

# 連邦憲法裁判所初期の判例における 価値秩序論について

——全州議会評議会から夫婦合算課税違憲決定・  
リュート判決まで——

武 市 周 作

はじめに

- 1 全州議会評議会にみる価値秩序論の受け入れの素地
- 2 夫婦合算課税違憲決定における価値秩序論
- 3 リュート判決における価値秩序論

おわりに

## はじめに

本稿の目的は、ドイツ連邦憲法裁判所の初期の判例を素材に、いわゆる憲法上の価値秩序論について、学説からの（に対する）影響も含めて考察することにある。筆者は、ドイツ刑法173条の近親姦罪に関する連邦憲法裁判所判例をきっかけに、公法上の道德律・道德について考察した<sup>(1)</sup>が、価値秩序に関する議論を検討課題として残していた。本稿はそこでの問題関心を引き継いだものであり、さらには、これまでの保護義務論・保護請求権論に関する考察にとっても意義のあるものである。

基本権の価値秩序は、基本権の客観法的内容とほぼ同じものと捉えられている。これまでの判例において、価値秩序は、「客観的価値秩序」、「価値決定的原則規範」、「客観法的価値決定」、「憲法価値」、「社会形成的価値」といった「価値の概念と関連づけられたもの」から、「憲法上の基本的決定」、「社会的な秩序原理」、「指針」、「構造原理」、「基本原理」、「指導

原理」といった「価値との概念とは関係しない用語」まで様々な表現で示されてきたが<sup>(2)</sup>、これらが目指すものは同じものと考えられてきた。はたして価値概念と関連するものとそうでないものをひっくり返して捉えるのが妥当かは議論の余地はあろうが、そこから裁判所が導き出してきた機能を包括的に整理すれば、同じものとして捉えることはできるだろう。このように様々な表現で用いられる価値秩序論も、連邦憲法裁判所が認めてきた機能については変遷がある。

例えば、レンスマンは、連邦憲法裁判所判決における価値秩序論の“初期”として、夫婦合算課税違憲決定、リユート判決、薬局判決を、“第2期”として、定数制判決(1972)<sup>(3)</sup>、大学判決(1973)<sup>(4)</sup>、第一次墮胎判決(1975)<sup>(5)</sup>をそれぞれ挙げて、大きく分けて1970年代に方向転換がなされている旨指摘している。すなわち、「50～60年代前半においては、価値決定的原則の法適用機関への『照射効』が価値決定判決の中心であったが、定数制判決、大学判決、第一次墮胎判決といった一連の著名判決においては、基本権による『指針』に対する立法者の配慮義務へと重心を移し<sup>(6)</sup>」、連邦憲法裁判所の権限が、裁判官への法適用に対する審査から、立法者の法制定に対する審査へと移っていったとする。そして、このような流れはドイツ国内の社会的な推移に対応したものとみる。基本法制定直後の50年代から60年代前半までは、基本法における新たな自由で民主的な価値秩序を重視したのに対して、60年代後半以降の社会経済の発達や社会倫理・分化の変革によって、国家に対して、現実的な自由を確保するために必要なインフラ整備や社会国家的な給付要請、平等なき社会への参画といった手続や制度の整備が求められ、自由を促進・保護する国家に対する期待が高まっていったことが背景として考えられるとしている<sup>(7)</sup>。視点を変え「連邦憲法裁判所と政治部門」という点からみると、50年代から60年代前半までを「成立期」、「定着期」として、上でいう第2段階を「転換期」と捉える見方にも適合する<sup>(8)</sup>。この「転換期」の特徴は、69年からのSPDとFDPの連合政権による改革立法を、対立するCDU/CSUが連邦

憲法裁判所で争ったという構図にある。その後、「安定期」を迎え、リベラルな判決を下し様々な方面から批判を受けた「危機の時代」を迎えることになる。

このような流れを踏まえて、本稿では、初期の判例についての的を絞って検討をしていきたい。というのも、冒頭で触れたように、元々の関心が人権制約根拠としての道徳に端を発しており、連邦憲法裁判所が道徳律・道徳について言及する時期がまさに初期に限られているからである。その時代背景として、ナチスに対する大いなる反省に基づいて、伝統的な道徳へ志向していたことに由来すると考えられるが、まさに初期の段階にも対応すると思われるからである。

価値秩序あるいは基本権の客観的内容については、わが国においてもこれまでも論じられてきたところである<sup>(9)</sup>が、本稿では、初期の段階で連邦憲法裁判所が学説からどのような影響を受けながら価値秩序論を展開していったのかを整理することに絞り、改めて憲法上の価値について考察する一つの手がかりを示していきたい。

## 1 全州議会評議会にみる価値秩序論の受け入れの素地

### (1) 全州議会評議会 (Parlamentarischer Rat)

価値秩序論がリユート判決において強調されたことは周知の通りであるが、それ以前から素地は整っていた。それは基本法の制定時における全州議会評議会における議論にも現れ、さらにその議論はヴァイマル期に遡ることになる。

全州議会評議会は、いうまでもなく、第二次世界大戦後の占領期の1948年9月から翌年5月までの間に開かれた西側三カ国の占領地区における各州議会代表の評議会で、当該地区の統一した新国家の憲法制定にあたったものである。この評議会において基本法制定に向けて目指されたのは、評議会設置中の第3回国際連合総会(1948年12月10日)で採択された世界人

権宣言で国際法的にコンセンサスが得られた価値である。とはいえ、単なるプログラム規定を排除し国家権力を直接拘束する規範の制定を目指していた評議会にとって、世界人権宣言の法的拘束力の問題は残されていた。世界人権宣言の価値が、基本法に対して及ぼした影響は強かったが、人権宣言が単なる宣言として丸々受け入れられるべきものではなく、それぞれの人権保障規定が、直接的に拘束力をもった権利として実定化するのに相応しいかどうかはその都度審査される必要があった<sup>(10)</sup>。

いずれにしても、ドイツの憲法制定権力は、世界人権宣言において重視された「人間の尊厳」を、国際的にコンセンサスのある価値として憲法の基礎に置き、根本決定として据えたのである<sup>(11)</sup>。この準備段階で既に基本法が価値秩序であることは始まっており、基本法1条1項1文・2文の文言でも、価値秩序との関連性が明確に示されることになった。この際、例えば、ラインラント＝プファルツのようなカトリック系ラントにおいては、カトリック的社会理論と関連性を帯びた州憲法が採用された<sup>(12)</sup>が、評議会は、キリスト教的な自然法論に基づく人間観を採用する一方で、人間の尊厳を神学的に基礎づけることには距離を置こうとしている<sup>(13)</sup>。なお、基本法においては、自然法による根拠づけを、憲法解釈が主観的な価値判断によることになるといった懸念にも配慮された<sup>(14)</sup>。人間の尊厳を「解釈されざるテーゼ」や「それ以上の法学的定義を必要としない」原理と捉える見解などに基づいて、評議会は、基本法の最高価値として人間の尊厳を置き、基本法を価値秩序として成立させる道を選んだといえる。

## (2) 基本法制定に対する世界人権宣言への影響

レンスマンは、価値秩序論が、ヴァイマル期から全州議会評議会を経て基本法へと受容され、一方で実務的に連邦憲法裁判所の判例で展開され、他方で学説においても批判にさらされながらも展開されていくことを分析するが、その考察の根本にEUも含めた国際的な視点を置いている。ここでは、とりわけ基本法が制定される中で、世界人権宣言における価値秩

