

Title	政府の意思形成過程に対する議会統制の可能性(一) : ドイツ公法学における「核心領域」を前提とする執 行権概念の相対化
Author(s)	磯村, 晃
Citation	阪大法学. 2018, 67(5), p. 113-138
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87046
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

## 政府の意思形成過程に対する議会統制の可能性(一)

ドイツ公法学における「核心領域」を前提とする

執行権概念の相対化-

第一章

伝統的権力分立理解による議会統制の制限

はじめに

磯

村

晃

おわりに 第三節 第二節 第一節 絶対的保護領域としての核心領域批判 政府の多元的把握による核心領域概念の相対化 組織編成権のドグマーティクによる整序

第二章

核心領域批判と多元的な政府概念

政府の組織編成権への議会による介入の限界(以上本号)

伝統的な権力分立学説としての核心領域説 核心領域についての連邦憲法裁判所の判例

第二節 第一節

第三節

はじめに

論 では、そのような排他的領域を措定しない執行権の把握が伝統的権力分立学説に対する批判によってなされている。(3) れ、このことを論拠に議会による統制―調査権あるいは介入権等の行使―がしばしば制限されてきた。しかし近年 域」そのものを問題視する形で有力な論者によって批判されている。さらに、彼らの批判的学説を通じて、「執行 把握、すなわち「核心領域」のような排他的領域を前提とした執行権概念は、とくに二〇〇〇年以降、「核心領 心領域」の論拠によってしばしば限界づけられてきた。しかし、こうした伝統的な権力分立理解に基づく執行権 されてきた。同様に、 tung)」(単に「執行の核心領域」と略称される場合もある)に属すると解され、これを論拠に議会の権限が制限 例および伝統的な権力分立学説によれば、「執行固有の責任の核心領域(Kernbereich exekutiver Eigenverantwor-過程」、そして、同過程において行使される「組織編成権」である。政府の意思形成過程は、 にする。その際に本稿でとりあげるのは、執行権の排他的領域に属すると伝統的に解されてきた「政府の意思形成 て有している。「外交行為」をはじめとして伝統的に政府の専権と考えられてきた行為はかかる領域に属するとさ 力分立理解によれば、執行権は「中核的な形成領域」あるいは「核心領域」といった排他的領域を所与のものとし は、従来とは異なる権力分立理解に基づいて、執行権概念の再構成が試みられている。ドイツ公法学の伝統的な権 本稿では、こうした執行権の新たな把握が「外交行為」以外の政府の行為についてもなされていることを明らか 近年のドイツ公法学においては、立法・執行間の権限配分をめぐる権力分立論に新たな展開が見られる。そこで 組織編成権をめぐる従来の議論でも、執行の組織編成権への議会による介入は、「執行の核 連邦憲法裁判所の判 0

の核心領域」の論拠によってこれまで限界づけられてきた議会統制の射程を拡張する可能性も明らかにされつつあ

(阪大法学) 67 (5-114) 894 〔2018.1〕

紹介する

伝統的学説におい

ても

政府の組織編成権

への議会による介入が「核心領域」を論拠に限界づけられていたことを

(第二節)。 さらに、

組織編成権をめぐる

会調査権の及び得ない絶対的な保護領域として説かれてきたことを示す

る。

画期 れ 鑑みれば、 分立理解の下で、 権に対する議会統制をめぐる近年の議論の中で、「核心領域」を前提とする従来の執行権概念がどのように批 可能性について検討する 章)。その後に、 そこで本稿では、 また相対化されているのかを紹介することにしたい。以下ではまず、 気的であったとしても―、 控除説が、そして控除説批判を通じて現れた日本憲法学の行政権概念をめぐる議論が 「執行の核心領域」 判例および伝統的学説に対して批判的な近年の学説を紹介し、そこで明らかにされた議会統。 ドイツ公法学における権力分立論の新展開 (第二章)。 従来政府が自立的に活動できるとされてきた領域に対する議会統制 の論拠に基づいて議会による統制が限界づけられてきたことを確認する 最後に、 近年のドイツ公法学における伝統的な執行権概念に対する批判に の 一 環として、 判例および伝統的学説による従来の 政 府の意思形成過程および 0 可能性とい -解釈論としては 組 権力 説判さ 編 成

第一章 伝統的権力分立理解による議会統制の制

限

点からすれば、さらなる検討が求められることを示したい

(おわりに)。

即して紹介する 本章ではまず、 (第一 「執行の核心領域」 節)。 次いで、 この判例で採用された「核心領域」 の論拠によって議会統制が限界づ けら が学説の間にも普及しており、 ń た事例を、 連邦憲法裁判所 それ 0 判例に が 議

(阪大法学) 67(5-115) 895 〔2018.1〕

第

フリック調査委員会判決

説

第一 核心領域についての連邦憲法裁判所の判例

論 繰り返し援用してきた。これに関する一連の判決の先例として通常引き合いに出されるのは、(4) 政府の行為に対する議会の権限行使を限界づける論拠として、これまで連邦憲法裁判所は「執行の核心領域」を 一九八四年七月一七

際に持ち出されたのが、 会によって請求された資料の提出拒否を根拠づける理由は特に権力分立原則から明らかにされると判示した。その になった。連邦憲法裁判所は、かかる提出拒否が基本法四四条に違反すると結論づけた判決理由の中で、調査委員 本件では、この調査委員会によって請求された資料の一部について、連邦政府、連邦財務大臣および連邦経済大臣 与されたとの疑惑を機縁としている。この疑惑を解明すべく、一九八三年六月に連邦議会は調査委員会を設置した。 よって申請された株売却利益に対する免税措置の証明書が交付される過程において同社から政党に多額の資金が供 日の連邦憲法裁判所判決 「税の秘密」を援用して提出を拒否したことが、議会調査権の根拠条文たる基本法四四条に違反するのかが争点 後の判例および学説においてきまって引用されることになる「執行の核心領域」に関する (いわゆる「フリック調査委員会判決」)である。本件は、フリードリヒ・フリック社に(5) (阪大法学) 67 (5-116)

sprozess) 例えば、 原則として調べ尽くすことのできない発議・審議・活動の領域を含む『執行固有の責任の核心領域』を必然的に前提とする そのような理由は特に権力分立原則から明らかにされる。議会と国民に対する政府の責任は、議会の調査委員会によっても "連邦または州の安寧を援用して調査委員会への資料の不提出を根拠づける理由は特段の事情のもとでのみ見出され得る。 政府自らの意思形成は、 において行われる、 閣議決定および所管省庁決定の準備の場合でも、この核心領域に属する 閣内の討議に関しても、とりわけ所管省庁横断的・相互的な採決手続 (Abstimmung

