

行政に対する立法府の権限 —いわゆる措置法論をてがかりにして—

旭川大学助教授 黒川伸一

目次

1. はじめに
2. Ernst Forsthoff の措置法論
 2. 1. E.Forsthoffにおける措置法理解
 2. 2. 措置法のメルクマール
 2. 3. E.Forsthoffにおける措置法論の特色
 2. 4. E.Forsthoffにおける措置法と権限配分
3. 措置法論に対する学説の対応
 3. 1. 措置法に関する学説の整理
 3. 2. Hildegard Krügerの措置法論
 3. 2. 1. H.Krügerにおける措置法理解
 3. 2. 2. H.Krügerにおける措置法と権限配分
 3. 3. Konrad Huberの措置法論
 3. 3. 1. K. Huberにおける措置法の定義
 3. 3. 2. K. Huberにおける法治国家と措置法
 3. 3. 3. K. Huberにおける措置法と権限配分
 3. 4. Christian-Friedrich Mengerの措置法論
 3. 4. 1. C. F. Mengerにおける措置法の定義
 3. 4. 2. C. F. Mengerにおける法治国家と措置法
 3. 4. 3. C. F. Mengerにおける措置法と権限配分
 3. 5. Werner Krawietzの指摘
 3. 6. 小括
4. 新しい試み
 4. 1. Norbert Achterbergの見解
 4. 1. 1. 核心—周辺理論とその問題点
 4. 1. 2. N. Achterbergの試み——implied powerと基本法第20条2項の縮小
 4. 2. Gerhard Zimmerの見解

4. 2. 1. 従来の概念的 method の問題点
4. 2. 2. G. Zimmer の主張の前提
4. 2. 3. 決定理論に基づく国家作用論
4. 2. 4. 立法権の特質とその作用範囲
4. 3. 小括
5. おわりに
5. 1. 法律および立法の意味
5. 2. 立法の合理的決定手続と措置法の問題
5. 3. おわりに

1. はじめに

日本国憲法上、国会と内閣の間の権限配分はどのようになされているのであろうか。日本国憲法はこの問題についていくつかの権限規定を散発的に設けているが、国会と内閣のために統一的な権限カテゴリーを有しているわけではない。そこで、支配的な学説は日本国憲法第41条「国会は……立法機関である」と同65条「行政権は、内閣に属する」を権限配分規定と理解し、それらの条文の定める「立法」および「行政」を機関に結びつけて形式的に理解するのではなくて、作用の内容に着目して実質的に把握することで問題を解決してきた。すなわち、憲法第41条は実質的意味の立法作用が国会の権限であること、同65条は実質的意味の行政作用が内閣の権限であることを定めていると解するのである。そして、通常、実質的意味の立法によって制定される実質的意味の法律は法規によって定義され、実質的意味の行政は控除説によって定義されるので、国会の権限は法規を定めることであり、内閣の権限は実質的意味の立法と実質的意味の司法を控除したあとに残るすべての国家的な事務を処理することとされる。

しかし、このような権限配分図式は例外を許さないわけではない。例えば、予算は実質的には行政と把握され得るにもかかわらず国会に配分されており(憲法第86条)、法規を内容とする委任命令は、実質的には立法作用であるにもかかわらず、内閣に許容されている(憲法第73条6号但書)。このように実質的な行政作用が国会に配分されたり、実質的な立法作用が内閣に配分されたりすることも、憲法の明文規定によって認められている*1。

作用分離と分業の考え方を基礎におく権力分立原則の下では、実質的な立法作用は立法機関(国会)に、実質的な行政作用は行政機関(内閣)に配分されることを原則とする。したがって、実質的意味の国家作用が、それが本来配分されるべき機関とは別の機関に配分される場合には、その根拠や範囲

*1 権限配分図式の例外としては、本文に挙げたもののほかに、資格争訟(憲法第55条)、両議院の規則制定権(同58条2項)、弾劾裁判(同64条)、最高裁判所の規則制定権(同77条1項)などを挙げることができよう。

並びに限界は厳格に規定されねばならないであろう。そうでなければ、権力分立原則が際限なく侵害され、ひいてはその自由保障的な機能が形骸化されかねないからである。このような厳格な限界づけの要請は、権力分立原則に基づいて国家作用の基本秩序を形成している日本国憲法の下でも、基本的に妥当するといえるであろう。

いわゆる措置法をめぐる議論はまさにこの点に関わっている。現代国家では、法律の形式で具体的な措置がなされることがある^{*2}。措置を発して具体的な問題を処理することは行政作用といえるから、これは本来は内閣の権限に属する。したがって、措置法では、国会が実質的な行政作用を実施していることになる。しかし、これを直接許容している憲法規定は存在せず、その範囲や限界についても明確でないことから問題が生じる。国会は法律の形式で措置を発して具体的な問題を処理することができるのであろうか。実定憲法に規定がないとすれば、その根拠はどこに求められるのであろうか。また、その範囲はどこまで及び、どこに限界が求められるのであろうか。

措置法に関する議論は、現代における立法実務の変容への示唆をも含んでいる。近代立憲主義における立法作用は、民法や刑法のように一般的な規範によって社会全体の秩序を規律することにおおむね限定されており、社会に生じる個別の問題を処理することは君主権の存在を背後に有する行政権の権限であった。これに対して、現代のような高度に複雑な民主国家では、個別具体的な問題を適宜処理することが、行政だけでなく立法にも求められるようになる。措置法はそのような事態に対応するものとも考えられる。そうであるならば、措置法は、近代立憲主義下で構築された伝統的な権限配分図式とは整合的ではなく、それに修正を迫るものともいえるであろう。このことは、ひいては次のような根本的な問題を提起するに至るであろう。そもそも現代の民主憲法の下では、立法作用はどのように把握されねばならないのであろうか。先に挙げた措置法に関する問題は、この問題への解答いかんにかかっている。

*2 後述するように、措置法については、その概念定義自身に活発な議論が存在する。このことが措置法をめぐる問題を複雑なものにしているが、ここではその詳細な定義についてはペンディングにしておき、単に字義通り、措置を内容とする法律と仮に把握しておく。また、措置の意味については、とりあえず「ある問題に対する対策、施策等その問題を処理するためにとられるもろもろの手段をまとめていう」（法令用語研究会編、有斐閣法律用語事典第2版、2000年、887頁）ものととらえておく。

*3 なお、我が国では「措置に関する法律」や「特別措置法」あるいは「臨時措置法」という名称が法律に用いられる例は少なくない。例えば、最近のものとしては、「武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律」（平成16年法律第112号）、「イラクにおける人道復興支援活動及び安全確保支援活動の実施に関する特別措置法」（平成15年法律第137号）などが挙げられよう。しかし、本稿で取り上げる「措置法」は、これらの名称が付与された法律とは必ずしも一致するものではない。形式的な名称ではなくて、個々の規定の具体的内容が問題なのである。ちなみに、本稿で問題にする「措置法」の我が国における具体例としては、「学校法人紛争の調停等に関する法律」（昭和37年法律第70号）が挙げられている。樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法徳『注釈日本国憲法下巻』（青林書院、2003年）842頁以下参照。なお、「措置」が法律の名称として用いられる場合の意味については、田島信威『立法技術入門講座2 法令の仕組みと作り方』（ぎょうせい、1988年）103頁以下参照。

本稿ではこのような問題関心に基づいて議論を進めていく。措置法はとりわけドイツ国法学で活発に議論されてきたテーマであり、その議論は我が国にも有益な示唆を与えられると思われるので、主としてドイツの措置法学説を題材にして議論を展開する。以下、第2章では措置法論の口火を切ったE.Forsthoffの議論を概観する。第3章では、この議論に対する当時の学説の対応を、H.Krüger, K.Huber, C.F.Menger, W.Krawietzの所説を中心に検討する。第4章では、学説の新たな展開として、N.Achterberg, G.Zimmerの見解を取り上げ、第5章で、H.Frohnの見解に依拠しながら、まとめを行う。

2. Ernst Forsthoffの措置法論

第二次大戦後のドイツで立法府と行政府の権限配分問題に一石を投じたのが、Ernst Forsthoffの措置法論である*4。Forsthoffの措置法論についてはすでに我が国でも詳細な紹介があるが*5、本稿の問題意識から再整理することが不可欠であると考えられるので、ここでは本稿の研究に必要な範囲で紹介し、検討を加えることにする。

2. 1. E.Forsthoffにおける措置法理解

Forsthoffは措置法概念を明確に定義しているわけではない。しかし、ワイマール憲法第48条2項*6の「措置 (Maßnahme)」概念を手がかりにして、次のように議論を展開する。

「措置」には目的と手段の特殊な関係が確認される。すなわち、何らかの目的へと向けられる措置にあつては、目的達成のために投入される手段がその目的に適合していること、投入される手段が目的に従属していることが認められる*7。このように理解される措置が「措置法」を規定する。し

*4 Forsthoffが措置法の問題を提示したのが1955年の論文Über Maßnahme-Gesetzeである。この論文は、その後のドイツにおける措置法に関する議論の端緒になった点で歴史的にも重要なものである。Ernst Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetze, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.221ff.

*5 代表的なものとして、手島孝「西ドイツ公法学管見」法律時報第36巻第4号(1964年)54頁以下、波多野弘「いわゆる措置法について(序説)——フオルストホフの所説」名城法学16巻3・4合併号(1967年)142頁以下、小山正善「西ドイツにおける措置法(Maßnahmegesetz)論争の概観——(1)いわゆる措置法学説」阪大法学115号(1980年)46頁以下。

*6 ワイマール憲法第48条2項「ドイツ・ライヒにおいて、公共の安寧秩序が著しく障害され、またはそのおそれがあるときは、ライヒ大統領は、公共の安寧秩序を回復するために必要な措置をとることができ、必要な場合には武装兵力を用いて介入することができる。この目的のために、ライヒ大統領は、第114条、第115条、第117条、第118条、第123条、第124条および第153条に定められている基本権の全部または一部を一時的に停止することができる。」なお、本稿ではワイマール憲法及びドイツ基本法の条文については、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集[第2版]』(信山社、1997年)、宮沢俊義編『世界憲法集第四版』(岩波文庫、1989年)、同編『世界憲法集』(岩波文庫、1968年)、カール・シュミット(阿部照哉・村上義弘訳)『憲法論』(みすず書房、1989年)447頁以下の訳を参考にした。また、ドイツ基本法の条文については、現行のものに依拠している。

*7 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.225.

たがって、措置法では法律の目的と、その目的を達成するために投入される手段の間に特殊な関係が見いだされる。以上のことを前提に、Forsthoffは措置法を「目標ないしは目的から手段へと論理的に達する」法律と理解する^{*8}。つまり、法律の外にある何らかの目標を達成するために、その手段を定めるものが措置法とされる。

Forsthoffは、第二次世界大戦後の西ドイツで新しいタイプの法律がいくつか制定されたことを契機にして、このような措置法という法律類型を導き出す。西ドイツでは戦後復興に関連して、後述する1952年の投資助成法（Investitionshilfegesetz）^{*9}やlex Platowと称された1954年の刑罰免除法（Straffreiheitsgesetz）第8条^{*10}のように、伝統的な法治国家的法律概念では把握できない法律が少なからず制定された。Forsthoffはこれらの新しい法律を「措置法」という法律類型の下にまとめ、通常法律から区別したのである。

2. 2. 措置法のメルクマール

(1) Forsthoffによれば、措置法と通常法律とを区別するメルクマールは法律の目的にある。例えば、営業法や保険法といった通常法律は一定の秩序を作り上げるものであって、法律の目的は法律が作り出す秩序自身に含まれている。つまり、営業法は営業秩序を作り出すために制定され、保険法は保険秩序を作り出すために制定され、これら営業秩序や保険秩序がそれぞれの法律の目的である。

もとより、通常法律の作り出す秩序はどのようなものであってもよいわけではない。Forsthoffによれば、それは正義に向けられていなければならない。通常法律は「正義について通用している觀念に一致しつつ秩序づけるため」に発され、「単に利益によって規定されるのではなくて、正義のために秩序づける規律を内包する」場合にのみ、法律と考えられる^{*11}。だからこそ、法律の目的を秩序の外に問うことは無意味である。法律の目的は、それによって作り出される秩序が向けられる「正義」以外にはあり得ないからである。

これに対して、措置法は秩序を形成するために発されるのではない。先に挙げた投資助成法は第

*8 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.226.

*9 BGBl. 1952 I S.7.

*10 BGBl. 1954 I S.203. ちなみに、lex Platowといわれる1954年の刑罰免除法第8条の規定は次の通りである。

「公職従事者が携わる事務に関する報道の伝達、入手あるいは流布を対象とする犯罪行為について、あるいはそのような行為を準備し、促進し、確保し、隠蔽するようにして関係する犯罪行為については、その行為が1952年1月1日以前になされた場合には、2条及び3条を超えて、確定力を持って科された量刑あるいは予想されるべき量刑を顧慮することなく、免訴がなされる。」

なお、本条については、BVerfGE 10,235f.並びに小山・前掲注(5) 115頁以下を参照した。

*11 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) SS.225, 226.

