

「憲法解釈」論（三）

——クリスティアン・シュタルクの憲法構想について——

菟原 明

一 はじめに——課題設定

二 解釈対象としての憲法の性格

1 憲法の規範的性格

2 憲法の枠組み性格

三 憲法解釈の方法

1 いくつかの憲法解釈方法論（以上、本誌第一五卷第一号）

2 シュタルクの憲法解釈方法論（以上、本誌第一六卷第一号）

四 基本権解釈の方法

1 予備的作業（以上、本号）

2 シュタルクの基本権解釈方法論

3 個別的課題

五 おわりに

四 基本権解釈の方法

1 予備的作業

「憲法解釈」論（三）

(1) シュタルクの学問的評価

クリスティアン・シュタルクも、「古稀」(二〇〇七年一月九日)をすでに迎えるにいたった。これを機に、彼の研究者としての諸活動に対する総括が行われつつある。本稿の対象である、彼の基本権解釈論を理解するうえでも、このような彼の学問的・実践的諸活動の総括的な評価がどのようになされているか、をみておくことは当然に有益であるといえよう。したがって、シュタルクの憲法解釈論のうち、そのもっとも重要な対象領域の一つである基本権解釈論を検討するに先だって、彼の学問的・実践的諸活動が、論者によってどのように評価されているか、について簡単にでもまずはふれておくことにする。

二〇〇七年、七五本の論稿と、それまでのシュタルクの業績一覧等(二〇〇六年九月一日現在)を含む一二六七頁におよぶ生誕七〇年(9.1.1937)を祝う記念論文集が公刊された。⁽¹⁾ 上述したように、今や、彼のこれまでの学問的諸活動、研究業績をどのように評価するか、また、その特質とはどのようなものか、を総括する一つの段階が劃されようとする時期にきたといえようか。そのような評価として、たとえば、同記念論集の序文で編者は、「クリスティアン・シュタルクの学問上の著作は、…一方で、ヨーロッパ的伝統の中心的な文化現象であり、法現象でもある個人の自由の歴史的、哲学的そして宗教的な根源への問いと、他方で、その根源の現代の生活現実の諸条件に適合させられる制度的・組織的な現実化形式への問い、という二重の問いによって刻印づけられている。…歴史的・哲学的に基礎づけられた自由理解や尊厳理解と、民主制的法治国家の自由を保持する諸制度の教義学的・実定法的な継続的発展の意味に対する明瞭な意識との結合は、クリスティアン・シュタルクの研究に、何年を経てもとり変えられることのない刻印を与えてきたのであり、そして、彼を、基本法下での国法学者の第二世代の傑出した代表者の一人として、基本法によって創設された秩序のさらなる発展と強化や、ドイツの再統一、ヨーロッパの統合およびグローバル化の諸条件の下でのこの秩序

の維持に決定的に協働させることもなかった」と述べる。つづいて、シュタルクの広範囲にわたる学問的活動や実践的活動（裁判官としてのそれをも含む）を記述するなかで、とりわけ、彼の学問的関心領域とその特質が、以下三点に総括される。すなわち、「法学者クリスティアン・シュタルクの特別の関心は、公法の、とりわけ憲法法の基本的諸概念や、その歴史的、哲学的また法比較的な諸々の基礎および諸関連とにねに関わっていた（S. VII）。…クリスティアン・シュタルクの法学上の研究の第二の定点を形成するのが、基本権の解釈と適用である。シュタルクにとって出発点は、ここでも歴史的、哲学的な諸々の基礎であった。これらの基礎が、いつでも教義学上の個別的問題を解決するための土台をなしている。…同様に、クリスティアン・シュタルクは、集中的に公法の宗教的基礎と世俗国家にとっての宗教の自由の意味とに取り組んだ。…さいごに、クリスティアン・シュタルクの法学上の取り組みの第三の重点をなすのは、コミュニケーションの自由、とりわけ、公論形成の分野での重要な行為主体であるマスメディアに関する本法の諸保障である（S. VIII）。…いうまでもなく、クリスティアン・シュタルクの基本権理論のためのフォーラムを彼に提供したのは、彼に第三版以降、編集者を任された、伝統のある v. Mangoldt/Klein/Starck の基本法コンメンタールである（S. IX）」²⁰。

あるいはまた、生誕七〇年に寄せられた祝辞において、たとえば、Th. I. シュミットは、「クリスティアン・シュタルクその人のうちに、今日では稀となった理論と実践との結合が示されている。法の精神的背景を優位させ、根本的な方法論をもって現実の諸問題を克服する、という彼のアプローチは、今後も未来指示的であると思われる」、とシュタルクを評価し、また、P. バドゥーラは、「民主制的憲法国家の歴史的、政治的そして法的諸条件は、国法に関する学問の対象でありまた基礎でもあるが、これに、クリスティアン・シュタルクは、自己の研究を、学者としてまた法学教師とし捧げてきた。…忘れてならないのは、『憲法国家の安定化に際しての憲法科学の役割』であるが、これに對

して、シュタルクは、憲法の規範性、憲法解釈の諸規準、法律の鍵地位そして連邦憲法裁判所の裁判課題、等々につき、非常に多くの論稿をもって応えてきた⁽³⁾、と特徴づける。これらのシュタルクの評価において、一様に指摘されていることは、シュタルクの民主制的憲法国家における公法上の諸問題解明への貢献と、それに際して、彼が、法の背後にある歴史的、政治的、哲学的（宗教的）根源を究明することに重点をおいており、また、根本的な方法論をもって、公法上の諸問題の解決に立ち向かっている、ということである。このようなシュタルクの発想は、たとえば、「基本権教義学の出発点は、憲法法上の基本権規範の規準にしたがって、さまざまな生活領域での個人の自由を保障することである。この出発点は、その根源を、人間の尊厳を尊重し、保護することに国家権力を義務づける点に見出せる。これによって表現されるのは、第一次的に、国家は人間のためにこそあるのであり、人間が国家のためにあるのではない、ということである。国家が、個人の自由を尊重することに義務づけられるのと同様に、国家は、人間を他の人間からの侵害から保護することも義務づけられる。基本法の組織規範と基本権は、憲法国家の理念を特別に刻印づけており、その課題は、自由を保護し、そして、その公共調和性（*Geneinverträglichkeit*）を確保することである。国家のこの課題は、国内平和を確保するという国家の根源的目的から帰結する。これは、警察、裁判権、行政、軍等、といったような諸制度を有する民主制的憲法国家の存在を前提とする⁽⁴⁾、という基本権教義学の捉え方についての一文にも、よく表れているといえよう。まさしく、シュタルクの弟子の一人であるTh・I・シュミットのいうように、このような「根本的な方法論」にもとづいて、シュタルクは、その「憲法解釈」論を展開しているものであり、本稿の課題となる「基本権解釈」論も展開されることになるのである。

もつとも、これまでのシュタルクの研究業績や実践的活動の特質が、以上のように評価され得るとしても、その研究活動は、ゲティンゲン大学退職後も、なお衰えをみせることなく継続しており、前記記念論集に収載された業績一覧作

成時点（二〇〇六年九月一日現在）以降も、新たな著作をものするにいたっており⁽⁵⁾、今後もその活動はやむことはないであろう。そのようななかで、本稿は、シュタルクの憲法解釈論の一般的構想から、憲法解釈論のうちその重要な個別の課題をなすともいふべき、「基本権解釈」論⁽⁶⁾について検討の歩を進めて行くこととする。

(2) 現時の基本権教義学（または解釈）をめぐる問題点

(2)―1 基本法で保障される基本権のそのほとんどは、「自由基本権 (Freiheitsgrundrechte)」⁽⁷⁾であり、また、その基本権法文も基本法施行後、ほとんど修正・変更されることなく存続している⁽⁸⁾。このような条文上の不変性・同一性や、基本法が保障する基本権が自由基本権中心主義〔換言すれば、それ以外の基本権保障（たとえば、給付基本権）は例外でしかない〕にも拘わらず、その都度、時代が提起する憲法（また、基本権）問題に対して、基本法（基本法の保障する基本権）が、その問題解決能力や時代適合性を獲得することができたのは、いうまでもなく、一方で、連邦憲法裁判所の設置とその裁判実践であり、また他方で、（憲―）法学（基本権教義学）の貢献でもあったといえる⁽⁹⁾。そのようななかで、基本権解釈論に対し、もっとも重要な影響力を發揮してきた判決の一つが、基本権の防禦機能としての性格以外に、「客観的価値秩序」の性格をも読み込んだリュート判決⁽¹⁰⁾であった。あるいはまた、自由基本権のうちへの基本権の時代適合的な多次元的機能の読み込みと、その展開⁽¹¹⁾でもあったといえよう。しかし、基本法において、そのもっとも中心的な機能がいうまでもなく防禦機能である自由基本権は、「基本権の価値秩序」概念を媒介にして、さらにはまた、この基本権の価値秩序的理解から「客観的基本権内容」理解へと拡大されることで、自由基本権の本来的機能である防禦機能を超越る多様な機能を抱え込み、いわば基本権の「加重負担」、「輪郭喪失」、あるいは、そこから生じる「基本権」裁判・教義学の理論構成等の不明瞭さや不確実さの増大ともいふべき現象が生じるにいたっている、といえよう⁽¹²⁾。それは、具体的には、たとえば以下の諸点に現れている。まず第一に、対国家と市民の二極関係においては、自由基本

権のうちに国家の不作为を求める防禦機能だけでなく、第二次的に、国家の作為を求める給付機能・保護機能、あるいは、問題状況に応じては、作為・不作为を求める両側面をもつ平等処遇機能、等がどのように位置づけられ、関連づけられるのか、また、対第三者との関係では、いわゆる基本権の第三者効力の問題が、基本権の照射作用の問題が、ないしは、いわゆる三極関係にある国家の基本権保護義務の問題⁽¹³⁾が、どのように処理可能なのか、の点にみられよう。さらに、第二には、これらの諸機能が、いわゆる地位 (Status) 論との関係においても、ある特定の基本権がおかれた問題状況に応じて、単一的対応関係〔たとえば、自由権Ⅱ防禦権 (不作为 (妨害排除) 請求権Ⅱ消極的地位) ではなく、複合化することを、また、複合的理解を迫られる、という点にも現れているといえよう⁽¹⁴⁾。それに際して、どのような対応関係が構築されるのか、は明確ではない。さらには、第三に、自由基本権の防禦機能を念頭において組み立てられた、いわゆる三段階審査図式 (保護領域、介入、介入の正当化審査図式) は、その他の機能に対しても同一の構造と射程とをもって妥当する⁽¹⁵⁾のか、等々も問題となろう。三段階審査図式それ自体においても、ある国家行為がある基本権を制限しようとする場合に、当該基本権の保護領域との関係、介入行為が基本権侵害に該当するか否か、当該介入が正当化されるかどうか、その場合に充足すべき条件とはなにか (たとえば、制約—制約原理としての比例性原理⁽¹⁶⁾が問題となろう)、等々それぞれのレベルで解決されるべき問題をまた生じるであろう。とりわけ、介入が法律でもって行われる場合には、当該基本権が、「法律の留保」をとまうか、ともなうとすれば、単純な留保か特別な留保か、はたまた留保をとまわない基本権の制約は、どのように根拠づけられるのか、も⁽¹⁷⁾解明される必要がある。ちなみに、この基本権制約の問題に関するシュタルク⁽¹⁸⁾の思考論理をここで簡単に跡づけておくと、それは、まず、「基本権構成要件 (Ⅱ基本権の保護領域—引用者補)、介入ないし作用 (Einwirkung) と基本権制約の法教義学的分離 (強調は原文) は、基本権の限定的なアド・ホックな定義を通じての自由の恣意的な限定化の危険を防止し、したがって、自由確保的に (freiheits-

