

エルフェス・リュート・レーバー

——初期ドイツ連邦憲法裁第1法廷の基本権理論の構築

三宅雄彦

一 序言

確定判例は確定した以上最早動かぬものだと我々は思い勝ちである。しかし、法律解釈が、制定史に依存する主観的方法、歴史的文脈に関連する歴史的方法、法典全体の理解に由来する体系的方法などに依拠するとすれば、制定史や歴史的文脈や法体系の前理解に変更が加えられれば、その本体の法律解釈自体にも変更が生ずる筈である¹。それは確定判例にも、それが実定法である以上、該当するであろう。

さて、従来、連邦憲法裁では、その審議過程が未公開であることは勿論、1970年迄は少数意見もその存在さえ明らかではなかった²。だが、2013年、文書保管に関する連邦憲法裁判所法 35b 条に 5 項以下が追加され、60 年経過した判決資料ならば公開可能となる。即ち、2021 年現在、連邦憲法裁の初期 10 年の 1961 年まで、憲法解釈が定礎された時代の様々な文書にアクセスできる訳である³。実際、これを利用した、ダアンシュテット⁴、

1 Vgl. Heiko Sauer, Juristische Methodenlehre, in: J. Krüper(Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 3. Aufl., 2017, S. 176-196; Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl., 2020, S. 430-513.

2 参照、三宅雄彦「序論」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』(2021年)22頁、同「コンコルダート判決における国際関係と連邦秩序」駒澤法学 20 巻 4 号(2021年)113-144, 129 頁注 40。

3 Florian Meinel/Benjamin Kram, Das Bundesverfassungsgericht als Gegenstand historischer Forschung: Leitfragen, Quellenzugang und Perspektiven nach der Reform des 35 b BVerfGG, in: JZ, 2014, S. 913-921, 916-918; Michael Hollmann,

グリム⁵、ミヒル⁶などの研究が登場しているが⁷、本稿は、これら論稿の成果を紹介する形で、1950年代に、一般的行為自由、間接的第三者効力、比例原則の基本権教義を確立した第1法廷の周辺事情を検討してみようと思う⁸。

Die Akten des Bundesverfassungsgerichts im Bundearchiv, in: F. Meinel(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 98-110, 107f.

4 Thomas Darnstädt, Verschlussache Karlsruhe: Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts, 2018; ders., Die Suche nach dem richtigen Weg: Die Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht, in: NJW, 2019, S. 1580-1586. Vgl. Jörg Berkemann, Die Geburtsjahre des BVerfG (Erster Senat) - Archivnummer B 237, in: DVBl, 2019, S. 1084-1096. このベアケマン論文は本注冒頭のダアンシュテット本の書評である。

5 Dieter Grimm, Das Elfes-Urteil, in: F. Meinel(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 155-185. (jetzt, Ein Blick hinter die Kulissen: Die Entstehung des Elfes-Urteils, in: ders., Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021, S. 204-243.)

6 Fabian Michl, Das Sondervotum zum Apothekenurteil: Edition aus den Akten des Bundesverfassungsgerichts, in: JöR, Bd. 68(2000), S. 323-407.

7 マイネルとクラムは、本改正により、今後、連邦憲法裁の秘密暴露ではなく、寧ろ、判例の個々の断片や、個別の裁判官の人物を巡る特殊研究が登場し、やがてその読み替えもなさるだろうと指摘する。Meinel/Kram, a.a.O.(Fn..3), S. 921. 実際、連邦憲法裁の重要判決に関する研究が続々と登場しつつある。Vgl. Thomas Dehlers, Rosenberg und die Konstituierung der Bundesrepublik Deutschland, 2017; Josef Foschepoth, Verfassungswidrig! Das KPD-Verbot im Kalten Bürgerkrieg, 2017; Marike Hansen, Erna Scheffler (1893-1983): Erste Richterin am Bundesverfassungsgericht und Wegbereiterin einer geschlechtergerechten Gesellschaft, 2020; Martin Will, Ephorale Verfassung: Das Parteiverbot der rechtsextremen SRP von 1952, 2018; Nadine Dröner, Das 'Homosexuellen-Urteil' des Bundesverfassungsgerichts aus rechtshistorischer Perspektive, 2020; Florian Meinel, Martin Will: Ephorale Verfassung, in: AöR, Bd. 143(2018), S. 678-682.

四九 8 ベアケマン曰く、元々開設時の連邦憲法裁のうち、当時政権政党であった同盟は、連邦制問題に関わる第2法廷のポスト獲得に執心で、その結果、専ら基本権を管轄する第1法廷の12名の裁判官のうち、同盟は4名のみを推薦、9名がプロテスタントという結果となった。その結果生まれたのが、自由主義的な基本権教義学であったという。Berkemann, a.a.O.(Fn.4), S. 1084. Vgl. Walter Pauly, Der unaufhaltsame Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts, in: ders./Ch. Fischer(Hrsg.), Höchststrichterliche Rechtsprechung der frühen Bundesrepublik, 2015, S. 1-

二 第1法廷の人的構成

1 1957年から58年

本稿が検討するエルフェス判決、リュート判決、レーバー判決は、いずれも連邦憲法裁第1法廷が、1957年から58年にかけて下した判決であるが、初代長官ヘブカー＝アショフ、第二代長官ヴィントリヒの1950年代は、新設の憲法裁判権を定着させる為の、重要判例が目白押しのドイツ連邦憲法裁の黄金時代である。当時、専ら統治機構を管轄する第2法廷は、連邦制問題を処理し、他方で第1法廷が、連邦憲法裁の基本権理論を構築した訳である。

尤も、連邦政府のベルリン、欧州連合のブリュッセルとの対決が注目の現在よりも一層、連邦政府のボンとの対決の時代であった。即ち、時の宰相アデナウアーと、司法大臣デーラーのことである⁹。

それは、1952年、西ドイツの欧州防衛共同体への加盟問題と、これに伴う西ドイツ再軍備問題を巡る、憲法問題に顕著に表れる。再軍備の合憲性を確証させたい連邦政府側は、有利な結論を得る為に、露骨な訴訟戦略で連邦憲法裁を屈服させんと策を巡らす。憲法裁側は、ヘブカー＝アショフの尽力もあり、政治介入は回避され、遂に自身の民主的法治国の核心的地位を政府側に承認させる¹⁰。【表1参照】

9 参照、岩間陽子『ドイツ再軍備』（中公選書、1993年）、櫻井智章「デーラーとガイガーと連邦憲法裁判所」甲南法学59巻3・4号（2019年）47-90, 57-80頁。

10 ヴィルトとレムブケに従いつつ、この事情を簡単に説明してみると、1952年に締結が予定されていた、ドイツ再軍備へと帰結しうる欧州防衛共同体設立条約、その基本法適合性が議論されていた際に、連邦政府は、連邦憲法裁を利用することを敢行し、そして失敗する。つまり、与党推薦の裁判官が多い「黒い法廷」の第2法廷と、与党と野党、それぞれ推薦の裁判官が拮抗する「赤い法廷」の第1法廷。まずは、52年1月にSPDが、当該条約承認法案の違憲性を争い、抽象的規範統制を第1法廷に提訴するが、けれども、その仮命令の申立につき同年5月に（第1次再軍備決定：BVerfGE 1, 281）、その本案については7月に却下されている（第2次再軍備決定：BVerfGE 1, 396）。その間、52年6月、連邦首相による自身の政治的道具化を恐れて、連邦憲法裁は、他の

表 1 初期・連邦憲法裁判所の諸判決 (1951-1962 年)

		第 1 法廷	第 2 法廷	
ヘブカー＝アショフ長官	1951 年	3 月	連邦憲法裁判所法制定 (12 日)	
		9 月	連邦憲法裁判所開設 (28 日)	
		10 月		南西邦 (E 1, 14)
		12 月	第 1 次寡婦年金決定 (E 1, 97)	
	1952 年	5 月	欧州防衛共同体条約法案仮命令 (E 1, 281)	
		6 月	「連邦憲法裁判所の地位」(地位文書)(ライプホルツ)	
		7 月	欧州防衛共同体条約法案判決 (E 1, 396)	
		10 月	社会主義ライヒ党判決 (E 2, 1)	
	1953 年	12 月	欧州防衛共同体決定 (E 2, 79)【合同部】	
		3 月		欧州防衛共同体条約法機関訴訟 (E 2, 143)
6 月		連邦司法省「法鑑定」(トーマ)		
12 月		連邦憲法裁判所「[法鑑定への]注釈」		
ヴィントリヒ長官	1954 年	1 月	ヘブカー＝アショフ退官 (死亡)	
		7 月	投資助成判決 (E 4, 7)	
	1955 年	8 月		第 1 次阻止条項判決 (E 4, 31)
		10 月	エリングハウス退官/クチャー着任	
	1956 年	2 月		地域重点政党 (E 4, 375)
		6 月		コンコルダート事件口頭弁論
		8 月	ドイツ共産党判決 (E 5, 85)	
		10 月	クチャーが第 1 法廷から第 2 法廷に異動	
	1957 年	10 月	エルフェス事件口頭弁論	
		1 月	エルフェス判決 (E 6, 32) 夫婦合算課税 (E 6, 55)	第 2 次阻止条項判決 (E 6, 84)
		3 月		コンコルダート判決 (E 6, 309)
		5 月	同性愛者判決 (E 6, 389)	
	1958 年	11 月	リュート事件口頭弁論	
		1 月	リュート判決 (E 7, 198) ペーマー (薬局) 事件口頭弁論	
		6 月	レーバー (薬局) 判決 (E 7, 377) 物価高騰昇給決定 (E 8, 1)	
		9 月	ヴェッセル退官 (死亡)	
10 月		ヴィントリヒ退官 (死亡)		
ミュラー長官	1959 年	4 月	プレーメン職員代表 (E 9, 268)	
		7 月	親権判決 (E 10, 59)	
	1960 年			
	1961 年			
	1962 年	1 月	連邦憲法裁判所 10 周年講演 (スメント)	
2 月			第 1 次放送判決 (E 12, 205)	

2 各種裁判資料の公開

さて、第1法廷の基本権教義学の意義を否定する者は今や誰もいないが、これが再注目される理由は、連邦憲法裁の新資料の公開にある。

元々、連邦憲法裁は、他の連邦憲法機関と同様に、業務遂行の際に不要

憲法機関を押し退け、憲法番人たる自身の最高権威を弁証する、ライブホルツ執筆による「地位文書」を発出する。Denkeschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952: Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, in: JöR, Bd. 6(1957), S. 144-149. だが、連邦憲法裁の政治介入を警告する連邦政府の抵抗は終わらず、52年8月、連邦政府は連邦大統領ホイスを通じて、この条約承認法律の基本法適合の確認を求め、連邦憲法裁合同部に鑑定を申立て、52年12月、承認法律が連邦議会を通過した直後、与党が、承認法律制定権を野党に侵害されたと、第2法廷に機関訴訟を提訴する。前者に関して、ヘプカー＝アショフ長官が、後者の機関訴訟の前に鑑定手続を処理、その決定は後の第2法廷を拘束すると宣言するが(第3次再軍備決定: BVerfGE, 2, 79)、合同部の鑑定決定に法的拘束力が与えられることを期待しなかったホイスは、すぐに鑑定申立を撤回、連邦憲法裁との対決を回避する。更に直後に、連邦首相アデナウアーはヘプカー＝アショフと会談し、政府は連邦憲法裁の権利と尊厳を侵すつもりはなかったと謝罪する。そして後者につき、第2法廷は議会会派に申立資格なしと却下する(第4次再軍備決定: BVerfGE 2, 143)。なお、53年3月、連邦司法省の依頼による、伝統的ドイツ司法観からの連邦憲法裁の独自性を否定するトーマの鑑定書が登場するが、53年6月、連邦憲法裁は本鑑定書への「注釈」を公表、憲法裁に特殊な地位を基本法が与えているとして、その見解に反駁を加えた。Richard Thoma, Rechtsgutachten betr. die Stellung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. März 1953, in: JöR, Bd. 6(1957), S. 161-194; Bemerkungen des Bundesverfassungsgerichts zu dem Rechtsgutachten betr. die Stellung des Bundesverfassungsgerichts von Geh. Hofrat Dr. Thoma vom 3. Juni 1953, in: JöR, Bd. 6(1957), S. 194-207. Vgl. Michael Wild, BVerfGE 2, 79 – Wiederbewaffnung III, in: J. Menzel/R. Müller-Terpitz(Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl., 2017, S. 70-74, 72; Oliver W. Lembcke, Das Bundesverfassungsgericht und die Regierung Adenauer, in: R. Ch. van Ooyen/M. H. W. Möllers(Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., 2015, S. 231-243, 234-238; 宍戸常寿『憲法裁判権の動態[増補版]』(弘文堂、2021年)124-150頁。Vgl. Theo Ritterspach, Hermann Höpker-Aschoff: Der erste Präsident des Bundesverfassungsgerichts 1883-1954, in: JöR, Bd. 32(1983), S. 55-62.

勿論、保守的な筈の第2法廷でも無風ではなく、コンコルダートの戦後処理の際に、第1法廷を回避して、第2法廷に係属させる為に、連邦政府は機関訴訟を選択したが、後者を利用する試みは失敗した。本件については、三宅(前掲注2)。Fieder Günther, Wer beeinflusst her wen? Die westdeutsche Staatsrechtslehre und das Bundesverfassungsgericht während der 1950er und 1960er Jahre, in: R. Ch. van Ooyen/M. H. W. Möllers(Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., 2015, S. 205-217.

