

Title	国家目標規定と国家学：その基本権制約ドグマテーイクへの照射
Sub Title	Staatszielbestimmung, Staatslehre und deren Ausstrahlung auf die Schrankendogmatik der Grundrechte
Author	石塚, 壮太郎(Ishizuka, Sotaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.97, (2013. 6) ,p.335- 367
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130615-0335">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130615-0335</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 国家目標規定と国家学

——その基本権制約ドグマ・テイクへの照射——

石塚 壮太郎

- 一 はじめに
- 二 国家目標規定
  - (一) 基本的機能
  - (二) 基本権制約機能
- 三 基本権の制約根拠としての国家目標規定
  - (一) 社会国家原理
  - (二) 環境保護
  - (三) 小 括
- 四 基本法二〇a条「動物保護」導入前後の状況——動物保護の法的位置づけ
  - (一) 動物保護が憲法化される以前の状況
  - (二) 動物保護が憲法化された後の状況
- 五 国家目標規定と国家学
  - (一) 国家目的と国家目標
  - (二) 国家目標の国家正当化機能
- 六 結びにかえて

## 一 はじめに

近時、憲法改正の議論が具体化していく中で、国家目標規定という規定形式が——特に環境保護条項の選択肢として——注目を集めている。<sup>(1)</sup> そのプロトタイプは、いうまでもなくドイツ基本法二〇a条である。この条項についてはその制定過程を含め日本においても詳しく紹介されており、また国家目標規定についても幾つかの先行業績が存在する。<sup>(2)</sup> しかし、国家目標規定を導入した場合の効用については、その母国たるドイツにおいても一致した見解があるとは言い難い。<sup>(3)</sup> 国家目標規定の導入にはどのような意義があるのか。国家目標規定という規定形式の採用を真剣に検討している現在の政治状況に鑑みれば、日本国憲法学もこれに無関心ではいられないはずである。

国家目標規定 (Staatszielbestimmung) とは、「市民に主観的権利を保障することなく、国家権力を一定の目標の追求へと法的拘束力を以って義務づける憲法規範のカテゴリー」であり、現行ドイツ基本法では、社会国家原理 (基本法二〇条一項および二八条一項一文)、男女同権の事実上の貫徹 (基本法三条二項二文)、環境保護 (基本法二〇a条)、動物保護 (基本法二〇a条)、EUの発展 (基本法二三条一項一文)、経済全体の均衡 (基本法一〇九条二項) がある。憲法上の国家目標 (Staatsziel) には、これらに加えて、平和の保持 (基本法前文、二六条一項および九条二項) や各基本権の保護および促進が挙げられる。<sup>(5)</sup> 国家目標は、国家目標規定からのみ導かれるわけではなく、前文や基本権を端緒として導かれることもあるという点で、国家目標「規定」とは異なる。また、国家目標は、国家学上の国家目標<sup>(6)</sup>との区別において、一般的には憲法上の国家目標——あえてこれを憲法目標という場合もある——を指す。

さて、右の列挙からも分かるように、国家目標規定には多種多様な内実を有するものがあり、それぞれの憲法上の位置づけも様々であるので、それらを統一的・画一的に把握することは困難である。したがって、国家目標規定は、

多くの観点から分類することができる。本稿では、ある国家目標規定がいわゆる「実質的意味の憲法」に属するのか、それとも単に「形式的意味の憲法」に属するにすぎないのか、という観点から国家目標規定を区別し、国家目標規定が基本権の憲法内在的制約としてはたらく場合に、その区別がどのような影響を及ぼすのかを検討する。

なお、ある国家目標規定が実質的意味の憲法、すなわち「国家の根本秩序についての規律」<sup>7)</sup>に該当するかどうかを区別するにあたっては、国家目標に関する国家学上の議論が重要なメルクマールとなる。本稿の考察において重要な法素材となるのは、二〇〇二年のドイツ基本法改正で国家目標に格上げされた「動物保護」である。スイス憲法旧二五条の二にあった、放血前に麻酔なく屠殺することの例外なき禁止は、「例外的に、実質的意味の憲法とはいえない……世界的に有名な例」であった。<sup>8)</sup>では、規定の具体度に違いはあれ同様の方向性を有する、基本法二〇a条「動物保護」は、どのような事情の下で、何を意図して新たに規定されたのか、どの程度機能しているのか。これを検討し、社会国家原理や環境保護といった——実質的意味の憲法に属する——他の国家目標規定との比較に晒すことで、「動物保護」がそれらとは憲法上異なった位置にあることを明らかにする。

## 二 国家目標規定

### (一) 基本的機能

マウラーによれば、国家目標規定は、ドイツの諸州憲法の国家目標規定も含め、その機能という観点から、次の三つに分類することができる。すなわち、①政治的目標を憲法上拘束力を以って規定するもの（例えば、EUの発展や平和の保持）、②個人を指向する目標であるにもかかわらず主観的権利を基礎づけることなく、社会国家的促進を取り

上げて規定するもの（例えば、労働場所や適切な住居への配慮に取り組む国家機関の義務）、③主に法律の留保なしに保障された基本権の制約に役立つもの（例えば、動物保護）である。<sup>(9)</sup>そして各機能は部分的には重複するとされる。ここでは、③の機能に着目したい。

## (二) 基本権制約機能

憲法規定は必ずしもそれだけで解釈されるわけではなく、他の規定との関係が重要となる場合があるが、国家目標規定を考える際にはそれがとりわけ重要となる。<sup>(10)</sup>以下では本稿のテーマに即して、国家目標規定と基本権との関係——特に基本権制約機能を重点的に——を論じる。

国家目標規定は、一方では基本権を強化するように（Grundrechtsverstärkend）、他方では基本権を制約するように（Grundrechtseinschränkend）作用することがある。<sup>(11)</sup>本稿では後者が重要である。国家目標規定は、基本権の保護領域を限定するもの——憲法直接的制約——としてであれ、基本権を法律を通じてまたは法律の根拠に基づいて制約するもの——憲法間接的制約——としてであれ、基本権を制約する憲法内在的原理となる。<sup>(12)</sup>

第一に、例えば基本法二〇a条の環境保護により、「基本権の環境拘束（Umweltpflichtigkeit der Grundrecht）」を語りうるようになる。<sup>(13)</sup>具体的には、環境保護の要請が、所有権の内容規定の際の考慮要素とされ、所有権（基本法一四条）と環境保護（基本法二〇a条）との間に憲法内部での新たな緊張関係が生じるとされたり、<sup>(14)</sup>また、それが防衛権の保護領域を限定する要素ともなりうる。

第二に、「基本法二〇a条の本質的効用の一つは、形式的には制約することができない基本権（＝留保なき基本権）の内在的制約が環境・動物保護に基づいて可能となることにある」<sup>(15)</sup>とされるように、国家目標規定は法律の留保なしに保障された基本権を制約するための憲法内在的原理としても位置づけられる。<sup>(16)</sup>

基本法に規定された基本権には、単純な法律の留保を伴う基本権、特別な法律の留保を伴う基本権、そして（法律の）留保なき基本権がある。<sup>(17)</sup> 単純な法律の留保は、単に侵害形式が法律であることないし法律の根拠に基づいていることのみを要求する。これに対し、特別な法律の留保は、侵害的法律が特定の状況と結びついていること、特定の目的に資するものであること、または特定的手段を利用することを要求する。つまり、後者の方が許容される侵害が限定的となる。さらに留保なき基本権は、法律による侵害も、法律の根拠に基づく侵害も全く規定していない（例えば、基本法五条三項一文の芸術の自由および学問の自由、基本法四条一項および二項の宗教の自由が代表的である）。とはいえ、法律の留保の欠如は、その基本権が制約に服さないことを意味するものではない。連邦憲法裁判所は、「衝突する第三者の基本権および憲法ランクを備えた他の法価値のみが、憲法の統一性とそれによって保護される価値秩序全体への考慮から、制約不可能な基本権をも、個別の状況においては限界づけることができる」と述べ、<sup>(18)</sup> その後の判決で両者の衡量は「実践的整合の原則により」比例原則の援用の下で解決されるとしている。<sup>(19)</sup> これを全体で、基本権制約システムという。この論点は国家目標「動物保護」の導入と大きなかわりを持つところである。

