The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	情報提供活動の合憲性判断とその論点 : グリコール決定を手がかりに
Author(s)	丸山, 敦裕
Citation	阪大法学. 2006, 55(5), p. 121-150
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55339
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

情報提供活動の合憲性判断とその論証構造

――グリコール決定を手がかりに――

丸山敦裕

はじめに
一　従来の基本権ドグマーティクからみたグリコール決定
二　従来の見地からのグリコール決定に対する批判
三　基本権ドグマーティクの「新傾向」とグリコール決定
むすびにかえて

はじめに

近年、国民の生命・身体の安全確保や権利・自由の保護のために、国家が国民に対して情報提供を行うことは、珍しいことではなくなってきた。例えばO－157や鳥インフルエンザの事例がそれである。ここでは事態の性質上、被害拡大の防止や国民の不安解消のために迅速な情報提供が求められた。O－157事件の控訴審判決が論じたように、このような情報の「公表は……国民一般からは、歓迎すべきこと」[1]なのかもしれない。

しかしながら、他方で、この種の情報提供活動は、特定の者に不利益を生じさせる場合がある。情報提供による関係当事者の風評被害や信用毀損といったものがそれである。ただ、これらの損害は、国家の活動が直接引き起こしたものではない。情報提供を受けた国民の自由な意思に基づく行動の結果として生じたものに過ぎない。伝統的な基本権の判断枠組み、とりわけその一要素を構成する古典的介入概念[2]からすれば、こうした国家活動は基本権介入または基本権制約にはあたらず、何らの責めも負わないということになる。

しかし、これでは、この種の情報提供活動でありさえすれば、いかなる場合もその法律上の根拠や正当化が不要である、とされかねない。その是非を問うための「議論の土俵」に上ることすらなくなってしまうのである。この意味では、国家の情報提供活動というテーマもまた、伝統的な基本権判断枠組みに対して、多かれ少なかれ何らかの修正を迫るものである[3]。ここでは、基本権判断枠組みをいかに修正するかが問題となってこよう。

ここで参照に値するのがドイツの議論状況である。ドイツでは、一九八〇年代半ば以降、次々と食料品スキャンダルが発覚し、その都度国家による情報提供の在り方が問題とされてきた[4]。これに関して、支配的学説は、従来の基本権ドグマーティクを大枠においては維持しつつも、介入概念を拡大させることによって、情報提供活動の「議論の土俵」への取り込みを図る[5]。裁判例も、介入概念の拡大自体には肯定的なようである[6]。その限りでは、こうした判断枠組みの緩やかな修正が一般的な対処法として定着しつつあったのかもしれない。

だが、近年下されたドイツ連邦憲法裁判所の決定は、全く異なる対処法で国家の情報提供活動を取り扱った。その代表例である二〇〇二年のグリコール決定[7]は、論者によっては次のように評される。この「決定は、何ら問題なく定着していた基本権ドクマーティクの礎を捨て去り……保護領域、介入、正当化を混同し……介入と基本権侵害とを直結させるものである」[8]。つまり、グリコール決定は、従来の基本権ドグマーティクにとって最も根幹的な

「三段階審査」を放棄し、この審査段階の区別を相対化してしまっている、というのである。

たしかに、これまでの判例及び学説が保持し続けてきた基本権の判断枠組みが根本的に変更されるのだとしたら、これは他の基本権事案にも影響しうる大問題であろう。[9] とはいえ、連邦憲法裁判所のこのような態度変更を好意的に受け止める学説も一部存在する。このような基本権ドグマーティクの「新傾向」をどう評価するかは、国家による情報提供活動を基本権論としてどのように取り扱うかにつき、極めて重要な問題であろう。[10]

そこで本稿では、このような問題意識を足がかりに、先に述べた連邦憲法裁判所のグリコール決定を中心的な素材としつつ、国家による情報提供活動にまつわる基本権ドグマーティクの在り方について論じていきたいと思う。ここでは、まず、グリコール決定について、あえて従来の基本権ドグマーティクの観点から整理を試み、この立場からみた本決定の問題点を概観したい。その上で、基本権ドグマーティクの「新傾向」を肯定する立場から本決定を再検討し、これらに基づいて、両者の相違点につき考察を加えたいと考える。こうした検討過程を経ることで、国家による情報提供活動の基本権論上の位置づけをより明確にすることが可能となるであろうし、また、この作業は、基本権の解釈適用の在り方という総論的なテーマを考えるにあたっても、いくばくかの貢献をなしうると思われる。

一　従来の基本権ドグマーティクからみたグリコール決定

(1)　従来型の基本権ドグマーティク

グリコール決定を分析するに先立ち、まず最初に、従来型の基本権ドグマーティクについてごく簡単に説明したい。[11] 従来の基本権ドグマーティクの一番の特徴は、前述した「三段階審査」である。[12] これは、保護領域段階→制約

段階→正当化段階からなる基本権の判断枠組みである。ここでの審査はステップ・バイ・ステップ方式で行われる。これは例えば、第一段階の保護領域段階で、国家行為の基本権保護領域との関わりが否定されれば、審査はそこで終了し、肯定されれば次の制約段階へと進む、といった具合に進行する。[13]

ドイツでは、こうした段階的な審査過程を経ることにより、「できる限り広範で合理的かつ間主観的に事後審査可能な論証」を保障することができ、「予見可能で、跡づけ可能な、それゆえ統制可能な憲法解釈という理念を、段階をたどった包摂過程を通じて」実現することができる、[14]と一般に考えられている。ほとんど教科書・コメンタール類もこのドグマーティクに従って記述がなされている。[15]したがって、本決定の検討に際しても、まずはこれに即した分析がなされるべきであろう。よって、以下では、こうしたことを踏まえてグリコール決定を概観していくことにする。

(2) ワインリストの公表

グリコール決定で主たる論点とされたのは、国家機関によるグリコール入りワインのリストの公表が基本法一二条の職業の自由を侵害しているかどうかである。このワインリスト公表のきっかけは「グリコール・スキャンダル」である。このスキャンダルとは具体的には、一九八五年春にドイツ国内でグリコール入りワインの流通が確認されたことから、国民の間に不安が支配し、ワイン消費の低下とワイン事業者の存立危機を招いた、というものである。国家は、こうした事態への対応策として、当時グリコール入りワインの摂取の健康上の影響は明らかではなかったものの、消費者によるグリコール入りワインの同定を可能とするために、当該ワインリストを公表した。

これに対して、リストに掲載されてしまったワイン製造者は、このリストへのワイン名と製造者名の掲載差止め

を求め、訴えを提起したが、連邦憲法裁判所はこのグリコール決定において、結論的には、本件のリスト公表は職業の自由の保障領域を制約するものではないと判断し、訴えを退けた。[16]

(3) 職業の自由の保護領域

この連邦憲法裁判所の判断は、いかなる論証によってもたらされたものであろうか。以下では、職業の自由に焦点を絞り、従来の基本権ドグマーティクに従って本決定の整理を試みたいと思う。[17]

