

国家と社会の機能変動…憲法と国際秩序への挑発

フィリップ・クーニヒ

高橋雅人訳注 訳

- I. はじめに
- II. 国家と社会的分離
- III. 国家の後退と社会の利益代表に対する開放
- IV. チャンスとリスク
- V. 民主主義と法治国家性の燈す国家の責任
- VI. 憲法学と立憲化
- VII. 展望

I. はじめに

ヨーロッパで、のちにはほかでも、近代的立憲国家の基盤が構想され定着したとき、相互に独立したと想定された諸国家は、国際法によつて、同格の一つのシステムのなかで結びつけられていた——当時はいまとは別世界ではあつたが。今日の世界と云つたら、私と同世代の人たちが体験し学問的に従事してきた国家と法の世界とは本質的に異なっている。すなわち、ヨーロッパにおいて、たしかに異なつてはいるものの共通した基本理念と価値に結びつけられた国家システムを、新たな性質として一つにしていこうとする理念からしばしば着想を受け、動機づけられている国家とはちがつてきているのだ——この価値とは、私が今日お話しさせていたこの大学のあるこの街でも完全に共有され定着しているものである。ここで見いだされた認識と価値は、特に東の方向へも道を見いだし、そこで濃縮され、そこから再びヨーロッパ圏に戻されてルネサンスをもたらし、啓蒙と法文化の成果としての近代立憲国家を可能にした。

われわれが過去数十年のあいだに経験し、かつ現に経験している若干の諸事象というのは、このように刻まれてきた世界、諸国家、法のモデルのなかに、ただ重々しくはめこまれていくにすぎない。これは、国内についても、ヨーロッパ諸国連合においても、それから国際的なシステムについても言えることである。銀行とさまざまな団体の活動が国家行為を決定している。それらの活動は、政府の活動の公表よりもずっと注目を浴びている。銀行は、金融業以外の様々な業務を行い、通貨を弄び、損失や価格暴落または食品価格の上昇、諸国家の破産すら投機の対象とし、しかも彼らはその投機の成功に自ら寄与できる地位にあると仮定することには十分な理由がある。ときには銀行も失敗

し、想像できないほどの規模の資金を喪失するが、その時は国家の資金注入によって生きながらえる。銀行は不可欠のものと考えられているからである。その分、他の目的に使う金は失われる。国内選挙または重要な政府決定の前後に、金融市場のアクターは、査定を発表して脅かす。何十億人もの生存可能性と未来の可能性が、ほんの少数の個人のために、過大な利回りの利益獲得に方向づけられた決定にかかっているように思われる。長いこと世界のさまざまな地域間で歴史的かつ地政学的に引き起こされていた貧富の格差が、やがて帝国主義と植民地主義によって強められ、いまや特権化された空間の内部、ヨーロッパ内部やヨーロッパ共同体内部でも、増大する社会的貧困化がつけ加わっている。

しかし、単に国際的な資本市場だけが問題なのではない。国内でも、我々は驚くべき変化に遭遇している。特にコミュニケーションの分野でそれが起きている。コミュニケーションメディアによって、実質的に政治過程の具体化が行われている。なぜならコミュニケーションメディアは、国家の決定につながるだけの議論状況を形づくり、影響を与えるからである。ときおり有権者が、選挙の決定の際に、メディアによって暗示をかけられる、という印象すらある。政治的な駆け引きすらも商業的に作用している。「インターネットなどを利用した」電子的公開手段は、市民社会の活動の前提となる包括的な情報化をもたらすだけではなく、人格権に対して、国家に由来するものよりもかなり強烈な脅威となりうる。同時に、このことは、精神的な財および権利の脅威ならびに文化的な価値創造の脅威と結びつく。こうしたすべての現象は、国家と社会の関係にもかかわっているのである。これらのうちいくつかは、後で再び取り上げたい。

II. 国家と社会の法的分離

私の講演は、それ故に、国家と社会の間の若干の機能変動に関するものである。社会的アクターとは、訳注1官職にある者でも政府を代表する者でもない者のことで、したがって、政府やその下位にある行政官でも、立法府議員でも、あるいは司法官でもないすべての者であり、しばしば市民と呼ばれる。これにはほとんどの人が含まれるので、市民ないし社会的アクターは非常にさまざまな役割を演じることができ、その中には、国際的な結びつきと市場において強大な力をもった寡占状態の株式会社や、千億ドル以上の名目上の市場価値をもったいわゆる社会ネットワーク（なんたる概念の混乱）や格付け会社が含まれる。これらはすべて市民であって基本権享有主体であり、相応に保護される。しかし、それらから、誰がわれわれを保護するのか。

