

憲法上の比例原則の構造と段階説

— ドイツにおける職業の自由の議論を参考として —

淡路智典*

目次

1. 問題の所在
2. 薬局判決と段階説
 - (1) 薬局判決
 - (2) 薬局判決と段階説について
 - (3) 段階説の定着
3. 比例原則の内容
 - (1) 比例原則
 - (2) 比例原則と段階説の関係
 - (3) 比例原則（段階説）の適用
4. 段階説の修正？
 - (1) カジノ決定
 - (2) 小括
5. むすびにかえて

1. 問題の所在

近時、ドイツ法を比較対象とする憲法学者を中心に、ドイツの違憲審査基準である比例原則を中心に据えた違憲審査基準論の再構築の動きがある[石川：2002；亙理：2008]。

これは自由権を精神的自由と経済的自由に二分し、ほぼ自動的に精神的自由には優越的地位と厳格審査を、経済的自由には（精神的自由に

比較して相対的な）劣位と合理性審査を当てはめるアメリカ法に由来する二重の基準論に代わる違憲審査基準論の可能性を模索してのことである。自らはアメリカ法を主な比較対象にしているにもかかわらずドイツ流の三段階審査論⁽¹⁾へも理解と共感を示す駒村圭吾の言葉を借りるならば、俗流化した違憲審査基準論が「《精神的自由がらみの規制は厳格審査》、《経済的自由に対する積極規制や社会権がらみの事例には、合理性の審査》、《経済的自由に対する消極規制は、中間審査》、《なんだかよく分からない場合は、とにかく中間審査》、という機械的操作」に墮してしまい、そのことが人権論の貧困化につながっているという問題意識[駒村 2008：41f.]が共有されつつあることの現れと言えよう。

それでは、「比例原則」による違憲審査は、具体的にはどのようなものなのであろうか。本論文では、ドイツにおいて比例原則の具体的な内容に関わる議論が最も深化している職業の自由の領域を取り上げ、段階説⁽²⁾と呼ばれる判断枠組の構造と意義を検討する。

職業の自由に関わる問題は、日本では主に憲法22条1項の職業選択の自由との関係で論じら

*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）

れ、その領域における規制の違憲審査基準は合理性の基準が用いられるとされている [芦部 2007: 212]。より詳細には、消極的・警察的規制（消極目的規制）の場合には厳格な合理性の基準が、積極的・政策的規制（積極目的規制）の場合には明白性の基準が使われる。しかし、この立法目的による違憲審査基準の使い分けに対しては、全ての経済規制立法をこの二つに分けることの困難さや、積極目的と消極目的で基準が変わることの根拠が不明確であるという批判がある。そして、この二分論の困難さと根拠の不明確性は、ドイツとの比較で際立つ部分でもある。

また二重の基準論との関係では、職業選択の自由はどのようなものであっても、厳格審査の対象にならないという意味で表現の自由をはじめとした精神的自由権に対して劣位に置かれる [芦部 2007: 210f.]。このことは常に正当化される命題であろうか⁽³⁾。二重の基準そのものに関しても、区分の困難さと根拠の不明確さが際立つ。

実際、ドイツにおいて段階説は多くの判例で踏襲され、確固たる地位を得ているようにも見えるが、しかし、その一方で段階説の逸脱や修正と呼ばれる事例も散見される。完成された理論としての段階説の概要を単に輸入するのではなく、そこに含まれる対立する要素や基礎にある思想なども含めて考察することが、比較法においてはより大きな実りをもたらすと思われる。単に基準を輸入するだけでは、当てはめによる機械的操作に新しい衣装をまとわせるだけになる恐れもある。以前は厳格な合理性審査や明白性審査と言っていたものに、客観的許可制限・主観的許可条件・職業遂行の規制という新

しい名称を与えるにすぎない事態は避けなければならぬだろう。

それと同時に、日本において根強い比例原則に対する誤解や不信を解消するということも課題である。古くは田上穰治の紹介によって生じた比例原則が明白性審査に過ぎないという誤解、新しくは高橋和之の2009年の「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」における比例原則を裸の利益衡量論とする不信が挙げられる [田上 1955: 225] [高橋 2009: 10-13, 41]。田上に由来する誤解は、多くのドイツ憲法を扱う憲法学者の努力により大部分が克服されている [小山剛 2004: 85]。それに対し、高橋の不信は、なお一定の影響力を憲法学に及ぼし続けている。高橋は上述の論文において、アメリカの審査基準論にドイツにおいて対応するものとして比例原則を挙げ、以下の2つの点で一方的な診断を下している。

一つは、アメリカとの比較でドイツの基準は「目的と手段の関係に焦点を合わせていて、目的そのものの審査を含んで」おらず、つまり「手段審査が中心」で「目的審査は特に設定されていない」ものであるとされた点である。ただし、高橋もドイツの違憲審査において全く目的審査がされていないと主張しているわけではない。上記の文言の後に「だからといって目的が憲法の許容しないものであってもよいということではありえないから、目的の正当性はどこかで審査されるであろうが、少なくとも広義の比例原則による審査の場面では、目的の正当性は前提となって」いると書いている。しかし、その上で、「アメリカの最高裁が重視している立法目的の重要度の審査がドイツでは、少なくとも外観上、必ずしも重視されていない」こ

