

ドイツ・ボン基本法50年に寄せて

菟原 明
(法律学科教授)

I はじめに

昨 1999年5月23日、基本法(Grundgesetz)は、それが公布・施行されて半世紀、50年の歳月を経た。同法は、1949年5月23日、「西側三国（アメリカ合衆国、連合王国、フランス）占領地域」であった「旧西ドイツ(Bundesrepublik Deutschland)」の領域にのみ適用される「暫定憲法」として成立した⁽¹⁾。ソヴィエト占領地域では、「旧東ドイツ(Deutsche Demokratische Republik)」の成立をみ、ここに戦後ドイツ国家は、東西分裂国家として冷戦構造に規定されつつ、戦後史を刻み込むこととなった。基本法は、その旧前文で、ドイツ再統一を国家責務として掲げ、再統一後、新憲法を創設することで、その暫定性を表す「基本法」という名称から、「完全な憲法」へと変態することを課題としていた。1989年11月9日のベルリンの壁の崩壊につづき、1990年10月3日、ドイツ再統一は、旧東ドイツが新たに五州に解体・編成され（1990年7月22日州導入法）、これが基本法旧第23条の規定に従い、ドイツ連邦共和国に「加入」することによって、達成された⁽²⁾。再統一は、憲法改正につき規定した統一条約第5条により、「ドイツ統一と関連して生じた諸問題」に対処するため、将来の基本法改正問題をも同時に提起していた⁽³⁾。さらに、再統一後の新たな問題として、一方で対内的には、たとえば、旧西・東ドイツ間の問題でいえば、基本法と新州憲法間の規定上の齟齬、一例をあげれば、現在連邦憲法裁判所に係属中の事件として、基本法第7条第3項が保障する公立学校での正規の授業科目としての「宗教授業」とは異なる、「生活形成－倫理－宗教論(LER)」の授業科目を「宗教授業」に代える正規の授業科目とするブランデンブルク州学校法（1996年4月12日）の規定が基本法に反しないかどうか、といった問題⁽⁴⁾、また、たとえば、オッシー・ベッシーといった言い方のうちに典型的にみられる旧両ドイツ市民間の心理的な差別意識、その根っこにある経済的・社会的格差問題等々、他方で対外的には、EUとの関連問題、庇護民問題等々、あまたの憲法問題を抱えつつも、基本法は、その50周年を祝う日を迎えたのであった⁽⁵⁾。基本法は、旧西ドイツ時代を含めて、1998年3月26日の「住居の不可侵」の基本権に関する改正段階で、すでに46回にもおよぶ改正（改正に関するコメントにつき、下記シュタルク論文475頁以下参照）⁽⁶⁾を行うことによって、ドイツの憲法現実に対

応してきた。本稿は、50年を期してものされた多くの論稿⁽⁷⁾のなかから、基本法の抱える現在的問題点と将来的課題とに包括的かつ詳細に取り組んだ、クリスティアン・シュタルク教授 (Professor Dr.Christian Starck)の論稿„Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren:bewährt und herausgefordert “ (「基本法その50年：確証されたことと挑まれていること」)⁽⁹⁾を基礎に、その紹介を兼ねて、基本法のなにが問われているのかを概観してみよう (以下、本稿からの引用は、ページ数のみを記す)。なお、同教授は、現在、ドイツ国法学者大会会長という要職に就いていることから分かるように、ドイツ公法学の泰斗の一人でもある。

