

ドイツ連邦憲法裁判所の 「三段階説 (Drei-Stufen-Lehre)」

—— 「比例原則」・「機能法的アプローチ」
との結びつきを中心に——

高橋和也*

はじめに

I 用語の定義

II 「共同決定法判決」とその「三段階説」

III 三つの尺度が実際に用いられた事例

IV 諸判決の横断的分析

おわりに

はじめに

1 憲法学の一任務としての「予測の適正化」

国家の活動は、通常、何らかの意味で、国民の福利を増進させることを目的に行われる。そして、それらは通常、将来に関する予測を前提とする。国家が税金を引き上げるのは、「このままだと財政が破綻するかもしれない」と考える（予測する）からであり、防衛力を強化するのは、「他国が攻めてくるかもしれない」と考える（予測する）からである¹⁾。

しかし、この予測というものがずさんな形で行われるがために、私人の下に不要な侵害が生ずるということがある。例えば、1963年、我が国の国会は次のよ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第17巻第3号 2018年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) Rüdiger Breuer, Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat 16 (1977), S. 21.

うな予測を行った。

“一つの地域に薬局が集中すると、地域の住民に健康被害が生ずる”。

これは明らかに不合理な予測である。しかしこのような予測を行ったがために国会は、薬事法の一部を改正し、薬局の新規開設について「配置の適正」なる要件を追加した²⁾。その結果、少なからぬ薬剤師が「自己の望む場所に薬局を開設できない」という不自由の下に置かれることになったのである。

このように、国家の活動、とりわけ立法者の活動の根底にある予測は、それがずさんな形で行われる場合には、私人の下に基本権侵害を生じさせる原因となる。そこで、基本権保障に関心を持つ我が憲法学が、この予測の適正化という課題に関心を持ったのは当然である。最初にこの課題に取り組んだのは、阿部照哉であった³⁾。

阿部がこの研究において追及したのは以下の問いである。即ち、“裁判所は立法者の予測をどのような枠組みで以って統制 (Kontrolle) すれば良いのか”、これである⁴⁾。この問題を追及するために阿部が参照したのはドイツの議論であった。

阿部がここで特に注目したのは、同国の連邦憲法裁判所が如何なる理論枠組みで以ってこの任務を果たしているかという問いである⁵⁾。しかし、この点に關す

2) 同改正は、昭和38年法律第135号によって行われた。同改正の提案者は、その主な理由を、「一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安を生じ、その結果として施設の欠落等による不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること」にあるとしていた。しかし、一般には、これは表向きの理由であり、真の理由は別のところにあったとして説明される。即ち、ある時期から大型チェーンの薬局が増加し、零細薬局の経営を圧迫した。そこで、これらの薬局の既得権を保護するために、同提案が行われたのだというのである。とは言え、最大判昭和50・4・30民集29・4・579（「薬事法距離制限違憲判決」）は、このような既設薬局等の経営不安定化の防止は、薬局等の適正配置規制の目的ではなく、不良医薬品の供給防止のための手段にすぎないとしている。富澤達「判解」（薬事法距離制限違憲判決）最高裁判所判例解説民事篇昭和50年度（1979年）211頁も参照。

3) 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」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』（有斐閣・1978年）447頁以下。

4) 阿部・前掲註3）449頁。

る阿部の所見は複雑なものであった⁶⁾。阿部の関心を受け継いで、より端的な形で「同裁判所は三つの尺度 (Maßstab) を使い分けてこれを行っている」と指摘したのは高見勝利であった⁷⁾。

2 「三段階説」に係る疑問点

ここに言う「三つの尺度」とは、具体的には「厳格な内容統制 (intensivierte inhaltliche Kontrolle)」と「主張可能性統制 (Vertretbarkeitskontrolle)」、そして「明白性の統制 (Evidenzkontrolle)」のことを指す⁸⁾。

このような三つの尺度を使い分けて行われる多段階式の予測統制は、後にドイツにおいては「三段階説 (Drei-Stufen-Lehre)」と呼ばれるようになったものである⁹⁾。同理論は高見以降も多くの論者により分析された¹⁰⁾。しかし、同理論には未だ幾つかの点が不明のまま残されているようにも感じられる。具体的に言うとそれは次のようなものである。

第一に、これらの尺度がどのような予測統制手法 (あるいは予測審査手法) を前提とするかという点が不明のままとなっている。一口に予測を統制と言っても、その方法にはいろいろなものがあり得る。しかし、これらの内で何れが連邦憲法裁判所によって採用されているかは不明のままとなっている。

第二に、これらの尺度が実際にどのような形で使い分けられるかが不明のままとなっている。この点に関するドイツの議論は夙に紹介されてきた¹¹⁾。しかし、

5) 阿部・前掲註3) 449頁。

6) 阿部・前掲註3) 457頁以下。

7) 高見勝利「立法者の予測に対する裁判的統制について」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣・1985年) 47頁以下。

8) 高見・前掲註7) 47-48頁。

9) Christian Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S.9, 135ff.

10) 岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制」法学政治学論究14号(1992年) 67頁以下、淡路智典「違憲審査基準としての比例原則と統制密度」早大社会学論集16号(2010年) 214-215頁など、多数。

11) このような紹介を行う代表的な文献として、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂・2005年) 261-262頁〔初出2002年〕、渡辺康行「概観：ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』(信山社・2003年) 14頁。

その真偽を判例に即して明らかにするという作業はなされないままとなっている。

第三に、「三段階説」という理論がどのような法解釈方法を前提とするのかという点が不明のままとなっている。同理論はしばしば「機能法的アプローチ」を前提と言われる¹²⁾。しかし、一口に「機能法的アプローチ」と言ってもその内容は多様である¹³⁾。故に、ここでは「連邦憲法裁判所の」機能法的アプローチが探求されねばならない。しかし、この作業も行われぬままとなっている。

3 本稿の目的と研究手順

以上のように、「三段階説」には不明な点が多く残されている。そこで、本稿はこれらの諸点を解明することを目標に、次のような手順を踏む。

第Ⅰ章では、本稿が行う判例分析のために必要となる諸概念の意味内容を確定する。具体的には、「三段階審査」という用語と「比例原則」という用語、そして、「事実認定」及び「予測」という用語の意味内容を確定する。

第Ⅱ章では、第Ⅰ章で明確にした諸概念を用いて、1979年3月1日のドイツ連邦憲法裁判所第一法廷判決（「共同決定法判決」）の内容を分析する。三段階説の採用を明らかにしたとされる同判決の内容からは、同理論の輪郭が既に大まかには読み取られ得る。また同章では、同判決において幾つかの判決が関連するものとして引き合いに出されていた点が再確認される。

第Ⅲ章では、これらの判決の内容を分析する。そこではそれらの因となった事件の内容の相違と共通点が確認される。そして、それに対応する形でそれらの予測統制のあり方までもが異なるものとなっていた点が確認される。

第Ⅳ章では、これらの判決を横断的に分析する。それにより三つの尺度がどのように使い分けられているのかが明らかにされる。更に同章では、三段階説の背後にどのような理論があるのか、そして、それにどのような法解釈方法が結びつ

12) このような指摘をするものとして、宍戸・前掲註11) 238頁、261頁、渡辺・前掲註11) 13頁。

13) この点を指摘するものとして、宍戸・前掲註11) 238頁以下、渡辺・前掲註11) 13頁以下。

いているのが明らかにされる。

これらを基に、残された課題を確認したい。

I 用語の定義

本稿では、「三段階説」に係る連邦憲法裁判所の諸判決を分析する。しかし、それに先立ち、まずはそのための道具となる諸概念の意味内容を確定しておきたい。具体的には、「三段階審査」という用語 (1) と、「比例原則」という用語 (2)、そして、「事実認定」・「予測」という用語 (3) の意味内容を確定したい。

1 「三段階審査」

まずは「三段階審査」について¹⁴⁾。

同審査はドイツ法に由来するもので¹⁵⁾、私人の行為自由を制限する法令の合憲性を、^{スリー}三ステップで審査するというものである。具体的には、まず問題の自由の憲法上の保護領域該当性を審査し、次にそのような自由に対する制約の有無を審査し、最後にそのような制約の正当化可能性を審査する¹⁶⁾。

この最後の「正当性審査」においては、形式的な観点からの審査（「形式的正当性審査」）と実質的な観点からの審査（「実質的正当性審査」）が行われる¹⁷⁾。「形式的正当性審査」においては、規範の明確性¹⁸⁾などが審査される。「実質的正当性審査」においては、法令の目的の正当性（「目的審査」）とその目的を達成するために採用された手段の正当性（「手段審査」）が審査される¹⁹⁾。

後者の「手段審査」においては、採用された手段が法令の目的の達成に適した

14) 本手法を日本に紹介したものととして、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会・2001年）18頁以下〔初出1994年〕。

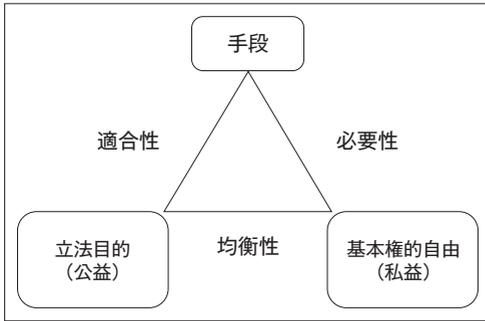
15) ドイツでは「Drei-Schritt-Prüfung」と呼ばれている。Vgl., Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 15. Aufl., 2000, S. 24.

16) 参照、松本・前掲註14) 18頁、64頁。

17) 参照、松本・前掲註14) 34頁、65頁。

18) 参照、松本和彦「三段階審査の手法」渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法 I 基本権』（日本評論社・2016年）72-73頁。

19) 参照、松本・前掲註14) 55-63頁、65頁。



ものとなっているかどうかを審査される（「適合性審査」）。更に、同審査では、採用された該手段が私人の下に生じる自由制限を最小化するものとなっているかどうか（「必要性審査」）、はたまた、法令の目的が私人の下に自由制約を生じさせるに値する程の重要性を備

えているかどうか（「均衡性審査」）が審査される²⁰⁾（左図参照²¹⁾。

2 「比例原則」

A 審査基準としての「比例原則」

ところで、たった今述べたように、自由権を制約する手段の正当性は、「適合性審査」と「必要性審査」、そして「均衡性審査」という三つの審査によって審査される。ここでは、憲法上次のようなルールが存することが前提とされる。即ち、

- ① 法令により採用される手段は、その目的の達成のために適したものとなっていなければならない。
- ② 法令により採用される手段は、私人の下に生じる自由制限を最小化するものとなっていなければならない。
- ③ 法令の目的は、私人の下に自由制約を生じさせるに値する程の重要性を備えていなければならない。

20) 参照、松本・前掲註14) 59頁、65頁。筆者の見るところ、同審査は、ドイツにおいてはむしろ「相当性審査」と呼ばれることの方が多く思う。しかし、日本においては既に「均衡性審査」という言葉が定着しているから、本稿でもこの言葉を用いることにした。とは言え、これらの用語の間には、意味的な相違があるようにも感じられる。

21) 柴田憲司「憲法上の比例原則について（一）」法學新報116巻9・10号（2010年）194頁を基に、筆者が作成した。

これである。これらのルールは、全部ひっくるめて「比例原則」と呼ばれている²²⁾。これは多くの読者にとっては自明のことだろう。しかし、「比例原則」という言葉は、まれに、これとは全く違う意味で用いられることがある。以下、これを具体的な形で説明したい。

B 審査密度の決定規準としての「比例原則」

我が国の地方公務員法はその 29 条で次のように定めている。

地方公務員法 29 条【懲戒】 ① 職員が次の各号の一に該当する場合においては、これに対し懲戒処分として、戒告、減給、停職又は免職の処分をすることができる。

一 この法律若しくは第五十七条に規定する特例を定めた法律又はこれに基づく条例、地方公共団体の規則若しくは地方公共団体の機関の定める規程に違反した場合

二 職務上の義務に違反し、又は職務を怠つた場合

三 全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合

簡単に説明すると、この規定は、職員が法の 1 号から 3 号までに規定された各要件のいずれかに該当する場合に、処分権者が非違行為を行った職員に対し、戒告・減給・停職・免職のうちから一つを選んで懲戒処分としてこれを加えることを認めた規定である。

判例・学説において問題となっているのは、このような懲戒処分の適法性を、裁判所は如何なる密度で以って事後審査すべきか、という点である²³⁾。これに対する解答の一つに次のようなものがある。

“処分内容が重いものになればなる程、(要件事実の存否に関する) 裁判所の

22) 参照、松本・前掲註 14) 58 頁。

23) 学説では、山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報 1933 号 (2006 年) 14 頁を参照。

事後審査は密に行われるべきである”²⁴⁾。

これは具体的に言うと、処分権者が処分内容に、例えば「免職」を選んだ場合、職員に加えられることになる不利益の度合いは他の処分内容が選択される場合よりも重いものになるから、その要件事実の存否について裁判所はより厳格な形で事後審査すべきである、という主張である。

ここに含まれている、「侵害が重大なものになればなる程、事後審査の密度は高くなるべきである」という原理・原則のことを指して、「比例原則」という語が用いられる場合があるのである²⁵⁾。

要するに「比例原則」という言葉には、「審査基準」としての意味の他に、「審査密度の決定規準」としての意味がある、ということである。このままでは紛らわしい。そこで、以下では、後者の意味での「比例原則」を、「比例原則（規準）」と表記して、前者のそれから区別することにしたい²⁶⁾。

3 「事実認定」と「予測」

最後に「事実認定」と「予測」という単語の意味内容について。

A 「事実認定」

まずは「事実認定」について。

24) このような考えを示すものとして、山本・前掲註23) 14頁。判例では、最判昭和52・12・20民集31巻7号1101頁（「神戸税関事件判決」）の環裁判官反対意見、最判平成24・1・16判時2147号127頁①②事件（「『君が代』起立斉唱懲戒処分事件判決」）。

25) 「比例原則」をこのような意味で用いるものとして、渡辺康行「憲法上の権利と行政裁量審査」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 上』（有斐閣・2013年）325頁以下（特に331、349、355頁）、同「三段階審査以外の審査手法」渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法I 基本権』（日本評論社・2016年）97-98頁。

26) ちなみに、ドイツでも後者のような意味で「比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）」という言葉が用いられることがある。判例では、BVerfGE 13, 97 (104); 25, 1 (12)。学説では、Uwe Seetzen, Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, NJW 1975, S. 429; Fritz Ossenbühl, Die Kontorolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Christian Stark (Hrsg.), Festgabe 25 Jahre BVerfG, 1976, S. 503-504; Hans-Peter Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2105, 2108。

本稿が考える「事実認定 (Tatsachenfeststellung)」とは、過去又は現在の事象について、何が真実であるかを確定する作業のことを指す。

例えば、2018年現在の日本の高齢化率 (65歳以上の人口割合) はどうなっているのか。この問題について何が客観的な真実であるかを確定するためには、例えば、年齢等の調査項目を記載した調査票を調査員が各家庭に配布して、それを回収し、集計するという方法がある。このような客観的事実の確定作業のことを指して本稿は「事実認定」という。

しかし本稿は、このような確定作業の結果として導き出された命題そのもののことを指して「事実認定」という場合もある。

例えば、上記のような調査によって、「2018年現在の日本の高齢化率は、27.3パーセントである」ということが (客観的事実として) 確定された場合、このような命題そのもののことを指して「事実認定」という場合もある、ということである。

B 「予測」

i 「行為」としての「予測」/「命題」としての「予測」

次に「予測」という用語について。

本稿が考える「予測」とは、事実認定によって導き出された命題を基に、将来に関する²⁷⁾命題を導き出す行為のことを指す²⁸⁾。

例えば、「2010年の日本の高齢化率は、2005年のそれよりも高いものであった」という事実認定と、「2015年の日本の高齢化率は、2010年のそれよりも高いものであった」という事実認定から、「2020年の日本の高齢化率は、2015年のそれよりも更に高いものになるだろう」と推論する場合、このような推論行為のことを指して「予測」という、ということである。

あるいは、「太平洋戦争前夜には、諸国家内部で排外主義が広がっていた」と

27) 阿部・前掲註3) 456頁は、「予測というものは将来の事態 (zukünftiger Sachverhalt) についての決定または認定である」とする。

28) 予測の基礎には過去又は現在の事実に関する認定があると指摘するものとして、Klaus Jürgen Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 1ff., 28ff.

いう事実認定と、「2018年現在の世界においても、諸国家内で排外主義が広がっている」という事実認定から、「直に二度目の太平洋戦争が起こるだろう」と推論する場合も、このような推論行為のことを指して「予測」という、ということである。

しかし、本稿は、このような推論行為の結果として導き出された命題そのもの、このことを指して「予測」という場合もある。

例えば、「2010年の日本の高齢化率は、2005年のそれよりも高いものであった」という事実認定と、「2015年の日本の高齢化率は、2010年のそれよりも高いものであった」という事実認定から、「2020年の日本の高齢化率は、2015年のそれよりも更に高いものとなるだろう」と推論する場合、この結論部分たる「2020年の日本の高齢化率は、2015年のそれよりも高いものとなるだろう」という命題そのもののことを指して、「予測」という場合もある、ということである。

ii 「帰納的予測」と「類推的予測」

以上から既に明らかなように、予測には複数の種類がある。しかし、オーソドックスなものは以下の二つと考えられる。

一つは、ある一つの事項について、過去に同一の事象が二度以上見られたことを前提として、「同じ事項について、将来においても同一の事象が生じるだろう」と推論するもので、本稿はこれを「帰納的予測」と呼ぶ。

先の例で言えば、「2010年の日本の高齢化率は、2005年のそれよりも高いものであった」という事実認定と、「2015年の日本の高齢化率は、2010年のそれよりも高いものであった」という事実認定から、「2020年の日本の高齢化率は、2015年のそれよりも更に高いものとなるだろう」と推論する場合が、このような「帰納的予測」の例といえる。ここでは、「日本の高齢化率」という単一の事項が問題となっており、そこで過去に二度以上見られた事象（「数値の上昇」）が予測の前提を成していることが確認される。

二つは、ある二つの事項について、両者の間に類似が見られることを前提に、一方について過去に一度生じたある事象が、他方においても生じるだろうと推論するもので、本稿はこれを、「類推的予測」と呼ぶ²⁹⁾。

先の例で言うと、「太平洋戦争前夜には、諸国内で排外主義が広がっていた」という事実認定と、「2018年現在の世界においても、諸国内で排外主義が広がっている」という事実認定から、「直に、二度目の太平洋戦争が生じるだろう」と推論する場合がこのような「類推的予測」の例に当たる。ここでは、「太平洋戦争前夜の世界」と「2018年現在の世界」という、二つの事項が問題となっており、両者の間に類似性が見られる（「諸国内における排外主義の広がり」）ことが予測の前提を成している点が確認される。

iii 「予測」と「価値判断」

(1) 「帰納的予測」と「価値判断」

この「帰納的予測」が行われる場合、そこでは、ある一つの基準が存することが前提となる。例えば、「2010年の日本の高齢化率は、2005年のそれよりも高いものであった」という事実認定と、「2015年の日本の高齢化率は、2010年のそれよりも高いものだった」という事実認定から、「2020年の日本の高齢化率は、2015年のそれよりも更に高いものとなるだろう」と推論する場合、そこでは、「二度あることは三度ある」という基準が前提とされているわけである。このような基準のことを、本稿は「帰納的予測基準」と呼ぶ。

この「帰納的予測基準」は、「二度あることは三度ある」というもの一つである。従って、一つの問題に関して行われる「帰納的予測」の帰結が、予測主体の相違によって拡散されるという事態は起らないと言える。基準が一つしかないから予測者の価値判断が予測に反映される余地がないのである。

(2) 「類推的予測」と「価値判断」

これに対して予測者の価値判断が反映される余地があると言えるのが「類推的予測」である。

「類推的予測」が行われる場合、既述のように、二つの事項の間には類似性があることが前提となる。従って、「類推的予測」が行われる場合には常に、二つ

29) 芹澤英明「アメリカ合衆国最高裁ロバーツ・コートの司法的ミニマリズム (一)」法學75巻2号(2011年)117頁は、「類推(analogy)」と「狭義の帰納法(induction)」を内容的に異なるものとして一応の区別した上で、両者を「広義の帰納法」として整理する。

の事項の間で「比較」が行われることになる。しかし、これを行うためには、そのための「基準」が必要となる³⁰⁾。例えば、「太平洋戦争前夜の世界」と「2018年現在の世界」を比較するためには、「諸国内におけるナショナリズムの高まり」といったような、「比較のための基準 (terium comparationis)」が必要になるのである。本稿はこのような基準のことを指して、「比較基準」と呼ぶ。

この「比較基準」はア・プリオリに妥当しているものではない。むしろ、二つの事項の間には、通常、無数の比較基準を設定し得る。例えば、「太平洋戦争前夜の世界」と「2018年現在の世界」を比較しようとする場合、その間には、「諸国内におけるナショナリズムの高まり」といった基準の他にも、「諸国軍部に対する文民統制のあり方」や、「諸国内における表現活動の自由度」といったように、無数の基準を設定することが出来るのである。

これらの比較基準の内いずれを選択するかにより、類推的予測の帰結は拡散される。これは具体的に言うとな次のような事である。

例えば、「太平洋戦争前夜の世界」と「2018年現在の世界」を比較するために、「諸国内におけるナショナリズムの高まり」という比較基準を採用した場合、両者の間には「類似性がある」ということになるから、類推的予測の帰結は「直に戦争が起こる」というものになる。しかし、「諸国内における表現活動の自由度」という比較基準を採用した場合、両者の間には「類似性がない」ということになるから、「戦争は起こらない」という結論になる。

このように、比較基準の選択如何により予測結果が拡散するというのが類推的予測の大きな特徴である。

ところで、上の例では、いわば「戦争の発生原因として最も重要な因子は何か」という点が話題になっているとも言える。前者の予測者はこれを「ナショナリズムの高まり」と考えたのであり、後者はこれを「表現活動の不自由さ」と考えたのである。これは詰まるところ、比較基準の選択が、予測者による「価値判断」と結びついていることを意味する³¹⁾。従って、類推的予測というもの自体も、予測主体による価値判断と結びついていると言える³²⁾³³⁾。これは、「類推的

30) 比較を行うためには、そのための基準が必要になるという点については、Vgl. Gerhard Robbers, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, S. 749-750.

