

「基本法-その今日」

—Ch.シュタルク：基本法60周年報告について—

法律学科教授 菟原 明

I. はじめに

基本法 (Grundgesetz) は、2009年5月23日公布後60年間 (現在では、61年間余) という、ドイツ歴史上のいずれの憲法よりも長期間その効力を保ち続けるとともに、ドイツ連邦共和国を憲法国家 (Verfassungsstaat) として実現するという責務を果たしてきた。基本法は、クリスティアン・シュタルク (Professor Dr. Christian Starck) の言によれば、「われわれの世代に、安定した政治的諸関係のなかで生活と活動を可能とすることに決定的に貢献してきた」と特質づけられているが、その背景には、もちろん、枠組みとしての基本法の性格を、第一次的に具体化する立法者の形成自由 (Gestaltungsfreiheit)、連邦憲法裁判所による基本法の解釈と基本法の継続的形成 (Verfassungsfortbildung) また法理論 (Rechtslehre) の貢献とがあったといえよう (1)。本稿は、そのような基本法が60周年を迎え、これを機にクラウス・シュテルン (Professor Dr. Klaus Stern) がオーガナイズした2009年5月24日-26日に開催された国際会議 (2) で、現在ゲティンゲン大学科学アカデミー総裁であるCh.シュタルクが行った報告：„Grundgesetz heute. Deutsche und Europäische Perspektiven “ (“基本法-その今日：ドイツの視点とヨーロッパの視点”) (3) を紹介しようとするものである。その理由は、K.シュテルンが本報告終了後のCh.シュタルクへの謝辞のなかで、「あなたは、われわれに基本法のちょっとした展望旅行 (eine kleine Tour d'horizon) を、基本法の最も重要な構成部分について提供してくれた」と述べているように、「ドイツの視点とヨーロッパの視点」とにおいて、基本法が今日抱える諸問題を、「法の枠組み的性格」とその限界内での「法の継続的形成」を顧慮しつつ、簡潔に指摘し、その解決の方向性を示唆しているからである。

II. 本報告の構成

本報告では、基本法について、「ドイツの視点」のもとで1) 基本権、2) 議会制的統治体制そして3) 連邦国家性という3つの問題群が、「ヨーロッパの視点」からは1) 「統合されたヨーロッパの実現」に際しての基本法の持続的作用 (基本法第23条第1項)

と2) 基本法第23条第1項の基礎をなす「限定的な個別的授權の原則」の問題点が考察対象として選択されている。以下、個別的にシュタルクの説くところをみてみよう(本報告からの引用は、註(2)のK.Stern(Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetzからその頁数のみを記す)

Ⅲ. ドイツの視点

「ドイツの視点」のもとで、シュタルクは、まず第一に基本権を検討対象とし、そこでは、a) 比例性原理、b) 法律の留保、c) 基本権上の保護義務、の三点を論じる(S.57-61)。

1) 基本権

a) 比例性原理(S.57-58) ①その展開：連邦憲法裁判所は、基本権制限のための実質的前提を警察法に由来する比例性原理(4)に見出し、これを1958年薬局判決〔野中俊彦「薬局判決」(ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社、2003年)272頁;以下、下判Iと引用する)において法律による基本権制限の規準とした。この比例性原理による審査形式とは、問題となる法律による基本権の制限は、それが「適切で(geeignet)」、「必要で(erforderlich)」かつ「狭義において比例的で(verhältnismäßig im engeren Sinne)」でなければならないとされるが、連邦憲法裁判所により展開されてきたこの比例性原理は、シュタルクによれば、ヨーロッパ人権裁判所〔江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所の解釈の特徴」(戸波江二ほか編集『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(信山社、2008年)31頁をみよ)やその他EU構成諸国に継受され(5)、さらには、リスボン条約第5条第4項第1文や基本権憲章第52条第1項に類似の保障が見出せるという。

