

違憲審査基準としての比例原則と統制密度

— 議会の事実認定・予測権限をめぐるドイツの議論を参考として —

淡路智典*

1. 問題の所在
2. 判例の流れと学説の展開
 - 2.1. 薬局判決
 - 2.2. 第四次連邦憲法裁判所法改正法をめぐる動きとその後の議論
 - 2.3. 共同決定判決
 - 2.4. 議会の事実認定・予測権限と統制密度
3. 検討
4. むすびにかえて

1. 問題の所在

本論文は主に違憲審査基準としての比例原則・統制密度に関して扱うものである。特に議会と裁判所の事実認定権限・予測権限との兼ね合いにおいて、比例原則・統制密度がどのように位置づけられ、どのように働くのかを明らかにすることが、主要目的である。

何故、比例原則・統制密度や議会と裁判所の権限に関して扱うのかといえ、以下のような状況が存在するからである。

近年、ドイツを主な比較研究の対象としている憲法学者を中心に、ドイツの違憲審査論である三段階審査論を日本に導入しようという動きが高まっている⁽¹⁾。これは精神的自由に関する規制は厳格審査、経済的自由に対する規制は合理性審査、その他はとりあえず中間審査という

単純な分類・機械的当てはめに堕してしまった感のあるアメリカ法由来の二重の基準論に代わる、違憲審査論を求めていることである。

三段階審査論は、簡潔に述べるならば、保護領域（国家行為が基本権の保護領域に該当するかどうかの判断）、介入行為（国家行為が基本権の制約になっているかどうかの判断）、正当化（国家行為が憲法上正当化できるかどうかの判断）という三段階に分けて、基本権に介入する行為の違憲性を審査するものである〔松本 2001: 18〕〔ビエロート／シュリンク 2001: 4〕。

第一段階の保護領域、第二段階の介入行為に関しても議論すべき点は多々あるが、本論文が扱う比例原則・統制密度は第三段階の正当化に関わるものである。比例原則は、過剰侵害の禁止ともいわれ、実質的正当化要件の中心をなしており、具体的には適合性審査、必要性審査、狭義の比例性審査の三つの部分原則から構成される。適合性審査とは、国家によって取られた措置が規制目的を推進するものであるかどうかを審査するものであり、必要性審査とは、当該の措置が規制目的を達成するために必要最小限であるかを審査するものであり、狭義の比例性審査とは、規制によって得られる利益が規制に

* 早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程4年（指導教員 西原博史）

よって侵害される利益より上回っているか（少なくとも均衡しているか）どうかを審査するものである〔松本 2001: 54ff〕〔ピエロート／シュリンク 2001: 94ff〕。

また比例原則は、国家によって取られた措置の介入の程度がランク付けられる場合は、それに応じた審査基準を用意することを求める〔ピエロート／シュリンク 2001: 99〕⁽²⁾。

比例原則とは、国家行為の違憲性を判断するための中心的基準なのである。しかし、比例原則は違憲審査基準として十分なのであるか。判断の難しいものとして、議会の事実認定・予測が問題となっている事例を挙げることができる。領域的には、環境リスクやテロ対策など、従来の危険防止概念では対応の難しいリスク管理が求められている問題領域であり、具体的な事例としては、例えば発癌リスクを低下させるために一年間のX線診断回数を法律で制限するような事例が考えられる⁽³⁾。議会の事実認定・予測権限と比例原則との関係で問題となるのは、適合性・必要性審査の場面である。なぜなら手段の適合性や必要性を審査するということは、事実認識や予測の確実性と必然性に関わらざるをえないからである。上述のX線診断と発癌リスクの問題は、経験的に判断される事実問題である。また遺伝子組換え食品のような新たな科学技術によって生じるものに対する規制をする際の、リスク判断も経験的に判断される事実問題である。経験的な判断の対象になるのは事実であるが、国家行為を行う時点で不確実性があるのも、厳然たる事実である。そこで問題となるのは、どの国家機関が判断を下すべきなのかということである。

