慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ドイツ基本法における「障碍者の不利益処遇禁止」の解釈論
Sub Title	
Author	岡田, 俊幸(Okada, Toshiyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 公法I : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.203- 231
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000001-0203

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ドイツ基本法における「障害者の不利益処遇禁止」の解釈論

岡田俊幸

一　はじめに
二　制定過程
三　学説の展開
四　おわりに

一　はじめに

一九九四年一〇月二七日の第四二回基本法改正法律[1]によって、「何人も、その性別、生まれ、人種、言語、故郷および家柄、その信仰、宗教上または政治上の見解を理由として、不利益を受け、または優遇されてはならない。」と規定する基本法三条三項に、「何人も、その障害を理由として不利益を受けてはならない。」という文言の第二文が挿入された。この条項は、障害者の「不利益処遇禁止（Benachteiligungsverbot）」（あるいは「差別禁止（Diskriminierungsverbot）」）と呼ばれる。この条項が一九九四年に基本法に導入されてからすでに一〇年以上が経過しており、この条項の解釈論を展開している学説も着実に蓄積されている。本稿は、ドイツの諸学説が新たに導入された基本法三条三項二文からいかなる規範的内容を導出しているのかを解明することを目的とする。以下において、ドイツの諸学説が展開している解釈論の検討を試みる（三）が、その前に、学説を理解するための準備作業として、制定過程においてこの条項がどのような規範的内容を有するものとして構想されたのかということを確認する（二）。本稿がドイツの諸学説を考察した結果として明らかにし得るのは、ドイツの諸学説が、既存の基本権ドグマーティクを巧みに駆使して、制定過程においてこの条項にもともと期待されていた役割をはるかに越える役割をこの条項に演じさせようと試みている、という極めて単純な事柄である。

（1）　BGBl. I, S. 3146.

二　制定過程

1　規制目標と規制手段の乖離？

ザックス（Michael Sachs）は、新たに挿入された障害者の不利益処遇禁止についていち早く解釈論を展開した一九九六年の論文[2]の中で、基本法三条三項二文における「規制目標と規制手段の著しい乖離」を指摘している。ザックスによると、制定過程において表明された基本法三条三項二文の「規制目標」は、主として、①障害者にとってより良い生活条件、とくにあらゆる生活領域において広範囲な統合と平等な参加可能性を創出すること、さらに、②他の私人による差別を除去することである。第一の目標には、「公権力の保護義務および促進義務」（場合によっては、これに対応する障害者の社会的基本権を伴うこともある。）が適合的である。第二の目標は、詳細かつ具体的な反差別立法によって追求されるべきである。ところが、「規制手段」として選択された不利益処遇禁止は、その直接的な規制内容の点からするとこの二つの目標に対応するものではない。まず、基本権は国家権力を名宛人とするものであって、私人を義務付けるものではない。また、差別禁止によって国家は、促進活動を義務付けられるわけではなく、その活動において障害者に不利益を与えないことを義務付けられるにすぎない。規制モデルとして基礎におかれた基本法三条三項（一文）は、たんなる法的平等の創出に限定され、実際上の差別にも対処するには適合的ではない憲法規定の「典型」とされてきたのである（S. 161 ff.）。そして、ザックスは、基本法三条三項二文に含まれる解釈問題を検討した上で、結論として、「憲法に基づいて障害者の生活条件および統合可能性の改善に対して推進力を与える」という目標にとって、基本法三条三項二文は「おそらく考えられ得る最悪のバリエーション」であると厳しく批判している（S. 173 f.）[3]。

それでは、何故、よりにもよって「おそらく考えられ得る最悪のバリエーション」が選択されたのであろうか。

そもそも基本法三条三項二文は「おそらく考えられ得る最悪のバリエーション」と評価すべきものなのだろうか。右の観点をも踏まえつつ、基本法三条三項二文の制定過程を検討し、制定過程においてこの条項がどのような規範的内容を有するものとして構想されたのかということを明らかにする。

2　ヘルデゲンの意見書

㈠　現行の基本法三条三項二文の導入に至る道は、統一条約五条の委託を受けて「ドイツ統一に関連して提起される基本法の改正または補充の問題」を審議するために一九九二年一月一六日に設置された連邦議会・連邦参議院合同憲法委員会の審議から始まる。ドイツ社会民主党（ＳＰＤ）は、合同憲法委員会において、基本法三条三項に、「何人も、その障害を理由として不利益を受けてはならない。」という文言の第二文（現行の基本法三条三項二文と同じである。）を補充することを提案した。[4] 合同憲法委員会は、このＳＰＤ案について、一九九三年六月一七日の第二四回会議で審議し、採決を行った。[5] しかし、このＳＰＤ案は、キリスト教民主同盟／社会同盟（ＣＤＵ／ＣＳＵ）および自由民主党（ＦＤＰ）がこれに反対したため、賛成三〇票、反対二二票、棄権二票で必要な三分の二の多数を獲得することはできなかった。[6] その後、連邦議会および連邦参議院は、合同憲法委員会最終報告書（一九九三年一一月五日付け）を受けて基本法改正の審議に入った。ＳＰＤは、合同憲法委員会において三分の二の多数を獲得することのできなかった同党の基本法改正案を改めて連邦議会に提出したが、この中には基本法三条三項二文の補充も含まれていた。[7] 障害者団体などの強い要請もあって、議会における審議の過程において、当初は反対していたＣＤＵ／ＣＳＵとＦＤＰが賛成へと方向展開した。[8] 連邦議会は、基本法三条三項二文を含む改正案を一九九四年九月六日に可決し、[9] 連邦参議院は、一九九四年九月二六日、これに同意した。こうして障害者の不利益処遇禁止は、当初のＳＰＤ案に変更が加えられることなく三条三項二文として基本法に挿入さ

れた。

現行の基本法三条三項二文の文言は、ＳＰＤが合同憲法委員会に提出した案と同一である。そこで、ＳＰＤが制定過程においてこの条項をどのような規範的内容を有するものとして構想していたのかを明らかにしておく必要がある。合同憲法委員会に提出されたＳＰＤ案は、連邦議会の委託を受けてボン大学教授ヘルデゲン（Matthias Herdegen）が作成した意見書[10]を基礎としており、ＳＰＤ案を理解するためには、ヘルデゲンの意見書を検討することが不可欠である。以下、ヘルデゲンの意見書の骨子を叙述しておきたい。

㈡　ヘルデゲンは、この意見書において、障害者の「願望」に立法技術的にいかなる法形式で対応するのがもっとも適切であるのかを検討し、結論として、障害者のための特別の差別禁止を独立の条項として（基本法三条四項に）導入することを提案している。

