

《翻訳》

立法者への憲法委託

—マウンツのテーゼについて—

| | | | |
|-----|---|---|---|
| 共訳者 | 渡 | 辺 | 中 |
| | 柏 | 崎 | 敏 |
| | 小 | 橋 | 昇 |
| | 柳 | | 眞 |
| | | | 弘 |

まえがき

われわれ、渡辺中、柏崎敏義、小橋昇、柳眞弘の4名は、国士舘大学における同一講義曜日ということもあって、講義終了後の時間を利用してドイツ憲法に関する基本的な文献を継続的に購読していこうということになり、1992年9月から共同研究会を定期的に開催することになった。そこで、まず、研究会の素材として選択し、4名であれこれ議論を重ねながら訳出作業を進めてきたのが今回資料として紹介する Theodor Maunz, Verfassungsaufträge an den Gesetzgeber, Bayerische Verwaltungsblätter, 1. November 1975, Heft 21, S. 601 ff. である。

ところで、このマウンツ論文については、ドイツ連邦共和国基本法が標榜している社会国家の法理論的検討に関心をもってこれまで「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）、「社会国家における市民」（国士舘大学法学会編『法と社会』下）などの小論をものしてきた渡辺が、社会国家がドイツの通説的見解によって立法者への憲法委託と把握されていたところから、この憲法委託の観念や法的性格を探るべく10年前に読んだものを本研究会の素材として提起したこと。また、マウンツの本論稿が公表されて以来18年の歳月が経過し、この間に東西ドイツの統合や多くの分野における立法の促進・充実化が図られてきたことを考慮

すると、若干内容的に古くなっているとの感は否めない。しかし、それにもかかわらず、あえて本論稿の紹介を試みるのは次のような理由からである。すなわち、1991年5月7日、連邦憲法裁判所は、婚外子に対する親権の父母共同行使制限（ドイツ民法1738条1項）の違憲性をめぐる判決で、「基本法6条5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、立法者に対して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によって立法者には明確な目標が設定されている」と述べているように、最近の判決において積極的に「憲法委託」の観念が使用されている一方で、これまでこの「憲法委託」の観念が実に多義的に用いられ、その不明確性がつとに指摘されてきた。したがって、「憲法委託」の観念をめぐっては、その内容を詳細に検討・分析し、整理・類型化を図り、そして法的規範力を明確にすることが重要な課題となる。その意味において、マウンツ論文は、憲法委託の観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立法義務の内容、範囲、期限そして法的拘束力などに留意しながら類型的に総合した理論内容となっており、憲法委託の観念を明確にする上で有益かつ必読の文献と思われるからである。なお、本論文で展開されているマウンツのテーゼの骨子については戸波江二教授によって既に紹介されている（自治研究・54巻10号78頁以下）。〔渡辺 記〕

＊ 基本法の条文については、樋口・吉田編『世界憲法集（改訂版）』（三省堂、1991年）を用いた。

立法者への憲法委託

I

最近、連邦共和国における政治的展開は、社会の諸構造を新たに形成しようという試みによって影響を受けてきた。政治プログラムにおいては、システムの変革が緊急の要請として提起されていた。このシステムの変革をしばしば支えているのは、提起された目標が単に望ましいと言われるからだけではない。目標の実現は、むしろ、憲法によって立法者に課される法的義務ともみなされた。そこで論じられたことは、立法者は、基本法やラント憲法がすでに確定したところのものを最終的に実現しなければならないということであり、残された重要な問題点はもはや「憲法の執行」だけである、ということである。

ある政治プログラムが憲法上の要請と性格づけられると、これと異なる目標を追及する者は、憲法上の義務を否定する者、それどころか極端な場合には憲法の敵とみなされる危険を犯すことになる。これに対して、憲法上要請されているものは、政治プログラムに強い力を与える。少なくとも、憲法上要請されているものは、強い力によってその実現に向けて努力される。システムの変革が目標でない場合にも、基本法やラント憲法に用いられている概念は、ますます立法者に対する命令と解された。あるいは、憲法が立法者に対して限界づけていることから、活動することが立法者に課せられた義務であるとされた。しかし、政治的な目標設定と結びつくにせよ、つかないにせよ、いずれにしても立法者の法的義務があると主張されるならば、法的基準が設定されていなければならない。

ところで、実際、基本法や多くのラント憲法には、特定の方向に活動するように立法者に命じる法命題がある。そのような法命題は、伝統的に憲法委託とよばれている。この名称は、受託者による引受が義務的委託の法的本質

である限りで、適切ではない（ドイツ民法典662条参照。同条は、一般原則として、すべての法分野に妥当する）。この憲法命題は、義務づけるためには、当然ながら立法者による引受を前提とはしていない。しかしながら、立法者への命令ないしこれに類似した憲法内容を問題とする場合には、「憲法委託」という表現が定着しているために、この表現が本論文においても用いられる⁽¹⁾。