となった文書全てを連邦公文書館に提供する義務を負っていた。書類、写真、電子文書、録音(特に口頭弁論の録音テープ)、即ち、連邦憲法裁のあらゆる資料が連邦公文書館にて保管される訳である¹¹。

連邦公文書館はこの資料全体に B237 という番号を付しているが、一つに、訴状、原審判決、当事者等との連絡、訴訟指揮の処分など、手続文書(Verfahrensakten)、二つに、審議の為の判決案や決定など、審議/手稿文書(Beratungs- oder Handakten)、三つに、国民の憲法裁認識を測る為にも重要な市民投書(Bürgerzuschriften)が含まれる¹²。但し、この B237 文書の整理/目録作成の状況は未だ十分でない¹³。

11 Meinel/Kram, a.a.O.(Fn.3), S. 916. 但し、裁判所の決定後 30 年の間は、連邦公文書館の諒解の下連邦憲法裁が廃棄した訴訟文書について、移管義務の例外とされている。なお、連邦憲法裁には、同じ連邦憲法機関でも連邦議会と連邦参議院に認められている移管義務の免除が、公文書法上、適用されない。また、連邦憲法裁から連邦公文書館への移管の期日は明確ではない。一つに、移管時期は、連邦憲法裁が独自権限により判断するとされ、特に、訴訟文書は、判決後 10 年以内の提供をしなければならないとする(連邦憲法裁事務規則 36 条 1 項)。二つに、移管期限も、連邦公文書法にて明確に規定されてはおらず、だが、公文書法の他の規定の類推から(使用終了後)30 年を超える文書については、提出を拒む事務上の根拠は存在しないとされる。

連邦公文書館については、次を参照せよ。上代庸平「ドイツ連邦州における公文書館法の特徴」(中京大学)社会科学研究 31 巻 2 号(2011 年)1-63, 3-16 頁。同「世界のアーカイブス・ドイツ」同編『アーカイブズ学要論』(尚学社、2014 年)171-175 頁、土井崇弘・上代庸平「ドイツの公文書館の特徴について」(中京大学)社会科学研究 31 号(2011 年)76-95 頁、泉真樹子「ドイツ連邦公文書館における公文書の管理と利用」外国の立法 281 号(2019 年)23-58 頁。

12 Meinel/Kram, a.a.O.(Fn.3), S. 917.

13 Meinel/Kram, a.a.O.(Fn.3), S. 917. ホルマンによると、この整理と目録作成に関する、連邦公文書館の莫大の諸負担が、法律上は考慮されていない。連邦公文書館があるコブレンツへと移管する前に、ボン近郊ザンクト=アウグスティンに在る、連邦政府の資料の整理を行う連邦公文書館中間書庫(Zwischenarchiv)にて、件の連邦憲法裁の各種資料も、検討され目録作成される訳であるが、その分析と整理の自体が、3名の公文書高等官と2名の公文書中等官の少人数で2020年末迄に、1951年から1990年に至る連邦憲法裁の凡そ9万点の資料につき、実施される予定だったという。Hollmann, a.a.O.(Fn.3), S. 107f. 関連して、上代庸平「ドイツの公文書専門職養成制度」(中京大学)社会科学研究 33 巻 1 号(2012 年)143-212, 162-182 頁。

これら各種資料の閲覧を可能にしたのが2013年の法改正である¹⁴。一つに、訴訟手続完了後30年経過した文書は制約なく利用できる(連邦公文書法5条1項1文、連邦憲法裁判所法35b条5項1文)¹⁵。二つに、裁判官審議の秘密に関する文書はこれには該当せず、訴訟手続完了後、60年の保護期間を経過して初めて閲覧が可能となる(連邦憲法裁判所法35b条6項)¹⁶。勿論、本稿が扱う諸判決もこの期間が経過したが故に再検討された¹⁷(社会主義ライヒ党判決¹⁸、KPD違憲判決¹⁹、官僚制判決²⁰、など)。

3 CDU / CSU 側判事

その、1950年代後半当時の第1法廷は10名の裁判官から構成されるが、その任命は連邦議会と連邦参議院の特別多数決で執り行う。それは、戦後一貫して二大政党制で展開される(西)ドイツの下では、裁判官枠をCDU / CSUとSPDが分け合うことを意味する²¹。【表2参照】

一方で、同盟推薦による裁判官は、年齢順で、ヴィントリヒ、ヘック、ショ

14 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Suche), S. 1580; Hollmann, a.a.O.(Fn.3), S. 107f. 元々は、2010年ミュンスター開催のドイツ法制史学者大会での、憲法裁判研究の為の連邦公文書館所蔵資料のアクセスを要求する決議、これに反応し、同盟、SPD、FDP合同で連邦憲法裁判法35b条改正案が上程、13年8月29日に本閲覧制度が確立した訳である。

15 Meinel/Kram, a.a.O.(Fn.3), S. 917. 但し、個人関連文書には、本人死去30年後公開という例外がある(連邦公文書館法5条2項1文)。しかし、連邦憲法裁判の許可で、本人の同意なしで公開も可能である(同5条5項3文、6文)。

16 Meinel/Kram, a.a.O.(Fn.3), S. 917. 即ち、2017年にエルフェス判決、2018年にリュート判決と薬局判決での、連邦憲法裁判の審議/手稿文書が公開された訳である。因みに、マイネルとクラムは2014年当時に既に、2021年に60周年となる、第一次放送判決の各種資料の公開に言及している。

17 Meinel/Kram, a.a.O.(Fn.3), S. 917.

18 Vgl. Will, a.a.O.(Fn.4)., ; Florian Meinel, Martin Will: Ephorale Verfassung. Das Parteiverbot der Rechtsextremen SRP von 1952, in: AöR, Bd. 143(2018), S. 678-682.

19 Vgl. Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Karlsruhe), S. 33-89; Berkemann, a.a.O.(Fn.4), S. 1088f.; Josef Foschepoth, Verfassungswidrig! Das KPD-Verbot im Kalten Bürgerkrieg, 2017.

20 Meinel/Kram, a.a.O.(Fn.3), S. 919f.

21 Vgl. Dröner, a.a.O.(Fn.7), S. 42-46.

表2 連邦憲法裁(第1法廷)裁判官一覧(1956年8月31日～1958年10月19日)

	推薦 政党	氏名	前職	年齢	生没年	着任/ 退任年
第一 法廷	CDU・ CSU	ヨゼフ・ヴィントリヒ Josef Windrich 【長官】 ▲ BT	ミュンヘン上級裁判所所長	68 歳	1891/ 1958	1954/ 1958
		ヘアベアト・ショルティスゼク Herbert Scholtissek ◎★▲ BT	ノルトライン・ヴェストファーレン 州議会議員	56 歳	1900/ 1979	1951/ 1967
		エアヴィン・シュタイン Erwin Stein ◎■★▲ BR	連邦通常裁判所裁判官 ヘッセン州司法大臣	53 歳	1903/ 1992	1951/ 1971
		テオドーア・リッタースパッハ Theodor Ritterspach ◎ BT	連邦内務省参事官	52 歳	1904/ 1999	1951/ 1975
		カール・ヘック Karl Heck ■ BT	連邦通常裁判所裁判官	60 歳	1896/ 1997	1954/ 1965
	SPD	エルナ・シェフラー Erna Scheffler ◎● BR	ノルトライン＝ヴェストファーレン 州行政裁判所裁判官(長官?)	63 歳	1893/ 1983	1951/ 1963
		ゲアハート・ハイラント Gerhard Heiland ◎■▲ BT	連邦通常裁判所裁判官	62 歳	1894/ 1961	1951/ 1961
		マアティン・ドラート Martin Drath ◎▲ BR	ベルリン自由大学教授	54 歳	1902/ 1976	1951/ 1963
		フランツ・ヴェッセル Franz Wessel ◎▲ BR	連邦交通省官吏	53 歳	1903/ 1958	1951/ 1958
		ヨアヒム・レーマン Joachim Lehmann ◎▲ BT	連邦大統領府参事官	47 歳	1909/ 1979	1951/ 1963

クーチャーが第2法廷に移籍した1956年8月31日からヴェッセルが退官(死亡)する1958年9月10日まで、第1法廷のメンバーに変動はない。なお、1958年10月19日にはヴィントリヒが退官(死亡)、する。網掛けは1963年に廃止されるポスト。年齢は、1957年1月16日のエルフエス判決の時点。

◎は1951年連邦憲法裁創立以来の裁判官。●は女性裁判官。★は前職が政治家。■は前職が連邦裁判官。▲は党籍がある者。

ルティスゼク、シュタイン、リッタースパッハの5名がいる。ヘックとリッタースパッハを除く3名の裁判官が党籍を所持するが、本稿では、ショルティスゼクとリッタースパッハが重要人物である。

前者のショルティスゼクだが、1890年に現在はポーランド領のクロイツブルクで出生、1923年から弁護士、45年から公証人として活動、46年にドルトムント市長、47年にノルトライン＝ヴェストファーレン州議員の後、開設時から連邦憲法裁に参加する²²。もう一方のリッタースパッハ

22 Gerhard Müller u.a. (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht: 1951 - 1971. 2. Aufl., 1971, S. 242; Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 348.



テオドール・リッタースパッハ
Theodor Ritterspach
(1904-1999、在任 1951-1975)
エルフェス判決第2次案起案者
リュート判決起案者
レーバー判決法廷意見起草者



ヘアベアト・ショルティスゼク
Herbert Scholtissek
(1900-1979、在任 1951-1967) レーバー
判決起草者

本稿の写真は、いずれも次の文献による。Gebhard Müller u.a.
(Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht: 1951 - 1971. 2. Aufl., 1971.

は、1904年にドイツ中西部キルヒハイムボーランデン生まれ、国家公務員のキャリアを積み、33年にバイエルン州文部省、36年ライヒ財務省、46年バイエルン州文部省、50年連邦内務省参事官。彼も開設時に連邦憲法裁判に入る²³。

23 Müller, a.a.O.(Fn.22), S. 236; Alfred Conrad, Richter am höchsten deutschen Gericht: In memoriam Dr. Theodor Ritterspach, in: Donnersberg-Jahrbuch, 2000, S. 199-201. なお、リッタースパッハはイタリアの憲法裁判制度に詳しく、日本でも著名なイタリアの法学者マウロ・カベレッティとの共著もある。Mauro Cappelletti/Theodor Ritterspach, Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung, in: JöR NF Bd. 20 (1971), S. 65-109; Ritterspach, Probleme der italienischen Verfassungsgerichtsbarkeit 20 Jahre Corte Costituzionale, in: AöR, Bd. 104(1979), S. 137-147; ders., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien, in: Ch. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 1986, S. 219-241.

4 社会民主党側の裁判官

他方の社会民主党が推薦した裁判官は、シェフラー、ハイラント、ヴェッセル、ドラート、レーマンの計5名。シェフラーは唯一女性で、そして、彼女を除く4名の連邦憲法裁判官が社会民主党党員である。特に、シェフラーとハイラントは、1933年に職業官僚制回復法により判事／検事職を、ドラートも労働アカデミーの講師職を失う²⁴。連邦憲法裁の黎明期を問う本稿の文脈では特にハイラントが重要である。

そのハイラント、1894年にライプツィヒ生まれ、第1次大戦に従軍の後、23年にライプツィヒ検事局長。SPD系で有名な共和主義裁判官同盟の設立にも参加した。ナチ政権下で辛酸をなめた後46年バーデン州財務省参事官、同州経済評議会委員に任命される。連邦通常裁裁判官に就任するも、勤務の間もなく連邦憲法裁に参加²⁵。

結局、第1法廷は、保守裁判官5名と革新裁判官5名が拮抗するが、それが6対4である第2法廷と比較して、赤い法廷とよばれていた²⁶。その第1法廷で、エルフェス事件はハイラントが、リュート事件はリッターズパッハが、レーバー事件をショルティスゼクがそれぞれ判決文起草を担当する。尤も、その前に別の裁判官に触れねばならぬ。



ゲアハート・ハイラント
Gerhard Heiland
(1894-1961、在任 1951-1961)
エルフェス判決第1次案起草者

四
一

24 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 351. Vgl. Hansen, a.a.O.(Fn.7), S. 70-73.

25 Müller, a.a.O.(Fn.22), S. 225.

26 櫻井(前掲注9)152-153頁、宍戸(前掲注10)123頁。また、当時は、第1法廷は基本権、第2法廷は統治機構を扱うとの大括りの事務配分で、故に前者の事件数は後者の五倍だったと言う。Dieter Grimm, Theodor Ritterspach, in: JöR, 1999, S. 351-353, 352.

三 クーチャー鑑定意見(1956年8月)

1 クーチャーなる人物

ところで、上の10名以外に、クーチャーという裁判官が在籍した。彼は、退官したエリングハウスに代わって連邦憲法裁判官となるが、しかし、エリングハウスのポストは1956年8月末に削減予定で、従って、55年10月に就任のクーチャーの任期は1年に満たない。そこで、偶然にも56年9月1日に68歳の誕生日で停年を迎える第2法廷のヴォルフ、彼の後任ポストにクーチャーは横滑りをする²⁷。寧ろ、元々第2法廷着任の予定が、退職者の枠に嵌め込まれたのか。勿論、55年に並び、56年



ハンス・クーチャー
Hans Kutscher
(1911-1993、在任 1955-1970)
基本法12条1項鑑定書作成者

にも連邦参議院の任命手続が必要だが、現在は、法廷間の移動は認められておらず、それ故にクーチャーは第1法廷と第2法廷、両法廷の裁判官を経験した唯一の人物である²⁸。その後、63年に再任、70年には連邦政府の推薦で欧州人権裁判所裁判官に就任し、76年の再任時にはドイツ人初の同長官となる²⁹。

27 ミヒルはフレーリヒ後任とするが誤り、彼の枠は56年8月に廃止。Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 330. なお、寧ろ、第2法廷ヴォルフ後任候補のクーチャーを、第1法廷のエリングハウス後任に、推薦したSPDが転用したのかもしれない。

28 Wilhelm Grewe, Hans Kutscher, in: W. Grewe/H. Rupp/H. Schneider(Hrsg.), Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher, 1981, S. 9-16; Wolfgang Heyde, Hans Kutscher: Ein Grandseigneur der Robe, in: JöR, Nd. 48(2000), S. 253-262, 254; Müller, a.a.O.(Fn.22), S. 230.

