

ドイツ憲法と法治国家原理

—権力の分立と立憲的制御—

山 岸 喜久治

- [I] ドイツ法治国家論の前提
 - (1) 法治主義の展開
 - (2) 法治国家条項の不在
 - (3) 基本法の法治国家原理
- [II] 憲法条項と権力分立
 - (1) 基本法 20 条と権力分立
 - (2) 権力の交差と本質性理論
 - (3) ヨーロッパ連合の権力
- [III] 立憲国家による法拘束
 - (1) 立憲国家の法ランク
 - (2) 法律と法権利の重層
 - (3) 法律の優先と留保
 - (4) ヨーロッパ連合の法定立
- [IV] 裁判所と権利救済手段
 - (1) 権利救済手段の保障
 - (2) 裁判官の独立
 - (3) 法律上の裁判官
 - (4) ヨーロッパ連合の権利保護
- [V] ドイツ法治国家のディスタンス

略語

GG : Grundgesetz = 基本法

BVerfGE : Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
= 連邦憲法裁判所判例集

[I] ドイツ法治国家論の前提

ドイツの憲法（基本法）は、国民から発するすべての国家権力（Staatsgewalt）が国民自身の表

決と「立法」(Gesetzgebung)、「執行権力」(vollziehende Gewalt) および「司法」(Rechtsprechung)の国家機関によって行使されることを定めている(GG20条2項)。これは、一般に国民主権(民主主義)と権力分立を定めるものであるが、同時にドイツの法治国家原理の要素を表すものでもある。法治国家にとって、国民代表機関による「立法」、文字通り「法」(Gesetz)の「定立」(Gebung)が第一義的な前提問題である。

ドイツ語の「法」には、「レヒト」(Recht)と「ゲゼッツ」(Gesetz)があるが、基本法20条の「立法」(=法と定立の合成語)においては、「ゲゼッツ」の語が使われている。この言葉には、主に3つの意味があるとされている。すなわち、①自然科学上の「法則」の意味、②「道徳律」(Sittengesetz)の意味、そして③「法律」の意味である(Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 2010, S.514f.)。

①自然科学上の法則は、事実(Tatsachen)にのみ関係する。自然科学上の法則により、リアルな現実の特定の状態もしくは事象進行(Geschehenabläufe)が簡潔な「公理」に結実する(重力の法則、タレスの定理、相対性理論)。対する③法律学上の法は、實在(Sein)に関係するのではなく、当為(Sollen)に関係するものである。それは、「何があるか」ではなく、「何であるべきか」を定式化する。それは、人間の共同生活と社会領域における個人の行態に関する拘束的な規律を包含する。この違いから生じるのは、自然科学上の法則は発見されること、つまり科学者は確かな条件のもとで、事象が特定の方向へ進むこと、もしくは特定のファクター(要因)の重なりが、定まった結果に至ることを確認するのに対して、法律学上の法は、発見されるのではなく、創造されること、すなわち見出されるのではなく、発案されるということである。立法者は、特定の規律を組み立て、市民がそれによって方向づけられることを要求する(Vgl. Hartmut Maurer, a.a.O., S.514.)。

②道徳律は、倫理とモラルの領域に属するが、同時に特定の行態を要求し、同時に当為命題(Sollensatz)を表す。それは、法定立(Rechtsgesetz)とは異なり、人間の共同生活の外部秩序の樹立と保持に資するのではなく、倫理上もしくは宗教上の価値観の充足に資するものである。法定立は、表面上拘束的であり強制されるが、道徳律は、良心(Gewissen)に結びつくだけのものである(Ebenda, S.514.)。

以上にみたように、「法」には3つの用例があるが、それらには一定の「関連線」(Verbindungslinien)が認められるという。すなわち、③法律は、確かに事前にある事実ではなく、また事前に定められた価値原理によって決定されているものではなく、立法者によって事後にその観念に従って「与えられた」ものである。しかし、立法者はその際「フリーハンド」の自由を享受するわけではなく、実際には現実、経済、科学技術、文化、倫理などの観点から規準を打ち立てなければならないのである(Ebenda, S.514-515.)。

さて立法(法定立)によって統治されるシステムは、法治国家である。戦後のドイツ国法学にとって、法治国家論の探究は、最大のテーマであった。日本と同様、改革を求められたドイツは、ワイマールからナチスを経験したその教訓をもとに、民主的法治国家としての再生をめざした。ドイツの土台は法治国家であるが、その原理は多彩である。本稿は、ドイツ国法学の共通的理解をもとに法治国家の理論と現実を考察する。

(1) 法治主義の展開

<法律概念の歴史>

ドイツにおける法治主義は、言うまでもなく「法律」の存在を前提とするが、ドイツ国法学はそれを形式的意味の法律と実質の意味の法律に分けて考える。この二分法は、19世紀の立憲主義的国法学にまで遡る（Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 2010, S.515.）。17・18世紀の絶対主義国家において、法律制定＝立法（Gesetzgebung）は、もっぱら君主の権限であったが、19世紀の諸憲法（Verfassungen）は、君主の法律が国民代表議会の同意をもって公布されるべきものと定めていた。このことによって、法律としていかなる規制が国民議会の同意を要するか、そしていかなる規制が法律概念から外れるか、ゆえにこれまで通り、それは行政指令（Verordnungen）として君主のみによって発出されうるか、という問題が認識されるようになった。したがって、法律概念は、国民議会の所轄領域を根拠づけ、同時にそれは権限概念へと脱皮した。法律概念は、これを通じて、立憲主義的国法学の中心眼目となり、さまざまな概念規定が主張されるようになった（Vgl. Hartmut Maurer, a.a.O., S.515.）。

何よりも重要なのは一時的なずれはあるが一以下の3つの理論が唱えられたことである。すなわち、①法律は、自由と財産への介入を規制するすべての諸規定（Regelungen）である、②法律は、「社会的限度決定」に資する規制、すなわち独立した法主体間の限度を確定するすべての諸規定である、③法律は、すべての一般的・抽象的な、すべての一般拘束的な法規範（Rechnormen）である、というものである（Hartmut Maurer, a.a.O., S.515.）。

こうして法律は、権限概念に結実したため、法律形式は、他の高権行為（Hoheitsakte）に対しても定めがなされ、そのことで議会の管轄領域が根拠づけられることになった。その古典的な事例が予算計画（Haushaltsplan）であり、それは先の法律概念のいずれにも該当しないが、法律によって確認されるものとなった（Hartmut Maurer, a.a.O., S.516.）。

このことは、法律概念の二元化への展開をもたらすことになる。すなわち、形式的意味での法律は、正に「形式」（Form）を引き合いに出す。それは、内容を顧慮することなく、憲法上の立法者により、立法手続において「法律」として公布されたすべての高権行為である。これに対して、実質的意味での法律概念は、「内容」（Inhalt）に着目する。しかし内容は、とりわけ一般拘束的な法規範、また別の形式での「法規命令」（Rechtsverordnung）もしくは「規則」（Satzung）として出されることも可能であったため、両概念ともそれをカバーするものではなく、両者は言わばその交差する領域を構成するものとなった（Hartmut Maurer, a.a.O., S.516.）。

<その後の展開>

全般に19世紀ドイツの法治論は、行政の法律適合性、裁判所の独立および権力分立に重点を置くものであった。市民的・自由主義的な法治国家は、主権者（君主）の絶対主義的な権力を制限する。立憲主義（Konstitutionalismus）の意味での形式的法治国家も、実質的な「関心事」（Anliegen）、すなわち市民的自由の関心事を、とくに自由と財産への介入に対しては法律の留保（Vorbehalt）により、また議会の予算権と租税承認権によって追求した。市民的自由と平等に関する合意（Konsens）が存在する以上、形式的法治国家は本質上それで満足することができた。しかし、この合意が抜

け落ちる (entfallen) とき、形式的法治国家は、全体主義的なナチス (NS) 国家によって濫用されることになったのである。すなわち、法治国家は単なる『法律国家』(Gesetzesstaat) に墮した。そこでは、法律は内容が実質的に不正 (Unrecht) であっても受け入れられた (Vgl. Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 2020, 36. Aufl. S.56.)。

戦後のドイツ (西) は、この反省から「実質的法治国家」へと方向転換し、強力な憲法裁判権 (そして行政裁判権) により実質的法治国家性をより徹底するようになる。基本法 (憲法) の法治国家は、形式的要素と実質的要素が絡み合い、形式と内容が「不可分の総合 (ジンテーゼ)」の関係にある (Christopf Degenhart, a.a.O., S.56.)。

<現代の法律概念>

前述の二元的法律概念は、今日においても国法学の前提となっている。

形式的意味での法律は、憲法が予定した所轄の立法機関 (とくに議会) による手続において、明定の形式で公布されたすべての成文準則 (Rechtssatz) である。形式的意味での法律は、それゆえ議会制定法 (Parlamentsgesetz) であり、連邦レベルでは基本法 76 条から 78 条および基本法 82 条により成立し、署名され、公布されたものである。それとは区別されるものとして、とりわけ法規命令と規則がある。それらは、議会によって可決されたものではなく、授權に基づき特定の行政機関によって公布されたものである (Vgl. Christoph Gröpl, Staatsrecht I, 2020, S.115.)。

他方、実質的意味の法律は、すべての法規範 (Rechtsnorm) である。すなわち、高権の権力担当者が公布した対外的効果を伴うすべての「抽象的・一般的規律」(abstrakt-generelle Regelung) である。抽象的であるとは、不特定数の事情を規律する意味であり、一般的であるとは、不特定数の人員を規律する意味である。したがって実質的意味の法律にあつては、形式的意味の法律の場合とは異なり、成立の仕方は問題にならない。決定的なのは、それが内容において抽象的・一般的規律を含み、対外的効果を展開させるかどうかである。したがって命令や規則は、行政職員に向けられるものであり、対外的効果をもたず、法律には当たらない (Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., S.115–116.)。

