

包括的基本権と個別基本権の競合

—基本法2条1項の個別基本権に対する「受け皿的機能」、「保護補完機能」、「観念的競合」をめぐるドイツの判例・学説の展開—

Grundrechtskonkurrenzen im Verhältnis eines umfassenden Grundrechts zu den besonderen Grundrechten - Zu Auffangfunktion, Schutzergänzungsfunktion und Idealkonkurrenzen des Art. 2 Abs. 1 GG im Verhältnis zu den besonderen Grundrechten

杉原 周治* Shuji Sugihara

- 1 はじめに
- 2 基本法2条1項にいう「人格の自由な発展の権利」の内実
- 3 人格の自由な発展の権利と個別基本権の競合をめぐる連邦憲法裁判所の立場
- 4 一般的人格権と個別基本権の競合をめぐる連邦憲法裁判所の立場
- 5 基本法2条1項と個別基本権の競合をめぐる学説の立場
- 6 むすびにかえて

1. はじめに

(1) 包括的基本権と個別基本権の関係をめぐる通説的見解

日本国憲法13条後段にいう「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は、一括して「幸福追求権」と言われている。そして現在の圧倒的多数の学説は、この幸福追求権から独自の具体的権利が導き出せると考えている。最高裁判所も、一般論としては、この通説の立場を支持していると言われている¹。幸福追求権の権利性を肯定したとしても、それがいかなる性質の権利であるのかという点については異なる見方があり、これについては、現在の支配的な学説は、大別して、一般的（行為）自由説と人格的利益説に二分されている。さらに、この

いずれの立場に立っても、幸福追求権の権利性を認める限りにおいて、幸福追求権と個別基本権との関係が問題となる。

この点、学説の中には、幸福追求権は「独立固有の権利であり、他の基本権と重複することはないもの」と解するものもある²。この立場によれば、幸福追求権の性質については一般的（行為）自由説が妥当であるとみるが、それは必ずしも幸福追求権が個別的基本権を内包する関係にあることを意味するものではないと説く。その理由としては、①通説が、重複性を認めながら非競合的適用（ここでは特別関係によ

*東京大学大学院情報学環助教（投稿時） 現在、愛知県立大学外国語学部専任講師

る幸福追求権の適用排除を意味する)を行うが、このような理解は不自然であること、②13条の公共の福祉条項は13条にのみ適用されるべき「各則的性質」を有しており、したがって、幸福追求権条項についても「総則的意義」を認める必要はない、という点が挙げられている。

しかしながら、大多数の学説は、一般的(行為)自由説に立つにせよ人格的利益説に立つにせよ、幸福追求権を「包括的」基本権であると

(2) 通説の立場の類型化

このように、支配的見解は、包括的基本権である幸福追求権は、個別基本権との関係では一般法・特別法の関係にあると説く。しかしながら、その内実は実際には一様ではない。

①第一に、学説のなかには、ある人権、とりわけ教師の教育の自由を導き出すために、23条(学問の自由)や26条とあわせて、13条をもちだすものがある⁷。それによれば、「最高裁判所が…子供が『自由かつ独立の人格として成長することを妨げられるようなことは、憲法26条、13条の規定上からも許されない』としている(旭川学力テスト事件に関する最(大)判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁)ことは、考え方の筋途としては正当と考えられる⁸」という。しかしながら、13条を23条や26条と同時に適用することは、13条を(すべての)個別基本権に対する一般法・特別法と解する考え方と相容れないように見える。②第二に、学説のなかには、幸福追求権は個別基本権との関係で一般法・特別法の関係にあるが、「後者によって保障をうけない場合には、前者が適用される」と解するものもある⁹。つまりこの立場は、個別

理解³、それゆえ幸福追求権は個別的基本権を内包する関係にあるとする点で、同一の前提に立っている。それによれば、幸福追求権は個別的基本権との関係において一般法と特別法との関係に立ち⁴、「個別的基本権が妥当しない場合にかぎって13条が適用される」と解している⁵。そしてこのような幸福追求権の機能は、「個々の自由権の規定の間隙を埋める」、「補充性」ないし「補充的」機能とも呼ばれている⁶。

基本権が適用された場合であっても、この基本権に対する介入が正当化されて同基本権による実質的な保護が及ばない場合には13条が適用されると解するのである。しかしながらこの見解は、結果として同一事例において両基本権を審査基準として適用することとなるため、13条は「個別的规定の埋め尽くしていない部分を補充していく¹⁰」とする通説的な特別関係原則とは矛盾するように見える。③さらに、支配的学説のなかには、社会権は幸福追求権には含まれないと解するものが見られる¹¹。すなわち、「そもそも社会権といわれている権利は政治参加のプロセスに不可欠な権利とはいえないので、幸福追求権には含まれないというべきである」という。しかしながら、この見解に従えば、幸福追求権はもはや個別基本権に対する包括的基本権とは言えない。13条は、すべての個別基本権をカバーするのではなく、その一部のみを包括する基本権ということになる。このように、一部の基本権のみを包括する幸福追求権が、なお個別基本権に対する「補充的關係」にあると言えるのか否かは議論の余地があろう。

(3) 本稿の目的

このように、幸福追求権と個別基本権は一般法・特別法にあるとするわが国の学説も、その内実は一貫していない。それにもかかわらず、こうした学説の差異が指摘されることも、また両基本権の特別関係の根拠が議論されることも、これまでほとんどなかった。なぜなら、学説は、包括的基本権が個別基本権に対して一般法・特別法の関係にあることを当然のことと見ているからである。その理由は、ドイツの議論を下敷きとしてはじめて「幸福追求権論の解釈論的基礎を形成した¹²⁾」とされる種谷春洋教授の研究以来、わが国の学説は、ドイツでは包括的基本権条項と個別基本権は一般法・特別法の関係にあることが支配的であると考えていたからであろう¹³⁾。つまり学説は、13条の解釈論の起源であるドイツが包括的基本権条項は個別基本権に対して一般法・特別法の関係にあると考えているために、この考え方に倣って、日本でも同原則を適用すべきとしたのである。

しかしながら、ドイツでは、基本法2条1項と個別基本権が一般法・特別法の関係にあるという点につき、判例・学説の見解が一貫しているわけではない。むしろ、当初から、両者の特別関係については多くの学説から疑問が投げかけ

られていた。さらに連邦憲法裁判所も、一方で両基本権の特別関係について明示しながら、他方で多くの判例で、両基本権を同時に適用し、場合によっては基本法2条1項が個別基本権を排除して適用され得る可能性について言及してきたのである。そして現在でも、この問題は両基本権の「基本権競合」の問題として、学説において激しく議論されているのである。

本稿の目的は、このような基本法2条1項と個別基本権の競合をめぐるドイツの判例・学説の議論を分析・検討することにある。その際、本稿は、その論証方法として、まず、①基本法2条1項にいう「人格の自由な発展の権利」の内実につき触れたのち、②人格の自由な発展の権利と個別基本権の競合をめぐる連邦憲法裁判所の判例の展開と、③基本法2条1項が同1条1項と結びついて保障する一般的人格権と個別基本権の競合の問題をめぐる連邦憲法裁判所の判例の展開を分析し、さらに④基本法2条1項と個別基本権の競合をめぐる学説の立場を検討することにしたい。⑤そして最後に、これらのドイツの議論を分析する意義につき、わが国の議論との比較という視点から、若干の検討を行うことにしたい。

2. 基本法2条1項にいう「人格の自由な発展の権利」の内実

2.1 一般的行為自由と一般的人格権

ドイツ基本法2条1項は、「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」と規定し、「人格

の自由な発展の権利」(freie Entfaltung der Persönlichkeit)を保障している¹⁴⁾。同2条1項につき、基本法制定当初は、その具体的権利性を承認するか否かにつき激しく議論がなされて

いたが、現在では具体的権利性否定説を「正面から採用する論者は存在しなくなり、また連邦憲法裁判所も、一貫して肯定説の立場を採っているとされる¹⁵。

判例・通説によれば、人格の自由な発展の権利は、第一次的に「一般的行為自由」(allgemeine Handlungsfreiheit)を保障するものであるとされる¹⁶。すなわち基本法2条1項は、「一般的行為自由」ないし「一般的自由権」として、限定された特定の生活領域ではなく、「人間のあらゆる行動」を、国家による介入から保護しているのである。

他方で、判例・通説によれば、基本法2条1項は、同1条1項と結びついて、「一般的人格権¹⁷」(allgemeines Persönlichkeitsrecht)を保障する。一般的人格権とは、「比較的狭い人格領域を侵害することを目的とした介入からの防御に立ち向かうための基本権である¹⁸」。換言すれば、一般的人格権とは、「プライバシーの観念と類似し、広く個人の私的事がらに対する干渉を排除し、その尊重を求める権利である¹⁹」。判例で問題となった一般的人格権の具体的な射程としては、例えば、①名誉の保護や出生氏使用の保護といった当該個人にかかわる表現の保護、②情報自己決定権、③性・婚姻・家族などに関する私生活の保護、④個人の発展や

私的自治に対する包括的な制約に対する保護といった自己決定の根本的条件の保護、などが挙げられる²⁰。

このように基本法2条1項から導き出される一般的行為自由と一般的人格権つき、最近の傾向では、両者は区別され、それぞれ独自の基本権であると考えられているとされる²¹。例えば、連邦憲法裁判所は、1980年6月3日の決定(エップラー事件)²²において、「基本法1条1項と関連が示すように、基本法2条1項にいう一般的人格権は『人格の自由な発展の権利』の要素を含むものであるが、〔しかし〕一般的人格権は、保護される領域の尊重を求める権利として、この〔人格の〕発展の『能動的』要素、つまり一般的行為自由(vgl. BVerfGE 6, 32)から区別される。それによれば、一般的行為自由の構成要件も、一般的行為自由のそれよりも狭く捉えられなければならない。すなわちそれは、より狭い人格の領域への侵害が認められる介入にのみ及ぶのである」(BVerfGE 54, 148(153))と述べている。換言すれば、一般的行為自由が人格の自由な発展の能動的要素、すなわち「行動」を保障するのに対して、一般的人格権は人間の受動的要素、すなわち「存在」を保護するものという²³。

2.2 人格の自由な発展の権利と個別基本権

このような人格の自由な発展の権利が個別基本権、すなわち基本法2条2項および同4条以下に列挙されている基本権とどのような関係にあるのかという点につき、かつての判例・学説の多くは、確かに、人格の自由な発展の権利は、

個別基本権との関係では一般法・特別法との関係にあり、個別基本権が適用される場合または個別基本権の保護領域が関連する場合には基本法2条1項の適用が排除されると解していた。わが国でも、この立場は一貫して受け入れら

れてきた。「こうして人格の自由な発展の権利は、個別的基本権の保障からこぼれ落ちたあらゆる行動をカバーする包括的基本権、すなわち補充的基本権（Auffanggrundrecht）として機能することになる」という見解がそれである²⁴。

しかしながら、以下で見るように、現在の学説には、必ずしも両者は一般法・特別法の関係にあるわけではないと解するものが多く見られる。また連邦憲法裁判所も、当初から、この原則を貫徹していたわけではない²⁵。なぜなら連邦憲法裁判所は、多くの事例で基本法2条1項を個別基本権と同時に適用しているからである。さらに同裁判所の判例には、特別関係そのものを厳格にではなく、柔軟に解釈するものが見られる。

同様に、基本法1条1項と結びついた同2条1項が保障する一般的人格権についても、個別基本権の関係をめぐっては、判例・学説の見解は必ずしも一貫していない。例えば連邦憲法裁判所は、一方で、両者は一般法・特別法の関係にあり一般的人格権は「補充的に」のみ適用されると判示しながら、他方で、多くの事例において両者を同時に適用しているのである。この点につきわが国では、一般的人格権は一般的行為自由と異なり基本法1条1項の「人間の尊厳」

条項を同時に引き合いに出されていることから、「その内容の特性ゆえに一般的行為の自由から切り離され、その限りにおいて他の個別的基本権とパラレルの関係にあると考えられてきている²⁶」との見解が、これまでほとんど疑念も持たれることなく受け入れられてきた²⁷。しかしながら前述のように、連邦憲法裁判所は多くの判例において、一般的人格権についても、個別基本権に対して一般法・特別法の関係にあると明示しているのである。

わが国の学説が、これまで基本法2条1項と個別基本権の関係につき、一方的な側面のみを把握してきた理由としては、両者の関係をめぐるドイツの判例・学説の詳細な分析をしてこなかった点、「補充的」ないし「補完的」といった概念の意味内容の検討をしてこなかった点、さらには、基本法2条1項が有するとされる様々な諸機能につき個別の分析をしてこなかった点、等が挙げられる²⁸。そこで以下では、連邦憲法裁判所および学説が、基本法2条1項と個別基本権の関係をどのように捉えているのか、さらには基本法2条1項がどのような機能を有していると考えているのかにつき、検討を加えることにしたい。

3. 人格の自由な発展の権利と個別基本権の競合をめぐる連邦憲法裁判所の立場

基本法2条1項と個別基本権の競合をめぐる連邦憲法裁判所の判例を分析するために、本稿は、同判例を以下の4つに分類することにした。それは同裁判所が、基本法2条1項と個別基本権は一般法・特別法の関係にあるとした

事例（3.1）、基本法2条1項を個別基本権と並んで適用した事例（3.2）、基本法2条1項と個別基本権の規範的特別関係を認めた事例（3.3）、個別基本権の保護が及ばない場合に基本法2条1項の適用を認めた事例（3.4）である。

3.1 基本法2条1項と個別基本権における特別関係原則の確立

連邦憲法裁判所が個別基本権と基本法2条1項における特別関係原則をはじめて定式化したのは、1957年1月16日のエルフェス判決 (BVerfGE 6, 32 - Elfes)²⁹であると言われて

(1) エルフェス判決以前の判例

(a) 1952年4月30日判決 (BVerfGE 1, 264 - Bezirksschornsteinfeger)³¹

第二次世界大戦前の1935年4月15日に、煙突掃除人業務に関する命令 (Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 15. April 1935) が発せられ、これにより煙突掃除人の職務に対してはじめて年齢の制限が課せられ、定年が70歳となった。戦争の突入により、1939年10月にこの命令は廃止されたが、戦後になって、定年制を再び導入するラントとそうでないラントが混在するようになり、ドイツ国内で定年制を継続すべきかどうかにつき激しい議論がなされた。そこで政府は、これを連邦レベルで統一するために、煙突掃除人の定年制を盛り込んだ煙突掃除人業務の秩序に関する法律 (Gesetz zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens) を起草し、同法は、1952年1月に公布された³²。これに対して、定年制を導入していなかったバイエルン州などの煙突掃除職人らが、同法によって自己の諸基本権を侵害されたとして、憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本判決において、同法の合憲性を基本法2条1項ではなく、同9条、12条、3条、14条等を基準に審査し、結論としては憲法異議申立人の基本権は侵害されていないと判示したが、その中で同裁判所は、基本法2

いる³⁰。もっとも連邦憲法裁判所は、すでにそれ以前の1952年4月30日と1954年10月20日の二つの判決において、基本法2条1項の個別基本権に対する関係について言及していた。

条と同9条および12条、ないしは14条の基本権の関係につき、以下のように述べている。いわく――、

「憲法異議申立人らによれば、〔当該規制により〕70歳に達した後に〔煙突掃除の〕職業遂行が禁止され、さらに、清掃地区からの収入が失われるために、特定の形式で、つまり年金組合 (Versorgungsverein) の加入によって自己の老齢年金 (Altersversorgung) の確保を強制される点において、自己の基本法2条の基本権が侵害されているという。この主張は、職業活動の自由および結社の自由、つまり人格的自由という一般的基本権 (allgemeines Grundrecht) の具体化 (Konkretisierung) を含んでいる基本法9条および12条の基本権に、またいずれにしても基本法14条にいう所有権に関連した視点である。これらの諸基本権以外に、基本法2条の基本権が独立して (selbständig) 侵害されている、ということ認めることはできない」 (S. 273 f.)。

このように連邦憲法裁判所は、本判決において、基本法2条1項は基本法9条、12条、14条といった個別基本権に対する「一般的基本権」で

あることを明示し、これらの個別基本権が適用される場合には基本法2条1項の適用は排除さ

れるとしたのである。

(b) 1954年10月20日判決 (BVerfGE 4, 52 - Erziehungsrecht)³³

本件で、妻Xと夫Aは、Aの行為が原因で離婚した。彼らには息子（ホルスト）と娘（エレン）の二人の子供がいたが、フレンスブルク後見裁判所（Vormundschaftsgericht Flensburg）は、両親の申し立てに基づき、二人の子供の監護権（Sorgerecht）をXに対して認めた。その後、Xは娘エレンをデンマークの学校に入学させようとしたが、Aは彼女をドイツの学校に入学させようとしたために、彼らは娘の学校をめぐって対立した。フレンスブルク区裁判所は、Aの申し立てに基づき、先の監護権決定を修正し、監護権を分割してエレンの学校の選択権をAに対して認めるよう命じ、上級地方裁判所も右命令に対するXの異議を棄却したため、Xは自己の基本法2条1項、6条2項等の基本権が侵害されたとして憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本判決において、基本法6条2項に基づき審査を行い、結論としては上級地方裁判所の決定はXの同基本権を侵害していないとして本件憲法異議には理由がないとしたが、基本法2条1項と同6条2項の関係につき、以下のように述べている。

「本件で争われた保護者の任命（Pflegerbestellung）は、憲法異議申立人自身に向けられた自己の政治的観照（politische Anschauung）の自由な発展に触れるものではない。それは、彼女の政治的な観照が、国の認可した私立学校へ彼女の子供を彼女の自由な意

思に基づいて通わせるという彼女の母親としての権利に対して及ぼす作用（Auswirkung）に対してのみ介入する。このような、両親の教育の優位という枠内で基本法6条2項によって保障される権利が、基本法2条1項に基づく人格の自由な発展の権利の特別な形態（besondere Form）とみなされるのか否か、または教育権とは、子供の福祉のために活動しなければならないという〔基本法6条2項に〕内在する両親の義務のために〔形成された〕、基本法2条1項では意図されていない人間の人格の独自の活動形態であるのか否か、については未解決にしておくことができる。なぜなら、たとえ基本法6条2項が基本法2条1項で保障される一般的人格権の具体化とみなされたとしても、両親の教育権〔が問題となる事例〕において、基本法6条2項という特別な規定（Sonderbestimmung）と並んで基本法2条1項が適用される余地は残っていないからである」（S. 56 f.）。

このように述べて連邦憲法裁判所は、基本法6条2項は同2条1項に対する「特別な」基本権であるから、前者が適用される場合には後者が適用される余地はないと判示した。本判決では、基本法2条1項と同6条2項の関係のみが問題とされたが、連邦憲法裁判所は、その後、海外渡航の権利の制約が問題となった1957年1月16日のエルフェス判決において、上記の理論

を個別基本権一般に拡張した。

(2) エルフェス判決 (BVerfGE 6, 32 - Elfes)

本件でXは、1947年にノルトライン・ヴェストファーレン州議会にCDUの議員として選出されたが、それと同時にXは、『ドイツ人連盟』 („Bund der Deutschen“) の指導者として連邦政府の政治に反対する活動を行った。Xは、1953年に、メンヘン・グラードバッハ州の旅券局 (Paßbehörde) において旅券の更新を申請したところ、同局は、詳細な理由を付さずに、旅券法7条1項a号を示してXの申請を拒否した。これに対するXの異議申立は却下され、下級裁判所もXの訴えを棄却したため、Xは自己の基本法2条、3条、5条、6条および11条の基本権が侵害されたとして憲法異議を申し立てた。連邦憲法裁判所は、本判決において、本件においては基本法11条、同3条、同5条、6条等の個別基本権はそもそも関連しないことに触れたうえで、以下のように述べて基本法2条1項を適用して当該制約を審査した。

(3) その後の決定

その後も連邦憲法裁判所は、多くの決定のなかで、「特別法」 („lex specialis“) である個別基本権が関連する場合には、「基本法2条1項は審査基準としては排除される」とか、「基本法2条1項が付加的に (zusätzlich) 援用される必要はない」または「基本法2条1項を基準として審査する余地はない」などと述べて、エルフェス判決の立場を踏襲している³⁴。これらの決定において、特別法である個別基本権が関連しない事例においては、基本法2条1項

「基本法は、基本法2条1項が保障する一般的行為自由と並んで、歴史的経験に鑑みて公権力の介入に特にさらされてきた特定の生活領域 (Lebensbereich) のための人間の活動の自由を、特別な基本権諸規定 (besondere Grundrechtsbestimmungen) によって保護したのである。…これらの特別な生活領域が基本権上保護されない限りにおいて、個人は、公権力による自己の自由に対する介入に際して、基本法2条1項を援用しうる」 (S. 37)。

結論としては、同裁判所は、当該規定による基本法2条1項の制約は正当化されるとしてXの憲法異議を棄却したが、以上のように、個別基本権の保護領域が関連しない限りにおいてのみ基本法2条1項が適用されうるという原則を確立したのである。

にいう人格の自由の発展の権利が適用されている³⁵。これに対して個別基本権が関連する場合には、例えば、①基本法4条³⁶、②同5条1項³⁷、③同5条3項³⁸、④同6条1項³⁹、⑤同6条2項⁴⁰、⑥同6条5項⁴¹、⑦同9条3項1文⁴²、⑧同10条1項⁴³、⑨同12条1項⁴⁴、⑩同13条⁴⁵、⑪同14条1項⁴⁶、⑫同19条4項⁴⁷、⑬基本法101条1項2文⁴⁸等の個別基本権が、特別法として、基本法2条1項の適用を排除して適用されている⁴⁹。

3.2 基本法2条1項と個別の基本権が同時に適用された事例

以上のように、基本法2条1項と個別基本権の関係を特別関係と捉える多数の判例に対して、連邦憲法裁判所は他方で、非常に多くの事例において、個別基本権とともに基本法2条1項を同時に適用している⁵⁰。以下では、敷衍になるかもしれないが、連邦憲法裁判所の立場の全体

像を明らかにするためにも、同裁判所の判例を詳細に整理しておくことにしたい。その際、連邦憲法裁判所によって基本法2条1項と同時に適用された代表的な基本権の例として、とりわけ、①基本法14条、②同12条、③同5条、④同6条を取り上げることにする⁵¹。

(1) 基本法14条が問題となった事例

連邦憲法裁判所によって基本法2条1項と同時に適用された個別基本権のうち、当初から現在に至るまでもっとも多くの判例で取り上げられた個別基本権は、基本法14条であろう。もっと

も基本法2条1項と同14条が同時に適用された連邦憲法裁判所の判例は多数に及ぶため⁵²、ここでは以下の3つの事例を取り上げるにとどまる。

(a) 1958年11月12日決定 (BVerfGE 8, 274 – Preisgesetz)

