

比較の中の二つの憲法 — ドイツと日本*

初宿正典

はじめに — ドイツ憲法史における《九》の偶然？

どの学問分野にも、ある程度まで通じることであると思われるが、二つまたはそれ以上の人や物を相互に比較することによって、そうしなければ見えてこなかったような、それぞれの人や物あるいは事柄のもつ特色とか特異性とかいったものを浮き彫りにすることができるとがある。わが国の「国のかたち」についても事情は同じであり、他の国のそれと比較研究してみると、わが国の「国のかたち」がもつ特色、独自性あるいは特異性といったものが見えてくるといえる。

本稿の標題は樋口陽一の著書のひとつに倣ったものであるが、それはさておき、樋口は十年後の一九八九年に書かれた別の著書の中で、「四つの'89年という歴史の物差し⁽¹⁾の刻み」について述べている。⁽²⁾すなわちそこでは、一六八九年（イギリスの権利章典）、一七八九年（フランス人権宣言）、一八八九年（大日本帝国憲法）、一九八九年（フランス革命二〇〇年）という、偶然とはいえあまりにも見事な百年刻みの出来事に注目しつつ叙述を展開している。本稿の筆者にとって、一九八九年は同時に《ペルリーンの壁》の崩壊（二月九日）という、ドイツ現代史を画する年でもあるのだが、

樋口の前記の著書が江湖に問われた時期（同年一月二〇日発行）から考えると、このことに触れられなかったのは当然のことである。

本稿では、とくにドイツの近代憲法史に注目して、さらにこれら「四つの'89年」の間にある、一八四九年、一九一九年、一九四九年という年に注目したい。すなわち、一八四九年のフランクフルト憲法、一九一九年のヴァイマル憲法、そして一九四九年の現行憲法という、近代ドイツの主要な三つの憲法典の成立と、それに上記の一九八九年一月九日の《ベルリンの壁》の崩壊を加えると、数十年ごとに四つの《九》の年があり、さらにこれらに、たとえば一九二九年の世界大恐慌とか一九三九年のナチス・ドイツによるポーランド侵攻などの大事件を付け加えれば、何ゆえ、偶然とはいえかくも見事に《九》のつく年に、今日のドイツにまで至る大きな出来事が起こっているのか、大変興味深いところである。以上をあらためて一覧すると、次のようになる。

一六八九年——イギリス・権利章典

一七八九年——フランス・人權宣言

一八四九年——ドイツ・フランクフルト憲法

一八八九年——日本・明治憲法

一九一九年——ドイツ・ヴァイマル憲法

一九二九年——世界大恐慌

一九三九年——ドイツ・ポーランド侵攻（第二次世界大戦の勃発）

一九四九年——ドイツ・基本法（現行憲法）

一九八九年——ドイツ・ベルリンの壁崩壊

しかし今ここでこの歴史の全体に触れ始めるとあまりにも紙幅を費やすので、詳細は略することとし、ここではただ一八八九年と一九四九年のみに関連して論を進めることとする。

注

* 本稿の前半部分は、二〇一二年秋に京都大学名誉教授懇談会での三〇分の講演で語ったことを基に書き直したものであり、また第三節の「基本権規定の特色」に関する部分は、二〇一一年七月に聖学院大学総合研究所での講演で語ったものである。後半についてはすでに公表されている（聖学院大学総合研究所紀要五三号、二〇一一年、一五頁以下）が、これには筆者の不注意等による脱落や誤字が散見されるため、これを修正したり文章を追加したりして、改めて本誌に掲載することとしたものである。このような事情のため、叙述に一部重なる点があるが、いずれにせよ、本稿は、わが国の一般人（非専門家）向けにドイツの現行憲法について概説したものであって、日本とドイツの憲法に関して専門的知識を有する読者を想定したものではない。

（１）樋口陽一『比較の中の日本国憲法』（岩波新書、一九七九年）。

（２）樋口陽一『自由と国家』（岩波新書、一九八九年）三九頁。

第一節 日本憲法の系譜概観

一 明治憲法とドイツ・オーストリア

一八八九年制定の明治憲法は、その七年前の一八八二（明治一五）年の伊藤博文らの立憲制度導入取調べに端を発し、帰国後の伊藤や井上毅らを中心とする人たちの作業によるものであることは衆知のとおりである。そもそも「憲法」という語が今日のように国家の根本法という意味で用いられるようになったのは、この時以来であって、それまでは「憲

法」という語はむしろ「法律一般」の呼び名であつたとされている。⁽³⁾ それはさておき、伊藤らは、ベルリーンのグナイスト (Rudolf von Gneist, 1816-95) およびモッセ (Albert Mosse, 1846-1925)、ヴィーンのシュタイン (Lorenz von Stein, 1818-90) らに学び、帰国後、帝国憲法典の制定作業に取り掛かることになるのであるが、当時のドイツはビスマルクによって統一されたいわゆる第二帝政の時代であつて、ビスマルク憲法と俗称されている一八七一年のドイツ帝国憲法 (Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871) が通用していたが、この憲法には国民の《権利》とか《自由》に関する規定がまったくなかった。このこともあつて、当時の明治政府に雇われていた《お雇い外国人》の一人であつたローエスラー (Karl Friedrich Hermann Roesler, 1834-94) の強い示唆などを受けて、明治憲法の模範とされたのは、むしろプロイセンの一八五〇年の欽定憲法 (Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar 1950) であつたとされていることも、ここでは詳述しない。

二 日本国憲法の成立とアメリカ

これに対して、現在のわが国の憲法である一九四六年一月三日公布の日本国憲法の場合、その制定作業は、実質的には連合国総司令部GHQの内部で、同年二月上旬の一週間という短期間の突貫作業で起草された総司令部草案を基礎として作成され同年四月一七日に公表された「帝国憲法改正草案」が、その後、一言一句の細部に至るまでGHQ側との文言の調整をしながら、約半年にわたる国会での審議を経て作られたのであるが、その作業は(右の草案の標題にもあるように) 一貫して一八八九年の明治憲法の全面改正という形で進んでいった。そのためもあつて、憲法典の構造自体は、明治憲法のそれを基本的には維持している。すなわち、第一章に天皇に関する規定を置き、そのあとに第三章として国民の基本的人權の章を置き、それに続いて、国会(第四章)、内閣(第五章)、司法(第六章)、財政(第七章)という

ように、国の仕組みの規定を置くという形になっている。もちろん、現行憲法には、戦争放棄に関する第九条（第二章）とか、地方自治（第八章）の規定のように、明治憲法にはなかった章も含まれているが、構造的には、いわば、「ドイツ流の《器》（構造）にアメリカ産の《果実》（内容）を盛り込んだもの」ということができるであろう。

注

（3） 穂積陳重『法窓夜話』（岩波文庫、一九八〇年）一七六頁以下。

第二節 ドイツの現行憲法（一九四九年）の全般的特徴 —— 日本国憲法との比較の観点から

一 基本法の特徴概観

以下では、日本国憲法と比較して、ドイツの現行憲法である一九四九年の「ドイツ連邦共和国基本法」(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949)〔以下では単に基本法と略称〕について、その特徴を、日本国憲法と比較しながら、やや順不同で、列挙することとする。

（一）憲法典の名称

まず、ドイツの現行憲法である基本法は、その成立の特殊事情から特殊な名称を有していることである。すなわち基本法は、第二次大戦後の米英仏三国と当時のソ連の厳しい対立から、とりあえずは米英仏の管理下にあった西側にだけ適用する暫定憲法として成立したという事情があつて、《憲法》(Verfassung)という伝統的な名称をつけず、意識的にあえて「ドイツ連邦共和国基本法」という名称にしたことも周知の事柄に属する。——もとより日本にも「基本法」

という名称が付いた法律は、教育基本法、環境基本法、公害対策基本法など、数多くあり、二〇一〇年七月現在で言えば三八の法律があるようであるが、それらがすべて通常法律であることはもちろんである。その意味では基本法（ドイツ語でいう Grundgesetz）も《法律》なのである。わが国では、憲法は法律とは別の法形式のように観念されてきたようにも思われるが、ドイツでは、憲法典も法律であり、通常法律と異なるのは、改正手続において通常法律とは異なった特別多数（三分の二）を要するという点においてである、と一般に認識されている。そのことは、たとえば後述する基本法の幾多の改正が、常に「基本法を改正する法律」（Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes）という名称の下でなされてきていることにも明白に表れている。

（二）ヴァイマル憲法の一部の編入

次に、宗教制度に関連するヴァイマル憲法（Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919）の一部（第一三六条、第一三七条、第一三八条、第一三九条および第一四一条）を、基本法の構成部分（Bestandteil）として、そのまま（en bloc）受容していることである（第一四〇条）^⑤。もともと、公立の国民学校での《宗教の授業》（Religionsunterricht）についての規定や、宗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^⑥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（ないし戦前から設置されていた神学部の存置）されているのも、ドイツ独特の制度であると言つてよい。^⑥

もとより、このように旧法の規定を新法施行後も引き続き通用せしめる方式は、わが国でも法律の附則の中で「……については、なお従前の例による」といった形で、法律の改廃に伴う過渡的な措置としてはよく見られる形であるが、基本法が、一九四九年の制定以来、今日に至るまでこのような形を残していることはきわめて珍しいといえる。