連邦憲法裁判所は、留保なき基本権を制約するためのアプローチとして、侵害正当化という手法を採用している。この手法は、留保なき基本権の保護領域を厳格に画定したり、事案ごとに変化させて考えるのではなく、その保護領域を広めにとって正当化段階で解決しようとする。<sup>(20)</sup> 留保なき基本権を制約する場合には、正当化のために持ち出される利益が「憲法ランク」を備える必要があるというのが、法律の留保を伴う基本権が制約される場合とは異なる特殊なポイントである。しかし、妥当な事案の解決という要請を念頭に置いたとき、留保なき基本権の保護領域を広めに設定するということは、畢竟、その侵害を正当化するために持ち出される憲法ランクを備えた利益の拡大につながる。連邦憲法裁判所は、権限規定や組織規定を援用することで留保なき基本権に対する制約を認めており、これが批判の対象ともなっている。<sup>(21)</sup> とはいえ、連邦憲法裁判所も、単に憲法に書かれているからといってそれを憲法内在的制約原

理として承認してきたわけでは必ずしもない。詳しくは後述するが、まさに二〇〇二年以前の「動物保護」がそうである。

第三に、「[基本法]二〇a条が環境保護および動物保護に憲法ランクを与えたことで、環境保護および動物保護のために基本権を制約する際の立法者の余地が拡大した」とか、「[基本法]二〇a条の国家目標規定は、環境保護や動物保護に奉仕する課負荷の措置がより容易に正当化されうるといふ点で、基本権制約的に作用しうる<sup>(22)</sup>」とされるように、基本権に対する制約可能領域の拡大が主張されることがある。このように言われるのは、国家目標規定の導入が形式的憲法ランクの付与にとどまらず、実質的憲法ランクの付与をも含意していることを前提としているが、この点は留保が必要である。

この問題は、公共の福祉の段階理論の観点から言い換えることもできる。人権の制約原理たる公共の福祉には種々の重要度があり、「①他者の人権に基礎を持つ法益、②その他の憲法条項に基礎を持つ法益、③立法者が定立した法律レベルの法益」とに区別することができる<sup>(23)</sup>。そのような区別は、人権、憲法および法律上の利益の三者間に実質的な重要度の差異があること、すなわち、人権条項にはそれに値する利益が、その他の憲法条項にはそれに相応しい利益が、法律規定にはそれ相応の利益が備わっていることを前提としている。では、国家目標規定の導入は、必然的に②から③への移行を意味する問題なのだろうか。この論点については後述する中で明らかにしていく。

### 三 基本権の制約根拠としての国家目標規定

以下では、国家目標規定の基本権制約機能に着目し、具体的場面の中で国家目標規定がどのように使われているのかを確認する。

(一) 社会国家原理

1 法律の留保を伴う基本権の制約

(1) 契約の自由の制約——価格統制法事件

一九四八年価格統制法に基づく罰金と賃料引き下げ決定が合憲とされた決定において、連邦憲法裁判所は、基本法二条一項から導かれる一般的行為自由に含まれる経済活動の自由と契約の自由を尺度に、価格統制法二条の審査を次のように行った。一般的行為自由は、「憲法適合的秩序の枠内でのみ保護される」が、「価格統制法二条は、価格水準全体の危機や重大な障害を除去し、経済生活の一定領域において公益に資するよう要請される措置だけを可能として」おり、「そのように限界づけられた価格統制法二条の授權は、基本法の憲法適合的秩序と合致する」。なぜなら、「経済全体および社会的理由から一般利益に資するよう要請される価格統制法上の措置を採ることを可能とする法律上の規律は、契約の自由を実体的に規定して限界づけ、その内容形成を基本的には立法者に義務づける社会国家原理と一致する」からである（傍点石塚）。

本決定では、社会国家原理は、契約の自由の内容規定の際にそれを限界づける要素として機能している。

(2) 所有権の制約——狂犬病事件

狂犬病に罹った動物と接触したとみなされる犬の合法的な処分に対する補償からの法律上の除外が合憲とされた決定において、連邦憲法裁判所は、基本法一四条一項の所有権を尺度とする審査において、次のように説示した。「公共の健康にとって重大な危険をもたらす所有物は、補償なしに、所有者から取り上げられる（そして処分される）。それは、特別な法律上の規律なしに基本法一四条二項から直接生じる、所有物に内在する社会拘束である。当該条項は、基本法体系において——とりわけ社会国家原理の観点から——、以前に比して、所有者により大きな共同体の責

任を課し、それゆえ、自由な処分権限に対するより強力な制約を課すものである」(傍点石塚)。

本決定では、社会国家原理は、基本法一四条二項解釈に取り込まれることにより、所有権の内容形成にあたって、より強力な基本権制約の可能性を生じさせている。

## 2 留保なき基本権の制約

### (1) 団結権の制約——賃金補償条項事件

労働調達措置の際の賃金補償と賃金規準<sup>(26)</sup>を定めた、一九九七年連邦社会法規定——異議申立人は、この規律が労働組合の交渉上の地位を弱めていると主張した——を合憲とした決定で、連邦最高裁判所は、基本法九条三項の団結の自由を尺度として審査し、次のように述べる。「基本法九条三項で保障された団結の自由は、留保なしに保障されているが、少なくとも、同じく憲法ランクを与えられた公共の利益の保護のためであれば制約されうる。そのような根拠がある場合には、賃金協約の対象となりうる問題を立法者が規制することは、原則的に禁じられていない」。確かに、「基本法九条三項で保障される保護が重要であるほど、侵害を正当化する根拠は重大なものでなければならぬ」が、「問題の規律によって追及される目標は、労働場所の追加的供給を促進することにより大量失業を防ぐことであり、それは憲法ランクを有する。その際、立法者は社会国家原理(基本法二〇条一項)を引用することができる」。社会国家原理は「立法者への形成委託を含んでいる」。その原理は、国家に「社会的矛盾の調整に配慮することを義務づけ」、さらに、「自らの個人的生活条件や社会的な不利益取扱いにより、個人的または社会的発展が妨げられる、個人や集団への国家による配慮を命じる」。ただし、「この委託をどのように充足するかは、社会国家原理の具体化が欠けているために、立法者の事項である」。「失業時の国家による配慮は、失業者の財政的支援に限定されるものではない。それは、例えば、賃金コストの共同出資による労働場所の増加や、この方法で失業それ自体を防ぐことにも向けられる。そのような努力には、社会国家原理が、協約自治(Tarifaautonomie)への制約的作用をも正当化すること

が、できる正当な重みを与えているのである。……その規律は、——現下の非常に高い失業率に際し——同時に基本法一〇九条二項に規定された目標である経済全体の均衡にも資する」(傍点石塚)<sup>(27)</sup>

本決定では、比例原則を適用する際に用いられる「Leitens公式」の下、社会国家原理に基づく對抗利益(失業問題の解消)の重要性が強調され、正当化段階での処理がなされた。

(2) 芸術の自由の制約——平屋根家屋事件

一九一一年に建てられた近代史的な価値のある邸宅——この家は当時建築中であつた異議申立人の二階建ての家をその一部として構想していた——に隣接する土地に金属ガラスのファサード付平屋根家屋を建築しようとした許可申請が、バイエルン州建築条例に基づき、建築造形上の(baugesamensich)理由から拒否されたことが適法とされた決定で、連邦行政裁判所は、本件建築を建築芸術(Baukunst)とし、基本法五条三項の芸術の自由の保護領域に含まれるとしたが、「市民の全般的な精神的平穩(基本法二条二項参照)と、共同体における社会的平和」を援用し、原告の訴えを退けた(傍点石塚)<sup>(28)</sup>。後者は、文献上では社会国家原理の援用であるとされている。<sup>(29)</sup>

本決定では、社会国家原理は、身体を害されない権利(基本法二条二項)との関係で補充的に援用されており、論証上の重要な地位を占めていないようにもみえるが、補充的にであれ援用されたのは、そもそもそのような基本法二条二項の解釈が成立するか疑わしいからであると思われる。ここでの正当化根拠(市民の全般的な精神的平穩と共同体における社会的平和)は、単なる住民感情の保護にすぎないのではないか、現実には環境国家的規制(景觀保護)ないし文化国家的規制(文化財保護)などではないかという点で疑義がある。その際、衡量時における社会国家原理の該当性(Berücksichtigung)の低さが問題点として指摘しうる。社会国家原理を持ち出せばなんでもよいわけではない。基本権と對抗利益がいずれも原理的優位を持ちえない場合に重要なのは、丁寧な利益衡量である。