広い保護領域理解　まず、第一段階の保護領域[18]についてであるが、本決定は、「既存の経済秩序においては、基本法一二条一項の自由権は、特に、個人又は事業者の職業関連的な行動に関するものである」[19]と、確認している。これは一見すると、職業の自由の保護領域は広く職業遂行全般に及ぶ、と解しているようにみえる。

狭い保護領域理解　しかし、別の箇所で本決定は次のようにも述べる。「この基本権は……たとえその内容が個人の市場競争上の地位に不利益的に作用するものであったとしても、市場参加者の市場競争活動にとって重要となりうる正確で実態に適合した内容の市場情報を頒布することに対しては、その保護を及ぼすものではない」。「事業者の職業活動が市場競争原理に従って遂行される場合には」、職業の自由の保護の射程は、市場競争の条件を設定する法的規律によっても定められる。「基本法一二条一項は、市場競争の機能条件に従った競争への参加を、この法的規律の枠内で保障」しているのであって、「この基本権の保障は、市場競争に決定的なファクターへの影響力に対する保護を含んではいない」[20]。

この説示を見る限り、国家の情報提供活動に対する職業の自由の保護領域は、法的規律や市場競争の機能条件によって画定される、ということになる。これは、「法律の規準に従って基本権の形成がなされる」[21]との趣旨である

と理解することもできよう。そうだとすれば、適法な情報提供によってもたらされた不利益に対しては、基本権の保障装置は作動せず、違法な場合の不利益に対してのみ保障装置が作動するということになる。その限りで、ここでは、職業の自由の保護領域は狭く限定され、情報提供の適法性いかんによって保護領域は変動しうる、と理解されているようにもみえる。[22]

このように、本決定が職業の自由の保護領域をどのように理解しているのかは、判然としない。かりに情報提供の適法性と無関係に保護領域該当性が認められるのであれば、これは従来のドグマーティクと同様だとみなし得る。しかし、保護領域の境界線が情報提供の適法性いかんで変動するのであれば、これは従来のドグマーティクとはかなり異なるということになろう。[23]

(4) 職業の自由の制約

従来の基本権ドグマーティクは、第二段階に関して、基本権の制約を国家による介入行為という形で論じてきた。[24] ここでは、国家行為が基本権制約に該当するかどうかは、それが介入行為にあたるかどうかで判断され、その際、介入概念が大きな役割を果たしている。

独自の介入概念　本決定も、これと同様に、少なくとも介入又は介入と機能的等価であれば制約に該当すると考えているようではある。[25] しかし他方で、本決定は、情報提供活動に関する独自の介入概念を作り出しているかのようにもみえる。[26] というのも、本決定は主文において以下のように述べているからである。

「市場競争にとって重要なファクターへの影響が、市場の条件を歪めることなく、国家の情報提供活動に関する法的規準に従ってもたらされる場合には、国家による市場関連情報の提供は、市場参加者の基本法一二条一項に基

づく基本権の保障領域を制約するものではない。憲法上重要なのは、ここでは、国家任務の存在と権限秩序の維持、並びに情報の正確性・実態適合性の要請への配慮である[27]」。

この主文から窺い知ることができるのは、本決定では、〈情報提供が法的規準に従っており、市場の条件を歪曲するものではない〉という観点により判断される情報提供の適法性が、制約を確認するにあたっても重視されている、ということである。そして、その具体的な判断基準として、国家任務の存在と権限秩序の維持、情報の正確性と実態適合性が挙げられているものと思われる。

基本法上の黙示の授権　本決定は、この基準に従って次のように判断した。まず、国家任務の存在については、本決定はこれを肯定し、政府の国家指導任務に、立法や法律執行への指針の提供と並んで、危機的状況に迅速かつ効果的に対処するための情報提供活動が含まれることを認めた[28]。またその際に、「国家指導に関する政府の権限については、基本権上明文の規定が存在しない」としつつも、しかし、この権限を「基本権は……暗に想定している」とし、その上で、「国家指導という全国家的な責任が連邦政府に帰属し、情報提供を行うことでその責任を果たすことができる場合であれば、常に、連邦政府に情報提供活動が授権されている」とした[29]。要するに、国家の情報提供活動に関しては、「基本法上の黙示の授権」が存在するということなのである。

この他の要件については、本決定は、権限秩序の維持、情報の正確性・実態適合性のいずれについてもその充足を肯定し、最終的には、今回のワインリストの公表は適法であり、職業の自由の制約にはあたらず、よって基本権侵害とはならない、と判断した[30]。

正当化段階の不存在　ここで注目すべき点は、本件のリスト公表は基本権制約にすらあたらない、と判断された点である。制約にあたらないということは、審査が第三段階の制約正当化に進まないことを意味し、本件の

リスト公表には正当化が必要なくなる、ということを意味する。[31] ただ、いま一度強調するならば、本決定が制約段階で基本権制約を認めなかったのは、既述の通り、情報提供活動に関する特別の判断基準の下でその適法性を確認したからである。もし、この適法性判断において正当化をも要求し、正当化段階を経ることなく自動的に基本権侵害と判断することが予定されていたとするならば、[32] この限りで、本決定には、「介入と介入正当化との区別の放棄」[33]や「介入と侵害との混同」[34]がみてとれるといえる。[35] この場合、本決定では制約段階と制約正当化段階とが相対化され、本来ならば制約正当化段階でなされるべき審査が前倒しされている、と理解され得る。

二　従来の見地からのグリコール決定に対する批判

以上のような連邦憲法裁判所の説示をみる限りでは、本決定では、従来のドグマーティクからみて疑問となる点が少なくない。実際、学説からは多くの批判がよせられている。[36] 以下では、これらの批判を概観することによって、本決定が有する従来のドグマーティクからの距離を明らかにしていきたいと思う。

(1)　保護領域

隠れた基本権制限　上述したように、本決定が、職業の自由の保護領域該当性をどのように判断しているのかについては、不明確な点が多い。かりに、保護領域該当性の判断が情報提供の適法性に左右されるとなれば、従来の見地からすると、これは非常に問題である。というのも、市民の意識や行動に影響を与えるための情報提供権限を国家がたしかに有するとしても、[37] この権限行使は、国家による他の干渉と同様に、憲法上の正当化の留保の下に服すべきものとされるからである。[38] つまり、情報提供の適法性に応じて保護領域を限界づけるとなると、正当

化手続の回避が容易となり、「隠れた基本権制限」[39]を持ち込むことになる、というのである。

事項的な保護領域画定　一般に、保護領域該当性にとって重要なのは、正当性や違法性ではなく、事項的に保障された自由領域に含まれるか否かである、といわれる[40]。つまり、保護領域の画定に際しては、個別事件での正義という観点よりも一般的抽象的な観点からの検討が必要とされ、こうして明らかにされた保護領域に国家活動が関わりを有しているかどうかが判断されるべき、と考えられている[41]。