<形式・実質の総括>

法律の形式と実質の関係は、概要、次のようになる (Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., S.116.)。

●古典的に表示された法律 (民法典、刑典など) は、形式的意味の法律であり、実質 (体的) の意味における法律でもある。

●実質的意味だけ (nur) の法律もある。すなわち、議会によって決定されていない法規範、とりわけ執行府によって発令された法規命令、または地方自治体もしくは自治的団体に由来する条例規則もある。しかしそれらは、名宛人 (市民) に対するその効力において議会制定法と違いはない。

●これに対して、形式的意味だけの法律も存在する。それは、議会による立法手続を完了した成文準則 (法規範ではない) ではあるが、何らの実質的規律も含まない。この古典的事例には、基本法 110 条 2 項 1 段による財政法上の財政計画の確認、もしくは基本法 59 条 2 項 1 段による国際法上の条約の同意がある。

●特殊な形式は、措置法である。それは、議会による立法手続を経て成立し、ゆえに形式的意味での法律である。またそこには実体 (質) 的規律も含まれ、抽象的・一般的規定 (法規範) が含ま

れている。他方、それは個別事案、たとえば道路交通制度の特定部分の計画立案を定めるものである。このことは、憲法に適合し、とくに基本法 19 条 1 項 1 段に反するものではないが、恣意的に行われてはならず、正当な根拠に基づくものでなければならない（BVerfGE 95, 1 [17] —スタンダー南迂回路事件）。

法治国家的であるためには、国家が法秩序の枠内で活動し、また共同体の全秩序としての法秩序の存立を保障する場合に限られる。このための秩序形成の中心的手段となるものが、議会制定法（Parlamentsgesetz）である。それは、「形式的法律」（das formelle Gesetz）として成立し、そこから下位の法、すなわち法規命令と規則が導かれる。法律レベルおよび下位法レベルでの諸規範は、憲法秩序に組み込まれることになる。法治国家原理の命題から、法律が憲法に適合すべきことへの形式的・実質的要請が帰結する（Vgl. Christoph Degenhart, a.a.O., S.55.）。

(2) 法治国家条項の不在

現代のドイツは、自由主義的な立憲国家であり、法治主義は民主主義に次ぐ第二の基本原理であるが、基本法自身には「法治国家」（Rechtsstaat）の用語はほとんど存在しない。基本法 23 条および基本法 28 条の 2 箇所でのみ使われているだけである。23 条は、1992 年に導入されたものであり、基本法制定時（1949 年）の条項の中では 28 条のみである。28 条は、「諸ラント（州）における憲法秩序はこの基本法にいう共和的、民主的および社会的法治国家の諸原則に合致しなければならない」として、連邦と各州との同調性を求める規定である。一方 23 条は、「ドイツ連邦共和国はヨーロッパの統一の実現のためにヨーロッパ連合（EU）の発展に協力する」と定めるが、その「EU は、民主的、法治国家的、社会的および連邦的諸原則および補充性原則に義務づけられること」、そして「本質上この基本法に匹敵する基本権保護を保障する」ことが求められる。この条項は、EU に対するドイツの優位性を示すものである。

(3) 基本法の法治国家原理

基本法の中には、法治国家原理に関する定めはないため、ドイツ国法学は、判例とともに法治国家原理の意味内容をさまざまに解釈してきた。その際に、議論の出発点にあるのは、基本法の 20 条、1 条および 79 条の規定である。基本法 20 条は、「すべての国家権力は国民から発し、国民により選挙と表決において行使され、また立法、執行権力および裁判（司法）の特別な機関を通じて行使される」（2 項）こと、また「立法は、憲法秩序に拘束され、執行権力および裁判は法律（Gesetz）および法権利（Recht）に拘束される」（3 項）旨を定めている。ここでは、国民主権下での権力分立制の採用、立法は憲法秩序に拘束されること（立憲主義）、ならびに執行権力と裁判が法律および法権利に拘束されること（法治主義）が定められている。また基本法 1 条は、「基本権（Grundrechte）は直接的に国家権力を拘束する」（3 項）旨定め、基本法 79 条がこの規定は「基本法改正による変更は許されない」（3 項）と定めている。憲法に基づく立憲主義が、形式的・実質的法治主義に枠づけを与えているのである。現代のドイツは、議会制定法を中心とする法治国家であるだけでなく、同時に基本権を憲法裁判で遵守する立憲国家となっている。

<国家作用の適法性>

さて基本法 20 条 3 項は、立法の憲法適合性、執行権力と裁判（司法）の適法性を要求するが、いうまでもなく議会制定法（法律）が法治国家の中核的な位置を占めている。その意義は、以下のようなものである（Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., S.114–115.）。

●法律により、直接的かつ民主的に正当化される立法者は、自らの法的な確信と意図を表明し、そのことで市民の行動に直接的影響を与える。

●法律により、議会は、行政に対し活動規準を指し示し、こうして行政活動にとっての事物的・内容的な正当性を創設する。

●法律は、国家作用を最終的に統制する裁判にとっての決裁的尺度である。

<実体法と手続法>

法律を分類するには、いくつかの方法がある。重要なものに、実体法と手続法の区別がある。実体法は、特定の問題を事案に即し、内容上規律する成文準則（Rechtssätze）である。それは、諸人格の間（市民相互間もしくは市民と国家の間）において、または諸機関の間における内容上の法関係を根拠づけ、確認、変更もしくは終了させる（Vgl. Christoph Gröpl, a.a.o., S.115.）。たとえば基本権（GG1 条～GG19 条）は、とりわけ個人の自由主義的な防御の地位を確立するものである。また実体的市民法（民法典等）は、市民がいかなる権利義務を有するかを述べ、実体的刑罰法（刑法典等）の規定は、何が刑罰をもって禁止されているかを明確にする（Ebenda, S.115.）。

他方、手続法は、法秩序の具現化の方法を規律し、訴訟法がそれに相当する。たとえば民事訴訟法は、とりわけ個人が自己の実体的権利を貫徹するために、裁判所に対して何を行わなければならないかを規定し、刑事訴訟法は、多様な中においてとりわけ犯罪行為とみなされる行為があったかどうかの捜査における警察と検察の権限を規律する（Ebenda, S.115.）。

<事例の提示>

[事例 1]（Christopf Degenhart, Staatsrecht I, 2020, S.57.）：連邦の融資措置法（IMG）により、鉄道新建設路線ハノーファー・ベルリン区間（ステンダール南迂回路）が決定されることになったが、それは法律の施行と同時に当該区間の設置が計画法上許可される形で行われた。このやり方は、官庁による計画承認手続の遅延、および引き続き起こりうる行政争訟手続を回避するものと考えられた。鉄道路線の近隣に居住する住民は、融資措置法は本質上法律形式での行政行為であるとして、行政裁判所に同法律を廃止するよう申し立てた。

<事例の考察>

[事例 1 の検討]（Christopf Degenhart, a.a.O., S.59.）：問題になっているのは、名称からもわかるように措置法である。これだけでは、憲法上の重要な事柄にはならない。しかし融資措置法（IMG）は、以下の点に違反しかねない（高橋洋「法律による鉄道路線計画決定及び公用収用の合憲性—シュテンダール南回り決定—」『ドイツの憲法判例 III』2008 年 350 頁以下参照）。

①基本法 19 条 1 項 1 段（個別事案法の禁止）に違反するかどうか。a) 個別事案法かどうか。ここでは、具体的で個別的に指示され、法律によって許可される建設措置が提示されている。b) 許されない個別事案法かどうか。基本法 19 条 1 項 1 段違反に当たるのは、当法律が基本権侵害をもた

らす場合だけである。計画と結び付く生活妨害 (Immissionen) が、事情によっては近隣住民の基本権の侵害を現出する場合があります。この場合は、この法律は、個別事案としてのみ適用されるものではない。というのは、それは、すべての現在および将来の潜在的当事者に対し同程度に作用するからである。

連邦憲法裁判所は、この事案においては個別事案性を重視せず、「その企図の迅速な実現が公共の福祉に特別な意義を有する、というような十分な理由 gute Gründe が存すれば、それが許される」とし、かつそのような十分な理由が存したことを認めた」(高橋洋・前掲論文 354 頁)。

②権力分立に対する違反かどうか。a) 当法律は、執行府の作用領域に関係する。建設計画を個別事案において許可することは、執行府の典型的な任務領域に含まれる。b) 基本法 19 条 4 項の権利保護保障がここでは関係する。なぜなら、法律に対しては何らの行政法上の保護も開かれず、連邦憲法裁判所への憲法訴願だけが可能であるにすぎないからである。それゆえ措置法については、その正当な理由が必要である(特別な事情、緊急性)。

本事案の争点は、「議会が法律によって計画、それも個別具体的なものに及ぶ詳細計画を決定することができるか」、言い換えれば、権力分立原則から計画決定は行政に留保されているかどうかにあったが、連邦憲法裁判所は、「それぞれの権力のメルクマールを検討する中で、計画を策定する権限は立法部に一義的に帰属するのではなく、また執行部に一義的に帰属するのでもない」とした。しかし他方で、同裁判所は、「権力分立の原則から、権力の核心領域の保障を引き出し」、また「連邦政府には計画の準備という責務が課せられ」、「議会が民間の計画会社への調査委託や議会の委員会の準備」など、自立的決定ではないが、理由があれば「計画一般について、議会は個別具体的な計画を確定する権限を、連邦政府の準備段階での関与つき」で有するとした(高橋洋・前掲論文 353 頁)。

