

# 民法における人格権の総則的地位 (1)

Die Stellung des Persönlichkeitsrechts als allgemeiner Grundsatz im Zivilrecht (1)

石井智弥

## 目次

第1章 はじめに

第2章 ドイツにおける人格権保護の展開

第1節 一般的人格権の承認とその保護

第2節 基本権による民法規範の支配

1. 基本権の私人間効力論

2. 基本権保護義務論への展開

(以上、本号)

3. 私法と憲法規範

第3節 人格権の位置付け

第3章 フランスにおける人格権保護

第4章 比較考察と判例分析

第5章 結び

## 第1章 はじめに

日本民法は一般的に、財産法と家族法に二分されて説明される。このような二分論は日本民法典の成立過程において生じたと指摘されているが<sup>1</sup>、財産法と家族法の対置を重視して、家族法の独自性を強調する議論<sup>2</sup>や、

家族法の内容に関する議論（相続法は家族法に含まれるのか）<sup>3</sup>などが展開されてきた。そして近時においては、このような二分論とは別に、民法の中に財産取引以外の側面として「人の法」を構成しようとする試みが現れている<sup>4</sup>。その具体的な内容は、「現行民法典の体系に即していえば、総則編の『人』の部分、

1 内田 貴『民法Ⅳ 補訂版 親族・相続』（東京大学出版会、2004年）6頁。

2 例えば、財産法とは異なる原理に基づいて家族法は体系化されるべきとする中川善之助『身分法の総則的課題』（岩波書店、1941年）など。

3 大村敦志『家族法 第3版』（有斐閣、2010年〔初版1999年〕）13 - 15頁。

4 「人」あるいは「人格」を主要な要素として民法を把握するものとして、広中俊雄『新版民法綱要 第一巻 総論』（創文社、2006年〔初版1989年〕）、山野目章夫『『人の法』の観点の再整理』民法研究第4号（2004年）1頁以下などがある。また、民法のテキストにおいても、藤岡康宏『民法講義Ⅴ 不法行為法』（信山社、2013年）は表紙裏の冒頭、本シリーズの趣旨の中で「民法は社会の基本法として、『人の法』と『財産の法』からなるが、民法の目的は両者あいまって社会の基本的な仕組みをつくり、人格の自由な発展の礎をきずくことにある。」と記している。さらに大村敦志『新基本民法7 家族編』（有斐閣、2014年）も『『人』は財産権の主体・取引の主体であるだけでなく、人格権の主体であり、家族関係の主体でもあることになる。権利義務の帰属点としての『人』は財産の流通の結節点であるに過ぎないが、人格を有し家族関係を有する人は、生活＝生命＝人生（life/vie）の主体として立ち現れる。『人と家族の法』という整理は、このような『厚みのある人』を中心として民法を把握しようというものである。』（15-16頁）と述べ、民法の新たな枠組みを提示している。

債権編の『不法行為』の部分、そして親族編の全体と相続編の一部から構成される』<sup>5</sup>と言われるが、民法における「人に関する法」を指しているという点で、人そのものの保護を内容とする人格権は中心的な役割をそこで果たすことになるだろう。このような視点から人格権を眺めた場合、この法益は不法行為における一保護法益としてだけでなく、民法全体に関わる法概念として位置づけることができる。そこで本稿では、人格権は民法における総則的な行為規範の一つになりうるのか、という問題を提起し、比較法研究と判例分析を通じて考察していく。

考察の手順としては、まずドイツとフランスの法状況を比較検討する。人格権研究は、プライバシー権を中心としたアメリカ法からのアプローチも見受けられるが<sup>6</sup>、不法行為の事例として見た場合、民法709条の解釈に大きな影響を与えているドイツ法およびフランス法の比較検討が有益だと考えられ、実際にそうした研究がおこなわれてきた。一般的に両国は、法典編纂形式の違いなど対照的な面が多々紹介され、人格権の分野においても、そうした違いが目立って現れている。だが、そうした相違点に埋もれながらも、人格権は人の存在そのものに関わる法益であることから、本質的な部分においては共通点があ