とが「両者の違いを理解するのに重要なポイントの一つ」になると述べている〔高橋 2009: 10f.〕。

もうひとつは、狭義の比例性審査に関してである。高橋は狭義の比例性審査の意味としてまず目的・手段均衡論と利益衡量論の二つの可能性を挙げる。その後、目的・手段均衡論の立場を取った上で⁽⁴⁾、この審査は「正当な目的（公益の実現）の重要度が、制限される人権の重要度と釣り合っているかどうかの審査」であり、そうであるならば「アメリカの審査枠組における目的審査に対応」するものであるとした。そして違いを、「アメリカの判例理論が目的審査・手段審査という明確な枠組を基礎に事件の類型」に従った「三つの審査基準論を割り振るアプローチ」を採用しているのに対し、ドイツの判例理論は「目的審査・手段審査の明確な枠組を設定することなく」、「審査の厳格度を定型的に区別すること」のない「『裸の利益衡量論』を採用している」ことであるとした〔高橋 2009: 11-13〕。高橋はドイツの判例理論である比例原則を上記のように理解した上で、それが「衡量が裁判官の主観的判断に左右されやすい危険」を有しており、「それゆえにまた公益を過大に評価する危険」も有しているので、「日本が参考にする方法としては、当面はアメリカ型のほうがよいと思われる」とした〔高橋 2009: 41〕。

この高橋によるドイツの比例原則の理解は正当であろうか。私見では、高橋のこの比例原則の理解には、大きな誤解がある。誤解の原因としては、ドイツ法と日本法の違いによる目的審査の位置付けの違い⁽⁵⁾と、学説と判例が折り重なるように形成されてきたドイツにおける比例

原則の複雑さなどが考えられる。

こうした論争状況を受けて、本論文では以下の二つのことを課題とする。一つは比例原則の形成過程を詳細にたどることによって、比例原則が何を意味するのか、何を含むのか、その意味内容を明確にすること、もう一つは、その確認作業を通じて高橋の比例原則の理解の当否を検討することである。

2. 薬局判決と段階説

まずはドイツで比例原則を使って違憲審査を行ったリーディングケースの一つである1958年の薬局判決⁽⁶⁾で、何が問題となり何が判断されたのかを詳しく検討することによって、初期の判例において意識されたことを確認し、現在の比例原則の理解とどう繋がっているのかを見ていきたい。

(1) 薬局判決 (BVerfGE 7, 377 — Apotheken-Urteil: Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 11. Juni 1958)

①事件の概要

憲法異議申立人（薬剤師X）は、1956年バイエルン州で薬局を開業しようとして、行政当局に営業許可を申請した。しかし、行政当局はバイエルン薬事法3条1項を満たさないとしてXに許可を与えなかった。Xは異議申立てをしたが却下されたので、基本法12条1項⁽⁷⁾および基本法2条⁽⁸⁾に基づき、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。

バイエルン薬事法は、もともと薬局の開業を許可制にしており、許可を得るためには、閉鎖された薬局を再開するか、開業中の薬局を引き継ぐことなどを定めていた。さらに薬局の新設

に関しては、バイエルン薬事法3条1項で以下のように規定していた。新規の薬局開設は、薬局の開設が国民に医薬品の供給を保障するという公共の利益に合致する場合、そして新設される薬局の経済基盤が確保されており、その新設によって近隣の薬局の経済基盤を圧迫しない場合にのみ認められるとした。また許可の際に偏りのない薬剤供給という公益のために薬局を特定の場所で開設することを義務付けられるとされていた。

②判旨——連邦憲法裁判所による要約⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

1. 基本法12条1項において、営業の自由は、社会秩序および経済秩序の客観原則として宣言されるのではなく、あらゆる許容された活動——例えその活動が伝統的な、もしくは法的に固定化された職業像と一致していないとしても——を職業とする基本権を保障するものである。

2. 基本法12条1項における「職業」という概念は、内容を国家に留保されている活動を行う職業や国家によって制約されている職業を含む。ただし、公務にあたる職業については、基本法33条が広い範囲において特別な規律を与えている。

3. 職業活動は自営形態でも雇用されるという形態でも行うことが可能であり、それら職業行使の両形態が固有の社会的重要性を有する場合、どちらの職業活動の選択も、そしてまた一方から他方への移行も、基本法12条1項の意味における職業選択である。

4. 基本法12条1項2文に従った立法者の規制権限の内容と範囲は、基本権の意義とその社会生活における意義を考慮した解釈によって、ほとんどの範囲で事物に即して決まる。なお本質内容〔の侵害禁止という——引用者注〕制限へ

立ち戻る必要はない。

5. 基本法12条1項1文に従った規制権限は、職業遂行と職業選択の両方に及ぶが、同じ強度ではない。規制権限は職業遂行のために与えられたものであり、以下の観点からのみ職業選択の自由を制限することが許される。その観点とは、内容的に職業規制が、純粋な職業遂行の規制に近づけば近づくほど自由なものとなり、職業選択にかかわればかかわるほど制限されるというものである。

6. 基本権は個人の自由を保護すべきものであり、規制留保は共同体の利益を十分に保障すべきものである。両方の要請を正しく満たす必要性から、立法者による制限のために以下の原則に従った細分化が命じられる。

a) 職業遂行の自由は、公共の福祉との理性的な衡量によって目的に適っているとみなされている範囲内で制限されうる。基本権保護は、その規制自体が違憲となるような、過度の負担を課す規制や要求しえない規制からの保護に限定される。

b) 職業選択の自由は、特に重要な共同体の利益の保護のためにやむを得ず必要とされる範囲内でのみ制限されうる。そのような規制が不可避の場合であっても、立法者は常に基本権の制限を最小限にする規制の形態を選ばなければならない。

c) 職業の開始のために特定の条件を設けるかたちで職業選択の自由を制限する場合は、主観的な条件と客観的な条件を区別しなければならない。主観的条件（特に準備教育および専門教育）には、それらの条件が職業活動を秩序立ったかたちで行うという規制目的と比例性を欠いてはならないという意味において、比例原則が

