



基本権放棄の観念と自己決定権

赤坂, 正浩

(Citation)

神戸法学年報, 18:1-21

(Issue Date)

2002

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD01)

<https://doi.org/10.24546/E0032258>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/E0032258>



基本権放棄の観念と自己決定権

赤坂正浩

I はじめに

(1) 一般に憲法が保障する自由は、行動の選択可能性の法的保障と理解できるであろう。ところが、なかにはそうは考えられていない権利規定もある。たとえば、学説は、憲法18条前段の「奴隸的拘束」の禁止を、本人の意思に関係なく妥当すると理解してきた。¹⁾つまり政府は、本人の同意の有無にかかわらず、人を奴隸的に拘束してはならないわけである。逆に言えば、憲法上われわれには、奴隸的拘束を選ぶ自由は保障されていないということである。ふつう18条は私人間にも直接適用されると言われるが、私人間の奴隸契約は直接的には民法90条に反して無効とされる。

ところが、同じく憲法18条に規定されていながら、後段の「その意に反する苦役」の禁止は、この点ではまったく対照的である。こちらは、本人の意思が政府行為の合憲性判断の基準となることを、日本国憲法の規定としてはむしろ例外的に明文化している。「苦役」の理解についても議論はあるが、²⁾一般人の感覚で苦痛を感じるような肉体労働が、18条後段の「苦役」に含まれるこ

(1) 佐藤功『ポケット註釈全書・憲法(上)[新版]』(有斐閣・1983年)284頁、伊藤正己『憲法[第三版]』(弘文堂・1995年)331頁、野中＝中村＝高橋＝高見『憲法I第3版』(有斐閣・2001年)371頁参照。

(2) 渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法1人権』(有斐閣・2000年)20～21頁参照。

とにはコンセンサスがあると言えよう。しかし、政府は、「その意に反」しなければ、すなわち本人の同意があれば、市民にこのような肉体労働をおこなわせることも可能だということになる。この種の労務提供を約する私人間の契約もただちに無効ではない。まさに、われわれには「苦役」を避ける自由と「苦役」を選ぶ自由とが憲法で保障されているわけである。

ほかにも、たとえば選挙権について、権利の放棄ないし不行使が果たして権利の性格に適合的かどうかを改めて吟味してみる余地があると思う。周知のように多数説は、憲法15条の選挙権を権利であると同時に公務でもあると捉えながら、権利である以上、選挙権の保障のなかには棄権の自由の保障も含まれるという理由で、強制投票制は憲法違反だとしている。しかし、棄権は憲法上の保護を受けないという議論も、二元説の立場からはけっして不可能ではないように思われる。

こう考えると、憲法の人権規定のなかには、個人の意思を尊重するのではなく、むしろ政府による奴隷的拘束を受けないといった、一定の状態を人間の自由状態として保護しようとしているものがあるように見えるし、われわれの行動の選択肢を保障する場合でも、権利の放棄ないし不行使は選択肢に含まれないと理解することが可能な人権規定もある。つまり、ひとくちに憲法上の自由と言っても、そこには行動の選択可能性としての自由と、一定の状態としての自由という2種類の自由が含まれているのではないか、権利を放棄する権利が憲法上の権利に関して認められるのか、そもそも権利の放棄ないし不行使とは

(3) 強制投票制違憲説を明示するものとして、たとえば杉原泰雄『憲法Ⅱ』（有斐閣・1987年）179～180頁、戸波江二『憲法[新版]』（ぎょうせい・1998年）350頁、初宿正典『憲法2新版』（成文堂・2001年）439頁、松井茂記『日本国憲法第2版』（有斐閣・2002年）407頁。強制投票制合憲説に立つと見られるまれな例としては、野中俊彦「選挙権の法的性格」（佐藤幸治＝中村睦男＝野中俊彦『ファンダメンタル憲法』有斐閣・1994年）142～145頁、大石眞『議会法』（有斐閣2001年）29頁。私自身も合憲説が妥当ではないかと考えている。渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法2統治』（有斐閣2000年）262～264頁。

何を意味するのか、といった疑問が浮かんでくるのである。

そこで、このような疑問に対して、ドイツの学説はどう答えているのかを瞥見してみようというのが、この小論の意図である。

(2) 憲法上の権利は放棄可能かというテーマについては、ドイツでは相当な議論の蓄積が存在する。モノグラフィーとしては、ワイマル最末期の1933年にエルンストという人が発表した『主観的公権の放棄』という博士論文が、このテーマに焦点を合わせた最初の研究のようだが、1950年代から60年代には、ライペルト(1953年)、ブリュッゲマン(1965年)、ヴィルデ(1966年)、フリース(1968年)の博士論文があいついで公刊されている。しかし、浩瀚なこれらのモノグラフィーを対象とする研究は今後の課題として、ここでは1970年代以降に発表されたいくつかの論文を素材に選び、日本の学界には知られていないと思われるドイツの「基本権放棄」という法的形象 *Rechtsfigur* の一端を紹介することにしたい。¹⁰⁾

II 「基本権放棄」に関係するとされる諸事例

1970年代以降のドイツの学説は、基本権放棄 *Grundrechtsverzicht* という問題を取り上げる際に、どのような事例を念頭に置いてきたのだろうか。たとえば、1974年のシュトゥルム論文では7つ、1978年のピツカー論文では8つ、1985年のロバース論文では5つ、1997年のシュピースの博士論文では11という具合に、それぞれの論者がこもごもに具体的な事例や講壇的な設例をあげて

