ドイツにおける強制加入制の憲法問題

——強制加入制の憲法適合性に関する連邦憲法裁判所の判例について——

岡 田 俊 幸

- I はしがき
- II 判例の展開
- III 二〇〇一年二月七日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定
- IV 判例の整理
- V 結語

I はしがき

「最高裁の判例に加え、特に通説的地位を築いている学説を中心に記述を進める」という「工夫をこらしている」⁽¹⁾教科書において、「個人の自由としての結社の自由」との関係で、「弁護士、司法書士、税理士などの一定の職業が、法律によって結社の設立を強制されているとともに、当該職業に従事する者に対して結社への強制加入制がとられていることの合憲性が問題となる」ところ、「学説では、それらの職業が高度の専門技術性・公共性を有していることから、団体の目的および活動範囲がそれらの確保・維持のためのものととめられている限り、違憲とはいえないとするのが通説である」が、「判例では、一定の職業に関する結社強制・強制加入制を憲法二二条一項の職業の自由として把握したうえで、簡単に合憲としている」と説明されている⁽²⁾。この説明に従えば、弁護士会等の強制加入制の憲法適合性については、そもそも、憲法二二条一項の「結社の自由」の制約と捉えてその合憲性を判断すべきであるのか、それとも、憲法二二条一項の「職業の自由」の制約と捉えてその合憲性を判断すべきであるのか、という合憲性判断の出発点において、通説と判例の間でコンセンサスが形成されていない、ということになる⁽³⁾。さらに、この教科書では説明が省かれている「少数説や込み入った理論的対立」⁽⁴⁾を見ると、弁護士会等の強制加入制の憲法適合性については、一方において、憲法二二条一項の「結社の自由」の制約でもあり、かつ憲法二二条一項の「職業の自由」の制約でもあると捉えてその合憲性を判断すべきとの立場もあり得るし、⁽⁵⁾他方において、憲法二二条一項の「結社の自由」の制約でも憲法二二条一項の「職業の自由」の制約でもない⁽⁵⁾と捉えることも理論的には可能であり、実際、この立場を前提として弁護士会等の強制加入制の憲法適合性を憲法一三条の「幸福追求権」の問題と捉える見解も主張さ

れており、弁護士会等の強制加入制の憲法適合性をどのような憲法上の権利の問題として構成すべきかについて、現在の学説は極めて錯綜し、かなり混沌とした状況にあると観察することも可能である。また、強制加入制を定める法律によって何らかの憲法上の権利が制約されているとして、それでは、当該制約が許されるかどうかをどのような判断枠組みによって判定するのかという「合憲性審査の手法」⁷⁾についても、なお多くの部分が未解明のままに残されているように思われる。まず、南九州税理士会事件最高裁判決（最三判平成八年三月一九日民集五〇巻二号六一五頁）においては「強制加入それ自体が争点ではありませんでした」⁸⁾との理解に疑問の余地はなく、この判例から合憲性審査の手法を構築する手掛かりは得られない。また、最一判平成四年七月九日判例時報一四四一号五六頁は、弁護士会の強制加入制度の憲法適合性について、「所論の弁護士に関する規制は、公共の福祉のため必要なものというべきであつて、憲法二二条に違反しないことは、最高裁昭和三三年（あ）第四一一号同三四年七月八日大法院判決（刑集一三巻七号一二三三頁）の趣旨に徴して明らかであり、所論のその余の違憲主張は、独自の見解に基づき抽象的に原判決の不当をいうものにすぎず、採用することができない。」と述べるにすぎず、この判決は、「これは極めて簡略なものであるし、論旨が少々おかしいこともあつて、ほとんど学界の関心を引かなかつた」⁹⁾と評されている。「合憲性審査の手法」を構築する手掛かりを提供しているのは、水稲等の耕作の業務を営む者について農業共済組合への当然加入制を定める農業災害補償法一九条の規定が憲法二二条一項に違反しないとの判断を示した最三判平成一七年四月二六日判例時報一八九八号五四頁だけであると言つてもよい。¹⁰⁾ そうだとすると、弁護士会等の強制加入制の憲法適合性の問題は、どのような憲法上の権利がどのようにに制約されているのかという点¹¹⁾についても、また、「合憲性審査の手法」についても、なお未解明の部分が少なくなく、今後さらさら立ち入った考察を加えることが求められていると言わなければ

ればならない。それ故、筆者は、弁護士会等の強制加入制の憲法適合性について大いに関心を抱いており、近い将来において自らの見解を明らかにしたいと考えている。そのための準備作業として、現在、筆者は、強制加入制の憲法適合性について判例及び学説の豊富な蓄積をすでに有しているドイツ法の状況を内在的に分析する作業を行っているところである。¹³ 本稿においては、上記の作業の一環として、強制加入制の憲法適合性に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要な判例を明らかにしたい。¹⁴ これが、本稿の目的である。

さて、強制加入制の合憲性に関する判例としては、一九五九年七月二九日連邦憲法裁判所第一法廷判決¹⁵（エルフト組合。以下、「五九年判決」という。）が著名であるが、最近の教科書では、二〇〇一年一月七日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定¹⁷（以下、「〇一年部会決定」という。）が大きなスペースを割いて引用されており、強制加入制の憲法適合性に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要な判例を明らかにするためには、五九年判決とともに〇一年部会決定を詳しく紹介する必要があると言わなければならない。そこで、本稿は、まず、五九年判決など一九五〇年代から七〇年代までの主要な判例を紹介・検討した（Ⅱ）上で、〇一年部会決定を多少とも詳しく紹介・検討する作業を行うことにしたい（Ⅲ）。その後、判例を整理し、判例理論の到達点を示す（Ⅳ）。そして、最後に、結語（Ⅴ）において、筆者に残された今後の課題を確認する。

II 判例の展開

一 一九五九年七月二九日連邦憲法裁判所第一法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所が強制加入制の憲法適合性について自らの見解を示したのは、一九五九年七月二九日の判決においてである。連邦憲法裁判所は、同判決において、「基本法九条は、公法上の団体への強制加入を妨げるものではない」が、公法上の団体への強制加入は、「基本法二条一項の憲法的秩序の枠内においてのみ許される」(判決要旨三)と判示した。事実の概要は、次のとおりである。ノルトライン・ヴェストファーレン州において制定された一九五八年六月三日の「大エルフト組合の設立に関する法律」(以下、「エルフト法」という。)によって、「大エルフト組合」という名称の公法上の団体が設立された(一条)。その任務は、組合地域における水利の規制である(二条一項)。組合は、この目的のために、その任務の遂行に役立つ施設を承継し、組合の施設として運営する(四条三項)。この事業を実施するために、組合は、組合構成員の土地を使用することができる(九条)。組合は、土地所有権、土地に対する物権、及び、土地の所有及び利用の権限を与えるその他の権利について、組合の任務の遂行に必要な範囲において、収用によって剥奪または制限することができる(二一条一文)。組合は、水法上の貸与がなくても、事業上の目的に必要な範囲において、組合地域における地下水を利用することができる(七条、八条)。組合のみ出された水を、それが事業上の目的に必要なとされない範囲において、利用することができる(七条、八条)。組合の構成員は、組合地域に所在している褐炭鉱の所有者、一定量以上の発電量を有する発電所の所有者、給水施設及び公共排水施設、大規模な水需要及び比較的大きな水力発電施設を有する工業施設の所有者、九つのラントクライス

(郡)、ケルン等の三市、ラインラント農業組合の支所、エルフト漁業組合である(六条一項)。組合は、自治権と自律的な規則制定権を有している(二四条一項、一五条一項)。組合は、国の監督を受ける(二四条三項、五九条)。組合の機関として、一〇〇人の構成員から成る代表者会議(一六条)、三二人の構成員から成る組合委員会(一七条)、七人の構成員から成る役員会(二八条)、及び、組合委員会によって選出された組合長(三一条)が定められている。任務及び債務を履行するための財源は、金銭給付(会費)によって調達される(三七条)。組合の一定の措置、とくに会費決定に対する異議申立てについての決定のために、裁決委員会が設置され、裁決委員会は、一人の常勤裁判官、三人の州の高級官吏、及び一人の学識経験者によって構成される(四五条、四六条)。

異議申立人は、当該組合の地域において事業を営んでいる褐炭鉱の所有者として法律によって当該組合の構成員になったが、一九五八年六月三〇日に法律に対する憲法異議の訴えを提起した。異議申立人は、当該法律が基本法二条一項、三条一項、九条、一四条、一九条一項及び四項に違反していると主張した。連邦憲法裁判所は、異議申立人の「中心的攻撃」は法律に基づくエルフト組合への強制加入に向けられていると捉えて、¹⁹強制加入制を定めるエルフト法の憲法適合性について詳細に論じている。以下、この点について連邦憲法裁判所がどのような見解を示したのかを見ることにしよう。

(二) 連邦憲法裁判所は、まず、強制加入制を定めるエルフト法の合憲性を判断する基準を構築している。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

「公法上の団体への強制加入の憲法上の限界の問題」は、「基本法九条に基づいて答えることはできない。というのは、この規定は、もっぱら、私法上の団体を設立し、これに加入し、又は加入しない自由を保障するにすぎないから

である。けれども、基本法二条一項は、このような強制加入は憲法的秩序の枠内においてのみ可能であることを示している。これによると、公法上の団体は、正、当、な〔注・原文はイタリック〕公的任務を行使させるためにのみ、設立することが許されるが、この任務のどの部分を国家が自己の官庁を通してではなく、そのためにとくに設立した公法上の営造物又は団体を通して遂行するかを決定することは、立法者の裁量の事項である。連邦憲法裁判所は、この場合、立法者がその裁量の限界を遵守したかどうかのみを審査することができる。それ故、連邦憲法裁判所は、組織形態の選択が目的適合的であったかどうか、又は必要であったかどうかについて審査しなければならないわけではない。

