

## 法律による命令改正

—ドイツの実例—

毛 利 透

はじめに

政府が法律の委任を受けて制定する委任命令の内容について、議会が直接的な統制を及ぼす手法は、現在の日本では存在しない。しかし、イギリスやドイツでは、授權法律で命令の（確定的）発効に議会の（黙示的なものを含む）同意を必要とするという定めを置く例が多く見受けられる。また、ドイツでは近年、単なる同意ではなく、議会が命令案を修正できるという手続が広まりつつあり、その合憲性が議論の対象となっている。ドイツでの、委任命令に対する議会権限の留保にまつわる問題については、別の拙稿で詳しく検討する。<sup>①</sup>

これらの手続においては、議会の権限は授權法律で定められており、いわば授權法律が命令の内容だけでなく特別の制定手続をも規定する事例であると考えられる。したがって、一部の異論はあるものの、議会の同意あるいは修正を経なくても、制定される法規範が命令であることには変わりないとされている。議会手続も、法律制定としてではなく、決議として行われている。議会権限留保を経ない命令と同じく、国民に対して制定主体として現れるのは、法律による授權を受けた執行府である。また、議会が修正権まで持っている場合であっても、少なくとも命令提案権は執行府が有

している。拙稿で論じるとおり、基本法八〇条一項によって命令制定者とされている執行府が提案権しか持たなくてよいのだが、議会の修正留保の合憲性をめぐる議論の大きな焦点であり、執行府が提案権も持たないような命令制定手続は、およそ合憲とは想定されていないと思われる。

ところが、ドイツでは、単なる議会決議ではなく法律としてであれば、執行府の意向とは関係なく命令を改正できるという実務慣行が存在する。この場合、授権法律でそのようなことができる規定されている必要もない。確かに、最初の命令制定は、授権法律の規定に基づき執行府が（場合によっては議会議限の行使を経て）行う。しかし、その後は、特に規範的な根拠がなくても法律で命令を改正できるのである。さらに、一本の命令全体を法律で廃止する例も存在する。このような実務慣行については、その合憲性を問う前に、法律で命令を改正するという作業が法論的に一体何をしていることになるのか、そもそも問題になる。法律で改正された命令の部分は、法律なのか命令なのか、はたまたどちらでもない別種の法規範と考えるべきなのか。だがもちろん、この判断も合憲性評価と切り離して行うことはできない。「法律（命令）と解することは憲法に違反するから、命令（法律）と解すべきだ。」ということが、法律による命令改正の意味理解の根拠づけとなるからである。そして、後述するように、この実務のとらえ方について、連邦憲法裁判所が二〇〇五年に政府の公式見解を覆す判決を出し、議論のさらなる錯綜を招いている。

議会の命令への統制権行使として、命令をいつ何時でも法律で変えてしまうというのは、最も直接的かつ効果的な形態といえるであろう。しかし、このような手法は、執行府の命令制定権を正面から否定することになる。規範としての効力において法律が命令に優位することは当然であるが、だからといって法律は命令を改正する効力も有するとなると、立法の委任という法制度が無意味化してしまわないだろうか。本稿は、ドイツで頻繁に用いられているが日本で知られていない、法律による命令改正という興味深い実務をめぐる議論を紹介・検討することを通して、立法の委任をめぐる理論的検討にも資することを目的とする。なお、本稿中で「命令」とは法規命令のことを意味し、「執行府」とは、基

本法八〇条一項で命令制定者として挙げられている機関の総称を意味する。

- ① 毛利透「ドイツにおける委任命令への議会による統制」『大石眞先生還暦記念論文集』（二〇二二年刊行予定）所収。  
② 同稿参照。

## I 法律による命令改正の実務

ドイツでは、授權法律において命令制定に関して議会権限を留保する規定を置く実務は、帝政期より長らく続いているものである。が、博士論文で命令への議会関与について包括的な研究をなしたアルント・ウーレによれば、法律による命令改正という実務は、連邦共和国発足以後に生じたものらしい。早くも一九五〇年には、法律で命令の語句を入れ換える例が出現している。ただし、その際の命令は連邦共和国発足前の占領期に制定されたものであったが、その後、基本法下で制定された命令も法律で改正される例が続出し、この実務は今日まで継続している。特に租税関係の命令は頻繁に法律で改正されており、「一九九二年から一九九九年までの所得税施行令 (Einkommensteuer-Durchführungsverordnung) の改正は、すべて形式的法律で行われた」とされる。この期間、同命令は一回連続で法律によって改正されており、その後も命令による改正とあわせて法律による改正が繰り返されているらしい。法律による改正が頻繁に繰り返されるとなると、「命令」といつてもその内容のかんりの部分は法律として作成されたものになる。このような状況は、「ここでは『法律』という行為手法が原則となった。『法規命令』はかつてそれが有していた意味を失い、立法者が作った法規定の単なる表題となつていくように思われる。」とも評されている。④もちろん、法律による命令改正が行われるのは租税分野に限つたことではない。ある文献は、二〇〇一年の上半期だけで、五九の命令が法律によって改正されたと記している。⑤

ただし、実務上、命令改正のみを対象にした法律が制定されているわけではない。法律による命令改正は、「マント

法律 (Mantelgesetz) というドイツの立法技術の一環として行われてきた。このマント法律とは、一般にはむしろ Artikelgesetz と呼ばれることの多い立法形式の公式の呼称である。この法律は、自身の題名を持つてはいるが、その中身は Artikel 1 と個別の法律の改正あるいは制定や廃止を行っていくものである。したがって、マント法律は実際には多くの個別法律に解消され、それ自身は妥当する法律としては残らない点に特色がある。マント法律は、立法者が特定の立法意図をもって、内容的に関連する諸法律を一回の立法で同時に変更（ときには、新たに必要となる法律も制定）しようとする際に用いられる。そして本稿との関係で重要なのは、このマント法律は、実は Artikel として個別の法律改正だけでなく、個別の命令改正まで含んで規定しようという実務になっているということである。こうして、関係規定を命令まで含めて「いわば一回の洗いや物で」まとめて新しくするという手法が頻繁にとられている。

まったくの一例であるが、二〇一〇年二月二日に認証されたマント法律「医薬品市場新秩序法 (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz)」を見つみよう。<sup>⑧</sup> 本法律は、Artikel 1 の表題として「社会法典第五編の改正」を挙げ、この法律の諸条文の改正を列挙する。さらに Artikel 2 は「社会裁判所法の改正」などと続くが、Artikel 11a や Artikel 11b は、それぞれ単独の法律を新たに制定する内容となっている。たとえば Artikel 11a の表題は、「医薬品の割引に関する法律」であり、その諸条文が並んでいるが、本法施行後はこの表題名の法律が独自の法律として存続することになる。そして、ここで挙げる以上当然であるが、このマント法律は命令改正の Artikel を含んでいる。たとえば Artikel 4 の表題は「法律上の健康保険における医薬品浪費に関する法規命令の廃止」であり、ここでは一本の命令が法律によって廃止されている。さらに Artikel 5 は「仲裁委員会法規命令の改正」であり、この命令の諸条文が改正されている。以下にも命令改正を内容とする Artikel があり、本法律によって計三本の命令が改正され、一本が廃止されている。