*12 投資助成法の問題点については、同法の合憲性が争われた1954年7月20日の連邦憲法裁判所判決に詳しい。参照、BVerfGE 4,7ff., 小山・前掲注(5) 115頁。

二次大戦後に鉱業と製鉄業に不足していた投資を誘導するために制定されたものであり^{*12}, lex Platow は、いわゆるPlatow事件に関与した人々を免訴にするために設けられたといわれている^{*13}。これらの目的は必ずしも正義に向けられたものとはいえない。特に、lex PlatowはPlatow事件でなされた収賄をも免訴にするものであることを考えれば、なおさらである^{*14}。措置法は正義以外の目的や利益のために発される法律なのである。

以上のことから明らかなように、措置法と通常法律は、それぞれが追求する目的によって区別されるが、このことは両法律の本質規定にも関係する。通常法律は正義を志向する理性 (ratio) と把握されるのに対し、措置法はそれ以外の目的や利益に合目的的に向けられる行為 (actio) と位置づけられる^{*15}。

(2)措置法と類似したものとして、個別法律 (Individualgesetz) という類型が区別されることがある。これは一般的な理解に従えば、その名宛人や対象が特定されているか、あるいはその表現が個別的一具体的である法律を指す^{*16}。Forsthoffによれば、措置法は個別法律と同義ではない。なぜなら、法文の表現やその規制対象に個別性あるいは具体性を伴った法律でも、正義に向けられているために措置法と認定されないこともあり得るし、逆に、一般的・抽象的な文言からなる法律であっても、目的と手段の特殊な関係が認められれば、措置法とされる可能性があるからである^{*17}。実際、先に挙げたlex Platowは表現の上では一般的あるいは抽象的であったが、特定の一時的な目的のため

*13 lex Platow の問題点については、同法の合憲性が争われた 1959 年 12 月 15 日の連邦憲法裁判所判決に詳しい。vgl.BVerfGE 10,234ff., 小山・前掲注 (5) 115 頁以下。

*14 なお、Karl Zeidlerはlex Platowの目的をその制定過程から明らかにできるか否かという問題について詳細に論じ、否定的な結論に至っている。vgl. Karl Zeidler, Maßnahmegesetz und >>klassisches<< Gesetz, 1961, S.179ff. このように措置法否定論の一つの論拠は、法律の目的を明確に確定することの困難さに向けられていた。vgl. Herbert Werhahn, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in: VVDStRL Heft 15 S.40ff., Hans Schneider, Über Einzelfallgesetze, in: Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern, 3.Aufl. 1994, S.162f.

*15 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) SS.221,225,226.

*16 法規の一般性、抽象性、個別性、具体性についてはDieter Volkmarの詳細な研究がある。vgl.D.Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt; Versuch einer begrifflichen Abgrenzung, 1962. そのほかの文献として、Schneider, a.a.O. (Anm.14) S.159ff. が挙げられる。

*17 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) SS.223f., 226f. ちなみに、Schneider もまた、措置法と個別事例法律が同義でないことを確認している。Schneiderは措置法と個別事例法律の関係について、「あらゆる個別事例法律は措置法であるが、しかし、あらゆる措置法は個別事例に関係するわけではない」と説明している。Schneider, a.a.O. (Anm.14) S.163. もっとも、Zeidlerの指摘するように、Schneiderは国法学者大会の討論では、措置法と個別法律を同義の概念と考えていたようである。vgl. Zeidler, a.a.O. (Anm.14) S.46 Anm.8a., Schneider, VVDStRL Heft 15 1957, S.90.

めに制定されたものと把握することが可能であり、Forsthoffはこれを措置法と位置づける^{*18}。もちろん、個別的・具体的な事項を規定する法律は、法律の外にある目的に向けられていることが容易に想定できるので、個別法律が措置法である蓋然性は高い。しかし、法律の規定の仕方は技術的にどのようなでもできるのであるから、その形式的な表現だけに着目して法律の類型を設けることは、必ずしも適切ではないという^{*19}。

2. 3. E.Forsthoffにおける措置法論の特色

Forsthoffの措置法論については、以下の諸点に留意する必要がある。

第一に、伝統的な法治国家の構造から見れば措置法は異物と評価される点である。Carl Schmittが強調するように^{*20}、法治国家の法律概念には一般性・抽象性という形式要素が課されており、これには市民の自由を保障するという重要な機能があつた。議会の立法権に一般性・抽象性という限界が課されることで、議会が絶対主義に堕して市民の自由を侵害することが妨げられていたのである。本来、一般的・抽象的な規範を発するのが立法府の使命であり、これに基づいて具体的な手段を発動するのは執行府の作用に属する。立法府が法律によって具体的な手段を発動すれば、それは執行府の作用を害し、権力分立原則に抵触し、もはや法治国家的法律とは言えない。Forsthoffの指摘するとおり、絶対主義は国権の担当者が国王から議会に移っただけでなく、それが法治国家を保証する形式要素に適合した形で行使されて初めて克服されることになるので^{*21}、形式要素の維持は法治国家の要石である。したがって、法律によって具体的手段を発動する措置法は、そもそも伝統的な法治国家観からは異物と評価される。

第二に、措置法は異物と評価されるにもかかわらず、基本法秩序から排除されない点である。Forsthoffによれば、自律した市民社会が存在する場合には、立法府の作用を民法や刑法などの一般的・抽象的規範の制定に限定できるという^{*22}。そのような市民社会はさまざまな問題を公権力から独立して解決できるので、立法府が一般的・抽象的規範を制定し、執行府がこれを執行すれば、あとは社会で行われている自律的な決定を国家が法として承認するだけで十分であった。しかし、自

*18 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.227. もっとも、連邦憲法裁判所は、刑罰免除が不特定多数の事例に対して適用される一般的法規の性格を有する場合には立法者の権限に属するという前提に立ち、lex Platowによる刑罰免除は単に個別事例に向けられるのではなく、Platow事件以外にも適用可能な一般的法規であるから立法者の権限に属すると結論づけた。vgl. BVerfGE 10,238f.

*19 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.226f.

*20 Carl Schmitt, Verfassungslehre, 3.Aufl., 1957, S.154ff., カール・シュミット（阿部照哉・村上義弘訳）『憲法論』（みすず書房、1989年）184頁以下。

*21 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.222.

*22 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.222. なお、国家と社会の関係は措置法を考える上で重要な問題であるが、本稿では紙幅の関係上、議論に立ち入ることができない。この問題に関する重要な研究として、工藤達朗「憲法学における『国家』と『社会』——K・ヘッセの『共同体』概念とその問題性——」法学新報（中央大学）第91巻8・9・10号227頁以下、が挙げられる。

律した市民社会は二度の大戦を経て徐々に消滅し、今や国家は度重なる経済問題や社会問題に対処するために市民社会に直接に介入せざるを得ない。そのための手段が「措置」であり、ワイマール憲法第48条2項の大統領の緊急措置権はこのことを定めていたのである。

もっとも、この緊急措置権はワイマール時代の建前としては例外的状況に限定されていた。通常の状態では、立法府は一般的・抽象的規範を定立し、執行府はそれを個別的・具体的事例において執行していた。ところが、第二次大戦直後は更に状況が進展する。そこでは市民社会の困窮はいつそう進み、国家はますます措置を内容とする法律によって直接に市民社会に介入しなければならない。第二次大戦後に発された価格法^{*23}や食糧供給に関する各種の法律^{*24}などはその典型例である。

Forsthoffによれば措置法はドイツ基本法と矛盾するものではない。なぜなら、上述のように現代国家ではそのような法律の必要性が認められるし、他方では、基本法は必ずしも権力分立を厳密に貫徹しているわけではないからである^{*25}。したがって、基本法があえて措置法を禁止する規定を設けていないのは、それが禁じられないからであると結論づける^{*26}。

第三の点は措置法のコントロールに関する。措置法の存在を認めざるを得ないにしても、法治国家や権力分立に矛盾するというその性質の故に、特別にこれをコントロールする手段が必要になる。この手段は基本法では憲法裁判権に求められる。措置法の合憲性審査の方法は、措置法と行政行為の裁量とがともに目的・手段の関係において類似していることから、通常法律の合憲性審査と異なって、行政行為の裁量と同様に逸脱と濫用の有無を目的と手段の关系到即して審査することになるという^{*27}。

2. 4. E.Forsthoffにおける措置法と権限配分

最後に、措置法が立法府と行政府の間の権限配分に及ぼす影響を概観しておこう。

すでに示唆したように、Forsthoffは措置法を制定する立法府の権限を肯定している。確かに、基本法第77条1項1文^{*28}による議会への立法作用の配分は随意的の授権ではなく、基本法第20条2項

*23 価格形成と価格監視に関する1948年4月10日の法律(WiGBL.27)。

*24 例えば、1947/48経済年度におけるジャガイモ供給の確保に関する1947年10月3日の法律(WiGBL.3)、1947/48経済年度における食肉の供給確保に関する1947年10月3日の法律(WiGBL.5)、1948年度の牛乳と乳製品の徴募の確保に関する1947年12月18日の法律(WiGBL.9)など。なお、これらの一連の法律については、K.Huber, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963 S.26ff. insbes. S.58 Anm.10を参照した。

*25 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.227f., vgl. Heinz Bauernfeind, Zum Verbot von Einzelfallgesetzen gemäß Art. 19 I GG, in: DVBl. 1976, S.194.

*26 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.227f.

*27 具体的には措置法の審査は次の三点について行われるという。すなわち、①措置法の目標が基本法と一致し得るか否か、②この目的を達成するためにとられた手段が基本法と一致し得るか否か、③相当性の原則を遵守しているか否かという点である。Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.235f. これに対して、通常法律にあっても措置法と同じように目的と手段の審査が必要であり、コントロールについて両者は本質的に異ならないと主張するものとして、Schneider, a.a.O. (Anm.14) S.162f., Karl Matthias Meessen, Maßnahmegesetze, Individualgesetze und Vollziehungsgesetze, in: DÖV 1970 S.315.

*29 および第79条3項*30によって権力分立が基本法の主要な構成要素とされている以上、立法府といえども行政に留保された領域を侵害することは許されない*31。しかし、現代国家における措置法の必要性和、基本法における措置法の禁止規定の不存在に基づいて、Forsthoffは措置法を発する立法府の権限を肯定する*32。

Forsthoffの認めるように措置法が法治国家の形式要素を破るのであれば、単に禁止規定が存在しないというだけでは、措置法を認める実定法上の根拠としては弱いであろう。この点を度外視して措置法を認めるにしても、立法府の措置法権限の限界が問われることになる。もっとも、この問題をForsthoffの措置法論に求めても、明確な回答を引き出すことはできない。Forsthoffは措置法を発する立法府の権限を限定することなく、事後的な司法コントロールの可能性を検討するだけである*33。しかし、措置法が執行府の権限を侵害し、法治国家の形式要件を破るならば、措置法を発する立法権限の限界を対象に即して明確にする必要性は否定できない。措置法を発する立法府の権限に限界は存在しないのであろうか。存在するとしたら、措置法はいつ、どのような事項について制定され得るのであろうか。

いずれにせよ、Forsthoffの措置法論は、現代国家の立法作用が伝統的な法治国家モデルによって十分に把握し尽くせない可能性のあることを示した点で評価されるべきである。そこで、次章ではForsthoffの提起した措置法という新たな問題に対して、当時のドイツの学説がどのように対応したのかを概観する。

3. 措置法論に対する学説の対応

3. 1. 措置法に関する学説の整理

Forsthoffによって提起された措置法に関する議論は、すぐにさまざまな反響を惹起しながら、その論文の発表された翌1956年の国法学者大会における大会テーマとなった。そこではChristian-

*28 基本法第77条1項1文「連邦法律は連邦議会によって議決される。」

*29 基本法第20条2項「すべての国家権力は国民に由来する。国家権力は、国民により、選挙および投票によって、かつ立法、執行権および司法の特別の機関を通じて行使される。」

*30 基本法第79条3項「連邦のラントへの編成、立法における諸ラントの原則的協力、または第1条および第20条に定められた基本原則に抵触するようなこの基本法の改正は、許されない。」

*31 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.227.

*32 Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.228.

*33 この点についてForsthoffは次のように指摘している。

「原則として、措置法の許容性を甘受しなければならないであろう。」

「濫用に対して実効的な保障が存在する場合には、やむを得ない事情にせまられてというだけでなく、法治国家的熟慮からもまた、措置法は甘受され得るであろう。」

Forsthoff, a.a.O. (Anm.4) S.228f. Forsthoffによれば、措置法では目的の憲法適合性と手段の相当性が審査されるのであるから、立法府の措置法権限が対象にそくして限定されることはほとんどないと思われる。

Friedrich MengerとHerbert Wehrhahnによる報告をもとに議論がさらに深められていった^{*34}。そして、大会後も措置法や法律概念論に関する著作が数多く公にされていく。

当初、措置法に関しては、もっぱらその概念定義が中心に争われた。当時の議論では、措置法という法律類型が法社会学的意味において成立し得ることについては、おおむね意見の一致が見られたと言えよう。問題は、措置法という法律類型が法ドグマティークの概念として成立し、そこから何らかの法的結論を導くことができるか否かという点にあった。

この問題についてKarl Zeidlerは、国法学者大会における報告および議論並びに当時の主要学説を次のように分類する。第一に、措置法論は法ドグマティークの概念として成立し得るとする立場(E.Forsthoff, C.F.Menger, E.R.Huber, K.Ballerstedt)、第二に、Forsthoffの主張するような実質的な意味における措置法については否定するが、個別法律(Individualgesetz)のような形式面に着目した法律類型において、その成立を認める立場(Klein, H.Schneider, Schätzel, Haußleiter, Hildegard Krüger)、最後に法ドグマティークの概念としての措置法を否定する立場(Wehrhahn, Scheuner, Rumpf, Kaiser, Merk, Merkl, Peter Schneider, Münch)である^{*35}。この三分類はすでに我が国にも紹介されている^{*36}。

これに対して、国家諸作用の交差という現象を手がかりにして国家作用論の新たな展開の可能性を探るNorbert Achterbergは、立法作用と行政作用の関係を解明する際に措置法の問題を取り上げる^{*37}。Achterbergは法律概念を基準にして措置法に関する学説を次のように分類する^{*38}。措置法が法律概念を充足しないにもかかわらず許容されるとする立場(Forsthoff, Menger, D.Volkmar, W.Kägi)、法律概念を充足するので許容されるとする立場(H.Schneider, Zeidler, K.Huber)、措置法は許されないとする立場(Hildegard Krüger)である^{*39}。

第二帝政期以降のドイツ国法学における支配的な見解は、法規概念に基づいて内容的に定義される

*34 大会の報告と議論についてはVVDStRL Heft 15, 1957 S.3ff.で公にされている。

*35 Zeidler, a.a.O. (Anm.14) S.32ff.

