に客観法的次元が関係するということまでが相対化されてしまった。こうして、ジャンドゥーの見るところ、憲法裁によって原理規範が防御権とならぶ独自の法的フィギアと解され、事案によっては後者が押し流されてしまった(S.163)。具体的な裁判例として以下、①二つの中絶判決、②二つの私学助成についての裁判例について、ジャンドゥーとともに一べつしたい。

①有名な二つの中絶判決(第一次=E.39.1, 第二次=E.88.203)に多言を弄するのは控えるが、第一次判決に付加された二人の裁判官(ジーモン、ルップ・フォン・ブリュネック)による個別意見(反対意見)が痛いところをついている、というのがジャンドゥーの受け止めである。その反対意見によると、もし立法府が胎児の生命を守るために中絶を規制する刑罰規範の制定を義務づけられるとなれば、基本権の防御権としての作用が反対物に転化してしまう。実際、基本法(GG)1条1項と2条2項の結合の枠組みで展開されたのが法廷意見

であった。そこでは自由保障的側面が後退し、いきなり国家介入を正当化するとき論調であった。このような行き過ぎへの警鐘が二人の反対意見であった。ジャンドゥーの理解では、第一次判決は通常の基本権抵触、つまり胎児の生命権および人間の尊厳と母親の自己決定権・人間の尊厳との抵触の事例であった。「実際的一致」(K.ヘッセ)のもとでの較量によって解決されるべき事案であった。これに対し第二次判決の事案では、胎児の生命権が母親の自己決定権との較量を免れている場合であり、実際、憲法裁いははっきりと較量を放棄していた⁽³¹⁾。

②ジャンドゥーは次にP.ヘーベルレの制度的基本権理解にことよせて、近年の憲法裁判例に照らすと、どうもかかる理解こそが主観的権利を強化するというのがヘーベルレ自身の意図かもしれない。けれども、どうやら逆に見えてしまうという趣旨の一幾分、皮肉っぽい一批判をしている(S.164)。この論脈でクローズアップされるのが、87年、94年の私立学校助成をめぐる二つの裁判例である。(E75,40,E90,107.)

ここでは詳細に深入りすることは控えるが⁽³²⁾、いずれにせよこれらの憲法裁の裁判例によって、主観的自由の側面が客観化され、制度作用の留保の下に置かれてしまった。国の助成なしに、主観的自由の行使が不可能であるのは憲法裁にとっても自明であったはずだ、というのである。それでも、憲法裁の場合には、私学制度が一般的に国の助成義務を発生させるものでなければならぬことが「経験的に確証されている」(E75,40(67),E90,107(115))としている。この限りでジャンドゥーは、憲法裁の裁判例が必ずしも個々の私学経営者にとって、したがって私学設立の自由にとって否定的であるとまでは言えないかもしれない、と一定の理解を示していた。

しかし、基本法7条4項については憲法裁とは真逆の見解もありうるとして、連邦行政裁の裁判例(BVerWGE70,290)が引照されている。ともかくも憲法裁の場合には基本権の主観的自由権の側面が起点とされていたが、行政裁の推論では基本法7条4項の客観法的内容に重心が置かれている。行政裁にとって、国の助成義務は個々の学校及び経営者の行動可能性の保障ではなく、「制度」としての代理学校の維持のためのものである。こうして、個々の学校自体には存続が保障されず、制度維持のため不可欠である限りで助成請求がみとめられる、とされた。

行政裁のこの見解に対しジャンドゥーは批判的であり、憲法裁の採った基本法7条4項についての「領域的」解釈論の手法、しかも、その「規範プログラム」論に賛同している (S.165)。こうして「原理」としての自由権論はこの点で文法的、体系的、総合的解釈のせいぜい一側面なのであり、方法的に無反省に大上段の前提に据えられてはならない、と警告している。つまり、憲法裁の領域的解釈と規範プログラム論に、基本権の主観的側面と客観的側面との接点をつかみ取ろうというわけである。ジャンドゥーによれば、両者の関係は次のように把握される。

