

<研究ノート>

## 現代ドイツ基本権論の位相(1) —概念・歴史・特性を中心に—

山 岸 喜久治

- [A] 序—基本権概念
- [B] 基本権の歴史
- [C] 基本権の種別
- [D] 基本権と公権性
- [E] 三段階審査方式
- [F] むすび

### [A] 序—基本権概念

日本国憲法は、天皇制と平和主義に続いて、第三章「国民の権利及び義務」と題し、いわゆる「基本的人権」を構成するさまざまな条項を定めた。しかし直接「基本的人権」の言葉が用いられている条文は、第11条（「すべての基本的人権」）と第97条（「日本国民に保障する基本的人権」）だけで、多くはない。第12条では、「国民に保障する自由及び権利」となっており、他の箇所では主に「権利」の語が使われている。にもかかわらず、今日では「基本的人権」の語が一般に定着し、憲法三原理の一つにすら数えられているのである。

基本的人権の用語が一般化した原因は、1945年8月14日に日本政府が受諾した「ポツダム宣言」にあったかもしれない。同宣言は「日本国政府は、日本国国民の間における民主主義的傾向の復活強化に対する一切の障害を除去すべし。言論・宗教および思想の自由ならびに基本的人権の尊重は確立せらるべし」（第10項）として「基本的人権」の用語が使用されていた。同宣言において、基本的人権（fundamental human rights）と言論・宗教および思想の「自由」（freedom）とが併記されているが、それは、国連憲章で「人権および基本的自由」（human rights and fundamental freedom）と記載されているのと同じ意味であり、それらをあわせて基本的人権と呼んでよく、日本国憲法にいう「基本的人権」（11条・97条）はその意味であるとされる（宮沢俊義『憲法Ⅱ [新版] —基本的人権—』1971年1頁以下）。

1889年の明治（旧）憲法にも「臣民権利義務」（第二章）が定められ、現行（新）憲法上の表現と類似の形式になっている。権利の種類と内容についても、「国民」と「臣民」という主体の

違いを別とすれば、重なるものも少なくない。通説においても、「旧憲法もやはり近代國家の憲法として、國民の権利保障の規定を設けてはいた」とされつつ、「そこに現れた國民は天皇の『臣民』であつて、そこに保障された権利また『臣民の権利』であり、近代國家の憲法に通ずる國民が戦い取ったところの、人としての権利の概念は、必ずしも明白ではなかった」(法学協会『註釈日本國憲法上巻』1953年291頁)と評される。こうした新旧二つの「権利」を区別しつつ、断続的なものとして捉える発想からは、現行憲法の「基本的人権」を「基本権」という簡略な語を用いて説明する立場もあり(芦部信喜/高橋和之補訂『日本國憲法』(5版)2013年75頁以下)、また戦前戦後の國民(臣民)の権利を内容上通底するものとして、両者とも「基本権」概念で説明する学説もある。

ところで、日本の公法(憲法・行政法)学は、戦前は、旧憲法のプロイセン憲法(1850年)からの影響もあり、ドイツ国法学説の思考様式がベースになっていた。これに対して、戦後は、米国占領下での新憲法の制定という事情もあり、公法学(とくに憲法学)は、アメリカやフランス・イギリスなどの人権思想と社会契約的な考え方の影響を受けることになる。日本國憲法の「國民の権利」は、「基本的人権」として自然権的に把握され、それと同一の意味で端的に「基本権」と呼ばれることもあった。他方で、戦前からのドイツ国法学の発想から抜け出すことなく、日本國憲法の「基本的人権」をドイツの「基本権」と同じものと見立てて、「基本的人権」のカテゴリ分類論を展開する学説もあり、それが通説としての地位を占めることになった。すなわち、1848年の「ドイツ國民の基本権に関する法律」＝「フランクフルト憲法」などを引用する中で、「ドイツでは、やがてひろく人権ないし基本的人権と同じ意味に使われるようになる」と理解されたのである(宮沢俊義・前掲書23頁以下)。ここにおいて、日本國憲法の「基本的人権」は、ドイツ法の「基本権」およびポツダム宣言上の「基本的人権」と安易に同一視されることになり、日本國憲法の「國民の権利」＝「基本的人権」＝「基本権」という図式が出来上がった。この瞬間、日本の憲法学における「人権」概念の錯綜が始まることになったと言ってよい(大久保史郎「人権論の現段階」公法研究2005年4頁以下)。

本稿は、近現代のドイツ国法学においては、ドイツ國民の権利は「基本権」(Grundrecht)という名称で表され、かつ独特の意味合いをもって使用されており、このことの認識なくして、憲法学が「基本的人権」と同一のものとして「基本権」概念を用いることに異を唱えようとするものである。

ちなみにドイツ国法学では、権利の歴史的発展には二つの「物語の筋」(Stränge)があるとされ、両者は異質なものとして説明される(Vgl. Bodo Pieroth /Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 2011.S.13.)。一つは、基本権を国家に先行し、つまり前国家的に存在する(vorliegend)個人の(人間的)権利＝人権として把握する立場がある。個人の自由と平等は、国家(Staat)の存立が「正当化」される条件であり、自由権と平等権は、国家

権力の行使を義務づけし (verpflichten)、かつ制限する。もう一つは、ドイツ的な発展において、基本権として理解される権利の中には、個人が人間としてでなく、国家の構成員 (Glieder) として初めて帰属する権利も含まれるが、それは国家に先行して存在するのではなく、国家によって初めて与えられる (gewähren) ものである。しかしこの場合においても、基本権は、個人的権利であり、「自己拘束」(Selbstbindung) の組立てを越えて、基本権への国家の義務づけというものを要請する。自由と財産への介入 (Eingriffe) には、法律上そのことが正当化される必要があるという。

以上の説明の要点は、すなわち「基本権」(という言葉を使うにしても) を、「前国家的」な自然権としての「人権」とみるか、それとも国家の存在を前提とする「後国家的」な「権利」とみるかという二つの見方があるということである。全体として、前者の見方は、アメリカ占領下で制定された日本国憲法の「自由権」に対する捉え方であり、後者の見方は、ドイツ国法学における現代基本権の通説的な捉え方であると思われる。

いずれにしても、現代ドイツ基本権論は、近年の日本の公法学においてもきわめて高い関心を集めるようになってきている。ドイツの基本権論が、日本での憲法訴訟による人権擁護の課題を考える際に、その有用性をどうみるかという問題と絡んでいるからである。ごく最近でも、ドイツでの「基本権保護義務」論が紹介され、また「人権の私人間効力」論が再燃し、人権関連の憲法訴訟においてドイツの「基本権の三段階審査」方式が有効かどうかという議論も熱を帯びている。どの問題を取ってみても、ドイツ的な思考様式の深い理解を抜きにしては語れない問題ばかりである。

本稿は、ドイツの基本権の背景にあるドイツの伝統的な思考方法を考察し、現行基本法のもとでのドイツ基本権論の「特殊性」を、その概念、歴史、機能などに即して整理し紹介するものである。本稿は、ドイツでは「なぜ基本権なのか」という、ドイツ国法学の根底にある発想を知るための予備的作業である。

## [B] 基本権の歴史

基本法における基本権は、北アメリカの独立とフランスの大革命によって、初めて形作られた近代ブルジョア立憲国家との脈絡を抜きにして語ることはできない (Vgl. Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, S.6.)。しかしこれら米仏における法発展は、ドイツ国法学上の思考様式に直接的な影響を与えることがなかった。さらに1848年の革命期においても、基本権上定礎された立憲国家の継続的開設にとって、時代はまだ熟していなかった。それは1918年の「ドイツ革命」(deutsche Revolution) において始めて実現され、その後1933

