

<研究ノート>

現代ドイツ基本権論の位相(3) —基本権「介入」とその憲法適合性—

山 岸 喜久治

- [A] はじめに—基本権の制約
- [B] 基本権の保護と介入形態
- [C] 基本権保障と法律の留保
- [D] むすび—違憲審査の問題

[A] はじめに—基本権の制約

ドイツの基本権解釈をめぐる争いの多くは、二つの基本的立場 (zwei Grundpositionen) の違いに起因するものである。それは典型的にはワイマール時代の国法学により進展し、先鋭化させられたものであるが、今日に至るまで判例および学説に反映しているという (Vgl. Lothar Michael/ Martin Morlok, Grundrechte, 4. Aufl., 2014, S. 42.)。

一つの立場は、非政治的なものであり、リベラルな基本権理解であるが、基本権を「防御権」(Abwehrrechte) として把握する。例えば、カール・シュミット (Carl Schmitt) は、非政治的で、保守リベラル的な基本権理解をする重要証人 (Kronzeuge) として君臨する。この立場によれば、基本権はもっぱら国家に対する防御権である (C.シュミット [阿部照哉・村上義弘訳] 『憲法論』195頁)。したがって、基本権は、市民 (Bürger) の国家から自由な領域—そこへは国家は憲法上限定された権限をもってのみ介入 (eingreifen) することが許されるが、国家は自由領域を促進的に形成することもなければ、私人 (Privater) の攻撃からそれを守ることもしない—を記述するものである。この立場は、今日まで基本権の政治的機能に対し、給付権に対し、保護義務に対しそして私人間における第三者効力に対しての基本的な異議 (Einwand) として持ち出される (Vgl. Michael/ Morlok, a.a.O.S.42.)。

もう一つの立場は、その反対の立場からの政治的、社会的な基本権理解であり、今日少なくとも時宜にかなったものである。例えば、ルドルフ・スメント (Rudolf Smend) は、憲法 (Verfassung) を統合秩序と認識し、その中で社会 (Gesellschaft) が価値の実現を組織する。それによれば、基本権の意義は、国家による「ブルジョア的」(bourgeois) 自由の保護ではなく、むしろ政治的に動機づけられた「公民」(Citoyen) による国家の市民的な土台と正統性

の中にある。またヘルマン・ヘラー (Hermann Heller) の場合、基本権の政治的機能がより強調されて明確に示される(H.ヘラー [安世舟訳]『国家学』1971年387頁以下参照)。基本権は、社会的なコンテキスト(文脈)の中で(例えばヘラーは婦人の平等をあげる) —その「変遷」によりダイナミック(動的)に解釈されることもある。こうした理解は、政治的領域(例えば、意見・集会の自由)および社会的領域(例えば、家族の保護)において今日まで基本権論に引用されるだけでなく、基本権の給付権的・保護権的な次元にとっての根拠となり、このダイナミックな統合理論は、新たな装いのもとで、今日のヨーロッパ統合プロセスにおける基本権発展にとっても重要なものとなっている (Michael/ Morlok, a.a.O., S.42.)。

いずれの立場をとるにしても、少なくとも「自由」を中核とする基本権にとって「限界」はあるのかどうか、あるとしてもその限界線はどこに引かれるべきか(制約)、これを超える場合はどのような介入ないし規制が認められるかという問題は、現代ドイツの基本権論にとってだけでなく公民権・人権論一般にとっても重要なテーマである。基本法で保障された自由(基本権)は、結局は常に限定された自由としてのみ存在しうるのであり、その出発点において—構成要件としての枠組みを別とすれば—理念上は無制限に構想されるとしても、常に限界が伴うものと一般に考えられるからである。「限界」は、他者の同じ自由と権利から生じ、そしてまた自由享有資格者が共同生活を営む国家共同体の正当な公益目的からも生じるのである (Vgl. Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, u.a., Grundrechte, Staatsrecht II, 2014, S.59f.)。

基本権制限の哲学的基礎については、18世紀にイマヌエル・カント (Immanuel Kant) が省察を加えている。カントによれば、「自由」とは「他者の強制的専横からの自立」として定義づけられ、「普遍的法則に従い (nach einem allgemeinen Gesetz) 各他者の自由と共存しうる限り」で保障され、このように把握された自由を保障することは「法的諸法則のもとにおける (unter Rechtsgesetzen) 多数の人間の団体」である「国家」(civitas) の中核的役割であるとされた。国家は、この役割を自分自身が定立した「法」(Recht) を通じて果たすものであるが、「法という概念が法に付随する拘束性にかかわる限り、法概念は、まずはある人の他者に対する外部的で、しかも実際的な関係だけに当てはまるものであり、彼らの行為が事実として相互に(直接的または間接的に) 影響し合う場合に限られる」のである (Vgl. Christian Hillgruber, Grundrechtsshranken, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof [Hg.], Handbuch des Staatsrechts, 2011, S.1035. およびカント「人倫の形而上学」『世界の名著32カント』1983年363頁/450頁)。

ちなみに同じ18世紀のフランス人権宣言も「自由は、他者を害しないあらゆることをすることの中に存する」「したがって各人の自然権の行使は、社会の他の構成員に等しい権利の享受を確保する限界だけを有する」「これらの限界は法律によってのみ決定される」(4条)として、自由には本来的に限界が伴うことを承認していた(辻村みよ子・糠塚康江[著]『フランス憲法入門』2012年194頁以下[資料編])。

19世紀の半ばには、ジョン・スチュアート・ミル (John Stuart Mill) が「市民的ないし社会的自由」を取り上げ、「社会が個人に対して当然行使してよい権力の性質と限界とを問題」にする。ミルが執筆した「自由論」(On Liberty) と題する論稿は、「強制と統制という形での個人に対する社会の取り扱いを絶対的に支配する資格のある唯一の非常に単純な原理を主張する」もので、「人類が、自己の構成員の行動の自由に正当に干渉することができる唯一の理由は、自分自身を守るという理由である」という原則を立て、「文明社会の成員に対し、彼の意志に反して、正当に権力を行使しうる唯一の目的は、他者に対する危害の防止である」とした (Vgl. Christian Hillgruber, a.a.O., S. 1035. およびミル「自由論」『世界の名著38ペンサム/J.S.ミル』1967年224頁)。

さてドイツの実定法上は、1849年のフランクフルト (パウル教会) 憲法第6章「ドイツ国民の基本権」(131条-189条) を始め、1850年のプロイセン憲法第2編「プロイセン人の権利」(3条-42条)、そして1919年のワイマール憲法第2編「ドイツ人の基本権および基本義務」の中で文言上の違いはあるものの、共通して権利自由の保障と制約を明記していた。その象徴的な事例として、例えばフランクフルト憲法 (164条) とプロイセン憲法 (9条) は、所有権についてともにその不可侵性を宣言しつつ、前者は「公用収用」が「法律の根拠に基づき」行われること、そして後者は、所有権が「法律に従って」制限されることを認めていた。またワイマール憲法 (153条) においては、「所有権は憲法によって保障される」が「内容および限界は法律に基づいて決定される」などの条規が設けられていた。

