

## 研究ノート

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  
——第2次墮胎判決まで——

山本真敬

序

- I. 障害者法判決 (1981年3月26日: BVerfGE 57, 139)
- II. 国勢調査法判決 (1983年12月15日: BVerfGE 65, 1)
- III. 費用抑制補完法判決 (1984年10月31日: BVerfGE 68, 193)
- IV. 家族後追い (呼び寄せ) 決定 (1987年5月12日: BVerfGE 76, 1)
- V. 第2次墮胎判決 (1993年5月28日: BVerfGE 88, 203)

小括

序

かつて旧稿において本稿筆者は、ドイツ連邦憲法裁判所の「主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle)」について、共同決定法判決 (BVerfGE 50, 290) におけるその定式化までを検討した [山本 2014; 山本 2015]。本稿は、主張可能性の統制についてその後の判例における展開を検討するものである。

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次のようなものであった。すなわち、共同決定法判決が先例と述べた3決定では、経済政策上の措置に関して立法者の予測を比例原則の適合性審査において審査する枠組みが採用され、その中で立法者の非難可能性を審査する傾向が見出された。そして共同決定法判決では、経済政策に限らず一般化された立法者の予測につき、立法者が入手可能な素材の主張可能な評価を指向する「手続の要請」を立法時に満たせば違憲でないとして (主張可能性の統制)、かつ、後に予測が外れた場合の事後は正義務が課された。しかし同時に、具体的な各基本権侵害の有無の審査において比例原則と無関係に立法者の予測が語られるものや、比例原則の相当性審査の段階でそれが語られるものがあった。これが旧稿の明らかにした内容である。

本稿では、旧稿の検討を踏まえ、この主張可能性の統制の判例上の展開を正確

に認識することを目的とする。その際注目すべきは、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い方等の立法者との行為との関係や、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、という点である。

もっとも、本稿筆者が手にし得た範囲では、この主張可能性の統制の判例上の展開についてはドイツでも研究が乏しい。従って、本稿の分析の方法としては、いろいろな論者 [Schlaich/ Koriath 2015, Rn. 532, Anm. 96; Stuttmann 2014, Rn. 57 ff.; Bickenbach 2014, 135 ff.; Vogel 1985, 18; 渡辺 2003, 15]<sup>(1)</sup> の指摘を参考に、手探りで判決を分析していく他ない。それゆえ、本稿筆者の検討から漏れた判例が存在し得ることを、予めお断りしておく<sup>(2)</sup>。また、以下で検討する諸判例の中には、日本においてほとんど言及されたことのないものも含まれており、冗長にはなるが、事案および判旨を丁寧に紹介することとしたい（なお、紹介は主張可能性の統制に関する部分に限定している）。そして、以下で紹介する判例は、その対象となる基本権領域も様々であるが、本稿では、主張可能性の統制のありようを認識するという目的があるので（さらに本稿筆者の能力上の問題もあるので）、各基本権領域固有の解釈論上の問題点等を指摘することは本稿では断念する。

## I. 障害者法判決（1981年3月26日：BVerfGE 57, 139）

### 1. 事案

1974年障害者法【Schwerbehindertengesetz】は、一定規模の職場を有する雇業者に障害者を6%以上雇用する義務を課した（4条：義務的雇用割合【Pflichtplatzquote】）。この義務が履行されない場合、毎月100DM×人数分の調整負担金【Ausgleichsabgabe】が雇業者に課される（8条：調整負担金は、最終的には障害者の労働促進・職業促進や労働生活上の援助の目的で用いられ得る）。障害者雇用義務の不履行ゆえに課された調整負担金に対して異議が申し立てられた。

(1) もっとも、各論者の中で、主張可能性の統制として掲げている判例にもブレがある。

(2) なお、本稿では、法律の合憲審査で主張可能性の統制が用いられた事例の検討を原則とする。執行権の行為に対しても、BVerfGE 62, 1 [50]（第1次連邦議会解散事件）[吉田 2003]、BVerfGE 77, 170 [214]（化学兵器決定）[小山 1998, 25 f.]において、共同決定法判決で定式化された予測に関する3つの統制密度（厳格な内容統制・主張可能性の統制・明白性の統制）が用いられるものとされているが、本稿では検討を割愛する。

## 2. 判旨

連邦憲法裁判所は、障害者法の定める義務的雇用割合および調整負担金に関する規定は基本法と両立するとした。障害者法の審査尺度は、それが雇用主の営業領域に雇用義務を通じて関わるので、基本法12条1項である。障害者法4条が、公共の福祉を通じて正当化されており、追求されている目的を達成するための手段が適格的【geeignet】かつ必要【erforderlich】であり、そして、関係者の権利制約が受忍可能【zumutbar】である場合には、それは憲法に違反しない。基本法74条7号および10号により、障害者の雇用義務を雇用主に課すこと、そして、この義務が履行されない場合の代償として調整負担金を課すことは、原則として、立法者の形成の自由に属するものであり、それらは、職業遂行の規律に対する適格的かつ必要な措置である (E 57, 139 [158 f.] )。

義務的雇用割合の設定に関して、立法者は予測に頼らなければならない。立法者は、全障害者に職場を用意するために、義務的雇用割合によって設けられる職場数が必要だと予測した。義務的雇用割合の程度の審査には厳格な内容統制は妥当せず、また、立法者の予測は主張可能【vertretbar】なので、単なる明白性の統制に審査を限定するか否かは決する必要が無い。義務的雇用割合を6%に確定したことは、受け入れることができる【hinnehmbar】 (E, 57, 139 [160])。

