

# 憲法の私人間効力の射程（7）

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, 63巻6号)
2. 憲法裁判所の役割	
(1) 概 観	
a. 憲法機関という地位	
b. 憲法判断の範囲・審査基準	
(2) 判決憲法異議の審査範囲 (判例の変遷と類型化)	
a. 判例の変遷	
b. 学説による判例の整理	(以上, 本号)
(3) 判決憲法異議の審査範囲の再構成	
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	

## 2. 憲法裁判所の役割

### (1) 概 観

#### a. 憲法機関という地位

ドイツ連邦憲法裁判所（以下、「連邦憲法裁判所」という）は、憲法上その他の裁判所と同じ章にて扱われており、その章の冒頭の基本法92条によれば、

## 憲法の私人間効力の射程（7）

基本法において規定された連邦の裁判所およびラントの裁判所と並んで、裁判権を行使する<sup>1)</sup>。しかし連邦憲法裁判所の地位は他の裁判所と異なる、と、1952年に、連邦大統領、連邦議会議長、連邦参議院議長、連邦総理大臣に宛てた「連邦憲法裁判所の覚書」において連邦憲法裁判所は主張した。この「覚書」の第一文は、「最上級の憲法の番人たる連邦憲法裁判所は、同時に、基本法と連邦憲法裁判所に関する法律の文言及び意味にしたがい、最高の権威を具備した憲法機関である」から始まる<sup>2)</sup>。そして「連邦憲法裁判所は裁判官の独立のあらゆる保障を備えた、独立した裁判所と同じ裁判所である。しかしながらこの裁判所は、特殊な法的争訟、とりわけ『政治的』法的争訟と関わりにならなければならないということによって、あらゆる他の裁判所（例えば、民事、刑事そして行政裁判所）と根本的に区別され」、「連邦憲法裁判所は憲法上、連邦議会、連邦参議院、そして連邦政府と同じ側にいる」<sup>3)</sup>のであって、「確かに連邦憲法裁判所の構成員は裁判権を委ねられている（基本法92条）という点で他の裁判官と共通している。しかしこれは機能の共通性というだけであり、国法上の地位の共通性ではない」<sup>4)</sup>と述べている。ここで指摘されている、連邦憲法裁判所の地位としての「憲法機関」とは何か、どの機関が憲法機関なのかについてドイツの憲法である基本法上に規定は存在しない。連邦憲法裁判所はこの概念につき以下のように説明した。憲法機関とは「その固有の機能および本質的種類が統一的に基礎づけられている、ないし統合的に国家に作用するすべての機関」のことであり、その数は国家の形態によって異なるが、共通しているのは、「それが国家の政治的全体図の形成に決定的に関与すること」であり、「その発生、存続そして憲法に適合した活動がまさに国家を構成し、国家の統一性を確保する」<sup>5)</sup> ことに関わる機関ということである。また Stern は憲法機関について、「その地位やその本質的権限が直接憲法によって創設され、その内部組織は本質的に自由であり、他の機関に従属せず国家固有の本質を構成する」もの、としている<sup>6)</sup>。したがって基本法に言及がある国家機関がすべて憲法機関となるわけではない（連邦銀行、連邦会計検査院や連邦裁判所は基本法上に言及があっても憲法機関ではない）。

連邦憲法裁判所は連邦憲法裁判所の憲法機関性について以下のように主張した。「連邦憲法裁判所の憲法機関性は必然的に基本法や連邦憲法裁判所法により付与された権限の性質から生じる」、「連邦憲法裁判所は憲法適合的に申立を受けて広範囲に権力統制を行い、その限りでその裁判を通じて『最上級の国家権力』の行使に参加することに従事している」、「ここに連邦憲法裁判所と他の裁判所との違いが存在する」、「確かに全ての裁判所も自身に任された権利保護任務を充足してはいるが、連邦憲法裁判所はその任務を通じてその裁判活動と同時に全体の政治的統一化に貢献している。連邦憲法裁判所はその憲法実践が充分示す通り裁判を通じて作用すると同時に、国家生活に対し形成し防衛し規律しつつ作用し、また他の国家機関に権力を区分し制限する形で作用する。まさにこれによって連邦憲法裁判所は他の裁判所とは別次元にいるのである」<sup>7)</sup>。

当時の連邦憲法裁判所のねらいは、連邦憲法裁判所を連邦議会や連邦政府等と同じ憲法機関と位置づけることで、① 連邦憲法裁判所の規則の自治、② 連邦憲法裁判所の組織的独立（どの連邦省にも従属または帰属せず、自ら予算計画を提出し人事権を持つ）、③ 連邦憲法裁判所の裁判官固有の法的地位（連邦裁判所裁判官ではなく、連邦憲法裁判所の裁判官としての地位）、④ 連邦大統領、連邦議会議長、連邦参議院議長そして連邦総理大臣に次ぐ第五の地位にある連邦憲法裁判所長官の外交儀礼上の地位、を確保することであり、それに成功した<sup>8)</sup>。

連邦憲法裁判所について憲法裁判所法1条は以下のように規定している。「連邦憲法裁判所は他のすべての憲法機関に対して自立し、独立した連邦の裁判所である」。この規定には連邦憲法裁判所自体が憲法機関であるとは規定されていない。しかしここで「他のすべての憲法機関」として念頭に置かれているのは連邦議会、連邦参議院、連邦大統領そして連邦政府であり、これらの機関と同様、連邦憲法裁判所もまた憲法機関としての地位を有すると考えられている<sup>9)</sup>（ただし憲法機関としての地位は、この法律ではなく、憲法から直接導出される<sup>10)</sup>）。

連邦憲法裁判所がこうした組織的な位置づけにおいて他の憲法機関と同等の

地位にある憲法機関であるという点には争いはない一方で、この「憲法機関」から何か権能を連邦憲法裁判所に付与するのかどうかについては議論がないわけではないが<sup>11)</sup>、詳細は本稿ではこれ以上立ち入らない。

**b. 憲法判断の範囲・審査基準**

本稿の関心との関係で連邦憲法裁判所の立ち位置、権限について、三つだけ念のため注意を喚起しておく。

一つ目は、連邦憲法裁判所が独占している憲法判断権の範囲についてである。決して連邦憲法裁判所は他の裁判所（以下、「専門裁判所」もしくは単に「裁判所」という）との関係で憲法判断権を独占しているわけではない。もっとも日本の裁判所は終審たる最高裁のみならず全審級において事件に付随する限りで法律の違憲判断を行いうるが、ドイツでは、連邦議会の法律を基本法と両立せず無効と判断する権限を持つのは連邦憲法裁判所だけである。連邦憲法裁判所以外のそれぞれの専門裁判所に提訴された事件で適用されようとしている法律が基本法と適合しないと考える場合には、各専門裁判所は訴訟手続を中断し、連邦憲法裁判所にその点について送付する義務<sup>12)</sup>がある（この具体的規範統制については、基本法100条1項、連邦憲法裁判所法13条11号、80条以下に規定がある）。これを逆に見れば、各専門裁判所も連邦法律が基本法に適合しているかどうかを常に判断しており、両立しない<sup>13)</sup>と判断する限りにおいて連邦憲法裁判所に送付する義務が生じる<sup>14)</sup>ので（単なる違憲の疑いではこの義務の発生には不十分であり<sup>15)</sup>、また法律の解釈により違憲性の疑いが除去できるのであれば各専門裁判所は連邦憲法裁判所に送付できない<sup>16)</sup>）、すべての裁判所が具体的事件に関わる法律が有効かどうかについての審査権は有しているが（つまり高次の法と規範との両立の審査権限は憲法裁判所に独占されていない）、その破棄権のみが連邦憲法裁判所（事件によってはラントの憲法裁判所）に独占されていることになる（破棄独占<sup>17)</sup>）。

二つ目は、連邦憲法裁判所への憲法異議の提起と最高裁への上告の違いである。憲法異議は、「各人」が、「公権力によって自己の基本権もしくは基本法20

条4項、33条、38条、101条、103条、及び104条に含まれている権利の一つを侵害されていると主張することによって」連邦憲法裁判所に提起することができる訴訟手続のことである（基本法93条1項4a号。連邦憲法裁判所法13条8a項、90条から95条）。基本法1条3項によるあらゆる公権力の実体的基本権への包括的拘束は「ここにその手続的に対となるもの」を見いだすわけである<sup>18)</sup>。この憲法異議は個人が連邦憲法裁判所に提訴することができる訴訟手続である（具体的規範統制による連邦憲法裁判所への送付は事件を所管した裁判所が行うのであり、事件の訴訟当事者の要望により行うものではない）。憲法異議の対象となる「公権力」には専門裁判所の判決も含まれるため、憲法異議制度は、用いられ方によっては、日本の制度でいえば、終審であるはずの最高裁判所の判断に不服がある場合、更に別の裁判所に提訴する途が訴訟当事者には残されているようなものである。しかし、日本の最高裁は文字通り下級審の上級審であるのに対し<sup>19)</sup>、連邦憲法裁判所は、専門裁判所ごとに設置された最高裁判所のさらなる上級審ではない<sup>20)</sup>。法律を基準とした連邦憲法裁判所による専門裁判所の完全な法適合性の統制は、基本法の権限分配により排除されている<sup>21)</sup>（この統制の排除は、たとえば連邦憲法裁判所の加重負担といった実務上の理由ではなく基本法上の要請なのである）。基本法制定当時、ドイツでは基本法19条4項により公権力による基本権侵害には（専門裁判所への）出訴の途が包括的にすでに保障されているため、憲法異議のような手続を別途設けるべきか議論が分かれた<sup>22)</sup>。Voßkuhleは、連邦憲法裁判所が憲法異議を現存の権利保護体系に適切に位置づけ明確な輪郭線を引くために、いくつかの原則やルールが存在するとする<sup>23)</sup>。それは、① 憲法異議が国家市民に認められた「非常の法的救済」<sup>24)</sup>であること、したがって憲法異議手続ではある処分が最も適切で合目的的な解決であったかどうかについて審査することはせず、憲法違反かどうかについてのみ判断されること、② 補完性の原則が妥当すること、つまり憲法異議の位置づけが①で述べたように「例外的」であることとも関連して、憲法異議は、他の訴訟手続と平行して、もしくは先行して、提起することは原則としてできず、憲法異議の提起は、各専門裁判所で開かれている途が最終審

## 憲法の私人間効力の射程（7）

まで尽きた後、であること、③ 憲法異議には専門裁判所の手続にはある遮断効はないこと、④ 憲法異議は対審での裁判ではないこと（異議を申し立てられている公権力は被告としての地位を付与されない）、⑤ 憲法異議の意義は、市民の個人的基本権保護ではなくこれを超えて客観的憲法を擁護し、その解釈と発展に貢献することにあること、である。連邦憲法裁判所の任務を列挙した基本法93条なり、連邦憲法裁判所法なりのコンメンタールを見たときに、連邦憲法裁判所の統制の対象として、立法権や執行権と並んで、裁判権（専門裁判所の）があることに気づかされる<sup>25)</sup>。日本の最高裁にとって下級審の判断は、統制対象ではない。本章での関心は、この専門裁判所の判断に対する「統制権限の限界づけの為に連邦憲法裁判所が『固有の憲法』侵害という定式を発展させてきた」<sup>26)</sup>点に向けられている。

注意点の三つ目は、二つ目とも関連するのであるが、「審査基準」の意味である。連邦憲法裁判所のコンメンタールには、抽象的規範統制、具体的規範統制、憲法異議といった各訴訟に応じて「審査基準」の項目が立てられるが、これは日本でいう違憲審査基準<sup>27)</sup>のことではない。訴えについて判断する基準となる規範を指す<sup>28)</sup>。この訴訟ごとの「審査基準」の説明において目を引くのが憲法異議、とりわけ判決憲法異議である<sup>29)</sup>。個人が提起する憲法異議であれば、この訴訟は「公権力によって自己の基本権ないし20条4項、33、38、101、103、104条に含まれる自己の権利を侵害されている」（基本法93条1項4a号）ことに対する異議であるため、審査基準は、基本法93条1項4a号に規定されているとおり、直接は、「基本権ないし20条4項、33、38、101、103、104条に含まれる自己の権利」である。他方、国際法、ヨーロッパ法、ラント憲法、法律、法律より下位の規範は、直接は、審査基準とならない<sup>30)</sup>。ところが、この審査基準は、訴訟が許容されるかという許容性の要件という側面にとどまらず、憲法異議に理由があるかどうか審査する際の基準という側面をも持たされることに注意しなければならない<sup>31)</sup>。その判断に際して審査基準としての基本権に「いくつかの補充」が生じる<sup>32)</sup>。すなわち、① この「自己の基本権」を越えて基本法すべてに審査基準が拡大したり<sup>33)</sup>、② 間接的な審査基準により補完

されたり<sup>34)</sup>、する。審査基準の観点で判決憲法異議がやっかいなのは、事実の評価や単純法の評価の層と、憲法異議の直接の審査基準となる諸権利の層とは異なるはずなのだが、「基本権の放射効に基づいて事実の評価も単純法の評価も常に厳密に基本権審査から切り分けられない」ことにあり、連邦憲法裁判所は早い段階で「固有の憲法」定式に「引きこもっている」がこの定式は「記述的ないし平叙文的性格を持ち、したがって固有の付加価値がない」<sup>35)</sup> ことにあ

る。さて、以下では、この判決に対する憲法異議がもたらした、専門裁判所の判断に対する連邦憲法裁判所の審査範囲<sup>36)</sup>の問題に焦点を当てる。専門裁判所の行った法律の解釈適用が、どの範囲で連邦憲法裁判所の統制に服するか、というテーマである。

ただし、以下で審査範囲の限界づけを示す「固有の憲法」という表現について、これは「憲法の中の固有の性質」ではなく、単純法との線引きにおいて「実質的憲法固有の理由」を表そうとしているので、言葉遣いとしては「失敗」していると指摘されている<sup>37)</sup>。また「『固有の憲法』定式は問題に命名はしているが、それ自体解決を提供しない」とする指摘<sup>38)</sup>、「それにもかかわらず連邦憲法裁判所が判決憲法異議に際して自身に、正当に、もしくは少なくとも、課すべき自制を裏付けている」とする指摘<sup>39)</sup>がある。

## (2) 判決憲法異議の審査範囲（判例の変遷と類型化）

この(2)では、まず連邦憲法裁判所自身の判例の変遷を Herzog の論文<sup>40)</sup>を基礎に概観する<sup>41)</sup>。その上で、学説の判例の整理を紹介する。学説の審査範囲の再構成は次の(3)で扱う。

Herzog の論文は、いくつかの節から構成されている。まずは、① Heck の定式が、突如として出現したのではなく、それまでの連邦憲法裁判所の判断の蓄積の上にあることを最初期の連邦憲法裁判所の判断から、特許決定を経てその後の判断をピックアップすることで示し、さらに、② Heck の定式がそもそも個別事件での特性を考慮することを可能にしていることとの関連で、個別

事件の基本権侵害の強度によって連邦憲法裁判所の審査範囲が拡大していることから、「審査の強度」という要素が加わったことを示し、さらに③ Heck の定式から乖離している領域として、裁判官の法創造部分もさらに連邦憲法裁判所により統制されるようになったこと、また④ Heck の定式から乖離している領域が、裁判手続の関係でも登場していること、を提示することにより、全体として、超上告審ではないことから専門裁判所による判断に対する連邦憲法裁判所の統制範囲を限定していた①から、②③④の要素により、完全審査に近づいている様を提示している。

この Herzog の整理による①から④（以下の、aa）から dd）に対応）を追体験することとしよう。

a. 判例の変遷

aa) 最初期から Heck の定式安定期に至るまでの諸判断

連邦憲法裁判所の最初期の判断は、判決憲法異議に関する連邦憲法裁判所の審査範囲について、以下のように述べていた。1951年10月3日の決定において、連邦憲法裁判所は、賃貸契約訴訟に関するラントの裁判所の判決が平等原則侵害との主張に対し、「裁判所が、ある事実行為から賃貸契約の成立を導き出したということから憲法異議申立人に対する平等原則侵害は存在しない。個別事例においてそのような行為が存在するかどうかは裁判官の評価の問題であり、それは連邦憲法裁判所の事後審査に服さない事柄である。なぜなら連邦憲法裁判所は既判力のある決定を全般的に審査しなければならないのではなく、憲法異議申立人が当該判決によって直接自己の憲法適合的基本権を侵害されたかどうかについてのみ審査しなければならないのである。しかしこれは憲法異議申立人の申立によれば当該判決に関して問題になっていない」<sup>42)</sup>。

この段階では Heck の定式の将来的地位は「せいぜいのところ未発達」(Herzog S. 433) としか言いようがなく、連邦憲法裁判所判例集の同じ巻に収録されている1952年9月18日の決定<sup>43)</sup>において連邦憲法裁判所は1951年10月3日の上述の決定と完全に別の表現を用いている。

「手続の形成、事実の認定と評価、法律の解釈、そしてその個別事件への適用は、原則として刑事裁判所の任務であり、連邦憲法裁判所による審査から奪われている、たとえ固有の憲法が侵害されるものであっても、である。しかし自由刑の有罪判決が憲法に反する法律に依拠している場合、その判決自体はいずれにせよ憲法異議で議論の余地がある」<sup>44)</sup>。

ここでは、Heck の定式と同じ「固有の憲法」という単語が登場してはいるが、Heck の定式と異なり、「行政行為や裁判行為に対して向けられた憲法異議に際しても連邦憲法裁判所の主たる任務は、その基礎に置かれた法律の審査であることを明らかにする」(Herzog S. 433) ものであった。

Herzog は、これ以降、しばらく新たなものは出てこない、としつつも、「細かい部分については興味深い点がないわけでもない」(Herzog S. 434) と5つの判断に言及している。

一つ目は、後に定番となる「固有の憲法」という単語ではなく、「典型的な憲法」を用いた判断、ということで取り上げられている、起訴強制手続（弁護士強制主義を採用している手続だが、貧困者の無料訴訟権を併せて保障していない。他方で同じく弁護士強制主義を採用している私人訴追手続についてはこの保障がある）について、無料で弁護士を付けるよう求める訴えを拒否した判決に対して起こされた憲法異議についての、1953年6月17日の決定である<sup>45)</sup>。

「原則として通常裁判所の有効な判断は連邦憲法裁判所の内容上の審査に服さない。手続の形成、事実の認定及び評価、法律の解釈、そして個別事件への適用はむしろ通常裁判所の任務である。しかし連邦憲法裁判所は、批判されている判断が、憲法適合性から外れた法を不正に適用することによって、同時に基本権、つまりは典型的憲法を侵害したかどうかについては、審査しなければならない」<sup>46)</sup>。

Herzog は、「典型的な憲法」という表現を用いても「ここでも通常裁判所は原則として連邦憲法裁判所の統制領域から閉め出されるという——外見上の

——安定性が注目に値する。リユート判決はこの時点（1953年）ではなお予見されていない」（Herzog S. 434）と述べている。

二つ目は、ナチ黨員であった憲法異議申立人が戦後市から解雇されたことを有効とした判決に対して、憲法異議を提起したものである<sup>47)</sup>。連邦憲法裁判所は次のように判断した。

「裁判所による法律の解釈の審査は連邦憲法裁判所からは一般的に奪われている。連邦憲法裁判所は上告審ではない。連邦憲法裁判所の審査権が発生するのは、憲法異議申立人が、解釈の誤りがまさに規範に憲法違反の意味を付与している、と主張する場合である。しかしながらこの場合でも憲法異議が成功するのはその判断がこの意味で誤った（憲法違反の）解釈に依拠しておりそれによって基本権が侵害されている場合のみである」<sup>48)</sup>。

Herzog は、この判決について、傍論部分ながら「初めて『超上告審』という論拠を明文で持ち出し」「後に連邦憲法裁判所が繰り返し用いる思考（専門裁判所による法律解釈が全範囲で——そして後に Heck の定式の限界内に限らず——基本法との両立を審査しなければならない、とする思考）が現れている」（Herzog S. 435）と指摘している。

三つ目は、「我々の問題にとって長年重要な役割を担っている」（Herzog S. 435）平等並びに恣意の評価が初めて登場した事例である<sup>49)</sup>。これは上告審が差戻す際に提示した法解釈に基づき判断した原審判決に対する再度の上告に対して、別の法解釈を用いて上告審が判決したことに対する憲法異議が基本法3条に違反するかについて争われた。連邦憲法裁判所は以下のように述べた。

「判決に対する憲法異議は、上告審の場合と同じように全範囲で審査されるのではなく、憲法侵害の審査に至りうるもののみであることは一般的に承認され連邦憲法裁判所の判例と合致している……。裁判所の判決に際してそのような侵害は、法適用ないし関連する手続に瑕疵がある場合であっても、基本法3条1項の恣意禁止の観点では存在しない。むしろ、法適用や手続が、基本法の特

色をなす考えを踏まえた分別ある評価からはもはや理解できずそれゆえ不適切な評価に依拠するという結論が自ずと明らかになることが、別途付加されなければならない<sup>50)</sup>。

四つ目は、「法律の一般条項の適用に際しての基本法の意義に取り組んだ事例」(Herzog S. 435)である<sup>51)</sup>。連邦憲法裁判所は以下のように述べた。

「さて、法律の解釈適用は——連邦憲法裁判所が既に何度も判断しているように——原則として各裁判所の管轄であり連邦憲法裁判所による審査から奪われている。しかしながらこのルールの例外が当てはまるのは、法律の誤った適用が基本権侵害に基づいている場合である。特に連邦憲法裁判所は裁判官が(本件で問題になっているような『児童の福祉の危機』『養育権の濫用』のような)不確定な法概念の解釈に際して、憲法異議申立人の基本権を侵害する評価から出発しているかどうか審査しなければならない。これに従い憲法異議が正当となりうるのは、憲法異議申立人が考えているように後見人任命が児童の福祉ではなく、——隠されていると明らかであるとを問わず——学校の選択で実現するデンマーク少数者への信条ゆえに命じられた場合、すなわち、基本法3条3項により憲法違反になるような評価に依拠していた場合である」<sup>52)</sup>。

五つ目は、連邦憲法裁判所が、最後に刑事事件においてすでに述べてきた定式に戻ってきた事件である(Herzog S. 436)<sup>53)</sup>。ここで連邦憲法裁判所曰く、

「裁判所が被告人は無罪との心証により無罪なのか、被告人の罪を確認するに至らず無罪なのかどうかは、証拠判断の問題である。証拠判断は憲法異議手続においてはその正当性は全く審査されず、それが固有の憲法を侵害しているかどうか、したがって証拠が恣意的に、もしくはそれとは別に憲法侵害の下で評価されていないかどうかについてのみ審査しうる」<sup>54)</sup>。

時系列で言えば、この後に来るのがあのリユート判決である。

「憲法裁判所は通常裁判所が民事法の領域での基本権の射程と効力を適切に評

## 憲法の私人間効力の射程（7）

働いているかどうか審査しなければならない。しかし同時にそこから生じるのは、審査の限界である。民事裁判官の判決を全範囲、法的瑕疵について審査するのは憲法裁判所の任務ではない。ただ、憲法裁判所は基本権の民事法への基本権の特徴的『放射効』を評価しなければならず、また憲法命題の価値内容をここでも妥当させなければならない。……連邦憲法裁判所は民事裁判所に対する上告審もしくはさらには『超上級』審として従事しているわけでもなければ、そのような判決の審査を問題にせずそれらに何らかの形で露見した基本権上の規範や基準の誤解を無視してよいわけでもない<sup>55)</sup>。

Herzog は、このリユート判決について、「法適用の統制という一般的な問題が一般条項の適用の問題と基本権の第三者効の問題との交差するリユート判決を扱うことでもっと広く成長」したこと、そして「ここで初めて Heck の定式のイメージ、すなわち連邦憲法裁判所は専門裁判所が『基本権の原則として誤った見解』を基礎にしていけないことについての監視、がはっきり現れている」（Herzog S. 436）、と指摘している。

この民事事件に関する判決の次に Herzog が取り上げているのが、刑事事件という公法領域での事件について、リユート判決と似て、基本法5条の意見の自由の法律への作用が問題になったシュミット - シュピーゲル事件<sup>56)</sup>である。

「侮辱について審査する裁判所は刑法185条以下の名誉保護規定を使って法律を適用する。それゆえその判断は一般的には連邦憲法裁判所による審査を奪われている。その判断が審査されうるのは、名誉保護の諸規定の適用に際してすべての法を基本法の価値秩序に適合させることをし損じておりそれによって有罪判決を受けた被告人の基本権が侵害されているかどうか、のみである<sup>57)</sup>。

この決定について、Herzog は、公法領域でも、「リユート判決の一貫した更新」（Herzog S. 437）が見られるとしている。

そして続けて、別の、公法において「特別な基本権拘束」を強調した判断<sup>58)</sup>に言及している。ここで連邦憲法裁判所は以下のように述べている。

「法律の解釈，証拠評価そして事実の包摂は原則として個々の裁判部門の裁判所の任務である。連邦憲法裁判所はその判断の法的瑕疵について全範囲審査はしないし，その判断が法律から見て『正しい』かどうか審査はしない。しかしすべての裁判官は法律の解釈適用に際して，すべての法の領域への基本権の影響を考慮しなければならない。あらゆる裁判官の判断はこの要請を充たしているかどうか審査されなければならない限りで憲法異議を通じて連邦憲法裁判所による審査に服することになる。財政裁判にとってこれが特別な意味を持つのは，財政裁判は市民相互の法的争訟についてではなくまた給付行政の措置についてでもなく，最も重要な国家の介入行政の一つの行為に関する判断であり，第一義的に市民の国家に対する防御権である基本権の擁護にとりわけ多く従事するからである」<sup>59)</sup>。

