

「主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle)」と 「違憲の主観化」

山 本 真 敬

目 次

序

1. さまざまな主張可能性の統制における共通点
2. 主張可能性の統制における「違憲の主観化」の諸相
3. 「手続的な入念さの要請」
4. 老人介護法判決と「違憲の主観化」

小括

序

本稿筆者はこれまで、立法裁量の「判断過程統制」を検討する観点から、そして「違憲の主観化【Subjektivierung des Verfassungsverstößes】¹」を検討する観点から、ドイツ連邦憲法裁判所における「主張可能性の統制【Vertretbarkeitskontrolle】」に検討を加えてきた [山本 2018a; 山本 2018b; 山本 2018c; 山本 2018d; 山本 2014; 山本 2015]。そこで、この主張可能性の統制と「違憲の主観化」の関係について、本稿では若干の考察を行うことにしたい。

共同決定法判決 (BVerfGE 50, 290) によれば [参照、山本 2015]、(共同決定法の効果の将来予測に対して用いられた) 主張可能性の統制という尺度は、「立法者が、入手可能【erreichbar】な素材について、事柄に適しており、かつ、主張可能【sachgerecht und vertretbar】な評価に基づいたこと」を求める。「立法者は、立法者にとって手の

届く【zugänglich】認識源【Erkenntnisquelle】を利用し尽くさなければならない」。ここでは「手続の要請【Anforderungen des Verfahrens】が問題となっている」(E 50, 290 [332ff.])。このように述べて、判決は、「予測の当否それ自体……ではなく立法者が自らの予測の品質を確保すべく最善を尽くしたか」[穴戸 2014, 69] を問うた。

しかし、別稿で検討した通り、共同決定法判決以降の連邦憲法裁判所判例における主張可能性の統制の用いられ方を見ると、その対象領域や具体的審査のあり方に関して、かなりの振れ幅があることが明らかになった²。そこで以下では、さまざまな主張可能性の統制の共通点と、特に「違憲の主観化」の諸相を分析してみたい。

1. さまざまな主張可能性の統制における共通点

まず、共通する要素を挙げるとすれば、まず、主張可能性の統制とは別に実体的審査がなされている(主張可能性の統制は違憲審査の一部に過ぎない)、ということである。比例原則の内部で³、あるいは比例原則とともに⁴ 主張可能性の統制が用いられる例が多いことから、このことが分かるであろう⁵。立法者の予測の審査では、「比例原則が規範的な結合点として重要な位置を占めている」のである

1. ここで「違憲の主観化」とは、「違憲とは、もはや法律の規範内容が憲法のそれに客観的に違反することに止まらず、立法者の、不作為をも含む行為 (Verhalten) に対する非難可能性 (Vorwerfbarkeit) に意味の転換を余儀なくされる」ことを指す [安念 1988, 162] と、さしあたり述べておく (なお、後註 6 参照)。

2. 詳細については、[山本 2018a; 山本 2018b; 山本 2018c; 山本 2018d] の参照を乞う。[山本 2018c, 68ff.] には、主張可能性の統制が用いられた判例一覧を表にしてあるので便宜であろう。

3. 国勢調査法判決 (BVerfGE 65, 1)、費用抑制補完法判決 (BVerfGE 68, 193)、家族呼び寄せ決定 (BVerfGE 76, 1)、ハシシ決定 (BVerfGE 90, 145)、禁絶施設収容決定 (BVerfGE 91,1)、Garzweiler 判決 (BVerfGE 134, 242)。

4. 障害者法判決 (BVerfGE 57, 139)、法定疾病保険競争強化法判決 (BVerfGE 123, 186)。

5. 比例原則審査において、適合性審査で「主張可能」な立法者の予測が採用される場合とは異なり、必要性審査や相当性審査でそれが採用される場合には、適合性審査がもともとさほど厳格ではなく、後者の場合には手段の必要性や相当性につ

[Wieckhorst2017, 42] (他方で、第2次墮胎判決 [BVerfGE 88, 203] のような基本権保護義務が問題となった場面では、それは「その鏡像として、過少禁止における定位【Verortung】がなされている」[Wieckhorst2017, 42])。この点は、主張可能性の統制がもともと「予測」に対する統制手法であることから、「予測」でない部分の合憲性審査が別途予定されているということであろう。

次に、主張可能性の統制が用いられた際に、「主張可能でない」という理由で違憲判断がなされたことがない、ということである (その他の理由で違憲となった例はもちろんある)。

2. 主張可能性の統制における「違憲の主観化」の諸相

ところで、主張可能性の統制の「先例」の1つである製粉所構成法決定は、或る措置の有用性【Tauglichkeit】を憲法の観点から評価するために決定的なのは、当該措置によって立法者のイメージが現実化され得るのだという出発点を立法者が自らの観点に基づいて据えることが許されるか否かであると述べていた (BVerfGE 39, 210 [230f.])。

この判示に対して、安念潤司は、同決定は「立法者が法律制定時に存していた事実状態を正確かつ十分に認識していたか」を客観的ないし回顧的に正当だったかを審査するのではなく、「立法者の立場に立っての主観的な正当性、換言するならば、その当時の具体的な状況の下で、立法者がかく判断したことがもっともであったというのか否か」が審査される。これは、「ほとんど過失の領域に接近した評価が、法律の違憲審査の中核をなし、あるいは少なくとも、規範内容そのものの審査と混然一体となっているという事実」であり、全面的な「違憲の主

観化」であると指摘していた [安念 1988, 163f.]⁶。

この点、主張可能性の統制を定式化した共同決定法判決は、主張可能性の統制が「手続の要請」であると正面から判示した (序を参照)。そして連邦憲法裁判所は、「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」[Meßling2010, 806]、その審査を行った。