妥当する。客観的許可条件必要性の証明に関しては、特に厳格な要件が設定されなければならない。一般的には、極めて重要な共同体の利益に対する証明可能な、もしくは高度な蓋然性を有する重大な危険からの防御のみが客観的許可制限という措置を正当化しうる。

d) 基本法12条1項2文に従った規制は、職業選択の自由に対して最小限の制限で済む「段階」を選ばなければならない。懸念されている危険に対して前「段階」の憲法適合的手段では有効に対処し得ない高度な蓋然性を示すことができる場合にはじめて、立法者は次の「段階」に進むことが許される。

7. 連邦憲法裁判所は、立法者が規制権限に対する上述の制限を守っているかどうかを審査しなければならない。自由な職業選択が客観的許可制限によって制限されている場合、連邦憲法裁判所はその制限が特に重要な共同体の利益を守るためにやむを得ず要求されているかどうかを審査できる。

8. 今日、薬局法の領域では、許可に関しては客観的な制限の欠如として理解された開業の自由のみが憲法上の地位に対応する。

(2) 薬局判決と段階説について

そもそも職業の自由は基本法制定以前、基本権としてみなされていなかった [中島 1975: 192ff.]。それは当時においては先進的な基本権カタログを有していたヴァイマル憲法下でも変わらなかった。職業の自由を規定した基本法12条に相当するのは、ヴァイマル憲法151条⁽¹¹⁾と言われている。しかし、そこで定められていたのは、社会経済秩序の客観的原理とその枠内の営業の自由に過ぎず、個人が請求可能な基

本権としての性質を有していなかった。薬局法判決が下された当時、職業の自由や営業の自由といった経済的自由が基本権としての性質を持つのか、ヴァイマル憲法当時と同じように社会経済秩序の客観的原理としての意味内容しか持たないのかという疑問が解消されていなかった [Bachof 1958: 468]。判旨1は、基本法下において職業の自由が基本権として扱われることを連邦憲法裁判所が認めたことを示している。

判旨2と3は、職業というものに何が含まれるかを確認したものである。私企業に雇われる会社員のみならず公務員や自営業も12条が保障する職業であると確認した。

判旨4は基本法12条1項2文で認められた規制留保に関して、説明を加えたものである。

判旨5から7で述べられていることは、今日、「段階説」や「段階理論」と呼ばれているものの原型となった部分である⁽¹²⁾。ここでは職業に対する制限をまず職業遂行の規制と職業選択の規制に分ける。その後、職業選択の規制を主観的な条件を付すものと客観的な条件を付すものに分ける。つまり、全体では3つに分類することになる。

①職業遂行の制限とは、特定の職業に従事する人間に対して、職業活動の様態を規制することである。例えば、小売業の深夜営業禁止のようなものである⁽¹³⁾。この制限は、あくまで職業の選択に対する制限ではなく職業遂行の方法に対する制限に過ぎないので、規制目的はそれほど高度な重要性を必要としない。よって、職業遂行の制限の際に問題となるのは、当該規制の合目的性である。規制が目的の方向と合致さえしていれば、当該規制は許される。

②主観的許可条件とは、特定の職業につくため

に一定の資格を要求するものである。例えば、医師として働くために医師免許を要求するようなものである。この主観的許可条件を設定するためには、重要な公共の利益が必要とされる。そして、当該規制の条件を満たさなければ職業遂行が「不可能または現実的ではない」場合や、さらに公共にとって危険や害悪をもたらすような場合にのみ規制が正当化される。

③客観的許可制限とは、個人の事情とは無関係に、特定の職業の人数等を定めることである。例えば、一つの地区の薬局の上限数を設定するような規制がこの規制にあたる⁽¹⁴⁾。客観的許可制限が設定されるには、特に重要な公共の利益が必要とされる。この種の制限が正当化されるのは「極めて重要な共同体の利益に対する証明可能か、もしくは発生することがほぼ確実な重大な危険を防止する」ために不可欠であるときにのみである。

またこの3種の規制を弱いものから順に、職業行使の規制、主観的許可条件、客観的許可制限と並べ、弱い規制で問題に対処できない時にはじめて、次の段階に進みうることも述べている。

判旨8では、本件の枠組では開業の自由に対するバイエルン州薬事法のような客観的許可制限が認められないという判決の結論が述べられている。判決では、連邦憲法裁判所が、バイエルン州政府の主張した立法事実（薬局の増加によって国民に健康被害が生じること等）を専門家の意見を聴取したり他国の状況と比較することによって精査し、その結果バイエルン州政府の述べたような危険は証明できないし、高度の蓋然性も認められないとしてバイエルン薬事法に対して違憲判断を下した。

本論文の関心から注目すべきことは、職業の自由に対する規制を職業遂行の自由に対する規制と職業選択の自由に対する規制に分けたこと、そして規制の程度を三段階にわけたことである。これらのことは過剰侵害の禁止ともいわれる比例原則を具体化したものといえる。またこの判決で示された違憲判断基準のメルクマールは、以下のとおりである。規制が合憲とされる条件として、職業遂行の自由の場合、目的に関しては公共の福祉との合理的な繋がりがあることが要求され、手段に関しては過度な負担の不存在もしくは期待可能性の存在が要求される。主観的許可条件の場合、目的に関しては重要な共同体の利益の保護、手段に関しては許可条件と規制目的の比例性が要求される。客観的許可制限の場合は、さらに加重要件として、極めて重要な共同体の利益とその利益に対する証明可能もしくは高度な蓋然性を持つ危険からの防御が正当化に必要であると述べられている。この判決で定式化されたこれらのメルクマールは、一般的に言われている比例原則の3つの部分原則とどういう関係に立つのだろうか。この点は、3章で比例原則の内容を確認した後で触れることにしたい。