*36 例えば、手島・前掲注(5) 57頁以下、小山・前掲注(5)、同「西ドイツにおける措置法(Massnahmegesetz) 論争の概観－2－「措置法」批判説」阪大法学、第120号(1981年)。

*37 N.Achterberg, Probleme der Funktionenlehre, 1969, SS.72ff, 116ff.

*38 なおAchterberg自身はZeidlerの分類方法を否定していない。Achterbergは狭義の措置法と広義の措置法を区別し、前者はForsthoffの説く目的志向法律を指し、後者はそれに加えて、個人法律、個別事例法律、限時法律をも含むものとする。措置法にこのような広義と狭義の区別ができるか否かはペンディングにするが、Zeidlerの分類はForsthoffによって特徴づけられた措置法を基準とする分類であるのに対して、Achterbergの分類は措置法概念をさらに広く把握して、それを伝統的な法律概念と対置することによって得られる分類であり、その分類が有している意義は、Zeidlerのそれとは若干異なって評価されるべきであろう。Achterberg, a.a.O. (Anm.37) SS.72 Anm.301, 79 Anm.331.

*39 Achterberg, a.a.O. (Anm.37) S.73.

実質的法律と、法定立機関という観点から形式的に定義される形式的法律を区別して(いわゆる二重法律概念論^{*40})、原則として実質的法律は形式的法律でなければならないという権限配分上の要請を導く^{*41}。伝統的な法律概念が権限配分機能を有してきたことを顧慮すれば、法律概念を基準にするAchterbergの分類は、措置法論が権限配分論の一つの問題であることを示唆している点で評価できよう。しかし、他方では、依然として措置法および法律の「概念」が重視されており、概念に基づいた権限配分図式が前提にされていて、すぐれて現代的な問題である措置法論が伝統的な二重法律概念論や、それに基づく権限配分図式に及ぼす影響については度外視されている。

本稿の研究は、伝統的な権限配分図式が現代国家でも十分通用し得るのか否か、という論点を一つの対象としている。そこで、伝統的な二重法律概念論を基礎にした権限配分図式に修正を迫るか否かによって、措置法に関する学説を分類することが重要であるように思われる。したがって、分類は次のようになる。第一に、伝統的な権限配分図式の枠内で措置法を把握し、体系的に整序する立場がある。この立場は、法律概念を措置法のために修正することなく、伝統的な概念内容と権限配分図式をそのまま維持しながら措置法を整序する立場(Hildegard Krüger)と、伝統的な権限配分図式は修正しないが、措置法を含むように法律概念を修正して措置法を整序する立場(K.Huber)とに分かれる。第二に、措置法を把握するために法律概念を修正するのではなく、伝統的な権限配分図式それ自体を修正しなければならないとする立場がある。当時の理論でこの立場を明確にするものは見受けられないが、Christian-Friedrich Mengerの理論やWerner Krawietzの指摘はこの立場に示唆を与えるものとする。第三に、措置法は単に法社会学上の概念にとどまるので、そもそも権限配分論には影響を有しないとする立場がある(H.Wehrhahn, K.Zeidler)。本稿ではこのような分類にしたがって、権限配分論の立場から各学説の措置法論を概観する。ただし、最後の立場は、措置法の有する重要な現代的意義にもかかわらず、それが伝統的な権限配分図式に直接の影響を与えることを原則として認めていない。この点において否定説の間に差異はない。そこで、その主張については独立して紹介せず、必要に応じて適宜言及するにとどめる。

3. 2. Hildegard Krügerの措置法論

Hildegard Krügerは、Forsthoffによって提起された措置法という法律類型を、法規理論を前提とする伝統的な二重法律概念論とそれに基づく権限配分図式を堅持しながら、国家作用論に組み込んでいく^{*42*43}。

*40 いわゆる二重法律概念論についてはすでに多くの文献がある。わが国における重要な研究としては、堀内健志『ドイツ法律概念の研究序説』(多賀出版, 1984年)が挙げられるであろう。

*41 例えば, Gerhard Anschütz, Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 2.Aufl., 1901 (Neudruck, 1971) S.16.

3. 2. 1. H.Krügerにおける措置法理解

Forsthoffと同様に、H.Krügerもまた措置法を正確には定義していない。しかし、措置法と個別法律を同義に用いながら、措置法とは個別事例を規律するための形式的法律であって、実質的法規の性質が欠如しているものと把握する^{*44}。措置法の具体的な例としては、基本法第59条2項1文^{*45}の認める条約への同意法律、同110条2項1文^{*46}の認める予算法律、同115条^{*47}の認める信用供与法律、担保提供法律が挙げられている^{*48}。H.Krügerによれば、これらの法律は法律という形式を有しているが、個人の権利・利益を侵害するものではなく、実質的には法律ではない^{*49}。他方で、基本権を制限する個別法律も考えられ得るが、これは基本法第19条1項^{*50}によってそもそも許されていない^{*51}。結局、H.Krügerは、伝統的な二重法律概念論に基づきつつ、従来の理論では法規を内容とし

*42 Hildegard Krüger, Die Verfassungswidrigkeit der lex Schömer, DVBl.1955 SS.758ff, 791ff. なお、H.Krügerの措置法論については、小山・前掲注(36)76頁以下に詳しい。

*43 当然のことながら、H.Krügerの二重法律概念論はあくまでも基本法下のものであって、基本法による修正を受けており、その意味ではP.Labandに代表される第二帝政期ドイツの二重法律概念論と同一のものではない。H.Krügerによれば、立法府もまた実質的な法に拘束されるので、Labandの説くように、どのような内容でも法律の対象にされ得るわけではない。その意味では、彼女が堅持しているのは、Labandに代表される二重法律概念論やそれに基づく権限配分図式の骨組みの部分といえる。H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.760., 後掲注(81)

*44 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.761.

*45 基本法第59条2項1文「連邦の政治的関係を規律し、または連邦の立法事項に関する条約は、連邦法律の形式で、それぞれ連邦立法について権限を有する機関の同意または協力を必要とする。」

*46 基本法第110条2項1文「予算は、一または複数の会計年度のために、年ごとに分けて、最初の会計年度の始まる前に、予算法律によって確定される。」

*47 基本法第115条「起債ならびに保証、担保その他の担保給付の引き受けで、将来の会計年度の支出をもたらす可能性のあるものは、その額が特定されるかまたは特定されうるような、連邦法律による委任を必要とする。起債による収入は、予算中に見積られている投資支出の総額を超えてはならない。ただし、経済全体の均衡を乱すことを防止するためのものは例外とする。詳細は連邦法律で定める。」

*48 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.761.

*49 H.Krügerによれば、実質的法律は、法哲学的意味においては「ただ法規であり、一般的に妥当する法規である」と定義される。しかし、これは実定憲法による逸脱を許す。「法哲学的な法概念からの逸脱が憲法上有効か否かは、その都度の憲法にしたがって規定される。憲法がこの問題について態度を明らかにしない場合は、一般的でない法律は許されないであろう。」そこで基本法の採用する法律概念が問われることになる。この点について明らかにするのが基本法第19条1項1文であり、そこでは基本権を制限する法律は「一般的であって、ただ個別事例にのみ適用されてはならない」と規定されている。そこで、基本法では基本権を侵害する規範が実質的意味の法律と把握され、このような基本権を侵害する規範に一般性が要請される。H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.760f. H.Krügerの法哲学的法律概念の理解に批判的なものとして、Achterberg, a.a.O. (Anm.37) S.78 Anm.328, G.Zimmer, Funktion-Kompetenz-Legitimation, 1979 S.335. いずれにせよ、H.Krügerでは実定憲法よりも前にある概念によって法律概念が規定されていることに留意する必要がある。

*50 基本法第19条1項「この基本法にしたがい、法律によって、または法律の根拠に基づいて、基本権が制限され得る場合、その法律は、一般的に適用されるものでなければならず、個々の場合にのみ適用されるものであってはならない。」

ない単なる形式的意味の法律と分類されてきたものを措置法と同一視するのである^{*52}。

措置法は、上述の三つの具体例のように基本法によって要請される場合に限定されるわけではない。確かに、「通常、法律はそれが基本権を制限しない限りでも、一般的で抽象的である」とされるが^{*53}、H.Krügerは、基本法第19条1項の制限^{*54}に抵触せず、同第3条3項^{*55}の平等原則に抵触しない限り、措置法は許されていると考える^{*56}。

困難な問題を提供するのはlex Platowのように、文言上は一般的・抽象的に定められており、複数の人や事例に適用され得るように見えるが、実際には唯一の事例に適用される、いわゆるカムフラージュされた個別法律である。なぜなら、立法技術の進展の結果、あらゆる法律がすべての人に適用される命題によって発せられ得るからであり、また一般と個別の間の限界は相対的・流動的であって、明確な区別ができないからである^{*57}。一般的・抽象的な法律が通常法律なのか、それともカムフラージュされた個別法律なのかという問題について、H.Krügerは立法者の主観的な意図を顧慮することなく、客観的な事情だけで判断すべきであると主張する^{*58}。客観的に基本権を侵害する個別法律であることが判明する場合には、法律の表現が一般的・抽象的であっても、憲法上禁止されているという^{*59}。

3. 2. 2. H.Krügerにおける措置法と権限配分

H.Krügerによれば、措置法は憲法上許容されたものと禁止されたものに分かれ、前者は法律の形式における政府行為と位置づけられ、後者は法律の形式における行政行為と位置づけられる^{*60}。また、

*51 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.762.

*52 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.761.

*53 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.762.

*54 基本法第19条1項の解釈については争いがあるものの、H.Krügerによれば、前半部分の法律の一般性は人および物の観点で要求され、後半部分の個別事例にのみ適用されないとは、適用される法律が抽象的であることを意味するという。結局、基本権を制限する法律は一般的・抽象的でなければならず、個別事例法律ないしは個人法律と同一視される措置法は基本権を制限できない。H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.762.

*55 基本法第3条3項「何人も、その性別、血統、人種、言語、出身地および門地、信仰または宗教的もしくは政治的意見を理由として、差別され、または優遇されてはならない。何人も、障害を理由として差別されてはならない。」

*56 この点について小山・前掲注(36)78頁、84頁以下注(13)は、H.Krügerの理論では「措置法の違憲性の疑念」が生ずると指摘する。その根拠としては、彼女がlex Platowを違憲と把握することが挙げられている。H.Krügerの主張にはわかりにくい部分もあるが、本文で指摘したように、行政行為を内容とする措置法は違憲であるが、政府行為を内容とする措置法は必ずしも違憲でないと把握されている。だからこそ、彼女はlex Platowの違憲性を、それが措置法であること、あるいは、それが基本法第19条1項1文に違反することに求めるのではなくて、基本法第101条1項2文の裁判を受ける権利と平等原則の回避に求めたと考えられる。H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.794 Anm.124. ちなみに、Achterberg, a.a.O. (Anm.37) S.78はH.Krügerが措置法を違憲と把握していると指摘するが、そこでは処分を内容とする措置法に限定していると読める。

*57 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.762.

*58 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.794.

*59 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.794.

基本法第19条1項を権力分立原理に基づく権限配分規定の一つと把握して、次のように指摘する。

「法律による個別事例の規律の禁止は、執行府に合憲的な個別事例の規律——行政行為——を保障する。それはいわば執行府の家財 (Hausgut) を表す。その限りでは、第19条1項1文は、基本権を制限する行政行為についてはただ執行府の権限のみが与えられているとの権限規定を含む。」^{*61}

したがって、個別事例に適用される高権行為で、同時に基本権が侵害される場合には、それを発することは執行府に留保された権限であって、立法府が法律の形式で規律してはならない。そのような措置法は立法者の無権限により無効であると同時に、権力分立原理に抵触する形式濫用の故に無効である^{*62}。これに対して、基本権を侵害しない個別事例法律は行政作用 (政府行為) であり、執行府の権限であるが、立法府が法律によって規律することのできる領域とされる。

ところでH.Krügerは二重法律概念論自体は否定していない。したがって、以上の説明から、措置法と権限配分の関係は次のように把握される。

第一に、政府行為を内容とする措置法は、単なる形式的意味の法律として位置づけられ、その合憲性は原則的に認められる。その意味では、措置法は、二重法律概念論において予算法律や条約への同意法律が占めていたのと同じ位置を占める。他方で、措置法が行政行為を内容とする場合も単なる形式的意味の法律とされるが、これは基本法第19条1項1文に基づき無効であり、立法府はそのような法律を制定する権限を有していない。

第二に、措置法が法律の形式における政府行為である場合には、基本法第19条1項1文との抵触問題を生ぜず、無効ではないが、その実質的内容が政府行為である以上、それを発する根拠と限界が問題となる。憲法自身が措置法を要請する場合は問題とならないが、それ以外の場合に措置法を発する権限が立法者に認められるか、認められるならばその根拠と対象は何であり、その範囲はどこまで及ぶかが問われる。この点についてH.Krügerは必ずしも明確な説明をしていない^{*63}。

第三に、H.Krügerにとって措置法は、従来の二重法律概念論で法規を伴わない単なる形式的意味の法律とされた法律類型に他ならない。したがって、二重法律概念論やそれと結びついた権限配分図式に何らかの修正を迫る契機にはなり得ない。

政府行為と行政行為を明確に区別できるかという点を度外視しても、以上のようなH.Krügerの権限配分論に対しては、Forsthoffの提起する措置法論の意義を矮小化していると非難できる。予算法

*60 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.762.

