

# 立法者への憲法委託

渡 辺 中

目 次

一 はじめに

二 憲法委託の概念・類型化・立法者の義務

三 憲法委託実施のための法的可能性

四 おわりに——若干の付言

## 一 はじめに

これまで私は、ドイツ連邦共和国基本法が標榜している社会国家（例えば、基本法二〇条一項「社会的連邦国家」・基本法二八条一項「社会的法治国家」）の法理論的考察に関心を抱き、「ドイツにおける基本権の発展(1)(2)——特に社会国家下における参加権と請求権の両面を併有する複合的性格の Teilhaberechte（配分請求権<sup>(1)</sup>）をめぐる理論的状况については(2)参照」（国士舘大学比較法制研究8・9号）、「自由と社会国家」（国士舘法学二〇号）、「社会国家における立法者と裁判官」（和田英夫古稀記念論文集『裁判と地方自治』敬文堂）などの小論を書いてきた。さらに、

立法者への憲法委託（渡辺 中）

わが国の民法九〇〇条四号但書前段の婚外子相続差別規定をめぐり下級審において連続的に違憲判断<sup>(2)</sup>が出されたことを契機に（ちなみに最高裁は、平成七年に合憲判決を下している<sup>(3)</sup>）、ドイツにおける婚外子の人権Ⅱ差別撤廃の法理を検討すべく、「非嫡出子の基本権と憲法委託」（ドイツの憲法判例・信山社・一八二頁以下）「婚外子に対する親としての配慮権」（自治研究七〇巻一号、のちにドイツの最新憲法判例・信山社・一九八頁以下に要約掲載）などの小論を書いてきた。そしてこの二つのテーマ、すなわち「社会国家」にせよ、「婚外子の人権（基本法六条五項）にせよ共通している点は、ドイツの通説的見解によって立法者への憲法委託（Verfassungsaufträge an den Gesetzgeber）」と把握されているということである<sup>(4)</sup>。したがって、「憲法委託と周辺の諸問題」と言うメイン・テーマの下で二つの関心あるテーマの理論的深化を図るための前提的・総論的部分に該当するのが、この「立法者への憲法委託」である。

ところで、この憲法委託をめぐっては、ドイツ連邦憲法裁判所が、一九九〇年代に入ってから婚外子に対する親権の父母共同行使制限（ドイツ民法一七三八条一項）の違憲性をめぐる判決で<sup>(5)</sup>、「基本法六条五項は、一般的な平等原則の具体化として、また婚外子のための保護規範として立法者の形成の自由に限界を設定している。さらに憲法規範は、立法者に対し婚外子に積極的な規律を通して、その精神的、肉体的成長のために嫡出子と同様の条件をつくり出すことを義務づけている。このような憲法委託（注Ⅱ傍点は筆者）によって立法者に明確な目標が設定されている」と判示しているように、判決において積極的に「憲法委託」の概念が使用されている一方で<sup>(6)</sup>、これまでこの「憲法委託」の概念が多義的に使用され、その不明確性がしばしば指摘されてきた。このことから、「憲法委託」の概念をめぐっては、その内容を詳細に検討・分析し、整理類型化を図ること、そして法的規範力を明確にし、憲法委託にどのような法的効力が帰属するのか、さらには、立法者に対して憲法委託の履行をなさしめるためにはどのような法的可能性（手段）があるのか等々について検討することが重要な課題となる。

そこで本稿では、これらの諸点について論じているカルクブレンナー教授<sup>(7)</sup>およびマウンツ教授<sup>(8)</sup>のテーゼを基軸に設定し、これに若干の関連文献<sup>(9)</sup>を参照しつつ、第二章においては憲法委託の概念の整理・類型化および立法者の義務をめぐる理論状況を検討し、第三章では憲法委託を履行させるための法的可能性（手段）を探り、最後に、若干の付言をして、「おわりに」に代えることにする。

#### 注

- (1) この Teilhaberechte という用語に対して、わが国では、『持分権』、『参加権』、『参与権』、『分与請求権』、『配分請求権』等々、さまざまな訳語があてられている。戸波教授は、この権利内容の性格について、国家の給付を請求し、ないしは国家の財の分配（過程）に参加を求める権利を総称するものとして用いられており、いわば参加権と請求権の両面をあわせもつ複合的性格の権利であることを指摘している（戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向（一）」『自治研究』五四巻七号八四・八五頁参照）。しかし、定数判決以後の論争においては、この権利が、もっぱら請求権の意味においてもいわれている点を考慮して、配分請求権という訳語をあてることにする。
- (2) 東京高裁平成五（一九九三）決定（判タ八二三・一二二）、東京高裁平成六（一九九四）決定（判タ八六四・二九一）、横浜家裁川崎支部平成七（一九九五）審判参照。
- (3) 最大決平成七・七・五民集四九・七・一七八九参照。
- (4) 例えば、Christian Starck, Vom Grund des Grundgesetzes（廣田健次・渡辺中・酒井喜恵子訳『西ドイツ憲法の基礎理念』有信堂）は、第四章「自由と社会国家」の第一項に Sozialstaat als Verfassungsauftrag（憲法委託としての社会国家・訳書七九頁以下参照）という標題を掲げている。
- (5) BVerfGE 84, 168, Beschluss v. 7. 5. 1991.
- (6) さらに、憲法委託の概念を用いている判決として、BVerfGE 25, 167, Beschluss v. 29. 1. 1969 は、「立法者は、民法の領域での非嫡出子法の改革を現在の立法期の終末（一九六九年一〇月二〇日）までに成立させる場合にのみ、基本法六条五項

の憲法委託に應えることになる。……立法者が、憲法委託を合理的期間内に履行しない限り、基本法六条五項の憲法委託は直接に裁判所によって実現されうるし、また実現されなければならない」と判示している。

(7) Helmut Kalkbrenner, Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, in: Die Öffentliche Verwaltung (Januar 1963) S. 41.

(8) Theodor Maunz, Verfassungsaufträge an den Gesetzgeber, Bayerische Verwaltungsblätter, 1. November 1975, Helt 21, S. 601 ff.

(9) Peter Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 1965, S. 341ff.

## 二 憲法委託の概念・類型化・立法者の義務

(一) 本稿のテーマである立法者への憲法委託違反 — 立法者による立法不作为 — の問題が裁判や文献において注目されるようになり、真に法的議論の対象となってきたのは第二次大戦後のことである。それ以前のヴァイマル共和国の時代まで支配的でありえた「主権と立法者の万能性 (Selbsterlichkeit)」という見解の下では、立法を完全に立法者の自律性に委ねてしまう結果となり、立法者の一定の活動を求める請求の問題はほとんど考えることはできなかった。一九四九年五月、ドイツ連邦共和国基本法が施行され、憲法に立法が拘束されるという原理、とりわけ基本権に立法が拘束されるという原理が明確に導入された(基本法一条三項、二〇条三項、九三条一項二号、一〇〇条参照)。これによってドイツ連邦共和国基本法は意識的に立法の万能性という従来の観念から決別したのである。必然的に、形式的な法律実証主義に対して懷疑が提示され、立法者の地位に関する法的見解にも根本的变化が生じることになる。いうなれば、本稿のテーマについての法的議論の前提条件が整ったということである。

