

<研究ノート>

## 現代ドイツ基本権論の位相(2) -基本権の主体論・客体論を中心に-

山 岸 喜久治

はじめに

[A] 基本権の担い手

[B] 権力機関の基本権拘束

[C] 基本権の第三者効力論

むすび

### はじめに

かつてのローマ法は、特定の権利をローマ市民にのみ留保していたが、18世紀の啓蒙主義思想は、人間そのものを対象とし、それに帰属する権利を「人権」(Menschenrechte)として普遍化するに至った。その後勃発したフランス革命と国民議会が承認した宣言文は、史上初めて「人権」と「市民(公民)権」との間を線引きし、両者を概念的に識別したのであった(Vgl.Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, 2011, S.82)。

ドイツの基本権(Grundrechte)は、いわゆるフランス人権宣言のこの概念的な区別を前提として、19世紀半ばから現在に至るまで、ドイツ独自の基本権体系論を発展させてきた。それは、ドイツ帝国成立後、ワイマール期とナチズムを経て、戦後のドイツ基本法へと変容しつつ継承されている。1949年のドイツ基本法は、あらためてその第1章の中に「基本権」の章を設け、「人間の尊厳」の不可侵性(第1条)を宣明するに至った。

現在のドイツ基本権体系は、基本権が守るべき保護領域(Schutzbereich)として、事物上の保護領域と人事上のそれを概念上区別している。後者の人事上の保護領域は、その領域ごとに異なる基本権の担い手=基本権主体(Grundrechtsträger)を対象とし、その保護を問題とする。基本権主体とは、すなわち権利の「所有者」(Inhaber)であるところのその人をさし、基本法の文言によれば、「人はだれでも」「ドイツ人」「男性・女性」「両親」「教育権者」「各母親」「教師」「政治的被害者」「各人」のことである。「法人」も対象となる(Vgl. Ingo von Münch/Ute Mager, Staatsrecht II, Grundrechte, 2014,S.35.)。

他方、基本権の一般的な規範構造(Normstruktur)から、基本権は、私的法主体と国家と

の間の法関係を規律するものであり、しかも保護された私益と公益との摩擦を前者の利益のために決裁するものである(Ekkehard Stern, Staatsrecht, 14. Aufl., 1993, S.216.)。したがって、基本権が向けられるべき客体としての「名宛人」(Adressat)は、普遍的に「国家」というものであり、国家こそが基本権を守るべき義務を負うということになる。

本稿は、現代ドイツ基本権論体系のうち、第一に基本権の担い手の問題、つまり基本権主体の問題、そして第二に、基本権はどちらの向きを示すのか、基本権が向けられるベクトルとしての名宛人=基本権客体の問題を考察し、その問題点を整理する。

## [A] 基本権の担い手

### (1) 自然人

基本権主体論で問題となるのは、誰が基本権を引き合いに出し、誰がそれを利用することができ、場合によっては、自分の利益のためにそれを貫き通せるか、それゆえ誰が主観的公権としての基本権の請求資格者となるかである。

一般的には、次の二つのカテゴリー、すなわち「基本権能力」(Grundrechtsfähigkeit)と「基本権成年」(Grundrechsmündigkeit)が区別されよう。それは、端的に「所持」(Haben)と「行使」(Ausüben)という言い換えも可能である。前者は、基本権の所有者ないし担い手であるという性質であるのに対して、後者は、自己の名において基本権を行使し、それを独立して主張し、必要とあらばそれを貫くことが法的に可能な年齢である。基本権成年は原則として自然人の場合のみ問題となる(Vgl. Alfred Katz, Staatsrecht, 10.Aufl.,1991,S.276.)。

未成年であることが、基本権成年性、つまり基本権の独立した行使のための能力の問題に影響を及ぼすか、また及ぶとしてもそれはどの程度かは、これまで激しく争われてきた(Vgl. Alfred Katz ,a.a.O., S.277.)。この問題を基本権の訴訟上の行使に限定するなら、現在次のような見解が多数説である。すなわち、法律行為能力と訴訟追行能力に関する規定(民法104条以下、民訴法52条)は、一般的かつ直接的に基本権成年の評価に援用されるものではなく、個別事例において、特別法上の規定が存在する場合に、原則上それが規準となるということである。

