



|              |                                                                             |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| Title        | 憲法における法規命令の「機能」論（二・完）：ドイツ公法学における体系化アプローチを参考に                                |
| Author(s)    | 宮村，教平                                                                       |
| Citation     | 阪大法学. 2016, 66(2), p. 115-151                                               |
| Version Type | VoR                                                                         |
| URL          | <a href="https://doi.org/10.18910/79169">https://doi.org/10.18910/79169</a> |
| rights       |                                                                             |
| Note         |                                                                             |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# 憲法における法規命令の「機能」論（二・完）

——ドイツ公法学における体系化アプローチを参考に——

宮 村 教 平

はじめに

第一章 命令の憲法的正当化の構造

第一節 委任立法の普遍的傾向と日本国憲法解釈

第二節 委任立法における正当化根拠の実質・形式二分論

第三節 小括（以上、阪大法学六六卷一号）

第二章 ドイツにおける法規命令の「機能」論

第一節 従来の説明枠組みにおける法規命令の機能

第二節 機能の体系化アプローチ

第一款 機関構造から付与される「機能」

第二款 憲法規範から付与される「機能」

第三節 体系化を志向する二つのアプローチの検討

第一款 第一のアプローチの論理と意義、限界

第二款 第二のアプローチの論理と意義

第四節 小括

おわりに（以上、本号）

## 第二章 ドイツにおける法規命令の「機能」論

前章において、わが国の憲法学説における「命令」への立法委任の正当化構造を分析した。それらは、「命令」が複雑化する国家任務に有効に対応しうる手段だとする評価を前提としつつ、「実際的な必要性」という事実の問題を法的な問題へと変換するための回路である「原理」や「条理」を介して、命令制定を、憲法上、規範的に説明するものであったが、それと同時に、その構造的欠陥も二点指摘された。

これを解消する方策について検討することが本章の課題となるが、その手掛かりとして、ドイツ公法学で展開されている議論が注目されよう。というのも、わが国で「命令」の性質として言及されていた「迅速性」や「専門技術性」は、ドイツ公法学では、法規命令の「機能」[Funktion]という概念の下で語られるのであるが、近時、ドイツ公法学における法規命令の機能をめぐる議論においては、それらの機能を基本法解釈から導出しようと試みる見解が現れているからである。

あらかじめ概観を示すならば、そうした見解の中でも、アプローチの違いが存在する。その一つは、作用Ⅱ権限法的 [funktionell-rechtlich] 権力分立論と一般に呼ばれる枠組みから、憲法上の執行権と立法権との権限配分問題を前提として、執行権がその権限を行使するために所管する法形式について議論を展開する。そこでは例えば、規範制定機関の差異に着目し、比較することによって、それぞれの排他的規律領域の画定が試みられる結果、各法形式の機能が憲法規範から導出されることとなる。<sup>(42)</sup> その一方で、事実の問題と法的問題の峻別、更には法の中でも、憲法のレベルと法律のレベルを区別して論じようとする見解も存在する。こうしたドイツ公法学における議論は、法律と法規命令の関係について検討し、法規命令の機能について、それぞれのアプローチに則して、実定憲法に基

づいた整序・体系化を試みているのである。

そこで本章では、ドイツ公法学における議論に焦点を合わせた上で、まずは法規命令の機能に関する標準的記述を概観し（第一節）、その上で、それらの機能を基本法解釈に基づいて体系的に位置づけようとする見解を紹介する（第二節）。そして、如何なる前提から、如何なる論理で、如何なる機能が法規命令に付与されているのかを明示する（第三節）。

## 第一節 従来の説明枠組みにおける法規命令の機能

ドイツ基本法は、その第七章を「連邦の立法」という題目の下に規定しているが、その中の第八〇条一項において、法規命令への授權に関する規定を置いている。同条項の第一文では、立法作用の原則的な担い手である議会が、その権力の行使を特定の機関——一次的には連邦政府、連邦大臣、ラント政府——に授權することを認めている。それに続く第二文では、与えられる権限の内容、目的および射程が法律において特定化されていることが明文で要求されている。当該条項に即した限りで制定された規範が、ドイツにおける法規命令である。

先に述べたように、わが国で命令の性質として言及されるものは、ドイツ公法学において、法規命令の機能として論じられている。その機能として、「議会の負担軽減」や「柔軟性・迅速性」といったものが伝統的に挙げられるが、それらは、以下のような状況把握を前提とする。<sup>(43)</sup>すなわち、現在の国家には網羅的な規範制定が要求されているものの、もはや立法者たる議会が単独でそれを達成することができない状況ではない。こうした状況に照らせば、法規命令には、一時的にだけ規律が求められている問題あるいは、単に（法）技術的な事柄や専門的な特殊性を備えた事柄に関わる問題を規律することによって、規律に際して議会に課せられた負担を軽減する機能が認められる。<sup>(44)</sup>

これが、一つ目の「議会の負担軽減」という機能の意義である。他方、二つ目の機能である「柔軟性・迅速性」もまた、国家による網羅的な規律を実現するという目的の下で説明されている。つまり、行政権に部分的な法定立を授権することによって、議会で制定される法律に比して簡略化された手続での運用が可能となり、それが命令という法形式の機能として迅速性を生み出す。そしてそれは、社会的要求の変化や評価基準たる専門的知見の変動に対する、命令による規律の適時かつ適切な反応に繋がる。すなわち、柔軟性は、手続の迅速性ゆえに、既存の規律内容が必要に応じて容易に再調整され得ることを意味するとされている<sup>(45)</sup>。

これら法規命令の機能として挙げられているものは、国家の規律事項が複雑化・多様化する状況を特に考慮し、そしていわゆる「行政の規範不足」となる事態を回避するために、法規命令という形式が用いられる個々の目的、あるいはそれにより現れる働きであるとも換言されよう。つまり、法制度の実際の運用において一般的に看取される、法規命令という法形式を投入することによってもたらされる利点が述べられていることとなる。したがって、従来の学説における法規命令の個々の機能は、それが用いられる局面に応じた断片的な叙述に過ぎず、それゆえ、それぞれを体系的に把握する段階に至っていない<sup>(47)</sup>と評価できよう。

これに対し、基本法解釈を通じて、これら法規命令の機能を他の法形式の機能と併せて体系的に位置づける見解が、近時有力となっている。もっともそれは、各法形式が備える機能の体系化にかかる思考枠組みに着目すると、採用されるアプローチが異なるために、二つの見解に区分される。そこで、次に、それらの見解で看取されたアプローチがそれぞれ検討されることとなる。

## 第二節 機能の体系化アプローチ

### 第一款 機関構造から付与される「機能」

#### （１）基本枠組みとなる作用＝権限法的権力分立論

機能の体系を構築する近時の有力なアプローチの一つには、ある国家作用を組織に照らして配分することで権限を確定する手法、いわゆる作用＝権限法的権力分立論という思考モデルに立脚するものがある。

この権力分立論は、より具体的なレベルでは論者によって違いがあるものの、「内部構造や人員、活動方法、遵守されるべき決定プロセス等に鑑み、当該活動を担うにあたって正統性をもち、準備のある機関によって、国家の任務および決定がなされるように、国家の諸作用は分配されねばならない」という定式で一般的に表される。<sup>(48)</sup> この定式のもと、各国家機関は固有の権限のほかに様々な権限の配分を受け、それによって、あたかも互いに歯車が上手く噛み合った装置であるかのように協働することが可能となり、国家全体の機能性が高められ、「国家任務の最適な処理」が可能となると考えられている。<sup>(49)</sup> すなわち、各機関の組織構造・手続構造に照らして国家作用をそれぞれの機関に配分することで、明文上明らかでない権限の帰属が推定されることとなる。

この解釈図式を立法権限の配分という局面に適用すると、各機関の構造および規範制定手続の比較によって判明するそれぞれの特質が、各機関の権限行使手段たる行為形式へと反映されることとなる。つまり、法律と法規命令の関係は、議会と行政の関係の一つの具体的な現れと位置づけられることとなるため、それぞれの機関に適した規律領域・内容が区別され、それに応じて、法律と法規命令、さらには行政規則の機能が説明されるという解釈図式が採られるのである。

こうした権力分立論の立場から基本法下での各国家機関の個々の権限配分を明らかにしようとする見解は、ドイ

ツ公法学ではかねてより主張されてきた。<sup>(50)</sup> そうした中でも、それを先鋭化させた形で採用し、それぞれの行為形式の機能を特定することに議論の重心を置いていた論者に、アルミン・フォン・ボグダンディがいる。

