基本権保障における過少保護禁止の原則

小山剛

一　はじめに
二　過少保護の禁止
三　過少保護禁止の審査
四　立法権と過少保護の禁止
五　むすびにかえて

一　はじめに

消極的と積極的の区別は、基本権の類型化の際に、しばしば用いられる区別である。ゲオルグ・イェリネック(1)は、国民と国家の関係という観点から基本権を消極的地位、積極的地位、能動的地位に分類した。確かに、彼の公権論は、ある基本権をある一つの地位に固定的に組み込み、ひとたび消極的地位に分類された基本権から積極的権利が生ずる可能性、積極的地位の基本権から消極的地位が生ずる可能性を閉ざしていた点で問題がある(2)。ことにドイツでは、「基本権の二重の性格」が説かれ、自由権的基本権から国の各種の積極的作為義務が導き出されており(3)、イェリネックの

固定的な分類ではまったく対応できない状況にある。これに対して、以下では、積極的、消極的の言葉を、基本権そのものではなく、基本権の法的作用の区別として用いることにする。この意味における積極・消極の区別は、その法的作用の構造、その裁判的実現を考える上で、なお有効であると思われるためである(4)(なお、本稿では積極的「権利」を、各人が裁判による救済を求めうる具体的請求権の意味に限定せず、「国の作為義務」と同義語的に用いる)。

積極的権利は裁判による実現になじむのか。たとえば、ボン基本法の制定者は、過多なプログラム規定をワイマール憲法の欠陥の一つであるとみなし、基本法の基本権カタログを裁判による実現が可能な古典的基本権、すなわち、自由権のカタログとして作成した(5)。また、かつてわが国でも、憲法二五条一項について、プログラム規定説が判例・通説の地位を占めていた(6)。しかしながら、ドイツでは、自由権的基本権から導出された国の積極的作為義務に対して連邦憲法裁判所の統制が及ぶことはもはや確立した判例であり(7)、わが国においても、二五条一項をめぐる議論が、法的性格論から立法裁量の範囲に移りつつある(8)。従って、検討されるべきは、「はたして」ではなく、「どの限度で」積極的権利について裁判的実現を期待しうるのか(9)、である。

以下では、「国の基本権保護義務(grundrechtliche Schutzpflicht des Staates)」の裁判的統制を例に、その構造と審査密度を考察する。

二　過少保護の禁止

1　過度の侵害禁止と過少保護の禁止

防禦権(消極的権利)は、国家からの自由を保障し、国家に対して侵害不作為を要請する。これに対して、積極的権利は、国家に一定の措置を要求し、国家が作為義務を果たすことによって充足される。防禦権との関連では、国家の

措置は、当該措置による基本権の制限が過剰でないことが要求される。他方、積極的権利は、国家の措置が不十分でないことを要求する。防禦権との関係における国家の措置の合憲性について、連邦憲法裁判所は、とりわけ過度の侵害禁止原則（比例原則）[10]に照らして審査する。他方、積極的権利の合憲性審査について、これに対応する一般的な原則は存在していない。

学説では、基本権保護義務に関連して、一九八〇年代半ばから“Untermaßverbot”という概念が用いられるようになってきた[11]。連邦憲法裁判所は、一九九三年の第二次堕胎判決において初めて、国の基本権保護義務に関連してこの言葉を用いている[12]。以下では、これを「過少保護の禁止」と訳すことにする。

2 過度の侵害禁止

(1) 部分原則

過度の侵害禁止[13]（比例原則）は、既述のように、必要な限度を超えた基本権侵害を禁止する。では、必要な限度を超えているかどうかは、いかなる相関関係のなかで判断されるのか。連邦憲法裁判所は、比例原則が適合性、必要性、狭義の比例性の三要素から構成されているとする。「比例原則によれば、本件で問題の基本権制限は、法益を保護するために適合的でなければならない。加えて制限は必要でなければならず、より緩やかな手段で足りる場合には必要性は認められない。最後に、制限は狭義において比例的でなければならないが[14]、これは、制限が基本権の重要性および意義に対して適切な関係になければならないことを意味する。」

(2) 適合性の原則

適合性（Geeignetheit）の原則とは、次のような原則である。「措置は、それを用いることによって望まれた結果に近づくのであれば、適合的である。措置が非適合的であるのは、その措置が意図された目的の達成を阻害するか、目的

に対してなんの作用も展開しない場合である。」(15)

適合性の原則は、当該手段が目的達成に役立つかどうかを問題とする。その際、次の二点が注意されなければならない。まず、適合性に先行する問題として、目的じたいが合憲でなければならない。目的の合憲性審査は、この意味で適合性審査のフィルターとして位置づけることができる。第二に、適合性審査は、当該手段によって立法目的が完全に実現されることを要求するのではない。連邦憲法裁判所は、むしろ消極的に、はたして手段が「まったく非適合的」、「根本的に非適合的」でないかどうかを問題にするにすぎない。手段は「目的を促進」すればよく、換言すれば、「部分的適合性」があればたりる。(16)

連邦憲法裁判所は、たとえば道路交通の安全と同乗者のより高度な保護を目的とした自動車同乗斡旋の禁止(BVerfGE 17, 306 [315 ff.])、鷹狩りの許可に際して火器取扱いの知識・技術を要求した狩猟法の規定(55, 159 [165 ff.])を、この原則に違反し、違憲であるとした。

(3) 必要性の原則

立法者が用いた手段の必要性(Erforderlichkeit)は、「立法者が、等しく実効的であるが、基本権を制限しないか、はっきりとより少なく制限するその他の手段を選択し得なかった」場合に肯定される。(17) たとえば、ある食品がチョコレートと混同されやすい場合、その回避を目的として当該食品を流通禁止とするのは行き過ぎであり、表示の明確化のような、より制限的でない手段をもって足りるとされた(BVerfGE 53, 135 [145 ff.])。必要性原則によって違憲とされた事例は、多数ある。

(4) 狭義の比例原則

狭義の比例性(Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)とは、「手段は追求される目的との比例を失してはならない」、「手段は追求される目的と適切な比例関係になければならない」という要請であり、基本権の制限という犠牲と

