

はじめに

1 ヨーロッパは、現在、紆余曲折を経ながらも、憲法を有する政治連合へと法的な発展を遂げようとしている。これは国民的・地域的・地方的多様性を維持したまま、政治的公共体を形成しようという壮大な試みである。しかし、それが文字通りの多様性を志向し続けることが出来るか否かについては、予断を許さない状況にある。近年のヨーロッパ各国においては、「他者」を排除した上での安定した秩序（治安の安定・強化を声高に語る人々の主張する Law and Order という意味での秩序）の形成を声高に語る風景がしばしば見られ、政治的日常と化している。それが同質性を過度に強調する民主制の理解と結びつき、政治型体レベルでも「他者」の排除を求める傾向が拡大していくのではないかと懸念される。

このような政治状況が高じた場合でも、基本権は、「他者」・「少数者」を擁護する重要なメディアとして、社会の多様性を維持する安全弁として機能するものとして期待される。ヨーロッパは、欧州人権裁判所や欧州裁判所の諸判例や、さまざまな条約（2004年の欧州憲法条約の「第II部 連合の基本権憲章」は、その結実と見る事ができよう）を通じて、ヨーロッパレベルでの基本権を発展させてきたが、その発展に、ドイツの法律実務や法学説は、大きな影響を及ぼしてきた。このようにドイツが基本権の発展に大きな影響を与え

るようになったのは、決してつい最近のことではなく、既に1980年代には、ようやくその直前に立憲主義を確立させたギリシア、スペイン、ポルトガルも含めた西側のヨーロッパ諸国と、冷戦終結直前においてこれから立憲主義化していこうとする東ヨーロッパ諸国にとって、ドイツは「ヨーロッパ基本権共同体」の牽引車としての役割を果たしていたのである<sup>1</sup>。

2 このように、ドイツは、「他者」を許容する社会にとって不可欠の基本権保障において、後述するように多くの課題を抱えているとはいえ、先進的役割を果たしている。

しかしながら、ボン基本法制定当初において、例えば憲法の制定に携わった「憲法の父・母達」が、「他者」を含めた「少数派」への手厚い基本権保障を想定していたとは必ずしも言い得ない。また、基本権の発展に法実務家（特に裁判官）および法学者が大きな役割を果たしたということも、ドイツの歴史から見て、当然のことではなかったのである。それが、ヨーロッパを牽引する基本権保障へと展開した。それはどのようにしてであろうか。

結論を先取りしていえば、基本権の保障は、戦後ドイツの政治的・社会的文脈の中で、さまざまな要因が関連しながら発展してきたのである。本報告では、その一端を紹介し、ドイツにおける今後の基本権発展の課題についても言及したい。

## I ボン基本法制定と基本権

ボン基本法の制定者は、「他者」・「少数者」に対する基本権保障や、憲法裁判所による基本権保障を主眼とはしていなかったし、基本法の保障内容についても明確にはしていなかった。

### 1 「闘う民主制」

基本法制定にあたっては、ヴァイマル憲法が憲法の「敵」にも憲法上の保障を与えたことによって内側から崩壊させられた（「トロヤの木馬」）として、憲法秩序・「自由で民主的な基本秩序」を侵害する個人・結社・政党に対して自由を与えないという、いわゆる「闘う民主制」の制度が導入された（基本法 18 条、21 条 2 項）。つまり、憲法の「敵」とされた「少数者」・「他者」の基本権を喪失させ得る体制が取られたのである。

### 2 憲法裁判所にとっての基本権保障

ボン基本法において、また、そこにおける基本権保障にとって、特筆すべき点の一つは、憲法裁判権の確立である。

ドイツの憲法裁判権には、宍戸常寿が強調するように<sup>2</sup>、歴史的に、大臣弾劾手続や憲法争訟手続といった国事裁判権の系譜と、裁判官の審査権の系譜がある。ここで注目すべき第一点は、後者の系譜に属する、個人が基本権保障を求める憲法異議の制度が、基本法制定時、憲法規定に盛り込まれず、1952 年の連邦憲法裁判所法の制定にあたり、社会民主党（以下 SPD）の主張が通り法律レベルで盛り込まれたことである（現在は、1969 年の基本法改正によって基本法 93 条 1 項 4a 号となっている）。基本法は、キリスト教民主・社会同盟（以下 CDU/CSU）の保守派の側と、SPD の左派の側との間で、むしろ保守派の側が優位を占める形で、妥協が図られて成立した。つまり、アデナウアーをはじめとする「憲法の父・母達」の主流派は、基本法の制定段