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じる場合には、立法者は原則的には義務から自由であることを出発点としなければならない。この点については同意が得られるであろう。立法者は、ある事項を規律するのかどうか、どのように規律するのかについて、一般的に自己の責任において決定する。この権限は、立法者の形成の自由ないし決定の自由、あるいは立法者の裁量、あるいは立法者の決定余地と呼ばれている⁽²⁾。立法者は、自己の形成の自由に基づいて、正当であり価値があると自ら判断した意図を実現する。憲法から正反対のことをなんら導き出さない限りは、立法者は制約されない。

しかし、憲法から正反対のことが導き出されることはしばしばある。とりわけ、憲法の他の法命題と調和する方法でのみこの形成の自由を行使すべきことに、注意しなければならない⁽³⁾。解釈にあたっては、どの憲法も統一したものとみなさなければならない。すなわち、場合によっては生じうる緊張関係は、価値衡量によって調整されなければならない⁽⁴⁾。形成の自由を制限する法命題には、次のようなものがある。とりわけ立法権限の配分に関する原則的規範と、特定の領域に関する価値拘束を表明する原則的規範⁽⁵⁾、たとえば一般的平等原則、これから派生する事物適合性および恣意の禁止である。

あらゆる立法行為について考慮すべきこのような制限や拘束のほか、多くの憲法は、立法者が活動しなければならないかどうか、またその場合と態様に関する特別な命令も規定している。この命令の強度と射程は、それぞれ異なる。命令の多くは文言上明確に規定されているため、立法者に活動義務があることには疑いがないと認められるだろう。しかしこのような定式化に

もかわらず、しばしば義務の内容が不明確な場合がある。たとえば、基本法6条5項は、次のように規定している。「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、嫡出子に対すると同様の条件がつけられなければならない。」この「つけられなければならない」という文言は、立法者が怠ることの許されない義務の創設そのものと理解することができる。ここでは、いずれにせよ文言上は、しなければならないという性格（Mußcharakter）が明白にあらわれている。もちろん立法者がより細部にわたってどのように義務づけられているかは、基本法6条5項の場合ですら、未解決である。このことから明らかになるのは、直接に拘束力をもつものとしての憲法原則の性格に疑い⁽⁶⁾が生じるということである。むしろ注目に値することは、立法者が1969年8月19日の法律によって少なくとも一部分であれ自己の義務を果たすまでに、20年間を要したことである。憲法裁判所の判決によれば、委託を履行する態様と方法の不明確さは、憲法委託の性格に矛盾するものではない。たとえ活動義務それ自体が確定されただけでも、憲法委託は存在しうる。連邦憲法裁判所は、この点について次のように判示している。「立法委託を履行するかどうかまたいつ履行するのかは、立法者の任意に委ねられてはいない。一定の立法の約束が憲法命題として確認されるならば、立法者はむしろその約束を履行するように拘束され、そして立法者が、相当の期間内に憲法委託を実行しなかつたならば、憲法違反になる⁽⁷⁾」と。

基本法29条〔改正前〕（「連邦領域は、……連邦法律によって新たに編成しなければならない」）も、その文言からは、立法者に向けられた、しなければならないという規定のようにみえる。けれども、この義務の実際の内容は、嫡出子と嫡出でない子との憲法上命じられた平等な地位についてよりも一層不明確であり、その上、義務づけられていることはそれ自体矛盾している。かつて多くの論議がなされた基本法131条（「……法律関係は、連邦法律によってこれを規律するものとする」）の場合にも事情は同じである。

第二グループの憲法命題は、文言の定式によってではなく、正しく理解さ

れた内容によって、立法者に対する義務を基礎づけるものである。たとえば、「男子と女子は、同権である」（基本法3条2項）という原則によっては、確かに立法者に対する命令を見いだすことはできない。しかしこの条項は、基本法117条との関連で考えなければならない。基本法117条は、3条2項に違反する法が1953年3月31日までしか効力を有しないと規定し、したがってそれ以前に活動することを立法者に義務づけている。また〔基本法140条により基本法に含められた〕ヴァイマル憲法138条1項（「宗教団体に対してなされる国の給付は、ラントの立法によってこれを有償で廃止する」）においては、かりに期間の定めがないとしても、立法者に対する義務は認められるであろう。確かに、文言の形式は単なる権限規定のようにみえる。しかし、ラント立法者は当然に有償で廃止すべきことが意図されており、その際の態様と方法、特に反対給付に関して、広範な形成の自由がラント立法者に与えられているのである。

基本法の核心的部分とみなされるものは、連邦共和国のすべての国家機関、とりわけ立法者に対する、分断されたドイツの再統一という命令である。連邦憲法裁判所は、この命令を執拗に強調している⁽⁸⁾。連邦憲法裁判所の判決によれば、基本法前文は、立法者に対する直接の法的義務、特に現在ドイツ連邦共和国とドイツ民主主義共和国に分裂しているドイツの統一を実現するように務め、そして再統一を法的に妨げ、実際に不可能とするあらゆることを差し控えるという義務を規定している。再統一への義務は、直接効力を有する憲法上の命令である。この命令は、立法者の形成の自由を限界づけている。ドイツ国民の自由な自己決定に基づく再統一のためのいかなる法的地位も放棄されてはならない。すべての国家機関、したがって連邦およびラントの立法者も、当該問題領域において、再統一に役立ちそしてこの目標の達成をめざす法律を發布する義務がある。裁判所は、連邦立法者が基本条約のための連邦参議院の同意を要する法律において、この義務を履行したことを出発点⁽⁹⁾としているから、この条約と基本法とは両立し得ないとみなしている。立法者に対するその他の具体的な活動義務は、たとえ異論はあるにせよ、基本法

