

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 II
——「安全な出身国」判決まで——

山本真敬

序

- I. ハシシ決定 (1994年3月9日: BVerfGE 90, 145)
- II. 禁絶施設収容決定 (1994年3月16日: BVerfGE 91, 1)
- III. 「安全な第三国」判決 (1996年3月14日: BVerfGE 94, 49)
- IV. 「安全な出身国」判決 (1996年3月14日: BVerfGE 94, 115)

小括

序

本稿は、旧稿 [山本2018; 山本2015; 山本2014] に続き、ドイツ連邦憲法裁判所における「主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle)」に関して、その判例上の展開を紹介・検討する。検討に際しては、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事後は正義務との関係はどうか⁽¹⁾が重要となる。以下、各判例の主張可能性の統制に関する部分を中心に紹介・検討する。

(1) なお、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はなく、本稿とは異なる関心のものであるが、特に事案の把握や訳語の選択に際して、それら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。

I. ハシシ決定 (1994年 3 月 9 日 : BVerfGE 90, 145)

1. 事案

麻薬法は、麻薬の流通を包括的な国家の統制下に置き、原則として、麻薬とのあらゆる関わり合いを官庁の許可に服せしめた (3条)。麻薬法は、大麻生産物の無許可での取引・輸出入・入手・所持等や、少量でない量の大麻生産物の無許可取引・製造・譲渡・所持等⁽²⁾を刑罰で禁止していた。この麻薬法の刑罰規定が基本法と両立し得るかが争われた。

2. 判旨

連邦憲法裁判所は、麻薬法の刑罰規定が大麻生産物、特にハシシとの無許可の関わり合いを刑罰で威嚇することは、基本法 2 条 2 項 1 文にも同 3 条 1 項にも違反せず、また、同 2 条 2 項 2 文と結びついた同 2 条 1 項にも原則として反しないとした。

麻薬法の刑罰規定は、それを処罰対象とすることが禁止されるか否かに関しては基本法 2 条 1 項の尺度で、刑罰による自由剥奪の威嚇に関しては同 2 項 2 文の尺度で審査される。基本法 2 条 1 項によって完全な保護を受け、公権力の作用から守られるのは、私的な生活形成の核心領域に限られる。しかし、薬物との関わり合い、特に自己酩酊は、その多様な社会的影響および相互作用ゆえに上記核心領域には属し得ず、制限を受けない「酩酊する権利」はない (BVerfGE 90, 145 [171f.])。

基本法が「不可侵」とする人身の自由は高度の法益なので、同 2 条 2 項 3 項の法律の留保に基づいて人身の自由を侵害することは、一般的に、他者か公衆の保護がこのような侵害を比例原則の下で必要とする場合にのみ許される。追求された目標を達成するために選択された手段の適合性と必要性を判断する際や諸個人や公衆に対して差し迫る危険の判断に関連して査定と予測をする際、「立法者には判断余地が認められ、この判断余地については、問題となっている事項領域の特性や、十分に確実な判断をなす可能性、そして危険に晒されている法益に応じて、連邦憲法裁判所は限られた範囲においてのみ事後審査をなし得る (vgl. E 77, 170 [215]; 88, 203 [262])」。さらに、侵害の重大性ならびに当該侵害を正当化する根拠の重要性および緊急性を総合衡量する際は、禁止の名宛人に対する受忍可能性の限界が守られなければならない (E 90, 145 [172f.])。

(2) 本件については、参照 [工藤2006; 白川1994; 白川1995a; 白川1995b; 白川1995c]。

麻薬法の「諸個人および住民全体の人間としての健康を麻薬に由来する危険から保護し、そして、住民、特に未成年者を麻薬依存から守る」という目的は、公共体の利益に奉仕する (E 90, 145 [173f.])。

立法者の査定によると、大麻生産物を味わうことに端を発する健康上の危険は著しい。確かに、大麻生産物に由来する健康への危険は、今日の見地からすると立法者が法律を公布する際に想定したものと比してヨリ僅かとなっている。しかし現在の認識水準でも、それは取るに足らない危険・リスクではなく、それゆえ大麻生産物に関する法律の全体構想は、引き続き憲法上存立し得る。法律の構想は、大麻生産物との全ての関わり合いを、諸個人および公衆に対する危険ゆえに自己消費という例外を除いて包括的な国家の統制下に置き、この統制を貫徹するために大麻生産物との無許可の関わり合いを遺漏なく刑罰で威嚇することである。このような麻薬法の刑罰規定は、麻薬の社会への普及を制限し、それにより麻薬に由来する危険を全般的に減らすことに適格的である (E 90, 145 [175ff.])。

「麻薬法の幾度の改正および1988年の麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約への同意の際に、法律の目標を達成するために大麻生産物との無許可の関わり合いに対する刑罰を伴う禁止はなおも必要である、という立法者の査定が繰り返し再検討され確定されたことは、同じく憲法上異議申立てされ得ない。今日の認識水準に基づいてもなお、……法律上の目標を達成するために、等しく効果的だが刑罰による威嚇と比してヨリ制限的でない手段を用いることはできないという立法者の見解は主張可能である」。大麻消費の減少が大麻解禁で促進されるか、あるいは大麻との無許可の関わり合いに対する処罰という一般予防機能で促進されるかは確立されておらず、上記条約も刑法という手段を投入している中では、「立法者が、刑罰による威嚇の廃止に比して、一般的に刑罰が科される大麻の禁止によるほうが潜在的な消費者の数がヨリ抑制され、それゆえ法益の保護のためにヨリ適格的であるという見解に固執したとしても、このことは憲法上甘受されるべきである。法律の目標を達成するために適格的であり得る多くの選択肢の中から何を選択するのかについては、立法者は、査定特権および決定特権を有するからである」。もっとも、刑罰の投入の排除が適格的となるほど確実な刑事政策上の認識が存するような場合には話は異なってくるが、大麻生産物に関してはそのような認識はない (E 90, 145 [182f.])。

