

# 基本権が「保障するもの」は何か・続続続

——基本権「保護領域」論と「保障内容」論の間——

小貫 幸 浩

はじめに——何を問題とするか

(1) 近年のドイツ連邦憲法裁判所BVerfG（以下、憲法裁判所または単に憲法裁判と表記）の基本権裁判例及び憲法学説には、従来の保護領域・侵害・正当化という手順を踏む審査枠組とは一線を画する、いわゆる「保障内容」論とも称される新しい動向が現れている。この新動向が様々の批判を浴びつつも、一定の地歩を固めつつあること、しかし、そのことの意味と評価については未だ定まらずの状況にあることについては、幾つかの旧拙論で取り上げてきたところである。<sup>(1)</sup> その間に、この点をめぐる議論はドイツ本国でも、わが国でも相当の蓄積と深化——あるいは混迷——が見られるように思われる。<sup>(2)</sup> そこで、本稿では、基本権ドグマティークの現時点での議論状況の水準をここで確認して、より実効的な基本権保障のための今後の土俵設定に注力したいと考えるのである。その際、

最近公刊された、二人の若いドイツの研究者による、各々に異なる方向性を追求している二つのデイゼルタチオンに注目したい。一つは、新しい傾向である基本権「保障内容」論をもって在来の基本権ドグマティクに視点の転換を促がしたいというものである。<sup>(3)</sup>これに対し、もう一つは、このような新しい傾向に批判的で、既に定着を見在来型の「保護領域」ドグマティクのボン基本法GGへの適合性を強く主張するものである。<sup>(4)</sup>基本権ドグマティク総論レヴェルでの両者の比較だけでなく、限定的にはあれ、個別の基本権裁判例へのスタンスの異同も視点を当てたい。在来型の「保護領域」論と近年の「保障内容」論各々の見地から、最近の個別基本権裁判例はいかに評価されることになるのか、その評価は具体的にどう違うのか、違うとして奈辺で評価が分かれるのか。この点まで踏み込めればよい。

(2) 旧拙論でも既に述べてきたように、基本権「保障内容」論をとりわけ先導的に提唱してきたのが、R・ヴァー、E・W・ベッケンフェルデ<sup>(5)</sup>、さらにW・ホフマン・リーム<sup>(6)</sup>らである。だが、さらに遡る先駆的作業、これらに理論的な示唆を与えた作業が存在すること勿論である。ここでは、本稿でとくに取材される論者の一方によって、F・ミュラーとともに言及されるW・リュフナーの所論に少しく触れておきたい。今日の基本権「保障内容」論者によって共有される問題意識が一層、明確に理解されるだろうと考えるからである。

それは、一九七〇年代中葉にまで遡る論稿<sup>(8)</sup>であるが、リュフナーの出発点には、Gが比較法的に見ても体系性という点で屈指のものであるという認識があった。一九七〇年代には広い意味での基本権「衝突」Grundrechtskonflikteが注目されていた。それには、基本権「抵触」Kollisionenと、もう一つ、基本権「競合」Konkurrenzとがあるが、いずれにしても基本権各々の保護領域を広く解する傾向にはつきまとう問題である。しかし、リュフナーによればそれらの多くの場合、「仮象問題」に過ぎない。各基本権の保護領域を正確に把握するならば——困難であ

るにしても——「真正の」基本権衝突は、抵触の方向でも、競合の方向でも存外少ないのだ、と言うのであった。

例えば賃借人に意見表明の自由があるからと言って、家主に無断で借家を選挙ポスターを貼りつける行為が、5—1GGの保護領域に入っているとは言えない。そもそも他人の財産権(14GG)を自らの意見表明の自由の手段として用いることは、5—1GGの「内容」には属さない。基本権抵触は、このような状況には発生しない。「真正の」基本権抵触が生じるのは、ある基本権行使が他の基本権行使を制約することになり、しかも法律の留保が欠如しているため両者を適切に整序することができない場合だけである。とりわけ留保なしの基本権の場合には——それは無制約ではないが——一般的法秩序によっても一般条項によっても相対化されてはならないから、憲法自体によつて、つまり基本権「解釈」によつて、抵触は解決される他はない。しかし、ここが肝要だが、リュフナーの見解では、基本権間に抽象的な序列を設けても解決にはならない。

一定範囲で基本権の価値故に、例えば「人間尊厳」の原理(1—1GG)や、法律の留保が付されているもの生命への権利(2—2GG)に対しては優位性が認められるが、それでもやはり個別の事情を考慮してなされる比較衡量がむしろ有効である。他の諸々の憲法と比べてもよく練られている点がこのの特色である。そのため、基本権が各々の核心において抵触することが原理的に排除されている。せいぜいのところ、抵触は基本権の周辺部でのみ起こるだけである。しかも、リュフナーの見解では、それは基本権の「行使」に関わる問題なのである。結局、基本権抵触に際して、解釈の指針としては、「憲法の統一性」を志向すべきであり、「実際的一致」(K・ヘッセ)の原則により全ての基本権の最適化が追求される。その際、比例原則が有効であると言うのが、リュフナーの所論であった。

かくして、(真正の)基本権抵触に際しては——上述の様に、それは基本権の周辺部でのみ起こる——双方の基

本権の保護が要請されるわけで、その分だけ法形成の余地が狭くなる。一方の基本権の中心部を守るべく、他方の基本権の周縁部での行使が制約されることは、比例原則によって正当化される。例えばレバツハ判決<sup>(9)</sup> (E35, 202)での連邦憲法裁は、人格権（本件では肖像権、氏名権）をテレビ報道の自由・意見表明の自由よりも、即座に優位させているわけではない。「人間の尊厳」が優位するからと言って、必ずしも報道の自由が後退するとはならない。むしろ、刑事政策に関する見解の自由としての意見表明の自由は完全に維持されている。それは丁度、メフィスト判決 (E30, 173) での芸術の由と同様である（後述）。しかし、その上で、憲法裁によれば、世間の耳目を集めた刑事事件の元受刑者を名指して、詳細で具体的な報道をすることは、当事者の人格権を考慮して少なくとも当面は制約されねばならないということであった。これを受けて、基本権行使の個々の態様がどの程度の重みをもつのか、それに対して他者の基本権の重みがどれ程であるかは、利益状況の分析なしには決定しえない、トリュフナーは主張するのであった。

基本権衝突のもう一方の態様である基本権「競合」とは、同一の主体が複数の基本権を援用しうる場合に、発生する問題状況である。例えば教会の行列に参加する者は、信教の自由（4 GG）と集会の自由（8 GG）を同時に援用しうる。ジャーナリスト、芸術家、学者は同時に、5 GGと27 GGを援用しうる場合もあろう。企業家にとつては、12—1 GG（職業の自由）と14 GG（所有権）を同時に主張しうる場面がある。規制する国家の側からは、各々の基本権に付けられた法律留保などの制約態様の違いが大きな問題となるわけである。「真正の」競合においては、そこで、立法者が二重にしばられる——結果として、より強力な基本権の方が制約の基準となる——ということが、競合による基本権「強化」という視点からは、重要である。例えば、ジャーナリストの職業の自由をプレス法によって規律する立法は、寛かな法律の留保が付されている12—1 GGによつてのみならず、5—1 GGにも拘

束される。芸術家、学者の職業を規制することについても、同様である。職業を規制する法律が「一般的」な法律であることだけでは、競合する報道の自由、芸術の自由、学問の自由への侵害を正当化しえない。

以上の様に、各々の基本権は独自の存在であり、何か別の基本権からの単なる派生物ではない。リュフナーがその上で、基本権間の体系的な関係も重要だとして指摘している点が注目されるのである。集会自由は典型的には——核心部において——精神的討論、ゆえに意見表明のための集会を保護する。しかし、その周縁部では宗教の自由や芸術の自由を守る（ここに、基本権「競合」が起こる。）ここに基本権保障・制約が体系的に考察されねばならない必要性がある。上述した様に、制約の基準としては、より強い基本権のそれが採用されるべきだ、つまり制約は弱くのみ許容されると言うのが、リュフナーの見解なのである。

以上の様に、今からほぼ四〇年前にリュフナー論文は、留保の付されていない自由権も含めて各々の自由権によって保障されることからは各々に限定された内容である。この様に考えれば、基本権衝突——抵触の方向でも、競合の方向でも——の数はもっと減るはずだと主張していたのである。勿論それでも、「真正の」衝突は残るであろうが、これを一刀両断的に解決する一般的抽象的ルールを提示することは困難である。基本権間の序列論もあまり役に立たない。むしろ、憲法の統一性という視点からは、個々の事件の細かな分析検討、衡量と比例審査が要請されると言うのである。しかも、衡量は「法形成」の課題であり、裁判とりわけ憲法裁判によっては代置されえない作用である。（憲法）裁判にできることは、せいぜい「法形成」を統制することに過ぎない。

(3) ここで、リュフナー論文への詳しい検討をすることはできない。しかし、少なくとも今日の基本権「保障内容」論が、リュフナーの指差した方向に展開されているとは言えるだろう。近年の基本権保障内容論も概して、基本権序列論が基本権ドグマテイクにおいて有効でないと解している。しかも、最近の保障内容論の場合、基本権

のより実効的な保障のためには、透明で安定した基本権ドグマティックが不可欠であるとすれば、そのためには個別衡量に浮遊してはならない。何らかの意味で、何程かの程度での、「一般的抽象的」ルール——それをあえて「原理」とは言わない——が不可欠だ、と考えているのでなからうか。

B・ルステベルクの近年の研究は、まさにこの陣営に立つことを宣言している。これに対し、かような新動向が基本権の保護領域を限定する傾向にあることを批判する研究が、K・アーノルトのものなのである。各々に重厚な力作であるが、そこで、旧拙稿をふまえつつ、かつ、その後のドイツの憲法裁判例の動向および学説の展開をとり込みつつ、基本権が「保障するもの」は何かというテーマをめぐる現時点での議論水準をこの二つの研究によっておさえておきたい。

(4) 本論に入る前にやや先取りのになるが、まずアーノルトの研究の特徴として、次の点を指摘しておきたい。それは、基本的には自由主義的基本権理解に立脚するものであるが、この点に限っても実はデリケートな論述も見られることが第一点である(後述)。第二に、自由主義的基本権理解に立つだけに、この研究で批判の対象となる保障内容論の論者としては、どちらかと言えば、ホフマン・リームらの客観法論的立場からのそれが想定されているだろうということである。それ故、アーノルト自身と接点を共有する自由主義的基本権理解に立ったE・W・ベッケンフェルデらの「保障内容」論への批判としては、それ程の踏み込みが見られないという印象を免れないということである。旧稿でも示した様に、二〇〇〇年以降の基本権ドグマティックにおいて、ヴァール、ベッケンフェルデらの議論と、ホフマン・リームらの議論という様に、「保障内容」論にも大別すれば二派あり、実は一枚岩ではないのである。(後述。)

同様に先取りの、便宜的にここで述べておきたいことがある——。それは、アーノルトがその結論部(S. 263)

でいみじくも指摘している通り、一方には、在来型の(広い)保護領域・侵害・正当化の審査枠組に立つ基本権裁判例、アーノルトの見地からは「自由に手厚い」憲法裁判例の展開が相変わらず確認できる。他方で、アーノルトによれば、事件によっては基本権抵触や公共の福祉が問題となるやいなや、連邦憲裁は該基本権の保障領域をしぼることが予想されるのであり、この方向は歩まれるべきではないと警戒の念を発している。<sup>(12)</sup> いみじくも、憲法裁判例としても二つの潮流が拮抗しているということであろうが——私見もこの認識を共有する——問題は、いずれが本当に、と言うことは、いずれが、より実効的に、「自由に手厚い」方向と言えるかということであろう。

注

(1) 旧拙論「基本権が『保障するもの』は何か」高岡法学一五巻一・二合併号二二五頁以下、「基本権が『保障するもの』は何か・続」同誌一六巻一・二合併号一頁以下、「現代ドイツにおける、教授の自由」同誌一八号一頁以下。

(2) 前注(1)で挙げた最後の拙稿以後に筆者が接したもののうち、近年の基本権「保障内容」論を支持するものとして J. Hellermann, 'Grundrechtliche Wettbewerbsfreiheit—Ein Exempel für die Debatte um den Gewährleistungsgesamt der Grundrechte', in: hrsg. I. Appel, G. Hermes, Ch. Schönberger, Öffentliches Recht im offenen Staat, FS für R. Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, S. 323ff. ヲラーマンの見解では、「保障内容」論は基本権の事物的射程に関するものといふよりは専ら基本権構成要件が満たされた場合にありうる法効果に関する理論である。ホフマン・リームとともに、自由権はもはや防衛権に過ぎないものではなく国家に対する給付・保護要求をも可能とするものである。つまり「保障」は単に侵害からの保護だけを意味するものではない、と言うのがヘラーマンの見解である。(S. 333.)

尚、この論集には、憲法・基本権裁判例を祖述するにとどまらず、それを批判的に検討する基本権総論が必要であるという見地からの、Ch. エンデルスの論稿も収められている。エンデルスによれば、内在的制約論の出発点は、

孤立した主観的個人ではなく、社会に関係づけられた人格であり、法的自由は常に限定されている。基本権抵触は適切に調整される必要があるが、「人間尊厳」（基本権一条一項）を別とすれば、基本権・憲法法益の間に抽象的な序列は存在しないので、事件ごとの比較衡量で解決されねばならない。(S. 290) その際、R・アレクシーに依拠して規範的「原理」——その中味は、法治国家的自由の配分原理——が個々の裁判を指導することになるが、個々の抵触において基本権の重さを決定するルールの理論が未だ開拓されていない。(S. 391) 要するに、比較衡量を安定化させるために、その基準を提供しうる基本権理論の確立を期待するのが、エンデルスの論稿である。Ch. Enders, 'Die Lehre von den verfassungsimmanenten Grundrechtsschranken—Oder: Vom Schicksal der Freiheit in einer Dogmatik ohne Theorie', in: a. a. O., S. 283ff.

さらに、基本権保障内容論の議論背景について、D.R. Wenger, AöR 2005, S. 618ff.

また、この間に基本権「保障内容」論との関係で筆者が接した邦語論文としては、實原隆志「憲法13条の適用場面に ついて」長崎国際大学論叢六卷二五頁以下、丸山敦裕「情報提供活動の合憲性判断とその論証構造」阪大法学五五卷五号一二一頁以下。

(3) B. Rusteberg, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt—Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung, 2009, 主任は R・ヴァールである。

(4) K. Arnold, Die grundrechtliche Schutzbereichsbegrenzung, 2011, パッサウ大学に提出された博士論文であり、R・ヴェルンスマンが主任である。

(5) 例えば、旧拙稿（高岡法学一五卷一・二合併号）で集中的に取材されたベッケンフェルデは、その後も、ドイツ基本法で留保なしに保障されているはずの基本権についても、憲法裁がその対抗法益を創出し拡張してきたことを批判している。ベッケンフェルデは実際にも早くから、例えば兵役拒否事件（E69, 1）で、基本法四条三頁「良心に反して、武器を伴う軍務を強制され（なり）」について連邦の権限規定までもが対抗法益とされたこと（E69, 1 (21ff.)) に関して、



- マーレンホルツともに反対意見を提出していた。同様に、基本権の価値論・放射効論が基本権全体としてだけでなく、個々の基本権についても憲法裁によって拡張されてきたことを指摘している。関連して、ベッケンフェルデは、基本権保護義務論——これは、D・グリムの立場だと名指しして——についても改めて批判的見解を鮮明に打ち出している。さらに、比例原則の拡張的適用に抗して、古典的な警察法的な比例原則に回帰すべきであるとの見解も、改めて提示された。E.-W. Böckenförde, 'Wie werden in Deutschland die Grundrechte im Verfassungsrecht interpretiert?', *FuGRZ* 2004, S. 598ff. (601ff.)
- (6) 本稿でのテーマと直接絡み合うわけではないが、ホフマン・リームの表現の自由論につき、参照、毛利透・表現の自由二八六頁以下。
- (7) B. Rustebeng, a.a.O., S. 42, 48.
- (8) W. Rüfner, 'Grundrechtskonflikte', in: hrsg. Ch. Starck, *Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des BVerfGs*, Bd. 2, 1976, S. 453ff.以下。しばしばクリュフナーの論述するところをほぼ順を追う形で祖述するので、いちいちページを示さなす。
- 尚、筆者の知る限りで、個々の基本権に特有の「保障内容」*Garantiegehalt*を明確にすることが、比例原則・衡量論の安定的な適用に連なること、両者が両立することを論じた点でクリュフナー論文と同じ方向に立つものとしてR・ヴェントの論稿を挙げておきた。R. Wendt, *AöR* 1979, S. 414ff.
- (9) この判決につき、小山剛「放送による犯罪報道と人格権」ドイツ憲法判例研究会編(以下、ド憲判研と略記)・ドイツの憲法判例一四一頁以下。
- (10) 但し、アーノルトは基本法が社会国家原理によって補完された自由主義の憲法であるという認識も示しており (aa. O., S. 57f.)、実はこの点は、少々微妙な影を落としている。この点は、基本権における(自由主義的)法治国家と社会国家との関係をいかに理解すべきかという第二戦後ドイツ憲法学・国法学にとつての通奏底音的テーマに関わることで

ある。

(11) 拙稿・高岡法学一六卷一・二合併号二〇頁、三五頁。

(12) この認識に立って同様の態度決定をするのが、旧稿(前注(11))で取材したW・カールの所論であった。この旧稿後に接したカールの別論稿でも、相変わらず、基本権保障内容論に批判的で、それは、とうてい基本法の文言に忠実な学説とは言えないとの旨が述べられている。W. Kahf, AöR 2006, S. 579ff.