このような手法が議会によって好まれるのは、一定の目的をもって関係規定を変更する場合、命令で規定している事項については改正法律の趣旨を酌んだ執行府の改正に期待するというよりも、法律中で一挙に命令まで変えてしまう方

が、立法者の意思の迅速な実現にかなうからである。実際には命令が重要な事項を定めていることも多く、広範な法律改正の意図を貫徹するためには、そこに命令を組み込んで立法者が法律規定との調整も行ってしまうことが、大きな実益を有する。<sup>⑩</sup>

しかし、このようにして法律で命令を改正することが、表面的には憲法上の「規則に反する」ものであることは明らかであり、その合憲性が当然問題になる。しかし、少々やっかいなのは、合憲性を論ずべき対象、つまり法律による命令改正という作業の法的意味、つまりは法律によって改正された命令規定の法的性格自体が不明確であり、争いの対象となっていることである。以下では、当該規定は一体何なのかについてのいくつかの見解ごとに、その内容と憲法上の評価を検討していこうと思う。

- ③ Arnd Uhle, *Parlament und Rechtsverordnung* (1999), S.92-96.
- ④ Christian Seiler, *Parlamentarische Einflüßnahmen auf den Erlaß von Rechtsverordnungen im Lichte der Formenstrenge*, ZG 2001, S.50, 51f.
- ⑤ Christoph Kilpmann, *Änderung von Rechtsverordnungen durch den Gesetzgeber*, NJW 2002, S.3436.
- ⑥ 後述するように、法律による命令改正をマント法律の枠内で行うべきことは、二〇〇五年の連邦憲法裁判所判決で、憲法上の要請ともされることになる。
- ⑦ Bundesministerium der Justiz, *Handbuch der Rechtsformlichkeit* (3.Aufl. 2008), Rn.717ff. 本書は、各種の法形式についての連邦司法省の公式見解を示す文書である。
- ⑧ Hans Schneider, *Gesetzgebung* (3.Aufl. 2002), S.369. ドイツの文献でもよく引用される表現である。
- ⑨ Gesetz vom 22. 12. 2010 (BGBl. I, S.2262).
- ⑩ Horst Sender, *Verordnungsänderung durch Gesetz und „Entstehungsklausel“*, NJW 2001, S.2859. この文献はまた、法律として改正するものの連邦参議院との関係での利点についても触れている。連邦レベルの多くの法規命令は連邦参議院の同意を必要とする(基本法八〇条二項)が、命令制定手続には、法律制定手続における連邦議会との合同協議会のような調整機関が用意されていない。したがって、連邦参議院と連邦政府(あるいは、議会権限が留保されている場合には連邦議会)との意見が対立した場合には、命令制定が非常に困難になる。これに対し、命令改正を法律として進めれば、合同協議会を利用することができる。また、ゼンドラーは述べていないが、そもそも法律にすれば、連邦参議院の同意が必要でなく

なる範囲も増えるはずである。

① Ebd.

## II 法律による命令改正の意味理解

### 1 法律 説

二〇〇五年連邦憲法裁判所判決までの連邦政府の公式見解は、法律によって改正された命令部分は、法律となるといふものであった(法律説)。連邦司法省刊「法形式についてのハンドブック」(第二版、一九九九年)によると、「既存の法規命令は、個別に必要な場合には、法律によっても改正しうる。その後、法規命令の改正された部分は法律のランクを有する」。「なぜなら、すべての法定立行為は法源としての一体的なランクを有しているからである。つまり、法律によって制定できるのは法律のみであって、法規命令は制定できない。法規命令を改正する改正法律が発効すると、この時点でより、その法規命令は法律ランクの規定と命令ランクの規定から成立していることになる」<sup>①</sup>。法律によって制定できるのが法律のみならば、どうして命令を改正できるのか、が根本的問題のほずであるが、ハンドブックはこの点には立ち入っていない。

このような政府見解の背景には、法律と命令の關係についての連邦憲法裁判所の態度がある。先例とされるのは、合衆憲法が疑われていた命令について、それがある期日以降有効であると規定する法律の合憲性についての一九六七年の判決である。連邦憲法裁判所は、授權規定に反する命令を後から法律で追完することは憲法上許されないとし、さらに立法者が命令を制定することもできないとして、次のように述べた。「法規命令、すなわち法律より下位ランクの規範の制定は、執行府の任務および権限分野に属する。立法者によって制定される規範は法律である。立法者が命令を制定す

ることは禁じられている。立法者は、その憲法上の任務以外の活動をすることはできない」。しかし、判決はこの法律を違憲とはしなかった。判決は、この法律は当該命令のランクを法律へと上げるものだと理解したのである。その際判決は、「立法者には、当初命令制定者に委ねた規律権限を再び自らに取り戻すことを求め、すでに存在する法規命令を、その内容を引用することによって今度は法律として制定することは、禁じられてはいない。」と述べている。<sup>⑬</sup>

連邦憲法裁判所は、規範ランクを制定手続によって決定するという立場を示しつつ、その手続で決められる内容については非常に柔軟な姿勢を示したことになる。まず、立法者が制定できるのは法律だけだというのは、当たり前のこと述べているようではあるが、ここで上位規範といえども下位規範を直接制定できるわけではないという、法論理上特定の立場がとられていることには注意が必要である。法律の命令に対する優位からは、法律という形式の中で命令を制定できるという論理を引き出しうる可能性もあるが、本判決はそのような論理を明確に否定した。ただし、本判決は、法律で命令を有効だと宣言することを、法律で命令を制定してではなく、命令を法律化しているから許されるのだとした。きちんと立法手続を踏むなら、法律の内容が法律レベルで独自に完結している必要はなく、既存の命令に依存するものでもよいのだとすると、確かに、命令を改正する法律も、命令の一部を法律ランクに上げるものとして許されるようにも思われる。

もつとも、この連邦憲法裁判所判決によって、法律による命令改正までも法律として許容されるということにはならないとの批判もあった。本判決は、命令全体を、その内容に変更を加えることなく法律化することを許容したにとどまる。法律で命令の内容を変更し、その結果、一本の命令中に、命令ランクの規定と法律ランクの規定が混在するという法状況を招くことまで本判決が許容しているとは、必ずしもいえないというのである。<sup>⑭</sup>とはいえ、法律による命令改正という実務を前提にすれば、連邦憲法裁判所判決をふまえたその解釈としては、政府見解が素直なものといえるのは確かであろう。

