

講 演

基本権と憲法

アルノ・バルツィ
西原博史 訳

ドイツ連邦共和国基本法というのは、ほとんど他の憲法典 [Verfassung] に例を見ないほど、人権を採用し、実定化している憲法典である。ここでは人権は、憲法 [Verfassungsrecht]⁽¹⁾ となっている。そして、憲法典で実定化された人権は、基本権 [Grundrechte] と呼ばれる。基本権の概念は、ドイツ憲法典——すなわち、ドイツ連邦共和国基本法——の場合、特殊な意義を有している。基本権は、実定化された人権であり、それらが憲法典に採用されているため、憲法なのである。

もっともここで、人権に関して最初は基本権が問題とされたことを想起する必要がある。これは、アメリカの人権宣言においてであり、そこでは basic right という観念が問題にされた。ドイツの「基本権」という法概念も、一方でこの basic right の伝統を背景にし、周知のものとしていると言える。しかし他方、基本法の場合には「基本権」が特殊な意味をも有している。basic right は、すべての憲法の前あるいは上位に存する人権であり、人間にもともと、その本性に基づいて、生まれつき帰属する native right [生得の権利] である。そのような basic right は、憲法、憲法典を必要としない。なぜなら、憲法典というものは、立法過程を通じて成立するものであり、ある社会、ある国民に対してどのような憲法典を与えるかという問題は、法律を制定する議会に義務づけられる

(1) 本訳稿で言う「憲法 (Verfassungsrecht)」という概念は、実定憲法典 [Verfassung] に記載された規範という意味を越えて、その規範が直接の法的効力を持つ法規範としての意義を展開する場合に、その性質に着目する。そのためこの概念は、政治的・道徳的な規範としてのいわゆる「プログラム規定」や「抽象的権利」との対比で用いられる。なお、この「政治的・道徳的な規範」という概念と、後にアリストテレスやヘーゲルに依拠して提起される「政治的・倫理的な法」という観念とは全く次元の異なるものであり、後者が法規範としての拘束力を前提に主張されていることには注意を要する。

問題だからである。国家が basic right を作り出すのではなく、むしろ人間が自ら最初から、自然的に、生まれつき、basic right を有している。この点が、basic right と基本権の本質的な違いである。

基本権は、憲法典に採用された、実定化された人権であり、それに対して basic right は、憲法典に先行するもの、憲法典それ自身の基盤である。この点こそが、憲法典の基盤という basic right の概念の意味であり、意義である。そこから basic right は、1774年の「ヴァージニア権利章典」に始まる様々な人権宣言における場合のように、基盤としてアメリカの様々な憲法典に先行するものになっている。アメリカの独立宣言もそうした一連の憲法典に属するわけであるが、そこでは、人権が native & basic right と表現されている。また人権は、第5共和制の憲法典に至る、様々なフランスの憲法典の基盤にもある。それらの憲法典は、人権を自らわざわざ繰り返して列挙することをせず、1789年の「人および市民の権利宣言」への参照を要求している。この権利宣言は、それぞれのフランスの憲法典により、今日に至るまで、憲法典の基盤、前提として提示されているのである。

ここで、人権を前提とすることと、人権を憲法典や憲法制定国民議会が自ら設定することとの間の区別をすることができる。つまりここで踏まえておくべき点は、basic right, native right という意味での人権が、自律的な過程である憲法制定に服するものではなく、すべての憲法に先行し、それらの基盤となるということである。人権は、憲法典の、そして憲法の、基盤であり、基礎である。ここでは人間自身から権利が生じてくるのであり、それらの権利は次の段階の憲法制定・法制定あるいは法の実定化に服することはあり得ず、むしろ憲法典と法を、立憲国家と法治国家を常に最初から基礎づけているという点は、本質的な指摘である。すなわち我々はここで、人権が憲法典に先行し、憲法典の基盤であり、前提であるという問題に直面している。特にこのことは、本質的な人権に関して、それらの人権が憲法典自体に登場するか否か、法として実定化されているか否かは、それほど問題にならないということを意味する。しかしこの点にこそ、憲法とは何であるべきか、あるいは、何であり得るかという、論争的になる問題が存在している。ここで、6つのテーゼを設定してみるが、これは、人権と憲法の関連、さらに言えば、人間と憲法典の関連に関する問題提起としても理解できる。

- (1) 基本権は、実定化された（憲法典に採用された）人権である。
- (2) 基本権は、ドイツ連邦共和国基本法の場合におけるように、主に公的に

承認され、公的に正当化された私的権利である。

(3) 憲法に先行する basic right は、憲法に先行し、前国家的な権利である native right である。これらは、自然法であり、制度、具体的には憲法制定国民議会や法制定過程から独立している。

