

(要約)

日独比較憲法学研究の論点

初 宿 正 典

概 観 本論文は、申請者が従来から主として研究の対象としてきた近代以降のドイツの憲法について、日本の憲法との比較という観点から検討した既発表の諸論稿に、現時点までの研究動向等も可能な限り考慮に入れて加筆や修正を施し、内容的に見て多少とも体系的にまとめて一書にしたものであり、全体として、ドイツの近代憲法上の諸制度や諸規定について、それらがいかなる趣旨で成立し、またその改正がどのような経緯でなされたのかという視点に立って、可能な限りその制定過程にまで遡って検証し、併せて、現時点における問題点を指摘・検討したものである。その際に、主たる検討の対象としてきたドイツ憲法は、いわゆる「フランクフルト憲法」の制定時期(1849年)から現行憲法典たる「ドイツ連邦共和国基本法」(1949年)の今日の状態まで、時代的にも160年以上にわたっている。

本論文は、「序章」とそれに続く本論部分(合計16章)で構成されており、「比較の中の二つの憲法——ドイツと日本」と題する序章は、内容的には、発表の経緯から2つの部分に大別され、前半部分では現行のドイツの現行憲法典であるドイツ連邦共和国基本法(以下「基本法」と略記する)の全般的特徴を概観し、後半部分では、基本法がドイツ国民に保障する個々の基本権(及びそれに類する権利)の内容を、日本国憲法のそれと比較しながら概説しており、その意味でこの序章は本論文全体についての《導入》(Einführung)として位置づけうるものである。

本論部分は内容の上から3つの編に分けられている。すなわち、まず第Ⅰ編「基本法の成立に関わる特殊論点」(第1章から第3章まで)、第Ⅱ編「基本権に関わる論点」(第4章から第10章まで)および第Ⅲ編「統治の仕組みに関する論点」(第11章から第16章まで)である。

第Ⅰ編 まず第Ⅰ編の第1章「基本法前文における《神》の文言——その成立過程の予備的考察」においては、「基本法」の前文における《神》の文言の成立の経緯とその趣旨について詳細に考察している。周知のように、アメリカの独立宣言や諸州の憲法典、あるいはヨーロッパ諸国の多くの憲法典の「前文」(Präambel)には、《神》とか《造物主》といった語が見出されることが稀ではないが、ここでは特に、基本法の前文に「神及び人間に対する責任を自覚して」という文言があることに注目して、その成立過程を当時の史料にも当たりながら丹念に追ったものである。

次に、第2章「基本法の人権概念の規範性——人権(第1条2項)と基本権(第1条3項)の関係に関連して」は、基本法を最も特徴づけている「人間の尊厳」(Menschenwürde)条項(第1条1項)と、ドイツの憲法史上はじめて用いられている「人権」(Menschenrechte)の文言(同条2項)、および「基本権」(Grundrechte)の文言(同条3項)の関係について、同条の成立過程に遡って検討すると同時に、併せて、連邦憲法裁判所の諸判例の分析を通じて、同裁判所の裁判で、基本権のどの条項が同時に人権でもあると評価されているのか等、これらの文言の取り扱い方にも検討を加えたものである。

第3章「基本法第140条の成立過程——ヴァイマル憲法から基本法へ」は、各国の憲法典と比較しても異例に数の多い、合計30数箇条にも及ぶ「経過・終末規定」の中でも、特に、副題にもあるように、1919年のヴァイマル憲法体制から現行の基本法体制へという、第二次世界大戦の前後における歴史的転換に関わって、戦後の混乱期に暫定的な憲法典として制定された基本法に特殊な規定、すなわ

ち、現行憲法典以前の旧憲法典たる 1919 年のヴァイマル憲法の規定の数箇条を、現行憲法典の一部を構成するものとして一括して受容する旨を規定する第 140 条の成立過程を、当時の議会で審議過程に遡って追究したものである。同条で列举されているヴァイマル憲法の一連の規定(第 135 条から第 139 条まで及び第 141 条)が、一般に《宗教条項》と形容されるように、国家と宗教(団体)との関係に関わるものであるという点では、本章は、内容的には、以下に述べる第Ⅱ編(とくに第 4 章および第 5 章)とも大いに関連するが、上記のような特殊な事情から成立した規定であることを重視して、この第Ⅰ編に入れている。