この事件は，公法領域だから，という要素の他に，課税控除の範囲について連邦財政裁判所が判例により発展させた法原則により納税額が増額した，という要素があり（財政裁判所は，根拠となる法律には言及しているが直接その増額を認めた規定ではない，と連邦憲法裁判所は指摘する），連邦憲法裁判所は，課税という基本権の防御権が典型的に当てはまる領域において租税法が「立法者の断言」から生を得ること，「裁判官はその機能からして立法者より緻密に拘束される」ことを指摘していることに注意が必要である<sup>60)</sup>。Herzog は連邦憲法裁判所が法律の明文規定との関係ではなく連邦財政裁判所の判例との関係で説明していることを指摘し，「そこから基本法の実現に際しての連邦憲法裁判所の自製の説明が付く」（Herzog S. 437）としている。

Herzog は，これらの判断の後登場する特許決定（BVerfGE 18, 85 [92 f.]）による Heck の定式は，この時初めて行われたのではなく，それまでの発展の「ある種の間接結果的総括」（Herzog S. 433）であり，それまでの定式化の試みを「集光レンズのように統合したことがもたらした」（Herzog S. 437）としている（もっとも BVerfGE 18, 85 [92 f.]）での事例の性格上 Heck の定式はこれまでのすべての思考をカタログ化してはおらず，第三者に向けられた放射効

については言及されていないとしている〔Herzog S. 438〕。そして、これ以降の判断は「踏み固められた小道」を例外なく歩み、この展開の一定の決算をみる判断として、Herzog は1972年2月8日の決定をあげている（Herzog S. 438）<sup>61)</sup>。ここで連邦憲法裁判所は以下のように述べる。

「連邦憲法裁判所は憲法異議で民事上の法的争訟における既判力ある判決を審査するのは限定的範囲においてのみである。事実の認定及び評価、法律の解釈、そして個別事例への適用は、管轄裁判所に課されている。連邦憲法裁判所がまず介入することができるのは、その裁判所の判決が、基本的に基本権の意義と射程について誤った評価に依拠している場合か、その解釈の結果が基本権規範や基本権規範により打ち立てられた価値秩序と両立しない場合である」<sup>62)</sup>。

Herzog は「注意しなければならないのは、ここでも再び解釈の結果それ自体を、Heck の定式の限界を超えて完全に全般的にその基本権適合性を審査しなければならないイメージが感じられることである」（Herzog S. 438）と述べている。

#### bb) 個別事例における法適用への拡大

Herzog は、Heck の定式について「連邦憲法裁判所の単純法の適用への介入可能性が常に明確に線引きできず、その限りで、個別事例の特性の考慮を裁判所に可能にする一定の余地が憲法裁判官の『裁量』に残されてなければならないことが適切に示されている」とし、「そこから単純法の適用の『強化された審査』として特徴づけられる法概念が発展した」（Herzog S. 439）という。「この発展の最初」にあるのが1973年に出されたレーバツハ判決<sup>63)</sup>であるが、「基本的にこの問題に連邦憲法裁判所は1976年に着手し始めた」としてドイツマガジン決定<sup>64)</sup>を挙げている（Herzog S. 439）。この決定において連邦憲法裁判所は、その都度の基本権侵害の強度を考慮することを判断枠組み部分において打ち出した。すなわち、専門裁判所との任務の違いをいつものように述べた後、

「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強度は重要である。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既判力の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」<sup>65)</sup>。

と指摘するのである。

ドイツマガジン決定とほぼ同時に出されたエヒテルナッハ決定<sup>66)</sup>においても「類似の考量でもって専門裁判所の評価の統制のみならず、『個別の解釈の瑕疵』の統制も要求されているとし、そのような強化された審査の理由として、一般的人格権 (基本法1条1項と結びついた2条1項) の重大な侵害と並んで特定意見表明 (5条1項) の禁止をも承認されるとした」(Herzog S. 439) 専門裁判所の判決の存在が共通している。

この基本権の侵害の程度により強化された審査が行われる、という構図は、ドイツマガジン決定やエヒテルナッハ決定と同じ年に出された、刑事裁判所の判決<sup>67)</sup> に対しても拡大された。この刑事裁判所の判決では憲法裁判所の審査は事実の評価に及んでいる。

Herzog は、注目すべき点として、公法と私法の区別が無いこと、「今日では普通の『エスカレーター条項』(……であればあるほど、ますます……) が

形成されている」こと、を挙げ、「とりわけ確認しておかなければならないのは、エスカレーター条項を発生させた統制の要求が単純法の適用のすべての段階（三段論法の大前提の形成、小前提の形成、そして前者の下に後者を包摂）に拡大していること、そして、憲法上の基本的命題が議論になっている場合には連邦憲法裁判所自身が専門裁判所の理由づけに特別な要請を出していること、である。実務において専門裁判所の判断の破棄に至るのは、専門裁判所が、自己の判断と現行の憲法の密接な関連に全く気がついていない、もしくは理由づけにおいて少なくとも専門裁判所がそうした関連を判断しているという認識がない場合、である」と言う（Herzog S. 440-441）。

cc) Heck の定式が一部破られている領域 ①

Herzog は、ここで視点を変えて、問題になる領域を、法的三段論法でいう大前提の形成部分と、裁判手続の形成、当該事件の事実関係の調査や評価（法的三段論法でいう小前提）、そして事実への法の適用（法的三段論法でいう結論）、とに区分し、後者（裁判手続の形成、事実関係の調査や評価、事実への法の適用）部分に関わる限りで、「Heck の定式は絶対的に説得力を持っている」としている（Herzog S. 441）<sup>68)</sup>。

問題は前者、法的三段論法でいう大前提の形成部分である。裁判官が、この部分で法創造的活動を展開すれば、立法権と対比する視点が生じる。Herzog は、「Heckの定式をここで文字通り受け止めるならば、これが意味するのは、主権者から直接の任命に依拠している立法者が、完全にこの活動の憲法適合性を審査される一方で、直接民主的に正当性を持っていない裁判所の法創造活動はより狭い限界の範囲のみでしか審査されない、ということである」として、最もわかりやすい例として上級裁判所の「定番判例」があるとして、こうした判例は個々の関係では法律のように作用するのに、Heckの定式に従い執行された場合、通常の規範統制よりも狭い範囲でしか憲法裁判の統制が及んでいないとする（Herzog S. 441）。つまりここで提起されている問題は三段論法の大前提の形成を個別事例において無条件に Heck の定式に関連づけることが正し

いかどうかである<sup>69)</sup>。

連邦憲法裁判所によるこの問題に対する答えは、1981年に示された<sup>70)</sup>。この判断において、専門裁判所の判決が、「立法者に拒否されている区別に至る法律規定の解釈」(BVerfGE 58, 369 [374])を採用していれば、それが基本権侵害となるとの指摘がされている。ここで重要なのは「Heckの定式の内容が一部の領域において破られていることである。単純法の解釈が問題になる限りで連邦憲法裁判所は批判されている専門裁判所の判断を、基本権の意義と射程に関する基本的に正しくない考えがその判断の基礎に置かれているのかどうかについて審査するのみならず、解釈の結果を『完全に』審査する、すなわち明文の法律規定に依拠している場合と同じように審査することになる。三段論法の大前提、小前提、そしてその包摂の間の区別は決して思うほどには完璧にできるものではないこと、またこの三段論法の区別は、特に不明確な法概念や一般条項の解釈適用に際しては大半が裁判官の判断過程の現実に対応していないこと、は少なくとも補完的な問題として指摘されることがある」(Herzog S. 442)。

dd) Heck の定式が一部破られている領域 ②

Heck の定式からの乖離が存在するのは、時機に遅れた攻撃防御方法の却下規定(以下、「排除規定 Präklusionsvorschrift」という。また基本法103条1項に関わる判例での「排除」という用語は、この Präklusion を指す)についての判例部分である(Herzog S. 443)。基本的には、この排除規定は基本法103条1項と両立できず、この重大な効果からして、仮に明文で規定されとしても例外的位置づけにとどまる。「そこから時として少なくとも、排除規定が単純訴訟法によって許されない場合には、連邦憲法裁判所が法的審問の侵害として評価するかのように理解されうる定式が生じる」(Herzog S. 443)。1982年に連邦憲法裁判所は、第一審では主張されなかった争点についての証拠を控訴審で提出してきたことについて、時機に遅れた攻防としてこれを認めなかった判決に対する、基本法103条1項侵害を主張しての憲法異議に対して、「上級ラント裁判所は憲法異議申立人の法的審問を、民訴法の排除規定によってはもはやカ

バーされない方法で制限したことによって基本法103条1項を侵害している」と判断した<sup>71)</sup>。

1987年に連邦憲法裁判所は、この「Heckの定式と、法律侵害と憲法侵害の同置との間に引かれる線」について解明の試みを行った（Herzog S. 444）。その際の連邦憲法裁判所の説明に依れば、

「連邦憲法裁判所はこれまで、単純法上の排除規定の誤った適用が法的審問保障請求権の侵害を常に意味するかどうかについて明らかにしてこなかった……しかしながら繰り返し強調していたのは、この規定がきわめて例外的性格を持っていることである。なぜならこの規定は不可避免的に実質的に正当な判断への努力に不利に作用するからであり……時機に遅れた当事者に深刻な効果を招来するからである……これは、法的審問を制限する規定の、専門裁判所の解釈適用を、通常単純法の適用に際して行われるよりも、より厳格に憲法上の統制に服させることを当然とする。これは排除に際しての介入の強度ゆえに要請されるのである。これに対応するのが、これまでの判例にしたがっての憲法上の審査は単なる恣意統制を超えなければならないということである」<sup>72)</sup>。

#### b. 学説による整理

判決憲法異議の審査範囲についての学説の批判、対案については次節で改めて扱うこととし、まずは、連邦憲法裁判所の審査範囲についての整理をいくつか取り上げよう。基本路線は、「数学的に正確な包括的定式 Großformeln は見いだすことができない」<sup>73)</sup> 状況である。

##### aa) Schlaich/Korioth

Schlaich/Korioth は判決憲法異議に際しての連邦憲法裁判所の審査範囲について、① 個別事件の事実認定や評価の統制、② 判決内容の統制、③ 裁判手続の統制、④ 基礎におかれた法律の統制、に区別する<sup>74)</sup>。

まず、①については、特許決定（BVerfGE 18, 85 [92 f.]）の定番の文言を引用し、①の領域が専門裁判所「のみ」の任務であるとされてはいるが、これ

を常に守っているわけではなく、最強度の介入事例では連邦憲法裁判所は専門裁判所によって行われた個別事件での評価を、連邦憲法裁判所の評価に置き換える権限を持つ、としてドイツマガジン決定 (BVerfGE 42, 143 [149]) を引用する (Rn. 287)。

次に②であるが、ここで問題にされているのは、「個別事件での裁判所による、基本権に反する解釈、かつ（もしくは）基本権に反する適用に向けられている」憲法異議の事件である (Rn. 288)。基本権は法規範の有効性にとっての基準のみならず、その解釈適用にとっても基準になるのである (Rn. 289)。したがって判決憲法異議の審査に際しては二段階の審査過程を踏むことになる。第一段階では、規範が憲法に反し無効ではないことを前提として確定した上で、その憲法適合的（「抽象的」）規範の解釈を問題にし（基本権の「放射効」）、第二段階では、規範の個別事件への憲法適合的（「具体的」）適用を問題にする (Rn. 289)。単純法の解釈適用への基本権の影響の範囲については、「固有の憲法」という定式で展開されてはいるが、「『固有の憲法』定式は単なるキーワードを付与するだけであり審査範囲の確定と限界づけにとっての基準を何ら提供していない」ので以下のような具体化が必然となる、として以下の類型化を行う (Rn. 292)。(a) 単純法の解釈適用に際しての基本権に関わる瑕疵、(b) 判断結果による基本権侵害<sup>75)</sup>、(c) 客観的に維持できずそれゆえ恣意的な裁判所の判断<sup>76)</sup>、(d) 裁判官の法創造の憲法上の限界超過<sup>77)</sup>、そしてこれらを (e) 補完する観点、である。(a)については、(1) 裁判官が認識していなかった（欠如）<sup>78)</sup>と、(2) 裁判官が「基本的に」誤解していた（瑕疵ある評価）<sup>79)</sup>、にさらに細分化している。また(e)として付加されているのは、(1)「流動的限界」、すなわち、連邦憲法裁判所による裁判の判断の統制の限界は厳格に、一定不変に引くことができず、個別事件に応じて連邦憲法裁判所に一定の考慮余地が残されていなければならない、という観点、及び(2)基本権介入の強度<sup>80)</sup>、という観点である。後者の「基本権介入の強度」が問題になる領域において、Schlaich/Korioth は、Heck の定式が判決憲法異議の審査範囲の限定の特徴づけとして繰り返されてはいるが、「第一法廷の判決はこの定式から免れ、別の定式の助

## 憲法の私人間効力の射程（7）

けを借りている」、すなわち「審査の範囲が、特に、批判されている判断が当該基本権を侵害する強度で確定されている」というのである（Rn. 308<sup>81)</sup>。この定式の助けを借りて、連邦憲法裁判所は以下の領域で、より強い審査を行っている、として、三つの領域を挙げている。

一つは、芸術の自由と意見の自由の領域が一定の事例の場合に完全審査に移行することである。基本法5条3項の保障する芸術の自由においては刑罰が民事上のサンクション（不作為命令、撤回、損害賠償）よりも強い強度と位置づけられている<sup>82)</sup>（芸術の自由は基本法上法律の留保なく保障されているという特別の意義を有しているので、この自由に関わる行為に刑罰を科す際には、その消極的作用は当該事例を超えるという危険が付け加わるのである）。基本法5条1項1文の保障する意見の自由では、当該事件を超えて、将来この基本権を用いようとすることを減らすことになる予防的作用を生み出すことを専門裁判所が適切と判断している場合（刑事罰ではなく民事上のサンクションであっても<sup>83)</sup>、強度の憲法裁判所の審査に服するとしている（当該事件を超えて、将来この基本権を用いようとすることを減らすことになる予防的作用を専門裁判所が適切としている場合、「完全審査の思考に移行する」）（Rn. 308）。この予防的作用については完全審査<sup>84)</sup>、という思考は、基本法5条3項1文が問題になった事例<sup>85)</sup>でも採用されている。Schlaich/Koriothは、この事態を評価する場合には、実体法的観点と訴訟法的観点を区別すべきであるとしている（Rn. 308）。実体法的に見れば、民主主義的秩序を構成する自由な発言、意見の自由に重きが置かれているという問題であり（したがって訴訟法的観点で見ることはこの実体法的問題に対して賛意を「幸いにも」控えることができることにもなる）、訴訟法的に見れば、連邦憲法裁判所が専門裁判所に対する許される審査範囲を守っているか、という問題である。Schlaich/Koriothは「連邦憲法裁判所は、実際は上告審ではなくもはや事実審、控訴審である」、という（Rn. 308）。これが明白になっているのはBVerfGE 86, 1<sup>86)</sup>であり、ここにおいて、「意見の自由の領域で民事裁判所によって適用されたのは本来実定法の『単純法』ではなく、判例法であるということによって状況はやっかいなも

のとなっている」、とし、「連邦憲法裁判所はここでは明らかに基本法5条1項及び5条3項の判断を新たな軌道に導く必要があると判断したのである」(Rn. 308)。

もう一つは、単純法上の時機に遅れた攻撃防御方法を排除する規定の誤った適用が、常に、基本法103条1項の保障する法的審問保障請求権の侵害になることである<sup>87)</sup>。なぜなら、この規定は、実体法上の正当な判断に不可避的に関わる作用を持つ、という例外的な性格を持つからである (Rn. 308)。

最後の一つは、法領域の憲法上の特別性を理由に、連邦憲法裁判所に詳細な審査権限が帰属する場合である。これを理由にしているのが、庇護権<sup>88)</sup>、既決囚の社会復帰への深刻な影響に自由な人格発展の権利を認めた事例<sup>89)</sup>、養育権<sup>90)</sup>、である。

③の「裁判手続の統制」に際して、裁判を受ける権利や手続的基本権（基本法101条1項2文、103条1項、104条、19条4項）が審査基準となる (Rn. 321)。憲法異議の半分はこの領域に関わるものであり、また成功率も比較的高いという印象があるが、この憲法異議の絶対数の多さが影響しているに過ぎない (Rn. 321)。判決憲法異議に際して連邦憲法裁判所は他の領域で見られる専門裁判所に対する自制にほとんど言及せず、広い範囲で審査を行っている<sup>91)</sup> (Rn. 322)。とりわけ基本法103条1項の保障する法的審問侵害主張については、連邦憲法裁判所は「法的審問が保障する訴訟法規定の適用に際して裁判所の活動の単なる合法性統制に移行している」(Rn. 323)。したがって、訴訟法の維持が直接そして直ちに基本権との関係を持つ (Rn. 323)。

④の「基礎におかれた法律の統制」についてであるが、憲法異議という形で直接は専門裁判所の判決に向けられているとしても、間接的にその判断の基礎に置かれた法律に対する規範統制になる場合がある（「裁判官がその規範を憲法違反と評価しなかったため、基本法100条によって送付されなかったので、憲法異議提起者は直近の裁判手続で行われなかった〔『具体的』〕規範統制をリカバーさせることができるのである」(Rn. 326))。その際の審査の範囲はあらゆる規範統制と同じく、「全範囲」で法律の憲法適合性を審査することになる

(Rn. 326)。

bb) Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher

Pieroth/Schlink の『基本権』に第29版から Kingreen と Poscher が加わった、この概説書<sup>92)</sup>には、最後の章に、憲法異議の項目が設けられている（連邦憲法裁判所に係属する訴訟の96パーセントを占める「憲法異議は数字の上で最も重要な連邦憲法裁判所の権限である」[Rn. 1224.]）。ここにおいて基本法93条1項4a号に規定された憲法異議の訴訟要件及び理由づけが解説されるのであるが、本稿で関心のある審査の範囲については、「憲法異議の理由づけ」のセクションのうち、まず憲法異議に理由があるかどうか判断する「基準」について解説された（基本権及び基本権と同等の権利が「基準」となる。また基本法2条1項の判例<sup>93)</sup>により基本権以外の基本法上の条文違反も基本権違反になりうる）後、「固有の憲法侵害による審査範囲の制限」と題する節にて登場する（Rn. 1277 ff.）。この節は「問題」と「解決」の二つから構成されている。「問題」は次の通りである。「あらゆる憲法侵害が基本権侵害を意味するならば、基本法20条3項において保障された法律の優位についてもそれが妥当するはずであり、ということは行政や裁判所の活動は法律を侵害してはならない、ということになる。したがって法律侵害は基本権侵害と評価されなければならないということになりかねない」。どこが問題かということ、「この所見の結果、憲法異議が単純法律侵害を連邦憲法裁判所の下に持ち出すことを可能にする。連邦憲法裁判所はあらゆる他の裁判所の『超上告審』になったかのようになる。連邦憲法裁判所はあらゆる単純法の解釈適用を審査することを強いられかねない。93条1項4a号により基本権及び基本権と同等の権利侵害を審査すべきとされている連邦憲法裁判所の任務に、これは当たらないはずである」。

これに対する「解決」は、裁判所の判断の審査を連邦憲法裁判所は限定する、というものであった（Rn. 1280）。

どのように限定するのか、について、初期の連邦憲法裁判所の判例では、固有の憲法概念を導入したいわゆる Heck の定式が設定されたことに言及する

(Rn. 1281)。この定式によれば、手続の形成、事実の認定評価、そして単純法の解釈適用は専ら他の裁判所の任務であり、連邦憲法裁判所の審査を免れている。他の裁判所により「固有の憲法」が侵害されている場合のみ、連邦憲法裁判所は憲法異議によって介入する。ところがこの定式の欠点は、専門裁判所の管轄となる単純法と、連邦憲法裁判所がその番人であるところの憲法との区別があらかじめ規定されていない、ということにあり、この「固有の憲法がいう固有なるもの」を把握し、あらかじめ引かれていない限界をなお何らかの信頼できる形で線引きする試みが行われたが、「その何れも完全に説得力を持つことができている。……展開された諸定式や諸概念は同時でも適用される。つまり一方の定式が把握していない部分は別の定式の下で審査必要と判明しうるのである」(Rn. 1282)。そして複数の定式を並列する。

一つは Schumann の定式である。この定式は固有の憲法侵害を「批判されている判決が立法者は規範として公布しなかったはずの法的効果を採用した」ことによって確定するものである。この定式は、たった一つのこと、「裁判官が憲法ゆえに立法者より狭く限界を設定されている。裁判官は憲法の下に自らを置くのみならず基本法20条3項により法律の下にもある」という重要な憲法の観点を把捉している (Rn. 1283)。

もう一つは、許される裁判官の法発見・法創造と、許されないその区別から、固有の憲法侵害を判断しようとする試みである。ただし、学説判例で、一般的に承認されているこの限界線は存在せず、連邦憲法裁判所のこの関連判例もほとんど一貫性がない (Rn. 1285)。

三つ目は、「固有の憲法にいう固有なるものの確定の為に最も安定している定式」であり、「単純法の解釈適用に際して基本権の影響を基本的に誤解しているかどうか」で統制することである (Rn. 1287)。この「基本権もしくは憲法の影響の根本的な誤解」が存在するのは、関連する憲法規範が ① 看過されている、もしくは、② 根本的に誤って適用されている、そして裁判所の判断がそれに依拠している場合である。②があると言えるのは、(1) 基本権の保護領域の範囲、(2) 介入の存在の前提、(3) 正当化の要請、とりわけ介入の比例原

則、(4) 基本権保護義務の保護目的、が根本的に誤って理解されていた場合である (Rn. 1288)。ただし、ここでも判例学説において承認されている一般的な線引きを欠いており、連邦憲法裁判所は基本権侵害の強度に目を向けている（強度はそれこそ多様な評価に開かれることになるが）(Rn. 1288)。一般的には刑事事件の判断やコミュニケーション的基本権の介入については特に詳細に審査されている (Rn. 1288)。

四つ目は、恣意、である。手続形成、事実の認定評価、単純法の解釈適用に際しての恣意、である (Rn. 1291)。

cc) Lechner/Zuck

Lechner/Zuck の『連邦憲法裁判所法』のコンメンタール<sup>94)</sup> は、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づけについて問題にされるのが「固有の憲法」が侵害されているかどうかである、とした上で (Einl. Rn. 89), 「この固有なるものの内容を確定する出発点は変わらず Heck の定式である。それにより問題にされているのは、批判されている判断が単純法の解釈適用に際して、主張されている基本権の意義と射程について、基本的に誤った解釈に依拠しており、結果的に反比例的な基本権上の自由の制限に至っている、もしくは恣意的であるかどうか、である」とする (Einl. Rn. 90)。ここでいう専門裁判所の「基本的に誤った解釈」とは、「基本権が看過されていることに依拠していること」である。この「基本的に誤った解釈」の評価に際しては、「深刻度理論 *Schweretheorie*」が用いられる。この理論は判例上民事法の規定の解釈適用の効果において「段階理論」という形で明確化されてもいる。それによれば「介入権限の限界はまずは主張されている基本権侵害の強度に左右され」、審査の第一段階目に位置づけられるのは、裁判上の判断が基本権により保護された自由な存在とその実現という前提を継続的に狭めれば狭めるほど、ますます憲法上の審査は詳細にその切り詰めが憲法上正当化されるかどうか審査しなければならないというものである。審査の第二段階目では、この第一段階目の枠組みに、専門裁判所の判断が個々の解釈瑕疵にまで踏み込んで審査さ

れることになる。審査の第三段階目は、最も強度の介入が問題になる場合であり、そこにおいては連邦憲法裁判所は、専門裁判所によって行われた評価を自己のものと置き換える権限を持つ (Einl. Rn. 90)。なお、「基本権もしくは基本権の意義の看過が専門裁判所の判断の憲法違反に至るのは、それが直接基本権に反する単純法の適用に起因する場合ばかりではない。例えば、単純法上の憲法に関わる基礎的問題が誤って答えられていたり、憲法違反の法律が適用されていたり、憲法違反の法律について憲法適合的解釈の可能性が見逃されていた場合、等である。また裁判官の法創造の統制の場合も問題になっているのは単純法の解釈適用に際しての基本権拘束ではなく、権限踰越への批判である」 (Einl. Rn. 90)。

また比例原則の網は全法領域に及んでおり、したがって「潜在的に」全法領域を連邦憲法裁判所は審査可能である (Einl. Rn. 91)。

さらに重要な定式として恣意禁止が存在する。恣意とは「裁判所の判断が現行法になんら支えを見い出せない」ことである (Einl. Rn. 91, § 90 Rn. 102)。

他方で、Heck の定式は以下の事例グループでは特殊な形成がなされている、として、以下の類型を挙げている (Einl. Rn. 92 ff., § 90 Rn. 102)。

基本法 5 条 1 項及び 16a 条については、連邦憲法裁判所は事実関係やその単純法上の評価を審査する。

基本法 103 条については、この基本権が侵害されている場合には、連邦憲法裁判所は、より厳格な審査を行う。

基本権同士が衝突している場合 (特に私法上の行為) には、連邦憲法裁判所は、専門裁判所が基本権の影響を「十分に考慮したか」どうかについて審査する。

刑事事件の場合には、Heck の定式を補完して、刑事裁判所の判断が客観的に恣意的かどうか審査することが行われる。

民事事件の場合には介入の強度に関わる統制が行われる。

基本法 6 条 2 項の場合、強度基準と結びついて連邦憲法裁判所は基本法 6 条 2 項の特別な意義を根拠に統制の可能性を拡張している。専門裁判所の個別事

件の解釈の瑕疵すらも審査対象としている。

裁判官の法発見が問題になる（基本法20条2項2文及び同条3項の拘束が問題になる）場合、Heckの定式は別の定式を採用している。「連邦憲法裁判所は、基本法20条2項2文及び同条3項からの権限の限界の保持が問題になる限りで、専門裁判所が法発見に際して立法者の基本的見解を尊重し、法律解釈の公認された方法を主張可能な方法で用いたかどうかについての審査にその統制が限定される」（BVerfGE 122, 248 [258]<sup>95)</sup>。

- 1) この点は今日もはやほとんど議論されていない、とする、Gerd Roellecke, Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2006, § 67 Rn. 16. なお、連邦憲法裁判所が他の連邦裁判所と組織の上で明らかに異なる点として、連邦憲法裁判所の裁判官が任期付きで一人一人選出されること、連邦憲法裁判所の裁判官は相互に完全に対等であること、判断に際して少数意見が公開されること、が指摘される。Gerd Roellecke, Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Gerichtsbarkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2006, § 68 Rn. 2.
- 2) Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. 6. 1952, JöR 6 (1957), S. 144.
- 3) (Anm. 2) JöR 6 (1957), S. 144 f. 「政治的争訟」とは「政治的法について争われ、政治的なものそれ自体が現行の規範に基づいて裁判官の評価の対象となったものをいう」。Ebd. S. 145.
- 4) (Anm. 2) JöR 6 (1957), S. 147.
- 5) Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Rechtsgutachten von Professor Richard Thoma, JöR 6 (1957), S. 194 ff. (198). この憲法機関という概念が比較的日の浅い用語ではあるが、実際には今日憲法機関と呼ばれているものは以前には Jellinek が「直接的國家機関」と呼んだところのものであるとする ebd. S. 197.
- 6) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 42. また、以下のようにも述べている。「憲法によって創設され、その活動を通じて最上級の国家能力に関与しながらその存在と機能を通じ国家に固有の形を提供することになる国家機関」。Ebd. S. 344. 憲法機関という概念の理論的背景については、ebd. S. 342 ff.
- 7) (Anm. 5) JöR (1957) Bd. 6, S. 199 f.
- 8) Andreas Voßkuhle, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. III, 6. Aufl. 2010, Art. 93 Rn. 30. 連邦憲法裁判所からのコメントにおいても連邦憲法裁判所を憲法機関とすることによる

法的効果につき、組織的、財政的要素は挙げるが、権限についての記述はない。  
(Anm. 5) JöR (1957) Bd. 6, S. 203 ff.