社会が対峙している国家というのは、大部分は公法分野で決定を行う、国家権力の三つすべての形態にあらわれる諸機関である。もつとも、国家は二つの顔をもっている。国家は、私法に基づいて行為を行うこともできるし、私人を任務遂行に関与させることもできる。そしてこのとき、国家は自らの憲法上の拘束を失うことはない。いや、より正確に言えば、国家は憲法上の拘束を失ってはならないし、失うべきではない。以下は、その枠内での理論である。

国家と社会の理論的な分離は、——ヨーロッパ諸国それぞれで異なる経過を辿ったのだが——ドイツでは、その立憲君主制の時代に形成されたが、その移行期は、国家権力の法治国家的抑制に関する観念の形成によって特徴づけられ、同時に、民主的な萌芽をたんに黙認することで、むしろしぶしぶ甘受した君主制システムを存続させることで特徴づけられた。国家と社会の分離は、国家支配に市民の人格的な自律性を対置し、高権的権力を自由と対置し、公共

空間を私と対置した。かつての国家の活動領域であった経済、学問そして教育の大部分と宗教作用が、ますます脱国家化し、自発的に理解された国家の自己抑制として、発展史上は整理された。このことは、当時は、発展を促進するものだったのである。

この分離思想の歴史的起源は、国家と社会の区別がしばしば時代遅れと見られることの所以となっている。それは危険で誤った考えだと私は確信している。現行憲法システムは、これと対立する立場から出発しているし、国際法もその立場を求めている、と私は主張している。これは正当化の問題であり、それは基本権秩序にかかわっているのであって、結局は政党の役割の問題なのである。正しく理解された一般的な人権宣言は、これらの問題に対する決まったまやかしの答えを求めているだけではない。

憲法のなかには、正当化を生み出す手続きか規律しないものもある。つまりそれは、選挙の民主的な妥当性を明文で要請するだけの憲法である。しかし、このことが表しているのは、いずれにしても国家機関のすべての行為が、選挙民に帰される正当化連鎖に支えられていなければならない、ということでもある。それは国家と社会の機能変動に内容的な境界線すらも引く。これについては後でもう一度取り上げる。

基本権もまた、国家と社会の領域に違いがあることの証拠である。なぜなら、基本権は、私が先に市民と称した者たちの諸権利として構想されているからである。それらは、意見表明の自由や集会の自由といった民主主義的な基本権であり、それは国家的アクターには与えられていないのである。結社の自由も、自律的な結合形成の権利として、この文脈におかれる。また、財産権と職業の自由といった他の諸基本権もここに示しておく。国家は基本権享有主体とはなりえず、国家は基本権に拘束されているのだ。基本権は、国家の社会への介入を防御するものである。今日は

次のように言っておこう。国家が社会的権力からわれわれを保護するための基本権もわれわれは必要としているのだ、と。

最後に、政党である。ここには、比較法上、きわめて大きな相違がみられる。政党は、ここで前提としているモデルにしたがえば、社会的アクターであるが、国家機関ではない。もつとも政党は中間的存在といったところのものがある。なぜなら、私的結社という政党の地位にもかかわらず、政党には、憲法上、国民の意思形成への協力が課せられているからである。政党は、議会内で形成した会派を通じて、制度的に、そこで行われる—国家的な—決定に参加する。政党は、国家の職務者になる政治にかかわる者をリクルートするための集団を形成している。政党は、その役割を果たすために、部分的にであつても、国家によって資金援助されている。しかし、政党は、資金力のある社会のアクターからも、ときには公開で、ときには間接的に金銭が支払われる。ドイツでは、大企業が党大会のスポンサーになる。したがって、政党の地位は、国家と社会の分離の根拠でもあるし、両者の境界の線引きを困難にする根拠ともなっている。

Ⅲ. 国家の後退と社会の利益代表に対する開放

国家と社会の原則的な分離という憲法上のモデルを現実と対決させるなら、ヨーロッパではいたるところで機能変動が姿をあらわす。国家が、法的に閉ざされた領域にどの程度まで踏み入ることができているのか、ということや、いつの間にか踏み出してしまったということ、ここでは問題にしない。むしろ私は別の問題側面に限定する。どこで国家がいとまを告げて、その分野を私的アクターに任せるのだろうか。どこまで国家は、新たな挑発に対して無為であ

りつづけるのだろうか。国家の決定への社会的アクターの影響と作用はどのように見えるのだろうか。

たとえば、国家は、かつて運送部門、鉄道、郵便、空港営業・航空安全、公衆衛生、廃棄物処理そして水道供給といった古典的な国家任務を負っていたが、「今日では」私人を警察任務に参加させ、犯罪者に対する保安処分にさえも参加させている。戦争は私的な軍によって行われている。

