



Title	司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈 (二・完) : ドイツ連邦通常裁判所の民事裁判を手 掛かりとして
Author(s)	原島, 啓之
Citation	阪大法学. 2022, 72(1), p. 125-176
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/88270
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈(二・完)

——ドイツ連邦通常裁判所の民事裁判を手掛かりとして——

原 島 啓 之

はじめに——本稿の問題意識

第一章 ドイツにおける憲法適合的解釈の理論的基礎

第一節 憲法適合的解釈の基礎づけ論の出発点

第二節 憲法適合的解釈の要請の水平的・権限法的導出

第三節 憲法適合的解釈の要請の垂直的・実体法的導出

第四節 小括——司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈(以上、七一巻一号)

第二章 ドイツ連邦通常裁判所の憲法適合的解釈の方法

第一節 連邦通常裁判所の憲法判決

第二節 憲法判決の構造分析

第三節 小括——民事法の解釈・適用における憲法の機能

おわりに——日本法への示唆と残された課題(以上、本号)

第二章 ドイツ連邦通常裁判所の憲法適合的解釈の方法

第一章における考察から、憲法適合的解釈の要請の理論的基礎が明らかとなった。すなわち、憲法の規範的要請を法律の解釈・適用のなかに取り込むことを裁判所に命じる原理として憲法適合的解釈の要請を理論的に把握・構成するならば、それは実体法的に基礎づけられ、その論拠は、第一に、憲法規範は規範統制のレベルにおいて法規定の効力の有無を決定するための審査基準・統制規範として機能するのみならず、規範の適用レベルにおいて具体的事件に適用されるべき法規定の規範内容を定めるための認識基準・内容解明規範としても機能するという憲法理解・基本権理解であり、第二に、そのように理解された憲法および基本権に裁判所が法的に拘束されているという実定法上の与件に求められていた。

かかる憲法適合的解釈の実体法的構成を踏まえ、第二章においては、憲法適合的解釈がいかなる方法によって為されており、そこで憲法規範が法律の解釈・適用に対していかなる作用を及ぼしうるのかを、ドイツ連邦通常裁判所の民事判決を素材として具体的に明らかにすることが課題となる。

法律の解釈・適用に際して憲法がどのように用いられているのかという視角から分析するならば、憲法が法律の解釈・適用に及ぼす作用の方法ないし憲法拘束の強度を基準として、判決における憲法の援用方法を次の三つの類型に分類することが可能だと思われる⁽⁸⁷⁾。第一に、憲法に基礎づけられた評価の観点や考慮事項が導出され、法適用のなかで憲法的価値が一定の重みを獲得することにより、憲法が法律の解釈・適用をある一定の方向へと向けるタイプが存在する。これに対して第二に、法律の解釈・適用を単に方向づけるにとどまらず、憲法が裁判所の評価・判断の余地を限定し、一定の要件によって画定された事案類型における特定の帰結を要請する場合もある。さらに

第三に、具体的事案を手掛かりとした実体的な憲法判断に沿う形で法律の内容や構造に変化を加えるなど、憲法が法律内容の修正・補充を導くこともある。そこで以下ではまず、憲法規範に基づき判断を下している連邦通常裁判所の民事判決を、法律の解釈・適用に及ぼす憲法の作用方法の観点から、①憲法の援用を通じた法適用の方向づけ（第一節第一款）、②憲法の要請を踏まえた特定の帰結の導出（同第二款）、③憲法に基づく法律内容の修正（同第三款）という三つの類型に分類し、憲法適合的解釈の方法に着目して分析する。そのうえで、連邦通常裁判所の憲法適合的解釈の構造を、判決に即して具体的に検討していくこととしたい（第二節・第三節）。

第一節 連邦通常裁判所の憲法判決

第一款 憲法の援用を通じた法適用の方向づけ

まず、憲法が連邦通常裁判所の法適用をある一定の方向へと向けた判決を分析する。第一の類型の特徴は、憲法に基礎を置く評価の観点や考慮事項が導出され、個別事例における法適用過程や利益衡量が憲法的基準によって枠付けられる点にある。

① インターネット上の個人データの削除請求と情報自己決定権・意見表明の自由 (BGHZ 202, 242——二〇一四年十一月二三日判決)

本件は、医師である原告が、自身の個人データ (personenbezogene Daten) を被告の運営するインターネットサイトから削除するよう要求した事案である。連邦データ保護法三五条二項二文一号は、個人データが削除されなければならない要件の一つとして「データの蓄積が許容されていない場合」を挙げるところ、同法四条一項によれ

ば、データの蓄積が許容されるのは、当事者の同意がある場合のほか、同法または他の法規定の許可もしくは命令がある場合に限られる。そして同法二九条一項一号は、本件で問題となったような第三者提供の目的での個人データの収集、蓄積または変更が許容される要件として、「当事者が（データの）収集、蓄積または変更の排除を求めるにつき保護に値する利益（schutzwürdiges Interesse）を有すると推定する根拠がない場合」を規定していた。⁽¹⁸⁾

被告は、インターネット上の医師検索・評価ポータルを運営しているところ、同サイトでは「基礎データ」として、医師の学位、氏名、専門、診療所住所、連絡先、診療受付時間および診療所に関するその他の情報が掲載されていた。さらに、ポータル利用者が評点あるいは自由記述の形式において示す評価を呼び出すことも可能であった。開業の婦人科医である原告は、自身の基礎データ、および、自身に対する利用者の評価が被告のサイト上で参照可能であることを知り、被告に対し自身の個人データの完全な削除を要求した。被告がこれを拒否したため、本件では、原告が個人データの削除を要求する「保護に値する利益」を有するか否かが争われた。⁽¹⁹⁾

連邦通常裁判所はまず、「保護に値する利益」という価値充填を要する概念は、当事者のデータ保護の利益ならびにデータの公開および利用が当事者にとって有する位置価値と、蓄積の目的となる利用者の利益とを、基本権の客観的価値秩序の顧慮の下で衡量することが必要である」と述べた。そのうえで、衡量に取り込まれるべき利益を特定するため、本件の事案分析に進む。すなわち一方で、基本法二条一項および一条一項に基づく情報自己決定権は、国家に対する防御権に尽きるのではなく、基本権として第三者効を発揮し、私法の価値秩序に影響を及ぼす。評価ポータルへの収録は何よりもまず、いつ、いかなる範囲で自身の個人データが世間に公開されるかを原則として自ら決定する権能を含む原告の情報自己決定権を毀損している。さらに、基本法一二条一項によって保護される職業遂行の自由も同様に、間接的第三者効を発揮する。評価ポータルへの収録によって原告は、被告によって設営

された枠組の中で公衆の前に身をさらし、他の医師と比較されることを強制されるのであり、職業上の機会や経済的存立に相当の影響を及ぼしうるため、職業遂行の自由も毀損されている。⁽¹⁹⁾ 他方で、基本法五条一項一文はコミュニケーションのプロセスそれ自体も保護しており、それゆえ、他者の意見ないし事実の主張の伝達もその保護領域に含まれる。そのため、医師の診療に関する意見交換を面識のない人々の間において可能にするものとして、被告のポータル運営も基本法五条一項一文の保護領域に該当する。さらに、記載事項の削除が義務づけられたとすれば、被告は自身の営業の遂行を制限されてしまうため、職業遂行の自由の保護領域も制約されることになる。⁽¹⁹⁾

連邦通常裁判所は、以上を踏まえ、「本件においては、一方における……原告の情報自己決定権の保護と、他方における……被告のコミュニケーションの自由に対する権利との間の衡量が為されなければならず、その際には、両当事者に帰属する、基本法一二条一項から生じる基本権（『職業遂行の自由』の間接的第三者効が顧慮されなければならぬ」と述べ、「保護に値する利益」の存否を判断するための衡量枠組を導出した。⁽¹⁹⁾ そのうえで、本件の具体的事情においては、一方で職業活動についての情報は社会的領域に関わるものであつて内密領域・秘密領域に属する情報と比べて保護の程度が低いこと、他方で医師の職務サービスに関する情報に係る公衆の利益の重要性に鑑みるならば、原告の利益の毀損は被告の権利利益よりも重大とはいえないと判示し、個人データの削除請求権を基礎づける「保護に値する利益」は認められないと結論づけた。⁽¹⁹⁾

本件において憲法は、インターネット上の個人データの削除請求の要件である「保護に値する利益」の判断を方向づけた。ポータルサイトへの収録およびデータの削除命令によって、情報自己決定権・コミュニケーションの自由・職業遂行の自由の保護領域に含まれる両当事者の権利利益が毀損ないし制約されるとの憲法解釈が、これらの法益にかかる利益衡量の必要性を基礎づけ、憲法的基準に従った衡量枠組が導出されたのである。

② 非婚の母の扶養請求権の延長と子および家族の保護 (BGHZ 168, 245——1006年七月五日判決)

本件は、非婚関係の父母の間に出生した子の監護および教育を理由として、母が父に対して扶養を請求した事案である。非婚関係の父と母の間の扶養義務について規定する民法一六一条二文によれば、「子の監護または教育を理由として母に稼得活動が期待されない場合」、父は母を扶養する義務を負う。同項三文は、「この扶養義務は子の出生後三年間で終了する」として扶養義務の原則的期限を定める一方で、「期限の終了後に扶養請求権を拒絶することが特に子の利益の顧慮の下で著しく不当 (grob unbiling) とならないであろう場合には」という条件を付しており、「子の利益の顧慮の下での著しい不当性」を根拠とする扶養期間の延長を認めていた。⁽¹⁹⁾

原告(母)は、当時非婚姻の共同生活を送っていた被告(父)との間に一九九八年九月に出生した子の世話や病院勤務等で慢性的に過重負担を負っており、また、二〇〇二年九月以降は精神疾患等を原因としてフルタイム就業が不可能となっていた。そこで原告は被告に対し、子の監護および教育を理由として、子の出生からすでに三年以上が経過した二〇〇二年九月以降の扶養を要求した。しかしそこでは、例えば子の障害や長期の病気を原因とする世話の必要性といった、法律の明文上扶養期間延長の根拠となりうる「子に関連する根拠」は存在しなかった。そこで本件では、母の抱える上述の事情——「親に関連する根拠」——が扶養期間の延長を認めないことの「著しい不当性」を基礎づけるか否かが争点となった。⁽¹⁹⁾

連邦通常裁判所は、民法一六一条二項三文の「扶養請求権が子の福祉のために不可欠な監護および教育を親に可能とするものである限りで、……著しい不当性を根拠とする〔扶養請求権の〕延長可能性は、憲法適合的解釈を個別事例において許容している」と述べる。すなわち一方で、扶養期間の算定に際しては「子の福祉の確保という憲法上の価値決定」が常に考慮されねばならず、「子の利益を顧慮した解釈が個別事例において憲法上常に要請

されている⁽¹⁹⁾。また他方で、基本法六条一項に基づく家族の保護は、子の出生時に両親が非婚姻的共同生活を送っていた本件のような場合も含まれるところ、かかる家族の保護は、民法一六一・五一条二項の扶養請求権に影響を及ぼす。その際には、基本法六条二項が子の監護および教育は親の自然的権利であり、かつ、何よりもまず親に課せられた義務であるとする点を顧慮の外に置くことができない。このような「家族の保護、および、子の監護および教育にかかる親に課せられた義務から、子の人格的教育を親に可能とすべし」という憲法上の要請が生じるのであり、かかる憲法的基準は、民法一六一・五一条二項三文の解釈のなかで常に顧慮されなければならない」と述べた。⁽¹⁹⁾

連邦通常裁判所は、以上の憲法解釈によれば「著しい不当性」の「制限的解釈は妨げられている」とする。⁽¹⁹⁾ そのうえで、「著しい不当性」という不確定法概念は……世話を行う親が扶養なしには稼得活動をより広く開始せざるを得ず、そのことが子に悪影響を及ぼすことになるために、子の身体的および精神的な発達が保証されていないという場合には……子の利益の顧慮の下で広く解釈されなければならない。それゆえ、「著しい不当性」を根拠として扶養期間の延長が認められるか否かは、「憲法適合的解釈によれば、子に関連する根拠のみならず、親に関連する根拠をも顧慮して決定しなければなら」ないと判示した。そのうえで、本件において「子に関連する根拠」は存在しなかったにも拘らず、原告のもつ精神疾患等の「親に関連する根拠」の存在を決め手として、「著しい不当性」に基づく扶養請求権の延長を認めた。⁽²⁰⁾

本判决の判示で注目されるのは、憲法から導出された不文の考慮事項が「著しい不当性」に基づく扶養請求権の延長を基礎づけた点である。連邦通常裁判所は、子の福祉の確保という憲法上の価値決定、および、基本法六条一項・二項から生じる「子の人格的教育を可能にすべし」との憲法的要請から、「親に関連する根拠」を請求権を基礎づける要考慮事項として導出したうえで、かかる事情の存在に基づき扶養請求権の延長を認めたのである。

第二款 憲法の要請を踏まえた特定の帰結の導出

続いて、憲法が特定の帰結を導いた判決を分析したい。第二の類型の特徴は、具体的局面における憲法上の規範的要請が、裁判所の評価・判断の余地を限定し、裁判所の法適用に対して厳格な要請を課す点にある。