(4) basic right は、本質的には自由権である。それらは、市民的権利 (civil rights, civil liberties) と呼ばれ、この意味でやはり私的権利である。自由、生命、所有という basic right は、私的権利であり、一般的な人権としての市民的権利である。

(5) 古典古代的な言い方をすれば、憲法典 (politeia) は、政治的共同体 (koinonia politikā) に関する法を含むもの、すなわち政治的な法 (politikon dikaion) でなければならない。近代の憲法典もしくは憲法は、私的権利のみでなく、「政治的に重要なもの」、政治的な法を含み、実定化するものでなければならない。憲法は、ヘーゲルを引用すれば、倫理的な法でなければならない。憲法典・憲法に関するここでの考察は、古典古代の時期からはアリストテレスに、近代からはヘーゲルに支えを見いだすことができる。

(6) 従来宣言された人権は、それが憲法に先行する basic right とされたか、憲法の中における基本権とされたかは別にして、多かれ少なかれ公法的で憲法上実定化された、人権としての私的権利、自由権、私的自律の権利である。いわゆる社会的権利はそこに属しておらず、このことは、1930年代のローズヴェルト以降、4つの自由、すなわち表現の自由、宗教の自由、貧困と恐怖からの自由、が語られていても同じことである。貧困と恐怖からの自由によって社会的なものが言い表されており、現在ではこれが環境の問題によって補完される必要がある。社会的なものや環境は、憲法典の中では通常、いわゆる国家目標規定としてしか、せいぜい客観的権利とか個人が有すべきとされる権利としてしか現れてこない。普通は社会的権利は、誰もが現実には有しており、制度に対して、すなわち国家に対して裁判上請求できるような主観的公権という意味で存在してはいない。

ドイツ連邦共和国基本法の基本権が主に公的に正当化された私的権利であることは、すでに長いこと認識されている。基本法の2条から19条には、主にはそれ自体としてそれなりに長い伝統を持つ私的権利が、公権として、憲法として実定化されている。少なくともロック以来近代の定式として言われており、アメリカの人権宣言に採用されている、生命・自由・所有は、イギリスの最初の権利章典でも、またヨーロッパ、特にドイツの伝統における根本法 [lex fun-

damentalis]でも保障されていた。この根本法は、法律の形で保障される領主と領民の根本的関係を表現するものであったが、そこでは領民が、生命・自由・所有に対する一定の権利を与えられていた。

憲法典を言い表すものとしては独特で恐らくは一回きりのドイツの概念である『基本法』という言葉には、根本法という古い呼び名が隠されているが、このことはあまり認識されていない。ヴァイマル憲法に続くドイツの二つ目の民主主義的な憲法典が『基本法』と呼ばれた理由は、まずは、ドイツ国民、ドイツのナツィオンが1949年当時分裂したままであり、そのため基本法がドイツの暫定的な憲法であるはずだったからであった。そのため40年後に、統一したドイツの憲法が今後何と呼ばれるべきかという問題に直面するはめになった。恐らく、今後とも『基本法』と呼ばれることになるであろうが、その際に決定的な意義を持続けるのは、これまで基本法を特に抜き出したものにしてきた点、すなわち、その下位にあるすべての法規範の根本規範であるという基本法の意味である。そうした意味においては、「立法、執行権および裁判を、直接に妥当する法として拘束する」(基本法1条3項)とされた基本権が、特に強調されてきた。このように見てくると、『基本法』という名称は、特殊に法規範的なタイトルであり、これは、憲法典が根本規範という意味での基本法であり、その他の立法がすべてそこから出てこなければならず、基本権が基本法の本来の基盤であることを言い表している。そして基本法という憲法典は、国家と社会を、国家・社会に先行する基盤の上に乗せようとしている。この基盤が、人間自身である。

基本法は、20条以降は国家体制法典[Staatsverfassung]・社会体制法典[Gesellschaftsverfassung]となっているが、基本権に関わる1条から19条の条文がそれに先行している。国家体制法典に先だって基本権体制法典が表現され、国法規範に先だって基本権規範が語られ、実定化されていると言える。そしてここに、決定的な点がある。と言うのも、基本権もまた、人間について、つまり人間の尊厳について規定する1条の条文に基づいているのである。これは、人間に基づき、人間の側から国家や社会を憲法によって構成する、国家体制法典である。そのため、この国家体制法典は、人間に基づく憲法典である。その点に、完全な形で人間を指向しようとする法秩序が求められ、この点において国家が特に人間に対して義務を負い、人間の尊重と保護に奉仕する。このことは、「人間の尊厳は不可侵である。人間の尊厳を尊重し、保護することは、すべての国家権力の義務である」と規定する基本法1条1項に表現されている。人