予測」と「帰納的予測」を別つ、大きな相違であろう。

以上の定義ないし考察は、人の認知作用を分析する哲学者や心理学者、あるいは訴訟法学者からすれば、疑問のあるものだったかもしれない。しかし、何れにしても、本稿は、以上のような用語法を前提とする。

II 「共同決定法判決」とその「三段階説」

それでは判決の分析に入ろう。

既述のように、「三段階説」は、明示的には1979年3月1日のドイツ連邦憲法裁判所第一法廷判決（「共同決定法判決」）によって採用された。そこで、以下ではまずこの判決の内容を分析したい。

1 事案

まずは事案の内容を確認したい。

A 前史

本件（以下「共同決定法事件」という）は、企業における持分所有者と被用者の共同決定に関係する。

ドイツでは18世紀後半以降、産業革命の影響を受けて、急速な経済発展が生じた³⁴⁾。その結果、大都市では資本の集積が進み、巨大な企業が多数誕生することになった。これらの企業は大量の被用者を雇用し、しばしばこれを劣悪な環境の下で酷使した。そこで、労働環境の改善を求める運動が盛んになり、19世紀も半ばともなると、被用者代表の経営参加を求める声が大きくなった。

31) この点を指摘するものとして、Mehrddad Payandeh, Das Gebot der Folgerichtigkeit, AöR 136 (2011), S. 586.

32) Bickenbach (Fn. 9), S. 133 は、「予測」というものも、価値判断の要素を含み得る」とする。

33) 但し、比較基準の選択というものは、事案において何故それが選択されたのかという点について、事実に基づいて説明をすることができるという意味で、純粋な「決断」とは性質が異なる。

そこで、1919年のヴァイマル憲法は、その156条2項と165条1項において、「被用者の共同決定権」を保障した。しかし、この規定がボン基本法に受け継がれることはなく、結果、企業における共同決定の法化は連邦議会（Bundestag）の活動に委ねられることになった。

そこで同議会は、1951年5月21日、「石炭鉱業及び製鉄・製鋼業の監査役会及び取締役会における被用者の共同決定に関する法律（モンタン共同決定法）」³⁵⁾を成立させて、石炭鉱業・製鉄業・製鋼業（以下、「モンタン業」という）に属する諸企業（以下、「モンタン企業」という）の監査役会に、持分所有者と被用者との完全な同権を導入した³⁶⁾。また、他の業種についても、1952年10月11日の「経営体組織法」³⁷⁾により、被用者の経営参加権が認められるようになった³⁸⁾。しかし、後者の経営参加権は極めて弱いものであった³⁹⁾。そこで、経営体組織法の適用を受ける諸企業（以下、「非モンタン企業」という）の被用者は、モンタン企業に比肩する完全な共同決定を求めて熾烈な労働運動を展開することになった。

B 「共同決定法」の成立過程

このような動きを受けて、ドイツ連邦政府は1968年、非モンタン企業におけ

34) ドイツにおける共同決定の歴史を概観する邦語文献として、西谷敏「西ドイツの新共同決定制度」労働法律旬報915号（1976年）10頁、コンラッド・ヘッセ（正田彬訳）「企業における労働者の共同決定」日独法学4号（1980年）2-10頁、M・ルッター＝P・ホンメルホフ（木内宜彦訳）「西ドイツにおける企業法・会社法の動向」比較法雑誌14号2号（1980年）94-95頁、二神恭一『西ドイツの労使関係と共同決定』（日本労働協会・1982年）123-125頁。

35) Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie v. 21. 5. 1951 (BGBl. I S. 347).

36) 具体的には、同法によりモンタン企業の監査役会には、持分所有者代表5名と被用者代表5名、そして中立的な立場に立つ者1名の、計11名が含まれねばならなくなった（4条・6条・8条）。

37) Betriebsverfassungsgesetz v. 11. 10. 1952 (BGBl. I S. 681).

38) 但し、同法の適用対象は、（非モンタン業における）全ての株式会社と、（非モンタン業における）常時500人以上の被用者を雇用する有限会社に限定された。

39) 具体的には、対象企業の監査役会は、その構成員の3分の1が被用者代表でなければならないとされた（76条・77条）。

る (完全な) 共同決定の導入の是非を判断するために、専門委員会 (「共同決定委員会」) を設置する旨決定した⁴⁰⁾。

この専門委員会は9名の構成員から成り、そこには著名な法学者や経済学者らが就任した⁴¹⁾。

同委員会は、ドイツ国内における共同決定の歴史を総括するために、主としてモンタン共同決定法の適用企業の幹部らを対象に、包括的なヒアリングを行った。

このような意見聴取を基に、同委員会は1970年、「企業における共同決定」という名の報告書⁴²⁾を作成した。この報告書では、ドイツ国内における共同決定の歴史が総括され、そこから、「対等を下回る程度の共同決定であれば、非モンタン業における諸企業やその諸機関の機能性を損なうことはなく、故にそれらの企業やその持分所有者らに経済的不利益を及ぼすこともないはずだ」と結論され、そのような内容の共同決定を導入することが推奨されていた。

このような内容を持つ報告書を基に連邦議会は1976年3月18日、非モンタン業に経営体組織法を超える内容の共同決定を導入する旨柱とする、「被用者の共同決定に関する法律 (共同決定法)」⁴³⁾を成立させた。同法は、1976年5月4日に公布され、同年7月1日より施行されることになった。

しかし、同法には2年の準備期間が設けられ (38条)、故に共同決定が非モンタン企業内部で実際に行われるのは、1978年の7月1日以降のこととなった。

C 「共同決定法」の具体的内容

共同決定法は⁴⁴⁾、常時2000人以上の被用者を雇用する大企業⁴⁵⁾をその適用対象とする (1条1項2号)⁴⁶⁾。

40) 共同決定法の成立過程を概観する邦語文献として、西谷・前掲註34) 10-12頁、前島巖「西ドイツ新共同決定法の成立」ジュリスト625号 (1976年) 39-40頁、三枝一雄「一九七六年西ドイツ共同決定法違憲の申立について」法律論叢52巻5号 (1980年) 122-126頁、ヘッセ・前掲註34) 10-12頁。

41) 詳しくは、ヘッセ・前掲註34) 10頁を参照。

42) BTDrucks. IV/334. 同報告書の内容を紹介する邦語文献として、二神恭一「共同決定の拡大問題と西ドイツ企業」同『参加の思想と企業制度』(日本経済新聞社・1976年) 119-124頁 [初出・1974年]、三枝・前掲註40) 123頁。

43) Gesetz über Mitbestimmung der Arbeitnehmer v. 4. 5. 1976. (BGBl. I S. 1153).

これら企業の業務監督機関たる監査役会は、同法により、同数の持分所有者⁴⁷⁾代表と被用者代表とにより構成されねばならなくなった(7条)⁴⁸⁾。

監査役会議長は、監査役会構成員の3分の2の多数により選出される(27条1項)。第1回目の投票で3分の2の多数が得られなかった場合、持分所有者代表が多数によって議長を決める⁴⁹⁾(27条2項)。

監査役会における決定は、構成員の投票数の多数によって行われる(29条1項)。可否同数の場合は再度投票を行い、そこでも可否同数となった場合は、議長が第2票を行使する(29条2項)。

被捕捉企業の法定代表機関たる取締役会は業務執行⁵⁰⁾を行うが、その際に、一定の業務については監査役会の同意を得て行わねばならない(株式法111条4項2文)⁵¹⁾。取締役会の構成員たる各取締役は、監査役会構成員の3分の2の多数によって選任・解任される(共同決定法31条2項)。第1回の投票により3分の2の多数が得られなかった場合、持分所有者代表2名⁵²⁾と被用者代表2名⁵³⁾によって、小委員会(「四人委員会」)⁵⁴⁾が構成され、これが審議を行って新たな

44) 同法の内容を紹介・分析する邦語文献として、鶴原壽「1976年労働者共同決定法」外国の立法15巻5号(1976年)232-252頁、前島・前掲註40)40-42頁、正井章彦『共同決定法と会社法の交錯』(成文堂・1990年)8-44頁〔初出・1979年〕、ヘッセ・前掲註34)12-14頁、ルッター=ホンメルホフ・前掲註34)94頁、96-99頁、二神・前掲註34)126-141頁。

45) 同法の精確な適用対象は、「株式会社」・「株式合資会社」・「有限責任会社」・「共同鉱山会社」・「協同組合」の法形式を備える大企業である(1条1項1号)。

46) 但し、モンタン企業は同法の適用対象から除外され、これらの企業には引き続きモンタン共同決定法の規定が適用されることになった(1条2項)。また、共同決定法の適用を受けない小企業については、1952年経営体組織法の規定が引き続き適用されることになった(1条3項)。

47) 同法にいう「持分所有者」とは、精確には「株主(Aktionäre)」、社員「Gesellschafter」、「同業組合員(Gewerken)」、「組合員(Genossen)」の4種のことを指す(2条)。

48) 但し、これらの代表は選出母体の指示に拘束されない。

49) これに対して被用者代表の側は、多数によって副議長を決める(27条)。

50) 会社の具体的な経営のことである。

51) 但し、監査役会の同意が得られない場合は、持分所有者総会が4分の3の多数によって、監査役会に代わって同意を与えることが出来るとされた(株式法111条4項3文)。

52) ここには議長が含まれる。

53) ここには副議長が含まれる。

54) 四人委員会の構成については、共同決定法の27条3項に規定がある。

選任案を作成する (31 条 3 項 1 文)。この選任案は監査役会の審議に付され、その多数によって任命が行われる (31 条 3 項 2 文)。可否同数となった場合は再度投票を行い、そこでも可否同数となった場合は、議長が第 2 票を行使する (31 条 4 項)。

以上からすれば、共同決定法は非モンタン企業の監査役会に対し、持分所有者と被用者の対等を導入するものではあったが、それは構成員数上の話に限られ、決定手続上は持分所有者の側に若干の優位が認められていたものと言える。

D 訴訟の提起

しかし、共同決定法の施行後、法の被補足企業の持分所有者や使用者⁵⁵⁾⁵⁶⁾、あるいは企業が、憲法異議等の各種訴訟を提起した。そこで、連邦憲法裁判所はこれらの訴訟を併合して審議する旨決定した。

同手続にて異議申立人らは、「共同決定法の共同決定は、(その 27 条及び 29 条の緩和規定にもかかわらず) 企業経営における持分所有者と被用者の事実上の対等、若しくはそれ以上のものを承認するものとなっている」として、次のように主張した。

まず、持分所有者は、「共同決定法の共同決定により、自己の持分所有権の資産的価値が毀損される」として、「所有権 (Eigentum)」(基本法 14 条 1 項) に対する侵害を主張した。また、持分所有者は、「同法により、企業内における意思形成の自律性が損なわれる」として、「結社の自由」(9 条 1 項) 侵害も主張した。

次に企業は、「監査役会における決定が滞り、自己の機能性が損なわれる」として、「経済行動の自由」(基本法 2 条 1 項) に対する侵害を主張した。

最後に、使用者は、「自己の側に (= 典型的な場合には取締役会に)、被用者に近い立場の者が組み込まれることで、使用者側が一つの団体として、労働争議の際に自律性を発揮することが出来なくなる」として、「団結の自由」(9 条 3 項)

55) 主に取締役のことを指す。

56) 有限責任会社や株式合資会社など、持分所有者 (の一部) がそのまま業務執行者 (使用者) になっている場合もある。

に対する侵害を主張した。

2 判旨

これらの主張に対し、連邦憲法裁判所は次のように述べて、異議申立人らの主張を退けた⁵⁷⁾。

A 本件「共同決定」の性質

共同決定法の攻撃されている諸規定は、異議申立人らの主張にもかかわらず、法律上も事実上も、持分所有者と被用者の間に完全な対等を認めるものにはなっていない⁵⁸⁾。何故ならば、両陣営間に対立が生じた場合、持分所有者代表たる監査役会議長が第2票を行使することが法により認められているからである⁵⁹⁾。

とは言え、完全な対等以下とはいえ、それに近い対等性が被用者の側に認められているのは事実である。従って、それが企業やその諸機関の機能性に何らの影響も及ぼさないと考えられない。しかし、それが具体的にどのようなものになるかは現時点では不明である⁶⁰⁾。

B 立法者の予測と「評価特権」

このような場合、立法者に対し、法施行後（準備期間経過後）に生ずべき効果につき、「予測余地」を認めよと手続参加人（連邦政府）は主張する。しかし当裁判所はそのような見解には与しない。しかし、「予測」というものは常に予測主体による「価値判断」を含むものである⁶¹⁾。従って、〔そのような理由において、〕立法者の予測には「評価特権（Einschätzungsprärogative）」が認められ得

57) 本判決を紹介・分析する邦語文献として、後藤清「西独共同決定法合憲判決について」ジュリスト694号（1979年）105-115頁、ヘッセ・前掲註34）17-21頁、ルッター＝ホンメルホフ・前掲註34）99-102頁、二神・前掲註34）141頁以下、正井・前掲註44）79-99頁、栗城壽夫「所有権等の規制と立法者の予測」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）302-307頁。

58) BVerfGE 50, 290 (322).

59) BVerfGE 50, 290 (323-326).

60) BVerfGE 50, 290 (331).

61) BVerfGE 50, 290 (332).

る⁶²⁾。

この「評価特権」なるものは、事案において問題になる「実態領域の特性」と「確実な判断を下せる可能性」、そして「危険にさらされている法益の重要性」に応じて、その性質を変化させる⁶³⁾。そこで、連邦憲法裁判所はこれに応じて、三つの尺度を発展させてきた。一つは「明白性の統制」であり、二つは「主張可能性統制」であり、三つは「厳格な内容統制」である⁶⁴⁾。

「明白性の統制」は、過去には「基本条約判決 (BVerfGE 36, 1 [17])」等で用いられている。「主張可能性統制」は、「第一次製粉所法決定 (BVerfGE 25, 1 [12f., 17])」や「保護法決定 (BVerfGE 30, 250 [263])」、あるいは「第二次製粉所法決定 (BVerfGE 39, 210 [225f.])」において、「厳格な内容統制」は、「薬事法判決 (BVerfGE 7, 377 [415])」や「第一次墮胎罪判決 (BVerfGE 39, 1 [46, 51ff.])」等で用いられている⁶⁵⁾。

C 本件における「評価特権」の成立の可否

本件で争われている共同決定法は、複雑で変化の早い領域を規制対象とする⁶⁶⁾。また、本件においては生命〔に対する侵害〕や〔それに比肩するような重大な〕自由〔侵害〕も問題になっていない⁶⁷⁾。従って、本件において〔「厳格な内容統制」が求めるような〕高度な蓋然性判断を立法者に対して求めることは出来ない⁶⁸⁾。

そこで、本件では、「主張可能性統制」と「明白性の統制」のいずれかが行われるべきことになるが、ここでいずれが行われるべきかを最終的に確定する必要はない。何故なら、本件においては、何れにしても、「主張可能性統制」が求めるものが既に満たされているからである⁶⁹⁾。

62) BVerfGE 50, 290 (332).

63) BVerfGE 50, 290 (332-333).

64) BVerfGE 50, 290 (333).

65) BVerfGE 50, 290 (333).

66) BVerfGE 50, 290 (333).

67) BVerfGE 50, 290 (333).

68) BVerfGE 50, 290 (333).

69) BVerfGE 50, 290 (333).

この「主張可能性統制」なるものは、立法者の予測に対し以下のことを要求する。即ち、それが正しい事実認定に基づいており、かつその基づき方が是認可能（vertretbar）であること、これである⁷⁰⁾。従って、「主張可能性統制」は、どちらかと言えば「手続の要請」であると言える⁷¹⁾。このような要請が満たされている場合には、その限りにおいて、立法者に「評価特権」が認められる⁷²⁾。そこで以下では、このような要請が本件においても満たされているかどうかを確認したい。

既述のように、共同決定法の根底には立法者の次のような予測がある。即ち、「共同決定法が導入する（完全な対等を若干下回る程度の）共同決定によっては、非モンタン業に属する諸企業やその諸機関の機能性を損なうことは無く、故に、これらの企業やその持分所有者らに経済的損失を生じさせることも無いはずだ」、これである。

このような内容の予測を実質的に形成していたのは、立法過程に設置された「共同決定委員会」であった⁷³⁾。同委員会はこのような予測をモンタン業における共同決定の経験から導き出していた⁷⁴⁾。その際、同委員会は、「モンタン業における完全な共同決定は、モンタン企業やその諸機関の機能性を損なうことは無かったし、故に同企業やその持分所有者らに経済的損失を生じさせることも無かった」という、原則としては正しい事実認定を行っていた⁷⁵⁾。

しかし、上記のような内容の予測を行う際、同委員会は、モンタン業と非モンタン業の比較可能性につき自信を持つことができなかった。そこで、同委員会は、いわば保険をかけるつもりで自己の予測を次のように修正していた。即ち、「完全な対等を若干下回る程度の共同決定であれば、企業やその諸機関の機能性を損なうことは無く、故に企業やその持分所有者らに経済的損失を生じさせることも無いはずだ」、これである。このような保険のための修正は是認可能（vertret-

70) BVerfGE 50, 290 (334).

71) BVerfGE 50, 290 (334).

72) BVerfGE 50, 290 (334).

73) BVerfGE 50, 290 (334, 335).

74) BVerfGE 50, 290 (334).

75) BVerfGE 50, 290 (334).

bar) である⁷⁶⁾。

従って共同決定法の根底に置かれた立法者の予測は「主張可能性統制」が求めるものを完全に満たしていたと言える。共同決定法立法者の予測には「評価特権」が認められる。従って、上記予測は、本件における法令の合憲性審査においても前提とされる⁷⁷⁾。

とは言え、このような予測も〔長いタイムスパンを取ると〕後に誤りであったことが明らかになる可能性がある。このような場合には、立法者は速やかに必要な是正を行わねばならない⁷⁸⁾。

D 個々の基本権について

以上を前提に以下では異議申立人らの主張を個別に検討する。

i 持分所有者の所有権侵害について

まずは持分所有者の所有権侵害の主張について。

持分所有者らは共同決定法が導入する共同決定により、自己の持分所有権が侵害される旨主張する。

確かに、基本法 14 条 1 項 1 文はすべての国民に対し、所有権を保障している。ここには当然、持分所有権も含まれる⁷⁹⁾。しかし、この持分所有権には、社員権的な側面と財産権的 (vermögensrechtlich) な側面の二つの側面が含まれる⁸⁰⁾。そこで、以下では、これら二つの側面が共同決定法によりどのような影響を受けるかをそれぞれ検討することにした。

(1) 社員権的側面に対する侵害の有無

まずは持分所有権の社員権的側面について。

76) BVerfGE 50, 290 (334-335).

77) BVerfGE 50, 290 (335).

78) BVerfGE 50, 290 (335).

79) BVerfGE 50, 290 (341).

80) BVerfGE 50, 290 (342). 持分所有権の権利としての内実については、新津和典「19世紀ドイツにおける社員権論の生成と展開」法と政治 (関西学院大学) 59 卷 1 号 (2008 年) 185-314 頁、泉田栄一「自益権と共益権」法律時報 83 卷 12 号 (2011 年) 90-94 頁、高橋英治『ドイツ会社法概説』(有斐閣・2012 年) 110-113 頁、307-310 頁が参考になる。

持分所有権の社員権的側面は共同決定法によって影響を受けない。何故なら、持分所有者は共同決定法の施行後においても持分所有者総会に参加することが出来るからである⁸¹⁾。

一部の企業についてはその持分所有者総会は、確かに共同決定法の規定によってその重要な権限（取締役の任免権）を監査役会に移譲した（31条⁸²⁾。しかし、持分所有者はこの監査役会に自己の代表を送ることが出来る。

とは言え、共同決定法により、この監査役会に対して被用者代表たる構成員が含まれねばならなくなったのは事実である。従って、共同決定法により企業の意思形成における持分所有者の地位が低下させられていること自体は否定出来ない⁸³⁾。しかし、共同決定法はこの監査役会における意思形成につき、可否同数となった場合の議長の第2票の行使を認めている⁸⁴⁾。更に、共同決定法は取締役会の業務執行につき監査役会が同意を与えない場合の、持分所有者総会の代理的な同意権を認めている⁸⁵⁾。

従って、共同決定法の共同決定によってもたらされることになる持分所有者の地位の低下は比較的軽微なものであると言える⁸⁶⁾。故に、持分所有者の持分所有権の社員権的側面は、侵害されているとは言えるが、その程度は軽微なものであると言える⁸⁷⁾。

(2) 財産権的側面に対する侵害の有無

次に持分所有権の財産権的側面について。

持分所有権の財産権的側面は侵害されていない。[そもそも共同決定法は、企業収益の分配方法に関係していない。]更に、立法者自身の予測によると、共同決定法の共同決定により企業収益が悪化されることはなく、故にその配当や持分の市場価格に悪影響が及ぶこともないとされる⁸⁸⁾。従って、持分所有権の財産

81) BVerfGE 50, 290 (343).

