



Title	条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト：ドイツ公法学における「本質性理論」の外交分野での展開とその議会関与論にとっての意義
Author(s)	磯村, 晃
Citation	阪大法学. 2025, 74(5), p. 73-119
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/100308
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

——ドイツ公法学における「本質性理論」の外交分野での
展開とその議会関与論にとっての意義——

磯 村 晃

はじめに

- 第1章 条約をめぐる権限関係の伝統的判断枠組み
- 第1節 独仏経済協定判決における伝統的判断枠組み
 - 第2節 当時の支配的学説とそれに対する批判
 - 第3節 グレーヴェ・メンツエル論争後の学説の動向
- 第2章 外交分野での本質性理論の展開
- 第1節 本質性理論の出自
 - 第2節 判例における本質性理論の展開
 - 第3節 学説における本質性理論の展開
- 第3章 具体的事例における本質性理論の適用
- 第1節 混合協定としてのTTIP協定
 - 第2節 法律事項的条約としてのTTIP協定
 - 第3節 TTIP協定交渉過程への議会関与

おわりに

はじめに

議会と政府の権限関係に関する制度枠組みとしての議院内閣制において、日本国憲法65条の「行政権」はどのように把握できるのか。これまで筆者は、研究対象となり得る類似の概念として、ドイツ連邦共和国基本法20条2項2文の「執行権」に注目し、ドイツ公法学においてこの執行権概念がどのように把握されているのかを比較法的に探求してきた。その結果、執行権概念をめぐる近

論 説

年の学説状況には大きな変化が生じていることが明らかとなった。とくに2000年代初頭には、議会による統制が一切及ばない領域（いわゆる「執行部固有の責任の核心領域」）があることを前提に把握されてきた伝統的執行権概念は、⁽¹⁾今日の通説的立場の論者によって批判的に相対化された。

他方で、議会と政府の権限関係については、「本質性理論（Wesentlichkeits-theorie）」に基づいた権限関係の把握も連邦憲法裁判所によって行われてきたのであり、この理論はすでに学説においても幅広く受容されている。本質性理論とは、執行部が最初から手を伸ばすことのできない——逆に議会からすれば執行部に最初から委ねてはならない——議会の法律事項にかかるる理論であり、それによればすべての本質的決定はまずもって議会の法律に留保されなくてはならない。本質性理論を詳細に扱った日本の文献によれば、連邦憲法裁判所は自らの判例を通じて、教育法の分野のみならず、原子力法、放送法などの分野へと同理論の適用範囲を拡大させていった。⁽²⁾ もっとも、後述するように、連邦憲法裁判所は、外交分野での本質性理論の適用をこれまで一貫して避けてきた。その一方で、近年の学説に目を向けると、本質性理論を外交分野において適用しようとする学説が有力な論者によって唱えられるようになった。そこで本稿では、外交分野での本質性理論の展開によって、条約をめぐる議会と政府の権限関係の把握に如何なる変化が見られるのかを探求することにしたい。

以下ではまず、条約への議会関与に関する連邦憲法裁判所の伝統的判断枠組みを確認する（第1章）。次に、この伝統的判断枠組みがどのように批判的に相対化されているのかを、外交分野での本質性理論の展開を跡づけながら分析・検討する（第2章）。さらに、具体的な事例としてTTIP協定を取り上げ、本質性理論に基づく議会関与のあり方が実際にどのように論じられているのかを紹介する（第3章）。最後に、本稿の比較法研究から日本の憲法学に対して如何なる示唆が得られるのかを明らかにする（おわりに）。

第1章 条約をめぐる権限関係の伝統的判断枠組み

基本法の条文の中で、条約をめぐる議会と政府の権限関係が問題になるのは、
(阪大法学) 74 (5-74) 1258 [2025.1]

基本法59条である。同条2項1文によれば、「連邦の政治的関係を規律する条約または連邦立法の対象に関連する条約は、連邦立法の権限をもつ機関による法律の形式での同意または協働を必要とする」。ドイツでは通常、連邦の政治的関係を規律する条約を「政治的条約 (politische Verträge)」、連邦立法の対象に関連する条約を「法律事項的条約 (gesetzesinhaltliche Verträge)」と呼⁽⁶⁾び、これらの条約への「立法部の関与」⁽⁷⁾が同条で要請されている。これまで連邦憲法裁判所は、基本法59条2項1文に基づく条約への議会関与の問題をいくつかの事例で扱ってきた。そのリーディングケースとなったのは、1952年の連邦憲法裁判所判決⁽⁸⁾（以下「独仏経済協定判決」）である。この判決の中で、条約をめぐる権限関係の伝統的判断枠組みが示された。

第1節 独仏経済協定判決における伝統的判断枠組み

西ドイツとフランスとの間で締結された自由貿易協定（いわゆる「独仏経済協定」）について、連邦議会は連邦政府に対して同協定の同意法律案の提出を求めたが、連邦政府はそれを提出しなかった。そこでドイツ社会民主党（SPD）会派は、①「1950年2月10日にドイツ連邦共和国政府とフランス共和国政府との間で締結された貿易・支払協定（1950年2月14日の連邦新聞2巻31号）を、連邦政府が連邦議会に連邦法律の形式での同意のために提出しなかつたことで、連邦政府は基本法59条2項1文によって連邦議会に帰属する諸権限を侵害したこと」、②「いわゆる経済協定は、ドイツ連邦共和国と他国との間の貿易・支払関係を本質的に規律するもので、とりわけ輸出入の負担額を確定し、基本法59条2項の意味での政治的条約であり、連邦立法を行う権限のある機関の協働を連邦法律の形式で必要としたこと」⁽⁹⁾を確認するよう連邦憲法裁判所に申し立てた。結論として連邦憲法裁判所は、独仏経済協定が基本法59条2項1文の政治的条約にも法律事項的条約にも該当しないことを理由に上記の訴えを棄却した。条約への議会関与をめぐる伝統的判断枠組みが提示されたのは、後者の法律事項的条約の解釈が述べられた箇所である。

それによれば、ある条約が基本法59条2項1文にいう法律事項的条約に該当するのは、「条約の執行のために連邦法律が必要となる場合、つまり条約を通

論 説

じて連邦が連邦法律の制定によってのみ果たすことのできる義務を引き受ける場合」である。独仏經濟協定は支払協定と貿易協定に大別されるが、連邦憲法裁判所はいずれの協定の執行も既存の法律に基づいて可能であるとし、独仏經濟協定が議会関与を必要とする法律事項的条約には当たらないと判断した。⁽¹⁰⁾ それゆえ、連邦憲法裁判所によれば、「連邦政府は、法律の発布または他の機関の協働を必要とする命令の発布なしに、固有の権限で經濟協定を締結できた」⁽¹¹⁾のである。では、なぜ連邦政府には固有の権限があるといえるのか。まさにこの点に政府と議会との権限関係の問題があるのであり、これについて連邦憲法裁判所は、次のような判断枠組みを提示したのである。

「議会民主制において、原則として議会には法定立が留保されており、執行部には国政（Regierung）と行政（Verwaltung）が委ねられている。外交・通商政策の指導（Führung）も執行部に属する。基本法65条によると、連邦首相は、政策の方針を定め、これについて責任を負う。この方針の範囲内で各連邦大臣は、独立しかつ自らの責任で自己の執務領域を指揮する。〔外交・通商政策の指導も執行部に属するとの〕権限推定は、この明文で規定された政府の排他性の証左といえる。連邦議会に明文で国政に係る諸任務（Regierungsaufgaben）が割り当てられていない限り、連邦議会はこの国政を引き受けることができない。

執行部の領域における立法部のそのような例外的権能を、基本法59条2項は、非常に限られた範囲で根拠づけた。基本法59条2項において二つの特別事例（連邦の政治的関係を規律する条約または連邦立法の対象に関連する条約）に関する法律の形式が留保されているという理由でのみ、立法部はこの形式での協働によって執行部の活動に介入できる。基本法59条2項は、それ以上に政府の権限領域に介入するためのいかなる権限も連邦議会に付与することはなかった。連邦議会は、憲法適合的な一般的統制可能性に制限されたままである。連邦議会は、国政や行政を自ら行うのではなく、政府を統制するのである。連邦議会が政府の政策を拒むならば、連邦議会は連邦首相に対して不信任を表明でき（基本法67条）、またこれによって政府を失脚させることができる。しかし

連邦議会は、政策を自ら指導することはできない。」⁽¹³⁾

この判断枠組みによれば、外交に関する行為は原則として政府の権限であり、その中でも「外交・通商政策の指導」は政府の排他的権限に属する。他方で議会には、例外的に基本法59条2項1文に基づいて非常に限られた範囲で、外交に関する行為への関与が認められるにすぎない。すなわち、締結される条約が基本法59条2項1文にいう政治的条約または法律事項的条約に該当すると判断される限りで、議会は法律の形式での「同意または協働」によって関与できるにすぎない。このように、条約への議会関与に関する裁判のリーディングケースとなった独仏経済協定判決では、基本法59条2項1文の解釈は例外的議会関与の判断枠組みの下で行われたのであり、これが伝統的判断枠組みとなった。

第2節 当時の支配的学説とそれに対する批判

独仏経済協定判決で示された例外的議会関与の判断枠組みについて、当時はそれを支持する見解が広く受け入れられていた。このことは、一般的な国法学の体系書（『国法ハンドブック』）における次のような説示から明らかである。

「昔から学説で争われているのは、執行部だけが外交権の担い手なのか、それとも立法部との結びつきにおいてのみ執行部は外交権の担い手となるのかということである。多数の意見は、連邦憲法裁判所の裁判と同意見で、外交案件の保有を優先的に執行部の事項とみなす。これらの意見によれば、政府の権限が原則で、議会の協働は例外である」。⁽¹⁴⁾

当時において趨勢を占めていたこうした見解の中でも、独仏経済協定判決の翌年の1953年に開かれたドイツ国法学者大会において、上述の例外的議会関与の判断枠組みに「満腔の賛意」を表明したのは、W・グレーヴェであった。それ以降もグレーヴェは、いくつかの論文の中で外交に関する行為への例外的議会関与を一貫して支持してきた。その論拠としてグレーヴェが持ち出すのは「外交政策の本質」である。すなわち、グレーヴェによると、外交政策の本質にあるのは、議員（さらに外交委員会のような議会委員会）にとって、外交政策にアクセスするのは容易ではないこと、そして外交政策をめぐって政府構成

論 説

員や職業外交官との競合が困難なことにある。⁽¹⁷⁾ そのような外交政策の本質からして、議会がそれに関与することは通常は考えられないという。そして、そのような外交政策の本質ゆえに、議会に与えられているのは、外交権を積極的に共同形成する権能ではなく、「執行部の統制のための権能」であり、⁽¹⁸⁾ このことが独仏経済協定判決の判断枠組みでも述べられていたという。⁽¹⁹⁾ このように、外交政策に関して議会には統制権しか与えられていないと考えるグレーヴェからすれば、特定の「条約」について議会への法律の留保を認めている基本法59条2項1文は、あくまで「例外規定」⁽²⁰⁾ なのであり、同規定に基づく議会関与もまた例外的権限とみなされるわけである。

もっとも、独仏経済協定判決が出された当時から、例外的議会関与の判断枠組みを批判する者もいた。例えば、上述の1953年のドイツ国法学者大会においてグレーヴェと共に報告を行い、そこでグレーヴェの見解を批判したE・メンツエルは、⁽²¹⁾ 独仏経済協定判決の評釈も行っている。⁽²²⁾ メンツエルはその評釈の中で、例外的議会関与の判断枠組みを批判した。それによれば、基本法の明文上、外交権が原則として政府に帰属するということは述べられておらず、「権限の境界づけだけ」⁽²³⁾ が定められているにすぎない。基本法において外交権の本質の形象は著しく不明瞭になっているので、「この領域に関しては原則的に執行部が単独の権限をもつという伝統的構想へと連邦憲法裁判所が引き籠ったのも十分理解できる」とメンツエルはいう。⁽²⁴⁾ そのうえでメンツエルは、連邦憲法裁判所のように外交権を原則的に政府の権限と把握するのではなく、外交権を「協働権 (kombinierte Gewalt)」と把握すべきであるとして連邦憲法裁判所を批判した。すなわち連邦憲法裁判所のような「把握は現代的発展にそぐわない。アンチテーゼを今すぐに示すならば次のようになる。現代国家における外交権は、執行部単独の案件ではもはやなく、執行部と立法部、政府と議会の共同任務である。ゆえに外交権というのは『協働権』である」。⁽²⁵⁾