③ 企業間における従業員の引抜き禁止の合意と経済活動の自由 (BGHZ 201, 205——二〇一四年四月三〇

日判決)

本件で争点となったのは、企業間の契約中に定められた従業員の引抜き禁止 (Abwerbenverbot) の法的拘束力および裁判的貫徹の可能性である。商法七五f条によれば、「一方の事業者の下に雇用され、または、雇用されていた従業員を雇用しないこと、または、一定の要件の下においてしか雇用しないことを他方の事業者に義務付ける合意が両当事者間でなされた場合、〔当該合意の〕解除は両当事者の自由であり、〔かかる合意によつては訴訟は……提起できない〕とされ、このような引抜き禁止の合意には法的拘束力や裁判的貫徹の可能性が認められなかった。⁽²⁰⁾

本件の当事者である両企業は、二〇〇五年八月に業務提携契約を締結したところ、同契約一二条には、「各当事者は、本契約の締結中および契約終了から三年後まで、他方当事者の従業員を直接又は間接に引き抜いてはならないことを義務付けられる」との定めが置かれており、その違反には違約罰 (Vertragsstrafe) が予定されていた。しかし被告は、二〇〇六年一二月に同契約を破棄したうえ、原告の下で雇用されていた二名の従業員を引き抜き、彼らは二〇〇九年一〇月以降被告の下で勤務を開始した。そこで原告が被告に対して、引抜き禁止の合意違反を理由に違約罰として金銭の支払いを要求したのに対し、被告は商法七五f条を援用し、本契約上の引抜き禁止には法

的拘束力がなく、違約罰については訴訟提起不能であると主張した。こうして本件では、本件引抜き禁止の法的拘束力および裁判的貫徹の可能性が争点となった。⁽²⁰⁾

連邦通常裁判所はまず、商法七五f条の文言、成立史、および立法目的を検討し、企業間の引抜き禁止の合意は「原則として商法七五f条の適用範囲に該当する」との解釈を示した。⁽²⁰⁾ そのうえで、基本法一二条一項の職業の自由に関する憲法論を展開する。すなわち一方で、被用者には雇用契約終了後の職業上の発展、とりわけ職場を自由に選択する自由が保障されている。しかし使用者が他の企業との間に従業員を引抜き禁止を合意した場合、当該従業員はそれらの企業との間における雇用や情報取得の機会を失ってしまう。それゆえ、商法七五f条の定める引抜き禁止の非拘束性は、被用者の職業上の自己決定権の実現という目的に仕えるものであるとした。⁽²⁰⁾

しかし他方で、連邦通常裁判所は、「使用者としての企業も基本法二条一項および一二条一項によって保護された経済活動の自由を有する」のであり、「この権利は、市場での成功を比例性を欠く形で制限され、妨げられないという企業の権利も含む」とする。そして「引抜き禁止の裁判的貫徹の可能性にかかる使用者側の利益が……被用者の利益に優越する特別の事案状況が存在する」とし、そのような「一定の事例において引抜き禁止は、商法七五f条の文言からみると広い適用範囲から取り出され、訴訟提起可能とされねばならない」との憲法解釈を示した。⁽²⁰⁾

以上の憲法解釈に基づき、連邦通常裁判所は、「商法七五f条は、憲法適合的に限定解釈されなければならない」と述べる。そして「引抜き禁止〔の合意〕は……、それが当事者らの特別の信頼関係または両当事者の一方の特別の保護の必要性を顧慮するためだけの副次的定め（Nebenbestimmung）にとどまる場合、商法七五f条の適用範囲には該当しない」と判示した。⁽²⁰⁾

本判決のポイントは、基本法二条一項および一二条一項の援用を通じて、商法七五f条の定める一般的規律の適

用が遮断された点にある。連邦通常裁判所は、企業の経済活動の自由に基づく利益が被用者の職業上の自己決定権に優越する一定の「特別の事案状況」を類型化し、それを法律の適用範囲から取り出すことによって、引抜き禁止の合意の裁判的貫徹を可能とすべき例外的事例を創出したのである。

④ 親の子との面会交流義務に対する強制手段と一般的人格権 (BGHZ 176, 337——二〇〇八年五月一日
決定)

本件は、非婚関係の父母の間に出生した子の母である申立人が、被申立人である父に対する子との面会交流の義務づけを請求した事案である。民法一六八四条一項によれば、子は各親と面会交流する権利を有し、各親は子と面会交流する義務を負う。また、非訟事件手続法三三条は一般的規定として、ある者に対して——例えば本件で問題となった各親の子との面会交流のような——「専ら本人の意思に依存する作為」が義務づけられている場合、「裁判所は……強制金 (Zwangsgeld) の確定によってその者が当該命令を遵守するよう促すことができる」と規定し、義務履行のための強制手段を裁判所に許容していた。⁽²⁰⁾

申立人が子との定期的な接触を被申立人に要求したのに対し、被申立人はかかる面会交流を明示的に拒絶していた。そこで本件では、面会交流義務の貫徹のために裁判所が強制手段を用いることの可否が争点の一つとなった。⁽²⁰⁾

連邦通常裁判所はまず、基本法一条一項と結合した二条一項により保護された一般的人格権にかかる憲法論を展開する。すなわち、「面会交流を拒絶する親の面会交流義務を強制手段——非訟事件手続法三三条に基づく強制手段の命令は当然これに含まれる——によって初めて貫徹させることは、原則として子の福祉に役立たず、もはや適合性を欠き、この場合には、強制金の賦課と結びついた当該親の人格権への制約を正当化しない」と述べた。⁽²⁰⁾

かかる憲法論を踏まえ、連邦通常裁判所は、「非訟事件手続法三三条……はそれゆえ、以下の形で憲法適合的に解釈されなければならない」と述べる。そして、「子の福祉に役立つであろうことが推定される十分な手掛かりが具体的個別事例において存在する場合を除いて、子との面会交流を拒絶する親の面会交流義務の強制手段による貫徹は行われてはならない」との解釈が提示された。²⁰⁾

本決定の判示のなかで注目されるのは、一般的人格権に関する憲法論が、裁判所による強制手段の発動を制限した点である。非訟事件手続法三三条は一般的に、専ら本人の意思に依存する作為の実施命令を遵守させるための強制金の賦課を裁判所に許容していた。これに対し連邦通常裁判所は、親が子との面会交流を拒絶している場合について、一般的人格権を援用することにより、一定の場合を除いて強制手段を命令してはならないという特定の帰結を導いたのである。

⑤ 破産手続における列記主義と住居の不可侵 (BGHZ 158, 212——1100四年三月四日決定)

本件の争点は、破産手続において鑑定人に住居・事務所への立入りおよび調査を授權する裁判所の命令に対して上訴が可能か否かである。破産法六条一項によれば、「破産裁判所の決定が上訴に服するのは、本法が即時抗告を予定する事例に限られる」。すなわち同規定は、いわゆる列記主義 (Enumerationsprinzip) を採用し、異議申立の可能性を同法が明示的に規定する事例に限定していた。²¹⁾

ある債務者に対して破産手続の開始が申請されたところ、破産裁判所は職権探知義務 (同法五条一項) に基づき、事実関係の解明のために書面による専門鑑定を命令し、鑑定人に債務者の住居・事務所への立入りおよび調査を授權する決定を下した。これに対し債務者は、鑑定人へのそのような授權は法律上認められていないとして、同決定

に対して即時抗告を申し立てた。しかしながら、——事案解明のための住居・事務所への立入りおよび調査権限の授権のような——破産法五条の意味における単なる準備措置に係る裁判所の命令について、同法は何らの上訴も予定していなかったため、債務者の即時抗告は不適法として却下された。これを不服として争ったのが本件である。⁽²²⁾

連邦通常裁判所は、「破産裁判所の命令が当事者の住居の不可侵（基本法二三条）を制約した場合」には、「かかる命令が有する当事者への特別の侵害効果のゆえに、基本法一九条四項の〔実効的権利救済の〕保障から、当該措置を上訴を通じて再審査させる可能性が当事者に開かれていなければならない」という要請が生じるとの憲法解釈を示した。⁽²⁴⁾

連邦通常裁判所は、かかる憲法解釈に基づき、「破産法五条の意味における準備措置に対する上訴は不可能である」という原則は、憲法適合的に限定されなければならない」と述べる。そして「破産裁判所が鑑定人に付与した権限によって債務者の住居および事務所の領域が介入を受けている限りにおいて、破産法二一条一項二文を類推し、債務者は……それに対し即時抗告の方法によって対抗する資格を有する」との憲法適合的解釈が示された。⁽²⁵⁾

本件の特徴は、法律上の列記主義の原則にも拘らず、基本法一三条および一九条四項を根拠として、明文上上訴が規定されていない措置に対する即時抗告を可能とした点にある。連邦通常裁判所は、住居の不可侵および実効的権利救済の保障から、住居の不可侵を制約する措置に対しては上訴の可能性が開かれていなければならないという要請を導出した。かかる憲法的要請が破産法六条一項の列記主義の原則を食い破り、債務者の住居・事務所への立入りおよび調査権限の授権に対する即時抗告の可能性が開かれたのである。

第三款 憲法に基づく法律内容の修正

最後に、憲法が法律内容の修正をもたらした判決を検討する。第三の類型の特徴は、具体的事案を手掛かりとした憲法判断に沿う形で法律規範の内容や構造に変化が加えられる点にある。

⑥ 年金給付請求権の差押え禁止と財産権 (BGHZ 160, 197——二〇〇四年八月二五日決定)

本件で争点となったのは、債務者の年金給付請求権に対する差押えの可否である。一方で、民事訴訟法八五一条一項によれば、「特別の定めのないときには、ある債権が差押えに服するのはそれが譲渡可能である場合に限られる」。他方で、バーデン＝ヴュルテンベルク州弁護士年金法一条一項は、「〔本法の定める〕給付請求権は、請求権者によって譲渡され……得ない」と規定しており、同州弁護士年金機構 (Versorgungswerk) に対する年金給付請求権は譲渡不能とされていた。それゆえこの債権は、これら二つの規定の相互作用によって、法文上原則として差押え不能となる⁽²⁶⁾。

本件債権者は、本件債務者に対する差押え・転付命令 (Pfändungs- und Überweisungsbeschluss) を入手したところ、同決定はとりわけ、第三債務者であるバーデン＝ヴュルテンベルク州弁護士年金機構に対して本件債務者が有する種々の年金給付請求権を対象としていた。これに対し本件債務者が上述の二つの規定を援用し、これらの債権は差押え不能であると主張したため、当該年金給付請求権の差押えの可否が争われたのが本件である⁽²⁷⁾。

連邦通常裁判所はまず、基本法一四一条一項にかかる憲法論を展開する。すなわち、同条の「財産権には債権法上の債権も含まれる」ところ、「憲法上保障された保護はとりわけ債権者の満足権 (Befriedigungsrecht) に及ぶ」。『差押え禁止は、社会国家原理……を根拠としてのみ、債務者の固有の生活基盤を差押え免除額 (Pfändungsfreibe-

page)を通じて確保するために正当化される」であり、「ある権利の内容に付された差押えの阻止も、基本法一四条一項によつて保護された債権者の満足権との衡量において、他の優越する根拠がそれをやむを得ず必要とする限りでどうか有効であるに過ぎない」。しかし立法理由からは、憲法的衡量において本件年金給付請求権の差押えの阻止を正当化しうる立法目的は見出せず、また、それが社会国家的根拠によつて導入されたと解すべき根拠は何も存在しない。そのため、「年金給付請求権を差押え不能としたとすれば……それは正当化されえないだろう」との憲法判断を示した。⁽²⁸⁾

この憲法判断を踏まえ、連邦通常裁判所は、「バーデン＝ヴュルテンベルク州弁護士年金法一一条一項と民事訴訟法八五一条一項の相互作用は、憲法適合的に(限定)解釈される必要がある」と述べる。⁽²⁹⁾そして「バーデン＝ヴュルテンベルク州弁護士年金機構に対する請求権は、それらの譲渡不能性にも拘らず、原則として……差押え可能である」との憲法適合的解釈を提示した。⁽²⁰⁾

本決定の特徴は、事案を手掛かりとした憲法判断が憲法適合的解釈を要請し、法律内容に変更を加えた点に認められる。連邦通常裁判所は、法文上差押え不能な債権として構築されていた本件年金給付請求権に対し、かかる差押え禁止は財産権によつて保護された債権者の満足権の制約を正当化できないとの憲法判断を示した。この判断に基づき、当該債権を原則として差押え可能と解すること、法律の規範内容を修正したのである。

⑦ 都市計画における損失補償に対する除斥期間と財産権 (BGHZ 186, 136——二〇一〇年七月八日判決)

本件は、地区詳細計画 (Bebauungsplan) において建設法典四〇条一項一文に基づく他人の便益のための確定 (fremdnützige Festsetzung) がなされたことにより、所有する土地に財産的損失を受けた所有者が、損失補償を

