



Title	MODERNISIERUNG DES RECHTSSTAATS UND GRUNDRECHTE
Author(s)	Takada, Bin
Citation	Osaka University Law Review. 1993, 40, p. 1-20
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/9527">https://hdl.handle.net/11094/9527</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# Modernisierung des Rechtsstaats und Grundrechte\*

von *Bin Takada*\*\*

## Vorbemerkung

Der Rechtsstaatsbegriff ist ein rechtlicher Ausdruck des modernen Staates im weiteren Sinne — der Unterschied zwischen dem engeren und dem weiteren Sinne von „modern“ wird später näher erörtert —. Er ist weitgehend identisch mit dem Verfassungsstaat. Bei der Entstehung des Rechtsstaates war der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung ein Mindestanforderung. Dieser Grundsatz setzt im Vorrang des Gesetzes die Gewaltenteilung und im Vorbehalt des Gesetzes die Gewährleistung der Grundrechte voraus. Der Rechtsstaat entstand auf der Basis der Grundrechte. Mit zunehmender Modernisierung ist die Bedeutung der Grundrechte im Rechtsstaat — wie ich später erklären werde — immer größer geworden. Das bedeutet, daß die Art der Gewährleistung der Grundrechte von der Art des Rechtsstaates abhängig ist.

Hier wird das Verhältnis von Rechtsstaat und Grundrechten unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung des Rechtsstaates behandelt. Dabei möchte ich zuerst über jene Aspekte sprechen, die bei der Untersuchung der Rechtsstaatlichkeit berücksichtigt werden müssen. Anhand dieser Aspekte wird danach das Verhältnis der Entwicklung des Rechtsstaates und der Grundrechte untersucht.

## I. Aspekte der Untersuchung der Rechtsstaatlichkeit

Im folgenden werden zwei Aspekte erläutert, die ich zur Untersuchung der Rechtsstaatlichkeit wichtig finde. Erstens: Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit in Europa in den letzten Jahren. Zweitens: Tendenz der geschichtlichen Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit.

---

\* Der Beitrag ist das Manuskript meines Vortrags bei der „Internationalen Konferenz über das vergleichende Verfassungsrecht 1990“, die vom 21. September bis 23. September 1990 in Tokyo veranstaltet wurde. Das Manuskript wurde zuerst veröffentlicht in: „For the Protection of Human Rights, International Conference on Comparative Constitutional Law 1990“, Seikeido-Verlag 1991. Der Beitrag, der eine verbesserte Fassung des ersten Manuskripts darstellt, wird mit der Einwilligung des Seikeido-Verlags in dieser Zeitschrift veröffentlicht.

\*\* Professor an der Universität Osaka

## 1. Die Universalisierung der Rechtsstaatlichkeit

(1) Wenn jetzt im Jahr 1990 die Rechtsstaatlichkeit untersucht wird, ist es sicher notwendig, daß Entwicklungen in Osteuropa seit dem letzten Jahr betrachtet werden.

In Japan wurde der "Rechtsstaat (ohne Adjektiv)" als ein Rechtsstaat des westeuropäischen Typs vorgestellt. Es wurden aber auch in Osteuropa Begriffe, wie z.B. "sozialistische Legalität" oder sozialistischer Rechtsstaat, benutzt. Aber in Japan wurde der "Rechtsstaat" (ohne Adjektiv) bisher hauptsächlich als ein Rechtsstaat des westeuropäischen Typs betrachtet.

Die historischen Entwicklungen in Osteuropa seit dem letzten Jahr lassen aber erkennen, daß der Rechtsstaat, sowohl in Westeuropa als auch in Osteuropa ein allgemeingültiges Prinzip darstellt.

Ich möchte hier als Beispiele die Entwicklungen in Ungarn, Polen und der DDR. erwähnen.

(a) Bei dem internationalen Symposium mit dem Thema "40 Jahre Grundgesetz" im Mai 1989 an der Universität zu Köln hat Halmai darüber berichtet,<sup>1)</sup> daß es in Ungarn schon seit dem 19. Jahrhundert den Begriff "jogállam" gab, der dieselbe Bedeutung des deutschen Begriffs "Rechtsstaat" hat, und behauptet, daß dieser Begriff nun auferstehen soll. Und schon durch die am 23. Oktober 1989 abgeänderte Verfassung, die bis zur Erschaffung der neuen Verfassung provisorisch gilt, wird der "Rechtsstaat" verfassungsrechtlich geregelt. Im Sinne der Präambel dieser Verfassung war die Revision "zur Förderung des friedlichen politischen Übergangs zu einem das Mehrparteiensystem, die parlamentarische Demokratie und die soziale Marktwirtschaft verwirklichenden Rechtsstaat" notwendig. Und Art. 2 Abs. 1 lautet: "Die Republik Ungarn ist ein unabhängiger, demokratischer Rechtsstaat, in dem die Werte der bürgerlichen Demokratie und des demokratischen Sozialismus in gleicher Weise zur Geltung kommen." Dieser Artikel wurde durch das Verfassungsänderungsgesetz vom 25. Juni 1990 (Gesetz Nr. 40 vom Jahre 1990) wie folgt neu gefaßt: "Die Republik Ungarn ist ein unabhängiger, demokratischer Rechtsstaat." In diesem Sinne wird die Republik Ungarn als "Rechtsstaat" verfassungsrechtlich formuliert.

(b) Über Polen wird später Herr Kollege Garlicki sprechen. Einen Großteil meiner Kenntnisse über Polen verdanke ich ihm.

Auch Garlicki hat bei dem Symposium an der Universität zu Köln berichtet: "Seit

---

1) Gábor Halmai, Verfassungsgerichtsbarkeit und gelebte Verfassung—Beispiel Ungarn, in: 40 Jahre Grundgesetz—Entstehung, Bewahrung und internationale Ausstrahlung, Hrsg. von Klaus Stern, 1990, S.139ff., bes. 144f..

einigen Jahren versucht man den Begriff des Rechtsstaates in die polnische Rechtssprache einzuführen, und zwar mit allen verfassungsrechtlichen Konsequenzen, die aus der deutschen Tradition und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abzulesen sind".<sup>2)</sup>

Später wurde durch die Novelle der Verfassung am 29. Dezember 1989 der Rechtsstaatsbegriff (*Państwo prawa*) in den Art. 1 aufgenommen. Der Art. 1 lautet: "Polen ist der demokratische Rechtsstaat, der das Prinzip der sozialen Gerechtigkeit verwirklicht." Also ist auch Polen verfassungsrechtlich als ein Rechtsstaat charakterisiert.

Wie ich an dieser Stelle noch anmerken möchte, lassen sich die beiden Wörter "Recht" und "Staat" in der ungarischen Sprache zu einem Wort zusammensetzen, während es sich in der polnischen Sprache um zwei Wörter handelt.

(c) Was die DDR angeht, möchte ich den Verfassungsentwurf des Runden Tisches erwähnen.

In Prozeß der Demokratisierung und der Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit in der DDR nach dem Fall der Mauer ist der "Runde Tisch" am 7. Dezember 1989 entstanden. Er verstand sich als öffentliches Kontroll- und Beobachtungsorgan. Neben der Ausarbeitung des neuen Wahlgesetzes für die freie und geheime Wahl und der Auflösung des Staatssicherheitsdienstes hat der Runde Tisch als eines seiner wichtigsten Ziele die Erschaffung der neuen Verfassung gehabt. Der Entwurf wurde am 4. April 1990 mit dem Titel "Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik" verabschiedet.<sup>3)</sup> Er war als Verfassungsentwurf für die DDR verabschiedet worden. Wegen des Beitritts der DDR zur Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 23 des Bonner Grundgesetzes ist dieser Entwurf nicht zur Geltung gekommen. Aber er ist der Entwurf, den die DDR selbst ausgearbeitet hat. Deswegen ist er sicher ein wichtiges Forschungsmaterial für die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit in der DDR seit dem letzten Jahr.