国家は長いこと、私的アクターが国家機能の行使に対して影響を与えることを許容してきた。

立法、行政、司法において、社会的アクターは国家の決定に影響を与えている。三つすべての領域で、フォーマルな影響とインフォーマルな影響が区別されうる。フォーマルな影響とは、形式、すなわち法律によって規定されるものであり、インフォーマルな影響とは、法律の規律の外で実行するものだが、先の理由から必然的に違法ではない。

立法。それは議会によって行われるが、議会が法律によって授権した場合には、政府も行う。この理論からすると、この種の授権法律は、対象と内容を限定しなければならないので、行政は議会によって引かれた範囲を行使するだけである。この立法過程への社会的アクターの参加は、少なくとも憲法では規定されていない。それにもかかわらず、社会的アクターの参加は著しく、かつ、内容上もしばしば影響を与えている。これは法律の発議にも、さらに立法手続にも関係している。

立法のイニシアティブの権能は、国家機関のみに留保されている。実際には、そこに、形式的に議会が発議者として登場する場合であっても、政府が優位にたっている。これは、システムに内在する政党の優位を生みだしている。しかし、その他の社会的アクターも立法準備に参加し、しばしば決定のきっかけを政治的に与えている。つまりそれらは、社会的な部分利益の組織である団体なのである。それは、工業、手工業、経営者団体といった経済的利益の代

表であり、社会的利益またはエコロジーの利益の代表でもある。これらは部分的には、政党を経由し、考えられる立法、あるいは予定されている立法における個々の問題を社会的団体の代表者と討議し、しばしば将来の潜在的な立法の名宛人の了承を得ようとする。政府自身もそうした議論のイニシアティブをとる。政府は意見を求めて審議会と専門委員会を設置する。この過程は圧倒的にインフォーマルに行われる。それは多かれ少なかれ透明性をもって行われるが、ときにはメディアの公開による活気づけをねらった選択的で部分的な透明性によって行われる。それはロビイストという独自の職業を生み出す。それは大群である。ドイツでは、ロビイストの一部は、助言者として省庁に従事して、法案を下書きする。

行政は、法律のプログラミングにより個別事案を決定するが、そのとき内容形成の余地があるのは、とくに法律執行が裁量のかたちで行われる場合、つまり法効果の点での変動域が、不確定法概念の具体化のときや、とりわけ、たとえばインフラにかんする重要な巨大プロジェクトの法的な形成としての計画の分野で、法的に許容される決定をみとめる場合である。ここでは衡量が可能であり、ときには本質的に、法律執行を「公共の利益」に最も適している問題に限定できる。そのような状況では、しばしば社会的アクターの対立する諸利益にかかわる決定のために、多くの代替案から選択を行うのは執行行政なのである。このことは、直接的には、社会的アクターが自らの利益を決定前に強く主張することにつながる。

立法のこの状況とは反対に、行政の手続法は徹底的にその必要性に込んでいる。したがって、ここでわれわれは、フォーマルな作用と向き合わなければならない。ドイツ法では、行政と決定後の名宛人との法関係だけでなく、第三者の利益にもかかわる行政決定については、そのような関係人へ徹底的に聴聞を行う可能性がある。建築法や環境法

など、様々な法領域が多くの例を提供している。ある建築計画や操業施設が許可された場合、まさに広い範囲の關係人のフォーマルな関与というものが予定され、そこから訴えの可能性も発生している。巨大プロジェクトにおいては、数百の、いや数千の關係者がいて、それは、しばしば個人として協働するし、また組織された団体のなかで協働する場合もある。したがって、国家機関である「行政」は、一面的・高権的に決定するのではないし、社会的利害と隔離されているわけでもない。むしろ決定にいたる道程を、その担い手たちが行政に随行するのだ。その際、しばしば、考えられうる決定の内容を議論の対象にして、討論の期日が予定されるのである。この種のコミュニケーションは、心理学的な理由ゆえ、意見のたんなる交換から共同決定へと傾いていくことになる。

IV・チャンスとリスク

国家の代表者と社会的アクターとのコミュニケーションに関して私が述べたことは、国家による決定の質にとって有益なチャンスとなる。長いことわれわれは、リスクに対するこうしたチャンスをはっきりと強調してきたように思う。参加させ、開放的で、かつ柔軟に見せている国家というものは、たんに好感が持てるというだけではなく、一方的に厳しく上から官憲的に決定する国家と比べて、たいていは適切に行動する。それは、決定を行う機関が、その決定の帰結全体を考慮できる場合には適切にはたらく。立法手続においても、行政手続においても、社会的アクターの関与は、事実に関する決定者の知識を補完し、本質的な観点が無視されるのを防ぐことに役立つ。さらにコミュニケーションは、国家の決定の受容を獲得することにも役立ちうる。コミュニケーションは、国家が自らの決定に対する裁判上の権利保護の主張を考慮しなければならぬのかどうか、そしてどの程度考慮すべきなのかについて判断す