社会を形成する機能は議会が担い、社会を統

制する機能は裁判所が担うという権限配分から考えると、不明確な状況に関する判断を立法者である議会に代わり裁判所が行うことは、裁判所が統制という任務から離れて、社会形成まで担うことに繋がる。しかし、民主的正当性の乏しい裁判所という機関が、社会の中にある多様な利害を調整して社会形成を行うという議会の任務を完全に引き受けることは困難であるし、国家任務の増大という現状に鑑みると能力的にも不可能であろう。では、逆に事実認定や予測の問題に関して、基本的には裁判所は、議会の判断に従う、つまり、この問題については議会に優先的評価権を認めるとしたら、事態はどのようなであろうか。上述したように、比例原則は、適合性・必要性・狭義の比例性という三つの部分原則から成りたっている。議会に優先的評価権が認められると、適合性・必要性審査は空転する可能性が出てきて、審査が実質的に狭義の比例性審査だけに限定される可能性が出てくる〔宍戸 2005: 218〕。問題は複合的である。一方で議会の優先的評価権を認めないと、裁判所が全て決めるという裁判国家になってしまう恐れがあるが、他方で全面的に優先的評価権を認めてしまうと、裁判所による権利保護が不十分になる恐れが出てくる。そこで、議会の優先的評価権をどの程度認めるのかといった問題が生じ、この問題を解決するために、ドイツでは多岐にわたる段階と基準を導入していくことになる。

これが統制密度論と呼ばれているものであり、本論文が比例原則と共に取り上げるものでもある。ドイツで発祥した議論であるので、この点に関してドイツでは薬局判決以来の長い議論が存在する。多くの論者が、議会の事実認定

や予測に関する優先的評価権について議論し、多くの判決も出された。論点も用語也多岐にわたるが、本論文ではこの議会の優先的評価権と裁判所の関係のうち統制密度論として語られるものから主要な要素を抽出し、違憲審査基準という観点でまとめようと試みるものである。ここでは、論者によって様々に語られる統制密度という問題を、議会による事実認定権限・予測権限に対する制限とみなすことによって、統制密度論を比例原則の部分原則である適合性審査・必要性審査の具体化とみる視点を提示したい。そうすることによって、今まで論者や判決によって、ばらばらに見えた統制密度という問題が、比例原則の具体化という基本コンセプトとの下に展開された様々な適用・改良の過程として見えてくる。

以下では、具体的にドイツの議論を検討していく。

2. 判例の流れと学説の展開

周知の通り、比例原則はもともとドイツ警察法上の原則から発展してきた。その原則が、第二次大戦後ドイツ連邦共和国において設立された連邦憲法裁判所によって受容され、憲法上の原則となったものである〔シュテルン 1994: 157ff〕。そこで、ドイツでの議論を確認することから始めたい。

比例原則自体は国法学上の確固たる地位を得たが、具体的な意味内容や重点の置き方などに関しては、様々な議論がなされている。その適用のされ方については、議会と裁判所の事実認定・予測の権限に関わるものに関しても、度々問題となってきた。

そこで、以下では議会と裁判所の事実認定・

予測権限と比例原則・統制密度に関する主要な判例と学会での議論の流れを見ていくことにする。

2.1. 薬局判決

連邦憲法裁判所の初期の判決の中でも、比例原則や議会の予測の問題に関して、特に重要な判決が薬局判決⁽⁴⁾である。

薬局判決で問題となったのは、新たに薬局を開業する場合に州の許可を得なくてはならないとするバイエルン州の薬局法の規定が、薬局を開業したい事業者の職業の自由を侵害しているのではないか、ということであった。結論としては、連邦憲法裁判所は、薬局法の当該規定を違憲無効とした。その際、後の議論にとって重大な影響を及ぼす以下のような比例原則の段階付けをするとともに、立法者の予測に対する審査を行った。

薬局判決で連邦憲法裁判所は、職業の自由に対する制限を穏やかなものから厳しいものへ①職業遂行の規制、②主観的許可条件、③客観的許可条件という三つの段階に分けて、それぞれの段階に必要な正当化の程度が異なる、すなわち裁判所による審査の強度が異なるとした。この段階説は、二つの部分に分けられる。一つは、必要性審査にかかわるものである。つまり、国家によって行われた措置がより負担の少ない段階で当該措置の目的が達成できる場合は、必要性審査によって無効とされる。具体的には、職業遂行の規制や主観的許可条件を課せば目的を達成できるにもかかわらず、客観的許可条件を課す場合は、当該の規制は必要ではないと評価されるのである⁽⁵⁾。逆に言うならば、比例原則・段階説はより穏やかな段階の規制で