1条1項（人間の尊厳に値する社会扶助⁽¹⁰⁾）と基本法33条5項（適切な生計⁽¹¹⁾費）において認められている。これに対して，連邦憲法裁判所は基本法38条（郵送投票を認める義務⁽¹²⁾）と基本法104条（自由剝奪における法的保障⁽¹³⁾）から生ずる憲法委託を否定した。

第三のグループを構成しているのは，（政治プログラムの命題とは異なる）いわゆる憲法のプログラム命題である。すでにヴァイマル憲法期の国法学においては，立法者に対して強制力のない単なる目標を設定する憲法原則と，直接適用され得る「現実的」法を定める憲法原則とは区別されていた。前者の場合，市民の権利と義務は，プログラム規定が現実化された後にはじめて生じるとみなされた。これに対して後者の場合，市民の権利と義務は，すでに憲法それ自体から生じるものであった。しかし，この区別にはすでにヴァイマル憲法期にも論争があった。とりわけこのような区別に対しては，プログラム命題も何らかの性質の拘束力をもつものではないかという疑念が提示されている。すなわち立法者は，当該領域で活動する場合に，いずれにせよプログラム規定が定めているように活動しなければならない，ということである。これによれば，プログラム規定は少なくとも「かくなるときにはかくすべし」規定（„Wenn-Dann“-Vorschrift）である。さらにプログラム規定は，法命題の解釈に影響を及ぼす限りで直接的な法ということになる。双方の見解によれば，プログラム規定は指令として機能する。^(13a)当該理論は基本権の領域には関連しないが，基本権が問題となるかぎり，基本法は，すべての基本権を直接適用される現実的法（基本法1条3項）とみなすことで，憲法命題をめぐるプログラムの効力と現実的効力の区別をなくそうとしている。しかし，古い意味でのプログラム命題の除去は，基本権カタログ自体においてすら成功していない。連邦憲法裁判所も，根本的にはプログラム規定に固執している。^(13b)基本権に止まらず，憲法全体に拡大されたこの区別は，修正された⁽¹⁴⁾形で，指導原則の理論に受け継がれている。

「憲法委託」という概念がさらに展開されることによって，その限界はますます不明確になっている。すなわち一方では，憲法には簡潔にしか規定さ

れていない一定の事柄を単純法律によって補充的に規律する立法者への「授権」の概念との関係において（「詳細は法律で規律する」、「……法律で規定される」など）、他方では、単純法律によって制限を定めあるいは例外を規定する留保との関係において（「法律の基準に従って」、「法律の範囲内で」など）、ますます不明確になっている⁽¹⁵⁾。この点で個別に検討されなければならないことは、憲法の意味によれば権能とは別に、規律する立法者の義務もあるかどうかということである。連邦憲法裁判所は、「詳細は法律で規律する」という規定の解釈について次のように述べた。すなわち、どのようにその文言を解釈すべきかは、憲法自体がすでにその事柄について何を規定しているのか、また憲法が詳細な規律に関して何を未解決のままにしているのか、ということからのみ導き出すことができる、と。規律を必要とする事柄が一定の状況の秩序のなかにあるならば、詳細は法律で規律するという文言は、基本法自体ではその事柄に関し規定されていないであろうすべてのものを含⁽¹⁶⁾む。多くの場合、この規定によって立法者は、法律による規律を行う権限を与えられているだけでなく、義務も課されている。たとえば、基本法4条3項2段（兵役拒否権に関する詳細な規律、この権利はまずは立法者によって現実化される必要はないが⁽¹⁷⁾、しかしその詳細な具体化に関しては立法者は憲法上義務づけられている⁽¹⁸⁾）がそうである。

結局、憲法委託の理論は「立法者の部分的不作為」の概念に帰着する。立法者は、規律するよう義務づけられそれに従わなかったならば、憲法に反して規律を怠ることになる。確かに個々の国民は、立法者の行為を求める法的請求権を一般的には有しない⁽¹⁹⁾。しかし、すでになされた規律が、一定の事情を考慮しないことによって、あるいは特定のグループないし個人を無視することによって、平等原則に違反することはあり得る。この場合、立法者によってすでになされた規律は、さらに広範に規律するという立法者の義務を喚起する契機となる。憲法の意味によれば、立法者は、たとえば人格の自由な発展（基本法2条）あるいは平等原則（基本法3条）を考慮して、部分的な規律に留まってはならない。その限りでこの場合にも、部分的規律から全体