年から1945年までの突然の悪化 (Rückschlag) を経て、戦後ドイツの憲法の姿 (Gestalt) の中で安定を勝ち得たものである。この展開の概要が以下に語られる (Gerrit Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 2011, 3ff. による)。

(a) ドイツ域外での人権の発展

1. イングランドの憲法的伝統における基本権保護の形成

基本権の歴史において最初の重要な日付は、1215年のいわゆる「マグナカルタ」(自由権大憲章=Magna Charta Libertatum)である。しかしこのとき問題となったのは、一方で国王、他方で貴族・聖職者、この両者の契約であり、これによって、貴族・聖職者にある種の特権 (Privilegien) が承認された。とりわけ、第39条が名高い。それによれば、いかなる自由人も、侵害されず、投獄されず、所有物から追い立てられず、追放されず、もしくは何らかの方法で滅ぼされず、彼に対して断固とした措置はとられず、または彼に事後調達 (nachstellen) されてはならない。ただし、同一身分仲間の法律上の判決に基づく場合、および土地の法律に従う場合は別であるとされた (高木八尺/末延三次/宮沢俊義編『人権宣言集』岩波文庫1976年45-46頁)。

1679年の人身保護条令 (Habeas-Corpus-Act) は、マグナカルタの第39条と類似の方向性にある。この条令は、イングランド議会と国王チャールズ2世 (1649-1685) との闘争の前兆となった。人身保護条令は、自由剥奪の際の手続的保障を含むものであるが、それは、とりわけ被拘束者を恣意的に扱うことを禁止し、被拘束者が裁判官の前に連れていかねなければならないことを要求するものであった。その後、1689年の権利章典 (Bill of Rights) は、いわゆる名誉革命 (Glorious Revolution) の終結を形成する。この章典の中には、議会の基本的な権利と並んで、個々の個人的権利 (たとえば請願権など) も含まれている。これらの保障は、現在のイングランド憲法となっている。

2. アメリカの憲法的文書における基本権保護

近代的な意味での最初の基本権宣言とみなされるのは、1776年6月12日のバージニア州の権利章典 (Bill of Rights) である。同宣言は、近代の自然法による啓蒙主義的な表現形式である。それによると、人間 (Mensch) は、生まれながらの、かつ譲り渡すことのできない自由と平等の権利を意のままに行使することができる。それらは、「社会契約」(Gesellschaftsvertrag) によって、確かに制限されることはあるが、破棄されることはできない。バージニア州権利章

典は、北アメリカにおけるその他の州の広範な人権宣言 (Menschenrechtserklärungen) の手本となった。

1787年のアメリカ合衆国憲法は、最初は何らのバージニア州権利章典に匹敵する人権も含まれていなかった。人権のカタログは、1791年に初めて、10項目の追加 (修正) 条項の形で挿入され、その後の追加条項によって補完されることになった。最初の追加条項は、信教の自由の基本権、意見表明・出版の自由の基本権ならびに集会・請願の自由を中に含んでいた。1868年の第14次追加条項で、広範囲にわたる権利の発展にとって重要な「適正手続条項」(Due Process-Clause) および「平等保護条項」(Equal Protection-Clause) が憲法の中に受け入れられた。適正手続条項は、一般条項の保障給付 (Gewährleistungen) を含むものであったが、それは、判例で次のような意味において、つまり適正手続条項には権利章典によって保障される権利のほとんどが含まれるという意味で理解された。平等保護条項にあっては、とくに平等保障あり方 (公共施設における人種差別の禁止など) が問題となった。

### 3. 1789年フランス人権市民権宣言

基本権の発展にとってとくに重要な文書は、1789年のフランス人権市民権宣言である。バージニア州権利章典と同じように、この宣言は、人間に人格性ゆえに帰属する譲り渡すことのできない権利の観念に基づいていた。宣言第1条によれば、人間は自由かつ平等の存在である。社会的な区別は、法律 (Gesetz) からのみ根拠づけられる。

またフランス人権市民権宣言は、多くの近代的人権を含んでいた。手続上の権利はここに始まる (起訴、逮捕または勾留は、法律によって定められた場合にのみ、そして法律により記述された形式においてのみ、刑罰にとっての遡及禁止、被告人にとっての無罪推定原則など)。実体的にも重要な基本権が含まれていた。例えば、人間の平等、一般的行為自由、そしてとくに意見の自由である。間接的には、意見の自由の特別な刻印として出版ならびに良心・宗教の自由も保障されていた。とりわけ、私的所有もまた保障された。1958年10月4日のフランス第五共和制憲法は、その前文において、人権市民権宣言を引き合いに出し、これによってそれは現在でも有効なフランス憲法である。

#### (b) 1933年までのドイツにおける基本権の発展

19世紀ドイツ基本権保障は、南ドイツの初期立憲主義憲法に始まる。それは、後の1848/1849年のフランクフルト [パウル教会] 憲法 (Paulskirchenverfassung) などとは幾分異なる性質のものであった。具体的にいえば、そこにおいては、公民権の保証 (Gatantien staats-

bürgerliche Rechte) が謳われてはいたが、決して基本権 (Grundrechte) の保障というものは明記されてはいなかった。1818年のバイエルン憲法が、史上初めて「一般的権利および義務」の章立てにおいて、人格の安全と財産の権利 (8条)、さらに公職就任の平等 (5条)、良心の自由 (9条) および出版・書籍販売の自由 (11条) を保障した。これに類似する規定は、バーデン憲法 (1818年) とビュルテンベルク憲法 (1819年) の中にもみられる。これらは、国家に先行する基本権ではなく、単なる臣民の権利 (Rechte der Untertanen) として保証されていたに過ぎない。ここに、古くからのドイツ的伝承が継続作用し、それによって、自由は、国家によって保証されたものとして観念されることができた。総じて、それらは臣民に対し、そのときどきの君主によって承認されたものであり、例えば、フランス人権市民権宣言などとは完全に異なる性質のものであった (Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 2010, S. 8-9)。

1848/1849年のフランクフルト (パウル教会) 憲法は、第6章において「ドイツ国民の基本権」を含むものであった。それは、ドイツ全体のために規定された基本権カタログの初めての草稿であった (高田敏・初宿正典 [編訳] ドイツ憲法集43頁以下)。

パウル教会憲法には、とりわけ自由主義的な自由保証、例えば居住移転・職業の自由 (133条)、意見・出版の自由 (143条)、信教行使の自由 (145条)、集会の自由 (161条) および結社の自由 (162条) が含まれていた。同様に所有権は不可侵と宣言されたが、制限の可能性は、事細かに規律されていた。公用徴収は、公共的最善の配慮からのみ、法律に基づいてのみ、および正当な補償と引き換えに許容されるものとされた (164条)。そのほか、一般的平等原則が規定され (137条)、憲法訴願の可能性も定められていた (126 g 条)。基本権の部分は、1848年の12月から帝国法律とみなされていたが、憲法の挫折後に、連邦決議によって廃棄された (山岸喜久治「1848年『3月革命』とドイツ近代立憲主義の萌芽—混乱からフランクフルト (パウル教会) 憲法の制定へ—」宮城学院女子大学人文社会科学論叢23号2014年参照)。