②立法者の形成自由権と連邦憲法裁判所の消極的審査権：比例性原理において求められるのは、基本権と保護すべき法益ならびにこのために投入される手段間の考量に際して、この両の法価値の「最適化(eine Optimierung)」が問われているのではない、との認識のもとに、シュタルクは、以下のようにいう。「この最適化は、実践的にはただ一つの正しい解釈を許容し、立法者の一切の形成の自由を無に帰すこととなる。それ故、連邦憲法裁判所による規範統制に際してまた専門裁判所の裁決の統制に際して、基本権の攻撃された制限が『まったく不適切である』か『比例していない』、ということだけが審査されるにすぎない。…それ故、どちらかといえば消極的アプローチが選択され得るのであって、それ以上ではない。このことはまた、『過剰侵害禁止(Übermaßverbot)』の概念に表れており、この禁止は、積極的な最適化命令とは区別される」、と。そのうえで「立法者には、形成活動余地が残されねばならない。基本法は、立法者に基本権制限に対する権限を与えている。その理由は、憲法の枠組み性格にかんがみれば、法的

諸手段でもって発見可能な、ただ一つの正しい解決が存在するのではないからである」と主張する。

b) **法律の留保論** (S.59) 基本権に付されている「法律の留保」とは、今では「議会議法律の留保」と理解されるが、連邦憲法裁判所は、1972年以降の諸判決〔たとえば、西浦公「盗聴判決」ド判Ⅰ、261頁、堀内健志「専門医決定」ド判Ⅰ、276頁〕で、法律の留保=議会議法律の留保と構成することで、行政規則や規程 (Satzung) による始源的な基本権制限を排除し、この領域での民主制原理の実現を果たしてきた、とシュタルクは連邦憲法裁判所判決を評価する。

c) **基本権上の保護義務** (S.59-61) ここでシュタルクが問うのは、(上述、a) 比例性原理②と同様に) 立法者の形成活動余地と連邦憲法裁判所の憲法の継続的形成の関係、とりわけその限界の問題である。①基本法の基本権上の保護義務とその導出方法: シュタルクは、まず、基本権上の保護義務が国家の古典的な義務であることを強調する。すなわち、「基本権上の保護義務とは、民法や刑法を通じて、とりわけ国家の市民の生命、健康、自由、所有権やその他の法益を保護する、という国家の古典的な義務である」(1789年フランス人権宣言第2条をみよ)、と。ところで、基本法では法文上、この基本権上の保護義務は、第1条第1項第2文と第6条で保護を求める主観的請求権として保障されるが、これに限らずこのような保護請求権が解釈の方途で導き出される場合にも、保護の「方法 (Wie)」の統制問題が問われる。シュタルクは、これにつき連邦憲法裁判所の基本権上の「保護義務」の導出方法を批判して、いう。「連邦憲法裁判所は、基本権の客観・法的次元から、純粋な防禦権として構想されまた定式化されている基本権からも保護義務を導出し、そして、これらの保護義務にそれ以上の根拠づけを行うこともなく、主観・法的性格を与えた」(たとえば、高田敏「カルカー決定」ド判Ⅰ、369頁; 笹田栄司「ミュルハイム・ケルリッヒ決定」ド判Ⅰ、73頁; 山本悦夫「ノイエ・ハイマー ト事件」判Ⅰ、510頁; 押久保倫夫「婚外子の父を知る権利と母の人格権」ド判Ⅲ、43頁、等をみよ)。シュタルクは、さらにこのような連邦憲法裁判所の採用した手法 (客観的・法からの主観的・法への突然変異) への批判をつづける、「連邦憲法裁判所によって採用された客観・法的に根拠づけられた、安全や国内平和を保護するという国家責務を、主観的権利の束へと評価転換することは、基本権の法文によっても、成立史によってもカバーされない広範囲にわたる更新を意味するのであり、この更新は、全体的な権力分割の憲法体系へ重大な影響をおよぼす、とりわけ保護の方法が問われるときには、そうである。保護請求権は、直接基本権から帰結するのではなく、立法を前提とする国家の給付に向けられている」、と。

