

Title	ドイツの基本法における基本権
Author(s)	初宿, 正典
Citation	聖学院大学総合研究所紀要, No.53, 2012.3 : 15-50
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=4243
Rights	



聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository and academic archiVE

ドイツの基本法における基本権

初宿正典

はじめに

一 明治憲法とドイツ

ドイツと日本の関係は、今からちょうど一五〇年前の一八六一年にプロイセンとの間に締結・調印された修好通商条約に始まるが、憲法史的関連で言えば、一八八二(明治一五)年に伊藤博文(一八四一〜一九〇九)らの一行が立憲制度導入取調べのためにベルリン(ドイツ)とヴァイーン(オーストリア)を訪れたことに始まると言ってよからう。すなわち、彼ら一行が、同年五月から翌一八八三年二月までの間、ベルリンではグナイスト(Rudolf von Gneist, 1816-95)とその弟子モッセ(Albert Mosse, 1846-1925)、またヴァイーンではシュタイン(Lorenz von Stein, 1815-90)等の講義を聴いて調査し、一八八三年夏に帰国した後、それに基づいて、伊藤博文、伊東巳代治、井上毅らによって明治憲法(一八八九年制定)の草案起草作業が開始されたことは、周知のことである。その際、当時の日本にとって、イギリスの国制は大いに参考となったことはもちろんのことであるが、少なくとも当時のドイツ帝国憲法(一八七一年のいわ

ゆる「ビスマルク憲法」は、明治憲法の模範とはなりえなかった。ビスマルク憲法には、国の統治の仕組みに関する規定しがなく、国民の自由・権利の保障は帝国の各構成国の憲法典に委ねられていたからである。当時の「お雇い外国人」の一人で一八七八年以来明治政府の「外務省法律顧問」として日本に招かれていたドイツ人法学者ロエースラー(K. F. Hermann Roessler, 1834-94)は、国民の権利に関する規定のない憲法典は近代憲法として欠陥ありとする意見を述べており、伊藤らはこの提言をも取り入れながら明治憲法の起草作業を進めていったとされる。世界史的に見れば、ともかくも一九世紀末葉のこの時期に、「臣民権利義務」の諸規定を含む近代憲法典としての明治憲法が成立したことは、それ自体として特筆に値しよう。同憲法はその後も一度も改正されることなく、第二次大戦終結後まで妥当したことは言うまでもない。

二 日本国憲法の成立とアメリカの影響

第二次大戦後の一九四六年に成立し、翌一九四七年五月三日に施行された現行の日本国憲法の制定作業は、その成立過程から見ると、連合国総司令部（アメリカ）の強い影響下にありながら、一貫して明治憲法の全面改正として進められており、そのことも影響して、日本国憲法は、体系的には、むしろ明治憲法の体系を踏まえた規定の仕方を取っていることが分かる。すなわち、本稿での主たる検討の対象たるドイツの基本法のように国民の自由・権利等に関する規定（権利章典）を冒頭に置くのではなく、天皇に関する章から始まり、権利章典はその後ろに置かれるという構造になっている。しかし、日本国憲法が、実質的には明治憲法とは異なるまったく新しい憲法典であり、特にその権利章典（第三章）がアメリカ合衆国憲法をはじめとするアメリカの圧倒的な影響を受けて成立したことは、今さら指摘するまでもない。日本国憲法のアメリカ憲法との類似点についての詳細はここでは触れないが、特に憲法第一三條（「生命、自由

及び幸福追求に対する国民の権利」、第三二条（法定手続保障）および第三三条以下の諸規定（多くは刑事裁判に関する規定）は、明確な影響がある。その意味で、日本国憲法は、ドイツ流の《器》にアメリカ産の《果実》を入れたものと言つてもよいかもしれない。

第一節 基本法の全般の特徴概観——日本国憲法との比較において

本題に入る前に、ドイツの現行憲法である「ドイツ連邦共和国基本法」(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949)以下では単に「基本法」と表記する⁽¹⁾のいくつかの全般的な特徴を、日本国憲法と比較しながら、概観しておくこととする。

(一) 憲法典の名称　まず、基本法は、ドイツ敗戦後にドイツを占領した英米仏ソのうち、英米仏とソ連(当時)の対立から、とりあえずは英米仏の支配下にあつた西側ドイツ領域のみに通用する暫定的な統治体制のための基本的法律として制定されたという特殊事情から、伝統的な《憲法》(Verfassung)という名称を用いることを意識的に避け、《基本法》という名称を冠したということである。基本法の最末尾の規定である第一四六条が、「この基本法は、ドイツ国民が自由な決断で議決した憲法が施行される日に、その効力を失う」と定めていたのが、この趣旨を明らかにするものである。つまり、当時においては、数年後にはドイツの国内外の情勢が安定し、英米仏とソ連との関係も改善するであろうという見込みの下で、文字どおりの「暫定憲法」としての性格を持つものと認識されていたのである。しかし、その後、ソ連と西側諸国との関係は改善せず、逆に深刻な東西の壁が形成されて東西冷戦の時代が一九八九年一月の

ベルリートの壁の崩壊まで、長らく続いたことも周知の事柄である。基本法は、一九九〇年のドイツ統一によつて、旧東ドイツ地域が旧来の五ラントに再編成されて基本法の適用領域に入つてからも、新憲法の制定ではなく、基本法を幾度も改正して、今日に至つてゐる。

(二) 経過規定の多さ　基本法は、上記のような理由もあつて、経過規定・終末規定が極めて多いのも大きな特徴で、現在までの改正を含めると、実に四〇か条を超えている(第一一六条〜第一四六条)。

(三) 《基本権》に関する章の位置　一九一九年のヴァイマル憲法とそれ以前の憲法典は、統治の仕組みに関する章のあとに《基本権》(Grundrechte)の章を置くのが通例であつたが、基本法は、とりわけ一九三三年以来のナチズムの経験も踏まえつつ、そうした伝統とは異なり、前文に続く第一章で、基本権に関する章を置いている。これは、基本法制定者が国民の基本権保障を最重要課題であると認識していたことを意味しよう。後に触れるように、第一条一項に「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し保護することがすべての国家権力の義務である」とする規定が置かれてゐることも、こうした認識の表れと見ることができる。

(四) 基本権規定の文言の詳細さ　基本法は、多くの条文が相当に長い文言になつており(たとえば連邦領域の新編成に関する第二九条)、基本権に関する諸規定に限つても、日本国憲法と比較すれば、後述するように、条分の数は少ないが、その文言の詳細さは一目瞭然である。しかも(これも後述するように)、各条文ごとに、法律による制限の可能性などを明示していることも、日本国憲法と比較して特徴的といえる点のひとつである。

(五) 権力分立制の独特さ　基本法下のドイツの国家機構にはわが国には見られない特徴があることも指摘できよう。ここではこの点の詳細には触れないが、連邦参議院(Bundesrat)が、わが国の参議院とは異なる制度設計がなされてゐることや、通常裁判所・行政裁判所等の複数の最高裁判所とそれとは別に、憲法判断(特に憲法違反の判断)について連邦憲法裁判所(Bundesverfassungsgericht)という独特の裁判所が設置されてゐること、あるいは、文化・教

育・宗教に関わる問題については、連邦を構成する一六のラントが第一次的な権限（いわゆる文化高権 *Kulturhoheit*）を与えられていること、などである。

(六) **頻繁な憲法改正**　基本法は改正が極めて頻繁に行われてきたことも大きな特徴である。すなわち、基本法は、一九四九年五月二四日に施行されてから二年半後の一九五一年八月に、早くも第一回の改正がなされ、二〇〇九年七月末の最新改正までに通算五七回の改正を経ている。中でもたとえば一九六九年には、一年間のうちに八回、しかもそのうち三回（五月一二日改正）は同日になされているなど、通常は考えられないほどの頻度で改正がなされている。