序的発想がどのように影響を持ったのかに的を絞って議論を整理しておく。

世界人権宣言は、「国内、地域、国際的視点からの人権保障の発展にとってアルキメデスの点をもたらし」、「1948年に承認された価値のコンセンサスからあからさまに離脱しようとする国はなかった」と評価される<sup>(15)</sup>。条文をみると、前文で、「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることのできない権利とを承認することは…」、また、「国際連合の諸国民は、国際連合憲章において、基本的人権、人間の尊厳及び価値並びに男女の同権についての信念を再確認し…」とし、さらに、第1条で、「すべての人間は、生まれながらにして自由であり、かつ、尊厳と権利とについて平等である」として、人間の尊厳を「最高位の構成原理」としていることが分かる。その背景にはいうまでもなく第二次世界大戦に対する世界的な反省がある。大戦で行われたのは単なる個々人の人権侵害ではなく、人間の尊厳の包括的な否定であった。世界人権宣言は、このような反省に立って、「思想としては長いが法概念としては短い<sup>(16)</sup>」人間の尊厳を、はじめて明文で取り込んだものである。また、1条2項では、「人間は、理性と良心とを授けられており、互いに同胞の精神をもって行動しなければならない」として、人間の良心に対する信頼を基礎としている。この良心もまた、戦争に対する反省を基にしており、「人間の尊厳は、集団としての倫理的な直感の産物である」といえる。そして、「人間の尊厳と人類の良心の相互作用の例が、文化を越えた人権に対する“共同の見解”を体現させようとした世界人権宣言は、特別な哲学上の学派と合致するわけではなく、「人間の尊厳は、哲学的思弁の結果ではなく、苦悩に満ちた歴史的経験を基にコンセンサスが得られた人権の基礎である<sup>(17)</sup>」。

さて、このようにして認められた人間の尊厳は、「それ自体人権ではなく、最高の価値として人権に前提され」、自由と平等の価値を守っている。そして、自由は個人の人格発展を意味し、世界人権宣言29条もそれを保障しているが、「“理性と良心”に満ちあふれた、社会的な存在としての人間

は、生来の（国家と対峙する）人権のみならず、“共同体に対する義務”を有する<sup>(18)</sup>。29条2項でも示されるように、このような人間像は共同体の中で存在することを前提とし、人は他人の権利や自由を尊重した上で自由な人格発展を認められるのである。ここにきて、人権宣言における人権は、「社会秩序の根本的な構成原理」、「根本規範」、「拘束力のある価値決定」となり、国内であれ国際的にであれ、「法秩序・社会秩序の形成に対する決定的な指針」となるのである。一方で、28条では「すべて人は、この宣言に掲げる権利及び自由が完全に実現される社会的及び国際的秩序に対する権利を有する」と規定を置き、主観的権利として機能すると共に、他方で、個人の自由の保障整備という点では客観的な秩序としての機能をもつ<sup>(19)</sup>。

## 2 夫婦合算課税違憲決定における価値秩序論

### (1) 価値決定的原則規範

以上のように全州議会評議会や、評議会が基本法制定に際して影響を受けた世界人権宣言にみられる価値秩序的視点は、連邦憲法裁判所の判例においても引き継がれていく。この視点からは、夫婦合算課税違憲決定に遡ることができ、さらにそこでは連邦憲法裁判所によるヴァイマル期の憲法理論の影響がみてとれる<sup>(20)</sup>。いずれにしても連邦憲法裁判所は同決定において次のように「価値決定的な原則規範 (wertentscheidende Grundsatznorm)」という表現を用い、基本権の諸機能を認めている。

基本法6条1項は、価値決定的な原則規範である。それは、他の人的繋がりと比較することはできない婚姻と家族を、あらゆる人的共同体の基礎として国家秩序の特別な保護の下に置く。

そこでは、まず、ナチス支配の時期における経験を踏まえて、国家による外的な強制から婚姻と家族の特別な私的領域を保護することに資するべきで

あるという伝統的な基本権の意味における決定が問題となっている。そのさい、第一に、ナチス支配の時代の経験に照して国家による外部の強制からの婚姻と家族の固有の誕的領域の保護に奉仕しようとする古典的な基本権の意味での定義が問題である。…

また、婚姻と家族に対する憲法上の信条告白は、両者の生活秩序の保障、すなわち、いわゆる制度的保障を含んでいることは明らかである。この性質によって、6条1項は、婚姻と家族をその本質となる枠組みの中でのみ保障し、それゆえこの実際の法的効果は、その限りで婚姻及び家族法の規範的核心を憲法上保障することのうちにのみ存する。

しかしながら、基本法6条1項の法的効果は、これらの機能にとどまらない。全体の憲法規範—とりわけ市民と国家の関係を決定し、あるいは、共同体生活を規律するようなものと同様に—と6条1項は、相互に関連し影響を及ぼし合う複数の機能を含んでいる。ここでの憲法裁判の課題は、ある憲法規範の諸機能、とりわけ基本権の諸機能を解明することにある。その際、まさにその解釈には、「当該規範の法的な効果を最大に発揮する」優位が認められなければならない(トーマ)。

このように、連邦憲法裁判所は、6条1項に対して防禦権保障、制度的保障、価値決定的原則規範の性格を認めている。このとき、連邦憲法裁判所が、まず、6条1項が基本権解釈において変則的なものであるとしているのではなく、基本権機能の中に含まれた枠組みであるとしていること、次に、すべての基本権においてこのような諸機能がアプリアリに想定されるわけではなく、個別事例において憲法裁判所が解釈して導き出すとしていること、さらに、ここで挙げた判決文の最後でリヒャルト・トーマの見解を引用していることにも特徴がある<sup>(21)</sup>。すなわち、「連邦憲法裁判所は、このような基本権の諸機能を、デウス・エクス・マキナ (deus ex machina) として紡ぎ出したのではなく、ヴァイマル期の基本権解釈に直接的に関連させて展開しているのである<sup>(22)</sup>」。また、同パラグラフの表現は、カール・シュミットの次の文章に基づいているのは明らかであろう。すなわち、「これら諸機能は (ヴァイマル憲法の第2編 (ドイツ人の基本権お



よび基本義務)の諸規定とは)矛盾せず、相互に排他的である必要もない。すなわち、それぞれが相互に影響し合い、相互に関連するのである<sup>(23)</sup>」。

## (2) ヴァイマル国法学における基本権理論の受容

連邦憲法裁判所の判決において引用されたトーマの見解はどのようなものか。ヴァイマル期における基本権規定については、いわゆる「拘束力ある法規範」と「プログラム規定」の二分論がとられた時期もあった<sup>(24)</sup>が、1920年代半ば以降、基本権に実効性を持たせる傾向が判例・学説共にみられた。それが判決における「当該規範の法的効果を最大に発揮する優先権を与える」ことにつながる。

トーマは、「純然たるプログラム規定」とされてきた基本権にも「法的効力」を認め、立法者自身が基本権に拘束されることと、プログラム規定の法的効力はさらに法適用権力である行政権・司法権にまで拡張することを指摘する。