(a) まず、包括的な基本権「理論」から解放されて個々の問題ごとにそれに関係する自由保障から⁽³³⁾、さらに客観的な次元—無論、防御権がまずは第一的である—への拡張がみとめられるか否かが判断されるべきである。原理規範がどの程度まで参与権、給付権、手続権、さらには保護義務へと具体化されるかが問われるべきである、というのである。この指摘は次の点で重要であると思う—。それはベッケンベッケンデンにおける基本権「理論」の重さを相対化し、なにごしかの基本権から客観法的側面をも観取できるかどうかにつき、具体的な「領域」的ドグマティークの地平で検討すべきことを示唆するものだからである。

(b) 第二、あくまでも客観的規範内容についての検討が文言、体系性、目的、歴史的生成…など解釈の個々の要素と関係づけて行われるべきこと、である。とくに「規範テキスト」に直接に関係する文法的、体系的、目的的具体化が重視される。これらの視点は規範テキストに外在的な他の視点よりも優先される。この点に関し二つの場合分け、選択肢が示される。i) 直接に基本権の規範テキストに関係づけられることで、客観的原理規範への次元拡張が基礎づけられる場合である。上述の基本法7条4項に関する憲法裁による法理の展開がそれである。この場合、この次元拡張により防御権的側面が補強される。ii) 直接には規範テキストに関係づけられずに、客観法的側面への次元拡張がなされる場合である。たとえば解釈の諸要素に関係しない一般的な性質の基本権「理論」的考慮が次元拡張の論拠とされる場合がこれにあたる。これもさらに(ア)客観法的次元が主観的防御権の規範テキストに直接には関連づけられはしないが、それでも「規範プログラム」には関係づけられうる場合がある。(イ)主観的自由保障の規範内容が客観法的次元拡張によって根底から覆されるとまで

は言えなくとも、少なくとも相対化される場合がある。(ア)の例は、何とか基本権の両側面の調和が保たれているが、基本権ドグマティックとしては不安定さが残る。だが、文言の限界を超えたものだからと言って、それだけでドグマティックとしてお話にならないというのでもない。問題は(イ)である。これは解釈の諸要素に直接に反する基本権解釈であり、少なくとも方法的には正当化しえない。なにがしかの基本権「理論」を援用しても事情は変わらない。ジャンドゥーのこの見解には、基本権ドグマティックにとっての基本権「理論」の関係の在り方についての重要な示唆が含まれているように思う⁽³⁴⁾。というのも、ジャンドゥーによると基本権ドグマティックは既存の「規範テキスト」の実定性に負っており、それゆえ本来的に補完的である基本権「理論」に優位するもの、とされるからである。それでは、基本権理論に期待されているのはいかなる役割であろうか。それは、基本権ドグマティックによってもまだ残されている空隙を補完したり、方法的に適切な解釈の枠内で個々の補完的視点をもちこむことである。ベッケンフェルデのいう基本権「理論」もこのような性格のものであり、彼自身このように解しているはずだ、というのがジャンドゥーの受けとめ方である。ジャンドゥーのまなざしもまた、ベッケンフェルデの見解に沿った、内在的な視線であるといえよう。

(2) 「憲法裁判による司法国家」批判を受けて

権力分立の視点から、基本権を原理規範として把握すると憲法裁判による「司法国家」を必然に招来するというベッケンフェルデの見解が第二の大きな論点となる。上述1.(3)②(c)で取材されたドライアーのとはまた違った視点からであるが、ベッケンフェルデによる司法国家批判にジャンドゥーも向き合っている。果たして、こうした把握が議会制「立法国家」から憲法裁判によってけん引される「司法国家」への変容を余儀なくするのかどうか？この問いの本丸に迫るべく、まずジャンドゥーとともに、ベッケンフェルデに特徴的な二択的発想——あれか、これか——とそれに関する若干の概念に言及しておきたい(S.166)。

さて、ベッケンフェルデによるとR.アレクシーのように基本権を「原理規範」と解することは基本権を「最適化命令」と解することであり、最適化如何は事実的、法的可能性に依存する。そうすると、その判断は憲法裁判官による適用のあり方次第となる。この点が、ベッケンフェルデによるとアキレス腱である。

