

講 演

## 21世紀の挑戦に直面する憲法

ディーター・グリム  
三宅雄彦 訳

### A

近代的な意味での憲法の内容は、18世紀に考案されました。そして、19世紀には、最初はヨーロッパで、後にはヨーロッパ以外の様々な国でも、激しい闘争を経ながら実行に移され、20世紀では、惨禍を伴う後退が一部あったものの、その後世界的に普及していきました。今日では、大抵の国々で、憲法裁判所、或いは、憲法裁判権をもった最高裁判所による憲法の保障が、追加して実行されるようになりました。勿論、だからといって、全ての国々で憲法が真剣に受け止められ、真剣に守られているわけではありませんし、政治生活と社会生活が憲法の妥当する通りに憲法により規定されているわけでもありません。更に、全ての憲法裁判所が、権力のコントロールという任務を満実に果たしているわけでもありません。しかし、それにもかかわらず、こういえるでしょう。20世紀から21世紀への転換、この時代ほど立憲国家が成功を取めたように見える時代はないのだ、と。

けれども、憲法は、このように外面的な意味を獲得するだけでなく、それと同時に、内面的な衰弱にも直面してきました。この内面的な衰弱は、外面的な成功の歴史に隠されることがしばしばですが、ここで話題としたいのは、つい最近、立憲主義へと移行した国々のことではありません。それは、これらの国々は、その大部分がそれまでの遅れを取り戻して、旧来の立憲国家では既に自明の諸々の成果、法治国家、人権保障、民主主義、権力分立、これらを新たに打ち立て、身につけているからです。そうではなくて、憲法の内面的衰弱

としてここでお話したいのは、比較的確立した立憲主義を採用している先進的な産業諸国、こうした国々に関連することなのです。中でも私が視野にしているのは、地球全体の中でも私が最も良く知っている地域、つまり、ヨーロッパ連合であり、そして、その中にあるドイツなのです。

立憲主義の意味を簡潔に定式化しようとするならば、それは、よく次のように言われています。つまり、立憲主義とは、個人の自由のために国家権力を限界づけることであり、しかも、国家権力の行使へ国民が参加することにより国家権力を正統化することである、と。ここでは、法治国家と民主主義という二つの概念を用いることもできましょう。政治支配を法化することは手段として役立ったのですが、それまでこの政治支配は、たといそれが法の源泉であっても、法により拘束されることはなかったのです。近代的な意味での国家とは、憲法よりも古いものであり、憲法成立に際し前提とされるものです。諸々の高権が包括的な国家権力へと集中したこと、これは16世紀のヨーロッパ大陸で起きた出来事ですが、この出来事の後に初めて、法により構成され規律されうる主体が誕生しました。前近代的な支配には、憲法を持つ能力はなく、絶対主義の形態をした当初の国家には、憲法を持つ必要性がなかったのです。

私がこの講演で展開したいテーゼとは、憲法の普及拡大には、脱境界化という様々な過程が伴うということ、これです。この脱境界化の過程には、国家の制限という憲法の境界づける機能、即ち、憲法の法治国家的要素、これと矛盾する傾向があり、従って、憲法の意味を弱める性質があるのです。この脱境界化は、まず最初は国境内部で進行しましたが、それは、社会変化に起因した国家活動の変化によって引き起こされたものでした。次いで、この脱境界化は、21世紀初頭では、国の境界そのものも把えつつあります。領土によって固定された国家は、それ自体消滅し始めておりますし、それと同程度で、国家に関連する憲法上の数々の要求も空洞化しつつあります。このテーゼは更に次のようなことも意味しましょう。つまり、この脱境界化は同時に、市民が国家活動の正統化と方向づけへと参加することを困難にし、立憲主義の民主主義的要素にも負担を与える、ということです。

## B

## I

近代立憲主義の成立の源は、自由主義の基本的確信の中にあります。この確信によれば、福祉と正義が実現されるには、国家による指導ではなく、社会による自己統制が、それも個人の自由により媒介されながら、実行されなければなりません。フランス革命の展開とともに、この理論が現実を決定づけるようになりますと、まず最初に、国家の任務が極端に制限されるようになります。あらかじめ正義に適ったものと想定され、自然に準じたものとされる秩序、この秩序を、諸々の妨害から守りぬくこと、或いは、妨害が一旦成功したならばその後この秩序を再び回復すること、更には、個々人自らが協力しあうための法的枠組を用意し、そして、この法関係が妨害された場合のために法の執行機関を用意すること、国家の役割はこれだけに制限されたのです。このためには、国家は引き続き権力を独占しなければなりません。いやそれ以上に、この権力独占が完成するために、アンシャンレジームの中間的な諸々の権力を全て、まずは廃棄しなければなりません。けれども、権力の投入は、飽くまで自由保障のためだけに正統化されるのです。

