

憲法の私人間効力の射程（6）

西 村 枝 美

目 次

はじめに

第1章 保護義務との関係

1. 体系上の位置づけ

2. 多様化するアプローチ

3. 学説の提言 (以上, 62巻2号, 3号, 6号, 63巻1号, 2号)

第2章 裁判制度との関係

1. リュート判決の広がり と 遮断 (以上, 本号)

2. 憲法裁判所の役割

3. 民事事件における放射効と「固有の憲法」侵害

第3章 私法との関係

第4章 憲法との関係

第5章 射 程

おわりに

第2章 裁判制度との関係

一つの基本権が、防御機能、保護機能などの複数の機能を持ち、少しでも異なる機能を持てばそれを独立させ一つの機能として括りだすことにした場合、どれほどの機能を基本権は発揮することになるだろう。

そこにさらに「第三者効力と呼ばれる基本権機能」が追加されるとしたら、裁判において憲法問題とされる幅は質的にも量的にも拡大されるに違いない。リュート判決により認識されたこの基本権機能は別の機能に還元可能な独立性を有しないものなのか、より別の機能で言い表した方が正体の把握をしやすいものなのか、そうした機能それ自体の解明はひとまず横に置き、このリュート判決により認識された「この基本権機能」について憲法裁判所の機能という観

点から探ることとする。

1. リュート判決の広がり と 遮断

リュート判決 (BVerfGE 7, 198 ff.) は連邦憲法裁判所の判断に際して度々引用されるが、引用頁が一致しているわけではない。そのうち目につくものとして208頁前後の引用と205頁前後の引用がある¹⁾。前者は、基本権を制限する法律の解釈にあたっては、制限される基本権の価値を踏まえた解釈を必要とする、という相互作用論や、意見の自由が法秩序を「構成」する役割を担っていることを述べる際に引用される。後者は、基本法が客観的価値秩序を選択した、と言及する際に引用される。

リュート判決を引用する連邦憲法裁判所の判断は、リュート判決において問題になった意見の自由 (基本法 5 条 1 項) のものが相対的に多いが²⁾、それに限らず、他の基本権でも引用される。

また、リュート判決を引用する連邦憲法裁判所の判断を概観すると、二つのことに興味をひかれる。一つは、リュート判決は第三者効力問題という民事事件についての先例としての引用に限られず、民事事件以外の判断にも引用されているということである (民事事件についての判決に対する憲法異議だけではなく、私法規定以外の規定に対する抽象的規範統制などでも登場する)。もう一つは、事件によってはリュート判決と並んで引用される別の判断があり、それが時として、リュート判決以上にその事例の判断の基盤となる引用のされ方をするということである。

この節ではリュート判決を引用する連邦憲法裁判所の判断を、この二つの視点から概観することにする。

(1) 民事事件以外での引用——リュート判決の広がり

民事事件以外の判断で、リュート判決が引用される例を挙げてみよう。

aa) 1964年12月14日第一部判決³⁾。判決憲法異議。バーデンビュルテンベルクの上級行政裁判所の判決を破棄及び地方教会税法13条無効。

本件は、バーデンの地方教会税法（1922年6月30日）⁴⁾に基づき旧バーデン国領域内の教会が教区内の団体に対し教会堂税を課することが可能となっていることが問題となった事件である。フォーバッハに土地を所有していた製紙事業の有限会社 X1 のもとに1957年4月に納税告知書でもってフォーバッハ教区の福音派教会より1956年及び57年の土地、営業そして団体に関する教会税を払うよう要請があり、この課税を拒否すべく X1 はフライブルク行政裁判所及びバーデンビュルテンベルク上級行政裁判所、連邦行政裁判所で争ったがすべて敗訴したため、判決に対する憲法異議を提起した。またボーデンゼー／ジンゲンにある有限会社 X2 はジンゲン教区のカトリック教会から1956年及び57年の土地、営業及び団体に関する教会税を要求され、同じく争ったが、敗訴したため、判決に対する憲法異議を提起した。連邦憲法裁判所は、基本法はある宗教団体に、そこに属さない人間に対して公権的権限を付与することを禁止しており、バーデンの地方教会税法に基づく州の教会堂税への教区内の団体の協力義務は基本法2条1項の法人の基本権を侵害しており、バーデンビュルテンベルク上級行政裁判所の判決を、同条違反で破棄し、教会の維持建設への税への協力を根拠づけているバーデン地方教会税法13条無効、とした。

このような判断の理由において、まずは地方教会税法13条が、国家に宗教的世界観的中立性を命じている基本法4条1項、3条3項、33条3項、そして140条と結びついたヴァイマル憲法136条1項及び2項と両立しないことが指摘され、次に、ヴァイマル憲法137条6項が「公法上の団体たる宗教団体は、市民的租税台帳に基づき、ラントの法の規定の基準に従って、課税する権利を有する」と規定し、これが基本法140条に基づき現行基本法下でも効力を持つこととの関係が検討される（217頁以下）。連邦憲法裁判所は、ヴァイマル憲法137条6項が宗教団体や教会に保障しているのは、「基本法の意味での基本権」ではなく、課税権は市民に対する国家の高権であり、宗教団体に対しては法律の範囲内でのみ認められ、「国家は、ヴァイマル憲法137条6項によって従来の課税権を変更することを妨げられない」（218頁）。ヴァイマルの教会条項が基本法140条によって取り込まれたのは「憲法的妥協の結果」（218頁）である。

ヴァイマル憲法136条以下の教会規定は基本法下でも完全に有効な条文であり、他の基本法の規定より下位にあるということはないが、「編入された教会条項と他の基本法に直接関係する諸規定との関係は基本法秩序それ自体の関係から確定されなければならない、その際基本法は教会と国家についてのヴァイマル憲法のすべての規定……を継受したのではない、ということは重要である」(219頁)。

リュート判決が引用されるのはこの次である。

「ヴァイマル憲法規定が基本法の別の諸規定に矛盾する限りで後者が優位し、前者はもはや適用できない。この解釈は連邦憲法裁判所の裁判に対応しており、それによれば基本法の個々の規定は、基本法とりわけ基本権及びその価値秩序と両立するよう解釈されなければならない (BVerfGE 1, 14 (32) ; 7, 198 (205))。最も重要な解釈原理は論理的・目的論的意味の産物としての憲法の統一性である。なぜなら憲法の本質は国家共同体の政治的・社会的・生活の統一秩序の中にあるからである」(219-220頁)。

bb) 1973年5月29日第一部判決⁵⁾。法律に対する憲法異議。大学の制度改革を行う法律の一部が違憲。

本件での憲法異議の対象となった法律は、ニーダーザクセンの統合大学への切り替え法(1971年10月26日)である。同法でもってニーダーザクセンは統合大学法の発効までに諸大学の教授会、委員会及び会議体の関係とこれらの諸組織並びに選挙手続での大学構成員の様々なグループの代表者のあり方を新たに規律した。同法8条1項によれば比例代表選挙により大学合同理事会(学長選出、規定改正の提案議決)、評議会(教学事項及び日常的な管理業務に関する総合大学の最高位の議決機関)、学部会議、学科会議などを新たに制度化した。この会議の構成員は、大学教員、研究補助員、学生、その他の構成員の代表者である。議決権は同等である。大学教員とは、2条2項によれば、正教授、助教授(1号)、学術員と教員、部局長と教員(2号)、公務員の資格を持つ臨時教員(3号)、学外の公費に基づく研究所に専任の、ないし少なくとも週に2時間大学で教えている名誉教授、非常勤教授、私講師(4号)、総合大学ない

し単科大学の講師，対象大学に専任の私講師（5号），主任医師，主任技師，主任助教（6号），講義ないし教育活動を義務づけられた教授資格の無い教員，ギムナジウムの一級教諭，裁判官ないしこれらと同等の業務に従事する大学に勤務する公務員（7号），体育施設の長ないし責任者（8号），芸術音楽の長（9号），専任の外国語講師（10号），教科教育長（11号），である。