立法者は、公法上の団体を形成するに際して、その組織及びその構成員の法的地位を、規制しなければならない生活関係及び経済関係の特殊性に加えて、立法者が評価しなければならぬ公共にとっての危険の特殊性に応じて規律することが許される。鉱業関係及び水利関係の特殊性は、たとえばそれが限定された地域においてのみ存在するとしても、水利及び鉱業の利益のために一般的な水法及び鉱山法と異なる定めをすることを正当化することができる。この特殊性は、様々な利害を有する構成員が統合される結合体でさえも、利益の現実の調整がこのような方法で達成することができないことが明らかではない限り、正当化することができる。ただし、その際には、団体構成員の保護に値する利益が恣意的に無視されてはならず、団体機関の裁量が十分に限定され、その行使が裁判官の事後審査の対象に²⁰ならなければならない。〕

五九年判決は、強制加入制の憲法適合性は基本法九条一項によってではなく、基本法二条一項を基準として判断するということ、現在も維持されている見解を示した点において極めて重要である。ただし、その理由付けは極めて簡潔であつて、後述するように、その後の判例によつて補強されていくことになる。つぎに、基本法二条一項の基本権の制

約が正当化されるための要件を見ると、この点は五九年判決において必ずしも明確に定式化されているわけではない。上記の説示を筆者なりに再構成すると、連邦憲法裁判所は、公法上の団体への強制加入が憲法に適合するためには、①公法上の団体が正当な公的任務を行使させるために設立されたこと、②立法者が組織選択に際してその裁量を逸脱していないこと、③公法上の団体を形成するに際して、団体構成員の保護に値する利益が恣意的に無視されていないこと、及び④公法上の団体を形成するに際して、団体機関の裁量が十分に限定され、その行使が裁判官の事後審査の対象になっていることの四つの要件を充足することが必要であるとの基準を示したと解される。

(三) そして、連邦憲法裁判所は、上記の基準によって強制加入制を定めるエルフト法の合憲性を判断する。連邦憲法裁判所は、まず、要件①及び要件②を検討し、「エルフト地域における水利規制が正当な公的任務であることは明白である。立法者がこの任務を解決する方法においても恣意はない。」²¹との結論を示した。

(a) 連邦憲法裁判所は、要件①及び要件②の充足性について、次のように判示した。

「このことは、まず、法律によって規制することそれ自体の必要性に当てはまる。褐炭鉱による地下水の低下に起因してエルフト地域の水管理に差し迫っている危険の程度について専門家によって異なる判定がなされていることは、異議申立人も認めているところである。この場合、事態が悪い方向に展開したとしても鉱業によって脅かされているこの地域の水供給を確保する措置を講じることは、まさに国家機関の任務であつて、これに対応する考慮がすでにずっと以前から管轄官庁によってなされてきたところである。この危険はなお完全に見通すことはできないので、予定された措置の一定の柔軟性が必要であるかもしれない。何故なら、法治国家の諸原則によると、目的と手段は相互に合理的関係になければならないからである。しかし、立法者がそもそも活動することが許されていたのかどうかと

いう問題は、このことによつて影響を受けるものではない。州議会と政府が、その国政上の責任に基づいて、この状況において法律は必要であると考えたとすると、これに対して憲法上異議を唱えることはできない。⁽²²⁾」

「異議申立人は、団体形式を選択したことに異議を唱えているが、これは不当である。

すでに述べたように、公的任務の組織的克服の種類と方法は、立法者の裁量事項である。自治の思想を肯定し、その立法において広範囲に実現している国家において、団体という組織形態を選択することがそれ自体として直ちに違憲となることはあり得ない。さらに、まさに公法上の団体によつて水利の任務を遂行することは、伝統的なものであつて、実績を有している。このことは、関係者にとつても、特に影響を受ける公的任務の遂行に直接に形成的に関与し、その影響力をすでに団体の意思形成の段階において行使することができるのであり、従つて、すでになされた決定を裁判によつて審査させることに限定されない、という利点を有している。⁽²³⁾」

(b) つぎに、連邦憲法裁判所は、要件③を検討し、「異議申立人の保護に値する利益は、団体の組織によつても恣意的に無視されていない⁽²⁴⁾」との結論を示した。連邦憲法裁判所は、次のように判示した。

「この団体においては、その構造上、利益調整を行うことができない、という異議申立人の危惧には、根拠がない。様々な利害を有する代表者が一つの団体に統合されていることは、異例なことではない。ここでは、団体構成員は、部分的には対立する利害にもかかわらず、エルフト地域における水供給が確保され続けることに共通して関心があること、それは、様々な水消費者と水供給事業体の所有者にとつては、彼らが水を必要としているからであり、鉱業者にとつては、規制された水供給が、鉱業者がより深い地層における石炭の採掘ができるための前提条件だからであることを見落としてはならない。この採掘が経済的な方法で行われることについては、この団体の他の構成員も関心を

有している。決してすべての他の構成員グループが始めから褐炭鉱との原理的利益対立にあるわけではない。⁽²⁵⁾」

(c) 最後に、連邦憲法裁判所は、要件④を検討し、異議申立人が組合機関の統制されぬ裁量に服する、という異議申立人の異議には理由がなく、⁽²⁶⁾ 組合の個別行為に対して十分な統制が存在しているとの結論を示した。⁽²⁷⁾ 連邦憲法裁判所は、次のように判示した。

「組合の任務は、法治国家として十分に範囲が示されている。とくに組合の権限の種類と程度が明確に画定されている。もつとも、組合がその任務をどのように解決するのかわについては、組合に広範囲に委ねられている。しかしながら、国家がエルフト地域の水管理規制を国の行政又は公法上の営造物に委ねた場合であっても、このことは原理的には異ならないだろう。国の行政及び公法上の営造物も、――行政裁判所によって事後的に審査されるが――判断余地を必要とする。判断余地なしに済ますことはできない。⁽²⁸⁾」

「組合が公共の福祉を維持するために褐炭鉱から生じる又は生じる可能性のある影響を対して実施する事業について、組合は、事前に、実施のための費用を負担することになる（三条二項一文）褐炭鉱のグループの会員と討論をしなければならない。組合が、異議申立人の合理的な論証に耳を傾けないとすると、このような事例においては国の監督機関の許可が必要であるから、異議申立人は、国の監督機関に問い合わせる事ができる。

加えて、異議申立人は、異議申立人に負担を課す組合の決定を、裁決委員会に対する不服申立てが認められなかった場合（……）、国の官庁又は公法上の営造物の行政行為が問題となっているのと同じ仕方で行行政裁判所において取消を求める可能性を有している（……）⁽²⁹⁾。」

このように連邦憲法裁判所は、エルフト法の定める公法上の団体への強制加入について基本法二条一項を基準とし

て合憲であると判断した。

二 一九六〇年二月二五日連邦憲法裁判所第一法廷決定

(一) 連邦憲法裁判所は、一九六〇年二月二五日の決定³⁰において、バイエルン医師年金におけるバイエルンで活動する医師の強制加入は基本法に合致すると判断した。バイエルン年金法四六条によると、バイエルン医師年金はその加入者及びその遺族に年金を支給することを任務としている。バイエルン医師年金は強制加入の原理に基づいており、バイエルンで開業している医師は、加入の意思表示も形式的な受け入れもなく、当然に年金組合に加入するものとされている(四七条一項)。ミュンヘンで開業している医師の一人は、バイエルン年金法四七条一項に基づいて年金組合の加入者になったが、強制加入制が基本権を侵害していると主張して憲法異議の訴えを提起した。

(二) これに対して、連邦憲法裁判所は、バイエルン医師年金における強制加入制は異議申立人の基本権を侵害するものではないと判断した。まず、連邦憲法裁判所は、基本法九条一項の基本権について、次のように説示した。

「基本法九条一項の基本権は、私法上の団体を結成する自由を市民に保障している(……)。この基本権は、公法上の組織への帰属を法律上命じられることに対する保護を与えるものではない。

バイエルン医師年金は、……公法上の営造物であって、財産の形成、つまり、年金給付を与えるための財源の集積が、その唯一の目的である。医師が『加入者であること』は、医師がこの目的のために分担金を納付しなければならぬことに尽きる。真正な人的団体は、構成員の恒常的共同活動において、これ以外の、事案ごとに組合機関の決議によつて具体的に決定される共通の目的を追求するものであるが、医師は、このような真正な人的団体を結成してい

るわけではない。このことから、人的な結合を念頭に置いている基本法九条の適用範囲に影響を与えていないことが明らかになる。⁽³¹⁾

この説示は、五九年判決が示した解釈論を踏襲しており、とくに新しい点はない。この判決において注目されるのは、この判決が基本法一二条一項に関して述べた部分である。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

「この条項は、医師の職業行使に及ぶものではなく、医療行為の遂行の種類及び方法については何も含んでいない。この条項は、不適切な職業行使によって惹起される危険から一般の人々を保護すること―基本法一二条一項に基づく規制においては、大部分がこれに当たるのであるが―に直接的に向けられているものではない。この条項は、むしろ医師に職業を行使している間に継続的に分担金の支払いを義務付けることによって、職業の行使が終わった後の医師及びその家族の経済状況を保障し、これを達成しようと試みるものである。すなわち、この条項は、本来的に職業政策的な種類のものではなく、むしろ、より包括的な社会政策的連関性の中に位置付けられる。本条項と医師の職業行使との結び付きは、緩やかで間接的なものにすぎない。基本法一二条一項の特別の自由保障、この基本権が確保しようとしている特別の自由領域は、影響を受けていない。この規制を基本法一二条一項に包摂することは、この規定の適用範囲を不適切に広く拡張することを意味する。⁽³²⁾」

基本権保護範囲↓制約↓正当化という基本権の三段階審査の枠組みから上記の説示を理解すると、「医師」が基本法一二条一項の「職業」に該当することに疑いの余地がない以上、上記の説示は、バイエルン医師年金における強制加入は基本法一二条一項の保護範囲を「制約」していないと述べたことになる。五九年判決は、公法上の団体への強制加入と職業の自由との関係については何も述べておらず、本判決の先例としての価値は、強制加入制においては職