(二) 環境保護

1 法律の留保を伴う基本権の制約

(1) 職業の自由・所有権の制約——遺伝子法事件

「遺伝子組換体 (GYO)」と「市場流通 (Inverkehrbringen)」を定義する遺伝子技術法三条三号および六号の規定が他の規範と結びついてもたらず間接的な基本権侵害が合憲とされた判決で、連邦憲法裁判所は、基本法一二条一項の職業の自由と、一四条一項の所有権を尺度にして行った審査において、次のように説示した。「立法者は、法定立の際に、一方で、遺伝子技術の利用と、他方で、特に生命および身体を害されない権利……、学問の自由……、職業の自由……および所有権保障……によって保護される利益とを調整させるだけではなく、同様に、基本法二〇a条に含まれる、将来世代への責任をも果たすために自然的生活基盤を保護するという委託を考慮しなければならぬ。……立法者が不意の出来事により生じる遺伝子組換体の所産を統制下に置かなければ、立法者は自然的生活基盤を保護する自らの責任を見誤るといふ危険を冒すことになる」(傍点石塚)。

本判決では、基本権制約の場面であるにもかかわらず、憲法目標の実現義務の方が強調されており、環境保護という国家目標の重要性が示唆されている。

2 留保なき基本権の制約

(1) 芸術の自由の制約——巨大モニュメント像事件

農業・林業用利用されてゐる外部地域 (Außenbereich) で、ナチ時代の退廃芸術家であるアルノ・ブレカーが作った巨大な彫刻を巨大な台座に置くことの建築申請が、連邦建設法典に基づいて、却下されたことを適法とした決定で、連邦行政裁判所は、本件モニュメント像の設置を芸術の自由の保護領域に含めるとしつつ、建築法と環境保護

との密接な関連性を指摘し、基本法二〇a条の環境保護に基づき、自然と景観を保護する措置が憲法ランクを有することを確認し、原審が本件モニメント像設置の建築芸術としての性格を見誤っていないことをもって原告の訴えを退けた<sup>(31)</sup>（傍点石塚）。

本決定では、行政処分の変憲性が問われており、このような場合にはまず処分の根拠となる法令が国家目標規定を具体化したものであるとか、国家目標規定と密接な関連があるといった論証を介して、憲法上の基礎を有することを確認することにより、留保なき基本権との衡量可能性が開かれる。この事案では、（建築）芸術の自由が環境保護の前に退けられることとなったが、裁判所は、外部地域に課された「自然豊かな土地利用と保養」という役割を害さないのであれば、事例によつては原告の主張が認められる余地があることを確認している。

(2) 信仰の自由の制約——自然公園内埋葬地事件

異議申立人である宗教共同体が、フレンキッシュ・シュヴァイツ自然公園の保護地域内に埋葬地を設置するため、埋葬法上の認可を申請したが、認可が拒否され、そのことが適法とされた決定で、連邦行政裁判所は次のように述べた原告の主張を退けている。確かに、「信仰の自由の権利の限界は、『憲法それ自体からのみ、すなわち、基本法上の価値秩序の基準に従い、この根本的価値体系の統一体の考慮の下でのみ、引かれる』のである」が、「基本法の価値体系においてその明示的な場所を有する、基本法上の価値秩序の一部として、ここではすでに基本法二〇a条によつて自然的生活基盤の保護が指摘されなければならない。……自然公園規則の公布による特定の地域の特別的法保護は、疑いなくこの保護に属する。基本法は自然や景観保護のためのここで語られている州法上の法規則に対する信仰の自由の優位を基礎づけていない」（傍点石塚<sup>(32)</sup>）。

本決定では、信仰の自由が環境保護の前に退けられているが、その理由は、異議申立人の行為が、基本権の周辺の部分の行使であったためであると思われる（平屋根家屋事件とは逆に、ここでは基本権側の該当性の低さを指摘することがで

きる)。

## (三) 小括

基本権と国家目標規定との利益衡量のあり方は、状況に応じて種々様々である。相手としての基本権の構造や性質、あるいは問題状況によって、基本権制約の正当化に課される要求度合は異なる。立法者を通じた相互調整が形式的には予定されていない留保なき基本権といっても、保護領域の周縁部が制限されているにすぎなかったり、侵害の程度が低いといった場合には、それほど重要な対抗利益が要請されるわけではない。他方、立法者を通じた相互調整が一般的に予定されている単純な法律の留保を伴う基本権であっても、保護領域の核心部が制限されていたり、強度の侵害がある場合には、重要な対抗利益が要請される。ともあれ重要なのは、社会国家原理や環境保護が基本権の対抗利益として説得力ある形で持ち出される場合には、——相手となる基本権が法律の留保を伴うものであれ、留保なきものであれ——基本権の原理的優位は想定されていないということである。

では、国家目標規定と称されるすべての規定が「国家目標」の名を冠するに相応しい実体を伴っているのだろうか。社会国家原理や環境保護が「国家目標」としての実質を備え、基本権に十分対抗しうる原理として位置づけられることは確認できたが、国家目標規定のすべてがそうなのか。次章では、「動物保護」を題材としてこの問題について検討する。

## 四 基本法二〇a条「動物保護」導入前後の状況 ——動物保護の法的位置づけ

### (一) 動物保護が憲法化される以前の状況

二〇〇二年以前において「動物保護」は、どのように扱われていたのだろうか。まず確認されなければならないことは、留保なき基本権の制約のために権限規定等から実体的な憲法上の価値決定を導くという連邦憲法裁判所の手法が存在していたにもかかわらず、二〇〇二年の国家目標規定導入以前には、動物保護に憲法ランクが与えられてはいなかったということである。一九九七年六月一八日の連邦行政裁判所判決によれば、「確かに、動物保護は、動物保護法の諸規定によつて特別の保護と法的位置価を獲得している。……しかし、動物保護は、憲法ランクを有していないので、教授の自由と衝突する基本権規範としては、憲法上の緊張関係の解決に含まれない。それに相当する法的地位は、基本法一条一項（人間の尊厳）、基本法二条一項（道徳律）からも、あるいは国家目標規定として個人に出訴権を与えない基本法二〇a条からも、導出されえない。基本法七四条二〇号の権限規範は、その文言とその明らかな目的によれば、考慮されない」<sup>(33)</sup>。

それゆえ、一方では、動物保護とそれらの基本権とが対立する場面において、両者が同一の基盤で比較衡量されることなく、動物保護に欠けた結論になるとの批判が強くなった（そのような批判に対応して、改正された基本法二〇a条には、基本権と同等レベルで動物保護を扱い、それにより、動物実験等の規制を強化する作用が期待されたのである）<sup>(34)</sup>。しかしまた、他方では、両者が同一の基盤で比較衡量されることがないのは、基本法の解釈上当然のことであり、むしろ逆に、基

本権制約システム(前述二・(二))が様々な方法で覆されているとの批判も存在したのである。

では、二〇〇二年以前において、裁判所は、どのようにして動物保護と留保なき基本権との衝突問題に取り組んだのか。

## 1 学問の自由の制約

学問の自由は、基本法五条三項一文で留保なく保障されている。そこには、研究の自由と教授の自由が含まれる(いずれも学問の自由の下位概念である)。ここでは、学問の自由が、動物実験に関する動物保護法上の規律と衝突する。

動物保護法<sup>(35)</sup>は、第五章(七条~九 a 条)を動物実験の規律に、第六章(二〇条)を教育活動の規律に当てており、前者は研究の自由と、後者は教授の自由と衝突する。これらの規律は、一九八六年の大改正を経て、大幅に強化されており、この分野における学問の自由の行使は、——少なくとも文言上は——かなり厳格に規律されているということができる。動物保護法八条は、動物実験の許認可義務を定めており、同八条三項に実体的な許認可要件がある。その要件として、例えば、動物実験の特定のな目的拘束(七条二項)および動物実験の倫理的許容性(七条三項)を学問的に根拠づけて説明すること(八条三項一号 a)、動物実験以外の方法では知見が得られないことを科学的に根拠づけて説明すること(八条三項一号 b)、動物実験のための設備・器具や(八 b 条に規定された)動物実験受託者を含む人的および組織的要件の充足(八条三項三号)、動物実験者の獣医学等の学科履修(九条一項)の遵守(八条三項五号)、感覺生理学上発達程度の低い動物の優先的利用(九条二項一号)の遵守(八条三項五号)、動物実験の際の脊椎動物への麻酔治療(九条二項四号)の遵守(八条三項五号)など、他にも多数の規律がある。さらに、同八 a 条は、(八条七項に列挙された)許認可を要しない動物実験の届出義務を定めている。届出ですむ場合であっても、実験に必要な要件や措置が充足されないと判断された場合には、主務官庁は動物実験を禁止しなければならない(八 a 条五項)。