次のような定式である。

896 [2018.1] されることになる

邦憲法裁判所の判例理論は、

「核心領域」を前提とする執行権概念ひいては伝統的な権力分立理解に依拠して形成

事例はあり得る」。 政府が、執行固有の責任の核心領域に由来する極秘にしておかなくてはならない事実の報告を義務づけられていないような政府が、執行固有の責任の核心領域に由来する極秘にしておかなくてはならない事実の報告を義務づけられていないような 進行中の審議および決定の準備に介入するような権能を含んでいない。しかし、完結した決定準備過程のところでも たがって、連邦議会の統制権限は、 原則としてすでに完結した決定準備過程 (Vorgänge) だけに及ぶ。この統制権限

スト=ヴォルフガング・ベッケンフェルデのように「議会に好意的」な学説とが対立していたとされる。すなわち、 いうことである。この問題をめぐっては、例えばフォルカー・ブッセのように「政府に好意的」な学説と、エルン 方でブッセは、議会による調査から絶対的に保護される執行領域を広範に認める立場をとる。これによれ 右の定式についてとりわけ論争になったのは、「執行の核心領域」がどの段階の決定準備過程にまで及ぶのかと

執行の核心領域」には閣議の議事録さえも含まれるのであり、

決定準備過程の状況如何―同過程が完結していな

ころの議会が「原則として調べ尽くすことのできない発議・審議・活動の領域」というのは、 この領域をブッセよりも狭く捉える。つまりベッケンフェルデによれば、フリック調査委員会判決の定式にいうと なる。いずれにしても、このフリック調査委員会判決を機縁として、その後の立法・執行間の権限配分をめぐる連 準備過程にのみ関連している。逆に、決定準備過程が完結した後は、 他方でベッケンフェルデも「執行の核心領域」があることを認めてはいる。しかし、 議会の調査権は原則として認められることに 議会の調査権との関連では、 完結していない決定

い段階なのかあるいはすでに完結した段階なのか―に関係なく、「執行の核心領域」に議会の調査権は及び得ない。 (2018.1) (阪大法学) 67 (5-117) 897

第二款

論 心領域」 フリ ッ の論拠に基づいて制限された事例は近年でも存在する。 ク調査委員会判決の理論枠組を踏襲する形で、 政府の意思形成過程に対する議会の権限行使が 例えば、 サウジアラビアへの兵器輸出をめぐる報 執行の核

(2018.1)

有無に関連するものである限りで、連邦政府には回答義務があるとされた。しかしその一方で、許可決定の有無以 邦憲法裁判所判決 府の行為が如何なる限りで議員の質問・情報調達権の侵害となるのかが争点となった二〇一四年一〇月二一 細について質問したのに対して、 道をきっかけに、 数名の連邦議会議員が兵器の輸出取引に係る連邦安全保障委員会の許可決定の有無およびその詳 (以下「兵器輸出判決」) 連邦政府は十分に回答せず、 では、 議員らの質問が連邦安全保障委員会による肯定的な許可決定 場合によっては回答を一切拒否した。このような政 日の連 (阪大法学) 67 (5-118) 898

使するような内閣委員会を設置する権限が与えられている。このような委員会が内閣の諸決定を準備する限りで、 有の準備活動の範囲内で行われるからであると判示された。 する」からである。そして、この審議および議決が たらないと判示された。なぜならば、「連邦安全保障委員会の審議および議決は、 外の事項に関する質問について、政府による回答 自らの組織編成権の範囲内で、 原則として執行固有の責任の核心領域に属する」。(3) 政府合議体のために準備を行いそして審議する任務を固有の決定権なしに行 ・情報調達拒否がなされても、それは議員の質問権の侵害には当 「執行の核心領域」に属するのは、 すなわち、 「連邦政府には、 執行固有の責任の核心領域に属 それが政府合議体による 明文憲法上の授権がなく

力分立理解は、 採用されており、 以上のことから明らかになるのは、 連邦憲法裁判所の判例のみならず、 しかもそれが現在でも踏襲されているということである。こうした「核心領域」を前提とする権 連邦憲法裁判所の判例においては、 学説にも普及していると言われている。(41) 「核心領域」 を前提とする執行権概念が

当該委員会内での審議・結果は、

は、

「『自立的な政治的決定権』

原註

— BVerfGE 9, 268 (281).]としての実質的な政府の領域を尊重すること」

で

要するに、

第二節 伝統的な権力分立学説 伝統的な権力分立学説としての核心領域説 −正確には権力分立原則たる基本法二○条二項二文の伝統的 な解釈論 は、 核心領 域

呼ばれる。 てきたのかを確認する。 本節では、この核心領域説において、 政府の意思形成過程に対する議会統制がどのように限界づけら

第 絶対的保護領域としての核心領域―そこから推論される政府の 「秘密保持の領域

核心領域説においては、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

則的に認められる一方で、行政による法規範の定立は、基本法二〇条二項二文によって要請された原則の例外とし の国家作用が理念型とみなされる。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

リッ 領域 何なる観点のもとでも、 て理解される。 ク調査委員会判決に際しては政府側の代理人として鑑定書を執筆したクラウス・シュテルンによれば、 (16) の保護は絶対的であり、 かかる核心領域説の理論的背景にあるのは、どの作用も自立的に権限を行使できる領域を有しているとい かかる原則と例外の境界は、三つの作用の核心領域を観念することで画定され、 互いの核心領域を侵してはならないとされる。核心領域説の代表的論者であり、 基本法七九条三項を考慮すれば、憲法改正法律の立法者も手を触れることができな 各々の作用 前述 力は、 の フ 加

権力分立理解である。 を得てはならない。どの作用も、 シュテルンの権力分立理解によれば、各々の作用の担い手には、 つまりシュテルンによれば、「いかなる作用も、 自立的な権限領域を保持しなければならない」。(8) 憲法によって自ら規定されていない 自らの責任で活動できる領域 絶 899

対不可侵の「核心領域」として割り当てられている。このような権力分立理解から執行に関してもたらされる帰結(ધ) [2018.1] (阪大法学) 67 (5-119)

における国家指導的任務」はこの領域に疑いなく属すると述べている。そして政府と議会との関係も、 シュテルンは、 かかる政府の領域を個別に画定することは困難であるとしながらも、「政治のあらゆる領域 政府 [2018.1]

説 論 の統制が及び得ないことから、政府には「調べ尽くすことのできない秘密保持の領域」 を廃してはならない」。さらに、 存在しない。これらの領域においては、議会による統制でさえ、権力分立原理によってもたらされた諸作用 が権限を有しており、 政府の責任領域に残り続けなければならない諸々の領域がなくてはならない。かかる責任領域においては政府のみ りバランス(それどころかしばしば競合)の体系が存在する。この体系が機能するには、 議会によって統制もされる(基本法六五条一文および二文)。それにも関わらず、 心領域」がなくてはならないことを前提に捉えられている。すなわち、「政府は、議会に責任を負っており、 他では議院内閣制を多分に特徴づけている作用の交錯および結合もこの責任領域にお 以上で述べたように政府のみが権限を有する責任領域があり、 両権力間においては、均衡つま があることを推論するのは 原初的にそして無制限に かかる領域に 0 また 分割 ては