さて、立法者の不作为 — 憲法委託違反の問題が、現実態として惹起され、積極的に法的議論の対象とされはじまったのは、一九四九年にドイツ連邦共和国基本法が施行されてから一〇年を経過しつつあった五〇年代後半から六〇年代にかけてである。この時期、連邦レベルにおいても、ラントのレベル<sup>(1)</sup>においても立法者の不作为の違憲性に強い疑念が提示されるようなケースが数多く存在していた。例えば連邦レベルにおいては、基本法二九条一項は、連邦領域の新編成を連邦立法者に委託しているにもかかわらず連邦法律が制定されることなく不作为状態が続いており、これに対するラントからの新編成の実行を求める請求権を連邦憲法裁判所が拒否したこと、政党法が依然として未決着のまま滞っていたこと、さらには最上級連邦裁判所問題等々がその背景となっていた。<sup>(2)</sup>

ところで、憲法によって立法者に立法義務が課されている場合に、その立法義務を履行しないときには憲法違反と評価されるべきことは当然の理といわなければならないが、このような評価の前提として、立法者が活動するように憲法によって課されている義務を論ずる際には、原則的に立法者の形成の自由ないし決定の自由から出発されるのが通例である。というのも、立法者は、ある事項を規律するかどうか、またどのように規律するかについて、一般的に自己の責任において決定する権限を有しているからである。しかしながら、立法者のこの決定の自由も、憲法適合的な超実定的規範への拘束は別として、<sup>(3)</sup>憲法がプログラム原則、制度的保障、憲法委託、立法の一般的拘束的原則の形態において立法に対して指令をするところに限界が見出されている。<sup>(4)</sup>これまで立法者への命令・指令ないしはこれに類似した憲法内容が問題とされる場合に一般的な用語例として「憲法委託」という概念表現が用いられ、この画一的な名称の下にさまざまな内容が盛り込まれてきており、そのことがこの概念の不明確性を増幅させる要因となってきた。ただ、憲法委託概念の輪郭を浮き彫りにするためには、まずこれを他の法規範の態様から区別する作業が重要かつ不可欠となるであろう。そこで、ここでは、(1)、プログラム原則、(2)、制度的保障、(3)、一般拘束的法



原則と(4)、憲法委託との共通性および相違性ならびに憲法委託の位置づけに関するカルクブレンナーのテーゼの概要を引用しておきたいと思う<sup>(5)</sup>。

(1) プログラム原則について…「(これらの)憲法規定をそのさまざまな法的効力の観点から比較するとき、プログラム原則が恐らく最も法的効力が弱い。この法的意義や概念規定をめぐっては意見の相違がある。しかし確かな法的状況としては、この原則は国民を直接に拘束する法を含むものではなく、立法者に対する指針だけを定立するものであるということを確認することができる。この原則は、それ自体から執行可能なのではなく、まず立法者による具体化を必要とする。その際、この原則は、法律の発布それ自体を義務づけるものではなく、当該領域で法律を発布する場合にプログラム原則が定めているように活動することを立法者に義務づけるだけである。したがって、この原則は立法者に対して『さかどうか(Ob)』ではなく、立法の『どのような(Wie)』を命ずる。そしてその際に、この原則は立法者に対し一般に広範な裁量の余地を認めている。というのもプログラム原則は、国民に対して直接的な権利や義務を根拠づけるものではなく、したがって、その遵守は強制されえないのである。このように強制可能性がないということは、プログラム原則の実施が立法者の裁量に委ねられており、したがって、他面からプログラム原則の実施を求める具体的請求を主張することができないということからもあきらかになる」。

(2) 制度的保障について…「プログラム原則より強い法的効力を有するのは、いわゆる制度的保障である。<sup>(6)</sup>制度的保障の下で問題となるのは、典型的かつ伝統的に確立した規範複合体や法関係の意味における一定の法制度の憲法的保障である。このような規準化の法的意味は、当該の制度が立法の方法によって除去されたり、空洞化されることは憲法違反であるということであるが、しかし制度的保障の形態は、個々的には単純な立法に委ねられているということである。制度的保障も原則的に個々人に主観的権利を承認するものではない。むしろこれらの制度に関して法律を

発布する際に一定の原則の遵守を立法者に命じているので、立法者にのみ向けられているものである」。

(3) 一般拘束的法原則について…「プログラム原則や制度的保障に相対しているのが、一般的に法的拘束力をもった憲法原則である。この憲法原則は、自ら直接に強制する法を定立し、立法、行政、裁判そして国民も拘束する。この原則は、直接に適用できるものであり、さらに立法者による具体化を必要としない。そして自ら権利と義務を生じさせ、この原則から逸脱して存立している法律規制を失効させるか、あるいはこれに違反するような将来の法律を無効にする。このような一般拘束的な法は基本権条項である。しかしまた多くの他の憲法規定のなかにもこのような法が含まれている」。

(4) 憲法委託について…「憲法委託は、一方ではプログラム原則や制度的保障と、他方では一般拘束的な法原則との間に位置づけられる。憲法委託は次の点においてプログラム原則や制度的保障と共通性を有している。すなわち、憲法委託は、それ自体から執行できるものではないということ、つまり一定の事物関係に適用できるものではなく、むしろ立法者による実施を必要とするということである。他方、憲法委託が一般拘束的な法原則と共通性を有するのは、これが、立法者に対する指針(Richtlinie)だけではなく、立法者に対して強制する法を設定していることとである。プログラム原則と憲法委託の相違性は、憲法委託の場合には当該領域での立法に際して立法者に一定の原則の遵守だけを委ねるのではなく、立法者に一定の法律の発布を義務づける。したがって、憲法委託は、法律の発布に関して『どのような(Wie)』ではなく、『さかどうか(Ob)』を立法者に命ずるのである。ここではプログラム原則とは異なって、具体化する法律の発布は立法者の裁量に存するのではなく、強制的に立法者に義務づけるのである。(もちろん)立法者に内容形成のうえで実施されるべき憲法規定の範囲内で一定の裁量の余地が与えられていることはこのことと矛盾するわけではない。憲法委託は、憲法が規定のなかで一定の規律の根本的特質を規定し、詳細な規

律を一つあるいは複数の実施法律の形態で立法者に委ねているところで語ることができる。したがって、憲法委託は、特に実施されるべき憲法規範がまず実施法律を通して執行されるところにある。それゆえに、立法者に対する授権だけではなく、むしろ法律発布の義務をも含んでいる。これは、基本的には、当該規定が『詳細は法律が規律する』という規定を含む場合がそうである」。

(二) 以上のように、カルクブレンナーは、プログラム原則、制度的保障、一般拘束的法原則との対比において憲法委託の統一的特徴を明確にしている。しかしながら、憲法委託と把握されているものの内容を詳細に検討するならば、既述のように憲法委託という概念表現で実にさまざまな内容のものが盛り込まれているだけにこのような統一的特徴にもかかわらず、法的な強度や意義においてかなり異なるものが見られる。このことは、憲法委託と把握されている社会国家条項（基本法二〇条・二八条）、婚外子の人権条項（同六条五項）、基本法一一七条と結びつく男女同権条項（同三条二項）などを想起するだけでも容易に理解されうるであろう。

このような状況を踏まえて、マウンツは、立法者の義務およびその実現可能性に関する実体的、手続的法命題を要約し、憲法委託を次のように分類・整理している。<sup>(7)</sup>

(1) 「多くの場合、憲法委託は、詳細、制限、あるいは例外を定めるべきであるという立法者への授権と異ならないし、あるいは憲法委託を通して何かがなされるが、しかし積極的な活動義務を課したものとみなすことのできない一つの期待と異ならない」。

