



Title	執行権の憲法的構成（二・完）：ドイツ公法学における「外交行為」の法的構成
Author(s)	磯村，晃
Citation	阪大法学. 2015, 64(5), p. 185-206
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71541
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

執行権の憲法的構成（二・完）

——ドイツ公法学における「外交行為」の法的構成——

磯 村 晃

はじめに

第一章 自己決定に定位した権力区分による構成

第一節 基本法二〇条二文に基づく判別規準としての権力区分

第二節 権力区分の法理論的洞察と執行権

第三節 立法権による法創設形式としての外交行為（以上六四卷二号）

第二章 実定憲法内在的構成

第一節 実定憲法上の諸規範全体に規律された「権力分立」

第二節 執行機関、執行作用、事実上の執行権

第三節 実定憲法内在的な議会の関与権の導出

おわりに（以上本号）

第二章 実定憲法内在的構成

「権力区分」のような明文化されていない法的概念を駆使するのではなく、あくまで基本法の条文に即して、す

なわち実定憲法内在的に、執行府の外交行為に対する法的要請を導出し得る構成を、本章ではポツシャーの学説に依拠して明らかにする。以下でみるように、ポツシャーは、「法ドグマティク」に定位して、理論ではなく解釈論の位相において、⁽³⁾権限確定論を展開することで、「権力分立」を批判・相対化する。

第一節 実定憲法上の諸規範全体に規律された「権力分立」——権力分立理解

「権力分立」は、基本法二〇条二文においてではなく、基本法の諸規範全体において体系的に規律されている。ポツシャーによって権限が確定される場合、何よりもまず、この「基本法上の権力分立の体系化」⁽⁴⁾という思考枠組みが前提にされる。ポツシャーによると、この前提から権限を確定してゆくための二つの指標が明らかになる。

一つは、実定憲法上の「権限の権原 (Kompetenztitel)」⁽⁵⁾を手がかりにする指標である。この指標によれば、権限の権原は「基本法二〇条二文で要請された実質的な権力分立の表現として理解され得るはずであるか、もしくは、そこで要請された権力分立とは関係がないと示されるはずである」⁽⁶⁾。したがって、この指標には、二〇条二項二文以外の個別規定を権限確定に際して扱う意義もあるとされる。すなわち、「権力分立に係る個別問題の全ての答えが、基本法二〇条二項二文の中に見出されるとは限らない。むしろ多くの個別問題は、実定憲法で明示されている、個別機関への権限の割当てを手がかりに、的確にかつ委曲を尽くして議論され得る」⁽⁷⁾とされる。

もう一つは、基本法七九条三項と二〇条二文との間において見出される「規範ヒエラルヒー的特殊性」⁽⁸⁾を考慮する指標である。すなわち、「基本法七九条三項は、基本法二〇条二文における権力分立原則を憲法の変更から守ることで、当該原則に関して展開される実質的な権力の定義づけをも憲法の変更から守っている」⁽⁹⁾という特殊性を顧慮しなければならないとされる。斯かる特殊性を顧慮することで、憲法を変更する立法者に対して、権力

を定義する際の限界を定めることができる」とされる。すなわち、「基本法二〇条二項二文の枠内における権力の実質的な論述は、各々の権力に結びついた他の権力を締め出す作用があるのを憲法を変更する立法者が承服した上で行われなければならない⁽¹⁰⁾」とされる。例えば、「基本法二〇条二項二文で命じられている権力分立の中に、基本法の権限秩序に関する集合概念を見る」⁽¹¹⁾解釈がなされた結果、権力分立原則を「憲法において予定された三権力間における重さの配分⁽¹²⁾」と連邦憲法裁判所が理解する場合がある。斯かる理解（「総合的理解」）をポッシャーが批判する際にもち出される論拠がまさに、この規範ヒエラルヒー的特殊性の顧慮である。すなわち、この理解は、「特に基本法七九条三項を顧慮すると、基本法二〇条二項二文を正当に評価していない。七九条三項によれば、権力分立原則は憲法を変更する立法者に対しての限界を設けているが、その限界が総合的理解では描写され得ない⁽¹³⁾」と批判されるのである。

以上、権力の確定を統御してゆくための指標が踏まえられた上で、個々の権力が体系的に論述される。まず基本法二〇条二項二文にいう「特別機関」が明らかにされ⁽¹⁴⁾、続いて同条文において予定された作用の割当てが精査される。その後二〇条二項二文以外の個別規定についての論究がなされる。次節では、ポッシャーによる執行機関、執行作用および事実上の執行権の確定に着目することで、彼の執行権理解を明らかにする。

第二節 執行機関、執行作用、事実上の執行権——執行権理解

第一款 基本法二〇条二項二文にいう執行権の「特別機関」

執行権の「特別機関」の確定に際して、ポッシャーは、すべての執行機関に消極的（非実定的）に照準を合わせた定義を一先ず前提とする。すなわち、「およそ執行機関は、立法の特別機関の一部でも裁判の特別機関の一部で

もないことによって、消極的に結びついている⁽¹⁵⁾と定義される。しかしこのままの定義、すなわち「純粹に消極的な定義⁽¹⁶⁾」では、執行権の「特別機関」とそれ以外の執行機関とを区別するには至らない。ゆえにポッシャーは、純粹に消極的な定義にとどまらず、この定義の下で見出し得る積極的（実定的）要素を追究することで、すべての執行機関から執行権の「特別機関」を限定し、さらに、立法ないし司法の何れかを積極的に確定することで、執行の「特別機関」を消極的に輪郭づける。