従って、ただ自由の保護のために国家権力が行使されるように、そして、支配の野望のために国家権力が利用されることのないように、国家権力を縛り上げる必要があるのですが、この任務を果たすべく登場するのが、憲法である、というわけです。一つめに憲法が行うのは、国家の意思ではなくて、個々人の意思が物事の尺度になるような領域を確定しておくことです。これが諸々の基本権の機能です。この基本権の機能によって同時に、社会の中の様々な機能領域（経済、科学、芸術、教育など）が、政治による統制から切り離されて、それら各領域がそれぞれ独自の合理的基準を追求できるようになります。二つめに憲法が行うのは、権力の濫用ができる限り起こらないように国家権力を組立てることです。法律成立には選ばれた社会の代表が同意しなければならないとして、この法律により国家を厳格に拘束すること、そして、国家権力を様々な機関に配分し、それらが権力を行使する際に互いにコントロールしあうように仕向けること、これです。こうして、国家権力を境界づけ、組織立てることに特化することで、憲法は高い決定力を持つに至ったのです。それはまさに、法

が許されざることを規定し、組織と手続を規律する場合に特に、法が的確且つ実効的であるのと同様です。

周知のように、自由主義の社会モデルは、想定される以上にその前提に左右されるものです。しかし、繁栄の増大が考察されるとしても、社会正義は期待された程度には実現されません。そこで、社会正義の実現は国家が担うべきだと、再び期待されるようになります。けれども、この任務は、国家が消極的に退くというだけでは解決されません。国家活動を憲法の規定によって境界づけることを、一部分放棄する必要があります。新しい任務を果たすためには、自由の制限をより一層強行う必要があるのですが、これだけなら、憲法上の妨害におつかることはありません。なぜなら、立法者には基本権を制限することが授權されているからです。問題はむしろ、立法者が必要な措置をとろうとしないことにあります。従って、憲法の下で問われるのは、社会立法の制定が許容されるか、ではなくて、それが義務づけられるか、なのです。

これと共に別種の要素が憲法の中に入ってきますが、これは、1848年の革命に続く憲法論議の中で既に明らかになっていたことです。自由権を社会的 기본権で補充すべきかどうか、この議論の中で否定論として提出されたのは次のような見解です。確かに、国家による特定の活動と行為形式を禁止するには憲法は適したものかもしれない、しかし、実質的な特定の状況を打ち出す能力は、憲法には備わっていない、と。この見解は、70年後、ワイマール憲法で基本権カタログに相当数の社会的 기본権が追加されたときにも、なおも影響力をもったものです。国法学の中では、これら基本権は要するに権利ではない、こう宣言されました。これは、単なる政治目標の宣言でありプログラム規定であって、法的拘束力をもつものではない、というわけです。

しかし今日では、こうした態度は余りにも乱暴である、と考えられています。そこで、基本法は、社会的 기본権を備えたワイマール憲法の試みを繰り返しはしなかったものの、しかし、連邦憲法裁判所により、自由権は基本法の社会国家条項に照らして解釈され、ここからは社会的保護のための委託も引き出されたのです。現在疑問の余地がないのは、こうした諸々の委託には憲法上の拘束力がある、ということです。けれども違いも残っています。委託は、防禦権と同程度の規定力を発揮できないからです。防禦権は直接的に作用し、違反があればそれは憲法裁判所によりそのまま執行されますが、憲法上の行為義務は、常に立法者による媒介を必要としています。

その際、立法者には相当程度の判断余地が残されています。なぜなら、憲法

によって立法者に与えられるのは、単なる目標だけで、この目標をどの程度、どのように実現するかについては、政治決定に任されているからです。そこで重要な意味をもつのが、そうした目標を実行しようとするれば高いコストを支払うのが普通であるのに、反対に何もしなくても別段支障はない、ということです。従って、憲法上の委託を実行することは、単なる可能性として留保されたままなのです。この憲法委託が実行されるかどうか、どのように実行されるかは、国家が持つ手段、そして国家のその他の任務で決まってきます。憲法裁判所であっても、立法者の不作為に対しては、ただ、活動することを命ずるだけであって、何をなすべきかについては指示をせず、その上、必要なことを自ら行うわけでもないのです。

ここに現われる問題は、社会的基本権やそれに類するものに限られません。憲法が定めた国家活動の境界ではなく、憲法が定めた国家の行為義務が論じられるところなら、どこでも現われる問題です。ドイツにもそうした事態が大いにあてはまるのですが、それは、連邦憲法裁判所が次のような措置を取るようになってからです。その措置とは、古典的自由権を、国家に向けた個々人の防禦権として解釈するだけでなく、付け加えて、これを保護義務として解釈したことです。この保護義務は、基本権上の自由が第三者の側や社会的権力の側から脅かされる場合に、国家の積極的介入を要求するものです。これによって連邦憲法裁判所は、一方において自らの権力を相当程度拡張したことになり、それでいて同時にその権力をより一層危機に貶めたことにもなります。つまりは、連邦憲法裁判所の対応は、防禦権の領域では、憲法上の要求を徹底して、違憲の国家作用を無効とするのですが、保護義務の領域では、憲法上の要求を無視する立法者には無力であるのです。