*61 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.791.

*62 H.Krüger, a.a.O. (Anm.42) S.796.

*63 H.Krüger自身は、前注(43)で指摘したように、あらゆる事項が法律の対象になることを認めるわけではない。H.Krügerの論述からは、このことは政府行為を内容とする措置法についても妥当するように考えられる。そうであれば、やはりその限界が問われることになるであろう。確かに、基本法第19条1項が措置法の限界として挙げられているが、H.Krügerの立論からは、これは政府行為を内容とする措置法には無関係である。

律に代表される単なる形式的意味の法律に関する問題点については、すでに第二帝政期の国法学でもたびたび争われていた。措置法の問題をそれと同種の問題と位置づけて処理することは、措置法論の有する歴史的意義を誤認している。Hansgeorg Frohnも指摘するように、措置法には、法実証主義によって形式主義的に内容が空疎化された法律概念に、新たな自然法の立場から実質的内容を回復するという側面があったのは確かである^{*64}。実際、Forsthoffの問題提起以降、学説において措置法論が活発に争われたという事実、その際、法の目的としての正義がたびたび議論されたという事実は、措置法に関する議論が単なる形式的意味の法律にとどまらない問題を提起していることの証左である。そうであれば、措置法を伝統的な二重法律概念論とそれに基づく権限配分図式の枠組みの中で、単なる形式的意味の法律として整序する試みは適切とは言えないであろう。

3. 3. Konrad Huberの措置法論

Konrad Huberはその著 *Maßnahmegesetze und Rechtsgesetze* (1963) において、措置法が現代国家の通常の立法作用であることを主張し、むしろ問われるべきなのは伝統的法治国家モデルにおいて措置法を異物扱いすることであると指摘して、学説の動向に一石を投じ、措置法論に新たな視点をもたらした^{*65}。H.Krügerが伝統的な二重法律概念論とそれに基づく権限配分図式の枠組みを維持しながら措置法論を整序するのに対して、K.Huberは、それらの枠組み自体には手を触れないものの、枠組みを構成する伝統的な法治国家的法律概念そのものを問い直し、これを現代的な課題に対応できるように拡大することを試みる。

3. 3. 1. K. Huberにおける措置法の定義

Huberは措置法の定義を始める前に、ドイツの立法実務、とりわけ第二次世界大戦後の立法実務を詳細に検討する。伝統的な法律概念論が主として演繹的な方法で概念形成を試みるのに対して、Huberは措置法に関して帰納的な方法を採用するからである^{*66}。すなわち、従来の古典的な法律概念によっては把握し得ない法律を第二次大戦後のドイツの立法実務に見だし、それらの法律を基にし

*64 Hansgeorg Frohn, *Gesetzesbegriff und Gewaltenteilung*, 1981, S.4.

*65 K.Huberの措置法論については、小山正善「法律の『一般性』に関する一考察——『措置法』概念に関連して——」山口経済学雑誌第32巻第3・4号（1983年）92頁以下に紹介されている。

*66 帰納法的に法概念を形成することについて、Huberは次のように指摘する。「このような手続は、あらゆる帰納的方法と同様に一つの短所を有する。それは素材をまとめあげることが確固とした概念に基づき得ないことである。むしろ、それはこれまでに論文で用いられてきた概念に倣わねばならず、その他の点ではただ素材から直接に取り出された区分原理のみが用いられ得る。この短所に二つの長所が対峙する。第一は、研究の出発点がこれまでの論争から独立していることである。措置法理論に敵対する者もまた、措置法の概念が『社会学的に』有用であること、つまり、それは現存する制定法の記述的な秩序づけに有用であることを認める。第二に、具体的な導出は概念に有用性を確保し、それが法学的に重要であるか、それとも単に社会学的・政治的重要性にとどまるか、という点に関する決定を容易にする。」Konrad Huber, *Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz*, 1963, S.22f.

て措置法の概念を構成することが試みられる。Huberによれば、そのようにして獲得される措置法は、「共同社会の法的状況における障害を除去するための、法律の形式におけるあらゆる直接の干渉 (Intervention) である」と定義される^{*67}。この定義に従えばlex Platowは措置法ではない。なぜなら、措置法は障害を除去して法状態をもたらす国の全体計画の範囲内における介入であるが、lex Platowの目的はPlatow事件の関係者を免訴することに尽き、その意味で目的依存的ではなくて、自己目的的だからである^{*68*69}。

もっとも、Huberによれば、障害除去という措置法の目的は、例外状態を通常の法状態へと移行させることで法秩序を作り出すことに他ならず、直接に法秩序を作り出すことを目的とする通常法律との差はさほど大きなものではない。そもそも障害状態と通常状態とが裏腹の関係にあることを考えればなおさらである^{*70}。結局、両者の相違は単に法目的の実現の仕方の相違へ集約される。つまり、直接的には秩序を表す通常法律は、裁判判決や執行府の法律執行によって間接的に決定へ至るが、措置法は直接的には決定であり、介入によって間接的に法秩序へと至るのである^{*71}。

3. 3. 2. K. Huberにおける法治国家と措置法

伝統的な法治国家的法律概念は立憲主義と結びついたものであり、ドイツ第二帝政期における立法府の地位や権限に関して展開された。その意味では、法律概念は単なる思考の産物ではなく、実践に向けられた道具であった。確かにドイツ基本法下のドイツは古典的な立憲主義国家ではない。しかし、だからといってそれが現在の憲法下で妥当し得ないわけではない。重要なことは、それが現在の憲法下でも有用なものであり続けるか否かを問うことである。Huberの関心は措置法を基本法に整序することでも、国法学の体系に組み込むことでもなく、古典的な法治国家的法律概念そのものが基本法下で維持できるのか否かを、措置法を手がかりに解明することにある^{*72}。

上述のように定義される措置法は、Huberによれば古典的な法治国家では許されない^{*73}。しかし、現代の国家的現実が措置法の排除に耐え得ないことも周知の事実である。では、基本法下で措置法はどのように評価されるべきか。この問題は次のように言い換えることも可能である。基本法の法律概念を古典的法律概念に限定して、緊急措置はかつてのワイマール憲法のように別の方法で実施することが可能であろうか^{*74}。この点についてHuberは現代国家における法律の量的および質的な変

*67 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.125.

*68 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.121.

*69 Huberによれば、lex Platowではそれが措置法として許されるか否かではなくて、立法者が個別事例法律によって係争中の裁判手続に介入してよいのか否かが問題になっているという。その意味では、H.Krügerのlex Platowに対する評価に近いものがある。Huber, a.a.O. (Anm.66) S.121.

*70 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.126.

*71 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.124.

*72 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.176.

化に着目する。

「量的な移動は、質的相違の間接証拠でもある。古い法律集の多くの巻を通観すると、法律形式の措置の例に出会うのは散発的である。それはただ政治危機や戦争、革命の時代にのみ度重なる。

19世紀には措置法は例外法律であった。今日では、それは国家的侵害の通常的手段に属する。」^{*75}

配分と給付を主たる使命とする現代国家では、国家による市民生活への介入が量的に拡大し、それが日常的に要請されている。古典的な自由主義の下で例外状況とされてきたものが、今日では通常の状態になっている^{*76}。このようにして基本法の定める社会的法治国家では、措置法は通常法律と同じように通常の状態の克服に役立つものといえる^{*77}。Huberによれば、「措置法は法治国家的法律概念の社会国家的形式」と把握されるべきであって^{*78}、決してForsthoffが考えるように法治国家を破る異物ではない。

Huberの理論からは、措置法と通常法律の差異は小さく、市民の法的状態を確定するという点で両者は本質的に同一であること、第二次大戦後のドイツのような社会国家では、措置法は「法治国家的法律概念の社会国家的な形式」^{*79}と位置づけられ、例外から通例へ格上げされることが帰結される。このように措置法を通じて古典的な法治国家的法律概念を弁証法的に維持することがどのように評価されるべきかは議論があるが^{*80}、Forsthoff以来展開されてきた措置法論の一つの帰結がHuberの理論に見いだされることは確かであろう。

3. 3. 3. K. Huberにおける措置法と権限配分

Huberは伝統的な二重法律概念論を基礎にする権限配分図式の枠組みを維持したまま、措置法をも含むように法律概念を拡大して、立法作用に対する現代的な要請に応える。したがって、措置法は実質的にも形式的にも法律であり、措置法を発する立法府の権限は当然に承認される。措置法はForsthoffのように異物と評価されるわけでも、H.Krügerのように単なる形式的意味の法律と把握されるわけでもない。

理論的に考えれば、法治国家の下で権力分立を徹底するならば、措置法が登場する余地はない。な

*73 その理由として次の二点が挙げられている。第一に、古典的法治国家では、措置を発する場合には予め障害状況について法律で規定されねばならないが、措置法では障害状況が前もって法律で定められ得ず、また、障害状況を定義する法律は、障害状況が発生した際に立法者が措置を定めること、つまり措置を発することを立法者自身に授権することが許されない点である。第二に、措置法では障害状況の存在が具体的状況に即して個別的に決定されることになるので、予め障害状況を一般的に定めることが不可能なことである。Huber, a.a.O. (Anm.66) SS.127,128.

*74 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.176.

*75 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.179.

*76 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.179f.

*77 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.180.

*78 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.182.

ぜなら、法律の形式でなされる措置は執行府の留保事項を侵害するからである。しかし、実際には、第二帝政期でも立法府の作用は法規の定立に限定されていたわけではないし、Paul Labandのように形式的意味の法律はあらゆる事項を内容とし得ることを承認する学説も存在した^{*81}。それでも古典的法治国家では措置法はあくまでも例外として位置づけられたので、立法府に措置を発する権限が一般的に承認されたわけではなかった^{*82}。

Huberによれば、古典的法治国家では例外として生じていた措置法を要する事態は、現代国家では頻繁に登場し^{*83}、もはや措置法を発することは立法府の通常の権限になっている。もちろん、この権限は、古典的な法治国家的法律概念から見れば概念の拡大あるいは変質を意味するから、「例えば基本権的な法律の留保の明確化によって」対抗される必要がある^{*84}。しかし、そのような対抗措置を必要とする概念の拡大がどの程度まで許容されるのかは明確にされていない。また、lex Platowのように、措置法とは把握されないが、措置法に類似する法律(これは単なる形式的意味の法律とされるのであろう)の合憲性やその範囲と限界についても明らかではない。このような点に二重法律概念論とそれに基づく権限配分図式が有する問題点が残存する。また、Huberの立場では、措置法を発することが通例になった立法府と執行府の権限配分はどのようにあるべきか、あるいは、市民生活に直接に干渉することが通例になれば、市民生活にさらなる変容を迫ることにならないかという点も検討されていない^{*85}。

*79 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.182.

*80 この点につき、参照、W.Krawietz, Zur Kritik am Begriff des Maßnahmegesetzes, in:DOV 1969 S.130.

*81 Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5.Aufl., 1911 (Neudruck, 1964) S.63.

*82 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.174.

*83 ちなみにHuberによれば、(西)ドイツにおける措置法の数、1949/50では、84法律のうち59が措置法、1951年では129法律のうち68、52年では103法律のうち55、53年では137法律のうち72、54年では52法律のうち32、55年では78法律のうち41、56年では89法律のうち43、57年では103法律のうち35、58年では24法律のうち8、59年では55法律のうち28、60年では69法律のうち24、61年では99法律のうち9であった。つまり、「1956年までは連邦共和国で発された全ての法律の半分以上が、それ以降は約1/3が措置法であった」。Huber, a.a.O. (Anm.66) S.128f. Anm.6.