積極的要素とされるのは、第一に、「行動の責任を国家に負わせること⁽¹⁷⁾」である（立法の特別機関の一部でも裁判の特別機関の一部でもなく、かつ、行動の責任を国家が負わない機関は、執行権の特別機関ではない）。つまりこの積極的要素によって、行動の責任を必ずしも国家に負わずとは限らない執行機関と、基本法二〇条二項二文にいう執行権の「特別機関」とが区別される。前者のような機関の存在について、ポッシャーは次のように述べる。

「憲法上の執行権概念の組織的開放性は、変化する状況や要請、さらには新制御モデルに組織として適合する余地を行政に与えている。斯かる開放性は、一貫してヒエラルヒー化された構造から地方分権による任務処理への転向や規律された自己規律の様々な形式、さらには民営化において明らかになった⁽¹⁸⁾」。このような組織的開放性に鑑みて、「憲法ヒエラルヒー上の特別な位置を顧慮する基本法二〇条二項二文の解釈枠組みにおいては、様々な組織形式を自由に選択するのではなく、執行権の組織上の要素を慎重かつ消極的に特定するのが適当である⁽¹⁹⁾」とされる。

第二に、立法ないし司法の何方かを確定することも積極的であるとされる。この積極的な確定は、一方で、容易に行うことができるとされる。というのも、立法の特別機関については「機関単一性⁽²⁰⁾」ゆえに、司法のそれについては「裁判官に特有の法的地位⁽²¹⁾」ゆえに、執行機関との境界は自ずと明らかになるからである。他方で、この確定は、ドグマーティッシュにも遂行可能であるとされる。ポッシャーはその論拠を次のように述べる。「何方かの積

極的な確定が異なる両権力の作用上の固有領域と結びつけられて行われることで、どの組織形式も執行の一部としては否認されるのだから、この積極的確定によって、執行権の特別機関は十分に差異化される⁽²²⁾。例えばポツシャーは、基本法九二条を根拠に、司法の特別機関を「裁判官」として確定する。この裁判官に特有の法的地位として、法律への服従、事項的かつ人的独立が予定されている（基本法九七条一項）。ポツシャーによれば、斯かる法的地位にある機関に固有の作用は、「法適用の統一化⁽²³⁾」（「裁判の統一化」）である。ゆえに、事項的かつ人的に独立した裁判官だけが「法適用の統一化」を行うのであり、この固有の作用が裁判官以外の組織形式によって担われることは許されないとされる⁽²⁴⁾。また、「仮に事項的かつ人的に独立していない裁判の統一化の場所があったとしても、そのような場所は、立法の一部でも司法の一部でもないが、許容し得る執行権の機関でもない⁽²⁵⁾」とされる。したがって、「立法にも司法にも属さず、かつ、それらの作用上の固有領域を尊重するものだけが、執行権の特別機関である⁽²⁶⁾」とされる。

第二款 執行権の消極的特殊性—立法権および裁判権の優位

執行権の確定に際しては、消極的定義が端的には前提とされない。およそ執行権は、立法権の一部でも裁判権の一部でもないことによって消極的に結びついているのではなく、「個別事例において法を適用する一方、抽象的・一般的法規範を定立する⁽²⁷⁾」からである。ゆえに執行権の特殊性は、注意深く洞察されてはじめて明らかになるとされる。この洞察によれば、執行権には「消極的特殊性⁽²⁸⁾」があるとされる。すなわち、「法が適用される場合も、法が定立される場合も、二つの権力の何方かが、特有の方法で、執行権に対して優位に立つ⁽²⁹⁾」という特殊性である。

まず、法適用に際して、裁判権は、法解釈の最終決定権を有することによって、執行権に優位するとされる。斯かる消極的特殊性を、ポツシャーは次のように述べている。「裁判権に比べて、行政は、法の解釈を最終拘束的に

決定し得ない。たしかに、出訴への道が開かれていないところでは、最終決定権が一旦は行政に帰属する。しかし――裁判権とは異なり――基本法二〇条二項二文によって行政に割当てられた地位は、斯かる最終決定の権限が別の権力―その権力が裁判権の場合―に委ねられることから行政を保護するものではない⁽³⁰⁾。次に、法定立に際して、立法権は、法律による授權（基本法八〇条）が執行権に対して常に要請されることによって、執行権に優位するとされる。すなわち、「立法に対して、執行権は、如何なる場合でも、基本法八〇条を根拠に、立法者による授權を指示され続ける。さらに執行権は、法定立を立法者に対して貫徹することもできなければ、立法者による干渉に対して法定立を維持することもできない⁽³¹⁾」とされる。このように、二つの権力が執行権に優位する限りにおいて、立法と司法の中間に執行権を位置づけるメラースの論述は正当であるとポッシャーは評価している⁽³²⁾。

もつとも、このような執行権の位置づけは、他の二つの権力によって執行権独自の立場が「すり潰される⁽³³⁾」ことを意味してはいないとされる。すなわち、『執行権』というのは、立法権によって予め定められ、裁判権によって最終的な拘束力を伴って適用される法律を、単に執行することに尽きるのではない。むしろ、執行権が占める中間という位置は、執行権に形成可能性を与える一つの―相対的に―独立した領域である⁽³⁴⁾」とされる。とりわけ政府の行為（Regierung）の形成可能性は、実定憲法において保障されているとされる。例えば、連邦総理大臣による政策の基本方針についての決定、所轄大臣による自己の管轄の指揮（基本法六五条）、法律発案権（基本法七六条一項）および予算発案権（基本法一一〇条および一一三条）の行使、外交政策を代表しそのイニシアティブをとること（基本法五九条）、法規命令の制定（基本法八〇条）等は、実定憲法において保障された政府の行為の形成可能性であるとされる⁽³⁵⁾。法適用に際しても、法解釈の最終決定権を有する裁判権が行政に優位するが、このことが「行政を完全に法的に規定すること⁽³⁶⁾」と取り違えられてはならないとされる。というのも、行政には、様々な形成余地