②連邦憲法裁判所の憲法の継続的形成作用による立法者の形成活動余地への裁判介入の回避：連邦憲法裁判所の確立した裁判例からすれば、この保護を求める主観的権利すなわち基本権上の保護義務の問題において浮上してくるのが、連邦憲法裁判所による「憲法の継続的形成」の問題である。憲法の継続的形成に関しまずその前提となるのは、シュタルクの持論ともいうべき、「憲法の枠組み性格」論からする立法者の形成活動余地と連邦憲法裁判所によるこの余地への憲法の継続的形成という手法での裁判機能の介入を、どう抑制し、均衡化するかである。この均衡化の達成につき、シュタルクは、基本権上の保護義務に関連してP.ウンルーを引用しつつ(6)、以下のようにいう。「憲法の継続的形成は、新たな事実関係の発生または新たな観念の発展へ応答し得るが、しかし、つねに憲法の秩序づけるまた限界づける機能が維持されねばならない。基本権上の保護義務の事例において、よりよくいえば保護権 (Schutzrecht) の場合に、基礎にある思想とは、基本権が一定の法的地位の連結点である限りにおいて、基本権は、貫徹を求める請求権も含まざるを得ない」と。とはいえ、憲法の秩序づける機能には、立法と憲法裁判所の関係を均衡化するということが属しており、この均衡化が図られるのは、立法者が過少保護禁止 (Untermaßverbot) を十分な根拠をもって顧慮したかを、連邦憲法裁判所が厳格に限定的に審査するときだけに、「立法者の政治的形成機能への連邦憲法裁判所の裁判機能の介入は回避され得る」と説く。そうであれば、連邦憲法裁判所の審査の手法は、「過剰侵害禁止」については前述したように消極的審査のアプローチ (比例性審査) が採られ、「過少保護禁止」にあっては厳格な審査の手法が妥当する。そこから、防禦権と保護権の間すなわち過剰侵害禁止と過少保護禁止の間に求められる均衡化につき、シュタルクは、「介入の上限と保護の下限の間には、立法の活動余地が存する」と結論づける(7)。

2) 議会制的統治体制

a) 議会の過剰負担 (S.61) 議会の過剰負担と関連してシュタルクが問題とするのは、基本権に関連して前述したことは、立法に際して、議会の過剰負担と法律起草にあたり、高度の専門知識を有する「省官僚制 (Ministerialbürokratie)」への依存性として現象する。このような現象は、社会国家性を標榜する基本法のもとでは、とりわけ「社会立法」の領域で妥当するが、シュタルクは、この社会立法こそが社会的安定性の本質的要因であり、これからもありつづけることを強調する。しかし、このような社会立法も、平等原則の枠内にとどまらねばならないことも、あわせ力説する。

b) 憲法の継続的形成と議会の新たな権限 (S.61f) 基本法第59条第2項第1文、第

24条第1項によれば、政府は、外交事項に関し議会留保の限界内で広範におよぶ形成権能を有する。連邦憲法裁判所は、1994年兵力の投入領域で、「連邦政府が相互集団安全体制の枠内で武装兵力を投入するためには連邦議会の事前の構成的な同意を求めることを義務づけられる」と決定したが、この論拠づけは、憲法解釈の方途での論拠づけではなく、むしろ「今や、国連へのドイツ連邦共和国の加入後また変化した世界の政治情勢において、ドイツの兵力の投入のよりいっそうの諸事例も考慮されるならば、これら諸事例に対する議会留保が基本法ではもはやまったく明文で確定されていない；事柄からして議会留保は、抜け落ちざるを得ないであろう」〔山内敏弘「AWACS事件」ド判Ⅱ、366頁〕と判示することにより、憲法の継続的形成の論拠づけに近接している、とシュタルクは本判決を評価する。

