



Title	ドイツ連邦行政裁判所の「憲法判断」の考察（一） : 行政法の解釈・適用における憲法の機能
Author(s)	原島, 啓之
Citation	阪大法学. 2015, 64(5), p. 289-312
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71545
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ドイツ連邦行政裁判所の「憲法判断」の考察（二）

——行政法の解釈・適用における憲法の機能——

原 島 啓 之

はじめに——本稿の問題意識

第一章 専門裁判所による「憲法判断」の制度的背景

第一節 専門裁判所の憲法上の位置づけ

第二節 裁判官移送要件の厳格化

第三節 憲法異議に基づく法律の解釈・適用の統制（以上本号）

第二章 連邦行政裁判所の「憲法判断」の方法

第一節 憲法適合的解釈の類型論

第二節 連邦行政裁判所の憲法判決

第三節 憲法判決の構造分析

おわりに——日本法への示唆と残された課題

はじめに——本稿の問題意識

(一) 法律の合憲・違憲という視座に定位した憲法論

憲法上の権利が問題となる裁判においては、法律の合憲・違憲の判断が直接示されるのではなく、憲法（憲法上の権利）を援用しつつ通常の法律の解釈・適用を通じて事件が解決される場面が多く存在する。

これまで日本の憲法学、とりわけ憲法訴訟論は、法律の違憲審査の方法および基準の構築に大きな関心を向けてきた。アメリカの判例研究を通して導出された二重の基準論に基づく「違憲審査基準論」⁽¹⁾においても、ドイツ連邦憲法裁判所判例の研究に基づく「三段階審査論」⁽²⁾においても、違憲審査の場面で法律の合憲・違憲をいかなる手続や審査基準に基づいて判断すべきなのかという問題関心は共通である。従来⁽³⁾の学説は、主に法律の違憲審査を念頭に置き、法令違憲判決を通じた憲法価値の実現を中心に据えてきたといえるだろう。

法律の合憲・違憲という視座へのかかる定位は、合憲限定解釈をめぐる議論にも当てはまるように思われる。合憲限定解釈とは、例えば、「違憲と争われている法規につき、広狭二義の解釈が法文上は可能にみえ、広義の解釈を採ると法が違憲となり、または違憲となる疑いが強い場合、憲法に照らし法解釈をし、憲法上問題のない狭義の解釈を導く」⁽⁴⁾ものと定義される。この手法は、法律の違憲無効判決を回避することで法的混乱を防ぎ、また立法府との過度の摩擦・緊張を避けつつ、より憲法適合的な法運用を可能にする憲法判断の方法だと理解されてきた。⁽⁵⁾

しかしながら、この手法にかかる最高裁判例の現状を背景として、合憲限定解釈の手法は、「人権救済的な判例法理としては退場を余儀なくされた」⁽⁶⁾と評され、その人権を保障する機能は衰退したと位置づけられることが多い。⁽⁷⁾ こうして現在では、最高裁判所の合憲限定解釈による「法文の書き換え」、予見可能性や法的安定性の低下、立法

正当化機能といった消極的側面が強調され、法令違憲判決を下すべきとの立場が支配的といえる。⁽⁸⁾

かかる消極的評価を背景として、学説は「合憲限定解釈の許容性・限界」の問題に議論を集中させてきたように思われる。⁽⁹⁾ ここでは、過度広汎性の理論・明確性の理論⁽¹⁰⁾や、萎縮効果論⁽¹¹⁾に基づき、「合憲限定解釈の手法を用いるべきか否か」が主たる関心事となっている。そして「合憲限定解釈がなされた」判決について、当該事件でこの手法を用いたのは適切であったか否かが問われてきた。⁽¹²⁾ 合憲限定解釈の限界を画すことで、この手法が許されない場面を明確化し、法令違憲判決を下すべき条件を解明することが中心的な問題となっているのである。

（二） 本稿の問題意識——法律の解釈・適用のなかで機能する憲法論

しかしながら、法律の合憲・違憲とは異なる次元、すなわち「法令の適用段階で人権価値を考慮した判例」が近年増加していることに鑑みれば⁽¹³⁾、法律の解釈・適用のなかで働く憲法の機能をも正面に据えて議論を展開すべきではなからうか。法律の合憲・違憲という視座に定位した従来の学説においては、この局面で機能する憲法論が必ずしも十分に深められてこなかったように思われる。ある判決に対し「合憲限定解釈がなされた」と指摘するにとどめては、憲法の援用を伴う法律の解釈・適用の具体的方法や、「違憲判決が回避された」という以上の憲法の機能が不明確なままである。また、合憲限定解釈の限界が問題とならず、憲法学においてこれまで十分な注目を集めて来なかった判決のなかにも、憲法の規定が法律の解釈・適用に影響を及ぼし、憲法価値を積極的に実現したと評しうるものが存在するのではなからうか。こうした法律の合憲・違憲とは位相の異なる憲法判断の方法——いわゆる「憲法適合的解釈」への注目が近年高まってきている。⁽¹⁴⁾ これまで学説は、憲法適合的解釈にかかる問題意識を主として私人間効力論の文脈で深化させてきた。⁽¹⁵⁾ これに対し本稿は、行政裁量の憲法的統制という形で近年議論が活性化しつつある、行政法における憲法適合的解釈の可能性に着目したい。