それによると、主観的防御権の解釈は所与の事柄からの内容・意味の探求としてなされる。これに対し、原理規範についての司法権による解釈・適用は「具体化」であり、法創造的行為に他ならない。法の解釈・適用と法の創造を区別するのがGGの制定者の意思であり、憲法裁判による原理規範の具体化は法の制定に他ならない。ところで、ベッケンフェルデにとって基本権とは国家権力との関係での主観的自由権である。ゆえに、それを原理規範と観念することは憲法構造＝権力分立の許されざる改変に連なる。この二者択一思考にとって中間はない。上述したことであるが、客観法的作用拡張を防御権的に再構成する試みも、存外、有力に提言されているのであるが、中間的で、妥協的な見解として批判されることになる⁽³⁵⁾。

だが、上のような二択的発想は主観的自由権の内容があたかも何か所与の事柄から直接に確定しようとするようなもので、過度に楽観的でないか？ジャンドゥーによれば通常、事件を審理する憲法裁判官の前に手がかりとして差し出されているのは、せいぜい基本権規定の「規範テキスト」、この規定に関する従来の「領域ドグマティーク」の知識、および該事件の解釈可能性についての一定の前提ぐらいでしかない。基本権規定は大方、漠然たる「規範テキスト」であり、これに対応する「規範領域」を規定することにもそれに劣らない困難性が伴う。だから、法適用とは立法府（憲法制定者も同様）の決断を単に個別事案に当てはめることでなくて本来的に創造的な営みであるとする見解には理がある。とすれば、憲法裁判による客観法的規範内容の取扱い方―導出から内容確定まで―が、承認された解釈の諸原則、特にまず第一に文言、それから体系性、目的的考慮と整合的になされうるかどうかがそこが問われるべきであろう。ジャンドゥーが防御権の側面であれ原理規範であれ、その解釈結果が該基本権の「規範テキスト」に還元しうるものでなくてはならないというのが、この行論においてである (S.167)。要するに、基本権の客観法的次元への拡張が該基本権の核心部である防御権と整合しうるかどうかということである。たとえば基本法7条4項についていえば、かかる客観法的拡張なしには私立代理学校の経営の自由、教育の自由が無意味に帰することもあろう。もし憲法裁判官による次元拡張がこのような意味で適切であれば、それは立法府（さらには憲法制定者）への干渉とは言い切れない。これがジャンドゥーの結論である。

3. ドライアー、ジャンドゥーの批判の位相と射程

上にやや詳しく、「古典的」な基本権理解に固執するベッケンフェルデに対する二つの批判を追走してきた。(上述、1., 2.) これらの批判に対して、ベッケンフェルデが直接に応答したという痕跡を筆者は確認できていない。あるいは、少なくとも間接的にはこれらの批判への対応の必要性が、ベッケンフェルデに基本権「保障内容」論の構想を促したのかもしれない。これらの批判から、在来の自説をさらにブラッシュアップして、新たな基本権理論を提案するためのなごしかの補助線ないし思いがけない示唆を感得していたのかもしれない。あり得ない話ではないであろう。その点は、筆者にとっては今のところブラック・ボックスである⁽³⁶⁾。

ところで、基本権保障内容論に近い「新派」の担い手の一人に数えられているCh. プムケが近稿で、GGの基本権を原則的に防御権であると同定するベッケンフェルデの見解は誤りだ、と論定しているのが注目される⁽³⁷⁾。拙論ですでに述べていたことだが、基本権「保障内容」論も一枚岩ではない。プムケによればそもそも制憲時にはまだ、「防御権」というフィギアが基本権論のための有効な道具として成立していなかった。GGの制定者たちにとって基本権はあくまで防御権として観念されていた、だから後世の憲法学も裁判所もそのようなものとして取り扱わねばならないというベッケンフェルデの主張には前提が欠けていたということになる。プムケの整理に負うと、防御権ドグマティークの構築が目指されるには1970年代を待たねばならなかった。防御権について「保護領域、侵害、正当化」に関する諸問題が論じられ、そのなかで侵害概念の広・狭如何が論じられ、比例原則にまわりつく不安定さを減じる理論的努力がなされていく。とくに、「原理」としての基本権には比例原則がすでに含意されている。それは困ったときのしのぎの手法でも方法的に無謀なものでもない。それは、法理論的に不可欠の手法であるとして、正面に据え付けたのが1980年代中葉のアレクシーの業績であった⁽³⁸⁾。このように、基本権ドグマティークの形成において学説はただ憲法裁の後を追いかけただけ（「憲法裁判証主義」、B.Schlink）なのではない。⁽³⁹⁾

