

ドイツ連邦憲法裁判所における「主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle)」の現在

山 本 真 敬

目 次

序

1. 老人介護法判決 (2002年10月24日: BVerfGE 106, 62) 一審査枠組の変容?
2. 少年行刑判決 (2006年3月31日: BVerfGE 116, 69)
3. 法定疾病保険競争強化法判決 (2009年6月10日: BVerfGE 123, 186)

小括

序

旧稿 [山本 2018a; 山本 2018b; 山本 2015; 山本 2014] に引き続き、本稿も、ドイツ連邦憲法裁判所における「主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle)」の展開を検討する。主張可能性の統制が用いられたと指摘された判決 [参照, 山本 2018a, 126] およびその後本稿筆者が調査したものを含

めて、残すところは少年行刑判決・法定疾病保険競争強化法判決・Garzweiler 判決である¹。検討に際しては、引き続き、主張可能性の統制が、①いかなる基本権領域で用いられているか、②立法者の予測に対して用いられているか、③法律の議会での審議過程の取り扱われ方等の立法者の行為との関係や、主張可能性の統制と比例原則等の実体的審査枠組みとの関係はどうか、④事後是正義務との関係はどうか、が重要となる。いまだ紹介されたこともない事案もあり、紙幅の限り丁寧に紹介することを試みるが、主張可能性の統制に関する部分の紹介・検討が中心となる。主張可能性の統制に関する研究は日本においては乏しいことから、本稿の紹介・検討にも一定の意義はあると思われる。なお、その前に、立法者の予測に関して重要な判断を示した老人介護法判決も見ておく必要がある²。

1. Garzweiler 判決については、後掲註7を参照。

なお、旧稿においては、BVerfGE 128, 193 も主張可能性の統制の例としていた [山本 2018a, 141]。確かに、この判決においても、vertretbar か否かという論点は登場する。しかし、ここでの論点は、単純法律【einfaches Recht】の解釈適用を行った専門裁判所の判決に関して、その法解釈・法適用が恣意的【willkürlich】であるがゆえに基本権が侵害されたがゆえに基本法 20 条 3 項の「法律および法への拘束」違反として連邦憲法裁判所に判決憲法異議がなされる場合に、連邦憲法裁判所が専門裁判所の判決をどの程度審査するか、という問題に関わるものである (この審査は「法拘束統制」と言われる [畑尻・工藤編 2013, 361 [川又伸彦])。

すなわち、連邦憲法裁判所の判例によれば、「或る裁判所の判決が恣意的であるのは、それが考えられ得るいかなる観方の下でも法的に vertretbar ではなく、それゆえ、当該判決が事案に基づかない考慮に依拠するような結論を無理強いするような場合である。もっとも、法律の解釈に瑕疵があったということだけでは、裁判所の判決が恣意的となるわけではない。むしろ、恣意は、明らかに関係する規範が顧慮されていないか、規範の内容が極端に誤解されている場合にはじめて存在する。それは、客観的な基準を手掛かりにして確定されなければならない。有責の行為は必要でない (vgl. BVerfGE 87, 273 [278f.] [この判決については参照 [渡辺 2006]])」(BVerfG, Beschluß vom 14. Februar 2018, 1 BvR 2120/16, Rn.12)。

逆にいえば、vertretbar な法解釈・法適用を裁判所が行っている場合には、連邦憲法裁判所は専門裁判所の判決・決定には干渉しないということになる。冒頭で触れた E 128, 193 も、次のように述べる。すなわち、「法規範それ自体のみならず、当該法規範の裁判所による適用および解釈もまた、一般的行為自由に限界を設けることになる。自由を制約する法律の裁判所による適用は、それ自身において、当該適用が vertretbar な解釈であり許される裁判官の法創造の限界の範囲内であるというように、法治国家原理 (基本法 20 条 3 項) と結びついた基本法 2 条 1 項と調和する限りのことである。

1. 老人介護法判決 (2002 年 10 月 24 日 : BVerfGE 106, 62) — 審査枠組の変容?

(1) 事案

従来はラントに規律が委ねられていた老人介護の諸職業の専門養成教育のあり方を巡る規律を、連邦立法者が連邦法によって連邦統一的な規律を行った (老人介護法)。この老人介護に関する諸職業の規律権限が連邦の競合的立法権限を定める基本法 74 条 1 項の 19 号 (「医業その他の治療業」) に含まれるのか否かが争われた老人介護法判決は³、「重要な意義」[服部 2003, 312 註 31] がある判示を行った。すなわち、連邦憲法裁判所は、連邦の競合的立法権限の範囲について定める基本法 72 条 2 項に関する「裁判所による統制は包括的である。すなわち、裁判所によるその統制は、単なる主張可能性の統制【bloße Vertretbarkeitskontrolle】を越え出でる」(E 106, 62 [148]) と述べたうえで、概要以下のように判示したのである (ここでは、老人介護の諸職業が基本法 74 条 1 項 19 号の「治療業」に含まれるかという論点は割愛する)。

(2) 判旨

基本法の権限構造において、基本法上の目標基準を実現するための規律が等しく適正である場合には、連邦法による規律の「必要性」なき限り、ラントが優先する (基本法 30 条および 70 条)。この「必

要性」があるといえるのは、連邦法による規律がなければ、基本法 72 条 2 項の目標基準、つまり均質な生活関係の確立または全国的利益において存する法的統一・経済的統一の維持が達成され得ないか、十分に達成され得ない場合に限られる (E 106, 62 [148ff.])。

この基準に基づく統制を行うのが連邦憲法裁判所の義務である。この統制を行うために、現在または過去の事実を確定する必要があるが連邦憲法裁判所にある限り、連邦憲法裁判所は何らの制約にも服さない。憲法違反となるのは、「法律が立法者の瑕疵ある事実確定に依拠している」場合であり、「法律の根拠付けについてその他の、適切な考慮が援用され得る」場合は、そうではない。「このことは、予測的決定の根拠としての事実確定についても同じように妥当する。とりわけ、法律の効果を判断する際に、そして、事実関係は連邦立法者の侵害が無ければどのように将来展開するのか、あるいは事実関係はラント立法者の侵害によってどのように将来展開するのかという問題に答える際に、予測を伴う査定は必要不可欠である」。将来の展開の不確実性は、統制から完全に自由な立法者の決定空間を根拠付けない (vgl. BVerfGE 50, 290 [332])。「というのも、予測的判断は事実確定に基づくものであり、その事実確定は、事実確定の側において審査と評価に開かれているからである (vgl. BVerfGE 50, 290 [332])。この場合も、現在または過去の事実関係の判断に際してと同様に、立法者が可能なかぎり完全

[原文改行] 単純法の解釈や、解釈の際に適用されるべき方法の選択ならびにその個別事例への適用は、それについて管轄権を有する専門裁判所の本分であり、連邦憲法裁判所によってその正当性は審査されてはならない。これに際して専門裁判所が憲法に違反した場合にのみ、連邦憲法裁判所は憲法異議に応じて干渉することができる。或る判決が単純法と比較して客観的に不正確【objektiv fehlerhaft】であるだけでは、この場合には当たらない (vgl. BVerfGE 1, 418 [420]; 18, 85 [92f.]; 71, 354 [362f.]; 113, 88 [103])。しかしながら、当該解釈が、適用された規範に極端に矛盾しており、それゆえ妥当する法の中に対応する根拠なく主張が根拠づけられているか、立法者が一般的な憲法原理を具体化する中で認めた法的地位を切り詰める場合には、憲法によって立法者に委ねられた権能を裁判所が使用することになる (BVerfGE 49, 304 [320]; 69, 315 [372]; 71, 354 [362f.]; 113, 88 [103])。 (BVerfGE 128, 193 [209] [この判決については参照、[如尻・工藤編 2013, 562 註 146 [土屋武]])。