過剰禁止 (狭義の比例原則) 違反を判断するためには、大麻生産物との関わり合いの原則禁止と、当該禁止違反を刑事罰で補強することの間で、区別が必要である。まず、大麻生産物との関わり合いを包括的に禁止するという立法者の一般的コンセプトは、それ自体としては過剰禁止には反しない。住民、特に未成年を麻薬由来の危険から守り麻薬組織・麻薬市場の有害な影響に抗するという重要な

共同体利益により、これは正当化される。同様に、立法者が当該禁止を貫徹するために刑罰という手段を投入することも、原則として過剰禁止に反しない。立法者がこの共同体利益の保護を、具体的危険の侵害から抽象的な危険の侵害へと前倒ししても、一般予防という根拠から憲法上正当化される。具体的には、取引は麻酔剤との無許可の関わり合いの中でも危険の大きい形態なので、その刑罰を伴う禁止は過剰禁止に抵触しない。譲渡の禁止も、大麻生産物の広範な普及と人々の法益への危険を防ぐという公的利益により正当化され、当該刑罰の関係者に対する相当かつ受忍可能な制裁の限界内にある。同じく、無許可の取得や所持も、麻薬の伝播の可能性を開く限りで他者の法益を危険に晒すものであり、それが自己消費目的での取得の場合にも、違法な麻薬市場を需要側から構築することになる。麻薬の機会消費者が多いことを考えると、一般予防の観点から自己消費のための大麻生産物の無許可の取得および所持をも刑罰で禁ずることも、憲法上の過剰禁止の下で正当化される。もっとも、少量の大麻生産物の偶然的な自己使用は、法益に対する危険および個人の責任の程度が僅かな場合があり得るので、そのような場合には麻薬法・刑事訴訟法の規定に基づいて、刑事訴追機関が手続の中止・免除を行うことにより、不相当な侵害を防止できる。このような場合に立法者は、一般的な刑罰規定の適用領域を制約し、あるいは些細な可罰性の事例について特別の制裁を可能にすること（実体法的解決）や、訴追強制を限界づけ緩和すること（手続的解決）によって、憲法上の過剰禁止を満たすことが許される。さらに、輸入の禁止も、違法な麻薬が国家領域に運ばれないという利益ゆえに、狭義の比例性の観点の下で疑念はない。同様のことは、通過貨物の禁止に対する刑事罰にも妥当する（E 90, 145 [187ff.]）。

立法者は、大麻消費から生じる危険および麻薬撲滅の正しい道についての刑事政策的および学問的論議を注視しつつ、現行法の効果を外国の経験をも含め観察し審査しなければならない（vgl. E 50, 290 [335]; 56, 54 [78]; 65, 1 [55f.]; 88, 203 [309f.]）。その際、立法者は特に、大麻の解禁が麻薬市場の解消に至り麻薬消費の阻止に貢献するか否か、そうなるとしてそれはどの程度か、あるいは逆に刑罰による補強のみが麻薬市場や組織化された犯罪行為に対して十分な結果を期待できるか否かを、査定しなければならない（E 90, 145 [194]）。

3. 検討

本件は、基本法 2 条の一般的行為自由とその制限が問題となった事案であり、比例原則の必要性審査で、ヨリ緩やかな手段の有無についての立法者の査定に主張可能性の統制が用いられた [Bichenbach 2014, 63f.]。連邦憲法裁判所は、自らヨリ緩やかな手段の有無を審査しており、特段、議会資料や審議会における議

論の経緯等の立法者の行為に着目しているわけではない。また、事後は正義務との関係については、当該手段の必要性に係る論点について、監視義務が立法者に課せられている。

Ⅱ. 禁絶施設収容決定 (1994年 3月16日 : BVerfGE 91, 1)

1. 事案

ドイツ刑法は、刑罰と、違法行為と結びつけられるが処罰目的なき法効果という2つの制裁システムを用意し、後者に改善および保安処分【Maßregeln der Besserung und Sicherung】がある(刑法典61条以下)。改善および保安処分として、刑法典64条に基づく禁絶施設【Entziehungsanstalt】への収容がある。同64条は、アルコール飲料等の酩酊物質の依存者や、酩酊による違法行為のために有罪の宣告を受けるか責任無能力が認定された(されるべき)者が、著しい違法行為を行う危険がある場合に、裁判所が禁断施設への収容を命じると定めつつ(1項)、当該命令は禁絶治療がはじめる前から展望がないと思われる場合には下されない(2項)と定めていた。

第2次刑法改革法により、刑法典67条1項は、原則として刑罰の前に同処分がなされると定め、同67条4項は、処分執行の期間を刑罰の計算に参入することを命じた。同規定は、第23次刑法改正法によって、「当該処分の全部または一部が刑罰の前に行われる場合、当該処分の執行の期間は刑罰に算入され、当該刑罰の3分の2までは終えたものとするができる。ただし、裁判所が刑法典67d条5項1文に基づく命令を発した場合には、この限りではない」と変更された。最後に、刑法典67d条5項1文は、「禁絶施設への収容が少なくとも1年行われた場合で、当該収容の目的が被収容者本人自身に存する事由ゆえに達し得ないときは、裁判所は、事後的に、当該収容が引き続き執行されてはならないことを決定し得る」としていた。