第3節 グレーヴェ・メンツエル論争後の学説の動向

以上で見たように、連邦憲法裁判所の伝統的判断枠組み（例外的議会関与の判断枠組み）をめぐる対立はすでに1950年代初頭にはグレーヴェとメンツエル

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

との論争によって顕在化していたが、「その後の数十年にわたる非常に活発で多岐にわたる議論はとくに、メンツェルの考察を具体化し継続することに取り組んだ」といわれている。つまり、これらの取り組みにおいて「外交権」は、⁽²⁶⁾メンツェルの「協働権」と同様に、政府と議会の「共有財産」や「混合権力」⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾として理解されるようになった。⁽²⁹⁾

もっとも、すでに1970年代初頭には、メンツェルのような定式では不十分であるとの批判がなされていた。なぜならば、「外交権」を「協働権」と理解したところで、外交領域における政府と議会の具体的な権限関係はなおも不明確だからである。これと同様の批判は、近年の基本法コンメンタールでも見られる。すなわち、「『外交権』の扱い手についての具体的な規定から切り離された問い合わせでは、助けにならない。その限りで、その議論は実際に『実を成さない』」と評されている。⁽³⁰⁾さらに別の基本法コンメンタールでも、上記のグレーヴェやメンツェルの解釈論に対して、それが「基本法59条2項の合理的・規範的意味 (Ratio)」ではなく、「あまりにも抽象的な諸原理」に基づいて行われているとの批判がある。⁽³¹⁾そのうえで、求められるのは次のような解決方法であるという。すなわち、「一面では、外交関係の機能に適した引き受けという実際上の特殊性を考慮し、他面では、たしかに別の素材をもとにして特に立法に關して展開したのだが、外交案件においても決して溶暗されてはならない、国家の本質的な基本決定に対する議会の責任（「本質性理論」）の要請を考慮する」という解決方法である。⁽³²⁾

第2章 外交分野での本質性理論の展開

こうして、近年のドイツ公法学で顕著なのは、本質性理論を外交分野において適用しようという見解が上記の基本法コンメンタールのみならず現在の通説的立場の論者によっても唱えられるようになったことである。⁽³³⁾では、現在のドイツ公法学において本質性理論はどのように理解されているのだろうか。本章ではこのことをまずは明らかにしたうえで、外交分野での同理論の展開を見ていくこととする。

論 説

第1節 本質性理論の出自

第1款 理論的出自

本質性理論は、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を通じて発展した理論として広く知られている。もっとも、ドイツにおける本質性理論の出自は、連邦憲法裁判所の判決において同理論が用いられる以前の D・イエッシュの学説において看取される。⁽³⁵⁾ イエッシュは、1961年に『法律と行政』を公刊し、基本法の制定によって憲法構造が決定的に転換したこと、またこの構造転換に伴って——憲法構造に機能的に依存するとされる——法律の留保（法律適合性原理）も立憲君主制下の「侵害留保」から根本的に転換したことを明らかにした。そして、憲法構造の転換とそれに伴う法律適合性原理の変容によって、執行部と議会の関係も変化したという。このことをイエッシュは次のように説明する。

すなわち、一方で、立憲君主制において限定的に（自由と財産に関する事項に限り）法律に服していた執行部はその地位を喪失し、言葉の厳密な意味での「執行する権力（vollziehende Gewalt）」（基本法20条2項2文）になった。執行部が立て籠もることができるような法から自由な領域はもはや存在せず、立憲君主制のもとで認められていた執行部に有利となる権限推定は、議会民主制によって無効化（annulliert）された。基本法のもとでは、「執行部の力や権能のための推定はもはや存在しないのだから、執行部は、憲法によって自らに割り当てられ、さらに立法部によって容認された権限に限定されている」。他方で、こうした基本法のもとでの執行部の弱体化に対応するのが議会の強化である。⁽³⁶⁾ ドイツ連邦共和国の憲法構造においては、議会が「最高機関」である。これはつまり、憲法が沈黙しているところでは議会だけが自らのための権限推定を要求できるという意味である。議会にそのような権限推定が認められる理由は、基本法のもとでは政府や行政各部の領域において執行部が当然に有していた自由を議会が制限するのではなく、執行部は自らの活動に必要となる権能を法律の授権によって初めて有するからである。議会の側からすれば、
「立法者の活動し得るところ、法的規律が可能となるところでは、そのような規律が出されなくてはならない。というのも、そのような規律なくして執行権は権能を有しないからである」。⁽³⁷⁾ そして、このような執行部と立法部の権限関

係の転換、すなわち執行部の活動にとって法律の授権が根本的——換言すると原則的ないしは本質的——となった結果として、「法律の留保」は議会のみによる民主的正統化とも結びつくことになる。すなわち、「執行部が自らの民主的正統化を議会を通じて初めて享受するのと全く同様に、執行部は国民に対する法的に羈束された活動のための授権を立法者によって初めて獲得する」。⁽⁴¹⁾

以上のイエッシュの学説から明らかになるのは、基本法の制定によって「法律の留保」の概念が根本的に変容したことである。すなわち、上述のように立憲君主制下における「法律の留保」は、執行部がその活動領域において当然に自由を有していることを前提に、その執行部の自由を限定的に制限するものであり（いわゆる「自由と財産」定式）、これが「侵害留保」として理解されていた。しかし、イエッシュによれば、基本法のもとで執行部は自らが活動するための権能を議会による法律の授権をもって初めて獲得するとともに、議会の法律なくして執行部の活動は民主的に正統化され得ない。ここでの「法律の留保」は、議会による原則的授権として民主的正統化と結びついたものであり、例外的授権のみを内容としていた「侵害留保」とは全く異なる概念として理解されているのである。

第2款 裁判例にみる本質性理論の萌芽

イエッシュによって執行部と立法部の権限関係の前提とされていた新たな法律の留保概念、すなわち執行部の活動に対して議会の法律に基づく原則的授権を要請し、また執行部の民主的正統化の前提にもなる法律の留保が本質性理論として成立するのは、1972年の連邦憲法裁判所決定（以下「専門医決定」）においてであるといわれている。⁽⁴²⁾ 本決定では、問題となった専門医の職業行使にかかる規律事項について、「その職業活動の全体像を本質的に刻印づける決定的な規定は、少なくともその要諦については立法者に留保されるべきである」としたうえで、次のような定式が示された。⁽⁴³⁾

「専門医制度の領域では、いかなる場合でも、『行態（status）を形成する』規範、すなわち専門医認定の条件、専門医に認められる方針、最低限の教育期間、認定手続、認定撤回事由、最後に全保険制度内における専門医の一般的地

論 説

位に関する規律は、その要諦について形式的法律によって確立されなくてはならない。」⁽⁴⁵⁾

上記の定式から、専門医制度の領域において立法者がいかなる事項を規律しなくてはならないのかが明らかになるが、別の箇所では「この決定義務から民主的立法者は任意に逃れることはできない」とも判示されている。さらに、この専門医決定において伝統的な「自由と財産」定式は採用されなかつたのであり⁽⁴⁶⁾、この点でもイエッシュが提示した新たな法律の留保理解との類似性が見られる。かかる専門医決定の意義は、同決定によって判例理論に次の二つの刷新がもたらされた点にあるといわれている。すなわち、「第一に、法律の留保は、もっぱら法治国家的な考察のみによって根拠づけられるのではなく、基本法上の民主制原理つまり基本法20条1項および2項と関連づけられる。第二に、法律の留保は、委任の禁止へと拡充される。すなわち、自らによる決定の義務が立法者に課され得るのである」。⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾

第2節 判例における本質性理論の展開

1960年代初頭のイエッシュの学説を理論的出自とし、1970年代初頭の専門医決定においてすでにその萌芽が見られた本質性理論は、その後の連邦憲法裁判所の判例において展開され、様々な法分野（教育法、原子力法、放送法などの分野）において徐々に定着していく。では、これらの分野と同様に、外交分野においても本質性理論は適用されたのだろうか。以下では、近年の議会関与論の文脈で重要な成果を上げたJ・ヘッ彻による判例理解を参考にして、これを見していくこととする。⁽⁴⁹⁾

第1款 カルカー決定

最初に取り上げるのは、上述の専門医決定から6年後の1978年に出された連邦憲法裁判所決定（以下「カルカー決定」）である。上述のイエッシュの学説を明示的に引用したカルカー決定で最も重要なのは、連邦憲法裁判所が採用した本質性理論として今日でも頻繁に参照される次の判示であり、その中で連邦憲法裁判所は、基本法59条2項1文第2選択肢（法律事項的条約）にも言及し

た。

「たしかに法律の留保の原則は憲法で明示的に定められていないが、基本法20条3項に基づいて妥当する。この原則の理解は、とくにその民主的構成要素の認識とともに近年変化した。今日、確立した判例によれば、立法者は——「〔自由と財産への〕介入」のメルクマールから解放されて——基本的な規範的領域において、とくに基本権行使の領域において、国家の規制に通じる限りで、すべての本質的決定を自ら行うことを義務づけられている。基本法80条1項および59条2項1文第2選択肢ならびに特別の法律の留保は、この一般的な法律の留保（⁽⁵²⁾allgemeiner Gesetzesvorbehalt）の表出である。」

上記の引用箇所から明らかなように、カルカー決定においては、本質性理論——すべての本質的決定を立法者自身が行うことを義務づける理論（「一般的な法律の留保」または「原則的授権」）——が、基本法59条2項1文第2選択肢の法律事項的条約にも妥当すると理解された。つまりカルカー決定によって明確にされたのは、「基本法59条2項1文第2選択肢すなわち法律事項的条約への立法部の関与権が、本質性理論から導出された法律の留保の表出である」ということである。そしてこの理解は、現在のドイツ公法学において広く受容されるに至っている。⁽⁵³⁾ゆえに、遅くともカルカー決定の時点で、基本法59条2項1文第2選択肢に基づく法律の留保は、例外的法律留保から一般的法律留保（原則的授権としての法律の留保）への重要な転回を遂げていたということができよう。もっとも、カルカー決定で問題になったのは、外交分野ではなく、⁽⁵⁴⁾原子力法分野において立法者がどこまで規律しなくてはならないのかであった。

第2款 パーシング判決

では、その後の判例において、外交分野での本質性理論の適用はあったのだろうか。上述の例外的議会関与の判断枠組みを提示した独仏経済協定判決から32年後、外交に関する行為への議会関与について再び重要な判決が出された。それが1984年の連邦憲法裁判所判決（以下「パーシング判決」）である。⁽⁵⁵⁾東西冷戦の最中、西ドイツ政府は、北大西洋条約機構（NATO）の「二重決定」

論 説

の受け入れに伴う中距離核弾頭ミサイル（パーシングII型ミサイル）の西ドイツ国内への配備に同意する宣言を、議会による法律の授権を求めるこなしに行つた。争われたのは、基本法59条2項1文に基づく法律の留保——政治的条約または法律事項的条約に対する法律の留保——を政府によるミサイル配備の同意宣言（Zustimmungserklärung）にまで拡充すべきかという点であった。結論からいえばそのような拡充は認められなかつたが、それは裁判所が基本法59条2項1文における法律の留保を次のように縮減的（restriktiv）に捉えたからである。⁽⁵⁸⁾

「基本法59条2項1文は、そこで列挙された類の条約の締結を法律の形式で執行部に授権するまたは授権しない権限以外には、外交関係の領域におけるいかなる主導権、形成権または統制権も立法機関に与えていない。また申立人が考えるように、国際法関係における連邦政府の活動がドイツ連邦共和国の政治的関係を規律するまたは連邦立法の対象に関連する場合には常に立法者の同意を必要とする条約の形式が選択されなくてはならないということは、当該規定から読み取り得ない。」⁽⁵⁹⁾

この引用箇所から、パーシング判決において連邦憲法裁判所は、基本法59条2項1文における法律の留保を議会による原則的授権の要請とは理解していなかつたことが明らかとなる。というのも、仮に連邦憲法裁判所がそのように理解していたならば、本件で問題となつた核ミサイルの国内配備にかかる同意宣言へと法律の留保の射程を拡充していたはずだからである。もっとも、パーシング判決が前述の独仏経済協定判決と同じように、基本法59条2項1文を「例外規定」とみなしていたのかどうかは、次の判示からして疑わしいように思われる。