(4) 基本権放棄をテーマとするドイツ語圏の主な文献を発表年代順に掲げておく。筆者が未入手ないし未見のものも含む。

W.Ernst, *Der Verzicht auf subjective öffentliche Rechte*, 1933; M.Leippert, *Der Verzicht auf subjective öffentliche Rechte mit besonderer Berücksichtigung des Verzichts auf Leistungen der Sozialversicherung*, 1953; Th.Brüggemann, *Der Verzicht von Zivilpersonen im Verwaltungsrecht*, 1965; K.R.Wilde, *Der Verzicht Privater auf subjektive öffentliche Rechte*,

いるが、それらの間には多くの重複がある。そこで、各論者が共通に掲げるいくつかの事例を、対象となる基本権を保障した基本法の規定順に、まず示しておこう。

- ① 刑事訴訟法136a条2項が禁止しているにもかかわらず、被疑者の同意のもとづいてウソ発見器による取調べをおこなうケース（基本法1条1項と結びついた基本法2条1項＝人間の尊厳と人格の自由な発展から導かれる一般的人格権との関係）。
- ② 交通事犯において、被告人が運転免許を放棄し、今後免許申請をおこなわないことを条件に、刑事手続を中止するケース（基本法2条1項の一般的行為自由との関係）。
- ③ 性犯罪による受刑者が、釈放の条件として去勢手術に応じるケース（基本法2条1項の一般的行為自由との関係）。

1966; K.Friess, Der Verzicht auf Grundrechte, 1968; M.Malorny, Der Grundrechtsverzicht, JA 1974, S.457ff.; G.Sturm, Probleme eines Verzichts auf Grundrechte, in: Festschrift für Geiger, 1974, S.173ff.; K.Bussfeld, Zum Verzicht im öffentlichen Recht am Beispiel des Verzichts auf eine Fahrerlaubnis, DÖV 1976, S.765ff.; J.Schwabe, Problem der Grundrechtsdogmatik, 1977, S.92ff.; J.Pietzcker, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, in: Der Staat 17 (1978), S.527ff.; K.Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; G.Koch, Ein Beitrag zur Lehre vom Grundrechtsverzicht, 1983; G.Robbers, Der Grundrechtsverzicht, JuS 1985, S.925ff.; M.Sächs, Volenti non fit iniuria, in: Verwaltungsarchiv 76 (1985), S.398ff.; H.Quaritsch, Der Verzicht im Verwaltungsrecht und auf Grundrechte, in: Gedächtnisschrift für W.Martens, 1987, S.407ff.; A.Bleckmann, Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, S.57ff.; Chr.Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S.134ff.; R.Malacrida, Der Grundrechtsverzicht, 1992; K.Stern, Staatsrecht III/2, 1994, S.887ff.; G.Spiess, Der Grundrechtsverzicht, 1997; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht, 15.Aufl., Rn.131ff. (永田秀樹＝松本和彦＝倉田原志訳『現代ドイツ基本権』法律文化社2001年49～51頁)。

- (5) Pietzcker, aaO.S.528-530; Robbers, aaO.S.926; Spiess, aaO.S.34-38.

- ④ 受刑者（あるいは一般市民）が、危険な医学実験の被験者となることに同意するケース（基本法2条2項の生命・身体の権利との関係）。
- ⑤ 政府スポークスマンが、個人的な意見表明を慎むことを勤務契約上義務づけられるケース（基本法5条1項の意見表明の自由との関係）。
- ⑥ 機動警察隊への応募者に対して、訓練期間中は所管大臣の許可なく結婚せず、無許可の結婚は解雇の申し込みと見なしてよい旨の宣誓が求められるケース（基本法6条1項の結婚保護との関係）。
- ⑦ いやがらせ電話に悩まされている人が、電話局に電話盗聴を依頼するケース（基本法10条の通信の秘密との関係）。
- ⑧ 郵政当局が官吏任用者との間で、当局側が研修費用を負担し、任官後一定期間経過前に離職した者に対してのみ、研修費用の返済を義務づける契約を締結するケース（基本法12条の職業の自由との関係）。
- ⑨ 家屋所有者が裁判官の令状なしの捜索に同意するケース（基本法13条2項の令状による家宅捜索の原則との関係）。
- ⑩ 市町村と建設会社とが行政契約を締結し、市町村側がその建設会社の構想に対応した都市計画を策定するかわりに、建設会社側は土地の無償譲渡を約し、裁判上の異議申立権の放棄を約束するケース（基本法14条の所有権保障および基本法19条4項の法的救済請求権保障との関係）。
- ⑪ 有権者自身が選挙管理委員の目の前で投票用紙に記入したり、記入ブースに夫婦で入るケース（基本法38条1項の秘密選挙の保障との関係）。
- ⑫ 基本法104条4項によれば、身柄を拘束する裁判官の決定は、被拘留者の家族等に遅滞なく通知されなければならない。被拘留者が、家族に身柄拘束の事実が知られるのを避けるため、この通知を放棄するケース。