(2) 機関の特質と結合された各行為形式の機能

フォン・ボグダンディは、「行為形式の内実を伴った定義づけは、その行為形式を行使する機関の機能からのみ導き出すことができる」と主張する<sup>(51)</sup>。そこでは、とりわけ法律と法規命令の関係において、議会と行政機関それぞれの特質が重要となり、そして立法権限を配分する以上、各機関の特質を明らかにするためにも、それぞれの機関構成・手続の比較が考察の起点となる。この比較は、具体的なレベルでは、次の三点でなされる。

まず構成人員と手続の性質に関して、選挙を通じて選出された議員のみからなる閉鎖的・排他的手続を採る議会と、社会における利益団体や関係団体をも参加させることのできる開放的・受容的な手続を採りうる行政との対比が示される。次に手続の速度に関して、個々の議員間での意見の一致を見なければならぬために手続の進行が遅い議会と、それに比して迅速な手続を採りうる行政との対比が、また、最後に行使可能な行為形式の種類に関して、任務遂行にかかる行為形式が法律に限定される議会と、法規命令や行政規則だけでなく多様な任務遂行手段をも擁する行政との対比が強調される。

議会の特質と行政の特質

こうした比較を踏まえ、議会の特質が提示される。それは一方では、議会は、国民から選ばれた議員から構成されており、反対派による政府・多数派への統制の機会と、それに伴う、関係する多様な利害を明らかにする機会を付与し得る公開の場である点に見出される。<sup>(52)</sup> すなわち議会は、いわゆる「政党政治」と呼ばれる状況をも超越して、個々の議員が与野党問わず政府の政策への賛成・反対を表明する場として観念されており、フォン・ボグダンディ

は、その場における事項に応じた多数派形成に至るコミュニケーションに注目しているのである。<sup>(53)</sup>そして、そうした議会像が描定されることから、議会手続は労力の掛かる鈍重なものと評価され、さらに議会の構成員が必然的に議員だけに限定されるために、その構造および制定手続には閉鎖性が伴うことも、議会の特質とされる。以上の特質を備えるものとして、議会は観念されることとなる。

これに対し、行政については、様々な手続的関与の機会を提供しており、複雑な利益状況の中で事項に即した一般的な規律モデルを利害関係人の下で獲得することができる点に、その特質が見出される。<sup>(54)</sup>そして、手続の迅速性も、前記の議会手続に比べて認められる。さらに、議会の限界とも呼べる議論を提示することで、行政機関の特質が展開される。例えば、動態的権利保護の観点から、基本権の実効的保護のためには、その性質上鈍重な議会手続よりも、迅速かつ柔軟に対処し得る手続を備える行政が対応すべきとされる。また、民主制の観点からは、利益集団との結びつきが強い議会よりも、多様な利害関係人の関与を創出する制定手続を採りうる行政機関の方が、利益集団を保護する立法を阻止し、より民主的な規律を実現することができるとも述べる。<sup>(55)</sup>

こうした議会と行政の対比から導き出されるのは、立法作用における議会の能力には限界があり、あらゆる規律を議会に委ねるのは望ましくなく、むしろ行政こそ適任であると理解される場合がある、という評価である。そして、「この考察は、作用において適合し、機関において適切な任務割当てというトポスとなるのである」。<sup>(56)</sup>

これら機関の特質に関する考察を踏まえ、各行為形式が憲法上備えるべき機能が特定されることとなる。なお、フォン・ボグダンディの議論においては、機関に着目する性質上、議会の行為形式である法律と、法律に付随する行為形式が対置される。後者の行為形式で念頭に置かれているのは法規命令と行政規則であり、この二つの形式は機能的に同視されることとなる。本稿では法律と法規命令の関係を取り扱ってきたため、以下のフォン・ボグダン

ディの議論の検討においても、法律と法規命令の機能にかかる論理を迫行する。

### 法律の機能と法規命令の機能

まず、議會の特質からもたらされる法律の機能が示される。すなわち、フォン・ボグダンディによれば、議會の特質は、様々な利害を孕んでいる個々の議員による政府多数派の形成過程にあるとされるため、様々な利益状況を勘案した上でなされる公益にかかわる決定や、政策の基本的指針の策定に法律の機能が見出されると同時に、議會の構成・手続における閉鎖性に基づき、法律の機能はそれらに限定されることとなる。<sup>(57)</sup>

このように法律の機能が限定的に把握される結果、法律の機能に含まれないと診断された機能はすべて、法律よりも下位の行為形式である法規命令・行政規則の機能として現れることとなる。もつとも、その機能は二種類に整理される。第一に、議會の構造に着目する結果もたらされる、「法律の機能を遂行させるための機能」、第二に、議會の構造と行政の構造の比較からもたらされる、「法律の下位の行為形式がより適切に達成することのできる機能」である。<sup>(58)</sup>

第一の機能は、「議會の法定立能力の維持」という指標の下で語られる。すなわち、法規命令は、法律の執行を支えるものとして、法律による規律を補完するものであることが期待されている。それゆえ、その機能は、従来の学説が説いてきた「議會の負担軽減」と同義である。<sup>(59)</sup> その一方で、第二の機能は、議會との比較により、行政によって制定される規範に対して積極的に認められる。つまり、法律の機能が極めて限定的に把握されていることの帰結として、それ以外の機能が、原則として、法規命令の機能として現れるのである。

このアプローチでは、機関構成員や手続過程といった構造を考慮した権限分配がなされる結果として、それぞれの機関の構造的特質が、それぞれの権限の実施手段たる法律や法規命令の機能に写し取られる。つまり、任務に適

した権限配分という観点から各法形式に機、関、構、造、上付与されるという意味で体系化された機能が導き出されているのである。

## 第二款 憲法規範から付与される「機能」

これに対し、第二のアプローチは、法規命令の機能を個別の参照領域から摘出し、その中から基本法が想定しているものと、そうでないものを選別する中で、規範階層に応じた機能の体系化が試みられる。例えばヨハネス・ザウラーは、環境法分野を参照領域とすることで、その法領域で法規命令が果たしている機能を析出する。<sup>(61)</sup> 具体的には、連邦イミグレーション防止法 [BlmSchG] や循環経済・廃棄物法 [KrW-/AbfG]、化学品法 [ChemG] などの個別法律が参照される。

### （１）環境法領域における多様な機能の析出

そこでは、例えば、「国家規律の拡張の実施可能性」<sup>(62)</sup> や「法定立の迅速性と柔軟性」<sup>(63)</sup>、「事前配慮原則の法化」<sup>(64)</sup> といった法規命令の機能が析出される。「国家規律の拡張の実施可能性」とは、国家による規律領域が拡大する中で、そうした規律任務を実際に遂行するための手段としての役割を法規命令が果たしていることを指す。すなわち、一九世紀以降次第に、国家任務が、国内秩序の維持だけでなく、社会保障、さらにはリスク予防へと拡大・複雑化するのに従って、国家の規律領域も拡大する。<sup>(65)</sup> そうした個々の規律領域において法規命令の用いられる局面が数多く存在することから、当該機能は見出されるのである。このことを、ザウラーは、参照領域として設定された環境法から例証する。例えば大気汚染に対応する法制度においては、基本となる法律として、連邦イミグレーション防止法がある。そこでは全体で約七〇の条文を数える中、第四八 a 条や同 b 条など事後的に追加された条項も含めて、三〇

弱の規定において法規命令への授權が存在する。また、廃棄物法や化学品法でも法規命令への授權規定が数多く看取される。これに対して、「事前配慮原則の法化」とは、国家によるリスク予防措置が取扱われる場面に登場する機能である。これは例えば、連邦イミグレーション防止法五条一項のように、事前配慮原則に基づく制度が各種立法に規定されることを意味する<sup>(66)</sup>。

このように析出されたところの法規命令の機能は、伝統的な機能よりも多様なものとなっている。そもそも法規命令の機能として従来から言及されてきたものは、法規命令は如何なる機能を果たすべき、あるいは果たしうるのかの説明である。すなわち、機能という概念の下で語られていたものは、法規命令を投入する法律制定者の意図と換言できるものである<sup>(67)</sup>。つまり、ザウラーにとって法規命令の機能とは、国家の規律任務にに応じて様々にその現れ方を変えるものと理解されているのである。