憲法上、収容の期間がどの範囲で自由刑に算入されるべきか、そして禁絶施設への収容に関する刑法典の規律の憲法適合性が争われた。⁽⁴⁾

(3) *Bickenbach* は、本決定が目的の正当性および手段の適合性・必要性・相当性を問題にした、つまり比例原則に基づく審査を行ったと理解しているが、本件の主張可能性の統制について言及していない [*Bickenbach* 2014, 63f.]。他方、*Stuttman* は本件が主張可能性の統制が用いられた事例と整理しているが、第2次臨胎判決以来の判例の動揺の一例として言及する [*Stuttman* 2014, Rn.69]。

(4) [ハーヴァーキャンプ2016] は、本判決の一部に言及する。

2. 判旨

連邦憲法裁判所は、刑法典67条4項による算入を完全に除外することになる同項2文は、それが一般的に同67d条5項1文に基づく裁判所の命令を参照する限りで基本法2条2項2文と両立せず、その全部が無効であるとしたうえで、禁絶施設への収容が命じられることになる諸条件に関する刑法典64条および被収容者本人自身に存する事由から生じる収容処分の執行の終了に関する同67d条5項1文もまた、基本法2条1項および同2項と部分的に両立せず、その限りで同じく無効であるとした。

刑罰は責任原理ゆえに憲法に服するし、刑罰目的なき法効果も、それが自由の剥奪かそれと結びつけられている場合、さらなる著しい違法行為から公衆を保護するためにのみ企図することが許される。このような公衆の保護を目的とするのが、刑法典の定める改善および保安処分という自由剥奪処分であり、この処分に、アルコール依存行為者ないし薬物依存行為者の時限的な禁絶施設への収容も含まれる(刑法典64条以下)。立法者によれば、禁絶施設への収容は、被収容者の治療を通じて公衆を保護することを達成しようとするものであるが、その治療は、被収容者の傾向を治療しその根底にある誤った態度を除去することを目的としている。この収容は、公衆の安全という目的を、被収容者の酩酊物質への依存を治療するという方法で実現するもので、改善処分を通じた公衆の保護に向けられるものでなければならない。自由を剥奪する処分は、その命令および実施の法律上の前提条件に関して、追求される公衆の保護という利益と適切な関係になければならず、この点、個別事例における当該処分の命令に関して、刑法典62条は比例原則を受容している(E 91, 1 [25ff.])。

禁絶施設への収容が許されるのは、上記の保護目的を治療によって達成することに収容が適格的である場合に限られる。改善を目指す治療上の侵害は、基本法1条1項と結びついた同2条1項を鑑みて一十分に信頼のおける一適応の存する場合にのみ、許容される。これに対して、専ら試験のためになされる自由の剥奪と結びついた治療は許されない。立法者は、収容に関して、アルコール・薬物依存者が処分の執行の諸条件の下で首尾よく治療され得るという憲法上支えることのできる査定に基づくことができなければならない。「憲法裁判所の審査は、立法者がその査定余地を『主張可能な方法で』取り扱ったか否かに限定される(vgl. E 88, 203 [262])。しかし、中毒治療が処分執行の諸条件の下でさらなる著しい違法行為という危険の防御に貢献するという立法者の査定が主張可能ではないであろう、ということの手掛かりは存しない」(E 91, 1 [28])。

収容は、長期間の治療に耐え得ない者に行うことは許されず、また、中毒者を治療することか一定の期間を超えて急性中毒に逆戻りしないようにすることにつ

き十分に具体的な展望が存在するという前提条件が満たされない限り、憲法上許されない。もちろん、この条件の確定は、収容命令そしてその執行中の各段階で、その都度異なる判断根拠に基づいてなされるし、なされなければならない。法律は、裁判官に処分を命ずることを可能にしているが、それは、行為者の治療可能性が、信頼のおける事実の根拠に基づいて、治療の成果につき十分に具体的な展望が存在することの納得がゆくという前提条件の下でのみ可能である。裁判官は、このような場合、通例は専門家の鑑定意見に基づいて治療可能か否かを確定しなければならない。当初の肯定的な予測に対して、上記の意味での治療の成果に対する十分な展望が存在しなくなった場合には、収容のさらなる執行は許されない。治療の努力にもかかわらず関係者の協力に至らない場合、治療および処分の執行は中断されなければならない。治療の成果に関する十分な展望がなければ、この処分の執行は治療を通じた公衆の保護に適合的ではないからである。ただし、治療やセラピストの変更で治療の成果に関する十分に具体的な新たな展望が開かれる場合もあるので、さらなる試験期間が必要となり得る。立法者は、それに対応する審査規定が必要か否かを決定しなければならない (E 91, 1 [29f.])。

自由刑と禁絶施設への収容処分は異なる目的を追求しており、共に命じられる。しかし、或る1つの行為に対する自由の剥奪と結びついた国家の2つの反応について、基本法2条2項2文は、それら2つの目的が可能な限り広範囲に達成されつつも個々の関係者の自由権が必要以上に多く侵害されないように、それらを配置すべきことを求めている。自由刑のみでは麻薬依存という著しい違法行為から公衆を十分に保護できないので、刑罰に付加的に課される禁絶施設への収容処分による麻薬依存の治療を通じて上記保護が達成されるべきである。立法者は、刑法典67条～67g条で、処分執行の期間を原則として部分的にのみ自由刑に組み込むシステムを選択した。このことには憲法上異議が申し立てられない。自由刑の執行に際しての自由剥奪の目的および具体的な内容形成と、他方で禁絶施設への収容処分の執行に際しての自由剥奪の目的および具体的な内容形成の間に存する差異は、立法者自らが形成の自由を行使する際に、処分の執行についての自由剥奪の期間を自由刑に部分的にのみ算入することを意図する可能性をも立法者に与えている。ただし、当該累積が過度なものではなく、収容処分の根拠および目的との関係なく算入の除外がなされないことが、規律に際して留意されなければならない。算入の完全な排除は、憲法上は、例えば処分執行において治療の失敗が一義的かつ明白に尊重すべき根拠のない関係者の治療の拒否に帰せられるような場合には、正当化される (E 91, 1 [30ff.])。

