

ドイツにおける基本権の発展（2・完）

——シュターク論文によせて——

渡 辺 中

目 次

- I はじめに
- II 人権の精神的基礎
- III 19世紀；国家公民権と法律適合性の原理
- IV ヴァイマル共和国における基本権（以上前号）
- V 憲法裁判権による基本権の保護（以下本号）
- VI おわりに

V 憲法裁判権による基本権の保護

第二次世界大戦後、ドイツは、米・英・仏・ソの四国により分割され、共同管理下に置かれることになった。しかし、ドイツの将来における統一国家構想をめぐる西側三国（米・英・仏）とソ連との決定的対立から、西側占領地区において、1949年5月、ドイツ連邦共和国基本法（Grundgesetz für die Bundesrepublik），通称ボン基本法が制定されるに至る。その際、民族社会主義的指導者国家における、歴史的に類例を見ない人間の尊厳および個人の自由に対する全体主義的抑圧の反省から、基本権およびその保護にきめて重要な意義が付与されることになった。憲法制定者の基本権に対する信念が、基本法1条に表明されている。すなわち、同条1項は、《人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である》と規定し、人間の尊厳の不可侵性が憲法の冒頭に掲げられ、国家権力には、人間の尊厳を尊重し、保護する責務が課されている。さらに、同条2項では、人間の尊厳との不可分な関係において、《世界における各人

間共同社会・平和および正義の基礎として、不可侵の、かつ、譲渡しえない人権をみとめる」と規定し、歴史的に発展せしめられてきた自然法的人権を承認している。シュターク教授は、この点について、次のように述べている。《これによって、基本法は、前国家的な人権の親念との接続を宣言したのであり、その限りにおいて、国家によって保障された基本権という法実証主義的な過去の歴史とは結びついていない。この点に、ドイツにおける基本権観念の決定的な発展がある⁶⁴》と。

さらに、以上の条項の他、基本法は、立法も基本権に直接的に拘束されることを規定していること（1条3項）、基本法は、基本権の本質的内容の保障を含んでいること（19条2項）、そしてすべての基本権に及んでいく1条1項の人間の尊厳保障が憲法改正の対象から除外されていること（79条3項）などを考慮すれば、基本法の基本権は、ヴァイマル憲法下の基本権——既述したように、ヴァイマル憲法の自由主義的基本権カタログは、フランクフルト憲法の観念と結合しており、基本権は、まず立法を通して法的拘束力を獲得した——と比較してその効力がより強化されていることを確認することができる。

しかしながら、このようなすべての保障にもかかわらず、基本権の実効的な保護のためには包括的に強化された裁判的統制、とりわけ憲法裁判制度による規範統制権限が不可欠である。これなくしては、基本権は単なる荘厳な宣言ないしはなんら拘束力のないプログラム規定で終わってしまっていたであろうし、立法府や執行府に対して不完全なかたちでしか保障されなかったであろう。

したがって、シュターク教授の指摘するように⁶⁵、ドイツにおける基本権の発展のさらなる展開は、現実の法的生活において基本権の実現を真剣に図っていこうとするその態様と方法に見られる。すなわち、すでに引用した基本法1条3項は、《以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権および裁判を拘束する》と規定している。そして、この拘束条項自体を単なる紙上のものだけに終らせないために、この拘束条項に権力分立的憲法体

系の範囲内において二重の権利保護の保障が与えられている。まず第一に、基本法19条4項は、《何人も、公権力によってその権利を侵害されたときは、出訴の途があたえられる。他の管轄が認められないかぎり、通常裁判所への出訴がみとめられる。……》と規定している。この手続的保障は、公権力（政府や行政）によるすべての権利侵害に対して自らの権利を防禦するために独立の裁判所（基本法97条）においてそれを争うことのできる途を保障したものである。この保障は、過去の行政裁判制度において列記主義による出訴事項の制限によって、個人の権利が十分に保全しえなかったことに対する憲法制定者の回答なのであり、その広範性においても、さらには憲法上の地位においても新しいものと言われている所以である。しかし、この19条4項の一般的な出訴の途保障は、基本権侵害を理由として出訴する可能性を連邦憲法裁判所にも開いている訳ではない。したがって、第二に、この種の基本権侵害を理由として救済の途が開かれているのは、基本権保護のために特別に規定された93条1項4号aの憲法訴願（Verfassungsbeschwerde）制度——この制度は、ナチズムによる歴史上先例のない人間および人権無視に対する反省から、個人の基本権を擁護するために特別の意義が付与されたものに他ならない——である。つまり、同条項によれば、何人も公権力によって、その基本権（基本法1条から19条）の一つ、あるいは一定の基本権と同様の権利（抵抗権、平等に公職に就く権利・公民権の平等、連邦議会議員の選挙権および被選挙権、例外裁判所の禁止・法律の定める裁判官の裁判をうける権利、法律上の審問請求権・罪刑法定主義・一事不再理の原則、人身の自由拘束に対する法的保障）を侵害されたと主張して、連邦憲法裁判所に憲法訴願を提起することができる。この憲法訴願は、このように93条1項4号aに列挙された基本権の侵害の場合に限って許容されることから、この射程範囲は、19条4項ほど広範に及ばない。しかし、連邦憲法裁判所は、基本法2条1項の人格の自由な発展の権利を拡大解釈することによってこのような限定を克服するに至っていること、そして、同条項のコントロール可能性は立法権および司法権にも及ぶことを考慮すれば、基本権享有者は、この憲法訴願によ