この論点も、憲法裁判所と専門裁判所の権限配分上の問題が大きな関心事であるドイツにおいては極めて重要である。しかし、目下のところ「立法裁量の統制」を検討しようとしている本稿の観点からは、この意味での vertretbar の論点はさしあたり検討の対象から外すこととし、詳しい検討は後日に委ねたい。

- 以下で紹介する判例に関して、日本語の先行研究がある場合にはそれを掲げている。これら先行研究は必ずしも主張可能性の統制に着目したものでなく、本稿とは異なる関心のものである。もっとも、特に事案の把握や訳語の選択に際して、それら先行研究から本稿は多くの点で示唆を受けていることをここに記しておく。
- 本件については、参照 [高木 2005; 服部 2003]。

な確定に自らの決定のよりどころを求めたか、あるいは立法者が重要な事実を見渡していたかということは、審査可能である。その際、可能な限り「完全な【vollständig】」確定という要求は、「その都度の規律領域にとって重要な事実に関係し」、「いかなる方法で立法者が重要な事実を確定するのかについては、一定の限界の内部で立法者に委ねられている」(vgl. BVerfGE 94, 49 [LS4b und S. 93]; 94, 115 [LS4b und S.143])。「これに対して、予測の不確実性が確実な経験的データと信用のおける経験則によって一掃され得る限りで、予測余地は除外される」(E 106, 62 [150f.])。

同じく、この「必要性」に関係する「将来の展開の確定についても、立法者は予測余地を有する」。「瑕疵ある予測は、それ自身、最も入念に予測した場合であっても結局は排除され得ない。つまり、予測を回避し得ない立法者に対しては、一定の限界の内部において、立法者が、消極的な憲法上の判断に恐怖しなければならないことなしに、このリスクを引き受けることが認められなければならない」。「予測に際しての査定余地を量ることは、その下で立法が行われる経験的および規範的前提条件に留意しなければならない。統一的で、多面的な情勢を平均化する【nivellierend】回答を与えることはなし得ず、差異化された解決のみを与えることができる。具体的事例においていかなる尺度が適切かということは、とりわけ、この場面でも正確な限界づけがほとんど不可能であるところの事実関係の特殊性および予測の困難性に向けられることになる」。「予測余地は、総合考察という方法においてのみ確定され得るが、その総合考察というのは、事項領域に関連し、また保護されるべき利益を顧慮するものであり、そしてその際には、法律の根拠に置かれている期待の客観化可能性【Objektivierung】および合理化可能性【Rationalisierbarkeit】の範囲は度外視されるものではない」。「時間不足や不十分な審議といった、外部あるいは立法者から主張された状況は、予測余地を拡大するには適切ではない」(E 106, 62 [151f.])。

基本法 72 条 2 項に基づいて憲法裁判所が連邦法を審査する場合、次の観点を含まなければならない。すなわち、「予測は、入念に確定されるか、あるいは少なくとも裁判所の審査の枠内において有効性が確認される事実関係の想定を根拠に置かな

なければならない」。「予測は、その方法に関して、適切な予測の手續に依拠しなければならない、そして、この予測の手續は、一貫して追求されなければならない (BVerfGE 88, 203 [262] [第 2 次墮胎判決] によっても語られている、予測の『信頼性【Verlässlichkeit】』の意味において)。予測に基づく査定を支える観点が十分な明白さをもって開かれた形で並べられているか、それら観点の公開性【Offenlegung】が少なくとも規範統制手續において担保され得るか否か、そして予測において事柄に係りのない考慮が含まれていないか否か、ということに従って予測の結果が統制されなければならない」(E 106, 62 [152f.])。

そして、連邦憲法裁判所は、老人介護法を審査し、それが老人介護者【Altenpflegerin/ Altenpfleger】の職業の専門養成教育を規律する限りで、基本法 72 条 2 項に反しないとした。連邦憲法裁判所は、基本法 72 条 2 項の「均質的な生活関係の確立」要件を老人介護法は満たさないと判断し (E 106, 62 [153ff.])、「法的統一の維持」要件もそれ単独では満たさないと判断した (E 106, 62 [155f.])。他方で、連邦憲法裁判所は、老人介護の領域における法の統一化は、その目的が、間接的には、異なるラントの規律から生じる老人介護領域の従来の専門養成教育の消極的な経済的効果を阻止ないし防止することにあるので、「この目標を達成するために、法の統一化はまた必要である」と判断した。その際、連邦憲法裁判所は、連邦立法者の目的を次のように述べた。すなわち、老人介護者という職業の魅力・価値を高めることで就業者を増加させ、老人介護の需要の増大に対処する。そして、連邦統一的な規律を行うことで老人介護者の可動性を高め、必要な地域に老人介護者を柔軟に投入できるようにするために、連邦全土で等しく水準の高い専門教育を受けた専門家を養成するという目的を、連邦立法者は追求していると (E 106, 62 [156ff.])。

このような改革を連邦立法者が行おうとする場合、しかしながら、「連邦立法者は、改革の必要性についての自らの査定の根拠に置かれるべきであり、この査定を支える事実の確定のために、学問的に確立され、同時に時宜に適った調査に拠りどころを完全に求めることはできない」。というのも、予測に際しての老人特有の不確定要素の存在や、人的

需要の最新の見積りへの欠如、老人介護の職業滞在期間の最新データの不備があるからである。しかしながら、にもかかわらず、データの状況は、連邦立法者のコンセプトと本質的な想定を信頼のおける仕方で支えるためには、充分である。この点については、様々な委員会の専門家もまた、状況を査定する際の不確実性があるにもかかわらず、一致している。連邦立法者の想定と考慮は、特に、高齢者世代の状況について総合的な調査報告書を作成することを任務とされた1989年のドイツ青少年・家庭・女性・保健省の専門家委員会によって支えられている。1993年9月の「第1次老人調査報告書」(BTDrucks 12/5897)や、2001年1月の「連邦共和国における高齢世代の状況についての第3次調査報告書」(BTDrucks 14/5130)、そして2002年4月の「第4次老人調査報告書」(BTDrucks 14/8822)がそれにあたり、後2者の報告書は、当時および将来の老人介護の展開を詳細に分析し評価し、改革を差し迫ったものとして強く推奨した。さらに、予測判断にとって本質的な情報は、社会福祉法典に基づいて作成された介護保険の展開に関する調査報告書(BTDrucks 13/9528 und 14/5590)や、2000年・2001年の専門家協議会の鑑定書の特に第2巻(BRDrucks 267/01)、そして、1992年10月に連邦議会によって設置された人口変化に関するアンケート委員会の第2次調査報告書(BTDrucks 12/7876)から、読み取ることができる。加えて、調査の成果および委員会の推薦は、連邦統計省の追加的な最新の数字資料を活用した鑑定意見書によって、そして目下の規範統制手続における職業組合の意見表明によって、有効性が確認され支持されている(E 106, 62 [158ff.])。

このように、専門家委員会や鑑定人そして当事者団体の見解を連邦立法者が踏まえていたことを確認しつつ、連邦憲法裁判所は、自らも連邦法律を実体的観点から審査している。すなわち、老人介護法の予測可能な効果もまた、ラントの規律のそれとは異なり、「経済の統一に関する全国家的利益を維持することに適合的」である。現在の専門要請教育の規律は、ラント間の差異があるがゆえに職業像の明確なイメージをつかみづらいものとしている。こ

のことは、統一的な基準および一般的な適性認定【Qualifikation】の欠如による。この状況は、労働政策上消極的に作用し、老人介護の働き手の冷遇に至ることになる。ラント間の枠組み協定もこの冷遇を防止できておらず、将来の期待も満たすものではない。これに対して、当法廷によって委託された専門家の鑑定意見も、職業組合のほとんど異口同音の見解も、連邦立法者が連邦統一的な専門養成教育の規律を行うことが必要であるということを裏付けるものである。確かに、老人介護法は、専門的適性を持った人の不足をそれだけで取り除くことができるものではない。しかし、専門家の獲得と状況改善のための措置において、それは中心的な構成要素なのである。老人介護法による職業統一的な規律は専門養成教育の魅力を高め、それゆえ老人介護における専門家への関心を高めることが期待される。とりわけ、当該規律は、女性の老人介護者の投入可能性の柔軟性およびその可動性を改善することに至り得る。それによって、素早く変転する実務的諸要請に広く対応した統一的な職業像が得られることになる(E 106, 62 [160ff.])。

