

ドイツ連邦憲法裁判所が活用する 首尾一貫性の要請の機能について

——司法審査の民主主義的正当性という問題を中心に——

高橋和也*

はじめに

- I 首尾一貫性の要請と平等原則
- II 首尾一貫性の要請と自由権
- III 首尾一貫性の要請の活用場面のさらなる拡大?
- IV 司法審査の民主主義的正当性

おわりに

はじめに

(1) 現代の先進的な国家の多くはその憲法において民主主義を採用しており、公正な選挙によって選出された議員によって構成される議会に国の重要な案件についての決定を委ねている。しかしこのような国の中には民主的な議会の決定を覆す権限を裁判所に認めている国もある。また、このような国の中にはそのような権限を託されることになる裁判官の選出を国民に委ねていない国もある。従ってこのような国については、一方で民主主義を謳いながらなぜ非民主的機関たる裁判所が民主的な機関の決定を覆すことが許されるかが問題となり得る。

この問題に早くから取り組んできたのがアメリカである。民主主義を構成原理とする合衆国憲法には裁判所の設置を認める規定は存在している。しかし裁判所が議会の定めた法律を破棄する権限、すなわち「司法審査権」を持つことを認めた規定は存在しない。アメリカの裁判所が現在行使している司法審査権は、最高

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第13巻第3号 2014年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

裁判所がかの有名な *Marbury v. Madison* 事件において自己に認めたものである。この司法審査権は通常裁判所によっても行使されるが、最終的には最高裁判所によって行使される。にもかかわらず、この最高裁判所の判事は、国民によって直接選出されたものではない。従って、アメリカにおいては司法審査の民主主義的正当性という問題が憲法学の最も基本的な問題の一つとされてきた。

他方我が国では、日本国憲法が裁判所に司法審査権を認めている（81条）。更に日本国憲法は、最高裁判所判事の国民審査まで可能にしている（79条）。にもかかわらず、我が憲法学はこの「司法審査の民主主義的正当性」という問題に大きな関心を示してきた¹⁾。憲法に司法審査制を認める明文の規定があるといっても、そこからそれをどう行使すべきかまで読み取ることが出来ないために、「司法審査権とはいかなるものか」、「なにが司法審査制を正当化しているのか」という原理的な問題に立ち返って考察せざるを得なかったからである。

(2) それではこの問題に我が憲法学（あるいは我が憲法学が積極的に参照してきたアメリカ憲法学）はどのような解答を与えてきたのだろうか。古典的な解答（案）は次のようなものである。即ち、国民によって定められた憲法は、少なくとも裁判所が裁判を行うこと、つまり紛争を処理するために法律を事案に適用すること自体は認めているはずであるということ的前提に、憲法もそのような法律の一つであると考えたというのがそれである²⁾。この場合、司法審査は裁判所が憲法を事案に機械的に適用した結果にすぎないということになる。ここには裁判所は「法」、即ち「所与の規範を事案に機械的に適用すること」は行うが、「政治」、即ち主観的な価値判断は行わないという前提があった。しかしこのような前提は、内容の不明確な憲法規範が数多く存在するということが強く認識される

-
- 1) 代表的なものに、鶴飼信成「アメリカにおける司法的審査制の成立」季刊法律学4号（1948年）141頁以下、佐藤幸治「司法審査とデモクラシー——アメリカにおける理解を中心として——（一）（二・完）」法學論叢74巻3号（1963年）1-54頁、74巻5・6号（1964年）35-88頁、西村裕三「アメリカの司法審査制に関する一考案——その歴史的発展過程と機能的分析（一）（二）」廣島法學3巻1号（1979年）79-111頁、3号（1979年）25-70頁、松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣・1991年）等がある。
 - 2) このような見解の紹介・検討を行うものとして、佐藤・前掲註1）（二）35頁以下。

ようになるにつれてその妥当性を疑われるようになる。というのは、憲法規範の意味が不明確な場合、その規範を事案に適用するためには解釈が必要になり、そしてこの解釈の際に裁判所が隠れて主観的な価値判断を行う可能性があるからである。その場合、裁判所は憲法を適用しているというよりも、解釈を通じて憲法の「具体化」を行っていることになる。

このような問題に直面しつつなお司法審査制に正当性を見出そうとする論者は次のように考えた。即ち、憲法上の不確定概念が問題になる場合にも、裁判所が係争中の事案を越えた（その意味で一般的・普遍的な）解釈基準を定めて、それに事案を機械的に包摂していけば、裁判所はあくまで「法」を行っていることになり、その限りで司法審査は正当化されるのではないかという考えがそれである³⁾。しかしこの考えには根本的な問題があった。それは、その解釈基準自体が民主主義的に正当化されていなければ、「法」を行っていてもそれは民主主義的に正当なものとは言えないというものである。しかし問題はそれだけではない。即ち、この考えの下ではある憲法規範について裁判所が一度定めた自己の解釈基準を容易には変更できなくなるという問題があるのである⁴⁾。裁判所が自己の解釈基準を自由に変更してしまえば、仮に事案を基準へ機械的に包摂しているとしても解釈基準自体を恣意的に変更することで「政治」を行っているのではないかと疑われてしまう。さらに、上記の考え方にはもう一つの問題があった。それは、解釈基準を定める際に事案の特殊性を取り込んでうまく射程の限定を行うことができなければ、ひとつの解釈基準の効果が過度に広範な領域に及びうという問題である。

(3) 本稿は、これらの問題にドイツ連邦憲法裁判所が現在どのように取り組んでいるかを明らかにすることを目的とする。ドイツでは、日本と同様、その憲法たるボン基本法が連邦憲法裁判所に法令の基本法適合性審査を行うことを認めて

3) このような見解の紹介・検討を行うものとして、佐藤・前掲註1) (二) 61頁以下、西村・前掲註1) (二) 46頁以下、松井・前掲註1) 90頁以下。

4) 参照、芹澤英明「アメリカ合衆国の最高裁ロバーツ・コートの司法的ミニマリズムの分析——現代アメリカ法の制定法解釈論——(一)」法學75巻2号9-10頁。

いる。というよりも連邦憲法裁判所はそのために設置された機関であるといえよう。そしてドイツでも、日本と同様、連邦憲法裁判所が自己に認められた権限を如何に行使すべきかという問題が極めて重要な問題とされてきた。故にドイツでも、憲法裁判権の民主主義的正当性という問題が（アメリカほど華々しくはないにしろ）議論されている⁵⁾。このような両国の類似性に鑑みれば、「どうすれば裁判所は自己が定める解釈基準に民主主義的な正当性を調達することができるのか」あるいは「どうすれば裁判所は一般的・普遍的な解釈基準に自己の憲法解釈を拘束しつつ必要に応じてそれを変更したり、その射定を限界付けすることができるのか」という問題に対する解答をドイツに学ぶことにも一定の合理性があるように思われる。結論から言うと、連邦憲法裁判所はこれらの問題を、部分的には「首尾一貫性の要請」を活用することによって解決しようとしているものと思われる⁶⁾。この「首尾一貫性の要請」は、「〔司法審査において〕立法者による一次的判断権の行使を受けて、立法者の基本決定との首尾一貫性を検討する」審査手法として理解されるものであり⁷⁾、立法者を拘束する基準の内容が立法者自身によって定められたものであるという点から、「立法者の自己拘束」とも呼ばれている⁸⁾。

ドイツ連邦憲法裁判所が自己の解釈基準に民主主義的正当性を調達し、また自己の判断の硬直化を回避するためにこの首尾一貫性の要請を活用しているという事実を本稿は以下のような手順で確認する。まず、連邦憲法裁判所が首尾一貫性の要請をその諸判決の中でどのように用いているかを確認する。第一章では平等原則に係る諸判決を検討し、第二章では自由権に係る諸判決を検討する。そして第三章ではその他の基本権に係る諸判決を検討する。検討の順番をこのようにしたのは、連邦憲法裁判所による首尾一貫性の要請の活用領域が、概ねこの

5) 六戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂・2005年）6頁。

6) 土屋武『「議論による代表」としての憲法裁判所——R・アレクシーによる憲法裁判の民主的正統化論をめぐる論争を中心に——』ドイツ憲法判例研究会編『憲法の規範力と憲法裁判』（信山社・2013年）15-16頁。併せて、参照、服部高宏「法と政治の力学と憲法裁判——ドイツ連邦憲法裁判所批判を手がかりに——」井上達夫他編『法の臨界I 法的思考の再定位』（東京大学出版会・1999年）105頁以下。

7) 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔新版〕』（尚学社・2011年）174頁。

8) 渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法政研究76巻3号（2009年）296頁。

ような順番で拡大してきたからという理由による。これらの作業の結果、連邦憲法裁判所が首尾一貫性の要請を「比例原則」の適用が困難な場面で用いているということが明らかになるだろう。そしてこのことが司法審査の民主主義的正当性という問題にとって何を意味するかを章を改めたうえで考察する(第四章)。最後に本稿が我が憲法学にどのような示唆をもたらすかを確認するとともに、残された課題を確認する。

I 首尾一貫性の要請と平等原則

1 徴候作用としての一貫性審査? — 体系適合性の要請

第一款 一般的平等原則と体系適合性の要請の結合前史

(1) 判決の分析に入る前に、これから度々言及することになる基本的な用語の内容を確認しておきたい。具体的には「比例原則」という用語の内容を確認したい。

「比例原則」とは、基本権制限の正当化手続において用いられる一手法である。ドイツでは基本権制限の正当化手続として「三段階審査」と呼ばれるものが活用されている⁹⁾。この三段階審査は、基本権制限の合憲性を三段階で審査するものである。第一段階では、問題となっている国家行為によってもたらされている不利益が、基本法上の権利として保護されたものと言えるかが審査される。それが肯定される場合、続く第二段階において、問題の国家行為がこの基本法上保護された利益の制約となっているかが審査される。それも肯定される場合、続く第三段階において、そのような制約が憲法上正当化され得るものかが審査される。最後の正当化審査は、形式面と実質面の両面から審査される。形式的正当化審査では、例えば、問題となっている国家行為が法律上に根拠を有するかなど、形式面に着目した審査が行われる。他方実質的正当化審査では、国家行為の目的の正当性と、その目的を達成するために投入された手段の正当性が

9) 「三段階審査」の詳細については、松本和彦「基本権の保障と制約に関する一考察(一) — ドイツにおける防禦権のドグマティックの法的構造 —」民商法雑誌 111 巻 1 号 (1994 年) 41 頁以下。

審査される。前者の審査を「目的審査」と言い、後者の審査を「手段審査」という。手段審査では一般に、「比例原則」を用いた審査が行われる。比例原則に依拠した審査は三つの構成部分からなる。一つは、投入された手段が（正当な）目的の達成にとって有用かどうかを審査する部分であり、これは一般に「適合性審査」と呼ばれる。もう一つは、投入された手段が、被制約者に対して最も少ない不利益をもたらすものになっているかどうか、換言すれば、同様の効果を実現する上でより制限的でない他の手段が存在しないかどうかを審査する部分であり、これは一般に「必要性審査」と呼ばれる。最後の一つは、実際に生じている不利益と、規制によって目指された利益が釣り合っているかどうかを審査する部分であり、これは「相当性審査」とか「狭義の比例原則」などと呼ばれる¹⁰⁾。

(2) 本題に戻ろう。連邦憲法裁判所は、——そしてそれに従い学説も——立法の一貫性と統一性に向けられた憲法上の諸準則を、長い間体系適合性 (Systemgerechtigkeit) というキーワードの下で議論してきた¹¹⁾。そこで本節では、首尾一貫性の要請の分析に入る前の準備作業として、まず連邦憲法裁判所の諸判決における体系適合性の要請の内容を確認することにした。

連邦憲法裁判所と体系適合性の要請の関係が始まったのは、1957年1月17日の連邦憲法裁判所第一法廷決定¹²⁾からであると言われる¹³⁾。そこで、まずはこの決定の内容を確認しよう。

10) 比例原則の詳細については、柴田憲司「憲法上の比例原則について（一）——ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に——」法學新報116巻9・10号（2010年）191頁以下。

11) Mehrdad Payandeh, Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?, AöR 136 (2011), S.581.

12) 本判決を紹介する邦語文献として、北野弘久「夫婦合算課税の違憲性」我妻栄編『ドイツ判例百選』（有斐閣・1969年）78頁以下、村井正「夫婦課税をめぐる諸問題」法律時報42巻4号（1970年）27頁以下、小林博志「夫婦合算課税と婚姻・家族の保護——夫婦合算課税決定——」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）209頁以下、清水敬次「税法と平等原則——西独連邦憲法裁判所の判例を中心として——」法學論叢90巻4・5・6号（1971年）160頁以下。

13) Payandeh (Fn. 11), S.581.

(3) 57年決定（夫婦合算課税決定）

1951年所得税法は、その個人課税の原則の例外として二つの規定を設けていた。一つは、夫婦合算課税であり、もう一つは、子女合算課税である。累進所得税構造下においては、合算課税は分離課税よりも税負担が大きくなる。そこで、合算課税を適用された既婚の市民が、自己は分離課税を適用される未婚の市民に比して、租税上不利に取扱われているとして出訴した。これが本件である。

連邦憲法裁判所は、「〔夫婦合算課税は〕個人課税の原則を侵すものであり、結婚している者に不利益をもたらしており、つまるところ婚姻に対する妨害的侵害を成している」¹⁴⁾として、問題の規定を違憲とした。

本稿の関心から注目されるのは、この判決の中で連邦憲法裁判所が「個人課税の原則に基づく近代所得税法体系の中で共同査定に係る規定は異物（Fremdkörper）となっている」¹⁵⁾と述べ、「立法者が、一般に、世帯課税の原則から個人課税の原則へ移行した後では、世帯課税はその起源から解放されるため、今日の所得税法の体系に反する（systemwidrig）要素になる」¹⁶⁾と述べていた箇所である。

しかし、本件において連邦憲法裁判所が審査の中心的基準としたのは、平等原則に係る基本法3条1項ではなく「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」¹⁷⁾とする基本法6条1項であった。その理由を連邦憲法裁判所は次のように説明する。

「連邦憲法裁判所の判例によれば、基本法3条1項の意味は、『本質的には、以下の点に存する。即ち、あらゆる実際上の相違が法における別異取扱いをもたらすことを許されるわけではなく、公正と目的適合性の観点から法においても異なる重要性が付与されるべきと考えられる相違のみが法における別異取扱いをもたらすことが許されるという点がそれである。法においても異なる重要性が付与されるべきかどうかの決定は、一義的には立法者の責務となる』（…）。しかし、このような立法者の裁量（Ermessen）は、恣意禁止と、一般的平等原則の『具体

14) BVerfGE6, 55 (77).

15) BVerfGE6, 55 (67).

16) BVerfGE6, 55 (69).

17) 訳出は、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第6版〕』（信山社・2010年）。本稿における基本法の条文の訳出は全て本書に従った。

化』(とりわけ基本法3条2項及び3項)だけでなく、法的・社会的秩序の特定の領域に対する制憲者の価値決定が表れているその他の原則規範の中にもその限界を見出す。このような原則規範が問題になる場合、規定はまずはそれがこの原則規範と両立し得るかどうかを審査されねばならない。この審査の結果、その規定が原則規範と相容れないものと判明すれば、一般的平等原則(基本法3条1項)の観点から審査を行う余地はもはや無くなる¹⁸⁾。

ここにいう「法的・社会的秩序の特定の領域に対する制憲者の価値決定が表れているその他の原則規範」とされたのが基本法6条1項であった。つまり本件において問題になっていたのは平等問題であったが、これが婚姻の保護にも抵触するものであったため、連邦憲法裁判所は基本法6条1項の枠組みの中で平等問題を審査したということである。

(4) 学説における評価

学説においては、本決定からも既に連邦憲法裁判所が体系適合性の要請をどのように理解しているかが知られ得ると述べるものもある。この論者によれば、本決定において連邦憲法裁判所は体系適合性の要請を、法律による規制の体系(Systematik)に法律を順応させ、体系(System)に調和ないし「適合」させることを要求する原理として理解しているという¹⁹⁾。

第二款 一般的平等原則と体系適合性の要請

(1) ここからは、「すべての人は法律の前に平等である」と規定する基本法3条1項と体系適合性の要請の結びつきを見ていきたい。

後述のように、連邦憲法裁判所は既に1958年12月16日の第一法廷決定において体系適合性の要請と平等原則の関係に言及していた。しかし、平等原則審査における体系適合性の要請の重要性が学説において一般に認識されるようになったのは60年代に入ってからのことであった。学説が体系適合性の要請の重要性を認識するきっかけとなったのが、次に見る62年と71年の2つの連邦憲法裁判

18) BVerfGE6, 55 (71).

19) Payandeh (Fn. 11), S.581.

所判決である²⁰⁾。

(2) 62年判決（個人所有物的会社判決）

本判決の内容を紹介する前に、まずはその制度的前提について必要な説明を行う²¹⁾。

ドイツでは、特定の共同目的の達成のために構成員が法律行為によって結集した私法上の人的団体のことを「会社（Gesellschaft）」と呼ぶ。会社は、その法的性格によってさらに二つのものに分類される。一つは、社団の性格を有する「物的会社（Kapitalgesellschaft）」²²⁾であり、もう一つは、組合の性格を有する「人的会社（Personengesellschaft）」である。両者には法人格についても相違がある。物的会社には固有の法人格がある。しかし人的会社には法人格はない。従って、ドイツにおいて「法人」といえばふつうは物的会社のことを指す。両者の設立要件等については主に株式法（物的会社）と商法典（人的会社）に定めがある。

ドイツでは、所得に対する租税として納税主体に応じて異なる二つのものが用意されている。一つは個人を納税主体とする所得税であり、もう一つは法人を納税主体とする法人税である。従って、物的会社の所得に対しては、法人税が課されることになる（法人税法1条1項1号）。人的会社の所得（「共同事業の利益」）は、額については物的会社の場合と同様、個々の人的会社ごとに算定される。しかし人的会社には法人格がないため、共同事業の利益に対する課税の納税主体には人的会社の「共同事業者」になる。「共同事業者」とは、人的会社が行う営業の事業者と認められる「社員」このことをいう。「社員」とは、会社に対して持分を有する構成員のことを指す。共同事業の利益は、通常、共同事業者の持分に

20) Bernd Grzeszick, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), S.52, Fn. 8; Christoph Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976, S.8ff.