Dieser Entwurf hat fünf Kapitel und 136 Artikel. Das erste Kapitel trägt den Titel "Menschen- und Bürgerrechte" mit insgesamt fünf Abschnitten und 40 Artikeln. Das zweite Kapitel trägt den Titel "Grundsätze und Organe des Staates" (sieben Abschnitte), das dritte "Funktionen des Staates" (drei Abschnitte) und das vierte "Staatsfinanzen." Das Kapitel über die Grundrechte geht in diesem Entwurf den anderen voran, wie im Bonner Grundgesetz, während die Weimarer Verfassung als ersten Hauptteil "Aufbau und Aufgaben des Reichs" und als zweiten Hauptteil

---

2) Leszek Garlicki, Der Einfluß des Grundgesetzes auf ausländisches Verfassungsrecht: Polen, in: 40 Jahre Grundgesetz (Anm. 1), S. 291ff., bes. S. 297.

3) Arbeitsgruppe "Neue Verfassung der DDR" des Runden Tisches, Entwurf Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin April 1990.

“Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen” regelte.

Für die Arbeits- und Expertengruppe, die diesen Entwurf ausgearbeitet hat, war die Verwirklichung der Rechtsstaatlichkeit eine der größten Aufgaben.<sup>4)</sup> Daher lautet der erste Artikel des zweiten Kapitels (Art. 41 Abs. 1): “Die Deutsche Demokratische Republik ist ein rechtsstaatlich verfaßter demokratischer und sozialer Bundesstaat und besteht aus den Ländern.... . “Auch die DDR orientiert sich also schon vor dem Beitritt zur Bundesrepublik Deutschland an der Rechtsstaatlichkeit, das heißt am “Rechtsstaat” ohne Adjektiv.

Damit ist klar geworden, daß der Rechtsstaat ohne Adjektiv sich als ein auch in Osteuropa geltendes Prinzip darstellt. Das heißt, das Rechtsstaatsprinzip ist der Grundsatz, der in den modernen Staaten im weiteren Sinne, den ich später erläutern werde, allgemein gelten soll.

(2) Wir haben schon die Verallgemeinerung des Rechtsstaatsprinzips beobachtet. Durch diese Beobachtung können wir aber nicht nur die Verallgemeinerung des Rechtsstaatsprinzips, sondern auch die Verbreitung des Rechtsstaatsbegriffs erkennen. Sowohl in der DDR als auch in Ungarn und in Polen hat sich dieser Begriff durchgesetzt. Es wird berichtet, daß auch in der UdSSR unter der “Perestroika” der Rechtsstaatsbegriff entstanden ist.

Auch in Westeuropa ist die Verbreitung dieses Begriffs zu beobachten. In Japan wird dieser Begriff üblicherweise als eine typisch deutsche Wortprägung betrachtet, obgleich das Rechtsstaatsprinzip als ein universaler Grundsatz verstanden wurde. In Europa wird der Rechtsstaatsbegriff nicht nur in Deutschland, Österreich und der Schweiz benutzt.<sup>5)</sup> Es ist eine bemerkenswerte Tendenz, daß dieser Begriff (*État de droit*) auch in Frankreich, wo etwas andere Verfassungsprinzipien als in Deutschland gelten, nach der Entstehung des “*Conseil Constitutionnel*” oft Verwendung findet.<sup>6)</sup>

Wir können damit nicht nur die Tendenz zur Universalisierung des Rechtsstaatsprinzips, sondern auch zur Verbreitung des Rechtsstaatsbegriffs erkennen.

(3) Bei der Untersuchung des Rechtsstaates ist es daher notwendig, nicht nur Art und Charakter jedes einzelnen Rechtsstaates zu erklären, sondern auch die Tendenz der Verallgemeinerung des Rechtsstaatsbegriffs zu erkennen.

Im II. und III. Teil dieses Beitrags wird die Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs und -prinzips in Japan mit derjenigen in Deutschland vergleichend untersucht, und

---

4) Vgl. Verfassungen in der DDR: Textsammlung mit einer Einführung von Erich Fischer, 1990, S. 3.

5) Z.B. in Italien, Spanien (Vgl. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 2. Aufl., 1984, S. 765) und in den Niederlanden.

6) Z. B. J. Rivero, *Le Conseil Constitutionnel et l'État de droit*, *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*, 2e éd., 1987; Dominique Colas, *L'Etat de droit*, 1987.

dadurch der Entwicklungsverlauf des Rechtsstaates betrachtet.

## **2. Die zu verallgemeinernde Modernisierung und die Modernisierung im engeren Sinne**

Bei der Betrachtung der Tendenz der Entwicklung des Rechtsstaates in diesem Beitrag sind die folgenden zwei Prämissen zu klären:

(a) Erstens die "zu verallgemeinernde Modernisierung": Dieser Begriff bedeutet, daß dieses Prinzip, das in der modernen Zeit im weiteren Sinne gelten soll, verwirklicht werden soll. Die "moderne Zeit im weiteren Sinne" bedeutet ihrerseits politisch gesehen die Zeit nach der bürgerlichen Revolution, wirtschaftlich gesehen die Zeit nach der industriellen Revolution, und rechtlich gesehen die Zeit nach der Entstehung der modernen Verfassung (mit Gewaltenteilung und Gewährleistung der Menschenrechte). Ihr Beginn ist in jedem Land verschieden. Im europäischen Kontinent ist damit der Zeitraum seit etwa 1789 gemeint. Und das Prinzip, das in der "modernen Zeit im weiteren Sinne" gelten soll, wird als das "allgemein geltensollende Prinzip in der modernen Zeit im weiteren Sinne" bezeichnet. Zu diesem Prinzip gehören z.B. die Gewährleistung der Menschenrechte, die Kontrolle der Gewalten usw. Die "zu verallgemeinernde Modernisierung" bedeutet die Bestrebung bzw. den Schritt zur Verwirklichung dieses Prinzips.

(b) Zweitens die "Modernisierung im engeren Sinne": Als die "Neuzeit" wird hier der Zeitraum bezeichnet, in dem innerhalb der "modernen Zeit im weiteren Sinne" das bürgerliche und liberalistische Staatsprinzip, das Nachwächterstaatsprinzip galt. Ich bezeichne dann die Zeit der Modifizierung dieses bürgerlichen und liberalistischen Staatsprinzip besonders als die "moderne Zeit im engeren Sinne". In Europa ist es der Zeitraum etwa seit dem Jahr 1870. Und hier bedeutet die "Modernisierung im engeren Sinne" den Schritt zur Modifizierung des neuzeitlichen Prinzips, wie z.B. zur Verwirklichung der Sozialstaatlichkeit.

Die Begriffe "zu verallgemeinernde Modernisierung" und "Modernisierung im engeren Sinne" habe ich durch Beobachtung der geschichtlichen Entwicklung ausgearbeitet. Diese Begriffe sind aber Idealtypen und keine Beschreibung der geschichtlichen Tatsachen. Besonders hat die "zu verallgemeinernde Modernisierung" den Charakter der geltensollenden Norm.

Meine These ist die folgende: Die "zu verallgemeinernde Modernisierung" ist die Grundlage. Sie bietet die Voraussetzung, um die "Modernisierung im engeren Sinne" auf ihrer Basis zu entwickeln. Die "Modernisierung im engeren Sinne" darf nicht unter Verletzung der "allgemein geltensollenden Prinzip in der modernen Zeit im weiteren Sinne" durchgesetzt werden. Das gilt auch für die Entwicklung des Rechtsstaates und

kann auch an den historischen Entwicklungen in Osteuropa seit dem letzten Jahr bewiesen werden.