ヘルデゲンは、障害者のための憲法改正の是非も、法律においてではなく、まさに憲法において一定の利益を明文化する「必要」によって判断されなければならないのであり、従来の立法において十分に定着しているコンセンサスのたんなる「批准」では憲法改正を正当化しないことを指摘した（S. 247）上で、障害者の「願望」を次のように捉えている。

ヘルデゲンによると、障害者の法的地位に関する基本法改正の要求の背後にある「願望」は、「社会法上の給付の意味における実体的援助水準を憲法上防護し、または高めること」にあるのではない。むしろ、「国の施設」や「社会的領域」における障害をもつ人々のインテグレーションという「願望」が決定的である。「社会的領域」におけるインテグレーションの「願望」は、フランクフルト地方裁判所の「障害者判決」（この判決については後述する。）に対する反響が示すところである。また、「国の施設」への障害者のアクセスもインテグレーションの「願望」に属する。例えば、障害者のための特別施設の提供と「国の通常の」施設（普通学校など）に通学する希

望とが衝突した場合に一定の対立関係が生じる。こうした対立関係は、個別事案の処理に委ねられるべきものであって、憲法レヴェルにおいて解決することはできない。しかしながら、「インテグレーションの願望」を憲法上承認することは、困難な衡量状況において、通常施設への受け入れに有利にバランスを移動させるものである（S. 247）。

このように、ヘルデゲンは、障害者が基本法改正に求めている「願望」を、他の利益との衡量に際して障害者の利益が従来よりも考慮されるようになることに見出している。障害者の「願望」のこのような捉え方は、ザックスの捉え方と比べると非常に控えめであると言えよう。このことは、「社会的現実の変革および私法秩序への影響に関する憲法の能力（Leistungsfähigkeit）への期待」が過大になることを警戒するヘルデゲンの立場（S. 247）とも関係している。

また、ヘルデゲンは憲法の「アピール機能」を指摘している。まさに「障害をもつ人に対する共同体の特別の責任に関する条項」は、その「アピール機能」においても、「具体的な国家措置に対する過度の期待と結び付かない限りで、障害者のインテグレーションに、さらに『社会的』意識の敏感さを高めることに寄与することができる」（S. 248）。

㈢　それでは、障害者の「願望」に応えるためにいかなる法形式を採用すべきか。ヘルデゲンは、まず、特別の「差別禁止」を検討する。「差別禁止」の具体例は、ドイツ統一後に制定されたブランデンブルク州憲法一二条二項であり、それは、「何人も、その人種、生まれ、国籍、言語、性別、性的アイデンティティ、社会的出自または地位、障害、宗教上、世界観上または政治上の確信を理由として不利益を受け、または優遇されてはならない。」と規定している。ブランデンブルク州憲法一二条二項を模範として基本法三条三項を改正すると、「何人も、その性別、生まれ、人種、言語、故郷および家柄、その信仰、宗教上もしくは政治上の見解、または精神的

もしくは身体的障害を理由として、不利益を受け、または優遇されてはならない。」という条文になる。ヘルデゲンは、この条文を前提として「特別の差別禁止の意義」を次のように説明する。第一に、このような特別の差別禁止によって、不平等取扱いを正当化する基準が一般平等原則よりも厳格化される。基本法三条一項の一般平等原則の枠内においては、不平等取扱いが相応であると思わせる「事柄に即して理解のできる根拠」あればそれで十分であるが、「特別の差別禁止」が導入されると、公権力の措置は、原則として、障害を法的な不平等取扱いの根拠として引き合いに出すことは許されないことになる。不平等取扱いは、障害そのものに内在する問題を解決するためにどうしても必要である限りにおいてのみ許される（S. 256）。第二に、特別の差別禁止によって、憲法レヴェルにおける「実体的価値決定」が特別に表現される。憲法ランクの利益として明文で承認されたことは、国家と市民との関係にとどまらない意味を有する。基本権は、価値秩序として、私法秩序に作用し、とくに民法の一般条項の解釈および適用を制御する（「基本権の照射効」）。基本法三条三項の補充が国家による侵害や給付という場面以外にも障害者に有利になるように法現実に対して影響を与えるのではないかという期待は、「基本権の照射効」と結び付いている（S. 256 f.）。第三に、特別の差別禁止は、「社会における憲法上の評価行為」として障害者の利益に対する意識を敏感にし、統合促進的に働き得る（S. 258）。

しかし他方で、「障害」というメルクマールの基本法三条三項への補充では、障害を理由とする優遇までも厳格な正当化基準の適用を受けるという「齟齬」が生まれる。そこで、ヘルデゲンは、障害者の属性を基本法三条三項に列挙されている区別メルクマールに追加することに起因する「齟齬」を、障害者のための独立の条項を基本法三条四項に新設することによって回避することを提案する。ヘルデゲンの提案する基本法三条四項は、「障害を理由とする不平等取扱いは、社会的インテグレーションを促進し、不利益の補整に役立ち、または必要な実際的能力に関連している場合にのみ、許される。」というものである。ヘルデゲンによると、この規定によって

障害者に対する特別の責任が憲法上の価値決断において明確に表現される。また、この規定は、政治的諸機関の形成の余地を社会国家原理を越えて制限するような「国の給付義務」と結び付くものではない。さらに、この規定は、公権力にのみ向けられているが、しかし、実体的価値決定として、「間接的な第三者効力」の枠内で、私法関係における「差別の行き過ぎ」の修正を可能にする。以上の理由からヘルデゲンは、特別の差別禁止を基本法三条四項に新設することが立法技術的に適切であると主張したのである（S. 259）。

㈣　つぎにヘルデゲンは、「障害をもつ人に対して、共同体の他の構成員の生活関係と同等の、法的および社会的地位のための諸条件が創出されなければならない。」というような文言による「基本権上の平等命令（grundrechtliches Gleichheitsgebot）」の採用の可能性を検討するが、結論として、その採用には否定的である。ヘルデゲンによると、「基本法上の平等命令」の意義は、「公権力に向けた、障害をもつ人の援助についての法的に拘束力のある委託と、この義務に対応した基本権的請求権」にある。しかし、それは、立法者の自由と執行権の形成の余地を社会国家原理への拘束を上回って著しく制約するものである。また、この次元の給付権は、連邦レヴェルにおける従来の法システムとは異質である（S. 259）。もちろん、この種の給付権について、基本法への社会的基本権の導入をめぐる議論の枠組みで検討することもできるが、多くの学説は、「立法者の形成の自由をあまりにも強力に束縛するという問題」があることに加えて、「基本権規定によって履行することの困難な期待を惹起するという危険」があることを理由として、基本法への社会的基本権の導入に消極的である（S. 261）。