当該制限がもたらす利益とが均衡を失しないこと要求する。[18] たとえば軽微な犯罪を犯した者に対して髄液採取を行い、責任能力の有無を判定するのは、軽微な犯罪と髄液採取という重大な侵害とが均衡せず、違憲となる（BVerfGE 16, 194 [201 ff.]）。

3 過少保護の禁止

(1) 過度の侵害禁止の「鏡像」としての過少保護の禁止

国の基本権保護義務について過少保護禁止原則が用いられる場合、この原則は、いかなる要請を内容とするのであろうか。保護義務および過少保護の禁止が立法者に対して、とりうるすべての保護措置、または、もっとも強力な保護措置を命じるものではないことは明らかである。要請されているのは、憲法が要請するその都度の最低限度の水準を下回らないことであるにすぎない。国家の措置の上限を画する過度の侵害禁止が、三部分原則――適合性、必要性、狭義の比例性――から構成され、それぞれ、国家の措置に上述の要請を課すことが確立しているのとは対照的に、過少保護禁止の内容は不明確である。この概念を判例上、初めて用いた第二次堕胎判決においても、内容の定義は与えられていない。過少保護禁止は、過度の侵害禁止の「鏡像」であるとされることがある。[19] しかし、適合性、必要性、狭義の比例性の対応物が、過少保護の禁止に見いだされるのであろうか。

立法者の保護義務の裁判的統制の実際については、後に立ち入ることにしたい（後述三2）。ここでは、過少保護の禁止が過度の侵害禁止の鏡像と言われるのは、後者が国家の措置の上限を画するのに対して前者がその下限を画する、という意味においてにすぎず、構成要素の部分原則の対称性までも意味するのではないことを指摘するにとどめる。

(2) 過少保護禁止の独自性

これと並んで問題なのが、過少保護の禁止がはたしてどの程度の独自の意義を有しているのかである。K－E・ハ

インは、過少保護禁止原則の要請はすでに過度の侵害禁止原則から導き出せると解し、過少保護の禁止には新規性は存在しないと評している。[20] 過度の侵害禁止とは別個に過少保護の禁止を観念することの意義を検討するには、過度の侵害禁止を、いま少し詳しくみておく必要があろう。

(a) 比例原則は、パレート最適を用いて説明されることがある。[21] 簡単のために消費者が二人だけの経済を想定する。消費財の量は有限であるため、それを二人のあいだで分配して得られる二人の効用もまた有限である。パレート最適とは、一定の資源のもとで可能な消費者Aの効用U_Aと消費者Bの効用U_Bの組み合わせのうち、U_A(またはU_B)をそれ以上増加させようとするとU_B(またはU_A)が必ず減少せざるをえないような組み合わせを指す概念である。パレート最適の点は一つに限られず、無数に存在する。無数のパレート最適な点(パレート曲線)からただ一つの点を選ぶということは、厚生経済学では所得再分配の問題であり、社会にとって二人の個人がどれくらい重要であるかというU_A、U_Bの社会厚生関数に依存する。社会厚生関数が決まれば、そこから描き出される無差別曲線とパレート曲線との接点が社会厚生の最大点となる。このように、パレート最適は厚生最大のための必要条件である。パレート最適でなければならないが、パレート最適であれば社会厚生の最大が約束されるのではない。

比例原則に立ち戻るならば、適合性の原則と必要性の原則はパレート最適のための条件であると見ることができる。すなわち、適合的でない手段または必要でない手段は、立法目的の実現を減少させることなく基本権法益の実現を増大させることができ、全体としての効用を増加させる余地を残しているためである。他方、適合性、必要性を満たした手段は複数存在する。厚生経済学において社会厚生関数が必要とされるように、基本権解釈論においては、相互に抵触する法益の重要性を比較検討することが必要になる。これが、狭義の比例原則である。

(b) 比例原則と類似した概念に、「実践的整合」がある。コンラート・ヘッセ[22]は、この概念を次のように説明する。憲法上保護される法益のあいだに抵触が生じる場合には、性急な利益衡量や抽象的な価値衡量によって、他の法益を

犠牲にして一の法益のみを実現してはならない。憲法の統一性の原理のもと、二つの法益の両方が最適化されるように境界が画定されねばならない。この最適化ないしは実践的整合は、つまるところ、手段の適合性、必要性、狭義の比例性によって確立されると説かれる。

最適化という言葉は、アレクシーも用いている。アレクシーは、基本権を、「法的および実際的に可能な限りで最適に実現されることを命じる」、「最適化命令」と性格づけている[23]。適合性と必要性（すなわちパレート最適）を満たしていない手段は実際的可能性の観点において最適化命令を満たさず、狭義の比例性に違反する手段は法的可能性の観点において最適化命令を満たさないことになる。

(c) 比例原則をこのような最適化の要請の意味で捉えるならば、パレート最適および社会厚生関数を内実とする最適化の要請に加えて、過少保護の禁止を観念することは、確かに無意味であろう。しかし、比例原則を連邦憲法裁判所による基本権制限立法の合憲性判断基準であるとするならば、実践的整合および類似の概念が要求する衝突法益の最適化の要請は、比例原則の要請を明らかに超えている。もちろん、実践的整合と比例原則とを対立的にとらえるべきではない。しかし、実践的整合にかなった法益の調整はつねに比例的調整でもあるが、比例的調整は必ずしも実践的整合を意味するとは限らない。この意味で、実践的整合は「最適化」の問題であり、比例性は「耐えうる限界」の問題であると呼ばれるのである。換言すれば、実践的整合とは「最適な比例性」であるということができる[24]。

(d) 基本権を制限する国家の措置の合憲性は、その措置が最適であるか否かについて審査されるのではない。基本権制限的措置は、比例原則（過度の侵害禁止）の要請を満たしさえすれば合憲なのである。確かに、ハインが指摘するように、過度の侵害禁止における必要性の審査は、「国家は、保護法益のために『必要である』ために行わねばならないことを、まだ何とか行うことが許されるのか」[25]を問うものであり、過少保護の禁止の発想自体は、すでに過度の侵害禁止が論理的に前提としており、この意味で過度の侵害禁止から論理的に引き出すことができるともいえる。し