り、特に民法におけるその存在意義は、両国に共通するものがあると考えられる。しかしながら、従来の研究は、ドイツとフランスの人格権法について、それぞれ個別に検討されることが多く、両者の総合的な比較考察はほとんど見受けられない<sup>7</sup>。そこで本稿では、ドイツとフランスの人格権法を比較検討することで、相違点だけでなく、人格権概念の本質を明らかにする一助として、共通点も探っていく。次に、この比較法研究をふまえて、日本における人格権保護に関する判例を分析し、最後に、民法において人格権がどのような地位にあるのかを指摘する。

人格権の保護は、IT技術をはじめとする科学技術の発展・普及に伴い、深刻な人格権侵害が容易に生じ得るという現代社会において、大きな課題となっている。さらに不法行為法の分野でも、「法律上保護される利益」の侵害の要件充足をめぐり、新たな人格的利益の承認が議論の対象とされており<sup>8</sup>、人格権の研究はますます重要になっている。本稿は、そうした人格権研究の基礎研究と位置づけられるが、さらに、不法行為における一つの保護法益の研究に留まらず、人格権法を中心とした「人の法」の構築への基礎研究でもある<sup>9</sup>。

5 大村敦志『不法行為判例に学ぶ』（有斐閣、2011年）335頁。

6 代表的な研究として、伊藤正巳『プライバシーの権利』（岩波書店、1963年）。

7 三島宗彦『人格権の保護』（有斐閣、1965年）において、各国の人格権法の状況が紹介されているが、すでに内容は古いものとなっている。

8 例えば、「内心の平穏な感情」のような主観的な利益や、景観利益のような公共的な性格を有する利益が不法行為法上の保護の対象となってきたことから、被侵害利益が主観化・公共化していると指摘されており（吉田克己「現代不法行為法学の課題」法の科学35号143頁以下）、「…社会関係の複雑化や人々の価値観・意識の多様化にともない、従来不法行為法による保護の対象となってきた多様な人格にかかわる利益…が、不法行為法の俎上にのぼってきた。」（吉村良一「故人の追悼・慰霊に関する遺族の権利・利益の不法行為法上の保護—靖国合祀取消訴訟をてがかりに—」立命館法学327・328号（2009年）962頁）と言われている。

## 第2章 ドイツにおける人格権保護の展開

### 第1節 一般的人格権の承認とその保護

ドイツでの人格権法の発展は、すでに多くの研究<sup>10</sup>で扱われているので、詳細についてはそれらに譲り、ここでは概略に留める。

ドイツ民法上、人格権侵害の救済としては、ドイツ民法典（以下 BGB と表記する）の不法行為に関する規定の適用が考えられ、それは823条1項「故意又は過失によりて、他人の生命、身体、健康、自由、所有権あるいはその他の権利を違法に侵害する者は、その他人に対しこれにより生じた損害を賠償する義務を負う」、同2項1文「他人の保護を目的とする法律に違反する者には同じ義務が課される」そして826条「善良の風俗に反する仕方、故意に他人に損害を与える者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う」というものである。しかしながら、823条1項の「その他の権利」は人格権の包含を立法者によって予定されておらず、同2項を適用するには、名誉毀損における刑法上の規定（刑法典185条）のような保護法規が存在することが前提とされ、また826条の適用には加害者の「故意」が要求されていた。