「たしかに、基本法59条2項1文は——他の一連の基本法規定と同様に——特定の範囲において連邦議会に、外交関係の領域での活動に向けた意思形成に協働する権能を認めている。かかる協働が憲法で保障された当該事項領域、そし

て憲法ゆえにそれが行われるところの活動形式は、政治的にも法的にも、それらが例外とはみなされ得ないほど重要である。歴史的に見ると、これらの規定において、外交領域における意思形成の議会化を強化する傾向が表れている。それにもかかわらず、基本法59条2項1文は、この協働を、対象的にはそこで列挙された類の条約に限定し、また内容的には連邦法律の形式での純然たる同意に限定しているのである。⁽⁶⁰⁾」

上記の引用箇所によれば、議会による協働が認められる外交領域も、その際に必要となる法律形式での同意も、「それらが例外とはみなされ得ないほど重要」である。これはつまり、パーシング判決において基本法59条2項1文はもはや「例外規定」とはみなされていないことを意味する。その限りでパーシング判決は、基本法59条2項1文に基づく議会関与をあくまで例外的な議会の権限であるとした独仏経済協定判決とは一線を画している。以上のことから、パーシング判決において連邦憲法裁判所は、例外的議会関与の判断枠組みを踏襲することはなかったが、基本法59条2項1文の法律の留保を縮減的に解釈することにより、法律の留保を議会の原則的授権と理解することもなかったのである。したがって、パーシング判決において、外交分野での本質性理論の適用はなかったのである。⁽⁶¹⁾ 筆者と同様の判決理解——つまりパーシング判決における基本法59条2項1文の法律の留保解釈に際しての本質性理論の不適用——は、近年のドイツ公法学でも示されている。⁽⁶²⁾

第3款 化学兵器配備決定

次に取り上げるのは、1987年の連邦憲法裁判所決定（以下「化学兵器配備決定」）である。当時の西ドイツでは、アメリカ軍が神經ガス（サリンやVXガス）を化学兵器として西ドイツ国内に配備していることが広く知られていた。そして、このような化学兵器の国内配備をめぐっては、その保管や輸送に致命的なリスクを伴うことも懸念されていた。これに関して、一方で連邦政府は一般市民への危険はないと説明するだけであったし、他方で連邦議会もアメリカ軍の化学兵器の国内配備が可能なのか、そして配備にあたってどのような安全対策が必要なのかを検討しなかった。本件は、異議申立人による如上の事実認

論 説

識に基づいて、連邦政府および連邦議会を相手取って提起された違憲確認訴訟である。⁽⁶⁴⁾

本決定ではまず、本質性理論が基本法20条の解釈として妥当することを認め、その際に同理論によって①議会の原則的授権のみならず②規律密度も要請されることが次のように示された。

「たしかに、——基本法20条に錨着された——一般的な法律の留保は、〔自由と財産への〕介入のメルクマールから解放されて、基本権行使の領域において [...] すべての本質的な決定を自ら行うことを立法者に対して義務づけている (BVerfGE 49, 89 [126])。これによって立法者は、立法活動を『行うか否か (Ob)』そして『どのように行うか (Wie)』を定めるのである。連邦領域における化学兵器の配備についておよびこの化学兵器の保管と輸出が行われる際の安全対策についての決定は、基本法20条の意味での基本権の領域にかかる ⁽⁶⁵⁾『本質的決定』である。」

そのうえで連邦憲法裁判所は、一方で、①議会の原則的授権が基本法59条2項1文の解釈に際しても妥当するのかどうか、つまり法律の留保が必要なのは「自由と財産への介入」に際してのみであるとする「古典的学説」のもとで解釈するのか、それとも一般的な法律の留保のもとで解釈するのかを本件で詳しく審査する必要はないとした。「なぜならば、本件において立法者は、国内配備条約、NATO 加盟国間における外国軍のドイツ駐留軍に関する地位協定およびその追加協定についての同意によって活動したからである」。他方で、②規律密度に関しては、それが基本法59条2項1文の解釈に際して妥当しないことを次のように判示した。

「本件の決定にとって重大なのは、一般的な法律の留保が、それが条約によって包含された事項領域の規律密度を要請する限りで、基本法59条2項1文の領域において妥当するのかということである。この問いは否定されるべきである。さもなければ、ドイツ連邦共和国が憲法に基づいて条約を締結するのは、条約

がかなりの程度で規律化されている場合に限られてしまう。ドイツ連邦共和国が条約の詳しい内容について一方的に定めることはできないのだから、一般的な法律の留保の基本法59条2項1文への拡張は、それが法律による規律を『どのように行うか (Wie)』に関連する限りで、条約の領域で広範に、外交政策上の活動可能性への危険を引き起こしてしまう。⁽⁶⁸⁾」

こうして、化学兵器配備決定においても本質性理論（原則的授権および規律密度の要請）が基本法59条2項1文の解釈に適用されることはなく、規律密度の要請に関してはそれが明示的に否定されたのである。⁽⁶⁹⁾

第4款 第一次 AWACS 判決

最後に、1994年の連邦憲法裁判所判決（以下「第一次 AWACS 判決」）を取り上げる。旧ユーゴスラヴィア連邦のボスニア・ヘルツェゴヴィナにおける内戦の激化を契機に、NATOは当地上空における早期警戒管制機（AWACS）部隊の投入を決定した。ドイツ政府は、この AWACS 部隊に連邦国防軍を参加させることを決定した。本判決では、基本法59条2項1文についての詳細な解釈論が展開された。⁽⁷⁰⁾ その際、「連邦政府が連邦国防軍の域外派兵の文脈において立法機関の同意を求める必要があったのかどうか」については、法廷意見と反対意見とで見解が分かれた。⁽⁷¹⁾ 他方で、双方の意見がそれぞれ述べられる前の箇所では、基本法59条2項1文の一般的な解釈論が展開されており、それについては一致した見解が示された。⁽⁷²⁾ その上で、同条文の解釈については次のように述べられている。

「基本法59条2項1文の構成要件によって把握されない外交権にかかる諸行為は、原則として政府の権限領域に整序されるべきである。『政治的条約』の概念に属さない条約——それが連邦共和国内の諸関係に意義深い影響を及ぼす場合でも (vgl. BVerfGE 1, 372 [382] ; 68, 1 [85]) ——、および外国の国際法主体に対する連邦政府の全ての非条約的行為は、それが政治的関係を規律するものであっても、同意権の適用を受けない (vgl. BVerfGE 68, 1 [88 f])。

国際法上の関係における連邦政府の活動がドイツ連邦共和国の政治的関係を

論 説

規律するあるいは連邦立法の対象と関連する際には常に立法者の同意を必要とする条約の形式が選択されなくてはならない、ということも基本法59条2項1文からは読み取り得ない（vgl. BVerfGE 68, 1 [86]）。その限りにおいても、この規定の類推適用あるいは拡張適用は考慮されない。」⁽⁷⁵⁾

上記の引用箇所から明らかなように、第一次 AWACS 判決においても連邦憲法裁判所は、基本法59条2項1文における法律の留保の縮減的な解釈を堅持した。さらに上記の引用箇所以外でも、法廷意見は、かかる縮減的解釈が連邦政府と連邦議会との間での権限の一義的境界づけを保障すると述べて、縮減的解釈を明示的に支持している。⁽⁷⁶⁾ ゆえに、第一次 AWACS 判決においても、基本法59条2項1文の解釈に際して本質性理論は適用されなかったといえよう。⁽⁷⁷⁾

以上の判例の概観から、連邦憲法裁判所は、外交分野とりわけ基本法59条2項1文の「条約」への議会関与が問題になる事例において、当該条文の法律の留保を縮減的に解釈する一方で、本質性理論の適用を一貫して避けてきたことが明らかとなった。

第3節 学説における本質性理論の展開

次に、外交分野での本質性理論の適用について、学説ではどのように議論されているのかを概観する。ここでもヘッチエによる学説の整理を参考に、いくつかの学説を取り上げることとする。⁽⁷⁸⁾

第1款 古典的な法律の留保原則の適用

最初に取り上げるのは、外交分野での本質性理論の適用に批判的な立場をとる M・ミュラーの学説である。⁽⁷⁹⁾ すでに述べたように、化学兵器配備決定において連邦憲法裁判所は、基本法59条2項1文の解釈について二つの可能性があることを示唆していた。すなわち、法律の留保が必要なのは「自由と財産への介入」に際してのみであるとする「古典的学説」のもとでの解釈と、一般的な法律の留保のもとでの解釈である。ミュラーは前者の解釈を支持し、基本法59条2項1文の解釈は「古典的学説」のもとでのみ行われるべきであるとする。⁽⁸⁰⁾ その理由をミュラーは大要次のように説明する。

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

議会の同意法律によって、議会は政府に条約を締結するための権限を授権する。この授権に際しては、「できるだけ明確かつ一義的な規準」を規律することが必要となる。なぜならば、その規準を手がかりにして、立法部の授権なしに政府が決定できる事項が判明するからである。しかし、本質性理論のもとでは「多義的で解釈を必要とする規準」が展開される。そのような本質性理論を基本法59条2項1文の解釈に適用することは、「誠実な条約相手国としてのドイツ連邦共和国の地位にとって、同時にまた諸国家共同体における国家の威信にとって危険を孕む」。これによって例えば、条約交渉の場面でも、条約相手国との関係における政府の立場は弱められてしまう。なぜならば、本質性理論の適用によって、「政府は、一義的で第三国に対してもある程度説得力のある規準の詳述のもとで、批准の留保を根拠づけられなくなってしまう」からである。

ゆえにミュラーによれば、法律の留保についての「古典的学説」だけが「一義的で説得力のある規準を提供する」⁽⁸¹⁾。このように法律の留保の「古典的学説」に固執するミュラーの立場は、独仏経済協定判決がそうであったように、基本法59条2項1文をあくまで議会関与の「例外規定」とみなす考え方と調和する。実際にミュラーによれば、「古典的学説」を適用すべきとの自身の考え方には「基本法59条2項の領域において原則的に限定された立法部の協働権によって裏づけられ、執行部の権限上の優位に対応する」と述べている。⁽⁸²⁾ ⁽⁸³⁾

第2款 本質性理論のもとでの法律事項的条約の解釈

次に取り上げるのは、前述のカルカー決定でもその可能性が示唆されていたように、本質性理論を基本法59条2項1文第2選択肢（法律事項的条約）の解釈に際して適用する学説である。法律事項的条約が締結されれば、連邦法律の発布によってのみ履行可能な義務を連邦が負うことになり、この点に法律事項的条約の決定的特徴があるといわれている。⁽⁸⁴⁾かかる条約への議会関与論を本質性理論のもとで展開する学説が現在のドイツ公法学の通説となっている。この立場から、例えばC・メラースの次のような解釈論が展開される。⁽⁸⁵⁾

「基本法59条2項1文第2選択肢は、外交的義務に対する連邦議会の同意の要

論 説

件をきわめて明確に一般的な法律の留保に準ずるものとする：『連邦立法の対象』。このことを連邦憲法裁判所の裁判は、次の場合に、根本的かつ二重の意味で誤解している。すなわち、第一にその裁判が基本法59条2項の規定を議会関与権の極限（Grenze）と理解する場合、第二にその裁判がこの関与権を条約の〔条約法律への〕形式的変更に限定する場合である。これに対して、議会留保の一般的学説によると、同条に明記された法律の留保は、議会の決定権の必要最小限の構成要素にすぎない。それに加えて、議会法律による規律を発布するという他の憲法上の義務が基本権のような基本法の他の実体的規準から生じる。さらに、連邦議会はいうまでもなく、自らに課された決定義務を超えることも許される。[…]

のことから要請されるのは、基本法59条2項を、その条文が文言上明示しているように、一般的な本質性理論を手引にして理解することである。その帰結として出てくるのは、一般的な本質性の水準を満たす決定を行う場合、基本法59条2項による決定権は連邦議会に付与されるということである。⁽⁸⁶⁾