この点、グリコール決定にみられるような情報提供活動では特に職業の自由が問題となるが、職業の自由が事項的に保護しているのは、職業に関連する個人及び事業者の行動の自由とそのために必要な市場競争上の地位である。これは、とりわけ職業との関わり合いを性質上有する国家活動からの保護を保障している[42]、ということになる。この場合、情報提供活動が職業の自由の保護領域に抵触しているといえるためには、その前提として、これが職業活動に関連していること、並びに、この情報提供と関係当事者との間の具体的結び付きがあること、が必要となる。例えば、実名の掲載等、本人と同定しうる方法による情報提供であれば、具体的結び付きの存在が肯定されることになる[43]。このような思考に基づけば、今回のリスト公表は、ワイン製品に関してワイン製造者の実名を公表しているわけだから、当然に職業の自由の保護領域に抵触している、という見解に落ち着くこととなろう。

国家と私人の区別　これに対して、連邦憲法裁判所は次のように考える。すなわち、できる限り豊富な情報が流通していることは市場機能の促進に役立ち、この市場のコミュニケーションにおいて各人は自己を望むように表現できるとともに、その批判にも晒され得る。このような発想の下では、売上げや収益が市場の諸条件に伴う絶え間ない変動リスクに服することはやむを得ず、よって、適法な情報提供に対しては職業の自由は保護されない、と考えるのである[44]。

しかし、だからといって、職業の自由は市場機能の促進に役立つ国家による情報提供からは保護されず、本件のリスト公表は職業の自由の保護領域に抵触しない、としてよいのかが、ここでは問題とされる。これに関して、ある学説は、本決定は私人による市場競争行為と公権力による干渉とを同視している、と批判する。これによれば、「個人と国家という二極的法関係においては、基本法一二条一項の職業及び市場競争の自由は、とりわけ、個人の市場競争での地位が国家の干渉によって制約されることから保護し、基本的には、市場競争における国家の干渉から自由に成果を収めることができる権利を保障するものである。その限りで、国家の干渉は、基本的には基本権上保護された利益に対する正当化を必要とする制約なのであって、基本法一二条一項の保護領域からあらかじめ除外されることは決してないのである」[45]。この見解からすれば、本件のリスト公表は、いずれにせよ職業の自由の保護領域に抵触している、ということになろう。

要するに、従来のドグマーティクの立場からすれば、公表されたワインリストが、関係当事者の職業活動に関する内容で、それが実名等の公表により本人と同定可能となっている限りで、情報提供が適法であるかどうかに関わりなく、その保護領域該当性は肯定されることになるのである[46]。

（2）　制約及び正当化

グリコール決定において、保護領域該当性の判断枠組み以上に従来のドグマーティクからの隔たりを有しているのは、基本権制約の認定に関してである。本決定は、前述したとおり、情報提供に関して独自の介入概念を作り出しているようでもあり、従来のドグマーティクから出てきたであろう結論とはかなり異なる。

介入概念の拡大　従来のドグマーティクにおいては、基本権制約の認定に際して、介入概念が大きな役割

を果してきた。古典的介入概念によれば、介入とは、命令性、目的性、直接性、法行為性（法形式性）の全てが備わった国家行為を指し、これに該当する場合には、基本権制約とみなされる。ただ、本件のような情報提供活動は、事実上の間接的な不利益を関係当事者に与えるものでしかないため、古典的介入概念によっては包摂され得ない。そこで現在では、情報提供活動に関しても、多くの裁判例や学説が介入概念の拡大を肯定する。[47]

この立場によれば、国家による情報提供活動が基本権への介入となるのは次のような場合である。すなわち、国家職務上の権威を用いて行われたものであり、かつ、①保護された自由領域における個人の行動の操作が目的となっている場合、または、②第三者の操作が目的となってはいるが、その反射として、基本権主体の自由領域に不利益の生ずることが不可避である場合、または、③情報提供が保護された自由領域に重大な不利益をもたらし、その不利益が国家により予見可能であったり、すでに生じてしまったものである場合、である。要するに、情報提供が公権力に基づき、かつ、目的性ないし目的性等価であったり、または重大な不利益をもたらす場合には、これは介入とみなされることになる。[48]

目的性のある情報提供

このような規準を踏まえて、今回のリスト公表について考えると、まず、本件における情報提供活動は、政治的決断が必要な問題状況においてなされるような単なる政府の広報活動とは性質が異なる、という点に注意が必要である。[49] 今回のリスト公表のような情報提供活動は、たしかに事実上の間接的な不利益しか与えないが、しかし、国民を操作するという目的があったことは否定し難い。このような情報提供活動は、意図的でない・副次的なものとはいえず、介入と機能的等価である、という。[50] この立場からすると、本決定では、目的性を備えた情報提供とそうでない情報提供との区別の見落としがあったがために、リスト公表の介入的性質が認められなかったにすぎない、と理解されているように思われる。

法律上の授権の必要性

このように従来のドグマーティクに依拠する論者からみれば、本件のリスト公表は介入的性質を備えており、基本権制約に該当するということになる。ならば、この基本権制約は、次の第三段階たる正当化の審査に服することになる。本件では、とりわけ、形式的正当化としての法律上の授権の有無が問題となった。この点、グリコール決定は、ワインリストの公表に関して、前述の通り、基本法上の黙示の授権が存在している、と理解した。しかし、本決定のこのような理解に対しては異論が少なくない。

それは、一言でいえば、本決定は国家任務の割り当ての問題と授権の必要性の問題とを混同してしまっている、ということのようである。[51] ここには、国家任務の存在が肯定されさえすれば、それだけで法律の留保原則の妥当を排除できるのか、という問題が存在する。もし、憲法直接的な任務割り当てや国家目標規定といった基本法上の根拠を盾に法律の留保原則の妥当を排除できるとするならば、いかなる基本権保護義務の履行についても法律上の授権が不必要ということになりかねない。[52] だとすれば、ここでは「警察法の一般条項すら不要」ということにもなりかねず、[53] これでは「法律の留保原則を掘り崩す」ことになってしまう、というのである。[54]

このような問題意識を出発点としつつ法律の留保原則の民主的意義を念頭におくならば、たとえ情報提供活動に関する国家任務の存在が基本法上認められるとしても、それだけで議会留保としての法律の留保さえもが免除されることにはならない、との結論が導かれるであろう。要するに、この立場では、基本法に直接の根拠をもつ活動の履行であってもそれに介入的性質が備われば法律上の授権が必要となる、と説明されることになるのである。[55]

小括

以上みてきたように、グリコール決定の論証構造は従来のドグマーティクとはかなり異なるものであり、それが各論部分における判断の相違に大きく影響を与えていたように思われる。上述のように、本決定は制約段階と正当化段階とを相対化するものである、との見方が一般的であるが、この相対化が、法律上の授権の必要