註

- (1) 基本法制定のための議会評議会につき、vgl.Michael F. Feldkamp, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Vandenhoeck & Ruprecht 1998.また、基本法制定過程に関する簡便な資料集として有益なのはたとえば、vgl.Michael F. Feldkamp(Hrsg.), Die Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland 1949. Eine Dokumentation. Reclam 1999.
- (2) 再統一に関する文献カタログとして、1990年から1995年の間に公刊された2611件の文献一覧を含むのは、Die wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Fünf Jahre deutsche Einheit, Auswahlbibliographie 1990-1995, Druckerei Plump KG, Rheinbreitbach 1995.
- (3) このために両院合同憲法委員会が設置され、その勧告にもとづき、1994年10月27日の基本法改正が行われた。同委員会の勧告につき、vgl. Materialien zur Verfassungsdiskussion und zur Grundgesetzänderung in der Folge der deutschen Einigung/12.Deutscher Bundestag. [Hrsg.:Deutscher Bundestag,Referat Öffentlichkeitsarbeit,Bonn]. -Bonn:Dt. Bundestag, Referat Öffentlichkeitsarbeit (Zur Sache;96,2), Bd. 1:Bericht und Sitzungsprotokolle, 1996;Bd.2:Anhörungen und Berichterstattergespräche, 1996;Bd. 3:Arbeitsunterlagen und Gesetzmaterialein, 1996. 両院合同憲法委員会につきたたとえば、vgl. T. Giesen, Die Vorbereitung der Grundgesetzänderungen nach der deutschen Wiedervereinigung. Peter Lang 1997.
- (4) これにつき、vgl. Ch. Starck, Religionsunterricht in Brandenburg, in:J. Isensee, W. Rees u. W. Rübner (Hrsg.), Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, Dunker & Humblot 1999, S. 391ff.
- (5) 50年を記念して発行された記念切手には、基本法第1条第1項：Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. が掲記されている。
- (6) 第44回改正 (1997年10月20日) までを扱うのは、vgl. A. Bauer u. M. Jestaedt, Das Grundgesetz im Wollt laut, C. F. Müller 1997.
- (7) Bundesministerium des Innern(Hrsg.), Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft. Dokumentation zum Verfassungskongress „50 Jahre Grundgesetz - 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland “,Leske + Budrich 1999. 図版、イラスト、写真、資料等をも多数含むのは、S. Detjen(Hrsg.), In bester Verfassung?! 50 Jahre Grundgesetz, Verl. Dr. Otto Schmidt 1999. ドイツの現状につきた、vgl. E. Conze u. G. Metzler (Hrsg.), 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland, DVA 1999.
- (8) in:JZ 54. Jg. , 1999, S. 473-485. 紙数の関係もあり、この概観も制約を受けざるを得ない。シュタルクは、基本法40周年記念のおりには、W. Heyde とともに、„ Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, C. H. Beck 1990 “ を編集しており、自身、Über Auslegung und Wirkung der Grundrechte, S. 9-34 の論稿を寄稿している。

II 基本法：伝統の維持と過去の克服

基本法制定にあたって問われたのは、ドイツ最初の民主的共和国の憲法・ヴァイマル憲法の抱えていた構造的弱点からの、また、不正（法）国家(Unrechtsstaat)というべきナチ独裁体制からの歴史的教訓を活かし、どのように基本法を制度設計するか、であった。このような過去の歴史の克服と新たな歴史の出発点としての基本法の構想を、シュタルクは、(i)連邦制、(ii)議会制的統治体制、(iii)市民と国家との関係(=基本権関係)(iv)教会と国家との関係、という四点にまとめている(S. 473f.)。彼の説くところをみてみよう。

(i)連邦制の強化—ヴァイマル憲法第60条は、国参議院は、国の立法と行政とに際して、ドイツ各州を代表する(代表機関)と規定していたが、一方、基本法第50条は、連邦参議院を通じて、州は連邦の立法と行政ならびに欧州連合の事務において協働することを予定している。そうであれば、連邦制は、基本法では、連邦参議院に、連邦の立法(例：同意法律)・行政に、さらには欧州連合の事務協力にも権限を与えることにより、ヴァイマル憲法と比較していっそう強化されている、といえよう⁽⁹⁾。

(ii)議会制的統治体制の構成変更—ヴァイマル憲法は、国議会と国大統領ともに国民から直接選挙されるとする民主制の正当性の二元主義を採用していた。このシステムは、ヴァイマル末期には議会の機能マヒと、それに替わる大統領の緊急命令権(第48条)にもとづく支配(大統領内閣制)そしてナチ独裁へと向かう流れを阻止する能力を欠くこととなった。ヴァイマル憲法の抱え込んだこのような欠陥をふまえ、基本法は、このような二元主義を排除し、一方で、連邦大統領の地位を形式化し、他方で、建設的不信任投票制度(第67条)を設けることで、連邦首相の地位の強化を目指し、政権の安定化・恒常化を図っている。それと同時に、議会制的統治体制を支える不可欠の組織として、「政党」を憲法上位置づけた(第21条第1項)。政党に関し注目すべきは、「自由で民主的な基本秩序を侵害しもしくは除去し、またはドイツ連邦共和国の存立を危うくすることを目指すものは、違憲である」とする基本法の闘う民主制の姿勢である。これを判断する任にあたるのは、基本法によれば連邦憲法裁判所である(第21条第2項)。