自由主義の改訂をもたらした社会問題、これは今日となっては表立って現われてはいません。しかしそうはいっても、国家活動の脱境界化は今なお進行しているのです。これと関連しているのは、現在の国家がもつ機能は、既存の秩序を保障することのみにあるわけではない、ということです。前面に現われるのは、社会秩序の形成は特定の正義目標に向けて行われるということです。この目標に、憲法上の地位までもが与えられることがよくあります。例えば、環境を保護すること、生命の自然的基礎を維持すること、そして、将来世代の発展可能性に配慮すること、これらは、基本法20a条の中に規定されていたり、或いは、法秩序の客観的原理としての個々の基本権によって根拠づけられたりしています。

この種の社会秩序形成の任務は、様々な観点から秩序維持と区別されます。後者の秩序維持は、相対的且つ局所的に作用し、個別の妨害者のみに向けられますが、前者の形成任務は、将来的・全面的・集団的に作用します。この形成任務は余りに複雑であり、余りに状況に左右され、余りに不確実でありますから、秩序国家の任務とは違って、思考の上で完全に予測することもできず、さらに法律の上で網羅的に定めることもできません。古典的な規範類型、いわば「条件プログラム」、これは要件の中で国家介入の諸々の条件を列举し、効果の中で国家に選択が許された諸々の措置を呈示するものですが、この規範類型は、ここではうまく機能しないのです。

現代の国家活動の領域で普及しているのは、この条件プログラムではなくて、別の規範類型、即ち、よく「目的プログラム」と呼ばれる規範類型です。この類型の法律は、行政に向けてそれが追求すべき特定の目標を複数呈示して、そしてさらに、その目標を実現する際に考慮すべき観点を、行政に数多く列举するものです。けれども、それ以外のことは全て行政自身に委ねるのです。これにより行政は高度の自律性を獲得します。複数の行為目標をどれも犠牲にせず全て実現すべきとなれば、プログラム執行の過程では、優先順位の決定や比較衡量のプロセスを独自に行う必要があるでしょう。その上、目標実現には時間もかかり資源も必要となるので、行政は規範執行の時点で行為プログラムを常に調節し、それにより状況の変化に対応しなければならないのです。

こうなると、国家活動を法治国家原理に従って限界づけること、国家活動を民主主義原理に従って正統化すること、これは必然的に困難となります。勿論この二つは、議会が制定する法律に結び付いています。しかし、この法律が行政活動を不完全にしか拘束しないのであれば、法律を通じた拘束は全くうわべだけの統制ということになります。行政の統制はその大部分、行政自らが行うことになり、憲法が政治行動に求める民主主義的な責任の体系からは、行政は切り離されてしまうのです。法治国家の本質的構成部分である権利保護にも、同じくダメージが加わるでしょう。国家活動が適法であることをコントロールするには、司法判断可能な規範が必要です。この規範がわずかな拘束力しかもたず、或いは、この規範が全くもって存在しないのであれば、裁判所の審査すべきものは何もありません。裁判所の審査は、手続コントロールと説得性コントロールに限定されてしまいます。法律に書かれた以上のことを裁判所が行うのであれば、裁判所は法治国家の空白を埋めようとして、民主主義の空白を創り出すことになるでしょう。

憲法の意味が失われていくことを、二つの新しい展開を例に明らかにしてみましょう。この展開の根源は20世紀に既にあったのですが、解決されないままであるがゆえに、21世紀でも引き続き取り扱うべきもののなのです。一つめの具体例は、国家活動が予防へと向かうようになったことです。この事態の原因は、科学技術の進展と、その営利的な利用とともに、重大なリスクが現われてきたことにあります。これにより安全を求める社会の声が相当程度高まるのですが、この要求に応えるために国家が選ぶ戦略こそが、予防なのです。この予防は、危険をあらかじめその根源から捜し出すことであり、できるだけその成立に先手を打つことを目指します。そうした戦略は全く納得のいくように思われるかもしれませんが。というのも、災害をとにかく阻止し、伝染病をとにかく予防し、暴力行為をとにかく阻止するならば、それは、一旦事故が起きてからその犠牲者を事後的に補償するよりは、ましなことだからです。

しかし、予防がもつ長所には代償が伴います。危険の源は、明瞭な危険そのものと比べればはるかに無数にあり、はるかに隠れたものですから、予防を実行に移そうとすれば、国家を包括的に常駐させ、国家に包括的に情報を与えることになるのです。予防を行うには、違法な行為や、直接の危険性を持つ行為が開始される前に、必要な情報と活動能力を事前に投入しなくてはなりません。従って、ここでは国家活動の脱境界化が進行するのは必然なのです。この国家活動の開始時期は前倒しされ、国家活動の展開空間も押し広げられてしまいます。この国家活動は、そうした危険性の原因を何ら作るものではない人々にも、及ぶことになるでしょう。警察法の中では具体的危険が、刑法の中では国家介入への十分な嫌疑が、それぞれ国家権力に設けられた境界となっていました。これらの境界はその高さを下げられてしまいます。基本権で保護された領域から、国家は、これまで締め出されていたのに、現在では、この領域へと押し入っているのです。