間のどのような尊厳が尊重すべきであり、保護すべきであるかという点に関しては、「世界におけるあらゆる人間の共同体，平和，正義の基盤である」とされる人権を参照するよう指示している基本法1条2項で定められている。ここでまた再び、人権という人間の基盤が強調されている。この人権として、2条から19条で規定され、上で強調したように本質的には自由権，市民的権利である権利が列挙されている。これらの権利は、1条3項で基本権と呼ばれ、立法，国家，社会を、そしてそれにより憲法典自身を、拘束している。

基本権は、実定化された人権であるが、基本法の構図に明らかのように、本質的には自由権，市民的権利である。社会権やそこに属する環境権は、基本権となっていない。

すでに述べてきたように、基本権は公的に正当化された私的権利であり、上のテーゼ(3), (4)で確認したように、そもそも basic right も私的権利という意味での自由権でしかない。このことは、ローズヴェルトが宗教の自由と表現の自由という自由権に、そこでは概括的・包括的に貧困と恐怖からの自由と定式化された社会権を付け加えたとしても、何も変わるものではない。そうした社会権は、世界人権宣言でも列挙され、国連人権規約によって詳述されている。しかし、真剣に、法規範として現実には、この貧困と恐怖からの自由という二つの自由を十分な形で実定化した憲法典はほとんどないと、私は考えている。というのも、こうしたものに関して権利を請求権として定式化することには、本質的な困難がある。この確認によって我々には、上のテーゼ(5)で指摘したように、政治的共同体の核心に関わる「政治的に重要なこと」を憲法典が採用し、実定化しているのか、そうしているとすればどのようになのか、という問題が設定されることになる。これは、憲法典がどの程度で法規範でもあるのか、他の法領域との対比で憲法を語ることができるのか、そうであるならどの範囲でか、という問題でもある。刑法，民法，などといったものがある。そこで、社会的問題あるいは今日では環境の問題という重要な問題がある中で、政治的共同体や公共の福祉にこれまで以上にに関わり、決定するようになっている「政治的に重要なもの」が、憲法典に載っているのかどうかということを問題にしなければならない。そして次に、そうした「政治的に重要なもの」がどのような形で憲法に載っているのか、国家目標規範としてなのか、客観法としてなのか、あるいは基本権としてなのか、いずれにしても憲法としてなのか、という点を問題にする必要がある。

労働を求める権利は、どこにおいても基本権として憲法に規定されることは

ないであろう。と言うのも、基本権とされた場合、公的に正当化された主観的権利となるからである。労働を求める基本権は存在しない⁽²⁾。しかしそれでも、労働を求める権利が、「そうした権利を誰もが持つべきではあるが……」という意味の国家目標規定あるいは客観法であるばかりでなく、憲法上の権利である点、そして、公的に正当化された私的権利としての基本権と並んで、主観的公権として公的に正当化された政治的権利があるということを、考えてみる必要がある。この政治的権利が、ここで以下問題にしていきたい点である。その点に関して歴史的には、政治的権利を問題にしていたアリストテレスに依拠することができるであろう。

アリストテレスは政治的権利に、政治的共同体にとり、そしてポリスにおける生にとり不可欠であった本質的な権利を見ていた。これは、神の啓示に基づく永遠の自然法ではないし、ヘーゲルの表現を借りれば人間に由来する権利としての native right が問題になった際に18世紀に理解された、近代啓蒙的な意味での自然法でもない。そうではなくて、アリストテレスにとって政治的権利が自然的権利となるのは、社会全体、そして国家がその政治的権利と盛衰を共にするからである。このことを今日明らかにするために、ここでは労働や環境の問題、つまり憲法として実定化されていなければならない社会的なものや自然の問題を参照したわけである。

政治的に重要なものが、憲法典の中においても倫理的・政治的 [ethisch-politisch] な規範としてしか存在し得ないという言い方は、よく用いられるものである。それを前提にすれば、基本法20条から社会的なものや社会国家性を、最終的には単に倫理的・政治的な規範として、国家目標規定として、あるいはさらに客観法として、読み出すことは可能である。しかしこれにより、明確に請求権として定式化されている2条から19条の基本権と対比した場合には、社会的なものや自然に関する法律上の請求は不利な状態にある。自由権が明確に請求権として定式化できるのに対して、そうしたことが社会権や環境権に関して不可能である、との指摘がなされるのが普通である。こうした構図により、