上の様に戦後ドイツ基本権論の発展の一端が叙述された後に、次のようにプムケによって添え書きされている点が注目される一。基本権の防御権的側面(作

用、次元)については今でもさまざまな議論はあるものの、フィギアとしては確固なものになった。これに比し、基本権の客観法的側面については同様の定着をまだ見ることが出来ない、というのである⁽⁴⁰⁾。こうして、ブムケは防御権ドグマティーク(の思惟様式)でどこまで、あるいはそもそも基本権の客観法的次元に対処しようかという問いを出している。すなわち、これは小稿の冒頭「0. 序」で定式化された分割的設問(A)(B)のうちの(B)の問いである。ドライバー、ジャンドゥーそれぞれのベッケンフェルデへの批判は主として、(B)の前提である(A)の問いのレベルでのことであった。しかも、上述で確認したように、いずれの批判も基本的にはベッケンフェルデの見解への内在的批判という性格を持つものであったことが重要である。管見の限りでは、ベッケンフェルデがこれらの批判に少なくとも直接に応答したというあとかたは見いだされない。ジャンドゥーの師匠であるF. ミュラーへのわずかな言及⁽⁴¹⁾があるが、これが存外大きなヒントなのかもしれない。また、すでに注に挙げたように(B)のレベルに焦点を合わせた研究、モノグラフィーもこれまで陸續として公表されている。論理的には、設問(A)について原則として、ベッケンフェルデが否定的な見解を維持している以上、(B)についても否定的なのは必定でもある。そうではあれ、2000年代以降のベッケンフェルデの基本権「保障内容」論もこれらの批判的研究—(A)(B)双方にわたる—からなんらかの形で、再批判的にであれ、刺激を受けて自説をさらに鍛えたものであろうと思う。そこにいかなるこもごもとした交錯があり、またはないのか、ミッシング・リンクを突きとめたいのであるが、この点の検討はまた他日に期す他にない。

いずれにせよ、第二戦後の少なからぬ国々での憲法学の展開が「憲法」観念の拡張、憲法と諸法の分界の相対化、社会権など積極的権利の承認、違憲審査制度の定着と活性化と相伴う関係にあることは疑いないところであろう。その背景にあって、これらを支えるのが民主制と法の支配であり、比例原則もこの二つの柱に支えられたものである⁽⁴²⁾。とすれば、ドイツから諸国に普及しつつある比例原則の検討は、その是非も含めて、これら一連の憲法現象を視野に収めたうえで行なわれる必要があろう⁽⁴³⁾。こうしてドイツ憲法学における人権=基本権が「保障するもの」は何かをめぐる議論、基本権の「侵害、正当化」をめぐる議論も現代世界の憲法理論・解釈学に対して好むと否とにかかわらずインパクトを与えているわけである。日本における今後の人権論議の行くべき

先を見晴らすためにも、ドイツ基本権の思惟様式の究明が有益な示唆を提供してくれると考えるのである。

(注)