予防活動には、こうした国家の脱境界化が内在しているわけですが、この脱境界化は、基本権の任務である限界づける働きと対立する傾向を持っているのです。今までのところ自由保護の最も重要な砦であった、比例性原理それ自体にも影響がないわけではありません。リスクが著しく高いとき、或いは著しく高いと考えられるときには、比例性原理がもつ防禦力は後退して、基本権の侵害には、絶対的な境界ではなく、相対的な境界しか常に引かれない、ということになります。予防が、国家任務実現のための道具としてそのまま実行されるのであれば、結果的にこの予防は、保護されるべき自由を侵害するでしょう。

ここから明らかとなるのは、自由と安全は、同程度に最大化することはできないということです。法律が予防的な国家活動を規律する場合、その法律は、危険防禦のための古典的な法が持つほどの拘束力をもっているわけではありません。それにより失われたものがどのようにして埋め合わせられるのかについては、今のところ全く不確かです。

第二の例として挙げられるのは、国家と民間が交じり合った交渉システムへと移行し、それが問題解決の手段となることです。こうした変化が起きた理由には、国家任務が増大しても、国家の強制権力の増大をもって、これに対応することはできないということがあります。正義に適ったものとして前提された社会秩序の保証人から、社会のための包括的な計画エージェント、開発エージェント、サービスエージェントへ、こうした国家の変遷とともに、国家任務が増大してきたのですが、この任務の多くが、命令と強制という特殊国家的な手段をもっては解決できないのです。その原因のひとつに、命令と強制が目標達成に役立たないことにあります。研究の成果、景気の変動、メンタリティの変化、これらは命令することはできません。また原因の一つに、社会内部での過程に対して高権的手段を使って実効的に指導を行うことが、基本権により禁じられていることもあります。しかし最大の原因であるのは、命令的な手段を投入すれば、国家に不都合が生じるということです。なぜなら、代償が余りに高くつくから、というわけです。

しかしながら、こうした任務領域を抱える国家が、その特殊国家的権力手段を断念するならば、公共の福祉を達成するためには、名宛人が自由意思によって示す服従の意思、これに頼らざるをえないでしょう。これにより名宛人たちは、国家に対して拒否権を行使できる立場にたち、その協力の準備を提供させられうることになります。国家は、交渉の要請を行ってこれに対応するわけです。次第に、あらゆる国家レベルにおいて、考えられる全ての対象に関して、交渉プロセスが存在するようになります。立法活動と関連させていえば、国家と私人、例えば利益団体との間で昔からなされてきた通常の接触は、ここでいう交渉とは違うものです。交渉は、効率的な立法活動を行うために、それに必要な事実と要望について国家が情報を得ることとは限りません。むしろ、交渉の対象となるのは、法律の内容それ自体です。従って、この過程は、影響のカテゴリーではなくて、参加のカテゴリーによってのみ把握されうのです。

法律の制定が、国家の警告手段として機能することもまれではありません。この法律の制定によって、民間サイドの妥協の用意を引き出そうというわけで

す。民間の利害関係者が自由意思によって譲歩の姿勢を示すことが期待されれば、国家は規制を放棄するでしょう。この種の取り決めは、双方にとってメリットを持ちます。民間側の行為者は、活動への規制が厳格でないことを、例えば、環境保護や製造物の安全を目的とした規制が厳格ではないことを、計算できるでしょうし、国家の側でも、法律による規制を行えば生じ得る、執行のコストを省くことができるでしょう。国家と私人の間でなされるこの種の協定には、勿論、法律のような一般的な効力が備わっています。けれども、この協定では、法律の場合とは異なって、人々一般による討議と参加は行われません。全ての当事者が交渉参加者となるのではなく、国家計画の邪魔となりうるような、そして、国家目標の達成のためには国家が同意を取りつけなければならないような、社会的勢力、彼らが交渉参加者となるのです。従って、交渉システムは、もともと力をもった当事者を有利に扱うものであって、新しい特権構造を創り出してしまうものといえます。

勿論、この交渉の利点にコストがないわけではありません。しかしここで代償を払うのは憲法です。協定を結ぶ国家とは、基本法に定められた規律が想定した国家ではありません。この国家による影響が、憲法上の諸々の規律に及ばないわけではありません。憲法が民主主義原理や法治国家原理の保障のために定めている殆ど全ての予防手段が、この、協定を結ぶ国家によって摺り抜けられてしまうのです。特に二つの帰結が現れるでしょう。一つめには、交渉を行う国家では集団を拘束する決定への参加者があるとしても、彼らは、基本法が国家的決定の担い手に課した、正統性の体系と責任の体系には組み込まれてはいません。基本法は、政治的支配を部分的にのみしか捕捉することができないのです。反立憲主義的な決定主体が存在することになります。その限りで、我々はここでも、脱境界化現象を扱わなくてはなりません。