（3）段階説の定着

薬局判決はその後、数々の判決で先例とされ、判例としての位置を確固たるものにする⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。また1961年6月17日の手工業者法に関する判決⁽¹⁸⁾で、連邦憲法裁判所は「『段階説』は、公共の福祉によって要請される職業の自由の制限の際に比例原則を厳格に適用した結果である」と述べ、比例原則と段階説の繋がりを明確に示した。

ここまで比例原則に関する初期のリーディングケースである薬局判決の内容を確認してきた。何故、比例原則の内容を確認する前に具体的な判例を確認したかといえ、比例原則の内容が具体的に確定するのは薬局判決からかなりの期間を経過してからである。つまり、時系列にそうならば、各種の判決が出た後に比例原則の内容が確定した。

3. 比例原則の内容

現在、比例原則は適合性・必要性・狭義の意味における比例性という3つの部分原則から成り立つとされている。連邦憲法裁判所の判決において、極めて明確にこれら3つの部分原則が表明されたのは1970年の盗聴判決⁽¹⁹⁾であった[シュテルン2009: 313f.]。まずはこのような比例原則の標準的な内容を確認することからはじめる。

(1) 比例原則

比例原則はプロイセン警察法由来の概念であり、もともと「雀を打つのに大砲を使うなかれ」という過剰侵害を戒める行政法上の原則であったが、基本法下において国家行為による基本権侵害の有無を判断する違憲審査基準として連邦憲法裁判所によって採用され、憲法上の原則となった[小山2004: 83ff.; シュテルン1994; 宍戸2005: 213ff.; 須藤2010: 5ff.]。

この憲法上の比例原則は、上述のように以下の3つの部分原則から成る⁽²⁰⁾。

①適合性審査

当該の国家行為が、規制目的の達成に適合している否かを審査する。すなわち「措置は、それを用いることによって望まれた結果に近づく

のであれば、適合的である。措置が非適合的であるのは、その措置が意図された目的の達成を阻害するか、目的に対して何の作用も展開しない場合である」[シュテルン1994: 167]。適合的でない具体例としては、森林保護という目的を掲げて、自動車のスピード制限をするというように、目的と規制に何の関連もない場合などが挙げられる[ピエロート/シュリンク2001: 95]。交通事故防止という目的を掲げて自動車のスピード制限をするような、目的と規制に関連が認められる場合は適合的であるとされる。

②必要性審査

当該の国家行為が、規制目的の達成のために必要不可欠か否かを審査する。すなわち、「立法者が、等しく実効的であるが、基本権を制限しないか、制限の程度が明らかに少ない他の手段を選択できなかった」場合にのみ当該措置が必要と認められる[シュテルン1994: 170]。必要性がないとされる具体例としては、若者の飲酒を防ぐためにアルコール類の流通を全面禁止する例が考えられる。若者の飲酒を防ぐという規制目的を達成するためには、アルコール販売店の店頭での年齢確認の徹底など、より制限の程度低い手段があるにもかかわらず、そのような規制手段が採用されていないからである。

③狭義の比例性審査

当該の国家行為によって得られる利益が、当該の国家行為によってもたらされる損害に優越しているかどうかを審査する。すなわち、「手段は追求される目的との比例を失してはならない」、「手段は追求される目的と適切な比例関係になければならない」という要請である[シュテルン1994: 172]。狭義の比例性を失っているとされた事例としては、軽微な犯罪行為を

行ったに過ぎない被告人に対して、髄液採取という、かなり身体的負担の高い措置によって責任能力の判定を行った事例が挙げられる [シュテルン 1994: 173]⁽²¹⁾⁽²²⁾。

(2) 比例原則と段階説の関係

ここで比例原則が前節で示した薬局判決の段階説とどのように関係するのかを考察したい。

まずは連邦憲法裁判所の判例の確認から始める。連邦憲法裁判所は、1954年の判決⁽²³⁾で目的と手段のあいだに比例的な関係が存在しなければならぬことを明示的に述べた。これが判例における比例原則の萌芽と言われている。その後、この萌芽的に現れた比例原則と呼ばれる法原則は、内容と用語に曖昧さを残したまま⁽²⁴⁾、上述の1958年の薬局判決以降、多くの判決で使われることになる。この薬局判決で展開された議論は、後に段階説と呼ばれる。1961年には明示的に「段階説は比例原則の厳格に適用した結果である」⁽²⁵⁾という評価を受ける。比例原則の厳格な適用としての段階説が広く使われる一方で、比例原則そのものが憲法的地位を持つことは、1960年代半ばまであまり明確に示されていなかった。それが明示的に示されたのは、1965年の決定⁽²⁶⁾においてであり、そこでは「比例原則が憲法的地位を持つ」ことが確認された。そして3章の冒頭でも触れたが、3つの部分原則からなる比例原則という形を明示的に認めたのは1970年の盗聴判決においてであった。

ではその一方で法学界は、比例原則の問題をどのように検討していたのだろうか。早い段階で比例原則とそれを構成する部分原則の問題に取り組んだ論稿としてはLercheの1961年の論文などが挙げられる [Lerche 2004: 244-268]。

しかし、これら3つの部分原則に関して学界で広い一致が見られるようになるのは70年代に入ってからのものであった [シュテルン2009: 313f.]。つまり、比例原則と段階説の内容が一一対一対応ではない理由の一因、そしてそれぞれの関係と用語と定義の分かりづらさの一因は、両者の確立した時期の問題にある。

1958年の薬局判決で確立した段階説を、より新しい3つの部分原則からなる比例原則という観点から眺めれば、見かけにおいては不整合があるように見える。しかし、この問題は比例原則(段階説)の実際の適用の場面を想定すれば、既に解決を見た問題であると理解することが可能である。そこで次に比例原則(段階説)の適用の場面に即して、議論を続けたい。