82) BVerfGE 50, 290 (344, 345).

83) BVerfGE 50, 290 (345).

84) BVerfGE 50, 290 (346).

85) BVerfGE 50, 290 (346).

86) BVerfGE 50, 290 (347).

87) BVerfGE 50, 290 (347).

88) BVerfGE 50, 290 (347).

権的側面に侵害が及ぶことはないと言える⁸⁹⁾。

(3) 侵害の正当性

以上からすれば、持分所有者の持分所有権は、共同決定法により一部侵害を受けているとは言えるが、その侵害は軽微であると言える⁹⁰⁾。他方で、このような侵害は持分所有権に「被用者保護」という社会的責任が伴っていることの帰結であると言える (基本法 14 条 2 項)⁹¹⁾。そして、この「被用者保護」という目的には、「労働者の基本権」なるものが結びついており、故にそれは重要なものであると言える⁹²⁾。従って、共同決定法によって惹起される持分所有権の侵害は、持分所有者にとりなお期待可能 (zumutbar) なものであると言える⁹³⁾。

ii 持分所有者の「結社の自由」侵害について

次に持分所有者の「結社の自由」侵害について。

持分所有者は所有権侵害の主張に加えて、自己の「結社の自由」までもが共同決定法により侵害されると主張する。

確かに、基本法 9 条 1 項はすべてのドイツ人に「結社の自由」を保障している。そこには、団体が自律的に意思形成する自由までもが含まれている。

しかし、このような自由も決して無制約のものではない。それは、例えば、「被用者保護」といった理由に基づく規律に服し得る。他方、このような自由が同法により被ることになる制約は (既述のように) 軽微であると言える。従って、持分所有者の「結社の自由」の侵害は、持分所有者にとり期待可能なものであると言える⁹⁴⁾。

iii 企業の「経済行動の自由」侵害について

次に法の被捕捉企業の「経済行動の自由」侵害について。

89) BVerfGE 50, 290 (347).

90) BVerfGE 50, 290 (349).

91) BVerfGE 50, 290 (349).

92) BVerfGE 50, 290 (349).

93) BVerfGE 50, 290 (351).

94) BVerfGE 50, 290 (353-361).

手続に参加する諸企業は、共同決定法により自己の保有する「経済行動の自由」が侵害されると主張する。

確かに、基本法2条1項はこのような自由を保障している。

しかし、立法者の予測によれば、同法の定める共同決定により、企業やその諸機関の機能が損なわれることはないといわれる。従って、このような予測を前提とすれば、この基本権が侵害されることはないと言える⁹⁵⁾。

iv 使用者の「団結の自由」侵害について

最後に使用者の「団結の自由」侵害について。

手続に参加する使用者らは次のように主張する。即ち、共同決定法により使用者側に被用者に近い立場の者が組み込まれることで、結果として使用者団体の争議機関としての独立性が損なわれる、これである。

確かに共同決定法は、その適用企業の監査役会の構成員の半数を被用者代表とした。また、この監査役会に取締役の選任権と解任権を与えている。従って、被用者に近い立場の者が使用者となる可能性を否定することは出来ない。

しかし、この選任手続・解任手続においては、持分所有者代表の側に若干の優位が認められている。従って、取締役の多数が被用者に近い立場の者になるなどとは考えられない。異議申立人の心配は杞憂である⁹⁶⁾。

E 結論

以上からすれば、共同決定法の諸規定は、基本法14条1項、9条1項、2条1項、9条3項に違反しないと言える⁹⁷⁾。

3 若干の分析——特に総論的な事柄について

A 三つの尺度と審査密度論の関係について

本件においては事案ごとに異なる三つの尺度を使い分けて、立法者の予測をき

95) BVerfGE 50, 290 (361-366).

96) BVerfGE 50, 290 (366-376).

97) BVerfGE 50, 290 (322, 339, 366).

め細やかにコントロールするという、連邦憲法裁判所の予測統制に係る基本的な態度が示された⁹⁸⁾。

このような態度を明らかにした際、連邦憲法裁判所は次のような表現を用いていた。

“……連邦憲法裁判所の諸判決は、立法者の予測を評価する際に、次のような細分化された諸基準を前提としてきた。即ち、明白性の統制から、主張可能性統制を経て、厳格な内容統制にまで至る諸基準がそれである”⁹⁹⁾。

更に連邦憲法裁判所は、本件において主張可能性統制が行われるべきことを明らかにした際には、次のような表現を用いていた。

“本件で違憲審査の対象となった法令は、複雑で変化の早い領域を規制対象とする。また、本件においては生命〔に対する侵害〕や〔それに比肩するような重大な〕自由〔侵害〕も問題になっていない。従って、本件で、厳格な内容統制が行われる際に求められるような高度な蓋然性判断を立法者に対して求めることは出来ない。故に、本件では明白性の統制と主張可能性統制のいずれかが行われるべきことになるが、主張可能性統制の求めるものが既に満たされているが故に、この問題に回答する必要はない”¹⁰⁰⁾。

以上の表現からすれば、連邦憲法裁判所は三つの尺度の間に、「厳格な内容統制）主張可能性統制）明白性の統制」という、厳格度に係る相違を観念しているように見える。これは同理論が、「三段階説」と呼ばれる所以でもある。

98) BVerfGE 50, 290 (332-333). Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 9., neu bearbeitete Aufl., 2012, S. 354, Rn. 532; 栗城・前掲註 57) 307 頁。

99) BVerfGE 50, 290 (333).

100) BVerfGE 50, 290 (333).

B 立法者に「評価特権」が認められ得る理由

ところで、連邦憲法裁判所は、本件において、“立法者が行った予測には「評価特権」なるものが認められ得る”とした。本件に関してまず注目されるのは、この「評価特権」なるものが立法者に対して認められ得る理由である。

連邦憲法裁判所はこの点につき、それは単に予測の正当性を判決の時点では確定出来ないからというものではなくて、むしろそれに価値判断の要素が含まれるからだ、と述べていた¹⁰¹⁾。

確かに、本件において問題となった立法者の予測は、このような要素を含むものであったと言える。何故なら、本件予測は、「モンタン業」と「非モンタン業」という、二つの異なる事項の間の比較によって導き出されたものだったからである。従って、そこには当然、「モンタン業」と「非モンタン業」は「類似する」という立法者自身の「価値判断」があったことになる。だとすれば、立法者に対して「評価特権」が認められ得た理由は、結局のところ問題の予測が「帰納的予測」ではなくて「類推的予測」だったからだということになる。

このように考えた場合、共同決定法判決の根底には、「〈類推的予測→『評価特権』が認められ得る〉／〈帰納的予測→『評価特権』は認められ得ない〉」という二分論があるとも考えられる¹⁰²⁾。

しかし、連邦憲法裁判所は、同じ箇所でも、「予測というものは常に予測主体による価値判断を免れない」¹⁰³⁾とも述べている。従って、連邦憲法裁判所が仮に上記のような二分論に依拠していたとしても、実際の意義は大きくないと言える。

C 三つの尺度が抱える問題

何れにしても、ここで重要なのは以下の点である。即ち、本判決では、立法者の予測統制のために、三つの尺度が用いられるということが示されたこと、そしてそれらはそれぞれ厳格度を異にするように見えたこと、これである。

しかし、連邦憲法裁判所は、最も高い厳格度と目された尺度を「厳格な内容統

101) BVerfGE 50, 290 (332-333).

102) BVerfGE 50, 290 (332).

103) BVerfGE 50, 290 (332).

制」¹⁰⁴⁾と形容し、他方、中程度の厳格度のものと目された尺度を「手続の要請」¹⁰⁵⁾と形容していた。これらの表現からすれば、連邦憲法裁判所はこれら二つの尺度を、それぞれ統制面（統制対象）の異なるものとして理解しているようにも見える。だとすれば、両尺度を「統制の厳格さ」という、単一のグラデーションの中に位置づけることの是非が問われよう。これは結局、三つの尺度が前提とする統制手法をどう理解するかという、最初の問いにつながるものである。

そこで、以下では、これら三つの尺度が前提とする統制手法の内実を明らかにするために、それぞれの尺度が実際に用いられたとされる諸判決の内容を確認することにしたい。具体的には、「厳格な内容統制」が用いられた事例として、1958年6月11日の第一法廷判決（以下「薬事法判決」という）を、「主張可能性統制」が用いられた事例として「共同決定法判決」を、そして「明白性の統制」が用いられた事例として、1973年7月31日の第二法廷判決（以下「基本条約判決」という）をそれぞれ分析することにした。

以下ではこれらの判決を、共同決定法判決において引用されていた順番通りに分析していくことにする。

Ⅲ 三つの尺度が実際に用いられた事例

1 「厳格な内容統制」が用いられた事例——「薬事法判決」

連邦憲法裁判所は共同決定法判決において、「厳格な内容統制」が用いられた事例として幾つかのものを列挙していた¹⁰⁶⁾。本節ではそれらの中から、「薬事法判決」を選んで分析を加える。同判決の内容の紹介と分析に先立ち、まずは事案の内容を確認したい。

104) BVerfGE 50, 290 (333).

105) BVerfGE 50, 290 (334).

106) BVerfGE 50, 290 (333).; 具体的には、「薬事法判決 (BVerfGE 7, 377 [415])」、「健康保険医判決 (BVerfGE 11, 30 [45])」、「薬剤法判決 (BVerfGE 17, 269 [276ff.])」、「第一次墮胎罪判決 (BVerfGE 39, 1 [46, 51ff.])」、「終身刑判決 (BVerfGE 45, 187 [238])」の、五つの判決が挙げられている。

A 事案

本件（以下「薬事法事件」と言う）は薬局の開業許可に係る。

1955年12月10日の版での1952年6月16日のバイエルン州薬事法¹⁰⁷⁾は、その1条2項において、新たに薬局を開業せんとする者に対し、州政府による許可の取得を求めている。

同州内の既設薬局で従業員として働いていたX（薬剤師）は、1956年7月、自己が経営する薬局を同州の他地域に新たに開設せんとし、その旨を州政府に対し申し述べた。しかし同州政府は、Xによる申請が州薬事法3条1項の定める許可条件を満たさないとして、これを拒否した。州薬事法の3条1項の規定は次のようなものであった。

バイエルン州薬事法3条 ① 新たに開設される薬局につき、営業の許可が与えられるのは次のような場合のみとする。

- a) 薬局の開設が、「薬剤を用いて住民の生活を保障する」という公共の福祉に合致する場合
- b) 新設される薬局の経済的基盤が盤石で、この薬局の開設により、近隣の既設薬局の経済的基盤が損なわれる可能性がなく、更にその秩序適的な薬局営業が行われなくなる可能性がない場合

本件拒否処分に対しXは不服の申立を行った。しかしこれも棄却された。そこでXは、州薬事法が定める開設規制は基本法12条1項¹⁰⁸⁾が保護した「職業選択の自由」を侵すものであるとして、憲法異議を提起した。

107) Bayerisches Gesetz über das Apothekenwesen v. 16. 6. 1952 (GVBl. S. 181) in der Fassung des Gesetzes v. 10. 12. 1955 (GVBl. S. 267).

108) 基本法12条1項は、次のような規定である。

基本法12条【職業選択の自由、強制労働の禁止】 ① すべてのドイツ人は、職業、職場及び養成所を自由に選択する権利を有する。職業の遂行については、法律によって、又は法律の根拠に基づいて、これを規律することができる。

B 判旨

これに対し、連邦憲法裁判所は次のように述べて、異議申立人の主張を認容した¹⁰⁹⁾。

i 基本法 12 条 1 項の規律留保の意味

基本法 12 条 1 項は、国民に対し、職業選択の自由を保障している。しかし、この規定は「被用者として遂行される職業」と「雇用者として遂行される職業」とを区別していない¹¹⁰⁾。従って、被用者として調剤に従事していた者が、雇用者としてそれに従事することを決意した場合も、その決定は「職業選択の自由」として保護される¹¹¹⁾。以上のことは、職業選択と職業遂行が密接な関係に立つことを示すものである¹¹²⁾。

このことから、「基本法 12 条 1 項の解釈は、職業遂行と職業選択が密接な関係に立つということを前提にして行われねばならない」という法解釈原理が帰結する¹¹³⁾。更にこのことから、「同項 2 文に記された規制余地（「規律留保」）は、職業遂行だけではなくて、職業選択にも及び得る」という法解釈原理が帰結する¹¹⁴⁾。しかし、基本法の文言が両者を判然と区別している点には敬意が払われねばならない¹¹⁵⁾。従って、同項は結局、「職業遂行に係る領域では広い規制余地を認め、職業選択に係る領域では狭い規制余地を認めたもの」として理解される¹¹⁶⁾。

109) 本判決の内容を紹介・分析する邦語文献として、覚道豊治「薬局開設拒否事例」別冊ジュリスト 23 号 (1969 年) 66 頁以下、舟田正之「職業の自由と“営業の自由”」ジュリスト 592 号 (1975 年) 30 頁以下、野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性」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 頁以下。

110) BVerfGE 7, 377 (398).

111) BVerfGE 7, 377 (399).

112) BVerfGE 7, 377 (401).

113) BVerfGE 7, 377 (401).

114) BVerfGE 7, 377 (401-402).

115) BVerfGE 7, 377 (402).

116) BVerfGE 7, 377 (402-403).

ii 規律余地の広狭に対応した違憲立法審査

以上に対応する形で、立法者に対して向けられるべき諸要求も段階付けられたものになる¹¹⁷⁾。

まず、職業遂行規制に関しては特定の職業の助成といった目的が広く許容される¹¹⁸⁾。他方、職業選択規制については、規制の目的は、「抜きん出て重要な共同体利益」と呼べるものでなければならない¹¹⁹⁾。

更に、職業選択規制については、性質の異なる二つの手段を区別することが重要となる。即ち、「主観的条件」と「客観的条件」の区別がそれである¹²⁰⁾。前者は、本人の努力によって克服することが可能な条件であり、一例を挙げれば基礎的能力や専門教育などがそれに当たる¹²¹⁾。後者は反対に、本人の努力によっては克服できない条件である¹²²⁾。

前者の主観的条件については、職業によってはそれがなければ公益（「抜きん出て重要な共同体利益」）に危険が生ずるということが事の性質から肯定される¹²³⁾。しかし、客観的条件についてはそのような肯定をすることは出来ない。何故なら、該条件はしばしば既にその職業に就いている者によって、その既得権を保護するために活用されてきたからである¹²⁴⁾。従って、この条件については、その必要性につき、（つまり、そのような条件が用いられなければ公益に対する危険が発生するということにつき、）高度の証明が求められる¹²⁵⁾。このことは、この条件が採用された場合に、職業選択を事実上既に行っている者までもが就業の機会から排除され続ける結果となるということからも正当化され得る¹²⁶⁾（以上につき、右図参照）。

117) BVerfGE 7, 377 (402, 404, 405).

118) BVerfGE 7, 377 (406).

119) BVerfGE 7, 377 (405).

120) BVerfGE 7, 377 (406).

121) BVerfGE 7, 377 (406).

122) BVerfGE 7, 377 (406, 407).

123) BVerfGE 7, 377 (406-407).

124) BVerfGE 7, 377 (407-408).

125) BVerfGE 7, 377 (408).

126) BVerfGE 7, 377 (407).

iii 危険発生の確実性

以上を前提にして、以下では本件規制の合憲性を具体的な形で審査する。

[本件では、職業選択を規制するバイエルン州薬事法3条1項の合憲性が争われている。従って、同法が定める開設規制は、「抜きん出て重要な共同体利益」に対する危険の防御という目的を備えるものでなければならない。更に、同法の規制は直接には上に言うところの客観的条件に当たるものと言える。従って、同規定の必要性(危険発生の蓋然性)につき高度の証明が求められる。]

この点、バイエルン州議会は同法の目的を「薬局数を適切に保ち、過当競争を防ぐことで薬剤供給の秩序適合性を確保し、以て住民の健康被害を防ぐことにある」と説明する¹²⁷⁾。このような「住民の健康」というものが、「抜きん出て重要な共同体利益」に当たることは疑いようがない¹²⁸⁾。従って、問題は、「薬局開設規制がなければそのような利益侵害が確実に生じ、故にその意味でこの規制が本当に必要不可欠であると言えるかどうか」となる¹²⁹⁾。

この点で参考になると言えるのが、薬局開設の自由化をいち早く行ってきたスイスの事例である¹³⁰⁾。当裁判所が鑑定人として招致した二人のスイス人によると、同国では開設の自由化にもかかわらず、健康被害は生じなかったという¹³¹⁾。更に、国際製剤連盟も、1949年12月31日の報告書で、開業の自由化が必然に健康被害をもたらすわけではない旨指摘している¹³²⁾。

しかし、これらの指摘は制度を異にする異国の調査を基にしたものである。従って、ここではドイツ固有の事情が探求されねばならない¹³³⁾。

被侵害利益	規制手段	審査基準	
		目的が備えるべき重要性の程度	高度な危険発生の説明責任
職業遂行の自由			
職業選択の自由	主観的条件	抜きん出て重要	
	客観的条件		あり

127) BVerfGE 7, 377 (413-414).

128) BVerfGE 7, 377 (414).

129) BVerfGE 7, 377 (415).

130) BVerfGE 7, 377 (415-416).

131) BVerfGE 7, 377 (416).

132) BVerfGE 7, 377 (416).

この点で注目されるのは、バイエルン州議会が我が国においても、戦後初期にアメリカ占領区域内で開業自由化がなされた際に異常な薬局数の増加が見られた旨を指摘している点である¹³⁴⁾。これは我が国においても開設の自由化が上に見たような健康被害をもたらし得ることの重要な証左であると言える。

しかし、この現象は、終戦直後に生じた急激な人口増加と経済発展に起因する¹³⁵⁾。その証拠に、このような増加により既設薬局の経済基盤が損なわれたとか、あるいはそれによって健康被害が生じたといった事実も報告されていない¹³⁶⁾。従って、「需要が無いにも拘わらず、敢えて薬局開設を行う者などいない」という命題が我が国においても妥当すると言える¹³⁷⁾。

以上からすれば、「薬局数に規制をかけねば過当競争が生じ、売上を維持するために秩序適合性を欠いた薬剤供給が行われることで、結果、健康被害が生じる」という、州議会の予測には、その蓋然性を裏付けるだけの事実的な根拠が無いと言える¹³⁸⁾。故に、州薬事法3条1項の定める「客観的条件」は、「抜きん出て重要な共同体利益」の保護のために必要不可欠なものとは言えない。

iv 結論

以上からすれば、バイエルン州薬事法の3条1項の規定は違憲・無効である¹³⁹⁾。

C 分析

i 法令の性格／基本権に対する侵害の重大性

既述のように、共同決定法判決では、立法者の予測統制のために、「主張可能性統制」が行われていた。その際、連邦憲法裁判所は、事案において「厳格な内

133) BVerfGE 7, 377 (416).

134) BVerfGE 7, 377 (416ff.).

135) BVerfGE 7, 377 (417).

136) BVerfGE 7, 377 (417-418).

137) BVerfGE 7, 377 (418).

138) BVerfGE 7, 377 (415).

139) BVerfGE 7, 377 (379).

容統制」が行われないことの理由を、次の二点によって根拠付けていた。

一つは、“問題の法令が、複雑で変化の早い領域を規制対象とするから”¹⁴⁰⁾というものであり、二つは、“事案において、生命〔に対する侵害〕や、〔それに比肩するような重大な〕自由〔権侵害〕が問題になっていないから”¹⁴¹⁾というものである。

そこで、以下では、これらの二点が本判決においてどのように説明されていたかを確認することにしたい。

(1) 法令の性格

まずは問題となった法令の性格について。

本件で合憲性が争われていたのは、薬局の新規開設を行政庁の許可にかからしめていたバイエルン州薬事法の諸規定であった。しかし、連邦憲法裁判所はこの規定の性格につき、特段のことは何も述べなかった。従って、連邦憲法裁判所がこの点をどう考えていたかは判らない。「複雑で変化の早い領域を規制対象とする」と考えていたかもしれないし、「非複雑で、変化の遅い領域を規制対象とする」と考えていたかもしれない。何れにしても、後者の可能性が排除されないことが重要である。

(2) 基本権に対する侵害の重大性

(a) 「三段階理論」と「三段階説」

次に基本権侵害の重大性について。

本件では「職業の自由」という憲法上保護された自由に対する侵害の合憲性が争われていた。判決はこの自由に対する侵害の合憲性審査には「複数の段階がある」とした¹⁴²⁾。具体的には、「職業遂行の自由」に対する規制と「職業選択の自由」に対する規制とで異なる審査基準が妥当するとした¹⁴³⁾。更に、判決は後者の「職業選択の自由」に対する規制については、「主観的条件」を用いた規制と「客観的条件」を用いた規制とで審査基準が異なってくるとした¹⁴⁴⁾。従って、本

140) BVerfGE 50, 290 (333).