つまり名誉、氏名（BGB12条）、著作者人格権など法律上認められた個別的人格権だけが法によって守られ、これに含まれない人格的利益には十分な保護が与えられなかったのである。それゆえ、全ての人格的利益を同じ要件の下で保護していくのに必要な「あらゆる人格領域に適用しうる一般的な原理」<sup>11</sup>となる包括的な人格権、すなわち一般的人格権が必要とされた。だがライヒ裁判所時代においては、「一般的人格権（allgemeines subjektives Persönlichkeitsrecht）は現行の民法では認められていない。氏名権、商標権、肖像権、著作権の人格的要素などの特に法律上規定された人格権だけが存在する」とされ、それは明確に否定された<sup>12</sup>。しかしこうした判例は、第二次大戦後、ボン基本法（以下 GG と表記する）が制定され、人間の尊厳の不可侵性（GG1条1項）及び人格の自由な発展の権利（GG2条1項）が同法で明記されるようになると、変更される。連邦通常裁判所（以下 BGH と表記する）は1954年5月25日の判決<sup>13</sup>で、以下のように一般的人格権が承認されたのである。すなわち、ライヒ裁判所時代においては、当時、有効なドイツ法秩序が一般的人格権を保護するための積極的な法律規定を有していなかったため、法律に依拠しない個別的

9 大村敦志『民法のみかた』（有斐閣、2010年）も、「人格権の重要性に鑑みるならば、通則または人の章に、人格権を承認することを明示する規定を置くことが考えられてよい。この種の規定が置かれるならば、人格権を中心に民法を再構成する途も開けるだろう（人間の法としての民法）。」（11頁）と述べている。

10 五十嵐清・松田昌士「西ドイツにおける私生活の私法的保護—一般的人格権理論の発展」戒能通孝・伊藤正巳編『プライバシー研究』（日本評論社、1962年）150頁以下、三島・前掲書16頁以下、斉藤博『人格権法の研究』（一粒社、1979年）、五十嵐清『人格権論』（一粒社、1989年）122頁以下、木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成—人格権概念に仮託された意味・機能に着目して—（1）、（2完）」立命館法学295号、296号（2004年）、拙稿「ドイツにおける人格権侵害に対する金銭賠償—侵害抑止を目的とした損害賠償—」専修法研論集36号（2005年）、拙稿「人格権侵害に対する損害賠償の史的考察—損害賠償法の二元化—」茨城大学政経学会雑誌78号（2008年）参照。

11 斎藤・前掲書99頁。

12 RGZ.69.401.

13 BGHZ13.334.

人格権の保護は拒絶されていたが、「いまや基本法が自己の尊厳を尊重される権利（GG1条）及び自己の人格の自由な発展の権利を—この権利が他人の権利を侵害しあるいは憲法的秩序又は道徳律に反しない限り（GG2条）—誰にでも尊重される私的な権利として認めたからには、一般的人格権は憲法上保障された基本権として考えられなければならない…」<sup>14</sup>。

この判決を契機に、人格権を一般的に保護する判例が展開していく。まず、具体的な保護手段としては、慰謝料請求権が挙げられる。これについては、BGB253条が慰謝料請求権に制限を付していたが、BGB旧847条の類推適用によって解決した。すなわち、BGB旧847条に規定された「自由」を身体的自由から精神的自由へと広く解釈することで、人格権侵害による非財産的損害の賠償にも認められるようにした<sup>15</sup>。さらに判例は、BGB253条の限定主義を脱し、GG1条及び2条1項を根拠にして人格権侵害に対する金銭賠償を認める<sup>16</sup>。すなわち「BGB253条では確かに、精神的損害についての金銭賠償は法律により明文で規定されている場合にのみ請求されうる、となっている。民法典がこの列挙主義を採ったときには、人間の人格及びその固有の領域の高い価値の法的保護は、法秩序の承認をまだ受けていなかったものであり、承認を与えたのは基本法1条及び2条1項であった。」「…この基本法の価値体系においては、精神的損害賠償が個別的に挙げられた法益の侵害の場合にのみ認められるとする精神的損害賠償の制約は、もはや適合しない。