これが本質性理論のもとでの基本法59条2項1文第2選択肢（法律事項的条約）の解釈論の一例である。このメラースの解釈論は、すでに紹介した連邦憲法裁判所の判例に対していくつかの批判的な視点を提供するものとなっている。すなわち、第一に、上述の独仏経済協定判決では、そもそも基本法59条2項1文はあくまで例外規定であり、そこでの議会関与権も外交に関する議会の例外的権限とみなされていた。しかしメラースによれば、当該条文で定められている議会関与権は「議会の決定権の必要最小限の構成要素」にすぎない。第二に、上述のパーシング判決によれば、核ミサイルの国内配備についての政府による同意宣言に対して、議会による法律の授権は不要とされた。しかしメラースによれば、少なくとも当該同意宣言が「一般的な本質性の水準を満たす決定」である場合には、基本法59条2項1文に基づいて連邦議会による同意が必要となる。

第3款 本質性理論のもとでの法律事項的条約および政治的条約の解釈

基本法59条2項1文第2選択肢（法律事項的条約）のみならず、第1選択肢
(阪大法学) 74 (5-90) 1274 [2025.1]

(政治的条約) の締結に際しても議会の法律が必要であるとする学説もある。そのような学説として、ここでは V・レベンの学説を取り上げる。独仏経済協定判決における「例外的議会関与の判断枠組み」やパーシング判決における「執行部の中核的形成領域」が示すように、従来は、外交に関する権限への基本法59条2項1文に基づく議会関与はあくまで例外的に議会に認められた権限にすぎず、外交権の行使は「執行部固有の責任」のもとにあるとみなされてきた。⁽⁸⁷⁾つまり「執行部を外交権の第一義的な担い手として理解する」ことが一般的であった。レベンはこのような考え方を「外交権の例外性テーゼ (Exceptionalitätsthese)⁽⁸⁸⁾」と呼んだうえで、かかるテーゼは基本法のもとでは規範的に維持できないという。その理由をレベンは次のように説明する。

基本法20条2項2文の「すべての国家権力は、選挙および投票において国民によって、かつ、立法、執行権および裁判の特別機関を通じて行使される」という規範は、この規範の主語が「すべての国家権力」であることからも明らかのように、ドイツのいかなる国家権力の行使にも、したがって外交権の行使にも妥当する。このことから、「基本法の作用・権限秩序は、外交権に対する一つの憲法機関の単独のあるいは優先的な責任を排除している。むしろ、立法者と政府、立法部と執行部は、外交権に対しての責任を共同で (gemeinsam) 有する。[...] 共同責任の理念は、政府と議会との協働 (Zusammenwirken) によって実現される。これはとりわけ、外交権の領域において議会がすべての本質的決定に、共同形成、統制および随伴によって関与しなくてはならないことを意味する。条約の交渉は政府によって行われ、そしてその結果は法律形式での議会の同意によって獲得されなくてはならない」。

このように基本法20条2項2文から、「外交関係の形成に対する立法者の責任⁽⁹¹⁾」が導かれる。そしてこの責任を立法者は、基本法59条2項1文に基づいて、「国際法上の行為形式と国内法上の行為形式との一致を確立する条約法律 (Vertragsgesetz)⁽⁹²⁾ の行為形式で引き受ける」とレベンはいう。そのうえでレベンは、基本法59条2項1文の政治的条約（第一選択肢）および法律事項的条約（第二選択肢）の「両方の類型が法律の留保に服する」と説くのである。⁽⁹³⁾

第3章 具体的事例における本質性理論の適用

これまで、外交分野での本質性理論の展開をいくつかの判例および学説を取り上げて概観した。本章では、この本質性理論が具体的事例においてどのように適用されるのかを見ていくことにしたい。その際に具体的な事例として取り上げるのは、環大西洋貿易投資パートナーシップ協定（以下「TTIP 協定」）である。⁽⁹⁴⁾ この協定は、「EU 米国間の包括的貿易投資協定」とも呼ばれるように、EU とアメリカ合衆国との間で締結される貿易、投資、雇用、情報の自由化に関する条約である。近年のドイツでは、TTIP 協定の締結についていくつかの批判的見解が出され、その中で本質性理論に基づく同協定への議会関与論が展開されたのである。

第1節 混合協定としての TTIP 協定

TTIP 協定への議会関与論の検討に入る前に、そもそも TTIP 協定とはどのような法的性質の協定なのかをここで簡単に紹介することにする。この協定を通じて、EU のみならずその構成国もアメリカ合衆国と条約を結ぶ。一般に、EU とその構成国との協働によって第三国との間で締結される条約は「混合協定（gemischte Abkommen）」と呼ばれる。混合協定の内容は、EU の排他的権限に属する部分と構成国の権限に属する部分とに觀念上分けることが可能であるといわれている。⁽⁹⁵⁾ 前者（EU の排他的権限に属する部分）に関しては、とりわけ EU 運営条約（AEUV）⁽⁹⁶⁾ 218条で、EU レベルで決定を行う機関が定められている。EU による交渉、調印および批准に際して要請される EU 理事会での議決にはドイツの代表者が協働するので、この場合基本法23条3項および4項に基づく議会関与が問題となる。⁽⁹⁷⁾ これに対して、後者（構成国の権限に属する部分）に関しては、EU に完全に権限が委譲されていない国内の権限が問題になるので、基本法59条2項1文に基づく議会関与が問題となる。

もっとも、こうした協定内容の「觀念上の分離」に従えば、基本法59条2項1文に基づく議会関与はそもそも混合協定の国内に関わる部分にしか妥当しな

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

いことになる。しかし W・ヴァイスによれば、基本法59条2項1文に基づいて議会の同意が要請されることによって、連邦議会には協定文書全部が引き渡され、連邦官報にも協定内容の国内の権限に属する部分のみならず、混合協定の文書全部が公布されなくてはならない。なぜならば、「連邦共和国は、混合協定の批准によって、国際法上その協定全部に拘束される」からである。ゆえにヴァイスによれば、混合協定の内容を「観念上の分離」によってEUの権限と構成国の権限とに分けるのは「不完全な法的考察」になるという。つまりこのような考察は、「国内権限に属する規定にのみ」照準を合わせるものであるが、「EUの排他的権限に属する協定部分にも関連する連邦共和国の国際法上の責任によって、協定文書全部について連邦議会の同意を求めることが憲法上要請されている」とされるのである。⁽⁹⁹⁾

TTIP協定の混合協定としての法的性質を踏まえたうえで、以下では基本法59条2項1文に基づくTTIP協定への議会関与論を取り上げる。その際に着目するのは、TTIP協定への議会関与論の展開において本質性理論がどのように適用されるのかという点である。TTIP協定は基本法59条2項1文にいう「条約」なのかという問題についての解釈論的帰結が本質性理論の適用のもとでどのように導かれるのだろうか。

第2節 法律事項的条約としてのTTIP協定

まずは、いくつかの基本法コメントарルでも参照が指示されるB・ジェシクとJ・ヘッチエの共著論文⁽¹⁰⁰⁾（以下「ジェシク＝ヘッチエ」）に依拠して、TTIP協定への議会関与論の中で本質性理論がどのように適用されているのかを見していくことにする。すでに述べたように、独仏経済協定判決によれば、ある条約が基本法59条2項1文第2選択肢の法律事項的条約に該当するのは、「条約の執行のために連邦法律が必要となる場合、つまり条約を通じて連邦が連邦法律の制定によってのみ果たすことのできる義務を引き受ける場合」である。ジェシク＝ヘッチエによれば、この独仏経済協定判決で示された基準からしてTTIP協定は法律事項的条約とみなすことができる。なぜならば、TTIP協定では投資保護の規定が予定されており、そのような協定を執行するには

論 説

「法律による規律が必要」だからである。ゆえに、TTIP 協定は「基本法59条2項1文第2選択肢の意味での法律事項的条約である」と判断される。⁽¹⁰³⁾

しかしこの従来の基準に加えて、ジェシク＝ヘッ彻は、ある条約の内容の「本質性」を基準にして、その条約が法律事項的条約とみなされる場合があるという。つまり、条約の内容の本質性は、直接的には条約で定められた個々の規定の内容から生じ得るし、特定の規制アプローチの追求からも生じ得るというのである。⁽¹⁰⁴⁾

このように、ある条約が法律事項的条約か否かを判断する際に本質性理論が適用されることは、ドイツ公法学においてすでに一般化している。それを具体的に示す一つの例が、ジェシク＝ヘッ彻による TTIP 協定への議会関与論である。1952年に独仏経済協定判決が出されて以降、1992年には EU 案件についての議会関与権（基本法23条2項および3項）⁽¹⁰⁵⁾が基本法に新設され、また1994年には連邦国防軍の域外派兵問題への議会関与も認められるようになった。こうした外交問題への議会関与が強化されてゆく過程で、自由貿易協定のような一般的な条約への議会関与の判断基準も見直されるようになったのである。かかる議会関与強化の傾向は、独仏経済協定判決の例外的議会関与の判断枠組みを明らかに変容させている。EU や域外派兵のような特定の事例のみならず、自由貿易協定のような一般的な事例に関しても、議会関与はかつてのように「例外的」とはみなされず、むしろ基本法59条2項の法律の留保は、例外的法律留保から一般的法律留保へと転換したといえよう。⁽¹⁰⁶⁾

第3節 TTIP 協定交渉過程への議会関与

基本法59条2項の法律の留保を一般的法律留保と理解したうえでさらに、これ以外の規定にも目を配り、条約交渉過程の最終段階よりも早い段階で連邦議会を関与させる必要があることも夙に指摘されてきた。⁽¹⁰⁷⁾なぜならば、「連邦議会は、基本法59条2項に基づく関与の枠組みの中では、交渉過程の最後によく、交渉で決着がつけられた条約文に携ることになるが、その際に連邦議会は、その条約文全体を承認するか否認するしかできない」からである。ゆえに、ドイツ公法学では、基本法59条2項に基づく議会関与を実質的なものとするた

めに、早期の議会関与の手段が探求されてきたのである。その手段の一つが、連邦議会の「早期の情報・態度表明権 (frühzeitiges Informations- und Stellungnahmerecht)」である。本節では、連邦議会がこの早期の情報・態度表明権によって TTIP 協定交渉過程にどのように関与し得るのかを W・ヴァイス⁽¹¹¹⁾ の学説に依拠して明らかにする。

第1款 EUによる協定交渉過程の法構造

EUと第三国または国際組織との間で結ばれる通商協定の交渉過程の法構造は、EUの通商政策について規定したEU運営条約207条および通商協定の交渉過程について規定した同218条に基づいて明らかになる。この交渉過程で決定的な役割を担うのはEU理事会である。なぜならば、EU運営条約218条2項によれば、EU理事会は交渉開始のための授権をEU委員会に対して行い、交渉の方針を確定し、調印を許可し、そして最終的に取決めを締結するからである。

まず、協定交渉過程の最初の段階では、EU委員会が交渉の開始をEU理事会に提議し、それを受けてEU理事会がEU委員会に交渉開始のための授権を行う (EU運営条約207条3項および218条2項)。交渉開始の授権および交渉の指導者の指名は、EU理事会の決議によって行われる (218条3項)。さらに交渉の指導者には、EU理事会から基本方針が授けられる (218条4項)。次の段階では、EU理事会において協定の調印についての議決が行われる (218条5項)。ヴァイスによれば、「この議決によって最終的な文書が確定される」。そして、協定交渉過程の最終段階では、協定の締結についてのEU理事会による議決が行われる (207条4項および218条6項)。

第2款 協定交渉過程への早期の議会関与

上で示した交渉過程の最初の段階からすでにEU理事会によるいくつかの決議が行われる。ヴァイスによれば「これらの決議の準備に際してEU理事会のドイツ代表者は、連邦議会に配慮しなくてはならない」。なぜならば、EU案件における連邦政府と連邦議会の協力に関する法律 (以下「EU案件協働法」)⁽¹¹²⁾ 1条1項によれば、連邦議会は「連邦の意思形成」に関与するからである。この意思形成過程への関与権となるのが、連邦議会の早期の情報・態度表