(iii)市民と国家との関係—基本法の保障する基本権の理念は、第1条各項において⁽¹⁰⁾、すなわち、第1項の「人間の尊厳」保障、第2項の「不可侵・不可譲の人権」へのドイツ国民の信仰告白⁽¹¹⁾、第3項の基本権は、「直接適用される法として」すべての国家権力を拘束すること、のうちに結晶化している。それは、ヴァイマル憲法の基本権の法的効力における混乱とナチ独裁体制における基本権どころか、人間性そのものの抹殺とに対する反

省から導き出されたものといえよう。シュタルクは、基本法第1条につき、「基本法は、基本権が国家によりはじめて創設され、ついで認められる、とする実証主義的基本権構想を凌駕している。基本法は、歴史的に発展され、自然法的に基礎づけられた人権に由来し、これを国家は承認せねばならず、また、基本法として詳細に定義し、保障するのである」(S. 474.)、と評釈する。また、基本法は、基本権効力の実効性確保の観点から、基本権を原則として「旧来の古典的基本権」に限定し、「社会権」を基本権保障のうちに取り込むことを断念し、これに替えて立法者の広範な活動形成余地を認める「社会国家」条項(第20条第1項、第28条第1項第1文)を採用することで、社会権の放棄を緩和している。

(iv) 国家と教会との関係—基本法第140条は、国家と教会との関係に関するヴァイマル憲法の諸規定を文字通り継受した。基本法の教会諸条項は、ドイツ再統一後の新州の憲法制定に際しての基準となり、引照されるところとなったが、前述ブランデンブルク州における宗教教育と基本法第7条第3項との抵触問題をも発生している。このような、基本法によるヴァイマル憲法の教会条項の継受の根拠は、ナチ体制の間の教会の処遇に対する回答と理解され得る。ナチ体制は、自らが世界観を代表することを望み、教会のうちに世界観上の対抗勢力・敵を看取し、これを服属させようとした。そうであったからこそ、基本法は、「ナチ体制によって破壊された平和は、ヴァイマル憲法を受け継ぐことで再興される」、とする意志を示そうとしたのであった⁽¹²⁾。

註

- (9) 連邦制につき、vgl. J. Aulehner u. ä. (Hrsg.), *Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, Richard Boorberg Verl., 1997. 本書は、公法研究助手・若手研究者の大会機関誌の一冊 (Die 37. Assistententagung Öffentliches Recht 1977) であり、VVDStRL が公法学担当教授の大会機関誌であるとすれば、その助手版というべきか。同大会でも、毎年興味深いテーマが設定され、上記出版社からその研究成果が公刊されている。
- (10) Vgl. Ch. Starck (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 1, 4. Aufl., Verl., Franz Vahlen 1999, S. 30ff.
- (11) これにつき、vgl. P. Frhr. v. Hodenberg, *Das Bekenntnis des deutschen Volkes zu den Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG*, Nomos Verl., 1997.
- (12) これにつき、vgl. Ch. Starck, *Staat und Religion*, in: JZ 55. Jg., 2000, S. 1ff. 菟原明『『民主制的憲法国家』の基礎としての『宗教』の役割』(大東法学9巻1号、1999) 33頁以下参照。

III 基本法の現在と将来

基本法は、これまでにそれがどのようにしてその実効性を確証してきたのか、またさらに、将来に対しても適応能力を示し得るのか。シュタルクは、基本法の以下の諸点を問うことで、この問題に応えようとする。

(i)連邦国家性(S.476f.)—シュタルクは、この連邦国家性こそ、単一国家主義や中央集権主義的傾向に対抗しつつ、ドイツの政治的・社会的安定化に貢献してきたのであり、また、たとえば、ドイツ再統一およびその後の新州の民主的な政治的・社会的形成と、東西間の共同的成長にとって連邦国家性こそ、また、諸国民国家の多様性を保持しつつ、欧州連合の発展をはかるためには、欧州連合を連邦国家的に構造化する連邦国家性こそ、適合的国家制度である、という。他方、この連邦国家性をめぐる構造的な問題として、つねに取り上げられてきたのが、州の国家性を保持しつつ連邦と州間の協働をいかにして図るかの問題であった(協働的連邦制の構成)。とりわけ、それは、①連邦と州という二つの国家レベルへの権限配分、とりわけ立法権の配分の問題であり、②連邦と州間の均衡確保および州間における格差解消を図るための税制=財政配分の問題であった。