sichernd) 作用する⁽¹⁸⁾」ということを前提にして、制約をとまなわれない、換言すれば、留保をとまなわれない基本権の制約方法について、「外部効果 (Außenwirkung) をもつ一切の自由は、共生する人間 (Mitmenschen) の諸領域へと作用する：制約問題を提起する」が、制約を知らない基本権は、第一に、①とくに基本法第二条第一項からの、第五条第三項では第五条第二項からの等々、「制約貸出 (Schrakenlehne)」を媒介として制約されるとする途であり、その第二に、②いわゆる「憲法内在的制約」、すなわち、憲法によって保護される他者の財 (Güter) または憲法上確定された義務 (基本義務)、を媒介として制約されるとする途、の二つの途が可能であるとすが、「第二の途、すなわち、介入正当化の意義における制約としての衝突する憲法法が優先されるべきである」とする⁽¹⁹⁾。これらのさまざま課題に、とりわけ基本権教義学は、どのように応えようとしているのか、また応えることができるのであろうか。

これに応えるためには、現時のドイツ基本権教義学が、少なくとも三つの変化重圧のもとにおかれている点を念頭に置いて思考する必要がある、ということである⁽²⁰⁾。このような重圧とは、以下である。そのまず第一は、基本権規範―遍在的に (ubiquitär) 作用する最適化命令として解釈される―を通じても立憲主義化された国家は、明白にその財政的また構造的な給付能力の限界に突き当たっており、ここに、脱国家化、規制緩和に向けての国家論（いわゆる「保障国家 (Gewährleistungsstaat)」論）を背景に、「多次元的 (multidimensional)」基本権教義学にふれずにはすまされないうことである。その第二は、基本権教義学は、発展分化が極限にまで達しており、教義学上の異常発達その範例が、ここ数十年來行われている基本権介入の概念と教義学的機能とをめぐる争いである。そこから、基本権教義学の単純化、複雑性の縮減が喫緊に必要と説かれる。その第三は、基本権教義学が、ヨーロッパ連合の基本権教義学発展のために、どのような貢献をなし得るか、また、基本法第二三条第一項第一文の故になさねばならないか、という責務の履行に関する問題である。

(2) — 2 そうであれば、ここではまずもって、シュタルクの基本権解釈論を検討にするに先だち、上述の諸問題に対応すべく現時の基本権教義学において、どのような新たな議論が展開されているのか、を簡単にでも振り返っておくことが有益かと思われる。なお、(基本権) 教義学の捉え方それ自体も、論者により区々であるといえようが、しかし、ここでは、(基本権) 教義学の意義・機能につきU・フォルクマンの捉え方、「一般的な、特殊ではない意義において教義学は、法素材の総体的な学問上の解明 (Aufbereitung) を特徴づける。この意味において教義学は、全体としての法学と同義である。∴より狭い、特殊な意義において教義学は、∴諸命題 (Sätze) の体系として記述される。これらの諸命題でもって、現行法が概念的・体系的に貫徹され、より抽象的な制度へと還元されるのであり、こうして、現行法の適用は制御される。ここから、ついでさらに、一般的教義学と多様な領域特殊な教義学とが区別され得る。一般的教義学に属するのは、とりわけ解釈の古典的な諸規準 (Kanon) である。領域特殊な教義学の一例が、基本権教義学である。この基本権教義学もまた、もちろんその側において改めて、一般的教義学と領域特殊な教義学とに扇状展開される⁽²¹⁾にしたがって理解しておけばよからう。ところで、すでにはやくG・リュッベールは、その著作の冒頭において、「ここ数年、基本権理論は、過剰生産の危機に苦しんでいるが、一方、基本権教義学への問い合わせ (Nachfrage) は、あいもかわらず不十分にしか満たされていない⁽²²⁾」と摘記していたが、このような「過剰と過少」は、現時においても事情は異ならないのであろう。K・E・ハインが指摘するように、近時の基本権教義学の顕著な傾向は、「近年の基本権教義学の傾向ともいうべき、基本権論の『生産過剰の危機』に対抗して、これを克服しようとして、可能なかぎり単純な基本権教義学を(再び)発掘し、基本法の基本権を、自由権および保護権と理解しようとする尽力が諸々の教授資格請求論文においてみられる⁽²³⁾」、と特徴づけられるようである。このような教授資格請求論文での傾向も、それがどのように評価されるかは別として、前記(2) — 1で述べたような諸問題に対する、新たな基本権教義学構築

に向けての尽力であろう。

さらには、自由基本権の制約に関する伝統的な三段階審査図式の妥当性をめぐって、たとえば、D・ムルスヴィークのいうように、「多年の長きに比較的異論の余地なく適用されてき、また、基本権教義学上の理論も、個別的諸問題に、この（三段階審査という）基本図式内部において関連づけられてきた後、近年、この図式は、学問的な文献においてもしだいに攻撃に晒されてきており、また、連邦憲法裁判所も、同裁判所が、今後も従来の教義学の基本構造を固持しようとするのかどうか、の点を疑わせるいくつかの判決を下している⁽²⁴⁾」とか、あるいはまた、G・キルヒホフの「基本権教義学は、法の適用者を、首尾一貫して、確実に法諸問題の解決に導き、法の適用者に、基本権解釈の多様な途を指示する、一般的に妥当する諸規則 (Regeln) を提供すべきである。現時、伝統的な (herkömmlich) 教義学は、この課題をもはや果たしていない、という疑義が増大している⁽²⁵⁾」との指摘にもみられるように、現時の法的諸問題に応答可能な「新たな」基本権教義学の構築が、連邦憲法裁判所の裁判実践や学問（理論）等の多様なレベルで追求されている、ともいい得る。そして、このような議論への応答は、「とりわけ近時の連邦憲法裁判所の諸判決で燃え上がる⁽²⁶⁾」にいたった。連邦憲法裁判所第一法廷は、主として基本権の保護領域審査の「広狭の問題⁽²⁷⁾」をめぐって、「情報の自由、集会の自由、職業の自由、住居の不可侵および宗教の自由についての驚くほど多くの判決で、保護領域の審査を方法論的に集中的に行い、そして、結果的に、それを狭めたのである⁽²⁹⁾」。それでは、このような第一法廷の判決における保護領域の縮減化傾向は、どのような論理構成をとっているのであろうか。以下では、この問題を論じる論者がおしなべて引証する諸事件の関連部分をみておくこととしよう⁽³¹⁾。

なお、これらの諸事件において連邦憲法裁判所第一法廷は、いわゆる三段階審査において、国家の措置が基本権違反かどうか、の判断にとって最後の重要な段階ともいえるべき「介入の正当化」を問題とするのではなく、第一の保護領域、

第二の介入問題に、とりわけ保護領域の問題に重点を移しているといえよう⁽³²⁾。たとえば、①集会の自由に関し、ジュネーブの高等難民委員会と対話する目的で、スイス入国を強行しようとした、シンティとロマの集団によるアウトバーン国境通過封鎖についての第三次封鎖事件決定⁽³³⁾では、「基本法第八条は、集会の自由を、コミュニケーションに基礎づけられた共同的 (gemeinschaftlich) 発展の表出として保障する。集会の自由の特別な保護は、基本法の自由な民主制的秩序における公的な意見形成の過程に対するその重要性に依拠する。…したがって、基本法第八条の意義における集会は、公的な意見形成への参加に向けられた社会的な論議または示威運動 (Kundgebung) への多数人の場所的集合 (Zusammenkünfte) である」と述べることで、「基本法の自由な民主制的秩序における公的な意見形成 (die öffentliche Meinungsbildung)」に、基本法第八条第一項の集会の自由の保護領域を関連づけることにより限定する。同決定は、また、「基本法第八条は、意見形成への参加を保護するが、しかし、自己の要求の強制的なやり方での貫徹、あるいはなんらかの方法での自力救済類似の貫徹を保護するのではない」とも判示することで、その要求実現方法についても一定の限定 (強制性の契機) を加えている。このような集会の自由の捉え方は、「公的意見形成」を目的としない集会を、はじめから基本法第八条一項の保護領域から排除することを前提とする。その例が、ベルリンで開催された Love-Parade, Techno-Musik-Massenspektakel に関する事件では、その目的が公的意見形成に向けての精神的コミュニケーションを意図しない「大衆的な娯楽集会」は、集会の自由の保護領域には関わりなく、したがって、保護領域への介入も問題にならないとされた⁽³⁴⁾。②基本法第一二条の職業の自由に関して、いわゆる Glykol 事件⁽³⁵⁾があげられる。本件は、一九八五年にドイツで、いわゆるグリコール (Diethylenglykol-不凍液) 添加ワインが販売され、健康被害等が問題となった、いわゆる「グリコール・スキャンダル」が発生するにいたり、これに対して、青少年、家族および公衆衛生担当連邦大臣は、添加ワイン・リストの公表 (警告) を行ったが、この行為が、リストアップされたワインの (瓶詰

め・販売) 事業者の職業の自由への正当化されない介入であり、リストの公表は違法である、として憲法異議の手續で争われた。同事件で連邦憲法裁判所第一法廷は、いわゆる三段階審査の手法によりつつも、政府によるグリコール含有ワイン・リストの公表という情報提供行為は、ワイン瓶詰め業者の職業の自由・職業活動の自由を、その保障領域を侵害しない、と判示した。その理由は、まず第一に、基本権保護につき、「基本法第一二条第一項は、国家権力の担い手による内容的に適切な、そして、客観性 (Sachlichkeit) 命令を遵守しまた相当控えめに定式化された情報の流布から保護されない」と判示し、つづいて「とりわけ、国家の情報提供活動 (Informationstätigkeit) は、それが、目標設定とその諸作用の点で、基本権介入と特質づけられ得るはずである国家の措置に対する代替措置 (Ersatz) である場合には、この基本権の保障領域 (Gewährleistungsbereich) における侵害であり得る」が、しかし、「政府は、情報提供行為の法的限界を保持している」、という点に求められた。③グリコール事件と同日 (二〇〇二年六月二六日) に、宗教の自由 (と国家の情報提供行為) に関して、連邦憲法裁判所第一法廷は、**Osho 事件**⁽³⁶⁾ に対する決定を下した。同事件で問題となったのは、連邦政府が、その信者よって Osho と呼ばれたインドの神秘主義者の Osho-運動を、「宗派 (Sekte)」、「若者宗教 (Jugendreligion)」、「若者宗派 (Jugendsekte)」、「心霊宗派 (Psychosekte)」と標記したことが、基本権で保障される信仰の自由を侵害するかどうか、であった。連邦憲法裁判所第一法廷決定は、以下のように述べることで、これを否認した。すなわち、「基本法第四条第一項および第二項の宗教の自由と世界観の自由は、国家およびその機関が、この基本権の担い手ならびにその目標と活動性と、公然に—また批判的に—対質することに対して、保護を提供しない。この対質は、いうまでもなく、国家の宗教的・世界観的中立性命令を保持しなければならず、したがって、抑制して行われなければならない。ある宗教的・世界観的共同体の名誉毀損的、差別的または改竄的な (verfälschend) 描出は、国家に禁じられて」 (Leitsatz 1) いるが、このような政府の意見表明は、「宗教の自由または世界

