

ドイツにおける閉店時間規制の緩和と 基本権・覚書

倉田原志*

目次

- はじめに
- 第1章 2004年6月9日連邦憲法裁判所判決
 - 第1節 訴願人の主張
 - 第2節 連邦憲法裁判所の判断
- 第2章 連邦制改革と規制緩和の限界
 - 第1節 連邦制改革と閉店法
 - 第2節 閉店時間規制の緩和の憲法上の限界
- おわりに

はじめに

ドイツにおける閉店法（Ladenschlussgesetz）による小売業の開店時間の規制は、ドイツの労働および休日の慣行を形成し、落ち着いた雰囲気のある社会を生み出してきたとされるものだが¹⁾、これまで長らく憲法上の問題も議論され、2006年8月の第52回基本法改正とかがわって、これまでになく大きな変化がみられた。この閉店法は労働者保護を主たる目的とするものであり、そのための規制が緩和されたことになる。日本でも労働者保護の目的をもった労働時間の規制が緩和されてきているので、日本での議論に示唆を得るべく、本稿では、閉店法をめぐるドイツでの近年の動きを概観し、規制緩和に関してどのような議論がなされているかを紹介すること

* くらた・もとゆき 立命館大学大学院法務研究科教授

としたい。

このドイツの閉店法は、1900年のライヒ改正営業令にまでさかのぼるとされ²⁾、現行法の出発点は、1956年11月28日に制定されたもので、小売店が顧客との商取引を停止しなければならない時間として、日曜日・祝日、月曜日から金曜日の7時までと18時30分以降、土曜日の7時までと14時以降などを規定していた。この1956年法が制定されるとすぐに同法に対して憲法訴願が相次いで提起され、それは、職をもっている女性からは、買物の機会を奪うので基本法2条1項の人格の自由な発展の権利を侵害すると主張され、また、商店主からは、職業の自由³⁾を不当に制限するものであると主張された。これに対して連邦憲法裁判所は、小売店の労働時間の保護のために閉店規制が必要であるとし、違憲ではないという判断を1961年6月13日に示している⁴⁾。しかし、ドイツにおける閉店法の規制が他のヨーロッパ諸国と比べてかなり厳格なこともあり、1989年6月2日に閉店法の改正がなされ、木曜日の夜間営業の2時間延長などがなされ⁵⁾、その後も1996年7月30日、2003年5月15日に改正され、それに伴って、商店の営業時間は徐々に延長されてきた。この1996年法に対しても商店主の側から憲法訴願が提起され、連邦憲法裁判所は、2004年6月9日の判決で1996年法を合憲としたものの、連邦制改革のための2006年8月28日の基本法改正により、商店の閉店時間の規制権限が連邦から州に移され、多くの州が平日の閉店時間の規制緩和を行うこととなったという展開をみている⁶⁾。

そこで、以下では、まず、この展開を突き動かす要素ともなったとされる⁷⁾、2004年6月9日の連邦憲法裁判所判決を概観し(第1章)、基本法改正によって州の規制権限となったことで実際になされている閉店時間の規制の緩和をめぐる議論の一端を見る(第2章)こととしたい。その際、月曜日から土曜日と、日曜日・祝日とでは基本法上の位置づけが異なり、日曜日・祝日は、基本法140条が受け入れているヴァイマル憲法139条によって、憲法上の保護を受けているので、別の考慮が必要となり、また、実際に州によって規制が必ずしも緩和されているわけではないので、以下

では月曜日から土曜日の閉店時間に関する問題を取り上げることとさせていただきます。

第1章 2004年6月9日連邦憲法裁判所判決⁸⁾

この連邦憲法裁判所判決は、前述のとおり1996年法が違憲であるとして提起されたものである。1996年の閉店法3条1項1-3号によれば、客と商売をする販売所は日曜・休日は全日、月曜日から金曜日までは6時までと20時以降、土曜日は6時までと16時以降は閉店しなければならなかった。訴願人は、ベルリンのミッテ区でデパートを経営しており、1999年7月13日土曜日の16時以降、1999年8月1日日曜日に、販売のために営業した。このことで、訴願人は地方裁判所によって、有罪を宣告された。上級地方裁判所への上訴も成功しなかった。そこで訴願人は憲法訴願を提起したが、連邦憲法裁判所はこれを退けたというものである。連邦憲法裁判所は、土曜日の販売所の閉店に関する規律についてと日曜・休日の閉店についての規律についてとを区別して審査しているが、前述のとおり、日曜・休日については、基本法の規定による保護もあり、また、多くの州で閉店が維持されているようなので、以下では土曜日の閉店に関する判示だけをとあげることとした。

第1節 訴願人の主張

憲法訴願における訴願人の主張の概要は次のとおりである。

地方裁判所と上級地方裁判所の判決は、訴願人の職業の自由（基本法12条1項）を侵害している。この紛争にとって決定的な1996年7月30日の閉店法3条1項は憲法違反である。閉店についてのこの規定は、第一に労働者を延長された労働時間から保護し、その日曜の休息を保障するが、消費者保護、行政のコントロール、競争保護には役立たない。閉店法は、法的・事実的状况の変化からすると、労働者を超過労働から保護するのにも

適合していない。現在の状況では、販売店の労働者には社会的に正当でない労働時間負担に対してたいへんわずかな保護しか与えられていない。今日可能な週80時間以上の開店時間は、販売店の労働者が閉店法により長すぎる労働時間から保護されていないことを示している。閉店法の制定の時点では、閉店法は労働者保護のための行政のコントロールを容易にすることができた。今はこのコントロール目的をもはや達成することができない。販売所における労働者の長すぎる労働時間からの閉店法による保護自体も、広範に柔軟となり、たいへん多く利用される例外規定が多く存在する。行政庁も閉店法23条による公共の利益においてかなりの程度の例外を是認している。ガソリンスタンドの販売所と駅における販売所は旅行の必要性にだけ限定されているわけではない。キオスクにおいても、多くの品目、特に食料品を販売している。さらに、小売業の労働者と他の部門の労働者との間での区別を正当化する合理的な視点は認識されないので、閉店法3条1項は、基本法3条1項の一般的平等原則に違反すると主張した⁹⁾。