①の権限配分つき、前記合同憲法委員会の立法権限の配分等に関する勧告が、1994年10月24日第42回基本法改正により基本法に取り込まれた⁽¹³⁾。それは、第一に、連邦参議院の強化を図った。それ以上に重要な点として第二に、競合的立法権(第72条)につき、これを連邦に不断に移譲することに反対すべきとした。また、連邦による競合的立法権の行使を羈束するために、その適用が立法者の完全な裁量の下にあった旧来の「必要性条項」を、法的基準に改変し(第72条第2項)、連邦憲法裁判所の監視下におくとともに、新たにまた州議会の申立ても認めた(第93条第1項第2a号)。第三に、大綱法律に関する改正(第75条)では、連邦に対しては、直接適用される法として詳細を規律することをより困難とし、それと同時に州に対して、実質的な規律可能性を保持すべきとした。

②財政制度につき、合同憲法委員会は何の提案も行わなかった。が、1993, 1995, 1997年に、州と自治体とのための売上税の再配分(基本法第3,4,5a項)および連邦の税収からの近距離旅客輸送のための州への配当(基本法第106a条)に関して、州・自治体を配慮する改正をみた。シュタルクは、基本法の財政憲法の根本問題は、連邦と州とがその責務を履行するにあたって必要とされる資金を、それぞれ固有の徴税を通じては調達できないという点にある、という。基本法第105条は、連邦のほとんど専属的な租税立法を可能としており、この租税立法を通じて、全連邦領域における統一的な経済関係が保障されるべきである、とするが、これをも含めて、現行財政憲法の協働的連邦主義は、いわば州間格差の解消をはかろうとして、州の予算自治を、州の議会制的統治体制を、州議会の予算同意見を侵害することによって、致命的な効果をもって浸食している、と彼はいう。

そうであれば、将来へ向けての改革の中核に位置づけられねばならないのは、「州の固有国家性」を確保することである、と彼はいう。それを前提として、①州の立法権限につき、州議会の政治的重要性を増大させ、州での議会制的統治体制の空洞化を防止するため

に、州の政治に責任を負う者が再び州の諸決定に、連邦参議院における以上に自らを集中するために、いっそう強化されねばならない、と説く。また、②連邦国家の財政制度については、州の財政自治と連邦的連帯性を考慮したうえで、将来の財政制度は、州の予算自治と固有国家性をいっそう強化すべきである、と提言する。この財政憲法の課題は、「ただ表面的には金銭が問題であるかのようなのであるが、しかし、核心においては州の固有国家性の確保と、州における議会制的統治体制の維持が問われている」が故に、まさしくこれは、憲法学者にとっての重要課題であることが強調される。

(ii) 議会制的統治体制(S. 477ff.)—この問題領域の下で扱われるのは、(a)選挙法、(b)政党、(c)連邦参議院、(d)議会と政府、である。以下、その説くところをみてみよう。

(a) 選挙法(S. 477f.)—連邦選挙法の諸規律は、議会政的統治体制の安定化要因として機能しているが、そのなかでも、議席配分に係わる「阻止条項」(連邦選挙法第6条第6項—いわゆる5%条項と基本議席条項を定める)は重要である。これが、選挙の平等原則(基本法第38条第1項第1文)に違反しないか、につき、連邦憲法裁判所は、「選挙は、個人としての選挙民の政治的意思を効果あらしめ、それ故に、国民のうちに存在する政治的意見の精確な鏡像を映す国民代表を創出することに役立つだけでなく、それはまた、議会を政府の形成、立法および統制のための活動能力のある国家機関として提示しなければならない。阻止条項は、基本法によればいずれも可能とされる多数選挙法または大選挙区における比例選挙法よりも、比例選挙の枠内では投票の結果価値の平等に対する取るに足らない侵害でしかない」(Vgl. BVerfGE 6,84;95,408)、と判示した。この論拠づけは同時にまた、つねに大政党に有利に働く現行の人的比例代表制から生じる「超過議席」問題の合憲性を正当化する論拠ともなる(BVerfGE 95,335)。しかし、シュタルクのいうように、この問題は、「勝者のすなわち野党に対する政府の優位を増大させ、そして、弱小な連立当事者に対して強力な連立当事者を強化する；この両者が、統治者を安定させ、軽減させる。このことは歓迎され得るであろうし、なおさらのこと、主権者は四年後に再び統制的にかつ正当化を行うよう活動する」が故に、法律学的には解決済みの問題というべきか。

(b) 政党(S. 478.)—シュタルクは、政党が、「国民の政治的意思形成に協力する」(基本法第21条)という責務を負うにも拘わらず、その権力的地位を利用して、基本法第33条第2項に反して、情実による官職配分を行っている大胆さ、厚かましきは驚くべきことだ、という。政党のこの権力的地位の利用は、大政党のCDU/CSUとSPD間の合意にもとづく基本法第33条第2項違反ともいうべき、連邦憲法裁判所裁判官の選出に関する寡占的实践のうちにも現れている(両政党の各々は、事実上、各法廷のそれぞれ4名の裁判官の提案