立法者の基本権拘束については、伝統的な自由権的基本権の領域において立法者の形成裁量の自由は制限され、現実的な社会改革のための規範の内容形成についても基本権に拘束されることになる。立法者は、いわゆる法律の留保によって個人の自由の領域に対して法律をもって制限を加えることはできるものの、それに対して自由権保障という限界が設定される、いわゆる「制限の制限 (Schranken-Schranken)」が課されることになる。これはシュミットによる「法治国家的配分原理」に基づいているといえるが、基本権の機能からみると、立法者の裁量に対する「指針機能」といえる。また、一シュミットによって精緻化された一制度的保障についても、制度設計・設定のための法律を制定するにあたって、本質事項の保障が求められ、そこには一定の限界が生じる。この点トーマは、制度的保障を、婚姻、相続、所有だけでなく、移転、平等、芸術・学問の自由にまで拡張しており、それだけ立法者は各制度の本質事項について拘束されることになる。このように、消極的なプログラムの内容と並んで、自由主義的基本



権は立法者を義務づけ、さらに、「(ヴァイマル憲法) 第2編において数多く規定される“立法プログラム、国家目的、保護・促進義務”は、いまや、たとえ内容が不明確であっても、立法者にとって法的に拘束するものみなされる<sup>(25)</sup>」。このような立法者に対する立法の指針機能については、「基本権において体现された“国家秩序全体とすべての活動機関のための”“全体的決定”が重要である」。同様に、行政・司法に対するプログラムとしての基本権の拘束についても、立法者に対する立法の指針機能と同じように解釈指針機能を有する。シュミットによると、このような基本権の諸機能は相互に排他的になることはなく、むしろ相互に影響を及ぼす<sup>(26)</sup>。

さて、レンスマンは、ヴァイマル期において、すでに次のような視点を持ち、これが連邦憲法裁判所の判例にも影響を及ぼしているとみることができることを指摘する。すなわち、①一般的な法律の留保と内容形成の留保の枠において、立法者の形成権限に対する限界として、基本権の価値決定が用いられること、②法的効果のある社会的なプログラムの基本権内容を実現すること、③基本権に内在する憲法制定権力の価値判断が、法適用権力に対して「遠隔作用」を及ぼすことを発見することである<sup>(27)</sup>。これらは、ヴァイマル憲法において規定された社会・経済・文化的基本権を直接の根拠とし、さらには、ヴァイマル以前の独裁制から民主的法治国への体制転換と国家統一が目指され、そのこと自体を社会が受け入れたことに基づく。当時において、このような統一に向けた基本権の機能は、基本権理論あるいは基本権解釈にとって関心の中心であった。そして、国家権力に対する指針を価値決定によって提示することで、立法者はその新しい体制・秩序を吸収し実現することができる。そして、法適用機関は、「遠隔作用」を受けて基本権上の価値決定を踏まえて解釈し、あるいは、裁量を行使しなければならないことが義務づけられることになる<sup>(28)</sup>。この遠隔作用によって、司法権・行政権はそれぞれ解釈・裁量について基本権上の価値決定を尊重すべく限界づけられることになるが、他方で、とりわけ司法権については基本権の統一的な解釈権限や法律の破棄権限も発生するこ

とになる。

確かに夫婦合算課税違憲決定では、トーマの名前を挙げ、ヴァイマル国法学に繋がる要素がみられることは確かである。しかし、以上のようなヴァイマル国法学における基本権論が、同決定に直接的に結びつくものであると考えられるかは別の問題であり、トーマの見解と連邦憲法裁判所の立場には違いがあることも指摘される。すなわち、トーマは「主張されている解釈原則が、特定の基本権規範の特別の内容に関する争いに適用されうると仮定するならば、それは大いなる誤りであろう<sup>(29)</sup>」としている。「基本権の特別の内容が徹底的に究明された後に初めて『基本権の実効性』の原則が意味を持つのであり、「あらかじめ引き出されたその特別の内容が、純然たるプログラムの性質を持つにすぎないのか、または法的拘束力をも有しているのかが疑わしいときに、後者の意味で基本権規範の内容が解されるべきことを意味する」にすぎない。したがって、「この原則から、基本権規範の『特別の内容』についての推論は引き出されえない」ことになる<sup>(30)</sup>。また、シュミットも、「戦後、価値決定の照射効は、“価値の専制”として、強く非難されている<sup>(31)</sup>」としていることも注意が必要である。

### (3) 決定における多機能的な基本権論

夫婦合算課税違憲決定において展開された基本法6条1項の特別の保護については、憲法制定時から説かれたものである。そもそもヴァイマル憲法において基本法6条1項と同じ内容をもつのは119条1項（「婚姻は家庭生活及び民族の維持・増殖の基礎として、憲法の特別の保護を受ける。婚姻は両性の同権を基礎とする。」）であるが、すでにこの規定において家族への「特別の保護」は想定されていた。しかし、一先にみたように一ヴァイマル期には、同規定を主観的請求権としてではなく、「主に立法者との関係で法的効果を発揮する客観法的保障として」理解する立場が一般的であった。

これに対して、先にみたように連邦憲法裁判所は、基本法6条1項を伝統的な防禦権、制度的保障、原則規範として捉えている<sup>(32)</sup>。まず、防禦権については、ナチス支配との意識的な決別を表明していることが目を引く。これは、例えば、連邦憲法裁判所はごく初期の段階で、道德律に関する判例において、ナチスの反省からキリスト教的な観念やいわゆる道德に結びつきやすい姿勢を取っているのに対して、その後はそのような論を展開する例がなくなっていくのにも符合する<sup>(33)</sup>。次に、制度的保障としての性格に基づいて、立法者は基本法19条2項にいう「本質的内容」の現れでもある婚姻及び家族法のコア部分を尊重することが求められる。最後に、原則規範については次のように説かれる。すなわち、「ヴァイマル国法学と結びついた、“法秩序および社会秩序”の特定領域について“憲法制定権者の価値決定”が表明された基本法6条1項の“原則規範”としての意義を認めることで、連邦憲法裁判所は“ブルジョワ自由主義的”法治国家モデルの枠から距離を置いている。基本法6条1項は、もはや社会的自由領域からの国家の“限界画定”ではなくて、指針的原則として“社会秩序”へ働きかけるのである。このような意味で、連邦憲法裁判所は、“自由な個人に対する作用についての全国家権力に対する原理的な限界となる…指導理念”の特殊な現れとしての基本法6条1項の防禦権的内容と、“社会的法治国家の…指導的原理”が機能する“価値決定的な原則規範”とを対比させている<sup>(34)</sup>。このような議論は、トーマの推論に合致する<sup>(35)</sup>。すなわち、基本権の客観的な原則としての側面を語ることは基本法でも認められることであるが、それは「純然たるプログラム」ではなく「法規範としてのプログラム」という意味を持つ。「プログラムと規範性、あるいは、“原則と規範”という二分法は止揚され、“原則規範”が生まれるのである<sup>(36)</sup>」。このようにみると、基本法6条1項から導かれた価値秩序は、後に基本権カタログ全体に認められるというのはむしろ当然とすらいえる。

### 3 リュート判決における価値秩序論

#### (1) リュート判決における価値秩序

夫婦合算課税違憲決定の後、基本権の価値決定についてとりわけ重要な意義を認めたのが、リュート判決である。この判決で、連邦憲法裁判所は次のように判示し、基本法の価値秩序を認めた上で、そこからさらに基本権の第三者効力を認めた。