しかし他方では、連邦憲法裁判所が、主張可能性の統制を用いつつも、「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的第三者 (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]。さらには、同じく主張可能性の統制を用いながらも、およそ立法者の行為に触れぬまま「主張可能」という結論を下したハシン決定や禁絶施設収容決定のようなものも存在する [参照、山本 2018b]。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 [Meßerschmidt 2000, 845 (Anm.116)]。

それゆえ、この主張可能性の統制に関して、判例が「あるときは手続法的審査」を、また「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。

き裁判所の判断代置がなされないことになるので、審査密度が低下すると考えられる。

なお、「安全な第三国」判決 (BVerfGE 94, 49) および「安全な出身国」判決 (BVerfGE 94, 115) では、立法者の予測ではなく立法者の事実確定において主張可能性の統制が用いられているが、これら判決においても、立法者が各種報告書に依拠したことのみをもって合憲としたのではなく、裁判所も立法者の事実確定の「主張可能性」を独自の見地から検証しているように見える [参照、山本 2018b]。立法者の事実確定については後述する。

6. いわゆる合理的期間論・相当期間論は、規範内容間抵触 (客観的違憲—「違憲状態」) に加えて立法者の非難可能性が存在する場合に違憲となるという意味で「違憲の主観化」がなされていた (いわば二元的な議論である)。製粉所構成法決定に対する安念の指摘は、「立法者の立場に立って」式の議論では規範内容間抵触の審査それ自体が「主観化」している (いわば一元的=全面的な議論である) というものである。

確かに、共同決定法判決の主張可能性の統制は、「予測の当否それ自体……ではなく立法者が自らの予測の品質を確保すべく最善を尽くしたか」[穴戸 2014, 69] を問う点で、立法者の行為を統制することになる [穴戸 2005, 266]。しかし、まず、主張可能性の統制が用いられた判例を概観してみると、実は、共同決定法判決の述べるほどに「手続の要請」を審査したものは少ない一方で、「信用のおける素材」に依拠したか、あるいは「認識源を汲み尽くす」ことを行ったか、ということを一一般論レベルで述べつつも、実際に立法者がどのように行為したのかを具体的に検討することなく「主張可能」であることを認めた判例が多いことが分かる [参照、山本 2018c, 68f.]。その意味では、共同決定法判決の後の判例においては、共同決定法判決の行ったような立法者の行為に着目する審査の側面が基本的に希薄化していると言えるかもしれない。

次に、繰り返しになるが、主張可能性の統制は、あくまでも違憲審査の一部に過ぎないことが留意されるべきであろう。主張可能性の統制は、基本法の掲げる構成要件を満たす国家を立法者が法律によって指定する際の立法者の事実確定が問題となった「安全な第三国」判決および「安全な出身国」判決を除いて、立法者の予測に対する審査手法として用いられた。主張可能性の統制は、立法者の予測に関わらない部分では直接的には用いられていないのである。仮に、主張可能性の統制が共同決定法判決のごとく用いられ、「違憲の主観化」を惹起するとしても、それは、藤田宙靖裁判官の「真摯な努力」論のように⁷、単に「真摯な努力」が欠如すれば直ちに法律が違憲になるといった議論枠組みではないのである。この点は、立法裁量の「判断過程統制」（そのうち「真摯な努力」論）との類比可能性を考える際には、重要な点となる。なお、主張可能性の統制が用いられた場面で違憲判断がなされたことが無いので、主張可能性を満たさないという「手続の要請」違反が法律の合憲性に最終的にどのような影響を与えるのかは、連邦憲法裁判所の判示からは判然

としない。

以上のように、主張可能性の統制の内実に振れ幅があることに応じて「違憲の主観化」の程度も振れ幅があることになる。いずれの問題も、結局、主張可能性の統制をどのようなものとして理解するかという点に、多くが依存することになる。

3. 「手続的な入念さの要請」

(1) 裁判所の統制対象としての法律あるいは立法者という論点

共同決定法判決は、「予測の当否それ自体……ではなく立法者が自らの予測の品質を確保すべく最善を尽くしたか」[穴戸 2014, 69] を、「手続の要請」として語っていた。このような手続的義務を課すことについては、しばしば、裁判所が統制するのは法律なのか立法者なのかという問題が提起され⁸、そしてそれに対して、立法者は「法律以外の何物にも責任を負わない」[Schlaich 1981, 109; Schlaich/Korioth 2018, Rn.542] として、「憲法上の義務としての立法の最適な方法【Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht】」[Schwerdtfeger 1977] が拒否されてきたことは、良く知られている。

「憲法上の義務としての立法の最適な方法」は、「立法者の義務として決定に関連する素材を調べ、それらを評価する義務、また衡量を行う義務が示され、またこれらの義務を怠った効果として（手続の流れの中で治癒する可能性はあっても）、その法律を大統領は認証、公布すべきでなく、それでもなお公布されたら憲法に反する」というものである [岡田 2011, 56f.; 西村 2000, 4; Schwerdtfeger 1977, 178ff.; Vgl. Wieckhorst 2017, 50f.]。しかし、このような「憲法上の義務としての立法の最適な方法」に対しては、「原則として、規範統制手続において重要なのは議会立法手続の結果としての法律なのであり、立法者もしくは個別の立法手続に関与した者の論証や、またはその他の基本法において定め

7. 最大判 2006 年 10 月 4 日民集 60 卷 8 号 2692 頁の藤田宙靖補足意見（同 2706 頁）および最大判 2009 年 9 月 30 日民集 63 卷 7 号 1520 頁の同補足意見（同 1529-1530 頁）は、結局のところ、立法裁量の「判断過程統制」として、立法府が投票価値の平等を尊重すべく「真摯な努力」をしたか否かによって公職選挙法の合憲性を判断する、という枠組みを提示している（「真摯な努力」論）[山本 2011, 209ff.]。

8. 近時の概観として [Wieckhorst 2017, 49ff.; Bickenbach 2016, 244ff.] がある。

られていない立法者の手続や行為は重要なのではない」[Schlaich/Korioth2018, Rn.541 (Sperrung im Original)]. というのも、基本法は、そのような手続に対する明確なルールを、その76条以下において含んでいないからである、と強く批判がなされた [Dann2010, 641; Schlaich/Korioth2018, Rn.539; 参照、岡田2011, 57ff.; 西村2000, 4ff.; Vgl. Wieckhorst2017, 51f.]. そして、Arno Wieckhorstによると、今もなお、学説上は、立法者が「法律以外の何物にも責任を負わない」とする立場が支配的とされている [Wieckhorst2017, 53].

