

国民発案と憲法裁判権との間の議会制

ペーター・M・フーバー

石塚 壮太郎 訳

【訳者まえがき】 ここに掲載する翻訳は、ミュンヘン大学法学部ペーター・M・フーバー教授が、二〇一三年一月一日に日本大学法学部で講演したものである。この講演は、その前年五月一日にシュパイヤー行政大学院大学で行われた、ジークフリート・マギエラ教授古稀記念研究シンポジウム「価値共同体としてのヨーロッパ連合」でフーバー教授が講演されたものと基本的に同一であった。なぜなら、その内容は、わが国においても大いに関心のあるものであるところから、その講演を再度本学においても講演して下さるようお願いして行って頂いたものだからである。フーバー教授は、日本大学における講演では、この原稿からある程度離れて自由に話された。それを完全に再現することは出来ないため、ここでは、シュパイヤーにおける講演の原稿を忠実に翻訳、紹介することとした。以上。

まず個人的な話をさせていただくと、ジークフリート・マギエラ〔シュパイヤー行政大学院大学教授・EU法〕と私は、ドイツ国内よりも国外で——ギリシャやポーランドなどで——頻繁に会っていた。我々は、しかしそこで、ヨーロッパ問題についても、議会制の問題についても意見を交わしてきた。そのため私は、貴方の研究領域の一つについて——ヨーロッパについては、国内的なコンテクストについてよりもわずかであるが——ここで話すことができるのをうれしく思っている。

I. 圧力下にある議会制？

国民発案と憲法裁判権の間にある議会制というテーマ設定は、代表民主制——それは議会をその中心とし、議会制においてその決定的な政治的刻印を得る——と、一方では国民発案あるいは直接民主制との間の緊張関係、他方では憲法裁判権との間の緊張関係を提示している。この緊張関係が示唆しているのは、議会制が差し迫った状況に陥っているということであり、それはあたかも、直接民主制や憲法裁判権がいわば議会と競合する存在であり、国民や憲法裁判所が議会と競い合うアクターであるかのようなようである。そこには、同時に次のような批判が込められていた。それは、ドイツの憲法史ではよく知られた議会制の軽視が、二〇一〇年代の初めに再び盛んになっているという批判であり、そこでは、直接民主制および過度に拡張した憲法裁判的統制が、——自覚的にか無自覚にか——議会制とその領分をめぐり争っていたのである。

このことは、議会・直接民主制・憲法裁判権という三和音について無邪気に語ることを難しくしている。というのも、議会制への懐疑は、通常（正当にも）否定的な反応を招くからである。もっとも、「議会制の」批判者らに対する

批判は容易く誇張されうるし、「それにより」かえって議会制がダメージを被ることもありうる。なぜなら、他の民主制、しばしばより古い時代の民主制においても、議会活動は、まったく疑う余地のないものではなかったものであり、「政治的指導階層 (Politische Klasse)」についての (予めの) 判断も、ドイツにおけるそれとほとんど区別されるものではないからである。それゆえ、その時代ごとの継続的発展のためのリアリズム、建設的批判および開放性は、たとえそれらが政治的アクターの視点から見て魅力的には映らない変化を目指しているとしても、議会制の衰退へと行き着くわけでは決してない。

II. 「民主制の中心」としての議会——要請と実態

1. 基本法の制度構造における議会中心性

a) 基礎

しかし、議会への一般的な懐疑には、根拠がない。むしろ、基本法は、議会を「民主制の中心」に定め、判決や学説はこの位置規定を確実なものとし、一歩ずつ整備してきた。

aa) 議会は、基本法のコンメンタールや教科書、モノグラフィーおよびその他の刊行物を根拠に、民主制の中心および重心として、我々の前に立ちあらわれる。議会は、直接民主的に正統化された唯一の憲法機関であり、他の憲法諸機関に期待されることを遥かに超えた諸機能を果たす。それは、公権力全体の正統化機能、首相の創出機能、(間接的には) 連邦政府、連邦憲法裁判所裁判官および他の憲法諸機関の創出機能、特に執行府に対する統制機能、立法機能、統合機能等々である。我々は、他の憲法諸機関に、制度的構造を機能させるための中心的機能を、議会ほど多

く負わせることはない。

bb) より詳しく見れば、この憲法的所見を裏づける数多くの根拠がある。すでに帝政ドイツ時代〔一八七一年〕以来、我々は、行政法システムの中心的礎石として行政の法律適合性を知っている。〔今では〕基本法二〇条三項に据えられているが、行政の法律適合性は、いずれにせよ形式的意味の法治国原理の最も古い部分であり、それどころか実践的には最も重要な部分であるかもしれない。法律の優位により、議会は公的任務や手段等を定義するに際しての至高性を備え、他方で、法律の留保により、自由や財産への侵害は議会の同意を要するものとなる^③。それ以来、議会は、市民と国家との法関係についての枢要な地位に就いたといえよう。

一九七〇年代に、この構想は、連邦憲法裁判所によって、周知のとおりいわゆる本質性法理へと更なる発展を遂げた^④。確かに、今日まで誰も、何が本当に「本質的」であるかを正確には知らない——結局、連邦憲法裁判所が本質的だというのが、本質的なのである。しかし、社会の共同生活にとって重要な問題を立法者に委ねるという思考は、基本法の制度的構造からすれば説得的であり、「その思考は」議会が民主制の中心であるという理解を強く示している。そのような基礎の上で、法治国家的に構想された古い法律の留保に、民主制の軸足を付加して補強することができた。それがドイツ国境をも越える広がりを見せたのである。

cc) およそ議会の最古の権利である予算権も、このコンテクストに属する。その際、予算は、経済計画であるだけでなく、同時に、法律形式での国家嚮導的な公権的行為でもある。したがって、基本法一一〇条二項一文が予算について、基本法一一五条が保証の引き受け (Gewährleistungen) および人的保証 (Birgschaften) について、「それぞれ」特別の法律の留保を定めている。これによって保障されるのは、今日の政治にとって第一に重要なこと——財源の分