## I. 基本権「保障内容」論を支持するデイゼルトチオン

### 1. 研究の手順と目標

以下、ルステベルクのデイゼルトチオンの概要を把握するためにも、まず、この研究の手順(道筋)と研究目標について確認しておきたい。この研究は最終的には、基本権ドグマティクに対する視角の変化を促すことを目標とするが、そのための道筋・手段が、「保障内容」の概念を基本権ドグマティクに有意に整合的に持ち込むことであると、ルステベルクは述べている。(S.3)このことで、従来の「保護領域」論の内部がより精密化されて、その射程も正確に見定められるだろうと言うのである。<sup>(1)</sup>そうすると、基本権適用はもはや対抗し合う諸「原理」の個別事例での比較衡量の問題ではなくなる。むしろ、基本権規範は一定の自由領域についての、それ自体完結したブックチュエルな、しかも「抽象的な」法規範である。いかなる状況が具体的な裁判においてレレヴァントなものであるかは「前もって」選択されているわけである。

ルステベルクは、基本権「保障内容」論によって個人の基本権保障が強化され、同時に議会Ⅱ立法者の行動自由

も強化されると言う。但し、とくにベッケンフェルデとの関係でここで特筆しておきたいことは、ルステベルクがこれから提出するモデルは一般的な「基本権理論」から各々の基本権問題の位置が指定される様なものでなくて、ただ基本権適用の独自の基礎を提供するまでのものだ、という点である。要するに、「基本権理論」それ自体と(法)「規範」とを合一視してはならない、という注意書きであろう。

本研究の基本権的方向性は、上述の留意点を別とすれば、ベッケンフェルデ、ヴァールらと同様である。①とくに、ベッケンフェルデの提示した「保障内容」論が、それ以前のF・ミュラー、さらには内在的制約論の様々の型態、および個々の基本権について保護領域を明確に規定しようと努めた先行業績、さらにベッケンフェルデのかの論稿後の連邦憲法裁の裁判例動向・学説状況という広いコンテクストのなかで再定義される。勿論、旧拙稿が取材したホフマン・リームとW・カールとの論争なども、そのコンテクストに含まれる。(S. 6) ②以上の作業をふまえてつ、ルステベルクは基本権の「保障内容」ないし「保障領域」Gewährleistungsbereichというコンセプトを積極的に提示しようと言うのである。(S. 7)

かように、ルステベルクの本研究は、ドイツの基本権ドグマティックによって既に提示されていた諸々の観点を新しい方向に結びつけて一層実りあるものにしてようと企てるものである。その際、判例法思考が支配的なアメリカ合衆国の連邦最高裁の道も、対抗し合う利益の「衡量」が強調されるヨーロッパ人権裁の動向も、このディゼルタチオンが目指す適切なモデルとは言えないと断定されているのである。(S. 10f.)

## 2. これまでのドイツでの基本権ドグマティック

前述した様に、あるべき基本権適用モデルの探究にとって、これまでの基本権判例動向および学説状況を一べつ

することが不可欠である。ルステベルクは、ワイマール期までの——ということはこの成立以前における——基本権論議に次の様な概観を与えている。(i) 法治国家的配分原理と市民的法治国家における「防御権」としての基本権という観念、(ii) 制度的基本権理解、法的制度の存在(統)の保障という見解、(iii) 価値体系としての基本権という観念など多様な見解が成立していた。(S. 19) また、「留保なしの」基本権はいかに——又はそもそも——制約するかという議論<sup>(2)</sup>も行われていたが、但し、後年の「比例原則」に対応する観念はまだ提出されていなかったという整理が与えられている。

右の状況を素地として——ワイマール憲法停止による中断期間をはさんで——ボン基本法の下の基本権ドグマティークが展開されるわけである。ルステベルクの論述によれば、以下、(1) 制憲議会での基本権論議、(2) リュート<sup>(3)</sup>(E7. 198)及び薬局判決<sup>(4)</sup>(E7. 377)までの初期の状況、(3) その後の、今日に至るまでの基本権ドグマティークの状況があるわけで、この様に節目に着目して大きく分節化されるわけである。

(1) 制憲議会では、基本権を「古典的自由権」として復権させるという意向で一定の決着が見られた。そのため、ワイマール憲法の場合と違って、基本的義務のカタログ及び生活の全領域に及ぶ法制度の包括的規範化は見送られた。その上で、留保なしに保障されたのではない基本権もあくまで個別的な留保にのみ服するものとされた。つまり、基本権全てに妥当する一般的留保という考え方が拒否されたということである。基本権の空虚化に対する峻拒であった。個別基本権の制約については、19—1(G)が(制約の)形式的な限界であり、19—2(G)がその実質的限界と観念されるのである(S. 20f.)

(2) リュート及び薬局判決に至るまでの初期の連邦憲法裁判によって、基本権に関する様々の手がかりが模索されていた。(i) 既にワイマール期の学説にも見られたものだが、各基本権には、「絶対不可侵」<sup>ウンアンタクト</sup>の核心があるという考

え方が提示され、勿論、これは19—200にも包摂される見解である。未だ明確な定式化には至らなかった。(ii)さらに、比例原則の様々の要素——必要性、適切性など——、受忍限度論の展開も見られた。

学説の側からも様々の模索が見られた。例えば基本権は法律の明確な規定でのみ規制されうるだけであり、単なる法律の解釈や一般条項による基本権制約は許容されないという説が、W・イエリネクによつて展開された。さらに、今日の基本権ドグマティークの基礎を成す少なからぬ部分が、この時期の学説及び専門裁判所で展開されていたことも重要である。ここではルステベルクの論述に沿つて、(a)連邦行政裁判所BVerwGによるいわゆる「社会留保」論——2—100の三つの制約事由に関わる——の形成、及び(b)学説による比例原則の展開につき手短かに触れておきたい。

(a) 「社会留保」論とは、既に制憲議会でも見られた議論であるが、2—100の三つの制約事由が、そこで挙げられている「自己の人格を自由に発展させる権利」以外の他の基本権にも広く及ぶのかどうかをめぐる連邦行政裁の法理である。<sup>(5)</sup>一種の「内在的制約」論であり、社会の存続に不可欠の法益を害する様な基本権行使は認められないという法理であり、第三者の基本権論で補完される場合もあった。(S. 52) 同裁判所ではしかし、具体的な憲法規定に即して制約事由となりうる社会的法益を明確に規定されることはなかった。この点に批判的な学説は、そこで、三つの制約事由の検討に傾注していった。但し、2—100の「〜に反しない限り<sup>ソツヴァイト</sup>において」という文言が他の基本権といかに——又はそもそも——関わるかをめぐつての了解が、学説内部で成立しているわけではなかった。同様に、三つの制約事由の性格についても学説において争われた。

(b) 前述した様に、ワイマール期及びボン基本法の制憲段階に至つても、比例原則の展開はまだ見られなかった。その点で、ルステベルクが一つの画期的業績として挙げるのが、R・v・クラウスの研究である。<sup>(6)</sup>(S. 29) それは、

半ば古典的な警察法上の伝統に立っているが、しかし、半ば憲法上の——つまり、立法者を拘束する——比例原則について論じたものである。これに対して、行政法上の古典的比例原則に固執する見地から、この原則のかかる憲法次元への引き上げを批判する学説<sup>(7)</sup>があった(例えばH・ペータース)。

(3) リュート判決及び薬局判決でもって、ボン基本法の下での基本権ドグマティックの第二段階が画される。この二つの判決で、いわゆる価値秩序論と憲法原理としての比例原則が採用された。とりわけリュート判決で展開された価値秩序論が画期的であるとされるには様々の理由がある。基本権の(間接的)第三者効力の基礎づけ及び基本権の客観的次元(機能)との関係でも重要であるが、ルステベルクの本研究にとっては、基本権問題を衡量によって解決するという考え方が枢要である。この判決で初めて、ボン基本法の価値秩序において基本権と「その行使を制約する権利・法益」との衡量の必要性が明確にされたのである。(S. 33.)

次いで、「三段階理論」という名の下にはあれ、基本権制約の審査基準として比例原則が確定的な形で採用されたのが薬局判決においてであった。

とまれ、衡量は比例原則の一部に取り込まれて、事件毎に、つまりアド・ホックになされる。衡量ということのなかには、一定程度まで抽象的思考の否定が含意されており、裁判所には事件との関係での柔軟な思考——具体的、個別的な審査——が要請される。

右の二つの判決以後の展開で、学説として有意な手がかりを提供してくれる論者の一人としてF・ミュラーが挙げられる。(S. 41ff.) この時期には、衡量思考が——「保護領域」「侵害」の概念の拡張と相まって——学説によって裏打ちされていく。そのなかで、別の選択肢を提供してくれるのが、F・ミュラーの理論であった。

基本権の権利性は憲法によって基礎づけられるものであり、「基本権は限界なしに保障されるものではない」と

というのが、ミュラーの出発点である。このことがまた、基本権全ての「規範プログラム」の「不文の」要素である、とされる。ここから、しかし、内在的制約論の思考とは違って、ミュラーの場合、「規範領域」及び「規範プログラム」から展開される基本権の「妥当領域」はどこまで及ぶかが第一に問われるべき問いである。ルステベルクも目指すところの基本権「保障内容」論の核心がここに表明されている。つまり、「基本権規範によって何が保障されているか」が積極的に問われて、明確にされるべきであり、基本権がいかに制約されるかと消極的問い(内在的制約論)が立てられるべきではない。「保障内容」論はしかも、個々の基本権保障がどこまで及ぶか、という問いなのである。ある行動が「典型的な、もしくは典型的になりうる事物的特殊的に保障された規範領域」(ミュラー)に含まれるか否かという問いである。ルステベルクによると、基本権「保障内容」の規定にとつては、衡量なしに抽象的な視点から、それを規定することが肝要であり、ミュラー(及びW・リュフナー)の見解が有力な手がかりを提供してゐた。(S.49.)

### 3. 個別的衡量思考 vs. 抽象的ルールの思考

ルステベルクは、言わゆる衡量論アプローチが尚も今日の基本権ドグマテイクにおいて有力に展開されていると言う。そこでは、複数の憲法「価値」「原理」の対立状況が前提とされる。衡量論についてはこれまでも様々の批判が提起されてきた。ルステベルクの見解でも、衡量論が首尾よく遂行されるには、いずれにしても基本権規範なし「原理」についての抽象的序列化の介入を必要とする。確かに、これまで様々の試みがなされたが、かかる序列化は成功していない。結果として、比較衡量の支点 $\parallel$ 基準が欠如したままなのである。しばしば、「人間尊厳」Menschenwürde (1—1GG) がその支点である、あるいは基本権各々の核には人間尊厳が看取されうると説かれ

るが、人間尊厳の内容自体が論争の渦中である (S. 58)

(九〇)

もつとも、連邦憲法裁は衡量論アプローチに立ちつつ、基本権（憲法「価値」「原理」）間の関係を規定する一連の指針ないし優先性ルールを開拓してきた。意見表明の自由と一般的人格権に関わる憲法裁判例の展開、自己情報決定権の法理の展開、さらに職業選択の自由に関する「三段階理論」（上述）の形成などである。例えば意見表明の自由における「誹謗的批判」Schmähtkritikや集会の自由に関する「世論形成」など一定の概念が、衡量の指針として有意かも知れない。しかし、これらの概念や指針は部分的な関係領域でのみ適用されるに過ぎず、その効果は限定的であるというのが、ルステベルクの見解である。また、衡量は必然的に個別的であり、この点で「概念形成」を志向する「抽象化」と対立する。(S. 62)そして、衡量において「あらゆる状態」を考慮することは土台、無理な話なのである。<sup>(9)</sup>裁判によって一定の優先性ルールを設定しても、これらのルールがいかなる事例に適用されるべきかを規定しえない。ルステベルクは、こうした優先性ルールは判例形成の基準とはなりえないと論定する。

以上、ルステベルクの見解では衡量論は「個別的」なものであり、一般化可能でない論拠（論者の主観的な政治的主張など）によって事件の結論が左右され、理由づけが不十分なものとなる。仮りに幾分抽象的な優先性ルールが定立されても、際限のない個別事例のなかにかき消されてしまう。要するに、基本権適用が恣意化する危険性を逸れないと言っているのである。(S. 64)

主流の見地にまとわりつく基本権の「地位」化（衡量されうる）に抗して、ルステベルクによれば基本権の主観的権利性を再び自覚化することが肝要である。つまり、基本権をして、個別事例に関わりなく「抽象的に」問題状況を規律する実定規範として理解すべきであり、かような意味で視点の転換を促すのである。基本権事件に際しては抵触状況の衡量ではなく、「解釈」Auslegungこそがなされるべきであり、「基本権のなかに含まれる抽象的な前



もって下された決定」こそが裁判の基準とされるべきであり、それは個別的事例に適應するものでない。(S.76) 基本権規範は「原理」としてでなく「ルール」として把握されるべきであるとして、ケース・ロー思考に対して「教義学的」方法が、ルステベルクによって強調されるのである。

#### 4. ベッケンフェルデとホフマン・リームの間で

旧稿でも既に述べた様に、近年の基本権「保障内容」論には有力な二つの潮流がある。一つは、基本権は原則的に自由権であるとし、かつ、その主観的権利性に固執する見地(ベッケンフェルデ)である。これに対し、基本権の「客観法的」側面にも配慮して、かつ、今日の「保障国家」論との親近性を見せる見地(ホフマン・リーム)も有力である。この様ななかで、ルステベルクの「保障内容」論はいかに位置づけられるだろうか。元連邦憲法裁判所裁判官でもある二人の先学の所論に対して、ルステベルクはいかなる自己規定を与えるのだろうか。

まず、ベッケンフェルデの理論はホフマン・リームのそれに比べると、あくまでも古典的な「侵害・制約」思考からの帰結であり、従来の「防御権」ドグマティックの枠組で抱え切れるものだというのが、ルステベルクの理解である。つまり、ベッケンフェルデの理論では、問題となる行態が基本権として「保障される」か否かで、基本権審査の土俵にのるか、それで打ち切りになるか明確に打ち出されている。これに対し、ホフマン・リームにおいては、国側の措置が古典的な意味での侵害に当たらないとされても、それだけで打ち切りとはならず、広い意味での「侵害」[Beinträchtigung]に該当するか否かの審査に付される。つまり、ベッケンフェルデの所論では、「保障内容」論が基本権ドグマティックの水門の役割をもつが、ホフマン・リームの場合、それは転轍機なのである。(S.99)

右の点とも関連するが、これら代表的論者各々における立法府の役割りについての見解に、小さくない相違ある

ことが指摘されている。それによると、ベッケンフェルデの場合には一般的行為自由に関してとはともかく、「保障内容」論だからと言って、従前の基本権ドグマティーク以上に、立法者に対する基本権の拘束力が強くなるわけではない。ベッケンフェルデの理論はともかくも、立法府中心であり、行政府が立法府の頭を超えて作用することはない。これに対して、ホフマン・リームにおいては、上記の広い意味での「侵害」ドグマティークが適用されるとなると、法律の留保が明示的に放棄され、そのうえ、2—1GGの「受け入れの基本権」も放棄されるから、挙げて立法府が除外される。かくして、「法律による自由」というモーメントが希薄となつて、「保障に特有な」指示はむしろ行政府への直接の行為授權となる。ここに、例えば在来の基本権ドグマティークに基づく基本権保護義務論——第一次的には立法者を通しての保護義務である——と、ホフマン・リームとの理論上の相違があることも指摘される。(S. 100) 総じて、ルステベルクは、制度的基本権論(P・ヘーベルレ)及びホフマン・リームの客観法的基本権理解については、個人の自由は全体の自由のために後退させられてはならないと批判的である(S. 108) かかる思考傾向から行けば、例えば公共的観点から市場競争秩序を維持するための措置は、個人の職業選択の自由(12—1GG)にいかにも影響を及ぼすかの問題と切り離されて、それは基本権「侵害」でなく、基本権「形成」だと位置づけられるかも知れない。極論すれば、職業選択の自由は個人の主観的権利だけでなく、公正な競争秩序そのものをも「保障する」と言うことも可能だからである。これに対し、ルステベルクは、確かに職業選択の自由にとつて自由な競争の秩序は重要であるし、その権利を行使できる「場」の確保も重要である。しかし、国がそのために個人の主観的権利にどこまで侵害・介入しうるかは依然として問題たりうると言うのである。<sup>(1)</sup>