要求した事案である。同法四〇条二項一文一号によれば、所有者は、地区詳細計画の確定・実施に鑑みて土地の保持・利用が「所有者にとつてもはや経済的に受忍不能である場合、土地の買取り（Ubernahme）を請求できる」。これに対し同法四四条四項は、買取請求権などの補償請求権に除斥期間を設定しており、財産的損失が生じてから三年以内に行使されなければ補償請求権は消滅すると規定していた。⁽²³⁾

本件所有者の土地は、ゲマインデが一九八七年に確定した地区詳細計画によって、建設法典四〇条一項に基づく公共需要用地（同項一号）および緑地（同項八号）に指定された。それにより、当該土地には価値低落が生じていたところ、ゲマインデは長期に亘ってこの計画に着手せず、また、目下計画を実施に移す意思がないと説明し、しかも、収用の根拠となる法律規定さえ未だ存在しなかったため、現在および将来において土地の収用が実施される見通しは存在しなかった。さらに、本件では当該土地に財産的損失が生じてから三年以上が経過していたため、除斥期間を定める同法四四条四項の法文上、同法四〇条二項一文一号に基づく買取請求権も行使できない状況であった。かかる膠着状況において本件所有者は、同法四二条⁽²²⁾に基づき、従前許容されていた土地利用の廃止に基づく金銭補償を請求した。そこで本件では、かかる金銭補償が認められるか、また、それが認められない場合、三年の除斥期間の経過を理由として、計画によって生じた財産的損失を甘受し続けなければならないのが争われた。⁽²³⁾

連邦通常裁判所は一方で、建設法典四三条三項⁽²⁴⁾一文を根拠として本件所有者の主張を退けた。すなわち、同法四〇条の買取請求権の要件が満たされるときに主張できるのはこの請求権のみであるとし、本件所有者の要求する同法四二条の金銭補償は認められないとした。⁽²⁵⁾

しかし他方で、補償請求権の除斥期間を定める建設法典四四条四項に基本法一四条の財産権保障を根拠として憲法適合的解釈を施し、その適用範囲を限定するところに本判決の特徴がある。すなわち、買取請求権の承認は、計

画によって経済的に受忍不能な状況が所有者に強制されることが前提となるが、除斥期間の徒過後は、当該計画の実現や収用の実施までそのような状況を補償なしに甘受することを当該所有者に余儀なくさせる。しかしながら、「土地の価値低落によって所有者が現在の犠牲 (gegenwärtiges Opfer) を直接要求されているのに、計画の実現や関連する収用の実施が将来において初めて為されるという理由で、補償が承認されるまで更に傍観し続けなければならないとするならば」、「(財産権の) 内容・限界規定の許容性の限界を越えてしまうことになり、基本法一四条に基づく「財産権保障と相容れない」との憲法判断が示された。⁽²⁶⁾

この憲法判断を踏まえ、連邦通常裁判所は、「財産権保障の放射効が建設法典四四条四項の限定解釈を要請する」と述べる。そして「財産権保障の重要性が……〔除斥〕期間の徒過後における買取請求権の排除に不利に作用する」のであり、「買取請求権は同規範の適用範囲から全面的に除外される」との憲法適合的解釈を示した。⁽²⁷⁾

本判決のポイントも、事案を手掛かりとした憲法判断が憲法適合的解釈を要請し、法律の内容を是正した点にある。連邦通常裁判所は、建設法典四〇条二項に基づく土地の買取請求権に除斥期間の規律が及ぶという法律構造は財産権保障と相容れない、との憲法判断を示した。この判断に基づき、除斥期間の規律対象から買取請求権を全面的に除外することにより、所有者は三年の除斥期間の徒過後も買取請求権を行使できることになったのである。

第二節 憲法判決の構造分析

ここまで、連邦通常裁判所の民事判決を三つのタイプに分類し、憲法適合的解釈の方法に着目して分析を加えてきた。以下では、それぞれの類型における憲法適合的解釈の構造を、(一) 憲法適合的解釈を要請する「憲法問題」とは何か、(二) 憲法が法律の解釈・適用においていかなる機能を果たしているか、という二つの観点から明

らかにしていきたい。

第一款 憲法の援用を通じた法適用の方向づけ

（二） 憲法適合的解釈を要請する「憲法問題」

第一の類型における憲法適合的解釈の契機とされていたのは、解釈の余地に開かれた法律規定の具体的事件への適用が憲法規範の影響を受けるとの認定である。その具体的方法として、次の二つのタイプが見出される。ひとつは、法規定の適用によって保護または制限される当事者の行為や権利利益が基本法上保護されたものであり、それが国家あるいは第三者の行為によって制約ないし毀損されているとの認定である。①事件においては、「保護に値する利益」という「価値充填を要する概念」の解釈・適用に際して憲法が援用され、一方で、被告の運営する評価ポータルへの個人データの収録によって、原告の情報自己決定権および職業遂行の自由が毀損されていることが指摘され、他方で、被告のポータル運営もコミュニケーションの自由および職業遂行の自由の保護領域に該当することが確認されたうえで、裁判所による記載事項の削除命令によってこれらの基本権の保護領域が制約されると評価された。そのうえで、かかる利益状況の分析に基づき、憲法を顧慮した衡量枠組が導出されていた。

このような行論を踏まえるならば、憲法適合的解釈を作動させる第一の動因は、基本権の保護領域・制約の理論によって基礎づけられるだろう。基本権の保護領域とは、基本権が保護の対象とする行為・自由・利益といった基本権法益の集合体である。一方で、基本権の保護領域に対する私人による毀損は、私法関係を規律する法規定の解釈・適用に際して基本権から生じる影響の顧慮を求める基本権の第三者効の理論を介して、⁽²³⁾他方で、国家による制約は、基本権を制約する法規定を基本権の意義に照らして制限的に解釈することを求める相互作用理論の考え方を⁽²⁴⁾

介して、裁判所に具体的事例において憲法的利益を顧慮する責務を課すこととなる。こうして、基本権の保護領域に帰属する権利利益への制約ないし毀損が、法規定の適用を巡って衝突する双方向からの顧慮義務の調整のために憲法適合的解釈を作動させる根拠となっているといえる。⁽²³⁰⁾

法律規定の適用に対する憲法規範の影響を認定するもうひとつの方法は、憲法上の価値決定ないし客観法的内容の認定である。②事件は、「著しい不当性」という「不確定法概念」の解釈・適用に際して憲法を援用し、「子の福祉の確保」という憲法上の価値決定⁽²³¹⁾、および、基本法六条一項および二項から生じる「子の人格的教育を親に可能とすべし」という憲法上の要請⁽²³²⁾を、解釈に際して考慮すべき規範内容として導出した。そのうえで、かかる規範内容が「民法一六一五―二項三文の扶養請求権に影響を及ぼす」ことを明言し、同規定に憲法適合的解釈を施していた。

このように、第一の類型においては、第三者や裁判所により毀損ないし制約される権利利益が基本権の保護領域に帰属⁽²³¹⁾し、あるいは、適用される法規定に影響を及ぼす憲法上の価値決定ないし客観法的内容が存在することが、憲法の規範的要請を取り込んだ形で当該規定の解釈・適用を行うか否かの分岐点となっているのである。

(二) 法律の解釈・適用における憲法の機能

そのうえで、第一の類型においては、基本権の保護領域への制約ないし毀損や客観法的内容を踏まえ、個別事例における法適用過程が憲法的基準によって枠付けられた点が重要である。その具体的方法として、次の二つが見出される。第一に、当事者の権利利益に対する憲法的観点からの重み付けである。①事件は、「保護に値する利益」の存否の判断に憲法上の要請として比例原則の観点⁽²³²⁾を組み込むことで利益衡量を不可欠なものとし、衡量の枠組な

いし着眼点⁽²³⁾を憲法の観点から設定した⁽²⁴⁾。こうして、各当事者の行為や権利利益を憲法上の基礎に結び付け直すこと
 によって衡量を行う際の因子を特定し⁽²⁵⁾、基本権の保障に見合った重み付けを具体的事例に即して行うこと⁽²⁶⁾で、法適
 用により制限・保護される各法益の要保護性の程度に従った利益衡量⁽²⁷⁾が為されることになった。第二の方法は、法
 律上の請求権を基礎づける考慮事項の導出である⁽²⁸⁾。②事件は、「著しい不当性」を根拠とした扶養請求権の延長
 の要否を判断するに際して、法律が明文で定める「子の利益」に加え、「親に関連する根拠」を請求権を基礎づけ
 うる事情として顧慮する義務を憲法上の価値決定および基本法六条一項・二項から引き出した。そのうえで、原告
 の過重負担や精神疾患等の「親に関連する根拠」の存在を理由として、扶養請求権の延長を認めるに至っている。
 以上のように、第一の類型において憲法は、利益衡量に際しての着眼点を特定し、比例原則を介して基本権の保
 障に見合った重み付けを各当事者の権利利益に付与することによって利益衡量を枠づけ、あるいは、憲法に基礎を
 有する考慮事項を法律上の請求権を基礎づける事情として導出することで、憲法的価値に適った方向へ裁判所の
 法適用を嚮導するものとして機能しているのである。

第二款 憲法の要請を踏まえた特定の帰結の導出

（一） 憲法適合的解釈を要請する「憲法問題」

第二の類型において憲法適合的解釈を施す契機とされていたのも、基本権の保護領域に対する制約であった。③
 事件では、基本法二条一項および一二条一項の保障する経済活動の自由が「市場での成功を比例性を欠く形で制限
 され、妨げられない」という企業の権利も含む」と指摘されている。また④事件は、裁判所による「強制金の賦課」
 が子との面会交流を拒絶する「親の人格権の制約」となることを認定し、⑤事件も、鑑定人に対する破産裁判所の

立入りおよび調査権限の授權命令が債務者の「住居の不可侵への制約」となることを明示的に認めていた。

そのうえで、第一の類型と区別される第二類型の特徴は、各判決において、基本権制約の重大性ないし利益衡量にかかる一定の憲法的評価に至っている点にある。⑤事件においては、破産裁判所による住居・事務所への立入り・調査権限の授權命令は、当事者に対して「特別の侵害効果」を有すると明示されていた。また④事件は、面会交流を拒絶する親の面会交流義務の強制手段による貫徹は「原則として子の福祉に役立た」ず、そのため「適合性を欠く」と指摘していた。この判示からは、かかる状況における強制手段の命令は、当該親の一般的人格権に正当化不能ほどの制約を課すことになりうるという評価を読み取ることができる。さらに③事件では、「引抜き禁止の裁判的貫徹の可能性にかかる使用者側の利益が……被用者の利益に優越する特別の事案状況」の存在に言及されていた。すなわち、そのような一定の事案類型における引抜き禁止の合意の拘束力および裁判的貫徹の可能性の否定は、対抗利益との関係で「比例性を欠く」制限になるとの憲法的評価がなされているといえるだろう。以上の分析から、第二の類型における憲法適合的解釈の前提には、当事者の基本権の保護領域に対する制約ないし毀損が認められるというにとどまらず、基本権制約の重大性ないし利益衡量にかかる一定の憲法的評価が存在していたということができよう。

(二) 法律の解釈・適用における憲法の機能

このような憲法的評価を根拠として、憲法は、各基本権の要請を踏まえた規範理解を導出し、裁判所に対して厳格な要請・禁止を課す。③事件においては、先述の憲法的評価の妥当する事案状況が類型化され、引抜き禁止が「当事者らの特別の信頼関係または両当事者の一方の特別の保護の必要性を顧慮するためだけの副次的定めにとど

まる場合」について商法七五f条の適用を遮断⁽²⁰⁾すべきとされ、裁判的貫徹の可能性を与えることが義務付けられた。また④事件においても、親が面会交流を拒絶している場合における強制手段による貫徹は一定の場合を除いて「行われてはならない」とされている。さらに⑤事件では、破産裁判所の授權によって「債務者の住居および事務所の領域が介入を受けている」場合には、列記主義の原則にも拘らず「即時抗告の方法によって對抗する資格を有する」として、当該債務者に上訴を認めることが要請されていた。

利益衡量枠組の設定や、そこで衡量される権利利益の重みづけにとどまらず、一定の事案類型において特定の帰結を導出するという厳格な規範理解の背景には、具体的局面における憲法の規範的要請が存在するといえるだろう。すなわち、企業の経済活動の自由に基づく利益が対抗利益である被用者の職業上の自己決定権を上回る事案類型では引抜き禁止の法的拘束力・裁判的貫徹の可能性を否定してはならない（③事件）、破産裁判所の命令が住居の不可侵を制約したならば上訴可能性が開かれていなければならない（⑤事件）といった、具体的局面と結び付いた憲法の規範的要請が、各事件における裁判所への厳格な要請・禁止の基礎を成していると考えられるのである。また、④事件においては、面会交流を拒絶する親の義務の強制手段による貫徹は「子の福祉に役立たず……適合性を欠く」という一般的人格権にかかる憲法論が、裁判所による命令発動の原則禁止をもたらしとともに、例外要件の定立に流れ込んだものと評価できる。こうして憲法は、いかなる局面においていかなる措置が要請または禁止されるのかを要件化することで、基本権保障が貫徹されるべき局面・条件を画定する機能⁽²¹⁾を果たしているのである。