㈤　さらにヘルデゲンは、主観法的要素を排除し、「平等命令」を「立法者に対する客観的委託」（「立法委託（Gesetzgebungsauftrag）」）として構成する可能性を検討する（例えば、「立法者は、身体的、精神的または情緒的障害と結び付いた不利益を補整するよう努めなければならない。」という条文が考えられるとする）。しかし、ヘルデゲンは、①立法者に対する委託に具体性が欠如しているので、この規定は国家目標規定に接近すること、②十分に明確な

輪郭が欠如しているために法的不安定をもたらすこと、③その客観法的性格にもかかわらず、立法委託は、たとえ基本権部分の外部に置いたとしても、給付基本権と同じような期待を呼び起こすこと、④立法委託が社会国家原理を越えて障害者の法的地位の改善に何をもたらすのかは、必ずしも明らかではないことを指摘して、「立法委託」にも否定的な立場を表明している（S. 261）。

(六) 最後に、ヘルデゲンは、「国家共同体は、障害をもつ人に対する特別の責任を表明する。」という文言による「国家目標規定（Staatszielbestimmung）」の導入を検討する。国家目標規定は、「社会国家原理」を補充するものであり、立法者のみならず、三権すべてを拘束する。ヘルデゲンによると、障害者のための国家目標規定は、その「アピール効果」の点で優れている。障害者に対する共同体の責任についての明文上の表明は、「社会における連帯意識を強化し、それによって障害者の統合に対して一定の寄与を果たす」。また、国家目標規定によって障害者の利益は明文上憲法ランクが認められるのであるが、憲法テキストにおけるこうした格上げによって、他の利益（基本法一二条に基づく雇用者の基本権や障害をもつ児童・生徒が通学する学校における健常児の発達）との衡量において、インテグレーションの願望が一般的な社会国家原理による場合よりもいくらか重視されるようになり、それ故、衡量が障害者にとって有利に行われるようになると考えられる。この点については、「国家目標規定」は、「差別禁止」における障害者の利益の承認と比べても遜色のない働きをする。ヘルデゲンは、障害者のための「国家目標規定」の導入の是非は、「社会国家原理」を「労働」、「住居」、「社会保障」、「教育」、「文化」などの個別の国家目標規定の形式で具体化すべきかどうかという社会的国家目標規定の導入をめぐる議論[11]の文脈で検討されるべきものであると指摘している（S. 262）。

3　各政党の見解

(一)　このようにヘルデゲンは、種々の選択肢を慎重に検討した上で、「障害者のための特別の差別禁止」を基本法三項四項に新設することを提案したのである。ヘルデゲンの意見書を踏まえると、ＳＰＤが「不利益処遇禁止」という定式を基本法三条三項二文に挿入しようとしたのは意識的な決断であったことが分かる。以下においては、公式の文書（ＳＰＤが連邦議会に提出した基本法改正案の提案理由および連邦議会法務委員会決議勧告・報告書）を手がかりとして、ＳＰＤが基本法三条三項二文にどのような規範的内容を与えようとしていたのかを確認する。

ＳＰＤは、不利益処遇禁止は「法と社会における障害をもつ人の地位の強化」を目指すものであるが、これによって法的および事実上の不利益が一挙に（auf einen Schlag）排除できるわけではないという認識を前提とする。[12]

ＳＰＤによると、まず、「この規定は、基本法三条一項の一般平等原則を強化する。障害は、原則として――三項に列挙された他のメルクマールと同様に――法的な不平等取扱いのための結合点として援用されてはならない。……他方で、区別を行う措置は、その性質上障害者においてのみ発生し得る問題の解決のためにどうしても必要である限りにおいて許容され得る」。[13] この点は、「差別禁止は、防禦基本権として行政と裁判を直接的に拘束するものであり、さらに立法者自身も義務付ける。障害者の行為・発達の可能性に対する法的制限は、障害に起因する特殊性を考慮するために不可欠である場合にはじめて許容される。」[14]とも説明されている。

つぎに、不利益処遇禁止は、「基本権であると同時に、客観的な価値決定である。それは、立法者、執行権および裁判に向けられている。これに加えて、不利益処遇の禁止は、私人間の法的関係に一定の照射効を発揮する」。[15]「一般的行為自由や私的自治は著しく差別的な行為を正当化するために将来はもはや援用することができない」。[16]

なお、ＳＰＤは、「今後とも必要である社会における意識変革に対するシグナル効果」[17]も指摘している。「特別

の差別禁止は、公共における明確なシグナルであり、この方法によって住民の中の意識変革に対して重大な刺激を与える。たしかにこの憲法補充は、偏見、レッテル張りおよび接触の回避といった形の日常生活における差別を直接的には何ら変えることはできないだろう。しかし、憲法上の評価行為として、この憲法補充は、社会において障害をもつ人の利害に対する意識が敏感になることに寄与し、今まで多くの領域で実際に行われてきた障害者の差別がもうこれ以上は大目にみられることはないことを明らかにするとともに、このようなやり方で統合創出的に作用するであろう。同胞の共同生活の基礎についての指針を与える憲法の機能は、ここでとくにその効果を発揮する[18]」。

(二)　すでに述べたように、CDU／CSUおよびFDPは、基本法三条三項二文の挿入に当初は反対していた。注目すべきことは、CDU／CSUおよびFDPは、基本法三条三項二文の規範的内容を棚上げにして、基本法改正の「アピール効果」を理由として基本法三条三項二文の補充に賛成したことである。法務委員会の報告書によると、CDU／CDUおよびFDPに所属する委員は、基本法三条三項二文の補充に賛成したが、しかし、SPDの提案の理由付けを「全体として受け入れたわけではない」。彼らは、「障害者の利益がすでに現行憲法によって考慮されているのかどうか、また、どの程度考慮されているのかという問題とは無関係に、障害を理由とする不利益処遇の特別の禁止は、対応する基本法改正のアピール効果だけでもすでに――基本法改正から生じる『シグナル効果』を考慮すれば――それ自体として独自の価値を有する」、つまり、「障害者の差別禁止を憲法ランクの願望として基本法のテキストにおいて明文で承認することは、社会における、障害者の願望に対する意識を敏感にするだろう」と考えたのである[19]。一九九四年六月三〇日の連邦議会第二三八会議においても、CDU／CSUの連邦議会議員ヤーン（Friedrich Adolf Jahn）は、CDU／CSUは障害者が不利益を受けてはならないことを一致してつねに支持してきたが、障害者のための新たな規定を基本法に採用するかどうかは「まったく別の

