

ドイツにおける連邦労働裁判所と 連邦憲法裁判所による基本権の実現

——その協調と不一致——

倉 田 原 志

〔目次〕

はじめに

第1章 専門裁判所と連邦憲法裁判所

第1節 専門裁判所の任務・判断方法

第2節 連邦憲法裁判所による専門裁判所の判決の審査

第2章 連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所の協調と不一致

第1節 協調

第2節 不一致

おわりに

は じ め に

周知のとおり、ドイツの最高裁判所は1つではなく、ドイツ基本法では、⁽¹⁾連邦の最高裁判所として管轄をわけて、連邦通常裁判所、連邦行政裁判所、連邦財政裁判所、連邦労働裁判所、連邦社会裁判所の5つが設置されている（基本法95条）。さらに、これらの最高裁判所の判断を審査する権限も有する連邦憲法裁判所が設置されている（基本法92・93条）。これらすべても、司法権を行使する国家機関として基本権に拘束され（基本法1条3

（1）ドイツ基本法の条文の翻訳については、畑博行＝小森田秋夫編『世界の憲法集〔第5版〕』（2018年、有信堂）329頁以下〔永田秀樹〕による。

項)、基本権を保障する任務を負う。

したがって、ドイツにおいては、これら5つの裁判所を最高裁判所とする専門裁判所 Fachgerichte⁽²⁾と連邦憲法裁判所が共同して基本権保護にあたることになり、専門裁判所は、異なったやり方で、憲法裁判に貢献するとされるので、専門裁判所ごとに連邦憲法裁判所との関係について特徴がみられるものと思われる。

そこで本稿では、労働関係における基本権の保障という問題意識から、連邦憲法裁判所と連邦労働裁判所の関係に焦点をあて、その共同の状況について、検討を試みることにしたい。

以下では、労働関係のうちでも、個別的労働関係における基本権の保障を主として念頭におき、まず専門裁判所と連邦憲法裁判所の関係について確認を行い(第1章)、続いて連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所の協調と不一致について(第2章)、みてみる。

第1章 専門裁判所と連邦憲法裁判所

上述のとおり、基本権の現実化と実効化のために配慮することは、専門裁判権と憲法裁判権の共通の義務といえることになるが、制度としては、まず、専門裁判所が自らの管轄に属する事件について判断を示し、それを

(2) 連邦憲法裁判所も憲法専門の裁判所といえることもあり、ドイツでもこの語ではなく、別の Instanzgerichte という語が用いられることがあるが、本稿では専門裁判所という訳をあててこの語によることにしたい。Vgl., Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl., 2018, Rn. 22.

(3) Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht, VVDStRL61 (2002), S. 45.

(4) Papier, Grundrechtsschutz durch die Fachgerichtsbarkeit, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2009, Rn. 8.

場合によっては、連邦憲法裁判所が審査することになる。そこで、それら
はどのようになされるのかを、以下では概観することとしたい。

まず、専門裁判所の任務・判断方法をみて（第1節）、続いて、それら
に対する連邦憲法裁判所の判断方法をみてみたい（第2節）。

第1節 専門裁判所の任務・判断方法

基本権の保護を委託されているのは、まず第一に専門裁判所である。⁽⁵⁾そ
の際、専門裁判所には、自ら固有の判断権限および修正権限の範囲内で、
通常法律が適切に適用されているかどうかの審査が義務づけられ、さらに、
専門裁判所は、適用される法律の憲法適合性を特に基本権の基準で審査し
なければならず、それゆえ、法律の憲法適合性に関して審査権限、それど
ころか審査義務が存在する。⁽⁶⁾適用すべき法律が違憲と考える場合には、手
続きを停止して、連邦憲法裁判所の判断を求めなければならない（具体的
規範統制・基本法100条1項）。⁽⁷⁾

（5）たとえば、BVerfGE 107, 395 (414)。Papier, a. a. O. (Fn. 4), Fn. 48.

（6）Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 7. 畑尻剛「憲法裁判権の設置も含めた機
構改革の問題」公法研究63号（2001年）18頁，毛利透『『法治国家』から
『法の支配』へ』法学論叢156巻5・6号（2005年）337頁，原島啓之「ドイ
ツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察（一）」阪大法学64巻5号（2015
年）295頁も参照。

（7）なお、適用すべき法律規定がない場合などには、法形成（Rechtsfort-
bildung）を行うこともできる。特に集団的労働法においては、連邦労働
裁判所は、広範な法形成を行ってきており（名古屋道功『ドイツ労働法の変
容』（2018年，日本評論社）399頁参照），個別的労働法において連邦労働
裁判所の法形成が限界を超えているとした連邦憲法裁判所の2018年6月6
日決定（BVerfGE 149, 126）も出されている（この決定については，原島
啓之「客観的事由のない有期労働契約の反復禁止と裁判官の法形成の限
界」自治研究95巻9号（2019年）153頁以下参照）が，この裁判官による
法形成についての検討は，今後の課題とさせていただきたい。

これらのそれぞれについての概略を整理すると以下のとおりである。

第1項 基本権に照らした法律解釈

連邦憲法裁判所は最終的な拘束力を有する裁判所として、基本権の解釈・適用を監視しなければならないが、上述のように、すべての専門裁判所には、中心的な役割が割り当てられており、専門裁判所は、通常法律を基本権に照らして展開しなければならないが、憲法に導かれた解釈を義務づけられている⁽⁸⁾。特に、不確定法概念の充填の際および一般条項の具体化の際には、上位におかれる基本権の原則決定にしたがわなければならない衡量の任務が設定され、民事法規定の解釈・適用の際にも、つねに、専門裁判所は、基本権を「指針」として尊重することを義務づけられる⁽⁹⁾。なお、専門裁判所は、立法者によって設定され、このことで民主的に正当化される法律の意味と目的を尊重しなければならない⁽¹⁰⁾。

また、複数の憲法に合致した *verfassungsmäßig* 解釈が可能であり、その選択肢のなかから選ぶ場合に、もっとも憲法に近いものを選ばなければならないという憲法に導かれた解釈 *verfassungsgeleitete Auslegung* と、憲法適合的解釈 *verfassungskonforme Auslegung* とは区別され、この憲法適合的解釈は、認められた解釈原則によって、一部は憲法違反であるが一部は憲法に合致するというアンビバレントな結果が得られうる場合に要請される⁽¹¹⁾。この場合、裁判所には自由な余地はなく、裁判所は、憲法適合的

(8) Schmidt, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl., 2020, Einleitung GG, Rn. 76.

(9) Ebenda.

(10) Ebenda.

(11) Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 77. ドイツにおける憲法適合的解釈については、たとえば、山田哲史「ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』(2018年、有斐閣) 106頁以下参

解釈の方をとらなければならないが、ただ、そのために存在する解釈の余地を連邦憲法裁判所は決して狭くは判断していない。⁽¹²⁾

第2項 具体的規範統制

上述のとおり、専門裁判所には、法律の憲法適合性に関して審査義務・審査権限が存在するといえるが、専門裁判所には、原則として規範を拒否する権限は与えられておらず、専門裁判所はいかなる場合でも、形式的法律を一般的拘束力をもって憲法違反とし、そのことで無効と宣言することはできない。⁽¹³⁾これは、連邦憲法裁判所に留保されており、その判決は連邦憲法裁判所法31条2項によって法律的効力をもつ。つまり、法律を退ける権限は、連邦憲法裁判所にだけ存在する。⁽¹⁴⁾専門裁判所がその審査の範囲内で、判決にとって重要な、形式的法規範が、基本権に違反するゆえに憲法違反だという結論に達するならば、専門裁判所は、この手続きを基本法100条1項によって中止し、連邦憲法裁判所の判断を求めなければならない。このことで、特に最高裁判所は、基本権保護の現実化と実効化のために、積極的に貢献する、⁽¹⁵⁾という評価がみられる。

なお、その際、この基本法100条1項にもとづく具体的規範統制の提起は、EU 運営条約267条にもとづく欧州司法裁判所への提起と、その厳格な前提によって区別され、解釈の疑いおよび憲法上の疑念では十分ではなく、これを提起する裁判所は、その規範の判決にとっての重要性和憲法適合性を慎重に審査しなければならず、憲法上の審査基準を示した上で詳細

照。

(12) Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 77.