第2節 連邦憲法裁判所の判断¹⁰⁾

これに対して連邦憲法裁判所は、まず、基本法12条1項違反かどうかについて次のように判示している。基本法12条1項は、職業遂行の自由を保障するが、職業とは、収入に向けられたあらゆる活動であり、継続してなされ、生活の基礎の創設および維持に役立つものである(vgl. BVerfGE 102, 197/212.)。原則として、すべての職業活動が把握され、販売所の所有者としてのそれも含まれる(vgl. BVerfGE 104, 357/364.)。訴願人への有罪判決は、職業遂行の自由に介入するものである。そのような介入は基本法12条1項2文によれば、基本権を制限する法律に関する基本法の要請を満たす法律の根拠を必要とする、として、まず形式面での審査を行っている¹¹⁾。ここでは連邦の立法権限が基本法の何条に根拠づけられるかが検討され、攻撃されている規定は形式的に合憲であり、連邦は、連邦法の効力に関する基本法125 a条にもとづいて連邦法として存続する閉店法を改正

する権限をもっていたという結論を導くが、以下のように連邦の競合的立法権限を定める基本法74条が根拠とならないことを示している。つまり、閉店時間の規律は、基本法74条1項11号（経済法）と12号（労働法）に該当し、競合的立法の対象である（vgl. BVerfGE 13, 230/233）が、基本法72条2項の競合的立法に関して規範化され、連邦憲法裁判所によって具体化されている連邦の立法に関する要請（vgl. BVerfGE 106, 62/135 ff.）¹²⁾は、閉店法の改正に関しては満たされていないとするのである。それは、連邦法による閉店の規律は、連邦領域における同様の生活状況の確立のため、あるいは、全国的利益における法ないしは経済の統一の確保のために必要ではなく、1996年の閉店法改正のための立法事実において、この前提の存在の証明はみいだされない。特にドイツの経済範囲の機能性の維持あるいは閉店時間についての連邦国家的法制定の法的分裂の回避が要求されることは明らかではない。立法者が州に例外の創出についての広範な授権をしていること自体が、全連邦領域に関する統一的な法的規律が要請されていないとみなしていることを明らかにする。連邦に統一的な規律の必要性は、1996年の改正後も示されていない。むしろ、2003年の改正で例外の可能性は拡大されている、とする。

しかし、連邦は、基本法125 a条2項1文にもとづいて閉店法を改正してよかったとし、その理由を次のように述べている。つまり、閉店法は、1994年10月27日の基本法改正法律における基本法72条2項の発効前に制定されている。この時点ですでに妥当する連邦法は、基本法125 a条2項1文により連邦法として効力を有する。連邦の立法者は、基本法125 a条2項2文によって存続する連邦法の改正を妨げられない。それに対して、州はそのような改正権限をもたない。もっとも、州は、連邦法の授権が基本法125 a条2項2文を基礎としてなされているのならば、連邦法を置き換えること（Ersetzung）によって州法の新規律を行うことが許される。この法状況からすると、連邦法の規律が存続している場合には、個々の規定を変更することが州には禁じられるということが、逆の結論として生じる、

として、連邦の権限を承認している。しかし、上述のとおり、連邦のこの権限を基本法74条に根拠づけなかったことが、その後の展開にとって重要な意味をもつといえよう。

次に、閉店法3条1項1文3号は基本法12条1項と実体的観点においても適合するかを審査し、結論としてこれを肯定するが、次のような判断を示している¹³⁾。つまり、職業遂行を制限する規律は、公共の福祉の合理的な利益によって正当化され、比例的であれば、合憲である(vgl. BVerfGE 70, 1/28. 確立した判例)。それゆえ、職業の自由への介入は、それを正当化する公共の福祉の利益が要求するよりも広範なものであってはならない(vgl. BVerfGE 101, 331/347; 104, 357, 364)。この基準を提示した上での、具体的な判断は以下のとおりである。

第一に、土曜日の16時以降の閉店についての閉店法3条1項1文3号の規律は、公共の福祉の利益に役立つ。職業遂行の自由を制限するのに十分な公共の福祉の利益は、労働時間保護である。販売所の閉店時間の規律によって、閉店法は一日の労働時間の配分を考慮して、労働時間保護を実現する。閉店時間によって、同時に、公的生活のリズムと自由時間が影響を受ける。労働時間形成の規律は、従業員に、労働から免れた夕方と夜ならびにそれと関連する自由な週末を可能な限り広範に保障することに役立つ(vgl. BVerfGE 104, 357/360, 365)。平日の開店時間についての閉店法の規律は、土曜日も含めて、夜間労働からの保護を含む。夜間労働は、保護という側面のもとで、特別に意味がある、というのは、夜間労働は人間のバイオリズムに反するもので、それゆえ、不眠、食欲障害、胃腸障害、高められた神経質、神経過敏、ならびに仕事の能力の減少にもいたりうるからである(vgl. BVerfGE 85, 191/208)。また、労働時間保護と関係する閉店法の目的は、競争の中立性の保障である(vgl. BVerfGE 104, 357/360)。閉店法が従業員の就労する販売所のみならず、所有者だけによる経営や家族経営の場合は、客との販売のために、労働者が雇用されている販売所においては閉店しなければならない時間に一日中営業できるこ

とになる限りにおいて、競争上有利となる。夕方の閉店時間の制限は、さらに、従業員がいないあるいは少ない店が大きな企業との競争において、大きな企業がシフト労働の助けによってより長く開店することを容易にする限りにおいて、不利益にならないようにするという目的にも役立つ。競争からの保護は、たしかに、職業の自由の制限の独立した目的としては認められ得ない（たとえば、特に職業の許可に関して、BVerfGE 7, 377/408 ; 11, 168/188 f.）が、他の正当な保護目的を追求することから、この場合のように、商店の労働者のための保護措置から導かれうる競争の有利さを妨げることは立法者に禁じられない。さらに、立法者は、閉店法の規制で、有効でできる限り単純な行政コントロールという目的を追求している（vgl. BVerfGE 13, 230/235 ; 104, 357/360）が、この目的も原則として正当である、とする。

以上が目的についての評価であるが、これに続いて手段に関する審査を行っている。まず、適合的（geeignet）なものかどうかについては、閉店法3条1項1文3号は、立法者によって目的とされている労働者保護を達成し、これと結びついた競争の中立性を確保するのに適合的であるとする。