(七) **ヴァイマル憲法からの宗教関連の規定の受容**　基本法第一四〇条は、宗教制度に関連する一九一九年のヴァイマル憲法の一部（第一三六条から第一三九条までおよび第一四一条）を基本法の構成部分（*Bestandteil*）としてそのまま（*en bloc*）受容している。もっとも、公立の国民学校での《宗教の授業》（*Religionsunterricht*）についてや、信教の自由の規定のように、基本法自身が新たに定めている規定もある一方で、国立大学の神学部の存置に関する規定（ヴァイマル憲法第一四九条三項）のように、基本法上には明文の根拠規定がないにもかかわらず、ほとんどのラントにはカトリック神学および（または）福音主義神学の学部が設置（ないし戦前から存置されている学部）⁽³⁾されているのも、ドイツ独特の制度であると言つてよい。

第二節　基本法の個々の基本権規定の特色

さて、本稿に与えられた主たるテーマは、ドイツの現行憲法（基本法）における基本権について概観することである。

基本法は「基本権」(Grundrechte) という表題を持つ第一章(第一条から第十九条)において、合計二二か条の条文を置いている。そのうち三か条は、後野改正で付加挿入された規定である。以下では、個別の規定の内容上の特色を、日本国憲法との比較という視点に立つて概略述べることとする(末尾の一覧表参照)。個々の条文の逐一の文言については、紙幅の関係上、省略することとする。

一 人間の尊厳、人権、基本権

(一) ナチズムという二十世紀最大の深刻で悲惨な歴史的経験を経た敗戦後のドイツは、人間存在に対する尊厳の回復と保護を、戦後の新しい法秩序における最大の課題とした。その表現が、すでに言及した第一条一項の《人間の尊厳》(Würde des Menschen, Menschenwürde) 条項⁽³⁾である。この条項については、日本国憲法第一二三条前段の「個人の尊重」原理との異同が、かつて学説上の論議となった。⁽⁴⁾《人間の尊厳》こそ、現行のドイツ憲法の唯一の基本原理ないし最大の原理だ⁽⁵⁾とさえ言われている。だからこそ、第一条二項は、この《人間の尊厳》条項の帰結として、「それゆえに」(darum) という接続詞を伴って、「ドイツ国民は、世界のすべての人間共同体、平和及び正義の基礎として、不可侵にして譲り渡すことのできない人権を信奉する」という第二項が続いていると見ることができ。ここで用いられている《人権》(Menschenrechte) という語は、基本法上(こ)だけに登場する用語であり、しかも、人間の尊厳原理から帰結するこの《人権》を、ドイツ国民は《承認する》(anerkennen) のではなく、《信奉する》(bekennen) とされていること、すなわち、人権への信念の表明がなされていることも興味深いところである。ドイツ語の „bekennen“ は、文字どおりの意味では「信仰を告白することだからである。ここには、人権が人間に由来するものではなく、基本法前文にいう《神》に由来するものであるとの、一種の信仰告白が示されていると言ってもよからう。

(二) さて、第一条三項は、「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する」と定めている。ここにいう《基本権》(Grundrechte)の概念が上記の二項の《人権》の概念とどう関わるのかが解釈上の問題となりうる。この点については、クリーレがかつて、「基本権は権利であり、人権はである」と述べたことが注目される。すなわちクリーレは、《人権》という場合には、時代的・場所的制約のない普遍的なものとして、自然もしくは神の創造秩序に根拠づけられた、神聖で不可侵なものとして、《基本権》という場合には、それは法的・制度的に保障された人権であつて、その妥当性は、時代的にも場所的にも制約を受けたものと考えられる、とする。したがつて、クリーレによれば、人権が基本権の中に制度化されている場合には、「法的に見れば基本権、哲学的に見れば人権」ということになり、両者の区別は観方の問題だとされることになる。⁽⁶⁾ 学説においては、基本法の保障する基本権のうち、ドイツ国民にのみではなくすべての人に適用されるものは人権でもある、とする理解があり、その根拠としては、基本法上、「すべてのドイツ人」という文言と「何人も」という文言とが使い分けられていることが挙げられるが、連邦憲法裁判所の判例上も、必ずしもこのような区別が厳密になされているわけではない。しかしこの点についても、詳述する余裕はない。⁽⁷⁾ 第三項後段の文言についても、ここでは触れない。⁽⁸⁾

二 人格を發展させる自由の権利

第二条は、「自己の人格を自由に發展させる権利」を保障している。この規定は、上述の第一条の人間の尊厳条項と結びついて、日本国憲法第一三条の「生命・自由及び幸福追求権」条項と類似した包括的基本権としての機能を果たしているが、ここで注目すべきはむしろ、この権利が「他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に反しない限りにおいて」という留保をつけている点である。日本国憲法第一三条も、「公共の福祉に反しない限り」という留保

をつけているが、ここにいう「公共の福祉」の意味が抽象的であるのと比較すると、制限の可能性がより具体的に表現されていることが分かる。この条項に関連しては、連邦憲法裁判所による。

三 平等原則

第三条は平等権の規定である。ドイツ憲法では、日本国憲法第一四条一項のように「法の下の平等」と異なって、伝統的に「法の前の平等」(Gleichheit vor dem Gesetz)という表現がなされてきている。かつては、この文言から平等原則は「法の適用上の平等」であると解すべきだとする理解が通説であったが、ヴァイマル期の一九二五年のライプホルツの『平等論』以来、今日では「法の内容上の平等」も意味するとするのが一般の理解であるとされている。第二項では特に男女の同権が定められているが、同項後段の「国は、女性と男性の同権が現実的に達成されることを促進し、現に存する不利益の除去を目指す」という文言は、第三項の「何人も、その障害を理由として不利益を受けてはならない」との規定とともに、一九九四年の第四二回改正で付加された規定である。平等についても、連邦憲法裁判所による判例の豊富な蓄積がなされてきている。

四 信仰・良心等の自由(第四條)

(一) 第四条一項は、「信仰、良心の自由、並びに宗教及び世界観の告白の自由は、不可侵である」としている。日本国憲法の第二〇条に対応する条文であるが、日本国憲法では、《良心の自由》は第十九条で《思想の自由》とともに(一)独立に規定しているのに対して、基本法では、《良心の自由》(Freiheit des Gewissens)が《信仰の自由》(Freiheit

des Glaubens)と並べて書かれている点が第一の特徴である。多くの(特にキリスト教国の)憲法典では、《良心の自由》がしばしば《宗教の自由》の意味で用いられてきたこと⁽⁹⁾から、この両者の区別が問題となりうる。ここでも、《良心の自由》は、少なくとも、宗教的な信条と密接に結びついた概念として用いられたことは、三項に、「自己の良心に反して武器を持つてする軍務を強制されない権利」、いわゆる《良心的兵役拒否》(Kriegsdienstverweigerung)の権利が保障されていることから、疑いなくであろう。もっとも、良心的兵役拒否に関する制度の運用上では、必ずしも厳密に宗教的な信条に基づく場合でなくとも兵役拒否が認められてきたのであって、両者がまったく同義に解されてはいないことも事実である。また、こうした内心における自由権と並んで、宗教上・世界観上の告白の自由も、不可侵であるとされている(一項後段)。ここにいう《世界観》(Weltanschauung)が何を意味し、《宗教》と区別する基準は何なのかについても、問題になりうるであろうが、この点についても、ここではその詳細に触れる余裕はない⁽¹⁰⁾。

(二) なお、上記の《良心的兵役拒否》については、二〇一一年一月から義務兵役が停止されたので、今後は当面は実際に問題となることはないが、ドイツでは、これまで良心上の理由から兵役を拒否した若者に対して、いわゆる《代役》(Ersatzdienst)を課し(後述の第一二a条参照)、それが老人介護や障害者援助などのための豊富な(かつ費用の点でも予算を多く使わないで済む点で安価な)人材源となってきたという経緯があるので、今後こうした福祉行政を実施していく上で、予算費用のかからないこうした安価な人材がどのように確保されていくのか、注目されるであろう。なお、後述する第一二a条もこの問題に関連する条文である。

五 意見表明の自由、知る権利、報道の自由、芸術・学問の自由（第五条）

第五条は、上記の第四条とともに、いわゆる精神的自由権の規定であるが、ここには多くの自由権が一括して規定されている。これらの権利は、民主政に関連する権利として特に重要なものであるので、以下ではそれぞれの規定について簡単に触れておくこととする。