動物保護法八条三項の許認可義務は、許可留保つきの予防的禁止であり、一定の動物実験は、前記の実体法的基準

が遵守されているかを主務官庁が事前に審査するために一旦禁止されるが、従来のな理解では、これは学問の自由に対する侵害に該当する。そうだとすれば、「このような憲法ランクなき動物保護のための動物実験に対する規律が、留保なき基本権である学問の自由に対する制約を構成する場合には、その制約強度、そしてその制約が学問の自由の核心領域に触れているか、周辺領域に触れているかとは無関係に、それらの規定は学問の自由と対立している〔故に基本権制約システムに抵触し違憲である〕<sup>(36)</sup>」という見解が成り立つ。以下では、具体的にどのような対立があったのか、その経過をみていく。

(1) 研究の自由の制約

裁判ではまず、動物保護法八条三項一号 a に規定された「動物実験の倫理的許容性を学問的に根拠づけて説明すること」の解釈・適用が問題となった。<sup>(37)</sup> ベルリン行政裁判所は、動物実験の倫理的許容性（七条三項一号）と、それを基準とする動物実験計画の許認可（八条三項一号 a）の合憲性をめぐって、連邦憲法裁判所に移送した<sup>(38)</sup>が、連邦憲法裁判所はその移送を却下し、その理由づけとして以下の二つを挙げた。<sup>(39)</sup> 第一に、行政裁判所が憲法違反と考える規定の適用の下であっても、許認可請求が認められるかどうかを議論しなければならなかったこと、第二に、裁判官の移送によってではなく、特に許認可手続の形成を通じて憲法的思考が考慮されうるかどうかについて行政裁判所が取り組んでいないこと、である。連邦憲法裁判所によれば、行政裁判所は、八条三項一号 a の憲法適合的解釈という「すぐに想起される方法」へと進まなければならなかったのである。学問の自由に適合するように解釈を施せば、八条三項一号 a は、次のように解釈される。すなわち、動物実験の倫理的許容性は、実験遂行者の相応の証明によってではなく、主務官庁に対する倫理的許容性の「学問的な根拠づけ」によってのみ決せられる。八条三項一号 a は、七条三項一号の倫理的許容性そのものではなく、倫理的許容性を「学問的に根拠づけて説明する」ことを要件としているにすぎない。その点について、主務官庁は、自らの評価を、申請者である研究者の評価に取って替えることはできない

とされた。このような事前審査決定を受けて、ベルリン行政裁判所は、主務官庁がなしうる審査を、許認可要件の形式審査（いわゆる「限定的な説得可能性の統制（qualifizierende Plausibilitätskontrolle）」）に限定する旨の決定を行った。<sup>(40)</sup> そのような解釈に対しては、憲法適合的解釈の枠を超えているという批判がある。<sup>(41)</sup> 一九八六年改正で動物保護を強化した立法者の意思は、主務官庁に対して、形式的審査権にとどまらず、まさに実体的審査権を与えることであつたというのである。確かに、動物保護法一五条一項二文以下は、次のように規定している。

州の法律に基づく主務官庁が、動物実験の認可に関する決定をする際に同官庁を支援する一又は二以上の委員会を任命する。委員会の委員の過半数は、動物実験の判定のために必要な獣医学、医学又は大学の自然科学の学術的知識を有していなければならぬ。委員会には、動物保護団体の推薦リストから選ばれ、かつ、その経験に基づいて動物保護の問題を判定するのに適任である委員も任命されなければならない。当該委員の数は、委員会構成員の三分の一でなければならない。主務官庁は、遅滞なく実験計画の許可申請について委員会に報告し、かつ、妥当な期間内に意見表明のための機会を与える。

主務官庁が形式審査しかしえないのであれば、そもそもこのような委員会は不要であるし、「合理的な理由なしに、動物に対して痛み、苦痛又は傷害」を加えることが避けられるべきという動物保護法一条の指導的思考を追求するならば、主務官庁は形式審査に留まることができないというのにも頷ける。ここでの動物保護と学問の自由との調整は、立法段階で失敗しており、その再調整としての憲法適合的解釈も失敗に終わらざるをえず、そのような裁判所の判断は、結果的にどちらの側からも非難される中途半端な状況が作り出された、とひとまず評価することができよう。基本権制約システムを重視する立場からは、そのような憲法適合的解釈がもたらしたのは、憲法適合的状況ではなく、違憲性の程度の低減にすぎない——すなわち、なお違憲である——という非難を受けることになる。<sup>(42)</sup>

(2) 教授の自由の制約

教授の自由との関係では、動物保護法一〇条一項二文における「限定的な説得可能性の統制」が問題となる。カッセル上級行政裁判所で扱われた事案<sup>(43)</sup>では、大学教員が教授活動の枠内で大学生の教育のために行おうとした、マウスの手術と処置の実施が差し止められた。一〇条一項二文によれば、「手術又は処置は、その目的が他の方法、特に映像による表現によつては達せられない場合にのみ、行うことができる」。上級行政裁判所は、この規定を憲法適合的に解釈し、代替的教授手段が、教授活動の目的を達成しうるかどうかは、最終的に大学教員の評価に基づくとした。

本件決定では、主務官庁の判断ではなく、大学教員の判断が重視されることになった。このような解釈は、上級行政裁判所によれば、教授の自由が留保なく保障されていること、動物保護が憲法ランクを備えておらず内在的制約として援用しえないことから生じる。同裁判所はこの判決で連邦憲法裁判所の既存の判例を継承し、動物実験の実施に対する主務官庁による統制を著しく縮減した。しかし、ここでも、そのような憲法適合的解釈が違憲性の低減をもたらすにすぎないという、前述の批判が妥当するだろう。

2 芸術の自由の制約

芸術の自由は、基本法五条三項一文で留保なく保障されている。芸術の自由と動物保護との対立は、芸術活動に動物を用いる場合に生じる。

動物保護法三条六号によれば、「動物に痛み、苦痛又は傷害を伴うにもかかわらず、当該動物を撮影、シヨール出演、広告又は類似の催しに関与させること」は、禁じられている。「類似の活動」には、パフォーマンス・上演・劇場興行も含まれ、そのような活動の際に動物に苦痛を与える行為が禁止されることは、場合によっては、芸術の自由に対する制約となる。これについては、二つの裁判例がある。

カッセル区裁判所で扱われた事例<sup>(44)</sup>では、ある芸術家が、動物保護法三条六号と結びついた同一八条一項一号に基づ

く動物に苦痛を与える秩序違反(同一八条三項によって二万五〇〇〇ユーロ以下の過料が科される)に問われた。芸術家は、上演中に、舞台上で、粉々になった卵とソーセージの泥濘でガラス容器を満たし、インコをその中に沈める(その際、インコの足と下半身は、ほぼ完全に泥濘に覆われている)。そして、国歌が鳴り響く中で、ガラス容器が五秒から一〇秒あっちこっちに振られ、インコは、不安感を被り、その血液循環が害された。芸術家の意図は、ネオファシズムの危険とファシズム的観念の後味の悪さを体験可能とすることにあった。本件では、芸術の自由が留保なき基本権であるのに対し、動物保護が法律上の規律でしかないことを理由に、芸術家に過料は科されなかった。

もう一つの事例は、ケルン州裁判所で扱われた、鶏の殺害を伴う劇場興行の事例である。演者は、鶏の頭を斧で切り落とし、血だらけの動物のむき出しの上半身の皮をはぐ。その意図は、人権侵害に抗議することであった。州裁判所は、被告を、動物保護法三条六項と結びついた一七条一号(合理的な理由なしに脊椎動物を殺害した場合には、三年以下の自由刑又は罰金に処せられる)に違反し、有罪とした。判決では、芸術の自由が、憲法内在的制約にのみ服すことが確認されたが、州裁判所は、基本法二条一項の「道德律」を引き合いに出して、そこに動物保護の憲法ランクのための基礎を見出した。しかし、本件の帰結は、極端な事例状況に依存した例外的なものだと思われる。