この点、ドイツ連邦憲法裁判所も、一方では、1980年代後半までは、基本法76条以下の明文上の規準をこえて、立法手続について独自の裁判的統制を一般的には拒否してきたという [Wieckhorst2017,

13]. しかし他方で、連邦憲法裁判所の判例上、次の個別領域においては立法者が「手続的な入念さ」をもって法律を制定したか否かが何らかの形で求められてきたとされる [Wieckhorst2017, 16ff.]. すなわちその領域とは、①計画策定を行う決定および構成的な決定 (自治体再編⁹、大学の構成、起債、専門計画を行う形式的法律)、②予測的決定 (経済に関連する規律 [参照、山本2018a, 126ff., 131ff.; 山本2014; 山本2015] や、庇護権を補完する法律 [参照、山本2018b]、阻止条項、財政調整法律、競合的立法権限 [参照、山本2018c, 56ff.])、③類型化を行う差異化 (平等条項の下での適切な差異化の要請)、④基本権保護義務 [参照、山本2018a, 133ff., 136ff.], ⑤基本権の給付請求権の具体化 (第1次ハルツIV判決¹⁰、教授の俸給、庇護申請者給付法判

9. 連邦憲法裁判所は、Hannover 市に Laatzen 市が編入されたことが自治権保障 (基本法28条2項) に反するかが争われたラーツェン決定 (BVerfGE 50, 50) において、次のように述べた。憲法裁判所は、「立法者が自らの措置によって著しい事実関係を適切かつ完全に確定したか」否か、ならびに立法者が全ての公共の利益の根拠ならびに法律による規律の長所と短所を包括的かつ追行可能な方法で衡量したこと、および立法者による侵害が適合的で必要的で比例的であって、かつ事柄に即していること【Sachgerechtigkeit】や体系整合性【Systemgerechtigkeit】の要請を顧慮したことが法律の根底に置かれているか否かを審査しなければならない。しかし、立法者の目標イメージや、事項の衡量、価値づけ、そして予測が判断されなければならない限りにおいて、憲法裁判所は立法者の立場になり替わることは許されず、立法者の査定と決定が明らかに瑕疵がある、もしくは一義的に反論可能であるか、または憲法上の価値秩序に矛盾するか否かに自らの審査を限定しなければならない。連邦憲法裁判所の自治体再編成の統制については、ラント憲法裁判所によって恒常的な判例として展開されてきた同様の諸原則が妥当する、と (E 50, 50[51])。

10. 第1次ハルツIV判決 (BVerfGE 125, 175) については、[松本2018, 120ff.; 赤坂2017a, 39ff.; 石塚2016; 玉蟲2013, 215ff.; 西村2013, 1347ff.; 嶋田2011; Wieckhorst2017, 32ff.] を参照。以下、必要な限りで紹介しておく。

第1次ハルツIV判決はまず、人間の尊厳に値する最低限の生活需要の給付を受ける基本権を基本法から導き出した (E 125, 175 [222])。そして、判決は、一方で、実体的に見れば、給付内容の範囲の確定には立法者の形成の余地が認められるので、審査は給付が明白に不十分か否かに限定される (E 125, 175 [225f.])、法により確定された給付額は明らかに不十分であるとはとはいえないとした (E 125, 175 [229f.])。

しかし、判決は他方で、結果統制が限られているがゆえに上記基本権の保護は「最低限の生活需要の確定手続」にも及ぶとし (E 125, 175 [226])、①立法者が、人間の尊厳に値する生存を確保する目的を基本法に適した方法で把握したか、②立法者が最低限の生活需要の算定のために原則として有用な計算手続を自らの形成の余地の枠内で選択したか、③立法者が必要な事実を本質的に完全かつ十分に確定したか、④立法者が全ての計算ステップにおいて追行可能な数字を用いることで選択された手続およびその構造原理の枠内に是認できる範囲で【im Rahmen des Vertretbaren】留まっているかを審査するとしたうえで (E 125, 175 [226])、このような裁判所の統制を可能にするために、立法者には「立法手続において最低限の生活需要の確定のために用いられた方法および計算ステップを追行可能な形で明らかにする責務【Obliegenheit】」があり、立法者がこの責務を十分に果たさない場合には、最低限の生活需要の確定はこの手続上の瑕疵ゆえにもはや基本法と合致しないと述べた (E 125, 175 [226])。判決は、①②に関して合憲と判断したが (E 125, 175 [227ff., 232ff.])、③④に関して違憲と判断した。④につき判決は、立法者自身が選択し必要な最低限の生活需要を立法者が算定する根拠とした統計モデルの構造原理から、事柄に即した正当化なく逸脱したと述べ (E 125, 175 [238ff.])、③につき判決は、14歳未満の給付4割控除は経験的・方法的基礎を欠くとした (E 125, 175 [244ff.])。

第1次ハルツIV判決では、立法者の上記責務違反の説示は存在しない。これにつき石塚壮太郎は、「基準額法令を通じて、社会法典第2編の規定で、基礎給付額が定まるという構造に問題がなかったということだろう」と述べている [石塚2016, 128]。