（一）意見表明の自由と知る権利

まず、基本法第五条一項一文は、「言語、文書及び図画によつて自己の意見を自由に表明」する権利意見表明（*Meinungsausserung*）の自由を、自己の意見を「流布させる権利」と並んで保障している。この規定は、日本国憲法第二一条一項にいう「言論、出版その他一切の表現の自由」に対応する規定である。わが国の最高裁判例や学説の解釈では、《表現の自由》の中には、情報の収集・受領権としての《知る権利》（*Recht, sich zu unterrichten*）が含まれていると解されているが⁽¹⁾、基本法ではこれが明文化されている点に特色が見られる。それと同時に、この《知る権利》に関して、「一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく」知る権利として、やや具体的・制限的な自由権として規定されていることも特徴的である。

（二）出版の自由、放送・報道の自由

次に、基本法は、同じく第五条一項二文で、日本国憲法という表現の自由の具体的列挙事由としての《出版の自由》（*Pressfreiheit*）を、放送（*Rundfunk*）とフィルムによる《報道の自由》（*Freiheit der Berichterstattung*）と並んで規定している。日本国憲法上は、報道機関が表現主体である場合の《報道の自由》も、明文規定はないが、基本法はこれが《放送の自由》とともに明記されている点に特徴が見られる。わが国では、《放送の自由》は表現手段の一種としての《報道》のうち、NHKを含む放送事業者が行う「無線通信の送信」を《放送》⁽²⁾といい（電波法、放送法参照）、放送に関する自由権が講学上《放送の自由》⁽³⁾と言っているが、放送は従来か

ら、電波の稀少性等を理由にして法律による規制に服しており、その点で、自由権とは言っても、一般的な表現等の場合とは相当に異なったあり方をしていることは言うまでもない。¹²⁾

なお、基本法第五条一項三文は、「検閲はこれを行わない」としており、日本国憲法第二一条二項前段と対応しているが、この点に関しても、ここでは触れない。

(三) 制限可能性の明文化 基本法第五条二項は、上記(二項)の意見表明等の自由の保障に関連して、「これらの権利は、一般的法律の規定、青少年保護のための法律上の規定、個人的名誉権によつて制限を受ける」としている。日本国憲法は規定の上では制限の可能性が明記されていないため、表現を法律によつて制限することの合憲性がつねに問題となり(たとえば、わいせつ文書の頒布・販売等や名誉毀損的表現を規制する刑法の規定、戸別訪問による選挙運動等を禁止する公職選挙法の規定等)、これに関わる判例も数多い。¹³⁾特に青少年の保護のための法律上の規定による制限が明記されている点は、近時のわが国での青少年健全育成条例や児童ポルノ禁止法等との関連でも重要であろう。

(四) 芸術・学問・研究・教授の自由 第五条三項は、「芸術及び学問、研究及び教授は、自由である」と定めている。ここで注目されるのは、まず、《芸術の自由》(Kunstfreiheit) が学問の自由等と並んで規定されている点である。芸術の自由は、すでに一九一九年のヴァイマル憲法(第一四二条)にも、学問・研究の自由とともに類似の規定で保障されていた。ナチス時代には、実際問題としても特定の芸術家の展覧会が禁止されたりする深刻な自由権侵害の歴史があるが、日本国憲法は《芸術の自由》を保障する明文規定はなく、むしろ上記の表現の自由の一部と解されている。¹⁴⁾基本法においては、上述のごとく、意見表明や出版等の自由については、法律等による制限が憲法上も認められているのに対し、芸術の自由についてはそうした明文規定による制限の可能性がないため、たとえば小説や詩などの文学作品を芸術の自由で捉えるか出版の自由で捉えるかによつて、規制の合憲性についての判断基準が異なってくる可能性がある。また、《教授の自由》(Lehrfreiheit) についても、日本国憲法上は学問の自由の保障規定の内容の一部をなすもの

と解されているが、明文規定はないのと対照的である。

ちなみに、上述したように、現在ドイツでは、ほとんどのラントの大学に神学部または神学講座が《制度体保障》(カール・シュミット)⁽¹⁶⁾として存置されているが、神学部の教授が、カトリック教会または福音主義教会の教義に拘束された存在であることから生じる、学問の自由条項との抵触が深刻な問題となる場合がある⁽¹⁷⁾。

なお、同条三項二文は、「教授の自由は、憲法に対する忠誠を免除するものではない」という留保をつけている。この条項は、旧ソ連との東西対立の中で成立した基本法を特徴づけている、いわゆる《たたかう民主制》(streitbare Demokratie)の表現のひとつであるが、この点は、第一八条や第二〇a条との関連で後述する。

六 婚姻、家族、母性及び子の保護

「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」(第六条一項)とか、「すべての母親は、共同社会の保護と配慮とを請求することができる」(同条四項)といった規定は、基本法においては、例外的な社会権的保障規定として位置づけることができる。同時にこの第六条では特に、一方で、「子どもの育成及び教育は、親の自然的権利であり、かつ、何よりもまず親に課せられた義務である」(二項一文)として子どもの教育に対する親の権利・義務が明文化されていることと、他方で、親権者に故障がある場合や、その他の理由で子どもが放置されるおそれがある場合には、法律の根拠に基づいて、親権者の意思に反して、子どもを家族から引き離すことが許されるとされている(三項)のが大きな特徴である。また、「嫡出子でない子に対しては、法律の制定によって、肉体的及び精神的発達について、並びに社会におけるその地位について、嫡出子に対すると同様の条件が作られなければならない」(五項)として、いわゆる非嫡出子と嫡出子の平等の実現が図られていることが特色である。日本国憲法では、教育について定める第二六条が、「教育

を受ける権利」と「義務教育を受けさせる親の義務」を規定するが、親の教育権の所在については明文の規定が存在しない。また、非嫡出子については、日本国憲法制定過程の初期段階では、上記の規定と類似した規定を設けることが構想されていたが、実現しなかったという経緯があり、これまでのところ、非嫡出子と法定相続分を嫡出子の二分の一と定める民法第九〇〇条四号ただし書前段の規定について、最高裁判所は多くの判例で憲法違反ではないとしてきている（最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁など）。

七 宗教教育、私立学校設立の権利等

基本法第七条は、全学校制度に対する国（ラント）の監督権限について定める（一項）と同時に、私立学校設立権を規定する（四項、五項）。しかしここでは、上記の第六条とも関連する《宗教の授業》（Religionsunterricht）（二項・三項）についてのみ触れておく。すなわち、宗教の授業は、「無宗派学校を除く公立学校において、正課の授業科目」であるとき（三項）、親権者は、子どもを宗教の授業に参加させることについて決定権を有しているとされている（二項）。この点については、上述（第一節七参照）のように基本法の経過規定に属する第一四〇条が、宗教に関連する一九一九年のヴァイマル憲法の諸規定（第一三五から第一三九条までおよび第一四一条）をこの基本法の構成部分であるとして、そのまま取り込みつつ、第七条の宗教の授業については、同じくヴァイマル憲法第一四九条にも類似規定が存在するにもかかわらず、改めて基本法自身に規定をおいている。また、上記第七条三項にいう宗教の授業については、基本法が施行されるより前の一九四九年一月一日時点で「ラントの法による特別の定めが存在していたラントにおいては、これを適用しない」とする例外規定（第一四一条）が置かれており、ドイツ統一までの旧西ドイツ時代においては、この例外規定が適用されるのはブレーメン州のみであったため、第一四一条は《ブレーメン条項》（Bremer

Kausel)と形容するのが通例であったが、一九九〇年のドイツ統一後のラントのうち、上記時点より前から憲法典を有していた他のラント(たとえばブランデンブルク)にも適用されるかどうかが問題となったことがある。⁽¹⁸⁾

八 集会の自由

すべてのドイツ人に「平穩に、かつ武器を携帯せずに集会する自由」を保障する第八条については、日本国憲法と比較した場合には、同条二項が《屋外での集会》(Versammlungen unter freiem Himmel)について、法律による制限可能性を明示している点に特徴がある。日本国憲法はこのように屋外の集会について特別の規制可能性を定めていないが、多くの地方公共団体の条例の中には、屋外での集会について事前の許可を特別に求める例が見られる。⁽¹⁹⁾