(三) 基本権の章の憲法典上の位置

第三に、国民の《基本権》の規定の位置づけである。——「憲法が国民に保障する」権利及び自由は、日本国憲法では「基本的人権」と言われているが——ドイツでは Grundrechte（基本権）という表現になっている。⁽⁸⁾ この基本権の章が、それまでのドイツの諸憲法とは異なつて、憲法典の冒頭の第一章に置かれることとなつた。このような基本権の位置づけの変化は、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である」と定める第一条に如実に示されている。日本は戦後、天皇の地位がそれまでより大きく変化しはしたが、第一章（第一条～第八条）はやはり「天皇」の章であつて、ここにも、上述した明治憲法と日本国憲法との連続性の一端があると言える。

(四) 基本権の規定の文言の詳細さ

第四に、その基本権に関する規定であるが、条文の数は合計二二か条（第一条から第十九条並びに第一二a条、第一六a条及び第一七a条）で、日本国憲法に比べて少ないが、個々の規定の文言はたいへん詳細である。たとえば「住居の不可侵」に関する第一三条などは、岩波文庫の訳で言えばちょうど二頁分に及ぶ分量がある。——これに対して、日本国憲法第三章の基本的人権の規定はというと、第一〇条から第四〇条までで、合計で三二か条あるが、基本法の文言と比べると、概してきわめて簡潔である。たとえば、「学問の自由」に関する第二三条はいちばん短くて、「学問の自由はこれを保障する」と、俳句のように五七五になっているが、ここまで短くないにしても、たいていは数行以内で終わっている。このような簡潔な文章であることもあつて、その規範内容について、民法をはじめとする他の法律に比べても、法解釈の余地がさらに広いといつてもよいであろう。基本法の個々の基本権規定については後に第三節でさらに触れることとする。

(五) 統治機構の特徴

次に、ドイツの権力分立制には独特の特徴が見られる。ドイツの議会については、往々にして、日本の衆議院・参議院と同じように《二院制》(Zweikammersystem) が採られているというような説明がなされ、連邦議会のことを誤って《下院》と言い換えられたりすることもあるが、あとで少し触れるように(三二二)、ドイツの議会制度は、少なくともわが国の二院制(両院制)とはかなり異なつたしくみになっている。それから、これも後で少し触れるが、法令などの憲法違反に関する判断を独占する憲法裁判所が設置されている点も、わが国のような最高裁判所を頂点とする一元的な裁判制度とは大きく異なっている。また、戦後のドイツでは、連邦制(Bundesstaatlichkeit)が採られていて、現在一六のランツが連邦共和国を構成している関係もあり、大学教育を含む教育や教会、宗教および文化に関しては、ベルリンの中央政府ではなく、各ランツに基本的に権限が留保されている(第七〇条以下)。これは講学上、《文化高権》(Kulturhoheit)と言われている。したがって、例えば大学の入学許可や修了認定についても、各ランツによつてかなり違いがある。宗教についてもしかりであるが、この点もあとで少し触れ直すこととする。

(六) 頻繁な憲法改正

(一) しかし、日本とドイツを比較したときに、何といつても最も特徴的なのは、おそらく憲法改正がきわめて頻繁になされてきたという点であろう。日本国憲法が、制定後今日まで六七年間、一度も改正されていないことは周知のことである。現在通用している世界の憲法典の中で、制定後一度も改正がない憲法としては、日本国憲法が最古のものとなっている。

これに対してドイツでは、憲法改正がきわめて頻繁に行われてきており、二〇一二年七月一日の直近の改正に至るまで、通算五九回もの憲法改正が行われている。基本法は一九四九年五月二四日の施行後、すでにその二年後の一九五

一年に第一回改正がなされており、その後一九七〇年前半までは、ほぼ毎年の改正がなされている。しかも、たとえば一九六九年には、なんと一年の間に八回、しかも同年五月一二日には一日のうちに三回も改正がなされている。このような状況は、われわれ日本人の感覚からするとおおよそ想像もできないことであろう。

(2) 基本法がこのように頻繁に改正される原因は、いくつか考えられる。一つには、上述のごとく、そもそも憲法という名称がつけられなかったことにも表れているように、もともと基本法が暫定的なものとして制定されたという事情によるものがある。しかしそれ以外にも、いくつかの要因が考えられる。ひとつには、一九九〇年のドイツ統一という大きな出来事があったことも大きく影響しているし、また、国の仕組みが連邦制で、連邦とランツの権限分配や財源の分配等に関する規定が非常に多く、これを修正しようとする、法律レベルの改正では済まずに、常に憲法改正にならざるをえないという事情もある。たとえば日本では、国鉄や郵便・電信電話事業等の民営化は法律改正で対応してきたが、ドイツではこういった制度改正はすべて同時に憲法改正を伴わざるをえなかったということである(例えば第七三条、第七四条、第八〇条、第八七a条など)。さらに、とくに最近十年ぐらいの時期の改正の中には、EUの進展に伴うものが多くある(例えば第三三条、第四五条、第五〇条、第五二条、第八八条、第一〇四e条など)のも当然のことであろう。

(3) 基本法の場合、日本国憲法とは異なつて、改正の要件として、国民投票を必要としないことも頻繁な改正の理由として挙げられるかもしれないが、改正がどうしても必要であれば改正に必要な連邦議会(及び連邦参議院)の三分の二以上の合意を形成することができる政治状況がある、ということが重要なのであつて、昨今のわが国の憲法改正論議において、日本国憲法第九六条の規定による国会の発議要件(衆参両院の三分の二の賛成)が重すぎるために、憲法改正について国民投票を通じて民意を問う機会が少なくなっているという理由で、国会による発議要件を「過半数の賛成」に緩和しようというのは、やや本末転倒した議論とも言えよう。

(4) 一九四九年の制定時点で合計一四六箇条を有していた基本法は、それ以降のこのような度重なる改正と追加や削除の結果、現在では（筆者の計算では）一八五箇条にまで膨れあがっている。これほど頻繁にかつ大規模な憲法改正がなされた国は、おそらくドイツ以外に類を見ないであろう。ちなみに、こうした多くの憲法改正の中には、新聞やテレビなどでも何も報じられなかった場合もあるぐらいで、筆者が情報を得ていた直近の改正のひとつについて、ドイツ人の憲法学者がまだ知らなかった、という筆者の経験もあるほどである。

(七) 補則について

最後に触れるべきことは、基本法には補則（経過規定ないし終末規定）が極めて多いことである（第一一六条～第一四六条）。基本法のこれらの多くの経過規定の中にも、改正されたり追加されたりした規定が少なくなく、しかも現在でも重要な規定が多く含まれている。これに対して日本国憲法の場合、補則は第一〇〇条から第一〇三条までの合計四箇条であるが、時の経過によって、現在ではほとんど適用可能性のない規定となつていことも多言を要しない。

二 基本権にかかわるいくつかの特色について

(一) 人間の尊厳条項

憲法の第一条一項は、すでに言及したように、《人間の尊厳》（Würde des Menschen, Menschenwürde）の尊重・保護を国家の義務として謳っている。この《人間の尊厳》は、ドイツの現行憲法のいわば至上命題であり、これはもちろん一九三三年以降のナチズム支配によるユダヤ人大量虐殺等の悲惨な経験の遺産でもあるのであるが、連邦憲法裁判所における幾多の裁判においても、この条項が大きな役割を果たしており、現在では、終末医療や遺伝子技術といった現代的問題との関連で引き合いに出されることが少なくない。

(二) 《たたかう民主制》のための基本権制限

次に、基本法には、「自由で民主的な基本秩序」に敵対する行為については、たとえそれが基本権の行使であっても、制限ないし禁止することができ旨を定めた規定が多く存在することもよく知られている。これらは一般に《たたかう民主制》(streitbare Demokratie)と形容されている。たとえば第一八条は、「意見表明の自由、特に出版の自由(第五条一項、教授の自由(第五条三項)、集会の自由(第八条)、結社の自由(第九条)、信書、郵便及び電信電話の秘密(第二〇条)、所有権(第一四条)、又は庇護権(第一六a条)を、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。それらの喪失とその程度については、連邦憲法裁判所によって宣告される。」と定めている⁽¹⁰⁾。また政党についても、「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、又はドイツ連邦憲法裁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」とし、連邦憲法裁判所がこの問題について決定することとしている(第二二条二項)。こうした規定は、当時の東西冷戦の時代を象徴するものと言え、その中には、一九六八年六月の憲法改正で付け加えられたいわゆる抵抗権(Widerstandsrecht)のように議会や学界で大きな議論を呼び起こした規定もあるが、一九九〇年の冷戦終焉後、こうした諸規定は今や別の機能を果たしており、その最大の問題のひとつはイスラーム原理主義などによるテロリズムとの関係であり、今後も大きなテーマとなりうるであろう。

(三) 学校における宗教の地位

基本法下の公立学校においては、「宗教の授業」(Religionsunterricht)が原則として正規の授業科目(第七条)であり、とくに小学校などの子どもについては、親が子どもをどの宗教の授業に参加させるかを決定することとなっている。バリエルンでは、小学校の教室にキリストの磔の十字架像を設置していることが大きな裁判になったことがある⁽¹²⁾。それと

やや関連して言えば、国立（すなわちラント立）のほとんどの大学には、現在でもカトリックや福音主義の神学部が設置され運営されており、これも上述したラントの《文化高権》に基づくものであるが、この制度自体には基本法上の明文の根拠がなく、その合憲性について議論があることは、すでに（第二節一（二））示唆したとおりである。

