

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

— 分析の対象・視角を変えるなどして —

高橋和也*

はじめに

I 用語の定義

II 三つの尺度が実際に用いられた事例

III 諸判決の横断的分析

おわりに

はじめに

1 本稿の目的

本稿筆者は、かつて、ドイツ連邦憲法裁判所の採用する「三段階説」について研究をした¹⁾。「三段階説 (Drei-Stufen-Lehre)」とは、同裁判所が1979年3月1日のその第一法廷判決²⁾(以下、「共同決定法判決」という)にて採用を明らかにした、「立法者の予測統制に係る一般理論」である。それによると、同裁判所は予測統制のために、かねてより三つの尺度を用いてきたとされる。具体的には、「厳格な内容統制 (intensivierte inhaltliche Kontrolle)」と「主張可能性統制 (Vertretbarkeitskontrolle)」と「明白性の統制 (Evidenzkontrolle)」がそれに当たる³⁾。

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第19巻第1号2020年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) 高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所の『三段階説 (Drei-Stufen-Lehre)』」一橋法学17巻3号(2018年)883頁以下。

2) BVerfGE 50, 290.

立法者は通常、何らかの予測を前提にその活動を行う。従って、予測統制に係る判例理論を分析することには一定の意義が認められる⁴⁾。しかし、三段階説については未だいくつかの不明な点があった。一つは、三つの尺度の内実であり、二つは、三つの尺度の使い分け方であり、三つは、同理論の根底にある法解釈方法であった⁵⁾。そこで、これらの諸点を明らかにしようとしたのが先の論文であったと言える。

しかし、同論文には不十分な点がいくつかあった。

一つは、その分析対象が非常に限られていたという点である。共同決定法判決は、自身も含めて12の裁判を関連裁判として列挙していた⁶⁾。しかし、先の論文で取り上げられたのは（主としては）1958年7月11日の第一法廷判決⁷⁾（以下、「薬事法判決」という）と、当の共同決定法判決自体と、1973年7月31日の第二法廷判決⁸⁾（以下、「基本条約判決」という）のみであった。他の裁判も補助的には取り上げているが詳細な分析には至っていない。言及もされなかった裁判もいくつかあった。

二つは、そもそも何故裁判所が立法者の予測を主題化するのかが不明であったという点である。裁判所が事案において立法者の予測を主題化することの理由を探究することは、三段階説の適用場面（ないし射程）を明らかにするために必要なことと思われる。しかし、先の論文ではこの点の解明が行われずに、むしろ予測統制の主題化は所与の前提とされていた。

このように、筆者の先行研究には不十分な点があった。そこで、本稿は前稿の問題関心を継承しつつも、それに足りなかった諸点を補おうとするものである。

2 1979年の「三段階説」を研究することの意義

しかし、このような三段階説は今からおよそ40年も前に下された裁判にてそ

3) BVerfGE 50, 290 (332-333); 高橋・前掲註1) 901頁。

4) この点については、高橋・前掲註1) 883-884頁。

5) 高橋・前掲註1) 885-886頁。

6) BVerfGE 50, 290 (332-333)。

7) BVerfGE 7, 377。

8) BVerfGE 36, 1。

の採用を明らかにされていたものである。このような理論を今になって分析することに意義があるかと思う読者もおられよう。同国の判例理論（裁判所による憲法解釈）は日進月歩の状況にあり⁹⁾、従って進歩後の理論（憲法解釈）をフォローした方が研究価値が高いとも言えるからである。

しかし、比較憲法学の任務というものは、現時点における他国の判例理論を（表面的に）理解して、これを導入するというようなものではないように思われる。それはその理論（解釈）の拠って立つ土台をも理解して、それを導入することをも含んでいる¹⁰⁾。そのような導入なくして、現判例理論の導入を完遂することなど不可能だからである。

従って、今からおよそ40年も前に形成された判例理論であっても、それが現時点での判例理論の基礎となっている以上、その疑問点はやはり解消されねばならないと思われる¹¹⁾。

3 研究手順

このように、三段階説を研究することには、（現時点でもなお）一定の意義が認められる。そこで、本稿は前稿にて追究した諸問題に加えて、先に見た本稿固有の問題関心のためにも、次の研究手順を踏む。

第1章では本稿が後に行う判例分析のために必要な諸概念につき、その意味内容を確定する。具体的には、第1節にて「結果審査」と「行為審査」を、第2節にて「三段階審査」を、第3節にて「事実認定」と「予測」の意味内容を確定する。

9) この点の概観を試みるものとして、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂・2005年）〔初出2002年〕。

10) これは、「日本は他国のやっていることを絶対に真似しなければならない」という意味では勿論ない。日本には独自の文化がある（とも言える）から、それを考慮して、「〇〇については我が国には導入しない（出来ない）」と判断することもあり得るし、他国がやっていることを参考にしつつも、それとは異なる理論を形成することもあり得る。

11) 連邦憲法裁判所は自己の裁判の既判力の客観的範囲を、（主文のみならず）「判決理由 (tragende Gründe)」にまで拡張しているとされる（工藤達朗「西ドイツにおける具体的規範統制の現実的機能」比較法雑誌16巻3号（1983年）36頁）。連邦憲法裁判所の後の憲法解釈は、先の憲法解釈により影響を受ける（拘束される）ということであろう（但し、この拘束は事案の類別化等により相対化され得る）。

第Ⅱ章では、第Ⅰ章で確定した諸概念を用いて、「共同決定法判決」にて引用された諸裁判の内容を検討したい。具体的には「厳格な内容統制」が行われた事案として1960年3月23日の第一法廷判決（以下、「保険法判決」という）と1975年2月25日の第一法廷判決（以下、「第一次墮胎罪判決」という）の内容を、「主張可能性統制」が行われた事案として1968年12月18日の第一法廷決定（以下、「第一次製粉所法決定」という）と1975年3月19日の第一法廷決定（以下、「第二次製粉所法決定」という）の内容を、そして「明白性の統制」が行われた事案として1974年3月5日の第一法廷決定（以下、「ワイン経済法決定」という）の内容を検討する。「ワイン経済法決定」は前稿では触れられなかった裁判である。他の裁判は、言及はあったが詳細な検討は出来なかったものである¹²⁾。

第Ⅲ章ではこれらの検討を基に諸裁判の内容を横断的に検討する。それによって「立法者の予測統制」が事案にて主題化される理由が明らかにされる。また、ここでは三つの尺度の具体的な内実と使い分け方が再確認される。更に、三段階説の背後にある法解釈方法も再確認される。

以上を基に、残された課題について検討をする。

I 用語の定義

本稿は「三段階説」に係る連邦憲法裁判所の諸裁判を検討する。しかし、それに先立ち、まずはその道具となる諸概念の意味内容を確定したい。具体的に言うと、「結果審査」・「行為審査」(1)、「三段階審査」(2)、そして「事実認定」・「予測」(3)という五つの用語の意味内容について確定をしたい。

1 「結果審査」・「行為審査」

まずは「結果審査」・「行為審査」について。

周知の通り、刑法学の世界においては犯罪の本質（違法性評価の対象）をどこ

12) 対象の選択方法等については後で詳しく述べる。

に求めるかにつき極論すると二つの立場があると言える。

一つは、犯罪の本質を（「法益侵害」という）「結果自体」に求めるものである。例えば A が B を死なせたとする。この時 B は正に死んでいるわけだが（法益侵害）、そのこと自体に犯罪の本質を見るのがこの立場である。

二つは、犯罪の本質を倫理的非難に値する行為そのもの、特にその行為者の「意図」に求めるものである。例えば A が B を死なせたとする。この時 B は正に死んでいるわけだが、そのこと自体は問題ではなく、むしろ B の死につながる行為を A が行ったこと、若しくは B を死なせようとする意図を A が持ったこと自体に犯罪の本質を見るのがこの立場である¹³⁾。

従って、極論すれば、犯罪の存否を判断する裁判的審査も、（上記議論に対応して）「結果に着目するもの」と「行為に着目するもの」とに分かれそうである。本稿は前者の審査を（一般的に）「結果審査」と言い、後者の審査を（一般的に）「行為審査」と言う。

2 「三段階審査」

次に「三段階審査」について¹⁴⁾。

「三段階審査」はドイツ法に由来するもので、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する（以下、これを「保護領域該当性審査」と言う）。これが肯定される場合には、次にその自由が法令によって制約（Eingriff）されているかどうかを審査する（以下、これを「制約審査」と言う）。これも肯定される場合には、最後に、そのような制約の正当化可能性を審査する（以下、これを「正当化可能性審査」と言う¹⁵⁾。

最後の「正当化可能性審査」においては、形式的な観点からの審査と実質的な観点からの審査とが行われる（以下、前者を「形式的正当化可能性審査」と言い、

13) 以上につき、関連する議論を行うものとして、井田良「行為論」西田典之 = 山口厚 = 佐伯仁志編『刑法の争点』（有斐閣・2007年）16-17頁。

14) 本手法のオリジナルを日本に紹介した文献として、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) 参照、松本・前掲註14）18, 64頁。

図1 三段階審査の内実

① 保護領域該当性審査				
② 制約審査				
③ 正当化可能性審査	(1) 形式的正当化可能性審査			
	(2) 実質的正当化可能性審査	i	目的審査	
		ii	手段審査	a 適合性審査
				b 必要性審査
iii	均衡性審査			

後者を「実質的正当化可能性審査」と言う)¹⁶⁾。

「形式的正当化可能性審査」においては規範の明確性¹⁷⁾などが審査される。「実質的正当化可能性審査」においては、①法の目的の正当性（「目的審査」）と¹⁸⁾、②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」¹⁹⁾）とが審査され、更に③被侵害利益の重要性と侵害理由の重要性との均衡性（「均衡性審査」²⁰⁾）が審査される。

「実質的正当化可能性審査」の二ステップ目で行われるこの「手段審査」は、以下の二つの下位審査により構成される。一つは、「採用された手段が法の目的の達成に適したものとなっているかどうか」の審査であり、これを本稿は「適合性審査」と言う²¹⁾。二つは「採用された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」の審査であり、これを本稿は「必要性審査」と言う²²⁾。これらの審査は、何も、法が実社会にもたらす効果に着目しているという点で、「結果審査」であると言える（図1）。

16) 参照、松本・前掲註14) 34, 65頁。

17) 参照、渡辺康行「憲法訴訟の現状」法政研究76巻1・2号（2009年）54頁、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。

18) 実質的正当化可能性審査に目的審査が含まれるとするものとして、松本・前掲註14) 55-63, 65頁。

19) 実質的正当化可能性審査に手段審査が含まれるとするものとして、松本・前掲註14) 55-63, 65頁。但し、本稿とは「手段審査」の定義が異なる。

20) 実質的正当化可能性審査に均衡性審査が含まれるとするものとして、松本・前掲註14) 55-63, 65頁。

21) 手段審査に適合性審査が含まれるとするものとして、松本・前掲註14) 55-63, 65頁。

22) 手段審査に必要性審査が含まれるとするものとして、松本・前掲註14) 55-63, 65頁。

3 「事実認定」と「予測」

最後に「事実認定」と「予測」について。

この点については前稿にて述べた。そこで詳細についてはそちらに譲る²³⁾として、ここでは概要のみ述べる。

まずは「事実認定」について。本稿が考える事実認定とは、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。また、この確定作業の結果として導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。

次に「予測」について。本稿が考える予測とは、事実認定によって導出された命題を基に、将来に関する命題を導出する行為のことを指す。また、この行為の結果として導出された命題（予測命題）そのもののことを指して「予測」という場合もある。予測は、予測命題に対して予測主体の価値判断が反映されるか否かによって、「類推的予測」と「帰納的予測」に分類される²⁴⁾²⁵⁾。

II 三つの尺度が実際に用いられた事例

1 分析対象と分析角度の設定

A 分析対象の設定

さて、判例の検討に移ろう。

既述のように、連邦憲法裁判所は共同決定法判決にて、法令の合憲性審査のために、三つの尺度が用いられ得ることを明示した。その際に、裁判所は三つの尺度が実際に用いられた事案として、いくつかのものを列挙していた²⁶⁾。それらの中から、本稿では既述の五つの裁判を選んで分析を加える²⁷⁾。この選抜は以下の指針に基づき行われた。

(1) 前稿で中心的に取り上げた裁判は除く。

23) 高橋・前掲註1) 890-895頁。

24) 価値判断が反映される余地があるのが前者であり、無いのが後者である。

25) 価値判断の反映は、予測主体が類推を行う際に比較対象を選択することで生じる。

26) BVerfGE 50, 290 (333)。

27) 本稿はじめに3を参照。

(2) 考察が全ての尺度に満遍なく及ぶようにする。

(3) 各尺度の関連裁判の中でも古いものを優先的に選ぶ²⁸⁾。

(1) は当然のことであろう。(2) は本稿が三つの尺度の異同を探究しているからである。(3) は裁判所による後の憲法解釈は前のそれから影響を受けるからである²⁹⁾。全ての裁判が選ばれない理由は、専ら紙数の都合による。

B 分析角度の設定

本稿はこうして選ばれた五つの裁判を次の諸観点から分析する。

(1) 各事案にて憲法裁判所は如何なる審査枠組みを以って合憲性を審査していたか。三段階審査は採用されていたか。

(2) 三段階審査が採用されていた場合、その目的審査と手段審査は如何なる態様のものとして行われていたか。手段審査は「結果審査」として行われていたか。

(3) 予測コントロールは三段階審査のどの部分と結びついていたか。何故その部分と結びついたと考えられるか。

(4) 共同決定法判決は各事案における予測コントロールを如何なる尺度のものとして評価していたか。その評価はどこから生じていたか。各事案における予測コントロールは具体的に如何なる特性を有していたか。

これらの観点は、本稿が①予測の主題化理由と、②三つの尺度の具体的内実を探究しているという理由により採用された。

更に、(後述のように、) 共同決定法判決は、各事案における尺度の決定規準を、①「違憲審査の対象となる法令の規制対象の複雑性・変化の速さ」と、②「基本権侵害の重大性」としていた³⁰⁾。そこで、本稿は次の諸点にも着目して上記諸裁判を分析する。

(5) 各事案にて両規準(即ち、「法令の規制対象の複雑性・変化の速さ」若

28) 但し、「主張可能性統制」については、1971年3月9日の第二法廷決定(「保護法決定」)ではなく、「第二次製粉所法決定」の方を分析対象とした。これは、同決定が「第一次製粉所法決定」と密接に関係しているからである。

29) この点については、本稿脚註11)を参照。

30) BVerfGE 50, 290 (333).

しくは「基本権侵害の重大性」)は話題にされていたか。

(6) 話題にされていたとすれば、それはその裁判にてどのように評価されていたか。

(7) その評価はどこから生じていたと考えられるか。

以上の諸観点は、本稿が、③三つの尺度の使い分け方と、④三段階説の背後にある法解釈方法の探究という主題を有するという理由から採用された。

更に、今後の研究のために以下の諸点についても着目しておく。

(8) 規制目的の重要性につき裁判所は何と述べていたか。

(9) 立法者の事後的是正義務 (Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers) への言及はあったか³¹⁾。

さて、それでは、五つの裁判の内容を具体的に見ていこう。検討は裁判の下された年代順に行われる。これもやはり後の裁判は前の裁判により影響を受けるという理由による。各裁判の検討は、読者の理解を考慮して (A) 事案の紹介→ (B) 判旨の紹介→ (C) 裁判の分析という手順で行われる。「C 分析」は、上に挙げた諸観点から行われる。「A 事案」・「B 判旨」の記述はそれに必要な限りでのものとなる。

2 「保険法判決」

まずは 1960 年 3 月 23 日の第一法廷判決 (「保険法判決」) について見てみよう。同判決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する。

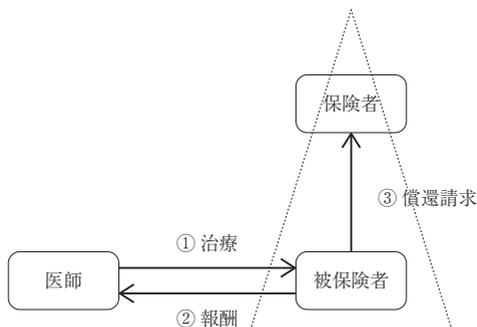
A 事案

i 前史

本件 (以下、「保険法事件」という) は、疾病から国民を保護する「疾病保険制度」に関係する。

31) 同義務については、詳しくは、入井凡乃「立法者の予測と事後的是正義務」法學政治學論究 96 号 (2013 年) 343 頁以下、同「事後的是正義務と新規律義務」法學政治學論究 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 卷 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 卷 6 号 (2004 年) 1541 頁以下にも関連する議論がある。

図2 初期の診療報酬の流れ



ドイツでは12世紀頃より職人金庫やツunftといった各種の同業組合が発展した³²⁾。同組合は14、15世紀頃からは徐々に相互扶助組織（「共済金庫」）へと変容していった³³⁾。

工業化が進み労働問題が深刻化した19世紀も半ばともなると、これらの金庫が基になって労働者を強制加入制とする共済保険の仕組みが法定化された³⁴⁾。しかし、そこではいわゆる「現金給付原則（Geldleistungsprinzip）」が採用されていた³⁵⁾。同原則の下では、被保険者（＝保険加入者）は、医師（開業医若しくは病院勤務医）と個別に「診療契約（Dienstvertrag）」を締結することになる。従って、被保険者は同契約に基づき、治療に要した費用をひとまず自ら建て替えねばならない（図2）³⁶⁾³⁷⁾。

このような仕組みの下では貧困者は治療を受けられない³⁸⁾。そこで、この「現金給付原則」に代えて、「現物給付原則（Sachleistungsprinzip）」を採用する、

32) 詳しくは、栃本一三郎「プロイセン近代化と社会行政」小山路男編『福祉国家の生成と変容』（光生館・1983年）120-121頁、土田武史「共済金庫の生成と展開」同『ドイツ医療保険制度の成立』（勁草書房・1997年）25, 27, 69頁〔初出1985年〕。

33) 詳しくは、土田・前掲註32）36, 39以下、78頁を参照。

34) 倉田聡「ドイツ疾病保険制度の形成と発展（上）」北大法学論集40巻3号（1990年）776頁以下。

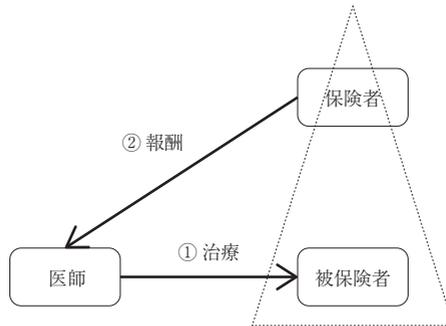
35) 参照、倉田・前掲註34）778頁、ロタール・ファイゲ（下和田功訳）「医療保障と疾病保険」大西健夫編『現代のドイツ7社会保障』（三修社・1982年）108頁。

36) 従って、金庫構成員は、治療に要した費用を後に金庫に対して請求する事になる。

37) 参照、倉田・前掲註34）778, 789頁。

38) 倉田・前掲註34）789頁。

図3 疾病保険法下での診療報酬の流れ



新たな法律が作られることになった。これが1883年6月15日の「疾病保険法」³⁹⁾である⁴⁰⁾。

同法律は診療契約を、「個々の医師と保険者（保険主体）との間で締結されるべきもの」とした⁴¹⁾⁴²⁾。従って、診療報酬も同契約に基づき、保険者から個々の医師に対して支払われるべきものとされた。これにより、被保険者は治療に要した費用を自分で建て替える必要性が無くなった⁴³⁾。資力のない者でも治療を受けられるようになったのである（図3）。

ii 医師の組織化

けれどもこの仕組みにより今度は別の問題が発生した。即ち、診療契約を「保険者と個々の医師との間で締結されるべきもの」としたため、医師の側が保険者に対して不利な立場に置かれるようになったのである⁴⁴⁾。

この問題は、疾病保険法をも含む各種の社会保険立法がまとめられた1911年7月19日の「ライヒ保険法」⁴⁵⁾にもそのままの形で受け継がれた⁴⁶⁾。しかし、そ

39) Gesetz betr. die Krankenversicherung der Arbeiter v. 15. 6. 1883 (RGB. I S. 73).

40) 参照、倉田・前掲註34) 774, 783, 786, 789, 791頁、倉田聡「ドイツ疾病保険制度の形成と発展（下）」北大法学論集40巻4号（1990年）948頁。

41) 参照、倉田・前掲註34) 789-791頁、倉田・前掲註40) 948頁。

42) 同契約は「私法上の契約」とされた。参照、倉田・前掲註34) 791頁。

43) 参照、倉田・前掲註34) 789頁。

44) 参照、倉田・前掲註34) 791頁、倉田・前掲註40) 948頁。

の間に、労働者人口 (= 保険加入者数) が増大し、診療のほとんどが保険診療として行われるようになった。これにより医師の生活は厳しいものになった⁴⁷⁾。

そこで、連邦政府は1931年から一連の命令を發布した。これが1931年12月8日の「経済及び財政の確保並びに内部における平和の保護のための第4次大統領令」⁴⁸⁾と、1931年12月30日の「保険医の雇用関係に関する施行・移行規則」⁴⁹⁾、そして、1932年1月14日の「保険医による療養に関する命令」⁵⁰⁾である。

これらの命令によりライヒ保険法の諸規定が改正され⁵¹⁾、州に「保険医協会 (Kassenärztliche Vereinigung)」なるものが設置された (368e 条 2 項)。同組織が、今後は保険者との間で排他的に⁵²⁾診療契約を締結することになった (いわゆる「総契約 (Gesamtvertrag)」) (368 条 2 項 1 文)。診療報酬も同契約に基づき以後は保険医協会に対してのみ支払われることになった (いわゆる「総報酬 (Gesamtvergütung)」) (368e 条 2 項 1 文) (図 4)⁵³⁾。

こうして、医師の保険者に対する交渉力は格段に向上した⁵⁴⁾。しかし、保険診療の取扱いを望む医師は必ずこの協会に所属せねばならなくなった。何故なら所属しなければ診療報酬を受け取れないからである。こうして、「各医師の保険医協会への所属の可否」という問題が新たに発生することになった⁵⁵⁾。

45) Reichsversicherungsordnung v. 19. 7. 1911 (RGBl. S. 509); 同法を紹介する邦語文献として、倉田・前掲註 40) 956-959 頁。

46) 参照、倉田・前掲註 40) 958 頁。

47) 参照、倉田・前掲註 40) 995 頁。

48) Vierte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens v. 8. 12. 1931 (RGBl. I S. 699).

49) Ausführungs- und Überleitungsbestimmungen über das kassenärztliche Dienstverhältnis v. 30. 12. 1931 (RGBl. 1932 I S. 2).

50) Verordnung über kassenärztliche Versorgung v. 14. 1. 1932 (RGBl. I S. 19).