Anhand dieser These möchte ich das Verhältnis von der Art und der Entwicklung des Rechtsstaates zur Art der Gewährleistung der Grundrechte betrachten. Dabei wird von der Rechtsstaatlichkeit in Japan im Vergleich mit der Verfassungsgeschichte gesprochen. Entsprechend meiner These werden die folgenden zwei Fragen behandelt. Erstens; entsprechend der "zu verallgemeinernden Modernisierung" die Frage nach der Entwicklung zum materiellen Rechtsstaat. Zweitens; entsprechend "der Modernisierung im engeren Sinne" die Frage nach der Entwicklung zum sozialen Rechtsstaat.

## II. Materieller Rechtsstaat und Grundrechte

Hier handelt es sich um die "zu verallgemeinernde Modernisierung" des Rechtsstaates und die Grundrechte. In Japan hat sich der Rechtsstaat wie in Deutschland vom formellen unter der Meiji-Verfassung von 1889 (MV) zum materiellen unter der Japanischen Verfassung von 1946 (JV) entwickelt. Das bezeichnet einen Idealtypus der "zu verallgemeinernden Modernisierung" des Rechtsstaates. Hier möchte ich zuerst von der Entwicklung des Rechtsstaates selbst und danach von den Grundrechten im Rechtsstaat sprechen.

### 1. Vom formellen Rechtsstaat zum materiellen Rechtsstaat

(1) Die Entwicklung der Vorstellungen vom Rechtsstaat in Deutschland:

Die japanischen Worte "Hochikoku" bzw. "Hochikokka" wurden als Übersetzung des deutschen Wortes "Rechtsstaat" geschaffen. Außer dem bloßen Wort wurden auch die Gedanken und die Theorien über den Rechtsstaat durch Deutschland beeinflusst. Deswegen möchte ich hier die Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland erläutern.

Nach dem herrschenden Verständnis in Deutschland war der deutsche Gedanke vom Rechtsstaat vom Ende des 18. Jh. bis zur ersten Hälfte des 19. Jh. der materielle mit dem Inhalt der Gewährleistung der Grundrechte. Aber F.J. Stahl versuchte gerade vor der März-Revolution, den Rechtsstaat als ein formelles Prinzip zu erklären. Unter dessen Einfluß wurde in der zweiten Hälfte des 19. Jh. der formelle Rechtsstaat mit dem Inhalt der gesetzmäßigen Verwaltung („die durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit gesichert war,) herausgebildet. Dieser Gedanke galt als die herrschende Meinung auch noch unter der Weimarer Reichsverfassung. Demgegenüber wurde nach dem zweiten Weltkrieg unter dem Bonner Grundgesetz der materielle Rechtsstaat entwickelt, der die gesetzmäßige Verwaltung nicht als Selbstzweck, sondern die Gewährleistung der Grundrechte als Kernzweck hat.

Die Entwicklung vom formellen Rechtsstaat zum materiellen Rechtsstaat bezeichnet einen Idealtypus der Entwicklung des Rechtsstaates und entspricht grundsätzlich der "zu verallgemeinernden Modernisierung". Aber um diese Entwicklung wirklich als die der "zu verallgemeinernden Modernisierung" entsprechende zu erfassen, scheint es notwendig, diesen Typus noch genauer darzustellen.

Da die alte herrschende Meinung in Deutschland das Rechtsstaatsprinzip nur als formelles verstanden und materielle Elemente aus dem Rechtsbegriff ausgeschlossen hat, wurde das Mittel für den Rechtsstaat zum Selbstzweck gemacht. Das heißt, das Unrecht in Zwecken und Inhalten wurde im Rechtsstaat zugelassen. In der Bundesrepublik Deutschland wurde deswegen der materielle Rechtsstaat nach dem zweiten Weltkrieg stark betont und entwickelt. Daran können wir erkennen, daß der materielle Rechtsstaat nicht nur materielle Inhalte hat, sondern auch materielle plus formelle bzw. formelle plus materielle Elemente beinhaltet.

45 Jahre sind jedoch nach dem Zweiten Weltkrieg vergangen, und die Umstände sind etwas anders geworden. Wenn der Begriff "formeller und materieller Rechtsstaat" dabei losgelöst von der Geschichte betrachtet wird, kann es zu Mißverständnissen kommen: der formelle Rechtsstaat bezeichnet die formelle Seite des Rechtsstaates, der materielle Rechtsstaat die materielle Seite. Der Begriff "formeller Rechtsstaat", der nach dem Zweiten Weltkrieg den vergangenen Rechtsstaat bezeichnete, beinhaltet nicht die formelle Seite des Rechtsstaates. Nur der materielle Rechtsstaat besitzt die formelle und materielle Seite. Der formelle Rechtsstaat und der materielle Rechtsstaat dürfen nicht mit den formellen und materiellen Seiten des Rechtsstaates verwechselt werden. Außerdem ist die Korrelation bzw. Proportionalität der beiden Seiten im materiellen Rechtsstaat unbedingt notwendig. Wenn der Begriff "materieller Rechtsstaat" Mißverständnisse hervorriefe, indem die formelle Seite zu wenig berücksichtigt würde, wäre es möglich, einen neuen Begriff zu schaffen.

Um solche Mißverständnisse zu vermeiden, scheint es mir wesentlich, den Rechtsstaat nicht nur vom Gesichtspunkt "formell/materiell", sondern auch vom Gesichtspunkt "Zweck/Mittel" aus zu begreifen. Dieser Gesichtspunkt offenbart uns die historische Untersuchung der Vorstellungen bzw. des Begriffs vom Rechtsstaat in Deutschland.<sup>7)</sup>

Nun ist, meines Erachtens, bei der Behandlung der Geschichte des deutschen Rechtsstaatsgedankens die Geschichte der Vorstellungen bzw. des Begriffs des Rechtsstaates von der Geschichte der Rechtsstaatstheorien zu unterscheiden. In der

---

7) Vgl. bereits ganz kurz, Takada, Die Aufnahme deutscher Rechtsstaatstheorien in Japan, in: Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, Hrsg. von T. Berberich/W. Holl/K.J. Maaß, 1979, S. 220f.

Geschichte der Rechtsstaatstheorien gilt das Schema: vom früheren materiellen Rechtsstaat zum formellen seit Stahl und zum materiellen unter dem Bonner Grundgesetz. Das Schema gilt jedoch nicht so genau für die Geschichte der Vorstellungen vom Rechtsstaat. Die Vorstellung des Rechtsstaates hier bedeutet, was man sich unter dem Wort "Rechtsstaat" vorgestellt hat. Ich bin der Meinung, daß das folgende Schema für die Entwicklungsgeschichte der Vorstellung gilt: Zweck→Mittel→Zweck und Mittel, genauer, vom Staatszweck zum Mittel, den Zweck zu verwirklichen, ferner zum Staatszweck plus das Mittel.

Nun bedeutete der Begriff "Rechtsstaat" in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts bis Friedrich Julius Stahl<sup>8)</sup> — ausgenommen Placidus<sup>9)</sup> und Adam Müller<sup>10)</sup> — einen Staat, der einen liberalen Staatszweck hat (z.B. Aretin, Muhrhard, Mohl u.a.).<sup>11)</sup> Der Begriff war damit ein staats-theoretischer bzw. staatsrechtlicher Ausdruck, mit dem die zwei damaligen großen Strömungen: der Liberalismus, für den der Begriff gedacht war, und die Vorstellung des Nationalstaates verbunden wurde. Er beinhaltet daher das in der modernen Zeit angestrebte Prinzip, und paßt zur zu verallgemeinernden Modernisierung, die meine These ist. Denn als eine Voraussetzung dieser Vorstellungen gab es die Rechte der Menschen bzw. der Staatsbürger.