第二の類型に属する諸判決の判示のなかでさらに注目されるのは、法律解釈を通じて各事例が規定の規律対象に含まれることを確認したうえで、法律上妥当する一般的規律ないし原則を憲法が再度否定するという構造である。各事例においては、企業間の引抜き禁止が商法七五f条の適用範囲に該当する（③事件）、非訟事件手続法三三条

に基づく強制手段の命令のなかに親の面会交流義務の履行強制が含まれる（④事件）との解釈が示され、また、破産裁判所による住居・事務所への立入り・調査権限の授権に破産法六条の列記主義の規律が及ぶために「原則として上訴は不可能である」と明言されていた（⑤事件）。それにも拘らず、上述の憲法の規範的要請によって画定された要件が満たされる場合には、引抜き禁止の合意を訴訟提起可能としなければならない（③事件）、強制手段の命令は行われてはならず（④事件）、破産裁判所の命令に対する即時抗告を認めなければならない（⑤事件）のであって、法律の定める原則に対して基本権保障を貫徹するよう、憲法が裁判所の法適用に厳格な要請・禁止を課しているのである。こうして憲法は、一定の要件によって画定された事案類型に特有の準則を法律の一般的規律のなかに埋め込む機能を果たしたものと見ることができる。

以上のように、第二の類型において憲法は、基本権制約の重大性ないし利益衡量にかかる一定の憲法的評価・憲法の規範的要請に基づき、基本権保障が貫徹されるべき局面・要件を画定し、当該局面に特有の準則を法律の一般的規律のなかに挿入することによって、裁判所の法適用に厳格な要請・禁止を課す機能を果たしているのである。

第三款 憲法に基づく法律内容の修正

（一） 憲法適合的解釈を要請する「憲法問題」

最後に、第三の類型において憲法適合的解釈を要請したのは、法律の合憲・違憲という意味における憲法判断である。⑥事件においては、差押え不能な債権として法律上構築された年金給付請求権について、かかる差押え禁止には基本法一四条一項の財産権保障に含まれる債権者の満足権への制約を正当化できる立法目的が見出せないため、差押え禁止は「正当化されない」との憲法判断が示されていた。また⑦事件においては、経済的に受忍不能な状況

を前提とする買取請求権に三年の除斥期間の規律が及ぶとする法律の構造が、「〔財産権の〕内容・限界規定の許容性の限界を越え」、「財産権保障と相容れない」との憲法判断が示されている。両事件においては、これらの憲法判断に基づいて、「バーデン＝ヴュルテンベルク州弁護士年金法」一条一項と民事訴訟法八五一条一項の相互作用は、憲法適合的に（限定）解釈される必要がある」（⑥事件）、「財産権保障の放射効が〔除斥期間を規律する〕建設法典四四四条四項の限定解釈を要請する」（⑦事件）と述べられていた。これらの判示から示される通り、第三の類型においては、それぞれの事案を手掛かりとした憲法判断が、憲法適合的解釈の不可欠性を基礎づけていたということが出来る。

（二） 法律の解釈・適用における憲法の機能

そのうえで、第三の類型における憲法適合的解釈の特徴は、各事件において示された憲法判断に対応する形で、当該違憲的内容を是正するよう法律の内容や構造に変化が加えられた点にある。⑥事件においては、基本法一四四条一項の財産権保障との関係で「正当化されない」と判断された内容を排除する形で、年金給付請求権は「原則として差押え可能」だとする解釈が施された。また⑦事件においても、経済的に受忍不能な状況を前提とする買取請求権に三年の除斥期間の規律が及ぶとする法律の構造は財産権保障と相容れないとの判示に対応する形で、「買取請求権を除斥期間の適用範囲から全面的に除外する」との限定解釈が示されていた。

これらの判示から明らかとなるように、両事件の施した憲法適合的解釈は、通常の解釈方法によって到達しうる複数の選択肢から憲法に違反するものを排除するという「最も単純な形式」⁽²⁴⁾を超えるものである。すなわち、両事件における憲法適合的解釈は、予め前提された複数の解釈結果の排除ないし選択というよりも、むしろ憲法論を法

律解釈に先行させ、当該憲法判断の内容に合わせる形で法律内容を決定・修正したものと理解できる。以上のように、第三の類型において憲法は、法律内容の修正を基礎づけ、その具体的内容を導き出す機能を果たしているのである。

第三節 小括——民事法の解釈・適用における憲法の機能

(一) 連邦通常裁判所の民事裁判における憲法の機能

連邦通常裁判所の憲法判決の構造分析から示されるのは、民事法の解釈・適用のなかで憲法の果たしうる機能の多様性である。

まず、日本において合憲限定解釈として観念されているような、法律に含まれる違憲的な内容や構造を是正するタイプの憲法適合的解釈は、ドイツ連邦通常裁判所の民事判決のなかにも見出される(⑥⑦事件参照)。連邦通常裁判所は、具体的事件を手掛かりとして法律の合憲性を検討して実体的な憲法判断を示したうえで、当該憲法判断の内容に対応させる形で法律規範の内容や構造に変化を加えることで、法律の違憲的内容を是正している。

しかしながら、連邦通常裁判所の民事判決における憲法適合的解釈の機能は、法律の違憲性の是正に限られない。むしろ法律の合憲・違憲とは位相を異にする仕方、法律を具体的事案に適用する局面において、憲法は重要な機能を果たしていた。すなわち、ここで裁判所が行っているのは、法律に基づく私法上の紛争の解決であって、相対立する当事者間の私法上の権利利益の調整・画定作業に他ならないが——とりわけ法律が一般条項や不確定法概念を用いるなど——裁判所の法適用ないし権限行使につき明確な基準や限界画定が法律上欠けている場合に、憲法の観点が強く組み込まれていたのである。

かかる局面における憲法の機能方法については、次の二段階を観念できる。第一に、憲法は裁判所の法適用を方向づける。法律規定の適用によって保護または制限される当事者の権利利益が基本権の保護領域に帰属し、裁判所や第三者の行為によってそれが制約ないし毀損されていると認定され、あるいは、法規定に影響を及ぼす憲法上の価値決定ないし客観法的内容が存在することを根拠として、憲法は、比例原則を介して基本権の保障に見合った重み付けを当事者の権利利益に付与し（①事件参照）、あるいは、法律上の請求権を基礎づける考慮事項を導出することによって（②事件参照）、裁判所による利益衡量を枠づけ、憲法的価値に適った方向へと法適用を嚮導している。こうして憲法は、法適用に際しての着眼点を特定することで諸利益の調整・衡量を明確化する構造を与え、当事者の法的地位を基本権に係留させて憲法的衡量を受けるべき地位を付加すること⁽²⁶⁾で、具体的事件における請求権の存否が基本権の要保護性に見合った形で判断されることを担保する機能を果たしているのである。

第二に、基本権制約の重大性ないし利益衡量にかかる一定の憲法的評価に到達し、具体的局面における憲法の規範的要請が明らかとなった場合には、憲法は、基本権の要請を踏まえた特定の帰結を導出し、裁判所の法適用に対して厳格な要請・禁止を課していた。ここでは、個別事例ごとの利益衡量が排除されることとなり、裁判所による保護が要請され、あるいは制限が禁止される一定の局面・条件が憲法の観点から予め設定されたうえで、当該基準（要件）が充足されているか否かが司法事実⁽²⁷⁾に照らして判断されることになる（③④⑤事件参照）。市民相互間の権利利益を整理することで基本権に関する紛争を調整したり、訴訟手続にかかる仕組みを構築したりする権限は、第一次的には立法者に帰属する⁽²⁸⁾。これに対し、連邦通常裁判所の判例において注目すべきは、法律解釈を通じて各事例が規定の規律対象に含まれることを確認したうえで、法律上妥当する一般的規律ないし原則を憲法が再度否定するという構造である。すなわちここでは、立法者が法律制定を通じて行った一定の利益調整・制度構築を憲法の

観点から画定された範囲において否定し、特定の局面・条件において妥当すべき準則が法律のなかに挿入されているのである。このことは、市民の権利利益の調整や訴訟制度の構築が立法者限りで完結するのではなく、具体的局面における憲法の規範的要請によって法律の一般的規律を補充し、あるいは法律上の原則を否定することを裁判所が憲法上要請される場合があることを示すものだろう。⁽²⁴⁸⁾

かかる構造の下、法律の解釈・適用における憲法の具体的な機能方法にとって重要な役割を果たしているのが、比例原則である。比例原則による判断は、国家による過剰な基本権制約を禁止する局面（④事件参照）だけではなく、私人相互間の権利利益を調整する局面にも見られる（①③事件参照）。たしかに後者において問われているのは、民事法上の法関係を関連する基本権に照らして具体化することを通じた個人の自由領域の均衡のとれた画定であって、目的・手段審査による制限の正当化という比例原則の古典的な構造をそのままの形で当てはめることができない。⁽²⁴⁹⁾しかし連邦通常裁判所の判例理論においては、このような局面においても、適用されるべき法規定の構造のなかに基本権的地位を取り込んだ均衡性審査によって、比例原則は適用されている。すなわち、法規定の保護法益を法適用の基点に据え、かかる保護法益の要保護性との関係で制限される利益の要保護性が均衡を失っていないかを、個別事案に特有の形で（①事件参照）、あるいは、具体的局面における憲法の規範的要請の観点から一定の局面・条件を典型的に画定する形で（③事件参照）、比例原則を調整原理として機能させているのである。⁽²⁵⁰⁾

（二）連邦行政裁判所の憲法適合的解釈の構造との類似性

さらに注目されるのは、ここまで考察してきた連邦通常裁判所の民事事件における憲法適合的解釈が、行政事件の裁判を行う連邦行政裁判所の憲法適合的解釈と構造上の類似性を示している点である。連邦行政裁判所の行政判

決を憲法適合的解釈に着目して具体的に分析するならば、まず一方で、具体的事件を手掛かりとした法律の違憲審査を行い、当該憲法判断に沿う形で法律の内容に限定解釈・拡張解釈を施すことで、法律の違憲的内容を是正するタイプの憲法適合的解釈が存在する——これは、連邦通常裁判所の憲法適合的解釈のうち第三類型に相当するものといえる（⑥⑦事件参照）。また他方で、法律の適用レベルにおいて、個別具体的な行政作用の適法性審査に——特に法律が行政に判断余地・裁量の余地を認めている場合に——憲法の観点が強く流れ込んでいた。そこでは第一に、行政庁の判断結果の統制および行政庁の判断過程の統制の双方において憲法が援用され、問題となった行政作用によって基本権の保護領域に制約が加えられたことを根拠として、憲法は、比例原則を介して市民の権利利益に重みづけを行うことで基本権の重要性に見合った違法性判断基準を設定し、あるいは行政の裁量権行使に際しての要考事項を導出して行政の判断過程に踏み込んで審査することで、行政による利益衡量を枠づけ、その法適用・裁量権行使を憲法価値を適切に顧慮した方向へと嚮導する機能を果たしていた——これは、連邦通常裁判所の憲法適合的解釈の第一類型に相応するものと評価できるだろう（①②事件参照）。また第二に、基本権制約の重大性にかかる一定の憲法的評価、および具体的局面における憲法上の規範的要請を根拠として、憲法は、基本権保障が貫徹されるべき行為類型およびその局面・要件を括り出し、立法者が法律を通じて行政に付与した裁量の余地それ自体を限定・否定することで、行政に厳格な要請を課していた——ここには、連邦通常裁判所の憲法適合的解釈のうち第二類型と同様の構造を見出しうる（③④⑤事件参照）。このように、法律の解釈・適用における憲法の機能方法という点において、両裁判所の憲法適合的解釈には——行政事件・民事事件という法領域の相違にも拘らず——相互に類似した構造を見て取ることができるだろう。

かかる両裁判所の憲法適合的解釈の構造および法律の解釈・適用に対する憲法の作用方法における構造上の類似

性は、憲法適合的解釈の要請の実体法的構成（第一章第三節、第四節（三）（四）参照）の帰結であると評価できるように思われる。たしかに一方で、行政事件においては行政庁の判断が介在し、連邦行政裁判所は行政の法適用・裁量権行使を統制するのに対し、民事事件において連邦通常裁判所は自ら法適用者として利益調整を行い、私法上の紛争を解決するという意味において、両裁判所の裁判の前提となる問題状況には差異が存在する。しかし他方で、行政事件における行政作用の適法性審査であれ民事事件における私法上の紛争の解決であれ、法適用機関（行政・裁判所）が法律の授權に基づき法適用を行うという構造の下、裁判所が当該権限行使の根拠となる法律に基づいて事件を解決するという構造は共通している。すなわち両裁判所の裁判においては、問題となった行政作用に違法性が認められるか、あるいは、訴訟当事者に民事法上の請求権が認められるかが争点となるところ、そこで判断基準となるのは行政・司法に権限を付与する授權法律の規定であり、裁判所は、法規定の内容を事案との関係で具体化して判断過程・判断基準を設定し、それを具体的事実と照合することによって、行政作用の違法性あるいは訴訟当事者の請求権の存否を決定することになる。