- (1) 順不同に拙稿「D.グリムの、『市民社会論としての比較立憲史研究』に寄せて」高岡法学8巻1号73ページ以下、「基本権が『保障するもの』は何か」同15巻1,2合併号225ページ以下、「基本権が『保障するもの』は何か・続」同16巻1,2合併号1頁以下、「『事実』主張の自由について」同12巻2号79頁以下、「憲法の『優位』と私的自治・契約の自由」同18巻1,2合併号1頁以下、「現代ドイツにおける、教授の自由」同28号1頁以下、「基本権ドグマティックと統治機構論・権力分立論の間、覚書き」駿河台法学31巻1号一頁以下（197頁以下）、など。
- (2) なんとといっても比例原則が挙げられる。Cf., A. Barak, *proportionality, constitutional rights and their limitations*, 2012, esp., p. 178ff. 比例原則の一部をなす較量論についてその長短両面の貸借表を作って、較量論は警告表示つきながらドイツからの優れた輸出品であり、使い方を間違わないように注意しようというのが、M. Jestaedt, 'Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen', in: *Festschrift für J. Isensee*, 2007, S. 253ff. (275)
- (3) この点については拙稿・高岡法学8巻1号82頁でも触れておいた。
- (4) R. Alexy, *Der Staat* 1990, S. 49ff. (50), ders., *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 410ff. アレクシーによれば、保護義務の主観化（権利化）は個人主義・自由主義の基本権理解の伝統に順統するものというように再定義される。(aa.O., 414f.)
- (5) 参照、樺島博志「自由主義的基本権理論の再構築（一）（二・完）」自治研究71巻12号106頁以下、同72巻3号108頁以下。
- (6) ここには筆者が接することのできた二つの作品だけを挙げておく。G. Lübbecke, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003. 前者では、ドイツ連邦憲法裁 BverfG がややもすると保護義務論で対応している事例群についてむしろ侵害ドグマティックで対応しうるのでないか。その際、古典的な侵害概念よりも少しだけ広い概念の採用が提言されている。リュッケ・ヴォルフの問題意識は鮮明である。(S. 73) ポッシャーにおいても、ボン基本法が保護委託を明記している（1条1項、6条4項、同5項）のを別にして、まずどこまで防御権で対応しうるか、そのあとで始めて基本権のその他の作用での対応の可能性が検討されるべきだ、としている。(S. 95ff.) 独自の「自省的 reflexiv」基本権理解から、第三者効、保護義務、手続による保護も原則として不要である。唯一残されているのは第三者による違法な侵害からの防御のために一定の国家的措置を求める権利だけである、とポッシャーは結論している。aa.O., S. 420. そして、わずかに残される第三者効についても基本的には防御権ドグマティックの審査枠組みが適用されるべきことが主張されている、aa.O., S. 256-266.

- (7) H.Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993. 本文中に参照・引用頁を付記する。さらに補完的にvgl.H.D., 'Vorbereitungen vor Art. 1 GG, C. Allgemeine Grundrechtslehren, III. Dimensionen der Grundrechte', in: ders. hrsg., Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Bd. 1, 2004. なお、ドライヤーの所論につき参照、松原光宏「基本権の多元的理解をめぐって(一)～(四)」法学新報103巻6～9号、とくにその(二)。
- (8) アットランダムに拙稿・高岡法学15巻1,2合併号(上掲横書対応)、「基本権が『保障するもの』は何か、続」同16巻1,2合併号1頁以下、同28号1頁以下(上掲)、「基本権が『保障するもの』は何か、続続続」駿河台法学29巻2号七五頁以下(横書対応70頁以下)
- (9) 拙論でも保障内容論への批判的見解に折りに触れて言及してきたが、在来の保護領域論と比べて何か積極的に新しい認識がもたらされたのかという問題提起をしたものとして、G.Reollecke, Das Paradox der Verfassungsauslegung, 2012, S.91ff. こうしてレックはむしろ従来の保護領域論の思考枠組みに賛成し、その由来についてまだ究明されていない点があるが、おそらく刑法の構成要件・違法性・責任論の枠組みから示唆を得たのでないか、としている。G.R., a.a.O., S.88.
- (10) 特に初期の憲法裁によって多用された「価値決定」という表現に価値相対主義への対抗性があったことを、ヤラスも指摘している。H.D.Jarras, AöR, 1985, S.363ff. (366.)
- (11) この点で、ドライヤーはD.グリムと同じ認識に立っている。拙稿・高岡法学12巻2号(前掲)83頁以下。
- (12) E.ForsthoFF, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961, S.19.
- (13) J.Rawls, Political liberalism, 1993 (1996, ペーパーバック・エディションへの序論がつけられ、ハバースへの返答が付された)で述べているのが「理にかなった多元主義reasonable pluralismの事実」ということについてである。包括的な教説を信奉する市民間には共約不能で融和しがたい神々の争い—宗教的なものであれ、世俗的なものであれ—が存する。(xlvi.) それは単なる多元主義の事実とは異なる。(x x x ii , p.36) この点については、この書のなかで多様な説明が与えられているが、要は、「正義論」で展開した「秩序だった社会well ordered society」の観念について、「理にかなった多元主義の事実」を証明しようように再定義することが「政治的自由主義」の目的であるということである。(x l iii.) 「結局、政治的自由主義は、宗教的であれまたはそうでなくとも、自由主義的であれまたはそうでなくとも理にかなった教説が多元的に存在している状況の下で、よく秩序だった社会と安定した民主政治が可能であるかどうか、しかもそのことがいかにして一貫したものであると構想しようかについてまでも熟考するものである。」(x l i.)
- (14) 人権・基本権の「古典性」をめぐる議論と同時に基本権が「法的」なものといえるためには直接に裁判で争うことのできるものでなくてはならないかという点も、憲法・基本権の「優位性」にとって、歴史的にも法規範論的にも体系的にも重要な論点であった。拙稿・高岡法学8巻1号79頁以下、113頁、116頁の注(4)。
- (15) 私人権宣言の「安全」条項についての特徴ある説明として、Cf., L.Duguit, Traité