21) 以下に説明するドイツの租税制度については、脚注24)に挙げる文献の他、谷口勢津夫「ドイツにおける人的会社（共同事業者）課税（パートナーシップの課税問題）」日税研論集44巻（2000年）85頁以下、ハーラルト・シュナイダー（木村弘之亮訳）「租税法における人的会社」法學研究54巻8号（1981）27頁以下を参照した。

22) 「資本会社」と訳されることもある。

応じて共同事業者に分配される（「持分利益」）。この持分利益に対して所得税が（共同事業者が法人の場合には法人税が）課されることになる。人的会社の事業への共同事業者の協力に対して人的会社が報酬を支払った場合、この報酬を人的会社の事業の営業経費として共同事業の利益から控除することは認められない（所得税法4条、15条）。これは租税回避を防止するためである²³⁾。他方、物的会社はその出資者の労務に対して支払う報酬については、法人税法上、営業経費としての控除が認められている。

上に述べたように、ドイツにおいては、所得税法ないし法人税法によって所得に対して課税が行われている。この所得のうち「営業所得（Einkünfte aus Gewerbebetrieb）」については、同時に営業税の課税物件にもなっている。営業所得は営業税法上は「営業収益（Gewerbeertrag）」と呼ばれている。営業税の納税主体は、主に①個人企業者②物的会社③共同事業者である。このうち、②物的会社が納税主体となる営業税のあり方が問題となったのが、本件である²⁴⁾。

既述のように、営業税の課税物件たる営業収益は、所得税法ないし法人税法上の所得の一類型である営業所得と共通する。そこで旧営業税法は、営業収益の額の算定のために、その7条において、所得税法ないし法人税法上算出された営業所得の額をそのまま受け継ぐことを規定しており、続く8条・9条によって、それに対する必要な修正を行っていた。問題となったのは、物的会社の出資者の労務に対する報酬のうち「本質的出資者」に対する報酬については営業経費としての控除を認めない、という修正である（8条6項）。ここにいう「本質的出資者」とは、その会社に対して行われた出資のうちの4分の1以上を単独で行った自然人の事を指す（1950年営業税法施行令20条2項）。この修正は、本質的出資者を個人企業者と同視し、以て租税回避を防止することを目的としていた。「本質的出資者」を有する物的会社は、営業税との関係では「個人所有物的会社」と呼

23) 累進税率の下では、個々の共同事業者の所得として課税標準を確定した方が会社全体としての税額が低くなる。

24) 本判決を紹介する邦語文献として、村井正「法人格否認の法理と租税法・序説」同『現代租税法の課題』（東洋経済新報社・1973年）32頁以下〔初出1970年〕、金子宏「租税法と私法——借用概念及び租税回避について——」租税法研究6号（1978年）7頁以下、水野忠恒『『租税法と私法』論の再検討（一）』法學45巻1号（1981年）35頁以下。

ばれ、他の物的会社とは区別されていた。本質の出資者を有しない物的会社は「無名物的会社」と呼ばれていた。

上告人は、個人所有物的会社である。上告人は、あらゆる出資者の労務に対する報酬が営業経費として控除され得る無名物的会社に比して自己は営業税法上不利に取扱われているとして、旧営業税法8条6項の平等原則違反を主張した。これに対して国側は、個人所有物的会社はその実態に鑑みれば人的会社と比較されるべきものであり、人的会社も共同事業者の労務報酬の控除を禁じられているのだから、不平等な取扱いは存在しないと主張した。

連邦憲法裁判所は、基本法3条1項の基準として根底に置かれるべき比較ペアについて次のように述べた。営業税が、所得税ないし法人税の課税標準を原則として受け継いでいることの根底には、「会社の私法上の分類に従って、人的会社には所得税を課し、物的会社には法人税を課す」という租税立法者の決定が存在する。この決定に従えば、「営業上の収益に対する課税についても、物的会社と人的会社は原則として異なるものとなり、全ての物的会社は個人所有か無名かに関わらず、物的会社というカテゴリーの下原則としては同じものとなる。……それ故、個人所有物的会社／人的会社という比較ペアにはいかなる意義も認められない」²⁵⁾。このように述べて、連邦憲法裁判所は、問題とされるべきは個人所有物的会社と無名物的会社の間の別異取扱いであるとする。

續けて連邦憲法裁判所は、この別異取扱いの正当化可能性を審査するために基準の定立を試みる。連邦憲法裁判所によれば、租税法が所与の生活関係を受け継ぎ、その結果私法上の秩序を受け継ぐこととなった場合、あるいは租税法が課税対象を原則として私法の法形式で定めている場合には、租税法は私法と「深層部で結びつくことになる」²⁶⁾。このような結びつきも、私法からの逸脱を完全に排除するものではない。しかし、「租税法が租税法自身によって打ち立てられた事項的適法性 (Sachgesetzlichkeit) を放棄する場合、それが納得のゆく理由によって支えられていなければ、逸脱は連邦憲法裁判所の判例に言うところの『事柄からして (sachlich) 十分に正当化されている』ものにはならない (後述の社会

25) BVerfGE13, 331 (338-339).

26) BVerfGE13, 331 (340).

扶助決定他)」²⁷⁾。また、逸脱を正当化する理由について、連邦憲法裁判所は、「その重みが、原則として選択された秩序原理からの逸脱の甚だしさ (Intensität) と一致するものでなければ、説得力を持つものにはならない」²⁸⁾と述べる。

このような基準の下、連邦憲法裁判所は、事項的適法性からの逸脱理由として、租税回避防止目的、実際性、営業税の客観税的性格、経済政策的根拠を検討した上で、「本質的な形で資本参加した社員の労務報酬に対する例外規定によって個人所有物的会社を無名物的会社より不利に扱う明白な実質的理由は認識されない」として、このような取扱いは基本法3条1項に反すると結論した²⁹⁾。

(3) 若干の分析

税法は私的経済活動を基礎にして課税関係を形成するが、私的経済活動それ自体はいうまでもなく私法によって規律されている。税法と私法はこのような意味で密接な関係にあるので、租税立法者は、課税要件、より正確にいえば課税要件要素としての類型的事実・法律事実を記述するに当たって、立法技術上の便宜として、しばしば私法上の概念を用いる。勿論、私法以外の法領域から概念を借用することもあるが、それらを広く借用概念という。これに対して、他の法領域から借用するのではなく、税法が独自に用いている概念（例えば所得、必要経費）を固有概念という。税法上の概念を借用概念と固有概念とに区別する実益は、これらの概念の間で解釈の仕方の違いを認める場合に生じる。固有概念を税法独自の意味に解釈するのは当然のことであるが、借用概念の解釈については、かつては見解の対立がみられた。第一次世界大戦後のドイツにおいては、私法におけると同様の意味に解釈すべきであるとする見解（統一説）と、税法独自の意味に解釈すべきであるとする見解（独立説）とが対立していた³⁰⁾。

本件において問題となっていたのは租税法規の合憲性であり、故に本件は租税法規の解釈を直接論じたものではない。しかし、本判決は、連邦憲法裁判所が上

27) BVerfGE13, 331 (340).

28) BVerfGE13, 331 (341).

29) BVerfGE13, 331 (341ff.).

30) 谷口勢津夫「税法の基礎理論——租税憲法論序説——」税法学 555号 (2006年) 322頁。

述の借用概念論争における統一説に親和的な立場に立った上で立論を行っているとして (いわゆる「私法関係準拠主義」³¹⁾)、とりわけ租税法において極めて大きな注目を浴びることとなった³²⁾。

本稿の関心からまず注目されるのは、本判決のいう「事項的適法性」への拘束が、立法者の自己拘束を意味しているというよりも、立法者の他者拘束を意味しているという点である。というのは、立法者が拘束されることになる事項的適法性を定めるのは、立法者自身ではなく、法秩序であるとされているからである。ここでは租税法という法秩序そのものがあたかも自律的な人格体であるかのように取扱われている³³⁾。他方本判決では租税立法者の一次的な決定が、基本法3条1項との関係で問題とされるべきペア (つまり、違憲が疑われるペア) を確定するために用いられてもいる。ここには立法者を主体とした自己拘束思想が看取され得る。つまり本判決には、毛色の異なる二つの一貫性思想が混在していると言える。次に本稿の関心からは、事項的適法性あるいは立法者の基本決定からの逸脱も「納得のゆく」理由があれば許容されるとされていた点が注目される。また、本件で問題となっていたのは租税法規であったという点も注目される。後に詳しく述べるが、租税法規は一般に比例原則を用いた審査になじまないとされている。

本判決では「体系 (System)」への言及は見られなかったが、その後、この判決は体系適合性の要請を適用した最初の判決と見られるようになる。学説がそのように考えるようになる原因となったのが次に見る 1971 年 11 月 7 日の連邦憲法裁判所第一法廷決定である。

(4) 71 年決定 (法人税法決定)

31) 谷口・前掲註 30) 299 頁。

32) Werner Flume, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu §8 Ziff. 6 GewStG, DB 1962, S.381ff.; Heinrich Wilhelm Kruse, Steuerrecht, I. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1973, S.102; Ernst-Werner Fuß, Normenkontrolle und Gleichheitssatz, JZ 1962, S.742ff.; Franz Klein, Gleichheitssatz und Steuerrecht, 1966, S.145ff.

33) 本判決で私法は、立法者による内容形成とは切り離された自生的・自律的秩序として理解されているように思われる。そして租税法も、そのような私法と (部分的に) 同質のものとして理解されているように思われる。

本決定も物的会社の所得に対する課税に関係する。既述のように、物的会社の所得に対する課税に関しては法人税法に定めがあるが、その12条3号は、監査役会、管理委員会、坑内理事会（Grubenvorstand）の構成員、若しくは他の業務執行者の監督を委託された人（Person）に支払われるあらゆる種類の報酬を事業支出として控除することを禁じていた。その結果、監査役会等を設置する義務がなく、故に純益、つまり、支出を差し引いて残った収益の黒字に課税が行われている（純額主義）人的会社との間で異なる取扱いが生じていた。本件ではこのような別異取扱いの合憲性が争われた³⁴⁾。

連邦憲法裁判所は、まず物的会社の社員と人的会社の社員の事業運営に対する影響力の相違に着目し、人的会社については業務執行・代理を社員が直接引き受けるのに対して、社員の事業運営への影響力が限定されている物的会社については安全性のミニマムを保障する為に監査役会のような特別な取締機関が必要になると述べて、その限りで監査役会等の設置義務の有無という点に関しては物的会社と人的会社の間に根拠のない別異取扱いは存在しないとす³⁵⁾。

また、所得税法全体は純額主義を根底に置いているにもかかわらず、監査役報酬の控除を禁止することによって、立法者は、自らが打ち立てた事項的適法性から十分な理由なしに逸脱していたという異議申立人の主張に対しては連邦憲法裁判所は次のように述べた。

「連邦憲法裁判所は、体系違反（Systemwidrigkeit）、即ち法律自身によって打ち立てられた事項的適法性に対する侵害は、平等原則違反を指し示す（indizieren）と繰り返し述べてきた（後述の失業扶助決定、個人所有物的会社判決等）。その際に問題になっていたのは、異なる規範名宛人が基本法3条1項の憲法規範（「あらゆる人間は法の下平等である」）に反して不平等な形で関係していた事情であった。——本件においてそうであるように——あらゆる規範名宛人が、つま

34) 本判決を紹介する邦語文献として、谷口勢津夫「扶養支出の控除に関する西独連邦憲法裁判所の判例の検討——担税力原則の憲法原則への発展の一断面——」甲南法学26巻2・3号（1986年）362（156）頁以下。また、クラウス・ティプケ（木村弘之亮監訳）『所得税・法人税・消費税——西ドイツ租税法——』（木鐸社・1988年）30頁にも簡単な紹介がある。

35) BVerfGE34, 103（114-115）。

り監査役を明示しているあらゆる会社が、平等に、しかし立法者の基本構想を正當に評価していない方法で取り扱われている場合にも、基本法3条1項違反が存在するかどうかは未解決のままとし得る。〔なぜなら〕……事柄に即した(sachlich)理由がない逸脱はいかなるものであっても行ってはならないという厳格な意味での純額主義は、所得税法からは取り出され得ず、故に所得概念の全体的観察の下では法人税法からも取り出され得ない〔からである〕³⁶⁾。

(5) 若干の分析

本決定において連邦憲法裁判所は、明示的に「体系」という言葉を口にした。ここで注目されるのは、連邦憲法裁判所がこの体系からの逸脱を、「法律自身によって打ち立てられた事項的適法性に対する侵害」としていた点である。つまり「体系適合性の要請」は、法秩序による立法者の拘束、即ち他者拘束を意味するものと思われる。他方、本件異議申立人は、事項的適法性を定めるのは立法者であるという前提で立論を行っていた。このことは、本決定が下された1971年という時点において、事項的適法性を定める主体の問題が一般にはあまり認識されていなかったことを示しているものと思われる。以下に紹介する体系適合性の要請の学説による分析も、体系適合性の要請は立法者の自己拘束をも含意するという前提の下に行なわれている。実際、法秩序はそもそも立法者によって形成されたものであると考えれば、体系適合性の要請も究極的には立法者の自己拘束を意味することになる³⁷⁾。但し、1981年11月10日の連邦憲法裁判所第一法廷決定において、両者には法的効果について重大な相違があるということが明らかにされることになる。しかしそれはまだずっと先の話である。

第三款 体系適合性の意義

(1) 規範矛盾の種類

36) BVerfGE34, 103 (115); 下線は高橋。

37) この点、かつては自己形成的なものであると理解されていたものと思われる民法が、自律的なものではなく立法者によって形成されるものであるというふうに理解されるようになる時期が気になるところであるが、本稿では研究できなかった。他日を期したい。

体系適合性の要請においては規範の矛盾が問題とされている。この点規範の矛盾にも二つの種類があるとされる。一つは、規範の名宛人が同時には従い得ないような二つの行為命令の間で生じる矛盾である。この矛盾についてはその解消のために、「後法優位の原則」や「特別法優位の原則」といったものが予定されている。しかし、規範に係る矛盾は二つの行為命令の間でのみ生じるわけではない。規範の背後にある立法者の価値判断の間でも生じ得る³⁸⁾。前者の規範矛盾とは異なり、後者の規範矛盾については、それがいかなるルールによって解消されるか必ずしも明らかでない。従って、体系適合性というキーワードの下で規範矛盾を論じる余地があるとすれば、そこで問題とされる矛盾は後者の矛盾、即ち価値判断の矛盾であるとされた³⁹⁾。

(2) 価値判断矛盾内部の二つの類型

価値判断矛盾は、更にその内部で二つの類型に細分化されると言われる⁴⁰⁾。一つは、ある法律の内部、あるいは事柄からして (sachlich) 関連が認められる規制複合体 (Regelungskomplex) の内部で生じる価値判断矛盾であり、もう一つは、民法と租税法のように異なる法領域をまたいで生じる価値判断矛盾である。夫婦合算課税決定で問題となったのは前者であり⁴¹⁾、個人所有物的会社判決で問題となったのは後者である⁴²⁾とされる。

価値判断矛盾を二つの類型に細分化する理由は次の点にある。即ち、当時の確立した連邦憲法裁判所の判例によれば、異なる価値判断を根底に置いた二つのペアがそれぞれ異なる法領域に属しているという事実は、それだけで別異取扱いを正当化する理由になるとされていた⁴³⁾が、これは詰まるところ、法領域をまたぐ価値判断矛盾を基本法3条1項によって問題にすることは出来ないということ

38) Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, S.26f., 112ff.

39) Degenhart (Fn. 20), S.4; Payandeh (Fn. 11), S.584.

40) Degenhart (Fn. 20), S.5; Canaris (Fn. 38), S.16f.

41) Degenhart (Fn. 20), S.19ff.; Rainer Prokisch, Von der Sach- und Systemgerechtigkeit zum Gebot der Folgerichtigkeit, in: Festschrift für Klaus Vogel, 2000, S.299.

42) Degenhart (Fn. 20), S.6ff.; Prokisch (Fn. 41), S.297.

43) BVerfGE 9, 243; 11, 293; 13, 354; 21, 54; 31, 219; 34, 129.

を意味したからである⁴⁴⁾。そこから、個人所有物的会社判決は「〔基本法〕3条に係る自己の判断を逸脱している⁴⁵⁾」と厳しく非難されることとなった。

このような批判を受けてか、本判決においてみられた、法領域をまたがって存在する価値判断矛盾の解消を求める要請（「法秩序の統一性の要請」）はその後の判決においては、その意義を著しく相対化させたと言われている⁴⁶⁾。

しかし、改めて個人所有物的会社判決を読んでみると、そこで問題になっていたのは民法と租税法をまたがる価値判断矛盾であったというよりも、民法からの借用概念の利用方法については民法の利用方法に従うとした営業税法7条の背後にある租税立法者の一次的な価値判断と、そこから離れようとする営業税法8条6項の背後にある価値判断との間で生じていた矛盾であったと解する余地も大いにあるように思われる。仮にそうであるとすれば、本判決において問題となっていた価値判断矛盾は、営業税法内部において生じていた価値判断矛盾であったと言えるだろう。その場合、少なくとも本稿でこれまで確認してきた諸判決全てにおいて、問題となっていた価値判断矛盾は単一の法領域内内部で生じたものであったということになるだろう。

次に、以下の点が確認されねばならない。即ち、一貫性審査の際に根底に置かれることになる立法者の価値判断は価値判断であれば何でもよいわけではなく、少なくともそれが平等原則との関係で用いられる場合には、それは「人の取扱方」に関係していなければならないという点がそれである⁴⁷⁾。個人所有物的会社判決の場合、基本となった価値判断は、「私法上の法形式に従って物的会社は全て物的会社として等しく取扱う」というものであった。また、夫婦合算課税決

44) Degenhart (Fn. 20), S.51.

45) Degenhart (Fn. 20), S.17.

46) Josef Isensee, Rezension: Christoph Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, AöR 102 (1977), S.325; Prokisch (Fn. 41), S.299.

47) この点、ドイツにおいて行政裁量統制手法として活用されている「行政の自己拘束」について、その法的根拠を平等原則とする学説が、行政の自己拘束を「行政がみずから設定した比較基準への拘束をいう（傍点：高橋）」としている点は注目に値する。参照、乙部哲郎「行政の自己拘束の法理」同『行政の自己拘束の法理——裁量と平等原則——』（信山社・2001年）20頁〔初出1975年〕。

定においても、一貫性審査の根底に置かれた立法者の一次的な価値判断は「所得税の課税単位は個人を基礎とする」という人の取扱方に関するものであった。個人所有物的会社判決に鑑みれば、ここにいう「人」には自然人のみならず法人も含まれると解される。

第四款 「徴表作用」の法的意義の否定

(1) さて、法人税法決定においては、平等原則には合致するが体系には反するという規定の憲法上の評価がどうなるのか（無効なのか、有効なのか）は未解決の問題とされていた（下線部参照）。まさにこの問題に連邦憲法裁判所が取り組むことになったのが次に見る1981年11月10日の連邦憲法裁判所第一法廷判決である。

81年決定（給付グループ決定）

本件は疾病等のために就業不能となった被雇用者のための年金の受給要件に係る。ドイツでは就業不能を理由とする年金の受給要件は、ライヒ保険規則（RVO）1246条に定められており、その2項は、被保険者が疾病等により就業不能になったことを受給要件としていた（1文）。被保険者が就業不能と言えるかどうかは、被保険者が彼に対して期待可能とされる仕事をもはや果たし得なくなったと言えるかどうかを基準に判断するとされ、被保険者に対して期待し得る仕事の範囲については、被保険者の従前の職業と、彼が受けた専門教育の内容を基準に判断するとされていた（2文）。これを受けて連邦社会裁判所は、その判決において被雇用者の職業を5つのグループに類型化し、順位づけを行った。連邦社会裁判所はこの職業グループのうち、被保険者自身の従前の職業が属する職業グループと、その一つ下の位の職業グループに属する仕事が彼に期待し得る仕事であるとしていた。

年金の裁定を行う州保険協会は、就業不能者のための年金の裁定を連邦社会裁判所の類型化・格付けに従って行っていた。その結果、より上位の職業グループに属する被保険者ほど期待可能とされる仕事の内容がより高度になり、就業不能と認められやすくなっていた。

本決定の原審手続の原告らは、連邦社会裁判所の格付けにいう中位の職業グループに分類される自己の従前の職業をもはや果たすことが出来なくなったため、州保険協会に年金の支給開始を申請した。しかし州保険協会は、原告らは確かに彼自身の従前の職業が属する職業グループの他の仕事を果たすことは出来ないけれども、その一つ下の位の職業グループに属する単純労働に従事することはなお可能であるとして、原告らの申請を拒否した。これに対する訴えを受けた州社会裁判所は連邦憲法裁判所に憲法問題を移送することを決定した。

州社会裁判所は問題の申請拒否決定を次のような観点から基本法3条1項に相容れないものと確信していた。即ち、この申請拒否決定は、被保険者の従前の職業と彼が受けた専門教育の有する社会的威信の高さを基準に行われた類型化に依拠して行われている。しかしこのような区別を行うためには、そのための客観的に十分な理由が必要となる。このような理由の有無を連邦憲法裁判所は、社会法の領域では「法律自身によって打ち立てられた事項的適法性」としての体系適合性に依拠して審査してきた。それによると、一度選択された秩序原理からの逸脱の根拠が説得力を持つためには、それがその重みにおいて、基礎とされた秩序原理からの逸脱の程度に一致していなければならない。連邦憲法裁判所の判例によれば、法定年金保険の構造は二つの秩序原理からなっている。一つは、寄与とリスク補整に依拠した要素としての保険原理であり、もう一つは、社会的補整としての扶助原理である。しかし、社会的威信の高い職業に従事していた被保険者に対する優遇は、これらいずれの原理からも導かれない。保険原理にとって重要な寄与の相違は年金額に既に十分に表れており、また扶助原理はむしろ下位の職業グループの優遇を要求するものである⁴⁸⁾。

連邦憲法裁判所は、RVO1246条2項の合憲性を連邦社会裁判所によって具体化された姿で判断した。

まず、基本法3条1項との関係について。連邦憲法裁判所は、連邦社会裁判所の解釈の下でのRVO1246条2項は労働者の職業上の転落を防止することを目的としているとしつつも、それは「『あらゆる仕事 (Arbeit) にはそれに固有の尊

48) LSG, Baden-Württemberg, Beschluss vom 6. 7. 1977-L 9 J 876/77-2 und L 9 J 891/77-2.