行政作用の適法性審査（行政裁量の司法的統制）における憲法の意義については、人権価値をはじめとする「優越的法益」への介入をもたらす行政活動に対して「比較的厳格な適法性審査が行われてきた」との指摘があり、また、裁量の限界および裁量の統制密度の判断に際して憲法上の基本権を考慮すべきだと主張されている。⁽¹⁸⁾しかしその一方で、処分違法の結論を得るためだけでは「憲法論を展開する必要性に乏しい」として、憲法論の意義に疑問が呈されることもある。⁽¹⁹⁾さらには、最高裁判例において、常に憲法上の権利が適切に考慮されているわけではなく、憲法上の権利が必ずしも統制密度の深化に結びつけられてこなかったことが、多くの論者により指摘されている。⁽²⁰⁾このように、わが国においては、行政訴訟における憲法上の権利の重要性が指摘されつつも、その位置づけは明確とは言えず、行政法の解釈・適用に際して、いかなる場合に、いかなる形で憲法論を機能させるべきか、という点が十分に明らかでないのが現状だと思われる。かかる現状に鑑みれば、法律の解釈・適用の次元で機能する憲法論の土俵を自覚的に設定し、憲法的考慮を行政法の解釈・適用に反映させるための枠組を構築することが必要となろう。すなわち、行政作用の適法性審査において、そもそもいかなる局面・条件の下で憲法適格的解釈が要請されるのか（憲法適格的解釈の作動条件）、行政法の解釈・適用において憲法はどのような機能を果たしうるのか（憲法の機能方法）、という点が明らかにされる必要があると思われるのである。

（三） 検討の方法と本稿の構成

以上の問題意識の下、本稿は比較法研究の素材をドイツに求める。その際、先行研究の蓄積が豊富な連邦憲法裁判所の判例理論ではなく、憲法訴訟理論の観点からの研究が十分にされてこなかった専門裁判所（Fachgerichte）、そのなかでも行政事件を専門に扱う連邦行政裁判所の憲法判決（憲法規範に基づき判断を下している判決）に着目したい。⁽²¹⁾なぜなら、憲法裁判所制度を採用するドイツにおいても、日々の行政事件に際して憲法（とくに基本権）

を援用し、通常法律（*einfaches Gesetz*）の解釈・適用に反映させる——憲法適合的解釈（*verfassungskonforme Auslegung*）の方法を通じて憲法問題を解決し、基本権保護を行っているのは、連邦「行政」裁判所だからである。法秩序の憲法化（*Konstitutionalisierung*）⁽²²⁾が進むドイツにおいて、連邦行政裁判所は、このようないわば隠れた「憲法判断」を通じて、憲法裁判所と同等かそれ以上に行政法の憲法化を推進しているとさえ言われる。⁽²³⁾法令違憲判決ではなく、憲法適合的解釈を通じて憲法問題を解決し、基本権保護を実現する連邦行政裁判所の判例理論は、わが国において法律の解釈・適用を通じて憲法価値の実現方法を探求するための、有力な手がかりになると思われる。

以上の目的を達するため、本稿は以下の構成をとる。まず第一章では、連邦行政裁判所の「憲法判断」が活発化している制度的背景を明らかにする。⁽²⁴⁾ドイツにおいては、法律の違憲判断権限（*Verfaltungskompetenz*）を憲法裁判所に集中させているにも拘らず、どうして連邦行政裁判所が憲法を援用しながら法律を解釈・適用して事件を解決することが日常化しているのか、それはいかなる理論的根拠に基づくものなのか——判例分析に先立ってまずはこの点を明らかにする必要がある。そのためにまず、専門裁判所の憲法上の地位や権限、基本権保護にかかる連邦憲法裁判所との役割分担といった制度的前提を確認する（第一章第一節）。そのうえで、専門裁判所による憲法適合的解釈の積極化の要因となっている連邦憲法裁判所の判例理論を、裁判官移送（具体的規範統制）の適法性要件の厳格化、および憲法異議に基づく専門裁判所判決の統制という二つの視角から検討していくこととしたい。両者の検討を通じ、専門裁判所に対して、法律の違憲判断を回避するための憲法適合的解釈が強制されていること（同第二節）、さらには法律自体に違憲性が存しない場合でも、法適用の次元で憲法適合的解釈が要請されていること（同第三節）が明らかにされる。専門裁判所の「憲法判断」の背景および理論的根拠を探るこの作業は、日本法との比較を行うための不可欠の前提となる。

そのうえで第二章において、連邦行政裁判所の「憲法判断」の方法を具体的に考察する。連邦行政裁判所は具体的事件において何を「憲法問題」と捉えて憲法を援用し、法律の解釈・適用に憲法論をいかなる形で反映させているのだろうか——これらの点を考察し、連邦行政裁判所の「憲法判断」の構造を明らかにすることが課題となる。そのためにも、憲法適合的解釈の概念につき踏み込んだ検討を行う。学説における憲法適合的解釈の理解および類型論を検討することで、判決の分析視角を得ることがその目的である(第二章第一節)。続いてそこから得られた分析視角に基づき、連邦行政裁判所の憲法判決を憲法適合的解釈の方法に着目して分析する(同第二節)。そのうえで、①憲法適合的解釈を要請する「憲法問題」とは何か、②憲法が法律の解釈・適用においていかなる機能を果たしているか、という二つの観点から、連邦行政裁判所による憲法適合的解釈の構造を判決に即して明らかにしていくこととする(同第三節)。

最後に、以上の連邦行政裁判所の「憲法判断」の考察から、日本法への示唆を探ることとしたい(おわりに)。

第一章 専門裁判所による「憲法判断」の制度的背景

第一節 専門裁判所の憲法上の位置づけ

第一款 ドイツの裁判制度と基本権保護

ドイツの裁判制度においては、憲法裁判所と専門裁判所が存在している。各専門裁判所には、民刑事・行政・財政・労働・社会の専門領域の裁判が割り当てられており、基本法九五条一項に基づき連邦通常裁判所、連邦行政裁判所、連邦財政裁判所、連邦労働裁判所、連邦社会裁判所という五つの領域の最上級審裁判所が設置されている。

連邦憲法裁判所が扱う事件は、憲法異議の枠組によるものが圧倒的多数を占める⁽²⁵⁾。基本法九三条一項4号によ

れば、公権力によって自己の基本権を侵害された者は、連邦憲法裁判所に基本権の救済を申し立てることができる。連邦憲法裁判所は、主としてこの憲法異議の枠組において市民の基本権保護を行うこととなる。