*84 Huber, a.a.O. (Anm.66) S.182. そのような意味で、確かに措置法は形式的にも実質的にも法律ではあるが、法規を内容とする典型的な実質的法律と同列に論じられるわけではない。

*85 Huberは措置法を革命ではなくて憲法の変遷であると説明して、伝統的法律概念そのものを否定せず、むしろ、それを措置法を通じて維持しようとするが、このようなHuberの措置法論に対して、Krawietzは、Huberの解釈は「伝統的な法治国家的法律概念を解釈学上正当化するが、それを法的現実に応用させることもなく、また、現在の社会的法治国家の立法に決定的な諸条件に相応するよう定式化することもない」と非難する。Krawietz, a.a.O. (Anm.80) S.130. しかし、Huberの理論が、少なくとも措置法と通常法律の関係について一つの有益な視点を提供し、現代国家における措置法の意義を相応に評価したことは確かであり、この点については看過されるべきではないであろう。

3. 4. Christian-Friedrich Mengerの措置法論

Huberの措置法論もH.Krügerの措置法論も、いわゆる二重法律概念論とそれに基づく権限配分図式という枠組みを維持しながら措置法を整序する。その場合、Huberのように実質的法律概念を拡大して措置法を取り込むのか、あるいはH.Krügerのように、措置法を単なる形式的法律にまで空疎化して、それに実質的法律の性格を付与しないかのいずれかになるであろう。しかし、いずれの場合でも、措置法の範囲や限界は不明確なままに残る。これに対して、Werner Krawietzのように、措置法論を二重法律概念論に反省を迫るものとして把握するべきとの見解も存在する^{*86}。そのような場合には、措置法論を通じて、権限配分図式の新たな展開が可能になり得るであろう。このような考えの萌芽は、すでに1956年の国法学者大会におけるChristian-Friedrich Mengerの措置法論に読み取ることができる。

3. 4. 1. C. F. Mengerにおける措置法の定義

Forsthoffと同様に、Mengerも措置法の定義を措置の概念からはじめ、法的意味における措置を「具体的に与えられた事態に目的規定的に対応する・法的に規定可能な・意欲された法効果の達成に向けられた・(国家) 行為」と定義する^{*87}。このような意味における措置は、「しっかりと定められた・正義の基準に沿った秩序から流れ出る行態要請」と定義される法規範と対置される^{*88}。

Mengerによれば、措置と法規範はともに法規の内容となり得る^{*89}。つまり、法規たる法律(=実質的意味の法律)のうちに、措置を内容とする措置法と法規範を内容とする通常法律が区別される。Mengerの定義によれば、このように位置づけられる措置法とは、「法規であって、立法者が時間的に、そして／あるいは数字の上で限定された生活実情の範囲を、かかる生活実情を純粹に合目的的な法効果に服せしめるという意図を持って、構成事実のうちにまとめ上げる」ものをいうが、これはあくまでも非典型的な法律類型に整序される^{*90}。しかし、措置法は法規であるから、伝統的な二重法律概念論にいう単なる形式的意味の法律ではなくて、実質的意味においても形式的意味においても法律と把握される。

もっとも、措置のなかには法規の内容になり得ないものもある。法律がそのような措置を対象とする場合には単なる形式的意味の法律であって、措置法ではない^{*91}。そのような例として、条約同意法律(基本法第59条2項)、予算法律(基本法第110条2項1文)、信用供与法律、担保提供法律(基

*86 Krawietz, a.a.O. (Anm.80) S.127ff.

*87 C.F.Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in: VVDStRL Heft 15, 1957 S.7.

*88 Menger, a.a.O. (Anm.87) S.5.

*89 Menger, a.a.O. (Anm.87) S.4.

*90 Menger, a.a.O. (Anm.87) SS.3, 8.

*91 Menger, a.a.O. (Anm.87) S.14. この点についてMengerは「確かにいわゆる純粹に形式的な法律は多くの場合措置を表しているが、しかし、法規ではない」と指摘している。

本法第115条1項)などが挙げられる。このように法規の対象になる措置とそうでない措置が区別されるが、Zeidlerが指摘しているように、両者を分ける基準はMengerの措置や措置法の概念からは判明しない^{*92}。

Mengerは措置法と通常法律の相違をひとり法律の「目的」に求める。すなわち、通常法律は正義を志向し、措置法はザッハリッヒな必然性や有用性といった合目的性を志向する^{*93}。措置法も通常法律も法規という点では異ならないのであるから、Forsthoffのようなratioとactioといった法律の本質による相違はMengerの見解には見られない。

3. 4. 2. C. F. Mengerにおける法治国家と措置法

Mengerによれば、措置法に対する禁止は基本法から一般的に導かれるわけではない^{*94}。今日では措置法を発する必要性は否定できないし、基本法自身が措置法を明文で禁止していないからである。

しかし、Forsthoffと同じように、Mengerもまた措置法の濫用による議会絶対主義の危険と、それをコントロールする必要性を認識する。措置法がそもそも非典型的な法律と把握される以上、法治国家を維持するために何らかの制限を加える必要があるからである。Mengerによれば、措置法に対する制限は古典的な権力分立の作用分離図式ではなくて、「基本法の実質的—法治国家的構造」から導かれる^{*95}。措置法は社会的、経済的、政治的必要性から権力分立を破るが、そもそも権力分立は基本法では完全に実施されていないので、そこから導かれる作用分離図式によって措置法を制限することはできない。そこで、措置法に対する制約として実質的—法治国家原理が用いられる。この実質的—法治国家原理の本質は司法権によって担保される。Mengerによれば、「法治国家を立法者に対しても防御することは、『第三権』の使命である」という^{*96}。

3. 4. 3. C. F. Mengerにおける措置法と権限配分

Mengerの理解によれば、基本法の採用する権力分立には二つの側面がある。議会制システムの作用により政党を通じて政治的諸勢力が対立・均衡することと、法の保護者として独立した司法権が法の主権の担い手として、その他の国家機関と対峙することである^{*97}。このような権力分立制の下で

*92 Zeidler, a.a.O.(Anm.14)S.37., 参照, 小山・前掲注 (5) 77 頁以下注 (9)。

*93 Menger, a.a.O.(Anm.87)S.7. もっとも、このような法律の志向性は立法者の意図とは別のものである。なぜなら、制定当初は措置法であったものが、後の事情の変化によって通常法律になったり、その反対もまた認められるからである。Zeidlerの指摘するように、この点にMengerとForsthoffの見解の相違が認められる。もっとも、Huberの指摘によれば、Mengerの措置法のそもそもの定義は、立法者の意図に向けられていると理解されるという。Zeidler, a.a.O. (Anm.14) S.39 Anm.56., Huber, a.a.O. (Anm.66) S.14f Anm.35.

*94 この点について、Mengerは次のように指摘している。「……立法機関は憲法で列举された事例を超えて、具体的な事態を合目的観点から規律してはならないとか、形成的統治や行政を行使してはならないという一般的禁止を基本法から引き出すことは不可能である。」Menger, a.a.O. (Anm.87) S.27f.

*95 Menger, a.a.O. (Anm.87) S.29.

*96 Menger, a.a.O. (Anm.87) S.32.

*97 Menger, a.a.O. (Anm.87) S.26f.

は、立法作用と統治・行政作用の間を截然と区別することは困難である。したがって、措置立法が立法機関に禁じられるという結論は、権力分立からは導かれ得ない^{*98}。しかし、上述のように、実質的—法治国家的構造から立法府の措置立法に対して制約が導かれる^{*99}。

Mengerによれば、措置法の対象は「形成的統治ないし行政」に限定され、「執行的統治ないし行政」には及ばない^{*100}。他方で、措置法を構成する措置それ自身は法規の内容であるから、H.Krügerの指摘するように単なる形式的意味の法律ではなく、実質的にも法律である。つまり、措置法は形式的には法律であり、実質的には法律（法規）と行政（形成的統治ないし行政）の性質を併有することになり得るであろう。しかし、形式的意味の法律・実質的意味の法律かつ実質的意味の行政とされる作用は、そもそも二重法律概念論とそれに基づく権限配分図式では想定されていない。そうであれば、Mengerの措置法理論は伝統的な二重法律概念論とは整合せず、それに何らかの修正を迫るものといえよう。この点にMengerの理論の独自性がある。

しかし、Mengerの措置法論でもまた、措置法の限界は形成的統治ないし行政とされただけで、それ以上は明確にされていない。措置立法が非典型的な法律とされながらも実質的意味の法律と位置づけられ、通常法律との区別が相対化されることで、その範囲は更に拡大するおそれがある。Mengerはそのような危険性に対して、Forsthoffと同じように司法によるコントロールを持ち出す^{*101}、措置立法の対象を限定したり、その範囲を明確にすることはなされていない。

3. 5. Werner Krawietzの指摘

最後に、Werner Krawietzの指摘を概観しておこう。Krawietzは当時の通説的見解が「伝統的な二重法律概念を批判的に省察する代わりに、それを前提とする」ことを批判し^{*102}、措置法論の視点から二重法律概念論の有効性を検討すべきであると主張する^{*103}。そして、「伝統的な二重法律概念が、

*98 Menger, a.a.O. (Anm.87) S.27f.

*99 Menger, a.a.O. (Anm.87) S.29ff. 具体的には、基本権を制限する法律は正義の基準に従わなければならないし、裁判所の構成を定める法律を一時的な合目的性によって個別・具体的に変更することは禁止される。また、目的と手段の相当性の原則は、措置法には厳格に要求される。さらに、正義の基準に従って固有の価値を有する秩序を打ち立てる法規範は、単に合目的性に向けられた措置法よりも高い価値を有するので、すでに法規範たる法律が何らかの規定を設けていて、その規定を執行する余地しかない場合には、措置法は許されないという。

*100 Menger, a.a.O. (Anm.87) S.30. その意味では、Mengerの理論にもH.Krügerに類似した部分が認められる。

*101 措置法の司法コントロールの可能性に対して、司法への過大な要求であるとの批判がU.Scheunerらによって提起されている。U.Scheuner, VVDStRL Heft 15 S.76 もっとも、これに対してはForsthoffとHerrfahrdtの反論がある。VVDStRL Heft 15 SS.85, 87.

*102 Werner Krawietz, Zur Kritik am Begriff des Maßnahmegesetzes, in:DÖV 1969 S.131.

*103 この点についてKrawietzは次のように指摘する。「措置法の概念について批判するが、その際に前提とされる二重法律概念を批判的に省察せず、現在の社会的条件下におけるその正当性について審査もしない者は、法学的な分析において、認識の対象を部分的様相へ減じるおそれがある。」Krawietz, a.a.O. (Anm.102) S.131.

措置立法と特色づけられる法的現実とあからさまに矛盾しないものの、それがこの法的現実にもはや達していない」と診断する^{*104}。二重法律概念論は現代国家における法律の本質的特徴を全く描いてないか、さもなくば不十分にしか描写していないので、措置法を概念的に把握できないのである^{*105}。実際、Huberによって確認されるように、1949年以降、措置法と見られる法律の数が非常に増加している^{*106}。Huberのように措置法を実質的法律概念に取り込むのではなく、あくまでもそれを異物と把握する伝統的な二重法律概念論は、この事実を甘受して、例外と位置づけるしかない。これに対してKrawietzは「法的現実の変化に直面して、法解釈学の理論をも疑問視する用意のある者にとっては、あまり説得力のあるものではない」と批判する^{*107}。

Krawietzによれば、現代国家では二重法律概念論から離れて新しい法律概念を構築し、これにもなって立法府の作用に関する理論が新たに導かれねばならない。この際、これまで以上に「法社会学的局面と法理論的局面と法解釈学的局面」が明確に区別されなければならず^{*108}、新しい法律概念はForsthoffの研究成果の法理論的局面の重要性を重視して、法ドグマティークに新しい道を示さねばならないという^{*109}。しかし、Krawietz自身はこの新たな試みを行っているわけではない。

3. 6. 小括

以上、措置法に関するドイツの学説の概略を述べてきた^{*110}。当時の学説における議論の中心は措置法の内容定義とその背景や根拠、あるいは権限配分図式への整序にあったと言える。しかし、他方で措置法の範囲と限界が、立法府の権限という観点から意識的に議論されることはあまりなかったといえよう。Forsthoffの主張は、措置法は行政作用に属する「措置」を内容とするので、立法府の本来的な権限に属さないというものであった。しかし、それが立法府の本来的な権限に属さないのであれば、例外的に許される場合の範囲や限界を問うことが重要になる。

措置法をどのように定義するのであれ、Huberが指摘するように、現代国家では伝統的な法律概念によってはうまくカバーできないような新しい種類の法律が増加しているのは事実である。この点を考慮すれば、それらをH.Krügerのように単なる形式的意味の法律へ整序して、あくまでも二重法律概念論に基づく権限配分図式の例外として扱うことには無理があろう。そこで現代国家の立法

*104 Krawietz, a.a.O. (Anm.102) S.131.

*105 Krawietz, a.a.O. (Anm.102) S.131.

*106 参照、前掲注(83)。

*107 Krawietz, a.a.O. (Anm.102) S.130.

*108 Krawietz, a.a.O. (Anm.102) S.134.

*109 Krawietz, a.a.O. (Anm.102) S.135.