### 3 宗教の自由の制約

宗教の自由と動物保護の関係は、基本法二〇a条への動物保護条項の挿入にとって非常に重要である。幾度かの挫折を繰り返した基本法への動物保護条項導入のきつかけとなったのも、イスラム教徒の店主が経営する肉屋の畜殺に関する事例であるとされている<sup>(46)</sup>。しかし、基本的に、儀礼畜殺事例と呼ばれる一連の事例群は、基本権ドグマティック側の操作によって解決されてきている。合憲とされるときには、一定の儀礼畜殺が宗教の自由の保護領域から外れるとか、宗教の自由が基本法一四〇条と結びついたワイマール憲法一三六条一項の留保に服するなどという理由づけにより、違憲とされるときには、儀礼畜殺が宗教の自由と結びついた「一般的行為自由」によって保護される(基本

権競合の問題）という理由づけによってである。したがって、このテーマは、動物保護の国家目標規定の追加にとつて非常に大きな影響力を持ったにもかかわらず、挿入後の状況にそれほど違いをもたらさない論点でもあった。とはいえ、状況整理のために、このテーマについてもみておく必要がある。

宗教の自由も、基本法四条一項および二項で、留保なく保障された基本権である。この基本権は、信仰・良心の自由、信仰告白・世界観の告白の自由、および宗教行為の自由を保障している。

動物保護法四条二項二号によれば、主務官庁が儀礼畜殺の許可を与える場合には、血抜き前の気絶を要することなく、温血動物を屠殺することができる。主務官庁が例外的許認可を与えることができるのは、この法律の施行区域内において、強制力ある教令により典令に従う畜殺を定め、又は典令に従って畜殺されていない動物の肉の食用を禁止している特定の宗教団体構成員の要求に応じる必要性があるときに限られる。問題は、この規定が宗教の自由を制約しているかどうかである。

一九九五年六月一五日の連邦行政裁判所判決<sup>(47)</sup>は、儀礼畜殺もそれにより得られた肉の飲食も、宗教的に命じられたものではないとして、儀礼畜殺を、宗教の自由の保護領域から外した。本判決は次のように要約できる。儀礼畜殺されていない動物に由来する肉の飲食は、——宗教の自由によって保護されるという意味で——宗教的に要請されたものではない。仮に国家によって儀礼畜殺が禁止されるとしても、ユダヤ教の信者もイスラム教の信者もその宗教に対応した生活形成を妨げられることはない。なぜなら、彼らは、そのような宗教上の戒律に違反することなく、儀礼畜殺とそれによって可能となる肉食を放棄しうる。彼らは植物由来の食物や魚を食べたり、食肉輸入に頼ればよいのである。確かに、肉は今日我々の社会で一般的に食物かもしれないが、この食物の放棄は、要求しえないような、個人の発展可能性に対する制約ではない。それは、献立を考えるのを困難にするにすぎず、宗教の自由によってではなく、一般的行為自由に即して審査されるべきである。

二〇〇〇年一月二三日の連邦行政裁判所判決<sup>(48)</sup>は、ヘッセンイスラム宗教共同体に属するイスラム教徒の構成員が、犠牲祭において温血動物を気絶させることなく屠殺することに対する不許可処分を容認した。原告は一九九九年の犠牲祭に際して許認可を申請したが、主務官庁は、権威あるイスラム教の機関によれば、そのような拘束力ある宗教上の戒律は存在しないとしてその申請を却下した。これに対し、ダルムシュタット行政裁判所は、主務官庁に許認可付与義務があるとしたが、連邦行政裁判所はこれを覆した。

二〇〇二年一月一日の連邦憲法裁判所判決<sup>(49)</sup>は、儀礼畜殺の不許可処分を（適用）違憲とした。本判決の要旨は次の通りである。確かに、宗教の自由は、独立した基本権としては審査されない。しかし、儀礼畜殺自体が（宗教の自由の保護領域に含まれる）宗教的行為として理解されないとしても、宗教の自由は尊重されなければならない。そのような行為は宗教的な基本的態度の表出でもあり、敬虔なスンニ派ムスリムである異議申立人は、宗教上のルールに従って儀礼畜殺を行う義務を拘束的であると感じている。儀礼畜殺によって得られた肉を買う客達の観点からしても、彼らが儀礼畜殺された動物の肉を買い求める場合には、それは明らかに彼らの信仰の拘束力の確信にも基づいている。また、基本的に肉食を諦めることを要求するのは、ドイツ連邦共和国における食習慣を十分に考慮していない。肉は広く行き渡っている食物であり、それを不本意にも諦めさせるということを要求可能とみることは難しい。確かに、輸入肉を食べれば、そのように諦める必要はないが、畜殺者との人的接触とそれによって得られる信頼の基礎の欠缺という観点からすれば、肉が実際にイスラムの戒律に適合していたかは不確定となる。

この連邦憲法裁判所判決は、中々成功しなかった動物保護に関する基本法改正にとって境界石であったとも言われている。しかし、ここでは、留保なき基本権としての宗教の自由が、独立の基本権として審査の物差しとなっているのではなく、あくまでも、一般的行為自由が審査の物差しである。それゆえここで、動物保護に憲法内在性が要求されていたわけではなかった。儀礼畜殺問題は、一九九五年の連邦行政裁判所判決以来、基本権ドグマ・テーイク上の処

理を通じて片づけられており、他の場合と同じように、ここでも留保なき基本権の対抗利益に求められる憲法内在性は、すでに幾つかの方法で迂回されていたのである。

#### 4 「動物保護」の法的位置をめぐる交錯

連邦憲法裁判所は、動物保護条項の導入以前においては、動物保護に対する国民のポジティブな感情に配慮し、一般法律上の法的保護にすぎない動物保護を、留保なき基本権と直接対決させることを避けてきた。それにより、動物保護法上の規定が違憲無効となるような事態は生じなかった。しかし他方で、動物保護法上の規律が、留保なき基本権の直接および間接の圧力によって一定程度無力化されたことも確かである。学問の自由との関係では、動物保護のために敷かれた許認可制は、連邦憲法裁判所の憲法適合的解釈の指示により形式的審査と化したし、動物に痛みを与えるパフォーマンスに対する過料も州レベルの判決では芸術の自由に基づいて覆されている。宗教の自由との関係では、宗教の自由によって強化された一般的行為自由により、儀礼畜殺の不許可が連邦憲法裁判所レベルで覆された。

右のような連邦憲法裁判所の態度は、動物保護を重視する側からも、基本権制約システムを重視する側からも非難を受けることとなった。そこで、そのような「大岡裁き」的態度に対する不満を一挙に解消してくれるものとして期待されたのが、幾度かの挫折を乗り越えて二〇〇二年に導入された基本法二〇a条の「動物保護」だったのである。<sup>(50)</sup>

#### (二) 「動物保護」が憲法化された後の状況

基本法二〇a条への「動物保護」条項導入の際における議会レベルでの議論については詳細な検討があるため、<sup>(51)</sup>ここであえて取り上げることはしない。本節では、「動物保護」が憲法化された直後の学説がどのような展望を持っていたのか、実際にはどのようなように状況は推移したのか、その理由は何かについて検討する。