しかしながら、基本権侵害に関わるすべての事件がいきなり憲法裁判所に持ち込まれるわけではない。なぜなら、憲法異議の補充性により、憲法異議を提起するためには、予め裁判で争う途を尽くす（*Rechtswegerschöpfung*）という要件が満たされなければならないからである。⁽²⁶⁾ 憲法異議は、通常の裁判審級の頂点ではなく、基本権侵害に対する特別の法的救済手段だと位置づけられている。⁽²⁷⁾ そのため憲法異議の利用が正当化されるのは、それが不可欠な場合に限られる。さらに憲法異議は、その対象を基準として「法令に対する憲法異議」と「判決に対する憲法異議」とに区別される。補充性要件によって、憲法異議を提起する前には予め裁判で争う途を尽くすことが前提となるため、両者のうち「判決に対する憲法異議」が圧倒的割合を占める。⁽²⁸⁾ つまりほとんどの場合、「専門裁判所の最終審で確定した判決により基本権が侵害されている」という形で、事件は憲法裁判所に持ち込まれるのである。⁽²⁹⁾ このように、憲法問題を含む事件もまずは専門裁判所で扱われるのが原則である。そのため、憲法裁判所制度を採用するドイツにあっても、専門裁判所こそが憲法問題および基本権保護に第一次的に取り組むこととなる。

第二款 法律の違憲判断権限の独占と裁判官移送義務

憲法問題の解決も基本権保護も、まずは専門裁判所の任務となるとはいえ、ドイツにおいては法律の違憲判断権限を憲法裁判所が独占している。基本法一〇〇条一項によれば、具体的事件の解決に必要な法律が違憲であるとの結論に達したならば、専門裁判所は訴訟を中断し、憲法裁判所の決定を求めなければならない（裁判官移送／具体的規範統制）。この制度の目的は、法律の違憲判断権限の集中によって立法者の意思を保護し、法的混乱・法的不

安定を回避し、法律の憲法適合性にかかる憲法判断の統一性を確保することにあるとされる。⁽³⁰⁾

しかしながら、専門裁判所が裁判官移送を通じて憲法問題を移送し、憲法裁判所の合憲性判断を求めるといふ基
本法上の原則は、「現在の実務とは大きく乖離しつつある」⁽³¹⁾。というのは、専門裁判所が憲法適合的解釈の手法によ
って憲法裁判所を介することなく憲法問題を解決し、自ら基本権保護をなす事態が続出しているからである。⁽³²⁾ 憲法適
合的解釈とは例えば、「ある規範に複数の解釈可能性が存在する場合、違憲判断を回避し、規範の放棄を不要とす
る解釈が選択されなければならない」と定式化される。⁽³³⁾ 憲法適合的解釈を行う限り法律の違憲判断は不要となるた
め、専門裁判所は憲法裁判所に頼ることなく自ら事件を処理できる。⁽³⁴⁾ それどころか現在では、基本法一〇〇条一項
の規定にも拘らず、この手法によって自ら憲法問題を解決し基本権保護を行うことが、専門裁判所における「日常
の事柄」になっているというのである。⁽³⁵⁾

この傾向の背景には、連邦憲法裁判所の判例理論がある。そこで以下では、専門裁判所の憲法適合的解釈が活発
化している背景を、裁判官移送要件の厳格化（第二節）、および判決に対する憲法異議を通じた専門裁判所判決の
統制（第三節）という二つの視角から検討していくこととしたい。

第二節 裁判官移送要件の厳格化

ドライバーによれば、裁判官移送の申立件数が減少しているのは、憲法上問題のある法律が減少したからでも、
ましてや法律の違憲性に対する裁判官の感受性が弱まったからでもない。むしろその原因は、連邦憲法裁判所が移
送の適法性要件を厳格化していることにあるといふ。⁽³⁶⁾

裁判官移送の適法性要件として、移送資格、移送の対象、違憲性の確信、判決にとっての不可欠性 (Entscheid-

ungserheblichkeit) の四つの要件が挙げられる。これらのうち、移送要件の厳格化が語られる際に特に問題となるのが、判決にとっての不可欠性、および違憲性の確信の要件である。この二要件の審査に際して、連邦憲法裁判所は「ますます厳格化している諸基準」を適用している。⁽³⁷⁾

第一款 連邦憲法裁判所判例の展開

(一) 判決にとっての不可欠性

移送要件の厳格化は第一に、「判決にとっての不可欠性」の要件の下で語られる。その有無を判断する出発点となるのは、原手続における判決が当該法律の有効・無効に左右される場合に限りこの要件が満たされる、との原則である。連邦憲法裁判所は、一九六七年の決定において、この要請を次のように定式化した。すなわち、「当該規範が判決にとって不可欠だといえるのは、移送裁判所が原手続において、当該規範が仮に無効であったとすれば、それが有効なときとは異なる判決をしなければならないだろうという場合に限られる……。移送裁判所はしたがって、……自身の下す判決が当該法律規定の有効性に左右されると考えるに至った法的考慮を説明しなければならぬ」(BVerfGE 22, 175 [176 f.])。連邦憲法裁判所のこの判示は、以後確立した判例となっている。⁽³⁸⁾

このように、連邦憲法裁判所は、法律が無効となった場合にそれが有効なときとは異なる判決結果に至ることを要求し、「判決にとっての不可欠性」をさまざまな要素・審査基準⁽³⁹⁾により多面的に審査することで、裁判官移送の適法性要件を厳格に判断している。

(二) 違憲性の確信——憲法適合的解釈の義務づけ

しかし、移送要件の厳格化を引き起こしているのは「判決にとっての不可欠性」要件だけではない。移送要件を

さらに厳格化しているのは、違憲性の確信の要件の下で語られる憲法適合的解釈の義務づけである。⁽⁴⁰⁾

(i) 判例理論の確立

この要請は、比較的初期の判例においてすでに示されていた。一九六七年に下された連邦憲法裁判所の決定は、「移送裁判所が、解釈について争いのある規範が特定の解釈を採ったときにのみ憲法に適合するとの見解を抱く場合には、同裁判所はこの解釈を決定の基礎に置かねばならず、連邦憲法裁判所に判断を求めるとは許されないと述べた (VerfGE 22, 373 [377])。ここに現れている憲法適合的解釈の要請をより明確に提示したのが、一九七八年の決定である。すなわち本決定は、「移送義務が存するのは、憲法上の疑義により判決に欠かせない法律規定を違憲とせざるを得ない場合に限られ」るため、「憲法適合的解釈の方法により規範の無効宣言を避けることができるならば、連邦憲法裁判所への移送は不要である」と明示している (VerfGE 48, 40 [45 f.])。