29 Grewe, a.a.O.(Fn.28), S. 14-16; Heyde, a.a.O.(Fn.28), S. 259-261.

結局、このクーチャーは、連邦憲法裁判所第2法廷裁判官、そして欧州人権裁判官／長官として、歴史にその名を遺した人であるが³⁰、連邦憲法裁判所第1法廷時代の彼の役割が注目されることは少ない。しかしこの彼が、第1法廷の11番目の裁判官として登場してくる。

2 基本法12条注釈書

即ち、その、55年10月から56年8月までの凡そ10箇月の間で、基本法12条、職業自由関連の急増する訴訟に理論的に対峙すべく、第1法廷は、本条項の解釈に関する鑑定書をクーチャーに依頼する³¹。

すぐに第2法廷に移籍予定の彼の意見なら、第1法廷がその鑑定に依拠して職業自由の憲法解釈をしても問題がないと思料したからか、嘗てナチ時代とはいえ、ベルリン大学で民法の権威M・ヴォルフの下で学び³²、ハンブルク大学とケーニヒスベルク大学ではフォルストホフの下で収用を題材に博士論文を執筆した経歴に着目したからか³³、兎も角、56年初頭に依頼を受け、退職日56年8月31日付けで『基本法12条、特に12条1項の解釈の為の注記 [Bemerkungen zur Auslegung von Art. 12, insbesondere von Art. 12 I GG.]』のタイトルで、タイプ打ちで約500頁、全2巻の鑑定書をクーチャーは提出する³⁴。

それは、連邦通常裁や連邦行政裁の判例、そして1956年当時の学説を徹底的に調査検討しており、後述のレーバー判決、即ち、バイエルン薬局判決での原則的諸考慮に強く影響を与えるものである³⁵。この意味でクー

30 Heyde, a.a.O.(Fn.28), S. 254f.

31 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 329f.

32 Heyde, a.a.O.(Fn.28), S. 254.

三九 33 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 340f., Fn. 97. Vgl. Hans Kutscher, Die Enteignung: Ein Beitrag zur Lehre von der Enteignung und von Eigentum, 1938. 但し、例えばシュトルアイスやギュンター (Frieder Günther, Denken vom Staat her, 2004.) など戦後学説史に関するスタンダードな文献でも、クーチャーの名が言及されることはない。

34 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 330.

35 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 330.

チャーは、薬局判決に参加した第1法廷の10名の裁判官以上に、連邦憲法裁の判例法理の構築に貢献した人物である。

3 目的論的解釈の重視

このクチャー鑑定書をミヒルの検討に従い紹介してみると、その特徴は、憲法解釈の目的論的解釈と憲法上の比例原則の導入にある。

第一に、ベルリン時代の彼の恩師に、ゲッティンゲン左遷前のスメント³⁶の名が挙がるが、その説が基本法12条解釈に利用された、と。彼に倣い、基本権規範を技術的に了解するのではなく、その国法上の特別な性格に鑑み、その素材上の意味を新たに解釈するべきと言う³⁷。

具体的には、連邦憲法裁バイエルン薬局判決が後に明確に打ち出す、基本法12条1項1文と2文を、即ち、職業選択の自由と職業選択の自由を合せて、職業自由の統一的基本権として理解する説である。文言上法律の留保のない職業選択の自由を、法律の留保のある職業遂行の自由のように、法律の留保のある基本権として読替えるのだ。ミヒル曰く、議会評議会は、職業選択のみが職業自由の保護に値し、残りは物事を理性的に規律する立法者に委ねるべきと判断したのに、そこでは構想されなかった統一的基本権を、クチャーは発案した。要するに、1文と2文を区分ける、基本法12条の間違った定式を、スメント理論流の補充的解釈の方法で修正しよう、という訳である³⁸。

36 参照、三宅雄彦「学長時代のスメント」早稲田法学91巻3号(2016年)103-135、105頁。

37 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 330. 尤も、クチャーのスメント援用はこの補充的解釈に留まるようで、彼の博士号指導教授、フォルストホフが激しく批判した、且つ一見連邦憲法裁の基本権教義学に継受されたかに見える、スメント流の価値秩序論又は精神科学的方法には、どうやら賛成せぬようである。後掲注161参照。

38 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 330f.

4 憲法上の比例性原理

第二に、フライナー、ハチェック、W・イエリネクらの行政法上の比例原則が、立法者をも拘束する憲法上の基本原理へと転換された³⁹。

一つに、連邦憲法裁の既存の判決や、州の憲法裁判所や行政裁判所の判決、先のスメント、その弟子のクリュガーから比例原則を導き、加えて、基本法 19 条 2 項の基本権の本質保障の理解に前提として、比例原則を記すバイエルン憲法 98 条 2 文の構想があると指摘する。基本法 12 条 1 項 2 文の職業遂行の自由、これに関する立法の規律権限が公共福祉の留保と過大禁止の原則で限定されている訳である⁴⁰。この意味で、クーチャーこそ、憲法原理としての比例性の父である⁴¹。

二つに、但し、或る法律の目的の正統性や手段の適合性・必要性・適切性を連邦憲法裁が統制できるかは別問題である、とクーチャー。もし裁判所が、公共善の促進や社会国家の実現に何が最良であるか、立法者の見解を退けるなら、それは権力分立の原則に反してしまう⁴²。それ故、連邦憲法裁は立法者に対して抑制的であるべきで、法律の比例原則違反が明白な場合にのみ違憲判断を下すべきだと主張する⁴³。

後述の如く、以上の彼の見解が第 1 法廷の見解を主導する訳である。

39 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 332. Vgl. Hans Kutscher, Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: ders./G. Ress/F. Teitgen/F. Ermacora/G. Übertazzi(Hrsg.), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, 1985, S. 89-95.

40 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 332f. バイエルン憲法 98 条「憲法が保障する諸基本権は原則として制約されてはならない。法律による制約が許されるのは、公的安全、人倫、健康、福祉がそれを差し迫ったものとして必要とする場合に限られる。その他の制約は、48 条の諸要件が満たされたのみ許される。憲法裁判所は、基本権を違憲に制約する法律及び命令を無効と宣言しなければならない」。参照、櫻井智章「基本法に与えたバイエルン憲法の影響」初宿正典先生古稀記念『比較憲法学の現状と展望』（成文堂、2018 年）137-160, 156-159 頁。

41 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 333.

42 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 333.

43 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 333f.

四 エルフェス事件判決(1957年1月16日)

1 エルフェス事件概要

三判決うちの最初が、基本法2条1項を人格の自由な発展の権利を一般的行為自由と見た、1957年1月1日エルフェス判決である⁴⁴。

即ち、ノルトライン＝ヴェストファーレン州議会議員のヴィルヘルム・エルフェス、彼はCDU所属でありつつアデナウアーの防衛政策や外交政策に異を唱え、東独が主導する国際会議に参加・発言する。1952年にはウィーン国際会議の全ドイツ宣言に署名し、そこで西独の再軍備を欧州全体に脅かすドイツ軍国主義の再来と罵倒する。ここに西独の重要利益への危機を見た市の旅券庁が、彼の旅券延長を拒否。行政訴訟で敗訴した後、憲法異議が提起された事案である。

我々が良く知る第1法廷のエルフェス判決の結論は次の通りである。一つに、基本法11条1項の移動の自由は海外旅行の自由を含まず、従って、この自由は2条1項の人格の自由な発展の権利が保障する⁴⁵。二つに、この権利は、人格核心のみならず人間の一般的行為自由に及び、だが、法秩序自体としての憲法適合的秩序により制限される⁴⁶。三つに、この理解では人格の自由な発展の権利が空虚になりうるが、基本法下では、価値秩序の最高原理たる人間の尊厳の拘束を受ける⁴⁷。

44 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1584f.; Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 157-160; Christoph Fiedler, BVerfGE 6, 32 – Elfes, in: J. Menzel/R. Müller-Terpitz(Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl., 2017, 82-90; Stefan Lenz, Das Elfes-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1957, in: RW, 2016, S. 149-176. 参照、田口精一「国外旅行の自由と憲法による保障」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年)42-46頁、石塚壮太郎「人格の自由な発展の権利」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』(信山社、2021年)63-66頁。

45 BVerfGE 6, 32, 34-36.

46 BVerfGE 6, 32, 36-40.

47 BVerfGE 6, 32, 40f.

2 二人の裁判官の見解(1956年10月11日)

このエルフエス事件は、本稿が見る他の2事件とは異なり、比較的短期間に処理されるが、その起案を担当するのがハイラントである⁴⁸。けれども、1956年10月11日付けのその第一意見には⁴⁹、後の判決と異なり、基本法11条、移転の自由の適用が主張されている⁵⁰。

第一に、「連邦の領域内の移動」には、国外旅行も含まれると言う。元々この主張は、当時の西ドイツ国法学の通説を反映したもののだが、基本法制定以前のドイツ憲法の伝統では、移動の概念には、ドイツライヒの領域外への国際的移動も含意されていたと、彼は主張する⁵¹。

第二に、国外旅行の自由は、自由民主制の基本法の精神に合致する。国

48 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1581; Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 161. 当時も今も、各法廷の決定手続ではこの起案者の意見が重要であり、且つ、調査官(当時は1名、現在は3名)を率いる各憲法裁判官が、判決起案者となれば、決定手続の各場面で自律性を発揮すると言う。各種申立は、長官事務局が事務配分規則で各裁判官に割り当てて、一つに、配分された担当事件をどの順序、どのペースで処理するか(事柄の性質上迅速処理が必要な事件等を除き時間的制約はない)、裁量に委ねられ、故に特に関心ある事件を集中して準備してもよい。二つに、起案(第一意見)提出の際、主文案と理由案を、関連する網羅的資料、連邦憲法裁の先例、原審の訴訟資料を添えて提出して、審理に臨む各同僚裁判官に検討の為に適切な情報を提供するものの、この事前の資料作成を通じ、同僚らの思考の方向づけが可能である。判決草案が従来の判例の枠内に留まるかが議論されることもあって、同僚が行うのは、精々起案への説得性統制に留まるとも指摘される。Uwe Kranenpohl, *Interne Einflussfaktoren auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, in: R. Ch. Van Ooyen/M.H.W. Möllers(Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Aufl., 2015, S. 431-441, 432f.

49 なお、グリムによると、当初連邦憲法裁では投票(意見)はされず、単に負担軽減の観点から事件が配分され、まず起案者が事件を報告、議論の後に決定したという。例えば、官僚判決のような重大事件の場合のみ投票を行うが、暫くは全ての事件で行った訳ではない、と。更に、現在のように各裁判官の担当領域が定まっていた訳でもない。Grimm, a.a.O.(Fn.26), S. 352.

50 Hannah Birkenkötter, Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeines Freiheitsrecht und Auffanggrundrecht: Das Elfes-Urteil, in: D. Grimm.(Hrsg.), *Vorbereiter – Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft*, 2019, S. 9-37, 25.

51 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1581; Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 161f.

民に国外旅行を禁ずるのは全体主義／半全体主義体制のみである⁵²。

第三に、「連邦の領域内」の文言を超えた 11 条の類推適用に問題はない。基本権解釈では単純法律と違い、必ずしも文言に縛られず、法律の解釈と継続形成の方法論上の厳格な区別は寧ろ適切ではない。ケルゼンの如く生の事実を形成済み概念に押し込むのでなく、その事件の正しい決定を、即ち、具体的生活過程を精確に観察し、論理の諸要請に則り獲得される、法感情に適う決定を発見すべきである⁵³。

3 リッタースパツハ案(1956年11月22日)

けれども、ハイラントの見解は第 1 法廷の多数派を占めるに至らず、11 月 22 日付け判決案を認めたリッタースパツハが主導権を握る。国内移動の自由から外国旅行の自由を導出したハイラント説を退け⁵⁴、しかも、当時有力なデューリヒ基本権論に依拠して⁵⁵、彼は主張する。

第一に、人格の自由な発展の権利の中に一般的行為自由を発見する。曰く、この基本法 2 条 1 項は、同 1 条 1 項の人間尊厳の命題と共に一つの基

52 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Karlsruhe), S. 141; ders., a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1581; Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 162.

53 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1581; Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 162. なお、ダアンシュテットは、事件自体の直接的直観を重んずるハイラントの姿勢に、スメント流の精神科学的方法の影響を発見するが、ハイラント自身ケルゼンは批判してもスメントを援用する訳でない。また、ダアンシュテットの指摘では、ハイラントが 2 条 1 項の適用可能性を吟味したとして、ならば元々補完的基本権の援用が可能で、文言を逸脱する無理な 11 条解釈も不要だったが、だが、2 条 1 項と比べて遥かに狭隘な、11 条の制約事由に期待したのだろう、と。但し、その後、1968 年の緊急事態条項の導入の際に、11 条は 2 項に不確定概念を持つ広い制約事由を追加し、上の利点を失った。Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1582.

54 Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 167f.

55 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche)(Karlsruhe), S. 149; Thomas Henne, „Von auf Lüth in 6 1/2 Jahren“, in: ders./A. Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, S. 197-222, 214, 215f. Vgl. Walter Schmidt, Grundrecht – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland, in: D. Simon(Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 188-226, 196; Günter Dürig, Anmerkung, in: JZ, 1957, S. 169-173; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 4 (2012), S. 138f.

本権体系を形成し、基本法の一般的人間像を固定している。共同体の拘束を受けつつ自由に活動することが許された人間である。つまり、2条1項は包括的自由の推定規定であり、人間自由は原則、国家権力の自由制限は例外であると、リッタースパッハは力説する⁵⁶。

第二に、だがこの行為自由は2条1項後段で厳しく制限されている。曰く、同項の「憲法適合的秩序」とは一般的法秩序と同義であって、憲法の下で成立した法律ならどんなものでもこの自由を制限できる。もし反対に、立法者にヨリ厳格な制約を課して、公共福祉の要請に適い、公的福祉の利益に必要で、利害関係者に帰責可能な法律のみを認めるならば、それは「ゲフェーリッヒヤー ヴェーク危険な道」を歩むことになるだろう、と⁵⁷。

ダアンシュテッテとグリムによると、このリッタースパッハ意見が後に法廷意見を形成するのであるが⁵⁸、それにはまだ紆余曲折がある。

第一に、12月12日付けでショルティスゼクが、翌年の1月7日付けでシュタイン⁵⁹が、行為自由説でなく人格核心説を主張している⁶⁰。尤も、11条でなく2条1項を適用することには決着を見たようで、本条項の広狭につき第1法廷内で議論が深められてはいないと言う⁶¹。しかし、2条

56 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1582; ders., a.a.O.(Fn.4) (Karlsruhe), S. 149; Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 168; Birkenkötter, a.a.O.(Fn.50), S. 25. ベアケマンは、リッタースパッハが、デューリヒの1条1項の基本思考を2条1項の解釈に拡張したと指摘、これを創造的と評価する。Berkemann, a.a.O.(Fn.4), S. 1091.