があるからである。例えば、執行活動に際して、行政は消極的な形成余地を有しており、このことは、行政に対して「活動余地が一切残されないよう法的に規定することはできない」⁽³⁷⁾ことから明らかになるとされる。すなわち、「たとえ警察法が、ある者は拘留され得ると規定していたとしても、警察は、逮捕の詳細な時間や場所に関して活動余地を有している。また、緊急逮捕が予定されていたとしても、警察は、その際に、制服か私服のいずれで逮捕するのかが等について、活動余地を有している」⁽³⁸⁾のである。さらに行政は、積極的な形成余地をも有しているとされる。というのも、「立法者は、例えば、裁量、計画および判断余地を通じて、行政に積極的に、さらなる形成権限を与え得る」⁽³⁹⁾からである。

第三款 事実上の権力としての執行権

執行の特殊性は、機関および作用上の側面からのみならず、事実上の側面からも捉えられる。つまり、「立法機関および司法機関の活動は、それらが何らかの方法で法効果を生じさせることで、殆ど専ら規範領域で展開するのに対して、執行は、それ以上に多様な方法で、事実上、社会的現実へ影響を及ぼす」⁽⁴⁰⁾という側面である。ポッシャーは、こうした執行権の事実上の特殊性について、ケルゼンによる記述を引用する。「行政において……国家は、人民に一定の……行動を義務づけるのみならず、つまり行政目的を間接的にのみ追求するだけでなく、直接的に、文化目的あるいは威力目的を促進する事態すらをも立てることができる。国家は、病院を開設しそこで患者を治療する、学校を創立して授業をする、鉄道を営むことなどができる」⁽⁴¹⁾。

このように、行政には、他の権力とは異なって、特別な事実上の活動可能性があるとされる。そして、これらの活動可能性の中には、「他の権力に優位する事実上の権力に備わっている潜在力」⁽⁴²⁾も含まれており、「この潜在力が、行政の固有性（Proprium）の本質をなす」⁽⁴³⁾とされる。ポッシャーによれば、紛争事例における法の実行や法の貫徹

は、終局的には軍や警察の力から成っているこの事実上の潜在力によって行われる。ゆえに、「紛争事例において法を施行し、そして法を貫徹する責任を負っている」⁽⁴⁴⁾のは、軍や警察つまりは執行なのであり、「その限りで、執行は、事実上の意味において、執行している『権力』⁽⁴⁵⁾なのである。

第四款 執行権の強化に対する理論的省察

ポツシャーによれば、グローバル化を権力分立的に特徴づけているのは「執行権の強化」⁽⁴⁶⁾である。というのも、「より多くのテーマや政策分野が国際規律と結びつけられれば、それだけいっそう決定が政府間交渉においてなされることが多くなり、議会は―そもそも関与しているにしても―もはや既定の交渉結果を承認し得るに過ぎないことが多くなる」⁽⁴⁷⁾からである。ポツシャーによると、斯かる執行権の強化の例としてきまって指摘されるのはWTO設立協定の議決である。そこでは票決の直前になって初めて、政府が暫定的に翻訳した二万六千ページもの協定の最終文書が、国会議員の手元に置かれたようである。この議決についてはWTOの専門家も、「関与した諸政府ですら、どの決定権限がWTOへ委譲されたのかを自覚していなかった―ましてや議会や世論は全く自覚していなかった―」と評価していたとされる。⁽⁴⁸⁾

このような政府の外交行為による執行権の強化に対して、ポツシャーは、規範的に (normative) かつ記述的に (descriptive) 省察を加える。まず、規範的には、「民主制・憲法理論の視角からすれば、まさに議会における論争や、それよって生み出された公開性が、諸々のグローバリゼーション現象を政治問題化し、このことよって責任を明確にし、フィードバックを可能にすることに貢献できるという点に、しかるべき過程の問題がある」⁽⁴⁹⁾と省察される。次に、記述的には、以下のような省察がなされる。「現実的な民主制理論という意味では、国際的協働への議会の適切な関与は、フリッツ・シャルフ (Fritz Schaff) が指摘した『規範理論的な根拠とは』別の根拠からし

ても有益であると思われる。国内の議会が、国際的な交渉政策についての現実的選択と関連づけられなければ、政策に対して非現実的な要求をすることになり、現実的な解決策が提案されることなく、そのような要求が政治システムを全体として否認することになってしまう。そしてこのことは、まさに非現実的な政治信念の下で苦しんだヴァイマルと構造上類似しているのではないだろうか⁽⁵⁰⁾。

以上の理論的省察を理由に、「様々な協働型体への議会の関与権限をドグマティックに採り尽くす⁽⁵¹⁾」とされ、次節で述べるように、外交権の枠内における議会の決定権、EU問題への議会の関与権、さらには、一般的な国際的協働型体への議会の関与権が導出される⁽⁵²⁾。