de droit constitutionnel,tm.3,2me.ed.,1923,p.580f.id.,T. de d.c.,tm.3, 3 me.,ed.,1930,p.713. デュギイによるとフランスの諸人権宣言における「安全」とは自由・所有が政治社会によって保障された状態にはかならず、自由・所有への権利と別個独自の権利ではない。デュギイの見解には特有の微妙なところもあるが、人権宣言成立当時の議論状況を踏まえた一つの見解であろう。

- (16) この点もグリムと同趣旨である。拙稿「Verfassungsstaatの今日的条件」高岡法学11巻1号1頁以下(31頁)、さらに「<自由の条件>としての国家と現代憲法学」憲法理論研究会編・憲法学の未来、17頁以下所収(26頁以下)。
- (17) さらに、Cf.,H.D.,Kommentar,Bd,1(a.a.O.)Rn.85.
- (18) この点、拙稿・高岡法学8巻1号(上掲)95頁。
- (19) この点、拙稿・上掲79頁以下。
- (20) もちろん、ドイツでは今日、福島第一原発爆発を受けて全廃にかじ切ったわけである。
- (21) 基本権保護義務によって義務づけられるのは、あくまでも国家である。だから「国家の」基本権保護義務と呼ばれるわけである。C.-W.Canarisによる整理につき、拙稿・高岡法学18巻1,2合併号(前掲)30頁以下。
- (22) 現代において憲法がほかの諸法領域に浸透し諸法の「憲法化」が進行している。この現象は別に私法の自律性云々がしきりに論じられてきた私法・民法の世界にとどまらない。このなかで、行政法の総論ないし一般原理(法治国家原理や法的安定性)を再定式化することの必要性を強調する論考として、Vgl.E.Schmidt-Assmann, 'Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht', in: Festschrift für K.Redeker, 1993, S.225ff.
- 諸法の「憲法化」現象はもちろん、世界的な現象であろう。これをどう受け止めるかが重要である。フランスのL.ファヴォールが1990年の時点で憲法院を介しての「法治国家」化を目して、憲法が諸法に放射して国内法全体としての独自の特徴を持つチャンスが到来したものと積極的に受け止めていたのを、筆者は思い起こさざるを得ない。国内におけるこの現象を国内法一体のものとして把握し直すことで、むしろヨーロッパ法・国際法からの国内諸法への直接の影響を和らげる効果を期待していたのである。Cf.,L.Favoreu, 'Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit', RFDC, 1990, p.71ff.(88f.)
- (23) B.Schlink, EuGRZ1984, S457ff., G.Lübbe-Wolff, a.a.O., などが挙げられている。
- (24) シュミット・アスマンは行政法における保護規範説を憲法の優位と法律の自律性とを共存させる見解とみている。E.Schmidt-Assmann, a.a.O., S.233, 239.
- (25) 拙稿「『法治国家の擁護』と『司法国家』の間、またはB.リューテルスに寄せる小論」駿河台法学33巻1号83頁以下。
- (26) 拙稿「自由国家の法理と、E.-W.ベッケンフェルデの憲法学」高岡法学12巻1号17頁以下(59頁)。
- (27) B.Jeand'Heur, 'Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen', JZ1995, S.161ff.本文中に参

照・引用頁を付記する。

(28) F.Müller,NJW1997,S.1549.