権をもち得ることとなる一連邦憲法裁判所法第6条第1,2項)。彼は、これにより、憲法裁判所裁判官の職に適格とはいえない人物が選出される虞がある、と辛辣に批判する。

(c)連邦参議院(S. 478f.)—シュタルクは、連邦参議院の権力政治上高められた地位は、ドイツ連邦制の強力な単一国家化を表すものであるが故に、連邦制の重要な要素である問題近接性と連帯性を危殆に瀕せさせており、その改革のためには、連邦参議院と連邦議会との関係を新たに秩序づけまた事務問題と財政問題とにおいて州の自治を強化することが必要である、という⁽¹⁴⁾。

(d)議会と政府(S. 479f.)—立法者としての連邦議会は、あまりに多くのことがあまりに詳細に規律され、また、あまりに頻繁に変更されるが故に、加重負担に陥っている。シュタルクは、この議会の加重負担につき、法定立領域と外交政策領域で問題とする。この加重負担の解消策とはなにか。まず①法定立の領域から、シュタルクの提言をみてみよう。その第一は、法律の留保の拡大から、その緩和を図ることである。その理由は、法律の留保の拡大が惹起するのは、連邦議会と省官僚制に、法律の範囲と強度が不明確であることから「憲法上の危険」を避けるために、非常に詳細な規律を準備させたり、行わざるを得なくさせる点にある。その第二は、法規命令（基本法第80条第1項第1文、2文）の活用である。連邦議会の指導的役割は、基礎的で永続的な法律の徹底的審議を要求しているのであり、議会がこの責務を果たすためには、あらゆることを議会自らが決定する必要はなく、執行部に法定立につき、授権（＝法規命令）をなし得なければならない。そうであれば、連邦憲法裁判所のいう規範設定密度に対する厳格な要請、すなわち、法治国家原理また民主制原理から、授権は明確に、法規命令の規律は予測可能に、そして立法者はプログラムを自ら決定しなければならない、は、基本法の構想している法治国家的民主制の下では、法規命令における厳格な規律は、予測可能性の観点のもとにあればそれで十分である、とされるべきである⁽¹⁵⁾。ついで、②外交政策領域での議会の加重負担の軽減は、条約に対する「議会留保」の問題と関連する。基本法第59条第2項第1文にいう条約は、議会留保に服させられるとしても、しかし、連邦憲法裁判所が、AWACS事件判決(BVerfGE90, 286)で、軍隊の軍事的出動については、議会の形成的留保の原則が基本法から導出される、と判示したことに対し、シュタルクは、連邦憲法裁判所の同判決は、外交事項における政府の権限領域に対し、一般的に制限することを開始するものであって容認しがたい、とこれを批判する。

(iii)国家と市民(S.480ff.)—シュタルクは、このテーマを、(a)国家形体における基礎づけ、(b)基本権制限の実質的前提、(c)一般的平等原則の適用、(d)基本権と私法、という柱立ての下に論じる。(a)の問題領域では、基本法は、第79条第3項の不可触条項