第三節 実定憲法内在的な議会の関与権の導出——政府の外交行為に対する実定憲法上の要請

まず、ポツシャーによると、連邦議会には外交権の枠内における一連の特別な決定権があるとされる。例えば、連邦議会は、国際条約の締結に際しての同意権（五九条二項一文）や、高権の委譲についての排他的権能（二四条一項）を駆使する。さらに連邦国防軍の派兵に関しては、連邦憲法裁判所が議会留保を發展させてきたとされる⁽⁵³⁾。「まさにこの議会留保が示すのは、連邦議会の関与が国際的協働を政治問題化するのにどれだけ貢献し得るかということである。海外派兵は公的議論のお決まりのテーマになったどころか、もはや信任問題の対象となった⁽⁵⁴⁾」。

しかも、政治的な論争が起きるためには、連邦議会の特別な決定権よりも関与権の方が重要であるとされる。というのも、議院内閣制においては、議会の多数派と政府の一致が予想されるので、政治的論争が行われるためには、連邦議会が国際的な決定過程に総じて関与することの方が有効だからである。つまりポツシャーによると、「連邦議会が丸ごと関与することは、政府と反対派との公的な論争を通じて、政治上の責任を明らかにすることに本質的

に貢献し、このことによって民主制的応答の過程にも貢献する⁽⁵⁵⁾」とされる。ゆえにポッシャーは、基本法二三条二項および三項から、EU問題への連邦議会の特別な関与権を導出する。この関与権によって、連邦議会は、EUの法創設の中へ組み入れられるものとされる。というのも、「基本法二三条は、連邦議会が国内における法創設の中心的な立役者としてのみ理解されるのではではなく、EUの法創設という普段の仕事に関与する多くの機関の一つとしても理解されることをも前提としている⁽⁵⁶⁾」からである。

さらに、ポッシャーによると、「国際化された過程が、ますます重要な意義を有するようになったことに鑑みると、基本法二三条二項および三項による特別の関与権は、連邦議会と連邦政府との間での一般的な協働型体へ継続的に発展させられるべきである⁽⁵⁷⁾」とされる。ゆえに、「あるべき憲法では (De constitutione ferenda)、特別の関与権が外交問題へ普く拡大されるべきであり、基本法四五条二文の委任可能性が、連邦議会の能力を向上させるよう、専門委員会にまで拡張されるべきではないか⁽⁵⁸⁾」と述べられる。しかし他方で、すでに現行憲法からでも、この関与権の本質的な要素を導出することが可能であるとされる。すなわちポッシャーは、「国際化した法定立手続における参加者としての連邦議会の新たな役割にとって、包括的かつ『できる限り早期の』情報が決定的に重要である⁽⁵⁹⁾」とし、連邦政府に対する連邦議会の態度決定や早期における情報の要求などを通じて、関与権の本質的な要素を引き出す。この連邦議会の情報権に対応するのは、「基本法三八条一項に基づく連邦議会の一般的な参画・コントロール権および議員の権利である⁽⁶⁰⁾」とされる。また、「特に国際組織における展開をも含む基本法五九条二項一文の適用対象となる領域においては、情報が包括的にそして特に早期に必要とされることが如何なる場合でも許容され、これによって、連邦議会は、政府間交渉が行われている最中でも〔政府からの情報を〕持ち込み得るということが、機関誠実の原則から導出できる⁽⁶¹⁾」とされる。さらにこの領域については、次のようにも述べられる。「基本法五九条

二項一文の適用対象となる領域には、あらゆる国際組織が含まれる。国際組織の重要性が高まったことに鑑みれば、これらの組織に関与する―このことは例えばFAO、WHO、UNESCOへの加盟と見なされるのとは異なる―ための条約は、拘束力のある規律を發布する権限がこれらの組織に与えられていない場合でも、基本法五九条二項の意味における連邦が結ぶ政治的関係と関連している⁽⁶²⁾」。

小括 ポッシャー理論の意義

ポッシャーによる権限確定論において行われているのは、法テキストたる基本法の解釈を基礎に、権限規定の内容を、より技巧的な適用、教授および修得が可能となるようなドグマティッシュな法言明に体系化する法的作業、すなわち権限規定のドグマティッシュな構造化である。本章では特に、執行権をめぐる権限確定に着目することで、あくまで実定憲法の条文に即して執行権を構成する可能性が示された。

斯かる法的構成を許容し得るポッシャー学説の第一の意義は、国際化・ヨーロッパ化などの進展を背景に様々な規律現象が生じている中で、如何なる規律現象に対して、どのような議会関与の可能性があり得るのかを、基本法ドグマティクによって探求した点にある。すなわち、それによれば、外交権の枠内における一連の議会の決定権（五九条二項一文および二四条一項）、EU問題への議会の関与権（二三条二項および三項）、さらには、一般的に国際的協働型体への議会の関与権（三八条一項）などの要請を、実定憲法に即して導き出すことができるとされる。これにしたがって第二の意義は、関与権限のドグマティッシュな探究の結果、議会関与の要請から免れ得るグローバル化を背景とした規律現象の射程も明らかにされることで、斯かる現象に対して如何なる理論構築が必要なのかを明らかにしようとしている点にあるといえよう。この点についてポッシャーは、グローバル化を背景とした規

律現象に対して、民主制理論の再構築を試みてはいるが、そこで明らかになったのは、理論構築の方向性のみである。⁽⁶³⁾

おわりに

本稿では、現在のドイツ公法学における権力分立論の画期をなし得るメラースおよびポツシャーの学説⁽⁶⁴⁾を参照することにより、権力分立批判に依拠した執行権の憲法的構成が研究された。⁽⁶⁵⁾ 結論的に、メラースおよびポツシャーは、外交行為を実定憲法上の要請に服せしめ得る構成を採用している。