(3) 検討

この連邦とラントの権限配分の領域に関する老人介護法判決は、基本法72条2項の「必要性」に関する審査は、「単なる主張可能性の統制」ではなく「包括的」な審査であると述べたうえで、立法者の事実確定については裁判所の完全な審査を説き、立法者の予測については「総合考察」により審査するとした。本判決は、「単なる主張可能性の統制」を用いないとしつつも、立法者の事実の評価が「主張可能」でなければならないとする「安全な第三国」判決および「安全な出身国」判決を参照しているが⁴、このことの意味が問題となろう。

本判決における老人介護法の基本法72条2項適合性に関する具体的な審査においては、立法者が老人介護領域における改革を行う際に、制定されるべき法律の効果の予測が問題となったが、連邦憲法裁判所は、立法者が法律を制定する際に依拠した専門家委員会の各種調査報告書に連邦立法者が基づいていることを強調している。この点は共同決定法判決

4. これら判決については、参照 [山本 2018b]。

の主張可能性の統制を強く想起させる (BVerfGE 50, 290 [333ff.])。また、共同決定法判決と同様に、本判決でも、連邦憲法裁判所は、単に立法者が専門家委員会等の調査報告書等に依拠していたことのみをもって合憲性を確認するのではなく、連邦憲法裁判所自らも実体的観点から老人介護法を審査したうえで、その合憲性を肯定している [参照, 山本 2015]。

さらに、本判決は、立法者の予測余地について、一般論レベルでかなり詳細に述べている。それゆえ、一方では、本判決が「査定特権に関する判例のエッセンス【Quintessenz】」であるという指摘 [Bickenbach 2014, 119] や、このテーマに関する「原則的判示」 [Stuttmann 2014, Rn.70] という指摘もなされている。この点に関して本判決で特に注目すべきは、連邦憲法裁判所が、過去または現在の事実の確定の審査は何らの制約にも服さず、予測的決定の根拠としての事実確定も「確実な経験的データと信用における経験則」に依拠出来る範囲では制約にも服さないとし、また、立法者が重要な事実を見渡していたかを審査し得るとしたことである。他方では、連邦憲法裁判所は、制定されるべき法律の将来的効果について立法者が有する予測余地も肯定しつつ、予測余地の統制に対して「多面的な情勢を平均化する回答」は不可能であり「差異化された解決のみ」が可能である述べたうえで、「事項領域に関連し、また保護されるべき利益を顧慮する」「総合考察」で統制を行うとした。その際、「客観化可能性」・「合理化可能性」が考慮要素とされ、「時間不足や不十分な審議といった、外部あるいは立法者から主張された状況」は予測余地を拡大しないと述べた (なお参照 [畑尻・工藤編 2013, 561 [土屋武])。

もっとも、このことが、共同決定法判決において定式化された厳格な内容統制・主張可能性の統制・明白性の統制という3段階理論 (BVerfGE 50, 290 [332f.]) の放棄を意味するのかは、この時点では定かではない。そこで、老人介護法判決の後の展開を見るために、主張可能性の統制が用いられたとされるその後の事例を検討することにしたい。

2. 少年行刑判決 (2006年3月31日: BVerfGE 116, 69)

(1) 事案

少年刑務所において少年刑に服していた異議申立人 (2名) が、自らの郵便物のチェックに対して、そして同じく収容されていた収容者への暴力等を行ったがゆえに刑務所が当該異議申立人に対して下した一連の懲戒処分に対して、憲法異議を申し立てた。郵便物のチェックや懲戒処分は、それらがなされた当時において、法律上の根拠がない行政規則に基づいて行われており、この点が争われた⁵。

(2) 判旨

連邦憲法裁判所は、郵便物のチェックについても懲戒処分についても、その法律上の根拠は本来必要である (つまり違憲) としつつも、限られた移行期間については、侵害的措置も、それが秩序ある少年行刑を維持するために欠くことができないものである限り甘受されなければならないとして、憲法異議を理由がないものとした。判決の前半は、法律上の根拠が欠如していることが法律の留保原則に違反することについての判示 (BVerfGE 116, 69 [80-84]) であり、また、本判決において結論を左右したのは、法律上の根拠の欠如にもかかわらず、少年行刑の維持および憲法適合的な貫徹は、侵害権限なしには不可能であるがゆえに、限られた移行期間については違憲性が排除されるという部分であるが (E 116, 69 [92ff.])、これらの点に関する判示は割愛する。本判決において主張可能性の統制が登場するのは、2007年3月31日までに立法者が制定しなければならないとされた少年行刑の法律上の根拠に関して、少年行刑の特殊性を踏まえた法律上の内容形成に対する憲法上の要請に関する部分である。連邦憲法裁判所は、この点に関して、以下のように判断した。

そもそも、自由刑の執行は、非拘留者に対して、将来犯罪を行わない生活を自由になし得るという目標 (社会復帰) に向けられたものでなければならない。この憲法ランクの執行の目標は、社会的統合に

5. 本件については、参照 [武内 2008, 329ff.]。

向けられた行刑のみがあらゆる諸個人の人間の尊厳を顧慮する義務に対応し、国家の刑罰の比例原則に対応する、ということに基づく。基本法1条1項および比例原則に、とりわけ深刻な基本権侵害としての自由刑が両立し得るのは、当該自由刑が、その社会保護機能を顧慮して、関係者が将来犯罪を行わないということに一貫して向けられている場合に限られる。同時に、行刑を社会復帰という目標に調整する必要性は、全ての市民の安全のための国家の保護義務からも生じる (E 116, 69 [85f.])。

そして、少年行刑については、自由の中で犯罪を行わない生活をなす能力を習得させるという目標は、とりわけ重要である。少年に対する自由刑は、完全に独力で誠実な人生に至ることが可能な状況にある人格の発展に奉仕する人生の段階において、国家が自由を剥奪するという侵害を行うことを通じて特別の責任を引き受けるが、この責任を国家は執行の形成を通じてのみ果たし得る。そして、この執行の形成は、援助【Förderung】—とりわけ、社会的な学びならびに将来の職業的統合に奉仕する能力と知識の形成の育成—に特別な方法で向けられている。さらに、少年は、比較的若い頃に—統計的に見てなお比較的犯罪を起こしやすい年齢において—自由へと解放される。それゆえ、成果のある再統合は、関係者の将来の生活を考慮しても、さらなる犯罪行為からの公衆の保護を考慮しても、とりわけ大きな意義がある。さらに、自由刑は、少年にとっては、とりわけ深刻に作用する。自由刑は、少年の住む社会的環境からの隔離の下、そして強制された孤独の下、より強い我慢を強いることになる。また、少年の人格は、成人と比してヨリわずかにしか固まっておらず、成長可能性はヨリ開かれている。家族とのかかわりが持つ意義も、年齢を鑑みると重要となる (E 116, 69 [86f.])。

それゆえ、行刑においてはこのような特殊性を顧慮しなければならない。少年行刑の特殊性に適合した法律上の根拠の必要性は、一方では、自由剥奪それ自体を超えて基本権侵害にかかわる。この場合、例えば青少年期の肉体的および精神的特殊性を鑑みた特殊な規律の必要性が、義務違反に対する制裁の連絡、肉体の運動および性質との関連において、明らかである。それゆえ、例えば、家族と接触するための訪問可能性—基本法6条2項をも考慮して—