(3) 比例原則(段階説)の適用

まず判例における典型的な比例原則の適用過程を見ていきたい。まず①規制目的の正当性を審査し、次に②目的達成手段の審査を行う。手段の審査は(1)適合性審査、(2)必要性審査、(3)狭義の比例性審査の順番で行い、全て問題なしとなった場合にはじめて当該規制が合憲であるという評価を受ける⁽²⁷⁾ [ハッセ2006: 268ff.]。狭義の比例性を用いない有力少数説を唱えるシュリンクの場合、比例原則の適用は①目的の正当性を審査し、②手段の正当性を審査し、③手段の適合性を審査し、④手段の必要性を審査するという形になる [ピエロート/シュリンク 2001: 94ff.]。

注目すべきところは、高橋の理解する比例原則と異なり、どちらの場合も目的の正当性の審査を一番初めに行っていることである。比例原則は前述の3つの部分原則から成り立つと説明

されるが、実際の適用の場面では目的の正当性を審査しているのである。この実際の運用と比例原則の用語のズレが比例原則に対する誤解の原因の一つであろう⁽²⁸⁾。

ここでは判例における比例原則の適用の典型的な事例にそって考察していく。ただし典型的な事例にそったとしても、目的達成手段の審査はそのまま比例原則による審査であるが、目的審査は本当に比例原則の枠内の議論であるのかという問題は設定しうる。そして可能性としては、目的審査と比例原則は関係ないという判断もありうるだろう。その場合は、おそらく法律の留保と同様に外的な基準によって判断されることになる⁽²⁹⁾。しかし、その判断は肯定しえない。その根拠となるのが、職業の自由に関連して展開された段階説が未だに違憲審査基準として使われているという事実である。段階説は、手段審査のみを細分化するのではなく、規制目的をも細分化したものであった。そして、現在でもその基本コンセプトは受け継がれている⁽³⁰⁾。実際に、①職業遂行の規制には公共の福祉に関わる合理的理由、②主観的許可条件には重要な共同体の利益、③客観的許可制限には特に重要な共同体の利益という細分化は、比例原則の大本のコンセプトである過剰侵害の禁止を体現している。また、適用の場面においても、規制類型によって必要とされる目的の重要度の軽重を変えるという段階説は、規制目的の合理性を高めることに資している⁽³¹⁾。このように比例原則と段階説の言葉の上でのズレは、適用の場面で問題となることはほとんどない。

4. 段階説の修正？

3章3節では、比例原則（段階説）と目的審

査の関係を確認したが、この問題を論じるに当たって、段階説の修正・段階説からの離脱の傾向を示すと言われている判例に触れないのはフェアではないだろう。

そのような判決としては、古くは場合によっては職業遂行の規制が客観的許可制限よりも厳しくなることを認めた小売業判決⁽³²⁾、比較的近年のものとしては客観的許可制限と主観的許可条件を区別することが難しいとした弁護士の副業禁止判決⁽³³⁾、客観的許可制限の事例なものにもかかわらず規制目的の正当性審査を緩くしたカジノ決定⁽³⁴⁾などが挙げられる⁽³⁵⁾。さらにシュテルンは要求可能性に焦点を当てた判例⁽³⁶⁾をいくつか挙げ、そのような事例では薬局判決以来の段階説の「重要な構成部分」が放棄され、比例原則の「古典的な基準」によって審査されていると述べている[シュテルン 2009: 335]。しかし、上記で見たように「古典的な基準」が判決で明確に示されたのは1970年であり、この「古典的な基準」が学界で広く一致を得るようになったのは70年代のことである。それに対して、段階説は1958年の原型が示され60年代初めには判例として確固たる地位を得ていた。この順序を考慮するならば、段階説から離れ「古典的」な基準に回帰したというのは、あまり正確な言明ではないかもしれない。より正確に言うならば、比例原則の「古典的」な基準が固まる前に判例となった段階説という基準の一部分が、その後、事例によっては持ち堪えられなくなって、より新しい「古典的」な基準に収斂していったということである⁽³⁷⁾。しかし、それらの判決が出された後でも、連邦憲法裁判所は、多くの場合、職業遂行の規制か職業選択の規制かという分類や主観的許可条件か客観的許

可制限かという分類、そして規制目的の審査の区別は維持している⁽³⁸⁾。そのことから考えると、薬局判決以来の段階説の基準が、一部の具体的な事例において適用されていないだけであると見ることもできる。そうであるならば、段階説がもう用済みになったわけではなく、新しい事態に対応するために適用方法や除外方法を付け加えるという形で修正されていると見ることもできるだろう。

本論文の関心の一つが比例原則や段階説における目的審査の位置付けだったことから、上記の判決の中で、目的審査の基準を変更したカジノ決定を少し詳しく検討したい。

(1) カジノ決定

2000年の裁判であるカジノ決定では、従来の段階説とは違う基準で判断がなされたと評価される[Kment 2006: 619]。そこで以下では、カジノ決定の事案とその決定における段階説との相違点を確認してみたい。

カジノ決定で問題とされたのは、私企業のカジノを経営する自由に対するラント法律による制限が基本法12条の職業の自由の侵害にあたるかであった。連邦憲法裁判所は、広い職業概念(39)を採用し、カジノ経営も職業の自由の範囲内にあるとし、基本権としての保護を受けるとした。しかし、それまでの職業の自由が問題とされた事案と異なり、基本法2条1項の人格の自由な発展との結び付きを明示的に否定した⁽⁴⁰⁾。