て、19条4項の権利保護の保障よりもより広範に裁判的形式において立法権および司法権の行為も憲法統制に導くことが可能となる。

さらに、以上において述べた二重の権利保護の保障の他、同様に基本権の侵害に対する保障に奉仕する憲法裁判制度として、基本法100条1項の規定する連邦憲法裁判所への裁判官の移送による具体的規範統制（Konkrete Normenkontrolle）および基本法93条1項2号の規定する国家機関の提訴に基づく抽象的規範統制（abstrakte Normenkontrolle）がある。しかし、憲法裁判所によるこれらの規範統制は、個人から直接的に提起することは許容されていない。したがって、これによって保障される内容は、客観的秩序の要素としての基本権の維持に限定される⁶⁸。

このように、ドイツ連邦共和国基本法下においては人間の尊厳および基本権のほぼ完全な法的保障が完備されるに至っている。そして、基本権の保護はすべての裁判所の義務となり、連邦憲法裁判所が基本権保護の最終的な責任を負うことになった。この点について、シュターク教授は、次のように述べている。《基本法は、基本権保障のために権力分立的憲法国家の観念を実際的に発展させ、規範統制という冒険を自ら背負い込むことになった。そして、これによって、最終的な決定権が立法者から奪われることになった。ドイツにおいては規範統制の伝統がなかったため、これは冒険であった。規範統制の可能性にともなって、憲法上の審査基準の解釈権は、これについて権限を有する連邦憲法裁判所に委ねられることになった。したがって、このことは、一部の立法権限が統制機関に移譲されたことになる。また、法律の合憲性を決定するという連邦憲法裁判所の特別の権限は、この裁判所をして、機能的に立法過程に関与させているということもできよう。しかも、これには二種の方法がある。第一に事後的統制である。第二に連邦憲法裁判所は、予防的効果を及ぼすという意味においてそれぞれの立法手続に関与する。一般に、立法に直接関与する機関が、立法成立後に行なわれる規範統制を回避しようとするならば、それらの機関は、連邦憲法裁判所の既に判示した判決に基づいて基本権やその他の憲法に関する連邦憲法裁判所の解釈を配慮せざ

るを得ない。このような連邦憲法裁判所の予防的効果は、より多くの判決が出されれば出される程、それだけより徹底したものになっていくであろう³⁹と。

連邦憲法裁判所は、その創設以来四半世紀を越えた今日まで、自己に課せられた任務を真剣に果たしてきており、その威信と安定性はゆるぎないものとなってきているといっても決して過褒とはいえないであろう。このことは、連邦憲法裁判所創設10周年に際して寄せられたルドルフ・スメン教授及び創設25周年に際して寄せられたオーストリア憲法裁判所長官アントニオリ教授の次のような賛辞からも明確に確認することができる。すなわち、スメン教授は、《Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt (基本法は、連邦憲法裁判所が基本法を解釈したように今や現実に妥当している)⁴⁰》と述べ、また、アントニオリ教授も、《西ドイツ連邦憲法裁判所は、われわれにとって、その活動において、その姿勢において、そしてその裁判官において生き生きとしたものになっている。西ドイツ連邦憲法裁判所は、ヨーロッパの諸憲法裁判所にとって模範となっている⁴¹》と述べて、それぞれ高い評価を与えている。シュターク教授もまた別の論稿において、《総体的に見て、憲法裁判所は世論を意識して (im Bewußtsein der Öffentlichkeit)、基本法の強化及び新しい国家の基本秩序統合に重要な関与をしてきた。連邦憲法裁判所は、憲法のコンセンサスの存続 (das Fortbestehen des Verfassungskonsenses) を促進している⁴²》と述べ、国家基本秩序の統合および憲法のコンセンサス存続の促進に果たしている憲法裁判所の役割を高く評価している。

それでは、基本権実現に果たす憲法裁判所の役割についてはどうか。この点について、シュターク教授は、《基本権理論に関する文献は、今日では、連邦憲法裁判所の判決にその基礎を置くか、あるいは少なくとも連邦憲法裁判所をその潜在的な対話者 (potentielle Gesprächspartner) としている。憲法裁判によって意図された憲法の合理化は、憲法学において受容され、強化されている⁴³》と基本権実現に果たす憲法裁判所の役割を評価したうえで、《連邦

憲法裁判所は、基本権への立法者の拘束に関して、自己の統制任務をつねに真剣に果たしてきた。明示された憲法規定によって、基本権に制限を課する権限を有する立法者は、その際に、基本権に拘束されている。一方では、立法者の基本権への拘束による個人の保護と、他方では、基本権領域における立法者の規制権限による社会的利益の保護との間のここから生ずる困難な限界づけを、憲法裁判所は、比例性の原則 (das Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) を用いて解決しており、法律の留保による基本権の形骸化を防止している。基本権領域にある法律の場合、その法的規制目的、とりわけこの目的を達成するために規定されている手段は、憲法裁判所の審査に服する。連邦憲法裁判所が、より少ない負担で、しかもそれにも拘らず憲法適合的な規制目的達成のための実効的な手段が確定できるときには、攻撃された法的規制は、もはや存続することはできない。もちろん、裁判所は、立法者に一定の判断余地 (Beurteilungsspielräume) を認めている。しかし、立法者によって定立された手段が比例的であるか否かについての問題に対する解答が明確でないことがしばしばある。その解答は、事実の評価と予測に左右される。連邦憲法裁判所は、首尾一貫して、審査中の法律の内容は個別的に検討されなければならないということを自己に課された基本権の保護から演繹している⁴⁴と述べ、その例として、1958年の薬局判決 (Apothekenurteil) をあげている。