(2) 「別の場合、権限、恣意の禁止、合目的性、明確性、比例性、過度の禁止、限界超越の禁止などのあらゆる国家活動の一般的制限の遵守、あるいは憲法統一体の内部における緊張状態の調和化への命令が、憲法委託と解されている」。

(3) 「狭義では、憲法委託は立法者の義務の創設を意味する。そしてこの義務が履行されない場合には、対立する法命題が自動的に無効になるか、あるいはその失効について憲法裁判所によって期限が設定されうる」。

(4) 「例外的に、不作為あるいは履行遅滞の場合に、憲法裁判所の助けをかりて実現される立法者の義務も問題になりうる」。

(5) 「この関連で憲法命令と呼ばれる憲法委託の多くは、たとえば一九四五年に公務員としての職を失った公務員の法律関係のように（基本法一二三条）、限定された問題領域で、一回限りの、通常は繰り返されることのない法律上の規律を促したものにすぎない」。

(6) 「緩和された拘束が次の場合に存在する。すなわち、憲法委託が立法者に対する指令または指導原則である場合、あるいは立法者がその自由裁量に任されるべき事柄の規律に着手するときのみ、憲法委託が基準になる場合である」。

(7) 「憲法委託が、事案を具体化するためのプログラムの勧奨のみを付与している場合、そこでは一定の本題の目標に接近することが期待されているのだが、憲法委託の効力はさらに弱まる」。

(8) 「最後に、たとえば法治国家、社会国家、自治のように、憲法制定者がすでに実現されたものとみなし、そして概念の意味変化（機能転換）なしに保持することを命じている一定の法状態に対する憲法制定者の信念が問題となりうる。このような法状態の中での立法者の形成の自由は、こうした憲法委託によっては制限されないのである」。

以上のように、マウンツは、憲法委託の概念を広くとらえつつ憲法規定の中に散在する個々の憲法委託を整理・類型化している。これに対して、イプセンは、<sup>(8)</sup>法律の発布に対して立法者を拘束する指令を包含している憲法委託の態様に注目した分類を試みている。

(1) 「憲法から見出された法を明確な期限設定の下での新たな憲法状況への適合を命じるような厳格な意味におけるカテゴリーシユな憲法委託」<sup>(9)</sup>。

(2) 「期限設定によって義務づけをしないまでも、ねばならない (MUBvorschrift 「...ist...zu...」) の形態で立法者に一定の対象についての規律を命じているような指令であるような同じくカテゴリーシユな憲法委託」<sup>(10)</sup>。

(3) 「詳細は法律が規律する」という規定を含むことによって、明確にその実施を立法者による詳細な規律に委ねられる憲法委託」<sup>(11)</sup>。

(4) 「期限を設定することなく、なお不確定であるが、しかし期待される時点を検討して一定の法律はそれが廃棄されるまでは有効なままであると命じるような憲法委託」<sup>(12)</sup>。

(5) 「その他、憲法委託が基本権部分<sup>(13)</sup>あるいは他の憲法規定のなかに含まれているかどうかを看守することによって抽出することのできる憲法委託」。

イプセンによるこのような視点からの憲法委託の分類は、第三章で考察する立法者に対する強制可能性の問題にとって重要となるであろう。

(三) 言うまでもなく、憲法を遵守するということはまさに立法者に対する最高の厳命でなければならない。なぜならば、憲法、および立法者が自ら発布した法律の遵守をすべての国民に要求する以上、立法者自らが憲法遵守の模範を示さなければならぬからである。憲法規定の明確な文言無視は、憲法の権威と信頼性を損なうこととなる。そしてそのことから法治国家制も民主制も危険にさらされることになる。このような意味からも既述のようなイプセンの視点からの憲法委託が存在すると考えられる場合には、立法者は憲法委託を実施すること、そしてそれに対応する法律をあるいは必要とあらば複数の法律<sup>(14)</sup>の発布を義務づけられることになる。すなわち、法律それ自体の発布 (Opb)

義務が課せられることになる。その際、立法者には発布されるべき内容的・実質的形成が問題となる限りでのみ、授権する憲法規定によって設定された基本原則の範囲内で形成の自由が認められるであろうし、また同時に合目的性の観点をもちだすこともできるであろう。結局、実施法律のどのような (Wie) だけが立法者の形成の自由に委ねられているだけであって、立法者が法律を発布するかどうかについての判断は立法者の裁量ではない。したがって、立法者は法律の発布が時宜を得たものか否か、あるいは実際の意義があるか否か等々の合目的性の考慮に依存することはできない。ただ検討されるべき前提は、発布の時点における規律が法的に許容されるか否かだけであるということになる。法的許容性の前提が存在する場合には、立法者は最善を尽くして状況適合的な実施法律をなすべく義務づけられる。このように立法者はまた実施法律の発布を時間的な点においても拘束されている。確かに、憲法制定者が立法者に命令を与えるとき、この命令は、たとえ期限の設定がなされていないとしても、はるか先の時点が想定されているわけではないであろう。むしろ連邦憲法裁判所も判示しているように、この憲法命令は適切な期限内に立法者により実施されるべきことが要請されており、立法者が憲法委託を適切な期限内に実施すべきことを怠っているときには憲法に違反することになる<sup>(15)</sup>。それではどの位の期間内に立法者は憲法命令を履行しなければならないのか。この点についてドイツにおいても議論がなされてきているところであるが、一般的に期間設定をすることは困難であろう。なぜならば、その時々々の規律を行うために立法者にどの位の期間が承認されるかは個々の事例の状況に依存せざるをえないからである<sup>(16)</sup>。したがって、せいぜいのところ、一般に実施期間の最小限と最大限を画定することができるにすぎないであろう。カルクブレンナーもこの点をめぐる議論状況を踏まえて、「われわれは、一般的に憲法委託の発効後一年の経過前には法律の議決になんの強制もなしえない。なぜならば、経験上、そのような期間は法律草案の準備、議会での法律の取扱いなどのために必要だからである。これに対し、われわれは一〇年の経過後はいずれの場合にお



いても憲法委託履行の適切な期間が満了していると確認することができる<sup>(18)</sup>」と述べ、一年以上一〇年未満を最小限と<sup>(19)</sup>最大限として画定している。

### 三 憲法委託実施のための法的可能性

憲法委託違反——立法者による立法不作為——をめぐりわれわれが最も関心を抱く点は、どのような方法（手続）で、そしてどのような権利者によって立法者に対し憲法命令を実行させることができるかということであろう。当然のことながら、憲法委託の実施のために立法者を強制するという可能性を肯定するためには、立法者の活動を求める請求権が与えられているということが前提である。このような請求権は、ドイツの法伝統に従えば、明確に拒否されるべき不合理なものとされてきた<sup>(20)</sup>。この背景には、①、立法上の国家意思の、法的に拘束されない自律性（Autonomie）という法実証主義な確信が存在していたこと、②、立法者は決して個々人の利益のために活動してはならず、常に公共の利益においてのみ活動できるという観念、③、そして公共の利益からは立法府の一定の活動を求める権利を主張することができないという思考などがあったと言われている。しかし、これらのことは、ドイツ連邦共和国基本法下においては既述のように立法者の憲法への拘束にかんがみてほぼ放棄されるにいたっている。

ところで、立法者に対する憲法意思の実行可能性をめぐる権利と態様に関する問題は、憲法実施義務が専ら公共・全体に対するものが、あるいは個人に対して課せられるものかに応じて回答が異なるものになるであろう。