③権利保護については、法律に対する憲法訴願が可能である。行政裁判所に対する提訴は排除される。以上から、同裁判所は、当計画は基本法に反しないと結論づけた。

【II】 憲法条項と権力分立

シャルル・ド・モンテスキューは、自著『法の精神』(1748 年)の中で、イングランドの国制(憲法)に関連して「すべての国家には、三つの完全な権力が存在する」、「すなわち立法権、国際法に依存する事案における執行権、そして民事法に依存する事案における執行権がそれである」という有名な定式化を行った(モンテスキュー『法の精神(上)』野田良之ほか訳 2010 年 291-292 頁)。一般に権力分立と呼ばれる定式である。モンテスキューは、比較政治学に従事し、ヨーロッパ諸国についてその国が実践してきた基準に照らして権力分立を考察した。彼は、権力が分立していないいかなる国家においても専制政治が横行し、これを防ぐためには権力の分散化が必要であり、このことによって市民の自由が守られると主張したのであった。三権分立の思想は、フランスの「人および市民の権利(人権)宣言」へ引き継がれ、その 16 条は「権利の保障が確保されず、権力の分立が確立していない社会には、憲法はない」と言明した。権力分立に関するモンテスキューのテーゼは、

今日においても自由主義的な法治国家において広く受け入れられている。

(1) 基本法 20 条と権力分立

<総説>

法治国家の秩序は、「主観的国家秩序」(subjektive Staatsordnung)と「客観的機能秩序」(objektive Funktionenordnung)に区分されるという。前者は、自由権、基本権相当の権利の保障および平等の基本権で構成され、後者の中心には、権力分立が位置づけられる (Eberhard Schmidt-Assmann, *Der Rechtsstaat*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts II*, 2004, S.565f.)。しかし、これら2つの秩序は、民主国家原理、連邦国家原理および社会国家原理による影響を受け、相互に関係し合うものである。

権力分立は、理論上「客観的機能秩序」に属し、自由主義的な法治国家の根本組織原則であるが、基本法自身「すべての国家権力は」「立法、執行権力および裁判の特別な機関によって行使される」(GG20条2項)と明記する。しかし、ドイツ憲法では、国家機能(作用)の構成と作用担当者(人員)の分離が暗示されているにすぎない。

権力の分立は、原則論上、機能、組織および人事において実現し、立法、行政および司法の各国家機能が分離され、それらは独立した機関(Organen)と人員(Personen)に委ねられる (Vgl. Christoph Degenhart, *Staatsrecht I*, 2020, S.114.)。しかし分離は厳格なものではなく、組織、人事そして機能において少なからず交差が生じる。たとえば政府のメンバーは、大部分、立法府に属し、執行府も法定立を行うことがある。そしていずれの権力機構も、一方的に優位に立つことはない。分立化された権力は、本質において相互に不可侵のままである (Vgl. Christoph Degenhart, a.a.O., S.114-115.)。

<立法府>

議会制民主主義においては、立法権力は一般に議会に与えられるが、それは本来的な民主主義における「指導権力」(Leitgewalt)である (Vgl. Christoph Degenhart, a.a.O., S.117.)。議会制定法(Parlamentsgesetz)は、国家権力の行使にとっての基礎であり、議会は立法府として、議会主義的な立法(法律制定)の形式での規範設定(Normsetzung)に責任を負う。ここでは、形式的意味の法律が問題となり、議会制統治における立法府の卓越した地位が現示されている。立法府は原則上、自らの政治的決断を「法律」(Gesetz)の鑄型に注ぐことができるからである。[事例1]のように、立法府は、法律の形で具体的なプラン(計画)を決定することもできるのである (Christoph Degenhart, a.a.O. S.115.)。

<執行府>

執行権力の作用領域についても、基本法の中には明示的規律がない。一般にその典型的な任務は、法律の執行(Vollzug)とされるが、それに尽きるわけではない。この執行作用の多様性が執行権力の定義を困難にし、消極的定義(控除説)が通説である (Vgl. Christoph Degenhart, *Staatsrecht I*, 2018, 34.Aufl. S.117.)。すなわち、法定立(立法)と法宣言(司法)以外の国家作用もしくは他の公権力機関の活動としての管理=行政(Verwaltung)がその定義である。また、行政と並んで一部分、

特別な国家作用としての執政=統治 (Regierug) もあるが、それは執行権力の一部である。すべての非法律的な手法による行政も、法律の枠内での行動でなければならず、執行権の地位は、法律の優先と留保による規制を受ける (Christopf Degenhart, a.a. S.118.)。

<司法府>

機能上・組織上区別されるのは、司法=裁判 (法宣言) の作用である。それは、とくに基本法 92 条の「裁判官留保」(Richtervorbehart) において、象徴される。同条は「司法権は裁判官に委託される (anvertraut)」と定め、裁判所 (Gerichte)、つまり基本法上の裁判官で占められた国権の特別な組織体によって行使される (Christopf Degenhart, Staatsrecht I, 2020, 36.Aufl., S.115-116.)。そして「裁判官は独立し、法律 (Gesetze) のみに従属している」(GG97 条 1 項) とされる。

司法の作用領域に関係するものとして、国家の公権力行使によって権利を侵害された人に対する裁判所の救済がある (GG19 条 4 項)。市民は、基本法の 101 条 (例外裁判所の禁止)、102 条 (死刑の廃止)、103 条 (罪刑法定主義)、104 条 (自由刑の場合の権利保障) のいわゆる「司法的基本権」を享受する。

<事例の提示>

[事例 2] (Christoph Degenhart, a.a.O., S.113.) : 2011 年 3 月 14 日に、連邦宰相は、日本での原子炉事故報道から「我々はドイツの原子力発電所の先日やっと (erst) 決定に至った稼働期の延長を中断します」「これは一種のモラトリアム (猶予) です」「このモラトリアムは、3 か月間適用されます」という発表を行った。ほんの少し前に、法律によって、1980 年まで操業されていた 7 つの施設が 8 年間、そして残りの 10 の原子力発電所は 14 年間の延長が決まっていた。正にこの法律が、今や 3 か月間、適用されないものとされたのである。これに対して疑義が表明されたが、連邦政府側は、法律上の「細かい事柄へのこだわり」(Spitzfindigkeiten) は野党の仕事であり、政府は行動しなければならないと回答した。

[事例 3] (Christopf Degenhart, a.a.O., S.113-114.) : 2017 年 3 月 3 日の判決で、連邦行政裁判所は、緩和の見込みのない不治の病者に対して、自死願望 (Suizidwunsch) が拒否されてはならないこと、それゆえに (許可義務のある) 麻酔薬 (Betäubungsmittel) の購入が許されうると判示した。連邦保健省は、この判決を憲法違反と思料した。同省は「不適用命令発布」(Nichtanwendungserlass) により、所轄の連邦医薬生産研究所 (BfArM) に対して、連邦行政裁判所によるこのための上記要件 (絶望的な極度の窮地) が充足されている場合でも、相応する許可を与えてはならないと命じた。この命令は合法か。同研究所は、どのように対応すべきか。

[事例 4] (Christopf Degenhart, a.a.O., S.114.) : 軽犯罪 (Bagatelldelikt) 訴追の新規律法は、「万引き行為」が上限 50 ユーロまでの秩序違反 (Ordnungswidrigkeit) として、今後、秩序官庁によって訴追されると定めた。どのような法律問題が生じるか。

[事例 5] (Christopf Degenhart, a.a.O., S.114.) : 大衆出版社 (有限会社) が発行したカラフルなイラストの入った週刊誌『シュリレ・ブラット』(Schrille Blatt) は、連邦大臣である X の、今問題になっている「一時期の伴侶」(Lebensabschnittsgefährtin) 「甲」の写真を承諾なしに公表するに至った。同社は、「甲」にこれを週市 (Wochenmarkt) への来訪の際に、またオープンカフェで、同じよう

に支障のない (unverfänglich) 状況のもとで提示した。このことによって「甲」は、自分の人格権が侵害されたものとみなし、25000 ユーロの損害賠償を求めて出訴した。この金額は、最終的にハンザ同盟都市の州上級裁判所によって認容されたが、当出版社は、この判決を違法と考えた。当社は当該裁判所が民法 (BGB) 253 条の明瞭な文言を無視したとし、民法の現行規定 (当時) が人格権の保護にとって不十分であるとしても、これを改正するのは立法府の任務であると主張した。

＜事例の考察＞

[事例 2 の検討] : (Christopf Degenhart, a.a. S.120.) : モラトリアム (猶予) の憲法上の評価について問題となるのは、告知 (Ankündigung) が法的にいかなる段階にあるかである。それは、単に非拘束的な政治的態度表明を行っているにすぎないと考えられよう。

●これに対して、行政 (Verwaltung) には法律の執行の義務があること、そして執行機関の最高位としての政府は、行政に対し命令権を有し、これによって法律の執行に責任を負うことが語られる。政府が法律を適用しないよう決定するとき、このことは、執行機関への相応する指令を意味する。

●2010 年からの有効期間延長 (Laufzeitverlängerung) のための法律が適用されない場合、行政は、現在の法律に従って行動しているのではなく、この法律の施行前に存在していた法状態に従って行動していることになる。このことは、基本法 20 条 3 項 (執行権の法律への拘束) の義務に反する。

●政府の告知がただ単に非拘束的な態度表明と評価されるような場合ですら、それは、行政の法律拘束性を否定することになろう。

●この中には、議会の権利に対する侵害も存在する。議会は、政府と行政に対して法律の遵守を求める憲法上の権利を有する。

[事例 3 の検討] (Christopf Degenhart, a.a.O., S.116–117.) : 連邦保険大臣は、自己の命令により、権力分立原則に違反した可能性がある。もちろん裁判所の判決は、部分間つまり当事者間でのみ、直接的に作用する。しかし行政は、法律と法権利に拘束されるのである。分権国家において、法律と法権利を解釈することは司法の任務である。執行府は、それゆえ司法のとりわけ最上級裁判所の判決を遵守する義務を負うが、個別事例の特殊性を理由に、それから外れることは排斥されない。ただし、最上級裁判所の裁判に反する決定を下級官庁に一般的に命じることは、権力分立制に違反することになる。連邦の官公署は、命令に拘束されるが、所管大臣に法的疑義 (異議) を申し立てなければならない