この事例において、連邦憲法裁判所は、カジノ経営を制限するラントの法律がある種の客観的許可制限であるとみなした。段階説の通常の適用ならば、上述の通り、客観的許可制限が正当化されるのは「極めて重要な共同体の利益に

対する証明可能で発生することがほぼ確実な重大な危険の防止のために不可欠」な場合のみである。しかし、本件決定では、カジノ経営は望ましい活動⁽⁴¹⁾とはいえないという理由から、規制目的に必要とされる正当化の程度を下げ、「重要な公共の利益の追求」が存在すれば正当化されるとした⁽⁴²⁾。つまり、本来ならより高いレベルでの正当化理由が必要とされるはずの客観的許可制限の事例において、目的の正当化理由の緩和がなされたのである。この事態を指して、段階説からの逸脱や修正といったことが述べられている。そして、この判決はその後の判決でも踏襲されている。

しかし、だからといってこの判決が段階説を大幅に変更することにはならないと思われる。人格の自由な発展との繋がりがなくことによって権利保護水準が下がる事例というのはこの判決が初めてではない。有名などころでは共同決定判決⁽⁴³⁾が基本法12条1項との関係で人格的自由との繋がりがなくことを理由に権利保護の水準を下けている。そう考えるならば、カジノ決定で新しい点は、客観的許可制限の事例において権利保護の水準が下げられる類型を提示した点に留まるものと考えられるべきであろう。

(2) 小括

ここまで見たとおり、段階説を逸脱したと言われているカジノ決定も、段階説の原則を変更したというより、段階説の例外を設定したに留まる。それゆえに、これらの判決は、本論文で確認してきた比例原則と段階説のつながりに関する考察に重大な影響をあたえるものではないと考えられる。

5. むすびにかえて

問題の所在の最後において、私は本論文の目的を、ひとつは比例原則の形成過程を詳細にたどることによって、比例原則が何を意味するのか、何を含むのか、その意味内容を明確にすること、もうひとつは、その確認作業を通じて高橋の目的審査を含まない比例原則の理解の当否を検討することに設定した。

前者の解答は、比例原則は手段審査のみを行うものではなく、目的審査をも含むものであるということである。このことは、比例原則が具体化される二つのルート——ひとつは判例が主導した段階説、もうひとつは学説と判例の相互作用によって完成した3つの部分原則からなる比例原則という理解——をたどることと、そして具体的な適用の場面での扱われ方を確認することによって明らかになった。このことから後者の問い、すなわち高橋の比例原則の理解の評価は否定的なものとならざるをえない。高橋は比例原則に目的審査が含まれないことを理由として、日本が参考にすべき審査基準論としてドイツ型の基準論に否定的な評価を、アメリカ型の基準論に肯定的評価を与えていた。その前提が崩れたのであれば、この評価も崩れざるをえない。ドイツもまた参考すべき審査基準たりうるのである。

[投稿受理日2010.11.20/掲載決定日2011.1.27]

注

(1) 三段階審査論とは、国家行為の違憲性審査をまず保護領域、介入行為、正当化の三つに分ける。そして、保護領域の文脈では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を行い、介入行為の文脈では国家行為が基本権の制約になって

いるかどうかの判断を行い、正当化の文脈では国家行為が憲法上正当化できるかどうかの判断を行う。

- (2) 連邦憲法裁判所によって展開された、段階付けられた違憲審査基準である段階説は、論者によって微妙に違う単語が充てられることがある。本論文では、Jarassなどが使用しているStufenlehreとその訳語としての「段階説」を採用した [Jarass/Pieroth 2009: 324f.]。他の単語を充てる例としては、Tettinger/Mannは(Drei-) Stufentheorieという単語を使用している [Tettinger/Mann 2007: 539]。日本でもDreistufentheorieの訳語としての三段階理論という言葉が使われることがあるが、基本的には同内容である。段階説を採用した理由としては、三段階理論は、保護領域・介入行為・正当化の三段階を分けて考えるDrei- Schritt- Prüfungの訳語である三段階審査と混同されやすいためである。
- (3) ドイツの文脈とは全く異なるが、松井茂記は自身のプロセス的憲法観に基づき、政治参加に関わる職業に対する制限は、表現の自由と同様に厳格審査を要求すべきと述べている [松井 2007: 494]
- (4) 高橋は目的・手段均衡論の立場をとる理由として、利益衡量論と理解した場合、他の審査基準(適合性・必要性)を吸収してしまい他の基準が独立した意味を持たなくなってしまうことを挙げている [高橋 2009: 12f.]。
- (5) 基本権と法律の留保の関係。ドイツでは基本権の条文自体が基本権を以下の三種類に分けている。①法律の留保なき基本権、②法律の留保付きの基本権、③特別な法律の留保付きの基本権。そのため目的審査の一部は、法律の留保の検討と重なることもある。しかし、目的審査は法律の留保に尽きるものでないことは、4章を参照。
- (6) BVerfGE 7, 377 (野中俊彦執筆・ドイツの憲法判例 第2版・44)
- (7) ドイツ基本法12条[職業の自由、強制労働の禁止]
 1. すべてのドイツ人は、職業・職場及び職業教育の場を自由に選択する権利を有する。職務の遂行は法律によって、または法律の根拠に基づいて規制することができる。
 2. 何人も、伝統的、一般的で、すべての者に平等に課せられる公共の役務の範囲内にある場合を除き、一定の労働を強制されてはならない。