ナチス時代を経た後、1949年には当時「冷戦下」ではあったが、ドイツ連邦共和国 (西) 基本法が制定され—それは現在のドイツ憲法である—各種の基本権 (Grundrechte) を定めると同時に、前史からの伝統的な「法律の留保」を始めとする基本権制約の論理をも容認するに至った。現代ドイツ基本権論においては、ナチス時代の深い反省としての基本権保障の重要性を強調する一方で、基本権に対する「規制」(介入・制約)の問題もまた論争的なテーマとなっている。

本稿は、人権の制限とその憲法的審査に対するドイツ的議論の有効性を意識しつつ、ドイツ国法学における基本権論の主に介入と制約のあり方および審査方法の現況を概括的に紹介する。

[B] 基本権の保護と介入形態

(1) 保護領域=構成要件

ドイツの多様な基本権は、さまざまな生活領域に適用されるものである。基本権は、あるときには、狭く把握された生活領域において、またあるときは広く把握された生活領域の中で、

国家権力に対峙しつつ個人を保護するのである。言い換えれば、基本権は、国家 (Staat) に対し介入 (Eingriffe) を正当化する理屈 (論理) に関する説明責任を負わせ、そのことによって個人の「行動全体」ないし特定化された「行動様式」を保護するのである。(Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 2014, S.57.)。例えば、基本法4条は、宗教上またはその他の深い信条に基づく個人の生活に適用されるものであり、同5条は、情報と意見に関しおよびそれらを通じてのコミュニケーションに適用され、同6条は婚姻と家族に、同8条は平和的かつ武器のない集会に適用され、同9条は結社に適用される。

<保護領域と規律領域>

以上のことは、基本法で保障された生活領域、すなわち基本権がその保護すべき領域の存在を前提としている。この領域は、講学上「保護領域」(Schutzbereich) と呼ばれるが、それは「保護される状態」(例えば、生命、身体の不可侵) と「保護される行為」(例えば、意見を表明すること、職業を行うこと) を内容とする。このような状態もしくは行為のあらゆる「抵触」(Beeinträchtigung) のうち、その侵犯(侵害)の責任を、基本権遵守に拘束されている三つの国家権力(立法・行政・司法)が負うとき、そこには「基本権介入」(Grundrechtseingriff) があつたとされるのである。基本権介入は、少なくともこの抵触と国家の責任との二つの要素で成り立つものである (Vgl. Ingo von Münch/Ute Mager, Staatsrecht II, Grundrechte, 2014, S.59.)。こうして基本権の保護領域と基本権介入とは事実上不可分の関係にある。

基本権の中には、「保護領域」とは異なる「規律領域」(Regelungsbereich) を受け入れているものもある。「規律領域」は、その中で基本権が初めて保護領域を決定するところの生活領域をいう (Vgl. Pieroth/Schlink, a.a.O., S.57.)。基本法12条の「職業の自由」や同14条の「所有権・相続権の保障」が「規律領域」の事例の典型であるが、そのほか例えば、基本法8条1項*の場合などにおいても、すべての集会が「規律領域」となっている (ただし8条1項には「保護領域」も規定されており、それは「平和的かつ武器のない」集会である)。

[*]基本法8条1項「すべてのドイツ人は、届け出または許可なしに平和的かつ武器のない集会をする権利を有する。」

<保護領域内の行動態度>

基本権の保護内にある行動態度 (行態) は、基本権の適用または基本権の行使として把握される。ここには、「作為」(積極的自由)だけでなく、「不作為」(消極的自由)および単なる「状態」も含まれる。例えば、基本法14条は、所有権を保障するものであるが、そのことによって自己の物および権利の存続と利用を受け取り、同13条は、住居を不可侵と宣言するが、そこでは個人が実在し決意することにより保護領域が定義づけられる。そのほか基本法2条2項1段は、

生命の権利をもつ個人に対し、生命の単なる存在だけでなく、生命が存続しつつ呼吸し栄養を摂取し、そして活動することができるものとしての存在を保障するのである (Vgl. Pieroth/Schlink, a.a.O., S.58.)。

<主観的権利・客観的権利>

基本権がその保護領域において個人に提供する保護は、まずは「主観的権利」の形状において作用するが、通説においては、主観法的意義だけでなく客観法的意義をも有する。そのことによって、主観的権利は、制限を受けるのではなく、逆に強化されるのである。すなわち、介入を阻止する主観的権利が、客観的権利性によって「保護権、参加・配分権もしくは手続権」(Schutz-, Teilhaber- oder Verfahrenstrecht)へと拡大するということである (Pieroth/Schlink, a.a.O., S.58f.)。例えば、基本法12条1項は、保護領域として職業生活および養成制度をもち、この保護領域内において、防衛権ときによっては保護権、参加・配分権または給付権を保障する。同3条は、特定の生活領域に適用されるのではなく、平等権全般を要求するものである。それゆえ、同条の場合は保護領域が問題となるのではなく、保障だけが問題となる。基本法2条1項の一般的行為自由も同様に、保護領域の積極的な明文化を必要とせず、ただ消極的な、つまり他の基本権によって特別に保護されており、したがって一般的行為自由の普遍的保護に含まれないものを取り除くだけである。

ここで、保護領域を基本権の「構成要件」的に捉えるヨールン・イプセン (Jörn Ipsen) 教授の認識プロセス論を紹介する(以下の叙述は同教授の『国法学II基本権』2014年37頁-41頁による)。

基本権は、構成要件としての面をもち、その該当性(あてはめ)いかんを評価するには、ア) 関連基本権の探索、イ) 基本権内容の調査、ウ) 保護価値から主観的権利(請求権)へとという三つの思考過程を経なければならない。

ア) 関連基本権の探索: 基本権審査のきっかけは、関係者(基本権主体)が公権力(基本権客体=名宛人)の活動・作用によって不平不満(beschwert)を感じるような生活実態が存在していることである。例えば、刑法上の審査にとっては、犯罪行為者と犯罪犠牲者との関係が前提となり、また民事上の審査には債権者と債務者の存在が前提となっている。これらに比べると、基本権上の審査の前提は、個人と公権力との対立的な構図の存在である。したがって基本権審査の第一歩は、様々な基本権カタログの中から、実際の事件において考慮されるべき関連基本権を選び出すことである。