51) 後二者は最初の大統領令による委任を受けて、これを具体化したものであった。最初の大統領令は、ヴァイマル共和国憲法 48 条 2 項に基づき公布されていた。命令により議会法が改正されるのはおかしいのではないかと思われた読者もおられようが、以上のような経緯がある。

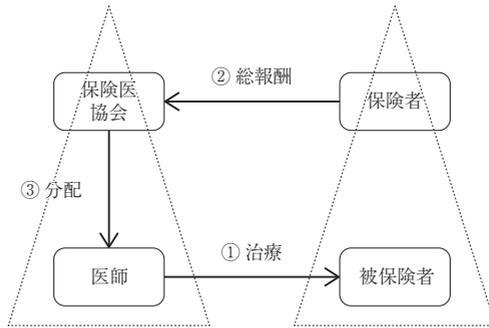
52) 排他的だから交渉力が発揮されるのである。

53) その後に同報酬は同協会から各保険医に対して出来高に応じた額で分配される (368e 条 2 項 2 文)。

54) ファイゲ・前掲註 35) 110 頁。

55) 医業は既に (例えば) 1869 年 6 月 21 日の「北ドイツ連邦営業法」により、資格証明に基づく免許制とされていた。以上につき、倉田・前掲註 34) 775 頁を参照。

図4 1932年以降の診療報酬の流れ



iii 保険医協会への所属の可否

この問題は、保険医協会の代表者と保険者の代理人とにより構成される、「許可委員会 (Zulassungsausschuß)」により決されることになった。つまり、同委員会が各医師の申請に基づき、その医師の協会への所属の可否を決することになったのである⁵⁶⁾。

そのための基準は特に重要なものについてはライヒ保険法内に書き込まれることになった。その一つが、「比例数 (Verhältniszahl)」の規定である (368b 条 2 項)。同規定に依れば、保険医の認定は被保険者 600 人につき 1 名の割合で行われる。

以上の仕組み⁵⁷⁾は戦間期には廃止されていた⁵⁸⁾。しかし、西ドイツが主権を回復した 1955 年に、もう一度この制度が復活されることになった⁵⁹⁾。

この 1955 年ライヒ保険法においては、比例数の要件はその 368a 条に書き込まれることになった (1 項 1 文)⁶⁰⁾。同規定は許可要件の細目を定める 1957 年 5 月

56) この許可行為は、判例により「公権力の行使」とされている。Vgl., BVerfGE 11, 30 (32).

57) 一般的に同制度は「共同自主運営 (gemeinsame Selbstverwaltung)」などと呼ばれる。参照、倉田・前掲註 40) 983, 984, 988, 995 頁。

58) 参照、倉田・前掲註 40) 988 頁。より国家主義的な仕組みへと変更されたと言う。

59) Gesetz über Änderungen von Vorschriften des Zweiten Buches der Reichsversicherungsordnung und zur Ergänzung des Sozialgerichtsgesetzes v. 17. 8. 1955 (BGBl. I S. 513).

60) 但し、認定割合はかつての 600 人につき 1 名から 500 人につき 1 名へと変更された。

28日の「保険医の許可に関する規則（許可規則）」⁶¹⁾の定立を待ってその後に施行された。

X₁は医師国家免許を取得した開業医である。X₁は保険医の認定をも受けんとし、許可委員会に対してその旨を申し述べた。しかし、同申請は「比例数の要件を満たさない」として拒否された。そこで、X₁は不服の申立を行なったがこれも拒否された。仕方なくX₁は同要件の無効を求めて憲法異議を提起した。

同訴においてX₁は、比例数の要件を定める1955年ライヒ保険法368a条の規定は「職業の自由」（基本法12条1項）を侵すとしてその無効を主張した。

B 判旨

これに対して連邦憲法裁判所は次のように述べて、X₁の主張を認容（begründet）した⁶²⁾（以下はその内容の要約である）。

i 伝統的な審査基準

本件で問題となっている1955年ライヒ保険法は、保険医の認定を許可委員会による許可にかからしめており、医師の保険診療取扱いは同委員会の許可に依存させられている⁶³⁾。故に、本件においては職業の自由を制約する立法の合憲性が問題になっていると言える⁶⁴⁾。

当裁判所の確立した判例によれば、同自由を制約する法令の合憲性は次の審査基準に依拠して審査をされる。

- ①制約される基本権が職業の「遂行の自由」に当たる場合には、その目的は「特定の職業の助成」といったものを広く含み得るものになる。しかし、
- ②制約される基本権が職業の「選択の自由」に当たる場合には、それは「抜きん出て重要な共同体利益に対する危険の防御」と呼べるものでなければな

61) Zulassungsordnung für Kassenärzte v. 28. 5. 1957 (BGBl. I S. 572).

62) 本判決の内容を紹介・分析する邦語文献として、高見勝利「立法府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）57-58頁、倉田・前掲註34）764-765頁。

63) BVerfGE 11, 30 (48-49).

64) BVerfGE 11, 30 (38).

らない。

また、後者の場合には制約を行う手段の性質に応じて、審査基準は更に異なってくるものとされる。即ち、

- ① 「客観的条件」が用いられる場合にはそれがなければ公益が害されることが事の性質からして肯定される。しかし、
- ② 「主観的条件」が採用される場合にはそのような推測は行われ得ず、故に危険発生の蓋然性につき高度の証明が求められる (以上、「薬事法判決」⁶⁵⁾。

ii 本件被侵害利益の性質

このように、伝統的に当裁判所は「職業の自由」を制約する法令の合憲性を、①被侵害利益の性質と、②制約手段の態様という、二つの因子に着目してその審査基準を決してきた。そこで、以下ではまず、問題になっている職業の自由の性質について確認をする。

本件で問題になっている職業の自由は「遂行の自由」であると言える。何故なら、「保険医としての活動」は「非保険医としての活動」と何ら異ならないからである⁶⁶⁾。

確かに認定により、保険医はガイドラインに沿って治療を行うよう義務付けられる⁶⁷⁾。しかし、同ガイドラインはそもそも、保険医協会から各保険医に対して支払われる報酬の総額が、保険者から保険医協会に対して支払われる「総報酬」の額を超えないようにするためのものである⁶⁸⁾。従って、それは非保険医が診療を行う際に患者の資力によって拘束されるのと同質であると言える⁶⁹⁾。故に、「保険医としての活動 (保険診療)」と、「非保険医としての活動 (保険外診療)」に業としての差異は無いと言える⁷⁰⁾。

65) BVerfGE 11, 30 (30) は、本判決が薬事法判決に依拠したものであったことを明示している。

66) BVerfGE 11, 30 (41, 42).

67) BVerfGE 11, 30 (39).

68) BVerfGE 11, 30 (41).

69) BVerfGE 11, 30 (41).

70) BVerfGE 11, 30 (41).

以上からすれば、「保険医としての活動（保険診療）」は、医師の通常の活動と、何ら異なるものではないと言える⁷¹⁾。それは後者の一部として理解される⁷²⁾。「保険医」と「非保険医」は異なる二つの職業ではなく、同一の職業の二つの側面に過ぎない⁷³⁾。本件規制は職業の「選択の自由」を制限するものではなく、「遂行の自由」を制限するものである⁷⁴⁾。

iii 本件における審査枠組み

このように、本件規制は私人の「職業遂行の自由」を制約する。しかし、本件規制には最も厳格な基準があてがわれねばならない。何故なら、本件規制はその効果の点で職業選択規制に近似する、客観的規制⁷⁵⁾だからである⁷⁶⁾。

「本件規制の効果が職業選択規制に近似する」というのは、次のような理由による。即ち、今日においては住民のほとんどが社会保険に加入しているという理由がそれである⁷⁷⁾。

その数は2610万人とされており、全住民の53.1パーセントが社会保険に加入していることになる⁷⁸⁾。被保険者の被扶養家族まで含めると、その数は80パーセントに上る⁷⁹⁾。このような状況にあって、保険医にならずに医業を続けることは不可能である⁸⁰⁾。ましてや、保険外診療は保険医であっても行い得ると言うのであるからなおさらである⁸¹⁾。

この点、確かに、認定を受けずに医業を継続している者が存在することは認められる⁸²⁾。しかし、このようなケースは稀である⁸³⁾。これらの者の多くは、特

71) BVerfGE 11, 30 (41).

72) BVerfGE 11, 30 (41).

73) BVerfGE 11, 30 (41).

74) BVerfGE 11, 30 (41, 42).

75) BVerfGE 11, 30 (44-45).

76) BVerfGE 11, 30 (43).

77) BVerfGE 11, 30 (43).

78) BVerfGE 11, 30 (43).

79) BVerfGE 11, 30 (43-44).

80) BVerfGE 11, 30 (43).

81) BVerfGE 11, 30 (44).

82) BVerfGE 11, 30 (44).

別な治療法や名声によって多くの患者を獲得した者である⁸⁴⁾。このような活躍の仕方を全ての医師志願者に予め予定せよと言うことは出来ない⁸⁵⁾。だとすれば、このようなケースの存在を以って「保険医認定が無くとも職業遂行は可能である」と言うことは出来ない⁸⁶⁾。本件規制はその効果の点で、職業選択規制に近似する客観的条件であると言える⁸⁷⁾。故に、本件規制には最も厳格な基準があてがわれる。本件規制にはその目的につき卓越した重要性が求められ、危険発生の蓋然性についても高度の証明が求められる⁸⁸⁾。

iv 制約の正当性

以上を前提に本件法令の合憲性につき審査をする。

〔伝統的な枠組みにおいても、実は、基本権制約の正当性は、次の三点に依拠して審査をされていた。一つは制約の目的が正当であることであり、二つは制約の手段が正当であることであり、三つは規制目的の重要性と基本権侵害の重大性が適切に釣り合っていることである⁸⁹⁾。そこで、以下でも、これらの基準を基に制約の正当性につき審査を行う。〕

(1) 目的の正当性

まずは、規制目的の正当性について。

本件法令の目的につき、連邦議会はそれを「住民の健康」とした⁹⁰⁾。〔このような目的が憲法価値に合致することは疑いようが無い。また、〕この目的が「抜きん出て重要な共同体利益」に当たることについても疑いようが無い⁹¹⁾。従って、問題は「保険医数を規制せねば上記目的が侵害される」と確実に言えるかど

83) BVerfGE 11, 30 (44).

84) BVerfGE 11, 30 (44).

85) BVerfGE 11, 30 (44).

86) BVerfGE 11, 30 (44).

87) BVerfGE 11, 30 (44-45, 48).

88) BVerfGE 11, 30 (44-45).

89) Vgl., BVerfGE 11, 30 (42, 45).

90) BVerfGE 11, 30 (45).

91) Vgl., BVerfGE 11, 30 (45).

うかである。

ここで重要になるのは法案を作成した連邦政府が、連邦議会にてこれを次のように説明していたという事実である。「認定が自由化されれば保険医間で競争が激化し、患者抱き込みのために不要な薬剤供給等が行われるようになる」⁹²⁾。〔このような予測は1955年ライヒ保険法の諸規定にも整合するものである。〕

問題は、このような因果推移が生じるということに客観的な根拠があったかどうかである。〔この点、連邦政府（及び連邦議会）が主張していたように、認定が自由化されたことで保険医間の競争が激化し、結果、患者抱き込みのために不要な薬剤供給等が行われるようになったという事案は過去に存在していた⁹³⁾。〕

しかし、本件においてはこのような因果推移は生じ得ない⁹⁴⁾。何故なら、上記事例ではこの因果推移は未だ保険医数が少なかったがために生じたのであるが、本件事例では（立法が行われた1955年時点においても、）医師免許を持つ者の実に88パーセントが、既に（現在の保険医認定に当たる）認定を受けているからである⁹⁵⁾。このような状況にあって、保険医認定が自由化されることで保険医間の競争が激化することになるなど考えられない⁹⁶⁾。

以上からすれば、1955年ライヒ保険法の根底にあった立法者の次のような予測、即ち、「保険医数を制限せねば住民の健康が損なわれる」という予測には、事実的な根拠が無かったと言える⁹⁷⁾。侵害の発生につき立法者は必要な証明に失敗した。

v 結論

以上の総ての考察からすれば、次の結論が導かれる。

1955年ライヒ保険法368a条1項1文の規定は、異議申立人の「職業遂行の自

92) BVerfGE 11, 30 (45).

93) Vgl. BVerfGE 11, 30 (45ff.); この点は、判決においては明示的には述べられていない。しかし、「価値判断審査」が行われていることから、このような前提に立つものと推測される。

94) BVerfGE 11, 30 (45, 46).

95) BVerfGE 11, 30 (45).

96) BVerfGE 11, 30 (45, 46).

97) BVerfGE 11, 30 (45, 46, 48).

由」を不当に制限するものである。同規定は違憲・無効である⁹⁸⁾。

C 分析

以下では本件判決の意義を上記諸観点⁹⁹⁾から分析していく。

i 「(形式上の) 手段審査」の空転

本件においては医師の保険診療の取扱いを、公権力の行使たる「許可委員会の許可」にかからしめていた 1955 年ライヒ保険法の諸規定の合憲性が争われていた。裁判所は同規定を、医師の「職業の自由」に対する制約とした¹⁰⁰⁾。

この制約の合憲性を、裁判所は純形式的には¹⁰¹⁾三段階審査に依拠して審査した¹⁰²⁾。その実質的正当化可能性審査においては、①「目的審査」と②「手段審査」、そして③「均衡性審査」がフルセットで行われる手筈であった¹⁰³⁾。しかし、この二ステップ目以降の審査は実際には見られなかった。これは一体、どういうことなのだろうか。

これはもちろん、法令の違憲性が目的審査の段階で確定したからである¹⁰⁴⁾。しかし、仮に目的が「正当」と評価されて、故に手段審査と均衡性審査とが行われていたとしても、(少なくとも)前者の審査は形ばかりにとどまっただろうと推測される。何故なら、本件においては、この審査は空転を宿命づけられていたからである。「空転を宿命づけられていた」と言うのは次のような意味である。

まずは、手段審査の第一要素たる「適合性審査」について。

同審査では、既述のように、「法令によって採用された手段が法の目的を実際に促進するかどうか」が問われる¹⁰⁵⁾。本件にて問題になった許可制は、「住民の健康 (の保護)」という目的を有するものであった¹⁰⁶⁾。従って、法施行後に健康

98) BVerfGE 11, 30 (48, 49).

99) 本稿 II 1 B を参照。

100) 本稿 II 2 B i を参照。

101) 本稿が言うところの「形式」とは、判決の「プロット (筋書き)」の意味である。

102) 本稿 II 2 B を参照。

103) 本稿 II 2 B iv を参照。

104) 本稿 II 2 B iv(1) を参照。

105) 本稿 I 2 を参照。

被害が生じていなければ手段は一応、「適合性アリ」となりそうである。しかし、この確定をするためには、一定の時間が必要である¹⁰⁷⁾。にも拘らず、1957年許可規則の施行後判決までの間には、わずか2年10ヶ月の時間しか流れていなかった¹⁰⁸⁾。このような状況にあって、裁判所が手段の目的適合性を確実に判断するなど不可能ではないか。

適合性審査が仮に行われたとしてもそれは空転を宿命づけられていたというのは以上のような意味である。

次に、手段審査の第二要素たる「必要性審査」について。

同審査では、既述のように、「法令によって採用された手段と同程度に目的を促進し、しかし私人に対する制限の度合いはより小さいという他の手段が無いかどうか」が問題とされる¹⁰⁹⁾。その際には、「代替手段が実際に採用された手段と同程度に目的を促進する」ことや、「代替手段が私人に対してより小さい制限的効果を有する」ことが前提とされる。しかし、実際に採用されているわけでもない手段について、この点を確定することは不可能ではないか¹¹⁰⁾。

だとすれば、必要性審査は少なくともそれを「結果審査」として行うことは不可能であったと言える。必要性審査が仮に行われていたとしても、それは空転しただろうというのは以上のような意味である。

以上のように、本件「適合性審査」と「必要性審査」は、それが仮に行われていたとしても、それは結局は空転しただろうと推測された。これを見越して連邦憲法裁判所は形式上の目的審査にて、それを補完する審査を行っていた。これを次に見てみよう。

106) 本稿Ⅱ2B iv(1)を参照。

107) 健康被害が発生するまでに辿られるであろう因果推移の複雑さに鑑みれば、法の施行後直ちに健康被害が激増するなどは考えられないように思われる。

108) また、もっと根本的な問題として、そもそもこのような事案において、適合性を客観的に評価し得るのかという問題もある。というのも、仮に判決時に健康被害が生じていなくても、規制が行われなかった場合も同様に健康被害は生じていなかったかもしれないからである。

109) 本稿Ⅰ2を参照。

110) つまり、必要性審査は一種の仮説的思考を含まざるを得ないということである。

ii 「(形式上の) 目的審査」における補償

既述のように、目的審査は本来であれば、「法の目的が憲法価値に合致するかどうか」を審査する¹¹¹⁾。しかし、本件目的審査は、この審査に加えて次の審査をも含んでいた。即ち、「手段の適合性(と必要性)に係る立法者自身の予測について客観的な根拠があったかどうか」、これである¹¹²⁾¹¹³⁾。

このような審査は、具体的に言えば「保険医認定が自由化されれば保険医間の競争が激化し、結果、患者抱き込みのために不要な薬剤供給等が行われるようになる」という予測に関するものとなっていた¹¹⁴⁾。このような予測は、その内容から言って、手段の適合性(と必要性)¹¹⁵⁾に関係していたものと言える。

このように、本件(形式上の)目的審査は、「法の目的が憲法価値に合致するかどうか」の審査に加えて、「法の根底にあった立法者自身の予測に客観的な根拠があったかどうか」の審査をも含んでいた(このような審査を以下「(予測の)合理性審査」と呼ぶ)。では、この審査は、具体的にどういう態様のものとして行われていたのだろうか。

ここで再び注目したいのが本件予測の内容である。既述のように、本件予測は「保険医認定が自由化されれば保険医間の競争が激化し、結果、患者抱き込みのために不要な薬剤供給等が行われるようになる」という内容であった。このような予測は、過去に何処かで行われていた保険医認定の自由化の経験から導出されたものと推測される¹¹⁶⁾(「類推的予測」)。そして、この事例が過去に本当に存したかどうかを裁判所は審査し、これを認めた。曰く、

“確かに、(連邦政府・連邦議会が主張したように、)認定が自由化されたこ

111) 本稿 I 2 を参照。

112) 本稿 II 2 B iv(1) を参照。

113) むしろ、前者の審査(本来的意味での目的審査)は、それに相当する記述が全く見られなかった。しかし、それは黙示的に行われたものと推測される。

114) 本稿 II 2 B iv(1) を参照。

115) 代替手段が無いということを証明する事は論理的に不可能であるから、手段の必要性を立法者自身が説明するとすれば、それは必然的に、「△△という手段を採用せねば○○という困った事態になる」という説明になると思われる。つまり、立法者自身の目から見た「(手段の)必要性」とは、文字通りの意味での「必要性」なのである。

116) 本稿 II 2 B iv(1) を参照。

とで保険医間の競争が激化したという事例は存在していた”¹¹⁷⁾。

しかし、裁判所はここから進んで更にこの事例と今回の事例との類似性をも審査していた。曰く、

“しかし、このような因果推移は本件においては生じ得ない。何故なら、上記事案では、問題の因果推移は未だ保険医数が少なかったがために生じたものであるが、本件においては、(立法が行われた1955年時点においても)既に医師免許を持つ者の88パーセントが、(現在の保険医認定に当たる)認定を受けているからである。このような状況にあって、保険医認定が自由化されることで保険医間の競争が激化することなど考えられない”¹¹⁸⁾。

このように、本件においては裁判所は立法者の予測について、その根拠となった過去の事例の存否だけでなく(「事実認定審査」、その事例が今回の事例に本当に比肩するものだったかどうかをも審査していた(「価値判断審査」)¹¹⁹⁾。従って、本件における合理性審査は、極めて深いものであったと言える¹²⁰⁾。

このように、裁判所の合理性審査が予測の根底にある事実認定のみならず価値判断の正当性にまで及ぶ場合、立法者が行った予測は結局のところ裁判所自身の予測によって置き換えられてしまうことになる。その意味において、本件合理性審査は一種の「実体的判断代置審査」であったと言える¹²¹⁾¹²²⁾。

117) Vgl. BVerfGE 11, 30 (45ff.).

118) BVerfGE 11, 30 (45).

119) つまり、裁判所は立法者に対して比較対象(比較基準)の選択余地を認めなかったということである。

120) 本稿と同様、本判決における予測統制が極めて厳格だったことを指摘するものとして、Fritz Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Christian Stark (Hrsg.), Festgabe 25 Jahre BVerfG, 1976, S. 499; Christian Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 146.

121) Ossenbühl (Fn. 120), S. 500.

122) もう一つ重要なこととして、本件合理性審査が法令の効果(帰結・結果)ではなくて、法令の根底にあった立法者の予測、つまりは立法の意図に着目していたという点が挙げられる。何故この点が重要かという点、それが同審査が一種の「行為審査」であったことを示すからである。

iii 規準変遷史における本判決の意義

ところで、本件にて連邦憲法裁判所は、問題の基本権制約を第一義的には「職業遂行の自由」に対するものとした¹²³⁾。故に、薬事法判決の「三段階理論」からすれば、本件規制には最も穏やかな基準があてがわれるはずであった¹²⁴⁾。しかし実際には上で見た通り、その正当化可能性審査では極めて深い審査が行われた。これは一体どう言うことなのか。

この点を考える上でまず注目したいのは、本件判決が問題の制約を「職業遂行の自由」に対するものとしつつも、その機能の点において、“それは職業選択規制に近似する”としていた点である。曰く、

“今ここで問題になっている 1955 年ライヒ保険法の許可制度は、治療行為に必要な資格を完全に取得している者までをも、極めて広い範囲の患者から遠ざける結果となっている。実際、異議申立人は同制度により生計を立てる機会を失ったと主張しており、だとすれば同制度はその効果の点において、職業選択規制に近似するものと言える”¹²⁵⁾。

判決が被侵害利益を端的に「職業選択の自由」としなかったのは、保険医認定を受けずとも生活をしている強者の医師が少なからず存在していたからであろう¹²⁶⁾。しかし、何れにしても、「職業選択の自由」に対する直接的な侵害を認めないままに本件規制に最も厳格な基準をあてがったがために、「三段階理論」の諸因子が相対化される結果となっているように思われる¹²⁷⁾。

iv その他

さて、その他に本稿の問題関心からして重要と思われる諸点について確認をしたい。

まずは、違憲審査の対象となった法令の規制対象の複雑性・変化の速さについて

123) 本稿 II 2 B ii を参照。

124) 薬事法判決については、高橋・前掲註 1) 909 頁以下を参照。

125) BVerfGE 11, 30 (43)。

126) 本稿 II 2 B iii を参照。

127) 本判決に事実上の判例変更 (三段階理論からの離脱) を見るものとして、Bickenbach (Fn. 120), S. 45.