この尺度に刑法典64条は適合しない。1項の収容命令は治療の成果への十分に具体的な展望の存在と結びつけられておらず、他方、2項は収容療養をはじめか

ら展望が無いように見える場合には命令が行われないと定めており、侵害の適正を積極的かつ具体的に確定するという憲法上の要請を満たしていない。同条の文言は、治療の成果につき十分に具体的な展望が存しない事例をも包括しており憲法適合的解釈もできない。しかし、同条は、治療の成果につき十分に具体的な展望が存する事例には、適用可能なままである (E 91, 1 [32f.])。

同様に、刑法典67d条5項1文も、当該収容がさらに執行され得ないことを裁判所が決定する以前に禁絶施設への収容を少なくとも1年間執行するとしている限りで無効である。被収容者に治療の成果の十分に具体的な展望が存しないことが確定されるや否や、治療を中止し禁絶施設への収容をもはや執行しないという憲法上の要請に、この規定は対応していない。通例3~6ヶ月後には上記の展望の有無が認識され得ることが広く承認されているからである (E 91, 1 [33f.])。

他方、刑法典67条4項1文の規律は上述尺度に基づく審査に耐える。刑罰の3分の2までに算入が限界づけられていることは、立法者の形成の憲法上の枠内にある (E 91, 1 [34f.])。

最後に、刑法典67条4項2文の規定は、それが同67d条5項1文に基づく裁判所の命令を一般的に指示する限りで、基本法と両立せず全部無効である。刑法典67d条5項のかなり包括的な規定は、反抗的な人物のみならず全ての治療に抵抗する全ての人物についても処分の執行を終えるという立法者の意図に基づく。1年間の期間という点を除き、この規定それ自体は事柄に適している。しかし、算入排除は、被収容者に、治療への協力から遠ざかり、自らの消極的な振る舞いにより治療の成果が上がる可能性を無に帰せしめることを促すことになる。加えて、算入排除は、例えば当該施設的环境や用いられた治療方法、セラピストの人格に存在し得るといった尊重に値する根拠を有しているような場合でも生じ得る。このような事例について算入を排除すると立法者が追求した目的を達することができなくなり、自由権的基本権の観点から正当化されない。刑法典67条4項2文の適用領域は広すぎるため当該規定全体が無効に至るものの、他方で、算入を完全に排除することが正当な事例もそこに含まれている。この限界づけは立法者の本分である (E 91, 1 [35f.])。

3. 検討

本件では、基本法2条の人身の自由が問題となった。主張可能性の統制は、比例原則の適合性審査において、中毒者に治療を行うことがより重大な違法行為を防ぐことを促進するか否かについての立法者の査定に対して用いられているが、その部分の判示は極めて簡潔なものであり、法律の議会での審議の経緯等の立法者の行為に関してはおよそ言及がない。主張可能性の統制が結論を左右したわけ

ではなく、比例原則(刑法典62条)に基づいて連邦憲法裁判所が実体的に法律の合憲性審査を行ったと理解できる。本判決では事後是正義は言及がない。

Ⅲ. 「安全な第三国」判決(1996年3月14日: BVerfGE 94, 49)

1. 事案

1993年6月28日の基本法改正法律によって基本法の庇護権に関する部分は改正され、政治的に迫害された者は庇護権を有する(基本法16a条1項)とされつつも、EU構成国から入国した者か、難民の地位に関する条約(GFK)およびヨーロッパ人権条約(EMRK)の適用が保障されているとして連邦参議院の同意を必要とする法律で定められた国(「安全な第三国」)から入国した者は、第1項を援用できない(同16a条2項1文および2文)等が定められた。基本法改正それ自体の合憲性や、上記「安全な第三国」⁽⁵⁾としてオーストリアを定める庇護手続法26a条別表Ⅰの合憲性等が争われたが、本稿では、基本法改正自体の合憲性や行政裁判所および官庁の滞在終了措置(16a条2項3文)の合憲性の各論点は、主張可能性の統制が用いられておらず、紙幅の関係もあり割愛する。

2. 判旨

連邦憲法裁判所は、いずれの論点も憲法異議に理由はないとした。

「安全な第三国」というコンセプトは、基本法16a条2項1文の「安全な第三国」から到着した者は、当該外国人がその第三国において政治的迫害からの保護を見出し得たはずであるがゆえに同条1項の基本権的保障の保護を必要としない、とするものである(BVerfGE 94, 49 [87])。

基本法16a条2項2文は、立法者に、GFKおよびEMRKの適用が保障されているという前提条件を満たす「安全な第三国」の確定を授權している。その「安全な第三国」は、その法秩序上、GFK33条の意味における迫害またはEMRK 3条の意味における拷問や、非人道的または軽蔑的な処罰または取扱いが当該国家で外国人を脅かしているか否かを予め審査せずに申し立てられた迫害国家に外国人を追放することは許されない。それゆえ、その国で特定の人的集団がはじめから難民として考慮されていない場合や、保護を求める外国人が保護申請を実際に行い、管轄権を有する官署が第三国の法的・事実上の関係に基づいて決定を行うべく義務付けられ得ない場合には、上記適用が保障されているとは言えない。また、「安全な第三国」を自ら定める外国も、その第三国(ドイツから見ると第四国)