まず、メラースの憲法的構成によれば、自己決定に定位した基本法二〇条二項二文の解釈から、権力を判別する標準である権力区分が導出される。⁽⁶⁶⁾ この権力区分によれば、従来執行権に帰属するとされていた外交行為、就中条約の締結を、立法による法創設形式とすることが憲法上の要請となる。⁽⁶⁷⁾ したがって、この構成によれば、基本法五九条二項一文の適用範囲を限定的に解釈して、外交行為による義務の創律への議会の関与権を制限することは違憲とされる。⁽⁶⁸⁾ 次に、ポツシャーの憲法的構成によれば、権力区分のような明文化されていない法的概念を駆使するのではなく、実定憲法内在的に、議会の関与権についての憲法上の要請が導き出される。さらに、この構成によれば、グローバル化を背景とした諸々の規律現象に対して、実定憲法に基づくドグマティッシュな対応可能性のみならず、その限界をも明らかにすることができる。したがって、いずれの構成に依拠しても、法的に羈束されていない外交行為は憲法上許されず、違憲となり得る。

グローバル化などの進展を背景に強大化している政府の行為を法理論化するに際して、「権力分立」や「執行権」などの伝統的概念も再構成を余儀なくされている。現在のドイツ公法学において、斯かる再構成を伝統的な権力分立を批判・相対化することによって遂行しようとする典型的な論者が、本稿でとりあげたメラースおよびポツ

シャーである。彼らによる憲法的構成は、それぞれ別様に練上げられているものの、「外交行為」に対する憲法上の要請として「議会の関与」が帰結されるという点において共通する側面をも有している。もともと、「外交行為」にしても「議会の関与」にしても、その形態は多様化しており、構成を眼目とした本稿において、それらを個別に分析することはできなかった。ゆえに、これらのより具体的な態様に着目した議論をさらに分析する必要がある。この点、近時のドイツ公法学においては、「外交行為」、「議会の関与」をめぐつて、メラースやポツシャー以上に詳細な議論が展開されている。例えば、二〇〇五年三月一八日に公布された「武装した軍隊の国外出動決定に際しての議会の関与に関する法律」(議会関与法)⁽⁷⁰⁾は、「武装したドイツ軍が国外に出動する際の連邦議会の関与についての形式および範囲」を規律している(議会関与法一条一項)。同法律の解釈論あるいは実務レベルでの運用についての議論などを分析することで、具体的な場面を想定した「議会の関与」の態様を把握することもできよう。また、基本法二三条によるEU問題への議会の関与権も、二〇〇九年九月二二日に公布された「EU事項における連邦議会および連邦参議院による統合責任の遂行に関する法律」(統合責任法)⁽⁷¹⁾や二〇一三年七月四日に公布された「EU問題における連邦政府およびドイツ連邦議会の協働に関する法律」⁽⁷²⁾によってより具体的に強化されている。これらの立法が示しているように、ドイツにおいては、権力分立の議論枠組みからすれば執行府の典型的・中核的形成領域とみなされてきた軍事・外交領域においてさえ、議会の関与を強化しようとする動きが看取されるのである。こうした中で展開・転回される「議会の関与」をめぐる議論が、伝統的に通用してきた「執行権」を再構成する際にどのように取り込まれ、またそれによって如何なる法的構成が可能となるのかを、今後さらに研究することとしたい。

(1) ポッシヤー (一九六二) は、ベルリン・フンボルト大学において Habilitationsschrift 「Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit」 (2002) を執筆した後、ボーフム大学法学部教授 (二〇〇三年二月―二〇〇九年九月) を経て、二〇〇九年一月からフライブルク大学法学部国家学・法哲学研究所の第二講座 (法哲学) を担当している。なお、本稿で主として参照するポッシヤーの著作を、次のように略記する。

・ VVDStRL 67 …………… Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 67, De Gruyter Recht, Berlin 2008, S. 160 ff.

・ Funktionenordnung … Funktionenordnung des Grundgesetzes, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abbmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., C.H.Beck, München 2012, S. 543 ff. (本書の初版は二〇〇六年に刊行されている。改版にあたっては、本稿第一章で扱ったメラースの論文「Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, AoR Bd. 132 (2007)」も踏まえられており、例えば新たに加筆された脚註二〇六においては、当該論文に対して批判的な言及がなされている。)

・ Rechtsdogmatik …………… Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin. Zum interpretativen Charakter der Rechtsfortbildung, in: Jakob Nolte/Ralf Poscher/Henner Wolter (Hrsg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, C.F. Müller, Heidelberg u.a. 2014, S. 203 ff.

