



Title	＜翻訳＞ドイツにおける基本権ドグマティック
Author(s)	クーニッヒ, フィリップ; 松本, 和彦; 高田, 倫子
Citation	阪大法学. 2009, 59(2), p. 119-137
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55220
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ドイツにおける基本権ドグマール・ティク

フィリップ・クーニツヒ
松本和彦・高田倫子／共訳

- I. 基本権——概念について
- II. ドグマール・ティクとその意義
- III. 基本権による拘束
- IV. 基本権ドグマール・ティクの特質
 - 1 妥当の問題
 - 2 基本権の機能
 - 3 基本権の主体
 - 4 介 入
 - 5 基本権の制約とその限界
 - 6 基本権の競合
 - 7 裁判所と基本権
- V. 結 語

I. 基本権——概念について

今日妥当しているドイツ憲法、つまり来る五月に六〇周年を迎える——したがって一九八九年のドイツ統一回復後も存続した——一九四九年の基本法には、ドイツ憲法史上初めて、また国際比較上も珍しく、「基本権」と題する章が冒頭に置かれている。しかし、基本権はその箇所だけで保障されているわけではない。基本権を主観的権利、つまり憲法的ランクをもった個人の法的地位と解すれば、基本法の冒頭にある上述の基本権の章以外でも様々な保障がなされている。例えば、選挙に一定水準を求める民主的権利、あるいは審問を求める権利や法律の定める裁判官の裁判を受ける権利といった、法廷での個人の権利もまたそこに含まれている。したがって、こうした権利も分けてなく憲法異議手続の対象となり得る。この憲法異議手続が、ドイツにおける基本権の現状と分かちがたく結びついており、基本権の卓越した重要性の基本的条件となっている。

それゆえ、出発点におかれるのは憲法訴訟法上の基本権概念である。それは必ずしも基本法の冒頭に定められた基本権だけに關わるものではない。ドイツの憲法システムにとって特徴的であるのは、連邦憲法裁判所と憲法全体の司法判断適合性であるが、それは連邦憲法裁判所に備わる様々な手続にある。これらの手続の中には、国家機関が相互に対立する際——連邦と州の対立の場合も含めて——その機関が訴えることのできる手続、法律の憲法適合性に関して連邦憲法裁判所に説明を求める専門裁判所の移送に基づく手続、あるいは今しがた述べた、市民が直接提起することのできる手続といったものがある。こうした憲法裁判権の多様な判決群が、ドイツの憲法システムを特徴づけている。

II. ドグマティクとその意義

私は、基本権ドグマティクという概念を用いて基本権のことを語り、こうしたやり方で、ドイツ法全体にとつて基本権が重要であるとの印象を皆様方に持っていただきたいと思っている。そういうと、この概念が何らかの理論のように思われるかもしれない。ドグマティクという概念は、とりわけ、ドイツでは特にキリスト教のカトリックとプロテスタントのバリエーションに関わる神学と法学が共有する概念である。経済学者もまた、時としてドグマティクという語を用いることがあるが、その他の学問分野ではおそらくないであろう。「ドグマティク」とは何か。アカデミズムの神学において、ドグマティクは特に倫理学と並ぶ主要な専門領域であり、同時に体系的な神学の一部をなしている。それはドグマ史の意味でも使われている。そこで問題となるのは、学問体系を二、三の原理に還元することではなく、信仰の中核的真理、すなわち信仰に真理として現れるものをアイデンティファイし、その諸々の帰結を展開することである。そうだとすると、神学という学問において構築された概念が、なぜ法学においても広く用いられているのか、またどのような共通点と相違点があるのかを探求することが、有意義となろう。確かに法学は、断固とした真理の表明を要請するものではないし、人間的なものを超えた領域から導かれる教義に関わるものでもない。他方で、法学は、他者によって下された規範的決定から導かれる諸々の結論を獲得することを任務としている。法学者は、自ら法を定立するのではなく、存在する法を見出すのである。彼は、法を理解しようと努め、生活の個々の事例にそれを適用し、帰結を探索しなければならない。何が妥当すべきのかに関し、他者の意思を認識し、跡づけることが問題となる限りで、法学はやはり神学とパラレルである。その際、ドグマティクの任務とみなされているのは、可能な限り矛盾のない体系を展開することである。ドグマティク

