

国立国会図書館 調査及び立法考査局

Research and Legislative Reference Bureau
National Diet Library

| | |
|----------------------------------|---|
| 論題 Title | ドイツにおける連邦政府内部の憲法適合性審査—ベルリン調査報告— |
| 他言語論題 Title in other language | Process of Making Government Bills and Government Oversight of Constitutionality in the Federal Republic of Germany |
| 著者 / 所属 Author(s) | 赤坂 幸一 (Akasaka, Koichi) / 九州大学法学研究院准教授 |
| 雑誌名 Journal | レファレンス (The Reference) |
| 編集 Editor | 国立国会図書館 調査及び立法考査局 |
| 発行 Publisher | 国立国会図書館 |
| 通号 Number | 794 |
| 刊行日 Issue Date | 2017-03-20 |
| ページ Pages | 67-86 |
| ISSN | 0034-2912 |
| 本文の言語 Language | 日本語 (Japanese) |
| 摘要 Abstract | ドイツでは、連邦の内務省及び法務省が、連邦政府提出法案の合憲性の審査、及び基本法の解釈適用問題に係る所見の作成を行っている。両省は、立法過程や憲法訴訟においても政府を代表する。 |

*掲載論文等のうち、意見にわたる部分は、筆者の個人的見解であることをお断りしておきます。

ドイツにおける連邦政府内部の憲法適合性審査

—ベルリン調査報告—

赤坂 幸一

(本稿は、憲法課が執筆を委託したものである。)

目 次

はじめに

I ドイツ連邦政府内部における法令審査

- 1 連邦政府の自律的組織権
- 2 連邦省共通事務処理規則と連邦省の内部組織
- 3 連邦省共通事務処理規則に見る法律案審査
- 4 連邦内務省・連邦法務省の憲法適合性審査の関係・効果
- 5 連邦法務省の法令審査（連邦省共通事務処理規則第46条）との関係

II 連邦法務省における憲法適合性審査

- 1 所管事務—立法管轄と司法行政—
- 2 組織構成
- 3 公法局各課の任務：法令審査と立法・人権問題への対処

III 連邦内務省における憲法適合性審査

- 1 連邦内務省の組織構成
- 2 連邦内務省・連邦法務省の関係と憲法慣行
- 3 連邦内務省における憲法適合性審査の内容・手続
- 4 議会審議と連邦内務省の関与
- 5 連邦内務省における意見事務—基本法の解釈適用問題—
- 6 連邦憲法裁判所との関係—連邦政府の法的助言者としての連邦内務省・連邦法務省—

おわりに

要 旨

- ① ドイツにおける連邦政府提出法律案の憲法適合性の審査は、連邦内務省及び連邦法務省により、連邦省共通事務処理規則第6章の規定に基づいて行われている。
- ② 連邦内務省及び連邦法務省は、法律案の憲法適合性を含む法令体系上の審査（審査事務）について管轄するとともに、基本法の解釈・適用問題（意見事務）についても管轄している。
- ③ 連邦内務省は主として国家組織・財政制度の観点から、連邦法務省は主として基本権の観点から、審査事務・意見事務を担当するが、相互に補完的にチェックしあう。
- ④ 連邦内務省及び連邦法務省は、閣議に提出された法令案につき、憲法適合性及び既存法体系との整合性の観点から異議を提起する権限を持つが、これは伝家の宝刀であって、これまでに行使された例はない。
- ⑤ 連邦内務省及び連邦法務省は、憲法裁判所の訴訟手続において連邦政府を憲法の観点から代表したり、立法過程で憲法に関する所見を提示したり、修正案を作成したり、議会委員会や公聴会における質問や答弁を準備したりすることがある。
- ⑥ 連邦政府は連立内閣が常態化しており、内閣を構成する諸政党のうち、保守的な側が連邦内務大臣のポストを、リベラルな側が連邦法務大臣のポストを得るという人事慣行がある。法令案の憲法適合性に関する両省の見解の相違は、連邦政府内の政治的折衝を通じて解決される。
- ⑦ 連邦内務省と連邦法務省はともに、連邦政府内の一組織であって、政府に対して法的アドバイスを与える部門である。両省の憲法所管課は、連邦憲法裁判所の判決例等を分析はするが、政府の法令案等が憲法裁判所によって違憲判断を受けないよう完全に統制するわけではなく、連邦政府が実施しようとしている施策の重要性をも考慮して、法的側面から可能な限りの援助を与えることを職責としている。

はじめに

本稿の課題は、ドイツ連邦共和国の連邦政府レベルにおける法律案・命令案の作成に際して、連邦政府内部でその憲法適合性を統制する機関の有無、及び、そのような機関がある場合の具体的な審査手法如何である。より具体的には、①連邦政府内部の憲法審査機関としての連邦内務省及び連邦法務・消費者保護省（以下「連邦法務省」という。）の役割、及び、②両省における具体的な憲法適合性審査の基準・方法・プロセスについて、原資料及び聞き取り調査に基づき、その現在の実際の運用のあり方を紹介・検討することである。

I ドイツ連邦政府内部における法令審査

1 連邦政府の自律的組織権

連邦政府内部の任務分担について検討するに際して、注意を要するのは、行政組織法定主義が採用されるわが国とは異なり、政府の組織自律権が高度に認められていることである。ドイツ連邦共和国の憲法典に当たる基本法⁽¹⁾自体、「連邦政府は、法律に別段の定めがある場合を除き、官庁の組織について規律する」と定めており（第86条第2文）、これを受けて、連邦首相が発する組織令（Organisationserlass）によって、連邦省の設置や所管領域の変更が随時行われる。すなわち、連邦政府内部の任務分担は、法律に別段の規定がない限り、連邦首相が持つ組織権に服するのであって、本稿の対象とする連邦政府内部において具体的に憲法適合性審査を行う部署・権限のあり方も、首相を中心とする連邦政府の自律的組織権によって柔軟に変更される可能性があることに、留意しなくてはならない⁽²⁾。

2 連邦省共通常務処理規則と連邦省の内部組織

連邦政府は、この自律的組織権の一環として、連邦政府各省に共通する組織や事務手続を定める連邦省共通常務処理規則（Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien）を閣議決定している。同規則はヴァイマル時代以来の連邦省共通常務処理規則を整理統合し、電子技術に対応する規定を設けるなどの改訂を加えたもので、連邦内務省が主導して作成された⁽³⁾。同規則は組織原理（第2章）・組織編制（第3章）・省務の統括（第4章）など、各省内部の組織構成のあり方について定めるとともに、連邦政府・連邦議会・連邦参議院等との協働（第5章）、及び法律案の作成や法規命令の発布（第6章）についても定めている。連邦省の組織原理については連邦法務省に即してIIで検討するが、ここでは、連邦内務省・連邦法務省における法律案の憲法

* 本稿の注に掲げるインターネット情報は、2017（平成29）年1月4日現在のものである。

(1) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist.

(2) この点に関するわが国及び諸外国の比較として、大迫丈志「中央省庁再編の制度と運用」『調査と情報—ISSUE BRIEF—』795号、2013.8.1. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_8243529_po_0795.pdf?contentNo=1> を参照。同論文によれば、連邦各省内部における具体的な任務分担は、各大臣が定める事務分掌計画（Geschäftsverteilungsplan）によるものとされる。

(3) GMBL. S. 526, zul. geänd. mit Wirkung vom 1.6.2009, GMBL. S. 590.