て。

共同決定法判決は事案において結局は「主張可能性統制」をあてがった。その理由を同判決は次のように説明していた。

“本件で違憲審査の対象となっているのは複雑で変化の早い領域を規制対象とする法令である。また、本件においては生命〔に対する侵害〕や〔それに比肩する重大な〕自由〔権侵害〕も問題になっていない。従って、本件においては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、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、本件において、この問題に回答する必要はない”¹²⁸⁾。

この記述からすれば、連邦憲法裁判所は事案における尺度の決定規準として二つのものを想定していると言える。一つは「基本権侵害の重大性」であり、二つは「法令の規制対象の複雑性・変化の速さ」である¹²⁹⁾。前者については後で説明するので、ここでは後者について考察をしたい。本件保険法判決では、この規準に関する言及は見られなかった。

次に規制目的の重要性について。

本件では、1955年ライヒ保険法の368a条の規定の合憲性が争われていた。同規定の目的につき、裁判所はそれを「住民の健康（の保護）」とした¹³⁰⁾。同目的の重要性については、裁判所はそれを「抜きん出で重要」とした¹³¹⁾。

最後に「立法者の事後的是正義務」への言及について。

同義務への言及は本件では見られなかった。

3 「第一次製粉所法決定」

以上、共同決定法判決にて列挙されていた裁判の一つである、「保険法判決」の内容を実際に見てきた。次に、同じく共同決定法判決にて列挙されていた裁判

128) BVerfGE 50, 290 (333).

129) 共同決定法判決については、高橋・前掲註1) 895頁以下を参照。

130) 本稿Ⅱ2B iv(1)を参照。

131) 本稿Ⅱ2B iv(1)を参照。

の一つである 1968 年 12 月 18 日の第一法廷決定 (「第一次製粉所法決定」) の内容を実際に見てみよう。

同決定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。

A 事案

i 特定の地域への製粉所の集積

本件 (以下、「第一次製粉所法事件」という) は、パンの原材料たるライ麦粉・小麦粉の生産規制に関係する。

周知の通り、ドイツでは古くよりパンが主食とされてきた¹³²⁾。その原料は (主としては) ライ麦粉と小麦粉である。従ってドイツにおいては、古くから各地にライ麦粉と小麦粉を作る製粉所 (Müller) があった。これらの製粉所は、水車や風車で製粉を行い、従ってその生産量も限られたものであった。

しかし、とりわけ 19 世紀半ば以降、各製粉所の製粉工程は徐々に機械化されていった。そしてこの機械化には莫大なお金がかかった。そこで、各製粉所は利益を上げるために大量の製粉を行わねばならなくなった。そうすると当然、大量のライ麦と小麦 (そしてライ麦粉と小麦粉) を運送せねばならなくなる。そこで、各製粉所 (Mühlenindustrie) はこの運搬費用を抑えるために、自己の工場を大消費地付近の大規模河川沿いに徐々に移転させていった¹³³⁾¹³⁴⁾。

このような移転が達成出来なかった製粉所は、徐々に市場から姿を消していった。

132) 詳しくは、中山誠記『世界の小麦 3』(農林水産業生産性向上会議・1960 年) 5 頁以下を参照。

133) 西ドイツは気候的にみて、ライ麦や小麦の栽培に適してはいない。故に、同国は必要なライ麦と小麦を輸入によって獲得してきている。主な輸入先は、カナダとアメリカである (以上につき、中山・前掲註 132) 2, 9, 24-25, 45 頁以下を参照)。戦後、西ドイツの人口が爆発的に増加して、ライ麦と小麦の輸入量も増加していく中で、製粉所の上記地域への集積が進んでいったというわけである。

134) 以上の経緯に関係する記述を行うものとして、Fritz Beckmann, Die Konzernbildung der westdeutschen Großenmühlen, Berichte über Landwirtschaft, Neue Folge Bd. 3, 1926, S. 353-377.

ii 製粉所法の成立／訴訟の提起

このような製粉所の集積過程ないし自然淘汰の過程を、ドイツ連邦議会は望ましくないものと考えた。何故なら、このような集積地帯は、戦時においては真っ先に攻撃の対象となるからである。そこで、ドイツ連邦議会は、1957年6月27日、「製粉所の設立・操業開始・移転・事業拡大及び操業停止中の資金融資に関する法律（製粉所法）」¹³⁵⁾を成立させた。

同法は製粉所の地域的偏在を解消するために製粉所の新規設立と事業拡大¹³⁶⁾を主務官庁（「製粉庁」）による許可にかからしめた（1条1項）。但し、新設される製粉所の予定日産が1トンに満たない場合には、許可は不要とされた¹³⁷⁾。

日産1トンを超える製粉所の設立と事業拡大に要するものとされた製粉庁による上記許可は、問題の製粉所の製品¹³⁸⁾の予定販売地付近で住民に栄養の不足が生じている場合にのみ与えられるとされた（3条3項）。これは非常に抽象的な言い回しであったが、実際には大消費地付近の大規模河川沿岸以外の箇所で行われるものを中心に、許可が付与されていたものと思われる¹³⁹⁾。

許可を得ずに1トンを超える日産の製粉所を設立した者、若しくは許可を得ずに事業拡大した者には過料が科される（12条1項）。

X₂ はかねてより西ドイツの首都ボンにて製粉所を設立し、これを経営していた者である。X₂ は、最新鋭の製粉機を購入し、これによって製粉量を拡大しようとした。しかし、製粉庁による許可を受けずにこれを行なったがために、製粉庁により過料を科された。

この過料決定の事後審査手続にて、ボン区裁判所は製粉所法1条1項と3条3項の違憲を確信した。そこで、同区裁判所は問題を連邦憲法裁判所に対して移送（vorlegen）する決定をした。同裁判所はこの決定を、次の理由により根拠づけ

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

136) ここにいう「事業拡大」は、「製粉の機械設備の変更」によるものに限られ、操業時間の拡大等による事業拡大は含まれなかった（詳しくは後述）。

137) 同条件はその後、1965年に日産3トンへと緩和された。

138) 具体的な内容は2条1項に規定されていた。

139) 裁判所は同法につき、「あらゆる規模の製粉所の、連邦全土への均整な拡散を意図したもの」と述べている。Vgl. BVerfGE 25, 1 (13, 16-17).

た。

“X₂の職業遂行の自由を制限する製粉所法1条1項及び3条3項の規定は違憲である。何故なら、同規定は必要性を欠いているからである。本手続にて連邦政府は同規定の目的を、「戦時における国民の健康と生存（の維持）」とした。

しかし、このような目的は同基本権に対するより非制限的な手段によっても達成され得る。例えば、非常時に備えて政府が予め各地に製粉所を設立するという手段があるし、地方の製粉所を存続させるために政府がそれに対して補助金を与えるという手段もある。

このようなことからすれば、同規定には必要性が欠けていると言える。同規定は違憲・無効である”。

B 判旨

このようなボン区裁判所の主張に対して、連邦憲法裁判所は次のように述べて、それを根拠のないものとした (unbegründet)¹⁴⁰⁾ (以下はその内容の要約である)。

i 伝統的な審査基準

移送元手続の原告である X₂ は、製粉所法1条1項により、自己の事業を拡大出来なくなっている。故に、本件においては「職業の自由」に対する制約が問題となる¹⁴¹⁾。当裁判所の確立した判例によれば、同自由を制約する法令の合憲性は、次の基準に依拠して審査をされる。

- ①制約される基本権が職業の「遂行の自由」に当たる場合にはその目的は「特定の職業の助成」といったものを広く含み得るものになる。しかし、
- ②制約された基本権が職業の「選択の自由」に当たる場合には、それは「抜きん出て重要な共同体利益に対する危険の防御」と呼べるものでなければならない。

140) 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62) 52-53頁、岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制」法學政治學論究14号(1992年)87-88頁。

141) BVerfGE 25, 1 (11, 15).

更に、後者の場合には制約を行う手段の性質に応じて審査の基準が異なってくるものとされる。即ち、

- ①「客観的条件」が用いられる場合には、「それがなければ公益が害される」ということが事の性質からして肯定される。しかし、
- ②「主観的条件」が採用される場合にはそのような推測は行われ得ず、危険発生の蓋然性につき高度の証明が立法者に求められる（以上、「薬事法判決」¹⁴²⁾。

ii 本件における審査枠組み

このように、当裁判所は伝統的に、「職業の自由」を制約する法令の合憲性を、①被侵害利益の性質と、②制約手段の態様という、二つの規準に依拠して審査をしてきた。しかし、真に重要なのはこの基準の背後にある「基本権侵害が重大なものになればなる程、それを審査する裁判所の基準も密になるべきである」という思想である（「保険法判決」¹⁴³⁾。

故に、本規制は職業の「遂行の自由」を制限してはいるけれども¹⁴⁴⁾、それに対して最も穏やかな基準が充てがわれる必要性は必ずしも無いと言える。

そこで、本侵害の態様をより実質的に分析する必要性が生じる。この点、本件侵害は職業の「遂行の自由」に対するものとしては、かなり重い部類に入るものと言える。何故なら、本規制は X_2 に対しその事業拡大を直接的に禁じているが、同規制は固定費の割合が高い製粉業にとっては、その収益拡大余地を完全に奪うものとして機能するからである¹⁴⁵⁾。

この点に鑑みれば、本規制の正当化可能性審査においては、なお“立法者の見

142) Vgl. BVerfGE 25, 1 (11).

143) Vgl. BVerfGE 25, 1 (12).

144) BVerfGE 25, 1 (11, 15).

145) BVerfGE 25, 1 (22); 裁判所はここで次のように述べる。

「〔事業拡大の〕禁止は、つまるところ、存在する合理化余地を妨害し、それによってきちんとした能力のある企業家の経済的自由をも手厳しく制限するものであることが見誤られてはならない」。

ここでは、「経営者がその才覚を十分に発揮出来なくなるのではないか」という、裁判所の正当な危惧があるものと言える。

解に特別なウェートが認められ得る¹⁴⁶⁾” [けれども、裁判所の審査もそれなりの厳格度で行われ得る。]

iii 制約の正当性

以上を前提に本件法令の合憲性につき審査をする。

[伝統的な枠組みにおいても、実は、基本権制約の正当性は次の三点に着目して決されてきていた。一つは制約の目的が正当であることであり、二つは制約の手段が正当であることであり、三つは制約目的と制約の重大性が適切に釣り合っていることである¹⁴⁷⁾。そこで、本件においても、これらの点に着目して制約の正当性を審査していく。]

(1) 目的の正当性

まずは本件規制目的の正当性について。

本件法令の目的は、「戦時¹⁴⁸⁾における国民の健康と生存 (の維持)」というものであった¹⁴⁹⁾。[このような目的は、憲法価値に合致する。] 従って、問題は、「(製粉所の事業拡大等を許可制とすることで) 製粉活動を地域的に分散する」という手段を講じねば、上記目的が侵害されると確実に言えるかどうかである。

この点、法案を作成した連邦政府は (連邦議会にて) これを次のように説明した。「製粉活動が密集すると、その地域は戦時において真っ先に攻撃の対象となる。故にそのような密集が回避されねば、戦時において、国民の健康と生存に危険が生じる」¹⁵⁰⁾。[このような予測は、法令の内容と矛盾してはいない。

従って、問題は、このような予測に事実的根拠があったかどうかとなる。この点を審査するに、) 確かに、連邦政府 (と連邦議会) が主張したように、製粉活動の密集地帯が攻撃の対象となり、故に国民の健康と生存が危険に晒されたとい

146) Vgl. BVerfGE 25, 1 (12).

147) Vgl. BVerfGE 25, 1 (12, 17).

148) ここに言う「戦時」には、他国との戦間期だけでなく、内乱などの多様な戦間期が含まれるものと解される。

149) BVerfGE 25, 1 (15).

150) BVerfGE 25, 1 (16).

う事例は過去に存在していた¹⁵¹⁾。

従って、製粉所法の根底にあった連邦政府・連邦議会の次のような予測、即ち、「(製粉所の事業拡大等を許可制として) 製粉活動の地域的分散を達成せねば、戦時において、国民の健康と生存に危険が生じる」という予測には、それを基礎付けるだけの事実的な根拠があったと言える¹⁵²⁾。本件目的は正当である。

(2) 手段の正当性

次に、手段の正当性について。

まずは本件措置の「目的適合性」について。

本件で合憲性が争われている製粉所法の諸規定は、その目的の達成のために「(製粉所の事業拡大等を許可制とし、) 製粉活動を地域的に分散させる」という手段を採用していた¹⁵³⁾。[このような手段が目的を促進するものであるかどうかは現時点では判らない。何故なら、現時点では戦争は未だ起きていないからである。しかし、] 許可制によって製粉所の地域的分散が促進されていること自体は現時点でも確認され得る¹⁵⁴⁾。

次に措置の「必要性」について。

本件法令の目的を許可制と同程度に促進し、しかし私人に対する制限の度合いはより小さいという他の手段として移送元裁判所が挙げたのは「政府が自ら製粉所を各地に作り、これを待機させておく」というものであった¹⁵⁵⁾。

このような手段を採用すれば、私人の自由を制限せずに上記目的を達成することが出来るかもしれない。[しかし、本当にそうかどうかは現時点では判らない。

151) BVerfGE 25, 1 (17); 裁判所はここで次のように述べる。

「以上のような、自己が何もしなければ生じるであろう危険な展開について、立法者〔自身〕の考えは、理性的な方法では措置の根拠となり得ない程に経済法則ないし実際の経験と矛盾を生じさせてはいなかった」。

ここでは、問題になっている「経済法則」や「実際の経験」が原則としては正しいものであることが前提にされていると思われる。でなければ、この言明自体が無意味になろう。

152) BVerfGE 25, 1 (17).

153) BVerfGE 25, 1 (17).

154) BVerfGE 25, 1 (18); 但し、この認定は後に誤りであったことが(若しくは早計であったことが)明らかになる(詳しくは後述)。

155) BVerfGE 25, 1 (21).

何故なら、このような手段は実際には採用されていないからである]。

しかし何れにしても、このような場合、政府はほとんど稼働しない製粉所を多数抱え込むことになる。これは全く不経済である¹⁵⁶⁾。このような不経済な手段が存することを以って「代替手段あり」とすることは出来ない¹⁵⁷⁾。

また、移送元裁判所は私人に対する制限がより小さい他の手段として「地方の製粉所を存続させるために、それに補助金を支給する」というものを挙げていた¹⁵⁸⁾。

このような手段を採用すれば、私人の自由を制限せずに、上記目的を達成することが出来るかもしれない。[しかし、本当にそうかどうかは現時点では判らない。何故なら、同手段は実際には採用されていないからである]。

しかし、何れにしても、このような手段は「補助金を削減する」という現政府の目標に違背する¹⁵⁹⁾。このような手段が存することを以って「代替手段アリ」とすることは出来ない¹⁶⁰⁾。

以上からすれば、本件法令の目的を、実際に採用された手段と同程度に促進し、しかし私人に対する制限の度合いはより小さいという他の手段は存在しないと言える。本件措置は「必要」である¹⁶¹⁾。

(3) 制約目的と基本権侵害の均衡性

最後に、措置によってもたらされる不利益と法の目的との「均衡性」について。

既述のように、本件措置は職業の「遂行の自由」を制限する。しかし、それによってもたらされる不利益は比較的大きなものであった¹⁶²⁾。他方、本件法令の目的は、「戦時における住民の健康と生命の維持」というものであった。この目的は、「最高位の地位を備えた共同体利益」である¹⁶³⁾。従って、本件措置による

156) BVerfGE 25, 1 (21).

157) BVerfGE 25, 1 (20).

158) BVerfGE 25, 1 (21).

159) BVerfGE 25, 1 (21).

160) BVerfGE 25, 1 (20).

161) BVerfGE 25, 1 (20).

162) Vgl. BVerfGE 25, 1 (22).

163) BVerfGE 25, 1 (15).

侵害は、原審原告にとりなお期待可能 (zumutbar) であると言える¹⁶⁴⁾。

iv 結論

以上からすれば、次の結論が導かれる。

本件で問題になった製粉所法1条1項・3条3項の規定は、原審原告の「職業の自由」を制約してはいるけれども、それはなお正当化され得る。上記規定は合憲である¹⁶⁵⁾。但し、立法者の事後的是正義務の存在には注意せよ¹⁶⁶⁾。

C 分析

以下では本件決定の意義を上述の諸観点¹⁶⁷⁾から分析していく。

i 「(形式上の) 手段審査」の空転

本件では私人の「職業の自由」を制約する法令の合憲性が争われていた。そこでは純形式的には「三段階審査」が行われて¹⁶⁸⁾、その「実質的正当化可能性審査」においては、「目的審査」と「手段審査」、そして「均衡性審査」がフルセットで行われていた¹⁶⁹⁾。この二ステップ目の「手段審査」では、「適合性審査」と「必要性審査」がいつも通りに形式上は行われていた¹⁷⁰⁾。

しかし、この「適合性審査」と「必要性審査」は、その本来の問いに正面からは答えていなかった¹⁷¹⁾。その理由は、これらの問いが、本件においては回答し得ないものとなっていたからだと思われる。「回答し得ない」というのは次のような意味である。

まずは「適合性審査」について。

既述のように、同審査においては、本来であれば「採用された手段が法の目的

164) Vgl. BVerfGE 25, 1 (23).

165) BVerfGE 25, 1 (1).

166) BVerfGE 25, 1 (13, 23-34).

167) 本稿II 1 Bを参照。

168) 本稿II 3 Bを参照。

169) 本稿II 3 B iiiを参照。

170) 本稿II 3 B iii(2)を参照。

171) 本稿II 3 B iii(2)を参照。

を実際に促進するかどうか」が問われる¹⁷²⁾。本件法の目的は「戦時における国民の健康・生存 (の維持)」というものであった。このような目的を達成するために採用されたのが、「(製粉所の事業拡大等を許可制として、) 製粉活動を地域的に分散させる」という手段であった。

このような目的を法が追求する場合、法施行後に戦争になった折に、にも拘らず国民の生存・健康が維持されていれば、手段は一応「適合性アリ」となりそうである。しかし、法の施行後決定までの間には、そのような事態は一度も生じていなかった。従って、本件手段はその(目的)適合性を、決定の時点では判断出来ない性質のものであったと言えよう。「本来の問いに回答し得ない」というのは以上のような意味である。

次に「必要性審査」について。

これも既に述べた通り、同審査においては本来であれば、「法令によって採用された手段と同程度に目的を促進し、しかし私人に対する制限の度合いはより小さいという他の手段が無いかどうか」が問われる¹⁷³⁾。その際には、「代替手段が実際に採用された手段と同程度に目的を促進すること」や、「代替手段が私人に対してより小さい制限的効果を有すること」が前提とされる。しかし、実際に採用されているわけでもない手段について、この点を確定することは不可能ではないか。

だとすれば、「適合性審査」と「必要性審査」が本来回答を求めている問いに、本件において裁判所が回答することは不可能であったと言える。そのせいか、裁判所はその形式上の目的審査にて、これを補完するような審査を行っていた。これを次に見てみよう¹⁷⁴⁾。

172) 本稿 I 2 を参照。

173) 本稿 I 2 を参照。

174) 誤解がないように一言申し述べておくと、筆者がここで主張したいのは、本件にて行われた諸審査が、審査として無意味であったということでは(必ずしも)ない。そうではなくて、それらが審査としては有意義であったものの、そこで本来予定されていた審査にはなっていない(あるいはそもそもなり得ない)ということが言いたいのである。

ii 「(形式上の) 目的審査」における補償

既述のように、目的審査は、本来であれば「法の目的が憲法価値に合致するかどうか」を審査する¹⁷⁵⁾。しかし、本件審査はこの審査に加えて、次の審査をも含んでいた。即ち、「手段の適合性(と必要性)に係る立法者自身の予測について、客観的な根拠があったかどうか」、これである¹⁷⁶⁾¹⁷⁷⁾¹⁷⁸⁾。

このような審査は、具体的に言えば、次の予測に関するものとなっていた。「製粉活動の密集地帯は戦時においては真っ先に攻撃の対象となる。故に、そのような密集の防止が行われねば、戦時において、国民の健康と生存に危険が生じる」¹⁷⁹⁾。このような内容の予測は、その内容からして、手段の適合性(と必要性)を、立法者自身の観点から説明したものであったと言えよう¹⁸⁰⁾。

このように、本件で見られた形式上の目的審査は、「法の目的が憲法価値に合致するかどうか」の審査に加えて、「法の根底にあった立法者自身の予測について客観的な根拠があったかどうか」の審査をも含んでいた(「(予測の)合理性審査」)。では、この審査は、具体的にはどのような態様のものとして行われていたのだろうか。

ここで注目したいのはやはり本件予測の内容である。既述のように、本件の予測は、「製粉活動の密集地帯は戦時においては真っ先に攻撃の対象となる。故に、製粉活動の分散が行われねば、戦時において、国民の健康・生存に危険が生じる」という内容のものであった。このような内容は、過去に何処かで行われていた戦争の経験から導出されていたようである¹⁸¹⁾(「類推的予測」)。そして、裁判所はこのような事例が過去に実際に存したかどうかを審査し、これを認めた¹⁸²⁾。

175) 本稿 I 2 を参照。

176) 本稿 II 3 B iii(1)を参照。

177) むしろ、前者の審査(つまり、本来の意味での目的審査)は、それに該当する記述が全く見られなかった。しかし、それは黙示的に行われたものと推測される。

178) 本稿と同様に、同決定では(「結果審査」ではなく)「行為審査」が行われたものと指摘するものとして、Michael Kloepfer, Das Geeignetheitsgebot bei wirtschaftslenkenden Steuergesetzen, NJW 1971, S. 1585; Bickenbach (Fn. 120), S. 9, 135ff.

179) 本稿 II 3 B iii(1)を参照。

180) 本稿と同様に、同決定における「行為審査」が手段の目的適合性に係るものであったと指摘するものとして、Kloepfer (Fn. 178), S. 1585; Bickenbach (Fn. 120), S. 29.