問題」であることを指摘するとともに、ＣＤＵ／ＣＳＵは、障害者の願望がとくに人間の尊厳条項と社会国家原理を通してすでに保障されているという確信を有しているが、これをもう一度明文で書き込むことは、「障害者のためにより多くのことをしようという社会に対するシグナル」であるので、基本法三条三項二文の補充に賛成するのであると述べている。[20] このようにＣＤＵ／ＣＳＵおよびＦＤＰは、「アピール効果」を理由として基本法三条三項二文の補充に賛成したのであり、制定過程においてその規範的内容については何らの見解も表明しなかった。

4　小括

新たに導入された基本法三条三項二文は「おそらく考えられ得る最悪のバリエーション」と評価されるべきものなのであろうか。そのような評価は必ずしも妥当ではない。ＳＰＤが基本法三条三項二文に与えようとした規範的内容は、「防禦基本権」（一般平等原則の強化）と「価値決定」（照射効）という極めて控えめなものであり、この点からは「不利益処遇禁止」または「差別禁止」という法形式は適合的であると評価することもできる。

（2）*Michael Sachs*, Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, RdJB 2/96, S. 154 ff. 以下の叙述において、この論文を引用する場合には、本文中に括弧書で頁数を示す。

（3）ベアオカンプも、「規制目標と規制手段の乖離」というザックスの診断を肯定して、「障害者を統合するという表明された目的に鑑みて、基本法三条三項二文の文言は失敗であったと言わなければならない」と指摘している（*Guy Beaucamp*, Das Behindertengrundrecht (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) im System der Grundrechtsdogmatik, DVBl. 2002, S. 1004)。ただ、本文三で見るように、ベアオカンプは、こうした文言にもかかわらず、解釈によって基本法三条三項二文から様々な規範的内容を導き出している。

（4）Kommissionsdrucksache Nr. 67.

（5）Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht, 24. Sitzung am 17. Juni 1993, S. 2 ff. 第二四回会議における審議の内容は、岡田俊幸「統一ドイツの憲法論議・覚書（一）」兵庫教育大学研究紀要一八巻第二分冊（一九九八年）一一七頁以下で紹介しておいたので、ここでは繰り返さない。

（6）Gemeinsame Verfassungskommission, Stenographischer Bericht, 24. Sitzung am 17. Juni 1993, S. 23.

（7）BT-Drucksache 12/6232.

（8）以上の叙述は、*Gunther Jürgens*, Die verfassungsrechtliche Stellung Behinderter nach Änderung des Grundgesetzes, ZfSH/SGB 1995, S. 354 ff. に基づく。

（9）Deutscher Bundestag, 238. Sitzung am 30. 6. 1994, in: Plenarprotokoll 12/238, S. 21039.

（10）*Matthias Herdegen*, Die Aufnahme besonderer Vorschriften zugunsten behinderter Personen in das Grundgesetz, VSSR 1992, S. 245 ff.

以下の叙述において、この論文を引用する場合には、本文中に括弧書で頁数を示す。

（11）当時の議論については、岡田俊幸「統一ドイツにおける『社会的国家目標規定』をめぐる議論について」和光経済三三巻一号（二〇〇〇年）四三頁以下を参照。

（12）BT-Drucksache 12/8165, S. 29.

（13）BT-Drucksache 12/6323, S. 12.

（14）BT-Drucksache 12/8165, S. 29.

（15）BT-Drucksache 12/6323, S. 12.

（16）BT-Drucksache 12/8165, S. 29.

（17）BT-Drucksache 12/8165, S. 29.

（18）BT-Drucksache 12/6323, S. 12.

（19）BT-Drucksache 12/8165, S. 29.

（20）Deutscher Bundestag, 238. Sitzung am 30. 6. 1994, in: Plenarprotokoll 12/238, S. 20949.

三　学説の展開

1　主観的防禦権としての基本法三条三項二文

㈠　学説は、基本法三条三項二文の「不利益処遇禁止」を「主観的な基本権的防禦権」[21]あるいは「国による不利益処遇に対する主観的防禦権」[22]であると解する。もっとも、すでに見たように、制定過程において、SPDは、基本法三条三項二文は「基本権」を保障するものであると理解していたのに対して、CDU／CDUおよびFDPは、基本法三条三項二文の意義をもっぱらその「アピール効果」に見出していたのであり、制定過程における政党間のこうした対立を前提とすると、基本法三条三項二文に規範的意味を認めない解釈もあり得ないわけではない。[23]しかし、学説は、すでに述べたように、このような解釈はとらない。

㈡　基本法三条三項二文の不利益処遇禁止を基本権と解した場合、その解釈論上の帰結は、不平等取扱いの正当化のための要求が基本法三条一項の一般平等原則と比べて厳格化される点にある。「障害者の不利益処遇を正当化するためには、基本法三条二項一文および三条三項一文について展開されてきた厳格な要件を充足しなければならない」[24]。多くの学説は、基本法三条三項一文の差別禁止の場合と同じように、障害を理由とする不利益を正当化するためには「やむにやまれぬ根拠」が必要であると解する。[25]

2　基本法三条三項二文の私人間効力

㈠　基本法三条三項二文が「客観的な価値決定」として「私法上の法関係に対する照射効」（いわゆる「第三者効力」）を有することについては、学説上、異論のないところであり、[26]「新しい不利益処遇禁止は、すでに従来も認められていた障害者保護と憲法ランクの対立する利害（例えば、職業の自由または私的自治）との間の憲法上の

衡量をさらに差別からの保護に有利な方向に異動させる」[27]とか、「民事法上も必要な相互の配慮および寛容の程度は、現在では原理的に新たにかつ異なって規定されなければならない」[28]などと指摘されている。制定過程においても、フランクフルト地方裁判所の「障害者判決」を念頭において基本法三条三項二文の「照射効」への期待が繰り返し語られてきた。以下、いくつかの判決を手がかりとして、基本法三条三項二文が民事法上の事案の解決にいかなる作用を及ぼしているかを確認する。

(二)　まず、「旅行契約法（Reisevertragsrecht）」に関する判例を見る。フランクフルト地方裁判所は、一九八〇年二月二五日の「障害者判決」[29]において、二五名の重度障害者のグループと同じホテルに宿泊したことが旅行費用の減額を正当化する「旅行の瑕疵（Reisemangel）」に当たるという判断を下した。同裁判所は次のように判示した。「重度障害者のグループは神経質な（empfindlich）人の場合には休暇の享受の侵害となり得ることは明らか」であり、このことは、少なくとも、「言語を自由に操れず、だれかれとなく不規則な周期で獣じみた叫び声を発し、しばしば狂躁の発作に襲われる容姿が損なわれた精神障害者」が問題となった場合には当てはまる。通常の日常生活への重度障害者のインテグレーションがいかに望ましいことだとしても、旅行主催者はそれを顧客に強いることはできない。「この世に苦悩が存在すること」を変えることなどできないが、「原告が少なくとも休暇中にこれを見たくないのであれば」、それを拒むことはできない、と。また、フレンスブルク区裁判所も、一九九二年八月二七日の判決[30]において、食事の時間にホテルの食堂において「通常の仕方では食事をとらない」障害者を不可避的に目にすることは、「不快感を惹起し、人間の苦悩の可能性を異例に強烈な程度で常時思い起こさせる」ものであって、「典型的に期待される休暇の販売」には属さないとして、「旅行の瑕疵」に当たると判断した。