その根拠について、連邦憲法裁判所は二つの側面から説明しているとみることができる。すなわち一方で、憲法適合的解釈の手法に関して一般的に説かれる論拠がここでも基礎に置かれている。「ある規範を憲法適合的に解釈することが可能であり、当該解釈によっても意味を失わない場合には、当該規範は無効とされてはならない」——連邦憲法裁判所は規範の違憲無効判決と憲法適合的解釈との関係をこう説明する (VerfGE 48, 40 [45])。この判令が、憲法適合的解釈の意義および根拠について説示した自身の過去の諸判決に依拠してなされていることから、この手法について説かれる正当化根拠、すなわち、立法者尊重の思想⁽⁴²⁾ないし合憲性の推定⁽⁴³⁾、規範維持の利益ないし法の安定性の要請⁽⁴⁴⁾といった論拠を、ここでも基礎にしているといえるだろう。⁽⁴⁵⁾ また他方で、基本法一〇〇条一項の趣旨が援用される。すなわち、同条によって「連邦憲法裁判所に留保されているのは、『違憲判断権限の独占』に限られる」のであり、「他の裁判所をおよそ全ての憲法問題の審査および判断から除外する」ものではない。むしろ

「法律が憲法に適合するとの判断は、憲法適合的解釈を含め、個別事例において憲法拘束の下で法律を解釈・適用しなければならぬあらゆる他の裁判官にも義務づけられている」のである（BVerfGE 48, 40 [45]）。

(ii) 憲法適合的解釈にかかる要請の厳格化

このように、比較的初期の段階において連邦憲法裁判所は、立法者尊重の思想や規範維持の利益といった理論的根拠に基づき、憲法適合的解釈が全ての裁判官に義務づけられるとしたうえで、この義務と裁判官移送の適法性要件とを結びつけた。その後、一九八〇年代から一九九〇年代にかけて、憲法適合的解釈の要請を厳格に適用することで移送を不適法とした連邦憲法裁判所の決定が、数多く下されることとなった。

例えば一九八八年の決定においては、憲法適合的解釈にかかる上級審判決の拘束力が否定され、たとえ最上級審裁判所の確立した判例に背くことになろうとも、違憲判断を回避しうる独自の憲法適合的解釈を自らの責任で施すことが移送裁判所に要求された⁽⁴⁶⁾（BVerfGE 78, 20 [24 f.]）。また、「判決にわたる不可欠性」が欠けることを理由に一度拒否された移送について、後に当該不足部分の論証を補充して再び試みられた移送を、今度は同時期に学説において主張されていた憲法適合的解釈が可能であることを理由として再度不適法と判示した一九八九年の決定もある（BVerfGE 80, 68 [72 f.]）。さらに、その後の判例によって一般論にかかる判示がそのまま引用されるなど、判例の到達点を示したものと評しうるのが、一九九二年の決定である⁽⁴⁷⁾。本決定も、行政実務や先行判例において従来通用してきた法解釈を変更し、また訴訟関係者の一致した事実認識にも反するような、いささか困難ともいえる憲法適合的解釈の可能性を理由として、移送を認めなかった（BVerfGE 85, 329 [334-336]）。

これらの決定が示すように、連邦憲法裁判所は、法的側面・事実に双方から憲法適合的解釈の可能性を厳格に審査している。判例の展開によって、裁判官移送の対象となるのは、今や憲法適合的解釈が完全に失敗に終わ

った法律に限られることとなった。⁽⁴⁸⁾

第二款 裁判官移送要件の厳格化と専門裁判所の「憲法判断」

以上に見た裁判官移送要件の厳格化傾向に対しては、憲法適合的解釈の手法を通じた違憲性の是正を各専門裁判所が個々に行うことで、議会立法者の権限・権威の保護、および憲法問題にかかる法的統一性の確保を目的として違憲判断権限を連邦憲法裁判所に集中させた基本法一〇〇条一項の趣旨が没却されること——「具体的規範統制の意義の喪失」⁽⁴⁹⁾が学説により危惧されてきた。⁽⁵⁰⁾そこでフォスクーレは、「将来的には、判決にとって不可欠な規範の憲法適合的解釈を裁判官に強要することなく、裁判官移送の適法性要件を満たすとすべきだろう」とし、連邦憲法裁判所に判例変更を迫っていたのである。⁽⁵¹⁾

しかしながら、移送要件を厳格に審査する連邦憲法裁判所の傾向は、近年においてもなお継続していると見ることができると示すのが、所得税法二二条一号三文aの合憲性にかかる連邦財政裁判所の移送を不適法とした二〇〇九年の決定である。連邦憲法裁判所は、一方で「判決にとつての不可欠性」を否定し、他方で連邦財政裁判所は「憲法適合的解釈の可能性を十分に検討していない」と述べ、本件移送の適法性を否定した（BVerfGE 124, 251 [260 ff.]）。⁽⁵²⁾から明らかなように、本決定も従来の判例理論の延長線上に位置づけられる。

以上のように、専門裁判所には、法律の違憲性を確信した場合にもさらに憲法適合的な解釈可能性を探索せよ、との圧力がかけられている。⁽⁵³⁾移送要件の厳格化を通じて、憲法適合的解釈により法律の違憲性を自ら是正する専門裁判所の傾向が促進されているのである。⁽⁵⁴⁾