的規律へと向かう憲法委託が語られ得るのである。⁽²⁰⁾

II

連邦法と同様にラント憲法においても憲法委託への立法者の拘束に関して、実に様々な目標設定と強度の法命題がある。これらの法命題は、連邦憲法裁判所の判決と対比して、ラントの権限ある裁判所によって解釈されている。たとえば、バイエルン憲法をみると、様々な定式において、憲法の特別な委託への立法者の拘束が数多くある。これと並んで、すべての憲法がそうであるように、事物適合性、目的適合性などへの拘束もある。たとえば、バイエルン憲法70条2項（「……正式の法律によって確定されなければならない」）⁽²¹⁾は、法律を発布する立法者の絶対的義務を定めている。他の憲法規定との関連においてのみ直接引き出される立法者の義務は、たとえば同憲法77条1項（「一般ラント行政の組織は、法律によってなされる」）や95条（「公務員関係の基本条件は、法律によって規律される」）に見られる。部分的に、憲法委託として要求されている法命題の場合、単純立法者へ同時に授權しているが、その下での約束が問題になる。たとえば、同憲法154条（「経済に関する自治行政についての詳細は、法律によってなされる」）である。ここでも、純粋な授權や単純な法律の留保との限界が不明確になっている。

バイエルンの立法者の不作為が、バイエルン憲法裁判所の判決の中で広範囲に取り扱われている。たとえば、立法者は女性公務員を援助規律に含めなかったことにより、憲法に違反するとされた。これに対して、立法者が公立学校における授業料と教材費の免除を私立学校にも拡大しなかったこと、⁽²²⁾また、公法上の利用権が設定されている土地の処分に関する規定をゲマインデ⁽²³⁾の法に取り入れなかったことは、憲法に違反しないとされた。多くの判決は公務員法上の立法者の不作為を取り扱っている。たとえば、昇進の停止に関して、勤務年数の計算に関して、公務員の俸給や裁判官の俸給の平等な取扱⁽²⁴⁾いに関してである。バイエルン憲法裁判所は、1975年3月13日 Vf. 5-V-74 判⁽²⁵⁾決^(27a)において、バイエルン憲法83条3項（「ゲマインデにラントの任務を委任

する場合、同時に必要な費用を推定しなければならない) から、次のような結論を引き出した。すなわち、ここには任務の配分と同時に収入の推定についての法的規律をなすべき立法者に対する憲法委託が含まれている。その場合、立法者には処理に関して多くの解決の可能性が与えられている。立法者が自らの義務を果たすためにどのような方法を採用するかは、立法者の裁量による、というのである。この判決は、憲法によって立法者の義務が委ねられているという他の判決の流れに沿うものである。

III

50年以上にわたって展開され、時の流れの中でますます洗練された、立法者に対する現実的な憲法委託に関する理解から、最近の理論は出発しようとした。その理論は、満たされていない多くの憲法委託を発見することができると信じ、それどころか、一つの憲法となるために克服されなければならない⁽³⁰⁾満たされていない基本法を全体として受け入れるのである。⁽³¹⁾現在の連邦政府の領域においても、基本法に規定されている多くの委託の不履行という観念が、存在するように思われる。たとえば、連邦大臣アーベル (Apel) は、「われわれの社会は、洞察力と慎重さをもって、だが目的を意識して、基本法の要請に⁽³²⁾適応していかなければならない」と述べた。基本法がこのように理解されるならば、もちろん憲法委託の数はこれまで受け入れられてきたものをはるかに越えて増大する。

同様に、多くの基本法規範の不履行に由来する多くのものについて、基本法は、その今日的な内容から見れば、すでに「古くさい」ものになっている。⁽³³⁾もちろん、基本法全体を古くさいものとみなすことは重大な矛盾に陥るであろうし、同時に、基本法に含まれ、表面上広範な憲法委託が目下焦眉のものであり、早急に実現されなければならないと主張することもできない。確かに、連邦およびラントの現行憲法における多くの法命題が、現在の構成において、過去の時代、たとえばヴァイマル期やそれ以前の時代に由来しているということには争いが無い。その限りでは、これらの法命題は過去の状況の

表現である。しかし一般に承認されている解釈論によれば、その法命題が現在の現実に対しても何らかの意味をもつと、その意義を理解することは可能である。基本法を多段式ロケットにたとえる必要はない。ロケットの場合、第一段は、その推進力を消費した後は「古くさい」ものになり、分離され、その間適時に第二段が点火されるのである。基本法の場合は、第一の本体も常に継続的な影響力を有しているのである。

はじめに述べた、基本法の要請の最終的な実現を求める運動は、基本法に含まれた立法者への憲法委託によって古くさい基本法に継続的な効力を認める理論に基づいている。しかしその運動は、基本法において使用されあるいは輪郭だけが示されている多くの概念、たとえば法治国家、社会国家、民主制、民主化、人格の発展、権力分立、機会均等、所有権者の義務、共有財産、公共経済、国民の政治的な意思形成、職業の自由（これに関連していわゆる就業禁止の除外）などの概念に、社会変革のための委託という性格を付与することによって、基本法の要請の最終的な実現に政治的な観点から十分な転換点を与えている。そのことによって、「憲法委託」という概念を拡大するための門戸を広漠たる原野に開こうとするのである。結局、このようにして基本法全体が憲法委託の一丸の束になる。