る負担を軽減している。徹底的なコミュニケーションは、前もって長期的な訴訟を回避する手助けとなりうるのである。

しかし、チャンスのあるところには、リスクが存在する。リスクは巨大であり、その存在はいよいよ明白になっている。限界が踰越されると、説明責任が曖昧になる。個々の決定にあたって、国家が単に形式に従って決定を行う場合には、そのものごとに関して社会的アクターの強制力と圧力の度合いに応じて——実質的に——形式や内容が脅かされる。国家が自ら活動を低下させている事項、すなわち民営化を推進している領域や、いわゆる規制緩和の分野では、事実上、国家に残された統制権限と監督権限がもはや実効的に行使されないことが起こりうる。しかし、それはまた、国家が立法権と執行権の決定の準備のために、社会との協働を招く場合にも起こりうる。ここでも、国家は、場合によつては、公共善に沿うように民主的に正当化された手続で制定された法律に基づいて一方的に決定する力を必要としている。国家はまた、場合によつては、抵抗勢力に対しても強制する力と、その力を使用する意思を必要としている。

そのような力には部分的に欠けたところがある。国家は、最小の抵抗方法をとらせるように誘導できる。立法の際に起こりうるのは、国家が可能な限り多くの、相互に対立する利益を対等に考慮しようとして、その結果として明快な決定を行わずに、裁判所によつてはじめて具体化されることになる、妥協のようなはっきりしない法律を施行することである。これは、権力分立のバランスを狂わせることになる。

さらに考えられうるのは、——これは行政と同様に、立法にも当てはまるのだが——国家が、とくに持続的な影響力をもった自己利益の代表者たちから影響を受けうることである。よく知られているように、社会的勢力を組織する

ことは、しばしば財政の問題となる。専門家の助言は、法的助言ですらも費用がかかるのである。したがって、弱者や経済力の弱い社会部門の利益が、背後に押しやられてしまいがちになるのは、国家が、彼らの利益を実効的に代表する者たちに対して優位にコミュニケーションする場合である。それは、とくに巨大なプロジェクトに関する行政決定の際に明らかになる。国家が、コミュニケーションによる決定を行う際に、一定の決定への積極的ないし消極的利益をもつ者たちと優先的に関係をもつ場合に、全体社会の利益が背後に押しやられる危険がある。そして、もし国家が決定を行う際、世論調査に基づいた多数者に短期的に方向づけられるのであれば、国家はより長期的な公共の利益を見落とすことになるおそれがある。なぜならそのような利益を代弁する者は必然的に少数だからである。国家はとくにこの代弁者たちを想定していなければならない。

このような観察からいくつかの懸念が生じる。立法に目を向けたとき認められる問題——いつ、そしていかなる条件下で社会的利益の集積が、法律の質に欠陥を生じさせたり、特定の法律を一面的な利益誘導に至らせたりするのか——は、しかし、行政決定の質に関しても生じている。国家行為は、社会的勢力が押し付けたものにどこまで制約されることになるのだろうか。部分的には発信し放題で、あるいは原初的なソーシャルメディアは、決定の客観性——と正当性！——のどこに影響を与えているのだろうか？国家と法は、その決定が私的な個別的利益の手段と見られた場合には、その威信を失ってしまう。

市場、競争及び民営化は、多数者のための繁栄と社会保障の唯一の前提条件であるという信念は、我々は今日では他の国々でも受け入れる所となっていると考えているのだが、私的アクターがまず自己の利益を認識しなければならぬというこの状況に適合していない。彼らは、何人も最初は私的利用によって動機づけられるという——人間がこ

の思想をもちはじめたとき以来——よく知られた状況を抑圧することに心を寄せている。トマス・ホッブズはこれを狼のようだと呼んでいる。国家は、利益をめぐる闘いに可能な限り多数者が参加するためのルールを設定することで満足してはならず、非参加者や弱者の利益ならびに将来の利益に配慮しなければならぬ。そのために憲法は、私人には妥当しない諸義務を、国家には課しているのである。