論 説

明権である（基本法23条2項および3項、EU案件協働法3条、⁽¹¹⁸⁾ 6条および8条⁽¹¹⁹⁾）。

連邦議会がいかなる事項に対して態度表明を行うのかは、EU案件協働法8条で規定されている。同条1項によると、「連邦政府は、自らが計画に関与する前に、連邦議会に態度表明の機会を与える」。ここにいう「計画」とは、EU案件協働法5条で定められた「EUの計画」のことであり、これについて連邦議会は態度表明を行うことができる。EU案件協働法5条1項によれば、EUの計画（1号から12号）に含まれる事項の例として次のものがある。すなわち、「EUが国際条約の交渉を行うためのEU委員会への交渉の委任」（5号）、「共同貿易政策および世界貿易交渉の枠内でのEU委員会に関する審議対象、提案、交渉の委任および方針」（6号）、「EU法と補完関係あるいはその他の特別な緊張関係に立つ国際法上の条約またはその他の取決めについての草案」（11号）、「11号の意味での国際法上の条約または取決めの枠内で取り上げられる審議対象、提案および発案」（12号）などである。EUの計画に含まれるこれらの事項に関して、「連邦政府は、連邦議会に対して包括的にかつ可能な限り早期に、そして継続的に情報を提供する」（EU案件協働法3条1項）ことになっている。

第3款 TTIP協定交渉過程への連邦議会の関与

では、連邦議会は、情報・態度表明権に基づいて具体的にどのようにTTIP協定の交渉過程に関与できるのだろうか。以下では、主にヴァイスの学説に即してこのことを見ていくことにしたい。

TTIP協定の交渉についても、EU理事会がEU委員会に交渉を委任する。⁽¹²⁰⁾ すでに見たように、この交渉の委任はEUの計画に含まれるので、これについて連邦議会は態度表明を行うことができる（EU案件協働法5条1項5号）。⁽¹²¹⁾ 逆に連邦政府は、EU案件協働法8条1項に従って、連邦議会に態度表明の機会を与えなくてはならない。さらに、TTIP協定の交渉の方針、発案、審議対象についても、連邦議会は態度表明を行うことができる（EU案件協働法5条1項6号）。連邦議会はこの態度表明を通じて、TTIP協定交渉に早期の段階から影響を及ぼす可能性を有しているのである。問題は、連邦議会の情報・態

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

度表明権が、TTIP 協定の草案や提案にまで及ぶのかということである。たしかに、EU 案件協働法 5 条 1 項 11 号および 12 号によれば、「EU 法と補完関係あるいはその他の特別の緊張関係に立つ国際法上の条約またはその他の取決め」についての「草案」あるいは「提案」は EU の計画に含まれるので、連邦議会はこれらについて情報を調達し態度表明を行うことができる。もっとも、TTIP 協定がここでいうところの関係に立つ条約に該当するのかは疑わしい。なぜならば、混合協定たる TTIP 協定には EU の権限に専属する規定が含まれており、これらは EU 法と補完関係あるいは緊張関係にある条約または取決めではなく、EU 法そのものとみなし得るからである。この点について、ヴァイスによれば、EU 案件協働法 5 条 1 項 11 号および 12 号に基づいて TTIP 協定の草案や提案についての情報を連邦議会が調達することは可能である。なぜならば、「混合協定は、EU の行為であるのみならず、EU 法と特別に近い関係にある国際条約でもある」し、さらに混合協定の中でも TTIP 協定のような混合協定は EU に限定されない外交関係にとって「根本的な意義」を持つからである。⁽¹²⁾ したがって連邦政府は、「EU 案件協働法 8 条による有意義な態度表明の可能性を連邦議会に与えるために、連邦議会に可能な限り早期にかつ継続的に報告しなくてはならない」とヴァイスはいう。この報告の対象には、例えば TTIP 協定の場合、同協定の交渉の EU 委員会への委任、交渉の方針、あるいは最終的に妥当する協定文書だけでなく、同協定の草案および提案（EU 案件協働法 5 条 1 項 11 号および 12 号）も含まれる。⁽¹³⁾

TTIP 協定を例にして見てきたように、現在の EU およびドイツでは、条約交渉過程に議会が関与するための法的基盤が整備されることで、早期の議会関与権の強化が図られている。さらに、TTIP 協定のように基本法 23 条 2 項の枠内で EU 案件に係る条約に限って可能となる早期の議会関与のみならず、基本法 59 条 2 項の枠内でのより一般的な条約への早期の議会関与の必要性が、近年の基本法 59 条のコメントールにおいて次のように説かれているのである。

「議会の同意権は、執行部が立法機関に対して（事前に手続の過程で）情報義務（Informationspflichten）を負っている場合にのみ、その目的を実効的に果

論 説

たすことができる。連邦憲法裁判所は、とくに欧州安定メカニズム・救済措置の文脈において、基本法23条2項2文を踏まえてこの情報義務を明確にした。情報義務は、TTIP および CETA の文脈でも問題になった。早期の情報は、立法部が単なる追認的な役割にとどまるのを防ぎ、議会が最終的な結果に対して実効的な影響を及ぼす機会を奪われることを防ぐものとされる。これらの原則は、基本法59条2項1文の一般的な基準として適用できるだろう。たとえ議会が基本法59条2項1文においては主に、条約に賛成するか、反対するか、またはその同意を条件付きで行うかという問題に直面することになるとしても。さらにこのことが、条約承認法律という手段を空虚なものにしてしまわないために、そして具体的な同意プロセスの外でも連邦政府の対外活動について議論するために、高い程度の情報化を要請するのである。情報義務は——基本法59条2項1文の目的論的解釈や議会の全般的な情報・統制権と並んで——憲法機関誠実の原理からも導かれる。実務では、連邦議会の外務委員会は、交渉の進行状況について早期に通知を受ける。その限りで、この外務委員会は、議会による同意決定の準備において中心的な役割を果たす。」⁽¹²⁶⁾

こうした現在のドイツ公法学に見られる、条約についての議会の同意権を実効的なものにするために条約交渉過程への早期の議会関与が必要であるとする立場の広まりは、条約をめぐる政府と議会の権限関係が根本的に転換したとの考え方方がドイツ公法学において一般化していることを示しているように思われる。⁽¹²⁷⁾

おわりに

(1) 本稿の成果

条約をめぐる政府と議会の権限関係について連邦憲法裁判所は、1952年の独仏経済協定判決の中で例外的議会関与の判断枠組みを提示した。それによれば、外交分野においては原則として政府に権限があり、議会は基本法59条2項1文に基づいて例外的にしか関与できない。本稿では、かかる例外的議会関与の判

断枠組みのもとで把握された政府と議会の権限関係がその後の判例・学説における本質性理論の展開によってどのように捉え直されてきたのかを探求した。

その結果、外交分野での本質性理論の適用を——少なくとも1994年の第一次AWACS判決まで——回避し続けてきた連邦憲法裁判所とは対照的に、ドイツ公法学では、イエッシュの学説を理論的出自とする本質性理論のもとで基本法59条2項1文を解釈することが一般的に行われるようになった。⁽¹²⁸⁾これはつまり、教育法、原子力法、放送法などの分野のみならず外交分野においてもすべての本質的決定はまずもって議会の法律によって行わなくてはならず、その際には規律密度も要請されるようになったことを意味する。政府からすれば、外交分野においても、議会の法律なくして政府単独で決定を行い、執行部固有の責任で活動することは、もはや許されなくなった。したがって今日のドイツ公法学では、本質性理論が外交分野においても定着することによって、条約をめぐる政府と議会の権限関係は、例外的議会関与から原則的議会関与への根本的転換（パラダイムシフト）を遂げたものと考えられるようになったのである。

（2）残された課題

条約をめぐる権限関係の転換からも明らかなように、本質性理論は、政府と議会の権限関係の把握に決定的な影響を及ぼし得る理論である。しかしその一方で、本質性理論にはいくつかの弱点、とりわけ同理論のもとでドグマーティクを展開するにあたってのハードルがあることも夙に指摘されてきた。第一に、「本質性」というメルクマールが不明確であるとの批判がある。例えば、E・シュミット＝アスマンは、この点を次のように指摘する。「本質性というメルクマールは、ドグマーティク上では独自の機能を果たすことができない。つまり一方で、本質性というメルクマールは、独立の規準としてはあまりにも不明確である。偶発的な時事性や政治的論争は、本質性を判定するのに役に立つ手がかりにならない。他方で、本質性の規準は、あまりにもきめ細かさに欠ける。というのも、本質性の規準は、必要不可欠なすべての機能的視点、機関適性を目標にした別の視点を隠すからである」。⁽¹²⁹⁾第二に、本質性理論の適用の仕方によつては、議会に権限が集中する「権力一元主義」をもたらしかねないとの批判がある。例えば、P・シュタースキーは、この点を次のように指摘する。

論 説

「基本法59条2項1文を超えた議会の同意留保の導出に際しては、基本権に特化して焦点が合わせられなくてはならないであろうし、本質性理論は基本権の文脈に限定されたままでなければならないであろう。議会の全部留保説そしてこれと結びついた権力一元主義は、まさに貫徹され得なかつた」。⁽¹³¹⁾

以上の本質性理論に対する批判から、次のことを窺い知ることができよう。すなわち、現在のドイツ公法学において本質性理論は、たしかに通説的地位を占めるに至っているが、同理論に基づいて議会と政府の権限関係を具体的にどのように論証すればよいのか——つまりその権限関係をいかにしてドグマーティッシュに展開して憲法規定の解釈を導くのか——という解釈論上の課題を抱えている。このことは、法律事項的条約の解釈に際して本質性理論を適用して⁽¹³²⁾いた前述のメラースが同理論の課題を次のように指摘していることからも明らかである。すなわち、「判例および学説は、法律の留保に関する真に民主制的な規準を展開することにひどく苦労している。本質性あるいは政治的論争性の規準は有用でないことが明らかとなつた」。⁽¹³³⁾このことから、本稿に残された課題の一つは、今後のドイツ公法学の発展の中で、本質性理論の抱えるドグマティク上の弱点が、政府と議会の様々な権限関係をめぐって具体的にどのように克服されていくのかを注視し、その理論的発展を比較法的に研究することである。

(3) 日本憲法学への示唆

本質性理論からいかにして——ドグマーティッシュな論証を経て——憲法規定の解釈を導くのかという課題を日本国憲法のもとで考えた場合、ドイツ公法学と同様の課題——つまりドグマーティッシュな論証にとっての「本質性」というメルクマールの不明確さや「権力一元主義」——は生じ難いように思われる。なぜならば、基本法とは異なって日本国憲法には、本質性理論の本旨を体現する条文がすでに備わっていると解することができるからである。それが、「国会は、国權の最高機關であつて、國の唯一の立法機關である。」と規定する憲法41条である。すでに述べたように、本質性理論の理論的出自となったイエッッシュの学説によれば、憲法構造の転換に伴って議会が最高機関となつた。そしてこの最高機関としての地位から、議会への権限推定がなされるのみなら

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

⁽¹³⁴⁾ ず、執行部の活動に対して「議会の授権が必要不可欠」であるとの帰結が導かれていた。ゆえに、イエッッシュの学説に依拠すれば、本質性理論の本旨は、議会への権限推定および法律による原則的授権に求められるのであり、かかる本旨を日本の場合は憲法41条から導出することができるようと思われる。

これまで日本の公法学において、本質性理論のもとでの解釈論の展開可能性については、対立する見解が唱えられてきた。すなわち、「本質性理論のような考え方を解釈論上位置づけることが困難」あるいは本質性理論は「専ら方向指示的な機能を有するものであるにすぎない」との見解が一方にあり、他方で本質性理論は「日本国憲法に適合的である」とする見解も主張されている。上述のように本質性理論の本旨を日本国憲法41条から導出できるならば、同条を出発点にして本質性理論をドグマーティッシュに展開することは可能であるようと思われる。実際に同条の「国權の最高機關」の文言から議会への権限推定を導出する解釈論は以前から唱えられてきた。この解釈論に加えて、「國の唯一の立法機關」の文言から法律による原則的授権をも導出できるとすれば、そのような解釈論はかつて唱えられた「本質的機關説」の新たな展開可能性を示すものとして理解することもできるのではないか。

そのような新たな展開可能性の具体例となり得るのが、条約をめぐる政府と議会の権限関係論である。従来の日本の憲法学は、条約に関する国家行為（憲法73条2号の「外交関係を処理すること」および同条3号の「条約を締結すること」）を政府の専権——別言すると「執政権」——と理解してきた。しかし、ドイツ基本法と同様に日本国憲法もまた構造転換を果たしたのであり、しかもそれに伴って本質性理論のもとでの新たな法律の留保原則、すなわち議会への権限推定および法律による原則的授権の要請が、憲法41条に内在していると考えができるのではないか。まさに現行憲法下においては、憲法41条に基づく——伝統的な法律の留保概念から解放された——新たな法律の留保原則のもとで、条約をめぐる政府と議会の権限関係も転換したと理解し得るのであり、実際にそのような憲法ドグマーティクが戦後のドイツ公法学で展開され、現在では通説となっていることは本稿ですでに見たとおりである。前述のようにドイツの場合は本質性理論をドグマーティッシュに展開することに今もなお難点