- 9) Hans Lechner/Rüdiger Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 6. Aufl. 2011, § 1 Rn. 4; Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 106.
- 10) Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 27; Herbert Bethge, in: Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/ders. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 46. Ergänzungslieferung 2015, § 1 Rn. 16.
- 11) この点について「だけ」は争いがある、と指摘しつつ、権限導出に批判的な立場が一般的であるとする、Schlaich/Koriath (Anm. 10), 31 Fn. 12.
- 12) 基本法100条1項が規定している送付義務のバリエーションは、① 裁判所がラント法律をラント憲法ゆえに憲法に反すると考える場合には、ラント憲法裁判所に送付し、② 裁判所が連邦法律を基本法侵害ゆえに憲法違反と考える場合は、連邦憲法裁判所に送付し、③ 裁判所がラント法律を基本法侵害ゆえに憲法違反と考える場合には連邦憲法裁判所に送付し、④ 裁判所がラント法律を連邦法律その他の連邦法と両立しないと考える場合には連邦憲法裁判所に送付する、である。Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 100 Rn. 4.
- 13) 連邦憲法裁判所が当該法律を無効とするのか、それとも基本法と両立しない、と宣言するにとどめるのか、を問わず、この両方について送付義務が発生する。Schlaich/Koriath (Anm. 10), Rn. 145.
- 14) 連邦憲法裁判所に送付するかどうかの裁量は裁判所に存在しない。仮に送付義務に反した場合には、裁判官は基本法101条1項2文（法律上の裁判官の保障）を侵害することになる。Schlaich/Koriath (Anm. 10), Rn. 145; Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 770; Lechner/Zuck (Anm. 9), § 80 Rn. 3; Ralf Müller-Terpitz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 46. Ergänzungslieferung 2015, § 80 Rn. 199.
- 15) BVerfGE 1, 184 (188 f.). 具体的規範統制の対象となったのは、1951年4月24日に連邦政府が出した決定である。内容は、当時ソビエト占領区で支配者だったSED（ドイツ社会主義統一党）によって行われた「1951年の再軍備化と平和条約締結」に関する国民投票がドイツ連邦共和国の自由で民主的基本秩序を掘り崩す目的を持っており、連邦の憲法適合的秩序への攻撃を意味しているため、この活動を遂行する団体（とりわけこれを目的とした委員会、ナチ政権の信奉者からなる団体等）は基本法9条2項によって禁止されている、等であった。これを受けていくつかのラントがこの国民投票に関わる活動および命令で挙げられた団体を刑罰をもって禁止した。ビーレフェルトのラント裁判所はXに関する刑事手続について基本法4, 5, 8, 9, 17, 19条の観点で憲法適合的かどうか疑念を表明し、具体的規範統制の手続に従い連邦憲法裁判所に送付した事件である。これに対して連邦憲法裁判所は、「基本法100条1項1文が連邦憲法裁判所に判断を求めることを予定している

## 憲法の私人間効力の射程（7）

のは、裁判所が事件において有効性が問題になっている法律が憲法違反と考えた事件のみである」（188頁）、「裁判所は適用しなければならない法律の憲法適合性を自己の権限で肯定できる。裁判所が法律の憲法適合性を無効にしようとし、判決がこの法律の有効性に左右される場合のみ、裁判所は連邦憲法裁判所の判断をもらわなければならない。ある法律の憲法適合性への疑念もしくは単なる疑義は、基本法93条1項2号の規範統制と対照的に、100条の規範統制では十分ではない」（188-189頁）。

- 16) 「憲法適合的解釈」の必要性である。Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 145; Müller-Terpitz (Anm. 14), § 80 Rn. 147.
- 17) Jarass (Anm. 12), Art. 100 Rn. 2; Jan R. -Sieckmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. III, 6. Aufl. 2010, Art. 100 Abs. 1 Rn. 2; Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 753; Joachim Wieland, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 100 Rn. 6; Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 134 f.; Müller-Terpitz (Anm. 14), § 80 Rn. 36.
- 18) Voßkuhle (Anm. 8), Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a Rn. 164. Bethge も、「包括的で欠けなき基本権保護」の実効性を支える基本法1条3項の「補完規範」が憲法異議である、としている。他の基本権保護請求手続と異なり、この憲法異議のみが、基本権主体自身のイニシアティブで基本権を成就でき、「今日的観点から見れば、憲法国家性の放棄できない放射 Emanation を示している」としている。Bethge (Anm. 10), § 90 Rn. 3 f.
- 19) 裁判所間の上下関係、すなわち審級制度とは、「ある裁判所の裁判に対する不服申立てを、上級裁判所としてどの裁判所が審査するかという関係」のことであり、「下級裁判所の裁判に対して、当事者から、法律上許された不服申立てとして上訴があった場合に、その不服申立ての当否を審査する権限を行う関係で、上級裁判所が下級裁判所の裁判を取消変更する裁判ができるに過ぎない」。兼子一・竹下守夫『裁判法〔第四版〕』（有斐閣、1999年）132-133頁。
- 20) 「連邦憲法裁判所が超上告審ではない」との指摘に際して引用される定番は、BVerfGE 7, 198 (207). 後掲注55)の本文で引用している部分でもある。他に特許決定もこの文脈でよく引用される。BVerfGE 18, 85 (92).
- 21) Ralf Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 174. Alleweldt は「憲法裁判所は基本法によれば明白に最高裁判所 Supreme Court（これは単純法の領域での法的統一性を配慮する）として観念されておらず、憲法のための特別な裁判所として観念されている」とする。Ebd. S. 173.
- 22) Voßkuhle (Anm. 8), Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a Rn. 166; Wolfgang Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 163; Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 197; Benda/Klein (Anm. 9), S. 421; Christian Hillgruber/Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn 73; Lechner/Zuck (Anm. 9), § 90 Rn. 5.

- 23) VoßKuhle (Anm. 8), Rn. 167 ff.
- 24) BVerfGE 18, 315 (325).
- 25) VoßKuhle (Anm. 8), Art. 93 Rn. 54 ff.; Lechner/Zuck (Anm. 9), Einl. Rn. 87 ff.; Bethge (Anm. 10), Vorbemerkung Rn. 184 ff.
- 26) VoßKuhle (Anm. 8), Art. 93 Rn. 54.
- 27) 日本では憲法上保障される権利の限界を判断する際に「その基礎は利益衡量であるにしても、その衡量を指導するルールがなければならぬ」との考えに基づいて、「利益衡量を枠づける」ルールを違憲審査基準ないし審査基準と呼んでいる。伊藤正己『憲法〔第三版〕』（弘文堂、1995年）226頁。具体的な基準については同書317頁以下も参照。「二重の基準」に始まり、「明白かつ現在の危険」基準、LRAの基準などがある。
- 28) 例えば抽象的規範統制であれば、この統制は「連邦法ないしラント法が基本法と形式的、客観的に両立しているかについての疑義」もしくは「ラント法がその他の連邦法と形式的、客観的に両立しているかについての疑義」（基本法93条1項2号）に関する訴訟であるため、審査基準とは、申立対象となっている規範が両立するかどうかが問われている規範を指す。Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 690 ff.; Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 161 ff.; Lechner/Zuck (Anm. 9), § 76 Rn. 25 ff.; Hillgruber/Goos (Anm. 22), Rn. 524 ff.; Jochen Rozek, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 46. Ergänzungslieferung 2015, § 76 Rn. 62 ff. 連邦憲法連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法78条、31条2項に従って申立対象となっている規範が審査基準となる規範と両立するのかもしれないのかについて判断する権限を有し（Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 132, 370 ff.）、この際の審査基準となるのは、基本法93条1項2号の文言によれば、連邦法の場合には基本法のみであり、ラント法の場合には基本法並びに「その他の連邦法」である。このラント法の場合に審査基準となる連邦法に法規命令といった法律より下位の法規範も含まれる（Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 131）。ここまでは争いはないが、問題となるのは連邦法の場合でかつ法律より下位の連邦法（法規命令や規則）が申立対象となっている場合である。この際の審査基準は、基本法93条1項2号が規定しているように基本法のみなのか、それとも連邦憲法裁判所法76条1項が規定しているように「基本法もしくはその他の連邦法」、つまり連邦法律も審査基準となるのか、換言すれば連邦憲法裁判所法の規定は誤りなのか、それとも判断基準を明確にしたのかについてである（Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 131）。Söhnは連邦法の審査基準という観点では連邦憲法裁判所法76条は誤って定式化されており、「基本法もしくはその他の連邦法」ではなく「基本法並びにその他の連邦法」と読まれるべきであり、これが編纂上の不正確さの表れであることを示すものとして、連邦憲法裁判所法78条を挙げる。この条文は申立対象となっている規範が審査基準となっている法と両立しない場合に、無効となることを規定しているのであるが、ここでは連邦法の審査基準としては基本法93条1項2分の文言と同様「基本法」しか挙げられていないのである。これをもって

Söhn は仮に連邦法の法規命令が形式的な連邦法と両立しないことを理由に申立がなされても連邦憲法裁判所法78条により無効と判断する判断権を連邦憲法裁判所は欠いているとする Hartmut Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle, in: Christian Starck (Hrsg.), Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, 1976, S. 292 ff. (317). これに対して Söhn のこの考えを「不適切」とする Stern は「基本法93条1項2号では単純連邦法律を基準にした法律より下位の連邦法の統制は明言されていないが, 連邦憲法裁判所法76条の文言により理解される], とする。Klaus Stern, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Lieferungsblatt 44 1982, § 93 Rn. 264.

- 29) 「審査基準, 審査範囲そして判断の言い渡しについての問題はそれ自体として何ら問題はないはずだった, 判決憲法異議さえ存在しなければ], とする, Löwer (Anm. 22), Rn. 204.
- 30) Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 467; Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 218.
- 31) Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 466; Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 224.
- 32) Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 219. ただし下線部は引用元では斜体。また, Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 466 ff.
- 33) 「直接の審査基準」である「連邦憲法」のレベルでの「重大な拡大」はエルフェスードクトリン (BVerfGE 6, 32 [41]), とする, Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 467. すなわち基本法2条1項が一般的行為自由を保障しており, 基本権介入が正当化されるのは, 「基本権介入の基礎にある法律が全体として, したがって具体的基本権の関係を超えて形式的にも実質的にも憲法適合的である場合のみ」ということになるからである。Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 468.
- 34) 法律や法律より下位の規範が基本権適合的に適用されているかどうか, のみならず, 平等原則や法治国家原理を基準に主張可能な方法で適用されているかどうか, という「法拘束統制という迂回路から間接的に単純法の考慮も連邦憲法裁判所の統制に服する」。Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 475. ただし, 統制されているのは単純法の適用の仕方が, 恣意禁止の意味での一般的平等原則や執行権, 裁判権の法律拘束 (基本法20条3項) と両立する方法で行われているかどうか, なので, 直接の審査基準はあくまで基本法 (平等原則や法治国家原理) であるが単純法も間接的にはあるが統制の対象となっている。Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 475.
- 35) Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 477.
- 36) 「審査範囲」という用語について, 立法者に対する「審査範囲」は, 「審査密度 Kontrolldichte」と呼ぶ用語法が定着している一方で, 専門裁判所との関係では「審査範囲」と呼ぶのは「恣意的」であり, 両者で問題になっているのは統制密度である, と指摘する, Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 282.
- 37) Voßkuhle (Anm. 8), Art. 93 Rn. 55. 同趣旨として, Stern も「この定式が言葉遣いとしては失敗していることは次第に認識されるようになった。問題になっているのは憲法の固有の性質ではなく, 単純法の対比としての憲法なのである」と指摘している。Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/2,

1994, S. 1356. また同様に失敗を指摘し、連邦憲法裁判所の第一法廷は「暗黙裏にこの定式から離脱」し、第二法廷は「近年でもなお用いている」とする、Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 282.

- 38) Löwer (Anm. 22), Rn. 205.
- 39) Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 477.
- 40) Roman Herzog, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts, in: FS für Dürig, 1991 (im folgendes zit.: „Herzog“), S. 431 ff. なおこの論文の引用文中の強調はそのままである(ただし、斜体をアンダーラインとしている)。
- 41) 他に、判例の変遷の概観については、Alleweldt (Anm. 21), S. 81 ff.
- 42) BVerfGE 1, 7 (8).
- 43) BVerfGE 1, 418 ff. この事件は、ラント裁判所第3刑事部の判断に対し提起されたものである。この裁判所は、憲法異議申立人に対し禁固刑一年の判決を下した。対象となったのは、1933年3月に SA (ナチス突撃隊) と共産主義者達との間の口論に関わるものであり、当事者である憲法異議申立人に対する手続は「正当防衛と緊急措置」を理由に停止され、この件に関する刑事訴追は1943年に刑法67条1項により時効となった。しかし1946年5月29日に「ナチズムの犯罪行為の処罰に関するヘッセン州法(以下「処罰法」)」が制定され、時効期間の停止が導入され、これに基づき、憲法異議申立人にも公判が行われ、先の判決が下されることになった。憲法異議申立人は連邦裁判所に上訴したが、この判断が下される前に連邦憲法裁判所の判断がなされることを求めて憲法異議を提起した。憲法異議申立人は三つの点で、ラント裁判所の判決を批判し、この破棄を求めた。① 処罰法は無効であり、それゆえその適用は基本法2条2項及び104条1項を侵害している、② 処罰法が憲法異議申立人に適用されることは誤った包摂であるので、基本法3条及び33条を侵害している、③ 直接的証拠調べの原則を考慮していないという手続的欠如により基本法103条1項が侵害されている。

連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法90条2項により憲法異議は原則として出訴の途が尽きてからではあるが「処罰法が無効であり、その適用が基本法を侵害するかどうかという問題が一般的意味を持つことから直ちに憲法裁判所の判断が要請されるような場合には、例外的に出訴の途が尽きる前であっても判断する可能性がある」として、本件の憲法異議を許容した。その上で、実体判断に入り、まず①について「人身の自由への権利は、法律に基づいて、法律に依拠し、法律上の手続により行われた裁判官の判断によって限界づけられる。この権利は最初からこの限界づけを伴ってのみ保障されている。それゆえ依然として」と、この後、後掲注44)の本文で引用した部分を述べた上で、問題となっているラントの判決が依拠している処罰法が仮に無ければ有罪判決はもはや許されないことを指摘し、この法律が無効かどうかの審査を行い、この法律が有効だと結論づけた後、「処罰法が有効であるので、同法の無効性に依拠したラント裁判所刑事部の判決への批判は明らかに基礎づけられない」とする(428頁)。

## 憲法の私人間効力の射程（7）

次に②については、憲法異議申立人が当時訴追されなかったのは政治的な理由ではなく、刑法上の理由、つまり正当防衛と緊急措置が承認されたためであるので、処罰法が適用される事件には含まれない、と主張することについては、連邦憲法裁判所は、これは処罰法規定が直接ナチズムの介入があった場合のみを対象としているのか、それとも間接的なナチズムの影響により訴追されなかった場合にある行為が「政治的理由から処罰されなかった」と評価されうるのかどうか、という解釈問題であり、「この問題の判断については刑事裁判所の権限である。連邦最高裁判所は1952年2月8日の判決においてこの問題について間接的影響も重大という意味で回答している。憲法上の観点はその際に問題になっていない」（428-429頁）と指摘し、②の主張を退けている。

③については、「基本法103条が当事者に保障しているのは裁判の判断の基礎になる事実について判決に先立って発言する機会を与えられることに対する権利のみである。直接証拠調べの権利を規定しているのは憲法ではなく刑事訴訟法250条及び251条であり、これは基本権ではないので、これに対する侵害は、たとえその侵害が重大でそれによって法治国家的手続の性格が重要な侵害を被ろうとも憲法異議の対象にはならない」（429頁）。

44) BVerfGE 1, 418 (420).

45) BVerfGE 2, 336 ff. 憲法異議が認められ、判決が基本法3条1項の基本権を侵害しているとして、破棄差戻された事件である。憲法異議の対象となった判決は、ニュルンベルクの上級地方裁判所の判決である。当該判決は、刑事訴訟法172条（強制起訴手続。弁護士強制主義の手続のため、提起にあたっては弁護士の署名が必要）に基づく裁判の判断の申請のために憲法異議申立人が行った、貧困者のための無料の国選弁護士の申請を、先例に従い認めなかった。これに対し憲法異議申立人は自己の無資産ゆえに自己の権利擁護という点で基本法1, 2, 3, 20, 34そして103条が侵害されていると主張した。連邦憲法裁判所は、後掲注46)の本文で引用している部分を述べた上で、「まさにこれは本件で主張されていることである」（339頁）とする。批判されている判決の時点では貧困者の無料訴訟権の規定は刑事訴訟法上存在しなかった（しかしその後の1953年6月10日に連邦議会において刑事訴訟法172条に「貧困者の無料訴訟権が民事上の法的争訟と同様に妥当する」との条文が可決されている）。通説判例は、無料訴訟権の承認と無料の国選弁護士を付けることに関する規定が存在していないことから、これは許されていないとしていた。立法者の沈黙を、通説判例は、立法者の看過ではなく、拒否と見た（刑事訴訟法379条の私人訴追については明文規定があることもこの解釈を補強する）のであるが、連邦憲法裁判所は「これは基本法3条1項と両立しない」と指摘した（340頁）。「裁判所は立法者のこの消極的決定が1949年5月23日以降もなお基本法と両立するかどうか審査しなければならない。裁判所はこの日以降は基本法の基本権に拘束され、その他の法律の規定の解釈に際しても基本権を考慮しなければならない（基本法1条3項）。したがって上級ラント裁判所は特にこれまでの解釈が基本法3条1項の平等原則となお両立するのかどうか審査しなければならないはずであ

る。基本法3条1項は十分な根拠無く本質的に同じものを不平等に扱うことを禁止している。本件への適用に際して、無料訴訟権の保障を排除し刑事訴訟法172条の手続を資力の劣る者に対して閉ざすことを正当化する客観的根拠が無いことを、この条文は生じさせる。無料訴訟権の原則的拒否は憲法異議申立人をその資力の乏しさゆえに恣意的に不利に扱っており、憲法異議申立人が必要な資金を持っていないという理由のみで、法律によって規定された出訴の途に訴えることを妨げている。……一般的には立法者によってなされていない規律が裁判所によって遅れを取り戻すことはできないというのは正しい。しかし、弁護士強制主義を採用している現行法の基礎からして平等原則を考慮する規律、とりわけ無料訴訟権の承認、は可能であるということがここでは重要である。この承認はこの法律と両立するので裁判所によって解釈という方法でこれまでの解釈に替えることが可能である」(340-341頁)。

46) BVerfGE 2, 336 (339).

47) BVerfGE 3, 213 ff. 憲法異議申立人は契約によりハノーバー市に市内の病院の外科部門の医長として1936年8月に任用された。1945年5月9日に市長の通告書でもってイギリス軍政府の指令により無期限解雇された。1948年11月3日に憲法異議申立人は陪審裁判所によって人道に対する罪により二ヶ月の禁固刑が言い渡された。この上訴は棄却されたが後に特赦されている。陪審裁判所が憲法異議申立人を有罪としたのは、「敗北主義的な諸発言」を理由として憲法異議申立人の病院の看護婦の刑事訴追を告発の伝達によって1944年7月に指示したためである。憲法異議申立人は1933年以来ナチ党員であり、1951年3月にカテゴリーV(無罪 Entlastete)に段階づけられた後、ハノーバー市に対して、契約関係は有効に終了しておらず、それゆえ同市解雇後の期間も給与を支払う義務があるとして訴訟を提起した。憲法異議申立人は1945年9月の給与である350マルクのみを要求した。その理由として、市が軍政府の解雇命令を行ったのは、憲法異議申立人から解放されるためだけの目的からであること、また憲法異議申立人に対して不正に入手したか、強制でもって強いた宣誓供述書と宣誓に代わる保証でもって行われたこと、を挙げた。労働裁判所はこの訴えを認めた。理由として、憲法異議申立人が軍政府の命令により有効に解雇されておらず、業務を停止されているだけであることを挙げ、またハノーバー市が解雇告知について政治的理由を主張していないことも指摘した。ハノーバー市はこの判決に対し控訴し、以下のように主張した。憲法異議申立人の解雇は憲法異議申立人に対して存在していた当時周知の不利な証拠資料、特にナチ党員であること、Lauterbacher 大管区長官との親密な関係、憲法異議申立人の病院の職員に対する尊大な態度、そして看護婦に対する告発の伝達、が決定的であった、と主張した。憲法異議申立人は控訴審で、軍政府の命令は陰謀によって行われたものであり、当時の関係においては看護婦に対する告発の伝達はせざるを得ないものであり大管区長官との関係も決して親密なものではなかった、と主張した。ラント労働裁判所は憲法異議申立人の訴えを棄却した。理由として以下のように述べた。憲法異議申立人は労働上の地位を労働契約法上の理由以外によって喪失したのであり、基本法

## 憲法の私人間効力の射程（7）

131条の執行のための法律（以下「131条法」という）によって規定されている法的関係の人的範囲に属する。解雇告知の有効性についての争点は本件では重要ではない。「大変革、国防軍の解体、東の領域の喪失、軍政府の統治、非ナチ化などの関係で」の職の喪失が問題なので、軍政府の解雇命令がハノーバー市自身によって行われたかどうかは重要ではない。131条法63条において規定されている法的効果は職の喪失の構成要件の他に、降伏条約との関係での理由の存在が必要であるので、この理由の存在が問題になっているという憲法異議申立人の批判が適切かどうかの問題となる。当裁判所の解釈に依れば、これは問題になっていない。131条法が適用されるかどうかの問題に際して重要なのは、「雇用者の動機」ではなく、「客観的事実の存在」である。それゆえハノーバー市が軍政府の解雇命令を引き起こしたのであり陰謀であるとする憲法異議申立人の主張は主観的動機にしか関係していない。重要なのは、憲法異議申立人のナチ黨員、大管区長官との親しい関係、降伏条約との関係の下で解雇を意味する軍政府の解雇命令の存在、である。憲法異議申立人の労働関係は1945年5月8日の期限で終了している。それゆえ憲法異議申立人はそれ以前の労働関係についてハノーバー市に対して請求権を持っていない。131条法77条はこの法律において承認された請求以外の請求を明文で排除しているので、民法826条や契約違反の観点からの請求権も存在しない。

憲法異議申立人はこのラント労働裁判所の判決に対して憲法異議を提起した。理由として憲法異議申立人が主張したのは、131条法63条が、基本法131条が用いている「退職」という文言に替えて「職を喪失」としていることが憲法違反でありそれにより基本法14条に違反している、なぜなら雇用者の恣意的行為によって終了した公務員関係について基本法131条は関係していないからである、という点であった。また憲法異議申立人は、131条法77条は許されない行為による請求を排除していないという解釈を主張し、これと異なる解釈を採用したラント労働裁判所は誤った解釈により基本法3条及び14条を侵害していると主張した。

連邦憲法裁判所は憲法異議申立人の憲法異議は訴訟要件を充たし許容されるとしたが、訴えに理由はないと判断した。連邦憲法裁判所は、憲法異議申立人が131条法の対象となる人的範囲に属する、とした上で、基本法131条自身が自分の意思によらない公務による事実上の退職も含んでおり、131条法が「退職」ではなく「喪失」という文言を用いているのは、許されない人的範囲の拡張ではない、とした。また、131条法77条に関わる主張については憲法異議申立人が「ラント労働裁判所の判断の内容を問題にしている」（219-220頁）と指摘し、後掲注48）の本文で引用した部分を述べた上で、「本件はそういう事例ではない」（220頁）という。131条法77条は、ラント労働裁判所の解釈によれば、「雇用者に対する契約上の請求」のみならず「指示外の業務遂行、不当な利益、許されない行為に関する請求」にも関連しており、それゆえ憲法異議申立人は民法823条の「許されない行為」も積極的契約侵害も主張できない、としている。131条法77条の解釈は規定と両立しなくはない。しかしながらこの解釈から可能な限り一般的な解釈を帰結するならば、職を失った労働者は以前の労働関係から何ら請求権を導出できないことになる。この見

解については基本法14条の基本権が侵害されうるかもしれない。なぜなら131条法77条によって、基本法131条の意味と目的によっては遮断の要求されていない請求がひょっとしたら妨げられているかもしれないからである。更に「典型的な終了事由」と関係のない請求が労働者の不利な形でのみ排除され、雇用者に不利な形では排除されない可能性があり基本法3条を侵害するかもしれない。131条法77条のこのような解釈が憲法と両立するかどうかの問題はしかしながらここでは重視する必要はない。なぜなら当該判決はそのような解釈を採ってはいないからである。ラント労働裁判所は、憲法異議申立人から、基本法131条によって前提とされた典型的終了事由の一つとの関係がない、許されない行為もしくは積極的契約侵害により、請求を剥奪したのではない。むしろ憲法異議申立人の労働契約の終了についてはこのような終了事由が客観的に存在していることが認められる。ラント労働裁判所が憲法異議申立人の民法826条や積極的契約侵害に基づく請求を退けたのは、「偽装された」事由ではなく、職喪失の典型的な事由が生じているからであり、131条法77条がそのような事例について労働契約の終了に対する請求を排除しているためである。この解釈は131条法77条の規定と両立しており、この規定の意味と目的によってカバーされる。「131条法77条がこの解釈によって憲法異議申立人の基本権を侵害するかどうかという憲法上の問題は、連邦憲法裁判所によって審査されなければならない。この憲法上の問題は否定される」(222頁)。ハノーバー市は憲法異議申立人の勤務の継続を争いのない事実により拒否しているため、憲法異議申立人の雇用関係を重要な事由により有効に解雇している。これについてはハノーバー市は義務づけられないとしても権限がある。なぜならナチス国家の崩壊の後、同市の職員組織を最大限十分にナチスを除いて浄化し、それによって空いたポストに民主的に信頼できる人を雇うことはあらゆる公務員と公行政の明白な義務だからである。

48) BVerfGE 3, 213 (219 f.).