業の自由の「制約」は存在しないとされたこの部分にあると考えられる。この説示の後、連邦憲法裁判所は、「この条項の合憲性を判断するための基準は、基本法二条一項の一般的自由保障から導き出されなければならない³³⁾」と述べているが、この部分は五九年判決が示した解釈論を繰り返したただけで、とくに新しい点はない。そして、連邦憲法裁判所は、バイエルン医師年金における強制加入制の憲法適合性を詳しく検討しているが、ここでは紹介することはしない。

三 一九六二年三月一三日連邦行政裁判所判決

つぎに、一九六二年三月一三日連邦行政裁判所判決³⁴⁾を見ることにしたい。本判決は、基本法九条一項に基づく消極的結社の自由の保護が公法上の団体への強制加入には及ばない理由を詳しく述べている点において注目される。本稿がこの判決を取り上げる理由もこの点にある。さて、事実の概要は、次のとおりである。原告は薬局の所有者である。被告は、バーデン・ヴュルテンベルク州において制定された一九五三年一〇月二七日の「医師、歯科医師、獣医、薬剤師及び歯科療士の公共的職業別代表者に関する法律」(Kammergesetz)に基づいて、公共的職業別代表者として設置された。被告は、一九五五年六月六日に、会議所法の規定に基づいて会費規則を制定し、同規則に基づいて原告の会費の金額を決定した。原告は、異議申立てをしたが、被告はこれを斥けた。原告は、会議所法の規定に基づいて不服申立てをしたが、これも被告の総会によって斥けられた。原告は、取消訴訟を提起し、その中で、州薬剤師会議所への薬剤師の強制加入を定める会議所法が消極的結社の自由を侵害していること等を主張したが、シュトゥットガルト行政裁判所においても、またバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所においても敗訴の結果に終わった。連

邦行政裁判所は、上告を棄却したが、判決理由において、公法上の職業団体の強制加入制の憲法適合性について、次のような見解を述べた。

「基本法九条の成立史は、立法者が公法上の団体の加入強制を排除しようとしていたという結論を認めない。ヘルン・キームゼー草案の中では、基本法九条において団結の自由は一般的結社の自由の一部と理解された。解説の部分において、この点は次のように報告された。何人も、結社に加入することを強制されないものとする、という提案は、否決された。何故なら、将来においても一定の職業に所属している者を公法上の団体に義務的に統合する必要性が存在する可能性があったからである。これによつて、通常の意味における労働組合への加入強制を認めようとしたわけではない（……）。要するに、加入強制を伴う公法上の団体の特別の地位がすでに当時においても予定されていたのである。第一読会における議会評議会全般編纂委員会の提案（一九四八年一月一四日時点の状況）においては、特別の一二a条が含まれていたが、それは、ヴァイマル国憲法一五九条に相当するもので、消極的団結の自由を承認していた。一九四九年一月一日の基本原則委員会第三二回会議において、フォン・マンガルトとホイス博士の両議員は、加入強制の禁止について、医師会、薬剤師会、弁護士会及び手工業の強制同業組合の場合に例外を認めることが必要であると考えた。それ故、基本原則委員会は、九条三項の当時の文言に、『加入の強制を行うことは許されない。』との文の後に、『公法上の職業団体について、法律により、この禁止の例外を許すことができる。』という文を付け加えた（……）。

一九四九年一月一九日の中央委員会第四回会議において、エーベルハルト（博士）議員が上記の二つの文の削除を提案したとき、再度、加入強制の禁止に関する討議が展開された。討議において、マンガルトは、これらの文が労

働条件及び経済条件の促進に役立つ結社への加入強制を排除していること、及び、法律が公法上の職業団体について加入強制を定めているところにおいてのみ、現在、これに対して可能性が開かれていることを強調した。その際、マングルトは、とくに弁護士会、医師会、薬剤師会及び類似の団体に言及していた。消極的団結の自由に関する諸規定は、その後、結局のところ法案から除去された。たしかに、これによって禁止を排除しようとしているわけではない。むしろ、消極的団結の自由は、社会的労働争議において、争議をしている当事者の一方の利益代表である組織については維持しようとされた。しかし、これを越えて、公法上の団体としてこのような方向性を有するものではなく、国の監督に服する職能身分上の代表についても加入強制を禁止することは、基本法九条に関する史料から導き出すことはできない(……)。さらに、このような職能身分上の強制結合がすでに以前にかつ基本法の制定時においても存在していたことも付け加わる。かりに立法者がこの古い伝統のつながりを断ち切り、廃止しようとしたとすれば、立法者はこのことをとくに表現していたはずである。⁽³⁵⁾」

五九年判決は、「公法上の団体への強制加入の憲法上の限界の問題」は、「基本法九条に基づいて答えることはできない。というのは、この規定は、もっぱら、私法上の団体を設立し、これに加入し、又は加入しない自由を保障するにすぎないからである。」と判示していたが、すでに指摘したように、その理由付けは極めて簡素なものであった。本判決は、基本法九条が公法上の団体への強制加入の合憲性を判断する基準とならないとする解釈の論拠として九条の「成立史」を前面に押し出している点で注目される。

四 一九六二年一月九日連邦憲法裁判所第一法廷決定

(一) 連邦憲法裁判所は、一九六二年一月九日の決定³⁶において、商工会議所への強制加入の憲法適合性の問題に取り組んだ。一九五六年一月一八日の「商工会議所の暫定的規制法」(以下、「商工会議所法」という。)によると、商工会議所は公法上の団体である(三条一項)。会議所の任務は、「会議所に所属する会議所地区の営業者の全体利益を代表し、商工業経済の振興に協力し、その際に個別の商工業部門又は事業体の経済的利益を、均衡を保ちつつ調整的に考慮する」ことである(一条一項)。会議所の費用は、会議所会員の分担金(会費)によって調達されるが、商工会議所法は基本会費と営業税の納入額を基礎とした割当会費を定めている(三条二項以下)。商工会議所は、自治権を有しており、規約、選挙規則及び会費規則を制定することができ、国の法的監督のみに服する(四条、七条、一条)。商工会議所法二条一項は、自然人、商事会社、他の権利能力なき社団、私法上及び公法上の団体であつて、商工会議所の地区に営業上の所在地、事業所又は販売所を有するものは商工会議所に属すると定めて、強制加入制を導入している。ある合資会社が、商工会議所法一条、二条等を直接攻撃する憲法異議の訴えを提起し、商工会議所に与えられた任務は、主として「純粋な利益主張」であり、任意加入の団体によつても十分に遂行することができるので、関係者の自由が法律によつて過度に制約されており、商工会議所法の諸規定は基本法二条一項、九条一項及び三項、二二条一項に違反すると主張した。これに対して、連邦憲法裁判所は、本件憲法異議の訴えを、訴訟要件は充足しているが、理由がないとして斥けた。商工会議所法の定める強制加入制の憲法適合性について連邦憲法裁判所が示した判断の内容は、次のとおりである。

(二) 連邦憲法裁判所は、まず、商工会議所法の定める強制加入制の憲法適合性は基本法九条及び一二条一項を基

準として判断するのではなく、基本法二条一項を基準として判断すると述べる。

(a) 「連邦憲法裁判所は、基本法九条は、公法上の団体又は营造物への加入を法律上命じられることから個人を保護していないと繰り返し述べてきたところである(……)。このことは維持されなければならない。」

(b) 「基本法二二条も、影響を受けていない。商工会議所への所属は、一定の職業の行使の単純な効果である。この命令によつて、立法者は、職業の行使の種類及び方法を規制していないし、職業政策的傾向も追求していない(……)。」

(c) 「攻撃されている法律は、憲法秩序の一部であり、それ故、異議申立人の経済的な行為の自由を制約している(……)。⁽³⁷⁾」

以上の説示は、すでに紹介した判例(五九年判決及び一九六〇年二月二五日連邦憲法裁判所第一法廷決定)において示された解釈論を繰り返しただけで、とくに注目すべき点はない。本判決の意義は、商工会議所への強制加入の憲法適合性という学説において活発に議論されてきた問題について判断を示した点にある。以下、連邦憲法裁判所の判断内容をやや詳しく紹介することにしよう。

(三) 連邦憲法裁判所は、攻撃されている法律が基本法二条一項に違反していないとの判断を示している。その骨子は、次のとおりである。

(a) 「たしかに、商工会議所の任務については、『国家に対する商工業経済の代表』と『経済領域における行政任務の行使』という二つの問題群を明確に区別することができる。しかしながら、二つの場合が正当な公的任務(……)であることに疑いの余地はない。とくに、最初に挙げた任務も、異議申立人が述べるように、『純粋な利益主

張』ではない。異議申立人は、業界別団体との類似性を指摘するが、業界別団体は、第一次的にその経済部門の利益を主張するものであり、そのため、対立する利益及び一般の利益を包括的に評価することを業界別団体に容易に期待することはできない、ということを見過ぎしている。これに対して、商工会議所は、商工業経済の全体利益をつねに注視し、個別の商工業部門又は事業体の経済的利益をもつばら『均衡を保ちつつ調整的に考慮する』ことが法律上義務付けられている。商工会議所は、商工業経済を全体として振興するというその任務の枠内において、可能な限り高度の客観性を働かせるという法律上の責任が課されている。³⁸⁾