第三節 憲法異議に基づく法律の解釈・適用の統制

しかしながら、本稿の視角からより注目されるべきは、専門裁判所による憲法適合的解釈の活発化が裁判官移送・法令違憲判決の回避の局面に限られないという点である。法律の合憲・違憲の判断とは異なる次元、すなわち法律の個別事例への適用の次元においても、専門裁判所の憲法適合的解釈は活発化しているのである。適用すべき法律それ自体に違憲性が認められないならば、裁判官移送を回避するために憲法適合的解釈を施す必要もない。そのため、専門裁判所はこの場合、単に法律を適用して事件を解決すれば済むはずであり、憲法を持ち出す必要はないかに見える。ところが連邦憲法裁判所は、法律自体に違憲性が存しない場面でも、憲法と無関係に判決を下すことを許さない。⁵⁵⁾なぜなら、当該法律の適用に際して基本権を適切に顧慮していない専門裁判所の判決は、判決に対する憲法異議の枠組において破棄されてしまうからである。⁵⁶⁾

第一款 判決に対する憲法異議における専門裁判所判決の統制枠組

(一) リュート判決——裁判官の基本権拘束の意味と相互作用理論

その出発点となるのは、一九五八年のリュート判決 (BeVfGE 7, 198) である。すでにわが国でも周知の判決であるが、本判決が価値体系論に基づいて専門裁判所の基本権拘束の意味を明らかにし、相互作用理論を通じて基本権を制限する法律を再度基本権に照らして解釈・適用すべきだと説いた点で、本稿の視角からも重要である。

連邦憲法裁判所はまず、基本権が第一次的には「市民の国家に対する防御権」であるとしつつも、基本法は「その基本権部分で客観的価値秩序をも志向しており」、この価値体系は「全法秩序にとつての基本決定として妥当しなければならず」、「立法、行政、裁判はこの体系から指針と推進力を受け取る」との理解を示す。そのうえで、

「裁判官は憲法の要請により、自らが適用する実体民法規定が……基本権の影響を受けているかを審査しなければならない。もし影響を受けていれば、裁判官は、規定の解釈・適用に際してそこから生じる私法の修正を遵守しなければならない」——これこそが基本権拘束の意味である。そして、基本権の放射効を無視して判決を下した場合、基本権侵害に当たると判示した (BVerfGE 7, 198 [204-207])。

さらに本判決は、この説示を基本法五条 (意見表明の自由) に当てはめるに際して、次に見るような相互作用理論を展開した。すなわち、意見表明の自由を制限する一般法律 (allgemeines Gesetz) は、「その基本権を制約する作用においては、自身がこの基本権に照らして見られなければならない」⁵⁷、「基本権を制約する作用において自身が再び制約されなければならない」 (BVerfGE 7, 198 [208 f.])。この相互作用理論を通じて、法律規定を「基本権の意義に照らして」解釈・適用することが憲法上裁判官に義務づけられることとなった。こうして、それ自体は合憲である一般法律の、個別事例における適用を違憲としうる理論が生み出されたのである。⁵⁷

その後、リユート判決の説いた価値体系論および相互作用理論は急速に広まった。⁵⁸ 基本権の種類も意見表明の自由に限られず、職業の自由や所有権、集会の自由など他の基本権についても相互作用理論は用いられる。⁵⁹ また、民事事件のみならず、行政事件でも基本権の顧慮・相互作用理論は妥当する。⁶⁰ 行政作用の適法性審査において、なかでもとくに不確定概念の判断余地や効果裁量が問題となる事件において、行政裁判所が基本権にしかるべき考慮を払ったか否かを、連邦憲法裁判所は監視しているのである。⁶¹

(二) 特許決定——ヘックの定式

ここで問題となるのは、判決に対する憲法異議の枠組において、専門裁判所の最終審で確定した判決の審査をいかなる範囲で行うべきなのか、という点である。なぜなら、憲法異議は通常の裁判審級に追加された審級、すなわ

ち裁判判決を完全な範囲で審査する「超上告審 (Supervisionsinstanz)」ではないからである。⁽⁶²⁾

この問題については、一九六四年の特許決定 (BVerfGE 18, 85) がリーディングケースとなっている。本決定は、リユート判決を引用しつつ、裁判官が通常法の解釈・適用に際して基本法の価値基準を顧慮しなければならないことを確認する一方で、自身が「超上告審」としての任務を負ってはならないと強調する。そのうえで、連邦憲法裁判所が専門裁判所の判決に介入できるのは、「裁判所により憲法固有の部分 (spezifisches Verfassungsrecht) が侵害された場合」、すなわち、判決が「基本権の意義、とりわけその保護領域の範囲について根本的に誤った見解に基づいており、かつ実質的に具体的事件に対して一定の重要性を持つような誤り」が存在する場合に限られる、との定式——憲法裁判所の判事の名にちなんで「ヘックの定式」と呼ばれる——を提示した (BVerfGE 18, 85 [192])。

連邦憲法裁判所は、リユート判決および特許決定によって判決に対する憲法異議における専門裁判所判決の統制枠組を確立した。⁽⁶³⁾ リユート判決は、通常法に対する基本権の放射効を専門裁判所が誤解したり無視したりすれば、基本権拘束に違反し市民の基本権を侵害すると判示した。特許決定の示したヘックの定式は、この判示を連邦憲法裁判所の審査範囲と結びつけ、専門裁判所の判決が「憲法固有の部分」を侵害する場合にこれを破棄するとの統制枠組を確立した。こうして、基本権の保護領域に該当するにも拘らず法律の解釈・適用に際して基本権に適切な考慮を払わず、相互作用を無視して通常法律の修正を遵守しなかった場合に——すなわち憲法適合的解釈が不十分ないし不適切であることを理由に⁽⁶⁴⁾——、専門裁判所の判決は破棄されることとなった。

第二款 法秩序の憲法化と専門裁判所の「憲法判断」

その後の判例は、「基本権侵害の強度」の基準に基づき、専門裁判所判決への介入を強化する方向へ展開した。

連邦憲法裁判所は今や、専門裁判所の事実認定や事実解釈までも基本権に基づく統制に服せしめている⁽⁶⁵⁾。これに對しては、連邦憲法裁判所の「超上告審化」、さらには「超事実審化」が学説から厳しく批判され、また、憲法裁判所と専門裁判所との間に「緊張関係」が生じていると言われる⁽⁶⁶⁾。そこで学説は、連邦憲法裁判所の審査範囲の限定、および専門裁判所の権限との限界画定を試みて議論を積み重ねているもの⁽⁶⁷⁾、未だ決め手となる解決策は出てきていないようである⁽⁶⁸⁾。