(2) 日本国憲法でも「勤労の権利」は国民の権利として規定されているが、この権利については、必要最小限度の失業者対策を求める具体的権利としての構成（大須賀明『生存権論』〔日本評論社・1984年〕212頁以下）を越えた、完全雇用の実現を求める具体的権利を構成するには困難がある。後述のように、この権利を具体的請求権と考えた場合の請求の対象や請求の相手方に関しては、資本主義の中で私企業が雇用の中心となる経済主体であることを考えた場合に、様々な困難が生ずると考えるのが現在の理論水準であろう。

国家は、自由権との関係でのみ法治国家であるとの自己了解を採ることになる。自由権は、ずっと以前から、国家が何も直接に給付する必要がなく、ただ単に枠組みや保護を維持していればいい、消極的地位 [status negativus] として理解されてきた。例えば意見表明の自由や所有権など、自由権を行使することは、個々の人間に委ねられている。労働や環境に関しては、事情が異なり、そうしたものに対して国家は共同責任を引き受けなければならないし、社会権に関しては、いわゆる積極的地位 [status positivus] を保障しなければならないことになる。そのことの意味として、その場合に国家は労働を求める権利に配慮しなければならないとなり、そして決定的になる点として、その権利を現実に保障しなければならないことになる。ここには、権利の実現を、今の問題では社会的権利や環境権の実現を要求することのできる、請求の相手方に関する難しい問題がある。それにより我々は、これまでの法的論理から離れ、あるいはこれまでの法的論理を修正し、さらに先まで考えてみなければならないのかも知れない。

公的に正当化された私的権利として、権利の歴史の中でこれまで一度も保障されたことがなかったような最高度の請求権である基本権に特に明らかになるように、一方では、請求権としての権利が存在する。法治国家は、自由権・市民的権利としての人権に関しては、名宛人であり、請求を受ける者であり、侵害があった場合には自由権を個別の事例で確保することを要求できる請求の相手方である。法治国家はここでは自由権国家であり、法治国家はこれまで、社会的なものや自然に関しては機能不全に陥ってきた。憲法上の権利としての基本権に基づく憲法典に依拠していた限りで、必然的に機能不全に陥るしかなかったとも言える。確かに、以前から社会国家が問題になっているが、この社会国家は権利に関して全く異なった任務を負っている。確かに、所有権に関する重要な基本法14条の規定で、所有権は公共の福祉による義務を負っている。確かに、15条においては社会化の法的可能性が認められているが、この社会化は、土地と地下資源などの狭い範囲にしか関わっておらず、また、1条から19条までの他の条文に完全に拘束されたままである。特に、基本権の実定化を締めくくる19条は、常に保護されていなければならない「本質内容」に言及している。本質内容を守るようにという指示は基本権部分の最後に位置するが、その前には18条で、「自由で民主的な基本秩序」が脅かされる場合に、基本権、つまり自由権の制約が予定され、合憲とされ、連邦憲法裁判所の決定に基づいて可能とされている。これは、政治的な極左・極右の集団に関して妥当するものであるが、国家機関が極右に対していかに不承不承にしか法的手段に出ないかは、今

日では明らかになっている。

その際、自由な秩序を脅かすのが、極左・極右の政党のみでなく、経済、技術、科学、そしてさらには社会それ自体の中で自由権を過剰な形で利用する勢力もそうであることは、これまで意識されてこなかったか、あるいは意図的に見逃されてきた。基本法2条で憲法上命令された、他者の権利、憲法秩序そのもの、そして国民の道德秩序 [Sittenordnung] という、自由に対する制約の法的基準は、国家機関、つまり政府、立法、そして裁判によって、十分に利用されてこなかった。確実に高く評価されている所有権の「本質内容」は、それに対抗する生命や特に健康を求める権利が所有権によって脅かされ、法的な保障の度合を下げられるとしたら、一体何の役に立つと言うのであろうか。ある基本権の過度に強調された本質内容は、他の基本権を傷つけることがあり得るし、自由権の名の下に、そして特に所有と契約における私的自治の名の下に、人間の健康、生命、社会的地位、つまり人間の社会性が侵害される限りで、不法な法律に変わることがあり得る。この最後の点は、例えば失業に関連して特に顕著なものと言える。しかし、人間の生命に直接の影響力を及ぼす、環境に対する侵害については、一層の異議申し立てが必要である。ここでは法治国家に対して、社会的なもの・自然的なものに由来し、法治国家の現在の可能性を明らかに越える問題が設定されている。ここでは、法治国家と社会国家が対立しており、そして、新しい概念をあえて持ち込むとすると、自然国家をその対立に加えたい。国家が、権利に関してのみでなく、自然に関しても管轄していると、ここで私は考えている。