階において、憲法裁判権について基本権保障を現在のように重視していたとは言えなかったのである。

それに関連して、注目すべき第二点は、成立した連邦憲法裁判所の判事の構成である。結局、裁判所は二つの法廷からなるものとなったが、管轄として第一法廷に抽象的・具体的規範統制と憲法異議申立が、第二法廷に機関争訟と連邦制に関する争訟を中心とする手続が委ねられたため、各々は俗に「基本権法廷」、「国事裁判所法廷」と呼ばれた。憲法裁判所の成立時においては、第二法廷（「国事裁判所法廷」）における 12 名の裁判官の内訳が、CDU/CSU 系 8 名に対し SPD 系 4 名とされていたが（「黒い法廷」）、他方、第一法廷（「基本権法廷」）では、SPD 系 7 名に対し CDU/CSU 系が 5 名であった（「赤い法廷」）<sup>3</sup>。これもまた保守派の側が憲法裁判権について基本権保障を重視していなかった、ということを示しているといえよう。

それが、アデナウアー政権による裁判官定員の削減や人事介入を通じて、1963 年の段階で、いずれの法廷でも CDU/CSU 系 5 名に対し SPD 系 3 名となったのである（ちなみに、政権交替などを経て 4 : 4 の均衡が達成されるのは、第 1 法廷で 1975 年、第 2 法廷では 1986 年であった）。

### 3 基本権内容のネガティブな理解

基本法が具体的に保障する基本権の内容も、明確ではなかった。そもそも、基本法は、ナチスに対する反省、それを防ぐことの出来なかったヴァイマル憲法を反面教師とすること（ヴァイマル憲法の「対極的憲法(Gegen-Verfassung)」としての基本法）、および、コミュニズムへの対抗、というように、ネガティブな結果・事態を防ぐ事に力点を置いて制定された。例えば、基本法で規定される「自由で民主的な基本秩序」について、ドイツを代表するコンメンタールの中で、デューリッ

ヒは、「自由で民主的な基本秩序の概念は、我々が『以前(früher)』のもの [ナチズム]、そして『向こう側(drüben)』のもの [コミュニズム] のうちで、政治秩序として絶対に欲しない(unbedingt nicht wollen)ものから、簡単に明らかになる<sup>4)</sup>、とする。

同じ事は、基本権についても当てはまる。後に、基本権は「価値秩序(Wertordnung)」として捉えられるようになり、「人間の尊厳」(1条1項)はその頂点にある根本原理と理解されるようになるのであるが、基本法制定当初、「人間の尊厳」は、専らネガティブな仕方では把握されていた。すなわち、その内容は、(本来決してあってはならなかったはずの)ナチスによってなされた諸行為に定位しつつ、その都度、具体的事案を考慮して、「人間の尊厳」に対する侵害の側から了解される、と考えられていたのである。

## II 基本権とドイツの法律家

ドイツの法律家は、歴史的に見て、基本権の発展に必ずしも積極的な役割を果たしてきたとは言えず、それは、戦後ドイツにおける基本権発展にとって、決して有利な初期条件ではなかった。しかしながら、それを徐々に転換させる重要な足がかりが、基本法の制定によって築かれた。

### 1 社会集団としての法律家の弱体性と「非政治的」な「法学」の優位

ドイツにおいては、当時の社会・経済的後進性の故に、また、強大な中世中央権力が存在せず、ラントのレベルにおいて成立した多くの強力な領邦国家によって近代化が担われたために、イギリスにおいてのように、(首都を中心に)ギルド化した自律的法曹階層が発生し、それが生み出す判例法が発展する、ということがなかった。