(5) 本件については、参照[川又2008]。

で、正式の手続で GFK33 条・EMRK 3 条の前提条件が存在するか否かが審査されることなしに、あるいは、それに対応する保護が実際と与えられることなしに追放・送還できる場合には、両条約の適用が保障されているとは言えない (E 94, 49 [87ff.])。

立法者には、基本法 16a 条 2 項 1 文の審査基準に基づき基本権を充填する法律を通じて「安全な第三国」を定めることが、独自の任務として委託されている。GFK および EMRK の両条約の適用の保障という問題について必要な事実を確定するに際しては、立法者は、法秩序・一般的な実務からすると行政の法律適合性が原則として保障されている国家では当該国家の機関は法 (つまり両条約) を遵守する、ということを経験則として出発点とすることは許される。例外的に、両条約が通例顧慮されていないことが立法者に容易に思いつく場合のみ、このことは妥当しない。立法者には、監視する場面や理由のある疑念によって詳細に再審査する場面では、自らの認識手段を選択する際の余地が認められる。「立法者は、国内機関および一入手可能な限りで一国際機関の確かな【amtlich】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て決定を行わなければならない」。そして、「両条約の適用の保障に関する上記尺度に基づき、そのようにして得られた事実に関する根拠を判断する際に、立法者には、査定余地および決定余地が認められるが、立法者の決定は、主張可能なものでなければならない」(E 94, 49 [93])。

「安全な第三国」にオーストリアを採用すること (庇護手続法 26a 条別表 I) は、憲法上の上記諸要請に対応している。まず、オーストリアは、GFK や、その 1967 年追加議定書、そして EMRK に留保なく加入しており、両条約は国内法化されている。オーストリアの法秩序および憲法秩序は、両条約の国内法化のために公布された国内法規定への行政および裁判所の拘束を法実務においても保障している (E 94, 49 [107f.])。

憲法上の諸要件に適合しているかをドイツの立法者が判断するために必要なオーストリアの法的状況に関する詳細は、1993 年 1 月 4 日の連邦内務大臣の審査報告書から明らかになる。この報告書は、本質的には、1992 年 12 月 18 日の外務省の調査ならびに 1991 年および 1992 年のアムネスティ・インターナショナルの年次報告に依拠している。この報告書に基づいて、オーストリアでは GFK33 条および EMRK 3 条のいう危険が当該難民を脅かすか否かを正式の手続で予め審査されずに政治的迫害国家へ難民が送還されないことが保障されている、ということから立法者は憲法上疑念なく出発している。(そして連邦憲法裁判所は、この審査報告書を紹介し、オーストリアの庇護法や外国人法の規定を挙げ、GFK33 条および EMRK 3 条の送還および追放の禁止〔ノン・ルフールマン原則〕が制度化されているこ

とを説明し) この法的状況は、基本法16a条2項1文の諸要請に対応している。また、オーストリアの権限ある官庁および裁判所が両条約の国内法化された法規定を遵守しているということ、ドイツの立法者も出発点に置くことが許される。確かに、上記外務省の報告書によれば、UNHCRのウィーンの代理人はオーストリア庇護法の個別の点に批判を加えているが、しかしノン・ルフールマン原則に対する深刻な違反を指摘しておらず、立法者は両条約の適用の保障についての疑念を詳細に調査する動機はない(E 94, 49 [108f.])。

最後に、オーストリアは自らも「安全な第三国」規律を持つが、このこともドイツの立法者がオーストリアを「安全な第三国」として定めることを妨げない。また、オーストリアの行政実務において「安全な第三国」とみなされているハンガリーを考慮しても、このことは妥当する。オーストリアの庇護法および実務ならびにハンガリーの庇護法および(非公式ではあるが)難民の適正の確定に関する取り決めも、ノン・ルフールマン原則を採用している。UNHCRのブタペストの代理人は、ハンガリーでの非ヨーロッパ人難民の保護に関して批判的見解を述べたが、UNHCRのウィーンの代理人がノン・ルフールマン原則に対する深刻な違反がないと主張している以上、ドイツの立法者がオーストリアを「安全な第三国」として定める前にさらなる審査をする動機は存しない。同様に、外国人が追放されることになる全ての国家との関係のみにおいてノン・ルフールマン原則は妥当し、その他の国が外国人に対して庇護手続への門戸を開いているのか否か、あるいは当該国家が、ハンガリーのように、その他の根拠から追放を予定しないのか否かを審査することはオーストリアの官庁の任務ではないのだという1991年1月22日のオーストリア内務大臣の発言からも、さらなる事後審査への誘因は生じない。現在もこの発言が現実的か否かにかかわらず、この発言からは、ハンガリーにおいてノン・ルフールマン原則が順守されていることが明らかである(E 94,49 [111ff.]) (各論点につき全員一致の判断ではないが、少数意見は付されていない)。

3. 検討

本件では庇護権が問題となった。主張可能性の統制は、基本法16a条2項の基準(GFKおよびERMKの適用が保障されている)に関する立法者の事実確定および確定事実の評価に用いられた(正確には、各々に余地が認められており後者の余地に主張可能性の統制がなされている)。本判決では、法律制定に際して立法者の依拠した政府の報告書や、その報告書でのUNHCRの代理人発言、そしてオーストリア政府関係者の発言が持ち出されている。他方、オーストリアのGFKおよびERMKの遵守状況については、立法者の依拠した報告書を前提にしつつも、