三 統治の仕組みの特色概観

（一）連邦制

現在のドイツの統治の仕組みの第一の特徴として挙げられるのは、連邦制（Bundesstaatlichkeit）である。現在ドイツには、首都ベルリンを含む合計一六のラント（Bundesländer）があり、それぞれのラントに政府があり、議会も裁判所もある。日本やフランスとは違って、中央集中型ではなく、むしろ分散型の国家であると言ってよい。ドイツの総人口は約八二〇万であるが、人口が百万を超える都市は、ベルリン、ハンブルク、ミュンヘンの三つのみである。上述したラントの《文化高権》も、この連邦制と関連するものであって、大学を含む教育、文化、宗教に関する権限は原則としてラントに留保されている。すなわち、基本法によれば、国家の権能の行使及び国家の任務の遂行は、基本法が別段の定めをなさず又は許していない範囲で、ラントの任務とされ（第三〇条）、ラントは基本法が連邦に立法の権限を付与していない限度で、立法権を有する（第七〇条一項）とされている。そして、連邦が立法権限を有している領域を列挙している第七三条以下の規定の中には、宗教を含む文化にかかわる事項は存在しておらず、したがって、宗教を含む文化に関する事項は、ラントの管轄に属するということになる。¹⁹

基本法は、これ以外の領域における立法・行政権限についても、連邦が専属的立法権を有する領域（第七三条）と、連邦とラントが競合的に立法権を有する領域（第七四条）とについて、きわめて詳細な権限分配規定を置いている（な

お第七〇条二項、第七二条も参照)。憲法改正が頻繁とならざるを得ないのも、こうした連邦制の構造に由来することは上述べたとおりである。

(二) 議会制

(1) 立法機関たる連邦議会 次に議会制であるが、ドイツの立法機関は「連邦議会」(Bundesrat)であり、「連邦参議院」(Bundesrat)は「連邦の立法及び行政並びに欧州連合の事務に協力する」機関(第五〇条)として位置づけられている。すなわち、連邦法律は連邦議会の議決のみで成立するのが原則である(第七七条、第七八条参照)が、憲法典において個々の連邦法律について、「連邦参議院の同意を要する」旨を規定している場合にのみ、連邦参議院の同意が連邦法律成立の必要条件となる。この点だけから見ても、日本の衆議院・参議院という二院制とは異なった制度と言つてよく、その意味でも、この「Bundesrat」を「連邦参議院」と邦訳することはややミスリーディングのおそれがあり、より適切な訳語が定着することが望ましいように思われる。⁽¹⁷⁾ いずれにせよ、日本やアメリカのように、二つの議院での議決がないと法律が成立しないのが原則である国とは異なっている。

(2) 連邦議会選挙 連邦議会は四年任期で小選挙区比例代表併用制で選出された六〇〇人前後の議員で組織されている。選挙権及び被選挙権はいずれも満一八歳以上の国民が有している(第三八条二項)。被選挙権が選挙権と同じ年齢以上の者に与えられている点がわが国と異なる。法律の定める議員定数(現在では五九八人)の半数が小選挙区選出議員、残り半分がラントごとに比例代表選出議員で選出される。有権者はそれぞれ二票をもっていて、そのうちの第一票で小選挙区の個人候補者リストに、第二票で各政党が決めた順序で記載されたラントの候補者リストに投票するのであるが、比例代表選挙においては大政党に相当数の超過議席が発生することが多く、選出される議員数は法定数よりも多くなるのが普通である。二〇一三年九月二二日の選挙結果では最終的な選出議員数は六三一人になったことが知られている。

ドイツの選挙制度に特徴的なことは、いわゆる5%条項によって、小政党が乱立するのを防いでいる点であるが、この点の詳細は触れる余裕はない。

そもそも連邦議会には、日本のように通常国会・臨時国会・特別国会（正式には常会・臨時会・特別会）のような《会期》はなく、四年間という《立法期》(Legislaturperiode)のすべての期間が活動時期となっている上に、解散ができる場合が基本法上きわめて制限されている（第六七条、第六八条参照）結果、一九四九年以来現在までの間に、解散は合計三回しか行われておらず、その点では議会の活動が非常に安定しているといえる。⁽¹⁸⁾

(3) 連邦参議院 ドイツの連邦参議院に關してきわめて特徴的なのは、連邦参議院が各ラント政府の代表者の合議機関であつて、ラントの人口に応じて三から六の票決 (Stimme) が与えられており（第五一条参照）、現時点では合計で六九であるが、この数字は、議員数ではなくラントの票決数 (Stimmenzahl) の合計であるということである。つまり、連邦参議院の構成員は選挙で選ばれることはなく、「各ラントは、その有する票決数と同数の構成員をラント政府の代表として連邦参議院に派遣することができる」（第五一条三項）ことになっていて、連邦議會議員や我が国の国會議員のような《任期》というものもなく、原則として毎月一回（金曜日の午前）に開催される定例の會議に、その都度、ラント政府の代表が集會して會議を開くのである。普通はラントの首相などの政治家がひとりで出席することも少なくないようであるが、当該ラントが議決に際して行使しうる票決数は、その時々出席している政治家の数ではなく、たとえばバイエルン州の首相がひとりで出席して、ある議案に「ja（賛成）」と言えば、そのラントの票決数六がその議案に賛成したという計算になり、これが六九の過半数に達したときに、その議案が可決されたということになるわけである。もちろん「各ラントは、その票決権と同数の構成員を派遣することができる」が、各ラントの票決は「一括してのみ」行使することができ、各出席者がバラバラに手を挙げて賛否を表明することはできないことになっている（第五一条二項）。

それゆえ、連邦参議院の構成は、各ラントの政府がどの政党によって担われているかに大きく左右されることになる。連邦を構成している一六のラントごとの現時点での票決数は次のとおりである。

六票

バーデン＝ヴュルテンベルク、バイエルン、ニーダーザクセン、ノルトライン＝ヴェストファーレンの四州
ヘッセンの一州のみ

四票

ベルリン、ブランデンブルク、ラインラント＝プアルツ、ザクセン、ザクセン＝アンハルト、シュレース
ヴィヒ＝ホルシュタイン、テューリンゲンの七州

三票

ブレーメン、ハンブルク、メークレンブルク＝フォアポメルン、ザールラントの四州

議場も、連邦議会と連邦参議院とは全く別の建物にあり（この点はフランスも同じであるが）、ブランデンブルク門のすぐ近くにある連邦議会のほうは、ドイツ統一後、かつての帝国議会（Reichstag）のあつた建物を改修し、それにガラス張りの近代的な建物を増築して使われているが、連邦参議院のほうは、そこからは離れたライプツィヒ通りというところにある一九〇四年建造の建物で、かつてプロイセンの貴族院が使っていた建物が、二〇〇〇年以来、連邦参議院の議場として使われている。

(三) 議院内閣制

内閣と議会とが密接な関係を保ちつつ、相互のコントロールに服さしめる制度、つまり内閣の存立を議会の信任に依存させ、議会（とくに下院＝衆議院）が内閣を不信任する権限をもっているような制度を、広い意味で議院内閣制と言うとすれば、ドイツの制度も議院内閣制と言えないわけではない。しかし、上述したように、連邦議会と連邦参議院は、日本の国会を構成する衆議院・参議院という二院と同じような関係にはないという理解からすると、連邦議会は二院を構成する《院》（House）ではないのであるから、その限りでは《議院内閣制》という語は適切ではないことになる。ド

イツ語では *Parlamentarisches Regierungssystem* と表現するのが通例であるが、これを適切に表現する訳語として定着しているものはないように思われる。それに、ドイツの場合は連邦議会が不信任を突きつけることができるのは、《連邦首相》に対してであって、《内閣》に対してではない。つまりその意味では《内閣不信任》という日本のような制度はドイツにはなく、あくまで《首相不信任》制度である（基本法第六七条）。しかも、その場合、基本法の規定によると、「連邦議会は、その議員の過半数をもって連邦首相の後任を選出し、連邦大統領に対し、連邦首相を罷免すべきことを要請することによってのみ、連邦首相に対して不信任を表明することができる」のであり、この《建設的不信任制度》と呼ばれる制度によって、連邦議会の不信任決議が制約されると同時に、旧内閣と新内閣との断絶が避けられているのである。

(四) 連邦首相と連邦大統領

(1) 連邦首相と連邦大臣 右のこととも関連するが、現在のドイツの《連邦首相》(*Bundeskanzler*) は、「政治の基本方針を定め、それについて責任を負う」立場にあり（第六五条一項）、連邦首相の提案に基づいて連邦大統領によって任免される各連邦大臣は、連邦首相の定める基本方針の範囲内において、独立して、自己の責任において自己の所轄事務を指揮する立場にある。

(2) 連邦大統領 現在のドイツにも《連邦大統領》という国家機関が置かれており、連邦議会議員と、ラント議会が選出する、これと同数の議員とで構成される連邦会議 (*Bundesversammlung*) によって選挙される（第五四条）が、連邦大統領の地位は、—— 国際法上連邦を代表し、外国と条約を締結するなどの権限を有し、訴追されることがあるなどの点では天皇とは異なるとはいえ—— わが国の天皇の地位とやや類似した象徴的機能（たとえば外国の使節の信任・接受、連邦首相や連邦大臣等の任免、恩赦など）が中心である（詳細は第五九条―第六一条等を参照）。これに対して政治の実