1948年4月10日の価格統制法 (Preisgesetz) は、価格形成 (Preisbildung) の管轄権を有する機関に対して法規命令および処分を發布する権限を与えていた。すなわち同法1条は、「経済評議会 (Wirtschaftsrat) は、統一的経済領域のために、価格政策の一般原則を定める管轄権を有する。商品価格および給付価格の変更は、それが価格相場全般、とりわけ生活の維持にとって根本的な意義を有する場合には、経済評議会の同意を必要とする。この同意は、同価格の変更が、市場に既存する明らかな弊害を取り除くことのみを目的とし、かつそれによって価格相場全体、とりわけ生活の維持に不利な影響がもたらされない場合には、これを要しない」と規定しており、また同法2条1項は、「価格形成の管轄権を有する機関 (2項) は、価格、賃貸料、小作料、手数料の他、賃金を除くあらゆる種類の商品・給付の対価を定め、若

しくはそれを許可するために、または価格相場を保持するために、命令および処分を發布することが出来る」と規定し、さらに同2条2項は、価格形成の管轄権を有する機関として、「統一的経済領域の経済に関する行政の長」または「州の最上級官庁」を挙げていた。

本件は2つの事件の併合審であるが、第一事件において、クーニクスヴィンターで製造業を営むX1は1952年3月から4月の間に、法外に高い価格で鉄板を購入したが、行政区官庁はこれを価格統制法で許された最高額を超えるものであるとして、X1に対して1万5000マルクの罰金を課した。これに対するX1の異議に対して、区裁判所は、基本法100条1項に基づいて、同法の合憲性の問題を連邦憲法裁判所に移送した。また第二事件において、エスリンゲンの建築技師 (Bauingenieur) であるX2は賃料価格庁および住宅庁を相手に訴訟を提起していた

が、その結果、1951年7月に、X2の所有する家屋の二部屋の賃料を、1ヶ月あたり127マルクから115マルクに引き下げる決定が下された。これに対するX2の取り消し訴訟に対して、上告審である連邦行政裁判所は、本件で異議を唱えられた賃料確定はその根拠を価格統制法2条にのみ求められると理解したうえで、価格統制法2条は基本法2条1項という契約の自由を不当に侵害する権限を行政庁に付与する可能性があり違憲の疑いがあるとして、基本法100条1項に基づいて、同法の合憲性の問題を連邦憲法裁判所に移送した。

この問題につき、連邦憲法裁判所は、本決定において、価格統制法2条の合憲性を基本法2

条1項と同14条を基準に審査し、結論として当該規制は両基本権に適合しているとした。すなわち同裁判所は、価格統制法2条の授權は「基本法2条1項で保障される一般的行為自由、経済的自由、または契約の自由の本質的内容には抵触してない。そこでは、価格統制法2条に基づき可能となる価格規制…が、授權の貫徹によって、個人の経済的自由を侵害し得るところまでは問題となり得ない」(S. 328 f.)とし、さらに「価格統制法2条は、結局のところ、基本法14条にも適合する。価格統制法上の諸規定は、いずれにしても、所有権に対する適法な拘束を含んでいる」(S. 330)と判示した。

(b) 2005年7月26日判決 (BVerfGE 114, 1 - Schutzpflicht Lebensversicherung)⁵³

1994年7月21日に改正された保険監督法 (Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)) の第14条1項1文は、「〔保険〕会社の保険の存続を包括的または部分的に他の企業に移譲するすべての契約は、当該企業に対する管轄権を有する監督庁 (Aufsichtsbehörde) の許可を必要とする」、また同1項3文は「〔許可されない場合としては〕第8条が適用される」と規定し、さらに同法8条3号は、「…〔移譲後に〕被保険者の利益が十分に維持されず、または保険会社の義務の継続的な履行可能性の証明が不十分な場合には、〔法14条1項という監督庁の〕許可は拒否される」と規定していた。

本件でXは、1971年以来、A社と余剰金配当 (Überschussbeteiligung) 付きの生命保険契約を締結していた。その後A社は、経営悪化に伴い組織の変更を行い、保険契約をその

子会社であるB社に移譲したが、その際、移譲前にA社が有していた全資産の簿価のうち98,88パーセントがB社に移された。保険制度連邦監督庁 (Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV)) は、上記の保険監督法14条1項を根拠に、A社の当該移譲を許可した。これに対してXは、A社に残された1,12パーセントの資産の取り分には、およそ3,5億マルクの隠し資産が含まれており、この財産価値は被保険者に属するべきものであってA社の下に残存することは許されないとして、連邦監督庁の許可に対して異議を唱えたが、連邦行政裁判所がXの訴えを棄却したため、Xは自己の基本法2条1項および14条1項の基本権が侵害されたとして憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本判決において、以下のように述べて本件連邦監督庁の許可の合憲性を

基本法2条1項および基本法14条1項に基づいて審査し、結論としてXの憲法異議を認めている。すなわち、「保険監督法8条1項2号と結びつた同14条1項3文は、…同規律が、保険契約の存続の他の企業への移譲は被保険者の利益

が維持される場合にのみ監督庁によって許可される、ということを保証していない限りにおいて、基本法2条1項および同14条1項の憲法上の要請を満たしていない」(S. 33, 69)、とした。

(c) 2005年7月26日判決 (BVerfGE 114, 73 – Lebensversicherungen)

本件でAは、1964年に保険会社Bと、保険金5万マルク、年額保険料1250マルク、満期を2009年とする生命保険(養老保険)契約を締結した。もっともこの保険は、いわゆる「柔軟な保険」(Anpassungsversicherung)であり、それによれば、現存する利益配当金(Gewinnanteile)が予定の満期の時期を早めるために使用されることになっていた。これに基づき、本件生命保険契約は1989年3月に満了し、Aに対して58,350マルクが支払われた。B社によれば、この保険金の算定は、B社の約款および年度毎の業務報告のなかで報告されている利益配当率(Gewinnanteilsatz)に照らして正当に行われ、さらに本件契約も、「生命保険のための一般的条件」(Allgemeine Bedingungen für die Lebensversicherung (ALB))のうち「剰余金の返還の保障(Überschussrückgewähr)についての原則は約款において確定される」と規定する第20条6項に基づいてなされた、とされた。これに対してAは、Aに配当された利益配当は低きに失し、また剰余金配当

(Überschussbeteiligung)はB社の隠れ資産にも及ぶべきであるとして、B社はAに対してさらに剰余金を支払うよう訴えを提起したが、連邦通常裁判所がAの主張を棄却したため、Aの相続人であるXは、自己の基本法2条1項および同14条1項等の基本権が侵害されたとして憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本判決において、以下のように述べて基本法2条1項と同14条1項を適用して、結論として本件憲法異議を認めている。すなわち、「剰余金配当付きの、資本形成的な〔貯蓄型の〕生命保険に関する本件の法的諸規律は…基本法2条1項で保障された私的自治および基本法14条1項による所有権の保障から導かれる、基本権上の保護要請を満たしていない。〔右規律は〕契約に基づき支払われるべき最終的な剰余金の算定にあたって、支払われた保険料(Versicherungsprämie)によって保険会社が形成した財産的価値を適切に考慮するための、十分な法的予防措置(Vorkehrung)を欠いている」(S. 88 f.)とした。

(2) 基本法12条が問題となった事例

基本法2条1項が同12条の基本権と同時に適用された判例も、当初から数多く見られた⁵⁴。

以下ではそのうちの2つの決定のみを取り上げることにする。

(a) 1959年1月8日決定 (BVerfGE 9, 83 - Strafbarkeit der Arzneiproduktion)

第二次世界大戦前の帝国国防閣議 (Ministerrat für die Reichsverteidigung) は、1943年2月11日、医薬品の製造に関する命令を發布した。同1条は「即座の効力をもってする、新しい医薬品 (特殊品) の製造は、禁止される」と規定し、また同5条1項は「同命令またはその施行規則に故意に違反した者は、自由刑および罰金、またはそのうちの一方の刑に処される」、さらに同5条2項は「右の処罰とならんで、医薬品の没収および廃棄…を、違反が著しく重大な場合には、事業の停止を命じることができる」と規定していた。本件でXは、長い間彼が販売を行っていた「レーマンの健康飲料」 („Lehmans Heiltrank“) の処方箋をもとに作られた「効き目万能の健康飲料」 („Varia-Heiltrank“) を、無許可で販売していたところ、1951年12月に、エスリンゲン区裁判所は、同命令1条違反を理由に、Xに対して50マルクの罰金刑を言い渡した。上級州裁判所もこれを支持したために、Xは、右命令はXの基本法2条1項と同12条等の基本権を侵害している

として、憲法異議を申し立てた。

これに対して連邦憲法裁判所は、当該命令は、第一に、「憲法異議申立人の職業活動の自由に介入しているために、基本法12条1項との適合性の問題が生じる」 (S. 87 f.) として、当該命令の合憲性を基本法12条を基準として審査し、結論として当該命令は同基本権を侵害しているとした。さらに同裁判所は、「憲法に違反する規範に基づいて刑事罰に処した本件〔下級裁判所の〕判決が、〔憲法異議申立人の〕人格発展の自由 (基本法2条1項) をも侵害しているか否かという問題も発生する」 (S. 88) とし、基本法12条と並んで、同2条1項をも適用した。もっとも同裁判所は、「本件において、基本法2条1項にいう基本権に対する介入が生じているか否か…という問題につき、ここでは決定を行う必要はない。なぜなら、当該有罪判決は…一般的な製造禁止を強化し確認したものであるため、当該判決による基本権侵害は、すでに基本法12条1項に対する侵害に見て取れるからである」と述べた (S. 87 ff.) 。

(b) 1970年5月27日決定 (BVerfGE 28, 364 - Landesbauordnung)

1964年4月6日のバーデン・ヴュルテンベルク州建築条例 (Landesbauordnung - LBO) の第90条5項によれば、建築許可の申請書とともに提出すべき、建築計画の評価に必要な書類には、原則として建築家による署名が必要とされる。ここでいう「建築家」の定義が問題となるが、この点1955年12月5日のバーデン・ヴュルテンベルク州建築家法 (Architektengesetz für Baden-Württemberg - ArchG)⁵⁵の第

2条によれば、建築家リストに登録された者だけが、右にいう「建築家」という称号を与えられると規定されており、さらに同法3条は、建築家リストの登録のために以下の要件を課していた。すなわち、①技術学校 (Technische Hochschule)、②造形芸術専門学校 (Berufsausbildung) を修了すること、および

最低2年の実務経験、である。独立した建築職人であったXらは、上述のバーデン・ヴュルテンベルク州建築条例の発効以前は建築家としてなんらの問題もなく活動することができたが、当該条例によって建築家リストから除外されたために、自己の職業活動が制約されてしまった。このためXらは、当該条例はXらの基本法2条1項、3条1項、12条、19条1項および20条3項を侵害していると主張して憲法異議を申し立てた。

(3) 基本法5条が問題となった事例

さらに連邦憲法裁判所は、基本法5条1項にいう意見表明の自由が問題となった以下の2つの

(a) 1973年4月11日決定 (BVerfGE 35, 35 – Untersuchungsgefangene)

本件で憲法異議申立人Xは、窃盗等の容疑で勾留中であつたが、その間に、彼の妻宛に書いた信書のなかで、以下のように、公判の経過について詳細に立ち入った記述をした。すなわち、「本件公判は、私によれば、あらゆる法を無視した汚らわしい茶番以外のなものでもない。言い渡された判決は、まったくの利害判決であり復讐判決 (Interessen- und Racheurteil) である…。裁判官にとって、公判中にかつての供述を撤回した刑事被告人を信用することが難しいことは当然である。しかしながら、裁判官とは信用に値しないものである。なぜなら、まさに信用されたことといえ、有罪を方向づける (belastend) ことのみであるからである。私のケースのように、裁判所が、私が述べたすべてを無視し、偽証した警察官の、忌々しい卑劣なあらゆる虚偽を信用

連邦憲法裁判所は、本決定において、基本法2条1項と同12条1項の両基本権を審査基準として適用し、当該建築条例の合憲性を判断している。もっとも同裁判所は、結論としては、州建築条例90条5項によって「憲法異議申立人は、自己の基本法2条1項の基本権を侵害されていない」(S. 373) うえ、同条項は「憲法異議申立人の基本法12条1項にいう基本権も侵害していない」(S. 374) と判示して、本件憲法異議には理由がないとしている。

決定において、基本法2条1項を同5条と結びつけて適用している。

し、さらにそれによって私を、無実であるにもかかわらず何年も刑務所に送りこむなどということは、あり得ないほど、法外で無礼であり、不当である」、と。州裁判所は、この信書が侮辱的であるとして、Xの所有物を没収する決定を下し、上級州裁判所もこれを支持したため、Xは、基本法5条1項1文にいう意見の自由が侵害されたとして憲法異議を申し立てた。

これに対して連邦憲法裁判所は、本決定において、結論としてXの憲法異議を認めたが、その理由につき、「信書の差し押さえによって、夫婦間の意見表明の自由が介入されているのであるから」、本件下級裁判所の決定は、「憲法異議申立人の、基本法2条1項と結びついた同5条1項の基本権を侵害した」(S. 39) と述べ、基本法2条1項を同5条1項と結びつけて適用している。

ところで、本決定にいう「と結びついた」の意味が問題となる。この点学説には、基本権の「結合」(Verbindung)とは、「異なる機能を示している」関連する複数の基本権の間で、「一つの統一的な基本権審査がなされる」ことを言うとする見解が見られる⁵⁶。したがって厳密に言えば、基本権の「結合」とは、両基本権の適用排除が行われるのではないという点で特別関係とは異なり、適用される基本権がひとつに統一されるという点で、複数の基本権によって審査される観念的競合とも異なる。ただ

し、これらの学説は、観念的競合を「結合的観念的競合」(verbundene Idealkonkurrenz)と「非結合的観念的競合」(unverbundene Idealkonkurrenz)に分類し、基本権の結合は前者に該当すると解している⁵⁷。これによれば、基本権の結合は、特別関係とは区別されて、観念的競合の一種として捉えられる。本稿でも、これらの学説にしたがって、基本法2条1項を同5条1項と結びつけて適用した本判決は、両基本権を同時に適用した観念的競合の事例とみなすことにする。

(b) 1976年6月16日決定 (BVerfGE 42, 234 – Untersuchungsgefangene)

本件でXは、彼の兄弟および妻とともに、自動車運転手への共同強奪行為等を理由に、自由刑を言い渡された。その判決確定前、Xは、同じく勾留中の妻に対して信書を書いたが、そこには彼の公判につき、以下のような記述があった。すなわち、「…私にとってまったく理解に苦しむことは、ここで判決を言い渡す人たちが平然と寝ていられるということだ。なぜなら、私から見れば、彼らは最も偉大なごろつき (Strolch) だからである。あちらにいる様々な男達が、クソ真面目さに反して、勲章を授与されることは、まったく適切であろう。なぜなら、私から見れば、彼らは、カーニバルの集会を開催する才能を有しているからだ。本判決についてまだ最後の言葉は発せられていないが、

私は、どのようにこの『男達』が、自らを正当化するために、この文書による判決を歪曲するのか、今からとても興味津々である…」この信書の内容が侮辱的であるとして、Xは、州裁判所により所有物を没収され、上級州裁判所もこれを支持したため、Xは、基本法5条1項1文にいう意見の自由が侵害されたとして憲法異議を申し立てた。

これに対して連邦憲法裁判所は、本決定において、結論としては本件憲法異議には理由があるとしたが、本決定においても、下級裁判所の決定は「憲法異議申立人の、基本法2条1項と結びついた同5条1項の基本権を侵害する」(S. 236)と判示し、基本法2条1項を同5条1項と結びつけて適用した。

(4) 基本法6条が問題となった事例

連邦憲法裁判所の判例のなかには基本法2条1項を同6条と並んで同時に適用した判決も数多

く見られるが⁵⁸、以下では、そのうち3つの判決を挙げておく。

(a) 1973年7月18日決定 (BVerfGE 35, 382 – Ausländerausweisung)⁵⁹

本決定は二つの事件の併合審である。憲法異議申立人Iは、シリア国籍を有するパレスチナ難民であり、1961年にドイツに入国後、1963年から大学で医学を学んでいた。その後彼は、1969年にヴェルツブルク市公安庁にて、1972年10月3日に連邦内務大臣によって禁止・解散を命じられたパレスチナ学生総同盟 (GUPS) のヴェルツブルク支部の登録を申し出て、その際彼は、自らを「責任あるリーダー」と称した。これに対して、ヴェルツブルク市外国人局が憲法異議申立人Iを退去強制に処し、下級裁判所がこれを支持したため、憲法異議が申し立てられた。憲法異議申立人IIは、ヨルダン国籍を有するパレスチナ人であったが、1965年にドイツに入国後、1968年から大学で医学を学んでいた。その後彼は、1970年にドイツ国籍を有する女性と結婚した。1971年、彼は、GUPSの構成員となり、さらに翌年、同ミュンヘン支部の事務長に選出された。これに対して

ミュンヘン市外国人局が憲法異議申立人IIを退去強制に処し、下級裁判所もこれを認めたため、憲法異議が申し立てられた。

連邦憲法裁判所は、本決定において、「基本法2条1項にいう人格の自由な発展を求める基本権は、一般的な人権として、連邦共和国内の外国人に対しても保障される」(S. 399)と述べ、そして本件下級裁判所の決定は憲法異議申立人らの基本法19条4項と結びついた同2条1項の基本権を侵害していると判示し、結論として本件憲法異議を認めた (S. 399 ff.)。

さらに同裁判所は、連邦憲法異議申立人IIについては、基本法2条1項と同6条1項を同時に審査基準として適用し、下級裁判所の決定は基本法19条4項と結びついた2条1項の基本権に加えて、基本法6条1項によって双方の配偶者に与えられる基本権をも正当に評価していなかった判示した (S. 407 f.)。

(b) 1981年2月5日決定 (BVerfGE 57, 170 – Briefkontrolle)

本件でXは、彼の妻を自動車にのせて転落させ殺害した容疑で起訴されたが、その勾留中に、彼の母親に対して以下のような内容の信書を書いた。すなわち、「それが罪であるにもかかわらず」、私は、実際には妻を殺害する意図はなかったことを後悔している。「なぜなら、仮に私がそう意図していたのなら、それも成功したであろうからである。結局、私は馬鹿ではなかったであろう」。「私のなかには、自己の傲慢さと愚鈍さによって私の生活を破壊した6人の人間に対する限りない憎悪 (Haß) が

存在している。…さらに、(判決を下す裁判官と思われる)人間の知能の低さを、残念に思う…」。「私には、ヒトラーの時代がどのようなものであったかははっきりと想像できる。「なぜなら、いまなおミニ・ヒトラー („Mini-Hitler“) が存在しているようだからだ。しかし今、私は十分に文句を言った。今は、非常に気分がいい」、などと述べた。

これに対して州裁判所は、Xの信書は「重大な侮辱」 („grobe Beleidigungen“) を含むものであるとしてその郵送を禁止し、さらにこれ

を押収した。州上級裁判所もこの決定を支持したため、Xは、基本法5条1項と同6条1項の侵害を主張して憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本決定において、結論としては本件憲法異議には理由があるとしてXの主張を認めたが、審査基準としては、基本法2条1項と基本法6条1項を適用した。まず、基本法2条1項につき同裁判所は、「信書の統制（Briefkontrolle）を執行する裁判官は…未決勾留者に対する制約は、〔信書の発受によって〕拘置所の秩序が妨害されるという具体的根拠が存在する限りにおいてのみ許される、ということを配慮しなければならない」。「このことは、基本法2条1項の自由権としての意義に照らせば、信書の統制に対して以下のような意味を持つ。すなわち、刑務所における秩序の危険が具体的に弱まれば弱まるほど、未決勾留者の行為自由にはよりいっそう大きな意味が与えられ、また裁判官は信書の発受に対する介入をよりいっそう控えなければならない」。しかし

(c) 2001年2月6日判決（BVerfGE 103, 89 - Unterhaltsverzichtsvertrag）⁶⁰

本件X（女性）は、前夫との間に5歳の子供がいたが、その後別の男性（Y）と交際していた。1976年、Xは妊娠していることに気がつき、出産前にYと結婚した。その際、XはYとの間で、いわゆる夫婦財産契約（Ehevertrag）を締結したが、その契約の内容は、将来離婚が生じた場合には、①Yは、離婚後、Xに対する扶養料（Unterhalt）を支払わない、②Yは、子供のための扶養料として毎月150マルクをXに対して支払う、③Xは、子供のためのその他一切の扶養料をYに対して請

ながら「州上級裁判所は、家族という領域におけるこの基本法2条1項の射程を見誤った」と判示した（S. 177 f.）。

さらに同裁判所は、基本法6条1項につき、「連邦憲法裁判所の決定が言うように、基本法2条1項が保障する私的生活領域における〔人格〕発展の自由の遵守要請は、婚姻および家族に対する憲法上の保障によって、特に強化されている（BVerfGE 42, 234 (236)）。基本法6条1項の保護領域は、両親と、その成人に達した子供との関係をも含むものである。…両親と子供との関係は、家族の教育機能に尽きるものではない」。「州上級裁判所の決定が根拠とした見解、すなわち〔本件では〕夫婦間の関係が問題となったわけではないため、基本法2条1項の基本権および婚姻・家族の保障は…本件事例では重要ではないという見解は、これらの憲法保障の射程とを見誤っている」と述べた（S. 178 f.）。

求を放棄する、というものであった。この夫婦は、その後1989年に離婚し、息子の扶養権（Sorgerecht）はXに委ねられた。翌年、彼はYに対して毎月150マルクを超える扶養料を支払うよう求め、区裁判所が上述の夫婦財産契約は良俗違反（sittenwidrig）であるとして右請求を認めたため、Yが右契約の有効性を求めて訴えを提起したところ、上級地方裁判所によるYの主張が認められた。そこでXは、基本法6条1項・2項・4項等の基本権が侵害されたとして、憲法異議を申し立てた。

これに対して連邦憲法裁判所は、上級地方裁判所の決定は、第一に、基本法6条4項と結びついた同2条1項を根拠とする、夫婦財産契約による不当な不利益からの保護を求めるXの権利を侵害していると述べた (S. 100 ff.)。これに加えて同裁判所は、当該下級裁判所の決定は、「子供の福祉 (Kindeswohl) のために両

(5) 複数の個別基本権の問題とされた事例

連邦憲法裁判所は、さらに以下の2つの判例においては、一般的行為自由を、複数の個別基

(a) 1964年4月7日決定 (BVerfGE 17, 306 - Mitfahrzentrale)

戦後のドイツでは、多くの地域でいわゆる自動車同乗者斡旋所 (Mitfahrzentrale) が設立された。同斡旋所の活動は、特定の目的地を目指す人に同じ目的地に向かう自動車の運転手を紹介するというものであり、紹介料をその収益としている。さらに同仲介業は届出制であり、許可を必要としなかった。ところで、1961年以前は、原則として、乗用車による運送に対しては法律上の制約は課されていなかったが、しかしながら、旅客業の許可制を定めた1961年発効の旅客運送法 (Personenbeförderungsgesetz)⁶¹は、同1条2項1号において、「乗用車による運送 (4条) ではあるが、報酬全体が走行に要する費用を超えない場合で、かつ運転手と同乗者が公の仲介または広告によらずに同乗した場合には、当該乗用車による運送は本法に服さない」と規定し、斡旋所を介した自動車による運送は、同法の制約に服することとなった。自動者同乗者斡旋所を営むXは、当該法律