(16)とともにまた、立法が明文で基本権に拘束されることを規定したが、これを実現するにあたっての難点は、立法が基本権に拘束される一方で、同時に他方で、立法には、基本権に附されている個々の法律の留保の形式で、基本権の制約を規定することが授權されている、ということにある。ここに、(b)で扱われるべき問題が出現する。立法による基本権の制約を制約し、基本権の立法に対する拘束性（基本法第1条第3項）を現実化する役割を果たしてきた国家機関こそが、連邦憲法裁判所であった。すなわち、同裁判所は、自由が譲らなければならない保護法益（他者の権利、共通福利）について問い、そして、憲法上基礎づけられた法益の保護に投入される手段が、適切であるか、必要であるか、比例しているか（＝比例性原則）を審査することによって、基本権制限の実質的前提を審査してきた。もっとも、同裁判所による立法の実質的統制は、目的と手段の関係において最適の解決を、積極的な最適化命令を意味するのではなく、過度の侵害禁止と理解されるべきである。憲法裁判所と立法者との権限抵触を避けるためには、投入すべき手段の決定につき構成要件の認定と予測が必要であるかぎりにおいては、これを第一次的に立法者が行い、そして、開放的法律条項(offene Gesetzsklauseln)では行政と裁判所とが行うが、それに際し、基本権拘束が浸食されないために、連邦憲法裁判所は、事実が適切に主張されているか、予測されているかを統制するのである。シュタルクは、基本権を規準にする憲法裁判所による法律の統制に、比例性原則が用いられたことは法文化の重要な成果だ、と評価しつつも、これに対する警告も忘れてはいない。「これらの成果も、度を過ぎせば解体の憂き目にあうだろう。というのも、基本法が、基本権制限の権限を与えている立法者には、形成余地がつねに残されていなければならないからである。その理由は、その際に、憲法の枠組み性に鑑みれば、法的手段でもって見つけ出される解決はただ一つ(eine)というわけではないからである。裁判官による法律統制は、立法者が、基本法を通じて、とりわけ、基本権を通じて立法者に劃されている限界を遵守したかどうか、だけを審査する権限でしかない」、と。比例性原理の適用を個別領域でみてるならば、(c)この原理は、80年代中葉以降、法律を一般的な憲法上の平等原則の規準で審査するときにも援用されている。最後に、基本権はどのように理解され、国家はこれにどのような保護を与えることが義務づけられているのか、が問われる。この問題領域が、(d)の内容とするところである。連邦憲法裁判所のリュート判決（1958年）は、①基本権を客観的価値秩序と捉え、また、②その中心に人間の人格を位置づけるこの価値体系は、「当然に民事法」にも影響を与えるのであり、民事法はこの精神にもとづき解釈されねばならず、この基準を誤った民事裁判官は、客観的憲法違反だけでなく、その判決を通じて基本権を侵害しもするのであって、市民は、憲法裁判権による基本権の尊重請求権を有する(BVerfGE 7, 198)、

と判示した。この判決①の基本権を客観的価値秩序と捉える構想は、シュタルクによれば、R・スメントの「基本権を、特定の文化体系、価値体系」と構想する見解にもとづくことは、当時の連邦憲法裁判官たちにとって公然周知であったという。もちろん、スメントの1928年段階のこの基本権構想にあつては、上記判決の後半部分、②の基本権規範の客観法的内容の尊重は、憲法裁判所により監視されるだけでなく、憲法異議を通じて主観的権利の侵害が主張されることによって、要請されさえしていることは、未知のことであつた。この②を基礎にして、同裁判所は、立法者によって部分的な民事法改革を促進するためにか、民事裁判官に民事紛争において抵触する基本権地位を考量し、それぞれを正しく調整するためのそのいずれかのために、基本権を利用している。この背後には、市民間で力の平等が欠けているとき、連邦憲法裁判所は、その均衡を図り、基本権保護を行うために調整的に干渉することが予定されている（たとえば、BVerfGE 81, 242;89, 1）。そこから帰結するのは、連邦憲法裁判所は、判決憲法異議を媒介して、一切の専門裁判所が裁決した事件それ自体を不均衡状況を認定できるときは、基本権を規準にして統制できる、ということである。シュタルクは、これに批判的に対質して、「判決憲法異議において許されるのは、ただ、当該基本権を顧慮して、完全に誤った事実状況が突き止められるかどうか、また、恣意性を免れて認定された事実状況への法律適用の結果が、一規範として一般化される一憲法違反となるかどうか、の審査だけである。」、と説く⁽¹⁷⁾。

(iv) 欧州連合(S. 482f.)—基本法前文および第23条第1項（連邦共和国が協働する欧州連合が義務づけられねばならない憲法原則を列挙する）は、統合された欧州の実現を目指す欧州連合の発展を国家目標と定める。この目標に向けて、同条項は、ドイツの高権を移譲するために（州の権限にも直接関わり、触れることもあることから）連邦参議院の同意を要求している。

この欧州連合は、欧州諸共同体から構成されるが、欧州共同体と連邦共和国の諸権限はどのような関係におかれることとなつたのか。①法定立との関係：欧州共同体による法定立は、ドイツで適用されている法を、EG機関の法規命令や決定(Art. 249 Abs. 2 u. 4 EGV)を通じて直接変更するか、または、法規命令と行政規則では十分とはいえないかぎりにおいて、連邦もしくは州の立法を通じてEG機関の指針を転換すること要求するか、のいずれかである。したがって、欧州共同体への高権の移譲は、ドイツの立法は、超国家機関の目標規定を転換し、その際、指針が総じて手段と形式につきドイツの立法に活動余地を残しているかぎり、それを規定することにしだいに制限される、ということを惹起している。②EUROの導入との関係：1999年1月1日のEURO導入後、構成諸国家の予算政策・財政政策はEUROの安定化との関連で制限され、したがって、その予算自治も