このような政府見解に基づく実務に対しては、権力分立上の根本的疑義として、命令の一部分が法律ランクにされてしまうと、執行府がその部分をもはや改正できなくなることを問題とすることができよう。確かに、立法者は一旦命令に委任した事項でも、自ら法律として規律することができるとは、その際には命令内容に反する規定を法律中に置くにとどめ、命令自体の改正はその法律に添って行爲すべき執行府に委ねなければ、執行府の命令制定権を奪うことになるのではないか。形式的には法規命令中に置かれている規範に、執行府には手の届かない部分が存在することは、基本法八〇条一項が執行府を命令制定者と定めている趣旨と合致しないのではないか。政府見解は、法律内容に柔軟さを認めることにより、形式的には命令とされる規範の内実が混乱することを甘受するわけであるが、その合憲性は疑問視できる。

さらに、この混乱は、実務上の取扱いの様々の困難さを引き起こす。立法手続を踏めば命令の一部分を改正して法律化できると考えることは、すでに述べているように、「……法規命令」という題名を有する一本の命令中における命令ランクの条文と法律ランクの条文の混在という極めてややこしい事態を招く。そもそも、法律部分と命令部分をきれいに分けることができるのが問題となる。法律で改正され法律とされる条文がそれだけで意味的に完結している場合はまだいいが、例えば命令条文中の数値だけを法律で改正したような場合には、一体どの部分が法律でどの部分が命令だと解すればよいのか。法律で改正された文言が意味を成すために必要な範囲を法律と考えるのだとしても、その範囲は明確でない。そもそも法律で改正されていない部分を解釈で法律ランクに格上げすることは、法律としてつくったから法律なのだという法律説の重要な根拠に反することになる。しかし、一つの文中に、単語ごとに法律と命令が混在しているというのも、ほとんどナンセンスな法形態であるといわざるを得ない。

また、改正条文が命令中に織り込まれれば、その命令の条文を見るだけでは、どの部分が法律で改正されたから実は法律であるのか、分からない。特にドイツでは、私人の従うべき規範が法律なのか命令なのかは、裁判での争い方にも



関わってくる（命令であればどの裁判所でもその適用を排除できるが、法律であれば、適用を排除するには連邦や州の憲法裁判所の具体的規範統制を経なければならぬ（基本法一〇〇条一項））。から重大な相違であるが、この点が条文を見ても分からないのである。この点とも関連するが、基本法八〇条一項の要請により、命令は委任の範囲内で制定される必要がある。授權法律の規定に反する命令は違法である。しかし、命令改正部分が法律であるとすると、それは授權法律と同ランクの規範なのだから、授權法律の委任に拘束されるいわれはない。だとすると、元々は法律の委任を受けて制定された命令であるのに、その中にこの委任とは関係ない、内容的にも時には委任の枠をはみ出した規定が存在しうることになる。このような状況は、きわめて複雑かつ不透明な法状況をつくりだし、市民の権利保護にマイナスである。また、連邦参議院の権限との関係でも問題がある。別稿で述べるように、基本法上、連邦参議院の同意は法律よりも命令に、より広い範囲で求められている（基本法八〇条二項）。したがって、命令を命令として改正するならば必要なはずの連邦参議院の同意が、法律として改正する場合には回避できる場合が発生することになる。法律による命令改正はしたがって、基本法上認められた連邦参議院の権限を骨抜きにしてしまう危険をはらんでいる<sup>⑩</sup>。

実は、法律による命令改正にまつわるこのような問題性を少なくとも実際上緩和するため、立法実務においては、法律で改正された命令の部分を執行府が再び改正しようという旨の規定が命令改正法律中に置かれることが常例であった。これが、いわゆる *Entstärkungsklausel* である。*Entstärkung* とは、通常の辞書には載っていない単語であるが、*Verstärkung* の逆を意味しており、ここでは「脱硬直化」と訳しておく。これは、命令が法律によって改正されて法律になると、執行府によっては改正できなくなるという意味で「硬直化」するが、それを再び執行府によって改正できるように「脱硬直化」することを意味する。既述の「法形式についてのハンドブック」（第二版）は、次のように述べている。「命令制定者は、命令制定の授權に基づくだけでは、法律ランクの規定を改正することはできない。その改正権は、命令制定者に対し別の規定で明示的に認められる必要がある。（基本法一〇〇条一項の移送を怠るといふような）法適用

の誤りを導きうる、相異なるランクの規定が持続的に並存する事態を避けるため、法規命令を改正する改正法律においては、命令制定者は法規命令中の法律ランクの部分を、関連する命令制定の授權に基づいて改正することができる、と常に規定すべきである（いわゆる脱硬化条項<sup>⑩</sup>）。

この「脱硬化条項」により、命令改正法律によって法律となった部分を、再び執行府が改正できることになる。改正後、その部分の規範ランクは命令へと復帰する。ハンドブックの記述から分かるように、「脱硬化条項」は、命令中に相異なるランクの規定が並存するという状況をできるだけ早くなくすために求められているわけであるが、当然ながら、執行府が改正権を實際に行使しなければ、この目的は達成できない。したがって、この条項があつても混乱状況を直ちに改善するわけではない。さらに、この条項は命令で法律を改正する権限を法律で授權することであるから、そのような授權が許されるのかという、更なる憲法問題を引き起こすことになる。ただし、叙述があまりややこしくなるのを避けるため、この点について本文では、ドイツの實務ではそのような授權も一般に認められてきたとだけ述べるにとどめる<sup>⑪</sup>。いずれにせよ、「脱硬化条項」によつて、形式的には命令中の規定なのに執行府が改正できないという不都合が、實務上は解消されることになり、憲法上の争いの顕在化はかなり防がれる。しかし、これで法律による命令改正にまつわる理論的・實務的問題がすべて解決するわけではないのも、当然である。

## 2 命 令 説

これに対し、少数説として、法律で改正された命令部分は命令ランクにとどまる、との考えもあつた（命令説）。その代表的論者はハンス・シュナイダーである。シュナイダーは、命令が法律で改正されても「ランクの上昇は生じない」とし、「脱硬化条項」は本来不要な確認規定にとどまると理解する。シュナイダーは、まず、命令は事態に迅速に対応できるようにこそ執行府限りで制定できるとされるのであり、命令中に法律ランクの規定が散在すると考えるのは、

その機能を損うと述べる。しかし、政府見解によれば、だからこそ「脱硬直化条項」が必要とされるのであり、命令の機能を守るために、この条項なしでも本来立法者が命令を改正できるのだと考える必要は存在しないのではないか。