右の諸判決は、基本法三条三項二文が導入される前から学説による厳しい批判にさらされてきたところであるが[31]、これらの判決で示された解釈は、「基本法三条三項二文の明文の価値決定」に照らして将来は維持すること

はできないと指摘されている。[32] クレーヴェ区裁判所は、一九九九年の判決[33]において、基本法三条三項二文を援用しつつ、休暇先のホテルにおいて障害者と居合わせたことは「旅行の瑕疵」には当たらないと判断した。

(二) 相隣法（Nachbarrecht）に関しては、一九九八年一月八日ケルン上級地方裁判所判決[34]が広範囲の議論を誘発したという点において著名である。[35] 本件の事案は、七人の精神障害者が生活している居住施設に隣接する土地を所有し、その土地に建てられた一戸建て住宅に居住している者（原告）が、隣接地で生活する障害者の「発声形態」によって自己の土地の利用が害されたとして、隣接する土地の所有者（被告）に対して、この土地から生ずる妨害の差止めを求める訴え（民法九〇六条、一〇〇四条一項）を提起したというものである。アーヘン地方裁判所はこの訴えを棄却したが、ケルン上級地方裁判所はこの訴えの一部を容認した。

ケルン上級地方裁判所は、民法九〇六条一項における「侵害の本質性」の概念を基本法三条三項二文に照らして解釈している。同裁判所は、次のように述べる。「基本法三条三項二文に照らして、その感情が決定的に重要である『思慮のある平均人』に対して、障害をもつ人との隣人関係上の共同生活において、一段高い寛容の用意（eine erhöhte Toleranzbereitschaft）を求めなければならない。しかし、このことは、障害者の利益が、その隣人の正当な利益に絶対的に優位することを意味するものではない。……寛容の命令は、――遅くとも――要求の不可能性が始まるところで終わらなければならない。」

これを出発点として、ケルン上級地方裁判所は、重度精神障害者である施設居住者によるコミュニケーションの企図が隣人の視点からすれば高度の「負担要因」であり、隣人は一定の限界においてのみ忍容しなければならないと結論付けた。ケルン上級地方裁判所は、被告に、一年のうち四月一日から一〇月三一日までは適切な措置によって、被告の土地の上で宿泊する精神障害者によって「叫び声、うめき声、金切り声およびその他の獣じみた声といった騒音の影響」が、日曜日および法定祭日においては一二時三〇分以降、水曜日および土曜日におい

ては一五時三〇分以降、その他の仕事日においては一八時三〇分以降は、原告の土地へと侵入せしめられることを防ぐよう命じた。

ケルン上級地方裁判所判決が、「基本法三条三項二文の照射効」を引き合いに出して、障害をもつ人に対する「一段高い寛容の用意」という基準によって「忍受義務」を具体化するというアプローチをとったことは支持されよう。[36] 問題は、個別の事案における「受忍義務」の範囲の線引きであり、その際に障害者の利益が十分に考慮されなかったのではないかという疑問が残る。[37] なお、ケルン上級地方裁判所の判決に対して憲法異議の訴えが提起されたが、連邦憲法裁判所は、訴訟要件が充足されていないことを理由として、この憲法異議を受理しなかった。[38]

(四)　最後に、「賃貸借法」の分野にかかわる二〇〇〇年三月二八日連邦憲法裁判所第一法廷（第一部会）決定[39]を取り上げる。本件憲法異議申立人は三階にある住居の使用賃借人である。この住居に申立人とともに住んでいる共同生活者（Lebensgefährtin）が横断麻痺のため車椅子を使用しており、申立人は毎日階段部屋を通して彼女を持ち上げて運ばなければならないため、使用賃貸人に対して、申立人の費用で階段リフトを設置すること（撤去も申立人の費用による。）について同意を求めたが、使用賃貸人は改築を承諾しなかった。申立人は、リフト設置の同意を求める訴えを提起したが、敗訴に終わった。本件憲法異議の訴えは、控訴審判決である一九九九年七月一二日ベルリン地方裁判所判決に向けられている。連邦憲法裁判所は、ベルリン地方裁判所の判決が基本法一四条一項一文に基づく申立人の権利を侵害しているとして、事件を同裁判所に差し戻した。

連邦憲法裁判所によると、基本法一四条一項一文は、「使用賃貸人の所有権地位」を保護するだけではない。「賃借した住居に対する使用賃借人の占有権」も、「基本法一四条一項一文の意味における所有権」である。「基本法一四条一項一文の意味における使用賃借人の権利」が、「共同生活者に住居への出入りを確保すること」に

及ぶ場合であっても、使用賃借人は、基本法一四条一項一文から原則として、階段部屋の改築について同意を求める権利までも導き出すことはできない。使用賃借人にとっての共同利用施設の改築は、これと異なる合意がない限り、使用賃貸人の専属的な決定権限に属する。しかし、連邦憲法裁判所は、「このことは、使用賃借人または使用賃借人がその住居に受け入れる権利を有する者にとって、障害のために住居への出入りが著しく困難である場合には、同じようには妥当しない」とした。「この点において、基本法一四条一項一文から生じる使用賃借人の利用権の内容および範囲を規定するに際しては、基本法三条三項二文が考慮されなければならない。これによると、何人も、その障害を理由として不利益を受けてはならない。この禁止は、基本権であると同時に、客観的な価値決定である。……憲法改正立法者の意思によると、障害者の不利益処遇禁止は、客観的な価値秩序として民事法の解釈にも流入する。それ故、基本法一四条一項一文から生じる使用賃借人の利用権は、基本法三条三項二文の基本法上の規定に照らして見なければならないのであって、その内容は、たとえ障害をもつ近親者または共同生活者が使用賃貸借契約の当事者ではないとしても、この基本決定によっても形成される。従って、民事裁判所は、使用賃貸人の下した決定を民法二四二条の枠内において審査するに際して、階段部屋を現状のまま維持するという所有権によって保護された使用賃貸人の利益と障害者にとって適合的に利用するという使用賃借人の同じく基本権によって保護された利益とを衡量しなければならない」。そして連邦憲法裁判所は、地方裁判所は、「使用賃貸人の拒否の決定をもっぱら権利濫用の禁止（民法二二六条）を基準として判断したので、民法二四二条の枠内における異なる利益のこのような衡量を行わなかった」と非難している。地方裁判所は、使用賃貸人が拒否について何らかの合理的な根拠を挙げることができることだけで拒否の決定を法的に許されると判断したのであって、その根拠が個別の事案において有する重要性や使用賃借人の対立する利益の重要性についてはまったく問題としなかった。「このような狭められた審査によって地方裁判所は、具体的な事案において、個別事案