ザウラー自身の総括によれば、環境法領域を例として摘示された諸々の機能は、現代化によって特徴づけられる新たな機能と、伝統的な機能とが重なり合うことで、もたらされているとされる。つまり、「国家規律の拡張の実施可能性」という機能は、環境法領域が生起する以前から、社会国家的な国家活動に際しても言及されていたし、その一方で、「事前配慮原則の法化」は、国家による予防措置が進展したことによって、法規命令に備わった機能である<sup>(68)</sup>。そこで、個々の法制度から観察されたこれらの多様な機能は、どの範囲まで、法領域を問わない一般的なものとして、法的に体系化することができるのか、という点が更に検討されることとなる。

## (2) 法規命令の機能の憲法上の体系化

それでは、法規命令の機能を体系化する規準は何に見出されるのであろうか。ザウラーによれば、「実定法から読み取られる法規命令の機能は、その選択・割当に関する立法者の決定に起因し、その決定は、授權規範の制定に

よって行われる、ということがまず想起されねばならない。法律レベルにその機能を配分する基準は、基本法の規範ヒエラルヒーに従えば、憲法である。要するに、法的に拘束された命令の機能の体系化は、基本法からのみ導き出され得る<sup>(69)</sup>。

もつとも、基本法から導出するとはいえ、先に紹介したアプローチは採用されない。それは、次の二点を重視することからも明らかである。すなわち第一に、「法規命令の『適切な』投入領域とそれに応じた委任義務を基準として命令の機能を体系化することについて憲法は沈黙している。むしろ基本法は、法律制定者に対して、それが基本法上の規準、とりわけ八〇条一項の枠内で行動する限りで、委任『するかどうか』を委ねている」とはいえ、「ひとたび法律制定者が委任を決定したならば、それに伴い、法規命令という規範類型に特定の機能が憲法上割り当てられる」のだという<sup>(70)</sup>。そして第二に、フォン・ボグダンデイラの採ったアプローチでは機関の構造・手続の比較に重点が置かれる以上、法規命令と、それより下位の法形式は、抽象的には制定機関を同じくするために、双方の法形式の区別が明確に示されることはなかった。しかし、国家による法定立構造における法規命令の所在を確立するためには、一方では法律と、他方では、より下位の法形式との関係を顧慮することが求められる。それゆえ、そうした境界を明らかにするためにも、法規命令が排他的に備える機能を明らかにする必要がある<sup>(71)</sup>。以上の問題意識を踏まえると、ザウラーが採用するアプローチでは、それぞれの法形式のなかでも法規命令にのみ憲法規範上付与されている機能を特定することが求められることとなる。

#### 法規命令の第一次機能と第二次機能

ザウラーによれば、こうした観点から、法規命令が備える機能は、第一次機能と第二次機能という分類で示される。すなわち、この第一次機能とは、法律との関係で、あるいは法規命令以外の法律より下位の規範との関係で、

法規命令が専有するよう憲法上想定されている機能を意味する。他方で第二次機能の名の下で包括されるのは、立法者が自らの裁量で与えることのできる機能である。<sup>(72)</sup>すなわち、第一次機能に分類された各種機能については、法規命令がそれを欠くことなく具備しておくことが憲法から要請される。それゆえ、それに該当する機能の割当ては、法規命令への授權規定を定めようとする法律制定者に義務づけられることとなるのである。

このような機能の分類を軸として、基本法における、法規命令の機能の体系化が図られる。<sup>(73)</sup>その際、ザウラーはその検討の対象を、学説において言及される頻度の高い四つの機能、すなわち、議会の負担軽減、一般的拘束力を備える法の定立、一般的抽象的規範の定立、法定立の迅速化柔軟化に限定する。<sup>(74)</sup>そこで、その体系化にかかる思考枠組みを明確にするためには、ザウラーによるその具体的な適用作業が追行される必要がある。

(ア) 議会の負担軽減（法律との関係における第一次機能）

① 議会の負担軽減の意義

この機能の下では、基本法八〇条一項における授權を選択することによって、立法者たる議会は、全ての規律を自ら行う必要性から解放される、という従来の学説と同様の趣旨が確認される。もともと、そこから更に踏み込んだ言及がなされる。すなわち、議会の負担軽減は、「議会主義が機能すること」〔Funktionsfähigkeit des Parlamentismus〕という憲法価値に照らして、法定立としての命令制定権限を正当化するものとされる。<sup>(75)</sup>

そうした憲法価値に定位するとき、その背景にあるのは、次のような考えである。それは、国家活動を正統化する中心的装置として構想された議会が、一定の規律領域・内容に関する規範制定に伴う過剰負担によって機能不全となるならば、議会制民主主義が頓挫してしまうという、という考えである。つまり、基本法八〇条一項による法規命令の是認は、そのような事態を回避し、議会政〔parlamentarische Regierungssystem〕を維持するためにな

された憲法上の決定なのだという。<sup>(76)</sup>

②他の法形式との関係における排他性

そこで次に、この議会の負担軽減という機能は、基本法上想定されている他の法定立形式との関係で、法規命令にのみ帰属するのかが問われる。もともと、自明のように、法律という行為形式は、基本法七六条以下の手続によって議会に留保されている以上、法律そのものが直接に、議会の負担を軽減することは不可能である。それゆえ、この機能は、法律より下位の規範が果たすほかない。したがって、当該機能は、法律との関係での第一次機能と判断できる。

つまり、「議会の負担軽減」という法規命令の機能は、基本法八〇条一項が定められた時点で、基本法上要求されたものと評価される（法律との関係における第一次機能）。しかし、それは無条件に認められている訳ではない。この機能が認められるためには、個別の法規命令が、その実際において、「議会主義が機能していること」に資するための「負担軽減」を担っていることが要求されるのである。

（イ）一般的拘束力を有する法の分散的定立機能（行政規則との関係における第一次機能）

①法律と同等の一般的拘束力

ここでの一般的拘束力とは、法律と同等に、市民・行政機関・裁判所に及ぶ拘束力のことを指す。基本法は、法規命令の定義を明確にしていなかったため、多くの学説は、法規命令が、伝統的に、実質的意味の法律概念に包摂されてきたことから、基本法で規定されている法規命令も一般的拘束力を有する法形式だと論証してきた。<sup>(77)</sup>しかし、つとに指摘されているように、実質的意味の法律概念、さらにその前提となる二元的法律概念は、立憲君主制においてこそ成立しえたものであって、「国法学による概念形成は、その時その時の憲法構造に機能上依存しているこ

と」が意識されねばならない。<sup>(78)</sup>それゆえ、「特定の規範類型とその法的効力の理由づけを、通説的見解のように、概念に基づいて遡及的に結びつけることは、本質において国民主権原理に立脚する憲法である基本法の解釈には適さない」。<sup>(79)</sup>そこで、基本法解釈として「憲法の文言に定位した方法」が目指される。<sup>(80)</sup>

ここで鍵となるのが、基本法二〇条三項後段である。当該規定は、「執行権および裁判は法律および法に拘束されている」と定められているため、「法律および法」の解釈が問題となる。ここでの「法律」を実質的意味の法律として解釈し、法規命令をそこに包摂する見解は、<sup>(81)</sup>先のアプローチと同じく実質的意味の法律概念のもつ歴史規定性ゆえに否定され、その一方で、「法」を実質的意味の法律と解釈して法規命令はそれに含まれるとする見解は、<sup>(82)</sup>法律以外の法（慣習法等）の規範性を損なってしまうために否定される。<sup>(83)</sup>基本法二〇条三項の「法律」は、あくまで正規の議会手続を経て成立した法律に限定されるため、同条項によって保障される一般的拘束力を有する法の定立形式は、その法律のみとなる。

このように既存のアプローチを否定し、基本法二〇条三項後段の「法律」を議会制定法律に限定する結果、法規命令の法的拘束力は、同条項後段からは直接に導出されないこととなる。そこで着目されるのが、基本法八〇条が第七章「連邦の立法」に規定されていることである。すなわち、「法規命令は、基本法七六条以下の意味における法律に並ぶ唯一の法定立形式として、基本法八〇条において規範化されることにより、『連邦の立法』の手段に採用された」ものと位置づけられる。<sup>(84)</sup>それゆえ、基本法二〇条三項により法的拘束力が認められた「法律」の拡張形式として、法規命令は、法律と同等の法的拘束力を獲得するとされるのである。他方で、基本法九七条一項は、「裁判官は、……ただ法律のみに従う」と規定するが、ここでの「法律」に関しては、裁判所自身が、「法律上の授權に基づき、執行権によって手続に適って制定された命令」も含まれると判断していることから問題はないとさ

れる。<sup>(85)</sup>このように基本法上、法規命令は常に、一般的拘束力を備えることとなる。したがって、「すべての法規命令は、行政に対しても、基本権主体や司法に対しても例外なく拘束する法的効力を〔法律と〕分かち合っているのである」<sup>(86)</sup>。