は、目的を達成することができないときに初めてより厳しい段階の規制に進むことを認める。

もう一つは、狭義の比例性に関わる部分である。そこでは、職業行使の自由に対する正当化は「合目的」であればよく、主観的許可条件の正当化はその条件を満たさなければ職業の行使が「不可能または現実的ではない」ことや、公共にとって危険や害悪をもたらすことが要求され、客観的条件の正当化は「発生することがほぼ確実な危険を防止」するために「極めて重要な公共の利益」が必要とされている〔ピエロート／シュリンク 2005: 305f〕。

この判決では、連邦憲法裁判所は、当該規制は最も厳格な客観的許可条件であるとして、議会の予測の全面的審査を行った。当該の薬局法の規定は、バイエルン州政府・議会の「薬局の開設を許可制にしないと薬局が乱立してしまい過当競争が起こり、不良医薬品が売買されることになり住民の健康に悪影響が及ぼされる」という予測に基づいていた。そのような予測に対して、連邦憲法裁判所は、独自に専門家やすでに薬局開設に際して許可制をとっていないスイスの当事者などの意見を聴取し、州当局の予測を根拠がないとした。他にも初期の連邦憲法裁判所は、保険医判決⁽⁶⁾、タクシー判決⁽⁷⁾などでも自ら調査を行い違憲判決を出していた。

この連邦憲法裁判所のある種の積極主義は、以下に見るようにDichgansらの批判にさらされることになる。

ここで重要な点は段階説が比例原則の具体化であり、制限される権利等の重要さに応じて、議会による法律の形成余地に制限を加えるという基本コンセプトがすでに出来上がっているということである。

2. 2. 第四次連邦憲法裁判所法改正案をめぐる動きとその後の議論

上述の議会の事実認定や予測を全面的に審査する初期の連邦憲法裁判所の積極主義には、反発も多かった。そのような反発の中で典型的かつ代表的なものを挙げるとすれば、連邦議会議員Dichgansによって出された1970年の第四次連邦憲法裁判所法改正法に対する修正案に盛り込まれた意見であろう〔Geck 1971: V – VII〕〔Ossenbühl 1976: 462〕。

Dichgansの修正案は議会の事実認定が明白に誤っている場合以外は、連邦憲法裁判所は議会によってなされた事実認定や予測に拘束されるべき、とするものであった。事実や予測の確定は法律解釈から導き出されるものではない。法律解釈に関しては議会は最終的に裁判所の判断に従うべきだろうが、しかし、事実認定に関してまで従うことは合理的であろうか。このような疑問が形となって現れたものであった。この点に関して、Philippiは連邦憲法裁判所の判例の検討から裁判所の実事認定の方が議会の事実認定よりも優れているという結論を導き出す〔Philippi 1971: 162-165〕。一方で、Dichgansは調査のための専門的機構を有し失敗の際には選挙という形で責任を取ることでできる議会が専ら判断すべきという主張を行った。

当該の修正案は連邦憲法裁判所の判事や学者らによる激烈な反対によって撤回されることになるが、誰が事実認定や予測を行うことが望ましいのかという問題意識はこれ以降の議論にも引き継がれていく〔高見 1985: 41ff〕〔岡田 1992: 71〕。

1970年の上記の騒動の後、学会でも事実認定や予測に関して多くの議論が行われる。ここで

は、その中でも後のリーディングケースとなる共同決定判決での議論およびその後の学会での議論につながる論点を提示したOssenbühlの議論を見ていくことにしたい [Ossenbühl 1976]⁽⁸⁾。

Ossenbühlは段階付けられかつ細分化された統制システムの構築を目指していた。ここでは比例原則や統制密度を扱う本論文との関係で、特に重要な論点に絞って取り上げる [岡田 1992: 79ff]。一点目は、統制の強度の細分化を比例原則とのつながりを述べている点であり、それとの関係で予測統制の範囲は予測対象によって規定されると述べたことである [Ossenbühl 1976: 506]。簡単に述べるならば、予測の対象となる権利や法益の重要性によって統制の強度が変わるということである。重要性というのは、基本権に関わる立法政策ならば高い強度での裁判的統制を認めることであり、それに対して経済政策領域ではより限定的な統制しか認められないということである⁽⁹⁾。二点目は、予測対象の特殊性および予測の確実性についてである。ここでいう特殊性とは、外交政策や経済政策は確実な予想を形成することが困難であるので、限定的にしか裁判所による統制は認められないということである [Ossenbühl 1976: 505]。三点目は、立法者に広範な予測判断余地を認める場合に内容統制を手続統制によって埋め合わせる可能性を提示したことである。この法律の内容を統制する代わりに立法手続統制するという考え方は、共同決定法判決での議会の優先的評価権の容認と主張可能性統制へとつながる論点であった [Ossenbühl 1976: 513f]。