49) BVerfGE 4, 1 ff. 憲法異議申立人は給与所得税支払義務がある。憲法異議申立人は公正証書による扶養協定を根拠に離婚した妻に所得の三分の一を扶養料として支払う義務があるので、1950年に控除を認めるよう申請した。憲法異議申立人は控除を毎月350マルクの扶養料から所得税施行命令25条にしたがい685マルクを差し引いて3515マルクと算出した。税務署は憲法異議申立人に控除を1115.40マルクの金額しか認めなかった。この税務署の通知に対し憲法異議申立人は財政裁判所に跳躍上訴した。同裁判所は税務署の通知を破棄し憲法異議申立人の主張の通りの額で課税の控除を認めたが、この判決に対して税務署の担当官の異議を受けた連邦財政裁判所はこの判決を破棄差戻した。理由として、所得税法33条適用の前提の一つは負担が不可避的に発生することであるが、離婚した妻への扶養保証による納税義務者の負担が不可避といえるのは、扶養を受ける者の関係の考慮の下で支出が必要かつ適切である限りで、である。しかしながらその限りで審査を行うことは当裁判所には不可能である、なぜなら前審はこれについて何ら審理を行っておらず、納税義務者が、法外な負担を理由とした課税免除額の承認申請において、離婚した妻の財産や収入の問題、また誰が憲法異議申立人以外に離婚した妻の扶養を行っているのか

## 憲法の私人間効力の射程（7）

についての問題に答えていない（憲法異議申立人が前年度申請した税優遇措置によれば妻は当時17000マルクの財産があり所得もある）。この差戻を受けて財政裁判所は離婚した妻は1950年に自己の財産から500マルクの収入があり、また妻は肺病の娘へ月75マルク送金していた。財政裁判所は控除できるのは2315マルクとした。この判決に対し両当事者から上訴が行われ連邦財政裁判所は控除額を当初税務署の判断通り1115.40マルクとした。この判断の理由として連邦財政裁判所は以下のように述べた。「これまでの判例は、離婚した配偶者に対する扶養を、民事裁判所が扶養料として決めたか、もしくは決めようとした額において、法外な負担として承認することから出発していた。連邦財政裁判所はもはやこの判例を固守できない。むしろ家族の状況、収入額、そして納税義務者の経済状況といったそれぞれの個別事例のなかで考慮されなければならない」。そして本件については、所得税法33条の租税軽減は憲法異議申立人の収入の高さに鑑みて考慮されない、とした。

憲法異議申立人はこれに対し基本法3条侵害を主張して憲法異議を提起した。理由として、憲法異議申立人は、連邦財政裁判所が2回目の審理において詳細な根拠無くこれまでの判断から離れており、自身が1回目に提示した（これまでの判例との一致している）法解釈から離れる権限はこの事例では連邦財政裁判所にはないことを主張した。

連邦憲法裁判所は、憲法異議は適法に提起されているとしたうえで、「憲法異議申立人は平等侵害を連邦財政裁判所が第二次訴訟において第一次訴訟とは別の法解釈を自身の判断の基礎に置いたことにみている。ドイツの手続法において存在する原則は、法的審級の判断は（上告審であれ抗告審であれ、その他の異議に関する裁判所であれ）、第一次訴訟において法的審級によって提示された事実に対する法的評価が及ぶ限りで、差戻した事例での前審に拘束される。この拘束が事実審にとって意味するのは、事実が再度の判断までに同一な場合には、法律審に従うことの原則的強制である。しかし事実審の拘束が存在するところでは、支配的判例に依るならば、法律審もまた再度従事するに際しては第一次訴訟での法的評価に拘束される。この点租税法の学説も同意している。帝国財政裁判所はこの原則を個々の事例で破ることがあり、その事例とは、帝国財政裁判所の第一次訴訟と第二次訴訟の判断の間で別の事実で当該手続における基礎的な法的問題が異なって評価される場合である。しかしながら一般的に帝国財政裁判所もまた他の上告審や抗告審と同様に、この原則を固守していた。この原則は（例えば法的審問のそれとは異なり）憲法ランクの原則ではない。しかしながら個別事例で一般的には遵守されるこの手続法の原則を無視する裁判所が平等原則を侵害しているかどうか審査する必要がある。自己拘束の原則の適用に関わる前提が本件で存在したかどうかは不確かかもしれない。すなわち、連邦財政裁判所の第一次訴訟での一定の言い回しは特に同裁判所が法的確定を回避しようとしたことを暗示しようとしているかもしれないのである。しかしこれは未確定でかまわない。なぜなら連邦財政裁判所が自身の第二次判断において自己拘束の原則を誤って考慮しないままだったとしても、基本法3条の侵害はそこに見いだされないだろうからである」（5-6頁）。そして、後掲注50）の本文で

引用した部分を述べた上で、「この構成要件は上告審や抗告審の自己拘束の範囲が個別事例において疑わしいことを考慮する場合には存在しない。自己拘束原則を考慮しないことは極端な事例では一定の不注意を意味するが、その不注意は憲法異議手続では修正することはできない。それゆえこの憲法異議は理由がないものとして棄却される」(7頁)。

50) BVerfGE 4, 1 (6 f.).

51) BVerfGE 4, 52 ff. Ellen の両親は主として父親の有責により1950年に離婚した。両親には Ellen の他にもう一人息子(1935年生まれ)がおり、現在は鉱山で働いている。Ellen は1945年生まれで母親の所にいる。両親は Ellen がどの学校に通うべきかについて争っている。後見裁判所は両親の提案に応じて二人の子供の養育権を母に委譲した。母親は、父親は反対しているが Ellen をデンマーク学校に入学させる願書を提出した。父親の申請により区裁判所は、両親の養育権を分割し、Ellen の学校の決定の権利は父親に帰属するべきだと判断した。これに対し母親は異議を提起した。この異議がラント裁判所に係属している間に、父親はドイツ学校に Ellen の入学願書を提出し、母親は父親の強い要請により暫定的にこれに同意したと説明した。Ellen はそれ以来ドイツの国民学校に通っている。異議手続において連邦最高裁判所は両親の養育権の分割は許されず、離婚した夫婦によっても民法1666条の前提の下での子供の危機に際してのみ介入が認められ、一方の親に委ねられた養育権は、婚姻中父親に属していたものと同じである、と判断した。事件の差戻を受けたラント裁判所は、父親に学校決定権が民法1666条によって後見人として委ねられるとして母親の異議を棄却した。このラント裁判所の決定に対して母親は上級裁判所に異議を提起したが認められなかったため、その上級裁判所の決定に対して憲法異議を提起した。憲法異議申立人は、後見人の任命によってデンマーク人という少数者の政治的信条のために自由な人格の発展と教育権が不利に扱われており、基本法2条1項、6条2項、3条3項が侵害されていると主張した。

連邦憲法裁判所は、憲法異議申立の対象の判決を上級裁判所だけでなくラント裁判所も含まれると理解した上で、これらの条文の内、前者二つは本件の枠外にあるとし、3条3項については、まず後掲注52)の本文で引用した部分を述べた上で、以下のように判断した。しかし憲法異議申立人の主張は適切ではない。各裁判所は一致して、仮にデンマーク学校への通学を両親が合意して決定し、それによってドイツの生活や文化環境への属性から疎外されるであろうドイツ人家族の子供が問題である場合であっても、民法1666条の構成要件を充たさない、と認めている。本件の「児童の危機」を、各裁判所はデンマーク学校に通うことではなく、父親の異議に鑑みてそれによって引き起こされる父親との関係が悪化することに見ており、その際、各裁判所は児童の福祉について可能ならば非養育権者との自然な関係で維持されなければならないという理解から出発している。「養育権の濫用」を各裁判所は、母親は言語、出自ともにドイツであるので、ドイツ学校への通学により子供との関係が危機に陥ることがないにもかかわらず、父親の願いを聞き入れることへの母親のやる気の欠如と理解している。後見人の任命が児童の危機を排除するのに適

## 憲法の私人間効力の射程（7）

切かどうか、もしくはそれによって父親からの疎外に替わって母親からの疎外が引き起こされないかどうかについて判決は行われているので、両親が一致して裁判所に拒むであろう、デンマーク学校への通学についての賛否の理由の考慮は、正当でありまた必要である。各裁判所は両親の母国語と出自を考慮して父親の願いが子供の利益になるとしたことはそれゆえ基本法3条3項の観点に反しない。憲法異議申立人が主張するところの、養育権者の判断が子供を危険にさらさない場合には、非養育権者の願いを考慮しないことが濫用となるのかどうか、といった「問題の審査は、デンマーク学校への通学が『明らかに……父親と子供の間の看過できない疎外を帰結するに違いない』という事実の確定の審理と同様連邦憲法裁判所の立ち入りが禁じられている。たとえ裁判所による法律の解釈と運用が恣意的であったとしても、もしくは、別の憲法違反の理由を隠すための口実であったとしても、である」（59-60頁）。このように述べて連邦憲法裁判所は憲法異議を棄却した。

52) BVerfGE 4, 52 (58).

53) BVerfGE 6, 7 ff. 憲法異議申立人は区裁判所の判決により隠匿罪及び詐欺の公訴について無罪を言い渡された。しかしこの無罪判決について無罪となった憲法異議申立人から憲法異議が提起された。理由として「判決の事実認定から生じるのは、彼が無罪であること、少なくとも根拠となる有責事実が存在しない、ということである。区裁判所はこれに反して要約すれば彼を証拠の欠如によって無罪としており、彼に可罰可能な行為には着手しているという正当化できない嫌疑は課していることになる」として基本法1条及び2条1項侵害を主張した。

これに対して連邦憲法裁判所は憲法異議の訴訟要件を充たしていることは認めた上で、「しかしながら明らかに憲法異議には理由がない」とした。その理由として冒頭で後掲注54)の本文で引用した部分を述べた上で、以下のように述べた。憲法異議申立人が証拠の欠如により無罪という区裁判所の最終的事実認定が、裁判所が憲法異議申立人の無罪を証明されたと判断するための事実認定と矛盾している場合、そのような憲法違反が存在するかどうかについては、未決定のままとできる。なぜならそのような矛盾は本件では存在しないからである。区裁判所が隠匿罪や詐欺に関する一定の要件事実の不足を積極的に認定しようとしたとの外観を、判決のいくつかの表現は、確かに生じさせるかもしれない。しかしながら判決全体の理由づけとの関わりにおいてこれらの表現が読まれた場合、明白に生じるのは、これらの表現にその意味はない、ということである。むしろ区裁判所は判決の理由づけに際して被告人に刑法上の罪が証明されなかったというところから出発している。判決の個別の表現も誤解されやすいかもしれないが、憲法異議申立人は証拠の欠如（のみ）で無罪になったという要約的帰結は、判決の理由づけに先行する内容から明白に外れていない。判決の理由づけは、憲法異議申立人の人間の尊厳ないしは人格の自由な発展を侵害する詳論を含むということは明らかではない。憲法異議申立人は、被告人が自身の無罪を証明した、もしくは理由となっている嫌疑が存在しないと考えていても裁判所が証拠の欠如を理由に無罪とした場合、上訴できないことが基本権侵害と主張している。ただし、憲法異議申立人は実際にはこの上訴を提起してい

ない。このような事例で憲法異議申立人が上訴を退けた判決に対して憲法違反と主張できるか、もしくは憲法異議を直接第一審の判決に向けうるのかどうかは疑わしい。憲法異議は明らかに理由がないのでこの問題は判断する必要がない。連邦憲法裁判所法24条は連邦憲法裁判所にその包括的な任務領域によってほとんど回避できない業務の過剰負担のゆえに特に迅速な手続において見込みのない憲法異議を棄却する可能性を認めている。この法律の目的は、連邦憲法裁判所が、最初から、異議申立に明らかに理由がない事案であることを見落としているにもかかわらず、このような事件の訴訟要件の法的問題を審査し、判断しなければならない場合、これと矛盾するやもしれない。それゆえこの法律はそのような事例においては連邦憲法裁判所に理由づけの強制から解放している。憲法異議の枠組みで提起された申立に明らかに理由がない場合、許容性についての疑いを未決定のままにしておくことはそれゆえ正当化される。本件はそのような事件である。

54) BVerfGE 6, 7 (9 f.).

55) BVerfGE 7, 198 (207).

56) BVerfGE 12, 113 ff. ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』178頁以下(上村都執筆部分)。これは、憲法異議申立人が、「政治的ストライキについて」と題して行った講演にて「出版社の約95パーセントが経済的に経営者に依存し、そのため労働組合に敵対的である」と述べたこと(のちに労働組合紙に掲載)が出版社から批判され、週刊誌シュピーゲルが憲法異議申立人にインタビューを申し込み、その場で憲法異議申立人は自己の主張を説明し、出版物も渡したが、シュピーゲルは政治的ストライキについての憲法異議申立人の考えを説明することなく、1954年3月10日に「ヴォルガ河で逮捕されて」という題で、憲法異議申立人が政治的ストライキにより現行法秩序が革命的に変更されることを正統と説明した、として、バーデンビュルテンベルク最高裁判事である憲法異議申立人の政治的過去を紹介した。これに対して、憲法異議申立人は1954年3月17日に、Allgemeine Zeitung と Botnanger Randschau の二紙に、憲法異議申立人が政治的ストライキを合法と説明、というシュピーゲルの記事は誤りであり、「政治の領域でのマスコミは、道徳の領域でのポルノグラフィーであり、両者の違いは、前者はおおっぴらに読めることだけである」と公表した。1954年6月20日にシュピーゲルは Botnanger Randschau の論文を理由に憲法異議申立を誹謗と侮辱で私訴(刑訴上に規定)を提起した(後に Allgemeine Zeitung も対象に含めた)。ラント裁判所は、シュピーゲルのいわゆるヴォルガ記事への反論部分は、シュピーゲルに向けられておらず、刑法193条の保護(「正当な利益」の擁護があれば名誉毀損を正当化する)が及ぶが、「ポルノグラフィー」部分については、刑法193条の保護は及ばない、として150マルクの罰金刑を憲法異議申立人に科した。この判決に対して憲法異議が提起され、連邦憲法裁判所は、理由があるとして憲法異議を認めた。理由づけの冒頭、連邦憲法裁判所は後掲注 57) の本文で引用した部分を述べた後、これはまさに本件のことである、として、リユート判決の相互作用論を指摘し、刑法193条の「正当な利益」解釈での名誉と意見自由の間の利益衡量に際して、基本権5条1項

## 憲法の私人間効力の射程（7）

の保障する意見自由の射程は本質的影響を行使する、と述べ（125頁）、「本件において裁判所は、事実関係を不当に人格的名誉と名誉毀損から生じる利益の緊急事態を守るという観点の下でのみ見ており、プレスにおいて繰り広げられる私闘 Fehde とそこに内在する公論形成の要素に価値を認めることをしていない」（126頁）とする。そして裁判所がポルノグラフィーとの比較をした部分に刑法193条の「正当な利益」を認めなかったことについて、「基本法5条1項のこの規定〔＝刑法193条〕への作用は、官僚政治という重要な問題についての公論形成への影響という正当な利益も承認するよう命じており、そしてこれに関する不適切な情報に対する反論として憲法異議申立人の発言を評価するよう命じている」（132頁）と結論づけた。

57) BVerfGE 12, 113 (124).

58) BVerfGE 13, 318 ff. 憲法異議申立人Xは小売業に関する合資会社である。共同出資者は兄弟であり、この兄弟は憲法異議申立人Yでもある。彼らは約半分の出資比率である。彼らの妻は長年従業員として働いており、一方の妻は経理を、他方の妻は通信や督促業務を担当しており、両者ともに販売員として働いていた。給与として1955年3月31日まで月300マルク、1955年4月1日から月400マルクが契約されていた。税務署は1958年10月29日に更正通知を送り、妻の給与は会社の利潤であり1953年から1955年までを1956年に夫らの収入に算入されるとした。これに対する跳躍上訴に対してニーダーザクセン財政裁判所は妻の給与を経費として認め会社の利益をより低く査定した。同判決は理由として以下のように述べた。妻らは適切な報酬で合意しており、他人と締結した場合と同様に労働契約を履行している。仮に妻らが二人の身内ではない労働力に置き換わっていたとしたら、この給与についての経費は「一体的利益査定及び分離利益査定」（以下、「AO」という）4条の意味での「経営により引き起こされた」に該当する。これに対する税務署の異議により連邦財政裁判所はこの財政裁判所の判断を破棄し、差戻した。連邦財政裁判所は労働契約の真摯さ、その実際の履行そしてその報酬の適切さから出発し、財政裁判所とは別の法的評価を行った。連邦財政裁判所はこれまでの判例を指摘し、要約すると以下のように述べた。連邦財政裁判所は確かにもはや従来の類型化された考慮、すなわち夫婦間の契約の評価に際しても個別事例の特殊性が看過されてはならない、という考慮に固執しない。しかしながら一般的には婚姻の本質を考慮すれば夫婦間の契約は租税上承認できない。夫婦間の労働契約（人的会社と共同出資者の配偶者間との労働契約も）が承認されるのは、あらゆる他人と締結されうる形式において行われている場合のみである。本件がそうであるかどうかは所得税法の原則及び経済上の考慮方法の基準に従い判断されなければならない。所得税法の規範については、所得税法26a条1項2文と並んで4条4項、12条1号15条及び19条に規定されている。経済上の考慮方法について生じるのは、夫婦間の契約及び人的会社とその構成員である配偶者との間の労働契約は、真摯に締結され事実上執行され報酬が労働の対価として適切であったとしても、本質的には別の性格、他者同士の雇用者と労働者との間で締結された契約とは別のものということである。この「本質的に別

の性格」とは、二つの領域から生じる。一つは、労働契約より高次の層にある婚姻法の規範から、それが生じる。一般的に夫婦を雇用者と労働者の地位に置こうとすればそれは婚姻違反である。小売業での妻の活動や帳簿の管理といった従属的労働は、活動の範囲と締結された協定とは独立に、婚姻の作用として、また婚姻の財産法の作用として評価しなければならない。通常従業員が行う活動で、夫の共同経営の枠内での妻の協同活動、そのための報酬、は、すべて共同経営者としての夫に加算されている。もう一つは、会社の状況から生じる。すなわち、会社において加勢している配偶者は一般的に他人の労働者とは別の社会的地位を有している。租税法上の雇用者の概念は、依存性を前提にしているが、それは配偶者間には存在していない。配偶者間に存在しているのは生活経験に従って、雇用者と労働者間にあるような上下関係は通常存在しない。とりわけ共同作業する配偶者は他の労働者の目からは自分と対等な同僚ではない。そこから一連の推論が帰結される。労働関係は例外的にのみ承認され、とりわけ共同出資者（本件では夫）が4分の1を下回る参加であり、それ以外にも決定的な影響力がなく、かつ共同作業をする妻が指導的地位ではなく従属的地位にある場合のみ、である。これ以外の事例では労働契約の承認は拒否されなければならない。仮に協定が明確であろうと、妻が他人の労働力に完全に代替していようと、過剰な給与を支払っていなくとも、会社が家族経営でなくとも、である。夫は、有限責任として、事業からの自己の利益全体を営業上の利益として評価しなければならない。しかし共通利益の配分についての夫婦間の協定にあらゆる内容を要求することはできない。経営のために配偶者の活動が「根本的」だとしたら、労働関係に替わって共同出資者の地位が承認されなければならないし、配偶者の関係はそれに応じて締結される協定で分類しなければならないし、共同作業に際しても事業利益として扱わなければならない。指導的な共同作業者は、配偶者を越えて共同経営者である。共同作業者の活動が、例えば会計係や販売員のようになり、根本的ではない場合、労働契約は常に経営者（夫）の事業利益の一部として扱わなければならない。これらの原則から連邦財政裁判所は、本件について、妻らは従属的業務を提供しているだけなので、夫の共同経営の枠組みで共同作業しているのみである、とした。それゆえその労働対価は経営者（夫）の利益として人的会社の利益に参入される。

この連邦財政裁判所に対して合資会社と社員から基本法6条1項侵害を理由とした憲法異議が提起された。

連邦憲法裁判所は、憲法異議申立人Xの憲法異議は訴訟要件を充たしていないが、憲法異議申立人Yによって提起された憲法異議は訴訟要件を充たしており、また理由があるとした。連邦憲法裁判所は、まず「批判されている判決は連邦憲法裁判所の判例によって画されている限界内で憲法裁判所の審査に服する」（325頁）と指摘し、「それによれば」と、後掲注59)の本文で引用した部分を述べた上で、本件での憲法問題と同じ枠組みがニーダーザクセン財政裁判所で問題になっていることを指摘し、その際問題になった、租税法との関係での労働契約の承認の有無は、法律からではなく、連邦財政裁判所の判例から生じたものである、と述べてから、「連邦

## 憲法の私人間効力の射程（7）

財政裁判所は確かにこの関係で所得税法の個々の規定に言及している。しかしこれらの諸規定はその文言上もその意味上も争われている労働契約の租税上の不承認を強いていない。これを連邦財政裁判所も誤解してはいない（連邦財政裁判所の判断引用）。しかし本件では労働契約の証拠に特別な要請が提起されているかどうかの問題になっているわけでもなければ、証拠の評価が正当かどうか争われているわけでもない。協定の明確性、その実際の履行そして協定上の報酬の適切性は争われていないし、妻らの労働はその他の従業員が行うのと同じ種類のものであるとされている。ここで判断される個別事例における労働契約の不承認はむしろ一般的法原則に依拠しており、その法原則を連邦財政裁判所は配偶者間の労働関係の特殊な形成という特殊な性格という観点で展開し、それによって夫婦間の労働契約が実務上『ほとんど認められない』ほどにそのような契約の租税上の考慮を制限した。実際に公刊されている連邦財政裁判所の判断で、このルールにより夫婦間の労働契約が認められたものは一件しかない。このような創造的解釈の方法で発展した法原則の意味は、規範と同じようにその法原則のもとに個別事例が包摂される以上、個別の法的争訟を超えて出ている。まさに憲法異議で批判されている本判決の思考過程も、一般的法原則が規範類似の性格であることを示している」（326-328頁）。

「確かに法原則の発展は租税法においても裁判官の従来通りの任務に属し、とりわけ租税の構成要件や租税義務を限定することが問題になる場合でもそうである。しかし法治国家という憲法原理の下で既に深刻であるのは、租税の構成要件が裁判官によって新たに創設されたり拡大したりする場合である。なぜなら租税は『普遍的にみられる、一定の事実を租税評価することについて立法者の第一義的判断』という理念によって支えられており、それに応じた『立法者の断言 Diktum』から生命を得ているからである（『 』内 Bühler/Strickrodt の租税法の教科書から引用）。この法治国家的思考は、簡単に租税行政や租税司法にとってそれ自体は正当な経済的考慮方法の観点によって取り除かれることはできない。経済的考慮方法は、『租税立法は確かに法的事実を規定しているがその固有の法技術的外見ではなくその法的作用を考える』立ち位置にある。『この法的作用とそれにより導出される納税者の領域での経済上の結果』に結びつけられなければならないのが課税なのである。しかし経済的考慮方法は、法以外の観点と概念によって法的方法を解消させてはならない」（328-329頁）。