は多種多様な規範に対して同じように適用されるべき概念を構築し、共通点や一致点を認識しようとする。それは一般化可能性を求める。ドグマティクは規範秩序の様々な場に現れる諸々の問題に関わり、統一的な解答を探し出そうとする。それは、等しいものや比較可能なものが異なって取り扱われる場合に常に、その根拠を示す責任を負わせるのである。

このような考察はここで終わりにし、次のようなテーゼを立てておきたいと思う。すなわち、整合性のとれた基本権ドグマティクは、実効的な基本権の適用にとって不可欠である、というテーゼである。とはいえ、ドイツにおいて、基本権の適用は、全ての法適用者の日常的な業務である。ここで法適用者とは、三権のうち法適用者となり得る全ての国家機関をいうが、同様に、弁護士であれ法学者であれ、特に裁判所の判決実務に影響を及ぼそうと試みる者も、それに当たる。そして、将来の法律家を育成するということとを別とすれば、法学者の活動は基本的に法の適切な適用の際に法適用機関に助力することを目指している。

III. 基本権による拘束

私は、基本権の適用が日常的業務である、と述べたが、このことは決して自明ではない。それは、いくつかの前提を条件としており、それらの前提は、今日のドイツ法においては満たされているものの、他の多くの法秩序においてはそうではない。

憲法は、基本法二〇条三項によれば、全立法、執行権、および裁判を拘束する。基本法一条二項はさらに、「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」と付言する。加えて一般的な見解によると、「以下の基本権」には、基本法一条一項において既に保障されているにもかかわらず、（したがって

「以下の」ではない）人間の尊厳の基本権も含まれている。さらに、私が初めに述べた、第一章以外のところで、基本法全体に点在している主観的権利も含んでいる。このような、全ての国家権力に対する「直接的な」基本権の適用が意味するところは、基本権が政府による政策形成のためのプログラムの指針に尽きるものではないということである。あるいは、基本法に先立つワイマール憲法の基本権理解によれば基本的な点でなお通用した、立法への委託に尽きるものでもない。確かに、実効的な基本権行使のためには、通常法律による実定化が必要な場合もある。しかし、基本権は、通常法律による基本権の現実化に尽きるものではなく、したがって通常法律による現実化は、基本権の効力的前提条件ではない。

基本権は、むしろ、法律の有効性に関する基準であり、上述のごとく、「直接に」法律の解釈を規定するものである。したがって、基本権は、立法府に対する刺激であるとともに限界づけであり、執行府と司法府に対しては決定基準である。立法者がこの基本権の規準を満たしているかを監視するのは裁判所である。議会の立法者に対しては連邦憲法裁判所とさらに州憲法裁判所が、その他の規範定立者と行政に対しては専門裁判所が、専門裁判所に対しては、場合によれば再び、憲法裁判所が監視を行う。憲法裁判所には、憲法異議の方法で基本権の観点から問題ある専門裁判所の判決が持ち込まれ、統制されることになる。

基本法一条三項の、基本権による直接的拘束の要請に応じるためには、日常生活に役立つことが認められるべき基本権ドグマティクが必要である。したがって、ここで私は、体系や理論を問題にするのではなく、いずれにせよ自己目的として問題にすることなく、実務の法問題を克服するために役立つ体系や理論の働きを問題にすることとする。その際、話は自由権の基本権に限定される。一部異なるものの、自由権の基本権のルールに従う平等基本権、つまり一般的な平等原則といくつかの特別な平等取扱いは、同様に扱うこととする。