に関連する包括的な衡量という憲法上の命令を仕損じたのである」。

(五)　右に言及した最近の判決および決定を見る限り、基本法三条三項二文に示された「基本法の価値決定」は、「徐々にではあるが、不断に民事法において認められ始めている」という評価[40]も間違っているとは言えないだろう。

3　基本法三条三項二文の客観法的内容

(一)　制定過程においては、障害をもつ人に対する国家共同体の責任は「現代の社会国家の核心部分」であり、「基本法二〇条一項において保障された社会国家原理を通して憲法上確保されている[41]」ことを前提として、この責任が不利益処遇禁止によって「減じられることはない[42]」こと、むしろ、「基本法の価値秩序として、不利益処遇禁止は、基本権的自由および人間に値する生存の諸前提を保障し、障害をもつ人の社会における同権的参加に努める社会国家上の委託を強化する[43]」ことが指摘されていた。つまり、制定過程においては、障害者のために積極的な促進措置を講じる活動を国に義務付けるという積極的側面は基本法二〇条一項の「社会国家原理」の守備範囲であると理解されていたと推測される。このことは、「国家目標規定」の法形式が採用されなかった点からも裏付けられよう。この点を踏まえると、学説が、「社会国家原理」の内容が基本法三条三項二文によって「強化され、かつ補充される[44]」と解するのは正当であろう。

(二)　しかし、一部の学説は、基本法三条三項二文が国家目標規定の法形式をとっていないにもかかわらず、基本法三条三項二文それ自体を「国家目標規定」と解釈している。例えば、リュフナー（Wolfgang Rüfner）は、一九九六年に執筆した注釈において、合同憲法委員会最終報告書の参照を指示しながら、社会国家原理をこの領域で具体化しようとする国家目標規定が「意図されていたように見える[45]」と指摘し、「基本法三条三項二文は、国

家目標規定として、従来のあらゆる努力に、とくに障害者の編入を目的とするあらゆる規範に憲法上の基礎を与えることができる」[46]と説いている。ウムバッハ（Dieter C. Umbach）も、二〇〇二年に出版された注釈書において、次のように述べている。一方において、基本法三条三項二文の定式は三条二項二文や六条五項とは異なるものであり、狭義における立法者の「客観法上の保護義務」を根拠付けることはできない。しかし他方で、基本法三条二項二文を、その文言に忠実に、国に対する防禦基本権に限定することは、むしろ「憲法改革の意図」に反する。この改革は「国家目標規定も望んでいた」し、少なくとも国家目標規定は「基本法三条三項二文の支持者の視野に入っていたように思われる」。社会国家原理をこの領域で具体化しようとする国家目標規定が「意図されていたように見える」[47]。国家目標は、「請求権の意味における訴求可能な主観的公権」ではない点で、基本権と区別され、また、国家目標は、政治的目標値であって、政治的手段によってのみ実現することができる。他方で、国家目標は、他の基本法の条項、とくに基本権の解釈に際して援用され、その効果を発揮し、さらに民事法上の規範の解釈にも影響を及ぼす[48]、と。

㈢　また、おそらく多くの学説は、基本法三条三項二文は、その規定の仕方からして「狭義における（民事）立法者の一般的な客観法的保護義務」[49]または「民事立法者の客観法的保護または促進義務」[50]を根拠付けるものではないと解するものと思われるが、他方で、「国家権力の包括的な保護および促進義務」を導出する学説[51]も存在している。

4　配分請求権・給付権としての基本法三条三項二文

㈠　基本法三条三項二文が「本来的配分請求権」[52]や「本来的給付権」[53]を根拠付けるものではない点については、学説において争いはない[54]。議論の余地があるのは、「派生的配分請求権および給付権」を基本法三条三項二文か

ら導き出すことができるかどうかである。この点、リュフナーは、「障害者の利益に憲法によって高いランクが認められた」ことから、「特別の状況においては、とくに、国家が基本権実現のための前提領域の創出を独占しているところでは、例えば、学校や大学の領域において、補整を行う国の措置を求める請求権が展開され得る」[55]と説いている。もっとも、「派生的配分請求権および給付権」の成立要件については「なお解明が必要である」[56]と指摘されている。そして、この点について興味深い解釈論を展開したのが、ベアオカンプ（Guy Beaucamp）が二〇〇二年に発表した論文「基本権ドグマーティクの体系における障害者基本権（基本法三条三項二文）」[57]である。以下、この論文の骨子を叙述することとしよう。

㈡　この論文を通底するのは、「この新しい基本権をどのようにして既存の基本権ドグマーティクに組み入れるのか」という問題関心である（S. 997）。ベアオカンプは、まず、基本法三条三項二文違反について、保護領域――侵害――正当化という自由権の三段階審査図式に従って判断すべきか、それとも平等審査の二段階図式を利用すべきかを検討する。ベアオカンプは、①特別の平等権は、一般平等原則とは異なって、不利益を受ける危険にとくにさらされている一定の集団を保護することに意味があること、②基本法三条三項一文と自由権が同じ方向に作用する事例が考えられること（例えば、宗教上の見解による差別というような事例において、基本法三条三項一文を基本法四条一項とは別の構成によって審査することは必ずしも説得的ではないこと）を理由として、自由権の三段階審査図式を使うべきだと主張する（S. 998）。

その上でベアオカンプは、「この新しい基本権に帰属する様々な機能」を考察する。ベアオカンプによると、基本法三条三項二文の研究は、「基本権に帰属するほとんどすべての機能をめぐる散策」を可能にするものであり、「障害者の基本権」は、①防禦権、②国の保護義務の根拠、③照射効を有する客観的価値秩序、④給付権、⑤配分請求権および⑥手続に影響を与える規範として解釈される（S. 999）。このうち、給付権および配分請求権