(13) Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 7.

(14) Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 78.

(15) Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 8.

に理由づけなければならない、とされている⁽¹⁶⁾。

第2節 連邦憲法裁判所による専門裁判所の判決の審査

専門裁判所の判決に対しては、憲法訴願が提起される可能性があるが、そのとき、連邦憲法裁判所は、専門裁判所の判決をどのような範囲で、どのように審査できるのか⁽¹⁷⁾が、問題となる。

第1項 連邦憲法裁判所による専門裁判所判決の審査の範囲

連邦憲法裁判所による専門裁判所の判決の審査範囲については、これまで議論が続けられてきた。

専門裁判権と憲法裁判権の関係に関しては、限定された審査可能性の一般的ルールが妥当し、原則として、「特別の憲法 spezifisches Verfassungsrecht」の基準にしたがい、連邦憲法裁判所は「超上告裁判所」ではないので、専門裁判所の通常の思考過程のすべてをあとづけること、あるいはあらゆる観点において事案をあらためて調べることは、できないし、してはならない⁽¹⁸⁾。つまり、通常法律の解釈・適用の際に、裁判所のどのような誤りが、憲法裁判所の介入を正当化するかという問題は、原則として、カール・ヘックによって形成されたヘックの定式で答えられ、これは、適

(16) Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 79. 連邦憲法裁判所が具体的規範統制の要件を厳格化していることについては、毛利・前掲注(6)340頁以下、原島・前掲注(6)296頁以下参照。

(17) また、専門裁判所からの具体的規範統制の場合は、その事件に適用される法律が審査されることになるが、違憲だと考えるという専門裁判所の判断が連邦憲法裁判所によって審査されることになる。

(18) Papier, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2009, Rn. 29.

用された法律がすでに憲法違反ではない限り、専門裁判所の判決の審査は、⁽¹⁹⁾「特別の憲法」の侵害に限定されるとするものである。これによるとこの「特別の憲法」は、判決が、通常法律に照らして客観的に誤まっている場合にはそれだけで侵害されているわけではなく、その誤りは、まさに、基本権に配慮しないことに存在しなければならず、基本権の意味、特に、その保護領域についての原則として誤った見解にもとづく、および具体的な法律事件にとっての実質的な意味においても重要な意味をもつ、解釈の誤りが明らかにならないのであれば、通常法律の範囲内での通常の包摂過程 Subsumtionsvorgänge は、その限りでは、連邦憲法裁判所の審査の対象とはならない。⁽²⁰⁾ただ、「連邦憲法裁判所の介入可能性の限界は、いつも明らかに確定されうるわけではない。裁判官の裁量には、個々の事例の特別の状況の配慮を可能にする一定の余地が残らなければならない」⁽²¹⁾。

ただ、ヘックの定式は、学説では、大よその方向を示すものにすぎず、正確な限界づけの基準としては役に立たないという評価でほぼ一致している、とされ、また、連邦憲法裁判所第1法廷は、黙示的に離れている、と⁽²²⁾される。

また、同様の抽象的な大前提として、エックハルト・シューマンの学説で展開されたシューマンの定式もあげられ、これによれば、基本権侵害お

(19) Ebenda. ピエロートほか〔永田秀樹ほか訳〕『現代ドイツ基本法〔第2版〕』（2019年、法律文化社）欄外番号1308も参照。

(20) Papier, a. a. O. (Fn. 18), Rn. 29.

(21) BVerfGE 18, 85 (93) Papier, a. a. O. (Fn. 18), Rn. 29.

(22) 渡辺康行「概観：ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（2003年、信山社）16頁以下。穴戸常寿『憲法裁判権の動態』（2005年、弘文堂）319頁以下も参照。Schlaich/Korioth, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 282 は、「特別の憲法」という定式は失敗している *misglückt* とする。

よびこのことで連邦憲法裁判所の介入可能性が存在するのは、争われている判決が、通常立法者が規範として制定することが許されないような法的結果を是認する場合である⁽²³⁾。しかし、この定式は、裁判官を拘束する実定憲法の、もちろん重要であるがある側面しかとらえていない、なぜならば、裁判官は憲法上立法者よりも狭く行為が制限されているからであるということが指摘される⁽²⁴⁾。

このように、ヘックの定式やシューマンの定式といった大前提も、通常法律と憲法についてどんな場合でも信頼できる区別をするための、明確な基準を提供せず、一般的に妥当し、特に、すべての法適用者・法に従う人に、予見可能でありうる、包括可能な大命題によって限界を設定することは、難しいままである⁽²⁵⁾、とされる。

それゆえ、連邦憲法裁判所は、裁判所の判決に対する憲法訴願が基礎づけられるかどうかを審査するに際して、個々に異なった基準を発展させてきており、まず、区別されるべきなのは、専門裁判所の判決の内容の審査が問題なのか、裁判所の手続きの審査が問題なのかであり、内容審査の枠内では、審査範囲は異なって定められ、この場合、連邦憲法裁判所の審査の強さは一連邦憲法裁判所は「～であればそれだけいっそう Je-desto 定式」で表現しているように一当該基本権侵害の種類、強さ、持続性に依存している⁽²⁶⁾とされ、この中では、連邦憲法裁判所は、特に基本権侵害の強度を特別の事情として重要としていることが指摘されている⁽²⁷⁾。なお、裁判権

(23) ピエロートほか・前掲注(19) 欄外番号1310, Papier, a. a. O. (Fn. 17), Rn. 30.

(24) ピエロートほか・前掲注(19) 欄外番号1310.

(25) Papier, a. a. O. (Fn. 18), Rn. 30, 33. ピエロートほか・前掲注(19) 欄外番号1309は、「審査の範囲と制限の問題は困難であり、明快的な解決策は得られない」とする。

(26) Papier, a. a. O. (Fn. 18), Rn. 31.

による侵害自身から保護すべき裁判基本権の基準での憲法裁判所の審査は、⁽²⁸⁾ 実体的判断の審査の際よりも、一般的に強い。

第2項 差し戻し後の専門裁判所の対応

連邦憲法裁判所が、専門裁判所の判決を審査した結果、連邦憲法裁判所が、専門裁判所の判断に異議をとなえる場合も、いくつかに分類できる。つまり、憲法訴願が成功すれば、攻撃された判決は、破棄され、事案は専門裁判所に差し戻されるが、⁽²⁹⁾ 専門裁判所の引き続く任務は、憲法裁判所からの異議に向けられ、その際、専門裁判所の行うべきことは、異議の3つの種類によって厳格に区別されなければならない、それは、基本権侵害の種類⁽³⁰⁾に対応する。

連邦憲法裁判所が攻撃された判決の法的基礎に異議をとなえた場合、つまり、その判決が依拠した法律を憲法違反とみなした場合には、その後の手続きは、連邦憲法裁判所によって具体的規範統制によって違憲とされた場合と区別されず、無効ないしは基本法とあいられないと宣言された規定は、もはや適用されてはならないだけである。⁽³¹⁾ 原則として、手続きは、立法者が代替措置をとるまで中断されるが、しばしば、立法者に時期が与え

(27) 渡辺・前掲注(22) 17頁。穴戸・前掲注(22) 319頁は、連邦憲法裁判所はヘックの定式による限界確定の試みを放棄し、代わりにレーバッハ判決以降に、「侵害強度」Eingriffsintensitätを基準とする判例を発展させた、とする。連邦憲法裁判所による専門裁判所の判決の再審査の範囲についての学説の動向については、渡辺・前掲注(22) 17頁以下、穴戸・前掲注(22) 320頁以下、原島・前掲注(6) 301頁以下、Schlaich/Korioth, a. a. O. (Fn. 2), Rn 310 以下参照。

(28) Papier, a. a. O. (Fn. 18), Rn. 31.

