

気候保護決定の基本権ドグマーティク

玉 蟲 由 樹

I はじめに

2021年3月24日にドイツ連邦憲法裁判所が下した気候保護(Klimaschutz)決定⁽¹⁾は、気候保護および温暖化防止の義務を国家に課された憲法上の義務とした点で、環境憲法上の重要な判断となった。また、この決定が気候保護義務を将来世代の自由と関連づけたことから、決定は一般的行為自由を基礎づけた Elfes 判決になぞらえて「エコロジーの Elfes 判決 (Öko-Elfes)」⁽²⁾とも評される。

気候保護決定については、別稿⁽³⁾において、気候保護義務の憲法上の位置づけに関するドイツのこれまでの議論の整理と当該決定でのアプローチの概観を行った。そこでも一部論じたが、気候保護決定において連邦憲法裁判所は、連邦気候保護法 (Bundesklimaschutzgesetz) で定められた2030年までのCO²排出量の段階的引き下げについて、それが基本権保護義務に違反するとはしなかった一方で、将来世代の自由を侵害しているとの判断を示した。これは環境保護の領域において、従来の基本権保護アプローチだけではなく、防御権アプローチが採用されていることを意味する。この基本権ドグマーティクの新たな展開は、気候保護決定のハイライトの一つである。そこで、本稿では、あらためて連邦憲法裁判所が気候保護決定で示した新たな基本権ドグマーティクを検討してみたい。

II 基本権ドグマーティクの出発点

連邦憲法裁判所が個々の事案において基本権ドグマーティクを展開する上で重要な分岐点となるのは、防御権アプローチを採用するか、それとも基本権保護義務アプローチを採用するかである。周知のとおり、両者はそもそも基本権保障が問題となる状況そのものに違いがあり、いずれのアプローチを採用するかによって、論証の作法が異なっている⁽⁴⁾。

防御権アプローチは、国家（公権力）と個人（基本権主体）との二極対立構造を前提として、国家が個人の自由へと介入し、個人の基本権行使に対して制約的な効果を発生させていることを問題とする。このとき国家には基本権保障の観点から不作為義務が課され、かかる義務に違反している場合に基本権侵害が認定され、違憲の判断がなされる。その意味で、防御権アプローチは国家がもつ規制権限の発動上限を統制するものであり、過剰介入の禁止（Übermaßverbot）が妥当する。また、防御権アプローチにおける論証作法としては、保護領域—介入—正当化の三段階の論証を踏む、いわゆる「三段階審査」が用いられる。すなわち、介入を受けているとされる基本権の保護領域の確定と当該事案における個人の行為や状態の保護領域該当性がまず検討され（保護領域）、続いてかかる基本権に対する公権力による介入がその態様および強度を含めて評価される（介入）。その上で、かかる介入が憲法上の正当化を受けるのかが比例原則審査によって論証されることになるのである（正当化）。

これに対して、保護義務アプローチでは、基本権によって保護された個人の自由への介入は、公権力によって行われるのではなく、それ自体基本権主体である他の私人によって介入が行われる。この場合、国家（公権力）・介入者（基本権主体）・被介入者（基本権主体）の間でのいわゆる「法的三極構造」が生じる。対国家的権利である基本権は介入者に作為ないし不作為の義務を生じさせないので、この場合でも憲

法上の義務を負うのは国家である。国家は基本権の客観法的機能により被介入者に対して基本権保護の義務を負う。そして、多くの場合、かかる義務を履行するために、介入者に対して基本権行使の制約を行う（「介入を通じた保護」⁽⁵⁾）。保護義務アプローチにおいて問題となるのは、介入者に対する国家の規制権限行使が被介入者の保護にとって十分なレベルにあるかどうかであり、規制権限行使の下限統制に審査の主眼が置かれる。ここでは、主として過少保護の禁止（Untermaßverbot）が妥当する。過少保護が問題とされる場面では措置の比例性は審査対象ではなく、保護の最低限度が満たされているかどうかだけが審査される⁽⁶⁾。このため、国家の行為が違憲とされるのは、「公権力が保護措置をそもそも講じなかったか、あるいは講じられた措置が命じられた保護目的を実現する上で完全に不適切だったり、完全に不十分であったりしたとき、あるいは著しく立ち遅れているとき」⁽⁷⁾においてのみである。

一般に、この二つのアプローチには一定の交錯領域が存在しうるものの、前提となる状況が二極構造かそれとも三極構造か、国家が介入者であるのかそれとも私人間対立の調整者であるのか、国家が負うのは不作為義務かそれとも作為義務か、といった本質的な違いが存在することから、両者を区別する必要があると説かれる⁽⁸⁾。しかし、気候保護決定は、これら二つのアプローチを同時に採用し、それぞれに関する審査を展開する⁽⁹⁾。以下では、各アプローチについて検討する。

Ⅲ 気候保護決定における基本権保護義務アプローチ

1 基本権保護義務の成立

気候保護決定において、連邦憲法裁判所は、以下のように、気候変動についても国家の基本権保護義務が成立することを論じている。

「国家は、基本法2条2項1文における生命および健康の保護を求め基本権により、気候変動の危険からの保護を義務づけられている。

国家は、国際的に協力して、人為的な地球温暖化を止め、それに起因する気候変動を抑制することに貢献する措置を通じて、気候変動の重大な危険ポテンシャルに対処しなければならない⁽¹⁰⁾。基本法2条2項1文からは、生命および身体の不可侵性に関する国家の保護義務が生じるが、かかる義務は「侵害がすでに発生して初めて発動するのではなく、将来にも向けられて」おり、「将来の世代との関係でも、保護の義務を根拠づけうる」⁽¹¹⁾。生命・身体の保護は、「誰によって、どのような状況でそれが脅かされるかにかかわらず、環境負荷による侵害からの保護、とりわけ基本権で保護された法益に対する損害からの保護を含んでいる」⁽¹²⁾。それゆえ、ここには「気候変動の危険から生命と健康を保護する義務づけ」が含まれる⁽¹³⁾。「ますます深刻化する気候変動が、基本法2条2項1文で保護された法益にとっても、例えば熱波、洪水またはハリケーンによってもたらしうる大きな危険に鑑みれば、国家は、現在生きる人々に対しても、また客観法的には将来の世代への考慮の下でも、このことを義務づけられている」⁽¹⁴⁾。

以上のような気候保護決定での説示は、連邦憲法裁判所がこれまで環境保護との関係で主に基本権保護義務アプローチを採用してきたことからすれば、当然に想定されるものであった。高速増殖炉型原発の設置許可の基本法適合性が争われたカルカー決定⁽¹⁵⁾で基本権保護義務アプローチを環境保護の領域に拡大して以来、連邦憲法裁判所は、核エネルギーの平和利用⁽¹⁶⁾、航空機騒音⁽¹⁷⁾、光化学スモッグ⁽¹⁸⁾、電磁場⁽¹⁹⁾などの事案で基本権保護アプローチに依拠した判断を行ってきた。これらの事案において、連邦憲法裁判所は、生命権や身体の不可侵の権利を根拠として様々な環境上の危険から市民を保護する国家の義務を導いている⁽²⁰⁾。