障害を因果的から目的的に捉えなおす新障害者法への移行に際して、新法の意味での障害者数の統計的素材は存在せず、また調達し得なかった。しかし、新法への移行により義務的雇用は増大するので、旧障害者法でも課されていた6%の義務的雇用割合を立法者が結果として維持した場合、それは主張可能である。障害者法の政府草案の根拠づけによると (Vgl. BTDrucks. 7/656, S.24)、立法者は、実際に確保された義務的雇用の数から出発し、新法への移行により必要となる職場数に将来どのような影響が生じるかを熟慮した。その際、(西)ベルリンにおいて目的的に規定された障害者概念によって得られた経験を立法者が顧慮した限りにおいてそれは事柄に適しているので、6%の義務的雇用割合を確定することは実際の必要性に対応している。よって、連邦憲法裁判所は立法者の予測に對抗し得ない (E 57, 139 [160 f.] )。

障害者法の施行後、法の求める6%の義務的雇用から得られる職場の数よりも就業したい労働者の数が少なかったものの、立法者や法に基づく授権を受けた連邦政府が、義務的雇用割合をただちに低下させることを義務付けられるわけではない。事後は正義があるといっても、立法者には、自らの予測の展開と正当性についての確実さを獲得し得るための十分な期間が必要である。法律の施行の際に、要求される義務的雇用の数と問題になる障害者の数は直ちに一致するとは想定し得ず、新法への移行に際し新法の適用対象となる障害者が法律を実際に利

用し、障害者認定や義務的雇用による雇い入れがされるまでには時間的余裕が必要である。実際に、1975年末までに50万人を超える障害者が認定申請を行い、立法者は翌年には義務的雇用が増加すると予想した。さらに、連邦政府が口頭弁論で示した統計によれば、1976年には障害者としての認定申請が100万人に近づき、1977年にはそれを超え、義務的雇用において雇い入れられたいとして仲介を希望する障害者の数も、ゆっくりとはあるが増加している。さらに、1975年より後の年の実際の被用者の数の展開および失業した障害者の数も、同様に増加傾向を直ちに示していた。もっとも、実証された義務的雇用の埋まり具合が1976年には4.1%、1977年には4.5%であり、立法者が6%として定めた義務的雇用率を明らかに下回っていた。しかし、これらの年では、失業中の障害者の数が4万6千人にまで増加し、義務的雇用が多く利用される時点が間近に迫る蓋然性があると思われた。後の1979年の統計的成果により立証されたのは、展開の推移とともに、立法者の予測が正しかったということなのである (E 57, 139 [161 ff.])。

### 3. 検討

本判決は、義務的雇用割合を職業遂行に関わる規制と把握したうえで、この義務的雇用割合それ自体の憲法適合性を、比例原則によって審査しそれを肯定した。基本権制約に対する実体的審査は、この時点で終了していると考えられる。

本判決において争点となったのは、新法導入直後の義務的雇用の動向に関する立法者の予測および事後は正義務であるが、これらについても合憲性が肯定された。当該予測について連邦憲法裁判所が審査する際に、共同決定法判決の主張可能性の統制に係る部分が引用され、そのうえで、裁判所は議会資料(政府提案の理由付け)や統計資料を引用している。つまり、本件においては、義務的雇用割合に関して端的に「立法者の予測」および事後は正義務のみが争われたと言え、法律案の審議という「手続的」な要素が審査されており、本判決が共同決定法判決の延長線上にあることを指摘できる。

## II. 国勢調査法判決 (1983年12月15日 : BVerfGE 65, 1)

### 1. 事案

1983年国勢調査法に基づく国勢調査が、信教の自由・住居の不可侵・意見表明の自由・人格の自由な発展の権利等<sup>(3)</sup>を侵害するとして憲法異議がなされた。

(3) 本件については、参照 [平松 2003; 松本 2001, 94 ff.; 鈴木=藤原 1984; 浜砂 1984]。

## 2. 判旨

連邦憲法裁判所は憲法異議について部分的に理由があるとした。国勢調査法の合憲性の審査尺度は、基本法1条1項と結びついた基本法2条1項を通じて保護された一般的人格権である。こんにち、自動的なデータ処理を用いれば、個人を特定し得る情報を瞬時かつ無制限に集積でき、また、それらを結合させれば部分的あるいは完全に個人の像を総合できる一方で、当事者は自らの情報の正確性や利用の在り方を管理し得ない。それゆえ、人格権の自由な発展は、個人データの無制限の調査・集積・譲渡に対する個人の保護を前提とする。この保護は基本法1条1項と結びついた同2条1項の基本権に含まれ、その限りで、この基本権は自らの個人的データの開示・使用につき原則として自ら決定できる個人の権能を保障する。この「自己情報決定」権【Recht auf informationelle Selbstbestimmung】は無制約の保障を受けないものの、自己情報決定権に対する制約は、法律上の根拠を要し、その根拠は、制約の前提条件と範囲が明確かつ市民に認識され得る規範の明確性という法治国家的要請に対応しなければならない。さらに立法者は、規律を行うに際して、比例原則を顧慮しなければならない。また、人格権侵害を防ぐために組織的・手続法的予防措置を取らなければならない (E 65, 1 [43 ff.] )。

以上の憲法上の要件を、1983年国勢調査法の調査プログラムは基本的には満たす。まず、1983年国勢調査法の調査プログラムは全体的ないし部分的な人格の目録化およびカタログ化に至らない。次に、法律の目的が法律の文言と関連する資料から明白であるならば法律は充分に明確と言えるところ、1983年国勢調査法における調査のメルクマールに関する記述はこれを満たし、規範の明確性の要請をも満たす。そして、1983年国勢調査法の調査プログラムは、比例原則にも適っている。将来の計画と行動のために必要となる情報を国家にもたらず1983年国勢調査法は、明白に、正当【legitim】な国家任務を実現するための目的に奉仕する。悉皆調査（全数調査）および質問一覧はヨーロッパ共同体の指針に基づく連邦共和国の義務であり、調査方法および調査プログラムは追求される目的を達成するために適格的かつ必要なもので、申告義務者に対しても受忍可能である (E 65, 1 [52 ff.] )。