[事例 4 の検討] (Christopf Degenhart, a.a.O., S.117.) : 「万引き行為」の行政官庁への懲罰権 (Ahndung) の委譲は、基本法 92 条 (司法権の裁判官への委託) に違反する。

①裁判官留保かどうか。a) 刑事裁判権の裁判官への留保は、基本法 92 条から生じる。すなわち、刑事上の不法に対する贖罪としての自由刑・罰金刑は、裁判所に留保され、自由刑の場合、さらに基本法 104 条 (正式法律の必要性、過酷な扱いの禁止) が適用される。b) 窃盗犯罪は、伝統的に「刑法」に含まれ、その懲罰権は「古典的な刑事裁判権」に属する。その結果、基本法 92 条の裁判官留保となる。

②法改正かどうか。a) 「古典的な刑事裁判権」の領域は、改正不能と規定されているわけではない。立法者にとって、軽犯罪を別区分にすることは許されるが、刑事裁判権の中核領域は維持され

なければならない。これは、「倫理的な責任叱責」の観点から示される刑法の任務である。b) 刑事裁判権の中核領域の外であれば、行政官庁による過料 (Bussgeld) での懲罰が規定されうる。それゆえ決定的なのは、見解の変遷があったかどうかである。すなわち、「万引き行為」は、もはや「倫理的な責任叱責」とは結びつかないという見解への変遷であるが、それはおそらく否定されるであろう。

③結論はどうか。基本法 92 条違反が認められる。そのような場合は、行政官庁の措置に対して、基本法 19 条 4 項に基づき裁判所による権利保護が可能である。

〔事例 5 の検討〕 (Christopf Degenhart, a.a.O., S.117.) : 裁判所の判決は、法律への司法 (裁判) の拘束 (GG20 条 3 項) に反することになる。

①法効果 (賠償) は、裁判官による民法 253 条違反の法継続形成 (Rechtsfortbildung) のやり方の中に見出される。

②しかしここでは、裁判所は、金銭賠償の承認によって、人格権の有効な保護を追及しようとした。人格権は、基本権上の地位を有する。それは、基本法 1 条 1 項 (人間の尊厳) および基本法 2 条 1 項 (人格の自由な発展) に由来する基本権である。

③これは、本事案では民事裁判所による創造的法継続形成を正当化する。民法 253 条にあっては、立憲前的な権利が問題とされるため、立法者の明瞭な文言も、この場合の法継続形成を妨げるものではない。

<権力担当者の兼職の禁止>

民主制と権力分立にとって、権力の担当者が選挙によって選ばれるだけでなく、権力を行使する人間は、同時に他の権力機構に所属しないことが重要である。一般論としては、立法府の議員であると同時に、執行府のメンバーを兼ねることができないこと、つまり人事上の分離が必要であろう。兼職の場合、複数の国家機関が同一の官職者 (人物) によって占められることとなり、ひいては同じ人間が法律を制定し、それを執行するという事態 (独裁) が生じかねない。よく知られるように、アメリカの大統領制は、連邦議会 (上院・下院) の議員と大統領職との兼職を認めていない。しかし、イギリス議院内閣制では、閣僚は立法府 (庶民院・貴族院) から選出されるという違いがある。

混合政体であるドイツの場合「連邦大統領は、連邦もしくは州の政府にも立法団体にも所属してはならない」(GG55 条 1 項) とされるが、「連邦宰相もしくは連邦大臣の官職は、連邦議会の構成員資格 (Mitgliedschaft) と両立しないわけではない」(Jörn Ipsen, Staatsrecht I, 2020, S.212.)。しかし、執行権と立法権は、国家機能としては分離独立の関係にあり、連邦宰相職と議員職との兼職をいかに考えるかはなお問題となるが、議院内閣制においては兼職がむしろ前提となっている。

「連邦議会に選出された、収入 (Dienstbezüge) を伴う公務員 (Beamte) の勤務上の権利義務は、連邦選挙管理委員会の (当選) 確認の日から」「休止 (ruhen) となる」(議員法 5 条 1 条 1 段)。その「公務員は、勤務外 (a.D.) と書かれた官職名称もしくは勤務名称を付ける権利を有する」(同条 3 段)。このことは、「裁判官、職業軍人および期限付き軍人に準用される」(議員法 8 条 1 項)。

なお連邦憲法裁判所の場合、同裁判官は「連邦議会、連邦参議院、連邦政府に所属することができない」こと、「また州のそれに相応する機関にも所属することができない」ことになっている (連

邦憲法裁判所法3条3項)。

(2) 権力の交差と本質性理論

<三権の作用>

権力分立の理念から、三つの国家機能は、そのつどの「特別な機関」に対して当然、以下のように配分されている。すなわち、法定立はもっぱら議会に、執行は政府と行政に、そして司法は、例外なく裁判所にとりいう形での配分である。

立法作用は、市民および官庁にとって「当為」(Sollen)を含む一般的ルールを定立することである。当為は、あるべき姿を書き記したものであり、市民と法執行者に向けられた命令であるところの「下命」(Gebote)ないし「禁止」(Verbote)に相当する。その特質は、普遍的であること、特定の市民・団体に向けられたものではなく、時空的な境界をもたないことにある(Vgl. Jörn Ipsen, Staatsrecht I, 2020, S.211.)。議会制民主主義においては、このような立法の権限は議会(立法府)が所有する。立法府は、民主主義における「指導権力」(Leitgewalt)であり、議会制定法こそが国家権力行使の土台となっている(Vgl. Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 2020, S.115.)。

執行作用は、主に①統治(執政)、②行政および③軍事的防衛という三つの国家作用を統括する概念である(コンラート・ヘッセ[訳]初宿正典/赤坂幸一『ドイツ憲法の基本的特徴』2006年335-347頁参照)。①統治作用は、「政治的な国家指導、内政・外交全体の責任ある指導として理解され、とくに経済過程の操作もこれに含まれている」。②行政作用は、「国家的任務を個々別々に、しかも法的に規範化された基準に拘束されつつ、日常的に実現する」。③軍事による国家防衛作用も、基本法にいう執行作用に含まれる。

司法作用について、基本法は何らの定義も行っていない。学説はさまざまな定義づけを試みているが、結果において大差はないという(Vgl. Hartmut Maurer Staatsrecht I, 2010, § 19, S.611.)。裁判所に法律上託された作用が司法であるという形式的把握は、「循環論法」(=「司法は裁判所の活動である」、「裁判所の活動は司法である」)に陥るためすでに問題外とされている。定義の問題はあるが、一般に司法作用は、「法に関する紛争や違反が生じた場合に、特別の手續において、有権的な決定を、したがって拘束的で独立的な決定を行うという任務である」といってよく、裁判は、もっぱら法の維持に仕え、またそれによって法の具体化と持続的形成に仕える」とされる(コンラート・ヘッセ前掲書348頁)。

以上のような三権の作用(機能)は、それを担う機関に限られず、それを越えて他の国家機関も行うことがある。たとえば「立法」(法定立)は、議会だけでなく、執行府も命令の形で行い、裁判所は、司法以外に規則制定などの立法を行い、他の執行的作用も行う。なお議会もまた、統治管理作用を行うことがある。

<本質性理論>

このような機関と作用との重複は、一般に「本質性理論」(Wesentlichkeitstheorie)により、ある権力が他の権力の「核心領域」に干渉することがない限り、合憲とされている。連邦憲法裁判所は、この理論の構築により、執行府の規制権限(法規命令と行政規則)の伸長を阻止し、議会の法律

留保を発展させてきたとも言われている (Vgl. Jorn Ipsen, a.a.O., S.214.)。ただし、本質性理論において、どの部分を「核心」とするかは問題である。通説によれば、「核心領域」は、その侵犯が他の権力を超える一つの権力の超過重量 (Übergewicht) を意味するものと解されている (Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O., S213.)。

(3) ヨーロッパ連合の権力

ヨーロッパ連合 (EU) が前提とする価値は、人間の尊厳と人権、自由、民主主義、法治国家の保障である (EU 条約 2 条)。これらの価値は、統一ヨーロッパ実現のためにあらゆるドイツの国家機関を拘束する (GG23 条 1 項 1 段)。

法治国家と密接に関係する権力分立制について、EU の機構そのものは、加盟国の憲法に匹敵するような権力分立制を採用していない。まずヨーロッパ議会は、改革条約の発効後においても、諸国家の議会に相当する包括的な立法権・統制権を有していない。評議会 (Rat) が一およびそれを通じて加盟国も一常に「連合」(ユニオン) を支配しているため、権力分立に特有の「チェック・アンド・バランス」(抑制と均衡) のシステムも現実に語られることはなかった。「委員会」(Kommission) は、執行府にとって典型的な特徴と権限を示している。ただし、「連合」の裁判権 (EU 控訴院、EU 裁判所、専門裁判所) は、完全な形での権力分立原則に対応している。

EU の連合権力 (Unionsgewalt) は、ヨーロッパ人から直接に淵源するのではなく、国家である加盟諸国に由来する。議会中心主義は構造上の障害に遭遇するが、それでもリスボン条約が示すように、民主主義原理が最高価値となり、ヨーロッパ議会に詳細な立法権と統制権を認めることは可能である。