181) 本稿 II 3 B iii(1)を参照。

しかし、過去の事例ではそうだったとしても、だから今回もそうであるとは当然には言えない。従って、本来であれば、今回の事例と過去の事例との類似性が問われねばならなかったはずである。しかしこの審査は、結局は行われなかった¹⁸³⁾。

つまり、本件においては、立法者の予測につき、その根拠となる過去の事実の存否のみが審査され（「事実認定審査」）、そのような事例が今回の事例と比肩するかどうかは審査されなかったということである¹⁸⁴⁾。その意味において、本件合理性審査は比較的浅いものであったと言える¹⁸⁵⁾。

iii 規準変遷史における本決定の意義

ところで、本件においては、問題の基本権制約は第一義的には職業の「遂行の自由」に対するものとされた¹⁸⁶⁾。故に、薬事法判決の「三段階理論」からすれば、本件規制には最も穏やかな基準があてがわれるはずであった。しかし、本件決定の遙か以前には「保険法判決」が下されていた。同判決は、既に見たように、薬事法判決の三段階理論を事実上放棄（ないし相対化）するものであった¹⁸⁷⁾。そこで、本件決定も三段階理論の諸規準（被侵害利益の種類、制約手段の態様）を重視せず、むしろ保険法判決が示した「基本権侵害の重大性」という規準を重視していた¹⁸⁸⁾。曰く、

「立法者は企業の経済的自由に制約を加えれば加える程、ますますより厳格な拘束を受けることになる」¹⁸⁹⁾。

182) 本稿Ⅱ 3 B iii(1)を参照。

183) 本稿Ⅱ 3 B iii(1)を参照。

184) つまり、裁判所は立法者に対して比較対象（比較基準）の選択余地を認めたということである。

185) 本稿と同様に、同決定における予測統制が穏やかであったことを指摘するものとして、Rüdiger Breuer, Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat 16 (1977), S. 43; Bickenbach (Fn. 120), S. 27-29, 136, 146.

186) 本稿Ⅱ 3 B iiを参照。但し、本決定は曖昧な記述や相互に矛盾する記述を多分に含んでいる。従って、これとは異なる解釈も可能であるという事を一言申し述べておきたい。

187) 本稿Ⅱ 2 B iii, Ⅱ 2 C iiiを参照。

188) 本決定は保険法判決を明示的に引用している。本稿Ⅱ 3 B iiを参照。

189) BVerfGE 25, 1 (12).

ここにおいて、「職業の自由」の制約につき、その正当化可能性審査の密度を「基本権侵害の重大性」という規準に依拠して決しようとする裁判所の基本姿勢が確立したものと言える¹⁹⁰⁾。

iv その他

さて、その他に本稿の問題関心からして重要と思われる諸点について確認をする。

まずは違憲審査の対象となった法令の規制対象の複雑性・変化の速さについて。この規準への言及は本決定では見られなかった。

次に、規制の目的の重要性について。

本件では製粉所の新規設立と事業拡大を製粉庁による許可にかからしめた製粉所法1条1項と3条3項の合憲性が争われた。この規定の目的を裁判所は「戦時における住民の健康と生存の維持」とした¹⁹¹⁾。この目的の重要性につき裁判所はそれを「最高位の地位を備えた(もの)」とした¹⁹²⁾。

最後に「立法者の事後的是正義務」への言及について。

同義務に対する言及は見られたと言える¹⁹³⁾。

4 「ワイン経済法決定」

以上、共同決定法判決にて列挙されていた裁判の一つとして、「第一次製粉所法決定」の内容を実際に見てきた。次に、同じく共同決定法判決にて列挙されていた裁判の一つである、1974年3月5日の第一法廷決定（「ワイン経済法決定」）

190) 本稿と同様、「職業の自由」の制約の正当性に係る連邦憲法裁判所の審査密度を、「基本権侵害の重大性」によって制御されているものとするものとして、ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク（永田秀樹＝松本和彦＝倉田原志訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社・2001年）99, 305-306頁。更に、ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク＝トルステン・キングレーン＝ラルフ・ポッシャー（永田秀樹＝倉田原志＝丸山敦裕訳）『現代ドイツ基本権〔第2版〕』（法律文化社・2019年）325頁も参照。

191) 本稿II 3 B iii(1)を参照。

192) 本稿II 3 B iii(3)を参照。また、同目的は他の箇所では「優越的な公的利益」とも形容されていた。Vgl., BVerfGE 25, 1 (22).

193) 本稿II 3 B ivを参照。

の内容を実際に見てみることにしよう。

同決定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。

A 事案

i 共通ワイン市場の創設

筆者の理解するところ、本件（以下、「ワイン経済法事件」という）は、(西)ヨーロッパの経済的統合の試みに関係する¹⁹⁴⁾。

この試みは、まずは1951年の「パリ条約」をもたらした。これによって、フランス・西ドイツ・イタリア・ベルギー・オランダ・ルクセンブルクの6カ国は、ECSC¹⁹⁵⁾を設立することになった。この成功を足がかりにして、今度は1957年に「ローマ条約」が締結された。同条約は、6カ国の経済政策を行う諸権限をEEC¹⁹⁶⁾へと移譲しようとするものであった。

そこで、EECは1962年、ワイン経済分野にて、1970年に完全な共通農業政策を開始する旨決定をした¹⁹⁷⁾¹⁹⁸⁾。そこで、具体的にどのような政策を採用するかにつき活発な議論が行われた。その結果、次の方向性が示されることになった。

- ①同市場では高級ワイン¹⁹⁹⁾と日常消費ワイン²⁰⁰⁾を区別する。
- ②後者については「域内共通価格」を設定して、ブドウ農家とワイン醸造業者の所得保障を（一定程度）図っていく²⁰¹⁾²⁰²⁾。
- ③代わりに、日常消費ワインの原材料となる一般ブドウの栽培・収穫には制限を設け、日常消費ワインの生産量を制限していく。

194) (西)ヨーロッパ統合の通史として、遠藤乾編『ヨーロッパ統合史 [増補版]』(名古屋大学出版会・2014年)を参照。

195) European Coal and Steel Community [欧州石炭鉄鋼共同体]。

196) European Economic Community [欧州経済共同体]。67年より European Community (EC) [欧州共同体]に発展。

197) Verordnung (EWG) Nr. 24/1962。

198) 参照、内田勝敏「欧州農業共通市場の諸問題」同志社商學 26巻3号(1974年)50頁、安田まり「EUの『ワイン共通市場制度 (OCM)』の歩みと2008年の大改革」日本醸造協会誌 104巻10号(2009年)758頁、ミヒャエル・ケーラー(田山輝明訳)「ドイツにおけるブドウ栽培の法規制」比較法学 46巻2号(2012年)312頁。

199) 「VQPRD」・「品質保証ワイン」などとも呼ばれる。

200) 「ヴァン・ド・ターブル」・「テーブルワイン」などとも呼ばれる。

④高級ワインにはそのような制限は設けず、むしろ販売価格の設定につき自由競争原理を導入する²⁰³⁾。

このような議論の方向性に基づき、1970年には実際にそのような内容を持つEC理事会規則が策定されることになる²⁰⁴⁾。しかし、それに先立ち、1968年5月9日にはそれまでの暫定的な措置（ないし準備）として、「ワイン経済の諸領域における諸措置に関する法律（ワイン経済法）」²⁰⁵⁾が、西ドイツ議会にて成立されることになった。同法律の内容を詳しく見てみよう。

ii ワイン経済法の内容

同法は、「ワインのための安定化基金（安定化基金）」なるものを設立し、これに対して次の任務を委託するものであった。即ち、「日常消費ワインの原材料たる『一般ブドウ』が豊作であった場合には、日常消費ワインの醸造業者へ在庫支援を行う」という任務である（9条2項3号）。

既述の通り、EECの議論においては、とりわけ日常消費ワインの市場において、「域内共通価格」を設定する旨同意されていた。そこで、安定化基金は一般ブドウの豊作時に日常消費ワインの醸造業者に在庫支援を与えて、価格崩壊を防止しようとしたのである。

このような任務を行うために安定化基金は連邦及び州から助成金を受け取ることになった。しかし、安定化基金は自らも次のように公課を徴収することになった。

201) 何のために域内共通価格を設定するかというと、この価格よりも安い輸入品に「輸入課徴金」を課すためである。詳しくは、内田・前掲註198) 50-52頁、H. T. 「EC共通農業政策の仕組みと問題点」農林金融26巻10号（1973年）57-58頁を参照。

この時期、特にアルジェリアから安価な日常消費ワインが西ヨーロッパに大量に流入した。この点については、安田・前掲註198) 758頁を参照。

202) 但し、この域内共通価格には一定の幅があったとされる。参照、内田・前掲註198) 51-52頁。

203) 以上につき、安田・前掲註198) 758-759頁、ケーラー・前掲註198) 312-313頁を参照。

204) Verordnung (EWG) Nr. 816/1970.

205) Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Weinwirtschaft in der Fassung v. 9. 5. 1968 (BGBl. I S. 471).

第一に、安定化基金はドイツブドウの農家から公課を徴収する (16 条 1 項 1 号)。同公課は「区画公課」と呼ばれる。区画公課は、ブドウ畑 1 アールにつき、年 0.5 ドイツマルク²⁰⁶⁾という額で徴収される。

第二に、安定化基金はドイツワインの醸造業者からも公課を徴収する (16 条 1 項 2 号)。同公課は「量的公課」と呼ばれる。量的公課は、ドイツのブドウ農家から購入されたドイツブドウ 133 キログラムにつき、0.5 ドイツマルクという額で、若しくは他のドイツの醸造業者から購入されたドイツワイン 100 リットルにつき、0.5 ドイツマルクという額で徴収される。

以上の諸収入に基づき、安定化基金は一般ブドウが豊作と予測された 1970 年に、それに先立って大規模な在庫支援を行っている。

iii 訴訟の提起

X₃ はそれなりの規模の有限会社である。X₃ は高級ブドウを栽培しており、これを素に高級ワインを製造して、それを販売していた。しかし、X₃ はこの高級ワインに他社から買い付けたドイツ産日常消費ワインを掛け合わせて、ブレンドワインをも製造・販売していた。このブレンドワインは一種の高級ワインであったと考えられる²⁰⁷⁾。

このように、X₃ は西ドイツの他の醸造業者から、相当量の一般消費ワインを

206) 2019 年現在の日本円に換算して、160 円程度の額かと思われる。マルク＝ドル相場の推移については、クラウス・アスマン (井上孝訳) 「金融制度と公共財政」大西健夫編『現代のドイツ 3 経済とその安定』(三修社・1981 年) 93 頁を参照。

207) この点は判旨から明確とは言えない。むしろ、決定は同ブレンドワインを「日常消費ワイン」と位置付けていた節がある。

もし仮に同ブレンドワインが日常消費ワインだったと仮定すると、同ワインには共通価格が設定されているから、これを製造・販売しても、業者は全く利益を得られない。例えば、日常消費ワインの共通価格を 1ℓ 100 円として、二種の日常消費ワインを購入・配合して、それを独自商品として販売しても、その販売価格はやはり 1ℓ 100 円となるので儲けが全く上げられない (但し、実際の域内共通価格には一定の幅があった可能性もある)。

このように、利益が全く上げられないからこそ、X₃ 及び X₃₂ は訴訟を提起していたのだとも考えられる。しかし、筆者の見るところ、X₃ 及び X₃₂ の主張の力点は、むしろ安定化基金の組織構造の違法にあったように思われる (但し、この点は本文では省略した)。

何れにしても、上記理解は、本決定が問題の侵害を明確に「特別に大きなものではない」としていた点に矛盾するように思われる。

購入していた。そこで、安定化基金は1970年度、同取引につき131078ドイツマルク²⁰⁸⁾の量的公課を賦課した。そこで、X₃ (の経営者 X₃₂) は、同賦課処分²⁰⁸⁾の取消を求めて行政裁判所に出訴した。

同訴において、X₃ (の経営者 X₃₂) は公課徴収制度の違憲を主張した。しかし X₃₂ はその際に次のような主張も行っていた。

“ワイン経済法は、自己の「職業の自由」を違法に侵害する。何故なら、同自由を保障した基本法12条は、私人に対して、彼が製造する製品の原材料を可能な限り安価で買い付ける自由をも保障しているからである。しかし、安定化基金は豊作であった1970年度、在庫支援を行い日常消費ワインの値崩れを防止した。これによってブレンドワインの醸造業者は上記自由を侵害された。従って、安定化基金にこの任務を委託していたワイン経済法は違憲・無効であると言える”。

このような X₃ (の経営者 X₃₂) の主張に対して、行政裁判所は理由があるとして、問題を連邦憲法裁判所に対して移送する決定をした。

B 判旨

連邦憲法裁判所は次のように述べて、ワイン経済法の諸規定を合憲とした（以下はその内容の要約である）²⁰⁹⁾。

i 本件における審査基準

在庫支援を行い、日常消費ワインの価格を安定化させる権限は、少なくとも1970年6月までは、西ドイツ連邦議会に留保されていた²¹⁰⁾。

ところで、移送元手続にて X₃₂ が述べていたように、「原料を安価に買い付ける自由」は、基本法12条の保護領域に含まれている²¹¹⁾。従って、まずは本件に

208) 2019年現在の日本円に換算して4000万円程度の額かと思われる。これは法人税の額ではない。それはまた別途支払っている。

209) 本決定では、ワイン経済法に係る様々な法的問題が一緒に検討されていた。しかし、紙幅の都合もあるので、共同決定法判決にて引用された箇所と関係する箇所に限り紹介した次第である。

210) BVerfGE 37, 1 (19).

においてもこの自由が損なわれているかどうかを確認することにする。

ここでまず重要となるのは次の事実である。即ち、一般ブドウが豊作であった1970年度、 X_3 及び X_{32} は²¹²⁾その値崩れを利用して本来安価に日常消費ワインを買い付けられるはずであった。しかし、安定化基金の在庫支援措置によりこの機会も失われた、これである²¹³⁾。

この事実からすれば、 X_3 及び X_{32} の「原料を安価に買い付ける自由」は本件においても損なわれていたものと認められる²¹⁴⁾。基本法12条の保障する「職業の自由」に対する制約は認められ得る²¹⁵⁾。

[以上の制約の正当性は、当裁判所の確立した判例によれば、「侵害の重大性」という規準に依拠して審査の密度を決される。そこで、本件においてもまずはこの点について分析をする。]

[そこで重要になるのは本件侵害が X_{32} の職業の「選択の自由」を侵害してはいないという事実である²¹⁶⁾。この事実が何故重要かと言うと、それが本件規制によっても、 X_3 及び X_{32} の事業継続は全く妨げられないことを意味するからである。]

[更に、本件においては、原料価格の高騰分を、商品販売価格へ転嫁出来たという事実も重要となる。何故なら、この事実は、 X_3 (及び X_{32}) が必ずしも減収を義務付けられず、故に収益向上を妨げられないことを意味するからである。]

以上に鑑みれば、本件制約は「特別に大きなものではなかった」²¹⁷⁾。故に「立法者には、自己が特定の任務に着手するかどうか決する際に、またはこの任務をどう実現するかを決する際に、広範な規制余地²¹⁸⁾ [判断余地：筆者] が認められ

211) Vgl. BVerfGE 37, 1 (18).

212) 本決定においては、基本権の被侵害主体は一貫して X_3 とされていた。しかし、議論は実質的にはむしろ X_{32} の基本権侵害へ向けられていたように思われる。これは、被害の実態が同主体に係るものであったからと思われる。

213) Vgl. BVerfGE 37, 1 (18).

214) Vgl. BVerfGE 37, 1 (18).

215) BVerfGE 37, 1 (18).

216) Vgl. BVerfGE 37, 1 (18).

217) BVerfGE 37, 1 (22-23); 更に、決定は他の箇所では次のように述べる。

「ここで問題となっているのは、ワイン経済にて活動している従業員の自由な活動に介入することで行われる、一般的な市場介入のみである」。Vgl. BVerfGE 37, 1 (18).

る」²¹⁹⁾。同余地は「立法者の考慮が理性的な方法では措置の根拠となり得ないほどに明白に (offensichtlich) 誤っている場合にのみ踰越 (überschreiten) される」²²⁰⁾。

ii 制約の正当性

以上を前提に本件規制の合憲性につき審査をしていく。

本件では(既述のように)「職業の自由」に対する制約が問題となっている。「職業の自由」の制約の正当性は、伝統的に、次の三点に依拠して審査をされる。一つは制約の目的が正当であることであり、二つは制約の手段が正当であることであり、三つは制約目的と制約の重大性が適切に釣り合っていることである²²¹⁾。そこで、本件においても、これらの諸点に着目して制約の正当性を審査する²²²⁾。

まずは、目的の正当性について。

本件法令の目的は、「将来における(西欧)日常消費ワインの品質(標準規格)の保全」というものであった²²³⁾。このような目的は、憲法価値に合致する²²⁴⁾。従って、問題は、措置を行わないことで上記目的が侵害されると確実に言えるかどうかとなる。この点で重要となるのは、立法者が「価格崩壊防止措置(及び輸入課徴金の賦課)を実施しなければ、域外から流入する安価な一般消費ワインによって、西欧の、とりわけ一般ブドウ栽培農家と日常消費ワイン醸造業者は苦境に陥り、その商品品質が劣化する」と考えていたという事実である²²⁵⁾。このよ

218) この余地は他の箇所では「裁量 (Ermessen)」という言葉によっても言い換えられていた。Vgl., BVerfGE 37, 1 (19-20).; これは、(形式上の) 必要性審査にて言及されたものである。しかし本稿はこの裁量も(形式上の) 目的審査にて行われている予測の合理性審査と関係するもの(実質的に同一のもの)と考える。何故なら、形式上の目的審査にて行われる予測の合理性審査は、そもそも形式上の手段審査の空転を補償しようとしたものだからである。

219) BVerfGE 37, 1 (20).

220) BVerfGE 37, 1 (20).

221) BVerfGE 37, 1 (18-19).

222) Vgl., BVerfGE 37, 1 (18-19).

223) BVerfGE 37, 1 (19-20, 23).

224) BVerfGE 37, 1 (20).

225) Vgl., BVerfGE 37, 1 (19-20, 22).

うな考慮は、理性的な方法では措置の根拠とはなり得ない程に明白に誤っているものとは言えない²²⁶⁾。本件目的は正当である²²⁷⁾。

次に、手段の正当性について。

まずは手段の「目的適合性」について。

本件で合憲性が争われているワイン経済法の諸規定は、上記目的の達成のために、(部分的には)「安定化基金を設立し、これに対して在庫支援を行わせる」という手段を採用した²²⁸⁾。[この手段によって上記目的が本当に達成されるかどうかは現時点では判らない。しかし、]この在庫支援措置により、少なくとも1970年度、日常消費ワインの価格崩壊が回避されたこと自体はワイン経済の諸団体によっても確認されているところである (Vgl., Der Deutsche Weinbau 1972, S. 983f.; Allgemeine Deutsche Weinfach-Zeitung 1971, S. 1362)²²⁹⁾。

次に手段の「必要性」について。

本件において、移送元裁判所は手段の必要性につき次のように考えていた。「安定化基金が公課を徴収し在庫支援措置を行わなくても、日常消費ワインの醸造業者は自己の費用で製品を格納出来るのではないか」²³⁰⁾。

確かにそのような企業もあろう。しかし全ての企業がそうとは限らない。経済的に弱い立場にある者を経済的に強い立場にある者の負担で以って支援することは許容されている²³¹⁾。上記手段は「必要」である²³²⁾。

以上からすれば、本件手段の採用は正当であったと言える。

最後に、規制目的の重要性と基本権侵害の重大性の「均衡性」について。

本件において、その合憲性を審査されているワイン経済法の目的は、「将来における (西欧) 日常消費ワインの品質 (標準規格) の維持」というものであった。この目的は「重要」である²³³⁾。他方、X₃ 及び X₃₂ に加えられた基本権侵害は特

226) BVerfGE 37, 1 (19, 20).

227) BVerfGE 37, 1 (20).

228) Vgl., BVerfGE 37, 1 (21).

229) Vgl., BVerfGE 37, 1 (21).

230) Vgl., BVerfGE 37, 1 (21, 22).

231) BVerfGE 37, 1 (24).

232) BVerfGE 37, 1 (21).

233) BVerfGE 37, 1 (22).

別に大きなものとは言えなかった。従って、本件侵害は X₃ 及び X₃₂ にとりなお期待可能 (zumutbar) である²³⁴⁾。

iii 結論

以上の総ての分析からすれば次の結論が導かれる。

問題とされたワイン経済法の諸規定は、X₃ 及び X₃₂ の「職業の自由」を侵害する。けれどもそれはなお正当化され得る²³⁵⁾。同規定は合憲である²³⁶⁾。

C 分析

以下では、本件決定の意義を上記諸観点²³⁷⁾から分析していく。

i 「(形式上の) 手段審査」の空転

本件で問題となったワイン経済法の諸規定は、「安定化基金」なるものを設立し、これに対して在庫支援措置を委託して(西欧産)日常消費ワインの価格崩壊を防止しようとした。この仕組みを、連邦憲法裁判所は(やや不鮮明なところもあったが、) X₃ 及び X₃₂ の「職業の自由」に対する制約であるとした²³⁸⁾。

同制約の合憲性を、裁判所は純形式的には、三段階審査に依拠して審査していた²³⁹⁾。その実質的正当化可能性審査においては、「目的審査」と「手段審査」、そして「均衡性審査」がフルセットで行なわれていた²⁴⁰⁾。更に、この二ステップ目の「手段審査」では「適合性審査」と「必要性審査」がいつも通りに見られた²⁴¹⁾。

しかし、この「適合性審査」と「必要性審査」は、その本来の問いに正面からは答えていなかった²⁴²⁾。その理由は、これらの問いが本件においては回答し得

234) BVerfGE 37, 1 (22, 23).

235) BVerfGE 37, 1 (18, 28).

236) BVerfGE 37, 1 (1, 16, 28).