900

(阪大法学) 67 (5-120)

絶対的な保護領域としての政府の意思形成過程

正しいともシュテルンは述べている。

会の調査権は完結した意思形成過程に「のみ」及ぶという見解が支配的であったようである。その意味で、 の調査権は、 ック調査委員会判決の定式におけるそれよりも広く捉えている。 伝統的な学説によって採用された核心領域概念を前提に、 完結していない政府の決定準備過程にも「例外的に」及ぶと解し得る。しかし、 ブッセは フリック調査委員会判決の定式からすれば、 「執行固有の核心領域」 当時の学説では、 の射程を前述の フリッ 議会 議

ク調査委員会判決の定式において、連邦議会の統制権限が「原則として」すでに完結した決定準備過程だけに及ぶ

完結していない決定準備過程への議会統制の余地が残されたことについて、ブッセは、

議会の調査権

と判示され、

由闊達な討論を保護するために、

つまり『下された決定の説得力を高めるために』、

実務的には

政府

0

出 中 に関する執行の作業能力の本質的な部分が調査手続の中に組み込まれてしまう」。こうなると、 (※) |創造性や形成力||を発揮するのが困難になるどころか、意思形成過程において「同時並行で行われる論| .義務や発言義務を伴った調査手続の拘束にさらされてしまうことが問題になる。こうした状況下では、 'n 射程にかかる制限が 意思形成過程に及んでしまうと、 「緩和された」と―否定的に 執行は、 自らが計画や考量などを行なっている最中のどの場面でも、 評価する。このような立場のブッセによれば、 意思形 調査権 成過程 証 執行が 0 が )努力

「国家生活の中で現実になって初めて、 その活動は議会に対して責任を負い、議会統制の下に置かれる」 であ

欠陥のある決定準備になる虞があるとブッセは述べる。要するに、

執行機関の活動というの

不確実なものとなり、

によると、 「執行の決定準備と議会の調査が同時に進行してしまうと、責任が不明確になる」とされる。 政府の完結していない決定準備過程のどの段階にも議会の統制が及んではならない ゆえに、

さらに、ブッセによれば、 完結した決定準備過程に対しても議会の調査権が認められない場合がある。 というの

段階に応じてではなく、「閣議における意見交換の開放性と自由闊達性を保護する」という「執行の(%) そもそも「執行の核心領域」 の射程がどこまで及ぶのかは、 フリック調査委員会判決のように決定準備 核心領 過 域

う」ことが問題なのである。 て公表される危険性があれば、 目的に照らして考える必要があるからである。つまり、 マージングは、 .関係なく、「意見をいざ自由闊達に閣議に持ち込もうとする政府構成員らの心の準備に反作用を及ぼしてしま かかるブッセの主張を次のように略述する。 基本法四四条に基づく議会調査権との関連で もはやその公表が政府の決定準備過程が完結した後なのかあるいはそれより前なの ブッセによれば、 すなわちブッセが言うには、 閣議での意見交換が議会の調査権を通じ 「執行の核心領域 政 を批判するヨ 府の決定から自 ネ (阪大法学) 67 (5-121) 901 [2018.1]

における討議

準備中の措置を事後的に調査することさえ不可能である。閣議のみならず、内閣委員会、

閣僚会談および閣議談話

外部の者との討論、さらには準備中の官吏の会談の一部さえもが、調査委員会から絶対的に守られ

る<sup>30</sup>

第三節 政府の組織編成権への議会による介入の限界

前述のフリック調査委員会判決の定式を「議会に好意的」に解釈したベッケンフェルデは、

著名なモノグラフィーに依りながら、執行権概念、 である場合、議会はいかなる限りで介入権を行使し得るのか。 そもそも執行権をどのように把握しているのか。また、決定準備過程における決定が政府の組織編成に関するもの 政府の組織編成権、 本節では、組織編成権に関するベッケンフェルデの 組織編成権への議会による介入およびその

限界に関して、彼がどのように説き起こしているのかを押さえることにしたい。

第一款 作用確定のための前提―全ての作用の民主制的正統化

立憲君主制において、立法(政体としての「臣民」)と執行(政体としての「王」)は「権力(pouvoirs)」とし まずは作用確定の前提について、ベッケンフェルデは次のような見解を示す。

て「すべての権力は民主制的な憲法に由来するのであり、自立した政体(『権力』)は国民だけ」となったからであ 力」ではもはやなく、「自立した権限複合体として組織された作用」にすぎない。なぜならば、立憲民主制にお て対立していた。これに対して、今日の議会制・民主制的な立憲国家における立法と執行は、 異なる政治的

されるのであり、そのために、まさに民主制・議会制的憲法は特殊な形式および手続を発展させたのである」。こ(※) る。ゆえに、かつて立法とは異なる「権力」であった執行も、他の作用と同様に「民主制的に正統化されまた統制

(阪大法学) 67 (5-122) 902 〔2018.1〕

なくなったのである。つまり、

作用・機関を区分する際の前提条件は、

かつてのように「相対立する政治勢

のであり、まさにこれによって民主制的にも正統化されている」。ゆえに、立憲民主制において、「立法者は民主 にすぎないからである。これに対して、立憲民主制においては、「どの作用もまずもって憲法を通じて創設される 筋が通らなくなった。なぜならば、このテーゼは執行が実際に非民主的要素であった立憲君主制において妥当する のように全ての国家作用が民主制的に正統化されたことから、 国制における民主的要素の普及と立法の権限領域の拡張とは同義であるというかつてのテーゼはもはや 次のような二つの帰結が導か

的正統化の独占権をもはや保持していない」。(34)

用確定の「変更された出発点」 、こうして全ての国家作用が民主制的に正統化されたことから、 が明らかとなる。それは、 作用確定に際して「事 作用確定の際の新たな可能性、 項に即した構造 (Sachstruk

tur)」を顧慮する可能性である。 ったのに対して、今や全ての作用が民主制的に正統化されたのであり、 伝統的な作用区分の意義は国民代表が影響を及ぼし得る領域を拡張することにあ 伝統的な作用区分論に与する意義はもはや

二元構造から民主制的な協働になった」―のである。 力・影響の及ぶ領域を境界づける」ことではなく、「国家の担い手たる国民によって裁可された諸 (Zielbestimmungen) という意味での国家の諸任務を最適な形で遂行する」ことに変わった―「立憲君主制 々の Ħ 的な 規定