他方、ルステベルクは「枠秩序としての憲法」という見解と基本権を自由主義な防御権として把握することに固執する点で、ベッケンフェルデへの親近性を示す。それでも、全面的な追随というわけではない。何よりも、

ベッケンフェルデの「保障内容」論では、——その所期とは裏腹に——立法者に対する基本権の拘束力が在来のドグマテイクと比べて弱くなっているという点を問題視している。(S. 109)

## 5. 基本権モデルの諸前提

次にルステベルクの研究は、前述の諸条件を満たす「基本権モデル」の構想に向かうのであるが、第一に、そのモデルとボン基本法GGとの適合性が模索される(本節)。かかる問題設定からして既に、広い意味での「ドグマテイク」への志向性が観取されよう。そのうえで次節以下で、かようにして提示された基本権モデルを本来の意味での、つまり勝義での「ドグマテイク」の平面に移し代えて、より具体的なモデルとして精練するのである。

(1) はじめに、「基本権モデル」——後述のことをふまえると、より正確には「基本権ドグマテイク・モデル」のこと——とは何であり、その役割・機能は何であろうか。また、その役割はいかに果たされるのだろうか。これまでのドイツでの基本権ドグマテイクは「保護領域・侵害・正当化」のシエーマで展開されてきたが、今、新たに形成されつつある「保障内容」論では、いかなるシエーマで展開されるべきか。基本権ドグマテイクのどのようなシエーマ(図式、範ちゅう)なしには、折々の事態・行態にとって基本権のもつ意味は把扱されえない。このシエーマ||基本権(ドグマテイク)モデルによって、折々の事態・行態に潜む問題性が開示され、該基本権の「内容」に照らしてその問題性が解決される。この点は、言わば古典的な「包摂作用」技術と同様の論証作法である。但し、包摂作用の基礎となる上位命題(大前提)はバラバラの基本権規範の諸命題からは導き出されないので、まずは基本権適用シエーマが基本権規範から導かれる。ここで次の課題が提起される——。それは、このシエーマがいかに構成されるべきか、という問題である。その際、ドグマテイクとは常に実定法との関係で機能するもので

あり、実定法に含まれる準則が——恣意的にでなく——一定の方法論によって認識されることの重要性がルステベルクによって指摘される。(S. 114.) そのうえで、基本権規範については「体系的」解釈が重視されて、ルステベルクによれば体系的解釈とは、規範の様々の命題を抽象的(一般的)なシェーマの形で統一ある全体にまとめ上げることである。この統一的全体のみならず、法適用の一つ一つの歩み(部分)が相互に関連づけられる。在来の基本権シェーマに即して言えば、基本権への「侵害」があるか否かは、「保護領域」及び「正当化」の段階と関係づけられなければ——と言うよりは、それらも同時に思考されなければ——意味がない(つまり、基本権適用は構造的になされる。)

さて、基本権モデルが解釈者にとつての「前理解」の構成要素であることについては、ルステベルクが次の如く説いているのが注目される——。いわゆる「解釈学的循環」によると、解釈の対象としてのテキスト(条文)と解釈者・適用者の「前理解」との間には相互作用が存在する。基本権解釈・適用も、この相互作用から逸れえない。かように、基本権シェーマは解釈者の「前理解」の必然的——不可欠の——構成要素とされる。また、基本権シェーマは同時に基本権「構造」シェーマでもある。と言うのも、それは基本権をただ個々の適用状況においてだけでなく全体において記述するものであり、基本権の「内容」が付与される下地だからである。(S. 117.)

(2) くり返しになるが、ルステベルクにおいて基本権「保障内容」論は基本権ドグマティーク——つまり法律学的ドグマティークの一種としての——の問題として提出されている。そこで、そもそも法律学的ドグマティークを規定するものは何か? その規定要素として、ルステベルクはまず「文言」と「成立史」とを挙げて検討している。(S. 121ff.) 勿論、これまでの論争でも法規範の「内容」が文言、成立史によって明確にされうるか、これらの要素によって法「解釈」と法「形成」の区別が可能となるか確答は出されていない。ルステベルクもこれらの要素を

法律学的ドグマティック、基本権ドグマティックの規定的要素とは位置づけていない。むしろ、基本権モデルによつて何が提供されるのかという「業績」*Leistungsfähigkeit*という基準（要素）が重視される。(S. 123ff.) 文言は多分に、言語の定式化の問題であり、例えば法律の留保を表現する文言についてもそうである。成立史によつて「制憲者意思」が不分明であっても、基本権規範の機能様式を全面的に展開して実定法の欠缺を補充するという業績こそが肝要である。例えば、2—1GGに挙げられている三つの制約事由の意味があいまいだ——論争がそのことを証している——からと言つてあいまいなモデルが提出されてはならない。ドグマティックの説得力は、個々の規範の問題とする事柄を一般化しうる観点にまで昇華して、つまり個々の例外を少なくしうる程に高まるのである。

ルステベルクはさらに右の点に踏み込んで、業績の基準はドグマティックの目的——ルステベルクは業績のことを「合目的性」とも言い換えている (S. 124) ——とは何かという問題と絡んでいるとして、この文脈でベッケンフェルデの言う「基本権理論」ないし基本権理解の意義を検討している。この点に少々、論及しておこう。ここで再び、ベッケンフェルデとホフマン・リームという二人の先学の見地の異同が問われ、その間でルステベルク自身の所論の位置づけが試みられる。

さて、大きく二つの基本権理解に分けられる。まず、憲法も基本権も「粹秩序」であるという理解である。(A) これに対して、憲法・基本権は「客観的価値秩序」であるという見解が対置される。(B) (A)に立てば、基本権は一定の歴史的危機状況への対応であるし、国家の威脅から個人の自由を守るものであると観念される。基本権のうちには保護される個人の地位こそが「粹秩序」の出発点であり、とりわけ少数者の自由を立法手続で保護しようとする。つまり、基本権は立法者に対して「内容的」な決定を含むが、しかし、この「粹秩序」故に立法者には法政策上の一定の裁量が認められる、と言うのである。共同決定判決にもそれが表現されている。(E50, 290 (336ff.)) (B)

では、基本権には客観的次元（機能）があり、その「放射効」により立法者の法政策が目的志向的に統制される。基本権と公共の福祉との対立は「實際的一致」に従って調整される。かかる調整の表現が法律である。

ルステベルクはもとより、基本権「理解」、基本権「理論」が基本権の内容や作用を理解するには不可欠であるとする。但し、かかる「理解」「理論」に過度にリジッドにしばられると、解釈の結果が各々の「理解」に沿ってつじつまが合わせられることになったり、基本権論議の視野を当初から一定の方向に限定しかねないという両刃の剣でありうる、と注意を促がしている。(S.127) つまり、様々の基本権理論がありうるどころ、いずれにせよ、それらの諸前提からストレートに一義的に一定の憲法解釈を導くことはできない。同様に、そこから一定の憲法「内容」の射程、連邦憲法裁の権限についての結論を一義的に導くことはできない、と主張するのである。

ところで、ルステベルクによれば、基本権「理論」は基本権の一般理論であると同時に、ボン基本法GGが規定する基本権についての理論でもある。それ故、基本権ドグマティークも基本権理論も共通の対象としてGGをもつ。要するに、基本権理論も基本権解釈の前提であり、同時にその結果でもある、と言うことはここにも解釈学的循環がある。(S.128) この様に考えると、基本権ドグマティークとは別箇独自のカテゴリーとして基本権「理論」というものを設定することの必要性も問われるかも知れない。いずれにしても、有意な基本権理論なるものがあるとすれば、それは、包括的な国家・憲法理論であつて、言わば一種の「憲法の精神」の様なものだ、とルステベルクは言うのである。それは、具体的な事案を解釈する際の手助けとみるが、いずれの「理論」に依拠するかは法適用者＝解釈者の「決断」に依る、とも言う。

ちなみに、K・アーノルトも基本権「理論」と基本権「解釈」——アーノルトはある箇所ではdeutenと言う言葉を用いている(S.47)がドグマティークと同義と考えてよい——との交錯云云という論点に触れている。アー

ノルトの規定では、国家理解も含む憲法理論の全体的連関において基本権解釈を導くのが前者である。前者は後者に省察を迫るものであり、後者に基準を与えるものである。(S. 44) この様に、基本権「内容」の探究にとって基本権「理論」の選択は単なる作業仮説のようなものではない、とアーノルトは考えており、つまり、いずれの基本権「理論」に立つかによって保護領域の射程も、解釈の結論も異なってくるという理解を示しているのである。(S. 48)

また、アーノルトによれば、基本権「理論」は哲学的、政治学的、比較法的前提的問いを含む、それ故に評価的省察的で包括的理論である。これに対し、実務がいかに適切に記述されるかという問いへの応答が基本権「ドグマティック」であると位置づけられる。後者が前者の基礎の上に組み立てられるころ勿論だが、アーノルトはやはり両者が区別される——独自の存在理由をもつ——べきだと言うのである。(S. 60) どうかやらルステベルクとアーノルトでは、基本権解釈にとつての基本権「理論」の果たす役割と意味について、看過しえない見解の相違あることが確認できるであろう。

さて、前述でも触れたことだが、ルステベルクは基本権規範の文言や制憲者意思に絶対的な重みを与えるわけではない。それでも、文言には「規範テキスト」として、解釈を限界づけるものとしての意義が与えられる<sup>(15)</sup>。また、文言には裁判が正当であるための、及び法的安定性にとつての重視できない意義がある。例えば留保なしの基本権と言えども決して制約に服さないわけではないが、しかし、その制約はできるだけテキスト<sup>(16)</sup>条文(文言)に沿ってなされるべきであるならば、留保付きの基本権への制約の場合とは自ずと異なるはずである。(S. 130) 制憲者意思についても同様であり、法適用<sup>(17)</sup>解釈においては制憲者がともかくもまず初めに与えた規範「内容」が重要な志向点となる。(S. 131) こうして、ルステベルクによれば、裁判所によるそれも含めて基本権解釈とは、「開かれた解釈」——R・アレクシーやW・ヘフリンクらの所論——というよりは「構造化」されたものであり(S. 136ff)、

その際、制憲者意思が文言と同様に重要なのである。尚、法解釈が「構造化」された過程であることについては、さらに後述部で触れたい。

(3) 既に連邦憲法裁判の憲法裁判例についても新しい動向が観取されつつあるが、ここではまず、ルステベルクとともに集会の自由の判例動向に注目しておきたい<sup>17)</sup>。近年の判例法理では、「集会」の概念は、公共の意見形成への参与に向けられた社会的討議、意思表示というメルクマールによってしほりをかけられている。(ラブ・パレード事件 (NJW 2001, 2459) や第三プロカード事件 (E104, 92) など) そのうえで、連邦憲法裁判は一般的行為自由 (2-1 CGG) と比べて、何故、集会の自由がより強く保障されるのかという問いにも答えている。それによれば、直接民主主義的な政治参加が限定されている議会制民主制の下では、公共の意見形成への参与ということが重要であり、したがって集団的な意思表示の自由が一層、基底的な重みをもつ。少数者保護の視点からも、集会の自由は重要である。尚、第三プロカード決定では、自らの主義主張・要求を強要的に、もしくは自力救済的に貫徹することは、集会の自由によって保護されない、とされている。(E104, 92 (105).)

最近の判例動向については様々の批判も提起されている。以下では、言わゆる「開かれた解釈」の見地からのそれに限定して取り上げておきたい。この立場からの批判として、**A** W・ヘフリンク、**B** R・アレクシーの見解に注目したい。

**A** ヘフリンクは主著として「開かれた基本権解釈」をもつ論者<sup>18)</sup>であり、文字通り「開かれた解釈」の立場に立つことを明らかにしている。この論者はルステベルク (及びアーノルト) と同様に、自由主義的基本権理解に立つが、基本権ドグマティークのレビュールではルステベルクとは反対の見地に至るといふ興味深い問題性を提起する。(S 139) 前述した通り、基本権 (諸) 理論 (理解) はドグマティークに対して一定の規定力をもつのであるが、後者



のあり方を一義的に決定するわけではない。いずれにせよ、「開かれた解釈」の見地からは、基本権的自由は何ら一定の目的を志向しない。つまり、「自由は自由のために」(自己目的)ということであり、この点でも制度的基本権理解、価値秩序論、原理としての基本権理解と峻別される。これらの基本権理解は、自由に一定の価値を負荷させて、自由行使の任意性を弱めることになる。こうしてヘフリンクは、基本権の構成要件の内部に様々の実質的区別——例えば芸術の自由にとって作品領域と作業領域との区別、意見表明についての「価値判断」ないし「評価」と「事実主張」の区別など——をもち込むことに対して、自由に対する許容されない実体的価値づけであるとして異議申し立てをする。(S. 141.)

既に述べたことだが、アーノルトもまた自己の見地を自由主義的基本権理論に立脚するものと規定しており、そのうえで、基本権ドグマティックとしても大体、右のヘフリンクと同様の理解を提示している。つまり、いわゆる「配分原理」(C・シュミット)から、基本権として保障されるのは国家からの自由であり、その際、自由行使の動機・意図は問われない、とする。また、基本権の内容・射程は(制約する)法律が規定するのでなく、逆に法律の内容が自由保障によって拘束されるのであり、この自由は原則として広く解されるべきだ、という見地でもある。(S. 49f)

基本権諸理論に一べつを与えたうえで、アーノルトは、ボン基本法GGが基本的には自由国家的基本権理論を採用しており、そのうえでそれを社会国家原理で補完しているという見解を打ち出している。あくまでも前者が優先されるべきであり、ゆめゆめ基本権の主観的権利性をゆるがせにはできないという見地である。(S. 58.) この件りでのアーノルトの論述は幾分、明瞭を欠くが、社会国家原理を理由にして自由主義的な基本権の保護領域を限定することは、GG自身が禁じていると言っ見解だろ。 (S. 57.) この点には後述部で触れる。

⑧「衡量プロセス」の不可欠性を強調するのがR・アレクシーであり、それによると、衡量は単に合理的であることを超えて、理論的に唯一可能な方法である。アレクシーの「原理」論によれば、原理と対抗原理とを衡量するのではなく、「衡量されえない」基準の適用によって基本権保護を「定義的に排除」してしまふことが、基本権の保護領域を狭く抱える見地の弱点である、とされる。(S.156)アレクシーの見解では、衡量が適切になされる限りでのみ基本権に関する判断は正しいものとみなされる。事件によっては衡量の形跡が明確でない場合もあるが、適切な衡量の結果としてそうありえるならば、その理由づけは正しいものと見なしうる、と言うわけである。

これに対して、ルステベルクは、アレクシーが「原理」の中味を明らかにしてない点を致命的であると批判するのである。もし、それらの「原理」が解釈によって明らかにされ、「正当化」の段階で衡量が行われるのだと言うのならば、それはアレクシー以外の多くの衡量論者が受け入れる見解であろう。これらの見解は、まず保護領域が解釈によって明らかにされ、「正当化」の段階でこそ衡量が行われるというものだからである。<sup>19</sup>また、もし、そうならば、アレクシーの原理論と「保障内容」論との距離も意外ともう少し近かったかも知れない。しかし、ルステベルクによると、アレクシーにおいては通常の法解釈の方法——文言・歴史・体系・目的など——を用いて「原理」の内容を明確化しようとの企図が見られない。アレクシーにとって、かかる解釈方法は基本権を「ルール」として観念する場合にのみ採用しよう、と。こうして、アレクシーはむしろ直観的に基本権「原理」について広い構成要件「保護領域論」を選択するために、専ら文言に依拠しようとする。だが、ルステベルクは、憲法の「原理」＝基本権の射程をできるだけ広く把捉する必要があるという主張は原理論の——論証されない——信仰箇条の一部に過ぎないとして手厳しく突き返すのである。(S.161)