次に、攻撃されている規定は、立法者によって目指されている目的の追求にとって必要である（erforderlich）かを審査し、これを肯定する。その際、労働時間法が、閉店法と同様に有効な保護を与えないこと、また、経営組織法、労働協約によっても保護が与えられるとは限らないこと、法律の介入なしで、関係者の市場を志向した行動によって目的が達成されることも期待できないことを指摘している。

最後に、土曜日の閉店規制は、商店保持者の職業遂行の自由の適切な（angemessen）制限であるかどうかを審査する。これは狭義の比例性とも呼ばれるが¹⁴⁾、この適切さの審査の際には、立法者が多くの例外の可能性を予定していることが配慮されなければならない、閉店法3条1項1文1号と異なる特別規定は、閉店法4条-23条に見いだすことができ、それは、個々の営業、場所あるいは商品グループのために異なった閉店時間を可能

にすることを指摘する。もっとも、この例外規定に照らしても、閉店法3条1項1文3号は職業遂行の自由の不適切な制限ではないとし、不適切な制限であるということは、本法廷における賛成・反対が同数だったため、連邦憲法裁判所法15条4項3文¹⁵⁾によって確定されえないというのが結論となっている。

この連邦憲法裁判所法15条4項3文による限りにおいてこの判決を支えるハース、シュタイナー、ホフマン・デンハート、ブリュデ裁判官の4人は、立法者は、閉店時間の規制の際に、相当の形成の余地を超えてはいないとして、次のように述べる¹⁶⁾。

基本法は、職業遂行規律と関連する場合に、立法者に相当な程度の自由を許し、追求されるべき職業・労働・社会政策的目的の確定と目的実現のためにとられるべき手段の評価の際には、経済政策的目的の規定の際と同様に広い形成可能性を与えている(vgl. BVerfGE 7, 377/405 f.; 77, 308/332.)。立法者は商店労働者の保護のために、一日における労働時間の配分を考慮して、および夜間労働からの保護のために、小売業の所有者の職業遂行を制限することが許されるとして、次のことを指摘する。

第一に、立法者が小売業において特別の労働時間保護を認めた意義の高さは、閉店法の異なった規律によって問題とはならない。一日における労働時間の配分に関して販売における従業員の保護と夜間労働からの特別の保護は、憲法上も特別の重要性をもち(vgl. BVerfGE 85,191/212 f.)、この法律は、例外にもかかわらず、依然として、圧倒的な数の商店労働者のための保障を行っている。閉店から排除される事業所の割合は、小売業において約6%と評価されている。ガソリンスタンドや駅の販売店などの優遇されている販売所は通常より少ない従業員しか雇用しておらず、立法者は、商店労働者の95%以上のために特別の労働者保護の目的を追求していることから出発することができる。この労働時間保護のために、小売業事業の収入という利益は後退してよい(vgl. BVerfGE 13, 237/241)。

第二に、立法者は、労働時間規定の規律と、その他の保護目的の実現と

を結びつけることが許される。たとえば、原則として無制限の開店の可能性は、小さい店の負担となる排除競争に至りうることから、立法者は出発してよかった。小さい店と異なり、特にデパートは多数の従業員がいるので、自由な開店時間を需要にそって利用し尽くすために、シフト労働を容易に行うことができる。従業員のいない小売商は、閉店時間がなくなれば、競争のために、自らの仕事をさらに高めるか、あるいは店を閉めるかを強いられることになる。都市の構造に否定的にも作用しうる、そのような影響は立法者によって妨げられてよい。立法者は同様に、開店の無制限の可能性が商業で働く女性の特別の負担に至ること、および女性を不利益に扱うことを配慮してよかった。従業員における女性の割合は、販売所においてはおよそ72%である。女性は依然として家庭労働と収入労働との調整の際には、主たる負担を担っているため、女性のための社会的な労働時間は、ぬきんでた意味をもつ。商業で働く女性は、閉店時間の拡大、特に夕方の拡大の場合には、少なくとも通常は家族生活に参加できないし、自らに義務づけられる家庭労働・子どもの世話と、職業活動を一致させることにおいて、より大きな困難を背負うことになる。

第三に、立法者が特定の領域において消費者の利益により大きな意味を認め、その限りで、その他の場合には保護される労働者の利益を後退させたことは憲法上異議を唱えられない。この場合、追加的に立法者によって追求された特別の目的が例外を正当化する。駅、空港、ガソリンスタンドにおいて旅行者の必要を満たすという目的は、これに属する。温泉、休息、ハイキングの地域を魅力的にするという目的も立法者は配慮してよく、メッセあるいは市場のような特別のきっかけからの購入の必要性を満たすことにも配慮してよい。これらの特別規定によって、特権を有していない者の競争状況は不適切に損なわれているわけではない。この特権はその多数にもかかわらず、特権を得ていない事業所との直接の競争となるのは、販売所のわずかな部分にすぎない。特権をもつ販売所の位置、品揃え、値段設定の特殊性はたいへん大きいので、このことで、特権をもたない事業

所の売り上げを注目すべきほど減らすことは考えられない。

第四に、立法者は、連邦で統一的な規律がさらに合理的かどうかを審査しなければならない。立法者は、すでに、異なった地域的な規律を予定している。このことで立法者自身は、連邦で統一的な規律の必要性は限定的なもののみていることを表現している。それゆえ、立法者は将来は基本法125 a 条2項2文の意味で州の立法者に自由化が指示されるかどうかとも審査しなければならないことを指摘している¹⁷⁾。

なお、基本法3条1項の平等原則に反するかどうかについても、基本法12条1項についてと同様に4対4で裁判官の見解が分かれているが、この判決を支える4人の裁判官も、それに反対する他の4人の裁判官の見解も、基本的には、12条に違反するかどうかの見解とそれぞれ重なっているといえる。