3. 強制労働は、裁判所で命ぜられる自由剥奪の場合に限り許される。
- (8) ドイツ基本法2条[人格の自由, 人身の自由]
1. 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に違反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する。
 2. 何人も、生命に対する権利および身体を害されない権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利は、ただ法律の根拠に基づいてのみ、侵すことができる。
- (9) Die Leitsätze 1 bis 8, BVerfGE 7, 377f.
- (10) 薬局判決のLeitsatzより引用。Leitsatzとは連邦権裁判所自身による公式の要約である。
- (11) ヴァイマル憲法151条
1. 経済生活の秩序は、各人に人たるに値する生活を保障するという目的をもつ正義の原則に適合するものでなければならない。
 2. この範囲内で、各人の経済的自由が保障される。法律による強制は、権利の侵害を防止するため、または公共の福祉の重大な要求に応じるためのみ、許される。
 3. 通商および営業の自由は、ライヒ法律の定めるところに従って、保障される。
- (12) 段階説に関しては、[ピエロート/シュリンク 2001: 304ff.] [ヘッセ 2006: 269f.] [Scholz 2006: 197ff.] 等を参照せよ。
- (13) 同様の事例で実際に裁判で争われたものとしては、BVerfGE 23, 50 (夜間のパン製造禁止)などが挙げられる。
- (14) BVerfGE 7, 377.
- (15) 客観的許可制限の基準で判断が行われた事例としては、BVerfGE 11, 168 (タクシーの台数制限); BVerfGE 40, 196 (長距離物資輸送におけるトラックの許可台数の上限設定); BVerfGE 25, 1 (製粉業の設立拡大の禁止); BVerfGE 21, 245 (連邦の機関による労働仲介の独占)などが挙げられる。
- (16) 主観的許可条件の基準で判断が行われた事例としては、BVerfGE 9, 338 (助産師); BVerfGE 13, 97 (手工芸の能力の証明); BVerfGE 28, 364 (建築家に建築計画を作成させる要請); BVerfGE 41, 378 (弁護士や弁護相談員の許可規制); BVerfGE 45, 422 (公職欠格を理由とする公証人の職務剥奪); BVerfGE 64, 72 (検査技師); BVerfGE 80, 1 (手続きによる医師試験)などが挙げられる。
- (17) 職業遂行の制限の基準で判断が行われた事例としては、BVerfGE 13, 237 (開店規制); BVerfGE 14, 76 (賭博装置への遊興税); BVerfGE 16, 147 (長距離輸送に対する特別課税); BVerfGE 17, 232 (第二薬局営業の禁止); BVerfGE 21, 150 (適さない土地でのブドウ栽培の制限); BVerfGE 28, 21 (薬剤師の広告禁止); BVerfGE 81, 70 (レンタカー返送の要請); BVerfGE 87, 363 (夜間のパン製造禁止); BVerfGE 94, 372 (弁護士の法廷での法服用義務)などが挙げられる。
- (18) BVerfGE 13, 97 (104).
- (19) BVerfGE 30, 1.
- (20) より詳細な比例原則の内容に関しては、[ピエロート/シュリンク 2001: 94ff.] [シュテルン 2010: 305ff.] 等を参照せよ。
- (21) BVerfGE 16, 194 (201ff.) .
- (22) 高橋の狭義の比例性理解は、手段と目的の均衡を求めているというところまでは問題ない。そこから狭義の比例性審査と目的審査を同視するところに問題がある [高橋 2009: 12f.]。後述するように、一般的な比例原則の適用過程において、狭義の比例性は最後に審査される基準であり、それに対して目的審査は最初に審査される基準である。「目的審査は適合性審査のフィルター機能を果たす」 [シュテルン 2010: 315] ので、この順番は変わることはない。当該措置の目的が憲法違反ならば、その時点で違憲となるので、狭義の比例性が審査されることはない。では、狭義の比例性が問題にしていることは何かというと、目的が正当であり、目的手段の関係も適合的であり、必要性もあるとされた措置が、措置の対象者に期待し得ないほどの過度の負担を課しているかどうかである。つまり、目的を審査するものではなく、主に手段の比例性を見るものである [シュテルン 2010: 319]。一例を挙げると、BVerfGE 16, 194で連邦権裁判所は、軽微な犯罪の捜査における髄液採取が狭義の比例性を欠くとした。よって、高橋の狭義の比例性の理解も当を得たものでないといえる。
- (23) BVerfGE 3, 383 (399) .
- (24) この当時、比例原則を意味するものとして使われたものには「適量超過、不適切、理性的、要求可能、事態に即しており主張可能、必要、不可欠、絶対に必要、憲法にかなった解決、均衡のとれた

- 関係」などがある [シュテルン 2009: 313]。
- (25) BVerfGE 13, 97 (104).
- (26) BVerfGE 19, 342 (348f.).
- (27) この手順で審査を行っている判例は数多い。特に職業の自由関連の判決で、よく見られる。比較的近年の判決ではBVerfGE 104, 337がこの手順で違憲性判断をしている。
- (28) 高橋は日本のドイツ憲法研究者による紹介のみで比例原則を理解しようとしていたので、歴史的経緯や実際の適用のされ方を十分に把握していなかったように見える。そのため比例原則の内容を誤解したと思われる。[高橋 2009: 10ff.]。
- (29) 規制目的の外的な制約にあたる法律の留保も、比例性思考の影響の下で比例的法律の留保へと発展していったといわれている [ピエロート/シュリンク 2001: 91ff.]。
- (30) 例としてはBVerfGE 94,372やBVerfGE 95,173などが挙げられる。
- (31) しばしば目的審査は適合性審査と混同されるが、シュテルンによれば明確に違うものである。適合性は「裁判所が統制しうる法律問題」であり、合目的性は「評価問題」である。適合性審査の中でもしくは適合性審査の前に、規制の目的自体が憲法上問題ないことが審査されなければならないので、目的審査は適合性審査の「フィルター機能」を果たすことになる [シュテルン 2009: 315]。
- (32) BVerfGE 19, 330.
- (33) BVerfGE 87, 287.
- (34) BVerfGE 102, 197.
- (35) 段階説からのズレを示す事例自体は少なくない。職業遂行の規制<主観的許可条件<客観的許可制限という侵害強度の不等式が成り立つのは、あくまで典型事例だけであり、薬局判決後、間もない時期から非典型事例というのは存在していた。代表的な基本法の教科書でも、制限の段階と制限の強度が交差することがあることに触れている [ピエロート/シュリンク 2001: 305]。そのような事例としては、保険医判決BVerfGE 11,30や小売業の店員に全ての商品に対して専門知識を求めた小売業決定BVerfGE 19, 330などが挙げられる。保険医判決では、連邦憲法裁判所は保険医の許可に関する規制を職業遂行の規制であるとしたが、その規制の程度は客観的許可制限に近いとして無効を宣言した。小売業の事例も職業遂行の規制でありな