V. 民主主義と法治国家性の燈す国家の責任

国家は、誰もが真剣に取組まねばならない政治学や経済学の理論にしたがえば、社会的原動力を制御する唯一の引受手である。このことをわれわれは、ホッブズ以来知っているし、マルクスも、少なくとも彼の期待する無階級社会という悟りの境地の前段階に対する認識を本質的に豊かなものとしたが、われわれは残念ながらそれを期待することはできない。以下の考察で求めようとするのは、われわれの学問である法学が、国家の任務遂行にとって唯一の基準でありうるものを促進するために、すなわち、あらゆる人間にとって、その相違にもかかわらず、平等な発展のチャンスの保障とそのようなチャンスを実現できる生活条件の維持ないし整備を促進するために、いかなる寄与をなしているのか、ということである。

法治国家は、民主主義——競争を通じてさまざまに形成される理念——の手續に必要な組織形式である。民主主義が、正確には可能な限り多くの決定に参加機会を与えることに特徴があるので、それに当たっては愚かさや無知に影響されているということも、何ら根本的な異議となつてはいない。民主主義的決定に基づく不正、不幸及び衰退は、無制約な資本主義システムの結果としての、あるいはエリート思想に基づくイデオロギー的幻想を実現した結果とし

ての平等性に対比すれば、最善であるはずだとおそらく思われる。

したがって、法治国家と民主主義に対する他の選択肢はないので、最近の誤った発展をかんがみるに、すでに存在し継続的に発展している措置の活発化が必要となるのである。

戒めるべきは、まずは、一般的な法の役割であるその妥当性と堅牢性についての意識である。法律の優位性とその拘束力は、平和的であると否とを問わず革命を通じて開発されたので、高位の国家の代表者たちをもいらだたせている。ドイツの連邦宰相は、議会選挙の機会を改善するために憲法の諸ルールを相対化して議会を解散した。アメリカ大統領たちは国際法をあまり気にかけない。あるイタリアの大統領は、自分は法的な責任の外にある、というように振る舞っていた。他国の多くの代表者たちからは、法は、法の支配 (Rule of Law) の意味というよりも、法による支配 (Rule by Law) の意味で理解され、すなわち法は内容的な規準としてではなく、単なる道具として理解される、という見解がある。

類似して、問題なのは、国家の代表者たちと、社会および資本との間の距離の喪失である。国家官僚は、ときおり自分で、しばしば官僚に関係する人に、相当な個人的な利得を与える。ドイツでは官僚は失墜した。なぜなら、官僚は社会領域からの寄付によって利得をあさっていたからだ。多くの国でこのことは微罪とされる。しかし私は、ここでは、それが法文化の発展と存続の前提条件であったとしても、もうそれを政治的倫理の問題と言うことはない。

個人と集団の意思表明によって国家の決定を事前に刻印づける民主主義の理念は、弱められてはならない。国家の決定に対する社会の影響力は、民主主義の表明で足りない。社会的影响力は、まさに国家的アクターの人の選定と正當化において実現され、——とくに重要なのは——政党内部の民主主義として実現されている。なぜなら政党は、人

的にも内容的にも、国家と社会の結びつきを創出する課題をもつにふさわしい社会的アクターなのだから。その点で、政党は多くの諸国家で荒廃しているように見えるのだ。

しばしば忘れ去られることだが、民主主義は不可分に、正当化だけではなく、内容的な責任とも結びつけられている。社会的アクターは国家に対して責任を負わず、他の私人と自身に対して責任を負う。したがって、民主主義原理は、責任の実効的な引き受けをすでに要請しているし、行為義務を基礎づけている。これは、国家任務の民営化と、国家が責任を負う決定への私人の影響力の甘受に、法的な限界を引いている。

ドイツ連邦憲法裁判所は、今年一月に、私人による高権的任務遂行への注目すべき基本決定を行った。⁽¹⁾ ここでは、刑罰執行の一部が問題となっていた。すなわち、国家の任務が委譲された私法上の資本会社による精神科病棟と教護施設における措置である。そこで強制措置を与えられた施設利用者が憲法異議を出したのである。基本法三三条四項は、高権的任務のための官吏の設置を規定している。この規定は、そのような任務の私人への委譲にも適用され、例外事例には限定的に適用される。要請されているのは、そのような状況では、裁判所が、任務遂行に対する議会による統制可能性を保持しつづけねばならない、ということだった。裁判所は明確に、国家責任からの逃走に対する憲法上の禁止を述べた。秩序にかなった任務遂行のために、国家の保証責任には——議会に対しても——相応の観察義務が含まれている。そして——引用すると——「民主的正当化の連関は、議会がこの観察義務の履行を妨げない場合のみ維持され続ける」。したがって、ここでは事実上の質も求められている。国家の監督官庁は、割って入ってきた私人に対する実効的な監督についてたんに権限があるだけでなく、義務づけられてすらいるのだ。重要なのは、憲法の上記規定が、ここでは絶対的な民営化の限界としてあらわれるのではなく、それは責任ある合理的な決定を求めて