配を通じて行われるリソースの配分と政治的重点の設定——が議会の手に委ねられるということである。「予算は、したがって、経済的負担と国家によって与えられる優遇措置に関する、構想的で政治的な決定の場である」⁽⁵⁾。

ユーロ救済措置に関する連邦憲法裁判所判決において、連邦憲法裁判所はさらに歩を進め、国際機関や他国への財政的支援措置のための一般的な議会留保——予算法律のそれとは区別される——を根拠づけただけでなく、事実上、これを決定する権限を議会が放棄することを禁じた。当該判決によれば、民主制原理（基本法二〇条一項および二項）および議会制は、国際債務についてもヨーロッパ債務についても、ドイツ連邦議会が「議会の」自己責任に基づいて歳入および歳出を決定する場であることを要請する⁽⁶⁾。

「したがって、ドイツ連邦議会に禁止されているのは、予算に影響するもはや見通すことができないう負担が、議会の事前の本質的同意なしに引き受けられてしまうほど、自己の予算責任を他のアクターに委譲することである（…）。歳入・歳出に関する重要な予算策上の問題がドイツ連邦議会の本質的同意なしに決定されてしまったり、ドイツ連邦議会の決定的な意思決定なしに超国家的な法的義務が基礎づけられたりしてしまえば、議会は単なる執行の役割へと墮し、もはや予算策上の全責任を負えなくなってしまう（…）。それゆえ、連邦議会は、EU領域では——基本法二三条二項に基づく協力があるとしても——大規模な連邦の支出が伴う連帯的救済措置を個別に承認しなければならず、さらに、——その大規模な秩序を基礎に「議会の」予算権にとって構造上の意味を有しうる——超国家的な取り決めがなされる限りでは、用意された財源の用途について十分な議会の影響力の存在を確保しなければならぬ」⁽⁷⁾。

dd) 似たような方法で、カールスルーエ〔連邦憲法裁判所〕は、すでに一九九〇年代初めに、基本法の制度構造における議会中心性を軍事領域にも推し進めた。そこで基本となる、いわゆる連邦軍の域外派遣に関する決定で、連邦軍は、「議会軍 (Paramentsheer)」として特徴づけられ、この——イギリス市民戦争を想起させる——概念により、連邦軍は連邦議会の命令権限の下に置かれる。ドイツはそれを、海外での武装戦力の投入に関する決定に際しての議会の関与についての法律 (議会関与法)^⑧に取り入れただけではなく、基本法の妥当領域外でのドイツの武装戦力の投入が常に連邦議会の同意を必要とするという要件にも取り入れた (議会関与法一条二項)。このような理由から、兵士の宣誓は、今日では、まさに国会議事堂 (Reichstag) の前で行われるが、それによって議会の中心的役割が視覚的—象徴的にも認知されるのである。連邦政府は、このような背景で、基本的には公衆の目に晒される議会での議論を経て初めて、連邦軍を投入できる。そのことが、軍事力の投入のハードルを高め、少なくとも時間をかけさせる。比較憲法的観点からは、したがって、議会に対する連邦政府の地位は、他のEU諸国の政府〔のそれ〕よりも弱い。

b) 限界

議会の限界を強調することも、他面では、我々の政治システムの重心である議会への集中を強める要素となる。そして憲法解釈学の定旋律 (cantus firmus) に属するのは、基本法には議会一元論が存在しないこと、および——オーストリアやおそらくポーランドとも異なり^⑩——全面的な法律の留保も定められていないことである。^⑪一九七〇年代後半から八〇年代以来、連邦憲法裁判所は、繰り返し、以下のことを強調してきた。すなわち、議会が、公益を定義する独占的な代表権 (Alleinvertretungsanspruch) を備えているわけではないこと、および市民らによって直接選ばれてい

るにも拘らず、議会在他の国家権力よりも優れた民主的正統性を手にしているわけでもないことである。他の国家権力は、パーシング「II米陸軍弾道ミサイル」判決で述べられているように、「そのすべての機能について…、異なった方法であれ、民主的に構成され正当化されており、これに基づいて権力分立的に組織されている」¹²⁾。

とりわけ外交領域において、執行府には、広く影響を及ぼす決定、場合によっては極めて重大な決定を行う排他的権限が与えられている¹³⁾。伝統的国家観を受け継いで、基本法は、外交領域では、執行府に、固有の責任において任務を遂行する広範な余地を付与している¹⁴⁾。

「他国との交渉、国際組織・国家間の機関・相互集団安全保障システム（基本法二四条二項）における代表、ならびにドイツを対外的に代表する際の国家全体の責任の確保は、（…）原則的には執行府、特に連邦政府の権限領域に割り振られる。外交活動が原則として執行府の権限領域に配分されるのは、次のような想定に基づいている。つまり、制度上および長期に渡り、典型的にはもっぱら政府が、変化する外交状況に対し迅速かつ適切に対応し、責任を持って国家任務や外交業務を引き受け、できる限り最善の結果をもたらす、人的、事項的および組織的能力を十分に備えているという想定である（…）。国家権力の分立および均衡という基本法の具体的秩序を覆い隠して、連邦議会の同意権ないし協働権を拡張的に解釈することは、対外的・安全保障政策上の連邦政府の行為能力を不当に制限してしまい、機能適合的な国家権力の配分を損なう結果となる（…）。そのような解釈は、民主制原理から導かれる、全体包括的な議会留保を拠り所とすることはできない」¹⁵⁾。