237) 本稿 II 1 B を参照。

238) 本稿 II 4 B i を参照。

239) 本稿 II 4 B を参照。

240) 本稿 II 4 B ii を参照。

241) 本稿 II 4 B ii を参照。

ないものになっていたからだと思われる。「回答し得ない」というのは次のような意味である。

まずは「適合性審査」について。

既述のように、同審査では本来であれば、「採用された手段が法の目的を実際に促進するかどうか」が問題とされる²⁴³⁾。本件における法の目的は、「将来における(西欧)日常消費ワインの品質維持」というものであった。従って、法施行後にワインの品質に劣化が生じていなければ、手段は一応、「適合性アリ」となりそうである。しかし、この点を確定するためには一定の時間(機会)が必要である。にも拘らず、法の施行後決定までの間には、わずか6年の時間しか流れていなかった²⁴⁴⁾。このような状況にあって、裁判所が手段の目的適合性を確実に判断することなど不可能ではないか。不可能だすれば、上記手段は、その(目的)適合性を決定時には確定出来ない性質のものであったと言えよう。

次に「必要性審査」について。

既述の通り、同審査では、本来であれば「法令によって採用された手段と同程度に目的を促進し、しかし私人に対する制限の度合いはより小さいという他の手段が無いかどうか」が問われる²⁴⁵⁾。その際には、「代替手段が実際に採用された手段と同程度に目的を促進すること」や、「代替手段が私人に対してより小さい制限的効果を有すること」が前提とされる。しかし、実際に採用されているわけでもない手段について、この点を確定することは不可能ではないか。

だとすれば、「適合性審査」と「必要性審査」が本来回答を求めている問いに、本件にて裁判所が回答することは不可能であったと言える。そこで、裁判所はこれを見越して、その形式上の目的審査にてこれを補完する審査を行っていた。これを次に見てみよう。

242) 本稿II 4B iiを参照。

243) 本稿I 2を参照。

244) この間に行われたブドウの収穫は6回、在庫支援は1回であった。

245) 本稿I 2を参照。

ii 「(形式上の) 目的審査」における補償

既述のように、目的審査は本来であれば「法の目的が憲法価値に合致するかどうか」を審査する²⁴⁶⁾。本件審査もこの審査を含んでいた。しかし、本件目的審査はこのような審査に加えて、次の審査をも含むものとなっていた。即ち、「手段の適合性(と必要性)に係る立法者自身の予測について、客観的な根拠があったかどうか」、これである²⁴⁷⁾。

この審査は、具体的に言えば次の予測に関するものとなっていた。「本件措置を行わねば、域外から流入する安価な一般消費ワインにより、西欧の、とりわけ一般ブドウ栽培農家と日常消費ワイン醸造業者が苦境に陥り、その結果、その商品品質が劣化する」²⁴⁸⁾。この予測は、その内容からして、手段の目的適合性(と必要性)を立法者自身の観点から説明したものであったと言えよう。

このように、本件形式上の目的審査は、「法の目的が憲法価値に合致するかどうか」の審査に加えて、「法の根底にあった立法者自身の考え方に、客観的な根拠があったかどうか」の審査をも含んでいた(「(予測の) 合理性審査」)。では、この審査は、具体的にはどのような態様のものとして行われていたのだろうか。

ここで注目したいのはやはり本件予測の内容である。本件予測の内容は、「本件措置が講じられねば、域外から流入する安価な一般消費ワインにより、西欧の、とりわけ一般ブドウ栽培農家と日常消費ワイン醸造業者は苦境に陥り、その結果、その商品品質が劣化する」というものであった。このような予測は、過去に何処かで生じていたワイン産業の没落・品質劣化の経験から導出されていたものと推測される(「類推的予測」)。しかし、裁判所はこの事例が過去に実際に存したかどうかを審査しなかった²⁴⁹⁾。従って、この事例と今回の事例との類似性も当然審査されていない²⁵⁰⁾²⁵¹⁾。故に、本件合理性審査は極めて浅いものであったと言

246) 本稿 I 2 を参照。

247) 本稿 II 4 B ii を参照。

248) 本稿 II 4 B ii を参照。

249) 本稿 II 4 B ii を参照。

250) 本稿 II 4 B ii を参照。

251) そもそも、本件においては立法者の予測が具体的にどのような事実認定に基づいていたかが全く明らかにされていないのである。

えよう。

iii その他

その他に本稿の問題関心からして重要と思われる諸点について確認をしたい。

まずは、違憲審査の対象となった法令の規制対象の複雑性・変化の速さについて。

この点に対する言及は本決定では見られなかった。

次に、規制目的の重要性について。

本件では安定化基金なるものを設立し、これに対して在庫支援措置を行わせて日常消費ワインの価格崩壊を防止しようとしたワイン経済法の諸規定の合憲性が争われていた。同規定の目的につき、裁判所はそれを「将来における（西欧）日常消費ワインの品質（標準規格）の維持」としていた²⁵²⁾。同目的の重要性につき、裁判所はそれを単に「重要」とした²⁵³⁾。

最後に「立法者の事後的是正義務」について。

本件ではこの義務に対する言及は見られなかった。

5 「第一次墮胎罪判決」

以上、共同決定法判決にて列挙されていた裁判の一つである、「ワイン経済法決定」の内容を実際に見てきた。次に、同じく共同決定法判決により列挙された、1975年2月25日の第一法廷判決（「第一次墮胎罪判決」）の内容を実際に見てみよう。

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。

A 事案

i 諸外国における中絶の自由化

本件（以下、「第一次墮胎罪事件」という）は、妊娠中絶に係る法的規制のあり方に関係する。

252) 本稿II 4B iiを参照。

253) 本稿II 4B iiを参照。

1677年、オランダの博物学者レーウエンフック²⁵⁴⁾は、自作した光学顕微鏡により精子の発見に成功した。更に1824年、ドイツの動物学者ベア²⁵⁵⁾は偶然により卵子の発見に成功した。これらにより、「人はそもそも精子と卵子の結合により生じる」という考え方が、一般的に受け容れられるようになった²⁵⁶⁾²⁵⁷⁾。

その結果、母胎内で発生中の子ども(胎児)であっても、それが人である以上は、その命を奪う行為は殺人に当たると考えられるようになった。そこで、多くの国でこの行為(「妊娠中絶」「墮胎」)が処罰されるようになった。その背景には、「(少なくとも女性による自己)墮胎については、刑罰による威嚇によって、それを阻止出来るはずだ」という考えがあった。このような、「刑罰によって胎児を(母から)保護しよう」とする規制のあり方のことを、一般的に、「刑罰による保護モデル」²⁵⁸⁾という。

ドイツでも、この「刑罰による保護モデル」が採用されていた。それを行ったのは1871年5月15日の「ドイツ帝国刑法典」²⁵⁹⁾であった。同刑法典218条は、(母による自己)墮胎を5年以下の重懲役刑としていたのである²⁶⁰⁾。

254) Antony van Leeuwenhoek, 1632-1723.

255) Karl Ernst von Baer, 1792-1876.

256) 以上につき、石村修「憲法における胎児の生命権」専修法学論集28号(1978年)137頁を参照。

257) 人の発生時については、この時代のドイツが採っていたような、「精子と卵子の結合時」というもの以外にもいくつかの考え方があつた。その一つは、「母による自然分娩時」というものである。

しかしこのような考え方によると、分娩前の手術によって胎児が母体外に取り出され、これが医療措置により成長したという場合に、このObjekt(かつて胎児だったもの)をどう評価したら良いのかという問題が生じる。ここでは仮にObjektと評したが、このようにしか評価されないということ自体が、大変な問題であるように感じられる。

また、妊婦が子どもの出産を望み、かつ、母子ともに健康であったが、第三者が故意に影響を与えたことで子どもが母胎内で死亡したという場合に、上記考え方によると、妊婦に対する傷害罪(若しくは器物損壊罪)しか成立しないことになろう。それは問題ではないか。

258) 「刑罰による保護モデル」が採用される場合も、(後述のように、)妊娠の継続・出産が女性にとってその命を脅かすものになる場合には、普通は中絶は不処罰とされる。故に、刑法典においては、まずは中絶が一般的な形で違法と宣言され、その後、この行為が不処罰となる事由が具体的な形で列挙される。このことから、「刑罰による保護モデル」は、一般的にはむしろ、「適応事由モデル」と呼ばれる。しかし、ここでは後述の「教示による保護モデル」との相違を際立たせるために、あえて「刑罰による保護モデル」と呼ぶことにした。

しかし1960年代に入ると、諸外国にて女性の地位向上を求める運動が盛んになった。この、いわゆる「ウイミンズ・リブ運動」は、女性の妊娠中絶の禁止を「女性から中絶の自由を奪うもの」とした。

この運動が最も盛んだったのがイギリスである。イギリスでは1967年4月24日に「人工妊娠中絶法」²⁶¹⁾が可決されて、墮胎が一般的に不処罰とされた²⁶²⁾。この動きは東ドイツにも広がり、1972年3月9日には「妊娠の中絶に関する法律」²⁶³⁾が策定され、受胎後最初の12週につき墮胎が一律に不処罰とされた。このように、受胎後一定期間に行われる中絶のことを一律に不処罰とする規制のあり方を一般的に、「期限モデル (不処罰モデル)」²⁶⁴⁾という。

259) Strafgesetzbuch für Deutsche Reich v. 15. 5. 1871 (RGBl. S. 127); 同法の内容を紹介する邦語文献として、石村・前掲註256) 142頁、寺崎あき子「中絶を罰する刑法二一八条をめぐる」原ひろ子・館かおる編『母性から次世代育成力へ』(新曜社・1991年) 145-146頁、木村くに子「統一ドイツにおける人工妊娠中絶をめぐる法的問題」黒木三郎先生古稀記念『現代法社会学の諸問題 (上)』(民事法研究会・1992年) 235頁。

260) 同法においては、適応事由は具体的な形では記載されていなかった。しかし、帝国最高裁判所が「出産の強制により女性が命を危険に晒される場合には、超法規的措置として、中絶は無罪になる」と述べていた。具体的に言うと、女性が妊娠後に重篤な病気に罹患した場合等がそれに当たるとされた (RGSt 61, 242)。以上につき、詳しくは寺崎・前掲註259) 147頁、木村・前掲註259) 236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頁を参照。

261) Abortion Act 1967, Elizabeth II, Chapter 87, An Act to amend and clarify the law relating to termination of pregnancy by registered medical practitioners [27 October 1967]; 同法の内容を紹介する邦語文献として、藤田貴恵子「1967年人工妊娠中絶法」外国の立法34号 (1968年) 546-553頁、佐藤共子「イギリス『人工妊娠中絶法』の諸問題」津田塾大学紀要16号 (1984年) 348頁。

262) 同法は二つ (ないし三つ) の事由を列挙して、それに限って中絶を不処罰としていた (2条1項)。従って厳密に言えば、同法は一種の「刑罰による保護モデル」を採用したものであったと言える。しかし、この適応事由の認定は執刀医によっても行われ得るものとされた。そのために、同事由の認定が極めて緩やかに行われ、結果、中絶の全面解禁と変わらなくなった。以上につき、佐藤・前掲註261) 351頁を参照。

263) Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft v. 9. 3. 1972 (Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik 1972 Teil I, S. 89); 同法を紹介する邦語文献として、寺崎・前掲註259) 163頁、木村・前掲註259) 233, 247-248頁、畑尻・前掲註260) 13頁、池谷壽夫「DDRにおける妊娠中絶問題の歴史的展開」日本福祉大学研究紀要・現代と文化120号 (2009年) 93-94頁。

264) 後述のように、「期限モデル (不処罰モデル)」は胎児の生命を当然には保護しないモデルである。

ii 西ドイツにおける中絶の自由化／訴訟の提起

以上のような諸外国での動きを受けて、西ドイツでも、「期限モデル（不処罰モデル）」を採用せんとする動きが広がった²⁶⁵⁾。そこで、当時与党の座にあったSPD=FDPは、同モデルを法定化せんと企てた。

しかし、東ドイツ（やイギリス）では「刑罰による保護モデル」の廃止の後、墮胎件数が激増していた²⁶⁶⁾。これは「胎児も人間である」と考える西ドイツにとっては重大な問題と思われた。

そこで、SPD=FDPは、刑罰を廃止する予定であった受胎後最初の12週につき、次の生命保護構想を採用した。即ち、「母への支援策を拡充し、これを執刀前に女性に示して、女性が中絶を思いとどまるようにする」、これである²⁶⁷⁾。このような胎児の保護構想のことを、一般的に、「教示による保護モデル」と言う²⁶⁸⁾。

1974年6月18日、同モデルの採用を柱とした第5次刑法改正法²⁶⁹⁾が、賛成多数により連邦議会にて可決された。同法は同22日より施行される運びとなった。しかし同20日になってバーデン＝ヴュルテンベルク州政府が、「同法が施行されれば多くの人命が失われる」として同法の仮の執行停止を求める訴訟を連邦憲法裁判所に提起した。

そこで、連邦憲法裁判所は同21日、同法の執行停止を認める仮の命令を発布した²⁷⁰⁾。そこで同22日、バーデン＝ヴュルテンベルク州政府他四つの州政府と

265) 参照、吉田敏雄「西ドイツ刑法典218条（墮胎罪）の改正」ジュリスト573号（1974年）92頁、山内敏弘「西ドイツの憲法裁判と改革立法（下①）」法律時報57巻10号（1985年）102頁、寺崎・前掲註259）154頁。

266) 東ドイツについては、池谷・前掲註263）78-79頁の「表2」を、イギリスについては、佐藤・前掲註261）360頁を参照。

267) BTDrucks, 7/1981 (neu) S.5, 9-10; 併せて、アルビン・エーザー（浅田和茂訳）「ドイツ墮胎刑法の改革」法学雑誌32巻3号（1986年）164頁（582頁）も参照。

268) 中絶の断念が自発的であるという意味において、女性の自己決定権がなお確保されていると言えるのである。

269) Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 18. 6. 1974 (BGBl. I S. 1297); 同法の内容を紹介する邦語文献として、藤田貴恵子「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・前掲註260）4-5頁。

同法成立に反対していた連邦議会議員が、第5次刑法改正法の無効を求めて抽象的規範統制の手続を提起した。

B 判旨

これに対して連邦憲法裁判所は次のように述べて、同法の規定を違憲とした²⁷¹⁾(以下はその内容の要約である)。

i 胎児の生命に関する国の保護義務

基本法2条2項1文は、「何人も (Jeder) 生命への権利を害されない権利を有する」と述べる。この「Jeder」には未出生者もが含まれる²⁷²⁾。何故なら、基本法制定会議 (Parlamentarischer Rat) がそのように理解していたからである²⁷³⁾。何れにしても、現在の生物学の理論水準からすれば、受胎後14日²⁷⁴⁾以降に人間が存することは確実とされる²⁷⁵⁾。

このように、基本法2条2項1文は、胎児に対しても生命を保障している。しかし、本件のように中絶が行われれば、この生命も当然に破壊される。そこで、国家はこのような生命を積極的な施策によって、保護すべき義務がある。何故なら、基本法2条2項1文の「保障」には、「積極的な施策によって第三者による侵害からこれを保護する」という意味が含まれているからである²⁷⁶⁾。

270) BVerfGE 37, 324; 同決定を紹介する邦語文献として、吉田・前掲註265) 99頁、畑尻・前掲註260) 27-29頁。

271) 本判決を紹介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、山内・前掲註265) 103-106頁、畑尻・前掲註260) 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。

272) BVerfGE 39, 1 (36, 37)。

273) BVerfGE 39, 1 (38-40)。

274) 受精卵の子宮内着床が受精後14日にまでずれ込むことがあるので、このように述べたものと解される。しかし、このように解すると、「人は受精卵の子宮内着床によって生じる」という帰結になろう。これは(実務的には優れた結論だとしても、)論理的には問題があるように感じられる。少なくとも、何故それが精子と卵子の結合時ではないのか、説明が必要であるように感じられる(しかし、もしかするとそれは、「着床しなければ受精卵の細胞分裂が始まらない」という理由によったのかもかもしれない)。

275) BVerfGE 39, 1 (37)。

このように、国家には胎児の生命を積極的な施策によって保護すべき義務がある²⁷⁷⁾。しかし、この義務を具体的にいかなる手段によって果たすかについては、基本法は何も述べていない。そこで、立法者にはこの点につき自由に決すべき余地 (Spielraum) がある²⁷⁸⁾。しかし、如何なる手法を採用するにしても、それが胎児の生命を実際に保護することに資さねばならない²⁷⁹⁾。また、採用された手段が「過剰禁止」に抵触せぬよう注意せねばならない²⁸⁰⁾。

ii 旧規定の合憲性

そこで、立法者は伝統的に、胎児の生命を保護するために、「刑罰による保護モデル」という手段を採用してきた。同モデルによれば、胎児の生命は刑罰による威嚇によって保護される。

「同モデルには効果が無い」との声もあったが、そんなことは無かったし²⁸¹⁾、他に適当な手段が無い限りにおいて、その採用は義務になる²⁸²⁾。

しかし、同モデルが採用される場合には、何れにしても、女性は中絶の自由を奪われる²⁸³⁾。この自由は憲法の「自己決定権」(2条1項)の一部として理解されているものである²⁸⁴⁾。

しかし、「人間の尊厳 (Würde des Menschen)」に依拠した利益衡量に依れば、同自由には胎児の生命が優位する²⁸⁵⁾。何故なら、後者の利益は胎児のあらゆる個性の展開の欠くべからざる基盤だからである²⁸⁶⁾。このような場合には、刑罰

276) BVerfGE 39, 1 (41, 42).

277) BVerfGE 39, 1 (50-51).

278) BVerfGE 39, 1 (44, 45, 51).

279) BVerfGE 39, 1 (51).

280) BVerfGE 39, 1 (46-47).

281) BVerfGE 39, 1 (51, 57).

282) BVerfGE 39, 1 (46-47).

283) BVerfGE 39, 1 (43).

284) BVerfGE 39, 1 (42).

285) BVerfGE 39, 1 (43).

286) BVerfGE 39, 1 (41, 42, 43); 判決は「人間らしい存在の中に初めから含まれている [あらゆる] 潜在的な能力は、人間の尊厳を基礎付けるのに十分なものである」とし、その上で、「人間らしい生命は、[このような] 人間の尊厳の生体的基盤であり、他のあらゆる基本権の前提である」と述べている。

の投入により女性が中絶の自由を失っても、それは憲法上、甘受されねばならない²⁸⁷⁾。

しかし、妊娠継続と出産が強制されることで、妊婦の命が危険にさらされることもある。女性が重篤な病気に罹患している場合などがそれである。

このような場合、上記言明は妥当しない²⁸⁸⁾。何故なら、「人間の尊厳」に依拠したとしても、この場合にまで女性の利益が劣後するとは当然には言えないからである²⁸⁹⁾。

従って、このような場合には（仮に胎児の生命を保護する手段が他に見当たらなかったとしても、）刑罰の投入は義務とは言えないと言える²⁹⁰⁾。同じことは、女性が性犯罪等の被害に遭って、望まぬ妊娠をしたという場合にも妥当する²⁹¹⁾。〔このような場合にまで女性に出産を強制し、母として生きることを強制すれば、彼女はそれまでに重ねてきた自己の個性の展開を継続出来なくなる恐れがあるからである²⁹²⁾。〕

iii 新モデルの採用

以上のような例外を除き、「刑罰による保護モデル」の採用は一般的に許容される。しかし、立法者は1974年、「女性の自己決定権をもっと重視すべきだ」との声を受けて、受胎後最初の12週につき、墮胎を完全に不処罰とした。

このような、いわゆる「期限モデル（不処罰モデル）」の採用そのものに当裁判所は異を唱えない²⁹³⁾。しかし、この期間についても、生命の保護は果たされていなければならない。〔故に、「期限モデル（不処罰モデル）」の単体での採用は許されぬものと言える。〕

以上を立法者自身も正しく理解していた。故に、立法者は同期間につき、「教

287) BVerfGE 39, 1 (42-43, 44).

288) BVerfGE 39, 1 (49).

289) BVerfGE 39, 1 (50).

290) BVerfGE 39, 1 (48, 50).

291) BVerfGE 39, 1 (49).

292) Vgl., BVerfGE 39, 1 (49, 50).

293) BVerfGE 39, 1 (45, 46, 51, 52-53).

示による保護モデル」を採用した。同モデルによれば、胎児の生命は、国が母の支援策を拡充し、これを第三者によって女性に示させることで保護されることになる²⁹⁴⁾。

このような保護構想を具体化したのが第5次刑法改正法であった。その内容はそのことを示している。

iv 新規定の合憲性

〔そこで、同モデルを採用する第5次刑法改正法により、胎児の生命が本当に保護されるのかどうかを検討する。〕

〔これに対する回答は、端的には、法施行後の墮胎件数の増減を見ることで明らかにされる。しかし、この点を確認することは現時点では不可能である。何故なら、同法は未だ施行されていないからである。〕

〔そこで、ここでは以下の二点につき確認をする。一つは、上記構想の採用そのものに事実的な根拠があったかどうかであり、二つは、「第5次刑法改正法は構想の実現に資する」とした立法者自身の考え方に客観的な根拠があったかどうかである²⁹⁵⁾。〕

まず第一点目について。立法者が上記構想を採用したことの背景には、その次のような認識があった。即ち、「①専門教育や職業教育を受けながらも、あるいは就業をしながらも、子育ては可能であり、②それを実現する各種の支援があることを知らないから、西ドイツでは中絶が選ばれるのだ」、というのがそれである (BTDrucks 7/1981 (neu) S.7)²⁹⁶⁾。〔このような認識は正当であったし、参照国として西ドイツを選んだことも正当であった²⁹⁷⁾。〕

次に第二点目について。上記構想を採用したがために立法者はそれを具体化するため第5次刑法改正法を策定したものであった。同法は、同モデル内で決定的に重要になる教示について、それを「執刀医によっても行われ得るもの」とし

294) BVerfGE 39, 1 (52, 55).

295) Vgl., BVerfGE 39, 1 (51).

296) BVerfGE 39, 1 (61).

297) Vgl., BVerfGE 39, 1 (52-53).

た²⁹⁸)。〔この背景には、立法者が「執刀医であっても、女性に対して出産を促し得る適切な助言を行うはずだ」と予測していたことがあった。第5次刑法改正法の内容も、そのことを示している。しかし、この予測には何らの根拠も無かった。〕むしろイギリスの経験からすれば、執刀医は墮胎を行うことに強いインセンティブを持っていると言える²⁹⁹)。

v 結論

以上からすれば、「第5次刑法改正法により、胎児の生命は実効的に保護される」とした立法者自身の考え方には何らの根拠も無かったと言える³⁰⁰)。同法は基本法2条2項1文に違反し無効である³⁰¹)。

C 分析

以下では、本件判決の意義を上記諸観点³⁰²)から分析していく。

i 基本権保護義務と、その違反の審査

本件においては、受胎後最初の12週以内に行われる妊娠中絶につき、それを一律に不処罰とした第5次刑法改正法の合憲性が争われていた。同法の策定を、連邦憲法裁判所は「生命」に係る国の保護義務の履行と見做した³⁰³)³⁰⁴)³⁰⁵)。

298) BVerfGE 39, 1 (62).

299) BVerfGE 39, 1 (64).

300) BVerfGE 39, 1 (62).

301) BVerfGE 39, 1 (51).

302) 本稿II 1Bを参照。

303) 本稿II 5Bを参照。

304) 基本権保護義務論は、連邦憲法裁判所の指導により発展したとされる。本判決はその契機となった裁判とされる。Vgl. Bickenbach (Fn. 120), S. 144.