## ②法規命令よりも下位の規範との関係における排他性

そこで次に、こうした法律と同等の拘束力は、他の法律よりも下位の規範との関係において、法規命令のみに付与されるものが検討される。これまでのザウラーの議論からすれば、一般行政規則であっても、その条文構造上、法律の拡張形式として把握される余地はない。もともと、法規命令と同じく行政機関により制定される行政規則の場合、とりわけ、「規範を具体化する行政規則」というカテゴリーが連邦憲法裁判所の判決において案出された以降、<sup>(87)</sup>両形式の区分は相対化することとなる。<sup>(88)</sup>しかし結論として、そうした相対化を志向する理解においても、基本法解釈上、行政規則が法律・法規命令と同等の法的拘束力を備えることは認められていない。すなわち、行政規則にも一定の拘束力が措定されるものの、それは「柔軟な」<sup>(89)</sup>ものであったり、「差異化された〔differentierte〕」ものとされているのであって、法律および法規命令が備える法的拘束力とは質的に異なるのである。<sup>(91)</sup>

したがって、法律より下位の行為形式の中で、法律の拡張形式である法規命令のみが一般的拘束力を有しており、それゆえに、一般的拘束力を有する法を分散して定立する機能を果たし得るのである。それゆえ、この機能は、法規命令よりも下位の行為形式との関係において、法規命令の第一次機能に分類されることとなる。

## （ウ）法規命令の第一次機能に属さない「機能」

### ①一般的・抽象的規範の定立

さらにザウラーは、法規命令の説明においてしばしば言及される「一般的・抽象的規律の定立」という性質につ

いても検討する。ここでの「一般的・抽象的」という規準は、通常、法律の一般性と呼ばれるときの「一般性」と同旨であり、「個別的・具体的規律」という規準や個別的決定と対置されるものである。すなわち、「一般的・抽象的」の範囲は、規律の対象となる事案の数と名宛人の数によって規定される。事案の数は、〈抽象的 [abstrakt]・具体的 [konkret]〉という対概念で把握される一方で、規律の名宛人の数は、〈一般的 [generell] - 個別的 [individuell]〉という対概念で把握されることから、「一般的・抽象的」とは、規律の名宛および事案の両局面で特定されていいことを意味する<sup>(93)</sup>。

この一般的・抽象的という性質は、法規命令の構成要素であるかのように説明されることが多い。例えば、「概念として、法規命令は、法律による授權に基づき行政によって制定された法命題（法規 [Rechtssatz]）」として理解される。この法命題は、原則として一般的、つまり誰に対しても拘束的な規律を内容とする」との説明がそれである<sup>(94)</sup>。このように理解した場合、一般的・抽象的規範の定立という機能は、法規命令に常に備わるものという帰結が導き出される。しかしながら、ザウラーからすれば、それを構成要素として理解するのは正当ではない。なぜなら、そのように理解するならば、「法規命令とは法規命令の機能を果たしているものである」となるからである。つまり、行政が制定した規範の法的性質をその効果の側面から定義づけることは、論理が循環しているという<sup>(95)</sup>。

「むしろ、概念の構成的メルクマールは、命令制定者が命令への授權に依拠しようとしたのか、要するに委譲された法定立権 [übertragene Rechtssetzungsmacht] が要求されねばならないか、という点である<sup>(96)</sup>」。つまり、法律による授權があり、それに基づいて行政により制定された規範が法規命令であることが確認される。

このように法規命令の要件が形式的に構成される結果、この機能は法規命令にのみ備わるものではないことも明らかとなる。法規命令は、基本法二〇条三項に規定されている一般的拘束力が拡張されたものであるが、それは基

本法八〇条一項に即した法律上の授權に基づく。そうである以上、もし法律が一般・抽象性を備えている場合、それは、法規命令にも備わりうるはずである。したがって、当該機能は、法規命令の第一次機能には属しないことになる。

## ②法定立の迅速性・柔軟性

法規命令の迅速性は、前記のように、ドイツでも一般的に述べられる法規命令の機能であった。そこで、当該機能は第一次機能に含まれるか否かも、ザウラーは検討する。その際、その迅速性とそれに伴う柔軟性は、「法規命令と他の法定立形式の關係に関する言明」に過ぎないと述べられる。<sup>97</sup>すなわち、これらの機能は、法規命令の絶対的メルクマールではなく、他の法形式の制定手続との比較することによって述べられるに過ぎないのである。そうである以上、まずは「とりわけ法律による手続の形成、および省庁レベルでの行政内における規範制定プロセスの考慮」を通じた比較が必要だとされる。<sup>98</sup>それゆえ、法律制定手続と法規命令の制定手続に関する規範構造が注目されることとなる。

法律制定にかかる規定として、基本法は、確かに連邦参議院の関与、すなわち同意と異議（第七七条）と大統領による認証（第八二条）を指示している。また、連邦議会議院規則〔GOBT〕では、三回読会制のような議會審議の仕組みが指示されている（§§78 GOBT）。

他方、法規命令の制定手続に関する規定は、基本法ではあまり見られない。第八〇条二項は、特定の事例に関する法規命令に対する連邦参議院の関与権を規定しているが、「連邦法律に特別の定めがある場合を除き」、それを排除する余地をも認めている。加えて、第八二条一項二文は法規命令の認証、公布、施行について規定するが、法律のような大統領ではなく、これを發布する機関の認証で足りる。また、連邦政府事務規則〔Geschäftsordnung der

Bundesregierung [GOBReg]) によって、連邦政府には、自らが作成した命令案の全てやその他の政治的意義のある命令案に関する説明義務が課せられており (§15(1), b, c) GGOBReg)、また連邦各省における一般事務規則 (Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien [GGO]) においても、法規命令の取扱いについて規定されている (§§62-68 GGO)。もっとも、こうした行政内部の自律的規定では、議院規則における三読会制のような厳格な手続構造が定められている訳ではないことは明らかであろう。

こうした関連規定全体を一瞥すると、確かに、法規命令は、法律に比べ、迅速かつ柔軟な法定立形式であることが想定されているかのように見える。しかし、ザウラーによれば、その実態においては、法定立の速度が平準化されているという<sup>(99)</sup>。その要因として挙げられているのは、法律案の多くは命令案と併せて連邦各省が起草していることや、命令制定は法律による手続形成に依拠しているために、基本法が想定している以上の連邦参議院による関与や手続が付加的に設置されていること、そして時間的に切迫した場合、議会は法規命令ではなく法律によって規律する傾向があることである<sup>(100)</sup>。

そうした分析を通じて、「法律制定手続における期間は、相当程度において、政治的観点だけでなく手続法的な観点からも、法定立プロセスに関与している機関の手中にある」という評価が下される<sup>(101)</sup>。すなわち、命令制定手続は政府の内部規律だけでなく、議会が制定する手続法にも服する。そして実際、規律領域によつては、法律が命令制定手続上の要件を加重することによって、命令制定にかかる迅速性は低減されているという<sup>(102)</sup>。こうした状況に照らして、「柔軟性の程度に関する決定や法定立の速度は、立法者次第である」との結論が導き出される<sup>(103)</sup>。つまり、迅速性・柔軟性という法規命令の機能は、確かに法政策的に望むべきものであったとしても、憲法から画一的に付与されるものではないとされるのである<sup>(104)</sup>。

（3）法規命令の第一次機能と第二次機能

前記のように、ザウラーの言う第一次機能とは、憲法上指示されたものであり、かつ他の法定立形式との関係において、法規命令だけが専有する機能である。したがって、「議会の負担軽減」と「一般的拘束力を備える法の分散的定立」の二つの機能が相俟って第一次機能を構成する。「あらゆる命令制定権者に対するあらゆる授權に内在する機能が、議会の負担軽減と一般的拘束力を有する法の分散的定立となる」<sup>(105)</sup>。そして、この機能を備えていることが、基本法における法規命令の基本の型〔Grundmodus〕だとされる。

他方、第一次機能以外の「その他すべての法規命令の有する機能の割当てについて決定するのは、個別の授權法律である」。すなわち、憲法上の規程が存在しないため、法律制定者が授權法律ないし授權規定を定めるに当たって、法規命令に対して自由に割り当てることのできる機能が、法規命令の第二次機能と称される。この第二次機能は、個々の規律任務への対処にあたつて議会が法規命令にどのような働きを企図したのかという点に関連するため、制御の型〔Steuerungsmodus〕とも呼ばれる。したがって、第二次機能に位置づけられた機能は、法規命令によっては認められない場合も存在する。