いるということである。こうした権力と責任の一体化の憲法上の義務づけという根本思想は、個別事例を越えて広く一般化可能である。

VI. 憲法学と立憲化

上述した、国家責任の憲法上の要請という民主主義理論によつて基礎づけられるテーゼは、それ故に判例によつて確立された一つの憲法学的認識である。このテーゼは、すべての民主的に志向された憲法において基礎づけられていて、たんに発見されねばならないだけだと私は確信している。ともかく憲法学の革新力は呼び起こされなければならぬのだ。憲法学は基礎学であり、そのかぎりでは、法制史、比較法、法哲学と並び立つものである。

たしかに憲法学は、法の歴史や哲学とはちがって、現行法に取組むので、それらとは区別されている。すなわち、憲法学は、一定の時点での法律に基づいて、そのつど実際に妥当している憲法に基づいて、具体的な法問題にいかにか答えるべきなのか、という問題に専念する。しかしこのとき、その通用している諸憲法の間で共通した内容というのは、一般に思われているものよりも大きいもので、少なくとも多様な個性を顧慮しない公理よりも大きい。それゆえ比較憲法も、多くの国々の憲法実務の方法として、きわめて長いこと定着してきた。憲法学は、他の基礎学とともに、全体法秩序に関わっている。憲法は、他のあらゆる部分法秩序に対して上位にあり、それゆえ優位を要請されている。憲法は、国内規範のヒエラルヒーでは最高位にあり、国際法だけがさらに上位にある。

他のすべての法に対する優位性は、原則的に、おそらく世界中のあらゆる憲法が要請している。それにもかかわらず、その帰結は、きわめて多様である。このことは、比較法的研究が示すように、憲法がきわめて異なつた基準をも

とに具体化されていることから説明される。たいていの憲法は、たんに大綱を設定する機能に限定されていて、憲法下位法という、いわゆる単純法に、まったく異なる方向に発展する可能性を与え、その内容を拘束しない。それは結局、多かれ少なかれどれも同じように見える政党綱領と同じように読まれる。さらに、多くの憲法秩序には、単純法の憲法適合性保障ないしその憲法適合的解釈に関する実効的な実現メカニズムが欠けている。憲法学はそのような欠缺の除去という目標をもつ基本的な学問として認識されねばならない。憲法学は、憲法が法全体の立憲化を獲得することを十分に考えなければならぬのである。^②以下では、このことが——ここに挙げた民主主義理論の要請を越えて——社会的勢力に対する国家の脆弱さとの闘いについて、いかなる結論をもつのか、説明したい。

もし法秩序——全体——の立憲化という場合、考えられるのは、基本権と、さらに、例えば立法の権限規定や立法の内容形成の憲法上の基準といった他の憲法諸原理が、法システム全体に偏在し、単純法の解釈を導くということである。このことは、基本権の水平的効力の意味で、私法に対して広く承認されている。^③憲法が法律やある私法契約の一定の解釈を要求しているのであれば、憲法はこの解釈をあらかじめ強制的なまでに設定していることになる。もしそのような解釈が、単純法の立法者の認識しうる規律意思を鑑みて不可能なのであれば、そのような法律は違憲と考えられなければならない。基本権を考えれば、このことは広範な帰結を有している。基本権の水平的効力は、基本権が、たんに国家権力に対する個人の防御権として理解されうるだけではなく、価値を置く基本決定としても理解され、そして、基本権に置かれた価値の、私的アクターと、私人同士の関係の保護が国家に義務づけられている、とも理解される、ということに由来する。したがって、すべての法的紛争は、潜在的には憲法争訟である。したがって、すべての専門裁判所は、憲法裁判所でもある。そして結果的に、それらの憲法裁判所は専門裁判所でもある。これには多

くの重要な限界問題が結びついている。それは、実際に示されているように、憲法裁判権の優越なくして解決することはできない。⁽⁴⁾

立法への基本権の影響は、本質的に、立法可能な内容の実質的な限界という意味で理解されている。したがって立法は、立法の必要性に由来する基本権保護義務によっても決定されている。立法は基本権の実現に資するのであって、それは、基本権実現の条件を作り上げる前提となっている。個人のために平等な機会実現の可能性を保障する義務を国家が負っているのであれば、ほかの社会的勢力がそのような機会掌握のための状況を作った場合には、国家は、立法によって介入しなければならない。