重要な論点が出揃ったところで、この議会の

予測という問題に関して画期となった共同決定法判決の検討に移りたい。

2. 3. 共同決定判決

共同決定判決⁽¹⁰⁾とは、雇用している従業員が2000人を超える企業に対して、従業員代表を経営方針等の決定に関与させることを義務付けた共同決定法が、企業や雇用者等の経済的自由を侵害しているとして、雇用者団体などによって提訴された事例である。結論としては、共同決定法は経済的自由を侵害しているとまでは言えないとして合憲の判断が下された。合憲判断を下す基礎となったのが、事実認定や予測に関する議会の優先的評価権の認容であった。

その際にこの判決では、議会の予測に対する審査基準として統制基準を三段階に区別し、以後のこの問題の議論を方向付けた。以下、少し詳しく統制基準を見ていきたい。

この統制基準は、問題となっている事項領域の特殊性、法律的作用について十分に確実な判断を形成する可能性、問題となっている法益の重要性に従い三種類に区別された。具体的には、最も緩い統制基準は「明白性統制 (Evidenzkontrolle)」, 中間の基準が「主張可能性統制 (Vertretbarkeitskontrolle)」, 最も厳しい基準が「厳格な内容統制 (intensivierte inhaltliche Kontrolle)」とされた。

まず一番穏やかな統制基準である明白性統制とは、規制が「明白に」憲法に違反していない限り当該規制は合憲というものである。次に主張可能性統制とは、立法者が入手可能な資料を集め、事実に基づいて判断を行うことを要請するものである。議会の判断が主張可能であると裁判所によって認められたならば、事後的に予

測が誤っていたことが判明したとしても、予測を基礎として講じられた立法措置はそれを理由として直ちに違憲とはみなされない。ただし、予測が正しくなかった場合は、議会には実際に起こった社会状況等の変化に基づいて、当該の立法措置を廃止もしくは改正する義務が課される。最後に厳格な内容統制であるが、この統制基準の特徴は、連邦憲法裁判所が統計データや他国の経験に基づいて独自の予測を形成し、その自らの予測と対比して議会の予測を統制するところである〔高見 1985: 51ff〕〔岡田 1992: 84ff〕。

共同決定法判決は中間的な審査基準である主張可能性統制によって審査された。

ここでいう明白性統制、主張可能性統制というものは、議会に事実認定と予測に関して優先的評価権を認める議論でもある。また上述したように、主張可能性統制では、法律内容に対する統制から、議会の立法手続の統制へと変化していることも重要な点である。

2. 4. 議会の事実認定・予測権限と統制密度

1980年代以降、学会の有力な潮流の一つである機能法的考察⁽¹¹⁾を標榜するグループ⁽¹²⁾は、共同決定判決の統制基準の基礎にある立法者の尊重と憲法裁判権による段階的統制という考えを採用し、統制基準の操作を通じて「統制密度 (Kontrolldichte)」を決定するという考えに至った〔穴戸 2005: 260〕。

またこの頃からリスク社会と呼ばれる問題領域も出てきて、必然的に実験的要素や試行錯誤の要素を持たざるをえない法律に関して、さまざまな論者が考察をするようになる〔淡路 2009: 234f〕〔Stettner 1989: 806〕。そこで問題と

なるのも、議会の事実認定と予測であるので、これらの問題も統制密度と深く関わることになるのである。

また個別の論点に関しても、議論が充実していく。例えば、連邦憲法裁判所判決の方の予測要素を中心に扱ったAugsbergの論文や主張可能性統制の一部である経過観察義務について扱ったHusterの論文など細かな論点も論じられるようになった〔Augsberg 2007〕〔Huster 2003〕。