権は連邦首相にあり、その強い権限からすると、連邦首相というよりも《連邦宰相》と呼ぶのが相応しいかもしれない。しかしここではこの点についても詳述はしない。

(五) 裁判制度 —— 五つの連邦最高裁判所と連邦憲法裁判所

(1) 連邦最高裁判所 日本 の裁判制度は、一つの最高裁判所を頂点とする一元的な裁判制度であるが、ドイツの裁判制度は二重の意味で多元的であることが大きな特徴である。すなわち、一方で、現在のドイツには、連邦最高裁判所 (Oberste Bundesgerichte) が五つ設置されており、裁判管轄事項ごとに別々の地に設置された各最高裁判所が裁判する (第九五条一項)。これらの最高裁判所の名称と現在におけるその設置場所を列挙すれば、次のとおりである。⁽¹⁹⁾

* 連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof = BGH) は、バーデン＝ヴュルテンベルク州のカールスルーエ (民刑事) とザクセン州のライプツィヒ (刑事第五部)

* 連邦行政裁判所 (Bundesverwaltungsgericht = BVerwG) はザクセン州のライプツィヒ⁽²⁰⁾

* 連邦税務裁判所 (Bundesfinanzhof = BFH) はバイエルン州のミュンヘン

* 連邦労働裁判所 (Bundesarbeitsgericht = BAG) はテューリンゲン州のエアフルト

* 連邦社会裁判所 (Bundessozialgericht = BSG) はヘッセン州のカッセル

基本法によるこの列挙は限定的列挙と解されており、したがって、連邦はこれら以外の最高裁判所を設置することはできないとされている。⁽²¹⁾ 裁判の統一を保持するために、これらの裁判所の合同法廷 (Gemeinsamer Senat) が、後述する連邦憲法裁判所と同じくカールスルーエに設置されている。また上記の五つの連邦最高裁判所は、連邦憲法裁判所とは異なり、連邦最高機関⁽²²⁾ (Oberste Bundesorgane) ではないとされている。

(2) ラントの裁判所 他方で、上述した連邦制から来る裁判制度の多元性で見られる。すなわち、各ラントには、

憲法裁判所も含めて、上記と同様の各専門裁判所が存在する。

(3) 連邦憲法裁判所

以上とは別に、憲法問題に関する特別の権限を有する連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht = BVerfG) が、一九五一年にカールスルーエに設置されて現在に至っている。この連邦憲法裁判所は、各八人ずつの裁判官で組織される二つの法廷 (Senat) で構成され、各法廷は、連邦憲法裁判所法の定める管轄権の分配規定に従って、原則としてそれぞれ独立に判断を下す。その権限は基本法第九三条が具体的に列挙している。

(4) 違憲判断集中型

日本と大きく異なるのは、この連邦憲法裁判所以外の連邦裁判所は、連邦法律等の憲法違反の判断ができないことで、いわば違憲判断集中型ということになる。すなわち、基本法第一〇〇条一項によると、「裁判所が、決定に際してある法律の効力が問題となっている場合に、その法律が違憲であると考えるときは、その裁判手続を中止し、かつ、あるラントの憲法に対する違反が問題となつていときは憲法紛争について管轄を有するラント裁判所の決定を、また、この基本法に対する違反が問題となつていときは連邦憲法裁判所の決定を、求めるものとする。ラントの法によるこの基本法違反、又は、ラントの法律と連邦法律との不一致が問題となつていする場合にも同様とする」と定められている。ここで留意すべきは、『合憲性』判断集中型ではなく『違憲』判断集中型だということである。

すなわち、連邦法律に限っていえば、裁判所が、係属している事件において「ある法律の効力が問題となつている場合に、その法律が違憲であると考えるとき」には、連邦憲法裁判所の判断を求めなければならないが、当該法律を合憲であると考えるときは、連邦憲法裁判所の判断を求めることなく、みずから判断ができるということである。それゆえ、連邦法が基本法に適合するかどうかについての裁判所の判断の全体像を見るためには、連邦憲法裁判所の判例だけでは不十分であつて、他の最高裁判所、とりわけ、連邦行政裁判所の判例の分析も必要だということになる。

(5) 抽象的規範統制

わが国の裁判制度の性質との関連でよく比較されるのは、ドイツの憲法裁判所には抽象的違

憲審査権があるという点である。すなわち基本法第九三条一項二号によれば、「連邦政府、ラント政府、又は連邦議会構成員の四分の一の申立てに基づき、連邦法若しくはラント法が形式上及び實質上この基本法と適合するかどうか、又は、ラント法がその他の連邦法と適合するかどうかについて意見の相違又は疑義がある場合」に、連邦憲法裁判所が、具体的事件との関連なしに法令の合憲性を審査する権限があるとされているのがこれである。⁽²⁵⁾ この点に関連して言えば、いわゆる警察予備隊違憲訴訟の最高裁判決（最大判昭和二十七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁）の中で、最高裁は、「諸外国の制度を見るに、司法裁判所に違憲審査権を行使せしめるもの以外に、司法裁判所にこの権限を行使せしめないでそのために特別の機関を設け、具体的争訟事件と関係なく法律命令等の合憲性に関しての一般的抽象的な宣言をなし、それ等を破棄し以てその効力を失はしめる権限を行わしめるものがないではない」としており、そこにおいて念頭に置かれているのは恐らくドイツの連邦憲法裁判所であると推測されようが、ここでも留意すべきは、連邦憲法裁判所の抽象的規範統制（抽象的審査）を提起しうるのは、上記引用にあるとおり、「連邦政府、ラント政府、又は連邦議会構成員の四分の一」のみであって、ドイツにおいても、警察予備隊違憲訴訟のような特定個人（当時の左派社会党委員長・鈴木茂三郎）が提起した裁判において連邦憲法裁判所が抽象的規範統制権を行使しうるわけではないという点である。

加えて、連邦憲法裁判所のこの《抽象的規範統制》（Abstrakte Normenkontrolle）は、基本法第九三条及び連邦憲法裁判所法§一三が列挙している同裁判所の管轄権のごく一部であり、しかも、この権限が行使された例は、連邦憲法裁判所に継続した全件数のごくわずか（約〇・一％）のみであって、全件数の九六％強は、いわゆる《憲法訴願》（憲法異議または憲法抗告 Verfassungsbeschwerde）であり、二番目に件数の多いのが基本法第一〇〇条のいわゆる《具体的規範統制》（Konkrete Normenkontrolle）である。すなわち、連邦憲法裁判所の機能としては、具体的な基本権侵害が争われた事案に対する裁判がほとんどだということを意味する。⁽²⁷⁾ その意味では、ドイツの憲法裁判所についてその抽象的審

査権を強調しすぎることは、その実像を見失う虞れがあると言えよう。

(6) 違憲判決の効力 連邦憲法裁判所で法令等が憲法違反と判断されると、その判断は原則として法律としての効力をもち、連邦法律公報 (Bundesgesetzblatt) に公布されるので、日本の場合とは異なって、議会による法律改正を待たずに連邦憲法裁判所によって法律改正がなされるのと同じ結果になる。⁽²⁸⁾

(7) 連邦憲法裁判所の裁判官 連邦憲法裁判所の裁判官の半数以上は、大学の法学の教授であり、しかも教授職と裁判官職を兼務することが認められている。⁽²⁹⁾ このことも日本の最高裁判所判事の場合とはまったく違う点である。ちなみに、日本の最高裁判所裁判官の場合は、もともとは大学教授枠が二つあったが、ある時期から一人に減ってしまった。もちろん、連邦憲法裁判所裁判官の場合、連邦からの裁判官としての給与とラントからの大学教授としての給与のダブル・インカムであるから、相当の年収額になるようであるが、統計資料でみる限り、取り扱うべき件数は相当膨大な数に上っていることを考えると、そう楽な仕事ではなさそうである。

(六) 欧州連合 (EU) とドイツ

(1) 欧州連合 一九九二年二月七日にオランダのマーストリヒトで欧州共同体構成国によって欧州連合条約 (いわゆる EU 条約) の調印がなされ、これによっていわゆる欧州連合が設立された。附帯議定書では、単一通貨であるユーロの創設と、「欧州共同体」「共通外交・安全保障政策」「司法・内務協力」という三本柱構造の導入が規定された。⁽³⁰⁾ ドイツでは、この条約の批准のために、連邦議会が同年二月二二日に連邦参議院の同意を得て第三八回目の基本法改正を行い、それによって、合計八か所に及ぶ大規模な改正がなされ (BGBl. I 2086)、また同月二八日には、同条約に対する同意法律が可決された (BGBl. II 1251)。⁽³¹⁾ この法律に対しては、その合憲性を争って連邦憲法裁判所に提訴がなされた (憲法訴願手続) が、同裁判所第二法廷は翌一九九三年一〇月一二日にこれを合憲とした (BVerfGE 89, 155)。⁽³¹⁾ その結果、

同条約は同年一月一日に発効した。

(2) 欧州連合と基本法改正 その後も、EUの発展に伴って、基本法はそれに伴う内外の必要から、幾度か改正されているが、ここでは、上記の第三八回改正によって全く新しくなった第二三条の改正について多少とも言及しておくにとどめる。すなわち、この第二三条は、元来は基本法の適用範囲の限定（当時の西ドイツ領域）に関する規定であり、「この基本法は、さしあたり、バーデン、バイエルン……の諸ランツの領域に適用される。ドイツのその他の部分については、それらの〔連邦共和国への〕加入後に効力を生じるものとする」という文言であった。ところがこの第二三条は、一九九〇年に旧東独の五ランツが連邦共和国に加入する形で統一がなされたために不要となり、同年八月三十一日に調印された統一条約によっていったんは削除されたが、その後、上記の第三八回改正によって全七項からなる全く新しい条文に取って代わられたのである。同条はその後二〇〇六年（第五二回改正）と二〇〇八年（第五三回改正）にも変更されている。もとよりわが国の場合も、国際人権規約等の条約と憲法の関係が問題となりうるが、ドイツの場合は、EUとその発展に伴って、憲法を含む法制度の大変革が必要となることが多い。その際には、上記の第二三条の新規定とともに、第二四条一項が「連邦は、法律により、高権的諸権利（Hoheitsrechte）を国際機関に委譲することができる」としているのが重要な憲法上の根拠となる。