1850年1月31日のプロイセン憲法典は、基本権カタログを含んでいたが、それは本質的にパウル教会憲法のそれを複製したものであった (高田敏・初宿正典 [編訳] 前掲ドイツ憲法集55頁以下)。古典的で自由主義的な基本権が保障された。平等原則は、すべてのプロイセン人は法律の前に平等である (4条) としたが、権利の平等を確保することの議会への義務づけではなく、法適用の平等を執行府に義務づけるものと解釈された。このことにより、立法府は、平等原則に拘束されることはなかった。興味深いのは、現行基本法 (憲法) 第3条1項が同じく「法律の前の平等」の文言を用いるが、同法の下での憲法解釈はこの規定を一般的平等権と理解し、その権利には立法者も拘束される旨を定めていることである。

1866年の北ドイツ連邦憲法と1871年のドイツ帝国憲法には、基本権に関する条規がまったく存在しない。これに反し、1919年のワイマール帝国憲法には、広範な基本権カタログが含まれ

ていた（高田敏・初宿正典〔編訳〕前掲ドイツ憲法集136頁以下）。それは、第二主要部で、ドイツ人の基本権・基本義務が5つの節とおよそ60の条項として規律された。初めに、平等原則が置かれ（109条）、古典的な自由権、例えば人格（Person）の自由（114条）、意見の自由（118条）または財産権保障（115条）なども規定された。ワイマール帝国憲法の基本権保障は、紛れもなく基本法における基本権にとっての手本となった。

ワイマール帝国憲法は、本質的にはパウエル教会憲法を引き継ぐものであった。ワイマール憲法の広範囲にわたる基本権カタログにもかかわらず、基本権の法効果はワイマール帝国憲法において制限されていた。それゆえ、基本権に立法者が拘束されることは、まだ普遍的には承認されず、基本権の侵害を理由として、裁判所に訴えることはできなかった。さらに、自由権は、同憲法48条で、緊急事態においては帝国大統領によって失効させられることもできた。

### （c）基本法下での基本権の展開

1949年のドイツ連邦共和国基本法は、第1章に「基本権」を位置づけ、多くの個別基本権を保証するに至った。象徴的な規定として「人間の尊厳は不可侵」であり、これを遵守することがすべての「国家権力の義務」であるとされた（基本法1条1項）。そして、基本権を担保するために、個人が提訴する連邦憲法裁判所への憲法訴願も後に制度化された。

ドイツにおける基本法改正は、今日まで頻繁に行われているが、基本権に係わるものはそれほど多くない。主要なものを列挙すると以下のようなだろう（Vgl. Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, a.a.O., S.12-13.）。まず、1956年の再軍備改正法と1968年のいわゆる非常事態憲法が、防衛・代替勤務における基本権の制限を規定し、必要とみなされた特定の憲法保護上・秘密情報上の活動の授権を導入した。1993年には、無制限の基本法16条2項2段に代わり、16条aの導入によって、政治的迫害者にとっての亡命権は、一定程度制限されることになった。1998年には、住居の基本権が改正されることになり、刑事訴追のためのいわゆる「大盗聴」が可能となった。2000年には、犯罪人引き渡しの禁止が適正化された法律の留保のもとで定められたが、それは、ヨーロッパにおいて、および国際刑法において司法上の共助を促進するためのものであった。基本法3条2項2段\*、3条3項2段\*、9条3項3段\*および20条4項\*は、憲法改正により、基本権の構成要件を拡大するものであった。

[\*] 基本法3条2項2段「国家は、女性と男性との同権が現実に実現することを促し現存する不利益の除去をめざす」。

[\*] 基本法3条3項2段「何人も自己のハンディキャップにより不利益な扱いをされてはならない」。

[\*] 基本法9条3項3段「12条a、35条2項・3項、87条a4項および91条の措置(軍事介入等)は、第1段にいう団体の労働・経済条件を維持促進するするために行われる労働争議に対しては許されない」。

[\*] 基本法20条4項「この秩序(憲法秩序)を取り除くことを企図するあらゆる者に対して、すべてのドイツ人は、他の救済手段が可能ではない場合に、抵抗への権利を有する」。

## [C] 基本権の種別

### (a) 基本法上の基本権

#### 1. 指名基本権

基本法上の基本権は、概念上、大きく「自由権」(Freiheit)と「平等権」(Gleichheitsrechte)に分けることができる(Vgl. Gerrit Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl. 2011, Inhaltsverzeichnis)。自由権は、通例、防御権として、国家からの自由を意味する。

自由権として分類されるものは、人間の尊厳の保障(基本法1条1項)、一般的行為自由(同2条1項)、一般的人格権(同1条1項・2条1項)、生命と身体の不可侵(同2条2項2段)、人格の自由(同2条2項)、信仰の自由(同4条)、良心の自由(同4条)、コミュニケーション権(同5条1項・2項)、学問の自由(同5条3項1段)、芸術の自由(同5条3項1段)、婚姻、家族および親権の保護(同6条)、学校制度(同7条)、私立学校の自由(同7条4項・5項)、集会の自由(同8条)、結社の自由(同9条1項)、団結の自由(同9条3項)、信書・郵便・電信電話の秘密(同10条)、移転の自由(同11条)、職業の自由・労働強制・強制的労働からの保護(同12条)、住居の不可侵(同13条)、所有・相続権の保障(同14条・15条)、国籍剥奪・引渡しからの保護(同16条)、亡命権(同16条a)、請願権(同17条)、訴訟関係基本権(同19条4項/101条1項2段/103条1項・2項・3項)である。

これに対して、平等権に分類されるのは、法律の前の平等＝一般的平等保障(基本法3条1項)、男女平等(同3条2項)、性別・出自・人種・言語・故郷・家柄・信仰・宗教・政治・障害による差別禁止(同3条3項)である。

#### 2. 基本権相当の権利

前記の諸基本権以外のいわゆる主観的公権として、「基本権相当の権利」(grundrechtsgleiche



Recht) と呼ばれるものがある。これに属するのは以下のものである (Gerrit Manssen, a.a.O.,S.6.)。

- 抵抗権 (基本法20条 4 項)
- すべての公職への接近に対する請求権 (同33条 2 項)
- 民主的権利ならびに能動的および受動的選挙権 (同38条)
- 訴訟上の権利 (同101条・103条・104条)

この概念の意義は、基本法93条 1 項 4 a号\*において明瞭である。

[\*] 基本法93条 1 項 4 a号「各人により、公権力 (öffentliche Gewalt) によって自己の基本権の一つについて、または20条 4 項、33条、38条、101条、103条および104条の中に含まれた自己の基本権の一つについて、侵害されて (verletzt) いると主張することで、提起された憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde)」

つまり、連邦憲法裁判所への憲法訴願は、公権力によって自己の権利について、または基本権相当の権利について侵害されていると主張する人だけがそれを提起することができるのである。他の権利については、憲法訴願の対象とはならない。非対象の権利としては次のものがあげられよう。

- 基本法48条による選挙区候補者の権利
- 基本法46条による議員の権利

いずれにせよ、憲法訴願の提起者が、基本権または基本権相当の権利の侵害を引き合いに出すとき、それだけで憲法訴願の適法性にとっては十分となる。

#### (b) 州憲法における基本権

州 (ラント) 憲法も、通常、州が所管する基本権を規定している。このことから基本法と州憲法との関係が問題となる。基本法は「連邦の法は州の法に優先する」(31条)と定めているが、同142条は、この規定にもかかわらず「州憲法の規定も、この基本法の第1条から第18条までのものと矛盾せず基本権を保障している場合は、その効力を有する」と定める。