IV. 基本権ドグマティクの特質

基本法一条三項によりもたらされる、基本権の日常生活への近さを考慮すれば、その他にも次のことが理解できるだろう。すなわち、他の多くの法システムの場合と異なり、ドイツにおいては、憲法裁判所のレベルのみならず、専門裁判所の判決実務においても、基本権ドグマティクに関する争点で態度を決めなければならない機会が非常に頻繁に見られることや、いずれにせよ、基本権ドグマティク上の問題を提起する、事案に関連した論証の場が現れることである。基本権に関する議論は、民事法、刑法、行政法およびその個別法領域といった個別専門分野の法が取り扱う、法学の様々な部分領域の中に一貫して、しかも繰り返し見出される。学問的観点から見れば、基本権は決して憲法学の領分ではない。こうした基本権の遍在は危険もはらんでいる。法学の部分領域から見ると、基本権は時として、個別専門分野の法の不適切な変更を主張するために持ち出すことができ、個別専門分野の法の内容を希薄にする異物として現れる。憲法から見ると、個別専門分野の法が基本権を用いることは、時に誤解として現れる。こうしたことは全て、諸々の法分野の分業と自己理解にも関わっている。

私は、基本権ドグマティクの任務は、共通点をアイデンティファイし、相違点を明確にすることであり、かつ、このことは基本法が保障する多数の基本権に関わるものであると述べた。このように見ると、基本権ドグマティクとは、いわば基本権秩序の総論を略述するものとなる。

法における総論と各論の区別は、周知のように、明瞭さ、調和、さらには立法者の負担軽減をも達成せんとする立法技術手法である。そのような方法は、特に民法と刑法、一部では社会法において知られており、例えば環境法に関しても（ドイツでは長い間首尾よく進んではないものの）、この方法が試みられている。つまり、法の様々

な部分領域に共通して妥当しうる事柄は全て諸々のルールの前に置かれ、あるいは置かれなければならないのであり、したがって、それぞれの部分領域ではこの後、領域固有の展開が図られ、具体化あるいは修正が行なわれる必要があるというにすぎない。こうした基本権秩序の総論というものは、基本法が定式化するものではなく、基本権ドグマティクが生み出してきたものである。

この意味で、私が以下で詳細に取り扱おうとする次のような諸々の法問題は、相互に区別されるべきである。これらの問題は全ての基本権に対して同様に提起される。その際、私は、連邦の憲法としての基本法を引き合いに出す。周知のように、連邦共和国は、複数の国家、つまり国家全体としての連邦と一六の州を合わせた、一七の国家から構成されている。これらの国家には、たとえ主権がないとしても、当然に国家性は認められる。それらは憲法を持ち、そのほとんどが基本権の章を有している。またそこには憲法裁判所がある。基本権の章はそれぞれ多様であるが、基本法は州憲法に対しても連邦法の優位を要請する。また、このことを別としても、まさに基本権の領域には、連邦憲法裁判所を通じてもたらされる強力な中央集権化の傾向がある。そのことが困難な理論的問題のいくつかと結びついているのだが、こうした事態は、実務上では、州の憲法裁判所が州憲法の基本権を、連邦の基本権の内容に適した審査基準としての形でしか扱わないというやり方によって確定している。しかし、そのことは別に、これから確認するドイツ基本権ドグマティクの主要問題は、連邦と州に同じく妥当すると言うことができる。その他にも、同じく妥当すると言えるのは、ヨーロッパで定立されているがゆえに、国家を超えてドイツの国内法秩序に流れ込んでくる、通常の法に優位する妥当根拠を備えた一連の個人の権利である。つまり、ヨーロッパ人権条約の人権やEU法の不文の基本権のことを言っているのだが、ここではこれ以上扱うつもりはない。しかし、それらに対しても、基本権ドグマティクが定式化するところの問題は適用されるのである。

この基本権ドグマティクが定式化する問題とは、いかなる問題なのか。次の諸々の問題が区別されなければならない。まず、基本権の妥当の問題、つまり基本権が妥当を主張する法関係の問題である。この問題は、一般に考えられているところとは異なり、先に述べたような、基本法一条三項から導かれる基本権の妥当の「直接性」ということによっては、まだ全ての側面について答えられてはいない。次に基本権の機能の問題がある。つまり、基本権は単に国家機関に対する防御、あるいは不作為請求権を与えるだけなのか、それとも基本権から国家行為を求める請求権まで導き出せるのか、である。それから基本権の主体の問題がある。つまり、誰が、どの主体が、どの単位が、どのアクターが、基本権を引き合いに出すことができるのか、である。そして基本権への介入の問題がある。つまり、国家の行為が基本権上の法的効果をもたらすためには、いかなる性質を持たなければならないか、である。さらに、基本権の制約可能性の問題及びこのような制約の許容性の限界という問題があり、基本権の競合、つまり基本権の並立と結合の問題がある。最後に統制権限の問題がある。それによって、我々は、終わりのところで再びドイツの裁判所システムの多様性へと立ち戻ることとなる。