3) 連邦国家性

a) 財政調整に際しての憲法の継続的形成 (S.62) シュタルクは、連邦国家性の領域、とりわけ財政調整の領域での連邦憲法裁判所による憲法の継続的形成の例を、第3次財政調整法判決〔甲斐素直「携帯電話用周波数免許の落札収入の配分」ド判Ⅲ、508頁もみよ〕(基本法106条第3項第4文、第107条第2項第1文および第2文、第107条第2項第3文との関連で同法が問題となった)で、連邦憲法裁判所が「立法者は、財政憲法上の規準 (Vorgabe) を、連邦国家的憲法原理の継続的形成において、財政憲法が時代に適合的な諸規準において明瞭にされ、また、分配結果と調整結果がその都度現在に適合的に測定され、そして、定期的に審査され得る」(BverfGE 101,158, [218]) ように内容形成されねばならないという点に看取している(8)。それに際して、彼は、同判決のいう「連邦国家的憲法原理の継続的形成」との文言に力点をおいている。

b) 2006年連邦制改革 (S.62f) ①改正理念：連邦制改革をめぐる主軸は、連邦と州または州政府代表によって構成される連邦参議院 (の同意法律) 間での立法権限の配分問題と、連邦と州間での財政調整問題、という2点に収斂するといってもおそらく過言ではないであろう。シュタルクが取り上げる2006年の連邦制改革(9)は、立法権の配分を軸とする重要な基本法改正であった。この、いわゆる第1次連邦制改革 (Föderalismusreform I) の改正理念は、一方で、連邦参議院の同意を要する連邦立法を縮減し、これと引き替えに他方で、連邦に帰属する立法権限が州の立法権限のために制限される (例：集会法、店舗閉店法、大綱立法の廃止)、という点にある。シュタルクは、この改正理念を評価するが、しかし、いわゆる「競合立法」の領域 (基本法第72条第3項) での州の「別異の立法 (Abweichungsgesetzgebung)」の問題について種々

の論点を指摘したうえで、改正が必要であると説く。

②連邦制改革の要改正部分：本改正により、従来の競合立法権限は、三つの領域に、すなわち、第一の基本法第72条第1項の政治的裁量による連邦立法の領域、第二の基本法旧第72条第2項の定めと一致する「必要性審査」が行われる特定の立法対象および第三の大綱法律の廃止に代えて、連邦が競合的権限を利用する場合は、州によるこれとは「別異」の規律を行う可能性がある領域、に分けられた。シュタルクによれば、競合立法の、この第三のカテゴリーにおける州による「別異の法律」を認めることは結局は、妥当領域の問題に関しては、ある州では連邦法が、別の州では州法が妥当し、連邦法と州法の優劣関係においては「後法優位」の原則が妥当する、さらには、ある部分的な規律に関しては「妥当混合 (Geltungsmix)」が妥当する、ということに帰着することから、このような両法の妥当をめぐる複雑性は解消されるべきである、と批判される。K.シュテルンも、シュタルクのこの批判に賛意を表する(S.69)(10)。

IV. ヨーロッパの視点

「ヨーロッパの視点」のもとで、シュタルクは、リスボン条約（同条約は、2009年12月1日発効であることから、したがって、シュタルクの本報告時点ではまだ同条約は発効していないことに注意）や連邦憲法裁判所のリスボン判決（BVerfGE 123,267）とも関連して(11)、基本法第23条第1項の中心的意味の解明を企図し、1) 同条項の法的性格論と2) 限定的な個別的授權の原則、という問題を検討の俎上に載せる。それに際し、彼は、まず「ヨーロッパ統合」の発展が成功の歴史であると位置づける。それは、ヨーロッパにおける経済的繁栄（域内市場における物、人、サービスおよび資本の自由移動また開業・設立の自由の保障）へ向けての歴史であるだけでなく、なによりも、ヨーロッパの統合が「平和強化作用」の役割を担ってもきた歴史であり、これこそ「とりわけ第二次大戦も、その後の時代も体験することのなかった者にとって、再三再四想起されねばならない」と、いわば世代間における平和の持続的強化の重要性を説く(S.64)。

1) 基本法第23条第1項の法的性格論

a) 国家目標および統合規準としての基本法第23条(S.64f) 基本法のヨーロッパ連合関連規定の中核はいうまでもなく第23条「ヨーロッパ連合」（以下、EUと略記する）である。同条第1項はいう。「ドイツ連邦共和国は、統合されたヨーロッパの実現に向けて、民主制的、社会的および連邦制的な基本原則また補完性の基本原則に義務づけられ、そして、この基本法に本質的に比定可能である基本権保護を保障するヨーロッパ連