#### （一）個人に対する立法義務

立法者には、必要な法律を發布する権限だけではなく、義務も課せられている。そして立法者に課せられているこ

の立法義務は、通例としては、国民全体に対してだけ、換言すれば、国家に対してだけである。したがって、これらの実現は、個々人に対しては、個々人の請求に対する履行としてではなく、客観的な法の反射的効力として現れる。その結果、このような場合には個々の国民は、原則として立法者の一定の積極的活動を求める裁判上追求可能な請求権は有しないと解されている。つまり、この場合の立法義務はその内容や範囲の詳細な法原則的具体化がないので原則として主観的権利は含まず、個々の国民の法の反射のみを含むものと解されている<sup>(22)</sup>。しかしながら、憲法が立法者への明確な委託を含んでいる場合には若干異なったことが妥当する。すなわち、特に立法者の不作為によって、あるいは憲法委託の不完全な実施によって基本権もしくは基本権類似の権利の侵害が問題となるような場合には、「立法義務の内容と範囲は、本質的に特殊化され、その実施が個々人に対する義務の履行においても立法者に義務づけられる<sup>(23)</sup>」ことになる。この点は、ほぼ裁判や学説によっても承認されている<sup>(24)</sup>。その結果、立法者の活動を求める個々の国民の法的請求権が付与され、国民はその実行を求めるために憲法異議を申立てることができる。その実行のための特別な法的救済手段として連邦憲法裁判所法九〇条以下に基づく憲法異議（Verfassungsbeschwerde）の制度が創設されている（なお、基本法九三条一項四a号参照）。この憲法異議の申立は、公権力によって基本権等が侵害された場合に対して個人を保護することを目的とした主観的な手続である<sup>(26)</sup>。このことから、この憲法異議制度により、個々の国民は関連する規定の文言と意義に従って不作為による立法者の権利侵害を攻撃することができる。立法者が、一定の法律発布の憲法委託を部分的にのみ実施したり、基本法三条に基づく平等の基本権を一定のグループを考慮しなかったことによって侵害するような場合は、立法者の一定の活動を求めるこのような主観的権利の主張が問題となる<sup>(27)</sup>。必然的にここでは、部分的に積極的な立法者の不正な活動の叱責だけでなく、実際には部分的な不作為の叱責も問題となる。なぜならば、このような場合の異議は、そもそも立法者が活動したという点にあるのではなく、立法者が

平等の立法という厳命から特惠を異議申立人ないし彼を通して特惠を受けることのできる人的範囲に及ぼさなければならぬにもかかわらず、この厳命に反してなおざりにしているという点にあるからである。<sup>(28)</sup>したがって、カルクブレンナーが強調しているように個々人の基本権およびその他の憲法上の権利の番人は国民自身であり、個人の主観的権利が問題となっている憲法委託に反する立法者の不作为の場合に憲法意思を達成させることは国民の義務でもある。この点で、国民は憲法裁判所への憲法異議に訴えることができるということが確定した法の見解として妥当するならば、立法者に課せられている立法義務は専ら全体に対するものであるという憲法委託の場合に固有の問題性があるということになる。<sup>(29)</sup>

## (二) 公共・全体に対する立法義務

既述のように、立法者に課されている立法義務は、通例として国民の全体、すなわち国家に対してだけである。このような場合に個々の国民には憲法異議を許容する要件が欠如している。したがって、このような場合に一般に立法者に対して憲法委託の実施を求める請求権が存するのかどうか、必要とあらば誰がこれを主張することができるのか、そしてどのような方法(手続)で請求権を貫徹することができるのかが問題となる。

(1) まず第一の問題である、立法者に対して立法行為の実行を求める請求権が与えられているのかどうかという点について、カルクブレンナーは簡潔に次のようなテーゼを展開する。「立法者は、その立法活動の正統性(Legitimation)を国民による信託からのみ受け取っている。立法者の活動は、他の国家机关の活動と同様に全体の福祉に奉仕しなければならず、ただこのような機能からだけその正当性(Rechtfertigung)を受け取るのである。このような法的地位は、立法者に憲法によって明確に配分されたものである。したがって、憲法によって立法者に一定の立法のために委託が与えられている場合には憲法が由来している国民に対して立法実施の義務が課せられる。国民が国家の

組織形態のなかに現れるので、その場合、この義務は国家に対して存在する。この義務に対応するのが立法者に命ぜられた活動を求める国家の請求権である」<sup>(30)</sup>と。

ところで、国家はその機関を通してのみ行為能力を持つわけであるから、さらにどの機関が国家のこの請求権を立法者に対して主張する能力をもつのかについて検討されなければならない。

(2) 現代の民主的法治国家が依拠している権力分立制の見地からは、立法者のコントロールは、言うまでもなく他の二つの権力、すなわち、政府と裁判に課せられている。しかし、現代政党国家における政府と議会間の関係においては、このようなコントロールは実質的意義をもたなくなってきたており、理論上のものにすぎなくなっている。すなわち、議会に依存している政府が議会に対して何らかの方向において活動するように圧力をかけたり、法律案の提出権を有するものの、法律を議決するように議会を強制するということは考え難い。ということは、憲法裁判所への訴えの提起の可能性という点ではほとんど考慮することはできないし、意義も有さないであろう。なぜならば、政府は通例として政治的に議会や政府を支えている議会多数派——これらが立法の不作为に責任を有しているのであるが——に対して裁判所に訴える行動に出ることは考え難いからである。このことから、結局は、裁判所による立法者のコントロールだけが決定的意義を有することになる。<sup>(31)</sup>憲法の遵守を求める立法院に対するこのような審査は憲法裁判所に集中的に帰属している。<sup>(32)</sup>憲法裁判所の最も重要な任務として、「権威的な憲法秩序の維持と解釈であり、憲法レベルでの国家内的な意思形成のコントロール」<sup>(33)</sup>があげられている。憲法裁判権が「法治国家の王冠」と呼ばれ、憲法裁判所が「憲法の番人」、「自由の守護者」等々と呼ばれる所以もここにある。その際に、憲法裁判所による主観的権利の保護だけでなく、客観的な法の保護の方向づけも新しい法思想のメルクマールになっていることは注目されてよいであろう。したがって、このメルクマールの下では、人間の自己利益の主観性は背後に、法秩序の客観性の保護価



値が前面に現れることになる。シュパナー<sup>(35)</sup>も強調するように、まさに憲法の保護と憲法執行のコントロールに関する憲法裁判所の権限というこのような視点の下で、先験的に立法者による憲法委託の実施の審査に関して憲法裁判所の援用も受容できるであろう。しかしながら、憲法裁判所は手続の開始に関して職権によってではなく、提訴に基づいてのみ、そして憲法裁判所に明確に配分された権限の範囲内でのみ活動する。したがって、どのような憲法裁判手続の態様が立法者の不作為を違憲と確認させ、そして同時に立法者による憲法意思の執行をもたらせるのかを検討しなければならぬ。

(3) この点に関して、①、機関訴訟手続（基本法九三条一項一号）、②、抽象的規範審査手続（同九三条一項二号）、③、具体的規範審査手続（同二〇〇条）の順に従って上記の可能性を検討しておきたい。