なぜならその価値体系が、人間の不可侵の尊厳の保護を、第1条の中で国家権力の緊急の責務として承認しているからである。」と判示した<sup>17</sup>。そしてこうした積極的な判例の発展は、憲法裁判所によっても支持された。いわゆる「ソラヤ決定」（1973年2月14日）<sup>18</sup>において、憲法裁判所は、BGBが精神的損害の賠償を制限的に規定しているのは「立法上の過誤（legislative Fehlleistung）」であるとし、連邦通常裁判所のとった保護手段は「具体的事例における権利の実現にとって必要な限度でのみ、成文の法律から乖離しているのであって、この方法に対し憲法上は何らの反論も提起されえない。」と判断した<sup>19</sup>。

## 第2節 基本権による民法規範の支配

上述した人格権法の発展を見ると、ドイツでは憲法とのかかわりが重要になっていることが分かる。特に基本権との関係では、国家はその侵害の禁止だけでなく、侵害を防止する積極的な義務も課されていると考えられているので、人格権侵害はそうした国家の侵害防止義務の問題でもある。そこで本節では、ドイツにおける憲法と民法の関係に関する議論に目を向けてみる。

### 1. 基本権の私人間効力論

憲法と民法との関係は、憲法の基本的人権の規定が私人間の紛争においても影響するののか、という形で問われるが、日本でもこの問題は直接効果説と間接効果説の二説が紹介され、判例は「三菱樹脂事件」（最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁）、「昭和女子大事件」（最判昭和49年7月19日民

14 a.a.O., S.337-338.

15 「アマチュア騎手事件」（1958年2月14日）BGHZ26.349.

16 「朝鮮人参事件」（1961年9月19日）BGHZ35.363.

17 a.a.O., S.367-369.

18 BVerfGE34, S.269.

19 a.a.O., S.292.



集 28 卷 5 号 790 頁)、「日産自動車事件」(最判昭和 56 年 3 月 2 日民集 35 卷 2 号 300 頁)において後者の見解を採用し、通説も後者の立場だと言われる<sup>20</sup>。この問題定式はもともとドイツ法から持ち込まれたものと考えられ、間接効果説も次に述べる「リュート判決」(1958 年 1 月 15 日)<sup>21</sup>が判例上の嚆矢と言われる。

この事件の内容は次のとおりである。ハンブルク州の広報室長の立場にあったエーリッヒ・リュート (Erich Lüth) が、1950 年 9 月 20 日に「ドイツ映画週間」の開幕の際、プレスクラブ会長として挨拶し、その中で、ナチス時代にユダヤ人迫害映画の監督兼脚本家として関わったファイト・ハルラン (Veit Harlan) をドイツ映画の代表者として取り上げることの危険性について、映画配給会社と映画製作会社に対し警告した。これに対し、ハルランの脚本・監督で映画を製作した A 映画会社は、リュートに釈明を求めたところ、彼は新聞紙上で私見を公開し、ナチス時代にハルランがユダヤ人排斥に加担したことを指摘して、同映画のボイコットを訴えた。そこで、A 映画会社と B 映画配給会社は、ハンブルク地方裁判所に、映画のボイコット扇動 (リュートが同映画の上映禁止を映画館や映画配給業者に対して訴えること及び観客に同映画を鑑賞しないように訴えること) を禁じる仮処分を求め、同裁判所はそれを認めた。この決定に対してはリュートから不服申立

がなされたが、ハンブルク上級地方裁判所はこれを却下している。その一方で、A 及び B はこのリュートの申立について提訴し、ハンブルク地方裁判所はリュートに対し、前記の扇動行為が BGB826 条の良俗違反の不法行為に当たり、扇動行為の禁止処分に違反した場合には罰金刑もしくは禁錮刑に処せられる旨判示した。これについてリュートは、上級地方裁判所に控訴すると同時に、この判決が基本法 5 条 1 項の言論の自由の保障に違反するとして、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。

ここで下された連邦憲法裁判所の判決は、表現の自由に関する主要判例として位置付けられているが<sup>22</sup>、もう一つの側面として、基本権の私人間適用の問題に重大な判断を示すものでもあった。