合の発展に際して」協力する（基本法第24条第1項「連邦は、法律を通じて、諸高権を国際機関に移譲することができる。」もみよ）。シュタルクは、基本法第23条第1項第1文を「国家目標」を規範化した規定であり、また、この国家目標のもとで追求され得る「法的諸規準」を確定した規範である、と捉える。そこから、彼は、連邦共和国がこの国家目標のもとで、ともに発展すべきEUにとって決定的な行為主体は、州でもなければ、EU（の諸機関）でもなく、その構成国すなわち主権性を有する国民国家である、という。となれば、国際法上の基礎にもとづく諸国家結合（Staatenverbund）ともいべきEUにとって、ヨーロッパ統合に向けての決定的な法とは、論理必然的に「連邦共和国に外部から押しつけられるのではなく、国際法上の諸条約に依拠しており、これらの条約は、すべての構成国の同意でもってのみ成立しまた改正される。これらすべての構成国は、主権国家であり、そのようなものとして条約の主人公（Herr）であり、そして、ありつづける」[BVerfGE 89,155 (195) =川添利幸「マーストリヒト判決」ド判I、432頁；西原博史「マーストリヒト判決」ド判II、395頁]主権国家の法である(12)。

b) EU議会の議員選出方法 超国家的組織（Supranationale Organisation）としてのEUの決定的な行為主体が主権国家である各構成国であるとすれば、シュタルクにとって、ヨーロッパ議会の構成、すなわちその選出方法に関して、「構成国」に相応の代表を保障するのではなく、「連合市民（Unionbürger）」を出発点とするリスボン条約第14条第2項（「ヨーロッパ議会は、連合市民の代表から構成される。」）は、当然に批判の対象となるし、同条項が規定する「低減的比例代表方式」による議員選出も同様である。さらにはまた、リスボン判決[BVerfGE 123,267 (371)]のいう「選挙法上の結果の機会平等（“one man, one vote”）という民主制の基本原則は、一の国民（Volk）内部においてのみ妥当するのであって、一今、連合市民ということがとくに強調されているにせよ一、相互に条約上結合された諸国民の代表でありつづける超国家的代表機関においては妥当しない」、という点も基本法第38条との関わり合いで問題ともなろう。シュタルクは、リスボン条約の予定する「連合市民」の代表から「低減的比定方式」によりヨーロッパ議会が構成されることを批判している。「現行法（ヨーロッパ共同体設立条約第190条「選挙」一引用者補）の明瞭な法言語は、実現され得ないし、将来も実現され得えないことを選挙民としての市民にごまかして信じ込ませるよう、不明瞭な政治的言語のために破棄される。何故なら、EUの規模と27の構成国間の多種多様な相違は、固有の権限-権限および選挙の平等をともなう連邦国家ヨーロッパ（Bundesstaat Europa）へ向けての発展を排除するからである。諸国家がEUの構成員であればあるほど、ますますこの言述は真となる」(S.65)、と。シュタルクの上述の批判は、報告後の討論でのV.

Skourisへの応答においていっそう明確に表現されている。「Skouris氏が述べたことすべてを、私は、現行法の観点のもとで支持する。現行法によれば、ヨーロッパ議会において代表される構成諸国の市民こそが重要である。その場合、これらすべては、論理的でかつ正しい。しかし、われわれが、ヨーロッパ議会は、連合市民の代表である、とするリスボン条約を基礎におく場合には、あなたが述べたことにはもはや賛成しない。この違いに私は自分の講演で重きをおいたのであり、また、この違いを今一度強調しておきたい。…というのも、私の前提には構成諸国の代表こそが肝要であって、構成諸国の市民の代表ではないからである」(S.89f.)、と。