は、成人行刑におけるその何倍をも超えて見積られる。一方では積極的な社会的学習に奉仕し得る接触を施設内部で築くこと、他方ではしかし被収容者が相互の干渉から保護されることに対するさらなる法律上の予防措置が、必要である。さらに、裁判所による権利保護の内容形成も、少年行刑において拘留されている者が制度や文章語とのかかわりという点では特に不慣れであることが多いことからすれば、その現在の内容形成は、実効的権利保護の要請を満たしていない (E 116, 69 [87ff.])。

さらに、法律上の規律の必要性は、直接的な侵害措置の領域を超えて、社会的統合という目標に執行を向けることにも関わる。立法者は自ら、効果的な社会復帰のコンセプトを展開し、行刑をそれに基づいて築くことを義務付けられている。このコンセプトを内容形成するために、さまざまな執行の形成および治療措置の有効性や費用・成果の関係についての確実な知識を完全には得られないということを顧慮すれば、立法者は広い余地を有する。しかしながら、将来犯罪を行わず生活し得るように準備するという憲法上の目標の重要性を鑑みると、立法者は、十分に具体的な基準を法律で確定することで、一般に成果を得るために必要不可欠なものとして承認された執行の条件および措置のために必要な人的および財政的手段を伴う装備が継続的に確保されることについて、配慮する義務を有する。特に、十分な人間形成および専門教育の可能性を用意することや、共同社会における社会的学習を可能にするもの、相互の権力から拘留者を保護することを可能にする収容および看守の形式、十分な教育的および治療的ケアならびに対処後の段階のための適切な援助と関連する対処準備と、このことは関わっている (E 116, 69 [89f.])。

「加えて、執行の内容形成のための法律上の最小基準は、さまざまな執行の形成および治療措置の有効性に関して入念に確定された想定および予測に依拠するものでなければならない (Vgl. BVerfGE 106, 62 [152])。立法者は、執行実務において自由に利用できる経験的知識も属するところの現存する認識源を汲み尽くさなければならず (Vgl. BVerfGE 50, 290 [334])、学問的認識の水準に基づかなければならない (Vgl. BVerfGE 98, 169 [201])」。その際、人権と関連ある条約上の基準な

いし国際規準が顧慮されていないか、あるいはそれを下回っている場合、現在ある認識が、基本権の諸要請を満たさないか、あるいは基本権の諸要請に対応しない形で拘留者の利益が重みづけされたことになる。同様に、「執行の法律上の内容形成に可能なかぎり現実的な根拠のある想定および予測を根底に置く義務はまた、将来においても作用する。少年行刑によって関わることになる基本権的利益の特に高い重要性を斟酌すると、立法者は監視を義務付けられ、監視の成果に基づいて事後は正する義務を負う(vgl. BVerfGE 88, 203 [310])」。それゆえ、立法者は、法律上の内容形成・法律上の基準の性質と方法、外国の経験との比較から学ぶ可能性を確保しなければならない。そして、仕組みの細部まで、執行の成功と失敗の確定と評価—とりわけ累犯—ならびにこれを行うことについて責任がある諸要素の目標づけられた研究を可能にするようなデータの調査を、立法者は行わなければならない(E 116, 69 [90f.])。

(3) 検討

本件は、行刑領域が問題となっている。主張可能性の統制とされるものは、制定されるべき法律の内容形成に関して用いられており、共同決定法判決における主張可能性の統制の判示部分が引用されている。本件では、今後制定されなければならない少年行刑の根拠法律(の内容形成)が問題となっている点で、法律案の審議過程ははじめから問題とならない。

制定されるべき法律の内容形成について、裁判所は、「認識源を汲み尽く」すこと—これまで主張可能性の統制において用いられてきたフレーズである—を求めつつも、他方で「条約上の基準ないし国際規準」の観点から基本権の諸要請が満たされたか否かを判断すると述べており、この点の実体的審査もなされることを読み取ることができるであろう。さらに、内容形成の根拠となった想定・予測に関して監視義務および事後は正義務を裁判所は立法者に対して課したうえで、さらに、監視すべき点をその方法を含めて自ら立法者に示している。

少年行刑判決では、「主張可能」という語は用いられていない。このことをどう理解すべきだろうか。老人介護法判決では、連邦憲法裁判所は「単なる主張可能性の統制を超え出でる」(BVerfGE 106,

62 [148]) 審査を行い、少年行刑判決もその部分を引用している。他方、本件では、連邦憲法裁判所は、自らが主張可能性の統制を定式化した共同決定法判決の判示(BVerfGE 50, 290 [334])をも引用している。だとすれば、少年行刑判決の時点では、老人介護法判決が拒否した「単なる主張可能性の統制」と共同決定法判決の「主張可能性の統制」は区別されるべきものと連邦憲法裁判所は理解しているのではないと思われる。

それでは、「単なる主張可能性の統制」とは何か。本稿筆者の見るところ、この「単なる主張可能性の統制」は、旧稿で検討した「安全な第三国」判決および「安全な出身国」判決におけるそれではないかと思われる。これら判決では、「主張可能性の統制」は、結局のところ立法者が「適切な根拠」に基づいたか否かに限定されて理解されてしまっている(Limbach 裁判官・Böckenförde 裁判官の少数意見[BVerfGE 94, 115 [157ff.]] 参照[山本 2018b])。この「適切な根拠」の有無しか問わないものが「単なる主張可能性の統制」と呼ぶべきものであるとすれば、この「単なる主張可能性の統制」と、共同決定法判決・老人介護法判決・本判決の「主張可能性の統制」とは、審査密度に関して異なる—つまり、後者の方が審査密度は高い—と、整理することができるように思われる。

3. 法定疾病保険競争強化法判決(2009年6月10日: BVerfGE 123, 186)

(1) 事案

従来から問題とされていた無保険者を解消することや、疾病保険の財政の安定性を確保すること等を目的とする2007年2月に成立した法定疾病保険競争強化法によって、ドイツの疾病保険(医療保険)に関する仕組みは大きな変容を被った。同法は、①国民皆保険化および私的疾病保険(民間医療保険)の改革、②疾病保険の財政改革、③保険給付の改革、④診療報酬の改革、⑤疾病金庫組織の改革を含むものであり、さらに、同法と「当事者自治」の関係も問題となった[門脇 2012, 51ff.; 藤本 2011, 7f.; 健康保険組合連合会 2009, 23]。

本稿との関係で問題となるのは、同法によって、全住民の保険加入の義務付けとともに行われた「基

本プラン【Basistarif】制度の導入である。ここで基本プランとは、「医療の現物給付など、民間医療保険会社〔私的医療保険会社〕が公的医療保険〔法定疾病保険〕の給付と同等の給付を行う保険プラン」〔健康保険組合連合会 2009, 24〕であり、「給付範囲と給付メニューにおいて、公的医療保険に相当しなければならず、公的医療保険の最高保険料を超えてはならない」〔藤本 2011, 8〕ものであるが、この基本プランを私的医療保険会社は提供しなければならなくなった。この基本プランの提供強制が、私的医療保険会社やそれら会社の被保険者の基本法 9 条 1 項（結社の自由）および基本法 12 条 1 項（職業の自由）を侵害するとして、憲法異議が申し立てられた（基本プラン締結強制の他にも、老齢積立金【Alterungsrückstellung】のポータビリティ、3 年間の契約変更禁止に対しても異議申し立てがなされたが、本稿では割愛する）⁶。

(2) 判旨

連邦憲法裁判所は、法定疾病保険競争強化法を合憲と判断したが、主張可能性の統制が用いられたのは、基本プランの締結強制が私的医療保険会社の職業の自由を侵害するかという論点である（それゆえ、その他の論点については本稿では割愛する）。

連邦憲法裁判所は、基本プランの締結強制が職業遂行の自由を侵害していないかを比例原則に基づいて審査する前段階で、基本プラン締結強制の導入が私的医療保険会社のビジネスモデルにどのような影響を与えるかという点に関して、主張可能性の統制を用いた。以下、紹介する。