しかし、統制密度の議論はもともとの共同決定判決における統制基準自体が「規範的命題というよりも、連邦憲法裁判所が将来の手続のために一定の統制機能を認める、従来の実務を手がかりにした記述である」と見られており、連邦憲法裁判所判決での用語の使われ方もまちまちであるため、具体的な適用のあり方は論者によって様々であり統一した見解というものはまだ見られていないように思われる〔穴戸 2005: 263〕。ただし、より明確な像を得ようとする努力は行われている。例えば、Vogelの侵害留保の体系に基づいた統制基準というのも、その可否はここでは置いておくとしても、そのような努力の一環であるのは確かであろう〔Vogel 1988: 263〕⁽¹³⁾。

ここまで共同決定法判決以降の学会での議論を概括的に見てきた。そこで、実際の連邦憲法裁判所の判決は、議会の予測の問題と統制密度を、どのように扱ってきたのかを、主張可能性統制が行われたと見られるいくつかの例を参考にしながら見ていきたい。

1990年の代理商決定⁽¹⁴⁾は、客観的許可制限を扱ったものであり、優先的評価権の枠内という言葉から主張可能性統制を行ったものと見られる。この判決では、議会の事実認定や予測に

関しては是認できるとしながらも、当該の制限が比例性を欠くという理由で無効とされた事例である。

次に1998年のバイエルン妊婦援助拡充法判決⁽¹⁵⁾であるが、これは職業遂行の規制とみられている。これも主張可能性統制で判断されており、州の事実認定は主張可能であり、かつ狭義の比例性も満たしているとされた。

最後に2004年の危険犬の輸入・繁殖禁止判決⁽¹⁶⁾であるが、これも職業遂行の規制であり、主張可能性統制の結果、危険犬種の輸入禁止については議会の判断が認められた事例である。(ただし、飼育・犬種改良禁止に関しては部分違憲となった。)議会には広範な評価・予測余地があるので、職業遂行の規制はそれが正当な権限に基づき発せられかつ他の憲法上の権利と適合的であるなら、許容されるとされた。

3. 検討

ここまで見てきた比例原則・統制密度・議会の事実認定・予測権限について、確認してみる。

全体の流れとしては、薬局判決前後は、裁判所による議会の事実認定・予測に対する全面的審査が行われてきた。それに対する批判が第四次連邦憲法裁判所法改正案の際に具体的な形となって提起され、そこで目指された議会の判断への拘束というものは断念されることになったが、誰が判断すべきなのかという重要な問題を投げかけることにはなった。それを受ける形で学会でも議論が進み、その一つ到達点ともいうべきものが共同決定判決によって提示された。薬局判決以来の予測の全面的審査でも議会の事実認定や予測への拘束でもない、多段階的な観点と基準である三つの統制基準であった

[宍戸 2005: 261]。

その後、これらの統制基準は様々な判例で使われることとなり、一義的で明確な像として理解することが難しくなっている。

また統制基準の選択によって決まる統制密度と他の審査基準、例えば段階説とはどのような関係にあるのだろうか。判決の検討からわかることは、統制密度は段階説にとって代わるようなものではないということである。上記の判例を見るならば、両方の基準を排他的に使っているわけではないことが見て取れる。多段階的基準は相互にマトリクスを作るような形で審査度を確定するような形で使われている。

理論上は、

- ①－ 1 職業遂行×明白性
 - － 2 職業遂行×主張可能性
 - － 3 職業遂行×内容統制
- ②－ 1 主観的条件×明白性
 - － 2 主観的条件×主張可能性
 - － 3 主観的条件×内容統制
- ③－ 1 客観的条件×明白性
 - － 2 客観的条件×主張可能性
 - － 3 客観的条件×内容統制

という3×3の9つの段階に分けられるし、実際にも、代理商判決は客観的許可制限×主張可能性統制である一方、バイエルン妊婦援助補充法判決や危険な犬の輸入等禁止決定は職業遂行×主張可能性統制という組み合わせで使われている。このことは、ピエロート／シュリンクの段階説は各段階内部でも厳格なものと緩やかなものに段階づけられるとする説明とも合致する[ピエロート／シュリンク 2001: 305]。