二つめには、憲法に規定された決定機関と決定手続から、その価値が剥奪されてしまいます。特に、議会と議会手続についてそれは当てはまるのです。国家の側で交渉を行うのは常に政府です。規制を放棄することが合意されたならば、議会が登場する余地はありません。交渉結果が、交渉に参加しない第三者にも影響をもつのであれば、その交渉結果は法律に移し替えられ、その結果、議会は批准する立場に置かれるでしょう。けれどもそこでは何の変更もできません。というのは、もし変更が可能であるというのなら、交渉の結果全体が危険にさらされることになるからです。それとともに、議会プロセスから調達される決定の長所も消えてなくなるでしょう。透明性と参加が特にそうです。

同様に、選挙による決定もその重要性を失います。選挙によって表明されるに至った全体意思が、交渉の中に組み込まれた私人の利益によって破壊されてしまうからです。この私人の利益は、このように二重の影響力をもつのです。つまり、一般的には選挙において、特殊的にはその利益領域に関連する決定において、影響力をもつわけです。

しかしながら、コストを負担するのは民主主義のみではなく、法治国家もそうなのです。法治国家には法律が必要です。法律は、国家の行為を予見可能・計算可能にし、国家の執行権に法的拘束を加え、裁判所によるコントロールを行政に課します。従って、法律が、国家と私人のインフォーマルな取り決めによって代替されるとすれば、それに応じた分、こうした法治国家の成果はなくなってしまいます。デメリットを受けるのは、取り決めの結果に左右されはしても、この取り決めに参加することができない人たちです。交渉がインフォーマルなものであれば、彼らは、何が妥当しているのかを十分な確実性をもって知ることはできませんし、法治国家的な統制機関を通じ、その憲法上保護された利益が十分に考慮されているのか、そして、その利益が具体的な事例の中で貫徹されているのか、この点から交渉結果を吟味することもできなくなるでしょう。

交渉という手段は、勿論、恣意的に選択されているわけではなく、その背景には社会的現実の変化があるのです。その進行を容易に食止めることなどできない社会的変遷があるならば、それに対して国家がそうした反応をするのも、十分に根拠のあることです。交渉システムは、すなわち構造的に条件づけられているのです。この交渉システムは、憲法上の中心原理を空洞化するかもしれませんが、だからといって、単にこれを不十分であると判断したり、これを禁止したりすることはできません。むしろ、国家の協定締結の実務に憲法を合わせて、こうした新しい行動形式と決定形式に対して憲法の要求を実行するという試みを行わなくてはなりません。しかしながら、これをどのように行うことができるかについては、今のところハッキリとはしていません。

## II

いま描写した諸々の現象に共通であるのは、次のようなことです。それは、政治を拘束する力が憲法から失われるということ、そして、それは、様々な新種の任務と行為形式が国家に与えられ、それらの憲法的統制が困難になるからだとということ、これです。憲法が、公権力の主体と形式を包括的に規律しよう

としても、その憲法の要求はもはや完全には実行できません。決定的に劇的であるのは、憲法の意味を削減する二番目の過程です。その過程は、公権力と国家の同一性を解消するものです。そもそも、この公権力と国家が同一であるのは、国家が領土と関連しているからです。勿論、国家権力の仕組みは様々ですし、そうした国々が数多く並存しています。しかしながら、どこの国でも、領土が国境によって確定され、この国境の上にただ一つの公権力が活動しており、だからこそ、単一の憲法律によってこの公権力が規律できるのです。

しかしながらそれとは別に、国家の外、或いは、諸国家の上に、国家とは別の政治的行動単位が形成されています。この行動単位は、国家の中で公権力を行使しますが、しかしそれでいて、ある種の上位国家にも組織されません。「公権力」と「国家権力」、この二つの概念は同義のものとしてきましたが、この事態によって両者は分裂することになります。伝統的な国家権力が存在しながらも、国家という担い手とは関係のない、新種の公権力が存在するというわけです。かつてより包括的な国家権力から別の公権力が編成され、この公権力が超国家的な行動単位により行使されるのです。ここから、憲法について三つの結論が生じます。一つめは、憲法が、国家の領土上で実効的である公権力を規律するとしても、それは部分的な規律でしかないということです。二つめには、国家ではない新しい公権力の形式が、憲法による規律から抜け落ちてしまうということです。もっとも、それは全く規律されないとか、憲法類似の規律がなされても重要な要素が除かれるというわけではありません。最後に、憲法には、それが引き続き妥当する領域の中でも、適応のための変化を求める圧力が加えられるということです。

その原因をたずねるとすれば、それは国境の解消という事態の中に見出すことができます。そもそも閉じた国境があるから、統一的で包括的な国家権力があるのです。ここで、閉じた、というのは、国境を越えることができないとか許されないということではありません。単に、国家が国境を行き来する動きを管理し、この動きを認める条件を整備し実施できる、ということです。ですから、国境の解消とは、国境がなくなるということではありません。国境が解消とするとしても、様々な国家が存立することに、依然として変化はありませんし、ある国の領土がどこで終わり別の国の領土がどこから始まるかは、依然としてハッキリしているのです。そして、例えば、どこの国の法を適用するのか、どこの通貨が通用するのか、どこの官庁が活動してよいのか、こうした問いについては、依然として国境が意味をもっているのです。そうではなくて、