右にみた作用確定に際しての前提、 執行権の体系的位置づけ ―自立した作用としての執行権 すなわち今日では全ての作用が民主制的に正統化されたとの前提に立って

ッケンフェルデは執行権を次のように把握し直す。

執行権とは

「それ自体からなり、

本源的で、

最初から法律によ

か

っての立憲君主制における把握によるならば、

て 前 規 力 はな 定 の や (阪大法学) 67 (5-123) 903 [2018.1]

まり法律の留保によって制限可能な作用である」。しかし、今や執行権も民主的な権力となった以上、かつての執(36) る授権に基づくわけではない公権力つまり自立的な国家作用であるものの、法律を通じて拘束・規定可能な作用 [2018.1]

説 論 つに、現代の社会国家において、執行は「それ自体として活動している中心的な国家作用」である。これは同時に、 しろ、「事項的・法学的に(sachlich-juristisch)」、執行権は次のような三つの構成要素を考慮して確定される。一 行権の把握に見られたような「官憲国家的な構成要素(obrigkeitsstaatliche Komponente)」は考慮されない。 (阪大法学) 67 (5-124) 904

権によって統制され、内容上(予め)確定され、そして制限され得る」。 すなわち実質的な命令権が帰属する」。三つに、執行権は、 されない。二つに、「執行権には、自発的に、つまり自らの作用の必要条件からして、規律しまた指図する権能 法律の優位によって立法権に従属する。つまり、「立法

これら三つの構成要素が示すのは、執行権が、立法権との関係で、「あらゆる権限を持つ法定立権力の実行の道

の留保および介入の体系として確定される一方で、「法定立―法適用」のような形式的な理論枠組によっては確定

立法の領域が執行に対して締め出された領域として確定されることを意味する。別言すれば、立法の領域は、

法律

となる(41) させられるわけではない、というように構成されているからである」。立法権との関係における執行権の体系的位 置づけは、 執行権は、基本法二〇条二項および三項において、立法権と並ぶ憲法直接的な作用として構成されているからであ 体系的位置づけは、 具」としてではなく、「自立した作用」として位置づけられる、ということである。そして、このような執行権 厳密に言うと、執行権は、法律と法に拘束されてはいるが、法律によって真っ先に根拠づけられ、活動可能に 「執行権が自立的な作用として考えることができ、また実際にもそのようなものになり得るための前提 基本法の憲法体系に関しても基礎となり得るどころか、強く推奨されている。「なぜならば、

3<sup>4</sup>

すなわち、

一方で、

立法権の留保領域に関しては、「一般的

(法治国家的

法律の留保」、

制

度的

法律

0

留

(Sach-oder Funktionsnotwendigkeiten)

にはそれぞれ

「典型的な区域」

のように、

っとも、 かような執行権の体系的位置づけによってもなお明らかでないのは、 執行権がい かなる領 域 ある

は

自立した作用として活動し得るのかということである。これに関しては、「まさに執行権がその

範囲内において、

第三款

立法の

「留保領域」と執行の

固有領

法による介入の拡張領域を確定し境界づけることが重要であり、 法的位置づけからして立法権に拘束され、 確定され、そして制限され得るゆえに、一方では、 他方では、執行権の固有領域 法律の留保および立 (Eigenbereiche

der vollziehenden Gewalt) 執行権の固有領域および立法権の留保領域を、 あるいは 『特権』を確定し境界づけることが重要である」、とベッケンフェルデは述べ(42) 次のように輪郭づける。

ゆえに彼は、

なわち、 まず、 「執行の固有領域は、 執行は 「核心領域」とは別に「固有領域」を有しているのであり、この領域には議会の介入権が及ぶ。 相対的にすぎない、 立法権に対して全般的に開 かれた領域である。 立法者はこの す

域に介入し、特定の領域を『先占取得する(präokkupieren)』ことができる。 ゆえに、ここではさらに、 立法の介

許されているが、 入に対して門を閉ざす、 `執行の固有領域とが区別されなければならない。後者の領域では、 立法権に対しては開かれた競合的関係に、 法律に対して耐性のある核心領域 ―本来的意味での つまり、 確かに執行は自発的に活動でき、 立法権が一定の規律を任意に行うことができ 『特権』―と、法律に開かれたその他 またそれが

その場合に法律に基づかせることによって優位を継続的に主張するような関係に立っている」。 立法権と執行権の固有領域とは開かれた競合的関係にあるが、立法権の留保領域と執行権 が存在する。そしてこれらの区域は、「憲法の伝統、 事項ない しは作 用 0 必 固 有 領 905 [2018.1]

および憲法体系における政治的な根本的要請によって、 仔細に 確定され (阪大法学) 67 (5-125)

保」および「作用的法律の留保」があり、この中で立法権の留保領域の「典型的な区域」に該当するのは、「一般

説 論 的 個々人の間での権利義務、または、手続に適った公権力の行使と貫徹も含めた当該権力の担い手との関係における (軍人・官吏関係が典型的であるいわゆる『特別権力関係』内での)特別な法的地位に関連するもの全て、つまり (法治国家的) 法律の留保」である。これに属するのは、「個々人の一般的(『国民的』)な法的地位、あるいは、 906 [2018.1]

織編成権の行使である。むしろこの組織編成権は、 さない。すなわち、「この留保に属さないのは、国家組織の設置および形成、つまり、そのようなものとしての組 権利義務の根拠となるものである」。他方で、この「一般的(法治国家的)法律の留保」に組織編成権の行使は属係 組織編成権が「執行権の固有領域」に帰属する根拠―執行作用に必要不可欠な要素たる組織編 原則的には執行権の固有領域に属する]。 成権

(阪大法学) 67 (5-126)

これについてベッケンフェルデは次のように説明する。 そもそも執行権というのは典型的には、「具体的に活動し、現実化し、そして目的を持って形成している作用」

組織編成権が原則として「執行権の固有領域」に帰属するものであるとして、そのように整序される根拠は何か。

このように区別した場合、組織編成権の行使は、「具体的に活動しまた形成している執行作用に必要不可欠な要 けるが、作用それ自体が具体的にかつ目的を持って活動しながら行動するのではない」。立法作用と執行作用とを 用」である。かかる立法権の作用は、「規範的な尺度を設定し、活動の枠組みを画定し、 である。これに対して、立法権というのは、「第一義的には、抽象的な規律を行いそして統制を行なっている作 権利および義務を根拠づ

かように組織編成権と執行作用とが近い関係にあること―「事項・作用の近接性 条件を生み出すのであり、それどころか何よりもまず執行権をそのような任務処理ができる状態にする」のである。 (Sach-und Funktionsnähe) |

素」である。つまり、「組織編成権の行使は、種々の具体的任務を計画通りかつ目的に応じて処理するための前提

から導き出されるのが、 「組織編成権の執行権の固有領域への原則的な帰属」である。 (4)