(2) Poscher, Rechtsdogmatik (以下の引用箇所には頁数のみを記す) によると、ポッシヤーは、法ドグマティクを「法学の中核的学問分野」(S. 203) として位置づける。その他の法分野、すなわち、法制史、法社会学、法哲学、法経済学、法人類学などが重要な学問分野であることは否定されないが、法ドグマティクに対しては付随的であるとされるというのも、「法ドグマティクは、『法』システムの理解およびその継続的發展の方途なのであり、―すでにマックス・ヴェーバーが法社会学に関してこのことを強調したように―これらの法分野が法の意味理解を常に要件とする限り、法ドグマティクは、これらの法分野によって前提とされる」(S. 203) からである。

このように法学諸分野の中核に位置づけられる法ドグマティクそれ自体について、ポッシヤーは、その「ヘルメノイティッシュな性格」(S. 203) を強調する。すなわち、「法ドグマティクとは詰まるところ、法テキストの解釈を主題に

している。法テキストの解釈を基礎にして、法ドグマティカーは、法テキストの内容を、より技巧的な操作が可能となるような法言明に、つまり、より技巧的な適用、教授および修得が可能となるようなドグマティッシュな法言明に体系化する」(S. 203 f.) とされる。斯かる体系化は、「ドグマティッシュな構造化」(S. 204) と言い換えられ、例えば「個々の法規範に関してきわめて非画一的であると見なされるテキストから、如何にして、非常に一般的なドグマティッシュな構造を展開し得るのかを教示する」(S. 204) ドイツの代表的な憲法教科書においてそれが行われているとされる。更に、このドグマティッシュな構造化は、法素材へアクセスし、それに取り組むことを容易にするのみならず、「法素材のドグマティッシュな構築には常に、法素材の再整備 (Arrondierung)、変化した事実関係への法素材の応用、そして、法の不確定性の除去が伴う」(S. 204) とされる。「要するに、ドグマティッシュな法的作業とは、所定のルールの現存在 (vorgegebenen Regelungsbestand) の単なる体系的な秩序づけということ以上に、その現存在を継続的に発展させてゆくことも常に結びついている。ゆえに法ドグマティクは、法の継続形成すなわち法定立を伴う」(S. 204) とされる。そしてこのような法の継続形成 (法定立) は、「ドグマティッシュな法の継続形成」(S. 204) と称される。

Poscher, Rechtsdogmatik においては、この「ドグマティッシュな法の継続形成」が、他の法の継続形成、すなわち、「議会による法定立あるいはゲマインデの命令制定者や条例制定者による法定立」(「立法者による法定立」) と如何なる点において異なるのが問題にされた。ポッシャーによると、「この問いは、ドグマティッシュな法の継続形成の中に政策立法の変種を見るに過ぎない様々な政治的傾向の法リアリストにのみ投げ掛けられるわけではない。ハンス・ケルゼンのような規範論者にも投げ掛けられる。ケルゼンからすれば、ドグマティッシュな法の継続形成は、単純に法秩序のさらなる具体化段階を形成するに過ぎない。その段階は、憲法が単純立法者に委ねている活動余地と構造上区別されない活動余地に基づいている。単純法の不確定性によって法適用者に開かれる活動余地の範囲内において、法適用者は、憲法の活動余地の範囲内における立法者と全く同じようにして、法を定立するのである」[原註—H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. vollst. neu bearb. und erw. Aufl. 1960, S. 239-260.] (S. 204 f.)。このようにケルゼンをも批判するポッシャーによれば、ドグマティッシュな法の継続形成は、それが「ヘルメノイティッシュな要素」(S. 206) を含んでいる点において、立法者による法定立とは異なるとされる。そしてこの要素は、ドグマティッシュな法の継続形成の論証 (Rechtfertigung) に対して立てられる諸々の要請の中で明らかになるとされる。つまりポッシャーによると、「ドグマティッシ

ユな法の継続形成は、立法者による法定立とは異なり、ヘルメノイティッシュな活動である。なぜならば、立法者による法定立は、その論証の構造からして、ガDMAがロマン主義の産物として遺そうとしたいいわゆる歴史学のないし心理学的解釈に相当するからである。非・ドグマティッシュな法定立とは異なり、ドグマティッシュな法の継続形成は、もはや如何なる所定もテキストに含まれていない場合でも、テキスト解釈として論証されなければならない」(S. 205)とされる。

要するに、立法者による法定立とドグマティッシュな法の継続形成とが区別されるのは、それぞれの法定立に対して立てられる「論証要請 (Rechtfertigungsanforderungen)」(S. 208) が異なるためである。すなわち、一方で、立法者による法定立は、法定立によって規律されたルール内容の「事態適合性 (Sachangemessenheit)」(S. 208) によって論証されなければならないとされる。これについては、警察法の立法者を例に次のように説明される。「警察法の立法者であれば、表見的危険 (Anscheinsgefahr) や危険の疑い (Gefahrverdacht) に関するどのルールが立法者の目的に適っているかを単純に考慮するであろう。立法者は法的定義を行うことで、そのルールを危険概念に従属させたり、その概念から除外したりする、あるいは、そのルールを全く別のルール枠組みに従属させるかもしれない——例えば危険の疑いのある状況に対する危険調査介入 (Gefahrforschungseingriffe) のみを許すかもしれない。どのような決定をするにしても、立法者は自らの決定を、一つのあるいは他のルールの事態適合性によって論拠づけなければならない。立法者が自身のルールの事態適合性に関して十分な根拠を述べることができ、これがあり得る対立論拠と比べてより良い根拠でもある場合、当該立法者は合理的方法で自らに対して立てられ得る論証の要請を満たしたのである」(S. 208 ff.)。他方で、ドグマティッシュな法の継続形成 (「ドグマティッシュな法定立」) は、それが主として「テキスト解釈」であることによって論証されなければならないとされ、次のように述べられる。「ドグマティッシュな法定立は、その論証のために、あるルールの事態適合性のみを拠り所にはしない。法学は、法律が如何なる所定をも含んでいない場合であっても、ある決定あるいは事態適合的なその決定を問うだけの純粹な社会学にはなり得ない。ドグマティクは、何時如何なるときも、事態からしての正義 (Sachgerechtigkeit) のみによって論拠づけを行い得るものではなく、テキスト解釈としての法定立が論証され得ることをも常に示さなければならない」(S. 209)。