このような転換点は、基本法20条1項（「民主的連邦国家」）における「民主的」という概念を「さらなる民主制」というプログラムにおいて使用することが、基本的によって立法者に課せられた、民主制を「拡大する」という義務とみなされるときに明らかとなる。もちろん、民主制の概念はもとより一義的ではない。しかし、基本法が念頭においている民主制の概念のヴァリエーションの幅はさほど大きくはない。基本法は、「この基本法の意味に則した」（28条1項）という語句を付して民主制の概念を用いている。たとえ「意味に則した」という基本法が有している内容とは異なるものをその概念に与えることはできないとしても、基本法20条および28条には、立法者が活動すべき義務ではなく、むしろ活動するときに立法者が遵守しなければならない枠組がある。まして、基本法上の「民主制」の内容の代わりに、別の内

容があてられるならば、基本法の委託はあり得ない。「さらなる」民主制の要請においては、基本法上理解されている意味の代わりに、別の、しかも「さらなる」という文言から読みとることができるように、民主制の広範な概念が法的領域に持ち込まれ、そして同時に、基本法の予定していない「民主制」概念のこの内容の実現を、立法者が自らの憲法上の義務とみなすことが要請される。また、「民主化」という概念がどのような詳細な内容を持つべきかも依然として不明確なままである。もしかすると、議会や国家外的な審議機関に命令的委任を導入する義務、あるいは社会の現象形態や事象への多数決原理の転用、さらには政治的多元主義の制限すら民主化の内容をなすともいうのであろうか。このようなことは、基本法の意味と主張することはできないし、憲法委託と解釈することもできない。

基本法は、「社会的民主制」という概念（もちろん、20条の「社会的法治国家」概念と28条の「社会的連邦国家」^{〔訳注〕}概念についてであるが）を広く普及している意見と異なって、使用しているわけではない。「社会的民主制」という概念によってしばしば追及されている目標は、分別のあるものであり、もっともなものであるかもしれない。しかし、当然のことであるが、基本法にまったく見出だせない概念から立法者に対する義務的な憲法委託を引き出すことはできない。アーペルは、さきの発言の中で、「社会的民主制」の概念をこれと異なって理解しているようである。彼は、基本法の「要請」についての言葉に引き続いて、「社会的民主制が実現されなければならない」と付け加えたのである。

「民主制」の概念とは異なり、「社会国家」という概念は、わずかながら、歴史的な事象を通して生じてきた内容の特徴に依拠することができる。それゆえ、社会国家という概念は、基本法の意味における民主制の概念が不明確である以上に不明確である。⁽³⁴⁾ おそらく、連邦憲法裁判所も、社会国家の概念から義務を導き出すことができるかどうか、そしてどのような義務を導き出すことができるのかについて初めて述べたときに、躊躇したことであろう。そこで、⁽³⁵⁾ 次のような命題が判決理由の中で提示された。「社会国家原理は、無

制限な自由の有害な影響を阻止し、平等を徐々に促進して理性的に要求し得る程度にまで実現すべきである」。すなわち、この原理の内容は、「すべての者の利益の調整と保護、すべての市民の福祉のほぼ平等な助成および負担のほぼ平等な配分」である。この定式化は、解釈する上で次のような利点を与えている。すなわち、詳細に示された方向で活動するように立法者を義務づけることが問題となるのではなく、むしろ、立法者が活動する場合にこの原理に支配されなければならないという「かくなるときにはかくすべし」原則（„Wenn-Dann“-Satz）が問題となるということである。もちろんこれは、立法者が活動するときの単なる限界以上のものではあるが、内容の特定された法律を定立すべき指令というほどのものではない。このことは、社会国家原理に関する裁判所の次のような論述からも明らかである。すなわち、「そのつど実際に何がなされるべきかは、社会生活の形成に関与しているすべての人々やグループの絶えざる論争の中で確認される。」「現在の経済秩序や社会秩序は、もちろん基本法に基づいた可能な秩序ではあるが、決して唯一可能な秩序なのではない。その現在の秩序は、立法者の意思によって支持された経済政策的、社会政策的決定に基づいているのであって、この決定は、他の決定によって代替され得るし、あるいは破られ得るものなのである」。このような最高の裁判所の命題は、むしろ立法者の形成の自由を裏づけたものとして理解することができるが、その際に立法者は、すべての国家機関がそうであるように、理性的な観点を十分に考慮して事物適合的に活動するという基本命題によって導かれなければならない。基本法は、憲法上の効力によって現在の社会秩序を堅固に囲い込んでもいないし、また他のシステムの創設を立法者の義務ともしていない。内容の特定された法律を發布したり、特定の社会形成を行うという基本法の社会国家原理から導き出すことができる命令は存在しない。

社会国家概念の新しい解釈には三つの危険が認められる。第一に、この概念は、プログラム作成者が追及するに値すると判断した意味内容によって充足されることである。この意味内容は基本法の同じ文言の概念と決して一致