もちろん、国家が権利を保障するのと同様のしかたで、社会性や自然に対する責任を負うことは不可能であり、その点に関しては社会が、そして最終的にはすべての人間が個人として管轄している、との反論は直ちに可能である。社会、人間としての人間、あらゆる個人が、法的な表現を用いれば、ここでの請求の相手方なのである。そして、この法的な構成は、昔から慣れ親しんでいる法論理的な意味で、請求権に関して、①請求の主体、②請求の対象、③請求の相手方、を区別するという形で行えるものと思われる。自然との関係で言えば、それがあまりに複雑な対象であり、請求の対象が厳密に定義できるような請求の主体がはっきりしないから、法規範としては疑わしいものである、と単純に言うことはできない。少なくとも、自然に関しては、社会的なものに関する場合と同様に、誰もが利害関係人である、または、あり得ると言える。経済、技術、科学によって自然に対して要求されているものは、この自然の中に生きる

人間に対しても要求されている。ここでの請求権複合体あるいは請求権構造においては、請求の主体、請求の対象、請求の相手方が絡み合っている。誰が誰から何を望んでいるのか。この法論理的問題は、一方では難しいものであるが、それでもやはり、ドイツ連邦共和国基本法の中で憲法上のものとして現れてきたような法治国家の従来の理解を手がかりに、解答することができるものである。

この基本法の中では、基本権に対する拘束が用意されている。例として挙げることができるのが2条であるが、この条文が中心的な自由権条項と呼べるのも、偶然ではないであろう。この2条において、自由と生命という、二つの古典的な人権が基本権として規範化されており、basic right として明示的に分けて挙げられている。誰もが、二つの最初的基本権として他の基本権に先だって挙げられている、自由と生命を求める公的な主観的請求権を有している。そして、それ以降の条項で「細分化」され、個別的に実定化される自由に関しても、意見表明の自由（5条）であろうと、良心の自由（4条）であろうと、また職業の自由（12条）であろうと、自由が、他者・憲法・道德秩序という制約を受けるものとされている。この制約を、本質的な憲法的基準 [Verfassungsmaßgabe] と呼び、基本権に対するあらゆる請求に際して尊重されなければならない、またそれ以外のあらゆる立法に関しても決定的なものであり続けなければならない憲法と特徴づけたいと思う。基本法1条で人間の尊厳が語られ、その人間の尊厳が人権の中でさらにはっきりと表現されているはずであり、その人権が基本権として憲法典やその他の法律の根本規範となるはずであるとするならば、そこで本質的に意味されていることは、そうした制約の構造を含むものでなければならない。

基本権は、ここで憲法典を規定し、それにより憲法を規定する。しかし我々はここに至って、基本権自身を憲法典の中に置いて見ることを始めなければならない。その際我々は、基礎づけの問題を単純に逆転させなければならないわけではなく、むしろ、基本権と憲法典あるいは憲法をしっかりと見据えなければならないのである。憲法典を越え、人間を人間として、人間を他の人間との関連において、つまり最終的には共同体や公共の福祉との関連において尊重するのでないような基本権など、およそあり得ない。憲法秩序を、そして例えば社会的拘束を——仮にそれが、20条において完全に附随的に、厳密には単なる形容詞として法的に規範化されているだけであるとしても——尊重しないような基本権は、およそあり得ない。ここで20条に定式化されているものが、単な

る政治的・倫理的な規範だとか国家目標だとかではなく、真の法規範であることを、私は期待している。私は、そこに社会国家が憲法規範として実定化されていると見ています。そうでないならば、ドイツ連邦共和国は、社会的法治国家であるなどと名乗ることなど許されるはずもない。