かし、過度の侵害禁止原則に基づく国家の措置の上限と、過少保護の禁止に基づく国家の措置の下限は、裁判的統制のなかで一本の線として一体的に画定されるのではない。上限と下限は、別個に定められるのであり、しかもそれは、H－D・ヤラスが指摘するように、「非対称」に定まる。[26] この点に、過少保護の禁止の構造およびこれに基づく審査のあり方を独自に検討すべき意義が存する。

三　過少保護禁止の審査

連邦憲法裁判所の裁判のなかで、国家の措置の下限は、実際にどのように審査されているのであろうか。国家の措置、ことに立法者の措置を連邦憲法裁判所が審査する場合、どれほど厳格に審査すべきか、という問題がある。いわゆる「審査密度(Kontrolldichte)」の問題である。

1　共同決定判決における審査密度

連邦憲法裁判所による審査密度が一般的なかたちで類型化されたのは、一九七九年の共同決定判決である。[27] 裁判所は、立法者の予測の評価優先権(Einschätzungsprärogative)の広狭がさまざまな種類の要素、とくに①問題となっている事項領域の特殊性、②法律の作用について十分に確実な判断を形成する可能性、③問題となっている法益の重要性、に依存するとして、次の三種の審査密度を区別した。

(1)　明白性の統制

明白性の統制(Evidenzkontrolle)は、立法者の予測に対するもっとも緩やかな統制である。共同決定判決では、この統制の例として基本条約判決(BVerfGE 36, 1 [17])、安定基金決定(37, 1 [20])、自動車長距離貨物運送法決定(40,

196 [223]）が挙げられている。基本条約判決では、当時の東西ドイツのあいだに締結された基本条約が、基本法前文に謳われたドイツ再統一を阻害するか否かが争われた。本件では、外交・国際問題における政治部門の政策的判断が尊重され、違憲となるのは、当該措置が法的または事実上、自由な再統一に「明白に違反する場合」に限られるとされた。自動車長距離貨物運送法決定では、一般貨物用自動車の地域ごとの割当制限の合憲性が問われた。裁判所は、手段の必要性に審査の焦点をあてたが、論じられているいずれの手段も、裁判所が立法者にその採用を命じうるほど「明白には」、より制限的でない代替手段の条件を満たしていないとして、割当制限を合憲としている。

(2) 厳格な内容統制

もっとも厳しい統制である厳格な内容統制（intensivierte inhaltliche Kontrolle）は、共同決定判決が挙げた例では、職業選択の自由にかかわる薬局判決（BVerfGE 7, 377 [415]）、第一次堕胎判決（39, 1 [46, 51 ff.]）、終身自由刑判決（45, 187 [238]）などでとられている。この審査は、連邦憲法裁判所が統計的データや他国の経験に基づいて独自の予測を形成し、自己の予測と対比して立法者の予測を統制するものである。

(3) 主張可能性の統制

主張可能性の統制（Vertretbarkeitskontrolle）は、共同決定判決自体で採用されたほか、経済的自由にかかわる三件（BVerfGE 25, 1 [12 f., 17]; 30, 250 [263]; 39, 210 [225 f.]）の判例がこの手法を用いた例として挙げられている。[28] この審査は、上記の二基準とは異なり、予測の内容ではなく、法律の制定過程の適切さに着目する。[29] たとえば、ある決定では、次のように説かれている。「憲法上の審査は、まず第一に、立法者が、法律の制定当時に存在する実際上の諸前提についての知識を正確かつ十分な方法で入手したか否かに及ぶ。……立法者がみずから利用可能な認識手段を用いている限り、経済的展開の推移についての誤りは甘受されなければならない。」

2 過少保護禁止の審査

これら三種の審査密度は、国の基本権保護義務の裁判的統制、すなわち、過少保護の禁止の審査においても用いられている。基本権保護義務のリーディング・ケースである第一次堕胎判決では厳格な内容審査が行われ、航空機騒音決定などでは明白性の審査が行われた。また、第二次堕胎判決では、おそらく主張可能性審査が行われている。

(1) 厳格な内容統制

(a) 刑法二一八条の堕胎罪規定を緩和し、受胎後一二週間以内の妊娠中絶を原則として不処罰とした刑法改正を違憲であるとした第一次堕胎判決[30]において、連邦憲法裁判所は、立法者の予測に厳格な内容統制を加えた。争点は、本件において胎児生命保護のために「刑罰の要請」が成立するか否かである。裁判所は、胎児が憲法上の独立の法益であること、国は胎児を他者の違法な侵害から実効的に保護すべき義務を負うことを前提に、憲法の命ずる保護が他の方法では達成され得ない例外的な場合には、刑罰の要請が成立しうる、すなわち、刑罰の「絶対的」義務ではなく、他の手段が不十分であることから生じる「相対的」義務が成立しうる、とした。

判決では、立法者が妊婦に対する助言を含む予防措置によって、胎児生命のよりよい保護を試みたことには同意できるが、改正法の規定自体は、多くの点で重大な憲法上の疑問があるとされた。問題があると指摘されたのは、次の諸点である。①中絶が原則として違法であるという憲法上の評価が下位法においても明確に現れていなければならないところ、改正規定では、不明確である。②期限モデルは、保護の欠缺をもたらす。刑罰による威嚇は空転するとの反論は、刑法の一般予防機能を看過している。③「立法者は、ある規制によって救済される生命と、犠牲になる生命とを衡量する以外に手だてがない。いかなる解決策も、生命の保護に明らかによく仕えるとはいえない」と主張されるが、他の生命の救済を理由に個々の生命の保護が放棄されてはならず、いわんや、生命を数量による衡量に付してはならない。④右の主張は、さらに信頼できる事実上の基礎も欠いている。中絶の数が新法によって著しく減少する

であろうことの十分な手がかりが欠けている。イギリス、東ドイツの例を見ると、中絶の大幅な減少はのぞめない。保護法益が高い価値をもつ場合には、実験は許されない。⑤ドイツでは、歴史的経験から、人間および人間の尊厳が価値秩序の中核に据えられている。社会政策的な合目的性判断、国政上の必要を理由にこの憲法上の限界を超えることは許されないし、たとえ国民の意識の変遷が確認されたとしても、同じである。⑥法律が採用した助言制度は、立法の過程で後退している。