基本権介入の領域で、許容される介入を限定するための決定的な基準として比例原則が有効ならば、⁽⁵⁾保護の次元では過少保護の禁止が相応する。比例原則が要求しているのは、正当な目的がただ適切な手段によってのみ追求されるということである。しかも、その手段は、より小さな負担の手段を用いずに、最終的に適切となるという意味で必要でなければならない。この比例原則の考え方は、法治国家に義務づけられたあらゆる法文化に共通の要素として妥当しうるほどまで本質的なものである。これは、「法治国家という」術語「があるかどうかという」問題とはまったく関係がないわけではなく、そもそも構造的に予定されているものなのである。こうした基本思想が欠けていることを合理的に理由づけているような法秩序はあつてはならないだろう。

立法不作為や不十分な履行といった状況では、過少保護の禁止が過剰介入の禁止と対応することになる。

この過少保護の禁止は、比例性審査を裏返しにした思考のステップを要請している。そこで適切性ととらえられるものに対応して考察される。たとえば、資本市場法の厳しい規律といった立法を放棄することから、不適切にも基本

権の発展と対立する状況が生じるのか？ 比例性審査の要素である必要性と対応して、衡量されたある立法措置がこの不適切性を除去できるかどうかを問うことができる。不適切性を除去できる場合、すなわち、より緩やかな手段に代替されない相当な措置が行われうる場合にかぎり、憲法上その措置が要請される。たしかに、立法は通常、立法者の裁量である。しかし、この状況は、裁量の縮減の問題である。なので、ここで挙げた合理性の基準にしたがって審査された法律が公布されなければならない。このことは、立法者の客観的義務である。この義務は、規範統制手続における審査に開かれている。客観的な国家の義務が、主観的権利の次元にも及ぶのはいつも、措置の不作为が、基本権保持者その者への個別的な介入となる場合である。この状況では憲法異議の可能性も開かれる。

この構想が、法律の公布と同時に、他者の基本権の介入と結びつくときには、それは憲法が求める法律の比例性審査にとって代わるわけではない。立法は、典型的には多極関係のなかで行われる。過少保護の審査の結果は、権利が縮減される者の観点から、過剰介入の審査状況による。あらゆる関係人の基本権地位を包括的に衡量できる適切性の審査段階は、相当の判断基準を提供する。憲法裁判権を強調し、そしてあらゆる裁判所を憲法が拘束するということを鑑みて、とどのつまり、裁判権一般を強調するような構想には、反論する者もいるだろう。それは裁判官支配を助長する、と。したがって、立法者というのは、立法者自身が立法権の憲法上の規準を満たすことによつて、裁判官の介入を回避することができるということを考えねばならない。過少保護の禁止と結びついた保護の構想も、立法の内容形成に対する裁判官の敬讓の必要性を課している。ここでの裁判官の規範統制は、不作为または不十分に行動する立法者に対する統制も、合理性審査にほかならない。この審査を、立法者は合理的な論証によつて切り抜けることができる。しかし、もはや合理的に理由づけられないものは違憲であり、不作为でもある。

Ⅶ・展望

多くの国々で、この裁判規範統制によって、とくにこの統制可能性があるという予防的効果によって、よき経験がえられている。規範統制は、立法者の基本権侵害を抑制させ、最小化させた。似たことは、ヨーロッパの裁判メカニズムでも言われている。たとえば基本的自由は、とくにストラスブールに提訴できるように取決められた人権は、個人を保護する力を、主に裁判所の機能に負っている。このことは、介入の次元の裏面にかかわっている。つまり、無視をする立法者にも不作為の立法者にも、実効的な裁判統制を受けさせるので、筋が通っていると思われるのだ。民主的な思想に基づく国家の最終責任は、法治国家理念におかれた裁判統制がおざりにされる場合に必要となる。

たしかに、われわれは、憲法と憲法に関する学問に過大な要求をしてはならないが、社会的領域からあらわれる実際の脅威のシナリオに対して、これを発揮させる理由がある。法は、普遍的な要請をもったヨーロッパの文書に置かれた共通の価値を貯蔵する倉庫であり、貯蔵室であり、それは、私が冒頭で言及した思想の潮流に由来している。この潮流はかつて、唯一者として社会契約に参加せず、それでも不可欠とみなされたレヴィアタン〔怪物〕を、法の遵守の確保のために飼い馴らした。それは、海の怪物という脅威のないエウダイモニア（幸福）の登場に関するアリストテレスのオプティミズムを修正することで行われたのである。このレヴィアタンをわれわれは解放しようとはしない。しかし、かつてトマス・ホブズがレヴィアタンを案出したように、レヴィアタンの特質を十分に生かしきれば、平等で尊厳ある人間の生を侵害する、そういうところに介入するために、われわれは、国家と、国家間の結合した諸組織を準備されたものとして見るのである。