(29) Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 80.

(30) Ebenda.

(31) Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 81.

られたり、連邦憲法裁判所は、専門裁判所に、場合によっては、民事法の一般条項の助けをかりて、少なくとも暫定的に裁判官法の方法で急場をしぐことを強く勧めることもある。⁽³²⁾

次に、連邦憲法裁判所が、判決の法的基礎ではなく、判決によるその解釈・適用に異議を唱える場合である。その際、連邦憲法裁判所は、自身で通常法律を古典的解釈方法の手段で具体化し、そのもとに事例を包摂させることによって、専門裁判所の代わりとはならず、基本権が解釈に設定する限界だけを示すが、そのような限界を示すことは、結果か方法かに異議をとえられうることに至りうる。⁽³³⁾

このうち、まず、結果に異議が唱えられる場合には、そのなかで連邦憲法裁判所が憲法適合的解釈を要求する判決がその例であるが、これらは、基本権としての自由への介入があまりに広い、保障されている最低保護があまりに弱い、あるいは、区別のための十分な理由が欠けているが、しかし、適切な解決を許すためには、通常法律の状況は十分に柔軟にみえることによって特徴づけられ、連邦憲法裁判所は、攻撃されている判決を破棄し、憲法違反の結果を避けるよりよい解決を展開することを専門裁判所に委ねる。⁽³⁴⁾

他方、方法に異議を唱えられる場合、すなわち、連邦憲法裁判所がただ、その助けで専門裁判所がその見解を形成した衡量プログラムを批判しているだけの場合には、異議は結果に対してより開かれている。⁽³⁵⁾ 判決理由が、基本権の意義ないしはその保護領域を根本的に見誤っていることを認識さ

(32) Ebenda.

(33) Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 82.

(34) Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 83. ただ, Schlaich/Korioth, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 298 は, 判決の結果による基本権の違反は, 通常は, 誤りは解釈・適用の際に示されるので, 実際には独自の役割を果たさないとする。

(35) Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 84.

せる場合がその例であるが、この場合、専門裁判所は、憲法上要請される
衡量をあとから行わなければならないだけである。しかし、少なくとも、
事案の補充的な解明のあとであるが、再び同じ結果に達することは妨げら
れない。⁽³⁶⁾なお、連邦憲法裁判所が専門裁判所に恣意的な法適用を非難する
場合には、基本法 3 条 1 項の恣意の禁止が審査基準としてあげられる。⁽³⁷⁾

以上、専門裁判所の基本権保護の任務とその遂行方法、連邦憲法裁判所
が専門裁判所判決をどのような場合にどのように審査するか、および、連
邦憲法裁判所が専門裁判所に差し戻した場合の対応の基本をみてきた。連
邦憲法裁判所の審査権限の限界づけについては、現在でも議論が続いて
おり、⁽³⁸⁾明確な解答が見出されているといえる状況ではないように思われる。
次章では、連邦憲法裁判所と連邦労働裁判所の関係について、具体的な判
決・決定をみつつ検討していくこととしたい。

第 2 章 連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所の協調と不一致

本章では、まず、連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所の協調関係について
(第 1 節)、その後、最近の不一致を示す例についてみることにしたい (第
2 節)。

(36) Ebenda.

(37) Schlaich/Korioth, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 299.

(38) 連邦憲法裁判所が超上告裁判所として活動し、単なる法律違反の判決
を憲法違反の判決でもあると判断した事例については、Schlaich/Korioth,
a. a. O. (Fn. 2), Rn. 284 参照。なお、Papier, a. a. O. (Fn. 18), Rn. 32 は、
一方で、専門裁判所の事実認定の任務を含む判断権限・評価権限の承認と、
他方で、基本権を実効的なものとする連邦憲法裁判所の任務との間で、適
切な中庸を見い出すことが必要である、とする。

第1節 協 調

基本権の実現のために、連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所の協調の側面については、基本権の第三者効力と基本法12条の職業の自由に関する判例が、その例を提供するものと考えられる。⁽³⁹⁾

第1項 基本権の第三者効力

労働関係における基本権保護のためには、労働者と使用者という私人間の関係に基本権が効力を有するかが前提問題となる。周知のとおり、連邦憲法裁判所は、私法においては、基本権は、たとえば一般条項や不確定法概念のような通常法律のいわゆる進入口を通じてのみ作用するとしている⁽⁴⁰⁾ので、基本権は、間接的第三者効力を有し、基本権の直接的第三者効力は、支配的な学説によっても、十分な理由をもって拒否されている。⁽⁴¹⁾

しかし、これも周知のとおり、この基本権の第三者効力については、連邦労働裁判所は、1980年代までは、直接効力説をとっていた。すなわち、連邦労働裁判所は、たしかにすべてではないが、一連の重要な基本権は、社会生活に関する秩序原理として私法においても直接的な意味を有するとしていた。⁽⁴²⁾これは、1954年から1964年まで連邦労働裁判所の長官であったハンス・カール・ニッパードイの見解に由来し、彼の見解は、学説と判例⁽⁴³⁾においてたいへん注目されたが、連邦労働裁判所は、1980年代に、連邦憲法裁判所の立場へと見解を変更し、現在に至っている。⁽⁴⁴⁾したがって、労働

(39) Vgl., Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 37ff.

(40) BVerfGE 7, 198 (207).

(41) Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 38.

(42) 基本は、BAGE 1,185 (193f.).

(43) Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 13ff.

(44) Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 39. なお, Söllner, Die Verwirklichung der Grundrechte als gemeinsame Aufgabe von Bundesarbeitsgericht und Bun-

関係における基本権の保障については、現在では、連邦憲法裁判所と連邦労働裁判所は、同じ枠組みで判断しているといえる。

なお、労働法は、歴史的に使用者と労働者の間での特別の緊張関係と従属関係によって特徴づけられるので、このセンシブルな法領域において基本権の実現を強く促進しようとする連邦労働裁判所の努力が十分に示されており、直接的第三者効力論をとっていた時代の連邦労働裁判所の判決の多くの結果は、今日の観点からは、その解釈学的に問題のある導出にもかかわらず、まったく歓迎されるべきである⁽⁴⁵⁾、という評価がみられる。

第2項 職業の自由

連邦労働裁判所は、労働法が多様に基本権と関連していることから、労働生活における基本権の現実化をすでにその設立の時から、今日まで固有の課題としてきており、連邦労働裁判所による通常法律の解釈・適用は注目すべきである、とされ⁽⁴⁶⁾、たとえば、基本法3条の平等原則、基本法4条1項にもとづく良心の自由、基本法5条1項の意見表明の自由についての解釈、基本法1条1項と2条1項からの就労請求権の導出は、基本権の解釈に貢献しているとされる⁽⁴⁷⁾。これらのことで、連邦労働裁判所を頂点とする労働裁判権は、すべての民事裁判権のなかでもっとも基本権に好意的⁽⁴⁸⁾ grundecktesfreundlich と表現されたこともある。

desverfassungsgericht, in: Heinze/Söllner. (Hrsg.), Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Kissel zum 65. Geburtstag, 1994, S. 1126 は、この判決の変更の歓迎されるべき結果に照らせば、直接的か間接的かは、どちらかといえば学問的な性格をもっていた、としている。

(45) Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 39.