57 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1581; Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 168f.

58 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1581; Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 171f.

59 エアヴィン・シュタインは、1903年、現ヘッセン州のグリュンベルクで出生。ギーゼン大学で学位を得た後、検事や裁判官として、1933年の免職後は弁護士として活動。1943年軍務につくが、戦後は、弁護士や公証人を経て、1946年にヘッセン州議会議員、47年に同州文部大臣、49年から同州司法大臣を兼務、更に同年連邦参議院ヘッセン州代表となる。そして51年に、一旦連邦通常裁判所裁判官、直後に連邦憲法裁創設時に同裁判所の裁判官となる。Müller, a.a.O.(Fn.22), S. 246; Richard Ley, Nachruf Erwin Stein, in: NJW; 1992, S. 3217.

60 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1582, 1582f.; Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 172f.

61 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1581. ; Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 173f.; ders., Vorbereiter – Nachbereiter: Bilanz, in: ders.(Hrsg.), Vorbereiter – Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft,

1 項後段の制約事由という第二の論点には課題が残る。

そこで、憲法適合的秩序の狭い解釈が立法者を拘束しうることへの「危険な道」と言う、リッタースパッハの真意が検討されるべきだ。基本法が法律の違憲審査を認める以上、法令審査が危険な筈がない。そこで、彼が警告したのは立法全ての審査なのだとの理解も立つが、*ダアンシュテット* は、比例原則の適用を嫌ったのではないかと言う。公共福祉に適い、公共利益に必要で、関係者に帰責可能との下りは、憲法学と行政法学における比例原則の三要素に対応するからである⁶²。しかも、同年5月10日の第一次同性愛者判決では⁶³、同一構成の第1法廷で、比例原則を拒否したのはリッタースパッハのみではない⁶⁴。

4 比例原則と価値秩序(1956年12月12日)

さて、先に57年1月7月付けシュタインの人格核心説に触れたが、この一見リッタースパッハに反する言明が、却って彼の援軍となる。

一つに、リッタースパッハの解決策は寧ろ自由を空虚なものにする。つまり、憲法適合的秩序と唯の法秩序とを同視すれば、個人の国家からの自由は空転し、国家支配の最小化の要請は駆逐されてしまう⁶⁵。現代の我々は、規制手段の適合性／必要性／適切性の吟味で権力の限定は実現可能と見るけれど、当時の彼らに比例原則は眼中にない⁶⁶。だからこそシュタインは、2条1項を人格核心に限定するのである。

人格発展への権利のこの解釈に彼が持ち出すのが価値秩序論である。曰

2019, S. 397-421, 406.

62 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1581.

63 Bve4rfGE, 6, 389. 参照、三宅雄彦「婚姻と同性カップル」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』(信山社、2021年)157頁。三
Vgl. Nadine Dröner, Das 'Homosexuellen-Urteil' des Bundesverfassungsgerichts aus rechtshistorischer Perspektive, 2020. Berkemann, a.a.O.(Fn.4), S. 1091f.

64 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1582.

65 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1583; ders., a.a.O.(Fn.4) (Karlsruhe), S. 151f.

66 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1583.

く、2条1項を制約する法律は、自由民主政の基本秩序、つまり、憲法上の価値秩序の、最上級の諸価値に適合しなくてはならない。特に、基本法の最高価値たる人間の尊厳を侵害してはならない、と⁶⁷。ダアンシュテット曰く、元々この価値秩序は、政党禁止の諸事件にて、政党の憲法忠誠を見図る尺度に連邦憲法裁が導入したものであるが、今では反対に、国家の自由侵害を制約する方向で援用されている。やがては、規制目的と憲法原理との衡量関係に用いられるであろう⁶⁸。

因みに、肝心のエルフェスの救済は必ずしも憲法判断と関連しない。彼の代理人ポッサー曰く、口頭弁論時に確信した勝利は、当初予定の11月28日の判決日が翌年1月16日に延期の後、裏切られる。彼は原審・連邦行政裁長官のエギディの介入を疑うが、正しくない⁶⁹。

本当は、既に見た第1法廷内の憲法解釈論争が遅延の原因であって、だが、11条説と2条1項説はどちらもエルフェス勝訴を支持する。即ち、旅券法7条が合憲であっても、彼の外国旅行が禁止されれば、それは、彼の国外での政府批判＝政治活動の禁止を同時に意味する。意見表明の自由、従って基本法の自由の精神が侵害されてしまうと、これを考慮せずにした延長拒否処分に憲法違反を見出したからである⁷⁰。

しかし、その結論は、12月18日時点で原告敗訴へと旧旋回した⁷¹。ダアンシュテットは、彼らへの圧力や脅迫によるものでないと言う。つまり、一般的行為自由の選択は、判決への憲法異議の全面解禁を、それ故、連邦憲法

67 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1583f. ダアンシュテットは矢張りこの背景にもコメントの影響を見ている。Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1584.

68 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1583. なお、リュッベ＝ヴォルフが、この意味で価値秩序論の嚆矢をエルフェス判決に見いだしたことを、ダアンシュテットは強調している。Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Suche), S. 1583, Fn. 44. Vgl. Gertrude Lübke-Wolf, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 283-290.

69 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Karlsruhe), S. 154f.

70 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Karlsruhe), S. 156.

71 Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 185. グリム曰く、1958年10月31日の審議段階では、9名中8名がエルフェス勝訴の結論に賛成した。急変の理由は不明である、と。

裁の専門裁判権の超上級審化になることに気づき⁷²、特殊憲法 (spezifisches Verfassungsrecht) の侵害がない限り連邦憲法裁は管轄を持たぬとの法理で行政裁でのエルフェス敗訴判決の合憲性を審査なしに追認した、と⁷³。

五 リュート事件の判断 (1958年1月15日)

1 リュート事件の概要

三判決のうち続くのは、1958年1月15日、私人間での基本権間接的効力を肯定したという、日本でも著名なリュート判決である⁷⁴。

72 なお、ベアケマンの指摘ではこの結論は第2法廷を驚かせたと言う。つまり、選挙法の唯の憲法違反は憲法異議の対象でないとしたのに (BVerfGE 6, 376, 385)、このエルフェス判決の一般的行為自由の肯定で、憲法上の立法管轄の欠如だけで憲法異議を提起できると、彼らが方向転換したからだ (BVerfGE 10, 89, 99; 11, 105, 110)。Berkemann, a.a.O.(Fn.4), S. 1092.

73 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4) (Karlsruhe), S. 156-158. 勿論、この特殊憲法法の侵害とは、後の1964年に (BVerfGE 18, 85, 92.)、エルフェス判決にも参加したヘックの名を冠する、ヘックの公式のことである。Berkemann, a.a.O.(Fn.4), S. 1091. また、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 171号 (1994年) 173-200, 181頁、川又伸彦「判決に対する憲法異議」畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判 [第2版]』(中央大学出版部、2013年) 345-355頁。

なお、グリムの指摘によると、1957年1月2日の段階で、一旦リッタースペースへの判決原案が第1法廷の全員に配布されていたが、既に指摘したシュタインの批判や、制約自由の憲法的秩序の意味を憲法適合的法規範に読み替えるべしとのハイラントの批判もあって、結局1月9日段階での原案で第1法廷の最後の審議が行われている。ハイラントの手書きメモでは、申立棄却の結論に6対3の多数決が、ヴェッセル、レーマン、ハイラントの三名の名と共に記されている。尤も、基本法2条1項の意味を再度纏める小委員会が、シェフラー、ヴェッセル、ハイラント3名で編成され、且つ、広範な制約で同項が空文化化する件につき、シュタインの提案で最低限の修正がなされ、それが翌1月10日に確認、同15日に最終修正が加えられて、同16日午前に、このエルフェス判決がマックス宮殿で言い渡される。Grimm, a.a. O.(Fn. 5), S. 174f.

74 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Suche), S. 1584f.; Helmuth Schultze-Fielitz, Das Lüth-Urteil – nach 58 Jahren, in: JURA, 2008, S. 52-57; Christoph Fiedler, BVerfGE 7, 198 – Lüth, in: J. Menzel/R. Müller-Terpitz(Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl., 2017, 113-124. 参照、三宅雄彦「基本権総論」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』(信山社、2021年) 31-32頁、木村俊夫「言論の自由と基本権の

つまり、ナチス時代に反ユダヤ映画で著名なファイト・ハーランが、1951年ハンブルク映画祭にて最新作『不滅の恋人』を公表する。しかし、ナチ映画監督で悪名高い人物の復活を許すまじと、同地の記者エーリヒ・リュートが映画鑑賞のボイコットを広く呼びかけた。そこでハーランと配給会社が差止を求め提訴、人倫に反する民法上の不法行為を認容した地裁判決に、憲法異議が提訴された訳である。

1952年に係属の本件は、5年強経過後に漸く処理された訳だが、基本権の間接的第三者効で有名な判決の骨子は、以下の通りである。一つに、基本権は防御権のみならず客観的価値秩序の次元も保持し、全法領域への照射効を考慮しつつ民法一般条項は解釈すべきである⁷⁵。二つに、基本法5条の意見表明の自由は人間自由の根本基礎であり、同条の一般法律は、この自由との相互作用の下で理解すべきである⁷⁶。

なお、エルフェス判決で重要な役割を持ったハイラントだが、事件係属前、反ハーラン声明に署名した為に、審議から除外されている⁷⁷。

第三者効力」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年) 157-161頁、同「ドイツ連邦憲法裁判所における『リュート事件』の深層」法政研究 68巻1号(2001年) 237-269頁、武市周作「連邦憲法裁判所初期の判例における価値秩序論について」中央学院大学法学論叢 23巻1号(2010年) 43-71, 54-63頁。

75 BVerfGE 7, 198, 205f.

76 BVerfGE 7, 198, 207-209.

77 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Karlsruhe), S. 209; Arne Riedlinger, Vom Boykottaufruf zur Verfassungsbeschwerde, in: Th. Henne / A. Riedlinger(Hrsg.), das Lüth-Urteil aus (rechts.)historischer Sicht, 2005, S. 147-186, 170, 184.他にも、ヴェッセルが審理に不参加、シェフラーは病気の為に署名できず、彼女の代わりに、長官ヴィントリヒが署名したと言われる。Riedlinger, a.a.O. S. 184.

なお、ラマードリは、リュート判決以前、既に基本権の基本価値的側面を強調する論文を公表していた、連邦憲法裁判所第2代長官にして第1法廷裁判長でもあったヴィントリヒの重要性を強調しているが、審議資料を利用する最近の論稿で彼の役割は必ずしも検討されない。Paolo Ramadori, Grundrechte als objektive Werte: Das Lüth-Urteil(1), in: D. Grimm(Hrsg.), Vorbereiter- Nachbereiter? 2019, S. 39-71, 52.

2 リッタースパツハ案(1952年3月10日)

1952年既に連邦憲法裁に係属していた本件だが、その起案者は、後のエルフェス判決を実質的に指導したリッタースパツハであった⁷⁸。直後の同年3月10日付けで彼の暫定的注記が残っているが、曰く、憲法上の意見表明の自由を限定する一般法律、これは専門裁判所が自由に解釈するものの、その解釈には限界がない訳ではない。即ち、連邦憲法裁は、その一般法律の解釈が正しいか否かを判断するのだ。但し、勿論、連邦憲法裁が専門裁判所の上級審となつてはならない⁷⁹。

78 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Karlsruhe), S. 208. リッタースパツハが起案者であったことは、1990年に当時第2法廷裁判官のベッケンフェルデがその論文で、「リュート判決起案者のテオドーア・リッタースパツハに、常なる恩義を込めて」との献辞を論文の冒頭に添え、かつ本人に相談なく、初めて指摘していた。

Vgl. Reinhard Appel, Theodor Ritterspach über die Lüth-Entscheidung(1992), in: Th. Henne/A. Riedlinger(Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts)historischer Sicht, 2005, S. 541f.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Der Staat, Bd. 29(1990), S. 1-31. 1, 5f. そこで、既に2003年の時点で、ヘンネらの研究グループにより、リッタースパツハの原意見の公開が連邦憲法裁に要求されていたが、審議の秘密を理由に当該文書の閲覧は認められぬと拒否されていた。Thomas Henne / Arne Riedlinger, Zur Historisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: dies(Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts)historischer Sicht, 2005, S. 1-18, 7f.; Thomas Henne, Die historische Forschung und die Einsichtnahme in Voten beim Bundesverfassungsgericht, in: S. 19-22.

なお、リッタースパツハ自身の後年の回想では、当時連邦憲法裁が陣取った、カールスルーエのプリンス・マックス・パレスの中には裁判官執務室がなく(旧ライヒ裁判所も執務室はなく、裁判官は自宅で仕事すべし、と)、それ故彼は普段、自宅で仕事をしていた、と。しかし、その自宅とは、120キロ離れたキルヒボランデンであり、火曜日の朝に自動車で移動、木曜日の夕方に矢張り自動車で帰宅し、その間は、カールスルーエ市内のホテルに滞在していたと述懐する。要するに、会議のある日のみ、彼は連邦憲法裁に出勤していたのだ。因みに、同世代で、憲法裁判官任命前はボンの政府関係組織に勤務したヴェッセルとレーマンと親しく、任命直後に三人で連邦憲法裁に自動車で見下りに出かけ、その施設の貧弱さを知り落胆したことや、第1法廷会議日は昼休みに図書室で昼食をとったことも語っている。Theodor Ritterspach, Erinnerungen an die Anfänge des Bundesverfassungsgerichts, in: E. Klein(Hrsg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit: Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag, 1998, S. 201-207, 204f.