九 結社の自由

(一) 結社の自由を定める第九条については、日本国憲法のように第二条一項の結社の自由一般とは別に第二八条で勤労者の権利のひとつとして団結権を定めるのは異なり、基本法が第九条三項で「労働条件及び経済的条件を維持し促進するために団体を結成する権利は、何人にも、かつ、いかなる職業に対しても保障されている」とし、この権利を制限したり妨害したりする試みなどを違法化しているのが第一の特徴といえよう。

(二) もうひとつの特徴は、すでに教授の自由に関連して(上記五(四))示唆したいわゆる《たたかう民主制》の思想の表れとして、第九条二項が、結社の目的や活動が「憲法的秩序若しくは諸国民のあいだの強調の思想に反するもの」を禁止する旨の規定を設けている点である。すなわち、こうした《たたかう民主制》のための基本権制限について

は、第一八条が、上述した意見表明の自由、特に出版の自由（第五条第一項）、教授の自由（第五条第三項）、集会の自由（第八条）のほか、この結社の自由（第九条）や、後記の「信書、郵便及び電信電話の秘密」（第一〇条）、「所有権」（第一四条）、「庇護権」（第一六 a 条）について、「自由で民主的な基本秩序に敵対するために濫用する者は、これらの基本権を喪失する」とし、基本権の喪失とその程度については、連邦憲法裁判所が決定することとしているが、結社の自由に関しては、第九条二項が特に「自由で民主的な基本秩序に敵対する」結社の禁止を明示している点特徴的であるといえる。この点に関連して、連邦議会は、二〇〇一年にイスラーム過激派等の宗教団体の解散を可能とする結社法改正を行い、その改正法の施行直後にこれを適用して、権限を有する連邦内務大臣は、イスラーム原理主義団体を解散したことがある。

たたかう民主制（「自由で民主的な基本秩序」「連邦・ラントの存立」等のための基本権制限）に関わる規定は、以上に触れた以外にも、たとえば信書・郵便・電信電話の秘密を保障する第一〇条（二項）、全連邦領域内での移転の自由に関する第一条（二項）などにも表れている。ここではこれらの規定についての詳細にまで触れる余裕はないが、ベルリンの壁の崩壊と旧ソ連の体制崩壊、およびドイツ統一等によつて冷戦構造が終結して以来、元来は社会主義陣営に対する自由主義国家の自衛的方法として果たしていた、こうした諸規定の役割は、上記の宗教的過激団体の解散の例を見ても分かるように、機能変化していくこととなる。

一〇 職業選択・遂行の自由、強制労働の原則的禁止等

（一）基本法第一二条は、すべてのドイツ人に「職業、職場及び養成所を自由に選択する権利」を保障しつつ、「職業の遂行」については、法律による制限の可能性を明示している（一項）。これに対応する日本国憲法の規定は第二二

条一項であるが、同項では、「公共の福祉に反しない限り、……職業選択の自由を有する」という文言しなく、そのことが、職業選択の自由の中に、選択した職業を遂行する自由としての職業活動の自由が含まれるのかどうか、その制限のあり方はどうなのかが、議論になりえた。

(二) 基本法第一二条二項は、何人も、「伝統的で一般的な、すべての人に平等に課せられる公的な役務給付義務の範囲内にある場合を除き、特定の労働を強制されてはならない」とし、日本国憲法では第一八条の奴隷的拘束と意に反する苦役の禁止規定がこれに対応する。また、「強制労働は、裁判によって命じられる自由剥奪の場合にのみ許される」という規定は、日本国憲法の第三二条が対応するといえよう。なお、日本国憲法は第二七条三項で、「児童の酷使」を禁じているが、これに対応する基本法の規定は存在しない。

一一 国防その他の役務従事義務

第一二a条は、一九六八年六月二四日の改正によって新たに追加されたもので、基本権の規定ではなく、国民の基本義務に関する規定である。第一二条のあとにこの義務規定が挿入されたのは、元来の第一二条(上記)の規定がドイツの再軍備に伴う一九五六年三月一九日の第七回改正法律で条文が追加・変更されたあと、上記の改正で新たな規定とされたためである。

同条第一項は「男子に対しては、満一八歳から、軍隊、連邦国境警備隊又は民間防衛団における役務に従事する義務を課することができる」とし、第二項には、上述の第四条三項と関連して、良心的兵役拒否者に対して「代役に従事する義務」を課していた。二〇一一年一月からは義務兵役が廃止されたため、この規定も今後はあまり意味がなくなっていくであろうが、この制度変更によっても基本法の改正がなされていないのは、第一項の規定が「義務を課すことができ

る」とするにとどまっているため、今後、再び義務兵役を課す必要が生じても基本法改正をする必要がないということになる。

また、もともとは一九五六年改正で第一二条三項に置かれていた女子の兵役義務に関する規定、すなわち、「女子は、法律によって軍隊内における役務給付を義務づけられてはならない。武器をもってする役務に女子を用いることは、いかなる場合にも許されない」という規定は、現行の一二a条第四項第二文に相当する文言であった。これは女性を「武器をもってする役務」に徴用することを全面的に禁止する趣旨であったが、二〇〇〇年の改正によって、現行規定では、「女子は、いかなる場合にも、武器をもってする役務を義務づけられてはならない」となり、女性であっても、自らの意思で武器を伴う軍務に就く意思を有する場合は、これが禁じられないことになった。これは、国防義務が男子にのみ課されることが平等原則（上記第三条）との関係で問題とされたことによるものであったが、この規定も、義務兵役制が廃止されたあとは、どういう意味を持つようになるのか、今後の検討に注意を払っておきたい。第一二a条の規定は極めて詳細であるが、その詳細は、資料（注（一））を参照されたい。

一二 住居の不可侵

個人の住居の不可侵の保障は、近代立憲主義憲法の中核的な規定の一つである。日本国憲法は、第三五条で「住居、書類及び所持品」について、裁判所の発する正当な令状がなければ、「侵入、搜索及び押収」を受けないというように刑事犯罪に関する手続として規定しているが、本来は（明治憲法もそうであったように）、この基本法の規定のように、実体的な権利として端的に住居の不可侵の保障規定として読むべきだと思われる。

基本法第一三条は、このような一般的な「住居の不可侵」の規定のあとに、搜索について裁判官等の令状によって、

法律の定める形式によつてのみ行うことを許容しているが、ここで注目すべきことは、一九九八年の第四五回改正で、「一定の事実によつて、ある者が法律上個別に定められた特に重大な罪を犯したとの嫌疑が根拠づけられるとき」で、「事態の捜索が他の方法によつては比較にならないほど困難になり、あるいは見込みがなくなるであろうと考えられる場合」には、裁判官の命令に基づいて、「被疑者が滞在していると推測される住居を聴覚的に監視するための技術的手段を講じること」を認める詳細な規定が挿入された（三項から六項）ことである。この措置は、毎年、連邦議会に報告されるものとするによつて、「議会による統制」を行うことになつてゐる。

一三 所有権・相続権・公用収用

基本法第一四条は、所有権・相続権を保障しつつ、その内容と限界を法律で定めるとしており、この点は、日本国憲法第二九条の一項・二項と対応する。日本国憲法では、財産権の内容を「公共の福祉」に適合するように法律で定めるとしているが、基本法では、「所有権には義務が伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである」としている（第一四條二項）。「公用収用」についての三項も日本国憲法第二九條三項と対応しており、補償を与えることによつて所有物を「公共のために用いる」ことを認めている点でも類似した規定といえる。公用収用とは別に、基本法第一五條は、土地・天然資源・生産手段についてのいわゆる《社会化》(Vergesellschaftung)の規定を置いている。これによつて、個人の土地等を、補償を与えて「公有又はその他の共同経済の形態に移す」ことができることになるが、このように基本法は、第一四條三項の公用収用とは別にこうした社会化の規定を置いているが、この趣旨が社会主義への移行を認めるものかどうかについては、議論のありうるところである。

一四 国籍剥奪の禁止、国籍の喪失、外国への引渡し禁止

(一) 第一六条は、ドイツ国籍を《剥奪》することを禁止しつつ、法律の根拠に基づいて、「国籍の喪失」については、当人の意思に反する場合に本人が無国籍にならない場合に限りにおいて認めている。日本国憲法第二二条二項は、「国籍の離脱」を自由権として保障しているが、国籍法によれば、日本国民の国籍は、「自己の志望によつて外国の国籍を取得したときのみ」日本の国籍を失うこととしており（第一条）、ドイツの場合と同様に、国籍の喪失によつて無国籍となることまでは認めていない点で軌を一にしている。