しかし本稿の視角から重要なのは、憲法裁判所と専門裁判所の限界画定の側面よりも、判決に對する憲法異議に基づく統制が、専門裁判所の法適用レベルにおける憲法適合的解釈を促進しているという側面である⁽⁶⁹⁾。つまり専門裁判所は、基本権拘束を遵守していないとして憲法裁判所から違憲判断を受けることのないように、たとえ適用すべき法律それ自体に違憲性が認められなくとも、当該法律の適用に際して基本権を十分に顧慮しなければならぬのである。基本権の保護領域の範囲を見誤らないことを強調するヘックの定式を踏まえれば、事件に現れた市民の行為や利益が基本権の保護領域に該当するか否かが、法律規定の適用に先立って審査されなければならない⁽⁷⁰⁾。保護領域に該当する場合には、当該規定を基本権に照らして解釈し、また基本権の利益衡量を行うことを通じて、基本権保護の程度を高める形で事件を解決しなければならないこととなる。

そのため、専門裁判所の通常法の取扱に對し憲法的作用がどれほど及ぶかは、実体憲法の解釈、とりわけ基本権の保護領域の解釈に決定的に左右される。イエシユテットの描く「基本権拡張メカニズム」——「基本権の保護領域の（拡張的）解釈は、基本権的地位の増大をもたらし、また他方でこの増大は、「基本権の」制約可能性の拡大に帰結するところの基本権衝突の倍増をもたらす⁽⁷¹⁾」——は、このことを的確に示している。つまり、保護領域が広く解されれば、その分基本権により保護される市民の自由の範囲も拡大し、同時に基本権的地位が制約される可能

性も高まる。それにより、法適用の段階で基本権を顧慮しなければならぬ場面がますます増えていくこととなる。こうして憲法異議は、拡張的に解釈された基本権の諸効力を個別事件の隅々にまで及ぼすための圧倒的に重要な手段となっている。⁽⁷²⁾これによって法適用のレベルにおける法秩序の憲法化がもたらされ、専門裁判所判決における「基本権の普遍性 (Ubiquität)」が生じているのである。⁽⁷³⁾

以上のように、憲法裁判所の判例理論によって、法適用の次元における専門裁判所の憲法適合的解釈の積極化が促進されている。これは、裁判官移送要件の厳格化とは位相を異にするといわねばならない。ここでは、法律それ自体の合憲性を前提としながらも、当該法律を個別事例に適用する局面における憲法価値の実現・基本権保護が専門裁判所に要請されているのである。そしてその支えとなっているのは、「価値」としての基本権理解（基本権の放射効）および基本権拘束という理論的根拠と、憲法裁判所による判決内容の統制という制度的根拠だといえる。

小括

ここまでの考察から、専門裁判所による憲法適合的解釈の積極化をもたらしている理論的・制度的背景が明らかにされた。一方で、裁判官移送の適法性要件の厳格化により、法律の違憲判断を憲法裁判所に求める前に憲法適合的解釈を用いて当該違憲性を自ら是正することが要請されている。他方で、基本権を見誤った専門裁判所の判決を連邦憲法裁判所が憲法異議に基づき破棄していくことを通じ、法律自体の違憲性が問題とならない場合でも、専門裁判所は法律の適用に際して基本権の顧慮を義務づけられている。以上の判例理論を通じて連邦憲法裁判所は、専門裁判所が憲法適合的解釈により自ら憲法を適用していくよう仕向けているのである。⁽⁷⁴⁾

したがって、ドイツにおいて憲法判決を下すのは連邦憲法裁判所に限られない。むしろ憲法異議の補充性によつ

て、専門裁判所こそが第一次的に憲法問題と向きあっている。そして今や、専門裁判所による「通常法律の解釈・適用は、ますます憲法により刻印づけられている」と評されるまでになっている。⁽⁷⁵⁾

とりわけ行政法領域においてはこのことが一層あてはまる。私法においては、私的自治の原則が前提となっており、私法の自律性を確保し、あるいは、憲法との接触を拒否する必要性が強調される。これに対し、行政法においては、通常法律のレベルにおいて最も明白かつ直接的に国家と市民との関係を規律する法分野として、憲法と接点がないなどという見解は初めから主張され得なかつたのである。それゆえ民事裁判権とは異なり、行政裁判権における通常法の憲法化は正常な現象だと評される。⁽⁷⁶⁾ こうした背景から、行政法領域においては、連邦憲法裁判所のみが憲法化の推進者とはみなされていない。むしろ行政裁判所が、なかでもとりわけ連邦行政裁判所こそが、行政法の憲法化にとって重要な役割を担っているのである。⁽⁷⁸⁾

〔付記〕 本稿は、平成二六年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果の一部である。

- (1) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣・一九八一年）六五頁以下。
- (2) 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）、宍戸常寿『憲法上の権利』の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第二版）』（有斐閣・二〇〇九年）二二二頁以下、渡辺康行『憲法訴訟の現状』法政研究七六卷一―二号（二〇〇九年）三三頁以下、石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』（日本評論社・二〇一二年）一五頁以下。
- (3) 違憲審査基準論と三段階審査論とを比較検討する近年の論考として、高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報六一巻一二号（二〇〇九年）一頁以下、同「憲法判断の思考プロセス」法曹時報六四巻五号（二〇一二