以上、要するにルステベルクは、④「開かれた基本権解釈」論も、⑧「原理」論も基本権ドグマティックとして

は役に立たないという大胆な論定を下している。(S. 167) やはり、古典的な法解釈方法ドグマティックに固執するわけである。

## 6. 基本権「保障」モデルの積極的・具体的提示——

以上をふまえて、発展させられるべき基本権モデルをより積極的に構想することが、次の課題である。このモデルの課題は、「個々の基本権に特有の内容」をつかみ出すことである。より正確には、個々の基本権の内容を明らかにするための方法を示すことである。勿論、上述した様に法解釈の古典的な方法が出发点に据えられるが、それが提示されるだけでは法適用の結果を得るには不十分なので、解釈過程を統制するしくみ、つまり解釈を補完する——個別衡量や原理論の様に、解釈にとって代わるのではなく——教義学的道具立てが必要だという認識を改めてルステベルクは提示している。また、法解釈・適用にとって「評価」が不可避的に関わってくるが、だからと言って「衡量」が不可欠だということにはならない。何故なら、評価という自由な余地を埋めるために、衡量が唯一の方法というわけではない、と言うのである。(S. 170)

既に述べた様に、衡量の拠点を「人間の尊厳」*Menschenwürde* (1—1GG) に求めても、後者の内容が不分明のままでは、衡量が憲法判例の有効な導きの糸となることはない。ルステベルクは、人間尊厳が基本権ドグマティックにとって万能薬ではなく、基本権衡量の拠点となりえないことを指摘している。(S. 183f)

以下、ルステベルクによる「保障内容」モデルの具体的提言に踏み込みたい。

(1) 「事物領域」*Sachbereich*と「保障内容」との区別が、まず出発点である。前者は従来の「保護領域」と重なるが、この事物領域のなかで特に「保障される」ものが「保障内容」である。それは、積極的に表現すれば、基本権担い手のいかなる行態が保障されるのか、消極的には、国のいかなる措置から保護されるのか、ということであ

る。ルステベルクに特徴的な見解として、「保障領域」Gewährleistungsbereichには、様々の客観的な基本権作用が含まれる(S.171)という主張を、ここに挙げておきたい。

「事物領域」という第一局面において、在来の保護領域論を支配してきた問題設定がなされる。この局面で、「芸術とは何か」「集会とは何か」「意見表明とは何か」……が問われる。これらの問いは、これらの生活事態の本質を見出すためにというよりは、ある事態・行態がこれらの生活事態に含まれるのか否かの基準を見出すためのものである。

これに対して、事物＝生活領域の内部なる基本権が「何に対して」保障されるのが、第二の局面である「保障内容」論において問われる。それは、本来的に包括的に保障される自由領域——「配分原理」(C・シュミット)によれば、自由はそもそも無限定である——を事後的に限定する、つまり引き算することを意味しない。むしろ、基本権が保障する自由を構成的に、積極的に規定することである。(S.173)

次に——既に示唆した通りだが——、基本権の「保障内容」を明確にするための基準として、法解釈方法論における古典的な四つの要素が重視される(文言、歴史、目的、体系がそれであり、勿論、これらは「事物領域」の規定においても同様に重要な役割を果たす。)もつとも、ルステベルクは文言——例えば「……は自由である」……は不可侵である」は——保障内容の規定にとつて手がかりを与えず、二次的にとどまる。(S.174)そこで、以下、①「歴史」、②「目的」、③「体系」が基本権の「保障内容」の規定にとつて、いかに決定的な役割を果たすかを、ルステベルクに沿って一べつしておきたい。

①「歴史的危機状況」——。ベッケンフェルデも強調していた様に、ルステベルクも同様に、各基本権はプンクチュエルに何事かを保障するのであり、それらは歴史的な危機状況への対応なのだ、という見解に立つ。この点が、

基本権の「保障内容」を規定するために重要視される。但し、ベッケンフェルデの見解と比較して、ルステベルクはこの視点を強調することには幾分抑制的である。つまり、基本権の歴史的解釈は、さらなる解釈過程に確かな基礎を提供するが、それ以上でもそれ以下でもないと言うのである。それによれば、基本権解釈は歴史的に閉じたものでなくて、発展可能なものである。この様に、「歴史的危機状況」は基本権の保障内容についての、さらなる議論の出発点に過ぎない。それでも、この出発点をおさえるからこそ、浮遊的な個別衡量論と違って、「既に抽象的に下された確定」の基礎に立つ議論が可能になる。(S. 177)

②基本権の「目的」ないし「意味」について——この視点を重視することは既に、自由保障が自己目的である——自由は自由のために保護される——というのでなく、何事かに仕えるものであることを前提とする。この点で、前述した点でもあるが、基本権の内部に様々な実質的区別を持ちこむことに慎重な「開かれる」解釈論と対照的である。(S. 178) 勿論、後述のアーノルトの見解とも対照的である。関連して、英米圏の法・政治哲学の R・ドゥオーキンが言及されている。それによれば、ドゥオーキンにおいて「許容としての自由」liberty as license——「開かれた」解釈論の形式的自由に対応——に対して、社会・国家の独立・同権の成員としての人格に不可欠の「保護に値する」自由——ドゥオーキンの用語では「独立としての自由」liberty as independence——が対置されていることに注意が促される。後者の自由は、それ自身が目的なのでなくて、一定の目的(意味)に仕えるものであり、だからこそ、とりわけ個人の政治的自由が他の自由に比べて優越的なものとして位置づけられるのだ、と。

(S. 180f.)

既に触れた様に、基本権保障にとって「人間の尊厳」が確実な支点とならないとすると、何かそれとは異なる実質的な基準が不可欠となる。それを人格的(一身的)自由 personliche Freiheitに見定める見解がありうる(例

えばH・H・クライン。)しかし、団結権が私人間においても直接に通用するものとして保障されていること(9-3(C))を、この見解は適切に説明しえない。また、何故に芸術・学問の自由、プレス・放送の自由がボン基本法(CG)において、高く位置づけられているかも、この見解ではうまく説明できない。何故に、スポーツ選手や編集者と比べて、芸術家や学者(研究者)にだけ、かような高価な自由が認められているのか?「基本法は、学問・芸術の保障に当たって社会全体の利益を期待した。」(S.185)

③次の要素は「体系」である。ここで問われるのは、個々の基本権が基本権体系において、いかなる地位を占めるかという問いである。前述の諸要素——文言も含めて、①＝「歴史」、②＝「目的」——だけではまだ、基本権の「保障領域」が十分には輪郭づけられてはいない。

④第一、ルステベルクは基本権相互の関係は「競合」のそれではないことを確認する。憲法秩序は価値秩序ではなく、ランクチュエルな秩序であり、お互いが真に「競合」することはありえないと言っているのである。(S.192)

⑤第二に、「保護領域」ないし「保障内容」との関係で「侵害」概念の再検討が試みられており、この点も基本権の「体系的」解釈にとって重要である。ルステベルクの見解では、現在、支配的なのは「侵害」の広い概念であるが、これは何ら内容的な基準を提供しない。また、問われている国家行為の「質」についても、因果関係の限定にも資さない。そもそも、ルステベルクは「侵害」をいかに概念構成しようとも、それは、基本権が「この」危険に對してのみ保障されると言明するだけである。そうすると、「侵害」要素は、基本権保障の範囲確定にとって第二次的でしかない。そこでルステベルクは、これまで「保護領域」と「侵害」概念とが別々に構成され、両者一緒になって「基本権構成要件」として観念されてきた——とルステベルクは理解する——ところ、この構成要件は——それ故、「侵害」の要素も——「保障内容」に含み込まれるべきだと提言するのである。(S.204)

右の様に「侵害」概念は二次的ではあるが、尚もいかに構成されるべきかの問題が残る。その際、侵害主体たる国（立法府、行政府等）の目的志向が重視されるが、これが主観的に解されるべきか（この場合にも、国の側から見るか、基本権行使主体の側から見るか二様ありうる）、それとも客観的に解されるべきかには争いがある。いずれにせよ、国の措置の目的志向を探究することは、基本権規範の適用の画定にとつてのみならず、公法全領域において不可欠であるとルステベルクは論定する。(S 205) と言うのも、目的志向の問いは大部分として措置（立法、行政行為等）の目的の問いと重なる。そして、目的の問題は、「正当化」審査において、目的—手段審査としての比例審査の決定的な要素だからである。

比例審査の文脈でも、この「目的」探究の方法がしばしば論じられてきた。この文脈でも、該目的の認定に当たり、それが主観的に——立法府・行政庁の意見に則して——解されるべきか、それとも客観的に探究されるべきかの争いがあり続けている。この点については、勿論、立法者等が明示的に表明した意見が重要だが、そのうえで、この意見が該法律等の根底にある目的に合致するかどうかこそがより重要であると言うのが、ルステベルクの見解である。かくして、客観的基準に相当な役割が与えられる。結局、主観的要素が客観的基準に照らして探究されることになるが、これは法解釈の方法として決して珍らしくないと言うのである。(S 209) 民法法における意思表示の解釈や、刑法における故意の解釈が、その例としてルステベルクによって挙げられる。

さて、「侵害」につき「目的志向」の基準を持ちこみ、該事態が果たして基本権の問題となるか否かを判断するというルステベルクの見解に対しては、その様な思考が基本権保護の縮小にならないかという疑念が、あるいは提起されるかも知れない。この点、目的志向を考慮するのは単に該事態が折々の基本権に関係するか否かを判断するためであり、それ以上でもそれ以下でもない。基本権保障の広・狭には中立的なのだ。ルステベルクは切り返す

(S. 212) が、この点は、本稿で取りあげられるもう一つの見地である、アーノルトの所論と突き合わせて判断しても遅くないと考える。

④ 基本権保障の「体系」という視点から、第三者（他者）の基本権との抵触も問われてくる。ボン基本法2—1 GGには、自己の人格を自由に発展させる権利の限界の一つとして、「他者の権利」が明示されている。ルステベルクのこの点の理解では、ここで言われる「他者の権利」とは、単純法律で初めて創設される様なものではなくて、社会の共生にとって「絶対に」不可侵の「unantastbar」基本的法益のことである。それは生命、人身の自由、人身の全一性、つまり基本法2—2 GGで言及される「地位の権利」——行為に関わるのでなく、外部と接触しない——に限定される。これらは明確に領域を画定される権利である。これらの初源的権利が——国ならずとも誰かの基本権行使によって潜在的にさえ脅かされるならば、国家を形成する平和的秩序——国による暴力独占を背景とする——が成り立たない。つまり「平和留保」Friedlichkeitsvorbehaltという基本権の限界である。これは、言わゆる「内在的制約」の一つとして挙げられてきたが、基本権「保障内容」論を豊かにしてくれる視点を含むとルステベルクは説くのである。(S. 216, 45ff.)

それでは、基本権担い手のいかなる行態がこれらの他者の「地位の権利」への侵害と見なされるのだろうか？それらに害しうる全ての行態が基本権保障から排除されるべきでないとするれば、ここでも「目的志向」——ここでは、基本権行使の——が問われる。(S. 217) 先述した国家行為の場合と同様に、該基本権行使が第三者の地位の権利を侵害することに「向けられている」時にのみ、それが基本権としての保護を失うことになる、と言うのである。それ故、危険度の高い行態だからと言って、それが当初から例えば研究の自由(5—3 GG)の「保障内容」から排除されることにはならない。



⑤2—1GGには、他者の権利の他にさらに「合憲的秩序」「人倫法則」が人格の自由発展の権利の制約事由として明記されている。後者に関して、制憲時には尚も一定の行為が反倫理的であるという了解があった(例えば同性愛行為)。今日でもドイツ刑法173条では、近親相姦が禁止されている。また、比較的初期に属する連邦憲法裁の裁判例で、ホモセクシャル行為は「我々の法社会の一般的に承認された価値観」になじまない、とされていた。(B 6, 389 (1955))しかし、ルステベルクは今日ではかかる価値観は認定困難であるし、「人倫法則」という觀念自体が今日のコンセンサスに反するのではないかと疑問を提起している。(S. 219)

次に、「合憲的秩序」の基準にも難しい問題が絡むが、しかし、基本権保障の問題設定から、このトポスを排除することはできない。憲法は国家活動の枠組を設定するものであるし、国家活動の適否は基本権に則して判断されるべきものだからである。他の二つの制約事由と違って、この「合憲的秩序」に訴えてなされる基本権制約については、法治国家的配分原理に則して正当化が要求されると言うのが、ルステベルクの主張である。(S. 219)その理解によれば、「合憲的秩序」は一方では個人の人格発展の権利への制約事由であるが、他面では、国家による基本権制約へのしかかる力(重し)という二つの顔をもつ。

(2) さて、次に、基本権「保障内容」が「正当化」論に対しても看過しえない意義をもつという見解も、ルステベルクの本研究の特色の一つであろう。前述(1)で言及された様に、保障内容の規定には既に「侵害」の目的志向性も考慮されていることと併せて、「保障内容」論はこの様な意味で勝れて「構造的」な基本権ドグマティックであると言える。

また、ルステベルクのこの研究で展開される保障内容論がただ留保なしの基本権—例えば芸術の自由—だけでなく、全ての自由権的基本権にも適用されると想定されている点にも留意したい。(S. 220, S. 231.)かくして全ての

自由権的基本権について、まず、は抽象的な、かつデフィニットな構成要件を規定することで、従来のドグマティックの様に基本権抵触を想定して正当化のレヴェルで、衡量論に訴えることは少なくとも主張するのである。仮に個別衡量が不可避であっても、少なくともその前に、基本権の構成要件についてのより堅固で安定した地盤が提示されうると言うのである。(S. 220f.) そのでルステベルクは、①法律の留保——法律を通しての自由、②そのうえでしかし、立法者の規律権限の客観的、主観的境界について正確な理解が求められているとするのである。

①基本権制約規定が法律で簡単に定められていても、専門裁にとって堅固な指針とはならない場合がある。この様な場合、劣い、憲法裁での個別衡量に持ち込まれることが多い。例えば意見表明の自由と名誉権をめぐる憲法裁判に、この様な場合が多いことをルステベルクは指摘するのである。(S. 222.) 法律でしっかりと、基本権制約(侵害)の要件が規定されること——行政庁への委任や一般条項への逃避でなくて——が重要である。ルステベルクによれば、憲法上の基本権制限条項は「プログラム」であって、実質的な制約については立法者が決定すべきなのである。言わゆる「本質性理論」と共振する見解であろう。問題は、かような立法者の「最終決定」が欠ける場合である。かかる場合、憲法裁は自らの見解を代置すべきではなく、問題の行政処分等につき立法者からの授権が欠けるものと判定すべきだと言うのがルステベルクの見解である。

②確かに、法律を通してこそ自由は現実化するものであるが、だが、立法者に基本権制約についてのフリーハンドを与えてよいわけではない。まず、比例原則、少なくとも、「適切性、必要性」の意味でのそれは今後も維持されるべきであろう。この原則については、例えばB・シユリンクは決定的な役割を期待しているが、ルステベルクはやや慎重である。両者の見解の相違は、「必要性」について「評価」なしに審査しうるか否かの見解の違いである。<sup>21)</sup> ルステベルクは、そうは行かないと言うのである。尤も、その審査の重心が明らかに、将来の事実の診断(予測)

にあるとする点では、両者同じである。(S. 223)

とまれ、憲法裁判においても比例原則については必ずしも首尾一貫した適用がなされているわけではない。また、比例原則それ自体にも様々な問題点が指摘されてきたところである。

次に、ボン基本法19―2 GGは基本権「本質内容」保障との関係で、立法者への客観的限界(Ⓐ)、主観的限界(Ⓑ)について、ルステベルクとともに一べつしておきたい。

Ⓐこれは、国家が侵害しえない個人の無条件の固有領域として、抽象的でデフィニットな限界とされるものである。基本権の「本質内容」の客観的規定については、侵害の強度をめぐる議論や、いわゆる制度的保障の「核心」をめぐる議論なども有力な示唆を与えてくれる。ルステベルクによると結局、「基本権の歴史的危機状況」に照らして、国家には一定の行為の選択肢が完全に閉ざされている。(S. 227)

また、基本権的自由の保障が原則でなくて例外になるという場合にも、「本質内容」の侵害が想定されうる。例えば自己情報決定権に関して言うと、膨大なデータ集積が常態となるならば、本質内容の侵害の徴候があると言わなければならない。同様に、集合法は届出義務を規定している(同14条1項)ところ、それは基本法8―1 GGの構成要件の一つ(「届出又は許可なしに」)を法律で廃止することを意味している。これによって、集会の自由が極めて限定された例外的なものにされてしまうのであり、憲法上は許容されないとルステベルクは論定している。

尚、ルステベルクは2―1 GGの人格の自由な発展への権利を「一般的行為自由」に解した場合、その「本質内容」を規定することの困難さを指摘しており、一般的行為自由には固有の内容的基準が欠如していることの帰結であるとしている。(S. 228)この点でも、後述のアーノルトの見解とは好対照を成している。