性に関して、そのまま見解の違いとなって表れていたのではないだろうか。もし本決定で打ち出された情報提供活動についての独自の介入概念が違法性と結びつけられていなかったならば、法律上の授権に関してより慎重な審査がなされたであろうことが、本決定に対する批判から読みとることができる。これらの結論の当否は措くとしても、論証構造の違いが事案判断に少なからず影響を与えたとみることはできるのではなかろうか。となれば、ここではやはり、異なる論証構造を有する「新傾向」に属する基本権ドグマーティクの側からも、本決定について検討する必要があると思われる。

三　基本権ドグマーティクの「新傾向」とグリコール決定

（1）　基本権ドグマーティクの「新傾向」

以上みてきたように、従来の基本権ドグマーティクを擁護する立場からすると、グリコール決定は非常に批判の多いものであるが、他方で、このようなグリコール決定で用いられた論証構造に対して肯定的な態度をとる論者もいる。その代表的なひとりがベッケンフェルデである。[56]

ベッケンフェルデは、「これまで定着してきた保護領域と介入という二項対立を、三項的なドグマーティク・アプローチにより代替」させるべきである旨を主張する。すなわち、これまでの、「保護領域（Schutzbereich）→介入（Eingriff）」という論証構造に代わって、「事物・生活領域（Sach- und Lebensbereich）→保障内容（Gewährleistungsinhalt）→介入（Eingriff）」という論証構造の導入を提案し、保護領域段階を二つの段階に区分することを主張する。[57]「事物・生活領域」とは、当該基本権と事項的な関わりを有する領域のことを指し、これを画定することにより、基本権の保障対象となりうる領域か否かが明らかになる（記述的要素）。これに対して、「保

障内容」とは、基本権によって具体的に保障される内容のことを指し、ここでは、何がどの範囲まで保障されるのかが規範的に明らかとなる（規範的要素）。

なぜこのような区別を主張するかというと、それは、従来の保護領域論では、「事物・生活領域」に関して任意に行動する自由を想定し、保護領域を幅広く理解することになるので、これにより、基本権衝突の場面や介入を必要とする場面が増大させられてしまう、からである。この問題がとりわけ顕在化するのは、いかなる法律の留保も付されていない基本権、すなわち「留保なき基本権」の場合である。ここでは、他の基本権との衝突状況の増大の結果、「憲法内在的制約」という憲法により直接命じられた制約を持ち込まざるを得なくなる。このような制約は、基本権の自由保障機能を相対化させてしまうことになりかねず、それゆえに、基本権の保障が及ぶ範囲は狭く厳格に解する必要がある、というのである。[58]

また、彼の立場からすれば、従来の保護領域論が基本権の内容を、抽象的任意性を有する自由として広く理解していることも、そもそも問題となろう。なぜなら、個々の基本権は、具体的な不正に対する防御あるいは特定の権利のための闘争を通じて成立したものだからである、という。[59] そうだとすれば、基本権が保障する内容は、抽象的・統一的に定まるものではなく、歴史的・成立史的に規定されるべきもの、ということになろう。だからこそ、彼は「事物・生活領域」と「保障内容」との区別を主張し、とりわけ「保障内容」については、それぞれの基本権ごとに歴史的・成立史的考察によって明らかにされなければならない、と考えるのである。[60]

このように保護領域を「事物・生活領域」と「保障内容」とに区別する立場は、近年、次第に支持を拡げつつある。[61] また、この立場を支持する論者によれば、近年のいくつかの裁判例においても、この新しい論証構造の手がかりがみてとられる、という。[62] そして、この「新傾向」とも呼ぶべき論証構造でもって基本権を解釈適用している裁

判例として誰もが引き合いに出すのが、本稿で扱っているグリコール決定なのである。[63]

（2）「新傾向」の側からみたグリコール決定

「事物・生活領域」と「保障内容」　基本権ドグマーティクの「新傾向」に与する論者は、グリコール決定では「事物・生活領域」と「保障内容」といった用語法上の区別はなかったものの、両者は明確に区別されていた、と考える。[64] それによれば、グリコール決定は職業の自由の「事物・生活領域」を、個人または事業者の職業に関連する行動だと理解している、という。しかしながら他方で、本決定は、職業の自由は「市場競争での成功を求める請求権」や「他者にある特定の見方をされる権利」までをも保障するものではない、とし、国家による市場関連情報の提供が正確かつ実態適合的であり、市場競争を歪曲せず、法的規準を遵守するものである限りは、職業の自由はこうした情報提供活動からは保障されない、としている。この本決定の説示こそが、まさに職業の自由の「保障内容」を示すものだというのである。[65] 要するに、本決定の主文でいうところの「保障領域」が、ここでいう「保障内容」に相当する、ということなのかもしれない。

基本法一二条一項と二条一項との関係　このような区別に依拠すれば、本決定が考える基本法一二条一項と基本法二条一項との関係も、少しは整合的に理解することができるかもしれない。

本決定は、基本法二条一項の適用可能性に関して、「……市場競争における参加者保護という問題は、基本法一二条一項という、より事物特定的な基本権規範によって包摂される」[66]ので、基本法二条一項の適用は排除される、と論じている。これは、あたかも基本法一二条一項について広い保護領域を想定し、その該当性を肯定しているかのような説示である。[67] しかし、「事物・生活領域」と「保障内容」とを区別した場合、次のように理解することが

可能であろう。すなわち、本決定では、まず最初に、ワインリストの公表を基本法一二条一項の「事物・生活領域」に抵触するものとみなして、この該当性を肯定した。この該当性が肯定された時点で、本件は職業の自由の問題となるので、それゆえ基本法二条一項の適用が排除されることとなった。ただ、職業の自由の「保障内容」については別途の考慮が必要なので、そのために、「保障内容」に対する制約があったかどうかが情報提供活動に関する特別の基準でもって判断された、という理解である。

もっとも、このように考えたとしても、疑問点は残る。なぜなら、かりに個別的基本権の「保障内容」が歴史的・成立史的考察により規定されるべきものであったとしても、その「保障内容」から漏れた行為自由について、最終的には一般的行為自由としての基本法二条一項の保護が及ぶべき、と考えられるからである。職業の自由の「事物・生活領域」に該当するという理由だけで基本法二条一項の適用が完全に排除されてしまうのだとしたら、「事物・生活領域」には該当するが「保障内容」には該当しない事柄よりも、そもそも職業の自由の「事物・生活領域」にすら該当しない事柄の方が保護に厚い、という逆転現象が生じることになるであろう。したがって、ドグマーティクの「新傾向」に与するとしても、個別的基本権の「保障内容」から漏れる行為に包括的基本権の保護が及ぶことは否定できまい。[68] 少なくともこの点に関しては、本決定の論証構造を擁護することは困難であると思われる。

「保障内容」の確定

もう一つ、ここで重要となるのは、「保障内容」の確定方法である。本決定の論証構造を擁護する論者は、これに関して以下のように考える。

本決定の理解によれば、基本法一二条一項は、法的規律の枠内で市場競争への参加を保障したものである。この説示は、市場経済秩序が法的内容形成[69]に依存していることを含意している。私経済上の財産秩序は、財産権や契約