そこで、シュナイダーは、より理論的な立論も行っている。「立法者には、(強行法から任意法へ、厳格法 (strenge Recht) から公平法 (billiges Recht) へ、というように) その制定する規範の効力を下げることが許されている。だから、命令を命令ランクで改正することもまた許されるべきである」。しかし、法律内で種々の性質をもつ規定を制定できるからといって、立法者が命令もつくれるというのは飛躍のしすぎであろう。結局シュナイダー説の最大の根拠は、規範内容を調整する実際の必要から、例外としてなら立法者が命令を制定できると考えてよい、というところに求められるようである。マント法律という形式で「法律改正とともに、それに基づく規範も改正するという実務は、この対応に必要なことを行うという限度にとどまらなければならない」。そうすれば、法律と命令の原理的關係まで問題にすることなく、「規範内容の調整・調和を確保する」ためのいわば例外扱いとして、立法者が命令を定めることを許容してよいという。また、命令説の実際の帰結として重要な点であるが、彼は、立法者も命令を定める以上、授權規定の枠に拘束されると考えるべきであると指摘している。

シュナイダーは、法律による命令改正は法律であつて、そこから様々な問題が生じると指摘する論者を、「改正された母法に命令を実際の適合させる」という問題を、憲法レベルの原理的紛争に引き上げた」と評価し、命令は命令で改正すべきだという主張は「形式厳格性」という呪文 (Zauberwort) にこだわるものだと述べるなど、この問題は実際に解決すればよいのであつて、理論的潔癖さにこだわるべきでないという態度を明確に示している。彼が命令説をとるのは、結局そう考えることが実務の必要に最も適合的だからだということになろう。彼はまた、ドイツで命令による法律改正が広く行われている以上、法規範のランクを制定手続で厳格に区分するという立場は実務上貫徹されていないのだとも指摘し、そうである以上、逆に法律で命令を命令として改正することをすべて拒否する必要はないとも指摘し

ている。これも、厳密には法律が命令を命令として改正できることの根拠にはなっていないのだが、「そんなに硬いことを言わなくていいじゃないか」という立場を補強するものとはなるのであろう。

確かに、命令説には法律説と比較すれば実際の帰結において優れた点が多い。何よりも、一本の命令中に法律ランクの規定と命令ランクの規定が混在するという混乱状態と、そこから発生する様々の問題を回避することができる。法規命令と題する法規範中の規定を適用される者は、その規定の改正経緯を調べる手間を取らなくても、自分が適用されているのが命令であると信頼できる<sup>④</sup>。また、命令説をとることによって、シユナイダーが法律による命令改正が許されるための条件を引き出していることも注目できる。法律説であれば、法律による命令改正を合憲とする以上、それが許される範囲を限定するのは困難である。立法者が法律を制定できるのは当然だからである。しかし、命令説をとるなら、いくら理論にはこだわらないといっても、立法者が命令を制定できるのは例外的な場合であるといわざるをえない。シユナイダーは、この例外性を、実務に合わせて、法律改正に合わせて規範内容を「一回の洗い物で」調整することに求めたのである。また、命令なら授權規定の拘束が及びつづけるということになる。こうして、命令説は法律による命令改正が野放図に行われることを防止するという意義も有する。

しかし、いくらシユナイダーがこだわらなくても、理論的問題を避けておけるわけにはいかない。何よりも、立法者が命令ランクの法規範をつくれると考えるのは、命令制定者を執行府に限定する基本法八〇条一項の条文に合致しないし、上述の連邦憲法裁判所の立場にも合致しない。ウーレは、「基本法の準則に従えば、ドイツ連邦議会は、法定立の手続の中で、行為形式と行為の成果を自由に選ぶことはできない。したがって、議会の制定する法律の規定が、それとしてではなく、法規命令として妥当すべきだというような法律の定めは、憲法上最初から許されていない。」と述べて、法律で命令を命令として改正できるという説を批判している<sup>⑤</sup>。これに対し、命令説を理論的に補強しようとしたクリストフ・キュルプマンは、基本法八〇条一項は命令制定に授權が必要な制定者を列挙するだけであって、立法者が命令を

制定できるかどうか自体については語っていないと解したうえで、立法者が自己の意思で法律としての効力を放棄して下位法をつくることも許されるというが、やはりかなり苦しい解釈だといわざるをえないだろう。<sup>24</sup>

### 3 「重ね塗り」説

以上見てきたように、法律説に対しては、どうして命令の一部を法律にしてしまえるのかという疑問が生じ、命令説に対しては、どうして立法者が命令を制定できるのかという疑問が生じる。このようなジレンマに対し、斬新な第三の解釈を与えたのがアルント・ウーレの博士論文である。彼は、法律による命令改正で、実は命令は改正されていないと主張したのである。規範レベルを明確に分けるとすれば、法律で命令を改正することはできない。ウーレは、法律による命令改正という実務が行っていることは、法律の優位によって命令の改正された箇所を適用不能にすることだ、と理解する。「法律の優位原則に基づいて、法律より下位の命令は、より高いランクの、内容的にそれと異なる、あるいは矛盾する法律によって、いわば『重ね塗り』(„übermalen“)され、その結果、——上位法との衝突の存在により——無効となる」。「ここで説明された手続技術を、対象とされた命令の『改正』と法律上呼ぶことは、核心において正しくない。なぜなら、執行府による規律は、形式的にはまさに修正されておらず、問題となる命令規範は、単に法律の優位原則に基づき議会制定法律によって重ね塗りされただけだからである」。

ウーレの説は、法律による命令改正規定は法律であるという意味では、法律説である。しかし、どうして法律で命令を改正できるのかという問いに、改正していかないという解答を与えることができる。元の命令規定はそのまま残っているのだが、法律と抵触することが明白であるから、適用できないのである。執行府は、法律の優位からして、命令を執行する際、法律で改正された部分についてはその法律を執行せざるを得ない。こう考えれば、一本の命令中に法律ランクの規定と命令ランクの規定が混在するという、法律説の致命的弱点も克服できる。確かに、ウーレの説でも、命令規

定の一部が実質的に法律によつて取つて代わられており、適用を受ける私人にとつて規範の性質が分かりにくいという状況は変わらない。しかし、法律による改正部分が適用される際にも、それは形式的に命令とされる規定中の一部が適用されているのではなく、命令の文言に優位する真正正銘の法律が適用されているのであるから、「命令だと思つたら実は法律だった」という事態は生じていない。そして、法律と命令が並存しつつ、両者が内容的に抵触する場合、法律が優先するというのは当然であるから、このような状況が市民の権利保護に悖るものだとはいえない<sup>②</sup>。

このウーレの見解は、法律と命令の規範ランクを嚴格に区別する視点から実務を見れば、このようにしか理解できないというものであるといえよう。しかし、この説に対しては、実務を完全には説明していないという批判をなせるであろう。上掲の政府見解が、法律による命令改正で命令の条文自体が入れ換えられるという立場をとっているのは明確である。また、実務上も、法律で改正された命令部分もその命令の文中に織り込むという扱いがとられている。つまり、法律による命令改正は、やはり真正正銘の「改正」として扱われているのである<sup>③</sup>。また、ウーレは自説が市民の権利保護に支障をきたさないというが、これは多分に、そのように説明できるというだけのものであり、実際に法律によつて改正された命令の適用を受ける私人にとつての困惑は、法律説をとる場合とさほど変わらないのではないかと。むしろ、命令適用の際に、命令の条文が法律によつて「重ね塗り」されていまいかを常に確かめることが必要になり、正しい規範を探し出すことがより困難になるのではないかと、という疑問を指摘できよう。