① 基本法九三条一項一号、連邦憲法裁判所法六三条～六五条によれば、連邦憲法裁判所は、二つの連邦最高機関（憲法機関）間の基本法上の権利・義務をめぐる争いについて裁判する。これが「機関訴訟」といわれるものである。機関訴訟の主たる目的は、憲法機関の主観的な権利・義務の保護である。<sup>(36)</sup>したがって、訴訟の対象となるのは、憲法機関の憲法上の権利・義務にかかわる具体的な紛争である。機関訴訟の当事者、すなわち、原告もしくは、被告となりうるものは、連邦大統領、連邦議会、連邦参議院、連邦政府およびそれらの機関の一部（連邦議会および連邦参議院の議長、連邦議会内の会派・委員会、連邦政府の大臣等々）<sup>(37)</sup>である。機関訴訟提起の許容性の要件として、連邦憲法裁判所法六四条は、提訴者が提訴の相手方の不作為によって——ここでは立法者の不作為によって——基本法上提訴者に認められている権利や義務が侵害されているか、あるいは直接に危険にさらされていることをあげている。したがって、この要件に従うならば、提訴者が不作為によって自らの法的地位が侵害されていなければならないということになる。しかし、連邦憲法裁判所法六三条に基づく提訴の際に考慮される可能な権利者が、専ら公共の利益のな

かにある憲法委託の不履行によってその権利が侵害されているということとは恐らくないであろう。<sup>(38)</sup>このことから、この機関訴訟手続は立法者に対する憲法委託の強制手段として利用することはできないであろう。

② 基本法九三条一項二号に規定されている「抽象的規範審査」は、手続的には連邦憲法裁判所法一三条六号、七六条～七九条において具体化されている。基本法九三条一項二号によると、連邦憲法裁判所は、連邦政府、ラント政府、もしくは連邦議会議員の三分の一等々の提訴に基づいて、連邦法が基本法と形式上・実質上一致するか否かについて「意見の相違または疑問」があった場合に決定することができる。この手続は権利をめぐる争われる手続ではなく、客観的な法状態が明確にされるという一般的利益にのみ奉仕するものである。この手続は、提訴人に疑問が生じているというだけで充分であるが、しかし基本法九三条一項二号の文言に従えば、既に立法化されている法、あるいは既に公布されている法——そしてこの法が憲法と相容れない——を前提としている。連邦憲法裁判所もこの前提を固持している。<sup>(39)</sup>これに対して、カルクブレンナーは、立法者の違憲の不作為の異議を目的とする場合、機関訴訟手続よりもむしろこの抽象的規範審査手続の方がより、成功の可能性あることを強調し、概要次のように論証している。「この手続においては、憲法改正の有効性や憲法規定それ自体のより高いランクの憲法あるいは超実定法との一致性についても審査されうることとは承認されている。したがって、一般的利益において客観的な法状態を明確にするというこの手続の基本思想から、そしてこの手続において考えられる限り広く導出される裁判所の権限——この権限は法規定の有効性あるいは無効性に関して広範なコントロールを裁判所に配分すべきであると理解されている——に基づいて、われわれは連邦憲法裁判所に憲法によって命ぜられた立法者による法の非定立に存するこのような憲法違反の審査権限も与えられることができるであろう。なぜならば、連邦憲法裁判所が既に憲法規定や憲法改正の合憲性について決定する権限があるならば、連邦憲法裁判所はまた——まず正しくないのであれば——単純立法によ

る憲法委託の憲法適合的（すなわち期限どおりの）<sup>(40)</sup>実施も審査すべき立場になくってはならない。違憲の法の非定立は、違憲の法の定立と同様に憲法を侵害するものである」と。

さらにこの抽象的規範審査手続に関連して、特に重要な意義をもっているのは、連邦議会議員の三分の一のみによって提訴権を行使することができるということである。なぜならば、これによって議会少数派も——したがって、特に野党も——議会多数派に憲法適合的な活動、つまり憲法委託の実施を強制することのできる可能性をもつことになるからである。

③ 基本法一〇〇条に定められている「具体的規範審査」は、手続的には連邦憲法裁判所法二三条一一号・一二号・一三号、八〇条以下において具体化されている。この手続は、通常裁判所、行政裁判所、労働裁判所等すべての一般裁判所が自己に係属した具体的事件の法的判断を行うに際してその基礎となっている法律を基本法または連邦法律に違反すると考える場合に、審理手続を中断して憲法裁判所の判断を求めるために移送する方法に基づくものである。すなわち、一般の裁判所は立法の合憲性について決定する権限はない。したがって、立法者の不作為の合憲性についても決定する権限はない。一般の裁判所の権限としては、法律の合憲性を具体的な法律上の争訟の範囲内において前提問題としてのみ審査することができるだけである。このような拘束力ある判決を下しうるのは憲法裁判所だけである。<sup>(41)</sup>一般の裁判所は立法の合憲性に関して、具体的規範審査手続の方法に基づいてのみ憲法裁判所へ移送することができる。移送要件としては、一般の裁判所が自己に係属している手続の決定に際して効力が問題となっている法律を違憲であると考える場合である。したがって、既に発布された法律が存在しているということが前提となっている。なぜならば、そのような場合にのみ当該法律の合憲性についての確信的疑念が生じうるからである。<sup>(42)</sup>これに対して、法律が存在せず、むしろ憲法委託に基づいて法律が本来発布されなければならないとき——これがまさに憲法委託の

当面の問題点であり、それ自体から全く執行できず、まず実施法律の発布に依存せざるをいない事例であるが——、通例として問題となっているその法律を争訟となっている事件に適用することができるかどうかを決定することはきわめて困難であろうと思われる。したがって、カルクブレンナーも指摘するように、<sup>(43)</sup>具体的規範審査手続に基づいて立法者の不作為の違憲性の確認を憲法裁判所によって達成することは恐らくできないであろう。

以上のように、公共・全体に対する立法義務に関して、手続の態様から明確になることは、連邦レベルにおいて立法者に対する憲法委託の実施のための強制可能性という点で、「機関訴訟」や「具体的規範審査」の方法によっては成功の可能性はほとんどないということであり、そして無条件の保証があるわけではないものの、「抽象的規範審査」の方法によってのみ僅かにその可能性が残されているということである。ここで次の点だけは確認しておかなければならないであろう。すなわち、憲法委託に反する立法者の不作為一般において憲法裁判権を否認し、放置せんとすれば、それによって法治国家的構造、とりわけ憲法裁判制度そのものの欠陥を露呈することになるであろうし、そしてそのことから「憲法秩序の確保と保障」という観念はその本質的部分において幻想に終わってしまうことになるであろうということである。なぜならば、「憲法意思の履行は、立法者の義務や政治的諸力の自由な判断余地に委ねるだけでは不十分である」<sup>(44)</sup>ということは明白であるからである。まさにここに「憲法の遵守と無条件の効力」<sup>(45)</sup>を担保する真の保証人である憲法裁判権による立法府に対するコントロールを不可欠ならしめる誘因がある。このような意味からも、政党国家的現実体の中で立法者への憲法委託の履行を可能ならしめるためには、僅かな可能性とはいえ「抽象的規範審査」の方法が残されているということ、とりわけ既述のように連邦議会議員三分の一のみによる提訴権が承認されていることは重要な意義が付与されているということである。なぜならば、マシーが強調しているように、「憲法秩序は、少数派が多数派に正しい道に復帰することを強制する機会を少数派に保障しなければならぬ」<sup>(46)</sup>から