305) 念のために申し述べておくと、ここで筆者が主張したいのは、「第一次墮胎罪判決はドイツでは『基本権保護義務論』を採用したものと一般的に理解されている」ということであり、「基本権保護義務論が必要である」とか「一般的に妥当である」といったことではない(そのようなことは本稿では判断出来ない)。

しかし、「胎児も人間である」という前提に立つのであれば、(少なくとも議会の最初の作動を基礎づけるために)基本権保護義務論に類似する理論が必要になるように感じられる。

このような、いわゆる「基本権保護義務」について、その違反の有無を裁判所は次のステップを踏んで審査するものと推測される。

第一に、裁判所は国が私人の基本権（的法益）を保護するために、何らかの手段を講じていたかどうかを審査する（以下、この審査を「Ob 審査」という）³⁰⁶⁾。基本権保護義務が成立する場合に何らの措置も講じないことは許されないからである³⁰⁷⁾。

第二に、国が措置を講じていたという場合には、裁判所はこの手段の正当性を審査する（以下、この審査を「Wie 審査（手段審査）」という）³⁰⁸⁾。同審査は次の手順を踏んで審査されるものと推測される。

第一に、「採用された手段が基本権の保護の達成に実際に適しているかどうか（若しくは保護を達成するかどうか）」が審査される（以下、この審査を「過少審査」という）³⁰⁹⁾。同審査を手段がパスする場合には、次に、「採用された手段が第三者に対して加えられることになる自由権制約を最小化しているかどうか」が審査される（以下、この審査を「過剰審査」という）³¹⁰⁾。以上の二つの審査は「結果審査」であると、一応は仮定しておく。

以上の審査を手段がパスしたという場合には、最後に、「第三者に対して加えられる不利益が、法令によって保護される利益と適切に釣り合っているかどうか」が審査される（以下、この審査を「整合性審査」という）³¹¹⁾。

以上の審査を法令が全てパスした場合には、当該法令は「合憲」とされる。

ii 「Wie 審査（手段審査）」の空転

以上のように、裁判所が基本権保護義務の違反を審査する際には、手段審査として「過少審査」と「過剰審査」が行われる。しかし、本件においては、この審

306) Vgl., Christian Stark, Grundrechtliche Schutzpflichten, in; ders., Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 83.

307) 措置を一切講じないことが許されるということは、つまりは事案において保護義務が成立していないことを意味するように思われる。

308) Vgl., Stark (Fn. 306), S. 79.

309) Vgl., Stark (Fn. 306), S. 81.

310) Vgl., Stark (Fn. 306), S. 81-82.

311) Vgl., Stark (Fn. 306), S. 82.

査は何も見られなかった。その理由はこれらの審査が、本件においてはそもそも行われ得なかったからだと思われる。「行われ得なかった」というのは次のような意味である。

まずは「過少審査」について。

既述のように、同審査では、本来であれば「法令によって採用された手段が憲法の設定した目的（基本権保護）を実際に促進（若しくは達成）しているかどうか」が問題とされる。しかし、本件においては法令は未だ施行されていなかった³¹²⁾。従って、この審査をすることは初めから不可能であったと言える。

次に「過剰審査」について。

同審査では、本来であれば、「法によって採用された手段と同程度に基本権保護に適し、しかし、第三者に加えられる自由権制約の度合いがより小さい他の手段が無いかどうか」が問題とされる。しかし、その際には、「代替手段が実際に採用された手段と同程度に基本権保護に適する」ことや、「代替手段が第三者に対してより小さい制限的効果を有する」ことが、前提とされる。しかし、実際に採用されているわけでもない手段について、この点を確定することは不可能ではないか³¹³⁾。

だとすれば、本件「過少審査」・「過剰審査」は、少なくともそれを結果審査として行うことは不可能であったと言える。そこで、裁判所はこれを見越して、それを補完する審査を別に行っていた。これを次に見てみよう。

iii 予測の合理性審査による補償

裁判所は本件にて、次の審査を行っていた。即ち、「手段の目的適合性に係る立法者自身の考え方（予測）に客観的な根拠があったかどうか」、これである³¹⁴⁾。つまり、裁判所は本件において、本稿が言うところの「(予測の) 合理性審査」を行っていたということである。

同審査は具体的には次の予測に関するものとなっていた。一つは、「(母に対す

312) 本稿 II 5 A ii を参照。

313) つまり、過剰審査は一種の仮説的思考を含むということである。

314) 本稿 II 5 B iv を参照。

る支援策を国が拡充し、)これを女性に示すことが出来れば、女性は中絶を思いとどまるはずだ」という予測であり³¹⁵⁾、二つは、「執刀医であっても、支援の存在を女性に適切に伝えるはずだ」という予測である³¹⁶⁾。

前者の予測は西ドイツで見られた「各種の経済的・社会的支援があり、故に子育ては可能と知っている女性は普通は中絶を選ばない」という経験から導出されていた³¹⁷⁾(「類推的予測」)。

この予測の合理性を、裁判所はどこまで踏み込んで審査したのか。これは判旨自体からは明らかにならない。しかし、判決はイギリスや東ドイツの中絶実態に係る各種のレポートを参照していた³¹⁸⁾。従って、裁判所は上記予測をかなり踏み込んで、つまりはその背後にある事実認定と価値判断の正当性にまで踏み込んで審査したのではないかと、推測はされる。

次に後者の予測について。後者の予測が具体的にどのような事実認定に基づいていたのかも判旨からは明らかにならない。仮に何らの根拠も無かったのだとすると、(明白性の統制が採用されるので無い限り、何れにしても)本件予測は「不合理」とされたはずだった。

しかし、裁判所はここで敢えて自らの予測を開帳していた。曰く、

“イギリスなどの経験からしても、執刀医は墮胎を行うことに強いインセンティブを持っていると言える。従って、執刀医によって適切な教示が行われることは考えられない”³¹⁹⁾。

この明言からすれば、裁判所は何れにしても、「実体的判断代置審査」と呼ぶべき審査を行っていたものと言える³²⁰⁾。

以上からすれば、本件合理性審査は極めて深いものであったと言えよう³²¹⁾。

315) 本稿II 5 B ivを参照。

316) 本稿II 5 B ivを参照。

317) 本稿II 5 B ivを参照。

318) BVerfGE 39, 1 (60). これらの資料は、数ヶ月前まで行われていた連邦議会での審議でも利用されたものと思われる。

319) BVerfGE 39, 1 (64).

320) Vgl., Ossenbühl (Fn. 120), S. 499.

321) 本件において、連邦憲法裁判所は立法者の予測につき完全な審査を加えたとするものとして、Breuer (Fn. 185), S. 27; Ossenbühl (Fn. 120), S. 500.

iv 本件における基本権侵害

ところで、本件では妊婦による胎児の生命破壊が問題になった。第5次刑法改正法は、このような生命破壊を防止するために策定されたものであった。しかし、判決はこの法令に対して生命保護効果を認めなかった³²²⁾。他方本判決は伝統的な「刑罰による保護モデル」についてはその生命保護効果を肯定していた³²³⁾。

従って、胎児の生命侵害は、①国家による刑罰の廃止と、②新モデルの採用という、二つの作為によって生じたものとも言える³²⁴⁾。だとすれば、本件においては、「国家による」基本権の「侵害」(の可能性)が問題になっていたとも言えよう。

ところで、本件で問題になった「人間生命」は、判決によれば、「基本法秩序において、最高の価値 (Wert) を認められる [べき] もの」であった³²⁵⁾³²⁶⁾。従って本件においては、国家による重大な基本権侵害 (の可能性) が問題になったものとも言えよう。

v その他

その他に本稿の問題関心からして重要と思われる諸点について確認をしたい。

まずは、違憲審査の対象となった法令の規制対象の複雑性・変化の速さについて。

この点に対する言及は本判決では見られなかった。

次に「立法者の事後的是正義務」への言及について。

この義務に対する言及も本判決では見られなかった。

322) 本稿II 5 Bを参照。

323) 本稿II 5 B iiを参照。

324) Gertrude Lübbecke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988 S. 137 は、本件において、裁判所は単に立法者の無為を問題にしていたのではなく、むしろ既に保護義務を充足している既存の法律を廃止したことを問題にしていたのだとする。

325) BVerfGE 39, 1 (42)。

326) その際に、法益間の価値序列を確定するために、連邦憲法裁判所はその比較規準として「人間の尊厳」を持ち出していた点が注目される。

6 「第二次製粉所法決定」

以上、共同決定法判決にて列挙されていた裁判の一つである「第一次墮胎罪判決」の内容を実際に見てきた。次に、同じく共同決定法判決にて列挙されていた1975年3月19日の第一法廷決定（「第二次製粉所法決定」）の内容を実際に見てみよう。

同決定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。

A 事案

i 第一次製粉所法決定後の展開

本件（以下、「第二次製粉所法事件」という）は、第一次製粉所法決定のその後の展開に関係する。

既述のように、1957年製粉所法は、製粉活動の密集防止のために、大消費地付近の大規模河川沿いにて製粉所の新規設立と事業拡大を禁止した³²⁷⁾。これらの行為を同法は製粉庁による許可にかからしめていたのである³²⁸⁾。

第一次製粉所法決定（1968年）は、後者の「事業拡大禁止」に係るものであった（とも言えた³²⁹⁾。このような規制を連邦憲法裁判所は“経営者から事業合理化の余地を奪うもの”とした³³⁰⁾。しかし、この言明は、(法的には正当な評価であったかもしれないが、)実際にはそうでもなかった。それは次のような意味である。

即ち、そもそも1957年製粉所法は事業拡大の禁止を「各製粉所の機械設備の無許可変更を禁止する」という手段によって行っていた（1条）。しかし、これを監視することは製粉庁にとり困難であった。そこで、隠れて設備変更を行う者が続出した。また、操業時間の延長等をして生産量を拡大する者も続出した。

そこで、1971年には、大消費地付近の大規模河川沿いに立地する大規模製粉所がマーケットシェアを拡大し、他の（小規模）製粉所が廃業を余儀なくされる

327) 本稿Ⅱ3A iiを参照。

328) 本稿Ⅱ3A iiを参照。

329) 本稿Ⅱ3A ii, Ⅱ3B iを参照。

330) 本稿Ⅱ3B iiを参照。

という現象が再び見られるようになった。

この現象が生じた背景には次の事情もが存在していた。即ち、大消費地付近の大規模河川沿いに立地する製粉所は、そもそもライ麦等の運送費の点で他の製粉所より優位に立っており、故にこれらの製粉所が生産量を拡大しその販売価格を低下させると、他の製粉企業は太刀打ち出来ないという事情である。

ii 製粉構造法の成立／訴訟の提起

このような資本集積の現象をやはり望ましくないものと考えた連邦議会は1971年12月22日、「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)」³³¹⁾を成立させた。

同法は1957年製粉所法とは異なり、大消費地付近の大規模河川沿岸に立地する製粉所の事業拡大を、製粉所の暦年製粉量に上限を設定することにより禁止した(2条3項、8条1項)。この上限は同法においては「最高限度量」と呼ばれた。

同限度量は、1967年から1969年(これを以下「基準年」という)までの各製粉所の平均日産に250を乗じ、それにその10%を加算した量として算出される(8条1項、2項)。

上記計算過程にて決定的に重要になる基準年の平均日産は、製粉庁によりその正当性を事後審査される(8条2項)。

最高限度量を製粉所の年間製粉量が超過した場合には、同製粉所に対し補整金として超過量1トンにつき70ドイツマルクの公課支払いが命じられる(8条4項)。

X₅は予てよりケルンにて事業活動をしていた製粉所である。X₅は1972年、自己の計算に基づき製粉庁に対し最高限度量を届け出た。しかし、その基礎となった基準年の平均日産の計算が過大であるとして、製粉庁は補正を命じた。そこで、X₅(の経営者 X₅₂)は同処分の取消しを求めてケルン行政裁判所に出訴した。

同訴において、X₅(の経営者 X₅₂)は補正処分の違法を主張した。しかし、X₅₂は更に次のようにも主張した。

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

“製粉構造法2条3項及び8条の規定は、自己の「職業の自由」を違法に侵害する。何故なら、これらの規定は目的適合性と必要性を欠いているからである。

本手続にて連邦政府は同法の目的を「戦時における国民の健康・生存（の維持）」とした。しかし、このような目的は製粉構造法の諸規定によっては達成され得ない。というのも、同法によっても、大消費地付近の大規模河川沿いに立地する製粉所の事業規模は本質的に維持されるからである。このような場合、他の製粉所が生き残る術は無いと言える。従って、同規制は存在理由を欠いていると言わねばならない。

更に、同法が追求する上記目的は「地方の製粉所を存続させるために、それに対して補助金を支給する」という手段によってこそ達成され得る。このような手段は、私人の基本権侵害も伴っていない。

だとすれば、製粉構造法の諸規定は目的適合性も必要性も欠いており、故に違憲・無効であると言える”。

以上の主張に対して、ケルン行政裁判所は理由があるとして、問題を連邦憲法裁判所に対して移送する決定をした。

B 判旨

連邦憲法裁判所は次のように述べて、問題の諸規定を合憲とした³³²⁾(以下はその内容の要約である)。

i 本件における審査基準

移送元手続の原告である X₅ 及び X₅₂ は、製粉構造法2条3項及び8条の規定により、その事業拡大を不可能にされた。故に、本件においては X₅ 及び X₅₂ の³³³⁾「職業の自由」に対する制約が問題となる。

332) 同決定の内容を紹介・分析する邦語文献として、岡田・前掲註140) 88頁。

333) 本決定においては、基本権の被侵害主体は一貫して X₅ とされていた。しかし、議論は実質的にはむしろ X₅₂ の基本権侵害に向けられていたと解される。これは、被害の実態が同主体に関わるものだったからと思われる。

この制約の正当性は、当裁判所の確立した判例によれば、「基本権侵害の重大性」という規準に依拠してその審査密度を決される。故に、まずはこの点について分析をする。

重要となるのは本件基本権侵害が X₅ 及び X₅₂ の職業「遂行の自由」に向けられているという事実である³³⁴⁾。何故ならこの事実は、本件規制が X₅₂ の職業選択とその継続を全く妨げないことを意味するからである。

他方で、本件侵害は私人の職業の「遂行の自由」に対するものとしては比較的重い部類のものに入ると言える³³⁵⁾。何故なら、本件規制は X₅₂ に対し、その事業拡大を直接に禁じているが、このような禁止は固定費の割合が高い製粉業にとりその収益拡大余地を奪うものとして機能するからである³³⁶⁾。

これらの点に鑑みれば、本件規制の正当化可能性審査においても、立法者の見解にはなお特別なウェイトが認められるけれども、裁判所の審査もそれなりの厳格度で行われることになる³³⁷⁾。

ii 制約の正当性

以上を前提にして本件規制の合憲性につき審査をする。

〔職業の自由〕に対する制約の正当性は、次の三点に着目して審査をされる。

334) BVerfGE 39, 210 (210, 211).

335) BVerfGE 39, 210 (226-227).

336) BVerfGE 39, 210 (226-227); 裁判所はここで次のように述べる。

「本件にて重要なのは、何れにしても最高限度量を超過した製粉所にとり本件制限はその形成余地の強力な制限を意味するという事である (拡大禁止については、BVerfGE 25, 1, [22] を参照)。この事は、同制限が採算を改良し得る現実の合理化手段の利用を妨げる点から生じる。製粉経済は固定費の割合が相対的に高く、故に企業の採算性の改善は製粉量の拡大に大きく左右されるのである (注記略)」。

この言明からは、「製粉所の経営者がその才覚を十分に発揮出来なくなるのではないか」という、裁判所の正当な危惧が読み取られよう。

337) BVerfGE 39, 210 (226); 裁判所はここで次のように述べる。

「自らが〔予防的に〕活動しなかった場合に生じる危険な展開についての立法者の考慮が理性的な方法では措置の根拠となり得ない程に経済法則及び実際の経験と矛盾するということがない限りは、立法者には早めに予防的措置を講ずることが許される (BVerfGE 25, 1 [17]; 38, 61 [87])。その場合、立法時に立法者が行い得た事情評価 (Beurteilung) が〔裁判審査でも〕原則としては前提とされることになる (BVerfGE 25, 1 [12f.])」。

一つは制約の目的が正当であることであり、二つは制約の手段が正当であることであり、三つは制約の目的と侵害の重大性が適切に釣り合っていることである³³⁸⁾。そこで、以下でもこれらの諸点に着目して制約の正当性を審査する。]

(1) 目的の正当性

まずは目的の正当性について。

本件法令の目的は、「戦時における国民の健康・生存（の維持）」というものであった³³⁹⁾。[この目的は憲法の価値に合致する。]問題は、「(大消費地付近の大規模河川沿いにて、各製粉所の事業拡大を制限し)製粉活動を地域的に分散させる」という手段を講じねば、上記目的が侵害されると確実に言えるかどうかである。

ここで注目されるのは法案を作成した連邦政府が（連邦議会にて）同目的につき次のように主張していた事実である。「製粉活動が特定の地域に密集すれば、その地域は戦時において真っ先に攻撃の対象となる。故に、そのような密集が防止されねば、戦時において、国民の健康と生存に危険が生じる」³⁴⁰⁾。[このような予測が法の根底にあったということはその内容からも首肯され得る。]

従って問題は、この予測に事実的根拠があったかどうかとなる。この点、確かに連邦政府（と連邦議会）が主張したように、製粉活動の密集地帯が戦時において攻撃の対象となり、それによって国民の健康・生存に危険が生じたという事例は過去に存在していた³⁴¹⁾。

従って、製粉構造法の根底にあった立法者の次のような予測、即ち、「(大消費

338) BVerfGE 39, 210 (226, 230, 234).

339) Vgl. BVerfGE 39, 210 (227).

340) BVerfGE 39, 210 (227).

341) BVerfGE 39, 210 (229); 裁判所はここで次のように述べる。

「自己の介入が行われない場合に製粉所法の失効後にどのような展開が生じるかについての、あるいはそれをどう妨害し得るかについての、立法者自身の考えは、1971年時点では理性的な方法では措置の根拠となり得ない程に経済法則や実際の経験とは矛盾していなかった」。

ここでは、問題になっている「経済法則」や「実際の経験」が原則としては正しいものであるということが前提とされている。でなければ、この言明自体が無意味になろう。

地付近の大規模河川沿いに立地する製粉所の事業拡大等を制限し、) 製粉活動を分散させねば、戦時において、国民の健康・生存に危機が生じる」という予測には、その因果関係を基礎付けるだけの事実的根拠があったと言える³⁴²⁾。本件目的は正当である。

(2) 手段の正当性

次に手段の正当性について。

まずは本件措置の「目的適合性」について。

本件で争われている製粉構造法の諸規定は、その目的達成のために「(大消費地付近の大規模河川沿いにて製粉所の事業拡大を最高限度量により制限し、これによって) 製粉活動を分散させる」という手段を採用した。[このような手段が上記目的を促進させるかは現時点では判らない。何故なら戦争は未だ生じていないからである。]

しかし1971年と1973年を比較すると、地方に所在する中小規模の製粉所の利用程度が一貫して上昇していることが確認される³⁴³⁾。従って本件措置は、目的達成に一応適しているものと言える³⁴⁴⁾。

次に、措置の「必要性」について。

「『(事業拡大の制約により) 製粉活動を分散させる』という手段と同程度に製粉構造法の目的を促進し、しかし私人に対する制限の度合いはより小さい」という他の手段として、移送元裁判所は次のものを挙げた。「地方の製粉所を存続させるために、それに対して補助金を支給する」。

このような手段を採用すれば、私人の自由を制限せずに上記目的を達成することが出来るかもしれない。[しかし、本当にそうかは現時点では判らない。何故なら、この手段は実際には採用されていないからである]。

しかし、何れにしても、このような手段は「補助金を削減する」という現政権の目標に違背する。従って、このような手段が存することを以って「代替手段あ

342) Vgl. BVerfGE 39, 210 (230).

343) BVerfGE 39, 210 (231, 233).

344) BVerfGE 39, 210 (230, 231).

り」とすることは出来ない(以上につき、第一次製粉所法決定も参照)³⁴⁵⁾。

だとすれば、法の追求する目的を実際に採用された手段と同程度に促進し、しかし私人に対する制約の度合はより小さいという他の手段は存在しないと言える。本件措置は「必要」である³⁴⁶⁾。

(3) 制約目的と基本権侵害の均衡性

最後に、措置によってもたらされる不利益と法の目的との「均衡性」について。既述のように、本件措置は職業の「遂行の自由」を制限する。しかし、それがもたらす私人への不利益は比較的重大なものであった。他方で、本件法の目的は、「(戦時における)住民の健康・生存の維持」というものである。[このような目的は「最高位の地位を備えた共同体利益」であると言える(第一次製粉所法決定)。]

従って、本件措置による基本権侵害は移送元手続の原告にとりなお期待可能(zumutbar)であると言える³⁴⁷⁾。

iii 結論

以上総ての考察からすれば、次の結論が導かれる。

製粉構造法2条3項及び8条の規定は、X₅及びX₅₂の「職業の自由」を制約するけれどもそれはなお正当化され得る。上記規定は合憲である³⁴⁸⁾。

C 分析

以下では本件決定の意義を上記諸観点³⁴⁹⁾から分析していく。

i 「(形式上の)手段審査」の空転

本件では製粉構造法の諸規定の合憲性が争われていた。同規定は大消費地付近

345) BVerfGE 39, 210 (233-234).

346) BVerfGE 39, 210 (230, 233).

347) BVerfGE 39, 210 (234).

348) BVerfGE 39, 210 (210, 211).