適合性の審査が、この連邦省共通事務処理規則第6章の規定を根拠に行われていることを、確認しておこう⁽⁴⁾。

3 連邦省共通事務処理規則に見る法律案審査

すなわち連邦省共通事務処理規則第42条は、法律案の立案に際して、①連邦内務省編集の『法規定・行政規定立案ハンドブック』⁽⁵⁾、及び②連邦法務省編集の『法形式ハンドブック』⁽⁶⁾に照らして審査されるべきこと、加えて③言語学的な正確性・明晰性の観点からドイツ連邦議会に設けられるドイツ言語協会編集部 (Redaktionsstab der Gesellschaft für deutsche Sprache beim Deutschen Bundestag) の審査を受けるべきことを定めている(第3項～第5項)。このうち、①・②の一部に、憲法適合性の審査が含まれることになる。それを具体的に定めるのが第45条第1項で、その現行規定は以下のとおりである。

「連邦政府提出法案の草案が閣議決定のために提出される前に、主務連邦省は、法律案に関係を持つ連邦省及びその法律上の管轄に属する限りで国家法令管理委員会を、早期に、準備及び立案に参加させなければならない⁽⁷⁾。法律案に関係を持つ連邦省とは、その所掌事務が影響を受ける全ての連邦省である(付録6)。法規定の基本法適合性について審査するために、また基本法の適用に際して疑問が生じる全ての場合について審査するために、内務省及び法務省が関与するものとする。その複雑さゆえに欧州法に関する立ち入った審査を必要とする法律案の場合及びほかに理由のある場合には、欧州法上の包括的な権限を有している連邦省(特に経済・テクノロジー省、法務省、外務省)が、欧州法の問題を早期に検討できるよう配慮しなくてはならない。」

すなわちここでは、法律案が自己の管轄領域に関わる全ての連邦省が、法律案作成の早期の段階から関与すべきこと、その中でも法律案の憲法適合性については、連邦内務省及び連邦法務省が特に審査すべきこと、が定められている。その上で、両省が関与すべき場合をより詳細に定める付録6は、連邦内務省・連邦法務省に共通して、次の場合に法律案を両省に送付すべきものとしている。

- (a) 法規定の基本法適合性について審査するため、並びに、基本法の適用に際して疑問が生じる全ての場合、及び憲法に関する専門的所見が求められる全ての場合について審査するため。
 - (b) 改正予定の法規定が、既存の法秩序に矛盾なく組み込まれるか否かを審査するため。
- (b) は憲法適合性の審査にとどまらない、一般的な法体系上の審査を意味するが、以上から確認されるのは、①法律案の憲法適合性を含む、法体系上の審査について、連邦内務省及び連

(4) 同章ではまた、法律案の提案理由の明確化(第43条)や、各ラント(州)・地方自治体に与える財政的影響の予測(第44条第3項)、法律案のできる限り早い段階でのインターネット公開(第48条第3項)等についても規律している。2000年8月段階の規則の翻訳として、古賀豪「ドイツ連邦政府の事務手続—連邦省共通事務規則—」『外国の立法』No.214, 2002.11, pp.130-163. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1000525_po_21403pdf?&contentNo=1> がある。

(5) Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, 2. Aufl., Köln: Bundesanzeiger Verlag, 2012.

(6) Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*, 3., neu bearbeitete Aufl., Köln: Bundesanzeiger Verlag, 2008.

(7) 同条第4項は、さらに、立案課が法律案を関係省庁に送付するに際しては、関係省庁がその所管上の問題点について精査し検討するための十分な時間を与えるべきこと、及び、関係省庁のこのような適時の十分な関与について、主務連邦省が責任を負うべきことを定めている。

邦法務省が管轄すること、及び、②基本法の解釈・適用問題について、同じく連邦内務省及び連邦法務省が管轄すること、である⁽⁸⁾。

4 連邦内務省・連邦法務省の憲法適合性審査の関係・効果

そうであるとすれば、法律案の憲法適合性や基本法の解釈・適用問題について、両省の管轄関係が問題になる。この点、現在の運用では、連邦内務省が主管するのは国家組織法及び財政制度の領域であり、連邦法務省が主管するのは基本権の領域とされ、その他についてはカウンターパートとなる所管課（Spiegelreferate）同士の共管になるとされている⁽⁹⁾。

これらの憲法所管の持つ意義は大きく、連邦政府執務規則（Geschäftsordnung der Bundesregierung）第26条第2項によれば、連邦内務大臣又は連邦法務大臣は、憲法上疑義があると考えられる法律案の閣議決定に際して異議を述べることができ、これらの「憲法大臣」の異議が提起されたときは、当該大臣の出席する閣議を再度開催した上で、改めて閣議に諮り、連邦首相を含む閣議構成員の過半数で法律案を閣議決定しない限り、当該法律案を連邦議会に提出することはできない⁽¹⁰⁾。

もっとも、実際の運用においては、閣議で「憲法大臣」が正式に異議を提起することは極めて稀であって、憲法上疑義があると考えられる場合には、可能な限り早期に憲法主管の連邦内務省又は連邦法務省に法律案が回覧された上で、閣議決定に先立って憲法上の問題が検討され、法律案の修正が行われるため、実際に閣議決定の段階で異議を述べる必要は存しないとされる⁽¹¹⁾。

5 連邦法務省の法令審査（連邦省共通事務処理規則第46条）との関係

前述したように、一般的な法令体系上の審査については連邦内務省と連邦法務省が共管しているが、連邦省共通事務処理規則第46条は、特に連邦法務省について独自の規定を置いている。すなわち同条第1項及び第2項は各々、

- (1) 連邦政府の法律案は、閣議決定のために提出されるに先立って、法体系上及び法形式上の審査（法令審査。Rechtsprüfung）のために、連邦法務省に送付されなければならない。
- (2) 法律案の送付に際し、それが大部な草案である場合には、第1項の審査に際して生ずる問題点を審査し検討するための十分な時間が連邦法務省に与えられるよう、配慮しなければならない。

と規定し（第3項省略）、連邦法務省が連邦内務省とは別に独自の法令審査権を有する旨を定めている。この法令審査は、規律の体系・形式についてあらゆる観点から総合的な検討が行われるもので、このうち法体系審査は、①憲法・EU法・世界人権宣言・欧州人権条約など高次の法

(8) この点については、片桐直人「ドイツにおける政府提出法案の起草過程とその規律」川崎政司・大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望—法形成をめぐる政治と法—』尚学社、2016、p.186以下も参照。同論稿は、連邦政府提出法案の「質」のコントロールについて、広い視野から問題点を概観するものであり、示唆的である。もっとも、本稿の対象となる①政府法案の基本法適合性審査において一方の連邦内務省が果たす役割や、②広義の立法過程における基本法適合性の解釈・適用問題について両省が担う「意見事務」については、触れられていない。

(9) Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *op.cit.*(5), S. 116では、法律案等の連邦政府内の審査に際して、財政制度が連邦内務省の主管であるとされているが、他方、Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *op.cit.*(6), n. 51では、財政制度については連邦財務省の管轄であるとされている。

(10) この異議提起権は、基本法との適合性の問題に限られない。政府の法律案・法規命令案・措置が「現行法」に適合しないと考えるときは、連邦内務大臣又は連邦法務大臣は閣議で異議を述べるのであって、法律案の基本法適合性の問題はその一環である。

(11) Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *op.cit.*(5), S. 116.

との適合性の審査（垂直的審査）、及び②他の法規定との整合性や改正法令案の内的整合性、原則=例外関係の整序、規律内容の一義的明確性などの審査（水平的審査）とに大別される。他方、法形式審査は、表題や引用方法、改正の指示方式、効力発生時期に関する規律、文言の言語学的正確性や明晰性について審査するものである。

こうして、基本法との適合性の審査は、連邦法務省内部においては法体系審査の①の一環として位置付けられ、連邦の立法管轄権の有無、同意法律⁽¹²⁾か否かの別、基本権制約の有無及びその正当化、比例原則・平等原則との適合性、制度保障（結婚・家族など）や制度体保障⁽¹³⁾（自治行政、職業官吏制など）との関連、客観的価値秩序⁽¹⁴⁾の尊重、基本法第20条に定められる基本的諸原則（連邦国家、権力分立、社会的法治国家等）の遵守、いわゆる本質性理論⁽¹⁵⁾の観点からの審査など、およそ想定されるあらゆる観点から、法律案などの基本法適合性を審査するものとされている⁽¹⁶⁾。

それでは、連邦法務省・連邦内務省におけるこのような法令の憲法適合性審査は、具体的にどの部署がどのような手続で担っているのだろうか。以下、連邦法務省（Ⅱ参照）、連邦内務省（Ⅲ参照）の順に、2016年の現地訪問調査の結果を紹介する。

Ⅱ 連邦法務省における憲法適合性審査

1 所管事務—立法管轄と司法行政—

連邦法務省の主たる任務は、第一に法制度の整備・運用であり、民事法・商事法・経済法・刑事法・裁判所構成法・訴訟法など、大半の基幹法制を所管しているほか、他省の法令立案過程においてもアドヴァイスを与えている⁽¹⁷⁾。また第二に、他省立案の法令案の審査を行って

(12) 同意法律とは、各ラントの政府代表者から構成される連邦参議院が、その総投票数の過半数の賛成で同意を表明しない限り成立しない法律で、ラントの権限に影響を与えるような連邦法律が同意法律として扱われる。筆者が2014年に連邦参議院を訪問調査したところでは、近年の第1次連邦制度改革（立法管轄権の明確化）・第2次連邦制度改革（財政関係の整理）により、同意法律が減少し（80%⇒10年前は60%⇒現在40%）、現在では、直接ラントの利害に関わる場合にのみ同意法律にしようという考え方が採られているとのことであった。これに対して、ラントの利害に直接的な影響を及ぼさない連邦法律は「異議法律」とされ、連邦参議院が否決した場合であっても、連邦議会が憲法所定の多数で可決すれば、連邦参議院の異議をくつがえすことができる。

(13) 歴史的に形成された制度をそれ自体として憲法上受容したもの。それゆえ、場合によっては他者の基本権を制約しつつ一部の「特権」を承認することにもなる。石川健治『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度体保障」論・再考—増補版』日本評論社、2007を参照。

(14) 第2次大戦後のドイツでは、特に1957年の連邦憲法裁判所判決（リュート判決）を契機に、憲法に定められた基本権は、個人の主観的権利であるだけでなく、国家行為に対する客観的制約原理をも定めているという理解が一般化した。現在では価値秩序論に依拠することは減少しているが、その背景について Michaela Hailbronner, *Traditions and Transformations: the Rise of German Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press, 2015を参照。

(15) 国家と市民との関係（法治国家原理）に関わる「法律の留保」原則とは別に、立法部と執行部との関係（権力分立原理ないし民主制原理）の観点から、一定の重大な事項については、少なくともその本質的部分について、必ず立法部の定める法律により規律しなくてはならないという原則のこと。

(16) Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *op.cit.*(6), Teil A.