この法律に対し，ニーダーザクセンの大学自治の構成メンバーとその議決権について規定するこの法律が基本法5条3項と両立しない，としてニーダーザクセンの正教授，臨時教授，大学講師，対象となった大学の私講師らが憲法異議を提起した。これに対し，連邦憲法裁判所は，法律に対する憲法異議が認められる前提は憲法異議提起人自身が「その法律によって現在かつ直接に侵害され，そして基本権の遂行行為を通じて初めて侵害されるのではない」場合であるとし，本件ではこの要件は充たされとする（107頁）。次にこの憲法異議に理由があるかどうかについての検討に入り，フンボルトに代表される新人文主義による大学像（目的を問わない学問への従事を通じた研究教育の密接なつながりの中での教授する者とされる者との「意図せざる」共同体）から，19世紀から20世紀にかけての大学の状況の変化により，組織的構造的危機が大学にもたらされ，これまで教授する者に留保されていた大学の自治が変革を迫られることとなったとの指摘が行われる（109頁以下）。この大学改革の流れの中にある本件の法律に対する憲法異議の判断に際して「重要なことは，基本法5条3項の憲法上の内容を正確に定義し，大学領域での立法者の裁量をできるだけ明確に確定することである」（112頁）。リユート判決が引用されるのは，その5条3項が，学問に従事するすべての者に対して国家介入に対する学問的活動を保障する防御権であると述べた後である。

「憲法の基本権規定においては『基本権の妥当力の原理的強化を表現』し憲法の根本的決断として法の全領域に妥当する客観的価値秩序が具体化されている（BVerfGE 7, 198 (205))」（114頁）。そして「立法者が……より大きな形成の自由を有する領域であっても基本法の特別な価値決定はこの自由を制限する」とし，基本法5条3項もそのような価値決定を含み，この価値決定は個人

の自己実現のみならず社会全体の発展のための「自由な学問」に当然帰属する重要な機能に基づいている，とする（114頁）。

基本法5条3項は伝統的なドイツの大学の構造モデルを保障してはおらず（116頁），「グループ大学」というシステム（教授する者とされる者の機関である大学に関する事項は大学のすべての構成員の審議決定権限のもとにおく組織形態）もそれ自体として基本法5条3項と両立する（124-125頁）。しかし基本法5条3項が「学問の自由の原理」を提起する場合，大学教員には研究教育について際立った地位が付与されてきた。「現在の大学構造に従えば大学教員は学問生活の重要な機能の担い手」であり，立法者は，大学構成員各グループのそれぞれの利益と機能の考慮のもと学問行政の組織をその形成自由の枠の中で形成する場合にも，大学教員のこの特別な地位を配慮しなければならない（127頁）。「このことを一般的平等原則と結びつけた基本法5条3項の価値決定は要請し，また規律しなければならない生活関係の種類に応じて様々な状況にあるグループに十分な理由なく同じ規律に服させることを禁止する」（127頁）。

「基本法5条3項の放射効は組織機関の領域においては研究教育に直接関わる事項に限定される」（131頁）。「基本法3条1項と結びつけた5条3項は研究に直接関わる問題についての決定に際しては大学教員のグループに決定的影響力を留保しておくことを要求」（132頁）し，直接教育に関わる決定については，大学教員のみならず研究補助員も本質的機能を担っており，又学生の利益に関わる領域であるため，その枠を踏まえつつ，立法者は，大学教員のグループにその特別な地位にみあった「決定的な影響」を留保するようにしなければならない（132-133頁）。各グループの議決権をおしなべて同等としているこの切り替え法はその限りで基本法3条1項と結びつけた5条3項と両立しないが，連邦憲法裁判所法95条3項1文により無効とはせず，違憲の確認に限定する（148頁）。

cc) 1975年2月25日第一部判決⁶⁾。抽象的規範統制。墮胎を一定条件で合法化する刑法218a条が違憲。

この事件は胎児の生命に対する国家の保護義務を憲法から導出した（根拠条

文は基本法1条1項、2条2項)) ことで有名であるので、事件内容、判断の理由づけは省略するが、リユート判決が引用されるのは、あらゆる人間の生命を保護するという国家の義務は直接基本法2条2項、そして1条1項から導出される、とされた後、国家に保護を要求する胎児の基本権主体性の有無の論点をクリアする部分である。

胎児の基本権主体性の有無についての争いに決着をつける必要はない、と連邦憲法裁判所は言う。なぜなら「連邦憲法裁判所の定番となっている裁判によれば、基本権規範は国家に対する個人の主観的防御権のみならず、客観的価値秩序を具体化し、それは法のすべての領域にとっての憲法上の基本的決定として妥当し、立法、行政そして裁判にとっての指針と刺激を与えるのである(BVerfGE 7,198 (205) ; 35,79 (114))。国家が胎児の法的保護を憲法ゆえに義務づけられるのかどうか、そしてどの範囲で義務づけられるのかについてはそれゆえ基本権規範の客観法的内容から推論され得る」(41-42頁以下)。

dd) 1978年8月8日第二部決定⁷⁾。具体的規範統制。高速増殖炉型原子力発電の設置許可の根拠条文である原子力の平和利用に関する法律7条1項及び2項は基本法と両立。

本件はカルカー決定と呼ばれ、本質性理論を展開した事例としても、原子力発電設置許可という専門技術的な判断が必要な領域への司法統制の事例としても、保護義務の先例としてもしばしば言及される事件であるため、詳細は省略するが、提起された論点は、法律の留保原則、法律の十分な明確性、そして基本権秩序から導出される客観法的保護義務であり、このうちリユート判決が引用されたのはこの最後の論点である。上記cc)でも保護義務との関係でリユート判決が引用されたが、この堕胎罪では胎児の基本権主体性の論点を解消するために用いられたのに対し、カルカー決定では、将来起こりうる基本権侵害の危険を基本権問題にする側面で登場する。

この将来の可能性について検討する前に、連邦憲法裁判所は、原子力発電所ないしその稼働によって発生する第三者の基本権侵害について、原子力法それ自体と同法に基づいて行われた許可を区別し、前者について検討している。そ

して、まずは現に損害が生じるような施設ないし稼働状況であった場合について、法律はそれを憲法上の観点から排除できる条文構成になっていることを確認する。次に、「将来この施設の稼働によって損害が生じることが完全に排除できない場合」について検討を行う。この「将来の損害」を「完全に排除できない」場合については、原子力法は原子力発電所設置の許可を行う構造になっている。つまり原子力法の許可規定は「その限りで残余のリスクを甘受するのである」(141頁)。しかし、現在損害が生じ基本権侵害が存在するわけではないとしても、また軽微とはいえない基本権危機が生じうるのが許可を出した後の可能性であったとしても、「その種の規律に際して憲法侵害が用済みであるとすることはできない」(141頁)。リユート判決が引用されるのはこの次である。

「連邦憲法裁判所の定番の判断によれば基本権の保障は単に公権力に対する個人の主観的防御権を含むのみならず、同時に憲法の客観法的価値決定を意味しており、それは法秩序のすべての領域に妥当し、立法、行政そして裁判に指針を与えるのである(参照 BVerfGE 7,198 (205); 35,79 (114). さらに証拠として, 39,1 (41f.))。このことが最も明白に言及されているのは基本法1条1項2文であり、それによれば人間の尊厳を尊重し保護することはすべての国家権力の義務である。そこから憲法上の保護義務が生じ得るのであり、この義務は法的規律に際しては基本権侵害の危険をも食い止めるよう形成することを命じるのである。そのような形成が憲法ゆえに命じられるかどうか、どういう場合に、どの程度なのかについてはありうる危険の種類、緊迫度、そして程度、また憲法上保護される法益の種類とランク、並びにすでに存在する諸規定に左右される」(141-142頁)。

連邦憲法裁判所は、原子力平和利用に際して起こりうる重大な危険を立法者も認識していたことは原子力法の保護目的規定に現れており、その効果の種類と重大性により、立法者の保護義務をも作動させるのには、その発生のわずかな蓋然性ですでに十分である、と指摘する一方で、高速増殖炉についてのそうした可能性は排除できないとしても、「原子力法7条1項及び2項はそのよう