*110 ちなみに、連邦憲法裁判所の判例は措置法概念それ自体は否定しないが、それに何らかの国法上の意味を認めることを一貫して拒否している。したがって、通常法律に比して措置法を特別に厳格に審査しているわけではない。措置法に関する連邦憲法裁判所判例の紹介としては、小山・前掲注(36)112頁以下に詳しい。

作用に占めている措置法の意義を損なうことなく、つまり、それらを膨大な数の例外として扱うことなく、権限配分図式の中に整序しなければならない。しかし、Huberのように、措置法は法治国家的法律概念の社会国家的形式であって、通常の立法作用であると理解しても、伝統的な法治国家的法律概念が維持され、措置法に対してはそれとは異なる特殊なコントロールが要請される以上、措置法と通常法律の区別を問わざるを得ないであろうし、措置法の範囲や限界の問題が解消するわけではない。

すべてこれらの考察は困難な問題をつきつける。それは概念に基づいた平面的な権限配分図式を構築する限りつきまとわざるを得ない問題といえる。第一に挙げられるべき問題は、概念の有する歴史性である。「立法」、「行政」、「法律」、「法規」、「措置」といった概念の多くは、君主の行政権と市民を代表する議会との政治的な二元主義の下で、国法上独自の意味をもって用いられていた^{*111}。しかし、現在ではすでに行政権を代表した君主権は消滅しており、概念を特徴づけていた二元主義も消滅している。そうであれば、これらの概念は新しい民主主義憲法の下でも引き続き使用できるのか、使用できる場合、その意味内容は修正されるべきか否かといった点を概念を用いる前に問わなければならない。

第二に、現代国家における立法と行政は、とりわけ議院内閣制の下では議会多数派と政府とが同じ政治的基盤を有するので、厳格に分離できないという問題がある。なかでも立法機関と行政機関を区分して、それぞれ立法作用と行政作用を担当するという分業の思想は、複雑な現代国家で要請されている両者の協働の必要性にどこまで対応できるのか、あらためて検討する必要があるであろう。

第三に、立法や行政といった包括的な概念による区分は、国家意思形成のプロセスの一部分を孤立化させて平面的に把握した上で、それらを水平的に区分するが、国家意思は実際には様々な国家機関のダイナミックな相互関係を経て決定されており、このようなダイナミズムはそのような平面的で包括的な概念では精確にとらえきれないという難点もある。

そこで措置法論の提起する問題を解明するためには、KrawietzやMengerの理論が示唆するように、従来の権限配分論の枠組みそれ自体を再検討してみることも考慮の対象になるであろう。

4. 新しい試み

本章では新たな国家作用論の試みと、それに基づく措置法論の検討として、Norbert AchterbergとGerhard Zimmerの主張を取り上げる。Achterbergが基本的には伝統的な概念による枠組みを前提にししながら、従来の理論とは異なる視点から権限配分問題を解決しようとするのに対して、Zimmerは実定憲法の規定から出発しながらも、決定理論や社会システム理論に依拠する独自のアプローチでこの問題に取り組む。

*111 ちなみに、措置を表す *Maßnahme* という言葉の歴史については、Zeidler, a.a.O. (Anm.14) S.58ff., Huber, a.a.O. (Anm.66) S.102ff. が詳しい。

4. 1. Norbert Achterbergの見解

Achterbergは立法府、行政府、司法府の各国家機関の間に見出される作用交差の例を詳細に取り上げながら、伝統的な権限配分図式の問題点を明らかにし、新しい国家作用論への道を開いた点で重要な論者である。

4. 1. 1. 核心－周辺理論とその問題点

二重法律概念論とそれに基づく権限配分図式に従えば、実質的意味の立法は立法府に、実質的意味の行政は行政府に、実質的意味の司法は司法府に配分されるのが原則であるが、これには例外が認められるのが通例である。したがって、立法府が実質的意味の行政ないし司法を、行政府が実質的意味の立法ないし司法を、司法府が実質的意味の立法ないし行政を遂行することもあり得る。このように、各国家機関が、本来は他の国家機関によって遂行されるべき作用を交差して実施することは、二重法律概念論が形成されたドイツ第二帝政期においてもすでに認められていた。

措置法の問題を権限配分の問題として見た場合、これを実質的意味の法律と位置づけられない限りは、立法府は措置法によってどこまで実質的な行政作用に介入できるのかということ、つまり、立法作用と行政作用における交差の範囲と限界が問われることになる。すでに述べたように、措置法に関する多くの学説はこの問題について明らかにしていない。二重法律概念論とそれに基づく権限配分図式を維持する場合、実質的意味の行政が立法府に配分され得る領域を何らかの基準によって明確にすることに成功するならば、この問題は解決され得よう。

ドイツ連邦憲法裁判所の判例や通説的立場は交差の限界問題一般を核心－周辺の理論によって解決する^{*112}。それによると、いかなる国家機関も他の国家機関の本来の権限の核心領域を侵害することはできないが、周辺領域に介入することは許される。したがって、立法府が措置法を発する権限についても、それが行政府の本来の権限の核心部分を侵害する場合にのみ許されないことになる^{*113}。

もちろん、何をもって核心領域への侵害と見なされるべきかという問題は困難な問題である^{*114}。こ

*112 vgl. Maunz-Dürig, Grund-Gesetz Kommentar, Art.20, S.178f. Rdnr.114ff. (Herzog, 1980).

*113 例えば、1953年12月18日の判決において、連邦憲法裁判所は次のように述べている。

「しかし、この(権力分立)原理は決して純粋に実現されてはいない。この原理を承認する国家秩序においても、作用のある種の交差や、ある権力の別の権力に対する影響は通例である。」BVerfGE 3,225 (247f.).

また、1957年11月28日の連邦憲法裁判所判決も先の判決を援用しながら、権力分立は厳格に実施されているのではなく、多くの作用交差が認められることを指摘している(BVerfGE 7,175 (188))。そして、1959年4月27日の連邦憲法裁判所判決において、権力分立についてこれまでの判例の立場が繰り返された後で、立法府と行政府の権限配分について次のように明確に指摘して、核心－周辺理論に依拠することが明らかにされる。

「行政に対する議会のあらゆる影響が権力分立への抵触を意味するのではない。執行府の負担に基づく議会のためのある種の重心移動さえも、議会制民主主義では問題ない。議会のために執行府の核心領域への侵害がなされる場合に初めて、権力分立原理が侵害される。」BVerfGE 9,268 (279f.).

*114 vgl. Maunz-Dürig, a.a.O. (Anm.112) S.178f. Rdnr.115.

の点についてAchterbergによれば、支配的な見解における核心領域への侵害は、①侵害の意図、②侵害の強さ、③侵害の質の三点で生じ得るという^{*115}。したがって、侵害の意図が差別的である場合、あるいは侵害の強さが強度の場合、侵害の質が権力分立を変質せしめる場合などは、核心領域が侵害されたと評価され得るであろう。

このような見解に対する批判は容易に思いつく。これは通説的な権限配分図式の基礎にある立法(法律)と行政の概念問題を、核心—周辺という別の概念問題で答えているにすぎないからである。

この点について、Achterbergも、作用交差の量、質、意図から見て、いつ違憲になるのかが述べられてないと指摘して^{*116}、核心と周辺の境界づけが明確にできていないことを批判する。つまり、作用概念の不明確性が、今度は作用交差の禁止される「核心」部分と、作用交差が許される「周辺」部分という別の概念の不明確さに置き換えられるにすぎず、結局、交差の限界問題それ自身は答えられないのである。措置法に関しても、どのような措置が行政権の核心領域に属するかが判明しない限り、その限界を画定することはできないであろう。

4. 1. 2. N.Achterbergの試み——implied powerと基本法第20条2項の縮小

(1)そこで、Achterbergはアメリカ法よりimplied powerという考えを持ち込む。アメリカ合衆国憲法の解釈に際して主張されるimplied powerは、連邦のexpress powerあるいは別のimplied powerを充足するために不可欠な権限であり、憲法の明文の権限カタログには記載されていないにもかかわらず認められる黙示の連邦権限である^{*117}。

implied powerは本来は連邦と支分国の垂直的な権限配分に関する理論であるが、Achterbergはこのimplied powerを立法府、行政府、司法府間の水平的な権限配分に関する補足的応急手段として承認する^{*118}。したがって、一般的—抽象的な法規を発する権限が立法府のexpress powerとして権限カタログに記載されている場合、あるいはそれがimplied powerとして実定憲法の規定から導かれる場合には、立法機関にはそれらの権限行使に不可欠な「個別事例規律をなす権能も帰属する」ことが認められる^{*119}。注意すべきは、この権限によって立法府が制定する法律は、実質的にも形式的にも

*115 Achterberg, Probleme der Funktionenlehre, 1969, S.187.

*116 Achterberg, a.a.O. (Anm.115) S.189.

*117 Achterberg, a.a.O. (Anm.115) S.216f. 参照, 田中英夫編集代表『英米法辞典』(有斐閣, 1993年)の「implied power」の項目。

*118 Achterberg, a.a.O. (Anm.115) S.222f. これが応急措置にとどまるのは、立法、行政、司法の間には連邦—支分国間とは異なり、明文の権限カタログが存在しないからである。つまり、連邦制を採用する場合には、通常、連邦—支分国の垂直的關係では明文の権限カタログが存在するので、implied powerは明文の憲法規定に根拠づけられ得る。これに対して、立法府、行政府、司法府の間にはそのようなカタログは存在せず、それぞれの権限は立法、行政、司法の概念から解釈によって導かれる。したがって、この局面でimplied powerは解釈に、つまり、さらなるimplied powerに根拠づけられることになるからである。Achterberg, a.a.O. (Anm.115) S.223.

*119 Achterberg, a.a.O. (Anm.115) S.223.

法律を表し、作用交差を表さないことである。したがって、措置を発する権限がimplied powerとして立法府のexpress powerあるいは別のimplied powerの不可欠の前提と考えられる場合には、その権限は立法府の固有の権限と見なされる。

もっとも、実際にはimplied powerはexpress powerではないので、「国家作用の限界が相互に消し去られる危険の脅威」を有している。implied powerの名の下に立法府の権限が無制約に拡大されるならば、立法府、行政府、司法府を区別してそれぞれに異なった作用を配分した意味がなくなる。「それ故、黙示の作用権限の承認もまた、黙示の連邦権限の承認と同じように、少なくとも厳格な限界づけを前提とする」^{*120}。しかし、Achterbergはこの点を明らかにしていない^{*121}。結局、措置法というimplied powerの限界を規定することもまた、それが導かれるところの別のimplied powerたる立法および行政の概念解釈に依存することになり、支配的見解の核心—周辺の理論と同じように、不明確なままにとどまらざるを得ない。

(2) implied powerによって交差が解消され得ない場合であっても、デモクラシーや法治国家、あるいは社会国家という観点から体系的、目的論的に解釈して、基本法第20条2項を縮小する方法が提示される^{*122}。この場合、措置法が基本法の定める法律概念に該当せず、立法と行政の交差と位置づけられても、社会国家性などの理由で、ある措置法に関して基本法第20条2項の縮小が導かれ得る場合には、それは合憲と評価されることになる。

もちろん、このような考え方に対しては、社会国家性やデモクラシーといった多義的な概念によって基本法の定める権限配分の原則を縮小することが許されるのか、許されるとしたらどのような範囲で許されるのかが明らかにされねばならないであろう。また、implied powerの場合と異なり、縮小によって認められる立法権限は交差を表すのであるから、交差の範囲と限界が問われねばならないであろう。しかし、この点についてもAchterbergは明らかにしていない。

(3) 以上のようなAchterbergの理論に対しては、Gerhard Zimmerの批判が妥当するように思われる^{*123}。Achterbergは立法、行政、司法の国家諸作用の間に、実質的作用と形式的作用の「交差」があることを出発点にする。そして、権力分立制を採用する基本法の下では例外や異物と把握されるこ

*120 Achterberg, a.a.O. (Anm.115) S.223.

*121 もっとも、Achterbergによれば、作用交差がすでに明文の憲法規定によって許容されている場合はimplied powerを導出する必要はないし、それが明文の憲法規定や憲法構造に矛盾する場合には許されない。その結果、「必要な慎重さをもって、事物関連による黙示の作用権限が導出され得る場合は、それ故、わずかにとどまるであろう。」したがってimplied powerの不明確さから導かれる危険性はさほど大きなものではない。Achterberg, a.a.O. (Anm.115) S.223f.

*122 Achterberg, a.a.O. (Anm.115) S.224ff.

*123 ZimmerはAchterbergについて、「……ほとんど例外なく主張されている核心—周辺理論の維持できないことを証明したが、作用領域の範囲と限界に関する不確実さを除去し、正確な限界設定を行うことを可能にする基準を展開することはできなかった」との評価を下す。Gerhard Zimmer, Funktion-Kompetenz-Legitimation, 1979, S.23.

のような「交差」をどのように整序し、評価するか、という問題に取り組む。しかし、そもそも実質的作用と形式的作用の間に交差という現象が存在するのかが問題なのであって、このことが確認された後でなければその整序の問題は生じない。Achterbergは作用概念の定義に基づく伝統的な権限配分図式を背景にして作用交差が存在することを前提にするが、この前提部分を問い直す作業は行われていない^{*124}。したがって、措置法の問題も、確かにimplied powerや基本法第20条2項の縮小という方法が用いられつつも、依然として二重法律概念論とそれに基づく権限配分図式が出発点とされ、その枠内で処理されている。その範囲や限界の問題は相変わらず明確にはされていない。

4. 2. Gerhard Zimmerの見解

従来、立法、行政、司法は三つの異なる国家作用として把握され、それぞれの概念や特質が個別的に研究され後に、それらの相互関係が検討されてきた^{*125}。これに対して、実定憲法規定を出発点におき、決定理論や社会システム論に依りながら、立法、行政、司法の作用を動態的、構造的に把握するのがGerhard Zimmerである。

4. 2. 1. 従来の概念的 방법の問題点

伝統的な国家作用論に対するZimmerの批判には重要な指摘が含まれているように思われるので、最初に少し詳しく紹介しておこう。Zimmerによれば、Achterbergを初めとする多くの学説や判例が用いる国家作用論に関する方法論には以下のような問題があるという。

第一に、実定憲法の規定よりも前に存在する概念に基づいて国家作用論が展開されることである。これまで見てきたように、措置法に関するほとんどの学説は、実定憲法の変化にもかかわらず一貫して用いられている「法律」、「法規」、「措置」等の概念を問題にしている。しかし、この場合、概念と異なり憲法は一貫していないので、概念の背後にある過去の表象までもが新しい憲法秩序に持ち込まれ、新しい憲法の構造が古い概念によって変質される危険がある^{*126}。

*124 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.23.

*125 その背景には、意思－行為二分論があると思われる。国家権力の発現を意思と行為に二分するこの理論に基づいて、第二帝政期以降の伝統的なドイツ国法学では、少なくともratioたる立法とactioたる行政とは本質的に全く異なる別個の作用と把握されるのが通例であった。

*126 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.19 Anm.1. このような過去の表象について、Zimmerは具体的に次のように説明している。

「法律概念は市民階級の参加の範囲を決定したのに対して、法律と命令の関係は、君主側における活動の自由の余地を確定した。……形式的法律の対象は、立法者にとっては非本来的な領域であり、君主の執行府の本来的領域であった。実質的な法律は、本来的にはただ立法者にのみ開放された対象に関連した。」Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.38.