In den Vorstellungen (nicht in den Theorien) des Rechtsstaates wurde jedoch nur der Staatszweck bezeichnet, aber keine Mittel, wie er zu verwirklichen sei. Nach einer der Entwicklung der Rechtsstaatslehre immanenten Logik hätte man früher oder später die Mittel zur Verwirklichung des Staatszwecks in Frage stellen müssen. Meines Erachtens konnte Stahl so großen Einfluß ausüben, weil er der erste war, der über die Mittel der Verwirklichung nachgedacht hatte. Die Substanz seiner Staatslehre war sehr anti-liberal und gegen die Strömungen der Zeit. Stahl hätte seine vielen Gegner<sup>12)</sup> nicht so beeinflußt, wenn er nur die formelle Rechtsstaatslehre gegen die frühere materielle Rechtsstaatslehre behauptet hätte. Der Auftritt der Lehre von den Mitteln war eine notwendige Folge im Entwicklungsprozeß der Rechtsstaatslehre.

Daß diese Lehre von den Mitteln die herrschende Meinung nach der Entstehung des Deutschen Reichs wurde, hatte einen historischen Grund. Obwohl die Rechtsstaatslehre der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu der zu verallgemeinernden

8) F.J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 2. Bd. 2. Abt., 2. Aufl. 1846, S. 106.

9) J. W. Placidus, *Literatur der Staatslehre*, 1. Abt. 1978, S. 69ff., bes. S. 73.

10) A.H. Müller, *Die Elemente der Staatskunst* 1809, S. 165.

11) J.C.F.V. Aretin, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, 1. Bd. 1824, S. 163, 172f.; F. Muhrhard, *Der Zweck des Staates*, 1832, S. 83f.; R. v. Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1. Bd., 2. Aufl. 1844, S. 8.

12) Vgl. R. Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2. Aufl. 1879, S. 33.

Modernisierung paßte, weil sie liberal war, war sie doch bürgerlichliberal, d.h. nachtwächterstaatlich. Dieser negative Staatszweck galt nach 1870 nicht mehr.<sup>13)</sup> Die Staatszwecklehre vom Rechtsstaat in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hat der Modernisierung im engeren Sinne nicht entsprochen.

Andererseits stand die Lehre von den Mitteln im Gegensatz zur zu verallgemeinernden Modernisierung, weil ihr die Grundrechtslehre fehlte. Stahl verband die Lehre von den Mitteln mit dem "sittlichen Reich".<sup>14)</sup> Das zeigt, daß die Lehre von den Mitteln mit *jeglichem* Ziel verknüpft werden konnte. Die Rechtsstaatslehre konnte die sogenannte legale Revolution von 1933 deswegen nicht kritisieren, weil die damalige herrschende Rechtsstaatslehre eine Lehre von den Mitteln und eine formelle Rechtsstaatslehre war. Dennoch hat die herrschende Meinung nach der Entstehung des Deutschen Reichs die Grundrechtslehre schwach und indirekt aufgenommen, indem sie die Gesetzesvorbehaltslehre entwickelte und Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Untertanen ohne gesetzliche Grundlage verbot. Das Verbot galt jedoch nur für Justiz und Verwaltung und nicht für die Gesetzgebung.

Was für eine Rechtsstaatslehre hat nun zu der "zu verallgemeinernden Modernisierung" seit 1870 gepaßt und zugleich der "Modernisierung im engeren Sinne" nicht widersprochen? Sie scheint mir eine Lehre vom Zweck und von den Mitteln gewesen zu sein. Wie ich schon erwähnt habe, erschien logischerweise zuerst die Zwecklehre und erst danach die Lehre von den Mitteln. Es ist jedoch keine unbedingte logische Folge, daß die Zwecklehre dort verschwand. Die Wahl wäre möglich: eine Lehre von den Mitteln oder eine Lehre vom Zweck und von den Mitteln. Nach dem Gesichtspunkt der zu verallgemeinernden Modernisierung wäre die Lehre vom Zweck und von den Mitteln zu wählen. Wenn der bürgerlich-liberale Staatszweck nicht zur "Modernisierung im engeren Sinne" paßte, hätte man einen neuen Zweck entwickeln müssen. In der Tat hat Josepf Held in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine "Zweck und Mittel"-Lehre aufgestellt. Er sah das Ziel des Rechtsstaates darin, der Willkür der Staatsgewalt entgegenzuwirken, und sah die Mittel zur Verwirklichung des Zieles in seiner Rechtsstaatslehre.<sup>15)</sup> Man kann auch bemerken, daß es damals die materielle Rechtsstaatslehre wie die von Maurus gab, die das gesetzliche Unrecht im Rechtsstaat verneinte.<sup>16)</sup> In der Zeit des Rechtspositivismus könnte der Grund dafür, daß die

13) Die folgenden Autoren z.B. hielten den "Rechtsstaat" für einen Begriff, der eine Utopie darstellt, bzw. für einen historischen Begriff. Der Rechtsstaat, in: Die Grenzboten. Zeitschrift für Politik, 38.Jhg., 2. Quartal 1879, S.81; W. Cathrein, Die Aufgaben der Staatsgewalt und ihre Grenzen, 1882, S. 3ff.

14) Stahl, a.a.O.S. 102ff.

15) J. Held, Der verfassungsmäßige oder konstitutionelle Staat, 1865, S. 341ff.

16) H. Maurus, Der moderne Verfassungsstaat als Rechtsstaat, 1878, S. 109f.

“Zweck und Mittel”-Lehre sich nicht durchsetzen konnte, in den Verfassungen der Länder liegen, die Eingriffe in die Rechte der Untertanen dem Gesetz vorbehielt. Außerdem hätte sich die damalige geringe politische Freiheit darin widerspiegelt, daß sogar der politische Liberalismus aus dem Rechtsstaatsbegriff verschwand, weil die unbegrenzte wirtschaftliche Freiheit nach der Modernisierung im engeren Sinne nicht möglich war.

Während die “Zweck und Mittel”-Lehre sich auch in der demokratischen Weimarer Verfassung nicht durchsetzte, obgleich Hermann Heller und andere die materielle Rechtsstaatslehre vertreten haben,<sup>17)</sup> ging die Weimarer Verfassung zu Ende.

Die materielle Rechtsstaatslehre, die unter dem Bonner Grundgesetz festgestellt wurde, könnte man eine “Zweck und Mittel”-Lehre nennen. Damit vollzieht sich das Schema der Entwicklung “Zweck→Mittel→Zweck und Mittel”.

Zusammenfassend könnte man daraus die folgenden Schlüsse ziehen. Der Rechtsstaat soll nicht nur vom Gesichtspunkt “formell/materiell”, sondern auch vom Gesichtspunkt “Zweck/Mittel” betrachtet werden. Wenn man vom materiellen Rechtsstaat spricht, soll man nicht nur die materiellen und formellen Seiten, sondern auch seinen Zweck und seine Mittel erklären. Damit würden Mißverständnisse, die ich vorhin erwähnt habe, vermieden werden.

Ich möchte die Rechtsstaatlichkeit im oben erwähnten Sinne als jene bezeichnen, die zu der zu verallgemeinernden Modernisierung paßt. Ihr Zweck ist die Gewährleistung der Menschenrechte bzw. Grundrechte. Darin sind die passenden Mittel enthalten, mit denen der Zweck “Gewährleistung der Grundrechte” verwirklicht werden soll. Und zwar soll eine Korrelation bzw. die richtige Proportion zwischen Zweck und Mittel bestehen. Der Zweck bedarf der ihm entsprechenden Mittel, und die Mittel sollen dem Zweck entsprechen. Die absolute Unabhängigkeit von Mittel und Selbstzweck des Mittels sind streng zu vermeiden.