(17) 以下の記述は、訪問調査時の記録をもとに、BMJV, “Aufgaben und Organisation des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz,” (Stand: 15. Juni 2016). <http://www.bmjuv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Organisationsplan/AufbauOrgBroschuere_DE_20160615.pdf?__blob=publicationFile&v=5> の記述を補って再構成したものである。なお、この訪問調査については、毛利透「内閣法制局と最高裁判所——憲法研究者からのコメント——」『法律時報』88巻12号、2016.11, pp.93-96にも簡単な紹介がある。

ることは、上述のとおりである（I参照）。ここでは、連邦法務省・連邦内務省が法令案の立案時のみならず、連邦憲法裁判所の訴訟においても、基本法に関する見解を求められることがあることを指摘しておこう。

他方、第三に、司法行政上の管轄がある。基本法第30条・第92条により司法行政は各ラントの権限に属するのが原則であるが、連邦憲法裁判所に加え、連邦レベルの最上級審である連邦通常裁判所（カールスルーエ）・連邦行政裁判所（ライプツィヒ）・連邦財政裁判所（ミュンヘン）・連邦労働裁判所（エアフルト）・連邦社会裁判所（カッセル）のうち、前三者の司法行政（予算・人事・施設整備等）については連邦法務省が管轄している⁽¹⁸⁾。連邦法務省は、連邦議会・連邦参議院が半数ずつ選出する連邦憲法裁判所裁判官につき、その選任の準備過程で関与するほか、先の3つの連邦最高裁判所の裁判官の選任についても、裁判官選任委員会（16州の法務大臣、及び連邦議会が指名する同数の委員で構成される。基本法第95条第2項）と連邦法務大臣が協働して決定する際に、その準備過程で関与している。

2 組織構成

このような任務を遂行するための連邦法務省の組織概要であるが（憲法所管部局については図1参照）、2015年9月現在で全760名の人員のうち、291名が法律家（Jurist）であって、法学国家試験に合格している。この法律家のうち、判事、検事及びラント官吏（合計119名）は派遣職員である。また2014年の主管領域の拡大（消費者保護の追加）により、エコノミストや自然科学者・政治学者らが加わった点が、近年の特色である。

この連邦法務省の政治的指導部を形成するのが、連邦法務大臣、並びに各2名の政務次官及び次官である⁽¹⁹⁾。この下に現在7つの局が置かれ（総務局・司法制度局・民事局・刑事局・商事局・公法局・消費者保護局）、所管事務を分掌している。局長はいわゆる政治的官吏（連邦法務大臣により、特別な理由なくいつでも一時的休職に付され得る特別職）であって、省務の実質的な最高決定権者である⁽²⁰⁾。そのため、Z局（総務局）を除き、局長には特定法分野の専門家が充てられている。

連邦省共通事務処理規則第7条により、連邦省の基本的な組織は局（Abteilung）・課（Referate）であるが、必要に応じて部（Unterabteilung）を置くことができる（同第8条）。日常的な省務は課を単位に遂行されており、課長の大半は法学国家試験をクリアした法律家である。

3 公法局各課の任務：法令審査と立法・人権問題への対処

連邦法務省の各局のうち、憲法適合性の審査を含む法令審査を主管するのが第IV局（公法局。Abteilung IV）である。上述のように、連邦法務省の法令審査は、法体系審査（垂直的・水平的審査）及び法形式審査に大別し得るが、垂直的審査の中核を成す憲法適合性の審査を担うのが、第IVA1課（基本権課）である。法令や政府の措置が基本権を侵害しないかどうかは、ドイツ連邦共和国の政治において重要な意味を持っており、連邦政府各省や連邦議会から、基本権課の

(18) その他、連邦特許裁判所（基本法第96条第1項、1961年設置）、連邦特許商標庁及び連邦司法局に係る司法行政も、連邦法務省の管轄である。

(19) 政務次官及び次官の機能については、毛利透『統治構造の憲法論』岩波書店、2014、pp.115-136を参照。

(20) クリストフ・メラース（赤坂幸一翻訳）「議会統制の二つの概念」『法政研究』81巻1・2号、2014.10、p.14も参照。

図1 連邦法務省の憲法所管部局の概要



(注記) 第IV局以外の各局については、下部組織の記載を省略した。

(出典) Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, "Organisationsplan," 24. Januar 2017. <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Organisationsplan/Organisationsplan_DE_24012017.pdf?jsessionid=330DC8DDA5131E16DCF2C097FC4269B7.1_cid297?__blob=publicationFile&v=39> を基に筆者作成。

見解が求められる。法令案が基本法（したがって基本権）との適合性審査をクリアして初めて閣議に提出される慣行であることは、既に指摘したとおりである。他方、統治組織の問題は連邦内務省が主管するが、連邦法務省第IVA2課（統治組織・財政制度課）も共管しており、連邦・ラント間の権限分配や、立法手続における連邦政府・連邦議会・連邦参議院の関係、連邦・ラント間の任務・支出分配の問題などを審査している（連邦内務省と連邦法務省とが共管した連邦参議院の同意の要否に関する意見事務として、Ⅲ5(2)を参照）。

以上の憲法適合性の審査に対して、水平的審査及び法形式審査について主管するのが、第IVA6課（法令審査課）である。連邦法務省内の各部署もその所掌事務の観点から他省立案の法令案を審査しているが⁽²¹⁾、法令審査課は法令審査の基本問題について所管し、自らが編集する『法形式ハンドブック』に基づいて、各課による他省立案の法令案の審査を支援し、また連邦法務省自身の法令案を法形式面から審査することを主たる任務としている。法形式審査にはまた、文言の言語学的正確性や明晰性についての審査も含まれるが、このために同課は、法令用語編集部に所属する言語学者のサポートを受けている（他省の法令案については有限会社「法令用語・専門用語」が運営する法令用語編集室（Redaktionsstab Rechtssprache der Lingua Gesellschaft für Rechts- und Fachsprache mbH）が、連邦法務省自身の法令案については連邦法務省の言語室（Sprachbüro）が、それぞれ担当する）。

公法局はまた、法令審査の場面を離れて、連邦憲法裁判所の訴訟手続においても、基本法に関する見解を述べる責務を有している。これを主管するのが第IVA3課（憲法裁判・司法制度課）であり、連邦政府が直接の当事者である場合や、連邦憲法裁判所により連邦政府が見解を示す機会を与えられた場合には、同課が主導して証言や見解の内容を作成することになる。同課はまた、連邦憲法裁判所法⁽²²⁾や司法制度（基本法第9章）及び裁判請求権の保障（基本法第19条第4項）についても主管していることを付言しておこう。

その他、国際法・EU法のレベルでドイツ連邦政府を代表したり、国際法・EU法の観点から連邦政府の法令案を審査したりする部署として、第IVC1課から第IVC4課まで（人権課・EU問題課・国際法課・条約課）が設けられ、これらを統括する部長は人権問題特別担当（Beauftragte der Bundesregierung für Menschenrechtsfragen）として、欧州人権裁判所や国連人権委員会においてドイツ連邦政府を代表する任務を負っている。

Ⅲ 連邦内務省における憲法適合性審査

1 連邦内務省の組織構成

基本的な組織原理は連邦法務省の場合と同様であり、公安・公序の維持から、憲法・地方自治に関わることがら（国家行政の現代化や、選挙法をはじめとする国家秩序の基本問題）、あるいは