基本権成年性との関係では、もう一つ別の問題も存在する。それは基本権主体性の問題ではなく、両親による基本権行使の引き受け(Wahrnehmung)または両親との関係における未成年者の基本権行使の制限(Beschränkung)の問題である。この問題は、実体法上のレベルと手続法上のレベルを分けて考えなければならない(Vgl. Ingo von Münch/Ute Mager,a.a.O., S.38f.)。

実体法上、両親ないし教育権者は、すでに憲法(基本法6条2項)により、また単純法律に

よっても、子の福祉を守るために、自分の子どもないし教育を託された未成年者の基本権の行使に任せられ、権限を与えられている。かくして、両親は、国家の強制種痘に対する子どもの身体不可侵の権利、またはある（他の）宗教授業科目の義務づけに対する子どもの信条の自由を行使することができるのである。

別の問題は、子と親との関係における基本権領域の境界線の設定である。これを国家は、一方で親の教育権の考慮のもとで、他方において子の福祉と子の成熟性の考慮のもとで、相互に線引きをしなければならない。このよい例に、宗教成年の問題がある。子どもの宗教教育に関する法律（RGBl,S.939）によれば、子は、12歳以降は、もはや従前の宗教とは別の宗教で教育されてはならないと定められている。この法律は、子どもの宗教教育に関する決定から本来離れるべき「国家」を名宛人とするのではなく、両親ないしは教育権者を名宛人とするものである。この法律によって、14歳からは、子は完全に宗教成年に達することになる。

## （2）人的結合体

基本法19条3項\*は、基本権適用を「国内法人」にまで拡大している。まず必要なのは、法人の概念である。単純法律によれば、法人は、完全な権利能力（Rechtsfähigkeit）を有する組織である。概念上、私法上の法人と公法上の法人とに分けられる（Vgl. Ingo von Münch/Ute Mager, a.a.O., S.44f.）。

私法上の法人には、以下のものがある。社団法人（eingetragene Vereine）、私法上の財団、株式会社、有限会社、協同組合（Genossenschaft）、州組合団体（Landesinnungsverband）などである。他方、公法上の法人には、連邦、州、ゲマインデ（市町村）、その他の社団、例えば、大学、放送施設、プロイセン文化財団のような公法上の財団などがある。このほか、私法上の部分的権利能力団体として、権利能力なき社団、政党、労働組合、民法上の社団、公開商事会社、合資会社、船会社なども存在する。

国家の裁判権との関係でいえば、私法上の結合体（私法人）のみが基本権を引き合いに出すことができる。これに対して、公法上の法人（公法人）が基本権主体と認められるのは、例外的な場合に限られる。国家から自立した公法人だけが基本権を援用することができるが、そのような公法人としては、教会、大学と学部、放送施設などがあげられる（Ekkehard Stein, a.a.O., S.218.）。

[\*] 基本法19条3項「基本権は、国内法人にも基本権の性質上これに適用可能な限り適用される。」

ここで次のようなく事例問題>を取り上げる (Vgl.Gerrit Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl., 2011, S.22-23)。

<事例問題 (ア) >

トルコ国籍を有する4人のクルド人は、ベルリンで有限会社形態のレストランを経営していた。行政庁は、その場所が禁止されたクルド人組織PKKの共同謀議のたまり場になっているとして、このレストランの閉鎖を命じた。当レストラン (有限会社) は、営業の自由 (基本法12条1項) の侵害を理由に連邦憲法裁判所への憲法訴願を提起することができるか。

<事例問題 (ア) の解法>

憲法訴願は適法 (zulässig) であり、有理由 (begründet) ということになる。

I. 適法性 憲法訴願は次の理由で適法である。

①管轄権

連邦憲法裁判所が基本法93条1項4a号と連邦憲法裁判所法13条8a号から所管する。

②訴願申立権

1. 法人に対する基本法12条1項の適用可能性 : この点において問題となるのは、有限会社が連邦憲法裁判所法90条1項により訴願申立権を有するかどうかである。当有限会社が職業の自由の基本権の担い手である場合には、申立権を有することになる。有限会社のような法人は、基本法19条3項により、基本権の担い手と認められるためには、この基本権の性質上、当有限会社法人に対して適用できる場合でなければならない。職業の自由の場合、このことは認められる。レストランの経営のような職業 (営業) 活動は、法人によっても行うことができるからである。