基本権は、第一に、個人の自由領域を公権力の介入から守るために規定されていることは疑いない。すなわち、基本権は、国家に対する防禦権である。このことは、各国家の憲法における基本権の受け入れの歴史と同様、基本権理念の精神的発展から導かれるものである。この意義には、基本権規定を置くことで国家権力に対する人間と人間の尊厳を強調する基本法の基本権もこのような意義を有している。このことにあてはまるのが、立法者がこれらの権利に対する特別な法的救済、すなわち憲法異議を公権力の行使に対してのみ保障したことである。

しかし、決して価値中立的な秩序ではない基本法は、その基本権の章において一つの価値体系を築いたこと、および、まさにその中に基本権の効力の原理的強化があらわれていることもまた正しいことである。社会共同体の中で自由に発展する人間の人格およびその尊厳を中心点とするこの価値体系は、全法領域に対する憲法の基本決定として妥当する。すなわち、立法、行政および裁判は、この基本決定から指針を得ることになる。それゆえ、民事法にも影響を与え、私法の規定は価値秩序に違反してはならず、あらゆる規定がその精神において解釈されねばならない。

客観的規範としての基本権の内容は、私法においては、この法領域を直接に規律している規定を媒介として展開する。新たな法が基本権の価値体系と一致していなければならないように、現行の従来からの法も、内容的にこの価値体系に基づいて執行されねばならない。すなわち、価値体系から、その法の中に、これ以降の解釈を決定する特別な憲法上の内容が浸透する。この

ような基本権上の影響を受ける私法の行為規範に基づいた私人間の権利義務の争いは、実体的にも手続的にも私法上の法的紛争である。私法が解釈適用される場合、その解釈は、公法である憲法に従わなければならないのである。

リュート判決において認めた基本権の価値秩序については、大戦後のドイツの評価を回復することが狙いとしてあることは否定できない。この判決はおよそ3つの要素、すなわち、法秩序の憲法化 (Konstitutionalisierung)、良俗 (gute Sitten) の憲法化、意見表明の自由の優越性から分析できる<sup>(37)</sup>。

リュート判決においては、基本権の価値秩序から照射効を認めることがなにより大きな意義を持っていると評価されるが、これにより連邦憲法裁判所は、「基本権の保持のために最終的な権限を有し、それによって、一般法律の適用において基本権の特定領域に踏み込み、基本権の妥当性を具体的事案で許容されない程度に制限しうる裁判所の判決を統制する法的可能性が与えられ<sup>(38)</sup>」た。このようにして法秩序は憲法化され、「連邦憲法裁判所は、基本権の価値秩序の番人になり、ドイツにおいて国際法上の認められた根本価値を達成することを示すために、道徳的な清廉さと憲法の権威を保障したのである<sup>(39)</sup>」。

次に、リュート判決において、ドイツ民法828条の「良俗 gute Sitten」の概念に基本権上の価値が浸出することになった。「このような『良俗』の憲法化によって、連邦憲法裁判所は、社会倫理的な水準が直接的に実定法に流れ込むための規範的な水門を閉じ」、反対に、社会秩序の中に基本権上の価値を流入させることとなる。これによって良俗は、単なる経験的なものから規範的なものへと変化することになった。

最後に、連邦憲法裁判所は意見表明の自由の優越性を次のように強調している。

自由な意見表明の基本権は、およそ共同体における人間の人格の直接的表

現として、最も重要な人権の一つである…。自由で民主的な国家秩序にとってはおよそ成立しているものである。というのも、それによってまず絶え間なき精神的な議論、国家秩序の命でもある様々な意見の論争を可能にするからである。この基本権は、ある意味ですべての自由の基礎であり、「ほぼすべての他の自由の形式の基盤であり、必要不可欠な条件」(カードーズ)である。

ここで、アメリカ合衆国連邦最高裁判所カードーズ裁判官の名前を挙げ、いわゆる表現の自由の優越的地位を示唆する。しかし、連邦憲法裁判所は、確かに意見表明の自由が基本権の中でとりわけ重要であることは認めつつも、リュート判決以前の KPD 判決においてすでに、意見表明の自由自体が基本法の価値秩序の体系に組み込まれており、したがって、他の基本権上の法益、とりわけ人間の尊厳と密接に関係する利益との間で、絶対化されないことを強調していることを忘れてはならない。

自由な民主制において、人間の尊厳は最高の価値である。人間の尊厳は不可侵であり、国家によって尊重され保護されなければならない。人間の尊厳によれば、人間は自己責任に基づく生活形成への能力を与える「人格」である。人間の行動と思考はそれゆえ、階級状況によって一義的に決められることはない。むしろ、能力のあるものであり、それゆえみずからの利益と考えを他者のそれと等しくすることが求められる。人間の尊厳のために、可能な限り最大の人格の発展が保障されなければならない。政治的・社会的領域においては、政府が「臣民」の福祉のために配慮するのでは足りず、個人が可能な限り広い範囲で全体のための決定にも責任を持って参加しなければならない。国家は、個人に対してその道を開いていなければならない、それは様々な考えの精神的な闘いや論争が自由であり、言い換えれば精神的な自由が保障されていることによって成り立つのである。このような精神的自由は、自由な民主制のシステムにとって非常に重要であり、まさしくこの秩序が機能することの一つの条件でもある。そして、とりわけ硬直状態からこのシステムを守り、諸問題の解決策で満ちたものを示すのである<sup>(40)</sup>。

このように、連邦憲法裁判所は一少なくとも初期の判例において一意見表明の自由と個人の人格(的利益)は対立するものと捉えるよりも、人間の尊厳を最高の価値として想定することと意見表明の自由を保障することが相互の強化に繋がることを示唆している。ヨーロッパ人権規約や世界人権宣言、さらにはアメリカの判例の展開を踏まえて、意見表明の自由を優越的な自由として把握し、その民主主義的機能を強調する一方で、基本法における価値秩序を強調することによって、意見表明の自由を原理的に優越することなく、衡量可能なものであると把握したことが指摘されなければならない。

さて、リユート判決において認められた基本権の照射効は、法秩序を憲法化する可能性を持っているが、判決は、まず当該基本権が私法上の紛争において尊重されるべき場合の裁判所による基本権侵害を想定している。これはまさに基本権の対国家権力性を基本にした把握の仕方であるが、先の夫婦合算課税違憲決定において認められた「価値決定的原則規範」とは異なり、いわゆる客観的な基本権内容を認めていることが分かる。この「価値決定的原則規範から客観的価値秩序へ」の視点の変換は、リユート判決の事件の性質と時代的要請が指摘される<sup>(41)</sup>。まず、リユート判決において問題となっている意見表明の自由は、夫婦合算課税違憲決定における基本法6条1項とは異なり、文言からもヴァイマル期からの歴史的な流れからも、防禦権を超えた原則としての内容が認められず、それゆえ「高度な抽象化の水準への論証」が必要とされる。さらに、この事件では、個人の人格権と映画会社の営業活動の権利のどちらが価値として重要であるかという「価値衡量 (Wertabwägung)」が必要となることも影響している。そして、リユート判決は第三者効力の問題であり、「ドイツにおける私法学と国法学の対立する論争や、連邦憲法裁判所の権威に挑む専門裁判所が、特定の基本権の個々の解釈には限定され得ない、原則的な・明快な言葉を必要とした」のである<sup>(42)</sup>。最後にリユート判決には、「基本権の実定的な価値秩序を超えた普遍的な人権の超実定的価値秩序と、“良俗”と