な保護義務を侵害しているということは現時点では確定することができない」とし、生命健康財産への損害について立法者は最大限の危機防御とリスクへの配慮、という原子力法7条2項及び1条2号において具体化された原則により基準を設定し、許可をするのはそのような損害発生が引き起こされることを学と技術にしたがって「実践的に」排除される場合だけである、とする。そして「実践理性の限界値の現時点での不確定性は人間の認識能力の限界に原因がある。すなわちこの不確定性は逃れることができないものでありその限りで社会的に相応の負担としてすべての市民によって担われなければならない。原子力法の現在の形成に際してはその限りで立法者による保護義務の侵害は確定することができない」とする（143頁）。

ee) 2004年6月17日第二部決定⁸⁾。判決に対する憲法異議。CDUの誤った財務報告に基づき支払われた政党助成金について連邦議会議長が行った返還命令を認めた行政裁判所の判決に対する憲法異議を棄却。

本件はCDUの財務報告が適正に行われていなかったことに端を発した事件である。1999年1月4日にCDUは1999年度の国家による政党助成金の申請を行い1999年9月30日に1998年度の決算報告を提出した。1999年11月24日に連邦議会議長（政党法21条2項に基づき資金管理の地位にある）は1999年度の助成金を確定し、すでに前払いしていた分を差し引いた額をCDUに納付した（他の請求権のある政党がまだ決算報告を提出していないので額については留保あり）。1999年12月30日にCDUが1998年度の決算報告の修正を提出した。その変更は、1993年から1998年までに240万マルクの出所不明の資金があり、それが決算報告に反映されていなかったというものであった。さらに2000年1月14日に、CDUヘッセン支部が1983年に2080万マルクをスイスに送金しそこで投資が行われ、また1993年にリヒテンシュタインに「ミソサザイ」という財団法人を設立、この財産及びそこからの収益は次年度にヘッセン支部に還流して、これらの一部は「その他の収入」として扱われたが、のちに事実反してユダヤ人同胞の遺贈ないし選挙応援目的ないしその他の活動のための経費とされた。1998年時点でこれに関するヘッセン支部の資金1800万マルクは1999年9月30日

の決算報告にも1999年12月30日の修正報告にも記載されていなかった。このことが2000年1月14日に公表され2000年1月28日にCDUはヘッセン支部の純粋な財産が1820万マルクであると修正した。

連邦議会議長は、2000年2月14日に通知を出し、政党法19条4項3文（12月31日までに財務報告提出のない政党については、全政党への寄付金の考慮なしに最終的な確定を行う）に基づき、1999年12月31日までに内容上正しい報告書が提出されなかったことを理由に、CDUへの政党助成金最終額を35246225.13マルクとし、当初76594112.55マルクとしてCDUに交付済であったことから、差額41347887.42マルクを2000年度のCDUへの助成金5499850.53マルクから差し引き、残額35848036.89マルクを返還するよう要求した。

争点は、政党法19条4項3文が完全に正しい財務報告をも要求しているかどうかである。CDUは2000年2月14日の通知に対して訴えを提起し、行政裁判所はCDUの主張を認めたが、上級行政裁判所、連邦行政裁判所は訴えを退けたため、CDUは、基本法2条1項、3条1項、20条3項そして21条1項侵害を理由に憲法異議を提起した（間接的に返還要求額があまりに過大であるという視点もあり）。

リュート判決が引用されるのは、専門裁判所の法律（本件では政党法19条4項3文）解釈に対して連邦憲法裁判所がどこまで審査できるかについての部分である。

「客観的秩序の要素としてすべての法領域へ基本権を展開していく基本権の法律への放射効（参照 BVerfGE 7,198 (205) ; 73,261 (269) ; 定番の判決）と異なり、政党法の執行に際しての憲法上の審査は、その解釈適用が原則として政党の基本権という意義について不当な解釈に依拠しているかどうかに限定されない。政党がその説明義務を果たしているかどうか、ないしここでなされている要請が十分な法（律）上の根拠なく個別事件において過大なものとなっているかどうかについては直接基本法21条1項という憲法規定の適用にかかわることでもあり、この憲法規定は政党を国民の政治的意思形成のための憲法上必要な手段として承認し憲法上の制度のランクに引き上げたのである」（84-85

頁）。

そして基本法21条自身が政党の透明性、内部組織の民主化を要求しており、仮に政党法19条4項3文にいう報告書が形式的意味でのものであり実質的なものまでは求めているとの解釈を採るならば、法律の解釈に反するのみならず基本法21条とも両立しない、とする（85頁，90-91頁）。

（2）連邦憲法裁判所と専門裁判所の関係——リユート判決の遮断

これから紹介する連邦憲法裁判所の判断に注意を引かれたのは、リユート判決としばしば同じ個所で引用されることもあれば、リユート判決を引用する文章とは異なることを述べる文脈でも引用されているからである。ということは、リユート判決と重なることを言っていないが、別の意味での先例でもあることを意味するに違いない。

その判断とは、特許決定である。これは単独でも繰り返し引用され続けている決定である。そしてこの判断自身、理由づけの中でリユート判決を引用している。何にかかわる先例かという点、専門裁判所の判断に対する連邦憲法裁判所の審査の限界についての判断を示したものである。

まずこの特許決定を概観した後、この特許決定としばしば並列で引用されるドイツマガジン決定を紹介する。特許決定が専門裁判所に対する連邦憲法裁判所の審査の限界にかかわるリーディングケースであるならば、ドイツマガジン決定は、その民事事件に関する専門裁判所の判断に対するそれである。それから、リユート判決、特許決定、そしてドイツマガジン決定を引用する連邦憲法裁判所の判断をいくつか紹介する。

aa) 1964年6月10日第一部決定⁹⁾。判決に対する憲法異議。法的審問への権利（基本法103条）侵害を主張している部分については時期に遅れた攻防として却下、それ以外の部分は請求に理由がないとして棄却。

特許法の事件である。特許法の規定を確認しておく、特許の付与は特許庁への発明の申請を前提とする（26条1項）。特許庁の審査機関は申請された発明に特許性がないとした場合、これについて特許申請者に理由を明示して通知

する（28条）。この特許庁審査機関の通知は「反論」と呼ばれる。特許庁が形式的にも実質的疑念も持たない場合には申請の公示を決定する（30条1項）。公示は申請者に特許の法律的効果をさしあたり付与し（30条1項2文）、他者は特許の付与に対し異議を申し立てる可能性に開かれる（32条1項）。公示された特許申請および付与された特許の書類ならびにそれに付随するその他の試作品や試供品について閲覧は申請によってのみ認められる。閲覧申請についての判断を行う前に特許申請者ないし特許保持者は聴聞されなければならない。特許申請者ないし特許保持者が対立する保護に値する利益を証明した場合には、その限りで閲覧は認められない（24条2項及び3項）。

人工的に肌を褐色にする方法について特許を申請したXが、ドイツ特許庁の審査機関の反論により（成分の一つが変質しやすく商業的利用に堪えない）、その部分を除外した残りの成分に限定して申請し、その限定した申請が特許庁により公示された。これに対し競業者Yが特許付与に異議申し立てをし、書類閲覧を申請したが、ドイツ特許庁は申請から除外された部分は公示していないので閲覧対象から除外していた。閲覧対象となる範囲について、審査部の反論により特許公示からのぞかれた部分に対しても、閲覧させるようにさらに争ってきたYの訴えを認める連邦特許裁判所の判断に対し、Xが憲法異議を申し立てた。

本件において特許裁判所の判例上確定していない部分は、特許庁審査部が行う「反論」の内容であった。審査部が特許申請に対して行う反論のもとでは、① 新規性、発明の制度そして技術的進歩の欠如を示す著作部分への警告、が含まれることには争いはないが、② たとえば本件のような変質しやすさを理由とした商業利用性の欠如といった他の特許の妨害への警告、をもできるのかどうか、である。その他の論点（③ 反論を受けて撤回した部分も、保護に値する利益を主張しない限り書類閲覧の対象となるかどうか、④ 反論を受けて撤回した部分、つまり特許法上財産的価値ありと認めなかった部分についても基本法14条上の保護領域に含まれるか）については実務上も、連邦憲法裁判所の判例上も争いはない（③ 閲覧対象となる、④ 財産権を内容形成する法律が