(46) Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 37.

(47) Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 42.

(48) Vgl., Söllner, a. a. O. (Fn. 44), S. 1125; Friedrich, in: Umbach/Clemens/

このようななか、特に、連邦憲法裁判所と連邦労働裁判所がどのように共同して基本権保護の展開に貢献してきたかは、職業の自由の例で具体的に示されることが指摘されている。⁽⁴⁹⁾たとえば、連邦憲法裁判所が薬局⁽⁵⁰⁾判決において提示した法律の審査のための段階理論で示された制限に関する区別された要請を、連邦労働裁判所は、1990年4月26日決定で労働協約の規律が基本法12条に違反しているかを審査しなければならないときに、労働協約上の規定の審査、つまり、私法規範の審査にも転用した。⁽⁵¹⁾また、職業の自由の憲法違反の制限の排除が問題になっている場合にも、この2つの裁判所の諸判決は、しばしば同様の方法をとっており、たとえば、商法は、代理商の競争禁止を競争禁止期間中の賠償請求権なしで協定する可能性を定めていたが、すでに1977年2月23日に、連邦労働裁判所は、労働者に適用される商法の当該規定（商法旧75条3項）が憲法違反であると判断し、⁽⁵²⁾その後、1990年2月7日には、連邦憲法裁判所は自営の代理商に関して適用される規定（商法旧90条2項2文）を基本法12条1項違反として⁽⁵³⁾いることである。⁽⁵⁴⁾したがって、両方の裁判権は、それ自体および共同でも、基本権の保護を促進することに貢献している、と評価されるので

Dollinger, Bundesverfassungsgesetz, 2. Aufl., 2005, S. 95; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1998, S. 1429.

(49) Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 41.

(50) BVerfGE 7, 377.

(51) BAGE 64, 368. Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 41.

(52) BAGE 29, 30. もっとも連邦労働裁判所は、この憲法制定以前の規定の憲法違反を基本法3条1項の恣意の禁止に対する違反に根拠づけている (Papier, a. a. O. (Fn. 4), Fn. 122.)。

(53) BVerfGE 81, 242. Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 41. この決定については、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Ⅱ（第2版）』（2006年、信山社）265頁以下参照。

(54) Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 41.

⁽⁵⁵⁾ あり。また、これまで、総じて、連邦憲法裁判所と連邦労働裁判所は、基本問題において、衝突の可能性が少ない関係にあるという評価が比較的最近でもみられる。⁽⁵⁶⁾

なお、連邦憲法裁判所の統計によると、1991年から2019年までに、連邦労働裁判所の判決に対して提起された憲法訴願の数は2921件であるが、そのうち連邦憲法裁判所が連邦労働裁判所の判決を取り消したのは35件で⁽⁵⁷⁾あり、1.2%と少ないことがわかる。

第2節 不一致

上述のように、連邦憲法裁判所が連邦労働裁判所の判決を取り消したものは少ないが、前節でその評価について主として依拠したパピア教授の論文が出されて以降の判例の状況をみようとすると、2009年から2019年をみることが必要となる。この期間に連邦労働裁判所の判決・決定が連邦憲法裁判所によって取り消されたものは19あり⁽⁵⁸⁾、そのうち、実体的基本権にかかわり、個別的労働関係に関するものは、⁽⁵⁹⁾実質的には4つの事件にまと

(55) Papier, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 42.

(56) Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtssprechung, 3. Aufl., 2017, S. 27, Fn. 126.

(57) Bundesverfassungsgericht, Aufhebung gerichtlicher Entscheidungen von Bundesgerichten seit 1991, abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2019/gb2019/A-IV-7.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 01. 06. 2020.

(58) Ebenda.

(59) 集团的労働関係に関するものとしては、事業所に適用される労働協約について、多数組合の労働協約に排他的な性格を認める労働協約単一法は、連邦労働裁判所は基本法9条3項に違反するとしたが、連邦憲法裁判所が2017年7月11日に出した、一部を除き合憲とする判決(BVerfGE 146, 71)がある。この判決については、名古・前掲注(7) 314頁以下参照。

められる6つの判決とされるので、本節では、それらをみて、どのような意見の不一致がみられるかを検討することとしたい。

第1項 ギーセン・マールブルク大学病院設置事件

ー大学病院の民営化と基本法12条

訴願提起者は、1985年以来ヘッセン州に雇用され、マールブルク大学病院に看護師として勤務していたが、2005年6月16日にギーセン・マールブルク大学病院設置法（以下「大学病院設置法」）が制定され、民営化され、使用者が州から有限責任会社としてのギーセン・マールブルク大学病院に変更された。訴願提起者は、この労働関係の移転は、職業の自由（基本法12条）に含まれる、使用者の選択の自由等を侵害するとして、労働関係がヘッセン州との間で存続していることの確認を求めた。マールブルク地方労働裁判所は、これを認めたが（2007年3月16日）、州労働裁判所（2007年7月25日）と連邦労働裁判所（2008年12月18日）は、これを認めなかった。

⁽⁶⁰⁾ 連邦労働裁判所は、次のように判示した。労働関係の移転に対する異議申立権 *Widerspruchsrecht* は、大学病院設置法の文言からすると、認められてもいないし、排除されてもいないが、この法律の解釈からは、人員についても、その他の施設についても、全体として、変更されない状態で移転するという目的から、異議申立権を排除したといえる。たしかに、この移転と法律に異議申立権が欠けていることは、基本法12条1項の職業の自由という基本権への介入であるが、この大学病院の統合は、住民への医療サービスと、同時に両大学での医学の研究・教育を保障するという重要な公共の利益を目的としており、異議申立権を認めれば、多くの労働者が行

(60) BAG, Urteil vom 18. Dezember 2008 – 8 AZR 692/07 –, juris.

使用することが予測され、経験のある労働者がいなければ、医療サービスの継続が危険にさらされ、研究・教育も脅かされるので異議申立権を認めないことは、両大学病院の存続と機能を維持するために適合的 *geeignet* であり、また、よりゆるやかな手段として、人員募集の方法も、システムの変更になるのとれず必要 *erforderlich* でもある。また、労働関係のこの移転については、公共の利益を守るという法律の目的と労働者の職業遂行の自由への介入の重大性を衡量しても、契約相手は変わるが、それ以外の労働契約上の変更は、法律では定められていないし、民営化されても不利益には変更されないので、狭い意味での比例性も満たし、適切 *angemessen* なものである、とした。

そこで、訴願提起者は、異議申立権が認められていないことは、基本法12条の職業選択の自由等を侵害するとして、連邦憲法裁判所に憲法訴願を提起した。

連邦憲法裁判所の第1法廷第3部会の認容決定⁽⁶¹⁾(2011年1月25日)は、次のような内容である。基本法12条1項1文の職業の自由には、公勤務の場合にも契約当事者の選択も含まれるとし、大学病院設置法が、異議申立権を認めていないことで、労働関係の移転の際に、州との労働関係の存続を主張する可能性を認めていないことになり、基本法12条1項により保障された、選択された契約当事者の維持という当該労働者の利益の制限は相当性を超えていることになる。その際、異議申立権を認めないことは、州立法者の観点からは、民営化を容易にする目的をもち、基本法12条1項への介入は特別の重大性をもち、この介入は、憲法適合的解釈によって異議申立権あるいは復帰権 *Rückkehrrecht* を認めることでは補うことはでき