(b) 指摘された問題点には、衝突する法益の規範的評価と、法律の作用の予測とが含まれている。純粋に法律の作用に属する、法改正による中絶数の推移について、立法者は、法改正による胎児生命のより効果的な保護を唱えたが、裁判所は、外国の実例、鑑定人の意見などをふまえ、立法者とは別個に予測を形成し、立法者の予測を退けている。また、中絶が原則として憲法において正当化されえないことは法益の規範的評価の問題であり、刑法が中絶を違法であると明言しなければならないことは、刑法の一般予防機能をふまえた法律の作用についての予測、憲法を頂点とした法秩序における違法性判断の一元性、の二つによって支えられている。法律の作用についての立法者の予測は、連邦憲法裁判所の独自の予測に照らしてその内容が精査される。立法者の規範的評価の余地は、解釈によって基本権から導き出された憲法上の要請によって、限りなく収縮されている。裁判所は、「……立法者が規範制定の基礎におく事実関係、必要な予測、手段の選択の判断に際して有する余地を慎重に尊重しなければならない。裁判所が、立法者の地位を占めてはならない」とする一方、「裁判所は、はたして立法者が保護すべき法益を危険から防護するために利用することのできる可能性の枠内で必要なことを行ったか否かを審査しなければならない」と説き、裁判所自身が「異例なまでに包括的な準備作業があった」と形容した法改正を、違憲としたのである。

(2) 明白性の統制

明白性の統制を二例みることにしたい。一九八一年一月一四日の決定[31](航空機騒音決定)は、航空機騒音が空港周辺

住民に与える健康侵害からの保護が問題となった事例である。裁判所は、基本法二条二項一文の規定する身体の不可侵性が、身体的疾病だけではなく、精神的疾病をも含むと解したが、関連法規の改正を行わなかった州立法者の不作為は、保護義務の明白な違反にはあたらないと判断した。明白な違反の基準は、本決定では、「最高度の重要性を持つ法益が危険に曝されているのではない」ことを理由に用いられた。

化学兵器の配備に関する一九八七年一〇月二九日の決定[32]では、連邦政府が同意を与えた米軍によるドイツ国内における化学兵器の貯蔵、移動等が周辺住民の生命に脅威を与えることを理由に、連邦政府の基本法二条二項一文違反が主張された。裁判所は、外交・防衛領域の特殊性を理由に政府にきわめて広範な判断の余地を認め、違憲の主張を退けている。国の保護義務違反は、国が何の安全措置もとらない場合、またはそれが「保護目的の実現にとってまったく不適切であるか、まったく不十分であることが明白な場合」に限り、認められるとされたのである。[33]なお、本件には、マーレンホルツ(Mahrenholz)判事執筆の反対意見が付されている。

(3) 主張可能性の統制

(a) 刑法の堕胎罪規定の改正が再び問題となった第二次堕胎判決[34]において、連邦憲法裁判所は、保護の方法および範囲を具体的に確定するのは立法者の任務であることに言及する一方、「とはいえ立法者は、『過少保護の禁止』を尊重しなければならない。その限りで立法者は、憲法裁判所の統制に服するのである」と説いた。

判決理由によれば、保護コンセプトの選択および具体化に際して、立法者は、過少保護禁止の要求を充足するものであることについての「憲法上、支持しうる判断」を有しなければならない。「立法者が制定した規律の作用に関する予測は、信頼できるものでなければならない。連邦憲法裁判所は、予測が……主張可能(vertretbar)であるか否かを審査する。」立法者の判断、評価、形成の余地の広狭は、「さまざまな要素、とりわけ問題となる事項の特性、将来の展開および規範の作用について十分に確実な予測を形成する可能性、問題となる法益の重要性」に依存する。「そこか

ら……三種の審査基準が導出されうるのかを、ここで論じる必要はない。……憲法上の審査は、立法者が上記の諸要素を十分に考慮したか、立法者の判断余地を『主張可能な方法で』行使したかに及び、「まったく不適当、まったく不十分とまではいえない」措置があれば保護義務が履行されたことになるのではない。

(b) このように、本件では、①審査密度が共同決定判決の挙げた三要素にとくに依存するとしながら、②共同決定判決が説く三種の審査密度が導出されるか否かについては判断を控えている。③しかし、文言上は「主張可能」性を問うていること、立法過程の適切さに照準を合わせていること、明白性の統制を退けていることから、主張可能性の統制を行っているとみることができる。

本件において主張可能性の統制が用いられた理由として挙げられているのは、問題の刑法改正が根本的に新しいコンセプトに基づく規定であり、その作用について十分に確実な判断を形成することは不可能なことである。「そのような場合には、立法者は、保護作用に関する信頼できる予測を行うための本質的な材料を到達可能な範囲で用いて、それが立法者の判断を十分に支持しうるか否かを、入念に吟味しなければならない。」

(c) ただし、ここで注意しなければならないのは、後述のように、本件の審査が、建前に反して、実際には立法「過程」ではなく、法律の内容の首尾一貫性に向けられていることである。

3 判例法理の整合性

以上の判例から生じる整合性の問題として、①審査密度の決定、②それぞれの審査密度における統制内容、の二点を挙げておきたい。

(1) 審査密度の決定

三種の審査密度の区別により、まず、どの場合にどの審査密度を選択するかの決定が要求される。審査密度は、第

一次堕胎判決では厳格な内容統制が選択されたが、第二次堕胎判決では、主張可能性の統制が用いられている。これら二つの事案は、いずれも刑法二一八条の改正による期限モデルの導入の合憲性であったほか、刑罰による威嚇の実効性に限度があることを理由に、胎児生命の保護の向上を立法目的としていた点でも共通する。二つの事案に、審査密度の変更を理由づける差異を見いだすのは困難であるし、そのような理由は、第二次堕胎判決の判決理由でも触れられていない。また、化学兵器決定では、法廷意見が明白性の統制を用いて保護義務違反の主張を退けたのに対して、マーレンホルツ判事は、生命への危険が問題となっていることを理由に、より厳格な統制を主張して対立した。