である。

注

- (1) 例えば、一九四六年二月二日のバイエルン憲法は、その六条三項においてバイエルン国籍法の発布を予定しているにもかかわらず施行以来一十六年が経過しても立法義務が履行されていないという状況があった。この点については、Kalkbrenner, aaO, S. 44 参照。
- (2) BVerfGE 13, 54 = DÖV 1961, 699; 連邦憲法裁判所は、この判決において連邦による新編成の実行を求めるラントの請求権を、全体の利益、つまり連邦の利益においてのみ予定されているという理由で拒否している。
- (3) Maunz, Dtsch. StaatsR, 11. Aufl., S. 80ff.
- (4) Kalkbrenner, aaO, S. 41.
- (5) Kalkbrenner, aaO, S. 42ff.
- (6) マウンツ (aaO.) は、基本法のなかで制度的保障の例として、婚姻と家族 (六条)、宗教教育と私立学校 (七条)、信書・郵便および電信電話の秘密 (一〇条)、所有権および相続権 (一四条)、アカデミーにおける自治 (五条三項)、地方自治行政 (二八条)、職業官吏制 (二三条五項)、法律による裁判官 (九二条)、日曜日および国家的祭日の保護 (ヴァイマル憲法一三九条と結合する基本法一四〇条) 等をあげている。
- (7) Theodor Maunz, aaO, S. 606.
- (8) Ipsen, DVBl. 1956, 358/359.
- (9) 例えば、基本法一一七条一項。
- (10) 例えば、基本法六条五項、二九条一項一文、一〇四条二項四文、一三一条。
- (11) 例えば、基本法四条三項、一一八条二項、一二〇条、一三四条四項、一三五条五項および六項。
- (12) 例えば、基本法一一七条二項は、das Ges. Nr. A 9 der AHK vom 15. 6. 1950, ABl. f. Deutschland, Nr. 24 vom 24. 6. 1950 によりその実質的意義は喪失した。
- (13) 例えば、基本法六条五項。

- (14) BVerfGE 6,257 = DÖV 1957,237; 基本法二二条三項参照。
- (15) BVerfGE 8,210/216.
- (16) 例えば、規律する事物領域の範囲、新しい対象に関する行政上、立法上の経験の欠如、評価上の困難性、他の緊急課題をともなった立法者の負担等があげられよう。この点については、Kalkbrenner, aaO, S. 44 参照。
- (17) 基本法一一七条一項の規定のように憲法委託の実施のために三年、一〇ヵ月を予定しているものもあるが、学説上は、相当の期間として、一年一ヶ月 (ハーベルト・クリュガー)、五年 (ヒルデガード・クリュガー)、一〇年 (ハーマン) を設定するなど見解が分かれている。この点については、Hildig, Krüger, DÖV 1957, S. 358 参照。
- (18) Kalkbrenner, aaO, 44.
- (19) ちなみに、わが国では最大五年という年限を合理的期間の一応の基準とみる学説が有力である。越山安久・曹時三一巻八号一一四頁 (一九七九)、戸波江一一「立法の不作为の違憲確認」(講座『憲法訴訟』第一巻二七五頁) 参照。
- (20) Jakob Seiwert, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen Helt 20 der Neuen Kölner Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen, S. 100.
- (21) Kalkbrenner, aaO, S. 45.
- (22) Seiwert, aaO, S. 103.
- (23) Kalkbrenner, aaO, S. 45.
- (24) BVerfGE 6,257 = DÖV 1957,237; 10,302; 11,255.
- (25) Seiwert, aaO, S. 100ff.; Geiger, Komm. z. BVerfGG, Anm. 64c zu §90; Lechner, Komm. z. BVerfGG, Anm. 2 a zu §90.
- (26) 基本権が個人の主観的な権利であるとともに客観的な憲法秩序の要素でもある (BVerfGE 7,198 [205]) という二重の性質をもつところからこれは同時に憲法秩序の客観的な保障にも奉仕する。なお、西ドイツにおける立法の不作为論の動向に関する研究として、山内敏弘「立法者の不作为に対する憲法訴訟」一橋研究一三号一頁以下 (一九六六)、長尾一紘「立法府の不作为に対する憲法訴訟」法学新報七九巻一号一一一頁以下 (一九七二) 参照。
- (27) BVerfGE 6,257 = DÖV 1957,237 参照。



- (28) Seiwert, aaO, S. 68.
- (29) Kalkbrenner, aaO, S. 46.
- (30) Kalkbrenner, aaO, S. 46.
- (31) マーシー (Marcie, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 338) は、「権力分立の原則は、第三権力を第一権力と第二権力から分離する系統を守ることにその有効性がある。裁判権力の強化と裁判官による裁判的統制の特徴は、政府と議会間の政党政治的共生によって惹起されたバランスの不均衡を埋め合わせることにある」と論じている。
- (32) 基本法九三条・一〇〇条参照。
- (33) Marcie, aaO, S. 348.
- (34) Kalkbrenner, aaO, S. 47.
- (35) Spanner, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, 1951, S. 56ff 参照。
- (36) この主観的な手続は、個々の憲法機関の権限の確保を狙うと同時にそれを通して憲法上の権限秩序全体の客観的な保障に奉仕するという複合的性格を有する。
- (37) 政党もその憲法上の地位が侵害された場合には、機関訴訟の申立が可能とされている (BVerfGE 4, 27 [30]; 7, 99 [103]; 13, 1 [9f.]; 20, 56 [113f.])。
- (38) Kalkbrenner, aaO, 47.
- (39) BVerfGE 1,396=DÖV 1952,695.
- (40) Kalkbrenner, aaO, S. 48.
- (41) 基本法一〇〇条参照。
- (42) 当該法律の合憲性について単なる疑念を抱くだけでは不十分であり、確信的なものでなければならぬとされている (BVerfGE 1,184 [189]; 22,373 [379]) 参照。
- (43) Kalkbrenner, aaO, S. 49.
- (44) Kalkbrenner, aaO, S. 49.
- (45) Spanner, aaO, S. 60.

(46) Marcie, aaO, S. 360.

#### 四 おわりに

以上、私の関心テーマの総論的部分ともいうべき憲法委託をめぐる議論状況の一端をカルクブレンナーおよびマウソンのテーゼを基軸に概観してきた。以下、私の関心テーマとの関連および憲法委託——立法の不作为をめぐる今日的傾向と検討課題に関して若干の付言をしておわりに代えることにしたい。

まず憲法委託としての社会的国家に関してである。コンラート・ヘッセ教授は、社会国家と基本権に関連して、(i)、いくつかのラント憲法に規定されている「社会的基本権」を、基本法は、断念し、その代わりに国家の委託を規範化する道を選択したこと(立法者への憲法委託)、(ii)、したがって、社会国家规定は、裁判によって追及できる市民の直接的な請求を根拠づけるものではないこと、(iii)、それゆえに、国家の給付を求める実質的な請求権、およびこれに付随する財政上の諸問題の規制は、もっぱら立法者の任務であること、(iv)、そして、以上のことから、現代の社会国家において立法の意義がますます増大していることを強調している<sup>(1)</sup>。このように、社会国家原理は、一般的に立法者に対する憲法委託として理解されている。そこで問題となるのは、ここでの憲法委託の内容をどのようなものとして理解すべきかということである。すなわち、社会国家条項を根拠にして一定内容の法律を發布し、また一定内容の社会形成をなすべき立法者の法的義務を導き出すことができるかということである。この点をめぐっては、これまで肯定説と否定説との間に論争が展開されてきているが、ほぼ否定説が大勢を占めてきた。例えば、通説的見解を代表するシュターク教授も、立法者に対して、社会国家原理によって委ねられた任務は、法的には規定されえ