財産権と両立するかぎり、その法律が財産権の対象としていないものを、さらに基本法14条が財産権としてその保護領域に含めることはない)。この争いはない、とされる部分について、Xは改めて基本権14条の財産権侵害を主張してきた。つまり④が判例の理解とは異なり、撤回した部分についてもXの14条の保護領域に含まれることを前提に、③ 特許出願を撤回した部分の書類をも競業者への閲覧を認めた連邦特許裁判所の判断は、特許法24条の解釈を基本権適合的に解釈していない、というものである。

連邦憲法裁判所がリ्यूト判決を引用したのは、連邦特許裁判所によって適用された法律自体は基本法14条と両立することが確認され、残るはXの主たる主張である法律の憲法適合的解釈を怠ったかどうかという論点に入った部分の冒頭である。

「裁判所は法律、とりわけ一般条項の解釈適用に際して基本法上の価値基準を考慮しなければならない。裁判所がこの基準を誤った場合それは公権力の主体として考慮されなかった基本権規範を侵害している。その判決は憲法異議により連邦憲法裁判所によって破棄されなければならない（BVerfGE 7,198 (207)；12,113 (124)；13,318 (325))。

他方で裁判所が憲法異議や連邦憲法裁判所の特別な任務の意味を正しく評価しないとすれば、連邦憲法裁判所は上告審と同様に裁判所の判断に対して、正しくない判断の基礎になっているおそれのある部分の基本権と抵触していることを理由に、無制限の法的審査を要求したいかもしれない。手続の形成、構成要件の確定及び正しさ、法律の解釈そしてその個別事例への適用は、それについて管轄する裁判所の事項であり、連邦憲法裁判所の審査外にある。裁判所による固有の憲法侵害の場合のみ連邦憲法裁判所は憲法異議を受けて介入できる。固有の憲法は、ある判断が法律を基準にして客観的に誤っている場合には、なお侵害されていない。その誤りがまさに基本権を考慮していないことになければならないのである。

もちろん連邦憲法裁判所の介入可能性の限界はいつも一般的に明確に線引き

できるわけではない。裁判官の評価には、個別事例の個々の状況の考慮を可能にする一定の裁量が残されていなければならない。一般的に言うことができるのは、法律の範囲内でのノーマルな包摂行為は、以下のことがない限り、連邦憲法裁判所の審査に服さない、すなわち、解釈の誤りが、原則として基本権の意義の正しくない見解、とりわけその保護領域の範囲にかかわっている場合や、具体的法事例に関する基本権の実質的意義の中でその誤った解釈がなにかしらの重みを持っている場合が確実にない限り、連邦憲法裁判所の審査に服さない、ということである」(92-93頁)。

この定式に基づき、連邦憲法裁判所は、次のように判断する。Xが特許出願撤回した部分すべてにYの利益を上回るような利益を特許法は認めていないため、撤回部分すべてを基本法14条の保護領域に含めることはできないが、特許庁審査機関の反論の範囲について裁判所上議論があること(本件のような商業利用に適さない、というのは、将来商業利用に適するように完成させることが可能なため、出願者の利益が書類閲覧者の利益をはるかに上回るという見解あり)からすると、従来のより限定的反論の範囲を、確定しないまま拡大したことが「連邦特許裁判所に憲法異議申立人の撤回した発明部分への秘密保持の利益をきわめてわずかにしか評価しないきっかけをあたえたかもしれない。したがって連邦特許裁判所は、自身の決定によって意味のあるはずだった著作権上経済上の関連を完全に見落としているか誤ってみていたかもしれない。それによって財産権という基本権上の価値を顧みていなかった、ないし誤解していたということは確定できない。『反論』という概念が特許裁判所によってそこで関係している事実関係に適用されるかどうかという問題はむしろ第一に特許法上の問題であり、その解明はまずは特許裁判所のさらなる判断に委ねられなければならない。ここで行わねばならない検討に連邦憲法裁判所は、ある事例の見解のその法領域への効果の中で看過することのできない憲法上の財産権概念の解釈があることによってその事例の見解が広い射程を持つことがなければ介入することはできない」(95頁)。

bb) 1976年5月11日第一部決定¹⁰⁾。判決に対する憲法異議。憲法異議申立人に特定の表現形式を禁止した専門裁判所の判決は基本法5条1項を侵害しないとして棄却された事件。

定期刊行物「労働組合雑誌」1969年6月25日の112号に「ドイツマガジン—なお極右の煽動誌—」という目次が1頁目に、その目次で示された頁の論文（題名自体は「なお極右の煽動誌」）には、ドイツにおいて極右の国家主義的出版物が急激に増えていること、「風変わりで有名」なドイツ基金も独自の雑誌「ドイツマガジン」を創刊したこと、結論として「極右雑誌はカトリックやCDUの立場と密接なつながりがある」との指摘が行われている。

これに対しドイツマガジンの編集者であるドイツ基金は、民法1004条と結びついた823条1項2項により、「労働組合雑誌」の編集者、責任編集者、当該論文の執筆者（以下、Xら、とする）に対し、① ドイツマガジンを「極右の煽動誌」と表現すること、② ①の趣旨のことを述べること、について、表現の不作为を請求した。①②の表現は「刑法185、186条の意味での侮辱誹謗でありその流布は自由な言論表現という基本権によっても、刑法193条により正当な利益の遂行としても擁護できない」との主張である。ラント裁判所は訴えを全面的に認めたが、上級ラント裁判所は①についての発言不作为については認めたものの、②については不作为を認めなかった。

この①について不作为を認めた判断に対し、Xらは基本法5条侵害を理由として憲法異議を提起した。

連邦憲法裁判所は、リユート判決の引用から入る。

「憲法異議は憲法185、186条と結びついた民法823、1004条による民法上の不作为請求についての民事裁判の判断に対するものである。これらの諸規定を解釈適用することは通常裁判所の任務であり、通常裁判所はこの判断に際して民事法の諸規定への基本権の影響を考慮しなければならない（BVerfGE 7,198 (204 ff.) —リユート—、定番の判決）。名誉保護規定に対するこの方法で行われる異論の余地なき侵害の確定は個別事例での意見の自由の憲法上の限

界を現実化する」(147-148頁)。

「通常裁判所が基本権上保障された私人の相互の地位を限界づけなければならずその際——とりわけ一般条項や民事法と基本権との「掛け橋的立場」にあるその他の規定の解釈に際して——基本権に関係づけて論証する場合、通常裁判所は私法を適用する (BVerfGE 7,198 (205 f.) —リュート—)。民事法上の争訟の「正当な」解決は具体的にいかなるものかについて基本法には明記されていない。むしろそれはその都度の法領域を直接支配する規定を媒介にしてまずは展開されるという基本法の基本権の章でのあらゆる法領域に対する憲法上の基本的決定を内容としている (BVerfGE 7,198 (205) —リュート—)。

連邦憲法裁判所はそれゆえ法律の解釈適用それ自体を審査することはできない。連邦憲法裁判所に課されているのは単に通常裁判所による基本権上の規範と基準の考慮を確保することである (BVerfGE 7,198 (205 ff.) —リュート—; 18,85 (92 f.); 30,173 (187 f., 196 f.) —メフィスト—; 32,311 (316)); あらゆる個別事例において超上告審の流儀に従い通常裁判の判断に替わって適切な判断を下すことは連邦憲法裁判所の任務ではない。

もっとも連邦憲法裁判所の介入の限界は厳格にかつ不変な形で引けるわけではない。連邦憲法裁判所には個別事例の個別状況を考慮することを可能にする一定の裁量が残されていなければならない (BVerfGE 18,85 (93))。とりわけ基本権侵害の程度は重要である。連邦憲法裁判所自身が矛盾する基本権地位の評価に際して力点を別な形で置きそれゆえ別の判断に至ったとしても、連邦憲法裁判所は民事裁判上の効力ある判断に対抗できない。連邦憲法裁判所が修正しなければならない客観的憲法侵害の閾に達するのはむしろ、民事裁判所の判断が基本権の意義、とりわけその保護領域の範囲について基本的に誤った解釈に依拠していたり具体的法事例にとっての基本権の実質的意義のなかでもなにかしらの重みをもっていたりするような解釈の誤りを認識させる場合、である (BVerfGE 18,85 (93))。民事裁判の判決が結果的に敗訴者の基本権領域にさらに継続的に関われば関わるほどますますこの介入の理由づけはより厳格に要請されることになり、したがって連邦憲法裁判所の審査の可能性はより広