連邦憲法裁判所は、共同決定判決において、審査密度の選択にとくに大きく影響する項目として、問題となっている事項領域の特殊性、法律の作用について十分に確実な判断を形成する可能性、問題となっている法益の重要性、の三要因を挙げており、それらは、第二次堕胎判決でも、文言どおりに受け継がれている。しかし、この公式自体、きわめて柔軟であり、特定の審査密度に必然的に至るものではない。これに応じて、審査密度の決定は、過少保護禁止についてのみ生じる問題ではなく、防禦権を含むドイツの違憲審査の全般の課題であるといえよう。

(2) 審査内容

ひとたび審査密度が選択されると、その審査密度が要求する厳格性に応じて過少保護禁止違反の有無が審査される。しかし、ここにも問題がある。

(a) ドイツにおける明白性の統制は、合憲の結論に自動的に至るような性格のものではないが、それでもやはり、「……まったく不適切であるか、まったく不十分であることが明白」であるか否かを問う明白性の統制と、厳格な内容統制および主張可能性の統制が異なることは明らかであろう。他方、厳格な内容統制と主張可能性の統制については、区別は容易ではない。

(b) 主張可能性の統制は、定義上は、法律の制定過程の適切さ、すなわち、「はたして立法者が、自己の視点からす

れば当該措置が目的達成の手段として適合的であったと考えることが許された否か」、「立法者が、法律の制定当時に存在する実際上の諸前提についての知識を正確かつ十分な方法で入手したか否か」を問うものであり、立法者が利用可能な認識手段を用いている限り、予測の誤りは甘受されなければならないことになる。第二次堕胎判決においても、予測の誤りが判明した場合の法律の事後的是正義務を立法者に課す一方で、立法者には誤謬の可能性が認められている。しかし、判決を子細に読むならば、審査の実際は、「立法者の基本コンセプトが法律において十分に、かつ、憲法の要求を満たすかたちで具体化されているかどうか」を吟味するものであったということができる。

判決によれば、過少保護の禁止は、次の諸点を要求する。①中絶が妊娠の全期間において原則として違法であるとみなされ、法的に禁止されること。②この義務の例外は立法者が定める事項であるが、「過少保護の禁止に違反しないためには、立法者は、本件において相互に衝突する法益の比例的調整が不可能であることを考慮しなければならない」こと。③中絶禁止の例外として許されるのは、妊婦の生命、健康に対する重大な侵害の危険だけではないが、「要求可能性(Zumutbarkeit)」を基準に判断されるべきこと。④生命保護は国家の基本的任務であるため、「刑法の投入及び刑法の保護作用の任意の断念」は過少保護の禁止に違反すること。ただし、「憲法的に十分な他の種類の保護措置が存在するため、正当化できない妊娠中絶に対する刑罰による威嚇を限られた範囲で放棄してさしつかえない場合には、そのような事例群に対する禁止を他の方法で……明確に表現すれば足りる。」

裁判所は、立法者が妊娠初期の胎児生命を刑罰の威嚇ではなく助言によって、すなわち、母親に敵対してではなく、母親と一緒に保護するという基本コンセプトを採用したのは「立法者の主張可能な評価」であるとした。(35) しかし、この基本コンセプトの具体化に際して、裁判所は、保護の重点を助言による予防的保護に置くモデルにおいては助言が中心的位置を占めること、立法者は助言の内容、実施、助言の組織・構成に関して過少保護の禁止に拘束され、実効的かつ十分な規定を制定しなければならないこと、助言を通じたより実効的な保護という評価は、その場合にのみ主

張可能であること、を指摘した上で、助言に関する規定を精査し、不十分な点を逐次指摘したのである。[36]

(c) このようにみると、第二次堕胎判決における主張可能性の統制には、①立法者があるコンセプトを採用することの主張可能性と、②そのコンセプトを前提として、当該法律規定が主張可能であるか、の二段階があり、少なくとも後者においては、立法過程の適切さではなく、コンセプトに照らした法律の首尾一貫性が問われたといえる。

はたして首尾一貫性の審査は、厳格な内容統制とどこが異なるのであろうか。過程ではなく、内容の首尾一貫性を問題とする限りで、この審査と内容統制との境界はきわめて曖昧である。第一次堕胎判決との際だった相違は、第一次判決が生命という高次の法益が問題となっている以上は「実験は許されない」としたのに対して、第二次判決では立法者に誤謬の余地が与えられ、事後的是正義務を課されたにすぎない点にある。しかし、だからといって、主張可能性の統制の名のもとに行われた首尾一貫性審査が、緩やかな審査であったとはいえない。助言のシステムに逐一注文をつけた第二次判決は、立法者の判断の尊重の程度という点では、決して寛容ではなかったのである。[37]

四　立法権と過少保護の禁止

最後に、過少保護の禁止の裁判的統制によって発生する立法権と憲法裁判権との関係をめぐる問題に言及しておきたい。

1　法治国家と裁判国家

ベッケンフェルデは、基本権に基づく保護義務が、従来は国家学のテーマであり、立法者の課題であった国家目的を、基本権解釈および連邦裁判所による法創造的具体化の対象に取り込むこと自体が、国家構造の改鋳であり、法治

国家から裁判国家への道であると批判する。(38)

この見解は、具体的な裁判における過少保護禁止の適用のあり方を批判するのではなく、基本権保護義務という法理自体、さらには、基本権の客観法的内容による基本権の守備範囲の明示的な拡張、防禦権の法理の再構成による黙示的な基本権の守備範囲の拡張を批判する。本稿では、この見解の全体的構想、意義および問題点に立ち入ることは控えたい。おそらく、この見解の問題点は、保護義務を認めるか否か、過少保護の禁止を認めるか否か、という二項択一的な問題設定が必然的かどうか、換言すれば、保護義務ないしは過少保護の禁止それ自体ではなく、それらの適用の次元で、立法者と憲法裁判権との関係を検討する可能性があるのではないか、ということである。(39)