Es ist eine wichtige Aufgabe der Verfassungslehre, den Zweck “Gewährleistung der Grundrechte” und das diesem entsprechende Mittel genau zu erklären. Die Verwaltungsrechtswissenschaft soll die verwaltungsrechtlichen und verwaltungsgerichtlichen Mittel untersuchen, mit denen der Zweck “Gewährleistung der Grundrechte” verwirklicht werden kann.

(2) Die Entwicklung der Vorstellungen vom Rechtsstaat in Japan:

Oben habe ich anhand der deutschen Entwicklung der Vorstellung vom Rechtsstaat einen Idealtypus der materiellen Rechtsstaatlichkeit bzw. der allgemeingeltensollenden Rechtsstaatlichkeit skizziert. Das gilt auch für die Japanische Verfassung.

---

17) H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? 1930, S. 7ff.

Im folgenden wird die Entwicklung der Vorstellung vom Rechtsstaat behandelt, und zuletzt ist noch die Rechtsstaatlichkeit in der Japanischen Verfassung von 1946 zu behandeln.

(a) Über die Geschichte der Vorstellung vom Rechtsstaat in Japan habe ich schon geschrieben.<sup>18)</sup> Ich möchte sie daher kurz berühren.

Wort und Idee des in Japan "Ho-chi-koku" bzw. "Ho-chi- kokka" genannten Begriffs wurden vom deutschen Begriff "Rechtsstaat" übernommen. Das Wort "Ho-chi-koku" kam in der Gesetzgebungsperiode (1881–1889) der ersten modernen japanischen Verfassung, der "Meiji-Verfassung", als direkte Übersetzung des Wortes "Rechtsstaat" auf. In der Folgezeit wurde dies als japanisches Wort weithin gebraucht. Im Wissenschaftsbereich fand es hauptsächlich im öffentlichen Recht Verwendung, es wurde aber auch außerhalb der Wissenschaft benutzt. Aus dieser zweigleisigen Verwendung ergaben sich Spannungen, die wohl ein Charakteristikum der japanischen Rezeption ausmachen.

(b) Der Begriff des "Rechtsstaats" in der Wissenschaft unter der Meiji-Verfassung  
Nachdem in der Gesetzgebungsphase der Meiji-Verfassung das Wort "Hochi-koku" gebildet worden war, hatte es sich in den 20-er Jahren der Meiji-Zeit (1887–1896) als wissenschaftlicher Begriff etabliert, stand aber dann seit den 30-er Jahren der Meiji-Zeit (ab etwa 1897) unter dem starken Einfluß der herrschenden Meinung der deutschen öffentlichrechtlichen Lehre und wurde als gleichbedeutend mit dem Ende des 19. Jh. errichteten deutschen "Rechtsstaat" verstanden. Bis zum Ende der Meiji-Zeit (1912) stellte man sich den Rechtsstaat fachwissenschaftlich als die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und als ein System vor, das sie sicherstellt (Verwaltungsgerichtsbarkeit u.a.). Das hatte zur Folge, daß in der Taisho-Zeit (1912–1926) der Begriff der "Hochi-shugi" als Rechtsstaatsprinzip (bzw. Rechtsstaatismus) gleichbedeutend mit dem Prinzip der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" wurde. Der Begriff "Rechtsstaatsprinzip" wurde daher auch hauptsächlich in der Verwaltungsrechtswissenschaft benutzt, und dies blieb auch so während der Geltungsdauer der Meiji-Verfassung.

(c) Veränderungen nach dem 2. Weltkrieg

Nach dem 2. Weltkrieg trat 1947 an die Stelle der Meiji-Verfassung die Japanische Verfassung. Gleichzeitig wurde die "Rule of Law" aus dem anglo-amerikanischen Recht mit "ho-no-shihai" übersetzt, und "ho-no-shihai" wurde als der beherrschende Grundsatz der Japanischen Verfassung deklariert. Allerdings wurden "Rechtsstaat" und

---

18) Takada, Die Rezeption des Begriffs „Rechtsstaat“ in Japan, in: Rechtstheorie Beiheft 12–Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen?, 1991. S. 249–264; kurz auch, Takada, a.a.O. (Amm. 7), S. 219ff.

“Rechtsstaatsprinzip” nach dem Krieg noch ca. 10 Jahre lang im hergebrachten Sinn verstanden, mit der Folge, daß die Auffassung vertreten wurde, “Rechtsstaatsprinzip” sei ein Prinzip der Meiji-Verfassung, das sich nicht für die Japanische Verfassung eigne, woraus sich dann ein Disput darum ergab, welches der tragende Grundsatz der Japanischen Verfassung sei: “hochi-shugi” (Rechtsstaatsprinzip) oder “ho-no-shihai” (Rule of Law). Einerseits war die Rule of Law zwar der anerkannte Grundsatz der Japanischen Verfassung, andererseits wurde etwa ab 1955 der Rechtsstaatsbegriff gemäß der Japanischen Verfassung neu strukturiert. Denn ebenso wie in der nach dem 2. Weltkrieg gebildeten Bundesrepublik Deutschland wandelte sich der hergebrachte Rechtsstaatsgedanke vom formellen Rechtsstaat, der noch unter der Meiji-Verfassung galt, zum “materiellen Rechtsstaat” unter der Japanischen Verfassung, bei dem nicht die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur Selbstzweck, sondern dessen Kern die Wahrung der Menschenrechte ist.

Der Rechtsstaatsbegriff hat sich demnach in Vergleich zur Vorkriegszeit sehr stark verändert und erhielt etwa den gleichen Stellenwert wie die Rule of Law. Bis 1960 war dann die Vorstellung vom materiellen Rechtsstaat im öffentlichen Recht verankert worden und blieb seither im wesentlichen unverändert.

Der Rechtsstaatsbegriff ist aber auch in Japan nicht eindeutig und auch die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zur Rule of Law sind noch nicht ausdiskutiert. Das gleiche gilt hinsichtlich des sozialen Rechtsstaats, ein Begriff, der ebenfalls vom Deutschen übernommen wurde. Im Vergleich zur Situation in Deutschland ist die Diskussion hier um diesen Begriff zwar noch relativ gering, findet aber doch im Zuge der Neuorientierung seit 1960 hier und da statt. Was das japanische Wort für Rechtsstaat nach dem 2. Weltkrieg betrifft, gebraucht man in Japan jetzt öfters den Ausdruck “hochi- kokka” anstatt “hochi-koku”.

(d) Die Vorstellungen vom Rechtsstaat in und außerhalb der Wissenschaft:

Die Besonderheit der Rezeption des Rechtsstaatsbegriffs in Japan liegt in dem Spannungsverhältnis, das sich aus der fachwissenschaftlichen Vorstellung vom “Rechtsstaat” und der außerhalb der Wissenschaft entwickelten Vorstellung vom “Rechtsstaat” ergeben hat.

Bis zum Ende des 19. Jh. gab es noch keine Teilung der Rechtsstaatsidee in eine solche der Wissenschaft und eine solche außerhalb der Wissenschaft. Auf dieser Stufe gab es nur (allgemein) verschiedene Vorstellungen vom Rechtsstaat. Erst seit der Jahrhundertwende vom 19. zum 20. Jh. wurde im öffentlichen Recht die gleiche Idee übernommen, die zu der Zeit in der deutschen öffentlichrechtlichen Lehre herrschend war. Von diesem Zeitpunkt an kann man erkennen, daß in Japan keine einheitliche Vorstellung mit dem Rechtsstaat außerhalb der Wissenschaft mehr bestand.