イ) 基本権内容の調査: しかし基本権カタログを眺めることは基本権審査の最初の一步にすぎない。実際の事件における不平不満に係わる基本権を探し出すには、基本権内容(Grundrechtsinhalt)へと視点が向けられる必要がある。ただし、実際の事件において、どのような保護価値が国家の措置と係わるかが判然としない場合もある。酒に酔って自動車を運転

していた甲が、警察によって停止させられ、刑法316条の「酒酔い運転」(Trunkenheit im Verkehr)の罪(容疑)で血液検査のために採血される際(刑訴法81条a第1項)、この措置により身体の不可侵が侵されるので、基本法2条2項1段が関係していることは明らかである。たとえ甲が、仕事の途上にあり、警察の措置によって数時間遅刻したとしても、それは基本法12条の「職業行使の自由」には関係しない。

ウ) 保護価値から主観的権利(請求権)へ: 基本権に関係するのは、国家的措置が基本権の保護価値に何らかの形において「的中」する場合である。この場合、ある基本権の保護領域(Schutzbereich)に「触れて」(berührt)いるかどうかが問題となる。基本権解釈学においては、通例「空間比喩」(Raummetaphorik)すなわち「領域」(Bereich)概念が用いられるが、これは「主観的権利」(subjektive Rechte)としての基本権の請求権的本質に必ずしもふさわしいものではない。例えば、「キリスト十字架像」(Kruzifix)連邦憲法裁判所決定(『ドイツの最新憲法判例』98頁以下〈石村修執筆〉)が述べるように、信仰の自由(Glaubensfreiheit)の中には、信仰をもつ自由だけではなく、自己の信仰に従って生き、行動する自由が含まれるのである。信仰の自由は、とりわけ礼拝への参加を保障するが、それは一つの信仰によって命じられ、その中で信仰が表面化するものである。信仰と不可分の礼拝に出ない自由も、また逆にそれと矛盾するものではない。基本法4条1項は、個人がいかなるシンボルを承認し、崇拜しそしてそれを拒否するかの決定をその個人に委ねている。こうして信仰の自由は、多くの独立した「自由」に分割され、それぞれが基本権の保護領域を形成するのである。

(2) 古典的介入概念

講学上、古典的な介入概念(der klassische Eingriffsbegriff)には、次の4要件が満たされる必要がある。すなわち、古典的介入にあたりとされるには、その介入が①終局的=最終的(final)で、他の目的に方向づけられた国家的行為の単純に非故意(unbeabsichtigt)とはいえない結果であり、②直接的なもので、確かに故意ではないが、国家行為の単純に間接的ではない結果であり、③法定的かつ単純に事実上のものではない作用(Wirkung)を伴った法行為(Rechtsakt)であり、④命令(Befehl)および強制(Zwang)により指令され実行されるという要件を満たさなければならない(Pieroth/ Schlink, a.a.O., S.64.)。

なかでも重要なものは、④の命令的形態(imperative Form)によるものであろう。この中には、法律(Gesetz)、命令(Verordnung)、規則(Satzung)もしくは行政行為(Verwaltungsakt)が含まれ、これらを通じて、基本権上保護された自由領域への介入が行われるのである。これらのものは、基本権主体に対する命令(Befehl)、したがって強制(Zwang)をもたらす。例えば、道路交通法(StVG)21条は、運転免許なしの車両走行を禁止しているが、これは法律

による基本法2条1項の「一般的行為自由」への介入であり、道路交通規則（StVO）21条aが走行中の安全ベルトの着用を義務づけるのは、法規命令による基本法2条1項の「一般的行為自由」への介入である。また、市町村（ゲマインデ）が条例（Satzung）によって、自治体の給水（水道事業）への接続・利用強制を定めるのは、条例による基本法14条1項の財産権保障への介入となり、交通局が道路交通法25条を根拠に、三か月間、「札付き」の暴走車に車両の走行を禁止するとき、それは行政行為による基本法2条1項の「一般的行為自由」への介入となりうる（Vgl. Gerrit Manssen, Staatsrecht II, 2014, S.41.）。

そのほかの介入形態としては、「強制捜査」、「自由剥奪」（Freiheitsentziehung）、「集会の禁止」、「営業禁止」、「建物の取り壊し処分」などの「作為」によるものと「不作為」（＝保護義務違反）によるものがある（Ingo von Münch/ Ute Mager, a.a.O., S.59f.）。

（3）現代的介入概念

今日、基本権への介入は、古典的な法行為によるものだけではなく、事実的作用による侵犯（faktische Beeinträchtigung）によっても引き起こされる場合がある。このような事例には、公共情報（Öffentlichkeitsinformationen）、補助金（Subventionen）あるいは路面電車建設の際の私有地の誤った使用などがある（Vgl. Ingo von Münch/ Ute Mager, a.a.O., S.59）。また事実上の侵犯が、例えば宗教的・世界観的に中立であるべき国家に責任があるとされるのは、そのことが最終的に「故意」つまり意図されていた（beabsichtigt）場合であるとされる。したがって、青年セクトに関する情報源の範囲内での宗教団体に関する「不都合」発言は、当該宗教団体の宗教の自由に対する介入を意味し（BVerfGE 105, 279 [293ff.]『ドイツの憲法判例Ⅲ』117頁〈西原博史執筆〉）、特定製造元のワインに含まれたグリコールへの警告は、職業（営業）の自由に対する一つの介入となるが、このケースにおいて、連邦憲法裁判所は、当該情報が正しいものではない場合という追加的要件を付けて介入を否定した（BVerfGE 105 252 [265ff.]＝グリコール事件『ドイツの憲法判例Ⅲ』292頁〈丸山敦裕執筆〉）。

〔C〕 基本権保障と法律の留保

（1）立法権による介入

基本権の中には、立法権による「介入」を始めから予定しているものがある。立法権による基本権介入は、伝統的に「法律の留保」（Gesetzesvorbehalte）という概念で容認されてきた。しかし立法権からの「介入」＝法律の留保は、見方を変えれば、基本権に対する「制約」（Beschrän-

nkung)とも考えられ、用語ないしカテゴリーの使用法をめぐる混乱と錯綜を生む原因ともなっている。

さて「介入」(ないし場合によっては「制約」)は、予め規定されている種類および範囲に応じて、三種類のタイプに分かれる。すなわち、1 単純法律留保付きの基本権、2 特別法律留保付きの基本権、そして3 法律留保なしの基本権の三つである (Pieroth/ Schlink, a.a.O., S.66f.)。