両裁判所の憲法判決においては、かかる共通の構造のなかに、憲法適合的解釈の要請が流れ込んでいると見ることができ。すなわち、具体的事件に適用されるべき法律の要件を具体化して判断過程を設定し判断基準を定立するに際して、当事者の基本権の保護領域への制約・毀損や憲法上の客観法的内容の存在を契機として憲法の規範的要請が作動し、法適用・裁量権行使を方向づけ（違法性判断基準の厳格化・当事者の権利利益へ重みづけ・要考慮事項の導出）、あるいは、基本権保障を貫徹する形で特定の要請・禁止を課している（裁量の余地ないし判断の余地それ自体の限定・否定）のである。

このような在り方は、立法者尊重の要請や規範維持の利益を論拠として法令違憲判決の回避を要請する権限法的

構成の視角では捉え切れないのであって、その理論的立脚点は、憲法適合的解釈の要請の実体法的構成にあるというべきだろう。すなわち、憲法の規範的要請を法律の解釈・適用の中で考慮・貫徹することを実体法としての憲法が裁判所に命令しているという觀念に基づき、行政作用の適法性審査および裁判所自身の法適用を拘束する法律の内容を具体化する際に憲法が作用し、法律に基づく行政・裁判所の権限行使を方向づけ、あるいは、法律が付与した裁量の余地ないし判断の余地を限定・否定して特定の要請・禁止を課するという形で、憲法が裁判所の司法権行使を拘束しているのである。

（二） まとめ

以上のように連邦通常裁判所の民事裁判においては、法律に基づく私法上の紛争の解決に際して憲法がさまざまに効果を發揮していた。日常的な民事法の解釈・適用のなかに憲法論を組み込むことで、——行政法における憲法適合的解釈にも相応する形で——憲法価値を積極的・創造的に実現しているのだといえよう。連邦通常裁判所は、とりわけ法律が裁判所の法適用ないし権限行使につき明確な基準や限界を確定しておらず、判断の余地を委ねている場合において、それを憲法の実体的・規範的内容によって充填することで、裁判所の法適用が憲法に適って行われることを担保し、基本権保障を高い程度で実現しているのである。

おわりに——日本法への示唆と残された課題

本稿はここまで、ドイツにおける憲法適合的解釈の要請の基礎づけ論を考察し、それを基盤として、連邦通常裁判所の民事裁判における憲法適合的解釈の構造を具体的に分析してきた。以下では、憲法適合的解釈の要請の理論

的位置づけについて、ドイツにおける実法的構成の日本法への応用可能性について検討したうえで、連邦通常裁判所の判例の構造分析によって得られた分析視角に基づき、最高裁判所の判例における憲法適合的解釈の方法および法律の解釈・適用における憲法の機能方法を具体的に分析する。そして最後に、残された課題について触れることとしたい。

（二） 憲法適合的解釈の要請の理論的位置づけ

本稿の第一の課題は、憲法適合的解釈の要請の理論的基礎をめぐるドイツの判例・学説を検討することにより、同要請がいかなる論拠によって基礎づけられるのかを明らかにし、憲法適合的解釈というコンセプトの憲法的・理論的意義を探求することであった。

ドイツにおける憲法適合的解釈の要請の基礎づけ論においては、議会法律の合憲性の推定という論拠が支持を失っているのに対し（第一章第一節第一款参照）、法秩序の統一性の要請がその有力な論拠として援用されていた。しかしながら、たしかにこの論拠は憲法適合的解釈を支える重要な要素の一つではあるものの、法秩序の統一性ないし憲法と法律との無矛盾性は法律の違憲無効判決によっても達成可能であるため、法秩序の統一性の要請だけでは憲法適合的解釈の要請の完全な根拠づけは不可能だとされていた（第一章第一節第二款参照）。そこでドイツの判例・学説において広く主張されているのが、憲法適合的解釈の要請を規範維持原理と同一視したうえで、権力分立に基づく過剰介入の禁止や民主制原理に基づく立法権の優位から生じる立法権への尊重、および、規範維持にかかる実践的利益を理論的基礎として援用し、憲法適合的解釈を「規範維持という目的のための手段」として理解する権限法的構成である（第一章第二節参照）。しかしそこで援用されていた権限法的論拠は法律の無効宣言の回避

および規範の効力維持を直接の正当化対象としていたのであって、裁判所への要請としては、法律の違憲無効宣言の原則的禁止にとどまる。それゆえかかる権限法的構成は、「法律の解釈・適用を憲法に照らして行うことを要請されるのはなぜか」あるいは「適用すべき法律の内容を憲法に照らして定めるべきなのはなぜか」という問いに直接には答えてくれないように思われる（第一章第四節（二）参照）。

これに対し、このような問いに答えるようにしていたのが憲法適合的解釈の要請の実体法的構成であった（第一章第三節参照）。かかる見解は、憲法適合的解釈の要請と規範維持原理との結合を切断し、「憲法に照らした法律の解釈・適用」それ自体を憲法適合的解釈として把握する。そのうえで、その理論的基礎として、第一に、憲法規範は規範統制のレベルで法規定の効力の有無を決定するための審査基準・統制規範として機能するのみならず、規範の適用レベルで具体的事件に適用されるべき法律の規範内容を定めるための認識基準・内容解明規範としても機能するという憲法理解・基本権理解、第二に、そのように理解された憲法および基本権に裁判所が法的に拘束されているという実定法上の与件が援用されていた。それによれば、裁判所が憲法に拘束されているからこそ、憲法の規範的要請を顧慮することが憲法上義務付けられるのであり、拘束の対象たる憲法が規範統制Ⅱ規範の効力の次元のみならず、法適用Ⅱ法律の解釈・適用の内容の次元においても作用するからこそ、憲法の実体的・規範的要請を法律解釈に取り込んだ形で法適用を行うことを裁判所は要請されるのである。このように「憲法に照らした法律の解釈・適用」を裁判所に命じる原理として憲法適合的解釈の要請を理論的に把握・構成するならば、その基礎づけに権限法的論拠は不要となる。それゆえ憲法適合的解釈は、権限法的・実践的論拠とは独立して、規範統制の次元における「規範の破棄」か「解釈による規範の効力維持」という選択とは独立した形で、すでに実体法的論拠に基づき憲法上要請されると理解されることになる（第一章第四節（三）（四）参照）。

かかる憲法適合的解釈の要請の実体法的構成は、日本法にも応用可能だと思われる。第一に、法律の解釈・適用に対する憲法の内容的作用について、憲法上の権利に「価値」ないし「客観法的内容」も含まれるとの理解は、必ずしも特殊ドイツ的なものではなく、日本においても私人間効力論や、行政裁量の憲法的統制の議論をはじめとする憲法解釈論の様々な場面で前提とされてきた⁽²⁵⁴⁾。また、最高裁判例においても、例えば労働基本権の保障内容について「述べたところは、労働基本権の制限を目的とする法律を制定する際に留意されなければならないばかりでなく、すでに制定されている法律を解釈適用するに際しても、十分に考慮されなければならない」と述べる全通東京中郵判決や、「労働基本権尊重の憲法精神」ないし「趣旨は、法律の解釈適用にあたって、十分尊重されなければならない」と述べる都教組判決⁽²⁵⁵⁾の例に示されるように、法制定のレベルだけでなく、法適用のレベルにおいても憲法は機能すべきとの理解は共有されているといえる。第二に、ドイツの連邦通常裁判所が基本権（基本法一条三項）と法律（同法二〇条三項、九七条一項）に二重に拘束されているのと同様に、日本の最高裁判所も「憲法及び法律」に拘束されている（日本国憲法七六条三項）。憲法七六条三項については従来より「裁判官の良心」をめぐる議論に重厚な蓄積が見られるが、憲法適合的解釈の要請の係留点として憲法七六条一項および三項を位置づけ、憲法と法律に二重に拘束されながら司法権を行使すべき裁判官に対して、個別事例における法律規定の適用が憲法規範の影響を受けるか否かを審査し、憲法の規範的要請を法律の解釈・適用の中で受け止め自ら実現することを命じる規定として、再定位することができるよう思われる⁽²⁵⁷⁾。

このように日本国憲法上構成することが可能であるとすれば、法適用レベルで憲法の規範的要請を実現するという、裁判所の憲法拘束に基づく司法権の責務として憲法適合的解釈の要請を把握・構成することになるだろう。例えば立法府の憲法配慮的意図の「擬制」⁽²⁵⁸⁾、あるいは、立法府が憲法適合的に解釈して法律を制定したとの想定とい

った見方ではなく、憲法の規範的要請を法律の解釈・適用のなかで実現することを実体法としての憲法が裁判所に命令しているという觀念が、憲法適合的解釈の理論的基礎を形成することになる。このように理解できるとすれば、憲法適合的解釈の要請は、司法の法律および憲法への二重拘束の帰着点というべきであって、かかる憲法的与件の下で裁判を行う司法権の法適用に組み込まれた構成要素として把握されるのであり、裁判所の司法権行使を憲法の規範内容へと実体的に拘束する点に、憲法適合的解釈というコンセプトの理論的意義を認めることができる⁽²⁰⁾ように思われるのである。

（二） 憲法適合的解釈の方法——法律の解釈・適用における憲法の機能

そのうえで、本稿の第二の課題は、ドイツ連邦通常裁判所の民事裁判における憲法適合的解釈の構造分析を通じて、憲法適合的解釈の具体的方法およびそこで憲法が法律の解釈・適用において果たしうる機能を明らかにすることであった。そこで得られた分析視角に照らして最高裁判例を読み直すならば、従来合憲限定解釈として觀念されてきたものに近い第三類型だけでなく、第一類型および第二類型と同様の形で法律の解釈・適用において憲法が一定の機能を果たしている例を見出すことができる。

まず、憲法適合的解釈の第一の類型においては、解釈の余地に開かれた法律規定の解釈・適用に際して憲法が援用され、比例原則を介して当事者の権利利益に基本権の保障に見合った重み付けを行い、あるいは、法律上の請求権を基礎づける考慮事項を導出することによって、法適用ないし利益衡量の枠組や着眼点が憲法の観点から特定され、具体的事件における請求権の存否が基本権の要保護性に見合った形で判断されていた（第二章第二節第一款、第三節参照）。

このような憲法の機能方法は、最高裁判例のなかにも具体例を見出すことができる。例えばノンフィクション「逆転」事件判決⁽²⁶⁾においては、「ある者の前科等にかかわる事実を実名を使用して著作物で公表したことが不法行為を構成するか否か」について、「前科等にかかわる事実を公表されない法的利益が「公表する利益を」優越するとされる場合には、その公表によって被った精神的苦痛の賠償を求めることができ」、「このように解しても、著作者の表現の自由を不当に制限するものではない」とされ、諸要素を勘案しながら「前科を公表されない利益」と表現の自由の要保護性を比較衡量するとの判断枠組が設定⁽²⁶⁾された。さらに、グーグル検索結果削除請求事件判決⁽²⁶⁾は、一方で「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、法的保護の対象となる」としたうえで、他方で「検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有」し、その提供行為が違法とされ削除を余儀なくされることは検索事業者の「方針に沿った一貫性を有する表現行為の制約であり、さらには、「検索結果の提供を通じて果たされている（現代社会におけるインターネット上の情報流通の基盤としての）役割に対する制約でもある」とする。そのうえで、かかる「検索事業者による検索結果の提供行為の性質等を踏まえると……〔検索結果の提供行為が〕違法となるか否かは、……当該事実を公表されない法的利益と当該URL等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断すべきもので、その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該URL等情報を検索結果から削除することを求めることができるものと解するのが相当である」と述べ、検索結果の提供を通じた表現の自由および情報流通の価値に重み付けを付加した判断枠組を定立⁽²⁶⁾している。これらの最高裁判例は、憲法の保障するプライバシー権や表現の自由に係る法益が、法適用の際の利益衡量枠組に埋め込まれた例と解することができる。

また、憲法上の考慮事項とは若干異なるものの、不法行為法において、私法上的人格権の保護、とりわけ法的保

護に値する人格的利益を基礎づける要素の一つとして憲法的価値に言及される事例がある。例えば、エホバの証人輸血拒否事件判決⁽²⁶⁾においては、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一種として尊重されなければならない」と判示された⁽²⁷⁾。また、国家賠償請求訴訟の事案であるが、船橋市立図書館事件判決⁽²⁸⁾においては、公立図書館という場所の性質についての説示に続けて、「著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益（「著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益」）は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当」とされている⁽²⁹⁾。以上の裁判例における判示にも見られるように、憲法適合的解釈の第一の類型は、利益衡量における憲法的利益の意義や重みづけをめぐる考察、そして不法行為法における法的保護に値する利益の基礎づけや被侵害利益の要保護性をめぐる憲法学および民法学の議論に接合可能である⁽³⁰⁾。