法治国家性という問題はしかしながら判断するのに必要ではない。なぜなら連邦財政裁判所の上述の法原則は、いずれにせよ営業課税法8条5号（会社の所得課税に別途加算する項目を定めた条文）と同じ理由で基本法を侵害しているからである。ここでは同じ憲法問題が提起されているだけではない。両者の事例において、財政裁判所を支える租税法上の結果や根拠は法律規定が正当化すべきである、という出発状況も同じである。出発点は、会社における労働契約に基づく配偶者の共同作業であり、その会社の経営者ないしは共同出資者がもう一方の配偶者であるということである。両方の事例で問題になっているのは共同作業をする配偶者に支払われる労働報酬の租税法の位置づけである。一般的に所得税法並びに営業税法における労

勤報酬は所得税法4条4項により営業からの利益に関わる会社の支出として控除されている。連邦財政裁判所の法原則は、営業課税法8条5号の加算規定と同様に配偶者について租税を増額する効果を伴う特別規定をもたらしている。この法原則は実務上所得税法にとってほとんど営業税に関わる営業課税法8条5号と同じ結果に至ることになる、というのは共同作業をする配偶者の労働契約の承認がほとんど認められなくなるからである。この出発状況と結果の平行さにより当然論拠においても十分な一致が見いだされる。もっとも営業課税法8条5号の正当化のために営業税が客体課税としての性格から導出されている評価は所得税の領域では最初から役に立たない。租税回避の危険もまた1957年12月3日判決以来発展させている判例においてはもはや独立した論拠とならないが、財務大臣は本件手続においてこれを補完的に行っている。その他に、連邦財政裁判所が争われている労働契約のグループの非承認を基礎づける評価は、配偶者間（もしくは配偶者と人的会社間）の労働契約の「特別な性格」から営業課税法8条5号の正当化の論拠とすることで一致している。両方の事例では他人同士の雇用者と労働者間の労働契約から本質的に外れた性質が、まずは婚姻法の規範（これはより高次の規範として、契約上創設された関係を覆う）から、他方で、事業において共同作業をする配偶者は一般的に他人である労働者とは社会的に別の地位にあるということから、推論されている。「この租税回避を阻止する思考でもあるこうした評価は、租税上の配偶者の不利益取り扱いを正当化するのに十分ではない」（330頁）。「営業課税法8条5号の法律規定に妥当することが、連邦財政裁判所が配偶者労働契約の扱いのために所得税法において発展させた法原則には少なくとも妥当しない。なぜなら裁判官はその機能に従い立法者より強く拘束されるからである。したがって連邦財政裁判所により配偶者労働契約の租税上の取り扱いのために発展させた法原則は1BvL32/57判決で営業課税法8条5号を無効にした場合と同じ理由で憲法と両立しない。ここでは先の判決と同様に基本法6条1項と同様に3条1項の保護の考えが役割を果たす。営業課税法8条5号と異なり（しかし旧営業課税法26条と同じように）問題になっているのは、憲法違反の増額により第三者も影響を受ける客体課税ではない。その増額により配偶者自身が不利に扱われる人的な所得税の問題である。そこから導出されるのは、この事件において基本法6条1項は審査しなければならない事実関係とより強く事実即ちした関係を持ち、それにより十分な憲法基準であることが示されるということである。連邦財政裁判所により発展した法原則に依拠した当該判決は憲法異議申立人Yの基本法6条1項の基本権を侵害している」（329頁）。

- 59) BVerfGE 13, 318 (325 f.).
- 60) BVerfGE 13, 318 (328, 331). 「立法者の断言」という表現は、連邦憲法裁判所自身、Bühler/Strickrodtの租税法の教科書の引用である。
- 61) BVerfGE 32, 311 ff. 不正競争防止法に関わる事件である。ミュンヘンにおける石工マイスター及び彫刻マイスターである憲法異議申立人は、墓石を制作し、遺族を訪問するセールスマンを通じてそれを販売していた。憲法異議申立人が退会したミュンヘンオーバーバイエルンの石工彫刻家同業組合はミュンヘン内の墓地に設置

## 憲法の私人間効力の射程（7）

された注意書きにおいて勧誘の形式に反対しセールスマンを通じての墓石販売を大いなる不信心と主張した。ここから法的争訟に発展し、憲法異議申立人はラント裁判所により、不正競争防止法1条に基づき、同業組合に注意書きの頒布そしてそれに対応する主張の頒布陳列を禁止する判決を得た。同業組合は反訴して、死亡後4週間の待機期間外にも求められていないセールス勧誘を禁止することを求めたが、これも棄却された。同業組合は、連邦最高裁判所に上告したが、棄却された。しかし反訴については、憲法異議申立人に、死後4週間の待機期間の他でも、自らもしくは第三者によって、営業注文の募集の目的で遺族から求められていない訪問をする、もしくはさせることが、刑罰をもって禁止された。その理由を連邦最高裁判所は以下のように述べた。不正競争防止法1条は不正な競争から競争者を保護するのみならず競争の弊害から一般社会をも保護している。それゆえ礼儀作法感覚に矛盾する競争行為のみならず、競争行為が一般社会から承認されず、耐え難いと評価される場合も、良俗違反である。激化する競争により遺族の個人的領域は特別な保護を必要とする。この領域は一般的にセールスマンによる親しげな言葉に批判的な考えで向き合わず、遺族の特殊な精神状態ゆえに、セールスの圧力に日常の場合よりもあらがえないであろう。遺族の親密領域の保護は経済的利益追求に優位する。墓石が設置されるべきかどうかの判断は常に最高度に個人的なことであり、経済的利益を追求している第三者からの理想的な諸理由のアップールによって影響を受けるべきではない。それゆえセールスマンの訪問が許されるのは、業者がそれを要請された場合である。待機期間の経過後も場合によってはセールスマンの集中的訪問がなお懸念される。セールスマンの求められない訪問禁止は基本法12条1項と両立する。職業行為は最高度に個人的な個人の権利が対置される場所では限界がある。それ以外の方法で自己の事業に勧誘するのは自由である。特にセールスマンの訪問を依頼するために勧誘用パンフレットによって関心を起こさせることが可能である。

この連邦最高裁判所の判決に対して、基本法12, 14, 3, 及び2条の基本権に違反するとして憲法異議が提起された。

連邦憲法裁判所は、以下のように述べてこの憲法異議に理由がないとした。不正競争防止法の目的（経済活動の自由は許されないやり方で競争の優位さを激化させるに至るべきではない）は「基本法の価値秩序と明らかに両立する。連邦憲法裁判所が常に強調してきたのは、基本法12条1項が、2条1項と同様に許される経済活動職業活動のみを保護してきた、ということである」（316頁）。「立法者は不作為請求や損害賠償を伴う許されない競争行為を不正競争防止法1条という一般条項をもって規定した。なぜなら個々の構成要件の詳細なカタログを確定してしまえば事業上の競争におけるあり得る行為の多様さを取り入れる余地がないからである。憲法上このことは問題がない。競争行為の評価についての裁判官の一定の自由はその際甘受されなければならない」とし、「現存する経済の構造は需要者と供給者として市場に登場する資本家の原則自由競争をその基本原理の一つにしている。この競争における資本家の行為はその職業行使の構成要素であり、それは許される形式で活動する限りで基本法12条1項により保護される。不正競争防止法が禁止している

場合、基本法12条1項による許される職業行使の制限となる。ある行為が個別事件において不正競争防止法1条の意味での良俗違反の競争と評価されるかどうかは基本法12条1項の自由の内容を常に考慮しつつ管轄裁判所が判断しなければならない。管轄裁判所が良俗違反の説得をどのように形成し、どのような認識の源をその際利用したのかについては基本的に管轄裁判所に委ねられたままでなければならない。個人の親密領域の保護が経済的利益追求に優位し、それゆえこの領域での経済的勧誘は自制して行われなければならない、とした連邦最高裁判所の基本的考え方は基本法の価値思考、とりわけ12条1項と一致する。もっとも良俗違反という概念の解釈が他の基本権の放射効により制限される意味で影響を受けることが考えられ得る。しかしながらその営業行為が経済的評価によってのみ決定されている憲法異議申立人には、良俗違反という欠点をその行為から取り去ることのできる固有の基本権は帰属していない。むしろ競争法の領域で判例により発展してきた一般的基準が妥当し、連邦最高裁判所はこの基準を異議のない方法で適用した。憲法異議申立人にとってより有利な評価になる、彼に課された禁止には自由な職業選択への反作用があるという試みは成功しない。管轄裁判所の実事認定によれば、この禁止により憲法異議申立人にその職業の行使を不可能にさせる、もしくはセールスマンによる勧誘を行うこの業界の営業を不可能にさせるということが明らかではない」(317-318頁)。

62) BVerfGE 32, 311 (316).

63) BVerfGE 35, 202 ff. 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) 183頁以下(小山剛執筆部分)。Herzogがこのレーバツハ判決について注目しているのは、この判決が「連邦憲法裁判所は独自の確認、例えば専門家のヒアリングを必要とする」(BVerfGE 35, 202 [219])と述べている部分である(Herzog S. 439)。ドイツマガジン決定においても「介入の程度が最高度である諸事例では(例としてレーバツハ事件 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」と、このレーバツハ事件に言及がある(BVerfGE 42, 143 [149])。この専門家のヒアリングにより、専門裁判所の判断を独自のそれに置き換えた部分及びその前提となる事件の概要、専門裁判所の判断、連邦憲法裁判所による理由づけの冒頭の一般的判断枠組みの提示部分、を紹介する。

事件の概要は、二人の主犯が、南太平洋での外洋ヨット生活を夢見て、連邦軍の弾薬庫を奇襲し、就寝中の四人の兵士を殺害、さらに一名を重傷にし、武器と弾薬を盗み、さらにブローカーの脅迫を試みた、いわゆる「レーバツハの兵士殺人」事件を、ZDFがドキュメンタリー番組にして放送する計画を立てたものである。憲法異議申立人は、この二人と親密な関係(主犯二人も相互に親密であり、三人は部分的に同性愛関係)にあったが、弾薬庫襲撃自体には加わらず、襲撃に際して使われた銃の使用方法を教えたこと、脅迫に同意したこと、ただし、前科がなく、武器の隠し場所を教え、自白していることなどから、陪審裁判所において主犯の二人が終身刑となったのに対し、幫助犯として六年の自由刑を判示され、刑の3分の2ほ

## 憲法の私人間効力の射程（7）

ど終えた段階で刑法26条1項により残りの刑の執行が停止され、1972年7月に故郷に帰る予定であった。ZDFはこの国内で異例のセンセーションを巻き起こした事件について2時間40分のドキュメンタリー番組放送を企画した。その内容は、冒頭で主犯格の二人と併せて憲法異議申立人も写真が放送され、その後は役者によって進行するが、主犯格の二人及び憲法異議申立人の実名が用いられ、番組中繰り返しその名前が登場するものであった。

これに対し、憲法異議申立人は人格権、氏名権と肖像権侵害により仮処分により放送の禁止を求めて出訴した。

専門裁判所は、第一審（1972年6月判決）、控訴審（1972年10月判決）ともに憲法異議申立人の訴えを認めなかった。第一審は、憲法異議申立人が犯罪に関与した点で「現代史に関わる人間」であること、その犯罪が社会に社会学的心理学的観点から大きな関心を持たれていること、事件は周知のものであり、ZDFの企画は現実の事件を歪曲していないこと、等から憲法異議申立人の私的領域への介入、社会復帰への危険への介入の恐れはない、とした。控訴審は、KUG 22条23条の意味での肖像権（それは基本法1条及び2条の価値観の下での一般的人格権の出現形態の一つと見なければならぬ）と、公益に関わる人間についての客観的な情報の必要性（KUG 23条、および基本法5条1項において保護されている意見の自由・報道の自由）の利益衡量が行われなければならない、とした上で、我々の国家は基本法の下でマスメディアの自由に特に公益側に立っているという推定が働いていることを挙げ、憲法異議申立人の社会復帰が困難になることも甘受しなければならない、とした。

憲法異議申立人は、これらの判断に対して、基本法1条1項及び2条1項の基本権を侵害しているとして憲法異議を提起した。

連邦憲法裁判所は、憲法異議に理由がある、として冒頭次のように述べた（Herzogが着目した、「連邦憲法裁判所は独自の確認、例えば専門家のヒアリングを必要とする」はこの部分で述べられている）。「憲法異議は民事裁判上の手続において下された、私法の規定の適用に基づく裁判所の判断に向けられている。このような諸事件においては、当該法規定の解釈適用それ自体並びにこれに関わる事実の認定評価を審査することは連邦憲法裁判所の任務ではない。それに対して基本権に含まれる価値決定の放射効が民事法に十分に考慮されているかどうかは、連邦憲法裁判所の審査に服する。それゆえ連邦憲法裁判所は、批判されている判断が主張されている基本権の一つの射程と作用力について基本的に誤った解釈に依拠しているかどうか、もしくは判断の結果自体がその基本権を侵害しているかどうかについて審査しなければならない（BVerfGE 7, 198 [206 f.] —リユート—；21, 209 [216]；30 173 [187 f.] —メフィスト—；32, 311 [316]）。批判されている判断は、裁判所が、問題になっている種類の事件の評価のための基本権の放射効から生み出された典型的基準の適用に際して、見いだされた結果に至りえないであろう場合も異議を唱えられる。この際、憲法上の評価のために耐えうる根拠を確保するために、連邦憲法裁判所は独自の確認、例えば専門家のヒアリングを必要とすることは排除され

ない」(219頁)。このように述べて、報道の自由と憲法異議申立人の基本権についての基本的考えを展開した上で、第一審が基本法1条1項と結びついた2条1項及び基本法5条1項からの放射効を認識していないこと、控訴審は、これらの基本権の衝突を「確かに認識はしている」が、この衝突の解決に際しては控訴審は「一般的憲法規範から導出された、ただしこれまで憲法上詳細に確定されていない基準を正しく適用していない。とりわけ社会復帰の利益に憲法上の観点からそれにふさわしいランクを承認していない」と指摘し(238-239頁)、専門家の意見を随所に入れた理由づけを行う(以下の本件で批判されている裁判所の判断との関連のみならず、一般的判断枠組みの部分でも、テレビについてはより無批判に影響を受けるという点で専門家の意見が取り入れられている)。まず、専門家の意見によれば、ZDFの企画では犯罪行為の解釈が同性愛の観点の下で行われており、憲法異議申立人は小心から襲撃については背後に退いてはいたが、アグレッシブな発言で計画を補強したことで、主犯より罪がないとはいえないという印象を生じさせており、「これは陪審裁判所の評価と一致しない」(陪審裁判所は、主犯の2人より、憲法異議申立人の行為の関与は本質的に少ない、と評価している)と指摘し、「憲法異議申立人の人格領域へのこの重大な介入は犯罪行為についてアクチュアルな報道という基本的に優越する利益によって正当化できない」とする(240頁)。そして、アクチュアルな報道という利益は、犯罪の捜査、刑事手続の間の報道で充たされており、時期的に刑事手続と直接的関係のないドキュメンタリー番組は憲法異議申立人の人格保護の「新たな侵害」となる(240頁)とする。その上で、再び「専門家の説得力ある意見によれば」、「この新たな介入は憲法異議申立人の社会復帰を深刻な危険にさらす」と指摘する(240頁)。「憲法上の評価にとって重要なのは、管轄する部署の判断で、再び社会に戻るといって憲法異議申立人に完全に与えられた機会が維持され続けている、ということのみである」(241頁)。陪審裁判所の評価(この評価も陪審員の評価に支えられたものである、と連邦憲法裁判所は断りを入れている)によれば、また連邦憲法裁判所自身がヒアリングした専門家の意見によれば、憲法異議申立人の性向から女性とパートナーになることで社会の一員となる展開が可能である(同性愛者であることによって社会から疎外されたことが犯罪の引き金になったという同性愛に焦点を当てたZDFの企画の解釈は憲法異議申立人に同性愛者という烙印を押し、その方向での展開を最終的に阻害することになりかねない)(242頁)、と指摘し、「例外的にそのような重大な人格侵害を正当化しうる意見形成の優越的利益は明らかではない」(242頁)とし、「結果として、KUG23条の、憲法の価値観を志向する解釈に際しては、ドキュメンタリー番組の放送を阻止する憲法異議申立人の利益を優先させなければならない」(243頁)と述べて、第一審、控訴審の判断が基本法1条と結びついた2条1項の基本権を侵害しており、連邦憲法裁判所法95条2項により破棄されなければならないと判断している。

64) BVerfGE 42, 143 ff. 事件の詳細については本章1.(2) bb)参照。

65) BVerfGE 42, 143 ff. (148 f.).

66) BVerfGE 42, 163 ff. 憲法異議申立人はCDUの同盟代表者のメンバーであり、

## 憲法の私人間効力の射程（7）

ハンブルク市議会の会派委員長であるが、青年同盟により編集されている雑誌「決意」1971年4月号に論説を掲載し、そこにおいて1967年以降毎年行われている、ドイツ基金による学問、文学、マスコミに対する「コンラート・アデナウアー賞」の授与を批判的に扱った。ドイツ基金はCDUの同盟代表者であるKurt Zieselを通じてラント裁判所の判決を得た。それによれば憲法異議申立人に仮処分によりとりわけ以下の語句もしくは以下の趣旨を主張もしくは広めることが禁止された。「ドイツ基金はコンラート・アデナウアーの名前を右派分派活動のために乱用している」、「ドイツ基金は民主的隠れ蓑をまとった民族主義的企業である」、「ドイツ基金の幹部であるKurt Zieselはドイツマガジンが彼のとても敬愛するドイツ国民新聞、ドイツ兵新聞に同化するよう努力している」。上級ラント裁判所は憲法異議申立人の控訴を棄却した。その理由として以下のように述べた。「ドイツ基金はコンラート・アデナウアーの名前を右派分派活動のために乱用している」の発言は、事実の主張ではなく、主観的な評価判断であり、侮辱（刑法185条）の構成要件を充たす。主観的な評価判断は、第三者の名前が乱用されているという批判に存在する。そのような発言は疑いなく名誉毀損である。公の立場から政治的意見形成に参加する権利を持つ憲法異議申立人にはあらゆる軽蔑的批判が許されるわけではない。出版物で公開された批判はむしろ、平均的読者がその背後にある出来事の意義と説明を認識できるように事実の性質を持った明確な観点で伝えられなければならない。そのような観点が本件の論文には欠けている。名前乱用の批判は政治的論争の枠では適切な手段ではない。それゆえ基本法5条によってカバーされない。「ドイツ基金は民主的隠れ蓑をまとった民族主義的企業である」との主張も同様に主として主観的政治的価値判断を含んでいる。「民族主義的企業」という批判は刑法185条の意味での侮辱に当たる。「ドイツ基金の幹部であるKurt Zieselはドイツマガジンが彼のとても敬愛するドイツ国民新聞、ドイツ兵新聞に同化するよう努力している」という発言は、おとしめる事実の主張（刑法186条）である。

これに対して憲法異議申立人は基本法5条1項の基本権侵害を主張し、憲法異議を提起した。

連邦憲法裁判所は憲法異議の訴訟要件を充たしており、また理由があったとした。連邦憲法裁判所は、以下のように理由づけした。「憲法異議は、民法上の不作為請求に関する民事裁判所の判断に向けられている。連邦憲法裁判所は単純法の解釈適用それ自体を審査してはならない。連邦憲法裁判所に科されているのは単に通常裁判所が民法領域における基本権の射程と効力を適切に評価しているかどうか判断することだけである（BVerfGE 7, 198 [207] —リュート—, 定番の判決）。この任務の遂行に際しては連邦憲法裁判所の介入可能性の限界は硬直的に、また一定に引くことはできない。連邦憲法裁判所には、個別事例の個別の状況の考慮を可能にする一定の裁量が残されなければならない（BVerfGE 18, 85 [93]）。とりわけ重要なのは基本権侵害の強度である。民事裁判の判断が基本権の保護する自由の存在と活動の前提を縮減すればするほど、ますます詳細にそのような縮減が憲法上正当化されるかどうか、憲法裁判上審査しなければならない（参照、本日出されたドイツマガ

ジン決定)」(168頁)。本件では憲法異議申立人には問題となっている主張の反復が、その主張そのもののみならず、その意味のことまで禁止されている。この禁止が上級ラント裁判所の判決の理由から引き出されたように、明らかに限定的に理解されるべきだとしても、憲法異議申立人には一定の考えの内容の発言が禁止される。そこには基本法5条の基本権が周辺ではなく自由で民主的国家秩序にとってまさに構成的な基本権として核心的意義に関わる言論の自由の制限が存在する。この事実状況に際して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関わる、基本的に誤った見解に依拠するような誤りを認識させるかどうかという問題と並んで、個別的解釈の瑕疵をも考慮外に置くことはできない。批判されている判断がそのような瑕疵に依拠しそのため主張されている基本権を侵害しているのかどうか審査する必要がある。上級ラント裁判所の判決はそのような瑕疵に依拠している。自由な意見表明の基本権及び出版の自由は確かに基本法5条2項により場合によっては一般法律や名誉権において制限される。しかしこれらの制限は意見の自由という基本権の意味の光の中で見られなければならない。これらの制限はそれ自体自由で民主的な国家におけるこの基本権の価値設定的意味の認識から解釈されなければならない。それらの基本権を制限する作用自体も再び制限されなければならない。ここで問題になっている民法823、1004条の「一般法」への基本法5条1項の反作用を上級ラント裁判所は見誤っている。最初二つの発言の評価に際して、上級ラント裁判所は、確かに評価に関わる発言が問題になっていること、そしてこれが基本的に基本法5条によって保護されることは看過していない。しかしながらこの二つの発言を平均的読者が「その背後にある出来事の意義と説明」を認識できるように事実の性質を持った観点を欠いていることを理由に許されないと判断している。これは認めることができない。この判決は憲法異議申立人に公の政治的論争の範囲において特定の内容の考えを表明及び流布することを禁止している。これは自由で開かれた政治過程の前提としてのその核心的意義において意見の自由に関わる。判断対象となる発言について問題になっているのが本質的に公共性に関わる問題での精神的意見の戦いへの貢献である場合、この過程の縮減と結びついた言論の自由の機能にとっての特別な危機ゆえに連邦憲法裁判所はリユート判決以来言論の自由の射程の確定を本質的な要素と見なしてきた。それが問題になっている限り、政治的意見の戦いにおける許容性に過大な要請を掲げる、基本法5条1項の基本権を制限する法律の解釈は、基本法5条と両立しない。そのような過大な要請とは、名誉毀損的な評価発言が政治的意見の戦いにおいて、このような状況への考慮なしに単に、読者に同時に事実を知らせ、批判的評価の判断を可能にするという前提に拘束する場合、のことである。出版物における公的で、また鋭い批判がおおざっぱにその都度事実によって裏付けられ、また平均的読者のために判断可能にさせておかななければならないということに左右されるとしたら、それは基本法の憲法適合的秩序における言論の自由の機能と基本的思考に矛盾するだろう。なぜなら言論の自由という基本権は真実の評価のみに貢献せんとするものではないからである。この基本権は、各人が考えたことを、たとえその判断に審査可能な根拠を提供せず、もしくは

## 憲法の私人間効力の射程（7）

は提供できなかったとしても、それを自由に言うことができることをも保障せんとしているからである。憲法異議申立人は自身の批判によって公的政治意見の戦いに貢献しようとしており、その際私的目的もしくは自己利益目的を追求はしていない。問題になっているのが事実ではなく敵対者に対する故意の誹謗であるということは何ら根拠にならない。問題になっているのは、むしろ、政治の日常的論争において普通であり、また通常クレームなく甘受される発言なのである。この批判の許容性は、詳細に基礎づけられてはいない上級ラント裁判所の解釈にしたがい、名誉毀損の副次的効果が含まれるとしても、上記の前提に左右されてはならない。言論の自由を制限する法律の、憲法上要請される解釈を上級ラント裁判所は誤っており、この瑕疵ゆえに具体的事件において意見表明及び出版の自由の保護領域を不適切に確定した。その限りで、裁判所の判断は、この基本権を侵害している。三番目の発言についても同じことが当てはまる。この発言は皮肉、嘲笑的論争を意味しており、その真実の内容についての審査に接続するものではなく、その「正当性」への考慮なしに基本法5条の保護に入る。