他方、ドイツに特有な現象として、法の発展において、大学が大きな役割を果たしたと

いうことがある。すなわち、ヨーロッパにおける近代化の発展途上国だったドイツでは、知識社会が市民社会の中に形成されず、大学文化の型を採った。そのことが、逆に、大学内で学問間の相互交流を可能にし、法学に対し、時代の思想、神学や哲学等が大きな影響を与えた。また、自律的法曹の脆弱性の故に、「法学」・「教授」が実務に対して強い影響力を持ち得ることとなった(「教授法」)。つまり、「法学」は、時代の思想と交流すると同時に、実務への実用化を目指したのであって、ドイツにおいて、時代の思想と法実務を媒介する「転轍機」作用を有していたのである(「横割り型」社会としてのドイツ法知識社会)<sup>5)</sup>。それは、政治的に「中立」な「学」的立場(実は保守性をその特徴とするのであるが)から、社会秩序の維持・形成に大きな役割を果たし、しばしばコルセットの張り骨にたとえられた。

このように、ドイツにおいては、一方で「法学」が高度に発展を遂げたにもかかわらず(「輸出品」としてのドイツ「法学」)、法曹階層は小さな役割しか演じることができなかった。それは、社会的地位の低い弁護士(「黒いマント<sup>6)</sup>)は当然のこととして、司法官も同様だったのであり、上からの近代化、重商主義的・警察(Polizei)的後見政策遂行の文脈の中では、軍事・財政が優先され、裁判は二義的な役割しか与えられなかったのである(「頭よき者は行政官僚へ、頭の悪き者は司法官僚へ」フリードリッヒ・ヴィルヘルム1世<sup>7)</sup>)。

### 2 法実務家の保守化

逆に、そのことで、一時期、法曹階層における貴族層の割合はきわめて低くなるということもあって、市民層も多く含む裁判官、検事、弁護士等の法律家が、ドイツの統一の運動、例えばフランクフルト国民議会において<sup>8)</sup>、非常に大きな役割を果たす結果となった。しかしながら、行政官・司法官の両方を包

含する官吏の任用が「法学」に基づいてなされるようになり(法科主義と国家試験)、またビスマルク体制における人事政策もあって、裁判官が急速に「非政治的」・「中立的」官僚体質を備えるようになった(「法典実証主義」)。この官僚体質は、帝政が崩壊し、立憲主義を高度に体現したワイマール憲法が成立しても、人的連続性もあって維持された。この「保守的」な体質は、ワイマール期において、反議会主義の立場から、むしろ議会の制定した法律、法規の拘束からの自由を強調するという形で現れたのである(法令審査権の「保守的」文脈<sup>9)</sup>。

### 3 連邦憲法裁判所の裁判官

基本法制定後、重要な争点は、誰を連邦憲法裁判所の裁判官にするかということであった。これについて、保守派、CDU/CSU側は、連邦裁判官、つまりラントではなくて連邦レベルの裁判官から選出すべきであると主張した。これに対して、左派側、SPD側は、裁判官職につく資格があれば任命され得るようにすべきであると唱えた。つまり、連邦裁判官は裁判官におけるエリートであり、当時としては通常の裁判官にも増して(官僚体質の)伝統的な裁判官であった。それ故、保守派、CDU/CSU側には好都合であるが、左派側、SPD側には好ましくなかったのである。この対立は厳しいものであったが、憲法制定代議員会議において左右の勢力が拮抗していたために妥協となり、基本法94条1項で、「連邦裁判官およびその他の構成員」から「連邦議会および連邦参議院がそれぞれ半数ずつ選出」することとなった。現在では、憲法裁判所の第一法廷、第二法廷それぞれ8名の裁判官のうち、3名が「連邦裁判官」(憲法裁判所法2条2項、3項)から選出され、およそ憲法裁判所の裁判官は、連邦議会と連邦参議院におけるそれぞれ3分の2の多数(厳密には、連邦議会の場合、12名からなる連邦