2. 外国人による支配の問題性 : 職業の自由はドイツ人基本権であるということがポイントである。当有限会社は、外国人のみによって経営されているので、基本法12条1項の基本権担い手資格は存在しない。したがって職業の自由の基本権に関して、当有限会社は憲法訴願を提起する能力を有しない。

II. 結論 憲法訴願は不適法となる。ただし、当有限会社が仮に人格の自由な発展 (基本法2条1項) を根拠とした場合には、憲法訴願の申立資格は認められ、申立は適法となる可能性がある。

## [B] 権力機関の基本権拘束

基本権は、「直接的に適用される法として立法、執行権力および裁判を拘束する」(基本法1条3項)。このことは、ワイマール帝国憲法からの意識的な「転向」を意味した。ワイマール憲法においては、基本権は、行政だけを拘束し、立法は拘束されず、また基本権の多くは、概し

て非拘束的なプログラム命題とみなされ、その侵犯は法的・裁判的制裁から免れていたのである（Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, Grundrecht, Staatsrecht II, 26. Aufl., 2010, S.45.）。

ドイツの基本法は、本来的にドイツの国家権力ないし公権力のみを対象として、基本権の遵守義務を課すものであったが、1992年にいわゆるマーストリヒト条約の同意に伴う法律改正により、ドイツは、ヨーロッパ社会の一員としての役割を果たす立場から様々な制約を受け入れた（基本法23条1項\*）。このことから、基本権の保障の問題（基本権客体）を考えるうえでも、とりわけヨーロッパ連合との関係を視野に入れなければならない。

[\*] 基本法23条1項「(前略) ドイツ連邦共和国は、ヨーロッパ連合の発展に協力するが、このヨーロッパ連合は民主的、法治国家的、社会的および連邦的な諸原則および補充性の原則に拘束され、本質的な点においてこの基本法の基本権保障に匹敵する基本権保障を有するものとする。この点について、連邦は、連邦参議院の同意を得て、法律により主権を移譲することができる。(後略)」

#### (1) ヨーロッパ連合の基本権尊重

##### <第一次連合法>

ヨーロッパ法に関しては特別な扱いがされている。連合法（Unionsrecht）自身、原則として基本権を含むドイツ法に優先する（Vgl. Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, a.a.O., S.52.）。

ただしこれまで通り、ドイツの立法者は基本権に拘束されることになる。その拘束は、ヨーロッパ連合の条約上の基礎（第一次連合法）の設定および変更におけるドイツ国家権力の協力（基本法23条1項）に関してである。閣僚協議会（Ministerrat）におけるドイツの代表者もまた、同時に国家権力を行使し、ヨーロッパの機関管理者であるが、「第二次連合法」の定立に際して基本権に拘束される（基本法79条3項\*）。

[\*] 基本法79条3項「(前略) 第1条から第20条までに固定された諸原則に触れる（中略）この基本法の改正は許されない。」

##### <第二次連合法>

ヨーロッパ第二次連合法の取り扱いはやや複雑になっている。ヨーロッパ連合（EU）は、直接的に適用される「指令」（Verordnung）を決定し、加盟国によって置き換えられる必要のある「要綱」（Richtlinien）を布告し、そして加盟国に対して拘束的な「決議」（Beschlüsse）「勧告」（Empfehlungen）および「態度表明」（Stellungnahmen）を行うことができる（AEUV

288条)。

こうしてある基本権制約 (Grundrechtsbeeinträchtigung) が、ヨーロッパ連合の法行為 (Rechtsakt) に基づいて直接行われる場合、連邦憲法裁判所は、ドイツの基本権の保護のために介入できるかどうかという問題が生じる (Vgl.Gerrit Manssen, a.a.O.,S.28.)。

後に、ヨーロッパ連合条約 (EUV) 6条2項は、連合のヨーロッパ人権基本自由保護規約 (EMRK) への加入を規定した。また同条約6条3項は、人権および基本自由の保護を表明している。加盟国の共通する憲法伝統から生まれたそれらの価値はヨーロッパ連合法の一般原則に格上げされた。

## (2) 執行府の基本権への拘束

三つの権力は、基本法の別の個所では、単に「国家」あるいは「国家権力」として、また「公権力」として総称されることもあるが、このうちとくに行政 (執行) 権については、その行為形式が多様であることから、込み入った問題が生じる。