続いて、憲法適合的解釈の第二の類型においては、基本権制約の重大性にかかる一定の憲法的評価、および具体的な局面における憲法の規範的要請に基づき、法律上妥当する一般の規律ないし原則を憲法の観点から画定された範囲において否定し、あるいは、特定の局面・条件において妥当すべき準則を法律のなかに挿入することで、基本権保障を貫徹するよう裁判所の法適用に対して厳格な要請・禁止を課していた（第二章第二節第二款、第三節参照）。このような形で憲法が特定の帰結をもたらし、裁判所の法適用に厳格な要請を課したものと位置付けうる例も最高裁判例のなかに見出すことができる。例えば、取材源秘匿を理由とする民事裁判上の証言拒絶の可否が争点となつたNHK記者証言拒絶事件判決⁽³¹⁾において、最高裁は、民事訴訟において証人は原則として証言すべき義務を負い（民事訴訟法一九〇条）、一定の事由がある場合に限って例外的に証言の拒絶が認められる（同法一九六条、一九

七条」とする法律の構造を確認したうえで、報道関係者の取材源の秘密はかかる事由の一つである「職業の秘密」(同法一九七条一項三号)に当たるとしつつ、証言拒絶権の対象となりうるのは「職業の秘密」のうちの「保護に値する秘密」のみを指し、その該当性の判断は「比較衡量により決せられるべき」との判断枠組を設定した⁽²⁷⁾。しかし比較衡量の枠組の提示にとどめることなく、博多駅事件判決に依拠しながら、「憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値する」といふべき取材の自由の「意義に照らして考えれば、取材源の秘密は、取材の自由を確保するために必要なものとして、重要な社会的価値を有する」との憲法解釈を示す。そして、以上を踏まえるならば、一定の場合を除き「取材源の秘密は保護に値すると解すべきであり、証人は、原則として、当該取材源に係る証言を拒絶することができる」と解するのが相当である⁽²⁸⁾と判示した。このように本件では、取材の自由の意義に照らした取材源の秘密の要保護性の高さを根拠として、報道が公共の利益に関わる場合の取材源につき証言拒絶権の原則化がもたらされ、司法事実と照合可能な形で定式化された要件の充足性判断⁽²⁹⁾によって必要不可欠性が認められない限り、証言拒絶を認めることが要請されることとなった⁽³⁰⁾。また、労働組合が組合員から徴収することを決定した各臨時組合費の納入義務の存否が争点となった国労広島地本事件判決⁽³¹⁾において、最高裁は、労働組合の構成員は、「組合が正規の手續に従って決定した活動に参加し……、右活動の経済的基礎をなす組合費を納付する義務を負う」のである⁽³²⁾、「組合からの脱退の自由が確保されている限り、たとえ個々の場合に組合の決定した活動に反対の組合員であっても、原則的にはこれに対する協力義務を免れない」との原則を確認する一方で、「多数決原理に基づく組合活動の実効性と組合員個人の基本的利益の調和という観点」から、次のような憲法論を展開する。すなわち、「政治的活動は一定の政治的思想、見解、判断等に結びついて行われるものであり、労働組合の政治的活動の基礎にある政治的思想、見解、判断等は、必ずしも個々の組合員のそれと一致するものではないから……多数決による政治的

活動に対してこれと異なる政治的思想、見解、判断等をもつ個々の組合員の協力を義務づけることは、原則として許されない」。なぜなら、「かかる義務を一般的に認めることは、組合員の個人としての政治的自由、特に自己の意に反して一定の政治的態度や行動をとることを強制されない自由を侵害することになるから」である。以上の憲法的要求を踏まえ、最高裁は、「一定の政治的活動の費用としてその支出目的との個別的関連性が明白に特定されている資金」の拠出および「選挙に際し特定の立候補者支援のためにその所属政党に寄付する資金」の拠出を組合員に強制することは許されないと判示し、これらの臨時組合費につき組合員の納付義務を否定した。このように本件では、一定の臨時組合費の強制徴収が有する政治的自由への侵害の重大性⁽²⁰⁾にかかる憲法的評価から、組合の政治的活動とは異なる政治的思想等をもつ組合員に対する協力の義務付けは「原則として許されない」との憲法解釈が示され、かかる憲法的要求に基づき、法律上原則として認められる組合員の協力義務が一定の局面・条件の範囲で否定されることとなった⁽²¹⁾。さらに、労働者が労働組合の組合員たる資格を取得せず又はこれを失った場合に当該労働者との雇用関係使用者に終了させるユニオン・ショップ協定の有効性が争点となった三井倉庫港運事件判決⁽²²⁾において、最高裁は、「労働者には、自らの団結権を行使するため労働組合を選択する自由があり」、また、ユニオン・ショップ「協定を締結していない他の労働組合の団結権も等しく尊重されるべきであるから、ユニオン・ショップ協定によって、労働者に対し、解雇の威嚇の下に特定の労働組合への加入を強制することは、それが労働者の組合選択の自由及び他の労働組合の団結権を侵害する場合には許されない」との憲法解釈を示す。これを踏まえ、最高裁は、「ユニオン・ショップ協定のうち、締結組合以外の他の労働組合に加入している者及び締結組合から脱退し又は除名されたが、他の労働組合に加入し又は新たな労働組合を結成した者について使用者の解雇義務を定める部分は、……民法九〇条の規定により、これを無効と解すべきである（憲法二八条参照）」と判示した。このように

本件では、解雇の威嚇の下での特定の労働組合への加入強制が有する労働者の組合選択の自由および他の労働組合の団結権に対する強度の侵害を根拠として、民法九〇条の一般条項に憲法二八条の規範内容が流し込まれ、法律上原則として認められたユニオン・ショップ協定（労働組合法七条一号但書）の定める使用者の解雇義務を一定の局面・条件の範囲で否定することが要請されることとなった。⁽²⁸⁾これらの判決は、当該事案を全体として観察し社会的に許容される限度を超えているかを総合的に判断するという在り方に留まっていまいに思われる。むしろ当事者の憲法上の権利利益を判断の基点として据えることによって諸利益の調整・衡量を明確化する構造を与え、憲法的利益に対する侵害の重大性や具体的局面（適用法条・事案類型）における憲法の規範的要請に基づき、裁判所の法適用に対し特定の帰結を導くという厳格な要請が導出されていると見ることができよう。

以上の判例から示される通り、最高裁判例のなかに現れた法律の解釈・適用における憲法の機能方法は——少なくともドイツ連邦通常裁判所の憲法適合的解釈と比肩可能な程度には——多様性を示していることと見ることができようと思われる。最高裁判所が憲法適合的解釈の要請に言及することはほとんどないものの、具体的な判例のなかには、ドイツ連邦通常裁判所が憲法適合的解釈の概念の下で憲法を扱うのと同様の実践が観察されるのであり、両裁判所は、法律の解釈・適用における憲法の取扱いに関して一定程度比肩可能な裁判所だといえることができる。すなわち、最高裁判所も具体的事例を手掛かりとして、憲法の規範的要請を法律の解釈に取り込んだ形で法適用を行っており、ここに司法の法律および憲法への二重拘束を基礎として実体法的に構成された憲法適合的解釈の端緒を見出すことができるように思われるのである。

（二） 残された課題

最後に、本稿が触れることのできなかった課題に言及したい。本稿は多くの課題を残しているが、なかでも重要な課題の一つが憲法適合的解釈の法的限界をめぐる議論である。かかる法的限界については、二つのレベルを区別することができるように思われる。第一は、具体的な憲法適合的解釈に対する限界である。例えば、立法者の意思に反する法的決定を下すことによつて裁判官が立法者の権限に不当に介入し、あるいは、不明確な解釈によつて国民に対する告知機能を失わせることを防ぐという意味において、裁判官の憲法適合的解釈には憲法上限界が課されるべきだろう。憲法適合的解釈の要請を権限法的に構成しようとした立場が強調していた立法権の尊重という論拠は、憲法適合的解釈の限界という文脈でこそ考慮されるべきではないかと思われる。第二に、ある法律に対する憲法適合的解釈がそもそも禁止されるという意味における、憲法適合的解釈の要請それ自体の限界も観念すべきであろう。憲法適合的解釈に対しては、「ごくわずかの法令違憲判決と、違憲審査を行わない憲法適合的解釈との極端な二極化」を招きかねないといった懸念が示されることがある⁽²⁸⁴⁾。第一章において考察した憲法適合的解釈の要請の権限法的構成と実体法的構成は、「憲法が裁判所に対していかなる根拠に基づき何を要求しているか」というレベルでは位相を異にする一方、具体的な裁判のレベルにおいて「当該法律を違憲無効とせず、合憲・有効なものとして裁判を行う」という結果において交差する。この点、第二章において判例分析の対象としたドイツ連邦通常裁判所が——憲法問題の移送決定を通じて連邦憲法裁判所に憲法判断を求め、違憲判決に基づき具体的事件を解決することは専門裁判所の権限であり義務であるとはいえ（ドイツ基本法一〇〇条一項）——単独で法令違憲判決を下す権限を有しないのに対し⁽²⁸⁵⁾、日本の最高裁判所は違憲審査権を有しているのであつて（日本国憲法八一条）、解釈の対象となる法文自体の違憲性を問うことが裁判所に固有の役割であることに疑いはない⁽²⁸⁶⁾。憲法および法律への二重

拘束に基づき、憲法適合的解釈を裁判所の司法権に組み込まれた構成要素として理解すべきであるのと同様に、違憲審査権も「司法権の統合された本質部分」として把握すべきだとすれば、⁽²⁸⁷⁾法令それ自体に違憲性を帰責すべき局面・条件を明らかにすることは重要な課題であるだろう。⁽²⁸⁸⁾以上のように、本稿は多くの論すべき点を未だ手付かずのまま残しているが、これらの課題については、他日を期すこととしたい。

(187) 以下の憲法適合的解釈の類型論について詳しくは、原島・前掲註(45)二六四―二六六頁を参照。

(188) Vgl. BGHZ 202, 242 (249 f.).

(189) Vgl. BGHZ 202, 242 (243 f.).

(190) Vgl. BGHZ 202, 242 (249-251).

(191) Vgl. BGHZ 202, 242 (251 f.).

(192) Vgl. BGHZ 202, 242 (250).

(193) より具体的には、連邦通常裁判所は次のような判断を示している。一方で、被告の運営するポータルへの収録による医師の負担は、軽微なものではないとはいえない。ポータル上の評価は、診療を必要とする人々の選択に影響を及ぼす可能性があり、これにより、他の医師たちとの競争における当該医師のチャンスに直接影響を及ぼしうるのであって、ネガティブな評価がなされた場合には、職業上の存立さえ危険にさらしうる。また、検索エンジンによって全てのインターネットユーザーが容易にデータを呼び出せる以上、評価ポータルの拡散効果は非常に大きく、人格権の毀損の重大性はさらに増大するうえ、真実でない表現や名誉毀損的な表現がインターネット上に投稿されるなどの危険も排除されていない。しかしながら、ポータル上の評価は原告の職業活動、つまり、人格の発展が最初から環境との接触のなかで為される領域に関わるものであって、当該情報は、社会的領域(Socialsphere)においてのみ原告に触れるにとどまる。たしかに一般的人格権は、個人の生活事情の公開についての自己決定権を社会的領域においても保護するが、その保護の程度は、内密領域・秘密領域(Intim-Geheimsphere)に属するデータよりも低い。社会的領域の枠内における表現がネガティブな制裁と結び付けられて良いのは、ステイグマ化や社会からの排除が懸念されるなど、人格権に重大な影響が生じる場合に限

られるのであり、本件はこれに当たらない。他方で、医師の職務サービスに関する情報に係る公衆の利益は非常に重要であり、被告のポータルは、医師の選択のために不可欠な情報を自由な閲覧に供することでこれに貢献している。また、ポータル上の評価が匿名でなされるからといって、データ削除の利益がデータ蓄積の利益を上回ることにはならない。意見表明の自由を、ある特定の個人に帰属させうる表現のみに限定することは、基本法五条一項一文と相容れない。むしろ評価の匿名性は、医師評価ポータルの場合には非常に特別な重みを獲得する。というのも、医師の評価にあたっては、受診の理由や治療の種類といった健康に関するセンシティブな情報の提供が必要となるため、仮にそのようなアイデンティティの公表の下でしか評価が可能でないとすれば、本来評価を行う意思を有する患者がそれを控えてしまう危険が特に存在することになるからである。連邦通常裁判所は、以上の検討の結果、「データの蓄積の排除を求める原告の利益は、ポータルの運営およびそれと結合したデータの蓄積に係る被告および利用者の利益に優越しない」と結論づけ、原告のデータ削除請求権を基礎づける「保護に値する利益」を認めなかったのである（vgl. BGHZ 202, 242 [252-257]）。

(194) Vgl. BGHZ 168, 245 (249).

(195) Vgl. BGHZ 168, 245 (245-247, 260-263).

(196) Vgl. BGHZ 168, 245 (250, 253, 255 f.).

(197) Vgl. BGHZ 168, 245 (252-255).

(198) Vgl. BGHZ 168, 245 (250). *zu 198*: 「子の福祉を根拠として、個別事例における民法一六一一条二項三文の広い解釈が憲法上不可欠である」との表現もなやれしこと (a. O. S. 255 f.).

(199) Vgl. BGHZ 168, 245 (245 [Leitsatz b]), 259).