本件で問題となった気候変動についても、その影響が人の生命や身体に対する危害を生じる限りにおいて、基本権保護義務アプローチを採用する余地は十分にある。気候変動による損害があくまで推定上の脅威にとどまるということも、連邦憲法裁判所のこれまでの判例に照

らせば、基本権保護義務アプローチを採用するにあたっての支障とはならない。CERNでの実験が人の生命・身体に対する危殆化を生じさせるのではないかが問題となった2010年の部会決定において、連邦憲法裁判所は「単に理論上導きうる生命・健康の危殆化は、例外的に基本権への介入と見なしうる」⁽²¹⁾ことを認めている。また、この場合には、「生命・健康にとってのリスクポテンシャルが大きければ大きいほど、それを越えると実効的な国家の保護措置が命じられる損害発生の予測の蓋然性閾値は低くなる」⁽²²⁾という je-desto 定式⁽²³⁾が妥当するとした。すなわち、多数の基本権主体の生命・健康が重大な損害を被るということに鑑みれば、「〔具体的危険の〕前域において認識された現実化傾向」があるだけで国家の基本権保護義務が発動するに十分なのである⁽²⁴⁾。このことは、気候変動による損害からの保護にも妥当しうる。少なくとも、気候変動による影響が多数の基本権主体の生命・健康を損なうおそれが相当の蓋然性をもって推定される場合には、国家の基本権保護義務が成立することになるだろう。

ただし、これまでの環境保護領域での基本権保護義務アプローチは、主として人為的な原因から生じる個人の生命・健康の危殆化を問題とするものであった。すなわち、法的三極関係において、企業や他の個人といった加害的な第三者が存在していた。これに対して、学説のなかには、気候変動に起因する自然災害が生命や身体といった基本権法益に対して侵害的な効果を生じるケースでは基本権保護義務アプローチが妥当しないという見解も見られる。たしかにこのケースでは、被介入者の生命・身体を脅かす介入者は環境そのものであり、介入者が具体的な第三者である基本権保護義務状況は想定しづらい。また、自然災害を引き起こす環境変化の原因が人の行為にあるとしても、気候変動に関していえば、その主たる原因とされるCO²の排出は特定の個人の責任に帰するものではなく、社会全体が責任を分有していると考えられる⁽²⁵⁾。この場合、介入者も被介入者も同じ市民であるということになり、やはり法的三極関係をそのまま当てはめるわけにはいかな

いであろう。このため、Isensee は、自然災害からの保護に関する国家の義務は独自の国家任務であり、当然に基本権保護義務ドグマーティクに位置づけられるものではないとしている⁽²⁶⁾。また、Cremer は、基本権保護義務は第三者たる私人によって引き起こされる危険に対するものに限定されるべきであり、自然災害など人間以外に起因する危険に対する保護には実体的な根拠が欠けているとする⁽²⁷⁾。

これに対して、連邦憲法裁判所は、いくつかの事例において、不特定多数の介入者によって引き起こされる環境被害についても、基本権保護義務アプローチを採用してきた。たとえば、道路建設とそこでの車の通行によって引き起こされる交通騒音に関する事例において、身体の不可侵の権利に対する保護義務を認めており⁽²⁸⁾、また車の排気ガス等によって引き起こされるオゾン濃度の上昇が問題とされた事例においても「オゾン濃度の上昇による健康の危殆化から市民を保護する立法者の義務」を基本法1条1項と結びついた基本法2条2項1文から導き出している⁽²⁹⁾。このように原因者（介入者）が特定できないケースにおいても、生命・身体の基本権の危殆化が生じる限りで基本権保護義務が成立するならば、気候変動についても同様の理解が可能であろう。

また、学説においても、気候変動について国家の基本権保護義務が成立しうるとする見解が有力である⁽³⁰⁾。たとえば、Meyer は、連邦憲法裁判所の治安法（Sicherheitsrecht）上の判例との類似性から、気候保護義務の成立を論じている⁽³¹⁾。Meyer によれば、気候変動と治安法の問題には、損害発生が十分な蓋然性をもって予想されると同時に不明の因果関係をもつという構造的に類似した例外状況が存在するという。治安法の領域においては、危険人物間の共謀コミュニケーションやダークネットを通じた爆発物の匿名での調達といった事象が je-desto 定式の観点ですでに具体的に予期されるテロ攻撃の十分な蓋然性を根拠づけうるが、この場合、いつ、どこで、どのような方法で、どのような人的集団に対して、誰によって攻撃が行われるのかは、必ずしも

明らかではない。明らかなのは、テロ攻撃が行われれば、多数の人が死亡し、あるいは重傷を負うということである。すなわち、損害の結果は部分的に具体的であるものの、因果関係や損害の規模などの詳細が不明なのである。Meyer は、連邦憲法裁判所は、「損害へと至る因果関係がなお十分な蓋然性をもって予測されない」⁽³²⁾ 場合でも、その原因に対する介入的な危険防御措置を認めてきたと指摘する。その上で、Meyer は、気候変動についても、かかる治安法における基本思考の適用がありうるとする。

連邦憲法裁判所の判例および学説の有力な立場に鑑みれば、基本権保護義務の成立にとって決定的なのは、損害の発生が十分に蓋然性のあるものであるかどうかであり、そこにいたる特定の因果関係や、生じうる損害の詳細が十分に解明されているかどうかではないということになる。したがって、とりわけ生命・身体といった重要法益にかかわる基本権の危殆化が十分な蓋然性をもって予測される場合には、それが誰に起因するものであるかは重要ではなく、厳密な意味での基本権保護シチュエーションに拘泥する必要はないということであろう⁽³³⁾。いまや、国家は、市民が他の具体的な市民の行動のみならず、不特定多数の市民の行動の結果生じる環境被害や、場合によっては純然たる自然災害によって、基本権を危殆化され、あるいは加害されている場合には、無為無策なままであってはならず、基本権を保護するための実効的な施策をとらなければならない⁽³⁴⁾。生命・身体の保護は、「誰によって、どのような状況でそれが脅かされるかにかかわらず」、気候保護義務を成立させるという前述の気候保護決定における説示も、この意味において理解される。

2 基本権保護義務違反の審査

連邦憲法裁判所は、気候変動に関する基本権保護義務の成立を認めた上で、気候保護法の内容が基本権保護義務に違反しているかどうかの審査に進んでいる。

連邦憲法裁判所によれば、国家が基本権保護義務に違反しているかどうかの審査にあたっては、立法者の評価・判断・形成の余地を考慮しなければならず、「連邦憲法裁判所が保護義務違反を確認するのは、予防措置がまったく採られていない場合、関係する規定および措置が要請された保護目標を達成するのに明らかに不適合または完全に不十分である場合、またはそれが保護目標を著しく下回る場合」に限られる⁽³⁵⁾。気候保護法は、気候ニュートラルを追求するために温室効果ガスの排出量を段階的に削減する予防措置を講じており、かかる措置が明らかに不適合であるとか、まったく不十分であるとは確認できない⁽³⁶⁾。また、気候保護法が世界平均気温の上昇を産業革命前の水準から明確に2℃以下に、できる限り1.5℃に抑えるというパリ協定の義務づけに依拠していることも、憲法上命じられた生命・健康の保護を著しく下回っているとまではいえない⁽³⁷⁾。したがって、基本権保護義務違反は現時点では確認できない⁽³⁸⁾。