349) 本稿II 1Bを参照。

の大規模河川沿いに立地する各製粉所の製粉につき「最高限量」を設定し、それを超過する製粉を行った製粉所に対して補整金支払いを命じるものであった。このような仕組みを連邦憲法裁判所は X₅ 及び X₅₂ の「職業の自由」に対する制約とした³⁵⁰⁾。

この制約の合憲性を、裁判所は純形式的には三段階審査に依拠して審査をした³⁵¹⁾。その実質的正当化可能性審査においては「目的審査」と「手段審査」、そして「均衡性審査」がフルセットで行われていた³⁵²⁾。

この二ステップ目の「手段審査」においては、いつも通り、「適合性審査」と「必要性審査」が行われていた³⁵³⁾。しかし、この審査は、何も、その本来の問いに正面からは答えていなかった³⁵⁴⁾。その理由は、これらの問いが、本件においては回答し得ないものとなっていたからだと思われる。「回答し得ない」というのは次のような意味である。

まずは「適合性審査」について。

同審査では、本来であれば、「採用された手段が法の目的を実際に促進するかどうか」が問われる³⁵⁵⁾。本件における法の目的は「戦時における国民の健康と生存 (の維持)」というものであった。このような目的を達成するために採用されたのが「大消費地付近の大規模河川沿いに立地する製粉所の事業拡大を制限し、製粉活動を連邦全土に分散させる」という手段であった。

このような目的を法が追求する場合、法施行後に実際に戦争になった折に、にも拘らず国民の健康と生存が維持されていれば、手段は一応、「適合性アリ」となりそうである。しかし、法の施行後決定までの間にはそのような事態は一度も生じていなかった。従って本件手段の (目的) 適合性は、決定の時点においては確認出来ないものであったと言える。

次に「必要性審査」について。

350) 本稿 II 6 B i を参照。

351) 本稿 II 6 B を参照。

352) 本稿 II 6 B ii を参照。

353) 本稿 II 6 B ii (2) を参照。

354) 本稿 II 6 B ii (2) を参照。

355) 本稿 I 2 を参照。

これも既に述べた通り、同審査においては本来であれば「法令によって採用された手段と同程度に目的を促進し、しかし私人に対する制限の度合いはより小さいという他の手段が無いかどうか」が問題とされる³⁵⁶⁾。その際には「代替手段が実際に採用された手段と同程度に目的を促進すること」や、「代替手段が私人に対してより小さい制限的効果を有すること」が前提とされる。しかし、実際に採用されているわけでもない手段について、このような点を確定することは不可能ではないか。

だとすれば、本件においては、裁判所が「適合性審査」と「必要性審査」の求める問いに正面から回答することは不可能であったと言える³⁵⁷⁾。そこで、裁判所はこれを見越して、その形式上の目的審査にてそれを補完する審査を行っていた。これを次に見てみよう。

ii 「(形式上の) 目的審査」における補償

既述のように、目的審査は本来であれば、「法の目的が憲法価値に合致するかどうか」を審査する³⁵⁸⁾。しかし、本件審査はそのような審査に加えて、次の審査をも含んでいた。即ち、「手段の目的適合性（・必要性）に係る立法者自身の考え方に客観的な根拠があったかどうか」、これである³⁵⁹⁾³⁶⁰⁾。

このような審査は、具体的に言えば、「製粉活動の密集地帯は戦時においては真っ先に攻撃の対象となる。故に、そのような密集の防止が行われねば、戦時において、国民の健康・生存に危険が生じる」という予測に関するものとなっていた³⁶¹⁾。このような予測は、その内容からして、手段の適合性（と必要性）を立法者自身の観点から説明したものであったと言えよう。

このように、本件で見られた形式上の目的審査は、「法の目的が憲法価値に合

356) 本稿 I 2 を参照。

357) つまり、本件「適合性審査」と「必要性審査」は、「結果審査」としては行う余地が無かったということである。

358) 本稿 I 2 を参照。

359) むしろ、前者の審査（つまり、本来の意味での目的審査）は、それに該当する記述が全く見られなかった。しかし、それは黙示的に行われたものと推測される。

360) 本稿 II 6 B ii (1) を参照。

361) 本稿 II 6 B ii (1) を参照。

致するかどうか」の本来の審査に加えて、「法の根底にあった立法者自身の予測について、客観的な根拠があったかどうか」の審査をも含んでいた（「(予測の)合理性審査」）。では、この審査は、具体的にはどのような態様のものとして行われていたのであろうか。

ここで注目したいのは、やはり本件予測の内容である。既述のように、本件で争われた予測は「製粉活動の密集地帯は戦時においては真っ先に攻撃の対象となる。故に、このような密集の防止が行われねば、戦時において、国民の健康と生存に危険が生じる」というものであった。

このような予測は、過去に何処かで行われていた戦争の経験から導出されていたようである³⁶²⁾（「類推的予測」）。裁判所はこの事例が過去に存していたかどうかを審査し、これを認めた³⁶³⁾。しかし、過去の事例ではそうだったとしても、だから今回もそうであるとは当然には言えない。従って、本来であれば、今回の事例と過去の事例との類似性が問われねばならなかった。しかしこの審査は、結局は行われなかった³⁶⁴⁾。

以上のように、本件合理性審査は立法者の予測につき、その根拠となる過去の事実の存否のみを審査し（「事実認定審査」）、そのような事実が今回の事例と本当に比肩するかどうかは審査しなかった³⁶⁵⁾。その意味において、本件合理性審査は比較的浅いものであったと言えよう。

iii その他

その他に本稿の問題関心からして重要と思われる諸点について確認をしたい。

まずは、違憲審査の対象となった法令の規制対象の複雑性・変化の速さについて。

同規準への言及は本決定では見られなかった。

次に、規制目的の重要性について。

362) 本稿II 6B ii(1)を参照。

363) 本稿II 6B ii(1)を参照。

364) 本稿II 6B ii(1)を参照。

365) つまり、裁判所は立法者に対して比較対象（比較基準）の選択余地を認めたということである。

本件では大消費地付近の大規模河川沿いにて製粉所の事業拡大を制限し、連邦全土に製粉活動を分散させようとした製粉構造法の諸規定の合憲性が争われていた。このような法令の目的につき、裁判所はそれを「(戦時における)国民の健康と生存の維持」とした³⁶⁶⁾。同目的の重要性については、第一次製粉所法決定が「最高位の地位を備えた共同体利益」としている³⁶⁷⁾。

最後に「事後的正義務」について。

この義務に対する言及も本決定では見られなかった。

Ⅲ 諸判決の横断的分析

以上、これまで「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五つの裁判を実際に見てきた。そこで、以下ではこれらの分析を基に三段階説につき具体的な考察を加えたい。しかしそれに先立ち、まずは五つの裁判の共通点につき確認をしたい。

1 五つの裁判の共通点

A 「手段審査」の存在

本稿が見た五つの裁判は、何も、法の合憲性審査のために、その目的達成のために採用された手段につき、正当性を問うていた（若しくは問うはずであった）という点で共通する。これは次のようなことである。

即ち、「保険法事件」においては、住民の健康を維持するために保険医数を制限した「1955年ライヒ保険法」の諸規定の合憲性が争われていた³⁶⁸⁾。同法につき、裁判所はその目的の正当性を審査すると同時に、手段の正当性をも審査する予定であった³⁶⁹⁾。

「第一次墮胎罪事件」では、胎児の生命保護に係る国の義務の履行の有無が問

366) 本稿Ⅱ6B ii(1)を参照。

367) 本稿Ⅱ6B ii(3)を参照。

368) 本稿Ⅱ2A iii, Ⅱ2B iを参照。

369) 本稿Ⅱ2B ivを参照。

題になっていた³⁷⁰⁾。同点を、裁判所は本来的に、「(Ob 審査) と」 「Wie 審査 (手段審査)」 とにより審査する手はずであった³⁷¹⁾。

「第一次製粉所法事件」では、戦時における国民の健康と生存を維持するために製粉活動を分散させようとした「製粉所法」の合憲性が争われていた³⁷²⁾。同法につき、裁判所はその目的の正当性を審査すると同時に、手段の正当性をも審査していた³⁷³⁾。

「第二次製粉所法事件」でも、国民の健康・生存を維持するために製粉活動を分散させようとした「製粉構造法」の諸規定の合憲性が争われていた³⁷⁴⁾。同法につき、裁判所は、その目的の正当性を審査すると同時に、その手段の正当性をも審査していた³⁷⁵⁾。

「ワイン経済法事件」でも、(西欧産の) 日常消費ワインの品質維持のために「安定化基金」なるものを設立し、これに対して在庫支援措置を委託していた「ワイン経済法」の諸規定の合憲性が争われていた³⁷⁶⁾。同法につき、裁判所はその目的の正当性を審査すると同時に、その手段の正当性をも審査していた³⁷⁷⁾。

以上からすれば、本稿が見た五つの裁判は、何も、法の合憲性審査のために、目的達成のために採用されていた手段の正当性をも問うていた (若しくは問うはずであった) という点で共通するものと言える。

B 「手段審査」の空転

しかし、これらの審査は、何の事件でも、その空転を余儀なくされていた。以下、これを見てみよう。

「保険法判決」では、手段審査が行われる予定であった。しかし、この審査が問題にする手段の目的適合性と必要性は、同事件では判断の出来ない性質のもの

370) 本稿 II 5 A ii, II 5 B を参照。

371) 本稿 II 5 C i を参照。

372) 本稿 II 3 A ii, II 3 B i を参照。

373) 本稿 II 3 B iii(2) を参照。

374) 本稿 II 6 A ii, II 6 B i を参照。

375) 本稿 II 6 B ii(2) を参照。

376) 本稿 II 4 A iii, II 4 B i を参照。

377) 本稿 II 4 B ii を参照。

となっていた³⁷⁸⁾。

「第一次墮胎罪判決」では、既述のように、「Wie 審査（手段審査）」が行われる予定であった。同審査はその内部にて「過少審査」と「過剰審査」を含む。しかし、これらの審査が問題にする、手段の目的適合性と必要性は、同事件では判断出来ない性質のものとなっていた³⁷⁹⁾。

「第一次製粉所法決定」でも手段審査が行われていた。しかし、同審査が問題にする、手段の目的適合性と必要性は、同事件では判断出来ない性質のものとなっていた³⁸⁰⁾。

「第二次製粉所法決定」でも手段審査が行われていた。しかし、同審査が問題にする、手段の目的適合性と必要性は、同事件では判断出来ない性質のものとなっていた³⁸¹⁾。

「ワイン経済法決定」でも手段審査が行われていた。しかし、同審査が問題にする、手段の目的適合性と必要性は、同事件でも判断出来ない性質のものとなっていた³⁸²⁾。

以上からすれば、本稿が見た五つの事件は、何も、そこで行われていた手段審査が（若しくは行われるはずであった手段審査が）、空転を余儀なくされていたという点でも共通するものと言える。

C 形式上の「目的審査」における補償

以上のように、五つの裁判は、その手段審査の空転を宿命づけられていたという点で共通する。そこで、裁判所はこれを見越して、それを補完する審査を別に行っていた。これを見てみよう。

「保険法事件」では、既述のように、その手段審査は空転を予測された。そこで、裁判所はこれを見越して、その形式上の目的審査にて次の審査を（も）行っていた。「手段の目的適合性と必要性に係る立法者自身の予測について、客観

378) 本稿Ⅱ 2 C i を参照。

379) 本稿Ⅱ 5 C ii を参照。

380) 本稿Ⅱ 3 C i を参照。

381) 本稿Ⅱ 6 C i を参照。

382) 本稿Ⅱ 4 C i を参照。

的な根拠があったかどうか」(「予測の合理性審査」)³⁸³⁾。

「第一次墮胎罪事件」では、既述のように、その「Wie 審査 (手段審査)」は空転を予測された。そこで、裁判所はこれを見越して、次の審査を行っていた。「手段の目的適合性と必要性に係る立法者自身の予測について、客観的な根拠があったかどうか」(「予測の合理性審査」)³⁸⁴⁾。

「第一次製粉所法事件」でも、その手段審査は空転をしていた。そこで、裁判所はその形式上の目的審査にて、次の審査を(も)行っていた。「手段の目的適合性と必要性に係る立法者自身の予測について、客観的な根拠があったかどうか」(「予測の合理性審査」)³⁸⁵⁾。

「第二次製粉所法事件」でも、その手段審査は空転をしていた。そこで、裁判所はその形式上の目的審査にて、次の審査を(も)行っていた。「手段の目的適合性と必要性に係る立法者自身の予測について、客観的な根拠があったかどうか」(「予測の合理性審査」)³⁸⁶⁾。

「ワイン経済法事件」でも、その手段審査は空転をしていた。そこで、裁判所はその形式上の目的審査にて、次の審査を(も)行っていた。「手段の目的適合性と必要性に係る立法者自身の予測について、客観的な根拠があったかどうか」(「予測の合理性審査」)³⁸⁷⁾。

以上からすれば、五つの裁判は、何も、その空転する手段審査の補償のために、形式上の目的審査等にて立法者の予測の合理性を審査していたという点で共通しているものと言える。

D 「合理性審査」の対象が「類推的予測」であること

以上のように、五つの裁判で見られた「(予測の) 合理性審査」は、立法者が行った「類推的予測」の合理性に関するものだった。これを次に見てみよう。

「保険法事件」では、次の予測の合理性が争われていた。「保険医認定が自由化

383) 本稿 II 2 C ii を参照。

384) 本稿 II 5 C iii を参照。

385) 本稿 II 3 C ii を参照。

386) 本稿 II 6 C ii を参照。

387) 本稿 II 4 C ii を参照。

されれば、保険医間の競争が激化し、患者抱き込みのために不要な薬剤供給等が行われるようになる」³⁸⁸⁾。このような予測は、過去に何処かで行われていた保険医認定の自由化の経験から導出されていたものと推測された（「類推的予測」³⁸⁹⁾。

「第一次墮胎罪事件」では、次の予測の合理性が争われていた。一つは、「母に対する支援策を国が拡充し、これを第三者により女性に示せば、女性は中絶を思いとどまるはずだ」というものであり、二つは、「中絶を行う執刀医は、女性に対して子の出産を促し得る適切な助言を行うはずだ」というものである³⁹⁰⁾。一つ目の予測は西ドイツで見られた「各種経済的・社会的支援が存在しており、故に子育ては可能であると知っている女性は普通は中絶を選ばない」という経験から導出されていた（「類推的予測」³⁹¹⁾。

「第一次製粉所法事件」では次の予測の合理性が争われていた。「製粉活動が密集すると、その地域は戦時において真っ先に攻撃の対象となる。故に、そのような密集が回避されねば、戦時において、国民の健康と生存に危険が生じる」³⁹²⁾。このような予測は、過去に何処かで生じていた戦争の経験から導出されたものと推測はされた（「類推的予測」³⁹³⁾。

「第二次製粉所法事件」でも、次の予測の合理性が争われていた。「製粉活動が特定の地域に密集すれば、その地域は戦時において、真っ先に攻撃の対象となる。故に、そのような密集の防止が行われなければ、戦時において、国民の健康と生存に危険が生じる」³⁹⁴⁾。このような予測は、過去に何処かで行われていた戦争の経験から導出されたものと推測はされた（「類推的予測」³⁹⁵⁾。

「ワイン経済法事件」では次の予測が争われていた。「価格崩壊防止措置（及び輸入課徴金賦課）を実施せねば、域外から流入する安価な一般消費ワインにより、西欧の、とりわけ一般ブドウ栽培農家と日常消費ワイン醸造業者は苦境に陥り、

388) 本稿Ⅱ 2 B iv(1)を参照。

389) 本稿Ⅱ 2 C iiを参照。

390) 本稿Ⅱ 5 B ivを参照。

391) 本稿Ⅱ 5 C iiiを参照。二つ目の予測の事実的根拠は不明であった。

392) 本稿Ⅱ 3 B iii(1)を参照。

393) 本稿Ⅱ 3 C iiを参照。

394) 本稿Ⅱ 6 B ii(1)を参照。

395) 本稿Ⅱ 6 C iiを参照。

その商品の品質が劣化することになる」³⁹⁶⁾。このような予測は、過去に何処かで生じていたワイン産業の没落・品質劣化の経験から導出されたものと、一応は推測された（「類推的予測」³⁹⁷⁾。

以上からすれば、五つの裁判は、そこで行われていた合理性審査が立法者の「類推的予測」に関係するものであったという点で共通しているものと言える。

E 小括

話を一旦まとめたい。

本稿が見た五つの裁判は、何も、法の合憲性審査のために手段審査を採用していたが、それは空転を宿命づけられていた。そこで、裁判所は、その補償のために、立法者の類推的予測の合理性を審査していた。従って、五つの裁判は、何も、法の合憲性審査のために、同一の理論枠組み（審査枠組み）を採用していたものと言える。

2 五つの裁判の相違点——「合理性審査の深さ」

以上に見てきたように、裁判所は事案において問題になる法の合憲性を、同一の理論枠組みで以って審査をしている。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た。これを次に見てみよう。

A 「保険法判決」・「第一次墮胎罪判決」

「保険法判決」にて審査を加えられた立法者の予測は、過去に何処かで行われていた保険医認定の自由化の経験から導出されたものであった（「類推的予測」）。裁判所はこの事例が本当に存したかどうかを審査し、これを認めた（「事実認定審査」³⁹⁸⁾。しかし、裁判所はここから進んで、更にこの事例と保険法事件との類似性をも審査していた（「価値判断審査」³⁹⁹⁾。従って、同判決に見られた合理

396) 本稿 II 4 B ii を参照。

397) 本稿 II 4 C ii を参照。

398) 本稿 II 2 B iv(1), II 2 C ii を参照。

399) 本稿 II 2 B iv(1), II 2 C ii を参照。

性審査は極めて深いものであったと言えた⁴⁰⁰⁾。この審査は、立法者が行った予測を裁判所自身の予測により置き換えるものであった。その意味において、同審査は一種の「実体的判断代置審査」であったと言えた⁴⁰¹⁾。

「第一次墮胎罪判決」にて審査を加えられた立法者の予測は二つであった。一つは、西ドイツで見られた「各種の経済的・社会的支援があり、故に子育ては可能であると知っている女性の中絶を選ばない」という経験から導出されたものであった（「類推的予測」）。この予測の合理性を、裁判所がどこまで踏み込んで審査していたかは判旨からは明らかにならなかった。しかし、判決はイギリスや東ドイツの中絶実態に係る各種のレポートを参照していた⁴⁰²⁾。従って、上記予測を裁判所はかなり踏み込んで、つまりはその背後にある事実認定と価値判断の正当性にまで踏み込んで審査したのではないかと、一応は推測された（「事実認定審査」・「価値判断審査」⁴⁰³⁾。

また、同判決においては立法者の「中絶を行う執刀医は、女性に対して出産を促し得る適切な助言を行うはずだ」という予測もが争われていた。同予測が如何なる事実認定に基づいて行われたかも判旨からは明らかにならなかった。しかし、何れにしても、同判決は同予測につき、「実体的判断代置審査」と呼ぶべき審査を行っていた⁴⁰⁴⁾。その意味において、同審査は極めて深いものであったと言えた⁴⁰⁵⁾。

以上から、同判決で見られた合理性審査は、何れにしても、極めて深いものであったと言えた⁴⁰⁶⁾。

B 「第一次製粉所法決定」・「第二次製粉所法決定」

「第一次製粉所法決定」にて審査を加えられた立法者の予測は、過去に何処か

400) 本稿Ⅱ 2 C ii を参照。

401) 本稿Ⅱ 2 C ii を参照。

402) 本稿Ⅱ 5 B iv を参照。

403) 本稿Ⅱ 5 C iii を参照。

404) 本稿Ⅱ 5 B iv, Ⅱ 5 C iii を参照。

405) 本稿Ⅱ 5 C iii を参照。

406) 本稿Ⅱ 5 C iii を参照。

で行われていた戦争の経験から導出されたものであった(「類推的予測」)。裁判所はこの事例が過去に存したかどうかを審査し、これを認めた(「事実認定審査」)⁴⁰⁷⁾。しかし、過去の事例ではそうだったとしても、だから今回もそうであるとは言えない。故に、この事例と第一次製粉所法事件との類似性が密に問われねばならなかった。しかし裁判所は、結局はこの審査を行わなかった⁴⁰⁸⁾。故に、同決定における合理性審査は、比較的浅いものであったと言えた⁴⁰⁹⁾。

「第二次製粉所法決定」にて審査を加えられた立法者の予測も、過去に何処かで行われていた戦争の経験から導出されたものであった(「類推的予測」)。裁判所はこの事例が過去に本当に存したかどうかを審査し、これを認めた(「事実認定審査」)⁴¹⁰⁾。しかし、過去の事例ではそうだったとしても、だから今回もそうであるとは言えない。そこで、本来であれば、この事例と第二次製粉所法事件との類似性が密に問われねばならなかった。しかし裁判所は、結局この審査を行わなかった⁴¹¹⁾。以上のことから、同決定の合理性審査は、比較的浅いものであったと言えた⁴¹²⁾⁴¹³⁾。

C 「ワイン経済法決定」

「ワイン経済法決定」にて審査を加えられた立法者の予測は、過去に何処かで生じていたワイン産業の没落・品質劣化の経験から導出されていたものと推測はされた(「類推的予測」)。しかし、裁判所はこの事例が過去に実際に存したかどうかを審査しなかった⁴¹⁴⁾。従って、この事例とワイン経済法事件との類似性も審査されていない⁴¹⁵⁾。以上のことから、同決定の合理性審査は極めて浅いもの

407) 本稿Ⅱ 3 B iii(1), Ⅱ 3 C iiを参照。

408) 本稿Ⅱ 3 B iii(1), Ⅱ 3 C iiを参照。

409) 本稿Ⅱ 3 C iiを参照。

410) 本稿Ⅱ 6 B ii(1), Ⅱ 6 C iiを参照。

411) 本稿Ⅱ 6 B ii(1), Ⅱ 6 C iiを参照。

412) 本稿Ⅱ 6 C iiを参照

413) これらの場合、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言うことになる。従って、「主張可能性統制」はその意味において、「手続の要請」であるとも言える。

414) 本稿Ⅱ 4 B ii, Ⅱ 4 C iiを参照。

415) 本稿Ⅱ 4 B ii, Ⅱ 4 C iiを参照。

であったと言えた⁴¹⁶⁾。

D 小括

話をまとめたい。

裁判所は五つの事例にて法の合憲性審査のために同一の理論枠組みを採用していたが、この審査は個別の事案においては異なる深さで以って行われていた。

3 合理性審査の深さと違憲審査の密度

以上に見られたような事案ごとに異なるものとなる合理性審査の深さの相違は、結局のところ、事案における違憲審査の密度の相違としても理解され得る。これを次に見てみよう。

「保険法事件」及び「第一次墮胎罪事件」にて行われた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。これは両事件における合理性審査が、チェック箇所の多いものであったことを意味する。そして、思い出してみると、この合理性審査は、そもそも法令の合憲性審査の手段審査を代替せんとするものであった⁴¹⁷⁾。従って、両事件の「合憲性」審査は、密度の高いものであったと言える（以下、このような審査を「最も厳格な審査」と呼ぶ⁴¹⁸⁾）。

「第一次製粉所法事件」及び「第二次製粉所法事件」にて行われた予測の合理性審査は、立法者の予測の事実認定部分にのみ及ぶ浅いものであった。これは、両事件における合理性審査がチェック箇所の少ないものであったことを意味する。そして、思い出してみると、同合理性審査は、そもそも法令の合憲性審査の手段審査を代替せんとするものであった⁴¹⁹⁾。従って、両事件における「合憲性」審査は、密度の低いものであったと言える（以下、このような審査を「厳格な審査」と呼ぶ⁴²⁰⁾）。

416) 本稿Ⅱ4C iiを参照。

417) 本稿Ⅲ1Cを参照。

418) 実際、これらの事案は共同決定法判決により、「厳格な内容統制」が行われた事案として整理されていた。Vgl., BVerfGE 50, 290 (333).

419) 本稿Ⅲ1Cを参照。

「ワイン経済法事件」にて行われた予測の合理性審査は、立法者の予測の、事実認定部分にも価値判断部分にも及ばない、極めて浅いものであった。これは、同事件における合理性審査が極めてチェック箇所の少ないものであったことを意味する。そして、同審査はそもそも、法令の合憲性審査の手段審査を代替せんとするものであった⁴²¹⁾。従って、同事件における「合憲性」審査は、極めて密度の低いものであったと言える（以下、このような審査を「穏やかな審査」と呼ぶ⁴²²⁾）。

ところで、以上の分析からすれば、「明白性の統制」は、全く空虚な審査であるということになる。しかし、前稿にて分析した「基本条約判決」⁴²³⁾は、「民族自決権の放棄」に関して一定の審査を行っていた⁴²⁴⁾。この審査は次のようなものとして理解出来るものであった。

「政治機関の側が、法（基本条約）の根底に置かれた自己の予測の内容を開陳し、それと法（基本条約）の内容との矛盾を裁判所が審査する」。

このような審査は、同判決では「裁量の踰越審査」と呼ばれていた⁴²⁵⁾。同審査は、内容的には、例えば共同決定法判決などにも類似の言明を見出せる⁴²⁶⁾。従って、(確かなことは言えないけれども)「裁量の踰越審査」は全ての事案において、一応は行われているのではないか。この推測が仮に正しいとすれば、「明白性の統制」は、「裁量の踰越審査」として、一定の内実を有しているとも言える (図5)。

それはともかく、何れにしても、事案ごとに異なるものとなる予測の合理性審査の深さの相違は、結局は違憲審査の密度の相違としても理解され得る。

420) 実際、これらの事案は共同決定法判決により、中程度の厳格度の尺度と目された「主張可能性統制」が行われた事案として整理されていた。Vgl., BVerfGE 50, 290 (333).