1 二〇〇二年導入直後の学説状況

「国家目標『動物保護』」が導入されてすぐの諸論文は、「動物保護」の明るい未来、それに対する楽観的な展望を示していたように見受けられる。ある論者は、「国家目標『動物保護』」の採用は、倫理的—道徳的観点からだけでなく、法技術的観点からも必要不可欠であった」という、正直、法学的観点からはトリビアルな重要性を指摘しつつ、「議論の核心点は、一般法律上保護された倫理的動物保護と、例えば学問の自由のような憲法の保護の下にある基本的価値との法的不均衡であった」という<sup>(52)</sup>。そして、その採用のとりわけ明らかな帰結は、行政実務や裁判において、動物保護が今や原理的に同格の憲法利益として宗教の自由、学問の自由および芸術の自由との衡量過程に持ち込まれる点にあるとする。つまり、それらの基本権も動物保護も優位原理とはならないし、職業の自由との衝突事例でも、動物保護を単なる公益として分類することはもはや正当ではない。憲法ランクを備えた動物保護を「優越的に重要な共同体の利益」として扱わないことは説得的ではないとされるのである。さらに、畜殺事例でも、異議申立人の純粹に主観的な評価——主務官庁はこれを内容的に審査することができない——により動物保護を自動的に退かせるような憲法適合的解釈は、「動物保護」の基本法への導入によりもはや維持しえず、基本法二〇a条の憲法上の根拠は、それ以降、明らかにより多くの重みを動物保護に与え、主務官庁に包括的な統制権および統制義務を割り当てているとされる。また、右で述べた動物実験の際の「限定的な説得可能性の統制」についても、将来的には、学問の自由と動物保護という二つの憲法的価値の可能な限り調和的な均衡が探られなければならないはず、許認可官庁は包括的かつ実体的な審査権を有することになるとされる<sup>(53)</sup>。また、ほぼ同趣旨を述べる論者も、「国家目標『動物保護』」の憲法レベルへの導入は、将来的に、留保なき基本権の保護領域内においても、動物保護諸規定の官庁による執行や裁判所の解釈権限を強化するだろう」としている<sup>(54)</sup>。

要するにこれらの論者は、二〇〇二年以前に裁判所によって引かれた、基本権——特に留保なき基本権——と動物

保護との均衡線を、新たに引き直すことを主張しているのである。それはつまり、法律上の利益にすぎなかった「動物保護」が、憲法上の利益として実質的に格上げされたこと（「公共の福祉」内での位置づけの変化）を前提とする。では、その展望は現実のものとなっているのであろうか。

## 2 裁判所の動向

結論から言えば、裁判所の動向に大きな変化はない。潜在的には、正当化されない留保なき基本権への制約の違憲性が、動物保護の挿入によって事後的に治癒された<sup>(56)</sup>とされる。それによれば、違憲性の治癒は、憲法規範に合致しない下位規範を無効にするということのみによつてではなく、上位規範である憲法規範を変えることによつても、可能である。そうであれば、動物保護が憲法ランクを得たことの効果は、動物保護法上の規律を留保なき基本権に対して貫徹することを試みる際に、従来のような回りくどい理由づけや疑わしい手法を採用する必要がなくなつたことにある。なお問題として残るのは、裁判所が留保なき基本権と動物保護との間の線を新たに引き直すのか、ということである。

### (1) 学問の自由の制約——その後

当初、裁判所は、ほとんど基本法改正を考慮していなかった。例えば、二〇〇三年のカッセル上級行政裁判所判決は、二〇a条に言及することなく、申請者の学問の自由の観点から、限定的な説得可能性の統制が、主務官庁の権限である<sup>(56)</sup>としている。他方、同年のギーセン行政裁判所決定は、動物保護という国家目標の基本法への採用の観点から十分に考慮されなければならないこと、主務官庁は学問的な動物実験の領域でも独自の実体的審査権を備えていること、特に動物保護法七条三項一号によつて要請される学問的根拠を事柄に即して審査する権限が与えられていると判示した<sup>(57)</sup>。その上で、主務官庁が説得可能性の統制しできないという見解は、基本法二〇a条の下では、一律には、もはや維持しえないとした。これに対し、カッセル上級行政裁判所決定は、ギーセン行政裁判所の見解を端的に否定し

ている。<sup>(58)</sup>

(2) 宗教の自由の制約——その後

儀礼畜殺事例について、基本法改正後も二〇〇二年の連邦憲法裁判所判決と同様の結論になるという見解があったが、今のところその通りになっている。二〇〇四年のカッセル上級行政裁判所判決は、改正された基本法二〇a条が、動物保護法四a条二項二号の「宗教団体」の解釈に変更をもたらすものではなく、同号の適用領域を変更するのは司法ではなく立法者の権限であるとした。また、二〇〇六年の連邦行政裁判所判決も、基本法二〇a条が儀礼畜殺の許認可を不可能にするものではないとしている。

3 なぜこのような状況が生じたのか？

このような状況が生じた理由は、幾つか想定されうる。結論に異同が生じないという点については、連邦憲法裁判所は、二〇〇二年以前においても、実際には基本権制約システムを相対的に理解し、「動物保護」の位置づけが法律上であれ、憲法上であれ、この程度は動物保護法上の規律を維持しようというところを線を引き置いていたということができよう。とすれば、二〇〇二年前後において、「動物保護」の法的位置づけは、実質的な意味では変わっていなかったがゆえに、基本権と「動物保護」との間で線の引き直しは必要なかったのだ、ということになる。<sup>(62)</sup>

そこでの問題は、何故、「動物保護」はそうであったのか、ということである。「環境保護」は、「国家」と結びついても違和感のないところまで到達している。「社会的法治国から社会的・環境的法治国へ」という流れは、「動物保護」にも当てはまりうるのだろうか。その可否を判断する基準は何なのであろうか。

## 五 国家目標規定と国家学

この点、ドイツでは国家学上の議論が参照されていると思われる<sup>(64)</sup>。ある憲法規定が実質的意味の憲法、すなわち「国家の根本秩序についての規律」に属するかどうかを判断するための一般的な基準があるかは別としても、ある国家目標規定が実質的意味の憲法に属するかどうかは、国家の目的に関する考察からある程度明らかにすることができよう。すなわち、国家学上の国家目標を憲法化した国家目標規定は、実質的意味の憲法に属するということである。ゾンマーマンによれば、基本的国家目標として、(実質的) 法治国家性、社会国家性、文化国家性、平和国家性、環境国家性が挙げられる<sup>(65)</sup>。基本権が実質的法治国家性の憲法上の具体化の一形態だとすれば、正面からそれに対抗する国家目標規定もそれに匹敵するものでなければならぬと考えるのは自然な帰結である。

### (一) 国家目的と国家目標

ドイツで国家の目的に関する議論といえは、国家目的と国家目標に触れないでおくことはできない。メラースによれば、国家目的が国家理論上の概念であるのに対し、国家目標は実定憲法上の概念である<sup>(66)</sup>。国家目的は、主に一般国家学においてメタ法的正当化連関の構成をする。国家行為は国家目的の遂行という大義名分によって正当化されるが、反対にその不履行は国家からその正当性を奪うことになる。「国家目的」という概念がある国家秩序の正当化を国家理論的に表現する唯一の方法ではないとしても、それがなお一般に国家理論的に把握される限り、正当化の議論はとりわけ国家目的の使用を通じてなされる」。これに対して、国家目標は「社会全体の秩序にとつての、実定法上の理想像」であり、この目標は、個々の国家任務の定式化によって具体化される。国家目標は、国家理論上のカテゴリーで

はなく、実定憲法上のカテゴリーに属する。それ故、「国家目的が法秩序を正当化するのに対して、国家目標……が法秩序から取り出されるのであれば、国家目標……を国家目的の具体化であるとするのは正確ではない」ということになる。

## (二) 国家目標の国家正当化機能

しかし、国家目的と国家目標を全く切断して考えるというのは、適切ではないと思われる。今や国家目的という概念すら、規範性を持つとして<sup>(67)</sup>いる。おそらく両者は、規範的意味でも、メタ法的意味でも、国家の目的論的秩序連関から連続的に理解されるべきものである。結局、「国家目的がなしうるのは、国家目標という中間的な省察の次元において、不変なるものを変わりうる物から区別すること以上でも以下でもない<sup>(68)</sup>」。そのように考えるならば、メタ法的正当化連関を構成するのは、国家目的だけではなく、部分的には国家目標もそうである。違いをいうとすれば、国家目的に挙げられるものの実現に失敗すれば即失敗国家の烙印を押される、すなわち国家ないし国法秩序のメタ法的正当性が失われるのに対し、国家目標の実現の失敗が即失敗国家の烙印につながるわけではない、すなわち国家のメタ法的正当性がかなり低下することが帰結されるという程度である。または、国家目的が捨てられないものであるのに対し、国家目標は必ずしもそうではないという点である（その点では、国家目標は国家目的よりも個別具体的であるので、憲法上に規定することの要請は国家目的よりも強い）。

