

Ⅲ. ハンス・ユルゲン・パピア

基本権と法治国家性

出口雅久* (訳)

Ⅰ. 法治国家の概念と本質

1. 法治国家の概念だけからは、その法治国家の要素を導き出すことはできない。このためには、むしろ憲法秩序全体を斟酌することが必要である。その際、とりわけ、憲法によって保障された基本権は極めて重要な意義を有する。というのは、そのようにしてはじめて、たとえば、実質的正義の原則に対する法的安定性の原則との関係、基本権への侵害に対する法律による授権の必要性ならびに国民の自由権に対する国家による侵害可能性の制限、とりわけ、比例原則に反する侵害の禁止の射程距離などを決定することが可能となるからである。その際、ひとつの重要な観点は、とりわけ、基本権は、すべての国家的な権力、すなわち、行政および司法と並んで、なかんずく立法に対しても防御権として、どの範囲まで効力を有し、かつ、どの程度までその効力が裁判上実現できるかという点にある。その際、基本権の侵害を直接的に裁判所に提訴するという可能性による基本権の長所は、法治国家の短所としてではなく、その全く正反対に、権利を擁護し、法に従うという特別の徴表と見なすことができる。国家行為に対する司法審査が個々の基本権の基準に照らしてどのように組織立って行われるかについては、多くの可能性がある。その際、最も重要なことは、憲法裁判所だけではなく、行政官庁および民事裁判所を含めた専門裁判所も、法律の解釈および適用の際には基本権およびその中に表現された

* でぐち・まさひさ 立命館大学法学部教授

価値を斟酌しなければならないことであると思われる。

2. 権力分立は、国家権力の相互的なコントロールばかりではなく、とりわけ、諸問題の可能な限りの事実 zu 則し、かつ、効果的な解決策を探すことにも資する³⁶⁾。そのことだけからも、権力分立は、全体として国家の弱体化でもなく、むしろ強化なのである。国家権力が、憲法裁判権に服する限りにおいて、憲法裁判所の「権力の増大」が、それに相応する政府および議会の「権力喪失」と必然的に結びついて発生する。もっとも、憲法裁判所自体は裁判行為として、二重の制限、すなわち、第一に、申立に依拠すること（原告なければ裁判官なし）、そして第二に、独自の政治的な形成もしくは裁量の余地を認めずに、憲法に最終的に拘束されるという制限に服するので、これは国家の権力分立の構造を本当には揺るがすものではない。

したがって、憲法裁判所の本質的な利点は、憲法裁判所がまさに憲法にとって典型的な紛争に対してははじめから政治的な権力行使には参加せず、したがって、議会および政府との関係において決して既存の対立関係に立つものではない、という点に見出すことができる。これは、憲法裁判所が立法行為の違憲性を確認する、もしくは、無効を宣言することができるべきか否か、という問題にも当てはまる。法律の審査に関する憲法裁判所の権限も、同様に民主的に成立した憲法上の規定に基づいているので、その際、この論点においてしばしば聴かれる民主主義原理の侵害であるという非難は無駄に終わるのである。

3. ヨーロッパ人権条約のような、ある国際法上の条約が独自の基本権秩序を有しており、条約加盟国がその限りにおいて独自の国際裁判管轄権

36) BVerGE 3, 225 (247); BVerGE 9, 268 (279); BVerGE 34, 52 (59); BVerGE 68, 1 (86) und BVerGE 98, 218 (251f.) を参照。

に服する場合には、それによって間接的に条約加盟国に適用されるそれぞれの法治国家の要請の内容も規定されることになる。内国の憲法裁判所の役割は、その限りにおいて、予め決められているものではなく、どの程度まで内国憲法が比較しうる内容上のスタンダードおよび憲法裁判管轄を定めているかに掛っている³⁷⁾。異なる基準や管轄権は、その際、法治国家性を保護するに際して内国憲法裁判所の役割に対する様々な影響力を及ぼしうる。たとえば、内国憲法裁判所の審査基準が国際法上のそれよりも厳格に規定されている場合には、後者は殆ど全く効力を有さないであろう。内国憲法裁判権はひとつの強力な制御機能を有している。逆に、内国の憲法裁判所による審査基準が国際法上のそれよりも厳格ではなく、あるいは、国際裁判管轄権によって審査されうる訴訟物が内国憲法裁判所の管轄権によって捕捉されないならば、国際裁判管轄権は強力な統制効果を発揮するであろう。憲法裁判所の役割がどのように展開しうるかは、その際、どの程度までその内国憲法裁判所の審査および裁判管轄権が、ヨーロッパ人権裁判所によっても審査されうる国家行為と重なっているかに決定的に依拠している。特定の国家行為、たとえば、判決がヨーロッパ人権裁判所によって攻撃されうる前に、内国憲法裁判所の審査を受けない限りにおいて、憲法裁判権はフィルター機能を果たすことはできないであろう。このようなケースでは、人権侵害の確認と制裁は、大部分は国際的な裁判管轄に移行されるであろう。すなわち、法治国家の内国の柱の一つとしての憲法裁判管轄権の意義は、内国憲法裁判所の手続形式および権限の法律上の形成に決定的に依拠している。