(29) 現代において市民社会と国家の関係に揺らぎが出ていることを自覚しつつ、それでも自由主義基本権理論に固執する見解がある。ベッケンフェルデのようなやや抽象的で公式主義的な社会・国家二元論ではなく、ハイエクとシステム理論の成果を摂取して、自生的な社会の自己組織論および(国家の専門知に対して)「社会知」論に立脚して、今日有力に提唱されている限りでの基本権の客観法化は社会知から遊離した国家利益を押し込む危険性を免れないという批判的見地がある。K.-H. Ladeur,Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik,2004. 副題に「自由主義的基本権理論の革新のための弁論」と添えられているゆえんである。ラドゥーによれば、社会の自己観察(社会知)と国家が社会を観察することには歴然たる違いがある。社会知から遊離した専門知による社会への価値の押しつけが基本権の価値秩序論であると論定されている。Ders.,Der Staat,2011,S.493ff.,(512) さらに「保障国家」のパラダイムにも同様の危険性があるとした論考として、Ders.,Der Staat,2009,S.163ff. 保障国家という見方があまりにもあら削りの概念によるものであり、国家活動の新しい多次元性を適切に考慮するものとは言えない、としている。(S.192.)

(30) K.Larenz,Methodenlehre der Rechtswissenschaft,5Aufl.,1983,S.305ff.,M. Kriele,Theorie der Rechtsgewinnung,2Aufl.,1976,S.67ff.

(31) この点につき参照、ドイツ憲法判例研究会編・ドイツの最新憲法判例の「5 第2次堕胎判決」50頁の解説(小山剛。)

(32) 参照、E90,107につき「32 私立学校の自由と国家の保護・助成義務」、ドイツ憲法研究会編・上掲書203頁以下(井上典之。)

(33) 大上段からの基本権の価値秩序論や包括的な比較考量論への寄りかかりでなく、個々の基本権の「保障するもの」を明らかにすることが基本権ドグマティークの第一歩であるというスタンスで貫かれた記念碑的作品として、F.Müller,Die Positivität der Grundrechte,1969. ミュラーによれば、個々の自由保障のありかたは事物的・規範的にさまざまであり、概括的な制約理論の余地はない。そもそも法規範というものが事物的に刻印されているという視点から、基本権の「規範内容」および制約の問題にこれまで以上に合理的で実定的規範化に拘束された基本権ドグマティークのデッサンを提示したいというのであった。この基本権ドグマティークは各々の自由保障に関して各々個別に探求されるべきものであるというのである、a.a.O.,Vorwort. 鮮明な問題意識であると思う。私見の限りでは、ベッケンフェルデがジャンドゥーの師ミュラーの見解に直接言及しているのはそれほど多くはない。一つは、初出が1976年の憲法解釈の方法について論じた論考において、ミュラーの方法を具体化過程の方法論的合理化として理解し、不十分ながらも憲法の規範性を何とか維持する可能性が残されたものであるとの微妙な評価をしていた。Vgl.,E.-W.Böckenförde,Staat/Verfassung/Demokratie,2Aufl.,1992,S.77-80. これはミュラーの解釈方法論へのせめてもの評価(ほかの解釈方法論がすべて憲法の規範性

を崩壊させるようなものだが、もしかするとミュラーの方法論だけは別かもしれない、と)であった。ただし、この微妙でかつ控え目なスタンスに比べると、その後、初出1993年の論考でベッケンフェルデは憲法変遷の限界を憲法テキストに求める結論に至っており、その際、ミュラーの規範構造論からの示唆がある旨を明記していたことが注目される。拙稿・高岡法学12巻1号57頁以下。ここにいわば転調があるということなのか、また憲法変遷の限界の議論と憲法・基本権ドグマティックの方法論がどのように接合しうるのであるのか、筆者には今、答えることが出来ない。なお、ミュラーの法律学的立場全般については、参照、服部高宏「F. ミュラーの法律学的方法論(1)(2)」法学論叢123巻3号、同6号、さらに憲法解釈方法論については、参照、小野寺邦広「フリードリッヒ・ミュラーの『構造的』規範論と憲法解釈方法論」中央大学大学院研究年報16号1-1所収。