では、「動物保護」は、国家ないし国法秩序の正当化に何がしかの影響を及ぼすものといえるだろうか<sup>(69)</sup>。そういえないとすれば、そのことが基本権制約の局面で「動物保護」が十分に——何を以って十分とするか、それが問題であるが——基本権に対抗しえない理由である。国家目標規定になったから国家目標になるのではなく、本来的には、国家目標であるからこそ国家目標規定になるのである<sup>(70)</sup>。

## 六 結びにかえて

国家目標規定の法的機能の考察にあたっては、他の憲法規範との関係が殊更重要である。本稿では、国家目標規定と基本権との関係、特にその基本権制約の場面におけるはたらきをみてきた。その関係性の違いからみてきたのは、現在、国家目標「動物保護」が、社会国家原理や環境保護と同等の重みを有しているとは言い難いということである。<sup>(1)</sup>

ある国家目標規定が、実質的意味の憲法（国家の根本秩序についての規律）に属するかどうかを判断する際には、国家学が参照に値する。というのも、国家目標規定は、本来的に国家学上の国家目標を憲法に規定したものと考えられるからである。今日、社会的安全の確保や環境保護は、実質的な人権保障および人の生存にとって決定的であることが承認されるであろうが、動物保護も同様にそうであるということではできないように思われる。国家学上ひいては憲法上の位置づけの違いが、基本権と対峙した際に決定的な差異を生じさせるのである。国家目標規定は、基本権を憲法内在的に制約する機能を有しているが、それが実質的に基本権と同等の地位で衡量されるかどうかは、国家目標規定により異なる。

とはいえ、本稿の射程は、基本権制約局面に限定されている。国家目標規定の法的機能全体（国家目標の実現を含む）としてみれば、その十全な機能発揮のためには、①国家目標規定の法的取扱いへの馴染みやすさ、②その原理としての強さ、③それを下支えする国家学上の理論の浸透、④それをめぐる議論の蓄積、⑤さらにそれについての公衆の共通了解等が必要と思われる。「動物保護」には、多くの要素が欠けている。これにつき一言すれば、③および④の欠缺に関して、動物保護条項の挿入が違憲の憲法改正の疑いをかけられたことも、それと無関係ではない。動物保護を基本法の従来の基本思想と整合させる理屈が十分に練られておらず、その議論の蓄積も社会国家原理や環境保護

と比べ少ないといえる。社会国家原理は人権保障を実質化させるものとして承認され、環境保護が人間の生存基盤にとって重要であることが承認されている一方で、動物保護にはまだそのような理論的基盤とそれに対する共通理解が欠けている。他方で、基本権、特に基本権カタログに数えられるものは、特に重要で基本的な権利として承認を受けており、これに対抗するには、それなりの実体を備えている必要がある。動物保護条項の機能不全は、その導入以前の規定路線であったとさえいいうる。「動物保護」が基本権との関係で十分に考慮されるためには、従来の憲法思想、その核心なるものとの対話が必要である。<sup>(73)</sup>

- (1) ジュリスト一三二五号 (二〇〇六) 七二頁以下で組まれた特集「憲法における環境規定のあり方」では、国家目標規定が有力な選択肢であった。
- (2) 例えば、岡田裕光「ドイツの国家目標規定について」関西大学法学論集五〇巻 (二〇〇〇) 四号三四頁、小山剛『基本権の内容形成』(二〇〇四) 二六二頁など。浅川千尋『国家目標規定と社会権——動物保護、環境保護を中心に』(二〇〇八)も参照。
- (3) Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, 1. Aufl. 2011, § 12, Rn. 84.
- (4) Karl-Peter Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 326.
- (5) 国家目標規定および国家目標の列挙については、Reinhold Zippelius/Thomas Württemberg, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 13を参照。不文の国家目標として「文化」が語られることもあるが、これにつき以下を参照。Sommermann, Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65 (2005), S. 7. 邦語では、トーマス・オPPERマン(牧野忠則訳)「文化(国家)条項をめぐる基本法の補充(はなされるべきか?)」北大法学論集三六巻(一九八五) 三号五三一頁、ミヒャエル・クレプファー(三宅雄彦訳)「文化は国家目標たりうるか?」比較法学四一卷(二〇〇八) 二号二七一頁。
- (6) 国家目的 (Staatszweck)・国家目標・国家任務 (Staatsaufgabe) という国家学上の用語の違いについては、石村修『憲法国家の実現』(二〇〇六) 六四頁以下。用語の由来については、栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』(一九九七) 三七一頁。

- (7) ここでは、実質的意味の憲法を「国家の根本秩序についての規律」(長谷部恭男『憲法(第五版)』(二〇一一)三頁)としておく。この概念の整理と精確な用語法については、赤坂正浩「憲法概念について」立教法学八二号(二〇一一)七四頁以下を参照。
- (8) 清宮四郎「憲法Ⅰ」(一九七九)二頁。野中俊彦ほか『憲法Ⅰ(第五版)』(二〇一二)八頁、青木人志『動物の比較法文化』(二〇〇二)一六六頁以下も参照。
- (9) *Hartmut Maurer, Staatsrecht I*, 6. Aufl. 2010, S. 168.
- (10) 憲法原理レベルの議論では、基本法制定後の早い時期にフォルストホフが(実質的)法治国家と社会国家の憲法上の止揚不可能性を説いた(*Ernst Forsthoef, VVDStRL 12* (1954), S. 8 ff.)。その議論に関する紹介として、影山日出弥「社会的法治国家の概念と法的性格——社会的法治国家の法的認識と評価に関する論議」愛知大学法経論集三六卷(一九六一)一一七頁。現代的観点から、西原博史「自律と保護」(二〇〇九)を参照。
- (11) *Kloepfer* (Fn. 3), § 11, Rn. 92 ff.
- (12) 憲法直接的制約と憲法間接的制約については、*Klaus Stern, § Einleitung*, in: ders./Florian Becker (Hrsg.), *Grundrechte-Kommentar*, 2010, S. 52 f.
- (13) *Kloepfer* (Fn. 3), § 12, Rn. 26.
- (14) *Kloepfer* (Fn. 3), § 12, Rn. 26. *Sommermann*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), *GGK*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 20a, Rn. 48. 所有権の「社会拘束 (Sozialpflichtigkeit)」については、後述する狂犬病事件を参照。
- (15) *Kloepfer* (Fn. 3), § 12, Rn. 27.
- (16) 社会国家原理の作用については、*Roman Herzog*, in: Maunz/Durig (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 1980, Art. 20, Rn. 45.
- (17) ボード・ベヒロート／ヘルンハルト・シュリンク (永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権』(二〇〇一)八七頁以下。
- (18) *BVerfGE 28*, 243 (261).
- (19) *BVerfGE 81*, 278 (292).
- (20) ユエロート／シュリンク(前掲注(17))一〇五頁以下。
- (21) 「基本法の権限規定の実体的内容」というテーゼを肯定的に立てたのは、*Albert Bleckmann, Zum materiellrechtlichen Ge-*

halt der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes, DÖV 1983, S. 129. それに対する直接の批判として、*Andreas Menzel*, *Nochmals: Zum materiellrechtlichen Gehalt der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes*, DÖV 1983, S. 805. さらに批判的なコメントとして、*Michael Selk*, *Einschränkung von Grundrechten durch Kompetenzregelungen?*, JuS 1990, S. 895.