第Ⅱ編 (1) 第 4 章から第 10 章までを構成する第Ⅱ編「基本権に関わる論点」では、主として基本法における「基本権」の規定に関する主要な論点について扱っている。そのうち前半の 4 つの章は(上述の第 3 章も含めて)ドイツ憲法における「宗教」ないし「宗教団体」に関わる一連のテーマについて検討したものである。まず第 4 章「ドイツの現行憲法秩序における国立大学神学部の地位——基本法上におけるその位置づけと問題点」は、ドイツ人にとってはほとんど周知の事柄であるとはいえ、基本法には何らの明文上の根拠がないにもかかわらず、かなり古くから、ヴァイマル憲法を経て基本法下の現在に至るまで、ほとんどのラントで厳として存在・維持されている国立大学(もとより、ここに言う「国立」[staatlich]とは「連邦制」を採る現在のドイツでは「ラント立」ということであるが)の「神学部」(Theologische Fakultät)の合憲性とその位置づけに関して、神学担当教授が大学当局による配置換え処分を争った具体的な連邦憲法裁判所の判例も分析しつつ、検討したものである。

続く第 5 章「いわゆるブレーメン条項の適用範囲——ドイツにおける宗教教育の新展開」は、基本法制定当初から《ブレーメン条項》(Bremer Klausel)として通用していた、公立学校における正課の授業としての「宗教の授業」(Religionsunterricht)(基本法第 7 条 3 項)についての例外規定たる基本法第 141 条(この規定も上記第 3 章で言及した「経過・終末規定」に含まれていることはもちろんである)に関して、この例外規定が、当のブレーメンだけではなく、1990 年のドイツ統一によってドイツに編入された新しい 5 ラントの一部(とくにベルリン及びブランデンブルク)においても適用されるべきではないのか、という問題が、憲法裁判にまで発展した経緯とその帰結について、ブランデンブルク州の学校法の改正によって導入された、いわゆる LER(Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde)という新たな教育制度を中心に検討したものである。

第 6 章「世界観上の告白の自由に関する若干の考察——ドイツ憲法を手掛かりとして」は、基本法及びほとんどのラント憲法典中で、宗教又は宗教団体との密接な関わりにおいて登場する「世界観」(Weltanschauung)ないし「世界観団体」(Weltanschauungsgemeinschaften)の概念について、その起源と展開及び憲法学界での理解のされ方等を検討することによって、わが国の最高裁判例(特に最近の国歌起立斉唱拒否事件判決)において、日本国憲法第 19 条の思想・信条等との関連でいく度か言及されている「世界観」の語が、ドイツでの理解とはいささか異なっているように思われることを指摘している。

第 7 章の「ドイツの結社法における宗教・世界観団体の地位——1964 年法とその改正を中心に」のみは、1964 年制定のドイツの「結社法」(Vereinsgesetz)が 2001 年に改正される経緯を検討することによって、「公法上の社团」たる地位を持ちえない一部の宗教・世界観団体が同法による規制の対象となり、連邦ないしラントの内務大臣による解散命令等に服することとなった経過と、その実際の適用状況を昨今における具体的事例にも触れながら検討し、それによって、ドイツにおける伝統的な宗教団

体(カトリック教会、福音主義教会及びユダヤ教会)の憲法上の地位を確認しつつ、それ以外の宗教団体(とりわけイスラーム原理主義団体)に対するドイツ政府の強い姿勢を論じたものである。

(2) 第8章から第10章までの3つの章は、上述の「宗教」以外の基本権の論点に関するものである。そのうち、まず第8章「憲法と芸術の自由——学問の自由との関連にも触れながら」は、主にドイツ憲法における《芸術の自由》(*Freiheit der Kunst*)について論じたものである。このテーマはわが国の憲法学の中ではあまり問題となつてこなかったもので、これまで殆ど本格的には取り上げられたことがないように思われるが、ドイツの文脈では、《芸術の自由》は1919年のヴァイマル憲法以来、つねに《学問の自由》と一体のものとして保障されてきた経緯がある。本章では、それとの関連で、京都大学法学部にとってはいろいろな意味でつねに想起すべき、また歴史的にも重要な意味を持つ、いわゆる京大事件についても多少の歴史的回顧をしたあと、《学問の自由》に関わるいわゆる東大ポポロ劇団事件判決の中で学問と芸術に関連して述べられた個別意見にもヒントを得て、とくにドイツ憲法における《芸術の自由》について検討することとしたものである。そこでは、《芸術の自由》がドイツにおいては表現(意見表明)の自由とは異なる枠組みで捉えられてきたこと、そのため、特定の表現物が《芸術》活動と解されるか否かによってその規制の仕方が憲法上異なってくることも指摘している。