「国民発案と憲法裁判権との間の議会制」というテーマに立ち戻れば、連邦政府に当てはまることは、連邦憲法裁

判所にも当てはまる。連邦憲法裁判所法六条に基づいて議会あるいは委員会が連邦憲法裁判所裁判官を選出すること⁽¹⁶⁾、「連邦憲法裁判所が」法および法律に拘束されること（基本法二〇条三項）ならびに基本法において連邦憲法裁判所が明示的な根拠を持つこと（基本法九二―九四条）により、人的、事項的および制度的な正統性を超えて、基本的には他の憲法機関に劣らない民主的正統性の水準が、「連邦憲法裁判所に」保障されているのである。

2. 現実と浸食

以上のような憲法の現状調査は、さほど牧歌的に描くことができない現実とは対極にある。その現実の中では、議会は決して民主制の中心ではない。現実には、議会および議員は所々で圧力に晒されている。教科書、コンメンターおよび論文に見られる、議会が民主制の中心であるという定型化が、むしろいかにも信心深い願望か、またはより悪くは、空虚なフレーズにすぎないと思えるほどである⁽¹⁷⁾。

a) 制度構造における執行府への事実上の加重性

aa) 現実には、確かに、執行府は、我々の民主制の中心ではなかったかもしれないが、今でもそうではないかもしれない。しかしおそらくは、我々の政治システムの重心であったし、今でもそうである。執行府は、すでにその卓越した人的リソースに基づき、追従を許さないほどの権限上の優位を、議会に対して有している。連邦行政府職員が現在七四万九一四九人なのに対し、連邦議会行政の「国会」職員は全部で二六〇〇〇人である。七五万人の職員による方が、二六〇〇〇人の職員によるよりも、ノウハウへの接近がよりよく保障されることについては、これ以上の多言を要しな

い。執政府の卓越した人的リソースにより、とりわけ、議会に帰属する立法機能は——このことは何度も研究されてきたことだが¹⁹——執行府によって広範に規定されることになる。連邦議会に持ち込まれる法律案の半数から四分の三が連邦政府の手によるものであり、²⁰連邦議会の中心から、すなわち政権会派によって——ふつう対立会派によってではない——持ち込まれた法律案でさえ、通常は「場外プレー」によるものである (über die Bande gespielt)。すなわち、省庁で作成され、会派によって持ち込まれるのである。その理由は様々である。連邦レベルでは、この手続はしばしば、第一ラウンド通過における連邦参議院の迂回²¹、または——州レベルでもそうだが——連立政策上の困難の克服、会派やその主役たちを目立たせること等々に役立つ。

執行府は、予算を——法的拘束は別として——基本的には連邦政府の政策的規準に従って作成するし (予算原則法三条一項)、さらに、緊急予算権 (基本法一一一条) および超過支出や予算外支出の承認権限 (基本法一一二条) を備えている。執行府は、したがって、実践的には、予算で用意された財源を自由に使えるのであり、ある古いドイツの諺でいえば「金を出す者が口も出す (wer zahlt, schafft an)」ということである。これにより、自己の有権者のために国家の財源に与ろうとする議員も——控えめに表現して——気分を良くするだろう。とりわけ、このことは、消防祭その他類似のもののために使える、州における宝くじ財源の利用に見て取ることができる。その財源利用が、政府とその担い手である諸党派との間の環境を醸成するための確かな道具であることは明らかであった。

それに加えて、連邦政府は、——国際機関やEU機関において、そして他国に対して——ドイツを対外的に代表する権限を備えている。そのことは、グローバル化の時代において、そして、数多くの多重レベルシステムが存する状況で——欧州諸国は今日そのような状況に置かれており、そこでは自律的決定がルールというよりむしろ例外となっ

たが——、権力特有の観点からすれば、概して高く評価してもしすぎることはない利点である。議会自身が対外政策的・欧州政策的に重要な情報を——望むと望まざるとに拘らず——常にフィルターリングされた状態でしか獲得しておらず、その情報を確実には検証しえないのであれば、議会ははじめから不利な立場にある。⁽²²⁾

bb) 政党国家は、この所見を先鋭化させる。ハンス・ペーター・シュナイダーがすでに一九七〇年代に記述していた⁽²³⁾、政府と対立者との二元主義においては、政府の権力は、全く明らかに次のことに基づいている。すなわち、連邦首相または州政府首相が、党代表者 (Parteivoritzende) でもあるか、またはそうでなければ少なくとも (より大きな連立パートナーの) 政党組織を自由に動かしようということである。それにより、彼らは、通常、その担い手である会派を縛りつけることができるか、規律に服させることができる状況にある。確かに、会派は、形式的には、独立かつ自己の良心にのみ従う議員 (基本法三八条一項二文) の結合に基礎をおくものである。⁽²⁴⁾ しかし実質的に、議員は、議会における自己の政党の手足であり、⁽²⁵⁾ 政党は政党で——典型的には党執行部 (Parteführung) の了解を得て——候補者の (再) 立候補を決定し、それにより議員の経済生活について決定することも稀ではない。政府ポストと議席が両立可能であることや、政務次官制度⁽²⁶⁾ のような促進システム、あるいは議会のヒエラルキー化⁽²⁷⁾ により、首相 (Regierungschef) への集中がさらに促進させられる。会派の代表者ら (Fraktionsvorsitzende) が——表決権を持たないとしても——多くの州政府において共に内閣の机に就くことは、政府および議会の多数派が結局は政党というルールの上で走っているという所見に、もう一つの面で寄与するかもしれない。⁽²⁸⁾

b) 議会制に負担を課す近時の浸食傾向

議会制に負担を課す近時の浸食傾向がさらに付け加わる。そのうちの二つについて取り上げたい。民営化(aa)と、ヨーロッパ化あるいは国際化(bb)である。どちらも、社会ならびに個人の政治的自己決定のための伝動装置(Transmissionsriemen)としての議会の中心的役割、すなわち政治責任のための——イタリア人がそう呼ぶように——政治の舵取り(indirizzo politico)としての議会の役割がますます圧力下におかれたことに寄与する。

aa) 一九八九／九〇年という時代の変わり目以来行われている民営化は、政治の影響力を、そしてそれにより議会の影響力を様々な方法で低下させてきた。それにより、公共の福祉と個人の利益を均衡させるという社会の能力も低下した²⁹。話題となっている二、三の例に言及するにとどめるが、今や買い戻されるとされるベルリン水道局、航空安全(基本法八七d条一項)の民営化の可能性や、更生保護施設の更なる民営化³⁰——それは諸外国では、営業利率が合うように関係者は比較的長期にわたって収監されることにつながっていた——を想起してほしい。