厳がある』という原則を侵すものではない」とする⁴⁹⁾。また、就業不能を理由とする年金を許可する前に被保険者に指摘され得るのは、彼自身の職業グループとそれに最も近い職業グループの仕事のみであるという原則は、全ての被保険者について等しく妥当しているとする⁵⁰⁾。最下位の職業グループの被保険者についてはあらゆる単純労働が指摘され得るが、それは最下位の職業グループについてははじめから転落が問題にならないことを理由としている。従って、「根拠のない別異取扱いは認められない」⁵¹⁾。

次に体系適合性の要請との関係について。連邦憲法裁判所は次のように述べて州社会裁判所の見解には従い得ないとした。

「確かに連邦憲法裁判所は、体系違反は『法律自身によって打ち立てられた事項的適法性』に対する違反として平等原則違反を指示し得るということを再三述べてきた（法人税法決定）。また、一度選択された秩序原理に対する違反の根拠は、それが説得力を持つためには、その重みにおいて、基礎とされた秩序からの逸脱の強度に一致するものでなければならない〔とも述べてきた〕（個人所有物的会社判決他）。しかし体系違反は——移送を行った裁判所が明らかに意図していたように——それだけでは基本法3条1項に違反しない。立法者がどのような体系に基づいて題材（Materie）を秩序付けるかは、……立法者の決定に委ねられている。連邦憲法裁判所はそのような規定を憲法の諸基準に基づいてのみ違憲と宣言し得るのであって、体系違反という観点から違憲と宣言することは出来ない。しかし、ここでは——移送を行った裁判所の見解に反して——平等原則違反を指示し得るような体系違反すら認識されない。連邦憲法裁判所が、『法定年金保険の構造は、二つの根本的な秩序因子、即ち、……保険原理と、……扶助原理のみから構成されている』という前提に立っているというのは正しい分析ではない。しかし、二つの原理の一方に還元され得ない規定が一般的平等原則を指示し得るのは、法定年金保険の構造が……二つの秩序因子のみによって構成されている場合だけである。確かに連邦憲法裁判所は、法的年金保険の体系にとって

49) BVerfGE59, 36 (48).

50) BVerfGE59, 36 (48).

51) BVerfGE59, 36 (48).

の……二つの原理の重要性を度々強調してきたし(…)、その際連邦憲法裁判所は、……自らが審査する規定を、ある時は扶助原理によって(…) またある時は保険原理によって(…)、より特徴づけられ正当化され得るものとみなしていた。しかし、連邦憲法裁判所は、年金保険の体系がそれらの原理の実現に尽きるとは述べていない。そのため、これらの両原理のいずれにも還元され得ない諸規定が全て、体系に矛盾する規範とみなされるわけではない⁵²⁾。

(2) 分析

本稿の関心からまず注目されるのは、本決定を素直に読むと、法定年金保険の構造を成す、保険原理と扶助原理以外の秩序原理が特定されれば、保険原理と扶助原理も一貫性審査の基礎となる可能性があるように思われる点である。では、この保険原理と扶助原理は「人の取扱方」に関するものであると言えるのだろうか。難しい問題であるが、州社会裁判所の見解も合わせてみると、ここで保険原理と扶助原理は、異なる額の保険料納付によって異なった貢献を行った者同士の間で給付内容に相違が出ていなければならないという内容の原理として理解されていることが分かる。従って、本決定においても、一貫性審査の際に根底に置かれる価値判断は、人の取扱方に関するものであるという点は維持されていると言えるのではないだろうか。

(3) 学説における評価

本判決を受けて、学説では、「体系違反は、それだけでは法律の妥当性にまだ疑問を投げかけない⁵³⁾」とか、「法律上の規定の体系性の欠如そのものではなく、そのような体系性の欠如の背後にある正当化され得ない別異取扱いこそが憲法違反を成す⁵⁴⁾」とか、「平等原則は体系適合的な取扱いを要求するものではなく、結論における平等取扱いを要求しているのである⁵⁵⁾」といったコメントがなされ

52) BVerfGE59, 36 (48-49). 下線は高橋。

53) Franz-Joseph Peine, Sytemgerechtigkeit, 1985, S.55f.

54) Payandeh (Fn. 11), S.599.

55) Payandeh (Fn. 11), S.529.

た。

(4) 徴表作用について

既に少しふれたように、体系適合性の要請と平等原則を結び付けて論じた最初の連邦憲法裁判所判決は、1958年12月16日の第一法廷決定であると思われる。そしてこの決定において既に体系違反は恣意的な別異取扱いの存在を指し示すということが示唆されていた。給付グループ決定のいう「体系違反の徴表作用」の意味を明らかにするために、以下ではこの決定の内容を確認する。

58年決定（失業扶助決定）

本決定は、失業扶助の必要性審査に係るものである。1956年職業紹介及び失業保険法（AVAVG）149条5項は、失業扶助の必要性審査の際に、失業者と伴に夫婦類似の共同体を形成しているパートナーの所得・資産を、正式に婚姻している失業者の配偶者の所得・資産と同じように考慮し得ると定めていた。

移送元のシュレースヴィヒ社会裁判所は、まず、AVAVGの体系（Systematik）に従って判断すれば、失業扶助の必要性審査の際に顧慮され得る第三者の資産・所得は、失業者が法律上の扶養義務を負っている第三者の資産・所得のみであるということを確認する。その上で、正式に婚姻していないが故に法律上の扶養義務を負っていないパートナーの資産・所得までも必要性審査の際に考慮し得るとするAVAVG149条5項は、AVAVGの体系から逸脱するものであるとする。シュレースヴィヒ社会裁判所は、この点において、AVAVG149条5項は、夫婦類似の共同体を形成して生活している失業者を、自己が法律上の扶養義務を負っていない者と夫婦に類似しない共同体を形成して生活している失業者よりも、恣意的に不利に取扱うものであると主張した。このような主張に対して、連邦憲法裁判所は次のように述べた。

「ある特別規定は、それがある法領域を規定する基本原則（Grundregel）から逸脱しているということによってはまだ一般的平等原則に反しない。重要なのは、ひとりその特別規定が客観的にみて（sachlich）十分に正当化され得るかどうかのみである。個別規定の体系違反性（Systemwidrigkeit）は、せいぜいその規定

の恣意性の徴表 (Indiz) として評価されるにすぎない⁵⁶⁾。

いずれにせよ本決定では、基準となる体系そのものの存在が否定されている⁵⁷⁾。

(5) 「徴表」の意味

学説は、個人所有物的会社判決・法人税法決定が下された後で、この失業扶助決定に着目して、連邦憲法裁判所のいう「徴表」作用とは、立法者の一次的な価値判断から、平等審査の際に根底に置かれるべきペアを明らかにし⁵⁸⁾、そのペアとは異なるペアに対して違憲の推定を働かせ、そのような逸脱に根拠があることを示すことを立法者に求める作用のことを指すとの分析を行った⁵⁹⁾。「徴表」作用のこのような理解は、個人所有物的会社判決に見られた立法者の自己拘束を念頭に置いた場合には説得力を持ち得る。

しかし、給付グループ決定にいうところの「徴表作用」にこのような積極的な作用があるかどうかは微妙である。何故なら、その判旨からすれば、仮に体系から導き出されたペアからの逸脱に（逸脱の強度に一致する）根拠があることを立法者が示せなかったとしても、それを理由に違憲の結論を導くことは出来ないように思われるからである。従って、給付グループ決定では、体系違反はもはやいかなる法的意義も果たしていないというべきである⁶⁰⁾。この点において、給付グループ決定は個人所有物的会社判決と大きな違いを有しているように思われる。とは言え、給付グループ決定が否定しているのはあくまで法秩序による立法者拘

56) BVerfGE9, 20 (28).

57) BVerfGE9, 20 (28ff.).

58) Degenhart (Fn. 20), S.25.

59) Ernst-Werner Fuß, Gleichheitssatz und Richtermacht Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 GG, JZ 1959, S.334; ders. (Fn. 32), S.742; Degenhart (Fn. 20), S.25.

60) 給付グループ決定を受けて体系適合性の要請の法的意義を極めて消極的に解するものとして、Paul Kirchhof, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: HBStR Bd. 8, 3. Aufl., 2010, § 181, Rn. 220, Fn. 933; Kyrill-A. Schwarz, „Folgerichtigkeit“ im Steuerrecht. Zugleich eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 1 GG, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, S.957, Fn. 74; Lerke Osterloh, Gleichheit vor dem Gesetz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., 2011, Art. 3, S.190, Fn. 180.

束としての体系適合性の要請の法的効果であって、立法者の自己拘束としてのそれではないという点には注意が必要である。

2 徴候作用を超える一貫性審査? — 首尾一貫性の要請

1980年代までは連邦憲法裁判所が立法者を平等原則によって制約することはほとんどなかったと言われるが、この傾向は、1987年に国法学者であり、ハイデルベルク (Heidelberg) 大学教授の Paul Kirchhof が⁶¹⁾連邦憲法裁判所判事になって著しく変化したと言われる⁶²⁾。彼は、連邦憲法裁判所に「首尾一貫性の要請」という新たな名の下で立法者の自己拘束を活用し平等原則違反を積極的に認定するよう働きかけたと言われる⁶³⁾。その象徴とも言えるのが彼が報告を担当したといわれる⁶⁴⁾1991年6月27日の連邦憲法裁判所第二法廷判決である。以下ではこの判決の内容を確認する。

第一款 91年判決 (資本所得税判決)

(1) 本判決は、資本所得に対する課税に関連する。資本所得とは、資本債権に基づく利息のことを言う。例としては、預貯金に基づく利息などが挙げられる。資本所得は所得税法20条1項8号⁶⁵⁾によって課税の対象とされている(「資本所得税」)。所得税の徴収はドイツにおいても基本的には源泉徴収の形で行われているが、事件当時資本所得税についてはこのような形式が採用されていなかった。加えて、租税通則法が税務署に認めた、金融機関の情報を入手する権限も、1979年8月3日の連邦財政大臣による「〔税務署の〕金融機関における捜査の指針」(「銀行告示」)によって金融機関とその顧客の間の信頼関係が損なわれるおそれがない場合にその行使を限定されていた。その結果、資本所得税には脱税がはび

61) 石川敏行編著『ドイツ語圏公法学者プロフィール』(中央大学出版部・2012年)257頁。
本稿におけるドイツ公法学者のプロフィール情報は基本的には本書を参照したものである。

62) Klaus Tipke, Mehr oder weniger Entscheidungsspielraum für den Steuergesetzgeber?, JZ 2009, S.533.

63) Tipke (Fn.62), S.533.

64) Tipke (Fn.62), S.537.

65) 本規定については、ティプケ・前掲註34)52頁以下に簡単な説明がある。

こっていた。本件では、徴収手続に上述のような不備があることを奇貨として、自己の資本所得を申告せずに違法に徴収を免れている納税義務者と、規則に従ってきちんと自己の資本所得を申告し徴収を受けている納税義務者との間に認められる課税結果の不平等が基本法3条1項に反しないかが争われた。

(2) 連邦憲法裁判所は、まず、「基本法3条1項の平等原則は領域固有の形で適用されねばならない」と述べる⁶⁶⁾。連邦憲法裁判所によれば、「課税の平等は、まずは租税の特性から明瞭な輪郭を獲得する⁶⁷⁾」。連邦憲法裁判所が挙げる租税の特性は以下の三つである。①租税はあらゆる自国民を対象とする。②租税は個人的な反対給付を想定せずに徴収される。③租税は一般的な国家任務のための費用を調達するために課される⁶⁸⁾。連邦憲法裁判所は、これらの租税の特性に鑑みると、それによってもたらされる負担は、それが規則正しいものでなければ正当化されないという⁶⁹⁾。

連邦憲法裁判所によれば、この、あらゆる納税義務者に対して規則正しい負担付けを行うという要請は、立法者が課税物件の選択と税率の決定の際に広範な決定余地を有することを否定するものではない⁷⁰⁾。しかし、「このような基本要件 (Ausgangstatbestand) の形成の際には、立法者は、一度行った負担決定を負担平等の意向に沿って首尾一貫した形で (folgerichtig) 実行 (umsetzen) しなければならない⁷¹⁾」。加えて、連邦憲法裁判所は、あらゆる納税義務者に規則正しい負担付けを行うという要請は、結果においてシンメトリカルな負担付けが実現されることも要求するという⁷²⁾。連邦憲法裁判所によれば、このことは、あらゆる納税義務者に対して規則正しい負担付けを行うという要請が、租税手続法が結果における負担の規則性を保障するよう、立法者に必要な規制を行うことを要

66) BVerfGE84, 239 (268).

67) BVerfGE84, 239 (269).

68) BVerfGE84, 239 (269).

69) BVerfGE84, 239 (269).

70) BVerfGE84, 239 (271).

71) BVerfGE84, 239 (271).

72) BVerfGE84, 239 (271).

求するということを意味する。この点連邦憲法裁判所は、租税手続法の瑕疵によりシンメトリカルな負担付け結果が実現されていない場合、それが立法者に帰責され得る場合には、租税実体法が違憲になるという⁷³⁾。

このような大前提に、連邦憲法裁判所は次のような形で事案を包摂する。

まず、連邦憲法裁判所は、立法者は自己に認められた決定余地に基づいて、あらゆる種類の資本所得に課税を行っていたことを確認し、その意味で立法者は平等に適った課税要件を創設していたとする⁷⁴⁾。しかし、その確定・徴収に関しては瑕疵が認められるという。連邦会計検査院の調査によれば、納税義務のある資本所得のうち徴収を免れているものが47.7%もある⁷⁵⁾。このような執行の欠缺は1979年銀行告示が原因となって生じたものである⁷⁶⁾。1979年銀行告示は、税務署の捜査権限を大幅に制限した。その結果、課税標準と税額がもっぱら納税者の申告によって確定されることとなった。このような場合、立法者は租税確定手続における納税義務者の申告に立証責任を課すことでその内容的適正さを確保しなければならない。しかし、立法者はこの義務を怠っていた。立法者はこのことの理由を、投資家が国内から資金を引き上げることを防ぐためであったと説明する。しかしこのような理由は正当でない⁷⁷⁾。いずれにせよ、立法者がこのような徴収規定の瑕疵を認識すべき時点からまだ十分な時間が経っておらず、故に立法者が必要な措置を講じてなかったことはやむを得ないものと言える⁷⁸⁾。従って、徴収規定の瑕疵はなお租税実体法の違憲性をもたらさない。

第二款 分析

本判決は、「……基本要件の形成の際には、立法者は、一度行った負担決定を負担平等の意向に沿って首尾一貫した形で実行しなければならない」と述べていた。この公式は、平等原則との関係で首尾一貫性の要請が用いられたその後の諸

73) BVerfGE84, 239 (271-272).

74) BVerfGE84, 239 (275).

75) BVerfGE84, 239 (276).

76) BVerfGE84, 239 (278ff.).

77) BVerfGE84, 239 (282).

78) BVerfGE84, 239 (283ff.).

判決においてよく用いられているものである⁷⁹⁾。この点から本判決は、しばしば首尾一貫性の要請の最初の適用例と評される⁸⁰⁾。では、このような評価は妥当なのであろうか。本件では、特定のペアを生み出しているある規範の背後にある立法者の価値判断と他のペアを生み出している規範の背後にある立法者の価値判断の間の矛盾が問題になっているとは言い難い。というのは、本件で問題になっているのは立法者の不作為だからである。但し、所得税法 20 条 1 項 8 号の背後にある、「あらゆる者の資本所得に課税する」という立法者の基本決定と、その不徴収を黙認するという立法者の（黙示の）決定の背後にある価値判断の間に、類似の矛盾を見出すことが可能かもしれない。その場合には、本件においてもある種の立法者の自己拘束が話題になっていると言えるのかもしれない。また、本判決では、立法者が必要な措置を行わなかったことも正当な理由があれば許容されるという前提で立論されていた点も興味を引く。

本稿の問題関心から注目されるのは、本判決が首尾一貫性の要請を平等原則の領域固有の適用と位置づけていた点である。この点について、ライプツィヒ (Leipzig) 大学で教授を務める公法学者、Helmut Goerlich は「教義学上の厄介な結果が予想される場合、連邦憲法裁判所は、『領域固有の形で (bereichsspezifisch)』しか論証を行っていないということを強調する⁸¹⁾と述べる。では、本判決において予想された「教義学上の厄介な結果」とは何だったのだろうか。この点 Goerlich は、実体的要請と手続的要請のみならず、実際の執行までもが基本権の保護領域に採り入れられることになるという結果が、本判決において予想された「教義学上の厄介な結果」であったという⁸²⁾。ここにおいて、連邦憲法裁判所が首尾一貫性の要請を平等原則の領域固有の適用と位置づける背景に、自己の憲法解釈の射定を限定しようという意図があることが明らかになった。そしてこのことは、2008 年 12 月 9 日の連邦憲法裁判所第二法廷判決にも看取され得

79) Schwarz (Fn. 60), S.959ff.

80) Oliver Lepsius, Urteilsamerkung, JZ 2009, S.261, 262; Stephan Rixen, Was folgt aus der Folgerichtigkeit? „Hartz IV“ auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, SGB 57 (2010), S.243, Fn. 22; Tipke (Fn. 62), S.533; Schwarz (Fn. 60), S.959.

81) Helmut Goerlich, Urteilsanmerkung, JZ 1991, S.1139.

82) Goerlich (Fn. 81), S.1140.

る。故に以下ではこの判決の内容を確認したい。

第三款 2008年判決（通勤費概算判決）

(1) 本件は、通勤費の所得税法上の控除可能性に関係する。職場と住居（Wohnung）の間の往来については、かつては所得税法上1km以上の往来が必要経費として控除され得ることになっていた。しかし2006年の法改正によって2007年からはそれが21km以上の往来に変更された。ドイツでは所得税控除は、「給与所得データ認定カード」に登録された額で行われる。この控除額は、納税義務者自身の申請によって登記された必要経費の額に基づいて算出される。職場から21km以上離れた場所に居所を有する原告らは、要した通勤費満額を改正前と同様必要経費として登記するよう税務署に申請した。しかし申請を受けた税務署は、原告らの申請額から20km分の交通費を差引いた額を必要経費として登記した。そこで原告らは登記の修正を求めて出訴した。訴えを受けた州財政裁判所・連邦財政裁判所は手続を停止し、憲法問題についての判断を連邦憲法裁判所に求めた。州財政裁判所・連邦財政裁判所は、新規定は基本法3条1項から導出される「担税力原則」と首尾一貫性の要請に反すると確信していた。ここにいる「担税力原則」とは、等しい担税力を有する納税義務者に対して等しい額の課税を行うことと、高所得に対する課税が低所得に対する課税との比較において適当と言えるものであることを要求する原理のことをいう。

(2) 連邦憲法裁判所は、基本法3条1項を次のように定式化した。

「一般的平等原則（…）は立法者に対して、本質的に等しいものを等しく、本質的に異なるものを異なって取扱うことを命じている」。「一般的平等原則から生じるのは、単なる恣意禁止からより厳格な比例性要請への拘束にまで及ぶ、立法者に向けられた諸制約であり、この諸制約は規制対象と区別メルクマールに応じて変化する（…）。法律上の区別のための正当化根拠に向けられた諸要求にとって本質的に重要なのは、人格の別異取扱いあるいは事情の別異取扱いが、基本法上保護されている自由の行使に対してどの程度影響を及ぼし得るかである（…）。どのような場合に立法者は平等原則を侵害することになるのかという点について

のより精確な基準 (Maßstab) と規準 (Kriterium) は、抽象的・一般的な形では定められ得ず、その時々に関係する様々な実態領域と規制領域に関連する形でのみ定められ得る (…)⁸³⁾。

では、所得税法領域では具体的にどのような基準・規準が用いられるのだろうか。連邦憲法裁判所によれば、所得税法領域においてそれにあたるのは担税力原則と首尾一貫性の要請である⁸⁴⁾。両者の要求するところを連邦憲法裁判所は次のように定式化する。「課税の基本要件 (Ausgangstatbestand) の形成の際には、一度行われた負担決定が負担平等の意向に沿って首尾一貫して (folgerichtig) 実行されねばならない。そのような首尾一貫した実行からの逸脱には、事柄に即した (sachlich) 特別な根拠が必要である⁸⁵⁾」。

連邦憲法裁判所は、担税力原則は立法者によって更に「物的純額主義」と「人的純額主義」へと具体化されたという⁸⁶⁾。前者は一方の稼得収入から他方の稼得経費を差引いた残額が所得税の課税標準になるということを要求するものであり、後者は、一方の稼得収入から他方の最低生活費を差引いた残額が所得税の課税標準になることを要求するものである。さらに連邦憲法裁判所は前者の物的純額主義は立法者によって、「稼得収入から差引かれるべき稼得経費の範囲は支出の誘因に着目して決定する」という「誘因原理」へと具体化されているという⁸⁷⁾。この誘因原理によれば、稼得収入から差引かれるべき稼得経費は営業上・職業上のことが原因となって行われた支出に限られることになる。このような原理からの逸脱について連邦憲法裁判所は、助成目的・誘導目的⁸⁸⁾、類型化要請・簡略化要請⁸⁹⁾は正当化根拠となり得るが、国家収入を増大させるという純国家財政的目的は正当化根拠たり得ないという⁹⁰⁾。

このような大前提に連邦憲法裁判所は、次のような形で事案を包摂していく。

83) BVerfGE122, 210 (230).