(21) 公法局が行う一般的な法令審査のほか、例えば商事局は、経済法・財政法・税法に関係する他省立案の法令案を審査している。連邦法務省内で、法令審査課とともに、各専門領域における法令審査を担当する課のことを協働審査課（Mitprüfungsreferat）と呼ぶ。連邦内務省での聞き取りによれば、連邦法務省では特に警察法・環境法・官吏法について所管領域（Fachressorts）ごとの審査が行われ、例えば環境法については環境法の専門家がおり、環境省の専門家より遥かに専門的な知見を備えているのであって、この専門家が法体系・法内容についての法令審査を行う、ということであった。

(22) Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 8 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

移民・スポーツ助成・人口問題に至るまで、多種多様な任務が各局・部・課に振り分けられている（図2参照）。このうち、法令案の審査に際して憲法適合性の問題を扱うのがV局（公法局）であるが、審査手続の詳細については、O局（行政現代化局）が上述のハンドブックを編集している⁽²³⁾。

内務省では公法局憲法課長のキュスター（Küster）博士から聞き取り調査を行ったが、同博士の教示によれば、内務省における法令審査は基本的に法律家が担当し、同博士のように長期にわたって同じ部署で勤務する場合もあるが、平均3年の人事異動で担当者がローテーションするケースが多いという。また、法学部卒業後の研修過程の一環として連邦内務省に勤務する者や、内務省でいったん勤務した後、休職しながら、連邦憲法裁判所や連邦行政裁判所等で働く者もいるとのことであった。

2 連邦内務省・連邦法務省の関係と憲法慣行

連邦内務省における憲法適合性の審査は、上述のとおり、国家組織の観点から行われるが、連邦内務省はまた基本権に関する審査も行っている。キュスター博士曰く、国家組織・基本権のいずれを問わず、憲法的誤謬の有無を相互に補完的にチェックし合う体制が重要なのであって（同博士はこれを「4つの目による審査」と表現する）、例えば内務省が主管する公安問題は、基本権にも関わるので、当然、両省による審査が行われる。他省立案の法令案の憲法適合性についても、常に連邦法務省の憲法担当者と意見交換を行いながら審査が行われているとのことであった。

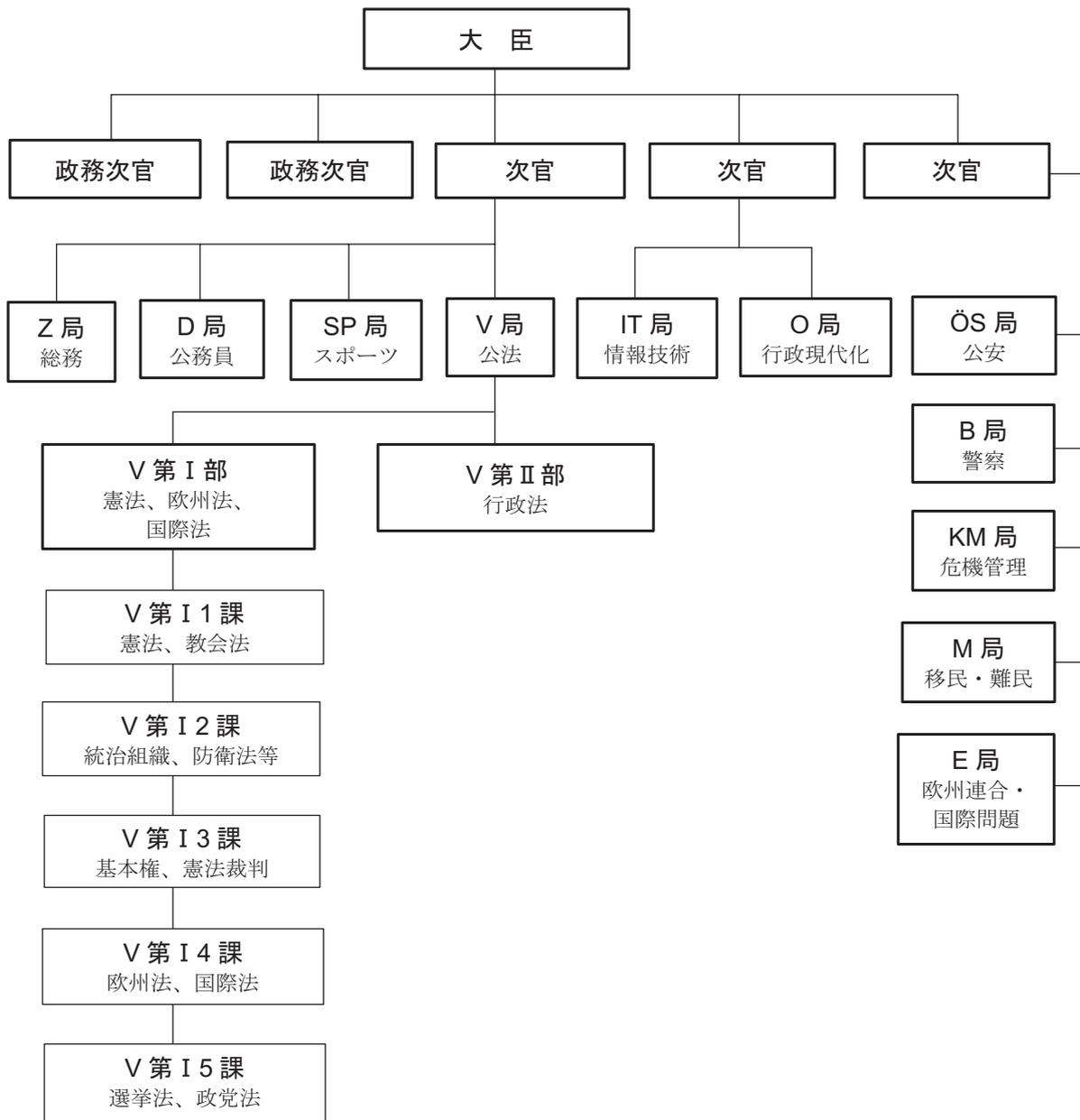
そうすると、両省の間で法令案の憲法適合性に関する見解が一致しなかった場合の対処法が問題になる。最終的には両省共に閣議での異議提起権を有しているので（I4参照）、両省の憲法適合性審査を共にパスした法令案でなければ閣議決定に至らない仕組みになっているが、これはいわば「伝家の宝刀」であって、この異議が実際に提起された例はない。むしろ、両省の間の見解の相違は、政治レベルで事前に解決されているという点に注意が必要である。

すなわち、ドイツの連邦レベルでは大半が連立内閣であるが、その場合、連邦法務大臣と連邦内務大臣とは別の政党から出すのが慣例になっている（唯一の例外はゲアハルト・シュレーダー（Gerhard Schröder）政権（1998-2005年）で、両者共に社会民主党（SPD）から出されている⁽²⁴⁾）。そのため連邦法務大臣と連邦内務大臣は伝統的に対抗関係にあり、連邦内務省・内務大臣が国を代表する一方、連邦法務省・法務大臣は市民の権利利益を擁護する関係にあって、連立政府内でリベラルな側が連邦法務大臣を担当するという運用になっている（連邦内務大臣・連邦法務大臣ポストをめぐる憲法慣行の存在）。ある法令案の憲法適合性について、両省が異なる見解を有することはあり得るが、連立政権を維持するという基底的政治的合意が存する限り、連立政党間の政治的議論で問題が解決されるのである。

⁽²³⁾ Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *op.cit.*(5) もっとも、同ハンドブックの編集には公法局も関与する。連邦法務省・連邦内務省の憲法審査権の根拠となっている上述の連邦省共通事務処理規則を所管しているのも、内務省の行政現代化局である。

⁽²⁴⁾ 第1次：オットー・ゲオルク・シリー（Otto Georg Schily）連邦内務大臣、ヘルタ・ドイブラー＝グメーリン（Herta Däubler-Gmelin）連邦法務大臣／第2次：シリー連邦内務大臣、ブリギッテ・ツイプリース（Brigitte Zypries）連邦法務大臣。

図2 連邦内務省の憲法所管部局の概要



(注記) V局 V第I部以外の部局については、下部組織の記載を省略した。

(出典) Bundesministerium des Innern, "Organisationsplan," 01. 12 2016. <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/PDF_Organigramm_BMI_12-16.pdf?__blob=publicationFile> を基に筆者作成。

3 連邦内務省における憲法適合性審査の内容・手続

それでは、連邦内務省における憲法適合性審査の実際の内容・手続はどのようなものであろうか（連邦法務省における憲法適合性の審査については I 5・II 3 を参照）。

(1) 憲法適合性審査のポイント

まず審査のポイントであるが、大きく分けて①一般的な予備調査、②法令内容の審査、及び③立法理由の審査に分けられる⁽²⁵⁾。

①一般的な予備調査とは、改正法案・関連条項一括改正法（いわゆる Artikelgesetz）案について、法律条文の相互関連性をチェックするもので、最も簡単には、連邦法務省と Juris 有限会社⁽²⁶⁾の共同プロジェクト「インターネットにおける法律（Gesetze-im-Internet）」を活用した Juris 検索ないしグーグル検索が行われる。これは憲法適合性の審査というよりは、一般的な法令審査の一環と言える。