- 二ほか編『行政法の原理と展開』（法律文化社・二〇二二年）一三二頁、渡辺・前掲註（16）三五七頁。
- (21) 「専門裁判所の違憲審査権」という視角からの問題に光を当てた重要な先行研究として、毛利透『法治国家』から『法の支配』へ』法学論叢一五六巻五〇六号（二〇〇五年）三三七頁以下。
- (22) Gunnar Folke Schuppert/Christian Bunke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000. 同書の書評として参照。六戸常寿『学界展望』国家学会雑誌一四四巻一―二二号（二〇〇一年）一四〇頁以下。
- (23) Mathias Jestaedt, Verfassungsgerichtsbarkeit und Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts, in: Johannes Masing/Olivier Jouanjan (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 2011, S.53 f.
- (24) もっとも、憲法の援用が活発化しているのは行政裁判権に限られず、全法領域においてそのような実践が行われている（Vgl. Christoph Degenhart, Fachgerichtsbarkeit, in: Hanno Kube u.a. (Hrsg.), Leigedanken des Rechts Bd. 1, 2013, S.981）。そのため以下の分析によって、専門裁判権全体において憲法の援用が日常化している背景が明らかにされることとなる。
- (25) Hans-Jürgen Papier, Grundrechtsschutz durch die Fachgerichtsbarkeit, in: Delft Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd. III, 2009, Ra.6. 渡辺康行「概観：ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第二版〕』（信山社・二〇〇三年）三頁、畑尻剛＝工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第二版〕』（中央大学出版部・二〇一三年）二八―二八三頁（工藤達朗）。
- (26) Hans-Jürgen Papier, Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeiten, DVBl 2009, S.475.
- (27) Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl., 2010, S.672.
- (28) Maurer, a.a.O. (Anm.27), S.673. 畑尻＝工藤編・前掲註（25）三四二頁（川又伸彦）。
- (29) Klaus Schlich/ Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., 2012, Rn.280.
- (30) Maurer, a.a.O. (Anm.27), S.665-667.
- (31) 毛利・前掲註（21）三三二―三三八頁。
- (32) 六戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂・二〇〇五年）三二―三八頁。
- (33) Horst Dreier, Artikel 1 III, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 2. Aufl. Bd. 1, 2004, Rn.84.
- (34) Hans Lechner/Rüdiger Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 6. Aufl., 2011, Eiml. Rn.104.

- (35) Andreas Voßkuhle, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125 (2000), S. 190.
- (36) Horst Dreier, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung?, Die Verwaltung 36 (2003), S. 108.
- (37) Werner Heun, Richtervorlagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 619.
- (38) Dreier, a.a.O. (Anm.36), S. 109 (Fn.22).
- (39) 連邦憲法裁判所の示す審査基準につき詳しくは、Vgl. Heun, a.a.O. (Anm.37), S.620 ff.; Schlaich/Korioth, a.a.O. (Anm.29), Rn.146 ff. 邦語では、畑尻剛「憲法裁判研究序説」(尚学社・一九八八年)一七一―一七四頁、光田督良「具体的規範統制におけるEntscheidungserheblichkeitの意義と問題性」法學新報一〇三巻二号(一九九七年)五三〇―五四〇頁。
- (40) Vgl. Klaus Renner, Die Verfassungswidrigkeit 'fälscher' Gerichtsentscheidungen, NJW 1991, S. 18.
- (41) 寧ろは、BVerfGE 2, 266 [282]; 19, 1 [5]; 32, 373 [383 ff.]が援用されていた。
- (42) 連邦憲法裁判所はその後も、憲法適合的解釈の決定的な根拠を立法者の地位および形成決定の尊重に求めている。例えばBVerfGE 86, 288 [320]は、「立法権に対する尊重(基本法二〇条二項)は、……憲法の枠内において立法者が望んだものの最大限を維持することを要請する。したがって、法律の文言により裏づけられ、かつ立法者の根本的な目標方向が維持される限りで、当該規範の憲法適合的解釈が要請されるのだ」と述べている。
- (43) Dreier, a.a.O. (Anm.36), S. 110 ff.; Schlaich/Korioth, a.a.O. (Anm.29), Rn.443.
- (44) Jörn Lüdennann, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Jus 2004, S.29.
- (45) これらの論拠を批判的に検討するものとして、Vgl. Karl August Betermann, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, S.24-26; Voßkuhle, a.a.O. (Anm.35), S.182-185. 憲法適合的解釈の基礎をめぐるドイツの議論を検討するものとして参照。阿部照哉「法律の合憲解釈とその限界」同「基本的人権の法理」(有斐閣・一九七六年)二二五―二二八頁、大西芳雄「憲法に適合する解釈」について」同「憲法の基礎理論」(有斐閣・一九七五年)一九二―一九六頁、広沢民生「『西ドイツ』における合憲解釈論の位相」早稲田大学大学院法研論集九号(一九七三年)一八七―一九〇頁。
- (46) 上級裁判所の判例に背いてでも、移送裁判所自ら独自の憲法適合的解釈をなさなければならぬことについては、毛利・前掲註(21)三四〇―三四一頁がすでに強調している。

(47) 本件は次のような事案であった。裁判所または検察庁に依頼された鑑定人には原則として鑑定書作成等の義務が生じるが、鑑定人は自身の寄与について補償を請求できる。本件で問題となった水質検査にかかる費用については「通常は各検査につき八〜七〇マルク」、「特別に規模の大きな検査の場合には最大二五〇マルク」の補償が法定されていた(証人及び鑑定人の補償に関する法律五条一項の付則五号)。訴訟当事者たる鑑定人も、地方監査役の鑑定意見も、本件検査の規模は「通常」であり、「特別に規模の大きな測定は行われなかった」と確認していたところ、実際の検査は法定の補償額では全く賄えなかった。そのため上級裁判所は、上記規定が職業の自由(基本法一二条一項)を侵害すると考え、連邦憲法裁判所への移送を行った。これに対して連邦憲法裁判所は、次のように述べて移送を拒否した。基本法一二条一項によれば、「適切な補償金を導く解釈、すなわち鑑定人の職業の自由への比例原則に反しない介入となる……憲法適合的解釈が要請される。」そのためには、法定の「原則・例外関係を変更することさえあり得るだろう。」それにも拘らず上級裁判所は、本件検査を「特別に規模の大きな検査」とみなして最大二五〇マルクの補償金を認定するという憲法適合的解釈の可能性を検討していない。したがって本件移送は不適法である、と結論づけた(BVerfGE 85, 329 [334-336])。こうして連邦憲法裁判所は、たとえ裁判所・訴訟当事者・鑑定意見が一致して「通常の検査」だと認識していたとしても、憲法に基づき法定の「原則・例外関係」を「変更」することで、「通常の検査」を「特別に規模の大きな検査」とみなし、職業の自由を侵害することのない適切な補償金を認定せよと命じたのである。

(48) Ulrike Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 61.