以上のように、連邦憲法裁判所は、気候保護の問題についても、基本権保護義務に関する従来の多くの判例の立場にしたがって、「予防措置がまったく採られていない場合、関係する規定および措置が要請された保護目標を達成するのに明らかに不適合または完全に不十分である場合、またはそれが保護目標を著しく下回る場合」にのみ基本権保護義務違反を認定する明白性の統制による審査を行った。明白性の統制は、立法者などが有する政治的な評価特権ないし形成余地の存在と、それに対応した連邦憲法裁判所による審査および統制密度の限定という自制によってもたらされる立法者敬讓型の審査手法であり、統制密度はきわめて低い。これまで連邦憲法裁判所が環境保護に関するあらゆるケースで基本権保護義務違反の成立を認めていないことに鑑みれば、審査が明白性の統制に限定される基本権保護義務アプローチの実践的効果は過大評価されるべきではないともされる⁽³⁹⁾。

ただし、基本権保護義務アプローチにおける「過少保護の禁止」にかかわる審査が、常に明白性の統制に限定されてきたわけではないこ

とは留意すべきだろう。たとえば、第2次墮胎判決において、連邦憲法裁判所は、生命のような最高価値をもつ法益の保護が問題となる場合には、過少保護禁止にかかわる立法者の形成余地は限定され、裁判所の審査も厳格化する可能性があることを示唆していた⁽⁴⁰⁾。また、環境被害に関する領域においても、航空騒音被害が問題となった2009年の部会決定は、航空騒音による健康被害からの保護が身体の不可侵の権利にもとづく基本権保護義務に含まれるとした上で、「立法者がとる予防措置は、一対立する法益に鑑みて一相当かつ実効的な保護に十分なものでなければならず、さらに綿密な事実調査と主張可能な評価に依拠していなければならない」⁽⁴¹⁾と述べている。これらの事例においては、「過少保護の禁止」について、明白性の統制よりもやや厳格な「主張可能性」の統制が要求されているといえる。

このことからすれば、過少保護の禁止が問題となるケースでも、その具体的な状況によっては連邦憲法裁判所の審査密度は変化するということになる。そもそも、基本権保護義務がどの時点で、どのような内容をもって憲法上要求されるのかは、起こりうる危険の種類、切迫性、程度、憲法上保護された法益の種類やランク、さらにはすでに存在する規律によって左右される⁽⁴²⁾。これらの状況によっては審査密度の変化がありうるということはむしろ当然ともいえる⁽⁴³⁾。学説のなかにも、気候変動問題について過少保護の禁止に関する審査密度の上昇を主張するものがある⁽⁴⁴⁾。たとえば、Kahlは、気候変動によって生じる重大な環境変化は、多数の人間の生命・健康にとっての多大な侵害ポテンシャルをもつことを前提として、気候保護のようなきわめて人間存在・生命にかかわる問題においては、審査密度の厳格化を通じた基本権保護ドグマティックの「エコロジー化」がもたらされうることを指摘する⁽⁴⁵⁾。その上で、Kahlは、気候保護決定で問題とされた気候保護法の内容について、1条3文における気温上昇限界目標も3条1項の排出削減目標もそれ自体明らかに不十分とはいえないとしつつ、主張可能性の統制の観点からは十分なものではないとの評価をしてい

る⁽⁴⁶⁾。

しかし、連邦憲法裁判所は気候保護決定においてかかる審査密度の上昇をもたらさなかった。その理由は、必ずしも明白性の統制が審査基準として妥当すると述べる場面では明らかではないものの、決定理由中の説示から読み取ることが可能である⁽⁴⁷⁾。

一つの理由は、気候変動によって生じるリスクの予測が現状ではかなり不確実なことである。憲法異議申立人は気候保護法がパリ目標に依拠していることを問題としており、2018年の IPCC 特別報告書を根拠として、地球温暖化を最高でも1.5℃に抑えることが義務づけられていると主張していた。しかし、これに対して連邦憲法裁判所は、「地球温暖化が1.5℃に抑えられれば、一定の安全マージンを生むであろう」⁽⁴⁸⁾ことを認めつつも、「IPCC 自身が〔予測の〕開きとあいまいさを認めることで明らかにしたかなりの不確実性に鑑みれば、立法者には基本権保護義務の履行に際して現時点では多大な決定余地が残されている」⁽⁴⁹⁾としている。IPCC の特別報告書はティッピング・ポイント超過リスクの評価を先鋭化したものと位置づけられており、永久凍土の融解による潜在的な追加の CO²放出を算入するなど、不確実な将来予測を多く含んでいる⁽⁵⁰⁾。このため、1.5℃目標を採用しないことは「政治的に」問題視されるとしても⁽⁵¹⁾、法的な義務づけにまでは至っていないというのが連邦憲法裁判所の理解であろう。

いま一つの理由は、気候保護が必ずしも人の生命・身体の保護と結びついているわけではないという認識である。連邦憲法裁判所によれば、「気候保護と、基本法2条2項1文に挙げられる人の生命および身体の不可侵性という法益の保護は、広く重なり合っていることが指摘されるが、完全に一致しているわけではない」⁽⁵²⁾。「たしかに気候変動を抑制するためには1.5℃という気温閾値が勧奨されるようではあるが、人間の生命と健康の保護のためには、ドイツの立法者が採用した、気温上昇を明確に2℃以下、できれば1.5℃に抑えるというパリ目標で十分であるということをはじめから否定することはできない」⁽⁵³⁾。すな

わち、連邦憲法裁判所は、気候保護という客観的な憲法上の要請と、人の生命・身体・健康の保護という個人的な法益の保護に向けられた基本権保護義務とを区別し、それぞれ目的や保護の範囲が異なることを前提としている。このことは、基本法上、客観的な気候保護義務の根拠が20a条に求められるのに対して、人の生命・身体の保護が2条1項1文にもとづくものであることに対応しているといえるだろう。さらに、人の生命・健康にとっての気候変動の危険は、部分的には、都市の過熱を防ぐための適切な都市計画や、洪水リスクに配慮した積極的な流量規制や河川改修工事などの「適応措置」によって軽減することができることも基本権保護義務の範囲を考える上で重要となる⁽⁵⁴⁾。