連邦憲法裁判所は、この薬局判決の中で、自らに課せられた基本権保護の任務を次のように判示している。《裁判所は——必要な場合には、専門家の知識の助力を借りて——法律によって整序さるべき生活諸関係のなかへ可能な限り広範な洞察を加えることは必要なことと思われる。……立法者が基準を定立する際にその根拠となる仮説的な原因経過についての評価は、大かれ少なかれ、その蓋然性に基づき、その態様にしたがって裁判所によって実現されるところの課題なのである。もちろん、この審査に際しては、立法者の経験原則、衡量および価値判断は、連邦憲法裁判所にとっては、絶えずきわめて重要なものとなる。したがって、これらが論駁され得ない場合には、正

当性の推定 (die Vermutung der Richtigkeit) を要求することができる。他方、基本権保護の責務を有する裁判所は、直ちに立法者の見解を甘受したり、立法者の措置を基本権のやむを得ない制限として受け入れたりすることのないようにしなければならない⁴⁵⁾と。1958年に定式化されたこのアルバイトプログラムは、基本権の基準として強力な規範統制を可能にし、同時に基本権の最良の実現を可能にする法解釈的手段を準備しているだけに、シュターク教授によって積極的に進歩 (Fortschritt) と評価されており⁴⁶⁾、また、例えば、墮胎判決⁴⁷⁾が示しているように、今日までの連邦憲法裁判所の判決を理解するうえで一つの鍵となっている。

ただ、これに関連して、シュターク教授は、基本権発展の終結点について二重の観点において達成されることを指摘し、次のように述べている。《それは、第一に立法者と憲法裁判所との間の権限範囲に鑑みて事実の評価と予測の余地は立法者に留保されなければならないということであり、第二に法律の機能に鑑みて、その一般性が維持されなければならないということである。法律国家 (Gesetzesstaat) は、連邦憲法裁判所の判決を通して徐々に基本権国家 (Grundrechtsstaat) へと転換されている。もちろん、それは、一般的な法律の形式をなお承認している基本権国家への転換であることは言うまでもない。……基本的国家は、裁判官が《比例性の原則》という軟化剤 (Weichmacher) によってすべての一般的な規範を解決する裁判官国家に現われてくる。基本権国家性の拡大化傾向 (die expansive Tendenz der Grundrechtsstaatlichkeit) は、例えば、新しい基本権衝突の理論によって証明される。これによれば、人間の権利領域が創造されたり、あるいは制限されたりする限りは、全体的な法秩序を基本権の地位の調整 (Ausgleich) として観念しなければならない⁴⁸⁾と。

さらに、基本法 2 条 1 項は、《各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する》と規定し、包括的な基本権として人格の自由なる発展を求める権利を明示的に掲げている。この権利は、包括的な意味において《一般

的な行為の自由 (allgemeine Handlungsfreiheit)》の保障を意味するだけに、この条項の拡大解釈は、基本権の実効性ととも自由の拡大をもたらす。この点で、連邦憲法裁判所は、憲法の権限規定あるいは手続規定が厳守されないのではないかと非難されるにせよ、人格の自由な発展を求める権利について、各人にそれに抵触するすべての法律に異議申立をする可能性を開くことによって訴訟法と実質的な憲法 (materielle Verfassungsrecht) との統制⁴⁹拡大的な結合を行なっている。⁵⁰

ところで、ドイツ連邦共和国においては1960年代の後半から70年代にかけて基本権理解に新たな傾向が見られ社会国家原則を媒介として基本権から《配分請求権 (Teilhaberechte)⁵¹》を導出しようとする基本権解釈が有力に主張されるようになり、それを否定する学説との間に活発な議論が展開されている。栗城教授の簡潔な表現を借りるならば、《基本法制定から60年代半ばぐらいまでは、……基本法の基本原理としての法治国原理を他の基本原理たる民主政原理や社会国家原理に対して特に強調し、国家権力による侵害から個人の基本権を防禦するための理論の構築に没頭する傾向が支配的であったが、60年代中葉以降になると、……法治国原理よりも社会国家原理や民主政原理を強調し個人と国家との関係に関しても国家による個人の積極的保護と国家への個人の積極的参加を重視する理論傾向が顕著になってきた⁵²》という状況がこれである。また、戦後の西ドイツにおける公法理論・基本権論をめぐる理論的な対立状況について森英樹教授は次のように類型化し、整理している。《ひとつは、伝統的・古典的な理論枠組を今日もなお承認し、したがって国家を「組織」「機構」としてとらえ (静態的国家観)、「国家」と「社会」との二元的構成の承認をもとに、「社会」の自律自足・私的自治の保障を求め、基本権を国家に対する個人の防禦権として構成する系譜である。理論枠組を一時期のC・シュミットに求め、また、学問的人脈もシュミットの流れにある論者が中心であることから、しばしばシュミット・シューレと (戦後の中心であった人物名をとってフォルストホフ・シューレとも) 呼ばれる。もうひとつは、変容する「国家」と「社会」の関係、すなわち「社会」