観の自由の保護領域にもともと関わりない。これらの表明は、当該共同体に関する、名誉毀損的なまたは改竄的な描出を含まず、事態に即して (sachlich) 行われた情報活動の枠内にあり、これとともに、国家とその機関が宗教的・世界観的中立性命令にしたがって義務づけられる抑制を保持している⁽³⁷⁾、と国家の宗教的・世界観的中立性命令に対する義務違反の不存在を根拠にして、また、『破壊的』や『偽宗教的』という付加語の使用および信者の操作という非難の調査は、基本法第四条第一項及び第二項により保障される憲法異議提起者の、宗教的・世界観的観点において中立的かつ抑制的に行われる処遇を求める権利を侵害する。これとともに、伝統的意義での基本権介入の標識 (die Merkmale) は、いうまでもなく満たされていない。したがって、基本権介入のもとでは、一般的に直接的かつ意図的に (目的的に)、国家によって定められ (verfügt)、必要な場合には強制的な方法で貫徹され得る命令または禁止、それ故、命令的に (imperativ) 基本権上の自由の縮減に帰着する法形式上の出来事 (Vorgang) が理解される。このような標識のいずれも、本件で評価されるべき意見表明に際しては⁽³⁸⁾、「と判示すること、いわゆる事実的・間接的な基本権介入 (II 侵害) の基本権侵害性を否認することを理由にして、である。さらに、④宗教の自由 (と職業の自由) に関して、いわゆる Schächt 事件⁽³⁹⁾があげられる。厳格な信仰をもつムスリム・スンニ派のトルコ人肉屋は、その信仰教義にしたがい、温血動物を麻痺させる (Betäubung) ことなく屠殺し、顧客にその肉を提供する行為を、例外的に許可されていたが、その後の専門裁判所の判決変更により例外許可が認められなくなった。このような判決が、憲法異議提起者トルコ人肉屋の宗教の自由や職業の自由を侵害するかどうか、が問われた。連邦憲法裁判所第一法廷判決 (二〇〇二年一月一五日) は、本件を、宗教の自由や基本法第一二条の職業の自由そのものとは関わりないとし、トルコ人肉屋の職業の自由を、基本法第二条第一項の受け皿基本権の問題として処理した。すなわち、「この活動は、憲法異議提起者が、ドイツ国籍をもつ者ではなく、トルコ国籍の保有者であることから、基本法第一二条第一項により保護されない。むしろ、

保護規範は、ドイツ人に限定される基本法第一二条第一項と、外国人にはただ補充的に妥当するにすぎない基本法第二
条第一項の間の特殊性関係から生じる刻印づけにおいて、基本法第二条第一項である。…このこと（自己の宗教上の戒
律にしたがい屠殺を行うという宗教的行為―引用者補）は、たとえ屠殺自体が宗教活動の行為として理解されないとし
ても、基本法第二条第一項の異議提起者の職業の自由保護が、基本法第四条第一項および第二項の宗教の自由の基本権
の特殊な自由内実を通じて強化される、ということを通じて斟酌されている」のであり、したがって、「異議提起者は、
自己の職業的活動に関して肉屋として享受する法的地位は、基本法第二条第一項により、いうまでもなく合憲的秩序の
枠内でのみ保障される。これに属するのは、形式的また実体的に基本法に合致するあらゆる法規範である。このことは、
実体的観点においては、とりわけ比例性原則を維持し、また、この枠内で宗教の自由を尊重することを前提する⁽⁴⁰⁾」、と。
さいごに、⑤芸術の自由に関して、第二法廷の事前審査委員会決定である *Sprayer von Zürich* 事件⁽⁴¹⁾では、グラフィック
ク芸術家 *Nägeli* は、自己のものではない (friend) 建造物に、スプレーで作品を描いたことで、器物損壊を理由に起
訴されたが、このような処罰が芸術の自由に反しないか、が問われた。本件では、芸術の自由への介入は否認された。
その理由は、「芸術の自由は、他人 (friend) の所有権を要求すること (Inanspruchnahme) にまでおよばない」とい
う点にあり、芸術の自由は、芸術活動の自由を保障するが故に、*Nägeli* に対して、スプレーでグラフィックを描くこ
とが禁止されたわけではなく、他人の建造物にその所有権者の承諾を得ることなく、スプレーでグラフィックを描くこ
とが禁止されただけであり、憲法上保護される芸術の自由は侵害されてはいない、ということである。

これらの諸裁判例は、どのように評価されるか。まず第一に確認されることは、従来の基本権教義学にいう三段階審
査論によれば、いずれの裁判例でも「介入」の存在が肯定されるはずであろう。しかし、連邦憲法裁判所第一法廷⁽⁵⁾⑤
事件は、第二法廷⁽⁶⁾は、事件で問題となったそれぞれの（留保をとまなわない）自由権の適用を否認し、当該基本権の

保護領域とは関わりない、との立場を採っているといえよう。⁽⁴²⁾ それは、①事件では、集会の自由という個別基本権の保護領域を、その「目的」と「強制性」の観点から限定的に解釈することで、それ以外の集会を第八条の保障領域とは関わりないと判断し、介入水準の問題や介入正当化水準の問題も審査が排除される。②と③の事例においては、同日付で下された決定の故でもなからうが、国家の情報提供行為が、それぞれの基本権を侵害するか、という類似の論点を扱っている。これらの事件の背景にあった社会的事実⁽⁴³⁾は、一方は、グリコール添加ワインに対する消費者の健康不安等の「グリコール・スキャンダル」であり、他方は、若者を虜にした社会問題としての「宗派ヒステリー」という社会現象であった。これらの事件では、一定の要件を充足して行われた国家の行為（情報提供行為）は、それが、直接的、目的的な基本権介入でなく、間接的、事実的な基本権介入である場合には、当該基本権の保護領域には関わりない、とされ、基本権への介入が否認されている。⁽⁴³⁾ さらに、④の事件では、基本法第一二条にいう職業の自由（その活動も含む）の保障は、その文言上ドイツ国籍をもつ者に限定されており、外国籍をもつ者にはおよばない。しかし、外国人の職業の自由の享受は、基本法第二条のいわゆる「受け皿基本権」によって保障されるのであり、その際、当然にその保障は、無留保ではなく、同条の規定する憲法上の制約を受けることとなる。その結果、留保なく保障される基本権である宗教の自由や職業の自由は、外国籍の者にとっては、第二条を媒介にして憲法内在的制約を受ける、という構成が採られることになろう。パピアー（現連邦憲法裁判所長官）のいうところによれば、「儀式上の人身御供としての人間の殺害、宗教的に動機づけられた人間のクローン、そして、おそらくは宗教的に動機づけられた麻酔剤の栽培は、自明のことながら宗教の自由を援用して広げられることがあってはならない。しかし、保護領域の広がりや基本法第四条第一項および第二項の原則的な介入抵抗は、憲法内在的諸制限の構成を媒介にしてのみ禁止を可能とする⁽⁴⁴⁾」のである。そうであれば、第一法廷は、本件事例では、テーマとなっている個別的自由権としての宗教の自由や職業の自由を問うことなく、

基本権第二条の問題として論じることによって保護領域の限定化を図っている、といえよう。⑤の事例においては、芸術の自由の問題が、他人の所有物に対する器物損壊（罪）のレベルに限定されることで、両者の間のいわゆる比較考量の問題は排除され、もともと芸術の自由の問題とは捉えられてはいない。以上のような判決の論理構成は、基本権保障の輪郭づけを合理化し、明確化することに資する新たな基本権教義学の提起といえるのであろうか。いずれにしても、連邦憲法裁判所第一法廷の裁判例を、従来の三段階審査図式と対比してみれば、まず、ある基本権の事物領域・生活領域は、その保護内容から区別され、そして分離される。ついで、保護内容に関しては、当該基本権固有の射程の究明が企図されることで、保護領域の概念が保障内実（保障内容）の概念を通じて代替される。そして、この保障内実への介入の存否と基本権制約か否か、が審査されるといふ構図が看取される。このような論理構成のもとで、基本権適用は合理化され、より狭い、換言すれば、明瞭に輪郭づけられた基本権保護領域の確定が可能とされる。⁽⁴⁵⁾

この連邦憲法裁判所第一法廷の新たな傾向を、肯定的に評価する理論が、周知のように元連邦憲法裁判所裁判官であったし現にあるとともに、いづれも公法学者でもある、ベッケンフェルデ（フライブルク大学）であり、また、ホフマナー（ハンブルク大学）である。⁽⁴⁶⁾たとえば、ベッケンフェルデは、三段階審査図式に代えて、「事物領域・生活領域—保障内容—介入および基本権の制約」という四段階審査図式の採用を主張する（あるいは前者を「保護領域と制約」の二段階と捉えれば、後者は三段階図式ともいえよう）⁽⁴⁷⁾が、それに際し、審査の重点は、最終的に介入と基本権制約の水準ではなく、保障内容の水準にあることは明瞭である。ところで、彼らの構想に関連させつつ、第一法廷の裁判例に詳細な批判的検討を加えたのが、D・ムルスヴィークである（以下では、彼の註（19）論文により、引用に際して当該頁数のみを記す）——もっとも、彼は、「連邦憲法裁判所の処理方法は、自由保護のたんに周辺のとはいえない縮減へと帰着する。それは、断固拒否されるべきである」（S. 487）との立場を採っている。彼は、両の著者の構想を、な

