

憲法問題としての環境政策と裁判的統制についての帰結

フィリップ・クーニヒ

藤井康博 訳*

1. 環境政策の概念について
2. 環境政策の憲法上の決定要素
 - (a) 国家と社会
 - (b) 民主的な諸相
 - (c) 法治国家の諸原理
 - (d) 憲法任務たる持続的発展
 - (e) 環境保護の基本権？
3. 帰結・環境政策の包括的な裁判的統制

憲法問題としての環境政策と裁判的統制についての帰結（藤井）

1. 環境政策の概念について

環境政策を、我々は、環境に関わる国家の行態〔行為・態様〕と理解している⁽¹⁾——これは国家活動の三権すべて、すなわち、立法、行政によるその執行、および、その裁判的統制に関わる。この裁判的統制は、とりわけ、私的領域へ影響を及ぼすところの、環境政策目標によって動機づけられた国家作用に対する〔個人の〕防衛に関わり、また逆に、そうした国家作用を要求することに関わる。しかしながら、裁判所は、法治国家において独立しており、独立しなければならぬ。それゆえ、裁判所は、判断できるオプションの下で自由な選択の中から選択できず、さらに、同様に法律で方向づけられた行政に譲歩して判定余地と裁量余地を容認しなければならない。それゆえに、環境政策の概念（これは通例一般に判断できるオプションを前提とする）は、最初に挙げた二つの権力に関わる。つまり、憲法秩序の枠内で選択すなわち政策的にオプションを行使できる立法権と、しばしば法律によって判断余地を認められる執行権である。執行権の長、政府は、さらに立法者により採られた道へ重大な進路を定めること〔路線転換すること〕によって、同様に法の枠内において「政策的に」 („politisch“) 行動する。

「環境」行動計画 (Agenda „Umwelt“) に関わる政策は、通例の概念理解によれば、自然の状態への決定的な衝動が生ずるような出発点であり、自然によって共に定まる生活条件〔生命条件〕が生ずるような出発点である。それは、第一には人間の生活条件であるが、そのみならず生物の生活条件〔生息条件〕の出発点でもある。その際、環境という概念は、本来はつきりしていないものである。というのも、言語上、その環境概念は、我々の環^{まわ}り (um-) を取

り巻く世界 (Welt) それ自体を意味しているからである。

こうした世界は、もはや久しく「自然的」(„Natürlich“)ではなく、百年前より、一部は元来すでに千年前より、その世界の状態において人間の活動によって造られている。全くの自然のままの環境はない、あるいは、ほとんどない。そのことは、結果として、いずれにせよ近代的人間の生活条件にとって有利であり、近代的人間の生活様式的前提である。我々は、原生林に住みたがっておらず、そこで働きたがってはいない。そのように見ると、徹頭徹尾プラグマティックな概念理解たる今日の理解における環境政策に際して、次のことが問題である。その問題とは、人間のための健康な生活条件を維持し、促進し、または、もたらすために、とりわけ国家が保存しつつ制御しつつ個々のいわゆる環境媒体へ作用することである。その際、死期を延ばす意味ないし疾病のないという意味での健康の問題であるのみならず、それを越えて快適と感じられる生活条件の問題なのである。快適性のいかなる水準が達成されうるのか、あるいは、追求されうるのか——それはすでに政策問題である。その回答は、歴史的および文化的におそらく様々な異なる結果にもなる。その答えについては、場合によって、可能な限り多くの人間にその作用領域において等しく快適な環境条件を提供できるように社会秩序が向かっていくか否かに依っても、重要なパラメーターが明らかになってくる。環境政策は社会政策でもある。

私は先に環境媒体について説いたわけであるが、それに関連し、以下の通例の体系的な区分が引き合いに出される。すなわち、環境媒体は、水、土壌および大気である。その際、三つ全ての自然資源につき機能を侵害する汚染に対す

る保存〔防護〕(Bewahrung)の意味での維持(Erhaltung)が重要である。水という環境媒体の場合は、かなり以前から、量的側面と並び、質的側面が重要な役割を演じている。すなわち、水を管理することであり、別の凝集状態〔液体や固体〕へ変化することに対して事前措置をとる意味で水の豊かさを維持することである。大気という環境媒体の場合は、質的側面と並び、大気は音波を運ぶものであり、すなわち、大気汚染のみならず騒音対策も問題であるという状況がある。水法、土壤保護法、および、イミシオン防護法〔生活妨害・公害防止法^②〕(イミシオンの概念は大気を汚染する作用や騒音〔の侵入〕も意味する)は、すなわち環境法である。