いう社会倫理的な価値秩序への架橋」という役割が求められたと考えられる。リュート判決は、ドイツ国民が道徳的に清廉になったことを憲法上認めることを目指していたといえよう。

## (2) リュート判決における「連邦憲法裁判所と学説の“対話”」

リュート判決は、これまでの「判例と学説の十分な対話の結実」であったといえる。以下では、レンスマンの分析に基づいて、価値秩序論を支えることになる学説を整理していく。

まず、「基本権効力の原理的強化」に関する議論が挙げられる<sup>(43)</sup>。これは基本法が価値秩序であると認めることで、価値中立的なヴァイマル憲法とは異なることを強調する。価値相対主義を放棄して、憲法史における刷新に基づいて、価値決定的な原則機能を基礎づけるのである。このとき「連邦憲法裁判所は一しばしば指摘されるのとは異なり一客観的な基本権内容を魔法で編み出すために、細分化されていない法的な実効性ある多目的兵器を得ようとしたわけではない」ことは重要である。これはフリードリヒ・クラインも指摘するところである。すなわち、「基本法上の基本権の強化された効力は、段階的なものではなく原理的なものであり、人間の尊厳という自然法的基礎づけが国家機関に対する直接的な拘束力あるものとして実定法化され、客観的価値秩序として、通常法律であれ憲法改正法律であれ、立法者に対する客観的な限界として機能することで基本権そのものが強化されることになる<sup>(44)</sup>」。このような立法に対する限界づけは、いわゆる「制限制限 (Schranken-Schranken)」であるが、これによって一般的な法律の留保による基本権制限が容易であったヴァイマル憲法とは決定的に異なる基本権の強化につながる<sup>(45)</sup>。

次に、「社会共同体内で自由に発展する人格と人間の尊厳」を指摘する見解についてみる。連邦憲法裁判所が価値決定的な原則規範を認めたのは、単に防禦権を超えた性質を認めるための根拠を示したのではなく、むしろ「特定の“価値秩序”に関する“憲法裁判所による基本決定”の結

果」であり、その中心に人格の発展と人間の尊厳が据えられる。連邦憲法裁判所は、このように、一方で、「孤立した個々の人間」の自由の保障を基本権の最終目的としつつ、他方で、基本権は「社会共同体内での人格の自由な発展」を保障するべきであることを認めているものの、この根拠づけについては多くは述べていない。

このような考えを根拠づける視点として、(a) キリスト教的自然法、(b) 実定法からの推論、(c) 国際法のそれぞれの契機が考えられる。それぞれを簡潔にまとめると次のようになる。まず、(a) は、基本法1条1項の人間の尊厳原理の根拠を、キリスト教的自然法理論、とりわけカトリックにおける社会理論に置く視点である。キリスト教における徹底された個人主義でも集団主義でもない「人格主義 (Personalismus)」に基づき、人間の人格的な存在構造の中に、道徳的な自律だけでなく、隣人への実存的指向性を認める考えである。デューリヒは、「基本法においても、キリスト教的自然法と世俗的自然法の間に矛盾は認められず、憲法によって受け入れられた特殊キリスト教的理論を適用することは法的でないということはない」としている<sup>(46)</sup>。次に、(b) は、基本法上の規定、すなわち、基本法1条2項における「あらゆる人間の共同体の基礎として」という文言に、基本権を社会の自由領域から国家の限界画定に限定するのではなく、基礎となる社会的秩序を保障する意味を見いだす。基本法1条1項2文は、シュミット流の法治国家的配分原理に限定することを否定し、国家権力に対して単なる尊重ではなく“保護・促進”を求めている。このような社会拘束的な基本権保障については、基本法6条の婚姻と家族の保護の他、2条1項、12条2項、14条など個人の社会的連帯責任を促進する基本権制約を認める規定でもみられる。さらに、基本法20条1項における「社会的法治国家」原理への移行もその根拠として挙げられる<sup>(47)</sup>。(c) は、世界人権宣言と基本法の密接な関連性を重視する。この視点では、世界人権宣言には法的拘束力がないこととは関係なく、基本権の解釈にとっては大いなる意義を有しており、防禦権を超えた基本権の効力を認め、さ

らにニッパゲイは、保護義務思考も世界人権宣言に基づいていることを示唆している<sup>(48)</sup>。

最後に、「全法領域に対する憲法上の基本決定」に関する見解についてみる。連邦憲法裁判所は、憲法上 (verfassungsrechtlich) の価値秩序を、倫理的な認識 (Erkenntnis) ではなく、規範的な信条告白 (Bekenntnis) としており、それも規範体系の最高位にある憲法上の価値告白であることが重要である。さらに、ここでいう基本決定は、超実定法的な自然法的根拠づけを直接的とすることはなく、憲法制定権力の決定に基づいているが、決してシュミットの認めるような倫理的にも法的にも拘束のない全体決定ではない。あくまで、基本法において信条告白した不可侵である人間の尊厳、不可侵・不可譲の人権に違背することは認められない。さて、このような決定が「全法領域に対する」ものであることの意味はどうか。根本的な秩序原理として諸価値が意味を持つのは、ヴァイマル期の国家論である。すなわち、ヴァイマル憲法の草案段階で既に、国家権力の「制約」だけではなく、「国家権力の指針」としての決定は想定されていた。このこと自体は、ヴァイマル憲法そのものには組み込まれることなかったが、ギュンター・ホルシュタイン、エーリッヒ・カウフマンなどがすでに指摘していたように、第2編における防禦権を超えた基本権解釈を表明していることにも繋がる。カウフマンは、個別の基本権規定から直接的な効力を持つ権利を導き得ない場合に、ヴァイマル憲法第2編から法律上の概念や正義原理を適用する解釈を導くことができ、第2編は裁判官をも拘束する正統性および価値の証明書として実践的役割を果たすことを指摘している<sup>(49)</sup>。このような視点は、スメントの統合理論に受け継がれるとされる<sup>(50)</sup>。スメントによる基本権は、「憲法によって構成される国家生の意味となるべき特定の文化体系・価値体系を宣言する<sup>(51)</sup>」ものであり、基本権の国家統合機能あるいは意味創出機能から全法秩序の指針機能が導出されることになる。