注

(4) 毛利透「基本法による行政統制」公法研究七二号（二〇一〇年）八七頁。

(5) 基本法第一四〇条の成立の経緯および上記の各規定の編入に関連しては、初宿「基本法第一四〇条の成立過程について」比較憲法学研究一八・一九合併号（二〇〇七年）一四七頁以下参照。

- (6) この点については、とくに初宿「ドイツの現行憲法秩序における国立大学神学部地位——ヴァイマル憲法から基本法へ——」曾我部真裕・赤坂幸二編『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開 下巻』（信山社、二〇一二年）一九七頁以下参照。
- (7) 日本国憲法の「基本的人権」の語に関しては、初宿「人権概念史」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学2 法思想』（東京大学出版会、一九八三年）二七頁以下。
- (8) なお、基本法における《基本権》と《人権》の概念に関しては、初宿「基本法の人権条項の規範性——第一条二項の成立過程と連邦憲法裁判所の判例を中心に」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）二四七頁以下参照。
- (9) BGEI 148. ちなみに、この改正は、連邦憲法裁判所の権限に関する第九三条に関わる改正であり、第九三条一項に新たに第四 c 号が追加された。
- (10) これ以外にも、たとえば信書・移転の自由に関する第一条は、「自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止するために必要な場合」に制限できると定めている。
- (11) この規定の導入過程とその意味については、さしあたり、初宿「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七一～八四頁) 参照。
- (12) BVerfGE 93.1. 一九九五年五月一六日の連邦憲法裁判所第一法廷のこの決定については、石村修「公立学校における磔刑像（十字架）」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）一一五頁以下参照。
- (13) この問題については、初宿・前掲注（6）とくに二〇二頁および二一八頁以下参照。
- (14) ドイツにおける宗教制度に関しては、初宿正典・片桐直人「ドイツ」（文化庁編『海外の宗教事情に関する報告書』平成二〇年三月）五一頁以下を参照。
- (15) 連邦法律についての連邦参議院の同意を要する場合は次のとおりである（これら以外にも、規則の制定、命令の発布等にも同意を要する旨で定めた規定がある）。第一六 a 条三項、第二三条一 a 項・七項、第二九条七項、第七二条三項、第七四条二項、第七七条二項・二 a 項、第八〇条二項、第八四条一項、第八五条一項、第八七 b 条一項二項、第八七 c 条、第八七 d 条二項、第八七 e 条五項、第八七条 f 一項、第九一 a 条二項、第九一 c 条四項、第九一 e 条三項、第九六条五項、第一〇

四 a 条四項・五項・六項、第一〇四 b 条二項、第一〇五条三項、第一〇六条三項・四項・五項・五 a 項・六項、第一〇六 a 条、第一〇六 b 条、第一〇七条一項、第一〇八条二項・四項・五項・七項、第一〇九条四項・五項、第一〇九 a 条、第一一五 c 条一項三項、第一一五 d 条二項、第一一五 k 条三項、第一一五 l 条一項二項、第一二〇 a 条一項、第一三四条四項、第一三五条五項、第一四三 a 条三項、第一四三 b 条二項、第一四三 c 条四項、第一四三 d 条二項・三項。

- (16) ドイツの連邦参議院の法的地位については、初宿「ドイツ憲法における参議院の地位——二院制に関する若干の覚書き——」法学論叢一三六巻四・五・六合併号（一九九五年）一三五頁以下、高田篤「ドイツ『連邦参議院』の展開についての一考察」佐藤幸治ほか編『阿部照哉先生喜寿記念論文集 現代社会における国家と法』（成文堂、二〇〇七年）四二七頁以下参照。

- (17) たとえば「連邦参議會」「連邦参事会」「連邦評議會」などが考えられるが、現時点ではなお連邦参議院というのが定訳となっているのである。

- (18) 日本の場合、憲法施行後だけを数えても、解散がなされた回数は直近の野田内閣の解散（二〇一二年一月一六日）を含めて、合計二一回にのぼっている。

- (19) Vgl. *Eric Hilgendorf*, dtv-Atlas Recht, Band 1, Grundlagen, Staatsrecht, Strafrecht, 2. korrigierte und aktualisierte Auflage, dtv, 2008, S. 84.

- (20) もともとは一九五三年にベルリンに設置されたが、一九九七年一月二一日の「連邦行政裁判所のベルリンからライプツィヒへの移転に関する法律」（BGBl. I, S. 2742）の第三条によって、連邦法務省がライプツィヒへの移転の時期を法規命令で定めることが定められた（Vgl. v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bonner Grundgesetz, Bd. III, 4. Aufl., Franz Vahlen, 2001, S. 1157, FN 6 zu Art. 95 Abs. 1）⁷。現在では、ライプツィヒの裁判所の建物の中に置かれている。

- (21) *Horst Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, Mohr Siebeck, 2000, Art. 95, Rn. 15; *von Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 5. Aufl., C. H. Beck, 2003, Rn. 4 zu Art. 95.

- (22) 基本法第九三条一項一号はいわゆる機関争訟の主体となりうるものとしての「連邦最高機関」なる語を用いているが、どの機関がこれに当たるかについては、実ははっきりしていない。連邦憲法裁判所法（§ 63）は連邦大統領、連邦議会、連邦参議院、連邦政府を挙げているが、それ以外にも、連邦会議（第五四条）と合同委員会（第五三 a 条）、連邦首相、連邦大

臣および連邦会計検査院 (Budesrechnungshof) などが挙げられる (Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck (FN 20), S. 1045 RN. 102 zu Art. 93)。ちなみに、連邦憲法裁判所自身が連邦最高機関かどうかについては、論者によって違いが見られ、たとえば Hilgner/Goos, Verfassungsprozessrecht, C.F. Müller, 2001, S. 130 は「連邦憲法裁判所もたしかに連邦最高機関の一ではあるが、自己の問題について決定しなければならないがゆえに、上記の連邦憲法裁判所法 § 63 の当事者とはなりえない」としているが、v. Mangoldt/Klein/Starck, a. a. O., S. 1045 RN. 103 zu Art. 93 は逆に「連邦憲法裁判所は、自己の問題について裁判官たりえないがゆえに、連邦最高機関ではない」としている。また Hilgendorf (oben FN 19), S. 103 は「最高国家機関 (oberste Staatsorgane) すなわちいわゆる憲法機関 (Verfassungsorgane)」と表記している機関の中に、「上記の四機関以外に合同委員会、および連邦憲法裁判所自身を挙げ、逆にこれに含まれないものとして、連邦会計検査院、連邦銀行及び連邦最高裁判所を挙げている。

- (23) ラントの憲法裁判所の名称は、Staatsgerichtshof (バーデン＝ヴュルテンベルク、ブレーメン、ヘッセン、ニーダーラント)、『Verfassungsgericht (ブランデンブルク、ハンブルク)』、『Verfassungsgerichtshof (バイエルン、ベルリン、ノルトライン＝ヴェストファーレン、ラインラント＝プファルツ、サルラント、サクセン、テューリンゲン)』、『Landesverfassungsgericht (メークレンブルク＝フォアポメルン、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン、ザクセン＝アンハルト)』のりとく、異なっている (Verfassungen der deutschen Bundesländer, 9. Aufl. 2009 による)。

- (24) 連邦憲法裁判所法 § 14。ただし、一九九三年一月一日の総会の決定 (BGBl. I, S. 2492) により、§ 14 の定めにかかわらず、第一法廷の管轄に属する問題について第二法廷も管轄権を有することが決められた。詳細は、さしあたり、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) 一九～二一頁注参照。

- (25) 連邦憲法裁判所法 § 13 第六号も参照。

- (26) 初宿正典・辻村みよ子編『解説 世界憲法集 [第2版]』(三省堂、二〇一〇年) 一六三頁。

- (27) 連邦憲法裁判所の各権限に基づく二〇〇七年末受理・処理件数については、さしあたり、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、二〇〇八年) 五六六頁以下参照。

- (28) 連邦憲法裁判所法 § 31 第一項によると、「連邦憲法裁判所法 § 13 第六号 (基本法第九三条二号の抽象的規範統制)、第七号 [基本法第一〇〇条の具体的規範統制] ……の事件では、連邦憲法裁判所の裁判は、法律としての効力を有する。§ 1

三第八a号の事件〔憲法訴訟〕において連邦憲法裁判所が一の法律を基本法若しくは他の連邦法に適合する若しくは適合しない又は無効であると宣言する場合も、同様とする。一の法律を基本法若しくは他の連邦法に適合する若しくは適合しない又は無効であると宣言する限りにおいて、裁判主文は、連邦司法省を通じて連邦法律公報に登載するものとする。……」とされている。

(29) 連邦憲法裁判所法§第三第四項「裁判官としての活動は、ドイツの大学での法学教官としての活動以外の職業活動とは両立しない。連邦憲法裁判所の裁判官としての活動は、大学教官としての活動に優先する。」