以上、2004年6月9日の連邦憲法裁判所の判決をみてきたが、立法権限の問題について詳細に審査しており、そこでは、基本法72条2項のいわゆる必要性条項の条件ととりくみ、この条件が満たされないとしているが¹⁸⁾、これは、閉店に関する連邦法の規律は、もはや必要ではないので、連邦は憲法上の競合する立法権限に依拠することはできないことを示すものであり、閉店法に関する連邦の権限の根拠づけを困難にしたと評価されるものである¹⁹⁾。実体的な審査では、第一次的に引き合いに出される基本法12条1項に関連させて、連邦憲法裁判所は、閉店法3条1項3号の規定を、職業遂行を制限する規律とみなし、それゆえ比例原則で審査し、追求される公共の福祉の利益を考慮して、これまでの判例につなげて、労働時間保護、競争の中立性、行政コントロールの容易化という目的を指摘し、この目的を達成するための手段を審査している²⁰⁾。そこでは、閉店規制の適切さの審査において、裁判所の統一的な評価が形成されず、4人の裁判官の見解は、閉店法の規律の際に立法者は形成の余地をまだ超えていないというもので、他方、他の4人の裁判官は、立法者の広範な形成の余地を配慮しても、職業遂行の適切な制限の要請にこの規律は対応していないとするもの

である。この意見状況に照らして、連邦憲法裁判所法15条4項3号によって、憲法違反は確認できず、合憲という評価が維持された。前述のとおり、閉店規制を適切だとする4人の裁判官の見解においても、連邦法で統一的に閉店規制を行う必要があるかを将来的には検討すべきであることが述べられており、各州での営業時間の自由化を求める声を強めることになったことが指摘されている²¹⁾。そこで次章では、この連邦憲法裁判所判決が、直接ないしは間接に影響を与えたと考えられる基本法の改正による閉店法の規制権限の移動と、この連邦憲法裁判所判決をふまえつつなされている、閉店時間に関する規制緩和の憲法上の限界に関する議論をみていくこととしたい。

第2章 連邦制改革と規制緩和の限界

第1節 連邦制改革と閉店法

2006年8月28日になされた第52回目の基本法改正²²⁾(2006年9月1日施行)による連邦国家的秩序の改革は、閉店法にとっても新たな時代の開始を告げるものであったとされる²³⁾。この改革は、20カ条の条文を変更し、1カ条の条文を削除し、同時に4カ条の条文を新たに追加するという大規模なものであり²⁴⁾、また、25もの条文を対象とする基本法定制以来最大規模となる改正であるとされるものである²⁵⁾。この基本法改正は、現行連邦制の下で複雑に絡みあった連邦と州の権限関係を整理し、政策決定の迅速化と責任の明確化を図ることを目的として2003年10月に開始された連邦制改革検討の結論であり、連邦の立法に対する連邦参議院の関与の縮小、連邦と州の立法権限の再配分、財政権限の明確化等を主な内容とするものである²⁶⁾。立法権限の再配分に関しては、連邦による大綱的立法(旧75条)が廃止され、連邦の専属的立法(73条)と連邦と州の競合的立法(74条)、州専属的立法へと割り振りがなされた²⁷⁾。

本稿で対象としている閉店時間の規制については、改正前は、経済法に

関するものとして連邦の競合的立法権限に属していたが(基本法旧74条1項11号),改正後の74条では,連邦の競合的立法権限のカatalogueとしては経済法が残されたものの,「ただし,閉店時間,飲食店,鋼業,見本市,展示会及び市場に関する法を除く」という但書きがつけられたため,閉店法が連邦の立法権限から除外され,州の権限となった(基本法70条1項)²⁸⁾。連邦議会に提出された基本法改正法律案の理由書によれば,特別の地域との関連性をもった権限と連邦法律の規律が必ずしも要求されない事項を州に移動させることにより,州の立法者の一層の強化が生じるとされ,それらの事項のうちに,閉店法が位置づけられている²⁹⁾³⁰⁾。

州はこのようにして閉店法の規制をすることができるようになり,各州で議論のすえ,16州のうち12州で平日の24時間営業を認めるなど,小売業の営業時間は抜本的に緩和されることとなった³¹⁾。

第2節 閉店時間規制の緩和の憲法上の限界

このように現実に閉店時間が州によって広範に廃止されているが,そのことからこれまでとは異なった憲法上の問題設定が生じるという指摘がみられる。それは,これまでいつも閉店の制限の憲法適合性が問題とされたが,今や逆の問題設定,つまり,閉店時間の設定だけでなくその廃止においても憲法上の基準はあるのかという問題が憲法上の焦点となっているとされるのである³²⁾。このことは,規制緩和の憲法上の限界を考える素材を提供すると考えられるので,キングレーン教授/ピエロート教授の見解を以下で紹介することとしたい。そこでは,この問題に答えるためには,個々の基本権保有者を就業時間の無限定な拡大から従業員として保護する規定と,日曜・祝日をカレンダー上保護する規定とが区別されなければならないとされるが³³⁾,すでに述べたように,本稿では,日曜・休日労働の保護ではなく,平日の労働時間保護の問題を中心としたい。

まず,キングレーン教授/ピエロート教授は,基本法は州の立法者に原則として,月曜日から土曜日までの開店時間を完全に自由にすることを妨

げてはいないが、基本権から、個人をシフト労働・夜間労働から保護する労働法上の基準が導かれうるかどうか問われなければならないとし³⁴⁾、関係する基本権として基本法2条2項1文（身体を害されない権利）と6条1項（家族の保護）をあげ、その保護領域を検討し、介入があるといえるかを問い、それが正当化されるかという、いわゆる三段階審査を行っている³⁵⁾。その概要は以下のとおりである。

(1) 基本権の保護領域³⁶⁾

基本権の保護領域を測定することは、平日の閉店時間を自由にすることは原則として許されるにもかかわらず、シフト労働・夜間労働からの特別の保護を必要とする人の範囲を確定するために重要であるとして、基本法2条2項1文と基本法6条1項の保護領域について明らかにする。

まず、基本法2条2項1文は、生物学的・生理学的意味における健康とらんで、精神的な健康も、身体的な痛みにも匹敵する作用が問題となる限り保護し（BVerfGE 56, 54/74 f.）、労働時間の形成は健康への否定的な作用をもちうるので、原則としてこの基本権の保護領域に入るとする。これは、「夜間労働は、原則としてすべての人に有害である。それは、不眠、食欲障害、胃腸障害、高められた神経症・神経過敏ならびに業務遂行能力の減少を引き起こす」という連邦憲法裁判所の指摘にもとづくものである（BVerfGE 85, 191/208）³⁷⁾。