- (34) これまでに筆者が接してきた限りでの近年の基本権の基礎研究でも、基本権「理論」と基本権「ドグマティック」の関係をどのように見るべきかが一つの大きな問題として意識されている。拙稿・高岡法学28号24頁以下、高岡法学29巻2号九三頁以下。
- (35) 代表的なものとして、B.Schlink, EuGRZ1984 (a.a.O.), S.457ff., G.Lübbe-Wolff, a.a.O., などが挙げられており、こうした試みは問われるべきザッヘに正面から向き合うものとはみなせない、と痛烈に退けられている。E.-W.B., a.a.O., S194, Anm.108.
- (36) ここでベッケンフェルデ近年の提唱である基本権「保障内容」論について、それでもなお言及しておく必要がある。すでに述べたようにドライヤーの視線はジャンドゥーの場合と同様、ベッケンフェルデへの内在的批判であるが、こと「保障内容」論に関する限りでは手厳しい対応となっていることが印象的だからである。(i) 第一に、ドライヤーによると、ベッケンフェルデの見解では基本権への侵害があればすなわち「侵犯」とみなされるようだが、その後の正当化審査が要らなくなるということなのか不明確である。(ii) 次に「保障内容」論は、自由への制約の問題を在来の「侵害、正当化」の段階よりも前の段階で前倒しに行うべきであるとする。そうすると、ベッケンフェルデの意図とは裏腹に立法者から基準設定権力を奪って、折々の法適用者に制約問題の解答をゆだねることになりかねない。これは自己矛盾していないかという指摘である。(iii) ベッケンフェルデの見解は、立法者(制憲者も含めて)の主観的意思=歴史・生成的解釈に過大な重みを与えている。このような見解は、ドイツの基本権ドグマティックの発展および連邦憲法裁の裁判例、さらにはヨーロッパ法圏での基本権発展から見ると非歴史のかつ非政治的なものである。このようなドライヤーの見解からは、憲法裁の新傾向であるグリコール(E105,252)およびオショー(E105,279)決定について—ベッケンフェルデの理解とは正反対に一、基本権ドグマティックの礎石—保護領域、侵害、正当化—の思维様式をその必要もないのに傷つけただけだという否定論が出てくるわけである。H.D., Kommentar, Bd.1, (a.a.O.), Rn.122,128.

ドライヤーの論旨は、前拙論が取り上げたW.カールによるホフマン・リームへの批判とおおきく重なるところがある。参照、拙稿・高岡法学16巻1,2合併号(上掲)

1頁以下。

- (37) Ch.Bumke,AöR2019,S1ff,(S.13f.,Anm.,31.)
- (38) R.Alexy,Theorie der Grundrechte,a.a.O.,S.100ff. もちろん、アレクシーの業績に対して批判も後を絶たない。たとえば、一見すると原理同士の対立とみられるが、子細にみるとルール同士の対立であることも少なくないという致命的な批判も提示されている。M.Jestaedt,a.a.O.,S.264f.
- (39) Ch.Bumke,a.a.O.,S.6f.,9f. より正確にブムケの見解をまとめると、ボン基本法のもとの基本権の発展は連邦憲法裁だけの功績でもないし、国法学だけの功績でもない。そこには当然、国法学の参与もあったが、結局、国法学との間に批判的協働の関係を築いた憲法裁への社会からの信頼こそが決定的な要因だというものである。憲法裁の権威は裁判例の説得力と社会からの信頼に依存する、a.a.O.,S.78f.
- (40) Ch.,B.,a.a.O.,S.55.
- (41) 上の注(33)
- (42) A.Barak,op.cit.,p.1.19ff. なお、この点につき、ドイツの憲法裁判例および学説において比例原則の根拠として挙げられるのは、「人間の尊厳」(1-1GG)、基本権の本質内容保障(19-2GG)、一般的平等(3-1GG)、基本権の本質、法の一般原則、さらに法治国家原則などである。法治国家原則や法の一般原則ないし慣習法の原則が根拠になるというのであれば、比例原則は人権＝基本権領域のみならず国家組織・統治機構の分野にも応用できる原則になろう。B.Grzeszick,Art.20,Rn.,108f.,in:Maunz/Dürig/Herzog/Scholz,GG,Kommentar,2006,H.Schulze-Fielitz,Art.20(Rechtsstaat),Rn.,179,in:H.Dreier(hrsg.)Grundgesetz,Kommentar,3Aufg.,Bd. II,2015.
- (43) K.Möller, 'Proportionality and Rights Inflation', in:G.Huscroft,B.W.Miller,G.Webber(ed), Proportionality and the Rule of Law,2014,P.155ff.

(2020. 11. 30. 脱稿)