（自由意思に基づく）無作為抽出調査ないし悉皆調査と無作為抽出調査の組み合わせでは全数調査としての国勢調査を代替し得ないということを立法者が出発点においていたとしても、現在においてはそれに異議申立てし得ない。悉皆調査でなければ大きな誤差が存在するからである。この評価は、現在の認識水準および経験水準に依拠している。将来において調査を行うこと決定する場合にはあらかじめ、立法者は、従来の情報調査と処理の方法がそのままでのよいのか、よいとしていかなる範囲がそれでのよいのかを確定するために、方法を巡る論議の到達水準

を新たに分析しなければならない。公的な統計および社会調査の方法は不断に発展しており、立法者はこの発展を顧慮しないままでは許されない。立法者は、法律の効果を可能なかぎり信用のおける見積もりを行うことができるようにするために自らの手の届く認識源を汲み尽くすことを通じて、法律の不確かな効果を顧慮しなければならない。後に予測の誤りが判明した場合には、立法者は訂正を義務付けられる。立法者は、変化した状況に基づいて、もともとは憲法に適していた規律の事後是正を義務付けられ得る。同様に、立法者は、統計調査を命じる際に、全部調査がその後進歩した統計的・社会科学的方法の展開にもかかわらずなお比例的なものであるのかを、到達可能な素材を手掛かりに審査しなければならない。1982年のマイクロセンサス法 (Mikrozensusgesetz) の議決に際して、連邦議会が連邦政府に説明を求めたのは、この意味におけるものである。(国勢調査法について見ると) 多くのデータ保護委員の見解から分かる通り、全部調査が断念され得るかが最近国内および国外で議論されている。この議論を、立法者は注意深く見守らなければならない。しかし、現時点では、全部調査という方法が比例的でないと思われるような確実な結論は存在していない (E 65, 1 [55 f.])。

既に行政が所有しているデータから転記することや匿名の郵送調査は悉皆調査の代替策とならないが、現在の国勢調査手続よりもより緩やかな手段として、申告義務者が記入した調査票を入れて密封した封筒を調査員に手渡すか郵送する方法があり、これによれば調査人が市民の調査票を覗き見る危険性が無い。このような調査方法を法律は許容する。また、データ調査の実施および組織に対してさらに補足的な手続法的予防措置が必要である (E 65, 1 [56 ff.])。

しかし他方で、統計目的のための調査・使用には、調査の秘密・匿名化・不利益禁止措置が必要である一方で、行政執行目的の調査は、個人識別メルクマール (例えば、氏名や住所) がその本質的要素であるので、この二つの目的を同時に達成しようとして、一つの調査で統計目的と行政執行目的を結合することは規範明確性の要請に反し、比例原則にも反する。1983年国勢調査法 9 条 1～3 項は、それぞれ、国勢調査から選ばれた個人データを統計目的のみならず行政執行目的にも使用し得るとするが、いかなる具体的目的でいかなる官庁がデータを用いるかを予見できなかつたり、行政目的の譲渡の可能性や匿名化されていないデータが如何に提供されるかを認識できなかつたりするので、基本法 1 条 1 項と結びついた同 2 条 1 項が保障する自己情報決定権を侵害する (E 65, 1 [61 ff.])。

### 3. 検討

本件で問題となった基本権は、一般的人格権から導出された自己情報決定権である。本判決は、法律上の根拠・明確性・比例原則・組織的手続法的予防措置と

いう憲法上の要請を基本的に満たしているとした。

本判決における主張可能性の統制(とされるもの)は、悉皆調査の必要性審査において、悉皆調査が必要であると立法者が想定(予測)したことに対して行われた。連邦憲法裁判所は、現段階の認識水準・経験水準においては、情報調査・処理方法としては悉皆調査を選ぶほかなく、ヨリ緩やかな調査手法が取り得ないので比例原則(の必要性審査)をパスすると判断した。しかし、連邦憲法裁判所は、「自らの手の届く認識限を汲み尽くす」云々という共同決定法判決の主張可能性の統制叙述部分(BVerfGE 50, 290 [334])を引用しているものの、「主張可能」という語を用いていない。さらに、同裁判所は、マイクロセンサス法の立法過程については議会資料を用いて言及しているものの、1983年国勢調査法についてはそれを行っていない。

このことはいかなる意味を有するのだろうか。1983年国勢調査法の悉皆調査の現段階の必要性(ヨリ緩やかな調査手法のないこと)については、必要性があると判断した立法者の予測につき連邦憲法裁判所も独自の判断を行った結果同じ結論に至ったものの、今後の悉皆調査の必要性については、立法者に監視義務および是正義務を課すことを通じて留保を付したということであろうか。そうであれば、本判決は、法律制定時の「主張可能性」ではなく、あくまで将来に向けられた立法者の「手続的」義務—悉皆調査の必要性(ヨリ緩やかな調査手法の存在)についての監視義務および是正義務—のみを語ったとも理解できる。

### Ⅲ. 費用抑制補完法判決(1984年10月31日: BVerfGE 68, 193)

#### 1. 事案

保険利用の増大と保険料収入のバランスが崩れ保険料率が急激に上昇していた折、被保険者の所得の伸びに保険料率を適合させるために、1977年に疾病保険費用抑制法が公布された。しかし、法律上の疾病保険の不足が同法だけでは是正できないと考えた立法者は、疾病保険における費用抑制措置の有効性を補完し改善するための法律(費用抑制補完法—KVEG。1982年1月1日施行)を制定した。立法者は、支出増加率が急激であった歯科技工領域の支出を抑制することを企図し、1981年9月1日に取り決められた歯科技工士の給付に対する報酬を、その都度の契約上の規律の開始後1年間の間、5%削減することとした(KVEG 5 項6号1文)。これに対して歯科技工士組合等が憲法異議を申し立てた。