制限を受けざるをえない。③欧州共同裁判所（EuGH）との関係：憲法憲法裁判所も、EuGHの管轄権が存在するかぎりにおいて、原則として最終決定権をもたない。しかし、同裁判所は、ドイツにおける基本権保護に関連して最終的保障者と理解されており、したがって、ドイツにおける派生的共同体法の適用に関するその裁判権をEuGHとの協力関係において行使しようとしている。そうであれば、EuGHに期待されることは、同裁判所が、個々の構成諸国家の歴史的発展に基礎づけられた相違を顧慮して、国家の制度の保護を補完性と国家的同一性の観点のもとで承認し、平準化をあまりに性急に推し進めないことである、とシュタルクはいう⁽¹⁸⁾。④欧州連合により行使される公権力の民主制的正当性：理事会・欧州議会等の欧州共同体の諸機関は、構成諸国家の議会（の定める手続き）を通じて、その民主制的正当性を得る。欧州議会につき、シュタルクは、欧州諸国家の結合の度合いと全構成国家で一致している平等選挙法の創設の度合いに応じて、欧州共同体の政治と法定立とに対し影響力を増大させ得るであろう、と予測する。

註

- (13) Vgl. Ch. Starck, Die Bundesstaatlichkeit und die Gemeinsame Verfassungskommission, in: J. Goydecke, u. ä. (Hrsg.), Festschrift für Remmers, Carl Heymanns Verl., 1995, S. 159ff.
- (14) 連邦参議院につき、vgl. A. Pfitzer, Der Bundesrat : Mitwirkung der Länder im Bund, 4., neubearb. Aufl., Hüthing 1995.
- (15) これにつき、菟原明「現代法治国家における『法律』の制御機能について」（本誌第19号、1999年3月）1頁以下を見よ。
- (16) この問題につき、vgl. Karl-E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, Nomos Verl., 1999.
- (17) これにつき、vgl. H. Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Nomos Verl., 1999.
- (18) この問題につきたとえば、vgl. Ch. Starck, Die Vereinbarkeit des apothekenrechtlichen Fremd- und Mehrbetriebsverbotes mit den verfassungsrechtlichen Grundrechten und dem gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsrecht, Nomos Verl., 1999.

IV おわりに

シュタルクは、「憲法の特質および意味の省察」（S. 483ff.）を行うことで、その論稿を締め括る。そこで、問われているのは、基本法が、将来発生するであろう課題や挑戦に対し、どのように正しく応え得る能力を発揮できるか、である。彼は、これに対して、①「憲法概念と機能および憲法裁判権」（S. 483f.）との関係を説明することで、また、②「国法学の課題」（S. 484f.）を設定することで、応えようとする。将来の基本法の適性を可能とするために、①では実践的提言として、憲法を枠組み秩序として捉え、憲法裁判権と政治的形成余地との差別化を説き、②では国法学という理論的側面から、基本法の将来

への適応能力の開発を説く。以下、その説くところをみよう。

①の問題領域に関し、シュタルクは、基本法の規範的性格、内容を解明することで、そこから、基本法の権力制限機能=基本権保障機能を導出する。この機能を実現するのが、枠組み秩序として基本法を捉える彼の思考である。