ら新しい、革命的な転換を意味はしないとして、「これらの構想は、 Hoffman-Room が『保障内実 (Gewährleistungsgehalt)』という概念でもって標記した新しい形姿を通じて、『保護領域』という教義学的形姿を取って代えることにより特徴づけられる。ベッケンフェルデは、『保障内容 (Gewährleistungsinhalt)』について述べる。両の著者は、基本権規範が関連づけられる『現実領域 (Realbereich)』とも呼ばれる『事物領域・生活領域 (Sach- und Lebensbereich)』を、保障の法的内容から区別する。彼らは、誤った空間的連想を呼び起こす『保護領域』という概念を批判し、また、彼らは、支配的教義学が、保護領域を規範の規制領域と同視し、そして、個人々の総ての行態がこのように理解された保護領域において保護される、と考えることを批判する。もちろん、保護領域は、異口同音の見解によれば、この生活領域の一部分だけが保護されるにすぎないことを当該規範が確定している場合には、基本権によって主題化された生活領域よりは狭い」と位置づけ、それ故に、「新たな概念性の意義は、まずもって、規範が関連づけられる総ての生活領域が単純に保護されるのではなく、保護の対象と同時に、法的保障の限界も一切の自由権に対して正確に調査されねばならない、という指摘を行うことである。このことは、新しいことでもまた革命的なことでもなく、一時として忘れられた——自明なことである」(S. 482f.)、という。そしてまた、彼は、両の構想を、「…われわれは、保障内実についての新しい教説の意義における教義学の構造化へ向けての必要な端緒を、第一法廷が個別自由権 (Spezialfreiheitsrechte) の保護領域をより厳格に輪郭づけているところに、見出す。ひとは、これを古い教義学の新しい適用ではなく、求められるところのより多い適用である、ともいい得る。完全な失敗は、 Glykol や Osho 事件で、保障内実を保護方向の局面で限定する、という企図である。連邦憲法裁判所が、そこで提示していることは、新しい教義学ではなくて、すべての教義学的構造の概念性 (Begrifflichkeit) の不明確化と、その解体とである。新しい裁判例のどれも保障内実を、テーマ上保護される自由が、その自由に対していわば外部から対抗する、一定の限界を超越してはならない、とい

う局面のもとで限定していない」(S. 494)と批判し、両の構想の端緒は、一般的自由権と個別自由権との関係から展開されるべきとの論を展開する(S. 495ff.)。そして、この新しい基本権教義学が、「憲法内在的制約のインフレーション」⁽⁴⁸⁾、ベッケンフェルデのいうところの「客観化可能な判断基準ぬきの考量多幸症 (die Abwägungseuphorie ohne objektiverbare Kriterien)」⁽⁴⁸⁾の克服可能性につき、「新しい教義学は、自由権に、その差別化された (differenziert) 制約規制に新たな妥当性を得ることを手助けし、そして、規範的には、前もって構造化されていない考量を通じて決定されねばならないことの範囲を縮減する、というより厳密な輪郭を与える機会を提供する。この点に、法治国家的明瞭性と計算可能性とに対する利点があり得る。そして、これを通じて『憲法内在的制約』のインフレーションの使用から帰結する自由の喪失は克服される。これが成功するかどうかは、この構想の概念上の厳密さと明瞭性ともって、徹底して構成されているか、にまたかかっている。∴裁判と文献とも、この点が欠けている。このことは∴『保障内実』の概念ではじまり、このことがどのような機能を介入概念が『保障内実』との関係でもつべきか、に関する不明瞭さともってつづき、そして、『保障内実』と規準規範 (Maßstabnorm) としての基本権の適用可能性との関係に関する不明瞭さでもって終わる。裁判が引き裂いた自由保護の欠缺は、以上の結果である」(S. 500)、と結論づける。このような論述のうちにもまさしく、ムルスヴィークがその論稿の表題に掲げた「転換期の基本権教義学?」の「?」の意図するところは、新たな基本権教義学の構築の問題というよりもむしろ、「伝統的な基本権教義学」の再構築が改め得るよう基礎づけられるべきかの問題である、と捉え直されよう。⁽⁴⁹⁾

ところで、シュタルクは、これらの事件に対して、どのような対応をしているのであろうか。彼の編集になる基本法コメントのなかから、彼が担当した第一条―第五条で記述されているところでは、④の Schächt 事件と、③の Oscho 事件が扱われている。シュタルクは、④の事例について、まず第一に、本件が第四条第一項、第二項に関わらな

い職業の自由の問題であると論じ（屠殺 Schächt : 失血させることで、脊椎動物を麻痺させることなく殺害することは、宗教活動の行為ではない）、ついで、職業の自由がドイツ国籍をもたない者には適用をみない、とはいえ第三に、第二条第一項を媒介にして外国籍の者に職業の自由が保障される、すなわち、一般的行為自由の基本権が、「基本法第四条第一項および第二項の宗教の自由の基本権の特殊な自由内実を通じて強化される」ことになる、とする論理を採ることで、第一法廷の論理展開を基本的に踏襲しているといえよう。しかし、彼は、この強化が、とりわけ、動物保護（二〇〇〇年七月二六日改正・基本法第二〇 a 条）との考量に際して決定的役割を果たすことになる、と理解する⁽⁵⁰⁾。そこから帰結するのは、屠殺は宗教の自由の保護領域に含まれ、これを一律禁止する国家の行為は、基本権介入Ⅱ侵害に該当する、しかし、動物保護との関係で、これが正当化される要件とはなにか、が考量される（例外許可とその認定基準の問題）というオーソドックスな教義学的論理展開が見られることである。すなわち、屠殺の例外なき禁止は、宗教の自由とは合致しないことを前提に、動物保護法第四条第二項第二号による例外許可は、第四条に違反することなく制限的に処理可能である⁽⁵¹⁾、との立場をとる。つまり、同条項に例外許可の要件の一つとして、「宗教共同体の強行的な戒律」があげられているが、許可官庁は、なにかこの強行的戒律であるかを、宗教上の争いに関与することなく、とりわけ、宗教共同体の構成員が主観的に拘束的とみなしている多様な教義がある場合には、これに関与することなく認定とする、となれば、シュタルクの思考過程においては、つきつめれば、許可官庁の例外許可の認定判断規準の客観性・合理性の論証Ⅱ介入正当化の問題に重点がおかれていることとなろう。③の Osho 事件に関して、シュタルクは、まず、制約をとまわらない基本法第四条の信仰の自由と良心の自由の保障の制約の問題を、「あらゆる人間の行動は、共生する人間 (Mitmenschen) の法（Ⅱ権利）領域を侵害し得る。そのかぎりにおいて法的調整が創設されねばならない」と、公共調和性論をもって論拠づけ、基本法で追求された制約特殊性原理 (Schrankenpezialität) からの唯一正しい帰結

は、「個々の基本権から出発する制約教義学である。それに際して、徹底して一般的観点が顧慮され得るし、されねばならない⁽⁵²⁾」、と説く。ついで、本件での国家の警告の法的根拠づけについては、連邦憲法裁判所第一法廷の判旨を引用しつつも、彼はその重点を、「青少年保護 (Jugendschutz)」において論拠づける。いささか長くなるが、それをみてみよう。「若者を獲得しようとする宗教的集団の組織 (Aufbau) と活動方式に関する、管轄権をもつ国家機関の意見表明や、これに関連する警告 (強調は原文。以下同じ) は、宗教の自由への介入を意味する。調停的高権行為から出発する単純な事実的、間接的な基本権担い手の侵害 (Betroffenheit) は、(非公式の informal) 基本権介入を意味する (Art. 1 Rdnr. 265)。管轄権は、とりわけ青少年保護の領域では、州内務大臣の概括条項を根拠にする、秩序法の危険防禦から、また、危険に関する情報を提供し、公共を啓蒙するという連邦政府の憲法上の責務から、生じる。連邦政府または管轄権をもつ連邦大臣の警告は、直接的か、議会の照会 (Anfrage) への回答を機に、間接的に発せられるかぎりにおいて、法律上の根拠は必要ない。これを支持するに、多様な論拠づけがある。危険を警告する義務は、独立の (eigenständig) 政府の責務である。法律の優位の原則にしたがって、これにつき議会は、たしかに法律を公布し得るが、しかし、細部にわたる法律上の規律を定式化することは、ほとんどできないであろう。独立の政府責務が肝要である、という論拠づけと、非公式的な基本権介入としての警告が法律上の基礎を要しない、ということとは調和する。青少年 (Jugendlicher) の体と心の無傷性に対する危険の警告は、宗教の自由への介入として比例性原理に服する。宗教的または世界観的共同体の名譽毀損的、差別的また改竄的な描出は、国家には禁じられる。国家は、その宗教的・世界観的中立性を保持しなければならない。警告は、思惑や風評から自由でなければならぬ。それは、主に、宗教的集団の組織と活動の事態に即した (sachlich) 描出から生じるのでなければならぬ⁽⁵³⁾」、と。ここでも、シュタルクは、基本的に伝統的な基本権教義学にのっとっていると解されよう、青少年獲得を目指す宗教的集団の活動は、宗教の自由の保

護領域に属するのであり、したがって、国家の警告は、宗教の自由への介入を意味するが、この国家の介入（＝国家の警告という情報提供行為）は、「青少年保護」を理由に正当化される、という構図である、すなわち、本件では「青少年保護」がその保護法益であり、この保護法益を擁護するために、国家の非公式（informal）＝事実的、間接的な基本権担い手に対する介入が正当化されるという構図を採っている。シュタルクにあっては、直接的、目的的介入に保障内実への介入を限定しようとする新たな基本権教義学の傾向とは異なり、「非公式」＝事実的、間接的基本権侵害も介入概念のもとで捉えられ、介入正当化レベルで国家の警告が基本権違反を構成しないことが論じられている。その意味では、結論は同じくしても、第一法廷の論理展開とは一線を画しているともいえよう。

さいごに、R・マルティンスの論稿⁽⁵⁴⁾によりつつ（以下、彼女の草稿からの引用は頁数のみ記す）、より狭い保護領域を主張する新たな基本権教義学の傾向と「保障国家的」基本権構想との結びつき⁽⁵⁵⁾は、どのように捉えられるかをみてみよう。D・ムルスヴィークの言によれば、「介入概念の拡大と保護領域の拡大とは、技術・産業社会の発展からあるいは国家活動の拡大と変化から生じた新しい保護の必要に、広く合致して⁽⁵⁶⁾いた」といわれる。このような両の概念の拡大が、技術・産業社会の発展あるいは国家活動の拡大と変化に対応する論理構成（いわゆる給付国家論、社会的市場経済論）であったとすれば、今日の国家をどう捉えるか、そこからまた国家の責務をどう構成するか、が当然に問われてくるであろう（S. 461）。⁽⁵⁷⁾ここに現時、提起されている国家構想がいわゆる「保障国家構想」である。端的にいえば、それは、国家の逼迫する重大な財政的欠損を背景に、給付国家構想の発展のもとで過大要求されてきた多様な領域からの国家の撤退と、多くのサービス提供領域において、一定の給付調達を私人（Private）を通じて図り、国家の責務を、「核心的責務」（例：国内外の安全、司法、インフラストラクチャー、通貨高権等）に集中する国家構想である。このよ
うな国家構想は、一九九〇年代以降、国家行政の柔軟化や国家責務の脱国家化、私事化（民営化＝Privatisierung）