くなる。介入の程度が最高度である諸事例では（例としてレーバッハ事件 BVerfGE 35,202参照）民事裁判によって行われた評価を連邦憲法裁判所独自のものに置き換えている」（148-149頁）。

この枠組みを踏まえて、本件について判断する際に、連邦憲法裁判所は、発言禁止が見解の公表の禁止になるのか、それとも表現形式の規制にとどまるのかで区別を行い、通常（常に、とまでは言えないが）言い回しの変更は思想の損傷には至らず、「5条1項の観点に関連する紛争で、連邦憲法裁判所により詳細な審査をさせる重大なものは、発言者に発言に現れた思想の一部の放棄を要求することが生じる可能性がある場合である」とする（149頁）。そして「批判されている判決は、ドイツマガジンが極右の煽動誌であるという言葉のみを禁止し、その趣旨の主張を禁止しているわけではない。憲法異議申立人が批判を繰り返すことを妨げてはいないし、その軽蔑を明確にさらに徹底的に表明することを妨げてもない。異議が出された言葉の組み合わせ「極右の煽動誌」は確かに特別な辛辣さを見せてはいるが、別の言葉の使用では実現できないような独立した客観的表現価値を現していないので、異議申立人が特定の思想内容の表現を妨げられてはいない」（151頁。下線部原文では斜体での強調）と指摘する。連邦憲法裁判所は、通常裁判所が「極右の煽動誌」を価値判断ではなく事実の描写と理解したことやドイツマガジンのスタイルや議論の水準からして通常裁判所の取った措置が適切かどうかについて不確かとはするが、そこから「基本法5条1項の観点のもと断固たる異議は導き出せない。なぜなら個人の名誉の権利が問題にしているのは憲法上実体化された意見及びプレス自由の制限であるからである」とする。「政治的反論者の名誉のあらゆる侵害を憲法ゆえに正当化するのは不適切」であり、悪意なく行われた侮蔑的表現に継続的サンクションを課すのは慎重であるべきではあるが、「通常裁判所の観点から名誉棄損的性格であると確定された表現形式それ自体をさらに使用できるような基本権上保障された権利は存在しない」し、使用された表現の鋭さの保持、ましてや論争の中で次第にエスカレートしてより強い言葉を用いるようになっ

た部分は、「基本法が保障し個人の名誉に配慮もしている、自由の遂行における精神的論争の一部ではない」(152頁。下線部原文では斜体強調)。

この判断については表現形式も基本法5条1項の保護領域に含まれるとする少数意見がついている。

cc) 1993年10月19日第一部決定¹¹⁾。判決に対する憲法異議。1件については基本法2条1項の基本権を侵害しているとして破棄差戻。もう1件については請求棄却。

本件は連帯保証契約の有効性に関する事件である。連邦憲法裁判所は冒頭で「この憲法異議が問題にしているのは、債務者の、収入も財産もない家族が市民として高額の保証リスクを引き受ける場合民事裁判は銀行との保証契約をどの程度憲法ゆえに内容統制に服せしめられるか、である」と指摘したうえで、① 銀行での契約は特別法があるわけではなく民法典の契約法に基づいて行われていること、② 信用貸しの保証の実務では中規模都市では家族が保証人になるのが一般的であること(資産の審査もない。ドイツ銀行連邦団体の見解として、契約の目的が債務の拡大ではなく家族との関係を通じて注意した経営を行う誘因とすることにある、としている)、③ ここ10年成人したばかりの若者が、返済能力が乏しいにもかかわらず、パートナーや親の高額の銀行債務の保証者となり過剰債務に陥る事例が急増していることから、管轄裁判所が契約内容の統制に乗り出したこと(複数の上級ラント裁判所で良俗違反により契約を無効とした事例があるが、連邦最高裁判所では第9民事法廷、第3民事法廷では債務の高額さを理由に良俗違反とすることを否定しており、これを支持する学説もないわけではないが大多数は批判している旨記述が続く)、が述べられている(214頁以下)。

こうしたことを背景に、本件もやはり一方は父の、一方は夫の保証人となり、銀行から債務を返済するよう要求されてそれを争った事件で保証契約無効の判決が出されず(前者は父の営業上の保証契約でX1は当時21歳、未返済の約240万マルクを払うよう要求されたのはその4年後、現在一人の子供を育てるシングルマザーでありで差し押さえられる資産は413マルク、生活保護受給者

である。X2は夫のいわゆる「保証ローン」の負債総額32140.02マルクを返済するよう銀行から要求された二児の専業主婦である）、それを基本権侵害として連邦憲法裁判所に基本権侵害を主張して憲法異議を申し立てた事案である。

連邦憲法裁判所はこれらの憲法異議が適用される法律の違憲性を争っているのではなく民事裁判所に債務契約の内容統制を命じている民法の一般条項、とりわけ138条及び242条の解釈適用にかかわるものであることを指摘し、リュート判決とドイツマガジン決定を引用して基本法がすべての法領域に対して行っている憲法上の基本的決定はとりわけ民事上の一般条項を媒介に展開される、とする（229頁）。そして「民事裁判所は憲法ゆえに一般条項の解釈適用に際して基本権を『指針』として考慮することを義務づけられている。それゆえこれを誤解し訴訟当事者に不利に判断した場合には民事裁判所はその基本権を侵害しているのである（参照 BVerfGE 7,198（206 ff.）；定番の判決）」（229-230頁）。それに引き続いて、特許決定とドイツマガジン決定を引用しつつ、連邦憲法裁判所は法律の解釈適用の審査は原則行わない、審査するのは憲法侵害の閾を超えた時である、という定番の表現が登場する（230頁）¹²⁾。「それに従えば」X1の事例で連邦最高裁判所の判決は維持できず、X2の事例では「基本権の意義を原則として誤解しているということは認識できない」とまず述べて、連邦憲法裁判所はそれぞれの事件について理由を示す。① 自己の意思に従った法関係の形成は一般的行為自由の一部である（基本法2条1項は法生活における個人の自己決定としての私的自治を保障している）、② 私的自治は法的形成を必要とするが、その形成は立法者の任意にゆだねられているわけではなく、基本権の客観法的条件に拘束され、法生活における個人の自己決定に適切な活動空間を切り開かなければならない、③ 契約行為に際して契約内容を一方的に決められるほどに圧倒的に優位な地位を片方の契約当事者が占めている場合、他方の契約当事者にとってこれは「他者決定」である、④ 法秩序は交渉力の対等性が多かれ少なかれ侵害されることすべてを問題にはせず、法的安定性を理由に契約の有効性を認める、しかしながら ⑤ 一方契約当事者の「構造的劣勢」が認識され、契約の効果が劣勢な側の当事者に「異常に負荷をかける」こ

とが類型化できる事件の形が問題になる場合には、民法秩序はそれに反応し修正しなければならない（「これは私的自治の基本権上の保障（基本法2条1項）および社会国家原理（20条1項，28条1項）から帰結される」（232頁））。連邦憲法裁判所は民事裁判所の役割と憲法問題との線引きについて以下のようにも述べている。「契約の内容が一方の側にとって異常に負荷をかけるものであり利益調整として明らかに不適切である場合，裁判所は「契約は契約である」という確定で満足してはならない。裁判所はルールが構造上不平等な交渉の強度の結果であるかどうかについて，明らかにしなければならない。その際裁判所がどのようなやり方をするか，そしてどのような結果に到達しなければならないかについては第一に法律の問題であり，法律に憲法は広い裁量を与えている。私的自治の基本権上の保障に対する侵害が問題になるのは妨害されている契約の対等性の問題が全く顧みられていないかその解決が不適当な手段で試みられている場合である」（234頁）。これらの前提の下，X1により攻撃されている連邦最高裁判所の判決を見れば，「そのような侵害の典型である」。契約時21歳で成人しているのだから自らリスクを判断せよという論拠で却下するのは十分ではない。X1に負わされている債務は，X1本人の固有の経済的利益の要素が何もなく，異常に高額であり，父の共同経営者と異なり民法上の債務免除規定があらかじめ放棄させられた契約内容で債務に上限がなく，職業経験のある人間ですらリスクの意義と範囲は予見できないとしたら当時21歳のなんら専門的職業訓練を受けていないX1には実践的に予見不可能である，として私的自治の基本権上の保障が原理上誤解されておりこの判断は維持できない，とした。