これらの一見したところ雑多な事例も、内容的な観点から見て、たとえば次のように、いくつかのタイプに分類することは不可能ではない。第1は、刑事

手続において自分の立場をより有利にするために、一定の基本権が放棄される事案グループ。①②③④⑨⑫はこれにあたると言えるだろう。第2は、いわゆる特別権力関係に自発的に入った人が、特別な基本権制限に同意する事案グループ。⑤⑥⑧がこれに含まれる。第3は、私人が自発的にプライバシーを放棄するケース。⑦と⑪はこれである。そして第4は、⑩のように行政契約によって、法律の留保に上乗せした基本権制限に私人が同意するタイプである。

しかし、果たしてこれらすべてが同一の性質の行為なのか。これらすべてを基本権放棄というひとつの法的形象で一括することが可能ないし適切なものか。この点は検討の余地があるだろう。そこで当然のことながら、そもそもドイツの学説が考える基本権放棄とはいかなる概念なのかを確認しておく必要が生じる。

Ⅲ 基本権放棄という概念の整理

(1) 「基本権の全面的放棄」と「基本権的地位の放棄」

もともと権利の放棄という概念は、私法や刑法の領域で形成され、とりわけ私法の場合には、撤回不能な意思表示による当該権利の消滅と観念されていた(たとえば相続権の放棄)。公法の領域でも、当初はこうした私法上の権利放棄概念が転用されて、主観的公権の放棄ということが言われた。1960年代までは、基本権放棄も主観的公権放棄の下位事例と見なされ、放棄の意思表示による当該基本権の消滅と理解されるのが一般的だったようである。⁽⁶⁾

しかし、1970年代以降のドイツの学説は、憲法上の権利である基本権には、このような私法的観念はあてはまらないとする点でおおむね一致していると言っ
てよい。たとえばピツカーは、「およそ、ある基本権をもはや主張することができないという意味で、当該基本権が全体として放棄されるわけではない」と

(6) Spiess, aaO.S.32 によれば、たとえば Wilde, aaO.S.78 がその例である。

述べているし、ブレックマンも「国家や第三者に対する防御請求権や給付請求権を将来的にすべて包括的に放棄するという意味での包括的な基本権放棄は許されない」という趣旨の指摘をしている⁽⁷⁾。学説は、「基本権放棄」をある基本権の全面的放棄、ある基本権の消滅とは理解していないわけである。つまり、学説の言う基本権放棄とは、ある基本権にもとづく請求権を個別の特定ケースにかぎって放棄すること、すなわちシュピースによれば「基本権で保護された個別の法的地位の放棄⁽⁸⁾」、ピツカーの表現を借りれば「基本権的地位の個別的処分⁽⁹⁾」である⁽¹⁰⁾。本稿でもこの理解を前提として、以下の話を進めていく。

2点ほど補足しておきたい。1つは、このように今日の学説が、基本権放棄をある基本権の全面的放棄と定義しない理由は、全面的放棄は憲法上許されないと見なしているからであるが、許されない理由は自明のこととされ、詳細には論じられていないということである⁽¹¹⁾。

もう1つは、さきほど①から⑫まで紹介したような、ドイツの学説が念頭に置く問題群のすべてが、「ある基本権にもとづく請求権の個別ケースごとの放棄」という基本権放棄概念に包摂されうるかは、検討の余地があるということである。たとえば、特定事件について特定日時におこなわれる令状なしの家宅搜索に同意することと、どんな事件についてもいつでも令状なしに家宅搜索してよいという一般的な同意を与えることとはたしかに異なるので、この場合には基本権の全面的放棄と基本権的地位の個別的放棄という議論は理解しやすいのに対して、去勢手術への同意の場合には、結果の不可逆性から見て、このような区別が可能かどうかは疑問である。もっともドイツの学説もこの点は自覚しており、放棄の程度にはグラデーションがあるという指摘や、ラフな定義に

(7) Pietzcker, aaO.S.530; A.Bleckmann, Staatsrecht II -Grundrechte, 3.Aufl., 1989,S.401. vgl.Spiess, aaO.S.38.

(8) Spiess, aaO.S.44.

(9) Pietzcker, aaO.S.531.

(10) Vgl.Spiess, aaO.S.45.

よって色々な問題を議論の俎上に乗せることが重要なのだという指摘がなされている。¹¹⁾

(2) 「基本権自体の放棄」と「基本権行使の放棄」

「基本権の全面的放棄」と「基本権的地位の個別的放棄」の区別と並んで、マローニーの論説のように、基本権の放棄を「基本権それ自体の放棄」と「基本権行使の放棄」とに区別して、憲法上許容される可能性があるのは後者、すなわち基本権行使の放棄だけだとする学説もある¹²⁾。しかし、これに対しては、シュトゥルムやロバースのように、基本権それ自体と基本権の行使とは不可分であり、行使できない権利などというものはナンセンスだという批判もある¹³⁾。

私の見るところでは、この点に関してはドイツの学説に混乱が存在している。もともと、基本権それ自体とその行使の区別という発想には、ちょうど19世紀ドイツ立憲君主制における国家権力それ自体と国家権力行使の区別論（国家権力それ自体は国王に帰属し、その行使は憲法にもとづき三権の各機関に委ねられる）と同様の発想があるようである。シュトゥルムやロバースの否定論は、基本権についてのこの種の区別を想定した上で、こうした区別には実益がないと主張する。これに対して、マローニーの言う基本権行使の放棄とは、実はシュトゥルムなどが念頭に置いている基本権行使の全面的放棄ではなく、結局のところ基本権的請求権の個別的放棄と同一に帰するのではないかと思われる。彼は次のように述べている。「行使の権限の放棄は、基本権それ自体に手を触れるものではない。放棄者は、相変わらず基本権の保持者であり続ける。放棄の意思表示の到達によって、当該基本権それ自体が消滅するわけではない。行使の放棄については、行使の権限を発動しないという…義務づけだけが放棄と見

11) Spiess, aaO.S.40.