以上のように、気候保護決定においては、基本権保護義務アプローチに関しては明白性の統制による審査が行われ、立法者の形成余地が基本権保護義務に明白に違反したとはいえないとの結論が示された。ただし、基本法20a条にもとづく気候保護義務に関する審査と「他の自由権」にかかわる審査は、これとは別に検討がなされている。このうち「他の自由権」にかかわる審査が、気候保護決定におけるもう一つの基本権ドグマティックを形成している⁽⁵⁵⁾。

IV 気候保護決定における防御権アプローチ

1 基本権保護義務と防御権との交錯？

本来、生命・身体に対する保護義務違反もなく、また、いわゆる「環境基本権」の主張も否定される⁽⁵⁶⁾のであれば、基本権侵害を理由とする憲法異議手続は理由がないものとされてもおかしくはない。実際、これまでの環境保護に関する判例では、明白性の統制によって基本権保護義務違反が否定されて終わっていた。ところが、気候保護決定では、連邦憲法裁判所の審査は、保護義務違反を否定した後の「驚くべき方向転換」⁽⁵⁷⁾によって、防御権アプローチへと進む。

連邦憲法裁判所は、「これ〔基本権保護義務違反はないという判断〕

に対して、立法者は、一法律で2030年までの間に許容される〔温室効果ガスの〕排出のせいで、その後の時期には場合によっては非常に強度となる一排出量削減義務に基本権を損なわないようにしながら対処するための十分な予防措置を講じていないがゆえに、基本権を侵害した」という⁽⁵⁸⁾。気候保護法の諸規定で認められる2030年までの温室効果ガス排出は、基本法によって包括的に保護された自由にとって「介入に等しい事前作用 (eingriffsähnliche Vorwirkung)」であり、憲法上の正当化を必要とする⁽⁵⁹⁾が、諸規定は、20a 条にもとづき憲法上不可欠とされる気候ニュートラルに至るまでの CO²排出量の削減を基本権を損なわないように先見的に世代間で配分するという比例性の命令から生じる立法者の義務に違反している⁽⁶⁰⁾とされるのである。

前述したように、基本権保護義務アプローチと防御権アプローチとは、前提となる状況そのものに違いがあり、両者は区別されるべきものとされてきた⁽⁶¹⁾。しかし、気候保護決定において連邦憲法裁判所は、気候保護法による規律は憲法異議申立人の生命・身体の基本権に対する保護に欠けるところはないが、その者らの基本権上の自由を侵害していると判断したということになる。

連邦憲法裁判所が基本権保護義務違反を否定したことをいったん棚上げしていえば、基本権保護義務違反が同時に個人の防御権を侵害するという議論は、これまでも学説において主張されてきた。よく知られた Murswiek の議論を例に挙げれば、権力独占者としての国家は、第三者による違法な攻撃に対する禁止措置を不十分なままにしておくことで、結果的に被害を受けうる個人に対して受忍義務を課していることとなり、このことが防御権への介入と評価されるべきものとされる⁽⁶²⁾。すなわち、このような場合においては、私人による基本権法益の侵害は国家に帰責されるのである⁽⁶³⁾。それゆえ、Murswiek にとっては、「国家は、保護義務に違反することによって、そこに (不作為による) 国家的介入が生じるがゆえに、防御権としての基本権を侵害することになる」⁽⁶⁴⁾。

たしかに私人の活動の責任が国家にあるという状況はありうる。たとえば、国家が許認可などによって私人の活動を明示的に許容する場合や、国家が私人の活動に対して助成を行う場合などは、国家への帰責が生じるとされる⁽⁶⁵⁾。連邦憲法裁判所もミュルハイム＝ケルリッヒ決定において、原発の設置について許可制を採用することが国家の基本権保護義務の履行手段として適切なものであることを認めつつ、尋常ではない危殆化ポテンシャルにもかかわらず設置を許可することは付近住民の身体の不可侵性を危険に晒すこととなるため、国家にはこの危殆化についての「共同責任」があると述べている⁽⁶⁶⁾。それに続く説示が、かかる許可制の憲法上の評価にあたっては、「国家による侵害法律の審査の場合と同じくらい厳格な尺度が用いられる」べきとしていることは、基本権保護義務アプローチと防御権アプローチとの交錯を感じさせる。

しかし、その後の連邦憲法裁判所の判例においては、私人による環境侵害に関する国家の帰責は否定される傾向にある。たとえば、大気汚染による森林被害が問題となった1998年の部会決定では、憲法異議申立人がかかる被害は基本権介入として国家に帰責すると主張していた。これに対して、連邦憲法裁判所は、「憲法異議は、一般的な大気汚染による被害についての国家の侵害法上の責任の連結点として検討に値するような国家の行為をはっきり示していない」とした上で、「本件では、私人の活動に影響を与えることによって間接的に財産権制約に加担する国家の措置の憲法上の評価とはかかわりなしに、むしろもっぱら市民の基本権上の自由から生じる作用が問題となっている」と述べている⁽⁶⁷⁾。このことは、国家が工場や車の使用を許可しているという事情からも変わらないとされ、「これらの使用の『国家による許可』は、適法性の確定がなされるまでの基本権上の自由に対する暫定的な禁止を解除するにとどまり、それ自体で私的利用の権利領域を拡張するものではない」との判断が示される⁽⁶⁸⁾。少なくとも、国家が許可を通じて工場や車の使用者の行為を積極的に後押しし、もって他の私人

の防御権を侵害しているとはまではいえない、というのが連邦憲法裁判所の見方であろう。この部会決定では、基本法14条1項にもとづく基本権保護義務は肯定されているので、基本権保護義務の問題は必ずしも防御権の問題には転化しないということが示されたといえる。

前述のように、気候保護決定以前の学説状況においては、気候保護の領域では基本権保護義務アプローチに支持が集まっていたが、気候保護決定が防御権アプローチをも展開したことから、一部にはこれをMurswiekらの議論が採用されたと見るものもある⁽⁶⁹⁾。たしかに、国家が法律によってCO²排出を許容していることをもって基本権侵害と捉える理解は、国家への帰責の理論とも類似する。しかし、気候保護決定において連邦憲法裁判所は、生命・身体にかかわる基本権保護義務違反を否定しつつ、「基本法によって包括的に保護された自由」⁽⁷⁰⁾の侵害を肯定している。ここでは、問題となっている基本権がそれぞれ異なっていることに留意すべきであろう。また、前者については生命・身体の防御権についての検討はなく、後者にあつては基本権保護義務に関する検討がない。このことからすると、後者においても基本権保護義務違反が防御権侵害と見なされたわけではなく、基本権侵害が肯定される文脈において、むしろ防御権ドグマーティクに何らかの変容があったと見る方が適切であるように思われる。

2 保護領域・介入

以下では、防御権アプローチにおける三段階審査に即して、気候保護決定での防御権ドグマーティクの変容を整理・検討することとする。ただし、気候保護決定においては保護領域の問題と介入の問題とが密接に関連しながら、新たな防御権ドグマーティクを形成していると考えられるため、これらについてはまとめて取り扱っておきたい。