他方X2については異常な高額でも予見不可能な経営リスクもないこと，認定された契約締結に際して同伴した際の様子は契約の強制やそのほか決定の自由を侵害するような疑いは生じていないこと，からすれば私的自治の基本権上の保障が誤解されているというのは明らかではない。「確かにラント裁判所及び上級ラント裁判所は憲法異議申立人が固有の収入ないし財産を有していない点を理由に保証契約を無効とすることを拒否している。しかし債務の種類や金額にかんがみれば憲法ゆえに異議を申し立てることはできない」（236頁）。

dd) 1997年11月12日第一部決定¹³⁾。判決に対する憲法異議。医師に対する損害賠償を認めた判決に対して、一件は基本法2条1項、6条、12条、20条3項と結びついた2条1項侵害を主張し、もう一件は20条3項と結びついた2条1項、1条1項と結びついた2条1項ならびに12条、14条侵害を主張したが、いずれも請求棄却。

本件は医師の不妊手術契約義務が不十分にしか履行されなかったことにより子供が出生したこと、ないし瑕疵ある遺伝子検査の結果によりそうでなければ選択したであろう避妊の機会を奪い障碍児を産んだことについて、両親が慰謝料と子供扶養のための保証を求めて医師を訴えた事件である。これは人間の尊厳との関連で既に紹介が多いので事件の詳細は省略し、専門裁判所の判断に対する憲法裁判所の審査範囲についての判断部分に焦点を絞る。

連邦憲法裁判所は、判断の基礎におかれた契約法、不法行為条文が憲法に違反していないことを冒頭で確認したうえで、これらの条文の解釈に際して、民事裁判所が基本法20条2項（権力分立）及び3項（法律と法による裁判の拘束）から生じる裁判所の決定権限の限界を超えているのかについて検討を行う。

「法律の解釈はその際に適用されなければならない方法論も含めて専門裁判所の事務であり、連邦憲法裁判所によってその正当性を審査することはできない。連邦憲法裁判所が保障しなければならないのはその際基本法の諸要請が含まれていることのみである」（394頁）。① 20条2項は権力分立を規定しているが厳格に機能を区分しているわけではないので、裁判所の個別事例での判断にあたっての法形成を否定していないし、時代の急速な変化に法律が追いついていない場合に個別事例において法形成することは第三の権力の任務である、② 法形成も法律に関わることであれば変化する関係の中新たな法的応答を行うのかどうか、そしてどの範囲で行うのかについての問題の答をするよう課されているのは専門裁判所である（395頁）、③ 連邦憲法裁判所は②についての専門裁判所の評価を自己固有の評価に置き換えることは許されず、そのコントロールは20条の観点の下では専門裁判所が法形成に際して立法者の基本的判断を尊重し許される法律解釈の方法に従っていたかどうか限定される（395頁）。こ

これらの基準を踏まえて、本件で批判されている専門裁判所の二つの判決を見ると、契約法の領域については、(1) 子供扶養義務という夫婦間の契約問題と医者との契約違反を連動させ、長年蓄積された一般的契約責任の原則を医者の職業活動の新たな事例に拡大している、(2) これは生殖医療の新たな発展と制御可能性への適切な答えを探った結果であり、長年発展してきた医療に関わる賠償法の結果に対応している、(3) 専門裁判所は価値決定の観点から債権法と家族法の問題の交差点で医療の賠償に限定しており、賠償評価の方法としては問題ない、とする (395-396頁)。不法行為の領域については、(1) 意図せざる妊娠をした女性に対して、妊娠出産と結びついた苦痛についての慰謝料を認めた限りで裁判官の法発見の限界を超えていない、(2) 民法253条がそうした請求までを認めていないとする主張は、民法847条が精神的苦痛にも金銭的賠償を認めていることを考慮していない、(3) 専門裁判所が意図せざる妊娠を「身体的統合性への権限なき重大な介入であり身体への侵害」として評価した限りで従来の民法上の理論の枠内での判断である (396頁)。これらのことからすると、子供の扶養に関する契約上の賠償の観点でも女性の意に反した妊娠出産に対する慰謝料の点でも、上記の①から③の基準の枠内にある。

次に専門裁判所の判断が憲法異議申立人の基本権を侵害しているかについての判断に入る。憲法異議申立人らは医療上の契約違反に対する賠償ではなく、それによって引き起こされた子供の扶養義務に対する賠償として認められたことに異議を申し立てている。(1) 基本法14条1項(所有権)の保護領域は賠償の支払いを課されることには関知していないため、専門裁判所の判決がこの基本権への介入とは言えない、(2) 基本法12条1項(職業の自由)は本件での基準を提唱しない、なぜなら契約違反による賠償は医者にのみ課されているのではないので、職業行使と密接な関係にはないからである (397頁)。(3) 基本法2条1項において保護された一般的行為自由は、憲法適合的秩序(形式的にも実質的にも基本法と両立するすべての規範がここに参入される)の枠内でのみ保障されるので、2条1項が侵害されるのは、このような諸規範の解釈適用に際して客観的憲法が侵害された場合である。しかし、そもそも具体的基本権規

範から明白に保護目的が憲法異議申立人に付与されておらず、むしろ勝訴した相手方の法的地位を保護しているところでも客観的憲法侵害を主張できるのかどうかについては、未決定のままでよい、なぜなら憲法異議申立人は基本法1条1項侵害を主張しており、この最上級の基本的価値の侵害があるかどうかの論点の判断で足りるからである。(4) 6条1項及び2項の侵害が憲法異議申立人の側から主張できるかどうかの判断は、(3)と同様、基本法1条1項の侵害の有無の判断で足りる。

このようにして連邦憲法裁判所は憲法異議申立人の提起した論点を、専門裁判所の法律解釈適用に際して客観的憲法侵害、基本法1条1項の放射効を十分に考慮したのかどうかに絞り込む。リュート判決、特許決定、ドイツマガジン決定が引用されるのは、このような放射効の問題に絞り込み、1条1項の放射効を十分に考慮していないかどうかを検討する前に、専門裁判所は憲法ゆえに民事法の解釈適用に際して基本権を指針として考慮しなければならない、と前置きする部分においてである。

「一般条項の解釈の場合と同様に特定の射程内での法形成の場合でも憲法上の基本的決定は考慮されなければならない。具体的事件での判断に際してその放射効を裁判所が看過していたり誤解していたりすれば公権力たる裁判所はそれによって当該訴訟当事者の基本権を侵害しているのである（BVerfGE 7,198 (216 f.) の関連での89,214 (229 f.))。そこから連邦憲法裁判所はコントロール権限が生じるが、とはいえその権限は憲法問題に限定される。憲法問題となるのは、原則として正しくない基本権の意義の解釈、特にその保護領域の範囲のそれを認識させ又基本権の実質的射程になにかしらの影響がある解釈瑕疵がある場合のみである（BVerfGE 18,85 (93)；42,143 (149)；85,248 (257 f.))」(398-399頁)。

では専門裁判所の判断に憲法問題化すべき解釈瑕疵はあるか。連邦憲法裁判所は以下のように判断した。① 基本法の最高の価値たる人間の尊厳はすべての人間が単なる客体として扱われることを禁止している、② 不妊手術や妊娠前の遺伝子検査は合法であり、これに関する契約を結ぶこと、及びその契約