[III] 立憲国家による法拘束

(1) 立憲国家の法ランク

法治国家は、その理念からして「憲法」(Verfassung) の制定と存在を要求する。そして法秩序は、憲法を頂点とした多様な法規範から成り立っている。基本法 20 条 3 項に規定された憲法の優位は、基本法 1 条 3 項で基本権保障を再度強調し、そして憲法を法体系上、国家規範構造の最上位に組み込むことによって、古い法治国家的伝統の「隙間」(Lücke) を埋め合わせるものである。これらの発展の系譜に、ドイツの憲法裁判権の確立が位置づけられよう (Vgl. Eberhard Schmidt-Assmann, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts II, 2004, S.557.)。

憲法は、法的源泉であって、かつ包括的な規律を行うものではなく、特定の規範的意味を包摂するものであり、下位規範が憲法に違反する場合は、その無効を帰結する。立憲国家においては、法の階等制の最上位に「憲法」(Verfassung) があり、その次に「議会制定法」(Parlamentsgesetz)、「法規命令」(Rechtsverordnungen) と続く。

<憲法>

「法治国家は、その理念において、憲法典の中に固定され、かつ規範的秩序として、国家権力の

行使にとって拘束的な憲法 (Verfassung) の存在を要求する」(Eberhard Schmidt-Assmann, a.a.O., S.557.)。憲法は、一種の「法律」(Gesetz) であるが、他の諸法律とはその特別な成立態様において区別される (Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O., S.219.)。憲法は、通常、革命的な状況下での新時代の象徴である。それは、憲法制定議会という特別な会議体の産物であり、歴史上しばしば類まれな正当性の表象である。ドイツの憲法制定会議としては、フランクフルト国民議会 (1848/49 年)、ワイマール国民議会 (1919 年) および議会的評議会 (1949 年) の 3 つが重要である。最後の議会的評議会だけは、他の 2 つとは異なり、国民からの直接的な選出によるものではなく、ラント (州) の法律に基づく州議会からの間接的な選出である。そのほか、1867 年に北ドイツ連邦憲法 (主権国家間の条約)、1871 年にはドイツ帝国憲法も制定された。

憲法は通例、国家機関の創設と権限、法定立 (立法) の手続、ことに基本権の形で市民と国家との関係を規律し、また共同体にとっての根本的な決定 (国家目標規定または構造原理) を少なからず含み、かつ憲法の特別な適用の態様ゆえに、憲法の中に受け入れられた個別問題に関する規律をも含む。憲法の特徴は、改正の困難性 (硬性) にあるが、それは手続面にとどまらず、法律改正による憲法規範の内容上の変更を防ぐことにある (Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O., S.219.)。

<議会制定法>

規範ヒエラルキー (階等制) のもとでは、憲法のすぐ下位に位置するのは、形式的意味での法律 (議会制定法) である (Vgl. Chripf Gröpl, Staatsrecht I, 2020, S.119.)。議会制定法は、憲法と調和し有効である限り、ランキングにおいて他のすべての高権行為 (Hoheitsakte) に優先する。議会制定法は、議会によって特別な手続において議決された「成文準則」(Rechtssatz) であり、社会形成的な重要決裁を含む。

議会制定法 (単純法律) の対象領域に制限はないが、連邦と州との立法の分配に基づく制約、および法律上の規制は、憲法から一とくに基本権から一制約を受けることになる。たとえば、道路交通の事例においては、まず単純法律としての道路交通法の制定を前提としている。道路交通法は、決して憲法の「特別法」ではなく、基本法 74 条 1 項 22 号の権限配分に基づき道路交通の基礎を規律するものであり、それは私法であるドイツ民法 (BGB) とは異なり、拘禁義務 (道路交通法 7 条) ならびに刑罰・罰金規定 (同法 21 条以下) を定め、そのほか自動車運転免許 (同法 2 条) 等も定めている (Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O., S.219-220.)。

<法規命令>

法規命令は、執行府が法律の授権に基づいて発令する成文準則である。立法者が生活領域の本質問題を規律した場合—とりわけ行政の分野において—しばしば詳細な規制の必要性が生じる。それゆえ個別事例に法を適用するには、法規命令が重要な役割を果たす (Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O., S.220.)。

基本法の規定上、議会制定法によって、連邦政府、連邦大臣もしくは州政府に対する法規命令権の授権が許容されるが、授権の際には、「内容 (Inhalt)、目的 (Zweck) および程度 (Ausmass) が法律の中で特定されなければならないこと」、さらにまた「その法的根拠 (Rechtsgrundlage) がその命令 (Verordnung) の中に示されなければならないこと」が明記されている (GG80 条 1 項 1・2・3 段)。このような要請は、法治国家の一般原則と性質から導かれるものである。なお、特定の法

規命令の場合、連邦参議院 (Bundesrat) の同意も必要となる (GG80 条 2 項)。連邦参議院は、このような形で連邦の行政に協力するのである (GG50 条)。しかし、連邦参議院の同意が必要なのは、連邦政府ないし連邦大臣の法規命令だけであり、州政府に権限が与えられている場合で、かつ州政府によって発令される法規命令には、連邦参議院の同意は必要ない。

(2) 法律と法権利の重層

基本法 20 条 3 項は「立法 = 法律制定 (Gesetzgebung) は憲法秩序に拘束され、執行権力および裁判 (司法) は法律と法権利に拘束されている」と定める。「法律と法権利」を区別する二段階定式は、さまざまな解釈問題を引き起こす (Vgl. Christoph Gröpl, Staatsrecht I, 2020, S.117.)。基本法は、「法律概念 (Gesetzesbegriff) を多様な意味内容をもって使用している」とされるが、確かなことは「法律のために規定された形式・手続において成立したあらゆる議会決定が、この規定の意味においては法律である」(Vgl. Eberhard Schmidt-Assmann, a.a.O., S.560.)。そこでは、形式的法律の特別な内容的性質は問題にならず、したがって一般的・抽象的規律内容を伴った法律規範群と並んで、措置法、個別法、財政法律、組織法律と他の機関法律ならびに基本法 59 条 2 項の条約法などにも、基本法 20 条 3 項の拘束力が作動する (Ebenda, S.560.)。

かくして通説では、「法律」にはあらゆる成文の法規範が含まれることになる。したがって、その対象は基本法、形式的諸法律、ならびに法規命令および (条例) 規則であるが、直接適用されるヨーロッパ連合 (EU) 法も含まれる。学説によっては、それを広く捉え、すべての現行法規範を問題とするもの、逆に狭く捉えて、形式的法律だけを問題とするものもある (Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., S.117.)。

他方、基本法 20 条 3 項の「法権利」の概念は、さらに議論が多様であり、「法律」をどのように理解するかにも影響される (Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., S.117.)。

●法権利を不文の法規範と捉え、とくに慣習法 (Gewohnheitsrecht) がそれに含まれるとする見解がある。慣習 (憲) 法の構成部分としてみなされるのは、方法論 (Methodenlehre) 上の調整 = ルール (Regeln) である。たとえばコリジョン (衝突) ルール、解釈ルール、法継続形成 (とくに準用、縮小・限定解釈テクニック) がそれに相当する。

●一部には、超実定的な正義観念、とりわけ自然法をそれに含める見解もある。しかしそれを認めると、民主的法治国家の法律の否定に繋がりがねず、批判が強い。

●また法権利を憲法 (基本法) と同視し、法律は、形式的法律を指し、場合によってはその他のすべての憲法の下位規定 (法規命令、条例規則等) を指す見解もある。

●これに対して、基本法 20 条 3 項の規範関連における「法権利」の用語には、何らの独立的価値も帰属しないというテーゼ (命題) がある。すでに「法律」という言葉が現行法の総体を包括していると考えられるためである。

ところで、「法律」ではなく、「法権利」でもないものに、行政諸規定 (Verwaltungsvorschriften) がある。行政諸規定に従うべき行政職員の義務は、基本法 20 条 3 項 2 段に基づくのではなく、公務 (労働) 法上の命令拘束性に基づくものである。また「法律」でもなく「法権利」でもないもの

に、「裁判官法」(Richterrecht)もある。判決と他の裁判決裁は、当事者(関係者)だけを拘束し、それ以外の者は拘束されることがない。もっとも、条件が満たされれば、裁判官法は慣習法に「昇格」しうる(Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., S.117-118.)。

(3) 法律の優先と留保

法治国家原理の1つに「行政の法律適合性」の原則がある。それは、法律の「優先」(Vorrang)と「留保」(Vorbehalt)を包摂する。法律の優先は法律への拘束を意味し、法律の留保は、国家行政活動にとっての法律上の根拠を含意する(Vgl. Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 2020, S.118.)。

<憲法の優位>

基本法は、憲法の最高法規性を確保するために憲法訴訟制度を設けている(GG93条・100条)。ワイマール憲法下では、憲法は、内実において法律と同等であり、ただその改正の困難性をもって法律とは区別される存在であった。ワイマール期の憲法は、その最高法規性を定めず、統治プロセスのための準則でもなく、その特殊性は改正に特別多数を要する点にのみ肯定された(Vgl. Jörn Ipsen, Staatsrecht I, 2020, S.222.)。戦後この考えは改められ、憲法の優位性は、近代憲法の観念に内在するものであり、立法者の軽はずみな「介入」(Zugriff)を抑止すべきであるという思想に裏打ちされた(Jörn Ipsen, a.a.O., S.222.)。

こうして憲法は、すべての国家権力に対し基本法への忠誠を義務づける。すなわち、立法府に対して憲法秩序への遵守が課され(GG20条3項)、執行権と司法(裁判)権に対しては、法律・法権利への拘束が義務づけられた(同項)。法律・法権利は、憲法を除外するものではなく、執行・司法権も憲法に従わなければならない。三権力は、基本権(GG1条~GG19条)にも拘束され(GG1条3項)、憲法に矛盾するすべての規範が始めから無効(nichtig)であり、憲法改正の限界(GG79条3項)を踏み越える基本法の改正はできない(Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., S.118-119.)。