Ⓑルステベルクは、立法府による基本権侵害に対する主観的限界として、比例原則の第三の段階である「妥当性」

審査を挙げる。これは警察法本来の原理であり、個々の事件に関わる執行権を志向したものである。この審査が通用するのは、問題状況が「目的—手段」の関係に有意味に定式化でき、かつ、公共一般でなく個人の領域への干渉が絡む場合に限定されると言うのが、ルステベルクの見解である。これとは別に、過剰審査としては受忍要求可能性 *Zumutbarkeit* が学説によって定式化されるに至っている。この基準は、ルステベルクによると、具体的の場合に基本権担い手に特別に重い負担が荷されていないかを検討するものである。そして、具体的な当事者に保障された行態が全く——あるいは原則として——不可能ならしめられるならば、そこに受忍要求することのできない侵害があると言うべきであると、ルステベルクは論定する。

以上、ここで小さなまとめをしておきたい。それは、正当化の段階でも——と言うことは、前述した如く侵害についても同様である——第一に、個々の基本権に特有の保障が志向されるべきであり、第二、立法権、行政権、司法権を基本権に拘束するためには(1—3GG)比較衡量以外にも十分な手がかりが存する。少なくとも基本権ドグマテイクにおいて包括的な衡量論への回帰は断念されるべきだ、とルステベルクは主張するのである。(S. 230)

## 7 総括——「保障内容」論の展望

以上をふまえて、ルステベルクのデイズェルタチオンの結論をここにまとめておきたい。それはまだ、詳細を今後委ねた将来的なプログラムではあるものの、現段階では、基本権ドグマテイクとしての「保障内容」論の骨格は次の様に提示される。まず、それは①従来の「保護領域」論——具体的事件において基本権規範が関係してくるかどうか——の段階と、②「正当化」の段階との二段階から成る。以下は、基本的には①の内部構造についてである。①については、これまで保護「領域」という表現に付着する空間的・領域的意味合いに批判が出されてきた。<sup>(22)</sup>

しかし、ルステベルクにあつては、既に述べた様に「国の侵害からの防御」に焦点を当てる見解と相まって、自由「領域」とは一定の諸自由のグループの意であるとして、「保護領域」の概念が尚も維持されるべきだとされる。そのうえで、保護領域は「事物領域」と「保障内容」に分節化される。(S. 232)「芸術」「職業」「集会」「意見表明」……などの事物領域の規定は、基本権の構成要件の抽象的でデフィニットな明確化に寄与する。この様に、ルステベルクが「領域」概念を維持しようと企図していることは、しばしば用いられている「保障領域」Gewährleistungsbereichという表現からも看取りしうるであろう。

そして、「保障内容」の審査段階は一種の微調整の段階として位置づけられる。(S. 233)つまり、基本権担い手の行動も、国側の侵害的行動も、該基本権に特有の保障に係るものであるかどうかが問われるのである。この審査段階には従来の保護領域論は勿論、「侵害」審査も取り込まれている。まさに、この段階で、(歴史的)危機状況、保護目的、及び該基本権への基本権担い手の特有の関わり方が重視される。また、従来の侵害審査で重きを与えられてきた問題、つまり、申し立てられている侵害的負担的効果がどこまで国に帰責されるかも、この段階で論じられるのである。

以上からも、①内部の二つの審査段階(事物領域審査と保障内容審査)には交差が生ずるものであり、両者はこの意味でも「構造的に」絡み合っている。にも拘らず、両者はやはり分節化されるべきだと言うのがルステベルクの見解であろう。ともかくもまずは、折々の基本権の「保障内容」を抽象的・デフィニットに規定することを通して、硬直的でない、従って安定的で柔軟な審査プログラムの樹立を目指したいということなのである。その際、①の段階が上手く運ぶ限り、②正当化の段階で比例原則・衡量論に過度によりかかる必要もないことになる。

注

(111)

- (1) もっとも、W・ヴァイスの短評では、基本権各々の「内容」を明らかにするというよりは、そのための方法論の開拓の試みに「ルステベルク」の研究の重心があるとされる。W. Weib, AöR 2009, S. 620f.
- (2) Vgl. H.-J. Papier, 'Vorbehaltos gewährleiste Grundrechte', in: hrsg. D. Merten, H.-J. Papier, HdGR, Bd. III, 2009.
- (3) 参照、木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効力」下憲判研編・ドイツの憲法判例一二六頁以下。
- (4) 参照、野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性」下憲判研編・前掲三三三頁以下。
- (5) 初期連邦行政裁の裁判例を検討したO・バホフの見解では、本来、「内在的制約」とは法律による規制以前に、基本権自体に内在する限界のことである。にも拘らず、連邦行政裁は基本法一九条二項＝本質内容保障を無視して、優越的「社会留保」によって本質内容の侵害をも正当化してしまっている。バホフはまた、「社会留保」概念の不明明なこと、G・デューリヒと同様に基本法二条一項の三つの制約事由を明確にすることの重要性を指摘した。O. Bachof, JZ 1957, S. 334ff. (337f.) その後、一九七〇年代初頭の二つの憲法裁判例、E28, 243 (261), = 兵役拒否、E30, 173 (192) = メフィストなどで「内在的制約」論が確立されていくわけである。
- (6) クラウスの所説については、参照、須藤陽子・比例原則の現代的意義と機能四三頁以下。
- (7) 同様に批判的見解として、E. Forsthoft, Der Staat in der Industriegesellschaft, 1971, S. 237f., E.-W. Bockenförde, Staat, Verfassung, Demokratie?, 1992, S. 183f., 196f.
- (8) 拙論『事案』主張の自由について」高岡法学一二巻二号七九頁以下。
- (9) ルステベルクには別途、言わゆる「阻止的封鎖」行動が基本法八条の集会の自由に含まれるかどうかを論じた論稿がある。そのなかでは、比較衡量の手法が前提されているように思われる。とすると、ルステベルクの本文の所論も、比較衡量自体を否定する趣旨ではなく、現段階ではそれを適切に統御する道具立てが十分には確立していない。そこで、比較衡量が有意に活用される領域・段階、及びその効果が限定されているという趣旨なのだと思いたい。Vgl. B.

Rusteberg, NJW 2011, S. 2999ff. (3002f).

(10) これに対し、「保障国家」概念及びこれに結合した形で展開される基本権ドグマティックについて各々、悲観的な見解として、M. Knaut, DöV 2009, S. 581ff., R. Martins, DöV 2007, S. 456ff.から、あまりに多面的で概括的なこの概念は今後、放棄されるべきだ、と言うのは、C. Franzius, Der Staat 2003, S. 493ff. (517)

(11) そして、確かに、かの薬事法判決では、基本法一二条一項＝職業選択の自由は社会経済秩序の客観原理を宣言したのではなく、職業を選択し営む基本権を個人に保障するものだ、とされていた。E7, 377 (397).

(12) かような固執によって、基本権の多次的機能、とりわけその客観法的作用に対する不感症化がもたらされるといふ批判が提示されている。ヴァイスによると、基本法を専ら自由主義憲法として「歴史化」することで、国の不作為による基本権侵害が見落とされてしまう、と。W. Weib, a.O., S. 622. この批判が的を得ているかどうかは要検討である。

(13) 但し、ルステベルクが⑦の見地に位置づけたホフマン・リームによっても、⑧の「枠秩序としての憲法」というコンセプトが共有されていることについては、旧拙稿・高岡法学一六巻一・二合併号一七頁<sup>(9)</sup>。

尚、「枠秩序としての憲法」と憲法裁判というテーマについては、ケルゼンとシュミット間の「憲法の番人」論争に言及して、前者の法動態論の意義を強調する、M・イエシュテットの論稿がある。イエシュテットも、まずはベッケンフェルデと同様に「枠秩序としての憲法」は主観的―歴史的解釈の対象であるとするが、ケルゼンの影響もあって、法静態と法動態との一体としての憲法という見方を提示する。そのうえで、ベッケンフェルデと同様にイエシュテットは、基本権保護領域を広く解する憲法裁の裁判例については批判的である。M. Jestaedt, 'Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit', in: hrsg. Th. Vesting, S. Korioth, Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011, S. 317f.

(14) 労働者の経営決定への参加の強化の憲法的可否が争われたこの判決の重心は、基本法としては経済秩序については中立的であることを強調している点にある。そのうえで、経済秩序の立法的形成も、基本権の第一次的側面である個人

の権利性を後退させてはならないと釘を刺しているのである。尚、参照、栗城壽夫「所有権等の規制と立法者の予測」  
下憲判研編・前掲二四五頁以下。

- (15) 同旨、拙稿「憲法の最高法規性という点」早大・法研論集五一号二九頁以下(五一頁)。
- (16) 同旨、H.-J. Papier, a.a.O., Rn. 14ff.
- (17) W. Hofmann-Riem, NVwZ 2002, S. 257ff.の新しい動向に批判的な見地から、Ch. Möllers, NJW 2005, S. 1973ff.の論稿でメラースは、連邦憲法裁の近年の裁判例が、民主制や市場秩序の様な客観的なもの、制度的なものに個人の自由を奉仕させる「機能主義」に陥っているという批判をしている。同様に、比例原則も侵害の強度に着目した個別的基準というよりは、ある憲法法益が法秩序全体に対していかなる意義を有するかという一般的な論拠の方に重点移動しているという指摘もなされている。但し、メラース自身も、基本権保障の内容を明確にして、一層実効的な保障を期することは正当な関心であるとしている。
- (18) W. Hölling, Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen antiken Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungsstendenz, 1987.
- (19) 前注(9)でも触れた通り、恐らくはルステベルクのNJW論文がこの見地に立つものであろう。この論稿では、「保護領域」という用語が使われており、いわゆる「阻止的封鎖」行動がまずは集会の自由に含まれるか否かが問われている。それが集会の自由に含まれると判断された場合にはじめて、対抗的法益との衡量が行われるとの趣旨が述べられている。B. Rusteberg, a.a.O.
- (20) 以上については、とりわけR・ドゥオーキン・権利論Ⅱ(小林公訳)の第十章「自由とリベラリズム」、第十一章「どのような権利を我々は有しているか」を参照されたい。
- (21) 「評価」要素について、課税限度をめぐる憲法裁判例、とくにE93, 121 = 統一価格Einheitswertに即して、確かに実定法の完全な客観的認識は語りえない。しかし、評価は全面的に恣意というわけでもないとして、批判可能性、社会的



- (間主観的) 客観性、規範的客観性の三点から衡量及び比例原則の手法を支持するものとして、J.-R. Sieckmann, Der Staat 2002, S. 385ff. (392ff.)
- (22) 拙稿・高岡法学一六巻一・二合併号三一頁に挙げたホフマン・リームの見解。

## II. 基本権「保護領域」論を支持するディゼルタチオン

Iで取材されたルステベルクの学位論文が近年有力に提唱されつつある「保障内容」に棹差すのと対照的に、従来型の保護領域・侵害・正当化(「保護領域」論)の枠組を尚も維持すべきだという見解が——既にIでも言及した通り——に、アーノルトによって支持されている。以下、そのディゼルタチオンによって、まずは基本権ドクマティーク総論レヴェルで、ルステベルクの見地との対照性を確認しつつ、併せて具体的な憲法裁判例への評価(評釈)という点で、これら二つの見解がどの様な違いを見せるのかも考察したい。

### 1. 基本権「形成」「侵害」「保護領域の限定」についての概念的整理

(1) アーノルトの本研究の特徴の一つとして、基本権の「形成」Ausgestaltungと「侵害」Eingriffの区別、あるいは基本権形成と「保護領域の限定」Schutzbereichsbegrenzungとの区別についての概念的整理が、研究全体の前提作業として与えられていることが挙げられる。これは、近年、とりわけ連邦憲法裁判第一法廷には、自由権の基本権の保護領域を狭く解する傾向がある一方、同時に立法府に基本権の形成——しばしば内容形成とも呼ばれる——を広く認める傾向もあるという認識に立つからである。(S. 19)この二つの動向の関係が問われるわけである。か

ように、基本権ドグマテイクにおけるパラダイム転換とか称される現象を前にして、彼女は、まず、広義で保護領域の限定と言われる事柄のなかには、基本権形成と狭義での保護領域の限定があることを押さえることが重要だという指摘をする。

(2) 基本権「形成」のフィギアについても近年、まとまった研究が公表されているものの、未だ確固たる定義には至っていない。そこで、基本権「実現」とか基本権「刻印」とか、保護領域の「間接的縮少」とかの表現も用いられており、用語としてもマチマチである。基本権「形成」という表現が用いられる場合でも、その意味内容には統一性が欠如しているという状況である。また、これらのフィギアと「侵害」の関係も不分明のままである。それだけに、アーノルトの見解としては、以上の諸フィギアと侵害のそれとをしつかりと区別することが、基本権侵害への「正当化」要求及び立法者に対する憲法裁のコントロール基準との関係で理に適っていると言うのである。(S. 23)

(3) 基本権「形成」という概念の適用範囲は限定的であると言うのが、アーノルトの見解である。(S. 32)このフィギアが通用するのはとりわけ、立法権への形成委託が明示されている所有権・相続権(14 GG)、婚姻・家族の保護(6 GG)、権利回復のための出訴の権利(19—4 GG)であり、これらは「規範刻印」的なものである。但し、アーノルトによって、放送の自由(5—1② GG)、団結権(9—3 GG)についてもその様に解しうるかは議論の余地があり、他方で「規範刻印的」基本権といわゆる「制度的保障」とが大きく重なり合うという指摘がなされている。(S. 26)

以上に対して、「自然的な自由」として「事物的に刻印された」保護領域をもつ基本権については、「形成」の概念は通用しない。(S. 27)この点は異論の存在を認めたくえで、基本的には自由権≡防御権には「形成」フィギア

は用いられるべきでない。アーノルトの警戒するのは、自由権の主観的・防禦権的次元が動揺してしまうことに対してである。(S.30)

(4) 上述(3)をふまえたうえで、基本権「形成」と「侵害」との区別はどこに引かれるべきであらうか。勿論、基本権「形成」であっても、国権の発動として立法権は拘束される。(1-3GG) そのために——この拘束があるために——議会は、基本権を確保するための積極的任務履行をちゅうちょするか(立法不作為)、さもなくば、議会の立法行為が「侵害」とは言えないので、それへのコントロールが放置されてしまうというジレンマ、もしくは、すきまが往々にして発生する。(S.32) アーノルトがここに提示したのは、言わば基本権形成と侵害との「間」の問題と表現することができよう。いずれにせよ、基本権を「形成」する立法者がどこまで基本権によって拘束されるかについては見解の一致があるわけではない。また、基本権「侵害」下グマテイクの枠組——保護領域・侵害・正当化——がそもそも、基本権形成にも——また、どこまで——適用可能かという議論もあるところである。(S.33ff.) この点で、アーノルトは、基本権形成については立法院の民主的正当性と規範刻印的基本権の内容的開放性に照らして——勿論、基本法1条3項を尊重して——立法院には広い決定裁量を与えられて然るべきだ、と論定している。(S.35) その上で、適切性・必要性——比例原則——についての広い裁量は別として、形成的立法者も侵害の場合と同様の正当化要請に服すると言うのである。「かくして、立法者が、侵害法律でなくて形成的な法律という行為形式を口実として、包括的に課されているはずの正当化の重しから免れられないことが保障されるのである。」(S.36) かくように、基本権形成立法と侵害立法とは、憲法・基本権によって拘束される程度の違いがあるに過ぎない。基本権「侵害」と「形成」を区別する基準については諸説あるところ、アーノルトはそれを立法によって守るべき法益の違いに求めている。形成については、形成されるべき基本権そのものの客観的内容が、侵害立

法の場合には、侵害される基本権とは別の法益が守られると論定するのである。(S. 40.)

(5) 次に、近年の有力な動向である狭義での、「保護領域の限定」＝「保障内容」論と基本権形成との区別について——。両者はともに、該立法行為を侵害とはみなさないといい点では同じである。但し、前者では該行為が侵害と見なされないならば、正当化段階の審査は行われぬ。後者では、侵害という評価が下されなくとも、尚も正当化審査が行われるという違いはある。さらに、アーノルトによれば、保護領域を限定する意図が直接、憲法裁の基本権解釈から来るのかどうか。それとも、まずは基本権内容を明らかにしたり具体化する権限を立法権が有しており、その上で憲法裁がただ審査したり、場合によっては憲法適合解釈することなのか、決定的に重要である。この様な整理が与えられた上で、このデイゼルタチーンでの検討の焦点が、狭義での保護領域の限定、つまり直接憲法裁によって基本権の保護領域が限定される場合に置かれると明言されている。(S. 44.)