37) 特に欧州連合裁判所 (EuGH) と欧州人権裁判所 (EGMR) との「司法の三角形」におけるドイツ連邦憲法裁判所の意義については、Papier, Das Rechtsprechungsdreieck Karlsruhe-Luxemburg-Strassburg, in: Deutsche Hochschule fuer Verwaltungswissenschaft (Hrsg.), Speyerer Vortraege, Heft 89/2006.

II. ドイツにおける憲法裁判管轄権

1. 20世紀においてヨーロッパおよびそれを超えて注目すべき成果を取めた立憲国家というアイデアは、憲法裁判権によってその完成を見る。すべての表面的な形式において国家をその法に服させ、その最高法規性によって際立っている、国家の法的基礎としての憲法は、この法およびその最高法規性を保障する裁判制度を前提としている。憲法裁判権によって、ドイツは、他の多くの法治国家と同様に、立憲国家を保障し、実現させる際に重要な柱を形成する独立した審査機関を創設した。ドイツの連邦憲法裁判所の制度は、実体法上の諸権利は、その実効性を保障するためには、権力分立的な予防措置および特別の保障メカニズムを必要とする、という考え方に由来するものである。連邦憲法裁判所は、基本法92条によれば、司法権の一部であるが、基本法93条における管轄権カタログによれば、特別な方法で憲法、とりわけ基本権の保護を付託されている。基本法20条3項によれば、憲法の擁護と実現はすべての国家機関、とりわけ、すべての裁判所の役割であるが、したがって、カール・シュミットによって1929年に世間に広められた「憲法の番人」というタイトルは、ちなみに、カール・シュミットはライヒ大統領をそのように位置づけようとしたのであるが³⁸⁾、今日では主として連邦憲法裁判所に帰属することが認められている。

2. 連邦憲法裁判所は、「基本権の番人」として、基本権を保護する機能ばかりでなく、基本権保護の継続的な発展形成にもかなりの貢献をしてきた。連邦憲法裁判所による基本権の解釈と推論は、一般的にまさしく類のない成功の歴史と看做されている。まさにそれ故に、基本権は、かかる

38) C. Schmitt, Der Hueter der Verfassung, 1931 参照。

基本権の発展作業によって今日では様々な任務と機能を負うに至っている。とりわけ、強調すべきは、国民に広範囲において個々人の憲法異議の可能性を開いている、一般的な行為の自由を承認することによって、完璧な基本権保護を保障していることである。国家に対する個人の防御権としての機能を超えて、価値秩序の客観的な規範としての権能を含み³⁹⁾、さらに、国家的給付に対する配分請求権ならびに組織および手続の整備の要請に至る基本権の継続的な発展形成も、極めて重要な意義を有する。

Ⅲ. 基本権の意義と機能

1. 基本権は、まずはじめに国家と国民の間に効力を及ぼす。すなわち、基本権は、国民に対して、国家権力に対する直接的な拘束力によって、憲法的地位という個々人の法的地位を与える。個々人は、それによって、その基本権から国家に対して作為または不作為を要求することができる。すなわち、基本権は、国民が、専門裁判所において、必要であれば、連邦憲法裁判所において憲法異議により裁判上実現することができる、という国民の権利を意味している。連邦憲法裁判所も、1958年の有名なリュート判決において以下のように定義している。すなわち、「疑いなく、基本権は、まず第一に、公権力の侵害から個々人の自由領域を保障するために定められている。すなわち、基本権は、国家に対する国民の防御権である」と⁴⁰⁾。

2. しかし、基本法の基本権は、国家に対する防御権としての古典・自由主義的な機能のほか、さらには、連邦憲法裁判所によって内容上の解釈が決定的に刻み込まれてきたところの、客観法規範を表している。かかる

39) BVerGE 7, 198 (204ff.)

40) BVerGE 7, 198 (204).