(二) 第一六条二項は、ドイツ人が外国に引き渡されることを禁止している。当初の規定では、この後に「政治的に迫害された者は、庇護権を有する」とする規定があったが、この庇護権の規定は、その後、一九九三年の改正によつて、新たに設けられた第一六a条に移された。この新规定の追加は、ドイツがトルコなどから多くの外国人労働者を受け入れてきたそれまでの外国人政策を変更して、「政治的に迫害された者」であれば別として、いわゆる《経済難民》の受入れを制限ないし拒否することに変更したことを意味する。したがって、「欧州共同体を構成する国家から入国する者、又は、難民の法的地位に関する協定並びに人権及び基本的自由の保護に関する条約の適用が保障されているその他の第三国から入国する者」が《庇護権》を援用することはできない。欧州共同体の外にある国家からの入国についても、法律でその国家が「その法的状態、法適用及び一般的政治状況からして、そこにおいては政治的迫害も行われておらず、かつ、残酷若しくは屈辱的な処罰若しくは処遇も行われていない国家であること」を決定すれば、同様に、「政治的に迫害されていることが明らかとなる事実を摘示するとき」は、別として、原則として、庇護権を与えられないこととしている。この基本法改正（第一六a条の追加）については、憲法改正の限界を超えた「違憲の憲法改正」

(Verfassungswidrige Verfassungsänderung) ではないかとして連邦憲法裁判所で争われたことがあるが、連邦憲法裁判所はこれを否定して、この改正が有効な改正であることを認めた²⁰。なお、基本法は、ドイツ人の概念規定を置いてその範囲を定めている(第一一六条)。

一五 基本権の制限とその限界、法人の基本権享有主体性、基本権侵害の救済

(一) 基本法第一九条²¹は、基本権を法律によって制限する場合のルールを定めたものである。まず、基本権を制約する法律は、「一般的に適用されるものでなければならず、単に個々の場合にのみ適用されるものであってはならない」(法律の一般性)し、さらに、基本権を制限する法律には、それによって制限される基本権が基本法のどの条項の基本権であるかをつきりと挙示しなければならないとしている(二項)。この規定は、特にヴァイマル憲法の定めていた基本権が、ナチス期の法律(特に政府制定の法律)によって、不明確な形で極端に制限されたことの反省に立ったものであり、立法者の法律制定行為に憲法上の枠をはめたものである。「いかなる場合でも、基本権はその本質的内実において侵害されてはならない」とされる(二項)のも、法律による制限に限界を設定するものである。もとより何がそれぞれの基本権の「本質的内容」であるかの判断は難しいが、基本法が基本権を保障している意義を無にしようような法律は、憲法違反とされることになる。

(二) 次に、憲法が保障する基本権の主体について、基本法上は、「ドイツ国民」、「すべての人」または「何人」というように文言にはいくつかの類型があるが、基本権の享有の主体が元来《自然人》であることは言うまでもない。しかし、たとえば新聞社や放送会社が意見表明の自由や出版の自由を有しうることや、宗教上の結社が自然人と同様に、団体としての宗教上の行為・実践を行うことは当然と考えられる。この点、基本法は、基本権が「その本質上内国

法人に適用しうる限りにおいて」、そうした内国法人にも適用されることを明示している点が特徴的である。日本国憲法にはこれに類する規定はないため、この点が議論になりうるが、最高裁判所は、八幡製鉄政治献金事件判決（最大判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号六二五頁）において、「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきである」とし、会社も「自然人と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進しまたは反対するなどの政治的行為をなす自由を有する」としている。この判決文が、基本法第一九条三項の規定の文言を直接の模範としたかどうかは別として、趣旨を同じくするものであることは明らかである。

(三) 最後に第一九条四項は、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途が開かれている。他の〔機関の〕管轄が認められていない限度において、通常裁判所への出訴の途が与えられている」と定めている。これは、元来ドイツの裁判所が、国民の権利の保護を第一義的な職権を有する機関というよりも、むしろ国家机关どうし等の権限紛争に関する審査機関としての機能が中核的であったということから、基本法下の裁判所の持つ基本権保護機能を明確にした規定と言えるであろう。すなわち、たしかにヴァイマル憲法下でも、《裁判を受ける権利》は保障されており（第一〇五条）、通常裁判所による民事・刑事の裁判が行われ、また行政裁判所に関する規定も置かれていた（第一〇七条⁽²²⁾）が、基本法下の連邦憲法裁判所のように、国民の基本権の保護を重要な任務とする裁判所はヴァイマル共和制期には存在せず、むしろ、プロイセンとドイツ国（ライヒ）の憲法紛争に見られるように、権限紛争を裁決する国事裁判所（Staatsgerichtshof、ヴァイマル憲法第一〇八条）による裁判が憲法裁判の典型であったのである。これに対して連邦憲法裁判所は、国民の基本権の保護に関して極めて重要な役割を果たしていることは、ここで指摘するまでもない（連邦憲法裁判所の権限については、基本法第九三条および第一〇〇条などを参照）。

第三節 基本権の章以外の基本権類似の権利の保障

以上に見てきた基本法第一章の《基本権》規定以外にも、基本法には基本権に類似する権利を定めたいくつかの規定がある。次にこれらについても順次触れておくこととする。

一 抵抗権

戦後のドイツにおいて、基本法に先立って制定されたラント憲法の中には、たとえばヘッセン憲法のように、圧制に対する国民の抵抗権 (Widerstandsrecht) を定めたものがあつたが、それは明らかに一九三三年以来のナチズム体験を念頭に置いたものであつた。しかし、基本法自身にはもともと、こうした規定は置かれるには至らなかつた。

しかし、東西ドイツの対立が激化して冷戦構造がますます進展していく中で、一九六八年六月二四日の基本法改正によつて、《たたかう民主制》のための抵抗権の規定が付加された。「連邦とラント」という章題を持つ基本法第二章(第二〇条以下)の冒頭を飾る、ドイツの国家構造の基本原則とも言うべき民主制、連邦制、社会的法治国家制等を定めた第二〇条に、新たに四項として、《抵抗権》条項が加えられたのである。その文言は、「この秩序を排除することを企てる何人に対しても、すべてのドイツ人は、他の救済手段が可能でない場合には、抵抗する権利を有する」というものであつた。この規定は、たしかに抵抗権の規定と言いうるものではあるが、注意すべきは、この条項の成立過程およびその内容からすると、抵抗権の向けられる相手方は、国家権力を濫用した公権力とは限らず、したがつて市民およびそ

の集団に対しても行使される可能性があることである。抵抗権の思想は、元来、国王等の権力の横暴（圧制）に対して抵抗する、国民の側に残された最後の手段（ultima ratio）であると言えるが、第二〇条四項に定められているのはむしろ、極めて国歌緊急権的な性格を有するものへと変質してしまっていると言えるからである。⁽²³⁾

それはともかくとして、連邦憲法裁判所の管轄権を列挙する基本法第九三条一項に一九六九年一月の第一九回改正で新たに付加された四a号は、同裁判所が「各人が、公権力によって自己の基本権の一つ、又は、第二〇条第四項、第三三条、第三八条、第一〇一条、第一〇三条及び第一〇四条に含まれている諸権利の一つを侵害されている、とする主張をもって提起することができる憲法訴願（Verfassungsschwerde）について」管轄権を有する旨を規定している。それゆえこの抵抗権も、国民が「公権力によって」自己の権利を侵害されたとして《憲法訴願》（憲法異議とも言われる）を提起することができる」とされている限りにおいて、これも基本法の定める（本来の《基本権》とまでは言えないが）国民の権利の一つとして挙げることができる。

二 政党結成の自由と違憲政党の解散

右に引用した部分に含まれているその他の規定については、少し後に触れるとして、本稿との関連では、次に、第二一条一項の「政党結成の自由」についても言及しておく必要がある。