84) BVerfGE122, 210 (230-231).

85) BVerfGE122, 210 (231).

86) BVerfGE122, 210 (233).

87) BVerfGE122, 210 (233).

88) BVerfGE122, 210 (231-232).

89) BVerfGE122, 210 (232-233).

90) BVerfGE122, 210 (233).

まず、職業上のことが原因となって支出されているにもかかわらず20 km以下の通勤費の控除を認めないという問題の新規定は誘因原理から逸脱しているという⁹¹⁾。これを国側は国家収入の増大という観点から正当化しようとするが、それは上記のように認められない⁹²⁾。そこで国は助成目的・誘導目的を挙げるが、そのような目的が立法過程において議論された痕跡は存在しない⁹³⁾。さらに国は類型化要請・簡略化要請を正当化根拠として主張する。確かに、交通手段の選択や居住地の選択には職業上の理由のみならず私的な理由も作用する。故に私的な理由が作用する典型的な事例に着目して控除の認められない支出を決定することも立法者には認められている。しかし、このような作業の結果として21 kmという基準がもたらされたとは認められない⁹⁴⁾。

以上のように述べて、連邦憲法裁判所は、新規定は基本法3条1項に反すると結論する。

第四款 分析

本稿の関心からまず注目されるのは、本件でも租税法規の合憲性が問題になっていたという点である。問題は、本件において立法者の基本決定とされた物的純額主義・誘因原理が「人の取扱方」に関するものと言えるかどうかである。この点注目されるのは、両原理が「担税力に応じて所得税を課す」という担税力原則の具体化とされていた点である。担税力原則は明らかに人の取扱方に関するものである。従って、物的純額主義と誘因原理も広い意味では人の取扱方に関するものであると言えるのではないだろうか。また、連邦憲法裁判所によれば、これらの原理は所得税法の根底にあるものであり(4条、9条)、そこから離れようとする通勤費の部分的な控除禁止も所得税法9条2項に定められたものであるから、本判決において問題になっていたのも「ある法律の内部、あるいは事柄からして関連が認められる規制複合体の内部」の価値判断矛盾であったと考えられる。さ

91) BVerfGE122, 210 (235-236).

92) BVerfGE122, 210 (236-237).

93) BVerfGE122, 210 (237-238).

94) BVerfGE122, 210 (238ff.).

らに、本判決において連邦憲法裁判所は「所得税法における負担決定にとって決定的な、財政上の給付能力を、通常立法者は、物的純額主義と人的純額主義に基づいて量定している。……物的純額主義の枠組みの中で、所得税法立法者は、それによって収入から原則として差引かれねばならなくなる支出の、営業上あるいは職業上の領域への帰属を、営業上または職業上の誘因が存在するかどうかに従って行っていた⁹⁵⁾」と述べていた。この点から、本判決において用いられた首尾一貫性の要請も、立法者の自己拘束を意味するものと考えられる。また、本判決で用いられていた首尾一貫性の要請も、立法者の基本決定からの理由のある逸脱を許容していた。これらの点に鑑みれば、本判決の首尾一貫性の要請は、とりわけ個人所有物的会社判決に見られた立法者の自己拘束と同質のものであるように思われる⁹⁶⁾。従って、本判決に対しては「時に先鋭化され、強化された一貫性要請ないし合理性の要請を立法者に受けさせるという連邦憲法裁判所の傾向を裏付けるものである⁹⁷⁾」との評価がされることもあるけれども、「通勤費の概算に係る判決は、その理由づけに関して、憲法判例の軌道に完全にとどまるものである⁹⁸⁾」との分析のほうがより精確であるように思われる。

そして連邦憲法裁判所は本判決によって、担税力原則への立法者の自己拘束を、平等原則違反の有無を判断するための領域固有の基準としていた。この点について Kirchhof は、「首尾一貫性の要請は、区別を正当化する理性的で分別のある根拠を、理性性 (Vernünftigkeit) に関しては法律とその環境に設置された論理に、分別性 (Einsichtigkeit) に関しては実定法に設置された公平性 (Billigkeit) に関連付ける⁹⁹⁾」と述べている。

95) BVerfGE122, 210 (233); 傍点は高橋。

96) Vgl. Payandeh (Fn. 11), S.582; Uwe Kischel, Gleichheit vor dem Gesetz, in: Epping/Hillgruber (Hrsgs.), Grundgesetz-Kommentar, 2009, Art. 3 Rn. 87, 133.

97) Philipp Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), S.637.

98) Tipke (Fn. 62), S.537.

99) Kirchhof (Fn. 60), Rn. 213.

3 別異取扱いの正当性審査と首尾一貫性の要請

ボン基本法は、その3条において、「すべての人は法律の前に平等である」と規定し(1項)、「何人も、その性別、生まれ、人種、言語、故郷及び家柄、その信仰、宗教上又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」と規定している(3項)。日本でもすでによく知られているように、連邦憲法裁判所は平等原則に違反する国家行為の正当化可能性を二段階の手続で審査している。この二段階の手続では、その第一段階において別異取扱いの存在の確認が行われ、第二段階では第一段階で存在が確認された別異取扱いの基本法上の正当化可能性が審査される。この第二段階において用いられる審査手法は、大雑把にいうと、恣意禁止から比例性審査へと発展してきた。以下では、これらの手法と首尾一貫性の要請がどのような関係にあるかを確認する。そのために、先ずは一般的平等原則の憲法規範としての内容の変遷を確認したい¹⁰⁰⁾。

第一款 別異取扱いの正当性の審査手法の発展

(1) 51年判決(南西邦判決)

基本法3条1項に規定されている一般的平等原則が、ヴァイマル時代とは異なり、立法者をも拘束する真性の憲法規範であるということが初めて確認されたのは、1951年10月23日の連邦憲法裁判所第二法廷判決でのことであった¹⁰¹⁾。この判決は、一般的平等原則の憲法規範としての内容が恣意の禁止であるということが初めて確認された判決でもある。

ドイツの南西地方は、第二次世界大戦後、アメリカ、フランスの両占領軍の指示の下、軍事的・政治的観点からヴェルテンベルク・バーデン州、バーデン州、ヴェルテンベルク・ホーエンツォレルン州の三州編成とされていた。これら三つの州の再編成を行うために基本法118条に基づいて定められた法律(「再編成

100) 平等原則に係る連邦憲法裁判所の判例の展開に係る先行研究として、井上典之「平等保障の裁判的実現(二)」神戸法学雑誌46巻1号(1996年)143頁以下、清水・前掲註12)141頁以下。

101) 本判決を紹介する邦語文献として、布田勉「西南ドイツ諸州の再編成に関する2法の合憲性——南西邦判決——」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)457頁以下、井上・前掲註100)143-144頁。

法]」の合憲性が争われたのが本件である。原告は一般的な諸州においてはその存続を断念するかどうかはもっぱらその全住民の意思に委ねられるのに対して、問題となっている南西地方の諸州においてはこの再編成法によって、隣国たる他の二つ州の多数決によってその存続が決されるという意味で、他の諸州よりも低い地位に置かれており、故にこのような再編成手続きを定める再編成法は、基本法3条に違反するなど主張した。

この問題に答えるために、連邦憲法裁判所は、基本法3条1項を次のように定式化した。

「平等原則は本質的に等しいものが不平等に扱われることを禁じているにすぎず、それに対して本質的に異なるものが、存在する不均一 (Ungleichheit) に応じて不平等に取り扱われることは禁じていない。法律上の区分、あるいは平等取扱いについて、事の性質 (Natur der Sache) から明らかになるか、あるいは何かほかのやり方で理解できるような理性的な (vernünftig) 考慮が区別のために見出され得ない場合、要するに、決定が恣意的であると呼ばれざるを得ないものである場合には、平等原則が侵害されることになる」¹⁰²⁾。

連邦憲法裁判所はこのような大前提の下、結論としては、当時の三州間の境界は占領国によって引かれた暫定的なものであり、そのような境界を持つという点において三州は、他の諸州と極めて異なる事情のもとに置かれていたとして、別異取扱いは恣意的とは言えないとした。

(2) 80年決定 (除斥決定)

南西邦判決において決定的であったのは区分に客観的な理由があるかどうかであり、そのような理由が欠如していることは許されない恣意が存在していることを指し示しているものととらえられていた¹⁰³⁾。恣意審査のこのような骨格は、恣意審査を用いたと言われるその後の諸判決においても基本的には踏襲されていた。しかし、学説においては「それが主観的なものであろうと客観的なものであろうと、規制のために何らかの客観的な根拠が見出されないという意味でのあか

102) BVerfGE 1, 14 (52).

103) 井上・前掲註100) 144頁以下。

らさまざまな恣意などというものは一般的にはほとんど存在しない」と指摘され、加えて、恣意性理論はそれ自体平等原則を内容で満たすことがなく、平等原則を適当な審査基準に変えることのない空虚な定式であると非難されていた¹⁰⁴⁾。

このような批判を受け、恣意審査を基調とした連邦憲法裁の平等原則に係る判例は、既に日本でも紹介されているように、1980年10月7日の連邦憲法裁判所第一法廷決定において大きく方向転換した¹⁰⁵⁾。この決定において行われたのは、平等原則審査への比例原則の取り込み、即ち「新定式」の採用であった。より詳しく見てみよう。

本決定は、民事法上の紛争における最初の法的手続き（Rechtszug）で正当に却下された攻撃・防御手段は控訴審手続においては利用できないと定める民事訴訟法（ZPO）上の諸規定に関係する。ドイツでは、ZPO528条3項がこのような攻撃・防御手段を排除している一方で、同528条1項、2項は、①裁判所の自由な確信によれば、攻撃・防御手段の申し立ての許可が係争の処理を延滞させるおそれがないと認められる場合、②当事者が訴訟の遅延を許可する場合には、控訴審での攻撃防御手段の申し立てが許容されるとしていた。このことから、ZPO528条3項の適用を受けた者が、自己は同1項、2項の適用を受ける者に比して不利に取扱われているとして提起したのが本憲法異議である。このような異議申立人の主張に答えるに先立ち、連邦憲法裁判所はまず以下の点を確認した。

「とりわけ、ある規範の名宛人グループが、他の規範名宛人との比較において、二つのグループの間に不平等取扱いを正当化し得るような性質（Art）や重要性の相違がないにもかかわらず異なって取扱われている場合には、この基本権（基本法3条1項の一般的平等原則の事：高橋）は侵害されていることになる¹⁰⁶⁾。

このような大前提の下、連邦憲法裁判所は、結論としては、ZPO528条3項は、同一人が取る異なる行動の間の取扱の相違にすぎないとして、異議申立人の主張を退けた。

本決定の上述の定式では、別異取扱いの程度と、その根拠となっている実際の

104) Klaus Vogel, Urteilsanmerkung, NJW 1979, S.1158.

105) 本判決を紹介する邦語文献として、井上・前掲註100) 149、153頁以下。

106) BVerfGE 55, 72 (88).

相違との間の比例関係が問題とされており、そこから「新定式」は、比例原則の平等原則への応用として理解された¹⁰⁷⁾。しかし、このような形での比例性と平等原則の結合は、公式の明確さに関して言えば新しいけれども、その内容に関して言えば必ずしも新しいものとは言えないとする見解もあった。権威ある学術誌、『公法論叢 (Archiv des öffentlichen Rechts)』の編集委員に若くして就任したトリーア (Trier) 大学教授の Gerhard Robbers は、別異取扱いの程度と、別異取扱いを基礎づけている実際の相違の重要性の間に比例関係の成立を求める連邦憲法裁判所の新定式は、連邦憲法裁判所の平等原則に係る初期の諸判決に見られた、「平等ないし不平等の本質の審査の出発点は、実際の相違が顧慮されるものとの関連で、顧慮されねばならないほどに重要なものかどうかという点にある」という記述や、「恣意」を、「コントロールされるべき実際の状況と比較したときの、ある措置の実際上の明白な不相当性」とする理解を彷彿とさせると述べる¹⁰⁸⁾。つまり、「比例性」というものを「別異取扱いの程度と、別異取扱いを基礎づけている実際の相違の重要性の間に成立する比例関係」と解した場合、そのような比例性は、従来の恣意審査においても問題にされていたということである¹⁰⁹⁾。ここでは、「恣意公式」に還元され得ないような「比例性」は存在するのか、するとすればそれはどのようなものなのかが問われていると言えよう。この問題に解答を与えたのが、1993年1月16日の連邦憲法裁判所の第一法廷決定である。

(3) 93年決定 (性同一性障害者第二決定)

本件は、性同一性障害者の性転換手続きに関係する。ドイツでは性同一性障害者の性転換に係る手続きについては性転換法が必要な規制を行っている。性転換法は性転換手続きとして、二つのものを予定していた。一つは、性同一性障害者が性転換手術を行った上で戸籍上の性別変更を行い、あわせて名前も変更するという手続きであり、これは一般に「大解決」と呼ばれている。もう一つは、性転換手術は

107) 鳥崎健太郎「性同一障害者の年齢による名の変更制限と平等条項」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』(信山社・2006年)70頁。

108) Gerhard Robbers, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, S.752.

109) 井上典之「平等保障の裁判的実現(三)」神戸法学雑誌46巻4号(1997年)695頁も参照されたい。

行わずに名前のみを変更するという手続であり、こちらは一般に「小解決」と呼ばれている。これらの手続いずれについても、名前の変更は満25歳まで認められないことになっていた。大解決の年齢制限は既に1982年3月16日の連邦憲法裁判所第一法廷決定¹¹⁰⁾(いわゆる「性同一性障害第一決定」)において違憲と判断され廃止されていた。本件で問題とされたのは、残る小解決に係る年齢制限の合憲性である。とりわけ問題となったのは、本年齢制限が基本法3条1項に反しないかどうかである。本件では連邦憲法裁判所は基本法3条1項を次のように定式化した。

「一般的平等原則からは、規制対象と区別メルクマールに応じて、単なる恣意禁止から比例性要請への厳格な拘束にまで及ぶ、立法者への異なった制約が生じる。このような諸要求の段階づけは、基本法3条1項の文言と趣旨から生じ、その他の憲法規範との連関から生じる。

あらゆる人間は法の下平等であるという原則は、何はさておき、正当化されない人の別異取扱いを阻止するという意図に基づいているので、立法者は人的グループを別異に取扱う際には、ふつうは厳格な拘束を受けることになる(除斥決定)。このような拘束は、人格指向のメルクマールが基本法3条3項に挙げられているメルクマールに近似すれば近似するほど、またそれ故に、そのようなメルクマールを受け継いでいる別異取扱いが、結果として少数派に対する差別をもたらすリスクが大きくなればなるほど、より厳格なものになる。しかし、厳格な拘束付けは、人格指向の区別に限定されるものではない。むしろそれは、事情の別異取扱いが間接的に人的グループの別異取扱いを生じさせる場合にも妥当する。単なる事情指向の区別については、拘束の程度は以下の点に依存することになる。即ち、関係者が自己の行為によって、区別の基準となっているメルクマールの実現に、どの程度影響を及ぼすことが出来るかという点がそれである(除斥決定)。更に、人あるいは事情の別異取扱いが基本法上保護された自由の行使に対してより強く不利に作用する可能性があれば、立法者の形成余地はより厳しく制限されることになる(性同一性障害第一決定他)。

110) BVerfGE60, 123.

立法者の形成余地の様々な広さに対応するのが、憲法裁判所の審査が行われる際の段階づけられた統制密度である。基準とみなされるのが恣意禁止のみであれば、基本法3条1項の違反は、区別が事柄に即していないことが明白である場合にのみ確認され得ることになる(除斥決定)。それに対して、人的グループを別異に取扱っていたり、基本権の実現に不利に作用したりする規制については、連邦憲法裁判所は、定められた区別のために、不平等な法的効果を正当化し得る程の性質や重みを備えた理由が存在するかどうかを個々に審査する¹¹¹⁾。

このような大前提の下、連邦憲法裁判所は、本件を以下のように処理する。まず、連邦憲法裁判所は、「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又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」と規定する基本法2条1項が、「人間の尊厳(Würde des Menschen)は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である」と規定する基本法1項1項と結びついて、性的領域を保護していることを確認する。そして、名前の変更に係る年齢制限については、「[基本法1条1項と結びつくことで保護領域を拡大した]一般的人格権に対して著しい影響を及ぼす区別が問題になっている¹¹²⁾」ことを確認する。従って、このような年齢制限を行っている性転換法1条1項3号には「厳格な審査(=比例性審査の事:高橋)が要求される」とする。連邦憲法裁判所によれば戸籍法上の名前変更手続きの目的は、性同一性障害者が性適合手術を受ける前に彼の望む性別での社会生活を経験することを可能にし、そのような生活が本当に自己の感情に合致しているかどうか、あるいはそのような生活に過度の期待をしていなかったかどうかを確認することを可能にし、以て、性同一性障害者が軽率に性適合手術を行うことを阻止することにある。このような目的は「若い性同一性障害者にとっては極めて重要である¹¹³⁾」。しかし、このような重要な目的の達成に年齢制限が適したものであるという立法者の判断は肯定できない¹¹⁴⁾。なぜなら、25歳未満の性同一性

111) BVerfGE88, 87; 本判決を紹介する邦語文献として、島崎・前掲註107) 67頁、井上・前掲註109) 696頁以下。

112) BVerfGE88, 87 (97)。

113) BVerfGE88, 87 (99)。

114) BVerfGE88, 87 (100)。

障害者が自己の名前を変更して自己の望む性別での社会生活を経験するためには、年齢制限のない大解決の枠組みを利用する他なく、この大解決の枠組みを利用するためには先に性適合手術を受けねばならない以上、「名前変更に係る年齢制限はむしろ……若い性同一性障害者が性適合手術を受けることを出来るだけ早く決定するよう仕向けるのに適したものになっている」¹¹⁵⁾からである。

このような理由から、連邦憲法裁判所は、性転換法1条1項3号を基本法に相容れないものと結論した。

(4) 若干の分析

本決定では、自由権侵害の実質的正当化審査において用いられている比例原則、なかでも適合性審査に類似する審査手法が用いられている。本決定では必要性審査や相当性審査は行われていないが、これは第一段階の適合性審査の段階で法令の違憲性が確定したためであろう¹¹⁶⁾。つまり、本決定は、自由権侵害の正当化審査において要求される比例性と同じ意味での「比例性」を平等原則の正当化審査において要求したものと解される。伝統的な恣意審査もこのような比例性は要求していなかったものと思われる。従って、真の意味での「新定式」の成立は本決定において行われたと言えよう。

第二款 恣意審査と比例性審査の棲み分けについて

(1) 恣意審査と比例性審査の関係について、比較公法学者でグライフスヴァルト (Greifswald) 大学教授の Uwe Kischel は次のように述べる。

「恣意審査は、任意の、事柄に即した (sachlich) 正当化を要求することで、立法者に可能な限り広い余地を認め、立法者に対して最も外側の制約のみを設ける。それに対して比例性審査は、別異取扱いの実体的な (materiell) 重大さ (Schwere) を顧慮して正当化の必要な度合 (Maß) を変化させる。極めて重大な別異取扱いについては、もはやいかなる事柄に即した正当化根拠も十分とは言えない。むしろそのような正当化は説得力について高められた程度を備えていな

115) BVerfGE88, 87 (100).