さらに、公行政における人的削減は、省行政において必要不可欠な指揮任務を処理する職員がもはやほとんどいなくなることにつながり、それは一定程度議会に負担を課すことにもなっている。例えば、金融市場安定化法(FMSStG, FMStEG)を作成したのは、フレッシュフィールドズ(「ブルックハウス・デリンガー法律事務所」というイギリスの大規模法律事務所であり、本来その権限を与えられた連邦財務省ではない。州レベルでも、同じような事例が存在する。確かに、弁護士事務所の投入も個々の事例では重要となりうるが、しかし、民主的法治国および公益に縛られた省行政を、自己の活動の商業的成果に(も)不可避的に関心を持つ弁護士らによって、ますます広範に代用することは機能障害である。そうなれば、——計画法と同様に——少なくとも、議会が政府の法案提出を目に見えて

より徹底的に検証しなければならなくなるが、しかし、議会は、そのような検証について、政治的、組織的かつ人的に、限定的にしか用意がなく、可能ではないように思われる。⁽³¹⁾

bb) ヨーロッパ化と国際化について言えば、その議会制への影響は、次のように簡明的確にまとめることができる。「敗者は国内議会である」⁽³²⁾。なかでも欧州統合がもたらすのは、ますます多くの立法権限がEUに移ることである。EU理事会に参加するのは、連邦政府であつて、議会ではない。そして、連邦政府はここでも「場外でプレーしており」、連邦政府が国内的コンテクストで貫徹しえないような企図が、——連邦議会および連邦参議院ならびに公衆を素通りして——ヨーロッパレベルでもたらされる。「そのことに対する」対抗措置の試みがある。すなわち、基本法一二三条二項から六項までの条項、統合責任法 (IntVG)、EU事項における連邦政府と連邦議会との協働に関する法 (EuZBBG) および同法一二条に基づく取り決めである。それらの試みは、その上さらに、連合法上、欧州連合条約一二条、EUにおける国内議会の役割についての議定書、および補完性原則や比例原則の適用についての議定書によつて補完される。ところが、欧州安定化メカニズム (ESM) やユーロプラス協定 (Euro-Plus-Pakt)⁽³³⁾ の事例が示しているのは、ここでは要請と実態との間でなお相当大きな裂け目が存在することである。その裂け目を閉じることは、今後数年の大きな課題の一つである。

c) 法学の認識不足と摂取不足

もとより、法学はこの所見を、ほとんど反映させていない。法学は今日まで、政治学、社会学、経済学（これがおよそ何らかの洞察を得ようとするのであればであるが）および他の領域において経験的に獲得された洞察を摂取するため

の方法を發展させ、法学の近隣領域に対する接続可能性を確立させることができている。法はその限りでまだ、現実の所見、すなわちザイン（存在）とゾレン（当為）との間の不一致を適切に処理する、確かな道具を知らない。その限りで、いわゆる新行政法学は、ここで関心が寄せられている国法上のコンテクストとはあまり関わりがないとしても、いずれにせよ急所を突くものであった。なぜなら、それが法学に単なる「適用に関する解釈学」以上ものであることを要請するからである。ガバナンス研究も、（まだ）とりとめのないものかもしれないが、規律構造に集中することで重要な点をとらえ、「ここで」語られた法学の不足を克服するための重要な架け橋となりうるかもしれない。⁽³⁵⁾

Ⅲ．代表民主制の代用としてではなく、部分的補充としての国民立法

1. 総論

基本法二〇条二項二文が規定するのは、国家権力が、選挙と投票の中で国民によって行使されることである。そう見れば、投票への言及により、基本法の直接民主制的手段——基本法二九条〔連邦領域の再編成〕、一一八条〔南西諸州の再編成〕、一一八a条〔ベルリンおよびブランデンブルクの再編成〕、一四六条〔基本法の妥当期間〕——が「一括りにして (vor die Klammer)」引き出される。しかし、基本法七九条三項によって守られる基本法のアイデンティティの核心が侵害される場合か、あるいは州の再編成がなされる場合ではなければ、国民発案は連邦レベルではこれまで予定されていなかった。したがって、現行憲法 (de constitutione lata) 下では、国民発案は、議会制を圧力下におくものとしては、適切なものでもない。

州レベルでも、事はそれほど異ならない。確かに、州レベルでは直接民主制の多くの経験がある。そして、それは

もう長いことバイエルンだけのものではなくなっている。とはいえ、バイエルンにおいても、ここ六六年——すでにそれだけ長いことバイエルン憲法は妥当しているのだが——の州民発案の経験は、見通しうる数に収まっている。一九四六年以来、州議会が四桁の分野で法律を通過させている間に、許容された州民発案 (Volksbegehren) は一八回、州民投票 (Referendum) は九回、州民表決 (Volksentscheid) は六回行われた。^{*1} ハードルが多すぎるというわけではないが、州民発案と州民表決の組織は非常に労力がかかるので、それは議会立法にとつての真剣な競合物としては初めから問題外である。提案・許容定足数、官庁での署名収集 (Amtsstubensammlung) の要件および時間的制限により、^{*2} 州民が事の成り行きに基本的に同意している場合には、彼らが容易には動員させられないようになる。そのことはとりわけ、必要な署名数を満たさずに成立しなかった国民発案の数の多さが示している。