国家の義務は国民のための権利を直ちに意味するものではないが、かかる客観的な規範から国家の義務が導き出される。たとえば、すでに言及したリュート判決の本来のテーマは、基本権の権利的機能ではなく、むしろ「価値秩序」の客観的な規範としてのその内容であった。基本権のカタログは、自由と平等の一般的な保障と並んで、重要な、とりわけ、歴史的な経験から特に危険に晒されたと看做されてきた権利の特別の地位をも包含している。基本法からは、身体および生命のような法益を超えた個人の法益の獲得に対する個々人の利益、職業活動、所有権の利用または共同体に対する意見の多様性は特別な価値を有していることを読み取ることができる。すなわち、基本権によって保護された法的地位は、共同体の価値システムおよび価値秩序を形成している。かかる価値システムに対する責任ならびに個々の価値の存立に対する責任を、国家は負わされているのである⁴¹⁾。

3. 基本権が、直接的な効力を展開しないような場合には、とりわけ私法においては、価値秩序の徴表としての基本権の客観的な法としての機能が特別な効力を発揮する。基本法1条3項によれば、基本権は、直接的に適用される法として国家権力のみを拘束する。連邦憲法裁判所は、すでに何回も言及したリュート判決において、基本権は、自らに内在する価値について法秩序全体に対して影響力を与えていることを明らかにした。私法は、いろいろな観点で、かかる影響を受けている。まずはじめに、一般の法律のすべての規定のように、私法上の規定を基本法に適合するように解釈しなければならない。私法上の紛争に関する裁判において自ら基本法1条3項による直接的な基本権への拘束に服する民事裁判官は、その限りにおいて、基本権保護の仲介者としての役割を果たす。基本権の価値システムは、とりわけ、価値に対して開かれた、充填を必要とし、基本権の間接

41) BVerGE 7, 198 (205).

的な第三者効に対して「侵入箇所」を意味するところの⁴²⁾、一般条項および不確定法概念を通じて民事法に対して影響力を及ぼす。このような方法で、客観的な規範としての基本権は、確かに法理論的には間接的にしか意味し得ないが、かかる効力によって把握された市民に対しては、事実上かなり直接的にその権利に関わる広範囲に及ぶ効力をもたらすのである。

4. 1950年代以降、ドイツにおいて、とりわけ連邦憲法裁判所の判例を通して、かかる共同体の決定的な統合要因となってきたばかりでなく、ある程度はドイツ以外においても注目されてきた「参照すべき法秩序」となってきたという形で、憲法秩序、わけても、基本権秩序は発展してきた⁴³⁾。憲法異議の方法で手続的な実現可能性と連携して基本権を保障することは、ドイツでは、国家と社会において途轍もない活力と見通しのつかないほどの現実に達した。基本権の規範性および裁判可能性は、歴史的に慣れ親しんできたところの単なるプログラム規定から、基本権的な期待に取って替わったのである。

これは、変動する技術的および社会的な事情に鑑みると、一般的な基本権保障を特別な保護稜堡〔要塞の突角部〕へと発展させるという、裁判官による継続的な法形成および具体化によってのみ達成された訳ではない。私は、かかる関係においては、とりわけ、連邦憲法裁判所が、情報に関する自己決定⁴⁴⁾、情報技術システムの信頼および統合の保障⁴⁵⁾、そして、絶対的に保護されるべき一般的自由権の人間の尊厳の中核を求める基本権⁴⁶⁾を明確化してきたことを想起する。この関係では、国家的な侵害の比例性の原則の比較的厳格な適用や、すでに言及した国家の保護義務⁴⁷⁾

42) Duerig, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S.525.

43) Nolte, VVDStRL 67 (2008), 129, (147).

44) BVerGE 65, 1 (41ff.)

45) BVerGE 120, 274 (302ff.)

46) たとえば, BVerGE 109, 279 (310ff.) 参照。

47) BVerGE 39, 1, (42ff.)

にまで及ぶ基本権の保護機能の一般的な拡大，さらには，客観的，価値判断に方向づけられた，社会的な生活全体に，とりわけ，私法取引⁴⁸⁾に対する一般に知られた影響を伴った基本的決断としての基本権理解にも言及すべきであろう。

IV. 基本権とヨーロッパ人権条約

1. この間に，外国の憲法裁判所の判決実務においても類似の多くの判決が出されている⁴⁹⁾。ヨーロッパ人権裁判所（EGMR）も，とりわけ，ヨーロッパ人権裁判所の判決がプレスに対するプライバシーの保護⁵⁰⁾あるいは父の非嫡出子との接見のために⁵¹⁾どのように論証するかという点については，いわゆる多極的な法律関係において，条約上の権利の通用力を自明のものとして前提としている。たとえヨーロッパ人権裁判所によって行われた抵触する基本権間の考量が常に我々のイメージに合致しなかったかもしれない場合であったとしても，とりわけ，すでに言及した1958年1月15日の連邦憲法裁判所のリュート判決において言明されていなかったとしても⁵²⁾，かかる発展の思想上の根源は常に存在する。

ドイツでは，かなり以前から「グローバル化」と「ヨーロッパ化」に鑑みて，国内的な基本権保護が軽視される恐れがありうるという問題が議論されている⁵³⁾。私は，かかる懸念は大袈裟であると考ええる。もっとも，ド

48) BVerGE 7, 198 (204ff), Papier, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd.2, § 7, 327 ff. (2004).