規制緩和を企図する国家構想ともいえよう (S. 457ff.)。この国家構想は、他方でその経済秩序を、自由な市場経済の導入でもって社会市場経済に取って代える構想でもある。このような国家モデルにおいては、基本権保障の問題は、基本権保護領域をより広く、また、介入を直接的・目的的介入だけでなく、事実的、間接的介入をも介入概念に含み込む思考を否認し、自由基本権の保護領域をより狭く限定的に解釈することで、基本権適用の合理化・予測可能性の回復が、国家の負担通減が図られる、と捉えられることとなる (S. 460ff.)。このような論理展開は、まず第一に、現時、国家の役割が変化したのであり、その法学上の表現が「保障国家」である。この保障国家と結合する適合的な基本権教義学が、新たな判決や学説にみられる基本権のより狭い保護領域 (保障領域)、保障内実論 (介入正当化論を重視しない) である、とする構成である。これに反対して、マルティンスは、まず、いわゆる審査基準論の水準でこれを批判している。「正当化水準の回避は、合理化問題にとっての解決ではない。その理由は、ただ問題をずらすことに帰着するだけだからである。∴私の考えでは、むしろ反対のことが適切である。一定の措置は、はじめからある基本権の保護領域に関わりない、という理由で、それらの措置が介入ではない、ということから出発すれば、これらの措置は、法治国家的な諸規準からすれば、もはや審査され得ない。これに対して、正当化水準での裁判官の考量は、いっそう透明である。その理由は、基本権介入は、正当化水準を通じて統制可能だからである」と。ついで、彼女は、自由基本権の「前国家的」性格の観点から批判を加える。すなわち、それは、「教義学的には、新たな処理方式は、極度に問題となる。それは、文献や連邦憲法裁判所によって配慮されてきた基本権教義学ならびにそれに適合する審査図式と、適切な埋め合わせ (Ersatz) をなんら配慮することなく関係を断つ。∴この基本構想によれば、∴とりわけ問題であるのは、基本権の適用のこの態様は、基本権を保護領域水準でいっそう縮減して捉えると同時に、個人の前国家的な自由の伝統的な理解を放棄する、ということである。基本権の適用に際して今や、総ての人間の行為の保護が問われるのではなく、

個人の行態のより狭い領域が保障されるべきことから、このことは、随意の行態を求める請求権はない、ということの意味する。むしろ、このアプローチの基礎にあるのは、個々の、とくに重要なまたはとくに危殆化されている生活領域の項目ごとの (punktuell) 保障』としての基本権構想である。∴社会的な行為分野においてはじめて獲得される自由権の保障内容は、国家によって転換されるべき規範的プログラムと化す。まさしくこの点に、従来の基本権構想との重大な相違がある。基本権は、国家によって与えられ、そして、—それにも拘わらず—剥奪され得るもの (etwas) となる」(S. 462f.)、と。さらには、自由基本権の「前国家性」から帰結することでもあるが、いわゆる基本権の「配分原理」⁽⁵⁹⁾の観点からも、批判する。すなわち、「基本権の客観・法的作用は、依然としてまずは補充的であり、ないしは、防禦機能に補足的に適用されることから、保護領域のより狭い確定は、防禦機能に適合するより広い解釈に代わることはできない。他方で、国家は、いわゆる保障機能の埒外でも活動する(給付国家の存在、社会的市場経済原理)。それ故、防禦権機能の基礎にある国家と社会の分離は、なお放棄されていない。国家が活動し、その際に市民の自然的自由を制限するところでは、その活動は、(法律の留保に適合して) 正当化されねばならない。保護領域—介入連結は、自由に処理できない (indisponibel) ままでなければならぬのは、基本権で保護された市民の行態に対する国家の措置もまた、依然として潜在的な、配分原理に適合して、正当化を要する介入であるのとまさしく同様である」(S. 463f.)、と。このような批判を通じて彼女は、端的に「保障国家的基本権構想と、狭い保護領域をめぐる議論は、私人を通じての国家責務の充足とは結合されはしない」(S. 462)と結論づける。

さて、伝統的な基本権教義学と新たな基本権教義学の方向性をめぐる議論は、今後どのような方向に、またどのような点に焦点を当てつつ、展開されていくのであろうか。あるいは、たんに「留保をともなわない自由基本権」にかぎっての解釈論上の争いにすぎないのであろうか。それは、論争が継続中である現時点では確定することはできない。今後

も、連邦憲法裁判所の裁判実践や学問・学説の展開について目配りしておく必要があるだろう。が、しかし、シュタルクの基本権解釈論の導入作業としては、前置きが長くなりすぎた。本題であるシュタルクの基本権解釈論の検討は、つぎに果たされるべき課題とする。

註

- (1) R. Grote, I. Hartel, K.-E. Hain, Th. I. Schmidt, T. Schmitz, G. F. Schuppert u. Ch. Winterhoff(Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck 2007. なお、本記念論集は、"Die Ordnung der Freiheit" "自由の秩序"と題されたものとは、シュタルクの自由の理解の根柢である、"Gemeinverträglichkeit" (公共調和性)という思考をよく表現しているともいえるようか。本記念論集は、シュタルクの学問的関心領域を基礎とし、それに対応して五部編成からなる。第一部「法の歴史と理論」、第二部「ドイツ公法」、第三部「ヨーロッパ法」、第四部「法比較」、外国法および国際公法」そして第五部「国家と教会」である。Higuchi Yoichi, Dignité humaine : universalité de la valeur et diversité des méthodes constitutionnelles, S. 791ff. が、第四部と収載されている。
- (2) Th. I. Schmidt, Glückwünsche : Christian Starck zum 70. Geburtstag, in : AöR 131 (2006), S. 506.
- (3) P. Badura, Glückwünsche : Christian Starck zum 70. Geburtstag, in : JZ 1/2007, S. 34.
- (4) Vgl. Ch. Starck, Rechtswissenschaft in der Zukunft, in : Die Akademie der Wissenschaften zu Göttingen(Hrsg.), Wissenschaften 2001. Diagnosen und Prognosen, Wallstein Verl. 2001, S. 59f.; ders., Die Grundrechte des Grundgesetzes, in : Jus 1981, S. 237.
- (5) そのほかにも、このことについては、vgl. Ch. Starck, §41 Teilnahmrechte, in : D. Merten und H.-J. Papier(Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, Grundrechte in Deutschland : Allgemeine Lehren I, C. F. Müller 2006, S. 709ff. 基本法における「連邦制改革」についても、シュタルク編集による基本法ロマンタールの補充版の編集と彼の序論を含む、Ch. Starck(Hrsg.), Föderalismusreform : Einführung, Verl. Franz Vahlen 2007 ; 憲法裁判制度の法比較的研究を編集した、Ch. Starck und A. Weber(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Nomos Verl. 2007, 2. Bde sowie O. Luchterhand, Ch. Starck und A. Weber(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Mittel- und Osteuropa, Nomos Verl. 2007, 2. Bde.
- (6) シュタルクの基本権に関する一般的・個別的論稿は、相当数のある。このことは、たとえば、最近の個別的論稿として、vgl. Ch.

Starck, Forschungsfreiheit und ihre Grenzen, in: Ch. Starck (Hrsg.), Verantwortung der Wissenschaft, Mohr Siebeck 2005, S. 71ff. だけをあげておく。なお、憲法解釈の実践につき、彼の既発表の諸論稿を収載した第2冊目の著作も出版されている。vgl. Ch. Starck, Praxis der Verfassungsauslegung II, Nomos Verl. 2006. 本書の刊行により、シュタルクの憲法解釈のテーマに関する諸論稿へのアクセスがより容易化された。

- (7) Vgl. H. D. Jarass, § 38 Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: D. Merten/H. J.-Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, C. F. Müller Verl. 2006, Rn. 3.

- (8) 以下は、vgl. Ch. Starck, Art. 1 Abs. 3 Rn. 158, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., Verl. F. Vahlen, Bd. 1, § 107b シュタルクもつとよんで、まったく修正・変更がなかったわけではなく(第三一〇―三二二―三二五―三三―一六―一六条をみよ)。

- (9) Vgl. Ch. Starck, Die Rolle der Grundrechte in Deutschland(1), in: ELSA-Saarbrücken e. V./CJFA(Hrsg.), Recht und Gesetz im deutsch-französischen Dialog, Carl Heymanns Verl. 1997, S. 49; ders., Praxis der Verfassungsauslegung, Nomos Verl. 1994, S. 21. なお、シュタルクは、基本権保護に際して、連邦憲法裁判所以外に、各専門裁判所の役割の重要性を指摘する。この両者の関係の孕む問題性につき、菟原明『憲法の優位』論(大東法学第一四巻第一号)一三六頁以下をみよ。このテーマに関する最近の論稿としてたとえば、vgl. R. Allewelt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, Mohr Siebeck 2006, S. 137 「憲法裁判権の歴史は、その限界に関する議論の歴史である」ことを指摘する。ブレヴェルトの本書を批判的に検討する R. Zuck, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, in: JZ 21/2007, S. 1040ff. もみよ。

- (10) BVerfGE 7, 198 [木村俊夫執筆「言論の自由と基本権の第三者効力」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)一五七頁]。同判決では、たとえば、「疑いもなく、基本権は、第一次的には、個人の自由領域を公権力の介入から保護する」ということを確定した。基本権は、国家に対する市民の防禦権である。…しかし、同様に、価値中立的秩序であるうとするのではない基本法は、…その基本権の章において、客観的価値秩序をも創設したのであり、そして、この点にまさしく、基本権の通用力(Geltungskraft)の原理的強化が表れてもいる」ということは正しい。…客観的規範としての基本権の法内容は、私法において、この法領域を支配する諸規定の媒体を通じて「展開する」[BVerfGE 7, 198(204f.)]と述べることで、基本権の防禦権・主観的権利性と客観的価値秩序・客観的規範性という二重的性格を表現する。また、リュート判決の(本件に関わるナチ時代のコンテクトをも含む)歴史的分析を企図するのは、vgl. T. Henne/A. Riediger(Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus(rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, BWV・Berliner

Wissenschafts-Verlag 2005. 同書は、リュート判決（一九五八年）や、一九五〇年代の別の今日でも重要な連邦憲法裁判所の基本権司法の諸判決につき、「連邦憲法裁判所の初期の裁判の歴史化（Historisierung）」を、今こそ行う時である。今や、リュート判決（そして薬局判決）とともに、カールスルーエの裁判所の基本権司法の最初の段階が終わって以降、四五年以上が過ぎ去った。これらの基礎的判決の（法—）史的分析は、しかし、まだはじまったわけではほとんどない」（S. 1）として、連邦憲法裁判所の初期段階の諸判決のこのような歴史的分析対象の出発点として、リュート判決を採り上げる。なお、本書付録には本件に関する資料が、本件関連判決にかぎらず、映画ポスター等、多数収載されている。