その報告書の内容の正当性については裁判所が自らの観点から判断しているように見える。すなわち、連邦憲法裁判所は、一方では立法者が用いた認識手段を前提しつつも、他方では各々の認識手段の妥当性につき自らも法制度を調べ実体的に基本法16a 条の基準に適合するかを調べているように見える。

しかし、連邦憲法裁判所の「国内機関および一入手可能な限りで一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て決定を行」ったかという審査の“厳格さ”は、さほど高くないように思われる。というのも、特に、外務省の報告書でウィーンの UNHCR 代理人がオーストリアの庇護法について批判を行っていることについて、連邦憲法裁判所は、ノン・ルフールマン原則に対する「深刻な違反」を当該代理人が指摘していない以上は立法者がそれ以上調査する必要がないとしたからである。しかし、少なくともオーストリアの庇護法制が完全に疑念のないものと言えるかが不確定となっているわけであるから、その疑念がノン・ルフールマン原則の適用の確保に影響を与えるものでないかの判断を立法者に差し戻して立法者に調査・確認させる（そのために一旦違憲判決を下す）という選択もあり得たのではないか。このような判断のあり方をもって「主張可能」と呼べるのかが、次の「安全な第三国」判決の少数意見で論議されることになる。最後に、事後は正義務は、本判決では言及はない。

IV. 「安全な出身国」判決 (1996年 3月14日 : BVerfGE 94, 115)

1. 事案

前述の基本法改正に際して、「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」)から入国する外国人は、原則として政治的迫害を受けていないと推定されることになった(基本法16a 条3項1文・2文)。この「安全な出身国」は、連邦参議院の同意を必要とする法律によって定められるが(同項1文)、ガーナを「安全な出身国」と指定したこと(庇護手続法29a 条別表Ⅱ)および行政裁判所が当該推定に対する反証(同項3文)を認めなかったこと等が争われた。基本法改正自体の合憲性やこの反証の論点は主張可能性の統制が用いられておらず、紙幅の関係もあり割愛する。

2. 判旨

連邦憲法裁判所は、いずれの論点も憲法異議には理由がないとした。

基本法は、まず立法者が「安全な第三国」を一般的・抽象的に確定し、連邦の

庁と裁判所は庇護を求める者が立法者による上記推定に反して自らが当該国家では政治的に迫害されるという想定を根拠づける事実を申し立てたか否かを、個別的・具体的に審査する業務分担を採用した (BVerfGE 94, 115 [133f.])。

基本法16a条3項の「政治的迫害」という概念は、同1項の「政治的に迫害された者」という概念と異なり、局地的にでも迫害が認められてはならず全土的に迫害からの安全が確保されていなければならない。また、一部の人的集団に対する迫害が認められる場合にも、「安全な出身国」とは認定してはならない。さらに、法治国家において国家秩序および国家制度を保護するための刑罰規定もまた存在し適用されていることも必要である。さらに、同3項に関しては、政治的迫害の欠如に加え「非人道的または軽蔑的な処罰または取扱い」のないことの保障もまた必要だが、死刑とその執行の存在のみをもって、直ちに「非人道的または軽蔑的な処罰または取扱い」に該当するわけではない (E 94, 115 [134ff.])。

立法者は、基本法16a条3項1文の「法的状況、法適用、そして一般的政治状況」という審査基準に基づいて「安全な第三国」を定めなければならない。まず、関係国家が自ら引き受けた国際的義務を国内法上も妥当する法としてみなしているか否かが、法的状況に関する審査基準にとって本質的である。次に、政治的迫害および人権侵害の取扱いからの安全性は、各国家での法実務(法適用)が決定的である。これに関して、法治国家的諸原則や、行政の法律への拘束、独立した司法、国際機関による人権状況の査察受け入れの保障が多く根付いていればいほど、法的状況および法適用は本質的に満たされる。一般的政治状況は、政治的迫害およびその他の人権侵害の取扱いからの安全性を保障すべき条件に関するもので、民主的構造、多党制システム、反対活動の自由、宗教の自由、結社及び集会の自由、意見の自由および自由なプレス、司法の独立が重要となる (E 94, 115 [139ff.])。

基本法16a条3項によれば、「安全な第三国」から来た外国人は、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受けていないことが推定され、当該外国人が反証をなし得ない限り庇護申請が明らかに理由なきものとして却下される。それゆえ、上記推定の前提となる立法者の「安全な第三国」への指定には、必要な事実の根拠の入念な確認が求められる。もちろん、その都度の国家ごとにその入念さの程度は異なり、特に事実の根拠の確認の方法は立法者に決定余地が認められる。「立法者は、重要な事実を確定するために、入手可能であり信頼できるとみなされるべき情報源【Quelle】を引き合いに出して判定しなければならない」。連邦共和国の代理人(駐在大使)の報告書および特に UNHCR の如き国際組織が特に重要である。憲法が立法者に外国の事情の査定を依頼し、庇護手続法29a条3項が立法者による推定(「安全な出身国」指定)と連邦政府による

その短期間の訂正(反証)を委託している以上、駐在大使は、自らの報告書が立法権および執行権の本質的な決定の根拠を作るものなので、報告書を特に入念に起草する義務がある。そして、「引き合いに出された情報源と認識手段から、およそ関係国家における状況に関する十分に確実な像が生じなければならない」。また、事実関係に基づき、或る国家で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ことが保障されているか否かに関して立法者が判断し、立法者が見通すことのできる期間内で今後の展開を予測する場合には、立法者は、査定余地および評価余地を有する。そして、「憲法裁判所による事後審査は、立法者によってなされた決定の主張可能性には及ぶ」ものの、「問題となっている事項領域の特性および十分に確実な判断をなす可能性」を鑑みると、「立法者が自らの決定に際して適切な根拠【gute Gründe】に導かれていなかったという総合評価が生じる場合」にのみ、裁判所は違憲とし得る(E 94, 115 [141ff.])。