- 67) BVerfGE 43, 130 ff. 憲法異議申立人は1969年までドイツ平和連盟 Deutsche Friedensunion のニーダーザクセン支部の委員長であった。1970年、憲法異議申立人は自ら作成したチラシを発行し、それを何人かのその地域の著名な公人に送り、また大多数を路上で配布した。チラシはタイプライターで4頁に字を詰めて書かれたもので1969年に新たに選出された CDU の郡同盟の委員長 X および連邦議会議員 Y の政治的過去に関わるものであった。チラシには以下のように書かれてあった。X は1939年彼の故郷ラトビアから自発的に「ポーランド開墾地」への総統の招聘に従った。「ヴァルテ州への新移住」「ポーランドのドイツ化」に際して特に積極的に関わった。文言上アンダーラインで強調されつつ「……氏、すなわち……における CDU の郡委員長、そして追放の主導的役員、は当時そこにいた！ 彼はナチスの犯罪にポーランド占領中荷担していた！」とある。また、Y はリッツマン市（ロッジ）においてナチ親衛隊の強制移住幕僚の下で、いわゆる「移住本部」で活動しており、そこで移住を望まないポーランド人やユダヤ人の強制移住を取り仕切っていた。彼は当時優秀な働き手であった。なぜなら彼は「ポーランド人を南京虫にたとえ」ており、ポーランド人に保証された故郷や自己決定の人権は存在していなかったのである。ナチス親衛隊帝国隊長は彼の活動に非常に満足した。彼の配備を認め、その名誉をたたえ親衛隊長は彼に親衛隊・上級突撃隊長の地位を付与した。これに続けて、公開処刑や略奪、多数遂行された国外追放の指示やポーランドの「平定行為」そしてポーランドのエリート抹殺描写やそれ以外のポーランド人の「ドイツの労働国民」への格下げ、についての記録の再現が行われている。そして再びアンダーラインで強調しつつチラシは以下のように続ける。「これらの出来事は、……の CDU 第一人者の目の前で行われた。彼にヒムラーの上級突撃隊長としたことの責任を取らせるべきである」。

憲法異議申立人は政治的名誉毀損（刑法186, 187a条）ゆえに起訴された。区裁判所は彼を無罪とした。というのは彼が主張した事項は核心部分において真実の証

明がなされたからである。附帯訴訟の原告であるYからの上訴により、ラント裁判所は一審を破棄し、罰金20000マルクの有罪とした。同時にこの判決主文を憲法異議申立人の負担で新聞三紙に掲載させることも認めた。ラント裁判所は、附帯訴訟の原告の地位が移住のみならずポーランドの農民を農園から追放したことに関わったことが真実だとした。また彼がポーランド人を南京虫にたとえたことも真実とした。しかし、ラント裁判所は、憲法異議申立人が附帯訴訟の原告に、更に隠された方法で、ポーランド人の絶滅に関与した嫌疑をかけている、とした。ナチス親衛隊や警察による公開銃殺、「肅正された」ポーランド人の増えていく数、法外な「平定行為」、そしてポーランド人の知識階級の抹殺についての報告書は、それだけ見れば、附帯訴訟の原告の政治的過去に関するチラシにおいて「正しい意味を持たされていない」かに見える。この報告書は、附帯訴訟の原告と結びつけられた場合に初めて意味を持つ。「さまざまな言い回しと定式化」は報告書の実事との関係で、憲法異議申立人が行間に、附帯訴訟の原告はポーランド人の全滅に関与したという疑惑を持っていると述べようとしていることを暗示している。実効的名誉保護のためには「広い解釈」が要請される。さもなければ、行為者が自己の主張を隠れた形式で、また知恵を絞って考え出した言い回しで述べていた場合、行為者の発言形式によって他人の名誉をきわめて甚だしく侵害することが明らかである。路上で配られたチラシによってまずは考える「表面的読者」にとって、憲法異議申立人がそのような疑惑を述べたという印象が自ずと浮かんでくるに違いない。これはそういう目的でもあったのだ。しかしながら附帯訴訟の原告はその犯罪に関与していなかったということは証明されている。証拠調べはこの方向でなら根拠を証明していない。チラシに含まれた主張はまた刑法193条により正当化もできない。なぜなら憲法異議申立人は文書配布には十分情報提供をするという義務に従っていないからである。

憲法異議申立人は上級ラント裁判所に上訴したが理由がないとして、棄却された。

これに対して、憲法異議申立人は、基本権5条1項の基本権が侵害されていると主張し、憲法異議を提起した（他に基本法103条1項も主張されているが省略する）。理由として以下のように主張した。ラント裁判所の判決は、チラシの内容を基本権侵害の方法で誤って解釈しており、とりわけ「表面的読者」という仮定の概念に合わせており、歴史的な背景のある素材として伝えられている事実であり、かつ付帯訴訟の原告に関係の無い事実を批判の一部として評価しているという点において、である。このトリックによりチラシには憲法異議申立人が付与しなかった内容が与えられている。

連邦憲法裁判所は憲法異議に理由があるとした。そして以下のように理由づけした。「憲法異議は、刑事手続における通常裁判所の判断に向けられている。これは権限ある専門裁判所の判断よりも憲法裁判所の審査に自由に利用できるわけではない。手続の形成、事実の認定評価、通常法の解釈そして個別事例へのその適用は基本的に連邦憲法裁判所の審査からは奪われている。固有の憲法の侵害に際してのみ連邦憲法裁判所は憲法異議で介入できる（BVerfGE 18, 85 [92]）。そのような侵害

## 憲法の私人間効力の射程（7）

が存在するのは基本権の刑法もしくは刑事手続への作用が考慮されない、もしくは誤って確定された場合である。それで引かれた枠内では憲法裁判所の審査の範囲にとって重要なのは、問題となっている基本権侵害の強度である。すなわち刑事判決が結果的に有罪判決を受けた者の基本権領域に継続的に関わっていればいるほど、ますます強い要請がこの介入の理由づけに向けられ、また、ますます広く連邦憲法裁判所の審査可能性が及ぶことになる（参照、BVerfGE 42, 143 [148 f.] —ドイツマガジン決定—）。仮に単なる罰金刑が科されたとしても、本件のような事例での刑事上の不正のサンクションとしての科刑は、それ自体としてみれば、民事裁判所の不作為、撤回もしくは損害賠償判決よりもより大きな強度の関わりなのである。これに加えて憲法異議で主張された基本権介入は重大である。『隠された』事実の主張がラント裁判所により認定されたことで、憲法異議申立人には彼が行っていない発言をしたように仕向けられている場合、またそれにもかかわらず憲法異議申立人が処罰された場合、これは基本権上保護された人格領域の核心に関わらざるを得ない高度な程度の介入となろう。憲法異議申立人の個人的意見の自由の侵害を超えて、意見の自由の基本権の行使一般への消極的作用は重大な影響を持つだろう（参照、BVerfGE 42, 143 [156] 少数意見）。なぜなら国家権力のそのような行為はとりわけ言論の自由の萎縮効果ゆえに、自由な言論、自由な情報そして自由な意見形成をひどく侵害し、同時に言論の自由をその本質において傷つけるからである。

それゆえに、今回批判されている判断が、基本的に基本権の意義、とりわけその保護領域の範囲についての誤った見解に依拠している、という瑕疵を認識させるかどうか（参照、BVerfGE 18, 85 [93]）、という問題で止めておくことはできない。連邦憲法裁判所はむしろ個別的にも事実の認定評価並びに単純法の解釈適用に際してあらゆる判断が憲法上保障された意見の自由を侵害しているかどうか審査しなければならない。

表現の不法行為に際して判定を下す裁判所の実事認定がそのような侵害を含むのは、文言上の表現の内容が評価され、その表現にその文言からは生じない、もしくは十分明確には生じない意味を与えられた場合である。表現は意見形成過程への影響を目的としているので、裁判所がその解釈のために引き合いに出した観点と基準は、基本法5条1項と両立しなければならない。その限りで事実認定に対する憲法裁判上の審査は、その他の事実認定に際して通常専門裁判所の認定に拘束されるに至る事情とは矛盾しない。とくに文書で存在する文面の解釈を通じて下される認定は、口頭での討論の一度きりの全体的印象に依拠しない。それはいつでも後付け可能であり、それにより統制可能である。

ラント裁判所の判決は基本法5条1項1文の侵害のもとで下されている。それゆえ当該判決に対する上訴を退けた上級ラント裁判所の決定もまた基本法5条1項1文と両立しない。憲法異議申立人のチラシは意見形成に作用するのに適切で明確な事実の主張と評価を含んでいる。問題となっているのは、公共性と本質的に関係する問題における意見の精神的戦いへの貢献であり、したがって意見の自由と名誉保護の関係の確定にとって特別な意義に関わる事実状況である（BVerfGE 7, 198

[212] —リ्यूト—; 12, 113 [127] —シュミット-シュピーゲル—; 24, 278 [282 f.] —アマチュア録音家 Tonjäger—; 42, 163 [170] —エヒテルナッハ—)。ラント裁判所の判決において下さなければならない判断に際して基本権にどのような意義を付与するかという問題に関する取り組みは誤っている。ラント裁判所は具体的事件における基本法5条の射程を誤って確定してはいないが、意見の自由の基本権をこの判断に際して考慮していない。

判決の基礎におかれた事実認定はラント裁判所が基本法5条の意義をこの事実認定に際して考慮していないことに依拠している。ラント裁判所は、チラシにおいて明らかに伝達されている事実だが、直接付帯訴訟の原告の過去に関係ない事実を『正しい意味を持たされていない』と評価することを通じて、憲法異議申立人の隠れた主張の認めることになっている。ナチ親衛隊や警察による公開銃殺、『抹殺された』ポーランド人、異常な『平定行為』、そしてポーランドの知識人の全滅、に関する報告書は背景となる事実を意味するだけではない。これは当該事実認定の基本的状況を形成するチラシの解釈に至る。この出発点は支える能力を欠いている。チラシの叙述の『意味』は付帯訴訟の原告がポーランドの農民の追放の一コマにおいて、ポーランド人の全滅に及ぶポーランドにおけるナチスの犯罪の全体に参加したということを経なく理解させる。『彼はナチスの犯罪にポーランド占領中参加した』という文はポーランド人の銃殺についての報告の再現と直接の関係ではなく、真実と証明されている移住に際しての関与への批判にある、ということもまた、そのような意味に賛成するものである。『この出来事』(つまりポーランド人の全滅)は付帯訴訟の原告の目の前で起こったということは、この文の言葉に従った場合、付帯訴訟の原告がそれを認識し、おそらくそれに賛同し、しかし全滅行為に自らは参加しなかったという批判を意味する。チラシの全体の関わりから意味が引き出されたなら、チラシの率直な文言から見て取れる要因は欠如している。確かに解釈により隠された主張の認定も排除されない。しかしそのような解釈は不可避免的に純粋な文言解釈を超えている。そのような解釈をするなら、テキストから直接引き出せない観点や基準を引き合いに出すことが必要である。これが基本法5条1項1文と両立するに違いないということをラント裁判所は誤認している。すなわち、

- a) ラント裁判所は実効的名誉保護の利益のために『広い解釈』が要請されているということから出発している。すなわち少なくとも疑わしい事例において憲法異議申立人が彼に罪を負わせることになる隠された事実主張をした、ということを経支持する、という基準に従うのである。そのような基準は基本法5条と両立しない。なぜならこの基準はもっぱら意見の自由の制限として規定された名誉保護に合わせたものであり、意見の自由それ自体の憲法上の保障を完全に考慮外においているからである。確かに名誉保護の憲法上の意義は誤解されてはならない。しかし個人の名誉権によって制限される意見の自由の基本権もまた考慮を要求する。これはチラシが公共に本質的に関わる問題における精神的意見の戦いに貢献していることが問題になっている場合にはますますそうである(上述の連邦憲法裁判所の判断)。したがって名誉保護のみに目を向けてい

## 憲法の私人間効力の射程（7）

ることが基本法5条の観点の下で許されない。

- b) 第二の基準，すなわち，ラント裁判所が憲法異議申立人のチラシの解釈に際して『表面的読者』という表現に依拠したことにも同じことが妥当する。この基準が基本法5条の前で維持できるかどうかは判断できない。なぜなら，憲法異議申立人が主張するように，意見表明の内容の確定は，抽象的，不明確そして曖昧な概念の意味に左右され，保護される情報に意見表明の内容の，現実と一致しない認定を下すテクニックとなりかねないからである。いずれにせよ，具体的事件で情報が明らかに政治的関心のある注意深い読者を前提とし，そうした読者に向けられている場合，基本法5条は情報の内容を『表面的読者』という基準を借りて確定することを禁じている。なぜならどのような事例では表面的読者という概念は不適切な解釈基準となるからである。解釈を基礎づけるのに不適切であるばかりかその適用も又憲法上保護された自由なコミュニケーション仮定への許されない介入に至ることになる。

このことから以下のようになる。すなわち憲法異議申立人は，チラシを直接送付した公人を『表面的読者』として念頭に置くことはほぼあり得ない。加えてチラシは外見から素早い，表面的印象を生じさせるのに向いていなかった。チラシは太字の題名も，大見出しも，写真もなかった。4頁のタイプライターで書かれたすべて文字の文章は，細部にわたっており，付帯訴訟の原告に対する批判と結びついていた。これが示すのは，憲法異議申立人にとって重要なのは詳細な読み物だった，ということである。その限りで『表面的読者』を想定する，もしくはラント裁判所のようにチラシを理解することを計算することはほとんど意味をなさないだろう。したがってこの基準はチラシの解釈にとって不適切として考慮されてはならないので，ラント裁判所の認定はその限りでも基本法5条1項1文の侵害の下に行われている」(135-140頁)。

- 68) Heck の定式に説得力があるといっても，こうした活動が問題になるのは，専門裁判所の機能であり，専門裁判所への憲法裁判所の審査はせいぜい特別な例外事例であり，きわめて極限された憲法の限界の中で適切とされていることになる。とはいえ，他の国家機関には別のルールで扱われなければならない部門は存在しておらず，たとえば執行権は連邦憲法裁判所の観点については行政裁判の一般条項(基本法19条4項)を通じて媒介されている，と指摘している (Herzog S. 441)。また，Heck の定式の射程は専門裁判所の判例に限定されるわけではなく，問題にされているのが法律の解釈で，かつ裁量行使には関わらない場合，官庁実務も別様に扱われていない。統一的官庁実務はしばしば行政規則の形を取るので，行政規則の内容が法律内容であるかのように憲法上の審査が行われると指摘されている (Herzog S. 443 頁)。
- 69) この問題を既に指摘していたのは，Ekkehard Schumann, *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidung*, 1963. この提言は，Schumann の定式として，定着し，コンメンタールや概説書で Heck の定式に続けて言及されることが多い。Bethge (Anm. 10), § 90 Rn. 316a ; Benda/Klein (Anm.

9), Rn. 479; Voßkuhle (Anm. 8), Art. 93 Rn. 61. 学説紹介の中で取り上げるものとして, Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 319. Schumann の提言全体については, 本節(3)で学説による審査範囲の再構成を扱う中で紹介する。

- 70) BVerfGE 58, 369 ff. 労災の対象となる職業病の範囲の解釈についての判断である。この範囲について規定した条文は以下の通りである。帝国保険法 RVO 551条 1項「労災として更に職業病が当てはまる。職業病とは, 連邦政府が法規命令により連邦参議院の同意の下に定め, 被保険者が539, 540, および543から545条において掲げられた行為の一つにより障害を被っている病気を指す。連邦政府は法規命令において医学の知見に従い特定の人的範囲が, その職業によって他の市民より相当高度な程度さらされた特別な作用により惹起された病気を規定することを授權されている」551条 2項「傷害保険の主体は個別事例において, 病気が法規命令に規定されていない, もしくはそこで規定されている諸条件が存在しなかった場合でも, 新たな知見により前項の諸条件を充たす限りで職業病として保障すべきである」。帝国保険法551条 1項 2文の授權に基づき連邦政府は第7次職業病法規命令を1968年6月20日に公布し, これは1976年12月8日の第7次職業病法規命令の変更にかかる法規命令により変更されている。この法規命令1条により法規命令別表1において規定された病気は帝国保険法551条 1項にいう職業病である。

憲法異議申立人は墮下降の症状を病んでいた。これは職業病法規命令の別表1に規定されていない。憲法異議申立人は金属研磨工場の従業員として1957年以降自由意思で法律上の傷害保険に加入していた。1967年末に上記疾病の手術を受けなければならなくなった。さらなる手術の後に, 憲法異議申立人は1969年職業協同組合に障害年金を申請した。職業協同組合はこの疾病を551条 2項の意味での職業病と認めず, 年金保障を拒否した。これに対して社会裁判所に提訴したが敗訴した。社会裁判所は, 551条 2項の条件が存在しないと判断し, なぜなら憲法異議申立人の疾病が職業病に当たるとする「新たな知見」が存在しないからである。控訴したがこれも敗訴した。ラント社会裁判所は憲法異議申立人の疾病の原因についての医学的鑑定意見を入手した。その鑑定は, 憲法異議申立人の疾病と職業上の活動との間には因果関係がある蓋然性があるが, しかしこのための医学上の知見は帝国保険法551条 1項により基準となった法規命令の公布前に既に存在しているかもしれない, と指摘した。裁判所の申請に基づき, 労働・社会省連邦大臣は第7次職業病法規命令と1976年のその改正の下準備に際して特定の職業活動と憲法異議申立人の疾病との因果関係の指摘は審議にかかっていないようであると報告した。ラント社会裁判所は, 判決の理由において以下のように説明した。憲法異議申立人が帝国保険法551条 1項 3文の意味での職業病にかかっているとするには不十分である。保険者に対する請求を主張できるのは, 自己の職業とその疾病との間の因果関係の肯定が, 帝国保険法551条 2項の意味での「新たな知見」に依拠している場合のみである。専門家の鑑定に依れば問題になっているのは職業活動の, 憲法異議申立人の疾病への作用についての知見は新たなものではない。これが新しいといえるのは, 現行の職業病法規命令の公布に際して考慮されることができなかつたであろう場合のみであ

## 憲法の私人間効力の射程（7）

る。それにもかかわらず鑑定書は第7次職業病法規命令の変更前にすでに職業活動と墮降下との間の因果関係についての経験は審議にかけられたらしいということをもたらしめている。

連邦社会裁判所は、不作為の異議申立を棄却した。なぜなら憲法異議申立人が法律問題が基本的な意義を持つことを説明していないからである。

憲法異議申立人は基本法3条1項及び2項違反を主張して憲法異議を提起した。

連邦憲法裁判所は、「批判されている判決は憲法異議申立人の基本権を基本法3条1項について侵害している」とした。「この憲法規範が命じているのはすべての人間が法の前に平等に扱われることである。従ってこの基本権がとりわけ侵害されるのは、規範の名宛人のあるグループが他の規範の名宛人と比べて、両者に不平等に扱われることを正当化できるような種類の違いも比重も存在しないにもかかわらず、別様に扱われる場合である。そのような基本権侵害が存在するのは立法者が客観的根拠無く複数の人的グループを別に扱った場合のみならず、裁判所が法律上の規定の解釈で、立法者が拒否した区別に行き着く場合である」（373-374頁）。そして本件で問題となっている判断がこの意味で、職業病を患っている他の人間と比較して憲法異議申立人を正当化できない不平等な扱いをするに至っている、とする。帝国保険法551条1項により保障されている法律上の傷害保険は、その都度現行の職業病法規命令に記載されている病気に関するものであり、551条2項が規定するのは、職業と因果関係がある病気を患ったすべての被保険者に規定の欠缺をなくすことを目的として、個別事件で保険者が職業病法規命令に記載は無いが帝国保険法551条1項3文の要件に合致している病気を職業病として考慮すべき場合である。

「帝国保険法551条2項の規定のこの目的が一般的平等原則に矛盾する方法で誤りがある場合とは、批判されている判断が『新たな知見』という概念の解釈を通じて、職業活動と因果関係がある病気を患った被保険者が、これに当てはまる他の人と対照的に法律上の傷害保険の保護を請求できない場合である。帝国保険法551条1項による権限と比べて2項により考慮しなければならない人的グループのみならず、批判されている判断により不利に扱われている人的グループもまたその病気が職業病法規命令の公布に際してまだ審査されておらずそれゆえその病気については積極的にも消極的にも判断していない状況にあるなら、同程度に判断する。この二つのグループの違いは、職業病を肯定された状況が職業病法規命令の最新の更新より前に学問上認識されている一方で他方のグループはより後になって認識されたことにある。この違いは、被保険者が法律上の傷害保険により保護される問題に関して異なって扱われることを正当化しない。法規命令者によって考慮されなかった職業病の存在に関する学問上の知見は時期の遅い早いにより行われているだけの状況が、一方の職業病を患った被保険者には傷害保険の申請ができ、他方ではできなくなるのか説明できない。その際に必要なのは、法的明確性のために帝国保険法551条1項の別表システムを採ろうとしている法規命令が平等原則の要請に対応しうるかという問題の判断ではない。別表システム（帝国保険法551条1項）に個別事例の保証（帝国保険法551条2項）を組み合わせることが欠缺の除去と個別事例の公正性を目

的としている法律規定が平等原則ともはや両立しないのは、傷害保険の保護対象の人的グループが、法規命令者が職業病法規命令の交付時に存在する学問上の知見をまだ審査評価していないだけなのに、拒否された場合である」(374-376頁)。「客観的に古い知見も法規命令制定者がそれを知らずそれゆえ考慮できなかった場合には新しいとすることができる。そのような解釈は基本法3条1項を侵害する不平等取扱を回避する」(376頁)。

- 71) BVerfGE 62, 249 (254). 被告が控訴審の段階で、別の争点(原告は被告が訴訟提起前の段階で主張していた争点に反論する形でしか主張を行っておらず、その争点は持ち出していない)を抗弁として持ち出せば、結論が変わってくるのが判明し、そのための証拠(第一審では当事者の曖昧な陳述書の記載がそのままとなっていた)を提出しようとしたが、時機に遅れていることを理由に拒否され、判決がなされたため、当該控訴審判決が基本法103条1項に反すると争った事件である。

憲法異議申立人は造船のハッチカバーを造船工場に複数個納入していた。造船工場は憲法異議申立人にその代金全額を支払っていなかったが、1977年10月31日に破産手続を申請し、1978年1月1日にその手続開始となった。憲法異議申立人は造船工場の支払いの困難性を知り、1977年11月4日に仮処分を申し立て、造船工場とその間選ばれた破産管理人に、ハッチカバーを船に取り付けることを禁止するよう求めた。仮処分は異議を申し立てられなかった。憲法異議申立人の申立に基づき、3185,60マルクの支払確定決定が判決された。1977年11月に憲法異議申立人と破産管財人との間にハッチカバーに関する法的購入価格の支払いについての和解が成立した。11月24日に334765マルクが憲法異議申立人に入金された。しかし誤って更に240465マルクが憲法異議申立人に振込まれた。その返金に際して憲法異議申立人は所定の出費のみならず、別途10055,92マルクを相殺してきた。憲法異議申立人が主張するには、仮処分に反して造船工場はハッチカバーを船に取り付けていたため自己の所有権が侵害されており、それゆえ憲法異議申立人は新たに弁護士を雇わなければならない、それによって発生したコストに関して相殺可能な損害賠償請求権を造船工場に有している、とのことであった。

憲法異議申立人は破産管財人との話し合いの過程で更に一部の額について返還したが、破産管財人は、憲法異議申立人に対して、3133,35マルクの残金の支払いを求めて訴訟を提起し、その際憲法異議申立人が主張している所有権侵害を争ってきた。訴訟の理由づけにおいて過払いの日付が提供されていなかった。それに対して憲法異議申立人は抗弁書において追加送金の時期として『だいたい1978年1月』と言及している。

ラント裁判所は、憲法異議申立人により付加された財産権侵害の証拠を収集することなく、破産管財人に利息とともに63,10マルクのみを認めた。この判決は1978年の初めに誤った振込みが行われたことから出発していた。

破産管財人はこのラント裁判所の判断に対して、憲法異議申立人の権利を侵害しているという裁判所の解釈を批判して、控訴した。

上級ラント裁判所の管轄部の裁判長は、破産管財人の出席と、憲法異議申立人に

## 憲法の私人間効力の射程（7）

より第一審で述べられていた口頭審問での証人の召喚とを1980年4月10日に決めた後、同年4月8日に詳細な事実解明が必要ないという別の事情が発生したのでこの指示を破棄した。裁判管轄部の裁判長との遠距離電話に基づき、憲法異議申立人の弁護士は口頭審問において二つの貸し方記入の通告の正本と振替送金依頼を提出した。それによれば334765マルクの造船工場から憲法異議申立人の送金は1977年11月24日である。追加の送金240465マルクは1977年12月20日に憲法異議申立人の口座に振り込まれている。上級ラント裁判所は利息とともに3457,71マルクを原告に支払うよう、憲法異議申立人に命じた。憲法異議申立人が主張していた損害賠償との相殺は破産法55条1項1文（相殺禁止）により認められなかった。相殺される反対債務は、憲法異議申立人の損害賠償請求権に関わるものであり、場合によっては破産手続開始前に発生していた。それに対して訴訟上の請求は、1978年初め頃の過払いは破産管財人の仕事仲間により指示されたため、1978年1月1日に開始された破産手続後に生じた、とされている。これは、民訴法314条（第一審における判決事実は控訴審を拘束する）に基づいて、争われなかった。

仮に憲法異議申立人によって提出された証書が、過払いは実際には1977年12月に行われていることを証明可能だとしても、裁判所は民訴法528条1項、277条1項及び2項の規定により、憲法異議申立人と異なる申立を許すことが妨げられる。問題なのは新たな防御の材料である。なぜなら憲法異議申立人は、破産手続開始後に破産財団に何らかの責任があることを初めて争ってきたからである。憲法異議申立人は第一審では明らかに、「だいたい1978年1月」に過払いが行われていたと主張していた。したがって憲法異議申立人は、これについての申立が明白ではなかった破産管財人に、相殺禁止の前提となる説明を取り去ることになる。新たな申立の許可は法的争訟の処理を遅延させる。なぜなら所有権留保及び憲法異議申立人の損害賠償請求の前提としての留置権の侵害についての証人が行われなければならなくなるという効果をもたらすからである。これは新たな公判を召喚することになりうる。