実はウーレは、この説を説いた博士論文より後のある論文では、市民にとつてのこのような不便などを理由として、法律による命令改正の実務を違憲とまではいえないとしつつも、直接命令の文言を変えるのではなく、執行府に法律改正に合わせて命令内容を改めるよう義務づけるにとどめることの方が望ましいという立場を明示するに至っている。彼は、その方が「法定立の透明性、責任の明確化、そして国家の規範制定手続の統制可能性」を増すことにつながると指摘するのである<sup>④</sup>。規範レベルの混同を避けるという観点から突き詰めて考えれば、このような帰結となるのも十分理解

である。いずれにせよ、「重ね塗り」説はウーレの独白説に比べてよい。

⑮ Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsformlichkeit (2. Aufl. 1999), Rn.323, 704. 同様の見解をKleinmann, vgl. Manfred Lepa, Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, AöR 105 (1980), S. 337, 350-352; Rainer Lippold, Erlaß von Verordnungen durch das Parlament und Wahrnehmung des Parlamentsvorbehalts durch Schwegen?, ZRP 1991, S.254, 255ff.; Jürgen Jekwitz, Deutsche Bundestag und Rechtsverordnungen, NVwZ 1994, S. 966, 966-968; Olaf Konzak, Die Änderungsvorbehaltsverordnung als neue Mitwirkungsform des Bundestages beim Erlaß von Rechtsverordnungen, DVBl 1994, S.1107, 1109f.

⑯ BVerfGE 22, 330, 345f. Vgl. BVerfGE 24, 184, 199.

⑰ Kulpmann (Anm.5), S.3438.

⑱ 毛利前掲注①参照。

⑲ 以上の批判的見解については、vgl. Sellar (Anm.4), S.54-63; Kulpmann (Anm.5), S.3438f.; Peter Conradi, Deutscher Bundestag und Rechtsverordnungen, NVwZ 1994, 977. キンマンは「法律説を前提に、このように見地から法律による命令改正は違憲であるとする。キンマンは「このように法律説を批判して後述する命令説をとる。」

⑳ BMJ (Anm.7), Rn.705. この「脱硬化条項」は「後述するこの二〇〇五年連邦憲法裁判所判決で不要とされたので、その後は付されていない。」ドイツでは、法律で特別の授權規定を置けば、命令で法律を改正することができるといふ実務がとられており、連邦憲法裁判所も、法律の留保事項以外ではその合憲性を認めている。BVerfG, NJW 1998, S.669. 半説も一般にこの命令による法律改正の合憲性を認めている。Fritz Ossenhühl, Rechtsverordnung, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd.V (3. Aufl. 2007), S.261, 274f.; Michael Nierhaus, Art.80 Abs.1, in: BK-GG (86Lfg. 1998), Rn. 228-236. ただし、一般的な命令による法律改正の場合、改正された部分が法律としての効力を維持することは当然の前提とされているのに対し、「脱硬化条項」に基づき、法律によって改正された命令をもう一度命令で改正した部分の規範レベルは、命令へと復帰すると理解されていた点では、「脱硬化条項」はさらに特殊な授權の形態だということになる。なお、近年の少数説としてウーレがこの実務に反対し、命令による法律改正を全面的に違憲と解し、したがって当然「脱硬化条項」も違憲と解している。Uhe (Anm.3), S.415-423.

ちなみに、著者の従来の関心との関連で述べておくと、命令による法律改正の顕著な例は、法律中の行政組織名に関するものである。ドイツでは通常の行政組織の編成権は首相が持っており、法律によらずに省庁組織の改変を行うことができる。一方、当然ながら、法律中には特定の省庁や大臣名に言及する規定が数多くあり、それらが首相による組織改変で現実の名称と適合しなくなる事態がしばしば発生する。その対応を一つの目的として「権限適応法 (Zuständigkeitsanpassungsgesetz)」が制定されており、その二条によれば、連邦司法省は、法規命令によって、法律や命令中の省庁の名称を新たな名称に改正することができる。たんなる名称変更ではなく、首相の行政組織編成権限の発動として特定の法律の執行に関わる

権限が他省庁に移管された場合にも、同じく連邦司法省の法規命令で、その法律中の省庁名を移管先の省庁名に改正できるとされている。命令による法律改正が許容されることにより、首相が、個別の法律の執行をどの省庁に担当させるかを、その法律の規定にかかわらず独自に決める権限を有していることが、明確化されているのである。

⑲ Schneider (Ann.8), S.369f. 同じく命令説をとるゼントラーは、シュナイターを支持すると述べているが、主張内容は少々異なる。ゼントラーは、むしろ「脱硬直化条項」を、命令改正部分に命令としての効力を与えろという立法者の意思を示すものだと理解している。Sender (Ann.10), S.2860f. 同様に、シュナイターの立場からは、この条項がなくても命令改正部分は命令だが、ゼントラーによれば、この条項により命令改正部分は命令となる。しかしいずれにせよ、法律で命令を定められるという点では、両者は共通している。ゼントラーのような「脱硬直化条項」理解に対しては、同条項は、法律による命令改正部分が法律であるからこそ、それを命令で改正できると明記しているのであって、改正部分を命令化するというのは立法者意思に反する解釈であるとの批判が投げかけられている。Arnd Uhe, Verwaltunggerichtliche Normenkontrolle von Gesetzesrecht?, DVBl. 2004, S.1272, 1275 (Fn.21). 政府見解からすれば、この批判は当たっている。

⑳ Sender (Ann.10), S.2860; Kulpmann (Ann.5), S.3439f.

㉑ Uhe (Ann.3), S.294. Vgl. Stefan Studenroth, Einföhrnahme des Bundestages auf Erlass, Inhalt und Bestand von Rechtsverordnungen, DÖV 1995, S.525, 533f.

㉒ Kulpmann (Ann.5), S.3440.

㉓ Uhe (Ann.3), S.172f., 294-297. ウーレは先立って、Studenroth (Ann.21), S.533f. が類似の理解を示唆していた。ウーレはこの文献に刺激され、思考を進めたのだと推測される。

㉔ ドイツでは、個々の法律や命令につき、改正が何度も行われたり大改正がなされたりした場合は、その法令全体を改めて官報で公示するという措置がしばしばとられる。この際、命令については法律での改正箇所も織り込んだかたちで公示がなされることから、実務が法律によって命令が文字通り「改正」されているとの立場をとってきたことは明白である。たとえば、連邦イミグレーション防止法第四施行令 (Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immigrationschutzgesetzes) は、一九九七年三月一四日付けで改めて公示されているが (BGBl. I, S.504)、やはり最初の本法令を改正してきた法令名が列挙されており、その中に法律も含まれている。そして、本文では法律による改正も織り込んだ内容の条文が挙げられている。

㉕ Uhe (Ann.19), S.1278f. ゼントラーは「この提言を「非生産的である」と評する。マンタ法律という立法手法の利点を、関連命令も含めて一挙に改正してしまおうと求めるのであれば、当然の反応であろう。しかし、実務の利便性を維持すべきことを強調し、「実務から離れた憲法解釈」に意義を認めないゼントラーの指摘は、ウーレの問題意識とはすれ違っているように思われる。Horst Sender, Zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVBl. 2005, S.423, 424f.