以上を要するに、第一次機能に位置づけられた法規命令の機能は、授權がなされた時点で備えられているべきものである一方で、第二次機能に位置づけられた機能は、規律手段として法規命令を投入するに至った個々の目的を受けて、初めて備えられる。「法規命令が制御手段としての性質を遂行することは、……決定的な程度において、法律による授權構造によつて付与される規律密度と確定力に依拠している」<sup>(106)</sup>。この限りで、議会には広い政策形成の余地が与えられている。

こうした第二のアプローチにおける考察は、法律と法規命令の二元論を、憲法があらかじめ想定したものとして、

将来的な法定立構造における中心的存在へと「再安定化」させることを狙いとする<sup>(107)</sup>。というのも、それぞれの法形式の境界が動揺することは、ザウラーにとって、「民主制と法治国家という基本決定の保障装置として、形式へと公権力を憲法上拘束するという意義の実現」を損なうものと評価されるからである。当該アプローチでは、あくまで議会による法律の制定が、国法秩序を形成するための中心に位置づけられており、それゆえに、それぞれの法形式のカテゴリー上の相違を維持するために、法規命令の機能の分類・特定が課題とされていたのである<sup>(108)</sup>。すなわち、「法の形式でなされる社会の構造化、換言すれば社会的連帯の秩序づけが備える固有の手段は、……議会による議決を経た法律であり、それであり続ける。この意味で、民主的法治国家は、法律国家をとりわけ意味する<sup>(109)</sup>」<sup>(109)</sup>。したがって、「行政は決定事項が僅かであり、短期的で、重要な、あるいは技術的な事項の規律に適したものである」であるといった、国家規律の最適化を直接に志向する説示は、法政策的な要請に過ぎないと評価されることになる。

### 第三節 体系化を志向する二つのアプローチの検討

本章ではこれまで、法規命令の機能とその体系化をめぐる二つのアプローチを紹介した。そこで次に、双方のアプローチの意義と限界を明らかにするべく、それぞれの論理を確認し、問題点を検討する。

#### 第一款 第一のアプローチの論理と意義、限界

第一のアプローチは、作用Ⅱ権限法的権力分立論という枠組みを起点としたものであった。それゆえ、憲法上の要請として、議会と行政の規律領域が、それぞれの機関の構造・手続に照らして、画定され、法律と命令の機能もそれに対応したものとされた。これは、立法作用は異なる機関の協働プロセスだという認識のもとで、国家の立法

作用を担うにあたって議会と行政は、その能力において互いに対等のものと把握されている。その意味で、それぞれの機関が行使できる形式は、実体的に把握されることとなる。フォン・ボグダンディの見解において、原則として、国家にとって重要な事項を規定することが法律の機能であり、それ以外の事項を定めることが法規命令の機能であるとされたのは、<sup>(11)</sup> そうした把握の仕方の帰結であるといえよう。そしてこの機能の割当ては、基本法上の統治機関の構造から導き出されているという意味で、規範的なものとして設定されていたのである。当該構成を採る場合、法規命令への授權の憲法適合性を判定する場合の規準は、問題となっている授權規定によって付与される法規命令の機能が機関の特質に適うか否かという点に見出されることとなり、そこを基準として、授權の限界も測定されることとなる。

確かに、こうした抽象レベルから議論を構築する思考の型は、ドイツ基本法と比べても、日本国憲法における統治機構に関する規定が十全ではないことに鑑みれば、わが国においてもそれぞれの機関に対する多様な権限配分を検討する上で、示唆の多いものとなるかもしれない。<sup>(12)</sup> しかし、こうした実験的試みは、とりわけ法律と法規命令の関係について、ドイツ公法学内在的に見ると、理論モデルとしては成立し得るとしても、基本法解釈において受容可能であるか議論の分かれるところである。<sup>(13)</sup> 加えて、そうした批判は別としても、法規命令の機能の体系化という観点からその思考過程を観察してみると、全体として、論理的な一貫性が保たれているかは疑わしい。すなわち、この第一のアプローチにおいて、各機関が備える構造・手続の特質と各機関が所管する法形式の性質は、いわば鏡像の関係にあるものであった。それぞれの機関構造・手続の特質が先行して確定され、その確定された特質を反映した実行手段として、各法形式の性質は認定されていたのである。しかしながら、その一方で、この先行して確定されるべき機関構造・手続の特質は、「内部構造や人員、活動方法、遵守されるべき決定プロセス等」を考慮事項と

することで、導き出される。ここでの活動方法には各機関が所管する行為形式である法律や法規命令、行政規則が含まれており、それゆえ当然に、それら行為形式の機能の差異がそこでは考慮されることとなる。

このように第一のアプローチの中には、二つの論証枠組みが併存しており、それぞれの思考過程で前提と帰結とされたものが互いに組み合わせることで、当該アプローチが構成されていることが分かる。つまり、法律や法規命令といった各法形式の機能は、機関構造の特質を洗い出すための考慮要素であると同時に、機関構造の特質から導き出されたものとなっている。このように権限の配分論と法形式の機能論が循環論的に混然一体となった結果、そこで各法形式の機能として言及されているのは、一般的に看取される法規命令の機能の叙述に過ぎない。それゆえ、このアプローチは、憲法上の規定に基づいた規範的意味をもった体系を確立させているわけではないといえよう。

## 第二款 第二のアプローチの論理と意義

これに対して、第二のアプローチは、法規命令の機能のうち、規範のレベルに応じた体系化を志向する。その中では、概念の継続性に依らずして、それぞれの法形式に関して、個別の実定法から読み取られた機能が基本法の規定の文言と体系に依拠した解釈を通じて示されている。まず、その論証構造に着目すれば、立法作用を実現する法形式の一つとして基本法上明示されていることから端的に、法規命令の第一次機能の析出が試みられた点で、第一のアプローチが抱える欠陥は回避され得るといえよう。そして、その構造上、法規命令の機能は、基本法から導き出される第一次機能と、それ以外の第二次機能に区分される。

第一次機能とは、法規命令という法形式に憲法上割り当てられた機能である。それゆえに、議会が法規命令に授権すると決定した場合、第一次機能を果たし得るように設計することが憲法上要請されることとなる。<sup>(14)</sup>これが意味

するのは、あくまでも立法作用の担い手の中心に議會を位置づけ、それを実現する形式に法律を割り当てつつ、議會があらゆる事項を法的に限なく規律することに伴う過剰負担を回避するために、憲法上、行政にも立法作用の担い手としての地位を認め、法律レベルの規律を貫徹させるための法形式として法規命令を位置づける、ということである。

こうした意義に照らせば、個々の法規命令が第一次機能を備えているか否かは、法規命令への授權が憲法上実質的に正当なものか否かの判定基準となり得る。すなわち、基本法八〇条一項は、一次的な名宛人を限定し、授權の態様について規律しているものの、法規命令という法形式の選択そのものについて、議會に対していかなる条件をも課していない。しかしながら、基本法上要請される法規命令の第一次機能が設定されたことにより、法規命令への授權を行う意図に対して条件を課することが可能となる。その上で第二次機能が設定されたことにより、さらに如何なる機能を個々の法規命令に付与するかという問題は法律制定者の形成余地に開かれているのだと理解されることとなる。確かに、参照領域に環境法を設定した結果、法規命令の機能と称されるものの射程があまりに広範となり、第二次機能に位置づけられる機能の外延は不明確である。<sup>(15)</sup>しかし、それは議會が命令制定機関の構造や手続を法定することによって、法規命令を有効な統制手法として設計する余地が認められていることの反映である。法規命令は、基本の型として第一次機能を備えながらも、制御の型として様々な機能を果たしうる法形式として位置づけられるのである。

こうしたアプローチは、議會による法律と、その拡張形式である行政による法規命令こそが、国家が法の形式で眼前の任務に対処するための中心となる形式であるとする。そして、法規命令が憲法上要請される機能（第一次機能）を果たしている限りで、如何なる機能をもつ法規命令を投入するか（第二次機能）は、授權法律を制定する議

会に委ねられているとされる。

#### 第四節 小括

本章では、わが国における命令の性質論に対応する議論として、ドイツにおける法規命令の機能論を検討した。すなわち、従来のドイツ公法学では、国家規律における法規命令の働きという意味で、その機能を叙述する傾向にあった。しかし、近時では、憲法典であるドイツ基本法に定位してそれらの機能を体系化する試みが生じており、本稿では二つのアプローチを紹介・検討し、それぞれの意義と限界を確認した。