1 について、基本権に対する介入 (Eingriff) が問題となる場合は、行き過ぎを阻止する「過剰禁止」(Übermaßverbot) などの一般原則が適用される。過剰禁止は「制約の制約」(Schranken-Schranken) というカテゴリーで呼ばれることもある。「法律の留保」は立法者に対し、立法者自身が基本権に介入すること、ないしは行政に基本権への介入を授權することを許可するが、そのことで、基本権の行使に限界線を引くと同時に、立法者が基本権行使に限界線を引く際にも、立法者自身に適用される限界線も表示するものである (Pieroth/ Schlink, a.a.O., S.67.)。例えば、基本法2条2項が、人身=人格 (Person) の自由を不可侵 (unverletzlich) としつつ、「この権利へは法律の根拠に基づいてのみ介入が許される」と定め、同8条2項が「屋外の集会については、この権利は法律により、もしくは法律の根拠に基づいて制限されることがある」と定めているのは、この例である。

2 の特別法律留保については、基本法自身が介入の許容のために特別要件を明記する。例としては、基本法6条3項があげられる。「子どもが親権者の意思に反して家族から引き離されることがある」のは、「親権者が配慮不足の (versagen) 場合か、もしくは子どもが他の理由から放置の危険にさらされる場合」であり、このような場合に「法律の根拠に基づいてのみ (nur)」介入することが可能である。また、同10条2項は、信書・郵便・電信電話の秘密の不可侵を定めるが、「これに対する制約 (Beschränkungen) は法律の根拠に基づいてのみ命じられうる」として、制約が「自由で民主的な基本秩序の保護または連邦もしくは州 (ラント) の存立に資するときには」という特別限定要件の設定がなされる。また同11条2項も、すべてのドイツ人に移転の自由を保障しつつ、この権利が「法律により、もしくは法律の根拠に基づいて」制約される (eingeschränkt) ことを許容するが、このケース (Falle) において、基本権制限が許されるのは、生活基盤の不十分性により公共に特別な負担が生じる場合、連邦もしくは州の存立または自由で民主的な基本秩序の差し迫った危険の防止に必要な場合、さらにはその他の天災や事故災害等による国家危殆に瀕する場合だけに限定されている。

3 の法律留保なしの基本権としては、「人間の尊厳」の不可侵 (基本法1条1項)、信仰・良心の自由と宗教的・世界観的告白の自由 (同4条1項)、芸術・学問研究・教授の自由 (同5条3項) などがある。しかしこれらの基本権にあっても制約を受けることがある。それは、憲法の統一性 (Einheit der Verfassung) 原則から生じる「制約」である。すなわち、ある別の憲法的価値が基本権上保護された行為・行動によって侵害される場合、現実的な「調和」(Konkordanz)

の方法において、当該基本権と他の憲法的価値（場合によっては他の基本権）との間での「調整」（ein Ausgleich）が行われるが、このような場合には、基本権は対立的な憲法的価値による制約という問題が生じる。しかしこの場合においても、制約されない唯一の基本権は、「人間の尊厳」の保障（基本法1条1項）であり、そのことは「不可侵」（unantastbar）という文言から導かれるものと解される（Gerrit Manssen, a.a.O., S.43.）。ここで一つの事例を紹介する。

＜事例（ア）＞：（BVerwGE 94, 82ff.およびGerrit Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 2014, S.44-45の例による）

1977年生まれの女生徒甲（12歳）は、イスラム教徒であったが、共通教育科目（体育）の履修免除を願い出た。彼女の希望（申し出）は、コーランの教えの一部を理由にするものであった。学校長は、この申し出を認めなかった。甲は、基本法4条に由来する基本権を侵害されて（verletzt）いるか。

甲は、共通教育科目（体育）の免除願いが拒否されたので、外形上、信仰の自由の基本権（基本法4条）を侵害された可能性が認められる。しかしこの問題の正確な憲法的審査（＝基本権審査）には、以下の各チェックポイントからの検討が必要である。

1）保護領域論：基本法4条1項・2項は、統一的な基本権として信仰（Glaube）を形成し、信仰をもち、信仰を告白し、信仰を広め、信仰にしたがって行動する権利を保護する。また同時に、個人の行動全体を自己の信仰に合わせて律する権利、および自己の信仰上の確信にしたがって行動する権利も含まれる。そのときどきの宗教上の身なり規則の遵守、ならびに特定条件のもとでの男女の分離（例えば体育の場合）も、これに含まれる。

2）介入論：共通教育科目（体育）の実施と女生徒甲のそこへの参加の義務づけは、命令的（imperativ）、終局的（final）および直接的（unmittelbar）に基本法で保障された自由を制限し、ゆえに信仰の自由の保護領域への介入を現象する。

3）憲法的正当化論：

i）信仰の自由は、留保なしの基本権であり、制約（Einschränkung）があるとすれば、それはもっぱら「ぶつかり合う」＝対立的（kollidierend）憲法（Verfassungsrecht）による制約である。この点において、場合によっては基本法7条1項による国家の教育監督権—それには同等の憲法的地位（ランク）が与えられている—から、正当化されることもある。

ii）問題となるのは、過度であることを阻止する「過剰禁止」（Übermaßverbot）原則がどの程度遵守されているかである。以下の各点が審査される。①正当な目的かどうか。生徒に体育科目への参加を義務づける目的の正当性は、身体の健全な発達にとって大事なスポーツ活動を推進し、教室での頻繁なすわり姿勢を調整することにある。②適正なものかどうか。科目履修義務は、この目標実現に資するものであり、ゆえに適正なやりかたである。③必要性があるかどうか。目的達成のためにマイルドで同時に適正なやりかたというものは一見明白なもので

はない。それゆえ、体育授業への参加を義務づけることは、必要なものでもある。④状況からみて適切であったかどうか、つまり相応性があったかどうか。総じて、当該介入は適切な (angemessen) ものであったかどうかも問題となる。ここにおいては、一方で、国家の学校監督権および身体調整のための体育の実施と、他方で、甲の宗教の自由という基本権とが対立しているのである。基本法7条1項に定められた国家の学校監督権は、学校の組織上の編成だけではなく、教育諸課程および授業目標の確定を包摂し、したがって体育授業の種類をも包摂している。しかし、この任務の遂行にあたって、国家は、信仰の自由、良心 (Gewissen) の自由を、そして宗教的および世界観的 (weltanschaulich) な告白 (Bekanntnisse) の自由をも基本法4条1項・2項にしたがって尊重しなければならない。身なり規則を守ることは、イスラム教においては中核的な価値を有する。この紛争は、寛大な (schonend) 妥協 (Ausgleich) のための比較衡量 (Abwägung) の範囲内に持ち込まれるが、それは、国家が自分の自由になる組織上の手段で少年少女から体育科目を切り離す場合である。国家がまったくこれを用いないときには、紛争の解決のためには、体育科目からの甲の免除だけがなお残されている。

4) 結論:

甲は、信仰の自由という基本権を侵犯された。

(2) 法的根拠の憲法適合要件

基本権制約の形態ないし手法には、立法者による憲法適合的な具体化を必要とする。連邦憲法裁判所は、1957年の「エルフエス判決」(『ドイツの憲法判例』32頁<田口精一執筆> BVerfGE6,32) の中で、基本法2条1項*の「人格の自由な発展」における「自由」の限界につき、①他者の権利を侵害しないこと、②倫理(道徳)律に違反しないこと、③憲法的秩序に違反しないことの3点をあげているが、とくに③の憲法的秩序について「形式においても実質的内容においても、憲法に準拠して形づくられ、憲法の範囲において維持される法秩序の意味である」と判示した。かくして法律が、適正な憲法秩序の一部を構成するためには、形式的にも憲法適合的でなければならない、また実質的にもそのようなものでなければならないのである。

[*]基本法2条1項「何人も、他者の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または倫理(道徳)律に違反しない限りで、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。」

さて、法律制定(立法)の際の形式的合憲性には、例えば立法者が無権限ではないこと、連邦参議院の必要的同意なしに制定された法律ではないこと、法律が規則にのっとりたった手続に基づいて成立していることなどがあげられる (Ingo von Münch/ Ute Mager, a.a.O., S.64f.)。

他方、実質的合憲性が認められるには、一般に次のような原則の遵守が必要とされる。

<a明示命令>

基本権介入の法律は、基本法19条1項*の「明示(引用)命令」(Zitiergebot)を遵守しなければならない。

[*]基本法19条1項「この基本法によって、ある基本権が、法律によりまたは法律の根拠に基づいて制限されることがある場合には、当該法律は、一般的(allgemein)に適用されるものでなければならず、個別事例にのみ適用されるものであってはならない。加えて、当該法律は、条項の明示のもとで基本権の名称をあげなければならない。」

このように、ある基本権が法律によって、もしくは法律の根拠に基づいて制限ないし制約される場合には、当該法律は、それが制限する基本権の名称を「条項の申告のもとで」(unter Angabe des Artikels)示さなければならない(Ingo von Münch/ Ute Mager, a.a.O., S.64.)。

ただし、明示命令には、多くの例外が認められるとされる(Vgl. Gerrit Manssen, a.a.o., S.48.)。

●明示命令は、法律の留保のない基本権を制限する場合には、ぶつかり合う(対立的)憲法(Verfassungsrecht)の保護により適用されない。

●明示命令は、一般的行為自由(基本法2条1項)の制限にあっては適用されない。保護領域があまりに広範であるため、基本法2条1項をかかげることは実質的な意味をもたない。

●明示命令は、基本権介入が間接的なものである場合には適用されない。このような介入は、通常、立法者にとって予見可能性がない。

●基本法5条2項により、意見表明の権利、知る権利、出版の自由、報道の自由等の諸権利を制限することができる「一般法律」にあっては、明示命令は適用されない。

●明示命令は、基本法12条1項2段による職業の自由に対する規制には、適用されない。基本法12条1項2段の規制は、「規律」を問題としているのに対して、基本法19条1項2段では「制約」が問題となっている。

●基本法14条1項は、所有権および相続権を保障し(1段)、「その内容および制約が法律によって決められる」(2段)旨定めるが、この「内容・制約条項」には明示命令は適用されない。所有権の保障は、いずれにしても法秩序に依存するものであり、内容規定と制約規定とはほとんど区別することができない。

●明示命令は、公用徴収には適用されない。というのは、付帯条項(Junktivklausel)に基づいて、明示命令と同一の目的が達成されるからである。

●明示命令は、「無名自由権」(unbenannte Freiheitsrechte)には適用されない。

●明示命令は、憲法前諸法律(vorkonstitutionelle Gesetze)、すなわち基本法施行前にすでに施行されていた法律には、適用されない。

●連邦憲法裁判所の見解によれば、憲法前もしくは憲法後に導入された諸制限を変更なく繰り返している法律、または若干の相違点をもって繰り返している法律には、明示命令は適用されない(Vgl. BVerfGE 35, 185/ 189; 61, 82/ 113.)。これに対して、従前の介入根拠が重大なまでに拡大される場合には、明示命令が適用される(Vgl. BVerfGE 129, 208/ 237.)。

●明示命令は、私法上の介入規範には適用されない(Vgl. BVerfG, NJW 2011, 1201ff.)。

<b明確性の原則>

基本法の法治国家原理から導かれることは、介入的法律は十分に明確なものでなければならず、いかなる介入が法律によって許容され、もしくは行われるかが認識可能でなければならない。これは、規範明瞭性および構成要件明確性の命令と呼ばれることもある。とくに厳密な規定化(Vorschrift)が要請されるのは、基本法103条2項*による刑罰規範の場合である。

[*]基本法103条2項「行為が処罰されるのは、その行為が行われる前に、法律によってその可罰性(Strafbarkeit)が定められていた場合だけである」。

この問題に関連して、次の二つの事例(イ)・(ウ)を紹介したい。

<事例(イ)>(BVerfG, DVBl. 2005, 699ff.およびGerrit Manssen, a.a.O., S.49f.)

特別重大犯罪行為撲滅をめざし、容疑者の滞り場所を突き止めるために、刑事訴追官庁(Strafverfolgungsbehörde)は監視目的用の特殊装置を設置することができる(刑事訴訟法100条a第1項1号)。テロリスト集団のメンバーは、GPS(Global Positioning System)の投入=使用(Einsatz)のもとに移送されるとしてGPSの使用が許可された。立法者は、確かに技術上の発展とそこから派生する基本権侵害の危険性を注意深く観察しなければならないが、しかし立法者の技術上の監視可能性のすべてを個別的に規律する必要はなく、確定的(gewiss)な範囲内において一般条項(Generalklauseln)を用いることができる。

法律の中に、法規命令(Rechtsverordnung)発布の授権が含まれている場合、連邦法にあっては、基本法80条1項2段*の特別な明確性の要請が適用され、州法にあっては、州憲法上の対応規定が適用される。規則制定授権(Satzungsermächtigung)が含まれているときは、同類の結果に至るいわゆる「本質性理論」(Wesentlichkeitstheorie)が妥当する。これによって、立法者はその本質において基本権関連の決裁を行う義務を負い、それを規則制定者に委ねてはならない。

[*]基本法80条1項「法律によって、連邦政府、連邦大臣もしくは州政府は、法規命令を発布する権限を授権されることがある。この場合、与えられた授権の内容、目的および程度が法律の中で決定されなければならない。法的根拠は命令に示されなければならない。授権がさらに委任されることが法律によって定められているときは、授権の委任のための法規命令が必要とされる。」

<事例(ウ)> (BVerfGE 108, 282ff.およびGerrit Manssen,a.a.O.,S.50-51.『ドイツの憲法判例Ⅲ』123頁〈渡辺康行執筆〉)