#### 2. 判旨

連邦憲法裁判所は、KVEG 5 項6号1文を合憲とした。KVEG 5 項6号1文

は、職業活動の領域において名宛人に関わることになる価格規律を含むので審査尺度は基本法12条1項であるが、この基本権は侵害されていない。職業遂行の規制は、それが公共の福祉の理性的根拠により正当化され、選択された手段が追求する目的を達成するために適合的かつ必要であり、そして、その手段を通じて生じる制約が関係者にとって受忍可能である場合には、規制をなすことが許される (E 68, 193 [216 ff.])。

KVEG 5 項 6 号 1 文は、歯科技工士の給付に対する報酬を、まさにこの領域における不均衡に過度の支出上昇ゆえに引き下げ、そして、この水準を期限付きで承認することにより支出を安定化するということを目指している。この公共の福祉に奉仕する目標設定は、職業遂行の規律を正当化し得る。また、この目的を達成するために立法者によって選ばれた報酬水準の引き下げとその時限的承認という手段は、適合的である。報酬規律はまた、必要性の要請をも満たす。立法者がその他の、同じく効果的で基本権を制約しないか、ヨリ僅かにしか制約しない手段を選び得たであろうことは、認識され得ない (E 68, 193 [218 f.])。

最後に、KVEG 5 項 6 号 1 文は、狭義の比例性をも満たす。一方で、5% そして 1 年間に制限された報酬切りつめという比較的僅かな規模であること、他方で、被保険者総体に対する法律上の疾病保険の財政的安定を考慮するならば、立法者の措置は関係者にとって受忍可能であると思われるからである。立法者は、自らに属する予測余地および評価余地の権限を逸脱していない。立法者の措置は、詳細 [eingehend] かつ確かな [fundiert] 分析に依拠しており、その分析は少なくとも主張可能である。1982年になされた規律が1億4千万 DM の規模の健康保険組合の負担軽減に至ったということが連邦政府により出発点とされているならば (BTDrucks. 9/845, S. 18)、1979年の歯科技工士の給付につき約45億 DM の総売り上げがあることを考慮すると (BTDrucks. 9/811, Anl. 2, S. 12 f.)、1年間 5% の報酬切りつめによって歯科技工士の経営の生計が具体的に危機に晒されることになるという想定根拠を詳細に示していない異議申立人の見解は採用し得ない (E 68, 193 [219 f.])。

### 3. 検討

本件の対象となる基本権領域は職業遂行の制約であり、経済的自由である。本件の主張可能性の統制は、比例原則の狭義の比例性 (受忍可能性・相当性) 段階で用いられている。連邦憲法裁判所は、報酬 5% を 1 年間カットすることが歯科技工士の生計を危険に晒すものではないとする立法者の予測を主張可能と判断したものの、連邦政府の提出した報告書を引用するのみで、立法者がいかなる意味において「詳細かつ確かな分析に依拠」したのかという「手続的」側面について



触れなかった。また、本判決では事後是正義務は語られていない。

#### IV. 家族後追い(呼び寄せ)決定(1987年5月12日: BVerfGE 76, 1)

##### 1. 事案

当時の外国人法18条は、外国人の配偶者後追い(呼び寄せ)【Ehegattennachzug】につき、ドイツに住む(もう一方の)配偶者が8年間の滞在をしているという前提条件を満たす場合のみ、当該後追い(呼び寄せ)を許可していた。さらに、Baden-Württemberg 内務省の1981年10月20日の外国人令【Ausländererlaß】は、第1世代の外国人が配偶者を求める許可を、婚姻から3年の待機期間(婚姻存続期間)の遵守に左右させることにした。Bayern においては、第2世代の外国人の配偶者の後追いについて、3年の婚姻存続期間および連邦共和国で生活する配偶者の8年の滞在が求められている。これら要件を満たさないとして入国・滞在が拒否された者が憲法異議を申し立てた。<sup>(4)</sup>

##### 2. 判旨

連邦憲法裁判所は、一部の憲法異議について理由があるとした。基本法6条は、婚姻および家族を国家的秩序の特別の保護のもとに置き、古典的意味における防御権(主観的権利)としての基本権と並んで、制度保障および価値決定的原則規範を含んでいる。同条1項も2項1文も連邦領域における後追いの基本権的請求権(主観的権利)は保障していないものの、3年の婚姻存続期間に関しては、この憲法規定から生じる婚姻および家族の保護および育成に関する国家の義務が十分に考慮されていないために違憲であるとされた。

憲法がその根底に置いている婚姻および家族の像【Bild】の一定のメルクマールが間接的に傷つけられる場合にも制度保障は侵害され得るが、本件ではそのような侵害はない。他方で、価値決定的原則規範は国家に対して婚姻および家族を保護し育成するよう義務づけ、この義務に基本権6条1項および2項1文の基本権の担い手の請求権が対応する。この請求権の内容は、官庁および裁判所が外国人法2条1項2文に基づく滞在許可を判断する際に、婚姻および家族のつながり【Bindung】が、家族および婚姻の重要性(基本法6条)に対応する仕方でも考慮される権利である。この観点が比例的でない形で疎かにされ、連邦領域に住む親しい家族の傍での恒常的な滞在を妨げられることを甘受する必要はない。もっとも、このような顧慮義務を遂行する場合、管轄権を有する機関は、相矛盾する公