49) たとえば，多くの事例として，Haeberle, Wechselwirkungen zwischen deutschen und auslaendischen Verfassungen, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd.1 § 7, 327ff. (2004) 参照。

50) EGMR, Caroline von Hannover, Urteil vom 24. Juni 2006, Az 59320/00, Rn.56ff 参照。

51) EGMR, Goerguelue, Urteil vom 26. Februar 2004, Az 74969/01, Rn.41ff 参照。かかる判決のドイツ法への国内法化については，Papier, EuGRZ 2006, 1ff. 参照。

52) BVerGE 7, 198 (204ff).

53) かかる「小粒の塩」との関係でドイツ連邦憲法裁判所の「退位」が語られている。たゞ

イツとヨーロッパにおける調整的、協力的および補完的な基本権保護が発展し、実施し、強固とされなければならないであろう。

2. かかる協力的で、とりわけ、補完的な基本権保護の目的からは、私見によれば、われわれは、ヨーロッパ人権条約とその権利保護制度との関係においては、まだかなり遠く離れている。反対に、ここでは、ヨーロッパ連合の権利保護秩序と比較してむしろかなり多く交錯や緊張状態が考えられうる。連邦憲法裁判所とヨーロッパ人権裁判所は、相前後して提起された個人による異議申し立てに基づいて、本質的に内容上は一致した基準に基づいて同一の訴訟物について裁判をしている。

ヨーロッパ人権裁判所には、ヨーロッパにおいておよそ 8 億人の国民に対して人権保護の条約に適合したスタンダードを保障するという、歴史的に類を見ない課題が与えられている。多くのヨーロッパ評議会の加盟国は、独自の憲法上の保障に基づいて、一般的に見れば完全な範囲で、かかるスタンダードに一致している。ところが、権利保護制度が依然として構築途上にあるか、あるいは、人権保護の効率的な制度の発展および補強の段階にある、その他の加盟国に対しては、条約法および条約裁判所は人権保護の必要不可欠な最低限度のスタンダードを保障する義務がある。

あるケースが内国の権利保護機関によって基本権および人権上の観点から十分に審査され、判断された場合には、私見によれば、国際的な裁判管轄権によって新たに詳細な審査をする必要はないと考える⁵⁴⁾。しかし、加盟国においてそのような審理機関が全く定められていない場合、あるにはあるが、制度的に発達が遅れており、かつ、欠陥があり、あるいは、具体的なケースにおいて、内国レベルにおける人権の保護が許容できない、または恣意的な方法で拒否された場合には、条約法の補完的な保護機能は

↘ とえば、Nolte, VVDStRL 67 (2008), 129 (152).

54) これに関しては、Papier, Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht 2005, 113 (126f) を参照。
類似の学説としては、Jaeger, EuGRZ 2005, 193 (202f); Wildhaber, EuGRZ 2002, 569 (572f).

介入すべきであり、その補充機能（Ausfallfunktion）は必要不可欠である。

3. 以上が遵守される場合にのみ、ヨーロッパにおいては、基本権保護は調整および補完の思想や、機能性および効率性の要請に拘束されている。その場合にのみ、矛盾、法的不安定および司法保障という希少な資源の浪費を回避する目的も考慮される。さらに、ヨーロッパ人権裁判所が人権保護のヨーロッパ全土に及ぶ最低基準という目的を超える場合には、ヨーロッパ人権裁判所は、欧州評議会の加盟国における文化および宗教の多様性や、様々な伝統に深く根ざしたものを無視することになる。これは、最終的には、加盟国における受容および遵守の用意を危険なほどに動揺させる。

V. おわりに

とりわけ、憲法異議の制度に基づいて、過去数十年間の間に、立法、行政および司法において基本権の承認および遵守が適度に実現されてきた。それは、ドイツ連邦共和国の法治国家性にとって重要である。もっとも、憲法異議の殆どは棄却される。連邦憲法裁判所に申し立てられる憲法異議は年間6,000件以上で、そのうち100件のうち97件は裁判の対象とはならない。なぜならば、これらの憲法異議は基本的な憲法上の意義を有していないこと、そして、これは基本権の実現のために提訴されたものではないこと、とりわけ、当該の憲法異議は不適法もしくは明らかに勝訴の見込みがないからである。比較的低い勝訴数からは二つのことが明らかである。まず第一に、連邦憲法裁判所は、より一層、超上訴審の役割、すなわち、一般的な管轄裁判所の権限を不当に行使することを排除することができる。第二に、憲法異議の比較的低い勝訴率は、官庁および一般的な管轄権を有する専門裁判所を通して審議されている日常の法実務における基本権保護の有効性を証明しているのである。