の自律性の喪失と国家による積極的介入という現実を前に、それに適合的な理論枠組を戦前R・スメントが提唱した「統合理論」に求め、「国家」と「社会」の二元的構成やいわゆる「公法と私法」の二元的構成を否定して、「国家」「社会」をひとつの人間の結合体＝政治的共同体としてとらえる系譜である。ここでは、「国家」を静態的所与としてみるのではなく、統一にむけて「不断に更新されていく過程」としてみる（動態的国家観）から、「国家」による「社会」への介入も積極的に容認され、したがって基本権も右の政治的共同体を主体的に支え、右「過程」を積極的に推進するものととらえられることとなり、国家に対する個人的防禦権ではなく、国家を含む政治的共同体に対する個人的・集団的な参加・関与として構成されることとなる。依拠する理論枠組と学問的人脈から、しばしばスメント・シューレと呼ばれる⁵⁹と。

周知のように、ドイツ連邦共和国基本法は、ヴァイマル憲法と異なり、社会権的基本権に関する明示の規定はほとんど設けられておらず、全体的に人身の自由、法の前の平等、信仰・意見表明・出版・集会・結社の自由、さらには移転の自由、職業の自由、住居の自由、財産権および相続権の保障等々自由権的基本権を中心に基本権カタログが構成されている。したがって、現代国家が《社会国家》へと変容したという憲法現実、すなわち、個人の国家への依存度が高まってきている現代社会の中にあって基本権保障を現実的自由たらしめ、さらには個人の人格の自由な発展を実現するためには国家による積極的配慮を不可避的に必要とするという憲法現実を直視するとき、社会国家としての国家の積極的な配慮義務を憲法上導出する必要性が生じてくるが、その場合に、憲法上の根拠として一般条項的性格をもつ社会国家原則⁵⁴に求めざるをえないということになる。しかしながら、この社会国家原則をめぐっては、この原則それ自体の法規範性は承認されてはいるものの、他方では社会国家原則それ自体のみを根拠として請求権を導出することはできないという点についてもほぼ学説・判例の承認するところとなっている。かくして、積極説からはさらにこの社会国家原則を媒介にして基本権自体から配⁵⁹

分請求権を導出すべく試みられることになる。⁶⁹

このような理論的傾向に対応して連邦憲法裁判所もまたこの問題に取り組むことになった。1972年7月18日の大学入学定数制判決において、連邦憲法裁判所は、基本法12条1項の《教育場所を自由に選択する権利 (das Recht, Ausbildungsstätte frei zu wählen)》の配分請求権的側面について次のように判示した。《現代国家が社会的安全保障と文化的保護奨励に強くむかえばむかうほど、市民と国家との関係に関して、国家に対抗して基本権としての自由を保障すべき本源的要請のほかに、国家の給付への *Teilhabe* を基本権として保障すべき副次的要請が一層増大する。このことは特に教育制度の分野に妥当する。というのは、教育を受ける場の自由な選択に対する権利はそれを請求できる事実上の前提条件がなければ無価値だからである。しかし、こうした事態にあって、基本権による価値決定と国家による教育独占の主張とから、十分な収容能力ある教育施設を設置すべき客観的な・社会国家的な憲法指令が帰結されてくるのかどうか、及び特別の前提条件のもとで、この憲法指令から大学教育を受ける場を求めて裁判所に訴えることの可能な国民の個人的請求権がひきだされてくるのかどうかについては、現在のケースに関しては決定を必要としない。いずれにしても、このような *Teilhaberrechte* には、個人が合理的に考えて社会に対して要求することのできるもの、という意味での可能なもの、という留保がついている⁶⁹》。このように、連邦憲法裁判所は、基本権解釈において、基本法12条1項の教育場所を自由に選択する権利（およびこれと結びついた社会国家原則と平等原則）から国家に対する配分請求権という考え方を原則的に否定しなかった。ただ、本判決では、既存の教育施設の自由かつ平等な利用を求める請求権と、新たに教育施設の設置および拡充を求める請求権とが区別されており、後者の点については未決定のまま残されており、また、基本権一般から本来的な *Teilhaberrechte* が導出されるのかどうかについての確定的な判断を慎重に回避している。恐らく、このことは、本来的請求権の無条件の肯定は莫大な財政的な出捐に結びつくという財政上の理由の他に、権限法および解釈学上の考慮が

働いたためと思われる。しかしながら、本判決については、連邦憲法裁判所がはじめて基本権の配分請求権の側面を明確にし、基本権解釈上、基本法12条1項の教育場所を自由に選択する権利（あわせて社会国家原理および平等条項）から国家給付に対する配分請求権（大学施設拡充請求権）を原則的に否定する態度を採らずに、むしろ他の箇所において「憲法的考察がはじめるから既存のものへの配分請求権に制限されるとするならば、それは問題の核心を無視することになる」と判示して大学施設拡充請求権に対して好意的姿勢を示している点でわが国でも高い評価が与えられている。⁶⁹確かに、本判決は、1970年代の西ドイツにおける配分請求権ないしはより広く基本権の再解釈をめぐる論争の発展に拍車をかけたことは否めないし、その後も、連邦憲法裁判所は本判決において示した配分的請求権に関する好意的姿勢を基本的に堅持している。⁶⁹