141) BVerfGE 50, 290 (333).

142) BVerfGE 7, 377 (405).

143) BVerfGE 7, 377 (405ff.).

144) BVerfGE 7, 377 (406ff.).

判決においては、「職業の自由」侵害の合憲性審査のために、三つの審査基準が使い分けられることが示されたものと言える。このことから、判決が示した審査基準論は、後に判例・学説により「三段階理論 (Drei-Stufen-Theorie)」と呼ばれるようになった¹⁴⁵⁾。

このような本件理論において、本件事案は三段階目の審査基準が適用されるべき事案であるとされ¹⁴⁶⁾、立法者に対し、規制の必要性 (危険発生の蓋然性) につき高度な立証責任が課されることになった。その結果、本判決は、共同決定法判決により、「厳格な内容統制」が行われた事案に分類されていた¹⁴⁷⁾。

以上からすれば、次のような推測が成り立つと言える。即ち、「職業の自由」侵害が争われる事案において、「厳格な内容統制」が行われるのは、(「三段階理論」において三段階目の審査基準が選択される場合と同様に、) ①「職業選択の自由」に対する侵害が争われており、かつ、②規制手段に「客観的条件」が選択されている場合なのではないか、という推測がそれである。

しかし、このような推測に対しては、ある決定がその正しさの反証となる。薬事法判決と同様に「職業選択の自由」に対する侵害を争った、1968年12月18日の連邦憲法裁判所第一法廷決定 (以下「第一次製粉所法決定」という) がそれである¹⁴⁸⁾¹⁴⁹⁾。

(b) 「第一次製粉所法決定」

同決定の因となった事件 (以下「第一次製粉所法事件」という) では、1959年6月9日に公示された版での、1957年6月27日の「製粉所の設立・操業開始・移転・事業拡大・操業停止中の資金融資に関する法律 (製粉所法)」¹⁵⁰⁾の合

145) Vgl. Seetzen (Fn. 26), S. 429; Ossenbühl (Fn. 26), S. 499-500; Bickenbach (Fn. 9), S. 136; Schneider (Fn. 26), S. 2108; BVerfGE 25, 1 (11).

146) Breuer (Fn. 1), S. 26; Bickenbach (Fn. 9), S. 23. 但し、このことは判決において明示的には述べられていない。このこと自体、興味深く思われる。

147) BVerfGE 50, 290 (333).

148) 同決定の内容を紹介・分析する邦語文献として、高見・前掲註7) 52-53頁、岡田・前掲註10) 87-88頁。

149) 但し、同決定には含みのある表現が多く、従って、無理をすれば「同事件は職業遂行の自由に対する侵害を争ったものである」と解釈することも可能である。

150) Gesetz über die Errichtung, Inbetriebnahme, Verlegung, Erweiterung und Finanzierung der Stilllegung von Mühlen v. 27. 6. 1957. (BGBl. I S. 664).

憲性が争われていた。

同法は製粉所の新規設立を行政庁の許可にかからしめており (1条1項)、この許可は問題の製粉所の製品の販売予定地付近で住民の栄養に不足が生じている場合にのみ与えられるものとされていた (3条3項)。

この3条3項が定める開業許可の条件は、薬事法判決が言うところの「客観的条件」に当たるものと解される¹⁵¹⁾。これは第一次製粉所法決定自身によっても肯定されていた¹⁵²⁾。しかし同決定は、予測統制のために¹⁵³⁾密度の低い審査を行い¹⁵⁴⁾¹⁵⁵⁾、結果、同事案は共同決定法判決により、「主張可能性統制」が行われた事案の方に分類されていた¹⁵⁶⁾。これは一体、どういうことか。

思うに、薬事法判決において厳格な予測統制が行われていたことの理由は、同事件で問題となった薬事法の諸規定が客観的条件に当たるものだったからではなくて、むしろそれに主観的条件が伴っていたからではないか。これはつまり、こういう事である。

第一次製粉所法決定で問題となった製粉業は、そもそも客観的な条件さえ満たせば誰でもすぐに始められるものであった。開業のために長期に渡り、勉強や下積みを行うことは必要でない。しかし、薬局業というものは正にそのような学業¹⁵⁷⁾や下積み¹⁵⁸⁾を必要とするのであって、そうして主観的条件を満たした者が、にも拘らず、「客観的条件を満たさないから」といった理由で自己の薬局を開設できないとなると、彼は自己の青春を棒に振ってしまうことになる¹⁵⁹⁾。もちろん

151) Bickenbach (Fn. 9), S. 27.

152) BVerfGE 25, 1 (11).

153) 同事件で問題となった立法者の予測は次のようなものであった。即ち、「地域における製粉所数に規制をかけねば製粉所が特定の地域に集中し、その結果非常時において、食糧供給が滞りやすくなる」、これである。Vgl. BVerfGE 25, 1 (16-17). この予測の特徴は、実際に非常時になるまでは、その正当性を判断することが出来ないという点にある。

154) BVerfGE 25, 1 (17); 本稿と同様、同決定における予測統制が穏やかなものであったと指摘するものとして、Breuer (Fn. 1), S. 43; Bickenbach (Fn. 9), S. 27, 146.

155) 結論も「合憲」というものだった。Vgl. BVerfGE 25, 1 (1).

156) BVerfGE 50, 290 (333).

157) ドイツでも19世紀以降、薬剤師になるためには大学(薬学部)で勉強することが必要であるとされている。Vgl. BVerfGE 7, 377 (390).

158) バイエルン州薬事法は、開業許可の条件として、申請者が一定の期間、(他の既設薬局にて)薬剤師として働いた経験があることを求めている(2条1項)。

ん、そのような者も、他の者が経営する既設薬局で従業員として働くことは可能であるが、薬剤師を志す者の多くは、ゆくゆくは自己の薬局を開設することを夢見て長期に渡る勉強・修行に臨むのではないか（少なくともXはそうだった）。

つまり、薬事法事件では客観的条件を用いた職業選択規制が問題となっており、この点は第一次製粉所法事件と同じであるが、薬事法事件で問題となった規制には主観的条件もが伴っており、その意味で、個人の下に重大な不利益を生じさせていた、とすることである。この点が、「主張可能性統制」が行われた第一次製粉所法事件と、「厳格な内容統制」が行われた薬事法事件との決定的な相違であるように思われるのである¹⁶⁰⁾¹⁶¹⁾。

ii 問題になっている憲法規範の性質

次に、本件に関して注目されるのは、問題となっている憲法規範の特質である。本件では自由権たる「職業選択の自由」に対する侵害が問題となった。自由権を制約する手段の正当性は、既述のように、「比例原則」を用いた手段によって審査される。

連邦憲法裁判所が「比例原則」を用いて法令の合憲性を審査するようになった

159) この点、薬事法判決が、大要次のように述べていた点が注目される。

“客観的条件は、それによって既に職業選択を事実上行っている者までもが就業の機会から排除され続ける結果となるが故に、この基本権 [= 職業選択の自由] の意義と鋭く対立するものとなる。特に、就業のために要する教育や修行が長期のものとなり、あるいはそれらが専門的に特化したものであるが故に将来において選択可能な職業の幅が狭められる場合、客観的条件を用いた規制は個人の基本権に深刻な影響を与えるものとなる”。

Vgl. BVerfGE 7, 377 (407).

160) 第一次製粉所法決定は、薬事法判決の三段階理論を“「比例原則（規準）」の厳格な適用の結果である”として、三段階理論そのものよりも、その背後にある、「基本権侵害の重大性」というメルクマールにこそ目を向けるべきであると指摘する。Vgl. BVerfGE 25, 1 (12). また、ビッケンバッハ (Christian Bickenbach) も、薬事法判決が示した三つの審査基準は、その後の「職業の自由」に係る諸判決においては、事案において看取され得る基本権侵害の重大性という規準に応じて使い分けられているとする。Vgl. Bickenbach (Fn. 9), S. 136.

161) もちろん、ドイツは大変な資格社会であるから、製粉業への参入にも、何らかの意味での資格の取得が求められていた可能性はある。しかし、仮にそうだとした場合、その資格が薬剤師資格ほどに高度なものであったとは考え難い。この点についてはより詳細な研究が必要であるが、筆者の研究能力の限界故に、立ち入ることが出来なかった。他日を期したい。

のは、シュテルン¹⁶²⁾によれば、1954年6月3日の第一法廷判決¹⁶³⁾以降のこととされる¹⁶⁴⁾。しかし、その内実は当初は必ずしも明らかでなかったようである。「比例原則」を用いた審査の内実が、「適合性審査」と「必要性審査」、そして「均衡性審査」であるということが明らかにされたのは、シュテルンによれば、1970年12月15日の第二法廷判決¹⁶⁵⁾(「盗聴判決」)以降のこととされる¹⁶⁶⁾。従って、本件判決は、そのような発展の途上にあった判決であると言える。改めて本件判決を見てみると、確かにそれは、「職業の自由」を規制する手段の合憲性審査の内実を明晰にするものではなかった。

しかし、筆者の見るところ、そこで必要性審査が行われるということ自体は十分に明確になっているように思われる¹⁶⁷⁾。とは言え、そこに言う「必要性審査」は、「職業選択者に対し、重大な不利益をもたらす手段の選択は、(他の手段が採用される場合よりも)より重要な目的が認められる場合にしか正当化されない」というロジックを介することで、規制手段の「均衡性」にも関係するものとなっており、故に、規制目的〔の正当性?〕にも関係するものとなっていた¹⁶⁸⁾。本件で問題となった立法者の予測は、直接にはこの規制目的〔の正当性?〕に関係するものであったと言えよう¹⁶⁹⁾。

162) Klaus Stern, 1932-. ケルン大学 (Univ. Köln) 教授。1970年代から1990年代前半までのドイツ公法学界を代表する学者。師はマウンツ (Theodor Maunz)。以上につき、参照、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) 520-521頁。

163) BVerfGE 3, 383 (399)。

164) クラウス・シュテルン (小山剛訳) 「過剰の侵害禁止 (比例原則) と衡量命令 (一)」名城法学 44 卷 2 号 (1994 年) 163 頁。

165) BVerfGE 67, 157 (173)。本判決の内容を紹介・分析する邦語文献として、西浦公「通信の秘密とその制限」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) 261-265頁。

166) シュテルン・前掲註 164) 167 頁。

167) Vgl., BVerfGE 7, 377 (408)。

168) 必要性審査と均衡性審査が行われていた点から、本件判決が「職業選択の自由」を自由権 (防御権) と捉えていたことが判る。

169) このように、本件予測の内容を法令の目的に係するものと理解するものとして、Ossenbühl (Fn. 26), S. 508; Bickenbach (Fn. 9), S. 136。

iii 本件予測の内容・性質

このように、規制目的〔の正当性?〕に係る本件予測は、具体的には次のような内容のものであった。即ち、「薬局数に規制をかけねば過当競争が生じ、不要な薬剤供給が行われることで、結果、住民に健康被害が生じる」、これである。このような内容の本件予測は、戦後初期にアメリカ占領区域内¹⁷⁰⁾で行われた薬局開設の自由化の経験から導き出されたものであった¹⁷¹⁾。従って、本件予測は、本稿が言うところの「類推的予測」に当たるものと言える。何故なら、「戦後初期のアメリカ占領区域」と、「1958年現在のバイエルン州」は、全く同一の事項ではないからである¹⁷²⁾。

だとすれば、本件で話題となった立法者の予測は、(少なくとも)以下のような価値判断を含んでいたものと言える。即ち、「戦後初期のアメリカ占領区域と1958年現在のバイエルン州の間には一定の類似性があり、故に前者において生じた事象は、後者においても生じるはずだ」、これである。

iv 統制手法(審査手法)の特質

(1) 審査対象の内容・特質

このような性質を持つ本件予測の妥当性を、連邦憲法裁判所は如何なる手法で以って審査したのか。この点につき明らかにするために、以下ではまず、本件予測の特性に立ち入った考察を行うことにしたい。

本件で話題となった立法者の予測は、くどいようであるが、「薬局数に規制をかけねば過当競争が生じ、不要な薬剤供給が行われることで、結果、住民に健康被害が生じる」というものであった。このような、「○○を行わなければ、△△が生じる」というタイプの予測は、その内容の正当性を、事後の実際の展開によっては確認できないという点にその特徴がある。何故なら、○○(規制)は実際には行われたわけであり、「○○(規制)が行われなかった場合の現実」などと

170) ここにはバイエルン州もが含まれる。

171) BVerfGE 7, 377 (417).

172) 確かに、地理的には両者には重なるところがある。しかし、占領期におけるそれとボン基本法下におけるそれとでは、開業規制の前提を成す法的枠組みが全く異なるから、このこと一事を以って両者を同一の事項とするのには無理があるように思う。

いうものは存在しないからである。従って、この場合の予測の妥当性判断は、自然科学的な意味での正否判断ではあり得ない、ということになる。

しかし、このような場合も、予測の内容を再構成することで、その正当性を事後に間接的に判断することが可能となる。本件の例で言えば、予測内容を「薬局数に規制をかけることで、現に生じている不要な薬剤供給や健康被害が減少するはずである」と再構成すれば良いのである。

しかし、このような場合も、実際にそのような判断を行うことがなお不可能という場合はあり得る。何故なら、予測された効果が実際に生じないということを確認するまでに、一定の時間を要する場合もあるからである。

本件は正にそのような事案であったと考えられる。何故なら、本件判決は、バイエルン州薬事法の施行後、わずか2年6ヶ月の後に下されたものだったからである。

このように、「事後に明らかになる予測の正当性」という観点からの予測の妥当性審査が難しい場合、裁判所はその妥当性を、どのようにして判断すれば良いのか。あり得る方法としては、予測の行為としての「合理性 (Rationalität)」に着目することである¹⁷³⁾¹⁷⁴⁾。

(2) 「類推的予測」の「合理性」審査の方法

では、仮に予測の行為としての「合理性」を審査するとして、その予測が「類推的予測」に分類される場合、裁判所はその合理性を具体的にどのような形で審査すれば良いのか。

ここで考えたいのが、類推的予測という予測の行為内実である。

本稿が最初に行った考察からすれば、類推的予測には以下の二つの作業が含まれ得た。一つは、「二つの事項の間には類似性があり、故に一方で生じた事象は他方においても生じるはずだ」という、価値判断作業であり (①)、二つは、二つの事項のうち一方において、過去にある事象が (一度) 生じたということの確認作業 (「事実認定」) である (②)。

173) 裁判所の予測統制は、合理性に依拠して (nach Maßgabe der Rationalität) 行われるとするものとして、Gunnar Folke Schuppert, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, 1973, S. 176; Ossenbühl (Fn. 26), S. 502.

故に、類推的予測の行為としての合理性審査は、原理的に以下の二つの要素を含み得るものとなる。一つは、上の①の作業に着目してその妥当性を審査するもので、本稿はこれを「価値判断審査」と呼ぶ。二つは、上の②の作業に着目してその妥当性を審査するもので、本稿はこれを「事実認定審査」と呼ぶ。

以下ではこれら二つの審査が、本件においても行われていたかどうかを確認したい。

(3) 実際に行われた審査

まずは前者の「価値判断審査」について。

本件では、スイスを始め、多様な地域の多様な薬局開設の自由化が話題となっていた。しかし、連邦憲法裁判所は、“本件ではドイツ固有の事情が探求されねばならない”¹⁷⁵⁾として、ドイツの経験への注意を促していた。これは、立法者の予測の基礎となった比較対象を固定する趣旨と解される。従って、本件において連邦憲法裁判所は、立法者に対し、比較対象の(=比較基準の)選択余地を認めなかったものと言える。

このことは結局、本件において、連邦憲法裁判所がバイエルン州議会の予測の

174) これはつまり、予測の根拠の正当性を審査するということである。「合理性 (Rationalität)」という言葉には多様な意味があるが、その一つに、「物事に正当な理由があること」というものがある。参照、安彦一恵「合理性」大庭健=井上達夫=加藤尚武=川本隆史=神崎繁=塩野谷祐一=成田和信編『現代倫理学事典』(弘文堂・2006年)284頁。予測統制が行われた判例の多くでは、それが予測の「根拠の」正当性に関わるものであるということが明示されていた。例えば、共同決定法判決では、予測統制に係る判示の冒頭の部分で、「予測というものは常に不確定性の下で行われる判断であるが故に、根拠が示されねばならないし、示され得るはずである」と述べられていた (BVerfGE 50, 290 [332])。第一次製粉所法決定でも、予測統制に係る判示の冒頭の箇所、「立法者が自己の介入を正当化するために用いる根拠は、連邦憲法裁判所による評価に服する」と述べられていた (BVerfGE 25, 1 [12])。更に、後述の第二次製粉所法決定でも、予測統制に係る判示の冒頭の箇所、「立法者が職業の自由に対する自己の介入を正当化する理由は、憲法裁判所による評価に服する (BVerfGE 7, 377 [410f.] — 薬局判決 — : 25, 1 [12] — 製粉所法 —)」と述べられていた (BVerfGE 39, 210 [225])。薬事法判決でも、予測統制に係る判示の最初の箇所、「裁判所は、法律上の規制の目標がもっぱら一般的な形で標語的にのみ示され、自由制限的な侵害がこの目標の達成のために全く不適合というわけではないということの確認をもって満足することはできない。むしろ、……そのような形成にとり決定的な役割を果たした考慮が、一つ一つ分析されねばならない」と述べられていた (BVerfGE 7, 377 [411-412]) (強調は引用者)。

175) BVerfGE 7, 377 (416)。

根底にあった「価値判断」を実体面から審査したことを意味する。従って、本件は、立法者の価値判断の実体的な正当性が裁判所により認められた事例であると言える。

次に「事実認定審査」について。

本件ではこちらの審査も行われていたと言える。何故なら、連邦憲法裁判所は本件において、「薬局数に規制をかけねば過当競争が生じる」というバイエルン州議会の予測につき、“戦後初期にアメリカ占領区域内で行われた開業自由化の際には、既設薬局の経済基盤の毀損や健康被害は見られなかった（つまり、過当競争は生じていなかった）”と結論していたからである¹⁷⁶⁾。

ここでは、明らかに、立法者の予測の基礎となった事実認定の実体的な正当性が否定されている。従って、本件は、立法者の事実認定が実体面から審査され、その妥当性が否定された事例であると言える。

以上からすれば、本件において連邦憲法裁判所は、立法者が行った類推的予測を多角面から審査していたものと言える。これは詰まるところ、本件における裁判所の予測審査が包括的なものであったことを意味する¹⁷⁷⁾。このような場合、裁判所によって「合理的」と認められ得る立法者の予測（命題）は、(理念的には) 一つのものに収斂されることになる。

2 「主張可能性統制」が用いられた事例——「共同決定法判決」

既述のように、連邦憲法裁判所は、共同決定法判決において、「主張可能性統制」を用いて立法者の予測の妥当性を審査していた。そこで、本節では、「主張可能性統制」が行われた具体的事案として、同判決に見られた審査手法をより詳しく分析することにした。

共同決定法事件の事案内容と判旨は既に紹介済みである。そこで、以下では判決の分析に限って行うことにしたい。

176) BVerfGE 7, 377 (417-418).

177) 同様の評価を行うものとして、Ossenbühl (Fn. 26), S. 500.

A 問題になった憲法規範の特質

本判決に関してまず注目されるのは、そこで問題となった憲法規範の種類である。本件で連邦憲法裁判所は、持分所有者の「所有権」侵害の問題と「結社の自由」侵害の問題、企業の「経済行動の自由」侵害の問題、そして、使用者の「団結の自由」侵害の問題という、多様な憲法規範に関する問題に取り組んでいた。

これらの侵害はいずれにしても、結論としては「合憲」とされていた¹⁷⁸⁾。しかし、そのような結論に至るまでの過程において、立法者の予測に実際的な意義が認められたのは、持分所有者の「所有権」侵害（ただし、持分所有権の財産権的側面に限る）の問題と企業の「経済行動の自由」侵害の問題のみであった。

これらの基本権を連邦憲法裁判所は「自由権（防禦権）」と捉えていたようである¹⁷⁹⁾。企業の「経済行動の自由」が「自由権（防禦権）」であるという点には大きな異論はないだろう。しかし、持分所有者の「所有権（Eigentum）」までもが「自由権（防禦権）」と捉えられていた点¹⁸⁰⁾には疑問を持つ者も少なくないかもしれない。何故なら、現在では、同権利は「自立的な保護領域を持たない権利」として、従って「一般的な意味での自由権とは異なる権利」として理解されることが多いように思われるからである¹⁸¹⁾。

しかし、このように理解する場合も、所有権が立法者により一度具体化された後においては、それが他の自由権（防禦権）と同様の形で機能することを認めることは可能である¹⁸²⁾。そして本件は、正にそのような、立法者により一度具体化された所有権に対する侵害が問題になった事案であったと言える。何故なら、本件において、所有権侵害の主張をしていた持分所有者らは、共同決定法の成立

178) BVerfGE 50, 290 (351, 361, 366, 371).

179) BVerfGE 50, 290 (337).