---

(4) 本件については、参照 [大西 2014]。

の利益ないし私的利益を衡量しなければならず、連邦憲法裁判所は、そのような衡量が行われたか、その根拠および衡量結果が基本法 6 条 1 項および 2 項 1 文の要請に対応しているか否かを、法治国家原理・比例原則・過剰禁止原則の観点から審査する。確かに、連邦憲法裁判所は、管轄権がある機関が保護義務および援助義務の実現に際して有する形成余地を顧慮しなければならないが、危険に晒されている基本権利益の重要性および関係する事項領域の特性に対応して審査の密度を選択する。婚姻および家族に基本法の構造から与えられる高い地位を考慮すると、憲法裁判所の審査は、上記衡量および当該衡量の根底に置かれた査定の上主張可能性まで審査する必要がある。明白性の統制は基本法 6 条 1 項および 2 項 1 文という危険に晒されている法益のランクと意義を見誤ることになるであろうし、厳格な内容統制をするとすれば問題となっている事項領域の特性および充分に確実な判断をなす可能性に対応しないことになるだろう (E 76, 1 [49 ff.])。

第 1 に、8 年間の滞在要件については、この要件により追求される公的利益と婚姻および家族の利益の衡量の根拠と結果は、憲法上異議申立てされ得ない。①まず、8 年間の滞在要件の目的は、連邦領域に生活しており後追いされるべき配偶者が、経済的・社会的にドイツの生活関係に充分適応し、連邦領域で婚姻および家族共同体を根拠づけるべく援助し得るようにすることであり、この目的は公共の福祉のためである。②次に、この「8 年間の滞在が連邦共和国の経済的・社会的生活に適応することができる」という想定は、主張可能性という尺度からは憲法上異議申立てされ得ない。この要件を制定した命令制定者および外国人庁は、望み通りの適応を達成するためにはかなりの滞在期間が必要だということを出発点としたが、これは滞在権の獲得の期間が 8 年間である (外国人法施行規則 8 条 4 a 号) ことから事項的に不適切でなく、8 年間の滞在により適応がなされないということは明白でない。それゆえ、この要件の効果についての自らの査定について、権限ある官庁の「再把握【Nachfassen】」義務はない。③さらに、公的利益に対して不都合もなく、関係者もより僅かな負担で目的を達成する他の手段も確認されない。外国人法 8 条 1 項は滞在権の付与につき 5 年間の国内滞在を顧慮するが、それはあくまで最低条件にすぎない。また、期限のない滞在許可は、それが婚姻や家族の後追いよりもより僅かな適応を前提にしていることから、それだけでは上記の経済的・社会的な生活への適応は充分になされ得ないという想定も、主張可能でないわけではない。さらに、連邦領域にいる配偶者の滞在を適法に固定するだけでは上記目的を充分に達成できないという想定も、主張可能である。そして、適応の有無を一定のメルクマールに沿って個別に判断すればよいとすることは、適応が充分であるかを充分に推論し得ないという想定も、主張可能である。④最後に、婚姻および家族の利益と攻撃されている規律の根底に

置かれている公益について権限ある機関によってなされた衡量は、基本法6条1項および2項1文の保護および育成要請の客観的重要性という点で正当である (E 76, 1 [52 ff.] )。

第2に、3年間の婚姻存続要件については、婚姻および家族の利益に、当該要件により追求される利益がその衡量の結果対応しておらず、比例原則の観点から、関係者が甘受できる程度を超えており、違憲である。①まず、立法目的は、「偽装結婚」を通じた連邦への入国・滞在・就業の防止および外国人の流入制限を通じた経済的・社会的問題の激化防止である。②婚姻存続要件の予見される作用については、信用すべき、つまり追行可能な方法で獲得された認識は存在せず、その認識は、見通すことのできる期間の中でそして主張可能な費用の範囲内で獲得され得なかった。それゆえ、婚姻から3年間の待機期間を課すことが偽装婚姻の締結を防止することを常とするという出発点が置かれたことは、主張可能である。婚姻から3年間の待機期間を課すことが著しい事案の数において後追いを阻止すべき作用を有するという予想は、主張可能でないわけではない。(Baden-Württemberg 内務省および Bayern 内閣官房長官から主張されたように) この規律がなされた後の外国人居住者人口の割合減少および外国人移住者の減少からも、この措置の効果が推論される。③次に、一般的に3年間の婚姻存続期間を課すことに比べより緩やかな手段が存在しないという官庁の見解は、主張可能でないわけではない。個別事例の調査は高度にプライベートな事情を探索することになり、基本法1条1項および2条1項に反する。また、就業活動を禁ずる附款を行って滞在を認めても、結局当該禁止が破られることになるのが通常であり、それは偽装結婚の撲滅に繋がらないと想定されるので、主張可能でないわけではない。3年より短い婚姻存続期間が偽装結婚の撲滅に奉仕しないという想定も、主張可能でないという限界を超えない。後追いの数がわずかであることで経済的・社会的問題の激化が予想されない場合には婚姻存続要件は違憲となるが、後追いの外国人が今後も増加するという権限ある機関の予測は主張可能でないわけではない。また、この領域の将来の展開を確実に評価することを可能にする可能にする認識が表れたこと、または、そのような認識を少なくとも主張可能な支出と手段で一獲得し得たことは、明白ではない。婚姻存続期間ではない移住制限措置が存在しないという想定も、主張可能でないわけではない。④しかし、権限ある機関は、関係者の婚姻および家族という利益と、3年間の婚姻存続期間の要件の根拠に置かれている公的利益を、基本法6条1項の保護要請および援助要請をふまえ適切な方法で相互に対立しないように衡量しておらず、関係者の基本法6条1項および2項1文に基づく基本権を侵害している (E 76, 1 [57 ff.] )。

### 3. 検討

本件において問題となったのは、婚姻・家族の保護に関する基本法 6 条の主観的権利の側面ではなく、客観法としての側面から導かれる国家の保護義務である。また、本件では、法律ではなく、行政規則および命令が審査の対象となっており、決定の「理由付けは容易には議会法律の審査に転用されない」ことに注意が必要であると同時に、問題となった行政規則および命令が事実上法規と同様のものであり、裁判所も立法者の予測の統制に対する判例を引き合いに出していることから、本決定は「立法者の査定特権に対する裁判所の統制実務の総括」とも指摘されている [Bickenbach 2014, 51]。