116) 島崎・前掲註 107) 71 頁 (脚註 10)。

なければならない。それ故に、恣意審査と比例性審査は、対立するものとして理解され得るのみならず、それぞれが統一的な正当化基準のパーツであるというふうにも理解され得る。その統制密度は、別異取扱いの重大さに応じて、単なる恣意統制から厳格な比例性審査へと上昇する」¹¹⁷⁾。

無論、審査手法の選択と、統制密度の決定は理論的には別の問題であるが、ある審査手法の選択が傾向として高い統制密度（あるいは逆に低い統制密度）をもたらすということはある程度に思われ、ここでは比例性審査がまさにそのような手法として理解されているように思われる。

また、憲法・租税法学者であり、最近まで連邦憲法裁判所第二法廷判事の職に就いていた Lerke Osterloh は、80年代以降の平等審査への比例性審査の取り込みを以下のように評価している。

「1980年以降導入されている第一法廷のいわゆる新定式については教義学上の架橋機能が話題とされ得る。基本法3条1項解釈の、比例性のとれた平等の要請への方向づけを伴うこの定式は、平等条項と自由保障が適切に結びつくために必要な連結点となった。……この公式は、確かに相変わらず多くの疑わしい境界事例を、とりわけ、人的グループの別異取扱いと、事情の別異取扱いの間の区別との関連で提供している」。「しかし、原則として、いわゆる新定式は、一般的平等原則の文脈依存性の帰結として説得力を持つものである。一般的平等原則は、それが孤立した条項として読まれる時に『意味論的に空虚』なものとなるに過ぎない。基本法3条1項の文脈と一緒に考慮されるやいなや、一般的平等原則は異なる様相を呈することになる。解釈にとって決定的な文脈を提供するのは、基本法全体であるが、とりわけ重要なのは自由権的基本権とそれらに共通の基準、即ち比例原則である。自由権的基本権は、別異取扱いの正当化のために十分な重みの理由が存在するかどうかを評価するための、説得力のある基準を提供するものである。そのため、『人あるいは事情の別異取扱いが自由権的基本権の行使に及びし得る影響がより大きくなればなるほど』ますます立法者に対する制約は厳しくなる」¹¹⁸⁾。

117) Uwe Kischel, Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124 (1999), S.189. 下線は高橋。

このように述べて、Osterloh は恣意禁止教義と新定式の交代を高く評価する。

(2) とりわけ Kischel の見解からすると、自由権に対する侵害がある場合には比例性審査が用いられ、なければ恣意審査が行われるという形で、二つの審査は一応の棲み分けを行っているということになるのではないと思われる。侵害が無ければ必要性審査や相当性審査は行い得ないので、平等原則に係る比例性審査が自由権的基本権に対する侵害と結びついていること自体は首肯され得る。この点、既述の性同一性障害者第二決定が（性的領域においても保護されているという）一般的人格権に対する侵害を認定していた点は注目に値しよう。しかし、自由権的基本権に対する侵害があれば常に比例原則を用いた審査が行えるかという点、そうではない。立法不作為が問題になる場合¹¹⁹⁾や、租税法規が問題になる場合には比例原則を用いた審査は困難になる。後者の場合について、パイロイト (Bayreuth) 大学教授の公法学者 Oliver Lepsius は次のように述べる。

「租税法規に対する、憲法上の実体的審査は、以前からずっと問題であった。というのはすでに基本権の被侵害保護領域の確定が困難だったからである。即ち、租税法規は、金銭支払いという形で行為義務を定めるので、ふつうは所有権保障に対する侵害を欠くことになる。なぜなら、所有権保障は、財産 (Vermögen) そのものではなく、租税負担によっては侵害されることのない財産権の既存の状態 (Bestand) を保障するものだからである。第一に、差押え的租税に関しては、財産権の既存の状態に対する侵害を観念できる。例え第二法廷が一学説における支配的見解に反して一金銭給付義務を所有権保障の保護領域に含めることを意図しているとしても、それによって結論において変わるところは何もない。なぜなら、租税法規については比例性の統制が構造的にうまく働かなくなっているからである。租税の目的は国家の一般的な財政需要を充足することにある。この目的の達成のためにただ一つの手段のみが憲法上正当とされている。それが租税である。それ故、比例性という基準に依拠した目的・手段統制は排除される。なぜな

118) Lerke Osterloh, Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz — Entwicklungslinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2002, S.311.

119) 渡辺康行「平等原則のドグマティック」立教法学 82号 (2011年) 49頁。

ら、租税は常に目的適合的であり、同時により制限的でない他の手段が存在しないからである」¹²⁰⁾。

これまで見てきたように、首尾一貫性の要請が用いられた事案は、租税法規の合憲性を争ったものであった。つまり、連邦憲法裁判所は、比例原則を用いることが出来ない局面で首尾一貫性の要請を用いているということである。この点において、首尾一貫性の要請は恣意審査と適用場面を一にしていると言えよう。では、首尾一貫性の要請と恣意審査は、理論的にはどのような関係にあるのだろうか。この点を款を改めた上で考察することにしたい。

第三款 恣意理論の基礎と首尾一貫性の要請の関係について

同じように比例性審査が用いられない場面で利用されているものと思われる恣意審査と首尾一貫性の要請はいかなる関係にあるのか。この点、ミュンスター(Münster) 大学教授で、国法学者の Hans D. Jarass は、基本法 3 条 1 項の恣意禁止を首尾一貫性の法的根拠と位置づけており¹²¹⁾、Kirchhof は、首尾一貫性の要請に対する違反は恣意禁止違反になるとしている¹²²⁾。それでは首尾一貫性の要請は、かつての恣意審査に具体的な形象を与えたものにすぎないということなのだろうか。

平等原則は等しいものを等しく取扱うことを命じており、異なるものを異なって取扱うことを命じている。しかし、二つのものは何らかの意味での相異を必ず有している。故に、上記の命題のみでは平等原則を有意なものにすることは出来ない。なぜなら、二つのもの間に必ず存在している相異が二つのものの別異取扱いを必ず正当化してしまうからである。従って、平等原則に固有の意義が認められるのは、平等取扱いが禁じられるほどに「本質的」といえる相異の内容が具体的に明らかにされている場合か、別異取扱いが禁じられるほどに「本質的」といえる共通点の内容が具体的に明らかにされている場合に限られることにな

120) Lepsius (Fn. 80), S.260.

121) Hans D. Jarass, Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, AöR 126 (2001), S.595.

122) Kirchhof (Fn. 60), Rn. 213.

る¹²³⁾。しかし、これらの内容を基本法の条文から窺い知ることはできない。従って、この問題についての解答を基本法の文言とは別の何処かに求めねばならない。これを「超実証的法原理 (überpositives Rechtsprinzip)」に求めるのが「新派」といわれる論者達である¹²⁴⁾。この新派の代表的論者とされるのが¹²⁵⁾先に紹介した南西邦判決に連邦憲法裁判所判事として参加し、その理論的支柱になったといわれる Gerhard Leibholz である。この「超実証的法原理」に関して注意されねばならないのは、それがいわゆる「自然法」とは似て非なるものであるという点である。自然法はあらゆる人間に備わった理性に内在する普遍的な法則のことを指し、あらゆる時代、あらゆる場所において、同一の内容を示す¹²⁶⁾。それに対して「超実証的法原理」は歴史法学派¹²⁷⁾のいうところの「民族精神」に相当するものであり¹²⁸⁾、民族毎に、そして時代毎に異なった内容を示す¹²⁹⁾。

不確定概念たる平等原則の内容の充填をこの「民族精神」によって行おうとす

123) Konrad Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52), S.173; 熊田道彦「平等原則における立法者拘束説——ワイマール憲法109条1項の理論的基礎——(二)」流通経済論集2巻3号(1967年)20頁。

124) 熊田道彦「平等原則における立法者拘束説——ワイマール憲法109条1項の理論的基礎——(一)」流通経済論集1巻2号(1966年)90頁以下。この点において新派は、Paul Labandに代表される法実証主義者(いわゆる「旧派」と考え方を異にする。法実証主義者は、法の淵源を実定法上の文言に限定しそれ以外の諸要素をすべて法的観察の対象から排除しようとする。Labandの解釈方法に対して、Otto von Gierkeが激しい攻撃を加えたことは周知の通りである。参照、遠藤泰弘『オットー・フォン・ギールケの政治思想第二帝政期ドイツ政治思想史研究序説』(国際書院・2007年)147頁以下〔初出2005年〕、Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd.4, 5. Aufl., 1911, S.IX; Otto von Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Reichswissenschaft, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, Bd.7, 1883, S.1097ff.; 論争の全体像については、日比野勤「実質的憲法理論の形成と統合理論(一)」国家学会雑誌99巻9・10号(1986年)1頁以下。

125) 井上・前掲註100)144頁(脚註133)。

126) Gustav Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift für Rudolf Laun, 1948, S.158 邦訳として参照、グスタフ・ラートブルフ(久保正幡訳)「法的思考形式としての『事物の本性』」同『ラートブルフ著作集 第6巻 イギリス法の本質』(東京大学出版会・1967年)85-86頁。

127) 法の歴史性を強調し、実定法の淵源を求めて歴史を研究する学派のことをいう。創始者はFriedrich Karl von Savigny。参照、金子宏他編『法律学小辞典〔第四版補訂版〕』(有斐閣・2008年)1262頁。

128) Günther Holstein, Aussprache, in: VVDStL 3 (1927), S.55; 熊田・前掲註124)96頁。

129) Radbruch (Fn.126), S.158.

る新派の考え方には、大要二つの難点が認められた。一つは、この「民族精神」なるものが客観的に認識困難であるというものであり¹³⁰⁾、もう一つは、仮にそれを客観的に認識できたとしても、ドイツ連邦共和国は単一の民族のみからなる国家ではないために、いずれにしても平等原則の一義的な内容確定は困難になるというものである。1956年から1970年までの14年間、連邦憲法裁判所第二法廷において判事を務めていたHans Kutscherは、その在任期間中、これらの問題を解決するために議会こそが平等原則の内容の具体化を行うべきであると主張した。曰く、「今日の多元的民主制下では、……『本質的』とみなされるべき相違の内容についての見解は必然的に分かれることになる。この問題を解決することは……立法府の責務である」¹³¹⁾。

本章において紹介した諸判決において連邦憲法裁判所は首尾一貫性の要請を用いることで「何が本質的な相異／共通点か」という点についての決定を議会に行わせようとしているものと思われる。この場合、立法者はこの決定を、租税法等の特定の法領域内の基本決定という形で行うことになる。そして、この基本決定が、平等原則の具体的内容として、連邦憲法裁判所による法令審査の際の基準とされることになる。個人所有物的会社判決を例にとると、議会が「物的会社」という私法上の法形式を「本質的な共通点」としたために、連邦憲法裁判所はこの基準に従って、個人所有物的会社と無名物的会社の間の特異取扱いを平等原則違反と宣言したということになる。つまり、首尾一貫性の要請は、平等原則の不確定性・開放性を正面から肯定するという意味で、かつての恣意理論の延長線上に位置づけられ得るが、今日の社会の多元性に鑑みてその充填を議会に行わせようとするものであるという点においてかつての恣意理論と一線を画するようになる。

ここで裁判所は、立法者が基本権（平等原則）の内容形成の余地を有することを認めつつも、その統制を放棄せず、けれどもそれを自己の基本権解釈に基づいて行うのではなく、立法者自身のそれによって行っていると言える。換言すれば、

130) 熊田・前掲註124) 96-97頁。

131) Hans Kutscher, *The Role of the Bundesverfassungsgericht in Insuring Equality under the Law*, JöR 1960, S.198.

裁判所は憲法上の不確定な規定に基づいて立法者を統制してはいるが、憲法の具体化（ないし憲法の継続形成）は行っておらず、それは立法者に委ねているということである。ここには、首尾一貫性の要請を用いて「法と政治」という失われた神話を復元しようとする連邦憲法裁判所の努力が看取されるように思われる。

II 首尾一貫性の要請と自由権

本章では自由権違反が争われた事例においてドイツ連邦憲法裁判所が首尾一貫性の要請をどのように活用しているのかを確認する。具体的には、2006年3月28日の連邦憲法裁判所第二法廷判決と、2008年7月30日の連邦憲法裁判所第一法廷判決を検討したい。これらの判決を分析対象とする理由は、自由権違反が争われた事例において連邦憲法裁判所が一貫性審査を行ったものと評されることのある判決の主要なものが両判決だからである。とは言え、以下に見るように、両者が本当に首尾一貫性の要請の適用例であるかどうかは必ずしも明らかではない。

1 2006年判決（スポーツ賭判決）

本件は、私人による賭博の開催と仲介に対する規制に関係する¹³²⁾。ドイツでは連邦刑法が、私人による賭博開催と賭博仲介を包括的に禁止している（284条）。他方で、連邦は、経済法たる富くじ法によって連邦刑法の包括的禁止の例外を定めていた。具体的には、馬の公的な成績検査の際の私人の賭博開催と賭博仲介が許容されていた。ドイツでは連邦の規制権限とは無関係に州も刑事上の規制権限を有している。この権限に基づいてバイエルン州は州富くじ法を定め、他州との間で富くじ条約を締結していた。

州富くじ法は、バイエルン内で行われる賭博の提供を、賭博中毒の抑制・撲滅及び問題のある賭博行為の防止・予防に方向づけることをその目的とする。この目的を達成するために、州富くじ法は、連邦富くじ法が許可した馬の公的な成績

132) 本判決を紹介する邦語文献として、井上典之「競争制限・国家独占と規制の首尾一貫性——経済活動に対する規制と比例原則——」季刊企業と法創造 27号（2011年）37頁以下。

検査に係る私人の賭博開催・仲介とバイエルン州自らが主体となる賭博開催・賭博仲介を除く、一切の賭博開催・仲介を禁止していた。バイエルン州自身が行う賭博開催・賭博仲介は、バイエルン財務省が監督するバイエルン富くじ庁 (Statlichen Lotterieverwaltung) によって実施されることになっていた。富くじ条約は、賭博の開催・実施・仲介に係る連邦全土の統一的な枠組みを創設するために締結されたものである。富くじ条約も、その目的として、賭博中毒の抑制・撲滅、問題のある賭博行為の防止・予防を掲げていた。

異議申立人はバイエルン州において、吞屋として、連邦富くじ法が許可していた馬の公的な成績検査の際の賭博の開催と仲介を行っていた者である。異議申立人が、EU 域内の他国で行われているスポーツ賭の仲介へ自己の業を拡大することをバイエルン州に申請したところ、バイエルン州は、申請内容が連邦刑法 284 条に規定された、私人による賭博開催・仲介の包括的禁止に抵触しているとしてこれを拒否した。そこで異議申立人は、拒否処分取消と許可の義務付けを求めて行政裁判所に訴えを提起した。行政裁判所が異議申立人の訴えを棄却したため、異議申立人は連邦行政裁判所に上告を行ったが、そこでも訴えは棄却された。そこで、異議申立人は兩判決に対する憲法異議を提起した。これが本件である。そこでとりわけ問題となったのは、バイエルン州による賭博独占が異議申立人の職業の自由に反しないかどうかであった。

連邦憲法裁判所は自己の先例にならって職業の自由に対する制約を三段階審査に依拠して審査した。連邦憲法裁判所は、スポーツ賭の開催・仲介の、職業の自由の保護領域該当性を認め、バイエルン州による賭博独占がそのような憲法上保護された自由に対する制約になっていることを認めた上で、制約の正当化審査にすむ。形式的正当化審査においては、とりわけ連邦と州の権限配分が問題となったが、連邦憲法裁判所はバイエルン州が州富くじ法に対する立法権限を有していたことを認める。その上で連邦憲法裁判所は実質的正当化審査にすむ。まず目的審査において、連邦憲法裁判所は、バイエルン州によって「賭博独占の根拠づけのために挙げられた諸目的の全てが職業の自由に対する制約を正当化するものではない」¹³³⁾と述べる。この点、賭博中毒の撲滅と問題のある賭博行為の防止・予防は正当な目的として認められるが、州の財政的需要の充足は「中毒撲滅

のための手段として、そして公的な独占システムの帰結としてしか正当化されず、独立した目的としては正当化されない¹³⁴⁾と言う。このように目的に限定を加えた上で、連邦憲法裁判所は手段審査に入る。ここでは比例原則を用いた審査が行われている。連邦憲法裁判所は、法律による賭博独占は、正当な目的の達成のための手段として相応しいものであり、必要なものでもあるが、市民に対して期待可能なものにはなっていないという¹³⁵⁾。連邦憲法裁判所によれば、国家による賭博独占が市民に対して期待可能なものであると認められるのは、ひとり存在する賭博独占がその具体的形成においても、正当な目的の達成に首尾一貫して(konsequent)奉仕するものになっている場合のみであるという¹³⁶⁾。この点バイエルン州の州富くじ法は、このような一貫性を保障するために必要な実体的規定と構造的保障を欠いており、結果、州が財政的利益のために新たな賭博参加者の獲得を目指して宣伝を行い、賭博提供を拡大する契機が存在し続けているという。故に州富くじ法は異議申立人の職業の自由に反すると、連邦憲法裁判所は結論する。

2 2008年判決(非喫煙者保護法判決)

本件は、バーデン・ヴュルテンベルク州およびベルリン(州)における喫煙規制に関係する¹³⁷⁾。両州では、2007年以降、それぞれの州の非喫煙者保護法によって、公的な場での喫煙が禁止されていた。この非喫煙者保護法は、それぞれ、飲食店における喫煙を禁止し、その例外として、他の空間から完全に仕切られた喫煙室を設置する余地を飲食店経営者に認めていた。また、これらの非喫煙者保護法は喫煙禁止に対する違反を防止するための措置を講ずることを飲食店経営者に課しており、とりわけベルリン非喫煙者保護法は、この義務に対する違反を秩

133) BVerfGE115, 276 (304).

134) BVerfGE115, 276 (307).

135) この「期待可能性(Zumutbarkeit)」は、ドイツでは「狭義の比例原則」の類義語として知られる。参照、柴田・前掲註10) 242頁(脚註32)。

136) BVerfGE115, 276 (309-310).

137) 本判決を紹介する邦語文献として、井上典之「喫煙規制をめぐる憲法問題」法律時報 81巻5号(2009年)104頁以下。

序違反として処罰の対象としていた。

異議申立人は、バーデン・ヴェルテンベルク州あるいはベルリンにおいて飲食店を経営していた。異議申立人の飲食店は、主に常連客を相手に主に飲み物を提供していた。そしてその常連客の大部分は喫煙者であった。しかし異議申立人の経営する飲食店には十分な顧客スペースがなかったため（「一部屋の飲食店」、喫煙室を設けることが不可能であった。その結果、異議申立人の飲食店は、非喫煙者保護法の発効後は、店内全面禁煙という形で営業せざるを得なくなった。その結果、常連客の足が遠のき、売上が大幅に減少した。異議申立人は、非喫煙者保護法は、それが喫煙室を設置する余地のない一部屋の飲食店における喫煙をも禁じている限りで、飲食店経営者の職業の自由（基本法 12 条）を侵害するものである等と主張して、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、ここでも三段階審査に依拠して基本法 12 条違反を審査した。まず連邦憲法裁判所は、基本法 12 条が職業遂行の自由として、個人が市場に提供する財・サービスの性質を決定する権利をも保障していることを確認した¹³⁸⁾。その上で、自己の経営する飲食店において喫煙を許すかどうかを決定することもこの権利に含まれているとする¹³⁹⁾。そして、飲食店経営者のこのような権利は、飲食店経営者に対する顧客の喫煙防止の義務付けによって直接的な侵害を受けていると言う¹⁴⁰⁾。そこで連邦憲法裁判所はこのような侵害の正当化の可否を審査する。形式的正当化審査において、連邦憲法裁判所は、州が自己の権限に従って非喫煙者保護法を公布していたことを確認する¹⁴¹⁾。従って問題は実質的正当化可能性となる。その目的審査において連邦憲法裁判所は、受動喫煙による健康リスクからの住民の保護を州非喫煙者保護法の目的であるとし、このような目的は、「職業遂行に対する制限をも正当化し得る、抜きん出て重要な共同体の利益の一つである」とする¹⁴²⁾。しかし手段審査において連邦憲法裁判所は、法律による飲食店における喫煙禁止という手段は目的に適合的かつ必要なもので

138) BVerfGE121, 317 (345).

139) BVerfGE121, 317 (345).

140) BVerfGE121, 317 (345-346).

141) BVerfGE121, 317 (347ff.).

142) BVerfGE121, 317 (349ff.).