## 2. 連邦憲法裁の最近の裁判例に即して

(1) 近年のドイツ連邦憲法裁の裁判例の分析・検討に入る前に、アーノルトの論述に即してまず、学説における基本権の「広い」構成要件理論と「狭い」それとを対比して、各々の特徴につき一べつしておきたい。前者は、基本権の保護領域をまずは広く措置したうえで、制約の段階でこそ「確定的」な保障がその姿を現すと考える見解である。これをアーノルトは、「外部」理論とも呼んでいる。これに対して、事後的に第二段階で制約の必要性を認めるものの——この点では外部理論——、しかし同時に基本権の構成要件を狭く解する、つまり、そもそも基本権は内在的に制約されているとする点で——この点では「内部」理論——、「狭い」理論は内部・外部の結合論理であると位置づけている。(S. 80.)<sup>3)</sup> ここで言われる「内在的制約」は、通常の意味での制約ではなく、そもそも基本

権の保護領域の限界であって「保障されていない」という意味である。

問題は、このように狭く解された保護領域を画定する基準である。そのために様々の基準が提示されているところ、アーノルトは各々に難点を指摘したうえで、既に先述部分で予示しておいた様に基本権構成要件を広く措定する理論を支持するのである。これにも様々のバージョンがあるが、アーノルトが有力であると見るのがR・アレクシーの「原理」論である。それは、問題となつている基本権「原理」にテーマとして含まれる行態は全て、とりあえずその保護領域に入ると言うものである。その背景には自由主義的基本権理論が控えており、基本権的自由は、まずは構成要件論のレヴェルでは何らの内在的制約に服するものでなく、制約はむしろ常に外部から持ち込まれるものである。その際、正当化責任は国側にあると言うものである。(S.85) 無論、この理論に対しては様々の批判が提起されているが、アーノルトは逐一、それらに反論して、やはりこちらの見解(「広い」構成要件論)に立つことを鮮明にしている。どうやら、アレクシーの「原理」論に対する態度決定という点でも、ルステベルクとは対象的である。

(2) 以下、アーノルトによって連邦憲法裁——基本的には第一法廷——の裁判例から、一定分野を選択して、その基本権ドグマティックの輪郭を明らかにしたい。その際、Iで取材されたB・ルステベルクの学位論文が基本権「保障内容」論のリトマス紙としてとりわけ芸術の自由の判例法理を大々的にとり上げていたことに鑑て、やはりこの分野の裁判例に注目したい。(↓①) 次に、やはり新しい動向の存在が指摘されてきた集会の自由の判例法理をべつしよう。(↓②)

①さて、ボン基本法で保障される芸術の自由は、いわゆる規範刻印的基本権(前述した様に、9、14、16GGなど)と違って、純粹に「事物刻印的」な基本権である。それは、芸術の価値が国によって公定されること——ナチ

ス期の様に——強い警戒感によって裏づけられたものである。<sup>(4)</sup>メフィスト判決<sup>(5)</sup>(E30, 173) 以来の判例法理としては、芸術の「作品領域」だけでなく「作業領域」も保障されるためには、<sup>(6)</sup>芸術的創造活動の生活領域全体が国の影響力行使から逸れているのでなければならぬという事が重要である。(S. 92.) 同時に、5—3①CCには客観(法的価値決定という次元)があり、国には芸術に対する保護・配慮・促進の義務があるという法理(E30, 173 (188))もそうである。かくして、基本法において芸術自由が占める高い地位が「留保なしの」基本権とされている点に表現されている。その侵害は、対抗的憲法法益——ないし内在的制約——によってのみ正当化されてきた。(E30, 173 (193))

比較的近年、ドイツ世論・学界を二分して熱く論じられた裁判例として、連邦憲法裁のエズラEzra決定<sup>(7)</sup>(E119, 1)が挙げられる。M・ビレーの言わば私小説であるが——丁度、日本の裁判例としては「石に泳ぐ魚」事件<sup>(7)</sup>が想起される——、モデルとされたと言われる二人の女性が一般的人格権の侵害を理由として、審級裁判所にその小説の爾後の出版・普及の差し止めを求めたことに発する憲法異議事件である。

この作品では、女優エズラと語り手(私)である文筆家アダムとの恋愛模様が部分的には詳細に——性交渉についても——描かれている。エズラの家族関係にも言及されており、エズラは母(ラーレ)に従う独立心の弱い女性として描かれている。母⇨ラーレについては、うつ病気味で、アルコール依存症であり、エズラなど家族に専横なふるまいをする人物という設定である。そのうえで、この小説のあと書きには、登場人物はあくまでも架空のものであり、仮に実在(過去の実在者も含めて)の人物との間に類似性があっても、それは偶然であるうとの旨が記されている。

憲法異議を申し立てたのは、出版社の側である。審級裁判所が出版の差し止めを認めたことが、芸術の自由への

侵害である主張したところ、結論として憲法裁は、ラーレたる母として描かれた女性に審級裁が不作為請求権を認められた限りで、出版社の主張を認めた。他方、エズラとして描かれた女性に審級裁が不作為請求権を認めた点については、芸術自由への侵害があるとは認められなかったと言っているものである。

事案及び憲法裁での結論は右の如くであるが、理由づけはどうか。本件で憲法裁は、該基本権の意味について専門裁（審級裁）が「原理的に誤った見解」に立脚していなかったかどうかが<sup>(8)</sup>、本件の全ゆる具体的状況に照らして、と言うことは詳細な比較衡量論によって出版差し止めの憲法適合性を審査したことが特筆される。この点が、上記メフィスト判決よりも、本件での憲法裁が一層深く踏み込んだと言われるゆえんでもある。<sup>(9)</sup>それは恐らく、出版差し止め（禁止）が芸術自由に対する特に強力な侵害であると考えられるからであろう。ただ、保護領域の問題に関しては、連邦憲法裁は、芸術という概念が完結的なものでないとして、「小説」<sup>ノベル</sup>は言わゆる「開かれた芸術」概念の下に入る、と説示したにとどまる。(S. 107)

連邦憲法裁によれば、留保なしの基本権である芸術の自由と言えども、一般的人格権（2—1GG+1—1GG）を侵すことは許されない。では、一般的人格権が害されたと言える条件は何か。①まず、憲法裁は、モデルが「特定可能」であるという条件を挙げる。メフィスト判決ではこの点に関して、少なからぬ読者層の視点からの特定可能性に言及していた。(E30, 173 (198).) これならば、多かれ少なかれ著名である人の人格権保護に限定されよう。然るに本件決定の多数意見は、多かれ少なかれ当該人物を知る範囲の人々の視点から特定可能性を論じている。(E119, 1 (25).) 但し、ある程度事情を知っている読者がその人物を特定できるためには、諸々の要素（特徴や事情）が強く重なり合うことが必要だとも説示されている。(E119, 1 (26).)

②当該人物が特定可能であるということだけで、人格権侵犯になるわけではない。そこで、その侵害が軽度でな

く、芸術の自由を後退させねばならない程に、それが重度の侵害かどうかが検討される。憲法裁が抽象的な衡量の基準として「芸術に特有の考察法」というものを設定するのが、この文脈においてである。それは、現実世界の基準ではなく、芸術に特有の「美学的」基準である、とされる。同旨はメフィスト判決でのシユタインの反対意見でも述べられていた。(E30, 200 (203E)) その際、メフィスト判決との対応で、似像≡小説の登場人物が素材の芸術的な取り扱いによって原像≡実在者に対して独立化されているかどうか。個人的、一身的、親密的なるものが、登場人物の一般性・記号性 $\text{Zeichenhaft}$ に媒介されて客観化されているかどうかが重要である。(E119, 1 (28)) けれど、異化 $\text{Verfremdung}$ /フィクション化の手法である。尚、憲法裁によれば、芸術の自由は、文芸作品の読者が成熟した人であり、現実の記述とフィクションとを区別することが要請されるのであり、小説という文学作品についてはまずはフィクションであるとの推定が働らくとしている。(E119, 1 (28))

さて、本件で憲法裁は、具体的事案での芸術の自由と一般的人格権との衡量のために、言わゆる「 $\sim$ すればする程一層 $\text{Je desto}$ 」とこう定式を、アーノルトによると、しかも二重に持ち込んでいる。それはまず、似像と原像との一致が強くなればそれだけ一層、人格権侵犯が強く推定されるということである、第二、作品の論述が人格権の「核心」に触れれば触れる程に、人格権侵犯を逸れるには、より一層フィクション化、異化がなされねばならないということである。(E119, 1 (30)) アーノルトは、この二重の $\text{Je desto}$ がメフィスト判決での「原像—似像」定式からの発展形式に他ならない、と位置づけている。(S. 108)

右の諸基準により、連邦憲法裁はエズラのモデルとされる女性についてのみ専門裁による一般的人格権の侵犯があったと判定したのである。エズラの母(ラーレ)について「うつ病気味で、アルコール依存症云々」という点は、フィクション性が推定され、さらには「芸術特有の考察法」からは許容される、と。片やエズラについては親密情



報、性交渉につき詳らかに描かれている。かくして、人間尊厳の「核心」に触れる重大な人格権侵犯があった。この点に関して、読者が右の叙述をフィクションと考えることは期待できない。何故ならば、憲法裁判によれば、該叙述は「私」という「語り手」自らの体験として書かれているからである。

本件憲法裁判の説示をめぐって、賛否二分された。支持する見解としてはまず、「小説」という文芸ジャンルが原則としてフィクションであると推定されると述べた点を賞賛する。本件で反対意見を述べたホフマン・リームによっても、この点は同調されている。(E119, I (48))。メフィスト判決でも、ここまでは大担でなかった。かの「芸術に特有の考察法」の採用についても支持されている。また、人物の「特定可能性」につき、周到な調査によって始めて実在人物が同定されるというのでは「特定可能」とは言えないと論定している点も高く評価されている。芸術自由と人格権との衡量に際して、Jedrejsoの定式が二重に組み込まれており、衡量が詳細化されている点についても、同様である。<sup>10)</sup>

逆に、批判的な見解としては、右に挙げた「芸術に特有の考察法」、小説についてのフィクション推定などが一般論としては芸術自由に手厚く友好的な外観を呈してはいる。しかし、まさに本件への「あてはめ」という段階で、芸術自由に冷淡な結論に反転しているという指摘がある。<sup>11)</sup> (S. 111.) また、親密な詳細事の叙述にとつて本質的な部分——例えばこの作品での性交渉の叙述——については、一般論とは逆に、フィクション推定を撤回した様な結論になっていると述べるのは、ホフマン・リームの反対意見である。<sup>12)</sup> (E119, I (50))。概して、本件憲法裁判の述べた一般論＝総論と、その本件事案への「あてはめ」＝各論との齟齬が批判されるわけである。

賛否両論あるなかで、アーノルトの見解はと言うと、批判的・消極的見解の方が説得的だとする。それは、憲法裁判の本件決定が事実上、保護領域を限定しているからだと言うのである。それによると、芸術というものに異化・

フィクション化を結合している点に、本決定が保護領域限定の立場にあることが表明されている。つまり、芸術というものを内容的に方法的に狭く刈り込んでいると受けとめるのである。

さて、アーノルトの見解では、(i)保護領域の規定に際して、(ii)一般人格権の件りでの人物の「特定可能性」に絡んで、(iii)抽象的な衡量基準としての「芸術に特有の考察法」をめぐる件りで、(iv)具体的衡量を導く「Le-desin」の定式のなかで、憲法裁による右の刈り込みが行われている。総じて、芸術とフィクション化・異化との結合によって、一応の芸術自由の保護領域の段階で既にしほりがかけられている。と批判するのである。(S. 112f.) 連邦憲法裁に従うと、「芸術に特有の考察法」とフィクションの程度には関係があり、「語られた物語」——本件は、語り手が一人称で語る私小説であつた——の場合、読者がフィクションであるとは受け取り難い作品には最初から、「芸術に特有の考察法」が適用されない。そうすると、著者が読者をして、その作品がフィクションであると思わせうるか否かの基準は、語り手のパースペクティブ（語り口など）、詳細さ、写実性、現実との一致・不一致の程度ということになる。憲法裁は本件で、保護領域についての簡素な件りで芸術概念の「開放性」を示唆しているが、実は、反対で、一定の形式によって把握られる狭い芸術概念を志向しているのだ、とアーノルトは批判する。一定の形式によって（例えば）小説とは見なされない、（例えば）実用書には「芸術に特有の考察法」は適用されないのだ、と。「実用書に対して、形式的に小説という類に分類されるものだけが、芸術に特有の考察法を享受するに過ぎない。」(S. 114.)

ここで翻つて、エズラ決定についてのルステベルクによる論評に言及しておきたい。上述したところまでで既に、アーノルト及びルステベルク両者の基本権総論レヴェルでの対照性については、ある程度まで浮き彫りにすることができたと思う。以下では、従来の基本権「保護領域」論と基本権「保障内容」論とは、具体的な憲法裁判

例に対する評価というレヴェルでの様な違いがでてくるのかという視点からアプローチしたい。エズラ決定の側に即して言うと、芸術の自由が人格権論の憲法裁判例における微妙な位置故に、アーノルトだけでなく(上述)、後述する様にルステベルクからも手厳しい批判を受けていることが注目されるのである。

さて、ルステベルクによると、連邦憲法裁判のメフィスト判決以来、芸術の自由対(一般的)人格権の問題は衡量の問題として位置づけられてきた。エズラ決定もこの点では変わらない。但し、メフィスト判決と比べると、エズラ決定の多数意見は法廷意見でさえ、芸術の自由を強化しようとする方向にある。また、メフィスト判決と比べて、エズラ決定での衡量はより詳細なものとなっており、それが前述したところの *Jedeston* 定式として表現されているわけである。(BR. S. 241) それにも拘らず、憲法裁判は、結論としてこの小説の出版禁止を支持している。しかも、二人の異議申立人に関して理由づけを異にしている。憲法裁判はなるほど母については「その人と分かる」と認めたものの、それでも実際にはフィクション性の推定から立論していた。それによれば、登場人物・ラーレの行動・属性全てが申立人のものであることは、小説からはありそうにない。むしろ小説は「第二の次元」を有する。審級裁判と違って、連邦憲法裁判の多数意見では、ラーレについてはほとんど不利な叙述も「誹謗」*Schmähung* であるとは認められない。ラーレは小説のなかで役割を与えられており、結果として、母・娘・その愛人の関係という問題設定においても、現実とは無関係に十分に「典型化」されていると見たわけである。

これに対して、憲法裁判の法廷意見では、エズラに関してはフィクション性への問いが全く周辺化されていることが驚きである、とルステベルクは言う。多数意見は、エズラとアダムの性の愛交渉、エズラとその娘との関係が人格権の特に保護された領域に属することを出発点としており、フィクション性云々には依拠してこなく。(S. 242) 多数意見によれば、エズラが申立人であることが明確に同定される以上、この小説で上述された事柄が現実に本当

に起きたことなのかどうかは問題とならない、ということになる。

憲法裁の多数意見に対し、結論・理由づけ双方においてほとんど説得力が欠けるというのが、ルステベルクの論評である。この点では、前述のアーノルトの見解と一致していることが興味深いところである。在来の基本権「保護領域」論、近年の「保障内容」論に各々裨差すところの二人の論者いずれからも、批判的となつていくことが、エズラ決定の判例法理上の微妙な位置を照らし出している様に思われるのである。アーノルトの見地からは、本決定が基本権の保障領域を限定するもの——つまり、「保障内容」論の側に接近していること——であることが批判されたのであった。これに対して、ルステベルクが批判するのは、本決定も裨差すところの衡量論——さらに行く、アレクシーらの「原理」論——には特有の困難が待ち構えているということである。それにも拘らず、実は本件多数意見のなかには、「保障内容」論と通底する視点が示唆されていたのだ、と指摘しているところもまた注目されるどころである。(S. 243f.)