79 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Suche), S. 1584f.; ders., (Fn.4)(Karlsruhe), S. 219, 222f.;

尤も、この注記には、翌日3月11日付けで同僚エリングハウス⁸⁰の覚え書きがある。彼は1955年に退職、従って後の訴訟審理には参加しないけれども、後の判決に重要な比較衡量の観点に論及する。既に民事訴訟の場面でライヒ裁判所が導入した比較衡量論を憲法にも導入し、高い価値の規範を低い価値の規範に優先させるべし、と。リュートが基本法5条を、ハーランが2条1項を体现する本件だが、前者は、ドイツの福祉と権威を守護する為の基本権行使であるのに、後者は、映画会社と映画監督の人格発展権の行使に過ぎない。故に、基本権5条はより価値が高く、同2条はより価値が低い、と論ずる⁸¹。



ヴィルヘルム・エリングハウス
Wilhelm Ellinghaus
(1888-1961, 在任 1951-1955)
クチャー前任者

3 リッタースパッハ案(1957年?月)

連邦憲法裁のリュート判決が本格的に動き始めるのは、エルフェス判決が決着した、1957年1月を過ぎてからである⁸²。起案者たるリッタースパッ

Berkemann, a.a.O.(Fn.4), S. 1093.

80 ヴィルヘルム・エリングハウスは、1888年、現ノルトライン＝ヴェストファーレン州北部のケスフェルトで出生。1918年から弁護士、後に公証人。社会民主党入党の後、東プロイセン(現在ポーランド領)アンガースブルク郡参事官となる(1933年迄)。戦後は弁護士、ハノーファー統治区長、脱ナチ化統括監察官を経て、ニーダーザクセン州議会議員、州司法大臣となり、1951年から55年まで連邦憲法裁判所裁判官、その後、1961年に死去する。Müller, a.a.O.(Fn.22), S. 217; Barbara Simon, in: Präsidenten des Niedersächsischen Landtages. Niedersächsischer Landtag(Hrsg), Abgeordnete in Niedersachsen 1946-1994. Biographisches Handbuch, 1996, S. 86.

81 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Suche), S. 1584; ders., (Fn.4)(Karlsruhe), S. 223-225; Berkemann, a.a.O.(Fn.4), S. 1093.

ハは、日付のない第1次草案で次のように指摘する⁸³。

第一に、基本法上の基本権部分の諸規範は、一つの価値体系である。この価値体系は、国家と社会の生活全てに諸尺度を定立しようとし、この諸尺度が、法共同体内部の人間行動全てを方向づけるのである⁸⁴。

従って第二に、基本権諸規範のこの価値内実は、国家と市民の関係を直接に規律する法領域以外の法領域においても、当然に妥当する。勿論、この、国会対市民の関係以外の領域では、これを直接に支配する媒体があるから、基本権はこの媒体を介してのみ効力を及ぼす。即ち、私法解釈に作用し、私法関係の重心を修正する照射効である⁸⁵。

結局、価値内実たる基本権には法秩序への照射効がある訳であるが、その射程範囲と実現可能性は基本権毎に慎重に判断すべきだと言い、故に本件でも、基本権としての意見表明の自由が、同様に2条1項で基本権として保護される私的自治と各人の処分権限で緩和されることを勘案して、その射程範囲と実現可能性を検討すべきだと言う⁸⁶。

82 リュート事件の処理が6年半も遅れた理由を、ダアンシュテットは、1951年9月の連邦憲法裁開設の後、この事件番号に400番が付く程に大量の憲法異議が係属、要は過剰負担が原因だと述べるが、ベアケマンは、この論は手続遅延の理由になっていないと指摘する。元々連邦憲法裁判所法24条は、訴訟要件を欠くか、明らかに実体要件のない申立は、裁判官の全会一致の決定で却下可能としており、また、連邦憲法裁事務局が事前に申立人に訴訟／実体要件の疑念を説明してある場合には、却下には理由づけも不要と運用されていた。実際リッタースパッハがベアケマンに語ったところでは、各法廷の裁判官から内部事前審査体が形成され、その素案につき2週間毎に、他の裁判官も「めくら判で(blind)」却下すべき決定に署名していたという。要するに、自分自身の手で連邦憲法裁は過剰負担を縮小していたと。Berkemann, a.a.O.(Fn.4), S. 1093.

83 リッタースパッハのこの第1次判決案こそが、60年間憲法学者らが探し求めてきた、ドイツ法秩序を根本的に転換したリュート判決の核心であり、原理念であると、ダアンシュテットは指摘している。Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Karlsruhe), S. 226. なお、ベアケマンは、リッタースパッハが以上のエリングハウスのメモを発見したのは、後者が裁判所を退官した後のことだと述べて、更に、ここから、後述の価値体系と照射効の着想を得たと指摘する。Berkemann, a.a.O.(Fn.4), S. 1093.

84 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Suche), S. 1585; ders., (Fn.4)(Karlsruhe), S. 224f.

85 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Suche), S. 1585.

4 リュート事件判決案(1957年12月4日)

尤も、リッタースパッハの不明瞭な照射効論は、エリングハウスの注記の如き、対抗し合う諸基本権を具体的に衡量するものではない。即ち、ナチ克服を目指す点でドイツ国民の客観的利益に適う行動のリュートに基本権行使の威厳を見出し、初めからこれに優先を与え、逆に、2条が考慮する筈の、配給会社の経済利益には一瞥もしない⁸⁷。

だが、57年12月4日付けの彼の第2次草案では、恐らく11月13日の口頭弁論又は同僚意見を反映して、大幅な修正が見られる。

先ず、リッタースパッハの先の立論には次の批判が成り立つと言う。基本権が照射効を持つとしても、基本法5条がその2項で一般法律による意見表明自由の制限を認めており、その限りで、一般法律の民事裁判官による自由な解釈も認めており、故に、基本権の効力もこの裁判官の法律解釈が認めた範囲に限られているのではないかと⁸⁸。

そこで、リッタースパッハは、その照射効論を再述してこう述べる。一般法律の解釈と雖も民事裁判官は基本権の限界を超えてはならず、解釈が不適切に基本権を侵害していれば連邦憲法裁はこれを審査できる。基本権を制約する法律は基本権にも制約される、と(相互作用理論 [Wechselwirkungstheorie])⁸⁹。

86 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Suche), S. 1585; ders., (Fn.4)(Karlsruhe), S. 225f.

二五 87 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Suche), S. 1585.

88 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Suche), S. 1585f.

89 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Suche), S. 1586. これはそのまま判決に受け継がれている。BVerfGE 7, 198, 205ff. 相互作用理論について、Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 7. Aufl., 2017, S. 324f.; 鈴木秀美「意見の自由とプレス自由」同・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』(信山社, 2021年) 117-118頁。

六 バイエレン薬局判決(1958年6月11日)

1 ショルティスゼク案

(1) 薬局判決の法廷意見

そして、三判決の最後は、職業選択の自由につき、比例原則を適用したという、1958年6月11日レーバー判決＝薬局判決である⁹⁰。

つまり、バイエルン州で薬局店員として勤務してきた、カール＝ハインツ・レーバーは、自営店舗を持つべく薬局開設許可を申請する。しかし、所轄官庁のオーバーバイエルン県は彼に不許可処分を下す。曰く、開店予定地域には既に人口比に見合った数の薬局店舗があり、故に、州薬局制度法3条1項の要件、住民への医薬品供給の公益性(a号)、新規／既存薬局の経済基礎の確保(b号)を欠いている⁹¹。

この著名事件への著名なレーバー判決は、次のように判断している。一つに、基本法12条1項、1文の職業選択の自由と、2文の職業遂行の自由では、後者にある法律留保が前者に規定されていないが、両者は統一的基本権を構成するから、法律留保は前者にも該当する⁹²。二つに、①職業活

90 Beate Schulte zu Sodingen, BVerfGE 7, 377 – Apotheken, in: J. Menzel/R. Müller-Terpitz(Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl., 2017, 125-132; Anna-Bettina Kaiser, das Apotheken-Urteil des BVerfG nach 50 Jahren - Anfang oder Anfang von Ende der Berufsfreiheit? in: JURA, 2008, S. 884-850. 参照、栗島智明「職業の自由」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』(信山社、2021年)168-170頁、野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性」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年)272-275頁、新井貴大「職業の自由の『転軸点』としてのドイツ薬局判決」法学政治学論究 126号(2020)1-33頁。

91 バイエレン州薬局制度法3条1項は次の通りである(試訳)。

[薬局の地理的条件]

第3条1新規に開設する薬局につき、下記の場合のみ、その営業を許可してよい。

- a) 当該薬局の開設が、住民への医薬品の供給を確保することにつき、公益に合致し、且つ、
- b) その薬局の経済的基礎が確保され、且つ、隣接する薬局の経済的基礎がその薬局開設により影響を受け、秩序適合的な薬局営業の前提が保障されないことがない場合当該許可に、当該薬局を、同等の薬品供給を実現する為に、特定の状況で設置する義務を追加することができる。

動の制約、②職業選択の人的条件規律、③同じく物的条件規律を区別し(段階理論)、①から③へと厳格になる形で、審査基準を設定して、開店予定地域の人口など物的条件規律を行い、極めて重要な共同体利益を促進しない当該法規定を違憲無効とした⁹³。

(2) 起案者の第一次意見(1957年6月21日)

この薬局事件の起案者は、先のエルフェス事件で結果的に少数派に甘んじたショルティスゼクだが、彼は、本来的に参照するべきもの、即ち、先のクーチャー意見とエルフェス判決に従って意見を認める⁹⁴。

即ち、彼の1957年6月21日付け第一次意見は次の通りである。一つに、基本法12条1項を一般条項たる2条1項に接合して言う。この条項は全基本法秩序の中で人格の基体たる人間の自由を保障し、しかも、この自由の内在的限界自体は立法者の形成に依存している。人格の自由な発展とは国家共同体の中のみで許容されるという訳だ⁹⁵。二つに、基本法12条1項の解釈はクーチャーと同様の見解を採る。即ち、この1文の職業選択と2文の職業遂行は統一的基本権を成し、故に、この全体は2文のみにある法律留保の下に据わることになる⁹⁶。但し、後の段階理論の如く、職業の

92 BVerfGE 7, 377, 400-403.

93 BVerfGE 7, 377, 404-408.

94 なお、ショルティスゼクは、後に、基本法12条1項の職業自由につき、レーバー判決に言及しつつ小論を書くが、それが、第1法廷の見解の単なる記述なのか、彼自身の見解なのかは明らかではない。Herbert Scholtissek, Die Berufsfreiheit und der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG, in: F. Mayer(Hrsg.), Staat und Gesellschaft: Festgabe für Günther Küchenhoff zum 60. Geburtstag am 21. August 1967, 1967, S. 203-214.

95 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 355. この権利が人間の人格の発展と密接な関連を持つとも彼は指摘する。Scholtissek, a.a.O.(Fn.94), S. 205f.

96 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 355f. その意見との関連は本稿筆者には不明であるが、後年、ウーバーとクラインの統一的基本権の見解を引いたものと、彼は指摘している。Scholtissek, a.a.O.(Fn.94), S. 207f. Vgl. Giesbert Uber, Freiheit des Berufs, 1952; Friedrich Klein, Art. 12, in: H. von Mangoldt / F. Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1955.; BVerfGE 7, 377, 401; 新井(前掲注90)12-13頁。

選択と遂行の審査を段階づける⁹⁷。

だが同年7月10日の審議では、法廷内の賛成が少なかつたらしい。前者の提案は、4条以下の個別の基本権留保を無駄にしてしまうし、後者の提案にも、スメント流の補充的解釈を良しとする法廷内では、1文と2文の審査を区別せぬクーチャー説の方が説得的だった、と⁹⁸。

(3) 起案者の第二次意見 (1957年10月18日)

その際、この後に法廷内で回覧されたドラートの文書が重要である。中でも、既にクーチャーが提案していた、比例原則への言及である。即ち、法律は、立法目的達成の為の適切な手段であるべし、と言う⁹⁹。

そこでショルティスゼクは、10月18日付け第二次意見を用意し、自己の観点を抑制して、提案をクーチャー鑑定書に接近させてくる。つまり、統一的基本権には統一な留保を課して、基本権の制約を内在的制約でなく立法規律による裁量的制約と捉える、見解である¹⁰⁰。

だが、彼はここで、クーチャー＝ドラート流の比例原則を持ち出す。我々
が知る、必要性審査と適切性審査との間の境界はまだ曖昧だが、立法目的

97 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 355f. 尤も、ショルティスゼクは、職業選択と職業遂行の区別を相対的に把握していたようで、法廷意見の段階理論も斯くの如くに把握する。曰く、連邦憲法裁の段階理論は、固定的体系でなく、唯の作業仮設、個別事例で精緻化すべき単なる比較的大雑把な尺度に過ぎない、と。彼が論文を献呈したキュヘンホフが訴訟代理人を務めた事例を挙げ、その保険医判決では (BVerfGE 11, 30)、ライヒ保険法にて保険医の指定を拒否された医師が、500人毎に保険医指定を行うとの許可条件が、薬局判決の職業選択への客観的条件規律、即ち最厳格な違憲審査を行うべき事例に該当すると主張して憲法異議を提起したものの、第1法廷は、保険医なる職業は存在しないと職業選択の自由の制約を否定したが、職業行使の自由の本件制約は、それと同等の結果を引き起こすとし、結果的に、客観的条件規律と同じ判断尺度を適用したと、指摘する。Scholtissek, a.a.O.(Fn.94), S. 213f.

98 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 336. この点のミヒルの説明は不明確で、差し当たり、2文の法律留保を1文に及ぼしつつも、両文の審査密度を段階づけた点が、第一法廷の同僚らには実証主義的と理解されたと理解した上での、本文である。

99 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 336f.

100 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 337.