2) 限定された個別的授權の原則

a) 構成諸国の授權とEUの管轄権 (S.66) さらに、基本法第23条第1項第2文で問われるのは、同条項が定める「限定された個別的授權」の原則、権限配分の問題であり、これに対応するのは、ヨーロッパ憲法条約の挫折を背景にもつリスボン条約第5条第2項「連合は、両条約 (EU条約とEU運営条約-引用者補) において両条約に規定された目標の実現にむけて移譲された管轄権の限界内においてだけ活動する。連合に両条約で移譲されていない管轄権はすべて、構成諸国に留保される。」である。この規定から読み取れることは、「目標が管轄権を確定するのではなく、目標が管轄権の枠組み内だけで追求され得るにすぎない」、ということであり、それ故に、上記の授權の枠組にとどまる共同体だけが、国家法の優位を発展させ、連邦国家ヨーロッパへの途を開くのである [BVerfGE 89,155 (209ff.) ; 123, 267 (S.352ff.)]。まさしくリスボン条約第4条および第5条は、この個別的授權の原則を明確化しており、ヨーロッパ法総体の解釈基準をなすといえる。

b) その帰結 (S.66ff.) 授權の枠組み内での連合の活動という原則は、連合 (の諸機関) が権限を行使するに際して、授權の枠組みを遵守することが要請され、そこから「国民国家上の授權と連合上の管轄権の対称性 (eine Symmetrie von nationalstaatlicher Ermächtigung und unionaler Zuständigkeit)」が明らかとなる。①ヨーロッパ裁判所の責務：この対称性の問題は、ヨーロッパ裁判所 (以下、EuGHと略記する) にとって、法の継続的形成との関係でその限界性(13)が問われることとなる。シュタルクは、これの問題につき、まず第一に「法の継続的形成は、団体の権限 (Verbandskompetenz) の枠組み内でのみ許される」との前提のもと、EuGHの責務が「法の維持」にあり、「EuGHは、政治的な統合任務をもたない。統合のモーターは、構成諸国である。…EuGHには代替モーターとして活動する機能はあてがわれていない。何故なら、団体の権限を踰越

する両条約の解釈またはEuGHによるこれらの条約の継続的形成は、ただ条約改正を通じて修正されるからである」ことを確認する。それ故に、EuGHは、現行法（Art.220 EGV）にしたがえば、EG-諸条約の解釈と適用とに際して法を維持するのであって、連合条約の解釈と適用に対し管轄権をもたないと捉えられる（リスボン条約第19条第3項もみよ）。また、リスボン条約第2条および第3条に含まれる連合の諸価値と目標については、これらの価値規範や目標規範は、「綱領規定」であると解され、したがって、EuGHによって拘束力をもって解釈されたり、国民国家の憲法（例：基本法）や、この憲法に関して下された憲法裁判を修正することに適合しない(14)、と結論づける（基本法第79条の基本法改正規定もみよ）。なお、「法の継続的形成」とも関連するが、シュタルクは討論のなかで「私は、報告のなかで、一憲法制定権力を通じて成立した一憲法をもつ国家制度における連邦憲法裁判所の法の継続的形成権限と諸国家結合の裁判所との間の違いにすでに言及しておいた。諸国家結合は、主権的な構成諸国から権限を移譲され獲得するのであり、したがって、法の継続的形成は、この移譲された権限枠組みにおいてのみ行われるにすぎない」（S.95）、と発言し、また、「ヨーロッパ裁判所は、一切の法の継続的形成を団体の権限（Verbandskompetenz）の観点の下で慎重にかつ説得力をもって理由づけることを義務づけられている。ヨーロッパ連合条約の解釈に関して、今まで政治的機関が決定してきた。しかも、これが変更されたのだ。何故か？私は、これまでその理由づけを聞いたことがない。」（S.103）ともいう。

②リスボン運営条約にいう条約完成権限：構成諸国の議会による諸高権の移譲システムに適合しない理事会の権限補完機能（Art.308 EGV [Kompetenz-kompetenz]）、すなわち、現在のリスボン運営条約352条の「条約完成権限（Vertragsabrundungen）」は、いかなる権能も両条約には規定されていない目標実現を広く可能とすることを企図するが、シュタルクの見解からすれば当然に、これは、「国家の授権と連合の管轄権」という上記の対称性に背馳する権能というべきであろう。なお、リスボン判決は、基本法第23条第1項第2文および第3項の基礎にもとづき、ドイツの国家機関を拘束する同条約の批准を要請していた [BVerfGE 123,267 (381ff.)]。