ず、それを法的に正確に構成しようとするすべての試みは立法者の政治的形成の任務を見誤るであろうし、社会国家の経済的条件を見落とすことになる」と主張して、肯定説を批判してきた。そして、シュターク教授は、このような立場から、社会国家は、立法者の形成の自由を前提として、財政手段を自由に処理する立法者が、法秩序に転換しなければならぬ国家目標であると位置づけ、立法者の政治的形成の任務と社会国家の経済的条件の二つの条件を考慮しつつ、社会国家の要請として立法者が実現しなければならない最低限度と最高限度を実現する場合の立法者の任務の限界画定の試みを提示している。<sup>(2)</sup> 本来的に、いくつかのラント憲法に規定されている「社会的基本権」を断念し、その代わりに簡素な形で「社会的」という形容詞を二度使用することによって国家の委託を規範化するという道を選択したこと、つまり、社会形成の内容を実現する任務を統治ないしは立法に一任するという方式（立法者への憲法委託方式）を採用した基本法の構造に対して、往々にして不安ないしは疑問視する向きがなかったわけではない。しかし、ドイツ連邦共和国の立法者は、福祉先進国の名が示しているように、今日まで憲法委託としての社会国家保障の実現に真剣に取り組んできたと評価することができるようと思われる。中心的な社会的法律と並んで、その他のほとんどすべての法律が社会国家的に浸透せしめられているこの国の立法状況および連邦予算総額のうちで歳出の五〇％以上が社会保障、経済振興そして生存配慮の課題に充当されているという状況、さらには社会国家の現実、むしろ行き過ぎた弊害が多方面から憂慮され、国家の社会政策の干渉は、個人の自由と自己責任の危機についての問題を惹起するまでにいたっているという状況<sup>(3)</sup>などはその例証となるであろう。そして、このような背景があらばこそ、たび重なる基本法の改正にもかかわらず、新たに「社会的基本権」の導入がさほど問題にならないという事情も肯定できるのである。転じて、わが国の場合にはドイツ連邦共和国の在り方とは異なっており、「社会権」が憲法上明規されており、この規定の解釈をめぐる議論がなされている。その意味では、わが国の方がドイツ連邦共和国よりも類似の分野にお

いて明確な憲法規範内容を有しているといえる。もちろん、明確な規範的内容を有していることと社会保障実現の水準がかの国と比較してどうかといった点については別個に検討・評価すべき問題であり、この点では、既述のように社会国家保障の行き過ぎによる弊害が憂慮されているドイツ連邦共和国とわが国の現状を比較するならば、わが国の方が、依然として水準を高める余地が残されているということを確認すべきであろうし、また近年においては日本の社会保障の危機的状況が叫ばれるとも社会権保障の内容が徐々に空洞化される危険性を内在させているだけに、社会権の意義を形式的・名目的にしないためにも、憲法規範内容の拡充の方向での確認が先ずもって重要であると思われる。

次に、婚外子の基本権と憲法委託に関してである。ドイツ連邦共和国基本法制定者は、第六条一項において婚姻と家族の保護を規定する一方、第六条五項においてヴァイマル憲法一二一条とほとんど同様の文言で「嫡出でない子に対しては、立法によって、肉体的および精神的成長について、ならびに社会におけるその地位について、嫡出子に對すると同様の条件がつくらなければならない」と規定し、婚外子の法的地位について、直接に適用される法としてではなく、立法者に委託する方法を採用した。基本法施行直後から、(i) 子供の人權尊重論、(ii)、婚外子の差別あるいは保護と婚外子の出生率との相互関係否定論、(iii) 婚姻制度の尊重との切り離し論、(iv)、社会の安定促進論を論拠として婚外子の差別撤廃・地位改善要求がなされてきたが、この領域においては、「婚外子の法的劣位は両親の非倫理行為の不可避的帰結であり、『罪の子』の利益のために婚姻家族に犠牲を強いることは許されない」という、基本法六条五項の現実化に逆行する伝統的差別観念が政府の法律家の間に根強く残っていた<sup>(4)</sup>こともあって、婚外子の地位の改善は大幅に遅滞していた。一九五八年一〇月二三日の連邦憲法裁判所による警告（「立法の遅滞がはなはだしい場合には憲法裁判所自らによって婚外子法の必要な修正がなされるであろう」）に促され、一九六一年八

月一日に親族法変更法が成立したものの、ここでの改正は部分的なもの（例えば、注目すべき改正点としては、（i）、母自身に対する親権付与の申立ての可能性を母に開いたこと、（ii）、嫡出宣言に関する後見裁判所の権限の根拠づけを図ったこと、（iii）、嫡出宣言の実質的要件の詳細化を図ったことなどをあげることができる）にすぎなかった。業を煮やした連邦憲法裁判所は、一九六九年一月二九日、婚外子の扶養請求権に社会保険法上の孤児年金が算入されるか否かが争われたケース<sup>(5)</sup>において、「この基本権規定（六条五項）は立法者への『拘束力ある』委託を定めたものである。その実現は、立法者の任意に委ねられたものではない。むしろ、立法者は本条項において表明されている約束を履行すべく義務づけられており、立法者が憲法委託を合理的期間内に実現することを怠った場合には、憲法違反となる。また、基本法六条五項は、憲法上の価値決定の表現であり、この価値決定は裁判所や行政を現行法の枠内においてその裁量行使の際に拘束する。したがって、このような価値判断は、立法委託の実現以前に既に単純法律の解釈の基礎に置かれねばならない。本条項は、憲法委託の十分な実現以前にも一般的な平等原則の特別の刻印とみなされるべき一つの基本権を既に承認している。……立法者は、民法の領域での非嫡出子法の改革を現在の立法期の終末（一九六九年一〇月二〇日）までに成立させる場合にのみ、基本法六条五項の憲法委託に応えることになる。したがって、立法者が憲法委託を合理的期間内に履行しない限り、基本法六条五項の憲法委託は直接に裁判所によって実現されうるし、また実現されなければならない。この期間は、先ずもって現在の立法期（第五立法期）の終末をもって満了となる。」と極めて厳しい警告的決定を立法者に下した。根源的に、非嫡出子法が「深刻にして、社会的・経済的・人間的な意義を有する分野」<sup>(6)</sup>であるということも一因となって遅々として改革が進行しなかったが、本決定が決定的な助産の役割を果たすこととなり、憲法制定以来二〇年を経過してようやく婚外子の新秩序を内容とした「婚外子の法的地位に関する法律（Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder）」が一九六