は任意でなく、自由侵害より価値の高い公益であるべきで、保護される公益と自由侵害の強度の適切な関連もなくはならぬと。但し、警察法の比例原則と異なり、立法府には広い裁量余地がある。即ち、目的と侵害の適切な関連の判断は議会の裁量に任される、と¹⁰¹。

結局、クーチャーに近い、立法者へのこの抑制的な比例原則により、法律の規制目的が公共善に仕え、適切性による制限が正当であるか、使用する手段が目的達成の為に適合的であるかを検討する訳である。

(4) 起案者による棄却案 (1957年10月18日)

しかし、ショルティスゼクの、この抑制的な比例原則審査の発想は、統制密度を幾らか高めても、理論でなく結論を指向した判断を導く。即ち、ミヒルによれば、彼は第1法廷の教義学的諸見解を代表しながらも、申立棄却で問題を処理しようとした為に同僚の説得に失敗した、と¹⁰²。

曰く、一つに、州薬局制度法3条1項のうちa号は憲法違反である。医薬品供給確保の公共性という要件は余りに不明確であり、それ故、自由でなく自由の否定を、開業自由でなく公的利益を優先している¹⁰³。

しかし、二つに、薬局の経済基礎の確保を求めるb号は合憲である。その要件は、競争保護や需要調査ではなく、既存薬局の生存最低限を保障し、自由な営業から薬品の適正供給を保護しようとしている。ショルティスゼクは、職業自由の行使は国民健康というより意味のある関心事に劣後し、故に、薬局数の制限は合憲であると言うのだ¹⁰⁴。

従って、このb号さえ合憲であれば、a号を違憲としても問題なく、このb号上の公的利益からレーバーへの不許可処分を正当化できる。起案者の第二次意見は、抑制的ながらも比例原則の採用で立法者へ統制を高めは

101 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 337.

102 Vgl. Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 349.

103 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 339.

104 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 339f., 349.

するが、本法の一部無効を申立認容には結びつけない。

2 比例原則を巡る攻防

(1) 第1法廷審理の結果(1957年10月23日)

これを受けて、1957年10月23日に第1法廷の審理があるが、この薬局開設問題を営業自由規制問題と重ねればすぐに分かる如く、概ね推薦政党を境に、多数派と少数派の両陣営が明瞭になってくる¹⁰⁵。一方に、社会民主党のシェフラー、ハイラント、ドラート、ヴェッセル、レーマンの5名、他方に、同盟のショルティスゼク、シュタイン、ヴィントリヒの3名。ヘックとリッタースパッハは中間派だ¹⁰⁶。

けれども、その対立軸は、最早、基本法12条1項の解釈ではなく、今や、比例原則の理解と連邦憲法裁によるその適用に置かれている。上の審理結果を纏めたショルティスゼクのメモによると、次の通り。即ち、①規律の目的、②目的達成の為の手段、③規律の目的適合性、④侵害の目的必要性、⑤侵害よりも高い目的の価値、これらを立法者と裁判所のどちらが検討するか、以上の論点が議論されたが、現代から見れば、それぞれ、①目的的正統性、②手段(の確認?)、③適合性審査、④必要性審査、⑤狭義の比例性審査と換言できよう¹⁰⁷。ミヒル曰く、①と②について法廷内で対立はなく、③から⑤につき、裁判所の判断を優先する多数派とこれを否定する少数派が対立する¹⁰⁸。

105 Vgl. Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 349-351.

106 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 351f.

107 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 352f.

108 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 353f. ミヒルによると、立法事実解明の為に法廷内小委員会ユミッテが編成された。その構成員は、起案者であるショルティスゼクがいるのは確実だが、訴訟資料からは明らかでなく、関連する私信からして一人はヘック、口頭弁論での参考人聴取の際の発言の多さからはヴェッセル、更に、元々レーバー事件に強い関心を持ったシェフラーがいただろう、と。Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 354, Fn. 101.

(2) 全三日間の口頭弁論 (1958年1月28日～30日)

この状況の下、1958年1月28日から30日の口頭弁論となる。つまり、立法事実につき、立法府と裁判所とのどちらを採るべきか、ここで、7名の参考人がその賛否両論を裁判官8名の前で開陳する¹⁰⁹。つまり、クニース(バイエルン内務省)、ヴァイデンバッハ(オーバーバイエルン県)、ダンナー(連邦内務省)、ラウアー(経済学博士)、ザウター(スイス連邦健康局)、ビダー(スイス薬局協会)、ビルツァ(在オランダ国際薬局連盟事務局長)の7名。最初の二人はレーバー事件担当者、ラウアーはショルティスゼク関係者と言う¹¹⁰。

尤も、これに限らず、外部との関係で中立性を疑わせる事情もある。例えば、嘗て州議会議員だったショルティスゼク。ミヒルの言では、嘗ての議会同僚フェルマン(Richard Fellmann)から彼に本レーバー事件に関する照会、逆にドイツ薬局連邦代表のクリー(Werner Klie)にはショルティスゼク自身が接触し、更に、連邦薬局法を起草した連邦議会議員プラトナー(Eduard Pratner)とも連携する¹¹¹。反対に革新派側のシェフラー。彼女も外部の影響から無縁ではなく、薬局開設問題に従来強い関心を持ってきたブルム(Maria Plum)と密接につながる¹¹²。その点で、参考人の見解が裁判官たちに直接的に影響した訳でもないらしい。

109 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 355. ミヒルの指摘では、リッタースパッハとレーマンの2名が欠席した。出席者の中では、ヴェッセルとシェフラーが熱心に質問したと言う。Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 356.

一九 110 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 355-357. 更に、ダンナーは1955年連邦薬局法起草の担当者だった人物で、スイスからのザウターとビダーは中立裁判官ヘックの推薦だという。当日、多数派裁判官らはこれら参考人に批判的に質問し、とりわけシェフラーは、クニースとヴァイデンバッハの両名、更にショルティスゼクに近いラウアーに懐疑的に対応していたとミヒルは言う。

111 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 348.

112 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 350f.

(3) リッタースパツハ案 (1958年2月又は3月)

この口頭弁論を経て、本件レーバー事件の帰趨が漸く明らかになる。即ち、方や、多数派5名に中立派2名が加わった7名の多数意見と、方や、起案者ショルティスゼクを含む保守派3名の少数意見である¹¹³。

前者は、エルフェスとリュートと同様、リッタースパツハが束ねる。即ち、彼が多数派側の第一次判決案を書くのだが、しかし、恐らく1958年2月又は3月のそれは、訴訟資料中に現物が存在しない。だがミヒル曰く、シュタインの残すメモから次の如く復元ができる¹¹⁴。a) 薬局数が対応不能な程に激増する蓋然性は、近い将来にはない。b) 薬局の不均衡配置に基づく住民健康への危険にも蓋然性がない。c) 適正な薬品供給の危険が生じても健康危険に至る蓋然性はない。d) 近い将来に健康被害の蓋然性があっても他の手段が選択できる。

警察法上の概念を用いて、可能性ではなく蓋然性を要求した訳だが、つまり、立法者が是とした問いに法廷意見は否と答えたことになる¹¹⁵。

薬局数の急激増、不適正な薬品供給、住民への健康被害などにつき、立法者とは異なる事実に依拠し、立法者とは異なる評価で判断した。経験的範疇でない規範的範疇としての蓋然性が決定的であったのだ¹¹⁶。

(4) ショルティスゼク案 (1958年3月)

当然、少数派／保守派側の立法事実の判断は全く異なるものである。これを代表し、矢張りショルティスゼクが判決素描を執筆している。

第一に、前述の通り、基本法12条の解釈を彼は問題としていない。尤も、全ての点で賛成するつもりはないと述べ、恐らくは、判決の、そして有名な、かの段階理論に対する批判だろうと、ミヒルは言う¹¹⁷。

113 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 357.

114 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 357.

115 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 358.

116 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 358. Vgl. Oliver Lepsius, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht, in: VVDStRL, Bd. 63(2004), S. 264ff.

第二に、そしてこれが決定的だが、事実認定／評価に反駁を加える。バイエルン州薬局制度法 3 条 1 項を一体として捉える多数派と違い、つまり、b 号の許可要件では、十分な立法事実の基礎があると述べ、しかし、a 号には、必要性を欠くが故に違憲無効であると判断する¹¹⁸。但し、その際ショルティスゼクは多数派に向けて妥協案も提示する。

一つに、3 条 1 項をバラバラに見た場合、合憲の b 号に依拠すれば、本件不許可自体は適法になるとは、先の彼の第二次意見の通りだが、二つに、a 号の需要要件と b 号の競争要件と一体的に把握するなら、処分は違法、故に申立は認容、しかし、a 号自体は違憲と判断する¹¹⁹。レーバーの救済という点で多数派に歩調を合わせるが、営業自由の保護の観点からは、最低限 a 号は無効とする、という趣旨だろうか。

3 法廷意見の取纏めへ

(1) ヘックの米憲法調査 (1958 年 4 月 14 日)

ミヒルに依れば、結局、申立棄却、a 号の違憲判断の上で処分取消、1 号全体の違憲判断の上で処分取消、この計三つの選択肢が残るが、しかし、この 1958 年 3 月の段階で既に決着はついていたようだ。とはいえ、エルフェス判決で法律の違憲判断を「危険な道」としたリッタースパッハ、そしてヘック¹²⁰ の中間派裁判官がこれに逡巡する¹²¹。

そこでそのヘックが、1958 年 4 月 14 日付けで、翌々日の審議の為に、

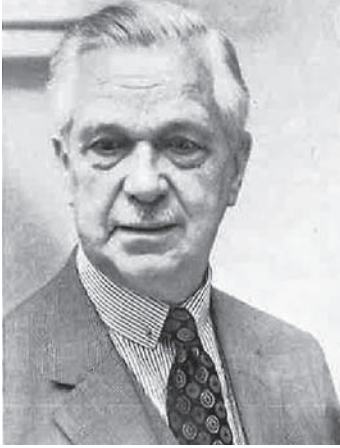
117 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 358f., Fn. 183.

118 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 359.

119 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 359.

120 カール・ヘックは、1896 年ハレで出生、1924 年から 29 年までベルリン大学、外国公法国際法研究所 (ベルリン)、国際開発高等研究所 (ジュネーブ) 等で助手を務めた後は、裁判官としてのキャリアを積む。41 年から軍務、戦後は捕虜収容所に収容される。47 年にヴェルテンベルク＝ホーエンツォレルン州裁判所に勤務し、1950 年連邦通常裁判所裁判官、54 年に連邦憲法裁判官となる。Müller, a.a.O.(Fn.22), S. 217; Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 332; Andreas Hänlein, Richter des BVerfG a.D. Dr. Karl Heck, in: NJW, 1996, S. 3131-3134.

121 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 359f.



エアヴィン・シュタイン
Erwin Stein
(1903-1992、在任 1951-1971)



カール・ヘック
Karl Heck
(1896-1997、在任 1954-1963)

1950年代司法積極主義時代の、アメリカ連邦最高裁の判例法理を調査した、全13頁の報告書を提出したというのである。当然の如く、米独を単純に比較することの妥当性、米最高裁の判例法理を統一的に打ち出すことの困難を留保しつつも、果たして彼は、一つ、「疑わしきは罰せず (benefit of the doubt)」、即ち、法律の合憲が推定される、二つ、「合理的な疑い (beyond a reasonable doubt)」がある場合に合憲の推定が覆される、三つ、この合憲性推定の法理は立法事実の判断にも妥当する、と報告している¹²²。

この、米国最高裁が司法審査に積極的ではないとのヘックの結論は、一方で、積極的司法審査に傾く多数派裁判官を落胆させ、他方では、少数派裁判官の言う司法権の謙抑的態度を確認するものなのだった¹²³。

(2) シュタインの反対論 (1958年4月14日)

尤も、保守派裁判官の一人、シュタインは、ヘックの比較憲法論に冷淡

122 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 360f.

123 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 360.

であり、寧ろ、彼と同日、別観点で多数派に反駁を加えている。

即ち一つに、或る法益が危ういか、その保護にどの手段を採るかは、仮説的な大量の事例や事実につき合理的な認識や確定が困難であり、一般的基準からの演繹でなく、その都度の個別の評価が必要である。法律の制定とは、こうした具体的で時に不合理な判断に基づくのだ¹²⁴。故に二つに、裁判所が比例原則に基づき立法者を吟味するとしても、精々、或る目的が基本権に優越するか、手段が目的達成に仕えるか、明白に不適切でないか、即ち、平等の恣意審査に止めるべきである。別言すれば、行政法上の裁量論での緩やかな統制を採れと言うのだ¹²⁵。

シュタインは、立法からの基本権保護は司法が担うべきとの主張に、だからこそ司法が基本権維持を監視するべきとの循環論法も見るが、元々は、法律制定上の立法事実の認識論問題、又は、立法者と裁判所の権限配分に関する憲法理論から、その反司法国家論を構築する¹²⁶。

しかし、兎にも角にも、ヘックの比較憲法論といい、シュタインの権力分立論といい、多数派側の申立認容の結論を動かすことはない¹²⁷。

(3) 法廷意見の言渡など (1958年6月11日など)

結局、1958年2月又は3月の段階でのリッタースパッハの見解を元にして、判決の最終草案となる彼自身の手稿文書が残っている¹²⁸。即ち、シェフラー、ハイラント、ドラート、ヴェッセル、レーマンの革新派と、リッ

124 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 361f.

125 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 362.

126 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 362f.

一五 127 なおミヒルは、後述の少数意見には登場しない、シュタイン独自の、欧州石炭鉄鋼共同体設立条約33条1項2文に基づく論証を引く。つまり、同条による、当時の欧州石炭鉄鋼共同裁判所は、同委員会の決定又は勧告を審査する場合、経済的事態に由来する全体状況の、同委員会の評価を審査してはならぬとの規律を、援用するのである。ミヒル曰く、欧州法を連邦憲法裁判所が検討した最初の事例である。Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 362f.

128 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 363, Fn. 203.