(b) 「商工業経済の全体利益の主張を、国家機関に助言し、鑑定書を作成し、提案をするという実際上前面に出ている任務とともに経済の自治機関に委ねたことが最も目的適格的であったことは明白である。しかし、この機関に別の行政固有の任務を、それどころか部分的には高権的任務を委ね、さらに、そうでなければ国家の官庁によって行使されなければならない任務を委ねることに対しても異議を唱えることはできない。考慮の対象となるのは、例えば、取引所の監視、競売人の公的選任、専門家の選任と宣誓、国家の命じた一定の試験の実施等々である。公的任務を国家の官庁によって直接的に遂行するか、それとも、公法上の団体を通して間接的に遂行させる、つまり、国の任務を自治団体に委譲するかは、原則的に立法者の自由である(……)。本件においては、主として、経済領域における行政任務が問題であり、それは、商工会議所の全体任務の枠に組み込まれており、商工会議所が代表する経済サークルの利益に奉仕し、商工会議所の機関の特別の専門知識及び人的知識を前提としている。国の官庁は、この種の決定を、たんに専門家の助言を求めた後に下すこともできる。それ故、会議所による直接的な処理は、事務進行を容易にし、費用を節約する。³⁹⁾」

(c) 「前述したところから同時に、商工会議所の組織を強制加入の原理に基づいて編成することは、商工会議所に委ねられた任務を適切に遂行するために有意義であり、それどころか必要であつたことも明らかになる。

会議所によつて作成される提案及び鑑定書の価値は、一つには、その判断の独立性に、一つには、会議所が審査すべきである事実関係の領域において有している全体的洞察力の程度に基づく。鑑定書は、個別の部門及び企業の専門知識及び職業経験を越えて商工業経済全体の見解や判断基準を主張することができるが、鑑定書は、このことからその実質的権威を獲得する。会議所は、専門知識を有する広い範囲の専門家を使うことができるが、専門家の内部において、まさに様々な見解や観察方法に発言の機会が与えられ、さらにこれらが内部的に調整され得る。商業に従事するすべての人の見解を熟知し、それを比較検討する恒常的機会がなければ、この任務を遂行することはできない。

……

かりに商工会議所への加入が任意であるとする、会員の構成は偶然に左右されることになる。会議所は、会員の獲得に頼らざるを得ないことになる。資金力のある会員が前面に出てきて、脱退の脅しによつてその特殊利益及び特殊な見解の考慮を強制しようと試みることになる。経営者及び営業者の全体集団の不加入又は脱退によつて、会議所は、それらの事実関係の認識を阻害され、又は認識の機会を奪われる可能性がある。同じ程度において、このような会議所の信頼性、その包括的な専門知識及び客観性はもはや制度的に確保されないことになる。⁽⁴⁰⁾

(d) 「公益に存する、組織強制のこのような実質的必要性と対比して、組織強制から生じる会員の自由制限は取るに足らない。会議所に所属することに基づく義務は、たんに会費の納入にほぼ尽きている。……」⁽⁴¹⁾

連邦憲法裁判所は、上記の (a) から (d) までの事項を指摘し、「立法者は、商工会議所への強制加入の導入に

よって関係者の自由を適切な程度を超えた仕方では制約していない⁽⁴²⁾との結論を示した。本決定は、商工会議所法の定める強制加入制が基本法二条一項の基本権の制約であることを前提として、商工会議所法の定める強制加入制について立ち入った具体的考察を加えているが、その前提となるものの、制約が正当化されるかどうかを判断する枠組みについては、必ずしも明確には述べていない。この点を明らかにしたのが一九七四年一月一八日連邦憲法裁判所第一法廷決定⁽⁴³⁾である。そこで、この決定について、上記の部分に限定して簡単に紹介する。

五 一九七四年一月一八日連邦憲法裁判所第一法廷決定

(一) 連邦憲法裁判所第一法廷は、一九七四年一月一八日の決定において、すべての被雇用者が強制的に構成員になる被雇用者会 (Arbeitnehmerkammer) を公法上の団体として設置したブレイメン及びザールラントの法律が基本法に反しないと判断したが、すでに述べたように、基本法二条一項に基づく基本権の制約が正当化されるかどうかを判断する枠組みを明らかにした点において注目される。

(二) 連邦憲法裁判所は、公法上の団体における強制加入制の憲法上の限界は基本法九条からではなく、基本法二条一項から導かれるとする五九年判決を確認した上で、次のように判示した。

(a) 「基本法九条一項においては、個人に対して、私的なイニシアティブに基づいて他人と何らかの種類の団体に集まり、それを設立する自由、さらにはそれに加わらず、そこから脱退する自由―この自由は二項に基づいてのみ制限できる―を保障している。国家が、公共の福祉を根拠として、法律によって公法上の団体を、その任務を实情に即して遂行するために一定の範囲の市民が所属しなければならぬ人的団体として設置すると決めた場合は、別の問

題である。国家がこのことを無限に行うことが許されないことは確かである。国の法律は、『憲法的秩序』の一部でなければならぬ。すなわち、国の法律は、形式的及び実質的観点から基本法に完全に適合していなければならぬ(…)。法治国家性の要請を充たすことも、この中に含まれるが、この要請は、国による制約の比例性の原則を含んでいる。本件の関連において、このことは、基本法二条一項の原則的自由推定及び基本法九条一項から導き出される自由な団体形成の優位にかんがみて、立法者はこのような公法上の団体の設置の必要性を綿密に審査しなければならぬことを意味する。基本法二条一項から、個人に対して、『不必要な』団体の強制加入制によって利用されない権利が生じる。⁴⁴⁾

(b) 「強制加入制を伴う公法上の団体の設立のための第一の要件は、当該団体が『正当な公的任務』を遂行していることである(…)。これは、その遂行に共同体の高度の利益が存する任務であつて、それが私的なイニシアティブの方法によつては効果的に実現することができないか、又は、国家が自ら自己の官庁を通して実現しなければならぬ狭義において国家的な任務に属していない性質のものを意味する。国家が、このような任務を、この目的のためにとくに形成された公法上の団体に委譲した場合には、国家は、原則的に、国家にここで与えられる広い裁量の枠内で行動している。⁴⁵⁾

(c) 「しかしながら、会議所が正当な公的任務を実行していることは、その存在を正当化するものではない。立法者は、会の組織を、すべての被雇用者の強制加入の原理に基づいて組み立てた。この点に、原則的に、経済及び労働生活における行動の個人的自由の基本権の甚大な制約がある。この制約を行う法律は、当該制約が比例的であることが示された場合に限り、『憲法的秩序』の構成要素になる。このことは、当該制約が立法者によつて追求される目

的を達成するために適合的であることに加えて、さらに、必要でもなければならぬこと、すなわち、この目的が、個人により少ない負担を課すにすぎない他の仕方と同じ程度に達成することができないこと、そして、最後に、個人に対して強制加入によつて課せられる負担の程度が、当該個人及び公共に生じる利益となお合理的関係にあることを意味する（……）⁴⁶。」

（三） 五九年判決は、公法上の団体への強制加入が基本法二条一項（一般的行為の自由）の保護範囲を制約しており、公法上の団体への強制加入の合憲性は基本法二条一項を基準として判断されなければならないと述べていたが、同判決においては、基本法二条一項の基本権の制約が許されるかどうかの判断枠組みをどのように構成すべきかについて必ずしも明確ではなかった。一九六二年一月十九日連邦憲法裁判所第一法廷決定も同様である。本決定は、基本法二条一項の基本権の制約が憲法上正当化される要件として、①当該団体に正当な公的任務を遂行させていること、及び②比例原則（適合性、必要性及び相当性）が遵守されていることの二つを明確に示した。本決定の意義はこの点にあると考えられる。

Ⅲ 二〇〇一年一月七日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定

一 一九九八年七月二一日連邦行政裁判所第一部判決

（二） 連邦憲法裁判所第一法廷第二部会は、二〇〇一年一月七日の決定において、商工会議所への強制加入の合憲性について詳細な判断を示した。連邦憲法裁判所は、商工会議所への強制加入の憲法適合性について、すでに紹介

したように、一九六二年二月一九日の決定において合憲であるとの判断を示しているが、○一年部会決定は、一九六二年二月一九日決定以後の判例及び学説の展開を踏まえた、強制加入制の憲法適合性に関する一つの理論的到達点を示しており、その点において極めて注目し得る。以下、○一年部会決定の内容を詳しく紹介することにし、たいが、その前に、一九九八年七月二二日連邦行政裁判所第一部判決⁴⁷（以下、「九八年判決」という。）も紹介しておく必要がある。何故なら、○一年決定は、九八年判決に対して向けられた憲法異議の訴えにおいて下されたものであり、この決定を正しく理解するためには、九八年判決の内容を踏まえなければならぬからである。

さて、原告は、被告である商工会議所の地区において、保険仲買人として活動していた有限会社である。原告は、被告のした会費決定を対して異議を申し立て、商工会議所への強制加入は違憲であると主張した。その後、原告は行政裁判所に取消訴訟を提起したが、訴えは斥けられた。連邦行政裁判所第一部は、九八年判決において、「商工会議所への強制加入は依然として基本法に適合している」（判決要旨）との判断を示した。九八年判決の骨子は、次のとおりである。

（二）連邦行政裁判所は、まず、基本法九条一項の解釈論を展開する。

「基本法九条一項に基づいて、すべてのドイツ人は、結社及び団体を結成する権利を有している。この規範は、私的自治による集団形成のみに関係しているのであって、公法上の団体の創設には関係していない。基本法九条一項は、（積極的に）結社及び団体の形成を認めている。しかし、これによって、公法上の団体を形成する権利が根拠付けられるわけではない。この権利を含むところの、団体の法形式とは関係のない自由な社会的集団形成の原理は、基本法九条一項において保障されていない。公法上の組織形態の自由な形成は、個々の市民に開かれていない。個々の市民に

は、基本法九条一項において、私的なイニシアティブに基づいて他人と団体を形成し、それを設立し、さらに団体に加入せず、この団体から脱退する原理的自由が保障されている（……）。その限りにおいて、この基本権は、『消極的』結社の自由も含む。