③開業・設立の自由と両条約の例外規定：さいごに、この対称性の問題と関連してシュタルクは、EuGHにより差別禁止から包括的な制限禁止へと展開された域内市場の自由 [中西康「カシス・ド・ディジョン事件」中村民雄・須藤隆夫編著『EU基本判例集』（日本評論社、2007年）181頁をみよ]、とりわけ経済的基本権の一種である開設・設立の自由（Niederlassungsfreiheit）の問題にふれる。この経済的基本権は、強力な連合化=単一化（Unitarisierung）を被ってきた（Art.48 EGV=Art.54 AEUV）が、シュタルクは、

両条約で構成諸国に明示的に諸権限が留保されている例外規定を探求することの重要性を強調する。そして、その例として、他者（＝開設認可された薬剤師以外の者、とくに法人として組織された会社）の所有禁止（Fremdbesitzverbot）を定めるドイツ薬局法をめぐる事件を取り上げ、EuGHが2009年5月19日薬局の所有と経営につき、国民の公衆衛生保護のため他者の所有禁止の適合性と必要性を肯定し、ドイツの他者の所有禁止を支持することで、ヨーロッパ共同体の管轄権を否認したことを指摘している(15)。

V. 総括

本報告を総括して、シュタルクは、ドイツの視点に関して、基本法の発展史において連邦憲法裁判がきわめて重要な役割を果たしてきたことを強調する。また、ヨーロッパの視点では、基本法第23条のもつ中心的な位置づけを確認し、国家の憲法と国際法がEG/EUの諸機関のあらゆる活動の土台であり、そこから、帰結する限定された個別的授権の原則こそが、ヨーロッパ法総体の解釈規準であることを確認して、報告を締めくくる。ところで、これまでの紹介から明らかなように、シュタルクの本報告は、60年を迎えた基本法が抱える重要な根本的問題を、ドイツの視点での問題点と、基本法第23条と関連してヨーロッパの視点で発生する問題点を読み解くが、いずれの視点にあっても、(憲＝)法の「枠組み性格」、立法者の「形成自由」、(連邦憲法)裁判所の「(憲＝)法の継続的形成」や「解釈」また各機関の「権限行使とその限界」といった、彼の憲法構想をも規定する重要な鍵概念を駆使して、みずからの思考を明瞭に提示しているといえよう。

註

- (1) 以下、本稿が対象とするCh.シュタルクの本報告時点で、基本法改正は53次（その多くは連邦制改革に関わる：2009年7月29日段階で57次）におよび、また、連邦憲法裁判所裁判例集は120巻（2010年段階で125巻）を数える。なお、Th. Oppermann, Deutschland in guter Verfassung?-60 Jahre Grundgesetz, JZ 10/2009は、「基本権が基本法を市民の憲法（Bürgerverfassung）となし」、これに連邦憲法裁判所が決定的に貢献してきた（S.486）といい、「ドイツ人は、これからもその基本法のうちに、出来る政治的な諸々の挑戦を克服するための最良の（best）保障を見て取ると思われる」（S.491）と総括する。これと類似する指摘を、K.シュテルンは、「閉会の辞」のなかで基本法に関して述べている。「思うに、報告や討論が証示しているように、ドイツは、基本法とともに、今では二世代が平和、自由、法治国家性および民主制のうちに生活をすごし得たことを確保してきた、一の憲法を保持