国境の解消が意味するのは、国家が国境を越える動きを、部分的に管理しなくなる、或いは管理できなくなる、ということなのです。国境を管理することを完全にやめるとしたら、おそらく、そこに国家があるとはもはや言えなくなるでしょう。

国境を越える動きを管理しなくなることがあるとしたら、それは、国家自らの決定により、特定の任務が国家から各国共通の制度へと委譲される場合、そして、この目的のためにその制度に公権力が付与される場合、この場合に起こります。つまり、国家に代わり集団を拘束する決定を行い、その決定に国家を従わせることができる権利、この権利が当該制度に付与される場合です。勿論、この過程は、伝統的な国家の枠組の内部でも起こるでしょう。様々な独立国家が集まって新しい国家を建国する場合や、18世紀のアメリカ合衆国やドイツのように、従来独立を保ってきた国家が連邦国家を創設する場合がそうです。これにより、国境は変化しますが、その意味に変化はありません。しかし、目新しいのは、これではなくて、国家権力の一部分を委譲された、超国家的な組織が成立するということなのです。

その最も顕著な例が、1957年に創設されたEC、つまり、今日EUと呼ばれ、最初は6カ国、その後15カ国になり、後には25カ国から構成されるようになった制度、これです。このEUは、どの程度国際機構ではなく、どの程度連邦国家ではないといえるのでしょうか。次のような答えが可能かもしれません。EUは、国際機構というには主権が多すぎて、国家というには主権が少なすぎる、と。しかしながら、このように量をもって論じることは、その特徴をほんの一部分しか把握したにすぎません。こう述べるのが正しいでしょう。EUは国際機構とは異なる、それは、EUが公権力を持っており、この公権力を構成国に対し直接的に、つまり、各国国内機関による変換を経ずして行使するのからだ、と。しかし、EUは国家でもありません。それは別の理由からです。つまり、EUは、それ自身の法的基盤について、そして、その政治的統一体の形式と内容について、自ら決定することはできないからです。ひきつづきの決定ができるのは、ただ構成国だけです。この構成国による決定がなされるには、構成国が政府会議で国際条約を締結し、各国議会がこれを批准しなくてはなりません。たった一つの構成国の承認が欠けるだけで、条約を発効させることはできないのです。

EUが憲法を持っているかどうか、この問いは以前から争われています。10年前にマーストリヒト条約が登場してから、この問いが議論されるようになり

ました。それまでは、ヨーロッパ統合は、行政による道と司法による道によって忍びやかに歩まれてきました。この条約によって突如として明らかになったことは、政治的決定が、各国の首都からブリュッセルに向かって、どれ程までも移動していたのか、ということです。そして、この条約は政治の共同体化をより一層推し進めることになったのです。EUが民主的には十分正統化されたものではないのではないかと、という危惧が語られるようになるのには、このような事情がありました。この危惧への回答として強まってきたのが、ヨーロッパ憲法を求める要望です。各国の政治家もその間にそうした要望を自ら呈示するようになり、つい先だってはEU構成諸国により、ある会議が開催されて、そこで、EUの制度改革を目指す提案が作成され、並びにEU憲法の問題が吟味されました。しかしだからといって、EUには今現在憲法が全く存在しないのだと考えてはなりません。EUには憲法があるのです。しかしそれは、国内憲法での憲法典によってではなく、構成国間の国際法上の条約によってなのです。

EUを創立したり発展させたりするのが、この条約です。EUの目標を定めるのも、その機関を設置するのも、人的な編成を確定するのも、その権限と手続を規律するのも、EUと構成国の関係を、そして一部ながらEUと市民の関係さえ確定するのも、それは条約なのです。これら全ては、国内では憲法の中に存在するような規定が行っているのです。確かに、これまではずっと基本権カタログはありませんでした。けれども、基本権カタログがないとしても、この欠缺状態は、ヨーロッパ人権裁判所が、欧州人権規約と各構成国の憲法から基本権を導き出すことで、埋められました。最近では、イギリスなど、これまで拘束力ある基本権カタログの存在に反対する構成国があったがゆえに、法的な妥当性を今まで持っていなかったものの、基本権憲章というものも存在しています。構成国がEUに委譲した公権力は、各国がその領土で行使する公権力に劣らず、法化されているのです。つまり、次のようにいえます。条約はEUの中で、国内憲法がもつような重要な機能を果たしている、と。

もっとも次のような問いがあります。こうした状況の下で、憲法論議はどんな意味をもつのか、ということです。この問いに答えるには、条約と憲法の違いをハッキリさせなくてはなりません。まず、EUの法的規律は、多くの条約にまたがっており、数の点で非常に膨大で、従って、国内憲法のテキスト以上に概観不能になっているともいえますが、これとは別に、ある根本的な違いが存在しています。その根本的な違いが何かといえば、それは、公権力の担い手