例えば、公立学校が、生徒に卒業証書および大学入学資格を授与しない場合、この公立学校は、基本法12条1項による自由な養成所の選択の基本権に介入している。介入 (Eingriff) は、私立学校が行った場合にも認められるか。この私立学校は、私法上の権利主体であり、国家によって証明書の交付を委託されているだけである。市 (Stadt) の基本権拘束にとって、市が、住民への飲料水の供給を、公法上の権利能力なき施設の法形式における市の給水施設を通じて行うか、それとも市が株式を保有する株式会社によって行うかで、違いが生じるか。さらに、市の施設による給水に際して、市が条例に基づいて料金を徴収するか、それとも利用者と私法上の契約を締結するかで差異が生じるか。行政は、民法 (631条以下) により行政庁舎の建設に関する建設業者との請負契約 (Werkvertrag) の締結に際して、基本権に拘束されるか、あるいは自ら企業活動を展開する公権力の担い手は、例えばビール醸造所を経営する場合、あるいは株式会社を保有するような場合に基本権に拘束されるかなどが問題となる (Vgl.Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, a.a.O.,S.48.)。

これらの事例はいずれも、行政の作用形態の違いと基本権拘束の範囲をめぐる問題に関係するが、それは大きく公法上の行為と私法上の行為に分けられよう。

### 1) 公法上の行為

執行府 (Exekutive) は、公法上の行為 (Handeln) が問題になる限り、基本権に拘束される。行政 (Verwaltung) が「行政行為」(Verwaltungsakte)、「法規命令」(Rechtsverordnungen) および「行政規則」(Satzungen) を発布し、もしくはその他の「公法上の行政活動」(öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln) を行う場合、それらは、基本法1条3項により基本権に拘

束される。この基本権への拘束は、例えば車検の技術監査協会（TÜV）での検査官など私人として公共的任務を行う「受託者」にも該当する（Vgl.Gerrit Manssen, a.a.O.,S.30.）。

基本権拘束は、いわゆる「特別権力関係」（besondere Gewaltverhältnis）にも及ぶ。この関係は、一般的な「国家・市民関係」（Staat-Bürger-Verhältnis）を超えた市民と国家の特殊な関係である。典型的な事例は、受刑者（Strafgefangene）、公務員（Beamte）、兵士（Soldat）または生徒との法関係である。特別権力関係においても、一般的な法律留保（Gesetzesvorbehalt）原則は妥当する。したがって基本権に介入するには、一般的な「国家・市民関係」におけるように、正式な法律上の根拠が必要である。例えば、刑罰執行法（StvollG）は、受刑者の基本権への介入にとっての法的根拠となっている。したがって行政規則では、「介入」を正当化するには充分ではない（BVerfGE 33,1/9f.）。少年刑罰執行（Jugendstrafvollzug）は、その特殊性（教育刑思想）ゆえに特別に規律されなければならない、成年に対する規制の準用または類推適用は許されない（Vgl.Gerrit Manssen, a.a.o.,S.30.）。

## 2) 私法上の行為

議論になるのは、行政が私法上において活動する場合、どの程度基本権に拘束されるかという問題である。行政による私法の利用は、おおむね三つの領域において行われている（Vgl.Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, a.a.O., S.47.）。

●純粋な行政任務の行使の領域　：いわゆる行政私法（Verwaltungsprivatrecht）の分野である。とくに生存配慮の給付（エネルギー供給や水道供給）、また私法上の貸付（ローン）や補助金交付に際して、行政は自由な選択により公法のおよび私法的に活動する。このときの自由な選択は、行政体の組織形態のみならず給付・利用関係にも及ぶ。

●需要の充足の領域　：私法による行政の補助的業務が存在し、例えば行政活動に必要な物品の調達やコンピュータ、事務用品の購入などがこれにあたる。

●行政の収益経済上の作用（＝国庫行政）の領域　：国家権力の担い手は、ときによって自ら企業的活動を展開するか、あるいは私法上の契約を通じて全部的または部分的に企業への関与（出資）を行うことがある。

以上のような行政私法の領域において、行政が基本権に拘束されることには異論はない。しかし他の業務の場合でも、基本権への拘束の要請は推定されよう。基本法1条3項により、国家権力（執行府総体）は、私法上の形式をとるとしても、すべて基本権に拘束されるのである。