ここで改めて統制密度とは何かという問題について考えてみたい。大きな枠で定義するとし

たら、比例原則の部分原則である適合性審査・必要性審査の具体化と言えるのではないだろうか。議会に事実認定や予測について優先的評価権を認めたとえて、適合性審査・必要性審査を空洞化させないためのある種の代償的な具体化である。

裁判所の審査基準と議会の権限に関して、薬局判決から現在までの流れで変わったもの、変わらないものを考えてみると、具体的な審査方法や審査基準は様々に変化していると思われるが、比例原則（過剰侵害禁止）、すなわち制限される権利の重要度に応じて議会による形成余地を制限するという基本コンセプトは変わっていないように見える。

ここまで出てきた多層的な審査基準を、比例原則の具体化という視角で捉えるならば、主張可能であるということは何を意味するのかという問題にも答えることが可能になるのではないかと。主張可能性統制に対する批判に、ただ単に公聴会や関連団体への意見聴取を形式的にでも済ませば、主張可能と評価される可能性があるというものがある。例えば、そのような批判に対して、比例原則の具体化という視点は、（法律の留保から比例的法律の留保と同様に）形式的な情報収集ではなく実質的な情報収集を求めているのだという形で内容を充填することができるだろう。

4. むすびにかえて

違憲審査基準としての比例原則には、あらゆる基本権に対する介入の正当化として使えるという意味で万能の基準という評価がある一方で、万能であるがゆえに個別的な判断にしかならず基準としては不十分であるという評価が他

方である。統制密度論の重要さは、上記の事情と関連がある。比例原則の適用範囲は広い。広いために十分な審査基準となりうるのかという懸念にも十分な理由があると思われる。だからこそ、比例原則の具体化が必要なのであろう。

比例原則はすでに、過剰侵害の禁止という抽象的な観念から、適合性審査・必要性審査・狭義の比例性審査という形で警察法・行政法の一般原則から全法秩序の一般原則になる際に具体化を果たしている〔シュテルン 1994: 157-166〕。しかし、時代が進むにつれて新たに具体化が必要な領域も現れてくる。その一つが議会の事実認定・予測権限に関するものであり、それが如実に現れる経済政策、リスク社会、テロ対策などに関するものであった。そこでは議会に事実認定や予測に関して優先的評価権を認めることが合理的ではあるが、そのことは、他方で比例原則の空洞化を招きかねない問題であった。そのような状況では、統制密度論は比例原則を担保するための一つの方策である。

もし冒頭で述べた日本での三段階審査論の適用の動きが本格化するならば、統制密度論は詰めて考えておかねばならない。猿払事件を挙げるまでもなく、日本の判例実務の中では、国家（正確には政府や議会であるが）の事実認定や予測が重視される傾向が見てとれる。また、これからの時代状況を鑑みるならば、リスク管理や治安立法において国家の予測が重要な場面が多々あると考えられる。その際に、比例原則がただ単に国家行為にお墨付きを与えるだけのものに堕すことがないようにするためには、比例原則の具体化、統制密度論の精緻化は必須であらう。

〔投稿受理日2010.5.22／掲載決定日2010.6.10〕

注

- (1) 日本における三段階審査論の導入をめぐる動きや評価に関しては、[石川:2002], [駒村:2008], [亘理:2008]などを参照せよ。すでに石川健治は三段階審査を保護領域と介入行為の確認の順番を入れ替えるアレンジをした上で、自らの判例評釈等を三段階審査に則って書いている[石川:2007]。
- (2) 典型的には薬局判決などで展開された段階説が挙げられる[ビエロート／シュリンク 2001:304]。
- (3) 後ほど取り上げるDichgansは、①児童を結核から守るためにX線撮影を教員に義務付ける州法や②同性愛行為を犯罪として取り締まる州法に対して同性愛は病気であるので刑罰を課すべきでないという憲法異議が申し立てられた場合や、③国民の健康をまもるための薬局の許可制限などを例に挙げ、このような事実認定は議会が行うべきとした[高見 1985:41ff]。
- (4) BVerfGE 7, 377 (薬局判決:ドイツの憲法判例 I・44)
- (5) ただし、場合によっては職業遂行の規制が、主観的許可条件や客観的許可条件よりも、制限的に働くこともある[ビエロート／シュリンク 2001:305]。
- (6) BVerfGE 11, 30
- (7) BVerfGE 11, 168
- (8) 共同決定法判決につながる論点を示しはしたが、皮肉なことに共同決定法に関する予測権限に関しては、Ossenbühlと連邦憲法裁判所は異なった判断をすることになる[岡田 1992:81]。
- (9) 同様の内容として[Seetzen 1975:429]。
- (10) BVerfGE 50, 290 (共同決定判決:ドイツの憲法判例 I・49)
- (11) 機能法という言葉の多義性については、[穴戸 2005:238ff]。
- (12) 代表的は機能法的考察を行う論者としては、コンラート・ヘッセが挙げられる[穴戸 2005:267]。
- (13) Vogelは侵害留保の体系に従った統制基準を提案した。①「形成・規制留保 (Ausgestaltungs-und Regelungsvorbehalt)」に関しては、連邦憲法裁判所は「明白かつ実際に論外の過誤」のみ審査し、②「通常の法律の留保・特別の法律の留保」は「もっともらしく高度の真実らしさ」を立法者が示す必要があり、③「法律の留保を伴わない基本権」は「確かで攻撃される可能性のない」事実の