本件では、行政規則および命令が、基本法 6 条の保護義務に対応する利益衡量と言えるかについて比例原則に基づいて審査がなされている。まず、裁判所は、8年間の滞在要件および3年間の婚姻存続期間について、規制の目的を正当と判断した後、適合性・必要性を主張可能な想定(予測)に基づいて認定している。その際に、自らの査定の効果に関する「再把握」が語られたものの、その義務は存しないとされた。本決定では、3年間の婚姻存続期間は狭義の比例性(受忍可能性・相当性)審査をパスできず違憲とされたが、この審査においては主張可能性の統制はなされていない。

本決定では、行政規則制定者および命令発出者の想定(予測)が主張可能であったか否かが比例原則の適合性・必要性審査の前提に置かれている。しかし、共同決定法判決は、蓋然性判断の「根拠は示され得るし、示されなければなら[ず] ……入手可能な認識源を汲み尽くさなければならない」(E 50, 290 [332])としていたのに対し、本決定は、外国人配偶者に関する規律の効果につき「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手に入れられなかった」(E 76, 1 [59])と述べている。このことについて、一定の滞在期間から統合の程度は算出されず、3年間の婚姻存続期間の抑止効果も正確に測り得ないのは行政も連邦憲法裁判所も議会も同様であるところ、本決定においては、客観的根拠に基づく蓋然性判断と比べればより不明瞭な行政の独自の経験が合憲違憲の結論を分けたと指摘されている [Bickenbach 2014, 52]。

## V. 第 2 次堕胎判決 (1993年 5 月 28日 : BVerfGE 88, 203)

### 1. 事案

1992年 7 月 27日の妊婦および家族扶助法 (Schwangeren- und Familienhilfegesetz) による刑法改正により、妊婦が中絶を求め事前に助言【Beratung】を受け、そ

の証明書を得ている場合、中絶が医師により行われ妊娠12週を経過していないときは、当該妊娠中絶は「違法でない」とされた。この改正法の違憲性が争われた。<sup>(5)</sup>

## 2. 判旨

連邦憲法裁判所は、妊婦および家族扶助法により改正された刑法218a条1項・219条他を違憲・無効とした。その際、連邦憲法裁判所は、立法者が助言コンセプトに移行することそれ自体は、生まれていない生命(未出生生命)の保護を義務付ける基本法に抵触しないものの、助言コンセプトの下における各種法律が上記憲法上の保護義務を満たさず過少保護であるとした。

基本法は未出生生命の保護を国家に義務付けており、その保護義務を履行するために、国家は作為義務ないし不作為義務を法律で確立する必要がある。保護義務の内容形成は立法者の任務ではあるものの、立法者は内容形成に際して過少禁止に反してはならず、「適切かつ効果的な保護にとって充分」な措置を、「入念な事実の確定および主張可能な査定に基づいて」行わなければならない。妊娠中絶は原則的に違法であり、妊婦は子を懐胎し続ける義務を有している。胎児の生命保護と妊婦の中絶の権利という対立する法益を同時に認めるような比例的調整は、中絶が常に胎児の殺害であるので不可能である一方で、妊婦にとって受忍不可能【Unzumutbarkeit】な例外状況においては、中絶は許容される。刑法が通常は妊婦の上記義務を法律上定礎する場所であるが、刑法以外において憲法上十分な保護措置が別に存在する場合には、正当化されない妊娠中絶に対する刑罰による威嚇を限定的な範囲で見合わせる事が許され得る (E 88, 203 [251 ff.])。

以上の保護義務を満たすために必要な適切かつ効果的な規範的・事実上の措置に関する保護のコンセプトを決定するのは、立法者の任務である。保護義務の実現に際して、立法者には査定余地、評価余地および形成余地が認められる。「この余地の範囲は様々な性質の諸要素に依存するが、とりわけ、問題となっている事項領域の特性や、一特に、何らかの規範の効果のように将来の展開について一十分に確実な判断を形成する可能性、そして、危険に晒されている法益の意義に依存する。このことから憲法上の審査に対して互いに区別可能な3つの統制尺度が導かれるか否かについては、論ずる必要がない。憲法上の審査は、いかなる場合も【in jedem Fall】、立法者が言及された諸要素を十分に顧慮し、自らの査定余地を『主張可能な方法で【in vertretbarer Weise】』行使したのか否かに加ふ」。化学兵器決定 (vgl. BVerfGE 77, 170 [214 f.]) とは異なり、「人間の生命に対

(5) 本判決に至るまでの経緯を含め、参照 [小山 2006; 畑尻 1993; 小山 1993a; 小山 1993b; 上田=浅田 1993; 嶋崎 1993]。

する国家の保護義務の履行は『全く適合的でないわけではないか、完全に不十分であるわけではない』ような措置で満足されたものとして理解されることは許されない。新たな保護コンセプトの有効性についての立法者の査定が主張可能か否かを憲法裁判所が判断する際には、立法者が自らに対して憲法上生じる未出生生命の保護義務を履行する仕方で行動したかを考慮する必要がある。本件で問題となっている未出生生命および女性という法益は、憲法上高いランクを有するものの、未出生生命が母に全てを依存しており、かつ、妊娠初期段階においては未出生生命の存在を母しか知らないことが重要である。最後に、「立法者が根本的に新しい規律を行う決心をした場合、当該規律の効果について充分に確実な判断を行う可能性は当然に限定されたものとなる」。このため、外国からの経験は、条件付でのみ援用可能である。「そのような状況においては、立法者は、到達可能な素材であり、当該コンセプトの保護効果につき要請されている信用のおける【verlässlich】予測のために本質的な素材を用いなければならず、要請される入念さをもって、当該素材が自らの立法者としての査定を充分に支えることができるかという観点から、当該素材の価値を判断しなければならない」(E 88, 201 [261 ff.])。