以上のように、基本権をたんに国家に対する個人の防禦権として捉えるだけでなく、社会国家原則を媒介として配分請求権を導出する方向で基本権を再解釈する理論的傾向が有分になりつつあるが、しかし、他方においては、基本法の法治国家原則を重視し、配分請求権導出に否定的な学説もまた有力に展開されており、この立場にたつ論者からは、基本権再解釈の試みは、結局のところ、基本権の法的意味を曖昧にしまうだけであり、基本権の本来的属性である個人の裁判上の請求権の縮減を招来するか、あるいは基本権をたんなるプログラムの性格へと後退させてしまう危険性があるという批判が提示されている。⁶⁹

それでは、この点について、シュターク教授はどのようなテーゼを展開しているのか。シュターク教授は、比較的最近の論文（Die Grundrechte des Grundgesetzes, Juristische Schulung, 1981, 237 ff.）の第Ⅲ章において、この点に関する教授の基本的なテーゼを展開しているので、以下要約的に紹介しておきたい。

シュターク教授は、まず第Ⅲ章の冒頭において、「基本法によってもたらされた基本権の性格の変化は、19世紀の基本権理論を借用する場合に注意を

必要とする。このことは、とりわけ、ゲオルク・イェリネックの地位理論に対して妥当する。イェリネックの場合、国家に対する個人のさまざまな請求権は、それに先行する国家の承認に基づいている。基本権は、もはや国家の自由な処分⁶⁴に委ねられるべきものではないが故に、基本法がイェリネックの地位理論のこのような前提を排除したとしても、しかし、さまざまな地位の概念的区別は、今後も有効な機能を有している。なぜならば、国家と市民の関係の基本構造は市民の権利の妥当根拠（Geltungsgrund）にもかかわらず、イェリネックの地位の中にその表現を見い出せるからである⁶⁴と述べたうえで、(1)消極的地位（Status negativus）、(2)能動的地位（status activus）、(3)積極的地位（status positivus）に分けて詳述しているが、とくに(3)積極的地位について次のように述べている。≪積極的地位の権利（positive Statusrechte）は、国家の一定の給付を求める個人の権利を包括する。法的保護を求める権利および公共的施設（öffentliche Einrichtungen）の利用を求める権利がこれに属する。国家の不作为を要求する消極的地位との区別および対比において、積極的地位の権利は、国家の活動や給付を求める請求権を付与するものである。例えば、プレス（Presse）から要請される出版の自由の基礎としての国家行政庁に対する憲法上の情報請求権（Informationsanspruch）、あるいは集会の自由を実現するための道路や広場の利用を求める請求権などである。消極的地位の権利の特別なカテゴリーは、社会権あるいは社会的⁶⁴基本権であるが、基本法は、しかし、多くの他の諸憲法と対照的に、これらを特別の権利として規定している訳ではない。現代を支配している実質的な平等や均等化の意義は、教育権、労働権、居住権、人間の尊厳に値する生存権、あるいは容易にコミュニケーションを求める権利、すなわち、無料で電話やテレビを利用する権利、運動場を求める権利（Recht auf Spielplätze）、集会場を求める権利等々のように基本権として（grundrechtlich）派生してくる諸要請に、その表現を見い出す。国法学の文献や裁判において、消極的地位の基本権が実質的な基本権の前提をも保障するものか否かという問題が議論されている。給付請求権は、立法者が事実上存在する不平等性を取り除

かなければならないというようにしては、平等原則で根拠づけることはできない。平等原則は、給付請求権が平等原則の確保の下で (unter Wahrung des Gleichheitssatzes) 認められなければならない (派生的配分請求権) ということだけを保障するにすぎない。基本権自体から導出される社会的**基本権**は、その論理的、法律的構造にしたがえば自由権とは対照的である。一般に、国家権力は**共同社会の形成の義務**があるという憲法概念、すなわち、社会国家原理や基本法 109 条にその表現を見出すことのできる憲法概念に同意することはできるが、基本権におけるこのような**任務の保障**は問題があるように思われる。本質的に、基本権の社会国家的再構成ないしは基本権の拡大については、三つの反論がなされる。(1)、基本権から導出される配分請求権あるいは社会権は、配分請求権とともに保障されていなければならない**莫大な財政上の出捐**と結びついている。憲法裁判所が、解釈の方法によって基本権から配分請求権を導出するとき、同時に憲法裁判所は、国家財政への影響とかその優先順位を考慮しなければならない。自由権の前提である財政上必要な金は、しかしながら、**先ず調達される必要がある**が、このことは、憲法および憲法を解釈する憲法裁判所が保障することのできないものである。請求権の対象 (Anspruchskobjektive) の**本来的な不足** (natürliche Knappheit) は、すべての社会的**基本権の事実上の限界**である。さらに、実施可能な配分請求権 (durchsetzbare Teilhaberechte) は、ほとんど全財政政策が憲法上確定されるということになる。この場合、必要な“配分請求権の衝突状態あるいは緊張状態” (erforderliche teilhaberechtliche Konflikts-oder Spannungslagen) は、基本権の**ドグマを解決できない困難性の前にたたしめること**になる。(2)、多くの社会的**基本権が、要件的に十分明確に捉えられている訳ではない**。教育権あるいは清潔な環境を求める権利は、どのような請求権を許容するのであろうか。給付範囲は依然として不明確なままである。例えば、政治的な論議の中で創り出された“人間の尊厳に値する環境を求める権利”は、次のような**帰結 (Nachsatz)**を含んでいる。すなわち、“一般的な利益 (allgemeine Interesse) の中で許容される環境負担 Umweltbe-