憲法裁判所裁判官選出委員会における3分の2の多数)によって選ばれるのである(憲法裁判所法6条、7条)。

この結果、伝統的な裁判官以外の人材が憲法裁判所に流入し、裁判官の人的連続性が絶たれることになった(これに対して、通常裁判所においては、その人的連続性が絶たれずに、70年代まで残った)。また、議会の3分の2の多数による任命ということで、政治過程の結果として裁判官任命がなされることとなり、しかも、与党、野党双方の合意が必要となった。

しかしながら、前述したように、アデナウアー政権による人事介入によって、1960年代から70年代半ばまで、連邦憲法裁判所における裁判官の構成は、CDU/CSU側が優位を占めた。人事における均衡が成立するのは70年代末以降、確立するのは80年代半ばであった。

## III 「基本権＝価値秩序」論と1970代における連邦憲法裁判所批判

連邦憲法裁判所は、基本権に関する具体的な事件を解決していく中で、基本権の内容を充填していった。しかしながら、「基本権＝価値秩序」論に定位して下された判決には、かえって社会の「少数者」・「他者」を排除するものも多く見られ、1970年代には、判決の内容・方法に対して、強い批判がなされた。

### 1 「価値秩序」論

憲法が「価値秩序(Wertordnung)」であるという1958年のリュート判決<sup>10</sup>による定式化は、その後の憲法裁判所の基本権解釈に大きな影響を及ぼしたが、伝統的な基本権理解に大きな変更を加えるものであった。すなわち、基本権を専ら公権力からの防禦権と捉える伝統的な見方と異なり、私人による基本権の侵害が正面から射程に入れられ、また、私人による基本権侵害から被侵害者を国家が保

護する義務が導かれ、その他さまざまな基本権の機能が導出される一方、防禦権という伝統的機能が相対化されたのである。

「他者」の排除という観点からすると、日本においては必ずしも十分に意識されていないが、「価値秩序」という考え方に、二つの側面がある、ということが重要である。それは価値に向かって統合していくという活動そのものの側面と、その活動の末にできあがった結果の側面である(Ordnung)<sup>11</sup>。R・スメントに由来するといわれるこの考えは、前者において、出発点がさまざまに異なっていることを前提としつつ、特定の方向に向かって統合していくという動態性を示している。これは、他者性の尊重という観点からすると、スメントの統合理論に対する評価が分かれるように、尊重し得るものとも、結局それを排除するものとも評価し得よう<sup>12</sup>。それに対し、出来上がった静態的な価値体系は、必然的に特定の「他者」を排除せざるを得ないのである<sup>13</sup>。

## 2 「人間の尊厳」をめぐる

「人間の尊厳」をめぐるでも、具体的事件の解決を通じて、その内容充填が図られた。その際、注目される考え方に、「客体公式(Objektformel)」がある。連邦憲法裁判所によって繰り返し援用されているこの「公式」によると、「人間を国家における単なる客体となすことは、人間の尊厳に反する」<sup>14</sup>のである。

確かに、これに対しては、あらゆる取り扱いが対象化(Vergegenständlichung)を前提としているのであって、人間はおよそ客体としてしか取り扱えない面をもつ以上、この「公式」は空虚である<sup>15</sup>、といった批判がなされることがある<sup>16</sup>。しかしながら、憲法の下における行為が人間の主体性を完全に無視・剥奪するものであってはならない、という考え方は、基本権理論にとって重要な出発点たり

得よう。また、例外的であるとしても、主体性の無視・剥奪が明白である事例が存在するならば、この「公式」が基本権解釈論においても、単なる解釈指針以上のものとして機能し得る場合があるろう<sup>17</sup>。