次に、基本法6条1項の保護領域に関しては、シフト労働・夜間労働は、人間関係にも、特に家族にもかかわるとして、基本法6条1項の意味での家族の意味を問う。家族は「親と子どもとの間の包括的な共同体」（BVerfGE 10, 59/66/80；81/90）で、家族はまさに子どものためになるのであり、親の共同生活の形態にかかわらずに保護され、家族は婚姻を前提としない（BVerfG, NJW 2003, 2151/2155）。また、子どもがある同性の生活共同体も家族であり、子どもに対する憲法上の保護を、その子どもが市民の支配的な理想像に合致しない生活共同体の中で成長したという理由だ

けで拒否されないとする。連邦憲法裁判所は、家族を、たしかにその他の点では、「家族共同体に適した狭い家族」に限定し、「諸世代大家族」、たとえば、祖父母と孫の関係を基本法6条1項の保護領域に含めていない(BVerfGE 48, 327/339)が、連邦憲法裁判所は同時に、特に危機状態において相互の負担減に役立つ援助共同体としての家族の機能を強調している(vgl. BVerfGE 57, 170/178)。家族は、「激励と慰めのための空間」を提供し、「人間の、対話に基礎をおく精神的性質に対応した共同体の中での責任ある生活に対する能力を深める」(BVerfGE 80, 81/90 f.)。この憲法による保護目的は、他の親戚関係も、それが個々の場合に、連邦憲法裁判所によって認められた、家族のつながり機能・援助機能を引き受けているのであれば、少なくとも、基本法6条1項の保護領域にはいることに賛成するとする。家族がまさに子どもの利益において保護されるのであれば、だれが援助と世話を引き受けるかは問題ではありえず、このことは、逆に老人における世話にあてはまり、したがって、たとえば、介護人と非介護人との間の親戚関係もつねに基本権として保護され、家族についてのこの機能的理解は、一般的な語法および民法から生じるとする。したがって、子どもと親だけではなく、広く家族をとらえることができるのである。

(2) 介 入³⁸⁾

次は、今みた保護領域への介入があるといえるかが問われ、ここでは、閉店法の廃止から生じた労働者保護の排除が介入となるかが問題となるとされる。通常法律で規律されているもののすべてが、基本権として保護されているわけではなく、通常法律のすべての修正に、関連する生活領域を規律する基本権の侵害が存在するというわけではないので、閉店時間は、その具体的な内容形成において、基本権保障の構成要素ではなく、その変更は必ずしも介入ではない。事実上、閉店時間の廃止で生じている健康保護の危険は立法者自身に由来するものではなく、むしろそれは、シフト労働・夜間労働を命じる具体的な労働契約・労働協約からの帰結であ

るとする。しかし、基本権は個人を国家の積極的な介入から保護するだけでなく、個人を危険から、特に第三者の侵害から保護することも、国家に義務づけるので、基本権は、基本権保有者の保護権を再び生じさせる保護義務をも含み、保護をしないことは基本権の保護領域を縮減する積極的行為と同様に基本権への介入となるとして、基本権保護義務の存在を媒介として、介入の存在を承認している。その際、連邦憲法裁判所のこれまでの判決に言及し、連邦憲法裁判所は基本権の保護次元を契約法においても展開してきており、たしかに、連邦憲法裁判所は、契約の自由も基本権の保護を享受することを強調するが、私的自治は現行法の枠内でのみ存在し、法律は基本権によって測定され、関与者の力の均衡が欠けている場合には、契約法という手段だけによって利益の適正な調整が保障されうるのではなく、基本権保護を確保するために国家の規律が十分に介入しなければならない（BVerfGE 81, 242/254 f.）としていることを指摘する。それゆえ、国家は「契約対等が壊れている」場合には、対立する法益の調整をもたらすことを基本権として義務づけられ、連邦憲法裁判所は、この義務づけを労働時間規制にも及ぼし、「労働契約による純粋な私的自治的形成の際には、夜間労働の健康に対する危険から十分な保護が保障されないであろう」から、この「人間の健康に関して指摘されている害にもとづいて」法律の規制が必要となり、「補助的な措置なしで無制限に夜間労働を自由にすることは基本法 2 条 2 項 1 文の客観的内容に違反する」（BVerfGE 85, 191/213；これに結びつけて 87, 363/386）とされていることをあげる。

さらに、基本法 6 条 1 項についても、連邦憲法裁判所が、基本法 6 条 1 項は、国家に「家族生活と仕事がお互いに調和されうること、および、家族の教育任務が職業的な不利益に至らないことを確保する基礎を創設することも義務づけられる」（BVerfGE 88, 203/260）としていることから、基本法 6 条 1 項から労働生活において家族に由来する差別を妨げる国家の義務が生じ、国家が必要な保護をしなければ、国家は保護権としてのその特質においてこの基本権に介入することになるが、保護のすべての不作為が

構成要件をみただけではなく、どのように国家が保護しなければならぬかは述べられていないので、国家の具体的な義務づけは憲法上の正当化の審査を見ることではじめて与えられ得るとする。

(3) 憲法上の正当化³⁹⁾

この介入が憲法上正当化されるかどうかについては、まず、一般的な基準について検討がなされている。

まず、連邦憲法裁判所によれば、立法者は保護義務を果たす際には、傾向として「広い判断、評価、形成の領域」を持っており(BVerfGE 77, 170/214; 79, 174/202; 85, 191/212)、連邦憲法裁判所は、「保護義務の違反を、公権力が保護措置をそもそもとらないか、なされた規制・措置が要請されている保護目的を達成するのにまったく不適切か、完全に到達できないか、相当に遅れをとっているときにのみ」認めようとしているが、連邦憲法裁判所も裁判上の審査密度を、迫っている危険の種類、近さ、程度、関連する利益、ならびにすでに存在する規律およびなされた措置に依存させていることが指摘される。たとえば、連邦憲法裁判所は、基本権の保護機能からも、ときどき、どのように基本権の保護が保障されるかについての詳細な基準を導き、基本法2条2項1文から生じる保護義務は、「そもそも何らかの種類の保護の保障がなされていることだけでは十分ではない。その射程はむしろ一方では保護されるべき法益の意味と保護の必要性和、他方では、それと対立する法益をみて定められなければならぬ」(BVerfGE 88, 203/254)、その際、立法者は、比例原則の課題を保護的な状況で受け入れるべき過少禁止を考慮しなければならず、「必要なのは、対立する法益を考慮する、適切な保護であり、決定的なのは、保護がそれ自体として有効であることである。立法者がなす予防措置は、適切で有効な保護に十分でなければならず、さらに慎重な事実の調査と支持される評価にもとづかなければならない。」(BVerfGE 88, 203, 254)としていることをあげている。