そして自由に対しては、最終的には、道德秩序への参照を指示するべきである。もっとも、その道德秩序が今日では、不道德が支配することが風習になっているような不道德の秩序である可能性もある。これは、すべての法と法治国家が直面している、あるいは将来直面することになる、決定的な問題である。道德、人倫とは何か、道德秩序とは今日において何なのか。今日確認できるような道德の多元性を語ることができ、そうであるならば、道德秩序などというもの成立するのは困難なことになる。恐らくこの問題と関連している点として、法治国家がここで自然と社会的なものに関して解決不可能な問題に直面しているという点、そしてそもそも、道德秩序や人間の生の形式という所からそうした問題を見ることが全く、あるいはほとんどないために、法治国家がそうした問題を設定することすらできないという点があるであろう。もちろん、今日市民権運動や自由運動が、諸制度や国家に対抗するものとして起っているということを逆に指摘することもできる。こうした運動は、環境に、つまり全体としての自然に関わるもののような新しい重要な権利が、法治国家においてなおざりにされているということを明るみに出そうとしているのである。

基本権が古い形でも新しい形でも保障され、そもそも正当化されるだけの能力を持ち続けるために、深い所に位置づく基礎となっている、あるいはこれからならなければならない憲法の制約を、基本権が受けるようにするというのが、ここでの私の主張である。所有権を公法上正当化し、公的な主観的請求権として維持、保障できるのは、法治国家が社会的なものと環境の問題に関して十分なことを行った上でのことである。このことが非常に大きな努力を必要としていること、そして、請求の主体、請求の対象、請求の相手方の構造に関する問題に現れてくるような法的論理の問題に直面することにつながるということは、明らかである。国家はここでは、従来慣れ親しんだような形で請求の相手方になれるわけではない。また、自由権と社会権に基本権を区分し、一方を消極的地位、他方を積極的地位とし、社会的なものと、それから自然が加わるその後者に関して国家が社会的なものと自然の権利に配慮する、という構成を採り続けることは、もはや不可能である。法治国家がここで請求の相手方であり得るのは、自然や社会的な利害関係人だけではなくて誰もが、直接・間接の形

で請求の対象となっているということを、誰もが、倫理と政治によってのみでなく、法と法律によって、理解させられている場合のみである。誰もが、利害関係にある。

社会の中で貧しい者と富める者との間の亀裂をあまりに大きくするなら、それはすでに社会とは言えなくなる。政治的共同体の中に政治的なものが存在していたギリシアのポリスをここで想起するつもりはない。しかし現在、そして恐らく将来においては一層、自然や社会的なものの問題に関して我々がすべて一緒に利害関係人であり、富める者と貧しい者の間の亀裂が早晚拡大する中で富める者こそが利害関係人であるという意味で、政治的に決定的なこと、政治的に重要なことが一体何かという問題を提起する必要がある。この点は、すでにデイドロやヘーゲルが提示して見せた、奴隷と主人の弁証法に明らかである。富める者が貧しい者を必要とするのは、恐らく、貧しい者が富める者を必要とする以上である。先進国は、もし最終的に買い手がいなくなるならば、貧困に陥り、貧困がひどくなりつつある国に製品を供給することを計算に入れることはもはやできなくなる。しかし特に、何を我々が売ろうとしているのか、我々を豊かにしてきた物品が他者にとっても適したものなのか、あるいは我々自身にとっても生と自由に利益をもたらす財物なのか、といった点は考え直してみなければならなくなるであろう。

基本権は、実定化された人権である。ドイツ基本法の場合には、あえて多くのものを取り込み、多くのものを列挙し、それにより法的に約束した。そもそも基本法は、侵害されてはならない人間の尊厳の上に成り立っている。しかし、自由と所有に対する権利でもって我々は、人間そのものを侵害している。ここで、過度に主張された自由権としての基本権に対抗して、憲法としての規範的な意味での憲法典を対置することが重要となってくる。基本権は公的な主観的請求権かも知れないが、アリストテレスやヘーゲルに依拠するならば、憲法は政治的・倫理的な法である。この憲法は、共同体の中に生きる生物としての人間の尊重、政治的動物[zoon politikon]としての人間の尊重と命運を共にする法である。個人が個人として権利を持ち得、個人の基本権が存立し得るのは、社会が幅広く共同体として存立している限りにおいてである。法と法律は、あらゆる者に共通して有用なものでなければならない。そのため、いくら突飛に響こうとも、あるいはほとんど馬鹿げたように聞こえようとも、基本権が今日ではそのまま公共の福祉の役に立ってはならず、むしろ公共の福祉に対立してさえいると私は主張したい。自由と所有の権利を過度に利用できるようにな