に関する法制度上の整備なくしては存在し得ない。これと同様に、秩序メカニズムたる「市場」と市場参加者の決定の自由も、一般法秩序により形成された限界の枠内でのみ存在し得る、というのである。[70]

この考えに従えば、市場における職業活動は、一般法秩序により内容形成された市場の機能条件に服し、職業の自由の「保障内容」もこの市場の機能条件の枠内に限定される、ということになろう。

ただ、こうした立場に依拠する者も、立法者が完全なフリーハンドでこの法的内容形成を行い得るとは考えていない。[71] むしろ、憲法はこのような法的内容形成の際の指導原理を有する、と考える。それゆえ、ここでは、法的内容形成はこの憲法上の指導原理に従ってなされなければならない、ということになる。例えばグリコール決定では、市場に関連するコミュニケーションはできる限り開かれていなければならない、と論じられるが、彼らによれば、この説示の内容に、先の指導原理としての性質が備わっている、ということになる。[72]

説明を敷衍すれば、次のようになろう。職業の自由は、市場における自由な活動を前提とする。そのためには、適切に機能する市場が必要となる。開かれたコミュニケーションによる市場の透明性確保は、市場機能の促進につながるので、これは適切に機能する市場の確保という目的に資する。それゆえに、この要求は、職業の自由の実現・実質的保障という目的や方向性をもった憲法上の指導原理としての性質を有する、といい得る。[73] ここでは、立法者は、このような説明が可能な範囲内で法的内容形成を行うことができる、ということになろう。こうした理解の下では、職業の自由の「保障内容」は、この内容形成によって輪郭が与えられるもの、と考えられるのである。

介入にあたる内容形成　このような発想をとる者は、国家による市場関連情報の提供を基本権の内容形成の一形態だと分類する。なぜなら、このような情報提供活動は、適切に機能する市場競争秩序の確保という目的に資する、と考えられるからである。

こうした職業の自由の内容形成たる情報提供活動が基本権介入に該当するのは、いかなる場合であろうか。ここには介入を確認する道のりとして別々の二つの可能性があると思われる。

第一の可能性は、憲法上の指導原理に即さない不正な内容形成を行った場合にのみ介入を認定する、という考え方である。ここでは、指導原理に則った内容形成でありさえすれば、もはや介入とみなされることはない。グリコール決定にあてはめれば、次のようにいえよう。まず、本決定が提示した国家任務の存在と権限秩序の維持並びに情報内容の正確性と実態適合性といった適法性の要件は、この憲法上の指導原理を具体化したもの、と理解できる。そして、本件リスト公表は、これらの要件を充足しており、憲法上の指導原理に即しているので、介入とはみなされない。この時点で、もはや基本権侵害の疑いがかけられることはない、ということになる。

第二の可能性は、指導原理に則った内容形成であったとしても、同時に介入的性質を有する国家活動であるのなら、やはり介入が認定され得るとする考え方である。この考え方の背景には、基本権の限定（Grundrechtsbegrenzung）と基本権の内容形成（Grundrechtsausgestaltung）との区別がある。これによれば、基本権の限定とは公権力に対する不作為命令に基づいて憲法適合性が判断されるものを指し、基本権の内容形成とは公権力に対する作為命令によりこれが判断されるものを指す。[74] この区別に依拠した場合、不作為命令からの逸脱としての介入と、作為命令からの逸脱としての不正な内容形成とが区別されることになる。そうなると、作為命令から逸脱してはいないが不作為命令を逸脱したという類型が、当然に想起されることになろう。つまり、グリコール決定によって設定された要件を満たす情報提供活動でありながらも、基本権介入としての性質を同時に有するものがあり得る、ということになるのである。[75]

第二の考え方では、内容形成としての情報提供活動の適法性とは別個に、それによる介入の成否が問題とされて

いる。それゆえ、ここで介入とみなされたものについては、内容形成において適法であったとしても、第三段階たる制約正当化審査へと進む余地が、理論的には存在することになる。[76] 他方、第一の考え方では、情報提供活動の適法性と介入の成否とが直結しているので、ここで新たに介入の適法性が再審査されるとは考えにくい。この考え方では、三段階審査の相対化を看取することができよう。この点、本決定は、「制約が確定しているときは、違法性も確定している」[77]と論じている。これは、第一の考え方に与していることの表れと評価できると思われる。[78]

(3) 検討

以上みてきたように、グリコール決定の合憲性判断は、従来型のドグマーティクの枠組みよりも、「新傾向」の枠組みからアプローチした方が、論証構造において重なり合う部分が多い。その意味では、本決定の論証構造を理解するにあたって、このドグマーティクの「新傾向」は大いに役立つものである。とはいえ、本件を審査するに際してこのような論証構造が従来のもの以上により適切であったかどうかは、ここでは積極的には明らかにされていない。以下では、このドグマーティクの「新傾向」について、若干の検討をしたいと思う。

三段階審査の相対化　グリコール決定、あるいは、それが与する「新傾向」的な論証構造は、制約（介入）と侵害とを混同し、制約ないし侵害の確定を「保障内容」の確定に直結させるものであった。その限りにおいて、従来の三段階審査の相対化があったということができる。ここでは、基本権による「最終的な保護」のみが問題となり、「一応の保護」は観念されていない。[79] これに対し、従来のドグマーティクでは、「一応の保護」としての保護領域を第一段階で画定し、第三段階たる制約正当化の手続の結果として「最終的な保護」を明らかにするという手法がとられる。こうした手法をとるメリットは、基本権法益と対抗法益とを明らかにし、相異なる利益に配慮

した比較衡量を可能とすることにある、とされる。[80]

しかし、「新傾向」の側の論者は、こうした問題を正当化段階で処理したからといって、保護領域段階で処理する以上により合理的な審査が可能になるとは限らない、と考える。[81] そのうえで、重要なのは、どの段階で議論するのかではなく、しっかりとした審査がなされるか否かである、と反論する。[82] 審査の段階を区別するからこそ基本権法益と対抗法益とが明確になることを考えれば、これは必ずしも適切な反論とはいえないが、審査の段階ではなく審査の中身こそが重要だという主張は、ありうるものといえるだろう。

基本法二条一項との関係

とはいえ、グリコール決定のように、職業の自由の「事物・生活領域」には属するが「保障内容」には該当しない事柄について基本法二条一項の適用が及ばないとしたのでは、審査の中身においても不備があるといわざるを得ない。なぜなら、「事物・生活領域」に属さない事柄の方が基本法二条一項の適用があるぶん保護に厚いという逆転現象を生じさせることになるからである。この点、ベッケンフェルデは、グリコール決定とは異なり、「保障内容」から漏れた事項についても一般的行為自由としての基本法二条一項の保護が及ぶと考えているようである。[83] このようにすれば、たしかに、逆転現象や保護の欠缺は回避することができるかもしれない。