Für diese unterschiedliche Ausbildung der Rechtsstaatsidee gibt es sicher eine Ursache in der japanischen Art und Weise der Rezeption: in Japan läßt sich die Tendenz feststellen, daß, wenn in einer Übersetzung ein neues Wort geschaffen wird, man sich nicht nach der originalen Wortbedeutung richtet, sondern das Wort als solches (direkt) vorgestellt wird. Eine Ursache dafür liegt sicher darin, daß die im Japanischen verwendeten Schriftzeichen Kanji Bedeutungsschriftzeichen sind, also idR einen ganzen Begriff wiedergeben. Bei der Übernahme des Begriffs Rechtsstaats konnte man sich ursprünglich in der japanischen Übersetzung entweder "ho-chikoku" oder "hochi-koku" vorstellen. Die erste Version hat einen eher materiellen Gehalt, während im zweiten Fall die formelle Bedeutung Vorrang hat. Mit Beginn des 20. Jh. führte der allmähliche Verzicht auf die Verwendung des Begriffs "chikoku" dazu, daß man sich unter Rechtsstaat nur noch "hochi-koku" vorstellte. Dabei gab es dann in der Folgezeit verschiedene Auffassungen von "hochi", die man ganz grob folgendermaßen einteilen kann: diejenigen mit dem positiven Verständnis, daß das staatliche Handeln dem Gesetz unterworfen ist, diejenigen, nach deren Auffassung die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns nur Selbstzweck ist, und die Bedeutung, daß das Volk nach den Gesetzen zu regieren sei. Noch dazu ist es bemerkenswert, daß es damals die Vorstellungen vom materiellen Rechtsstaat gab, obgleich sie Ausnahmen bildeten.

Was die Vorstellung von "hochi-koku" außerhalb der Wissenschaft betrifft, so hing dies auch von den jeweiligen Persönlichkeiten ab, doch läßt sich hier unter der Meiji-Verfassung ein zeitbedingter Wandel feststellen: Mit der Taisho-Zeit (1912–1926) begann eine Periode verstärkter Demokratisierung (sog. Taisho-Demokratie), in der man "Rechtsstaat" als etwas demokratisches verstand. Mit Beginn der Showa-Zeit (seit 1926), vor und während des Krieges, veränderte sich der "Rechtsstaat" zu der weit verbreiteten Auffassung, daß dies bedeute, das Volk müsse sich nach den Gesetzen richten. Darin lag eine von der Lehre völlig verschiedene Auffassung von "Rechtsstaat". Ich möchte hier diese Vorstellung von "Rechtsstaat=Unterwerfung des Volkes unter die Gesetze" "die volkstümliche Auffassung" von Rechtsstaat nennen.

Auch nach dem 2. Weltkrieg kann man außerhalb der Wissenschaft verschiedene Vorstellungen von "Rechtsstaat" feststellen. Doch hat die volkstümliche Auffassung von "Rechtsstaat" nach dem 2. Weltkrieg unter der Japanischen Verfassung auch heute noch Bestand. Die Spannung zwischen der Lehre und der volkstümlichen Auffassung hinsichtlich des Rechtsstaats ist zwar wie gezeigt eine Besonderheit der japanischen Rezeption. Es ist aber ganz klar, daß die volkstümliche Auffassung dem allgemeingeltensollenden Prinzip der modernen Zeit im weiteren Sinne widerspricht. Deswegen sollte aber eine Vereinheitlichung mit der Auffassung der Lehre angestrebt werden.

## 2. Materieller Rechtsstaat und Grundrechte

Wir haben schon die Entwicklung der Vorstellungen vom Rechtsstaat und des Begriffs des materiellen Rechtsstaats beobachtet. Dabei habe ich erklärt, daß der Rechtsstaat der materielle Rechtsstaat sei, der nicht nur als "materiell/formell", sondern auch vom "Zweck/Mittel"-Gesichtspunkt aus verstanden werden solle. Was für einen Rechtsstaat sieht nun die Japanischen Verfassung vor? Ich möchte daher jetzt auf Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte in der Japanischen Verfassung eingehen.

### (1) Die materielle Rechtsstaatlichkeit in der Japanischen Verfassung:

Die Kernvorschrift der Rechtsstaatlichkeit in der Japanischen Verfassung ist, meines Erachtens, Art. 97. Art. 97 lautet: "Die Grundrechte der Menschen, die diese Verfassung dem Japanischen Volk gewährleistet, sind der Erfolg des langen Kampfes der Menschheit um die Erlangung der Freiheit; diese Rechte haben in der Vergangenheit vielfach Proben bestanden und sind dieser und künftigen Generationen des Volkes als unverletzliche ewige Rechte anvertraut". Anders als die herrschende Meinung, denke ich, daß dieser Artikel auch der Kern der Japanischen Verfassung ist. Dieser Artikel bedeutet: erstens, die Grundrechte der Menschen sind der Erfolg des langen Kampfes der Menschheit um die Erlangung der Freiheit; zweitens, die Japanische Verfassung hat diesen Erfolg aufgenommen; drittens, die Grundrechte der Menschen, die diese Verfassung gewährleistet, sind unverletzliche ewige Rechte; viertens, diese Rechte sind dieser und künftigen Generationen anvertraut. Und logischerweise wird Art. 98 Abs. 1 von Art. 97 hergeleitet. Art. 98 Abs. 1 lautet nämlich: "Diese Verfassung ist das oberste Recht des Landes; die ihren Bestimmungen entgegenstehenden Gesetze, Verordnungen, kaiserlichen Erlasse und sonstige Akte in Staatsangelegenheiten oder Teile von ihnen haben keine Wirksamkeit". Dieser Artikel bedeutet: Die Verfassung ist das oberste Recht; alle Staatsakte der Gesetzgebung, der Rechtssprechung und der Verwaltung sind unter Kontrolle der Verfassung; verfassungswidrige Staatsakte sind nicht gültig. Diese beiden Artikel gehören zusammen zum 10. Abschnitt der Verfassung "Das oberste Recht". Und diese Artikel sind mit der Präambel verbunden, nämlich mit dem ersten Abschnitt der Präambel. Der erste Abschnitt lautet: "Das japanische Volk... erklärt, daß die Souveränität beim Volk ruht, und bestimmt diese Verfassung". Und "die Staatsführung ist auf den ernsten Auftrag des Volkes gegründet, ihre Autorität kommt vom Volk, ihre Macht üben die Vertreter des Volkes aus, und der Genuß ihres Erfolges steht dem Volk zu". Hier wird das Prinzip des Auftrags vom Volk und der Demokratie erklärt. Und der erste Abschnitt lautet weiter: "Dies ist ein allgemeiner Grundsatz der Menschheit, und diese Verfassung beruht hierauf. Wir schließen alle Verfassungen, Gesetze, Verordnungen und Erlasse,

die diesem Grundsatz widersprechen, von der Wirksamkeit aus". Die Japanische Verfassung beruht also auf diesem "allgemeinen Grundsatz der Menschheit".

Von diesen Bestimmungen können wir hier feststellen, daß die Japanische Verfassung auf dem Gedanken beruht, daß das japanische Volk für die Gewährleistung der Grundrechte als Erfolg der zu verallgemeinernden Modernisierung der Menschheit seine Verfassung auf den "contrat social" zurückführt. Diese Verfassung bestimmt deswegen, daß die Grundrechte der Menschen als unverletzliche und ewige Rechte übertragen werden (Art. 11), daß die Staatsführung auf den Auftrag des Volkes gegründet ist, und daß diese Verfassung das oberste Recht ist. Für den Schutz dieses obersten Rechts ist die Verfassungsgerichtsbarkeit errichtet (Art. 81).

Im Gegensatz zur Meiji-Verfassung kommt in der Japanischen Verfassung das Prinzip des materiellen Rechtsstaats zum Ausdruck.

Die Meiji-Verfassung hingegen gewährleistete nur begrenzte Rechte der Untertanen und bestimmte den Gesetzesvorbehalt bei Eingriffen in diese Rechte. Natürlich gab es keine Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Entwicklung vom formellen Rechtsstaat zum materiellen Rechtsstaat verläuft deswegen parallel mit der Entwicklung von der Meiji-Verfassung zur Japanischen Verfassung.