論 説

を抱えてはいるが、日本の場合は同理論の本旨を体現する憲法41条の解釈論の新たな展開として、条約をめぐる政府と議会の権限関係の転換をドグマーティッシュに論証できるのではないか。また、こうした政府と議会の権限関係論の根本的転換、すなわち条約への例外的議会関与から原則的議会関与を出発点にすることで、これまでにない新たな解釈・適用の道筋を、外交実務上の諸課題に対して具体的に示すことができるのではないだろうか。これまで政府の専権を前提に展開してきた条約をめぐる権限関係論が根本的に転換したのであれば、これに照応する形で行政権概念それ自体についても新たな捉え方ができるのかもしれないが、この点についての検討は他日を期することとしたい。

- (1) *Ralf Poscher*, Funktionenordnung des Grundgesetzes, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl. 2012, § 8 Rn. 32–34では核心領域説が批判されており、また Rn. 56–64では執行権ドグマティクが展開されている。一般的な基本法コメントールの一つである *Bernd Grzesick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, Band III, Art. 20 V (Stand 2022), Rn. 100, 116, 123では、このポッシャー学説における核心領域説批判、立法権と執行権の境界づけ、執行権と裁判権との境界づけが踏まえられている。
- (2) 大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題——本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie)を中心として——」(初出1985年) 同『現代行政の行為形式論』(弘文堂、1993年) 22頁以下によれば、「本質性理論の新たな展開」として、同理論の射程が教育法領域から原子力法領域そして放送法領域へと拡大した。ここでいわれている「本質性理論」は、大橋洋一『行政法 I (第5版)』(有斐閣、2023年) 33頁によれば、「侵害留保理論を中核に含みながら、その拡張を意図する」ものとして理解される。これとは根本的に異なる「法律の留保」理解は、ドイツでは後述の Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, S. 171 ff.において、日本では高田敏編著『新版行政法』(有斐閣、2009年) 37頁において唱えられてきた。両者の理解によれば、立憲君主制における「侵害留保」——「自由と財産への介入」に際してのみ認められる法律の留保、「本来的に自由な行政」観に基づきされた法律の留保——をメルクマールとしていた「法律の留保」概念は、立憲民主制における憲法構造の転換によって克服された。
- (3) Vgl. BVerfGE 33, 303, Urteil des Ersten Senats vom 18. 7. 1972. 邦語による紹介として、戸波江二「教育場所選択の自由と大学入学請求権」ドイツ憲法判例研

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

- 究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）283頁以下を参照。
- (4) 後述第2章第2節第1款の「カルカー決定」を参照。
- (5) Vgl. BVerfGE 57, 295, Urteil des Ersten Senats vom 16. 6. 1981. 邦語による紹介として、鈴木秀美「放送の自由と民間放送の参入」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）172頁以下を参照。
- (6) なお、政治的条約は「基本法59条2項1文第1選択肢」、法律事項的条約は「基本法59条2項1文第2選択肢」と呼ばれることがある。
- (7) *Rudolf Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 59, Rn. 20.
- (8) BVerfGE 1, 372, Urteil des Zweiten Senats vom 29. 7. 1952. 本判決の邦語による紹介として、拙稿「外交政策への『例外的』議会関与の判断枠組み」阪大法学69巻5号（2020年）1079頁以下を参照。
- (9) Vgl. BVerfGE 1, 372 (377).
- (10) BVerfGE 1, 372 (389).
- (11) Vgl. BVerfGE 1, 372 (390–394).
- (12) BVerfGE 1, 372 (390).
- (13) BVerfGE 1, 372 (394). 傍点原文イタリック。
- (14) *Christian Calliess*, Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 2006, § 83, Rn. 43.
- (15) *Wilhelm Georg Grewe*, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), S. 135.
- (16) *Wilhelm Georg Grewe*, Zum Verfassungsrecht der auswärtigen Gewalt. Die Kompetenzverteilung zwischen den Bundesorganen, AöR 112 (1987), S. 528.
- (17) Vgl. Grewe (Anm. 16), S. 528:「民主制においてさえ、外交の最も実効的な部分は、依然として秘密外交である。その結果としてもたらされるのは、情報流通の制約である。さらに付け加わるのは、政府官僚機構の装置およびその多岐にわたる在外公館の専門技術的かつ人的な卓越性、ならびに、変化する状況の中での迅速な意思決定（Entschlußfassung）および臨機応変な操縦（Manövrieren）の必要性である。」
- (18) Grewe (Anm. 16), S. 529.
- (19) Grewe (Anm. 16), S. 529 Fn. 25.
- (20) *Wilhelm Georg Grewe*, Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 77, Rn. 56.
- (21) Vgl. Eberhard Menzel, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), S. 197 ff.

論 説

- (22) Vgl. *Eberhard Menzel*, Die Auswärtige Gewalt der Bundesrepublik in der Deutung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 79 (1954), S. 326 ff.
- (23) *Menzel* (Anm. 22), S. 347.
- (24) *Menzel* (Anm. 22), S. 347 f.
- (25) *Menzel* (Anm. 22), S. 348. 傍点原文イタリック。
- (26) *Martin Nettesheim*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, Art. 59 (Stand 2020), Rn. 28.
- (27) *Ernst Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 (1958), S. 38.
- (28) *Hans Wolfgang Baade*, Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland, 1962, S. 7, 115 ff.
- (29) 周知のとおり、メルツェルの「協働権」と同様の考え方は、すでに日本の憲法学にも見られる。例えば、芦部信喜「条約の締結と国会の承認権」(初出1958年) 同『憲法と議会政』(東京大学出版会、1971年) 211頁では、「立法権・執行権協働の国家活動としての条約締結作用」との見解が示されていた。これとは異なる見方として例えば、林知更「立憲主義と議会」安西ほか編『憲法学の現代的論点(第2版)』(有斐閣、2009年) 137頁によれば、「『政府と議会の合有』という未分化な定式を超えて、議会と政府がそれぞれに担うべき固有の役割を明確化し、これに適合的なかたちで権限配分や手続の形成を行うことを可能とするような憲法解釈論上の理論枠組み」が求められるとする。ドイツではかかる理論枠組みとして、バーシング判決において議会関与権の限界を正当化するために「機能(役割)」の観点を持ち出す「機能的権力分立」(BVerfGE 68, 1 [86])と、それをドグマティク上の作用判別規準の観点から批判した「権力区分(Gewaltengliederung)」(メラース学説)とが対立していたが、現在では後者が通説的立場となった。なお、「機能的権力分立論」に対するメラースの批判については、拙稿「執行権の憲法的構成(1)」阪大法学64巻2号(2014年) 502頁以下を参照。
- (30) Z.B. *Folke Schuppert*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, 1973, S. 51 f.; *Ulrich Fastenrath*, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, 1986, S. 79; *Juliane Kokott*, Art. 59 Abs. 2 GG und einseitige völkerrechtliche Akte, in: Hailbronner/Ress/Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung. FS für Karl Doebring, 1989, S. 509.
- (31) *Thomas Kleinelein*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 59 (Stand 2022), Rn. 186.「実を成さない (fruchtlos)」という表現の参照先として頻繁に引用される *Ingolf Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

Kommentar, Band II, 1998, Rn. 15では次のように述べられている。「基本法59条は『外交権』の参照規範でも部分規定でもない。この概念は、基本法において見出されず、不明瞭かつ不必要であり誤解を招く。この概念と結びつくのは、権力分立の基準に従った機関権限の機能的整序をめぐる実を成さない議論 (fruchtlose Diskussion) である。その議論においては、機能適合性および機関適正の基準を考慮して、外交権を執行部に原則的に割り当てることが是認される」。引用文における「機能適合性および機関適正の基準」には脚注が付されており、パーシング判決 (BVerfGE 68, 1 [86]) におけるいわゆる「機能的権力分立論」の参照が指示されている。

- (32) Vgl. *Streinz* (Anm. 7), Rn. 26.
- (33) *Streinz* (Anm. 7), Rn. 26.
- (34) Vgl. *Christoph Möllers*, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, AöR 132 (2007), S. 528 f. メラースによる本質性理論のもとでの基本法59条2項1文の解釈について、拙稿・前掲註(29)511頁以下を参照。
- (35) Vgl. *Horst Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie), Rn. 117 Fn. 447; *Philipp Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 79 Fn. 354. なお、後者の文献の邦語による紹介として、北村幸也『裁判と法律のあいだ』(成文堂、2020年) 253頁以下を参照。
- (36) *Jesch* (Anm. 2), S. 171 ff. 同書の邦語による紹介として、遠藤博也『国家論の研究』(信山社、2011年) 11頁以下を参照。また、イエッシュの学説の意義について、高田篤「公法学テキストの受容とその文脈」毛利ほか編『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』(成文堂、2018年) 4頁以下を参照。
- (37) *Jesch* (Anm. 2), S. 171 ff.
- (38) *Jesch* (Anm. 2), S. 171.
- (39) *Jesch* (Anm. 2), S. 171.
- (40) *Jesch* (Anm. 2), S. 171.
- (41) *Jesch* (Anm. 2), S. 171 f.
- (42) BVerfGE 33, 125, Beschuß des Ersten Senats vom 9. 5. 1972. 邦語による紹介として、堀内健志「医師会規程による専門医制度規律と職業の自由」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(第2版) (信山社、2003年) 276頁以下を参照。
- (43) Vgl. *Lassahn* (Anm. 35), S. 79.
- (44) BVerfGE 33, 125 (160).
- (45) BVerfGE 33, 125 (163).
- (46) BVerfGE 33, 125 (159).
- (47) Vgl. *Lassahn* (Anm. 35), S. 79.

論 説

- (48) *Lassahn* (Anm. 35), S. 79.
- (49) Vgl. *Juliane Hettche*, Die Beteiligung der Legislative bei Vorbehalten zu und Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen, 2018, S. 231 f.
- (50) BVerfGE 49, 89, Beschuß des Zweiten Senats vom 8. 8. 1978. 邦語による紹介として、高田敏「高速増殖炉型原発の設置の許可と原子力法の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）369頁以下を参照。
- (51) BVerfGE 49, 89 (126)において連邦憲法裁判所は、次のように述べた。「たしかに、法律の留保原則は、憲法において明文で述べられていないが、その妥当は基本法20条3項から明らかとなる。この原則の理解は、とくにそれが民主制の構成要素をも有しているとの認識でもって、近年転換した」。後者の文にはいくつかの文献が引用されており、そのうち最初に挙げられているのがイエッシュの学説（「Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 205 f.」）である。
- (52) BVerfGE 49, 89 (126 f.).
- (53) *Hettche* (Anm. 49), S. 231.
- (54) Vgl. *Bernhard Kempen/Björn Schiffbauer*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 2, 8. Aufl. 2024, Art. 59, Rn. 96 ; *Kleinlein* (Anm. 31), Rn. 366 ; *Paulina Starski*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 7. Aufl. 2021, Rn. 68 ; *Nettesheim* (Anm. 26), Rn. 107 ; *Silja Vöneky*, Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, Rn. 17 f.; *Möllers* (Anm. 34), S. 529.
- (55) この問題について、BVerfGE 49, 89 (127)によれば、「ドイツ連邦共和国の高権的領域における核エネルギーの平和的利用を法的に許容するまたは許容しない規範上の原則的決定は、市民に対する広汎な影響、とくに市民の自由と平等の領域に対する、また一般的な生活関係に対するその広汎な影響ゆえに、そしてこれと必然的に結びついた規律の方法および強度ゆえに、法律の留保の意味での根本的かつ本質的な決定となる。この決定を行うことができるのは、立法者のみである」。
- (56) BVerfGE 68, 1, Urteil des Zweiten Senats vom 18. 12. 1984. 邦語による紹介として、拙稿・前掲註(29)521頁以下を参照。
- (57) 東西冷戦下での緊迫した政治情勢を背景に、ソ連の軍事拡大措置（中距離核ミサイルSS-20型の配備）への西側同盟国による対抗策として、1979年1月に、西ドイツ側の打診によって、アメリカ、イギリスおよびフランスの四カ国による首脳会談が実現した。会談の中では、一方でソ連側に核兵器削減を交渉によって促

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

しつつ、他方でその交渉が失敗した場合に備えて中距離核戦力の最新鋭化を進めるといふいわゆる「二重決定」についての基本方針が打ち出された。その後、1979年12月にブリュッセルで開かれたNATO特別会議において「二重決定」が成立した。Vgl. Kommuniqué der Sondersitzung der Außen-und Verteidigungsminister der NATO in Brüssel [“NATO-Doppelbeschuß”], 12. Dezember 1979.