すなわち、基本権は第一に、個人の自由を公権力から侵害されないように守るためのものであり、基本権の成立史を振り返っても、そのことは当然のことであるが、基本権の権利内容は、私法においても、その法領域を直接支配する規定を介して、客観的規範として及ぶとし、民法の解釈及び適用も、憲法に従ってなされると述べた (S.204 - 206)。そして、良俗などの一般条項を用いることで、憲法の影響は実現されるとし、民法においても、基本権の権利内容は一般条項を介して間接的に適用されることが明示された。

20 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第五版』(岩波書店、2011 年) 112 頁。

21 BVerfGE 7,198. 邦語の判例紹介として、川北洋太郎「基本的人権の第三者効力および言論の自由」『ドイツ判例百選』(有斐閣、1969 年) 50 頁、木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効力—リュート判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第 2 版)』(信山社、2003 年 [初版 1996 年]) 157 頁、同「ドイツ連邦裁判所における『リュート事件』の深層—ユダヤ人ジュース・オープンハイマー裁判をめぐる—」法政研究 68 卷 1 号 (2001 年) 237 頁。

22 表現の自由との関係において同判決を分析するものとして、毛利透「ドイツの表現の自由判例における委縮効果論—一九八〇年代まで」樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力・上』(信山社、2003 年) などがある。

## 2. 基本権保護義務論への展開

### (1) 基本権保護義務論<sup>23</sup>

基本権の私人間適用に関しては、その後、間接適用説から基本権保護義務論へと展開していく。これは、個人の基本権を他人からの侵害から保護するために、国家には積極的な措置をとらなければならない義務がある、という考えであり、GG 1条の人間の尊厳保護の規定を根拠にして判例や学説で展開されていった理論である<sup>24</sup>。この理論によると、私人Aが私人Bから基本権を侵害された場合、国家はAに対してAの基本権を保護するための積極的な措置をとる義務を負う。具体的にはBの侵害行為を止めさせたり、Bに対して賠償金の支払を命じることになるが、国家によるそうした措置はBの活動の自由を制限したり、財産の減少を強制する結果を伴うので、Bの基本権を侵害することにもなる。そのため、Bの基本権を尊重することも同時に求められ、Aの基本権の保護義務とBの基本権の尊重義務が調整されることになる。つまり、基本権保護義務論においては、基本権が過少に保護されることがないように、私人Aが国家に積極的に基本権の保護を要請する「私人A（被害者）と国家」の関係と、基本権が過剰に侵害されることがないように、私人Bが基本権の尊重を国家に求める「私人B（加害

者）と国家」の関係に問題が集約されることになり、人権の対国家性という枠組みの中で私人間適用を果たすことが可能になる。

この基本権保護義務論は、当初、刑法や行政法の領域での立法不作為などの場面で論じられていた。この理論のリーディングケースとされる事件も、堕胎に関する刑法改正を巡るものであった。それが次に挙げる「第一次堕胎判決」である。

### (2) 1975年第一次堕胎罪判決（1975年2月25日）<sup>25</sup>

この事件は、堕胎を条件付きで不処罰にする刑法改正が憲法に違反するとして、憲法裁判所に提訴されたものである。旧西ドイツ刑法 218条では、妊娠期間や中絶理由に関わりなく、妊娠中絶を全て処罰することが規定されていたが、1974年の第5次刑法改正法は、妊娠12週以内で、妊婦の同意のもと医師が行うという条件付きで、中絶を不処罰とする刑法 218a条を設けることとした。これに対し、バーデン・ヴュルテンベルク州政府が同法 218a条の施行停止の仮処分を連邦憲法裁判所に求め、これが認められると、さらにザールラント州、バイエルン州、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州、ラインラント・プファルツ州と、連邦議会議員 193名が加