2. 機能条件

それに加えて、その経験が示すのは、直接民主制の限定的可能性がある程度支障なく代表システムと並んで定着しうるということである。³⁶⁾

「代表的—プレビシット的」民主制への基本決定から生じるのは、第一に国民意思形成と議会意思形成との同格性、ならびに議会立法および国民立法の方法で可決された法律の機能的対等性である。³⁷⁾ 議会によって可決された法律と、国民によって可決された法律は、したがって同格である。すべての州憲法裁判所の確立した判決も、「その点では」一致している。³⁸⁾ 国民が制定した法律には、特に高められた存続力が与えられるわけではない。その法律は、州議会が制定した法律と同じように、——国家実践が示しているが——議会法律によってすぐに改正される。³⁹⁾ 例えば、いわ

ゆる正書法改正は、シュレスヴィヒ―ホルシュタインでは一九九八年九月二七日に行われた州民表決により拒絶され、次のことが法律で定められた。すなわち、「州民の中で長らく承認され、納入可能な書籍の大多数において使用されている」、「一般的に慣例の」正書法が教授されなければならないことである⁴⁰。この規定は、わずか九か月後に州議会の制定した法律により、一九九九年九月二日に再び廃止された⁴¹。これに対して提起された憲法異議は、州民表決の結果が同一立法期に再び取り消されてはならないはずだと主張したが、連邦憲法裁判所は受理しなかった⁴²。同じような出来事は、自由ハンザ同盟都市ハンブルクからも報告される⁴³。ここでは、市議会が州民表決によつて改正された選挙法を再び修正したのである。その点では、したがつて、後法〔は前法を破る〕の原則が、議会制と直接民主制との整序された並立〔関係〕をもたらず。そのことは、いかなる州民表決に際しても、議会は代替案を表決に付すことができるという規定にも当てはまる（例えば、バイエルン憲法七四条四項）。

問題はせいぜい、国民発案に有利になるような遮断作用^{*3}が、存在しうるかどうかである。それについては議論があるが、しかし事の性質上否定されなければならない⁴⁴。なぜなら、遮断作用は、相応の保護必要性がないにも拘らず、代表民主制の優勢を疑問に付すだろうからである。議会多数派の操作の試みはあるかもしれないが、それはむしろ、次の選挙において制裁されなければならない⁴⁵。

3. 評価

国民発案は、単にグローバル化の挑戦や透明性に欠ける権力状況の圧力に対して、それらを阻止するように作用し、そのことにより受容が確保されうるだけではない⁴⁶。それだけではなく、国民発案は、政党国家的意思形成の合理性の

言いなりににはならない(それが可能となる)ことで、執行府の権力増大をも相対化させる。⁽⁴⁷⁾

しかし、国民発案は、それと結びついたコストからすれば、議会制の代替物ではなく、せいぜい部分的な補充すぎない。そのようなものとしての国民発案は、経験が示しているように、議会制に挑戦するものではなく、議会制を安定させるものである。ツヴェンテンドルフ原子力発電所やオーストリアにおける原子力利用に関するレファレンダムは、ここでは喫煙禁止に関するバイエルンの問題と同様に、例として役立つだろう。州議会は、「喫煙禁止を」繰り返し計画したものの満足する結果を得るには至らなかったし、連邦憲法裁判所による規制の是認によっても事態は収束しなかった。そして、二〇一〇年に国民は次のように語った。今や禁煙はオクトーバー・フェストにおいてすら機能している、と。

IV. 憲法裁判権——「誰が番人の番人か？」という永遠の問題

1. 総論

マーベリー対マディソン⁽⁴⁸⁾以来、民主制の多数決原理と、裁判による法律の統制との間には緊張関係が存在する。その問題は、憲法裁判権と同じだけ古く、そして政治が法によつて縛られなければならないというカントの命題⁽⁴⁹⁾を真剣に捉える以上は、避けて通ることのできない問題である。その際、もちろん数多くのニュアンスがあり、それはフランス憲法院の国民可決法律に対する統制の放棄⁽⁵⁰⁾から、アメリカ連邦最高裁の政治問題の法理や司法の抑制⁽⁵¹⁾まで様々である。

我が国ではそうではなく、実体法的に刻印された憲法理解に基づいて立法者の余地を保持する試みがなされる。立

法者の余地は、評価・予測の余地から、基本権衝突を解決する際の形成の余地を経て、過少保護禁止を内容形成する際の具体化余地に及ぶ。共同決定判決⁵²以来、判例は、次のような段階化された統制密度を用いている。それは基本権干渉の強度によつて、明白性の統制から、主張可能性の統制を経て、厳格な内容統制へと至る。一九九〇年代には、判例は、この段階化を平等原則の適用領域にまで借用した。ある差別化メルクマールがより密接に人と関連し(personenbezogen)^{*4}、それが基本法二条二項および三項で「禁じられた」差別化規準に近づけば近づくほど、今日統制密度はより厳格となる⁵³。実体法的規準が結局役立たないところでは、プロセス化へと転調する⁵⁴。それも、立法者への圧力が大きくなりすぎないようにするものである。

それは、ドイツにとつて緊張状態を扱う正しいやり方である。なぜなら、それがこれまでの道に従うものであるからである。つまり、そのやり方は、政治を「司法化」する傾向にあるドイツ特有の傾向からのものである。この傾向は、その根源をすでに旧帝国「神聖ローマ帝国」の経験に有しており、当時、帝国最高法院や帝国宮内法院の役割の中に明らかに表れていた。「その傾向を」一層深く刻みつけたのは、一九世紀における法治国家のドイツ特有の誕生⁵⁵である。その法治国家は、法律の優位と留保により、市民層に民主制の放棄を我慢させ、法と裁判所による紛争解決への我々の「信仰」に、徐々に、疑似宗教的な荘厳さを授けた。ドイツの民主制は、まさに議会における政治的多数を求める戦いであるだけでなく、裁判所、特に憲法裁判権の助力による問題の克服でもある。