気候保護決定において介入を受けているとされた基本権は特定の基本権ではなく、「基本法によって包括的に保護された自由」である。かかる包括的な自由の基本法上の根拠は、「個別的な自由権的基本権」と

「基本法2条1項において根本的な『一般的自由権』として保障された一般的行為自由」であるとされる⁽⁷¹⁾。これらによって基本法は、「人間の自由な活動全般」に対する保護を展開しており、そこでは「地球大気へのCO²排出を直接ないし間接に帰結する、きわめて多くの日常生活、労働、経済の行為態様」が保護を受けている⁽⁷²⁾。

もちろん、かかる自由の行使が無限定に許されるわけではない。とりわけ、CO²排出が本質的に不可逆的に地球温暖化を引き起こすことに鑑みれば、直接または間接にCO²排出と結びついたかたちで自由を行使することは、憲法上の限界に服する⁽⁷³⁾。この点で重要な限界を設定するのは、「基本法20a条の気候保護要請」である⁽⁷⁴⁾。CO²排出と直接または間接に結びつく行為態様に対する保護と気候保護要請とは反比例の関係にあり、「気候変動が進行するにつれ、環境負荷がますます激しくなるため、自由な活動の相対的な重要性はますます減少していく」ことになる⁽⁷⁵⁾。

ここまでで示される保護領域についての理解は、現時点での基本権制約の可能性を示す文脈として、従来の防御権ドグマーティクで十分に説明可能なものである。CO²排出と直接・間接に結びつく自由行使は、カーボン・バジェットとも関係しつつ、気候保護のために制約されうる。それゆえ、気候保護法があらかじめ許容されるCO²排出量を定めることは基本法の包括的な自由保障に対する介入とみなされうるが、かかる現時点での基本権介入は、比例原則に適合的である限りにおいて、過剰介入禁止に反することはない。

しかし、気候保護決定における防御権侵害はこの点を問題としているのではない。このことを示すのが、「介入に等しい事前作用」という新たな介入類型である。連邦憲法裁判所によれば、気候保護法における現時点でのCO²排出の許容は、「将来の自由に対する不可逆的な法的危殆化」を内在させているという⁽⁷⁶⁾。なぜなら、「現時点で認められているあらゆるCO²排出により…〔CO²排出量の〕残りのバジェットは不可逆的に減少し、CO²排出をとまなう自由の行使は、より強度な、

〔基本法20a条にもとづいて〕憲法上要請される制限にさらされることになる」からである⁽⁷⁷⁾。「2030年までにCO²を急速に消費してしまうことは、重大な自由の損失リスクを一段と大きくする」⁽⁷⁸⁾。それゆえ、気候保護法で許容された2030年までのCO²の年間排出量は、「2030年以降にも引き続き存在する、基本権で保護された自由を実際に行使する可能性への不可避的で介入に等しい事前作用をもつ」のである⁽⁷⁹⁾。

ここでは、現在時点での基本権的自由の損失が問題となっているのではない。むしろ、自由の損失が顕在化するのには、少なくとも2030年以降ということになる。この状況を根拠づけているのは、現行法でのCO²排出許容量をそのまま維持した場合、2030年までにカーボン・バジェットがほとんど消費されてしまうという試算に依拠した将来予測である⁽⁸⁰⁾。この予測にしたがうならば、2030年以降の人々のCO²排出と直接・間接に結びつく自由行使は、現在の人々に対して行われるよりも強度な制限に服さざるをえないであろう。かりに、2030年以降に法律によって実際に強度な行為制限がかけられるとすれば、これは「基本法によって包括的に保護された自由」に対する国家的介入であることは疑いがない。しかし、かかる制限は現在時点で行われているわけではなく、あくまで「仮想的な」介入にとどまる。

通常の防御権ドグマーティクにおける三段階審査においては、保護領域に対する国家的介入がない限り、介入防御の要請が生じることはなく、介入の憲法的正当化の必要も生じない。これをそのまま適用するのであれば、現実にCO²排出と直接・間接に結びつく自由に対する介入が起こるのは2030年以降であり、介入に対する憲法上の正当化が要求されるのも2030年以降となる。この場合、2030年における状況を前提とするならば、従来よりも強度な自由への介入は、比例的であるとされる可能性がある。なぜなら、現在時点での気候保護政策が維持され、結果的に2030年においてもはやカーボン・バジェットが残っていないという観察結果が具体的に示されたとした場合、これは危険状況がその時点において急激に変化したということの意味するからであ

る。これに対応して、いよいよ強度な措置がとられたとしても、それは具体的に存在する危険状況との衡量においては比例的であり、受忍限度内とされる余地がある⁽⁸¹⁾。むしろ、気候保護の必要性はますます高まっていることからすれば、連邦憲法裁判所が指摘したように、2030年においては「自由な活動の相対的な重要性はますます減少して」おり、より強度な介入が正当化される可能性は、著しく均衡を失しない限り、確定的といってよいだろう。

しかし、連邦憲法裁判所は「介入に等しい事前作用」という概念を導入することによって、現在時点において自由権への将来的な介入を「先読み」している。すなわち、「介入に等しい事前作用」は、将来において生じる、しかも将来時点においては正当化される可能性が高い自由への介入を、現在時点での憲法上の審査に引き込むための概念として機能している⁽⁸²⁾。この場合、将来的な自由の損失を不可逆的に内在させる、現在時点での立法者の規律判断が、将来世代の自由保障との関係で比例的であるのかが問われることとなる。「将来の自由負荷へのルールはすでに排出量を許容する現時点での規律によって敷かれているのだから、将来の自由へのその影響は、現在の見地から、そして一ルールの切り替えがまだ可能な一現在時点で比例的でなければならない」のである⁽⁸³⁾。

「介入に等しい事前作用」によって将来の自由介入が現在時点で評価できることとなった結果、基本法上の自由保障は時間的に拡張した。これが「世代を越えた自由の保障 (intertempolrale Freiheitssicherung)」である⁽⁸⁴⁾。「基本法は、特定の条件下で、基本権で保護された自由を時代を越えて保護し、世代間で自由の機会を比例的に配分することを義務づけている」⁽⁸⁵⁾。保護領域論になぞらえていえば、気候保護決定での「基本法によって包括的に保護された自由」の保護領域は事項的・人的な面では従来の防御権ドグマーティクから逸脱するものではないが、時間的な面において明らかな拡張が見られるということになる。かかる保護領域の時間的拡張は、これまで述べてきたように、

「介入に等しい事前作用」の承認によるところが大きい。その意味では、「世代を越えた自由の保障」は自由権の保護領域に変化が生じたというよりも、介入概念に変化が生じた結果として生み出されたものと考えるのが妥当なように思われる⁽⁸⁶⁾。