- している」(S.223)、と。
- (2) 同会議報告等は、Kraus Stern (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz. Das Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland im Europäischen Verfassungsverbund. Kongress aus Anlass des 60-jährigen Jubiläums des Grundgesetzes vom 24. bis 26. Mai 2009, C. H. Beck 2010. なお、同会議へのわが国からの参加者として、鈴木秀美教授の名が記されている。
 - (3) 本報告は、註 (2) S. 55-69に収載されている。本報告の同書収載の抜刷りが、Ch.シュタルク教授から送付されてきた。また、同教授編集になる権威ある3巻本からなる基本法コンメンタール第6版が2010年より刊行を開始したが、その第一巻 (v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. Franz Vahlen 2010 : 前文および第1条-第19条 : 第一巻総頁数1973頁) も同教授から送られてきた。
 - (4) Vgl. P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, zwiete, um eine Einleitung des Autors erweiterte Aufl. Keip Verl. 1999 : „Übermaßverbot“を、いわゆる適切性、必要性および狭義の比例性の上位概念と位置づけ、その法史上の基礎の解明を企図するのは、B. Remmert, Verfassungs- und Verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots, C.F.Müller 1995.
 - (5) これにつきたとえば、vgl. A. v. Arnould, Theorien und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa-am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in : A. Hatje/M. Nettesheim (Hrsg.), Grundrechtsschutz Dreieck von nationalem, europäischem und internationalem Recht, EuR Beiheft 1/2008, Nomos 2008, S. 41ff.
 - (6) P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Duncker & Humblot 1996, S. 64ff.
 - (7) 過少保護禁止につき、vgl. Ch. Calliess, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in : Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck 2007, S. 201ff.
 - (8) 財政調整等の問題とも関連して、T. Rohlfs, Die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse-ein Verfassungsprinzip des Grundgesetzes?, Peter Lang 2008. もみよ。
 - (9) 連邦制改革の最初の段階は、2003年10月の「連邦国家秩序の現代化に向けての連邦議会と連邦参議院との合同委員会」設置に始まり、最終段階をなすのは、2006年8月28日基本法改正法律および2006年9月5日連邦制改革関連法律である。なお、第1次連邦制改革、財政・経済危機への対応としての第2次連邦制改革、さらには、グローバル化への対応としての連邦制改革(2020年)を検討するのは、R. Th. Baus/H. Scheller/R. Hrbek (Hrsg.), Der deutsche Föderalismus 2020, Nomos 2009.
 - (10) このような問題につき、vgl. S. Oeter, in : Ch. Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, Franz

Vahlen 2007, S. 38ff.

- (11)リスボン条約の概要につきたとえば、vgl. F. M. Mayer, Der Vertrag von Lissabon im Überblick, in : JuS 3/2010, S. 189ff. 連邦憲法裁判所のリスボン判決は、機関訴訟と憲法異議の併合事案であるが、連邦憲法裁判所裁判例集第123巻437頁中、実に267-437頁におよぶ膨大な判決文からなる。W. Cremer, Lissabon-Vertrag und Grundgesetz, in : JURA 4/2010, S. 296によれば、「連邦憲法裁判所第二法廷のいわゆるリスボン判決は、…多幸症的賛意からつけんどんな拒絶にまでおよぶ多数の文献での反応を惹起した」(S.296)という。さらに、同判決を詳細に検討するのはたとえば、vgl. J. F. Lindner, Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Konsequenzen für die europäische Integration, in : BayVBl. 7/2010, S. 193ff. ; M.Ruffert, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts : Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, in : DVBl. 19/2009, S. 1197ff.
- (12)R. Chr. van Ooyen, Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 2. Aufl. Nomos 2008もみよ。
- (13)EuGHによる法の継続的形成につき、vgl. J. Kokott u. Ch. Sobotta, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, in : EuGRZ 2010/S.265ff.は、「ヨーロッパ裁判所は、ヨーロッパ連合における基本権保護を周知のように法の継続的形成を通じて発展させてきた」といい、「共同体法の一般的諸法原則としての基本権の法の継続的形成の発展に際して、EuGHは、二つの根本要素：構成諸国の共通の憲法伝統と国際諸条約、とりわけヨーロッパ人権条約に拠り所を求めた」(265 f.)、という。
- (14)ヨーロッパの多水準システムにおける裁判上の中心的行為主体である連邦憲法裁判所、ヨーロッパ裁判所およびヨーロッパ人権裁判所の関係につきたとえば、vgl. M. Knauff, Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, in : DVBl. 9/2010,S.533ff. ; H. J. Papier, Rechtsprechungsdreieck Karlsruhe-Luxemburg-Straßburg, Speyer 2006.
- (15)Ch. Starck, Rechtliche Bewertung der Niederlassungsfreiheit und des Fremdbesitzverbots im Apothekenrecht, Nomos 2007 もみよ。

(2011年1月26日提出)