しかし、環境媒体に基づく区分へ滞りなく当てはまるものではない環境法もある。このことは、一つに、諸々の環境媒体の相互依存と関わり合わざるをえず、もう一つに、ある環境媒体への作用からしばしば別の環境媒体にも達する効果が生ずることに向けられる。相当数の物質が始めから等しくあらゆる環境媒体を侵害しているので、その物質に関する規律は(水、土壌または大気が達する)イミシオン〔生活妨害・公害〕について未だ定められていない。そうしたイミシオンについて定めのないことは、化学物質に当てはまり、核エネルギー製造と核エネルギー利用の影響に当てはまる。また、廃棄物〔ここでは使用済み核燃料物質も含む〕にも当てはまる。その利用〔廃棄物再利用・核エネルギー利用〕直後か、種々の中間段階後、いわゆるリサイクリングまたは再処理〔核燃料サイクル〕後か、いずれかの後に、結局、経済循環を打ち切るような廃棄物〔核廃棄物〕にも当てはまるのである——同時に、この廃棄物は、エコロジー循環を打ち切ることはできずして、経済循環を打ち切るような廃棄物である。そのように媒体の環境保護と並んで概念上——体系上、物質に関する環境保護が成り立つ。そして、ここに付け加えられるのが、いわ

ゆるる生に関わる環境保護〔自然的生活基盤の保護〕(der vitale Umweltschutz)である。それに伴い、直接に生物に該当する規律、とりわけ人間に該当する規律だが、生物〔有機物〕の自然界にも該当する規律が意図されている。その自然界の維持に、人間が利害を有しうるのである。なぜなら、とりわけ、人間は自然界の資源を利用したがっている(そのために再生を必要としている)から、そうでなければ、例えば保養目的のためという理由である。ちなみに、このこと、いわゆる自然保護は、水域問題と並んで、環境政策によって最も初期に確認されて最も初期に法的にも形成された諸領域に含まれる。

私は、ここまで二つの点を、時間の都合から詳しく根拠づけようとせずに、前提としてきた。すなわち、一つ目の点としては、以下の事実がある。環境政策は——自明のことだが——政策形成手法としての法を用いるが、その面においては法の境界内でのみ働きうるにすぎない。その際、環境法それ自体は、高ランクの法によって、とりわけ憲法によって、また国際法^③によって設けられた境界内にある。二つ目の点としては、私が冒頭で述べたことで、環境政策がそれゆえ環境法も人間中心主義によって型どられていることを、私は出発点としているということが察せられるであろう。このことは自明ではないが、実践的な現状と対応している。動物と植物は、近現代の世界の政策と法において、法主体ではなく、所有権に服する客体、物である。この領域に、その点では根本的な転舵を求められるか否か〔動植物の権利を認めるように転換するか否か〕という法理論的に法哲学的に興味深い考察がある。しかしながら、本日、それは私のテーマとすべきではない。^④

2. 環境政策の憲法上の決定要素

何が環境政策の下で想定されうるか、ここまで私は概説してきた。さて、さしあたり、どの程度まで環境政策は「憲法問題」(„Verfassungsfrage“)であるか、という問題を扱う。その憲法問題は次の問いを意味する。すなわち、どの範囲まで環境政策は憲法によって決定されているのか？

(a) 国家と社会

まずは、肝要であるのは、政策形成の観点——いかに、あらゆる政策分野とあらゆる活動について、それらにおいて国家が形成を実施するか——である。国家は諸機関を通じて行動するので、その時々諸機関を任意に用いることができる行為形式へ視線が向けられる。私が国家について説くならば、それと同時に社会の領域を必ずしも徐々に消滅させることはない。社会の領域も、環境政策の全体像にとって重要な刺激の出発点となり、社会のアクターも環境政策に作用する。たとえ国家と社会の分離があらゆる近代的法治国家システムの基礎をなしているとしてもである。あらゆるそうしたシステムについて詳しくいえば、形式的に区別されるのが、一方で人間の国家公務と、他方で——例えば——事業者としての人間(通例、そうならば法人として現れる限りで)または環境政策の事件に参与しているアクターとしての人間(環境を侵害する者としてであれ、環境を維持する活動家としてであれ)である。たとえ、こうした国家と社会の分離線が、その他の点では国家組織法上すべて多様に構築されているものについても、今日、根本的であると観ることができるとしても、しかしながら、一方で国家の活動面と他方で社会の活動面は緊密に織り合っているの