Ein großer Unterschied zwischen der japanischen Verfassungen und der deutschen zeigt sich im Übergang von der Meiji-Verfassung zur Japanischen Verfassung: während sich in Deutschland das Grundgesetz nicht direkt aus der Bismarckschen Verfassung und den Verfassungen der Länder des 19. Jahrhunderts entwickelt, vielmehr die demokratische Weimarer Verfassung eine Zwischenstufe bildet, vollzog sich in Japan der Übergang zur modernen demokratischen Verfassung direkt und unvorbereitet. Aber diese grundsätzliche Änderung der Rechtsstaatlichkeit in Japan wurde durch den Art. 73 der Meiji-Verfassung geführt. Wir müssen hier einen Unterschied zwischen *quaestio facti* und *quaestio juris* feststellen. In der Japanischen Verfassung kommt der Begriff des materiellen Rechtsstaats im "contrat social", der durch das Verfahren der Verfassungsänderung in der Meiji-Verfassung entstand, zum Ausdruck. Der Inhalt der Japanischen Verfassung wurde als *quaestio juris* bestimmt, während diese tatsächliche Änderung *quaestio facti* war. Bei der Bestimmung der Grundrechte in Verfassungen als vorstaatliche Menschenrechte ist es bisweilen der Fall, daß es sich um *quaestio juris* handelt.

(2) Die Struktur der Gewährleistung der Grundrechte im materiellen Rechtsstaat:

Wie ich schon erwähnt habe, sind im materiellen Rechtsstaat nicht nur "Materie und Form", sondern auch "Zweck und Mittel" zu erklären. Was bedeutet das für die Japanische Verfassung?

Im materiellen Rechtsstaat ist dessen Zweck die Gewährleistung der Grundrechte.

Die Japanische Verfassung legt die unverletzlichen Grundrechte zu Grunde, und deren Gewährleistung bildet dort den Zweck des Rechtsstaates.

Welche Mittel stellt nun die Japanische Verfassung zur Verwirklichung dieses Zwecks zur Verfügung?

Die Verfassungsgerichtsbarkeit, die zur materiellen Rechtsstaatlichkeit gehört, ist ein unentbehrliches Mittel zur Gewährleistung der unverletzlichen Grundrechte der Menschen. Selbstverständlich sind die Mittel zur Gewährleistung der Grundrechte der Menschen mannigfaltig. Hier möchte ich von den Mitteln, die aus der Japanischen Verfassung herauszuheben sind, einen Umriß geben: in der Gesetzgebung: Das gerechte Gesetz, die Verfassungsgerichtsbarkeit u.a.; in der Justiz: Die richterliche Unabhängigkeit, *nulla poena sine lege* u.a.; und in der Verwaltung: Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Kontrolle des Ermessens, die öffentlichen Ersatzleistungen, Rechtsschutz u.a.; sowie die kommunale Selbstverwaltung. Als die Prinzipien, die für die gesamte öffentliche Gewalt gelten, z.B. Organisation und Verfahren, die der Gewährleistung der Grundrechte dienen, Bestimmtheitsgebot, Verhältnismäßigkeitsprinzip bzw. Übermaßverbot u.a.. Davon möchte ich besonders zwei Punkte erwähnen. Erstens, das Verfahren: Unter dem formellen Rechtsstaat der Meiji-Verfassung gab es keine Vorstellungen und Prinzipien eines fairen Verfahrens. Damals war z.B. für das Verwaltungsverfahren die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes im Bezug auf den Vorrang des Gesetzes ein Problem. Unter dem materiellen Rechtsstaat der Japanischen Verfassung haben sich die Vorstellung und des Prinzip des fairen Verfahrens entwickelt.<sup>19)</sup>

Zweitens, die Verfassungsprinzipien: Gemeint sind hier die Rechtsprinzipien, die direkt aus der Japanischen Verfassung abgeleitet werden, die z.B. die Verwaltung direkt binden, d.h. Verhältnismäßigkeitsprinzip, Gleichheitsprinzip, Prinzip fairen Verfahrens, Vertrauensschutz u.a.. In ihrer Bedeutung entsprechen sie dem "Recht" in Art. 20 Abs. 3 GG. In Japan wird die Multifunktionalität der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland zwar nachvollzogen, aber sie ist nicht verankert. Dennoch besteht auch in Japan Einmütigkeit darüber, daß aus den Grundrechten "Recht" abzuleiten ist. Hinzukommt, daß die Mittel zur Gewährleistung der Grundrechte in der modernen Zeit im engeren Sinne nicht nur in der staatlichen Ebene, sondern auch in der gesellschaftlichen Ebene zu gewährleisten sind.

Wir haben jetzt die Rechtsstaatlichkeit in der Japanischen Verfassung sowie das

---

19) Takada, Der Rechtsstaatsgedanke und die Vorstellung vom Verwaltungsverfahren — Entwicklung und Besonderheiten in Japan, in: Verwaltung im Rechtsstaat, Festschrift für Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag, 1987.

System der Grundrechte und der Gewährleistung der Grundrechte im materiellen Rechtsstaat beleuchtet. Ich möchte jetzt ganz kurz noch auf die Stellung der Grundrechte im materiellen Rechtsstaat eingehen.

In modernen Verfassungen bilden die Erklärung der Menschenrechte und die Gewaltenteilung wesentliche Komponenten. Traditionell wurden beide Elemente als selbständige unterschiedliche Prinzipien behandelt. Wenn wir aber den materiellen Rechtsstaat vom Gesichtspunkt einer "Zweck-Mittel" Relation aus betrachten, sind die Gewährleistung der Grundrechte als Zweck und die Gewaltenteilung als Mittel zu begreifen.

### III. Sozialer Rechtsstaat und Grundrechte

Leider erlaubt es mir die Zeit nicht, ausführlich auf mein letztes Thema "Sozialer Rechtsstaat und Grundrechte" einzugehen. Ich muß mich deshalb auf einige allgemeine Bemerkungen beschränken.

Die Entwicklung vom bürgerlich-liberalen zum sozialen Rechtsstaat ist die weltgeschichtliche Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit. Nach meiner These stellt dies "die Modernisierung im engeren Sinne" des Rechtsstaates dar. Auch die Entwicklung des japanischen Rechtsstaates von der Meiji-Verfassung zur Japanischen Verfassung verläuft in gleicher Weise.

In Bezug auf den bürgerlichen und sozialen Rechtsstaat sind deren Vorstellungen einerseits von den historischen Tatsachen und andererseits deren Theorien zu unterscheiden. Die *Vorstellungen* des bürgerlichen und des sozialen Rechtsstaates können nicht unter der Vorstellung des formellen Rechtsstaates entstehen, weil der bürgerliche und der soziale Rechtsstaat die Begriffe sind, die Zweck bzw. Inhalt des Rechtsstaates prägen. Aber auch unter den Vorstellungen des formellen Rechtsstaates bestanden die historischen Tatsachen und die *Theorien* des bürgerlichen und des sozialen Rechtsstaates, die deren Begriffe nicht benutzen. Die weltgeschichtliche Entwicklung des Rechtsstaates vom bürgerlichen zum sozialen ist bei der Konstruktion des Idealtypus des sozialen Rechtsstaates zu berücksichtigen.

Was für ein Rechtsstaat soll nun der soziale Rechtsstaat, vom Gesichtspunkt meiner These aus, sein?

Vom Gesichtspunkt meiner These aus bildet die "zu verallgemeinernde Modernisierung" die Grundlage. Sie bietet die Voraussetzung, um die "Modernisierung im engeren Sinne" auf ihrer Basis zu entwickeln. Die "Modernisierung im engeren Sinne" darf nicht unter Verletzung des "allgemeingeltensollenden Prinzips in der modernen Zeit im weiteren Sinne" erfolgen.