ムスリム(イスラム教徒)女性の甲は、Y州の教職への任用を志願した。彼女は、イスラム教への信仰表明として授業中もスカーフを身に着けるつもりであった。任用は拒否された。甲の学校管理態度について、甲には公務員法上必要とされる適性(Eignung)が欠けているというものである。スカーフ着用の意図による任用を拒否することができるとする明示的な授権は、Y州の公務員法の中には存在しない。甲は、基本法33条2項・3項および基本法4条1項の権利を侵犯されたか。

<事例(ウ)の解法>

問題は、基本法33条2項・3項*および基本法4条1項*の侵犯があるかどうかである。

[*]基本法33条2項「各ドイツ人は、適性、能力および専門的業績に応じて、各公職への平等な就任(Zugang)権を有する。」3項「市民的および公民的権利(bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte)の享受、公職への就任ならびに公勤務において既得された権利は、宗教上の信条とは無関係である。何人に対しても、信条または世界観への自己の所属もしくは無所属から不利益が生じてはならない。」

[*]基本法4条1項「信仰の自由、良心の自由および宗教的・世界観的な告白(Bekenntnis)は、不可侵である。」

基本法33条2項・3項の検討から始めるか、あるいは基本法4条1項から始めるか、さらには一般的行為自由や平等権の問題、また33条2項と同条3項とを切り離して考えるかなど、さまざまな切り口が考えられるが、とりあえずオーソドックスな審査方法をとると次のようになるろう。

i) 基本法33条2項・3項との関係

まず問題となるのは、甲の基本法33条2項・3項による公職への平等で差別のない就任権が侵害されたかどうかである。

1) 保護領域の検討:甲は、Y州の教職への任用を志願した。教職は規則上公職である。基本

権相当の権利の担い手は、公職に就きうるすべての人であり、それゆえ甲も担い手である。保護領域は開かれて (eröffnet) いる。

2) 介入の検討: 任用の拒否によって、甲の基本法33条2項・3項からの基本権相当の権利は、介入された。

3) 憲法上の正当化論の検討: 法律留保の理論により、基本権もしくは基本権相当の権利への介入は、正式法律を必要とする。その法律そのものが形式上および実質上憲法に適合するものでなければならない。実質的合憲性には、介入の根拠を提供する法律の十分な明確性も含まれる。本件においては、公務員法にあげられた「適性」という法概念の不明確性により、この点に関して重大な疑念が存在する。任用の拒否が法的に行われうるのは、州立法者が憲法適合的なしかたで、学校において宗教関連がどの程度許容されるかを具体化している場合だけである。この場合、信仰問題における国家の中立性が守られなければならない。キリスト教のシンボルが許される、もしくは受忍される、そしてイスラム教のシンボルは禁止される、という事態になってはならない。明確性命令は、それゆえ侵害されている。

4) 結論: 基本法33条2項・3項違反が存在する。

ii) 基本法4条との関係

さらに問題となるのは、信仰の自由という甲の基本権が侵害されたかどうかである。

1) 保護領域の検討: 信仰の自由の保護領域は、個人の行動全体を信仰に照らして整え、自己の信仰確信にしたがって行動する個人の権利をも包摂する。これには、そのときどきの宗教の身なり規則も含まれ、宗教上のスカーフ着用も含まれる。

2) 介入の検討: スカーフ着用を理由とする任用拒否によって、信仰の自由の基本権への国家的介入は示されている。

3) 憲法上の正当化の検討: 介入は、法律上の根拠の不明確性により、憲法上正当化されることができない。

4) 結論: 基本法4条違反も存在する。

<c 手続上の確保>

立法者は、適正手続において基本権を保全する義務を負う。これは、基本権の客観的機能からの表出であり、法律の実質的な合法性にも関係する (Gerrit Manssen, a.a.O., S.51.)。

基本権の手続上の確保においては、とりわけ裁判官留保 (Richtervorbehalte) の原則が重要である。それは、基本法上保護されている領域への行政の介入前のルールであり、基本法13条3項*や基本法104条2項*など、憲法自体に一部定められている。

[*]基本法13条3項「特定の事実が、誰かある者 (jemand) が法律上特定された特別に重大

犯罪行為を犯したという疑いを理由づけるとき、その行為の訴追のために、裁判官の命令に基づいて、被疑者が滞在していると目される住居の聴覚上 (akustisch) の監視のための技術的手段を組み込むことが許される。ただし、事態の捜索が他の方法では比較にならないほど困難もしくは見込みがないような場合に限られる。この措置には期限が付されなければならない。この命令は、三名の裁判官で占められる合議体で下される。(以下略)」

[*]基本法104条2項「自由剥奪の許容および継続については、裁判官だけがこれを決定することができる。(以下略)」

裁判官の決裁を定める必要性は、特定の措置の特別な基本権介入の強度からも生じる。例えば、刑事訴追官庁による容疑者 (Verdächtige) の継続的監視は、裁判官の命令に基づかなければ行うことができない。このことを定める刑事訴訟法162条以下は、一般的人格権の確保のために不可欠な憲法(基本法)自体から要請される規定である。オンライン検索についても、同じく裁判官による命令が必要である (BVerfG, NJW 2008, 822ff.)。

<d個別法の禁止>

一般に「立法」は、抽象的・概括的な規制の行為である。これに対して「行政」は、個別具体的な事例の規制を対象とし、そのための権限、すなわち行政行為権限を有する。しかし行政は、ときには法規命令または行政規則によって抽象的・概括的な規制を試みることもある。

基本法19条1項1段は、「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ることがある場合、その法律は、一般的 (allgemein) に適用されるものでなければならず、個別事例 (Einzelfall) にのみ (nur) 適用されるものであってはならない」と定め、基本権に介入する個別立法を禁止した。これによって、一人もしくは数人の者だけに適用される「ワンマン法」(Einpersonengesetze) は許されない (Gerrit Manssen, a.a.O., S.52.)。

しかし本来この規定は、基本法20条2項2段*に表現されている権力分立原理の具体化であり、限定的に解釈されなければならない。基本法上の権力分立は、厳格な権力の分割ではなく、各権力の中枢部への他の権力による「介入」がなければ、権力間の「重複」は許されると解されている。それゆえ、立法者には、個別事例を配慮することも原則上禁止されず、法律上の構成要件の抽象的な文言により、どの程度およびいかなる事例において当該法律が適用されるかが見通せない場合でも、許されない個別法が提示されているわけではない (Gerrit Manssen, a.a.O., S.52.)。判例は、立法者が法律によって決定された交通プロジェクトを認めたとしても、それを許容されるものとみなした (BVerfGE 95, 1ff. - 「スタンダーン迂回路事件」連邦憲法裁判所判決)。