180) 本判決においては、所有権侵害の合憲性は、三段階審査的な手法により審査されていた。これは、本件判決が所有権を「自由権（防禦権）」と捉えていたことの証左であると言える。

181) このような所有権理解を示すものとして、安念潤司「憲法が財産権を保障することの意味」長谷部恭男編著『リーディングズ 現代の憲法』（日本評論社・1995年）151頁、小山剛「財産権の保障」同『基本権の内容形成』（尚学社・2004年）163頁〔初出・2004年〕（文献①）、同「基本権の内容形成論からの応答」法律時報81巻5号（2009年）14-15頁、小山剛・山野目章夫「憲法学と民法学の対話」法律時報81巻5号（2009年）16頁、17頁〔小山発言〕。

以前から同法の被捕捉企業の持分を所有していたものと考えられるからである¹⁸³⁾。このように、所有権の「既得権保障」が問題になっていたということから、連邦憲法裁判所はそれに対する制約の合憲性を、他の自由権（防禦権）と同様の手法により審査していたのかもしれない。

とは言え、この審査においては、手段審査の内実として、「均衡性審査」のみが行われていた¹⁸⁴⁾。「適合性審査」や「必要性審査」は行われていない。その理由は不明であるが¹⁸⁵⁾、連邦憲法裁判所は後の判決においても、所有権侵害の手段審査で、「均衡性審査」のみを行っているようである¹⁸⁶⁾。

B 予測の内容・特質

本件に関して次に注目されるのは、問題となった予測の具体的内容である。

既に述べたように、本件においては、立法者が行った予測の妥当性が大きな争点となっていた。それは具体的に言うと次のような内容の予測であった。即ち、「共同決定法が導入する共同決定により、法の被補足企業やその諸機関の機能が損なわれることはなく、故に同企業やその持分所有者らに経済的損失を生じさせることもないはずだ」、これである。

このような予測は、持分所有者の「所有権（持分所有権の財産権的側面）」と

182) このような見解に立つドイツの学説を紹介するものとして、小山・前掲註 181) (文獻①) 177-179 頁。同頁はこのような学説を、ドイツにおける「通説」とする。これが正しいとすれば、本件判決は結局のところ、ドイツにおける通説に拠ったものということになるだろう。

183) そう考えるのであれば、本件判決における「持分所有権の社員権的側面に対する侵害」に関するくだりが理解不能なものになる。

184) BVerfGE 50, 290 (351).; 正当にもこの点を指摘するものとして、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣・1985年）618 頁。

185) 「領域理論 (Sphärentheorie)」の影響が考えられる。

186) 参照、小山剛「補論 判例の傾向と用語の問題」同『基本権の内容形成』（尚学社・2004年）211-212 頁。青柳は、一般論として、連邦憲法裁判所の判決においては、「適合性審査」と「必要性審査」、そして「均衡性審査」がフルセットでは行われないことがしばしばあると指摘する。参照、同・前掲註 184) 614 頁。関連して、根森健「人格権の保護と『領域理論』の現在」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』（成文堂・1992年）75 頁以下、同「人間の尊厳の具体化としての人格権」小林孝輔編『ドイツ公法の理論』（一粒社・1992年）297 頁以下も参照。

企業の「経済行動の自由」との関係では、それぞれに対する制約の存在を否定する論拠として機能していた¹⁸⁷⁾。

C 統制手法（審査手法）の特質

i 審査対象の内容・特質

ところで、このような内容と特質を有する本件予測を、連邦憲法裁判所はどのような手法により審査したのか。この点を考える上でまず注目したいのは、やはり、本件予測の内容である。

くどいようであるが、本件で問題となった立法者の予測は、具体的には次のような内容のものであった。即ち、「共同決定法が導入する共同決定により、企業やその諸機関の機能性が損なわれることはなく、故に、企業やその持分所有者らに経済的損失を生じさせることもないはずだ」、これである。

このような、「〇〇を行っても、△△は生じないはずだ」というタイプの予測は、その内容の正当性を、事後の実際の展開によって実証することが出来るという点にその特徴がある。何故なら、〇〇は実際に行われているからである。従って、このような予測の妥当性審査は自然科学的な意味での正否判断であり得る。

しかしこのような場合も、実際にそのような審査を行うことは困難という場合はあり得る。何故なら、予測された効果が実際に生じないということを確定するまでに、一定の時間を要する場合もあるからである。

本件は正にそのような事案であったと考えられる。何故なら本件判決は、共同決定法が施行されてから、たったの2年9か月の後に、準備期間を経て共同決定が実際に開始される日から起算すると、たったの9か月の後に下されたものだったからである。

このように、「事後に明らかになる予測の正当性」という観点からの予測の妥当性審査が難しい場合、裁判所はその妥当性をどのようにして審査すれば良いのか。あり得る方法としては、薬事法判決と同様に、予測の行為としての「合理性」を審査するというものである。

187) Bickenbach (Fn.9), S.38.

ii 「類推的予測」の「合理性」審査の方法

では、仮に予測の行為としての「合理性」を審査するとして、その予測が「類推的予測」に分類される場合、その合理性審査は具体的にどのようなものになるのか。これは既に見たように、二つの要素を含むものであり得た。一つは、予測の根底に置かれた立法者の価値判断の妥当性を審査するものであり、二つは、予測の根底にある立法者の事実認定の妥当性を審査するものである。前者は「価値判断審査」と呼ばれ、後者は「事実認定審査」と呼ばれた。

以下では、これらの二つの審査が本件においても行われていたかどうかを確認したい。

iii 実際に行われた審査

まずは「価値判断審査」について。

本判決ではこの審査は見られなかった。というのも、連邦憲法裁判所は判決において、次のように述べていたからである。

“モンタン業に含まれる企業の数は限られている。故に、この業種に導入された共同決定の経験が、非モンタン業における共同決定の影響を考察する際にどこまで参考となるかは不明である。しかし、にも拘らず共同決定委員会は、『他の産業部門よりはより大きな類似性があるから』という理由でこの業界に目を向けていた”¹⁸⁸⁾。

ここで連邦憲法裁判所は、連邦議会（共同決定委員会）の行った比較対象の選択を、「正当」とは述べておらず、むしろ「疑問である」としているのであるが、しかしそのことは結局不問とされていたのである。従って、連邦憲法裁判所は、本件において立法者（連邦議会）に比較対象（比較基準）の選択余地を認めたとと言える。故に、本件は立法者の価値判断に統制が加えられなかった事案と言える。次に「事実認定審査」について。

188) BVerfGE 50, 290 (334).

本判決ではこちらの審査は行われていた。というのも、連邦憲法裁判所は本判決において、上述のような内容を有する立法者の予測につき、“その事実的な根拠はモンタン業に導入された共同決定の経験にあった”¹⁸⁹⁾とした上で、“そこでは確かに立法者が謂うように、企業の機能性に対する毀損は見られなかった”¹⁹⁰⁾と結論していたからである。

これは明らかに、立法者の予測の基礎となった「事実認定」の実体的な正当性を肯定する趣旨である。従って、本件は立法者の事実認定の正当性が実体面から審査され、それが肯定された事案であると言える。

以上からすれば、本件における立法者の予測統制は部分的なものにとどまったと言える。このように、裁判所の予測審査が部分的なものにとどまる場合、裁判所により「合理的」と認められ得る立法者の予測（命題）は一つのものに収斂しないことになる。つまり、裁判所により「合理的」と認められ得る立法者の予測（命題）は、一つの事案であっても複数存在し得るということである。これは、薬事法判決と比較した場合の本件判決の大きな特徴であると言える。

3 「明白性の統制」が用いられた事例——「基本条約判決」

既述のように、連邦憲法裁判所は、共同決定法判決において、立法者の予測統制のために、三つの尺度が用いられ得ることを示した。その際、連邦憲法裁判所は、三つの尺度の中に「明白性の統制」なるものが含まれることを明示した。

この「明白性の統制」が実際に用いられた事例として、連邦憲法裁判所は三つの判決を列挙していた¹⁹¹⁾。それらの中から、本節では「基本条約判決」を選んで分析を加えることにしたい。

同判決の内容の紹介と分析に先立ち、まずは事案の内容について確認をしたい。

189) BVerfGE 50, 290 (334).

190) BVerfGE 50, 290 (334).

191) BVerfGE 50, 290 (333).; 具体的には、「基本条約判決 (BVerfGE 36, 1 [17])」、「安定化基金決定 (BVerfGE 37, 1 [20])」、「自動輸送法決定 (BVerfGE 40, 196 [223])」の三つの判決 (決定) が挙げられていた。

A 事案

i 前史——ドイツの東西分裂とアデナウアーの首相就任

本件 (以下「基本条約事件」という) は、戦後に生じたドイツの分裂状況に係る。

1945年5月8日、ドイツ (Deutsches Reich) は無条件降伏をした。そこで、戦後は、戦勝国たる英・米・仏・ソの四カ国 (vier Mächte) が、ドイツを共同で統治していくことが決定された¹⁹²⁾¹⁹³⁾。しかし、1947年3月12日のトルーマン¹⁹⁴⁾米議会演説¹⁹⁵⁾を契機に、米ソの関係が急激に悪化した。その結果、四カ国による共同統治は早くも不可能になってしまった¹⁹⁶⁾。

そこで、1948年3月以降、ドイツは英・米・仏・ソの四カ国により分割されて、それぞれをそれぞれの国が統治していくことになった¹⁹⁷⁾。しかし、1949年には英・米・仏の占領地区が統合され、ここに自由主義的な国家 (「ドイツ連邦共和国 (西ドイツ)」) が建設された¹⁹⁸⁾。他方、ソ連の占領地区にも共産主義的な国家 (「ドイツ民主共和国 (東ドイツ)」) が建設され¹⁹⁹⁾、結果、ドイツの当座の分裂が確定した²⁰⁰⁾。

その後、西ドイツでは、1949年8月14日に早速第一回目の連邦議会総選挙が

192) この時、ベルリンも戦勝四カ国によって分割して管理されることになった。西ベルリンは、英・米・仏の三カ国により管理されることになったが、それにより同地区はソ連の占領区域内に浮かぶ陸の孤島となった。とは言え、実務上、西側三カ国の占領権限に西ベルリンと西ドイツを往来する権利が含まれると解されたため、実際上の問題は限定的となった。以上につき、詳しくは、Hans Peter Marutschke/村上淳一=守矢健一『ドイツ法入門 [改訂第8版]』(有斐閣・2012年) 22頁、24-25頁、岩間陽子「ヨーロッパ分断の暫定的受容」白井実穂子編『ヨーロッパ国際体系の史的展開』(南窓社・2000年) 147-148頁を参照。

193) 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) 54頁、森井裕一『現代ドイツの外交と政治』(信山社・2008年) 26頁。

194) Harry Shippe Truman, 1884-1972. 第33代米大統領。

195) 周知の通り、トルーマンは1947年3月12日、米議会において、当時、軍事的にも財政的にも切迫した状態にあったギリシャとトルコに支援を与えて共産化を防ぎ、ソ連の影響力拡大を抑止すべきであると主張した。

196) ヘッセ・前掲註193) 54頁、森井・前掲註193) 26-27頁。

197) ヘッセ・前掲註193) 54頁。

198) マーシャル=プラン受け入れのために国家機構が必要だったからである。

199) 「経済相互援助会議 (Council for Mutual Economic Assistance, COMECON)」に加盟させるためである。

行われ、キリスト教民主同盟 (Christlich-Demokratische Union, CDU) のアデナウアーが首相に就任することになった²⁰¹⁾。

ii アデナウアーの外交

アデナウアーが首相としてまず行わねばならなかったことは、何といても英・米・仏に留保されたままとっていた西ドイツの主権を取り戻すことであった²⁰²⁾。この目標は、西ドイツが「北大西洋条約機構 (North Atlantic Treaty Organization, NATO)」²⁰³⁾に加盟することを条件に、1955年5月に実現した²⁰⁴⁾。しかし、これにより、西ドイツは、東西の冷戦構造に (更に) 深く組み込まれることになった²⁰⁵⁾。

何れにしても、1955年以降、西ドイツは主権を回復し、それにより主体的な外交を展開出来るようになった。そこで改めて問題になったのが、「東ドイツとどのような関係を結ぶか」、という点である。というのも、「ドイツ連邦共和国基本法 (ボン基本法)」²⁰⁶⁾の前文が次のように定めていたからである。即ち、“西ドイツ政府には、東西両ドイツの再統一を実現すべき義務がある”、これである。このような要請を「再統一要請」という。

しかし、アデナウアーは、東ドイツとの関係においては次のような姿勢を採ることを決定した。即ち、「再統一のために自分では積極的なことは何もしない」、これである。何故このような戦略を採ったかという点、西ドイツはNATOに加盟する際、英・米・仏との間で次のような約束をしていたからである。即ち、「東西両ドイツの再統一は、これら三カ国の責任である」、これである (「ドイツ

200) 西ベルリンは西ドイツの一部とされたが、その結果として、同地区はかなり特殊な法的地位に置かれることになった。詳しくは、Marutshcke/村上=守矢・前掲註192) 26-27頁を参照。

201) 詳しくは、森井・前掲註193) 30-31頁を参照。

202) 参照、平島健司『ドイツ現代政治』(東京大学出版会・1994年) 50頁、51頁。

203) 1949年4月4日にベルギー・カナダ・デンマーク・フランス・アイスランド・イタリア・ルクセンブルク・オランダ・ノルウェー・ポルトガル・イギリス・アメリカの12カ国によって締結された「北大西洋条約」により設立された、軍事同盟である。

204) 参照、平島・前掲註202) 65頁、森井・前掲註193) 33-34頁。

205) 森井・前掲註193) 32-34頁。

206) 1949年5月23日公布、同年5月24日施行。

連邦共和国及び三大国間の関係に関する条約 (ドイツ条約)²⁰⁷⁾208) 2 条²⁰⁹⁾210)。

西ドイツがこのような約束をしていたこと背景には、アデナウアーの次のような予測 (ないし信頼) があった。即ち、「現在、英・米・仏とソ連は激しい軍拡競争を行って世界の覇権を争っている。しかし、この戦いには何れ英・米・仏が勝利する。その暁には、ソ連は英・米・仏に譲歩せざるを得なくなり、結果、東ドイツを手放すことになるだろう」、これである²¹¹⁾。

iii アデナウアーの外交の前提の消失

しかし、アデナウアーのこのような (甘い) 予測は程なく打ち碎かれることになる。1957 年 10 月、ソ連が大陸間弾道弾の技術を取得する²¹²⁾。これにより、同国の核兵器がアメリカ本土を射程に収めることになったのである²¹³⁾。その結果、英・米・仏とソ連は軍事的な均衡状態に陥ることになった²¹⁴⁾。

このような「核の均衡」はソ連に自信を与えるものであった。そこで同国は、1958 年 11 月、自己の占領区域 (= 東ドイツ) 内に位置していた旧首都ベルリンを、非軍事化した「自由都市」にするよう英・米・仏に迫ったのである²¹⁵⁾。

この要求に応じない場合、西ドイツからベルリンに至るすべての交通網を遮断

207) Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten v. 26. 5. 1952 (BGBl. II S. 305).

208) 1954 年 10 月 23 日の「占領体制の終結に関するパリ議定書」による修正を経て、1955 年 5 月 5 日に発効。

209) 参照、ヘッセ・前掲註 193) 55 頁、平島・前掲註 202) 63-64 頁、広渡清吾「ドイツ統一の法的過程」同『統一ドイツの法変動』(有信堂・1996 年) 7 頁〔初出 1990 年〕。

210) 同条約では、東西両ドイツの再統一は、英・米・仏の責任であると同時に、「権限」であるともされた。

211) 参照、小嶋栄一『アデナウアーとドイツ統一』(早稲田大学出版部・2001 年) 10 頁、23 頁、26 頁、金子新「アデナウアーのドイツ統一政策とスターリン・ノート」敬愛大学国際研究 18 号 (2006 年) 165 頁、170 頁、アンドレアス・フォークトマイヤー (岡田浩平訳)『西ドイツ外交とエーゴン・バル』(三元社・2014 年) 69-70 頁。

212) 参照、岩間・前掲註 192) 148 頁。

213) 岩間・前掲註 192) 148 頁。

214) 岩間・前掲註 192) 148-149 頁。

215) 詳しくは、高橋進「西欧のデタント」犬童一男 = 山口定 = 馬場康雄 = 高橋進編『戦後デモクラシーの変容』(岩波書店・1991 年) 16 頁、平島・前掲註 202) 84 頁、岩間・前掲註 192) 148 頁、フォークトマイヤー・前掲註 211) 77 頁を参照。

するとソ連は恫喝した²¹⁶⁾。これが実現されて最も困るのは西ドイツに属する西ベルリン市民である。そこで、同市市長をしていたドイツ社会民主党 (Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD) のブランド²¹⁷⁾は、ケネディ²¹⁸⁾に対し私信を送って問題解決のために積極的な役割を果たすよう依頼した²¹⁹⁾。しかし、その返信においてケネディは、いかなる場合にもアメリカはソ連と戦争する意志が無く、故に、アメリカがソ連と交渉しても譲歩を引き出せる見込みは無いと述べていたのである²²⁰⁾。こうして、西ベルリンの周りには巨大なコンクリートの壁²²¹⁾が築かれることになった²²²⁾。

以上の経験はブランドに対し次のことを悟らせた。即ち、アメリカがソ連の野望を打ち砕いて世界の覇権を握る日は永遠に來ない。そうであるが故に、先の英・米・仏の責任が果たされる日も永遠に來ない。これである²²³⁾。

ドイツ再統一のために新たなアプローチが必要であることを痛感したブランドは、彼の下で広報の仕事をしていたバール²²⁴⁾に対し、新たなアプローチの構築を依頼する。

iv ドイツ問題に係る新たな構想とその実施

この依頼に応じてバールが考え出したのが次のような再統一構想である²²⁵⁾。

216) 詳しくは、高橋・前掲註215) 16頁、平島・前掲註202) 84頁、フォークトマイヤー・前掲註211) 77頁を参照。

217) Willy Brandt, 1913-1992.

218) John F. Kennedy, 1917-1963. 第35代米大統領。

219) 参照、岩間陽子「アデナウアーと西ドイツの核保有問題」GRIPS Discussion Papers 16-19 (2016年) 24頁、フォークトマイヤー・前掲註211) 75-76頁。

220) フォークトマイヤー・前掲註211) 76頁。更に、岩間・前掲註219) 24頁も参照。

221) いわゆる「ベルリンの壁」のことである。

222) 詳しくは、高橋・前掲註215) 16頁、平島・前掲註202) 85頁、岩間・前掲註192) 150頁を参照。

223) 参照、高橋・前掲註215) 16-17頁、平島・前掲註202) 85頁、岩間・前掲註192) 150頁、164頁。

224) Egon Bahr, 1922-2015. バールは、当時既に東ドイツ領となっていた、チューリンゲン州 (Thüringen) の出身であった。参照、妹尾哲志「『全欧』と『西欧』のあいだ」遠藤乾=板橋拓己編著『複数のヨーロッパ』(北海道大学出版会・2011年) 266頁。

225) 同構想についての詳細は、高橋・前掲註215) 28-31頁、岩間・前掲註192) 165頁、フォークトマイヤー・前掲註211) 84-86頁を参照。

即ち、従来のアデナウアーの構想では、再統一は英・米・仏の責任とされていたため、当事国である両ドイツが主体的な役割を果たすことは期待されていなかった。しかし、今や三カ国主導による再統一は事実上不可能になった。そこで、今後は当事国である両ドイツが、自分たちの問題の解決のために積極的な役割を果たす必要がある。そのためには、少なくとも両ドイツが、問題の解決に積極的になる必要がある。しかし、(西ドイツはともかくとして、) 東ドイツは再統一に対し消極的な姿勢を見せている。従って、まずはこの姿勢を変化させることが必要であり、そのために西ドイツは東ドイツとの国交を開設し、これとの積極的な交流を図って自分たちの国の良さを彼らに認めさせていく必要がある、という構想がそれである²²⁶⁾。

「接近による変容 (Wandel durch Annäherung)」と呼ばれた同構想は、当初はSPD内部ですら支持されなかったと言う²²⁷⁾。しかし、1969年9月28日の連邦議会総選挙の結果、ブランドが首相になったことで、この構想が現実に移されることになったのである²²⁸⁾。こうして、東ドイツとの間で締結されることになったのが、1972年12月21日の「ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国の関係の基礎に関する条約 (基本条約)」²²⁹⁾であった。

226) 同構想においては、東西両ドイツ国民の「民族自決権」が重要な意味を持つことになった。何故なら、先に見たように、ドイツ条約において、東西両ドイツの再統一に対する権限が英・米・仏に留保されていたからである。このような法環境にあって、しかも「核の均衡」現出以降、アメリカが戦後秩序の変更を望まない姿勢を鮮明にしてくる中で、アメリカの意向に反してドイツが再統一を実現するには、「ドイツ民族の自決権」に依拠する以外には途がなかったからである。

227) 参照、妹尾哲志「パールの構想と分断克服への道」同『戦後西ドイツ外交の分水嶺』(晃洋書房・2011年) 31頁〔初出2003年〕、フォークトマイヤー・前掲註211) 86-87頁。

228) 「新東方政策 (Neue Ostpolitik)」と呼ばれる同外交の詳細については、広渡・前掲註209) 15頁、高橋・前掲註215) 33頁以下、平島・前掲註202) 130-137頁、岩間・前掲註192) 169-173頁、森井・前掲註193) 56-60頁を参照。

229) Der zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik ausgehandelte Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik v. 21. 12. 1972 (BGBl. II S. 423).

v 「基本条約」の内容

同条約において²³⁰⁾、東西両ドイツは、善隣関係の樹立を宣言し(1条)、今後経済的にも文化的にも積極的な交流を図っていくことを確認した(7条)。そのために外交使節を交換することも確認された(8条)。しかしその際に交換するのは「大使(Botschafter)」ではなく、「常駐代表部(ständige Vertretung)」であるとされた。これは、西ドイツの予てからの主張に配慮し、両国が国際法上の法主体ではないことを示すためのものであるとされた²³¹⁾。同様の理由から、両国が保有する権利能力も国際法上のもの(Souveränität)ではなく、対内的なものである(Hoheitsgewalt)とされた(6条)。

このように、基本条約においては再統一を望む西ドイツの主張に配慮がなされ、「国際法上の法主体は総体としてのドイツ(Gesamtdeutschland)のみである」という建前が採られた。

しかし、(当然のことながら、)基本条約では西ドイツのみならず東ドイツの主張にも配慮がなされた。具体的に言うと、東西両ドイツの間に国連憲章の規定が適用されることが示され(2条、3条1文)、両国の関係が国際法的な関係であることが暗示された²³²⁾。更に、条約内には「ドイツ民族の自決権」なる言葉も一切盛り込まれなかった。

このように、基本条約はいわば東西両ドイツの妥協の産物として生まれた。しかし何はともあれそれにより、今後両ドイツは積極的な交流を図っていくことが出来るようになった。

同条約には多数の付随文書が付され、1973年6月6日の「基本条約承認法」²³³⁾により国内法化された²³⁴⁾。

230) 本条約の内容を紹介する邦語文献として、外務省『昭和48年度版 わが外交の近況』(1973年)、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)267-268頁、山内敏弘「西ドイツの憲法裁判と改革立法(中)」法律時報57巻8号(1985年)76頁。

231) 参照、広渡・前掲註209)16頁。

232) 参照、広渡・前掲註209)16頁。

vi 手続の提起

これに対して、該法律の議決に反対したキリスト教社会同盟 (Christlich-Soziale Union, CSU)²³⁵⁾が、自己の牙城たるバイエルン州政府を動かして、連邦憲法裁判所に対し抽象的規範統制を提起した。バイエルン州政府は承認法の違憲性を次のように根拠付けた。

“該法律により承認された基本条約は、ドイツ民主共和国を単一の国家として事実上承認するものである。しかしそれにより、両ドイツの分断は法的な基礎を得、分断は恒久化されることになった。これは基本法前文の再統一要請に明白に違反するものである。従ってそのような内容を持つ条約は違憲であり、これを承認した法律も違憲である”。

これに対して、連邦憲法裁判所は次のように述べて、承認法を合憲とした²³⁶⁾。

B 判旨

本件手続は、直接には条約承認法の合憲性を対象とする。しかし、この合憲性

233) Gesetz zu dem Vertrag vom 21. Dezember 1972 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik v. 6. 6. 1973 (BGBl. II S. 421).