### III 裁判所間の意見対立

#### 1 バイエルン行政裁判所判決——法律説

このように、法律による命令改正をどのように理解するかについては学説が分かれていたが、政府見解は明確であり、しかもそれには連邦憲法裁判所判決の支えもあると考えられたから、実務上の支障は存在しなかった。ところが、二〇〇三年に連邦行政裁判所がこの政府見解と整合しがたい立場を打ち出すにいたり、状況はにわかには混迷の度を深めることになった。

問題となった事案は、連邦法ではなくバイエルン州法をめぐるものであり、州法律によつて改正された州の法規命令に対して行政裁判所に規範統制を申し立てられるかが争点となった。ドイツの行政裁判法四七条一項二号は、法律より下位の州の法令について、州法が認める場合に上級行政裁判所に規範統制を申し立てることを認めている。申立人は、州法により規範統制の対象となる州命令のある条項について、規範統制を求めたのだが、この条項は州法律で改正された部分であった。申立てを受けたバイエルン行政裁判所は、この改正により申立ての対象規定は法律となったと解し、そうである以上、本件規範統制は認められないと判示した。判決は、法律による命令改正という手法を許容したうえで、立法者がつくられるのは法律だけだとすると、改正部分は法律だと解すしかないとする。これにより確かに、同じ一本の命令中に、行政裁判所への規範統制の申立ての対象となる部分とならない部分が並存してしまう。しかし判決は、「この法状態は、権利保護の明確性の観点から、法政策的には批判されるかもしれない」が、「現行の法状況・憲法状況」からしてそのように考えざるを得ない、としている。<sup>20</sup>

## 2 連邦行政裁判所判決——法律だが法律でない

これに対し、上告を受けた連邦行政裁判所は、申立ての対象が法律であるというバイエルン行政裁判所の判断を認めつつも、それでも行政裁判法上の規範統制が許容されるという驚くべき判断を示した。連邦行政裁判所は、州法律で改正された州命令部分の法的ランクをどう解するかは州法上の問題であり、本件ではそれは法律だというバイエルン行政裁判所の理解が連邦行政裁判所を拘束するとする。「しかし、そこからは、そのような形式的法律を実質的にとのよう<sup>①</sup>に評価すべきかの帰結は導かれない」。「脱硬直化条項」を伴う法律によって改正された命令規範は、その質において、形式的法律の原則形態とは異なる。前者には、より低いランクしかない。そうだとすると、その部分について、原審のように私人に対して行政裁判所への規範統制の途を閉ざすのは適切でない。

本判決は、同じ命令中にランクの異なる規範が並存し、裁判での争い方も変わってくるという法律説の弱点を、「正しい権利保護手段の選択が不当なまでに困難となる」と強く問題視し、一方で、「脱硬直化条項」で命令による再改正を許容する以上、「これらの法規定は、通常は単に目的適合性の観点から形式的法律というかたちで制定されたのである。立法者の意思からすると、それらは実質的には法規命令のランクしか有するべきではない。」と評価する。基本法が法律についての違憲無効の判断権限を憲法裁判所に独占させたのは、立法者の權威を守るためであるが、立法者が「実質的な命令」として制定した規範であれば、それを一般の裁判所が無効と判断しても、その立法者としての權威を害することにはならないはずである。こうして、命令適用の際の統一的権利保護の必要性と、法律による命令改正は、形式はともかく実質的には命令ランクの質しか有しないとの判断から、連邦行政裁判所は、法律によって改正された命令部分に対する行政裁判所による規範統制の合法性を原則的に認め、原審判決を破棄したのである。<sup>②</sup>

この連邦行政裁判所判決は、法律に対する規範統制を憲法裁判所が独占するという、ドイツの裁判制度の根幹を揺る

がすものであり、注目を集めた。「形式的法律」の価値を「実質的法律」でないとの理由で引き下げるといふ、ラーバントを髣髴とさせる論理が、このような二重法律概念の憲法上の有用性をもはや認めてこなかったドイツ公法学界を「もちろん驚かせる」ものであったのは言うまでもない。<sup>28)</sup>

具体的な判決批判としては、次のような指摘がなされている。まず、一本の命令中に法律ランクの条文と命令ランクの条文が混在することから生じる、権利保護上の支障は確かに存在する。しかし、行政事件において訴訟形態の選択が難しく、訴える側に慎重な注意が求められるのはよくあることであり、だからといって憲法上の原則を曲げていいということにはならない。本判決は、「脱硬直化」条項を、立法者が命令改正法律を「実質的な命令」として制定したとの立法者意思を表すものとして重視している。しかし、この条項は執行府が法律条文を改正できるという授權をなすだけのもので、立法者がそれに法律としての効力を与えようとしていないとの解釈は不当だし、そもそも立法者にはそのような判断をする権限はない。「立法者は、自らがつくる規範のランクを決定する権限はもっていない。なぜなら、この決定は憲法によって拘束的になされているからである」。そして、基本法は形式的法律の中にランクの違いを設けることを認めてはいない。<sup>29)</sup>

本判決の論理からすると、授權規定によって命令による改正の可能性が認められている法律条文は、すべて行政裁判所で規範統制ができるということにもなりかねない。また、本判決は州法についての事案であったが、法律と命令の関係については連邦法についても同様の論理を展開できる。規範統制の申立てではなく、通常の訴訟であっても、適用すべき「法律」が命令での改正を認めておれば、具体的規範統制を経ずに一般の裁判所がそれを違憲無効として適用を排除できることになろう。この種の規定がドイツでは連邦・州を問わず広く用いられていることに鑑みると、本判決は基本法が定める裁判所制度を大きく掘り崩す危険を秘めていることになる。<sup>30)</sup>フリッツ・オッセンビュールはこの判決を、法律による命令改正が提起する「基本的憲法問題をめぐる議論に（暫定的）決着をつける」ものだと重視しつつ、その