タースパッハとヘックの中間派が多数意見を成す。なお、後述の如く長官ヴィントリヒの法廷意見不参加は推測である。

以上を受け、バイエルン薬局制度法 3 条 1 項の全体を基本法 12 条 1 項違反とする判決が、1958 年 6 月 11 日に言い渡されている。因みに、直後の 6 月 25 日に、ヴィントリヒとシェフラーが欠席のまま本判決要旨を決定、翌 26 日にリッタースパッハが文書にした。尤も、同月 30 日に第 1 法廷裁判長ヴィントリヒが副署しているが、判例集で掲載される 7 つの命題に、手書きで 8 つめを追加している。つまり、薬局法の領域で憲法状況に現在対応するのは、客観的許可条件がないという意味での、開設自由だけである、と彼は補充した。この記述をミヒルは、判例集にもし載れば、客観的許可条件よりも広い開設自由の概念で、これ以外の主観的条件や職業遂行の規律ならば規制が可能であるかの誤解を生んだであろうと、示唆している¹²⁹。

(4) 本件法廷意見の概略 (1958 年 6 月 11 日)

そこで、我々のよく知る、連邦憲法裁第 1 法廷の多数派裁判官らの意見の本体であるが、矢張りミヒルの理解に従い、以上の議論との対応関係を概観してみると、第 1 法廷判決の内容は次の通りとなる。

第一に、審査基準。第 1 法廷で元々反対のない基本法 12 条 1 項の統一的基本権論と、更に、本判決で有名な三段階理論が採用される。比例原則は、その主観的規律条件でのみ一度だけ明言されているが、実質的にこれが、職業自由制約を審査する中心的役割を担っている¹³⁰。

第二に、当て嵌め。薬局制度法の 3 条 1 項全体を違憲無効とするが、その際、ドイツと似たスイスの例を重視し、自由な薬局開設が国民健康を危

129 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 363f., Fn. 204. Vgl. Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 306f.

130 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 363f. 本判決当時、我々の知る比例原則につき用語上的一致はないようで、ショルティスゼク提出資料の裏にハイラントが書いたメモ書きでは、例えば 1957 年 10 月 23 日の審理で、「立法者による基本法 12 条の侵害の際の比較衡量、帰責可能性、比例性の原則」といった用語が（従って同義のものとして）記されていると、ミヒルは言う。Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 353f., Fn. 156.

険とするという立法者の立法事実の予測を否定し、加えて、基本権を保護すべき立場の裁判所が、議会の見解をそのまま受容する訳にはいかぬと、寧ろ立法者が合憲の立証責任を負うと主張した¹³¹。

第三に、経済政策上の方針。許可制限で営業場所を嚮導する方針は、薬局制度に限らぬ、ドイツ経済行政の伝統と当時把握されていたが、第一法廷の法廷意見は、各種の競争保護条項を通じた国家統制主義そのものを拒否して、自らが経済政策上の決定を行ったことになる¹³²。

4 薬局判決の反対意見

(1) 3名による反対意見

さて、以上の、第1法廷の裁判官10名による厳しい審理の結果は、バイエルン州薬事法3条1項の全体を違憲とする判決で決着するが、連邦憲法裁の訴訟資料には、執筆者不詳の反対意見が残されている¹³³。

ミヒルによると、このタイプ打ち全48頁の文書には、署名はなく、だが、「カールスルーエ、1958年8月18日」と記されている。しかも、冒頭頁には速記体で「1958年10月末に受領」、最終頁には疑問符付きで、「ヴィントリヒ、シュタイン、シオルティスゼク」とある。ミヒルは、ハイラントが書き込んだものだと述べる¹³⁴。

ミヒルは、こうした断片的事実から次のように状況を説明している。第一に、同年10月19日に長官兼第1法廷裁判長のヴィントリヒが急逝し、翌年2月13日に第三代長官G・ミュラーが着任するが¹³⁵、その間ハイラ

131 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 364f.

132 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 365f. ミヒルによると、ヴェッセルとヴィントリヒが退いた後のことだが、同じ第1法廷が、1958年12月17日の牛乳法判決(BVerfGE 9, 39)、1960年3月23日の保険医判決(BVerfGE 11, 30)、1960年6月8日のタクシー法判決(BVerfGE 11, 168)で、薬局判決が展開した比例性原則による審査基準を適用している。Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 366, Fn. 211.

133 Text des Sondervotums, in: Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 377-407.

134 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 372.

135 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 372. 第1法廷は、1958年9月11日にヴェッセルが手術

ントがレーバー事件の訴訟資料の管理を担当していた。第二に、だが事情を知らないハイラントは、10月末にこの書類を受領し、だが彼自身も参加した審理経過からその執筆者を推測した¹³⁶。

結局、ヴィントリヒが反対意見に関与したかは不確実であるが、その内容から、シュタインとショルティスゼクの参加は明白である、と¹³⁷。

(2) 少数意見第Ⅰ／Ⅱ部

その少数意見の中身だが、全体が三部で構成されている。ここでもミヒルに従い、その恐らく3名の意見の内容を少しく検討してみる。

第Ⅰ部は7頁から成り、薬局事件も超える原則的の言明を含んでいる¹³⁸。先ず、法廷意見の12条1項の解釈にはその本質的^{ニヒトウングリュック}点で賛成するが、しかし、段階づけの観念は、生の現実に適合しておらず都合が悪い。続けて、恐らくシュタインの筆で、法廷意見の審査干渉に反対する。将来の因果経過を立法が明白に誤ったときのみ、違憲無効にすべし。つまり、立法の合憲性を推定し、裁判所審査は抑制的にせよと言う¹³⁹。

第Ⅱ部はショルティスゼクの筆で、バイエルン法3条1項に関わる¹⁴⁰。即ち、同項のa号とb号を目的の異なる別々の構成要件と把握して、a号は、その需要審査が職業選択の自由をより深刻に侵害する故に違憲であり、しかしb号は、薬局開設の自由を一般的には侵害せず、薬局が不健全に集中し一部薬局の生存基盤が脅かされ、それにより薬品供給が阻害される場合

の後に死去、その直後に、更にヴィントリヒも失う悲劇に見舞われたことになる。Vgl. Theodor Maunz, Ringen um ein wertgebundenes Recht: der Präsident des Bundesverfassungsgerichts Dr. Josef Marquard Wintrich, in: JöR, Bd. 33(1984), S. 167-174.

136 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 372.

137 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 372.

138 Vgl. Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 377-384.

139 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 373. ミヒル曰く、この司法抑制の主張はクーチャー鑑定書に元々由来し、既に58年4月14日の審議段階でシュタインが主張していたもの。

140 Vgl. Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 384-389

に、不許可を限定しており、合憲である。法廷意見は、両号を区別せずに、開設制限を除去すれば薬局の過剰増加が帰結するかを検討する点で、誤った出発点に立つと批判する¹⁴¹。

(3) 少数意見の事実認定

第三部は合計29頁で、やはりショルティスゼク執筆が推定される。特に、法廷意見による立法事実認定に対して、批判を展開している¹⁴²。

一つに、口頭弁論で発言した鑑定人7名の鑑定意見に、法廷意見は殆ど言及せず、ならば元々証拠調べ自体が余計だったのではないかと¹⁴³。

二つに、ショルティスゼクに特別の関係があるラウアー鑑定に依り、法廷意見が立法事実を誤って評価していると、少数意見は論難する。即ち、薬局間の競争激化や薬局の生存保護という法廷の判断につき、その反対を証明するのではなく、寧ろ証明自体が不可能だと主張する。その危険に至る因果経過の仮説は議会の主観的判断に基づくもので、客観的で合理的な尺度で統制する裁判所が手に負えるものではない¹⁴⁴。

三つに、州の政治に関与した二人ならではの連邦制上の批判もある。即ち、法廷意見は、元々経済につき連邦統一の規律があると言うが、元来基本法70条以下は、連邦に憲法上の権限がない限りで、州に規律権限を与えており、これにより、連邦法が制定される迄は州法が独自に基本権を制限できる。将来予測される連邦法の状況を考慮し、基本権の制限を予め緩やかなものにせよ、というのも州に酷である¹⁴⁵。

(4) 少数意見発見の評価

この未公表だった薬局判決の少数意見をミヒルは次の如く評価する。

141 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 373.

142 Vgl. Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 389-407

143 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 374.

144 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 374.

145 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 374f.

一方で、法廷意見の比例原則がとうに確定判決となっている現在に、その現在の視点から、少数意見の意義を適切に測るのは困難である。連邦憲法裁の立法事実の審査権限が否定されることも最早稀であり、薬局判決直後は職業自由につき立法者に対して抑制的だった態度も、後の酒類免許税決定以来、職業自由固有の侵害概念は強化されている¹⁴⁶。

だが他方で、反対意見の保守裁判官らが薬局団体の影響を受けたと見るのも適当でなく、法廷意見側も無実ではないとミヒルは述べる¹⁴⁷。結局、少数意見の発見は、確定済みの比例原則を否定する訳でなく、かといって、裁判官内の政治対立の産物と一蹴する訳にもいかない。

この反対意見は、当時の歴史文書として検討するべきだと彼は言う。1950年代の連邦憲法裁の黎明期に、単なる恣意審査に留まるか、強い審査の基本権裁判所に進化するか、どちらの可能性も存在した。判例法理の蓄積で雁字搦めでなく、進むべき道を自由に決めた訳だ。つまり、議会と対決する裁判所として自覚し、全国家権力に対して統制要求を行使することを決めた、第一級の歴史文書だというのだ¹⁴⁸。

七 薬局判決の主要人物

1 クーチャーの重要性

以上、連邦憲法裁の基本権理論の礎を築いた初期の3判決の法理は、革新派裁判官がリードするも、審議の偶然で生まれた産物ではある。だが、その際、第1法廷の置き土産に鑑定書を残したクーチャーと、結果的に三判決の原案を形作ったリッタースパッハの役割が際立つ¹⁴⁹。【表3参照】

146 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 375f. Vgl. BVerfGE 13, 181, 185f.

147 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 376.

148 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 376.

149 なお、本稿が依拠したレーバー判決の研究論文のミヒルだが、彼は、ベルリン文書センター (Berlin Document Center) (現在は連邦公文書館に統合済み) の膨大なナチ党文書が、初期連邦憲法裁構成員の過去を明らかにすると言う。既に、

表3 エルフェス／リュート／レーバー各判決の各裁判官の意見

	推薦 政党	氏名	1957年		1958年	
			1月16日	5月10日	1月15日	6月11日
			エルフェス判決	同性愛者判決	リュート判決	薬局判決
第一 法廷	CDU・ CSU	ヨゼフ・ヴィントリヒ Josef Windrich【長官】				
		ヘアベアト・ショルティスゼク Herbert Scholtissek	△ ※人格核心			●起案者
		エアヴィン・シュタイン Erwin Stein	△ ※人格核心			
		テオドール・リッタースパッハ Theodor Ritterspach	判決執筆者 ※行為自由		●起案者	判決執筆者
		カール・ヘック Karl Heck		●起案者		
	SPD	エルナ・シェフラー Erna Scheffler				
		ゲアハート・ハイラント Gerhard Heiland	△●起案者 ※11条説		忌避	
		マアティン・ドラート Martin Drath				
		フランツ・ヴェッセル Franz Wessel			忌避?	
		ヨアヒム・レーマン Joachim Lehmann				

網掛けは少数意見。●は起案者。△は実質的に法廷意見と異なる見解を持った裁判官。エルフェス判決と薬局判決では起案者とは異なる見解が法廷意見となる。

九

1960年代に、ナチ党員であり、バンベルク特別裁判所の検事として多くの政治犯を処刑した、ガイガーの過去が暴かれたが(三宅(前掲注2)131-132頁参照)、他にも、ヴェッセルのナチ党員在籍を記録する文書が存在するなど、ナチ独裁時代に平穏に司法畑を歩くことができた付和雷同者がいる。①本稿の英雄の一人クーチャーは、ベルリンでナチ学生団体に所属、土地収用に関する学位論文(前掲注34該当箇所本文)は、経済憲法のナチ化を宣伝、所有権の全民族秩序への組み込みを弁証、ライヒ経済省入省の契機ともなった。戦後に非ナチ化手続で断罪されなかったのは、やはり脛に傷を持つ旧友、エシエンベブルク(政治学者)やグレーヴェ(国際法学者)から入手した、有罪を洗浄する「ペルジール証明書」のお陰である。②本稿のもう一人の英雄、リッタースパッハにもミヒルは言及する。1936年から45年までライヒ財務省職員として勤務した彼だが、規定や条文こそ全てで、政治的事項に関心を持たない彼は、上司に、有能且つ勤勉、形式的判断は正しいが、ナチ的精神や責任を欠くと昇進の機会を失っていたという。但し、この事情が戦後有利に働く。③要するに、クーチャーやリッタースパッハの如き、自由で民主的な基本秩序構築に貢献した人々の思想内容

第一が、クーチャーが検討した解釈方法と比例原則の重要性である。前者は、スメントの名の下で正当化された補充的憲法解釈であるが、本稿では当然、基本権侵害を吟味する後者の比例性原理が目を引く。クリュガーへの言及で矢張り彼の師匠スメントの関連も気になるが、それは兎も角、警察法由来のこの法原則を立法者の統制手段に高めた人こそ、ミヒルが正しく呼ぶ如く¹⁵⁰、比例性原理の父(“Vater“ der Verhältnismäßigkeit als Verfassungsprinzip)クーチャーである。

但しその彼も、立法権の見解を退けることに慎重で、基本権違反が明白な場合のみ違憲判断を認める、司法抑制の立場を主張していた。その意味で、レーバー事件で第一次意見を書いたショルティスゼク、即ち、比例原則を援用しつつ、基本法の権力分立を崩してはならぬ、目的と侵害の関連につき立法者の立法事実判断を優先すべきとの述べた彼こそが、クーチャー伝来の鑑定書に忠実だったことにもなる。

2 リッタースパッハ!

第二に、エルフェス事件で審議の後に判決案を書き、リュート事件では初めから起案者となり、レーバーでも矢張り多数派に合流して判決案を用意したリッタースパッハが、第1法廷の中心人物だった。

勿論、彼が、リュート判決の起案者だったことは公然の秘密であり¹⁵¹、彼の後任の後任、即ちグリム¹⁵²が、彼の追悼文で簡潔に指摘している。

と経歴を比較することで、基本法上の価値秩序生成の謎を解こうと、ミヒルは述べるのである。Fabian Michl, Rote Roben, weiße Westen? in: FAZ 13.08.2020, Nr. 187, S. 6, ders., a.a.O. (Fn.6), S. 341, Fn. 97.