1 妥当の問題

基本権が妥当を要求する法関係について述べよう。基本権が「直接に」妥当するのは、基本法一条三項に挙げられた三つの権力である。この権力以外に、基本法システムには他に権力は存在しない。確かに、プレスは時として「第四の権力」と呼ばれるが、それは思い違いである。プレスは私的かつ自由であり、国家権力を行使しない。基本法にあるのは国家と社会だけであり、その中間には何もない。このことは、確かに、少なからぬ関係において国家機関に類似する地位が認められる政党に関しては扱いが難しいが、それでも政党は決して国家権力を行使するも

のではない。また、確かにプリントメディアは違うのだが、少なくとも他のいくつかのメディア（ラジオ、テレビ）は、公法上組織されており、そうであるとすれば、それらのメディアは、高権を行使する限りにおいて行政に位置づけられ、したがって当然に、基本権にも拘束される。外交権力もまた、独立の権力ではない。それは、外交領域における権限の行使に関する集合概念でしかなく、その権限は、権能に即して精確に区分すると、古典的な三権によって共同行使されるものである。

それにもかかわらず、基本権は、全ての権力に対して同じように妥当するわけではない。あるいは、同じく直接的に妥当するわけではないと言ってよい。むしろ法的連関が問題となる。立法権は、常に基本権に拘束されている。執行権も同じであるが、この中でもまた区分がなされる。国家財政上の活動、つまり私法形式でのそのような活動に関しては、行政活動にとって必要不可欠な物品の調達であれ、国家の収益的経済活動の意味であれ、私法の法形式での公的任務の遂行と対比され限界付けられる場合は双方ともに、基本権による拘束が存在しない、ないしは非常に制約されると一部では考えられている。しかし、双方とも基本法一条三項とは両立しない。なぜなら、基本法一条三項は、法形式の選択によって基本権による拘束を回避することを国家に許容していないからである。

公法に従って活動する行政は、当然のことながら、常に基本権に拘束されている。もっともこのことは、ある特別な領域においては、当初から憲法裁判所による説明を必要とした。例えば、前立憲的国家理解には、いわゆる特別権力関係というカテゴリーがあった。この特別権力関係というのは、公法によって定められる公勤務の一部、つまり官吏の領域や、兵士の法関係、刑事執行や学校における法関係といった、国家と個人の特別な近さにより特徴づけられる法関係のカテゴリーを言う。そこでは、基本法下でも当初、基本権による拘束が否定された。が、その後、連邦憲法裁判所がそのような見方を根絶させた。これは在監関係との関連においてなされたのであるが、先に

挙げた他の領域に対して直接的な効力があつた。

これは、その他の点においても、ドグマーティクの意義に関する適切な例である。つまり、連邦憲法裁判所が、刑事執行に対して基本権の妥当を肯定すれば、つまり特別権力関係というドグマーティクのカテゴリーと強固につき合ひなされていた様々な領域のうちのひとつで、基本権の妥当を肯定すれば、この領域のうちの他に対しても分け隔てなく、それは妥当しなければならないからである。もっとも、誤解を避けるために次のことは言っておこう。すなわち、このことが意味しているのは、基本権の効力が、特別権力関係の全ての領域において互いに「同じ」であるとか、あるいは通常の状態・市民関係と比較して「同じ」である、ということではない。つまり、官吏には、他の職場と同じように、彼の上司に対する意見表明の自由が直ちに当然に認められる、あるいは刑事執行を受ける者には、あらゆる市民と同じように、コミュニケーションの自由が認められる、ということではない。基本権の妥当それ自体だけが所与なのである。基本権は、法律の基準に従って、領域固有の様々な形で制約される。もっとも、それは、基本権の制約というさらに別のドグマーティクのカテゴリーに関わっている。