憲法異議申立人は新たな申立の遅延を十分に弁護していない。十分な弁護とは、憲法異議申立人の相殺がすでにその固有の申立に依れば破産法55条1項1文の相殺禁止に矛盾していることを、ラント裁判所が看過していたことでは認められない。なぜならこの錯誤は、第一審における憲法異議申立人の誤った主張と因果関係がないからである。その結果としてラント裁判所が民訴法278条3項により要請された相殺禁止への指摘を怠ったことは、憲法異議申立人の誤った説明を弁護しない。なぜなら当事者を誤った事実の主張から守ることがこの規定の意味ではないからである。憲法異議申立人の説明の誤りはラント裁判所にとって認識できなかった。

憲法異議申立人はこの上級ラント裁判所の判断によって自己の法的審問保障請求権（基本法103条1項）を侵害されたと主張した。

連邦憲法裁判所は、憲法異議は理由があるとした。連邦憲法裁判所はその理由づけの冒頭、「上級ラント裁判所の判断は基本法103条1項の侵害に依拠している。連邦憲法裁判所の判例に依れば法的審問の保障は訴訟当事者の説明を承知し考慮の対象とすることを裁判所に義務づける。確かに基本法103条1項は当事者の事実の主

張を形式法もしくは実体法の根拠から完全にもしくは部分的に考慮外に置く判断に対する保護ではない。しかしながら本件において憲法異議申立人による口頭弁論で行われた証書の証拠を含む過払いの時期についての主張の棄却は法的瑕疵があった」(253-254頁)として、この注71)の本文で引用した部分を述べた上で、以下のように続けた。「法定された期間に対して第一審で提出されなかった新たな攻撃防御の材料が控訴審において提出できるのは、民事訴訟法528条1項1文に依れば、裁判の自由な心証にしたがい、それを許すことが法的争訟の解決が遅延せず、もしくは当事者がその遅れを十分に弁解している場合のみである。この条文は法的審問を憲法上許される方法で制限している。排除規定はしかしながら厳格な例外規定である。というのは、それが時機に遅れた当事者にとって決定的な効果を招来するからである。当事者とその訴訟上の全権代理人に、時機に遅れていることの重大な効果が要求されるのは、彼らが訴訟の要請に関する義務に違反したことが確実である場合である。その際、控訴審での新たな主張と証拠提出の排除は、すでに基本法103条1項侵害に至っているわけではなく、当事者が法律の錯誤がある事実を重要ではないと理解しておりそれゆえ事実経過の明確な再現に努めていなかったからである、ということから出発しなければならない。しかし、個別事件において当事者が特定の攻撃防御の材料の訴訟上の意義から出発する動機を有しなかった場合、裁判所が基本法103条1項の侵害をするのは、それにもかかわらず民事訴訟法528条1項1文を適用する場合である。

この争訟において憲法異議申立人にとって、弁護士が裁判長と電話で話す時点まで、過払いの日付の判断にとっての重要性が明白ではなかった。

第一審では所有権侵害と憲法異議申立人の弁護士費用の請求の必要性のみが争われていた。訴えた破産管理人は破産法55条1項1文の相殺禁止を引き合いに出していないので、憲法異議申立人にとって過払いの時期について訴訟上の応答を行う動機は存在しない。『だいたい1978年1月』という憲法異議申立人のあいまいな日付が認識できる形で防御提出と何ら関係を持たされていない。付け加えれば、第一審の判断において破産法上の相殺禁止の問題に立ち入ろうとしておらず、原告の控訴の根拠は判決理由に対応してここに向けられておらず、最終的に、上級ラント裁判所の日取りが決められた公判期日前に初めて破産法55条1項1文の判断の重要性から出発することになった。控訴審はこの事実状況及び法状況に際して第二回の支払いの時期についての憲法異議申立人の申立を、その主張とそれに対応する証書の証言を時機に遅れたとして棄却することで、形式法の瑕疵ある適用と同時に、憲法異議申立人の、憲法上の法的審問保障請求権を侵害した」(253-255頁。ただし過去の判例頁引用部分は省略)。

- 72) BVerfGE 75, 302 (312). 憲法異議申立人は清掃業を営んでいる。1982年7月に、その月には何ら清掃をしていないにもかかわらず、利息と並んで325,44マルクの清掃代の支払いを請求された被告も、顧客の一人であった。憲法異議申立人が主張するには、従業員が被告の事業所に今月立ち入っていない、それゆえ仕事が達成されなかったということについて被告に責任がある。

## 憲法の私人間効力の射程（7）

区裁判所は1985年3月20日に第一回期日を定めた。抗弁書はこの期日に憲法異議申立人に手渡された。そこで被告が以下のように主張した。当事者間での最終的な取り決めは存在しない、むしろ清掃は継続的に行われ実際に生じた作業に従って勘定され支払われている、1982年5月から、何ら清掃道具を持っていなかったため、憲法異議申立人の作業員は全く掃除ができておらず、別の共同作業も無意味だったので、憲法異議申立人にその業務は今後必要としない、と伝えた。被告はその主張の証拠のために証人を呼んだ。地区裁判所は4週間以内に返答するよう憲法異議申立人に課し、判決言渡し期日を1985年5月3日に設定した。

1985年4月25日に到着した書面でもって憲法異議申立人は発言期間の徒過について訴訟代理人の病気によるものだ、と弁明した。そして事件については以下のように主張した。清掃作業の最終的な取り決めは一貫して存在した、清掃は1982年5月まで苦情なく行われていた、1982年6月20日から従業員は被告の事務所に立ち入ることができなくなった、被告は憲法異議申立人に伝えることなく一斉休業をし、引き続き清掃車に立ち入りを拒否した、契約関係の解除は成功していない、清掃道具がなかったということは誤りである。憲法異議申立人も主張を裏付けるために証人を呼んだ。

区裁判所は訴えを棄却した。理由として以下のように述べた。清掃代の支払いのための被告の義務は確定できない、憲法異議申立人は当事者間で1982年6月にも契約の拘束が存在していたことの証拠を提出していない、1985年4月25日に提出された書面は民訴法296条1項により判断に際して考慮することができない、この規定によれば所定の期間（民訴法275条4項に規定）経過後に提出された攻撃防御の手段が認められるのは、裁判所の自由な心証により法的争訟の処理が遅滞しない場合、もしくは当事者が時機に遅れたことを十分に弁明した場合である。上述の書面にある攻撃防御手段は当然に退けられる。この書面は十分に時機に遅れている。憲法異議申立人に設定された期間は1985年4月17日までであった。これについて十分な弁明を欠いている。書面を認めることは必要な証拠採用のために法的争訟の処理を遅延させる。

憲法異議申立人は憲法異議を提起し、法的審問保障請求権侵害を主張した。

連邦憲法裁判所は憲法異議は理由がないとした。連邦憲法裁判所の理由づけは二つの部分から構成されており、前半は、地区裁判所での憲法異議申立人の書面提出を退けたことは法的瑕疵を免れないこと、後半は、その法的瑕疵により基本法103条1項の権利は侵害されないこと、である。

前半。地区裁判所による民訴法275条4項の適用は単純法上、瑕疵がある。民訴法272条1項に依れば法的争訟は通常、口頭審問（主要期日）のために全体的に準備する期日の中で扱わなければならない。この期日の準備のために裁判長は272条2項により早期の第一次期日を確定するか、もしくは書面による事前手続を指示する。早期の第一次期日の確定、執行の手続は民訴法275条が規定している。地区裁判所によって関連するとされた民訴法275条4項が規定しているのは、原則的にはこの期日もしくは抗弁書の到着後に抗弁に対する書面での意見表明のための期日を

設定することができる、ということであり、その際民訴法277条4項は、期日の欠席の効果に関する忠告が行われなければならないと規定している。民訴法275条4項はしかしながら主要期日の準備が問題になっていることが前提である。そのような主要期日はここでは全く意図されていない。というのは区裁判所は1985年3月20日の口頭審問において、判決期日を設定したからである。民訴法275条4項の、期日準備の書面のための期間設定は全く考慮されていない。区裁判官は判決に先立ち、憲法異議申立人に期日に手交された被告の書面について弁明する機会を与えようとしていない。そのような場合の猶予期間を規定するのは民訴法283条である。この規定は、民訴法275条4項の期日とは異なり、申請を前提としている。憲法異議申立人がそれを行ったということは区裁判所の公判記録には残されていない。

猶予期間を逸した効果を規定するのは民訴法283条2項である。これに依れば裁判所は時機に遅れて到着した弁護を判決に際して考慮することができる。裁判所は自己の裁量でその主張を棄却するかどうか決めるのである。それに対して民訴法275条4項の期日を逸した場合には民訴法296条1項の排除規定が妥当し、証拠の棄却を強制的に規定している。この場合には、主張の採用が裁判所の自由な心証により法的争訟の処理を遅延させないもしくは当事者が遅れたことを十分に弁護していたとしても、強制的に排除規定が妥当するのである。地区裁判所の錯誤は、民訴法283条2項の正しい法適用によれば、裁量判断が行われなければならなかったにもかかわらず、時機に遅れた主張の棄却を不可避と判断するに至ったことにある。

他に、民訴法296条1項の適用の問題（これは瑕疵があるとはしていない）、出頭不履行に際しての裁判官の忠告が必要だったのにそれをしなかったという問題（これにも瑕疵を認めていない）にも言及している。

後半部分。この単純法の出発状況の考慮の下基本権侵害は認識できない。

まず、この注72)の本文にて引用した部分を述べた後、連邦憲法裁判所は以下のように述べている（312-315頁）。

したがって連邦憲法裁判所が基本法103条1項侵害と評価するのは、法適用が明らかに正しくなかった場合である。それと並んで法治国家的手続形成の原則もまた審査に関連する。したがって排除が法的審問保障請求権に対する侵害と評価されるのは、裁判官の瑕疵行為、とりわけ不十分な手続指揮や裁判上の配慮義務侵害、が併せて遅延を引き起こした場合である。濫用的排除規定の適用も、憲法違反と評価され、その際明らかに不十分な期日の準備にもかかわらず棄却した場合も濫用と評価される。

判例によって形成された観点はここではさらに展開されない。法治国家的手続要請の侵害は、関連する排除規定の取り違えでは存在しない。同様に、法適用の明白な不正の承認も問題とならない。確かに地区裁判所は法的瑕疵を引き起こしている。しかしその瑕疵を認めることは民訴法の素材の詳細な習熟が前提である。これは憲法異議に対して表明された態度表明の反論によって明らかとなる。このような法律に明るい立場からの詳細な発言に鑑みて瑕疵の明白性について述べることができない。

## 憲法の私人間効力の射程（7）

それゆえ一般的にどのような前提の下で法的に瑕疵ある排除が基本権違反になるのかという、これまで判断されてこなかった問題の解明が必要である。その際判例において発展してきた憲法裁判の専門裁判所の判断に対する審査の限界から出発しなければならない。連邦憲法裁判所の任務は憲法異議手続において専門裁判所による単純法の解釈の正しさについて判定することではない。連邦憲法裁判所は上告審ではなくただ法適用が憲法を侵害していないかどうか審査するだけである、これが特に問題になるのは、判断が基本権の意義と射程の誤解に依拠していた場合である。したがって判断が単純法を基準に客観的に瑕疵がある場合は憲法はまだ侵害されていない。瑕疵はまさに基本権を考慮していないことにある。これは基本的に排除規定の適用と解釈の審査にも妥当する。なぜなら、排除規定も少なくとも単純法の性質を持ち、連邦憲法裁判所は、排除対象がなんであれ、憲法の審査基準に限定されているからである。審査の程度に関する違いが生じうるのは、適用される単純法上の規範がさまざまな基本権の関連性を持つことからのみ生じる。排除規定が基本権の保護領域に広く介入すればするほど、もしくは他面で基本権の保護領域を守れば守るほど、規範適用に対する憲法裁判所の統制は強くなる。排除規定は訴訟における法的審問請求権の擁護の可能性を制限し、同時に通常基本権に関わる領域において活動する。そこから不可避免的に生じるのは、その適用に際して基本権侵害の重大性が、それ以外の単純法の適用の場合よりも容易に生じうるということである。その都度の法適用が憲法違反かどうかについて、それ以外の単純法の適用の場合と同じように、ここでも審査されなければならない。これが意味するのは、これまで未確定であった問題、すなわち単純法上の排除規定の瑕疵ある法適用が常に基本法103条1項侵害を意味するのかどうか、についての問題が肯定されうるのは、その事例において法的審問保障請求権が誤解されている場合のみである、ということである。排除規定は基本法103条1項の権利制限にとって最大の憲法上の限界とみなそうとせず、また最終的に憲法レベルでそうした限界を発生させようとしなければ排除法における誤った法適用のさまざまな可能性も真剣に主張されないだろう。法的審問保障請求権が排除規定の誤った適用で侵害されるのは、それによって憲法上要請された聴聞が行われなかった場合のみである。

したがって解明されなければならないのは、基本法103条1項が、申立を考慮するとすれば、さらなる期日の設定を必要とするであろう場合に、設定された期日の範囲内で告知された期日の前に提出することを責める形で怠った一方当事者の主張について強制的に排除することを許容するのかどうかである。

連邦憲法裁判所は定番の判例で、当事者が自己にとって重要な点について主張する十分な機会があるが、当事者によって主張されなければならない理由によりその機会を逃した限りで、基本法103条1項が立法者に排除規定によって訴訟の迅速化を図ることを妨げてない、と判断している。このことからすれば本件において憲法裁判上の介入根拠は認識できない。区裁判所は明確な期間を設定し、憲法異議申立人は発言のための十分な機会があったが、この機会を責める形で利用しないまま徒過し、その主張の棄却は遅延の防止に資する。排除規定の取り違えは法的審問保障

請求権を侵害していない。

他に、民訴法296条1項の適用の問題、出頭不履行に際しての裁判官の忠告が必要だったのにそれをしなかったという問題についても判断しているが省略する。

- 73) Benda/Klein (Anm. 9), Rn. 477. Papier もドイツ国法学者大会の質疑応答にて、「理論的な包括的定式はこの問題の解決を提供しないだろう」と発言している。Hans-Jürgen Papier in: VVDStRL 61 (2002), S. 156. なお, Papier は連邦憲法裁判所の判例よりも審査範囲をきわめて限定したモデルを提言している。これについては本節(3)の学説の提言の中で紹介する。
- 74) Schlaich/Korioth (Anm. 10), Rn. 286 ff. 以下, 本文 aa) で引用先の明示なく Rn. が付されている場合はここからの引用である。なお, 同書からの引用文中の強調はそのままである (ただし斜体をアンダーラインに代えている)。
- 75) 連邦憲法裁判所は, 解釈結果もしくは判断結果が, 主張されている基本権を侵害していないかについても審査している。ただし, この基本権侵害の概念は通常(a)で瑕疵が現れるので, 実践的には独立した役割を果たさず, それがあるのは, 恣意禁止が侵害された場合のみ, とする。その恣意禁止であるが, (c)で扱われている (Rn. 298)。
- 76) 「判決憲法異議が成功するのは, 法の解釈適用が, 基本法の特徴をなす考えを踏まえた分別ある評価からはもはや理解できずそれゆえ不適切な評価に依拠するという結論が自ずと明らかになるばあい場合である」(Rn. 299)。Schlaich/Korioth は, 「本来単純法侵害しか存在しないにもかかわらず, 憲法異議が理由ありとされている。審査基準としての基本法3条1項は口実である」と指摘している (Rn. 300)。この恣意禁止に反するかどうかの定式は, 前掲注49)で紹介した, BVerfGE 4,1 (7) が引き継がれている。
- 77) 専門裁判所が法律の適用領域や法律の留保の射程を誤解しそれゆえに法治国家原理を侵害した場合, これまでの類型に分類できないため, 設けられた項目である (Rn. 301)。とはいえ, 上記各類型でいう「解釈」とこの裁判官の法創造との区別は「流動的」であり, ここに分類する憲法上のきっかけは「裁判官の解釈ないし法創造によって結果として, 明文での法律上の規定が必要であったような, 法律の新たな適用事例もしくは基本権介入の構成要件が創設されていること」である (Rn. 301)。この例として, 一般的人格権の重大な損害について, 明文で規定することが予定されているはずの非財産的損害として認めて損害賠償額に換算した民事裁判所の判決が, 基本法と両立する, としたソラヤ決定等がある。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 [第2版]』(信山社, 2003年) 384頁以下 (渡邊康行執筆部分)。連邦憲法裁判所は, 「民事法上少なくとも考慮する価値のある, そしていずれにせよ民事上の解釈ルールに明らかに矛盾した方法で獲得された結果は, それがまさにこの憲法自身が価値体系の中核と認めている法益の貫徹と実効的保護に資する場合には, 憲法によって異議を唱えることはできない。この結果は基本法20条3項の意味での『法』と対立するものではなく, 制定された法律の補完, 展開なのである」(BVerfGE 34, 269 [291]) と述べている。他に, 前掲注

## 憲法の私人間効力の射程（7）

- 70) や後掲注96) の判断も参照。
- 78) 「判決憲法異議が成功するのは、裁判官が法の解釈適用に際して、基本権が影響していること、もしくは矛盾する基本権領域の衡量が問題になっていることを認識していなかった場合」(Rn. 293), である。例として、前掲注67) で紹介した BVerfGE 43, 130 ff. 等が挙げられている。
- 79) 基本権の適用もしくは衡量における瑕疵ある評価が問題になっているが、鍵は「基本的に」という留保である。これについて Schlaich/Korioth は審査範囲の問題にとって「コロンブスの卵」と指摘している (Rn. 296)。「連邦憲法裁判所が審査するのは、専門裁判所が基本権を、完全に、余すところなく、あらゆる個別の中で、望む限り実現したかどうか、ではなく、……『基本的に』正しく基本権を扱ったかどうかだけである。つまり、未確定なまま、なのである」(Rn. 296)。ここで例として挙げられているのは、リユート判決などである。
- 80) この観点では、連邦憲法裁判所が発展させている「個別事件での基本権侵害が強度であればあるほど、裁判所の判断の憲法裁判所上の審査は、ますます立ち入ることになり得る、という原則」を指す。ここにおいては、「裁判所の判決への憲法裁判所の介入はその裁判所の判決による市民の基本権への介入の深刻さに比例しているべき」であり、「最も強い介入強度の場合には、連邦憲法裁判所は統制されている裁判所に替わり、評価し、そしてその事例を自ら判断する」としている (Rn. 307)。
- 81) 介入が継続していると憲法裁判所の審査もより強度になる (Rn. 308)。
- 82) 例として挙げられているのは、BVerfGE 67, 213 ff. である。これは、1980年連邦議会選挙戦において当時の CDU の首相候補で現在ミュンヘン首相の政治的敵対者が、ブレヒトの詩「時代錯誤の行進、もしくは自由と民主主義」(シェリーがピータールーの虐殺事件に対してうたった詩に依拠して作ったもの) を利用して、路上で芝居を行い、その際、CDU の首相候補役を担っていた憲法異議申立人が、ミュンヘン首相の侮辱罪で起訴され、罰金刑を科された事件である。この判決に対し基本法 5 条 3 項侵害の憲法異議が提起され、連邦憲法裁判所は、憲法異議に理由があるとした。その際、以下のように述べている。「憲法異議は刑事法上の判断に向けられているが、事実認定や刑法の解釈適用に関しては連邦憲法裁判所によって基本的に審査することはできない。しかしながら通常裁判所が基本権上の規範や基準を考慮していることを連邦憲法裁判所は確認しなければならない。その際介入可能性の限界は主張されている基本権侵害の強度に左右される。連邦憲法裁判所が修正しなければならない客観的憲法に対する違反の閾に達するのは、刑事裁判所の判断が基本権の意義、とりわけ基本権の保護領域の範囲に関する基本的に誤った解釈に依拠し、具体的法的事件にとっての基本権の実質的意義においてもなにかの重みを持つ事実認定もしくは解釈の瑕疵を認識させる場合である……さらに有罪判決が、結果的に有罪判決を受けた者の基本権領域に継続的に関わっていればいるほど、ますます強い要請がこの介入の理由づけに向けられ、そしてますます広く連邦憲法裁判所の審査可能性が及ぶことになる (参照, BVerfGE 42, 143 [148 f.] ドイツマガジン決定一)。刑事法上の有罪判決は、それ自体で、刑法上の不法のサン

クションとして、民事上の不作為、撤回もしくは損害賠償を課す敗訴判決よりもより大きな強度がある（BVerfGE 43, 130 [136] —政治的チラシー）と考えられる。芸術の自由の保障が問題になっている行為の刑法上のサンクションに際しては、その特別な意義ゆえに法律の留保なく保障されている自由の行使にとっての消極的作用が具体的事件を超える、という危険が付け加わる。この状況に際して連邦憲法裁判所は審査を、批判されている判断が基本的に基本法5条3項1文の意義、とりわけその保護領域に関する基本的に誤った解釈に依拠しているかどうかに限定されない。同様に個々の解釈の瑕疵を考慮外に置くこともしない」（222-223頁）。

- 83) 例として、BVerfGE 86, 1 ff. が挙げられている。憲法異議申立人達は風刺雑誌の編集者等である。この雑誌に、7つ名前（多くが著名人）を簡単なキーワードを添えて挙げて（例えば「ワイツゼッカー（生まれつきの市民）」）、その趣旨を説明する、という常設コーナーがあった。問題になった1988年3月号において、憲法異議申立人を訴えたAの名前がこのコーナーに掲載され、その際「A（生まれつき殺人者）」とされた。Aはそのときまで名を知られておらず、4歳の時の交通事故で頭、胸、腕しか動かさず、連邦軍はAからの軍事訓練召集申請を拒否したが、その後のさらなる努力により、召集されることになった背景がある。憲法異議申立人達に損害賠償を要求したAに対して、1988年7月号の「読者への手紙」という常設コーナーで、Aにあてた文章（宛先のAは実名）が掲載され、そこで「身体障がい者、つまりあなた」という表現がなされた。これに対してAは損害賠償請求訴訟を提起し、第一審は認めなかったが、控訴審は12000マルクの損害賠償を認めた。この控訴審判決に対し、基本法5条1項、5条3項を侵害しているとして憲法異議が提起された。連邦憲法裁判所は、1988年3月号についてのみ理由があるとして、この憲法異議を認めた（1988年7月号については、憲法上異議はないとした）。連邦憲法裁判所は、審査基準は意見の自由の基本権である、として、1998年3月号の記事は風刺の異化によって形成されており基本法5条1項1文の下にあるとした（他方で、風刺は芸術になりうるが、すべての風刺が芸術になるわけではない、として、1988年3月号の記事は基本法5条3項1文によって保護される芸術的価値のランクにはない、とした）。1988年7月号の文章については、損害賠償を請求してきたAに対する回答であり、誇張、ゆがみ、異化といった風刺の特徴によって形成されていない、とした（9頁）。その上で次のように述べた。控訴審の判決は「強い憲法上の審査に服する。この強い憲法上の審査は、基本法5条1項1文の保護の下にある行為の刑事裁判所の処罰についてのみ、その継続的介入ゆえに、考慮されるのではない。民事裁判上の判断に際しても、民事裁判上の判断が具体的な事件を超えて予防的な作用を展開することを適切だとした場合、つまり、将来の事件において、この基本権を用いようとするのを減少させることを適切とした場合に、そのような介入は承認される」（10頁）。
- 84) 強度な基本権介入が「完全審査」に至った例として、① 後掲注85)の「Mutzenbacher」事件で、連邦憲法裁判所が、「憲法上の審査任務は、むしろ官庁や専門裁判所の法適用の個別性にまで広がっている」（BVerfGE 83, 130 [145 f.]）

## 憲法の私人間効力の射程（7）

として、個々の法適用に審査対象が拡大されている例、② 専門裁判所の「事実認定」が「連邦憲法裁判所により全範囲で審査可能でなければならない」（BVerfGE 85, 1 [14]）とした例、③ 問題となっている言葉の意味を専門裁判所では一切想定されていなかった意味に置き換えた例（BVerfGE 93, 266 [298 ff., 305 ff.]）が挙げられている。②と③について紹介する。なお、②と③はともに意見の自由にかかわる事件であり、このような法律の解釈適用以前に言葉の意味が重要な意味を持つ場合について、連邦憲法裁判所の審査範囲を類型化する際に「意味統制」という独立の項目を設けた論文として、Alleweldt (Anm. 21), S. 322 ff. この Alleweldt の説については本節(3)で紹介する。

②は、「バイエル・コンツェルン、バイエルの子会社、持ち株会社によって惹起される人間や環境に対する害及び労働環境の危機について情報を収集し頒布」することを目的とした権利能力ある社団およびその役員が憲法異議申立人である。憲法異議申立人は1987年2月にチラシを公表し、そこには「民主主義にとっての危機。バイエルはその限界なき利潤の追求において民主主義原理、人権そして政治的公平性を侵害している。嫌われた批判者はスパイとして監視され、圧力をかけられるが、右派で従順な政治家は支援を受けられる」とあった。これに対しバイエルはここで書かれた文に不作為請求を出し、また第二文（「嫌われた……」）は真実ではないとしてその撤回を求めて裁判を提起した。第一審は第二文についての不作為と撤回は認めたが、第一文（「バイエルはその限界なき……」）の不作為については理由がないとした。控訴審は、第一審が認めなかった第一文の不作為も認めた。これらが真実ではない事実の主張であり、基本法5条1項の保護の下にない、というのがその理由である。