(200) すなわち、本件において「純粹に子に関連する根拠」は認められないとする一方で、「親に関連する根拠」について次のように考慮されている。すなわち第一に、母の疾患が「子の福祉に対する影響を伴う親に関連する根拠」として考慮され、「この観点は、基本法六条二項から生じる教育義務の顧慮の下で特別の意義を獲得する」と評価された。さらに第二に、被告が原告と六年間に亘って共同生活を営み、その期間中に「一緒に子を儲けたいとの願望」を表明していたという「信頼を構成する事情」が「親に関連する根拠」として考慮され、この観点は「基本法六条一項に照らして顧慮の外に置くことができない」と評価されている。こうして本件では、憲法を根拠として導出された「親に関連する根拠」から、

「著しい不当性」に基づく扶養請求権の延長が認められたのである（vgl. BGHZ 165, 245 [260-263]）。

- (201) Vgl. BGHZ 201, 205 (208).
- (202) Vgl. BGHZ 201, 205 (205 f.).
- (203) Vgl. BGHZ 201, 205 (208-213).
- (204) Vgl. BGHZ 201, 205 (211-213).
- (205) Vgl. BGHZ 201, 205 (213).
- (206) Vgl. BGHZ 201, 205 (205 [Leitsatz b], 213 f.). ところで連邦通常裁判所は、「引抜き禁止が、そのような契約関係やその解消のなかで獲得された知識が不誠実に搾取されることからの保護に仕える場合には、裁判的貫徹を拒絶する根拠は存在しない」と述べ、かかる事案類型においては、市場での成功を比例性を欠く形で制限されないという企業の利益が、被用者の利益を上回る旨を論じている。

- (207) Vgl. BGHZ 176, 337 (338 f.).
- (208) Vgl. BGHZ 176, 337 (338 f.).
- (209) Vgl. BGHZ 176, 337 (339).
- (210) Vgl. BGHZ 176, 337 (339).
- (211) Vgl. BGHZ 158, 212 (214).
- (212) Vgl. BGHZ 158, 212 (213 f., 215 f.).
- (213) 連邦通常裁判所は、ここで、判決を下す任務以外の任務を引き受ける限りでは裁判所も基本法一九条四項の意味における公権力に整序されるところの連邦憲法裁判所の判例を援用しながら、破産手続における裁判官の活動は、機能的に見れば、執行権を行う典型的な制約であると強調している（vgl. BGHZ 158, 212 [214 f.]）。
- (214) Vgl. BGHZ 158, 212 (214 f.).
- (215) Vgl. BGHZ 158, 212 (216).
- (216) Vgl. BGHZ 160, 197 (199).
- (217) Vgl. BGHZ 160, 197 (198).

- (218) Vgl. BGHZ 160, 197 (200-203).
- (219) 本決定では、連邦憲法裁判所の判例を引用しつつ、憲法適合的解釈の要請にかかる一般論が語られていた。すなわち「憲法適合的法律解釈の要請は、一部が違憲の、一部が合憲の結論を導く複数の可能な規範解釈のうち、基本法と両立する解釈を優先させることを要求する……。このことは、内容形成において〔法的〕取引の可能性を限定された公法上の請求権に関するラント法の欠缺を補充する解釈と結合した民事訴訟法八五一条一項の憲法適合的縮減（verfassungskonforme Reduktion）²¹⁸」²¹⁹と述べられている（BGHZ 160, 197 [200]）。
- (220) Vgl. BGHZ 160, 197 (197 [Leitsatz b])
- (221) Vgl. BGHZ 186, 136 (141, 145 f.)
- (222) 建設法典四二条一項は、許容されていた土地利用の変更・廃止による価値低落に基づく金銭補償について、以下のよう
に定める。すなわち、「許容されていた土地利用が廃止または変更され、それによって軽微でない地価低落が生じた場
合には、所有権者は以下の各項を基準として金銭による適切な補償を求めることができる」と規定している。
- (223) Vgl. BGHZ 186, 136 (137-139).
- (224) 建設法典四三三条三項は、「本法四〇条および四一条一項の諸要件が存在する場合、損失補償は、これらの規定に従っ
てのみ与えられる」と規定している²²⁰。
- (225) Vgl. BGHZ 186, 136 (140-146).
- (226) Vgl. BGHZ 186, 136 (147-149).
- (227) Vgl. BGHZ 186, 136 (136 [Leitsatz b]), 147, 148, 151).
- (228) Vgl. *Hans-Jürgen Papier, Drittwirkung der Grundrechte*, in: Detlef Merten/ders. (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte
in Deutschland und Europa*, Bd. II, 2006, S. 1341-1351. 先に見た通り、①事件において連邦通常裁判所は、被告のポータ
ルへの収録によって毀損されている原告の情報自己決定権および職業遂行の自由が「基本権として第三者効を発揮し、私
法の価値秩序に影響を及ぼす」と明言しつつ（vgl. BGHZ 200, 242 [250 f.]）。
- (229) *Christian Bunte/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht*, 8. Aufl., 2020, Rn. 151ff. 相互作用理論が裁判権
を基本権に拘束するための道具立ての一つであることを確認したうえで、この理論が通常法の憲法適合的解釈の出発点を

形成するとともに、民事法に対する基本権の放射効との連関を有するものと指摘している。もっとも、今日において相互作用理論は、比例原則のとりわけ相当性の要請のなかに埋没しているとされる (a. a. O. Rn. 695)。相互作用理論が専門裁判所の憲法適合的解釈にとって有する意義については差し当たり、原島・前掲註 (49) 三〇二—三〇五頁。

(230) Vgl. auch Andreas Kulick, Weniger Staat wagen, AoR 145 (2020), S. 655–657.

(231) Vgl. Ralf Poscher/Thorsten Kingreen, Grundrechte, Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 227.

(232) ①事件も引用する連邦通常裁判所二〇〇九年六月二三日判決はより明示的に、「保護に値する利益」の存否は「比例原則に準拠した衡量」によって判断すべきだと述べている (vgl. BGHZ 181, 328 [337])。

(233) Vgl. Schubert/Bunke, a. a. O. (Ann. 154), S. 41, 43.

(234) このような憲法適合的解釈の在り方は、連邦通常裁判所二〇〇一年三月一日判決の判示にも見られる。連邦弁護士法四三b条によれば、「弁護士による宣伝 (Werbung) は、その宣伝が〔弁護士の〕職業活動の形式および内容を客観的に伝えるものであり、かつ、個別事例における委託の獲得を目指したものでないときに限って許される」ところ、ある弁護士らが開催した情報提供イベントに対して、他の弁護士から差止請求がなされた。その理由は、無報酬の法的助言および無料の昼食が付属する当該イベントは職業活動の客観的な伝達に仕えるものとはいえず、また、関心のある人的集団に狙いを定めた小売業者の招待は個別の委託の獲得を目指すものであるという点に求められていた。これに対し連邦通常裁判所は、「宣伝の自由は職業遂行の自由の一部として基本法二二条一項によって保障されて」おり、連邦弁護士法四三b条の規定は「職業遂行の自由への制約である」との憲法解釈を示す。そのうえで、「弁護士の宣伝の制限が基本法一二条と両立しうるのは、それが個別事例において公益上の十分な根拠によつて正当化され、その他の点で比例原則に適合するときに限られる」との許容要件を導出した (vgl. BGHZ 147, 71 [71 f., 74 ff.])。このように、「職業遂行の自由によって保障された弁護士の宣伝の自由を上記規定が制約している」との憲法解釈により、比例原則を介した利益衡量の必要性が基礎づけられ、「公益上の十分な根拠」の存在が個別事例において求められることになったのである。さらに、「かかる判示を「憲法適合的解釈」と明言する連邦通常裁判所二〇一三年一月二三日判決も参照 (BGHZ 199, 43 [47])」。

(235) Vgl. Starck, a. a. O. (Ann. 171), S. 75.

(236) Vgl. Bunke, a. a. O. (Ann. 174), S. 131. ①事件の具体的事実 に即して為された憲法の観点からの権利利益の重み付け

の具体的内容については、前掲註（193）を参照。

(237) Vgl. *Volkhule*, a. a. O. (Anm. 170), S. 82.

(238) Vgl. *Rudolf Wendt*, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot*, AöR 104 (1979), S. 449 f. 461.

(239) このようなタイプの憲法適合的解釈は、連邦通常裁判所二〇一〇年六月二三日決定にも見られる。本件では、父親の子との面会交流権に関する親子事件（*Kinderschaftsachen*）手続における、資力に欠ける当事者への手続費用保障が問題となった。家事非訟手続法七八条二項によれば、許可された（*bewilligte*）手続費用補助の枠内において資力のない参加人に弁護士が付されるのは、「事実状態および法的状態の困難性のために、弁護士による代理が必要な場合」に限られる。そして同項の明文上、かかる必要性は「客観的指標に従って査定するものとする」とされており、立法理由からも、口頭及び書面において自らの心中や考えを表現する能力といった当事者の主観的指標による査定の必要性は導出されなかった。これに対し連邦通常裁判所は、「社会国家原理および法治国家原理から生じる、資力のない者と資力のある者との最大限の対等性の要請を、弁護士の付添いについての決定が顧慮したといえるのは……、当該決定が具体的個別事例の主観的事情をも取り込む場合に限られる」。そして「本規定は……、参加人本人の能力をも顧慮しなければならない、という意味における憲法適合的解釈を許容している」と述べる。それゆえ、同規定に基づく弁護士付添いの必要性を審査するに際しては、「憲法適合的解釈によれば……客観的事情と主観的事情の双方が顧慮されなければならない」と判示した（vgl. BGHZ 186, 70 [75, 78 f.]）。つまり、「資力のない者と資力のある者との最大限の対等性」という憲法的要請が、当事者本人の主観的事情を弁護士付与請求権を基礎づける考慮事項として導出したのである。

(240) このような憲法適合的解釈に比肩しうるものとして、連邦通常裁判所二〇〇八年九月二五日判決を挙げることができる。賃貸借法の改善および賃料上昇の制限ならびに技師および建築家の業務規程に関する法律（MRVG：以下、本法）一〇条の三は、土地の取得と建築業務の委託との「連結禁止（*Koppelungsverbot*）」を定めていた。それによれば、土地の取得に際して、当該土地における建築物等の建築または計画を特定の技師または建築家に行わせることを土地取得者に義務付けることを内容とする合意は無効であるとされていた。これに対し連邦通常裁判所は、建築家間の業績競争（*Leistungswettbewerb*）を保護し、土地購入者の選択可能性を維持するという立法目的、および、「連結禁止の広すぎる解釈は、基本法一二条一項によって建築家に保障されている職業の自由に違反する危険に陥る」ことを顧慮することが

必要であるとする。そのうえで、「土地取得者が建築家に当該土地を仲介するよう自ら仕向け、同時に建築にかかる業務を委託すること」を約束した場合には、「本法律一〇条の三を適用してはならない」との憲法適合的解釈を提示した（vgl. BGHZ 178, 130 [134 f.]）。つまり連邦通常裁判所は、「同規定の定める連結禁止が「職業の自由に違反する危険」性に言及し、基本法一二条一項に対する違憲的な制約となりうる」との憲法的評価に基づき、本法律一〇条の三の適用を遮断すべき事案状況を類型化することで、当該事例を契約の無効という制限から除外したのである。

(241) *Wendt, a. a. O.* (Anm. 238), S. 444, 449 f., 461 は、各個別基本権に特有の保障内容として、特定の状況における特定の要請を基礎づけ、特定の条件において特定の措置を禁止し、規範の適用に考慮要素・判断基準を追加・強制する作用を觀念したうえで、これを基本権の「基準設定力」と呼んでいる。

(242) 一定の括り出し可能な規律領域に対するこのような憲法的作用について、vgl. *Schubert Bumke, a. a. O.* (Anm. 154),

S. 41, 43. *Bumke, a. a. O.* (Anm. 174), S. 132 f.

(243) Vgl. *Bumke, a. a. O.* (Anm. 144), S. 87–89.

(244) Vgl. *Günter Hager, Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung*, JuS 2006, S. 771.

(245) 裁判所が私法を個別事例に適用するという作用を事案に即した形で遂行するためには、法律が対象となる素材に応じて異なる程度に保障する判断余地（Spielräume）が必要だと強調するのは、*Starck, a. a. O.* (Anm. 171), S. 73 f.

(246) Vgl. *Starck, a. a. O.* (Anm. 171), S. 75.

(247) Vgl. *Mathias Rufert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, S. 31 ff.; *Wahl, a. a. O.* (Anm. 167), S. 407 f.; *Hermes, a. a. O.* (Anm. 167), S. 129; *Hager, a. a. O.* (Anm. 244), S. 772. Vgl. auch *Dieter Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, AcP 192 (1992), S. 35 ff.; *Uwe Diederichsen, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht*, AcP 198 (1998), S. 171 ff.

(248) 例えば⑤事件において、連邦通常裁判所は、「訴訟手続の形成における立法者と裁判所の関係について論じている。すなわち、裁判所による再審査がいかなる仕方で行われるべきかの決定は、「原則として立法者の裁量に属する」。しかしながら、「決定の基準となる手続法が明示的な規律を含んでいない場合、裁判官にはまず、必要不可欠な権利救済を維持す

るための事柄に適した方途を示す規範が憲法適合的解釈の下であれば存在するかどうかを審査しなければならない」と強調
 したが（vgl. BGHZ 158, 212 [215 f.]）。

(249) Vgl. *Hager*, a. a. O. (Anm. 244), S. 771.