2. 憲法裁判権は議会を強化する

しかしここでも、議会制の反対者だと誤つて考えられている者「連邦憲法裁判所」が、より詳しく見れば、議会制

を支えている。連邦憲法裁判所は、その点では、連邦議会の最大の「ファン」であり、繰り返し議会を中心に据えようとしてきた。マーストリヒト判決は、EUへの権限委譲によって生じた権限の浸食が、統合プログラムの十分に明確な内容形成によって埋め合わせられなければならないという考えを採用し、⁽⁵⁶⁾ヨーロッパの逮捕状についての判決は、EU法の国内法化のために残された余地に対する議会の責任を強調した。⁽⁵⁷⁾リスボン判決は、特に連邦議会の統合責任を浮き彫りにした。⁽⁵⁸⁾一方で、「連邦憲法」裁判所は、ギリシャ救済およびヨーロッパ金融安定化メカニズム (EFFSF)、⁽⁵⁹⁾ 特別委員会 (Sondergremium)、⁽⁶⁰⁾ 欧州安定化メカニズム条約 (ESMV) やユーロプラス協定 (EPP) ⁽⁶¹⁾ の作成への連邦議会の関与、ならびに欧州安定化メカニズム (ESM) ⁽⁶²⁾ についての諸判決で、ドイツ連邦議会の予算政策上の全体責任を、何度も、議会自体がするよりも情熱的に擁護しているように思われる。議会が民主制の中心であるというキルヒホフの理想を保持し安定させようとする力があるとなれば、それは連邦憲法裁判所である。

V. 要約と評価

直接民主制も憲法裁判権も、議会の競合相手ではない。個々の表決や判決について争いはあるかもしれないが、結果としてどちらの存在も議会制の安定化および促進をもたらしている、あるいはそれらが計画通りに進めばそうなるだろう。憲法裁判権に目を向ければ、むしろその配慮が行き過ぎていないか、議会の機能を充足しないことをも議会の政治的裁量としてはならないのではないか、ということが問われる。しかし、議会制は自己目的ではなく、憲法によって定着した、行使されるべき国家機能である。すでに基本法の国家が自己を目的とするのではなく、人間を目的として存在しているとすれば、なおさら、このことは基本法の議会制にも妥当しなければならぬ。

【訳者解題】冒頭で述べたとおり、本稿は、二〇一三年一〇月一日に、日本大学でペーター・ミヒャエル・フリー教授が行った特別講義の際に用いた論文を訳出したものである。本論文は、二〇一二年五月一日にシュパイヤー行政大学院大学で行われた、ジークフリート・マギエラ教授古稀記念研究シンポジウム「価値共同体としてのヨーロッパ連合」での議論をまとめた以下の書籍に所収されている。独語論文名・所収は、*Parlamentarismus zwischen Volksbegehren und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Niedobitek/Sommermann (Hrsg.), Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, 2013, S. 255 ff.である。なお、当日お話になっていない部分も含め、講義の際に扱われた論文全体を訳出している。読者の便宜のため、幾つか訳注を付してある。

著者のペーター・M・フリーバー教授（一九五九年―）は、ミュンヘン大学にてペーター・バドゥーラ教授（一九三四年―）の下で、博士論文および教授資格請求論文を執筆した。一九九一年に、アウクスブルク大学で公法の教授（C3）に任用されたのち、イエーナ大学に、国家法・行政法等の講座教授として招聘された。一九九四年から一九九六年まで、イエーナ大学法学部長を務める。二〇〇〇年にライプチヒで行われたドイツ国法学者大会で、欧州および国家の憲法をテーマに報告を行った。二〇〇一年に、バイロイト大学の公法および欧州統合法の講座教授として招聘された（W・シュミットグレーザーの後任）。そして、二〇〇二年には、公法および国家哲学の講座教授として、ミュンヘン大学に招聘された（ペーター・バドゥーラの後任）。その職務の傍ら、二〇〇九年から約一年間テューリンゲン州内務大臣を務め、二〇一〇年からは連邦憲法裁判所第二法廷の裁判官を務めている。主に欧州に関連する事件（例えば、欧州安定化制度に関する諸裁判）の主任裁判官を務める。さらに、連邦憲法裁判所裁判官に任用された後も、精力的に執筆活動に取り組んでいる。また、フリーバー教授は、直接民主制（的制度）に対して肯定的・積極的態度を

示しており、二〇〇六年から二〇一二年まで、ドイツの公益団体である Mehr Demokratie (直訳だと「より多くの民主制」)の理事も務めている。同団体は、直接民主制(的制度)や市民の政治参加、さらにドイツ・EUの選挙法改革を指向している。本論文の議論も、そのことと大きく関連している。

本論文は、国内議会が、憲法上ないし学説においては、民主制の中心でありながら、現実には様々な圧力に晒されて、危機に瀕していることを出発点とする。その圧力とは、端的に言えば、対外的にはEU、対内的には執行府による法律案作成およびその裏で活動する法律事務所等(民営化)などである。近時しばしば、連邦憲法裁判所の権限拡張が政治領域を浸食しているとして批判されることがある(連邦憲法裁判所の歴史的展開については、安章浩「西ドイツにおける近代立憲主義確立の政治過程」尚美学園大学総合政策論集二二号「二〇一六年」五七頁以下参照)。M・イエシュテット(フライブルク大学)、O・レプジウス(バイロイト大学)、Ch・メラース(ベルリン・フンボルト大学)、Ch・シェーンベルガー(コンスタンツ大学)らが二〇一一年に執筆した、Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht (邦訳として、鈴木秀美ほか監訳『越境する司法—ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』二〇一四年)が典型的である。また、直接民主制が議会を圧迫することも指摘される。しかし、フーバー教授は、これに与さない。連邦憲法裁判所は、本質性理論や議会留保を用いて、EUや執行府に対して議会権限を実質的に維持することに貢献してきたし、国民や州民による立法(発案 [Initiative/Begehren]、表決 [Entscheidung]、投票 [Referendum])は、それが議会制民主主義を代替することはないにせよ、それを補完するものとして機能し、また執行府や民間の専門機関による立法機能の代替に対抗しうるものである。このような意味で、フーバー教授は、事実上、連邦憲法裁判所や直接民主政が、議会ないし議会制民主主義の支援者であることを明確にする。もともと、それがそうでありうるし、今