(61) BVerfGE 128, 157. この事件については、松井良和「ドイツにおける組織再編時の異議申立権の規範的根拠」法学新報121巻7・8号(2014年)533頁以下参照。

ない。また、住民への医療サービスと、同時に両大学での医学の研究・教育を保障するという目的にとって、この規定は、部分的には適合的および必要とみなしうるが、州立法者が、使用者として民営化の判断を容易にするため、労働者の私的自治を制限する状況は、この規定を適切にしない。というのは、大学病設置法3条1項1文・3文で具体化された労働関係の移転は、労働者が対立する意思をもつ場合には、基本法12条1項から生じる保護義務の法律による転換の中に生じている、解雇制限法の規定の保持を確保されることなく、州を労働契約上の拘束から引き離すことを生じさせる。このことによって、労働者には、存続保護が重大な程度奪われ、このような種類の民営化は、立法者が職場の選択の際に、労働者の権利を保護する義務を適切に考慮したかどうかについて、特別の憲法のコントロールに服する、としたのである。そこで、連邦憲法裁判所は、大学病院設置法3条1項1文・3文が、不十分な法律規定であるとし、それにもとづいてなされた連邦労働裁判所の判断を取り消し、ヘッセン州労働裁判所に差し戻し、手続きをあらたな法律規定ができるまで停止した。

連邦憲法裁判所の決定自体が認めているように、この憲法訴願は、間接的に法律自体の合憲性を争ったものと位置づけられるものであり、判決の前提となる法律が問題となっているものである。連邦憲法裁判所は、この大学病院設置法の憲法適合的解釈によって、異議申立権あるいは復帰権を認めることによってこの介入を補えないとし、法律自体を違憲としたことが注目される。

連邦労働裁判所は、立法者は、原則として労働市場秩序・社会秩序・経済秩序の範囲においては、広範な形成の自由をもつとし、ありうる危険の予測・評価の際には、判断の余地が立法者に認められるべきであり、これを超えるのは、立法者の考慮が明らかに誤っており、この考慮が立法者の措置に対して合理的に根拠を提供できないときだけであるとして、連邦憲
334(1104) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

法裁判所の1987年10月6日判決（BVerfGE 77, 84）をあげており、立法者の裁量を広く認めることから出発しているといえるが、連邦憲法裁判所決定にはこの判決の当該部分は引用されておらず、立法者の裁量も強調されていない。また、連邦憲法裁判所は、州立法者の観点からは、民営化を容易にする目的をもつと認定し、民営化されることを重視していることが判断の相違をもたらしたように思われる。⁽⁶²⁾

第2項 医長事件－教会の自己決定権と労働者の基本権

カトリック教会が経営する病院の医長が、離婚し、再婚したことによって、カトリック教会の教義に違反したとして、その病院から解雇された事件にかかわっても、連邦憲法裁判所は連邦労働裁判所判決を退けた。

連邦労働裁判所（2011年9月8日）⁽⁶³⁾は、この解雇は解雇制限法1条の意味において、社会的に正当化されないとして無効と判断した。その理由としては、教会の規定によれば、忠誠義務違反は存在するとしたが、利益衡量においては、被告であるカトリック教会が経営する病院に有利に忠誠違反のきわめて明白な重さが働くとしたものの、労働関係の解消についての被告の利益は、次の3つのことによって、決定的に弱くなるとした。つまり、①被告はカトリック教会の「教会勤務の基本規則」3条2項⁽⁶⁴⁾にもとづいて、管理職に、カトリックではない人をつけることができること、②被告は、離婚し、あらたに結婚した医長を何度も雇用してきたこと、③被告

(62) 連邦憲法裁判所の本決定が、侵害・正当化の判断において従来の連邦労働裁判所の見解と大きく異なることについては、松井・前掲注(61) 551頁以下参照。

(63) BAGE 139,144.

(64) 1993年9月22日に定められたこの規則の3条2項は、教会の使用者は、教育的仕事および管理的仕事を、通常は、カトリック教会に属する人だけに委ねることができる旨定めていた。

は、2006年秋以来の原告の共同生活を知っていたが甘受していたこと、である。さらに、民法によって定められている婚姻の形態で今の妻と生活したいという原告の希望は、基本権として保護されていること、自分で選んだパートナーとの共同生活の形態を法律で規定された枠組みのなかで決める権利にも配慮されること、原告は教会の道徳理論に反対して発言したことはなく、また、仕事の上での障害は存在しないことを原告に有利に判断し、この解雇は社会的に正当化されないとし、被告には、労働関係の継続を要求されうることが生じると結論づけた。

しかし、連邦憲法裁判所決定（2014年10月22日）⁽⁶⁵⁾は、この病院からの憲法訴願を受けて、この連邦労働裁判所の判決を取り消し、連邦労働裁判所に差し戻した。その際、以下のように述べている。

まず、判断枠組みについては、労働法および解雇制限法は、一方では、教会の自己決定権に有利な憲法上の価値決定に照らして解釈されなければならないが、教会の自己理解に特別の重要性が与えられなければならないが、他方、労働者に対する国家の保護義務（基本法12条1項）および法関係の安定性がなおざりにされるようなことになってはならないと保護義務に言及し、教会の自由と法律の制限の目的とのこの相互作用は、対応する利益較量によって考慮されなければならない、とし、利益衡量にあたっては、教会労働者の忠誠義務についての労働法上の争いの場合には、国家の裁判所に、二段階の審査が要請されている、とする。

この審査の第一段階では、説得性コントロールの枠内で、組織された教会の信仰によって定義された自己理解を基礎として、その組織ないしは施設が教会の基本任務の実現に関与しているかどうか、特定の忠誠義務が教会の信仰原則の表現であるかどうか、およびこの忠誠義務とこれに対する

(65) BVerfGE 137,273.

違反には、教会の自己理解に照らしてどのような重要性が与えられるかを審査しなければならない。審査の第二段階では、「すべての人に適用される法律」（ヴァイマル憲法137条3項）の制限の視点のもとで、開かれた全体較量となされなければならない、その中で一教会の自己決定権に照らして理解される一教会の要求および集団的な宗教の自由と、関係する労働者の基本権およびその一般的な労働法上の保護規定に含まれている利益とが調整されなければならない。

連邦憲法裁判所は、この判断枠組みを適用して、連邦労働裁判所判決は、ヴァイマル憲法137条3項1文・基本法140条とむすびついた基本法4条1項・2項に違反するという結論を導いた。というのは、連邦労働裁判所が行った利益衡量は、訴願提起者である教会の自己決定権を憲法が要請する範囲において考慮していないからであり、解雇制限法1条2項の解釈の枠内で、訴願提起者の利益の重要性を判定する際に、教会の自己決定権の意義と射程を見誤り、第一段階で、宗教にすでに特徴づけられた事実の独自の評価を行い、忠誠義務の意義およびこれの違反の重大性について、教会の評価は、承認された教会の基準に対応し、基礎をなす憲法上の保障と矛盾しないのにもかかわらず、教会の評価の立場にかわって独自に評価した、としたのである。