(250) Vgl. *Ruffert*, a. a. O. (Anm. 247), S. 101.

(251) Vgl. *Fritz Ossenhühl*, Maßnahmen mit dem Übermaßverbot, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.) *Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, 1993, S. 160. *Felix Maultsch*, Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess, JZ 2012, S. 1045.

(252) Vgl. *Ruffert*, a. a. O. (Anm. 247), S. 101 f. 139 f.

(253) 以下の連邦行政裁判所の憲法適合的解釈の具体的方法、および、行政法の解釈・適用における憲法の機能方法に関して、具体的判例の分析を含め詳しくは、原島・前掲註（45）二六六―二八六頁を参照。

(254) 櫻井智章「法治国家の「形式性」の論理（二・完）」法学論叢一五二巻四号（二〇〇三年）一四六―一五七頁、穴戸常寿「私人間効力論の現在と未来」長谷部恭男編『人権の射程』（法律文化社・二〇一〇年）三九、四六頁。さらに、「憲法原理としての自由」あるいは「指導原理としての自由」という視角から憲法上の自由の観念をめぐる日独の議論に基礎的考察を加えることで、国家によっても実現されるべき「価値」ないし「秩序形成の指導原理」としての自由の次元を析出し、「法律の解釈・適用に憲法の趣旨を及ぼすための基礎」となる考え方を導出するものとして、篠原永明「秩序形成の基本権論」（成文堂・二〇二二年）六九―七六、一二二―一二三四頁。

(255) 最大判昭和四一年一〇月二六日刑集二〇巻八号九〇一頁。

(256) 最大判昭和四四年四月二日刑集二三巻五号三〇五頁。

(257) 夙にこの点を強調していたのは、奥平康弘「日本国憲法の過少な配分」同『憲法裁判の可能性』（岩波書店・一九九五年）一七―一七二、二〇八頁。奥平は、民法の名譽毀損法について論じるなかで、憲法規範を「法律を超えたところ」にありながら、しかも法規範として、立法者をも裁判官をも……拘束する法」として捉えたうえで、それとの関係で民事上の法制度は「修正を受けないわけにはゆかない」と述べる。そのうえで、「民法という規範よりも上位に立つ規範法」「最高法規としての憲法」からこの種の修正が導出されるのだとすれば、「裁判官が法の解釈として」かかる修正を行うこ

とは、「憲法が『国の最高法規』（憲法九八条）であり、裁判官は『憲法及び法律にのみ拘束される』（同七六条三項）ものとされる以上、むしろそうすべきなのである」と強調し、「憲法は、法律の合憲性判断にさいし用いられるのみならず、法律の解釈・適用を合憲ならしめるためにもはたらく」のだと論じている（傍点原文）。さらに、「裁判官を拘束する法律よりも上位の憲法による裁判官の拘束という観念」の彫琢の必要性を強調する穴戸・前掲註（155）三五頁も参照。

（258） 穴戸ほか編著・前掲註（38）四七頁（山本龍彦発言）。

（259） 大林啓吾「アメリカにおける憲法適合的解釈の実態」土井編著・前掲註（2）五三―五六頁におけるアメリカ判例の分析を参照。大林はこれを「合憲推定型憲法適合的解釈」と呼ぶ。

（260） ただし、このように憲法適合的解釈の要請を実体法的に把握・構成する場合にも、立法権の尊重という権限法的考慮が不要となるわけではない。しかしこの論拠は、憲法適合的解釈の限界という文脈でこそ考慮されるべきではないかと思われる。この点については、前掲註（186）および、おわりに（三）も参照。

（261） 最三判平成六年二月八日民集四八卷二号一四九頁。

（262） さらに、「石に泳ぐ魚」事件判決（最三判平成一四年九月二四日判例時報一八〇二号六〇頁）や、長良川事件判決

（最二判平成一五年三月一四日民集五七卷三号二二九頁）も参照。

（263） 本判決における比較衡量の具体的諸要素を比例原則の観点から整理するのは、山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由」民商法雑誌一一六卷四―五号（一九九七年）六四八―六五五頁。

（264） 最三決平成二九年一月三一日民集七一巻一号六三頁。

（265） 穴戸常寿「検索結果の削除をめぐる裁判例と今後の課題」情報法制研究一号（二〇一七年）五〇―五一頁、成原慧「検索エンジンをめぐる表現の自由と人格権」情報法制研究七号（二〇二〇年）五〇―五二頁。

（266） 最三判平成一二年二月二九日民集五四卷二号五八二頁。

（267） 本判決における権利・保護法益と憲法的価値との関係について、潮見佳男「判批」平成一二年度重要判例解説（二〇〇一年）六七―六八頁。

（268） 最一判平成一七年七月一四日民集五九卷六号一五六九頁。

（269） 中林曉生「判批」平成一七年度重要判例解説（二〇〇六年）一八頁。

(270) 民法の解釈論を憲法論と連関させて展開する代表的見解として、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号(二〇〇八年)七七頁以下、潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第二版〕』(信山社・二〇〇九年)二五頁以下。

(271) 最三判平成一八年一〇月三日民集六〇巻八号二六四七頁。

(272) より具体的には、「保護に値する秘密であるかどうかは、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見及び裁判の公正との比較衡量により決せられる」との基本的枠組を示したうえで、それを取材源の秘密について具体化し、「取材源の秘密が保護に値する秘密であるかどうかは、当該報道の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、当該取材の態様、将来における同種の取材活動が妨げられることよって生ずる不利益の内容、程度等と、当該民事事件の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、当該民事事件において当該証言を必要とする程度、代替証拠の有無等の諸事情を比較衡量して決すべき」だとした。

(273) 最大判昭和四四年一月二六日刑集二三卷一四九〇頁。

(274) 具体的には、「①当該報道が公共の利益に関するものであって、②その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れるとか、取材源となった者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情がなく、しかも、③当該民事事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるため、当該取材源の秘密の社会的価値を考慮してもなお公正な裁判を実現すべき必要性が高く、そのため当該証言を得ることが必要不可欠であるといった事情が認められない場合」には証言拒絶ができると判示されている(①②③は引用者による挿入)。

(275) 戸田久「判解」法曹時報六一巻六号(二〇〇九年)二五〇―二五一頁。加えて、取材源の秘密が「職業の秘密」に当たるか否かを論じる文脈において為された、取材源の開示によって記者と取材対象者との信頼関係が損なわれ、「報道機関の業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になる」との判示に鑑みれば、報道の自由ないし取材の自由に対する制約の重大性も判断の前提にあると考えてよいと思われる。

(276) 駒村圭吾「判批」判例評論五八五号(二〇〇七年)一九〇頁。長谷部恭男「取材源秘匿と公正な裁判」ジュリスト一三三九号(二〇〇七年)五一六頁は、前掲註(274)に引用した①および②の「二点は、個々の判断要素(factor)の軽重に照らして、結論がいずれの方向(vector)を指示するかを見定める衡量のアプローチではなく、むしろ、当該要件(element)が具体の事実の照らして充足されているか否かを判断するもの」であるとの理解を示している。

(277) 曾我部真裕「判批」平成一八年度重要判例解説(二〇〇七年) 二二頁。

(278) 最三判昭和五〇年一月二八日民集二九卷一〇号一六九八頁。

(279) 最高裁判所はその理由として、「一定の政治的活動の費用としてその支出目的との個別的関連性が明白に特定されている資金についてその拠出を強制することは、かかる活動に対する積極的協力の強制にはかならず、また、右活動にあらわされる一定の政治的立場に対する支持の表明を強制するにも等し」く、また、「選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかは、投票の自由と表裏をなすものとして、組合員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断ないしは感情等に基づいて自主的に決定すべき事柄」であることをそれぞれ挙げている。

(280) これに対し、政治的活動に参加して不利益処分を受けた組合員に対する救援費用の徴収については、その強制が「組合員個人の政治的思想、見解、判断等に関係する程度は極めて軽微なものである」ことを論拠として、組合員の納付義務の原則が肯定されている。さらに、拠出金の強制徴収による構成員個人の思想・信条への侵害の程度が軽微であることを決め手の一つとして構成員の協力義務の原則が貫徹されたものとして、阪神淡路大震災により被災した兵庫県司法書士会への復興支援特別負担金を徴収する旨の決議に基づく負担金の支払義務の存否が争点となった群馬司法書士会事件判決(最一判平成一四年四月二五日判例時報一七八五号三一頁)を挙げることができる。同判決において最高裁は、本件拠出金の寄付は司法書士会の目的の範囲内の行為であるとし、「それが公序良俗に反するなど会員の協力義務を否定すべき特段の事情がある場合を除き、多数決原理に基づき自ら決定」できるとの原則を確認する。そのうえで、「本件負担金の徴収は、会員の政治的又は宗教的立場や思想信条の自由を害するものではない」ということ等を論拠として、「会員の協力義務を否定すべき特段の事情があるとは認められない」と判示し、本件負担金の支払義務を肯定した。このように本件では、拠出金の強制徴収による会員個人の思想・信条の自由への侵害が軽微であることが決め手の一つとなり、構成員の協力義務の原則が貫徹されたといえ、憲法上の権利利益に対する侵害の強度についての憲法的評価が法律上の原則を貫徹するか否かの分岐点の一つとなっているといえるだろう。

(281) このような憲法の機能方法は、政治資金規正法上の政治団体へ寄付するための特別会費を徴収する旨の税理士会の決議に基づく当該特別会費の納入義務の存否が争点となった南九州税理士会事件判決(最三判平成八年三月一九日民集五〇卷三号六一五頁)にも見られる。本判決において最高裁は、「税理士会……の構成員である会員は……会則に従って税理

士会の経済的基礎を成す会費を納入する義務を負う」と述べ、会員の協力義務（会費納入義務）の原則を確認する一方で、「会員の思想・信条の自由との関係」において必要な考慮として、次のような憲法論を展開する。すなわち、税理士「法が税理士会を強制加入の法人としている以上、その構成員である会員には、様々の思想・信条及び主義・主張を有する者が存在することが当然に予定されている」ところ、「特に、政党など規正法上の政治団体に対して金員の寄付をするかどうかは、選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄であるというべきで」あるから、「前記のような公的な性格を有する税理士会が、このような事柄を多数決原理によって団体の意思として決定し、構成員にその協力を義務付けることはできないというべきである」との憲法論を示す。最高裁は以上を踏まえ、「税理士会が政党など規正法上の政治団体に対して金員の寄付をすることは……「税理士」法四九条二項所定の税理士会の目的の範囲外の行為と言わざるを得」ず、「本件決議は……無効であると解するほかない」とし、構成員の本件特別会費の納入義務を否定した。こうして本件では、構成員の思想・信条の自由への侵害、および、「投票の自由と表裏をなすもの」という政治献金の性質から生じる、政治団体に対する金員の寄付を多数決原理によって決定し会員に協力を義務付けることはできないとの憲法的要請が税理士法四九条二項の解釈に流し込まれ、法律上原則として認められる会員の会費納入義務は否定されるべきとの帰結が導出されることとなった。

（282） 最一判平成元年一二月一四日民集四三卷一二号二〇五一頁。

（283） 本判決における憲法の機能と比肩しうる具体例として、例えば、労働組合からの脱退の自由を制限する労働者と使用者との合意の有効性が争点となった東芝労働組合小向支部事件（最二判平成一九年二月二日民集六一卷一号八六頁）を挙げることができる。本判決において最高裁は、「労働組合の組合員は、脱退の自由、すなわち、その意思により組合員としての地位を離れる自由を有する」としたうえで、労働組合の保持する法律上の統制権や組合員の協力義務は「組合からの脱退の自由を前提として初めて容認される」とする。そのうえで、かかる憲法解釈を踏まえ、本件合意のうち「被上告人東芝労組から脱退する権利をおよそ行使しないことを上告人に義務付けて、脱退の効力そのものを生じさせないとする部分は、脱退の自由という重要な権利を奪い、組合の統制への永続的な服従を強いるものであるから、公序良俗に反し、無効であるというべきである」と結論付けた。こうして本判決では、憲法二八条の労働基本権ないし同法二二条の結社の自由の保障に根拠を有するとされる脱退の自由の重要性、および、「組合の統制への永続的な服従の強制」という同自由

に対する侵害の重大性を根拠として、公序良俗違反による契約無効が要請されたのである（脱退の自由の憲法上の基礎をめぐる議論も含めて、本判決について詳しくは、井上武史「労働組合からの脱退の自由と結社からの自由」岡山大学法学会雑誌五九卷二号（二〇〇九年）二七三頁以下を参照）。

(284) 曾我部・前掲註（8）七二頁。

(285) ドイツ専門裁判所による「憲法判断」の制度的前提については、差し当たり、原島・前掲註（49）二九四—三〇〇頁。

(286) 参照、渡辺・前掲註（8）六〇三頁。

(287) 穴戸・前掲註（155）三六三頁。

(288) 前掲註（17）および（186）も参照。