違反に賠償責任を課されることも問題はない、③ 子供の扶養義務が賠償の評価対象になることは、子供がその固有の価値を奪われ営利手段となったことを意味しない、なぜなら民事法は損害賠償請求が直接人間の存在に結びつくところでも人間を金銭換算の客体としたのではなく、契約や不法行為の関係の枠内で主張可能な程度に本来の地位からおとしめられたと位置づけているからである。④ 子供の人格的承認は両親の扶養義務の引き受けに依拠しているのではない。扶養義務が民法上存在するのはそれが子供の事実上の存在の条件だからであり、扶養義務と親であることは分離可能である。⑤ 賠償の対象をどこまでにするべきかについての責任配分の選択肢はいくつかあるが、憲法上問題になるのは、専門裁判所によってなされた責任配分が両親に発生する法律上の扶養義務という観点の下で基本法1条1項を侵害しないかどうかだけである。以上のことからすれば、批判されている専門裁判所の判決は、基本法1条1項の放射効を誤認していない。

ee) 2001年2月6日第一部判決¹⁴⁾。扶養請求を放棄する内容の夫婦財産契約を有効とした上級ラント裁判所の判決に対する憲法異議。当該判決は基本法6条4項ならびに2項と結びついて2条1項の基本権を侵害し、破棄差戻。

本件は、婚姻前に、妊娠している女性との間で結ばれた契約、具体的には、民法上子供の扶養を放棄する契約はできないことを前提に、離婚した場合夫は低額な養育費を妻に払うことを契約内容とする夫婦契約の有効性が争われた事件である。X（元妻）はY（元夫）より収入は少ないが働いており、そのような夫婦契約でも締結せざるを得ないほど、経済的にYに依存してはおらず、また子供の親権の争いがあり親権を渡す代わりに養育費支払いを放棄させたという経緯もない。ただYは子供も結婚も望んでおらず（Xが妊娠した際に堕胎するよう強いたかどうかは争いがある）、XはYとの子供を嫡出子とするために出産前に婚姻しようとしたが、当時の離婚法改革を背景に子供からの膨大な養育費請求をYが恐れており、婚姻前にXとYは夫婦契約（離婚した場合、夫婦相互の扶養請求を放棄すること、及びYは産まれる予定の子供の扶養として毎月150マルクをXに支払う）を行った上で結婚したものの、1989年離婚し、子

供の親権はXに帰属した。1976年にX Y間に産まれた息子が1990年にYに対して訴訟を提起し、Yの財産の照会と養育費の支払いを請求した。地区裁判所はこの照会を認め、1976年に締結された夫婦契約は公序違反とした。これに対しYがXに対し月150マルクを越える養育費の免除を求めて出訴、地区裁判所はこの夫婦契約は家族間の扶養放棄が法律上禁止されていることを潜脱するものであるとして請求を棄却した。Yは上級ラント裁判所に控訴し、上級ラント裁判所は、この夫婦契約を有効と判断した。子供はこの契約に関わらず、法律上の扶養請求をYに対して有するが、夫婦は契約の自由の枠内で子供の扶養の責任を任意に配分することができ、この夫婦契約は権利濫用とは言えないとした。夫はそのような契約をしないと婚姻しなかったこと、契約内容、動機、目的に公序違反はないこと、この夫婦契約は親権放棄とのバーターではないこと、当時XがYに経済的に依存していたことからこのような契約締結を強いられたわけではないこと、を理由として挙げている。

この判決に対してXが憲法異議を提起した。

連邦憲法裁判所は冒頭に「この憲法異議は、離婚に際して法律上の扶養請求を放棄し夫婦の子供についての扶養履行から夫が解放されることを内容とする夫婦契約を民事裁判所が審問することをどの範囲で憲法ゆえに義務づけられるのかについての問題と関わる」（90頁）と述べたうえで、夫婦契約の現状、専門裁判所の判例を概観することから取りかかる。それによれば、① 夫婦契約は婚姻前にも締結が可能であり、契約法一般と一部の家族法が妥当し、その形式と限界を設定している。民法1614条1項は将来の家族の扶養を放棄する契約を無効としているが、1585c条は離婚後の相互の扶養請求について規定しており、その全面的放棄も可能としている、② 夫婦契約は夫婦の約10%が締結しておりその90%が財産に関するものであり、その半数が年金の調整についての取り決めであり、四分の一弱が離婚後の扶養についての取り決めであるが、その内容は大半が離婚後は相互に扶養を放棄するという内容である。扶養放棄契約は基本的に婚姻前ないしその時期に締結される。夫婦の約2%が婚姻との関係で、婚姻後の扶養請求をすべて放棄している。③ 民事裁判所の判例は扶養

については私的自治の形成に関わる夫婦の自由であるが、その取り決めにより客観的に不可避免的に配偶者が社会扶助を必要とするに至る場合には限界を設定している。婚姻後の扶養の放棄を連邦最高裁判所は公序違反とはしておらず、また配偶者が子供を養育しなければならないにも関わらず、その放棄のせいで離婚後、職につかなければならない場合も同様である。扶養放棄が財産上の取り決めと連動した場合も、婚姻の本質は経済的生活共同体ではないため無効とはならない。ただし子供の福祉の尊重のために個別事例では配偶者に取り決めた扶養放棄に依拠することが禁止され得る。また連邦最高裁判所は婚姻前の妊婦が将来の夫に対して離婚後の扶養を放棄する夫婦契約も有効としている。というのは夫が婚姻の自由を主張したとしても非嫡出子への法的父という法的義務下から免れられないため、夫はジレンマを利用したわけではなく、むしろ妻は扶養を放棄しても婚姻締結により経済状況が改善され、シングルマザーの途を選んだとしても、民法1615 I 条により1年に限り扶養請求権があるからである。連邦最高裁判所は子の扶養義務からの解放は、それが面会権の不行使の反対給付として取り決められている場合には、親の扶養権の許されない取引手段化であるとして無効としている。④学説は大多数判例に賛同している。

上記の状況を述べた上で、連邦憲法裁判所は「上級ラント裁判所は夫婦契約による不適切な不利益取り扱いからの保護への憲法異議申立人の権利である基本法6条4項と結びついた2条1項を誤解している」と指摘した(100頁)。

その理由を示す際、まず登場するのはリュート判決とドイツマガジン決定である。

「私法行為において基本権はその都度の法領域を直接支配する規定、とりわけ私法の一般条項を媒介にすることによって憲法上の価値決定としての効力を発揮している(BVerfGE 7,198 (205 f.); 42,143 (148))」「裁判所には法の解釈と適用を通じて基本権上の保護を保障し個別事例で具体化することが課される」

そしてその後特許決定とドイツマガジン決定が定番の表現で引用される。

「相互関係にある基本権上の地位についての裁判所の評価と衡量に連邦憲法

裁判所が反対するのは、批判されている判断が基本権の意義、とりわけその保護領域の範囲について不正な解釈に依拠しており、また基本権の実質的意義においてもその法的事件にとってなにかしらの重みがあるような解釈の瑕疵が認められる場合である（BVerfGE 18,85（93）；42,143（149）；定番の判決）」（100頁）。

そして、① 基本法2条1項によって保障された私的自治は個人の自己決定の条件が事実上も存在していることを前提としており、自己決定が他者決定に転換することを回避するために、契約当事者双方の基本権上の地位が守られるように作用することは法の任務であること（100-101頁）、② これは夫婦契約についても同じであり妻に不利な形で明らかに一方的な責任配分を夫婦契約が行っており婚姻や妊娠から排除される場合には基本法6条4項の母になることへの保護と配慮への請求権も夫婦契約の取り決めに特別な裁判上の内容コントロールに服させるよう命じること（101-102頁）、③ 未婚の妊娠した女性が、将来一人で子供を育てるかそれとも仮に自己の負担が大きい夫婦契約であっても子供の父と責任を分かち合える途をとるか、という選択肢の前にたたされる場合、弱者の状況にあることは通常承認されなければならない（102頁）。法律上、未婚の場合父の扶養義務についての規定はあるものの（出生後1年。母の経済力によっては3年に延長）、婚姻した場合のそれに比べ物にならないほど軽い（103）。「妊娠は夫婦契約締結に際して契約をより強力に裁判官のコントロールに服させるきっかけを与える契約上の非対等さの状況証拠である。資産状況、職業のレベルや展望、夫婦契約の当事者によってもくろまれた財産や家事労働の配分は、妊婦の状況を確定する更に重要なファクターである。仮に夫婦契約で法律上の法的地位が執行できたとしても、これらのファクターは個別の事例では、未婚の妊婦の不利益さを調整することに至り得る」（104頁）、④ 6条4項と結びついた2条1項から導出される保護義務を上級ラント裁判所は批判された判断に置いて誤解している。上級ラント裁判所は既に子供を授かった妊婦として契約締結をしたという憲法異議申立人の特別な状況を考慮してもいなければ、夫婦契約が不適切なほどに憲法異議申立人に負担を課していないかど