ルステベルクの見解では、実は、憲法裁はフィクション性の程度を云々した箇所とは別の文脈で、重要な視点を提示していた。それは、多数意見がエズラという登場人物との関係で一般的人格権の「核心領域」という「内容」の問題を論じた件りである。そこでは、一般的人格権への侵害が重大であると評価されており、そのため叙述がフィクションか否かという問題意識は背景に押しやられた。そこで、ラーレの場合とは対照的に、その後の論脈では人格権と芸術の自由との関係というテーマは出てこない。エズラについては、人格権だけが論じられた。もはや、一般的人格権への侵害が重大であると認定された以上、フィクション性が推定されたり、芸術の自由への適切な顧慮云々(言わば比例原則・比較衡量のテーマ)は語られえない。ルステベルクは、ホフマン・リームの反対意見と同様に、かかる場合には、モデルとされた人と登場人物との一致がそもそも排除しえないならば、人格権侵害

が認定されて然るべきだった、と言うのである。

ルステベルクは、憲法裁多数意見の少なくとも右の行論に、衡量論から専ら人格権だけを集中的に論じるといふ重心移動が見られることを指摘している。芸術の自由は確かに法律の留保を伴わない基本権であるが、無制約に保障されるわけではない。芸術の自由の中に、一般的人格権のための留保（制約）が内在する。芸術の自由による一般的人格権への看過しえない侵害が認定されるならば、一般的人格権が優位する。ここで尚も、芸術自由を對抗的法益としてもち出すことは、この点をあいまいにするだけである。(S. 245) かような、あいまい化の試みが、アレクシーらの「原理」論に依拠して展開されるが、かかる試みは「憲法の統一性」という考え方によって拒否される、と主張するのである。

結局、エズラ決定に対するルステベルクの批判の重心は——アーノルトのそれとは反対に——その多数意見が基本権の「保障内容」というテーマを正当に示唆しつつも、それに徹し切れていないという点にある。二人の論者の当決定への批評の視点のズレこそが、当決定が在来型の「保護領域」論と最近の「保障内容」論との間で微妙な位置にあることを裏書きしていないだろうか。

② 集会の自由は、連邦憲法裁により個人の自由の集团的継続とされ、基本的には防御権として位置づけられている。(E69, 315 (343)) 勿論、学説史的には英米憲法史上の請願権とも結合してきたものであり、政治的意義をもつものとして「民主的共同体の不可欠の機能要素」とされるものである。かように、意見表明の自由と並んで、集会自由は民主制にとって構成的で高次の権利として位置づけられる。しかし、集会自由の保護領域ドグマティック全体を、連邦憲法裁のように「民主的、機能的」(S. 51E) に意義づけようとする企てに対しては、アーノルトは、この基本権が第一義的には防御権的性格を有することの意味を没却せしめる不当な要求だ、としている。(S. 117)

連邦憲法裁の裁判例では、集会自由の保護領域がまずは広く設定されている。基本法が明記する「平穩に」「武器を伴わずに」という条件付ではあれ（8—1GG）、集会の開催、さらには集会に関係する活動をも保障するものであると解されてきた。（E73, 206 (248), E104, 92 (105f)）勿論、ここには消極的な集会の自由——動員のために狩り出されない権利——も含まれる。「集会」の概念については、多数の人々が一つの場所で共通の目的のために集合することという点では大方、一致が見られる。

争点として争われてきたのは、集会の自由と見なされるためには、集合の目的がどのようなものでなければならぬかという点であった。集合の目的は任意のものでよいという見解によれば、集会の自由の核心は、集団的な形態をとるにせよ結局、「個人の人格発展」にある<sup>(14)</sup>。また、その目的は共同の意見形成・共同の意見表明でなくてはならないとしても、その議論対象については何があってもよいという見解も、同じ陣営に立つと言ってよい。ブロードルフ決定で憲法裁は尚も、広い概念を採用していた。「基本法8条は、コミュニケーションを企図する共同の発展として、集会と行進とを保護する。……この保護は、討論や論争が行われる催し物に限定されずに、言葉によらない表現形態までも含めて、共同の行態の多様な形態を含む。」（E69, 315 (343)）

右の事情に照らすと、01夏のファック・パレード／ラブ・パレード決定で憲法裁が一転して、狭い集会概念に傾斜したことが特筆される。第二事件のラブ・パレードは音楽の催しものであり、意見形成という公共的な目的が欠如しているとして警察当局によって届出が受理されなかったものである。第一事件のファック・パレードも——これは、ラブ・パレードへの対抗集会として組織されたものである——、集会法の意味での「公けの集会」とは見なせないとして届出を受理されなかった。各々の経緯を経て、本件憲法裁での仮りの救済手続に及んだものである。憲法裁はいずれの事案についても、ベルリン上級行政裁の採用した集会概念を宜とした。そして、いずれのパレー

ドもその集会概念に該当しないという同裁判所の判断を支持している。憲法裁によると基本法8条の意味での集会とは「公けの意見形成への参加の目的をもって、社会的（共同での）論議の表示のために、多数の人々が一定の場所に集まること」である。(BVerfG, NJW 2000, 2459 (2460))。かように、任意の「何らかの目的」で足りると言うのではない。勿論、音楽やダンスなど言葉によらないものであっても公共の意見形成に参画する目的をもつものならば、保護領域に入りうる。要は、当該催し物において意見表明が時々、間々なされるというのではなく、該催し物全体に照らして公けの意見形成・表明への参画という目的が認定されねばならないことである。いずれの事案についても基調が娯楽に置かれており、意見表示は付随的にとどまるとして、憲法裁は保護領域のレヴェルでいずれも「集会」としては保護されないと論定した。そのため、同様に争点として浮上していた問題——ファック・パレードの人々が、ラブ・パレードは営利的なものだと批難していたこともあって、営利的な目的を伴う集まり・催し物が基本法8条の「集会」に含まれるかどうか——には、憲法裁の裁判官達は心を煩わす必要もなかった(S. 120.)

無論、本決定についても是非両論である。まず、本決定が「公けの意見形成」という目的を取り込むことで「集会」概念を明確にして、単なる「人だかり」Ansammlungとそれとをくっきりと区別した点を高く評価する向きがある。この向きの見解には、「公けの意見形成」という目的から、基本法8条で保障される集会とは「政治的」集会であると主張する傾向も見られる。<sup>15)</sup>この向きの見解によれば、基本法8条の集会の自由は「ドイツ国民」に対して保障されるのであり、このことは集会の自由の民主的役割り<sup>16)</sup>「公けの意見形成」という前提からは是とされる。この見解では外国人の（ドイツ国内での）集会の自由については、基本法二条一項（自己の人格を自由に発展させる権利）での保障となる<sup>17)</sup>。(S. 125.)

しかし、本件決定についても批判が強い。何よりも、「公けの意見形成」の目的を有する集会とそうでない集会（単なる集合）との識別の困難さが指摘されている。<sup>(16)</sup> そもそも、集会については「共同性（社会性）」の意思をこぞメルクマールとすべきだという提言もなされているのである。<sup>(17)</sup> 先に触れたブロックドルフ決定では「集団」での意思表示ということが基準とされていたのであり、このメルクマールに照らすならば、本件第一、第二事件での集まりは、基本法八条の「集会」に入るはずだと言う主張も見られる。また、そもそも「公けの意見形成」は私的な集まりから芽生えるのでなからうか……。概して、集会概念をしぼることは新しい形態での表現方式を若い世代から奪い取ることであり、かくして集会の自由が枯死してしまう。<sup>(18)</sup> (S. 126)

既に予知していた様に、アーノルトも又、本件決定には批判的な立場である。それは、集会の自由について過度に民主的・機能的に把捉することが、その自由主義的側面——各人が（集団の中で）人格を自由に発展させるといふ側面——を押し流してしまわないかという疑問でもある。(S. 121) また、問題の催し物が果たして全体として単なる娯楽であるのか、それとも公けの意見形成・表明への参画であるのかは、憲法裁によれば、まずは当事者の自己規定を考慮して判断される。しかし、それは考慮要素の一つにとどまり、その法的評価については最終的には裁判所が下すということなのである。この点でアーノルトは、4—1、4—2 GG（信教、良心の自由、世界観の自由、宗教活動の自由）について当事者の自己理解を尊重する判例法理<sup>(19)</sup> (E24. 236 (247f.)) との乖離を指摘している。(S. 122) 以上、要するに「公けの意見形成」などというあいまいな目的を有する・有しないかによって、集会の自由として保障されるか否かが勢い裁判所によって判断されるとなると、法治国家的明確性、法的安定性が損なわれるだろうとの趣旨である。「画定問題、衡量問題が決定的に、(傍点は引用者) 解消されることが、前もってプログラム化されよう。」(S. 127.)



もう一つの取材対象が、第三プロカード決定である。(E104, 92.) 集会の狭い概念が定着したのが本件決定においてである。それは建設中の再処理施設の門柱に鎖・錠をして封鎖した30名程の行動、及び数百人規模のシンティ・ロマ(ジプシー)——以下、ロマと表記する——が国連難民高等弁務官との面会を求めて、アウトバートン占拠した行動が、各々、威力妨害を問われたことを発端とする憲法異議事件(併合審理)である。いずれの憲法異議の申し立ても、理由づけられていないとして斥けられている。決定の理由の主要部はドイツ刑法240条1項の「暴力」<sup>グロブ</sup>概念をめぐるものである。しかし、本稿の関心からは、申立人の集会の自由が侵害されたことを否定した、その部分の理由づけが興味を引く。

さて、憲法裁によると、集会の自由はコミュニケーションを企図する共同の(社会的)発展の表現として、基本法8条で保障される。集会の自由が保障されるのは、基本法の自由で民主的な秩序において、「公けの意見形成」のプロセスにとって集会の有する意義ゆえにである。つまり、共同のコミュニケーションへの企図ならば、どのような目的であっても保障されると言うのではない。集会は「公けの意見形成」への参加という目的を有する場合のみ、「集会の自由」として保障されるのである。この見地から、憲法裁は、再処理施設封鎖の参加者達の場合には、右の目的を有する公けのプロテストとして集会の性格を認めた。しかし、ロマの上記行動に対しては、基本法8条の意味での「集会」の性格を否定したのである。<sup>(20)</sup>これについては、アウトバートン占拠行動の基調が高等弁務官との面会を「強要」することにあるとして、自分達の主張の強要あるいは自力救済類似の貫徹は、集会自由として保護されるものではない、と。前述のパレード決定と同様、集会の概念が「機能的に」<sup>(21)</sup>しぼられている。

憲法裁の右の論旨について、アールルトは次の様に解している——。これでは、集会自由は民主的秩序における「公けの意見」のために——そして、かかる意義を公定されたものだけが——保障される。つまり、集会の自由が

それ自体として保障されるのではないし、基本権行使主体のために保護されるのではない、と言うことになる。これに対してアーノルトは、基本法が自由主義的な基本権理解に立脚するものであり、従って、国がよしとする秩序に仕えるものだけが集会の自由としての保障を享有するということであつてはならないと述べている。そもそも、基本法では「平穏でない」「武器をもった」集会が明示的に排除されており——その意味で既にデフィニットである——、この線を越えて、国が集会の内容に着目して保護を奪うことは、基本権行使に対して国が影響力をふるうことである。かかることは、あつてはならないとまで論定するのである。(S. 134) 以上、集会自由に関する近年の憲法裁判の動向に対するアーノルトの批判的見解には、既にIで、取り上げたヘフリンクの「開かれた基本権解釈」論をほうふつさせるものがある。

③以上、①では芸術の自由につき、②では集会の自由について近年の連邦憲法裁判の裁判例の動向を一べつした。結論的には、いずれの領域でも基本権の保護領域に顕著な限定が看取しうる。かかる動向は、自由主義の憲法原理になじまないと言うのが、アーノルトのスタンスなのである。①では、基本権抵触を回避して、法適用者の負担を軽減するという意味での「機能主義」——合理的な法適用を求めて——が観取しうるが、②の場合は、基本権行使であるからには個人の利益を越えた公共利益に奉仕しなくてはならないという意味での「機能主義」である。尚、本稿では特段取り挙げないが、アーノルトの研究は、憲法裁判の職業選択の自由に関する最近の判例動向も、該自由の行使が市場競争の「機能」を促進すべきものと観念していることを指摘している。(S. 187f.) これは、②の意味での「機能主義」ということになる。かような各々の意味での「機能主義」を前にして、基本権というものをまづは個人の利益を守るものと解する自由主義的理解の逆転が行われていると、アーノルトは批判するのである。

(S. 188f.)

近年の新しい動向は、「保障内容」という表現によって端的に表明されており、「保障国家」「保障責任」というファイギアとも提携関係にあることが、アーノルトによって指摘されている。(S. 192ff.) 国はその任務を必ずしも直接自らが手で履行しなくてはならないということではない、というのが、一連のファイギア群の共通項である。むしろ、枠条件・秩序条件の創出と維持こそが国家の任務であり、それらの条件の下で市民と社会が自らの事項を規律していくという見解である。こうして、アーノルトによれば、基本権「保障内容」論の「保障」とは、自由の条件の下で、社会的な問題群の解決を可能とし、自由行使の帰結が——公共の福祉を促進する——とまでは言えなくとも——少なくともそれと両立しうる程に「保つ<sup>ヘルツ</sup>」ということを表現している、と云うのである。(S. 197)

それにしても、これも旧拙稿で示唆したことであるが、基本権「保障内容」論者によって、まだ必ずしも、「保障されるもの」「保障されないもの」を区別する法解釈方法・手続が十分には提示されていないということを、アーノルトも指摘している。(S. 217f.) それによれば、連邦憲法裁判第一法廷は個々の自由権の保障内容を機能的に解明しようとして、様々の可変的な視点を打ち出している。しかし、唯一つ確実なことは、かのように保障内容を狭く規定する目的が、基本権抵触の回避と——これは確かに、リユフナーの先駆的論文にも観取しうるものであった——公共の福祉を促進（もしくはは阻害しない）するための基本権行使にあるということである。前にも述べた通り、かかる機能主義は自由主義的な基本権理解と両立しないとアーノルトは考えるのだが、その点を少し譲って、明確で透明な法解釈手続が提示されないならば、それは少なくとも疑わしき場合であるから、基本権規範に最も効果的な力を与える解釈、つまり自由権の保護領域を広く解する解釈が採用されるべきだと主張する。(S. 218)

右の様に、旧拙論でも示唆していたし、アーノルトも今指摘する様に、基本権「保障内容」論者には尚も説得的な法解釈の方法論を提示する責務があるろう。しかし、保障内容論は衡量論を克服しようとしつつ、実は裏側で前倒

ししてそれを決断主義的に行っており、基本権ドグマティックとしては柔軟性を喪失し硬直したものとなるという (S. 219) 論定は適切であろうか? 既に述べた通り、反対に、基本権保障内容論こそが「微調整」を取り込む柔軟な、安定的な基本権ドグマティックであると言うのが、先に I で取材した B・ルステベルクの見解であった。実はアーノルトにおいても、すぐ上に触れた様に「疑わしき場合」という留保付きであるという点もそうであるが、その言説には微妙なところがある。「このこと——「疑わしき場合」には、保護領域を広く見積もる解釈を採用すること、引用者——はしかし、基本権ドグマティックの革新への拒絶と受けとめられなければならないとは言え、革新が自己目的に逃避することではならず、常に現状の改善となることが示されねばならない。ところが、保障内容論には尚もこの証明が欠けている。」(S. 218) アーノルトのこの学位論文の主目的が近年の保障内容論への真向からの批判にあることは勿論である。しかし、だからと言って、基本権ドグマティックにおいて在来の保護領域論が全面的かつ絶対的な正しさを有すると主張しているとすれば——恐らく、そうではない——、それは行き過ぎであろう。次に、比例原則及びその一部としての比較衡量論について、アーノルトが擁護を試みているその論法を一べつしたい——。それは、要点を大雑把に言えば、比例原則・比較衡量論を尚も具体的事件での正当化の段階で維持しようという主張である。アーノルトもまた、憲法裁によってこれらの原則・基準が具体的個別的事案での侵害の強度に関わるものとしてでなく(本来はそうであった!)、客観的方向に拡大されつつあることを批判する。こうして、体系性ばかりが強調されて個別的正義が犠牲にされている、と。また、衡量論には、以前から合理性の欠如が指摘されてきた。

それでは、衡量論は放棄されるべきであろうか。議会、とりわけ裁判所が合理性ある衡量を展開するには十分な専門知を有していないと主張する論者もいるところである。衡量論につきまとう不安定さもふまえて、衡量の完全

放棄——つまり、立法者によるそれも含めて——を提唱する見解 (K. Ehrhard) までがある。しかし、基本権そのものが——具体的レヴェルよりも先に、前倒し的に——衡量の結果であるかも知れないし、あるいは具体的事案の合理的な解決のためには、対抗的法益同志の調整がやはり必要かも知れない。

この点で、「原理」論——(基本権) 規範が有するもう一つの顔であるルールとの対比で——の見地から衡量の構造を精緻化しようというアレクシーの見解が、アーノルトによって参照されている。(S. 222f.) 基本権の「原理」という側面には、具体的な事案のための終局的な結論は含まれない。原理としての基本権の「内容」は、最適化<sup>II</sup> 衡量手続を経ることでのみはじめて、<sup>デフィニット</sup> 確定的に割り出されていく。まさに、アーノルト及びルステベルク双方にとって各々の意味で、アレクシーの「原理」論が参照基準となっている恰好である。