ある¹⁴³⁾としつつも、狭義の比例原則には反すると述べた¹⁴⁴⁾。狭義の比例原則に対する違反は次のように論証される。

まず連邦憲法裁判所は、飲食店における喫煙禁止が飲食店経営者の自由な職業遂行に対する重大な侵害であるという点を確認する¹⁴⁵⁾。他方で連邦憲法裁判所は、これに対峙する住民の健康・生命という法益に基本法の価値秩序上高次の重要性が認められているということを確認し、基本法は、あらゆる個人の生命を保護する国家の義務を基礎付けているということを確認する¹⁴⁶⁾。連邦憲法裁判所によれば、このような状況において職業の自由の保障水準を決定するのは立法者の責務であり、この責務を果たす際には立法者に評価余地・価値判断余地・形成余地が認められる¹⁴⁷⁾。これらの余地に基づいて立法者が住民の健康保護に飲食店経営者の職業の自由に対する優位性を認め、飲食店における例外を許容しない厳格な喫煙禁止を行ったとしても、それは狭義の比例原則に反するものではないという¹⁴⁸⁾。しかし、逆に立法者が、受動喫煙による危険からの保護よりも飲食店経営者の職業の自由により大きなウェイトを与え、それに対する配慮によって健康保護という目的を相対化し、受動喫煙による健康リスクからの保護を部分的に撤回するという構想を選択した場合、比例性審査は違った結論を導くという¹⁴⁹⁾。連邦憲法裁判所によれば、州立法者は「飲食店経営者（の利益）……との対立の中で、どのような強度で非喫煙者保護を追求するかという点についての自己の決定に拘束され続ける。立法者が自己に認められた余地に基づいて潜在的なリスクに対する特定の評価を採用し、それに基づいて関係する諸利益を評価（bewerten）し、特定の規制構想を選択した場合、立法者はその決定を首尾一貫して（folgerichtig）さらに追求しなければならない」¹⁵⁰⁾。「州立法者が、広範囲に及ぶ例外規定によって、とりわけ飲食店経営者の利益の顧慮を許容するという

143) BVerfGE121, 317 (354-355).

144) BVerfGE121, 317 (355).

145) BVerfGE121, 317 (355-356).

146) BVerfGE121, 317 (356).

147) BVerfGE121, 317 (356-357).

148) BVerfGE121, 317 (357-359).

149) BVerfGE121, 317 (359-360).

150) BVerfGE121, 317 (362).

方法で、自己が追及する健康保護という正当な目的を相対化した場合、主として飲み物を提供する小さな飲食店に対する喫煙禁止の特別な影響は、行われ得る総合考慮 (Gesamtabwägung) の枠組みの中で首尾一貫してより大きなウェイトを獲得することになる¹⁵¹⁾。

このように述べて、連邦憲法裁判所は、州非喫煙者保護法を教義の比例性に反するものとして、違憲と結論した。

3 若干の分析

まず両判決を一読して明らかなのは、いずれの判決においても一貫性審査は立法者に立法の一貫性や統一性を求めるものとして機能しているということである。また、井上典之が指摘しているように¹⁵²⁾、いずれの判決においても一貫性審査は比例原則、なかでも狭義の比例原則と結び付けられて論じられているという点が確認される。

これらの一貫性審査を学説は次のように評価する。

まず、スポーツ賭判決については、これを首尾一貫性の要請の適用例とはせず、首尾一貫性の要請は非喫煙者保護法判決において初めて平等原則の文脈から自由権に転用されたとする見解がある¹⁵³⁾。他方で、スポーツ賭判決を首尾一貫性の要請の適用例とする見解もある。例えば、Mehrdrad Payandeh は、「連邦憲法裁判所はスポーツ賭判決においても、国家行為の首尾一貫性に基づいて事案を審査し [た]」としている¹⁵⁴⁾。また、公法学者で、ブセリウス・ロースクール (Bucerius Law School) 教授の Christian Bumke も、かなり慎重な表現ではあるが、スポーツ賭判決の中で展開されていた一貫性審査は、「[非喫煙者保護法判決] の類似物に分類される」と述べている¹⁵⁵⁾。他方で、非喫煙者保護法が首尾

151) BVerfGE121, 317 (362).

152) 井上・前掲註132) 46頁以下。

153) Matthias Cornils, Folgerichtiger Nichtraucherchutz: Von Verfassungs wegen keine halben Sachen?, ZJS 2008, S.660; Simon Bulla, Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit und seine Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik, ZJS 2008, S.585; Matthias Bäcker, Anmerkung zum Urteil des BVerfG in Sachen Rauchverbot, DVBl. 2008, S.1180, 1182.

154) Payandeh (Fn. 11), S.604.

一貫性の要請の適用例であるという点については一定のコンセンサスが形成されているように思われる。例えば、著名な憲法学者 Peter Häbele の弟子でデュッセルドルフ (Düsseldorf) 大学教授の Lothar Michael は、「〔州立法者は〕飲食店経営者 (の利益) ……との対立の中で、どのような強度で非喫煙者保護を追求するかという点についての自らの決定に拘束され続ける」¹⁵⁶⁾と連邦憲法裁判所が述べていた点に鑑みて、非喫煙者保護法判決で用いられていた一貫性審査は、立法者の自己拘束であると主張する¹⁵⁷⁾。これはその通りであろうが、問題は、それが平等原則との関係で用いられている「首尾一貫性の要請」と言えるかどうかであろう。この点注目されるのは、非喫煙者保護法判決において用いられていた一貫性審査は、例外を許容しないものであったという点である。これは、平等原則との関係で用いられている首尾一貫性の要請との明白な相違点であるように思われる。しかし、若手の国際法学者、Philipp Dann (ギーゼン (Gießen) 大学教授) は、非喫煙者保護法判決において用いられていた立法者の自己拘束を、通勤費概算判決のそれに比肩するものと考えているようである¹⁵⁸⁾。

4 立法者の予測の統制／裁判官が行う比較衡量ないし価値判断の合理化

(1) 比例原則において、とりわけ、投入された手段が目的の実現に資するかどうかを問う適合性審査や、実際に投入された手段よりもより制限的でない手段がないかどうかを問う必要性審査は、因果関係に対する評価を含むとされる¹⁵⁹⁾。この因果関係の評価は事実問題であるので、原則としては裁判所が適否を判断するが、立法者が一定の予測を前提に立法行為を行った場合には、事実 (因果関係) の認定について立法者に一定の評価余地 (裁量) が認められることがある¹⁶⁰⁾。この立法者の裁量の裁判的統制について、連邦憲法裁判所は問題となる

155) Christian Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), S.89, Fn. 68.

156) BVerfGE121, 317 (362); 傍点は高橋。

157) Lothar Michael, Folgerichtigkeit als Wettbewerbsgleichheit, JZ 2008, S.878.

158) Dann (Fn. 97), S.637.

159) 六戸・前掲註5) 217頁以下。

160) 西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリ 1356号 (2008年) 78頁。

基本権の性質や実態領域の性質等に応じて三つの尺度を使い分けているとされる¹⁶¹⁾。具体的には、「明白性の統制」「主張可能性の統制」「厳格な内容統制」がそれである。連邦憲法裁判所自身が明白性の統制を行った例として挙げるのは、外交に関する立法の予測が争われた1973年7月31日の連邦憲法裁判所第二法廷判決（「基本条約判決」）である¹⁶²⁾。そこでは、「連邦憲法裁判所が立法者に対抗できるのは、立法者が裁量の限界を明らかに踰越している場合、すなわち、その措置が法的に、あるいは事実上、自由な再統一に明白に違反している場合に限定されている」と述べられていた¹⁶³⁾。連邦憲法裁判所自身が主張可能性の統制を行った例として挙げるのは、1975年3月19日の連邦憲法裁判所第一法廷決定（「製粉構成法決定」）である。そこでは、「経済政策的関係の判断に関する立法の予測が適切で、主張可能であるということを連邦憲法裁判所が否定できるのは、その措置が法律の制定時にあらゆる認識可能性を尽くせば、目的に不適格であるとして確定し得る場合のみである」と述べられていた¹⁶⁴⁾。また、1979年3月1日の連邦憲法裁判所第一法廷判決（「共同決定判決」）の中では、「この基準は、立法者が獲得可能な判断材料について適切で、主張可能な判断を志向していることを要求する。立法者は、彼の規制がもたらすであろう効果を出来る限り確実に見積もることができ、憲法違反を避けることができるために、入手できるすべての判断材料を十分に利用しなければならない」と述べられていた¹⁶⁵⁾。厳格な内容統制は共同決定判決の中で、「法律の効果が十分な蓋然性をもって、あるいは

161) 渡辺康行「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〕』（信山社・2003年）13頁以下、宍戸・前掲註5）260頁以下。

162) 渡辺・前掲註161）13頁、高見勝利「立法府の予測に対する裁判的統制について——西ドイツにおける判例・学説を素材に——」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会編『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣・1985年）51頁以下。本判決を紹介する邦語文献として、牧野忠則「西ドイツ連邦憲法裁判所の自己抑制の態度」北大法学論集29巻2号（1978年）277頁、阿部照哉「ドイツの憲法判例における司法の自己抑制について」法学論叢110巻4・5・6号（1982年）70頁、岡田俊幸「『2つのドイツ国家』と連邦憲法裁判所——基本条約判決——」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）419頁以下、山本敏弘「西ドイツの憲法裁判と改革立法（上）（中）」法律時報57巻5号（1985年）54頁以下、57巻7号（1985年）72頁以下。

163) BVerfGE36, 1 (17); 訳出は、渡辺・前掲註161）13頁。

164) BVerfGE39, 210 (230); 訳出は、渡辺・前掲註161）13頁。

全く確実に予見可能でなければならない」という形で定式化されていた¹⁶⁵⁾。実際に厳格な内容統制を行った例として連邦憲法裁判所自身が挙げるのは、1958年7月11日の連邦憲法裁判所第一法廷判決（「薬事法判決」）である¹⁶⁷⁾。この判決では、「決定的な問題は、バイエルン薬事法の開業制限が廃止される場合、十分な蓋然性をもって上述の意味での展開が生ずるかどうかが、およびそれによって国民の健康が危険となるおそれがあるほど、組織だった薬剤供給が妨げられるかどうか、である」と述べられていた¹⁶⁸⁾。

これらの尺度は、段階づけられた審査密度を意味するとされる¹⁶⁹⁾。即ち、明白性の統制が最も低い審査密度であり、「厳格な内容統制」が最も高い審査密度である。従って、立法者の事実の認定・評価に対する裁判的統制がどのような場合にどのような審査密度で行われるのかは、この図式からある程度予測できる。しかし、審査手法はどうであろうか。この点「主張可能性の統制」は内容的にみて、日本法にいうところの「判断過程統制」に相当するものと思われる¹⁷⁰⁾。判断過程統制とは、裁量権行使の結果ではなくその過程を問題にする審査手法のことをいう¹⁷¹⁾。従って、「主張可能性の統制」の選択は審査密度を決定すると同時に審査手法をも決定するものと一応は考えることが出来る。しかし残りの「明白性の統制」と「厳格な内容統制」はどうであろうか。裁量を認めている以上判断代置¹⁷²⁾はあり得ない。それでは、裁量を認めつつも、判断代置にはならない審

165) BVerfGE50, 290 (333f); 訳出は、渡辺・前掲註161) 13頁。本判決を紹介する邦語文献として、栗城壽夫「所有権等の規制と立法者の予測——共同決定判決——」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）302頁以下。

166) BVerfGE50, 290 (333); 訳出は、渡辺・前掲註161) 13頁。

167) 本判決を紹介する邦語文献として、舟田正之「職業の自由と“営業の自由”」ジュリ592号（1975年）30頁、覚道豊治「薬局開設拒否事件」我妻栄編『ドイツ憲法判例百選』（有斐閣・1969年）66頁、野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性——薬局判決——」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）272頁。

168) BVerfGE7, 377 (415); 訳出は渡辺・前掲註161) 14頁。

169) 渡辺・前掲註161) 13頁、柴田・前掲註10) 195頁。BVerfGE88, 87もこのことを前提にした立論を行っているように思われる。

170) 入井凡乃「立法者の予測と事後的な正義義務——ドイツ連邦憲法裁判所判例を中心に——」法学政治学論究96号（2013年）355頁。

171) 判断過程統制については、村上裕章「判断過程統制審査の現状と課題」法律時報85巻2号（2013年）12頁以下。

査手法にはどのようなものがあるのだろうか¹⁷³⁾。行政裁量統制に係る議論からそのような審査手法の候補を得る場合、そのような候補としてまず挙げられるのは、やはり比例原則と首尾一貫性の要請であろう¹⁷⁴⁾。では、立法者による事実の認定・評価を比例原則によって統制することは可能なのだろうか。ここで問題となるのは、「評価」を目的と手段に分離することが可能なかという点である。仮に可能だと考えても、そもそも「事実の認定や評価は目的的な行為であってはならない」と考えることも出来る。そうであるとすれば、これらの統制に比例原則を用いることは出来ないということにならう¹⁷⁵⁾。

(2) 本稿がこのようなことを考察する理由には次のようなものである。即ち、本章第二節で紹介した非喫煙者保護法判決では、立法者の自己拘束は、特定の場合に立法者に認められる、立法者の評価余地（裁量）の統制のために用いられていた。この裁量は狭義の比例原則と結びつけられていたが、裁判所が比例原則を適用する上で認めたものであるという点において、既述の適合性審査や必要性審査に係る立法者の評価裁量と同じ性質を有している。前者の評価裁量の統制のために立法者の自己拘束が活用できると言うのであれば、後者の評価裁量の統制に立法者の自己拘束を活用することも可能なのではないだろうか。

172) 裁判所が立法者（あるいは行政）の判断に自己の判断をとって代えることをいう。

173) この問いには、かつては次のような解答が与えられていた。即ち、「将来に向かって効力を持つ政治的行為の合憲性について審査する際、裁判官は、当該政治的行為の基礎にある予測をそのまま尊重するか、あるいは自ら正当と考える予測をもってそれに代えるか、二者択一を迫られる」。参照、阿部照哉「憲法訴訟における事実認定と予測のコントロール——西ドイツの憲法判例を中心に——」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』（有斐閣・1978年）457頁。

174) 比例原則については、宮田三郎「行政上の比例原則」法教7号（1975年）153頁、川上宏二郎「行政法における比例原則」成田頼明編『行政法の争点』（有斐閣・1980年）24頁、須藤陽子「行政裁量統制と『比例原則』」同『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社・2010年）219頁以下〔初出2000年〕。

175) 行政行為の根底にある行政庁の判断過程は、①事実認定、②事実認定の構成要件へのあてはめ（要件の認定）、③手続の選択、④行為の選択、⑤時の選択に分けられる。行政裁量統制のために比例原則を利用できるかどうかには争いがあるものの、いずれにしてもそれが利用されるのは④の段階で認められる裁量、即ち効果裁量が問題になる場面に限られるものと思われる。参照、塩野宏『行政法I〔第5版補訂版〕』（有斐閣・2013年）125、134頁。

この点興味深いのが既述の薬事法判決である。この事件では、法律による薬局開業の制限が薬剤師の職業の自由に反しないかが争われた。争点となったのは、薬局の自由な開業は都市部における薬局の競争の激化を招き、結果として過剰な薬品供給が行われ、国民の健康に重大な被害をもたらされるとした立法者の予測の合理性であった¹⁷⁶⁾。この点連邦憲法裁判所は因果関係の評価について立法者に裁量があるとしつつも、他方で次のように述べていた。「一方で、……薬局の数を制限しておきながら、他方で、地方の多数の薬局の経営が困難になる程薬局外での……薬剤の販売を許容していることは、首尾一貫 (folgerichtig) していない」¹⁷⁷⁾。ここでは、過剰な薬品販売が国民に被害をもたらすという評価が薬局外での薬剤販売にまで及んでいないことが問題にされているものと思われる。この点に鑑みて、薬事法判決においては立法者の事実評価の統制のために立法者の自己拘束が用いられていたとする見解も存在する¹⁷⁸⁾。本稿が、適合性審査や必要性審査の際に認められる立法者の評価裁量の統制に首尾一貫性の要請を用いることは出来るのかという問題設定をした理由は以上のようなものである。

(3) 既述のように、非喫煙者保護法判決では、狭義の比例原則の適用にあたって、立法者に、評価余地ないし価値判断余地が認められていた。この裁量の統制のために比例原則を用いることは可能だったのだろうか。法益の重要性の評価を目的と手段に分離することは難しいと考えれば、比例原則の適用は不可能であったということになるだろう。仮にそうであるとすれば、連邦憲法裁判所は、自由権との関係でも立法者の自己拘束を比例原則が利用出来ない場面で用いているということになるだろう。

Ⅲ 首尾一貫性の要請の活用場面のさらなる拡大？

本章では平等原則や自由権との結びつきが間接的なものにとどまるその他の一

176) BVerfGE7, 377 (414).

177) BVerfGE7, 377 (437).

178) Payandeh (Fn. 11), S.603-504.

貫性審査を紹介したい。具体的には、1998年5月7日連邦憲法裁判所第二法廷判決と、2010年2月9日の連邦憲法裁判所第二法廷判決を紹介したい。

1 98年判決（州廃棄物公課法判決）

本判決は、州が定めた廃棄物公課法に関連する¹⁷⁹⁾。1991年から1994年にかけて、バーデン・ヴュルテンベルク、ヘッセン、ニーダーザクセン、シュレーズヴィヒ・ホルシュタイン各州は、基本法上自己に留保されている課税権に基づいて、廃棄物を出している製造業者に対して、廃棄物の危険性とその産出の回避可能性に応じて公課を課すという内容の法律を公布した。この法律（「廃棄物公課法」）が、廃棄物を出している製造業者の職業の自由に反しないかが争われたのが本件である。連邦国家たるドイツでは経済分野における立法は連邦の競合的立法権限とされており、州は連邦の立法権が行使されていない場合に限り自己の立法権を行使できる（基本法72条1項）。廃棄物を出している工場の経営者である異議申立人は、この廃棄物公課法は廃棄物経済の領域に公課の誘導効果によって干渉するものであるということを前提に、次のような主張を行った。即ち、廃棄物経済の領域は既に連邦立法者によって規制されているのだから、州立法者は権限なしに自己の職業の自由を制約している、これである。

連邦憲法裁判所は州廃棄物公課法が異議申立人の職業の自由に対する制約となっていることを認めた上で、その形式的正当化審査にすすむ。問題の州の立法権限の有無について、連邦憲法裁判所は次のように述べた。

「法治国家原理と連邦国家の権限秩序は、あらゆる法定立機関に対して、逆方向の諸規定が規範の名宛人に届くことがないように、つまり、法秩序が異なる指示のために矛盾したものとなる（widersprüchlich）ことがないように、その都度あらゆる法定立機関の諸規定を調和させることを義務付けている」。「競合する立法権限は、基本法によって既に、以下のような形で相互に調整されている。即ち、州立法者は原則として、連邦が自らの立法権限を利用しない限りにおいてしか立法権限を有しない、これである。州立法上の規定が、連邦法上の規定と、競

179) 本判決を紹介する邦語文献として、清野幾久子「州による廃棄物公課法制定の違憲性」国際研究論集13巻1・2号（2000年）213頁以下。

合する立法権限の領域において矛盾する場合、そのような州法上の規定は、州立立法者に留保された管轄領域を超過するものになる。「それにもかかわらず、ある権限が連邦法についても、州法についても存在する場合、一方で連邦立法者が実体的規制を行い、他方で、州立立法者が租税を徴収する場合、矛盾が生じ得る。そのような衝突は、とりわけ、権限を持つ実体的法令制定者の規定に矛盾するような誘導効果が公課法によって達成される手はずになっている場合に生じ得る。そのような場合、公課法制定者は、実体的法令制定者によって公布された諸規定の中で、権限執行の限界に出くわすことになる。基本法の権限秩序と、法治国家原理によれば、公課法制定者は、誘導が実体的な規制の全体構想にも、具体的な個々の規定にも矛盾しない限りでしか、課税権限に基づき、実体的法令制定者の権限領域に誘導を行って干渉することは許されない」¹⁸⁰⁾。

続けて、連邦憲法裁判所は、連邦立法者が廃棄物経済の規制のための権限を有することを確認し、その上で、連邦イミシオン防止法は廃棄物の排出を回避する義務と、廃棄物を適正かつ無害に再利用する義務を工場経営者に課しているが、それはそれが技術的に可能でありかつ期待し得るものである限りのことであること¹⁸¹⁾、またそのような義務の履行方法についても連邦イミシオン防止法は工場経営者に選択の自由を保障していること¹⁸²⁾を指摘する。これらの点に鑑みれば、連邦立法者は、個人的自由と社会的必要性の間の調整を、関係者の協力の下で行うという「協働原理」に基づいて自己の立法権限を行使していたものと考えられると連邦憲法裁判所は主張する¹⁸³⁾。その上で、州廃棄物公課法が、「納税義務のある廃棄物の生産を回避することに優先的に向けられている」¹⁸⁴⁾こと、そして

180) BVerfGE98, 83 (97-98). 下線は高橋。

181) BVerfGE98, 83 (102).