立法者は、ガーナの事実の確認および解明に際し、自らに属する決定余地および評価余地を遵守している。ガーナに関しては、1993年1月5日の審査報告書および同年4月27日の連邦内務省のガーナについての補完的意見表明が、その後の立法手続の基礎となっており、「そのことによって、立法者は憲法上の諸要請に対応している」。「引き合いに出された情報源と認識手段が、ガーナにおける状況に関して十分に信頼のおける像を成立させることに適合的でないか充分ではない、ということ把握し得る手掛かりに至るものではない。UNHCRの代理人の意見表明およびアムネスティ・インターナショナルによって口頭弁論でなされた意見表明は、その顧慮が立法者に対して当時容易に思いつかなければならないようなその他の認識に対する指摘を生じさせるものではない」。同様に、事実関係に基づいて、ガーナが1993年の認識水準に基づき「安全な出身国」として指定されたことも、憲法上支持し得る。「この判断は、適切な根拠に支えられている」からである。立法者が審査に据えた様々な要素は、基本法16a条3項1文の審査基準に基づいており、立法者は、法律案の理由付けによれば、移住問題に管轄権を有するEG構成国大臣の結論を顧慮していた(Vgl. BTDrucks 12/4450, S.22)。「この基準を手掛かりにしてガーナについて確認された認識の評価ならびにこの評価と結びつけられたガーナにおける今後の展開の予測は、それらに関して立法者に付与された査定余地および評価余地の内部に留まっている」(E 94, 115 [148f.])。

まず、政治的迫害の欠如に関しては、①1993年にかけて生じた軍事独裁から民主的に正統化された市民政府への移行や、外国から自由かつ公正とみなされた大統領選挙および議会選挙、新憲法、具体的な法的根拠なく期間の定めのない拘留

を許容する一連の法律の廃止、プレスを自由を制約する法律の失効、そして宗教共同体の登録義務を課す法律の失効を立法者は重視した。②政治的敵対者についても、転覆行為のみが国家保護規定による処罰の対象であり、法治国家の枠内にある。存在する認識素材を手掛かりにすれば、国家保護規定の具体的適用から政治的迫害の危険がかなりの程度生じることはない。この点で、アムネスティ・インターナショナルの指摘する「弾圧」は、それが詳細な状況を指摘せず自称関係者が挙げられているのみであり、信用できる形で審査されない。③ガーナでは、Public Tribunals も新憲法以降に伴い廃止され、独立した司法権が存在する。④ UNHCR の代理人によれば、新憲法移行後は特定の人的集団に対する体系的迫害も広範囲の強力な人権侵害も生じていないとされ、以上の立法者の査定は確定の正しさが確認される (E 94, 115 [149ff.])。

次に、非人道的または軽蔑的な処罰または取扱いの欠如に関しても、①ガーナは、拷問およびその他の残酷な非人道的または軽蔑的取り扱いに対する1984年12月12日の国連合意に依然として調印していないが、立法手続において援用された認識方法および UNHCR の代理人の見解からは、ガーナで拷問が行われていることは導かれない。②ガーナで存置されている死刑は、例えば殺人・強盗致死・反逆・暴力革命といった深刻な不法内容を伴う特定の行為に対してのみ予定されており、かつ、新憲法によれば死刑判決は判決体の全員一致が必要として要件が加重されている。(E 94, 115 [152f.])。

3. 検討

(1) 本件も庇護権が問題となっている。主張可能性の統制は、本件でも基本法16a条3項の基準に関する立法者の事実確定および確定事実の評価に用いられた(正確には、各々に余地が認められており後者の余地に主張可能性の統制がなされている)。また本件でも、立法者の依拠した政府の報告書や、その報告書内部における UNHCR の代理人発言、アムネスティ・インターナショナル代理人、EG 諸国の関係大臣の発言等を連邦憲法裁判所は持ち出している。ガーナが「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」か否かについては、立法者が判断の下敷きにした要素に対して裁判所が自らの観点から判断を示しつつも、審査の出発点は立法者が当時接し得た情報とされている。このように本件でも裁判所は、立法者が用いた認識手段を前提にしつつ、それぞれの認識手段の妥当性につき実体的に基本法16a条の基準に適合するかを調べているものと思われる。最後に、本件でも、事後は正義務への言及はない。

本判決における主張可能性の統制は、一方では「立法者は、重要な事実を確定するために、入手可能であり信頼できるとみなされるべき情報源を引き合いに出

して判定しなければならない」とされつつ、しかし結局は、立法者の判断に「適切な根拠」があればよいとされており、まさにこの点が少数意見で批判されている。

(2) 本件では、主張可能性に統制に関して2つの少数意見があり、いずれも主張可能性の統制の意義を問うている。

まず、*Limbach* 裁判官の少数意見は以下のように述べる (E 94, 115 [157ff.])⁽⁶⁾。立法者は、原則として立法者の自由にできる全ての認識手段を利用しなければならない。立法者は、関係する国家における迫害の有無につき、合理的で追行可能で確実な判断を形成しなければならない。「安全な出身国」か否かを判断する立法者の活動は、基本法の掲げる審査基準への包摂的活動ゆえに可か否の結論しかなく、形成的活動に関して問題となる他の選択肢の存在は問題とならない。「安全な出身国」認定は、当該国家の現在の状況の確定と並んで、政治的迫害の欠如が(近い)将来も確保されているように見えるという査定も含み、この想定は、当該関係国家の現在の法的状況および法適用ならびに政治的状況が確実に安定している場合のみ成立する。全体主義的な過去を持つ国家やはじめて民主化された国家に関しては、そのような想定は、通例は一定の時間をかけて民主化プロセスを観察することを前提とする。