したがって、保護を義務づけられた立法者に関する正当化要請は、一方では基本権への介入の強さ、他方では、シフト労働・夜間労働のためにたまたか憲法上の利益の重要性に依存するとし、連邦憲法裁判所は、夜間労働の保護は「憲法上特別の重要性」があると強調している（BVerfGE 111, 10/39）ので、立法者がこのシフト労働・夜間労働からの保護として、あるいはシフト労働・夜間労働における保護として内容形成しているかどうかは、基本権として保護された、シフト労働・夜間労働に関する利益に依存しており、立法者はこの理由からすでに憲法によって、たいへん重要でありそのうしろに夜間労働からの保護の義務づけが後退する憲法価値と、それほどには至らない他の憲法価値とのあいだで区別をしなければならず、この区別は、憲法上、特に、存在配慮にたいする法治国家的および社会国家的義務（基本法20条1項）によって根拠づけられ、国家は、24時間中、機能する健康管理を維持することを義務づけられるとする。他方、国家は、基本権に基礎づけられる、たとえば、プレス、放送、テレビ（基本法5条1項2文）における労働や、継続する生産がその中断よりも少ない労働力で済むような産業における労働（基本法12条1項）のような、シフト労働・夜間労働における他の重要な利益も配慮しなければならないとする。

しかし、そのような憲法上十分重要的な利益は、小売業においては明白ではなく、むしろ連邦憲法裁判所は、小売業における所得という利益の憲法上の重要性が少ないことを強調し、「その自由化にとっては、一般的に、1996年に延長された開店時間で十分である。さらに開店時間の拡大によってなされた経験は、これが一般的に顕著な売り上げの上昇に至ったこと、大規模小売商だけに売り上げの上昇が集中したわけではないことを疑問とさせうる。いずれにせよ、ありうる利益と売り上げの上昇の拡大は、憲法上労働者保護に優位を与えられる利益ではない」（BVerfGE 111, 10/395）としていることをあげ、それゆえ、一方で生存配慮の領域における労働者と、他方で小売業で従業員として働く労働者とを異なって扱うことに対する憲法上の疑念はなく、むしろ、シフト労働・夜間労働からの保護を求め

る原則的な請求権と衝突する憲法上の利益の異なった重要性に配慮して別異扱いすることは、基本権によって要請されているとする。

このことを前提として、次に、立法者はこの憲法上要請されるシフト労働・夜間労働からの保護を果たしているといえるのかが問題とされる。その際、まず、一般的な労働法、特に労働時間法の規定が検討され、労働時間法は、これまで特に、日曜・休日労働からは保護している(労働時間法9-11条)が、シフト労働・夜間労働からは労働時間法6条4項だけが保護を与えており、それによれば、労働者を夜間労働にさらにつかせることがその労働者の健康に危険を及ぼすとき、あるいは、労働者に生計をともにする他の家族では面倒をみることができない12歳未満の子どもがいるとき、あるいは生計をともにする他の家族では世話することができない重度の要介護者がいるときには、使用者はその夜間労働者をその請求にもとづき、適切な昼間労働に配置転換しなければならないとするが、この請求権は、緊急の経営上の必要性と対立しない場合のみ存在することを指摘する。ここには、小売業に妥当する特別の規定は存在しない。それは、小売業における夜間労働は、これまで一般的な閉店時間の確定(閉店法3条)によって、および準備労働と始末労働の制限(閉店法17条1項)によって包括的に保護されていたのであるから、労働時間法に規定する必要もなく、それゆえ、閉店時間を完全に自由化するということは、労働法的にもあらたな質をもつものであるとうとする。夜間労働は規範的には例外的な事態から通常の事態になり、それも、身体的を害されないことの保護の「憲法上の特別の重要性」(BVerfGE 111, 10/39)に対する十分な釣り合いをとるための理由が示されずにであり、閉店時間をこれまでよりさらに自由化する国家は、たとえば生存配慮と公共の安全の保障のための義務づけにほぼ匹敵する憲法上の義務づけを果たしていないとされる。しかも、この根本的に異なる憲法上の重要性の配分は、通常法律において示されなければならないが、労働時間法6条4項は相当な保護には不十分である。この規定は、シフト労働・夜間労働に関する憲法上重要な理由が存在し、そ

れゆえ個々の事例において身体的な侵害と家族の保護が後退しなければならない領域に関して特別に強く特徴づけられているわけではないからである。また、原則として保護の必要な人は、「緊急の経営の必要性」を留保してのみシフト労働・夜間労働から保護されるとする。

これに対して、小売業における基本権の対立は、通常、シフト労働・夜間労働における、労働者の身体的な不可侵性の保護よりも高い、憲法上重大な利益が存在しないことによって特徴づけられるので、労働時間法6条4項を超えた実体法的、および手続法的保障がなされなければならないとして具体的な内容を指摘している。つまり、それは個々の事例において、夜間労働の危険からの保護という基本権としての請求権を助けて、小売商の、傾向として弱い利益に対して主張を可能とするものでなければならない。それゆえ、実体法的には、特別に保護が必要な労働者はシフト労働・夜間労働から保護されなければならない、それは、原則として、対立する経営の必要性とは無関係にシフト労働・夜間労働からの免除を求める請求権をもたなければならないとすることによってのみ達成することができるとする。この特別の保護の必要性は、労働医学的に確定されなければならない健康の苦痛からか、または、基本法6条1項にもとづく特別の保護の必要な人的範囲に所属することからか生じることができるとされる。手続法的には、特別の保護の必要な労働者がいつでも、シフト労働・夜間労働を免除してほしいという希望を主張できる可能性を確保しなければならないとし、このことは、企業に従業員代表委員会が存在しているかどうかには関係なくなされなければならない、また、免除の希望は、労働関係の存続に影響を与えてはならない、としている⁴⁰⁾。

そして結論としては、基本法は、さまざまな種類と方法で、シフト労働・夜間労働からの保護を与えているとし、基本法2条2項1文と6条1項は、たしかに、それらから、労働時間の特定の内容形成からの保護が一般的に導かれうるわけではないので、平日の開店時間の包括的な自由化は憲法上許されるかもしれないが、これらの規定は、特別に保護の必要な人