## (3) 立法府の基本権への拘束

問題は、私法定立者（Privatrechtsgesetzgeber）が基本法（憲法）にダイレクトに拘束されるかである。ある規範（Norm）が私法（民法）であることは、基本法（憲法）における基本

権の問題とはまったく別次元の問題である。それは、立法権（基本法74条1項1号\*）にとって意味をもち、また規範の執行に際しての裁判所法・行政裁判所法による司法権にとって意味をもつにすぎない。

私法上の「利益考量」(Interessenausgleich)は、まず立法者によって憲法の基準に従って行われるが、立法者がこの際基本権主体に特定の義務を課すような場合には、基本権における自由領域への介入(Eingriff)という問題が生じる。しかし必要な場合には、立法者は、基本権上の自由領域を確保するために、弱い立場の契約当事者に対して保護的に介入する義務を負うこともある(Vgl.Gerrit Manssen,a.a.O.,S.32.)。

[\*] 基本法74条1項1号「競合的立法は以下の分野に及ぶ。1 民法、刑法、裁判所構成法、裁判手続、弁護士法、公証人制度および法律相談(以下略)」

<事例(イ)> : (BVerfGE 82, 126 ff.より)

ドイツ民法(BGB)622条2項により、労働者(Arbeiter)と雇員(Angestellte)とでは異なった解約告知期間(Kündigungsfrist)が定められていた。これらの別異は、基本法3条1項に照らしてどのように評価されるか。

<事例(イ)の解法> : 民法(BGB)622条2項は、経営または企業における解約告知期間を定めるが、確かに私法関係を規律する規定である。私法関係規定の立法者は、しかしすべての他の規範の発布と同じように基本権に拘束されている。労働者と雇員との違いは、基本法3条1項に対する違反により解約告知期間に関しては憲法違反と考えられる。

#### (4) 司法府の基本権への拘束

##### 1) 自由権への拘束

裁判所は、民事裁判においても国家権力の一部門として基本権(自由権)を遵守しなければならない。次のような事例で考えてみたい(Vgl. Gerrit Manssen,a.a.O.,S.33.)。

<事例(ウ)> : 甲秘書は、ある労働契約に署名した。その契約は、その秘書が結婚するときには、解雇されるという条件付のものであった。この契約は、民事法上有効か。

<事例(ウ)の解法> : 解雇の条件は、民法(BGB)138条に違反する。独身条項(Zölibatsklausel)は基本法6条1項(婚姻の国家的保護)の基本権上の価値採用により、公序良俗違反(sittenwidrig)と評価されよう。労働裁判所は、この解釈を前提として、当該労働契約の無効を宣言しなければならない。

##### 2) 平等権への拘束

裁判は自由権だけでなく、平等権も顧慮しなければならない。もちろん、裁判所に対し同じ判決を書くよう請求する権利は存在しない。甲裁判所は、ある法律問題について乙裁判所とはまったく異なる判決を書くことができる。

この点について、次の事例で考える。

<事例(エ)>：(Gerrit Manssen, a.a.O., S.33-34.より)

連邦通常裁判所によって追認された判決において、甲夫婦にショック(精神的)損害に対する賠償額(慰謝料)として、最高額70000ドイツマルク(DM)と40000ドイツマルクが認められた。甲夫婦の3人の子供は、乙加害者が引き起こした交通事故で死亡していた。別の訴訟において、連邦通常裁判所は、丙王女に対しては、新聞報道による一般的人格権の侵害により、最高150000ドイツマルクの損害賠償額を認めた。甲夫婦は、慰謝料の低さについて非難することができるか。

<事例(エ)の解法>

この問題の核心は、賠償額の違いについて一般的平等原則(基本法3条1項)に違反したかどうかである。

1. 不平等取扱いの事実のあること。ここでは、不平等な扱い、つまりまず「差別的」に扱われたという「事実」が存在しなければならない。基本法上の平等原則違反をいうためには、本質的に「等しい」事柄が、恣意的に「等しくない」事柄として扱われた事実を主張しなければならない。そのためには、まず二つの「比較可能な事態(状況)」の想定が求められる。本件の場合、このような事態が認められるかは疑問である。一般的人格権の侵害による金銭賠償の承認は、精神的なショックに対する慰謝料の許可としての他の法的根拠(基本法条1条1項・2項\*と結合した民法823条1項\*)に基づくものである。それは、すなわち、民法253条2項\*と結合した民法823条1項ではない。それらを超えて、考慮されなければならないのは、メディア法の分野における金銭賠償の承認に際して、予防的な観点も役割を演じるということである。出版関係企業に対しては、特別に高額な賠償金によって著名人とのデッチあげられたインタビューでうそを言うこと、または結婚の企図等をデッチあげることが抑止されるべきである。これに対して、精神的ショックに対する慰謝料の承認に際して、予防的な熟慮は何の役割も演じない。以上の理由から、恣意的な不平等扱いはまったく存在しないということになる。