である。^⑤ こうした場合があるのは事実そのとおりである。なぜなら、国家の法は、社会空間における環境政策の諸活動を制限・促進・制御できるからである。どの程度まで社会空間における環境関連行為が阻まれ、または、道具化もされるのか、という問題に関して、国家は、いわば最後の一言「主導権」をもっている。たとえば、そうした社会での行為から、環境を侵害する効果または環境保護を促進する効果いずれかが生じるとしても、そうである。

それゆえ、私は、以下のように国家に論点を集中していく。国家は、前述したように、諸機関を通じて行動し、それについて国法は諸形式を前もって定める。一般に法定立についてと同様に、特別に環境政策について実質的な要請も憲法から読みとられる。その環境政策は、標語のように法治国家と民主制という集合概念によって束ねられうる。

(b) 民主的な諸相

民主制の観点から、正統化〔正当化〕によってどれほどのものを環境政策の立法が示さなければならぬかについて、または、この正統化がどのように確立されているかについて憲法が判定する限りで、環境政策は、憲法問題である。その際、私は以下のことに限定する——そして、このことは、私がテーマとしたい更なる法的な諸相にも一般的に当てはまる——まさしく特別に環境政策にとって法理論上または憲法実践上も意義があるような諸相に限定し、そうして、私は、ドイツにおいて目下進展している特に経験と議論から例を読みとるのである。

すなわち民主的正統化である。それは、合憲性（これは、場合によっては様々な次元で裁判上も統制されうる）であり、

法律上の規律すべての効力の前提である) に向けて、立法行為が国民意思へ還元できるものでなければならぬことを通じて、確立されるべきである。このことは、ドイツにおいて特に代表民主制のモデルの意味でなされる。直接民主制の構造を、我々は、ドイツ連邦制システムの枠内で、たしかに単独ではないが本質的に環境法の責任を負う連邦の次元ではなく、一六の連邦州においてと——この州内の——地方自治団体において見出すことができる。こうした直接民主制の構造は、環境形成にとって確かな役割を演ずる。しかし、私は直接民主制を掘り下げはしないであろう。なぜなら、ドイツにおける環境法の全体像は、連邦と州における議会の立法によって形成されているということが出来る。その限りで、国民の参加は、議員をその職務へ就かせた選挙行為に限定される。目下のところ、これについて本質的なことを変えてしまうような、成功の見込まれる企てもない。

環境政策の立法の際に、決定的な「民主的」(demokratische) 問題は、執行の決定の正当化にとって、ないし、執政すなわち政府「政権」側の決定の実施にとって、議会制定法律「議会が制定する法律」の形式が必要とされるか否か、または、どこまで必要とされるか、という問題である。詳しくいえば、議会による立法は、立法権の複数のオプションの一つであるにすぎない。政府によって制定される法規範としての法規命令もあり、地方自治団体も含む自治行政体「地方自治体」によって各々の管轄領域のために制定される法規範としての条例もあり、法規範としての行政規則もある。この行政規則は、純粹に執行権内部で作用し、法律の適用を制御し、法律で委ねられた特に判断余地の具体化を制御するが、その際、国家と社会の間の対外的関係において社会を拘束しない。にもかかわらず、行政規則は、事実上意義のある規準を社会にもたらすことができる。

こうした規範ピラミッドの枠内で、議会制定法律は、民主的正統化の観点から最上位の段階に立つ形式である。それゆえ、よく云われているように、法律およびその適用と、自由および所有〔固有なるもの、プロパティ〕への介入〔侵害、制約〕(Eingriffe in Freiheit und Eigentum)——そのように、すでにヴァイマル時代に慣用されていた伝統的な定式化が謳う——とが常に結びついているところでは、議会制定法律による正統化が必要となる〔いわゆる侵害留保説〕。近現代の憲法発展において、展望は、拡大して、介入概念から解き放たれた。今日、よく言われているように、市民の基本権行使にとって本質的な意義のある作用が規律から生ずるならば(注意されたいのは、法的意味での市民は企業もあり、その企業に対して規準となる統制が環境政策の際に真っ先に問題となる)、議会制定法律が常に必要となる。このことが、いわゆる本質性理論(Wesentlichkeitstheorie)である——一つの標語であるが、その語によって、上述の思考〔理論〕が基礎をなしている相当数の連邦憲法裁判所判例を包括的に特徴づけることが試みられている。ちなみに、このことが、環境法の問題の文脈での判例であった。例えば、原子力政策についてであった。しかし、そうした環境法問題のみでは決していない。今日、問題は似たように差し迫って提起されている。例えば、データ保護の領域において、ないし、インターネットの現代世界から生じる危険に晒された状況の領域において、テロリズム対策のための国家措置、または、脱税捜査の際の国家措置にも関しても、問題提起がなされている。