第9章「《集会の自由》に関する若干の考察——とくに基本法第8条2項の成立過程を中心として」は、ドイツでは、基本法第8条1項が、届出や許可なしに平穏に武器を持たずに集会をする権利を保障しつつ、同条2項で、とくに《屋外》での集会(*Versammlungen unter freiem Himmel*)のみについて、法律による規制を認めるとする旨を定めていることに着目して、この第8条2項がどういう趣旨で成立してきたのかという経緯を探ることを試みたものである。ここでは、同時に、集会の自由に対する規制が問題となった事例に対するわが国の最高裁判例にも触れながら、屋外集会と屋内集会の規制のあり方の違いについても示唆している。

第Ⅱ編の最後に収めた第10章「基本法の《抵抗権》条項——その成立過程と問題点」は、1968年6月になされた基本法の大改正で基本法第20条に第4項として新たに付加された、いわゆる《抵抗権》(*Widerstandsrecht*)に関する規定について、その成立過程を追ったものである。第2次大戦後のドイツでは、ヘッセン州をはじめとする若干のラントの憲法典には抵抗権を規定するものがあったものの、1949年制定当初の基本法にはなかったのであるが、東西冷戦の真ただ中の1968年に基本法の改正という形で抵抗権条項付加されたのであり、本章ではその経緯と、この規定が持つ国家緊急権的な性格からくる問題性を、かなり詳細に検討している。もっとも、基本法上の《抵抗権》が、基本権の章にではなく、連邦共和国たるドイツの基本原則にかかわる第20条に入れていることからすると、基本権に関する本書第Ⅱ編のコンセプトからはやや離れると言える面もないではないが、この章の本文や序章でも論じている如く、基本法第93条1項4a号を通じて、抵抗権侵害を理由とする憲法訴願の対象となることが認められており、いわば基本権類似の権利としての位置づけがなされていることにも注意を向けつつ、ごく最近の連邦憲法裁判所の判例についても言及している。

第Ⅲ編 第11章以下の6つの章は、いわゆる国の統治構造(統治の仕組み)に関わるテーマのもので、便宜上、日本国憲法における統治機構に関する各章の順序に倣って、立法権・執行権・裁判権の順に配列してある。

まず、第11章「立候補の自由についての若干の覚えがき——基本法第48条に手がかりを得て」は、

ドイツと日本の選挙制度に関わるもので、これを第Ⅲ編「統治の仕組みに関する論点」の冒頭に置いたのは、タイトルが示すように、ここでのテーマが「立候補の自由」という、上記第Ⅱ編のテーマにも連なっている部分があるためであるが、ここで主として扱っている基本法第 48 条は、選挙権及び被選挙権(Wählbarkeit)を定める基本法第 38 条との関係で、とくに「立候補の自由」を十全に確保するために、連邦議会議員に立候補しようとする者に休暇・補償請求権を定めた規定である。もとよりこの規定は、基本権の章ではなく、「連邦議会」の章に含まれている規定であり、しかもこの第 48 条上の権利は、上記第 10 章で触れた「抵抗権」とは異なり、その侵害に対する連邦憲法裁判所への憲法訴願が認められておらず、その点では、立候補の自由に関わるこの権利は、憲法訴願の対象となりうる第 38 条 2 項の「被選挙権」それ自体とは異なる取扱いがなされていることはたしかである。しかし、いずれにせよ、第 38 条の選挙権・被選挙権、及び、被選挙権(とくに立候補の自由)を十全に保障するための第 48 条 1 項・2 項上の権利はすべて、基本権そのものとしてではなく、国民の代表として立法権を担う連邦議会を構成する議員を選出するためのシステムとして理解されている点は、ドイツ憲法の構造的な特徴である。