たしかに、『消極的』結社の自由は、『積極的』結社の自由を超えることはできず、すでにその理由だけで私的団体に加入しない自由限定される、との論拠は、論理的意味において必然的なものではないかもしれない。しかし、当部が、一九六二年三月一三日の判決（……）において立ち入って説示したように、私法上の団体を形成し、これに加入し、又は加入しない自由に基本法九条一項の保護範囲を限定することは、基本法九条一項の成立史によっても裏付けられる。のみならず、このことは、この保護範囲のみに照準を当て、公法上の団体に対する消極的結社の自由に対応する留保を有していない制限を含んでいる基本法九条二項の体系的関連性によっても明らかである。かりに……公法上の団体に対する消極的結社の自由が存在すると主張しようとする、このような団体における強制加入制によって利用されることからの自由についても限界が存在しなければならぬはずである。そうでなければ、強制加入制を伴う公法上の団体は、憲法上設立することはできないし、憲法内在的制限に遡求することによってせいぜいのところ極めて狭い限界において設立することができるにすぎないだろう。しかしながら、基本法が、この伝統的かつ定評のある制度を原則的に認めようとしなかった、ということ（⁴⁸）は認識できない。」

すでに五九年判決は、「公法上の団体への強制加入の憲法上の限界の問題」は、「基本法九条に基づいて答えることはできない。というのは、この規定は、もっぱら、私法上の団体を設立し、これに加入し、又は加入しない自由を保障するにすぎないからである。」と判示していたが、すでに指摘したように、その理由付けは極めて簡素なもので

あった。連邦行政裁判所は、本判決において、私法上の団体を形成し、これに加入し、又は加入しない自由に基本法九条一項の保護範囲を限定する解釈の論拠を詳細に述べている。とくに、論拠として、「積極的自由と消極的自由との表裏一体」の理論に加えて、「成立史」と「基本法九条二項の体系的関連性」を補強している点が注目される。

この説示の後、連邦行政裁判所は、「基本法二条一項の基本権は、人格を自由に発展させる権利を付与している。この基本権は、『不必要な』団体の強制加入制によって利用されないことから保護している（……）」と指摘して、審査の基準が基本法二条一項であるとの立場を採るが、この点は、連邦憲法裁判所の従来⁴⁹の判例を踏襲したにすぎない。本判決において注目されるのは、基本法二条一項の基本権の「制約」が正当化される要件に関する説示である。連邦行政裁判所は、次のように述べる。

「この基本権を公法上の団体への強制加入によって制限することが許されるのは、対応する法律が憲法的秩序の一部であること、すなわち、形式的及び実質的観点において基本法に適合している場合に限られる（……）。このことは、公法上の団体の設置及び強制加入制の使用が、正当な公的任務を遂行するために行われ、このために適合的かつ必要であることに加えて、期待可能性の限界を維持していることを前提とする。かりに、——このことは未解決のままにしておくことができるが——強制加入制が職業行使の自由の制約であり、従って、基本法二条一項が基準となるとしても、これらの基準が同じように適用されなければならないだろう（……）」⁵⁰。

連邦行政裁判所は、公法上の団体への強制加入による基本法二条一項の基本権の制約が憲法上正当化されるためには、公法上の団体の設置及び強制加入制の使用が、①「正当な公的任務を遂行するために」なされることに加えて、②このために適合的かつ必要であり、さらに期待可能性の限界を維持していること、つまり、比例原則を遵守しな

なければならないことを明確に指摘した。この点において、上記の説示は注目に値する。

(三) そして、連邦行政裁判所は、商工会議所法の定める強制加入制は上記の二要件を充足していると判断した。連邦行政裁判所は、次のように説示した。

(a) 「商工会議所は正当な公的任務を遂行している」。商工会議所の「任務は、共同体の関心事が追求されているという意味において公的である。これに依じて、連邦憲法裁判所は、商工会議所が国家の機関及び官庁を経済問題に関する報告書の提出及び諮問によって支援し、国家の機関及び官庁にこの領域における決定にとって不可欠の基礎を提供できることを、商工会議所の正当な公的任務であると判断した(……)」。連邦憲法裁判所は、このことを詳細に論述したが、当時の考慮は依然として妥当している⁵¹。

(b) 立法者が、経済を適切な任務遂行の利益のために「束ねる」という関心事を実現するために、強制加入制を伴う公法上の団体の創設を通して適格な手段を選択したことに疑いの余地はない⁵²。

(c) 強制加入制は必要性を欠くものではない。「強制加入制を採らない団体は、商工業経済に属する者の全体利益を国又は地方の決定主体に対して主張するために同等に適合的な手段ではない。というのは、強制加入のみが、……決定的な利益についての、会員構成の偶然性や圧力に束縛されない包括的な調査、比較検討及び集約を確保し、これによつてはじめて全体利益の客観的かつ信頼に足る認識が可能になるからである。」⁵³

(d) 「最後に、強制加入は、狭義の比例原則に反していない。強制加入は、それ自体として、会員の企業活動の自由の著しい、期待可能なものの限界を逸脱した侵害ではない。反対に、強制加入は、会員に対して、会議所における関与の機会と会議所の成果を利用する機会を与えるが、しかし、それを使わない可能性も残されている。」⁵⁴

以上のように、連邦行政裁判所は、商工会議所への強制加入は憲法に適合するとの判断を示した。繰り返しになるが、本判決においては、①五九年判決が示した基本法九条一項の解釈の論拠を補強したこと、②公法上の団体への強制加入による基本法二条一項の基本権の制約が憲法上正当化されるための要件として比例原則の遵守を挙げたことが注目される。

二 結社の自由

そこで、つぎに、○一年部会決定を紹介・検討する作業に移ることにしよう⁵⁵。連邦憲法裁判所は、従来の判例を踏襲して「基本法九条一項の保護範囲は影響を受けていない」(Rn. 27)と述べるが、○一年部会は、五九年決定と比べて基本法九条の解釈論を丁寧展開している点において注目される。連邦憲法裁判所は、次のように判示した。

(a) 「基本法九条一項は、公法上の団体への加入を法律によって命じられることに対する保護を与えない」(Rn. 28) 「結社の自由の保護が及ぶのは、継続性を有し、任意性を基礎として行われ、共通の目的を追求するために構成され、かつ組織化された意思形成を含んでいる自然人又は法人の私法上の結合が問題となっている場合である(……)。そのため、任意性の要素は、基本法九条一項において使用されている結社の概念にとって構成的である。それ故、その成立と存続が基本権によって発案された任意性に基づいていない団体——本件における商工会議所のように——は、始めから基本法九条一項の結社の概念に含まれない。」(Rn. 29)

(b) 「成立史からも、基本法九条一項を公法上の団体への包括的な不加入権という意味に理解することはできないことが明らかになる。」(Rn. 30)

「すでにヘレン・キームゼー憲法会議において、何人も団体に加入することを強制されてはならないものとするという規定を結社の自由に補充する提案が拒否された。この拒否は、将来においても一定の職業に属する者を公法上の組織に強制的に統合する必要が生じる可能性があることに基づく(……)。」(Rn. 31)

「議会評議会の審議は、この一義的な立場に基づいている。議会評議會は、一般的な結社の自由から労働法制上の問題を分離しつつも、結社の自由の二つの局面を一つの条文において文章化したのが、その際に、団結の自由についてのみ明示的な不加入権が議論された(……)。」(Rn. 32)

「議会評議会の議員は、討論において、職能身分上の強制加入団体の存在を意識していた。議員は、この古い伝統との結びつきを中断したり、断絶したりするつもりはなかった。そうでなければ、このことはとくに表現されなければならなかったはずである。」(Rn. 33)

「それ故、連邦憲法裁判所によって、基本法九条一項の保護範囲が、確立した判例において、団体に加入しない権利にまで拡張されているとしても(……)、消極的結社の自由のこの保護は、積極的保障の保護範囲を超えることはない。女性市民及び男性市民は、自発性を基礎として団体を結成する権利を保障され、国家が、この自発的な結合に加入することを他の市民に強制することは許されない。」(Rn. 34)

○一年部会決定の展開した基本法九条一項の解釈論は、五九年判決の示した解釈論を踏襲するものであることは言うまでもないが、私法上の団体を形成し、これに加入し、又は加入しない自由に基本法九条一項の保護範囲を限定する解釈の論拠として、「積極的自由と消極的自由との表裏一体」の理論に加えて、「成立史」を前面に押し出している点において注目される。

三 一般的行為の自由

(一) 連邦憲法裁判所は、五九年判決を踏襲して、商工会議所への強制加入の合憲性について基本法二条一項を基準として判断している。連邦憲法裁判所は、次のように判示した。

「強制加入団体の構成員として利用されないことに対する保護のための審査基準は、連邦憲法裁判所の確立した判例に従えば、基本法二条一項である(……)。」(Rn. 35)

「この規定は、不必要な義務的結社の防御のための十分な手段であり、これにより、連邦憲法裁判所の判例(……)によると基本法九条一項の基礎となっている自由な社会的集団形成の原理も正当に評価することが可能となる。しかし同時に、この審査基準は、国家がその任務を適切に行使用することができるよう、国家に十分な形成の自由を残している。これによると、強制加入団体は、それが公的任務に役立つもので、その設置が、その任務と対比して判断して、比例的である場合に限り、許される。」(Rn. 36)

五九年判決は、公法上の団体への強制加入が基本法二条一項(一般的行為の自由)の保護範囲を制約しており、公法上の団体への強制加入の合憲性は基本法二条一項を基準として判断されなければならないと述べていたが、同判決においては、基本法二条一項の基本権の制約が許されるかどうかの判断枠組みをどのように構成すべきかについて必ずしも明確ではなかった。○一年部会決定は、「強制加入団体は、それが公的任務に役立つもので、その設置が、その任務と対比して判断して、比例的である場合に限り、許される。」と指摘し、基本権の制約が憲法上正当化される要件は①正当な公的任務と②比例原則の遵守であることを明確にした。○一年部会決定の何よりの意義は、この点にあると考えられる。