(11) Vgl. H. D. Jarass (Fn. 7), Rn. 3 は、「基本権に錨着されたたいいの基本権は、自由基本権（Freiheitsgrundrechte—強調は原文）である。それら自由基本権に際しては、基本権が防禦権であるだけでなく、また、基本権には、別の諸機能も帰属する、という判定がまずもってまたとりわけ妥当する。したがって、それらの機能が、基本権の諸機能や基本権の諸次元についての問いに際して、その核心にある」と指摘する。なお、本稿に先行する論稿としてまた、vgl. H. D. Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, in: AöR 120(1995), 345ff. 彼は、そこで、基本権を、四つの機能：防禦機能、差別否定機能、給付機能および保護機能とに区分し、若干抽象化されたレベルでは、地位論との対応関係において三つの権利：消極的地位Ⅱ自由権、積極的地位Ⅱ給付権、関係的地位Ⅱ平等権、に分類する。そして、伝統的基本権教義学は、基本権への国家の介入につき、三段階審査（保護領域、介入、介入の正当化）でもって、主として基本権の防禦機能Ⅱ消極的地位のレベルで問題にしてきたが、この三段階審査が給付権や平等権へも適用可能か、適用可能ならばどの程度においてか、を問うている。基本権の価値決定・客観法的原理の問題性につき、ders., in: AöR 110(1985), S. 363ff. 基本権の諸次元に「*gegebenheit*」 vgl. H. H. Klein, §6 Grundrechte am Beginn des 21. Jahrhunderts, in: D. Merten/H. J.-Papier(Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, Entwicklung und Grundlagen, C. F. Müller Verl. 2004, Rn. 62-68. また、vgl. Ch. Callies, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtshalmnis, in: JZ 7/2006, S. 323f. カリースは、「基本権教義学の枠内で、基本権には、（価値決定、公法上の制度の保障および私法上の制度としての）三つの客観的機能と、三つ主観的機能が割りふられている。主観的基本権機能は、ゲオルク・イエリネクにならって、消極的地位、積極的地位および能動的的地位と特徴づけられる。イエリネク流の地位論に合致して、今日一般的に承認されている（たとえ個々の点では今なお教義学上争いがあるとはいえ）先の基本権の主観的諸機能の基礎にもとづき、多極的な憲法法関係（*mehrpölige Verfassungsverhältnisse*）が生じる。基本権機能に代えて、基本権諸次元といわれることもある」という。この基本権諸次元に「*gegebenheit*」 vgl. H. Dreier, Dimensionen der Grundrechte, Hennes und Zinkeisen, Hannover 1993. H・ドライヤーは、「自由権の防禦性を唯一の、本源的な基本権機能と主張する思考に対して、「防禦機能への基本権機能の還元と結びつけられた「消極的」自由概念は、ドイツでは伝統であった。…Christian Starck, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: Josef Isensee/Paul

Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, §29 Rn. 1ff. は、伝統的な「憲法の代表・民主制的かつ司法・法治国家制的契機の間分裂」(S. 32ff.)に囚われている」と批判する。

- (12) 連邦憲法裁判所裁判例での「基本法の価値秩序」定式の欠缺充足機能につき A. Anter, Ordnungsdanken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts- Wertordnung, Ordnungsmacht und Menschenbild des Grundgesetzes, in: R. Chr. van Ooyen/M. H. W. Möllers(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2006, S. 312f. は、『不文憲法』という定式は、欠缺充足機能 (eine Lückenfüllfunktion) をもつ。何故なら、実定規範が欠如するとき、その定式が考慮されるからである。同様の事情にあるのが、連邦憲法裁判所がしばしば用い、また、確立した裁判例で主張してきた『基本法の価値秩序』という定式である。これに対応して内容豊かに、その定式は、文献においても註釈されている。この定式の背後にあるのは、実定規範や不文憲法が『価値秩序』を形成し、同時にそれは、価値序列秩序(強調は原文)でもある、という觀念である。このことは、基本法の内部構造に関わるだけでなく、総ての他の法領域にも関わる。何故なら、連邦憲法裁判所にとってすべての法秩序は、その頂点に憲法が位置する価値体系だからである」という。法の価値問題との関連性につき Ch. Starck, Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts, in: ders., Freiheit und Institutionen, Mohr Siebeck 2002, S. 9ff. 以下。なお、vgl. Ch. Starck, Praxis der Verfassungslegung, Nomos Verl. 1994, S. 64f. は、保護義務の歴史が、連邦憲法裁判所の価値秩序とともに進化する」という。これにつきまた Ch. Bünke, Die Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Nomos Verl. 1998, 75ff. 以下。

- (13) 基本権保護義務の問題につき vgl. J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., Duncker & Humblot 2005. その第一版は、一九九二年に出版されていたが、第二版本書では、その後の一三年間の論議や文献等を補足して、第一版のまま刊行されている。なお、vgl. O. Klein, Das Untermaßverbot-Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichten, in: JuS 11/2006, S. 960ff. O. Klein は、本稿で、基本権保護義務は、基本権の客観法的次元の核心的な形姿 (Figur) であり、客観的基本権内容の教義学において、今日まさしく中心的地位を占めてはいるが、基本権保護義務の充足は、どのようにして、また、どのような広がりて裁判所の統制に服するか、という訴訟的側面では不確実であるとして、過少保護の禁止批判—過少保護の禁止には、①保護の義務づけそれ自体のほかに、それ以上の意味内実は帰属しない、②既知の比例性原理のほかに質的特殊性は適さない、また、過少保護の禁止は、③いわゆる加害者三極関係 (Störerdreiecke—保護を求めらるる被害者、保護を求められる国家、加害者) において、過度の侵害禁止 (Übermaßverbot) と合同状態にある、④保護と介入についてのヨーロッパ人権裁判所裁判例の平準化しつつある裁判の背景を前にして、将来性をもたない (S. 961) — に対する反批判を、それぞれの批判点につき行うこと (S. 961ff.)、この不確実さの問題を克服しようとする。なお、この不確実さの原因は、一方で裁判と立法間の機能分割と、他方で立法

者の基本権拘束（憲法裁判所と議会間の権限配分の問題）に求められる（S. 960）が、要するに、保護義務は、その名宛人を立法者のうちに見出すが、これに反して、過少保護の禁止の名宛人は、裁判であり、最終的には連邦憲法裁判所の形式における裁判である（S. 962）¹⁴、ということである。そして、彼は、過少保護の禁止を堅持されるべきとして、「過度の侵害禁止と過少保護の禁止は、並行的概念ではなくて、反対概念である。たしかに、過少保護の禁止と過度の侵害禁止とは関連しており、さらに、それは、加害者三極関係において、同一の事例形成の二つの側面である。とはいえ、その場合にでさえ、二つの統制規範が一致させられるわけではない。さもないと、さらに、原則的な相違も曖昧となる——国家の介入と国家の保護義務履行に際しての基本権担い手の視点からすれば、対抗する正当化責任。過少保護の禁止と過度の侵害禁止の教義学的形勢において、この相違は蓄蔵されるのであり、したがって、それは事例解決を容易にする。ひとは、それ以上を教義学に、多分期待すべきでなはなかるう」（S. 964）と結論づける。基本権上の保護請求権と防禦請求権間の衝突が、この問題を解決すべき立法者の形成活動余地にどのように作用するか、という問題を問うのは、vgl. M. Mayer, *Übermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie. Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Nomos Verl. 2005.

- (14) Vgl. Ch. Starck (Fn. 8), Rn. 182-204. シェタルクは、G・イエリネクの地位論について、「基本法を通じて実現される基本権の性格の変化は、一九世紀の基本権理論を継受するに際して慎重であることを要求する。このことは、とりわけゲオルク・イエリネクの地位論に妥当する。…基本法も、基本権がもはや国家の自由な処分に任されるべきではないが故に、このイエリネクの地位論の前提を除去したとしても、だが、多様な地位の概念的区別は、今でも合理的な機能をもつ。何故なら、国家と市民の関係の基本構造は、市民の権利の妥当根拠に拘わらず、イエリネクの地位論に表現されているからである。…イエリネクの地位論にしたがう概念的区別は、すべての基本権が厳密に一つの地位と結びつけらる」ということを意味しなう」（Rn. 182）として、基本的に、G・イエリネクの地位論を踏襲する。また、vgl. Ch. Starck, *Die Grundrechte des Grundgesetzes. Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung*, in: *JuS* 1981, S. 239ff. など。R. Alexy, *Grundrechte und Status*, in: S. Paulson u. M. Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek-Beiträge zu Leben und Werk*, Mohr Siebeck 2000, S. 222ff. イエリネクの「すべての自由は、単純に違法な強制からの自由である」とする消極的地位に関するテーゼに対して、「消極的地位の内容についてのこのテーゼは、立法者もが基本権規範に拘束される現行憲法に矛盾する。したがって、それは、基本法のもとでは主張され得ない。…消極的地位の内容の問題性は、消極的基本権的地位（der negative grundrechtliche Status）の概念を導入することによって解決可能である」と説く。

- (15) Vgl. G. Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos Verl. 1988, S. 17ff. 「本源的な（originär）基本権上の給付請求権の教義学は、その基本構造において、保護領域と制約にしたがって差別化する介入図式（Eingriffs-Schema）には合致せず、基本権の実質的保護機能と形式的保護

機能は、「介入図式に一致する」という。なお、彼女は、防禦権としての基本権の自由主義的概念と、本源的な基本権上の給付請求権としての基本権の社会国家的理解を両極にして、第三に、派生的給付請求権＝給付領域における平等処遇請求権」を両者の間において、どう位置づけるかを問うて (S. 14ff.)、「自由主義的基本権理解に教義学上、介入図式が合致し、社会国家的基本権理解に、本源的給付請求権の前段階形成モデル (Präformationsmodell) が合致する」(S. 19)「ともいう」。

- (16) 比例性原理を簡明に説明するのは、A. Voskuhle, Grundwissen-Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: JuS 5/2007, S. 429ff. フォスターは、「比例原則の意味と機能につき」「比例性原則は、国家行為の法的に重要な諸作用 (Auswirkungen) と、その目的設定との間の関係 (目的-手段-関係) に関わる。この原則によれば、国家の措置は、追求される目的に関して、必要かつ適切な規準 (Maß) を超えて、不適切に市民の法的地位 (Rechtspositionen) へ介入してはならない」と捉え、(1)この原則の根拠につき、憲法上明文の規範化を欠くが、法治国家原理と自由基本権から導出される点に求められること、また、(2)この原則の核心ともいふべき適用に際して、三段階審査を必要とするということ、すなわち、①措置によって追求される目的 (目標) の作出ならびに②この目的が、法的に正当であると同時に、許容されること、ついで、投入された手段が追求される目的を達成するために、③適格的 (geeignet) であり、必要 (erforderlich) であり、そして、適切 (angemessen) であることが審査されるということを指摘し、(3)この原則が、基本的に総ての公法 (基本権領域、国家組織法および自治行政の領域、行政法、ヨーロッパ共同体法領域) において妥当する、という。また、二〇〇六年一月二七日ニューンベルクで開催されたドイツ、イタリアおよびフランスの行政裁判所裁判官団体会議 (VERDIP) での報告を基調とする、I. Kfart, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis, in: BayVBl. 19/2007, S. 577ff. もみよ。