しかしながら、「人間の尊厳」が、さまざまな事例を解決する際に定位出来る指針という以上に、静態的な価値、定言的な価値決定として立ち現れることもあった。すなわち、連邦憲法裁判所は、1975年2月25日の第一次墮胎判決で、妊娠12週間以内の中絶を原則として不可罰とした刑法218条の1974年追加・改正規定を違憲とした。それは、国には、妊娠中絶をしようとしている女性から胎児の生命を保護する義務があるとし、しかも、国はその義務を墮胎罪の存続によって追及しなくてはならない<sup>18</sup>、としたのである。この判決は、妊娠中絶する女性を、基本法・基本権で示されている価値決定に背く者である、という形で排除したと見なすことが出来るのである。

## 3 連邦憲法裁判所批判と結びついた「価値秩序」論批判

1960年代末に、大連立を経て、SPD・FDP政権が誕生すると、70年代には、従来とは異なる新たな諸政策、すなわち「社会改革」諸立法の制定や東方政策が行われるようになった。これに対して「保守的」な憲法裁判所が、第1法廷、第2法廷共に、それらに次々と歯止めをかけ、憲法価値へつなぎ留めるという形でのプレーキ役を果たした。代表的なものとしては、「大学判決」(1973年5月、第一法廷)<sup>19</sup>、「基本条約判決」(1973年7月、第二法廷)<sup>20</sup>、先程述べた「第一次墮胎判決」(1975年2月、第一法廷)、「過激派決定」(1975年5月、第二法廷)<sup>21</sup>等がある。このような憲法裁判所の対応に対して、学界からも様々な形の批判がなされた。

その際、憲法裁判所が下した判決に対して

だけではなく、そこで採られた基本権解釈方法に対しても批判がなされ、はたして民主的政治過程の中で裁判官が行うべき基本権解釈方法として、「価値秩序」に定位した解釈でいいのか、ということが問題とされた。そして、ここでは、裁判官の判断過程を段階づけ、整序しようという試みや、裁判所の機関としての特徴、与えられた権限から、それが取るべき解釈方法を導き出そうとする試みが提起されたのである。

#### IV 安定期、そして1990年代「危機」？

##### 1 安定とその背景

しかしながら、1970年代に強かった学界からの憲法裁判所に対する批判は、70年代末に一応終息に向かい（転機は、1979年3月の「共同決定判決」〈第一法廷〉<sup>22</sup>である、といわれることもある）、80年代においては、憲法裁判も安定し、評価されるようになった。すなわち、80年代に憲法裁判所の中に4:4の勢力均衡が生じ、その中で全員一致の判決・決定に至ろうとすると、政治的な思惑や価値をダイレクトに持ち込むわけにはいかなかった。その結果、「学」的、「法理論」的説得力が重視され、学者裁判官等の影響力も増大したのである（例えばE・W・ベッケンフェルデの影響）。つまり、憲法裁判所内の「政治的」均衡が「法理論」への定位を促し、「法学」が憲法システムの閉鎖性と開放性のバランスを取る役割を果たすことが出来たのである。

また、憲法裁判所に対して影響力を持つ基本権理論・基本権解釈論は、基本権の防禦権的機能に重点を置くにせよ（その場合は「比例原則」を強調することになる）<sup>23</sup>、基本権の客観法的側面も重視するにせよ（その場合、基本権はルールとしてだけではなく、「最適化要求」を内包する「原理」としても存在する、ということが強調される）、その議論は精

緻化したのである。

そして、この時期、憲法裁判所は、学界からだけではなく、国民からも（大統領、警察と並んで）最も信頼される機関となった<sup>24</sup>、といわれるようになった。憲法裁判所は、「他者」も含めた社会の中に存する対立を「抱え込む(ertragen)」ことに一応の成果を上げたのである。

##### 2 基本権判決をきっかけとする1990年代「危機」とその評価

ところが、1990年代半ばになると、憲法裁判所の判決、例えば1995年1月の「座り込みデモ判決」（第一法廷）<sup>25</sup>、1995年8月の「十字架像決定」（第一法廷）<sup>26</sup>、1995年10月の「第二次『兵士は殺人者だ』決定」（第一法廷）<sup>27</sup>等に対して、強い批判が生じた。ラント政府（バイエルン）が判決に反旗を翻したり、憲法裁判所の判決・決定に対する抗議のデモが行われたりということで、それまで非常に高かった憲法裁判所の権威が揺らぎ、「危機」を迎えたともいわれた<sup>28</sup>。