②法令内容の審査とは、連邦の立法管轄権の有無、行政権限の有無、同意法律か否かの判断⁽²⁷⁾、規律内容の審査（立法の憲法適合的秩序への拘束性（基本法第 20 条第 3 項）の審査、法規命令への授権の審査（授権の有無・名宛人、再授権の可否、法規命令への授権の目的・内容・範囲の明記（基本法第 80 条第 1 項第 2 文）、連邦参議院の同意の要否（基本法第 80 条第 2 文）についての審査）、参照法令の固定制・スライド制の審査⁽²⁸⁾）、法律の構造・形式の審査、既存の法令秩序との調整、及び効力発生日の規律に関する審査（基本法第 82 条第 2 項、第 72 条第 3 項第 2 文、第 84 条第 1 項第 3 文）を意味し、ここでも広く、あらゆる観点から法令の憲法適合性の審査が行われている。

③立法理由の審査とは、立法権限の有無や連邦法律による規律の必要性（特に基本法第 72 条第 2 項）について、法律の提案理由において所要の説明が行われているかどうかを審査するものである。連邦省共通事務処理規則第 42 条第 1 項により、連邦政府の法律案は条文草案（Gesetzentwurf）・立法理由（Begründung）・立法要旨（Vorblatt）から構成されるところ、連邦法務省における法令審査の対象は原則として条文草案に限られる⁽²⁹⁾。連邦内務省における法令審査は、これとは異なり、原則として立法理由についても及ぶことになる。

(2) 審査手続

①～③の具体的な審査手順であるが、他省立案の法律案については、連邦内務省は、省内の各課を通じて又は連邦政府各省の所管課に対して直接、書面による見解表明を行うのが一般的であって（内務省の法律案については直接所管課に書面による見解表明を行う）、必要に応じて連邦法務省との調整が行われる。この見解表明の草案は、必要に応じて上司の決裁・修正を経た後

⁽²⁵⁾ 本節の記述は、主として、提供を受けた連邦内務省の内部文書（Verfassungsrechtliche Prüfung von Gesetzentwürfen（§ 45 Abs. 1 Satz 3 GGO））による。

⁽²⁶⁾ 裁判所の判決・決定や、法令、注釈、雑誌論文などをオンラインで提供することを主たる活動内容とするドイツの有限会社で、1984年に連邦法務省の一部門として設立され、翌1985年には連邦所有の有限会社に移行した。2000年には一部の民営化が行われ、現在に至っている。

⁽²⁷⁾ なお、連邦省共通事務処理規則第 49 条第 2 項により主管課が他部局に法律案を送付する際には、同意法律か否かを明記する必要がある。

⁽²⁸⁾ 特定時点の法令内容を特定の参照するのか、最新の法令内容に自動的にスライドした形で参照するのかの別。Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *op.cit.*(6), m. 239-248.

⁽²⁹⁾ *ibid.*, m. 12.

に、E-Mailで相手方に送付されるのが例である⁽³⁰⁾。他省の所管課との協議、又は連邦内務省内の法案協議においては公法局憲法課が連邦内務省の憲法上の立場を代表し、協議に参加したのちには協議メモが作成される。

次いで、法律案が閣議請議⁽³¹⁾された場合には、当該法律案を審査し、必要に応じて異議を提起する（この異議提起権が行使された例がないことは上述のとおりである）。連邦内務省はまた、連邦参議院の態度決定に対する連邦政府の見解（基本法第76条第2項）についても審査し、あるいは当該見解の作成に関与する。連邦参議院提出法律案に対する連邦政府の見解（基本法第76条第3項）についても、同様である。

4 議会審議と連邦内務省の関与

法律案が連邦議会に提出されたのちは、連邦内務省は、修正案の審査や、修正案の起草支援（Formulierungshilfe. 連邦議会の委員会審査に際して、修正案を作成する必要がある場合に、各委員会の要請を受けて、連邦政府各省の主管課が、全ての改正条文を包含した議決勧告⁽³²⁾や、個々の条文修正案を作成するもの⁽³³⁾）という形で関与を行う。また、キュスター博士によれば、連邦議会の各委員会の審査に際して連邦内務省の政務次官・次官が意見を述べたり、公聴会で連邦内務省が意見を述べたりすることもある（公聴会に呼ぶ教授として誰が適切か、という質問が内務省に来ることもある）。また公聴会における質問の内容や、当該質問に対する答弁のあり方についても、内務省が準備することがある⁽³⁴⁾。加えて、連邦参議院にも法律案審査委員会があり、各ラントの裁判所の代表者が参加し、ラントの観点から憲法適合性を審査するが、そこで連邦内務省が意見を述べることもある。さらに、法律案審査合同委員会の段階でも、連邦内務省が所要の見解表明を行うことがある⁽³⁵⁾。

5 連邦内務省における意見事務—基本法の解釈適用問題—

上述のとおり、連邦法務省及び連邦内務省は、「基本法の適用に際して疑問が生じる全ての場

⁽³⁰⁾ 当該文書は課内資料（Handakte）として、また必要に応じて連邦内務省内の憲法書庫（Verfassungsarchiv）にコピーが保存されるが、後者の場合には同時にワード文書又はメールを電子ファイルの形式でも保存しなくてはならない。

⁽³¹⁾ 各主管の大臣が首相に閣議を求める手続をいう。

⁽³²⁾ 委員会で行われた討論、修正等を内容とする本会議宛ての委員会の報告書に含まれる、本会議で議決すべき内容についての勧告。

⁽³³⁾ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *op.cit.*(6), m. 836-841.

⁽³⁴⁾ これに対して、連邦法務省・連邦内務省自身が、特定の外部教授の見解を求めることは原則としてない、とのことである。また、毛利透教授によるクリストフ・メラース（Christoph Möllers）教授からの聞き取り調査によれば、連邦議会の公聴会においては、当該公述人を推薦した党からしか質問が行われず、したがって公聴会の意義は殆ど存しない、とのことであった。ご教示頂いた毛利教授に、感謝申し上げます。

⁽³⁵⁾ その他、連邦省共通事務処理規則第59条第2項（連邦参議院が明示の同意を与えたにもかかわらず、当該法律を連邦参議院の同意を要しない法律として公布する場合に、関係する連邦省の見解を簡潔に示すことを求める規定）により、エクストラの審査が行われる場合もある。なお、キュスター博士によれば、基本法第82条第1項が定める連邦大統領による法律の認証に際しても、法律の憲法適合性が審査される。ホルスト・ケーラー（Horst Köhler）大統領の時代（2004-2010年）には、ドイツ連邦共和国史上初めて、航空安全法（2006年）及び消費者への情報提供に関する法律（2006年）について、基本法との不適合を理由に署名が拒否された。キュスター博士によれば、当時の大統領府の審査官は、かつて連邦内務省の審査官でもあったが、この問題を契機に連邦内務省と一時疎遠になったという。また、大統領の異議を野党が政治的に利用して、連邦憲法裁判所に訴えることもあるとのことであった。

合及び憲法に関する専門的所見が求められる全ての場合について審査するために」法令案の送付を受ける。これは法令審査における基本法適合性の審査という形で行われることもあれば、法令案の起草を契機としつつも、わが国でいう意見事務⁽³⁶⁾に当たる形で行われることもある。

(1) 意見事務の実際（その1）—禁煙法のケース—

ここでは、意見事務について、2020年東京オリンピックとの関連でわが国でも関心の高まっている受動喫煙対策の問題を取り上げてみよう⁽³⁷⁾。1970年代以降におけるWHOの対策、とりわけ2003年のWHO総会で採択された「たばこの規制に関する世界保健機関枠組条約」(Framework Convention on Tobacco Control: FCTC)を受けて、欧州諸国では受動喫煙対策の法整備が進められ、2004年のアイルランドを嚆矢として、公共施設やレストラン等における屋内全面禁煙の措置を採る国が増加している。ドイツでも1994年以降、連邦議会で禁煙法案が幾たびか審議の俎上に載せられたが、その際に重大な争点となったのが、連邦の立法管轄権の有無であった。1994年法案は基本法第74条第1項第7号・第19号及び第20条を根拠に連邦立法管轄権を導き、1996年法案は連邦内務省のV第I1課(公法局憲法部憲法課)の専門的所見⁽³⁸⁾及び1993年3月18日のツック(Zuck)教授の専門的所見⁽³⁹⁾によって連邦立法管轄権を根拠付けていた。その後も1998年・2000年に禁煙法案が審議されたが、2007年に最終的に成立した連邦レベルの禁煙法⁽⁴⁰⁾の契機となったのは、SPDの連邦議会議員ロータール・ビンディング(Lothar Binding)が国法学者ヘルムート・ジークマン(Helmut Siekmann)教授(ボーフム大学)作成の草案(2006年1月)に基づいて提出した、連邦政府に対する超党派の法律案提出要請動議⁽⁴¹⁾である。これにより連邦政府は、労働者を全ての職場やレストラン等における将来の受動喫煙から保護するための法律案を、2006年中に連邦議会に提出することを要請されることとなった⁽⁴²⁾。