基本プランの締結強制は、異議申立人の職業遂行の自由の制約を含むが、職業選択の自由への制約を含んではいない。当該締結強制によって、保険者という職業への門戸が妨げられるわけでもなく、職業を断念する義務が定められたわけでもない。法律上の規律は、保険企業に対して通常プランと並んで追加的に基本プランを提供し、基本プランにおいても申し込みに基づいて保険保護を与えることに限定されている。確かに、法定疾病保険の保険料の最高額までしか保険料を設定することのできない基本プラン

の提供を私的医療保険会社に強いることは、リスクの高い被保険者に低い保険料で保障の提供を強いることになる。さらに、基本プランではリスクに応じた保険料の割増や給付除外も認められていない。しかし、過少保障のリスクは保険会社ではなく被保険者にあるのであり、最高保険料の規制により生じる私的医療保険会社のコストは、別に法律で定められたリスク調整の仕組みによって等しく企業間で配分される (BVerfGE 123, 186 [Rn.161ff.])。

基本プラン導入は長期的にみれば私的医療保険会社のビジネスモデルを荒廃させると異議申立人は主張する。しかし、このような危惧から異なる結論は生じない。当法廷が公聴した専門家によれば、少なくとも現在は、多くの被保険者が基本プランに変わることがあり得ないという。というのも、基本プランの月々の保険料は高い一方で、私的医療保険の通常のサービスよりも給付は限定されており、私費患者への給付は著しく低いからである。このことからすれば、基本プランが異議申立てを行った私的医療保険企業の職業の自由を、深刻に、つまり職業の選択の制約と同等かそれに近い方法で侵害しているという根拠は存しない。確かに、異議申立人は、この状況が将来変化してしまうと懸念している。しかし、「立法者は、基本プランによる私的医療保険の機能能力に対する侵害は将来においても排除されなければならないということから出発している。まず、事実関係の将来の展開を判断し、自らによってなされた規律のこれに対する効果を予測することは、立法者の本分である。その際、立法者には、広い予測余地および査定余地が属する。連邦憲法裁判所は、このような予測について、この予測が十分に確実な根拠に依拠しているか否かを審査する。規律されるべき事項領域および危険に晒されている法益の意義に依存する形で、この審査においては、差異化された尺度が適用され得るのであるが、その尺度は、明白性の統制から主張可能性を経て厳格な内容統制に達する (vgl. BVerfGE 50, 290 [332f. m.w.N.])」(BVerfGE 123, 186 [Rn.168f.])。

本件では、「法律の効果を十分な蓋然性あるいはさらに十分な確実性をもって見通すことができな

6. 本件については、参照 [門脇 2012, 85 註 26]。さらに、この法定疾病保険競争強化法に至る経緯、その内容、その後の経緯については、[藤本 2011, 6ff.; 土田 2011, 59ff.; 健康保険組合連合会 2009, 16ff.] にも詳しい。

ればならないということは、要求され得ない。立法者が、主張可能な論拠によって、将来についてもその現在の形式における基本プランによって私的疾病保険のビジネスモデルが深刻に傷つけられることがないとしたことで充分である」。確かに、基本プランは、私的疾病保険の市場条件を部分的に変更するものの、その原則的なビジネスモデルには関係しない。基本プランは、法律上の根拠に基づいて、私的疾病保険の保険保護を、無保険者に対しても確保しようとするものである。私的疾病保険における従来の標準プランの経験や、無保険者の数が僅かであること、そして基本プランの魅力の少なさを鑑みると「立法者は、見通すことができる期間において、基本プランが私的疾病保険のビジネスに意義ある影響を与えるものではあり得ないということを出発点とし得る」。異議申立人に抵抗不能な長期的かつ急激な基本プランへの変化運動は、法的・経済的・人口統計的要素および個人の行動様式を顧慮すれば、現在は予見することができない。「立法者がその予測に際して主張可能でない想定を出発点としていたということは、認識され得ない。立法者は、非難されている規律に対して、このような根拠に基づいて決定を下した場合、それと結びついた法律の効果の判断は、後に全体または部分的に誤っていることが判明したとしても、主張可能とみなされなければならない (vgl. BVerfGE 50, 290 [335f.])。本件も、立法者は、場合によっては訂正を義務付けられることになるであろう」(BVerfGE 123, 186 [Rn.170])。

異議申立人の職業遂行の自由への侵害は、かなり重要な【beachtlich】公共の福祉の利益の利益によって、正当化されている。法定疾病保険競争強化法の連邦共和国の全ての市民に対して支払い可能な疾病保険の保護を法定疾病保険か私的疾病保険で保障するという目的は、正当な目的である。住民を病気のリスクから保護することは、基本法の社会国家的秩序(基本法 20 条 1 項)における国家の核心的任務だからである (BVerfGE 123, 186 [Rn.171])。

基本プランの契約強制は、私的疾病保険に配置された人的群に対して充分かつ支払い可能な疾病保険の保護を保障しようという立法者の目的を達成するために、適合的である。また、基本プランの締結強制と比べてより緩やかな手段は、認識され得ない。締結強制が無ければ、特に、既往症を持つ人

は、高リスクゆえに受け入れられないので、私的疾病保険に加入する可能性を持たないからである。立法者の目標を達成するために、保険義務も締結強制も必要である。立法者は、立法者が2つの保険の列から国民皆保険を作り出そうとする場合、人々を、この双方の均衡のとれた負担配分に組み込むことができるのであり、そのことによって、法定疾病保険の財政的安定性及び機能能力を確保し得る。また、基本プランの締結強制は、受忍可能性の範囲を超えていない。保険会社の職業の自由の制約は伝統的になされてきており、保険契約法および保険監督法の高い規律密度という点で、これは明白である。構成員の受け入れと排除に関する保険企業の自律の制約を、長きにわたって法は知っているからである (BVerfGE 123, 186 [Rn.172ff.])。

(3) 検討

基本権判例として「新たなものを含むわけではない」[Bickenbach 2014, 50] と評される本判決であるが、主張可能性の統制という見地からも、新たなものを含まないよう見える。判決は、基本プランの締結強制の合憲性を審査するに際して、一方で基本プランの締結強制を定める法の将来的効果についての立法者の予測が合憲かについての判示と、他方で職業遂行の自由を制約する基本プランの締結強制が比例原則に適合するかという判示の二段構えとなっており、前者の問題について主張可能性の統制を持ち出している。このような取り扱いは、事後是正義を立法者に課すこととあわせて、この点に限れば共同決定法判決と同型の議論である [参照, 山本 2015]。

前者に関して問題となる立法者の予測について、連邦憲法裁判所は、共同決定法判決で自らが述べた3段階理論を改めて繰り返している。しかし、老人介護法判決や少年行刑判決を本判決は引用しておらず、紹介した判旨を見ても、予測的決定の根拠としての事実確定も「確実な経験的データと信用における経験則」に依拠出来る範囲では連邦憲法裁判所が何らの制約にも服さず、立法者が重要な事実を見渡していたかを審査し得るとした老人介護法判決に依拠しているようには見えない。というのも、老人介護法判決が、立法者が法律を制定する際に依拠した専門家委員会の各種調査報告書に連邦立法者が基

づいていることを強調していたのに対して、本判決はそのような判示を含んでいないからである。この点で、このような「手続の要請」を語り、それに基づき審査を行った共同決定法判決とも異なっている[山本 2015, 319ff.]. 本判決では、裁判所が、立法者の予測の根拠が主張可能か否かを立法者が依拠したところのものに沿って跡付けるのではなく、裁判所自らが実体的観点から跡付けているように見えるのである。

老人介護法判決の後に下された本判決は、再度共同決定法判決の3段階理論を引用し、主張可能性の統制という「相対的に厳格な審査」[Bickenbach 2014, 50]によって基本プランの締結強制の将来予測の憲法適合性を確認した。しかし、立法者の予測の統制

のあり方という観点から見れば、本判決は特段新たな内容を含むわけではなく、むしろ従来の判例(特に老人介護法判決)との連関をどのように理解すべきかという問題を残したように思われる。