っているものであり、それは、他の人間に代償を強いることにもなる。

基本権は、全ての者に役に立ち得るし、またそうであるべきである。そして、法治国家・立憲国家は、基本権のために設立されたものである。単純な形で定式化すれば、基本法制定過程において最初の文の計画にあったように、人間のために国家があるのであって、国家のために人間があるのではない。しかし、人間が人間であるために何を必要としているのかという問題がある。人間は、自由権という意味での基本権を必要としている。同時に人間は、社会的な権利や環境権をも必要としている。包括的に言えば、人間は、政治的、倫理的な法を、すなわち、基本権を担うに足る政治的・公的な法という基盤の上に主観的公権である基本権を置くような法を、必要としている。もちろんこのことは、基本法の2条でうまく文章化されているとおりである。しかし、法治国家が基本法2条に従って行動しているのか、つまり、連邦憲法裁判所を代表とするような法治国家の様々な憲法上の制度の中で基本法2条の憲法上の規範に政治的・法的な形で形態を与えているのか、という問題が、一層生じてきている。

ここでは、私のこの考察を、以下のテーゼでもって閉じることにしたい。

(1) 基本権は、憲法を必要とする。特に自由権である基本権は、憲法典の基準に従って保障されるものでなければならない。この憲法典の基準は、政治的に重要なものとの関係において探られなければならない。その際、基本法2条に関しては、この自由に関する中心的な条項がすでにかんりの部分で、他者、憲法、道德秩序と関連する、共通のもの、倫理的なものに拘束されていることが明らかになっている。

(2) それでも、基本権が保持され続けられるように、あるいは、ある基本権が他の基本権との関係で基本的不法 [Grund-Unrecht] と受けとられることがないように、新たな努力を行う必要がある。場合によっては、生命に対する権利を所有権に法的規範的に対抗させることは、憲法上可能でなければならない。「自由な秩序」(基本法18条)に対する脅威を、政治的運動、極左・極右の政党のみに見るのではなく、むしろ今日特に人間がさらされている経済的、技術的、さらには科学的な発達にも見ることは、憲法上は法治国家的に可能でなければならない。例えばマフィアのような経済犯罪者や、もっと一般的に言って犯罪組織も、法治国家・立憲国家が採用できるすべての手段を用いて追及すべきである。これは、人間を、人間の尊厳を、例えば基本法1条が義務づけるような形で尊重するためのものである。その基本法1条では、明文をもって「すべての国家権力の義務」について語られている。この基本法1条によって、国家が

どの程度まで法治国家・立憲国家としてやっていかなければならないかが定められている。国家は、特に人間の尊厳を「尊重し、保護しなければならない」（基本法1条）。国家、国家権力にそれができるのは、人間の自由、生命および所有に対する基本権を害するすべての勢力に対して、力をもって対抗する場合のみである。

(3) 自由、生命、所有が基本権として存在するのは、憲法が尊重される場合、憲法典が特に基本権に対しても最上位の法規範である場合のみである。憲法なき所に基本権は存在しない。他者の自由、憲法秩序、そして道徳律なき所に自由は存在しない。そうした問題に属する点として、広範な基盤や枠としての我々の憲法典——すなわち、ドイツ連邦共和国基本法——においても、個人や個人の自由権に勝り、同時にそれでも最終的には個人の自由権を共に保障するものとなる憲法として、社会的なものと自然が、実定化されているという点がある。社会的なものと自然は、そこでは国家目標であるに留まるのではあり得ず、次第次第に、自由権としての基本権に関わる問題や紛争についての基準設定の法[Maßgaberecht]とならなければならない。個人的な自由権が存在するのは、(アリストテレスを引用するならば) 政治的なもの、政治的共同体が、(ヘーゲルを引用するならば) 倫理的なもの、倫理的な法が、尊重される場合のみである。ヘーゲルが達成しようとしたような倫理的な法に、我々はまだまだ至っていないし、そもそも我々が到達できるのかどうかすらも問題になっている。しかし、この間、そして今日の状況によって、自由権、自由権としての基本権が存在し得るのが、社会的なものと自然が憲法の基準、規範になる場合にのみであることが、明らかになった。自由権としての基本権は、我々がどのようにして憲法典を、すべての者に共通して有用なもの、倫理的な法、そして政治的な法として理解するかという問題と、運命を共にする。

(4) ドイツ連邦共和国基本法などの憲法典を憲法として解釈すること、これがここでの主張の要点である。法哲学に関する拙著『自由、法、共同体』⁽³⁾において私は、中心的な自由に関する条項と言われる基本法2条の通説とは異なる解釈を提示し、そこで、基本法2条の自由国家的・基本権的解釈という用語を用いる(S. 146ff.)とともに、「憲法的・社会国家的解釈」(S. 150ff.)と名付けた解釈をそれに続けて対比させた。今日なら、「社会国家的解釈」という表現に関してはもっと慎重になる必要があったであろう。そこで問題になっていたの