ただし州憲法上の基本権は、連邦憲法裁判所に対する手続における審査規準ではないとされる。この問題を<事例1>で考えてみたい (Vgl. Gerrit Manssen, a.a.O.,S.7.)。

<事例1>： Aは、連邦議会における議席をめぐり、甲政党の候補者リストの上で候補となることを望んでいる。彼の使用者は、彼に対して、休暇の承認を拒んだが、そのことは労働

裁判所によって追認された。Aは、基本法48条1項\*を引き合いに出して、憲法訴願を提起した。成功するか。

[\*] 基本法48条1項「連邦議会における議席を志望する者は、自己の選挙の準備 (Vorbereitung) に必要な休暇 (Urlaub) に対する請求権を有する」。

<事例1の解法>: 憲法訴願は、それが適法であり、理由ありの場合に成功する。

#### I. 適法性

①管轄問題 = 基本法93条1項4 a号および連邦憲法裁判所法13条8 a号・90条以下により、連邦憲法裁判所が所管する。

②提訴理由 = 問題はしかし、訴願提起に理由があるかどうかである。提訴理由は、連邦憲法裁判所法90条1項により規定されている。それによれば、訴願提起権を有するのは、被侵害として非難された基本権もしくは基本権相当の権利の担い手である。Aは、基本法48条1項の侵犯を非難している。そこで規範化された休暇請求権は、しかし基本法93条1項4 a号に掲げられた基本権もしくは基本権相当の権利ではない。したがって、Aの訴願提起の理由は、否定されなければならない。

#### II. 結論

憲法訴願はしたがって、理由なしの不認容となる。

#### (c) 各人基本権およびドイツ人基本権

基本権は区別なく各人 (Jedermann) に帰属するわけではない。それどころか、基本法はむしろドイツ人基本権と各人基本権 (Deutschen-Jedermanngrundrechte) とを区別している (Vgl. Gerrit Manssen, a.a.O., S.11.)。各人基本権は一部「人権」(Menschenrechte) とも呼ばれる。誰がドイツ人であるかは基本法116条1項\*によって決定される。

[\*] 基本法116条1項「この基本法にいうドイツ人とは、法律上の別な規定がない限り、ドイツの国籍を有する者、またはドイツ民族の避難民 (Flüchtling) もしくは故国追放者 (Vertriebener)、あるいはその配偶者もしくは子孫 (Abkommling) として、1937年12月31日の水準 (Stände) 以後にドイツ帝国の領域内に収録 (Aufnahme) されていた者である」。

現在もっとも重要なドイツ人の基本権を以下に掲げる。

- ドイツ人だけが集会の自由（基本法8条1項）の基本権を享受する。
- ドイツ人だけが結社権（同9条1項）を有する。
- ドイツ人だけが居住移転の自由（同11条1項）の基本権主体である。
- ドイツ人だけが職業選択の自由の権利（同12条1項）の基本権主体である。
- ドイツ人だけが国籍剥奪・引き渡し（同16条1項・2項）に対する権利を有する。

ところで、ドイツ人基本権と各人基本権との区別は、基本法の施行以来、その本来的な意義をほとんどを失ってしまった。ヨーロッパ（EU）法の規定に基づき、EU加盟国の構成員は、国籍を理由に差別されてはならないからである。ただし、EUの労働様式に関する契約が適用される場合に限られる。このことは、例えば、職業選択の自由の領域において、ドイツ人と他のEU市民との間におけるEU法によって要求された平等取扱いという結果となる。さらにそれは、外国人が本主題に関するドイツ人基本権の保護領域において、まったく保護されない状態に置かれる、ということにはならない。外国人は、むしろ基本法2条1項の包括的基本権を引き合いに出すことができる（BVerfGE35, 382/399ff.; NJW1988, 2290/2291）。この点に関し、以下の〈事例2〉で考えてみたい（Vgl, Gerrit Manssen, a.a.O., S.11-12.）。

〈事例2〉： ナイジェリア人のN氏は、連邦共和国において政治的亡命を求めた。彼は亡命手続法（AsylVfG）56条に従って、郡に所属しないS独立都市の区域内で滞在を許された。このことは、N氏の基本権を侵害（Verletzung）したか。

〈事例2の解法〉： 問題となるのは、居住移転の自由（基本法11条1項\*）に対する権利の侵害および一般的行為自由（基本法2条1項\*）の侵害いかんである。

[\*] 基本法11条1項「すべてドイツ人は連邦の領域全体において居住移転の自由を有する」。

[\*] 基本法2条1項「何人も、他者の権利を侵害しない限り、および憲法的秩序または公序良俗（Sittengesetz）に違反しない限りで、自己の人格の自由な発展に対する権利を有する」。

I. 基本法11条1項。S市の区域内でのみ滞在すべきと義務づけることは、居住移転の自由（基本法11条1項）への介入（Eingriff）でありうる。

①人格的保護領域 基本法11条1項にあっては、しかしドイツ人基本権が問題となっているので、N氏は基本権担い手（主体）ではない。それゆえ、基本法11条1項の人格的保護領域に関係しない。

②結論 侵害（Verletzung）は、したがって問題とならない。

II. 基本法2条1項 基本法2条1項への介入（Eingriff）がある可能性がある。

①保護領域 その場合には、さしあたり保護領域が開かれていなければならない。基本法2条1項は、一般的行為自由 (allgemeine Handlungsfreiheit) を保護する。そこで意味されるものは、人が意欲していることを行うことを容認することである。したがってまたS市を立ち去るN氏の権利も保護されるのである。

②介入 介入もまた同様に存在している。なぜなら、他の場所を訪れるN氏の権利が(法律により) 命令的 (imperativ) に制限されているからである。

③憲法上の正当性 しかし介入は、憲法上正当化されうる。亡命手続法56条は、憲法適合秩序 (=憲法適合的な法秩序) に属しているはずである。とりわけ過剰禁止が遵守されなければならない。

④結論 したがって介入は憲法上正当化されている。

#### (d) 指名基本権と無名基本権

基本法が明記する基本権は、いわゆる「指名基本権」または「記名基本権」などと呼ばれる (Vgl. Gerrit Manssen, a.a.O.,S.12.)。しかしそれは、1949年以来、科学技術的の発展により、人間の人格に対する脅威に達し、その脅威によって新たな基本権保障の発展の欲求を発生させた。いずれにしても、このために無名基本権というものが成立したのである。それは「一般的人格権」 (allgemeines Persönlichkeitsrecht) の保護にあたる。連邦憲法裁判所によれば、それは基本法1条1項と結び付いた基本法2条1項から導かれる (BVerfGE54, 148/153)。

この一般的人格権という見方は、例えば「自己の肖像に対する権利」 (Recht am eigenen Bild)、狭義のプライバシー的領域 (engere Privatsphäre) の保護、もしくはまた「情報の自己決定」 (informationelle Selbstbestimmung) に対する権利、ゆえに人格関連データの収集・貯蔵・提供に関して自ら決定する権利 (BVerfGE65, 1/43.) を生み出す。無名基本権もまた憲法訴訟手続によって対抗的に保護されうる (連邦憲法裁判所法90条・92条)。

### [D] 基本権と公権性

#### (a) 基本権の地位と機能

ドイツの基本権は、ほとんどの事例において、特定の公共的措置に対する「防衛権」 (Abwehrrechte) としてのみ現れる。実際に、基本権のこの伝統的作用 (機能) は、国家に対する個人の防衛権として今日においてもなお重要なものである。それにもかかわらず、基本権