2 審査密度のあり方

これに対して、裁判国家への道かどうかは憲法裁判所による統制の範囲と厳格性しだいであると解するのがK・ヘッセである。ヘッセは、連邦憲法裁判所の保護義務判例を①第一次堕胎判決、②その後の一連の判決、③最新の第二次堕胎判決、の三グループに分け、第一次堕胎判決は法律の基本法との適合性について完全な審査を行い、立法者に「何をすべきか」を指示した事例、その後の一七年間を、立法者による保護義務の実現に異議を唱えず、したがって、立法者に特定の作為の義務づけを行わなかった時期、第二次堕胎判決を、立法者の形成の余地の強調とここから生じる憲法的統制の限定に「何の実践的意味も残らなかった」事例であると特徴づける。(40) ヘッセの主張は、立法者と憲法裁判所の機能配分に基づく、憲法裁判所による統制の全面的または部分的な排除もしくは厳格性の限定である。たとえば、憲法は保護義務を課す一方、保護の手段については何も定めていないので、立法者の手段選択に対しては憲法裁判所の統制は排除されるべきであるとされたり、法律上の措置の適合性や衝突する法益の按分については審査の厳格性を限定すべきだと説かれるのである。堕胎判決で行われたような立法者の評価およびそこから生じる帰結につい

ての完全な内容審査は、「憲法上、禁じられる。」[41]。

この見解の背後にあるのは、立法者に向けられた実体的な行為規範と、憲法裁判的統制の規準となる審査規範の区別である。[42] この区別から保護義務違反の統制を限定的に捉える論者は、ヘッセのほかにもいる。[43]

確かに、「行為者に対する拘束は、統制者の権能を大きく超える」ことがあるのは当然である。しかし、問題は行為規範と審査規範の区別を説くだけでは解決しない。問題は、保護義務違反の統制と防禦権違反の統制がどの点において異なるのかを明らかにし、また、保護義務違反についての審査密度をどのように類型化するかである。連邦憲法裁判所の実務は、クリスティアン・シュタルクが指摘するように、保護義務の裁判的統制は「予見不可能」であるということができる。[44] 説得力のある基準による類型化が課題となろう。[45]

3 経過命令

最後に、第二次堕胎判決に伴って生じた「手続的問題」[46]に言及したい。法改正の主要な規定が違憲無効とされる場合、通常は、従前の法律規定が再度効力を回復する。しかし、何らかの事情によって[47]以前の法的状態に復帰することが許されない場合、裁判所はいかなる手法をとるべきであるか。連邦憲法裁判所は、「経過命令(Übergangsanordnung)」を発することによって、暫定的に妥当すべき中絶法制、とくに助言の目的、組織、手続、内容等について、きわめて詳細な定めを行った。[48] P・レルヒェは、連邦憲法裁判所は本件において「立法者自身の代わり」をつとめた、と評している。

これには、二つの問題が結びついている。いうまでもなく、一つは基本法の権限配分のもとで憲法裁判所がたとえ暫定的にではあれ、立法者の地位に自らを置くことが許されるのか、という問題である。しかし、これとは別に、この経過命令の法律上の根拠の問題がある。連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法三五条の「連邦憲法裁判所は、その

判決において、その判決を執行すべき者を定めることができる。裁判所は、個々の事例において、執行の方法を規律することができる」という規定を援用しているが、本件の経過命令が判決執行命令を超えていることは明らかである。レルヒェは、連邦憲法裁判所が実際には一種の「緊急権限」を行使したと断じている。

このような経過命令は、保護義務またはその他の基本権的作為義務に固有の問題ではない。とはいえ、違憲の国家措置を無効と宣言すれば救済が実現する防禦権の場合と異なり、保護義務等においては、裁判所が経過措置を講じることによる救済の必要な場合が増大することは確かであり、今後、議論を要しよう。(49)

五　むすびにかえて

本稿は、"Untermaßverbot" を、とくに保護義務との関連で過少保護の禁止と訳して用いた。"Untermaß" の禁止、すなわち、あるべき程度を下回ることの禁止は、おそらくは保護義務のみに限らず、国の作為義務（積極的権利）一般について語りうるものであり、その意味では、より一般的に「過少措置の禁止」と表記することもできよう。

他方、基本権に基づく国の作為義務には、性質の異なるさまざまな類型がある。比較的最近のドイツの判例で問題となったものとして、本稿で扱った国の基本権保護義務のほか、社会国家的給付義務、公共放送についての国の財源保障がある。社会国家的給付について、裁判所は、この権利が「各人が社会に合理的に要求しうる」という意味での「可能性の留保」に服しており、「憲法委託の明白な違反」だけが問題になるとしている。(50) また、放送受信料については、州政府および州議会による放送受信料の確定に際して公共放送の機能の確保に必要な財源が保障されなければならない（必要性の基準）(51)とされてきたが、最近の判例では、憲法論は必要性の基準を満たすような受信料確定手続の保障に問題の焦点をあてて展開されている。(52)

性質の異なる作為義務ごとに違憲審査の観点または要請の内容が異なることに鑑みれば、過度の侵害禁止に対応する概念として、国の作為義務違反一般にかかわる「過少措置の禁止」を観念することが適切か否か、なお検討を要しよう。過度の侵害禁止は、――たとえば人格権の内密領域のような例外的場合をさておけば――基本権を制限する措置の合憲性について一般的に適用されるものであり、事例ごとの相違は、適用の濃淡、それぞれの類型に則した過度の侵害禁止原則の具体化であるにすぎない。他方、作為義務違反の審査の視点の相違は、このような適用の次元で吸収しうる性質のものかどうか、疑わしい。もとより、作為義務(積極的権利)という構造から生じる共通性があることは明らかである。このため、どこまでがそれぞれの類型に共通した要素であり、どこからがそれぞれの類型に固有の要素なのかを見極めることが必要となる。(53)

本稿は、対象を過少保護の禁止に限定したが、それでも過少保護禁止の構成要素、審査密度、それぞれの審査密度のもとにおける審査の手法について、確たる判例法理は存在しないし、救済方法を含む立法権との関係についても課題が山積している。本稿は、概略のスケッチと問題点の指摘にとどまった。過少(措置)の禁止が問題となる他の類型との比較を含め、詳細な検討は、他日を期したい。

(1) *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905.