にかかわる議論を見ることとしよう。

ベアオカンプは、基本法三条三項二文に基づく給付請求権は否定しつつも、「基本法三条三項二文の限定的給付機能」を認める。ベアオカンプは、アレクシーの議論[58]を下敷きとして、基本法三条は、「法的平等の原理」のみならず、「事実上の平等の原理」も含むこと、事実上の平等の原理は、事実上の差異を結合点とする法的な不平等取扱いを正当化するのみならず、法的な不平等取扱いが実際上の平等の創出に役立つ場合には、法的な不平等取扱いを要求すること、もっとも、人々の間のあらゆる事実上の相違を修正することは平等権の任務ではないので、事実上の平等がいかなる要件において補整を行う不平等扱いを求める具体的な主観的権利となるのかという問題が提起されることを指摘する。ベアオカンプは、この問題についても、アレクシーに依拠して、「原則として法的平等の原理が優位する」が、法的平等、立法者の形成の自由、自由権に含まれる諸原理など「対立する他の諸原理が必要な衡量において劣位せざるを得ない場合に限り」、「事実上の平等の創出を求める最終的な主観的権利」が成立すると答える（S. 1001 f.）。

そしてベアオカンプは、「普通学校への障害をもつ生徒のインテグレーションの問題領域」において「事実上の平等の創出を求める最終的な主観的権利」の成立を次のように論証している。「普通学校への障害児のさらなる統合を求める請求権」に対抗する憲法上の原則としては、親の教育権、立法者の形成の自由（とくに予算高権）、その能力に応じた教育を求める他の生徒の権利（基本法二条一項）が考えられるが、各々について、①親の学校選択権はやむにやまれぬ理由によってのみ制限されること、②国はすべての子どもを対象とした学校教育に財政支出を行うのであって、極端な超過負担は予測されないし、また、普通学校に通学を希望し、かつその適性がある障害児の数もそれほど多いわけではないので不相当な経費が必要となるわけではなく、さらに、養護学校における授業よりも普通学校における共同授業のほうが費用がかからないこと、③教育学の研究は、学級に障害者を

受け入れることが他の生徒の学習および発達を妨げるものではないことを明らかにしていることが指摘され得る。このように「対立する憲法上の立場」が「克服できる障壁」であることが明らかになった以上、「事実上の平等の原理」は、障害をもつ生徒が普通学校の要求に対応できる場合は基本法三条三項二文に基づく普通学校通学「許可請求権」を認めなければならないという結論に至る、と（S. 1002 f.）。

加えて、ベアオカンプは、「配分請求権」として「公的施設の利用を求める憲法上の請求権」を肯定する。ベアオカンプは、配分請求権が自由権と平等権との結び付きから――さらに社会国家原理を補充的に援用しつつ――導出されるとする連邦憲法裁判所の判決を前提とすれば、基本法三条三項二文についても個別の自由権と結び付いて配分請求権の作用を認めるのが説得的であろうとする。従って、例えば、地方公共団体がスポーツ団体に体育館を特定の時間帯に無料で開放している場合、何人も、施設の利用目的を尊重し、かつ収容能力を超えていない限り、公的施設の利用を請求することが許されるので、障害者スポーツ団体も、当該体育館に完全な設備が整っていないことを前提としても、体育館の利用許可を要求することができる。問題は、例えば、市立劇場の小劇場に車椅子利用者に適した施設が整備されていない事例において、車椅子利用者が、基本法二条一項と結び付いた基本法三条三項二文に基づいて、必要な改築によって劇場への入場と劇の観賞を可能にするように求める請求権までも有するかどうかである。ベアオカンプは、劇場の閉鎖は別として、必要な改築をする以外に不利益処遇禁止違反を回避することはできないのであるから、こうした請求権までも認められると解する。ただし、個人はその共同体拘束性の故に社会に対して不合理なことを期待することは許されないのであるから、この請求権には、改築措置が技術的に可能であり、かつ、財政的に不適切なものであってはならないという限界が存在するとする（S. 1003 f.）。

このようなベアオカンプの解釈論は、既存の基本権ドグマーティクを使って最大限の基本権機能を基本法三条

三項二文に付与する試みと特徴付けることができよう。

（21） *Lerke Osterloh*, in: Michael Sachs（hrsg.）, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rdnr. 305.

（22） *Manfred Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GGK I, 5. Aufl. 2000, Rdnr. 104b zu Art. 3.

（23） *Dieter C. Umbach*, in: Umbach/Clemens（hrsg.）, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch I, 2002, Art. 3 III 2, Rdnr. 394 は、このような解釈の可能性を示唆している。

（24） *Gubelt*, a. a. O.（Anm. 22）, Rdnr. 104f.

（25） *Matthias Herdegen*, Der neue Diskriminierungsschutz für Behinderte im Grundgesetz, 2. Aufl. 1998, 5. 3; *Andreas Jürgens*, Der Diskriminierungsschutz im Grundgesetz, DVBl. 1997, S. 412; *Umbach*, a. a. O.（Anm. 23）, Rdnr 412; *Osterloh*, a. a. O.（Anm. 21）, Rdnr. 314.

なお、ザックスは、障害者の不平等取扱いに「やむにやまれぬ根拠」が必要であることは認めつつも、まったく異質な問題状況に対処するためにつくられた基本法三条三項二文のドグマーティクを三条三項一文の従来の差別禁止から切り離すことが必要であると指摘する（*Michael Sachs*, Verfassungsrecht II Grundrechte, 2. Aufl. 2003, S. 254, Rdnr.132）。

（26） *Rupert Scholz*, in : Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 Abs. 3（Lfg. 32 Oktober 1996）Rdnr. 174; *Gubelt*, a. a. O.（Anm. 22）, Rdnr. 104b; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck（hrsg.）, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1999, Art. 3 Rdnr 388; *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deuschland. Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 3. Rdnr. 148. なお、バドゥーラは、基本法三条三項二文の不利益処遇禁止を「直接の第三者効力を有する基本権」と解する（*Peter Badura*, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, S.145）。

（27） *Herdegen*, a. a. O.（Anm. 25）, 5. 8.

（28） *Osterloh*, a. a. O.（Anm. 21）, Rdnr. 307.

（29） NJW 1980, S. 1169 f.

(30) NJW 1993, S. 272.

(31) *Heinrich Scholler*, Die Störung des Urlaubsgenusses eines »empfindlichen Menschen« durch einen Behinderten, JZ 1980, S. 672 ff.; *Josef Konrad Rogesch*, Der Anblick behinderter als Reisemangel?, DRiZ 1993, S, 438 ff.