2. 基本法3条1項は、それゆえ侵犯されていない。

[\*] 基本法1条1項「人間の尊厳は不可侵である。(後略)」2項「それゆえドイツ国民は、世界のすべての人間共同体、平和および正義の基礎として、不可侵にして不可譲渡の人権を信奉する。」

[\*] 民法823条1項「故意または過失により、他人の生命、身体、健康、自由、財産もしくは

はその他の権利を違法に侵害した者は、他人に対して、そこから生じた損害を賠償する義務を負う。」

[\*] 民法253条2項「身体、健康、自由もしくは性的自己決定の侵害により、損害賠償を支払わなければならないときは、非財産的な損害に対しても、正当な補償金 (billige Entschädigung) を要求することができる。」

### 3) 私人への直接的拘束

私人に対する基本権の適用、つまり直接的な第三者効力は、基本法(憲法)自身によって明示的に指定されているところでのみ、存在する。憲法には、労働条件および労働者の経済的地位の向上の規定の効力(基本法9条3項\*)が明記されている。憲法規範の直接的適用についての他の条項としては、基本法20条4項\*や48条1項・2項\*などがある。

[\*] 基本法9条3項「労働条件および経済的条件を維持促進するために団体を結成する権利は、何人にも、かついかなる職業に対してもこれを保障する。この権利を制限し、または妨害することを意図する協定は無効であり、これを目的とする措置は違法である。(以下略)」

[\*] 基本法20条4項「この秩序を破棄することを企てる各人に対して、すべてのドイツ人は、他の除去対策が不可能な場合、抵抗権を有する。」

[\*] 基本法48項1項「連邦議会に議席を得ようとする者は、その選挙の準備のために必要な休暇を請求する権利を有する。」2項「何人も、議員の職務を引き受け、かつこれを行わせることを妨げられない。これを理由とする解約告知または免職は、許されない。」

## [C] 基本権の第三者効力論

### (1) 総説

私的法主体は基本権遵守の名宛人ではないが、問題は、いわゆる「基本権の第三者効力」論、つまり「私人」(市民)と「私人」(市民)との間において、果たして「私人」(市民)と「国家」との間における同様の基本権適用が容認されるかどうかである。この問題の核心は、基本権の適用(効力)が、市民と国家という古典的な「二項関係」(Zweierverhältnis)を超えて、市民と他の市民(第三者)との関係において適用されるかどうかという点にある(Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, a.a.O., S.47-48.)。

ドイツ国法学の第三者効力論は、現在およそ次のような評価がなされている (Vgl. Jörn

Ipsen, Staatsrecht II, Grundrechte, 2011, S.20-21.)。基本法の施行当時は、市民と国家との関係に匹敵する社会的権力の存在を前提に、基本権適用を「労働者」と「使用者」との法関係にまで広げようと試みられた。労働法学者のH.C.ニッパーダイ (Nipperdey) や連邦労働裁判所は、この考え方を支持した。しかし、公法学者のG.デューリッヒ (Dürig) などは、それを全面的に肯定することもなく、また否定するのでもなく、基本権拘束を部分的に容認するいわば「変化球」を投じたのである。デューリッヒは、基本権の中に固定されている価値秩序が「一般条項」(Generalklauseln) 中に流れ込んだものとして、基本権の「直接適用」に対抗し「間接適用」を対置したのであった。その後、連邦憲法裁判所はこの考え方に傾斜していく (Vgl. Wolfgang Rübner, Grundrechtsadressaten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, S.824.)。