は、市民 (Bürger) を実にさまざまな仕方でも保護するが、その際問題となるのは、「防衛予備的な個人」(abwehrbereites Individuum) としてのその地位 (Status) であり、国家の給付に頼らざるをえない「社会的市民」(Sozialbürger) であり、または自己の民主的な権利を行使する「能動的市民」(Aktivbürger) である (Vgl. Friedhelm Hufen, StaatsrechtII, Grundrechte, 2011,S.49.)。こうした基本権主体の地位の区別は、19世紀にゲオルク・イェリネック (1851-1911) が「地位理論」の中で識別していたものである。この区別論を用いて、現行の基本権にあてはめると以下になるよう。

- 消極的地位　――　防衛権としての基本権
- 積極的地位　――　給付権としての基本権
- 能動的的地位　――　参加権としての基本権

なお、基本権の防衛権としての主要機能は、1951年12月19日の連邦憲法裁判所決定 (BVerfGE1, 97/104f.) の中で、戦後初めて確立したものである。連邦憲法裁判所は、この決定において、基本権を本質的に「国家に向けられた」(staatsgerichtete) 消極的な防御権とみなしたが、これにより、同裁判所は、明白に基本権を伝統的・古典的な意味において捉えようとしたとされる (Vgl. Klaus Stern, Idee und Elemente eines System der Grundrechte, in : Isensee/ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, IX,2011,S.64.)。

#### (b) 主観的公権の構造

主観的権利の概念的特徴は、各人に、他者に対して作為または不作為を要求する法的能力が与えられることにある。この民事法上の請求権 (民法194条1項) に倣った概念定義が主観的権利の特性に援用できるかどうかは問題となるが、請求権は、主観的公権の編成において「神髄」(Inbegriff) にまで昇格しているという (Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, BandIII/ 1,S.554.)。

一般に、主観的権利は「三構成要素的構造」(dreigliedrige Struktur)、つまり権利の担い手 (主体)、権利の名宛人、そして権利の対象 (客体) から成り立っている。基本権主体については、明示的であれ黙示的であれ基本法上明確である。また基本法1条3項では、基本権遵守義務機関 (Grundrechtsverpflichtete)、すなわち基本権に拘束される機関 (立法・執行権・裁判) が明記されている。権利者は、その機関に対して基本権を引き合いに出すことができる。そして、基本権の対象=客体 (Gegenstand) は、個々の条項の中に書き記されている。請求権所持者 (誰が)、請求権相手方 (誰に)、請求権内容 (何を) で成立する、という構成は、民事法上の請求権と明白に類似する。このような「三構成要素的構造」は、主観的公権としての基本権の特質と合致すると考えられる (Vgl. Jörn Ipsen StaatsrechtII, Grundrechte, 2011, S.

17.)。

(c) 基本権の客観法次元

基本権は、基本法に明記されたことで憲法の構成部分となった。憲法は、法の序列制の中で最高位を占めるものであるから、そこで受け入れられた基本権は憲法の構成部分としての「客観法」(objektives Recht)に属することとなる。

基本権の客観的機能は「立法は、憲法的秩序に拘束され、執行権および裁判は法律(Gesetz)および法権利(Recht)に拘束される」(基本法20条3項)こと、さらに基本権が「直接的に適用される法として、立法、執行権および裁判を拘束する」(同1条3項)ことから明白である。基本権の客観的機能から、基本権を擁護するために、基本法は、連邦憲法裁判所に対して、国家機関の申立て(基本法93条1項2号\*)により、または裁判所の移送決定(同100条1項\*)により、立法者の基本権侵害を排斥する権限を与えた(基本権主体が訴える「憲法訴訟」は客観・主観の両方の機能をもつと考えられる)。

[\*] 基本法93条1項2号「連邦政府、州(ラント)政府または連邦議会議員の4分の1の申立てに基づき、連邦法もしくは州法が形式的小および実質的にこの基本法と合致するかどうか・・・について意見の相違がある場合」。

[\*] 基本法100条1項「裁判所が、決裁に際して、ある法律が・・・違憲であると考え場合は、その手続きを中止し・・・連邦憲法裁判所の決裁を求める」。

また、客観的機能の中の重要なものは、基本権で保護された法利益(Rechtsgüter)のための「国家の保護義務」の承認である(Vgl. Gerrit Manseen, Staatsrecht II, Grundrechte, 2011, S. 15.)。このことから、国家は、基本権で保障された法利益を、私的第三者(private Dritte)による侵害、非ドイツの国家機関による侵害、または自然的猛威による侵害から基本権を守る義務を負うのである。基本権がこのように機能すべきことは、基本法1条1項\*、または同6条4項\*の中でも明確な国家の保護任務として記されている。

[\*] 基本法1条1項「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ保護することはすべての国家権力の義務である」。

[\*] 基本法6条4項「すべての母親は、共同社会の保護と配慮を請求することができる」。

その後、連邦憲法裁判所は、基本権の客観的機能から、行政と司法には、単純法律の解釈・

適用に際しての基本権適合的 (grundrechtskonform) 解釈や、基本権の私法上の第三者効力を理由づけるが、それに留まることなく、法律制定の内容にも基本権への配慮を求めるようになった (Vgl. Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, S.27ff.)。

#### <審査基準の構築>

国家的措置が保護義務に違反しているかどうかは、以下の「三分割審査」(dreigeteilte Prüfung) によって行われる (Vgl. Gerrit Manssen, a.a.O., S.16-17.)。

- [1] 保護に値する法利益が存在するかどうか。
- [2] 危険状態が現出していたかどうか。
- [3] 国家は十分に自己の義務を果たしたかどうか。

これらの「三分割審査」を次の<事例3>にあてはめて考えてみる。

<事例3> : ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』所収「人間の尊厳と国家の保護義務—シュライヤー決定—」BVerfGE46, 160ff. および Gerrit Manssen, a,a,O., S.16-17の事例による。

(事件の概要) : 甲産業は、テロリストらによって乗っ取られ、彼らは「処刑」の威嚇により、同志の釈放を要求した。連邦政府は、テロリストとの交渉に臨んだが、この要求を拒絶した。甲産業の子息は、甲産業の代理人として、連邦憲法裁判所へ乗っ取り犯の要求に応えるよう申し立てた。

(三分割審査) : 火急的必要性に基づいて、連邦憲法裁判所法32条1項の「仮命令」(einstweilige Anordnung) の発布に対する申立てだけが問題となっている。この申立ては、適法なものであり、理由ありとなりうる。

I. 適法性の審査 仮命令の発布は、本案手続の全手続種類において許容される。本件においては、さらに別個の本案判決要件との合致、つまり憲法訴願要件との合致が求められる。

①訴願申立て資格 甲産業は、基本法2条2項1段\*の基本権主体として訴願申立て資格を有する。

[\*] 基本法2条2項1段「何人も、生命への権利および身体を害されない権利を有する」。

②訴訟能力 この訴訟能力とは、自己の権利を裁判所の面前でまたは自己が選任した代理人によって主張することができる能力のことであるが、それも同様に存在している。この場合、甲産業は自己の子息によって代理されているが、その代理に関しては甲産業の推定同意が仮定されうる。

③訴訟物 訴訟物 (Antragsgegenstand) は、乗っ取り犯の要求に応じることに対する連邦

政府の拒否である。

④申立て審査 甲産業の子息が主張するのは、甲産業が連邦政府の拒絶によって基本法2条2項1段の自己の基本権を侵害されているということである。甲産業の「生命に対する権利」が連邦政府の拒絶によって少なくとも間接的に侵害され、甲産業自身も、現に直接的に関係している可能性があるので、子息は申立て権を有する。