lastung) の限界は、法律によって規定される”ということである。したがって、立法者は基本権により提訴できるように (einklagbar) 社会的地位を承認し、かつ絶えず発展させるべく義務づけられることもなく、あるいは社会的地位が解体するのを阻止することもなく社会的な基本権を語るのである。原則的に、社会権は、諸法律において示されている社会政策 (Sozialpolitik) に基づいてのみ存在する。これに対して、伝統的な基本権の請求権の対象は、法律の規制の有無にかかわらず既に憲法の保障から十分に明確である。しかし、社会的な基本権の請求権の対象を明確に限定することができるとしても、国家は、多くの請求権の対象を自由に処理できるものではない。労働権は、それが真剣に考えられるならば、労働の場 (Arbeitsplätze) についての国家の決定 (Verfügung des Staates) を前提としなければならないし、同様に、住宅権 (Recht auf Wohnung) も住宅経済 (Wohnungswirtschaft) についての国家の決定を前提としなければならない。このような社会権は、消極的地位の基本権との解決できない衝突の中にある。(3)、請求権の対象の不確定性ゆえに、そして、克服できない財政不足ゆえに、憲法は、社会的配分請求権を防禦権 (Abwehrrechte) と同様な拘束性をもって保障することはできない。しかし、われわれの全体的な基本権体系は、……ドイツの憲法伝統から意識的に転向して、基本権は直接に適用される法として立法を拘束するということに基づいて構成されている。このような基本法1条3項の拘束条項は、憲法裁判制度およびこれに対応する憲法裁判手続の憲法的保障によって、とりわけ、93条1項4号aや100条1項によって強化されている。財政的根拠から実現され得ない配分請求権を基本権から導出しようとするならば、拘束条項と衝突することになるであろう。社会的配分請求権に関して基本権を再解釈することは、拘束条項を避けなければならない。それと同時に、拘束条項の侵食が進められることになる。同様のことは憲法裁判についても妥当する。すなわち、憲法裁判は、立法者に不可能なことを要求し、予算を勝手に作成するかあるいは基本権を真剣に考えなくなってしまうであろう。すべての空虚な憲法条項は、憲法の遵守を受けなくなってしまうであろう。》

と。そして、シュターク教授は、以上のように基本権から社会的配分請求権を導出することに対する反論から、次のような提言をする。《国民総生産の枠内での“プログラムの憲法委託 (programmatische Verfassungsaufträgen)”で、あるいは単なる“客観法憲法的委託 (objektivrechtliche Verfassungsaufträgen)”で、“基本的権利の利益 (Grundrechtsinteressen)”で、あるいは“条件つき基本権 (Maßgabebegründungen)”で満足することである。社会国家的保障が、努力目標を既に確定しているので、基本権はそのため新たな再解釈においてもいいように利用されることもないし、既に述べたような危険に陥ることもない。配分請求権の請求権の対象 (Anspruchsobjekt) が十分に定められ得る限り——例えば、最低限度の生存を求める請求権の場合のように——、そして、必要な手段の財政法上の保障が、立法者の財政責任を侵害することなく可能である限り、憲法上の配分請求権は拘束条項と衝突することはないであろう。しかも、これらの場合、基本権として保障された自由の不可避的に必要な実質的保障が基本権から導出される限り、憲法上の配分請求権は基本権から可能である。このことは、最低限度の生存を求める請求権については、基本法1条1項から根拠づけられる。その他の配分請求権は、憲法制定者が私立学校の設立および運営について重要な財政上の諸要件を規定しているがゆえに、基本法7条4項から生じてくる。それ以外は、国家に対する給付請求権は、必要な要件的前提を定めている諸法律から生じてくることになる。このことは、プレス (Presse) や市民からの情報請求権にも、道路法上の公衆利用の行使 (für die Ausübung des Gemeingebrauchs im Straßenrecht) にも、さまざまな法律によって規定された市民の社会的な請求権にも妥当する³⁴⁾》と。

34) C. STARCK, *Entwicklung der Grundrechte in Deutschland*, Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Band III, 1980, S. 100.

35) C. STARCK (Anm.34), S. 100.

36) C. STARCK (Anm. 34), S. 101.

37) Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*

- Deutschland*, 13., ergänzte Auflage., S. 136., 163 ff.
- 38) K. Hesse (Anm. 37), S. 137.
- 39) C. STARCK (Anm. 34), S. 101.
- 40) R. Smend, *Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962, in Das Bundesverfassungsgericht 1951—1971*, (1971), S. 16.
- 41) Prof. Antonioli, Präsident des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes, Grusswort, *in 25 Jahre Bundesverfassungsgericht 1951—1976* (1976), S. 17.
- 42) C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik* (1976), S. 30. なお、本論文については、和田英夫「西ドイツの政治過程のなかの憲法裁判所——シュターク論文の紹介によせて——」法律論叢第50巻第6号において詳しく紹介されている。
- 43) C. STARCK (Anm. 42), S. 13.
- 44) C. STARCK (Anm. 34), S. 101f.
- 45) BVerfGE 7, 377 (412).
- 46) C. STARCK (Anm. 34), S. 102.
- 47) BVerfGE 39. 1 (44 ff.).
- 48) C. STARCK (Anm.34), S. 103.
- 49) BVerfGE 6. 32ff.
- 50) 例えば、BVerfGE 10, 354 (360f.) ; 7, 111 (119) ; 17, 306 (313) ; 9, 3(11) ; 23, 208 (224, 228) ; 28, 66 (77, 87).
- 51) この Teilhaberechte という用語に対して、わが国では、《持分権》、《参加権》、《参与権》、《分与請求権》、《配分請求権》等々、さまざまな訳語があてられている。なお、戸波によれば、この権利は、国家の給付を請求し、ないしは国家の財の分配（過程）に参加を求める権利を総称する概念であり、いわば参加権と請求権の両面をあわせもつ複合的性格の権利であること、そして定数制判決以後の論争においては、この権利は、もっぱら請求権の意味において用いられていると指摘する（戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(一)」『自治研究』54巻7号84・85頁）。
- 52) 栗城寿夫「西ドイツ公法理論の変遷」『公法研究』38号76～77頁。
- 53) 森英樹「西独における基本権論の動向」長谷川正安編『現代人権論』（法律文化社・1982年）164頁。
- 54) ドイツ連邦共和国基本法20条・28条参照
- 55) 例えば、in : Maunz-Dürig-Herzog, *Grundgesetz*, Art. 20 Rdnr. 153.
- 56) Herzog, in : Maunz-Herzog (Anm. 55), Art. 20 Rdnr, 175. ; K. Hesse