同動議に付された草案は、4種の領域における一般的な禁煙措置、具体的には、①公的施設(草案第1条)、②職場(同第2条)、③公の旅客輸送(同第3条)、並びに④レストラン及び宿泊施設(同第4条)における禁煙措置を要請しており、その立法管轄権の根拠は、基本法第73条第1項第8号、第74条第1項第12号・第19号・第24号及び第98条に求められていた。しかし、基本法第70条第1項によれば「ラントは、この基本法が連邦に立法権を付与していない限りで、立法を行う権利を有する」のであって、禁煙法の立法権限に関する特別の規定がない以上、既存の権限分配から特定の事項(禁煙法)に関する連邦立法権が、果たして、またいかなる範囲で導かれるのかを精査する必要があるためである。この点、連邦政府は、連邦が禁煙法に関する

⁽³⁶⁾ 法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べる内閣法制局の事務(内閣法制局設置法第3条第3号)。

⁽³⁷⁾ ドイツとの比較も含めて、宍戸真梨「受動喫煙対策の動向—我が国と海外の屋内公共施設における喫煙規制—」『調査と情報—ISSUE BRIEF—』925号、2016.11.8. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_10212024_po_0925.pdf?contentNo=1> を参照。

⁽³⁸⁾ VI 1 - M 131 599/21b.

⁽³⁹⁾ BT-Drs. 13/6100, S. 9.

⁽⁴⁰⁾ Gesetz zur Einführung eines Rauchverbotes in Einrichtungen des Bundes und öffentlichen Verkehrsmitteln (Bundesnichtraucherschutzgesetz - BNichtrSchG) vom 20. Juli 2007 (BGBl. I S. 1595).

⁽⁴¹⁾ Gruppenantrag, BT-Drs. 16/2730 vom 25. September 2006.

⁽⁴²⁾ 実際の政府草案の閣議決定は2007年2月、連邦参議院への提出が同年3月、連邦議会への提出が同年4月であった。『受動喫煙の健康への影響及び防止対策に関する調査研究委員会報告書 平成19年度』(平成19年度厚生労働省委託事業)中央労働災害防止協会・中央快適職場推進センター、2008, p.171。(水島郁子執筆部分)

包括的な立法管轄権を持つものではなく、個別の部分領域において（連邦官庁・レストラン・公的旅客輸送に関して、また労働者保護の観点から）のみ、喫煙規制を定める立法管轄権を持つことを明言してきたのであって⁽⁴³⁾、特にレストラン関係法制をラントの管轄に移行した連邦制度改革の後には、この趣旨が一層強く当てはまることが予想されたのである。

こうして、禁煙法に係る連邦立法権の有無に関して連邦内務省の専門的所見が求められ、同省の公法局憲法部憲法課が「非喫煙者保護法に係る連邦立法権についての覚書」⁽⁴⁴⁾を作成することとなった⁽⁴⁵⁾。それによれば、基本法第 73 条及び第 74 条のカタログには、禁煙法についての連邦の包括的な立法権限は定められておらず、連邦は単に一定の範囲・領域に限ってのみ規律権限を有する。また、公的施設及び職場における禁煙措置（法律案の第 1 条・第 2 条）について、連邦が立法管轄権を有するのは、ラント及び自治体の公的施設やラント官吏法の領域に触れない限りである。公の旅客輸送（法律案第 3 条）における禁煙措置についても、連邦は無制限の立法管轄権を持つわけではなく、基本法第 73 条第 6 号・第 6a 号及び第 74 条第 1 項第 21 号から第 23 号までに掲げられた交通手段に関係する限りで立法権が認められるに過ぎない。具体的には、登山鉄道やケーブルカーは禁煙法の適用領域から除外されるべきことになる。最後に、レストラン及び宿泊施設における禁煙措置（法律案第 4 条）については、連邦は立法管轄権を何ら有しないとされた。

本件は、連邦政府自身の法律案が所管課で作成されるに先立って、ジークマン教授が作成した法律草案をもとに、連邦の立法管轄権についての連邦内務省の専門的所見が求められたケースであるが、後に連邦政府が閣議決定した禁煙法案が、連邦内務省のこの専門的所見を踏まえていたことは言うまでもない。

(2) 意見事務の実際（その 2）—原子力法改正法のケース—

禁煙法に係る連邦内務省の専門的所見は、おそらく連邦法務省との調整を経たと想定されるが、しかし、あくまで連邦内務省の見解として作成されたものである。これに対して、第 11 次原子力法改正法⁽⁴⁶⁾に係る連邦参議院の同意の要否に関する専門的所見は、連邦内務省と連邦法務省とが共同で作成しており、連邦政府内における両「憲法所管課」の協働関係という点で注目される⁽⁴⁷⁾。

周知のとおり、21 世紀初頭のドイツでは、SPD と緑の党の連立政権が、2022 年頃までの脱原発政策を定める原子力法改正を行った（2002 年法）。しかし 2010 年、連邦議会選挙を制したキリスト教民主・社会同盟（CDU/CSU）と自由民主党（FDP）の連立政権は、当初予定どおり 2022 年に脱原発を完了した場合には必要な電力量が賄えなくなることを根拠に、原子力発電所の稼

⁽⁴³⁾ BT-Drs. 12/1893, S. 49; BT-Drs. 12/2467, S. 13; BT-Drs. 16/1130, S. 5.

⁽⁴⁴⁾ Bundesministerium des Innern, *Vermerk zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein Nichtrauchererschutzgesetz*, V 1a-M-131 599/21b, den 28. September 2006.

⁽⁴⁵⁾ この専門的所見が連邦政府側のサボタージュとしての意味を持ったことについては、Klaus Brinkbäumer und Barbara Hardinghaus, “ZIGARETTEN, Deutscher Dunst,” *Spiegel-online*, 12.02.2007. <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-50503702.html>>

⁽⁴⁶⁾ 電力の商業的生産のための原子力利用の秩序正しい終結に関する 2002 年 4 月 22 日の法律（Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität vom 22. April 2002 (BGBl. I S. 1351)）。

⁽⁴⁷⁾ Bundesministerium des Innern und Bundesministerium der Justiz, *Gutachten zur Zustimmungsbefähigung einer Änderung des Atomgesetzes zur Verlängerung der Laufzeit von Kernkraftwerken*, Berlin, den 1. Juni 2010, BMI VI 1-M 020 220/0: BMJ IV A 2 - 1000 - 46 395/2010.

働期間を最長で 14 年延長するための原子力法の改正を行った（第 11 次改正法⁽⁴⁸⁾）。その際、アンゲラ・メルケル（Angela Merkel）首相は、連邦政府の憲法所管課—すなわち連邦内務省の公法局憲法部憲法課と連邦法務省の公法局憲法部統治組織・財政制度課—に対して、財務省、環境・自然保護・原子炉安全省及び経済・技術省の関与の下に、ドイツの原子力発電所の稼働期間を延長する法律を連邦参議院の同意を要しない異議法律（前掲注 12 参照）の形で制定し得るか否か、制定し得るとしていかなる要件を充足する必要があるかについて、できるだけ早期に専門的所見を示すよう求めたのである。

両省の憲法所管課は、結論的に、そのような法律を異議法律の形式で制定することは不可能ではないが、憲法上の少なからぬリスクを負うものであって、このようリスクを甘受するか否かは最終的には政治的に判断されるべきだとする専門的所見を作成した。その場合の中核的な憲法問題は、原子力発電所の稼働期間を延長するために原子力法の実体的内容を変更する改正法律が、しかし、原子力法第 24 条第 1 項第 1 文の意味におけるラントの連邦委託行政については何ら変更していないような場合に、果たして、また如何なる意義・射程において、基本法第 87c 条における連邦参議院の同意を必要とするか、という点に存した。以下、問題の所在を知るのに必要な限りで、両省の憲法所管課における憲法判断のあり方について検討を加えることとしよう。