連邦憲法裁判所の価値秩序論は、さらにシュミットによる基本権の多元

的理解にも影響を受けている。シュミットは、基本権の機能として、国家構成機能、安定機能、(国家と個人の関係の)画定機能、権限授与機能、一般的規律(指針)機能、解釈機能を挙げている<sup>(52)</sup>。中でも基本権の国家権力にとっての「指針」機能は、基本法が「全体決定」であるという性質に結びついている。これによって、基本権は、国家自体の構造を作り出し、国家権力があらゆる活動領域において尊重すべき基本的な秩序原理となる<sup>(53)</sup>。もし基本権カタログが防禦権の構成に限定され、市民的・自由的法治国家のための全体決定が導かれるとしたら、“積極的な”基本権内容まで拡張されることはなく、“消極的な”基本権内容が強調されることになるが、ヴァイマル憲法は、市民的法治国家の理念型に合致するわけではなく、その第2編で規定される基本権は、防禦権に加えて保護・促進義務やプログラム規定も含んでいる<sup>(54)</sup>。そして、基本権の実効性を拡張して捉えることで、プログラム規定のうちに拘束力のある効力が内在することになる<sup>(55)</sup>。このうち、保護・促進義務は、通常立法者の法制定がない限りは実現され得ないから、立法者に対してはそれを具体化する特権が与えられ、他方で、法適用機関である行政・裁判所に対してはヴァイマル憲法第2編に基づいた法律の解釈が求められることになる。これは、基本法制定後の連邦憲法裁判所判例の流れにも、また、一定の学説の展開にも合致する。プログラム規定の中に直接的に効力を持った権利を認めた場合、それと対立する規定は無効となると考えられるが、それ自体は争いのある問題として残される。しかし、基本法が制定されると、憲法の優位が明確に打ち出され、ヴァイマル期におけるプログラム規定と権利との調整については克服され、立法者が憲法に拘束され、憲法によって拘束力のある指針を受けることになるのである。

### (3) 小 括

このように、連邦憲法裁判所の価値秩序論は、決して独自のものではなく学説との対話を経て展開されたと理解できる<sup>(56)</sup>。ヴァイマル期の国法

学が、プログラム規定と規範性の統合に関する基盤や価値秩序の素地を作り、それに基本法における一国際法的な根拠にも基づいて一人間社会・共同体の中での人間の尊厳という視点を加え、価値秩序論として発露させたというのが一連の流れである。

なお、以上のように受け入れられた価値秩序から、保護義務、第三者効力・照射効が展開されていく。リュート判決では、第三者効力における間接適用説が採用され、これによって私人間同士の紛争における双方の「価値衡量」が必要となり、その結果裁判所が基本権に強く拘束されることになる。ただし、この場合も、法制定・法適用は単に憲法を実施するためだけに格下げされるのではなく、基本権の「指針」を受けるのである。このような価値衡量において、不当な衡量は人権侵害をもたらすことになるが、この衡量は抽象的な価値秩序の序列から判断されるのではなく、具体的事例を全体的に考察して本質的なところを考察することが求められる<sup>(57)</sup>。間接適用説の採用によって、一方で、直接適用を拒否した点で私法の独立性は確保されたと評価されるものの、他方で、法適用の場面で私法を新たな価値秩序に合致させなければならない点で私法の独自性は大幅に制限されていることも事実である。これ以降、私法は公法と同様に基本権の価値に覆われ、法秩序は憲法化されていくことになる。

最後に、価値秩序論の国際法的な分析をするレンスマンによるリュート判決の整理に触れておく。リュート判決によって、ドイツの基本権保障は、国際法上の人権保障水準にまで高められたと捉えられるが、他方で、国際法上の人権保障がすべて連邦憲法裁判所判例の考え方に直接的に関連づけられるわけではない。国内的な人権保護と国際的なその相互作業は入り組んだものであり、リュート判決はその一つの道である。いずれにしても国際法的な人権保障義務は国内の決定に留保されるのであり、法律上実効的にそれが充たされるかどうかは国内法に委ねられ、その限りで、リュート判決はそれを「価値秩序」から判断するという枠組みを採用した。

冒頭でみたように、上で検討した夫婦合算課税違憲決定とリュート判決

に加えて、薬局判決までの一連の流れを、連邦憲法裁判所判例の価値秩序論の“初期”として一つの区切りを迎える。薬局判決において、連邦憲法裁判所は、一すでにリユート判決でも指摘されていた一立法者の人権制限権限と、価値決定的根本決定によるこの権限の制限との“相互作用”を通じて、プロイセン時代の警察法を踏まえて比例原則を適用し、その後のいわゆる三段階審査の精緻化の道を開いた。価値秩序論の色合いは先の二つの判例とは異なるが、比例原則による立法者に対する限界画定という視点は価値秩序からの影響といえる。その後、価値秩序論は保護義務や組織・手続などに広がりを見せていく。

ヴァイマル憲法と基本法の規定の違いは明らかである。とりわけ基本権保障の面では、社会法治国家を強調することによって、基本法の目的は、単に国家権力の限界画定にとどまらず、「人間の尊厳ある存在と人格の自由な発展のために重要な社会条件の国家による保護と促進」も含むことになる<sup>(58)</sup>。ヴァイマル憲法から基本法に移った今、基本法の解釈にあたって、消極的な防禦権に直結する自由主義的な法治国家と、社会国家の実践的な統合が求められる。そして、なによりも基本法が人間の尊厳を最高の価値としていることが重要なのである。

## おわりに

以上、価値秩序論について、とりわけ連邦憲法裁判所の初期の判例を素材に眺めてきた。そこにはヴァイマル期の国法学・基本権論との繋がりと、大戦後の世界的な人権コンセンサスに対するドイツの敬意が見て取れた。もちろんこの後の連邦憲法裁判所判例こそ、客観的価値秩序は広がりを見せ、基本法上議論の多い内容を認めていくことになり、その整理・考察は課題として残されている。

ここでは別の問題として、価値秩序論にとってぬぐえない価値序列の問題について、一例としてヘアデゲンの小論に触れておく。ヘアデゲンは、

価値秩序（憲法上の価値のヒエラルヒー）の問題が実践的に現れるのは利益衡量であるとして、利益衡量の解決策に関する合理的な根拠を考察する。その根拠につき、憲法上の根拠から認められるものとして、基本権の最高の価値として想定される人間の尊厳、優越的地位にある意見表明の自由、さらに同様に集会の自由が価値序列の高位を挙げる<sup>(59)</sup>。まず人間の尊厳の重要性とそれに対する学説・判例による重視は上でも確認してきたところであるが、今日人間の尊厳も解決困難な問題を孕んでいることが指摘される<sup>(60)</sup>。初期の判例において人間の尊厳が最高の価値として位置づけられ価値秩序を作り出す淵源として捉えられたとしても、その“相対化”については再度検討を要する。次に、表現の自由の優越的地位について、ヘアデゲンは、「基本法の文言や構造からは」その優越性を規範的にほぼ導くことはできず、政治的なプロセスと意見の自由な競争の保護という理念に基づくことを指摘する。この点、民主制原理を価値として認めることとの関連性が指摘しうるだろうが、ここでは触れる余裕はない<sup>(61)</sup>。さらに集会の自由については、その基礎づけは反規範的であるとすら指摘する。また、法律の留保もメルクマールにはならない。このようにもし憲法自体から価値序列の基礎づけを導き得ない場合には、①最終的な根拠づけまで論理の連鎖が開かれていること、②推論の確からしさ、③各個別の根拠づけと規範的に守られた優位の調和を満たしていることが求められるとする。さらに憲法を超えた基礎づけが認められる場合もある。例えば、大学定数判決において、国際法上の人権水準、比較法的な視点、経験則、各共同体に自明の歴史といった規準が認められたことを指摘している。

価値序列という困難な問題も含め、今日ドイツにおいても、基本権の価値秩序・客観法的内容について批判する見解は少なくない<sup>(62)</sup>。保護義務の基礎づけについても基本権の客観法的内容に触れられることは少なくないが、その“万能性”を避け、人権論から導出することを試みる学説も少なくない。他方で、コンメンタールなどで各個別の基本権の客観法的内容について触れられることも一般的である<sup>(63)</sup>。基本法制定直後から、さら