こうした介入概念の時間的拡張によって防御権ドグマーティクに変容が生じたことにより、防御権アプローチと基本権保護義務アプローチに交錯が生じたことは事実である。なぜなら、ここで問題となっているのは、具体的な個人の防御権に対する現時点での介入ではなく、将来世代という抽象的な主体の将来時点での仮想的な介入だからである。将来世代の自由行使に対する「過剰介入」が生じないようにするためには、国家は現在世代に対する介入を従来予定されていたものよりも強めなければならない可能性がある。言い換えれば、将来の潜在的被害者の保護のために、加害者である現在世代に対する規制を強めるということである。「世代間で自由の機会を比例的に配分すること(の)義務づけ」は、国家・介入者(現在世代)・被介入者(将来世代)の間での三極構造を前提とした、世代間における基本権保護義務としても説明可能なものであろう。すなわち、連邦憲法裁判所は、防御権アプローチを採用することで、将来世代への過剰介入を排除するという上限統制の問題を前面に押し出してはいるが、その実、防御権ドグマーティクのなかに現在世代に対する規制の過少という下限統制の問題をひそかに導入しているともいえるのである⁽⁸⁷⁾。ここには、防御権ドグマーティクの側からの基本権保護義務ドグマーティクへの接近を看取することができる⁽⁸⁸⁾。

3 正当化

前述したように、連邦憲法裁判所は、基本法によって包括的に保護された自由に対する「介入に等しい事前作用」は現時点で憲法上の正当化を必要とすると考えている。その際に用いられる審査は、防御権ドグマーティクにおける典型的な審査手法である比例原則審査であ

る。しかし、ここでも比例原則審査を従来のかたちそのまま適用することはできない。将来時点での比例性を問題とすれば、カーボン・バジェットの急激な減少を背景として、強度な自由制限が比例的とされる可能性が高いことはすでに述べたとおりである。一方、現時点での比例性を問題とすれば、いまだカーボン・バジェットに余裕がある段階においては、現行法上のものよりも排出許容量を低く抑えることの比例性は疑わしくなる。このため、比例原則審査についても、「介入に等しい事前作用」の承認を通じた修正が必要となる。

連邦憲法裁判所は、「介入に等しい事前作用」の根拠づけに用いられていた思考を正当化の関係でさらに展開している⁽⁸⁹⁾。すなわち、比例原則は「世代間で自由の機会を比例的に配分すること（の）義務づけ」を含むという理解である。この義務づけは、立法者に対して、CO²の排出削減を「これにともなう自由喪失が、気候保護要請の高まりにもかかわらず、今後も受忍可能なものとなるように、そして、長期間にわたり、かつ世代間にまたがる削減負担が一方向的に将来〔世代〕の負担の下で配分されないように」形成することを求める⁽⁹⁰⁾。このことから、気候保護決定での比例原則審査は、世代間公平ないし世代間正義を中心的な内容とすることになる⁽⁹¹⁾。

しかし、世代間での比例性をモチーフとした比例原則審査は、従来の伝統的な比例原則審査の枠組みである、目的の正当性、手段の適合性、必要性、相当性という審査要素⁽⁹²⁾とはうまく整合しないように思われる。このことは、気候保護決定において連邦憲法裁判所がかかる4つの審査要素を十分に検証していないことにもあらわれている⁽⁹³⁾。気候保護決定の説示に登場するのは、気候保護法で採用された段階的に低められる年間排出量の設定という削減方式は原則として適合的（geeignet）⁽⁹⁴⁾であるが、同法は、行政権に委任される2030年以降の年間排出量の評価のために十分に特定された基準を設定しておらず、憲法上不十分（unzureichend）⁽⁹⁵⁾との認定のみである。

もちろん、はっきりとは述べられていないとはいえ、適合性が認定

されていることからすれば、目的の正当性は前提とされているともいえる。一般的な比例原則の見地からすれば、気候保護法が年間排出量を定めるのは、基本法20a条が要請する気候保護の目的からである。この点での目的の正当性には異論は生じないであろう。「立法者は、基本権を尊重するという一般的な義務づけからも、重大な基本権侵害の危険を抑制するという義務づけからも、2030年以降に差し迫る削減負担に基本権を尊重しながら対処するための予防措置を講じなければならない」⁽⁹⁶⁾とされていることからすれば、予防目的でCO²削減を行うこともまた認められている。気候保護法で採用された段階的に低められる年間排出量の設定という削減方式が原則として適合的なものとされることも、このような目的設定のもとで理解可能であろう。

しかし、必要性審査は「介入に等しい事前作用」との関係で限界に行き当たる。一般に必要性審査においては、目的達成のために当事者にとってより負担の少ない同じように実効的な手段は存在しないのかが問われる⁽⁹⁷⁾。このとき、「将来の自由へのその影響は、…現時点で比例的でなければならない」とするのならば、CO²削減措置の必要性判断は現時点のみならず、将来時点をも視野にいれなければならない。すなわち、現時点/将来時点のいずれかにおいて比例的であるだけでなく、両時点においてより緩やかな手段を採用していなければならないのである。世代間での削減量負担の「フェア」な配分は、必要性審査には組み込みづらい。現時点での緩やかな手段は必ずしも将来時点での緩やかな手段であることを意味しない。むしろ、現時点での削減負担の抑制は、将来時点へのより強度な負担の配分を帰結するだけであろう。他方で、将来時点での強度な負担を回避しようとするれば、カーボン・バジェットに余裕がある現時点においては不必要ともいえる自由制約が正当化される可能性がある。「介入に等しい事前作用」を視野に入れた必要性審査は、現時点と将来時点のいずれかにおいて破綻する可能性が高い。少なくとも、現時点でも将来時点でも緩やかな手段の存在は明白なものとはならない⁽⁹⁸⁾。

結局のところ、「介入に等しい事前作用」に対する必要性審査を行おうとすれば、現在時点と将来時点のどちらをより優先的に取り扱うかという問題に直面せざるをえない。これが気候保護決定において必要性審査が行われていないことの主な理由だろう。また、世代間で自由の機会を比例的に配分するという要求は、本質的に現在時点での基本権法益と将来時点での基本権法益との衡量を要求することになる。比例原則審査において、公益も含めた法益の衡量を担ってきたのは相当性審査であることからすれば⁽⁹⁹⁾、「介入に等しい事前作用」の評価にあたって意味をもつのは相当性審査ではないかと思われる⁽¹⁰⁰⁾。

もちろん、相当性審査も従来の伝統的な防御権ドグマーティクのものとは異なる。必要性審査の場合と同様に、現在時点での相当性のみならず、将来時点での相当性も問題としなければならないからである。すなわち、「介入に等しい事前作用」という構成によって、正当な目的と基本権介入との間の均衡は、正当な目的と現在時点での基本権介入、さらには将来時点での基本権介入の三者間での均衡を要求することになる⁽¹⁰¹⁾。より正確にいうならば、①気候保護という目的と（現在および将来の）CO²排出と直接・間接に結びつく自由の制限との均衡に加えて、②現在時点と将来時点との間での削減負担の配分の均衡が要求される。

このうち、「介入に等しい事前作用」の評価にとってより重要なのはとりわけ②における均衡であり、気候保護決定でも②が重視されていることはすでに述べてきたとおりである。