する必要はない。第二に、この新たに創造された意味内容が立法者に対する憲法の命令とみなされることである。そこで、憲法に根拠があると称する、社会変革に向けたダイナミズムが生じる。「適切な」法律を發布し、市民の状態に応じて可能性を改善するという一定不変の、そして原則としては異論の余地のない立法者の任務が、内容の特定された法律、すなわちまさにこのような法律を要求する人々の望むような法律を發布する法的義務と再解釈される（あるいは「再機能化される」）場合には、立法者の活動のために憲法によって通常設けられた立法者の形成の自由はまったく放棄されてしまうことになる。これは憲法の安定性を阻害することになる。第三の危険としてこれに加わるのは、このようにして、変更された内容を与えられた憲法概念に拡大的性格あるいは排他的性格すら付与されることである。そのもとでは、このような憲法概念に対して、他のすべての基本法の命題は、抑制ないしは排除されるべきものと理解される。このようにして、かの概念は総括される。

しかしながら、基本法のいかなる原則からも、他の概念に対するこのようなはじめから与えられた優位性は生じない。上述のように、憲法全体は統一体とみなされなければならない。その統一体の中で、外見上であれ実際上であれ生じる矛盾が調和のとれた帰結へと導かれなければならないのである。⁽³⁶⁾このことは、具体的な実体の中での価値衡量によってなされる。その場合に、いずれにせよあるいはもとより、より重要性をもった法益というものはなく、むしろあれもこれも（ないしは、あれかこれか）が具体的事例における決定にとっては重要なのである。社会国家概念の場合、その内容がすでに他のいくつかの憲法条項に詳細に規定されることによって、価値衡量は容易になる。社会国家だけが憲法委託として存在し、立法者は他のすべての憲法命題を押し退けて社会国家だけを実現しなければならない、と解釈するわけにはいかない。社会国家概念は、それ自体自立的ではなく、また単にそれ自体から、さらには拡大的かつ広範囲に解釈されてはならないということは、基本法の意味における「社会的なもの」に関してすでに詳細に規定している一連の他の基本法の条項、たとえば基本法3条、6条、14条、15条から明らかである。

いずれにせよそれは、一定の多かれ少なかれ一面的な観念を憲法概念の中に取り込んで、それから立法者に対する憲法委託としてその概念から一面的な観念を再び取り出すという、すでに時代遅れとなった概念法学の思考過程なのではないか。それは、あたかも社会国家概念が望ましいところのすべてをすでに含んでいるとか、また立法者がその望ましいものを実行しさえすればよい、あるいは完全に実行しなければならないとかいうようなものではない。一般的に社会国家概念を用いようとする場合、立法の狭い領域に対してだけ、強制的なあるいは強制可能な直接の「憲法の執行」について語ることができる。おそらく社会的に要望されているところのものを、国家や社会の財政不足を考慮して当面は見送るかあるいは後回しにしなければならないかの衡量も、立法者の形成の自由に属する。⁽³⁷⁾ どのような憲法委託も、このような立法者の形成の自由を否定するような立論は許されない。

IV

憲法委託の意義と効力は、とりわけ、必要ならば憲法委託が立法者の意思と関係なく、それどころかそれに反してでも貫徹され得るか、ということにもかかわってくる。その際、ロビー活動の影響、デモンストレーションあるいは威嚇によって立法者が脅迫されることは想起すべきではない。むしろ、問題は手続的措置の可能性に向けられる。

憲法委託の最も強い効力は、対立する法命題が一定の時点までに委託に従って変更されなかった場合に、憲法委託が憲法裁判所の判決にかかわりなくその法命題を自動的に無効にする、という点にある。これは、基本法117条1項によって男女同権に関して規定されていたし、またそのような事例もあった。嫡出でない子の法的地位に関する基本法6条5項について、連邦憲法裁判所は、「相当の期間内において」という履行命令によって積極的に対応した。⁽³⁸⁾

法律の発布を求める個人の立法者に対する訴えは、憲法上根拠づけられている立法者の活動義務が存在するところでも認められない。法律の発布やそ

他の法定立行為を求める訴えは、機関訴訟や連邦とラント間の訴訟に留保されているが、しかしこれらの訴訟は、この領域においても、まったく例外的に成功の見込みのある場合にだけ許されている。いずれにせよ基本権が侵害されたからといって法定立義務を導き出すことはできない。法定立義務の不作为は、その不作为が実定規範の憲法適合性を疑わしいものにしうる場合を除いて、規範統制の訴訟対象にはなり得ない。⁽³⁹⁾ 発布されていない法規は、⁽⁴⁰⁾ その無効を宣言することはできないのである。