に経営の必要性とは無関係に、労働時間法6条4項を通じて、免除の請求権を与えんとする。また、これらの基本権から生じる国家の保護義務の名宛人は、州の立法者であるとする⁴¹⁾。

この見解は、連邦憲法裁判所のこれまでの判決に依拠し、平日の閉店時間の規制の廃止が、基本法2条2項1文の保障する身体を害されないことを求める基本権だけではなく、人間相互間の関係にも影響を与えんとし、家族の保護を定める基本法6条1項に関わるものであるととらえ、連邦憲法裁判所が展開させてきた基本権保護義務の存在に依拠しつつ介入があることを認め、これが憲法上正当化できるかを検討し、立法者が保護義務を果たすときには、広範な裁量の余地があるとしても、連邦憲法裁判所が夜間労働からの保護の必要性に対して与えている高い価値からすると、現行法の状態は保護義務を果たしているとはいえないとするものであり、示唆に富むものと思われる。なお、閉店法の合憲性に関するこれまでの連邦憲法裁判所の判断では、主として、基本法2条2項1文が主として問題とされてきたが、基本法6条1項は、「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。」と、保護義務を条文化したものとといえるので、保護義務からの立法の根拠づけ自体は容易となるものであろう。

お わ り に

以上、不十分ながら、ドイツにおける閉店法による平日の開店時間の規制をめぐる最近の動きと、それが提起する問題を追ってきた。閉店法による小売商の閉店時間の規制は、商店主の職業遂行の自由の制限であり違憲であるとする訴えについて、連邦憲法裁判所の2004年の判決は、主として小売商で働く労働者の保護のためのものとして比例原則を満たし、結論として合憲であるとしたが、適切であるかどうかという点では、4対4と裁判官の意見がわかれた。この判決は、閉店法について連邦が立法権限を有することを実質的には否定し、また、合憲であるとする4人の裁判官の見

解の中で、閉店時間を連邦として統一的に規律することが合理的かを将来は検討すべきであるということも表明された。このことで、各州においては、閉店時間の自由化を求める声が高まったが、閉店法の改正ではなく、連邦制改革の一環としての基本法の改正により、閉店時間に関する規律権限が州の権限とされたことで、ほとんどの州は、平日の開店時間を自由化した⁴²⁾が、そこで問題となりうるのは、小売業の夜間労働についての法律の規制がなくなったことで、2004年の連邦憲法裁判所判決も含めて、これまでの連邦憲法裁判所の判例で、重要とされてきた夜間労働の保護をしないことが憲法上許されるかということである。このことに関して、基本権から保護義務が導かれるとする連邦憲法裁判所の理論を前提に、基本法2条2項1文と6条1項への介入があるとし、憲法上正当化できるかを検討して、シフト労働・夜間労働からの免除請求権等を主張する見解が出されている⁴²⁾。

日本においても、労働時間に限らず労働法の規制緩和が1990年代から進められてきており、労働者保護のために法律の規制が依然として重要であるとすれば、規制緩和に憲法上の限界がないかが問われる必要があると考えられる⁴³⁾。その際、本稿で概観した閉店法の規制緩和の動きとそれに対する保護義務にもとづいた主張が多くの示唆を与えるものと思われるが、日本におけるドイツの保護義務論の受け止めも視野にいたれた全体的な考察は、今後の課題とさせていただきたい。

- 1) Y・I「労働・休日の慣行見直しを迫られる西ドイツ社会」労働法学研究会報1741号（1989年）24頁。
- 2) 高島淳子「ドイツ、閉店法の行方」日本労働研究雑誌557号（2006年）85頁。
- 3) この中でも特に職業遂行の自由（営業の自由）の侵害が問題とされるが、この歴史的分析については、中島茂樹「ドイツ市民革命期における『営業の自由』」（1）（2）」名古屋大学法政論集63号（1975年）126頁以下、64号（1975年）155頁以下参照。
- 4) BVerfGE 23, 237. 和田肇「ドイツにおける小売業の労働時間規制」名古屋大学法政論集165号（1996年）3頁以下参照。
- 5) 和田・前掲6頁以下、齊藤純子「閉店法改正」ジュリスト941号（1989年）93頁。
- 6) 高島・前掲85頁以下。

- 7) Kingreen/Pieroth, Personale und kalendarische Arbeitszeitbeschränkungen, 2007 [以下, Kingreen/Pieroth, 2007], S. 11.
- 8) BVerfGE 111, 10.
- 9) BVerfGE 111, 10/16 ff.
- 10) 本節で引用する基本法の条文の内容は, 2004年時点のものである。
- 11) BVerfGE 111, 10/28 ff.
- 12) この老人看護士判決と呼ばれる判決については, 服部高宏「連邦と州の立法権限の再編」佐藤幸治ほか編阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』(2007年, 成文堂)463頁以下参照。
- 13) BVerfGE 111, 10/32 ff.
- 14) ピエロート/シュリンク(永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権』(2001年, 法律文化社)96頁参照。
- 15) 連邦憲法裁判所法は, 15条4項2文では, 特別な場合を除いては, 裁判官の過半数をもって決することとしているが, 3文で「可否同数のときは, 基本法違反または連邦法違反の確認はできない」とする。
- 16) BVerfGE 111, 10/38 ff.
- 17) これに対して, 他の4人の裁判官(パピアー, イェーガー, ヘミング, ホフマン-リーム)の見解によれば, 立法者の広範な形成の余地を考慮してもこの規律は, 今やもはや職業遂行の自由の適切な制限には該当しないとしている。その理由として主として以下のことを指摘している(BVerfGE 111, 10/43 ff.)。 閉店法の特別規定と例外の授権にもとづいて出される規定は, 立法者によって追求される目的がもはや高い重要性をもたないことを示すものである。 夜間の平穩の保護によって土曜日の閉店は正当化されない, しかも20時以降についてはそうである。一般的な労働時間法によれば, 夜間労働保護は23時以降になされているのに, 小売業の労働については20時以降が夜間労働として位置づけられる理由が明確ではない。 例外規定を正当化する理由は, 医薬品の供給の確保, 旅行やメッセ訪問を可能とすることであるが, 例外はこれらの目的を満たすためのものだけではない。また, 閉店法においては, 小売業の従業員の夜間労働の禁止は予定されておらず, ただ販売だけが中断されなければならない。 商店所有者の職業の自由の制限の憲法上の審査にあたって, 労働時間の状態に関する労働者保護は他の方法で達成可能であることもこの規律の適切さに反対する要因となる。つまり, 夜遅くの閉店は, 立法者の介入なしでも, すでに経営者の経済的な考慮から例外になることだけが重要なのではない。決定的なのは, 立法者は労働者保護の, 営業の終了を命じるという強力な介入の手段以外のその他の可能性を自由に使えることである。たとえば, 立法者は, 労働者を頻繁に夜に働かせることを制限できるし, たとえば, 日曜労働と関連してなされているように(閉店法17条, 労働時間法11条), そのための時間調整の要求を設定できる。そのような規定は, さらに, すでに現在でも法律で許されている例外領域においても労働者に有利に介入し, それゆえ商店の労働者全体を保護することができるという利点もあるだろうとし, これらのことから, 現行の閉店法は, 全体として職業の自由の適切な制限とはいえないとしている。
- 18) Sachs, Anmerkung. JuS, 2004, S. 908, 服部・前掲462頁以下参照。