他方で、Christian Starckは次のように指摘して、伝統的概念を一律に排除することを疑問視する。

「法学において、ドグマティークの継続性は、無しで済ますことのできない安定化の役割を果たすので、伝統的概念は、それが現在の憲法に適合せず、もはや理性的作用を充足することができない場合にのみ、修正されねばならない。」Christian Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970 S.15.

第二に、ア・プリオリな権力分立理論を前提に置くことである。例えば、多くの論者により憲法裁判権は消極的な立法であって、立法府の権限を侵害するので権力分立に抵触すると評価されている^{*127}。このような立論に対してZimmerは、『『古典的な権力分立理論』(!)によって何が言われているのか、基本法によって(!)予定されている権力分立はどのような態様のものなのか、なぜ実定憲法上の制度が憲法上の『違反』たり得るのか』という疑問を投げかける^{*128}。支配的な見解に従えば、まずア・プリオリな原則として権力分立を前提とし、これから逸脱する実定憲法上の制度を確認し、最後にそのような逸脱に対する正当化や限界を問う。しかし、そもそも権力分立の内実が確定しなければ、逸脱の有無や正当化の必要性も判明しないはずである。

このような支配的な見解に見られる問題点の一つの具体例が、「立法者」にあらわれている。古典的な立憲主義理論では、議会はまさに法律を制定する立法者としてのみ君主に対抗しており、君主に対するサンクションやコントロール権限を有していたわけではなかった。しかし、Zimmerによれば「基本法は……立法者ではなくて、国民代表としての議会の権能を規範づけており、国民代表は疑いようもなく最も重要な立法権限と並んで、政府を任命し、国家権力のすべての行使をコントロールし、予算を審議してこれを法律として議決する等々の使命と権能を有する」^{*129}。周知のようにLabandに代表される立憲主義理論は予算法律を形式的には法律、実質的には行政と把握していた。しかし、基本法の設ける国民代表議会は立法作用の他にも様々な権限を有しており、単なる立法者というわけではない。予算法律の審議・議決は、そのような議会にとっては通常の権限なのである。

Zimmerによれば、実質的法律概念に基づいて議会の本来的権能と非本来的権能を導くことは正当化されない^{*130}。議会の権能は、実質的法律概念ではなくて、実定憲法から明らかになるからである。そのような観点から措置法の問題をみれば、基本法の設ける議会は、そもそも措置法を発する権限を含むか否かが問われるべきであり、それが交差を表すから根拠や範囲あるいは限界について問われるべきということにはならない^{*131}。

4. 2. 2. G. Zimmerの主張の前提

Zimmerの目標は、国家作用論の問題を概念やア・プリオリな権力分立原理に基づいて解決することではなくて、実定憲法の規範や憲法政治上の現実を顧慮したドグマティークを構築する点にある^{*132}。近代国家の二元主義的権力状況によって裏づけられていた二重法律概念論や国家作用の二元的把握は、立憲君主主義国家から民主主義国家への移行によってその根拠を大幅に失った。Zimmerに

*127 例えば、Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971 S.134.

*128 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.20 Anm.3

*129 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.28.

*130 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.29.

*131 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.29.

*132 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.35.

よれば、国家作用論を構築するために必要な「権能 (Befugnisse), 責任 (Verantwortungen), 帰責 (Verantwortlichkeiten) は今やもっぱら民主的な実定憲法から規定される」ことになる^{*133}。

そこでZimmerは次のようなパースペクティブを獲得する。

まず、三作用の及び得る範囲は、その能力が事実上尽きるところまで達し得ることである。基本法下ではすべての権力は国民に移行したために、国家の三作用はすべて国民の権力によって正当化され、その作用領域は「その事実上の可能性が達するその範囲に実践上広がり得るし、そこまでその権限領域をのぼすことができる」^{*134}。

しかし、いくら国民の権力によって正当化されているとはいえ、各国家機関に無限定な権限行使を認めることはできない。では、その限界はどこにあるのであろうか。この点について、Zimmerは次のように指摘する。

「……機関の構造、すなわち、憲法上秩序づけられた権限、責任、コントロールの重奏において、立法府、執行府、司法府にその個々の相違と区別可能性を刻印するさまざまな要素の現実的関連を研究に引き込むならば、次のことが容易に明らかとなる。それは、少なくとも構造上の諸前提や要件の相違が、拡大圧力の可能性に対して事実上の限界をもたらすことである。」^{*135}

特定の国家事務は、その事務を適切に処理するべく基本法で構成された機関によってのみ、適切かつ責任を持って処理され得る。国家事務は立法、行政、司法の実質的な国家作用概念に従って各機関に配分されるのではなく、逆に事務内容と国家機関の構成を照らし合わせた上で、各国家機関に配分されることになる。

以上のような前提の下でZimmerは国家作用論を構成し直す。民主的な国家作用の秩序は、構造上適切な、正当な、責任とサンクションにしたがって区分された、拘束的決定のための権能秩序と特徴づけられ得るからであり、国家作用の限界を定めるのは事実上の力の限界ではなくて、事実上の能力、法的権能、責任とサンクションの関連、権限と正当性の関連といった構造^{*136}上の諸要素だからである^{*137}。

^{*133} Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.41f. なお、Zimmerは、責任 (Verantwortung) が権限配分にかかわる国家作用論において重要であることについて、次のように指摘する。

「法概念としては『責任』は、常に(法的)権能の最低限度のものを前提としており、このことにより必然的に、……明確な作用権能と責任とにしたがって区分された作用秩序が不可避であることを示唆する。」Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.22.

^{*134} Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.48.

^{*135} Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.48.

^{*136} ちなみに、構造についてZimmerは次のように指摘している。「構造という語については——同様に、他の諸分野の概念理解から逸脱して——『内部組織、全体への諸要素の整序』が理解される」Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.183.

4. 2. 3. 決定理論に基づく国家作用論

Zimmerによれば、決定することは、決定の目的や対象に関して常に開かれた状況、複数の解決可能性を提供する選択肢、意図された効果の惹起という要素を前提とする^{*138}。決定は様々なやり方で構成され得るが、基本法第20条2項で挙げられたすべての三作用の活動の基礎には、この一般的な意味における決定が存在している^{*139}。

Zimmerの指摘するように、従来の国家作用論は、「直線的な時間要素によってまとめられる決定事象の内部における一端のみに向けられる」ことに特徴を有している^{*140}。例えば、伝統的な国法学では、立法の問題と立法決議の所産である法律の問題がほとんど重なり合うように論じられ、立法の問題を法律の問題へと集約していたといえよう。しかし、このように把握する場合には、立法作用が単に法律の議決という一点に矮小化され、情報収集から決定の具体化へと至る立法作用の豊かな内容や各プロセスの相互関係が看過されかねない。

そこで、Zimmerは「時間的に特徴づけられた生起としての決定の性格、意思形成・情報獲得・現実形成の・時間に依存したプロセスとしての決定の性格、以上の点への洞察が必要である」^{*141}と指摘した上で、決定を次のような段階から構成される手続として把握する^{*142}。

①目標

すべての決定の基礎には、決定者自身によって規定された、あるいは規範的に与えられた目標がある。決定プロセスはこの目標を実現する過程である。つまり、決定の目標はつねに何らかの形

*137 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.55f. このような国家作用理解に従えば、形式的及び実質的国家作用の理論は維持され得ない。Zimmerによれば、伝統的な二元主義の代わりを、実定憲法上の許容性あるいは非許容性という唯一意味のある問題によって徹底して行う場合にのみ、数多くの見かけ上の問題が排除され得るという。

*138 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.76. なお、Zimmerは、経験論的に形成されたアメリカの decision-making の理論は民主的な憲法秩序における作用理解には有用でないとする。確かに、企業における decision-making とは異なつて、立法、行政、司法における決定は憲法規範に厳格に拘束されているので、同列に論じることはできない。しかし、憲法規範といえども、人間やその集団の一般的な意思決定プロセスからかけ離れたプロセスを規範づけることは困難であろうから、decision-making の理論が全く無用ということとはできないであろう。他方で、カール・シュミットの決断主義的憲法理論も「決断」という点で決定理論に類似しているが、Zimmerによってその決断の片面性が指摘されている。Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.82f, S.82.Anm.34.

*139 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.77.

*140 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.86f.

*141 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.86.

*142 Zimmerの指摘するように、ニクラス・ルーマンはこのような手続構造を「社会システム」と把握している。Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.88. Anm.69. なお、このプロセスは、経済学の分野で定式化される包括的合理性の意思決定モデルにも類似している。このモデルでは「①目的あるいは価値を規定する、②可能なすべての選択肢をあげる、③各選択肢からの結果をすべて予測する、④①の目的あるいは価値を最大にする選択肢を選択する」ことから構成されるという。橋本信之『サイモン理論と日本の行政』(関西学院大学出版会、2005年)49頁。もちろん、国家諸作用の決定は憲法規範の拘束を受けるために、単に利潤の最大化という基準にしたがって遂行されるわけではない。

式における現実形成である^{*143}。

②情報収集・評価

目標が達成されるために、情報が集められ、分析され、加工され、評価されねばならない^{*144}。この段階では現実社会から収集された情報が一定の規範的な基準によって評価され、場合によってはこの評価に基づいてある選択肢の可能性が消去されることもある^{*145}。Zimmerによれば、この段階では事実予測や結果予測を必要とする^{*146}。

③手段

さらに目標達成に必要な手段と方法が規定されねばならない。これも目標や情報収集・評価の段階と同様に、予め一般的に規範化され得る^{*147}。

④決定・決議

選択肢の評価に基づいて、決議がなされねばならない^{*148}。

⑤実施

最後に、実施の段階がある。すなわち、決定によって惹起される社会的効力を生み出すことである。国家的な決定プロセスは、「その事実上の実効において、その社会的現実においてはじめて完了する」^{*149}。

Zimmerによれば、決定に対する責任はすべての決定プロセスを包摂する。したがって、決定責任は意図された効力が生じることも含む。また、実効的なコントロールのために、決定事象のすべての部分がコントロール審査に付される^{*150}。Zimmerは以上のような決定構造に基づいて、国家作用論を構成するのである。

*143 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.88. 本文で述べたように、Zimmerによれば、目標は決定者自身が規定するか、規範的に予め与えられているかであるが、目標導出プロセスそれ自体には特に言及されていない。しかし、Frohnによればこの目標導出プロセスもまた重要なものである。Frohn, a.a.O. (Anm.64) S.58ff.

*144 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.88.

*145 包括的な合理性の意思決定モデルでは、利潤を最大にする選択肢が選択されるわけであるが、法的決定にあっては、選択肢を評価する基準は原則として予め規範的に決定されている。

*146 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.89.

*147 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.89.

*148 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.89.

*149 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.90.

*150 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.90f. ルーマンによれば、システムはインプットーアウトプットーモデルを含意しているが、Zimmerの指摘によれば、このモデルは決定の実効にまで決定者が責任を負担することを看過させているという。Zimmerの指摘するように、憲法規範レベルで計画が決議された場合には、計画で設定された目標の実現が重要であって、それは単に他のシステムに計画がアウトプットされて終了ではない。計画を決議した者が、その実現についてまで責任を負担するのである。Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.91f., ニクラス・ルーマン（馬場靖雄・上村隆広訳）『目的概念とシステム合理性』（勁草書房、2003年）180頁以下。

4. 2. 4. 立法権の特質とその作用範囲

(1) 立法権の意味について 上述のことから明らかなように、Zimmerの理論では、立法作用と行政作用の権限配分は立法や行政の概念に従ってなされるのではない。そうではなくて、立法機関の決定構造にふさわしい作用が立法機関に、行政機関の決定構造にふさわしい作用が行政機関に配分されることになる。このような立場からは、基本法下における立法機関とは、「基本法に従って、法律を公布する排他的権能が帰属するすべての者」をいう。つまり、立法機関が法律を発するのではなくて、法律を発する者が立法機関である^{*151}。

(2) 立法府の構造と権限について Zimmerによれば、「国民代表とそれによってなされる決定の直接的で民主的な正当性、直接的で民主的なサンクション可能性、もっぱら連邦憲法裁判所に留保された破棄的法コントロール及び法律コントロールが、立法府の地位を特徴づける」^{*152}。このような決定構造にもとづいて、立法府には、憲法の明文に留保された事項の他に、その対象の重要性、コストのかかる手続、政治的基盤と特殊な専門知識の欠如等々といった構造から規定される作用が属する^{*153}。

(3) 抽象的—一般的規範の定立作用について Zimmerは立法権に関する問題を従来の学説のように立法概念から演繹するのではない。したがって、抽象的—一般的規範の定立作用についても、そのような作用が立法概念に含まれるか否かではなくて、それが立法府の決定プロセスにとって適合的であるか否かが問われる。

Zimmerによれば、立法府の決定プロセスを特徴づけるコミュニケーション・プロセス、仲介プロセス、正当性プロセスは、政治的に意義のある、重要な決定対象のために設けられている。これに対して、抽象的—一般的作用は必ずしも十分に政治的意義のあるものではなく、そのような政治的意義と必然的に内面的な関連性が存在するわけではない^{*154}。逆に、抽象的—一般的法定立の立法府の独占の要求は、立法府の決定形成の構造的なキャパシティを十分には顧慮していない。Zimmerにとつ

*151 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.207.

*152 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.210.