決¹¹ および第2次ハルツIV決定¹²、裁判官の俸給、私立学校への融資)である。

上記判例動向を詳しく分析した *Wieckhorst* によると、連邦憲法裁判所の判例からは、一定の事項領域に関しては、とりわけ予測の統制から出発して、事実確定から評価・衡量を経て、根拠付けや最終的には統制と事後是正に至るまでの義務付けの規程が認識され得るという (*Wieckhorst* はこれらを包括的に「手続的な入念さの要請」と呼んでいる) [*Wieckhorst*2017, 41f.]。すなわち、これらの事項領域では、立法者の「手続的な入念さ」を問うという形で、立法者の行為(努力)が一定限度で統制されているのである。例えば、第1次ハルツIV判決は、「基本権保護は……最低限度の生活需要の確定の手続……にも」及ぶとしたうえで、立法者が「……原則として有用な算出手続を選択したか否か、立法者が必要な事実を本質的に完全かつ適切に確定したか、そして最後に、立法者が全ての算出のステップにおいて……是認できる範囲で行為したか否か」を統制するとして (BVerfGE 125, 175 [226])、実体法的統制が困難な領域における「手続的な入念さ」の要請を立法者に課している。また、主張可能性の統制は、原則としては立法者の予測が問題となる領域において、「入手可能な素材につき、事柄に適しており、かつ、主張可能な評価に基づいていること」、そして「自らの手の届く認識源を利用し尽くさなければならない」ことが、実体的基本権の侵害の有無とは別に求められていた。それゆえこの主張可能性の統制もまさに、このような「手続的な入念さ」を立法者に(付随的な審査ではあるし、そしてその濃淡はあるにせよ)求めるものと整理することができるであろう。

(2) 例外としての立法者の「手続的な入念さ」?

しかし、立法者が「法律以外の何物にも責任を負わない」とする立場からは、このような立法者の「手続的な入念さ」を統制する判例に対しては、否定的な対応がなされることになる。例えば、法律の根拠付け義務について見ると¹³、次のように批判がなされる。すなわち、立法府には、司法府や執行府の行為に承認されている根拠付け義務を転用することは許されない。というのも、立法者は、拘束的な基準から演繹される憲法執行【*Verfassungsvollzug*】を行うのではなく、政治的・形成的に一つまり、機能的かつ将来に向けられた形で一活動するが、合理的に説明し得る妥協ではなく、不合理ではあるが政治的に貫徹可能な妥協を必要とする。また、立法手続は決定手続なのであって認識手続ではなく、立法を「非政治化」するような立法手続上の義務を立法者に課すとすれば、「政治的決定プロセス」が「その核心において」攻撃されることになる。執行権の行為や司法権の行為とは異なって、法律は、その概念上前提された抽象的一般的規律ゆえに、その適用領域および効果の予測を殆ど許容しないものである。法律の最終的な根拠付けは民主制原理にあるのであって、その他の正当化を必要としない、と [*Vgl. Wieckhorst*2017, 54ff.]。

もっとも、上記の第1次ハルツIV判決で「手続的な入念さの要請」の根底に置かれているコンセプト全体を連邦憲法裁判所は示そうとしていると学説に理解されたのではあるが、しかしながら、そのようなドグマティック上の体系化の期待は、庇護申請者給付法および第2次ハルツIV判決によって、「即座に霧消した」 [*Wieckhorst*2017, 33f.]。というのも、庇護申請者給付法判決は、「基本権を保障する給付を方法的に事柄に適した形で定めることについての憲法から生じる要請は、立法の手続に係る

-
11. 庇護申請者給付法判決 (BVerfGE 132, 134) については、[松本 2018, 126ff.] を参照。本判決は、基本的には第1次ハルツIV判決と同じく実体的統制(明白性の統制) + 手続的統制(首尾一貫性の統制) となっている (BVerfGE 132, 134 [165])。連邦憲法裁判所は、「給付の事項適合的算定の要請は、立法手続ではなく、その立法手続の結果に関するものであって、手続上の特殊な義務を何ら課してはいないため、交渉と政治的妥協の余地が残されていることを強調する一方で、基本法 76 条以下は立法手続の透明性の保障という基準を含んでいることを明らかにした」 [松本 2018, 129]。
 12. 第2次ハルツIV決定 (BVerfGE 137, 34) についても [松本 2018, 129ff.] 参照。本件も、第1次ハルツIV判決と庇護申請者給付法判決と枠組みは同様である。「本件では、基本法 76 条以下に加えて基本法 42 条 1 項 1 文から立法過程の公然性の要請をも用いていることから、立法過程の透明性の保障を強化している」 [松本 2018, 131]。
 13. 根拠付け義務については、[赤坂 2017a, 40f.; 赤坂 2017b, 75f.] も参照。

るものではなく、その結果に係るものである。基本法は、76条以下において、立法者の決定の透明性をも確保する立法手続に対する基準を含むが、基本法は、立法手続で何が、どのように、そしていつ根拠付けられるべきであり、算定されるべきかについて記述しておらず、「討議と政治的妥協の余地を残している」と述べたからである (BVerfGE 132, 134 [162] ; Vgl. E 137, 34 [73f.])。このように、連邦憲法裁判所は、第1次ハルツIV判決によって展開された「手続的な入念さ」を立法者に課するという態度を、その後修正している [Wieckhorst2017, 35]。

それゆえ、上記の個別領域においては「手続的な入念さ」を立法者に求める連邦憲法裁判所の判例からは、「手続的な入念さ」の要請の問題に関する包括的なドグマティックは展開されておらず、問題は未だ憲法上開かれていとされる [Wieckhorst2017, 41]。