親の契約上の合意に限界を設けている、基本法6条2項にいう保護を誤認している」 (S. 107) と述べている。結論として同裁判所は、本件下級裁判所の決定は、Xの基本法6条4項と結びついた同2条1項の基本権に加えて、同6条2項の基本権をも侵害しているとして、本件憲法異議には理由があるとしたのである。

本権と同時に適用し得ることを認めている。

の施行後、同法にいう許可を得ることなしに2000件以上の仲介業を行ったため、州裁判所によって罰金刑を課せられた。これに対して、上告審である連邦通常裁判所は、右規制がXの基本権を侵害しているとみなして、基本法100条1項に基づき、連邦憲法裁判所に事件を移送した。

連邦憲法裁判所は、本決定において、「当該禁止は、自動車の所有者およびその使用権利者の、基本法2条1項の基本権を侵害している」 (S. 313) として、本件規制を一般的行為自由に照らして違憲であるとした。続けて同裁判所は、「当該法律上の規制は、すでに上述の理由から違憲であるのだから、この規制が、さらに基本法12条1項および14条にも違反しているか否かは未解決にしておくことができる」 (S. 319) と述べており、基本法2条1項と並んで、同12条1項および14条を同時に適用しうることを示唆している。

(b) 1998年2月17日の判決 (BVerfGE 97, 228 - Kurzberichterstattung)⁶²

本件では、『西部ドイツ放送ケルン』に関する法律 (Gesetz über den „Westdeutschen Rundfunk Köln“) の第3a条と、ノルトライン・ヴェストファーレン州放送法 (Rundfunkgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen) の第3a条が、テレビにおいて無償で短時間ニュースを報道する権利の導入を規定したために、連邦政府が右短時間ニュース報道権は、基本法14条1項、12条1項、13条、5条1項および2条1項等に違反し無効であると主張して申し立てた抽象的規範統制が問題となった。

連邦憲法裁判所は、本判決において、短時間報道権を定めた本件規定の合憲性を、①職業の自由 (基本法12条1項)、②一般的行為自由 (同2条1項)、③所有権の保障 (同14条1項)、④住居の不可侵 (同13条1項)、⑤放送の自由 (同5条1項2文)、⑥一般的人格権 (同1条1項と結びついた同2条1項) といった多くの基本権を基準として審査し、本件規定は「短時間報道権を、職業上なされる興業に際して無償で認める限りにおいて、基本法12条1項に違反する」が、「その他の点では基本法に適合している」と判示し、結論として短時間報道権の合

憲性を認めている。そして、上に列挙した基本権のうち、当該規定の一般的行為自由に対する合憲性については、以下のように述べている。

すなわち本件規定は「それが、職業上の興業ではなく、非職業的な活動に及ぶ限りにおいて、基本法2条1項の、一般的行為自由の保障、とりわけ経済的な行為自由の保障としての性格に介入している (berühren)。しかしながら、無償の短時間報道権によって同基本権が侵害されているわけではない。〔無償の短時間報道権が〕職業上の興業とは異なり、そのような興業を自己の職業のために行ったわけではない人々に対しても、容認できないほどの負担を強いている、という十分な根拠は存在していない。…非職業的な興業者に対する上述の負担が認められる場合とは、当該規律のために、テレビ報道権がもはや売却できなくなってしまう場合か、または著しくその価値を失ってしまう場合のみである。しかしながら、〔当該法律においては〕どちらのケースも認められえない」 (S. 263 f.)、という。

3.3 基本法2条1項と個別基本権の規範的特別関係を認めた事例

以上のように連邦憲法裁判所は、多くの判例において、人格の自由な発展の権利を個別基本権と同時に適用している。こうした判例に鑑み、連邦憲法裁判所は、さらにいくつかの決定にお

いては、特別関係原則を類型化して適用している⁶³。そのうちの一つに、基本法2条1項を、個別基本権に対する特別法として個別基本権を排除して適用する余地を認めた判決がある。

(1) 1962年1月24日判決 (BVerfGE 13, 290 - Ehegatten-Arbeitsverhältnisse)

連邦憲法裁判所は、1962年1月24日の判決に

おいて、基本法2条1項と個別基本権は抽象的

な特別関係（規範論理的特別関係）にあるのではなく、どちらの基本権が適用されるか、つまりどちらが特別法とみなされ適用を受けるのかは、個別に事例において判断されるべきとしている。同判決の事案は以下の通りである。

当時の営業税法（Gewerbsteuergesetz - GewStG）によれば、営業収益（Gewerbeertrag）の確定は一般営業（Gewerbebetrieb）の利益に基づいてなされるが、その算定に際して、一定の加算（Hinzurechnung）が指示されていた。すなわち、同8条5項は、事業主である夫（Ehegatte）の仕事に対して支払われた給与およびその他の返済は、一般営業の利益に加算される旨規定していた。

本件で、小売店を営んでいた商人Xは、彼の妻を月給200マルクで従業員として雇っていたところ、税務署は、所得税の査定に際しては、そこに雇用関係を認めて、妻の給与を経営上の支出（Betriebsausgabe）として控除の対象としたが、営業収益の確定に際しては、営業税法8条5項に基づき、この給与を一般営業の利益に加算した。これによって営業税は300マルク増えて、817,50マルクから1117,50マルクとなった。そこでXは、同法8条5項は違憲であると主張して訴えを提起したところ、ニーダーザクセン財政裁判所は、基本法100条1項に基づき、同法8条5項が基本法6条1項に適合しているかどうかの問題を連邦憲法裁判所に移送した。

連邦憲法裁判所は、本判決において、営業税法8条5項の合憲性を基本法6条1項に照らして審査し、結論として同規制を違憲であるとしたが、基本法2条1項と同6条1項の関係につき、

まずは先例にしたがって以下のように述べる。すなわち――、

「一般的な法原則（Rechtsprinzip）に従えば、事案の判断に適用される当該法律が特別な規範である場合には、一般規範は排斥される。連邦憲法裁判所は、不変の判例において、審査すべき単純法律規範が特別な基本権規範に相反する場合には、基本法2条1項および同3条1項にいう自由と平等の一般的保障を基準として審査を行う余地はもはや存在しないと述べているが、このことは上述の原則に適合する（基本法2条1項につき、BVerfGE 4, 52 (57); 9, 73 (77); 9, 85 (88); 10, 185 (199); 11, 234 (238) …）」（S. 296）。

このように述べて連邦憲法裁判所は、本判決においても、個別基本権の基本法2条1項に対する特別法・一般法の関係につき従来の判例の考え方を踏襲した。しかしながら、この原則を貫徹すれば、前述のように基本法2条1項を個別基本権と同時に適用してきた同裁判所の多くの決定と相容れないことになる。このため連邦憲法裁判所は、本判決において、さらに以下のように述べて特別関係との「非常に注意深い画定を行った⁶⁴」。

「特別規範が一般規範の具体化（Ausformung）としてのみ現れる場合、つまり特別規範のなかに必然的に一般規範が同時に関連している場合には、特別規範の優位という考え方は常に妥当する。〔しかしながら〕『特別な』規範の意味内容が、第一次的に『一般的

な』規範から独立している場合、つまり各々が独自の意味を有し、その結果『特別な』規範の侵害が『一般的な』規範の侵害なしに生じうる場合には、上述の原則は妥当しない。そのような状況においてどちらの規範が第一次的に（primär）侵害されているとみなし得るかは、〔一般規範と特別規範という〕双方

の規範のうちのどちらが、その独自の意味内容に照らして、審査すべき事実関係に対してより強度な実質的関連性（stärkere sachliche Beziehung）を有しているか、それゆえどちらの規範が適切な基準（adäquater Maßstab）としてふさわしいか、に依拠するのである」（S. 296）。

（2）連邦憲法裁判所の判決に対する学説の評価

シヨルツ（Rupert Scholz）によれば、連邦憲法裁判所は本判決において、「基本法2条1項（および同3条1項）と特別な自由権（および特別な平等の権利）の関係のなかに、厳格な特別関係との共通点を見出せないこと、むしろ単なる部分的特別関係（Teilspezialität）ないし部分的重なり合い（Teilüberlagerung）も存在し得ることを認めている」という。つまり、「このことは、基本法2条1項は部分的に特別な自由権と併存し得ること、あるいは基本法2条1項それ自体が『特別〔法〕』となり得ることを意味しているに他ならない」とされる。ここから連邦憲法裁判所は、こうした「部分的特別関係」を解決するために、「特別な規範の優

位という一般原則をさらに修正した競合ルール（Konkurrenzregel）が必要である」ことを認め、そのルールとして同裁判所は、本判決において、どちらの基本権が当該「事実関係に対してより強度な実質的関連性を有しているか」または「適切な基準としてふさわしいか」という基準を導き出したのである、という⁶⁵。

後述のように、学説のなかにも、このように基本法2条1項と個別基本権は抽象的な特別関係にあるのではなく、どちらが適用されるべきかは個別の事例ごとに判断すべきという考え方を、保護補完機能または規範的特別関係と呼び、これを支持するものが見られる。

3.4 個別基本権の保護が及ばない場合に基本法2条1項の適用を認めた事例

さらに連邦憲法裁判所は、以下の判決において、原則として個別基本権は基本法2条1項を排除するが、この原則は、個別基本権による保護が及ばない場合には妥当しないとしている。すなわち、同裁判所は、個別基本権と基本法2条1項の保護領域が同時に関連する場合であっ

ても、個別基本権に対する侵害が認められない場合には、つまり個別基本権の保護が及ばない場合には、基本法2条1項が適用され得ることを認めているのである。以下では、そのうちの代表的な3つの判例について触れておく。

(a) 1965年12月14日判決 (BVerfGE 19, 206 – Kirchenbausteuer)

1922年公布のバーデン州地方教会税法 (badisches Ortskirchensteuergesetz – OKiStG) は、州内に所有地を有するか、または州内で一般営業 (Gewerbebetrieb) を営む団体および結社は、教区教会 (Pfarrkirche) や主任司祭館 (Pfarrhaus) の維持・建造の費用をカバーするために、教会税 (Kirchensteuer) を課せられると規定していた。同法に基づき、同州のプロテスタント教会とカトリック教会は、それぞれ同州内で有限会社を営んでいたX1とX2に対して納税告知書 (Steuerbescheid) を送付して教会税の納付を要請したところ、Xらはこれを拒否した。しかしながらXらの異議は認められず、さらに連邦行政裁判所もXの訴えを棄却したため、Xらは自己の基本権が侵害されたとして憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本判決において、結論として本件の教会税はXの基本法2条1項の基本権を侵害しているとして本件憲法異議を認めた。しかしながら同裁判所は、基本法2条1項と基本法4条の関係をめぐっては、本判旨がレルフェス決定の「補完」であること („Ergänzung zu BVerfGE 6, 32 (37); 10, 55 (58)“) を明記したうえで (S. 206)、以下のように述べている。

「〔本件教会税の〕法人に対する適用はすでに基本法2条1項を侵害しているため、憲法異議申立人およびその他の関係者の、基本法3条1項および同4条についての異議は重要ではない。とりわけ、基本法2条1項の適用可能性

は、教会建立税がこれらの〔基本法4条と同3条という〕基本権の領域にも介入 (berühren) し得ることをもって、排除されるわけではない」。〔連邦憲法裁判所は、確かに、特別な基本権諸規定はその領域 (Bereich) について基本法2条1項の適用を排除する、という決定を下してきた (BVerfGE 6, 32 (37); 9, 63 (73); 338 (343); 10, 55 (58))。しかしながらこのことは、基本法2条1項の侵害と特別な基本権規定の侵害 (Verletzung) が同一の実質的観点の下で (unter demselben sachlichen Gesichtspunkt) 考慮される場合にのみ妥当するのであり、〔同一の侵害が〕特別な基本権規範の領域には含まれていないという状況下で基本法2条1項の侵害が生じた場合には、妥当しない。基本法4条1項の侵害は、納税未納者個人の信仰の自由という観点のもとで考慮され、基本法3条1項の侵害は、法人や権利能力なき人的会社 (Personenhandels-gesellschaft) の不当な不平等取り扱いが問題となった場合に考慮される。これに対し、本件で確認された基本法2条1項に対する侵害は、法人の教会建立税の納付義務が、基本法によって保障された国家と教会の関係をめぐる秩序に違反している点に見出される。こうした観点は、基本法4条と同3条には含まれない」 (S. 225)。

学説によれば、連邦憲法裁判所は、本判決において、基本法2条1項と個別基本権の競合をめぐって、従来の判例で適用されてきた厳格な意味での特別関係原則を「もはや援用していない⁶⁶⁾」と解されている。すなわち本判決は、

「基本法2条1項の適用可能性は、教会建立税がこれらの〔基本法4条と同3条という〕基本権の領域にも介入し得ることをもって、排除されるわけではない」と判示しており、さらに、個別基本権が基本法2条1項を排除するか否かの基準は、両基本権の保護領域が同時に関連するか否かではなく、両基本権の「侵害」が「同一の実質的観点の下で」生じたか否かにあるとしている⁶⁷。

このように、原則として個別基本権と基本法

(b) 1971年3月16日決定 (BVerfGE 30, 292 – Erdölbevorratung)

本件は、1965年9月9日に公布された「石油製品の最低限備蓄に関する法律⁶⁹」(Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen)の合憲性が問題となった事例である。ところで同1965年石油備蓄法は、エネルギーの安定した供給の確保という経済政策的な動機から、一定の輸入の流れが突然途絶えた場合への備えを目的として、石油製品の備蓄の義務を一定の企業に義務付けていた。同法1条によれば、備蓄の対象となる石油製品(Erdölerzeugnisse)とは、自動車用ガソリン、航空機用ガソリン、航空機のタービン用燃料(Flugturbinenkraftstoff)、ディーゼル機関用燃料、軽油、灯油、重油等であり、これらの製品を輸入する輸入業者、または輸入された原油からこれらの石油製品を製造する製造業者は、製品の備蓄義務を課せられる。さらに同2条1項によれば、義務付けられた備蓄期間につき輸入業者は45日分、製造業者は65日分とされた。これに対して独立輸入業者(unabhängiger Importeur)である複数の経

2条1項は特別法・一般法の関係にあるが、両保護領域が関連する場合であっても、個別基本権に対する侵害が生じていない場合、つまり個別基本権に対する介入が正当化されずに同基本権の保護が及ばない場合には、基本法2条1項の適用の余地を認めるとする立場は、その後、以下の連邦憲法裁判所の1971年3月16日決定(BVerfGE 30, 292)と1979年3月1日判決(BVerfGE 50, 290)に踏襲されている⁶⁸。

営業者Xらが、同法による備蓄義務は、①結果としてXらを廃業に追い込むことになるか、または輸入業から国内問屋業へと業務の変更を強いられるため、Xらの職業の自由を侵害し、②またXらの営業の権利を侵害し、さらに③同法は、民間企業に備蓄による生じるコストに対する調整をすることなく公的任務(öffentliche Aufgabe)を課すものであり、基本法2条1項に違反すると主張して憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本決定において、1965年石油備蓄法は「それが、石油製品の輸入のみを理由として備蓄義務を課された企業に対して…その競争力を本質的に悪化させるような、備蓄義務から生じる負担を適切に考慮するという可能性を設けていない限りにおいて、基本法3条1項と結びついた同12条1項に適合しない」、それゆえXの基本法12条1項の基本権を侵害すると述べて(S. 292)、結論として本件憲法異議を部分的に認めたが、基本法12条1項と同2条1項の関係につき、以下のように判示している。

「基本法2条1項の侵害は、〔本件では〕いずれにしても考慮されない。個人が公権力の介入に際して基本法2条1項を援用しうるのは、彼の自由が、〔公権力によって〕介入された当該生活領域について、同一の観点の下で（unter dem gleichen Gesichtspunkt）、特別な基本権規範によっては保護されていない、という場合だけである。このことは、とりわけ職業の自由の領域において妥当する（BVerfGE 9, 73 (77) und 338 (343); 21, 227 (234)）」（S.

(c) 1979年3月1日判決（BVerfGE 50, 290 - Mitbestimmung）⁷⁰

従業員の企業運営への参加について規定する1976年の共同決定法は、原則として、株式会社・株式合資会社・有限責任会社・共同鉱山会社・協同組合という法形式をとり、かつ2000人以上の従業員を雇用している企業を規制対象として、例えば、①監査役会が同数の持分権者代表と従業員代表とから構成されるべきこと、②従業員代表には最低1人ずつの労働者代表、事務職員代表、管理職員代表が含まれるべきこと、かつ、企業における労働者数と事務職員数とに比例した数の労働者代表と事務職員代表とが含まれるべきこと、さらに、一定数の労働組合代表とが含まれているべきこと、などを規定していた。この共同決定法に対して、9の企業と29の使用者団体などが、共同決定法によって、例えば、会社の所有権・結社の自由・職業の自由・人格の自由な発展の権利・団結の自由等が侵害されたとして、憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本判決において、共同決定法の諸規定の合憲性を、基本法14条1項（所有権）、同9条1項（結社の自由）、同12条1項

335 f.）。

連邦憲法裁判所は、以上のように述べて、個別基本権と基本法2条1項の保護領域が同時に関連する場合に、特別な基本権によって保護される場合にはもはや基本法2条1項の適用の余地は無いが、個別基本権の保障が及ばない場合には、基本法2条1項を適用し得ると述べている。

および2条1項（企業の経済活動の自由）、同9条3項（団結の自由）等を基準として審査した。結論としては、当該諸規定は基本権を侵害しないとして本件憲法異議には理由がないとされたが、同裁判所は、基本法2条1項と個別基本権、とりわけ基本法12条1項の関係につき、以下のように述べている。

「共同決定法の当該規定は、…基本法12条1項も同2条1項も侵害していない。…憲法異議申立人は、この双方の基本権を主張しうる。基本法12条1項は基本法14条1項によっては排除されない。確かに両基本権は、機能的に相互に関連し合う。しかしながら、両基本権は独自の意義を有している。同様に基本法2条1項も、はじめから考慮され得ないというわけではない。これら両基本権の保護領域がそれぞれ相互にどのように画定されるべきかにつき、判断を下す必要はない。なぜなら、憲法異議申立人が異議を唱えた共同決定法の諸規定は、いずれにしても、基本権上保護される範囲にあ

るからである。その諸規定が特別な基本権の領域 (Bereich) に含まれない限りにおいて、基本法2条1項が審査にとって重要となる (vgl. BVerfGE 19, 206 (225); 44, 59 (69))」 (S. 361 f.)。

連邦憲法裁判所は、このように述べた後に当該規定を基本法12条1項に基づき詳細な審査をした後、「続いて、基本法2条1項の余地がいまだある限りにおいて、この基本権もまた侵害されていない」 (S. 366) として、同基本権に基づいても審査を行っている。

4. 一般的人格権と個別基本権の競合をめぐる連邦憲法裁判所の立場

基本法2条1項は、一般的行為自由だけでなく、同1条1項と結びついて一般的人格権をも保障すると解されている。そして最近では、「基本法2条1項の自由のうちで、とりわけ一般的人格権が重要な地位を占めるようになってきている⁷¹⁾。もっとも、この一般的人格権についても、個別基本権との関係をめぐっては、連邦憲法裁判所の立場は

一貫していない⁷²⁾。連邦憲法裁判所の立場を概観するために、以下では同裁判所の判例を、一般的人格権と個別基本権が特別関係にあるとされた事例 (4.1)、両基本権が同時に適用された事例 (4.2)、一般的人格権と個別基本権が「部分的に」重なり合うとされた事例 (4.3)、の3つに分類して検討することにした。

4.1 一般的人格権と個別基本権が特別関係にあるとされた事例

連邦憲法裁判所は、「憲法上の一般的人格権を抽象的レベルで定式化したリーディングケースである⁷³⁾とされる1980年6月3日の決定 (エップラー事件) において、「個別基本権の侵害が問題とならなかった場合には、審査基準としては、基本法1条1項と結びついた同2条1項によって憲法上保障されている一般的人格権のみが残存する。この [一般的人格権] は、『無名の』権利として、例えば良心の自由や意

見の自由のようないずれにせよ人格の構成要素を保護する特別な (『列挙された』) 自由権を補完する (ergänzen)」 (S. 153) と述べ、個別基本権が一般的人格権に対する特別法であることを明示していた⁷⁴⁾。連邦憲法裁判所は、さらに多くの判例において両基本権の特別関係を強調しているが⁷⁵⁾、その多くは基本法13条、同14条、同10条に関わる事例である⁷⁶⁾。

(1) 基本法13条が問題となった事例

連邦憲法裁判所は、すでにエップラー事件決定の以前の1979年4月3日決定において、一般

的人格権は基本法13条に対する一般法であることを明示していた。

(a) 1979年4月3日決定 (BVerfGE 51, 97 - Zwangsvollstreckung I)⁷⁷

本件では、裁判所の執行官が裁判官の搜索命令なしに債務者の住居を強制的に立ち入り、差し押さえ可能な物を搜索することが、「〔住居の〕搜索は、裁判官によってのみ、または危険が切迫している場合には、法律に規定されているその他の機関によっても命ぜられ、かつ当該法律の定める形式によってのみこれを行うことができる」と定める基本法13条2項に違反するか否かをめぐって提起された憲法異議が問題となった。

連邦憲法裁判所は、結論としては、当該執行官による搜索は憲法異議申立人の基本法13条という基本権を侵害しているとして本件憲法異議を認めたが、基本法13条と一般的人格権の関係については以下のように述べている。すな

わち――、

「〔本件における〕審査基準として考慮されるのは、基本法13条にいう基本権（住居の不可侵）と、とりわけ同条2項にいう基本権（住居の搜索に対する基本権保護）のみである。さらに侵害されていると主張された、基本法1条および同2条1項の基本権規範は、上述の特別規定（Spezialvorschrift）によって排斥される」（S. 105）

基本法13条は基本法1条1項と結びついた同2条1項に対する特別法であるとする立場は、さらに、連邦憲法裁判所の2004年3月3日の判決にも踏襲されている。

(b) 2004年3月3日判決 (BVerfGE 109, 279 - Großer Lauschangriff)⁷⁸

1998年3月26日の基本法改正法律において、組織犯罪の撲滅を目的とした盗聴を合法化するために、基本法13条に新たに第3項から第6項までが追加され、同条項は刑事訴訟法100c条1項3号によって具体化されたが、本件では、これらの諸規定が基本法1条1項、同2条1項、同19条2項と結びついた13条項等に違反するとして提起された憲法異議が問題となった。

連邦憲法裁判所は、本判決において、結論としては刑事訴訟法の当該規定は基本法に反するとして本件憲法異議を一部容認したが、基本法13条と一般的人格権に関係につき以下のように述べている。