<法律の優先>

憲法より下位の法規範の中では、法律(議会制定法)が最上位に位置づけられる。法律の優先は、次のような法効果を有する(Vg. Christoph Gröpl, a.a.O., S.119.)。

- 法律に矛盾するそれより下位のすべての抽象的・一般的な高権行為(法行為)は、無効である。
- 法律に反する具体的・個別的な高権行為(とくに行政行為、判決と他の裁判的決裁)は、とりあえず有効であるが、違法(rechtswidrig)であり、取り消されうる(aufhebbar)。

<事例の提示>

[事例6](Christopf Gröpl, Staatsrecht I, 2020, S.118.): 上訴手続において、連邦行政裁判所の管轄部は、道路交通法(Strassenverkehrsgesetz)(=連邦法律)の判決に係わる規定は、本件において実体的に基本法に違反するという見解に至った。それゆえ当部は、判決を下す際にその規定を適用しようとはしなかった。正しいか。またこのとき、道路交通規則(Strassenverkehrsordnung)(=法規命令)の規定が問題となる場合は、どうか。

<事例の考察>

[事例6の検討](Christopf Gröpl, a.a.O., S.120.): 問題の関係規定を適用しないという当部の見解

は、憲法違反でありうる。基本法 20 条 3 項によれば、連邦行政裁判所もまた法律と法権利に拘束される。そのもつて、一方においては基本法が把握され、他方では道路交通法の疑義ある規定が考慮されうる。それゆえに問題となるのは、疑義のある法律への拘束はどのようにして解消されるかである。その答えは、基本法 100 条 1 項から導かれよう。この条規によれば、連邦行政裁判所は、同裁判所が違憲と考える道路交通法の規定を単に考慮しないということではなく、具体的規範統制手続の範囲で、連邦憲法裁判所へその規定の合憲性いかに関する決裁を申し立て、その間、係属中の当該上訴手続を中断しなければならない。連邦憲法裁判所が当該規定の有効または無効を決裁したときは、連邦行政裁判所は、これに従って上訴手続を処理する。

しかし事情が違うのは、連邦行政裁判所が道路交通規則の規定の違憲性と違法性を確信した場合である。当該規定は、議会制定法（法律）の下位にあり、法律としての地位をもたないため、連邦行政裁判所は、個別事例において、基本法または形式的法律に矛盾するその規定を適用しないことができる。

<法律の留保>

執行権力と司法は、法律と法権利に拘束されるが、仮に重要事項についての法律がまったく存在していない場合、その拘束性は空虚となろう。行政と裁判所が具体的な生活状況において何らの法律をも見出さない限り、法律の優先は無意味となる。それゆえ法律の優先は、法律の留保によって担保されなければならない。法律の留保は、特定の生活領域の規律が法律に留保されていること、行政は関係法律がなければ活動することができないことを意味する（Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., S.120–121.）。

<事例の提示>

[事例 7] (Christoph Gröpl, a.a.O., S.120.) : 連邦議会が財政法律 (Haushaltgesetz) によって確認した連邦の財政計画 (GG110 条 2 項 1 段) において、光平流 (ボルタ) 電気施設 (Photovoltaikanlagen) の助成金が用意された。助成要件が規律されているところの形式的意味の特別法は、公布されていなかった。「甲」が、自ら計画した光平流電気施設のための助成申請を行ったとき、所轄の公務員であった「乙」は、特別法がないので何らの税金支出も許されないという理由から、その申請を拒否するに至った。「甲」は憤慨した。連邦議会は、相応する助成手段を財政計画において用意していると反論した。正しいのは誰か。

<事例の考察>

[事例 7 の検討] (Christoph Gröpl, a.a.O., S.122.) : 公務員の「乙」は、「甲」に対して助成手段を拒絶することができるのは、助成のための法的根拠が必要であり、それが存在していない場合である。その領域に固有の議会制定法は存在していない。これに対して助成手段のきっかけとして、財政計画 (議会の意思表示) で十分な場合もあるが、それはそれのみで優遇 (Begünstigung) がもたらされる場合である。今問題になっているのは、もつぱら何らの基本権侵害も認識されない助成措置である。それゆえ、領域に固有の正式法律は必要ない。「乙」は、助成措置を肯定的 (ポジティブ) に決裁することができる。「乙」は、比肩しうる諸事例ですでに助成決定を下していた場合、平等取扱い (GG3 条 1 項) の観点からそのように行動しなければならない。

(4) ヨーロッパ連合の法定立

ヨーロッパ連合 (EU) の設立条約は、「第一次連合法」を構成し、連合機関すなわち「議会」(Parlament)、「評議会」(Rat)、「委員会」「Kommission」は、共同または個別のいずれかで法定立を行う権限を有する。それには、限定的な「個別の授権」(Einzelermächtigung) が妥当する。すなわち、あらゆる法定立行為にとって、第一次連合法からの授権が証明されなければならないということである (Jörn Ipsen, Staatsrecht I, 2020, S.223.)

EU の法行為 (Rechtsakte) は「第二次連合法」と呼ばれる (Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O., S.223.)。条約は、特別な法行為を演じるが、加盟国の憲法の規範カテゴリーとは重要な違いを示す。

EU 労働様式条約 288 条は、「ユニオン (連合) の権限の行使のために、諸機関 (Organe) は、指令 (Verordnung)、指導要綱 (Richtlinie)、決議、勧告および見解 (Stellungnahmen) を受け入れる」(1 項) と明記する。指令は、「一般的効力を有する」(2 段 1 文) とされ、それは「すべてのその部分 (Teile) において義務的であり、かつすべての加盟国において直接的に適用される」(同段 2 文)。指導要綱は、「それが向けられるところの加盟国にとって、達成されるべき目標に関して義務的であるが、形式および手段の選択は、国内の部署 (Stelle) に委ねられる」(3 段)。決議は、「すべてのその部分において義務的である」とされ、「特定の名宛人に向けられている場合は、それはその者にも義務的である」(4 段)。そして、勧告および見解は、「義務的ではない」(5 段)。

問題となるは、その「第二次連合法」とドイツ法との優劣関係にある。条約や協定は国際法であり、国際法の「一般準則 (die allgemeinen Regeln) は連邦法律の構成部分」であり、その一般準則は「法律に優先し、連邦領域の住民に対する権利義務を直接的に発生させる」(GG25 条)。すなわち、それは法律に優先し、憲法 (基本法) と議会制定法 (法律) との中間に位置する。

なお EU における「決議」(Beschlüsse) は、リスボン条約によって導入されたものであり、拘束的な決裁 (Entscheidung) に代わるものである (ヨーロッパ共同体設立条約 249 条 4 項)。決議は決裁を含むが、決裁とは異なり、特定の名宛人に向けられたものではない。

[IV] 裁判所と権利救済手段

(1) 権利救済手段の保障

基本法 19 条 4 項は、「ある人 (jemand) が公権力 (öffentliche Gewalt) によって自己の権利 (Rechte) を侵害されたときは、その人に法的救済手段 (Rechtsweg) が開かれている」と定めている。本条項は、自己の権利が侵害されている者に対して、権利救済手段を開くものと解されるが、権利が侵害されているかどうかは最終的に裁判所が決裁する。

基本法 19 条に付けられた「見出し」は、「基本権 (Grundrechte) の制限、基本権担い手、権利保護」であり、全体としては「基本権」に関する条項であるが、19 条 4 項では「権利」の文言が使われている。「権利」概念によって、基本権の主観的権利性が表されているが、権利の語は、一般に基本権よりも広く捉えられる。ここでの権利救済手段は、実体的基本権というより、むしろ手続的な基本権を意味している。したがってそれは、実体的基本権の保護に限られるものではなく、国家の

高権的行為によって侵害されることがあるすべての主観的権利、および法的に保護される利益として広義に捉えることができる (Vgl. Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 2020, S.165.)。

<公権力の概念>

基本法 19 条 4 項にいう「公権力」とは何かが問題となる。この概念の捉え方には、2 つの立場がある。1 つは、それを広く「国家権力」(staatliche Gewalt) と同義に捉え、立法、執行権力および司法(裁判)を包括する立場(広義)であり、もう 1 つは、それを執行権力のみ限定して理解する立場(狭義)である (Jörn Ipsen, a.a.O., S.226.)。狭義の立場からは、基本法 19 条 4 項の権利救済に関して本条の趣旨は「裁判官による保護であり、裁判官からの保護ではない」(Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter) というスローガンに現れている (Vg. Christoph Degenhart, Staatsrecht I. 2018, 34.Aufl., S172.)。

広義の公権力論は、権利の保護が執行権に対してだけでなく、立法権および司法権にも及び、伝統的な「法律による行政」を中核とする法治国家論ではなく、法律の上位にある基本法(憲法)を前提としつつ、その基準で国家行為(立法行為)の合憲・違憲を審査する。「憲法訴願」(GG93 条 1 項 4a 号)、「抽象的規範統制」(GG93 条 1 項 2 号) および「具体的規範統制」(GG100 条 1 項)の 3 つは、憲法保障にとって重要な制度である (Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O., S.226f.)。連邦憲法裁判所は、一定の要件を満たす場合に、法律が基本法と適合しているかどうかを決裁するが、この作用は司法とされる。基本法 92 条が「裁判(司法)は裁判官に委託される」とし、さらに「それは連邦憲法裁判所、この基本法があらかじめ定めている連邦裁判所、および州の裁判所によって行使される」と規定していることによる。

<事例の提示>

[事例 8] (BVerfGE 70, 35 ; Jörn Ipsen, Staatsrecht I, 2020, S.226.) : 地区整備計画は、規則 (Satzung) で決定され (建築法 10 条)、上級行政裁判所による規範統制に服する (行政裁判所法 47 条 1 項)。建築法 246 条 2 項は、ハンブルク (およびベルリン) に地区整備計画に関する法の形態を決定する権限を与えている。ハンブルクが法律形式で地区整備計画を決定した場合、どのような権利保護が考えられるか。