- (58) 連邦憲法裁判所が基本法59条2項1文の法律の留保を縮減的（restriktiv）に解釈したことについて例えば、*Isabelle Ley*, Zwischen parlamentarischer Routine und exekutiven Kernbereichen, AöR 146 (2021), S. 304では次のように述べられている。「基本法59条2項の法律の留保は、連邦憲法裁判所によって1950年代初期の判決から一貫して、そしてパーシング判決（1984年）によってその後の判決に強く影響する形で、縮減的に解釈されている。すなわち、この分野において指針となり今日まで通用しているパーシング判決において、連邦憲法裁判所は、高度に政治化された状況の中で、アメリカの中距離核ミサイルをドイツの領土に配備することについてNATO理事会でなされたドイツ〔連邦政府〕の同意は連邦議会の関与を生じさせるものではないと決定した。議会と政府との関係を通常ならば構造化するドグマーティッシュな把握手段（基本権、本質性、「内容、目的および範囲」）は、この外交領域に関する判決では用いられなかった」。このライの叙述から、連邦憲法裁判所による基本法59条2項の法律の留保の縮減的解釈が如何なる解釈なのかが判明する。すなわち、ライがいうところの縮減的解釈とは、条約をめぐる議会と政府の権限関係をドグマーティッシュに把握するための手段と通常は考えられている「基本権」、「本質性」、「内容、目的および範囲」を用いずに、つまりこれらの通常想定される法的把握手段を縮減させる形で法律の留保を解釈することである。そして、これらの法的把握手段の代わりに連邦憲法裁判所によって用いられたのが機能的な把握手段であり、かかる手段を用いて展開される権力分立論がいわゆる「機能的権力分立」なのである。
- (59) BVerfGE 68, 1 (86).
- (60) BVerfGE 68, 1 (85).
- (61) なお、パーシング判決では「本質性理論」は適用されなかつたが、本件の申立人である緑の党会派は、その申立書において外交分野での本質性理論の適用を、カルカー決定を引き合いに出しつつ主張していた。Vgl. *Ulrich K. Preuß*, in: Heyde/Schreiber/Wöhrmann (Hrsg.), Die Nachrüstung vor dem Bundesverfassungsgericht. Dokumentation des Verfahrens, 1986, S. 49 f.
- (62) Z.B. *Ley* (Anm. 58), S. 305; *Andreas von Arnauld*, Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2016), S. 277 Fn. 41.

論 説

- (63) BVerfGE 77, 170, Beschuß des Zweiten Senats vom 29. 10. 1987. 邦語による紹介として、松浦一夫「西ドイツ国内への化学兵器配備に関する連邦憲法裁判所決定」防衛大学校紀要60号（1990年）1頁以下を参照。
- (64) 具体的に異議申立人によって違憲確認の請求があったのは次の事項である。すなわち、「1)連邦政府は、a)ラインラント・プファルツ州、マンハイム周辺地域、およびヘッセン州マイン-キンツィヒ郡における化学兵器の備蓄に同意したこと、b)この兵器の備蓄を許容し、その撤去のための配慮を怠ったこと、c)この兵器の備蓄にあたり十分な安全対策のための配慮を怠ったこと、d)聴聞あるいは他の適正な手続を通じて異議申立人が自らの基本権上保護された利益を主張できるようにするのを怠ったことによって、基本法2条2項に違反した。2)ドイツ連邦議会は、ドイツ連邦共和国領内での化学兵器の備蓄に関する規律を法律形式で公布するのを怠ったことによって、基本法2条2項に違反した」(BVerfGE 77, 170 [176])。
- (65) BVerfGE 77, 170 (230 f.).
- (66) BVerfGE 77, 170 (231).
- (67) BVerfGE 77, 170 (231).
- (68) BVerfGE 77, 170 (231).
- (69) Vgl. *Kleinlein* (Anm. 31), Rn. 400; *von Arnauld* (Anm. 62), S. 277 Fn. 41. もっとも、化学兵器配備決定では、本質性理論とりわけ規律密度の要請に照らして基本法59条2項1文が検討されたことは確かである。それゆえ、*Hettche* (Anm. 49), S. 232のように、本決定はそもそも「一般的な法律の留保、したがってまた本質性理論が原理的には適用できることを前提にしている」と評することもできよう。
- (70) BVerfGE 90, 286, Urteil des Zweiten Senats vom 12. 7. 1994. 邦語による紹介として、山内敏弘「ドイツ連邦軍のNATO域外派兵の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、2006年）366頁以下を参照。
- (71) BVerfGE 90, 286 (357-381).
- (72) *Hans - Joachim Cremer*, Das Verhältnis von Gesetzgeber und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: eine kritische Bestandsaufnahme, in: Geiger (Hrsg.), Neuere Probleme der parlamentarischen Legitimation im Bereich der auswärtigen Gewalt, 2003, S. 20.
- (73) 4名の裁判官（クライン、グラスホフ、キルヒホフ、ヴィンター）による法廷意見についてはBVerfGE 90, 286 (359-372)、同じく4名の裁判官（リンバッハ、ベックンフェルデ、クリウス、ゾンマー）による反対意見についてはBVerfGE 90, 286 (372-378)を参照。

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

- (74) Vgl. BVerfGE 90, 286 (357–359).
- (75) BVerfGE 90, 286 (358).
- (76) Vgl. BVerfGE 90, 286 (364). なお、*Ley* (Anm. 58), S. 306 f. によれば、第一次 AWACS 判決において連邦憲法裁判所は、外交憲法から国防憲法を切り離し、国防上の議会留保を、基本法59条 2 項 1 文からではなく、基本法45a 条（国防委員会）、45b 条（連邦議会の国防受託者）、および87a 条 1 項 2 文（軍隊の勢力および組織の予算案での明示）から導出した。もっとも、ここでの「議会留保」は、法律の形式ではなく、基本法42条 2 項に基づく「単なる議会の決議 (einfacher Bundestagsbeschluss)」である限りにおいて、「法律の留保」とは区別される。国防憲法のもとでの議会留保の展開については、*Hans-Detlef Horn*, in: *Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.)*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, 2. Aufl. 2022, § 34, Rn. 32 Fn. 97 u. Rn. 104 f. を参照。
- (77) このような連邦憲法裁判所の立場とは対照的に、第一次 AWACS 判決でも本質性理論の適用可能性があったことを示す論者もいる。例えば、*Georg Nolte*, Die “neuen Aufgaben” von NATO und WEU: Völker - und verfassungsrechtliche Fragen, *ZaöRV* 54 (1994), S. 116では次のように述べられている。「武力攻撃に対する防衛には用いられない NATO または WEU (西欧同盟) の命令による戦闘部隊投入は、連邦共和国における議会による同盟条約の批准の時点では、実現可能とはみなされていなかった。当該条約の文言と意味が加盟国の安全保障のためのそのような措置を十分可能にするにもかかわらず、いずれかの時点において加盟国の域外でそのような戦闘部隊投入を共同で実施することが具体的に計画されていた、ましてやそれが実際に準備されていたという兆候は見られない。このことから、連邦憲法裁判所は、NATO 条約における広範囲かつ不明確な安全保障機能の今日的更新の中に、『設立条約において構想されていた〔大西洋〕統合計画の本質的変更』を見出さなくてはならなかつたのではないか」。このようなノルテの言説は、*Ley* (Anm. 58), S. 307 Fn. 30によれば、「基本法59条 2 項の範囲内の本質性理論の慎重な適用」である。
- (78) Vgl. *Hettche* (Anm. 49), S. 232 ff.
- (79) Vgl. *Michael H. Müller*, Die innerstaatliche Umsetzung von einseitigen Maßnahmen der Auswärtigen Gewalt, 1994, S. 85 ff.
- (80) Vgl. *Müller* (Anm. 79), S. 86.
- (81) *Müller* (Anm. 79), S. 87.
- (82) *Müller* (Anm. 79), S. 87.
- (83) ミュラー学説に対する批判として、*Hettche* (Anm. 49), S. 237を参照。それによれば、「古典的な介入留保は、民主的に正統化された執行部の場合には意義深

論 説

いものとはみなされず、加えて基本法のもとでは実務でも用いられない歴史的残滓である」。

- (84) *Vöneky* (Anm. 54), Rn. 18.
- (85) Vgl. *Starski* (Anm. 54), Rn. 85; *Kleinlein* (Anm. 31), Rn. 301; *Nettesheim* (Anm. 26), Rn. 107; *Ondolf Rojahn*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 59, Rn. 26; *Möllers* (Anm. 34), S. 528 f.
- (86) *Möllers* (Anm. 34), S. 528 f.
- (87) Vgl. *Volker Röben*, *Außenverfassungsrecht. Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates*, 2007.
- (88) *Röben* (Anm. 87), S. 74.
- (89) *Röben* (Anm. 87), S. 74.
- (90) *Röben* (Anm. 87), S. 76 f.
- (91) *Röben* (Anm. 87), S. 93.
- (92) *Röben* (Anm. 87), S. 93.
- (93) *Röben* (Anm. 87), S. 95. 傍点原文イタリック。
- (94) Transatlantic Trade and Investment Partnership. TTIP 協定の邦語による紹介として、田中友義「TTIP（米 EU・EPA）交渉の現状・課題・展望」石川幸一ほか編著『メガ FTA と世界経済秩序——ポスト TPP の課題』（勁草書房、2016年）49頁以下を参照。
- (95) Vgl. *Wolfgang Weiß*, *Informations- und Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestags bei gemischten Abkommen wie TTIP*, DÖV 2016, S. 661.
- (96) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).
- (97) 基本法23条3項は、「連邦政府は、EUの法定立行為に協働するのに先立ち、連邦議会に態度表明の機会を与える。連邦政府は交渉に際して連邦議会の態度表明を考慮に入る。詳細は法律でこれを定める。」と定める。
- (98) 基本法23条4項は、「連邦参議院は、連邦の意思形成に対応する国内措置に協働しなくてはならない場合、または、諸ラントが国内的に権限を有している場合には、連邦の意思形成に関与するものとする。」と定める。
- (99) Vgl. *Weiß* (Anm. 95), S. 661.
- (100) *Weiß* (Anm. 95), S. 662.
- (101) Vgl. *Bernd Grzeszick/Juliane Hettche*, *Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen*, AöR 141 (2016), S. 225 ff.
- (102) BVerfGE 1, 372 (389).
- (103) *Grzeszick/Hettche* (Anm. 101), S. 254.
- (104) *Grzeszick/Hettche* (Anm. 101), S. 254.