182) BVerfGE98, 83 (103).

183) BVerfGE98, 83 (100ff.). 協働原理については、高橋正徳「ドイツにおける協働的環境保護」室井力先生還暦記念『現代行政法の理論』(法律文化社・1991年)148頁以下、H=H・トゥルーテ(山本隆司訳)「ドイツにおける行政法および行政法学の発展(上)」自治研究75巻2号(1999年)3頁以下、H=H・トゥルーテ(川又伸彦訳)「秩序法と自主規制の間の環境法」自治研究75巻9号(1999年)42頁以下、ディートリッヒ・ムルスヴィーク(神橋一彦訳)「環境法におけるいわゆる『協働原則(Kooperationsprinzip)』について——その法原則としての適格性に関する疑問——」ドイツ憲法判例研究会編『先端科学技術と人権』(信山社・2005年)89頁以下。

「〔公課〕免除事実構成要件によって、特定の廃棄物処理形式を選択することの契機を創出している」¹⁸⁵⁾ことを確認し、このように協働構想に矛盾する¹⁸⁶⁾誘導効果を示す州廃棄物公課法は、職業の自由の制約根拠たり得ないと結論した。

2 若干の分析

まず確認されねばならないのは、本件で直接的に問題とされていたのは、自由権に対する侵害であったという点である。しかし本判決の終盤では、「〔協働原理によって保護される、工場経営者の廃棄物法上の義務の履行方法の選択の自由は〕競争平等のために州法上狭められないものとなる」¹⁸⁷⁾とも述べられている。それでは本判決に見られた一貫性審査は自由権と平等原則のいずれにより結びついているのだろうか。この点注目されるのは、本判決における一貫性審査が、全く例外を許容しない審査になっていたという点である¹⁸⁸⁾。既述のように、平等原則との関係で用いられた首尾一貫性審査は、基本決定からの逸脱も正当な理由があれば許容されるとしていた。他方、職業の自由に対する侵害が問題となった既述の非喫煙者保護法判決では、一貫性審査は逸脱を許容しないものとなっていた。従って、本判決の一貫性審査は自由権上の一貫性審査により密接に結びついているものと思われる。しかし、本判決にみられた一貫性審査は、第二章で紹介した諸判決とは異なる性質も有している。それは、第二章で紹介した諸判決の一貫性審査は自由権侵害の実質的正当化審査に結びついていたのに対して、本判決における一貫性審査は自由権侵害の形式的正当化審査に結びついていたという点である。このような相違が原因かどうかは定かでないが、本判決において連邦憲法裁判所は、自らが用いた一貫性要請の基本法上の根拠を「法治国家原理と連邦国家の権限秩序」に求めている。

しかし、それ以外にも、本判決における一貫性審査は、非喫煙者保護法判決に

184) BVerfGE98, 83 (100).

185) BVerfGE98, 83 (100).

186) BVerfGE98, 83 (104).

187) BVerfGE98, 83 (104).

188) この点を指摘するものとして、Matthias Cornils, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, DVBl. 2011, S.1058.

おけるそれとの決定的な相異を有しているように思われる。それは、本判決における一貫性審査は、立法者の自己拘束ではなく「他者拘束 (Fremdbindung)」であったという点である。というのは、本判決で基準とされた「協働原理」は州自らが定めたものではなく、連邦が定めたものだったからである。従って、本判決における一貫性審査を「立法者の自己拘束」と呼ぶことは出来ない。この点、本判決において連邦憲法裁判所は、自己の一貫性審査に一貫して「無矛盾性 (Widerspruchsfreiheit)」という語を当てており、「体系適合性 (Systemgerechtigkeit)」や「首尾一貫性 (Folgerichtigkeit)」という語は一切用いていなかったという点が注目される。連邦憲法裁判所自身、本判決における一貫性審査を他の一貫性審査と区別しているものと思われる。学説においても本判決における一貫性要請を体系適合性の要請や首尾一貫性の要請と区別して、「無矛盾性の要請 (Das Gebot der Widerspruchsfreiheit)」と呼ぶ場合がある¹⁸⁹⁾。

この「無矛盾性の要請」を考える上で問題になるのは、法治国家原理がなぜこのような一貫性審査を要求するのかという点である。この点、著名な公法学者、Eberhard Schmidt-Aßmann (ハイデルベルク大学教授) が、法治国家原理は、非恣意的かつ予見可能なものであるべき政治的権力 (politische Herrschaft) の法的規律を目標にしていると述べていた点が注目される¹⁹⁰⁾。何故なら、ここにおいて、法治国家原理が一般的平等原則と同様に恣意を禁じるという目的を有していることが明らかになるからである。この点、本判決において連邦憲法裁判所が自己の一貫性審査の法的根拠を法治国家原理に求めていた背景について、Rainer Prokisch が次のように述べている点が注目される。「体系適合性をめぐる議論は、体系適合性が基本法3条1項に位置づけられる租税公平の具現化と見做されることにいつも悩んできた。[なぜなら] それによって、平等原則違反は一貫しない規制の間接的な結果として生じているにとどまり、むしろ直接的には、事柄からして (sachlich) 恣意的で、故に法治国家原理に反する立法行為が問題となっているような事案までもが租税公平という枠組みの下で処理されることに

189) Cornils (Fn. 188), S.1054.

190) Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: HBStR, Bd.2, 3. Aufl., 2004, §26, Rn. 21f.

なってしまうからである」¹⁹¹⁾。しかし、「恣意を禁じる」という目的を有しているが故に法治国家原理も一貫性審査の根拠になり得ると考えると、今度はなぜ両者の間に「例外を許容するか否か」という点において相違が生じるのかが分からなくなってくる。

いずれにせよ、本稿にはこの問題に最終的な解答を与える用意はない。ここでは「無矛盾性の要請」が他者拘束であったという点を確認するにとどめたい。

3 2010年判決（ハルツⅣ判決）

(1) 本件は失業者の生活を保障する制度に関係する。ドイツでは、2004年末までは、失業者の生活を保障する仕組みは概要以下ようになっていた¹⁹²⁾。まず、社会法典第三編（雇用促進法）が、社会保険の仕組みを用いた所得保障を行っていた（「失業手当」）。この失業手当は最長でも32か月しか受給できないことになっていた。この受給期間が経過した失業者のうち一定の要件を満たす者は、同じく社会法典第三編が定める「失業扶助」を受給することができるということになっていた。この失業扶助には受給期間制限はなく、支給額は最大でも従前賃金の57%とされていた。

ドイツでは長引く不況により失業者が増大し、また失業期間の長期化も生じていた。その結果、失業扶助受給者が増大していた。既述のように、失業扶助の支給額は、失業者の従前賃金に比例する。従って、失業前の賃金が低かった者については、失業扶助を受給するだけでは最低生活を維持できず、故に旧連邦社会扶助法に基づく給付（「社会扶助」）も併給するという者も多かった。この社会扶助は、個々の要支援者の個別的な需要を顧慮する仕組み（非定型的給付）であったために、社会扶助を併給する失業扶助受給者の増加に伴って大幅な行政コストの

191) Prokisch (Fn. 41), S.306-307.

192) 以下に述べるドイツの生活保障制度の記述にあたっては、嶋田佳広「ドイツ社会法典第二編・第一二編にみる2005年公的扶助法改革」賃社1406号（2005年）9頁以下、同「生活保護と就労支援——ハルツ第四法改革からの示唆——」季刊労働法217号（2007年）109頁以下、名古屋功「ドイツの求職者支援制度」季刊労働法232号（2011年）29頁以下、木下秀雄「ドイツの最低生活保障と失業保障の新たな仕組みについて」賃社1408号（2005年）4頁以下を参照した。

増加が生じていた。

(2) この問題を解決するため、稼得能力のある要支援者に対して定型的な給付を統一的な仕組みから行う制度（「社会法典第二編（求職者基礎保障法）」）が2005年に創設された。この社会法典第二編による給付（「求職者基礎保障給付」）は「労働統合給付」と「生計保障給付」から成る。前者は就労促進を目的として行われるサービス給付であり、後者は要支援者の生活保障を目的とする金銭給付である。この生計保障給付の骨格を成すのが「基準給付」である。基準給付は、要支援者のもとで生活維持のために日常的に生じる需要（食費、衣料・日常必需品の購入に要する費用、交際費等）を充足することを目的として支給されるものである¹⁹³⁾。基準給付の額は固定されており（単身の大人はひと月345ユーロ）、社会法典第二編は、突発的に生じる需要等のために個別的な加算も予定していなければ一時給付等も予定していなかった。稼得能力のある要支援者と一緒に生活している子供が受給する基準給付の額は、単身の大人に対する基準給付の最大でも80%とされていた。他方、稼得能力のない要支援者とその子供に対しては、社会法典第二編と同時に創設された社会法典第一二編（社会扶助法）から非定型的な給付が行われることとなった¹⁹⁴⁾。しかし社会法典第一二編の基準給付の、原則となる金額（「基準額」）それ自体は、社会法典第二編の定める基準給付の額と同一であった。

これらの法律の施行後、子供に対して支給された社会法典第二編における基準給付の額が低すぎる等として、各地で訴訟が提起された。本件原審でもこの点等が争われた¹⁹⁵⁾。原審裁判所は手続を中断し、憲法問題に対する判断を連邦憲法裁判所に求めた。その際原審裁判所は、稼得能力のない親を持つ子は非典型的な需要のために必要な加算等が認められるのに、稼得能力のある親を持つ子はそれが認められないという点に平等原則違反が存することを確信していた。

193) 暖房費、住居費等はこの基準給付には含まれず、実費で別に支給される。

194) これに伴って旧連邦社会扶助法は廃止された。

195) 本件の訴訟経緯については、嶋田佳広「ドイツ求職者基礎保障における保護基準」賃社1489号（2009年）4頁以下、同「保護基準に対する司法審査の視座・ヘッセン州社会裁判所決定解題」賃社1489号（2009年）29頁以下に詳しい。

(3) これに対して連邦憲法裁判所が焦点を当てたのは、子供に対する基準給付の額の算定の基盤となる単身の大人に対する基準給付の額の算定手続であった¹⁹⁶⁾。これを連邦憲法裁判所は次のように審査する。まず、連邦憲法裁判所は「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」と規定する基本法20条1項と、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である」と規定する基本法1条1項から「人間の尊厳に適った最低生活の保障に対する基本権」というものを導出する¹⁹⁷⁾。このような給付請求権が存在するという事自体は基本法から推論されるが、その給付水準については基本法からは何も推論され得ない¹⁹⁸⁾。故に、これを形成する余地が立法者にはあるという¹⁹⁹⁾。連邦憲法裁判所によれば、このような形成余地が立法者に帰属するために、裁判所の統制は控え目なものになるという²⁰⁰⁾。具体的には、実体的な統制が「給付が明白に不十分かどうか」に限定される²⁰¹⁾。しかしこのように実体面に対する裁判的統制が限定されるが故に、この基本権は、手続面、つまり最低生活の査定方法に対する裁判的統制をも要求するという²⁰²⁾。具体的には、連邦憲法裁判所は、「立法者が自己の形成余地の範囲内で、最低生活の査定に基本的に役立つ手続を選択していたかどうか、立法者が必要な事実を本質的には完全かつ十分に突き止めていたかどうか、……立法者があらゆる算定措置において追跡理解可能な計算を伴って、選択された手続とその構造原理の内部で、追跡理解可能な範囲で活動していたかどうか」等を審査するという²⁰³⁾。

このような大前提の下、連邦憲法裁判所は次のように述べて社会法典第二編の

196) 本判決を紹介する邦語文献として、嶋田佳広「ドイツの保護基準における最低生活需要の充足」賃社1539号(2011年)4頁以下、西村枝美「ドイツにおける社会権の法的性質と審査基準」関西大学法学論集62巻4・5号(2013年)25頁以下。

197) BVerfGE125, 175 (222).

198) BVerfGE125, 175 (224).

199) BVerfGE125, 175 (224-225).

200) BVerfGE125, 175 (225).

201) BVerfGE125, 175 (226).

202) BVerfGE125, 175 (226).

203) BVerfGE125, 175 (226).

基準給付はこのような基準を満たしていないとした。

まず、連邦憲法裁判所は、基準給付の額そのものは「明白に不十分であるとは言えない」と述べる²⁰⁴⁾。また、基準給付の額の査定方法として立法者が選択した、統計から明らかになる低所得者の支出額を最低生活費の額とする「統計モデル」も、原則としては最低生活の算定方法として有用なものと認められるとする²⁰⁵⁾。しかし立法者はこの統計モデルの構造原理から事柄に即した (sachlich) 正当化なしに逸脱していたという²⁰⁶⁾。立法者は、統計から明らかにされた低所得者の支出額をそのまま最低生活の額とはせず、そこから一定額の値引きを行っていた。この値引きについては、「生活保障に資さないから」ということが根拠として挙げられているが、値引きの額がなぜそのようなものになったのかという点については経験的に正当化されていない。

以上のように述べて連邦憲法裁判所は、社会法典第二編上の基準給付の額を定めた諸規定を違憲と結論した。

4 若干の分析

連邦憲法裁判所は本件においてはじめて、最低生活の保障に対する、基本権としての主観的な請求権を導出した²⁰⁷⁾。本稿の関心からとりわけ注目されるのは、この請求権の給付水準が基本法自体からは読み取れないが故にそれを決定する任務が立法者に帰属するとされている部分である²⁰⁸⁾。連邦憲法裁判所は、この任務を遂行する上で必要な評価余地 (裁量) が立法者に帰属するとしていた²⁰⁹⁾。他方で、連邦憲法裁判所は、「立法者は、人間が生存を維持するために必要となる全支出を、首尾一貫して (folgerichtig) 透明で対象に即した手続の中で、実際の需要に基づいて、つまり現実に即して算定せねばならない」とも述べてい

204) BVerfGE125, 175 (229ff.).

205) BVerfGE125, 175 (232ff.).

206) BVerfGE125, 175 (238ff.).

207) Thorsten Kingreen, Schätzungen „ins Blaue hinein“: Zu den Auswirkungen des Hartz IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz, NVwZ 2010, S.558.

208) BVerfGE125, 175 (222).

209) BVerfGE125, 175 (224-225).

た²¹⁰⁾。ここから本判決を、生存に必要な支出を評価するために形成した基準を給付請求権の具体化の際に首尾一貫して適用することを立法者に求めたものと解する学説もある²¹¹⁾。本件においてそのような基準とされたのが、「統計上明らかになる低所得者の実際の消費支出を市民の最低生活のために必要な支出とする」という「統計モデルの構造原理」であったものと思われる。このような基準を採用したのは立法者自身とされているから、本判決で用いられた一貫性審査は、立法者の自己拘束であったものと思われる。では、本判決に見られた立法者の自己拘束は、「首尾一貫性の要請」と呼びうるものなのだろうか。この点注目されるのは、本判決における立法者の自己拘束が正当な理由のある逸脱を許容していた点である。この点について、公法・社会法学者で、バイロイト大学教授の Stephan Rixen は次のように述べている。

「〔首尾一貫性の要請は〕特定の時代の民法上の方法論に起源を有する準法源的な (quasi-rechtsquellenhaft) 体系思想の登場をきっかけに議論されるようになった。〔それは〕当初は租税政策上の基準であったが、平等原則上の論証プロットに変換され、更には基本権教義学上普遍化され、原則として全ての基本権との関係で適用されるものになった。首尾一貫性思想が、基本法 20 条 1 項と関連する基本法 1 条 1 項に基づく『給付請求権』にも転用され得るのはそのためである。租税法以外の領域においても看取される、『首尾一貫性』というトポスを伴った論証の広まりは、『ハルトツ IV』判決にも続いているのである」²¹²⁾。

本件において、連邦憲法裁判所は、問題になった法令を、最低生活の保障を求める主観的請求権を侵害するものというよりも、それを形成するものとして理解していた。そのため、本件でも、比例原則の適用は困難であったものと思われる。

210) BVerfGE125, 175 (225).

211) Anne Lenke, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, in: Münder (Hrsg.), LPK-SGB II, 4. Aufl., 2011, § 20, Rn. 18.

212) Stephan Rixen, Rationalität des Rechts und „Irrationalität“ demokratischer Rechtsetzung, JöR 2013, S.529-530.

IV 司法審査の民主主義的正当性

以上に見てきたように、少なくとも立法者の自己拘束は、比例原則の適用が困難な場面で用いられている。本章では、このことが何を意味しているかを検討する。が、その前に、これまでの内容の確認の意味も込めて、ドイツにおいて立法者の自己拘束にどのような批判が向けられているかを明らかにし、それに対してどのように反論し得るかを検討したい。

1 立法者の自己拘束に対する批判と応答

第一款 法的根拠の不明確性

立法者の自己拘束に対する批判として学説においてもっともよく目にするのは、その法的根拠の不明確性を問題とするものである²¹³⁾。確かに、基本法中には、「立法者の自己拘束」や「首尾一貫性の要請」という言葉は出てこない。しかし、この事は比例原則についても当てはまる²¹⁴⁾。この点、立法者の自己拘束の数少ない擁護者の一人である Kirchhof は、立法者の自己拘束の法的根拠を、基本法3条1項の一般的平等原則としている²¹⁵⁾。のみならず Kirchhof は、非喫煙者保護法判決やハルツ IV 判決に見られた立法者の自己拘束の法的根拠までも基本法3条1項に求めている。このような見解が妥当かどうかは定かでないが、少なくとも平等違反が問題となった事例において用いられていた立法者の自己拘束の法的根拠を基本法3条1項に求めることについては一定の合理性が認められるように思われる。というのは、既にみたように、基本法の文言自体から直接比較基準を読み取ることは困難であるため、それをどこかに求める必要があるが、それを立法者の決定に求めた場合、必然的に立法者の自己拘束が生じることになるように思われるからである。問題は、比較基準の決定を立法者に委ねるべきとする憲法上の根拠である。

213) Dann (Fn. 97), S.637.

214) Grzeszick (Fn. 20), S.55-56 もこの点を指摘する。

215) Kirchhof (Fn. 60), Rn. 211.

第二款 基準の不明瞭性、及びそれに伴う司法国家化の脅威

また、立法者の自己拘束は、その審査の基準となる立法者の一次的な価値判断の確定の際に、裁判所の裁量の拡大を招来すると批判されている。例えば、憲法学者で、ハンブルク (Hamburg) 大学教授の Bernd Grzeszick は次のように述べている。

「総じて、首尾一貫性の要請によって果たされる裁判所による立法者の統制は、裁判所が審査基準の選択、形成、適用の際に……広い裁量を持つことになる程内容希薄な形で定義されている。その結果、首尾一貫性の要請は、少なくとも潜在的には、立法者に対する裁判所の地位の大幅な引き上げを招来することになる」²¹⁶⁾。「裁判所は、……自己の合理性観念をそれに関する権限を持つ立法者による定立 (Setzung) に優位させている……。その結果、パターンリスティックな (paternalistisch) 後見のリスクが増大し、立法権と裁判権のバランスが崩れ……ている」²¹⁷⁾。

この問題は、二つに分けて考察することが出来るように思われる。一つは、立法者の一次的な価値判断を確定する際に裁判所が持つことになる裁量を如何に統制するかという問題であり、もう一つは、恣意禁止の射程の及ぶ範囲の確定、つまり、問題となっている矛盾が、ある法律の内部、あるいは事柄からして関連が認められる規制複合体の内部で生じていると言えるかどうかの判断の際に裁判所が持つことになる裁量を如何に統制するかという問題である。

先ず前者について。この点、通勤費概算判決において連邦憲法裁判所が、立法者の基本決定を確定する際に、実定法上の条文を根拠として引合いに出していた点が注目される。即ち、物的純額主義・誘因原理は所得税法 4 条 4 項及び 9 条 1 項 1 文に化体されているとされていた。類似の作業は、州廃棄物公課法判決においても見られた。そこでは、連邦立法者が協働原理を基本決定として採用しているということの実定法上の根拠が、連邦イミシオン防止法 4 条、5 条 1 項 3 号、17 条、連邦イミシオン防止法第 9 施行令 2 条 2 項、循環経済及び廃棄物法 6 条 1 項 2-4 文、9 条 3 文、17 条以下に求められていた。このような慣行の継続・発展

216) Grzeszick (Fn. 20), S.60-61.