いわゆる本質性理論は、もちろん「理論」ではなく、実際は頼りどころのなさを証明している。すなわち、その「理論」は、以下のことを指示し、前提とするよう要請している。ある規定〔一定の規律〕は議会制定法律という民主的に高い方のランクの手続を要するか否か、または、ある規定は低いランクの規範定立段階に委ねたままにできる

か否か、個別事例で判定されなければならないように指示しているのである。このことは、かなりの程度、必然的に憲法裁判上の判断余地も含意しているのである。

(c) 法治国家の諸原理

民主制の概念と並んで、私は法治国家の概念を位置づけてきた。より適切に言い換えれば、法治国家性である。というのも、この専門用語によって、いずれが法治国家の規範的な諸要素であるか、あらゆる要素について一個の要素に定まりえないことが明らかになるからである。このように法治国家の観念の形態が多様であることは、比較法的にそうであるように歴史的にも明示されている。「特定の単数の」法治国家原理 („das“ Rechtsstaatsprinzip) というものはない。それについては、ちなみに一一年前ここ日本大学でお話する名誉にあずかった⁽⁶⁾。そういった原理があるのではなく、諸原理が総体として共演しつつ、国家存在の法治国家性を成す諸原理の合奏があるにすぎないのである。そこへ、あらゆる国家権力、司法に対する規程が含まれる。例えば、公権力の側から諸権利を侵害されている潜在性のある各人のための、効率的で時宜に適った権利保障の前提要請「公準」がある。

立法については、いま私のテーマだが、法治国家の理念によって、法治国家の諸基準を充たすために、法律が示さなければならない種々の特質が、規程として設けられるのである。規範の明確性 (Bestimmtheit) の要請と、立法の継続性〔連続性〕 (Kontinuität) の要請について言及しよう。それだけでなく、なかならず各法律を (ちなみに各法律適用も) 限定する比例原則 (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) についても言及してもよいであろう。すなわち、「第一に」

ある法律や他のすべての国家措置〔手段〕は常に目標〔目的〕を達成するのに適合しなければならぬという比例原則の「適合性」要請である。「第二に」より負荷の少ない「より制限的でない」が同等に目標を遂行する他の選ばれる規律があつてはならないという比例原則の「必要最小限性」要請である。「第三に」規律は、一方で措置によって各々追求される目標を促進する正統性と、他方でそれによつて拘束されうる権利の侵害の程度との、結果的に均衡のとれたバランスを築かなければならぬという比例原則の「狭義の比例性」要請である。⁷⁾

さて、明確性と継続性である。両者は、互いに密接に関連している。なぜなら、両者は、法的安定性という包括的なテーマに関わり、環境政策の立法にとつて非常に重要である。明確性に際しては、法の下に服する者、とりわけ私的領域の権利主体が、以下のことを知ること、何を彼は国家によつて法律形式で要求されるのか、彼が法律に従わな
いとき、何のために彼は場合によつては制裁を甘受しなければならないのか、何を彼の側からは国家に要求できるのか、また事によつては、まさしく環境侵害の出発点となる権利諸主体への作用の意味において要求できるのか、そうしたことを彼が知ることによつて法的安定性を促進することが重要となる。その問いを具体的に言い換えれば、次のようになる。市民、例えば、施設の近隣住民は、自身に関わる自身の環境条件に負荷を与える排出施設に鑑みて、何を官庁に要求できるのか？

法治国家における法律の明確性の要請には、官と民の間の法関係を越えて至る更にもう一つの構成要素がある。法治国家における明確性は、権利諸主体が予め行動を計画できるようにするために重要であるのみならず、法治国家が