残りは裁判である。裁判に対しても基本権が妥当する。一部では審問あるいは法律の定める裁判官の裁判を受けることを求める司法的基本権といった特殊な基本権までが妥当し、さらには基本法三条一項の一般的な平等原則から引き出される恣意の禁止も妥当する。もっとも、その他の基本権は、その都度の法関係に応じて——のみ——妥当する。このことは、民事法の領域における裁判官の判決に対して、基本権の第三者効力あるいは水平的効力と言われる、ドグマーティクの独立のカテゴリーをつくり出した。これが意味するのは、民事法上の争いを判決する裁判官に対して、基本権がここで当該民事法と並んで、あるいはそれに代わって適用されるのではない、ということではないといけない。いずれにせよ、支配的見解によればそうではない。支配的見解は、民事法に対する、いわゆる

基本権の直接的な第三者効力を否定する。これに関する意見は、連邦憲法裁判所の判決実務によって再度導かれたのだが、当初は次のような意味でまとめられていた。すなわち、基本権の「妥当」というのは、問題となっている連関の中で言われるべきことである。つまり民事法が、その法概念、特にその一般条項の多くが解釈を必要とすることを考慮して、解釈のための余地を残している場合に、基本権の価値決定が道を切り拓くというのである。それに対し、今日では主として、民事裁判官の基本権に対する保護責任が（も）出発点とされる。それは、例えば、第三者の借金のために保証を引き受けた市民と銀行の間の非対称的な関係において、基本権的人格保護によって要請される、民事法契約の内容に関する統制という意味においてである。このように、テーマは、基本権の妥当に関するドグマティクの問題から、基本権の機能の問題へと移ってきている。それゆえ、これと一緒に言及された保護の機能は、別の箇所ですぐ後のところで、再び取り上げることにする。

2 基本権の機能

基本権のいわば原初的機能とされるのは、基本権的防御の観念である。それは、啓蒙期において練り上げられた基本権観に根ざし、例えばフランスやアメリカにおいて、一部ではそれ以前に既にアングロサクソンの法において、基本権理念の最初の実践でもあった実定化の際に考えられたものである。それは国家に対する不作為請求権としての基本権的請求権であり、自由の領域を保護するものであるが、このことは、人の移動の自由や私的領域としての住居という退避空間に関しては明らかである。また財産権に関しても、補償の件は別として、自由に干渉していた国家の支配から脱するや否や、このことは明らかになった。

この防御機能は、依然として基本権を特徴づけるものであり、今も厳然としてあるが、この頃では基本権に保護

機能も認められるようになっていく。それは、基本権により保護された法益に国家が干渉することを単に遮断するだけでは十分でない、との観念に支えられている。むしろ国家は、連邦憲法裁判所の言葉を借りて言えば、基本権を「保護し促進も」する義務を負っているとされる。このことは、生命に対する権利に関して初めて明らかにされた。裁判所はまず、誘拐された人を保護すべき国家の対応が問題となった誘拐事件に関して判決を下し、続いて堕胎の可罰性の問題に関して判決を下した。後者の状況において、基本権は、刑法による処罰の憲法的要請、つまり――（出生前の）生命という保護法益のために――およそ国家が用いることのできるもののうち最も強い攻撃手段、すなわち刑法の処罰規定を用いるべしとする国家の義務となったのである。

このドグマティックの発見も、さらに移り変わっていった。つまり、何らかの基本権が妥当している場合、その基本権は、やむを得ない理由により妨げられない限り、他の全ての者に対しても妥当を要求する、ということである。それゆえ、国家は、自らが用いることのできる立法裁量あるいは行政裁量を、基本権の価値決定を常に考慮しつつ行使しなければならない。そして、このことは、いわゆる第三者効力との関連において述べたように、他ならぬ裁判所にも妥当する。こうなると、特に立法義務までもが導かれることになる。それは、しばしば客観的性格のものだと言われるが、そのことによって、立法義務が国家による基本権上の義務の履行を求める主観的請求権と結びつく可能性があるという点が覆い隠されてはならない。それゆえ、大部分の環境保護立法は、身体の不可侵性に対する基本権を根拠として、基本権により要請されるものとみなされる。例えば、航空機騒音の領域で、あるいは新たなテクノロジーの利用に関して、新しい環境問題が現れると、立法者は、新たな法律の公布に際して自らの裁量行使する時、基本権上の価値判断を行う義務を負う。また、憲法裁判権はそのことを審査することができる。