決着のつけ方は「満足できない」ので、混乱を回避するために早急に憲法改正が必要であるとの指摘を行っている。<sup>⑩</sup>

### 3 連邦憲法裁判所判決——命令説

このような状態を憂慮してか、連邦憲法裁判所は二〇〇五年に、法律による命令改正をどのように評価するかについて、初めての判断を示した。同裁判所が判断したのは上とは別の事件である。直接の問題は、連邦参議院の同意の必要性をめぐって発生した。既述のように、基本法は連邦の命令については法律よりも広い範囲で連邦参議院の同意を求めている。本事案で問題となった連邦入院治療報酬命令 (Bundespflegesatzverordnung) もあるマント法律で改正されたのであるが、その際には連邦参議院の同意がとられていなかった。憲法異議の申立人は、本命令の制定には連邦参議院の同意が必要であり、さらに命令は法律で改正されても命令であるとの立場をとり、そうである以上連邦参議院の同意なく制定された本命令の改正部分は、憲法上求められる手続を経ておらず違憲であると主張した。これに対し連邦憲法裁判所は、法律による命令改正で生み出される規範は命令であるとして、従来の政府見解を覆した。そして、にもかかわらず本件の命令改正に連邦参議院の同意は必要なかったと判示したのである。<sup>⑪</sup>

本判決は、法律による命令改正が連邦共和国発足直後から実務で定着してきたことを指摘し、「この五〇年以上存続してきた国家実務は、次のことを示している。つまり、形式的法律とそれに基づく命令とが互いに絡み合っているような、複雑な規律構造の改正にあたっては、議会立法者に、命令をもそれに適合させるという必要性が存在するということである。」という。連邦憲法裁判所は、「改正意図を自ら包括的に実現する」ことが立法者に認められるべきであるとし、法律による命令改正という手法がそのために必要である以上、それは認められるべきだと考えるのである。

本判決はこの許容性を前提にして、では法律による命令改正は法的にどのようなように評価されるべきなのかを問題にする。基本法は法律と命令を区分しており、両者のランクは明確に分けられなければならない。ところが、法律による命令改

正を法律だと評価すると、改正部分を元の条文に織り込めば、条文を見ただけではどこが命令でどこが法律なのか分からない。「そのような法状態は、法治国原理に合致しない」。「命令の条文に含まれている規範のランクが不明確である」であることにより、特に、憲法で保障される法治国原理の一部を法安定性原理の一要素として構成する、出訴の途の明確性要請が害される」。ここで連邦憲法裁判所は、この不明確性の一例として、上述のバイエルン行政裁判所と連邦行政裁判所の意見対立に言及しつつ、法律か命令かどちらかへの「明確な帰属をもはや不可能にする」ような理解は許されないと判示する。

だとすると、法律よる命令改正でできる規範は命令であると解するしかない。「議会が、改革意図との現実の関連性ゆえに、妥当している命令を改正したり、新たな規定を挿入したりしたときには、そこから生じた規範体は、規範の明確性の理由により、全体として命令に位置づけられるべきである」。ただし、同裁判所は、「議会立法者には法定立において自由な形式選択権はない」ことも認め、法律で命令を命令として改正する権限が与えられるのは、「立法者が、一定の事項領域の改正の際に命令もそれに適合させるという場合」のみであると限定する。つまり、具体的形態としてはマント法律の一部として命令を改正する場合に限定したのである。

さらに、同裁判所はこの解釈からのいくつかの帰結を判示する。法律による命令改正は当然法律制定手続で行われるが、しかし法律と命令の差異を維持するため、命令はそれを授權する法律規定の拘束に服しつづける。つまり、マント法律の中で改正するのであっても、命令部分はそれを授權した法律規定に反することはできない。また、法律で改正された後であっても命令であるから、執行府がさらに改正することができる。「いわゆる脱硬直化条項は、その限りで確認の意味しか有さない」。もちろん、法律による改正後であっても、一般の裁判所が命令の有効性判断を終局的に行う権限を有する。そして、事案の解決に直結する問題であるが、立法手続での連邦参議院の同意の必要性は、命令についての基本法八〇条二項ではなく、法律についての規定で判断されるべきである。本件での法律による命令改正は、マン

ト法律中で他の医療保険改革との関連の中でなされたものであり、その法律自体には連邦参議院の同意はならず、また命令改正部分は授權規定の枠内であるといえるから、合憲である。これらの叙述を展開する際、判決は命令説の文献、特にシュナイダーを何度も引用し、基本的に自らがシュナイダー説に拠ったことを強く示唆している<sup>33</sup>。

この判決は、法律による命令改正が実務上必要とされていることを議論の出発点とし、それが権利保護上の不利益を生じさせないことを重視して命令説をとっている。なぜ立法者が命令を命令として制定できるのかという根本的問題に答えることを、実務上の必要性に訴えて回避し、その代わりに、法律による命令改正が可能なのはマント法律の場合のみであるとして実務を限定する規範的要請を示しているのである。この理論構造において、本判決は確かにシュナイダー説に類似しているといえよう。さらに、判決は命令説をとりつつも、連邦参議院の同意の必要性については法律として考えるべきだという。法律による命令改正は、有効に成立するまでは法律だが、成立した後は命令となるという立場で割り切ったということであろう。マント法律としての一体的成立を図るには、連邦参議院の同意の必要性については法律として判断するというのは当然の要請であるといえ、成立の前後で規範のランクが変動することの理論的根拠が示されているとはいえず、この点でも実務の必要性を優先させた議論となっているように思われる。

本判決を受けて、政府見解は変更された。上述した『法形式』についてのハンドブック<sup>34</sup>は二〇〇八年に第三版が刊行されたが、そこではこの判決に沿って命令説が採用されるとともに、「脱硬直化」条項はもはや必要ないと記されている<sup>35</sup>。したがって、上述した「医薬品市場新秩序法」にもこの条項は含まれていない。こうして、法律による命令改正をめぐる諸論点は、実務上は決着をみた。

しかし、本連邦憲法裁判所判決は、従来の同裁判所の立場に強く影響された政府見解を覆すものであり、そうであるにもかかわらず明らかに理論的根拠づけに乏しいので、当然批判的評価も強い。そもそも、判決には法律説の立場から判決を批判する、二裁判官の個別意見がついている。同意見は、法規範のランクはその規定の作成者で決定すべきであ

り、立法者は命令を制定できないという連邦憲法裁判所の先例での立場からして、法律により改正された命令部分はやはり法律と解すべきだとする。法律による命令改正が法律だとすると、確かに一本の命令中に法律ランクと命令ランクが併存することになるが、しかし官報を慎重に見れば区別は可能なはずである。現在まで、克服困難なほどの実務上の弊害は生じていない。具体的に適用される条文のランクが分かれば、それに対応した訴訟形態も分かるのだから、出訴の途が不明確だということもない。逆に、判決の立場からすると、一定領域の包括的法改革の一環として命令を改正する以上、命令部分のみが一般の裁判所で無効とされてしまうというのは立法者の意図にそぐわないはずではないか。さらに、判決は法律による命令改正が許される場合をそのように限定しているのだが、この要件は不明確であり、まさに法安定性が害されてしまう。<sup>⑧</sup>