同時に包括的な裁判国家であるという理由からでもある。明確性の十分な法律のみが、有意義で効率的な裁判的統制を可能にするのに適合しているのである。法律が不明確すぎるならば、その法律は空虚となるか、でなければ、同様に不相応〔不均衡〕で望ましくないものとなるか、いずれかである。法律は、法律の基準に基づき判断する裁判所に、行為余地を与える。その行為余地は、裁判所へ判断権を移すものであり、それゆえ、権力分立を——本質的に権力バランスの要請〔公準〕を——酷使し、問題提起し、または、是正するのに適合する。このように考慮することによって、同時に、法治国家における明確性要件が同時に国家の民主的な構造全体との関連を示していることが明らかになる。すなわち、立法者が明確性の要請を充たさないことよって任務を果たさないならば、民主的正統化も瓦解してしまう。というのも、そうならば、もはや立法者は「判断し〔決定し・はつきりさせ〕」(entscheiden) ないこととなるからである。こういう場合は、つまり、将来に裁判で判決が下される諸事例について予め判断する意味で、政策判断が、立法者ではなく、より低次の政策的正統化による機関へ移ることになる。そうであるならば、前述のいわゆる本質性理論の主張は、はかなくも砂上の楼閣のように崩れ去れるであろう。

法的安定性は、立法の継続性も要請する。このことは、一方で、もっぱら外見上、常に絶え間なく相次いで連続する法律改正にとって障壁になっている。議会制定法律に鑑みれば、法の下に服する者の信頼保護が生ずる。その者は、その経済的なまたは他の任意にできることを、現にある法律の存続に合わせなければならぬ——いわば、目下、法治国家・民主制の条件の下でつくられた経済システムにも含まれるという要請である。そこから、遡及効禁止の意味における法治国家の諸原則が導かれる⁽⁸⁾。完結した事態へ事後的に規律をもって介入してはならない。もつとも、実際

に完結した事態は、まさに環境政策においても、むしろ例外である。典型的には、むしろ、我々は、考えられる環境負荷について、それと結びつく確率の程度についても、新たな認識を獲得することがある。あるいは、また典型的には、時代が変遷する中で政策的な景気によって、環境政策を甘受できることに関する評価結果と、責任を負う者とは、互いに区別されることがあるにすぎない。ここで、やはり再び特徴的にも、前述した比例原則が浮かび上がってくる。

法律状況の存続から生じてきたこと、そのような処分の安定性は、次のことを必要とする。ある法律は、他に選ぶ手段があつてはならず、いかなる場合も評価されるべき諸利益すべてを考慮して、相当性〔諸利益の均衡性〕や期待可能性がなければならぬのである。そうではない場合〔法律が比例原則に反して安定性を欠く場合〕には、その法律改正は、遡及効禁止に対する違反ゆえに違憲でありうるし、または、いかなる場合も賠償という結果〔法的効果〕と結びつきうる。そうした賠償の規模は、事実上、その法律改正に対する阻止としても表れてくる。

以上のように論及してきた問題性は、ドイツにおいては最近いわゆるエネルギー転換との関連で提起されている。このエネルギー転換は、しばしば、核エネルギーからの「脱却」「脱」原発〕 („Ausstieg“ aus der Kernenergie) とも呼ばれる。それは、——とりわけ他の諸相は別として——世界の世論の目の前でフクシマの核発電所〔原発〕で起きたことを考慮して、ドイツにとって政策的に理解されうるしかない出来事である。ここで部分的に法律の脇を通り過ぎて政策上の路線転換〔転轍〕がなされたことは、法治国家において批判されるべきである。他方で、理性的にまたは大衆迎合的にいつものように、他のリスク評価〔科学的アセスメントでなく政策的評価〕を以前にも増して出発点と

する政策上の航路転換〔転舵〕がなされることは、そもそも法治国家において懸念することではない。民主制の視点からも、懸念することはない。問題は、いかに以下のことが根拠づけられうるか、すなわち、エネルギー生産者の収益見込みではなく——個々人に応じて——市民の生計〔光熱費〕に関わる以上のような航路転換は、比例原則の判定基準によつて正当化されうることのみである。個人的には、その比例原則による正当化は可能であるというのが私の見解である。しかし、私は憂慮している。というのも、その正当化が、憲法上すなわち法治国家における規準の価値を十分に認めずして部分的になされているからである。

(d) 憲法任務たる持続的発展〔持続可能な発展〕

以上と関わり、環境政策は憲法問題であるということを証明すべきとする更なる局面〔様相〕へ話を進めよう。このことは、これまで扱われてきた民主的法治国家の諸原則を越えるに至っている。むしろ、環境政策の具体的な憲法規準が重要になってくる。それには二つの局面がある。