[*]基本法20条2項「すべての国家権力は国民から発する。それは、選挙と投票において国民から行使され、そして立法、執行権力および裁判を通じて行使される。」

<e均衡・比例原則>

近代法の原則によれば、人権ないし基本権を制約する立法は、「均衡・比例原則」に拘束されるものと解されているが、基本法にはこの原則は明記されていない。その考え方の実質は、ほぼ「過剰禁止」と同類のものである。

基本権制約立法の憲法適合性は、均衡原則により以下の4点に照らして審査されなければならない(以下はJörn Ipsen, Staatsrecht II, Grundrechte, 2014, S.50-51による)。すなわち、①正当性目的 (*legitime Zwecksetzung*)があるかどうか、②適正性 (*Geeignetheit*)に照らしてどうか、③必要性 (*Erforderlichkeit*)があるか、④相応性=適切性 (*Zumutbarkeit*)に照らしてどう評価されるかである。

正当性目的の規準: 基本法5条2項では、意見表明の自由や報道の自由は、一般法律の規定、青少年保護のための法律規定あるいは人格的名誉の権利によって制約を受ける(精神的自由の規制)。一般法律に関連して連邦憲法裁判所は、建設業における労働者派遣を法律で禁止すること(旧AFG12条a)が憲法に適合しているかどうかを判断しなければならなかった。この法律は、職業(営業)の自由を制限していたので、第一の審査対象は労働者派遣に際しての弊害の除去が正当な目的にあたるかどうかであった(経済的自由の規制)。

適正性の規準: 基本権制約目的の授権に基づく諸措置は、適正なものでなければならない。この適正性の基準は「過剰禁止」の構成要素ともみなされるようになってきている。不適正な措置は「行き過ぎたもの」と評価されることもある。

必要性の規準: 基本権を制約する措置(介入)は、正当目的追求のために不可欠なものでなければならない。立法者は、二三の同等な手段の中から、基本権に負担をかけないか、あるいはより少ない負担で済むものを選択しなければならない。それゆえ、ハシッシュ摂取(*Haschischkonsum*)の理由から、原動機付き車両の操縦のための適性確認のために医学的・心理学的鑑定を提出させる命令は、常習的な麻薬摂取(*Rauschgiftkonsum*)の疑いが尿・血液検査もしくは毛髪検査によっても解明できる場合には必要がない(BVerfGE 89, 69/ 88)。

相応性の規準: 最後に、講じられる措置は相応性のある、つまり均衡のとれた(*verhältnmässig*)ものでなければならない。ここでも必要性の規準と類似するか、もしくはそれ以上のもの、つまり影響(作用)と目標(目的)との関係における均衡性が求められることになる。したがって、当該措置が不均衡なもの(例えば、過剰性、不相当性、反比例性など)であることが証明された場合は、その措置は違憲であり、基本権を違法・違憲に制約するもの

として許されない。

<f本質内容保障論>

基本法19条2項は、いかなる場合においても (in keinem Falle) 基本権の本質内容 (Wesensgehalt) が侵犯される (angetastet) ことを禁止する。この規定をめぐって、現在「絶対的本質内容保障説」と「相対的本質内容保障説」が対立している。

この問題に係わるケースとして、ある警察官甲が、自分とともに働いていた麻薬密売人の一人をこの者が甲を告発するとほめかしたために、背後から射殺したという事件がある。裁判所は、この行為を甲が別の犯罪を隠すために行った悪質な殺害行為と認め、甲に対して殺人罪による終身自由刑 (lebenslange Freiheitsstrafe) を言い渡したが (刑法211条1項)、甲はこれにより「人身=人格 (Person) の自由は不可侵である」とする基本法2条2項2段の本質内容を侵犯されたか (BVerfGE 45, 187)。

「相対的本質内容保障説」によれば、終身自由刑は基本法19条の基本権の本質内容を侵害したとは考えない。終身自由刑の判決は、確かに被宣告者に対して人身の自由を永遠に奪うものであるが、殺人罪の場合、刑罰は犯罪行為との比較衡量の外に立つことはできないとする。他方、「絶対的本質内容保障説」は、終身自由刑にあって「人身の自由」の実際いかなる自由がまだ残されているといえるだろうか、と疑問を投げかける (Vgl. Jörn Ipsen, a,a,O., S.55f.)。連邦憲法裁判所は、立法者が死刑廃止 (基本法102条*) 後に終身自由刑を承認したことは明らかであり、この歴史的事実により、人身の自由の「本質内容」は終身自由刑と矛盾するものではないとして切り抜けた (BVerfGE 45, 187[270-271.])。

[*]基本法102条「死刑 (Todesstrafe) は廃止されている。」

[D] むすびー違憲審査の問題

ドイツは、アメリカのような「判例法」(ケース・ロー)の国ではない。ドイツにおいては国法学の伝統もあり、理論や制度の体系化を志向する傾向がみられる。このため、基本権審査 (Grundrechtsprüfung) の方法についてもさまざまな構築が試みられている。

<基本権の主観法性>

現代ドイツの基本権論の背景に、基本権論においては「市民」対「国家」という根本的図式が想定されていることを知っておかなければならない。そこには、論者によって違いはあるが、突き詰めれば「国家」と「市民社会」との分離ないしはその統合という問題が潜んでいると思われる。対「国家」という図式は、基本権の主観法 (請求権) の性質の根拠となり、ドイツ国

法学の伝統的な観念形態でもある。

＜構成要件的思考法＞

基本権主体が、国家の措置に対してさまざまな不満を感じたとき、当該措置によって自己の態度行動について、どのような作用（影響）を受けたかという問題が生じる。この問題は、関係基本権においてどのような「保護領域」に関係し、どのような「介入」があったかという視点から検討される。ここにおいては、「保護領域」と「介入」に関する「あてはめ」としてのカテゴリカルな思考様式が求められる。それは、おそらく民・刑事法における「構成要件論」に近い発想法である。

この構成要件的思考様式は、憲法（違憲）審査としての「基本権審査」にとつての第一歩となる。国家と市民社会における人間のあらゆる「不満」がすべて基本権侵害と評価され、「基本権審査」の対象になるわけではない。国家的措置による法的な干渉という現象は、通常は基本権審査対象となると考えられようが、例えば「事実上の基本権介入」(faktischer Grundrechtseingriff)においては、侵害(Beeinträchtigung)がある程度重大(erheblich)である場合にのみ、その介入が推定されるということになろう。したがって、単なる受忍限度(Belästigung)だけが問題となっている場合などは、「基本権」を持ち出してはならないという理論(=軽微留保Bagatellvorbehalt)は比較法的には注目される場所である(Vgl. Gerrit Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 2014, S.41.)。