第一のアプローチは、それぞれの機関の協働関係を背景に置き、基本法下における統治機関の構造・手続に照らした権限配分を議論の基点とする。そこで配分された権限を行使するための行為形式として、法規命令の機能は、導出されていた。もともと、基本法に基づく法規命令の機能の体系化という課題に対して抱えていたその論理構造上の欠点は、看過されるべきではないと思われる。

これに対し、第二のアプローチは、基本法下で立法作用の分枝たる各法形式は如何に配置されているかという観点から、国法秩序の構成部分として、法律を中核に据えつつも、その派生形式としての法規命令の機能を把握する。その上で、法規命令の機能は、基本法上果たすべきとされる機能（第一次機能）と、議会が割当て可能な、国家の規律事項の拡大・複雑化に応じて様々に現れる機能（第二次機能）に区分される。こちらは、「機能」概念が過度に広範という問題を持つものの、憲法レベルと法律レベルでの法規命令の機能を特定するという目的にとって、論理的には筋が通ったものといえよう。

おわりに

日本法への示唆

本稿の第一章にて既に確認されたように、わが国の憲法学説は、現代国家的な問題を有効かつ適切に処理する規律手段として「命令」を位置づけることにより、議會主義や法治主義といった「制度の建前」の修正を試みるという方針の下、委任立法の議論を展開してきた。そこで試みられていたのは、立法府と行政府の権限配分という視座から、「原理」や「条理」という道具立てによって、議會以外の国家機関が立法作用の担い手となることが憲法解釈上容認されるとの説明である。しかしながら、そうした議論の觀察を通じて、そこでの解釈図式が、「命令」の性質にかかる前理解に依拠していたこと、そして「原理」や「条理」といった不明確な概念の下で現状を追認するに留まっていたことが問題点として指摘された。つまり、従来の議論の枠組みでは、日本国憲法それ自体を根拠とすることなく、委任立法という法現象が語られていたのである。第二章では、ドイツ公法学における議論が検討され、実定憲法全体に定位することによって、憲法が想定している命令の性質・機能を導出し、そして同様に導出される他の法形式のそれと併せて体系的に位置づける途が示された。これは、前記の問題点を解消するにあたり有用であると思われる。その中でも、ドイツ基本法の文言および体系に依拠して解釈することで、各法形式の配置状況からそれぞれの法形式の機能を導き出すアプローチが、それぞれの国家機関の構造・手続の比較を起点とするアプローチと異なり、論理的にも矛盾なく、妥当し得るものだといえよう。

もっとも、当該アプローチを基本的視点として設定したとしても、ドイツと日本における憲法上の条文構造は大きく異なっている。つまり、「作用」ごとの規定が比較的に充実しているドイツ基本法とは異なり、日本国憲法は、

「機関」単位で規定されているのである。こうした構造からすれば、立法作用の配分は明確ではないが、しかし、手掛かりが皆無というわけではない。日本国憲法は、わが国の国法秩序の構成について、「立法機関」たる国会が定める「法律」のほか、他の規範のカテゴリーとして、「命令」を規定しているのである（第八一条、第九八条一項<sup>(16)</sup>）。

それでは、第二章での検討から得られたアプローチを日本国憲法解釈に適用した場合、如何なる成果が得られるのだろうか。それは、命令という法形式について従来語られてきた性質が、憲法上割り当てられたものなのか、あるいは、法律によって割り当てられ得るものなのかの特定を試みることを意味する。そこで以下では、ドイツ公法学での用語法に習い、従来では「性質」と呼称されていたものを「機能」という概念で把握したうえで、若干の検討を行う。

（１）従来言及されてきた命令の機能の位相——「迅速性・柔軟性」と「専門技術性」——

本稿の冒頭で例示した判決で指摘されていたように、「迅速性・柔軟性」と「専門技術性」という機能が「命令」に関して頻繁に言及されてきた。そこで、如何なるレベルの規範に基づいて、この二つの機能が「命令」に割り当てられたものであるかを明らかにする必要がある。

まず「迅速性・柔軟性」について、これは相对概念であるが故に、法律制定と命令制定にかかる手続が比較される必要がある。そこで憲法条文を確認すると、まず前者については、第五九条において両議院での法律案の取扱いが、そして第七四条における主任の国務大臣の署名および内閣総理大臣の連署、第七条における天皇の公布が規定されているに留まる。つまり、議案審査に伴う具体的な手続を構成する委員会質疑や公聴会は、国会法やそれぞれの議院で自律的に定められる議事規則に依拠しているのである。その一方で命令制定手続に関して、とりわけ政令

について憲法上規定されているのは、第七四条における主任の国務大臣の署名および内閣総理大臣の連署、第七条における天皇の公布である。府省令や規則については、憲法上に対応する条文は存在しない。命令の具体的な制定手続は、行政手続法といった国会制定法律で定められているのである。これらの規定状況からすれば、「迅速性・柔軟性」は、すべての命令に憲法上一律に備わっている訳ではなく、そうした機能を命令に付与するか否か、そして付与するとしてどの程度の「迅速性・柔軟性」を予定するかは、国会の決定にかかっているのだといえよう。<sup>(118)</sup>

次に、「専門技術性」は、「議会の負担軽減」機能として説明され得る。つまり、日本国憲法は、議会たる国会を「唯一の立法機関」として位置づけるものの（第四条）、それと同時に、国法秩序を構成する法形式として「命令」、「規則」、「処分」を念頭に置いている（第八一条）。こうした法形式の配置状況からすれば、少なくとも、国家による規範定立の分業は憲法上予定されているのだといえよう。そうであるならば、「国の立法は、すべて国会を通し、国会を中心にして行われる」過程において、ある事項の規律に伴う過剰負担を理由として国会が機能不全を起こした場合、それは議会の頓挫を意味するのであって、「命令」以下の法形式は、そうした事態を回避するために準備されているものと解される。それゆえ、国法秩序の構成要素として「命令」以下の諸形式を規律手段として投入することによって、国会は、その過剰負担から解放され、立法作用の「中心」的担い手という地位を確保・維持することが可能となる。<sup>(119)</sup> 一方であるならば、「議会の負担軽減」機能は、法律との関係において法律以外の形式に備わる憲法上の機能として位置づけられることとなる。

したがって、議会議法を採用した日本国憲法においても、国会は、自らが規律するにあたって過剰負担となる事項につき、「命令」以下の列挙された法形式を投入することが、そもそも憲法上認められているのだと解されることとなる。

## (2) 日本国憲法における「命令」の第一次機能と、法律による第二次機能の形成

憲法構造の変化によって法命題（法規）の創造力を独占するに至った国会は、「法律」による授權規定を介して、間接的に同質の法的拘束力を「命令」に付与することが可能となる。すなわち、判決活動をおこなう裁判官は、「この憲法および法律にのみ拘束される」以上（第七六条三項）、個々の法律における授權規定に基づいて制定された「命令」も、その授權規定に抵触しない限りで、一般的拘束力を有することとなる。<sup>(121)</sup> こうした結論も踏まえると、わが国においても、議会の負担を軽減し、かつ一般的拘束力を有する法を分散的に定立する機能は、「命令」に対して憲法上付与されたものと解される。命令という規律手段が選択される場合、問題となっている規律事項を自ら法律で定めることは過剰な負担となることの証明が議会には求められるし、それに加えて、裁判所が判決を下すにあたって、命令を審査の基準として用いることも、議会は認めなければならないのである。

他方、命令制定手続を国会が法定することにより、国家任務の統制手法として、法規命令に様々な機能を付与し得る点も看過されるべきではない。これに関連して、例えば行政手続に関する一般法である行政手続法は、命令制定機関に対して、「命令等の規定の実施状況、社会経済情勢等の変化等を勘案し、必要に応じ、当該命令等の内容について……その適正を確保するよう努めなければならない」と規定している（第三八条二項）。<sup>(122)</sup> こうした条項の存在は、命令の第二次機能として一般的に「柔軟性」を要求するという議会の基本設計だとする評価も可能であろう。<sup>(123)</sup>

事実の問題として、科学技術の発展やリスク社会化という状況下において、「議会ないし政治プロセスにとつて時間ないし関心という資源が稀少であること」からすれば、<sup>(124)</sup> それぞれの国家機関が、自己の持てる資源を持ち寄ることで協働して、眼前の国家任務に対処することが政策的に要請されることとなろう。しかしながら、その一方で、