げない。 組織編成権が原則的に「執行権の固有領域」に属するとしても、このことは組織編成権への立法権による介入を妨 しかしながら、 むしろ組織編成権の 前述のように、 「執行権の固有領域」への整序は、法学的にはあくまで、 「執行権の固有領域」は立法権に対して全般的に開かれ 組織編成権それ自体が「立 た領域である。

が 般的法律の留保に抵触しない限りで、 あるいは、特別法上ないしは憲法適合的な制限が存在しない限りで、 執

たる一般的法律の留保には属さない、ということを意味するにすぎない。

つまり、一

執行

法権

0 原 理的

:用留保」

ではなく、それ自体が権限に即して限界づけられる」。 律への介入権は、 行は自発的に組織編成に係る措置を講ずることができるにすぎない。 全体としての執行権に対してと同様に、 不可能なわけではない。 したがって、 もっとも、 立法権による組織編成に係る規 この介入権は無制

第五款 組織編成権への議会の介入権とその限界としての「核心領域

のように説い ンフェルデは、 それでは、 介入権の意義は、「法律の優位」との連関によって明らかになる。というのも、この連関によって次のことがも てい 政 立憲民主制における議会の介入権の意義を十分に認めた上で、 府の組織編成権への議会による介入は、 61 かなる限りで限界づけられるのか。 これ についてベッケ

はますます縮小され得る」。介入権にこのような意義が認められるのは、 な留保領域を獲得した」ということである。 たらされるからである。すなわち、「立法が自らの介入権を一度行使した領域においては、 · に競合関係に立っておらず、法律の優位によって、今や立法だけが権限を有しており、これによって実際に新た ゆえに、介入権が継続的に行使されるならば、「執行固 しかしそれには限界があることを次 もはや二つの権限 有 0 権限領域 は 互. (阪大法学) 67 (5-127) 907

立憲君主制から立憲民主制

への憲法体系

[2018.1]

説 の移行によって介入権の意味が根本的に転換したからである。そもそも立憲君主制において、法律は、君主

論 の「特権(Vorhand)」が不可避となる。「その限りで、立法の介入権およびそれよって根拠づけられた優位性は る介入権ゆえに、唯一の立法機関としての国民代表には「作用上の優位性」がある。今日の行政・福祉国家におい 的なものとなる。今や介入権は、立法に有利となるような一方的な権限移動を可能にする」。こうした執行に対す いた」。他方で立憲民主制においては、国民代表のみが立法権の保持者となり、「これによって立法の介入権も一方(5)。 による介入権の一方的な行使の手段、したがってまた執行自らの意思には反する執行の権限縮小の手段は断たれて の同意なしには成立し得なかった。つまり「君主と臣民代表は、共に立法権の保持者であった。ゆえに、 執行作用の実際上の重要性、そして、給付、統制および秩序維持に係る任務を処理するに際しての執行作用

908

[2018.1]

(阪大法学) 67 (5-128)

的な手段を駆使する」のである。 けではない」。むしろ介入権は、「各々の権限と同様に、境界づけられまたそれゆえに限界づけられた権能 の優位に対抗できる」のであり、「執行活動を拘束し、その活動の全体方針に対して影響力を行使するための効果 国民代表にとって、意義深くまた必要不可欠な等価物である」。国民代表は、この介入権によって「執行の実際上(55) しかしながら、この介入権は、「まさにこの権利が国民代表のみによって行使され得るゆえに、 無制限というわ

の制限が生じる」。これに関しては三つの制限がある。一つに、立法は、介入権を行使することで「新たな予防的の制限が生じる」。 る。「したがって、権力が区分されている民主制的憲法秩序の枠内での立法の介入権に関しては、不可避的に一定 Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 102.] である」。つまり、介入権が、憲法制定権のような「権限のための権限 (Kompetenz-Kompetenz)」ではない以上、限界づけられた権限として、憲法によって確定された権限配分に服す

法律の留保

(neue präventive Gesetzesvorbehalte)」を構成できるわけではない。つまり立法は、「法律の規定に

批判論は次章で詳しく紹介するとして、ここでは核心領域説の理論的意義を一

-次章で克服されることになる課題と

裁判所の判決において維持されている。「核心領域」を前提とする伝統的な学説に対する近年の有力な論者による

政府の意思形成過程に対する議会統制の可能性 (一) 小括 る 権概念も構成されてきたということである。すでに述べたように、 章での分析を通じて確認されたのは、 して有している。そして、 組織編成と行政のそれとでは異なっており、 らである。このような核心領域ゆえに生じる境界線は、 ような憲法に根拠づけられた執行の権限領域を実際に取り上げる、 権限であり、 核心領域には及ばない」。なぜならば、「介入権というのは、執行の権限領域に具体的に干渉するための内容に係る、い 構造に拘束されている。 に関する規律を自ら行い得るにすぎない」。二つに、介入権は、憲法に根拠づけられた権限として、 (6) よって組織編成権の特定の領域から執行を前もって除外できるのではなく、 本章で取り上げた連邦憲法裁判所の判例および伝統的学説によるならば、 それも通説的立場にある論者によって採用されており、 核心領域 は、 その限りで執行を拘束的な事項規律(Sachregelungen)によって抑制する権限である一方で、その 《説の理 指示から完全に自由な官庁を設置する」ことはできない。三つに、「介入権は、(②) 活論的 ゆえに、この憲法構造を掘り崩すような介入権の行使、 執行権に対する議会統制は 意義 「絶対的な保護領域」 ドイツ公法学においては「核心領域」を前提とした権力分立理解が、 さらに個々の憲法の具体的な内容形成にしたがって画定される」。 「執行の核心領域」の論拠に基づいて制限される。 および 権限によって異なる。 かかる伝統的 「法から自由 この伝統的な執行権概念は、 あるいは、 ・通説的な権力分立理解に基づいて執行 個々の事案に即して具体的 執行権は「核心領域」を所与のものと な領 完全に空疎にする権限ではない(64) 「例えば、 域 例えば、「大臣の管轄権を侵害す を前提とした執行権 かかる境界線は、 諸々のな 最近でも連邦憲法 基 本法 執行権限

府 か 0

0

成

(阪大法学) 67 (5-129) 909 [2018.1]

伝統的 上の本

以

論

説 して予め把握しておくためにも―指摘することにしたい。

成し得る。例えば、前述のフリック調査委員会判決の定式を文言通りに解するならば、「執行固有の責任の核心領 第一に、核心領域説に依拠すれば、議会の調査権が及び得ない「絶対的な保護領域」を前提に、執行権概念を構

さえ、議会の調査権が及び得ない「絶対的な保護領域」があると見なすことができ、かかる排他的領域を前提に執 ともできるはずである。それにもかかわらず、「核心領域」の概念次第では、政府の意思形成過程が完結した後で る。逆に言えば、この定式は政府の意思形成過程に「例外的に」議会の調査権が及ぶことを認めていると解するこ