(二) そして、連邦憲法裁判所は、上記の判断枠組みによって商工会議所法の定める強制加入制の合憲性を検討する。連邦憲法裁判所は、まず、「正当な目的」(正当な公的任務の遂行)の要件について、次のように判示した。

「強制加入制を伴う公法上の団体を設置するための要件は、当該団体が正当な公的任務を遂行することである(……)。正当な公的任務とは、その遂行に共同体の重大な利益が存する任務を言うが、この任務は、私的イニシアティブの方法によつてだけでは達成することができないものではなく、国家が自らその官庁を通して行使しなければならぬ狭義の国家的任務に属するものでもない(……)。この要件が存在しているかどうかの評価に際して、国家に広い裁量を与えられる。」(Rr. 37)

「ただし、経済的及び社会的諸条件の変化、例えば、会議所に統合されている企業の構造の変化及び対応する領域における団体制度の展開は、公法上の強制加入団体のための要件がなお存在しているかどうかを恒常的に点検することを立法者に求めている。立法者は、一九九八年の直近の法改正においてこのことを点検し、……これを肯定した。……」(Rr. 38)

「商工会議所法一条は、会議所に経済振興における任務を付与している。国家が、……経済振興という公的任務において自治制度の手助けを利用した場合、このことに憲法上疑問の余地はない。連邦憲法裁判所は、二つの異なる任務群として『商工業経済の代表』と『経済領域における行政任務の行使』を挙げ、両者を正当な任務であると評価した(……)。会議所の任務において、二つの任務群は切り離されておらず、むしろ、……立法者の視点からは、自治制度を利用するという経済主体にとって特殊な方法で結び付いている。経済主体を自治制度に組織化することは、専門知識と利益を束ね、それらを構造化し、均衡を保ちつつ経済政策上の意思形成過程に組み込み、同時に経済行政に

おける国家の負担を減らそうとするものである。まさにこのコンビネーションが公的任務の性格を有することを正当化するものであり、この任務のうちの個々の任務が他の形式においても行使することができるか否かは問題とならない。とくに、業界別団体が行っているような純粹な利益主張が問題となっていないのではなく、むしろ、国家機関に助言をするという実際上前面に出ている任務とともに、商工業経済の全体利益の主張が問題となっている。……」(Rn. 39)

(三) つぎに、連邦憲法裁判所は、商工会議所という強制加入団体の設置が比例原則に合致するかどうかを検討し、「強制加入制を伴う自治団体においてこの公的任務を組織化することは、事情の変化に照らしても、なお比例的である、つまり、適合的で、必要でかつ狭義の比例的である」(Rn. 40)との結論を示した。以下、連邦憲法裁判所が行った比例性審査を詳しく紹介することにした⁵⁶⁾。

(a) 連邦憲法裁判所は、まず、適合性の要件の充足性について、次のように判断する。

「ある手段は、この手段を使って望ましい成果を促進することができる場合にはすでに憲法上の意味において適合的である。その際に、目的到達の可能性で十分である(……)。労働市場秩序、社会秩序及び経済秩序の領域において、立法者にとくに広範囲な評価及び予測の優先権が与えられる(……)。立法者が公共の利益のためにいかなる措置を講じようとするかについて、その経済的及び社会政策的観念及び目的を基礎とし、さらに関係する事物領域の固有法則性を考慮して決定することは、主として、立法者の事項である。」(Rn. 41)

「自治制度を使って経済振興及び経済行政を組織化するとの立法者の決定は、これらの原則によってカバーされる。それ故、一分離して考察して—私的団体によっても、また国の官庁によっても行使することができる任務を全体的関連性から選り出すことは、許されない。立法者の視点からは、会議所によって経済行政任務を遂行することは、

国の官庁によってこの任務を遂行するよりもより実情に即しており、自ら選出した機関を通して関係者が関与するためにより自由を確保するものでもある。私的団体による利益主張は、この視点からは、同じ程度に全体利益に準拠していないし、また、公共の福祉にも準拠していない。そうだとすると、任務を私的団体と官庁に配分することは、まさに立法者が自治組織によって適法に追求している目標を達成するものではなく、それ故、等しく適合的ではない。」(Rn. 42)

(b) 連邦憲法裁判所は、つぎに、必要性の要件を検討し、「強制加入制を伴う団体の設置は、立法者の目的を達成するために必要でもある」(Rn. 43)との結論を示した。連邦憲法裁判所は、次のように判示した。

「国の措置の目的が同等に効果的な他の手段によって達成することができ、それにより関係する基本権が制限されていないか、より少なく制限されていないと感じられる場合、必要性の要請に反している。ただし、立法者の選択した手段と比較して他の手段が個別に長所を有しているからと言って、あらゆる個別の長所から直ちに違憲性が帰結される必要はない。むしろ、より少ない制約が選択肢として提案されている場合、目的達成のための実質的同等性があらゆる観点において一義的に確定されなければならない(……)。」(Rn. 44)

「この審査においても、任務のうちの個別のものが一定の観点で異議申立人にとってより負担の少ない仕方です行され得るかどうかは、問題とならない。」(Rn. 45)

「純粋な私的団体は、公共の福祉への拘束が欠如しているために、商工会議所が強制加入義務を使って遂行することができない任務を行使できる状況にはない。立法者が経済領域における行政任務を、公的任務を間接的な国家行政においても行使させるといふ立法者に原則的に開かれている選択の自由の枠内において、商工会議所に委譲することに

対して、異議を唱えることはできない。このことは、とくに、商工会議所の全体任務の枠内に組み込まれ、会議所の特別の事情精通性と専門能力を利用する行政任務に当てはまる（……）。国家は、経済的利益の一次的な担い手の専門能力を、国民経済上有意義な諸条件を展開するために利用しようとしているのであるが、国家によるこの任務の行使は、経済的利益の一次的な担い手への移動という許される法政策上の目的を達成することはできないであろう。」
(Rn. 46)

「従って、すべての事業者を商工会議所の会員にすることも、その任務の適切な遂行にとって必要である。商工会議所の有する公共の福祉の任務、及びその多様な経済行政任務の故に、会員の構成は、すべての部門及び事業規模を包含するものである必要がある。経済的自治にとっては、まさに中小企業を含むすべての企業の関与が必要であり、これによって会議所はその任務を包括的に遂行することができるのである。会議所によって作成される提案及び鑑定書の価値は、その判断の独立性に加えて、会議所が審査しなければならない事実の領域において有している全体的洞察力の完全性にある（……）」(Rn. 47)

「必要性の観点から、強制加入義務と商工会議所法二条二項一文に根拠のある会費負担義務とを結び付けることに對しても、憲法上異議を唱えることはできない。この点においても、経済的自治に典型的な、商工会議所法一条に基づく任務設定である利益主張、振興及び行政任務の結合に注意を払わなければならない。商工会議所の活動は、公的任務が問題となる場合であったとしても、会員の利益の主張及びその経済的活動の振興に存するのであり、このことは、会員を会議所の費用負担に適切に関与させることを正当化する。」(Rn. 48)

(c) 最後に、連邦憲法裁判所は、狭義の比例原則の要件を検討し、「強制加入を命じることは、追求されている

正当な目的との関係において狭義の比例性を保っており、それ故に、期待可能である」(Rn. 49)との結論を示す。

「強制加入による個別の営業者の侵害は、企業の活動の自由の著しい制限を意味しない。その際に考慮しなければならぬのは、とりわけ、強制加入は、会議所に所属する者に、一方において、国の決定過程への関与及び協力の機会を与えるが、その際に、しかし他方において、積極的に活動しない可能性も残していることである。同時に、強制加入は、自由保障的及び正当化機能を有する。何故なら、強制加入は、一般の利益が法律上の強制を求めるところでも、直接的な国家行政を回避し、その代わりに、関係者の関与に信頼を寄せるものだからである。」(Rn. 50)

「強制加入団体及びその機関による任務の逸脱が生じることがあり得るが、個々の会員は、……必要な場合には訴訟の手段で防御することができる。」(Rn. 51)

このようにして連邦憲法裁判所は、商工会議所という強制加入団体の設置が比例原則に合致すると判断した。

IV 判例の整理

以上において紹介してきた判例は、次のように整理することができる。

(a) 基本法九条一項の「結社の自由」の保護は、継続性を有し、任意性を基礎として行われ、共通の目的を追求するために構成され、かつ組織化された意思形成を含んでいる自然人又は法人の私法上の結合に及ぶ。任意性は、基本法九条一項の「結社」の概念の決定的要素である。強制加入制を伴う公法上の団体は、任意性の要素を欠くため、基本法九条一項の「結社」に当たらない。消極的結社の自由の保護範囲は、積極的結社の自由の保護範囲を超えるこ

とはない。基本法九条一項から、公法上の団体を設立する権利が導出されない以上、基本法九条一項から、公法上の団体に加入しない権利を導出することはできない（「積極的自由と消極的自由の表裏一体」の論拠）。従って、基本法九条一項は、公法上の団体への加入を法律上義務付けられることから個人を保護しない。また、このことは、基本法九条一項の「成立史」によっても裏付けられる（この部分は、五九年判決及び〇一年部会決定によって示された。）。

(b) 一定の職業に従事する者に対して公法上の団体への加入を義務付けることは、職業の自由（基本法一二条一項）の「制約」に当たらない（この部分は、一九六〇年二月二五日連邦憲法裁判所第一法廷決定によって示された。⁵⁷）。

(c) 強制加入制の憲法適合性を判断する基準は基本法二条一項である。基本法二条一項の基本権の制約が憲法上正当化されるためには、強制加入団体に正当な公的任務を遂行させることと、その設置が、その任務との関係において比例的であること（①正当な公的任務の遂行と②比例原則の遵守）が必要である（この部分は、一九七四年二月一八日連邦憲法裁判所第一法廷決定及び〇一年部会決定によって示された。）。