ドイツ憲法には、任務割当または政策任務の意味では内容のある規準は僅かしかない。その憲法は、一九四九年以来、そして一九九〇年には完全に、ドイツ統一の再建を国家の任務としてきた。その憲法は、同じように当初より、社会国家として現れている。すなわち、社会的公平性の確立は、三つの国家権力すべての尽力のための指導指針たるべきである。すなわち、何が多くの具体的な法学的推論のきつかけとなるのか、その指針たるべきである。さらに、我々の憲法の条文から読みとられるのではないが、その憲法から解釈によつて巧みに獲得されるのは、文化国家性の

任務である。これは、国家にとって無頓着なものであつてはならないという意味で、とりわけ芸術と学問、また大学教育の備えている水準がいかなるものか、理解されるのである。ここでは、最大限に基本権で保障されるアクターの自主責任〔自主規制の余地〕を残しておくメディア政策との関連もある。これについては、いふべきことが相当ある。とりわけ現今の明白な機能不全についてもである。

更なる明示的な国家目標規定が一九九四年に基本法へ採用された。それ以来、基本法二〇a条において、国家が将来世代の利益のためにも自然的生活基盤の維持に気を配ってきたことが論題である。概念につき前置きとして注意を喚起しておきたいのだが、自然的生活基盤について、ここでは、環境政策の行為分野すべてが意図されている。その限りで、国家は何もしないことはあつてはならず、国家は能動的に影響力を行使することを義務づけられている。こうした憲法規定の定式化は、はっきりと以下のような語彙によって影響を受けている。その語彙は、とりわけ持続性(Nachhaltigkeit)という概念をめぐって巡り広まって、国際的な討議によって生み出されたものである。すなわち、国際連合の文脈、とりわけいわゆるリオ・プロセス、それが意味するのは、リオ・デ・ジャネイロで一九九二年に開催された国際環境会議であり、その一〇年後に南アフリカで再び行われており、さらに改めて行われた今年の七月に持続可能な発展(Sustainable Development)に関するリオ十二〇国連会議である。ちなみに、それは、四〇、〇〇〇名の参加者が集うものであつた。その中には五〇名以上の国家元首と約五〇〇〇名の大臣もいた。通覧できないほど大量の文書が作成されており、また、四〇、〇〇〇人が二日間で何かしら有意義に協議ができるのかどうか、どのようにできるのかも疑念が抱かれている。

二〇年前のリオ・プロセスのおかげで、ドイツ憲法は、いずれにせよ環境保護の国家目標へ明文上関連づけられており、その帰結は法学的に意義深いものである。環境諸法律とその改正についての政策上の討議は、いまやいわば憲法化〔立憲化〕されている。さらに重要なのは、すなわち、法律を適用する執行権と、特に統制する司法権にとって、すでに具体的な事例判断へ取り込まれた憲法ランクを備えた新たな基準が生じていることである。しばしば私が強調してきた比例原則の審査が、環境保護のための国家目標規定によって濃縮されている。こうした国家目標規定は、衡量の際に、環境政策の利益の比重を強化し、私人の利用に伴う環境侵害への介入〔環境を害する私人の経済的自由権の制約〕を正統化する。

(e) 環境保護の基本権？

国家目標規定は、基本権ではなく、客観法であり、主観的請求権ではない。しかしながら、主観的権利〔権利〕の領域においても、環境政策は、憲法問題へと⁹⁾なった。このことを、基本法が成立した時には、見通すことはできなかった。同法の基本権カタログは、すべて第一に自由的基本権の元来の防御機能へ方向づけられている。とりわけ前世紀の七〇年代以降に連邦憲法裁判所によって促されてきた解釈上の比較的長きにわたる発展に基づき、基本権の防御機能の側面と並び、いわゆる保護機能の側面が現れてきた。このことは、革命的であって、幅広く影響の及ぶものと私には積極的に見積もられる帰結を生み出すものであった。