あくまでも国会は国の立法の中心であることという規範的要請が存在することに加え、個々の政策的決定を、法的に、構成し貫徹させるためには、「法律」や「命令」といった法形式を用いらざるを得ない。また、それぞれの政策的決定が個々の形式に実定化されることにより、それぞれの所管する法形式を接点とする協働も実現するものと思われる。<sup>(16)</sup> そうした状況が措定されるならば、国会の負担を軽減しつつ、一般的拘束力をもつ規範を分散して定立するという、命令の第一次機能は、そこで大きな意味を持ち得るといえよう。

### 残された課題

もつとも、命令の機能を特定するこうした作業は、いまだ十全とは言えない。日本国憲法上で割り当てられている機能は、ザウラーの用語を借りれば、命令の基本型でしかないのである。その上で、法律の個々の規律において、如何なる機能が命令に求められているのか、あるいは求められ得るのか、という問題は別途検討する必要がある。<sup>(16)</sup> これらの点についての考察は、他日を期すことにしたい。

(41) ドイツの標準的体系書でもこの理解が採用されている例として、Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, S. 210ff. [邦訳として、コンラート・ヘッセ（初宿正典・赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、二〇〇六年）四八四頁以下] 参照。またこの権力分立理解の紹介として、栗城壽夫「ドイツの権力分立」比較法研究五二号（一九九〇年）三四頁以下も参照。

(42) 例えば、その一つの現れ方としては、執行権という限りで機関を同じくする行政規則と法規命令、そして法律との間における、裁判所に対する拘束力の相対化がある。この現象は、基本法八〇条一項二文に定められた要件の緩和と、カテゴリーの区別を維持したままになされる行政規則の法規命令への接近という両側面からの働きかけによって生じる。この現象

にのみ焦点を合わせ、その背景にある民主的正統化論との関連について検討したものととして、拙稿「行政による規範定立の再定位（二・完）」〔阪大法学六五巻一号（二〇一五年）二五一頁以下参照。〕

(43) *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S. 75.

(44) *Andr Uhle*, §24 Die Rechtsverordnung, in: Winfried Kluth/Günter Krings (Hrsg.), Gesetzgebung: Rechtssetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, 2014, S. 592; *Fritz Ossenbühl*, §103 Rechtsverordnung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 5/Jm Folgenden: HSR VJ, 3. Aufl., 2007, S. 262, また「負担軽減」について言及する古典的な学説として例えば、*Heinrich Triepel*, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, 1942<sup>24</sup>, その立脚する利益法学という立場から、「成文法において一般的な委任の禁止も一般的な委任の許可も存在しない場合に、不文法における規範によつて一定の事情の下で権限の担い手の負担の軽減という利益が考慮されることは、全く以て不可能という訳ではなからう。これは事実その通りである」と述べる（S. 111）。

(45) *Uhle*, a. a. O. (Anm. 44), S. 592.

(46) 「行政の規範不足」という表現は、そもそも給付行政をめぐる議論に由来する<sup>25</sup>。Vgl. *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1973, S. 136, また *Fritz Ossenbühl*, Die Bewertung technischer Risiken bei der Rechtsetzung, DÖV 1982, S. 833<sup>26</sup>参照。

(47) もともと、こうした機能理解は既に古典的なものと評価する論者もいる。例えばウーレは、古典的な機能に加えて、近時では第二の機能の次元が現れてるという<sup>27</sup>。Vgl. *Uhle*, a. a. O. (Anm. 44), S. 592; *Ossenbühl*, a. a. O. (Anm. 44), S. 263.

(48) Vgl. *Fritz Ossenbühl*, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, S. 549.

(49) *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl., 2010, S. 360.

(50) 主たる論者の議論構造と差異については、村西良太「憲法と行政立法——日本国憲法下における『行政に固有の立法権』の可能性について——」松井茂記はか編『自由の法理』（成文堂、二〇一五年）三〇七頁以下参照。

(51) *Amin von Bogdandy*, Gubernative Rechtssetzung, 2000, S. 201.

(52) *von Bogdandy*, a. a. O. (Anm. 51), S. 201.

- (53) von Bogdandy, a. a. O. (Anm. 51), S. 198ff. 203. 以下のフォン・ボグダンディが観念しているのは、高田篤「議会制についての憲法理論的・憲法科学的省察」憲法問題17（二〇〇六年）二二三頁以下参照における「政治システムとしての議会」と同様の認識であると思われる。また、ボグダンディの議論については、拙稿・前掲註（42）二六四頁以下を参照。
- (54) von Bogdandy, a. a. O. (Anm. 51), S. 212.
- (55) von Bogdandy, a. a. O. (Anm. 51), S. 209f.
- (56) von Bogdandy, a. a. O. (Anm. 51), S. 211f.
- (57) von Bogdandy, a. a. O. (Anm. 51), S. 209.
- (58) von Bogdandy, a. a. O. (Anm. 51), S. 208.
- (59) von Bogdandy, a. a. O. (Anm. 51), S. 208.
- (60) ドイツ公法学における「参照領域論」については、Eberhard Schmidt-Abmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, S.8f. 「邦訳として、エバーハルト・シュミット・アスマン（太田匡彦・大橋洋一・山本隆司訳）『行政法理論の基礎と課題―秩序づけ理念としての行政法総論』（東京大学出版会、二〇〇六年）八頁以下」、原田大樹「行政法学と主要参照領域」（東京大学出版会、二〇一五年）を参照。
- (61) Johannes Sauer, Die Funktionen der Rechtsverordnung, 2005.
- (62) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 69ff.
- (63) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 82ff.
- (64) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 96ff.
- (65) この箇所の記述において、ザウラーは、ハーバーマスを引用しつつ、国家形態の理念型として「法治国家、社会国家、安全国家」の類型を挙げる。Vgl. Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, 2. Aufl., 1992, S. 525. 「邦訳として、ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸・耳野健二訳）『事実生と妥当性「下」』（未來社、二〇〇三年）一七二頁」もともと、こので国家形態のそれぞれが相互に如何なる関係にあるかという問題にも議論の余地があるものの、本稿ではひとまず措かれる。
- (66) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 101ff.
- (67) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 59. どのような法規命令の機能の位置づけに伴い、「機能」[Funktion]と互換的に用いら

れている表現が、法規命令の「任務・履行的側面〔Aufgaben- und Leistungsprofil〕」である。この表現からは、法規命令という法形式が選択されるにあたって法律制定者が設定した任務とそれを実際に果たす働きが、「機能」概念の下で語られてきたのだとザウラーが考えていることがうかがえる。

- (68) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 190f.
- (69) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 192.
- (70) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 197f.
- (71) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 198.
- (72) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 199f.
- (73) なお、ザウラーは「法律〔Gesetz〕」「法規命令〔Rechtsverordnung〕」「条例・規則〔Satzung〕」「そして行政規則〔Verwaltungsvorschrift〕」という四つの形式との比較で検討しているが、本稿では、自治が認められる団体による規律に関する議論は射程外であるため、以下の検討でも言及しない。

- (74) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 201.
- (75) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 202f.
- (76) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 203f.
- (77) Vgl. Ulrich Ramsauer, in: Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Kiem/u. a. (Hrsg.), AK-GG II, 2002, Art. 80, Rn. 30; Theodor Mann, in: ders./Günter Dürig/u. a. (Hrsg.), GKK IV, 2003, Art. 80, Rn. 14.
- (78) Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., 1968, S. 6.
- (79) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 211.
- (80) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 211.
- (81) Fritz Ossenbühl, §100 Gesetz und Recht - Die Rechtsquellen, in: HStR V, 3. Aufl., 2007, S. 142.
- (82) 例えば連邦憲法裁判所は、「裁判所は、行政活動の統制に際して、法律に拘束される（基本法二〇条三項、九七条一項）。すなわち、裁判所は、自らの判決を、実質的意味の法（憲法、適式な法律、法規命令、自治規則、そして慣習法）だけを基礎に置いて行うことが許されている。一般行政規則およびその他の指示は、それによって上級行政庁が行政内部で一体的な

手続あるいは一定の裁量行使、さらには下級行政庁による一定の法律解釈および適用を志向するが、「それらの形式は」基本法二〇条三項および九七条一項の意味における法律ではない」と述べている。Vgl. BVerfGE 78, 214, 227; s. BVerfGE, JZ 1970, 411, 412.