妊娠初期段階について、助言を通じて未出生生命の保護を行うという保護コンセプトへの移行は、憲法上原則として禁止されていない。「妊婦および家族扶助法の立法者は、保護コンセプトの変化を、主張可能な査定によって行った」。立法者は、旧法(期限および適応事由に基づく刑法上の中絶規制)がむしろ女性の妊娠継続を妨害するものであり、このような「母に対して」ではなく、妊娠初期段階における妊婦に対する専門家の助言やその他の予防的手段という「母とともに」ということを出発点に据える保護コンセプトのほうが、未出生生命に対する保護義務を効果的に果たし得ると査定した。この査定は憲法上疑念が無い。立法者が、助言を受けた女性に妊娠中絶に対する最終責任を委ね、場合によっては中絶のために医者を要求することを女性に可能することが、妊婦が葛藤事例において助言を受けいれ自らの状況を公にすることになると立法者が期待することは、主張可能である。というのも、一般的窮境適応について助言と完全に切り離された適応確定は、これまでの助言実務の経験から、むしろ助言において真摯な議論ができない点で悪影響があるからである。もっとも、このような助言が、旧法の保護に比べて生まれていない生命に対するより良い保護作用を有し得るのかは議論の余地があるものの、そのような不確実性があるからといって、そのことが、立法者が助言規律を導入することの妨げには原則としてはならない。もちろん、立法者は、自らの新たな保護コンセプトの効果から目を離さないことを義務付けられている(監視義務および事後は正義義務)(E 88, 203 [268 f.])。

助言コンセプトは、妊娠中絶を最終決定し最終責任を負う妊婦の責任意識を強化することを目標としており、そのためには、女性の行為に対する前提となる枠条件（情報斡旋・受忍不可能という例外状況においてのみ妊娠中絶が適法であることの法的表明・社会的援助等）が必要となる。それゆえ、妊娠12週までに助言の後に医師により行われる中絶については、立法者は、刑法218条の構成要件から除外することによってのみ達成し得るのであり、正当化された（違法ではない）ものとして説明し得ない（E 88, 203 [270 ff.]）。

確かに、「女性が、葛藤状況を感じることなく妊娠中絶という侵害を軽い気持ちでは通例は決心しないということを立法者が出発点とすること」は「主張可能」であり、助言をもって葛藤状況にある妊婦に中絶の長所と短所を完全に認識し責任ある判断をなさしめようとすることに助言コンセプトは適合的であるので、このような立法者の査定は憲法上異議申立てされ得ない。しかし、具体的な事例において例外的に受忍不可能性が女性に存在している場合にのみ個々の生命の殺害が許容されるという憲法上の最小限の要請からすると、女性は典型的にのみ正当な例外状況が存在している場合にのみ墮胎すると確定するだけではその要請は満たされず、個別事例を見て妊婦が受忍不可能な例外状況にあるならば墮胎が許されることにならなければならない（E 88, 203 [273 ff.]）。

助言コンセプトの下で、未出生生命に対する保護義務は、助言手続の規範的内容形成に際しても立法者に拘束を課す。立法者は、助言の内容、助言実施の規律、そして、助言に関与する者の選抜を含めた助言の組織の確定に際して、過少禁止の拘束の下、妊娠中絶を検討している女性を子の懐胎に誘うことができるようにする効果的かつ十分な規律を行わなければならない。「助言によって効果的な生命保護が達成され得るという立法者の査定は、このような条件の下でのみ主張可能である」。しかし、妊婦を妊娠継続に向けて勇気づけ、理解を深め、妊婦の責任を強化すべき助言の内容・助言の実施手続・助言に対する国家の監督について法律には不備があり、憲法上の未出生児に対する国家の保護義務を満たさない（E 88, 203 [281 ff.]）。

### 3. 検討

本件の対象となる領域は、生命（未出生生命）に対する国家の保護義務と妊婦の権利であるが、本判決での主張可能性の統制は、従来とは異なる要素が見受けられるように思われる。

まず、立法者の予測と主張可能性の統制の関係について見ると、第2次墮胎判決までの判例においては、主張可能性の統制が立法者の予測（ないし想定）に対して用いられていたことが明らかであったように思われる。これに対して、第2

次堕胎判決では、「連邦憲法裁判所は、問題を、新たな規律の予測されるべき効果としてではなく、立法者の形成余地とそれとともに立法者の査定余地から画される憲法上の要請として取り扱った」[Bickenbach 2014, 88]、つまり、本判決の主張可能性の統制は、立法者の予測に対する統制というよりもむしろ、立法者の形成の自由一般に対する統制として行われているのである。

次に、比例原則との関係である。多数意見では、未出生生命の保護と妊婦の権利の「比例的調整」が不能とされており、専ら過少禁止の抵触の有無のみが審査され、比例原則は登場しない。そして、多数意見では、過少禁止違反か否かは「適切かつ効果的な保護にとって充分」な措置を、「入念な事実の確定および主張可能な査定に基づいて」立法者が行ったか否かにより判断されるとされた。助言コンセプトへの移行は、立法者は「到達可能な素材であり、当該コンセプトの保護効果につき要請されている信用における予測のために本質的な素材を用い」、「入念」に「当該素材が自らの立法者としての査定を十分に支えることができるか」という観点から当該素材の価値を判断しなければならないところ、助言コンセプトへの移行・助言コンセプトに対する立法者の期待は主張可能とされた。