長いこと、ヨーロッパの憲法学者は、自覚的に、法治国家と民主主義の伝統を外に輸出しているし、篡奪のエリートたちが形式的な正当性を伴いつつ、イデオロギーまたは家族主義的・封建主義的に飾られ、多かれ少なかれ法律もなく支配したか現に支配しているようなかのシステムに対して推奨している。たしかに、それを続ける理由はあるが、それでもわれわれは、自分たちのヨーロッパでも、その自分の要求をかなえるように注意しなければならぬ。

最後に意見を述べておきたい。私が何度も強調してきたのは、法治国家の遺産の公理である、立法の水準の要求、個人の権利保護、独立した裁判所による国家行為の統制可能性、比例原則、人権に含まれる価値のための国家の最終責任、ここでさらに付け加えて、社会的・経済的・文化的人権を含めて、各国に与えられた国際法とみなすことである。国内においてこれらすべての発展を獲ようとするわれわれの努力は、きちんと見てみれば、普遍的な法の規程を執行することなのだ。たとえその意識が、規範的な当為 (Sollen) に劣っていても、法的にこのことは確かなことである。——もう一度マルクスを引用すると——たとえ存在 (Sein) が意識を規定しても、当為が強力に意識と行為すらも規定できることに、われわれは飽くことなく取組みつづけなくてはならない。

そのほかにも、国際法秩序は、これまた尊大にも、保護責任履行のために信頼すべき介入能力の拡充を求める状況にあり、つまり、権力者たちと諸国家の利益の集中を克服する状況にある。それは、国家間の法から世界の人々のための法にならねばならないということであり、⁶⁾ 国際法学は、われわれが立憲国家の内部で維持しようとしてきた平等の価値のために、刺激を受けることができるし、刺激を受けなければならぬのである。

訳注 訳者による訳注をつけたほか、読みやすくするために〔括弧〕の表記でことばを補った部分がある。

- 訳注1 「アクター」ということばは、日本語としてあまりなじみがないため、このようなカタカナ語ではなく「主体」と訳出することも考えられるし、その方が読みやすいかもしれない。それでもなおここでは「アクター」とする。それには、重大な理由がある。それは、ドイツ語で“*Akteur*”と表記されていることについてである。ここでは“*Subjekt*”（主体）と表記されていない、ということに意味がある。つまり、“*Akteur*”と表記したのには、「主体性」を意識させることよりもむしろ、国家と社会とが交錯する公共空間で一定の役割を演じる行動因子・要素として“*Akteur*”（役者）の意味を込めた、ということに注目したい。国家的主体や非国家的主体などさまざまな「アクター」が交わるこの世界観（国家と社会の脱分化）においては、「主体性」よりも、多様な「アクター」の交わる「関係性」を基点にして世界が観察されるため、その関係間での一因子を示すことばとして「アクター」が使われていると考えられるのである。実際に、本稿のように、国家と社会が交錯する公共空間を議論する際には、近年のドイツでは、「主体」ではなく「アクター」ということばを用いることが通用している。そのとき、「主体性」から「関係性」へと視点が移行したことがしばしば指摘されるのである。たとえば、この用法で最も代表的な論者の一人としてしばしば挙げられるレナーテ・マインツは、次のように「アクター」という用語を述べている：「協働する国家のモデルでは、制御を行う主体と制御の客体の明確な区別というものが消滅する。それに応じて『政治』システムは、もはや国家的アクターの意味や政治行政システムの構成員の意味での行為者のみに関わるのではなく、自己の行為によって『公共的利益』を代表し、実現するあらゆるアクターを含めなければならないのである。」（Renate Mayntz, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung*, 2.Aufl. (2006) S.11-20 (13))
- 訳注2 「今年」と記されているのは、本稿の基になった講演会が二〇一二年に行われたためである。正確には「今年一月」とは二〇一二年一月であり、具体的な判例そのものは下記の(一)を参照されたい。
- (一) Beschluss v. 18. Januar 2012, -2 BvR 133/10-; dazu Marc André Wiegand, *Die Beleihung Privater im Kernbereich hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung*, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 2012, 1134 ff.
- (二) Philip Kunig, *Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, in: *Annales de la Faculté de Droit d' Istanbul*, Vol. 43 No. 60 (2011), 3ff.

- (㉟) Dazu Hinweise bei Ingo v. Münch/Philip Kunig, Vorbemerkungen zu Art. 1-19, Rn. 14ff., in: dieselben (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 6. Aufl., 2012.
- (㊱) Philip Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 61 (2001), 34 ff.
- (㊲) Hierzu und zum Folgenden Philip Kunig, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht, in: Philip Kunig/Makoto Nagata (Hrsg.), Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog, 2006, 169ff.
- (㊳) Gedanken dazu bei Philip Kunig, Das Völkerrecht und die Interessen der Bevölkerung, in: Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, 377 ff.