150 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 333.

151 Michl, a.a.O. (Fn.6), S. 352. Vgl. Stolleis, a.a.O.(Fn.55), S. 152, 165, Fn. 277.

152 リッタースパッハの後任がコンラート・ヘッセであり、その後任がディーター・グリムである。因みに、その後が、ホフマン＝リーム、マーキング、そして現在の東独初の裁判官イネス・ヘアテルである。三宅(前掲注2)19、21頁参照。グリム自身、ヘッセから継承した彼のポストが、リッタースパッハ以来、政党に属しない中立裁判官の系統であることを自覚している。Dieter Grimm, “Ich bin ein Freund der Verfassung“, 2017, S. 123. Vgl. Henning Frank, Die "neutralen"

当時の第1法廷は、ヘックとヴィントリヒを除く全員が連邦憲法裁判所創立メンバーだが、リッタースパッハは、1959年と1967年の2回、各8年の任期延長で、合計24年、第2法廷のガイガーに次ぐ二番目の長さの在任期間を誇る、当裁判所のレジェンドである¹⁵³。リュート判決の起案者を暴露したベッケンフェルデと同様、憲法裁判所で諸資料を閲覧できる立場にあったグリムは、彼を讃えて言う。価値秩序論で基本権の照射効なる革命を齎したのは彼の功績であり、また、憲法問題と法律問題を区分けるヘック定式の発案も彼である。更に、退官直前、第1次墮胎事件での保護義務論も彼と無縁ではない。リュート判決の後に、意見表明の自由を巡る事件は第1法廷の中でリッタースパッハが担当するようになったのは、必然的だった、と¹⁵⁴。

3 自由民主制の擁護者

基本法の価値秩序を強調したこのリュート判決、裁判所の立法事実認定を優先したレーバー判決での、リッタースパッハの役割は既に紹介した通りだが、グリムが強調するところでは、彼の自由の基本秩序を重視する立場は、既にエルフェス判決で発現していたと言う¹⁵⁵。

即ち、リッタースパッハは、一般的行為自由説で旅券法自体を不問とするも、旅券延長拒否を追認した連邦行政裁判所の判決を問題視する。外国旅行の自由を合憲的に制約できても、その決定は外国での表現活動を不可能にし、延いては基本法の自由の精神を危うくする、と。曰く、西ドイツの利害を侵したかとの発言内容だけが重要ではなく、発言者や発言場所の意味も、意見表明の自由で考慮せねばならない。一つ、選挙で当選見込みもな

七 Richter des Bundesverfassungsgerichts, in: W. Fürst/R. Herzog/D.C.Umbach(Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidle, Bd. 1, 1987, S. 164-174, 164f., 167.

153 Grimm, a.a.O.(Fn.26), S. 352; ders., Theodor Ritterspach, in: NJW, 1999, S. 3100. 参照、櫻井(前掲注9)84-90頁。

154 Grimm, a.a.O.(Fn.26), S. 352f.; ders., a.a.O.(Fn.153), S..S. 3100.

155 Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 174, 183f.

い私人の発言で国家が危うくなるのか、二つ、定期的ではない一回限りの催しでの発言に重要性があるのか¹⁵⁶。

最終的にエルフェス勝訴の結論は部会内議論の急変で放棄されたが¹⁵⁷、基本法の意見表明の自由、その基礎たる基本法の自由民主的体制を重んじるリッタースパッハのこの思想は、リュート判決でも展開され、バイエルン薬局判決でも確証されたと、グリムは主張する訳である¹⁵⁸。

4 憲法愛国主義の定礎

基本法の基本秩序を重んずるリッタースパッハへの評価は、やはりリュート判決での彼の重みを説くダアンシュテットでも同様である。

曰く、第二次大戦後に歴史にアイデンティを置くことを禁じられたドイツ人、彼らを慰撫し鼓舞する拠り所は、最早未来以外にはない。リュート判決こそが、未来志向のアイデンティティを与えてくれる。つまり、連邦憲法裁の或る裁判官が客観的価値秩序のコンセプトを発見したことで、基本法下で生まれた子供たちを窮地から救い出し、彼らを自由と民主政を支える、平和的で寛容な人々へ変化せしめる。本判決を通じ、基本法こそが政治的共同態に正統化の基礎を与える。即ち、一冊の法典と連邦憲法裁が、真に正なるものの源泉と証拠となり、我々ドイツ人に正なる人々となる希

156 Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 169f.

157 Grimm, a.a.O.(Fn.5), S. 185.

158 当時連邦憲法裁内で事件起案につき明確な担当はなかったようだが、リュート判決後、意見表明の権利はリッタースパッハの担当となる。Grimm, a.a.O.(Fn.26), S. 352.

なお、エルフェス事件では、外国旅行の自由の問いは外観に過ぎず、実質は外国での表現の自由への侵害であると、夙に指摘されてきた。意見表明の自由に関する連邦憲法裁のその後の判例法理からすれば、本件は寧ろ違憲と判断されるべきで、冷戦時代の政治的根拠による出国禁止という特殊事例に過ぎぬと六
というのが、一般的評価でもある。Fiedler, a.a.O.(Anm.44), S. 88f. その点、この批判はリッタースパッハの見立てと同様であるのだが、とはいえ多数意見は、基本権構成での対立は兎も角、エルフェスを勝訴させる点でほぼ一致、単に一般的行為自由説による憲法異議の肥大化を恐れ、急遽方針転換したという推定については既に述べた。

望を与える、というのだ¹⁵⁹。

結局のところ、シェフラーやドラートなど、第1法廷のスター達の厳しい意見の交換が、この合議体独自の見解を創造したことも留保しつつも、1957年から58年にかけて、このリッタースパッハを中心にして、現在も光り輝かく基本権教義学の法理と、自由で民主的な基本秩序の理念が、電光石火の如く結晶化していったのである¹⁶⁰。

159 Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Karlsruhe), S. 236f. Vgl. Schulze-Fielitz, a.a.O.(Fn.74), S. 56f. 結局ダアンシュテッテは、リュート判決を、法秩序の徹底的憲法化の出発、憲法愛国主義の萌芽と見ている訳である。これに関連して、栗城壽夫「立憲主義の現代的課題」憲法問題4号(1992年)7-22, 13-18頁、同「憲法愛国心という考え方について」(上智大学)社会正義12号(1993年)67-70頁、同「憲法愛国主義について」憲法問題13号(2002年)168-181頁。

なお、関連して、シェファーが、リュート判決を含む1958年という年が、東西ドイツ両国の法秩序に対し持つ意味を強調している。Jan Schaefer, 1958 - Schicksalsjahr der Rechtsentwicklung in beiden deutschen Teilstaaten, in: JZ, 2008, S. 703-708; Stolleis, a.a. O.(Fn..55), S. 289-290. 1月の本判決と、4月のバベルスベルク会議の転軸点的意義である。後者、東独のポツダム＝バベルスベルクで開催されたこの会議では、ドイツ社会主義統一党(SED)独裁の下ウルブリヒト(Walter Ulbricht)とポラック(Karl Polak)の指導でドイツ国家／法科学アカデミーによる学説公定が行われる。即ち、1949年10月のドイツ民主共和国憲法の存在にも拘らず、労働者と農民の権力機関である独裁政党SEDが法に優位すること、故に、プロレタリア独裁体制の下、権力分立と人権保障がブルジョワ的法治国家原理の要素として放棄されるべきことが、宣言される。これにより、正統派マルクス＝レーニンを逸脱し、チトー主義的な改革派マルクシズムに容認する東独内の勢力が一層されるのである。Schaefer, a.a.O., S. 705-707. 他方、価値秩序の理念により法秩序の徹底的憲法化へと進路を取り、特殊(西)ドイツ的な憲法裁判権の構築へ着々と歩みを進めていく、リュート判決、ここで法体系への憲法の優位が確定されるのである。要は、憲法への政治(政党)の優位を選択した東独、政治への憲法の優位を確定した西独、両者の命運を決したのが1958年である。Schaefer, a.a.O., S. 707f.; ders., Grundlegung einer ordoliberalen Verfassungsgeorie, 2006, S. 48-63.

160 なお、リッタースパッハ自身、彼がその最晩年に語ったところでは、リュート事件がどんな帰結を持つかを想像していなかった、という。Gerhard Casper, Die Kahlruher Republik, in: ZRP, 2002, S. 214-219, 216; Schaefer, a.a.O.(Fn.160)(1958), S. 704, Fn. 5.

八 結語

1 初期ドイツ連邦憲法裁判第1法廷の基本権教義学の形成を、とりわけ、1957年～58年の三判決から検討した本稿の結論は以下の通り。

一つ、一般的行為自由説のエルフェス判決、間接的第三者効力論のリュート判決、比例原則又は段階理論のレーバー判決、どの判決も第1法廷の10名の裁判官、賛成／反対の真剣な討議の結果であり、とは言え、結果的に、同盟推薦ながら党籍のない中立裁判官であるリッタースパッハを軸に、連邦憲法裁判の現行法理が構築されたこと。

二つ、三判決を繋ぐのは第1法廷所属裁判官の同一構成のみでなく、出国後の海外での表現活動、映画興行反対の抗議表現、薬局開店の営業自由の行使、そして連邦憲法裁判と立法者や専門裁判所の関係、即ち、自由で民主的な政治秩序という戦後西ドイツの価値体系そのものと、それを守護するドイツ連邦憲法裁判の存在意義でもあったこと。

尤も、本稿も依拠した、最新資料を駆使して初期連邦憲法裁判の生成過程を明らかにしたグリムやミヒルの論考だが、今後も、同裁判所の審議資料の漸次的公開と共に、時代時代で議論の的となった各種判例法理の謎が、歴史学的な手法により解明されることだろう¹⁶¹。

161 因みに、連邦憲法裁判所の基本権法理の形成で、スメントの影響が際立つと、これまで日独の憲法学者に強調されてきたところである。本稿でも、クーチャーの基本法12条注釈書での補充的解釈の方針、エルフェス判決での人格の自由な発展の権利への法律に基づく制約、リュート判決でリッタースパッハが強調した基本権価値秩序の観点、様々な場面にて、スメント学説の痕跡があったことは既に検討した。更には、この間、本稿と同一の10名が参加した同性愛者判決でも、基本法解釈で、規範の背後の現実の観点、個人と社会の相互関係を強調したそのロジックに、スメント憲法理論の影響を見る人もいる。^四 Dröner, a.a.O.(Fn.7), S. 165-173. 確かに、リュート事件で、申立書を起案したのは、スメント門下で当時新進政治学者のヴィルヘルム・ヘンニスであると伝承されるし、その申立書を読んだリッタースパッハがインスパイアされたのだとやはり本稿が依拠したダアンシュテットも示唆するところであるが(Darnstädt, a.a.O.(Fn.4)(Karlsruhe), S. 227-232.)、当のヘンニス本人がリュート判決と師匠の

2 ところで、本稿の主役の一人だったリッタースパッハ、彼はその後、二度の再任を経て、1975年まで連邦憲法裁に在籍し続けている。その間69年カールスルーエ宮殿地区に現在の新裁判所棟が完成し、翌70年には英米流の少数意見制度が連邦憲法裁に遂に導入された¹⁶²。初めて自分用の執務室を持ち、^{パラディース}新建築物を樂園と称賛した彼であるが¹⁶³、新規の、反対意見を開陳する機会だけは結局使用しなかったらしい¹⁶⁴。

しかし、リッタースパッハが少数意見の制度に反対した訳ではない。即ち、この仕組がドイツ伝統の司法権威を弱めるとの批判を尻目に、且つ、欧州各国の憲法裁判権での少数意見制度の普及を確認しつつ¹⁶⁵、反対意見の公表が、一致して法を語る嘗ての崇高な司法の像を退け、定例や定式でなく独自の先駆的諸法観念を露わに語る、そのような昨今の傾向、端的には自由と民主の現代の拡張を支持するのである¹⁶⁶。

だとすれば、法廷全体の見解の一致に努力したリッタースパッハも、60

学説が無関係だと断言し、スメント本人も、憲法裁判例と共に己を批判したフォルストホフに、判例法理に共感を覚えるがやはり自分は無関係だと私信で反論する。参照、三宅雄彦「世論調査と憲法理論」(埼玉大学)社会科学論集164号(2021年)33-50頁、同「ヘンニス政治学における憲法と憲法現実」駒澤法学21巻1号(2021年)52-56頁、同「古稀論集と学派对立」駒澤法学19巻2号(2019年)14-16頁。同性愛者判決とスメントの関係を推定するドレーナーも指摘するが、1950年代当時、実務が学説を援用するとしても、シュミットはナチ的、カウフマンは反民主、ヘラーの意義は発見もされておらず、スメントは精々消去法で援用されたと見るのが妥当ではなからうか。Drönner, a.a.O.(Fn.7), S. 165-173. 参照、三宅雄彦『憲法学の倫理的転回』(信山社、2011年)第3章、第5章。

162 Grimm, a.a.O.(Fn.26), S. 353. 参照、柴田憲司「ドイツ連邦憲法裁判所の少数意見制」大林啓吾・見平典編『最高裁の少数意見』(成文堂、2016年)225-282, 233-248頁、三宅(前掲注2)20-22頁。

163 Ritterspach, a.a.O.(Fn.78), S. 204f.; Grimm, a.a.O.(Fn.26), S. 353. 参照、前掲注78、三宅(前掲注2)3頁。

164 Grimm, a.a.O.(Fn.26), S. 353.

165 Theodor Ritterspach, Gedanken zum Sondervotum, in: W. Fürst/R. Herzog/D.C. Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1379-1389, 1380-1385.

166 Ritterspach, a.a.O.(Fn.165), S. 1389.

年後に、仮に己の個別意見が歴史家により考究されたとしても、連邦憲法裁の審議過程の公開こそ自由と民主制の進展に資するものであり、その点で少数意見ならぬ多数意見に与すると述べただろう。