12) Marorny, aaO.S.134.

13) Sturm, aaO.S.185; Robbers, aaO.S.925.

なされる」。

この発言は、要するに放棄が許容されうるのは基本権的地位の個別的放棄だけという趣旨に理解できる。シュトゥルムやロバースもこの点を否定しているわけではないので、1970年代以降のドイツの学説は、個別ケースごとの基本権保護請求の放棄だけを基本権放棄とよび、その許容性について議論してきたと要約することが可能であろう。

(3) 「基本権放棄」と「基本権の不行使」「基本権の消極的行使の自由」

基本権放棄の概念に関しては、ドイツの学説が「基本権の不行使」および「基本権の消極的行使の自由」を、基本権放棄と概念上区別している点にも触れておかなければならない。

基本権の不行使 *Nichtausübung* (*Nichtgebrauch*) とは、文字どおり基本権を単に行使しないことである。基本権放棄との相違は、基本権の不行使には、基本権にもとづく請求権を放棄するという意思表示が明示的にも黙示的にも欠けていること、したがって放棄には法的拘束力が伴うのに対して、単なる不行使には法的拘束力がないことだと言われる。たとえば、訓練期間中結婚しないことを誓約した機動警察隊員とは異なって、単に結婚していない人は、基本法6条1項による結婚の保護をいかなる意味でも放棄したわけではない。

他方、基本権の消極的行使の自由 *negative Ausübungsfreiheit* とは、そもそも当該基本権の内容に含まれる不作為の自由を意味する。一般にドイツでも、たとえば信仰の自由（基本法4条）はいかなる神も信じない自由を含み、結社の自由（基本法9条）はいかなる団体も結成せず、あるいはいかなる団体にも加入しない自由を含むと言われる。これが「基本権の消極的行使の自由」とか

114 Marorny, aaO.S.132.

115 Marorny, aaO.S.132; Sturm, aaO.S.186; Pietscher, aaO.S.533; Stern, aaO.S.904; Spiess, aaO.S.47f.

「基本権の消極的次元」とよばれるものである。学説は、もともと基本権保障に内包されているこうした不作為の選択と、基本権的請求権を行使しない意思表示という作為の選択とは別物だとしている¹⁰⁶。たしかに、基本権の消極的行使の場合には、政府による基本権制限は存在しないのに対して、基本権請求の放棄とは、裏から言えば政府による基本権制限への承諾のことであるから、この両者には相違があると言えるだろう¹⁰⁷。

IV 基本権放棄の許容性に関する判例学説の態度

ここまでの説明をもう一度まとめておくと、ドイツの学説が言う「基本権放棄」とは、「基本権の全面的放棄」「基本権の単なる不行使」「基本権規定でもともと保護されている不作為の選択」とは区別された、「個別ケースごとの基本権請求の放棄」を意味すると要約することが許されよう。この点を前提として、次にこういう意味での基本権放棄が許容されるか否かについて、判例学説はどう考えてきたのかを概観したい。

(1) 判 例

まず判例である。シュテルンやシュピースなどの解説によれば、連邦憲法裁判所は「基本権放棄」という用語自体を使用していない。これに対して、連邦行政裁判所・連邦通常裁判所などのいわゆる専門裁判所の判決には、まれに基本権放棄という言葉は出てくるが、その概念内容や許容性について詳細な議論は展開されていない¹⁰⁸。つまり、基本権放棄という法的形象に関する判例理論はきわめて未発達だということである。しかし学説は、いくつかの判決を、実質

¹⁰⁶ Robbers, aaO.S.925; Stern, aaO.S.905; Spiess, aaO.S.48.

¹⁰⁷ Hillgruber, aaO.S.135.

¹⁰⁸ Stern, aaO.S.897; Spiess, aaO.S.67f.

的に見れば裁判所が基本権放棄の問題を取り扱ったものと位置づけ、基本権放棄の可能性を裁判所が原則的に承認してきたと理解している。連邦憲法裁判所と専門裁判所に分けて、学説が基本権放棄の問題にかかわると見なす判例から一、二拾っておくと次のようなものがある¹⁹⁾。

(ア) 連邦憲法裁判所

連邦憲法裁判所の決定でよく紹介されるのは、ウソ発見器の使用に関する1981年の予備審査委員会決定である²⁰⁾。これについては事例①でも言及した。この決定で裁判所は、刑事裁判の被告人にウソ発見器による取調べを受けさせることは、本人が承諾していても、基本法1条1項・2条1項から導かれる一般的人格権の侵害にあたるとした。しかし、裁判所が、その主たる理由を本件被告人の承諾の任意性に疑いがある点に求めていることから、学説は連邦憲法裁判所が一般的人格権の放棄可能性を原則的に否定したとは考えていない。