したがって、基本権は、もはや基本権へ介入する国家に対する不作為請求権〔差止請求権〕の意味で理解されると

ころの、妨害排除の防御権のみではない。むしろ、仮に、基本権侵害が、国家それ自体によってもたらされるのではなく、社会の影響から生じるものであったとしても、国家は、いまや基本権のために、基本権を保護・保持・促進すべく義務づけられている。基本権は、目下のところ今日、第三者の行態に対する保護規範である。このことは、立法を必要とするものであろうし、また行政の判断に反映されているであらうし、それらに対応して司法審査においてテーマとされるであろう。市民の基本権保護を持続的に侵害するように、社会の活動が帰責の連鎖の結果として至ってしまうならば、国家は見逃してはならない。環境政策に関連して換言すれば、生命と健康の基本権保護は、こうした利益の侵害から生ずる負担に対する立法の事前対策を求める。同じように、衡量に際し、こうした視点が考慮に入られる。帰結として、裁判所に追加的な統制基準が備わるようになる。それは、どこまで立法権と執行権が保護委託〔保護任務〕を考慮するか、または、どこまで保護委託を充たしていないか、裁判所に審査させる基準である。

3. 帰結・環境政策の包括的な裁判的統制

最後に、環境政策が憲法問題であることが明らかになるという、そうした状況から出発する裁判的統制にとっての帰結で締め括りたい。さきほど扱った基本権保護義務の問題が、その帰結である。また、先に明らかになったのは、政策問題の憲法的把握が裁判的統制をも担ぎ出すことである。より適切に言い換えれば、裁判による統制可能性である。このことは、特に連邦において、また州においても、規範統制と特に個人の憲法異議〔憲法訴願・憲法抗告〕の多彩な能力を備えた憲法裁判権の次元に当てはまる。多くの環境政策の法律形成は、私が言及してきた規範的規準に拠って裁判の審査台の上に置かれたのである。さらに重要なのは以下のことである。ドイツにおける政策形成は、場

合によっては裁判上の係争になるかもしれない見通しの下に常にある。その際、連邦憲法裁判所は、たとえば法律を破棄しなくとも、形成的に介入をする。連邦憲法裁判所は、その判断を機に、どこに憲法上の限界があるのか、いかなる形成が不可能として排除されているのか、いずれの代替手段がいかなる要件の下で考えられうるか、しばしば明らかにする。結果的にも、申立人にとって成果のないままにとどまっている法的紛争は、しばしば、その紛争から将来のための要請と手がかりが生まれるという意味において、成果がある。それゆえ、とりわけ基本権の保護機能は、環境政策の決定要素として、相当広範な射程を有している。

私は、締め括りとして、憲法裁判権を越えて、それ以外の裁判権へ視線を向けたい。それは、我々が専門裁判権と呼ぶものである。このことは、とりわけ以下の理由ゆえに、私には重要と思われる。なぜなら、日本では特別の憲法裁判権がないからであり、——いずれにせよ遠方からの観察者の印象にとっては——立法と行政に対する憲法上の規準を動員することに関していえば、環境政策の分野においても、日本における裁判権は総じてどちらかといえば控え目と思われるからである。

ドイツにおける行政法について、それを越えて総じて単純法についても、とりわけ手続法と民事実体法についても、それらの内容的な憲法化が結果として伴うのは、憲法裁判所が憲法問題を扱うことにとどまらず、以下のように定式化されうることである。すなわち、専門裁判所はそれぞれ憲法裁判所でもある、ということである。というのも、保護機能を伴う基本権秩序を含む憲法は、その基本権秩序に包含された価値の効力を発揮させるはずであるところの、

あらゆる裁判所に対して直接に効力を有するからである。⁽¹⁰⁾

付け加えれば、行政裁判権での実効的な権利保障を達成できることが、個人の基本権として各個人に保障されている。こうした権利保障によつて、——通例のように——裁量問題について判断されるべきとき、各行政裁判所に比例原則の基準を把握させる。詳しくいえば、たしかに、裁量は——日本と同様にドイツでも——行政の本来の判断余地があるという考えと結びついているが、しかし、同時に——日本と異なり——裁量も、厳しく法的に拘束されており、とりわけ比例原則を遵守しなければならないという考えが貫徹されてきたのである。その侵害は、いわゆる裁量の逸脱を意味する。この意味での判断は、行政と行政裁判権の状況をめぐる日々を共に刻んでいく。予期される権利の貫徹と、それに対応して弁護士に相談することに関し、行政裁判所への道は、疎遠でどちらかといえば回避されるべき最後のオプションというわけではなく、権利を守るための自明の一步である。その際、憲法規準について終審の行政裁判所に判断の誤りがある限りで、さらに憲法裁判権への道が開かれる。