基礎を立法者が示す必要あるとした[Vogel 1988:194f]。

- (14) BVerfGE 81, 242 (代理商決定:ドイツの憲法判例 II・40)
- (15) BVerfGE 98, 265 (バイエルン州妊婦援助補充法判決:ドイツの憲法判例 III・47)
- (16) BVerfGE 110, 141 (闘犬判決:ドイツの憲法判例 I・44)

参考文献

- Augsberg, Ino/ Augsberg, Steffan [2007] Prognostische Elemente in der Recht-sprechung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArc 98, 290-316.
- 淡路智典 [2009]「リスク社会における立法と裁判の可能性 — ドイツにおける議会と裁判所の予測に関する能力・権限の議論を参考として」社学研論集第14号234-243頁。
- ドイツ憲法判例研究会編 [2003]『ドイツの憲法判例 (第2版)』(信山社)。
- [2006]『ドイツの憲法判例 II (第2版)』(信山社)。
- [2008]『ドイツの憲法判例 III』(信山社)。
- Geck, Wilhelm Karl [1971] Vorwort, in: K. J. Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Köln, V - IX.
- ヘッセ, コンラート (初宿正典・赤坂幸一訳) [2006]『ドイツ憲法の基本的特質』成文堂。
- Huster, Stefan [2003] Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers. Ein neues Instrument zur verfassungsrechtlichen Bewältigung des sozialen Wandels ?, Zeitschrift für Rechtssoziologie 24, 3-26.
- 石川健治 [2002]「憲法解釈学における『議論の蓄積志向』」法律時報74巻7号60頁。
- [2007]「2つの言語, 2つの公法学」法学教室322号54頁。
- 駒村圭吾 [2008]「憲法的論証における厳格審査」法学教室338号40頁。
- 小山剛 [1998]『基本権保護の法理』(成文堂)。
- [2004]『基本権の内容形成 — 立法による憲法価値の実現』(尚学社)。
- 松本和彦 [2001]『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会)。
- 岡田俊幸 [1992]「立法者の予測に対する裁判的統制」

- 慶應大学法学政治学論究14号。
- Ossenbühl, Fritz [1976] Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck u. a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe für das BverfG, Erster Band, 459–518.
- Philippi, Klaus Jürgen [1971] Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Köln.
- ピエロート／シュリンク (永田秀樹他訳) [2001]『現代ドイツ基本権』(法律文化社)。
- シュテルン, クラウス (小山剛訳) [1994, 1995]「過度の侵害禁止 (比例原則) と衡量命令 (一), (二・完)」名城法学第44巻第2号, 第3号。
- 穴戸常寿 [2005]『憲法裁判の動態』(弘文堂)。
- 高見勝利 [1985]「立法府の予測に対する裁判的統制について」芦部信喜還暦金論文集『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣)。
- Seetzen, Uwe [1975] Der Prognosespielraum des Gesetzgeber, NJW, 429–434.
- Stettner, Rupert [1989] Verfassungsbindungen des experimentierenden Gesetzgebers, NVwZ 1989, Heft 9, 806–812.
- Vogel, Kurt [1988] Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane.
- 亘理各 [2008]「利益衡量型司法審査と比例原則」法学教室339号37頁。