小括

以上のとおり、本稿では、ドイツ連邦憲法裁判所の「主張可能性の統制」に関する近時の判例を検討した⁷。これで、本稿筆者は、1979年の共同決定法判決(BVerfGE 50, 290)が主張可能性の統制の先例として掲げた判例[参照、山本 2014]から近時の判例まで、約半世紀にわたる判例を分析してきたことになる(本稿末尾に一覧を表として掲載してい

7. なお、Garzweiler 判決(2013年12月17日:BVerfGE 134, 242)もまた、主張可能性の統制に言及している。Nordrhein-Westfalen 州における褐炭の露天掘りのための公用収用に関する土地譲渡決定と大綱事業計画の許可の合憲性が問題となったのが、この Garzweiler 判決である。

確かに、本判決でも、連邦憲法裁判所の審査において vertretbar という語がいくつか用いられている(BVerfGE 134, 242 [293, 319, 330, 336, 341, 354, 357])。しかし、判例集 293 頁を除いては、全て、判決憲法異議に関する文脈のものであり、裁判所(連邦憲法裁判所・連邦行政裁判所・ラント上級裁判所)の解釈方法に係る論点において、非難されている判決が vertretbar か否かが問題とされている(判例集 319 頁は連邦行政裁判所の判決が実効的権利保護の観点から問題か否か、同 330 頁は連邦憲法裁判所が移転の自由を巡るヨーロッパ人権裁判所の判例を援用し得るか否か、残る部分は大綱事業計画の許可に際して行われなければならない露天掘りの企図に賛成および反対する利益の政府による総合衡量を結論において肯定したラント上級裁判所の判断が許されるか否か)。それゆえ、立法裁量の統制に関心を抱く本稿の観点からは、一旦検討の対象から外れることになる(前掲註 1 参照)。

問題は、判例集 293 頁に登場する Vertretbarkeitskontrolle である。この箇所は、基本法 14 条 3 項が、議会立法者に留保された公用収用を正当化する公共の福祉の目標の確定を委ねつつ、立法者に当該目標の確定の限界がある旨を判示する部分である。連邦憲法裁判所は、基本法 14 条 3 項 1 文の公共の福祉に関して、立法者がその公共の福祉を具体化する目標を選択するに際して広い余地が認められると述べる一方で、立法者の定めるこの公共の福祉の目標が、原則として公用収用を正当化することに適したものでなければならないという。さらに、連邦憲法裁判所は、あらゆる公用収用に等しい重要性があるわけでもなく、公共の福祉の目標が正当だからといってあらゆる重大さの公用収用を正当化する訳でもないこと、また、「この重要性に関しても立法者には査定余地が認められるものの、その査定余地は憲法裁判所による主張可能性の統制に服する」とする。そして、公用収用に内在する所有権侵害の重大性に鑑みると、当該公共の福祉の目標には「特別の重要性」がなければならないとした。そして、公用収用は、以上のように目標に特別の重要性がなければならないこと、また、手段としての公用収用が、当該目標を達成するために適合的かつ必要的であり、さらに狭義の比例原則をも満たすことを連邦憲法裁判所は要求した(なお、その他、規範の明確性や実効的な権利保護に関する判示等もあるが本稿では割愛する)(BVerfGE 134, 242 [290ff.])。

連邦憲法裁判所は、これに基づいて連邦鉱業法 79 条 1 項を審査した。当該土地譲渡が公共の福祉に奉仕する場合、特に、原料の市場への供給や、鉱業における労働場所の維持、経済構造の存立ないし改善、あるいは有意義かつ計画的な鉱床の採掘が確保されるべき場合に公用収用が適法であると連邦鉱業法 79 条 1 項は定めるが、連邦憲法裁判所は、「特に」以下の列挙事由に限り公用収用が許容されるとする憲法適合的解釈を行う限りで同項は合憲となるという(そのような解釈をしなければ「公共の福祉に奉仕する」か否かを議会立法者でなく行政が判断することになってしまうという理由で)。次いで、連邦憲法裁判所は、「原料の市場への供給」(同法 79 条 1 項)について、連邦鉱業法の体系的解釈(原料供給の確保を法の目標の一つとして定める同法 1 条 1 号、収用が許される原料が同法 3 条に列挙された地下資源—そこに褐炭も含まれる—)を踏まえ、「立法者のイメージによれば、このような供給という目標に対しては、現代産業社会の生存能力とドイツ連邦共和国の生存能力にとって、特に高い価値が帰属する」と述べ、この「原料の市場への供給」という公共の

る)。

ところで、共同決定法判決が定式化した立法者の予測統制⁸に関する3段階理論(BVerfGE 50, 290 [332ff.]) [山本 2015, 302ff.] に対しては、1993年の第2次墮胎判決(BVerfGE 88, 203)の段階で、連邦憲法裁判所自らその放棄を示唆しているかのように見える判示を行っていた(BVerfGE 88, 203 [262]) [参照、山本 2018a, 137]。

この3段階理論に関しては、立法者の査定特権を研究する論者からも、次のような指摘がなされている。すなわち、事実確定や、事実の評価、そして予測に関する審査についての連邦憲法裁判所の判例からは、「統一的な指針が認識され得ない—あるいはせいぜいのところ一時的にしか認識され得ない—」。特に、予測の統制については、連邦憲法裁判所が共同決定法判決で公言した「抽象的な3段階のドグマティック」が「一貫した形では追求されていない。1993年〔第2次墮胎判決〕には、このドグマティックの放棄の可能性が示唆されたものの、しかし、その後再びこのドグマティックが引っ張り出されている」[Stuttman 2014, Rn.70] といった指摘や、共同決定法判決でなされた「明白性の統制、主張可能性の統制、そして厳格な内容統制という区別は、継続されていない」[Bickenbach 2014, 516] といった指摘がなされているのである。実際に、本稿で紹介

・検討した判例だけを見ても、老人介護法判決では3段階理論の再構成が示唆されたようにも見え、そして少年行刑判決ではそれが引き継がれているように見えた。しかし、法定疾病保険競争強化法判決では、またも共同決定法判決の3段階理論が持ち出された。これらからすると、第2次墮胎判決に対して「この理論〔共同決定法判決の上記3段階理論〕は最終的に放棄されたのか」[小山 1993, 115] という問いには、それは放棄されたわけでもないが一貫性ある形で用いられておらず不明な点が多い、と答えるほかないように思われる。

そして、3段階理論の一角をなす主張可能性の統制についても、これら論者の指摘が同じく当てはまるのではないかと本稿筆者には思われる。本稿で紹介・検討した判例だけを見ても、一方で「単なる主張可能性の統制を超え出でる」審査を行うとしつつも、他方で主張可能性の統制を定式化した共同決定法判決を引用し、共同決定法判決と同様に専門家委員会の報告書に立法者が依拠していたことを重視した老人介護法判決のような判例もあれば、共同決定法判決の上記3段階理論を参照して主張可能性の統制を行うとしつつも専門家委員会の報告書等に立法者が依拠したことには触れずに、裁判所が立法者の予測を自ら実体的に検証するという法定疾病保険競争強化法のような判例もあるからである。

福祉の目標を立法者が定めたことには憲法上異論はない、とした。そして結論において、連邦憲法裁判所は、立法者の定めた公共の福祉の目標の合憲性を認定したものの、公用収用に際して必要な総合衡量について連邦鉅業法が定めを置いていないことにつき違憲と判断した(BVerfGE 134, 242 [301ff.])。

連邦憲法裁判所は、規制目的(公用収用を正当化する目標〔公共の福祉の目標〕)の合憲性審査について主張可能性の統制を用いると述べたのであるが、共同決定法判決以来主張可能性の統制として言及されてきた判示、特に入手可能な認識源を汲み尽くす云々の判示は一切見当たらず、ここで述べられた主張可能性の統制の詳細については判然としない。このGarzweiler判決における主張可能性の統制をどのように理解すべきであろうか。