その点を裏づける判例として、1983年12月15日の有名な国勢調査判決も、しばしば引き合いに出される²¹⁾。この判決で裁判所は、基本法1条1項・2条1項を根拠とする一般的人格権から、情報自己決定権をはじめて明示的に導き出した。裁判所が、「個人情報の放棄 Preisgabe と個人情報の使用について原則的に自分で決定できるという点で」、各人には情報自己決定権が認められるとしたことを捉えて、学説は連邦憲法裁判所が情報自己決定権の放棄可能性を認めたものと理解している。

(イ) 専門裁判所

専門裁判所が基本権放棄を認めた例として、これまであげられてきたものに

19) 学説による判例の検討としては、Stern, aaO.S.897-971; Spiess, aaO.S.67-74.

20) NJW 1982,S.375; Robbers, aaO.S.930. vgl. Stern, aaO.S.897; Spiess, aaO.S.68

21) BVerfGE 65,1ff. 国勢調査判決については、平松毅「自己情報決定権と国勢調査」(ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』信山社・1996年42～48頁)、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会・2001年)96頁以下、とりわけ123頁参照。

はたとえば次のような判決がある。いやがらせ電話の被害者が電話局に通話の盗聴を依頼することは、基本法10条の通信の秘密に反しないとした1965年の連邦通常裁判所判決²²、同旨の1974年のバイエルン上級ラント裁判所判決²³など(事例⑦)。研修期間を終了して官吏に任官したのち、定められた期間以前に離職した者だけに研修費用を返済させる契約は、基本法12条の職業の自由の保障に反しないとした連邦行政裁判所判決(事例⑧²⁴)。ある市民団体が、1900万マルクの補償を条件に、火力発電所建設に対する異議申立を取り下げること合意した契約は、基本法19条4項の法的救済手段の保障に反しないとした連邦通常裁判所判決²⁵などがそれである。

逆に、専門裁判所が結果的に基本権放棄を認めなかった事例としては、以下のような判決があげられてきた。ピープ・ショーに自発的に出演した女性は、基本法1条1項の人間の尊厳の保護に反するとして連邦行政裁判所判決²⁶。受刑者が釈放の条件として去勢手術に応じることは、基本法1条1項の人間の尊厳、2条2項の身体の不可侵に反するとして連邦通常裁判所判決(事例③²⁷)。機動警察隊への応募者が、訓練期間中には許可なく結婚しない旨の宣誓をおこなっても、婚約者が妊娠している場合には、この宣誓は基本法6条1項の結婚保護に違反して無効だとして連邦行政裁判所判決(事例⑥²⁸)。有権者が自発的に投票の秘密を放棄することは、秘密選挙を保障した基本法38条1項・28条1項に反するとしてミュンスター、リューネブルク、コブレンツの各上級行政裁判所判決(事例⑪²⁹)などである。

²² BGH, JZ 1965, S.66.

²³ JZ 1974, S.393.

²⁴ BVerwGE 30,65 ff.; BVerwGE 42,233 ff.

²⁵ BGHZ 79,131.

²⁶ BVerwGE 64,274.

²⁷ BGHSt 19,201.

²⁸ BVerwGE 14,21.

²⁹ 以上、専門裁判所の判例については、vgl. Robbers, aaO. S.931; Spiess, aaO. S.71-73.

ごく簡単に要約すれば、連邦憲法裁判所も、連邦行政裁判所・連邦通常裁判所などの専門裁判所も、基本権放棄が可能であることを原則として承認しつつ、場合によって基本権それ自体や他の憲法的価値のうちに、その限界を見出してきたということになる⁸⁹。

(2) 学 説

(ア) 消極説・積極説と基本権理論

判例が基本権放棄というテーマを掘り下げて検討していないのに対して、さきほども述べたように、学界では1950年代から90年代に至るまで、このテーマを取り扱う著書・論文が相当数公にされてきた。その際、70年代以降の学説では、基本権放棄が憲法上許されるかという問題に答える場合、解答の方向性と、基本権についての一般的な見方、いわゆる「基本権理論」との間に関連性が存在することもしばしば指摘されてきた⁹⁰。

基本権理論と言え、1974年に公表されたベッケンフェルデの論文「基本権理論と基本権解釈」がすぐに思い浮かぶ。ドイツでも日本でも大変有名なこの論文は、基本権の性格ないし機能に関して、1970年代初頭までに提起されたいろいろな見解を5つのタイプに類型化し、その後の議論の出発点となった。ベッケンフェルデが整理した5つの類型とは、「自由主義的基本権理論」「制度的基本権理論」「基本権の価値理論」「民主主義的基本権解釈」「社会国家的基本権理論」である。もっとも、彼自身が認めるとおり、この5つの基本権理論は必ずしも基本法上の基本権の理解を排他的に規定するものではなく、特に自由主義的基本権理論以外の4つは、力点の置きどころの相違を別とすれば、そ

⁸⁹ Robbers, aaO.S.931; Stern, aaO.S.901; Spiess, aaO.S.74.