しかし、個人は、いわゆる満たされていない憲法委託を訴訟によって実現しようとする場合には、憲法訴願に訴えることができる。確かに原則的には、立法者の不作为は憲法訴願の対象とはならない。すなわち、連邦憲法裁判所の確定した判決によれば、個人は一般に立法者の行為を求める裁判上訴追可能な請求権を有していないし、個々のグループもそのような請求権を有していない。なぜならば、訴追可能な請求権を認めることは、憲法制定者によって意図されていない立法権の弱体化をもたらすであろうからである。けれども、すでに立法義務の内容と範囲を確定し、限定している憲法委託を憲法訴願において援用することができる場合は例外となる。⁽⁴²⁾ 憲法訴願が、基本法3条（平等原則）を同時に侵害している場合の不完全な履行を責問するにあたっては、多少拡大された適用分野が開かれている。このことによって憲法訴願は、訴願人の満たされていない関心事を、憲法委託の（部分的な）履行の形で立法者によってすでになされている規律と同レベルにしようとするのである。⁽⁴³⁾ 考慮されていない人的範囲からの憲法訴願によって、連邦憲法裁判所は、優遇規定を無効と宣言するか、あるいは考慮していないことを憲法違反と宣言することになる。

他者のどのような権利にも対立しないような立法義務がある。これは、連邦とラント間の訴訟における憲法委託の主張についてもありうる。これについての顕著な例は、連邦憲法裁判所の判決によれば基本法29条である。本条は、確かに新編成のための憲法上の義務を根拠づけているが、この点について他の関係人の憲法裁判上訴追可能な請求権を根拠づけているわけではない。⁽⁴⁴⁾

この委託の不履行は、現存するラントの法的利益を侵害することもないであろうし、それゆえラントにはこの委託の履行を請求する資格は認められない。連邦権力がいずれにせよ現存するラントをなんら考慮するにはおよばない新編成という組織上の行為に、憲法裁判上訴追可能なラントの請求権、厳密に言えば履行を求める請求権も不作為を求める請求権も、対抗させることはできない。^(44a) 現実の問題にはなっていないが、基本法131条の憲法委託が連邦に対して法律の発布を求める法的請求権をラントに与えたものかどうかという問題は、曖昧模糊としている。肯定したところで、そのような見方はまったく意味がないであろう。連邦立法者が当該法律を発布したし、またラントもこれに満足しているので、この問題は現実のものとはなっていないのである。

基本法は、社会的諸関係を改善するために法的な途を大いに開いている。しかし、この途をとらずにしかも同時に適法的な形でなく、システムの変革を引き起こそうとする試みに対しては、立ち向かっていかなければならない。

V

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すると、「憲法委託」という画一的な名称の下に様々な内容が盛り込まれている、という認識に至るのである。

- 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。⁽⁴⁵⁾
- 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、限界逾越の禁止などのあらゆる国家活動の一般的制限の遵守、⁽⁴⁶⁾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。⁽⁴⁷⁾
- 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1945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131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立法上の規律を促したものにすぎない。⁽⁴⁸⁾
 - 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な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。

〔訳注〕原文によれば20条が「社会的法治国家」、28条が「社会的連邦国家」となっているが、基本法によれば20条は「社会的連邦国家」、28条は「社会的法治国家」である。

(1) 憲法委託に関する有益な研究には、Kalkbrenner, Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, DöV 1963, 41. がある。

(2) とりわけ, BVerfGE 4, 331; 11, 115; 12, 337; 17, 23; 18, 124; 18, 331; 22, 367. 参照。

- (3) 特に，*BVerfGE* 15, 194. 参照。
- (4) *BVerfGE* 7, 198; 12, 113; 20, 162; 25, 44; 33, 52. 参照。
- (5) *BVerfGE* 2, 12; 4, 15; 5, 133; 6, 71; 7, 205; 10, 246; 12, 51; 12, 124; 13, 325; 14, 263; 17, 283; 20, 162; 25, 44; 30, 173; 33, 52. 参照。
- (6) *v. Mangoldt-Klein*, *Das Grundgesetz*, 2. Aufl., Bd. 1, Art. 6, VIによれば，直接適用できる法ではない，単なるプログラム規定である，解釈基準ではない，といわれている。
- (7) *BVerfGE* 8, 216; 25, 167.
- (8) *BVerfGE* 5, 85; 12, 45; 36, 1.
- (9) Gesetz vom 6. 6. 1973 zum Vertrag vom 21. 12. 1972, *BGBI II*, 421.
- (10) *BVerfGE* 1, 105. *Schmidt-Breibtreu in Maunz-Sigloch*, *BVerfGG* § 90 RdNr. 118. 参照。
- (11) *BVerfGE* 12, 87. *Kalkbrenner*, a.a.O., S. 45. 参照。
- (12) *BVerfGE* 12, 142.
- (13) *BVerfGE* 10, 329. この判決では，確かに，「憲法委託の不完全な履行」について述べられているが，しかし立法者の憲法違反の不作为はなんら導き出されてはいない。というのも基本法104条2項1段および2段の内容がその詳細の規律がなくとも，厳密には裁判官による直接適用にとって十分であるからである。
- (13a) *Lerche*, *Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven*, *AöR* 1965, 341, 346. 参照。
- (13b) *BVerfGE* 3, 239; 4, 57; 9, 286; 15, 165. 参照。
- (14) *Scheuner*, *Die Auslegung verfassungsrechtlicher Leitgrundsätze*, 1952. 参照。
- (15) 基本法の効力下の留保については，*v. Mangoldt-Klein*, *Das Bonner Grundgesetz*, Vorbemerkungen zu den Grundrechten B XV 3b. 参照。
- (16) *BVerfGE* 15, 144. さらに，7, 377; 12, 45. 参照。
- (17) *BVerfGE* 12, 45; 28, 243. *Zippelius*, *Bonner Kommentar*, Art. 4, RdNr. 109. 参照。
- (18) *Herzog in Maunz-Dürig-Herzog*, *Grundgesetz*, Art. 4, RdNr. 193.
- (19) *BVerfGE* 1, 100; 2, 244; 12, 142.
- (20) *BVerfGE* 8, 37; 9, 255; 14, 311; 22, 86. 連邦憲法裁判所は，すでに掲げた判決のほかに，他の多くの判決において「立法者の不作为」を論じている。とりわけ，*BVerfGE* 6, 246; 6, 257; 8, 210; 10, 302; 11, 255; 13, 248; 14, 308; 15, 46; 15, 121; 15, 337; 22, 349; 23, 242; 26, 141. 参照。立法者の不作为の憲法訴訟の側面については第四章参照！
- (21) *Kalkbrenner*, *Rechtsverordnungen in der Prüfungszuständigkeit des Bayer. Verfassungsgerichtshofs*, in: *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*, 1972, S. 366. によって，*バイエルン憲法*の以下の法命題は（広義の）憲法委託と評価されている。その法命題は，Art. 1 Abs. 3; 6 Abs. 3; 9 Abs. 1; 14 Abs. 5; 42; 58; 69; 70 Abs. 2; in Verbindung mit 78; 77 Abs. 1 Satz 1; 80 Satz 3; 95 Abs. 1 Satz 1; 121 Satz 2;