この連関において立法者の活動が不十分であったために、過少保護の禁止という概念が、比例原則の要素として

の過剰制約の禁止のいわば反対面として生み出された。ちなみに比例原則は、保護機能の反対面としての基本権介入が許されるか否かを判断するための、重要なカテゴリーである。

3 基本権の主体

基本権の主体というカテゴリーは、基本権享有主体の問題を表している。つまり、誰が基本権を持ち出すことができるのか、である。

この点で、基本権理念が根ざしているのは、基本権の主体となり得るのは、いずれにせよ人間、つまり自然人であるという観念である。このことは、人間存在の始期と終期が明確にされなければならないという限りで、争点となる。この問題は今や、全ての基本権について同じように扱うことができないものである。これは、基本権ドグマティクのある一つのカテゴリーとの関連においても様々な区分が可能である、ということの一例である。死者について問題になるのは、多数の基本権のうち人格権だけである。それは、死後の基本権保護というキーワードの下に論じられている。生命や身体の不可侵性に対する基本権、さらに人間の尊厳の基本権の場合だけなら、出生時点の前に基本権保護を動かすことも考えられよう。つまり、ここでは、その都度の基本権の保護内容が、主体性というドグマティクの問題を規定しているのである。

同じことは、法人を基本権保護に含めるといふ問題にも妥当する。社団あるいは資本金会社は、結婚することはできないが、財産を取得することはできるだろう。それらは住むことができるのか、つまり事務所に関して住居の不可侵性を持ち出すことができるのか。それらは、確かに肉体的存在を前提とする語義の上では集会を行うことができるか、少なくとも基本権上保護されたデモの主権者としては、集会の自由に関与しているのではないか。

この二つの問題は、基本法一九条三項に鑑みれば、一般的には肯定される。基本法一九条三項によると、当該基本権の「性質」が許容する限りで、私法上の法人は基本権の主体に加えられる。これは、基本権ドグマティクの問題が、例外的ではあるが、実定法により解決された例である。

その他に、国籍による基本権の主体の区別という問題も、実定法により解決されている。もともと、この点については、基本法一九条三項のように一般的ではなく、各々の個別基本権において解決されている。ドイツ国籍の保有者に明示的に留保されている基本権もあれば、国籍によつては区別をしない基本権もある。平等原則や財産権は、国籍と関わりなく享受されるが、職業の自由や集会の自由はそうではない。

もともと、連邦憲法裁判所は、こうした当初の見方を、結果的には適切にも次のような方法で改めた。すなわち、ドイツ国籍保有者に留保された個別基本権の領域では、基本権保護をテーマごとに補充し、欠缺を埋める基本法二条一項の一般的行為自由の保障が、外国籍の保有者に対しても完全な基本権保護を与えろという風に理解されたことである。このことには異論の余地がないが、一定の成果を収めたし、また一貫もしている。つまり、個別基本権の事項的保護領域の外側にある一般的行為自由が持ち出されるときに、これを人的保護領域、つまり国籍による区別とも関連づけることは、ドグマティクとして一貫している。

4 介 入

ドグマティクのカテゴリとしての基本権介入とは、基本権の保護領域を能動化するには、国家の活動がいかなる性質を持たなければならないか、という問題を表わしている。ここでは、次のことが妥当する。すなわち、いずれにせよ、防御されるのは目的志向的な介入、つまり基本権の縮減という客観的な目的の設定行為である。そう