考察の出発点を成すのは、基本法第 84 条第 1 項による行政手続の規律に関する連邦憲法裁判所判決⁽⁴⁹⁾である。同判決によれば、同意法律の改正法律が連邦参議院の同意を必要とするのは、①改正法律自身が連邦参議院の同意を必要とするような規定を含んでいる場合、②被改正法律に含まれるところの、かつて連邦参議院の同意権を根拠付けた規定を改正する場合、及び、③連邦参議院の同意を要する規定は明示的に変更されていないものの、実体法上の規律の変更によって、上記規定が本質的に異なる新たな意義・射程を与えられる場合、であるとされる。他方、別の判決によれば、もとの同意法律が明確な効力期限を付されているときは、当該法律の有効期間を延長することは新たな規律の定立に匹敵し、それゆえ連邦参議院の同意を必要とする⁽⁵⁰⁾とされる。

以上の連邦憲法裁判所の諸判決を踏まえて、憲法所管課の専門的見解は、基本法第 87c 条により連邦参議院の同意が必要とされる場合の具体的な基準について検討した。すなわち同見解によれば、基本法第 87c 条は、基本法第 73 条第 1 項第 14 号（「平和目的のための原子力の生産及び利用、この目的のために用いられる施設の建設及び運用、原子力の放出又は電離放射線によって生ずる危険に対する保護、並びに放射性物質の除去」を連邦の専属的立法所管とする規定）に基づく連邦法律について、その執行を、連邦参議院の同意を得て、連邦委託行政の対象となし得る旨を定め

(48) Elfte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 13. Dezember 2010 (BGBl. I S.1814). 同法については、山口和人「ドイツの脱原発政策のゆくえ」『外国の立法』No.244, 2010.6, pp.71-103. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3050511_po_024407pdf?contentNo=1>; 渡辺富久子「【ドイツ】原子力法の改正」『外国の立法』No.246-1, 2011.1, pp.6-7. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3050583_po_02460103.pdf?contentNo=1>; 同「立法情報【ドイツ】脱原発のための原子力法改正」『外国の立法』No.248-2, 2011.8, pp.16-17. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3050679_po_02480208pdf?contentNo=1> を参照。ドイツにおける原子力政策のその後の動向について、渡辺富久子「ドイツにおける脱原発のための立法措置」『外国の立法』No.250, 2011.12, pp.145-156. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3382144_po_02500006pdf?contentNo=1> も参照。

(49) BVerfGE 37, 363 (380 ff.).

(50) BVerfGE 8, 274 (295).

ている。連邦法律の執行は本来ラントの固有事務であるところ（基本法第 83 条）、連邦委託行政とした場合には、ラントによる連邦法律の執行が連邦の広範な指示・監督権に服することから（基本法第 85 条第 3・4 項）、連邦参議院の同意が必要とされるわけである（連邦国防行政について同趣旨を定める基本法第 87b 条第 2 項第 1 文に関する連邦憲法裁判所判決⁽⁵¹⁾を参照）。

この点からすれば、改正法律の形式をとる場合を含め、核エネルギー関連法律の執行を初めて連邦委託行政とする際には、必ず連邦参議院の同意が必要であろう（上記①・②のケース）。しかし、原子力法の改正法律が、もっぱら原子力法の実体法上の規律を変更するのみで、連邦委託行政に関する同法第 24 条第 1 項第 1 文の規定を改正してはいない場合に、基本法第 87c 条に基づく連邦参議院の同意を必要とするかどうか、すなわち実体法上の規律の変更によって連邦委託行政に関する上記規定にどの程度の新たな意義・射程が付与される場合に連邦参議院の同意が必要となるのかについて（上記③のケース）、連邦憲法裁判所の具体的な判断は存在しない。唯一、連邦国防行政に係る上記判決⁽⁵²⁾が、改正法律が連邦参議院の同意を必要とする場合について、a) 当該改正法律が、かつて連邦参議院の同意によって連邦固有行政又は連邦委託行政とされた行政任務の内容を大きく変更し、それによって、b) 基本法第 83 条のラント固有行政の観点からすれば新たな執行権限が連邦に与えられたことになる場合、を挙げているのが参考になる。この観点からすれば、実体法上の規律（例えば原子力法第 7 条に係る附則 3 における廃炉までの総電力生産量の規定）の変更によって、以前の法律による連邦受託行政の法的性質に基底的な変化が生じ、ラントの連邦委託行政に係る権限規定（例えば原子力法第 24 条第 1 項第 1 文）が本質的に新たな意義・射程を持つに至ったと言える場合には、かつての連邦参議院の同意の対象には含まれない新たな規律を行うものとして、連邦参議院の同意が改めて要請されることになろう⁽⁵³⁾。憲法所管課の見解は、このような基準こそが適切であるとした上で、しかし、原子力法第 7 条に係る附則 3 に定める廃炉までの総発電量の改正は、連邦委託行政に係る基底的な変更をもたらすものではなく、したがって連邦参議院の同意は不要である（ただし最終的な判断は実際に作成される政府草案に即して検討すべきである）とした。

もっとも、原子力法の改正に係る連邦参議院の同意の要否については、見解を異にする鑑定意見も多く提出されていた⁽⁵⁴⁾。例えば前連邦憲法裁判所長官ハンス＝ユルゲン・パピアーア（Hans-Jürgen Papier）教授が連邦環境省に提出した鑑定意見⁽⁵⁵⁾は、（基本法第 83 条・第 84 条のラント固有行政としての連邦法律の執行の場合に比べて）連邦委託行政の場合には連邦が広範な指示権

(51) BVerfGE 48, 127 (179).

(52) *ibid.*

(53) 換言すれば、既存の連邦委託行政を質的に変更せず、そこに本質的に新たな意義・射程を加えないような改正法律であれば、連邦参議院の同意は不要だということになる。

(54) 以下で言及するパピアーア教授・ヴィーラント教授による鑑定意見のほかに、例えば、Olaf Däuperet et al., “Die Zustimmungspflichtigkeit einer Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken nach Art. 87c GG,” *ZUR*, 10/2010, SS. 451-455 は、ラインラント・プファルツ州環境省に提出された鑑定意見であって、①原子力発電所の稼働期間の延長は原子力法の実体法的規律の本質的な変更にあたること、及び②期限の定めのある同意法律の期限を延長する場合には常に連邦参議院の同意が必要であることを根拠に、改正法律は同意法律でなくてはならないとしている。他方、Christoph Degenhart, “Zustimmungspflichtigkeit eines Gesetzes zur Verlängerung der Laufzeiten von Kernkraftwerken,” *atw*, 55(11), 2010 は、バーデン＝ヴュルテンベルク州環境省に提出された鑑定意見であるが、連邦参議院の同意が求められるのは例外的な場合に限られることを強調する連邦憲法裁判所の諸判決に照らせば、原子力発電所の稼働期間を延長する原子力改正法を異議法律の形式で定めても、同裁判所の違憲判決を受けることにはならないだろうと推測している。

を与えられることを根拠に、基本法第 87c 条により連邦参議院の同意が要求される範囲を広汎に設定し、①連邦委託行政の対象となる実体的規律について、些細とは言えないような変更がもたらされる場合、したがって②連邦委託行政に伴う連邦への権限移譲により、規律対象が些細とは言えないような変更を受ける場合には、連邦参議院の同意が必要であるとする⁽⁵⁶⁾。またヨアヒム・ヴィーラント (Joachim Wieland) 教授が連邦環境省に提出した鑑定意見⁽⁵⁷⁾は、時間という要素を重視し、原子力発電所の稼働期間の延長は、連邦委託行政の延長、したがってラントの行政高権⁽⁵⁸⁾に対する制限の延長を意味し、それゆえ連邦参議院の同意が必要であるとしている⁽⁵⁹⁾。

こうして連邦内務省及び法務省の各憲法所管課は、2002 年の第 11 次原子力法改正法について連邦参議院の同意を不要とする一方、他の論拠を示す鑑定意見をも検討した上で、連邦憲法裁判所で争われた場合に、連邦憲法裁判所が連邦参議院の同意の必要性を否定するかどうかは不確定であるとして、上述のとおり、そのようなリスクを負うかどうかは最終的には政治的に判断されるべき事柄である、としたのである。最終的に提出された政府法案は異議法律であり、連邦政府は両憲法所管課の共同意見に従い、その政治的リスクを負ったのであった。

6 連邦憲法裁判所との関係—連邦政府の法的助言者としての連邦内務省・連邦法務省—

この点はまた、法律案の憲法適合性審査や、基本法に関する専門的所見の作成に当たって、連邦内務省及び連邦法務省の憲法主管課がどのような観点に立脚しているかを示している。すなわち、キュスター博士に連邦内務省・連邦法務省と連邦憲法裁判所との関係、とりわけ違憲判決が出た場合の両省の対応について質問したところ、①両省共に連邦政府内の一組織であっ