注意すべきは、「到達可能な素材」や「本質的な素材」を「入念」に立法者が検討したのかという点について、(共同決定法判決のように)議事録等の議会資料を明示的に引用・参照して多数意見が審査を行った形跡は見られないということである。共同決定法判決の主張可能性の統制では「手続的要請が問題となっている」(E 50, 290 [334])として、議会の専門家委員会の報告書や公聴会等を踏まえた法案修正といった「手続的」要素が着目されていたことと比べると、本判決においては、判決が<sup>(6)</sup>(外国での経験等を論ずる)法律案の理由付けを意識していると思われる一方で、少なくとも判決本文においては「立法過程」に関する資料が明示的に引用されておらず、上述の「手続的」要素は失われているようにも見える。

また、多数意見は、助言コンセプトへの移行それ自体については監視義務および事後は正義義務を付したうえで合憲としたが、具体的な仕組みについては、判決理由および連邦憲法裁判所法35条に基づく執行命令において、広範囲かつ事細かく、憲法上求められる新たな規律を決定した[Bickenbach 2014, 86]。それゆえ、第2次堕胎判決の主張可能性の統制は、「厳格な内容統制」[Schlaich/ Koriath 2015, Rn. 538]や、「目の詰まった内容統制」[Meßerschmidt 2000, 845 (Anm. 116)]と理解されることがある。他方、Bickenbachは、第2次堕胎判決は立法者の査定特権を第1次堕胎判決よりもより明瞭かつより詳細に分析したと述べる

(6) BT-Drucks 12/ 2605 [neu] 18 f. ただし、この法律案は後に委員会で修正を受けたうえで成立する[小山 1993a]。



[Bickenbach 2014, 86]、Stuttmann は、第 2 次堕胎判決は第 1 次堕胎判決より抑制的と評している [Stuttmann 2014, Rn. 68]。このように第 2 次堕胎判決の「統制密度」については理解が分かれている。

ところで、第 2 次堕胎判決は、同裁判所が長らく維持してきた、共同決定法判決の「3 段階理論」(E 50, 290 [332 f.]) について、3 つの統制尺度が導出されるか否かは「論ずる必要が無い……憲法上の審査は、いかなる場合も、立法者が言及された諸要素を十分に顧慮し、自らの査定余地を『主張可能な方法で』行使したのか否か」に及ぶ」と述べている (E 88, 203 [262])。さてこのことは、上記「3 段階理論」の放棄を意味するのだろうか。

## 小括

小山剛はかつて、第 2 次堕胎判決の主張可能性の統制について、「共同決定法判決における新・三段階理論との関連はどうか。それとも、この理論は最終的に放棄されたのか」という問いを提起していた [小山 1993b, 115]。以上に見たように、共同決定法判決で定式化された意味における主張可能性の統制は、時を経るにつれて、そしてとりわけ第 2 次堕胎判決をみると、変容したと理解できる。すなわち、主張可能性の統制は、様々な基本権領域で比例原則または過少禁止という実体的審査基準とともに (あるいはその内部で) 用いられているということには変わりがないように見受けられるのに対して、立法者の「手続的」義務への着目は時を経るにつれて失われているように見受けられるのである。

もっとも、現段階で「最終的」な回答を行うことも適切ではない。というのも、第 2 次堕胎判決の後も、BVerfGE 90, 145 や、E 91, 1、E 94, 49、E 116, 69、E 128, 193、E 134, 242 が主張可能性の統制の例として挙げられており、引き続き主張可能性の統制のあり様を確認する必要があるからである。このことが次なる本稿筆者の課題である。

### 【参考文献】

- 上田＝浅田 1993：上田健二＝浅田和茂訳・要約「ドイツ連邦憲法裁判所第二次妊娠中絶判決の概要」同志社法学 45 卷 4 号 (1993) 158 頁以下  
大西 2014：大西楠・テア「グローバル化時代の移民法制と家族の保護」社会科学 研究 65 卷 2 号 (2014) 157 頁以下  
小山 1993a：小山剛「妊娠中絶立法と基本権 (胎児生命) 保護義務」名城法学 43 卷 1・2 号 (1993) 137 頁以下  
—— 1993b：同「連邦憲法裁判所第二次堕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  
—— 1998: 同『基本権保護の法理』(成文堂、1998)  
—— 2006: 同「第2次堕胎判決」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)61頁以下  
嶋崎 1993: 嶋崎健太郎「妊娠中絶とドイツ連邦憲法裁判所」国際関係学研究(津田塾大)20号(1993)119頁以下  
鈴木=藤原 1984: 鈴木庸夫=藤原静雄「西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決(上)(下)」ジュリスト817号(1984)64頁以下、同818号(1984)76頁以下  
畑尻 1993: 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号(1993)1頁以下  
浜砂 1984: 浜砂敬郎「(資料)西ドイツ1983年国勢調査法にかんする連邦憲法裁判所の判決文」経済学研究(九州大)50巻1・2号(1984)119頁以下  
平松 2003: 平松毅「自己情報決定権と国勢調査」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)60頁以下  
松本 2001: 松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会、2001)  
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  
吉田 2003: 吉田栄司「基本法68条と連邦議会の解散」前掲・『ドイツの憲法判例 [第2版]』522頁以下  
渡辺 2003: 渡辺康行「概観」前掲・『ドイツの憲法判例 [第2版]』1頁以下  
Bickenbach 2014: *Christian Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014 (Mohr Siebeck)  
Meßerschmidt 2000: *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000 (Nomos)  
Schlaich/Korioth 2015: *Klaus Schlaich und Stefan Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl., 2015 (C. H. Beck)  
Stuttman 2014: *Hubertus A. Stuttman*, Gesetzgebriische Gestaltungsfreiheit und verfassungsgerichtsbarkeitliche Kontrolle, 2014 (Carl Heymanns Verlag)  
Vogel 1985: *Kurt Vogel*, Das Bundesverfassungsgericht und die Übrigen Verfassungsorgane, 1985 (Verlag Peter Lang)

[附記] 本稿は、憲法理論研究会2017年度夏季合宿研究会の報告を基にしている。