(c) *Poscher*, Funktionenordnung, Rn. 30以下は、権力分立原則 (Gewaltenteilungsgrundsatz) に対しては、連邦憲法

裁判所判決、コンメンタールおよび教科書において、理論上の敬意表明がきまって述べられる。ポッシヤーは、これらの理論上の敬意表明とは対照的に、権力分立原則のドグマティック上の特徴は研ぎ澄まされていると評価した上で、同原則をめぐる解釈論を次のように三つの類型に大別する（Vgl. Poscher, Funktionenordnung, Rn. 31-39）。

第一の類型は、「総合的理解」と題される。この類型において、基本法二〇条二項二文は、独自の意味をもつ条文としてではなく、国家机关の権限を定めた諸々の規定の集合概念として理解される。ゆえに、立法、執行および司法の権限は、二〇条二項二文以外の個別規定によって確定されるのであり、二〇条二項二文は、そのように権限が個別に規定されている状態を総称するにすぎないとされる。とりわけ連邦憲法裁判所の判決が権力分立原則のバランス機能を強調する場合、この総合的理解に近づくと思われる。Vgl. BVerfGE 9, 268 (279); BVerfGE 22, 106 (111).

第二の類型は、「原則・例外・核心領域モデル」と題される。この類型においてはまず、基本法二〇条二項二文によって要請された原則（Regel）だけに合致して行使される三つの国家作用が理念型として論述される。例えば、立法者としての議会に抽象的・一般的な法規範を定立する作用が原則的に認められる一方で、行政による法規範の定立は、二〇条二項二文によって要請された原則の例外として理解される。斯かる原則と例外の境界線は、三つの作用各々の核心領域を觀念することによって画定され、各々の作用は、如何なる観点のもとでも、互いの核心領域を侵してはならないとされる。Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, C.H.Beck, München 1980, S. 541 ff. 従来の通説では、この「核心領域」の考え方に依拠した「行政留保」領域を觀念することによって、一般的・抽象的法命題を自立的に創造し得る、相対的でない「執行の自立性」が主張された。Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg 2004, § 26, Rn. 56 f.; BVerfGE 68, 1 (87).

第三の類型は、「近年の実質的定義の試み」と題される。この類型では、基本法二〇条二項二文における三つの作用の実質的な定義が試みられる。その際に目標とされるのは、排他的に一つの作用においてのみ存在し、他の如何なる作用からも篡奪されてはならない、個々の権力特有の性質を明らかにすることである。例えば、ツインマーのほか、本稿第一章で取り上げたメラースの権力分立解釈論がこの類型に属すると思われる。Vgl. Gerhard Zimmer, Funktion-Kompetenz-Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, Duncker & Humblot, Berlin 1979; Christoph Möllers,

Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich. Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

- (4) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 40.
- (5) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 40.
- (6) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 40.
- (7) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 40.
- (8) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 41.
- (9) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 41.
- (10) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 41.
- (11) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 31.
- (12) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 31.
- (13) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 31.
- (14) ポッシャーとは対照的に、メラースは作用からの体系化を主張する。すなわち、「基本法二〇条二項二文の理解にとって、機関の概念が問題になることはほとんどない。連邦議会や連邦政府のような権限のある機関は、明文上認められるゆえに、解決されていない問題に答えるべきである権力区分の体系は、権力もしくは作用から始められなければならない」と」(Möller, Anm. 3, S. 82) とされる。
- (15) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 56.
- (16) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 56.
- (17) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 56.
- (18) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 56.
- (19) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 56.
- (20) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 56.
- (21) Poscher, Funktionenordnung, Rn. 56.

- (22) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 56.
- (23) 法適用の統一化が裁判官に固有の作用であることについて、ポッシャーは次のように述べている。「基本法は、まさに裁判に関して、法適用の『統一』の課題を予定している（基本法九五条三項一文）。ドグマーティクによって法を統一的に展開するべくに關して、この權力も、作用上、裁判のようには成つてゐない」（*Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 61）。
- (24) Vgl. *Ralf Poscher*, Geteilte Missverständnisse. Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung — zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, in: Ivo Appel/Georg Hermes/Christoph Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat. Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin 2011, S. 536.
- (25) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 56.
- (26) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 56.
- (27) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 58.
- (28) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 58.
- (29) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 58.
- (30) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 58.
- (31) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 58.
- (32) Vgl. *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 58.
- (33) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 59.
- (34) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 59.
- (35) Vgl. *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 59.
- (36) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 60.
- (37) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 60.
- (38) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 60.
- (39) *Poscher*, Funktionennordnung, Rn. 60.