- (32) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 211f.
- (33) Sauer, a. a. O. (Anm. 61), S. 213.
- (34) aurer, a. a. O. (Anm. 61), S. 214f.; Vgl. BVerfGE 18, 52, 59; BVerfGE 19, 17, 31.
- (35) Sauer, a. O. (Anm. 61), S. 222.
- (36) BVerfGE 72, 300, 320, もともと「規範を具体化する行政規則」というカテゴリーは、一九九三年の欧州司法裁判所判決を契機に大きな変容を強いられた。この点については、拙稿「行政による規範定立の再定位（一）」阪大法学六四巻六号（二〇一五年）二四九頁以下参照。
- (37) 詳細については、拙稿・前掲註（42）二五三頁以下参照。
- (38) von Bogdandy, a. a. O. (Anm. 51), S. 245
- (39) Eberhard Schmidt-Altmann, Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift, in: ders., Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, Aufsätze 1975–2005, 2006, S. 155. (Erstveröffentlichung in: Festschrift für Klaus Vogel, 2000, S. 477–494) [邦訳として、エバーハルト・シュミット・アスマン（内野美穂・角松生史訳）「法規命令——法律および行政規則との関係において」神戸法学雑誌六〇巻三・四号（二〇一一年）四六三頁] ; ders., Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 75f.
- (40) その上、このような法規命令とは別種の法的拘束力を論じるための論証にも難がある。この点についても、拙稿・前掲註（42）を参照のこと。
- (41) この概念の成立・変遷については、村上淳「法律の『一般性』について——近代的法律概念の成立と変質——」鈴木禄弥ほか編『概観ドイツ法』（東京大学出版会、一九七一年）九一頁以下参照。
- (42) 連邦憲法裁判所も、「ある規範が、幾人に対して、そして幾つの事例に対して適用されるかの見通しが、法律上の構成要件が抽象的な枠であるために詳細に見通すことができない場合、その規範は一般的法律であって、個別的法律ではない」

ニ於て。 Vgl. BVerfGE 36, 383, 400f.

(57) *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, 1980, S. 653.

(58) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 223f.; s. *Thomas von Danwitz*, Die Gesetzgebungsfreiheit des Verordnungsgebers, 1989, S. 24.

(59) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 227.

(60) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 231f.

(61) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 83ff.

(62) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 87ff.

(63) 第三の項に於て「憲法上の秩序を維持するに必要」 BVerfGE 24, 297, 403 & BVerfGE 95, 1, 23 によつて。

(64) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 232f.

(65) 「命令制定の民主性」云々の標語との関連も重要であらう。命令制定手続に対して議会や社会団体の関与を進め、そのための公開性を高めることは、本来利益として観念されていた手続進行の速度を遅滞させる結果にも繋がりうる。このことは組織上、政治的に「Franz Merli, Rechtspolitik der Zukunft – Umweltrecht, in: Michael Holoubek/Georg

Lienbacher (Hrsg.), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik, 1999, S. 353ff.; *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 233.

(66) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 233.

(67) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 234.

(68) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 235.

(69) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 237.

(70) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 441f.

(71) *Sauer*, a. a. O. (Anm. 61), S. 442f.

(72) *Horst Dreier*, Der Ort der Souveränität, in: ders./Jochen Hofmann, Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 43.

(73) *von Danwitz*, a. a. O. (Anm. 96), S. 51.

- (11) もっとも、このアプローチからは、規律内容を実体的に区別して、法律の機能と命令の機能を峻別する帰結ともなり得る。本質性理論における「本質性」の対称物として「非本質性」を基準にする枠組みがそれである。Vgl. Hans-Detlef Horn, Die grundrechtsmittelbare Verwaltung, 1999; Christian Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000.
- (12) どのような思考の型は既に我が国においても紹介されている。村西良太『執政機関としての議会』(有斐閣、二〇一一年) 一五七頁以下。
- (13) 機関に着目する当該アプローチでは、法規命令と制定機関が同じである行政規則それ自体が外部効果を有するという論証にも用いられる。それにもかかわらず、例えば、エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデは、本質的ではない問題について、始原的な外部効果をもつ規範を制定する権限を行政に与えうる余地は、「本質性理論」を採る帰結として、あくまでも「理論的に」認められるとの留保を付ける (Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S. 397, Fn. 66)。そうした基本法解釈における困難さの背景には、その文言上の一義性だけでなく、過去への反省という同条の制定経緯の尊重が存在する。こうした背景を指摘する見解としては、ウーレやオッセンビュールのものがあ<sup>29</sup>。Vgl. Uhle, a. a. O. (Anm. 44), S. 601; s. Ossenhühl, a. a. O. (Anm. 44), S. 269.
- (14) Saurer, a. a. O. (Anm. 61), S. 235, Fn. 239.
- (15) Vgl. Matthias Cornils, Besprechung, AöR 133, 2008, S. 291.
- (16) 田中・前掲註(5) 一三六頁以下。
- (17) 国会が行政の主導よりも迅速に活動できる可能性を有する事項として、例えば、内閣が積極的に推進しない政策の場合や、各府省の所管する行政分野を横断する政策に関する立法を行う場合が、既に指摘されているところである。前者の場合について、高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第三版)』(有斐閣、二〇一三年) 三五八頁参照。後者の場合について、茅野千江子「議員立法序説」レファレンス七七六号(二〇一五年) 四頁以下を参照。
- (18) このことからすれば、命令制定手続に関しては、原則として、命令制定機関が定めようとする内容は意見公募手続を経ることが法的に義務付けられている(行政手続法第三八条一項) ように、手続の迅速性を後退させ得る制度が採用されていることも説明可能となるように思われる。
- (19) 清宮四郎『憲法Ⅰ(第三版)』(有斐閣、一九七九年) 二〇四頁。

(120) この点、場所的・領域的に限定された規律に関して議会の負担軽減機能を担うものとして憲法上想定されているのは、「条例」であると思われる。

(121) 拙稿・前掲註(42) 二七六頁以下。

(122) もっとも、従来の理解では、「迅速性」と「柔軟性」は連関する機能であったにもかかわらず、同条項で後者のみ明文上規定されている状況は、前者が前提とされているのか、あるいは前者とは独立して「柔軟性」だけが要請されているのか、同条項からだけでは判定不能である。本稿の冒頭で例示した泉南アスベスト訴訟では、労働者の健康・安全の保護を目的とする立法であったために、そこから「迅速性」が導き出された可能性もある。こうした可能性に言及するものとして、松本・前掲註(3) 九五頁参照。

(123) 他の個別法律において特別の定めが存在していれば、それが優位して適用される(行政手続法第一条二項) こととなるため、ここでの「柔軟性」は、その意味において、基本設計と言いい得るのである。しかしながら、こうした状況の変化に応じた命令の変更権限を広く認めることは、固より「法律による羈束」という要請と緊張関係にあることもまた看過されるべきではない。

(124) 穴戸常寿「立法の『質』と議会による将来予測」西原博史編『立法学のフロンティア2 立法システムの再構築』(ナカニシヤ出版、二〇一四年) 七七頁。

(125) もちろん、法形式間において、実現が意欲された政策的決定相互に齟齬が生じることもある。委任(受任)命令の適法性に関する判例は、そうした齟齬が顕在化した事例と言えよう。これに関連して、最高裁による判断が下された近時の例として、新薬事法において医薬品ネット販売規制を定める厚生労働省令の適法性が問われたものがある。この判決に関しては、

拙稿「判批」阪大法學六三卷五号(二〇一四年) 二三一頁以下、尾形健「判批」浅野博宣ほか『判例ブラクティス憲法(増補版)』(信山社、二〇一四年) 四六八頁以下、高木光「判批」民商法雑誌一四九卷三号(二〇一三年) 二六九頁以下を参照。

(126) その際に議論の枠組みを形成するものとして、ドイツ公法学での議論の中でも、例えば、「子の保護」について規定する基本法六条五項のような立法委託とは異なり、国家目標規定というカテゴリーは注目される。というのも、国家目標とされた事項に関して、議会には、立法を通じて国家活動のプログラム設定が認められているからである。Vgl. Walter Leisner, Grundgesetzliche Staatszielbestimmungen – Wege aus der normativen Verfassung?, in: Bernd Rill (Hrsg.), Fünfzig Jahre

freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat, 1999, S. 65ff. つまり、その特定の課題を達成するための法的な仕組みの構築が立法者に広く委ねられているために、そこでは、個々の法律における制御の型としての法規命令が様々なバリエーションの機能をもって投入されていると思われる。ドイツ公法学における国家目標規定論は、わが国の議論に対しても「〇〇的権利説という入口の渋滞を迂回して、立法者に対する憲法的拘束という視点から、……法制度の形成と後退を含む再形成の異同を考察する道」を切り拓くものだとする評価（参照、小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』（尚学社、二〇〇四年）二九六頁以下）を踏まえると、わが国においても個別の法領域における命令の機能を明らかにすることは有意であるといえよう。

〔附記〕本研究は、JSPS科研費 JP15J04794の助成を受けたものである。