そうであるとしても、そうあるべきなのか、今後もそうなのかは、明らかではない。ともあれ、民主制の中心にあるはずの議会の役割は、見落とされがちであり、その実質化を図る実践的方途は、一つではない。フーバー教授は、連邦憲法裁判所を批判するという形で、いわばその陰面として、議会にスポットライトを当てるやり方に与さず、連邦憲法裁判所自身が議会にスポットライトを当てていることに注目し、さらに、民主的正統性の源泉たる国民・州民から政治的意思を吸い上げる直接民主的手法を積極的に評価することで、やせ細った議会に再び活力を与えようとする。本論文は、民主的正統性をめぐる構図に新たな視覚を与え、そのオルタナティブを提供する点で、注目に値する。

訳語については、*Volksbegehren* (国民発案) が問題であった。本論文では、フーバー教授がバイエルン州を規準に執筆されていたため、*Volksinitiative* (国民発案) が登場しなかったが、州によっては、成立要件(例えば署名数)が緩やかな*Volksinitiative*が、*Volksbegehren*に前置されていることもあるし、*Volksbegehren*の手続のうち、①(提案・許容数の)署名収集から②提案までを指して、*Volksinitiative*と呼ぶ場合もある(訳注*2参照)。一般に、*Volksinitiative*を国民発案、*Volksbegehren*を国民請願と呼ぶことがあるが、本稿では、*Volksbegehren*を広く国民発案と訳すことにした。

末筆ではあるが、論文の翻訳と特別講義当日の通訳を訳者がすることになったのは、甲斐素直教授の紹介によるものであり、本稿の刊行に当たっても大変お世話になった。また、論文の翻訳にあたっては、小山剛教授のご指導を賜り、不明な点については、当日フーバー教授ご自身からもご指導を賜った。お世話になった先生方に、記して感謝申し上げます。最後に、諸事情により刊行が遅れたことにつき、フーバー教授にはお詫び申し上げます次第である。

〔訳注*1〕…バイエルンでは、州民投票は、州議会による憲法改正（バイエルン州憲法七五条）のために行われるものであり、州民表決は、州民発案に基づいて行われるものである。

〔訳注*2〕…州民発案の手続「大まかには、①（提案・許容数の）署名収集↓②提案↓③許容性の審査↓④（成立数の）署名収集↓⑤議会表決（↓⑥州民表決）」は州によって異なる。バイエルン州では、州民発案は、無期限かつ自由に収集された有効署名数が二万五千を超えれば許容され、有権者の一〇%が一四日以内に官庁でリストに記名すれば成立する（バイエルン州選挙法六三―七四条参照）。州議会でその発案が同意を得られなければ、州民表決が行われる（同州憲法七四条四項）。

またテューリンゲン州での州民発案は、六か月以内に集められた五千の有効署名により許容される。発案者は、官庁での署名収集か自由な署名収集かのどちらかを選択することができ、前者の場合には二か月で有権者の八%、後者の場合には四か月で一〇%の署名を集めなければ成立しない（テューリンゲン州憲法八二条五項）。なお、自由な署名収集の場合には、同意署名者は、理由を述べずに署名を撤回することができる（同州憲法八二条六項）。成立した州民発案は、議会で可決されなければ、州民表決にかけられる。

〔訳注*3〕…いくつかの州の地方自治法、例えばバイエルン州市町村法（Art. 18A IX BayGemO）は、次のように定める。「市民発案の許容性が認められると、市民表決の実施まで、その市民発案と矛盾する市町村の機関の決定がなされてはならない、あるいはそのような決定が執行されてはならない。但し、この時点で存在する市町村の法的義務であれば、この限りではない」。もともと、議会や政府のような憲法機関に対して明示的にこのような遮断作用を規定することは不適切とされる（K. Engelken, DVBl 2005, S. 416）。なおバイエルン州では、ある市民発案が許容された後、市町村議会が自発的にその発案で提案された措置を可決しなければ、市民表決が行われる。

〔訳注*4〕…年齢、専門教育、家族構成など。一九八〇年の第一次除斥期間決定（BVerfGE 55, 72）で、いわゆる「新定式（neue Formel）」が示されて以来、この「人と関連する（personbezogen）」不平等取扱いでは、比例性審査がなされている。他方、「事の性質上生じる（sachbezogen）」不平等取扱いでは、一九五一年の西南ドイツ判決（BVerfGE 1, 14）以来、恣意定式（Willkürformel）に基づいて明白性審査がなされている。