ここで、まず注目されるのは、これら第一法廷の基本権に関する判決・決定に批判が加えられたのは、その内容が「左派的」、「リベラル」であったためであって、社会改革立法に「保守的」な憲法裁判所がブレーキをかけたことから生じた1970年代の批判・議論とは、その政治的文脈を異にする、ということである。また、「座り込み判決」、「十字架像決定」については、SPD系とFDP系の裁判官5人に対してCDU/CSU系の裁判官3人が反対にまわり、政党色がそのまま多数/少数関係に反映されることとなった（第1法廷の「第二次『兵士は殺人者だ』決定」では1人の反対意見）。安定期においては、勢力均衡の中で全員一致の判決・決定に至ると、それが「法理論」に定位した説得力がある内容のものとして、その受容可能性も高まっていたの

が、この「危機」をもたらした判決・決定については、「政治的」背景の故に下されたものである、と受け止められたのである。

さらに留意すべきことは、ここで「政治的」であるという場合、問題となった諸事件が、かつての東方政策、大学改革等といった、定冠詞付きの政治(Die Politik)、政党政治の重要な争点を契機としたものではなかった、ということである。例えば「十字架像決定」が典型であるが、それは、一人の少年が教室にある血だらけのキリスト像を見て気持ち悪く思い、その下で授業を受けたくないということで訴訟が開始された、というように、全く日常レベルの紛争が不意に法化・政治化したものである。したがって、政治と裁判の緊張関係、保守派対左派の対立等を背景としたかつての「危機」とは文脈を異にしている。判決・決定が市民の法感情、常識とかけ離れているといった(学問的に見れば問題のある)非難が頻繁になされたのも、このためであろう。

おわりに

これらの批判がなされている時期からおおよそ10年近い時が過ぎ、憲法裁判所に対する集中的な批判も過去のものとなった現時点から振り返って見ると、果たしてそれが「危機」であったのかについては、疑問の残るところである。しかしながら、裁判所による基本権保護について重大な変化が生じた、と言い得るようには思われる。すなわち、ドイツ社会が高度に分化することによって変容を遂げ、それを通じて生じた従来にはなかった形の対立にまで「法」・憲法の射程が拡大した。その対立は、今後ますます基本権に関する争いとして憲法裁判所に持ち込まれるであろう。その際、ドイツ社会を把握してきた(例えば保守派/左派、法/政治、議会/裁判所等の)基本的図式だけでは、分化し、複層化した社会を

把握することが困難になってきたのである。「法」・憲法をめぐるシステムは、尚一層の分化を必要としているが、それは可能だろうか?そのような要請に答え得る基本権の解釈・解釈方法とは、一体どのようなものであろうか?ドイツにおいて、基本権が「他者」・「少数者」を擁護し、「抱え込む」メディアとして発展し続けていくことができるかどうかは、そこにかかっているといえよう。

「他者」に開かれた社会を維持・発展させていくために、憲法はどのように構成されて行かなければならないのだろうか。例えば、C・シュミットのように、政治の本質を「友」と「敵」の区別に置き、民主制が、「敵」を除外した同質的な「友」によるものとして構想される場合がある。そうではない憲法の在り方は、具体的にどのように追究していけばよいのか。戦後の憲法裁判所、憲法学説の基本権をめぐる歩みは、出来るだけ「他者」も排除しないように、抽象的な「価値」あるいは具体的な事象を定位点として示し、そこに向かって人々を統合しようとしてきたもの、と整理すべきなのだろうか。統合とは関係なく、具体的な「他者」の排除を排除する事例も含めた、基本権にかかわる多くの問題解決事例を積み重ね、文字通り「普遍的」なルールを磨き上げていくという地道な作業だった、という理解では不十分なのであろうか。歴史的な理解は、未来への課題設定と密接につながっているように思われる。

【注】

<sup>1</sup> K. Stern (Hrsg.), *40 Jahre Grundgesetz – Entstehung, Bewahrung und internationale Ausstrahlung*, C. H. Beck, 1990.ここに収録された、1989年5月にボン基本法40周年を契機としてケルンで開催された国際シンポジウムでは、その共通テーマの一つとして「ヨーロッパ人権共同体」が選ばれている。

<sup>2</sup> 宋戸常寿『憲法裁判の動態』(弘文堂、2005年)。

<sup>4</sup> 様々な研究があるが、さしあたり U. Wesel, *Die Hüter der Verfassung*; Eichborn, 1996, S. 16ff.