⑤中間的結論 以上から申立ては適法である。

II. 理由(認容)性の審査 申立てに理由あり(ゆえに「認容」とされるには、仮命令が重大な不利益(Nachteil)を防ぐため、差し迫った暴力の阻止のため、またはその他の重大な理由から、公共の福祉のため緊急に命じられる場合である(連邦憲法裁判所法32条1項)。この際、憲法訴願に成功する見込みのある理由が提示されているかどうかは、原則として考慮の外に置かれたままである(ただし、本案において提起された申立てが全体として不適法である場合、または明らかに理由がない場合を除く)。

連邦憲法裁判所は、本案手続(Hauptsacheverfahren)を公開で開始させるに際して、仮命令は出されないが憲法訴願は成功する場合に生じるであろう結果と、逆に仮命令は出されるが憲法訴願は成功しない場合に生じるであろう結果とを、比較しなければならない。

①明白な不適法ではないことの審査 憲法訴願は「明らかに不適法」とはいえない。

②明白な無理由ではないことの審査 さらに考慮されるのは、基本法2条2項1段(生命権)に対する違反の問題であるから、憲法訴願は明白に「理由なし」とはならないであろう。

a) 保護に値する法利益の審査 基本法2条2項1段は、生命に対する権利、すなわち生物的・生理的存在を保護する。その限りにおいて、同条項から国家の保護義務も生じることになる。甲産業の生命は目下(vorliegend)危機に瀕しているので、保護に値する法利益が存在する。

b) 危機状態の審査 テロリストらは、同志が釈放されない場合、甲産業の処刑を明言している。したがって危機状態は現存する。

c) 過小禁止原則の遵守の審査 しかし今問題となっているのは、連邦政府が、テロリストらの同志の釈放をしなくても自らの保護義務に十分応えたかどうか、あるいは過小禁止(最低限)原則が守られたかどうかである。連邦政府は、さまざまな方法で、甲産業解放のために努力してきた。連邦政府はまったく行動しなかったわけではない。それゆえ過小禁止原則違反は存在しない。

III. 結論 したがって本案が成功しないであろうことは明らかであるから、仮命令の発布の申立ては「理由なし」ということになる。



## (d) 基本権と制度

基本権の防衛的機能によって基本権の主体には、自由領域 (Freheitsräume) が保障されるが、その領域は、純粹に性質上付与された国家に対して向けられる権利としてのみ考えられるわけではない。自由権は、国家の法秩序の助けを借りて実現されることがあり、この場合の基本権は、必要的規範体系 (notwendige Normenkomplex) = 「制度・装置」へとその保護機能を拡大するものと考えられる。その際、とりわけ国法学者のカール・シュミット (Carl Schmitt) の説に倣って、「制度保障」 (Institutsgarantien) と「制度的保障」 (institutionelle Garantien) とを理論上区別することが重要である。前者は、私法的規範体系を、後者は、公法的規範体系を把握する。両者において、その「核心部分」 (Kern) は不可侵とされる (Vgl. Gerrit Manssen, a.a.O., S.13-14.)。

制度保障と制度的保障に含まれるのは、以下の諸規範である (Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/ 1, S.768.)。

## &lt;制度保障&gt;

- 基本法6条1項の婚姻と家族の保障
- 基本法14条1項の財産権の保障

## &lt;制度的保障&gt;

- 基本法33条5項の職業公務員制
- 基本法28条2項の地方自治
- 基本法5条3項の大学の自治
- 基本法7条1項の国家の学校監督制
- 基本法7条3項の正規科目としての宗教の授業
- 基本法92条と97条の裁判官独立制
- 基本法140条の公法上の社団としての宗教団体の地位保障

## [E] 三段階審査方式

## (a) 三段階審査の適用－自由権

現在のドイツにおいて、基本権をめぐる問題は絶えることがないと言われている。その主なものをあげると、例えばイスラム教徒の授業中のスカーフ等の着用問題を始め、ギャンブル癖撲滅問題、主人公の不本意に識別可能なるがゆえの小説の禁止、あるいは「走査パターン追跡」

(Rasterfahndung) とビデオ監視によりテロリズムを撲滅するに際しての国家が守らなければならない限界問題など多彩である。しかしドイツにおける基本権論においては、他の分野に比べて明確な審査基準と枠組が構築されている。これらを適用することで、日々さまざまな基本権事件が発生しているにもかかわらず、事件の合憲違憲の問題が適正に処理されているのである。

ドイツでは、基本権（主に自由権）に係わる憲法的審査は、いわゆる「三段階審査」(Drei-Schritt-Prüfung) によって行われている（渡辺康行「憲法訴訟の現状」公法研究2009年、永田秀樹・松井幸夫編著『基礎から学ぶ憲法訴訟』2011年69頁以下）。この審査方式は、ヨーロッパ大陸法体系的思考から編み出されたものであり、アメリカ憲法学では用いられていないという（Vgl. Winfried Brugger, Angloamerikanischer Einfluss auf die Grundrechtsentwicklung in Deutschland, in: Isensee/ Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, IX, 2011, S.138f.）。

通常、自由権関連事件の審査の中心は、一定の国家的措置が各人が自ら守ろうとする関係基本権と矛盾しないかどうかにある。ごく一般的な説明では、「三段階審査」は、次の3点について、すなわち、①保護領域は開かれているか、②介入は存在するか、③介入は憲法上の許容限度によって正当化されるかについて、順次検討される（Vgl. Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 2011, S.1.）。

しかし、この中心問題は、大きく分けて、2つの部分問題の検討によって解かれることになる。すなわち第1に、国家的措置によって、何らかの基本権が侵害されているかどうか。ノー (Nein) のときは、基本権侵害は完全に存在しない。第2に、イエス (Ja) のときは、さらに、この侵害は憲法上許されるかどうか問われる。イエスのときは再度何らかの基本権侵害も存在しない。しかしノーのときは、侵害が存在するのである。最初の問題を、一方で「保護領域」(Schutzbereich) に従って区分し、他方で保護領域への介入に即して区分することは、時には適切である。こうして、一般的に承認される「3段階審査」が生み出されることになった。

この方式によれば、基本権違反が存在するのは、①最初に保護領域への該当性 (Betroffenheit) があり、②それは国家の介入によるものであって、③憲法上正当化されることができない場合においてである（Vgl. Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 2010, S. 3f.）。

これらの基準をより詳しく説明すると次のようになろう（Vgl. Friedhelm Hufen, a.a.O.S.1-2.; Gerrit Manssen ,a.a.O.,S.7-8.）。

#### <①保護領域について>

保護領域によって、特定基本権の概念または構成要件 (Tatbestand) に該当する生活領域 (Lebensbereich) または諸行為 (Handlungen)、つまり原則として憲法上保護される生活領域または諸行為が指し示される。例えば、ある活動は、基本法12条1項にいう「職業」(Beruf)

にあたるか、またある表明 (Äusserung) は、基本法5条2項1段にいう「意見」(Meinung) にあたるか、また基本法14条の所有権に抵触する (Berührt) かなどである。しかし、例えば子どもの親が、自己の信仰良心 (Gewissen) 上の理由から子どもを総合学校に通わせることを拒んだとき、基本法4条の保護領域に抵触することはない。自分の子どもがどの学校に行くかは親の教育権の問題であり、親の信仰良心の問題には関係しないからである。