他方で、学説の側も一枚岩ではない。Wieckhorstによれば、一方では、正面から「手続的な入念さの要請」を肯定する立場も登場し¹⁴、他方では、「手続的な入念さ」を立法者に求めることを原則として拒否しつつ、連邦憲法裁判所の上記個別領域における「手続的な入念さ」の立法者への要求を肯定的に評価する立場も見られるとされる [Wieckhorst2017, 58]。

後者の例として、ここではFritz Ossenbühlの見解を紹介しよう。Ossenbühlも、一方では、「立法団体の意思形成および決定形成の内容の様式【modus】について基本法は何らの明文規定を有していない」ところ、「もっぱら政治的に思考し行為する」立法機関の構成員にとっては、「合理的に追

行可能な基準に基づいて決定することも、合理的ではない流れ【irrationaler Strömung】に乗ることも正当【legitim】なのである。同じく基本法には、専門家の公聴が必要か等に関して「“立法者”が法律のプロジェクトについての情報および事実に関する根拠をどこから得るか」についても、「法律には根拠付けが添えられなければならない」ことについても定めはなく、基本法上、立法は「政治のルールと慣習に委ねられる」がゆえに、「原則として、立法の統制は、客観的ルールとしての法律、すなわち立法プロセスの最終生産物としての法律なのである」。それゆえ、手続統制は、法律の成立の形式的側面（権限、連邦参議院の同意、議事規則の遵守、認証、秩序に従った公布）に限られる。立法者の憲法裁判所による統制は、行政活動に対する審査とは異なり、「実体的統制コンセプト【materielles Kontrollkonzept】】によってなされる、すなわち「法律が、その客観的内容と客観的效果に基づいて判断される」のであり、立法者の動機は、せいぜいのところ「法律内容の理解の補助」として用いられ得るに過ぎない、と [Ossenbühl 2001, 49f.; 岡田 2002, 60]。

他方で、Ossenbühlは、次のようにも述べる。すなわち、実体的統制コンセプトが根底に置く「決定結果の統制【Entscheidungsergebniskontrolle】」は、「決定形成の統制【Entscheidungsbildungskontrolle】と「精密には相互に分離されない」¹⁵。例えば、比例原則という憲法裁判所の統制の「上位尺度」が用いられ得るのも、例えば、それが過剰禁止の審査にとって重要であり一般的には法律の素材からのみ読み取られる法律の目的を引き合いに出すように¹⁶、構造的に見れば、少なくとも部分的であるにせよ決

14. 本稿ではその詳細は触れられないが、これら立場は、Schwerdtfegerの述べたような立法における方法的最適化の義務については拒否しているものの、基本法76条3項6文に基づく審議義務【Beratungspflicht】や、民主制、法治国家、基本権を根拠付けの手掛かりとして議論を行おうとしているとされる [Wieckhorst2017, 59ff.]。

15. ちなみに、Wieckhorstは、「手続的な入念さ」の義務は行為統制あるいは結果統制に一義的には区別されないことがしばしばあると指摘している [Wieckhorst2017, 43]。

16. なお、アメリカ憲法学においては、「法律や行政行為に憲法上許容されない不当な動機が含まれていないかどうかを審査する」という「動機審査」がなされているという [大林 2018, 192]。裁判所が統制するのは法律か立法者かという観点から動機審査を検討することも興味深い課題であろう。

また、行政法学においても同様に、判断代替審査が行われるとされる羈束行為であっても目的や動機に着目されて違法の評価が下される場合や、裁量が認められる場合でも事例によっては判断代替審査が可能となっている場合があることから、結果の統制と過程の統制の「両者の区別は微妙」であるとの指摘がなされている [須田 2015, 42]。

定形成の統制を引き合いに出す場合に限られる。個別の事項領域において、憲法に適した規律がなされたか否かの確定は、「立法者がその都度の規律についての自らの根拠と動機を明らかにし、支持し得る事実についての決定根拠が作り出される場合にはじめて、なされ得る」という [Ossenbühl 2001, 50f.]。

このように見ると、Ossenbühl は、正面から立法者の行為を統制することに対しては消極的であるものの、結果（決定結果）の統制と立法者（決定形成）の統制が厳密に区分できないがゆえに、一定の個別領域においては一定の限度において立法者（の行為）の統制をも承認している¹⁷。

このように、連邦憲法裁判所の判例においても、学説の一部においても、一定の個別領域においては「手続的な入念さ」を立法者に求めている。そして、このように文脈に特殊な形で立法者の手続的義務を裁判所が導出することは、多くの承認と普及を得ているともされる [Wieckhorst 2017, 41]。

しかし、このような「手続的な入念さ」が例外的に求められる個別領域とはいかなる領域なのか。立法者の根拠付け義務を分析した Christian Waldhoff によれば、根拠付け義務のような付随的義務（「手続的な入念さの要請」）が問題となるのは、「全て政治的に論議を呼ぶ争点であって、かつ明確で定まった法的規準が憲法上欠けている領域」であるという [Waldhoff 2016, 134]。同じく根拠付け義務を分析した赤坂幸一も、このような根拠付け義務は、「明確な法的基準を欠き政策判断にゆだねられた領域において、裁判所が政治部門の判断を（例えば基本権保障の観点から）なお審査しなくてはならない場合に限られてきた」 [赤坂 2018, 88]

と述べており、あくまで一般化を避けている。主張可能性の統制についても、それが基本的に予測に関わる点で、根拠付け義務と同様の指摘が妥当するであろう。立法者の行為（努力）を裁判所の審査に開く場合には、これらのドイツの議論は参考になるのではないかと思われる。