<sup>5</sup> 高田篤「戦後ドイツにおける憲法観と日本におけるドイツ憲法研究」樋口陽一編『講座・憲法学 別巻 戦後憲法・憲法学と内外の環境』（日本評論社、1995年）所収 48-50頁。

<sup>6</sup> 上山安敏『法社会史』（みすず書房、1966年）5・19頁。このドイツ法知識社会の特徴は、イギリスのそれと比較すると一層明らかになる。すなわち、イギリスでは、市民社会の先進性の故に、時代の思想は、市民社会を母胎とした文筆家によって作り出された。また、法律家層は、ギルド的に営利を独占し、コモン・ローの担い手として自らを貫徹し、経験的・技術的な法学教育を通じて自ら法曹養成を行った。そして、大学は、中世学問知識を独占し、人文主義的研究に閉じこもった。このように、時代の思想の担い手と、コモン・ローの担い手と、伝統的学問の担い手が分極化したのであり、したがって、イギリスの法学識・法技術は、時代の思想や学問と交流せず、伝統の技術を継承する「縦割り型」文化を構成したのである。

<sup>7</sup> 上山『法社会史』198-199頁。

<sup>8</sup> 上山安敏『ドイツ官僚制成立論』（有斐閣、1964年）282-283頁、同『法社会史』170頁。

<sup>9</sup> 上山『法社会史』421-425頁。

<sup>10</sup> 学界レベルでは、法令審査権は、平等原則等をもぐってC・シュミット等によって主張された。それに対抗して、議会の意義を強調し、法令審査権を批判したのは、社会民主党系のH・ヘラーであった（但し、同じく社会民主党系のH・ケルゼンは、議会主義の立場に立ちつつも、憲法保障の観点から憲法裁判の意義を強調した）。

<sup>11</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>12</sup> Vgl. H. Heller, Die Souveränität, in: ders., *Gesammelte Schriften 2. Band-Recht, Staat, Macht*, A. W. Sijthoff, 1971, S. 110 f.

<sup>13</sup> スメントと同じく福音教会に深くコミットするR・v・ヴァイツゼッカー等によって主張される「憲法パトリオティズム」論は、抽象的な価値あるいは具体的な歴史的事象を定位点とするもので、薄められた形ではあるが、「価値秩序」論と同じ型を示しており、それをどのように評価するかは困難な問題である。

<sup>14</sup> もちろん、このような整理は、ドイツにおいて「価値秩序」を強調する立場の論者にとっては不本意であろう。それは、常に動的であり続け、静態的なものとして抑圧的に機能しにくいものとして理解・構成されているはずだからである。しかしながら、動的な秩序も、ある瞬間にそれをいわばスナップショットで撮れば、静態的な秩序として現象せざるを得ないのではなからうか。

ちなみに、日本における「価値秩序」論の理解において、しばしばその動態性への志向が度外視されている傾向が見られる。

<sup>15</sup> BVerfGE 27, 1 (6); BVerfGE 45, 187 (228);

BVerfGE 50, 166 (175); BVerfGE 87, 209 (228); s.

auch G. Dürig, in Maunz/ Dürig, GG, Art.1 (1958), Rn. 28.

<sup>16</sup> Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Duncker & Humblot, 1965, S. 59ff.