また、本判決に対し、たとえばハルトムート・パウアーは、法規範のランクをその制定者によって決定してきた従来の一般的見解に正面から対立する考えを示しているにもかかわらず、理論的な根拠づけを怠っていると批判している。議会が命令を制定することはできないという憲法上の要請になぜ例外を認めてよいのか、この疑問に判決は答えていない。また、議会が制定した規範であってもどの裁判所も無効と判断できるものがあることになるが、これは、議会の権威を守るという、基本法が法律についての規範統制権限を憲法裁判所に集中させた目的と整合しない。さらにパウアーは、法律説の立場から個別意見と同様の疑問を提起しつつ、先のオツセンビュールと同じく基本法改正で対処するしかないとの示唆を示している。<sup>⑨</sup>

連邦憲法裁判所は、一本の命令中に異なったランクの規範が併存することから生じる弊害としてバイエルン行政裁判所と連邦行政裁判所の意見対立に明示的に言及しており、裁判所間で現に生じていた混乱を収めようという意図があったと推測される。しかし、この混乱は、両ランクの規定の併存そのものに起因するというより、連邦行政裁判所の新奇な解釈によって作り出されたものというべきではないか。その混乱を収めようとして、連邦憲法裁判所は新たな理論的

混乱を招きられたように思われる。このような混迷状況からして、先のウーレの提言のように、結局問題を解決するには、法律による命令改正という実務をあきらめ、命令改正は執行府に任せ、法律は改正義務を課すにとどめるのが望ましいのだという見解を示されている。<sup>26)</sup>

- 26) VGH München, NJW 2001, S.2905.  
 27) BVerwGE 117, 313.  
 28) Uhle (Anm.19), S.1275.  
 29) Uhle (Anm.19), S.1274—1276. Vgl. Fritz Ossenbühl, Anmerkung, JZ 2003, S.1066, 1067f.  
 30) Sebastian Kreiner, Paramentsgesetzlich geänderte Verordnungsrecht und gerichtliche Normenkontrolle, BayVBl. 2005, S.106, 110f.  
 31) Ossenbühl (Anm.29), S.1066, 1068.  
 32) BVerfGE 114, 196, 215, 233-242.  
 33) この事実争いの争点は連邦参議院の同意の必要性であり、判決はこの点では法律による命令改正も法律として考えるというのであるから、実は本判決が展開した命令説は事案解決に必ずしも必要ではなかったといえる。本文中で検討する、法律説をとる個別意見も、もちろんこの点には反対していない。ただし、連邦憲法裁判所は、本判決の直後に、州法律により改正された州命令について具体的規範統制が申し立てられた事例において、本判決を参照しつつ、その規範は命令であって、具体的規範統制の対象にはあたらないとの判断を示している。BVerfGE 114, 303. 実際には、すでにこのいわば本筋ともいえる事件が係属していたので、本文中で扱った判決で、法律による命令改正をどう理解するかについての連邦憲法裁判所の立場が包括的に示されたのであろう。
- 24) BMJ (Anm.7), Ra.690-695.  
 25) BVerfGE 114, 196, 250-257.  
 26) Hartmut Bauer, Parlamentsverordnungen, in: Festschrift für Reiner Schmidt (2006), S.237.  
 27) Frauke Brosius-Gersdorf, Der Gesetzgeber als Verordnungsgeber, ZG 2007, S.305, bes. 324-326; Christoph Möllers, Formloser Sozialstaat gegen rechtsstaatliche Form, JURA 2007, S.932. ネルースハウの言葉を繰り返すことは、別の論文では本判決の著者が、「議会の命令制定への関与」を「憲法上の原則」の立場を確認している。Christoph Möllers, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltenteilung, AoR 132 (2007), S.493, 522f. 命令制定への議会の権限留保についての彼の全面違憲説については、別稿で紹介・検討する(毛利前掲注①参照)。



## おわりに

オッセンビュールは、法律による命令改正は、実務の必要と憲法の要請が衝突した場合に法学がどう対処すべきかという問題を突きつけた、という。<sup>80</sup>しかし、日本の目から見れば、多くの法改正をまとめて行う必要がある場合は確かに存在するが、その際関連する命令までも一挙に変えてしまう必要性まであるとは、少々信じられない思いがする。ドイツでも何人が主張しているように、法律中で、改正の趣旨に沿って執行府に命令を改正する義務を課せば十分ではないか。実務の必要性という論拠は、単なる現実正当化のための理屈にすぎないかという疑念は、ぬぐいきれない。確かにドイツの連邦レベルでは、命令の方が連邦参議院の同意が求められる領域が広いことにより、むしろ連邦政府と通常多数派が一致する連邦議会を通して法律で改正することの方が容易であるという場合もあるのだが、これは単に脱法行為の現実的理由を示すだけのことであるう。

従来、立法の委任については、それが広く行われすぎて議会の立法権が骨抜きになっているのではないか、という問題意識からの議論がなされることが一般的であった。「法律による命令改正」が許されるかという問題は、一見それとはまったく逆向きの議論であるように見え、委任立法が多く使われる今日において議会による統制を強化すべきだという立場からは、歓迎すべき手法のようにも思える。しかし、法律と命令はランクの違う規範であるからこそ委任が成り立つのであり、そしてこのランクの違いは制定手続の違いに由来している。だとすると、このランクの相違を平準化してしまふことは、憲法上正当化しがたいはずである。法律で命令を直接改正するということは、議会が政府の責任追及のために有しているといえる統制権の範囲を明らかに超えており、権力分立を破る程度が大きい。

さらに、法律による命令改正は、むしろ議会の地位を引き下げることにもつながる。これは、ドイツで、議会が制定する規範の有効性が一般の裁判所の終局的審査権に服することを問題視する、上記パワーの指摘からも読み取れると

ころである。法律説をとるかつての政府見解も、法律による命令改正に「脱硬直化」条項をセットにすることを求めることにより、議会に、執行府の意のままになる規範を制定することを事実上強いていた。マント法律の中で命令まで「一回の洗い物で」改正してしまうことの承認は、実は、命令制定には非常な迅速性が求められており、そのためには憲法の規定にこだわってられないという含意をもつかぎり、授権法律の特定性要求は実務の必要性に応じて薄めてもかまわないという立場とも共通性をもつ。議会が命令内容を変更したのであれば、それを内容的に覆す法律を制定して命令を適用不能にし、その改正を執行府に強いるというのが、やはり議会の権威を守る王道であろう。

そういうわけで、日本で法律による命令改正という仕組みを導入するべきだとは思えない。しかし、ドイツでこの実務に批判的な学説も、法律で命令内容について指示を与えることで代替的機能を果たそうとされていることまで無視すべきではなからう。日本では、一旦授権法律が制定されてしまうと、その後の命令の内容について国会の統制はほとんど及んでいない。命令内容を実質的に覆す法律を制定できるという権限を背景にして、命令内容の妥当性が常に国会での議論対象となつてよいことは、改めて注意喚起する価値のある事柄であろう。

③ Ossenbühl (Anm.29), S.106ff.