[事例 9] (BVerfGE 25, 352 ; Jörn Ipsen, a.a.O., S.227.) : 「甲」は、禁錮 6 か月の確定判決を言い渡されたが、裁判所は、「甲」が将来、絶対に犯罪をおかさないという確信に至らなかったため、執行猶予を付けなかった。(刑法 56 条)。甲は、所管官庁に恩赦を求める請願を行ったが、受け入れられなかった。請願の拒絶に対して、裁判所構成法導入法 (EGGVG) 23 条により、「甲」は州最上級裁判所に救済を求めた。同裁判所刑事部は、「甲」の申立てを不適法 (unzulässig) として却下した。理由は、恩赦の拒絶に対して、「甲」が自己の権利侵害を疎明することができなかったというものである。そもそも恩赦に対する請求権は存在しない (BVerfGE 25, 352 より)。

<事例の考察>

[事例 8 の検討] (Jörn Ipsen, a.a.O., S.227.) : 法律による地区整備計画に対しては、原則上は何らの法的救済手段も存在しないであろう。地区整備計画は、行政争訟手続 (Verwaltungsstreitverfahren) においてはその合憲性について付随的に審査されることがあり、場合によっては具体的規範統制

(GG100 条 1 項) により連邦憲法裁判所へ移送されることもあろう。連邦憲法裁判所は、この道を歩むことなく、それに代えて基本法 3 条 1 項と結びついた同 19 条 4 項を引用し、行政裁判所法 47 条 1 項の「憲法適合的解釈」(verfassungskonforme Auslegung) を施したのであった。同法 47 条 1 項は、「最上級行政裁判所 (Oberverwaltungsgericht) は自己の裁判権の範囲で、申立てに基づき、1) 建築法の規定に従って公布された規則 (Satzungen) ならびに建築法 246 条 2 項に基づく法規命令 (Rechtsverordnungen) の有効性 (Gültigkeit) について決裁する」と定めているため、地区整備計画が正式法律として布告されている場合にも、行政裁判所法 47 条 1 項による規範コントロール (統制) に服すべきであろうか (BVerfGE 70, 35 [57])。連邦憲法裁判所の「憲法適合的解釈」は、行政裁判所法 47 条の明確な文言に違反しただけでなく、正式法律のランキングも軽視したことになりうる。なお今日では、行政裁判所に (従立憲的) 議会制定法に対する最終決裁権が与えられていると考える向きもあるが、この考えが「公権力」概念の新定義に繋がるものではない。

[事例 9 の検討] (Jörn Ipsen, a.a.O., S.228.) : 本件で問題となっているのは、「甲」が自己の権利が侵害されていることを疎明できたか否かである。慣例上、恩赦権は存在しないこと、したがって恩赦行為が権利の枠の「外」か「上」で動くものと推定されるため (BVerfGE 25, 352 [358ff.])、恩赦権の否認は正当であるが、恩赦行為が恣意的に行われることを許すものではない。むしろ基本法 3 条 1 項は、平等扱いを要求し、恩赦は「他事考慮」から自由でなければならない。ゆえに恣意的でない決裁を求める権利 (請求権) —基本法 19 条 4 項の権利に相当— が与えられなければならない (BVerfGE 25, 352 [363ff.] および裁判官 4 名の意見)。連邦憲法裁判所は、従来このような結論を引き出すことはなかったが、恩赦の取消の場合、基本法 19 条 4 項により司法的統制に服するとした (BVerfGE 30, 108 [111])。恩赦の決定においても、決定に恣意性が認められる場合は司法的救済の途が検討されよう。

(2) 裁判官の独立

基本法 97 条 1 項は、裁判官の事件 (事案) からの独立を保障する。事案からの独立は、裁判官が自己の司法作用において何らの指図 (Weisungen) にも服さないことを意味する。その独立は、執行領域からの影響に対してだけでなく、司法権の領域からの指図に対しても原則上認められる。このことは、個々の事案において、法律によりある裁判所が他の裁判所の決定に拘束されることを排除しない (Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O., S.229.)。

裁判官の独立は、実体的正義の実現にとって重要な制度上の条件でもある。裁判官は、法律と法権利にのみ拘束され、それ以外の事柄や指示からの影響を受けない (Jörn Ipsen, a.a.O., S.229.)。裁判官は、このような意味で法律・法権利に拘束されるが、それらに従属していない。法律・法権利が意味するのは、すべての法規範であるから、基本法 97 条 1 項は非正規の法 (権利利益) をも含むが、非形式の法規範や司法行為は、裁判官を拘束しない。 (Jörn Ipsen, a.a.O., S.230.)。

<事例の提示>

[事例 10] (Jörn Ipsen, a.a.O., S.229.) : イラストの出版社である「甲」有限会社は、女優「乙」から一般的人格権の侵害を訴えられ、州裁判所によって 12 万 5000 ユーロの損害賠償を命じられた。

この出版社は、イラストで描かれた女優「乙」の「生活白書」を公にしていた。白書には、彼女の性的関係もイラストで描写されていた。州裁判所は判決理由で、人格権侵害に基づく精神的損害の賠償請求は連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof）の確定判例と一致していると詳述した。被告（出版社）の控訴に対して、州上級裁判所は第一審判決を破棄した。当部（裁判所）の論理は、非物質的な損害に対する連邦通常裁判所の判例は法律に違反しているもので、それに同調することはできないというものであった。民法（BGB）253条1項は、非物質的な損害に対する賠償を、法律の中で明示的に掲げられている事例の場合にのみ認め、人格権の侵害には賠償を規定していない。民事訴訟法（ZPO）543条1項2号により上告が許容された。

<事例の考察>

[事例10の検討]（Jörn Ipsen, a.a.O., S.230.）：[事例5]と類似するが、人格権侵害の際の精神的損害の賠償については連邦通常裁判所の判例がある。問題は、この判例が基本法97条1項にいう法律・法権利に相当するかどうかである。この場合、反実定法（contra legem）、すなわち裁判官による法形成を認めるかどうかの問題となる（民法253条1項）。一般に、基本法97条1項の法的性格は、それが慣習法に凝固している場合にのみ、裁判官の法形成において実効性をもつことになろう。上級裁判所の確定力のある法判断だけでは、他の裁判所への法的拘束力を惹起することはできない。

今日では、人格権侵害に対する賠償が慣習法化している。本事例において、州上級裁判所は、基本法97条1項に違反したことになろう。もっとも訴訟事件が移送される場合に、州上級裁判所は上告裁判所（連邦通常裁判所）の法見解に拘束されるが（民事訴訟法563条2項）、それは裁判官の独立の制限とみることはできない。

<事例の提示>

[事例11]（Jörn Ipsen, a.a.O., S.230. ; BVerfGE 17, 252.）：「甲」は、州社会裁判所の配置計画上の裁判官である。「甲」は、気難しく扱いにくい人物とみられていた。さらに、「甲」の法律上の資格についても評価が分かれた。その後、「甲」は、裁判所の配置計画の変更で職を失うことになった。「甲」は、報告者（Berichterstatter）としての業務3年間だけ任されることになった。「甲」の異議に対して、裁判所長は、州社会裁判所の法業務（Rechtspflege）と名誉にかけて、ならびに同僚の健康上の視点から、「甲」は裁判上のあらゆる事務から遠ざけられるべきであると回答した（BVerfGE 17, 252より）。

<事例の考察>

[事例11の検討]（Jörn Ipsen, a.a.O., S.231.）：この事例では、「甲」に対する正式の措置、とくに何らの懲戒手続も開始されていない。むしろ業務配分の変更により、「甲」は失職させられるものとされた。このような措置—これによって関係者は事実上職を奪われる—は、法律によってまったくカバーされない部分である。連邦憲法裁判所は正当にも、この措置が基本法97条2項に違反することを確認した（BVerfGE 17, 252 [259ff.]）。

基本法97条2項は「裁判所の設置またはその管轄地区（Bezirke）の変更に際し、裁判官は他の裁判所へ配置転換されること、もしくは免職させられることがある」旨を定めている（3段）。こ

の規定により、裁判所組織が変更されることで、裁判官は罷免されることがありうる。しかし、裁判官が意に反して配置換えになり、または免職させられる場合には、裁判官の事案からの独立原則が形骸化しかねない。したがって、人事上の独立の保障（GG97条2項）は、裁判官の事案からの独立にとって欠くことのできない条件である。

裁判官が原則上罷免されないこと、そして配置転換されないことは、裁判官勤務法からの必要性和合致しなければならない（Jörn Ipsen, a.a.O., S.230.）。まず人事上の独立は、「専任としてまた計画に即して最終的に」（hauptamtlich und planmässig endgültig）任用された裁判官にのみ保障される（GG97条2項1段）。もっとも見習裁判官（Richter auf Probe）は、定員（Planstelle）に含まれず、そのため意に反する派遣がありうる。その他、犯罪行為もしくは職務義務違反行為による裁判官の免職もありうる（ドイツ裁判官法 63 条以下）。

（3）法律上の裁判官

基本法 101 条 1 項は、「何人も自己の法律上の裁判官を免じられてはならない」と定める。法律上の裁判官を要求する権利（請求権）—これは司法的基本権として基本権相当の地位を与えられている—は、法治国家的な手続を制度化するための権利である。法律上の裁判官保障により、管轄裁判所は法律で始めから決定されていなければならない（BVerfGE 19, 52 [59f.]）。