23 基本権保護義務論については多くの研究があるが、邦語文献としては、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治—私法関係における憲法原理の衝突—(1)(2)」法学論叢 133 巻 4 号、5 号（1993 年）、栗城壽夫「最近のドイツの基本権論について—基本権の客観法的内容をめぐる議論に即して—」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（敬文堂、1994 年）、小山剛『国の『基本権保護義務』』憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』（敬文堂、1995 年）、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998 年）、西原博史「基本権保護義務論の位相と『平等の法律による具体化』について」樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力・上』（信山社、2003 年）、戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」同、ヨーゼフ・イーゼンゼー（ドイツ憲法判例研究会編訳、栗城壽夫ほか編）『保護義務としての基本権』（信山社、2003 年）、小山剛『基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現—』（尚学社、2004 年）を参照した。

24 詳細については小山・前掲『法理』15 頁以下。

25 BVerfGE39,1.

わり、本訴を提起した。主張の内容は、妊娠12週以内の中絶を不処罰にすることが胎児の生命権の侵害に当たる、というものである。判決では次のような判断が下された。

「全ての人の生命を保護するという国家の義務は、それゆえすでに、GG第2条2項1文から直接引き出される。さらにこの義務は、GG第1条1項2文の明文規定からも生じる。なぜなら、発生しつつある生命も、GG第1条1項の人間の尊厳が与える保護を共に享受するからだ。人の生命が存在するのであるから、人間の尊厳はその生命に認められる。生命の保持者がその尊厳を自覚しているかどうかや、その尊厳自体を保持するすべを知っているのかどうかは、決定的なことではない。人間の尊厳を根拠づけるには、人の存在に初めから基礎づけられている潜在的能力があれば足りる。」(S.41)

このように、胎児の生命も人の生命として人間の尊厳を享受するものとした上で、次のように国家の基本権保護義務について論じた。

「…連邦憲法裁判所の変わらぬ判例により、基本権規範は、個人の国家からの主観的な防御権だけを含んでいるのではなく、同時に客観的価値秩序を具体化しており、その価値秩序は、全ての法領域に対する憲法上の基本的判断として認められ、立法、行政そして判例に対し指針と衝撃を与える…。国家は発生中の生命を法的に保護することが憲法上義務付けられているのかどうか、義務付けられているとしてどのくらいの範囲で義務付けられるのかは、それゆえすでに、基本権規範の客観法的内容から引き出されうる。」(S.41-42)「国家の保護義務は包括的である。国家の保護義務は、一当然のことであるが一発生しつつある生命への国家による直接の侵害を禁止するが、それだけでなく、これらの生命を保護し支援することも国家に命じており、このことは特に、他者による違法な侵害からその生命を守ることである。法秩序の各分野は、それぞれに固有の課題に応じて、この要請の実現に向かわなければならない。国家の保護義務は、問題となっている法益が基本権の価値秩序の中でより高い地位にあればあるほど、それだけより重く受け止められなければならない。」そして、人の生命は、人間の尊厳の基盤であり、他の全ての基本権の前提であるから、基本法秩序において最も高い地位にあると述べ（S.42）、中絶不処罰の規定を違憲として無効であることを判示した。

この判決を契機に、基本権保護義務論はその後、憲法判例の中に多く現れるようになり展開されていった。その多くは、誘拐事件において人質の生命を守るために犯人の要求を受け入れるよう求めたもの<sup>26</sup>や、原発の設置認可をめぐる事件<sup>27</sup>など、行政の行為が問題となる公法の事例であったが、私法領域においても、保護義務が主張されるようになった。それが「代理商決定」である。

この判決を契機に、基本権保護義務論はその後、憲法判例の中に多く現れるようになり展開されていった。その多くは、誘拐事件において人質の生命を守るために犯人の要求を受け入れるよう求めたもの<sup>26</sup>や、原発の設置認可をめぐる事件<sup>27</sup>など、行政の行為が問題となる公法の事例であったが、私法領域においても、保護義務が主張されるようになった。それが「代理商決定」である。

### (3) 代理商決定（1990年2月7日）<sup>28</sup>

事実関係は以下のとおりである。憲法異議の申立人Xは、酒類製造・販売業者のAの代理商<sup>29</sup>として従事していたが、その代理商契約には、代理商の責めに帰すべき事由により契約が解除された場合、代理商は2年間、あらゆる競業を禁止する競業禁止条項があり、さらにその場合には補償が一切支払われないとされていた。そうした中、XはAと

26 「シュライヤー決定」(1977年10月16日) BVerfGE46, 160.