- (40) *Poscher*, Funktionenordnung, Rn. 63.
 - (41) *Hans Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, in: Hans Kiecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechts-theoretische Schule, Bd. 2, Europa Verlag, Wien 1968, S. 1640 f.
 - (42) *Poscher*, Funktionenordnung, Rn. 63.
 - (43) *Poscher*, Funktionenordnung, Rn. 63.
 - (44) *Poscher*, Funktionenordnung, Rn. 63.
 - (45) *Poscher*, Funktionenordnung, Rn. 63.
 - (46) *Poscher*, VVDStRL 67, S. 182.
 - (47) *Poscher*, VVDStRL 67, S. 182.
 - (48) *Poscher*, VVDStRL 67, S. 183.
 - (49) *Poscher*, VVDStRL 67, S. 183.
 - (50) *Poscher*, VVDStRL 67, S. 183.
 - (51) *Poscher*, VVDStRL 67, S. 183.
 - (52) ポッシャーによると、議会の同意権や関与権がその例であるように、「基本法によってのみ、国内法と国際規律との間に緩やかな連結 (*lose Kopplung*) が作出されるのであり、この連結がまさに、基本権さらには社会国家の要請をも含む憲法の実質的水準をグローバル化の過程へ持ち込むことに資する」(*Poscher*, VVDStRL 67, S. 190) とされる。とりわけ基本権がグローバル化の過程と接触する状況下では、外国あるいは国際化と関わる事例において基本権尺度が相対化される問題がある。これについてポッシャーは、基本法が妥当する限り基本権尺度の相対化は許されない場合(一)、基本法から免れている外国での法関係において、基本法であれば相対化され得ない基本権尺度が相対化される場合(二)、基本権の制限がグローバル化に特有の政策目標によって論証されてしまう場合(三)に分けて論じている。
- まず、(一)については、次のように述べられる。「高圏 (*Hoheitsgebiet*) ではなく高権 (*Hoheitsgewalt*) の行使と結びついた基本法一条三項の基本権による拘束を根拠にすると、外国あるいは国際化と関わる事例において基本権が妥当しない、あるいは、弱められる限りで妥当するという指摘は、基本法から全く読み取れない。基本法が開かれた国家性を規

定していても、外国との関係で基本権保障が国際的に承認された最低水準にまで引き下げられることはない」(Poscher, VVDStRL 67, S. 191)。次に、(二)については、一九九五年一月一〇日に連邦憲法裁判所第一法廷で下された判決において、外国人船員の出身国におけるドイツより低い生活水準および生活費用が指示された事例をあげている (Vgl. BVerfGE 92, 26 (32))。さらに、(三)については、前述の判決において、基本法九条および三条に照らして論証を必要としたにもかかわらず、船舶事業者の国際競争力に照らして論証が行われた結果、「基本権水準の低下」(BVerfGE 92, 26 (42))を導いたことが指摘されている (Poscher, VVDStRL 67, S. 192)。

以上の状況を踏まえた上で、ポッシヤーは、基本権水準の堅持を次のように主張する。「連邦共和国が国際的に協調するために、国家レベルでの基本権尺度を、国際法上の最低限度の水準に普く適応させる必要は一切ない。一方で、基本権による拘束は、過去において、国際協調のための重大な障害とは見なされなかったし、基本権が将来において追究するに値する国際協調の妨げになると予想することもできない。他方で、尺度と対象が取り違えられてしまうかもしれない。基本権がそれ自体の国際協調の可能性に即して衡量される必要はなく、むしろ国際協調の可能性が、基本権に即して衡量されなければならない」(Poscher, VVDStRL 67, S. 193)。

- (53) Vgl. Poscher, VVDStRL 67, S. 184 Fn. 147.
- (54) Poscher, VVDStRL 67, S. 184.
- (55) Poscher, VVDStRL 67, S. 185.
- (56) Poscher, VVDStRL 67, S. 185.
- (57) Poscher, VVDStRL 67, S. 186.
- (58) Poscher, VVDStRL 67, S. 187.
- (59) Poscher, VVDStRL 67, S. 187.
- (60) Vgl. Poscher, VVDStRL 67, S. 187 f.
- (61) Poscher, VVDStRL 67, S. 188.
- (62) Poscher, VVDStRL 67, S. 188 Fn. 169.
- (63) Poscher, VVDStRL 67, S. 172-182.

- (64) 本稿で取り扱ったメラースおよびポッシヤーの権力分立批判論については、幾つかの一般的な基本法コンメンタールにおいて参照が指示され始めている。Z.B. *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., C.H.Beck, München 2014, S. 498; *Bernad Grzesick*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig u. a. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Stand 2013, Art. 20 Abschnitt V, S. 2; *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band II, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2006, S. 171.
- (65) メラースやポッシヤーによって批判・相対化された「権力分立」は、日本でも既に「権力分立原理をもって、国家権力の制限のほかに、国家権力の合理的な組織をも目的とするもの」として紹介されている（栗城壽夫「ドイツの権力分立—権力分立の機能的理解」比較法研究五二号（一九九〇年）三五頁）。近年では、論者各々の関心に即した統治機構論における諸問題の活路を、この権力分立（いわゆる「機能的権力分立」）に見出そうとする傾向が、日本の憲法学において顕著であるといえよう（土井真一「憲法判例と憲法学説」公法研究六六号（二〇〇四年）一三三頁、宍戸常寿「法秩序における憲法」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇九年）四一頁、村西良太『執政機関としての議会』（有斐閣、二〇一一年）一四四頁）。
- (66) *Möllers*, (Ann. 3), S. 89 ff.
- (67) *Möllers*, (Ann. 3), S. 371.
- (68) *Möllers*, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, AöR Bd. 132 (2007), S. 529 f.
- (69) 高田篤「グローバル化された法創設過程と議会—日本における議会の法的地位と機能態様」松本和彦編『日独公法学の挑戦—グローバル化社会の公法』（日本評論社、二〇一四年）七九頁以下参照。
- (70) Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland vom 18. 03. 2005 (BGBl. I S. 775).
- (71) Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 22. 09. 2009 (BGBl. I S. 3022).
- (72) Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 04. 07. 2013 (BGBl. I S. 2170).