「刑事訴訟法に規定する盗聴の授権の憲法適

合性を審査するための基準は、とりわけ基本法13条1項および3項と、基本法1条1項と結びついた同2条1項である」。「とはいえ、居住者の空間的私的領域に対する介入が審査されるべき場合には、基本法1条1項と結びついた同2条1項から導き出される一般的人格権が、同13条1項と並んで適用されることはない。基本法13条1項は、国家による空間的な私的領域の盗聴からの保護を特別に保障したものであり、その限りにおいてそれは一般規定を排除するのである」。「この特別関係は、基本法13条の広い保護領域ゆえ、国家による監視それ自身だけでなく、必要な準備行為、情報・データの取得に向けたその加工プロセス、および取得された情報の利用にまで及ぶ」。「・・・住居を妨害さ

れない権利によって、基本法13条は、同時に一般的人格権によっても保障される、まさに私的領域の一部を保護しているのである。この〔一般的人格権という〕権利は、無名の自由権として、いずれにしても人格の構成要素を保護

(2) 基本法14条が問題となった事例

連邦憲法裁判所は、また、1989年2月14日の判決（BVerfGE 79, 292 - Eigenbedarf）において、基本法14条が一般的人格権に対する特別法であることを明示している。

本件で憲法異議申立人Xは、4階建ての住居の所有者であるが、同住居の中2階の部屋はある家族に、また3階の部屋は原告であるYに賃貸されていた。これに対してXは、目下実家において高齢の両親と90歳になる叔母と共に狭いスペースでの生活を強いられており、その結果、うつ病と不安状態に陥ったとして、民法典第546b条2項2号⁷⁹に基づく自家需要（Eigenbedarf）を理由にYに対して賃貸契約の解除を申し出た。しかしながら下級裁判所がXのこの明け渡し請求を認めなかったため、Xは、自己の基本法14条1項1文、同2条1項、同103条1項の基本権が侵害されたとして憲法異議を申し立てた。

これに対して連邦憲法裁判所は、本判決において、結論としては当該下級裁判所の決定はX

(3) 基本法10条が問題となった事例

連邦憲法裁判所の判例には、一般的人格権と基本法10条の関係につき、「基本法1条1項と結びついた同2条1項で把握される一般的人格権は、人格の要素のうち、基本法の特別な自由

する特別な自由権を補完する（ergänzen）のであるが（vgl. BVerfGE 54, 148（153 f.））、この補完は、特別な自由権が保護を保障しない限りにおいてのみなされるのである」（S. 325 f.）。

の基本法14条1項1文の基本権を侵害しているとして本件憲法異議を認めたが、同基本権と基本法2条1項の関係につき、以下のように述べている。

「当該下級裁判所は、所有権が、その法的内容において、所有権対象物の私的使用および原則的処分権限によって特徴づけられることを考慮しなければならない（BVerfGE 52, 1（30））。その使用は、所有権者に対して、自己の生活を、自己責任において発展された独自の観念にしたがって形成することを可能とするものでなければならない（vgl. BVerfGE 46, 325（334））。したがって、基本権上の所有権保障は、一般的行為自由および一般的人格権の要素を含むものである。その限りにおいて、基本法14条1項1文という特別な規律によって、基本法1条1項と結びついた同2条1項の適用は不要となる」（S. 303 f.）。

保障の対象とはならないものを保護する。もっとも、こうした要素も人格によって構成的な意義を有するのであって、〔特別な自由権によって保障される要素〕に劣位するわけではない」

(BVerfGE 106, 28 (39))⁸⁰として、一般的人格権と基本法10条の保護領域を画定する立場を採るものも見られる。しかしながら同裁判所は、その他の多くの判例においては、基本法1条1項と結びついた同2条1項によって保障される情報自己決定権は、基本法10条との関係において一般法・特別法の関係にあり、基本法10条が適用される場合には同基本権の適用は排除されるとしている。この点を明確に示したのが、同裁判所の1999年7月14日の判決(BVerfGE 100, 313)⁸¹である⁸²。

本件は、連邦情報局(Bundesnachrichtendienst - BND)が通信の監督・記録・解析を行い、またそれによって得られたデータを他の官庁に譲渡する権限、さらに1994年に改正された「信書、郵便および通信の秘密の制約に関する法律」(Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses)の諸規定の合憲性が争われた憲法異議に関わる事例である。

4.2 一般的人格権と個別基本権が同時に適用された事例

以上のように連邦憲法裁判所は、とりわけ基本法13条、14条、10条が関連する事例において、個別基本権は一般的人格権に対して特別関係にあると解してきた。しかし他方で、連邦憲

法裁判所は、基本法5条、6条、14条が関連する事例において、これらの基本権と並んで一般的人格権を同時に適用している。

連邦憲法裁判所は、本判決において、結論としては当該諸規定は基本法10条に違反すると判示したが、基本法10条を審査基準とした理由につき、以下のように述べている。すなわち、「〔本件における〕合憲性審査の基準は、とりわけ基本法10条である。基本法10条と並んで、基本法1条1項と結びついた同2条1項から導き出される情報自己決定権が適用されることはない。通信に関しては、基本法10条は、一般規定を排除する特別な保障を含むのである(vgl. BVerfGE 67, 157 (171))」(S. 358)、という。

このように、基本法10条は情報自己決定権に対する特別法であるから前者は後者を排除して適用されるとする本判決の立場は、さらに、同裁判所の2003年3月12日判決(BVerfGE 107, 299)と2005年7月27日の判決(BVerfGE 113, 348)⁸³に踏襲されている。

(1) 基本法5条1項1文(意見表明の自由)が問題となった事例

まず連邦憲法裁判所は、以下の3つの決定において、一般的人格権を意見表明の自由と同時

に審査基準として適用している。

(a) 1994年4月26日決定(BVerfGE 90, 255 - Briefüberwachung)

当時法学部の学生であったX(女性)は、ハイльブロン刑務所(Justizvollzugsanstalt

Heilbronn)に服役中のXの兄弟から、刑務所内で起きている不愉快な事件について信書に

よって知らされた。同事件は彼を苦しめ、それゆえ彼は、信書のなかで自殺をもほめかしていた。Xは、彼に対して、以下のような内容の信書をもって応答した。

「あなたが〔刑務所内で〕かかわり合わなければならない連中の大半は、昇進に情欲を燃やしているか、単に性的に異常な白痴者（Kretin）（精神異常者（Schwachsinnige））だ、ということも忘れてはならない。そこで想定すべきは、ナチスの強制収容所の看守（KZ-Aufseher）であって、そうすればあなたは、あなたを取り囲んでいる連中がどのような人間の集団なのかが分かるはず。しかし、いまあなたが試みるべきことは、あなたがいつも有している元氣な考え方と楽しい性格を保持することだ」。

この信書によって、彼は刑務所を移動させられ、Xからの信書も禁止された。さらにXは、ケイルブロン刑務所の職員に対する侮辱を理由に告訴された。アンバッハ区裁判所がXに対して罰金刑を課し、さらにバイエルン上級州裁判

所もこれを支持したため、Xは自己の基本権が侵害されたと主張して憲法異議を申し立てた。

これに対して連邦憲法裁判所は、以下のように述べて、当該下級裁判所の決定の合憲性を、基本法5条1項と、さらに同1条1項と結びついた同2条1項を基準として審査した。いわく、「憲法異議申立人は、ある意見を表明したことを理由に、刑罰を課せられた。ある意見表明が尊重に値するかどうか、それに対する制約が適法か否かを審査するための憲法上の基準は、意見の自由の基本権である。しかしながら〔本件では〕、基本法1条1項と結びついた同2条1項にいう私的領域（Privatsphäre）における意見表明が問題となっているため、この基本権も補完的に（ergänzend）関与する」（S. 259）、と。そして同裁判所は、本件の下級裁判所の「決定は、一般的人格権（基本法1条1項と結びついた2条1項）と結びついた意見表明の自由の基本権（基本法5条1項1文）を侵害する」（S. 259）と述べ、結論として、本件憲法異議には理由があると判示した。

(b) 1996年6月24日部会決定（BVerfG NJW 1997, 185 – Schreibtischtäter）

本件でXは、犯罪組織にメンバーとして関与し、テロリストの組織を支援した容疑で勾留中であつたところ、その間にXは彼の妻に対して信書を書いたが、そこには以下のような内容が記されていた。すなわち、「石頭達と強硬路線支持者たち」（„Betonköpfe und Hardliner“）が法的議論をして何かを達成し得るのかどうかまったく不確かだ。「彼らは、注釈付き未決勾留施行規則（UVollzO）を、その値段が高すぎない場合にのみ購入すべきだったのである」。

たとえ私が、皆さん方（HERREN）の法律に従えば正しいと評価される場合であっても、私は、B裁判官、連邦検事総長（GBA）、刑務所長などを強制することは出来ない。つまり私は、これらの集団（Phalanx）のために、何一つ達成できないのである・・・」。これに対して連邦検事総長は、Xの信書は司法の職員に対する侮辱を記述するものであり、これを発信することは勾留所内の秩序を危険に晒しうるものであるとして、当該信書の差し止めを命じ、さ

らに下級裁判所も当該信書を押収する決定を下したため、Xは憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本決定において、基本法2条1項と同5条1項を審査基準として適用した。そして同裁判所は、本件下級裁判所の信書押収の決定は、「憲法異議申立人の、一般的人

(c) 1998年3月24日決定 (BVerfGE 97, 391 - Mißbrauchsbeziehung)⁸⁵

本件の憲法異議申立人である女性Xは、父親Aによって、子供の頃から長年に渡って性的虐待を受けていた。Xは、成人になった後、職場の上司や医者等に性的虐待について告白し、また青少年局 (Jugendamt) に同事件を通報するなどしたが、Xはさらに、あるテレビ番組に出演してAによって性的虐待を受けたことを告白した。これに対してAは、Xに対する性的虐待を行ったことはないと主張し、Xに対してAを非難することをやめるよう訴訟を提起したところ、上級州裁判所はこれを認め、AまたはXの名前を挙げてXがAを非難することを差し止める判決を下したため、Xは、基本法5条1項1文および同2条1項の基本権等が侵害されたと主張して憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本決定において、以下のように述べて基本法5条1項にいう意見表明の自由と、基本法1条1項お結びついた同2条1項にいう一般的人格権を適用し、結論として上級州裁判所の決定は両基本権を侵害しているとして本件憲法異議を認めている。いわく――、

「自らの意見表明に関連して自己の名前を呼ぶことは、意見の自由の保護に含まれる。意見の自由の基本権は、あらゆる種類の意見表

格権 (基本法1条1項と結びついた同2条1項) と結びついた同5条1項の基本権を侵害している」 (S. 185 f.) と判示し、一般的人格権を基本法5条1項と結びつけて適用したうえで同基本権に対する侵害を認め、結論として本件憲法異議を認めている⁸⁴。

明、事実の主張そしてその他の意見表明の形式を、それらが意見の形成の前提となる限りにおいて、いかなる場合にも保護する (vgl. BVerfGE 61, 1 (8); 85, 23 (31))。確かに、自己の意見表明に関連して自己の名前に言及することは、意見表明の独自の形式でもなければ、狭義の意見表明の構成部分でもない。その内容は独立したものである。しかしながら、だからと言って、〔本件の〕名前の言明がこの基本権の保護領域から除外されるということにはならない。名前の言明はむしろ、意見表明そのものにとっても、また、それが流入する私的ないし公的意見形成過程にとっても、非常に重要な意味を有している」 (S. 397 f.)。

さらに、「自己の名前を名乗ることは、基本法1条1項と結びついた同2条1項にいう一般的人格権の保護領域にも含まれる」。「人間の名前は、整序機能や〔他者との〕区別機能を有するだけにとどまらない。それは、アイデンティティと個性の表明 (Ausdruck) でもある。それゆえ個人は、法秩序が彼の名前を尊重し保護することを要求しうる。・・・自らの名前を名乗ることが禁じられることは、その者の人格を侵害することになる。このことは、ある意見表明と関連して自己の名前を名乗る場合にも妥

当する。・・・したがって、ある人が意見表明に関連して自己の名前を名乗ることを差し止められた場合には、さらに彼がそれをまさに人格に関連したものとみなし、またその帰属性

(2) 基本法6条が問題となった事例

連邦憲法裁判所は、以下の判例において、基本法1条1項と結びついた同2条1項の基本権を

(a)1989年1月31日判決 (BVerfGE 79, 256 - Kenntnis der eigenen Abstammung)⁸⁷

当時の民法典第1596条1項によれば、子からの嫡出否認が認められうるのは、「1. 夫が死亡するか、または第1594条にいう嫡出否認権を失うことなく死亡を宣告された場合。2. [両親が] 離婚するか、婚姻が解消もしくは無効と宣告された場合、または両親が3年以上別居している場合で、婚姻生活を回復することが期待できない場合。3. 母親が、子をもうけた男性と結婚した場合。4. 夫が子に対して不誠実または不道徳的な態度をとったため、または子に対して著しい過失を与えたために、嫡出否認が道徳的に正当化される場合。5. 夫の著しい遺伝性疾患ゆえに、嫡出否認が道徳的に正当化される場合」に限られるとされていた。本件では、同条項によって嫡出否認の要件が限定されていることが基本法に適合するか否かが争われた。

連邦憲法裁判所は、本判決において、以下のように当該制約の合憲性を基本法6条c項および一般的人格権を基準に審査し、結論として当該制約は前者には適合するが、一般的人格権を侵害するから違憲であるとした。すなわち同裁判所は、まず当該規制の基本法6条1項との適

(Zurechnung) 自体を重要視している場合には、そうした〔差し止めの〕義務付けは、基本法1条1項と結びついた同2条1項にも基づいて審査されなければならない」(S. 399 f.)。

基本法6条と同時に適用している⁸⁶。

合性につき、「婚姻および家族を両親および子供の共同体として保護するというこの〔基本法6条1項にいう〕憲法上の要請は、子供がその母親の夫の子であるか否か、とりわけ夫婦の継子、養子、里子、非嫡出子も家族に含まれるのか否かに依拠することなく〔保障される〕」。[立法者は、民法典第1594条以下において、嫡出の否認の可能性を開いておくことによって、通常の事例とは異なるケースを考慮している。その際立法者が、子供の嫡出否認権を、母親の婚姻および子供の家族のために民法典1596条に限定していることは、基本法6条1項の観点からは異議を唱えることはできない」(S. 267)、と述べて、これを肯定している。

しかしながら、連邦憲法裁判所によれば、自己の出自を裁判上明らかにし得ることが民法1596条に挙げられた場合に限定されていることは、子供の一般的人格権を侵害し、違憲であるとしている。その際、連邦憲法裁判所は、一般的人格権と個別基本権の関係につき、以下のように述べている。すなわち、「一般的人格権は、『無名の』自由権として、例えば良心の自由や意見の自由のようにいずれにせよ人格の

構成要素を保護する特別な（『列挙された』）自由権を補完するものである」（S. 268）という。つまり連邦憲法裁判所によれば、本件のように国家による制約が基本法6条1項を基準に審査され、その結果、制約が正当化された場合

であっても、一般的人格権がさらに補完的に適用され、同制約はこの基本法1条1項と結びついた同2条1項の要請をも満たさなければならないという。

(b) 1994年4月26日決定（BVerfGE 90, 263 - Ehelichkeitsanfechtung）⁸⁸

Xは、1958年に生まれた女性であり、Xの母は1964年に離婚した。Xは、1987年、嫡出否認の訴えを提起したが、その際Xは、1985年10月になってはじめて、Xの父親は母親と離婚した夫ではなく、別の男性であることをXの母親から知らされたと主張した。しかしながら下級裁判所は、BGB第1598条を根拠に、Xがどの時点で非嫡出についての情報を知った否かにかかわらず、そもそも1978年の時点でXの嫡出否認のための期限は切れているのであるから、Xの嫡出否認は認められないとしてXの訴えを棄却した。すなわちBGB第1598条は、「未成年者の法定代理人が・・・嫡出を期間内に否認しなかった場合には、子は、成人に達すると直ちに、自己の嫡出を自ら否認することができる。但し、成人に達して以後2年が経過した場合には、この嫡出否認はもはや認められない」と規定していた。そこでXは、同条項の嫡出否認の時間的制約は、Xの基本法1条1項と結びついた

同2条1項および同3条1項を侵害しているとして、憲法異議を申し立てた。

これに対して連邦憲法裁判所は、本決定において、同条項が「成人に達した子に、成人に達して以後2年以内にのみ嫡出否認を認めており、さらにこの期間の経過後に情報を入手した場合には、彼の血縁を裁判上明らかにすることをも例外なく禁じている点において」、Xの基本法1条1項と結びついた同2条1項の基本権を侵害しているとして、Xの憲法異議を認めている（S. 270 ff.）。

もっとも同裁判所は、当該規制は基本法1条1項と結びついた同2条1項に違反して違憲であるから、「この規定が基本法6条1項または同3条1項にも違反しているか否かを明らかにする必要はもはや存在しない」（S. 276）と述べており、基本法2条1項と並んで同6条1項または同3条1項が同時に適用される可能性を示唆している。

(3) 基本法14条が問題となった事例

さらに連邦憲法裁判所は、1984年6月17日の判決（BVerfGE 67, 100 - Flick-Untersuchungsausschuß）⁸⁹においては、一般的人格権を基本法14条と同時に適用している。

本件で、フリック社（Firma Flick）と当時

の財務大臣の贈収賄疑惑に関する事件の調査のために、連邦議会は基本法44条に基づき調査委員会を設置し、同委員会は、財務大臣に対して関係資料の提出を要請したが、大臣から送付された資料は不完全であった。これに対して同

委員会が完全資料の提出を求めたが、大臣が税法30条（§ 30 AO）に基づく税の守秘義務を根拠にこれを拒否したため、同委員会は、大臣による資料の提出拒否は基本法44条違反であり、さらに、本件資料を閲覧しても基本法14条と、同1条1項と結びついた同2条1項の基本権の侵害は生じないと主張して、連邦憲法裁判所に機関争訟を提起した。

連邦憲法裁判所は、本判決において、結論としては当該完全資料の提出拒否は基本法44条を侵害するとして本件の機関争訟には理由があるとした。もっとも同裁判所は、以下のように述べて、本件の財務大臣の秘密保持も基本法2

(4) 複数の個別基本権が同時に適用された事例

連邦憲法裁判所は、さらに前述した1998年2月17日の判決（BVerfGE 97, 228 - Kurzberichterstattung）において、一般的人格権を、複数の個別基本権と同時に適用している。

本件では、『西部ドイツ放送ケルン』に関する法律の第3a条と、ノルトライン・ヴェストファーレン州放送法の第3a条が、テレビにおいて無償で短時間ニュースを報道する権利の導入を規定したために、連邦政府が右短時間ニュース報道権は、基本法14条1項、12条1項、13条、5条1項および2条1項等に違反し無効であると主張して申し立てた抽象的規範統制が問題となった。

連邦憲法裁判所は、本判決において、短時間報道権を定めた本件規定の合憲性を、①職業の自由（基本法12条1項）、②一般的行為自由（同2条1項）、③所有権の保障（同14条1

条1項と同14条の両基本権の保護領域に含まれるから、調査委員会は資料の提出に際してこれらの基本権に配慮しなければならないと述べた。すなわち、「税法30条により法律上規定されている税の秘密保護を求める権利は、それ自体は基本権ではない。しかしながら、税に関する特定の情報と諸事情の秘密保持は、その譲渡によって納税義務者または第三者が当該情報を知り得ることが明らかな場合には、とりわけ基本法1条1項と結びついた同2条1項、および同14条、場合によっては基本法19条3項と結びついた同14条によって、要請され得る」（S. 142）、という。

項）、④住居の不可侵（同13条1項）、⑤放送の自由（同5条1項2文）、⑥一般的人格権（同1条1項と結びついた同2条1項）といった多くの基本権を基準として審査し、結論として短時間報道権の合憲性を認めているが、上に列挙した基本権のうち、一般的人格権に対する合憲性につき、以下のように言う。

すなわち、「一般的人格権は、本件では、自己の肖像（Bild）に対する権利として注目される。…この権利によって、ある人物の肖像を頒布または公に展示しうるか否か、さらにそれがどの程度まで可能なかを、〔この人物が自己の〕自由な意思により決定できる」。確かに、「この権利は、本件で問題となっている規律によって介入（beeinträchtigen）されている。〔なぜなら〕短時間ニュースの報道権利者には…〔本件規定にいう〕種類の興業への参加者の肖像を、興業主の承諾なく頒布することが

許されている〔からである〕」。〔しかしながら、短時間報道権は、一般的人格権を侵害してはいない。一般的人格権は、基本法2条1項という留保によって制約される。この制約は、とりわけ個人が、他者とのコミュニケーションを行う場合、自己の活動を介して他者に影響を及

4.3 連邦憲法裁判所による特別関係原則の類型化

以上のように連邦憲法裁判所は、一般的人格権と個別基本権は特別関係または観念的競合の関係にあると解してきた。しかしながら同裁判所の判例によれば、両基本権の関係はこれのみにとどまるものではない。同裁判所は、最近の判例において、両者の関係につき新たな見解を提示している。

前述のように、連邦憲法裁判所は1962年1月24日の判決（BVerfGE 13, 290）において、基本法2条1項と個別基本権の間の特別関係原則を必ずしも厳格に適用するのではなく、個別の事案に対して基本法2条1項がより強い関連性を有している場合には同基本権が適用され得ると解していたが、同裁判所は、これと類似の考え方を、2006年3月2日の判決（BVerfGE 115, 166 - Kommunikationsverbindungsdaten）において、一般的人格権と個別基本権の関係においても適用したのである。

本件は、テロ行為を計画した疑いのある容疑者の捜査に際して捜査判事である本件憲法異議申立人Xが守秘義務に違反したことが問題となり、検事局の申し立てに基づき、州裁判所がXの家宅と事務室の搜索、またXのパソコンや携帯電話の個人的な接続の記録等を押収する決定を下したために、Xが自己の基本権の侵害を主

張する場合、またそれによって他者の個人的領域や社会の利益に介入する場合には、極めて重要な一般の利益として正当化される。このことは、私的人格ではなく公的人格を有する状況が問題となる場合には、なおのこと妥当し得る」（S. 268 f.）、という。

張して提起した憲法異議に関わる事件である。

連邦憲法裁判所は、本判決において、結論としては、当該下級裁判所の決定はXの情報自己決定権（基本法1条1項と結びついた同2条1項）、および基本法13条1項にいう住居の不可侵を侵害したとして本件憲法異議には理由があるとしたが、両基本権の関係につき以下のように述べている。いわく――、

「情報自己決定権（基本法1条1項と結びついた同2条1項）は、本件では、いずれにしても本件において関連性を有する基本法13条にいう基本権によって排斥されない。確かに基本法13条は、特別な自由権として、通常は（regelmäßig）基本法2条1項に優位する（vgl. BVerfGE 51, 97 (105); Germes, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. (2004), Art. 13 Rn. 119; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl. (2005), Art. 2 Rn. 73）。しかしながら一般的人格権は、（それが情報自己決定権として理解される場合であっても）この基本権の保護領域が特別な基本権と部分的にのみ重なり合う場合、または明確な輪郭をもったある独自の自由領域が生じた場合には、排除されない（vgl. Scholz, AöR 100