421) 本稿 III 1 C を参照。

422) 実際、同事件は共同決定法判決により、最も穏やかな尺度と目された「明白性の統制」が行われた事案として整理されていた。Vgl., BVerfGE 50, 290 (333).

423) BVerfGE 36, 1.

424) BVerfGE 36, 1 (19ff.); 高橋・前掲註1) 937 頁以下。

425) BVerfGE 36, 1 (17); 高橋・前掲註1) 973 頁。

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

図5 三つの尺度の内実

尺度	事案の例	予測の合理性審査			違憲立法審査の密度
		踰越審査	事実認定審査	価値判断審査	
厳格な内容統制	保険法事件 第一次墮胎罪判決	○	○	○	高い
主張可能性統制	第一次製粉所法事件 第二次製粉所法事件	○	○		中程度
明白性の統制	ワイン経済法事件	○			低い

4 審査密度の決定規準

以上のように、各事案における予測の合理性審査の深さの相違は、結局のところ、事案における合憲性審査の密度の相違としても理解され得る。ではこの相違は、如何なる規準（Kriterium）に依拠して決されていたのだろうか。

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」というものである⁴²⁷⁾。故に以下ではこれらの規準が五つの裁判でも、裁判所の審査密度を決する役割を果たしていたかどうかを分析することにしたい。

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。

同規準は、本稿が分析した五つの裁判では、何れによっても言及されていなかった。前稿で分析した「薬事法判決」や「基本条約判決」でもそうだった⁴²⁸⁾。

従って、裁判所が違憲審査の密度を決する上で、この規準はそれ程の役割を果たしていないのではないかと推測され得る。そうだとすれば、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。

427) 本稿Ⅱ 2 C iv を参照。

428) 高橋・前掲註 1) 909-914, 935-940 頁。

B 「基本権侵害の重大性」

実際、本稿が見た五つの裁判は、何も、その違憲審査の密度をこの規準によって決されていたものと見える。具体的に言うと次のようなことである。

i 「穏やかな審査」

まずは「穏やかな審査」が行われた事案について見てみよう。同事案に該当するのは「ワイン経済法事件」であった⁴²⁹⁾。同事件では、ワイン経済法の諸規定が基本法 12 条 1 項に違反しないかが争われていた⁴³⁰⁾。

同事件にて裁判所は、問題の諸規定が X₃ 及び X₃₂ の「原料を安価に買い付ける自由」を損なっていることを認めた⁴³¹⁾。同自由は決定によれば、「職業の自由」を保障する基本法 12 条 1 項の保護領域に含まれるものであった⁴³²⁾。しかし、ワイン経済法の諸規定によっても、X₃ 及び X₃₂ には収益向上の余地が残されていた。事業継続余地も当然に残されていた⁴³³⁾。

以上のことから、同事件における基本権侵害は極めて小さなものであったと言えた。

ii 「厳格な審査」

次に「厳格な審査」が行われたとされる事案について見てみよう。同事案には「第一次製粉所法事件」が含まれていた⁴³⁴⁾。同事件では、製粉所法の諸規定が基本法 12 条 1 項に違反しないかが争われていた⁴³⁵⁾。

同事件にて裁判所は、問題の諸規定が X₂ の収益向上余地を奪うものであることを認めた⁴³⁶⁾。この自由は、同決定によれば、「職業の自由」を保障した基本法 12 条 1 項の保護領域に含まれるものであった⁴³⁷⁾。しかし、X₂ には事業継続余地

429) 本稿 III 3 を参照。

430) 本稿 II 4 A iii, II 4 B i を参照。

431) 本稿 II 4 B i を参照。

432) 本稿 II 4 B i を参照。

433) 本稿 II 4 B i を参照。

434) 本稿 III 3 を参照。

435) 本稿 III 3 A ii, II 3 B i を参照。

436) 本稿 II 3 B ii を参照。

は残されていた⁴³⁸⁾。

以上のことから、同事件における基本権侵害は中程度のものであったと言えた。

また、「厳格な審査」が行われた事案には「第二次製粉所法事件」もが含まれていた⁴³⁹⁾。同事件では、製粉構造法の諸規定が、基本法12条1項に違反しないかが争われていた⁴⁴⁰⁾。

同事件にて裁判所は、問題の諸規定が X_5 と X_{52} の収益向上余地を奪うものであることを認めた⁴⁴¹⁾。同自由は、決定によれば、「職業の自由」を保障する基本法12条1項の保護領域に含まれるものであった⁴⁴²⁾。しかし X_2 にはなお事業継続の余地が残されていた⁴⁴³⁾。

以上のことから、同事件における基本権侵害は中程度のものであったと言えた。

iii 「最も厳格な審査」

最後に、「最も厳格な審査」が行われた事案について見てみよう。同事案には「保険法事件」が含まれていた⁴⁴⁴⁾。同事件では1955年ライヒ保険法の諸規定が、基本法12条1項に違反しないかが争われていた⁴⁴⁵⁾。

同事件にて裁判所は、問題の規定が X_1 の職業継続を事実上不可能にしていることを認めた⁴⁴⁶⁾。同自由は、判決によれば、「職業の自由」を保障した基本法12条1項の保護領域に含まれるものであった⁴⁴⁷⁾。

以上のことから、同事件における基本権侵害は重大なものであったと言えた⁴⁴⁸⁾。

また、「最も厳格な審査」が行われた事案には「第一次墮胎罪事件」もが含ま

437) 本稿II 3 Bを参照。

438) 本稿II 3 B iiを参照。

439) 本稿III 3を参照。

440) 本稿II 6 A ii, II 6 B iを参照。

441) 本稿II 6 B iを参照。

442) 本稿II 6 B iを参照。

443) 本稿II 6 B iを参照。

444) 本稿III 3を参照。

445) 本稿II 2 A iii, II 2 B iを参照。

446) 本稿II 2 B iiiを参照。

447) 本稿II 2 Bを参照。

れていた⁴⁴⁹⁾。同事件では、第5次刑法改正法が基本法2条2項1文に違反しないかが争われていた⁴⁵⁰⁾。

同事件にて裁判所は、問題の規定が胎児の生命保護に資さないことを認めたと⁴⁵¹⁾。従って、第5次刑法改正法の策定と、既存の刑法典の削除により、「国自身が」胎児の生命を侵害したものと言えた⁴⁵²⁾。このような生命は、判決によれば、基本法2条2項1文により保護されたものであった⁴⁵³⁾。

以上のことから、同事件においては重大な基本権侵害が問題になっていたものと言えた。

iv 小括

以上からすれば、本稿が見た五つの裁判は、その違憲審査の密度のあり方を、基本的には、「事案において看取され得る基本権侵害の重大性」という規準に依拠して決されていたものと言えよう⁴⁵⁴⁾。

5 決定規準の基礎

A 「機能的アプローチ」

以上のように、連邦憲法裁判所は、各事案における違憲審査の密度を「事案において看取され得る基本権侵害の重大性」という規準に依拠して決している。これは、同裁判所が「基本権に対する重大な侵害が問題になる場合に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」という行動原理に依拠

448) 実際、判決は次のように述べていた。

「現行の規制は、結果として認定を受けられなかった医師の自由な職業遂行〔活動〕を深刻に侵害 (tiefer Eingriff) している」。

Vgl., BVerfGE 11, 30 (48)。

449) 本稿III 3を参照。

450) 本稿II 5 A ii, II 5 Bを参照。

451) 本稿II 5 B ivを参照。

452) 本稿II 5 C ivを参照。

453) 本稿II 5 B iを参照。

454) 根本的な発想において共通するものとして、Uwe Seetzen, Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, NJW 1975, S. 429ff. 更にOssenbühl (Fn. 120), S. 505-508; Gunnar Folke Schuppert, Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl. 1988, S. 1193-1194も参照。

していることを意味する。

このような行動原理を採用することの背景には、前稿で見たとおり、裁判所の次の姿勢があると言える。即ち、自らの任務 (Funktion) を「基本権の保護」と理解してこれを重視しようとする姿勢がそれである (「機能的アプローチ (funktioneller Ansatz)」)⁴⁵⁵⁾⁴⁵⁶⁾。

B 「法的アプローチ」

i 体系的法解釈

そして、裁判所が事案における基本権侵害の重大性に依拠して審査密度を高めたり低めたりしているということは、裁判所が基本法の全ての基本権を本質的に同質のものとして理解していることをも意味する⁴⁵⁷⁾。

このような裁判所の理解の背景には、前稿で述べた通り、デューリヒ⁴⁵⁸⁾流の基本法理解があるものと推測される⁴⁵⁹⁾。つまり、裁判所は基本法に規定された全ての基本権を、基本法1条1項の「人間の尊厳 (Würde des Menschen)」の具体化として捉えているということである⁴⁶⁰⁾。

ii 「人間の尊厳」とは？

では、(デューリヒないし) 連邦憲法裁判所は、この「人間の尊厳」の内実を具体的にどのようなものとして理解しているのだろうか。本稿はこれを前稿に引き続いて、「国民各人の個性 (Persönlichkeit) の展開 (の機会)」として捉え

455) 詳細については、高橋・前掲註1) 956-957頁を参照。

456) この点を指摘する文献には枚挙に暇がない。代表的なもののみ挙げると、Hans-Peter Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2105ff.; Schuppert (Fn. 454), S. 1191ff.

457) 何故なら、本質的には同質のものと考えてるのでなければ、基本権侵害を相互に比較することなど出来ないように思われるからである。

458) Günter Dürig, 1920-1997. テュービンゲン大学 (Univ. Tübingen) 退官教授。1950年代から70年代のドイツ公法学を代表する研究者である。

459) 高橋・前掲註1) 958頁を参照。

460) 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. 6-8.

る⁴⁶¹⁾。何故なら、連邦憲法裁判所の基本権侵害の重大性の評価基準は、やはり「侵害が有する私人の個性の展開に対するインパクト」といったものであったように思われるからである。これを以下で見てみよう。

(1) 「軽微な侵害」と「中程度の侵害」

まずは、「軽微な侵害」があった事件と「中程度の侵害」があった事件との基本権侵害のあり方の相違を見てみよう。

基本権侵害が「軽微」と目された「ワイン経済法事件」では、「製品原材料を安価に買い付ける自由」への侵害が問題となっていた。しかし、原料費の高騰分は、製品販売価格へと転嫁可能と思われた。従って、同事件の基本権侵害は、とりわけ X_{32} の収益向上余地を奪うものとはならなかった。

これに対して基本権侵害が「中程度」と目された「第一次製粉所法事件」・「第二次製粉所法事件」では、 X_2 及び X_{52} の収益向上余地自体が直接的に奪われていた。

経営者というものにとり、収益を向上させることは、その活動の重要な目標の一つであると思われる。 X_2 及び X_{52} もそれなりの期間、この目標の達成のために、汗をかいてきたものと思われる⁴⁶²⁾。だとすれば、自己の努力とは全く無関係に、この目標を達成不能とすることは、彼らのそれまでの人生を部分的に無価値にするものになろう。従って、これらの規制は X_2 及び X_{52} の今後の個性の展開を一定程度阻害するものと言える⁴⁶³⁾。

以上からすれば、「ワイン経済法事件」において問題となったワイン経済法の諸規定は、 X_{32} の個性の展開にほとんどインパクトを有しなかったけれども、「第一次製粉所法事件」及び「第二次製粉所法事件」で問題になった製粉所法・製粉構造法は、 X_2 及び X_{52} の個性の展開にそれなりのインパクトを有していた

461) 前稿においては、高橋・前掲註1) 959-961頁。

462) もちろん、この努力は単に収益を向上させるためだけに行われているわけではない。それは、「そもそも事業を潰さない」という、最上位の目標のためにも行われている（後述）。

463) 人は生きている以上、自分の人生に何らかの意味を見出している。製粉所法と製粉構造法は、そのような意味の一部を切り取ろうとするものであると言える。

ものと言える。両事件の基本権侵害の重大性の相違はこの点から生じていたものと推測される。

(2) 「中程度の侵害」と「重大な侵害」

次に、「中程度の侵害」があった事件と「重大な侵害」があった事件との基本権侵害のあり方の相違を見てみよう。

たった今見たように、基本権侵害が「中程度」と目された「第一次製粉所法事件」・「第二次製粉所法事件」では、私人の収益拡大余地を奪う法令の合憲性が問題になっていた。しかし、これらの法令は、私人の事業継続余地までも奪うものではなかった。

これに対して基本権侵害が「重大」と目された「保険法事件」では、正に事業継続余地（職業継続の余地）を（事実上）奪う法令が問題になっていた。

製粉所経営者も含めて、あらゆる自営業者にとり、事業継続はその最低限の目標であると同時に、最大の目標であるものと思われる。X1も、相当期間、この目標を達成するために汗をかいてきたものと思われる。だとすれば、このような努力とは全く無関係にこの目標を達成不能とすることは、彼の個性の展開を著しく阻害するものとなろう。

また、ドイツにおいては、事業継続の禁止は他の意味でも重大なインパクトを有し得る。何故なら、多くの場合、ドイツにおいては事業活動の開始自体に多大な労力が要されているからである⁴⁶⁴。

ドイツでは就業のために、そもそも各種の資格が必要とされる⁴⁶⁵。「保険法事件」で問題になった保険医の場合も、その就任のためには各種資格の取得が必要であった。この取得のためには、大学医学部を出て長期に渡る研修を受けねばならない⁴⁶⁶。こうしてようやく資格の取得をした者が、にも拘らず、それとは全

464) (西)ドイツがこのようなキャリア制度（ないし職業教育制度）を採用していることの影響には、全ての職業に等しく専門性と卓越性を認めようとした思想があったものとも言える。もちろん、制度としてそうなっている、実際には各種の差別があるのであって、それは残念なことである。

465) この点については、種田明「産業技術」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）272頁以下を参照。

く無関係に就業を(事実上)行えない(若しくは一旦就業出来ても継続出来ない)とすれば、彼のそれまでの努力は一体何だったのかという話になる。

つまり、ドイツにおいては事業の開始それ自体に甚大な努力が要されているがために、事業継続の禁止は私人の個性の展開に対して重大なインパクトを有し得るという事である⁴⁶⁷⁾⁴⁶⁸⁾。

更に、基本権侵害が「重大」と目された「第一次墮胎罪事件」では、胎児の「生命」に対する侵害が問題となっていた。生命は判決も述べていたように、あらゆる個性の展開の欠くべからざる基盤である。これが奪われると私人の個性の展開は一切適切不可能になる。

以上からすれば、「保険法事件」・「第一次墮胎罪事件」で問題になった1955年ライヒ保険法・第5次刑法改正法は、「第一次製粉所法事件」・「第二次製粉所法事件」で問題になった製粉所法・製粉構造法と同様に、私人の個性の展開に対してインパクトを有してはいたが、その程度は、後者の程度を著しく上回るものであったと言えよう。両事件の基本権侵害の重大性の相違はここから生じていたものと推測される。

466) 判決が下された1960年時点においては、医師志願者は、1953年9月15日の「医師任用規則」(Bestellungsordnung für Ärzte v. 15. 9. 1953 (BGBl. I S. 1334))により、大学医学部で11学期に及ぶ講義を受けて(4条2項)(およそ5年半の期間に相当しよう)、その後医師国家試験を受けてこれに合格し、更にその後2年に及ぶ実習をうけることを義務付けられていた(4条3項)。以上について、詳しくは、Vgl., Heinz Haage, Das neue Medizinstudium, 2003, S. 3.

467) ここでは、薬事法判決の次のような言明が想起される。

“客観的条件は、それによって既に事実上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には、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”。
Vgl. BVerfGE 7, 377 (407).

つまり、バイエルン州薬事法や1955年ライヒ保険法は、私人が自己の人生に見出した意味を完全に奪い取ろうとするものであるということである。

468) この点に関する筆者の前稿の認識は甘いものであったと思う。日本では就業そのものに資格を要する事は一般的ではない。そこで、この認識に引きずられたのだと思う。

(3) 小括

話をまとめる。

各事案における基本権侵害の重大性は、「問題の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されている⁴⁶⁹⁾。従って、連邦憲法裁判所は基本法1条1項の「人間の尊厳」の具体的内実を、「国民各人の個性の展開（の機会）」として捉えていたものと推測される。

iii 「法的アプローチ」

さて、以上の話からすれば、三段階説の根底には、「人間の尊厳」を基調とした（デューリヒ流の）基本法解釈があるものと言えよう。つまり、三段階説の根底には、特定の憲法理論⁴⁷⁰⁾の受容、つまりは「法的アプローチ（*rechtlicher Ansatz*）」があるということである⁴⁷¹⁾。

C 結論

以上のすべての分析からすれば、やはり三段階説の根底には、「機能法的アプローチ（*funktionell-rechtlicher Ansatz*）」があると言えるのではないか。

おわりに

以上で本稿のために筆者が用意した分析は全てである。以下では本稿の内容を簡単に要約した後で、残された課題について確認をしたい。

469) この場合、裁判所は結局自己の任務を「『人間の尊厳』の保護」と捉えていることになる。

470) ここに言う「憲法理論」とは、形式的な意味の憲法により基礎付けられ得る政治的理論の総体ことを指す。詳しくは、渡辺康行「憲法と憲法理論の対話（1）－（6・完）」国家学会雑誌103巻1・2号（1990年）1頁以下、105巻1・2号（1992年）90頁以下、111巻5・6号（1998年）100頁以下、112巻7・8号（1999年）40頁以下、113巻5・6号（2000年）1頁以下、114巻9・10号（2001年）25頁以下を参照。

471) 「機能法的アプローチ」という場合の「法」の意味を、このような意味で理解しているものと見える文献として、Schuppert (Fn. 454), S. 1194-1195.

1 本稿の内容の要約

本稿はドイツ連邦憲法裁判所が1979年の共同決定法判決にて採用した「三段階説」を研究テーマとした。そして、同理論に関する四つの問いについて考察をした。

一つは、立法者の予測統制が違憲審査全体とどう結びついているのか（予測統制はそもそもなぜ主題化されるのか）というものであり、二つは、三つの尺度の相違は何かというものであり、三つは、三つの尺度はどう使い分けられているのかというものであり、四つは同説の背後にある法解釈方法は何かというものであった。

これらの問いに答えるために、本稿は共同決定法判決にて引用されていた五つの裁判を分析した。その結果次の結論を得た。

一つは、「立法者の予測統制（「(予測の) 合理性審査」）は、各事案にて手段審査が行われることを前提に、その空転を“補償するために”行われている」、というものである。その意味において、予測統制は違憲審査の（各事案における）必須のパーツであったと言える。

二つは、「三つの尺度はこのような違憲審査の深さ（密度）の目安であった」、というものである。「明白性の統制」は裁量の踰越の有無しか審査しない。「主張可能性統制」はこれに加えて、予測の基礎的事実の有無をも審査する（「事実認定審査」）。「厳格な内容統制」はこれらに加えて、更に、同事案と当該事案との比較可能性まで審査する（「価値判断審査」）。

三つは、「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よって使い分けられている」、というものである。重大な基本権侵害が認められる事案においては例外なく「厳格な内容統制」が行われている。逆に基本権侵害が軽微な事案では「明白性の統制」が行われている。

四つは、「『三段階説』の根底には『機能法的アプローチ』がある」、というものである。連邦憲法裁判所は基本法解釈によって自己の機能を確定し、それを重視（遵守）して予測統制を行っている。その結果が三つの尺度であった。

以上の分析は、ドイツの現在の判例理論の基礎を探究する作業であった。

2 残された課題

さて、以上を基に、残された課題について確認をしたい。

紙数も尽きたのでここでは一点のみ確認をしたい。

確実なことは言えないけれども、ここまで分析をしてきた結果、本稿筆者は連邦憲法裁判所の違憲審査につき、次のような印象を得た。即ち、同違憲審査の核心は、結局は「利益衡量（均衡性審査）」にあるのではないかというのがそれである。

「基本権侵害の重大性」に依った「私益」の段階付けも、結局はこの利益衡量を客観化しようとする努力の表れであったと言える。また、三つの尺度導入による、手段審査（予測の合理性審査）の厳格化も、結局は天秤の一方に乗せるべき「公益」の内容を正確に特定しようとする努力の表れであったと言える⁴⁷²⁾。つまり、国家の側は公益を大きく見せたいという誘惑に常に駆られるため、その主張に嘘がないかを裁判所がその都度、客観的な根拠を問うことでチェックしているということである。しかし、いくら「公益」を正確に特定しても、その重要度を特定出来なければ利益衡量は客観化出来ない。

ここで注目されるのが、本稿の取り上げた裁判のうちいくつかが問題となった法令の目的を段階づけていたように見える点である。保険法判決は1955年ライヒ保険法の「住民の健康（の保護）」という目的を「抜きん出て重要」としていた⁴⁷³⁾。「第一次製粉所法決定」・「第二次製粉所法決定」は、製粉所法・製粉構造法の「（戦時における）住民の健康と生存の維持」という目的を、「最高位の地位を備えた共同体利益」としていた⁴⁷⁴⁾。「ワイン経済法決定」は、ワイン経済法の「将来における（西欧）日常消費ワインの品質（標準規格）の維持」という目的を、単に「重要な共同体利益」とのみしていた⁴⁷⁵⁾⁴⁷⁶⁾。

ドイツ連邦憲法裁判所は利益衡量（「均衡性審査」）を客観化するために「私益」のみならず「公益」をも序列化しているのではないか⁴⁷⁷⁾。だとすれば、そ

472) 但し、これは検証を要する点である。

473) 本稿Ⅱ2B iv(1)を参照。

474) 本稿Ⅱ3B iii(3)、Ⅱ6B ii(3)を参照。

475) 本稿Ⅱ4B iiを参照。

476) 生命に最大の重要性が見出されている点で、私益の段階づけに共通するところがある。

れはいかなる「規準 (Kriterium)」に依拠して行われているのか⁴⁷⁸⁾。それらを明らかにすることは今後の課題であると言える (かもしれない)。

477) そもそもそのような作業がなされねば「均衡性審査」など行えないはずであるとも言える。

478) ここでは「二つのものを比較する際にはそれらの間に共通点があることが前提とされる」という命題が想起される。