いった措置の典型が収用による財産権剝奪である。しかしその際、客観的価値秩序としての基本権理解に再び影響され、発展の歩みが止まることはなかった。というのも、基本権を持続的に侵害する事実上の行為態様といった、間接的な介入も考えられるからである。こうした間接的介入もまた介入概念に含まれるが、基本権保護の洪水だけは防ごうという理由で、この領域においても区別が要するという議論はされている。というのも、例えば、経済に関わる法律にはいずれも、職業活動に対する何らかの影響が認められるからである。しかし、基本権への介入とみなされるのは、客観的にみて職業を規制する傾向が認められる、法律の基準だけである。したがって、それは、あらゆる事実上の不利益のうちのほんの一部であって、個別化され、かつ特に重大な不利益だけを指すものである。

5 基本権の制約とその限界

基本法の条文は、確かに、基本権の制約可能性の問題に言及しているが、しかしそれは、不完全にしかなされていない。ほとんど全ての基本権が、様々な定式化において、制約に対する法律の留保を定めている。条文中無制約に保障された基本権は、別の基本権あるいは基本権の章の外におかれた憲法的価値のある命題がこれを要求する場合において、かつ、その場合にのみ、制約可能であるとみなされる。例えば、宗教の自由や学問の自由の場合がそうである。

基本法一九条一項において一般的に定められているのは、基本権の制約が個々の場合にのみ適用されるものであってはならないこと、および基本権を制約する法律は、その条文中明示的にこの制約を書き記さなければならぬことである。基本法一九条二項は、それに付け加えて、基本権の制約が基本権をその本質的内容において侵害してはならない、とする。前者の二つの条件は、いくつかの争点を含んでいるが、ここでそれらに詳細に立ち入るつ

もりはない。それらの争点は、実務上それほど重要ではないからである。また、本質的内容の保障は、ほとんど機能していない。というのも、それは比例原則によってカバーされるからである。この比例原則というのは、本来警察法にルーツを持つが、しかしそれは、このルーツから解放されて、次のような法治国家的要請として一般的に妥当している。つまり、比例原則によれば、全ての基本権への介入は、正当な目的を達成するために、適恰的、必要かつ適切でなければならぬとされる。このことが本質的内容保障の運命を決定つけた。というのも、ある国家措置が比例的でないことを証明されれば、その措置が同時に問題となる基本権の本質的内容を侵害するかどうかは、確定されなくてもよいからである。なにしろ、その措置は、いずれにせよ憲法違反なのだから。それに対して、その措置が比例的であると証明されれば、これとは別に、その措置が本質的内容を侵害するものと認めることはできない。かくして、比例原則は、基本権への介入の許容性と基本権の制約の限界に関して、決定的に重要な判断基準となったのである。

これによって、連邦憲法裁判所は、特に法律の審査の際にかなりの判断余地を得ることとなったが、だからといって、連邦憲法裁判所が立法者に取って代わることは許されない。というのも、適合性、必要性、及び適切性あるいは期待可能性といった不確定法概念を具体化する場合、つまり過剰性を確定する場合、立法者には優先的評価権が認められるからである。まったく目的から外れた手段だけが、比例性審査の意味で不適合とされ、同じ効果についてより負担の少ない措置で代替されうる手段だけが、比例性審査の意味で不必要とされる。対立する諸々の法的地位の衡量に際して、結果的に跡づけ不可能であると証明された場合しか不適切と判断してはならない。連邦憲法裁判所がこの限界線に完璧に守ったかどうかについてであるが、この批判的な問いかけは、最初からその判決実務に付きまとい、今後もまた付きまとうであろう。

その他でも比較可能なのは、行政裁判所による統制の場合である。それは、基本権による行政の拘束が現実化する基本的な分野である。つまり、ここでも、裁判所は自らの評価を行政のそれに代替するのではなく、単に行政が基本権を十分に考慮したか否かという観点からのみ、行政を統制することが許されている。

6 基本権の競合

このドグマティクのカテゴリーについては、次のことだけ言っておきたい。一般的行為自由に対する移転の自由の保障のように、基本権が他の基本権よりも特別である場合がある。また意見表明の自由と集会の自由のように、基本権が相互に並立し同等の効力を持つ、つまり同時に共同して、基本権侵害に対する基準として適用される場合もある。さらに、まだ十分に明らかにされていない連邦憲法裁判所の実務に従えば、基本権は、相互に「結びついて」いる場合もあり、そうすると時としてそこから、新しい基本権の創造が起こる。この観念は、例えば、一方での尊厳の保護と他方での一般的行為自由から一般的人格権を形成することで、一定の成果を収めた。その後、そこからさらに、情報自己決定に対する基本権、データ保護に対する基本権も成立した。