(2) 奥平康弘「人権体系及び内容の変容」ジュリスト六三八号(一九七七年)二四六頁、前田徹生「人権体系における自由権・社会権の区分論の意義と限界」佐藤功教授古稀記念『日本国憲法の理論』(一九八六年)一四三頁以下を参照。

(3) 栗城寿夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究三八号(一九七六年)七六頁、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(一～五・完)」自治研究五四巻七号八二頁・八号九一頁・九号六七頁・一〇号七一頁・一一号一一一頁(一九七八年)、青柳幸一「西ドイツにおける基本権の多元的機能(一～三・完)」法学研究五五巻四号二三頁・五号二七頁・六号四九頁(一九八二年)参照。

(4) *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 243 ff.

(5) *K. Stern*, Das Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 168.

(6) 最大判昭和四二・五・二四民集二一巻五号一〇頁。

(7) *K. Stern*（前出注5), S. 890 ff.

(8) 奥平康弘『憲法Ⅲ・憲法が保障する権利』（一九九三年）二四四頁以下。

(9) 詳細は、小山剛「西ドイツにおける国の基本権保護義務」法学研究六三巻七号（一九九〇年）五四頁参照。最近の文献では、桑原勇進「国家の環境保護義務序説（二）（四・完）」自治研究七一巻七号八七頁、七二巻八号一〇〇頁（一九九五年)、*J. Dietlein*, Die Lehre von der grundrechtlichen Schutzpflicht, 1992; *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR Bd. V, 1992, § 111; *Chr. Starck*, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994; *Hans H. Klein*, DVBl. 1994, 489 を参照。

なお、リーディング・ケースである第一次堕胎判決（BVerfGE 39, 1 [42]）では、次のように判示されている。「あらゆる人間生命を保護すべき国の義務は、それゆえただちに基本法二条二項一文から導出される。この義務は、さらに、基本法一条一項二文の明文の規定からも生ずる。」「…国の保護義務は包括的である。これは、…生成途上の生命に対する国自身の直接の侵害を禁止するだけではなく、国に対して、この生命を保護し、促進することを命じる。これはとくに、胎児生命を他者の違法な侵害から防護すべきことを意味する。法秩序の各分野は、それぞれの特別な任務に応じて、この命令の実現に努めなければならない。」この判決について、詳しくは宮澤浩一「西ドイツ連邦憲法裁判所の堕胎罪規定違憲判決について」ジュリスト五八七号（一九七五年）八三頁参照。

(10) 本稿では、過度の侵害禁止（Übermaßverbot）と広義の比例原則（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）を同義語として扱う。

(11) 第二次堕胎判決に先立つ学説におけるこの概念への言及として、*C. W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 228; *H. D. Jarass*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd. 110 (1985), S. 363 (383). *V. Götz*, Innere Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR Bd. III, 1988, § 79, Rdnr. 30; *J. Isensee*（前出注9), HdBStR Bd. V, § 111 Rdnr. 165 を参照。

(12) BVerfGE 88, 203 (254, 281).

(13) ドイツの比例原則を扱うわが国の文献として、田上穣治「基本的人権と公共の福祉」一橋大学創立八十周年記念論文集下二二五頁(一九五五)、奥平康弘「表現の自由」日本国憲法体系七巻一一二頁(一九六五)、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」『憲法訴訟と人権の理論―芦部信喜先生還暦記念』五九九頁(一九八五)、須藤陽子「行政法における『比例原則』の伝統的意義と機能(一)(二)(三・完)」東京都立大学法学会雑誌三二巻二号三一七頁、三三巻一号五〇一頁、三三巻二号一〇一頁(一九九〇・一九九一年)、山下義昭「『比例原則』は法的コントロールの基準たりうるか―ドイツにおける『比例原則』論の検討を通して(一)(二)(三・完)」福岡大学法学論叢三六巻一～三号一三九頁、三八巻二～四号一八九頁、三九巻二号二四三頁(一九九一、一九九四、一九九五年)、高木光「比例原則の実定化―『警察法』と憲法の関係についての覚書―」『現代立憲主義の展開・下―芦部信喜先生古稀祝賀』(一九九三年)二〇九頁がある。

以下の論述は、主としてK・シュテルン(小山剛訳)「過度の侵害禁止(比例原則)と衡量命令(一)(二)」名城法学四四巻二号、三号(一九九四年)に依る。

(14) BVerfGE 67, 157 (173).

(15) K・シュテルン(前出注13)名城法学四四巻二号一六七頁。

(16) K・シュテルン(前出注13)名城法学四四巻二号一六八頁。

(17) K・シュテルン(前出注13)名城法学四四巻二号一七〇頁。

(18) K・シュテルン(前出注13)名城法学四四巻二号一七二頁。

(19) ペーター・レルヒェ(鈴木秀美訳)「連邦憲法裁判所の最近の基本判決における主要傾向」自治研究七一巻三号(一九九五年)一二頁(一四頁)を参照。

(20) *K.-E. Hain*, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, DVBl. 1993, 982 (983).

(21) パレート最適との関連の指摘として、R・アレクシー(小山剛訳)「主観的権利及び客観法としての基本権(一)」名城法学四三巻四号(一九九四年)一七九頁(一八二頁以下)参照。

(22) K・ヘッセ(阿部照哉ほか訳)『西ドイツ憲法綱要』(一九八三年)一六三頁以下(欄外番号三一七以下)。

(23) *R. Alexy* (前出注4), Theorie der Grundrechte, S. 100 ff.; R・アレクシー(前出注21)名城法学四三巻四号一八二頁。

(24) K・シュテルン(前出注13)名城法学四四巻二号一四五頁を参照。

(25) *K.-E. Hain* (前出注20), DVBl. 1993, 982 (983).

(26) *H. D. Jarass* (前出注11), AöR Bd. 110, S. 363 (382 ff., 395 f.).

(27) 詳しくは高見勝利「立法府の予測に対する裁判的統制について」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(一九八五年)三五頁、岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制」法学政治学論究一四号(一九九二年)六七頁を参照。

(28) 立法過程ないしは立法者とは、議会だけではなく、連邦政府を含む立法作業の全過程を指す。*K. Stern*, Das Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 1353.

(29) BVerfGE 39, 210 (225 f.).

(30) BVerfGE 39, 1 (41 ff.).

(31) BVerfGE 56, 54 (73 ff.).

(32) BVerfGE 77, 170 (214 f.).