- (17) なお、vgl. H. D. Jarass (Fn. 7), Rn. 21は、「侵害の予見可能性は、介入の問題ではなくて、法律の留保の必要性に関わる」という。留保をとみなさない基本権の一つである基本法五条第一項の「意見表明の自由」に関する制約問題を扱うのは、F. U. Kapries, Die Schranken der Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG, Logos Verl. 2005. カプリースは、「同条項の制約につき、基本権内在的制約と憲法内在的制約とを区別し、基本権内在的制約として」とりわけ一切の基本権行使の「平和性命令 (Friedlichkeitsgebot)」(S. 84ff.) —平和性命令は、一切の基本権行使の不文の構成要件内在的制約を表す (S. 90) —を、「憲法内在的制約として、第三者の基本権と憲法位階をもつその他の価値 (S. 96ff.) を、理解する。とりわけ、彼は、憲法保護の文脈で、憲法内在的制約として、とくに国家構造原理と、自由で民主制的な基本秩序に言及する (S. 130ff.)」。国家目標としての平和の問題につき、vgl. Ch. Starck, Frieden als Staatsziel, in: ders., Der demokratische Verfassungsstaat, Mohr Siebeck 1995, S. 231ff. 留保をとみなさない基本権の問題に関する最近の業績として、vgl. S. Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte. Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung, Mohr Siebeck 2006. レンツは、「留保をとみなさない自由権は、国家の基本権介入の無条件の禁

止を条文化している。連邦憲法裁判所が行っているように、衝突する憲法法を通じての留保をとまわらない自由権の制限は、この禁止を軽視し、そして、問題性を、許容できないやり方で個別事例考量へと移す」(S. 318)と、連邦憲法裁判所の裁判実践に批判的な立場を採り、この自由権を、「留保なしに保障されるのは、防禦権の内実を示すような、また、介入を授権する、成文化された基本権制約を備えていないような自由権である」(S. 9ff.)と定義し、基本法下でこれに属する条項として、基本法第四条第一項(信仰の自由、信条告白の自由および良心の自由)、基本法第五条第三項第一文(芸術の自由および学問の自由)、基本法第六条第一項(婚姻と家族)、基本法第八条第一項(閉じられた空間での集会の自由)、基本法第九条(結社の自由と団結の自由)、基本法第十二条第一項第一文(職業選択の自由)、基本法第十六条第一項(国籍の剝奪)および第十七条(請願権)をあげる(S. 14ff.)。また、vgl. E.-W. Böckenförde, *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*, in: *Der Staat* 42(2003), S. 170.

(31) Vgl. Ch. Starck(Fn. 8), Art. 1 Abs. 3 Rn. 262ff., insbes. Rn. 263.

(32) Vgl. Ch. Starck(Fn. 8), Art. 1 Abs. 3 Rn. 275f. の「憲法内在的制約」論も、新たな基本権教義学によって批判対象となる。その理由の一端を、D. Murwiek, *Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?*, in: *Der Staat* 45(2006), S. 476ff. 「憲法内在的制約」は、留保なく保障された基本権にとってと同じく、特別の留保をもつ基本権のためにも構成され、そして時として、特別に保護された自由権と単純な法律の留保のもとにあるような自由権の間には実際的にはどんな相違もはや認められ得ない、というほどに遍く(weitherzig) 解釈された」ことを求めよう。

(33) Vgl. J. F. Lindner, Ladeur, Karl-Heinz, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*(Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik, Bd. 170), Tübingen 2004, Mohr Siebeck. 82 S., in: *Der Staat* 45(2006), S. 136. たとえば、ヨーロッパの統合化問題とは異なっているような統合プロセスもなき経済自由主義を基礎とするヨーロッパ化現象が、ドイツの憲法秩序にどのような課題を提起するかに、vgl. P.-T. Stoll, *Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung*, in: *DVBl.* 17/2007, S. 1064ff., insbes. S. 1067ff.

(34) Vgl. U. Volkman, *Veränderungen der Grundrechtsdogmatik*, *JZ* 6/2005, S. 262.

(35) G. Lübbe-Wolff(Fn. 15), S. 13.

(36) 菟原明『憲法解釈』論(一)——クリスティアン・シュタルクの憲法構想について」(大東法学第一五巻第一号五八頁註(8))。K.-E. Hain, *Ockham's Razor—ein Instrument zur Rationalisierung der Grundrechtsdogmatik?*, in: *JZ* 21/2002 は、学問としての教義学は、所与の素材の体系的再構成に向けられ、そして、法律学的教義学の遡及不能な(unhintergebar)「教義(Dogma)」はその都度適用される法であり、これが学問的体系形成の基礎であり、限界でもある(S. 1037, 1038, 1044)との観点から、これを基

本権教義学に適用して以下のようにいう。「基本権教義学に関していえば、基本法のもとでの教義学的体系形成プロセスの基本的動機は、国家の活動を迫るさらなる内容のために、防禦に向けられた古典的自由の範例を拡大することで、総ての公権力を拘束する法として基本権を確立することである。…教義学的体系の上位水準に若干の教義学上の形姿は、還元され得ることが示されるはずである。というのも、基本権の拘束作用は、その趣旨にそう拘束条項から生じるのであり、そのかぎりにおいて、価値秩序ないしは客観・法的内容や照射作用は必要ないし、また、防禦機能を超える内容―保護義務、第三者効力、手続内容と組織内容やいわゆる給付権―は、保護機能のもとに一つにまとめられる得るからである」(S. 1045)と。端的にいえば、ハインは、基本権機能を防禦と保護の機能に還元可能と説く。また、R. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Mohr Siebeck 2003, S. 71は、「教義学的転換点を、防禦権の基本権観念は、シュラー、シュヴァーベ、ムルスヴィーク、シュリンクおよびリュッヒャーヴォルフの諸研究とともに得た」という。なお、R・ポッシャーは、同書で、基本権教義学は大別すれば、①基本権の原理理論、②機能的な基本権多元主義および③防禦権の伝統、という三つの潮流がある(S. 72ff.)といい、展開されるべき基本権理解は、③の防禦権の伝統にしたがうべきとして、この防禦権を、「防禦権は、一般的な体系的認識に適合して、法的に確保された(gesichert)自由の複雑性を克服するために、再帰性(Reflexivität)を抛り所とする。防禦権は、それ自体なおまだ自由を構成するのではなく、法的に規律された自由が構成される規律過程を制御する。…再帰的基本権理解によれば、防禦権は、社会的紛争を自ら規律するのではなく、政治的決定や自己組織が可能となる空間を確保する」(S. 101, 414ff.)と特徴づける。

- (24) Vgl. D. Murswiek(Fn. 19), S. 474. なお、ムルスヴィークの本稿は、基本権教義学上の新たな議論を、連邦憲法裁判所第一法廷のこれに関連する諸判決およびこれら諸判決を支持するベッケンフェルデやこれらの判決を主導する第一法廷裁判官 Hoffman-リームを、彼らのいう「保障内実・内容(Gewährleistungsgehalt od.-inhalt)」論の構成を中心に批判しつつ、また同時に、彼らに対決する W. Kahl, Vom weitem Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 43(2004), S. 167ff. を批判しつつ(S. 484ff.)、新たな基本権教義学の問題性に詳細な検討を加える。同様にまた、この問題に焦点を当てるのは、vgl. U. Volkmann(Fn. 21), S. 265ff.

- (25) Vgl. G. Kirchhof, Grundrechte und Wirklichkeit. Freiheit und Gleichheit aus der Realität begreifen-ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik, Verl. C. F. Müller 2007, S. 1. 彼は、本書で、「伝統的な基本権教義学にしたがう基本権解釈者は、その視座を解決すべき法諸問題へと向けており、ほとんどこれを超える現実性(Wirklichkeit)を分析してはいない。基本権の規範内容(強調は原文)、すなわち、保護領域は、実態(Realität)から切り離されて探求され、その後、法諸問題へと適用されている」(S. 7)と特徴づけ、このような伝統的な教義学に対して、「基本権教義学を、法の現実性に基礎づけられた法内容のために開放する」(S. 14)という提案を通じて、「規範性の分析は、現在され、形成された実態に対する敬意を教義学上確実にしようとし、そうして、自

由権を強化しようとする」(S. 54) ことが企図されるが、この課題を果たすために、規範現実の分析が一切の自由審査や平等審査の出発点として迫られている」(S. 64)と、基本権教義学にとっての事実性と規範性の関係分析の重要性を、結論において抉り出している。なお、社会科学的方法論的憲法解釈批判との関連で、事実と規範性との関係につき vgl. Ch. Starck, Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, Verl. C. F. Müller 1992, §164 Rdnr. 16 (本稿はフーデッダ Ch. Starck, Rdnr. x と引用する) は、「規範は、現実を照らしてみれば、言語で定式化され、制定される。規範のうちで行われている構成要件的・概念的な現実の定式化は、立法者の選択と評価とを要求する」が、しかし、いわゆる社会科学的方法論的憲法解釈に対して、このような憲法解釈とともに、「憲法の規範性は、掘崩され、結局は解体される」(vgl. Ch. Starck, Rdnr. 26) と、批判する。

(26) G. Kirchhof(Fn. 25), S. 2. たゞしばしば、そのような判決として言及されるのが、BVerfGE 105, 252-Glykol; BVerfGE 105, 279-Osho; BVerfGE 104, 337-Schacht 等である。

(27) 広狭の保護領域論との関連で重要な連邦憲法裁判所の初期の判決は、いうまでもなくヘルフェス判決である、vgl. BVerfGE 6, 32; 田口精一「国外旅行の自由と憲法による保障—ヘルフェス判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)四二頁。基本法第二条第一項の「自由な人格の発展を求める権利」の保護領域をめぐるいわゆる「人格核心」論(「狭く保護領域理解」と「一般的な人間の行為自由」論(広い保護領域理解)の争いにつき、vgl. Ch. Starck(Fn. 8), Art. 2 Abs. 1 Rn. 8-12. シェタルク自身は、後者の一般的な行為自由論を採用。なお、これにつきまた、vgl. J. Frotz, Die Reichweite des grundrechtlichen Abwehranspruchs. Ein Beitrag zur allgemeinen Grundrechtsdogmatik unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsprozessualen Konsequenzen, Logos Verl. 2006, 2. Kapitel, S. 27ff. 一般的な行為自由につき、これらほどの非歴史的な基本権理解という欠陥を埋めようとして、この自由の憲法史的・憲法比較的な検討を、とりわけドイツ諸憲法、ヨーロッパ諸憲法またアメリカ合衆国憲法、さらには国際的な水準で行う、A. Kukk, Verfassungsgeschichtliche Aspekte zum Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), Verl. W. Kohlhammer 2000 を参照。

(28) この点につき、vgl. D. Murwiewk(Fn. 19), S. 479ff. 「したがって、あまりに広範囲におよぶ保護領域の拡大と、あまりに無差別な介入概念の拡大という誇張を慎重に修正すること(Korrektur)をもって、いくつかの結果問題は除去され得るとしても、だが、基本権保護の平準化、脱差別化および緩和(Aufweichung)の問題性は、総じて解決され得ない」ということは一致して賛成されている。この点に、より重要な体系変更を惹起する、という新たな企図の動機づけは、ある」と述べ、ひきつづいて、現時、「連邦憲法裁判所第一法廷は、基本権教義学におけるより重要な更新(Neuerungen)へと舵を向けている。第一法廷は、伝統的な教義学との関係を断ついくつかの判決を下した」という。

(29) Vgl. Ch. Möllers, Wandel der Grundrechtsjudikatur. Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG, in: NJW

2005, S. 1973. H. D. Jarass(Fn. 7), Rn. 17, Anm. 49 は「連邦憲法裁判所は、最近、介入概念を古典的介入に限定しているようにおぼやかる (BVerfGE 105, 255(273) ; 105,279(303) 」と捉えている。

(36) D. Murswiek(Fn. 19), S. 486以下は「これを主導したのが第一法廷の裁判官ホンマン・リームである。

(37) ナンズヒェ vgl. E.-W. Böckenförde, Der Staat 42(2003), S. 170 ; Ch. Möllers(Fn. 29), S. 1974ff.; H.-J. Papier, Aktuelle grundrechtsdogmatische Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Schutzbereich-Eingriff-Gesetzesvorbehalt, in : D. Merten/H.-J. Papier(Hg.), Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik, C. F. Müller Verl. 2007, S. 81ff.; R. Martins, Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat : Rationalisierung der Grundrechtsanwendung?, in : DÖV 11/2007, S. 458ff.