連邦労働裁判所が利益衡量において原告に有利に判断した3つの事実については、それぞれ教会の基準ではなく、世俗的な基準から判断したものであるとして、正当な評価とはいえないとし、これらを踏まえ、連邦労働裁判所に対して、全体としては、連邦労働裁判所は、解雇制限法1条2項の解釈の際に、訴願提起者の側の教会の自己決定権と集団的宗教の自由（4条1項・2項）と医長の婚姻・家族の保護（基本法6条1項）ならびに信頼保護の思想（基本法20条3項とむすびついた2条1項）との間の実践的整合を確立しなければならない、という指示をした。

このように、連邦憲法裁判所は連邦労働裁判所が教会の自己決定権の意義と射程を見誤ったことを理由として、連邦労働裁判所判決を審査しており、衡量プログラムについて異議申し立てをしているということになるといえよう。その際、教会の自己理解にどれだけの重要性を与えるかが異なったものと思われる。ただ、連邦憲法裁判所も利益考量を要請しており、第二段階の開かれた利益考量が決定的であるとする、事案によっては、教会労働者の基本権が尊重される結論を導きうるものといえるであろう。その意味では、連邦憲法裁判所と連邦労働裁判所の立場が接近してきたともいえると思われる。

なお、その後、連邦労働裁判所は、2016年7月28日の決定（BAGE 156, 23）で、EU 運営条約267条にもとづき、欧州司法裁判所に、「雇用と職業における平等扱いの実現のための一般的な枠組みの確定のための2000年11月27日の審議会の指針 2000/78/EG」（以下「指針 2000/78/EG」）の4条2項2款⁽⁶⁶⁾との関係で、先決裁定手続きを求めた。これは、連邦憲法裁判所が示す段階づけられた忠誠の要請は指針 2000/78/EG 4条2項2款とあい入れるかどうかという問題を提起したものであり、そのことで、欧州司法裁判所に、教会の自己決定権の範囲、またそれによって、教会はその忠誠の要請を自律的に定めることができるのかどうかの判断が求められること⁽⁶⁷⁾になった。

(66) 指針 2000/78/EG 4条2項2款は、この指針の規定がその他の点で遵守されている限り、教会およびそのエートスが宗教的原則あるい世界観に依拠している他の公的ないし私的な組織は、個別国の憲法上の規定および法規範と一致すれば、これらのために働く人に、組織のエートスの意味で忠誠心にもとづき正直に行動することを要求することができると定める。

(67) これらの連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所の判決・決定については、拙稿「ドイツにおける教会の自己決定権と労働者の基本権」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』（2018年、成文堂）

欧州司法裁判所大法廷は、2018年9月11日に判断を示した。⁽⁶⁸⁾そこでは、教会等がそのエートスにしたがって労働者に職業上の要請をすることができるかは、その仕事の種類あるいは状況によるものであり、宗教を理由とする不平等取扱いの正当化は、使用者による要請と問題となった仕事との間に直接的な関係が客観的に存在する場合にのみ考えられるとし、国内裁判所はそれを比例原則によって審査しなければならない、とした。さらに、本件の場合には、医長がカトリックの婚姻理解を受け入れることは、仕事の内容に照らせば必要とは思えないとしている。

したがって、宗教を理由とする不平等扱いの正当化には、仕事の種類とその行使の状況が考慮され、エートスにもとづく要請と仕事の間に直接的な関係が客観的に存在することが求められることになり、教会の自己決定権は一部制約されるものといえよう。この欧州司法裁判所の判断を受けて、連邦労働裁判所は、2019年2月20日に、再度、病院からの上訴を理由のないものとして、この解雇を無効とする判決を出した。⁽⁶⁹⁾そこでは、連邦労働裁判所は、この医長は、カトリック教会に属さない医師に対して、宗教を理由として不利益に扱われており、1993年の「教会勤務の基本規則」における対応する規律に関連する、雇用契約における合意は、一般的平等法9条2項によって無効であり、カトリック教会の意味で無効な婚姻をしない原告の忠誠義務は、当該活動の種類と、その行使の状況に関連して、本質的に、適法で、正当化できる職業上の要請ではないとして、再婚することによって、有効に合意された忠誠義務と病院の忠誠に対する期待は侵害されないとし、ドイツの憲法もこの一般平等法9条2項のEU法適合的解釈と対立しないとした。

860頁以下参照。

(68) NJW 2018, 3086.

(69) BAGE 166, 1.

カトリック教会は、すでに2015年に「教会勤務の基本規則」を改定し、忠誠義務違反となる範囲を変更していたが、連邦憲法裁判所に憲法訴願を提起しなかったため、あらためて連邦憲法裁判所の判断は示されることはなく、これでこの事件は終わることとなった。

第3項 スカーフ事件－公立学校等における宗教の自由

イスラム教のスカーフの着用をめぐる事件も、連邦憲法裁判所が連邦労働裁判所の判決を取り消したものがある。公立学校での社会教育者および教員のスカーフ着用が争われたスカーフ第2事件と、保育園での保育士のスカーフ着用が争われた事件である。

(1) スカーフ第2事件

この事件に関する連邦憲法裁判所の決定は、2つの訴訟を併合審理したものである。⁽⁷⁰⁾

訴願提起者は、ノルトライン・ヴェストファーレン州の公勤務者としての公立総合学校の社会教育者（訴願提起者1）および公立学校の教員（訴願提起者2）であり、いずれもドイツ国籍をもつイスラム教徒である。ノルトライン・ヴェストファーレン州学校法（以下「州学校法」）の57条4項では、学校において教員は、生徒・親に対する州の中立的でないしは学校の政治的・宗教的・世界観的な平和を危険にさらしうる、あるいは、こわしうる、政治的・宗教的・世界観的あるいはこれらと同様の表明をしてはならないとし、同条6項は、教員の雇用は、個人の適性のメルクマールと

(70) BVerfGE 138, 296. この決定については、小山剛「第二次スカーフ決定」自治研究96巻1号（2020年1月）145頁以下、渡辺康行『「内心の自由」の法理』（2019年、岩波書店）48頁以下、山田・前掲注(11) 123頁以下参照。

して、予想される全職務時間中に、4項の規定の遵守のための保障を提供することを前提としていた。訴願提起者1は、この州学校法成立後、学校当局からイスラムのスカーフを着用しないように求められたので、それにしたがいが、かわりに、髪・髪のはえぎわ・耳を完全に覆うニットの帯のあるバラ色のベレー帽と同色のタートルネックセーターを着用して授業をした。訴願提起者2は、勤務中にイスラムのスカーフを着用した。両者ともこれらのことで学校当局から、警告を受け、訴願提起者2は、警告にしたがわなかったことから、その後、通常解雇された。

訴願提起者1は、人事文書からのこの警告の削除を求めて労働裁判所に訴訟を提起し、訴願提起者2は、同様にこの警告の削除とさらに解雇の無効を求めた（なお、両訴願提起者は、間接的に州法に対して憲法上の審査も求めた）が、連邦労働裁判所も含めて、訴えは認められなかった。⁽⁷¹⁾

連邦労働裁判所は、次のように述べて、州学校法57条4項は憲法違反ではないとした。この法律は、州の立法者の形成の自由の範囲内にあり、教育労働者の積極的な信仰の自由ならびに職業遂行の自由は、州の世界観の中立性への義務、親の教育権、生徒と親の消極的信仰の自由に対して、学校の中立性と学校の平和を守るために、後退してよい。公立学校で宗教的・世界観的紛争を避けることは重要な公共の利益である。この目的のために、信仰の自由の法律による制限は、法的に許され、その際、州学校法の規定が、公立学校の女性教員の宗教的表現を、個々の状況を配慮せずに禁止しても、憲法上異議を申し立てられない。また、この中立要請は、基本法3条1項の平等原則違反でもないとした。それは、この法律規定は、すべての種類の宗教的表明をその内容とは関係なく包括しているので、異