8. [赤坂 2018, 87] は、「立法者意思・立法事実・立法資料をめぐる問題が多層的であること、したがって問題を切り分ける必要が存すること」を適切に指摘したうえで、「①立法者の意図した立法目的・立法趣旨を立法資料に探るとして、そもそも立法者は法律を理由付けなくてはならないのだろうか(立法者の理由提示義務)。②立法資料からいかにして立法者の意思(立法者の将来予測)を読み取りうるか、③読み取りうるとして、立法資料に認められる立法者の将来予測が誤っていたことが判明した場合には、裁判所はどのように対処すべきか、④立法過程に現れる様々な立法資料を類型化し区別する必要はないか、といった問題」を提示する。

本稿筆者の取り組んでいる主張可能性の統制は、基本的には制定される法律が生じさせる効果の将来予測に関わるものであり、場合によっては事後正義も同時に付されることから、赤坂の指摘する②および③の問題ということになる。また、[赤坂 2018] のタイトルが「立法事実と立法資料」という題であることが示唆するように、上記の②および③に関わる主張可能性の統制は、いわゆる立法事実論の観点からも再検討する必要があるように思われるが、この点については後日の検討に委ねたい(その際、同じくドイツで重要な論点とされている「立法者による事実確定」をめぐる議論[参照、異 2017; 高見 1985; 阿部 1978] もあわせて総合的に検討する必要があると思われる)。

このように、本稿筆者は、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を検討してきたものの、「主張可能性の統制とは一体何か」ということに対する確たる「答え」を本稿筆者は持つに至っていない。ただし、この「主張可能性の統制」は、基本的には、立法者の「予測」を統制するための手法であること⁹、そして主張可能性の統制とは別に、比例原則等の実体的統制が予定されていることを指摘することは可能ではないかと思われる。このような診断から逸れる判例もある（具体的には、事実の評価に主張可能性の統制を用いた判例—「安全な第三国」判決・「安全な出身国」判決—や、「予測」を超えて立法者の形成の自由一般にもそれをを用いたように見える第2次墮胎判決、「公共の福祉の目標」の重要性の査定にそれをを用いた Garzweiler 判決）ので、この診断が絶対的なものであるというわけでもない。

また、主張可能性の統制と事後是正義務¹⁰が常に必ずセットで用いられるわけではないこと、そして、主張可能性の統制が用いられた部分で、「主張可能でない」とされ違憲となったことが無いことにも留意が必要であろう（もちろん、この統制手法の用いられた部分とは異なる部分で違憲判断がなされた事例は多い）。

他方で、主張可能性の統制における「手続的」な統制—立法者の行為に法律の合憲性を左右させる「違憲の主観化」—のあり方も、判例によってかなりの差が見られる。すなわち、一方では、共同決定法判決のように、「連邦憲法裁判所が、関連する連邦議会の印刷物〔ここでは提案理由〕、およびこの印刷物において利用された共同決定委員会の共同決定に関する調査報告書、ならびに連邦議会での議論の速記録を手掛かりに」、「立法者が、入手可能な素材につき事柄に即しており、かつ主張可能な評価

に基づいていたか」否かの審査を行ったものがある [Meßling2010, 806]。しかし他方では、「連邦憲法裁判所が、法律の理由付けや、素材等々との関連付けを全く行うことなく、法律それ自体の審査を行った」第2次墮胎判決や、「その内容を見れば、実際には、口頭弁論における専門家の第三者 (UNHCR 代理人やアムネスティ・インターナショナル) の言明を援用して、立法者の結果【Ergebnis】に対して単なる主張可能性の統制」を行った「安全な出身国」判決もある [Meßling2010, 809]。それゆえ、第2次墮胎判決の審査は「目の詰まった内容統制【engmaschige Inhaltskontrolle】」であり行為統制としての意義がどこにあるのか疑わしく、「安全な出身国」判決も「主張可能性の統制と手続統制の関係」が「曖昧」と指摘されているところである [Meßerschmidt2000, 845.Anm.116]。さらには、上記のような「素材」に一切触れることなく「主張可能」との評価を下す判例も散見される。これらからすると、この「手続的」統制に関しても、判例が「あるときは手続法的審査に、あるときは法律それ自身の単なる審査」を「やみくもに【wahllos】」行っており、明確な方向性を有していないとの指摘 [Meßling2010, 809f.] を受けることになるのも、やむを得ないものがあるだろう。

このように見てくると、「主張可能性の統制」をどのように理解するべきかという問題に関しては、確かに、共同決定法判決における「主張可能性の統制」をひとつのモデルと理解することも可能であろう。しかし、実際には、それはあくまで「主張可能性の統制」のひとつに過ぎないことも留意する必要があると思われる。この点を踏まえた議論が今後は必要となるように思われる。

9. 主張可能性の統制のうち、事実確定と確定事実の評価が問題となったという点で他の事例と様相が異なる「安全な第三国」判決および「安全な出身国」判決を「単なる主張可能性の統制」—「限定された主張可能性の統制」（「安全な出身国」判決の Limbach 裁判官少数意見）—と理解・区分してそれを観念することもできるであろう。しかしそれでも、主張可能性の統制とされるものにはかなりの振れ幅がある。

なお、主張可能性の統制の領分があくまで法律の将来的効果（または立法者の確定した事実の評価）の統制であるということには留意が必要であろう。この点、いわゆる「機能法的考察」の観点からの主張可能性の統制の再構成（例えば、[Schneider1980, 2106]）は、予測の問題を超えて憲法裁判権一般と立法者の間の権限配分の調整のあり方のひとつとして主張可能性の統制に言及している。

10. 事後是正義務については、参照 [入井2014]。主張可能性の統制において問題となる事後是正義務は、入井の分類にいう「新規義務」ではないことも注意する必要がある。

参考文献

- 赤坂 2018：赤坂幸一「立法事実と立法資料：司法判断の理由付け」法学セミナー 759号 (2018) 86 頁以下
- 阿部 1978：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) 447 頁以下
- 入井 2014：入井凡乃「事後的正義と新規律義務」法学政治学論究 101号 (2014) 103 頁以下
- 門脇 2012：門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化 (2)」名古屋大学法政論集 247号 (2012) 49 頁以下
- 健康保険組合連合会 2009：健康保険組合連合会『ドイツの医療保険制度改革追跡調査報告書』(健康保険組合連合会、2009)
- 小山 1993：小山剛「連邦憲法裁判所第二次墮胎判決における保護義務論の展開 (1)」名城法学 43 卷 3号 (1993) 85 頁以下
- 高見 1985：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) 35 頁以下
- 高木 2005：高木和美「ドイツにおける高齢者看護師 (AltenpflegerIn) の職業領域に関する判決とその理由」社会医学研究 23号 (2005) 63 頁以下
- 武内 2008：武内謙治「少年行刑法は不要か」法政研究 74 卷 4号 (2008) 332 頁以下
- 土田 2011：土田武史「ドイツの医療保険における『連帯と自己責任』の変容」早稲田商学 428号 (2011) 41 頁以下
- 巽 2017：巽智彦「事実認定論から見た行政裁量論」成蹊法学 87号 (2017) 178 頁以下
- 畑尻・工藤編 2013：畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第2版〕』(中央大学出版部、2013)
- 服部 2003：服部高宏「介護／看護 (Pflege) の概念と専門職」三島淑臣教授古稀祝賀『自由と正義の法理念』(成文堂、2003) 293 頁以下
- 藤本 2011：藤本健太郎「ドイツの医療保険制度改革における2つの方向性」経営と情報 24 卷 1号 (2011) 1