(1975), S. 80 (116 f.); Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. (2003), Art. 2 Rn. 138) 」。

「そうしたケースは、本件において存する。命令された住居の搜索が、通信接続データを保存したデータ媒体または携帯電話の押収を目的としている場合には、この〔国家の〕措置は、私的領域の空間的制限を超えただけにはとどまらない。むしろ介入は、それによって通信過程 (Kommunikationsvorgang) が暴かれたことによって、基本権に関連するさらにもう一つの性格を有するのである。基本法1条1項と結びついた同2条1項の特別な内容の根拠、つまり同基本権を例外的に基本法13条によって排斥させないとする内容の根拠は、〔通信〕接続データという特異性と、基本法10条に対する補完的機能 (Ergänzungsfunktion) の現れとしての、不可侵で空間的に隔離された通信の保

障に存するのである」 (S. 187 f.)。

このように述べて連邦憲法裁判所は、一般的人格権と個別基本権の保護領域が同時に関連する場合には、「通常は」両者の特別関係に基づいて後者が前者を排除するが、両者の保護領域が「部分的にのみ」重なり合う場合には、一般的人格権は個別基本権によって排除されることなく適用可能であると解したのである。

ただし本判決では、一般的人格権が適用されつつ、さらに基本法13条も同時に適用されている。したがって、両基本権の関係をめぐる本判決の立場は、両者は規範特別関係にあるとして前者が後者を排除して適用される場合があると解した連邦憲法裁判所の1962年1月24日判決 (BVerfGE 13, 290) のそれとは、大きく異なっている。

5. 基本法2条1項と個別基本権の競合をめぐる学説の立場

以上のように、連邦憲法裁判所は、その多くの判例において、基本法2条1項の様々な機能を提示してきた。この点、学説においても、基本法2条1項と個別基本権の競合をめぐっては、統一の見解が存在するわけではなく、従来から様々な立場が主張されてきた。本章の目的は、こうした学説の議論を分析・検討すること

にあるが、その論証方法として以下では、学説においてしばしば主張される、①受け皿的機能／規範論理的特別関係、②保護補完機能／規範的特別関係、③観念的競合、④補充性、といった概念を取り上げ、それぞれの機能の内実を明らかにすることにしたい。

5.1 受け皿的機能 (Auffangfunktion) ／規範論理的特別関係

前述のように、連邦憲法裁判所は、多数の判例のなかで、基本法2条1項は、個別基本権に対して一般法・特別法の関係にあり、特

別法である個別基本権が妥当しない場合にのみ適用され得ると解している。多数説は、このような機能を有する基本法2条1項を、特

に、個別基本権に対する「受け皿的基本権」(Auffanggrundrecht)と呼んでいる。とりわけ基本法2条1項が一般的行為自由を保障していると解した場合、基本法2条1項が一定の個別基本権との関係で、このような特別(排除)関係の意味を含む「受け皿的機能」を有すると

(1) 受け皿的機能の意味

判例・学説において、基本法2条1項の受け皿的機能の意味をめぐっては、まず第一に、以下

①「完全な」受け皿的機能

この点、連邦憲法裁判所は、前述した1965年12月14日判決(BVerfGE 19, 206)、1971年3月16日決定(BVerfGE 30, 292)、1979年3月1日判決(BVerfGE 50, 290)等において(3.4)、個別基本権と基本法2条1項の保護領域が同時に関連する場合であっても、個別基本権による実質的な保護が及ばない場合には、基本法2条1項が適用可能であると説く。すなわ

② 規範的特別関係

しかしながら現在の学説は、この連邦憲法裁判所の立場を否定する。学説によれば、受け皿的基本権⁹⁴とは、一般に、①特別な基本権が当該事案に対して「内容上」(thematisch)の関連性(Betroffenheit)を有していない場合、②またはその保護領域の関連性が存しない場合にのみ適用される基本権をいうとされる⁹⁵。さらに特別な基本権の保護領域が問題となる場合には、「完全な受け皿的」機能とは異なり、基本法2条1項の侵害が生じているか否かを議論する余地は、もはや存在しないとされる⁹⁶。つ

する点については、学説の見解は一致している⁹⁰。また一般的人格権についても同様に、多数説⁹¹は、一般的人格権は個別基本権に対する受け皿的基本権であると解している⁹²。もっともこの受け皿的機能の内実につき、判例・学説において見解の対立がある。

の2つの立場がみられる。

ち、ある活動が国家による制約を受けた場合に、まずは特別法である個別基本権が適用されるが、仮に同制約が憲法上正当化されて個別基本権による保護が受けられない場合でも、一般法である基本法2条1項が適用されるという。基本法2条1項がこうした機能を有すると解された場合、同基本権は「完全な受け皿的権利」(totales Auffangrecht)とも言われる⁹³。

まり、個別基本権の保護領域が関連している場合には、この特別な基本権の侵害が生じているか否かに関わらず、一般法である基本法2条1項はその適用を排除されるという⁹⁷。換言すれば、基本法2条1項がこの受け皿的機能を有すると解した場合には、「同一の事実関係(Sachverhalt)において、特別な自由権とともに、基本法2条1項にいう権利を同時に主張することは不可能となる⁹⁸」。それゆえ、問題となった行為につき、ある特別な基本権の保護領域が関連する場合には、たとえこの基本権の

介入が正当化されるなどして同基本権による実質的な保護が及ばない場合であっても、基本法2条1項の適用の余地はもはや存在しえない。いわく、「たとえ特別な自由権に対する介入が憲法上の制約の〔許容の〕範囲内であるとみなされ、それゆえ当事者の特別な基本権の侵害が結果として認められなかったとしても、基本法

2条1項にいう自由の内実は、この特別な自由権によって、内容上『消耗』（verbrauchen）される⁹⁹」。

このような受け皿の機能を有する基本法2条1項は、基本権競合のドグマの枠組みで捉えた場合、個別基本権との関係においては「規範論理的特別関係」にあると理解され得る¹⁰⁰。

(2) 個別基本権の規範領域の関連性と受け皿的基本権の適用

基本法2条1項の受け皿の機能をめぐって学説上対立している点は、ある活動が特別法である個別基本権の保護領域（Schutzbereich）には含まれないが、規律領域（Regelungsbereich）には含まれる場合に、一般法である基本法2条1項が適用されるのか否かである。

ところで基本権の保護領域とは、一般に、「基本権上保護される生活領域をいう¹⁰¹」とされ、基本権の「規範領域（Normbereich）」や「保護対象¹⁰²」（Schutzgegenstand）などとも呼ばれる¹⁰³。これに対して規律領域とは、「基本権が妥当する生活領域で、かつその内部で当該基本権の保護領域が第一に決定されるが、保護領域ではないものをいう¹⁰⁴」。その具体例として学説でしばしば取り上げられるものは、基本法8条1項の集会の自由である。同条項は、「すべてのドイツ人は、届出または許可なく、平穏にかつ武器を持たずに集会をする権利を有する」と規定しているが、この場合、集会の自由の規律領域にはあらゆる集会が含まれるのに対して、その保護領域に含まれるのは、ドイツ人による、平穏かつ武器を持たない集会のみである、とされる¹⁰⁵。

ある行為が、特別な基本権の保護領域には含まれないがその規律領域に含まれる場合に、一般法である基本法2条1項は適用されるか。この問題につき、学説の立場は二分している。

①否定説は、特別な基本権の規律領域が関連する場合には、もはや基本法2条1項を適用する余地はないと解する¹⁰⁶。いわく、「…学説の一部は、ある特別な自由権が内容上（thematisch）関連するが、具体的事例においてはその保護を認めないという場合にも、基本法2条1項は、『完全な受け皿の権利』（„totales Auffangrecht“）として適用される、とみなしている。しかしながら、この立場によれば、自由権の基本法による区分、基本法上の様々な保護領域および法律の留保の区分が、憂慮すべき方法で相対化されることになる。個別自由権の規定は、それらが、積極的な意味であれ消極的な意味であれ、〔基本法2条1項とは〕切り離されていると理解されてこそ、意味を有するのである。それゆえ、特別な基本権は、それが包摂する規律領域につき、基本法2条1項の適用を排除する¹⁰⁷」、という。また否定説は、例えば平穏でない武器を携帯する集会（基本法8条1項）のように、「憲法〔原

理]に反する受け皿的機能（Auffangfunktion contra constitutionem）は拒否されるべきである」から、基本法2条1項の受け皿的機能も限定的に解して、個別基本権の規律領域が関連する場合には基本法2条1項は適用すべきでないとする¹⁰⁸。

②これに対して肯定説は、否定説の立場は「基本法2条1項を一般的行為自由の基本権として広く捉える理解とも、連邦憲法裁判所の判例とも合致しない」だけでなく、「疑わしきは自由に」（„in dubio pro liberate“）という原則にも相容れないとして、特別な基本権の規律領域が関連する場合であっても基本法2条1項

(3) 個別基本権に対する介入の存否

さらに学説において、基本法2条1項と個別基本権の保護領域が同時に関連しているが、個別基本権に対する介入が生じていない場合に、基本法2条1項を適用し得るか否かにつき、見解の対立がある。

①この点、否定説¹¹¹は、「特別な基本権の保護領域が開かれている場合には、たとえこの基本権が（介入が存在せず、またはその介入が憲法上正当化されることによって）侵害されていないとしても、基本法2条1項は効力を発しない」として、基本法2条1項の適用を否定する。この立場では、個別基本権の保護領域の関連性が存する場合には、基本法2条1項は、常に個別基本権によって排除されることになる。

②これに対して肯定説は、たとえ基本法2条1項と個別基本権が一個の事実関係に対して構成要件上妥当する場合、すなわち両基本権の保護領域の関連性が生じている場合であっても、そ

の適用は可能である、と説く¹⁰⁹。さらに、例えばエッピングによれば、法律の留保を基本権上講じている基本法2条1項の機能に鑑みれば、肯定説が支持に値するとしている¹¹⁰。いわく、「たとえ平穏ではない武器を伴う集会在、結果としては保護に値するものではないことが明らかであったとしても、国家は、法律の根拠なく、また比例的でない方法で、市民の自由を導入することは許されない。国家が〔当該自由への〕介入に対する法律の根拠を得た場合でも、基本法2条1項にいう憲法に適合的な秩序という広範な制約に鑑みて、当該介入は困難無く正当化され得るであろう」という。

もそも個別基本権に対する介入が存在しない場合であれば、基本法2条1項が適用され得ると解する¹¹²。

ところで、基本権競合のドグマを唱える学説のなかには、「審査されるべき高権的措置が、関連する複数の基本権のうちそもそも一つの基本権にしか介入しないのであれば、競合論の関係、したがって複数の基本権規範の適用可能性は、個別の決定において重要なものとはならない」と解するものが見られる。すなわち「防禦の対象、つまり高権的措置が、少なくとも二つ以上の基本権規範の保護目的によって把握されたときのみ、競合論の検討がなされなければならない」という¹¹³。国家の行為がそもそも当該基本権に介入していないのであれば、この基本権を審査基準として用いる理由はないというのである。したがって真正な競合が生じた場合であっても、国家の行為が一方の基本権にのみ

「介入」し、他方の基本権への「介入」が生じていない場合には、前者の基本権のみが審査の対象となるという¹¹⁴。

肯定説は、同理論は基本法2条1項と個別基本権の競合にも妥当するという。その理由は以下の通りである。すなわち、「しばしば、この〔個別基本権の介入が生じていない場合に基本法2条1項が適用可能か否かという〕問題は基本法12条1項において生じる。そこでは、国家のある規律が、確かに職業活動に関連するが、しかしながら『最終的に』職業の規律に対して何らの影響も与えず、また『客観的に職業を規律する意図』（objektiv-berufsregelnde Tendenz）も表明していないといった事例が、繰り返し発生する。これらの事例において、基

(4) 受け皿的基本権に対する批判

基本法2条1項が、一定の個別基本権に対して「受け皿的」機能を有することに対しては、学説上異論はない。しかしながら、基本法2条1項がすべての個別基本権に対して受け皿的基本権となり得るか否かという点については¹¹⁷、これを否定する学説も多く見られる¹¹⁸。その主たる理由は、基本法2条1項と個別基本権は、両者は一方が他方を完全に包含するという「完全な特別関係」（Totalspezialität）にあるのではなく、両者の多くは「単なる部分的な特別関係（Teilspezialität）ないしは部分的な重なり合い（Teilüberlagerungen）」を有しているにすぎず、したがって、「抽象的な」特別関係は適用できないという点にある。さらに、学説のなかには、基本法2条1項があらゆる個別基本権に対する「補充的な受け皿的規範であるという見解

本法2条1項を排除し得る、基本法12条1項の保護領域の単なる『関連性』が満たされている場合には、そもそもいかなる基本権も審査基準として援用され得ないことになる。しかしながら、このことは、特別な自由権と結びついて基本法2条1項から導きだされる、隙間の無い基本権保護（lückenloser Grundrechtsschutz）というコンセプトに適合しない。それゆえ、国家の規律がある特別な自由権への関連性を有しているにもかかわらず、同権利に対する介入が生じていない場合には、常に基本法2条1項によって審査がなされなければならない¹¹⁵』という。要するに、憲法に相反するような国家行為に対して何らの基本権保護も及ばないという帰結は回避すべきであるという¹¹⁶。

は」、「制憲者による特別な自由領域のきめ細かな法的内容形成に鑑みれば、維持することはできない¹¹⁹」という主張もある。

要するにこれらの学説は、①基本法2条1項の保護領域はすべての個別基本権の保護領域を包含するのではなく、基本法2条1項の保護領域に一定の限界があると考えた上で、一定の個別基本権は基本法2条1項が及ばない独自の保護領域を有していると解するか、②または基本法2条1項は、一定の個別基本権との関係では、それらの基本権とは性質を異にする別個独立した基本権であると理解するのである。とりわけ②の立場は、基本法2条1項と一定の個別基本権の構成要件につき、それぞれが少なくとも一つの独自の構成要件を含んでいるために、両者の間に構成要件上の包含関係がなく、かつ両者は構成要

件上部分的にのみ重なり合っており、それゆえ両者の間に規範論理的特別関係は成立しないと解するのである。

このような理解を前提とした上で、これらの

5.2 保護補完機能 (Schutzergänzungsfunktion) / 規範的特別関係

上述のように、基本法2条1項が受け皿的機能を有することには、学説上ほぼ異論は唱えられていない。問題は、基本法2条1項はこの「受け皿的」機能のみを有するのか否かであるが、こ

(1) 保護補完機能の定義

基本法2条1項が保護補完機能を有すると解した場合、このことは、ある活動領域においてそこに個別基本権の保護領域が関連している場合であっても、基本法2条1項が「補完的に」(ergänzend) 適用され得ることを意味する。すなわちこの考え方に従えば、基本法2条1項と個別基本権の両基本権が関連する場合であっても、個別基本権が常に優位するというのではなく、個別の事例において、前者が後者を排除して単独で適用され得る場合が存することになる。これは、基本法2条1項の「補強効果」(Supplementierungswirkung) とも呼ばれる¹²¹。基本法2条1項の「保護補完機能」の提唱者であるカール (Wolfgang Kahl) は、この保護補完機能を以下のように説明する¹²²。

まず、保護補完機能が妥当するのは以下の二つの場合である。ひとつは、①「ある分割可能な (teilbar) 生活事実が、特別な基本権の規律領域に、部分的にのみ (nur partiell) 含まれる場合」である。さらにこの機能は、②「確かに分割可能ではないが、多様で複雑な

学説からは、基本法2条1項の機能につき、受け皿的機能とは異なる様々な諸機能が提示されてきた。その代表的見解が、保護補完機能 (規範的特別関係) と観念的競合である。

の点につき、学説のなかには、基本法2条1項は受け皿的機能に加えて、「保護補完機能」を有すると理解するものがある¹²⁰。

(vielschichtig-komplex) 生活領域が、ある一つの特別な自由権に、部分的にのみ含まれる場合」にも妥当する¹²³。とりわけ②のケースにおいては、個別基本権の保護領域は、当該事実行為に対して、部分的にはあるが関連している。加えて、基本法2条1項の保護領域も同時に関連している。それゆえここでは、どちらか一方の基本権が適用されるケースと、両基本権が同時に適用されるケースとが考えられるが、個別基本権に対する基本法2条1項の「保護補完が問題となるケースでは、介入の審査は『一つの』基本権によってのみなされなければならない」という。なぜなら、基本法2条1項と個別基本権の間にはあくまで特別関係が存在し、両者は観念的に競合し得ないからであるという¹²⁴。

そこで次に、基本法2条1項と個別基本権のどちらの基本権が審査基準として用いられるべきかが問題となる。この点につき、カールは、どちらの基本権が適用されるべきかは個別の事例において判断すべきとし、さらにその判断基準については、どちらの基本権が当該事案に対し

てより強い関連性を有しているかが重要であると説く。いわく、「〔どちらの基本権が〕第一次的に審査に関連する基本権規定であるのか〔を判断するために〕決定的となるのは、『最も強い関連性』（„Meist-Betroffenheit“）または『親近性』（„Sachnähe“）という基準に基づく重点的考察（Schwerpunkt Betrachtung）である」、と。別言すれば、「ここで決定的に重要となるのは、個別の具体的事例に基づき、どちらの基本権が『第一次的に』（„in erster Linie“）または『核心的に』（„im Kern“）〔当該事例に対して〕関連性を有しているのかを、評価的に（wertend）判断することである」。ここでは、個別基本権は基本法2条1項に対して常に優位するわけではない。どちらが適用されるかは、各々の事案を考慮して判断されるべきとされる。なぜなら、「この場合、強化された（特別な）基本権だけでなく、同じく強化された（一般的な）自由権も、重視されうる」からである。また、このように「指導的な基本権」（führendes Grundrecht）が適用されうことは、「法的明確性」（Rechtsklarheit）と「法的安定性」（Rechtssicherheit）にも寄与する、という。

この考え方に従い、基本法2条1項が、個別の事例において「支配的な基本権」（dominierendes Grundrecht）とみなされ、

(2) 判例およびその他の学説の立場

連邦憲法裁判所の判例の中にも、基本法2条1項が個別基本権を排除し得ることを認めた事例がある。すなわち同裁判所は、前述した1962年1月24日の判決（BVerfGE 13, 290）におい

個別基本権を排除して適用される場合に、基本法2条1項を「一般法」、個別基本権を「特別法」と呼ぶのであれば、一般法が特別法に優位することとなろう。これに対して、「特別法は一般法に優位する」という特別関係原則を貫くのであれば、基本法2条1項が「特別法」、個別基本権が「一般法」となる。さらに、基本法2条1項が個別基本権を排除して単独で適用される場合の両者の関係は、「（部分的な）特別関係」（„(Teil-)Spezialität“）と呼ばれることもある¹²⁵。しかしながら、こうした用語方は概念上の混乱をもたらし得る。そこでカールは、基本法2条1項が個別基本権に優位する事例では、「競合の問題を過度に複雑にして無用の混乱を引き起こすことを防ぐためにも、特別関係という概念を使うべきではない」と主張し、このような基本法2条1項の性格を「保護補完機能」というカテゴリーに分類するべきであるという¹²⁶。

このように、複数の基本権の構成要件が部分的のみ重なり合う場合にどちらの基本権が適用されるべきかは、抽象的な優越関係によって決定されるのではなく、個別の事例において、どちらの基本権が当該事案により強い関連性を有しているかを基準に判断すべきとする考え方は、基本権競合のドグマによれば、「規範的特別関係」という枠組みで捉えられ得る。

て、基本法2条1項と個別基本権は常に一般法・特別法の関係にあるというわけではなく、前者が後者を排除して適用される可能性を認めたのである。いわく、「『特別な』規範の意味内容

が、第一次的に『一般的な』規範から独立している場合、つまり各々が独自の意味を有し、その結果『特別な』規範の侵害が『一般的な』規範の侵害なしに生じうる場合には、上述の〔特別関係〕原則は妥当しない。そのような状況においてどちらの規範が第一次的に（primär）侵害されているとみなし得るかは、〔一般規範と特別規範という〕双方の規範のうちのどちらが、その独自の意味内容に照らして、審査すべき事実関係に対してより強度な実質的関連性（stärkere sachliche Beziehung）を有しているか、それゆえどちらの規範が適切な基準（adäquater Maßstab）としてふさわしいか、に依拠するのである」（S. 296）。

また、連邦憲法裁判所は、一般的人格権と個別基本権の関係についても、前述の2006年3月2日判決（BVerfGE 115, 166）において、とりわけ一般的人格権と基本法13条は「部分的にのみ」重なり合うために、一般的人格権は基本法

③「補完性」の概念

基本法2条1項の保護補完機能を認める学説によれば、基本法2条1項の「補完性」の概念は、受け皿の機能を含まない。もっともこの「補完

① 規範的特別関係の意味に解する立場

まず、基本法2条1項の保護補完機能を主張する学説によれば、基本法2条1項の「補完性」（Ergänzung）の意味は、判例・通説のいう受け皿の機能（規範論理的特別関係）とは異なる

② 規範論理的特別関係の意味に解する立場

これに対して、学説のなかには、基本法2条1

13条によっては排斥されないと解している。

さらに学説のなかにも、基本法1条1項と結びついた同2条1項にいう一般的人格権につき、同基本権は「とりわけ、基本法10条、13条、6条1項といった、いずれにしても人格の保護を意図している基本権に対して特別な基本権となり得るし、またその逆も成立し得る」として、一般的人格権が個別基本権、とりわけ基本法10条、13条および6条1項に対して規範的特別関係にあることを認めるものも見られる¹²⁷。

またシュテルン（Klaus Stern）も、個別基本権と基本法2条1項の特別関係は、「特別な基本権による基本法2条1項の単なる排除を意味するのではなく、特別な基本権の優越的な効果（vorrangige Wirkung）を意味するにすぎない」として、とりわけ契約の自由や経済的自由が問題となる場合には、基本法2条1項は個別基本権によって排除されないと述べている¹²⁸。

性」の意味内容自体は、判例・学説において様々である。

り、規範的特別関係の意味で理解される。さらにこの立場によれば、受け皿の機能と保護補完機能を包摂する上位概念として、後述する「補充性」（Subsidiarität）という概念が用いられる。

項の補完性を規範論理的特別関係ないし受け皿

的基本権と同義に解するものが見られる¹²⁹。この立場では、基本法2条1項は、特別法である個別基本権の保護領域が関連しない場合にのみ、補完的に適用されるのである。

連邦憲法裁判所も、一般的人格権が問題となった事例において、前述した1980年6月3日決定（エップラー事件）以来、しばしば「補完」の概念をこの意味で用いてきた。すなわち同決定において連邦憲法裁判所は、「個別基本

③ 観念的競合の意味に解する立場

しかしながら連邦憲法裁判所は、別の判例において、補完性の概念をこれとは異なる意味で用いている¹³⁰。例えば、前述した1994年4月26日決定（BVerfGE 90, 255）は、「憲法異議申立人は、ある意見を表明したことを理由に、刑罰を課せられた。ある意見表明が尊重に値するかどうか、それに対する制約が適法か否かを審査するための憲法上の基準は、意見の