に關すること、別様の表現すれば、公権力の帰属主体に關すること、これです。民主主義の立憲国家では、公権力の主体（主権者）は国民ですが、EUでの公権力の主体は構成国です。この構成国が条約を締結し、構成国のみが条約を変更し直すのです。従ってEUは、EUの政治的統一性の内容と形式について自ら決定を行いません。この決定は他の者が行います。つまり、この決定は、たといそれがEU設立後であっても、構成国に残されるのです。

EU憲法を求める動きに隠れているのは、条約を国内憲法へと外面的に接近させようとする希望だけではありません。むしろここにあるのは、それ以外の、条約と完全な意味での憲法概念とを分かち、条約に欠けた唯一の要素を追加すべきだということなのです。これが意味するのはつまり、主権者を変更すること、即ち、EUの中での公権力の担い手を変更すること、これです。いずれにせよここで問われているのは、これによって欧州全体での民主主義の不足がカバーされるのか、という点です。民主主義の意味は、政治的機関を定期的な選挙にかけなければならない、このことに尽きるものではありません。むしろその意味は、政治が社会の期待と要求に立ちかえることにあるのです。このためには、社会と政治が幾重もの参加形式を通じて継続的な交換関係で結ばれることが必要です。

まさにここで示される問いとは、立憲主義の諸々の成果を、国家ではない政治単位に移し替えることなのです。今までのヨーロッパには、次のような中間的制度は存在しませんでした。つまり、国民と政治機関の間を媒介し、それによって、政治機関の民主的な後ろ盾と、その活動への民主的な責任を創り出す、そのような制度です。全ヨーロッパ的政党もありませんし、全ヨーロッパ的団体も、例えば、全ヨーロッパ的労働組合もありません。とりわけ、全ヨーロッパ的なメディアもありません。従って、ヨーロッパ全域の討議も欠けたままなのです。EUに完全な意味での憲法概念があるとしても、その結果は、その憲法によって媒介される正統性は、やはり外見的正統性でしかない、ということになります。従って、民主主義の観点から見てずっと意味のあるのは、EUの内容と形式に關する基本決定を、民主的討議と民主的責任が可能なところで行うことです。すなわち、こうした基本決定を構成国内部で行うことなのです。

國際的文脈の中で憲法の実効性に限界があることは、EUの例で既に明らかなのですが、全地球的な次元となると、この状況は更に著しいものになります。EUでは、構成国による政治的決定、構成国による国境管理が、EUという

更に広域の政治単位のために手放されるのですが、国際的領域では、政治の決定と社会の発展が混ざり合って、同様の結論が生じてきます。例えば、政治的決定には、金融市場の開放が影響を及ぼすでしょう。金融市場を開放することで、国家は、金融の流れを国内で実効的にコントロールすることができなくなります。情報技術の進歩も同様で、これにより、時間のロスや容量の限界なく、情報を世界規模で利用できるようになります。そうなれば、莫大な資本が最も有望な投資条件を求め、常に移動することになります。従って、国家は、有利な金融標準設定をめぐる未曾有の競争にさらされることになり、それとともに、高度福祉国家では、労働条件はより厳しいものとなり、高い社会保障水準はもはや維持不能となるでしょう。

総じて見ると、経済はそれにより、政治が追いつけないほどにトランスナショナルなものになるのです。ここから生じてくる経済活動の行動予知は、その数をますます増大させつつある、国際的な活動主体によって利用され、それにより、彼らは法による拘束から更に免れることになります。けれども、国際化された領域であっても、法による規律メカニズムがなくなるわけではありませぬ。勿論、このメカニズムを調達できる全世界的立法者が存在するわけではありませんから、この領域では、国境を越えるトランスナショナルな法が必要となるのです。こうした状況の下で普及する法の成立形式とは、国家がもはや関与しない、或いは、他の主体と並んでしか関与できない、そのような法の成立形式です。ここでは、その制定者が少なくとも民主的な責任の体系に組み込まれているような、EU法や国際法とは事情が異なります。全世界的な市場が機能するための法的条件は、むしろ、国家とは別のところで保障されるのです。

このトランスナショナルな法を一部ながら定めている国際機構では、その成立自体には国家の関与があるものの、しかし、例えば、世界貿易機構を見れば分かるように、国家による政治は、もはや重要な役割をもってはいません。ところが、多国籍企業が締結する契約が、同様に国際的に活動する弁護士事務所の代理を受けて、国内法や国内裁判権にはもはや服さないような事態が生まれ、しかもこうした状況が徐々に増えております。紛争が生じてから登場するのも、国境を越えた法を適用する国際仲裁裁判所であって、しかも、この法は適用の段階で裁判所自らが創造し、その後で模倣により普及していくものなのです。