*153 この点について、Zimmerは次のように指摘する。

「一面では、基本法からは、法律という手段は、ただ明文で留保された対象を規律するためだけに投入されてよい、ということを取り出すことはできない。しかし、他面では、これらの対象の重さと、コストのかかる、特定の目標設定下で構想された手続は、あらゆる随意の細部問題が法律という手段の投入にとって適しているわけでないことを示している。……さらに、次のことも顧慮しないでおくことはできない。それは、その作業容量は限定され、その人的基盤は主として政党政治的基準に従って選挙され、決して特殊な専門知識ではなく、主として政治的知識を前提とする、比較的大きな集会が法律に従事しなければならないことである。」 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.221.

*154 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.334. その一つの根拠として、抽象的—一般的な規律によって秩序要求に対応する責務は、立法府以外にも課されていることが挙げられている。

*155 Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.336.

て唯一決定的なことは、「規範的に形成された政治秩序において、法治国家的かつ民主的な憲法に基づいて、法律によって生活現実に影響を及ぼすために、いかなる権能(!)が立法府に帰属するのかである」^{*155}。抽象的—一般的規範の定立は、かならずしもそのすべてがこの基準に相応する作用ではないのである。

(4) 措置法について 措置法に関して問題となり得るのは、基本法の法治国家的、民主的、社会的国家秩序において、措置を法律によって、法的拘束力を伴って形成する権能を立法府が有するか否かということである。この問題は概念に基づく権限配分を行わないZimmerにあっては重要ではない。そのような権能の存在は広く認められているからであり^{*156}、さきに挙げた立法権の特質からみても、措置法を発する権限はそれに適合的なものであり得るからである。

4. 3. 小括

Achterbergの理論は、伝統的な概念的方法に基づきながら作用交差の問題を解決することで、措置法にまつわる権限配分上の問題を解決しようと試みる。しかし、Zimmerの指摘するように、この試みは成功していないように思われる。これに対して、Zimmerは視点を概念という静態的なものから、プロセスという動態的なものへと転じ、独自の作用論を展開することを試みる。

Zimmerの理解に従えば、従来の国家作用論の多くの問題が回避され得るが、しかし、その構造や手続の内実あるいはそれらを拘束する規範内容については、それぞれの実定憲法の規定を顧慮しながら更に精緻に理論構成される必要があるように思われる。

5. おわりに

ForsthoffからAchterbergに至る措置法論の主たる検討課題は、措置法の概念はどのように定義されるか、それは法ドグマティークにとって意味あるものか否か、意味あるものである場合、それは二重法律概念論に基づく権限配分図式にどのように整序されるか、立法府の措置法権限の範囲はどこまで及ぶか、といったものであった。これらはみな措置法の概念、法律の概念、法規の概念の定義の仕方にかかっていた。

しかし、Zimmerの指摘を待つまでもなく、このような概念的方法には様々な問題点がある。どのように概念を定義するかという問題を度外視しても、とりわけ措置法権限の範囲と限界について、説得力ある議論を展開できていない点は重要であろう。この問題にはZimmerの理論のように、立法作用を決定手続という社会システムの一部として把握した上で、実定憲法の規定を顧慮しながら新たに再構成して対応することが有用であるように思われる。そこで、最後に、我が国の憲法規範に基づきながら、

^{*156} Zimmer, a.a.O. (Anm.123) S.336f.

立法作用を社会システム的に再構成するための留意点について簡単に触れ、措置法がどのように整序されるべきかを指摘してまとめにかえる。その際、主として立法作用を社会システムとしてとらえるH.Frohnと、法律を一種の免疫型システムと把握する太田勝造教授の学説に依拠することにする。

5. 1. 法律および立法の意味

(1) 立法作用を伝統的な法律概念に従って定義づけない場合には、実定憲法の規定に基づきつつ、それが法システムの内部でどのような機能を果たしているのかという観点から把握することも可能であろう。この場合、立法作用をインプットーアウトプットーモデルによって把握するのが得策であるように思われる^{*157}。概念に基づく作用把握は立法や法律を固定して理解する結果、それが果たしている様々な機能を十分に把握できないからである^{*158}。このような立場からすれば、法律は立法プロセスによってアウトプットされた法情報と理解され得る。

したがって、このような立法作用は、第一に、インプットされた情報を法情報へ変換するコンバージョン作用を果たしていることが指摘され得る。この作用は、実定憲法によって立法権能を有する機関の下でなされるが、そこでは世論や政党あるいは中間団体などからインプットされたものが「アウトプットに変換され、規範名宛人に対する情報へと変換される」^{*159}。第二に、このインプットーアウトプット構造は開放されたシステムであって、立法者は外部のシステムとコミュニケーション的関係に立ち、デモクラシー的に開かれている^{*160}。Frohnによれば、「このような開放性だけが、合法性と正当性の関連の維持を、それが手続による正当性を可能にする限りで、保障する」という^{*161}。この開放性を通じて、法情報は相互作用的に立法者にフィードバックされ、再びインプットーアウトプット構造が作用する。

(2) 立法作用は何らかの目標に向けられている。しかし、立法者がおかれているコミュニケーション関係では、目標が手段を規定するわけではなく、逆に、自由になる手段の結果が目指されるべき目標を規定する。このような意味において、「合理的な立法は結果への志向性を要求する」といえる^{*162}。

*157 vgl. Hansgeorg Frohn, *Gesetzesbegriff und Gewaltenteilung*, 1981, S.9ff. 太田勝造『社会科学の理論とモデル7 法律』（東京大学出版会、2000年）2頁以下。

*158 太田教授は、概念法学的な法のモデルが「事実の認識としては真ではありえないことは社会の流動性や価値観の変遷に鑑みれば明らかであろう」と指摘される。太田・前掲注（157）5頁。

*159 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.11.

*160 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.11. 太田教授によれば、「法情報と法的社会制禦システムとからなる法システムは常に開放系であることが分かる」という。そして、このような開放系において、「制禦者と被制禦者との相互作用的な相互変容が生じており,」「フィードバック的な制禦ループ」も存在しているという。太田・前掲注（157）5頁以下。

*161 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.11f.

*162 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.12f.

同時に、この規定性によって目標導出過程が合理化される。

なお、目標や結果への志向性という点において、諸々の法律間で何らかの質的な相違があるわけではない。したがって、通常法律も、いわゆる措置法と把握される法律も、この点では何の相違も認められない。

(3) コンバージョン構造を形成している立法の意思決定プロセスは、次の三つの局面において特徴づけられ得る。すなわち、①直観的な効率性^{*163}、②透明性^{*164}、③参加^{*165}である^{*166}。これらのプロセスは実定憲法による規範的な拘束を受けており、日本国憲法にそくしていえば、会議の公開(憲法第57条1項)や定足数(憲法第56条1項)の規定がこれらの点を要請しているといえよう。

(4) 形式的意味の法律と実質的意味の法律を区別する必要性は存在しない。法情報を含む点では、単なる形式的な意味の法律とされるものも、形式的かつ実質的な法律とされるものも、異ならないからである。さらに、立法のアウトプットたる法律と行政のアウトプットたる行政行為、司法のアウトプットたる判決はすべて法情報であって、これらの間に本質的な相違は存在しない点も指摘できる。存在するのは各プロセスが法システムの中で占めている位置づけだけである^{*167}。

5. 2. 立法の合理的決定手続と措置法の問題

(1) Frohnによれば、立法者の役割は「三つの異なった情報インプット——すなわち、(a) 目指されるべき目標に関する情報、(b) 目標を達成するために投入され得る手段に関する情報、(c) その都度の(a)および(b)に関する憲法パースペクティブに関する情報——を統一的なアウトプットに——『立法府の決定』、簡単に言えば法律へ変換」することにある^{*168}。したがって、立法行為の本質を形成するのは、決して選択行為たる決議だけではない。FrohnはこれをHerbert A. Simonにならって、「決定誘因の発見、可能な行為態様の発見、行為態様間の選択」という三つの主要な段階から構成さ

*163 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.28. Frohnが、経済学のような最大化や最適化ではなくて、直観的な効率性を用いるのは、「社会科学の効率性概念は、現在のところ、一般的に承認された道具によって測定可能ではない」という認識に基づく。

*164 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.28ff. 透明性は「まず最初に、専門家、利害、政治の様々な領域の接触並びに結合に配慮しなければならず、……第二に、公開性、妥協と競争への準備、専門的な助言と専門的な計画のコントロールを保障すること、それらを政府と野党の議論において審理し、具体的な現実性へ関連づけなければならなく、その限りで、「コミュニケーション的インターアクション」を要請する。Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.30.

*165 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.31f.

*166 これら三つの局面のいずれも——もっとも、ある程度までであるが——他の二つすべてによって代用され得るという。Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.33.

*167 この点について、ニクラス・ルーマンの理論から説明するものとして、福井康太『法理論のルーマン』(勁草書房、2004年) 79頁以下。

*168 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.37.

*169 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.47. これら三つの主要段階のいずれもが、情報獲得の特別な様式によって特徴づけられる。それは次のことを目指す。(1) 問題の確認、(2) 解決の展開と評価、(3) 戦略の選択、(4) その事実上の実施および(5) なされた経験からの学習。したがって、結果もまた、決定の重要な要素である。

れると考える^{*169}。このような考察を立法プロセスへの当てはめると、これは「連続する (sequentiell) 情報獲得プロセス」として把握され得る^{*170}。

(2) 結果コントロールもまた、情報獲得プロセスである。決定プロセスは決定の実施や、なされた経験からの学習という段階をも含むからである^{*171}。立法府は法律を制定してその任務が終了するわけではなく、司法府や行政府におけるその実施、あるいは社会におけるその実効にも責任を負う。従来理論とは異なり、立法は法律を議決すればそれで役割を終えるのではなく、その実施に向けて絶えず留意し、かつ、そこからの経験を新たなインプットとしてフィードバックしてこななければならない。

ところで、決定は十分な量の情報がインプットされ、その結果がすべて見渡される場合に合理的になされ得るが、限定された合理性の理論が教えるように^{*172}、決定担当者の情報摂取能力と情報獲得能力は大きく限定されている。そこで、解決されるべき課題は、「トライアル・アンド・エラー手続」に従って進められるが、この解決は必然的に状況に拘束され、時間に依存し、目的に向けられ、暫定的なものである^{*173}。そうであれば、「措置法」という問題は表面的な問題にすぎないことが判明する。なぜなら、措置法ではなくて通常の規範法律を、すなわち、「基礎的な、理性に支えられた、正当な、永続的な規律」としての法律を定式化することは、不可能と見なされねばならないからである^{*174}。また、アウトプットされる法情報の目的に対する関わり方について、Forsthoffによって通常法律と措置法の間に認められる法目的の相違のようなものは存在しないことが指摘される。

5. 3. おわりに

我が国の憲法学では、措置法についてはその概念を確定した上で、憲法上の許容性を問うのが多数であるように思われる^{*175}。しかし、これまでの考察が示唆しているように、まず概念を確定し、この概念に基づいて権限配分を行うという従来の図式では、措置法のような現代的な立法現象を適切に評価することは困難である。さらには、措置法が非典型的な法という評価を得ることで必要と

*170 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.48.

*171 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.53f.

*172 橋本・前掲注 (142) 53 頁以下。

*173 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.60.

*174 Frohn, a.a.O. (Anm.157) S.60. 法律をフィードバックメカニズムとして把握する場合、措置法は何の問題も提供しない。伝統的な学説によって一般的・抽象的とされた法律、例えば、民法や刑法は、それが制定された当時の社会背景の下ではフィードバックメカニズムの発動に相当の時間がかかっていただけのことであって、措置法とは単にその時間的な長さの問題しか存在しないからである。

*175 例えば、長谷部恭男『憲法第3版』(新世社、2004年)327頁以下、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅱ第3版』(有斐閣、2003年)73頁以下。

される限界づけを、実定憲法に基づいて行うことが困難であるという点も指摘することができる。

したがって、立法府の権限とされる法律の制定については、法律という概念あるいは措置法という概念から出発してこれを把握するのではなくて、立法機関とされる国会の構成ならびに手続から把握されるべきである。そうであれば、そもそも法律は一般的・抽象的でなければならないという命題を維持することが困難である。全体として専門知識を備えることなく、もっぱら政治的資質に基づいて選挙された国会議員による合議機関であり、会期制を採用する国会は、およそ国家にとって必要なすべての一般的―抽象的な規範を定立する能力を有してはいないと考えられるからである。逆に、従来の概念的な方法では措置法と把握される法律であっても、かような国会の構成や手続に適合的なものであれば、憲法上許容されるであろう。つまり、一般的―抽象的法律なのか、措置法なのか問題なのではなく、そこで問題となる事務が国会に適合的な否かが決定的なのである。

立法手続を社会システムの一つと位置づけることには、伝統的な概念的方法よりも多くの利点があるように思われる。古典的な権力分立理論と、伝統的な概念によってもたらされた表面的な議論が回避されるだけでなく、立法の目的や結果が考慮されるために、執行や司法プロセスまで含んだトータルな国家作用論が、現在の憲法構造や憲法政治上の現実に基づいて構築される可能性があるからである。また、このように把握することで、概念による静態的な把握によってはとらえきれない現代の複雑な社会生活や国家生活に十分に対応することが可能になるという点も指摘できよう^{*176}。

*176 参照、福井・前掲注(167)26頁。「『アトム』がモノ的性質をもつ単位要素だとする見方は、静止的・持続的な体系を暗黙のうちに先取りしてしまっている。静止的・持続的体系観によって限界づけられてしまっている以上、当然のことながらそうした単位要素から成る体系はスタティックなものたらざるをえない。そうした体系は創発性を欠いている。問題なのは、そのような体系(システム)観によっては、現代社会の高度の動態性を十分に把握することができないということである。」