V 結語

本稿の目的は、強制加入制の憲法適合性に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要な判例を紹介することにあつた。⁵⁸ この目的はほぼ達成されたと考えている。強制加入制の憲法適合性に関する判例法理の最大の特徴は、すでに示したように、公法上の団体への強制加入の憲法適合性については、基本法九条一項（結社の自由）を基準として判断するのではなく、また、基本法一二条一項（職業の自由）を基準として判断するのでもなく、基本法二条一項（一般的行為の

自由)を基準として判断する、という点にある。このような判例の考え方については、多くの学説によって支持されているが、これを厳しく批判する学説も少なくない⁽⁵⁹⁾。強制加入制の憲法適合性に関する学説の状況を明らかにすることは、筆者の今後の課題である。筆者としては、別途論文を早急に作成し、強制加入制の憲法適合性に関する学説の状況についても明らかにしたいと考えている。そして、ドイツの判例及び学説を紹介・検討する作業を終えた後には、それでは、ドイツの判例及び学説を踏まえて日本における強制加入制の憲法問題についてどのように考えるのか、自らの見解を示すことを求められることになる。日本における強制加入制の憲法問題について自らの見解を示すことも筆者の今後の課題である。

- (1) 新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ 人権』(日本評論社、二〇一六年) ii頁。
- (2) 新井ほか・前掲注(1)一六二頁以下「横大道聡執筆」。
- (3) 強制加入制の憲法適合性を結社の自由の問題として構成する学説として、以下のものがある。青柳幸一『憲法』(尚学社、二〇一五年)二〇二頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(一)』(増補版)『(有斐閣、二〇〇〇年)五三三頁以下、同『憲法第六版』(岩波書店、二〇一五年)二二九頁以下、伊藤正巳『憲法「第三版」』(弘文堂、一九九五年)三〇三頁、岩間昭道『憲法綱要』(尚学社、二〇一一年)一二七頁、大沢秀介『憲法入門「第三版」』(成文堂、二〇〇三年)一五五頁以下、近藤敦『人権法』(日本評論社、二〇一六年)二二三頁、佐藤幸治『集会・結社の自由』芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(一)』(有斐閣、一九七八年)六〇四頁、同『憲法「第三版」』(青林書院、一九九五年)五五〇頁以下、同『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)二九三頁、渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法Ⅰ人権「第六版」』(有斐閣、二〇一六年)二四五頁「渋谷秀樹執筆」二四五頁、芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社、二〇一一年)一八五頁「市川正人執筆」、辻村みよ子『憲法「第五版」』(日本評論社、二〇一六年)二二七頁、戸波江二『憲法(新版)』(ぎょうせい、

一九九八年) 二六六頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ(第五版)』(有斐閣、二〇一二年) 三七四頁〔中村睦男執筆〕、長尾一紘『日本国憲法「第三版」』(世界思想社、一九七七年) 二四〇頁、同『日本国憲法「全訂第四版」』(世界思想社、二〇一一年) 一〇八頁、長岡徹「弁護士会への強制加入制度が憲法二二条一項の職業選択の自由に違反しないとされた事例」法学セミナー四六三号(一九九三年) 三四頁、橋本公巨『日本国憲法「改訂版」』(有斐閣、一九八八年) 二五八頁、橋本基弘『近代憲法における団体と個人』(不磨書房、二〇〇四年) 二八六頁以下、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(二)』(有斐閣、二〇一七年) 四五二頁以下〔阪口正二郎執筆〕、松井茂記『日本国憲法Ⅲ第三版Ⅴ』(有斐閣、二〇〇七年) 四九一頁(松井は、「二二条の固有の結社の自由は、広い意味での表現目的のものに限られるというべきであろう」と指摘し、「営利的な会社を設立し営業することなどは、二二条の結社の自由の問題ではなく、せいぜい二二条一項の職業選択の自由の問題と考えるべきではなからうか」と主張する(四八八頁)とともに、「消極的結社の自由に関連しては、結社の強制設立・強制加入が問題となる」と指摘し、その例として弁護士会への強制加入を挙げている(同書四九一頁)。(毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ 人権「第二版」』(有斐閣、二〇一七年) 二六三頁以下〔毛利透執筆〕、渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗著『憲法Ⅰ』(日本評論社、二〇一六年) 二七六頁〔工藤達朗執筆〕。他方、強制加入制の憲法適合性を職業の自由の問題として構成する学説も少なくない。例えば、宮沢俊義『憲法Ⅱ「新版(改訂)」』(有斐閣、一九七四年) 三九三頁は、「司法書士法、土地家屋調査士法および税理士法によれば、司法書士、土地家屋調査士および税理士は、その業務を行うについては、それぞれ司法書士会、土地家屋調査士会または税理士会に加入しなくてはならない」ところ、「かような強制加入は、職業選択の自由の制限にはちがいないが、公益の見地から定められた就業の資格の性質を有すると見るべきであり、違憲とすべきではない」し、「弁護士と弁護士会との関係についても同様に考えるべきであろう」と説いている。また、戸松秀典『憲法』(弘文堂、二〇一五年) 二二三頁は、「結社の自由は、団体・組織への加入を強制されないことをも意味すると理解することができる。とすると、弁護士会、司法書士会、税理士会等への加入を法律により強制されていることが、結社の自由の消極的な面の侵害だといえることができる。しかし、それは、職業選択の自由への侵害とみればよく、最高裁判所も、そのように判断している。」と説いている。渋谷秀樹『憲法(第三版)』(有斐閣、二〇一七年) 二九四頁以下は、「同じ職種の職業団

体に登録しないと、たとえその職種を行う資格があっても当該職業を遂行しえないものがある」と指摘し、「職能団体への強制加入」を「職業の規制」に位置付けている。さらに、大石眞『権利保障の諸相』（三省堂、二〇一四年）二六〇頁以下（初出、同「結社の自由」高橋和之・大石眞編『憲法の争点「第三版」』（有斐閣、一九九九年）一二二頁以下）も参照。なお、井上武史『結社の自由の法理』（信山社、二〇一四年）は、結社の自由に関する最近の代表的研究書であるが、強制加入制の憲法適合性については考察が加えられていない。

(4) 新井ほか・前掲注(1) ii頁。

(5) 阪本昌成は、結社の強制設立・強制加入制の合憲性を結社の自由との関係で検討する（阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、一九九五年）一五一頁以下）とともに、職業選択の自由との関係でも検討している（同書二四一頁）。また、安本典夫「強制加入制団体の内部民主主義および対外的アカウンタビリティのあり方」立命館法学二八一号（二〇〇二年）一頁以下（五頁以下）も、強制加入制を結社の自由の制約であり、かつ職業の自由の制約であると捉えている。

ところで、二〇一四年（平成二六年）司法試験予備試験論文式試験「憲法」の試験問題（以下、「一四年予備試験問題」という。）は、いわゆる強制加入制の憲法適合性を検討することを求めるものであった。問題文によると、事案は、次のとおりである。A市は、大型店やチェーン店を含む全てのA市内の店舗に対し、最寄りの商店会への加入を義務付ける「A市商店街活性化条例」を制定した（以下「本条例」という。）。大型店Bを営むC社は、このような加入義務は憲法に違反していると考え、当該商店会に加入しなかった。C社は、A市長は、加入義務に違反する者が営む店舗に対して、最長で七日間の営業停止を命ずることができる、と定める本条例の規定に基づいて、A市長から七日間の営業停止処分を受け、その結果、大型店Bの収益が大幅に減少したため、A市を被告として、本条例が違憲であると主張して、国家賠償請求訴訟を提起した。一四年予備試験問題は、上記の事案について、まず、「設問1」において、「あなたがC社の訴訟代理人であるとしたら、どのような憲法上の主張を行うか」を論じることを求め、つぎに、「設問2」において、「想定される被告側の反論を簡潔に述べた上で、あなた自身の見解を述べ」ることを求めている。一四年予備試験問題の「出題趣旨」は、「本問は、職業の自由に対する制約、そして結社の自由に対する制約の合憲性に関する出題である」と指摘するとともに、「職業の自由の制約」に加えて、さらに、

「結社の自由への制約の問題についても検討する必要がある」と指摘しており、少なくとも理論的には、本件条例によってB社の職業の自由と結社の自由が同時に制約されているとの主張を想定している（少なくとも排除していない）ように読める（もとより、当該制約が正当化されるかどうかは別問題である）。

(6) 小山剛『憲法上の権利』の作法 第三版（尚学社、二〇一六年）四五頁以下。なお、工藤達朗「弁護士会の合憲性？」白門（中央大学）五三巻八号（二〇〇一年）一頁以下は、まず、「弁護士法における強制加入制は、弁護士会・日本弁護士連合会に加入しなければ弁護士という職業に就くことができないというのだから、これが職業選択の自由（憲法第二二条第一項）を制限するものであることは明らかである」と指摘し、弁護士会への強制加入は職業選択の自由の制約であると捉え（二頁以下）。つぎに、「弁護士会は構成員の任意の意思に基づく『私的な結社』ではない」ので、憲法二一条の「結社」に当たらず、「消極的結社の自由も問題にならない」と指摘するとともに、「憲法一三条から『公的な団体に加入しない自由』を導きだすことが考えられる」と指摘している（六頁）。工藤は、上記の論文においては、弁護士会等の強制加入制は結社の自由を制約するものではないが、職業選択の自由と幸福追求権を同時に制約していると主張していることになる。

(7) ここでは一四年予備試験問題の「出題趣旨」が使っている表現による。

(8) 六戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開 第二版』（日本評論社、二〇一四年）六七頁。