「安全な出身国」の定めが庇護を求める基本権の手続的保障内容を限定することを鑑みると、多数意見の限定的な【*eingeschränkt*】主張可能性の統制は、簡便【*kurz*】に過ぎる。基本権制約法律に関しては、立法者が根拠に置くべき事実とその評価の審査は、憲法裁判所の統制権限の不可欠の構成要素である。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全ての事情を知っていたか否かまで原則として統制は及ぶ。当部は本件と立法者の予測についての判例とを関連付けているが、それは本件で問題となる包摂活動と同視し得ない。確認された事実の評価と重みづけに関しては、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。この統制範囲を当部は納得のゆく理由付けなく削減している。

当時のガーナで党指導者等の反対者が政治的迫害および拷問に脅かされていたことを排除できない以上、「特に危険に晒された反対者」の迫害の射程に関して立法者が事後的に確認する必要がある。多数意見が挙げたガーナの現状につき未だ確定的な判断を行えるほど充分な認識はないので、現段階ではガーナを「安全な出身国」と定めることは許されない。

(6) *Limbach* 裁判官の見解につき参照 [川又2008, 360]。

次に、*Böckenförde* 裁判官も、主張可能性という尺度を立法者が適切な根拠を導き出せなかったか否かに限定することは許されないという。立法者は、見通しが効かないがゆえに十分に安全で内容上主張可能な判断を行い得ないならば、「安全な出身国」としての資格付けを諦めるか静観しなければならない、と指摘している (E 94, 115 [163])。

小括

ハシシ決定および禁絶施設収容決定では、主張可能性の統制は比例原則という実体的審査枠組の必要性審査 (ハシシ決定)・適合性審査 (禁絶施設収容決定) において立法者の予測の統制に用いられており、従来の判例の延長線上にある。他方、「安全な第三国」判決および「安全な出身国」判決では、立法者の事実確定・確定事実の評価の次元で主張可能性の統制が用いられており、従来の判例から一線を画している。

そして、「安全な出身国」判決では、連邦憲法裁判所内部において、主張可能性の統制の意義についてはじめて議論がなされた。*Limbach* 裁判官の事実確定・確定事実の評価は包摂的作用ゆえにそもそも立法者に余地はないというより根源的・外在的な批判は別にしても、2名の裁判官の批判は、立法者の事実確定と確定事実の評価に対する多数意見の主張可能性の統制が結局は「適切な根拠」に立法者が基づいていたか否かへと「限定」されてしまっており適切ではないというものであり、これら裁判官は、主張可能性の統制をもうより厳格度の高いものと理解しているように見える。

もっとも、先に紹介した *Limbach* 裁判官の主張する統制のあり方では、このような複雑な問題について連邦憲法裁判所が立法者の立場に成り代わるようになってしまうことになり、基本法16a条3項1文によって明文で与えられた立法者の任務の無視ないし誤認に至るといった批判がなされている [*Meßerschmidt* 2000, 761f.]。この批判に対しては、このことは基本法自身に含まれる「特別な状況」に基づくという指摘がある [*Schlaich/Korioth* 2018, Rn.543]。

共同決定法判決から15年を経て、連邦憲法裁判所内部で主張可能性の統制とは何かという問いが改めて問われることになった。それでは、この後の事態はどのように展開したのか。それが本稿筆者の次なる課題である。

【文献】

川又2008：川又伸彦「庇護権における『安全な第三国』要件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008）356頁以下

- 工藤2006：工藤達朗「薬物酩酊の権利？」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）42頁以下
- 白川1994：白川靖浩「ドイツ薬物事情（上）」警察学論集47巻12号（1994）125頁以下
- 1995a：同「ドイツ薬物事情（中）」警察学論集48巻1号（1995）115頁以下
- 1995b：同「ドイツ薬物事情（下1）」警察学論集48巻2号（1995）124頁以下
- 1995c：同「ドイツ薬物事情（下2・完）」警察学論集48巻3号（1995）178頁以下
- ハーヴェーカーンプ2016：リタ・ハーヴェーカーンプ（小名木明宏訳）「ドイツにおける改善保安処分制度」北大法学論集67巻4号（2016）69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
- 2018：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）125頁以下
- Bickenbach 2014: *Christian Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014 (Mohr Siebeck)
- Meßerschmidt 2000: *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000 (Nomos)
- Schlaich/ Koriath 2018: Stefan Koriath, Schlaich/Koriath Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl., 2018 (C. H. Beck)
- Stuttman 2014: *Hubertus A. Stuttman*, Gesetzgebriiche 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。

〔追記〕本稿の脱稿（2018年5月）後、本稿の続編である、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）』の現在」下関市立大学論集62巻1号（2018）55頁以下が既に公刊されている。また、「主張可能性の統制」が用いられた判例を概観的に検討した山本真敬「ドイツ連邦憲法裁判所における『主張可能性の統制（Vertretbarkeitskontrolle）』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頁以下も公刊されている（なお、同論文では、「安全な第三国」判決および「安全な出身国」判決に関して、問題となる基本法の条文が「基本法16条」となっているが、本稿でも述べているように正しくは「基本法16a条」である。お詫びして訂正する）。