多くの基本権は、同時に基本法一条一項によって保護される人間の尊厳の核を有すると、確認されている。このことが重要であるのは、人間の尊厳の保護が、基本法七九条三項によって憲法改正から除外されているためである。基本法は、一九四六年に公布された日本国憲法と異なり、非常に頻繁に改正されてきた。庇護権、電話通信の秘密、住居の不可侵性など、基本権の章の様々な改正に際し、問題になったのは、これらの基本権における人間の尊厳の核が、同時に影響を被っているか否かであった。連邦憲法裁判所は、結果的に憲法改正を承認したが、しかし当該基本権の改正後の形態においても、人間の尊厳に適合的な改正になるよう要求した。

7 裁判所と基本権

引き続き、私見の要約に入る前に、もう一言、基本権の適用に対する裁判所の統制権限のドグマティックについて述べておこう。ここでは、権力分立原則が非常に基本的な役割を果たす。つまり、私が最初に強調したように、基本権とその実現に対して全ての国家権力が責任を負っているとすれば、そのことから、国家権力が統制権能を保持する義務が導かれるのである。いかなる権力も、第三の権力の頂点にある連邦憲法裁判所でさえも、基本権問題について、排他的決定権能を自らに要求することはできない。専門裁判所も、すでに見たように憲法裁判所も、さらには行政官庁もまた、基本権を保護するための機関である。立法は、基本権を遵守するのみならず、その行使に寄与し、またそのための条件をつくり出さなければならない。それは法治国家の特徴を表すものである。しかし法治国家は裁判国家へと堕してはならない。

V. 結 語

私見の要約——私が示そうとしたのは、整合性がとれていて、かつ種々に区分された基本権ドグマティックが、基本権という憲法上の約束を果たすための必要不可欠の前提だということである。私が持ち出した諸々のドグマティックのカテゴリーは、いずれの基本権を適用する場合でも現れる問題設定を表している。全ての基本権の共通の任務は、国家に対する個人の法的地位と社会の中での個人の法的地位を、この個人が人間の尊厳を持った存在で、かつ、自らの才能を自由な発展と自己責任において展開できるよう、保障することにある。このことは、先に挙げた共通の基本権問題に可能な限り統一的に答え、場合によっては、なぜ基本権特有の区別を行わなければならないのかという理由を明らかにするよう促す。統一的な基本権理解は、憲法の中で同等の地位を持って並存する諸々の

基本権が、その相互作用において、最大限の効果を發揮することに寄与するのである。

〔付記〕

本稿は、二〇〇九年四月三日に開催された大阪大学法学会スタッフセミナーにおいて、ベルリン自由大学のフィリップ・クーニツヒ (Philip Kunig) 教授が行われた講演の原稿を翻訳したものである。

クーニツヒ教授は、一九五一年にお生まれになり、ハンブルク大学で法学博士を取得後、同大学で教授資格を取得された。ハンブルク及びハイデルベルクの各大学で教鞭を執られた後、一九八八年以降、ベルリン自由大学の教授として、憲法・国際法・環境法の講座を担当されている。クーニツヒ教授は、アジア・アフリカ地域の法律家たちと幅広い交流があり、北京大学ドイツ研究センターのコーディネーターとして活躍されているほか、アジア・アフリカ・ラテンアメリカの法律事情を紹介する雑誌「Verfassung und Recht in Übersee」の共同編集人を務められている。

当日の講演内容は、本稿をお読みいただければ分かるように、基本権ドグマティクの意義をドイツ憲法の文脈に照らして解説する、というものであった。そのためクーニツヒ教授は、基本権ドグマティクの諸問題（たとえば「基本権の妥当」）を取り上げ、その一つ一つについて検討を加えられた。そして結論として、基本権保障のためには、整合的に区分けされた基本権ドグマティクが不可欠であると主張された。なお、講演後、フロアとの間で活発な質疑応答が交わされた。