234) 条約の承認法は条約を自動的に国内法化するものではなく、故に、そのためには新たに別の法令を策定することが必要となる可能性もある (参照、座談会「憲法学と国際法学との対話に向けて」宍戸常寿 = 曾我部真裕 = 山本龍彦編著『憲法学のゆくえ』(日本評論社・2016年) 368-370頁 [特に山本発言])。しかし、基本条約は一般の条約とは異なる性格を持つと考えられた (Vgl., BVerfGE 36, 1 (23)) ため、このような手続が必要とされなかった可能性がある。

235) CSU はバイエルン州内で活動する (地域) 政党である。同じくキリスト教保守である、CDU は全国政党ではあるがバイエルン州では活動しない。従って、両政党は姉妹政党として、連邦議会内における活動を一つにしている。この点について、詳しくは、森井・前掲註 193) 7頁を参照。

236) 本判決の内容を紹介・分析する邦語文献として、牧野・前掲註 230) 277-278頁、阿部照哉「ドイツの憲法裁判所における司法の自己抑制について」法學論叢 110 卷 4・5・6号 (1981年) 60-73頁、山内・前掲註 230) 76-80頁、岡田俊幸「[2つのドイツ国家]と連邦憲法裁判所」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) 419-425頁。

は、そこで引き合いに出されている基本条約の合憲性に依存する。そこで、以下ではまずこの条約の合憲性について審査をする。

i 連邦憲法裁判所の法解釈方法

基本法の効力は条約のそれに優位する。故に、条約の内容が基本法のそれに違反する場合はそれは当然に無効となる²³⁷⁾。しかし、基本法は国家機関を設立し、それに対して一定の活動能力を付与するというも行っている²³⁸⁾。従って、基本法には制限規範としての性格の他に、授權規範としての性格があると言える²³⁹⁾。

このような基本法の二つの性格からは、次のような連邦憲法裁判所の法解釈原理が導かれることになる。即ち、「基本法と下位法の内容的矛盾を審査し、矛盾がある場合にはそれを無効とする。しかし、下位法を合憲的に解釈することが可能な場合は、その解釈を優先的に採用する」、これである²⁴⁰⁾。これは俗に「司法の自己抑制 (judicial self-restraint)」と呼ばれるものであるが、その真意は、基本法自身が政治機関（連邦議会と連邦政府）に与えた政治形成の余地を連邦憲法裁判所が遵守することにある²⁴¹⁾。

ii 基本法前文の意義内容

以上を前提に基本法前文の意義内容を明らかにしたい。

まず問題となるのは、それが法的拘束力をそもそも有するのかという点である。当裁判所はこれを一貫して肯定してきている²⁴²⁾。従って、本件においても、それに反する国家行為があれば、それは当然に無効となる²⁴³⁾。問題は、基本法前文の再統一要請が政治機関に何を命じているか、というものである。この点、当

237) BVerfGE 36, 1 (14).

238) BVerfGE 36, 1 (14).

239) BVerfGE 36, 1 (14).

240) BVerfGE 36, 1 (14).

241) BVerfGE 36, 1 (14).

242) BVerfGE 36, 1 (17).

243) BVerfGE 36, 1 (17).

裁判所はそれを次のようなものとして理解する。即ち、「西ドイツの政治機関は、両ドイツの統一を目指して行動せねばならず、この目標を放棄することは許されない」、これである²⁴⁴⁾。

しかし、この目標を如何なる手段で以って達成すべきかについては、基本法は何も述べていない。故に、この点についてのあらゆる判断が政治機関に委ねられる²⁴⁵⁾。仮にこの点に関する政治機関の予測が誤りであったことが後に明らかになったとしても、それは甘受されねばならない²⁴⁶⁾。このような判断に裁判所がクレームをつけ得るのは、政治機関により選択された再統一の手段が、再統一を不可能にするものであることが明白 (offensichtlich) な場合のみである²⁴⁷⁾。このような手段の選択は裁量の踰越 (Ermessensüberschreitung) に当たり、違憲である²⁴⁸⁾。

では、政治機関によって選択された再統一のための手段が再統一を不可能にするものであることが明白な場合とは、具体的にどのような場合のことを指すのか。これを当裁判所は、次のような場合として理解する。即ち、「再統一のために欠くべからざる権原 (Rechtstitel) を政治機関が放棄する場合」、これである。ここに言う「権原」とは、もちろん、「ドイツ民族の自決権」のことである²⁴⁹⁾。

従って、以下では、問題の条約が、ドイツ民族の自決権なるものを行使不能としていないかどうかを審査する。

iii 「民族自決権」の存続要件

まず、そもそも「民族自決権」とはいかなる場合にその基盤を失い、行使不能となるのが明らかにされねばならない。この点について考えるために、まずはここに言う「民族」の意味を明らかにしたい。

この言葉は元来、多様な意味内容で用いられてきたものである。しかし、「民

244) BVerfGE 36, 1 (17).

245) BVerfGE 36, 1 (17).

246) BVerfGE 36, 1 (19).

247) BVerfGE 36, 1 (17).

248) BVerfGE 36, 1 (17).

249) BVerfGE 36, 1 (18).

族自決権」という場合、それは単なる言語統一体や文化統一体ではなくて、Staatsvolkを指すものとなる²⁵⁰⁾。故に、問題の民族がStaatsvolkとしての性格を失った場合には民族自決権はその法的基盤を失い、行使不能になると言える²⁵¹⁾。

従って以下では、問題の条約がドイツ人のStaatsvolkとしての性格を否定していないかどうか、換言すれば問題の条約がドイツ (Gesamtdeutschland)²⁵²⁾のStaatとしての性格を否定していないかどうかを審査する。

iv 基本条約における「ドイツ」の性格

まず重要となるのは以下の点である。即ち、そもそも該条約は、ドイツ条約に代表されるような、先の大戦以降に両ドイツが締結してきた無数の条約の内容と、整合するように解釈されねばならないということ、これである²⁵³⁾。何故なら、該条約の9条は、それがこれらの内容と矛盾しないように解釈されねばならないということを明らかにしているからである²⁵⁴⁾²⁵⁵⁾。

そこで、これらの内容を精査すると、両ドイツは自らを国際法上の法主体 (Staat) として認めた事は一度として無く、むしろそれをドイツ (Gesamtdeutschland) に限ってきたことが確認される²⁵⁶⁾。

従って、該条約の8条が、両国の使節を「大使 (Botschafter)」ではなく「常駐代表部 (ständige Vertretung)」とし、該条約の6条が、両国の権利を「主権 (Souveränität)」ではなく「高権 (Hoheitsgewalt)」としているのも、結局はそれが、先行する諸条約の内容と整合し得る唯一のものだからである²⁵⁷⁾。以上か

250) BVerfGE 36, 1 (19).

251) BVerfGE 36, 1 (19).

252) 「敗戦によっても Deutsches Reich は滅亡しなかった」という建前を取る西ドイツにとっては、Gesamtdeutschland は Deutsches Reich そのものである。

253) BVerfGE 36, 1 (21).

254) 基本条約9条は次のような規定である。

基本条約9条 ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国は、この条約によって、両国がかつて締結した二国間あるいは多国間の国際的な条約や合意、または両国に関する二国間あるいは多国間の国際的な条約や合意が影響を受けないということで合意した。

255) BVerfGE 36, 1 (21).

256) BVerfGE 36, 1 (22-23).

257) BVerfGE 36, 1 (23, 27-28).

らすれば、該条約は、ドイツ (Gesamtdeutschland) の Staat としての性格を否定してはいないと言える。

確かに、該条約の2条及び3条1項は、両ドイツの間に国連憲章の規定が適用される旨明らかにする。しかし、このような規定は単一の国家の諸州の間にも適用され得るものである²⁵⁸⁾。従って、このこと一事を以て、該条約がドイツ (Gesamtdeutschland) の Staat としての性格を否定したものと言うことは出来ない²⁵⁹⁾。

以上からすれば、該条約はドイツ (Gesamtdeutschland) の Staat としての性格をなお否定していない²⁶⁰⁾。該条約によっても、ドイツ人の民族自決権はなお留保されている²⁶¹⁾。政治機関に与えられた裁量の限界は踰越されていない。

v 付随文書に見る、基本条約の意義

[以上に述べたことから既に、該法律の合憲性は明らかである。しかしなお念のために以下のことを申し述べたい]。

西ドイツ政府は該条約の調印後、東ドイツ政府に対し「民族の一体性に関する書簡」なるものを手交した。その内容は次のようなものである。

民族の一体性に関する東独政府宛西独政府書簡 本日行われたドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国の関係の基礎に関する条約調印に関連してドイツ連邦共和国政府は以下の点を確認する栄光を有する。本条約はドイツ民族が自由な自決により再統一を実現できるような欧州の平和な状況の実現に貢献するというドイツ連邦共和国の政治目標に背反するものではない²⁶²⁾。

ここで明らかになるのは次のことである。即ち、西ドイツ政府は、ドイツ民主共和国に対する事実上の国家承認付与によっても再統一はなお可能であると考え、

258) BVerfGE 36, 1 (24).

259) BVerfGE 36, 1 (24).

260) BVerfGE 36, 1 (22).

261) BVerfGE 36, 1 (22).

262) 訳出は、『昭和48年度版 わが外交の近況』。強調は引用者。

むしろそのような承認によって初めて再統一は実現されると考えていたということ、これである²⁶³⁾。そうである以上、西ドイツ政府は、該条約の締結に際して、まさに再統一を目指して行動していたものと言える。従って、「再統一」という目標を放棄していたと言うことは到底出来ない。手続申立人の主張は全く失当である。

vi 結論

以上からすれば、該条約の締結は、基本法が定める再統一の要請に違反しない。条約の承認法も合憲である²⁶⁴⁾。

上のvで述べたことは傍論とも解され得る。しかし、本判決においてはこれも、「判決の理由 (ratio decidendi)」であることをここで確認しておく²⁶⁵⁾。

C 分析

i 法令の性格／基本権に対する侵害の重大性

既述のように、共同決定法判決は、事案において立法者の予測統制のために「厳格な内容統制」は行われず、故に「主張可能性統制」と「明白性の統制」のいずれかが行われるとした。その際、連邦憲法裁判所はそのことの理由を次の二点によって根拠付けていた。

一つは、“問題の法令が、複雑で変化の早い領域を規制対象とするから”²⁶⁶⁾というものであり、二つは、“事案において、生命〔に対する侵害〕や〔それに比肩するような重大な〕自由〔権侵害〕が問題になっていないから”²⁶⁷⁾というものである。

故に、以下では、これらの二点が本判決においてどのように説明されていたかをまずは確認したい。

最初に、問題となった法令の性格について。

263) BVerfGE 36, 1 (25-26).

264) BVerfGE 36, 1 (2-3).

265) BVerfGE 36, 1 (36).

266) BVerfGE 50, 290 (333).

267) BVerfGE 50, 290 (333).

本件において合憲性が争われていたのは、直接には条約の承認法であった。しかし連邦憲法裁判所は、その合憲性を基本条約の合憲性に依存するとし、この条約の合憲性について審査をしていた。

しかし、連邦憲法裁判所は同条約の性格につき、特段のことは何も述べなかった。従って、この点につき連邦憲法裁判所がどのように考えていたかは判らない。「複雑で変化の早い領域を規制対象とする」と考えていたかもしれないし、「非複雑で、変化の遅い領域を規制対象とする」と考えていたかもしれない。何れにしても、前者の可能性が排除されないことが重要である²⁶⁸⁾。

次に基本権侵害の重大性について。

本件では、基本権に対する侵害の合憲性は争われていれなかった。争われていたのは、(立法者の予測との関係で言えば、)基本法前文に記された「再統一要請」に対する違反のみである。この要請は客観的な原則であるとされ²⁶⁹⁾、従って国民に対し主観的な権利を保障したものではないとされる。故に、本件においては主観的な権利侵害が問題になっていなかったと言える。一般論としても、自国が他国と関係を開設したというだけで、直ちに国民の誰かが基本権侵害を受けることになるとは考え難いところである。

以上のように、本件においては事案において主観的な権利侵害が観念され得なかったという点が、その特徴であると言える。

ii 本件予測の内容・性質

次に本件に関して注目されるのは、問題となった政治機関の予測の内容である。本件でも国家機関の予測の妥当性が問題となっていた²⁷⁰⁾。その内容は次のようなものである。即ち、「ドイツ民主共和国に対する事実上の国家承認付与によっても、再統一はなお可能であり、むしろこのような承認によって初めて、再統一は実現される」、これである²⁷¹⁾。このような内容の本件予測は、再統一を実現

268) 一般論としては、外交領域はドイツでは複雑で変化の早い領域として理解されている。

Vgl. Schuppert (Fn. 173), S. 180.

269) Ossenbühl (Fn. 26), S. 503.

270) 高見・前掲註7) 51頁。

するための手段の（目的）適合性に関係するものであったと言える²⁷²⁾。

次に問題となるのは、このような性質を持つ本件予測が、如何なる価値判断及び事実認定を基礎としていたかである。

しかし、この点について詳細を知ることが出来ない。とは言え、それはパール自身が自己の人生から獲得した次のような経験則であったかもしれない。即ち、

「人は、他者との交流を通じて変わることが出来る」、

これである。

仮にこのようなパールの経験則が本件予測の根底にあったとしても、それを「両ドイツの再統一」という国家的な問題に、どうして転用することが出来るのか。ここでは人の問題と国家の問題を対置可能とする、パール自身の価値観があるものと言える。従って、本件予測は、本稿が言うところの「類推的予測」に当たるものと言える。

以上は全く仮説的な考察に過ぎない。しかし本稿は以上のような仮説を前提として以下の考察を行うことにしたい。

iii 統制手法（審査手法）の特質

(1) 審査対象の内容・特質

さて、以上のような内容と性質を有する本件予測の妥当性を、連邦憲法裁判所はどのような手法により審査したのか。この点について考える上でまず注目したいのは、やはり本件予測の内容である。

くどいようであるが、本件予測の内容は次のようなものであった。即ち、「ドイツ民主共和国に対する事実上の国家承認付与によっても再統一はなお可能であ

271) Schlaich/Korjoth (Fn. 98), S. 354, Rn. 532 は、「[基本条約判決においては、] 再統一の可能性に対する基本条約の影響の評価が政治機関にかなりの程度委ねられた」とする（強調は引用者）。

272) Schlaich/Korjoth (Fn. 98), S. 357, Rn. 539 は、「連邦憲法裁判所は、基本条約により選択された手段の目的適合性（Weg）に係る評価を、政治機関に広く委ねた」とする（強調は引用者）。

り、むしろそのような承認によって初めて、再統一は実現される」、これである。

このような、「○○を行えば、△△が生じる」というタイプの予測は、その内容の正当性を事後の実際の展開によって、実証することが出来るという点にその特徴がある。何故なら、○○は実際に行われるからである。従ってこのような予測の妥当性審査は、自然科学的な意味での正否判断であり得る。

しかし、このような場合も、実際にそのような審査を行うことが困難という場合はあり得る。何故なら、「予測された効果が実際に生じた」ということを確定するまでに一定の時間を要する場合もあるからである。

本件は正に、そのような事案であったと考えられる。何故なら、本件判決は、問題の条約が連邦議会によって承認された後、わずか2ヶ月の後に下されたものだったからである。

このように、事後に明らかになる予測の正当性という観点からの審査を行うことが難しい場合、連邦憲法裁判所は予測の妥当性をどのようにして判断すれば良いのか。あり得る方法としては、やはり、(薬事法判決や共同決定法判決と同様、) 予測の行為としての「合理性」を審査することである。

(2) 「類推的予測」の「合理性」審査の方法

では、仮に予測の行為としての「合理性」を審査するとして、その予測が「類推的予測」に分類される場合、その審査は具体的にどのようなものになるのか。これは既に見たように、以下の二つの要素を含むものであり得た。一つは、予測の根底に置かれた価値判断の妥当性を審査するものであり、これは「価値判断審査」と呼ばれた。二つは、予測の根底に置かれた事実認定の妥当性を審査するものであり、こちらは「事実認定審査」と呼ばれた。

従って、以下では、これら二つの審査が本件においても行われていたかどうかを確認することにしたい。

(3) 実際に行われた審査

まずは「価値判断審査」について。

本件ではこの審査に相当する審査は見られなかった。従って、本件は、立法者の価値判断が裁判所の統制を免れた事案であると言える。

次に「事実認定審査」について。

本件ではこちらの審査も見られなかった。従って、本件は立法者の事実認定が裁判所による統制を免れた事案であるとも言える。

以上からすれば、本件における立法者の予測統制は非常に「空虚な (leer)」ものであったと言える。このように、裁判所による予測統制が空虚なものである場合、裁判所により「合理的」と認められ得る立法者の予測 (命題) は、事案において、一つのものには収斂しないことになる。つまり、裁判所により「合理的」と認められ得る予測 (命題) は、一つの事案においても複数あり得るということである。

IV 諸判決の横断的分析

以上、ここまで、「厳格な内容統制」と「主張可能性統制」、そして「明白性の統制」が行われたとされる実際の諸事例を見てきた。以下ではこれらの分析を基に、「三段階説」の意義内容を改めて考察することにしたい。しかし、その前に、まずは三つの事案の共通点について確認したい。

1 三つの事案の共通点

本稿が見た三つの事案は、いずれも、立法者の「類推的予測」の妥当性を争っていたという点で共通する。これは具体的に言うとうこういう事である。

まず、薬事法事件で争われたのは立法者の次のような予測であった。即ち、「薬局数に規制をかけねば過当競争が生じ、不要な薬剤供給が行われることで、住民に健康被害が生じる」、これである²⁷³⁾。このような予測は、戦後初期にアメリカ占領区域内で行われた薬局開設の自由化の経験から導き出されていた²⁷⁴⁾。従って、当該予測は「類推的予測」に分類され得るものであったと言える²⁷⁵⁾。

次に、共同決定法事件で争われた予測は次のようなものであった。即ち、「共同決定法が導入する共同決定により非モンタン企業やその諸機関の機能性が損な

273) 参照、Ⅲ 1 C iii。

274) 参照、Ⅲ 1 C iii。

275) 参照、Ⅲ 1 C iii。

われることはなく、故に、非モンタン企業やその持分所有者に経済的損失を生じさせることもないはずだ」、これである²⁷⁶⁾。このような予測は、モンタン業に先行して導入されていた共同決定の経験から導き出されたものであった²⁷⁷⁾。従って、当該予測も「類推的予測」に分類され得るものであったと言える²⁷⁸⁾。