(71) 訴願提起者1についての連邦労働裁判所判決（2009年8月20日）BAGE 132, 1, 訴願提起者2についての連邦労働裁判所判決（2009年12月10日）AP Nr. 7 zu Art 4 GG。

なった宗教を異なって扱ってはいない。また、この法律は、訴願提起者を性別により差別しているわけでもない。なお、訴願提起者2は、上述のとおり、まず警告について、その後解雇について争っているが、連邦労働裁判所は、行為を理由とする解雇に該当し、重大な契約違反であり、労働関係を具体的に侵害する行為であるので、社会的に正当化されるとした。その根拠となっている州学校法が憲法違反でないという理由づけは、訴願提起者1に対する判示と同様である。

そこで、訴願提起者1も、訴願提起者2も、憲法訴願を提起した。

連邦憲法裁判所第1法廷は、2015年1月27日に、この憲法訴願が理由のあるものであるとして、次のように述べた。州学校法のこの規定は、教育者の外見による宗教的表明の場合には、信仰および信仰告白の自由（基本法4条1項・2項）に適合する制限的解釈の基準によってのみ基本法と一致する。つまり、この法律規定には限定的な憲法適合的解釈が必要であり、学校平和あるいは州の中立性を損なう具体的な十分な危険が必要であるのに、連邦労働裁判所の判決は、要請されている憲法適合的な限定解釈の必要性を正当に評価していないし、それを必要ともみなしていない。また、特権規定としてキリスト教-ヨーロッパの教育価値・文化価値あるいは伝統に有利に構想されている州学校法57条4項3文は、宗教的理由による不利益の禁止（基本法3条3項1文および33条3項）とあいられないもので、宗教的理由による不利益の禁止に関して、連邦労働裁判所がおこなった憲法適合的な限定解釈は不可能であるとし、これらの理由から連邦労働裁判所を取り消し、州労働裁判所に差し戻した。

なお、この連邦憲法裁判所の決定には、シュルツェビアー裁判官とヘアマンズ裁判官の反対意見がつけられており、そこでは、多数意見は、2003年9月24日の第2法廷のいわゆるスカーフ判決⁽⁷²⁾の基準と指摘からも離れており、州立法者によって、学校の平和と国家の中立性を危険にさらすこと
342(1112) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

になる教育者の外見による表明を抽象的に禁止する意図は、憲法上異議を申し立てられるべきではないとしている。したがって、基本的には連邦労働裁判所の立場を是認するものといえよう。

連邦憲法裁判所の多数意見は、連邦労働裁判所の解釈の内容、つまり、制限的な憲法適合的解釈をすべきであったのに、それをしていないことから差し戻したものであり、連邦労働裁判所は、学校での平和の抽象的危険があれば制限できるという立場であったが、連邦憲法裁判所は、具体的な危険が必要としたのである。デパートの従業員のスカーフ着用についての⁽⁷³⁾2002年10月10日の連邦労働裁判所判決は、スカーフ着用を理由とする解雇が正当化されるためには、スカーフ着用によって具体的な経営の障害あるいは経済的な損失が生じることが示されていなければならないと判断していたので、連邦労働裁判所は民間労働者と公務員とでは区別するという考えだったと思われる。⁽⁷⁴⁾州法が存在していることが関係しているとも考えられるが、ただ、連邦憲法裁判所の反対意見の立場は、基本的には、連邦労働裁判所の立場と同様であり、また、この連邦憲法裁判所の決定は、事実上、第二法廷による先例を覆す内容となっており、⁽⁷⁵⁾実質的には判例変更ともとらえられるので、連邦労働裁判所が連邦憲法裁判所の従来の立場に依拠したものと理解することもできよう。

(72) BVerfGE 108,282.

(73) BAGE 103, 111. この判決については、渡辺・前掲注(70) 53頁以下、拙稿「労働関係における信仰の自由の保障と限界」大石真ほか編『初宿正典先生還暦記念論文集 各国憲法の差異と接点』（2010年、成文堂）555頁以下など参照。

(74) なお、連邦憲法裁判所は、この連邦労働裁判所判決に対する憲法訴訟願に関する決定では、この連邦労働裁判所の立場を支持している。渡辺・前掲注(73) 55頁以下、拙稿・前掲注(73) 557頁以下参照。

(75) 小山・前掲注(70) 149頁参照。

(2) 保育園でのスカーフ事件

訴願提起者は、トルコに生まれ、ドイツ国籍をもち、地方自治体が設置する全日制の保育園で教員として雇用されていたが、イスラム教を信仰していることから、工作中にイスラムのスカーフを着用していたため、警告を受けた。バーデン・ヴュルテンベルク州の保育園世話法 *Kindertagesbetreuungsgesetz* 旧 7 条 6 項 1 文は、幼稚園などにおける専門職は、子供・親に対する設置者の中立性ないしは施設の政治的・宗教的・世界観的平和を危険にさらしうる、あるいはこわしうる、政治的・宗教的・世界観的あるいはこれらと同様の表明をしてはならないとし、同条 7 項は、これらの専門職の雇用は、労働関係の全継続中に 6 項 1 文を遵守することを前提とすることを定める。

訴願提起者は、この警告を人事文書から削除することを求めたが、すべての労働裁判所はこれを認めなかった。

連邦労働裁判所判決（2010年8月12日）⁽⁷⁶⁾は、当該法律は、違憲ではないとした。というのは、この法律は、実践的調整の原則を遵守しており、州の立法者の形成の自由の範囲内にあり、積極的な信仰の自由ならびに職業遂行の自由と教員の一般的人格権は、保育施設の公的設置者の世界観の中立性への義務、親の教育権、子供と親の消極的信仰の自由に対して、保育施設の中立性と施設の平和を守るために、後退してよいとしたのである。

訴願提起者からの憲法訴願に対して、連邦憲法裁判所第 1 法廷第 2 部会⁽⁷⁷⁾は、2016年10月18日に、最初に、専門裁判所の判決に対する連邦憲法裁判所の憲法上の審査の限界を確認したあとで、労働裁判所がバーデン・

(76) AP Nr. 8 zu Art 4 GG.

(77) NJW 2017, 381. この判決については、斎藤一久「保育園における保育者のイスラムスカーフ事件」自治研究93巻11号（2017年）147頁以下、渡辺・前掲注(70) 51頁参照。

ヴュルテンベルク州の保育園世話法旧7条6項1文の解釈適用の際に、訴願提起者の信仰の自由・信仰告白の自由の意義を正しく評価しなかったことと、攻撃された判決がそれに基づいていることを確認し、施設の平和ないしは設置者の中立性への抽象的な危険だけでは、宗教的な表明の禁止をすることを十分とすることは、教員の信仰および信仰告白の自由へのいきすぎた比例的でない介入であり、正当化されえないとした。

この事件における連邦労働裁判所の判決は、本項(1)でみたスカーフ第2事件の判決と同様といえるが、連邦憲法裁判所は、連邦労働裁判所が訴願提起者の信仰の自由と信仰告白の自由の意義を正しく評価せず、保育園の教員の信仰の自由・信仰告白の自由の重要性からすると、制限には、単なる抽象的危険では足りず、当該規定の限定的な憲法適合的解釈が要請されるとし、攻撃されている専門裁判所の判決は、要請されている憲法適合的な限定解釈を正当に評価していないとするもので、すでにみた連邦憲法裁判所のスカーフ第2判決の立場を保育園にも及ぼしたものであるといえる。本事件の連邦労働裁判所判決は、2010年8月12日であり、スカーフ第2事件についての2つの連邦労働裁判所判決の翌年に出されたもので、それらと基本的には同様の内容となっている。いずれも、連邦憲法裁判所のスカーフ第2事件決定の出る前であるから、当然ながら、上述のとおり実質的な判例変更ともいえる連邦憲法裁判所のスカーフ第2事件決定を考慮したものではない。