- (22) *Sommermann* (Fn. 14), Art. 20a, Rn. 41, 48.
- (23) 小山剛『憲法上の権利』の作法〔新版〕(二〇一一) 六四頁、クラウス・シュテルン(鈴木秀美ほか編訳)『ドイツ憲法II』(二〇〇九) 二八七頁以下も参照。
- (24) BVerfGE 8, 274 (328f.).
- (25) BVerfGE 20, 351 (361).
- (26) 高失業率時における社会サービスの確保・維持するために、少なくとも被社会扶助給付者と同等の水準まで賃金を補填すると同時に、労働場所の確保のために、他の同様の仕事と比して賃金水準が高くなりすぎるのを防ぐための規律。
- (27) BVerfGE 100, 271 (283 f., 285).
- (28) BVerwG, Urteil vom 27. 6. 1991 (4 B 138/90).
- (29) *Andreas Vogbeinle*, *Bauordnungsrechtliches Verunstaltungsverbot und Baukunst*, BayVBl. 1995, S. 619 f.
- (30) BVerfGE 128, 1 (37 f.).
- (31) BVerwG, Beschluß vom 13. 4. 1995 (4 B 70/95).
- (32) BVerwG, Beschluß vom 7. 3. 1997 (3 B 173/96).
- (33) BVerfGE 105, 73 (81). 権限規定を通じた動物保護への憲法ラメントの付与に否定的なものとして、*Michael Kloepfer*, *Tierversuchsbeschränkungen und Verfassungsrecht*, JZ 1986, S. 205 f.
- (34) 改正前の経緯については、山口和人「動物保護に関する基本法改正案、連邦議会で否決」ジュリスト一一八五号(二〇〇〇) 九〇頁を参照。
- (35) 動物保護法の翻訳は、浦川道太郎「ドイツにおける動物保護法の生成と展開」早大法学七八巻四号(二〇〇三) 二〇五頁以下に付されている。本稿の訳もこれを参考とする。
- (36) *Rico Fallert*, *Staatsziel „Tierschutz“*, 2005, S. 78.
- (37) この問題が、国家目標「動物保護」導入の主たる契機の一つだった(*Thomas Cirsorius*, *Der lange Weg von der qualifi-*

- zieren Plausibilitätskontrolle zur materiellen Prüfung tierexperimenteller Forschungsvorhaben, NuR 2009, S. 544)°
- (38) VG Berlin, Beschluß vom 20. 4. 1994 (1 A 232/92), NVwZ - Rechtsprechungs- Report 1994, S. 506 ff.
- (39) BVerfG, Beschluß vom 20. 6. 1994 (1 BvL 12/94), NVwZ 1994, S. 894 ff.
- (40) VG Berlin, Urteil vom 7. 12. 1994 (1 A 232/92), ZUR 1995, S. 201 ff.
- (41) *Faller* (Fn. 36), S. 82 f.
- (42) *Faller* (Fn. 36), S. 83.
- (43) VGH Kassel, Beschluß vom 29. 12. 1993 (11 TH 2796/93), DÖV 1994, S. 392 f.
- (44) AG Kassel, Urteil vom 5. 10. 1990 (99 OWI 626 Js 15932/8/90), NSZ 1991, S. 443.
- (45) LG Köln, Beschluß vom 2. 2. 1989 (104 QS 2/89), NuR 1991, S. 42.
- (46) 渡邊齊志「ドイツ連邦共和国基本法の改正——動物保護に関する規定の導入」外国の立法二一四号(二〇〇二)一七七頁以下。
- (47) BVerwGE 99, 1. 第一審のハンブルク行政裁判所では、動物保護に憲法ランクを与えるために、基本法一条一項(個人の尊厳)が、控訴審のハンブルク上級行政裁判所では、それに加えて基本法七四条一項二〇号(競合的立法権限)が引き合いに出されている。
- (48) BVerwGE 112, 227.
- (49) BVerfGE 104, 337. 近藤敦「イスラームの作法に則った屠殺の規制」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 III』(二〇〇八)二八五頁以下。
- (50) ここで注意する必要があるのは、基本権制約システムに関わる動物保護法上の規律の違憲性の解消は、動物保護の「不足の解消」に必ずしもつながるわけではないことである。
- (51) これまで挙げた文献の他に、岡田俊幸「動物保護と憲法——ドイツ基本法二〇a条の改正をめぐって」小林弘明ほか編『東アジアの経済発展と環境』(二〇〇五)二〇七頁。
- (52) *End Inks Obergefell, Ethischer Tierschutz mit Verfassungsrang*, NJW 2002, S. 2296 f.
- (53) *Obergefell* (Fn. 52), S. 2297 ff. 二〇〇二年以前の文献として、*Clemens Christoph Hillner, Auswirkungen einer Staatszielbestimmung „Tierschutz“ im Grundgesetz, insbesondere auf die Forschungsfreiheit*, 2000, S. 205.

- (54) Johannes Casper/Martin Geissen, Das neue Staatsziel „Tierschutz“ in Art. 20a GG, NVwZ 2002, S. 913.
- (55) *Faller* (Fn. 36), S. 129 f.
- (56) VGH Kassel, Beschluß vom 29. 1. 2003 (11 TG 3210/02), NuR 2003, 433 f.; *Crisovius* (Fn. 37), S. 543.
- (57) VG Gießen, Urteil vom 13. 8. 2003 (10 E 1409/03), NuR 2004, 64 ff.
- (58) VGH Kassel, Beschluß vom 16. 6. 2004 (11 UZ 3040/03), juris.
- (59) *Karl-E. Hain/Peter Urmuk*, Neue Wege in der Grundrechtsdogmatik?, DÖV 2003, S. 149 f.
- (60) VGH Kassel, Urteil vom 24. 11. 2004 (11 UE 317/03), NJOZ 2006, S. 953. Vgl. *Hans-Georg Kluge*, Das Schächten als Testfall des Staatszieles Tierschutz, NVwZ 2006, S. 650.
- (61) BVerwG, Urteil vom 23. 11. 2006 (3 C 30/05), NVwZ 2007, S. 461.
- (62) 立法者が動物保護に有利な線を引き直すところの選択肢も考えられるが、動物保護法上の厳格な規律を憲法適合的解釈にちよつと緩めたのは裁判所であり、この場合、線の引き直しの任務を負っているのは、第一に裁判所であろう。
- (63) *Sommermann* (Fn. 14), Art. 20a, Rn. 14.
- (64) Vgl. *Sommermann* (Fn. 4), S. 297 ff.
- (65) *Sommermann* (Fn. 4), S. 4.
- (66) *Christoph Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl. 2011, S. 192 f.
- (67) これについての紹介は、小山剛「陰画としての国家」法学研究八〇巻一二号(二〇〇七)一四三頁。日本での最近の議論として、工藤達朗「国家の目的と活動範囲」ジュリスト一四四二号(二〇一一)八頁。成立範囲は異なるかもしれないが、日本での類似的議論として、長谷部恭男『憲法の理性』(二〇〇六)一三二頁以下。
- (68) *Christoph Link*, VVDStRL 48 (1990), S. 47.
- (69) この点「健康」や「スポーツ」も議論の対象となる。「健康」については *Herbert Landau*, Gesundheit als Staatsziel, in: *Volker Schumpelick/Bernhard Vogel* (Hrsg.), *Volkskrankheiten*, 2009, S. 589. 「スポーツ」については *Udo Steiner*, Der Sport auf dem Weg ins Verfassungsrecht, SpuRt 1994, S. 2. 邦語では、石村修「国家目標としてのスポーツ」専修大学法学研究所紀要二五号(二〇〇〇)一頁。
- (70) 通常、国家目標規定の導入に際しては、第一に社会問題の存在とその認識、第二にその問題を国家が解決すべきか(国家

任務か否か)、第三にそれを憲法レベルで規律するか、つまり一般法律レベルの規律では不十分か(憲法任務か否か)、第四に憲法上の規律方法(例えば、基本権が国家目標規定か)が判断される。「動物保護」の場合には、各段階における検討が不十分のまま、「小さな解決」によって第三段階がスキップされてしまったことが問題であったと思われる。

(71) Vgl. Kloepfer (Fn. 3), §12, Rn. 88.

(72) 両者の関係につき、藤井康博「動物保護のドイツ憲法改正(基本法二〇a条)前後の裁判例」早稲田法学会誌六〇巻一号(二〇〇九)四七三頁以下を参照。動物の個体保護が人間の尊厳に適うのだ、というテーゼは、万人にとって受容可能なものとは言い難いであろう。

(73) ここでは、国家目標「動物保護」が、石川のいう「古典劇の再演」に当たるのかが問われなければならない(石川健治「憲法改正論というディスクール——WG提案を読んで」ジュリスト一三二五号(二〇〇六)九〇頁)。また異なる文脈だが、「各人の人権の享有およびその主張に対して、なんらかの制約が要請されるとすれば、それは、つねに他人の人権との関係においてなくてはならない」という宮沢の主張が、ここで再びアリティを獲得すると思われる(宮沢俊義「憲法Ⅱ〔新版〕(一九七二)二二九頁以下)。

石塚 壮太郎 (いしづか そうたろう)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 全国憲法研究会、憲法理論研究会

専攻領域 憲法