(49) Dreier, a.a.O. (Ann.36), S. 108.

(50) 専門裁判所の憲法適合的解釈が惹起する特別の危険性を強調するものとして、Vgl. Volkühle, a.a.O. (Ann.35), S. 185 ff. 専門裁判所の憲法適合的解釈に対する学説の議論について参照、毛利・前掲註(21)三四二―三四六頁。

(51) Volkühle, a.a.O. (Ann.35), S. 200. よく知られているように、フォスクーレはその後連邦憲法裁判所裁判官に就任している。就任後にフォスクーレがこの論点について論じた文献は管見の限り見当たらないため、彼の見解に変化があったか否かは定かでない。ただ言えることは、次の段落で紹介する決定が示すように、連邦憲法裁判所は移送要件を厳格に判断する立場を——フォスクーレ就任後も——堅持していると見るべきであり、しかもこの決定に、フォスクーレも判事として名を連ねている(という)ことである (Vgl. BVerfGE 124, 251 [267])。

- (52) もっとも、連邦憲法裁判所によってあらゆる移送が排除されているわけではない。例えば、一九九七年の決定においては、「移送裁判所は」住宅手当法（Wohngeldgesetz）四一条三項一文にかかる憲法適合的解釈の可能性を十分に検討している」として、実体判断が行われたこと（BVerfGE 96, 315 [324]）。
- (53) Voßkuhle, a.O. (Ann. 35), S. 179, 199.
- (54) Lenzke, a.O. (Ann. 48), S. 110.
- (55) Georg Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 121.
- (56) ヨルン・イブゼン（嶋崎健太郎訳）「一般裁判所、憲法裁判所およびヨーロッパ人権裁判所による基本権保護」ドイツ憲法判例研究会編『憲法裁判の国際的発展』（信山社・二〇〇四年）三〇三—三〇四頁。
- (57) 毛利透『表現の自由』（岩波書店・二〇〇八年）二四七頁。
- (58) リュート判決の広がりについて具体的判例を素材に検討するものとして、西村枝美「憲法の私人間効力の射程（六）」関西大学法学論集六三巻六号（二〇一三年）七四—一〇〇頁。
- (59) 穴戸・前掲註（32）二一〇頁。穴戸は、相互作用理論が現在では過剰禁止の一類型とみなされていると指摘する。
- (60) Friedrichn Hüfen, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl., 2011, S. 397.
- (61) 鶴澤剛「ドイツ憲法抗告と『憲法』の観念」憲法理論研究会編『憲法学の未来』（敬文堂・二〇一〇年）九七頁。
- (62) Schlarb/Korioth, a.O. (Ann. 29), Rn. 280, 283.
- (63) ヘックの定式の本質部分が、現在もなお妥当していると指摘するのは、Papier, a.O. (Ann. 26), S. 479.
- (64) ハンス・D・ヤラス（工藤達朗訳）「連邦憲法裁判所と法秩序の憲法化——憲法、とくに基本権の意義の増大について——」松原光宏編『現代ドイツ・ヨーロッパ基本権論』（中央大学出版部・二〇一一年）五一—六頁。
- (65) Jestaedt, a.O. (Ann. 23), S. 48. 判例の展開を批判的に検討するものとして、Vgl. Schlarb/Korioth, a.O. (Ann. 29), Rn. 286 ff. 邦語文献として参照、川又伸彦「憲法裁判における法律審の事実審査」法学新報一〇三巻二号（一九九七年）五四九—五六五頁、同「ドイツ連邦憲法裁判所による司法事実審査について」樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力下巻』（信山社・二〇〇三年）二七五—二九〇頁、渡辺・前掲註（25）一六一—一八頁。

- (66) Papier, a.a.O. (Anm.26), S.478 f. さらに、畑尻剛「批判に与えられるドイツの連邦憲法裁判所(下)」ジュリスト一〇七号(一九九七年)七九—八〇頁。
- (67) 連邦憲法裁判所の審査範囲の画定をめぐる学説については、Vgl. Schlarb/Korioth, a.a.O. (Anm.29), Rn.310 ff. 邦語文献として参照、片山智彦「審尋請求権侵害と連邦憲法裁判所の審査の範囲」阪大法学四四卷一号(一九九四年)一八五—一九九頁、川又伸彦「憲法裁判と司法事実」法学新報一〇八卷三号(二〇〇一年)三一〇—三二二頁。
- (68) Lembke, a.a.O. (Anm.48), S.102; Papier, a.a.O. (Anm.26), S.478.
- (69) Vgl. Schuppert/Bunke, a.a.O. (Anm.22), S.23.
- (70) Hufen, a.a.O. (Anm.60), S.397.
- (71) Jestaedt, a.a.O. (Anm.23), S.45. イェシユテットは同じ箇所で、「憲法裁判所の基本権解釈理論 (Grundrechtsdogmatik) の今日的水準によれば、ほとんどすべての……法関係、つまり行政法、刑事法、私法的性質」を有する法関係」は、基本権関係として再定式化されうる」と述べ、現在のドイツにおける憲法化の高い程度を指摘している。
- (72) Jestaedt, a.a.O. (Anm.23), S.47.
- (73) Robert Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S.9.
- (74) Lembke, a.a.O. (Anm.48), S.104.
- (75) Schlarb/Korioth, a.a.O. (Anm.29), Rn.19.
- (76) Jestaedt, a.a.O. (Anm.23), S.53.
- (77) Philip Künig, Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S.46.
- (78) Jestaedt, a.a.O. (Anm.23), S.53 f.