(32) 例えば、カスパールは、次のように説いている。「旅行主催者」と「旅行者（顧客）」との法律関係が問題となる事案であり、障害者はこの紛争の当事者ではないが、その場合にも「基本法秩序の価値設定的意義」が考慮されなければならない。これらの判決は、障害者に自ら選択した場所で休暇を過ごすことを「禁止」するものではないが、障害者の社会的インテグレーションに対して、「禁止」にほぼ匹敵する不利益的影響を及ぼす。何故なら、休暇における健常者と障害者との接触が費用減額請求権を根拠付ける「旅行の瑕疵」であるとすれば、旅行主催者は経済的合理性に従って障害者の参加を認めない休暇旅行を提供することになる。旅行主催者の契約上の義務には、基本法の価値秩序を基準とすれば、「障害者のいない（behindertenfrei）」休暇を提供することは含まれない、と（*Johannes Caspar*, Das Diskriminierungsverbot behinderter Personen nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 und seine Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung, EuGRZ 2000, S. 141 f.）。さらに、*Jürgens*, a. a. O.（Anm.8）, S. 359 f.; *Osterloh*, a. a. O.（Anm. 21）, Rdnr. 307 も参照。

(33) NJW 2000, S. 84.

(34) NJW 1998, S. 768.

(35) *Klaus Lachwitz*, Nachbarschaftliche Toleranz gegenüber Menschen mit geistiger Behinderung, NJW 1998, S. 881 ff.; *Rudolf Wassermann*, Nicht das Urteil ist der Skandal, sondern der Aufruf zum Widerstand – Zum Kölner Behindertenurteil, NJW 1998, S. 730 f.

(36) *Herdegen*, a. a. O.（Anm. 25）, 6. 5.

(37) *Umbach*, a. a. O.（Anm. 23）, Rdnr. 422. カスパールは、具体的な事案における線引きに際しても基本法三条三項二文の照射効が考慮されるべきであるとし、①障害者居住施設に隣接する土地の所有者は、「通常の」土地所有者よりも一般的社会拘束性の枠内においても高度の負担を負うことが期待されるべきであること、②障害者の発する声が「コミュニケーションの試み」であり、人間の本質的な基本欲求に属することを踏まえると、その声は他の騒音源と同視されるべきものではなく、むしろ「隣人関係上の寛容の用意という高度の義務」に内在するものであることを指摘する（*Caspar*, a. a. O.（Anm. 32）, S. 143）。

(38) Beschluß v. 28. 5. 1998 – 1 BvR 329/98.

(39) Beschluß v. 28. 3. 2000 – 1 BvR 1460/99.

(40) *Stefan M. Straßmair*, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, 2002, S. 267.

(41) BT-Drucksache 12/6000, S. 53.

(42) BT-Drucksache 12/6323, S. 12.

(43) BT-Drucksache 12/8165, S. 29.

(44) *Jarass*, a. a. O.（Anm. 26）, Rdnr. 142. ヘルデゲンは、一方において、差別禁止は「不利益の補整」や「財政的援助」を命じるものではないと指摘しつつ、他方において、「生活機会の創出または改善に関する国の給付を求める請求権が、不利益処遇禁止および他の基本権と協働した社会国家原理から生じることもある」と論じている（*Herdegen*, a. a. O.（Anm. 25）, und 5. 7）。

(45) *Wolfgang Rüfner*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof（hrsg.）, Bonner Kommentar, Art. 3（76. Lfg. Mai 1996）Rdnr. 869.

(46) *Rüfner*, a. a. O.（Anm. 45）, Rdnr. 884.

(47) *Umbach*, a. a. O.（Anm. 23）, Rdnr. 389.

(48) *Umbach*, a. a. O.（Anm. 23）, Rdnr. 390.

(49) *Osterloh*, a. a. O.（Anm. 21）, Rdnr. 307.

(50) *Umbach*, a. a. O.（Anm. 23）, Rdnr. 393.

(51) *Sachs*, a. a. O.（Anm. 25）, S. 255, Rdnr. 136. ザックスは、一九九六年の論文において、保護義務を根拠付ける能力を「一般的に基本権に」認める立場から、基本権保護義務を基本法三条三項二文の差別禁止の場合も肯定している。従って、国家は、すべての作用において、他の私人による差別から障害者を保護することが義務付けられる（*Sachs*, a. a. O.（Anm. 2）, S. 171）。もっとも、基本法三条三項二文に基本権保護義務の基本権作用を認める学説も、立法者に「広い裁量の余地」が認められることを前提とすれば、すでに様々な立法がなされている以上、立法者がこの領域において「過小保護禁止」に反することは想定されず、その結果、基本法三条三項二文について保護義務の機能が重大な役割を果たすことは期待されない、と指摘している（*Beaucamp*, a. a. O.（Anm. 3）, S. 999 f.）。なお、不利益処遇禁止から「保護義務」が生じると解する学説として、*Marion Eckertz-Höfer*, in :

AK-GG GW 2001, Art. 3 Abs. 2, 3 Rdnr. 132 ゆあゆ。

(52) *Werner Heun*, in : Horst Dreier (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd 1, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rndr. 138.

(53) *Umbach*, a. a. O. (Anm. 23), Rdnr. 393.

(54) *Scholz*, a. a. O. (Anm. 26), Rdnr. 175; *Gubelt*, a. a. O. (Anm. 22), Rdnr. 104b; *Rüfner*, a. a. O. (Anm. 45), Rdnr. 874.

(55) *Rüfner*, a. a. O. (Anm. 45), Rdnr. 884.

(56) *Gubelt*, a. a. O. (Anm. 22), Rdnr. 104b.

(57) *Beaucamp*, a. a. O. (Anm. 3). 以下の叙述において、この論文を引用する場合には、本文中に括弧書で頁数を示す。

(58) *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 377 ff.

四　おわりに

本稿の目的は、ドイツの諸学説が新たに導入された基本法三条三項二文からいかなる規範的内容を導出しているのかを解明することにあった。本稿によって得られた成果は、制定過程において基本法三条三項二文に期待された規範的内容は「防禦基本権」（一般平等原則の強化）と「価値決定」（照射効）という極めて控えめなものであったが、学説においては、これをはるかに越える規範的内容を基本法三条三項二文から導出しようとする解釈論が多彩に展開されていることを明らかにしたことにあり、かつそれに尽きる。ただ、先行研究との関係において本稿に若干の存在価値があるとすれば、それは、基本権ドグマーティクの総論的検討[59]に向けて、基本法三条三項二文の不利益処遇禁止に即して「個々の基本権の各論からのフィードバック[60]」を試みた点にあるといえるかもしれない。

（59）単著の研究書に限定すると、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、一九九八年）、同『基本権の内容形成―立法による憲法価値の実現』（尚学社、二〇〇四年）、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、二〇〇一年）が代表的である。

（60）小山・前掲注（59）『基本権の内容形成』三一三頁。