⁹⁰ Robbers, aaO.S.927. ベッケンフェルデによれば、基本権理論とは、「基本権の一般的性格、規範的目的方向、内容上の射程に関する、体系的に整序された見解」である。ベッケンフェルデ／初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社・1999年）280頁〔小山剛訳〕。

れぞれの違いがそれほど明確では面もある。

基本権放棄の問題を扱う際に、基本権理論の類型にもっとも詳しく言及したのは、私の見た範囲では1985年のゲルハルト・ロバースの論稿だが、そこでもベッケンフェルデの5類型はつねに首尾一貫しているとはかぎらず、中間形態や重複した主張も存在するとされている。しかし、同時にロバースは、「これらの基本権理論のどれに従うのか、どれにアクセントを置くのかに応じて、基本権的地位の放棄という問題についても、部分的には一致することもあるが、異なった結論が導かれる」とも述べている⁹²。私見によれば、とりわけ自由主義的基本権理解と、何らかの意味で基本権の客観的側面・秩序形成的側面を重視するその他の基本権理解のいずれをとるのかによって、基本権放棄に対する一般的アプローチにも差異が生じるように思われる。

①消極説。基本権の秩序形成的側面を重視する立場から、基本権放棄が原則として許されないことを主張した70年代以降の代表的な論文は、1974年のゲルト・シュトゥルムのそれである。

シュトゥルムは、基本法のもとでの基本権の本質理解を、伝統的な「自由主義的自由概念」と、ルドルフ・スメントとヘルマン・ヘラーの影響を受けた「動態的・機能的な基本権解釈」とに大別し、後者が通説だとする。シュトゥルム自身もこちらの立場に立ち、基本権には個人の利益と並んで、その行使を通じて公益の実現を目指す側面があり、基本権保障の目的は、民主主義・法治国家・社会国家の実現という観点からも理解されなければならないとする。シュトゥルムはこう述べている。「基本権の必要性…に対する市民の鋭敏な感覚と現実の行使がなければ、民主主義は死んでしまい、法治国家はトルソにとどまる。この意味で、基本権の超個人的・国家構造的機能、さらには国家構成的機能について語ることは正しい。ヘーベルレが述べたように、基本権は、すべて

⁹² Robbers, aaO.S.927.

の人の個人的な自由行為を通じて、自由な秩序がつねに新たに形成されるための前提条件なのである³³⁾」。

シュトゥルムのこうした観点からは、基本権を放棄する個人の行為、すなわち基本権の特殊な制限に対して個別に承諾を与える個人の行為も、単なる私事ではなくて公益に影響を及ぼす行為である。「基本権保障によって保護された利益は、必然的に全体の利益でもある」。したがって、基本権の制限が必要な場合には、例外なく民主的立法者が決定を下さなければならない。「基本権放棄は、基本権の機能のゆえに禁止される。個人にはこのような処分権は欠けている³⁴⁾」。

②積極説。この立場とは対照的に、基本権放棄は原則的に認められるとする見解を表明した代表的な論者としては、アルバート・ブレックマンをあげることができるだろう。ブレックマンは、(直接にはフリースを念頭に置きながら)消極説には従うことができないとして、次のように述べている。「この見解では、基本権は任意性 *Beliebigkeit* への自由をも根拠づけるものだということが見逃されている。まさにこうした任意性への自由は、基本権行使を個別的 *punktuell* に放棄する権利(私的自治、基本法2条1項)を含むものでなければならない。その場合、放棄は人格の自由な発展においてきわめて積極的な機能を果たすものだという点と、ある基本権を実現することを選ぶのか、それともその基本権を放棄することで一定の利益 *Leistung* を獲得することを選ぶのかは、少なくとも個別的には個人の任意に委ねられなければならないという点が、考慮されるべきである³⁵⁾」。

ブレックマンは、基本権放棄の一般的許容性を、直接には基本法2条1項の人格の自由な発展の権利から導くが、その背後には自由主義的基本権理解が存

33) Sturm, aaO.S.196 f.

34) Sturm, aaO.S.197.

35) Bleckmann, Staatsrecht II, S.400.

在している。彼によれば、「個人が自分の利益の内容や、自分の利益と対立する利益の重みを自分で判断できる場合に、基本権の実効性は最大化するという考え方が、自由主義的基本権理解には対応している」。したがって、国家は、個人が自分の基本権を自分で守ることができない例外的な場合にのみ、本人の意思に反して基本権保護に乗り出すことが許されるのである。

(イ) 中間説と、放棄可能な基本権の類型化

しかし、ピツカー、ロバース、シュテルン、ヒルグラーバー、シュピースなど、70年代以降の学説の多くは、この両極の中間地点に立って、基本権の自由主義的側面と秩序形成的側面とを共に認める立場から、基本権放棄が認められる場合と認められない場合とがありうることを承認し、むしろ基本権放棄になじむ基本権となじまない基本権の類型化を試みる傾向にある。どのような基本権が原則として放棄を認められ、どのような基本権が原則として放棄を認められないのかについては、これらの論者の間に大筋では一致が見られるので、ここではそうした一般的傾向を簡単に確認しておくことにしたい。

まず第1に、この点はすべての論者の共通前提であろうが、基本法の条文の文言が、当該基本権の保障を基本権主体の意思に依存させている場合には、その基本権の放棄が認められ、逆に基本権主体の処分権を明文で否定している場合には、放棄は認められないとされる⁸⁰。具体的に見ると、たとえばピツカーは、明文で放棄を認める基本権規定として基本法16条1項2文、逆に明文で放棄を認めないものとして基本法9条3項をあげている。基本法16条1項2文によると、本人の意思に反する国籍喪失は、法律にもとづいて、かつ無国籍者とならないかぎりにおいてのみ許されるが、本人の意思による場合には、それに加えて無国籍者となる国籍喪失も許されることから、「国籍を喪失しない権利」の放棄が明文で認められているとの理解のようである。反対に、基本法9条3

⁸⁰ Bleckmann, Staatsrecht II, S.406.