#### <②介入について>

ある国家的措置が、保護された権利に対して、もしくは基本権の作用領域に対して「否定的」(negativ) に影響を与えたかどうかが問題となる。この場合、基本権の作用領域の境界の線引き、つまりどこまでがその領域に含まれるのかが明確化されていなければならない。複雑な現代社会においては、国家措置の多くは少なからず何らかの基本権に係わってくる。一つの介入について語れるのは、侵害 (Beeinträchtigung) が、ある程度重大なものであるか、もしくは最終的に相応の法利益 (Rechtsgut) に狙いがつけられた場合である。

また基本権への介入は、直接的な命令 (Gebot) または禁止 (Verbot) において存在するが、行為についての事後的な非難 (Verurteilung) においても存在する。直接的な介入および狙われた介入と並んで、非直接的なまたは間接的な介入もしくは基本権の誤認 (Verkennung) による介入もありうる。

#### <③正当化について>

基本権への介入が正当化されるためには、基本権介入のための要件が満たされる必要がある。したがって、基本権介入のすべてがすべて基本権侵害 (Grundrechtsverletzung) になるわけではない。要約すると、結局、当該介入が許容限度を越えるものであり、正当化されない場合に初めて基本権侵害と評価されることとなる。当介入が、憲法自身で正当化される場合もあるが (憲法内在的許容範囲として)、これは最終的には序列制 (ヒエラルキー) により、憲法、法律および個別的措施に応じて検討される (基本法1条3項\*と同20条3項\*が根拠となる)。

[\*] 基本法1条3項「以下の基本権は、直接適用される法として、立法、執行権および裁判を拘束する」。

[\*] 基本法20条3項「立法は憲法的秩序に、執行権および裁判は、法律および法権利 (Recht) に拘束される」。

基本法は、立法者に対して、基本権にとっての許容限度の水準を授権することがある。(法律留保)。さらに、介入の一般的「正当化」要件として、過剰禁止 (Übermassverbot)、基本法19条2項\*の基本権の「本質内容保障」(Wesensgehaltsgarantie)、同19条1項\*の「引用命令」(Zitiergebot) の各原則が遵守されなければならない。

[\*] 基本法19条2項「いかなる場合であっても、基本権はその本質的内容について侵害されてはならない」

[\*] 基本法19条1項「この基本法によって基本権が法律により、または法律の根拠に基づいて制限されうる限度において、その法律は、一般的に適用されるものでなければならず、単に個々の場合においてのみ適用されるものであってはならない。そしてその法律は、基本権を条項の明示により掲げなければならない」。

なお、基本法2条1項に根拠づけられる「包括的基本権」(Auffanggrundrecht)として「一般的行為自由」(allgemeine Handlungsfreiheit)が問題になる場合は、その基本権としての憲法審査は、通常、他の個別的基本権の審査の後に行われる。

#### (b) 変形的審査の適用—平等権と保護権

三段階審査としての基本権審査は、二つの場面で例外的な修正を被ることがある。それは、一つは平等権が問題になる場合と、もう一つは保護的権利が問題になる場面である。

##### <平等権の場合>

平等権に係わる基本法の条項は、ほぼ以下の5点にまとめることができる。

- 男女同権の原則 (基本法3条2項)
- 性別・出自・人種・言語・信仰・政治等による差別禁止 (同3条3項)
- 嫡出子と非嫡出子の平等的地位 (同6条5項)
- 公職への平等接近 (同33条2項)。
- 能動的選挙権と受動的選挙権 (同38条1項1段)

平等権にあっては、「基本権保護領域」、「介入」、「憲法上の正当化」の3基準が問題となるのではなく、むしろどのような「差別」ないし「区別」(Differenzierung)を国家が行ったかの審査となる。この差別・区別は、相応する「比較グループ」(Vergleichsgruppe)における相違(Unterschied)によって正当化されなければならない。このことから、次の一般論的な審査枠組(Prüfungsschema)が生じることになる(Gerrit Manssen, a.a.O., S.9.)。

(一) 差別・区別は、特別な平等権に違反したか (例えば基本法3条3項\*)

(二) 差別・区別は、一般的平等命令(基本法3条1項\*)に係わって恣意的かまたは不均衡的か

[\*] 基本法3条3項「何人もその性別、出自、人種、故郷または家柄、その信仰、宗教上ま

たは政治上の見解を理由に不利益を受け、または優遇されてはならない。何人も、自己のハンディキャップにより、不利益な扱いをされてはならない。

[\*] 基本法3条1項「各人は、法律の前に平等である」。

また、以上とは別の視点からは、平等基本権 (Gleichheitsgrundrechte) の場合、保護領域への介入が問題となるのではなく、不平等処遇 (Ungleichbehandlung) が国家の側から正当化されるかどうかの問題となる (Vgl. Bodo Pieroth /Bernhard Schlink, a.a.O.,S.3.)。この場合は、したがって「二段階審査」(Zwei-Schritt-Prüfung) に留まることになる。すなわち、(1) 不平等処遇があったかどうかである。ノーのときは、何らの侵犯も存在しない。しかしイエスのときは、さらに次の問いかけに進むこととなる。(2) この不平等処遇は憲法上許容されるかである。イエスのときは、再び違反は存在しないが、仮にノーであった場合は、総論的文言上の平等命令 (基本法3条1項)、あるいは他の各論的規定 (同3条2項・3項、6条5項、33条1-3項、38条1項1段) 上の平等命令について侵犯されたことになる。

<保護権の場合>

三段階審査の修正のもう一つは、一定の行為が国家によって履踐されることを求める場合に生じるが、若干の基本権が明示的に保護権 (Schutzrechte) として定式されているかどうかにかかわらず左右される。基本法6条4項は、共同社会の母性保護と扶養に対する請求権につき規定し、基本法103条1項は、法的聴聞に対する請求権を規定する。この場合は、審査は、次のような変形的三段階審査が求められよう。すなわち、(1) 保護が熱望されているところの行動態度 (Verhalten) は、保護領域内に属するかどうか、(2) 行動態度のための国家の義務が存在するかどうか、そして (3) この保護義務が国家によって満たされているかどうかである。

### (c) 基本権審査の多様性

基本権に係わる憲法審査は、とりわけ「規範序列制」(Normenhierarchie) によって、少なからず複雑なものとなる。以下は、その例である (Vgl. Bodo Pieroth /Bernhard Schlink, a. a. O., S. 3-4.)。

ある法律が問題になっている場合、基本権の憲法審査は、直接的に開始され、当法律が基本権と矛盾しないかどうかを問題にすることができる。これに対して、法律に根拠をもつ法規命令 (Rechtsverordnungen) と行政規則 (Satzungen)、あるいは法律および法規命令または行政規則に根拠をもつところの、執行権と裁判権の個別行為 (Einzelakte) が問題になるときは、規範序列制の各段階において、基本権審査 (Grundrechtsprüfung) が考えられる。要約すれば、「法律」そのものに関して、法律に根拠をもつ「法規命令」または「行政規則」そのも

のに関して、および一つもしくは二三の法規範 (Rechtsnormen) に根拠をもつ「個別行為」そのものに関して、基本権審査が考えられるということである。

これらのことを以下の2つの実例から考える (Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, a.a.O., S.4の事例による)。