(3) Arno Baruzzi, Freiheit, Recht und Gemeinwohl. Grundfragen einer Rechtsphilosophie, Darmstadt 1990. 邦訳＝河上倫逸・竹市明弘監訳（以文社・1994年発行予定）。

が、いわゆる「社会国家的」なものとは若干異なる、それ以上のもの、すなわち、政治的に重要なものであるのだから。

法、国家、憲法に関する日本における常識にとってみれば、日本において自由主義的、自由国家的、自由法的な考え方に対して当然ある程度の必要があるということは認められるであろう。と言うのも、人間を表す「人間」という熟語が示すように⁽⁴⁾、ヨーロッパとは異なり、日本においては人間がむしろ社会的な、そして恐らく同時に政治的な、共同体の中に位置づけられる傾向があったからである。もちろん社会国家の必要性に関しては、日本においても、失業問題などに伴って発生する新たな欲求に応じて、対応する憲法規範に対する配慮が必要ではないのかという問題が生じている。しかしいずれにせよ、憲法典の自由国家的解釈にしても社会国家的解釈にしても、それは憲法としての解釈でなければならない。憲法典、厳密に言えば憲法の将来は、この点にしかあり得ないであろう。再度この問題を強調するために、憲法 [Verfassungsrecht] という概念を、「法としての憲法 [Verfassungs-Recht]」と、二つのワードで分かち書きし、その二つの要素両方にそれぞれ力点を置くこととしたい。法規範としての憲法典が問題になっている。これが、上述したような基本権に対しても基準設定を行う法としての憲法という意味での憲法的解釈に関する基本問題と思える点である。重要なのは、憲法典がどの程度で、単なるいわゆる道徳的、あるいは倫理的・政治的、さらにはまた宗教的な規範でなく、法規範であるのかということを考え直すことである。憲法典が法であり法律でなければならないのか、そうだとしたらなぜなのか、という法を扱う者にとっての問題が重要なのである。

[著者あとがき]

ここに訳出された1993年10月22日の早稲田大学における講演に先立ち、1993年4月12日、近畿大学法学部「法哲学講演会コロキウム」において同一内容の講演を行なった。当時お世話いただいた新井昭広教授はじめ、4月の参加者にも感謝したい。

(4) 著者が強調する所によれば、「人間」という日本語の熟語は「間」を表す関係概念であり、実質的存在としての Mensch その他のヨーロッパにおける概念とは性格を異にする。

〔訳者あとがき〕

本稿は、1993年10月22日の比較法研究所公開講演会における講演をもとに、修正を加えた原稿 „Grundrechte und Verfassungsrecht“ を訳出したものである。結論部(4)は、当日の議論をもとに新たに付け加えられた部分である。訳稿においては、訳注は理解を補うための最小限度に留めた。本文中の（ ）内は原文により、[] で補った部分は訳者による。

本稿の主眼は、所有権などの基本権を過度に強調することが、人間の尊厳に反する事態につながっているという問題意識から、社会福祉の配慮や環境の視座を取り込んで、基本権を拘束し、それによって基本権を支える政治的・倫理的な法規範としての憲法を再認識しようとする試みにある。これは、人間の尊厳と人間の基本的人権をあくまで基礎に据えながら、まさにその延長線上で福祉と環境という、現在の差し迫った問題の解決を目指すものと言える。確かに、結論部分で付された留保にあるように、日本で同種の議論を展開するならば、良くて環境管理的法治国家、悪くすると環境独裁の中で人間の主体性を喪失する危険があり、また政治的・倫理的問題に関する民主制の要素の位置づけをもさらに明確化する必要があるであろう。にもかかわらず、現在のドイツにおける環境意識の高揚の中で、個人の自由を最大限尊重しながらも、あくまで個々の人間を指向しながら新しい問題を解決する道が模索されているのであり、早晚日本でも問題の顕在化が予想される今、本稿の持つ意義は決して少なくないと考えられる。

原著者、哲学博士アルノ・バルッツィ [Arno Baruzzi] 教授は、ドイツ・アウクスブルク大学第一哲学部哲学講座教授。同時に、法学部において法哲学を担当。1935年生まれ。邦訳に、訳注(3)で挙げたものの他に、『もう一つの生き方』（オリオン出版・1993）、『近代政治哲学入門』（法政大学出版局・1993）、などがある。