- がら、その厳しさはむしろ職業選択に対する制限に値するとして無効とされた。また競業禁止規定が問題となった代理商判決BVerfGE 81, 242のように、当該規制が三分類のいずれに属するのかが不明瞭な事例においても、実体として当該の規制が「職業選択に対する制限にほぼ等しい」(BVerfGE 81, 242 (253)) という判断を元に職業遂行の規制よりも厳しい審査基準を用いて違憲性の判断が行われているようにみえる。このように段階説からの逸脱自体は珍しいものではなく、もともと段階説自体も一切の例外を許さないルールではなかった。
- (36) BVerfGE 23,50 (夜間のパン製造禁止); 25,1 (製粉所法決定); 30, 292 (石油備蓄); 76, 196 (弁護士広告); 85, 248 (医師の広告)などが挙げられている。
- (37) シュテルンの本文でも「古典的」の部分が強調されているので、もちろんシュテルン自身も自覚的であろう [シュテルン 2010: 335]。
- (38) 近年のものとして主観的許可条件に関してBVerfGE 119, 59が、客観的許可制限に関してはBVerfGE 121, 317が挙げられる。
- (39) 薬局判決では基本法12条1項が保護するのは「市民が自己の生活基盤のために、それと共に社会全体の発展に寄与するために最も適切と信ずるすべての活動を職業と理解する自由」であるとして、伝統的な職業概念にとらわれない広い職業概念を採用していた。カジノ決定でも同様の広い職業概念を採っている。ただし、スリや麻薬密売のように行為自体が禁止されているものは、職業としての保護を受けない。ドイツにおいても無許可のカジノ経営は刑法によって罰せられるので、カジノ経営が職業としての保護を受けるかどうかの問題となる。本件では、法律によって公認されたカジノ経営は、消極的な社会評価を伴うが、継続性や生活基盤の形成と保持の要件を充たし、利益獲得のための活動である限り、憲法上職業としての保護を受けるとした。
- (40) 基本法2条1項は人格の自由な発展を求める権利として規定されている。連邦憲法裁判所は、この条項から一般的行為自由・一般自由権を導き出した。この帰結は、エルフェス判決BVerfGE 6, 32 (田口精一執筆・ドイツの憲法判例 第2版・4) という旅券期間の延長を求めて提訴された訴訟の中で出てきたものであった。この判決において、

- 基本法の明文上は定められていない旅券期間延長を求める権利が一般的自由権として認められた。
- (41) カジノ経営は、違法なカジノの運営を防止するために国によって認められているに過ぎない望ましくない活動とされる〔Ennuschat 2001: 772〕。
- (42) 本判決での賭博という望ましくない活動としての職業観、それに伴い低くなる正当化の程度などは、後のバイエルン・国家クジ法判決でも踏襲される。BVerfGE 115, 276.
- (43) BVerfGE 50, 290 (361ff.) .

参考文献

- 芦部信喜, 高橋和之補訂 [2007] 『憲法 (第4版)』 (岩波書店)。
- Bachof, Otto [1958] Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1958, 468-471.
- 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)。
- Dreier, Horst (Hrsg.) [2004] Grundgesetz Kommentar 2. Auflage.
- Ennuschat, Joerg [2001] Zur verfassungs- und europarechtlichen Zulässigkeit landesrechtlicher Restriktionen für private Glücksspielveranstalter, NVwZ 2001, Heft 7, 771-773.
- 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。
- 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。
- Jarass/ Pieroth [2009] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar 10, Auflage, München.
- Kment, Martin [2006] Ein Monopol geraet unter Druck, NVwZ 2006, Heft 6, 617-623.
- 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 [2004] 『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』 (尚学社)。
- Leisner, Walter [1962] Die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit, JuS 1962, Heft 12, 463-471.
- Lerche, Peter [2004] Übermaß und Verfassungsrecht,

- jetzt in: ders., Ausgewählte Abhandlungen, Berlin.
- 松井茂記 [2007] 『日本国憲法 第3版』 (有斐閣)。
- 松本和彦 [2001] 『基本権保障の憲法理論』 (大阪大学出版会)。
- 中島茂樹 [1975] 「ドイツ市民革命期における『営業の自由』 (1), (2)」 名古屋大学法政論集63号, 64号 155頁。
- 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)。
- Scholz, Rupert [2003] Art. 12, in: Maunz und Dürig (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, München.
- 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。
- シュテルン, クラウス (井上典之他編訳) [2009] 『ドイツ憲法Ⅱ』 (信山社)。
- 穴戸常寿 [2005] 『憲法裁判権の動態』 (弘文堂)。
- 須藤陽子 [2010] 『比例原則の現代的意義と機能』 (法律文化社)。
- 高橋和之 [2009] 「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」 法曹時報第61巻第12号1頁。
- Tettinger/ Mann [2007] in: Sachs (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Art. 12, S.503-556.
- 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。