次元の異なる二つの違法性

このように基本法二条一項の補充的適用を認めた場合、国家活動の合憲性判断は次のようになろう。まず最初に、個別的基本権の「保障内容」の解明にあたり、当該基本権の観点からみた国家活動の違法性判断がなされ、この「保障内容」に抵触しない国家活動の場合には、次に基本法二条一項適用の下、一般的行為自由に対する介入の違法性判断がなされる。前者の違法性判断は当該基本権に即した各論的なものであるのに対して、後者のそれは、いうなれば総論的な介入の違法性判断であり、あらゆる国家活動に対して向けられ

るべき性質のものである。

これに対し、不正でない内容形成についても基本権介入の可能性を考慮する先の第二の考え方では、総論的な介入の違法性判断についても個別的基本権の平面で扱うこととなる。[84] その意味では、この考え方の論証構造と従来の基本権ドグマーティクとの距離は、比較的近いものだということができるだろう。

このように、「新傾向」のドグマーティクは、いずれの考え方であれ、個別的基本権それぞれの観点からみた各論的な違法性と、あらゆる領域での国家活動に共通する総論的な違法性とを区別した上で、この次元の異なる二つの違法性について別々に審査するものである、と理解することができよう。

新しい行政活動　グリコール決定に際して問題となっていたのは、インフォーマルな行政活動としての情報提供活動の合憲性である。[85] つまり、ここでは、従来型の行政手法でないがゆえに古典的な介入概念では把握しきれない国家活動の合憲性というものが、問題となっていた。

情報提供活動それ自体は、職業の自由以外の基本権にも当然に関わりうる。実際、グリコール決定と同日に下されたオショー決定は信教の自由に関するものであった。[86] ならば、グリコール決定の事案の特殊性は、職業の自由という基本権にというより、新しいタイプの国家活動という点にあったのかもしれない。だとすれば、ここでは国家活動に関する総論的な課題の克服が目指されるべきだったともいい得る。その限りで、グリコール決定は、従来のドグマーティクによりつつ介入概念を拡張させることで、論証が可能な事案だったと評価できるのかもしれない。[87]

むすびにかえて

以上、ドイツ連邦憲法裁判所のグリコール決定を素材として、情報提供活動の合憲性判断における論証構造につ

いて検討してきたが、ここでは、少なくとも以下のことについて明らかになったといえよう。一つは、かりにドグマーティクの「新傾向」に与するとしても、本決定のように基本法二条一項の適用可能性を排除することは許されないこと。もう一つは、本件では必ずしも「新傾向」に依拠することは要求されていなかった、ということである。

「新傾向」に属するブムケによれば、本件は、実は、目的性がない事実上の間接的な制限に関する事案であった、という。なぜかといえば、今回のリスト公表は、市場の透明性の確保とワイン市場の安定化を意図したものであり、この目的は、ワイン市場の信頼回復といった「危機の克服」[88]だったからである。ここでは、危機に対処することを通じて法益を保護することが目的とされていたわけではない。だからこそ、本決定は保護義務について言及しなかったのだ、というのである。[89]こうした理解は、言い換えるならば、リスト公表は、消費者を保護するためにグリコール入りワインの売上げの低下を目的としたのではなく、ワイン市場危機の克服を目的としていただけであるので、目的性を有した制約には該当しない、ということなのであろう。[90]

このような見解は、ドグマーティクの「新傾向」に依拠しなくても、従来のドグマーティクの第二段階において十分に主張可能である。本件に関しては、情報提供活動が介入または介入と機能的等価であるものに該当するかどうかが、まさに勝負の分かれ目であったと思われる。より具体的にいえば、情報提供活動の目的をどのように理解するかこそが重要な論点であったのではないだろうか。その意味では、いずれのドグマーティクに依拠したとしても結論の妥当性は変わり得たということができるのかもしれない。これは、本件に限らず、その他の情報提供活動のほとんどについて当てはまることだと思われる。今後わが国の情報提供活動の合憲性を判断するにあたっても、このような視点は見失われてはならないであろう。

本稿では、それぞれの基本権ドグマーティクの優劣について断ずることまではできない。誠に遺憾ながら、紙幅

の制約上、そこまでの検討を及ぼすことはできなかった。また、連邦憲法裁判所が積極的に新しいドグマーティクを打ち出そうとしているのかも、現時点ではまだ定かではない。その意味では、これからの判例の展開を注意深く検証する必要があると思われるが、それは今後の課題として他日に期したいと思う。

(1) 東京高判平成一五年五月二一日判例時報一八三五号七七頁。

(2) 古典的な介入概念は、命令性、目的性、直接性、法行為性の四つをメルクマールとする〔*Michael Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2003, Vor Art. 1, Rn. 78 ff. ボード・ピエロート／ベルンハルト・シュリンク（永田ほか訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社、二〇〇一年）八三頁。古典的介入概念を詳しく解説するものとして、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、二〇〇一年）二五頁以下参照〕。国家の情報提供活動は、少なくとも命令性、直接性、法行為性が欠けているので、古典的介入概念には含まれないと考えられる。

(3) *Udo Di Fabio*, Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, S. 689 ff. (689).

(4) パスタ麺の原料となった卵の細菌汚染が問題となったBirkel事件（OLG Stuttgart 1. Zivilsenat, Urteil vom 21. März 1990, Az: 1 U 132/89; NJW 1990, S. 2690 ff.）や、BSE危機の際に「牛肉不使用」との虚偽表示が問題となった「牛肉不使用ラベル」事件（LG Wiesbaden, Urteil. vom 22. Juni 2001, Az: 9 O 18/01; NJW 2001, S. 2977 ff.）など。

(5) 例えば、*Sachs* (Anm. 2), Rn. 89. は、警告的な情報提供活動のように、「国家が、他者を手段として第三者の行動を目的的に（自覚的かつ意欲的に）誘導する場合」であっても、これは国家による制約とみなされる、とする。このように考えれば、情報提供活動に対しても基本権上の正当化を課すことが可能となるであろう。なお、介入概念の拡大の一般論は、ピエロート／シュリンク・前掲注(2)八三頁以下、松本・前掲注(2)二三頁以下参照。

(6) 後述するグリコール事件に関する連邦行政裁判所判決（BVerwG 3. Senat, Urteil vom 18. Oktober 1990, Az: 3 C 3/88; JZ 1991, S. 624 ff.）もまた、「基本権主体への関与が、純然たる高権的国家行為に基づいた単に事実上かつ間接的なものでしかなかったとしても、この関与は基本権介入を意味しうる」、としている。

(7) BVerfGE 105, 252. この決定に関する評釈として、拙稿「国家による情報提供活動の合憲性――グリコール決定」自

治研究八一巻一二号（二〇〇五年）一四四頁以下。なお、O－157事件を本件との比較検討の下で評釈するものとして、鈴木秀美「行政の公表による信用毀損」法律時報七五巻一二号（二〇〇三年）一一六頁以下。

(8) *Horst Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2004, Vorb., Rn. 128.