(30) この三本柱構造は、その後、アムステルダム条約によって修正されたのち、二〇〇九年二月一日のリスボン条約の発効により廃止された。ちなみに、二〇一三年九月二三日に京都大学で行われたテュービンゲン大学のマルティン・ネットスハイム (Martin Nettesheim) 教授の講演が、現在のヨーロッパにおける人権保障を、欧州人権条約 (EMRK) に依拠するストラスブールの欧州人権裁判所、欧州基本権条約 (Europäische Grundrechtscharta) に基づくルクセンブルクの欧州連合裁判所 (EuGH)、および条約構成国の憲法 (ドイツの場合には基本法に基づくカールスルーエの連邦憲法裁判所 BVerfG) という《三本柱》(Drei Säulen) 構造によって説明されていたことが (文脈は異なるとはいえ) 興味深い。

(31) この判決については、川添利幸「欧州連合の創設に関する条約の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第2版)』(信山社、二〇〇三年) 四三二頁以下および高田敏の解説 (高田敏・初宿正典編『ドイツ憲法集 (第六版)』(信山社、二〇一〇年) とくに三三一頁以下参照)。

(32) 第三条の現行規定については、高田・初宿編訳『ドイツ憲法集』(注 (31) 二二四～五頁参照)。

第三節 基本権規定の特色

一 基本権

基本法は「基本権」(Grundrechte) という表題をもつ第一章 (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。そのうち三条は、後の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にする（末尾の付表参照）が、個々の条文の逐一の文言については、紙幅の関係上、触れる余裕がない。

（二）人間の尊厳、人権、基本権

（1）基本法第一条 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》条項である。《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⁽³³⁾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る。ここで用いられている《人権》(Menschenrechte)という語は、基本法上こ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。その意味では、《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。この条項については、日本国憲法第一三条前段の「個人の尊重」原理との異同が、かつてわが国の学説上の論議となったことがある⁽³⁴⁾。

（2）人権と基本権 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。ここにいる《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、「基本権は実定的権利であり、人権は自然権である」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・場所的な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観念されるのに対し、『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って、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。したがって、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。⁽³⁵⁾ 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。⁽³⁶⁾ しかしこの点についても、ここでは詳述しない。⁽³⁷⁾ 第三項後段の文言についても、ここでは触れない。

(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判例の豊富な蓄積がなされてきている。

(三) 平等原則

第三條は平等原則を定めた規定である。ドイツ憲法では、日本国憲法第一四條一項のように「法の下の平等」とは異なつて、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つたが、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

(1) 良心の自由 良心的兵役拒否 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』は第九条で『思想の自由』とともに、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³⁸⁾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』が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実際の運用上では

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。⁽³⁹⁾ 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、問題になりうる場所であるが、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。⁽⁴⁰⁾

(2) 義務兵役の廃止 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（後述の第二二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、今後こうした社会福祉行政等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、注目される場所である。なお、この点は第二二a条に関連してさらに後でも触れる。

(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もあるので、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。

(1) 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、文書及び図画によって自己の意見を自由に表明」する権利（意見表明（Meinungsäußerung）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、日本国憲法第二二条一項にいう「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、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』に関しては、「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。

(2) 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』(Pressefreiheit)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』⁽⁴⁾といい(電波法、放送法参照)、放送に関する自由権を講学上『放送の自由』⁽⁵⁾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、ここではその詳細に触れない。

(3) 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、個人的名誉権によって制限を受ける」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、表現を法律によっ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⁽⁴³⁾。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。

(4) 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⁽⁴⁴⁾。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って、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比べると対照的である。

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⁽⁴⁶⁾)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⁽⁴⁷⁾。

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。この条項も、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た《たたかう民主制》の表現のひとつである。この点はすでに第一八条との関連で少し触れたが、さらに、第二〇a条との関連で後に触れる。

(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、子供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二十六条が、「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た(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)が、ごく最近になって、この規定を憲法違反とする判断を示した(最大決平成二五年九月四日判時二九七号一〇頁⁴⁸)。

(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（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（第二節一（二）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置いている。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 Klausel）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。⁴⁹⁾

（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、同条二項がとくに《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も、とくに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。⁵⁰⁾

(九) 結社の自由

(1) 結社としての労働組合結成の自由 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二十一条一項の結社の自由一般とは別に第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。

(2) 結社の禁止 もうひとつの特徴は、ここでもすでに第一八条との関連で触れた(第二節二(二))いわゆる《たかかう民主制》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が特徴的であると言える。この点に関連して言えば、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が、イスラーム原理主義団体を解散したことがある⁽⁹⁾。

なお、たかかう民主制に関わる規定は、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、すでに示唆したように、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っ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ろう。

(二〇) 職業選択・遂行の自由、強制労働の原則的禁止等

(1) 職業遂行の自由 基本法第一二条一項は、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。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」という文言しかなく、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、議論になりえた(いわゆる《営業の自由》論争)が、「職業活動」を「営業」と同義に解することの問題性も含めて、この点の詳細もここでは触れない。

(2) 労働強制の禁止 第二二条二項は、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、日本国憲法の第三一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。

(二一) 国防その他の役務従事義務

(1) 第二二a条 第二二a条は、一九六八年六月二四日の第一七回改正によって新たに追加されたもので、基本法の規定ではなく、むしろ国民の基本義務に関する規定である。その文言はきわめて詳細である。⁽³²⁾ 第二二条のあとにこの義務規定が挿入されたのは、元来の第二二条(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、上記の第一七回改正で新たな規定とされたためである。

(2) 義務兵役の廃止 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。その後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「義務を課することができる」とするにとどまっているため、今後、再び義務兵役を課する必要が生じても基本法改正をする必要はないということになろう。

(3) 女子への兵役の認容 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、法律によつ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。武器をもつ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、現行の第一二条第四項第二文に相当する文言であった。その当時は女性を「武器をもつてする役務」に徴用することを全面的に禁止する趣旨であったが、二〇〇〇年一月二十九日の第四八回改正によつて、現行規定のように、「女子は、いかなる場合にも、武器をもつてする役務を義務づけられてはならない」とこととなった。これにより、逆に女性であっても、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（基本法第三条）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、今後の展開に注意を払っておきたい。

(二二) 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にかかわる保障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（住居の不可侵の保障が刑事手続にのみ縮減されることになれば、ひいては明治憲法よりも保障の範囲がかえって狭くなるという結果になりはしまい）。

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っ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、「一定の事実によって、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」であつて、「事態の搜索が他の方法によっ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ことである（三項から六項まで）。この措置は、毎年、連邦議会に報告されるものとすることによって、「議会による統制」を行うことになっている。こうした措置はわが国では法律レベルで対応されているが、この問題についてもドイツでは基本法の改正で対処したことが留意されよう。

（二三） 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（第二九条二項）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、類似した規定ぶりとなっている（第一四条二項）。「公用収用」についての三項も日本国憲法第二九条三項と対応しており、補償を与えることによって所有物を「公共のために用ひる」ことを認めている点でも類似した規定と言える。この公用収用とは別に、基本法第一五条は、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。これによって、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、このように基本法が第一四条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ことの趣旨が、社会主義への移行までも容認するものかどうかについては、議論のありうところである。

(二四) 国籍剥奪の禁止、国籍の喪失、外国への引渡し禁止

(1) 国籍の喪失 第一六条一項は、ドイツ国籍を《剥奪》することを禁止しつつ、「国籍の喪失」については、法律の根拠に基づいて、本人の意思に反する場合には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おり、日本国籍法によれば、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」にのみ日本の国籍を失うこととしている（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は軌を一にしている。

(2) 国外引渡し禁止 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」とする規定があつたが、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従前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方向に転換したことを意味する。したがつて、「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。⁽⁵³⁾なお、基本法は、ドイツ人の概念規定を置いて、『ドイツ人』の範囲を定めている（第一一六条）。ちなみに、日本国憲法には庇護権の規定も含めて、基本法第一六条二項に対応する規定は存在しない。

（二五）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

（1）基本権制限の場合の原則　基本法第一九条⁽⁵⁴⁾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はつきりと挙示しなければならないとしている（一項）。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との反省に立ったものであるとされ、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、法律による基本権の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問題があるが、基本法が基本権を保障している意義を無にしてしまうような法律は、憲法違反とされることになる。

（2）内国法人の基本権享有主体性　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・実践を行いうる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ついて」、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、衆知のように、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。

(3) 裁判を受ける権利 最後に第一九条四項は、「何人も、公権力によつ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も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⁵⁵）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参照）による裁判が憲法裁判の典型であつ

たのである。これに對して連邦憲法裁判所は、国民の基本権の保護に關してきわめて重要な役割を果たしていることは、ここで改めて指摘するまでもない⁽⁵⁶⁾（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）。なお、基本法は、第一九条とは別に、第一〇一条で「裁判を受ける権利」を定めている（後述の二（五）参照）。

二 基本権の章以外における基本権類似的権利の保障

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ので、これらについても、順次、多少とも触れておくこととする。

（一） 抵抗権

戦後のドイツにおいて、基本法に先立つ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（第一四七条）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第一七回基本法改正によって、すでに幾度か言及した《たたかう民主制》のための抵抗権の規定が新たに付加された。すなわち、「連邦とラント」という章題をもつ基本法第二章（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ふべき民主制・連邦制・社会的法治国家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も言えるものではあるが、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、したがっ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に注意すべきである。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）であるとも言えるが、この第二〇条四項の規定が、基本権に関する第一九条までの章の中に入れられなかった点もさることながら、上記のような規定ぶりからすると、むしろ、ここでの抵抗権はきわめて国家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のではないかとの疑念が残るからである。⁽⁵⁷⁾