裁判所の場所的管轄は、法律によって定められている。これらの法律は、折に触れて法規命令（Rechtsverordnungen）の発布を授權している（Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O., S.231f.）。法規命令の発布には、そのための一般的要件が満たされていなければならない。裁判所の物的および場所的管轄レベルの下方において、裁定機関の特別管轄が業務配分計画によって決定される。業務配分計画もまたあらかじめ決定され、特別手続を理由に変更されてはならない（BVerfGE 17, 294 [299f.] ; 69, 112 [121f.] ; 95, 322.）。

事物管轄もまた、裁判所構成法（GVG）と各種の訴訟法によって確定されている。たとえば通常裁判所は、すべての市民的・民事的な紛争を扱い（裁判所構成法 13 条）、行政裁判所は、非憲法的な性質をもつ公法上の争訟を管轄するなどである（行政裁判所法 40 条 1 項）。

<事例の提示>

[事例 12]（Jörn Ipsen, a.a.O., S.231. ; BVerfGE 30, 149.）：「甲」は、ラント（州）反逆罪（Landverrat）のかどで数年間の自由（禁錮）刑（有罪判決）を言い渡された。再審手続の申立て（刑訴法 359 条）は、管轄裁判所によって棄却されることになった。この棄却決定に係わったのは、従前の刑事手続において、補充裁判官（裁判所法 192 条 2 項）として配置された裁判官であった。「甲」は、この裁判官は刑訴法 23 条 2 項により除斥されるべきであったとして、自分の再審申立てに関しては「法律上」の裁判官が決裁していなかったと主張した。

<事例の考察>

[事例 12 の検討]（Jörn Ipsen, a.a.O., S232.）：刑事訴訟法 23 条によれば、異議を唱えられた決裁（判決・決定・命令）に関与した裁判官、ないし法的救済手段に関与した裁判官は、再審手続の申立てに関する決裁から排除されている。本事例においては、決定には関与していないが、手続全体

を見守っていた（verfolgt）裁判官は刑訴法によって排除されているかどうかが問題となる。連邦憲法裁判所は、この問題を消極に解した。連邦憲法裁判所はごくわずかな確信的な根拠をもって、当該裁判官は自らすでに知っている事実在先入観なく接近していたと判示した（BVerfGE 30, 149 [156]）。これに対して、正当にも、少数表決で主張された見解の中には、補充裁判官は刑事訴訟法にいう「関与」（Mitwirkung）として評価されるべきであるという意見もあった。

（4）ヨーロッパ連合の権利保護

ヨーロッパ連合（EU）の裁判所（Gerichtshof）は、「控訴院（Gerichtshof）、裁判所（Gericht）および専門裁判所（Fachgerichte）を擁する」（EU条約 19条 1項）。裁判所は、「条約の解釈および適用に際して、法の遵守を確保する」（同項）とされる。ヨーロッパ裁判所の裁判官は、人事上および事物上において独立し、加盟国政府の相互の協議のもとで6年ごとに任命される（EU条約 19条 2項）。裁判所は、「第一審における決裁を所轄する」が、「EU労働様式条約 257条により形成された専門裁判所に委託される訴訟を除いて、および規則（Satzung）に従って控訴院に留保された訴訟を除いて」管轄する（EU労働様式条約 256条 1項）。その他、裁判所と専門裁判所との所轄境界、あるいは控訴院の関与など条約上個別に定められている。

[V] ドイツ法治国家のディスタンス

現代のドイツ法治国家原理は、歴史的な経緯もあり、かなり複雑な様相を呈している。ドイツの憲法である「基本法」の中には、法治国家の用語はほとんど使用されず、条規にその表現がある場合においても、その意味内容は基本法上不明である。ただし国法学の研究成果もあり、現在では一般に次のように理解されている（Vgl. Einführung, in: Basistexte Öffentliches Recht, 2018 より）。

まず法治国家の形式面として、あらゆる国家的な権力表現（Machtausserung）が法律と法権利の規準に照らして測定可能でなければならないとされ、立法者は憲法秩序、つまり基本法と不文の憲法原則（比例原則等）を守らなければならないとされ、行政官庁および裁判所は、単純法律と不文の法原則を守らなければならないとされる（GG20条 3項）。もう一方で、法治国家の実質面として、すべての国家行為が実体的な「正義」（Gerechtigkeit）を考慮しなければならないとされ、それに由来する憲法原則、すなわち権力分立、行政の法律適合性（「法律の優位」および「法律の留保」）、比例原則としての過剰（度）禁止、信頼保護の原則および裁判上の権利保護の要請が導かれる。これらの憲法原則は、「基本法の改正によって変更することは許されない」（GG79条）として、永久遵守が命じられているのである。

＜法治国家の距離と変容＞

ところで、現在のドイツは、「社会的」な法治国家とされている（GG28条）。現代ドイツ国家は、国民の生存に配慮すべき責務を負うことになった。18・19世紀の国家（夜警国家）論は修正され、市民社会への国家の積極的介入を憲法においても容認されるに至った。

本来、市民社会は封建制の「胎内」で生まれ、「生産と流通の自由」という市場の経済法則上の

要請と必然から、近代市民革命により国家領域から分離され、「欲望の体系」（ヘーゲル）として自立の道を歩んできた。近代市民社会は、理念において国家から「ディスタンス」（距離）をとり、国家が介入する場合には、国民代表議会による「立法」（法律）が必要とされた。法治国家の意義は、正に国家と市民社会との間の「距離」にあり、法律は、この距離を縮める際の正当で必要不可欠な手段であった。

しかし、20世紀以降の資本主義の発展に伴い、国家と市民社会の距離はますます近いものになってきた。国家の介入は不可避となり、それはドイツ基本法（憲法）の諸条項にも反映している。「法治国家は、市民的自由と法的平等、法律の安定性と行政活動に対しても法律の優位を保障し、裁判官の独立を保障し、刑事手続を法的刻印で形成する国家の形態」を指し示すが、「常に法（Recht）を通じて行動し、法の中において自らを正当化」しなければならないのである（Paul Kirchhof, *Mittel staatlichen Handelns*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 2007, S.4-11.）。「法というものは、どちらかと言えば『国家の限定』（*Staatseingrenzung*）と『国家の拒絶』（*Staatsabwehr*）に資するものであるが、現代の国家は、自由の内容を保障するだけでなく、自由の条件をも育成すること、したがって国家を制限し、国家に不介入を義務づけるだけでなく、国家に生存配慮を、個人の生活諸関係の形成と改造を、財政力の配分と再配分（*Umverteilung*）を、組織・知識援助を義務づけること、自らを『社会国家』と理解することが必須である」（Ebenda, S.5.）。

このことは、確かに「システム論」（ニコラス・ルーマン）が言うように、「社会（*Gesellschaft*）は、個々の部分システム—経済、文化、科学、宗教—に細分化され、そこにおいて固有の行動合理性を開発し、固有の規準に従って、『外部的刺激』（*Aussenreize*）に引き続き予想できずに反応している」。「しかし法は、この細分化を自律性（*Autonomie*）—教会、自治体、機能的自治、とりわけ大学、社会保険機構および議院（*Kammer*）の自律性—によって、たとえば信用貸し（クレジット）と融資、検査と実情、社会・教育政策の分野における施設および諸官庁の独立によって、ならびに公企業によって受け入れられ、秩序全体に埋め込まれているのである」。「そのうえ国家と社会とは、担保による貸付（*Beleihung*）、混合経済企業、公共施設および市場近接国家活動によって互いに近づきつつある」。そして「憲法が民主主義原理と法治国家原理の保障のために講じるほとんどすべての予防措置が、協定を結ぶ国家によって浸潤されている」。しかしそれゆえに、かえって「規範に代わる取り決め（*Absprachen*）、立法任務の非国家的組織への移転、議会予算権の空洞化、国家の支配領域からの規制対象の移動、およびさまざまな国家の法源と制度の結合が、憲法律とその法律上の表現を再び法秩序の力のある手段とする使命、自由に拘束される国家と自由を当然の前提とする社会との間で、再びディスタンス（距離）を保持する使命を理由づける」としている（Ebenda, S.7-8.）。

行政法学の泰斗シュミット・アスマン教授も「法治国家的な距離は、個人に対して『正気に返るために』（*zu sich zu kommen*）他の人間と団体との関係だけでなく、対国家との関係においても空間、すなわち国家に対する『距離保護』（*ロッシェルダール*）としての自由基本権、国家行為の『公平性命令』としての平等原則（*キルヒホッフ*）を提供してくれる」と述べ、国家と市民社会との間における距離の重要性を指摘するのである（Eberhart Schmidt-Assmann, *Der Rechtsstaat*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht II*, 2004, S.556.）。転じて日本においても、近年、国家的

主導のもとで、市民社会の自立性が失われつつあるなか、市民社会は国家との距離を保ち、自ら連帯に基づく「市民的公共圏」の創出へと向かうべく努力が求められている。

The German Constitution and Principles of the Legal State

—Separation of Powers and Constitutional Control—

Prof. YAMAGISHI KIKUJI

[I] Premise for theories on the German legal state

–Various meanings of German laws

–Importance of discussing the principles of the legal state

- (1) Development of the Principles of Legal Control
- (2) Non-presence of the Provisions of the Legal State
- (3) Principles on the Legal State of the Basic Law

[II] Constitutional provisions and the separation of powers

- (1) Basic Law, Article 20, and separation of powers
- (2) Cross over of powers and the theory of substance
- (3) Powers of the European Union

[III] Legal obligations by of the constitutional state

- (1) Legal ranking in the constitutional state
- (2) Double covering of laws and rights
- (3) Precedency of laws and room for laws
- (4) Legislations of the European Union

[IV] Court and remedies of rights

- (1) Guarantees of remedies for rights
- (2) Independence of judges
- (3) Guarantees of lawful judges
- (4) Remedies of rights by the European Union

[V] Modern changes in the German legal states

–Relativity between the political state and civil society

–Importance of comprehending law at a distance from the state