もとより、基本権を「原理」として再定義して衡量を不可欠と解するかかる見解に対しては、各々の基本権の保障対象の違いをならして、基本権各々の保障趣旨を忘却してしまうとの批判が提示されてきた。端的には、人間尊厳(基本法1条1項)さえもが衡量されうるのか、と。かような批判に対して、まず、広い意味での比例原則——適切性、必要性——は——これは「事実的」可能性に関わる——、必ずしも基本権抵触に際し衡量を不可欠とするものでなく、適切性・必要性のカテゴリーによって確実な整序が可能となる。さらに狭義での比例原則——妥当性、これは「法的」可能性に関わる——のレヴェルでも衡量は恣意的になされるわけではない。さらに判例法理の形成を通して、衡量についての抽象的な基準の体系が形成されて、法的安定性も維持されてきた、と言うのがアーノルトの比例原則・衡量論支持の見解である。「衡量論は、その比例原則という最高度に鍛え抜かれた考え方とともに、基本権論議をより明確に構造化し、より適切な基本権ドグマティクを展開し、基本権保護を向上させることができる。かくして、衡量論の擁護者に向けられた決断主義・恣意という非難は根拠のないものとなる。」(S. 224)

### 3. 若干の落ち穂拾いとまとめ

以下、以上の論述を前提として、若干補完のための落ち穂拾いをして、アーノルトの研究についての総括めいたことを述べたいと思う。

(1) 一般的行為自由（基本法2条1項）をめぐる——。個別自由権について保護領域を限定する見地も、一般的には、個別自由権でカヴァーされない行態については尚も基本法2条1項での保障を云々する点<sup>(21)</sup>が、つじつまが合わない<sup>(22)</sup>とアーノルトは批判する。(S. 232)アーノルトによれば、仮に制憲者意図を重視すると——もとより、アーノルト自身は文言を第一に重視する——して、そもそも個別基本権は広く解されるべきであり、しかも、それで尚もカヴァーされない行態をも広く掬いあげるのが基本権2条1項なのだ。(S. 233)さもないと、一般的行為自由が過剰に援用されることになり、これでは「一般条項への逃避」に過ぎなくなるだろうと言うのである。

例えば「森林で乗馬すること」<sup>(22)</sup>が基本法2条1項に入るとすれば基本権が単なる小銭になってしまおうという見解(E80, 137 (168))——D・グリムの有名な反対意見である——をアーノルトは問題視する。「ここには次のような問題がある——陳腐な行態と（基本権保障に含まれる）高次の価値をもつ行態との境界をどこに引くべきか、誰がそれを判定すべきか。誰かにとって陳腐に思われる行態も、他の誰かにとっては重要な生活内容たりうるのである」<sup>(23)</sup>(S. 234)「個々の基本権条項の文言によって基本権保護が及ぶ限りは」保護領域から排除されるべきではないと主張するわけである。(S. 235)

(2) 次に、右(1)で示唆された事柄であるが、憲法・基本権解釈における諸要素間の重点がいかに置かれるべきかという問題である。旧拙論では、歴史的・生成的視点を強調する、基本権「保護内容」論の代表者として、EーW・ベッケンフェルデの所論を取材していた。アーノルトの見解では、ベッケンフェルデのような基本権解釈の方

法は、基本権の内容を硬化させて、そこから動態性・柔軟性を奪ってしまう。つまり、過去志向的だ、と。また、基本権内容がそれでも画定され難い場合には、結局、裁判官に丸投げしてしまうことが危惧されると言うのである。

他方で、アーノルトも基本権保障の何たるかは憲法自体によって、憲法自体において明確にされるべきであるという点では、ベッケンフェルデの見解と接点をもつ。しかし、そのことは、憲法Ⅱ基本権における基本権保護の形成に意識的な欠缺があると言うことではない。むしろアーノルトによれば、基本権の「文言」からして個別自由権の保護領域はできるだけ広く解され、また「受け入れの基本権」としての一般的行為自由も、個別基本権を「包括的に」確保するもの解釈されるべきである。連邦憲法裁によって、これまでも一般的的人格権、自己情報決定権、プライバシー権などの匿名の自由権が基本法2条1項に依拠して導き出されてきた。このことも、憲法裁が基本法2条1項の基本権を広く解して、包括的な一般的行為自由と解していることを示していると言うのである。(S. 240)

(3) アーノルトは、基本権の保護領域限定論によって法治国原理(基本法20条3項)及び法律の留保の原理が、単に緩和されたと言うのでなく、二重に溶解されてしまうという危険性を指摘する。第一、保護領域が限定されれば、侵害と認定される範囲も限定されるので、法律の留保が妥当する範囲も限定される。要するに国にとっては法律による授權なしに、実質的には個人の自由を侵害しうる範囲が拡大することになる。これはこれで論理的には一貫している。第二に、——第一とは裏腹に——憲法裁の保護領域限定論は、何らの侵害を認定していない場合にも、問題の行為が「正当化」されるか否かを「傍論で」審査している。(例えばグリコール決定で。E105, 252ff.) しかも、この正当化レヴェルで憲法裁は、国による情報提供活動については——かかる「警告」活動は行政ではなく「統治」活動であるとして——任務規範があればそれで法律の留保を満たすとして緩かに解している。この点には、論理的一貫性が欠如しているだけでなく、国の行為に対するコントロール可能性を奪い、個人の自由保護に

とつての後退が示されていると、アーノルトの批判は手厳しい。(S. 255.)

(4) これまで基本権保護領域、侵害、正当化の三段階審査論がドイツの多くの大学でも講義され、憲法裁判でも採用されてきた。今や、保護領域限定論——その典型が「保障内容」論——が学説・憲法裁判例のなかに登場して、基本権ドグマティークの同質性は失われつつある。あたかも混流しているかの様相を呈している。アーノルトはこの様に述べて、今日の保障内容論が単に保護領域段階の問題にとどまらず、基本権ドグマティーク全体にわたる挑戦であると見ているのである。(S. 253.)

最後に、以上を前提としてアーノルトの研究についての簡単なまとめをしておきたい。上述した様に、言わばこの研究の入口で、アーノルトは基本権「形成」と「侵害」との概念的区別に意をくだいて、前者の概念を「規範刻印的」基本権に限定する。侵害の場合よりも基本権形成については、立法者により広い裁量余地が認められるもの、基本法1条3項による立法者拘束の点では何ら変わりはない。そこで「規範刻印的」基本権の「形成」場合にも、アーノルトは比例原則——その一部として比較衡量——による正当化を重視するのである。

アーノルトの概念整理に則ると、右の規範刻印的基本権の場合の「形成」と狭義での基本権保護領域限定——その典型が「保障内容」論——が一つにまとめられて広義での保護領域限定を形成する。但し、狭義の保護領域限定の場合、本来は——つまり論理一貫させるならば——問題の行為が保護領域（もしくは保障内容）に含まれないとなれば、正当化審査までは行われない。結論としては、様々の基本権理論がありうるところ、少なくとも自由主義的基本権理論からは、かかる「保障内容」論は支持できない、とアーノルトは主張するのである。

私見では、右のアーノルトの主張には、彼女自身の認識も考慮すると、微妙なところがあると思う。既に触れたように、アーノルトは一方で、ボン基本法は自由主義の基本権理解に立つと述べているが、ボン基本法は社会国家



原理によって補完された自由主義の基本権理論に立脚するものだという認識をもアーノルトは示していたからである。この認識の点では、「保障内容」論の代表的な主唱者であるベッケンフェルデの認識と何ら異なるところはない。また、アーノルトによると基本権に要求される役割・期待の変化に伴って——アーノルトは、しばしば「機能主義」として批判する——社会、国家のために客観化——脱・主観化——される傾向にあり、その産物が基本権「保障内容」論である、とされる。保障内容論についてかように位置規定して、アーノルトの結論としては、基本権審査に際してかかるフィギアは採用されるべきでないと言うのである。だが、基本権が法秩序全体に影響を及ぼしたり、それがある程度まで客観化されることは、ドイツ基本法の<sup>25</sup>が自由主義を基本としつつも社会国家原理で補完していることからの不可避的な帰結とは言えないだろうか。

現代ドイツ憲法において、在来型の基本権「保護領域」論と近來の潮流である「保障内容」論が並存している状況につき、基本権ドグマティックの共通基盤が掘り崩されているかのようであるというのが、アーノルトの見解であった。だが、この点は旧拙稿でホフマン・リームの口を借りて記した通り、既に定着して憲法裁判例・学説を支配してきた「保護領域」のフィギア、及びそれを中心とする基本権ドグマティックが今日の姿に仕上げられるまでには、様々の批判と、これに応える修正のプロセスがあったはずであろう。保護領域論自体が、その昔は挑戦者だったのである。あるいは、保護領域論にとって代わり「保障内容」論が今後、支配的な地歩を占めることになれば、基本権ドグマティックにおける「パラダイム転換」なることが語られるかも知れない。それはそれで、学問の世界も実務も免れることのできない宿命であろう。

以上、最近ドイツでの二つのディゼルタチオンに道案内役を請いながら、ドイツでの基本権が「保障するもの」を巡る議論の今日的水準をおさえたいと言うのが、本稿の意図であった。これら二つの研究及びこれまでの旧拙稿

群をふまえたうえで現在の私見としては、いずれにせよ、各々の基本権が「保障するもの」を法解釈論としてま  
ず明確にすることが、その実効的保障という点からもやはり重要である。そのことが結局、比例原則・衡量論に適  
正な居場所を与え、それが適切に運用されることにつながると思われるのである。ドイツの基本権ドグマティクの  
特質を明らかにすることを通して、現代における比較人権の法理の座標軸設定のためにささやかな示唆となりうる  
ならば、うれしく思う。ひとまずペンを置こう。

## 注

(1) どの基本権をもって「規範刻印的」——立法による「形成」を待つ基本権——とするかについては、学説において  
幅がある。一方には、全ての基本権が形成を待つという見解がある。P. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des  
Art. 19 Abs. 2 GG, 1983, S. 180ff. それに対して所有権・相続権（基本権一四一条一項）、婚姻・家族の保護（同六一条一項）、  
公権力による権利侵害に対する出訴の権利（同一九条四項）を別として、「規範刻印的」「形成」のフィギアは放棄され  
るべきだと言っ見地がある。W. Kahl, AoR 2006, S. 603ff. マーノルトの立場もこれに近い。

(2) また同様に、防衛権を念頭に置いて形成されてきたこの審査枠組がそもそも、そしてどこまで基本権保護義務につ  
いても適用しうるかという問題もある。十分に究明されているとは言えないものの、この点につき肯定的な見解として、  
H.D. Jarass, AoR 1995, S. 345ff. (359ff.), C.D. Classen, AoR 1997, S. 65ff. (94ff.)

(3) 以上の議論は、我が憲法学では、宮沢・芦部をはじめとして公共の福祉の内容を明確にしようとした作業に対応す  
るものであろう。参照、宮沢俊義・憲法Ⅱ（新版）二一八頁以下、芦部信喜・憲法（第六版）九八頁以下。

(4) E.G. Mahrenholz, 'Freiheit der Kunst', in: hrsg. E. Benda, W. Maihofer, H.-J. Vogel, HVeRFK<sup>2</sup> 1995, Rn. 25, I Per-  
nice, 'Artikel 5 III', in: hrsg. H. Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1<sup>2</sup>, 2004, Rn. 13.

- (5) 参照、保木本一郎「芸術の自由の憲法的統制」ド憲判研編・前掲一四七頁以下。
- (6) かつて芸術の「作品領域」*Werkbereich*とは直接的に作品創造に関わる側面であり、作品の伝達・普及に関わる側面が「作業領域」*Wirkbereich*と言われる。いずれも基本法五条三項によって保障される。E30, 173 (189). I. Pernice, aa. O., Rn. 14, F. Hufen, 'Kunstfreiheit', in: hrsg. D. Merten, H.-J. Papier, HdGR, Bd. IV, 2011, Rn. 39ff.
- (7) 最判平成一四年九月二四日(判時一八〇二二号六〇頁、判タ一一〇六号七二頁)。
- (8) 旧拙論で「保護領域の射程」テーゼと呼んだものであり、その機能について少し述べたことがある。旧稿「憲法の『優位』と私的自治・契約の自由」高岡法学一八巻一・二合併号一頁(五頁以下)。
- (9) 一般に刑事事件に由来する憲法裁判では、自由制約に対する審査密度が強くなることが指摘されている。本件エズラ事件は民事事件由来である。本件では、出版差し止めが個別事例を超えて将来にわたり萎縮効果を及ぼしうること、連邦憲法裁判が専門裁による法適用の詳細も含めて、この様に具体的事情にも踏み込んだものと言われている。
- I. Pernice, aa.O., Rn. 44.
- (10) *„Je desto bestimmter die Abwägung konkretisiert ist, desto besser“*、これまでの連邦憲法裁判の裁判例動向とも符合するものであると言いつのは、M. Schröder, DVBL 2008, S. 146ff.この定式自体は本件のような芸術の自由と(一般的)人格権との抵触についてのみ妥当するものである。けれども、基本権行使が第三者の基本権を必要以上に侵害してはならないという、この定式の核心にある考え方は他の基本権領域での抵触問題にも転用しうる、という高い評価がシュレダーによって与えられている。
- 同様に本決定が、芸術の自由と一般的人格権との衡量に関する従来の判例法理の延長線にあるもので、かつ、メフィスト判決と比べても芸術自由への配慮をより強く示したものである、とするのはD. Grimm, ZRP 2008, S. 29f.尚、グリンムのこの領域での見解については、拙稿「事実」主張の自由について」高岡法学一二巻二号七九頁以下。

(11) F. Hufen, Jus 2008, S. 363ff. (365f.)

(12) これでは性生活・性交渉を芸術作品のテーマとすることがタブーとされてしまおうと批判するのである。ホフマン・リームによると、確かに、誰であれそのパートナーとの性交渉を公けにされるならば、人格権侵害が発生するだろう。しかし、本件では、作者(ビレー)自身が相手との過去の性交渉を叙述しようとしたことを争っているものであり、この点がまさに疑われるのだ、と述べているところである。

(13) 参照、赤坂正浩「基本法八条の集会の自由と集会法による規制」下憲判研編・前掲一九九頁以下。

(14) D. Wiefelspütz, NJW 2002, S. 274ff.

(15) しかし「公けの意見」とは必ずしも「政治的意見」と同義ではなく。M. Kloepfer, Verfassungsrecht II, 2010, §63, Rn. 10f.

(16) Ch. Möllers, aa.O., S. 1974.

(17) D. Wiefelspütz, aa.O., S. 275.

(18) M. Kloepfer, 'Versammlungsfreiheit', in: hrsg. J. Isensee, P. Kirchhof, HdsR<sup>3</sup>, VII, 2009, §164, Rn. 20.

(19) ワイマール憲法時代と対照的に、基本法及び基本権規定が「法的」文書となったことと絡んで、基本権のインフレーション化がしばしば指摘されてきたところである。この傾向と並行して、逆に——というよりはこの傾向と微妙に握手しつつ——基本権の特権化(ないし収縮化)、例えば特定政党・労組等と結託したマスメディアの特権的自由の享受を剔抉したのが、K.A. Betermann, *Hypertrophie der Grundrechte*, 1984であった。これを受けて、とりわけ基本法四条に関して「宗教の自由」と「世界観の自由」との区別が見失われており、あたかも両者が統合されてしまったかの如くになりつつあることを批判したものとて、K.-H. Kasper, JZ 1998, S. 974ff.がある。ケストナーは、宗教の自由が言わば精神的自由権の「優越的地位」の風に乗って、当事者の自己理解の尊重の下に拡大解釈され(EZ 4, 236 = Lumpel-sammler)、もとより留保なしの基本権ではあるが、いかなる制約にも服さないかの如く取り扱われるに至っている、と言っているのである。さらにケストナー論文を受ける恰好で書かれた、次の論文も参照されたい。W. Brohm, NJW 2001, S. 1ff.

尚、ベッケンフェルデの基本権「保障内容」論の一つの例としての、基本法四条論については、拙稿・高岡法学一五巻一・二合併号二四一頁以下。

(20) かように二つの事案の結論が明暗二つに分かれたことについて、アーノルトとは対照的に了とする論稿が、Rusteberg, aaO. (NJW) 7&8。

(21) 同旨の批判として、Ch. Möllers, aaO., S. 1978.

(22) 参照、平松毅「森林での乗場の自由」ド憲判研編・ドイツの最新憲法判例二九頁以下。

(23) W・カールも同旨の批判をしていた。拙稿・高岡法学一六巻一・二合併号一五頁。

(24) これに対し、エズラ決定も含めて、憲法裁も民事裁も一般的人格権をして芸術自由に対する万能の制約の如きものになっているという批判として、U. Vosgerau, Der Staat 2009, S. 107ff. (115ff.) 少なくとも一般的人格権を別個具体化した法律がなければ、ドイツ民法八二三条の「その他の権利」には入らないはずである。それなのに一般的人格権が憲法直接的に芸術の自由を制約しているのだと言う批判である。比較衡量における対抗法益となると言うからには、その前に、一般的人格権というものからいかなる請求権が導かれるかが明確にされる必要があると言うのである。

(25) 拙稿・高岡法学一六巻一・二合併号二三頁。

(二〇一五年二月二七日脱稿)