最後に、基本条約事件で争われていた予測は次のようなものであった。即ち、「ドイツ民主共和国に対する事実上の国家承認付与によっても、再統一はなお可能であり、むしろそのような承認によって初めて再統一は実現される」、これである²⁷⁹⁾。このような予測は、パール自身の人間の属性に係る経験則を基にして行われていた可能性があった²⁸⁰⁾。その意味で、本件予測も「類推的予測」に分類され得るものであった²⁸¹⁾。

以上からすれば、本稿が取り上げた三つの事案はいずれも、立法者が行った「類推的予測」の妥当性を争うものであったと言える。

2 「類推的予測」の妥当性の審査枠組み

このように三つの事案で争われていた立法者の「類推的予測」は、裁判所によって同一の審査枠組みで以ってその妥当性を審査されていた。これは具体的にいうと次のような事である。

まず、薬事法判決で問題となった立法者の予測は、間接的な形であれば事後にその正当性を審査するということが可能なものであった²⁸²⁾。しかし、法の施行日と判決の言渡し日は時間的に接近していた²⁸³⁾。そこで、連邦憲法裁判所はこのような審査を放棄し、代わりに予測の「合理性」に着目した審査を行っていた²⁸⁴⁾。

276) 参照、Ⅲ 2 B。

277) 参照、Ⅱ 3 B。

278) 参照、Ⅱ 3 B。

279) 参照、Ⅲ 3 C ii。

280) 参照、Ⅲ 3 C ii。

281) 参照、Ⅲ 3 C ii。

282) 参照、Ⅲ 1 C iv(1)。

283) 参照、Ⅲ 1 C iv(1)。

284) 参照、Ⅲ 1 C iv(3)。

次に、共同決定法判決で問題となった立法者の予測は、事後にその正当性を審査することが可能なものであった²⁸⁵⁾。しかし、法の施行日と判決の言渡し日は時間的に接近していた²⁸⁶⁾。そこで、連邦憲法裁判所はこのような審査を放棄し、代わりに予測の「合理性」に着目した審査を行っていた²⁸⁷⁾。

最後に、基本条約判決で問題となった立法者の予測も事後にその正当性を審査することが可能なものであった²⁸⁸⁾。しかし、法の施行日と判決の言渡し日は、やはり時間的に接近していた²⁸⁹⁾。そこで、連邦憲法裁判所はこのような審査を放棄し、代わりに予測の「合理性」に着目した審査を行っていた²⁹⁰⁾。

このように、本稿が見た三つの事案はいずれも、立法者の予測の妥当性を、事後に明らかになるその正当性という観点ではなく、(行為としての)「合理性」という観点から審査していた²⁹¹⁾。従って、本稿が見た三つの事案はいずれも、立法者の予測の妥当性を同一の審査枠組みで以って審査していたものと言える。

3 「合理性」審査の深さ

以上のように、連邦憲法裁判所は、立法者の予測の妥当性を同一の審査枠組みで以って審査している。しかし、この審査は個々の事案においては、異なる深さで以って行われている。これは具体的に言うと次のような事である。

A 「薬事法事件」

まずは薬事法事件について。

本件で問題となった立法者の予測について、連邦憲法裁判所は“その基礎はドイツ固有のものでなければならない”²⁹²⁾とした。これは、連邦憲法裁判所が、同

285) 参照、Ⅲ 2 C i。

286) 参照、Ⅲ 2 C i。

287) 参照、Ⅲ 2 C iii。

288) 参照、Ⅲ 3 C iii(1)。

289) 参照、Ⅲ 3 C iii(1)。

290) 参照、Ⅲ 3 C iii(3)。同旨、Schneider (Fn. 26), S. 2109.

291) これは詰まるところ、これらの事案において事後に明らかになる予測の正当性につき、裁判所が十分に確実な判断を形成できる可能性が無かったということを意味する。

292) BVerfGE 7, 377 (416).

事件において、立法者に対し比較対象の（比較基準の）選択余地を認めなかったことを意味した²⁹³）。従って、同事件においては、立法者が行った価値判断は（実体面からの）審査を受けていたものと言えた²⁹⁴）。

更に、同事件において、連邦憲法裁判所は、予測の基礎となったドイツ固有の経験につき、“そこでは既設薬局の経営基盤の毀損や健康被害は見られなかった（つまり、過当競争は生じていなかった）²⁹⁵”と結論していた。これは、予測の基礎となった事実認定部分に対し、裁判所が（実体面からの）審査を加えたものとして理解された²⁹⁶）。

以上からすれば、同事件における立法者の予測の合理性審査は、予測の事実認定部分のみならず価値判断部分にまで及ぶ深いものであったと言える。

B 「共同決定法事件」

次に共同決定法事件について。

同事件で問題となった立法者の予測について、連邦憲法裁判所は、“その基礎が何故モンタン業の経験なのか疑問”としながらも、そのことは結局不問としていた²⁹⁷）。これは同事件において、連邦憲法裁判所が、立法者に対し比較対象の（比較基準の）選択余地を認めたことを意味した²⁹⁸）。従って、同事件において立法者の価値判断部分は裁判所による審査を免れていたものと言えた²⁹⁹）。

更に同事件において、連邦憲法裁判所は、予測の基礎となったモンタン業の経験につき、“そこでは確かに企業の機能性に対する毀損は見られなかった”³⁰⁰と結論していた。これは、予測の基礎にあった事実認定部分に対し、裁判所が（実体面からの）審査を加えたものとして理解された³⁰¹）。

293) 参照、Ⅲ 1 C iv(3)。

294) 参照、Ⅲ 1 C iv(3)。

295) BVerfGE 7, 377 (417-418)。

296) 詳しくは、参照、Ⅲ 1 C iv(3)。

297) BVerfGE 50, 290 (334)。

298) 参照、Ⅲ 2 C iii。

299) 参照、Ⅲ 2 C iii。

300) BVerfGE 50, 290 (334)。

301) 詳しくは、参照、Ⅲ 2 C iii。

従って、同事件における立法者の予測の合理性審査は、事実認定部分には及ぶけれども価値判断部分には及ばない、浅いものであったと言える³⁰²⁾。

C 「基本条約事件」

最後に基本条約事件について。

同事件で問題となった立法者の予測につき、連邦憲法裁判所は特段のことは何も述べなかった。これは同事件において、連邦憲法裁判所が、立法者に対し比較対象の（比較基準の）選択余地を認めたことを意味した³⁰³⁾。従って、同事件においては、立法者の予測の基礎となった価値判断部分は、裁判所による審査を免れたものと言えた³⁰⁴⁾。

更に同事件においては、予測の基礎となった過去の経験についても何も述べられなかった。従って、同事件では、立法者の事実認定部分についても、裁判所による審査を免れたものと言えた³⁰⁵⁾。

従って、同事件における立法者の予測の合理性審査は、価値判断部分にも事実認定部分にも及ばない、極めて浅いものであったと言える。

D 小括

以上からすれば、立法者が行った類推的予測の妥当性は、連邦憲法裁判所によって同一の審査枠組みで以って審査されていたものと言えるが、しかしその深さは事案ごとに異なるものになっていたと言える。

4 「審査深度」と「審査密度」

このように、事案ごとに異なるものとなる裁判所の審査の深さは、結局のところ「審査密度」の相違としても理解される。これは具体的に言うとな次のような事である。

302) この場合、立法者の予測は、何らかの事実的根拠があって行われていればそれで良いということになる。その意味で、「主張可能性統制」は、「手続の要請」であるとも言える。

303) 参照、Ⅲ 3 C iii(3)。

304) 参照、Ⅲ 3 C iii(3)。

305) 参照、Ⅲ 3 C iii(3)。

まずは薬事法事件について。

同事件で行われた立法者の予測審査は、その価値判断部分のみならず、事実認定部分にも及ぶ、深いものであった。これは、同事件における予測審査が、チェック部分の多いものであったことを意味する。従って、同事件における合理性審査は密度の高いものであったと言えよう。

次に、共同決定法事件について。

同事件で行われた立法者の予測審査は、その事実認定部分にだけ及ぶ浅いものであった。これは、同事件における予測の合理性審査が、チェック箇所が少ないものであったことを意味する。従って、同事件における予測審査は密度の低いものであったと言えよう。

最後に、基本条約事件について。

同事件で行われた立法者の予測審査は、その価値判断部分にも事実認定部分にも及ばない、空虚なものであった。これは、同事件における予測審査が、チェック箇所の極端に少ないものであったことを意味する。従って、同事件における合理性審査は極めて密度の低いものであったと言えよう。この点、確かに、同事件においては「民族自決権の放棄」に関して、一定の審査が行われていたことが注目される。しかし、このような「裁量の踰越審査」は、他の事件でも当然に行われているのではないか。例えば、共同決定法事件では、法令が適正な手続に則って公布されていたかどうか審査されていた³⁰⁶⁾。これは、「予測の合理性」という観点からすれば、その踰越審査に相当するものと言える。

以上からすれば、事案ごとに異なるものとなる裁判所の審査の深さは、事案における審査密度の相違としても理解されるものと言える。この場合には、共同決定法判決が示した三つの尺度（「厳格な内容統制」・「主張可能性統制」・「明白性の統制」）は、予測審査の密度の「目安」として理解される。

5 審査密度と「評価特権」の有無

ところで、筆者の見るところ、事案ごとに異なるものとなる審査の密度は、

306) BVerfGE 50, 290 (296-297).

「評価特権」のあり方そのものにも影響を与える。この事を説明するために、まずはそもそも「評価特権」とは何かという点について説明したい。

既述のように、連邦憲法裁判所は、事案によっては立法者の予測を、部分的に、若しくは全体的に、その統制から免れさせていた。この場合、裁判所の統制によって確保されることになる予測の合理性は部分的なものに留まり、完全なものにはならないことになる。にも拘らず、そのような予測が当該事案においては法令審査の前提とされるのである。こうして認められる立法者の評価優先権のことを、連邦憲法裁判所は「評価特権」と呼んでいたものと解される。

具体的に説明しよう。

共同決定法事件では立法者の類推的予測の妥当性が問題となった。しかし裁判所はそのような予測の価値判断部分には審査を加えなかった。そこで、比較対象の選択を介して（＝比較基準の選択を介して）、複数の予測が成立する余地が生じていた³⁰⁷⁾。

これらの予測について認められ得る合理性は、あくまでも部分的なものである。にも拘らず、そのような予測が、「所有権」侵害の程度や「経済行動の自由」侵害の有無を判断する際に前提とされていたのである³⁰⁸⁾。

基本条約事件でも立法者の類推的予測の妥当性が問題となった。しかし連邦憲法裁判所は、そのような予測の価値判断部分・事実認定部分に審査を加えなかった。従って、立法者には、比較対象の選択や事実認定のあり方を介して、複数の予測を行う余地が生じていた³⁰⁹⁾。

これらの予測について認められ得る合理性は、あくまでも部分的なものである（否。これらの予測については全く合理性が確保されていないというべきである）。にも拘らず、そのような予測が国家承認付与の目的適合性を判断する際に前提とされていたのである³¹⁰⁾。

以上のことは逆に言うと次のことを意味する。即ち、裁判所によって行われる

307) 参照、Ⅲ 2 C iii。

308) 参照、Ⅲ 2 B。

309) 参照、Ⅲ 3 C iii(3)。

310) 参照、Ⅲ 3 C ii。

予測統制が立法者の予測のあらゆる箇所及ぶ場合、法令の根底に置かれる予測はもはや裁判所自身のものに置き換えられてしまう、これである³¹¹⁾。このような場合、立法者の評価特権はもはや全く話題となり得ないと言える。

具体的に説明しよう。

薬事法事件でも、類推的予測の妥当性が問題となっていた。しかし連邦憲法裁判所はそのような予測につき、その事実認定部分のみならず価値判断部分にも審査を加えていた。従って、薬事法の根底にあった立法者の予測は、連邦憲法裁判所自身のものにより置き換えられてしまったと言える³¹²⁾。故に、同事件においては、(仮に立法者の予測の合理性が肯定されていたとしても、) もはや評価特権は話題になり得なかったものと言えよう。

以上からすれば、事案ごとに異なるものとなる裁判所の審査の密度は、「評価特権」の成立に対しても影響を与え得るものと言えよう。

6 「審査密度」の決定規準

ところで、既述のように、立法者の予測の合理性は、事案ごとに異なるものとなる密度で以って審査されている。この密度の相違を、連邦憲法裁判所はどのような規準 (Kriterium) で以って決定しているのだろうか。

共同決定法判決によれば、それは二つのものであり得た。一つは、「事案において問題になっている法令の規制対象の複雑性・変化の速さ」であり、二つは、「事案において看取され得る基本権侵害の重大性」であった³¹³⁾。そこで、以下では、これら二つの規準が本当に諸判決において審査密度を決するという役割を果たしていたのかどうかを確認することにした。

A 「法令の規制対象の複雑性・変化の速さ」

まずは前者の規準について。

311) いわゆる「実体的判断代置」の状態である。

312) その代わりに、このような事案においては、予測に対して完全な合理性が確保されることになる。

313) BVerfGE 50, 290 (333).

この規準は、本稿が分析した事案においては、共同決定法判決のみにより言及されていた。他の事案（薬事法事件と基本条約事件）においては言及されていない³¹⁴⁾。従って、以下のことが言えることになる。即ち、審査密度を決する上で、「法令の規制対象の複雑性・変化の速さ」は（それ程）重要な役割を果たしていないということ、これである。だとすれば、事案において真に重要な規準は、後者の規準、即ち、「基本権侵害の重大性」だということになる。

B 「基本権侵害の重大性」

実際、立法者の予測の妥当性を争った連邦憲法裁判所の諸判決は、正にこの規準によってその内容を特徴付けられるものであった。これは具体的に言うとな次のようなことである。

i 本稿が見た事案

まず、最も厳格な審査（「厳格な内容統制」）が行われた薬事法事件では、薬剤師の「職業選択の自由」に対する制約が争われていた。この制約は、客観的条件のみならず主観的条件によっても行われており³¹⁵⁾、故に、私人の下に重大な侵害を生じさせていた³¹⁶⁾。従って、同事件では、重大な権利侵害が問題になっていたと言える。

次に、中程度の審査（「主張可能性統制」）が行われた共同決定法事件では、多様な基本権に対する多様な侵害が争われていた³¹⁷⁾。しかし、判決自身の言葉によれば、“生命〔に対する侵害〕や〔それに比肩するような重大な〕自由〔権侵害〕は問題になっていなかった”³¹⁸⁾（「中程度の侵害」）。

最後に、最も穏やかな審査（「明白性の統制」）が行われたとされる基本条約事件では、「再統一要請」という客観規範に対する違反が争われており、その意味で、主観的な権利侵害は問題になっていなかった³¹⁹⁾。

314) 参照、Ⅲ 1 C i (1)、Ⅲ 3 C i。

315) 参照、Ⅲ 1 C i (2)(b)。

316) 参照、Ⅲ 1 C i (2)(b)。

317) 参照、Ⅲ 2 A。

318) BVerfGE 50, 290 (333)。

以上からすれば、少なくとも本稿が見た三つの事案は、その裁判所による審査の密度を「基本権侵害の重大性」という規準により決されていたものと言えよう。

ii その他の判決

では、共同決定法判決が引用していたその他の判決はどのようなのか³²⁰⁾。

(1) 「厳格な内容統制」

まず最も厳格な審査（「厳格な内容統制」）が行われたとされる諸事例を見てみよう。

この中には1960年3月23日の、連邦憲法裁判所第一法廷判決（「健康保険医判決」）が含まれている³²¹⁾。

同判決の因となった事件（以下「健康保険医事件」という）では、健康保険医を定員制とした保険医法の合憲性が争われていた。ここでは「職業選択の自由」に対する侵害が問題になっている³²²⁾。

同事件では、立法府による次のような予測が問題となった。即ち、「あらゆる開業医に対する保険医認定は、既に認定を受けている保険医の経済的基盤を危険にさらし、競争を激化させることで、結果として地域の住民の健康を危険にさらす」、これである³²³⁾。

このような予測を前提にして行われた本件規制は、薬事法判決に言うところの「客観的条件」に当たるものと言える。しかし、この規定には「主観的条件」までもが伴っていた。何故なら、医師になるためには、多年に渡り、学業や修行に励むことが必要になるからである³²⁴⁾。従って、同事件で合憲性が争われた保険医法の諸規定は、客観的な条件のみならず主観的な条件までもを伴うものであったと言え、故に、私人の下に重大な権利侵害を生じさせていたと言える³²⁵⁾。

更に、最も厳格な審査が行われた事例には、1975年2月25日の連邦憲法裁判

319) 参照、Ⅲ 3 C i。

320) 筆者の研究能力の限界故に、「明白性の統制」が行われたとされる諸事案については取扱うことが出来なかった。他日を期したい。

321) BVerfGE 11, 30.

322) 同判決の内容を紹介・分析する邦語文献として、高見・前掲註7) 57-58頁。

323) BVerfGE 11, 30 (47-48).

所第一法廷判決（「第一次墮胎罪判決」）もが含まれる³²⁶⁾。

同判決の因になった事件（以下「第一次墮胎罪事件」という）では、1974年6月18日の「第5次刑法改正法」³²⁷⁾³²⁸⁾の合憲性が争われた。同法は、受胎後12週以内に行われる中絶につき、妊婦・医師ともに「不可罰」とした（218a条）。但し、そのような中絶に先立ち、医師が妊婦に必要な助言を行わなかった場合には、当該医師につき一年以下の自由刑又は罰金が課されるとされた（218c条）。

判決³²⁹⁾において問題となったのは、これらの条文の根底にあった連邦議会の次のような予測である。即ち、「従来の刑罰威嚇を放棄したとしても、新たに定められた助言システムのために、胎児の生命はなお保護される」、これである³³⁰⁾。

同事件では胎児の生命を失わせる諸規定の合憲性が争われている³³¹⁾。従って、同事件で問題になった基本権侵害は重大なものであったと言えよう³³²⁾。

324) 医師になるためには、連邦医師法に基づく医師国家免許の取得が必要になる。この免許は大学医学部で6年の教育を受けた後に、医師国家試験を受け、これに合格した者に対して付与される。しかし、開業をするためには更に連邦医師会の主催する研修を受けねばならない。その期間は分野毎に異なるが、概ね4年、長い場合は6年になる。以上につき、詳しくは、土田武史「医療・保健」加藤雅彦＝麻生建＝木村直司＝古池好＝高木浩子＝辻通男編『事典 現代のドイツ』（大修館書店・1998年）408頁以下を参照。

325) 判決は連邦議会の予測の合理性を否定し、法令を「違憲」とした。Vgl. BVerfGE 11, 30 (45, 48).

326) BVerfGE 39, 1.

327) Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 18. 6. 1974 (BGBl. I S. 1297).

328) 同法の内容を紹介・分析する邦語文献として、藤田喜恵子「第5次刑法改革法（墮胎条項の改正）」外国の立法14巻3号（1975年）122-127頁、中谷瑾子「第五次刑法改正法（一九七四年六月一八日付）による刑法二一八条および二一九条の規定」ユルゲン・パウマン編著『墮胎 是か非か』（鳳舎・1977年）358-365頁、畑尻剛「ドイツ連邦憲法裁判所と人工妊娠中絶」城西大学研究年報（人文・社会科学編）17巻（1993年）3-5頁。

329) 同判決の内容を紹介・分析する邦語文献として、宮沢浩一「西ドイツ連邦憲法裁判所の墮胎罪規定違憲判決について」ジュリスト587号（1975年）83-93頁、畑尻・前掲註328) 5-8頁、嶋崎健太郎「胎児の生命と妊婦の自己決定」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）67-72頁。

330) BVerfGE 39, 1 (52ff.).

331) 同訴は、墮胎に反対する連邦議会議員らによって提起された抽象的規範統制手続により提起された。

332) 判決は連邦議会の予測の合理性を否定し、法令を「違憲」とした。Vgl. BVerfGE 39, 1 (46, 51ff., 65).

(2) 「主張可能性統制」

次に、中程度の審査（「主張可能性統制」）が行われたとされる諸事例を見てみよう。

ここには第一次製粉所法決定が含まれる。

同決定の因となった事件では、私人の「職業選択の自由」を制約する、製粉所法の諸規定の合憲性が争われていた。しかしこの規定による制約は、もっぱら客観的条件のみによって行われていた。主観的条件は伴っていない。従って、同事件においては私人の下に比較的軽微な侵害しか生じていなかったと言える³³³⁾（「中程度の侵害」）。

中程度の審査が行われた事例には1975年3月19日の連邦憲法裁判所第一法廷決定（「第二次製粉所法決定」）もが含まれる³³⁴⁾。

同決定の因となった事件（以下「第二次製粉所法事件」という）では、1971年12月22日の「製粉産業の供給能力ある構造の創出を目的とする最終的措置に関する法律（製粉構造法）」³³⁵⁾の合憲性が争われていた³³⁶⁾。

同法律は、ドイツ製粉業に見られる構造的な過剰生産に対処するために、各製粉所の暦年の製粉量に上限を設けることにした（2条3項）。この上限（「最高限量」）は、原則としては各製粉所が製粉庁（Mühlenstellen）に届け出た日産量に250を乗じ、更にそれにその10%を加えた量として算出される（8条1項）。この量を製粉所の年間製粉量が超過した場合、超過量1トンにつき70ドイツマルクの補整金を製粉所は支払わねばならないとされた（8条4項）。

同決定において問題になったのは、これらの規定の根底にあった連邦議会の次のような予測の妥当性である。即ち、「製粉業における完全な自由競争は、不利な立地にある製粉所を死滅させ、特定の地域への製粉所の集積をもたらす。このような地域は戦時には真っ先に攻撃の対象となるから、そうなれば当然、住民の

333) 参照、III 1 C i (2)(b)。

334) BVerfGE 39, 210.