⁽⁵⁵⁾ Hans-Jürgen Papier, “Rechtsgutachtliche Stellungnahme zur Zustimmungsbefähigung eines Gesetzes zur Verlängerung der Laufzeiten von Kernkraftwerken,” vom 27. Mai 2010. なお、連邦内務省のキュスター博士によれば、連邦内務省はこのように基本法の解釈・適用に関する見解を述べる職責を持つところ、連邦政府各省が各々憲法の教授に委託して憲法問題について自ら応えようとし、連邦内務省がそれを知らされていない場合には、厄介な問題が生じるという。そのため内務省の『法規定・行政規定立案ハンドブック』には、連邦政府各省が法案の鑑定意見を依頼した場合には、必ず連邦内務省及び連邦法務省に情報を提供するようにとの趣旨の項目が付け加わったとのことである (筆者未見)。

⁽⁵⁶⁾ 憲法所管課の専門的所見は、①パピアー教授の見解が基本法第 87c 条と類似の規律を含む同第 87b 条第 2 項に係る連邦憲法裁判所の判決 (BVerfGE 48, 127 (179 f.)) と整合しないこと、及び、②基本法第 8 章における連邦参議院の同意要件は、全体として、連邦の関与に対してラントの組織高権を保護しているものの、特定の任務領域がラント固有行政の対象となることまでは保障していないとして、ラント行政に対する連邦の関与手段を質的に拡大しないような実体法的規律については、第 87c 条の趣旨・目的に照らして、連邦参議院の同意は不要であると反論している。

⁽⁵⁷⁾ Joachim Wieland, “Rechtsgutachten, Zur Zustimmungsbefähigung eines Gesetzes zur Verlängerung der Laufzeit von Kernkraftwerken,” vom 21. Mai 2010.

⁽⁵⁸⁾ 「高権的権力」とは、法的拘束力を有する命令を一方的に発することができる、連邦又は州若しくはその他の公法上の団体若しくは施設の権限をいう。

⁽⁵⁹⁾ その根拠となっているのは上述の連邦憲法裁判所判決 (BVerfGE 8, 274 (295)) であるが、ただし、同判決の対象となった旧価格統制法 (1948 年 4 月 10 日。WiGBl. S. 27) は明確な有効期限を設定しており、その数次にわたる延長が問題となったところ、原子力法 (の定める廃炉の時期) については、そもそも特定の期限が設定されているわけではなく、2002 年の同法改正法も、個別の施設の理論上可能な稼働期間について、総発電量の観点から事実上の制約を課すものに過ぎなかった (そこでは各施設の運転期間を 32 年と想定した上で各施設の廃炉までの総電力生産量が定められていた)。実際の廃炉期日は、毎年の具体的な発電量の総計によって変動するのであって、憲法所管課の専門的所見は、このような事実上の効果が常に基本法第 87c 条に基づく連邦委託行政について新たな規律をもたらすものと言えるかは、疑問であるとしている。

て、政府に対してアドバイスを与える部門であること、②その際の最も重要な参考資料が連邦憲法裁判所の判決であり、連邦内務省の憲法関係部局でも、連邦憲法裁判所裁判官の著作を分析したり、彼らと意見交換をしたりして、その見解を調査していること、もっとも、③連邦憲法裁判所による判例法の発展を十分に予測することは難しく（IT法の領域などが典型）、また④連邦内務省としても、連邦憲法裁判所の判決を金科玉条のものとして、政府法案が違憲の誹りを受けないように完璧に（過度に）統制するのではなく、あくまで連邦政府に対する法的助言者として、連邦政府の施策に法的側面から可能な限りの援助を与えることを職責としていること、を教示された。

例えば、ハルツIV改革⁽⁶⁰⁾に際して、連邦雇用エージェンシーと地方自治体とを統合する「ジョブセンター」を社会法典に設けた時には、連邦内務省は、それが混合行政⁽⁶¹⁾として違憲判断を受ける危険を認識しながらも、政府の意向を尊重して法律案を作成したという（ただし、必ずしも常にこのような危険を冒すわけではないが、とも付言された）。連邦政府の法的助言者として、当該政策課題が連邦政府の政策体系において占める重要性をも勘案しつつ法令審査や専門的所見の提示を行い、また違憲判決が出た場合には、同じ立場から、法令の改正や基本法の改正など、連邦政府にとって必要な対応策を考えるという。ハルツIV改革の混合行政違憲判決（BVerfGE 119, 331）に対して、連邦社会法典の改正ではなく、基本法第91e条の追加という形での対応が採られたことは、周知のとおりである⁽⁶²⁾。

また、基本法第24条第2項・第26条に定める集団安全保障や侵略戦争の禁止、基本法第87a条に定める連邦軍の設置及び出動に関わり、NATOの域外派兵を含むその解釈・適用問題についても連邦内務省は専門的所見を述べており、連邦憲法裁判所判例集90巻326頁以下で紹介されている。キュスター博士によれば、その際、首相や防衛省がイニシアティヴを取って、域外派兵の憲法上の許容性についての連邦内務省の見解が求められたというよりは、首相・防衛大臣及び外務大臣から域外派兵の話があった際に、当初から連邦内務省の関与の下に、NATO域外派兵が憲法上可能だという解釈を連邦内務省自身が主導的に形成・提示したとのことである⁽⁶³⁾。

(60) 重複的な失業扶助・社会扶助制度に由来する無駄を省き、社会保障費の増加に歯止めをかけるために、シュレーダー政権の下で改革を委ねられたハルツ委員会が、社会扶助と失業対策とを統合することによって二重構造を除去し、もって扶助の給付を統一的に行うべきことを提言したことを受け、「労働市場における現代的サービスの提供に関する第4次法律」で、両者を統一的に実施するための共同機関が設置されることとなった。すなわち、従来の失業扶助の給付任務や職業紹介が主として連邦によって担われ、他方で社会扶助については自治体（郡及び郡独立市）が担ってきたところ、この両者を統合しようという構想が上記法律で実施されたのである。

(61) 基本法第28条第2項は、各々の行政サービスが、原則として固有の行政施設を通じて一すなわち固有の人員・物的手段・組織を通じて一行われるべきこととしていることから、前掲注(60)の法律で社会法典に導入された共同機関が、連邦と自治体の各行政を混合し、責任主体を不明確にするのではないか、ひいては基本法第83条と結びついた基本法第28条第2項第1文・第2文の定める「自治の保障」に違反するのではないか、という問題がクローズアップされることとなった。

(62) この問題については、赤坂幸一「ドイツ憲法判例研究（179）ハルツIV改革と自治権の保障（ドイツ連邦憲法裁判所第2法廷2014.10.7判決）」『自治研究』92巻3号、2016.3、pp.143-151；同「ドイツにおける憲法改正論議」駒村圭吾・待鳥聡史編『「憲法改正」の比較政治学』弘文堂、2016、pp.272-278を参照。

(63) もっとも、キュスター博士は付言して曰く、「当時の資料は連邦文書館に残されており、当時の議論は文書館で調査しないと詳細は分からない」とのことであった。

おわりに

今回のベルリン訪問調査で一番印象に残ったのは、連邦政府内の憲法所管課の果たす機能について、連邦内務省の憲法課長を務めるキュスター博士が、連邦内務大臣・連邦法務大臣のバックアップの下に憲法所管課が憲法解釈をすることには一定の権威があり、それゆえ連邦内務大臣は警察大臣である以上に「憲法大臣」でなくてはならないのだ、と述べられたことである。いずれの国を問わず、政府内に憲法所管部門が設けられている場合には、当該部署は法令案の憲法適合性審査を行ない、また憲法解釈問題について検討するなど、重要な役割を果たしつつも、首相・政府の法的アドバイザーとしての側面と、憲法をはじめとする法令体系の守護者としての側面との間で、アンビヴァレントな任務を与えられることが多い。この点で、ハルツIV改革や原子力法改正法に関する連邦法務省及び連邦内務省の関与のあり方は示唆的である⁽⁶⁴⁾。なお、オーストリアで同様の機能を担っているのが連邦首相府に設けられた憲法局（Verfassungsdienst (Sektion V)）であり、連邦政府の憲法アドバイザーとしての任務や法令の憲法適合性審査について、ドイツとの比較が興味を惹くが、これについては別の機会に譲ることとする。

（あかさか こういち
九州大学法学研究院准教授）

⁽⁶⁴⁾ わが国の内閣法制局が、内閣の法的アドバイザーとしての役割と、憲法以下の法令体系の守護者としての役割の両側面を併有していることについては、御厨貴ほか編著『大森政輔オーラル・ヒストリー』東京大学先端科学技術センター、2015、p.135以下を参照。