今日の通説的理解では、基本権は私人に対しては直接的には妥当しないというものであるが、他方で、基本権が私法に—他の法領域と同じように—「入り込む」(hineinwirken) ことは承認されている。このことは、民事法上の規定が不確定法概念(公序良俗, 信義誠実など)を含み、基本権解釈の規準になっていることからわかる。したがって、基本権価値は、すでに私法の中に入り込んでいるので、基本権解釈学上「第三者効力」(mittelbare Drittwirkung) のカテゴリーは必要ない (nicht erforderlich) という意見もある (Jörn Ipsen a.a.O., S.21.)。

## (2) 判例の紹介

1) リュート判決: (BVerfGE 7, 198ff./『ドイツの憲法判例』126頁<木村俊夫執筆>より) ハンブルク州の広報室長であったリュート氏は、1950年以来、たびたびファイト・ハアラン氏と公然と対立し、彼の映画「不滅の恋人」のボイコットを呼びかけた。ハアラン氏は、かつて反ユダヤ主義宣伝映画「ユダヤ人ジュース」(Jud Süß) の映画監督であったこと、ナチスの血なまぐさい「ユダヤ人狩り」の代弁者の一人であったことがその理由であった。これに対して、映画会社は民法826条に基づき、リュート氏によるボイコットの呼びかけの差し止め (Unterlassung) を求めた。

民事裁判所は、リュート氏に対して差し止めを決定した。これに対して、リュート氏側は、連邦憲法裁判所に基本権侵害による憲法訴願を提起したのであった。連邦憲法裁判所の判決は、概要次のようなものであった。リュート氏の意見表明は、基本法5条1項1段\*の意見の自由の保護のもとにあり、民事差し止めの判決は意見の自由に介入するものである。この介入が正当化されるのは、民法という「一般法律」の制約内にある場合であるが、この「一般法律」は、基本権の「精神」(Geiste) に照らして解釈されなければならない。連邦憲法裁判所は、リュート氏の価値を優位に置き民事裁判所の判決を破棄した。

[\*] 基本法5条1項1段「何人も、言語、文書および図画によって自己の意見を自由に表明し流布させる権利ならびに一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。」

2) ブリンクフュア事件判決: (Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, a.a.O., S.50およびGerrit Manssen, a.a.O., S.35-36より)

<事件の概要>

甲は、小規模週刊誌「ブリンクフュア」(Blinkfüer)の編集者であった。この週刊誌は、おもにハンブルク地域で発行されていたが、この週刊誌の付録には、西ドイツと東ドイツの放送局のラジオ番組が掲載されていた。1961年8月13日のベルリンの壁の建設後に、ハンブルク地区で市場支配的な「アクセルシュプリングー出版社」(Axel-Springer-Verlag)は、すべての新聞雑誌販売業者へ回状を出し、その週刊誌の販売ボイコットを呼びかけた。そして、同出版社は、販売業者が引き続き取引を行う場合は、納品を断るという圧力をかけるに至った。その結果、ブリンクフュア社の売り上げは下落することになったのである。

シュプリングー社に対するブリンクフュア社の損害賠償請求は、連邦通常裁判所によって棄却されたので、ブリンクフュア社は憲法訴願を提起した。

<判決の概要>

ブリンクフュア社の憲法訴願は成功した。今日の視点からみると、ブリンクフュア社に対する国家(民事裁判所)の基本権保護義務の侵犯が認められたということになる。シュプリングー社は、自己の経済的優位を不当な仕方で行使した。ブリンクフュア社は、小規模出版社であり、シュプリングー社によって経済活動を妨げられた。しかし、民事裁判所は、ブリンクフュア社のシュプリングー社に対する損害賠償を認めず、最小限(過小)禁止原則に違反した。過少禁止違反の根拠としては、シュプリングー社のボイコット運動が「意見の自由」(基本法5条1項)に関係しなかったことがある。本来、「意見の自由」の基本権と「出版の自由」の基本権とは、どちらも「精神的領域」において対立する自由権的価値をもつが、シュプリングー社は、精神的な確信からではなく、経済的な意図のもとに行動した。

## むすび

ドイツの基本権論からは、どのような示唆が得られるであろうか。

ドイツ国法学において、基本権を行使できる自然人の範囲については学説上争いがある。例えば「基本権能力」概念を設定するなどして、自然人であれば、すべての人に基本権主体性を