Im Rechtsstaat als "die zu verallgemeinernde Modernisierung" der Rechtsstaatlichkeit, nämlich im materiellen Rechtsstaat, ist die Gewährleistung der Grundrechte der Zweck. Der bürgerliche und der soziale Rechtsstaat sollen historische Arten dieses Rechtsstaates sein. Dabei zeigen beide den Unterschied der Arten der Gewährleistung der Grundrechte in der historischen Entwicklung. In diesen beiden Formen des Rechtsstaates soll die Gewährleistung der Grundrechte in der jeweiligen Zeit auf Grund des "allgemeingeltensollenden Prinzips in der modernen Zeit im weiteren Sinne" durchgeführt werden. Der Unterschied im Zweck bedingt natürlich den Unterschied der Mittel. Für die Gewährleistung der jeweiligen Grundrechte werden die jeweils passenden Mitteln benötigt.

Was die Gewährleistung im sozialen Rechtsstaat betrifft: Vom oben dargestellten Gesichtspunkt aus kommt auch den sozialen Grundrechten im sozialen Rechtsstaat eine ganz besondere Bedeutung zu, während im bürgerlichen Rechtsstaat nur die Gewährleistung der Freiheitsrechte der Kernzweck ist. Im sozialen Rechtsstaat stellt sich deswegen die Frage nach der Beziehung der Freiheitsrechte zu den sozialen Grundrechten. Dabei muß die Unverletzlichkeit der geistigen und persönlichen Freiheitsrechte (bzw. der politischen Freiheit) erhalten bleiben. Bei der Modernisierung im engeren Sinne können jedoch diese Freiheitsrechte nicht nur Abwehrrechte bleiben (z.B. Recht auf Information).

Die klassischen Freiheitsrechte, nämlich die Freiheitsrechte im bürgerlichen Rechtsstaat, die am meisten die sozialen Grundrechte berühren, sind die wirtschaftliche Freiheit und das Eigentum. Die klassische Formel für die Beziehung der wirtschaftlichen zu den sozialen Grundrechten enthält Artikel 151 Absatz 1 Weimarer Verfassung. Auch der Artikel 29 Absatz 2 der Japanischen Verfassung lautet: Der Inhalt des Eigentums wird durch Gesetz so geregelt, daß es dem allgemeinen Wohl entspricht. Dieser Absatz hat sinngemäß die gleiche Bedeutung wie die Art. 151 Abs. 1 und Art. 153 Abs. 3 der Weimarer Verfassung sowie Art. 14 Abs. 2 des Bonner Grundgesetzes.

Im sozialen Rechtsstaat, der auf die Gewährleistung der Grundrechte nach dem Prinzip der allgemeingeltensollenden Modernisierung zielen soll, handelt es sich deswegen um das Verhältnis zwischen den sozialen Grundrechten und dem Eigentum, sowie Natur and Art beider Bereiche.

Was die Mittel angeht: Der Unterschied der Zwecke "der Gewährleistung der Grundrechte" im sozialen Rechtsstaat einerseits und im bürgerlichen Rechtsstaat andererseits bedingt den Unterschied der Mittel im sozialen Rechtsstaat von denjenigen im bürgerlichen Rechtsstaat. Beispiele dafür in der Ebene der Verwaltung sind die folgenden: Die gesetzgeberische Kontrolle, die Selbstbindung und die gerichtliche

Kontrolle der Verwaltung, sowie die vorherige und nachträgliche Kontrolle der Verwaltung müssen der Gewährleistung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat angepaßt sein. Die Vervielfältigung der Klagetypen sowie die Erweiterung des Gegenstandes der Anfechtungsklage und der Klagebefugnis in der Ebene der nachträglichen bzw. der gerichtlichen Kontrolle verdeutlichen dies.

Nach meiner These soll die Modernisierung im engeren Sinne so voranschreiten, daß sie das allgemeingeltensollende Prinzip der zeitlichen und örtlichen Lage anpassend verwirklicht. Die Entwicklung des Sozialstaates kann und soll deswegen mannigfaltig sein. Eine ein- oder gleichförmige Entwicklung kann und darf es nicht geben.

### Schlußbemerkung

Zusammenfassung: Der Rechtsstaat soll sich in die Richtung, das allgemeingeltensollende Prinzip in der modernen Zeit im weiteren Sinne zu verwirklichen, d.h. in Richtung der zu verallgemeinernden Modernisierung entwickeln. Der allgemeinsollend modernisierte Rechtsstaat, nämlich der materielle Rechtsstaat soll so zu verstehen sein, daß darin so-wohl dessen Zweck "Gewährleistung der Grundrechte" als auch die dazu geeigneten Mittel eingerichtet sind. Die Modernisierung im engeren Sinne des Rechtsstaates soll auf der Basis der zu verallgemeinernden Modernisierung ausgeführt werden. Sie kann jedoch mannigfaltig sein, weil sie sich der jeweiligen zeitlichen und örtlichen Lage anpassen muß. Daher kann der Sozialstaat in vielen Erscheinungsformen auftreten, jeweils jedoch auf der Basis des materiellen Rechtsstaates.

Diese These wird von der seit einigen Jahren in Osteuropa sichtbaren Tendenz bestätigt. Das zeigt sich in der zu verallgemeinernden Modernisierung sowohl der Gewährleistung der Grundrechte als Zweck des Rechtsstaates, als auch der dazu notwendigen Mittel, man denke nur an die Einführungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen 1985<sup>20)</sup> und in Ungarn 1989.<sup>21)</sup> Auf dieser Basis vollzieht sich in diesen Ländern je nach den gegebenen Besonderheiten die Entwicklung zum Sozialstaat.

Abschließend sei auf die kommende vergleichende Verfassungslehre unter Berücksichtigung der dargestellten weltgeschichtlichen Entwicklung hingewiesen.

Bisher hat man in Japan die grundsätzlich von den westeuropäischen Prinzipien getragenen Verfassungen für den Gegenstand der vergleichenden Verfassungslehre

---

20) Vgl. Garlicki, a.a.O. (Anm. 2), S. 296f.; K. Dzialocha, Verfassungsgerichtsbarkeit und gelebte Verfassung am Beispiel Polens, in: 40 Jahre Grundgesetz (Anm. 1), S.133ff.

21) Artikel 32/A der Verfassung der Republik Ungarn, und Gesetz Nr. 32 vom Jahre 1989 über das Verfassungsgericht. Das Verfassungsgericht wurde im Januar 1990 errichtet.

gehalten. Die osteuropäische Verfassungen waren dabei mehr ein Gegenstand der Erforschung sozialistischer Rechte. Die oben genannte Tendenz läßt jedoch erkennen, daß auch die osteuropäischen Verfassungen selbst wichtige Gegenstände unserer vergleichenden Verfassungslehre sein sollten.

Während das 18. und 19. Jahrhundert nach einer Allgemeingültigkeit suchte, wurde diese im 20. Jahrhundert skeptisch betrachtet. Am Ende des 20. Jahrhunderts jedoch sollte sich das allgemeingeltensollende Prinzip rehabilitieren. Selbstverständlich ist dabei die individuelle Konkretisierung in jedem Land auf der Basis des allgemeingeltensollenden Prinzips postuliert. Genau das ist auch meine These, nämlich "die Modernisierung im engeren Sinne auf Grund der zu verallgemeinernden Modernisierung".

Nun endlich ist die Zeit angebrochen, das im neuen Jahrhundert allgemeingeltensollende Prinzip unter der Mitwirkung von West und Ost zu untersuchen, und danach zu streben, es zu verwirklichen.