27 「カルカー決定」(1978年8月8日) BVerfGE49, 89., 「ミュルハイム・ケルリッヒ決定」(1979年12月20日) BVerfGE53, 30.

28 BVerfGE81, 242.

の代理商契約を解約せずに、Aの競業相手の仕事に従事したため、AはXとの契約を解除し、競業の差し止めを求めて裁判所に提訴した。地方裁判所ではAの主張は認められなかったものの、最終的に、ミュンヘン高等裁判所及び連邦通常裁判所がAの主張を受け入れ、競業差止めの仮執行を許容した。

ところで、1953年改正のドイツ商法93a条2項2文は「事業者が、代理商の責めに帰すべき重大な事由により契約関係を解消するとき、代理商はいかなる補償請求権も有さない」と規定しており、AとXの契約もこれを踏まえたものであった。そこでXは、補償のない競業避止義務を記した代理商契約とその根拠とされた上記条文がXの基本権を侵害するものとして、憲法異議を連邦憲法裁判所に申し立てた。

これに対し、連邦憲法裁判所はまず、次のように述べた。すなわち、契約当事者は契約により自己の職業上の行動の自由を相互に制約することができ、国家は私的自治の枠内で取り決められた内容を尊重しなければならない、とする。その上で、「しかし、競業禁止の判決を正当化するには、契約内容の確認と顧慮で十分ではない。私的自治は現行法の枠組みにおいてのみ存在するのであり、現行法は基本権と結び付けられる。基本法は価値において中立的な秩序ではなく、その基本権の章において、全ての法領域、従って民法にお

いても適用される客観的な基本的判断を行っていた。いかなる民法の規定も、基本権に現れている諸原理と矛盾して存続することはできない。このことは、強行法規を含む私的自治に制限を課す私法の諸規定に妥当する。」「そのような制限は、私的自治が自己決定の原理に依拠し、従って、自由な自己決定に諸条件を課すことも前提としているため、不可欠である。契約当事者の一方が、事実上一方的に契約条項を定めうるほど強い優位性を有しているとき、このことは契約の他方当事者に他者の決定を押し付けることになる。当事者のおおよその力の均衡が欠けている場合、契約法を用いるだけでは、実質的に公平な利益の調整は保証できない。そのような状況において、基本権上確保された地位が意のままにされようとしているときには、基本権保護を保障するために、国家の規制が調整的に介入しなければならない。社会的及び経済的に不均衡な力関係を防ぐ法律の諸規定は、この場合、基本権の諸規定の客観的な基本的判断を実現し、そして同時に、基本法の社会国家原理を実現する。」(S.254 - 255)

このように連邦憲法裁判所は、私的自治が支配する私法においても、基本権を侵害し得るような状況においては、国家に介入を要請し、保護義務の実行を命じた<sup>30</sup>。

(いしい・ともや 本学部准教授)

29 代理商 (Handelsvertreter) とは、商業使用人として雇用されることなく、独立に他人の商業上の行為を媒介したり、他人の名においてその商業上の契約を締結する者を指すとされる。山田晟『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』(大学書林、1993年) 306頁、Creifelds, Rechtswörterbuch, 17. Aufl. 2002, S.656 - 657.

30 但し、その後の連邦憲法裁判所で出されたいわゆる「保証契約決定」BVerfGE89, 214.においては、基本権保護義務論が明示的に登場しておらず、このことから「連邦憲法裁判所が私法関係における基本権侵害の問題において、基本権保護義務論を恒常的に採用するに至っているとは言えないことになろう」と指摘する見解もある(押久保倫夫「職業の自由と私法関係—代理商決定—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社、2003年[初版1996年]) 269頁)。