<sup>17</sup> 連邦憲法裁判所自体、「人間が、関係や社会発展においてのみならず、法においても、自らの利害に関係なくそれに従わなければならないということ、単なる客体となることは、稀ではない」としたことがある(BVerfGE 30, 1 [25f.])。そして、同裁判所は、この判決の中で、「客体公式」を「人間の尊厳が侵害される場合を見出し得る方向を示す」とし、解釈指針とみなしている(BVerfGE 30, 1 [25])。

<sup>18</sup> 典型例としては、人間を客体としてのみ扱い、主体としては全く取り扱わない死刑制度の合憲性が問題となり得よう。

東欧の立憲主義化の流れの中で成立したハンガリー共和国憲法裁判所において、設立当初に同裁判所長官の下で調査官を勤めたG・ハルマイ氏によれば、同裁判所が、死刑制度を違憲とした判決には、この考え方が強い影響を与えたという（比較憲法学会編『人権擁護の強化を求めて—国際比較憲法会議 1990報告書—』成蹊堂（1991年）419頁）。ハンガリー共和国憲法54条は、「各人は生命と尊厳についての生まれながらの権利を有し、何人もこの権利を恣意的に奪われてはならない」と定めており、死刑が「生命と尊厳」の権利を「恣意的」に奪うものであるかが問題とされた。実際、同裁判所長官は、同判決の補足意見の中で、「公式」に言及している(Georg Brunner u.a., *Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn—Analysen und Entscheidungen—sammlung 1990-1993*, Nomos, 1995, S.151)。なお、ドイツにおいては、基本法の制定時に同102条によって死刑が廃止されたため、これが憲法問題となることはない。

最近の例としては、憲法裁判所が2006年2月12日に下した航空安全法違憲判決がある。すなわち、2001年9月11日にアメリカ合衆国で発生した航空機によるテロ事件等の衝撃のもと、ドイツ連邦議会は、2005年1月15日に、航空安全法を可決した。それによると、航空機が人の生命に対して向けられ、その航空機の撃墜がこの現在の危険を防御するための唯一の手段である場合に限り、航空機の撃墜を実行に移すことができる（同14条3項）、とされていた。同裁判所は、同規定を、無辜の乗客を犠牲とする航空機の撃墜を軍隊に許している限りにおいて、人間の尊厳の保障との関連で、違憲であると判示した(NJW 2006, S. 751ff.)。

<sup>19</sup> BVerfGE 39, 1.

<sup>20</sup> BVerfGE 35, 79.

<sup>21</sup> BVerfGE 36, 79.

<sup>22</sup> BVerfGE 39, 334.

<sup>23</sup> BVerfGE 50, 290.

その場合、次のような手順を厳格に守って判断することが要求される。

- ① 基本権が保護する生活の範囲・領域を確定する。
- ② ①で確定された「保護領域」に対する「国家」の「介入」を確定する。



③ ②で確定された「介入」が正当化され得るか否かを判断する。その際、

i) 「介入」が法律によって行われるなどといった「形式」をふまえてなされたか否か（「形式的正当化」）、

ii) 「介入」の「目的」と「手段」について、

a) 追求する「目的」、講じられる「手段」がそれ自体許されるものであるか、

b) 「手段」が「目的」に「適合的」であるか（両者の間に因果関係があるか）、

c) 「手段」が「目的」に「不可欠」・「必要」であるか（「自由」にとってより制限的でない他の手段はないか）、

というように、「介入」の「内容」そのものが判断される（「実質的正当化」・「比例原則」）。

このような思考枠組みは、ドイツにおいて憲法というものが存在する以前の18世紀以来の「古典的」法理論（「警察比例」の原則）に由来する。

<sup>24</sup> 高田篤「ドイツ統一直前のボン基本法（一）—その評価と争点」自治研究66巻11号（1990年）109頁。

<sup>25</sup> BVerfGE92, 1.

<sup>26</sup> BVerfGE93, 1.

<sup>27</sup> BVerfGE93, 266.

<sup>28</sup> 詳細については、服部高宏「法と政治の力学と憲法裁判—ドイツ連邦憲法裁判所批判を手がかりに—」井上達夫＝嶋津格＝松浦好治編『法の臨界[1]』法的思考の再定位』（東京大学出版会、1999年）103頁参照。