連邦憲法裁判所は、憲法異議に理由があるとして、批判されている判決が憲法異議申立人の基本法5条1項1文を侵害しているとした。まず、憲法上の基準は基本法5条1項1文である、とし、印刷物が意見の自由の保護領域に入るのか検討した上で（肯定）、リユート判決、ドイツマガジン決定、特許決定を引きつつ、民事裁判所の判断に対する憲法異議の場合の審査の範囲について定番の判断枠組みを提示する。そして「意見の自由への介入が問題になる場合、発言の不適切な理解もしくは評価の場合もそうした介入になり得る」（13頁）と指摘し、専門裁判所が行われていなかった発言を有罪判決の基礎にしたり、行われたと認定された発言に客観的ではない意味を付与したり、その発言が持ちうる複数の意味のうち、説得的な理由づけの申立を排除することなく、有罪判決に至る意味を採用しそれで判断した場合、基本権の影響を誤解している、とした。その上で、「裁判所が発言を不適切に事実の主張、正式の侮辱、誹謗批判として位置づけ、侮辱や誹謗の性格を持たない価値判断と見なされる発言と同じ基本権の保護という基準ではかられない効果をもたらした場合も、意見の自由の意義と射程を誤解している。このような内容の事実認定や法適用は最初から基本権上保護された領域へのアクセスを阻んでいる。それゆえ意見の自由の保護が有害に狭められているような場合には、裁判所の判断は連邦憲法裁判所により全範囲で審査可能でなければならない」（14頁）。そして「事実の理

解や法的評価の完全審査の前提」は本件で存在する、とするのである。

③の事件は、「兵士は殺人者」事件である。これについてはドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2006年）168頁以下（小山剛執筆部分）。これは4件の憲法異議を理由があるとした判断である（少数意見あり）。憲法異議申立人(1)は NATO 軍の大演習を初めて見て非常なショックを受け、アメリカ軍のいるすぐ近くの道路に「兵士は殺人者だ」という言葉の書かれたシーツを結びつけ、そこを通りかかった連邦軍士官に侮辱罪で告訴されこの士官への侮辱で有罪となった。憲法異議申立人(2)は軍隊の展示にヒントを得て、「兵士は潜在的殺人者か?」と聞き、「間違いない。兵士は殺人者になるよう教育される。……連邦軍もそうだ」と答える連邦軍の風刺画をチラシにし、連邦軍兵士及び連邦防衛省から侮辱罪で告訴され連邦軍及びその兵士への侮辱で有罪となった。憲法異議申立人(3)はいわゆる「フランクフルトの兵士訴訟」で無罪判決を得た医師Aについて読書欄に投稿し、「4年間ある限られた空間では殺人が義務づけられる一方で、そこから半時間離れた場所では殺人が禁止されている。私は今殺人といった。そうだ、殺人だ。兵士は殺人者だ」とした。職業軍人及び二人の臨時職業軍人、予備仕官、そして基礎兵役従事者から侮辱罪で告訴されこれらの人への侮辱で有罪となった。憲法異議申立人(4)はオートバイについての連邦軍の提示の情報スタンドの前で「兵士は潜在的殺人者」という幕を複数人と掲げこれに関するチラシを配り、この業務に従事していた四人の兵士の内三人から侮辱罪で告訴され、その兵士への侮辱で有罪となった。これらの有罪判決に対して基本法5条1項1文等の侵害を理由に憲法異議が提起された。

連邦憲法裁判所は、批判されている判決が憲法異議申立人の基本法5条1項1文の基本権を必要な範囲で考慮していない（289頁）、と指摘し、まず基本法5条1項1文の保護領域、及びこの基本権が留保なく保障されているのではなく基本法5条1項2文により制限されるものの、リユート判決を引用して相互作用論を指摘する。さらに、侮辱罪（刑法185条）が基本法5条1項1文と両立すること、不明確な構成要件ではないこと（基本法103条2項との両立）を確認する。その上で、規範の解釈（刑法185条や、侮辱罪について「正当な利益」があれば免責することを規定した193条の解釈）の段階で、基本法5条1項1文が要請すること（292頁以下）、続いて、これらの規範の具体的事件への適用の段階で基本法5条1項1文が要請すること（293頁）を指摘し、そして、「発言のそれぞれの法的評価の前提は、発言の意味が適切に把握されていることである。発言の不法行為ゆえの有罪に際してそれが欠落しているならば、それは結果として許される発言に対する弾圧に至りうる。さらにそのような有罪判決は持続的に意見の自由の基本権行使に一般的に影響が及ぶという危険が存在する。なぜなら発言をしようとする者は、自分の発言からかけ離れた意味やあり得ない意味により刑に服するリスクがあるからである。この状況の下、既に意味のレベルでその発言が許されるのか、許されないのかについての事前の判断が下されているので、基本法5条1項1文から生じる要請は、基本権を制限する法律の解釈適用に向けられるのみならず、争われている発言の意味につい

## 憲法の私人間効力の射程（7）

でも向けられる」（295頁）とする。そしてこれらの要請に批判されている判決は全く答えていない（297頁）とする。そして三点について、専門裁判所との理解の違いを示していく。

一つ目。兵士を殺人者とする表現について専門裁判所が名誉に対する重大な侵害を見ていることに異議はなく、この「殺人者」が、刑法211条の殺人罪と同じ意味での殺人をしていたとしても、殺人者と同置されることには深刻な侮辱があるし、日常用語での「殺人者」であったとしても倫理的に正当化されない方法で人間の生命を喪失させた人間を意味するので、やはり侮辱である。「しかし裁判所は刑罰を科された発言がこの意味を実際に持っていたか十分に確認していない。刑法上より少ない評価をしなければならない限りで裁判所は別の意味を調査しなければならない。そうでなければ発言者は承認された侮辱を含まない発言で刑を科される危険がある。そのような選択肢へのアクセスを裁判所は発言の有罪名部分を孤立させて考慮することで閉ざしてはならない。むしろ発言の名宛人にとって知覚できる限りでコンテキストが考慮されなければならない」（297頁）。そして、連邦憲法裁判所は、本件では裁判所で採用された意味とは別の選択肢が存在する、というのである（298頁）。手がかりは二つあり、一つは発言が特定の兵士に向けられていないことである。したがって、この「殺人者」という言葉は、特定の兵士に対する重大な刑法上の犯罪もしくは主義を批判するのではなく、「むしろ戦争においては殺人は非個人的行為ではなく人間の手によって引き起こされているということに挑発的な形式で注意を向けさせることができる」（298頁）ので使用されたのである。もう一つの手がかりは、問題となっている発言のうち、憲法異議申立人(2)(3)(4)については、長い文章の中で用いた形であることである。文章全体では、特定個人の行為や兵士の性格上の欠陥について批判しておらず、刑法211条の意味で用いたことは文章全体からは引き出せない（298-299頁）。

二つ目。専門裁判所が侮辱の名宛人が特定個人でも特定集団でもなく、特定の分類がなされないままの集合体としていることにも憲法上異議はない（299頁）。英米法では、侮辱の名宛人を個人に限定することで意見の自由の制限がはっきりしないという危険を回避しているが、「刑法185条もこの方法で解釈するかどうかはここでは判断しない。基本法はこのような制限的名誉保護規定の解釈を命じていない。ただ総称を用いての軽蔑発言への刑法185条の適用に際しては、常に、その発言によって個々のグループの一員の『個人的』名誉が侵害されているのかどうか、審査されなければならない、またとりわけ、意見自由の保護が特に妥当する政治的社会的現象や制度に対する批判的発言への弾圧に至らないかどうか考慮しなければならない」（300頁）。専門裁判所は集団誹謗についての判例に依拠しているが、集団の単位が大きくなればなるほど、それに向けられた批判も個々の構成員との個人的関わりは弱くなる。「詳細な限界づけなくすべての兵士を対象とした、軽蔑発言が、あらゆる兵士総体の一部であるというだけで、連邦軍の兵士に特に関わることは一貫性がない」、「この一貫性のなさは憲法上も重要である。意見の自由は個人の名誉保護に必要な範囲でのみ制限されるべきなので、……このような発言を理由に

刑を科すことは許されない基本法5条1項1文の制限である」(302頁)。

三つ目。最後に、専門裁判所が意見の自由と名誉保護を、何れかに重きを置くことなく利益衡量していることにも異議はない、ただし、争われている発言が誹謗発言のように論争への貢献がない場合には、である(303頁)。「誹謗」の要件は、客観的状況を完全に背後に押しやった個人への侮辱的言動である。しかし連邦憲法裁判所は、本件での発言が特定個人ではなく無制限にすべての兵士に向けられているために、この点に疑問が生じるとする。確かに大きな集団でも、誹謗はあり得る。特に人種、身体、精神的要素と結びついた場合である。通常これは誹謗批判として考慮される。しかし、人的グループが社会的機能によって構成されている場合、その発言は人への誹謗を形成するのではなく、構成員によって遂行される活動と結びつくことが推定される。こうした発言は同時に名誉毀損となりうるが、「意見の自由の負担との衡量を不要とする誹謗批判という概念ではもはやくれない」(304頁)、とする。

そして、305頁以下より、上記の考えをふまえての、各憲法異議申立人により批判されている判決について検討する。憲法異議申立人(1)の批判する判決については、その判決を行った区裁判所は「murder」とうっかり用いているが本来「murderer」という事実の主張(刑法上の意味)をしており、これは事実ではなく、「正当な利益擁護」については意見形成への貢献がないことをもって排除している(これに対しラント裁判所は「murder」は、兵士に行為者と犠牲者という二重の意味を与えるために、意図的に用いられたことは指摘しているがそこから何かを引き出していない)ことから、結果として基本法5条1項1文の意義と射程を誤解している。憲法異議申立人(2)の批判する判決については、区裁判所は当該発言が別の意味を持つことを考慮せず、「正当な利益擁護」については、人間の尊厳をけなしており、批判の限界を超えているとしている(ラント裁判所は軽蔑的発言を理由に「正当な利益擁護」を認めなかった)。また侮辱罪の対象を個人のみならず連邦軍にも認めているが、連邦軍への軽蔑がなぜ意見の自由の侵害より深刻なのか説明していない。憲法異議申立人(3)が批判する判決は簡単に名誉侵害の問題として出発しており、意見の自由との利益衡量を行っていない。憲法異議申立人(4)の批判する判決のうち、区裁判所は、発言の侮辱の性格を、兵士は違法な殺人をしないという点から生じさせており、別の意味も持ちうることを考慮していない。ラント裁判所は意見の自由と名誉の衡量を、誹謗であることを理由に行っていない。上級ラント裁判所も同様である。

以上のことから、4件の何れにおいても、「裁判所が発言の自然に思いつく別の意味の可能性を考慮し、全世界の兵士すべてと連邦軍との区別を考慮し、誹謗批判を憲法適合的に用いたとしたら、別の結果に至ったであろう。それゆえ批判されている判決は破棄され事件を差戻さなければならない。しかしながら憲法異議申立人らが無罪になると宣言したわけでもなければ、『兵士は殺人者』といった発言による個々の兵士や一定の戦闘部隊の所属者への侮辱が許されると宣言したわけでもない。むしろそれぞれの発言が基本法5条1項1文からの上記の要請の考慮のもとあ

らためて評価されなければならない」（312頁）と締めくくった。

- 85) BVerfGE 83, 130 (145 f.). ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』（信山社，2006年）191頁以下（芹澤齋執筆部分）。小説の題名を取って「Josephine Mutzenbacher」もしくは「Mutzenbacher」事件と呼ばれている。青少年に有害な文書の頒布に関する法律により，倫理に反する，粗暴に作用する，暴力行為，犯罪，もしくは他人種嫌悪を示す，並びに戦争を賛美する文書はリストに掲載，公示され，青少年が接近，閲覧できない場所のみにしか置けず，さらに広告が禁止されるという法的効果が規定されている。ただし，芸術に資する文書はこの限りではない。上記の法的効果は，同法6条の要件に当てはまる場合は，リストに掲載されていなくとも発生する。その同法6条は，1，2号にて，刑法131条及び184条の対象となる文書，3号では，「青少年に倫理上重大な危険を及ぼすことが明らかに認められる文書」と規定されている。この法律の執行は，連邦審査委員会（連邦大臣，ラント政府より任命）が行う。この事件は，「Josephine Mutzenbacher——彼女自身が語るウィーン娼婦の生涯」をこの有害指定から外すよう連邦行政裁判所まで争って敗訴したため，判決が基本法5条3項1文に反するとして憲法異議を提起したものである。論点は複数あるが，「予防的作用」に関わる部分について連邦憲法裁判所の枠組みを抜粋する。予防的作用に関わるのは，青少年に有害な文書の頒布に関する法律6条部分である。連邦憲法裁判所は以下のように述べた。「青少年に有害な文書の頒布に関する法律6条の適用に際して連邦審査委員会及び専門裁判所は憲法を侵害している。批判されている判断は，それが芸術の自由の意義と射程について基本的に誤った見解に依拠しているかどうか審査しているだけである（参照，BVerfGE 18, 85 [92 f.]）。憲法上の審査任務は，むしろ官庁や専門裁判所の法適用の個別性にまで広がっている。なぜならその範囲は，とりわけ批判されている判決が当該基本権を侵害する強度に応じて決定されるからである（参照，BVerfGE 42, 143 [147 f.]；66, 116 [131]）。より強い憲法上の審査に至る持続的介入は，基本法5条3項1文の保護の下にある行為に対する刑事裁判所の処罰のみに存在するのではない。そのような介入はむしろ，国家機関の他の判断に際しても認められる。それは，その国家機関が，具体的事件を超えて予防的作用を展開することを適切としている場合，すなわち将来の事件において当該基本権を用いることを減じさせうることを適切としている場合である」（145-146頁）。
- 86) 前掲注84)で紹介。
- 87) 前掲注71)及び72)で紹介した事件等が引用されている。
- 88) 明確に，法律の解釈適用問題ではなく，憲法の直接適用なので，事実の評価自体も審査できる，と述べられている，BVerfGE 76, 143 (161 f.)である。アフマディ教は19世紀の終わりにイスラム教スンニ派から派生した。アフマディ教徒は，パキスタンで支配的な考え方と対照的にムハンマドの言葉を絶対的として信じるのではなく，単に最終的な立法者の預言と考えている。アフマディ教は1952-53年，及び1974-75年にパキスタンにおいてイスラム教スンニ派から迫害を受けている。パキスタンは1973年4月10日の憲法にてイスラム教を国教とし，非イスラム教徒に対す

る特別法を制定した。その際、ムハンマドを絶対視しない場合も、非イスラム教徒と定義されたためアフマディ教は、特別法の対象となった。非イスラム教徒は、メッカへの巡礼が禁止され、モスクの形状をした建物を建築することが禁じられた。さらに1984年に刑法に追加が行われ、アフマディ教徒は、イスラム教の聖人の名を口に出したり書いたりすること等を行えば刑罰に処す、とされた。憲法異議申立人(アフマディ教徒)はイスラム教徒を爆弾で殺害したという不当な容疑で3年間拘留された後、無罪で釈放されたが、イスラム教徒同胞から生命をねらわれたため、1979年にカラチに逃亡、そこでも見つかったため、パキスタンから出て、ドイツにて庇護を申請した。申請に際して、1984年に公布された刑罰法規が、自由な宗教行使の可能性を庇護相当とする程度にまで限定している、と追加している。連邦官庁は憲法異議申立人の庇護申請を拒否し、上級ラント裁判所も、イスラム教徒として自身を名乗ることの禁止は重大ではない(アフマディ教と名乗れるので)、布教の禁止も亡命をするほどのものではないなどとして、憲法異議申立人の訴えを認めず、連邦行政裁判所も、庇護相当とするほどの宗教的自由への介入が存在するのは、宗教上の生活が「宗教的最小限度の生存」という意味で不可能である場合というのが判例であり、連邦官庁はこの基準を適切に適用した、として、訴えを退けた。この判決に対して基本法16条2項2文(現行規定では基本法16a条1項)に反するとして憲法異議が提起された。連邦憲法裁判所は、憲法異議に理由がある、とした。連邦憲法裁判所は、宗教に動機づけられた迫害も基本法16条2項2文の意味での「政治的に迫害された者」に当たり(158頁)、国家によって公布された刑罰規範により宗教の自由という人間の尊厳が要求する最小限度の存在に介入され、宗教的告白が政治的迫害を受けた者という意味で差別的に扱われたならば、基本法16条2項2文に従って庇護権が承認されるとしたうえで(160頁)、本件について「連邦憲法裁判所には憲法異議申立手続において、庇護手続を管轄する官庁及び裁判所が基本法16条2項2文の要請を(実質的観点及び手続適合的観点で)考慮したかどうか審査することが課される。確かに事実の認定評価、単純法の解釈そして個別事件へのその適用はもっぱら一般的にそれについての権限を持つ裁判所の任務である。連邦憲法裁判所がここで介入できるのは、固有の憲法の侵害が存在する場合、とりわけ基本権を考慮しないという瑕疵が存在する場合である(BVerfGE 18, 85 [92 f.])。すべての法領域への客観的秩序の要素として展開する単純法への基本権の放射効の場合(参照, BVerfGE 7, 198 [205]; 73, 261 [269]; 定番の判例)とは異なり、庇護権に関する憲法上の審査は、単に、庇護手続の解釈適用がこの基本権の意義の、基本的に誤った観念に依拠しているかどうか限定されない。何人が庇護権限を持つかどうかは基本法16条2項2文の基本権規定の直接適用に関わる」(161-162頁)とする。したがって「それに応じて連邦憲法裁判所は『政治的に迫害された者』という構成要件に関して、裁判所の実事評価及び法的評価並びにその評価の方法と範囲が基本法16条2項2文を正当に理解していたかどうか、事実の評価自体のみならずその法的評価についても審査しなければならない」(162頁)ことになる。

89) 専門裁判所の評価を、連邦憲法裁判所の評価に置き換えたレーバツハ事件である。

## 憲法の私人間効力の射程（7）

これについては前掲注63)。

- 90) 例としてあげられているのは BVerfGE 60, 79 (91) である。民法1666条は、親の養育の濫用、児童の放置、両親の理由のない拒否、もしくは第三者の行為により、児童が身体的精神的もしくは情緒的危機にさらされる場合で、両親がその危機を防御しようとしてせず、もしくは防御する状況にない場合に、後見裁判所が必要な措置を執らなければならない、とし、1666a条では、両親から児童を引き離す措置が許容されるのは、その危機が別な方法で防げない場合に限られる、としている。憲法異議申立人（夫婦）は、市の障害者福祉事務所から障害者サービスを受けている。夫は解雇されて以降は障害者作業所に通っている。妻が妊娠したとき、医師は墮胎を勧めたが、彼女は拒否し、出産。即座に児童福祉局は後見裁判所に、養育権を両親から取り上げる申請を出し、認められた。医師からの鑑定書は、両親ともに乳幼児を養育できる能力がないとした。妻は、子供を自分の家に連れてきた上で自分の親を後見人として選ぶよう争ったが、養育ができるかどうか試す期間を経た結果、妻の親の意欲が乏しく不相当との専門家の意見がついた。養育権が憲法異議申立人であることを認めない判決に対し、基本法6条2項の基本権が侵害されているとして憲法異議が提起された。連邦憲法裁判所は、憲法異議に理由があるとして、これを認めた。連邦憲法裁判所は、基本法6条2項1文が両親に自分の子供の育成教育の権利を保障しており、両親は基本的に国家の影響介入から自由に自分の考えでどのように自分の子供の育成教育を行うか判断し、両親の責任で適切に判断しようとすることができる、とする（88頁）。他方で、国家は子供の育成教育を確保することにつき権限を持つと同時に義務づけられるが、この義務が国家に発生するのは、第一に、基本権主体としての子供が国家の保護を請求した場合、とし、その際、両親の意思に反して子供が家族から引き離されるのは、親権者に故障がある場合、もしくは子供が非行化するおそれがある場合である（基本法6条3項）、とする。民法1666条および1666a条は基本法と両立するとした上で、定番の特許決定での専門裁判所の任務と連邦憲法裁判所の審査範囲の限定について言及し、「この任務〔＝基本権の意義についての基本的に誤った解釈に専門裁判所の判決が依拠していないかどうか審査すること〕の遂行に際して連邦憲法裁判所の介入可能性の限界は硬直的にそしていつも同じように引くことはできない。それはとりわけ基本権侵害の強度に左右される（定番の判決として参照、BVerfGE 42, 163 [168]）。子供が両親の意思に反して、両親から引き離される場合、これは基本法6条2項1文の養育権への考えられる中で最も強い介入であり、同じ強度で子供にも関わる介入となる。……この事実状況に際して、批判されている判断が基本権の意義、とりわけ基本権の保護領域に関して基本的に誤った観念に依拠した瑕疵を認識させるかどうかの問題と並んで、個別的な解釈瑕疵も考慮の外に置かれたままにはならない」（91頁）とする。
- 91) 前掲注72)で挙げた BVerfGE 75, 302 ff. 等が挙げられている。
- 92) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 30. Aufl. 2014, Rn. 1222 ff. 以下本文 bb) において引用先のない

Rn. は同書からの引用である。また同書からの引用文中の強調はそのままである（ただし斜体をアンダーラインに代えている）。

- 93) Rn. 1273. 周知の、一般的行為自由に関わるエルフェス事件 (BVerfGE 6, 32 [41]) である。この判断のドイツにおける破壊力、影響力は、日本の憲法13条の文脈での「一般的行為自由説」の比ではない。前掲注33)も参照。
- 94) Lechner/Zuck (Anm. 9), Einl. Rn. 89 ff., § 90 Rn. 97 ff. もっとも Lechner/Zuck は審査範囲の基準についての批判をふまえ、審査の範囲を論じる際の視点を連邦憲法裁判所の判断レベルと憲法異議を提訴する「各人」レベルに区別し、いずれにせよ、Heck の定式によって確定されるのではない、としている。Ebd., Einl. Rn. 99 ff., § 90 Rn. 99 ff. 以下本文 cc) で引用先の明示されていない Rn. は同書からの引用である。
- 95) 公判における訴訟記録の追加的記載が許されるかどうか、に関わる判断である。これに関する直接の規定はないが、上告手続における事実審での訴訟記録の意義についての一般的規定が刑事訴訟法274条（「公判で定められた正式の手続の意義は訴訟記録によってのみ証明することができる。この手続に関する訴訟記録の内容への反論は偽造の証明のみが認められる」）にある。訴訟記録の追加的記載の可否については帝国裁判所の時代の判決において、これが認められる（時期を問わず、当事者の有利、不利を問わず）と判断されており1880年以降定番の判例となっている。したがって訴訟記録訂正の事例では、訂正された版へ、刑訴法274条のいう訴訟記録の証明力が移行する。ただし例外が妥当するのは、訴訟記録訂正によって、追加的記載を行う前にすでに提起された手続的異議から、訴訟記録の根拠が奪われる場合である。この場合には、訂正されていない訴訟記録に刑訴法274条のいう証明力が残ることになる。これは「異議萎縮禁止 Vorbot der Rügeverkümmung」と呼ばれている。

ただし、1880年以降判例には、帝国軍事裁判所が別の結論を採用した例もあり、1945年以降、異議萎縮については判断が統一されていない。

憲法異議申立人は、危険傷害の罪で3年と一ヶ月の自由刑の判決を受けて上告しているが、上告に際して、この事件についての批判と併せて、手続的異議を理由としている。それによれば、公判において起訴状が読み上げられなかった（刑訴法243条3項1文違反に当たる）、というものであった。原審の裁判長は訴訟記録訂正手続を開始した。訴訟記録には確かに起訴状を読み上げたという記載はないが、書記官によれば、手書きの記録から電子情報に移す際の転記ミスとのことであり、裁判長は憲法異議申立人に、「検察官は起訴状を読み上げた」という一文を訴訟記録に追加することを通知し、意見を述べる機会を与えた。弁護人は、起訴状が読み上げられなかったかどうかについてははっきりした記憶がなく、仮に起訴状を読み上げないようなことがあれば覚えているであろうことからして、書記官の記憶が適切だと思われる、と回答した。その後裁判長は、記録確認訂正を行った。この点が、異議萎縮禁止の従来判例に反する、というのが憲法異議申立人の主張である。上告審である連邦最高裁判所第一法廷は、この訴えを理由がない、とした（この判例

## 憲法の私人間効力の射程（7）

変更し、第二法廷、第三法廷も続き、大法廷で新たな判例として確認）。

この自身に対する第一法廷の判決に対して、異議萎縮を認める訴訟記録の訂正は、立法者によってしかできないはずだ、等と主張して、基本法20条3項、基本法19条4項、1条1項、2条1項等に違反しているとして憲法異議が提起された。

連邦憲法裁判所は、憲法異議には理由がないとした。争点のうち、今回の裁判官の法発見が基本法に違反するかについてのみ紹介する。連邦憲法裁判所は、連邦最高裁判所は異議萎縮の禁止を破棄することで法発見の限界を超えていないとする（266頁）。異議萎縮の禁止は明文で規定されておらず（刑訴法274条もこれを保障していない）、刑訴法の全体的関連から一般的法原則として判例が導出したものだ、と指摘する（266頁）。そしてこうした法原則として作成された法命題を法律の枠組みで審査することは裁判所の承認された任務に属し（267頁）、異議萎縮の禁止によってこれまで意図されていた上告人に対する、不正な訴訟記録訂正からの保護は、そうした訂正手続を上告審の統制の下におくことで代替できる（267-268頁）。権力分立原則（基本法20条2項2文）や法律及び法への裁判の拘束（基本法20条3項）は、「立法者の判断の尊重を——憲法の限界内で——要請しているが、内容上の方向性、即ち、個人の権利や利益に抵触する方法かどうかとは無関係である。それゆえ裁判官の単純法の解釈にとって基本法20条2項2文及び3項から生じる限界は原則として、その解釈が当該個人の利益になるか不利益になるかによって広がったり狭くなったりしない」（268頁）。

なお、この法発見の限界を超えていない、とする判断については少数意見（Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio）が付加されている（282頁以下）。