認める学説が注目される (Vgl, Friedhelm Hufen, a.a.O., S.81)。それによれば、子どもを始め、精神患者や昏睡者などにも基本権が適用される。ただし、そのことは抽象的にいえることであって、具体的な事例によっては基本権主体性が認められない場合もあるという。例えば、外国人はあらゆる基本権の適用者ではないし、健全者は障害のある人の権利を主張することはできず、女性は、兵役拒否権を行使することはできないなどの制約がある。このほか学説上、「認識能力」(Einsichtsfähigkeit)のあることを基本権行使の前提条件と考えるか、それとも「行為能力」(Geschäftsfähigkeit)を不可欠の要件と考えるかといった立場の違いもある。

またドイツ国法学においては、基本法で明示的に法人の基本権主体性が認められるが、公法上の法人には、訴訟法上の権利を除いて原則上基本権主体性は認められない。例外的に、大学および学部は「学問の自由」、放送施設は、「放送(表現)の自由」、教会は「信教の自由」の基本権を有するというのである。

いわゆる第三者効力の問題は、長い間ドイツ基本権ドグマティーク(解釈論)の中心テーマであった。この問題は、主に90年代以降、国家の保護義務(Schutzpflicht)論という形となって現れた。国家の保護義務は、第三者効力論の重要な「土台」であるが、近年の第三者効力をめぐる議論において「保護義務」の価値は、あまりに過大評価されすぎているとの評価もある(Vgl, Wolfgang Rüdiger, a.a.O., S.827-828.)。ちなみに保護義務は、一般的には基本権と違って、市民の直接的義務を決して根拠づけるものではなく、それは「国家」にこそ向けられるものであり、原則上「法律」によって実現される。「保護せよ」という命令は、まずは「立法府」に向けられるべきものであるという(Vgl, Wolfgang Rüdiger, a.a.O., S.827-828.)。

総じて、ドイツ国法学の伝統によれば、基本権は「国家」(Staat)と「市民」(Bürger)との二項関係において純粹に片面的に作用するものとされ、それは市民の法的地位を強め、国家の権力行使を抑制するものと考えられている。市民相互の関係にとって、基本権は何らの意義も有しないので、私法は基本権とはまったく係わりをもたないというこの考え方は、19世紀後半において、そしてまたワイマール憲法の時代にもごくありふれたものである(Vgl, Wolfgang Rüdiger, a.a.O., S.823.)。しかし、ワイマール憲法において明示的に第三者効力を付与された二つの基本権条項、すなわち118条1項(意見の自由)と159条(団結の自由)を根拠に有力な反対論が出てきた。ワイマール憲法118条1項は、一般法律内という制約の下ではあるが、各ドイツ人に意見表明の自由を承認し、「いかなる労働関係または雇用関係もドイツ人がこの権利を行使することを妨げてはならない」「何人もドイツ人がこの権利を行使したとき、これに不利益を与えてはならない」と定めた。また同憲法159条は、「労働条件および経済条件を維持し、かつ改善するための団結の自由は、各人およびすべての職業について保障される」「この自由を制限し、または妨害しようとするすべての合意および措置は、違法である」と明確に規定した。

ひるがえって、戦後のドイツにおいては、基本法1条3項が、基本権は国家権力(立法・行

政・司法)を「縛る」(binden)と定め、この条項がワイマールとの違いを決定づけた。このことによって、基本法下における基本権保障は、より実質化が図られることになった。

しかしなお原理的な問題として、そもそも基本権が対抗すべき「国家」なるもの、そしてその中での「市民」あるいは「私人」はどのように位置づけられるのか、さらには「国家」を分岐点とする「公法」「私法」の分離と基本権の位置づけなど、難問は依然として突きつけられている。

(2014年10月6日受領、2014年10月29日受理)

(Received October 6, 2014; Accepted October 29, 2014)

# **On Modern German Fundamental Rights**

## **– The subjects and the objects of Fundamental Rights –**

Prof. Kikuji YAMAGISHI

Preface – Purpose of this paper

[A] Holders of Fundamental Rights

- (1) Natural Persons
- (2) Juridical Persons in Public Laws and Private Laws

[B] State Structure restrained by the Fundamental Rights

- (1) European Union and German Fundamental Rights
- (2) Executive Power and Fundamental Rights
- (3) Legislative Power and Fundamental Rights
- (4) The Judicature and Fundamental Rights

[C] Effects of Fundamental Rights on Third Party

- (1) Outlines of the Theories
- (2) Two Precedents

Conclusion – German Traditions and Characteristics of the State Laws