4. 老人介護法判決と「違憲の主観化」

主張可能性の統制は、立法者の事実確定の統制を行った「安全な第三国」判決および「安全な出身国」判決という例外を除いて、立法者の予測に関する統制手法であった。ドイツの議論では、典型的には、「立法者による事実認定とその統制」と「立法者による予測とその統制」は「連続しつつも別物として」捉えられている [穴戸 2014, 67]。主張可能性の統制は本来後者の論点に関わるが、「安全な第三国」判決や「安全な出身国」判決のように、実は前者の論点においても登場しているものもある¹⁸。

この点、老人介護法判決 (BVerfGE 106, 62) [参照、山本 2018c, 56ff.] は、極めて注目に値すると思われる。というのも、老人介護法判決は、基本法 72 条 2 項に限られない一般的な枠組みとして立法者の事実確定について述べたうえで、同 72 条 2 項の判断枠組みを提示し、それに基づき審査を行っているように見えるからである (BVerfGE 106, 62 [150ff.])¹⁹。すなわち、まず、同判決は、過去および現在の事実確定は何らの制約なく裁判所は審査可能であるとし、将来の予測の根拠となる事実確定も「可能なかぎり完全な確定」に立法者が依拠したか、あるいは「立法者が重要な事実を見渡していたか」を、確実な経験的データと信用のおける経験則が得

17. Wieckhorst は、実体法的な事後審査が欠けていることに対する補完という思考を Ossenbühl にも見出し得るとコメントしている [Wieckhorst 2017, 58 (Anm.348)]。

18. 「予測」と「事実確定」・「事実評価」の関係につき、[Vgl. Meßerschmidt 2000, 963f.]

19. この事件は連邦とラントの権限配分に関する事案であり、その限りで射程が限定されているということもできるかもしれない。この点、Christian Bickenbach は、老人介護法判決の判示は「査定特権に関する判例のエッセンス【Quintessenz】」 [Bickenbach 2014, 119] と述べており、また、追求されている目的と適合性【suitability】および必要性という正当化の開示という要求は、確かに基本法 72 条 2 項において競合的立法に関して連邦法の必要性につき含まれるものであるが、法的な事実認定および予測の規準（とりわけ用いられた基礎と方法）に関する立法者の「責務【obligation】」—法的に執行可能な義務ではないが、この責務が満たされない場合には立法者の余地が認められなくなるという—は、72 条 2 項の要求と同様に基本権を保護するし、知識の欠けを埋め合わせ得るものだとし、議論の一般化が可能であると理解している [Bickenbach 2016, 245, 254]。さらに、老人介護法の予測統制に関する判示は、立法者の形成の自由と連邦憲法裁判所による統制というテーマに関する「原則的判示」 [Stuttmann 2014, Rn.70] とも指摘されている。

られる限りで審査すると述べている。さらに、将来の展開の予測も、法律の根底にある期待の客観可能性と合理化可能性を踏まえつつ総合考察に基づいて審査するが、時間不足や不十分な審議という理由では予測余地は認められないという。

そして同判決は、基本法 72 条 2 項に関しては、「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ず、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ず、「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関係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」と述べ、第 1 に、法律が、政府の委員会・専門委員会の 6 つの調査報告書に依拠しており、鑑定意見書や職業組合もそれら報告書の有効性を確認していることを裁判所が跡付け、同時に第 2 に、立法者の予測の効果を裁判所自らも審査し、老人介護法が老人介護領域の魅力を高め、人材不足を解消する中心的な構成要素であると判断することによって、立法者の予測の合憲性を肯定したのである。

基本法 72 条 2 項に関する判断はひとまず措くとすれば、このような老人介護法判決の立法者の事実確定に関する判示は、果たして立法者の行為統制—「違憲の主観化」と呼ぶべきものなのであろうか。同判決は、「素材」の「評価」が適切か（主張可能か）までは審査せず、あくまで立法者が考慮されなければならない「重要な事実」を考慮しているかのみを審査する意図であると思われる。このような審査をもって、(消極的に反応されることになる) 立法者の行為統制と言うことができるのであろうか。

この事実確定に関して、先にも触れた *Ossenbühl* の見解を再び見てみよう。*Ossenbühl* は、立法者

の事実認定と将来予測に連邦憲法裁判所を原則として拘束することで、連邦憲法裁判所による事実認定を制約しようとした連邦議会議員の提案につき厳しく非難し、連邦憲法裁判所による事実認定を正当化している [*Ossenbühl* 1976, 466ff.; 参照、宍戸 2005, 260; 高見 1985, 44ff.; 阿部 1978, 451ff.]。その際、*Ossenbühl* は、「規範統制に際して立法者の事実確定の審査は憲法裁判所の統制権限の不可欠な構成要素に属する。この診断に、連邦憲法裁判所の恒常的な実務は対応しているのみならず、自治体再編成のための法律の審査に際してのラントの憲法裁判所の拡張された判例も対応している」 [*Ossenbühl* 1976, 469] と述べている。

そして実はこの部分を、「安全な出身国」判決²⁰において *Limbach* 裁判官が引用し、「事実の確定に関しては、立法者が自らの決定にとって必要なすべての事情を知っていたか否かということにまで、原則として統制は及ぶ。確認された事実の評価と重みづけに関しては、連邦憲法裁判所は、立法者の評価が関係する基本権に対応しているか否かを審査しなければならない」と述べている (BVerfGE 94, 115 [159]) [参照、山本 2018b]。これに関して *Ossenbühl* は、まず、「基本権的地位の彫琢【Ausformung】および保護が問題となる場面でも、憲法裁判所の統制において、決定形成の統制の諸要素は同じく意義がある」と述べる。そして、この *Limbach* 裁判官の見解は、「立法者は、基本権を内容形成するのではなく、(ただ) 適用する場合には、『この包摂的活動の特性』ゆえに、『全ての到達可能かつ著しい事実を入念に確定し、基本法 16a 条 1 項に照らして追行可能な形で評価することを義務付けられる』」ことを指摘するものであると述べたうえで、「安全な出身国」として或る国家を資格づけることは憲法裁判所の事後審査に服するとして、*Limbach* 裁判官の見解に賛成している [*Ossenbühl* 2001, 51]。