- (1) 行政手続法の地位。P. Kirchhof, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: FS Badura, 2004, S. 237 ff.
- (2) BVerfG, NVwZ 2012, 967 ff.
- (3) E. Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, 4/12 ff.
- (4) BVerfGE 33, 1 <10 ff.> - 拘禁者判決; 33, 125 <158 ff.> - 専門医決定; 33, 303 <337 f.> - 第一次入学定員判決; 41, 251 <260>; 45, 400 <417 f.>; 47, 46 <78 f.>; 116, 24 <58>.
- (5) BVerfGE 130, 318 <343 f.> unter Hinweis auf BVerfGE 123, 267 <361>; 129, 124 <178 f.>.
- (6) BVerfGE 129, 124 <178>; 130, 318 <344>.
- (7) BVerfGE 129, 124 <180 f.>; 130, 318 <344 f.>.
- (8) BVerfGE 90, 286 <382>.
- (9) BGBI. I 2005, 775.
- (10) S. Biernat, Grundzüge des polnischen Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE V (im Erscheinen), § 80 Rn. 170 ff.
- (11) BVerfGE 49, 89 <124 ff.>; 68, 1 <87>.
- (12) BVerfGE 68, 1 <89>.
- (13) BVerfGE 68, 1 <89>.
- (14) BVerfGE 49, 89 <125>; 104, 151 <207>; BVerfG, NVwZ 2012, 954 ff., Rn. 91.
- (15) BVerfG, NVwZ 2012, 954 <957>, unter Hinweis auf BVerfGE 49, 89 <124 ff.>; 68, 1 <87>.
- (16) BVerfG, NVwZ 2012, 967 ff.; zur Einordnung D. Wiefelspütz, Die Bundesverfassungsgerichtsrichter werden vom Deutschen Bundestag direkt gewählt!, DÖV 2012, 961 ff.
- (17) それについては次のものを参照。P. M. Huber, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 47 Rn. 28.

- (8) BMI (Hrsg.), Der öffentliche Dienst des Bundes. Daten zur Personalstruktur 2011, 2011, S. 7.
- (9) H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 196 f.; P. M. Huber, Staatsrecht, in: ders. (Hrsg.), ThürStVerwR, 2000, 1. Teil Rn. 199; H. Maurer, Die Mitwirkung der Exekutive bei der Gesetzgebung, in: Bauer/Hendler/Huber/Popowska/Rabska (Hrsg.), Entwicklungstendenzen des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Städtebaurechts, 1999, S. 109 ff.
- (20) J. Masing, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 17.
- (21) J. Masing, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 18; 批判的にその同条解説 Rn. 100; 同條のそのことについて T. Mann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 76 Rn. 25 f.
- (22) それのことについて ちゅうじ II.2.b. に於て。
- (23) H. P. Schneider, Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1974.
- (24) BVerfGE 70, 324 <362>; 84, 304 <322>.
- (25) EU議會における諸派について明示的では、BVerfGE 129, 300 <327 ff.>.
- (26) P. M. Huber, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems, JZ 1994, 637 <692>.
- (27) このモデルキー化の象徴としての各派手前について、次のその見よ。BVerfGE 102, 224 ff.; BVerfStGH, NVwZ 2005, 929 ff.; ThürVerfGH, NVwZ-RR 2003, 793 ff. 各派の代表者らの連邦軍の飛行隊 [ドイツ空軍特殊空輸任務飛行隊] へのアクセス権も同じく挙げられるべきである。
- (28) P. M. Huber, Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems, JZ 1994, 637 <692>.
- (29) 例として、次のそのを参照。P. M. Huber, Zur Renaissance des Staates, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Stelmach/Voßkuhle (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 35 <37 ff.>.
- (30) それのことについて BVerfGE 130, 76 <121>.
- (31) P. M. Huber, Zur Renaissance des Staates, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Stelmach/Voßkuhle (Hrsg.), Öffentliches

Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 35 <39>.

- (32) *P. Birkinshaw*, British report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, S. 205 <251>; *P. M. Huber*, Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtssetzung der Europäischen Union, 2001, S. 13.
- (33) BVerfG, NVwZ 2012, 954 ff.
- (34) *A. Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/ders. (Hrsg.), GVWR I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 16 ff., 29 ff., 37 ff., 48.
- (35) 邦内閣府の行政手続法改正の経緯。 *P. Badura*, Konzeptionen europäischer und transnationaler Governance in der Perspektive des Verfassungsrechts, 2010, S. 23 f.; *W. Hoffmann-Riem*, Die Governance-Perspektive in der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, 2011, passim; *G. F. Schuppert*, Alles Governance oder was?, 2011, passim.
- (36) *P. M. Huber*, Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit, ZG 24 (2009), 311 ff.
- (37) *M. Borowski*, Parlamentarische Änderung volksbeschlossener Gesetze, DÖV 2000, 481 <489>; *J. Caspar*, in: ders./Ewer/Nolte/Waack (Hrsg.), Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 42 Rn. 34, 36; *K. David*, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2. Aufl. 2004, Art. 50 Rn. 15; *T. Meder*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 3. Aufl. 1985, Art. 72 Rn. 1; *M. Rossi / S. C. Lenski*, DVBl. 2008, 416 <418>.
- (38) Für Bayern: BayVerfGHE 29, 244 <265>; BayVerfGH, NVwZ-RR 2000, 401 <402>; für Berlin: BerlVerfGH, Beschl. v. 27. 10. 2008 – VerfGH 86/08 – juris, Rn. 78; für Bremen: BremStGH, NVwZ-RR 2001, 1 <2>; für Hamburg: HmbVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – HVerfG 06/04 – juris; Urt. v. 27. 04. 2007 – HVerfG 04/06 – juris, Rn. 95; für das Saarland: SaarlVerfGH, NVwZ 1988, 245 <248>; für Sachsen: SächsVerfGH, JbSächsOVG 6 (1998), 40 <42>; NVwZ 2003, 472 <473>.
- (39) BayVerfGH, NVwZ 2000, 401 <402>; SächsVerfGH, NVwZ 2003, 472 <473>.
- (40) § 4 Abs. 10 SchulG S.-H.; Änderungsgesetz vom 10. 12. 1998, GVOBl. S.-H. S. 366.
- (41) GVOBl. S.-H. S. 263.

- (56) BVerfGE 89, 155 <184 f.>.
- (57) BVerfGE 113, 273 <300>.
- (58) BVerfGE 123, 267 <347>.
- (59) BVerfGE 129, 124 <178>.
- (60) BVerfGE 130, 318 <344 f.>.
- (61) BVerfG, NVwZ 2012, 954 <960, 962 ff.>
- (62) BVerfG, NJW 2012, 3145 <3148 ff.>.