⁸¹ Pietzcker, aaO.S.543; Stern, aaO.S.909.

項では、団結権を制限する合意が無効とされている点から、ピッカーは放棄の禁止を読みとっている。⁸⁸

しかし、基本法上の基本権規定の大部分は、基本権主体による放棄の許容性について、明確な基準を含んでいない。そこで、第2に多数説は、ある基本権の保護内容や保護目的の相違に応じて、放棄になじむ基本権とそうでない基本権とを区別しようと試みている。そして、学説は一般に、基本権が多面的機能を営むことを前提にしながらも、第1次的には人格的・個人的利益を保護していて、共同体との関連性が比較的薄い基本権と、逆にその目的や意義において、何らかの共同体利益の保護を主として目指している基本権とが存在するという理解に立って、前者は原則として放棄が許され、後者は原則として放棄が認められないと考える。⁸⁹

学説が、第1次的には人格的・個人的利益を保護していると見なす基本権は、具体的には基本法2条1項の「人格の自由な発展の権利」、2条2項の「生命・身体の権利」、4条1項の「信仰・良心の権利」、10条の「通信の秘密」、11条の「移動の自由」、12条の「職業の自由」、13条の「住居の不可侵の権利」、14条の「所有権の保障」、さらに19条4項の「法的救済請求権」、104条の「法的手続保障」である。⁹⁰

これに対して、学説が、共同体利益の保護の側面が優越する基本権と理解しているのは、第1に、政治的・社会的な協働を保障する基本権のグループ（すなわち、基本法8条の「集会の自由」、9条の「結社の自由」、17条の「請願権」、38条の「選挙権」）、第2に、一定の社会的な制度を構成する基本権（すなわち、7条の「学校制度の保障」、シュテルンの場合はさらに6条の「結婚の保護」）、第3に、裁判的基本権（すなわち、基本法101条の「正式の裁判官

⁸⁸ Pietzcker, aaO.S.543.

⁸⁹ Stern, aaO.S.911; Spiess, aaO.S.177.

⁹⁰ Stern, aaO.S.911; Spiess, aaO.S.178-184.

の裁判を受ける権利」と103条の「法的審問請求権」)、そして第4に、基本法3条、33条1項ないし3項に規定された「平等権」という4つのカテゴリーである。

また学説は、個人的利益保護の側面と共同体利益保護の側面とが同格的に結合している基本権があることも認める。基本法5条の「コミュニケーションの基本権」(シュピースの場合は、さらに6条の「結婚の保護」)である。

もちろん、こうした分類はおおざっぱなものである。個々の権利の位置づけについては、たとえばシュテルンが、基本法9条1項の一般的な結社の自由は個人的利益を保護する基本権、9条3項の団結権は共同体関係的な基本権に分類するのに対して、シュピースは9条全体を共同体関係的基本権と見なしているなど、論者の間に食い違いが見られる。

さらに学説は、これら3グループの基本権のいずれに属するかによって、基本権放棄が認められるかどうかが自動的に決まると考えているわけではなく、放棄の許容性判断に際しては、利益衡量がおこなわれるべきだとしている。そして、いずれの基本権グループに属するかによって、おこなわれる利益衡量のあり方が方向づけられるとするわけである。たとえば、シュピースは、一般論として次のように述べている。第1グループの基本権は、公益と対立する個人の自己決定権に優先権を与えるものなので、対立する利益との衡量にあたっては、放棄の自己決定に優位が認められる。ただし、個別のケースにおいては、放棄によって害される公益がきわめて重要なものである場合には、放棄が認められないこともある。第2グループの基本権の場合には、個人の放棄の意思と対立する公益は相対的に見て重要である。したがって、傾向としては放棄は否定されるべき状況にある。しかし、シュピースによれば、この種の基本権も主観的公権の保障を含むわけだから、放棄されようとしている利益と対立する公

(4) Stern, aaO.S.912; Spiess, aaO.S.185-187.