217) Grzeszick (Fn. 20), S.64.

は、裁判所の恣意的な基準の形成の予防に資すると思われる。

次に後者について。規制複合体の外縁を確定する上で最も重要なのは、「規制目的」である。規制目的こそが諸規範を一つの規範複合体へまとめ上げる機能を果たす²¹⁸⁾。勿論、規制目的の認定についても、裁判所の裁量は問題となり得る。しかしそれは首尾一貫性審査に限った話ではない。立法者の自己拘束に固有の問題として挙げられるのは、例えば、「国家の財政的需要を充足する」という租税法規の一般的な規制目的を有しつつも、それに加えて他の特定の誘導目的や助成目的等をも併せ持っている租税法規等をどう取扱えばいいのかという問題である。この点、通勤費概算判決では、ある租税法規が（併）有する誘導目的や助成目的は、立法者の基本決定からの逸脱の正当化根拠になるとされていた。穏当な処理であるように思われる。

第三款 法の階層性に反する

また、立法者の自己拘束が法の階層性を侵すものであるとの批判もよく耳にする。例えば、Lepsiusは次のように述べている。

「『首尾一貫性』は、憲法原理として重大な疑念に出くわす。何故なら、その地位が不明確だからである。首尾一貫性の要請は、通常法……を憲法と融合させている。首尾一貫性の要請は、……規範ヒエラルヒーの階層を入れ替えるという戦術を用いている。通常法がより高い地位の実体的規範に依拠してはかられるのではなく、通常法自身が自己の実体的な審査枠組みを提供している。そこで問われているのは立法者が憲法の価値決定を十分に実行したかどうかではなく、立法者が自らの価値決定を首尾一貫して実行したかどうかである」²¹⁹⁾。

関連して、立法者の自己拘束は憲法の基本決定を弱体化させるものであるとの批判もなされている²²⁰⁾。

確かに、（言葉自体は基本法の中に出てこないとしても）基本法に根拠を持つとされる比例原則を別異取扱いの正当化基準として連邦憲法裁判所が用いている

218) Canaris (Fn. 38), S.41.

219) Lepsius (Fn. 80), S.262.

220) Grzeszick (Fn. 20), S.64.

ことは、基本法が別異取扱いの正当化について一定の価値決定を行っていることを示しているのかもしれない。しかし仮にそうだとした場合、立法者の自己拘束は、比例性審査が用いられない場合に用いられるのだから基本法の価値決定が働く場面を縮小していることにはならないように思われる。また、それ以上に、基本法の価値決定が及ばない領域を残しておくということそれ自身が基本法のもう一つの価値決定なのではないかと思われる。この点、Kischelの次の言明は示唆に富む。

「基本法は、別異取扱いに係るあらゆる事例のために必要になる全ての基準を提供するような、終局的で、しかも全てを包摂する価値秩序を内包してはいない。憲法は、長い期間に渡って共同体の基本問題の解決に奉仕するものである。生活関係の急速な変化にもかかわらず憲法がこのような目的を果たしていくべきであるとすれば、憲法は時代に対して開かれたものでなければならず、故に、社会の現実を自らの中に流れ込ませるような非実証的な (nicht positiviert) 価値判断に対して高い感受性を維持し続けなければならない」²²¹⁾。

また、著名な法哲学者 Gustav Radbruch の弟子であり、ドイツ憲法学に多大な影響を与えた国家思想家 Herrmann Heller も次のように述べている。

「[平等原則] は、まさに内容の確定性を欠くが故にこそ、憲法を恒常化する機能を果たす能力を持つ。法的安定性が必要とされている今日、実定法規が、特定の人間に、特定の状況下で、特定の仕方で行動すべしと述べることは出来ない。[何故なら] ……法規の確定性は、法規に必須の順応力と永続性に矛盾する [ものだからである]」²²²⁾。

つまり、基本法は、自らが共同体の発展に対応し得るよう、自己の価値決定が及ばない領域を意図して残しているということである。翻って見ると、比例原則自体、基本権侵害の正否を事案に応じて柔軟に判断するものであり、その意味では憲法が自己の開放性を維持するために用意したものであると考えることも出来る(後述)。既に述べたように、問題は、そのような開放的条項の内容充填を行うべき主体は誰と考えるべきかであり、またそれに対する回答が基本法に根拠を

221) Kischel (Fn. 117), S.202.

222) Herrmann Heller, Staatslehre, 1934, S.258.

持つと言えるかどうかである。仮に議会こそが平等原則の内容充填を担うべきであると基本法が考えているとすれば、通常法の憲法レベルへの格上げは基本法自身が予定したものと言えるだろう。

第四款 基準（ないし原則）に従うことを政治的決定に求めることが可能か

(1) さらに、立法者の自己拘束によって、法定立にある種の連続性が要求されることで、議会の改革能力が危険にさらされるとの批判もなされている²²³⁾。確かに、立法者の自己拘束によって、議会の改革能力は減じられることになるが、それでも議会にはなお基本決定を変更する余地が残されている。

(2) また、立法者の自己拘束によって議会におけるオール・オア・ナッシング型の問題解決が助長されるという批判もなされている²²⁴⁾。これは次のような問題とされる。

「立法の体系拘束は、新たな問題に修正を以てこたえることが出来ねばならない法の凝固リスク (Gefahr der Verkrustung) をもたらす。この点について、以下の点を反論として挙げることは出来ない。即ち、立法者には、あらゆる事例において、体系を完全に他の体系と取り換える余地が残されているという点がそれである。立法者は、例え規制変更が必要になっているのが特定の個別的側面においてのことであるということを確信していたとしても、そのようなオール・オア・ナッシングの二者択一によって、体系全てを変更するか、……従来の状態をすべてそのままにしておくか、いずれかの選択を強制されることになるだろう」²²⁵⁾。

確かに、規制変更の必要性が特定の個別的側面においてしか生じていないにもかかわらず、体系全てを変更せねばならないとすれば、それは不経済である。しかし、オール・オア・ナッシング型の問題解決が助長されることが提起する問題は、経済性の問題を遙かに越えるものである。なぜなら、オール・オア・ナッシ

223) Grzeszick (Fn. 20), S.64.

224) Vgl. BVerfGE60, 16 (43); Peine (Fn. 53), S.16; Robbers, (Fn. 108), S.755f.

225) Kischel (Fn. 117), S.205.

ング型の問題解決が助長されることによって、妥協による問題解決が不可能になるからである。この点について、Dann は次のように述べる。

「〔立法者の自己拘束は〕、あらゆる民主制国家の中心的な決定ルール、即ち、妥協と両立困難なものである。民主的な立法過程は、まさに制度化された妥協形成の方式として理解される。なかんずく、政党の多様性と連邦構成によって生じる様々な立場の調整の中で初めて、その根底にある多元的な秩序が認識される。しかし、このような多元的秩序は、先鋭化された首尾一貫性の要請とはまず相容れないものである。妥協というものの本質は、まさに暫定的で、断片的で、不完全な規制も行い得るという点にある。体系純化 (Systemreinheit) が要求されれば、妥協が不可能になる」²²⁶⁾。

ここで重要なのは、立法者の自己拘束が、民主的立法過程の実状に相容れないということではなく、そのことが基本法に反しているという点である。例えば、Lepsius は次のように述べている。

「〔体系純化が要求されること〕は、基本法が要求する政治的・規範的な妥協形成に鑑みて、現実的な期待と言えるだろうか。ある法律が、憲法によって立法過程に予定された法案審議院協議会を通過する時、そのような法律に対してどのような統一性を期待することが出来るのだろうか。』²²⁷⁾。

ドイツは日本と同様二院制を採用している。しかし、日本とはとりわけ上院の性質が大きく異なっている。ドイツでは連邦レベルの立法は、連邦議会と連邦参議院の協働によって行われている。連邦議会は、4年ごとに行われる普通選挙によって選出された、全国民の代表たる議員によって構成されている。これに対して連邦参議院は、選挙された国民の代表者ではなく、各州によって任命された政府代表者によって構成されている。連邦参議院議員には任期がなく、個々の構成員が不定期に交代するだけである。つまり、連邦参議院は、連邦に対する州の影響力の媒体なのである²²⁸⁾。連邦法律は、連邦議会によって議決されるが、連邦

226) Dann (Fn. 97), S.640.

227) Lepsius (Fn. 80), S.262.

228) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., 1999, Rn. 609; 邦訳として参照、コンラート・ヘッセ (初宿正典=赤坂幸一訳) 『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂・2006年) 384頁。

議会在議決した法律は、連邦議会議長を通じて遅滞なく連邦参議院に送付されねばならないことになっている（基本法77条1項）。連邦参議院が連邦議会の議決した法律を承認しないか、または修正が必要であると考えられる場合には、連邦参議院は連邦議会および連邦参議院の議員から成る法案審議合同協議会の招集を要求することが出来る（基本法77条2項）。Lepsiusの批判は、この法案審議合同協議会を法案が通過するためには妥協が不可欠であるということを指摘しているものと思われる。筆者の見るところ、この点は、立法者の自己拘束の理論面におけるアキレス腱になっているように思われる²²⁹⁾。

2 司法審査の民主主義的正当性

これまで見てきたように、首尾一貫性の要請は、比例原則が用いられない場面で用いられている。この点、比例原則は、先に述べたように、裁判所が、自らが定めた解釈基準を一貫して利用しているという体裁を保ちつつ、同時に個々の事案の特殊性に応じて柔軟に事案を処理することを可能にするという効果を有しているとされる²³⁰⁾。何故なら、比例原則は、それ自体自由権の解釈基準でありながら、同時に、とりわけその目的審査における規制目的の認定と、手段審査における狭義の比例原則の運用を通じて、自らの規範的な内容を事案に適合させることができるからである²³¹⁾。しかし、既述のように、比例原則はいつも用いることができるわけではない。というのは、自由権に対する侵害がいつも認められるわけではないし、仮にそれが認められても租税法規の合憲性が問題になる場合のように、適合性審査や必要性審査が空転することもある。更にそもそも国家の行

229) 日本国憲法下においてはどうかであろうか。日本国憲法は、法案の議決については両院協議会の設置は任意となっている（59条3項）。従って、参議院が衆議院の議決を否決した場合も衆議院はただちに再議決を行って法案を成立させることができる。他方で、この再議決を行うためには、出席議員の3分の2以上の多数が必要であるとされている（59条2項）。ここから、日本国憲法は、法案成立のために多数党が少数党と妥協を行うことを予定していると解する余地もあるように思われる。しかし、この点についてはより詳細な分析が必要であるようにも思われる。

230) Oliver Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaed/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S.173-174, 204ff.

231) Lepsius (Fn. 230), S.205, 233.

いを目的と手段に分離しがたいこともある。まさにこのような事例において裁判所が首尾一貫性の要請を活用しているという事実は、比例原則と同様、それには特定の解釈基準を維持することで裁判所の判断余地が狭まることを防止するという機能があるということを示しているように思われる²³²⁾。実際、首尾一貫性の要請は、例えば、平等原則の多様な解釈基準の形成を可能にしている。本稿が検討した諸判決に限ってみても、「私法の法形式」、「保険原理と扶助原理」、あるいは「担税力原則」など、首尾一貫性の要請は裁判所が事案に応じて多様な解釈基準を設けることを可能にしている。しかし、この事によって裁判所が憲法を具体化しているというそりしを受けることはない。何故なら、多様な解釈基準を産出しているのは裁判所ではなく議会だからである。つまり、首尾一貫性の要請は、裁判所の法令審査に民主主義の正当性を調達する²³³⁾。

おわりに

(1) ここでは、本稿でこれまで紹介してきたドイツ連邦憲法裁判所の首尾一貫性の要請が日本法において、どのように位置づけられるものであるかをまず確認したい。

近時我が憲法学では、立法者による基本権の内容形成に対する統制のあり方に関心が集まっている。立法者による基本権の内容形成を枠づけようとする手法には、有名なものに、長谷部恭男によるベースライン論や、小山剛による「原則」「例外」思考などがある²³⁴⁾。

長谷部恭男のベースライン論の基本的な考え方はこうである。「国家による制度の設営を前提とする権利に関しても、各制度の内容の決定について、当然に広範な立法裁量が認められるわけではない」。「憲法の条項自体が立法裁量を限定し

232) Lepsius (Fn. 230), S.247ff.

233) Vgl. Lepsius (Fn. 230), S.216, 255-256. 但し、Lepsius 自身は既にみたように首尾一貫性の要請に批判的である。

234) 他にも重要なものとして、棟居快行による「制度後退禁止原則」などが挙げられる。参照、棟居快行「生存権と『制度後退禁止原則』をめぐって」佐藤幸治先生古稀記念『国民主権と法の支配(下)』(成文堂・2008年)369頁以下。

ている場合もあるが、そうした憲法明文の制約がない場合であっても、当該制度のあるべき内容について法律家共同体内部で広く共有された理解がある場合には、そうした理解に対応する立法裁量の限界を想定することができる²³⁵⁾。例えば、かの有名な森林法違憲判決²³⁶⁾は、「『単独所有』が『近代市民社会における原則的所有形態』である」との法律家共同体の共通理解が憲法の想定する所有権制度のベースラインを成しているということを前提に、このベースラインからの離脱行為の合憲性を厳格に審査したものであるとされる²³⁷⁾。

他方、小山の「原則」「例外」思考の基本的な考え方はこうである。「違憲・合憲の審査に際して決定的に重要なのは、憲法上の原則（原形）を憲法限りで観念しうるかどうか」であり²³⁸⁾、それが観念できない場合には、審査密度は著しく緩和されるという前提の下、先行する立法行為が憲法上の実体的な指針に合致する場合にはその立法が憲法上の原則ないし原形になる。例えば、民法の定める単独所有は、「基本権主体に財産法領域における自由の空間を確保し、基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成できるようにする」という憲法が与えた実体的指針に合致しているがために、「私法秩序の基本的部分」として、憲法上の原則（原形）になるという。

(2) では、これらの手法とドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請はどのような関係にあると言えるのだろうか。

まず、長谷部恭男のベースライン論との関係について。先に、基本法は自らが共同体の発展に対応し得るよう自己の価値判断の射程が及ばない領域を意図して残しているということを述べた。そしてその場合に、そのような空白部分を充填する権限を持つべきなのは誰かという点が問題になるということを述べた。首尾一貫性の要請とベースライン論の相違はまさにこの問いに対する回答の仕方にあ

235) 長谷部恭男「国家による自由」同『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）133-134頁〔初出2003年〕。

236) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。

237) 長谷部・前掲註235)135頁。あわせて、長谷部恭男『憲法〔第5版〕』（新世社・2011年）177頁、234頁。

238) 小山剛「基本権の内容形成論からの応答」法律時報81巻5号（2009年）12-13頁。

るように思われる。即ち、首尾一貫性の要請は、始原的な民主的正統性を有する議会こそがそのような権限を担うべきであると考えてのに対して、ベースライン論は、「法律家共同体」こそがそのような権限を担うべきであると考えているように思われる。仮にそうであるとすると、ベースライン論はそもそもなぜベースの内容決定を（議会ではなく）「法律家共同体」に委ねるのか、という問題が生じることになる。これには、複数の種類の解答を想定することができる。まず思い浮かぶのは、「立法者を統制するための基準を立法者自身に定めさせてはお手盛りになってしまい、統制にならなくなるから」という解答である。しかし、基準を自ら定めたとしても、その遵守をチェックする主体が異なるのであれば、そのような統制にも意味はある。実際、行政裁量統制において、行政の自己拘束が裁量統制手法として有効であるということ自体に大きな異論はないものと思われる。しかしベースライン論がベースの内容決定を議会に委ねない理由はそれとは別のものかもしれない。他に考えられる理由としては、憲法の充填という重要な任を担うに議会は相応しい主体ではないからというものと考えられる。ここには、現在日本の国会が有している能力をどう評価すべきかという問題が背後に控えているように思われる。

次に小山による「原則」「例外」思考との関係について。既に述べたように、首尾一貫性の要請は、不確定な憲法規範（具体的には基本法3条1項）の充填を、憲法以外の何かによって行おうとするものであった。そこには、特定の憲法規範についてはその内容が必ずしも明確ではなく、しかもその解釈基準を憲法そのものからは読取ることが出来ないという前提があった。このような機能条件は、ベースライン論も共有しているものと思われる。しかし、「原則」「例外」思考は、このような前提を共有していないように思われる。というのは、小山は、森林法違憲判決において単独所有が原則であるということを裁判所が判断した際に基準（つまり、不確定概念たる憲法29条の解釈基準）となっていた、「基本権主体に財産法領域における自由の空間を確保し、基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成できるようにする」という実体的指針は、憲法自身が与えたものとしていたからである。つまり、小山の「原則」「例外」思考は首尾一貫性の要請やベースライン論よりも憲法自身の価値決定を重視する考えであると言えるように思わ

れる。

(3) 首尾一貫性の要請とベースライン論、「原則」「例外」思考に以上のような相違があるとすれば、これらの手法はどのように使い分けられるべきなのか。

この点、渡辺康行は、ベースライン論や、「原則」「例外」思考の意義を積極的に評価しつつも、「ベースライン論や『原則』『例外』思考を用いることができない判決や事案も多い」として、「〔首尾一貫性の要請は〕『制度の論理』に従った上で、立法者による裁量を内側から枠づけていこうとするものであった。そのため、裁判所としては使い勝手がよい手法ではないかと思われる²³⁹⁾と述べる。さらに別稿では、より積極的に、「事案を制度形成の問題として捉えた場合には、裁量審査のために『立法者の自己拘束』や『首尾一貫性』審査……といった手法を開拓する必要がある」と述べている²⁴⁰⁾。これらの言明からは渡辺の、「首尾一貫性の要請は、ベースライン論や『原則』『例外』思考が利用できない場合に用いればよいのではないか」という思考が看取されよう。この点、長谷部自身、「(相続制度の形態には) 歴史的、社会的にみて種々のものがある」とする非嫡出子法定相続分違憲判決²⁴¹⁾や、「(選挙制度には) 論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけではない」とする一連の議員定数不均衡訴訟²⁴²⁾をベースライン論が用いられないケースとして挙げている²⁴³⁾。また、小山も、「いかなる相続制度、いかなる国籍取得要件が望ましいかという内容に関する憲法上の実体的な指針はほとんど存在しない」として、「相続制度の原形、国籍取得要件の原形は憲法中には存在しない」としている²⁴⁴⁾。従って、このようなケースにおいて利用できる裁量統制手法を開拓する必要性は確かにあるように思われ、首尾一貫性の要請がそのような候補の一つであってもよいように思われる。問題は、ベー

239) 渡辺・前掲註8) 296頁。

240) 渡辺・前掲註119) 41頁。

241) 最大判平成7年7月5日民集49巻7号1789頁。

242) 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁等。

243) 長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」同『憲法の境界』(羽鳥書店・2009年)64頁〔初出2008年〕。

244) 小山・前掲註238) 14頁。

スライン論あるいは「原則」「例外」思考が利用可能であると同時に、首尾一貫性の要請も利用可能であるというような事案において、いずれの手法が優先的に採用されるべきかという点である。

この点、まず、「原則」「例外」思考については、それが、憲法自身の価値決定を重視する考えであるという点から、それが利用できる場合にはそれが優先的に利用されるべきであると考えることができる。「原則」「例外」思考が利用できるということは、問題になっている憲法規範が（その文言自体は明確とは言い難いものであったとしても）開放的なものではないと考えられるため、そもそも首尾一貫性の要請やベースライン論の機能条件が整っていないとも言えよう。他方、「原則」「例外」思考は利用できないが、首尾一貫性の要請とベースライン論は利用できるという場合にどうすべきかは必ずしも明らかでなく、今後考察を要するように思われる。

(4) 以上のような課題の他にも、本稿は首尾一貫性の要請ないし立法者の自己拘束について、多くの問題を未解決のままとした。立法者の自己拘束の活用を検討する上でとりわけ重要であると思われるのは、非喫煙者保護法判決のような自由権違反が争われた事例において用いられた立法者の自己拘束の憲法上の根拠をどこに求めるかという問題である。既に見たように、非喫煙者保護法判決において立法者の自己拘束は、相当性審査を行う際に立法者に認められる裁量の統制のために用いられていた。従って、まずこのような裁量が立法者に認められる理由を明らかにする必要があるように思われる。今後の課題である。