- (Anm. 37), S. 80. ; BVerfGE 11, 50 (56) ; 27 ; 253 (283).
- 57) 例えば, Friauf, *Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat*. DVBI 1971, S. 674ff.
- 58) BVerfGE 33, 303ff. 訳文は, コンラート・ヘッセ (栗城寿夫訳) 「ドイツ連邦共和国における基本権の展開」『公法研究』42号16~17頁。なお, この判決については, 寺田友子「職業教育施設選択の自由権と配分請求権——Numerus clausus 判決——」『法学雑誌』23巻1号145頁以下, 阿部照哉「『大学改革』と学問の自由——憲法裁判所の判決を中心に——」『基本的人権の法理』(有斐閣・昭和51年) 312~313頁, 戸波江二・前掲『自治研究』54巻7号86頁以下参照。
- 59) BVerfGE 33, 332.
- 60) 戸波江二・前掲『自治研究』54巻7号90頁。
- 61) BVerfGE 35, 79.
- 62) H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1972, S. 64. ; E. W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, S. 1536.
- 63) この論文は, I. 強化された基本権の効力。II. 主観的権利としての基本権と客観的(制度的)保障としての基本権, III. 防禦権—能動的権利—配分請求権, IV. 手続および組織による基本権の実現。V. 基本権の第三者効力, の5章から構成されており, ボン基本法下における基本権をめぐるシュターク教授の基本的な理解を知る上で, 格好の論文である。機会をみて, 紹介を試みるつもりである。
- 64) C. STARCK, *Die Grundrechte des Grundgesetzes*, Juristische Schulung, 1981, S. 239f.
- 65) C. STARCK (Anm. 64), S. 240ff.
- 66) C. STARCK (Anm. 64), S. 241f

VI おわりに

以上, シュターク論文, *Entwicklung der Grundrechte im Deutschland* を素材として, キリスト教, 啓蒙主義, 革命, 憲法国家, 規範統制そして憲法裁判権というようにドイツにおける基本権の発展過程を概観的に叙述してきた。以下, 若干の付言をして「おわりに」にかえる。

まず, 人権の基礎づけをめぐるシュターク教授のテーゼとわが国のそれをめぐる一般的な考え方との間には顕著な相違が見られるということである。既に紹介したシュターク教授の人権の基礎づけは, ≪人権の精神的淵源は,

……バイブルに、そして古代にその起源をもっているキリスト教にこそ存する……。すべての個々の人間の尊厳や権利の基礎は、人間が神の似姿をしているというバイブル的なキリスト教観である……。このような形而上学的な人間の基礎づけは、人間の平等、博愛そして自由の基礎となっている。なぜならば、すべて人間は、等しく神の似姿であるからである。キリスト教の普及していない他の文化圏においては、これに相応するような人権の観念は創造されていない……。人権の実現に大きな影響を及ぼした啓蒙主義やヒューマニズムは、キリスト教的人間像やその後そこから生まれた寛容の要請なしには考えることはできない……。1945年以降のドイツ諸ラントおよび連邦共和国の新たな国家基本秩序創設のもとで、形而上学的に基礎づけられた人間の尊厳なしの国家がその権力を著しく増大させてきた。形而上学なしには、人間は完全に優越する国家権力のなすがままになってしまう。人間の尊厳や自由の形而上学的基礎を忘れ去ったならば、基本法の文言は、国家権力の恣意的な解釈のなすがままになってしまう》という言明からも知り得るように、キリスト教的・形而上学的な考え方に立脚している。これに対して、わが国では、人権をキリスト教信仰それ自体から導出するのではなく、人間性そのものによって人権を基礎づける考え方が一般的であり、この点で著しい対照を示している。

第2に、連邦憲法裁判所の判決の体系的検討の重要性を指摘しておきたい。既に見たように、シュターク教授は、基本権の実際的・法的保障に関して、憲法上保障された基本権の本来的効力を貫徹するためには裁判所による規範統制が不可欠であることを再三にわたり示唆している。また、シュターク教授は別の論稿において、人権保障と憲法裁判そして国法学に関して次のように述べている。《憲法上の基本権が単なる宣言的なものではなく、むしろ実効的なものでなければならぬとするならば、憲法裁判制度は、国家と市民の関係においても否応なく必要なものとなるように思われる。基本権の条章に先だって、この原則は基本法3条1項において、「以下の基本権は直接に適用される法として、立法、執行権および裁判を拘束する」と規定されてい