以上のような、日本と異なる、はっきりと型どられた司法国家性の像は、環境政策が憲法問題であるという状況の帰着である。そして、同時に、私は理論的な問題について論じたのではなく、法実践的な意義もある理論的な問題について論じたことが、裏付けられよう。そのような道または同じような道を歩もうとするのかどうかは——一つのテーマである。そのテーマに、学問は——望むらくは引き続き日本とドイツの対話においても——取り組むことができる。

* 本稿は、前号に引き続き、フィリップ・クーニヒ (ベルリン自由大学教授) の講演 (日本大学法学部、二〇一二年一月) に基づく論考の翻訳である。

訳注

- (1) 本講演・論考では、環境法よりも環境政策に重点がある。「環境法」は、国家が形成する「環境政策」の枠を画定する限界の面と、社会 (特に企業) へ作用する「環境政策」の行動を正当化する手段の面がある。Vgl. *Martin Janicke / Philipp Kunig / Michael Stitzel, Umweltpolitik, 2. Aufl., 2003, S. 19 ff.; 161 ff.* の環境法 (「クーニヒ執筆部分」)。
- (2) ここで生活妨害・公害と訳した語の原語は Immission である。ドイツ環境法の分野においては、Immission とは、典型的にはガス、煙、悪臭、騒音、振動など、人間や環境に影響を与える因子の排出 (Emission) による侵害を意味し、日本語の公害とは若干異なる概念である。
- (3) 参照、フィリップ・クーニヒ「国際法のドイツ環境法への影響」本誌次号。
- (4) そのテーマについて *Philipp Kunig, Art. 1, in: Ingo v. Münch / ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., 2012, Rn. 16* は「動物が人間の尊厳を有するわけではない。にもかかわらず、基本法一条一項「人間の尊厳」は、動物との付き合いの評価に富んでおり、国家目標規定として理想像を示す。そこへ自然と特に発生的にヒトに近い動物に対する責任も含まれる」という。また *ebd., Rn. 36* は「いずれにしても『自然の権利』の創出は「…」基本法一条一項に對立しないであろうが、もつとも、基本法一条一項それ自体は、その『自然の権利』を含まないし、あるいは、命じてもない」ともいう。このクーニヒ説の位置づけにつき参照、藤井康博「動物保護のドイツ憲法改正 (基本法二〇 a 条) 前後の裁判例——『個人』『人間』『ヒト』の尊厳への問題提起二」早稲田法学会誌六〇巻一号 (二〇〇九年) 四五二頁。
- (5) 参照、フィリップ・クーニヒ (高橋雅人訳)「国家と社会の機能変動」本誌前号。
- (6) この講演は公刊されていない。その定義・内容については、教授資格論文の *Philipp Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 4 ff.*「[法治主義と同義とされる]法治国家性」に関するクーニヒ説につき (その師のインゴ・フォン・ミュンヒ説も

- 併せ) 参照、高田敏「『形式的法治国・実質的法治国』概念の系譜と現状」近畿大学法科大学院論集二号(二〇〇六年)三三二―三三三、五八頁〔後に同『法治国家観の展開』(有斐閣、二〇一三年)所収〕も。
- (7) Vgl. *Philip Kunig, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht*, in: *ders. / Makoto Nagata* (Hrsg.), *Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog*, 2006, S. 169 ff.; 参照、小林宏晨ほか訳「ドイツ公法における比例適合性原理」永田誠・フィリップ・クーニヒ編集代表『法律学的対話におけるドイツと日本―ベルリン自由大学・日本大学共同シンポジウム』(信山社、二〇〇六年)一五一頁以下。
- (8) Vgl. *Philip Kunig, Rechtsstaatliches Rückwirkungsverbot*, in: *Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. 3, 2009, S. 69.
- (9) 参照、フィリップ・クーニヒ(松本和彦・高田倫子訳)「ドイツにおける基本権ドグマティク」阪大法学五九卷二号(二〇〇九年)二四三頁以下、特に三五三―三五四頁。
- (10) Vgl. *Philip Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 61 (2001), S. 45 ff.; フィリップ・クーニヒ(岡田俊幸訳)「連邦憲法裁判所の最新判例からみた基本法と国際秩序との関係」比較法学四〇巻三号(二〇〇七年)一一二―一一三頁、クーニヒ(高橋訳)・前掲訳注(5)VIも。