九年八月一九日に制定されるにいたった。この法律は、一八九六年のドイツ民法典制定以来、若干の修正を加えながらもほぼその原型を保ってきたドイツ民法典の非嫡出子法を根本的に改正した内容となっている。その後、一九七九年に「親として配慮する権利の新規制法」が制定されたが、婚外子法の制定に際して、立法者は、婚外子を「確実に、そして継続的に両親の一方に帰属させること」が子の福祉にもっともかなうものであるという仮説から出発した。その結果、父の嫡出宣言後は、親としての配慮権は父に轉移させ、母は例外なく配慮する権利と義務を喪失するという形態で立法化を図った。それが改正前の民法一七三八条一項の規定である。この背後には、立法者としては嫡出宣言の法的効果を明確に形成することによってコンクビナート（婚外の男女が婚姻類似の共同生活を営むような関係）を助長することを回避しなければならず、その為には母方の権利喪失もやむをえないという判断があった。このような法制の下、「両親が子と共同生活し、親としての責任を共同で引き受ける用意があつて、かつ引き受けることのできる状況にあり、そしてこのことが子の福祉にかなうときでさえも民法一七三八条一項が、父の嫡出宣言後、例外なく婚外子の母が親として配慮する権利と義務を喪失するという強制的な法的効果を定めている限りで」、同条項は違憲であるか否かの判断を求められたケースにおいて、連邦憲法裁判所は、一九九一年五月七日の決定において、民法一七三八条一項の違憲性を確認する一方、「ある規範が基本法と適合しないとき、それは原則として無効と宣言されなければならない。しかし、この原則は立法者に憲法違反を除去するための多くの可能性があり、無効宣言が立法者の形成の自由を侵害する場合には妥当しない。……違憲性を是正する方法として、立法者は嫡出宣言の枠内で母と父の共同配慮の可能性をここで検討されている前提のもとで予定することができる。……さらに婚外子の両親に対する共同配慮権を嫡出宣言外で導入することもできるし、あるいは婚外子の法的地位を全体的にもっと嫡出子に同化させることもできる」と判示し、立法者の形成の自由を尊重しつつ、無効とはしなかった。しかし同時に共同配慮権の新規



律に際しての可能な方向性を例示していることは注目される。

以上の叙述からも知りうるように、この領域において、連邦憲法裁判所は、警告判決や違憲性確認判決さらには新規律に際しての具体的な方向性の例示などの手法を用いることによって婚外子と嫡出子との間の法的差別を撤廃させるべく立法者に圧力をかけ続けてきたのである。その結果、現在のわが国において民法改正作業の重要課題の一つとされている婚外子と嫡出子との間の法的差別が既に早い時期から解消されることになったのである。このようなことから、基本法六条五項の憲法委託を立法者に履行させるための手法として憲法裁判所による警告判決や違憲性確認判決がいかに効果的でありうるかが再確認できるのである。ちなみに、一九九八年七月施行の「親子法改革法」では、子を区別する法律用語がすべて廃止され、「子とその婚姻していない父母」という表現が使用されることになったという報告<sup>(8)</sup>がなされている。このような表記の変化の中にも婚外子の法的地位の変化が象徴的に物語られているように思われる。

最後に、憲法委託違反——立法の不作为をめぐる今日的傾向と検討課題についてである。これまで憲法委託違反——立法の不作为の問題を検討する際に、立法の不作为の類型として、絶対的立法の不作为と相対的立法の不作为に区分されて論じられてきた。<sup>(9)</sup>その区分内容およびその実益について戸波教授は次のように整理している。<sup>(10)</sup>「絶対的立法の不作为とは、いわば本来の意味における立法の不作为であり、明示的な立法的義務に違反して、立法府が立法を怠るというものであって、そこでは、立法がなされないこと自体が直接問題になる。これに対して相対的立法の不作为とは、いわば派生的ないし付随的な立法の不作为であり、ある立法がなされた後に、当該立法の内容・手続・範囲に不備・不公正があり、そこに立法の不作为が見出される場合である。したがって、この種の不作为は、あくまでも既存の立法との関係で相対的に生ずる。この二つの立法の不作为は、立法の不作为を訴訟で争う方法、裁判所におけ

る立法の不作为の合憲性の審査方法、違憲性の除去ないし救済の点で、かなりの相違が生ずるのであり、そこに両者を区別する実益がある」と。このような区分に従うならば、ドイツ連邦共和国の立法者は、本稿であげた懸案事例も含めて遅らばせながらも今日まで自らの立法義務を総体的に果たし終えており、絶対的立法の不作为はほとんど問題となっていない。むしろ今日的な立法の不作为をめぐる関心領域は後者の相対的立法の不作为、あるいは一九七八年のカルカー決定<sup>(11)</sup>にみられるような立法者の是正義務 (Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers) の方へ移ってきているように思われる。連邦憲法裁判所は、この決定のなかで、「立法者の下した決定の基礎に、法律の公布の時点では予見できなかった新たな展開によって、重大な疑問が生じた場合には、立法者は憲法上、過去の決定が変化した状況のもとにおいても維持できるのかどうかを審査すべき義務を負う<sup>(12)</sup>」と説示し、事後的な是正義務を立法者の憲法上の義務であることを明確にしているが、このような理は、わが国の議員定数不均衡判決と共通するものがある。今後、わが国でも、激しく、急速な社会情勢の変化、著しい科学・技術の進歩にともなう新たな知見の獲得が自明のこととして予想されることを考慮すれば、基本権を保護するためにもこれらに対応した迅速かつ適切な立法は正義務を講じる立法者の責務がますます重要性を増してくるであろう。その最近の好例を「ハンセン病国家賠償訴訟(熊本地裁平成一三年五月一日判決)」にみるができる。そして、立法の不作为により権利が侵害された者がおり、その救済のために何らかの立法が要請されるような事態が生じているような場合には、立法化促進的な法的効果をもった裁判的統制が不可避的となる。この点では、既述のように違憲警告判決や違憲性確認判決、さらには立法化に際しての可能な方向性の説示などドイツにおける手法が大いに参考にされるべきであり、わが国において将来無効的法的効果をもった判決手法の可否を含めて今後の検討課題としておきたい。

注

- (1) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts BRD, 13. Aufl., 1982. 阿部照哉ほか訳『憲法綱要』103頁参照。
- (2) C. Starck, Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat, DVBl, 1. Dezember, S. 938 ff.
- (3) H. Lampert, HdWW, Bd. 7 (1977), S. 73.
- (4) 善積京子『婚外子の社会学』(世界思想社) 九九頁。
- (5) 拙稿「非嫡出子の基本権と憲法委託——非嫡出子決定——BVerfGE 25, 167. Beschluss V. 29. 1. 1969」『シュインの憲法判例』(信山社) 一八一頁以下参照。
- (6) H. Lange, Gesetzgebungswunsch und Lebenswirklichkeit bei Rechte der unehelichen Kinder, Juristische Schulung 1964, S. 253. 田村五郎『非嫡出子に対する親権の研究』(中大出版部) 六九頁。
- (7) 拙稿「婚外子に対する親としての配慮権——BVerfGE 84, 168. Beschluss V. 7. 5. 1991」『シュインの最新憲法判例』(信山社) 一九八頁以下参照。
- (8) 床谷文雄・一九九四—九八・「ドイツ家族法立法の現状と展望 (3)」『阪大法学』三〇三頁、三成美保「婚外子の法的地位とジェンダー」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界 (Ⅱ) 秩序像の転換』(東京大学出版会) 七五頁。
- (9) 山内敏弘「立法者の不作為に対する憲法訴願」一橋研究一二三号六頁以下、笹田栄司「西ドイツにおける立法不作為理論の展開」九大法学四五号一六頁以下、長尾一紘「立法院の不作為に対する憲法訴願」法学新法七九卷一号一三九頁以下等参照。
- (10) 戸波江二・前掲・三六二頁以下。
- (11) BVerfGE 49, 89, Beschluss v. 8. 8. 1978
- (12) 高田敏「高速増殖炉型原発の設置を許可する原子力法の合憲性」『ドイツの憲法判例』(信山社) 二九七頁。