頁以下

- 山本 2014：山本真敬「ドイツ連邦憲法裁判所における主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle) に関する一考察 (1)」早稲田大学大学院法研論集 151号 (2014) 383 頁以下
- 2015：同「ドイツ連邦憲法裁判所における主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle) に関する一考察 (2・完)」早稲田大学大学院法研論集 155号 (2015) 301 頁以下
- 2018a：同「ドイツ連邦憲法裁判所における『主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle)』の展開」早稲田法学 93 卷 2号 (2018) 125 頁以下
- 2018b：同「ドイツ連邦憲法裁判所における『主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle)』の展開 II」早稲田法学 94 卷 1号 (2018) 近刊
- 渡辺 2006：渡辺康行「裁判判決の恣意および裁判の法と法律への拘束」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 II〔第2版〕』(信山社、2006) 340 頁以下
- Bickenbach 2014: *Christian Bickenbach*, Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers, 2014 (Mohr Siebeck)
- Meßling 2010: *Miriam Meßling*, Grundrechtsschutz durch Gesetzgebungsverfahren, in: Grundrechte und Solidarität FS für Renate Jaeger, 2010 (N. P. Engel Verlag), S.787ff.
- Meßerschmidt 2000: *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000 (Nomos)
- Schneider 1980: *Hans-Peter Schneider*, Verfassungsgerichtbarkeit und Gewaltenteilung, NWJ 1980, S. 2103 ff.
- Stuttman 2014: *Hubertus A. Stuttman*, Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit und verfassungsgerichtbarkeitliche Kontrolle, 2014 (Carl Heymanns Verlag)
- 〔附記〕本研究は JSPS 科研費 JP18K12633 の助成を受けたものです。

(表) 主張可能性の統制に関する判例

判例	事項領域	統制対象	主張可能性の統制と実体的審査との関係	「違憲の主観化」の有無	事後是正義務	備考
製粉所法決定 (BVerfGE 25, 1) (1968年12月18日)	職業の自由 (経済政策)	規制による製粉生産トン数の展開の予測	比例原則内部(適合性)で主張可能性の統制がなされる	?	○	
保護法決定 (BVerfGE 30, 250) (1971年3月9日)	対外貿易 (経済政策)	特別税の経済政策的連関の予測	比例原則内部(適合性)で主張可能性の統制がなされる	立法者自らの視点に基づく出発点を重視	×	
製粉所構成法決定 (BVerfGE 39, 210) (1975年3月19日)	職業の自由 (経済政策)	規制による製粉生産トン数の予測	比例原則内部(適合性)で主張可能性の統制がなされる	「法律の公布の時点におけるすべての認識可能性を汲み尽くした」か否か	×	
共同決定法判決 (BVerfGE 50, 290) (1979年3月1日)	経済秩序一般	共同決定法の効果の予測	別途実体的審査あり(所有権制約の比例原則審査内〔相当性〕・団結の自由の核心領域侵害審査で主張可能な予測が登場)	「入手可能な認識源を汲み尽くしたか」という「手続の要請」。専門家委員会の結論を立法者が顧慮	○	
障害者法判決 (BVerfGE 57, 139) (1981年5月26日)	職業の自由	義務的雇用割合設定の予測	別途比例原則による実体的審査あり	統計素材不存在・西ベルリンでの既存の経験を立法者が顧慮	○	
国勢調査法判決 (BVerfGE 65, 1) (1983年12月15日)	情報自己決定権	悉皆調査と抽出調査の正確性の予測	比例原則内部(必要性)で統制がなされる	データ保護委員の見解・国内外の議論(を立法者が顧慮?)	○	主張可能という語は用いられず
費用抑制補完法判決 (BVerfGE 68, 193) (1984年10月31日)	職業の自由	時限的報酬削減の生計への影響	比例原則内部(相当性)で主張可能性の統制がなされる	「詳細かつ確かな分析に依拠」	×	
家族後追い(呼び寄せ)決定 (BVerfGE 76, 1) (1987年5月12日)	婚姻・家族の国家保護義務	8年間の滞在要件・3年間の婚姻存続要件の効果の予測	比例原則内部(必要性および相当性)で主張可能性の統制がなされる	「十分に信用のおける、つまり方法的に守られた認識は、見通すことのできる期間内および主張可能な費用の範囲内」では入手不能と判示	本件では×	法律ではなく行政規則および命令が対象
第2次墮胎判決 (BVerfGE 88, 203) (1993年5月28日)	胎児の生命権の国家の保護義務	新たに採用する助言コンセプトが効果的な生命保護になるという予測(?)	新たに採用する助言コンセプトに基づく各種措置が生命保護にとって「適切かつ効果的」か否かの審査、例外的場合にしか墮胎は許されないという審査が別途あり(過少禁止審査)	「信用のおける予測のために本質的な素材」を用い「入念」に素材の価値判断をする必要性に言及するも、その詳細について判示無し	○	共同決定法判決の3段階理論の放棄?
ハシシ決定 (BVerfGE 90, 145) (1994年3月9日)	一般的行為自由	大麻との無許可の関わり合いを刑罰で威嚇することの効果の予測	比例原則内部(必要性)で主張可能性の統制がなされる	言及無し	○	
禁絶施設収容決定 (BVerfGE 91, 1) (1994年3月16日)	人身の自由	酩酊物質依存の治療が重大な違法の抑止になるかの予測	比例原則内部(適合性)で主張可能性の統制がなされる	言及無し	×	

「安全な第三国」判決 (BVerfGE 94, 49) (1996年5月14日)	庇護権	基本法の挙げる要件に該当する事実の根拠の判断	基本法の挙げる要件を満たす事実の有無の審査で主張可能性の統制が用いられる	立法者が国内機関・国際機関の確かな情報の基礎に基づいて、そして立法者の手許にあるその他の認識手段を顧慮したか。外務省の報告書に立法者が依拠したことを重視。	×	
「安全な出身国」判決 (BVerfGE 94, 115) (1994年5月14日)	庇護権	基本法の挙げる要件に該当する事実の根拠の判断	基本法の挙げる要件を満たす事実の有無の審査で主張可能性の統制が用いられる	立法者が自らの決定に際して適切な根拠に導かれていたか。連邦内務省の報告書に立法者が依拠したこと等を重視。	×	少数意見で多数意見の主張可能性の統制の理解に批判あり
老人介護法判決 (BVerfGE 106, 62) (2002年10月24日)	競合的立法権限	連邦法による規律の「必要性」を根拠づける事実および規律後の事実関係の変化の予測	連邦法による規律の「必要性」に関して、規律後の事実関係の変化予測につき右の統制がなされる。他方で、裁判所自らも「必要性」の有無を実体的に審査している。	事実の有無は包括的な審査に服する。予測は「立法者が可能なかぎり完全な確定に自らの決定のよりどころを求めたか、あるいは立法者が重要な事実を見渡していたか」の統制に服する。専門家委員会の報告書を立法者が踏まえていたことを重視	×	「単なる主張可能性の統制を超え出でる」統制を裁判所は行ったと述べる。主張可能の語は用いられず。
少年行刑判決 (BVerfGE 116, 69) (2006年5月31日)	行刑領域・法律の留保	内容形成されるべき行刑執行・治療措置の有効性の予測	内容形成された法律に対して「人権と関連ある条約上の基準ないし国際基準が顧慮されていないか、あるいはそれを下回っている」かの審査が別途ある	(今後法律を制定する際の立法者への指示として) 現存する認識源を汲み尽くすことと学問的認識の水準に基づくことが求められた	調査義務として○	主張可能の語は用いられず
法定疾病保険競争強化法判決 (BVerfGE 123, 186) (2009年6月10日)	社会保険・結社の自由・職業の自由	基本プラン締結強制的導入が私的疾病保険会社のビジネスモデルに与える影響の予測	職業遂行の自由を制約する基本プランの締結強制が比例原則に適合するかの審査が別途ある	予測が十分に確実な根拠に依拠しているかを審査するとしつつも、具体的に立法者の行為を挙げることなく審査した	○	
Garzweiler 判決 (BVerfGE 134, 242) (2013年12月17日)	公用収用	公用収用を正当化する「公共の福祉の目標」の重要性の査定	比例原則内部(規制目的の重要性)で主張可能性の統制が用いられた?	?	×	