に、それ以前のヴァイマル期からドイツにおいて説かれてきた価値秩序論が、形を変えながら、また学説からも批判を受けながらも生きながらえるのには、ドイツにおける基本権の特別の意義が現れていると評価できる。価値秩序論はドイツにおける基本権論の展開を示す一つの流れである。

さらに、価値秩序一般論ではなく、個別的に、例えば「安全」を憲法上の価値（あるいは、国家目的）として議論することには意義が認められるであろう。とりわけ今日の憲法学において一それを憲法上の価値として認めるべきか否かの立場は別にしても一安全を扱うことは珍しくなく、少なくとも研究成果が公にされている<sup>(64)</sup>。連邦憲法裁判所において安全・治安を憲法上の価値として認める判例が初期の頃からみられる<sup>(65)</sup>ことを思うと、価値秩序論を検討することは現代的なテーマとしても意義深い。

本稿は極めて限られた時期の限られた考察しか加えられず、安全をはじめその他の具体的な価値の内容にまで踏み込んだ検討はできていない。とりわけ政治部門との関係で「危機の時代」を迎えた連邦憲法裁判所がそれ以降今日まで価値秩序（あるいは、客観法的内容）を一とりわけ本稿の関心の基本となっている「理論的な側面で」一どのように展開させていったかも興味深いが、その余裕はない。憲法上の価値に関する近時の学説・判例の姿勢についても今後の課題である。また、価値秩序論・客観法的内容から導かれる保護義務や保護請求権、あるいは、組織・手続がどのように役割を果たしているのかも改めて整理を必要とするように思われる<sup>(66)</sup>。さらに、わが国での価値秩序論・客観法的内容についても課題は残されている。その際、日本国憲法とドイツの基本法の間には様々な違い一本稿で得られた視点として、戦前・戦中の経験に対する対応、戦後憲法学に対する戦前の基本権理論・国法学・国家論の影響の程度、国連における世界人権宣言採択の前と後、人間の尊厳原理とその保護義務を国家に課す規定一があることに注意を払わなければならない。

本稿は、平成21年度文部科学省科学研究費補助金若手研究（B）（課題番

号：21730033) による研究成果の一部である。

注

- (1) 拙稿「公法上の『道德律』・『道德』について」中央学院大学法学論叢22巻1号(2008)。
- (2) 井上典之「基本権の客観法的機能と主観的権利性」覚道古稀『現代違憲審査論』(法律文化社、1996) 272頁以下。
- (3) BVerfGE 33, 303.
- (4) BVerfGE 35, 79.
- (5) BVerfGE 39, 1.
- (6) Thilo Rensmann, Wertordnung und Verfassung, 2008, S. 145.
- (7) Rensmann (Fn. 6), S. 148f.
- (8) 渡辺康行「概観：ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』8頁以下。
- (9) ここでは、小山剛「基本権の客観法的側面をめぐる諸問題」比較法研究53号152頁(1991)、井上(注2)、松原光宏「基本権の多元的理解をめぐる(1)～(4・完)」法学新報103巻6号95頁、103巻7号75頁、103巻8号61頁、103巻9号45頁(1997)、石川建治「『基本的人権』の主観性と客観性」『岩波講座憲法2 人権論の新展開』1頁(岩波書店、2007)を挙げる。
- (10) Rensmann (Fn. 6), S. 26f.
- (11) 第二次世界大戦後、ラント憲法のいくつかはすでに人間の尊厳を規定に盛り込んでいる。例えば、バイエルン(1946年。前文、100条、131条2項)、ヴェルテンベルク＝バーデン(現バーデン＝ヴェルテンベルク。1946年。前文)、プレーメン(1947年。前文、5条、26条、52条)、ヘッセン(1946年。3条、27条、30条)、ザールラント(1947年。1条、47条)、ラインラント＝プファルツ(1947年。前文、55条)が挙げられる。
- (12) バイエルン州憲法前文「国家秩序と社会秩序が、神も、良心も、そして、人間の尊厳への尊重もないまま、第二次世界大戦を生き存えた者を導いた焼け跡を目の当たりにして、ドイツの来るべき世代へ平和と人間性と権利の祝福を絶えず保障するという確固たる決意のうちに、バイエルン州民は、自らの1000年の歴史を超えてなお次に来る民主的な憲法を採択する。」131条2項「最高の教育目的は、神への畏敬の念、宗教的確信と人間の尊厳の尊重、自制心、責任感、責任の受け入れ、親切心、すべての真実と利益と

美への関心、自然と環境への責任の自覚である。」また、ラインラント＝プファルツ州憲法前文「神への責任の自覚と、権利の根本原因、すべての人的共同体への責任の自覚のうちに、自由と人間の尊厳を保障し、共同体生活を社会的正義の原則によって秩序づけ、すべての者の経済的成長を促進し、新たな民主的なドイツを国民共同体の活力ある一員として形成するという意思に満たされて、ラインラント＝プファルツ州民はこの憲法を採択する。」さらに、遠藤孝夫「戦後ドイツ社会の再建とキリスト教倫理の復権—ヴェルテンベルク・バーデン州憲法（1946年）を事例に—」岩手大学教育学部附属教育実践総合センター研究紀要8（2009）参照。

- (13) Rensmann (Fn. 6), S. 30.
- (14) 例えば、全州議会評議会の構成員でもあるカルロ・シュミットは、「自然法に基づいた条文に固執すると、それによって誰もが自由にそれを自然法だと解釈するように自然法を決定できるのは明らかである。」と指摘している。Carlo Schmid, Vierte Sitzung des Grundsatzausschusses, 23. 9. 1948, Akten und Protokolle, Bd. 5/I, S. 65. Rensmann (Fn. 6), S. 29f. なお、西野基継「法概念としての人間の尊厳についての予備的考察」愛知大学法学部法経論集168（2005）5頁。
- (15) Rensmann (Fn. 6), S. 13.
- (16) 西野（注14）1頁。
- (17) Rensmann (Fn. 6), S. 16f.
- (18) Rensmann (Fn. 6), S. 18.
- (19) Rensmann (Fn. 6), S. 20ff.
- (20) さらにいえば、鳴崎健太郎「基本権の価値体系論とその問題点」中央大学大学院研究年報 I 法学研究科篇13巻1号（1984）は、夫婦合算課税違憲決定以前のSPR判決（BVerfGE 2, 1）、KPD判決（BVerfGE 5, 85）、エルフェス事件（BVerfGE 6, 32）といった判決も価値秩序論を採用した例として考察を加えている。
- (21) Rensmann (Fn. 6), S. 51f.
- (22) Rensmann (Fn. 6), S. 52.
- (23) Carl Schmitt, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2 (1932), §101, S. 572ff.
- (24) Brun-Otto Bryde, Programmatik und Normativität der Grundrechte, in; Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, 2006 S. 679ff.