第4項 育児休暇 Elternzeit 事件―育児休暇中の大量解雇と平等

訴願提起者は、出発点となった裁判の被告である航空会社に地上勤務員として雇用されていた。被告は、ドイツ国内およびドイツで発着するフライト全体を調整したので、ドイツで就労している全労働者を解雇した。被告は、現地の従業員代表委員会のヒアリングを受け、現地のすべての労働

関係の大量解雇の届出を行ったあとで、当時育児休暇中であった訴願提起者の労働関係も解約した。これに対して提起された解雇制限訴訟は、フランクフルト地方労働裁判所によって退けられ、州労働裁判所でも成功しなかった。

連邦労働裁判所は、2013年4月25日に、以下のように述べて、上訴を退けた⁽⁷⁸⁾。州労働裁判所は、この解雇は、届出義務のあるものではなく、訴願提起者の解雇は、他の従業員の大量解雇と関連づけられてなされたものではなく、解雇制限法17条1項1号の30日規定が適用されないと判断したが、それは是認できる、としたのである。

訴願提起者は、この憲法訴願で、連邦労働裁判所判決によって、育児休業にもとづいて差別された、特に、育児休暇はもっぱら女性によって請求されるので、基本法3条2項に違反する女性の事実上の不利益扱いが存在すると主張した。

連邦憲法裁判所の第1法廷第3部会の決定（2016年6月8日）⁽⁷⁹⁾の概略は以下のとおりである。

連邦労働裁判所の判決は、基本法6条1項とむすびついた3条の一般的平等原則を侵害する、つまり、基本法3条の一般的平等原則によれば、基本法6条1項で憲法上保護された親であることと直接結びついた育児休暇と関連して訴願提起者を大量解雇保護の適用領域から排除することは、基本法3条1項に違反する。というのは、この排除は、大量解雇保護は、育児休暇中の従業員にも、もっぱら解雇の時期に照らして定められるという見解に依拠しているが、特に、経営休止の場合には、このことから、立法者の意思によれば、特に保護が必要で、特別の解雇制限を享受すべき従業員に低い保護水準が生じることになるからである。この育児休暇中の不利

(78) AP Nr. 1 zu §343 InsO.

(79) AP Nr. 49 zu §17 KSchG 1969.

な扱いの正当化には、基本法6条1項との関係のゆえに高められた要請がたてられなければならない。さらに、連邦労働裁判所による解雇制限の処理は、具体的な場合には、基本法3条2項の平等の要請によって強められた基本法3条3項1文の特別の平等原則に対する違反がある。解雇は、解雇制限法17条1項1号の30日以内に生じる場合だけ、大量解雇に適用される規律に服するという連邦労働裁判所の見解は、性別を理由とする事実上の不利益扱いに至り、この訴願提起者の性別を理由とする事実上の不利益扱いは憲法上正当化されない、として、連邦労働裁判所に差し戻したのである。

連邦労働裁判所判決では、訴えの内容に応じてであろうが解雇の時期・手続きに関する判断は示されているものの、平等には言及されていない。連邦憲法裁判所は、連邦労働裁判所が検討しなかった関係する基本権（平等原則）にもとづいて、連邦労働裁判所の判決の内容を審査したものと位置づけられるものと思われる。

以上、2009年以降の、実体的な基本権にかかわる、連邦憲法裁判所が連邦労働裁判所の判断を取り消した決定をみてきた。⁽⁸⁰⁾第1項でみたゲーセン・マールブルク大学病院設立事件と第3項でみたスカーフ事件は、実質的には根拠となった法律の合憲性が問題となった事例ととらえることもできと思われるが、連邦労働裁判所が立法者の判断を尊重したのに対して、連邦憲法裁判所がそうしなかったものということができる。また、第2項でみた医長事件以外は、訴願提起者である労働者の権利の制限を連邦労働

(80) なお、連邦労働裁判所から連邦憲法裁判所に、社会法典第2編6c条1項1文が基本法に反するとして、具体的規範統制の申し立てがなされたが、認められなかったものとして、2018年3月21日の連邦憲法裁判所の決定（BVerfGE 148, 64）がある。

裁判所が是認したところ、それを連邦憲法裁判所が否定し、労働者の権利を認めるという構造になっている。なお、第2項の医長事件では、連邦憲法裁判所の決定は、労働者の権利よりは、教会の自己決定権を尊重するものであったが、従来よりは、労働者の権利に配慮したものとなっているといえよう。これらのことをどう評価するかは、問題となった基本権ごとに検討していく必要があるが、全体の傾向としては、緊張関係を含みながら、連邦憲法裁判所と連邦労働裁判所とが共同して基本権を実現しようとしていることがみてとれるのではなかろうか。

お わ り に

以上、連邦憲法裁判所と専門裁判所との関係を概観した上で、連邦憲法裁判所と連邦労働裁判所がどのように共同して基本権保護にあたっているかをみてきた。

連邦憲法裁判所と専門裁判所の関係については、基本権保護の第1次的な任務は専門裁判所がおっており、その際、法律の解釈・適用にあたっては、基本権を基準としなければならない、法律の憲法適合的解釈も求められる。法律自体が違憲であると考える場合には、具体的規範統制という手続で連邦憲法裁判所に判断を求めなければならない。専門裁判所の判決に対しては憲法訴願が可能であるから、専門裁判所の判決を連邦憲法裁判所が審査する場合もあるが、ただ、連邦憲法裁判所は、超上告裁判所ではないことから、専門裁判所の判決の審査は限定的であり、特に関連する基本権の保護範囲を見誤ったときのみ介入できるということが出発点となっている。

これは連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所との関係でも前提となっているが、2009年の段階でも、連邦労働裁判所と連邦憲法裁判所は共同して基本権の実現に取り組んでいることが指摘され、それ以降の判決の状況は、い

348(1118) 法と政治 71巻2号 (2020年9月)

くつかの不一致を示し、そのことで生じる緊張関係により、議論を展開させつつ引き続き基本権を実現しようとしているものといえよう。ここ10年はどちらかという、連邦労働裁判所よりも、連邦憲法裁判所の決定方がより労働者の権利を保護する傾向をもっていることがうかがわれる。

ただ、連邦憲法裁判所と専門裁判所の関係は、大きなテーマであり、現在でも議論が続けられているが、本稿では学説には十分に触れることができず、また、連邦憲法裁判所と連邦労働裁判所との関係についても、両裁判所の設立にもさかのぼって、判決の異同を詳しく検討することもできなかったのもので、いずれも今後の課題とさせていただきたい。

Verwirklichung der Grundrechte
durch Bundesarbeitsgericht und
Bundesverfassungsgericht in BRD
—Kooperation und Disharmonien—

Motoyuki KURATA

Einleitung

I Fachgerichte und Bundesverfassungsgericht

1 Aufgabe der Fachgerichte

2 Die Überprüfbarkeit fachgerichtlicher Entscheidungen durch Bundes-
verfassungsgericht

II Kooperation und Disharmonien zwischen Bundesarbeitsgericht und
Bundesverfassungsgericht

1 Kooperation

2 Disharmonien

Schlußbetrachtung