(32) D. Murswiek(Fn. 19), S. 475 は「このような変化が基本権教義学になにを結果するかにつき、「基本権教義学は、一つのシステムであり、それらの諸部分は相互に依存し合う。ある段階に調整ネジが回されるならば、これは別の段階に作用をおよぼす。しかし、最適な自由保護は、すべての部分の相互作用 (Zusammenspiel) が最適に機能するときのみ、達成され得るにすぎない。保護領域と介入概念の拡張が、自動的に個人の自由のよりよい保護に帰着するわけではない。その場合には、なにが第三の段階に、正当化水準に起こるか、が問題である」という。

(33) BVerfGE 104, 92(104f.).

(34) BVerfG(I. Kammer des Ersten Senats), 12. 7. 2001, in : NJW 2001, S. 2459.

(35) BVerfGE 105, 252(265, 272f.). Ch. Calliess, Rechtsstaat und Umweltschutz, Mohr Siebeck 2001, 12ff. カリーンは「連邦憲法裁判所決定に先行する「連邦行政裁判所のリコール判決…は「文献」に法治国家的観点のもとできわめて批判的に受け入れられ、それ以降、基本法の構造における法治国家性の人目を眩らす (schleichend) 喪失の実例として役立つ」という (S. 19)。

(36) BVerfGE 105, 279. 本決定に関して「介入問題を「リコール決定と対比して論じる」 vgl. M. Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, Mohr Siebeck 2006, S. 449ff.

(37) BVerfGE 105, 279(279, 295ff.).

(38) BVerfGE 105, 279(299f., 303ff.).

(39) BVerfGE 104, 337. 本判決は「お」 vgl. M. Borowski(Fn. 36), S. 441ff. また「 vgl. A. Dietz, Das Schächten im Spannungsfeld zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz-Folgerungen für die behördliche Genehmigungspraxis aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. November 2006, 3 C 30. 05, DÖV 2007, 522f.-, in : DÖV 12/2007. A・レーマンは「連邦行政裁判所は、二〇〇〇年にはまだ「宗教の自由に対して動物保護を優位を置いていたが、連邦憲法裁判所が宗教の自由を優位を置 (BVerfGE 104,

337)、連邦行政裁判所も、二〇〇六年九月二三日の本判決で、これにしたがうにいたっている(二〇〇〇年時点と二〇〇六年時点の連邦行政裁判所本判決の間には、連邦憲法裁判所の上記判決および二〇〇二年七月一六日第五〇回改正「および動物」の文言を追加する基本法改正があった)(S. 494f.)が、これに対して、「民主制的社会においては、宗教告白の自由を制限することは、多様な集団相互の利害を宥和させるために、必要であり得る。このような制限は、たとえ、電気による短時間の屠殺に還元されるとしても、ドイツでは動物保護法上の屠殺命令を意味する。基本法新第二〇a条における憲法改正は、それに際して、動物保護のための多元的社會における自覚的な価値決断である。…とりわけ、…宗教の自由は、その信者によって絶対化される危険がつけねにある。…この相対立する諸価値の「実践的整合性」は、理論的な水準に限定されることは許されず、実践的解決へと帰着せねばならない。残念ながら、連邦行政裁判所は、屠殺の問題性において、明白な…解決の途を示さなかった」(S. 495)と批判的立場を採る。なお、通常の屠殺方法は、動物に不必要な苦痛を与えないために、屠殺前に電気ショックを対象動物に与え、その意識を失わせた後、屠殺するというやり方をとる(S. 489)。

(40) BVerfGE 104, 337(345f.)

(41) BVerfG(Vorprüfungsausschluss), NJW 1984, S. 1293(1294).

(42) Vgl. D. Murswiek(Fn. 19), S. 481.

(43) なお、この両事件は、国家の情報提供活動を通じての基本権の事実上の侵害にとって、「古典的(klassisch)」となった[Vgl. R. Martins, (Fn. 31), S. 459]とみられる。このような国家の情報提供行為の法的根拠(=授権)の問題につき、Vgl. H.-J. Papier (Fn. 31), S. 84²⁴ Glykol事件に関して、「職業の自由は、いわば競争に参加する可能性を保障するが、しかし、その場合、合法的な情報提供行為(Informationshandel)の不利な作用を甘受することも要求する」という。

(44) H.-J. Papier(Fn. 31), S. 91.

(45) Vgl. R. Martins(Fn. 31), S. 458. また、U. Volkmann (Fn. 21), S. 265ff. も参照。

(46) Vgl. E.-W. Böckenförde(Fn. 17); W. H.-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 43(2004), S. 203ff.

(47) Vgl. E.-W. Böckenförde(Fn. 17), S. 174ff. D. Murswiek(Fn. 19), S. 483²⁴、ベッケンフェルデはこの三編成の意図を「ベッケンフェルデは、従来の二元的審査に代えて三編成審査について語るが、しかし、その際、ただ二つの最初の水準(保護領域と介入)だけに注目しているにすぎない。彼が、介入と介入正当化を二つの異なる水準に整理していないことは、ただこの区別が彼のテーマではない、ということにあるのは明らかである。彼は、従来の教義学の変更を、ただ保護領域に関してのみ狙っているのである」と批判的に捉える。

- (48) Vgl. E.-W. Böckenförde(Fn. 17), S. 190.
- (49) ちなみに、H.-J. Papier(Fn.31), S. 99 は、GlykolやOsho事件等々にみられる新たな基本権教義学の挑戦を、一般化することなく、間接的、事実的基本権侵害という特殊問題を解決するためにのみ、連邦憲法裁判所は、新たな基本権教義学上の途をとったにすぎないが、しかし、これを機に、伝統的な教義学的構造の負担能力(Tragfähigkeit)を再検討する契機と捉えるべきである、という観点から、「諸裁判例とそこで論じられた基本権教義学上の問題は、その都度の決定すべき(entscheiden)事実から切り離して考えられるべきではない。なによりもまず、これらの訴訟手続では、国家の情報提供行為による間接的、事実的な基本権侵害の特殊問題が問われていた。このためにのみ、連邦憲法裁判所は、新たな基本権教義学上の途をとったにすぎない。いうまでもなく、国家の情報提供の意味変遷—以前は、すぐれて政府の職務上の公開作業、今日ではまた、情報提供される諸決定を通じての市民の自由実現への手段—のこの実例は、基本権教義学が新たな挑戦の前にある、ということをもささしく示している。このような挑戦は、伝統的な教義学的構造のその負担能力を検討する、いっそうの機会であるべきであり、また、機会となる」と問題提起する。
- (50) Ch. Starck(Fn. 8), Art. 2 Abs. 1 Rn. 64.
- (51) Ch. Starck(Fn. 8), Art. 4 Abs. 1, 2 Rn. 39.
- (52) Ch. Starck(Fn. 8), Art. 4 Abs. 1, 2 Rn. 82-86.
- (53) Ch. Starck(Fn. 87), Art. 4 Abs. 1, 2 Rn. 114.
- (54) R. Martins(Fn. 31).
- (55) Vgl. D. Murswiek(Fn. 19), S. 478.
- (56) D. Murswiek(Fn. 19), S. 500, Anm. 75 は、保障国家的基本権構想の問題を論じてはいないと断っているが、この保障国家的基本権構想の問題を、保障国家と新たな基本権教義学の傾向との結合問題として採り上げ論じたのが、R. Martins(Fn. 31)である。
- (57) このような方向性を示す国家論の例として、vgl. K.-H. Ladewig, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Mohr Siebeck 2004 (S. 10f.)。彼は、基本権の最適化を目指す考量モデル(その批判対象とされるのがR. Alexy)にともなう「自由国家」社会国家を、ハイエクをも理論的支柱としながら(S. 16 ff., 31ff., 41f.)基本権の自由主義的理論によりつつ、これを批判している。「自由主義的法秩序は、社会の自己組織を許容する制度的命令(Imperative)である。これとは違って、福祉国家と、その法的現象形式としての考量モデルは、制度なき(Institutionslos)結果に志向した調整機能に賭ける」(S. 27)と。そしてまた、自由主義的基本権理論を基礎にして、より狭い保護領域論を主張する新たな基本権教義学の傾向を背景に、社会市場経済に取って代わる、規制緩和された自由市場経済秩序の構築と、国家責務への私人の参加を企図する保障国家論を擁護して、「考量モデルの台頭は、消極的自由権の理論に基づく自由主義的な基本

権構想モデルの没落に符号するが、この基本権構想モデルは、最近の文献においてはその政治的次元を縮減し、こうして、『介入防禦』の単純な内容抽象的な形式へと縮小された」(S. 47ff., 75ff.)⁵⁸⁾と説く。

(58) Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, Duncker & Humblot 1928, S. 163. C. Schmitt, 尾吹善人訳『憲法理論』(創文社、一九七二年)、二〇三頁。「…学問的に有用な概念を得るためには、市民的法治国における基本権とは、もっぱら、前国家的かつ超国家的権利とみなされうるような・国家がその法律に依じて賦与するのではなく、国家以前に与えられたものと認めて保護し・これに対して国家は原理的に可測的な範囲に限り、規律された手続においてのみ侵害しうるような諸権利だけであるという点を固持しなければならぬ。それ故、これ等の基本権は、その実体から見ても、法益ではなく自由の領域であり、そこからもろもろの権利、それも妨害排除権が生ずるのである。」

(59) Vgl. C. Schmitt(Fn. 58), S. 158. (同訳、一九七頁)。「近代的方法的考察にとって肝心なことは、基本権の思想が基本的な配分原理を含んでおり、徹底して貫徹された市民的・自由主義的法治国はこの原理の上に立脚しているということである。この配分原理は、個人の自由の領域は原理的に無限定であり、国家の権能は原理的に限定されている、ということの意味する。」

【二〇〇七年九月二五日提出】