- 19) Kingreen/Pieroeth, 2007, S. 11.
- 20) Sachs, a. a. O., S. 909.
- 21) 高畠・前掲85頁。
- 22) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28. 8. 2006 (BGBl. Nr. 41, 2034).
- 23) Kingreen/Pieroeth, 2007, S. 11.
- 24) 初宿正典「ドイツ連邦共和国基本法の最近五回の改正」自治研究1030号（2009年）24頁参照。この改正を盛り込んだ基本法の翻訳として、たとえば、高田 敏・初宿正典編『ドイツ憲法集〔第5版〕』（信山社、2007年）参照。
- 25) 服部・前掲455頁。
- 26) 山口和人「連邦制改革のための基本法改正実現」ジュリスト1321号（2006年）211頁。
- 27) 山口・前掲211頁，服部・前掲456頁参照。なお，大綱的立法とは，連邦が大綱的規定を定める権限をもち，州がその詳細のみを定める権限をもつものであり，競合的立法とは，連邦が立法権限を行使すれば，州は立法権限をもたないものである。州専属的立法とは，州のみが立法権限をもつものであるが，ドイツにおいては，国の立法権限は原則として州に帰属し，基本法が明文で列挙する事項についてのみ連邦に立法権限が認められる仕組みになっているので，連邦の立法権限 専属的立法および競合的立法 のいずれにも対象事項として列挙されず，またはいずれの対象事項からも明示的に除外されている事項が州の専属的立法権限の対象となるとされる（服部・前掲456頁，459頁）。
- 28) 服部・前掲469頁参照。なお，74条1項12号との関係については，後述40）参照。
- 29) Deutscher Bundestag, Drucksache 16/813, S. 9.
- 30) なお，キングレーン/ピエロートによれば，2004年6月9日の連邦憲法裁判所判決からすれば，連邦はすでに憲法改革が発効する前から，もはや閉店法の根本的な改正の権限はなかったが，閉店法の改正が世論においてふたたびさかんに議論となったので，閉店法を連邦制改革のなかにもりこむことが要請されたとする（Kingreen/Pieroeth, 2007, S. 11 f.）。
- 31) 高塚 一「ドイツにおける『閉店法』の歴史と緩和の動き」地理・地図資料2008年2月号（2008年）3頁参照。
- 32) Kingreen/Pieroeth, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Aufhebung der Ladenschlusszeiten, NVwZ 2006 [以下, Kingreen/Pieroeth, 2006], S. 1221.
- 33) Ebenda.
- 34) Ebenda.
- 35) Kingreen/Pieroeth, 2006, S. 1221ff.
- 36) Kingreen/Pieroeth, 2006, S. 1221.
- 37) なお，この判決については，青柳幸一「女性労働者の深夜労働を禁止する規定の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（2006年，信山社）98頁以下，拙稿「女性現場労働者の夜間労働禁止と平等原則」大阪教育大学紀要第 部門第44巻2号（1996年）63頁以下参照。
- 38) Kingreen/Pieroeth, 2006, S. 1222.
- 39) Ebenda.
- 40) なお，保護義務を果たす権限に関して，基本法74条1項11号の変更が労働法のもはや連

邦の権限ではない部分、つまり、予定される例外(閉店法3条以下)を含む一般的な閉店時間の規律ならびに免除および調整請求権についての規定にどのような影響をもつかが問題として残ることが指摘され、次のような見解が出されている。つまり、基本法125 a 条1項によれば、連邦法として制定された法で、基本法74条1項の改正のゆえに連邦法としてはもはや制定されえないものは、当面は効力を有する(1文)が、このことが意味するのは、閉店法3条以下の一般的な閉店時間とならんで、小売業における免除・調整請求権についての規定も原則としてさしあたりは引き続き効力を有することである。しかし、基本法125 a 条1項2文によれば、州はこの連邦法を州法によって置き換える権利を有するので、閉店法3条以下ならびに閉店法と労働時間法に含まれている免除・調整請求権(閉店法17条、労働時間法6条4項、9項、11項)は、州の立法者がその置換権限を利用した場合にはその限りにおいて、小売業にはもはや妥当せず、したがって、州の立法者がたとえば一般的な閉店時間を定めたが、免除請求権を定めなければ、閉店時間については基本法125 a 条1項2文によって州法が妥当し、一方、労働時間保護は、基本法125 a 条1項1文によって依然として閉店法17条、労働時間法6条4項、11条3項・4項を通じて生じる。州の立法者が日曜・休日労働に関してのみ免除条件を規律するのであれば、夜間労働に関する労働時間保護は、労働時間法6条4項によって生じることになる、というものである(Kingreen/Pieroth, 2006, S. 1224)。

- 41) Kingreen/Pieroth, 2007, S. 76.
- 42) なお、連邦憲法裁判所はその後、2009年12月1日に日曜・休日労働の制限の合憲性について判断を示している(BVerfGE 125, 39)が、それも含め、日曜・休日労働の規制についての検討は後日としたい。
- 43) たとえば、西谷敏『規制が支える自己決定』(2004年、法律文化社)270頁以下参照。また、拙稿「労働法と憲法」憲法問題21号(2010年)68頁以下も参照。