先に述べたように、*Ossenbühl* は、原則として裁判所の統制対象は、議会手続の結果たる法律である

20. 基本法 16a 条の「その法的状況、法適用、そして一般的政治状況からして、その地では政治的迫害も、非人道的または軽蔑的な処罰または取扱いも行われていない国家」(「安全な出身国」) は庇護権を原則として援用できないとされていたところ、この「安全な出身国」の構成要件を満たす国家については立法者が法律によって指定することとされていた。この事件では、立法者がガーナを「安全な出身国」として指定したことが争われた。

と考えている。その *Ossenbühl* が、「基本権的地位の彫琢および保護が問題となる場面」では、事実確定に関しては「手続的な入念さ」の要請を立法者に求めることを肯定しているのである。

さて、老人介護法判決に戻ろう。老人介護法判決における立法者の事実確定に対する判示は、果たして「違憲の主観化」と呼ぶべきものなのであろうか。確かに、判決のように「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」という形で「手続的な入念さ」を立法者に対して求めることは、一般的には立法者の行為義務の履行を審査しているものと言い得るかもしれない。しかし、個別の事案において、例えば当該事案で「重要な事実」が何かについては、立法者の行為とは異なる次元の問題として、上位法の解釈や、法案作成過程の論議、あるいは議会の審議を手掛かりにすれば顕出可能なものではなかろうか（「法律内容の理解の補助」としての立法過程）。このように考えれば、「重要な事実」を見落としていた場合には違憲とするという老人介護法判決の判示は、必ずしも「違憲の主観化」を惹起するものとはいえないか、少なくとも「違憲の主観化」の程度は極めて小さいといえるのではなかろうか。

目を日本に転ずると、このような「重要な事実」の考慮遺脱を問題にする審査手法が、すでに行政法学において彫琢されてきていることに気づく。すなわち、「要考慮事項を考慮し、他事考慮をしなかったかのみを審査する」形式的考慮要素審査 [村上 2015, 35; 村上 2013, 12] である。それゆえ、このような形式的考慮要素審査を、立法者の事実確定とその統制という従来から展開されてきた論点 [参照、高見 1985; 阿部 1978] を踏まえつつ彫琢していく道も存するのではないかと思われる²¹。そして、そのような審査は、あえて「違憲の主観化」として議論する必要性は無いように思われるのである。

小括

共同決定法判決で定式化された3段階の審査密度

論は、その後も連邦憲法裁判所の判例において用いられつつも、その一貫性に疑問が呈されるに至っている [山本 2018c, 64f.]。この点は、3段階の審査密度論の一角をなす主張可能性の統制も同様である。すなわち、「主張可能性という尺度が要求するのは、立法者が、入手可能な素材につき、事柄に適しており、かつ、主張可能な評価に基づいていることである。立法者は、自らの手の届く認識源を利用し尽くさなければならない」として共同決定法判決において定式化された主張可能性の統制は、その後の判例において、とりわけ「違憲の主観化」の濃淡について様々に展開してきたのである。それゆえ、まずは、主張可能性の統制として一体どのようなものを観念するのかが問題となろう。日本においては、共同決定法判決のそれが最も良く知られていると思われるが、主張可能性の統制に関する判例を概観すると、「さまざまな」主張可能性の統制があるのである。もちろん、だからといって、共同決定法判決の主張可能性の統制が1つのモデルとしての意義を喪失するわけではない。

そして、主張可能性の統制のあらわれ方が多様であることに伴って、「違憲の主観化」のあらわれ方も多様なものとなっている。しかし、立法者の「真摯な努力」の有無によって（のみ）法律の合憲性が判断されるといった全面的な「違憲の主観化」を生じさせるような議論は、主張可能性の統制においては、それが実体的統制の一部として、あるいは実体的統制と併存的に用いられる点からして、存在しないということは強調されるべきである。

法律に対する単なる結果統制ではなく、立法者に「手続的な入念さ」を求める判例は、連邦憲法裁判所において、いくつかの個別領域において展開されてきた。この点、「憲法義務としての最適な立法の方法」を巡って裁判所が統制する対象が法律なのか立法者なのかという議論がなされてきたが、「立法者は法律以外の何物にも責任を負わない」として、そのような憲法義務を拒否する立場が学説上は支配的となった。しかし、一定の事項領域において判例が「手続的な入念さ」を立法者に求めることがおよそ拒絶されてきたわけでもなく、原則として「立法

21. 立法裁量の統制としてこのような審査が可能であるということは棟居快行がかねてから主張していたことである [棟居 2001, 410f.]。

者は法律以外の何物にも責任を負わない」と考える立場においても、一定の事項領域においては「手続的な入念さ」を例外的に立法者に求める見解も見られるところである。そのような見解は、一定の事項領域に関しては、一定の範囲内で立法者の行為を統制することを許容しており、すなわちその限りでの「違憲の主観化」を承認しているものと言えよう。

主張可能性の統制に関する一連の判例の中で、立法者の事実確定についての老人介護法判決の判示は、立法者が重要な事実を見渡していたか」という形で「手続的な入念さ」を立法者に対して求めるものではあるが、個別事案においては「重要な事実」が何かは解釈上導出できることから、その「重要な事実」の考慮遺漏を審査するとしても「違憲の主観化」を惹起しないか、あるいは惹起するとしても極めて限られた形でしか惹起しないのではないかと考えられる。