5.3 観念的競合

基本権競合のドグマに従えば、複数の基本権の間に（規範論理的・規範的）特別関係が存在しない場合、観念的競合が発生し得る¹³¹。したがって基本法2条1項がすべての個別基本権に対して受け皿的機能ないしは保護補完機能を有すると解した場合には、もはや観念的競合の余

(1) 基本法2条1項は個別基本権と観念的に競合すると解する立場

連邦憲法裁判所は、前述のように、多くの判例のなかで基本法2条1項を個別基本権と並んで適用している（3.2）。その判例の多くが、基本法14条、同12条、同5条、同6条に関わる

権の侵害が問題とならなかった場合には、審査基準としては、基本法1条1項と結びついた同2条1項が保障する一般的人格権のみが残存する。この〔一般的人格権〕は、『無名の』権利として、例えば良心の自由や意見の自由のようないずれにせよ人格の構成要素を保護する特別な（『列举された』）自由権を補完する（ergänzen）」（S. 153）と述べている。

自由の基本権である。しかしながら〔本件では〕、基本法1条1項と結びついた同2条1項にいう私的領域（Privatsphäre）における意見表明が問題となっているため、この基本権も補完的に（ergänzend）関与する」と述べて、一般的人格権を基本法5条1項1文と同時に、「補完的に」適用したのである。

地はない¹³²。しかしながら、連邦憲法裁判所の判例や学説の一部には、基本法2条1項は一定の個別基本権との間では特別関係は存在せず、それゆえ観念的競合の関係が存在すると解するものが見られる。

事例であったが、その他にも、基本法2条2項や同9条3項、同4条1項が、基本法2条1項と同時に適用されている。

学説の中にも、少数ではあるが、基本法2条

1項と一定の個別基本権、とりわけ基本法12条または同14条の間において、観念的競合の可能性を認めるものが見られる¹³³。

例えばエリクセン (H. -U. Erichsen) は、「基本法2条1項がある特別な自由権と並んで適用されるということは考えられ得る。しかしながらこのことは、包括的または部分的な生活事実 (Lebenssachverhalt) が個別の自由権によって部分的にのみ把握される場合にのみ成立する¹³⁴」と述べている。

また、シュタルク (Chr. Starck) も、「例えば経済的かつ職業的な目的とその他の目的をもって契約を締結する場合のように、包括的で

分割可能な生活事実が存在しているが、当該生活事実が特別な基本権によって部分的にのみしか把握されていない場合には、基本法2条1項は、特別な基本権、ここでは基本法12条とともに適用される。しかしながら、このことは、一見すると単なる特別関係の例外のように見える〔が、実際は特別関係の問題ではない〕。なぜなら、この『同時適用』 („Daneben-Anwenden“) という〔考え方〕は、特別基本権が既存の生活事実を完全にはカバーしていないという点に依拠しているからである¹³⁵」と述べている。

(2) 一般的人格権は個別基本権と観念的に競合すると解する立場

さらに連邦憲法裁判所は、一般的人格権についても、前述のようにとりわけ基本法5条、同6条、同14条との関係において、観念的競合を認めている (4.2)。

学説のなかにも、人格の自由な発展の権利は個別基本権に対して一般法・特別法の立場にあるが、一般的人格権についてはこの原則は妥当しないと解するものがある¹³⁶。例えばドライアー (Horst Dreier) は、「一般的人格権は補充的〔基本権〕ではなく、列举された自由保障と類似の基本権保障として、この〔個別基本権〕と併存するのであり、さらに一般的行為自由との関係においては特別な基本権となる。そ

れゆえ、他の基本権との関係においては、原則として観念的競合 (真正な法条競合) が成立し得る」と述べている¹³⁷。そして、一般的人格権と観念的に競合する個別基本権としては、とりわけ基本法10条および同13条、または同6条1項があるという。

さらにクーニツヒも、「一般的人格権は、同様に人格の領域の保護を目的とする、同基本権に内容上類似するその他の基本権、とりわけ基本法10条、13条、さらには同6条1項と共に、別個独立して併存する」として、一般的人格権がとりわけ基本法10条、13条、6条1項に対して観念的競合の関係にあると解している¹³⁸。

5.4 補充性 (Subsidiarität) の概念

判例・学説において、しばしば基本法2条1項は、個別基本権に対する「補充的¹³⁹」 (subsidiär) な基本権であると言われる。し

かしながら、ここでいう「補充性」の意味内容については、連邦憲法裁判所は必ずしも自己の立場を明確にしているわけではなく、また学説

の立場も必ずしも一致しているわけではない。しかし、この問題をめぐる現在の判例・学説の立場を最大公約数に言えば、大別して以下の三つに分けることができる。それは、補充性を、

①受け皿的機能（規範論理的特別関係）と同義に解する立場、②「完全な受け皿的」機能と同義に解する立場、③受け皿的機能と保護補充機能を包摂する上位概念と捉える立場である¹⁴⁰。

(1) 受け皿的機能（規範論理的特別関係）と同義に解する立場

圧倒的多数の学説は、補充性を、受け皿的基本権ないしは規範論理的特別関係と同義に解している（A説）¹⁴¹。ここでは「補充性」は、受け皿的機能の単なる言い換えにすぎない。「受け皿的基本権」としての基本法2条1項は、個別基本権に対して「補充的」であるから、特別な基本権の保護領域が関連する場合には、もはや適用の余地はないとされる。この意味での補充性は、「完全な特別法のために存する補充性」（„Subsidiarität infolge erschöpfender Sonderregelung“）とも呼ばれる¹⁴²。

学説によれば、連邦憲法裁判所も、1971年2月24日のメフィスト決定（BVerfGE 30, 173）において、補充性の意味を受け皿的機能の意味に理解したとされる¹⁴³。本件において、クラウス・マン（Kraus Mann）の小説『メフィスト』（„Mephisto Roman einer Karriere“）が本件小説のモデルである故人グスタフ・グリュンドゲンス（Gustaf Gründgens）の名誉を侵害するものであるとして、養子からの訴えにより、その出版の禁止が認められた。これに対して、出版社側が、基本法5条3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、結論としてこの出版社の憲法異議を棄却したが、同決定のなかで、基本法2条1項と個別基本権の関係につき、以下のように述べている。すなわち――、

「芸術の自由が、基本法2条1項後段に基づき、他人の権利、憲法的秩序および道徳律によって制約されるとする見解も、受け入れられない。このような見解は、連邦憲法裁判所の不変の判例において承認されている、基本法2条1項の有する補充性（Subsidiarität）と、個別の自由権の有する特別法（Spezialität）との関係に相反することになる（vgl. u. a. BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 9, 63 (73); 9, 73 (77); 9, 338 (343); 10, 55 (58); 10, 185 (199); 11, 234 (238); 21, 227 (234); 23, 50 (55 f.))。つまり、この〔両者の〕関係によれば、基本法2条1項後段の公共の福祉による留保が、特別な基本権によって保護される生活領域に及ぶことは許されないのである」（S. 192）。

上の学説によれば、連邦憲法裁判所はメフィスト決定によって、「補充性」の意味を（規範論理的）特別関係にいう「一般法」と同義に解している、という。したがって、この「補充性」を有する基本法2条1項は、特別法である個別基本権が適用される場合には、常にその適用が排除される、と理解したという。

その後も連邦憲法裁判所は、1971年10月19日の決定（BVerfGE 32, 98）において、基本法4条1項は「基本法2条1項に対する特別法で

ある。良心の自由が他人の権利、憲法適合的秩序、道徳律によって制約されるとする見解は、連邦憲法裁判所が普遍的判例において認めてきた、個別自由権という特別法に対する基本法2条1項の補充性という関係と相容れないことに

(2) 完全な受け皿的権利と理解する立場

通説に対して、補充性は受け皿的機能とは異なる概念であるとする立場もある（B説）¹⁴⁵。この立場によれば、そもそも受け皿的基本権とは、「個別の自由権が、事案の内容上（thematisch）、関連性を有しない場合に」、すなわち個別基本権の保護領域が関連しない場合に適用される基本権をいうとされる。これに対して「補充」とは、当該活動が、たとえ特別な基本権の保護領域に関連していたとしても、実質的にこれらの個別基本権の保護を受けない場合に、補助的に、一般法である基本権が適用されることをいう。すなわち、ある活動が制約された場合、まずは個別基本権が適用され、仮に規制が合憲とされて個別基本権の保護を受けなくとも、一般的な基本権が「補充的」に適用されうることになる。この意味での補充性は、「完全な受け皿的権利」と同義となる。

連邦憲法裁判所が、基本法2条1項の関係でこの意味での「補充性」の概念を使用しているかどうかは不明確であるが、学説のなかには、同裁判所は、基本法21条と同9条の關係に触れた1961年3月21日の判決（BVerfGE 12, 296）において、「補充性」の意味を、上述のように「完全な受け皿的権利」の意味に理解した、と分析するものがある¹⁴⁶。

同判決の事案は以下の通りである。す

なる」（S. 107）と述べて、基本法2条1項の適用を排除して同4条1項を適用しており、上述の判例の立場を踏襲していると解することができる¹⁴⁴。

なわち、本件において、憲法異議申立人は、1951年から、社会主義の偽装団体（Tarnorganisation）としての独ソ友好協会（GDSF）の主たる役員としてドイツ連邦共和国内で活動を行っており、同時に彼は、ドイツ共産党（KPD）の構成員として、GDSFとKPDの橋渡しを行っていた。ところで、1951年8月30日の刑法改正法律により、刑法典90a条1項は、「その目的または活動が、憲法秩序もしくは国際間の協調（Völkerverständigung）の思想に反対することに向けられた結社（Vereinigung）を設立する者、または首謀者（Rädelsführer）もしくは陰の指導者（Hindermann）としてそのような結社の設立を助長したものは、禁固刑に処する」と規定し、同3項は、「結社が、本法律の適用を受ける政党である場合には、連邦憲法裁判所が同政党を違憲であると確定したのち始めて、刑の執行が可能となる」と規定していた。憲法異議申立人は、この刑法典第90a条に基づき、州裁判所により禁固刑に課せられ、連邦最高裁判所もこの決定を支持したため、政党の憲法的地位を認める基本法21条の侵害等を主張して憲法異議を申し立てた。

これに対して、連邦憲法裁判所は、本判決において、「刑法典90a条は、政党の設立および

促進を、憲法裁判所が同政党を違憲であると宣告する以前に、刑罰によって脅かすものであるため、同法は基本法21条を侵害する」(S. 304)とし、この違法な条文に基づいて判断を下した本件下級裁判所の判決は、「憲法異議申立人の基本法2条1項の基本権を侵害する」(S. 308)と述べて、結論として、本件憲法異議には理由があると判示した。さらに同裁判所は、基本法21条と、結社の自由を保障する基本法9条の関係につき、以下のように説示している。すなわち、「政党は憲法生活の設立に属する。その地位は、基本法21条によって保障される。基本法21条は、基本法9条に対する特別法(*lex specialis*)である。それゆえ、基本法9条2項は、たとえ補充的(*subsidiär*)であっても、政党には適用されえない(BVerfGE 2, 1 (13))。それによれば、憲法に反する一連の活動に対しては、〔その主体が〕政党である場合には、基本法21条に基づいてのみ審査がなされ、結社(*Vereinigung*)に適用される基本法9条2項を基準とした審査を行うことは不可能である」(S. 304)。

学説の一部によれば、連邦憲法裁判所は当該

(3) 受け皿的機能と保護補完機能を包摂する概念であると解する立場

以上の二つの見解に対して、補充性を、「受け皿的機能」(規範論理的特別関係)と「保護補完機能」(規範的特別関係)を包摂する上位概念と捉える説もある(C説)¹⁴⁷。この立場は、「特別関係」の概念を規範論理的特別関係の意味でのみ捉えてこれを「受け皿的機能」と呼び、さらに規範的特別関係を「保護補完機能」と呼んだ上で、「補充性」には

判決によって、特別法である基本法21条が適用される場合には、たとえ当該活動が同条項の実質的な保障を受けなくとも、つまりたとえ「補充的」であっても、もはや一般法である基本法9条の適用の余地はないと解する。逆に言えば、一般法としての基本権がここでいう「補充性」を有する場合には、同基本権は、たとえ特別法である基本権が適用可能だとしてもその実質的保障が及ばない限りにおいて、「補充的」に適用され得るということになる。ここから上の学説は、同裁判所にいう「補充」の意味は、学説のいう「受け皿的」機能とは異なり、「完全な受け皿的」機能と同義であると理解するのである。ここでは、「特別関係」と「補充性」とは別個の概念とされ、必ずしも一般法である基本権が「補充性」を有するわけではない、ということになる。

ところで連邦憲法裁判所は本判決において、基本法9条の同21条に対する「補充性」を否定しているが、同裁判所が、基本法2条1項の「補充的」機能をも否定しているのか否かは、明らかではない。

この両者が含まれるとする。いわく、「受け皿的機能および(優越的基本権(*dominantes Grundrecht*))としての基本法2条1項が有する)保護補完機能は…補充性という上位概念に含まれ得る。この補充性という形式の下で、第一次的に『特別関係原則』と称されうる競合関係が、全体として形成される。私の考えでは、基本法2条1項とその後に列挙されてい

る自由権の関係における特別関係とは、基本法2条1項の補充性によって強化され、または（別の表現を用いれば）基本法2条1項の補充性によってジンテーゼ（Synthese）と化した、指導的カテゴリー、より詳しく言えば、基本的カテゴリー（Grundkategorie）である。保護補完機能は、正確に言えば、混合現象（Mischphänomen）として、そこに順応する。つまり保護補完機能は、基本権の部分的な重なり合いと部分的な補充性が成立する事例から構成され、かつ、基本権の部分的な重なり合

5.6 小括

以上のように、本章は、基本法2条1項の機能をめぐって判例・学説においてしばしば主張されている、①受け皿的機能、②保護補完機能、③観念的競合を取り上げ、それぞれの内実について検討した。

基本法2条1項がこれらのうちどの機能を有しているのか、また、これらの諸機能が相互にどのような関係にあるのが問題となるが、多くの論者は、基本法2条1項はすべての個別基本権との関係において「受け皿的機能」ないしは「補充的機能」を有しており、したがって特別法である個別基本権が関連すれば、もはや基本法2条1項の適用の余地はないと解してきた。

6. むすびにかえて

以上、基本法2条1項と個別基本権の競合、さらには基本法1条1項と結びついた同2条1項が保障する一般的人格権と個別基本権の競合をめ

いと部分的な特別関係が成立する事例から構成されている。特別関係と補充性とは、しかしながら、相互に互換性のない、二つの別個のカテゴリーを形成している¹⁴⁸。

この立場によれば、「補充性」は、規範的特別関係だけでなく、保護補完機能（すなわち規範的特別関係）を含む概念であるため、補充性の概念に「保護補完機能」を含める点でA説とは異なり、また「完全な受け皿的権利」を包摂しない点でB説と異なる。

しかしながら、学説のなかには、すべての個別基本権が基本法2条1項に対して「抽象的な」特別関係にあるわけではないと解するものが数多く見られる。そしてこれらの学説は、基本法2条1項は、一定の個別基本権との関係では、保護補完機能または観念的競合の関係にあると主張している。

ただし、基本法2条1項がどの個別基本権に対して受け皿的機能を有するのか、どの個別基本権につき保護補完機能や観念的競合の関係が発生するのかについては、これらの学説のなかにおいても明らかではない。

ぐる判例・学説の議論を分析した。これらの議論を要約すれば、以下ようになる。

(1) 基本法2条1項と個別基本権の競合をめぐる議論

まず、基本法2条1項と個別基本権の競合につき、連邦憲法裁判所の立場を大別すれば、以下の4つに分類することができる。①第一に、連邦憲法裁判所は、1952年4月30日の判決（BVerfGE 1, 264）以来、両者は（規範論理的）特別関係にあると解してきた。すなわち同裁判所によれば、基本法2条1項は個別基本権の保護領域が関連しない場合においてのみ適用され得る。つまりこの場合、個別基本権に対する介入が正当化されて、結果として個別基本権に対する保護が及ばないという場合であっても、基本法2条1項は適用されないことになる。連邦憲法裁判所は、このような両基本権の特別関係原則を、例えば、基本法4条、同5条、同6条、同9条、同10条、同12条、同13条、同14条、同19条、同101条1項2文等が関連する事例で適用している。②第二に、連邦憲法裁判所は、両基本権の観念的競合を認めており、多くの事例において、基本法2条1項を、例えば基本法14条、同12条、同5条、同6条、さらには同2条2項、同9条3項、同4条といった個別基本権と同時に適用している。③第三に、連邦憲法裁判所は、基本法2条1項と一定の個別基本権の間には抽象的な優越関係は存在せず、どちらの基本権を適用するかは個別の事例において判断すべきとしている。すなわち、同裁判所は、1962年1月24日の判決（BVerfGE 13, 290）において、両基本権がそれぞれ「独自の意味を有し、その結果『特別な』規範の侵害が『一般的な』規範の侵害なしに生じうる場合には」、どちらの基本権を適用すべきかは、どちらの基本権が「審査すべき事実関係に対し

てより強度な実質的関連性を有しているか」を基準に判断すべきとした。④第四に、同裁判所の判例の中には、両基本権の特別関係を類型化し、個別基本権の保護領域が関連する場合であっても、介入が正当化されて同基本権による実質的な保護が及ばない場合には、基本法2条1項は適用可能であるとするものがある。

これに対して学説の多くは、連邦憲法裁判所の①の立場と同様に、基本法2条1項は個別基本権に対して規範論理的特別関係にあり、両基本権の保護領域が関連する事例では、後者が前者を排除して単独で適用されるとする。このような基本法2条1項の機能は「受け皿的機能」とも呼ばれる。ただし、ある活動が個別基本権の保護領域には含まれないが、同基本権の規範領域には含まれる場合にも、なお一般法である基本法2条1項の適用が可能であるか否か、さらには、個別基本権の保護領域は関連しているが同基本権に対する介入が生じていない場合に基本法2条1項が適用可能か否かについては、学説の立場は二分している。また、学説は、連邦憲法裁判所の④の立場については、これを「完全な受け皿的機能」と呼んで受け皿的機能とは区別した上で、これを一貫して否定している。

もっとも学説の中には、連邦憲法裁判所の③の立場と同様に、基本法2条1項はすべての個別基本権に対して受け皿的機能を有するのではなく、一定の基本権との間では、両者は抽象的な特別関係は存在しないと説くものもある。すなわちこの立場によれば、両基本権はそれぞれ独自の構成要件を有しているために、両者の間

には構成要件上の包含関係はなく、部分的な重なり合いが存在するにすぎない。この部分的に重なり合う領域でどちらの基本権が適用されるべきかが問題となるが、ここでは規範論理的特別関係は成立せず、個別の事例で、当該事案により強い関連性を有している基本権が他方を排

除して適用されるべきとする。基本法2条1項のこのような機能は、保護補完機能とか規範的特別関係と呼ばれている。そして基本法2条1項と規範的特別関係にある個別基本権として、学説の中には基本法10条、13条、6条1項等を挙げるものがある。

(2) 一般的人格権と個別基本権の競合をめぐる議論

さらに、基本法2条1項の自由のうちでとりわけ「重要な地位をしめるようになってきている」一般的人格権と個別基本権の競合につき、連邦憲法裁判所の判例を大別すれば、以下の3つに分類できる。①第一に、連邦憲法裁判所は、1980年6月3日の決定（エップラー事件）において、一般的人格権と個別基本権は一般法・特別法の関係にあることを明示し、それ以後も、例えば基本法13条、14条、10条、19条4項が関連する多くの事例において、この立場を踏襲している。②第二に、連邦憲法裁判所は、例えば基本法5条、6条、14条が関連する多くの事例において、一般的人格権をこれらの個別基本権と並んで適用している。また、判例の中には、一般的人格権を、職業の自由（基本法12条1項）、所有権の保障（同14条1項）、住居の不可侵（同13条1項）、放送の自由（同5条1項）と同時に審査基準として適用した判決も見られる。③第三に、連邦憲法裁判所は、2006年3月2日判決（BVerfGE 115, 166）において、結果としては一般的人格権（情報自己決

定権）を基本法13条と同時に適用したが、その理由につき、基本法13条は「通常は」一般的人格権に優位するが、両基本権の保護領域が「部分的にのみ重なり合う場合には」、後者は前者によって排除されないと述べている。すなわち同裁判所は、両基本権は抽象的な特別関係にあるわけではなく、両者の関係については、個別の事例によって判断すべきとの立場に立っている。

この点につき、学説の多くは連邦憲法裁判所の①の立場を支持し、一般的人格権はとりわけ基本法13条および同10条に対して、一般法・特別法の関係にあり、個別基本権の保護領域が関連する場合には、もはや一般的人格権は適用されないとする。しかしながら学説の中には、一般的人格権は、とりわけ基本法10条、同13条、同6条1項に対しては特別な基本権とみなされ、これらを排除して単独で適用され得るとする立場や、両基本権はそれぞれ別個独立した基本権として併存するため、両者は観念的競合の関係に立つと解するものも見られる。

(3) 若干の検討

このようにドイツの判例・学説において見られる、基本法2条1項は個別基本権と観念的に

競合すると解する考え方や、前者は後者に対して保護補完機能を有すると解する考え方は、こ

れまで一貫して包括的基本権は個別基本権に対して一般法・特別法にあると解してきたわが国の学説において、議論の俎上に載せられることはなかった。しかしながら、以上のようなドイツの議論は、わが国における「違憲審査の活性化¹⁴⁹」や「憲法の規範力¹⁵⁰」という観点から見れば、有益な点が存在し得ると考える。

すなわち、わが国では、最高裁判所の違憲審査権の行使が、質的にも量的にも重大な問題を抱えており、このため、違憲審査制をどのように活性化させるべきかという問題につき、従来から激しく議論がなされてきた。この点、抽象的審査制の採用や憲法裁判所の設置など、制度そのものの見直しを主張する見解もあるが、さしあたり現行の付随的審査制の下で違憲審査制の活性化を図る方法としては、①立法の不作为の違憲確認請求や法律の執行停止請求のような訴訟類型を認める、②審査手続を広げて関係者の参加ないし意見聴取を促進する仕組みを整備する、③憲法判断ないし判決形態につき弾力的な方法を用いる、④最高裁判例を外務からレビューする制度を設けるべき、⑤現在の最高裁判所を改組して特別の憲法部を設ける、等の主張がなされている¹⁵¹。

これらの主張は、違憲審査制の活性化につながるものとして評価され得るものであるが、しかしながら、これらはすべて違憲審査制のハードウェアの改革であり、そのソフトウェアの改革については、従来の議論は不十分であったと言える。この点、学説の中には、「憲法13条の幸福追求権から導き出される権利を一般的自由と広く解釈すること」が、違憲審査制の活性化にとって重要であるとの指摘がある¹⁵²。しか