そもそも、政党について憲法典の明文規定で置く例は、むしろあまり一般的ではなく、ドイツ以外では、たとえばフランスの現行憲法（一九五八年の第五共和制憲法）の第四条やイタリア憲法（一九四八年）の第四九条ぐらいである。日本国憲法も正当については沈黙しているが、一般に第二一条一項の結社の一種として理解されている。最高裁判所も、上記の八幡製鉄政治献金判決において、「憲法は、政党について規定するところがなく、これに特別の地位を与え

てはいないのであるが、憲法の定める議會制民主主義は政党を無視しては到底その円滑な運用を期待することはできないのであるから、憲法は、政党の存在を当然に予定しているものというべきであり、政党は議會制民主主義を支える不可欠な要素なのである」としている。基本法第二十一条一項は、政党について、「国民の政治的意思形成に協力する」ものとして性格づけた上で、「政党の結成は自由である」とするが、同時に、「政党の内部秩序は、民主制の諸原則に合致していなければならない。政党は、その資金の出所及び用途について、並びにその財産について、公に報告しなければならない」として、政党の内部秩序についても規律している。したがって、同条二項が、「政党のうちで、その目的又はその支持者の行動からして、自由で民主的な基本秩序を侵害し若しくは除去し、又はドイツ連邦共和国の存立を危うくすることを目指すものは、違憲である」（一文）と定めているのは、上述した《たたかう民主制》の思想からしても当然のこととなる。具体的に政党が違憲かどうかの問題については、連邦憲法裁判所が決定することとなっており（二項二文、連邦憲法裁判所法第一三条および第四三條以下）、⁽²⁴⁾現に、これまでに二つの政党について、憲法違反の決定がなされたことはよく知られている。⁽²⁵⁾なお、一般の結社については、内務省等の行政機関によって解散等の命令が出せるのに対して、政党については、（連邦議会やラント議会の党派と同様に）結社法の意味での結社には含まれず（結社法第二條二項）、民主的国家にとつて政党の持つ重要な地位に鑑みて、行政官庁による解散等を認めていない点も指摘しておくべき点である。

三 公民権、不利益取扱いの禁止

公民としての権利義務、公務就任における平等と不利益取扱いの禁止を定める基本法第三三条は、部分的には明治憲法第一九條に対応する。すなわち明治憲法は、「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応シ均ク文武官ニ任セラレ及

其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得」と定めていた。明治憲法上はこの規定が《平等》に関わる唯一の規定であったが、日本国憲法には法の下ノ平等と差別禁止の規定がある（第一四条一項）が、公務就任については特に言及していないため、日本国憲法上、公務就任権の根拠がどこにあるか、議論になってきた。学説の一部には、明治憲法の上記規定との関連で憲法第一四条後段の「政治的關係において、差別されない」という文言の根拠を求めるものがあるのも、その意味ではまったく誤りとは言えないが、公務就任権の憲法上の根拠をそれとは別の条項に見出す学説が複数ある。⁽²⁷⁾

基本法は、「すべてのドイツ人」に、平等に「公民としての権利を有し義務を負う」とし（一項）、「その適正・資格及び専門的能力に応じて」、平等に公務に就任することができるとし（二項）、これらの権利が、「宗教上の信仰のいかんによつて左右されることはない」し、何らかの信条や世界観に属するか否かによつて不利益を受けないことを保障している（三項）。なお、上記のとおり、公民権に関する不平等や不利益取扱いについても、以下に述べる各権利と同様、その侵害を主張して連邦憲法裁判所に憲法訴訟を提起することができることとなっている。

四 選挙権・被選挙権

基本法は、選挙権・被選挙権について、第三章の連邦議会の章の中で規定している。その点、日本国憲法が「国民の権利及び義務」に関する第三章の第一五条で「国民固有の権利」として「公務員を選定し、及びこれを罷免する」権利を保障しているのは、諸外国の憲法と比較した場合には、むしろ例外的とも言える。もつとも、日本国憲法は国会に関する第四章の第四四条で、「両議院の議員及び其の選挙人の資格」について定める法律が、「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入」によつて差別することを禁止している点は、むしろ多くの国の憲法典と似ているとも言える。

基本法第三八条は、「ドイツ連邦議会の議員は、普通、直接、自由、平等及び秘密の選挙によつて選挙される」とし（一項一文）、近代選挙法の諸原則としての普通選挙、直接選挙、自由選挙、平等選挙及び秘密選挙を明記しているのが特徴的である。⁽²⁸⁾

また選挙権と被選挙権については、「満一八歳以上」の「ドイツ人」が有している（基本法第三八条二項、連邦選挙法第十二条一項一号、第一五条一号・二号）。この点も、日本国憲法は選挙権のみを明文で保障し（第一五条）、被選挙権については明文規定がないが、最高裁判所は、三井美唄労組事件判決（最大判昭和四三年一月四日刑集二二卷一三号一四二五頁）の中で、「被選挙権または立候補の自由」が、憲法第一五条一項に明記されてはいないが、それは「選挙権の自由な行使と表裏の関係」にあり、「自由かつ公正な選挙を実施するうえで、きわめて重要である」から、同項の保障する「重要な基本的人権の一つと解すべきである」としている。

五 裁判を受ける権利・例外裁判所の禁止

(一) 「裁判を受ける権利」を保障した基本法第一〇一条一項は、上述した（第二節一五（三））第十九条四項と関連するが、日本国憲法第三二条が「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」として、「裁判所」における裁判を受ける権利を文字どおりの《権利》として保障しているのに対し、基本法は、「裁判」に関する第九章の中で、「何人も、法律の定める裁判官を奪われない」とのみ規定しており、これは奪われないのは、「裁判官」である。両者の文言の違いに着目して言えば、わが国で二〇〇九年五月二日から施行されている裁判員制度（平成一六年法六三号）と憲法第一七条・第三二条・第七六条三項との関係が問題にされたこともあるが、日本国憲法は、裁判に参加する者がすべて裁判官であることを要請しているとは言えず、「裁判所」においてなされる裁判に国民から選ばれた裁判員が参

加することも、憲法に違反することはないことになるが、基本法の場合には、国民が参加する裁判であっても、その国民は単なる「裁判員」でなく、あくまでも「裁判官」でなければならぬことになるはずであり、ドイツが採用している「参審制」(Schöffensystem)に参加する国民は「素人裁判官」(Laenrichter)であり名譽裁判官(ehrenamtlicher Richter)として位置づけられているのはそのためであろう。⁽²⁹⁾

(二) 基本法第一〇二条は、《例外裁判所》を禁止しており(一項一文)、日本国憲法第七六条二項にいう《特別裁判所》の設置の禁止と対応しているが、この点についての詳細は、第一〇二条二項の「特別の専門分野についての裁判所」の設置の問題とともに、⁽³⁰⁾ここでは触れない。

六 刑事裁判手続上の権利

基本法第一〇三条は、「何人も、裁判所において、法律上の審問を請求する権利を有する」とし、同時に「遡及的刑法の禁止」と「二重処罰の禁止」(nebis in dem)を定めている。これらの規範は、日本国憲法では、第三七条二項が、刑事被告人が「すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ、又、公費で自己のために強制的手続により証人を求める権利」を保障し、また、第三九条が「遡及処罰の禁止と一事不再理」を定めているのと対応している。日本国憲法のこれらの規定は、アメリカ合衆国憲法修正第五条を模範として作られたものであることが知られている。上記の「裁判を受ける権利」と同様に、日本国憲法上はこれらの権利は、憲法第三章の基本権の中に含まれているのに対し、基本法上は「裁判」に関する第九章の中に含まれているのも特徴的である。このことは次の「人身の自由」と自由剥奪の際の権利保障の規定についても同様である。

七 人身の自由の制限と剥奪

(一) 基本法第一〇四条は、人身 (Person) の自由の制限が「正式の法律上の根拠およびその法律に規定されている方式を遵守してのみ、制限することができる」こと(二項)、自由剥奪の許容やその継続については「裁判官の命令に基づいてのみなされる」べきこと(二項・四項)、および逮捕の際の手続的保障(三項)などについて定めている。基本法は基本権に関する第一章の第二条二項一文において、すでに「生命への権利および身体を害されない権利」および「人身の自由の不可侵」を定めており、したがって第一〇四条は第二条二項一文を裁判上の手続としてさらに具体的に定めたものといえる。日本国憲法でも、これらの権利は、憲法第三三条・三四条において国民の基本権として規定されている。これに対して、日本国憲法では極めて重要な権利として規定されている「残虐な刑罰の禁止」(第三六条)、「迅速な刑事裁判の保障」(第三七条)とか、「自己に不利益な供述の強要の禁止」(第三八条)のような規定については、基本法にはこれらに直接に対応する規定はない。同様に、日本国憲法第三一条のいわゆる適正手続規定に相当する規定も見当たらない。