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、とする主張をもつて提起することができる憲法訴願（Verfassungsbeschwerde）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》を提起することができると思われる限りにおいて、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解されている。

（二）政党結成の自由と違憲政党の解散

右に引用した連邦憲法裁判所法第九三条一項四a号に言及されているその他の権利については、少し後に（三）以下で）触れるとして、本稿との関連では、次に、第二二条一項の「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、政党については沈黙しているが、一般には第二二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」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」(第一文)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(同項二文、連邦憲法裁判所法第一三条および第四三条以下)⁵⁸⁾、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。⁵⁹⁾なお、一般の結社については、内務大臣等の行政機関によつて解散等の命令が出せるのに対して、政党については(連邦議會やラント議會の《会派》と同様に)結社法の意味での結社には含まれず(結社法§2第二項)、民主的国家にとつて政党のも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こと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十九条に対応する。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。日本国憲法には法の下の平等と差別禁止を定める規定がある(第十四条一項)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が議論になる。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一項後段の「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、むしろ多数の学説は、公務就任権の憲法上の根拠をそれとは別の条項に見出している。⁽⁶⁾

基本法第三三条は、「すべてのドイツ人」に、等しく「公民としての権利を有し義務を負う」とし（二項）、「その適性・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っ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って不利益を受けないことを保障している（三項）。なお、上述（一）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

次に、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。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」によって差別することを禁止しており、この方が、むしろ多くの国の憲法典の書きぶりと同じものとも言える。

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って選挙される」とし（二項一文）、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。⁽⁷⁾

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、連邦選挙法第一二条一項一号、第一五一条一号・二号）。この点も、日本国憲法は成年（年齢満二十年以上の国民）に対する選挙権のみを明文で保障し（第一五一条）、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（最大判昭和四三年二月四日刑集三二卷二三号一四二五頁）の中で、「被選挙権または立候補の自由」が、憲法第一五一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。⁽⁶⁴⁾なお、上述のとおり、基本法第三八条の権利についても、基本法第九三条一項四a号を通じて、その侵害を主張して連邦憲法裁判所に憲法訴願を提起することができる（以下の諸権利についても同様である）。

（五） 裁判を受ける権利・例外裁判所の禁止

（1） 裁判を受ける権利 「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（第三節一（二五）（3）第一九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》として憲法典の第三章の中で保障しているのに対し、基本法の規定は、「裁判」に関する第九章の中のものであり、しかも、「何人も、法律の定める裁判官を奪われない」という規定の文言からすると、「奪われない」のは、厳密には「裁判を受ける権利」そのものではなく「裁判官」である。両者のこ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二一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までは言えず、「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。⁽⁶⁵⁾基本法の場合には、国民が参加する裁判であつ

ても、その国民は単なる「裁判員」でなく、あくまでも「裁判官」でなければならないことになるはずであり、ドイツが採用している「参審制」(Schöffenystem)に参加する国民は「素人裁判官」(Laienrichter)であり名誉裁判官(ehrenamtlicher Richter)として位置づけられているのはそのためである⁽⁹⁶⁾。

(2) 例外裁判所の禁止 基本法第一〇一条は、《例外裁判所》(Ausnahmegerichte)を禁止している(一項一文)。この部分は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おり、この禁止規範は国民の基本権保障との関連もないわけではないが、紙幅の関係もあり、この点についての詳細は、第一〇一条二項の「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、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」(二項)と「二重処罰の禁止」(nebis in dem)(三項)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」を定めているのに対応している。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。日本国憲法上は、これらの権利が、上記の「裁判を受ける権利」と同様に、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、次に触れる「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

(1) 人身の自由 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きとしてさらに具体的に定めたものと言える。これらの権利は、日本国憲法でも、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、日本国憲法ではさわ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）、「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、基本法上はこれらに直接に対応する規定はない。同様に、日本国憲法第三二条のいわゆる適正手続規定そのものに相当する規定も見当たらない。

(2) 死刑の廃止 もっとも、日本国憲法第三六条の「残虐な刑罰の禁止」に関連していると言えるのは、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（§二三九）が、この憲法は施行されないままに終わったし、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。ところがその後、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」⁽⁶⁷⁾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」⁽⁶⁸⁾（Die Todesstrafe wird abgeschafft.）という文言ではなく、「廃止されているものとする」⁽⁶⁹⁾（Die Todesstrafe ist abgeschafft.）とい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っ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。⁽⁶⁸⁾

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。⁽⁶⁹⁾

(八) 自然的生活基盤の保護義務

最後に触れるべきは、一九九四年の基本法改正で新たに付加された第二〇a条という「自然的生活基盤の保護義務」である。もとよりこの規定は基本権そのものではないし、これまで触れてきた「基本権類似の権利」とも言えないが、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、来た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っ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「及び動物」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等もあり、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。

三 ま と め

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諸権利について、個々の条文に沿って概略述べてきたが、これをまとめれば、次のような特徴を指摘することができよう。

(1) 最高規範としての人間の尊厳 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も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）に言及して、その重要性を確認している。

(2) 包括的基本権 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、連邦憲法裁判所による裁判がきわめて大きい役割を果たしている。

(3) 自由権的基本権 第三に、基本法の定める権利規定は、古典的な基本権に関するものが中心であって、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非常によく整備されているといえよう。

(4) 基本権類似の権利 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。政党結成の自由(第二二条一項)、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、第二〇条四項の抵抗権を含めて、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)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)、いわゆる地方特別法についての住民の投票権(第九五条、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。^⑩

(5) 基本権の制限可能性についての明文化 第五に、基本法上の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」(第二一条二項)、「職業遂行の自由」(第二二条)、「住居の不可侵」(第二三条二項以下、第一七a条二項)、「所有権・相続権」(第二四条)、「国籍の喪失」(第二六条一項)、「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、解釈が別れる余地が広がることは必然である。

(6) たたかう民主制のための制限 またこれとは別に、これまで幾度も言及してきたように、『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」(第二〇条二文)、「移転の自由」(第十二条二項)などがその例である。これらは法律によって又は法律の根拠に基づいて一般的に制限される場合であるが、これら以外の場合についても、上述した第一八条に基づいて、連邦憲法裁判所によって、特定の個人について基本権の喪失が宣告される場合があることとなる。もっとも、これまでこの手続きによって基本権の喪失が宣告された例はないようである。

注

(33) 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。

(34) 青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』(尚学社、一九九六年)および『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いるようである。

(35) 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)二四一頁および初宿正典編訳『イエリネック対ブトミー 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。もっとも、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(36)の文献参照)。

(36) 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。

(37) 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』二二二卷四・五・六号(一九九三年)一六三頁以下参照。

- (38) たとえば、いわゆる謝罪広告請求事件判決（最大判昭和三十一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ツセン（Gewissen）コンシアンス（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。
- (39) 良心的兵役拒否の自由については、初宿「西ドイツの良心的兵役拒否法制の一断面」法学論叢一二六巻四・五・六号（一九九〇年）二五六頁以下参照。
- (40) この点については、たとえば、Gerhard Cermak, Religion und Weltanschauung in Gesellschaft und Recht. Ein Lexikon für Praxis und Wissenschaft, 2009, S. 289 ff.を参照。なお、初宿「世界観上の告白の自由に関する若干の考察」高橋和之古稀記念『現代立憲主義の諸相（下）』（有斐閣、二〇一三年）二五九頁以下を参照。
- (41) 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一一号一四九〇頁）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。
- (42) 放送の自由に関しては、特に鈴木秀美『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。
- (43) 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にかかわらず、憲法二二条、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（最大判昭和三十三年三月一三日刑集一一巻三三九九七頁）、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ものでなく、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一日刑集六二巻五号二二七頁）。
- (44) ただし、東大ボロボ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巻四号三七〇頁）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。なお、芸術の自由に関しては、初宿「憲法と芸術の自由」『京都大学法学部創立百周年記念論文集』第二巻（有斐閣、一九九九年）一