- (25) Rensmann (Fn. 6), S. 57.
- (26) Rensmann (Fn. 6), S. 58f. Schmitt (Fn. 23), S. 606.
- (27) Rensmann (Fn. 6), S. 59f.
- (28) 以上、Rensmann (Fn. 6), S. 60.
- (29) Richard Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung, Bd. I, 1929, S. 1ff.
- (30) 笹田栄司『実効的基本権保障論』(信山社、2003) 160頁以下、注(1)。なお、青柳幸一「基本権の多次元的機能(2)」法学研究55巻6号(1982) 58頁・注(15)参照。
- (31) Carl Schmitt, Die Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie, Erbrecher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag (1965), S. 37ff. Rensmann (Fn. 6), S. 61.
- (32) 例えば、Michael Sachs, Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl, Art. 6, Rn. 20 ff.
- (33) 拙稿(注1)、9頁。
- (34) Rensmann (Fn. 6), S. 64.
- (35) Thoma (Fn. 29)。なお、トーマの基本権論については、石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開」法学新報84巻7・8・9号(1978) 96頁。リヒャルト・トーマ／菟原明訳「基本権と警察権」山梨学院大学法学論集5(1982) 74頁。
- (36) Rensmann (Fn. 6), S. 64. Bryde (Fn. 24), S. 686ff は、理念型として、裁判所による統制のない「純然たる」プログラムの基本権(“Bloß” programmatische Grundrechte)と、プログラム性のない「純然たる」規範的基本権を分け、後者に対して客観的な基本権機能を認めることで、プログラム性と規範性を止揚することを認めている。すなわち、「純然たる」プログラムでない限りにおいて、基本権のプログラム性というのはいわば当然に含まれるものであり、まさに法秩序の憲法化、保護義務の実現、国家目標や憲法政策といった観点から、プログラムとしての基本権は有効に機能することを指摘している。
- (37) Rensmann (Fn. 6), S. 84。なお、「法秩序の憲法化」について、宍戸常寿「法秩序における憲法」安西文雄他著『憲法学の現代的論点〔第2版〕』(有斐閣、2009) 43頁以下。
- (38) BVerfGE 7, 198 (209)。
- (39) Rensmann (Fn. 6), S. 85.
- (40) BVerfGE 5, 85 (204f)。

- (41) Rensmann (Fn. 6), S. 95f.
- (42) Rensmann (Fn. 6), S. 96.
- (43) Rensmann (Fn. 6), S. 98ff.
- (44) Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1957, Bd. I, Vorbemerkungen, A II 4 d, S. 65ff.
- (45) なお、Rensmann (Fn. 6), S. 100でも指摘されるように、連邦憲法裁判所は、リユート判決以前のエルフェス事件において、基本法とヴァイマル憲法における基本権保障の違いに触れ、法律が基本法上の価値に適合することが求められ、したがって立法権も基本法の価値に拘束されることを強調している。BVerfGE 6, 32 (41).
- (46) Günter Dürig, in ; Theodor Maunz/ders, Kommentar zum Grundgesetz, Art.1 Abs. 1 (Erstkommentierung 1958), Rn. 1. さらに、Josef M. Windtrich, Zur Problematik der Grundrechte, 1957, S. 6f. は、「人間は孤立した存在ではなく、それ自体満たされた絶対的な個人である。個々の人間は、隣人とのコミュニケーションを通じてのみ、そして、周囲との取り組みの中でのみ、その性質を発展させることができるのである。人間は、他者の助けと補助を絶対的に必要とし、共同体においてのみ、他者と共に人として存在しうるのである。人間は共同体と密接に関連し、共同体に拘束されるのである」と指摘している。
- (47) Rensmann (Fn. 6), S. 103f.
- (48) Rensmann (Fn. 6), S. 105.
- (49) Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3, 1927, S. 18.
- (50) スメントについては、西原博史「結合と自由—R・スメントの基本権論に関する覚書」早稲田社会科学研究所47号(1993) 1頁、同「ドイツにおける社会国家的基本権解釈の源流—R・スメント基本権理論と社会国家」大須賀明編『社会国家の憲法理論』(敬文堂、1995) 53頁(同『自律と保護』(成文堂、2009年)所収)、三宅雄彦「政治的体験の概念と精神科学的方法—スメント憲法理論再構成の試み—(1)~(5)」早稲田法学74巻2号(1999) 249頁、74巻4-2号(1999) 677頁、75巻2号(2000) 447頁、75巻4号(2000) 255頁、76巻1号(2000) 224頁、同「公権理論と価値秩序(1)(2・完)」早稲田法学77巻2号(2002) 229頁、77巻3号(2002) 99頁。
- (51) Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 164.
- (52) Schmitt (Fn. 23), S. 604ff.
- (53) Schmitt (Fn. 23), S. 604.

- (54) Bryde (Fn. 24), S. 681f.
- (55) Rensmann (Fn. 6), S. 110.
- (56) これに対しては異論も少なくない。例えば、先に挙げたように、トーマの見解と連邦憲法裁判所判例には違いがある点が指摘されているし、三宅(注50)「公権理論と価値秩序」においては、スメントの理論と連邦憲法裁判所の展開する価値秩序論を同じの流れの中に置くことに対して異議を唱えている。
- (57) なお、連邦憲法裁判所は、少なくともリユート判決においては、このような視点から、裁判官が価値決定的な基準を誤ったり、憲法上の評価を顧慮しなかった場合には、客観的な義務違反のみならず、市民が裁判権によって基本権の尊重を求める主観的な保護請求権、さらには、正当な衡量を求める請求権を認めたと考えられる。Rensmann (Fn. 6), S. 118f.
- (58) Rensmann (Fn. 6), S. 45.
- (59) Matthias Herdegen, Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, JZ 18/2004, S. 873.
- (60) この点に関するわが国の最近の論文として、玉蟲由樹「人間の尊厳保障の絶対性?」福岡大学法学論集50巻4号(2006)601頁、同「人間の尊厳と拷問の禁止」上智法学論集52巻1・2号(2008)225頁、西野基継「人間の尊厳と人間の生命をめぐる最近のドイツの議論(1)~(4・完)」愛知大学法学部法経論集173号(2007)190頁、175号(2007)252頁、176号(2008)350頁、177号(2008)320頁。
- (61) Joachim Detjen, Die Wertordnung des Grundgesetz, 2009, S. 151ff.
- (62) わが国における価値秩序論とそこから導出される保護義務に対する批判として、ここでは西原博史「保護の論理と自由の論理」『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』(岩波書店、2007)283頁を挙げておく。
- (63) 条文ごとの客観法的内容を網羅的に整理したものとして、Detjen (Fn. 61).
- (64) 例えば、2006年に開催された日本公法学会の第71回公法学会のテーマは「現代における安全と自由」である(『公法研究』69号)。最近の業績として、大沢秀介・小山剛編『市民生活の自由と安全—各国のテロ対策法制—』(成文堂、2006)、同『自由と安全—各国の理論と実務』(尚学社、2009)、森英樹編『現代憲法における安全—比較憲法学的研究をふまえて—』(日本評論社、2009)がある。
- (65) 国家の安全を価値として認める初期の判決を検討したものとして、嶋崎(注20)、34頁。

- (66) わが国においてはとりわけ、価値秩序から導出される保護義務が、基本権の私人間効力との関連を中心に論じられている。私人間効力論で扱われる「保護義務的思考」という問題設定にとどまるか、それ以上の実践的な意義を探るべきかは残された課題である。また、保護請求権論を認めてきた立場としては、まさにその実務的な意義を認めるがためであり、その作業は今後の課題である（拙稿「基本権上の保護請求権に関する一考察」中央学院大学法学論叢21巻1号（2007））。