<実例1>: 法曹養成法において、新规定が導入されたが、それによれば、前科のある学生は第一次司法国家試験から排除されるものとされた (BayGVBl. 1973,151)。これに基づいて前科のある学生が、司法試験管理局の決定により、受験を拒否されるに至った。ここでは確かに、基本権侵害は、まずその決定の中にある。しかしそれは、基本権侵害を性質上すでにその中に含むところの「法律」を執行したすぎない。法律だけが、基本法12条1項 (職業・養成の自由) により審査されることを必要とするのである。例えば、規定の中に、前科のある学生は、第一次司法国家試験から排除されるうることが意味されていることによって、行政に、行為自由の裁量余地が認容されるとしたら、それは別問題であろう。この場合、司法試験管理局の対応する措置の中に、法律に対して独立の基本権侵害があり、そして基本法12条1項と行政行為との合致性が、法律の合憲性と並んで、審査されなければならない。

さらに規範序列制は、第二の理由から複雑化へと至る。つまり法律の場合、その適法性 (Rechtmässigkeit) が問われるとき、このことは法律の合憲性 (Verfassungsmässigkeit) の問題のみを問いうる。法規命令、行政規則および執行権と裁判権の個別行為の場合は、事情が異なる。ここでは、まずもって、下位規範の正しい適用が審査される。下位規範からすでに行政行為または法規命令の違法性が生じるときには、上位規範の合憲性はもはや審査される必要はない (合憲性について問題になっている場合を除いて)。問題となる措置が下位法律によってカバーされているときに、初めてその合憲性が問題となる。

<実例2>: 警察公務員の、次のような行為の適法性が問題となったことがある。ある警察官は、照明義務を罰金の威嚇のもとで明文化している警察条例の遵守状況を見るために、貸家の玄関に立ち入ったという事案である。ここでは、まずもって警察・秩序法における授權根拠が審査されなければならない。そのようなものが一般的に存在しており、警察公務員の行為を担保するときに初めて、この授權根拠が合憲的なものであるかどうか、または住居の不可侵 (基本法13条) に違反しているかどうか問題となる。

以上のように、現代ドイツの基本権審査は、ほぼ「三段階」ないし「二段階」の審査方式で行われているが、そのやり方に、さらに法の序列 (段階) 制の問題が加わり、きめ細かくはなるが、かなり複雑な状況を呈している。基本権審査のやり方が定式化されるのは、当然望まし

く魅力的でもあるが、日本法への応用可能性については十分検討される必要がある。

## [F] むすび

ドイツの国法（憲法）学では、伝統的に「基本権」（Grundrechte）概念が用いられ、基本法（憲法）上も「人権」（Menschenrecht）とは区別されるものとして条項化されている。基本法第1条は、「人間の尊厳」（Würde des Menschen）は不可侵である」「それに注意を払い（achten）、それを保護することはすべての国家権力の義務である」（1項）とし、「ドイツ国民は、それを求めて（darum）、世界におけるあらゆる人間共同体の、平和のそして正義の基礎として、不可侵で不可譲渡の人権の支持を表明する」（2項）と述べた。この条規において唯一「人権」の文言が使われているが、1項・2項のすぐあとで、「以下の基本権（die nachfolgenden Grundrechte）は立法、執行権力（vollziehende Gewalt）および判決（Rechtsprechung）を拘束する」（3項）として、「基本権」の用語と機能を明記する（Vgl. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/ 1, S.349-350.*）。このように、人間の尊厳の不可侵性、その保護の国家の義務づけ、さらに基本権の「立法、執行権力および判決」への拘束性が基本権上明記されたことで、現行憲法において基本権は、「主観的公権性」と「客観法的機能」の二つの次元の中に位置づけられている。

付け加えれば、人権と基本権との理論的な区別を前提とし、前者は、欧米において近代以降発展してきた概念であり、人間に対してその出生のゆえに与えられる個々人の法利益（Rechtsgüter）、例えば生命（Leben）、自由（Freiheit）、健康（Gesundheit）および財産（Eigentum）への尊重の権利であるのに対して、後者は、憲法（Verfassung）の中に書き記され、固定化（niedergelegt）された人権であるとされる（Gerrit Manssen, *Staatsrecht II, Grundrechte, 8.Aufl.2011, S.5.*）。したがって、ドイツの国法学においては、基本法（憲法）で基本権として明文上受け入れられて初めて、その内実としての「人権保障」が問題になるということである。

ここで、ドイツ史上初めて基本権を用いたのは、フランクフルト憲法（1848/49年）であったことを改めて指摘したい。この憲法のもとで、統一ドイツ国民の基本権という観点が明確に打ち出され、「基本権」の語は、後のワイマル憲法（1919年）、そしてボン基本法（1949年）にも受け継がれることになった（奥平康弘「ドイツの「基本権」観念—その成立にかんする若干の考察—」東京大学社会科学研究所編「基本的人権3歴史Ⅱ」1968年164頁以下）。このように、ドイツでは、過去・現在にわたって国民等の権利は「基本権」であり、「人権」の用語は使われなかった。この背景にあるのは、「国家」（Staat）というものの存在意義であるように思われる。

総じて、日本での用法の違いはともかく、ドイツ国法学では、基本権論と国家論とが深く結び付いていると言ってよい。「国家」をどのように把握するか、という問題ではあるが、少なくとも「国家」の存在が根幹にあることは否定できないように思われる。「国家」を発想の出発点に据える思考は、直感的には、ヘーゲルの「法権利の哲学要綱」(1821年)の国家論・市民社会論から由来するのではないかと推論される。

現代のドイツ国法学においても、基本権の問題を論じる際に、「人間の尊厳」論との関係において、ドイツ啓蒙主義を代表するイマヌエル・カントの自律的で理性的な人間像から始まり、自由・平等・財産等の人権論におけるヘーゲル哲学の役割なども控え目ながら視野に置く学説もある(Jörn Ipsen, *Staatsrecht II, Grudrecht*, 2011, S.8.)。ヘーゲによる人類の歴史(世界史)を「自由」の発展過程とみる視点は、一般に知られているが、彼の「国憲」論なども「自由論」との関係でどのように位置づけられるのか、憲法学にとって興味深いテーマである。ヘーゲルは、青年期(1800-1802年)に「ドイツ憲法論」(*Die Verfassung Deutschlands*)を始めとするいくつかの政治論文を公にしており、いずれも素通りすることのできない作品として、現代憲法学の視点から改めて読み直す必要があると思われる。

(2014年4月15日受領、2014年4月28日受理)  
(Received April 15, 2014; Accepted April 28, 2014)



# On Modern German Fundamental Rights — on the dimensions of their definition, history and characteristics —

Prof. Kikuji YAMAGISHI

[A] Preface - meanings of fundamental rights

- The provision of fundamental human rights in the Potsdam Declaration
- Identifying human rights with the fundamental rights

[B] History of fundamental rights

- Formation for protection of fundamental rights in the English constitutional tradition
- Protection of fundamental rights in American constitutional documents
- The French Declaration of Human Rights and Civil Rights
- Development of fundamental rights in Germany until 1933
- Expansion of fundamental rights under the Basic Law

[C] Classification of fundamental rights

- Fundamental rights nominated in the Basic Law
- The rights equal to fundamental rights
- Fundamental rights in the State Constitutions of Germany
- Fundamental rights for everyone and for the German people

[D] Fundamental rights and the nature as the Civil Rights

- Status and Functions of fundamental rights
- Structure of the subjective Civil Rights

- ・Objective dimensions of fundamental rights
- ・Fundamental rights and the institutions

[E] On the Three-Step Method

- ・The application of the Three-Step Method in the right to freedom
- ・The application of the Two-Step Method in the the right to equality
- ・Various phases of constitutional review on fundamental rights

[F] Conclusion

- ・The character of fundamental rights as the subjective rights and the objective law functions
- ・Relationship between fundamental rights and the State