しながら、この指摘は、幸福追求権は個別基本権に対して一般法・特別法に関係にあると解するわが国の判例・学説の考え方の下では、ほとんど機能し得ない。なぜなら、たとえ憲法13条の保護領域を広く解しても、個別基本権の保護領域が関連する場合には基本法13条が適用されることはなく、また、両基本権に間に抽象的な優越関係のみを認める考え方の下では、個別基本権によっても保護されないような行為は、たとえそれが憲法13条の保護領域に含まれているとしても、同基本権による保護が認められる余地は期待薄だからである。

この点、ドイツの議論に倣って、包括的基本権と個別基本権とはそれぞれ独自の構成要件を持った別個独立した基本権であり、したがって、包括的基本権はすべての個別基本権に対して常に抽象的な特別関係にあるのではないと解するのであれば、わが国においても包括的基本権条項の適用場面が増え、憲法裁判の活性化につながる可能性はあろう。すなわち、この場合、憲法13条は、一定の個別基本権が関連する場合でも、同基本権と同時に、または同基本権を排除して適用が可能であり、また両者の間に抽象的な優越関係はなく両者は別個独立した基本権であるため、必ずしも個別基本権で保障されないからといって、憲法13条の保障が及ばないということはない。両者はそれぞれ性質を異にする基本権であるため、その審査基準や審査の強弱も次元を異にする。さらに、このような理解は、当事者に対して憲法上の訴えの間口を広げ、国民に憲法への意思を「喚起・覚醒・維持」することにも寄与する可能性はあろう。

本稿で概観したように、ドイツ連邦憲法裁判所は、基本法2条1項にいう基本権を一般的行為自由として広く捉えるだけでなく、基本法2条1項の多様な機能に着目することで、憲法異議の訴えを広く認めている。ドイツにおける憲法判例の実績には、この基本法2条1項の諸

機能が大きく寄与していると思われる。もっとも、本稿は、基本法2条1項の機能のうちの一部のみを扱っており、その他の機能をめぐるドイツの議論については触れていない。この点をめぐる議論の分析・検討は今後の研究課題である。

註

- 1 例えば、最高裁判所は、京都府学連事件訴訟において（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁）、「憲法13条…は、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態…を撮影されない自由を有するものといふべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない」と判示した。
- 2 長尾一紘『日本国憲法（第3版）』138頁（世界思想社・1997）を参照。
- 3 もっとも、最近でも「包括的基本権」に批判的な学説もある（棟居快行『憲法学再論』270頁以下（信山社・2001）を参照）。ただし、この立場にいう「包括的基本権」とは、「列挙された自由権を幸福追求権の単なる例示とみる」という意味で用いられている。
- 4 この通説的見解に対して、幸福追求権と個別基本権は一般法／特別法の関係ではなく、基本法／具体化法、または抽象的権利／具体的権利の関係にあるとする学説もある（高橋和之『立憲主義と日本国憲法』122頁（有斐閣・2005））。それによれば、「特別法が一般法に優先するという原則は、両者が矛盾した場合の問題であり、矛盾しない場合に特別法を優先させねばならない理由はない。しかるに、幸福追求権と個人人権は矛盾する関係にはないのであるから、両者の関係を一般法と特別法に類比するのは問題である。むしろ基本法と具体化法の関係に類比すべきであろう。あるいは、抽象的権利と具体的権利といってもよい。幸福追求権という抽象的権利が母胎となり、そこから個人人権が具体的権利として派生してくるのである」という。
- 5 幸福追求権が個別的基本権との関係で、一般法・特別法との関係にあると主張するものとして、さしあたり、芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』138頁〔種谷春洋執筆〕（有斐閣・1978）、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』344頁（有斐閣・1994）、佐藤幸治『憲法（第3版）』448頁（青林書院・1995）、伊藤正己『憲法（第3版）』229頁（弘文堂・1995）、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ（第4版）』263頁以下（有斐閣・2006）、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』235頁（成文堂・1993）、粕谷友介＝向井久了＝矢島基美『憲法（第2版）』91頁以下（青林書院・2003）、松井茂記『日本国憲法（第3版）』339頁（有斐閣・2007）、渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法Ⅰ人権（第3版）』238頁（有斐閣・2007）、渋谷秀樹『憲法』173頁（有斐閣・2007）等を参照。
- 6 橋本公巨『日本国憲法（改訂版）』219頁（有斐閣・1988）、樋口陽一他『注解法律学全集 憲法Ⅰ』266頁〔佐藤幸治執筆〕（青林書院・1994）、芦部・前掲注（5）『憲法学Ⅱ 人権各論』344頁、内野正幸『憲法解釈の論点（第4版）』53頁（日本評論社・2005）、浦部法穂『憲法学教室（全訂第2版）』44頁以下（日本評論社・2006）、野中＝中村他・前掲注（5）264頁、渋谷＝赤坂・前掲注（5）238頁等を参照。
- 7 この指摘につき、内野・前掲注（6）53頁を参照。
- 8 佐藤・前掲注（5）627頁。また、渋谷＝赤坂・前掲注（5）61頁も、「人権としての教師の教育内容決定権の根拠については、13条（幸福追求権）説、23条（学問の自由）説、26条説があった」。「しかし今日では、複合説が有力と言えるであろう」と述べて、13条が23条および26条と同時に適用されることを否定していない。
- 9 伊藤・前掲注（5）229頁、粕谷＝向井＝矢島・前掲注（5）92頁を参照。
- 10 阪本・前掲注（5）235頁、芦部・前掲注（5）344頁、佐藤・前掲注（5）448頁、野中＝中村他・前掲注（5）264頁を参照。
- 11 松井・前掲注（5）339頁。さらに、粕谷友介『憲法 改訂』114頁（上智大学・2003）を参照。

- 12 戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58号2頁(1996)。さらに、青柳幸一「『個人の尊重』規定の規範性」ドイツ憲法判例研究会編『未来志向の憲法論』61頁(信山社・2001)を参照。
- 13 この点につき、山下健次編『憲法』83頁以下〔森英樹執筆〕(青林書院・1986)を参照。
- 14 基本法2条1項の人格の自由な発展の権利をめぐる議論につき、さしあたり、田口精一『基本権の理論』77頁以下(信山社・1996)、妹尾雅夫「ドイツ連邦共和国憲法2条1項に於ける『人格の自由な発展を目的とする権利』について」早稲田大学政治公法研究11号175頁以下(1982)、赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』309頁以下(信山社・2008)、恒川隆夫「憲法裁判における基本権保障理論(2)——基本法2条1項の解釈について」名古屋大学法政論集97号213頁以下(1983)、阿部照哉「個人の尊厳と幸福追求権」社団法人民法情報センター『人権保障の生成と展開——世界人権宣言40周年記念論文集』161頁以下(1990)、戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開(上)』325頁以下(有斐閣・1993)、中村英樹「憲法上の自己決定権と憲法13条前段『個人の尊重』——自己決定権理論の再構成のための予備的考察」九州法学76号170頁以下(1998)、宮地基「人格の自由な発展の権利——その憲法裁判における機能について」明治学院論叢法学研究74号49頁以下(2002)、等を参照。
- 15 この点につき、赤坂・前掲注(14)318頁以下を参照。
- 16 一般的行為自由をめぐる我が国の研究は多岐に渡るが、さしあたり、小山剛「一般的行為自由説をめぐる諸問題」『法と正義』編集委員会編『法と正義』673頁以下(比較憲法学会・1993)、丸山敦裕「括的基本権条項から導かれる権利の射程——一般的行為自由の保障とその外縁」阪大法学48巻6号163頁以下(1999)を参照。
- 17 憲法上の一般的人格権については、根森健「人間の尊厳の具体化としての人格権——人格権研究序説」小林孝輔編『ドイツ公法の理論——その今日的意義』297頁以下(一粒社・1992)、同、「人格権の保護と『領域理論』の現在——最近のドイツ連邦憲法裁判所判例から」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』75頁以下(成文堂・1992)、同、「憲法上の人格権——個人の尊厳保障に占める人権としての意義と機能について」公法研究58号66頁以下(1996)、を参照。
- 18 根森・前掲注(17)「人格権研究序説」302頁、松本和彦『基本権保障の憲法理論』117頁(大阪大学出版会・2001)を参照。
- 19 戸波・前掲注(14)「自己決定権」337頁を参照。
- 20 Vgl. H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2009, Art. 2 Rdnr. 41 ff. さらに、根森・前掲注(17)「憲法上の人格権」70頁以下を参照。
- 21 この点につき、根森・前掲注(17)「人格権研究序説」305頁以下、松本・前掲注(18)118頁以下を参照。
- 22 エップラー事件(BVerfGE 54, 148)の判例評釈として、押久保倫夫「一般的人格権の性質と保護領域——エップラー事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』54頁以下(信山社・2003)を参照。
- 23 松本・前掲注(18)119頁を参照。
- 24 さしあたり、松本・前掲注(18)117頁、種谷春洋「『生命、自由及び幸福追求』の権利(一)」岡山大学法経学会雑誌14巻3号81頁以下(1964)、田口・前掲注(14)118頁以下、妹尾・前掲注(14)178頁、赤坂・前掲注(14)329頁、阿部・前掲注(14)162頁以下、根森・前掲注(17)「人格権研究序説」302頁以下、戸波・前掲注(14)「自己決定権」331頁、工藤達朗『憲法学研究』60頁(尚学社・2009)、新正幸「基本権の構成要件について」藤田宙靖=高橋和之編『憲法論集 樋口陽一先生古稀記念』178頁(創文社・2004)、押久保倫夫「『人間の尊厳』の規範結合——基本法2条1項の場合」兵庫教育大学研究紀要23巻第2分冊46頁(2003)等を参照。
- 25 連邦憲法裁判所の判例の不安定性は、当初から多くの学説によって指摘されてきた。さしあたり、W. Schmidt, Die Freiheit vor dem Gesetz. Zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 91 (1966), 42 (52 f.); E. Hesse, Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 I GG bei der Verwirklichung einer „verfassungsmäßigen Ordnung“, 1968, S. 56; R. Scholz, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 100 (1975), 80 (114 ff.); W. Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 38; D. Merten, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit – Art. 2 I GG in der Entwicklung, JuS 1976, 345 (348); H.-U. Erichsen, Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG, Jura 1987, 367 (369); ders., in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI. Freiheitsrechte, 2. Aufl. 2001, § 152 Allgemeine Handlungsfreiheit, Rdnr. 27 ff.; A. Söllner, Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, 144 (147); R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990, S. 160 f.; C. Degenhart, Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG, JuS 1990, 161

- (165); G. Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 133 ff.; W. Kahl, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, 2000, S. 2 f.; C. Hillgruber, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2002, Art. 2 I Rdnr. 250; J. Lege, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, Jura 2002, 753 (756); D. Murswiek, Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?, Der Staat 45 (2006), 473 (FN 46); A. Köpfler, Die Bedeutung von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz im Verwaltungsprozess, 2008, S. 101 を参照。
- 26 松本・前掲注 (18) 117頁以下を参照。また、根森教授も、「一般的人格権は、同じく『無名の』自由権ではあっても、前者〔一般的行為自由〕のように、本質的に補充的に包括的な基本権であることから解放される」と述べている(根森・前掲注 (17)「人格権研究序説」305頁)。
- 27 この点につき、小山教授は、「もっとも、同〔連邦憲法〕裁判所は基本法2条1項の補充的性格を徹底できておらず、たとえば夫婦(財産)契約の有効性が問題となった最近の判例(BVerfGE 103, 89)では、『基本法6条4項と結びついた2条1項から生じる権利』という回りくどい表現が用いられている」と指摘している。この点につき、小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』149頁(尚学社・2004)を参照。
- 28 基本法2条1項は、学説において、「主たる自由権」(Hauptfreiheitsrecht)、「母胎としての基本権」(Muttergrundrecht)、「受け皿的基本権」(Auffanggrundrecht)、「補足的な基本権」(Komplementärgrundrecht)、「白地基本権」(Blankettgrundrecht)、「起源的自由権」(Quellfreiheit)、「一般的自由権」(Generalfreiheit)などとも呼ばれている。本稿は、このうち「受け皿的基本権」と、さらに「保護補完機能」、「観念的競合」を取り上げ、その内容をめぐる判例・学説の議論を分析することにする。それぞれの概念の内実につき、Vgl. Köpfler, a. a. O. (Anm. 25), S. 59 ff.; Scholz, a. a. O. (Anm. 25), AöR 100 (1975), 80 (82)。
- 29 同判決の判例評釈として、田口精一「国外旅行の自由と憲法による保障——エルフェス判決」・前掲注 (22)『ドイツの憲法判例(第2版)』42頁以下を参照。
- 30 Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 2; K. Stern, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, § 92 Die Konkurrenz von Grundrechten des Grundgesetzes, S. 1401.
- 31 同判決につき、恒川・前掲注 (14) 223頁以下を参照。
- 32 現行法である「煙突掃除人業務に関する法律」(Gesetz über das Schornsteinfegerwesen (Schornsteinfegergesetz - SchfG))の第3条は、煙突掃除職人を「管轄行政官庁によってある特定の清掃管区(Kehrbezirk)における管区煙突掃除職人(Bezirksschornsteinfegermeister)として任命された者」と定義した上で、同9条において、「管区煙突掃除職人は、65歳に達した日から3・6・9・12月のうちの一番近い月が経過した後、自己の職業の遂行に対する定年に達する」と規定している。
- 33 同判決につき、恒川・前掲注 (14) 226頁以下を参照。
- 34 この点につき、詳しくは、Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 2 (FN 9), 59 (FN 354) 等を参照。
- 35 Vgl. BVerfGE 12, 341 (347); 65, 297 (303); 70, 115 (123); 73, 206 (253); 79, 256 (268); 89, 48 (61); 104, 337 (345)。
- 36 Vgl. BVerfGE 23, 127 (135); 24, 236 (252); 28, 243 (264); 32, 98 (107, 111) (判例評釈として、初宿正典「信教の自由に基づく治療拒否と刑事訴追——福音主義兄弟団事件」・前掲注 (22)『ドイツの憲法判例(第2版)』115頁以下を参照); 42, 312 (323); 44, 59 (69)。
- 37 Vgl. BVerfGE 11, 234 (238); 25, 44 (62); 25, 88 (101); 27, 71 (88); 30, 336 (351)。
- 38 Vgl. BVerfGE 30, 173 (192 f.) (判例評釈として、保木本一郎「芸術の自由と憲法的統制——メフィスト決定」・前掲注 (22)『ドイツの憲法判例(第2版)』190頁以下を参照); 93, 85 (94 f.)。
- 39 Vgl. BVerfGE 34, 165 (195) (判例評釈として、飯田稔「国家の学校監督権と親の教育権——進路指導学年制判決」・前掲注 (22)『ドイツの憲法判例(第2版)』236頁以下を参照); 53, 257 (300); 76, 1 (71); 80, 81 (95 f.)。
- 40 Vgl. BVerfGE 24, 119 (151)。
- 41 Vgl. BVerfGE 44, 1 (18 f.)。
- 42 Vgl. BVerfGE 19, 303 (314); 64, 208 (213)。
- 43 Vgl. BVerfGE 67, 157 (171); 110, 33 (53)。もっともこの2つの決定は、一般的人格権(基本法1条1項と結びついた同2条1項)と基本法10条の特別関係に触れた連邦憲法裁判所のその後の判例においてしばしば引用されている。
- 44 Vgl. BVerfGE 9, 63 (73); 9, 73 (77); 9, 338 (343); 10, 185 (199); 13, 97 (104); 13, 181 (185); 17, 381 (389); 21, 245 (249); 21,

- 227 (234); 22, 114 (120); 23, 50 (55 f.); 28, 21 (36); 30, 292 (336); 33, 171 (191); 37, 271 (290 f.); 38, 61 (79); 54, 237 (251); 60, 215 (229); 65, 237 (248); 68, 193 (216, 223 f.); 70, 1 (32); 77, 84 (118); 77, 179 (197) (判例評釈として、宮地基「外国人と職業の自由——治療師法施行令違憲判決」・前掲注(22)『ドイツの憲法判例(第2版)』289頁以下を参照); 77, 308 (339); 84, 34 (58); 94, 372 (389) (判例評釈として、神橋一彦「薬剤師の宣伝の禁止」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例III』260頁以下(信山社・2008)を参照); 95, 173 (188) (判例評釈として、青柳幸一「タバコ製品の包装への警告表示義務」『ドイツの憲法判例III』265頁以下を参照); 95, 193 (213); 97, 12 (25); 98, 265 (328) (判例評釈として、嶋崎健太郎「中絶専門医による妊娠中絶の制限と職業の自由——バイエルン妊婦援助補充法判決」『ドイツの憲法判例III』279頁以下を参照); 104, 337 (346) (判例評釈として、近藤藪「イスラームの作法に則った屠殺の規制」『ドイツの憲法判例III』285頁以下を参照); 105, 252 (279) (判例評釈として、丸山敦裕「市場競争に影響ある情報の国による公表——グリコール決定」『ドイツの憲法判例III』292頁以下を参照); 116, 202 (221); 117, 163 (181).
- 45 Vgl. BVerfGE 89, 1 (13).
- 46 Vgl. BVerfGE 17, 302 (306); 53, 257 (300); 85, 219 (223); 89, 1 (13) (判例評釈として、木村俊夫「使用賃借人の所有権としての占有権——賃借人所有権事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例II(第2版)』300頁以下(信山社・2006)参照); 101, 54 (74); BVerfG NJW 2000, 1480 (1481).
- 47 Vgl. BVerfGE 83, 182 (194); 101, 106 (121).
- 48 Vgl. BVerfGE 25, 336 (351).
- 49 その他の事例として、Vgl. BVerfGE 10, 55 (58); 47, 253 (270); 59, 128 (163); 74, 129 (151 f.).
- 50 この点につき、Vgl. Scholz, a. a. O. (Anm. 25), AöR 100 (1975), 114 (FN 185, 187).
- 51 その他、例えば、①基本法2条2項が問題となった事例として、BVerfGE 90, 145 (171) (判例評釈として、工藤達朗「薬物酩酊の権利?——ハシシ(Cannabis)決定」・前掲注(46)『ドイツの憲法判例II(第2版)』42頁以下、同・前掲注(24)66頁以下を参照); 91, 1 (34); 92, 277 (317) (判例評釈として、井上典之「旧東ドイツのスパイの処罰・訴追可能性」・前掲注(46)『ドイツの憲法判例II(第2版)』334頁以下を参照)、②基本法9条3条が問題となった事例として、BVerfGE 20, 313 (322)、などがある。また、③前述した2002年1月15日の決定(BVerfGE 104, 337 (346 f.))は、「基本法4条1項および2項と結びついた同2条1項の基本権」に触れており、その限りにおいて基本法2条1項を同4条と同時に適用している。
- 52 基本法14条1項と同2条1項が同時に適用された連邦憲法裁判所の決定として、本章で取り上げた判例の他、さしあたり以下のものがある。Vgl. BVerfGE 4, 7 (15 ff.) (判例評釈として、根森健「『基本法の人間像』と基本法の経済政策的中立性——投資助成判決」・前掲注(22)『ドイツの憲法判例(第2版)』35頁以下を参照); 14, 288 (293 ff.); 21, 306 (309 f.); 23, 229 (239); 24, 220 (235); 29, 402 (408 ff.); 75, 108 (153 ff.); 77, 1 (38) (判例評釈として、山本悦夫「私企業に対する国政調査権と基本権の保護——ノイエ・ハイマート事件」・前掲注(22)『ドイツの憲法判例(第2版)』510頁以下を参照)。
- 53 本判決は二つの事件の併合審であるが、ここでは一方の事案のみを扱っている。同判決につき、詳しくは、清水耕一「ドイツ法における剰余金配当問題の動向」生命保険論集157号233頁以下(2006)を参照。また、剰余金配当をめぐるドイツの法的問題に関して、さしあたり、中川正「相互保険における剰余金配分に関する法律問題」広島大学政経論叢9巻3・4号1頁以下(1960)、清水耕一「ドイツ保険監督法による剰余金配当規制の限界——配当付き生命保険契約の法的性質論序説」阪大法学51巻4号79頁以下(2001)、等を参照。
- 54 基本法12条1項と同2条1項が同時に適用された連邦憲法裁判所の決定として、さしあたり、以下のものがある。Vgl. BVerfGE 9, 83 (87 ff.); 13, 97 (104); 28, 364 (373 f.); 32, 311 (316); 75, 108 (153 ff.).
- 55 バーデン・ヴュルテンベルク州建築家法につき、詳しくは、太田和夫「西ドイツ(ドイツ連邦共和国)の建築家法」建築雑誌昭和48年10月号1095頁以下(1973年)を参照。
- 56 Vgl. M. Meike, In Verbindung mit, 2006, S. 33.
- 57 Vgl. R. Breuer, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 147 Freiheit des Berufs, Rdnr. 96; Meike, a. a. O. (Anm. 56), S. 32 f.
- 58 以下で取り上げた判例の他、Vgl. BVerfGE 60, 79 (91); 60, 329 (339); 99, 145 (156 ff.); 101, 361 (Leitsatz 3, 385 f.).
- 59 同決定の判例評釈として、門田孝「外国人の基本権と退去強制の即時執行——退去強制即時執行違憲決定」・前掲注(22)『ドイツの憲法判例(第2版)』347頁以下を参照。