〇三頁以下参照。

- (45) たとえば、東大ポボ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。
- (46) *Carl Schmitt, Freiheitliche und institutionelle Garantien*, in: *Ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1964, 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。)
- (47) この点についても、初宿(注(6))を参照。
- (48) ただしこの決定は、結論には同意しようとしても、その理由の理論的根拠づけについては、疑問が残る。
- (49) この問題については、初宿「いわゆるブレーメン条項の適用範囲——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。
- (50) 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。
- (51) これについて詳細は、初宿「ドイツの結社法における宗教・世界観団体の地位——一九六四法とその改正を中心に——」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力〔上巻〕』(信山社、二〇〇三年)四〇一頁以下参照。
- (52) 条文の内容の詳細は、前掲『ドイツ憲法集』(注(31))の当該箇所を参照。
- (53) *BayVerfGE* 94, 49. なおこの決定については、川又伸彦「一九九三年の基本法庇護権規定改正の合憲」自治研究七三卷五号一六頁以下(一九九七年)参照。
- (54) 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(第二節二(二))ので繰り返し返さない。
- (55) 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。
- (56) この点については、第二節三(五)参照。
- (57) 抵抗権に関しては、相当数の文献があるが、筆者自身の手になるものとしては、「抵抗権論の史的考察序説(一)(二)・完」(法学論叢九四卷一号五六頁以下・九五卷二号七五頁以下〔一九七三・七四年〕)、「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(一九八〇年))、「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)、「実定法上の抵抗権——菅野教授の抵抗権論について」(社会科学の方法「お茶の水書房」一三二一頁以下(一九八〇年))、「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、上記の最後の文献のほか、阿部照哉「ドイツ共産党違憲判決」(産大法学二巻二七二頁以下)、樋口陽一「自由な民主的憲法秩序の保障と政党の禁止」(前掲注(31)四一四頁以下)を参照のこと。
- (58) 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。
- (59) 一九五二年一〇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)、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)が違憲とされ(BVerfGE 5, 85)、いずれの政党も解散が命じられた。その後も、いくつかの政党について違憲確認の訴えがなされたことがあるが、連邦憲法裁判所はこれを認めていない。これにつき、前掲注(57)の関連文献参照。
- (60) 結社法(Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts = Vereinsgesetz v. 5. 8. 1964) § 3 参照。
- (61) 憲法第一四条一項以外には、憲法第一三条(幸福追求権)、第一五一条一項(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。
- (62) 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。
- (63) すでに施行されているいわゆる憲法改正手続法(平成一九年法五一号)の附則第三条は、「満十八年以上満二十年未満の者が国政選挙に参加することができること等となるよう」公職選挙法・民法その他の法令の規定を改正すべきことを定めているが、いまだに「必要な法制上の措置」が講じられていないことは問題である。
- (64) この点に関連しては、初宿「立候補の自由に関する若干の覚書」(初宿ほか編・佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配「下巻」』[成文堂、二〇〇八年]二二五頁以下)参照。

- (65) 詳しくは、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」同責任編集・岩波講座『憲法四』（岩波書店、二〇〇七年）二三五頁以下。最高裁大法廷も近時、国民の司法参加は憲法上許されており、裁判員制度は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刑集六五巻八号一二八五頁）。
- (66) もしあたり、Die Artikel „Schöffe“ sowie „Schöffengericht“, in: Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 3 (3. Aufl. 2001), S. 3729 ff. など参照。

- (67) Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat (Reichstragsbrandverordnung) v. 28. Februar 1933 (RGBl. I S. 83), § 5. (邦訳は、前掲注 (31) の『ドイツ憲法集』一五五頁。)
- (68) たとえは Ingo von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, a. a. O. (oben FN 21), Rn. 11 zu Art. 102; v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, a. a. O. (oben FN 20), S. 1325 ff.; Vgl. auch BVerfGE, 18, 112.
- (69) 最大判昭和三年三月一二日刑集二巻三号一九一頁、最大判昭和三六年七月一九日刑集一五巻七号一一〇六頁。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判例集未登載）。
- (70) また、たとえば第四四条ただし書の定める「選挙人の資格」に関する差別禁止規定も、第一五条一項・三項や第一四条一項との関わりを有する限りにおいて、基本権としての機能を有するといってもいいかもしれない。

付 表

基本法の基本権条項と日本国憲法との対応関係

ドイツ連邦共和国基本法		日本国憲法
第一条 (1) 人間の尊厳 (Würde des Menschen)	第一三条 個人の尊重	
(2) 不可侵不可譲の人権 (Menschenrechte)	第一一条・第九七条 基本的人権の享有・不可侵性	

(3) 基本権 (Grundrechte) の拘束力	第二條 (1) 人格の自由	第一一條 基本的人權の享有・不可侵性
	(2) 生命・身体を侵されない權利、人身の自由	第三條 生命・自由・幸福追求權、第三一條 法定手続
	第三條 (1) 法律の前の平等、男女同權、差別的取扱いの禁止	第三一條 法定手続保障
(2) 男女同權	(1) 法律の前の平等、男女同權、差別的取扱いの禁止	第一四條一項前段 法の下の平等
	(2) 男女同權	第二四條 家族關係における男女平等
	(3) 差別的取扱いの禁止	第一四條一項後段 差別禁止事由
第四條 (1) 信仰・良心の自由	(1) 信仰・良心の自由	第一九條 思想・良心の自由、第二〇條一項 信教の自由
	(2) 宗教的活動の自由	第二〇條二項 宗教的行為等への参加強制の禁止
	(3) 良心的兵役拒否の自由	—
第五條 (1) 意見表明の自由、知る權利、報道の自由、検閲の禁止	(1) 意見表明の自由、知る權利、報道の自由、検閲の禁止	第二一條 集会・結社・表現の自由、検閲の禁止、通信の秘密
	(2) 法律による制限	—
	(3) 芸術・学問・研究・教授の自由、教授の自由と憲法への忠誠義務	第二三條 学問の自由
第六條 (1) 婚姻、家族、母及び子の教育・保護	(1) 婚姻、家族、母及び子の教育・保護	第二四條 婚姻の自由、家族關係における個人の尊厳と男女平等
	(2) 親の教育権 義務	第二六條 教育を受ける權利、教育の義務
	(3) 子の親権者からの保護	—
(4) 母性保護	(4) 母性保護	—
(5) 非嫡出子の平等保護	(5) 非嫡出子の平等保護	—

第七條	(1) 学校制度と国の監督	——
	(2) 親権者の宗教教育の決定権	——
	(3) 公立学校における正規科目としての宗教教育	第二〇条三項 宗教教育その他の宗教的活動の禁止
	(4) (6) 私立学校、予備学校等	——
第八條	集会の自由	第二一条一項 集会・結社・表現の自由
第九條	(1) 結社の自由	第二一条一項 集会・結社・表現の自由
	(2) 結社の自由の制限、「たたかう民主制」	——
	(3) 労働団体結成の権利	第二八条 労働基本権
第一〇條	(1) 信書、郵便、電信電話の秘密	第二一条二項 通信の秘密
	(2) 法律による制限	——
第一一條	全連邦内での移転の自由とその制限	第二一条一項 居住・移転・職業選択の自由
第二一條	(1) 職業選択の自由	第二一条一項 居住・移転・職業選択の自由
	(2) 強制労働の禁止とその例外	第一八条 奴隷的拘束と苦役からの自由
	(3) 裁判による自由剥奪と強制労働の例外	第三一条 法定手続保障
第二一條a	国防その他の勤務従事義務、良心的兵役拒否者への代役等	——
第三條	住居の不可侵と法律によるその制限	第三五条 住居侵入、搜索・押収に対する保障
第四條	所有権、相続権、公用収用	第二九条 財産権
第五條	土地、天然資源等の社会化 (Sozialisierung)	第二九条三項 正当補償による私有財産の公用
第一六條	(1) 国籍剥奪の禁止、国籍の喪失	第二一条二項 外国移住・国籍離脱の自由

(2) 外国への引渡し禁止とその例外	
第一六a条 庇護権とその制限	—
第一七条 請願権・訴願権	第一六条 請願権
第一七a条 基本権の制限	第二二条 自由・権利の保持責任と濫用禁止
第一八条 基本権の喪失、連邦憲法裁判所による決定	—
第一九条 基本権の制限とその限界、法人の基本権享有、基本権侵害の法的救済	第二二条 自由・権利の保持責任と濫用禁止、第三二条 裁判を受ける権利
*基本権類似権 (第九三条一項四a号・四b号参照) その他	
第二〇条四項 抵抗権	(参考) 第二二条前段 自由・権利の保持責任、第九七条 憲法尊重擁護義務
第二一条 政党結成の自由	第二一条一項 結社の自由
第三三条 公民としての権利・義務、公務就任権、公務就任における平等	(参考) 明治憲法第一九条 公務就任の平等
第三八条 選挙権・被選挙権	第一五条 公務員の選定・罷免権、普通選挙、投票の秘密、第四四条ただし書 議員及び選挙人の資格
第一〇一条 例外裁判所の禁止、裁判を受ける権利	第三二条 裁判を受ける権利、第七六条二項 特別裁判所の禁止
第一〇三条 (1) 法律上の審問、週及的刑法・二重処罰の禁止	第三七条二項 証人尋問権、弁護人依頼権
(2) 週及処罰・二重処罰の禁止	第三九条 週及処罰・二重処罰の禁止・一事不再理
第一〇四条 自由剥奪の際の権利保障	第三一条 法定手続保障、第三三条 逮捕の要件、第三四 条 拘留等の要件

	第二八条（二）市町村の自治権	（参考）第九三条 地方自治の基本原則
	*その他の関連条文	*基本法に対応する明文の規定のない条文
（参考）第七四条（一）二五号	連邦とラントの競合的立法権限	第一七条 国・公共団体の賠償責任
—		第一八条 奴隷的拘束からの自由
（参考）第四条（一）宗教・世界観の告白の自由		第一九条 思想の自由、第二〇条一項 信教の自由
（参考）第一四〇条（ヴァイマル憲法第一三六条～第一三九条、第一四一条）国の教会の禁止等		第二〇条 信教の自由、政教分離
（参考）ヴァイマル憲法第一四九条 宗教教育、大学の神学部存置		第二〇条 信教の自由、政教分離、第三三条 学問の自由
（参考）ヴァイマル憲法第一五一条一項 人たるに値する生存の保障		第二五条 生存権
—		第二七条 勤労の権利・義務、児童の酷使の禁止
—		第三三条 逮捕に対する保障
—		第三四条 抑留・拘禁に対する保障
—		第三五条 搜索・押収に対する保障
（参考）第一〇二条 死刑の廃止		第三六条 拷問・残虐な刑罰の禁止
—		第三七条 迅速な公開裁判、証人尋問権、弁護人依頼権
—		第三八条 不利益供述強要の禁止、自白の証拠能力
—		第四〇条 刑事補償