(33) BVerfGE 77, 170 (234). 要旨は以下のとおりである。法廷意見は、政府にきわめて広範な判断の余地を認め、不作為による基本権侵害の主張を却下しているが、生命という保護法益の重要性、危険の性質・影響範囲等に鑑みれば、より厳格な基準に基づき審査がなされねばならない。連邦政府は、非常事態における住民の保護をもっぱら米軍の手に委ね、自らはなんらの準備もしていない点において、基本法二条二項一文の保護義務に違反する。

(34) BVerfGE 88, 203. この判決について、小山剛「刑法の堕胎罪規定を改正した妊婦及び家族扶助法の合憲性」自治研究七〇巻四号(一九九四年)一二七頁、同「連邦憲法裁判所第二次堕胎判決における保護義務論の展開(一)」名城法学四三巻三号(一九九三年)八五頁参照。

(35) 主張可能であるとされた理由は、過去における刑法的解決の失敗、妊婦のみが新生命の存在を知り、胎児が妊婦に全面的に依存していること、望まぬ妊娠が女性の生存にかかわる重大事であること、妊娠初期の妊婦の精神的状況、である。

(36) 小山(前出注34)名城法学四三巻三号九六頁以下、一二〇頁以下を参照。

(37) *K. Hesse*, Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: H. Däubler-Gmelin/K. Kinkel/H. Simon, Gegenrede, Festschrift E. G. Mahrenholz, 1994, S. 541 ff. (552) を参照。

(38) ベッケンフェルデ(鈴木秀美訳)「基本法制定四〇周年を経た基本権解釈の現在(二)」北陸法学二巻二号(一九九四年)七二頁。*Chr. Starck*(前出注9)もこれに近い。

(39) 私見については、アレクシー（前出注21）に付した「訳者あとがき」名城法学四四巻一号三三一頁を参照。さらに栗城壽夫「最近のドイツの基本権論について」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』九三頁以下（一九九四年）を参照。

(40) *K. Hesse*（前出注37), S. 547 ff.

(41) *K. Hesse*（前出注37), S. 555 ff.

(42) *K. Hesse*（前出注37), S. 557.

(43) 行為規範と審査規範の区別は、イーゼンゼーも説いている。*J. Isensee*（前出注9), HdBStR Bd. V, § 111, Rdnr. 162. また、*E. Denninger*, Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, in: H. Däubler-Gmelin/K. Kinkel/H. Simon, Gegenrede, Festschrift E. G. Mahrenholz, 1994, S. 561 ff. (567 f.) もこの区別を説いた上で、第二次堕胎判決について、「なぜ裁判所は自己の予測の方がより確実であるとみなしてよいのかについて…十分な理由」が与えられなければならない、と批判する。

(44) *Chr. Starck*（前出注9), Praxis der Verfassungsauslegung, S. 80.

(45) もちろん、ヘッセもその説明を怠ってはいない。この類型についてのヘッセの見解は、S. 541 f.; *ders.*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift Hans Huber, 1981, S. 262 を参照。他方、アレクシーは、作為義務（＝保護義務）と不作為義務（防禦権）の法的構造の相違を強調する。小山（前出注9）法学研究六三巻七号六四頁参照。さらに、*K-E. Hain*（前出注20), DVBl. 1993, 982 (984); *Hans H. Klein*（前出注9), DVBl. 1994, 489 (495); *Chr. Starck*（前出注9), S. 70 ff. を参照。この問題については、別の機会に検討したい。

(46) 以下について、詳しくは、P・レルヒェ（前出注19）自治研究七一巻三号一四頁以下を参照。

(47) 本件について、旧東ドイツ法が明白に違憲であること、一国に地域によって二つの中絶刑法が併存し続けることの問題点、を挙げることができる。

(48) 経過命令の内容については、小山（前出注34）名城法学四三巻三号一二〇頁を参照。

(49) レルヒェは、立法者の意思の尊重を条件に、この種の経過命令をやむを得ないものと考えているようである。他方、おそらくヘッセは、立法者と憲法裁判所の機能の配分を侵すものとして否定的に評価している。*K. Hesse*（前出注37), S. 554.

(50) すでにBVerfGE 33, 303 (332 ff.) ＝定員制判決。本件については、寺田友子「職業教育施設選択の自由権と配分請求権」大阪市立大学法学雑誌二三巻一号（一九七六年）一四五頁、戸波江二（前出注3）自治研究五四巻七号八三頁（八六頁以下）

参照。

また、BVerfGE 82, 60 (80 ff.) を参照。本件は、育児負担の調整について育児控除を廃止し、両親の収入に依存する育児給付金に一本化した一九七四年の統一的家族負担調整制度の合憲性が問題となった事例である。本件の争点は二つあったが、社会給付としての育児手当を両親の収入に依存させてよいかについて、裁判所は、社会国家原理は具体的給付請求権の根拠とはならないこと、社会給付を収入に依存させるのは一般平等原則に違反しないこと、基本法六条一項は給付後退を禁止するものではなく、家族促進のための財政的給付は「可能性の留保」に服し、財政に際して立法者は全体の機能力と均衡とを配慮すべきことを理由に、違憲ではないとした。なお、別の争点である育児給付金が租税上の負担軽減機能を十分にはたしているかについては、社会国家原理との関連における基本法一条一項、六条一項から、家族構成員全体の生存最低限に対する課税禁止が生じることなどを理由に、当時の育児給付金は違憲であるとの判断が下っている。本件について、岩間昭道「所得に応じた児童手当の削減と最低生活費非課税の原則」自治研究六九巻四号（一九九三年）一三三頁以下を参照。

(51) BVerfGE 74, 297 (342); 87, 181 (202) 解説として高橋洋「公共放送に対するコマーシャル禁止の合憲性」自治研究七一巻二号（一九九五年）一二九頁。

(52) BVerfGE 90, 60 (92). 本件について、鈴木秀美「放送の自由と受信料」北陸法学3巻2号（一九九五年）一三一頁以下を参照。

(53) *H. D. Jarass* (前出注11), AöR Bd. 110, S. 363 (394 f.) は、むしろ共通点を強調しており、これらの領域において立法者は「ある種の過少措置の禁止（eine Art Untermaßverbot）に服する」、という。