(9) *Thomas Clemens*, in: Umbach/ Clemens (Hrsg.), Grundgesetz Mitarbeiterkommentar, Bd. I, 2002, Vor Art. 2 ff., Rn. 3によれば、合憲性判断は原則として同じ図式に則って行われる、という。

(10) 基本権ドグマーティクの「新傾向」をめぐる論争の一般論については、小貫幸浩「基本権が『保障するもの』は何か」高岡法学一五巻一・二合併号（二〇〇四年）二二五頁、同「基本権が『保障するもの』は何か・続」高岡法学一六巻一・二合併号（二〇〇五年）一頁もあわせて参照されたい。

(11) 基本権ドグマーティクの全容については、松本・前掲注(2)で詳細な紹介と分析がなされている。

(12) *Wolfram Höfling*, Grundrechtstatbestand-Grundrechtsschranken-Grundrechtsschrankenschranken, Jura 1994, S. 169 ff.

(13) 三段階審査の概要については、松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山・駒村編『論点探究 憲法』（弘文堂、二〇〇五年）九四頁以下、九五頁を参照されたい。なお、制約段階では、国家活動が介入に該当するか否かが審査され、正当化段階では当該介入が正当化されうるか否かにつき、形式及び実質の両面から審査される。形式審査では法律上の授権が、実質審査では比例原則が主たる論点となる。

(14) *Michael Kloepfer*, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Starck (Hrsg.), Festgabe Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, 1976, S. 405 (406 f.).

(15) ピエロート／シュリンク・前掲注(2)一一二頁、*Gerrit Manssen*, Grundrechte, 2000, S. 6 f.; *Helmut Siegmann/ Gunnar Duttge*, Staatsrecht I: Grundrechte, 3. Aufl., 2000, S. 70 f.; *Horst Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., 2004, Vorb., Rn. 119 ff.; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/ Klein /Starck (Hrsg.), Bonner Grundgesetz, Bd. I, 4. Aufl., 1999, Art. 1 Abs. 3, Rn. 227 ff.

(16) 本件は、二つの別々のワイン事業者がそれぞれの地元の地方行政裁判所対して行ったリストへの掲載差止めの訴えに端を発する。両者の訴えがいずれの審級においても不成功に終わったため、それぞれ憲法異議を提起した。連邦憲法裁判

所がこの両憲法異議を併合して下したのが本決定である。なお、日本の同種の事案であるO－157事件は、信用毀損等を理由とする損害賠償請求訴訟であった点に、本件との違いをみてとることができる。

(17) 本稿では紙幅の制約上、全ての論点について扱うことはできない。基本権ドグマーティクとの関連において重要と思われる箇所に的を絞って言及させていただくことにする。本稿で扱うことのできなかった論点については、拙稿・前掲注(7)の評釈を参照されたい。

(18) 「保護領域」という用語法が最も一般的であると思われるが、同様の意味で「規範領域 Normbereich」や「保護対象 Schutzgegenstand」、「基本権構成要件 Grundrechtstatbestand」という語が用いられることもある。*Michael Sachs*, in Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1995, S. 31 ff. 参照。なお、本決定では、頻繁に「保障領域 Gewährleistungsbereich」の語が用いられているが、これが保護領域と同義であるかについては、明らかではない。*Vanessa Hellmann*, Eine Warnung vor dem Bundesverfassungsgericht, NVwZ 2005, S. 163 (164).

(19) BVerfGE 105, 252 (265).

(20) BVerfGE 105, 252 (265).

(21) *Peter M. Huber*, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand, JZ 2003, S. 290 (292).

(22) *Huber* (Anm. 21), S. 292. は、このような保護領域の画定方法を「場当たり的な保護領域の画定」であると批判している。

(23) *Jan Henrik Klement*, Der Vorbehalt des Gesetzes für das Unvorhersehbare, DÖV 2005, 507 (509) は、「グリコール決定では、裁判所は……構成要件段階で基本権審査を完全に終了させている」と論ずる。

(24) 松本・前掲注(2)二四頁以下。

(25) BVerfGE 105, 252 (273).

(26) *Hellmann* (Anm. 18), S. 165.

(27) BVerfGE 105, 252 (252). また、同様の表現は、BVerfGE 105, 252 (268) でもなされている。

(28) BVerfGE 105, 252 (268 ff.).

(29) BVerfGE 105, 252 (270).

(30) BVerfGE 105, 252 (276).

(31) *Dietrich Murswieg*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe, NVwZ 2003, S. 1 (3).

(32) 本決定は、「制約が確定しているときは、違法性も確定している」と論ずる。BVerfGE 105, 252 (273).

(33) *Murswieg* (Anm. 31), S. 3.

(34) *Huber* (Anm. 21), S. 294.

(35) *Dreier* (Anm. 8), Vorb., Rn. 128.

(36) 例えば、*Hellmann* (Anm. 18), S. 165 は、「不明確なドグマーティク」という、*Murswieg* (Anm. 31), S. 1は、「基本権ドグマーティクからして……跡づけることが不可能」であると、また *Huber* (Anm. 21), S. 298 は、「ドグマーティクとして、ほとんど主張不可能」であると批判する。

(37) *Di Fabio* (Anm. 3), S. 690 f.; *Rainer Pitschas*, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in : Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 219 (S. 244 ff.); *Gerhard Robbers*, Behördliche Auskünfte und Warnungen gegenüber der Öffentlichkeit, AfP 1990, S. 84 (85).

(38) *Cristian Bumke*, Publikumsinformation, Die Verwaltung 2004, S. 3 (16).

(39) *Hans D. Jarass*, in : Jarass/ Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., 2004, Vorb. vor Art. 1 Rn. 32. なお、「隠れた基本権制限」については、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、二〇〇四年）一二九頁以下参照。

(40) *Murswieg* (Anm. 31), S. 3.

(41) *Uwe Volkmann*, Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, JZ 2005, S. 261 (267).

(42) BVerwG, DVBl 1996, S. 807 (807).

(43) *Rolf Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 619 (625 f.); *Gertrude Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, S. 2705 (2709 f.).

(44) BVerfGE 105, 252 (265 f.).

(45) *Huber* (Anm. 36), S. 292 f.

(46) *Murswieg* (Anm. 31), S. 3.

(47) *Huber* (Anm. 36), S. 293 ; *Herbert Bethge*, Zur verfassungsrechtlichen Legitimation informalen Staatshandelns der Bundesregierung, JURA 2003, S. 327 (332); *Udo Di Fabio*, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, JuS 1997, S. 1 (3 f.).

(48) *Murswieg* (Anm. 31), S. 2 ; *Sachs* (Anm. 2), Rn. 89 ; *Di Fabio* (Anm. 3), S. 694 ff.

(49) 旧来の国家の広報活動については、*Bethge* (Anm. 47), S. 328 参照。これによれば、国家の広報活動は民主主義に資するものには限定されない、という。

(50) *Murswieg* (Anm. 31), S. 8.

(51) *Peter Knitsch*, Die Rolle des Staates im Rahmen der Produktinformation, ZRP 2003, S. 113 (116).