民主的な権威をもった制定者によらない、このような法は、「柔らかい」法と呼べますが、だからといって伝統的な法律による法と比べて、実効性の点で

劣るわけではありません。この法は、議決されるのではなく交渉により成り立つ法である点で、交渉による国内法と同様の問題を抱えています。従って、同じ問題が世界規模で増大することになります。法の成立プロセスは不透明となり、利害関係をもつ第三者が交渉から排除され、この法形成プロセスからは民主的な統制と責任がなくなります。当然の如くここでも公権力が行使されますが、ある場合には、国家と私人による独特の協力関係によってそれが行われ、ある場合には、それは全く私的な形式によって行われます。この準公権力は、国家から全く離れて実効力をもつだけでなく、全ての憲法上の拘束からも免れることになるのです。

このことが明らかになれば、立憲主義の諸々の成果を、国際社会の領域へと拡張しようとする要求が存立することが、判明するでしょう。しかしながら、今までのところ、これが達成される見込みはありません。近代主権国家が創り出される以前には憲法を持つ能力を備えた客体がなかったように、グローバル化された行動領域でも、立憲主義が普及するための前提が欠如しているのです。その普及には一種の世界政府が必要となるでしょうが、国際連合はこの世界政府でもないし将来もそうはならないでしょう。そして世界政府は今後も待望されるものであり続けるでしょう。これは、国際的な次元を法化しようとする努力を放棄する理由にはなりません、かといって、その努力を行えば、過去に我々が憲法から得てきた諸々の成果を実行に移せる、というわけでもないのです。

グローバル化の流れは、その影響を次第に国内憲法にも及ぼし、その力を弱めようとしています。まずは、国境を越える柔軟な法は、国内憲法の道を経ずして成立する法を、国内憲法でも通用させることで、憲法の射程範囲を制約していますが、それだけではありません。国内憲法が適用領域をなおも持っているところでさえ、この国内憲法の妥当性要求は侵害されるのです。これは、発展途上国で顕著ですが、財政危機に見まわれ、世界銀行の援助を仰いだ先進国にもこの状況は見出せます。世界銀行と国際通貨基金が提供する援助は、当該国家に相当程度の法改正を強制するものです。経済的な強化を図るためには、民主的な憲法を弱めなければならないのです。

しかし、もっと進んだ国々でも、そうした作用がその独自の憲法秩序に及ばないとは限りません。最後に、こうした事態を説明するために、ある事例を紹介したいと思います。これは、私が連邦憲法裁判所裁判官として過ごした期間の中で、この問題を特に顕著に明らかにした事例です。それは遠洋航海に関す

る事件でした。ドイツ船舶ではドイツ法が適用されます。従って、ドイツ船舶の船員が大部分低賃金の外国人によって占められているとしても、そこでは、ドイツ法が要求する、労働法上、社会法上の高度な保障水準が妥当することになります。そこで、ドイツ人船主は、ドイツ法の適用を逃れるために、その船舶を、低い権利水準でも許される外国国旗を掲げて航行させようとするのです。

ドイツは、こうした傾向にストップをかけようとし、外洋航海で外国人船員が高水準の待遇を受けられるように、法律上の措置をとりました。ドイツ船舶ではドイツ法が妥当する、部分的ながらも外国人にそれを適用する、という原則がそれです。これは平等取扱に関わる問題を投げかけるもので、当該法律につき憲法判断が求められました。連邦憲法裁判所はここで次のようなディレンマに直面しました。ドイツの高い基本権水準をやはりドイツ外洋船舶で維持すべきなのか。その場合は、外洋ではこの水準は殆ど適用できません。全てのドイツ船主は他国の国旗で航行しているからです。あるいは、憲法裁判所は、ドイツ基本権の適用領域をここでも認めるべきなのか。その場合は、保障水準を引き下げざるをえません。私が思うに、この問いは、21世紀初頭の立憲主義の状況を照らし出しています。いかにすれば立憲主義の成果を国際的場面に移行させることができるのか、これは、未来の大問題の一つであるように私には思われるのです。

#### 【記者後記】

本稿は、ディーター・グリム教授による講演「21世紀の挑戦に直面する憲法」の全訳である。この講演は、2002年4月15日、早稲田大学比較法研究所の主催により開催された。グリム教授は、1937年生まれ、ビーレフェルト大学教授、ドイツ連邦憲法裁判所裁判官などを経て、2000年よりベルリン・フンボルト大学教授。日本でもよく知られた作品として、『市民社会の法と国家 [Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft]』（1987年）、『ドイツ憲法史 [Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866]』（1988年）、『憲法の未来 [Die Zukunft der Verfassung]』（1991年、第2版1994年、第3版2002年）、『憲法と政治 [Die Verfassung und die Politik]』（2001年）、などがある。内外の「脱境界化」現象により内在的弱体化の危機にある憲法の未来を問う本講演は、憲法の実効性の前提条件を憲法史と憲法学の視座から問い続けてこられたグリム教授長年の研究成果の一端を凝縮したものといえよう。

なお、最後に論及される判決は、ドイツ連邦憲法裁判所1994年10月25日判決である（BVerfGE 92, 26）。

グリム教授との講演後の連絡につき、ベルリン・フンボルト大学留学中の大森貴弘氏（早稲田大学大学院博士後期課程）に多大なご協力をいただいた。氏の細やかなご配慮に御礼申し上げます。