基本法の規範性、内容を考察すれば、まず第一に、基本法は、厳格な意味で規範的法であり、拘束的法である。基本法のこの規範性を支えているのが、(a)権力分割および政党の自由とともに、憲法の規範性を確保するのに適している組織的構成要素が、憲法に組み込まれていること、(b)違憲性を客観的に認定し得るためには、憲法が十分に明瞭であること、(c)提起されている政治的問題を適切に解決し得るためには、政治的に責任ある機関に評価余地を与えるような憲法構造をもつこと、という規範的要因と、(d)当該国家の住民の憲法の規範性に相応する政治文化と社会的諸関係との間に、最小限度均衡がとれていること、(e)憲法の規範性にとって有利な政治文化に属するのは、これに相応する水準に法学、とりわけ法学方法論があること、といった事実的要因である。第二に、基本法は、一方で国家活動の基礎をなすが、他方でその限界をも劃定する。基本法が、国家活動のための内容的規準として挙げるものに、(a)市民の防禦権=国家活動の限界、としての基本権、(b)一定の法益を保護することの国家への委託（基本法第6条第1項）、(b)一定の方法で権利を形成することの国家への委託（基本法第6条第5項）、(c)なにかを助成することの国家への委託（基本法第6条第4項）、がある。第三に、これこそ彼が、基本法の特徴づけとして強調してやまない点であるが、民主制的憲法国家における政治過程は、実質的な問題は（議会の）多数決に服させられるのであって、憲法を通じてあらゆることが、すなわち、実質的な問題が憲法裁判所の解釈を通じて見出した形態をもって、前もって解決されるのでない、ということを要求する。そうであれば、重要なことは、基本法は、「枠組み秩序(Rahmenordnung = Rahmencharakter der Verfassung)」として性格づけられねばならない、ということである。すなわち、基本法の将来への適性能力は、この枠組み秩序における連邦と州、議会と政府、ならびに行政と行政裁判所の管轄権の有意義な配分のうちにあり、枠組み秩序としての基本法の権力を制限する機能は、信頼できる、手際の良い、予測可能な枠組みの確定を要求するが、この枠組みは、問題事例に応じてそれぞれ、連邦憲法裁判所が判決を下すごとに明瞭となる。つぎに、確定された枠組みの充填方法は、立法に参画する者の理念、政党綱領、連合協定および用いられる手段に依拠する政治的便宜、の問題である。まさしく、このような憲法裁判所の権限と政治的形成の自由との区別、両者の権限配分・行使等のバランスと相互関連性を重視する構想は、シュタルクの基本法観を典型的に現しているといえよう。

②基本法下での国法学は、第二帝制時代やヴァイマル憲法時代とは異なる役割を担うこととなった。その第一の理由は、基本法下での「憲法裁判権」のもつ重要性にある。すなわち、立法者が、基本権や憲法上の制度を、その政治的裁量にしたがって自由に処理することを禁じる基本法の下で、基本法を監視し、これを維持すべき憲法裁判権が、憲法実践と国法学研究の転轍場所(Umschlagplatz)となったことにある。この憲法裁判権の領域で、国法学上の研究は、憲法実践への影響力を、(a)憲法裁判権内部においては、裁判官の学問的作業を通じて、とりわけ憲法裁判所裁判官に就任した大学教師のそれを通じて(裁判官とドイツの大学法学教師の兼職を認める連邦憲法裁判所法第3条第4項第1文をみよ)、また、(b)対外的には、学問上の教説を通じて、獲得してきたのであり、現に獲得している。このことは、具体的にはたとえば、裁判手続きは、法学上の省察を実践的に加工するのに適格的であるという点に、他方で、国法学の側では、判例研究を通じて、連邦憲法裁判所の判決が増大するにつれて、なにが拘束力をもつ憲法であるかにつき、判決を探求する必要性も大きくなっていくという点にも、現れているといえよう。

その第二の理由は、基本法下での「法比較」のもつ重要性の認識にある(19)。現代国家の抱える問題状況(経済、学問、環境および軍事上の防衛における問題、等の欧州規模での展開、それ以上に地球規模での展開)に直面して、国法学に課されているのは、法比較の手法をもって、別の法秩序の法律学上の問題解決の手法を研究し、これを憲法解釈をめぐる論議に取り入れることである。これによって、多様な規範的、社会的環境を比較するなかで、別の法秩序の問題解決を知り、そして、基本法の枠組み性を考慮しつつ、憲法解釈の充実化が図られることになるのである、と。シュタルクのいうように、まさしく近年のドイツ国法学における法比較の強調は、戦前のドイツ国法学・ヴァイマル期国法学とは顕著な相違をなすものであるといえよう。

これまでの論述から判明するように、シュタルクは、基本法の枠組み性を強調するなかで、基本法の規範的憲法としての拘束性を将来的に維持するために、とりわけ立法権と憲法裁判権の権限配分の位置づけに目配りするだけでなく、さらに、現在的・将来的な憲法問題を解決するために、憲法秩序の維持機能を果たす憲法裁判権のもつ役割や法比較的考察の視点を強調する。彼が本稿で説く、基本法の現在ある状況を前提にして、均衡ある憲法発展を実現しようとする基本姿勢は、わが国の憲法学が抱える諸問題を考えるとき、わが国の憲法学にとってはあるいは保守的に映るかもしれない。しかし、基本法の現在と将来とを着実・堅実に考えようとする彼の姿勢は、ドイツ法と日本法といった法比較的な点にかぎらず、なんらかのそれ以上の示唆をもわが国憲法学に与えてくれることであろう。

註

(19) Vgl. Ch. Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, in : JZ, 52. Jg., 1997, S. 1021ff.

(2000年2月21日提出)