連邦憲法裁判所は、明らかに、気候保護法が定めていた排出量基準を維持する限り、将来世代の削減負担が過大なものとなることを前提としている。従来の気候保護政策にしたがえば、2031年においても年間排出量は1990年比で55%しか削減されていないことになり、その結果、「憲法上の気候保護要請は、今日的視点からはほとんど耐えられない、著しい自由制約の受け入れを必要とする」⁽¹⁰²⁾というのである。「将来世代の自由の尊重は、気候ニュートラルへの移行を時宜にかなった

形で開始することが必要とする」⁽¹⁰³⁾が、気候保護法は2030年以降の削減経路を更新するための法律上の条件を十分に定めておらず、また行政権に委任される2030年以降の年間排出量の評価のために十分に特定された基準を設定していないため、憲法上不十分だとされる。

結局のところ、気候保護決定での比例原則審査は、立法者の規律判断が世代間で自由の機会を比例的に配分しているかどうかの審査に収斂している。もはや、目的の正当性、手段の適合性、必要性の審査は実質的な意義を失っているといつてよいだろう。その意味では、「介入に等しい事前作用」の導入は、正当化審査における伝統的な防御権ドグマーティクをかなり変容させているように見える。

V 結びにかえて

気候保護決定における基本権ドグマーティクについては、批判も多く存在する。たとえば、Berkemann は、比例原則から世代間での CO²削減負担の比例的配分の要請を引き出し、これを立法者の「義務」としたことについて、「比例原則は基本権上の行為義務を命じるものではない」ため、「単純に誤り」と批判する⁽¹⁰⁴⁾。また、Hofmann も、連邦憲法裁判所の理解は「〔従来の〕明確な体系化に反するよう見える」との懸念を示している⁽¹⁰⁵⁾。加えていえば、連邦憲法裁判所が重視する「介入に等しい事前作用」について、それが成立するための条件が気候保護決定では不明瞭なままであることも問題であろう。世代間での CO²削減負担の比例的配分に反することを「介入に等しい事前作用」と呼ぶのだとすれば、そこでは三段階審査における介入と正当化との境界があいまいになる可能性がある⁽¹⁰⁶⁾。

気候保護決定での防御権アプローチの採用とそこでの新たな防御権ドグマーティクが今後の連邦憲法裁判所の判例において定着を見るのかは、現時点では明らかではない。これが単なる連邦憲法裁判所の勇み足になるのか、それとも防御権ドグマーティクおよび比例原則の新

たな類型となっていくのかは、今後の判例・学説による展開に待つほかないであろう。

- (1) BVerfGE 157, 30. 本決定を紹介するものとして、桑原勇進「気候変動と憲法—ドイツ連邦憲法裁判所21年3月24日決定と同決定を巡る議論状況—」上智法学論集65巻4号(2022年)133頁以下、島村健「SDGsと気候訴訟」ジュリ1566号(2022年)49頁以下、石塚壮太郎「気候保護決定」自治研究98巻12号(2022年掲載予定)を参照。
- (2) Christian Calliess, “Elfes” Revisited?, VerfBlog, 2021/5/25, <https://verfassungsblog.de/elfes-revisited/>
- (3) 玉蟲由樹「国家の気候保護義務と将来世代の自由」上智法学論集65巻4号(2022年)233頁以下。
- (4) 概説的に、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頁以下を参照。
- (5) Vgl. Josef Isensee, in: ders./ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191, Rn. 41; Peter Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 80ff.
- (6) Vgl. Ralf Poscher, in: ders./ Matthias Herdegen/ Johannes Masing/ Klaus Ferdinand Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 3, Rn. 97.
- (7) BVerfGE 92, 26 (46) ; BVerfGK 10, 208 (211).
- (8) 小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年)142頁以下を参照。
- (9) この点につき、玉蟲・前掲注3・247頁以下、桑原・前掲注1・133頁以下を参照。
- (10) BVerfGE 157, 30, Rn. 144.
- (11) BVerfGE 157, 30, Rn. 146.
- (12) BVerfGE 157, 30, Rn. 147.
- (13) BVerfGE 157, 30, Rn. 148.
- (14) BVerfGE 157, 30, Rn. 148.
- (15) BVerfGE 49, 89 (142).
- (16) BVerfGE 53, 30.
- (17) BVerfGE 56, 54.
- (18) BVerfG, NJW 1997, S. 2509.
- (19) BVerfG, NJW 2002, S.1638.
- (20) 大気汚染による森林被害については、基本法14条1項(財産権)にもとづく基本権保護義務を承認している(BVerfG, NJW 1998, S.3264)。
- (21) BVerfG, NVwZ 2010, S.703.
- (22) BVerfG, NVwZ 2010, S.704.

- (23) je-desto 定式は、危険防御のための国家による措置の正当性審査に用いられる衡量ルールのひとつであり、様々な場面で異なった使い方がなされるが、ここではとりわけ生命・健康に対する損害が大きく見積もられるほど、損害発生の蓋然性判断に対する要求が低くなることを意味している。je-desto 定式については、さしあたり玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）334頁以下を参照。
- (24) Vgl. BVerfG, NVwZ 2010, S.704. □ 内は玉蟲。
- (25) Vgl. Bernhardt W. Wegener, Menschenrecht auf Klimaschutz?, NJW 2022, S. 425.
- (26) Vgl. Isensee, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 207.
- (27) Vgl. Wolfram Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 267f.
- (28) BVerfGE 79, 174 (201f.).
- (29) BVerfG, NJW 1996, S. 651.
- (30) 学説において基本権保護義務アプローチを支持するものとして、vgl. Stephan Meyer, Grundrechtsschutz in Sachen Klimawandel?, NJW 2020, S. 894ff.; Felix Ekardt, Umweltverfassung und „Schutzpflichten“, NVwZ 2013, S. 1105ff.; Wolfgang Kahl, Klimaschutz und Grundrechte, JURA 2021, S.117ff.; Andreas Buser, Ein Grundrecht auf Klimaschutz?, DVBl 2020, S. 1389ff.
- (31) 以下の Meyer の議論は、Meyer, a.a.O. (Fn.30), S. 896の要約である。
- (32) BVerfGE 141, 220 (272).
- (33) Robbers は、基本権保護義務について、「常に権利主体、国家そして侵害者である第三者という三極関係を前提とするものではない」と述べ、自然災害からの保護が憲法上要請されていると解している。Vgl. Gerhard Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 124. 同様の見解をとるものとして、vgl. Walter Frenz, Klimagrundrecht, DÖV 2021, S. 721.
- (34) Vgl. Kahl, a.a.aO. (Fn. 30), S. 119.
- (35) BVerfGE 157, 30, Rn. 152.
- (36) BVerfGE 157, 30, Rn. 154ff.
- (37) BVerfGE 157, 30, Rn. 158ff.
- (38) BVerfGE 157, 30, Rn. 151.
- (39) Vgl. Andreas Voßkuhle, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, S. 7.
- (40) Vgl. BVerfGE 88, 203 (252ff.).
- (41) BVerfG, NVwZ 2009, S.1489 (1490).
- (42) BVerfGE 49, 89 (142)
- (43) Vgl. Buser, a.a.O. (Fn. 30), S. 1393.
- (44) この点について、桑原・前掲注1・146頁以下を参照。
- (45) Vgl. Kahl, a.a.aO. (Fn. 30), S. 129.