(阪大法学) 67 (5-130)

域」に含まれる政府の意思形成過程というのは、議会によって「原則として」調べ尽くすことができない領域であ

910

[2018.1]

行権概念を構成することもできてしまうのである。

この場合、「核心領域」は、「法から自由な領域」を前提とする執行権概念の構成を後押しすることとなろう。 が制限されることは、 を本来的に「法から自由な領域」と見なすこともできよう。つまり、「核心領域」の論拠に基づいて議会の介入権 執行の側からすれば、その領域に属する権限を最初から自由に行使し得ることを意味する。

第二に、「核心領域」によって政府の組織編成権への議会による介入が制限されると考えられる以上、この領域

1 ウス・シュテルン(赤坂正浩ほか編訳)『ドイツ憲法I 総論・統治編』(信山社、二〇〇九年)四三九頁以下〔赤坂正浩 Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., C. F. Müller 2004, § 26 Rn. 56 f. 核心領域説に対するかつての批判としては、 を終題: Eberhard Schmidt-Asmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Z. B. Klaus Siern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II, C.H.Beck 1980, S. 541 ff. 邦訳として、クラ

gitimation, Duncker & Humblot 1979, S. 23 ff. を参照 Norbert Achterberg, Probleme der Funktionenlehre, C.H.Beck 1970, S. 189 ff.; Gerhard Zimmer, Funktion-Kompetenz-Le

- 2 B. BVerfGE 67, 100 (139); 68, 1 (87); 124, 78 (120); 131, 152 (210); 137, 185
- 3 三頁以下を参照 行為』の法的構成(一)、(二・完)」阪大法学六四巻二号(二〇一四年)五〇二頁以下、六四巻五号(二〇一五年)一一八 スおよびポッシャーの学説に即して紹介した。これについては、 前稿において筆者は、近年のドイツ公法学における権力分立論の新展開およびそこでの「外交行為」の把握を、メラー 拙稿「執行権の憲法的構成―ドイツ公法学における
- $\widehat{4}$ Z. B. BVerfGE 67, 100 (139); 110, 199 (214); 124, 78 (120); 131, 152 (210); 137, 185 (233)
- BVerfGE 67, 100. 邦語による紹介として、岩間昭道「国政調査権と税の守秘義務―フリック調査委員会判決」ドイツ憲
- 6 BVerfGE 67, 100 (139)

法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第二版〕』(信山社、

二〇〇三年)五〇五頁以下を参照

- 7 Vgl. Dieter Engels, Parlamentarisches Untersuchungsrecht und der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung
- Jura 1990 (Heft 2), S. 74 ff
- $(\infty)$  Vgl. Volker Busse, Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung im Spannungsfeld der staatlichen Gewalten DOV 1989, S. 51

[2018.1]

- 9 Z.B. "Leos" für die Saudis, in: Der Spiegel vom 4. Juli 2011, S. 14. 同誌に掲載された記事内容は、次のようなものである Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Parlamentarische Untersuchungsausschüsse, AöR 103 (1978), S. 17
- 配された王国にいかなる重装備の兵器も納入しないという十年来の方針を改める。連邦安全保障委員会は先週、 「ドイツは、新型の『レオパルト』戦車をサウジアラビアに納入する準備を整えた。これをもって連邦政府は、 輸出を基本 専制的に差 (阪大法学) 67 (5-131) 911
- 二番目に大きい陸用装置製造会社であるラインメタル社および多数の下請企業―は、巨額取引に期待を寄せている。という ○以上の車両である。 的に承認した。サウジ側が関心をもっているのは、最新型の『レオパルト』改修版であるタイプ2A7+を基調とする二〇 、傘下にあるサンタバーバラ社が許可を受けて『レオパルト』戦車を製造していたスペインと交渉した。 その間に浮上した サウジ側が、 中古ではなく新たに製造された戦車を望んでいるからである。リヤドは当初、 ドイツの兵器産業―ミュンヘンの戦車製造業者であるクラウス・マッファイ・ヴェグマン社と並んで アメリカの兵器の親会社

のも

0

が、

当該戦車の大部分がドイツからくるであろうことである。これまでの十年間、リヤドの『レオ』への望みは、

論

FAZ vom 3. Juli 2011

in: Spiegel Online vom 2. Juli 2011; "Leopard-II" nach Saudi-Arabien?: Opposition kritisiert Panzergeschäft mit Riad, ウジの軍事介入によって残虐に鎮圧された」。Vgl. auch Waffen-Deal: Deutschland will Saudi-Arabien Kampfpanzer liefern 部隊はもはや危険とは見なされない。その王国は遂に、平和裏には行動しなかった。バーレーンにおけるアラブの春は、 ルを危険に晒すとの指摘でもって常に拒否されてきた。けれども、その高度に技術化された国家にとって、サウジの

11 Ströbele、申立人一)、カチャ・コイル(Katja Keul、申立人二)およびクラウディア・ロート(Claudia Roth、申立人三) pdf)を参照)。その後、二〇一四年四月一五日の口頭弁論を経て、二〇一四年一〇月二一日に判決が下された。 た(シュトレーベレ議員による本件訴訟の申立書については〈http://www2.stroebele-online.de/upload/antragsschrift が侵害されたとして、これらの議員は、基本法九三条一項一号による申立てを機関訴訟の形式で連邦憲法裁判所に申し立て 府の不十分な回答あるいは回答拒否によって基本法二〇条二項二文および三八条一項二文に基づく議員の質問 17/6658, S. 24) およびロート議員 B, C, und D; BTDrucks 17/6658, S. 28, S. 56)、コイル議員(PlenProt 17/119, S. 13803 D, S. 13810 D, S. 13811 A; BTDrucks によっては回答を一切拒否した。二〇一一年七月二九日、 対して政府側は、連邦安全保障委員会の審議および議決の「秘密保持」を指摘して、議員らの質問に十分に回答せず、 面による質問を通じて、兵器売却に係る連邦安全保障委員会の許可決定の有無およびその詳細について問い質した。これに は、二〇一一年七月六日に開かれた連邦議会本会議の質問時間における緊急質問および追加質問、さらに後日提出された書 じられた。この報を受けて、いずれも連邦議会議員であるハンス=クリスティアン・シュトレーベレ(Hans-Christiar くつかの定期刊行物によって、 BVefGE 137, 185. 本件の事実関係は、次のようなものである。二〇一一年七月初旬、シュピーゲル誌をはじめとするい ドイツ連邦政府(被申立人)が主力戦車のサウジアラビアへの輸出を計画していることが報 (PlenProt 17/119, S. 13804 B, S. 13814 B; BTDrucks 17/6658, S. 26) の質問に対する政 シュトレーベレ議員(PlenProt 17/119, S. 13802 D, S. 13807