(二) もつとも、日本国憲法第三六条の「残虐な刑罰の禁止」に関連しているといえるのは、基本法第一〇二条が「死刑は、廃止されているものとする」と規定していることであろう。ドイツにおいては、すでに一八四九年のいわゆるフランクフルト憲法が、原則的に死刑を廃止することを予定していたが、この憲法は施行されないままに終わり、その後は、ヴァイマル憲法においても、定められないままであった。その後、ナチスの時代に、国会議事堂放火事件に絡んで、その翌日の一九三三年二月二八日にヒンデンブルク大統領が出した「民族と国家を保護するためのドイツ国大統領命令」⁽³¹⁾において、内乱、毒物投与、放火等の一定の重大犯罪に該当し、「無期懲役を科すべき犯罪」については、死

刑をもって罰する旨が定められたこともあって、戦後の基本法はこれを明文で廃止した。その意味では、「死刑はこれを廃止する」(Die Todesstrafe wird abgeschafft.) とつう文言ではなく、「廃止されているものとする」(Die Todesstrafe ist abgeschafft.) とつう文言になっている理由が多少気になるところであるが、これは、死刑が永久に廃止されており、したがって、今後、基本法や刑事法令の改正によつて死刑を復活することも禁じている趣旨と解されているようである。⁽³²⁾

日本国憲法との関連では、死刑が憲法第三六条の「残虐な刑罰」に該当するとする学説もあるが、最高裁は憲法第一三条や第三一条を根拠に、現行憲法の下においても死刑を存置することは違憲ではないとし、残虐な刑罰は死刑の執行方法の問題であるとしている。⁽³³⁾

八 自然的生活基盤の保護義務

一九九四年の基本法改正で新たに付加された「自然的生活基盤の保護義務」を定める第二〇a条についても、基本権とはいえないが、わが国での《環境権》の議論と関連するので、ここで少しだけ触れておくことが適切であろう。すなわち、基本法第二〇a条は、「国は、来るべき世代に対する責任を果たすためにも、憲法的秩序の枠内において立法を通じて、また、法律及び法の基準に従つて執行権及び裁判を通じて、自然的生活基盤及び動物を保護する」と定めている。このうち「動物」の文言については、二〇〇二年の改正で付加されたものである。この条項は、その文言からしても、環境に対する国民の権利を定めたものでなく、むしろ「自然的生活基盤」としての《環境》を保護すべき国の責務を定めたものであることは明らかである。わが国においても、憲法第一三条や第二五条を根拠にして環境権という国民の権利が保障されているとする考えもありうるところであるが、「環境に対する権利」の概念が不明確であることもあ

り、裁判ではこれを明確に認めた例はなく、「環境基本法」等の法律も、「環境の保全」についての国や事業者・国民の責務を明らかにして、「現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保に寄与するとともに人類の福祉に貢献することを目的として制定されたものとされている。その意味で、基本的には基本法の規定の仕方と軌を一にしているといえよう。

おわりに

以上、基本法の定める個々の基本権と、厳密な意味では基本権とはされていないが、基本権類似の権利として、その侵害に対して裁判で争いうるような個々の権利について、概略述べてきたが、概括すれば、次のような特徴を指摘することができよう。

(一) まず、『人間の尊厳』の不可侵性を謳い、その保護が基本法下の国家の最重要課題であるとしていることである。これは、『人間の尊厳』を蹂躪したナチズムの深刻な体験を持つドイツの戦後の憲法体制をもっともよく特徴づけているものと言っても過言ではない。連邦憲法裁判所の数多くの判例も『人間の尊厳』条項(第一項一項)に言及して、その重要性を確認している。

(二) 次に、第二条の「自己の人格を自由に発展させる権利」の規定を通じて、各個別の基本権規定には明文では定められていない一般的・包括的な権利規定を根拠として、憲法上の権利の《拡大》がなされてきているということである。ここでは、連邦憲法裁判が極めて大きい役割を果たしている。

(三) 第三に、基本法の定める権利規定は、古典的な基本権が中心であって、ヴァイマル憲法を特徴づけていた社会

権的基本権と言えるものは、第六条などごく少ない例外を除けばほとんど規定されていないことである。もちろん、ドイツが社会保障において他国に劣後しているわけでは決してない。むしろドイツでは、「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」と定める基本法第二〇条一項にいう《社会的》国家であるとの文言から、立法を通じて社会保障が整備されているといえよう。

(四) 第四に、基本法の定める国民の権利の規定中には、基本権の章(第一章)には含まれていないが、実質的には基本権、あるいは少なくとも基本権に類似する権利に関する規定が少なくないことである。抵抗権(第二〇条四項)、政党結成の自由(第二一条一項)、公民権(第三三条)、選挙権・被選挙権(第四三条)、裁判を受ける権利(第一〇一条)、法律上の審問を受ける権利(第一〇三条)、人身の自由(第一〇四条)などがそれである。こうした権利についても、基本法第九三条一項四a号を通じて、その侵害に対する裁判的救済が与えられることは、第三節で述べたとおりである。これらのほとんどは、日本国憲法上は国民の基本(的人)権として第三章に定められているものである。もとより、日本国憲法上も、憲法第三章には含まれてはいないが憲法が国民に与えた権利としての性格を有するものもないわけではない。たとえば、最高裁判所裁判官を国民が審査する権利(第七九条二項以下)、地方公共団体の首長や議員を選挙する住民の権利(第九三条二項)、憲法改正の際の国民投票の権利(第九六条)などがそれである。

(五) 第五に、基本権の規定の中には、法律による制限の可能性が個別に条文に明文化されているものがある。たとえば「生命への権利、身体を害されない権利、人身の自由」(第二条二項)、「意見表明の自由、知る権利、出版の自由、放送および報道の自由」(第五条二項)、「屋外での集会の自由」(第八条二項)、「信書、郵便および電信電話の秘密」(第一〇条二項一文)、「移転の自由」(第一一条二項)、「職業遂行の自由」(第十二条)、「住居の不可侵」(第一三条二項以下、第一七a条二項)、「所有権・相続権」(第一四条)、「国籍の喪失」(第一六条一項)、「移転の自由」(第一七a条二項)などである。これに対して日本国憲法は、ごく一部の例外を除いて、基本的にこうした法律の留保を排除してお

り、その結果、具体的に法律による制限がどこまで許されるのかについての解釈の余地が広がっている。

(六) またこれとは別に、いわゆる《たたかう民主制》のための制限が、個別に明文化されている。「教授の自由」(第五条三項)、「結社の自由」(第九条二項)、「信書、郵便および電信電話の秘密」(第一〇条二項二文)、「移転の自由」(第一条二項)、場合によっては、連邦憲法裁判所によって基本権の喪失が宣告される場合さえある(第一八条)。しかし、冷戦構造が終結したドイツ統一後においては、こうした規定の持つ意味や役割は、これまでとは異なってきたと言えることができる。

注

- (1) ドイツの憲法史の概観および最新改正を含めた基本法の条文の邦訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集(第六版)』(信山社、二〇一〇年)を参照のこと(初宿訳)。以下の叙述における個々の条文の文言についてもこれを参照されたい。
- (2) 日本国憲法下の参議院とは異なり、連邦参議院は、ラントが「連邦参議院を通じて連邦の立法及び行政並びに欧州連合の事務において協力する」機関であるとされている。その意味でこれを両院制の一翼を担う立法機関とし位置づけることは適切ではないように思われる。この点については、さしあたり初宿「ドイツ憲法における参議院の法的地位——二院制に関する若干の覚書き」法学論叢一三六卷四・五・六号(一九九五年)一三五頁以下参照。
- (3) この点については、初宿「ドイツの現行憲法秩序における国立大学神学部中的地位——ヴァイマル憲法から基本法へ——」(大石眞先生還暦記念『憲法改革の理論と展開』編集代表Ⅱ曾我部真裕・赤坂幸一(信山社、二〇一二年)所収)。
- (4) 青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』(尚学社、一九九六年)、『人間の尊厳と現代法理論』(ホセ・ヨンパルト教授古稀祝