(9) 甲斐素直『憲法演習ゼミナル読本（下）』（信山社、二〇〇八年）三三六頁。

(10) この判決は、「当然加入制は、もとより職業の遂行それ自体を禁止するものではなく、職業活動に付随して、その規模等に依って一定の負担を課するという態様の規制である」と指摘しつつ、「当然加入制の採用は、公共の福祉に合致する目的のために必要かつ合理的な範囲にとどまる措置ということができ、立法府の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので著しく不合理であることが明白であるとは認め難い」と述べた。小山剛「農作物共済当然加入制と職業の自由」受験新報六六二号（二〇〇六年四月号）一六頁以下（二七頁）は、「職業の自由に対する重大な制限かどうか、という観点から見ると」、「当然加入制は、もとより職業の遂行それ自体を禁止するものではなく、職業活動に付随して、その規模等に依って一定の負担を課するという態様の規制である」との判旨から明らかかなように、「厳格な合理性の審査の候補となるための要件をそもそも満たし

ていない」と指摘している（なお、小山の見解は、「当然加入制をめぐる本筋の議論は、別のところにある」というものである）。また、村山健太郎「農業災害補償法の当然加入制と職業の自由」法学教室別冊『判例セレクト二〇〇五』（二〇〇六年）一一頁は、「本件事案の解決にあたって決定的だったのは、職業の自由に対する侵害態様の軽微性であり、「本判決の規制（当然加入制）は職業の遂行それ自体を禁止するものではなく、規制による負担（共済掛金額等）も適正なものである」から、「本件では、規制目的の積極性によって統制密度をゆるめずとも、権利侵害態様の軽微性から規制の合憲性が導けた」と指摘する。かりに強制加入制を職業の自由の問題と捉えたと、強制加入制は、「もとより職業の遂行それ自体を禁止するものではなく、職業活動に付随して、その規模等に応じて一定の負担を課するという態様の規制である」から、「職業の自由に対する侵害態様の軽微性」から、強制加入制の憲法適合性については、緩やかな違憲審査が行われることになるかもしれない。なお、この判決の評釈として、榎透「農業共済組合への当然加入を定める農業災害補償法の合憲性」自治研究八三巻八号（二〇〇七年）一一七頁以下、内田義厚「水稻等の耕作の業務を営む者の農業共済組合への当然加入制と憲法二二条一項」判例タイムス一一二五号（二〇〇六年）二七二頁以下がある。

(11) 「平成二二年新司法試験の採点実感等に関する意見（憲法）」によると、「法令や処分の場合性を検討するに当たっては、まず、問題になっている法令や処分が、どのような権利を、どのように制約しているのかを確定すること」、「次に、制約されている権利は憲法上保障されているのか否かを、確定する」ことが必要であり、この二つが確定されてはじめて「当該制約の場合性の検討が始まる」。そうだとすると、強制加入制の憲法適合性を論じる手順としては、強制加入制（を定める法律等）によって誰のどのような憲法上の権利がどのようにに制約されているのかについて、まず検討する必要があることになる。

(12) 強制加入制の憲法問題に対する筆者の興味は学問的興味から自発的・内発的に湧き出たというのではなく、むしろ、筆者が日本大学法学部において担当している演習の授業の素材として一四年予備試験問題を使用しようとする（学部）の学生諸君は司法試験予備試験論文式試験問題に興味をもってくれるに違いないという単純な思い込みから）決めて、一四年予備試験問題を授業の予習のために検討してみたという偶然的な事情による。すでに述べたように、一四年予備試験問題は、強制加入制の憲法適合性を問うものであったが、筆者は、授業の予習のために強制加入制の憲法適合性に関する日本の判例及び学説を検討し

- (19) BVerfGE 10, 89 (102).
- (20) BVerfGE 10, 89 (102 f.).
- (21) BVerfGE 10, 89 (103).
- (22) BVerfGE 10, 89 (103 f.).
- (23) BVerfGE 10, 89 (104).
- (24) BVerfGE 10, 89 (105).
- (25) BVerfGE 10, 89 (106).
- (26) BVerfGE 10, 89 (108).
- (27) BVerfGE 10, 89 (109).
- (28) BVerfGE 10, 89 (108).
- (29) BVerfGE 10, 89 (109).
- (30) BVerfGE 10, 354.
- (31) BVerfGE 10, 354 (361 f.).
- (32) BVerfGE 10, 354 (362 f.).
- (33) BVerfGE 10, 354 (363).
- (34) DVBl. 1962, 532 ff.; NJW 1962, 1311 ff.
- (35) DVBl. 1962, 532 (533); NJW 1962, 1311 (1312).
- (36) BVerfGE 15, 235.
- (37) BVerfGE 15, 235 (239).
- (38) BVerfGE 15, 235 (241).
- (39) BVerfGE 15, 235 (242).

- (40) BVerfGE 15, 235 (242 f.).
- (41) BVerfGE 15, 235 (243).
- (42) BVerfGE 15, 235 (244).
- (43) BVerfGE 38, 281.
- (44) BVerfGE 38, 281 (298).
- (45) BVerfGE 38, 281 (299).
- (46) BVerfGE 38, 281 (301 f.).
- (47) BVerwGE 107, 169.
- (48) BVerwGE 107, 169 (172 f.).
- (49) BVerwGE 107, 169 (173).
- (50) BVerwGE 107, 169 (173).
- (51) BVerwGE 107, 169 (174).
- (52) BVerwGE 107, 169 (176).
- (53) BVerwGE 107, 169 (176).
- (54) BVerwGE 107, 169 (176 f.).
- (55) BVerfG-K, NVwZ 2002, S. 335 ff. 以下において、○一年部会決定の引用は、割注の形式で BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 07. Dezember 2001 – 1 BvR 1806/98 –, juris の欄外番号を示すことにより行う。
- (56) ○一年部会決定が行った比例原則審査を詳しく紹介するのは、ドイツの教科書等において、比例原則審査の模範演技を示した判例として○一年部会決定を一読することが学生に推奨されており (*Hendrik Reffken/Alexander Thiele, Standardfälle Staatsrecht II, 8. Aufl. 2015, S. 143* を参照)。○一年部会決定が行った比例原則審査は、ドイツの法学教育に関する研究と
いう見地からも紹介する価値があると考えられるからである。また、筆者は、○一年部会決定が比例原則審査の中でした事実

評価は一四年予備試験問題の答案を作成するに際しても有益な示唆を与えていると考えている。この点については別の機会に解説することにした。

(57) ○一年部会決定は、職業の自由についてはまったく触れていない。判例ではすでに決着済みで言及する必要はないということだろうか。(b)の部分は、一定の職業に関する結社強制・強制加入制を憲法二二条一項の職業の自由の制約と捉える日本の最高裁判例とまさに対照的で、連邦憲法裁判所の考え方は比較法の見地からは極めて興味深い。もともと、ドイツの学説を見ると、連邦憲法裁判所の判例に批判的で、強制加入制を職業の自由の制約と捉える学説もあり (*Gerrit Manssen, Staatsrecht II Grundrechte, 14. Aufl. 2017, S. 185 f./Rn. 621 f.*)、強制加入制と職業の自由との関係は学説では必ずしも決着済みの論点ではないようである。筆者は、この点については、別途論文を作成して、詳しく検討を加えなければならないと考えている。

(58) 本稿は、「ドイツ「連邦憲法裁判所」の「主要な」判例の紹介にとどまるもので、連邦憲法裁判所の判例の紹介としても不十分であるのみならず、連邦行政裁判所等の他の裁判所の判例についてはほとんど紹介できなかったという点でも不十分であり、ドイツの判例の網羅的な紹介・検討には遠く及ばない。本稿で紹介できなかった判例の中には、例えば、弁護士会の強制加入制の合憲性に関するもの等、極めて興味深いものがある。また、最近の判例では、狩猟組合の強制加入制の合憲性について判断した二〇〇六年一月一三日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定 (BVerfGK 10, 66) が注目される。本稿で紹介できなかった判例については、別途論文を作成し、多少とも詳しく紹介する機会をもちたいと考えている。筆者は、本稿による判例紹介が不十分であることを認識しつつも、「連邦憲法裁判所」の「主要な」判例についてだけでもまずは多少とも詳しく紹介しておくことが必要だと考えて、本稿を作成した次第である。

(59) 教科書及びびコンメンタールに限定すると、判例を支持する学説として以下のものがある。Jörg Ipsen, *Staatsrecht II*, 20. Aufl. 2017, Rn. 594; Hans D. Jarass/Bode Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 14. Aufl. 2016, Art. 9 Rn. 7; Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht II*, 2010, § 64 Rn. 19 ff.; Wolfgang Löwer, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 9 Rn. 28; Stephan Rixen, in: Klaus Stern/Florian

Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, Art. 9 Rn. 21 ff.; *Helge Sodan*, in: Helge Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, 2009, Art. 9 Rn. 7.; *Reinhold Zippelius/Thomas Württemberg*, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl. 2005, S. 256.

また、以下の文献も判例を支持する。Detlef Merten, Vereinsfreiheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 165 Rn. 62 ff.; *Jan Ziekow*, Vereinigungsfreiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, 2011, § 107 Rn. 32 ff.

(9) 教科書及びコンメンタールに限定して判例に批判的な学説を例示的に挙げる。Harmut Bauer, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 47; *Christian von Coelln*, in: Christoph Gröpl/Kay Windthorst/Christian von Coelln, Grundgesetz Studienkommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 9 Rn. 13 ff.; *Matthias Cornils*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 10.1; *Wolfram Höfling*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 9 Rn. 24 f.; *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Rn. 413 f. [コンラート・ヘッセ (初版正典・赤坂幸一訳) 『ドイツ憲法の基本的特質』 (成文書 11006年) 1164頁]; *Friedhelm Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl. 2016, S. 503 f./Rn.7; *Lothar Michael/Martin Morlok*, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, S. 174 f./Rn. 298 f.; *Alfred Rinke*, in: Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehart Stein, (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), 3. Aufl., Art. 9 Abs. 1 (GW 2001) Rn. 57 f.; *Michael Sachs*, Verfassungsrecht II Grundrechte, 3. Aufl. 2017, S. 491 ff./Rn. 8 ff.; *Rupert Scholz*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 9 (Lfg. 35 Februar 1999) Rn. 90; *Torsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl. 2016, S. 211 f./Rn. 812 f.