で出された質問が

(BTDrucks 17/6658, S. 28)

判決の決定文(BVerfGE 137, 185 [187 f.])によると、被申立人の回答による申立人への権利侵害は、次のように限定的

「サウジアラビアにおける人権保護態様に関連する限りで」、また、二〇一一年七月一四日の書面による すなわち、一方で、申立人一については、二〇一一年七月六日のドイツ連邦議会における質問時

が「連邦安全保障委員会の肯定的な許可決定の有無に関連する限りで」、

質問

情報調達

(阪大法学) 67 (5-132) 912 〔2018.1〕

原理」(BVerfGE 137, 185 Rn. 135-148)、「国家秘密の保護」(BVerfGE 137, 185 Rn. 149-152)および たこと、あるいは、 つまり兵器の資機材、 決では、 157)と判示された。かかる結論は、政府に対する議員の質問・情報調達権が無制限に認められるわけではなく、「権力分立 (BVerfGE 137, 185 (BVerfGE 137, 185 Rn. 153-155) の諸基準によって制限されるとの判断から導かれたものである。 |連邦安全保障委員会の肯定的な許可決定の有無に関連する限りで]、質問・情報調達権の侵害があった。このように本判 !の侵害があった。また他方で、申立人二については、二○一一年七月の書面による質問 結論として、 質問の中で述べられたような取引についての許可は与えられなかったことを報告する義務を負う」 Rn. 157) にとどまり、政府の「それ以上の任務は、 申請の総数および輸入国との関連で具体化された戦争兵器の輸出取引を連邦安全保障委員会が許可し 政府は議員の質問に対して、限定的な義務しか負わないとされた。すなわち、 憲法上必要とされない」(BVerfGE 137, (BTDrucks 17/6658 政府は 「第三者の基本権 「特定化された

BVefGE 137, 185 Rn. 141

13 ZParl 2012 (Heft 2), S. 362 ff.; Jelena von Achenbach, Anmerkung zu BVerfGE, 21, 10, 2014-2 BvE 5/11, JZ 2015, S. 96-99 kunftsverweigerung der Bundesregierung über Panzerlieferungen nach Saudi-Arabien: bewusster Verfassungsverstoß BVefGE 137, 185 Rn. 142. なお、この兵器輸出判決に対しては概ね批判的な見解が目立つ(Vgl. Patrick Kirchner, Aus

Maria Stemmler, Rüstungsexportkontrolle light, DOV 2015, S. 139–143)°

所属する個々の構成員がそこでどのような意見を主張したのかについてではない」(Glawe, a. a. O., S. 1633)。 至ったのか、 できるのは、 これと同様の方向性を示す判決として、カルカー決定(BVerfGE 49, 89)およびパーシング判決(BVerfGE 68, 1) おいて展開された立法権と執行権との関係をめぐる判例の首尾一貫した方向性を維持する判決として位置づけられ (Vgl. Robert A. P. Glawe, Der Geheimrat, NVwZ 2014, S. 1633)。なお、グラーヴェは、フリック調査委員会判決の他に 他方で、ロベルト・グラーヴェによる評釈は肯定的である。これによると、兵器輸出判決は、フリック調査委員会判決に 政府内部の進行中の準備過程つまり決定の準備を対象にはしない。兵器輸出判決との関連では、 かかる判例にしたがうと、「議会の情報請求は、題材としてはすべての政策分野を対象にするが、 決定が下されたのか否か、そしてその決定の内容がどのようなものかについてであり、どのようにして決定に つまり連邦安全保障委員会の構成員らの間での先行する議論がどのように進められたのか、あるいは 議会が情報を調達 性質上は を挙げ ている (阪大法学) 67 (5-133) 913

[2018.1]

さらにグラーヴェは、

論

いて、―当時創案された『議会の軍隊』を自信をもって指摘しながら―国外の軍事手段と関連するものすべての広範な情報 そもそも機関訴訟の対象にはならないとして、次のように批判している。「一九九四年のソマリア判決以降の二〇年間にお 評釈における自身の「立場表明」を述べた箇所では、本件申立人となった議会反対派の情報利益が [2018.1]

対する議会統制が不十分であるとの指摘をして正当化された情報利益である。これに対して、申立人らの(意図された) おいて求められた兵器取引にかかる管理・契約上の詳細との関連で、裁判所が説得力をもって否定するのは、政府の活動に 政策上の措置に対する統制を行うためのいかなる余地をも議会反対派に与えていない。論争を引き起こしている議会討論に 標は、この目標から乖離した、憲法あるいはそれどころか国際法による一般的な監督という意味での連邦政府の外交・経済 法的保護目標 提供が何度も要求された。しかしながら、兵器輸出の賛否をめぐる議論は、機関訴訟の形式では続行し得ない。当該訴訟の (Rechtsschutzziel)は、国家機関の相互関係の中でそれらの権限を保護することである。かかる法的保護目

Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd I, 2. Aufl., C.H.Beck 2012, S. 559 Rn. 32 Ralf Poscher, Funktionenordnung des Grundgesetzes, in: Hoffmann - Riem/Schmidt - Abmann/Voßkuhle (Hrsg.)

員にとっては、憲法訴訟法における諸々の訴訟方法では、裁判の対象にならない」(*Glawe*, a. a. O., S. 1635)。 治関心―つまり最終的な決定権限の連邦安全保障委員会への割当てが法に適っているのかどうかという問題

個々の

(阪大法学) 67 (5-134)

914

- 15 核心領域説の邦語による紹介として、村西良太『執政機関としての議会―権力分立論の日独比較研究』
- 16 kutive unter besonderer Berücksichtigung des Steuergeheimnisses, AöR 109 (1984), S. 199 ff Vgl. Klaus Stern, Die Kompetenz der Untersuchungsausschüsse nach Artikel 44 Grundgesetz im Verhältnis zur Exe-
- 17 Stern, a. a. O. (Anm. 1), S. 542. 邦訳四三九頁

一年)一三八頁以下を参照

- 19 18 Stern, a. a. O. (Anm. 1), S. 542. 邦訳四三九頁 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 16), S.
- 20 Stern, a. a. O. (Anm. 16), S. 239
- 21
- Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 16), S. 239
- Stern, a. a. O. (Anm. 16), S. 239

- 23 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 16), S. 239
- 25 24 Vgl. Busse, a. a. O. (Anm. 8), S. 50 Busse, a. a. O. (Anm. 8), S. 50 Fn. 34
- Busse, a. a. O. (Anm. 8), S.

50 f. . 50.