「違憲の主観化」という観点からは、主張可能性の統制の下で、「手続的要請」を明示的に語る共同決定法判決のような議論から、それを惹起しない(あるいはほとんど惹起しない)議論まで多様なスペクトルを形成している。主張可能性の統制の継受可能性を探る場合には、これらの点に留意して参照・継受を試みる必要があるものと思われる。この点で、「重要な事実」を立法者が見渡していたか、あるいは「瑕疵ある事実認定」を行っていないかという点を審査する老人介護法判決は、日本にとっても参考になるのではないかとと思われる。

参考文献

* 邦語文献は著者名 50 音順、欧語文献は著者名アルファベット順で記載している。

- 赤坂 2017a：赤坂幸一「立法過程の合理化・透明化」法学教室 440 号 (2017) 36 頁以下
 ——2017b：同「新たな秩序形成プロセス」法学セミナー 751 号 (2017) 74 頁以下
 ——2018：同「立法事実と立法資料」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
 安念 1988：安念潤司「いわゆる定数訴訟について (4)」成蹊法学 27 号 (1988) 131 頁以下
 石塚 2016：石塚壮太郎「『生存権』の法的性質」法学政治学論究 110 号 (2016) 101 頁以下

- 大林 2018：大林啓吾「動機審査」山本龍彦・大林啓吾編『違憲審査基準』(弘文堂, 2018) 189 頁以下
 岡田 2002：岡田俊幸「ドイツにおける『憲法裁判権の限界』論」憲法理論研究会編『法の支配の現代的課題』(敬文堂, 2002) 51 頁以下
 ——2011：同「判断過程統制の可能性」法律時報 83 巻 5 号 (2011) 55 頁以下
 穴戸 2005：穴戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂, 2005)
 ——2014：同「立法の『質』と議会による将来予測」西原博史編『立法システムの再構築』(ナカニシヤ出版, 2014) 60 頁以下
 嶋田 2011：嶋田佳広「ドイツの保護基準における最低生活需要の充足」賃金と社会保障 1539 号 (2011) 4 頁以下
 須田 2015：須田守「取消訴訟における『完全な審査』(1)」法学論叢 178 巻 1 号 (2015) 33 頁以下
 高見 1985：高見勝利「立法院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
 玉蟲 2013：玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』(尚学社, 2013)
 西村 2000：西村枝美「立法過程への法的アプローチ」東北学院大学論集 (法学) 57 号 (2000) 1 頁以下
 ——2013：同「ドイツにおける社会権の法的性質と審査基準」関西大学法学論集 62 巻 4・5 号 (2013) 1323 頁以下
 松本 2018：松本奈津希「生存権の自由権的側面による最低生活保障」一橋法学 17 巻 1 号 (2018) 65 頁以下
 棟居 2001：棟居快行『憲法学再論』(信山社, 2001)
 村上 2013：村上裕章「判断過程審査の現状と課題」法律時報 85 巻 2 号 (2013) 10 頁以下
 ——2015：同「司法制度改革後における行政法判例の展開」公法研究 77 号 (2015) 26 頁以下
 山本 2011：山本真敬「藤田裁判官の『判断過程統制』の検討」早稲田大学大学院法研論集 138 号 (2011) 201 頁以下
 ——2014：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 (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 巻 2 号 (2018 年) 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) 近刊予定
- 2018c: 同「ドイツ連邦憲法裁判所における『主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle)』の現在」下関市立大学論集 62 卷 1 号 (2018) 55 頁以下
- 2018d: 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」憲法理論研究会編『岐路に立つ立憲主義』(敬文堂, 2018) 97 頁以下
- Bickenbach*2014: *Christian Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014 (Mohr Siebeck)
- 2016: *ders.*, Legislative Margins of Appreciation as the Result of Rational Lawmaking, in: *Klaus MeBerschmidt* und *A. Daniel Oliver-Lalana* (eds.), RATIONAL LAWMAKING UNDER REVIEW, 2016 (Springer), pp.235ff.
- Dann*2010: *Philipp Dann*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, in: *Der Staat* 49, 2010, S.630ff.
- MeBerschmidt*2000: *Klaus MeBerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000 (Nomos)
- MeBling*2010: *Miriam MeBling*, Grundrechtsschutz durch Gesetzgebungsverfahren, in: *Grundrechte und Solidarität. Festschrift für Renate Jaeger*, 2010 (N. P. Engel Verlag), S.787ff.
- Ossenbühl*1976: *Fritz Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: *Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, 1976 (Mohr Siebeck), S.458ff.
- 2001: *ders.*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: *Peter Badura* und *Horst Dreier* (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001 (Mohr Siebeck) S.33ff.
- Schlaich*1981, *Klaus Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit um Gefüge der Staatsfunktionen, *VVDStRL* 39, S.99 ff.
- Schlaich/Korioth*2018: *Stefan Korioth*, *Schlaich/Korioth Das Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl., 2018 (C. H. Beck)
- Schwerdtfeger*1977: *Gunther Schwerdtfeger*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: *Hamburg, Deutschland, Europa Festschrift für Hans Peter Ipsen*, 1977 (Mohr Siebeck), S.173ff.
- Stuttman*2014: *Hubertus A. Stuttman*, Gesetzgebribe Gestaltungsfreiheit und verfassungsgerichtsbarkeitliche Kontrolle, 2014 (Carl Heymanns Verlag)
- Waldhoff*2016: *Christian Waldhoff*, On Constitutional Duties to Give Reasons for Legislative Acts, in: *Klaus MeBerschmidt* und *A. Daniel Oliver-Lalana* (eds.), RATIONAL LAWMAKING UNDER REVIEW, 2016 (Springer), pp.129ff.
- Wieckhorst*2017: *Arno Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017 (Mohr Siebeck)
- 〔附記〕本研究は JSPS 科研費 JP18K12633 の助成を受けたものです。