- 60 同判決につき、詳しくは、古野豊秋「夫婦財産契約における契約の自由とその限界——扶養請求権放棄契約事件」・前掲注(44)『ドイツの憲法判例III』237頁以下、小山剛「私的自治と人権」ジュリスト1244号83頁以下(2003)を参照。
- 61 旅客運送法につき、詳しくは、志鎌一之「西独の1961年旅客運送法の概要」レファレンス135号75頁以下(1962)を参照。
- 62 本判決につき、詳しくは、鈴木秀美「放送法による独占放送権の制限——短時間ニュース報道権事件」・前掲注(44)『ドイツの憲法判例III』171頁以下、同・『放送の自由』135頁以下(信山社・2000)、村上武則/アンドレアス・シェラー「短時間ニュース報道の権利と1998年2月の連邦憲法裁判所判決」阪大法学48巻3号1頁以下(1998)を参照。
- 63 Vgl. R. Scholz, a. a. O. (Anm. 25), AöR 100 (1975), 80 (114 ff.).
- 64 Vgl. Scholz, a. a. O. (Anm. 25), AöR 100 (1975), 80 (115).
- 65 Vgl. Scholz, a. a. O. (Anm. 25), AöR 100 (1975), 80 (115).
- 66 Vgl. Scholz, a. a. O. (Anm. 25), AöR 100 (1975), 80 (115).
- 67 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 301 (FN. 31).
- 68 その他、同原則を踏襲したものととして、1977年2月8日決定(BVerfGE 44, 59 (69))と1981年10月21日決定(BVerfGE 58, 358 (363))がある。
- 69 同法の制定過程、さらにその基本的性格および合憲性をめぐるドイツの議論については、藤原淳一郎「西ドイツの石油備蓄法(1965年)に関する一考察」慶應大学法学研究63巻12号93頁以下(1990)を参照。
- 70 同判決の判例評釈として、栗城壽夫「所有権等の規制と立法者の予測——共同決定判決」・前掲注(44)『ドイツの憲法判例(第2版)』302頁以下を参照。
- 71 戸波・前掲注(14)「自己決定権」339頁。
- 72 この点を指摘するものとして、Vgl. Erichsen, a. a. O. (Anm. 25), in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VI, § 152 Rdnr. 29.
- 73 押久保・前掲注(22)『ドイツの憲法判例(第2版)』57頁。
- 74 さらに、連邦憲法裁判所の1988年11月10日の決定(BVerfGE 99, 185 (193))も、「〔基本法1条1項と結びついた同2条1項の〕基本権は、特別な自由保障の対象とはならない人格の諸要素を保護するが、この特別な自由保障が、人格の構成的意味において一般的人格権に劣位するわけではない」と述べている。同決定の判例評釈として、上村都「一般的人格権と意見表明の自由——ヘルンバイン決定」・前掲注(44)『ドイツの憲法判例III』142頁以下を参照。
- 75 Vgl. D. Murswiek, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 2 Rdnr. 138.
- 76 その他、連邦憲法裁判所は、基本法19条4項にいう、裁判所に対して公権力に対する法益保護を求める権利の侵害が問題となった1999年10月27日の決定(BVerfGE 101, 106)において、「本件〔下級裁判所の〕決定は、〔基本法19条4項にいう〕基本権のみを基準として審査されるべきであって、いずれにしても憲法異議申立人が主張した、基本法1条1項と結びついた同2条1項にいう情報自己決定権に基づき審査され得ない」(S. 121)と述べており、情報自己決定権は基本法19条4項によってもその適用を排除されるとしている。
- 77 判例評釈として、廣澤民生「強制執行のための住民の搜索と裁判官留保——強制執行事件」・前掲注(22)『ドイツの憲法判例(第2版)』294頁以下を参照。
- 78 判例評釈として、平松毅「住民に対する高性能盗聴による盗聴——『大盗聴(GroBer Lauschangriff)』判決」・前掲注(44)『ドイツの憲法判例III』320頁以下を参照。
- 79 当時の民法典第564b条2項2号は、「使用賃貸人が、自己、その世帯に属する人またはその家族構成員のために住居として場所を必要とする場合」には、「賃貸借関係の終了について、とくに使用賃貸人が正当な利益を有するものとみなす」と規定していた。同条項の翻訳については、上谷均「ドイツ賃貸借改正新旧対照仮訳(三)(ドイツ民法568条~574条c)」龍谷法学35巻2号397頁(2002)に倣った。
- 80 連邦憲法裁判所の2002年10月9日決定(BVerfGE 106, 28)の判例評釈として、川又伸彦「相手方の同意のない通話傍聴に基づく証言の証拠能力」・前掲注(44)『ドイツの憲法判例III』37頁以下を参照。
- 81 1999年7月14日の連邦憲法裁判所の判決(BVerfGE 100, 313)につき、詳しくは、小山剛「『戦略的監視』と情報自己決定権——BVerfGE 100, 313を中心に」慶應大学法学研究79巻6号1頁以下(2006)、同・「自由・テロ・安全——警察の情報活動と情報自己決定権を例に」大沢秀介・小山剛編『市民生活の自由と安全——各国のテロ対策法制』331頁以下(成文堂・2006)、同・「戦略的監視の限界」・前掲注(44)『ドイツの憲法判例III』247頁以下を参照。

- 82 その他、連邦憲法裁判所は、基本法10条が審査基準として用いられた1984年6月20日（BVerfGE 67, 157）と2004年3月3日（BVerfGE 110, 33）の2つの決定において、「本件のように、特別な生活領域が特別な基本権のひとつによって保護されている限りにおいて、個人は、自己の人格の自由な発展が公権力によって介入されている場合には、基本法2条1項にいう一般的基本権を主張することはできない」（BVerfGE 67, 157（171））として、基本法2条1項の適用を排除している。
- 83 2005年7月27日の連邦憲法裁判所の判決（BVerfGE 113, 348）の判例評釈として、西原博史「予防的通信監視と通信の秘密・比例原則——ニーダーザクセン警察法違憲判決」・前掲注（44）『ドイツの憲法判例III』254頁以下を参照。
- 84 本決定以前にも、連邦憲法裁判所は、ある囚人が彼の婚約者に宛てた信書のなかで言及された「帝国党議会・ニュルンベルク州上級裁判所（„Reichsparteitags-OLG in Nürnberg“）」という表現が問題となり同信書が差し押さえられたことが問題となった1994年9月12日の部会決定において（BVerfG NJW 1995, 1477 – Reichsparteitags-OLG）、これを支持した下級裁判所の決定は、「憲法異議申立人の、一般的人格権（基本法1条1項と結びついた同2条1項）と結びついた意見の自由の基本権（基本法5条1項1文）を侵害している」と判示している（S. 1477）。
- 85 同決定の判例評釈として、毛利透「自らの名前を名乗ることと意見表明の自由、一般的人格権」・前掲注（44）『ドイツの憲法判例III』153頁以下を参照。
- 86 本稿で取り扱った判例の他、両基本権を同時に適用した連邦憲法裁判所の決定として、BVerfGE 121, 175（189 ff.）を参照。
- 87 同判決につき、詳しくは、富田哲「『血統認識権』の意義と問題点——ドイツにおける判例の動向」福島大学行政社会論集7巻2・3号190頁以下（1995）、海老原明夫「自己の出自を知る権利と嫡出否認——ドイツ連邦憲法裁判所の判決と親子法の改正」法学協会雑誌115巻3号354頁以下（1998）、光田督良「自己の出自を知る権利と子による嫡出の否認」・前掲注（46）『ドイツの憲法判例II（第2版）』36頁以下等を参照。
- 88 本決定につき、詳しくは、海老原・前掲注（87）365頁以下、光田督良「自己の血縁を知る子の権利の時間的制約の合憲性」駒沢女子大学研究紀要3号23頁以下（1996）を参照。
- 89 同判決の判例評釈として、岩間昭道「国政調査権と税の守秘義務——フリック調査委員会判決」・前掲注（22）『ドイツの憲法判例（第2版）』505頁以下を参照。
- 90 この点につき、Vgl. R. Heß, Grundrechtskonkurrenzen, 2000, S. 216; H. Dreier, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. Bd. I, 2004, Art. 2 I Rdnr. 30 (FN 98); Scholz, a. a. O. (Anm. 25), AöR 100 (1975), 80 (112 f.); Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 2 f.
- 91 とりわけ、基本法13条は一般的人格権に対して特別法・一般法にあると解するものとして、Vgl. G. Cassardt, in: D. Umbach/T. Clemens, Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2002, Art. 13 Rdnr. 16; G. Hermes, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 13 Rdnr. 119; G. Gornig, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 5. Aufl. 2005, Art. 13 Abs. 2 Rdnr. 52; H.-J. Papier, in: T. Maunz/G. Dürig u. a. (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, 2006, Art. 13 Rdnr. 148; U. Volkman, Staatsrecht II - Grundrechte, 2007, § 6 Rdnr. 56; J. Ziekow/A. Guckelberger, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2008, C Art. 13 Rdnr. 35; C. Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 2008, S. 160; Jarass, a. a. O. (Anm. 20), in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 13 Rdnr. 2; Heß, a. a. O. (Anm. 90), S. 220.
- さらに、基本法10条は一般的人格権に対して特別法・一般法にあると解するものとして、Vgl. W. Schmidt, in: D. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), Grundgesetz - Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2002, Art. 10 Rdnr. 19; W. Löwer, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, 5. Aufl., Bd. I, 2000, Art. 10 Rdnr. 55; Jarass, a. a. O. (Anm. 20), in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 10 Rdnr. 2; G. Hermes, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 10 Rdnr. 94; U. Volkman, Staatsrecht II - Grundrechte, 2007, § 6 Rdnr. 104; C. Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 2008, S. 160; Heß, a. a. O. (Anm. 90), S. 220.
- 92 もっとも一般的人格権は、一般的行為自由との関係においては特別法となると解されることがある。この点に言及するものとして、Vgl. H. Sodan/J. Ziekow, Grundkurs. Öffentliches Recht, 2. Aufl. 2007, § 27 Rdnr. 8; H. Sodan, in: H. Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, 2009, Art. 2 Rdnr. 7; Jarass, a. a. O. (Anm. 20), in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 40; Spielmann, a. a. O. (Anm. 91), S. 160; Murswiek, a. a. O. (Anm. 75), in: Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 137.
- 93 「totales Auffangrecht」の概念につき、Vgl. H.-U. Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl. 1982, S. 141

- f; ders., a. a. O. (Anm. 25), Jura 1987, 367 (369); ders., a. a. O. (Anm. 25), in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VI, § 152 Rdnr. 26; E. Hesse, a. a. O. (Anm. 25), Bindung, S. 56; Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 19; Volkman, a. a. O. (Anm. 91), Staatsrecht II, § 2 Rdnr. 88.
- 94 受け皿的基本権の定義につき、さしあたり、Vgl. M. Sachs, Verfassungsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl. 2003, B2 Rdnr. 40 f.; W. Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2004), 203 (214); V. Epping, Grundrechte, 3. Aufl. 2007, Rdnr. 555; B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 24. Aufl. 2008, Rdnr. 369; C. Enders, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2008, C vor Art. 1 Rdnr. 97; Krebs, a. a. O. (Anm. 25), S. 39; Hillgruber, a. a. O. (Anm. 25), in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Art. 2 I Rdnr. 248; Lege, a. a. O. (Anm. 25), Jura 2002, 753 (756 ff.); Heß, a. a. O. (Anm. 90), S. 217.
- 95 ①の要件である、事案に対する「内容上の」関連性については、これを受け皿的基本権の要件に含めることを否定する学説もある。Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 90), S. 217 f.
- 96 Vgl. Di Fabio, in: T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog u. a. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2006, Art. 2 Abs. 1 GG, Rdnr. 21.
- 97 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 90), in: Dreier, Grundgesetz, Art. 2 I Rdnr. 93; Murswiek, a. a. O. (Anm. 75), in: Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 137.
- 98 Vgl. R. Zippelius/T. Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 22 Rdnr. 9.
- 99 Vgl. Di Fabio, a. a. O. (Anm. 96), in: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 GG, Rdnr. 21.
- 100 Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 90), S. 216 ff.
- 101 Vgl. Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 94), Rdnr. 197.
- 102 Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 94), A7 Rdnr. 13 ff.
- 103 保護領域の意義または概念につき、さしあたり、松本・前掲注 (18) 19頁以下、73頁を参照。
- 104 Vgl. Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 94), Rdnr. 197.
- 105 Vgl. C. Starck/T. Schmidt, Staatsrecht, 2003, S. 106; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 94), Rdnr. 198. さらに基本権の保護領域と規律領域の区別につき、小山・前掲注 (27) 『基本権の内容形成』128頁以下を参照。
- 106 Vgl. H. -G. Sokolish, Nochmals: Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, JuS 1976, 776 (778); H. -R. Lipphardt, Grundrechte und Rechtsstaat, EuGRZ 1986, 149 (161); Degenhart, a. a. O. (Anm. 25), JuS 1990, 161 (169); A. von Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, S. 56 ff.; K. -A. Schwarz, Das Postulat lückenlosen Grundrechtsschutzes und das System grundgesetzlicher Freiheitsgewährleistung, JZ 2000, 126 (130); J. Isensee, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Rdnr. 178; Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 19 f.; der., Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 43 (2004), 167 (186); U. Volkman, Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, JZ 2005, 261 (268); ders., a. a. O. (Anm. 91), Staatsrecht II, § 2 Rdnr. 92; C. Starck, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. Bd. I, 2005, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 71; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 8 Rdnr. 123; C. Gusy, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. Bd. I, 2005, Art. 8 Rdnr. 92; R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog u. a. (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, 2006, Art. 8 Rdnr. 77; Erichsen, a. a. O. (Anm. 25), in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VI, § 152 Rdnr. 26; Krebs, a. a. O. (Anm. 25), S. 39.
- 107 Vgl. Erichsen, a. a. O. (Anm. 25), in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VI, § 152 Rdnr. 26.
- 108 Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 19 f.
- 109 Vgl. H. Blaesing, Grundrechtskollisionen, 1974, S. 110; A. Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 14 Rdnr. 11 f.; P. Kunig, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. Bd. I, 2000, Art. 8 Rdnr. 37; A. Tschentcher, Versammlungsfreiheit und Eventkultur, NVwZ 2001, 1243 (1245 FN 27); Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 94), Rdnr. 341; Epping, a. a. O. (Anm. 94), Rdnr. 560; Sachs, a. a. O. (Anm. 94), B2 Rdnr. 42; Spielmann, a. a. O. (Anm. 91), S. 123; Köpfler, a. a. O. (Anm. 25), S. 101 f.; Heß, a. a. O. (Anm. 90), S. 218.
- 110 Vgl. Epping, a. a. O. (Anm. 94), Rdnr. 560.

- 111 Vgl. D. Lorenz, in: R. Dolzer/C. Waldhoff/K. Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2009, Art. 2 Abs. 1 GG Rdnr. 74. さらに、否定説に立つものとして、Vgl. Sachs, a. a. O. (Anm. 94), B2 Rdnr. 43; Erichsen, a. a. O. (Anm. 25), in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, § 152 Rdnr. 26; Di Fabio, a. a. O. (Anm. 96), in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 GG Rdnr. 21.
- 112 Vgl. G. Manssen, Staatsrecht II. Grundrechte, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 208 f; Epping, a. a. O. (Anm. 94), Rdnr. 564; Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 94), Rdnr. 371; Jarass, a. a. O. (Anm. 20), in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 2; Spielmann, a. a. O. (Anm. 91), S. 124 f.
- また、ミュンヒも、基本法2条1項の特別な基本権に対する「補充性にとって決定的なことは」、「特別な自由権の保護領域に対する介入 (Beeinträchtigung) が存在しているか否かのみである」と述べており、特別法に対する介入がない場合には基本法2条1項を適用し得ると解していると思われる。Vgl. I. v. Münch, Staatsrecht II, 2002, Rdnr. 310 (FN 8).
- 113 Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 90), S. 165.
- 114 この点につき、杉原周治「プレスの自由と意見表明の自由の競合(1)——プレスの自由の主観的権利としての側面」広島法学30巻1号136頁(2006)を参照。
- 115 Vgl. Epping, a. a. O. (Anm. 94), Rdnr. 564. さらに、グーベルト (Manfred Gubelt) も、「間接的な規律において職業を規律する意図 (berufsregelnde Tendenz) が存在しない場合には、基本法2条1項が適用される」と述べている。Vgl. M. Gubelt, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 12 Rdnr. 43.
- 116 Vgl. Spielmann, a. a. O. (Anm. 91), S. 125.
- 117 基本法2条1項がすべての個別基本権に対して受け皿の基本権であると解する学説は、その前提として当然に、基本法2条1項は一般的行為自由を保障していると理解していることにならう。基本法2条1項の受け皿的機能と一般的行為自由の関係をめぐる議論につき、さしあたり、Vgl. P. Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, S. 537; J. F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 193 ff.
- 118 さしあたり、Vgl. B. Rohrer, Beziehungen der Grundrechte untereinander, 1982, S. 72 f; Scholz, a. a. O. (Anm. 25), AöR 100 (1975), 80 (115); Krebs a. a. O. (Anm. 25), S. 38; J. Ziekow, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, S. 420; Köpfler, a. a. O. (Anm. 25), S. 107.
- 119 Vgl. Krebs a. a. O. (Anm. 25), S. 38.
- 120 基本法2条1項の保護補完機能はカールによって提唱されたが、最近の学説には、この保護補完機能を支持するものが見られる。例えば、Vgl. H. Kube, Die Elfes-Konstruktion, JuS 2003, 111 (114); Köpfler, a. a. O. (Anm. 25), S. 106 f.
- 121 Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 12.
- 122 Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 12 ff.
- 123 Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 12.
- 124 Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 25 ff.
- 125 Vgl. Scholz, a. a. O. (Anm. 25), AöR 100 (1975), S. 80 (115).
- 126 Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 14 (FN 75).
- 127 Vgl. Murswiek, a. a. O. (Anm. 75), in: Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 138. もっともムルスヴィークは、後述のように、一般的人格権は個別基本権と観念的に競合すると述べている。したがってムルスヴィークは、両基本権は原則として観念的に立ち、基本法10条、13条、6条1項との関係については両者が規範的特別関係に立つと解していると思われる。
- また、学説のなかには、基本法2条1項が保障する「外国人の職業の自由」と基本法4条の信教の自由の競合問題の問題に際しては、「どちらの基本権が〔事案に〕重点的に関連するのか」または「関連するすべての基本権が適用されるべきか」という二つの解決策が妥当であると説くものもある。Vgl. K.-E. Hain/P. Unruh, Neue Wege in der Grundrechtsdogmatik?, DÖV 2003, 147 (150 f.).
- 128 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 30), in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 1401.
- 129 このように解するものとして、さしあたり、Vgl. A. Katz, Staatsrecht, 16. Aufl. 2005, Rdnr. 684; Stern, a. a. O. (Anm. 30), in: Stern, Staatsrecht III/2, S. 1401; Jarass, a. a. O. (Anm. 20), in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 40.
- 130 Vgl. BVerfGE 79, 256 (268); 90, 255 (259); 115, 166 (188).

- 131 この点につき、杉原周治「基本権競合論(1)——意見表明の自由と芸術の自由の競合を素材として」広島法学29巻3号110頁(2006)を参照。さらに、Vgl. C. Bumke/A. Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 5. Aufl. 2008, S. 55.
- 132 Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 27.
- 133 Vgl. R. Naumann, Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit, JZ 1951, 423 (426); R. Scholz, Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 94; Erichsen, a. a. O. (Anm. 25), Jura 1987, 367 (370); ders., a. a. O. (Anm. 25), in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VI, § 152 Rdnr. 27; Starck, a. a. O. (Anm. 106), in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 50.
- 134 Vgl. Erichsen, a. a. O. (Anm. 25), Jura 1987, 367 (370); ders., a. a. O. (Anm. 25), in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VI, § 152 Rdnr. 27.
- 135 Vgl. Starck, a. a. O. (Anm. 106), in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 50.
- 136 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 90), in: Dreier, Grundgesetz, Art. 2 I Rdnr. 94; Murswiek, a. a. O. (Anm. 75), in: Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 138.
- さらに、シュミット・グレザー (Schmitt Glaeser) も、「基本法1条1項と結びついた同2条1項にいう私的生活形成を求める基本権と基本法5条1項の双方の保護領域が国家の措置によって不適法に介入された場合には、両基本権の侵害を認めることができる」として、両基本権を同時に適用し得ると解している。Vgl. W. Schmitt Glaeser, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 113 (1988), 52 (64 f.).
- 137 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 90), in: Dreier, Grundgesetz, Art. 2 I Rdnr. 94.
- 138 Vgl. Kunig, a. a. O. (Anm. 109), in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 91; ders., Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, 595 (603 f.).
- 139 「補充」の概念を「補強」(supplementär)とも称するとする見解もある。Vgl. R. Scholz, Zur Polizeipflicht von Hoheitsträgern, DVBl. 1968, 732 (736).
- 140 その他、「補充性」の概念を観念的競合と同義に捉える見解もある。例えば、Vgl. W. Wertenbruch, Grundgesetz und Menschenwürde, 1958, S. 89.
- 141 「補充性」を受け皿的機能と同義に解するものとして、さしあたり、Vgl. W. Weber, Innere Pressefreiheit als Verfassungsproblem, 1973, S. 76; Scholz, a. a. O. (Anm. 25), AöR 100 (1975), 80 (112 ff.); H. Bethge, Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2007, S. 159; M. Antoni, in: D. Hömig (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 2007, Artikel 2 Rdnr. 2; Krebs a. a. O. (Anm. 25), S. 38; Murswiek, a. a. O. (Anm. 75), in: Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 137; Starck, a. a. O. (Anm. 106), in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 49; Kunig, a. a. O. (Anm. 109), in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 88 ff.; Lorenz, a. a. O. (Anm. 111), in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof, Bonner Kommentar, Art. 2 Abs. 1 GG Rdnr. 73 ff.; Di Fabio, a. a. O. (Anm. 96), in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 21, 24; Enders, a. a. O. (Anm. 94), in: Friauf/Höfing, Grundgesetz, C vor Art. 1 Rdnr. 97; Jarass, a. a. O. (Anm. 20), in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 2 Rdnr. 2; v. Münch, a. a. O. (Anm. 112), Staatsrecht II, Rdnr. 310; Sodan/Ziekow, a. a. O. (Anm. 92), Grundkurs, § 27 Rdnr. 8; Zippelius/Würtenberger, a. a. O. (Anm. 98), Staatsrecht, § 22 Rdnr. 9; K. Hesse, a. a. O. (Anm. 67), Grundzüge, Rdnr. 427; Degenhart, a. a. O. (Anm. 25), JuS 1990, 1990 (169); Lege, a. a. O. (Anm. 25), Jura 2002, 753 (756 ff.); Schmidt, a. a. O. (Anm. 25), Wirtschaftsrecht, S. 160; Heß, a. a. O. (Anm. 90), S. 217; Volkmann, a. a. O. (Anm. 91), Staatsrecht II, § 2 Rdnr. 71; Bumke/Voßkuhle, a. a. O. (Anm. 131), S. 53, 68 ff.
- 142 この点につき、Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 44 (FN. 274).
- 143 この点につき、Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 44 (FN. 274).
- 144 さらに、前述の2002年1月15日判決 (BVerfGE 104, 337 (346))においても、「〔当該事例において適用されるべき〕保護規範はむしろ基本法2条1項であるが、このことは、ドイツ人に限定している基本法12条1項と外国人に対して補充的にのみ適用される基本法2条1項の間の特別関係から明らかとなる」と述べ、「補充性」を特別関係の意味で用いている。
- 145 補充性の概念を「完全な受け皿的基本権」と理解するものとして、Vgl. E. Hesse, a. a. O. (Anm. 25), Bindung, S. 56 (FN 38).
- 146 この点につき、Vgl. E. Hesse, a. a. O. (Anm. 25), Bindung, S. 56 (FN. 38).
- 147 Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 44.
- 148 Vgl. Kahl, a. a. O. (Anm. 25), S. 44.

- 149 わが国における違憲審査の活性化をめぐる議論については、さしあたり、戸波江二「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」法曹時報51巻5号1頁以下（1999）を参照。
- 150 憲法の規範力は、要するに、憲法の規範力を発揮できるための諸条件の整備が重要であるとする視点である。憲法の規範力につき、栗城壽夫「憲法の規範力(1)～(4)」名城ロースクール・レビュー3号29頁以下（2006）～8号89頁以下（2008）を参照。
- 151 この点につき、戸波・前掲注（149）「違憲審査の活性化」32頁以下を参照。
- 152 戸波・前掲注（149）「違憲審査の活性化」33頁参照。

〔2009年9月19日脱稿〕



杉原 周治 (すぎはら しゅうじ)

〔専攻領域〕 憲法学、情報法、ドイツ法

〔所属〕 愛知県立大学外国語学部