続く第 12 章「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」は、ビスマルク憲法以来のドイツの議会制度の特質を成しているといつてよい「参議院」(Bundes- oder Reichsrat)の憲法上の地位について論じたものであり、特に基本法下の「連邦参議院」の地位や権限を検討することを通じて、これが、組織・権限・機能のいずれの点においても、明治以来のわが国の両院制(二院制)における両院の一院たる第二院(貴族院ないし参議院)とは異なるものであることを示そうとしたものである。

第 13 章「基本法における《執行権》の概念——日本国憲法上の《行政権》の概念と関連させつつ」は、基本法上の「行政」の概念が、その後の基本法の改正によって《執行権》(vollziehende Gewalt)の概念に改められた経緯とその趣旨を、制定過程における議会での審議過程を詳細に検討することによって、日本国憲法上の《行政権》の概念と関連させながら論じたものである。その際に、日本国憲法上の行政権に関する諸規定の成立過程の審議の内容にも多少踏み込んで検証している点では、本論文の中では(下記第 16 章とともに)他の各章とはいささか違った色彩の論じ方をしていると言える。

第 14 章「フランクフルト憲法におけるライヒ裁判所の管轄権——とくに憲法訴願制度に着目して」は、本論文収載中のほかの章とは異なって、ドイツの現行憲法それ自体ではなくそれから百年前の 1849 年に成立したいわゆる「フランクフルト憲法」(Frankfurter Reichsverfassung または「パウル教会憲法」Paulskirchenverfassung)の《憲法裁判所》構想について、その制定経緯に即して検討したものである。周知のように、この憲法典は、帝国皇帝に選出されたプロイセン国王が王権神授説を信奉していて、「国民に選出された皇帝」として即位することを拒否したこともあって、施行されないまま机上の産物のまま終わってしまったのであるが、にもかかわらず、すでにこの 19 世紀半ばの時点で、現行の基本法の先駆者として、憲法訴願をはじめとする憲法裁判所制度が、ほぼ完全な形で構想されていたことは、それ自体として大いに注目すべき事実であることを強調されている。

第 15 章「ドイツの連邦憲法裁判所」は、基本法下の連邦憲法裁判所(Bundesverfassungsgericht)の構成や権限などの基本的な事柄について概観したものであるが、この制度の成立過程についてはすでに優れた先行研究があるので、屋上屋を架すの弊を避けるため、ここでは成立過程についての検討はせず、むしろ、もっぱら現在の姿を描くことにほとんどの紙幅を費やしている。そこにおいては、わが国ではドイツの連邦憲法裁判所の第一の特徴として強調されているいわゆる《抽象的規範統制》(基

本法第 93 条 1 項 2 号)が、実は、同裁判所の権限のごく一部であり、しかもこの権限が行使された例は、全件数の 0.1%にも満たないほどわずかであって、むしろ、具体的規範統制権限(基本法第 100 条)と憲法訴願制度(同法第 93 条 1 項 4a 号・4b 号)を通じての国民の基本権保護という機能こそが同裁判所の中心的な役割となっていることを論じ、それゆえ《抽象的規範統制》のみを強調しすぎることは、連邦憲法裁判所の実像を大いに見失わせるおそれがあるとして警告している。

最終章である第 16 章「最高裁判所裁判官の定年制——ドイツにおける議論とも関連させつつ」では、日本国憲法の制定時には、最高裁判事の身分をアメリカ合衆国の連邦最高裁判所判事のように「終身」とするかどうかについて議論があったものの、最終的には、憲法典上は「定年制」を導入する趣旨のみの規定を置きつつ、具体的な定年年齢については法律(裁判所法)で定めることとなった(憲法第 79 条 5 項、第 80 条ただし書参照)経緯を、当時の史料の検討によって明らかにすると同時に、それと対比する形で、ドイツの連邦憲法裁判所の判事の場合、1951 年の制度発足から 20 年を経た 1970 年になって、ようやく現在のような定年制が確立した経緯とその趣旨を、その成立過程にも遡って検討したものである。そこにおいてはとくに、連邦憲法裁判所の裁判官の定年制がどうして同裁判所の裁判における「少数意見制度」(いわゆる *Sondervotum*)とのパックで導入されたのかの点について詳細な検討を加えている。