- (46) Vgl. Kahl, a.a.O. (Fn. 30), S. 126f.
- (47) 以下の記述と関連して、桑原・前掲注1・142頁以下も参照。
- (48) BVerfGE 157, 30, Rn. 161.
- (49) BVerfGE 157, 30, Rn. 162.
- (50) Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 161.
- (51) Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 162.
- (52) BVerfGE 157, 30, Rn. 163.
- (53) BVerfGE 157, 30, Rn. 163.
- (54) Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 164.
- (55) 本稿では、基本法20a 条違反に関する審査については立ち入らない。
これに関しては、玉蟲・前掲注3・233頁以下を参照。
- (56) Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 113f.
- (57) Michael Sachs, Anmerkung, JuS 2021, S. 708.
- (58) BVerfGE 157, 30, Rn. 182. □ 内および強調は玉蟲。
- (59) BVerfGE 157, 30, Rn. 183.
- (60) BVerfGE 157, 30, Rn. 243.
- (61) Vgl. Buser, a.a.O. (Fn. 30), S. 1392; Frenz, a.a.O. (Fn. 33), S. 722.
- (62) Vgl. Dietrich Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S.89ff.
- (63) Murswiek の議論も含めた、このような「帰責の理論」について詳しくは、小山・前掲注8・142頁以下を参照。
- (64) Murswiek, a.a.O. (Fn.62), S.107.
- (65) Andreas Voßkuhle/ Anna-Bettina Kaiser, Der Grundrechtseingriff, Jus 2009, S. 313.
- (66) BVerfGE 53, 30 (58).
- (67) BVerfG, NJW 1998, S. 3264.
- (68) BVerfG, NJW 1998, S. 3265.
- (69) Vgl. Sachs, a.a.O. (Fn. 57), S. 710.
- (70) BVerfGE 157, 30, Rn. 183.
- (71) BVerfGE 157, 30, Rn. 184.
- (72) BVerfGE 157, 30, Rn. 184.
- (73) BVerfGE 157, 30, Rn. 185.
- (74) BVerfGE 157, 30, Rn. 185.
- (75) BVerfGE 157, 30, Rn. 185.
- (76) BVerfGE 157, 30, Rn. 186.
- (77) BVerfGE 157, 30, Rn. 186. □ 内は玉蟲。
- (78) BVerfGE 157, 30, Rn. 186.
- (79) BVerfGE 157, 30, Rn. 187.
- (80) 連邦憲法裁判所は、環境問題専門家委員会 (SRU) の分析に依拠しな

がら、気温上昇を1.75度以内に抑える場合のドイツの排出量残予算は6.7ギガトンであるが、気候保護法上2030年まで許容排出量が6ギガトンとなり、2030年以降は1ギガトンも残されていないことを指摘している。Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 231ff.

(81) Vgl. Ekkehard Hofmann, Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG, NVwZ 2021, S. 1588f. また、連邦憲法裁判所自身もこのような予測を立てている。Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 192.

(82) Vgl. Thies Wahnschaffe/ Felix Lücke, Die eingriffsähnliche Vorwirkung auf Freiheitsrechte als Ansatz intertemporaler Freiheitssicherung, DÖV 2021, S. 1101f.

(83) BVerfGE 157, 30, Rn. 192.

(84) BVerfGE 157, 30, Rn. 183.

(85) BVerfGE 157, 30, Rn. 183.

(86) Monika Polzin, Menschenrechtliche Klimaklagen, DÖV 2021, S. 1092は、「世代を越えた自由の保障」を連邦憲法裁判所が基本権保護義務違反を否定した結果、憲法異議に理由があるとするために承認した「基本権の新たな機能」と評価する。また、Sabine Schlacke, Klimaschutzrecht-Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, S. 916も、「世代を越えた自由の保護を求める新たな基本権を創出した」と評する。これに対して、Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1101f. は、基本権そのものの機能が変化したわけではなく、あくまで介入概念に変化が生じたと見る。

(87) Schlacke, a.a.O. (Fn. 86), S. 916は、これを「介入レベルにおける基本権的防御権と国家の保護義務との協働」と評している。Schlacke は、かかる協働によってこれまでの基本権保護義務ドグマーティクの限界が越えられ、明白性の統制よりも厳格な審査が可能になったと見ているようである (Schlacke, a.a.O. (Fn. 86), S. 914ff.)。

(88) 2022年の部会決定では、世代間で自由の機会を比例的に配分することの義務づけに「将来の自由に関する基本権保護義務によって国家に課せられる義務との一致があることは、本件で国家自身による将来の基本権介入の緩和一ひいては防御権的な基本権の効果一が問題となっているということに何ら変更を生じない」とされている。Vgl. BVerfG, NJW 2022, S. 845 (Rn. 11)

(89) Vgl. Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1104.

(90) BVerfGE 157, 30, Rn. 192.

(91) Vgl. Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1104f.

(92) Vgl. Lars Oliver Michaelis, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JA 2021, S. 574.

(93) Vgl. Hofmann, a.a.O. (Fn. 81), S. 1589; Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O.

- (Fn. 82), S.1105.
- (94) BVerfGE 157, 30, Rn. 256.
- (95) BVerfGE 157, 30, Rn. 257; 259ff.
- (96) BVerfGE 157, 30, Rn. 247.
- (97) Vgl. Michaelis, a.a.O. (Fn. 92), S.576.
- (98) Vgl. Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1106.
- (99) Vgl. Michaelis, a.a.O. (Fn. 92), S.577.
- (100) Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1106もそのように指摘するが、Hofmann, a.a.O. (Fn. 81), S. 1589は、連邦裁判所は気候保護法における介入に等しい事前作用が不必要であることを立証しており、相当性審査は不要となると見ている。私自身は、本文中で示した必要性審査の空転状況に鑑みて、Hofmann の評価には同意できない。
- (101) Vgl. Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1106.
- (102) BVerfGE 157, 30, Rn. 246.
- (103) BVerfGE 157, 30, Rn. 248.
- (104) Jörg Berkemann, “Freiheitschancen über die Generationen“ (Art. 20a GG), DÖV 2021, S. 712.
- (105) Hofmann, a.a.O. (Fn. 81), S. 1588.
- (106) 2022年の部会決定は「介入に等しい事前作用は、その時々立法者自身がだまかに把握可能なバジェットのすべてをなおも許容しうる CO²排出の基礎としていることを前提とする。こうした場合にのみ、現在の排出量の許容に引き続いて、一定のさらなる排出削減負担とそれにとまなう自由制限が法的に避けがたく生じる。」と述べており、こうした状況を生じさせているように見える。Vgl. BVerfG, NJW 2022, S. 845 (Rn. 11)