29 Busse, a. a. O. (Anm. 8), S. 51 Busse, a. a. O. (Anm. 8), S. 51 Busse, a. a. O. (Anm. 8), S.

28 27 26

- 31 30 本書に関しては、すでに日本でも部分的に紹介されている。例えば、松戸浩「行政組織編成と立法・行政間の権限配分の原 (一)」法学(東北大学)六五巻二号(二○○一年)一六九頁以下、村西·前掲註(15)一六○─一六二頁を参照 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Aufl., Duncker & Humblot 1998 Johannes Masing, Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte, Mohr Siebeck 1998, S. 185 f.
- 32 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 79 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 79
- Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 81 Vgl. Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 80 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 79

34

33

Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 81

Vgl. Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S.

. 80

- Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S.
- Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 83 82

41 40 39 38 37 36 35

- $\widehat{42}$ Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 83
- Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 84

論

- 44 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 85
- 45 46 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 85
- und der Vorbehalt des Gesetzes, DVBl 1959, S. 354 ff.; Dietrich Jesch, Zulässigkeit gesetzesvertretender Verwaltungsver ordnungen?, AöR 84 (1959), S. 74 ff. を参照 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 85 f. これに対する批判として、Klaus Obermayer, Das Bundesverfassungsgericht

916 (2018.1)

(阪大法学) 67 (5-136)

- 47 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 86
- 48 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 86
- 50 49 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 87

Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 88

- 52 51 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 104 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 104
- 54 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 104

Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 104

53

- 56 55 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 105 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 105
- 57 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 106
- 58 59 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 106 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 106
- 60 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 106
- 61 (Anm. 31), S. 287 介入権の憲法上の根拠として、ベッケンフェルデは、 基本法八六条二文を挙げている。 Vgl. Böckenförde, a. a. O.
- 62 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 106
- Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S. 106

に着目し、

この任務を他の権力に「一任する」(BVerfGE

五

後者のような

(具体的な事例だけに着目しての)

(BVerfGE

32

52

[60])

は、

核心領域を異動し得ないものとする権力分立原理に適合しないと述べている。

[59]) こと、すなわち「規範定立権力を執行に一括して委

立法府の諸任務の総体である

「規範定立

核心領域の確定が行われた裁判例としてポッシャーが挙げるのは、

|五年||一月九日の連邦憲法裁判所第|

法廷判決

(BVerfGE 4, 331)

である。

同判決

(一九四九年八月八日に米英合同

に抵触しないかが主たる争点とされた事例)

において、

連邦憲法裁判所は、

34, 52

- 64 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S.
- 65 Böckenförde, a. a. O. (Anm. 31), S.

66 setzlichen Gewaltengliederung, AöR Bd. において、 されている。 ・前掲註 彼の核心領域批判の参照が指示されている(Vgl. Gerhard Robbers, in: Kahl/Waldhoff/Walter [Hrsg.], Bonnes 例えば、 3 メラースによる―論拠としての― で紹介したメラースおよびポッシャーによる執行権概念もまた、 132 [2007], S. 499) については、ドイツで最も権威のあるコンメンター 「核心領域」批判(Vgl. Christoph Möllers, Dogmatik der grundge 「核心領域」 批 判の立場 ルの一つ から構

Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Abs. 2 [Stand 2014], Rn. 3204 Fn. 140)°

ポッシャーによる「核心領域」

批判も、

すでに一般的なコンメンタールにおいて参照が指示されている

(Vgl.

領域 て確定されるのかが判然としない」(*Poscher,* a. a. O. [Anm. 14], Rn. 32)と批判される。その上でまず、前者のような核小 における核心領域の確定のされ方とドグマーティクの二つの観点から「核心領域」を批判する。すなわち、第 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig [Begr.], Grundgesetz Kommentar, Art. 20 [Stand 2013], Rn. 56 Fn. 1)。ポッシャーゼ 「核心領域が、 の確定が行われた裁判例としてポッシャーが挙げるのは、 ある権力の諸任務の総体 (Gesamt) に着目して確定されるのか、 一九七二年一〇月一〇日の連邦憲法裁判所第二法廷判決 あるいは、具体的な事例だけに着目し 一の観点から

引かれる限界の範囲を超えていないか、 記されているわけではなかったため、 法律とされている一九六二年一〇月一 則四二条一項三文においてはヘッセン州の第二次司法試験の受験料が二〇〇マルクと規律されていたが、同法規命令の授権 (BVerfGE 34, 52) である。 同判決(一九六五年九月一〇日にヘッセン州政府の法規命令として公布された法曹専門教 当該法律による授権がヘッセン州憲法一○七条および一一八条によって命令制定者に 九日公布のヘッセン州裁判官法九三条二項一文には、法規命令事項として受験料 更には、 基本法二八条一 項一文にしたがって各州によって遵守される権力分立原理 917 [2018.1]

(阪大法学) 67 (5-137)

論

済区域の経済評議会による法律として公布された緊急援助法六九条二項では、「行政裁判所」として決定を下す の 「構成員」は「独立し、 法律にのみ服する」と規律されていたが、ここにいう「構成員」が基本法九七条で予定

その活動という点に関して基本法二〇条二項で予定されている他の機関からの「関与を受けない第三者」としての要件を満 されている法律以外の「指図からの自由」および「人的独立」が保障された「裁判官」としての要件を満たし、なおかつ、

連邦憲法裁判所は、 たすことによって、「不服申立委員会」が基本法の予定する「裁判所」たり得るのかが主たる争点とされた事例)において の基本的な人員構成に人的に独立していない公務員を含めることで、彼らが、独立した裁判官として決定されるべき題 国家権力機関ではない」(BVerfGE 4, 331 [347])ため、この場合「基本法二〇条二項の意味における権力分立原理が 指図に拘束されている公務員として扱うことになれば、そのような委員会はもはや憲法によって要請された 同委員会の構成員であった「委員長」の「公務員」としての活動に着目し、「法律上予定された『裁判

るように輪郭がないままであるならば、必ず起こる」(*Poscher, a. a. O.* [Anm. 14], Rn. 34)。 例外がある。 マーティッシュには、 原則よりも例外の方が優勢を占める結果、 二のドグマーティクの観点から、 大多数の例外を背景に、 例外が原則を凌いでいると反論できる。保守的論者の数え立てでは、基本法の中だけでも約二四もの 原則は希薄化する―このことは、 ポッシャーは、 原則が希薄化する。 核心領域説を次のように批判する。すなわち、ドグマーティッシュに 曰く、 核心領域についての言説が、大抵の場合がそうであ 原則・例外・核心領域の「モデルに対して、

Rn. 32) とも批判している

判例における核心領域についての「二つの見方が集積的に(kumulativ)述べられている」(*Poscher,* a. a. O. [Anm. 14] その核心において侵害される」(BVerfGE 4, 331[347])と述べている。さらにポッシャーは、学説にいたっては、右の裁

(阪大法学) 67 (5-138) 918 [2018.1]