- 154 Satz 2; 173; 174 Abs. 1 Satz 3; 175 Satz 2; 183 (バイエルン憲法裁判所はそれに83条3項を掲げている。注27aを見よ。)である。
- (22) *BayVerfGH* 11, 203.
- (23) *BayVerfGH* 12, 21.
- (24) *BayVerfGH* 18, 43.
- (25) *BayVerfGH* 14, 31.
- (26) *BayVerfGH* 17, 4.
- (27) *BayVerfGH* 26, 141. バイエルン憲法裁判所の他の関連する判決は, *Kalkbrenner*, a. a. O., S. 365. にある。 *BayVerfGH* 2, 181; 6, 65; 10, 87; 13, 89; 16, 18; 20, 51; 21, 180; 24, 57. 参照。
- (27a) In diesem Heft [BayVBl. 1975 Heft 21] S. 614 ff.
- (28) 原文に該当する注がない。
- (29) 原文に該当する注がない。
- (30) *A. Arndt*, Das nicht erfüllte Grundgesetz, 1960; *Ziegler*, Das nicht erfüllte Grundgesetz, Frankfurter Rundschau vom 16. 2. 1974.
- (31) *Dichgans*, Vom Grundgesetz zur Verfassung, 1970. 参照。
- (32) Die „Zeit“ vom 5. 9. 1975, S. 3.
- (33) *Lindemann*, Das antiquierte Grundgesetz, 1966. 参照。
- (34) *Gerstenmaier*, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab im Normenkontrollverfahren, 1975. 参照。
- (35) *BVerfGH* 5, 85.
- (36) これに対する批判として, *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 129.
- (37) 立法機関としての形成の自由は連邦参議院にもある。 *Jaumann*, Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung des Gesetzesinitiativrechts des Bundesrates, BayVBl 1975, 489. 参照。
- (38) *BVerfGE* 8, 216.
- (39) *BVerfGE* 11, 255. 参照。
- (40) たとえば, *BVerfGE* 15, 313. 同旨, *Schmidt-Bleibtreu*, in: *Maunz-Sigloch*, Kommentar zum BVerfGG, § 90, RdNrn. 107 ff; a. A. *R. Schneider*, AöR 89, 43.
- (41) *BVerfGE* 1, 97; 2, 237; 2, 287; 6, 257; 8, 1; 9, 338; 11, 255; 12, 139; 13, 253; *BayVerfGH* in *DöV* 1965, 421. 参照。
- (42) *BVerfGE* 6, 264; 10, 306; 13, 287.
- (43) *Schmidt-Bleibtreu*, a. a. O., § 90 RdNrn. 107 ff, 118; *Kalkbrenner*, a. a. O., S. 51. 参照。
- (44) *BVerfGE* 5, 39; 13, 97.
- (44a) 一方で憲法委託の履行を求める請求権の存在と, 憲法訴訟を正当化する諸ラント (あるいは一つのラント) 自らの当事者性との明確な区別は, *BVerfGE* 13, 97. においては表面上なされていない。
- (45) *Franz Mayer*, Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetzlichen Ermächtigung, No

ttarp-Festschrift, 1961, S. 187. 参照。

(46) *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, S. 19 ff, 29 ff, 67 ff. 350 ff.

(47) *Girardet*, *Der Ausgleich zwischen den Sozialpartnern als Verfassungsgebot*, 1975.
参照。

(48) *Lerche*, *Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven*, *AöR* 1965,
S. 355. 参照。

(49) *BVerfGE* 15, 184.