益の重要性は、やはり個別のケースごとに確認されなければならない。第3グループの基本権の場合にも、放棄される利益と放棄によって害される公益のいずれに優位が与えられるべきかについては、個別の衡量が要請される⁴²。

V 基本権放棄の制限

以上のような多数説の議論を前提とするならば、基本法上の基本権についてはすべて、放棄と対立する他の利益との衡量の結果、放棄が認められない場合もありうることになる。そこで、さらに問題となるのは、放棄の意思との利益衡量の対象となるファクターは何かという点である。このような利益衡量の要素として、たとえばシュテルンは、基本法1条1項の「人間の尊厳」、基本法19条2項の「基本権の本質内容保障」、基本法20条の「民主制原理」「法治国家原理」をあげている。そのほかにも「法律の留保」や「法律の優位」との関係も多く論者によって問題とされている。残念ながら、基本権放棄を制限するこれらの憲法的利益や憲法原理の全体を体系的に整理する準備はできていないので、最後にここでは一例として、「人間の尊厳」と基本権放棄との関係について、ごく簡単に触れておくだけにする。

ドイツの判例学説は、個別の各基本権が、いずれも基本法1条1項で宣言された「人間の尊厳」の核心部分を含んでいるとしてきた。1970年代以降、基本権放棄の問題について発言した論者の多くは、そこから、どの基本権についても、人間の尊厳の核心部分を傷つけるような基本権放棄は無効だという結論を導き出す⁴³。しかし、同時に学説は、人間の尊厳の内容には、何が人間の尊厳であるのかを自分で判断することも含まれるとしている。すなわち、国家が人

⁴² Spiess, aaO.S.184, S.187, S.190.

⁴³ Sturm, aaO.S.189; Pietzcker, aaO.S.540; Robbers, aaO.S.929; Hillgruber, aaO.S.138; Stern, aaO.S.923; Spiess, aaO.S.106.

人間の尊厳の内容を一義的に決定することを許さず、個人の自律・自己決定を尊重することが、とりもなおさず人間の尊厳の保護内容をなしているというのである。

こうした学説の考え方は、基本権放棄との関係ではひとつのジレンマを生じさせる。自己決定を尊重することが人間の尊厳の保護であるなら、放棄の意思は無制限に尊重されるべきことになりそうだが、他方で、学説によれば、人間の尊厳に反して無効となる基本権放棄もあるわけだからである。この点について、たとえばシュピースは、基本権放棄が基本権行使の一態様であるとしても、自由の行使には、それが自由の否定へと急変する箇所があると言い、ある基本権で表現された個人の権利主体性がまったく廃棄されてしまうような例外的な場合には、基本権放棄は人間の尊厳原理に違反すると述べている⁴⁴。このような考え方を、基本法1条1項についての通説的な理解と結びつけるならば、ピエロート＝シュリンクが言うように、たとえば奴隷制、人身売買、拷問、洗脳などを容認する結果となる基本権放棄は、人間の尊厳に反するという結論になるだろう⁴⁵。

VI むすびにかえて

本稿は、基本権放棄という法的形象に関するドイツの議論を一瞥するという課題だけから見ても明らかに不十分であり、ドイツの学説が考える基本権放棄の制限根拠には、パターンリスティックな根拠と第三者の利益やいわゆる共同体利益の保護とが混じりあっているのではないかなど、まだ検討すべき多くの宿題が残されたままなので、ここで日本法との関係について言及するのは早計であろう。

⁴⁴ Spiess, aaO.S.112, S.115.

⁴⁵ ピエロート＝シュリンク／永田＝松本＝倉田訳『現代ドイツ基本権』119～120頁。

ただ、しめくくりとして、雑駁な感想を2つだけ述べておきたい。第1は、「基本権放棄」の概念を、「基本権の全面的放棄」「基本権の不行使」「基本権の消極的行使」とそれぞれ区別して、「個別ケースにおける基本権的請求権の放棄」と定義する用語法は、日本の憲法学にとっても十分参考になるのではないかということである。

第2は、個人の自律と自己決定権の重視を中心に構成されてきた日本の憲法学の場合、基本権の客観的・秩序形成的側面を正面から認めるドイツと比べて、基本権の放棄はより認められやすい議論構造なのではないかということである。しかしながら、たとえば奴隸的拘束についてのこれまでの理解には、自己決定権の保護だけでは説明しきれない面があるように思われる。実際の出番はごく例外的なケースに限定されるにせよ、日本国憲法の人権規定の背後にも、本人の意思ではくつがえせない場合もある客観的な人間の尊厳原理が伏在していると認めるほうが、人権規定全体の理解としてはより整合的だということではなかろうか。

(40) 個人の自己決定権が「人間の尊厳」によって限界づけられるかという問題について、ドイツの判例学説を分析し、日本国憲法の解釈としては「人間の尊厳」による限界づけを否定する論稿として、押久保倫夫「自己決定と人間の尊厳」(東亜法学論叢6号2001年)65頁以下がある。また、ドイツ基本法の「人間の尊厳」と日本国憲法の「個人の尊重」との関係については、ホセ・ヨンバルト「日本国憲法解釈の問題としての個人の尊重と人間の尊厳(上)(下)」判例タイムズ377号8頁以下、378号13頁以下(1979年)以降、井上典之「いわゆる人間の尊厳について」阪大法学43巻2・3号(1993年)617頁以下、青柳幸一「個人の尊重と人間の尊厳」(尚学社・1996年)5頁以下などによっても検討が深められている。

なお、筆者の管見に属するかぎりでは、これまでドイツにおける基本権放棄の概念の問題を正面から取り上げた研究は存在しないようである。アメリカでは、類似の問題が「違憲な条件の法理」というテーマの下で論じられてきた。これについては、中林暁生「違憲な条件の法理の成立」東北法学18号(2000年)101頁以下、同「違憲な条件の法理」東北大学・法学65巻1号(2001年)33頁以下参照。