- 賀（成文堂、二〇〇〇年）所収の諸論文など多数。現在ではこの論争は下火になってきているようである。
- (5) ホセ・ヨンパルト「憲法（学）についての一人の非専門家の随想」三島淑臣ほか編集『法の理論』（成文堂、二〇〇八年）二二七頁。
- (6) マルティン・クリーレ（初宿正典ほか訳）『平和・自由・正義』（御茶の水書房、一九八九年）二四二頁、初宿正典編訳『イエリネットク対ブトミー人権宣言論争』（みすず書房、一九九五年）所収の「マルティン・クリーレの人権宣言史論」二二五頁。もつとも、基本法第一条の成立過程からは、このような区別には必ずしも根拠がないように思われるが、この点についても詳述しない（さしあたり次注（7）の文献参照）。
- (7) この点については、初宿「基本法の人権条項の規範性」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』（青林書院、一九九八年）二四七頁以下。
- (8) この点についても、さしあたり、初宿「ボン基本法における《執行権》の概念についての若干の覚え書き」法学論叢 一三二巻四・五・六号（一九九三年）一六三頁以下参照。
- (9) たとえば、いわゆる謝罪広告請求事件判決（最大判昭和三二年七月四日民集一〇巻七号七八五頁）における田中耕太郎裁判官の補足意見で、「良心に該当するゲウイッセン（Gewissen）コンシヤンス（Conscience）等の外国語は、憲法の自由の保障との関係においては、遠隔的には宗教上の信仰と同意義に用いられてきた」と述べられ、同判決の栗山茂裁判官の補足意見も、「フリーダム・オブ・コンシヤンス（信仰の自由）」と説明して多くの具体例を挙げている。
- (10) この点については、たとえば、Gerhard Czernak, Religion und Weltanschauung in Gesellschaft und Recht. Ein Lexikon für Praxis und Wissenschaft, 2009, S. 289 ff. を参照。
- (11) たとえばいわゆる博多駅事件に関する最高裁の決定（最大決昭和四四年一月二六日刑集二三巻一四九〇頁）は、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである」とされている。
- (12) 放送の自由に関しては、鈴木秀美『放送の自由』（信山社、二〇〇〇年）がドイツにおける放送の自由についてのこれまでの研究成果をまとめたものとして、特に参照されるべきものである。
- (13) 最高裁は、個別の自由や権利に関して制限の可能性が憲法上明示されていると否とにかかわらず、憲法一二条、一三条の

規定からして、つねに「公共の福祉の制限の下に立つ」としており（最大判昭和三二年三月一三日刑集一一卷三号九九七頁）、反戦運動団体構成員による自衛隊官舎へのビラ配布行為が住居侵入罪に当たるとして起訴された事件についての最近の判例においても、「憲法二二条一項も、表現の自由を絶対無制限に保障したのではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するもの」であるとしている（最二判平成二〇年四月二一日刑集六二卷五号二二一七頁）。

(14) ただし、東大ポポロ事件に関する判決（最大判昭和三八年五月二二日刑集一七卷四号三七〇頁）における垂水克己裁判官の補足意見は、「高い芸術の探求創造は本来の意味の学問と同様に自由が保障されるべきであるから、憲法二三条にいう『学問』には芸術を含むと解される」としており、この解釈はドイツ憲法の影響を受けたものと言えるかもしれない。

(15) たとえば、東大ポポロ事件に関する最大判昭和三八年五月二二日刑集一七卷四号三七〇頁。

(16) *Carl Schmitt, Freiheitliche und institutionelle Garantien*, in: *Ders. Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, Materialien zu einer Verfassungslehre*, 2. Aufl. 1973, S. 157. (時岡弘編『人権の憲法判例 第三集』（成文堂）一九八〇年）二八一頁以下〔佐々木高雄訳〕参照。）

(17) この点についても、初宿（注3）を参照。

(18) この問題については、初宿「いわゆるブレームン条項の適用範囲——統一ドイツにおける宗教教育の新展開」法学論叢一四四卷四・五・六号（一九九九年）六六頁以下参照。

(19) この問題についても、詳細は、初宿「集会の自由に関する若干の考察——とくに基本法第八条二項の成立過程を中心として」法学論叢一四八卷五・六号（二〇〇一年）九〇頁以下参照。

(20) BVerfGE 94, 49. なおこの判決については、川又伸彦「連邦憲法裁判所の基本法庇護権規定改正合憲制度判決について」自治研究七三卷五号参照。

(21) 第十九条の前にある第一七条は陳情権に関する規定（日本国憲法第一六条に相当する）であり、続く第一七a条は一九五六年三月一九日の第七回改正法律で追加された兵役・代役に従事している者に対する基本権制限に関する規定であるが、これについては触れない。なお、第一八条についても、上述したので繰り返さない。

(22) しかし実際にはヴァイマル憲法下では行政裁判所が設置されることはなかった。

(23) 抵抗権に関しては、相当数の文献があるが、筆者の手になるものとしては、初宿「抵抗権論の史的考察序説（一）（二）完」

法学論叢九四卷一五五六頁以下・九五卷二七五頁以下、「抵抗権の理論——とくにボン基本法の『非常事態憲法』との関連において」比較法研究四二号一二五頁以下、「ボン基本法の『抵抗権』条項——その成立過程と問題点」法学セミナー一九八一年二月号七一頁以下、「抵抗権」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念II』（勁草書房、一九八三年）二三七頁以下など参照。ドイツ共産党（KPD）が主張した抵抗権に関連する連邦憲法裁判所の判決（BVerfGE 5, 85）についても、さしあたり、上記の最後の文献を参照のこと。

(24) 連邦憲法裁判所法の定める具体的手続については、初宿正典・須賀博志編訳『原典対訳連邦憲法裁判所法』（成文堂、二〇〇三年）参照。

(25) 一九五二年一月二三日には右翼政党の社会主義国家党（Sozialistische Reichspartei）が違憲とされ（BVerfGE 2, 1）¹⁾また、一九五六年八月一七日には左翼政党のドイツ共産党（KPD）が（BVerfGE 5, 85）が違憲とされ、いずれの政党も解散が命じられた。その後も、違憲確認の訴えがなされたが、連邦憲法裁判所はこれを認めていない。

(26) 結社法（Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts=Vereinsgesetz v. 5. 8. 1964）、§ 3 参照。

(27) 憲法第一四一条以外には、憲法第一三条（幸福追求権）、第一五一条（参政権）、第二二条（職業選択の自由）に根拠を見出す学説が対立している。

(28) 日本国憲法上は、普通選挙・平等選挙及び秘密選挙については明文規定がある（第一五一条三項四項、第四四一条ただし書）が、自由選挙については明文規定はなく、また直接選挙については、地方公共団体の議員等の選挙については規定がある（第九三条二項）ものの、国政選挙については明文がない。

(29) 詳しくは、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」岩波講座憲法四（岩波書店、二〇〇七年）二三五頁以下。最高裁大法院も国民の司法参加は憲法上許されており、裁判員制度が合憲であるとする判決を出している（最大判平成二三年一月一六日判例集未登載）。

(30) さしあたり、Die Artikel „Schöffe“ sowie „Schöffengericht“, in: Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 3 (3. Aufl., 2001), S. 3729 ff. など参照。

(31) Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat (Reichstagsbrandverordnung) v. 28. Februar 1933 (RGBl. I S. 83), § 5. (邦訳は、注(1)の『ドイツ憲法集』一五五頁)

(32) たんべん Ingo von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Auflage, 2003, Bd. 3, S. 749; v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz 4. Aufl., Bd. 3, 2001, S. 1325 ff., vgl. auch BVerfGE, 18, 112.

(33) 最大判昭和三三年三月一二日刑集二卷三号一九一頁、最大判昭和三六年七月一九日刑集一五卷七号二一〇六頁。なお、最近においても、裁判員による裁判において、死刑が合憲であるとする判決が出されて注目された（大阪地判平成二三年一〇月三一日）。