(52) *Bethge* (Anm. 47), S. 332.

(53) *Knitsch* (Anm. 51), S. 117.

(54) *Hellmann* (Anm. 18), S. 165. また、*Klement* (Anm. 23), S. 507 (511 ff.) は、制約は国家活動の効果に着目したものであるが、法律の留保はその行動に着目したものなので、間接的な制約についても、最低限、一般条項による法律上の授権は要求される、とする。なお、*Klement* (Anm. 23), S. 507 (514 ff.) によれば、基本権制約の予見不可能性の問題は、法律の留保の妥当性の問題ではなく、授権規範の規律密度の低下の問題である、という。

(55) *Bethge* (Anm. 47), S. 332.

(56) *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 42 (2003), S. 165. ベッケンフェルデの考え方については、小貫・前掲注(10)（二〇〇四年）が詳しい。なお、これを簡潔に紹介するものとして、小山・前掲注(39)一四一頁以下、高田篤「法学者としてのシュリンク」ベルンハルト・シュリンク（岩淵達治ほか訳）『過去の責任と現在の法』（岩波書店、二〇〇五年）一五一頁、一五七頁以下参照。

(57) ベッケンフェルデは、ここでは介入と制限の語を互換的に用いていると思われる。*Böckenförde* (Anm. 56), S. 174. なお、従来の論証構造では、制約段階の後に正当化段階が控えていることは当然の前提とされていると思われるが、ベッケ

ンフェルデが提唱する論証構造において、制約段階の後に正当化段階が控えているかどうかは窺い知ることができない。ただし、個別的基本権の保障から外れるものについては、基本法二条一項の一般的行為自由の保障が最後に控えている、としている。*Böckenförde* (Anm. 56), S. 175 f. 参照。

(58) *Böckenförde* (Anm. 56), S. 167 ff.

(59) *Böckenförde* (Anm. 56), S. 174.

(60) *Böckenförde* (Anm. 56), S. 174.

(61) *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43, 2004, S. 203 ff.; *Bumke* (Anm. 38), S. 3 ff.; *Volkmann* (Anm. 41), S. 267 ff. なお、ホフマン・リームの主張については、小貫・前掲注(10)（二〇〇五年）一一頁以下参照。

(62) *Böckenförde* (Anm. 56), S. 175.

(63) *Volkmann* (Anm. 41), S. 266 ff.; *Böckenförde* (Anm. 56), S. 178 ff.; *Hoffmann-Riem* (Anm. 61), S. 217 ff.; *Bumke* (Anm. 38), S. 21 ff.

(64) *Böckenförde* (Anm. 56), S. 178.

(65) *Volkmann* (Anm. 41), S. 266.

(66) BVerfGE 105, 252 (279).

(67) *Murswiek* (Anm. 31), S. 3 は、基本法二条一項の適用の排除を異論なく主張できるのは、基本法一二条の基本権保護領域への抵触が出発点となる場合だけである、という。

(68) 実際、*Böckenförde* (Anm. 56), S. 188 もこのように考えている。

(69) 基本権の内容形成に関しては、小山・前掲注(39)一一二頁以下に非常に詳細な分析がある。

(70) *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 344 ff.; *Bumke* (Anm. 38), S. 23 f.

(71) *Cristian Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 96 ff., 104 ff.

(72) *Bumke* (Anm. 38), S. 24.

(73) *Hoffmann-Riem* (Anm. 61), S. 217 f.; *Bumke* (Anm. 38), S. 24 f.

(74) *Bumke* (Anm. 71), S. 104 f.

(75) *Bumke* (Anm. 38), S. 25 f.

(76) *Hoffmann-Riem* (Anm. 61), S. 215 ff. もまた、三段階審査を維持していると思われる。

(77) BVerfGE 105, 252 (273).

(78) 不正な内容形成ではない介入の場合には、正当化審査を経ない限り違法性は確定しないはずであろう。

(79) この両者の「保護」の区別に関しては、*Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996, S. 251 ff.; *Martin Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1998, S. 29 ff.; *Andreas von Arnauld*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, S. 15 ff. 参照。

(80) *Kloepfer* (Anm. 14), S. 406.

(81) *Volkmann* (Anm. 41), S. 266 f.

(82) *Volkmann* (Anm. 41), S. 268 f.

(83) *Böckenförde* (Anm. 56), S. 188.

(84) *Hoffmann-Riem* (Anm. 61), S. 214 ff. は、支配的学説とは異なり、基本法二条一項についてもその保護の射程を個別的基本権同様に狭く理解しようとしている。ただ、この場合は、個別的基本権の「事物・生活領域」に含まれないものについては、不合理な国家活動を排除できなくなるおそれがでてくるであろう。なお、基本法二条一項の保護の射程に関する学説の相違については、拙稿「包括的基本権条項から導かれる権利の射程」阪大法学四八巻六号（一九九九年）一六三頁以下を参照されたい。

(85) *Huber* (Anm. 36), S. 290.

(86) オショー決定については、西原博史「政府の情報提供活動における〈警告〉と信教の自由の保障」自治研究七九号七号（二〇〇三年）一四四頁の評釈を参照。

(87) オショー決定もグリコール決定と同様に、ドグマーティクの「新傾向」の立場から政府の情報提供活動に関する法律上の授権を不要とした事案であると評価し得るが、しかし、ここでは信教の自由が有する特殊事情を考慮すべきだと思われる。すなわち、信教の自由は「留保なき基本権」であるため、本来的に制約が観念されるべきではなく、無用な「憲法

内在的な制約」は極力回避される必要がある。その限りで、政府による合憲的な情報提供活動への道を塞がないためにも、ここでは保障領域をより限定的に解することが求められていた、といえるかもしれない。これに対して、職業の自由は「単純留保付き基本権」であるので、「憲法内在的な制約」の問題は深刻ではない。職業の自由の制約は正当な理由があれば許容され得るのである。だとすれば、グリコール決定は、この意味では保障領域を限定する必要性に迫られていなかったといえ、法律による授権に基づいて制約を行ったとしても解釈論上の問題を生じることはなかった、と考えることができよう。

(88) BVerfGE 105, 252 (275).

(89) *Bumke* (Anm. 38), S. 21 f.

(90) とはいえ、このような国家の主観的な目的・意図が介入の成否にとって決定的であるかどうかは疑問である。なぜなら、国家の情報提供の段階で、関係当事者の不利益となる国民の行動が予見可能であったり、あるいは、こうした行動への誘導を国家が意図しているという場合も、存在し得るからである。このような場合、国家の情報提供活動に基づく関係当事者の不利益を、純粋に「事実上の」「間接的な」ものと割り切ることはできないであろう。その意味では、リスト公表の結果としてワインの売上げ低下が容易に予想可能であるなど、国家の客観的な目的・意図が推知され得るような場合には、目的性が認められてよいように思われる。この点につき、*Murswiek* (Anm. 31), S. 4 ff. 参照。