うかを問題にしてもいないからである（105-106頁）、⑤ 基本法6条2項は両親の契約締結に対し子の福祉のために限界を設定しており、上級ラント裁判所はこの点を見落としている（107頁以下）。

- 1) これらの頁引用には「定番の判決」という文言がつく。
- 2) 最近のものとしては、公私共同経営（ヘッセン、フランクフルトアムメイン、ドイツ連邦共和国で70%株式保有）のフランクフルト空港株式会社Xが、空港内（搭乗券を持った者のみが入れるチェックイン後の領域のみならず、搭乗券なくとも出入りできる場所含む）でのデモ、意見表明を禁止する規定を設け、それまで空港内で45回デモを行ってきた憲法異議申立人らが、2003年3月11日に強制送還に反対するデモを行った翌日、書面にて、「今度空港内でデモを行った場合には建造物侵入罪で告訴する」と通知した。これに対し空港内でのデモ禁止を破棄するよう求める憲法異議申立人は、地区裁判所で敗訴。地区裁判所は、株式会社Xの家宅不可侵権 Hausrecht を理由としたが、ラント裁判所は株式会社の基本権拘束を認め、地区裁判所の判決を取り消した。連邦通常裁判所は、民法858条以下、903条、1004条に基づく家宅不可侵権を根拠に憲法異議申立人の敗訴とした。これに対し連邦憲法裁判所が、2011年2月22日判決（BVerfGE 128,226 ff. (266)）にて連邦裁判所の判決を、基本法8条1項及び5条1項を侵害するとして破棄した事案にて、基本法5条1項を侵害することを基礎づける部分で、相互作用論と、意見の自由の民主的秩序「構成」性が登場する。ただし、私法形式で設置された会社であっても本件の株式会社Xの基本権拘束性あり、というところから出発しているため、公権力に対する三段階審査の枠組で立論されている。
- 3) BVerfGE 19,206 ff. この款の本文での括弧内の頁数はこの判決からの引用先である。ドイツにおける国家と教会の関係については、清水望『国家と宗教』（早稲田大学出版部、1991年）、初宿正典「現代ドイツにおける宗教と法」法哲学年報2002年（有斐閣）86頁以下。教会税については、片桐直人「ドイツにおける教会税の制度と実際」宗教法28号（2009年）57頁以下。
- 4) この地方教会税法は1940年5月28日に一度廃止されたが、1951年及び1952年に旧バーデン国に該当する領域を対象に復活。本件で違憲となったこの地方教会税法13条によれば、納税義務者は同領域内に土地を所有、ないし一般営業を行っている団体、結社、財団である。これらの団体は、教区協会及び司祭館の維持や新たな建築のために教会税によって調達されるコストの弁済のために租税権限を持つすべての宗教団体によって協力させられ得る旨規定されている。
- 5) BVerfGE 35,79 ff. この款の本文での括弧内の頁数はこの判決からの引用、参照先である。この「大学判決」については、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、2003年）（以下、『ドイツの憲法判例〔第2版〕』）204頁以下（阿部照哉執筆部分）。大学改革については、塩野宏「西ドイツ大学改革の一事例——バーデンビュルテンベルク大学法」ジュリスト411号（1968年）130頁以下、

憲法の私人間効力の射程（6）

高田敏『社会的法治国の構成』（信山社，1993年）410頁以下，阿部照哉『基本的人権の法理』（有斐閣，1976年）279頁以下，307頁以下など。

- 6) BVerfGE 39,1 ff. この款の本文での括弧内の頁数はこの判決からの引用先である。この「第一次堕胎判決」については，小山剛『基本権保護の法理』（成文堂，1998年）（以下，小山『基本権保護の法理』）19頁以下，109頁以下，『ドイツの憲法判例〔第2版〕』67頁以下（嶋崎健太郎執筆部分），吉田敏雄「西ドイツ刑法典218条（堕胎罪）の改正——3ヶ月未満の堕胎自由化は憲法違反か」ジュリスト573号（1974年）92頁以下，宮沢浩一「西ドイツ連邦憲法裁判所の堕胎罪規定違憲判決について」ジュリスト587号（1975年）83頁以下など。改正された条文の翻訳については，藤田貴恵子「第5次刑法改革法（堕胎条項の改正）」外国の立法14巻3号（1975年）122頁以下。
- 7) BVerfGE 49,89 ff. この款の本文での括弧内の頁数はこの決定からの引用先である。この「カルカー決定」については，『ドイツの憲法判例〔第2版〕』369頁以下（高田敏執筆部分）。この決定を保護義務の観点から扱う，小山剛『基本権保護の法理』23頁以下，本質性理論の側面については，大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」『現代行政の行為形式論』（弘文堂，1993年）23頁以下，村西良太『執政機関としての議会』（有斐閣，2011年）153頁以下。ドイツにおける原子力発電の法的規制と裁判統制については，塩野宏『行政過程とその統制』（有斐閣，1989年）377頁以下，高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂，1990年）123頁以下，山下竜一「西ドイツ原発設置許可の多段階的構造（1）（2・完）」法学論叢125巻2号（1989年）99頁以下，126巻1号（1989年）58頁以下。
- 8) BVerfGE 111,54 ff. この款の本文での括弧内の頁数はこの決定からの引用先である。この紹介については，山口和人「海外法律情報ドイツ——連邦憲法裁，CDUの政党助成金返還義務を確認」ジュリスト1279号（2004年）115頁。
- 9) BVerfGE 18,85 ff. この款の本文での括弧内の頁数はこの決定からの引用先である。この「特許決定」については『ドイツの憲法判例〔第2版〕』532頁以下（片山智彦執筆部分）。この決定の位置づけにつき，「概観：ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」『ドイツの憲法判例〔第2版〕』16頁以下（渡邊康行執筆部分），工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』（中央大学出版部，2002年）（以下，『ドイツの憲法裁判』）303頁（川又伸彦執筆部分），宍戸寿常『憲法裁判権の動態』（弘文堂，2005年）319頁。
- 10) BVerfGE 42,143 ff. この款の本文での括弧内の頁数はこの決定からの引用先である。この判決の位置づけにつき，『ドイツの憲法裁判』305頁（川又伸彦執筆部分），毛利透『表現の自由』（岩波書店，2008年）249頁以下。
- 11) BVerfGE 89,214 ff. この款の本文での括弧内の頁数はこの決定からの引用先である。この「連帯保証決定」については，『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社，2006年）54頁以下（國分典子執筆部分），アルブレヒト・レスラー（平松毅訳）「ドイツにおける連帯保証無効判決——1993年10月23日の連邦憲法裁判所の判決——」法と政治（関西学院大学）50巻3・4号（1999年）895頁以下，小山『基本権

保護の法理』288頁以下。

- 12) 「定番の判決」という注釈つきで引用されているのは、特許決定の93頁、ドイツマガジン決定の149頁である。
- 13) BVerfGE 96,375 ff. この款の本文での括弧内の頁数はこの決定からの引用先である。この決定については、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）237頁以下（嶋崎健太郎執筆部分）、井上典之「『人間の尊厳』論・再考——ドイツの『損害としての子供』事件を素材に——」高田敏先生古稀記念論集『法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、2007年）259頁以下、岡林伸幸「望まなかった子供に関する損害賠償（1）（2）ドイツ連邦憲法裁判所1997.11.12第一法廷決定を契機として」名城法学49巻2号（1999年）23頁以下、3号（2000年）101頁以下。
- 14) BVerfGE 103,89 ff. この款の本文での括弧内の頁数はこの判決からの引用、参照先である。この判決については、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）237頁以下（古野富秋執筆部分）、小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』（尚学社、2004年）160頁以下、松久和彦「ドイツにおける夫婦財産契約の自由とその制限」立命館法学4号（2008年）85頁以下、三宅利昌「離婚給付をめぐる契約の自由とその制限について——ドイツにおける夫婦財産契約を巡る契約内容の規制の判断基準を中心として——」創価法学36巻1号（2006年）45頁以下