＜法律の留保付の基本権保障＞

現代ドイツの基本権は、ワイマール憲法時代ほどではないにしてもいわゆる「法律の留保」を伴うものが少なくない。職業の自由や所有権のような法律による内容規定(基本権規律)を別にしても、自由権的に把握される重要な基本権のいくつかにおいて、法律による制約(介入)が憲法(基本法)自体の中で容認されているのである。例えば、基本法2条2項で「何人も生命の権利および身体の不可侵(Unversehrtheit)に対する権利を有する」(1段)とし、「人身(=人格Person)の自由は不可侵(unverletzlich)である」(2段)とするが、「これらの権利へは法律の根拠に基づいてのみ介入が許される」(3段)と定める。つまり、生命・身体という人間にとってもっとも大事な権利への「介入」を法律の定め任せ、場合によっては法律による「極刑」も受容される余地がある。しかし他方で、「死刑の廃止」(基本法102条)が明定されたことにより、生命に対する権利は完全に守られることになった。このように、一見矛盾した形で、法律内容に憲法上の限定が加えられているのである。死刑の廃止は「アウシュビッツ」後の憲法(人権)条項であるとはいえ、現在のヨーロッパ法の標準となっている。このほか、同じように「法律の留保」規定がもたらす問題は、意見表明(表現)の自由、集会の自由、結社の自由、通信の秘密、居住移転の自由などにおいても生じるが、これらの権利の「本質内容」の不可侵(基本法19条2項)が定められることで、基本権制限に一定の「歯止め」がかけられている。

1789年のフランス人権宣言においても、すでに自由は「他者を害しない」限りで認められるものであり、自由(=自由権的基本権)には、他者の同等の権利保障という平面での限界があり、その限界は「法律によらなければ定められない」として、自由に対する限界の線引きが法律に留保されていた。この意味では、ドイツの基本権も、近代啓蒙主義における自然法思想の系譜を引くものとして、フランス人権宣言の後継者であるといつてよい。日本では、1889年の大日本帝国憲法(明治憲法)が「法律ノ範囲内ニ於テ」(22条・29条)「法律に依ルニ非スシテ」(23条)「法律ニ定メタル場合」(26条)などの「法律の留保」を定めていたが、一般にそれは権利保障の不十分性を証明するものとして消極的に評価されている。

しかし他方で、基本権制約論におけるドイツの特徴も散見される。ドイツにおいては前記の「法律の留保」以外にも、基本権制約の制度、論理および手法が多様に存在していることである。例えば、当然ではあるが他者(基本権主体)の権利を侵害してはならない(基本法2条1項)という根本的制約を始め、個人の人格上の名誉権(同5条2項)からの制約があり、また制約を根拠づける概念として、「憲法的秩序」(同2条1項/9条2項)、「倫理(道徳)律」(同2条1項)、「刑罰法規」(同9条2項)、「国際協調思想」(同9条2項)、「憲法に対する忠誠」(同5条3項)、「自由で民主的な基本秩序」(同10条2項/11条2項/18条)、「連邦もしくは州の存立」(同11条2項)「自然災害もしくは特に重大な事故災害」(同11条2項)などが規定され、多彩である。「国家」および「秩序」優先の印象はぬぐいきれないが、基本権制約のケースが憲法において明確かつ詳細に規定されているのである。このことは、戦後のドイツ(西)が統一前に、統一後の正式な「憲法」(Verfassungsrecht)を目標にしつつ、当面西側諸国の一員として暫定的な基本「法律」(Grundgesetz)を制定し、その後逐次改正を施してきたことにも関係しよう。

<基本権介入の抑制論理>

ドイツ国法学における基本権介入については、憲法上さまざまな弊害防止のための制度ないし論理が用意されている。なかでも注目されるのは、「明示命令」、個別法禁止の原則、基本権の本質内容保障、そして過剰禁止原則などである。とりわけ、明示(引用)命令はユニークなものであり、法律の制定および改正において常に基本権の存在を意識させるものである。すでに言及した基本権の「本質内容」保障も、基本権制約に「制約」を課す機能を持ち、憲法上明記されていることの意義は少なくない。

<基本権保障の例外—基本権喪失制度と緊急事態>

基本権制約論の中では、「異質」なものとして「基本権喪失」(Grundrechtsverwirkung)の制度がある。基本法18条は「意見表明の自由、とくに出版の自由、教授の自由、集会の自由、結社の自由、通信の秘密、所有権または庇護権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」と定める(山岸喜久治『ドイツの憲法忠誠』1998年75頁以下参照)。この制度は、もちろん基本権制約の一種ではあるが、それにとどまらず通例

「闘う民主主義」(streitbare Demokratie)の憲法制度としての側面をも有する。これまで、実践的な価値はそれほど認められてはいなかったが、近年ヨーロッパでの過激主義的な行動も社会問題化しつつある中で、この制度の意義が再び関心を引くようになってきている(Eva Marie Schnelle, *Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG*, 2014.など参照)。

また1968年には、ドイツの基本法に「非常事態法」(緊急事態法)が導入され、国家の例外状況下における基本権制限というテーマが浮上することになった。基本法の10章aには「防衛上の緊急事態」の章が設けられ、これとともに「国防その他の役務従事義務」(基本法12条a)など国家の非常時における国民の労働(役務)も義務化されるなど、事実上の自由・基本権制限に至る可能性が開かれることになった。

以上のように、現代ドイツの基本権には、基本法自身がモザイク的な複合価値を受容したこともあって、多種多様な制約が入り組んで存在しているという現状がある。もっともそれは、おそらく19世紀半ばに国民的運動の成果としての「フランクフルト(パウル教会)憲法」の作成に始まり、「プロイセン憲法」と「ドイツ帝国憲法」の制定、そして「ワイマール憲法」を経て20世紀半ばまでのナチス体制に至った歴史的経緯(縦軸)と、その後の「冷戦」下における東西両ドイツの共存、そして「冷戦終結」後のドイツ統一とグローバル化による民族間・宗教対立の現況(横軸)など、歴史・構造的に出来上がってきた結果である。この座標軸内において、今後ドイツの基本法と基本権のベクトルがどのような方向に進路をとるか注目される。

(2015年4月13日受領、2015年5月25日受理)

(Received April 13, 2015; Accepted May 25, 2015)

On Modern German Fundamental Rights – Interventions in Fundamental Rights and their constitutionality –

Prof. Kikuji YAMAGISHI

[A] Preface – Restrictions of Fundamental Rights

- Two positions in German interpretation on Fundamental Rights
- Whether Freedom has its limitations and what limitations it has

[B] Protection of Fundamental Rights and forms of interventions

- (1) Fields of protection – Essential conditions for approval
- (2) The concept of classical interventions
- (3) The concept of modern interventions

[C] Guarantee of Fundamental Rights and reservation of the law

- (1) Interventions by the legislation
- (2) Conditions for constitutional legal foundations
 - The clear statement principle
 - Judge's reservation
 - Balance principle
 - The substance-guarantee of Fundamental Rights

[D] Conclusion – Problems of judicial review on unconstitutionality