335) Gesetz über abschließende Maßnahmen zur Schaffung einer leistungsfähigen Struktur des Mühlengewerbes v. 22. 12. 1971 (BGBl. I S. 2098).

336) 同決定の内容を紹介・分析する邦語文献として、高見・前掲註7) 52頁以下、岡田・前掲註10) 88頁。

下に栄養不足が生じる」、というのがそれである³³⁷⁾。

同事件に関してまず注目されるのは、製粉所経営者は「製粉業」という職業の選択自体は出来ているということである。しかし、製粉業は固定費の割合が高いため³³⁸⁾、公課賦課は零細企業経営者に対しては事実上その職業選択を不可能にするものとして機能する³³⁹⁾。とは言え、原審手続³⁴⁰⁾の原告達は皆、大規模製粉所の経営者達であった³⁴¹⁾。従って、同事件で問題になった権利侵害は比較的軽微なものに限られていたと言える（「中程度の侵害」³⁴²⁾）。

iii 小括

以上からすれば、連邦憲法裁判所の予測の合理性審査の密度は、概ね、「事案において看取され得る基本権侵害の重大性」といった規準によって、つまりは「比例原則（規準）」によって、制御されていると言えるのではないか³⁴³⁾。

7 「比例原則（規準）」の基礎

A 「機能的アプローチ」

このように、連邦憲法裁判所は、「比例原則（規準）」に応じて、事案における審査密度を高めたり低めたりしている。このことは、結局、同裁判所が次のような行動原理に依拠していることをも意味する。即ち、「基本権に対する重大な侵害がある場合には、同裁判所は積極的な形で行動し、そうでない場合には消極的な形で行動する」、これである。しかし、ボン基本法は裁判所に対し、そのような形で行動せよとは一言も命じていない。では、何故裁判所は、そのような形で

337) BVerfGR 39, 210 (227).

338) BVerfGE 39, 210 (227).

339) 決定の主文 (BVerfGE 39, 210 (210)) をみよ。

340) 同訴は、ケルン行政裁判所が1973年4月17日に行った移送決定によって提起されたものである（具体的規範統制手続）。

341) Vgl., BVerfGE 39, 210 (215).

342) 決定は連邦議会の予測の合理性を肯定し、法令を「合憲」としたが、それは同規定が零細製粉所をその適用対象に含まない限りのことであるとした（合憲限定解釈）。Vgl., BVerfGE 39, 210 (210, 229).

343) 連邦憲法裁判所の予測審査の密度は、「比例原則（規準）」によって制御されているとするものとして、Ossenbühl (Fn. 26), S. 504-505.

行動するのか。

これは、思うに、連邦憲法裁判所が自らの任務 (Funktion) を、「基本権の保護」と捉えているからではないか³⁴⁴⁾。つまり、連邦憲法裁判所は、重大な基本権侵害が問題になる事案においては「自己の任務がしっかりと果たされねばならない局面」と考えて積極的に行動し、そうでない事案においては「そうでない局面」と考えて消極的に行動している、ということである。

だとすれば、連邦憲法裁判所の「三段階説」の根底には、彼の、「任務を重視するものの見方」、つまりは「機能的アプローチ (*funktioneller Ansatz*)」があると言える³⁴⁵⁾³⁴⁶⁾³⁴⁷⁾。

B 「法的アプローチ」

i 体系的法解釈

このことは、更に、裁判所が次のような前提に立っていることをも意味する。即ち、基本法によって「基本権」として保護されている諸利益は、結局のところ、唯一つの利益へと還元され得るということ、これである。

このような連邦憲法裁判所の理解に対し影響を与えているのは、やはりデューリヒ³⁴⁸⁾である³⁴⁹⁾。

344) 学説において、このような見解を採るものとして、Fritz Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2107.

345) 実は、連邦憲法裁判所は薬事法判決において、“自己の任務 (Funktion) は国民の基本権を保護することにある”と明言していた。Vgl., BVerfGE 7, 377 (410).

346) 「基本権に対する重大な侵害がある場合には、裁判所は積極的に行動しなければならない」ということは、逆に言えば、そのような侵害がない限り、裁判所は出来るだけ立法者の事実認定及び価値判断を尊重せねばならないということである。従って、連邦憲法裁判所の「三段階説」には、このような立法者に対する原則的な敬讓が初めからビルト・インされているとも言える。

347) この点を指摘する文献には枚挙に暇がない。代表的なものを挙げると、Schneider (Fn. 26), S. 2105ff.; Gunnar Folke Schuppert, Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl. 1988, S. 1191ff.

348) Günter Dürig, 1920-1997. テュービンゲン大学 (Univ. Tübingen) 退官教授。1950年代から1970年代のドイツ公法学界を代表する研究者である。

349) 同様の推測を行うものとして、ハッセ・前掲註 193) 198頁。

周知の通り、デューリヒは、ボン基本法の基本権に係る諸規定を次のように解釈した³⁵⁰⁾。即ち、ボン基本法はその1条1項において、それが依拠する基本原理を明らかにしている。即ち、「人間としての尊厳 (Würde des Menschen)」が不可侵であり、それに対する顧慮請求権が国民各人に与えられているということ、これである³⁵¹⁾。しかし、この顧慮請求権はそのままでは抽象的で、故に一層の具体化を必要とする³⁵²⁾。そこで、これを行っているのが、基本法2条1項と3条1項である³⁵³⁾。前者は、「人間としての尊厳の顧慮」が具体的には自由の保障という形をとることを明らかにした規定であり、後者は、それが平等の保障という形をとることを明らかにした規定である。これらの規定によって保護されることになる利益(基本権)を、Dürigは、「基幹的自由権 (Hauptfreiheitsrecht)」と「基幹的平等権 (Hauptgleichheitsrecht)」と呼んだ³⁵⁴⁾。

これらの基本権は、それぞれ既に裁判規範性を有するものである。しかし、意味的にはなお不明確なところがあるから、解釈の助けとするために、2条2項以下で、これらの内容を成す具体的な利益が例示されることになった³⁵⁵⁾。従って、デューリヒにあっては、基本法によって(基本権として)保護されている各種の利益は、結局のところ1条1項の「人間としての尊厳(の顧慮)」という唯一つの利益へと還元され得ることになる。

350) デューリヒの基本権規定解釈を紹介する邦語文献として、田口精一「ドイツ基本法における人間の尊厳について」同『基本権の理論』(信山社・1996年)12頁、40-41頁〔初出1960年〕、同「ドイツ基本法における人格の自由な発展の権利について」同『基本権の理論』(信山社・1996年)78-79頁、95-96頁、106頁、111-112頁、115頁、118頁〔初出1963年〕。

351) 周知のように、デューリヒはこれをヴァイントリヒ (Josef Wintrich) に倣って、「最上位の構成原理 (oberstes Konstitutionsprinzip)」と呼んだ。Vgl., Günter Dürig, Die unantastbare Menschenwürde als Grundlage eines Wertsystems (1958), in: Theodor Maunz / Günter Dürig / Roman Herzog / Rupert Scholz, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 5. Aufl., 1981, Art. 1 Abs. I, S. 6ff.

352) Dürig (Fn. 351), S. 5.

353) Dürig (Fn. 351), S. 7.

354) Dürig (Fn. 351), S. 7, 8.

355) Dürig (Fn. 351), S. 7-8.

ii 1条1項解釈

では、デューリヒは、この「人間としての尊厳 (の顧慮)」という利益の内実をどのようなものとして理解していたのだろうか。この点はなお一層の研究を要するのであるが、おそらくそれは、「自己の個性 (Persönlichkeit) の展開 (機会の尊重ないし確保)」といったものであったように思われる³⁵⁶⁾。そして、そのように解した時、それは、連邦憲法裁判所の「三段階説」の背後にあるそれと、その本質において重なることになる。というのも、連邦憲法裁判所は、予測の合理性が争われた諸事案において、「基本権侵害の重大性」を、「該規制が有する、私人の個性の展開に対するインパクト」といった基準に依拠して評価していたように思われるからである。

具体的に説明しよう。

「厳格な内容統制」が行われた第一次墮胎罪事件では、先に見たように、妊婦の墮胎を合法化した連邦刑法典の諸規定の合憲性が争われていた³⁵⁷⁾。この規定により、私人 (胎児) はその生命を奪われることになる。しかし、この時、胎児は同時に、自己の個性を展開する機会をも完全に喪失することになるのである。その意味で、同事件における諸規定は、私人の個性の展開に大きなインパクトを与えるものであったと言えよう。

同じように「厳格な内容統制」が行われた薬事法事件では、既述のように、客観的条件により新規薬局の開設を制限する薬事法の諸規定の合憲性が争われていた³⁵⁸⁾。この条件により私人 (薬剤師) は、自己の薬局を開設・経営することが不可能になる。その意味で、彼は、正に自己の望む職業に就けなくなっていたと言える。しかし、この条件には主観的条件もが伴っており、故に、彼は単に自己の望む職業に就けなくなっただけではなく、既に一定の方向性を伴って展開している自己の個性を更にその方向性で展開することが出来なくなっていたのである。ここでは、同判決の次のような言明が想起される。

356) さしあたり、Dürig (Fn. 351), S. 11ff. 更に、Ders., Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, JR 1952, S. 259-260 も参照。

357) 参照、IV 6 B ii (1)。

358) 参照、III 1 C i (2)(a)。

“客観的条件は、それによって既に職業選択を行っている者までもが就業の機会から排除され続ける結果となるが故に、この基本権〔＝職業選択の自由〕の意義と鋭く対立するものとなる。特に、就業のために要する教育や修行が長期のものとなり、あるいはそれらが専門的に特化したものとなるが故に将来において選択可能な職業の幅が狭められる場合、この条件を用いた規制は個人の基本権に深刻な影響を与えるものとなる”³⁵⁹⁾。

つまり、薬剤師は、自己の個性を今以上に展開していくためには、もはや薬局経営者になる以外には道が無いにもかかわらず³⁶⁰⁾、その選択肢が選択不能とされていたのである³⁶¹⁾。これにより、該薬剤師は、自己の個性を展開する機会を完全に喪失することになる。これが、同じように「職業選択の自由」に対する侵害が争われたにも拘らず「主張可能性統制」が行われていた他の諸事例との相違であるように思われるのである³⁶²⁾。

例えば、「主張可能性統制」が行われた第二次製粉所法決定では、既述のように、最高限度量を超過した製粉所に公課が課されることになっていた³⁶³⁾。しかし、同事件では製粉業という職業の選択自体は出来ていたのである³⁶⁴⁾。従って、同事件で問題となった諸規制は、私人の個性の展開に対しそれほどのインパクトを有しないものであったと言える。

他方、同じく「主張可能性統制」が行われた第一次製粉所法事件では、私人の製粉業への就業自体を不能にする規制の合憲性が争われていた³⁶⁵⁾、しかし、製粉業への就業には主観的条件が課されていなかった³⁶⁶⁾。従って、私人の個性は未だいかなる方向にも展開されておらず、その意味で、彼は、自己の進路を他の

359) BVerfGE 7, 377 (407).

360) その原因の主要な部分は「国家が」作り出しているという点が重要である。

361) つまり、人間の個性の展開というものは（少なくともある部分においては）不可逆的な性質を有するということである。

362) 以上で述べたことは、「健康保険医事件」についても妥当しよう。

363) 参照、IV 6 B ii (2)。

364) 参照、IV 6 B ii (2)。

365) 参照、III 1 C i (2)(b)。

366) 参照、III 1 C i (2)(b)。

方向にいくらかでも変更することが出来たと言える。従って、同事件における諸規制は、私人の個性の展開に対し、それほどのインパクトを有しないものであったと言える。

このように、連邦憲法裁判所は、事案において問題になる基本権侵害の重大性を、「当該規制が有する、私人の個性の展開に対するインパクト」といった基準に依拠して評価していたものと言える。

iii 「法的アプローチ」

ここで筆者が確認したかったのは、デューリヒの議論が絶対的に正しく、だから連邦憲法裁判所もそれを支持しているのだ、ということではない。そうではなくて、逆に、デューリヒの議論にはいくつもの批判があり³⁶⁷⁾、にも拘らず連邦憲法裁判所はそれを支持しているのだ、ということである。つまり、ここで連邦憲法裁判所は、(主体的な)基本法解釈を行っているということである。だとすれば、「三段解説」の根底には、機能的アプローチのみならず「法的アプローチ (*rechtlicher Ansatz*)」(つまりは実定法の解釈)があると言える。

C 小括

以上をまとめるとこうなる。

ドイツ連邦憲法裁判所の「三段階説」の根底には、「機能法的アプローチ (*funktionell-rechtlicher Ansatz*)」がある³⁶⁸⁾。

おわりに

以上で、本稿のために筆者が用意した分析は終わりである。以下では本稿の内

367) 例えば、ショイナーやシュテルンがデューリヒの議論を批判している。Vgl., Ulrich Scheuner, *Pressefreiheit*, VVDStRL 22 (1965) S.42ff.; ders., *Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat*, DÖV 1971, S. 508-509; Klaus Stern, *Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 III GG für die Grundrechte*, Jus 1985, S. 333.

368) このように、「機能法的アプローチ」という場合の「法」の意味を、「実定法解釈」として理解しているように見えるものとして、Schuppert (Fn. 347), S. 1194-1195.

容を簡単に要約した後、残された課題について確認したい。

1 本稿の内容の要約

本稿は、ドイツ連邦憲法裁判所の「三段階説」を研究テーマとした。そして、この理論をめぐる三つの問いについて考察した。

一つは、「厳格な内容統制」と「主張可能性統制」、そして「明白性の統制」という三つの尺度が、具体的にどのような統制手法を前提とするのかというものであり、二つは、これらの尺度が具体的にどのような形で使い分けられているのか、というものであり、三つは、「三段階説」が具体的にどのような法解釈方法（アプローチ）を前提とするのかというものである。

これらの問いに答えるために、本稿は共同決定法判決をはじめ、立法者の予測を争った幾つかの判例を分析した。その結果、次のような結論を得た。

一つは、「三つの尺度はいずれも立法者の予測の根拠の正当性を問題にしており、その意味でそれは実体的な審査である」、ということである。しかし、これらの尺度には相違点もあった。審査の「深さ（密度）」がそれである。

二つは、「これら三つの尺度は事案において看取され得る基本権侵害の重大性に依じて使い分けられている」、ということである。重大な基本権侵害が認められ得る事案では例外なく「厳格な内容統制」が行われている。逆に、基本権侵害が認められ得ない事案では「明白性の統制」が行われている。

三つは、「『三段階説』の根底には『機能法的アプローチ』がある」、ということである。これ自体は目新しい認識ではない。しかし、本稿はこれが意味するところを具体的な形で明らかにした。三段階説の根底にある機能法的アプローチは、具体的には以下の二つアプローチによって構成されている。一つは、「機能的アプローチ」である。ここに言う「機能」とは、裁判所の「基本権保護」のことを指す。二つは、「法的アプローチ（実定法解釈）」である。ここに言う「実定法解釈」とは、基本法1条1項の「人間（として）の尊厳」を、「(国民各人の)個性の展開」として理解する解釈であり、そのような構成原理を頂点に各種の基本権規定を体系的に理解しようとする法解釈である。

2 残された課題

以上を前提として、残された課題について確認したい。

まずは本稿の課題に内在する課題について。

既述のように、本稿は、「三段階説」に係る三つの尺度が、それぞれ、予測の根拠の正当性を問題にしており、故にそれは実体的な審査であるということを示明らかにした。しかし、予測の根拠に置かれた立法者の事実認定や価値判断の「正当性」を、裁判所は如何なる基準で以って審査（評価）すれば良いのか。この点について本稿は何らの解答も与えることが出来なかった。これは残された課題であると言える。

次に、本稿の課題からするとやや外在的と呼べる課題について。

「三段階説」に係る最大の難題は、やはり三つの尺度と「立法者の事後的是正義務 (Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers)」との関係である³⁶⁹⁾。本論でも指摘したように、立法者の予測統制に係る諸判決の中には、この事後的是正義務に言及したものが少なからず存在する³⁷⁰⁾。しかし、この義務が具体的にどういう場合に立法者に課されるのかは難題である。筆者の当初の考えはこうであった。即ち、「事案における立法者の事後的是正義務の有無は、事案において看取され得る基本権侵害の重大性にやはり依存している」、これである。

例えば、共同決定法事件では、立法者に対し評価特権が認められていた³⁷¹⁾。しかし、同事件では立法者に事後的是正義務が付されてもいた³⁷²⁾。この事は、同事件における評価特権が永続的なものではなかったことを意味する。従って、同事件における評価特権は、その効力が弱いものであったと言えよう。では、何

369) 同義務について、詳しくは、入井凡乃「立法者の予測と事後的是正義務」法学政治学論究 96号 (2013年) 343頁以下、同「事後的是正義務と新規律義務」法学政治学論究 101号 (2014年) 103頁以下を参照。更に、合原理映「立法者に対する法改正の義務づけ」阪大法学 49巻1号 (1999年) 269頁以下、同「立法者に対する法改正の義務づけ」阪大法学 53巻6号 (2004年) 1541頁以下にも関連する議論がある。

370) 入井は、立法者の事後的是正義務を、「事実認定 (の正誤)」に関するものと「予測 (の正誤)」に関するものとに区別する。この区別に従うと、本文で問題にしている事後的是正義務は後者のものになる。

371) BVerfGE 50, 290 (334, 335)。

372) BVerfGE 50, 290 (335)。

故、同事件における評価特権は効力が弱いものであったのか。それは、同事件における基本権侵害がそれなりの強度のものであったからだと説明される。

基本条約事件でも、立法者に評価特権が認められていた³⁷³⁾。しかし、同事件では立法者に事後的是正義務は付されなかった³⁷⁴⁾。これは、同事件における評価特権が永続的なものであったことを意味する。従って、同事件における評価特権は、効力の強いものであったものと言える。では、何故、同事件における評価特権は効力が強いものであったのか。それは、同事件では基本権侵害が看取されなかったからだと説明される。

つまり、立法者に対し事後的是正義務が付されるかどうかは、結局は事案における評価特権の効力の強度に依存し、それは「事案において看取され得る基本権侵害の重大性」に依存している、ということである（右図参照）。仮にこの仮説が正しいとすると、連邦憲法裁判所は永続的な効力を持たない評価優先権のみを「評価特権（Einschätzungsprerogative）」と呼び、永続的な効力を有するそれ（「裁量（Ermessen）」）から区別していることになる³⁷⁵⁾。

以上の説明は、「裁量」と「評価特権」の質的な相違を説明し、故に共同決定法判決が伝統的な「裁量」という言葉を使わずに「評価特権」という語を立てていた³⁷⁶⁾ことの理由を説明し得るものである。しかし、この仮説には反証となる判例が存在する。本稿が扱ったもので言えば、第二次製粉所法決定がそれである。同決定では中程度の基本権侵害の合憲性が争われていた。従って、同決定では主張可能性統制が行われて、立法者の予測はこれをパスしていた。にも拘らず、同決定では立法者の事後的是正義務に対する言及が無かったのである。従って、上記の仮説はそのままでは維持できない³⁷⁷⁾³⁷⁸⁾。「三つの尺度と事後的是正義務の

373) BVerfGE 36, 1 (17). しかし、同箇所では「評価特権（Einschätzungsprerogative）」という言葉ではなく「裁量（Ermessen）」という語が用いられていた。

374) むしろ、同判決では“再統一のために政治機関が採用した手段が目的適合的であるという点についての立法者の予測が後に誤りであったことが明らかになったとしても、そのことは甘受されねばならない”と述べられていた。Vgl., BVerfGE 36, 1 (19).

375) このように、「評価特権」を時限的な評価優先権であると解する学説として、Friedhelm Hufen, *Berufsfreiheit*, NJW 1994, S. 2919; Bickenbach (Fn. 9), S. 532, 534.

376) 「評価特権」という言葉は、連邦憲法裁判所の判決史においては共同決定法判決において初めてその姿を現した。Vgl., Bickenbach (Fn. 9), S. 17-18, 130.

関係」という問題は、残された課題であると言えよう。

基本権侵害のあり方	事案の例	評価特権の成立可能性	評価特権が成立した場合の事後的是正義務の有無	評価特権の効力の強さ
重大な侵害	薬事法事件	なし		
中程度の侵害	共同決定法事件	あり	あり	弱い
侵害無し(もしくは軽微な侵害)	基本条約事件	あり(常に成立)	なし	強い

377) 但し、第二次製粉所法事件で問題になった製粉構造法の「最高限度量」には、「法の発効から4年」という期限が付されていた(8条1項)。だから第二次製粉所法決定は立法者の事後的是正義務に言及しなかったのかもしれない。

378) このような判例実態にも拘らず、“主張可能性統制は立法者の事後的是正義務と必然に結びつく”と断言する学説もある。一例として、Schneider (Fn. 26), S. 2105.