る。このことから、基本権に拘束された立法者は、基本権に限界をひきながら、他人の権利や社会の利益 (Gemeinschaftsbelange) を保護すべき任務を有している。このことは、大部分の基本権にともなっている法律の留保の中に明きらかに予定されている。自由やその制限について印象的なイメージ (einprägsame Bild) を抱きつつ、自由と社会の利益ならびに個人の自由と他人の自由の双方をも最適度の効果に至るように相互に秩序づけることは、立法者の任務であると言わざるをえない。一方では、基本権に関する立法者の規制権限と、他方では、基本権への立法者の拘束は、立法者が基本権の領域の規制に際して立法者に課されている拘束を遵守したか否かを審査する権限を有する憲法裁判を、まさに条件とするのである。基本権への拘束というのは、立法者が保護法益の選択およびその保護のために利用する手段の選択を自由にできるわけではない、ということの意味するのである。憲法裁判所が立法者を監視しなかったならば、基本権は立法者が承認する場合にのみ効力をもつということになる。そのような場合には、基本権は、自動的に単なる声明文 (Proklamationen) ないしはプログラム規定 (Programmsätzen) におおってしまう。もし憲法が、基本権に対して、その保障を越えて、さらに訴訟による威力 (prozessuale Zähne) をもたせないならば、基本権は、…その構造的弱点を示すことになろう。したがって、憲法国家の象徴 (Krönung des Verfassungsstaates) としての憲法裁判は、不当なものではないのである。……憲法裁判は、公法学の基礎づけた成果が憲法の実際に影響を与える積み替え所 (Umschlagplatz) である。なぜならば、裁判手続は、法的な熟慮をつくすのにふさわしいからである……。憲法裁判が過誤をおかすとき、公法学、なかんづく憲法学が選択しうる道は次の二つのうちいづれかということになる。すなわち、その時々々の国家の実践を単に解説するか、あるいは思弁の構想の中に迷い込んでしまうかのいづれかである。憲法学は、連邦裁判 (Bundesgerichtsbarkeit) において明きらかに発展をとげてきている。……基本権理論に関する文献は、今日、連邦憲法裁判所の判決に基礎をおくか、あるいは少なくとも連邦憲法裁判所をその潜在的な対話者としている。

憲法裁判によってもたらされた憲法の合理化は、憲法学において受容され、強化されている。詭弁的錯誤、概念的表皮化 (begrifflich Verkrustung) として憲法の誤った展開という危険は、憲法裁判所を通して、通常は大事に至らないうちに防止されるか、あるいは少なくとも強く制御されている⁸⁸。ここで、シュターク教授が率直に述べていることは、憲法裁判所の判決は、憲法学をリードする理論となっているということである。したがって、西ドイツにおける憲法学、国法学を研究する場合、連邦憲法裁判所の判決を体系的に検討する必要性がますます高まってきていると言って良いであろう。

第3に、配分請求権、ないしはより広く基本権再解釈をめぐるシュターク教授の基本的な見解を紹介したが、西ドイツにおけるこの問題をめぐる論争は、単なる基本権解釈をめぐる問題であるだけでなく、既に引用した森英樹教授の指摘からも知りうるように、その根底にある国家観、基本権観の基本的な相違という法思想的な対立とも絡んでいる問題であるだけに、現在のところいまだ理論的に決着がついているわけではない。ただ、法解釈論的観点から見る限りでは、国家観、基本権観の峻厳な対立にもかかわらず、その結論において、多々基本的な一致が見られるという点は、注目されて良いであろう。例えば、典型的には、基本権それ自体から直接に具体的な給付請求権を導出することはできないという点においてはほぼ基本的なコンセンサスが形成されている。

第4に、連邦憲法裁判所は、1972年の大学入学定数制判決において、一方では、大学施設拡充請求権に好意的姿勢を示し、本来的な配分請求権をほめめかす判断を見せながら、他方では、大学施設拡充請求権が「個人が合理的に考えて社会に対して要求することのできるもの、という意味での可能なもの、という留保がついている」として、この問題を未決定のまま残しており、結局は、大学施設拡充請求権について確定的な判断を慎重に回避している。この点に、憲法裁判所の明きらかな限界をみてとることができるということである。というのも、このような権利は、シュターク教授の指摘するように、直接的に国家の財政に影響を及ぼすものであり、憲法裁判所によるこのよう

な本来的な配分請求権の無条件の肯定は、結局は、憲法裁判所をして毎年の国家財政に対する優先決定権を自由に支配せしめることになるであろうし、かりに、憲法裁判所が、この限界を越えて立法者に不可能なことを要求するとしたならば、それは、憲法裁判所の権威喪失を意味することになったであろうからである。

最後に、西ドイツ連邦憲法裁判所の広範かつ強力な権限については一般に知られているところであるが、連邦憲法裁判所の国家統合ならびに基本権保障に対する熱意と自信には感心せざるをえないということである。わが国の最高裁判所と比較して、国家機関の中での位置づけ、権限、機能そして憲法裁判所裁判官の選任方法など、わが国の最高裁判所と事情が異なることもあり、軽々に単純比較はできないけれども、比較最高裁判所論を展開する場合に、そこには軽視できない問題が含まれているように思われる。

67) 例えば、宮沢俊義『憲法Ⅱ』（新版）・有斐閣77頁以下参照。

68) C. STARCK (Anm. 42), S. 9ff.