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

- (105) Vgl. *Grzeszick/Hettche* (Anm. 101), S. 255. もっとも、例えばTTIP協定のどの規定から「本質性」が生じるといえるのかについて、ジェシク＝ヘッチエが具体的に述べているわけではない。
- (106) Z.B. *Nettesheim* (Anm. 26), Rn. 107; *Vöneky* (Anm. 54), Rn. 17 f.
- (107) 基本法23条2項は、「EUに関する案件に、連邦議会は協働し、また諸ラントは連邦参議院を通じて協働する。連邦政府は、連邦議会および連邦参議院に対して、包括的にかつ可能な限り早期に情報を提供しなくてはならない。」と定める。
- (108) BVerfGE 90, 286 (381 ff.)
- (109) *Ralf Poscher*, Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008) S. 182 ff.
- (110) *Weiβ* (Anm. 95), S. 667.
- (111) *Weiβ* (Anm. 95), S. 662 ff.
- (112) EU運営条約207条1項から6項は次のように定めている。
(1)共通の通商政策は、統一的な原則に従って形成される。このことはとりわけ、関税率の変更、物品およびサービスの取引に関する関税・通商協定の締結、知的財産の通商的側面、外国直接投資、諸々の自由化措置の統一、輸出政策、およびダンピングや補助金の場合のような通商政策上の保護措置に関して当てはまる。共通の通商政策は、EUの域外取引の原則および目標の枠内において形成される。
(2)EU議会(Europäisches Parlament)およびEU理事会(Rat)は、通常の立法手続に従った規則(Verordnungen)を通じて、共通の通商政策を国内法化するための枠組みを確定するための措置を講じる。
(3)単数または複数の第三国ないしは国際組織と協定について交渉しそれを締結する場合、本条の特別規定に留保して、218条が適用される。
EU委員会(Kommission)は、EU理事会に対して提案(Empfehlungen)を提出する。EU理事会は、必要な交渉を開始するための権限をEU委員会に授ける。EU理事会とEU委員会は、交渉された協定がEUの域内政策および域内規則に合致するよう配慮しなくてはならない。
EU委員会は、EU理事会が任命した支援のための特別委員会と協議のうえ、EU理事会から与えられる指針に従ってこれらの交渉を行う。EU委員会は、交渉の進捗状況について、定期的に特別委員会およびEU議会に報告する。
(4)前項に記された協定の交渉および締結について、EU理事会は特別多数で決定する。
サービス関係、知的財産の通商的側面、または外国直接投資に関する協定の交渉および締結について、当該協定に域内規則の受け入れのために全会一致を

論 説

必要とする規定が含まれている場合には、EU 理事会は全会一致で決定する。EU 理事会はまた、以下の領域における協定の交渉および締結についても全会一致で決定する。

a) 協定が EU における文化的および言語的多様性に影響を及ぼす可能性がある場合には、文化的および視覚的サービスに係る貿易、

b) 協定がこれらのサービスの国家組織に重大な影響を与え、加盟国の提供責任を損なう可能性がある場合には、社会、教育および健康分野に係る貿易。

(5) 運輸分野 (Bereich des Verkehrs) における国際協定の交渉および締結には、第3部第6章および218条が適用される。

(6) 共通の通商政策に関して本条によって付与された権限の行使は、EU と加盟国との間の権限の境界づけには影響せず、条約において調和化(Harmonisierung)が除外されている限りでは、加盟国の法規定の調和化をもたらさない。

(113) EU 運営条約218条1項から6項は次のように定めている（7項以下は省略）。

(1) 207条の特別規定にかかわらず、EU と第三国または国際組織との間の協定 (Übereinkünfte) は、下記の手続に従って交渉され、締結される。

(2) EU 理事会は、交渉開始の権限を与え、交渉指針を定め、署名を承認し、協定を締結する。

(3) EU 委員会、または、計画されている協定が専らあるいは主として共通の外交安全保障政策に関連する場合には EU の外交安全保障政策上級代表は、EU 理事会に提案を提出する。EU 理事会は、交渉開始の権限を付与することについて、および計画されている協定の対象に応じて EU の交渉者または交渉団の長を任命することについて決定する。

(4) EU 理事会は、交渉者の長に指針を与えることができ、また特別委員会を設置することができる。交渉はこの委員会との協議のうえで行われるものとする。

(5) EU 理事会は、交渉者の長の提案に基づき、協定の署名、および必要に応じてその発効前の暫定的な適用を承認する決定を下す。

(6) EU 理事会は、交渉者の長の提案に基づき、協定の締結に関する決定を下す。

共通の外交安全保障政策にのみ関連する協定を除き、EU 理事会は協定の締結についての決定を下す。

a) 以下の場合には、EU 議会の同意を得ることを要する。

i) 連合協定

ii) 人権および基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約への EU の加盟

に関する協定

- iii)協力手続を導入することで特別な制度的枠組みを創設する協定
- iv)EUにとって重大な財政的帰結を伴う協定
- v)通常の立法手続、または、EU議会の同意が必要な場合には、特別の立法手続が適用される領域に関する協定
EU議会とEU理事会は、緊急の場合には、同意の期限を定めることができる。

b)その他の場合には、EU議会の聴聞を必要とする。EU議会は、EU理事会が緊急性に応じて定めることのできる期限内に態度表明を行う。期限内に態度表明が行われなかった場合、EU理事会は決定を下すことができる。

(114) *Weiβ* (Anm. 95), S. 663.

(115) *Weiβ* (Anm. 95), S. 663.

(116) Gesetz für die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBBG) v. 4.7.2013, BGBl I S. 2170.

(117) EU案件協働法1条は次のように定めている。

(1)EU案件において、連邦議会は連邦の意思形成に関与し、態度を表明する権利を有する。
(2)連邦政府は、連邦議会に対して、包括的にかつ可能な限り早期に情報を提供しなくてはならない。

(118) EU案件協働法3条は次のように定めている。

(1)EU案件において、連邦政府は、連邦議会に対して包括的にかつ可能な限り早期に、そして継続的に情報を提供する。この情報提供は、原則として書面にて、文書の送付あるいは連邦政府の報告書の提出によって行われ、加えて口頭で行われることもある。口頭での情報提供はあくまで補足的かつ説明的な役割を果たすにすぎない。連邦政府は、この情報提供によって連邦議会が当該案件に従事可能となることを確保する。

(2)情報提供はとくに、連邦政府の意思形成、EU機関内の審議の準備と進行、EU議会、EU委員会、およびその他のEU加盟国の態度表明ならびに下された決定に関するものである。このことは、全ての協議体および作業部会にも適用される。

(3)情報提供義務には、インフォーマルな閣僚会議、ユーロサミット、ユーログループ、および条約やその他の合意に基づき、EUの法と補完的または他の特別な関係にある機関が開催する審議の準備と進行も含まれる。このことは、全ての協議体および作業部会にも適用される。

論 説

- (4)連邦政府の執行部固有の責任の核心領域は、情報提供義務に影響されない。
- (5)連邦議会は、いずれかの会派または連邦議会の5パーセントの議員が反対した場合を除いて、個別の情報提供を受けないこともできる。
- (119) EU案件協働法6条1項は次のように定めている。
- 連邦政府は、全ての計画を添付文書(Zuleitungsschreiben)とともに連邦議会に送付する(定形送付)。添付文書には、送付される文書に基づいて以下の事項が記載される。
1. 計画の本質的内容および目標設定
 2. 該当する文書がドイツ語で公開される日付
 3. 法的根拠
 4. 適用される手続
 5. 主導する連邦省の名称
- (120) EU案件協働法8条1項は次のように定めている。
- 連邦政府は、自らの計画への関与に先立って、連邦議会に態度表明の機会を与える。これについて連邦政府は、連邦議会に対して、審議の進捗状況について更新された情報を継続的に提供し、態度表明に適した時機を特定できるようにし、また審議の進捗状況からしてどの時機までに態度表明をするのが適切なのかを伝える。
- (121) 2013年6月14日のEU理事会において、EU委員会へのTTIP交渉の委任が「全会一致」で承認された。*Rudolf Streinz, Disputes on TTIP, in: Herrmann/Simma/Streinz (Hrsg.), Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship, Springer 2015, S. 271.*
- (122) *Weiβ* (Anm. 95), S. 663.
- (123) *Weiβ* (Anm. 95), S. 663. なお、2012年6月19日に連邦憲法裁判所は、いかなる国際条約が「EU法と補完関係あるいはその他の特別な緊張関係に立つ国際法上の条約またはその他の取決め」(EU案件協働法5条1項11号)に該当するのかについて、「計画された規律の内容、目標および効果を含めた諸状況の総合的考慮」(BVerfGE 131, 152 [199])に基づいて判断した。
- (124) *Weiβ* (Anm. 95), S. 663.
- (125) なお、TTIP協定に関しては、「閲覧室」という形で同協定の草案を議員が閲覧できたが、ヴァイスによれば、このようなやり方はEU案件協働法の諸規定ひいては基本法23条2項2文に適合しない。なぜならば、これらの規定で要請されている情報調達によって、連邦議会は「根拠をもって決定準備過程に従事し、態度表明を準備する状況」(BVerfGE 131, 152 [212])に置かれるが、議員のメモが許されずまた秘密遵守を義務づけられる閲覧室の設置では、このような状況に

- はならないからである。Vgl. *Weiβ* (Anm. 95), S. 664.
- (126) *Starski* (Anm. 54), Rn. 97. Vgl. auch *Kleinlein* (Anm. 31), Rn. 458.
- (127) 国際条約、とりわけ自由貿易協定とその交渉過程への議会の関与・統制権の問題は、現在の日本においても切実な課題として議論されている。例えば、中川淳司「TPP コンメンタール 第1回（連載開始に当たって）」貿易と関税（2016年10月号）7頁によると、2016年2月4日に日本を含めた12カ国で署名されたTPP（環太平洋パートナーシップ）協定は、それが国民生活に大きな影響を及ぼす規律を含んでいるにもかかわらず、同協定の交渉に参加した各国の申し合せにより、TPP協定の交渉過程に関する資料は公表されていなかった。
- (128) もっとも、イエッッシュは『法律と行政』の中で法律と国政 (Regierung) をめぐる権限関係は同書の関心事ではないと明言していた。すなわち、*Jesch* (Anm. 2), S. 205では次のように述べられている。「こうした〔立憲君主制下における〕憲法構造は決定的に転換した。基本法の憲法秩序のもとではもはや執行部のためのいかなる権限推定も存在しない。ゆえに執行部はかつての行為の自由を失った。執行部は、立憲主義的に制約されるだけではもはなく、その全ての権能をまずもって憲法から授かるのである。それに加えて執行部は、基本法秩序の構造によれば——自立的であるが本稿の関心事ではない国政に係る諸作用 (Regierungsfunktionen) は別にして——、行政府 (Verwaltung) として真の執行する権力 (echte vollziehende Gewalt) になったのであり、したがって憲法自体が十分な権限を執行部に割り当てていない限りで、全ての行為形式に関して、議会による授権に依拠する」(傍点引用者)。しかし、イエッッシュのような政府の把握 (つまり「自立的」な政府) は、とくに2000年代以降のドイツ公法学の理論的進展の中で、政府の自立性に批判的なメラースやポッシャーの学説によって乗り越えられたように思われる。
- (129) Z.B. *Franz Reimer*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 11, Rn. 48 f; *Helmut Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 113; *Eberhard Schmidt-Assmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2006, S. 190, Rn. 21 ff.
- (130) *Schmidt-Assmann* (Anm. 129), S. 191, Rn. 22. 同書の引用に際しては、エバーハルト・シュミット・アスマン（太田匡彦＝大橋洋一＝山本隆司訳）『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版会、2006年）193頁も参照した。シュミット＝アスマンによれば、引用文で挙げられている「機能的視点」を「本質性」の視点に対置させたのがいわゆる「機能的権力分立論 (funktionelle Gewaltenteilung)」を提示した連邦憲法裁判所のパーシング判決である (vgl. *Schmidt-Assmann*, a.a.O.,

S. 191, Rn. 22 Fn. 65)。そしてこの「機能的視点」延いては「機能的権力分立」をドグマティクの観点から批判し、権力分立を「権力区分」——より一般的にかつ「機能的権力分立」との対比を踏まえて表現するならば「作用的権力分立論 (funktionelle Gewaltenteilung)」——として再構成したのが、今日のドイツ公法学の通説的論者の人であるメラースである (vgl. *Christoph Möllers, Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, 2005, S. 74)。なお、今日の日本憲法学では、メラースの批判した「機能的権力分立論」のもとで解釈論が展開される場合がある。その典型例として、村西良太『執政機関としての議会』(有斐閣、2011年) 245頁における次のような叙述を挙げることができる。「かかる機能的な観点から日本国憲法73条3号（国会の承認権）を読みなおすと、どうなるだろうか。芦部の所説を顧みるならば、そこにいう『協働』は、国会が内閣に条約の締結を『授権』することを意味するようである。しかしながら、機能的観点にもとづいて上記憲法規定を解釈するならば、内閣は国会による『授権』を待つまでもなく——内閣に適した権限として——条約締結権を有しており、国会の承認権はいわば『条約締結阻止権』にとどまると解されるべきではなかろうか。そうだとすれば、国会の『条約修正権』は認められない。国会の修正に沿って相手国と再交渉する法的義務を内閣に課すことは、少なくとも条約締結権の一部を国会に移譲するに等しく、73条3号の趣旨に反するというべきである」。

- (131) *Starski* (Anm. 54), Rn. 77. なお、引用文の「まさに貫徹され得なかった」箇所には脚註511が付されており、「Schulze-Fielitz in Dreier Art. 20 Rn. 108」と記されている。それによれば、「まさに貫徹され得なかった」というのは具体的には、連邦憲法裁判所のパーシング判決 (BVerfGE 68, 1) の中で執行部の「核心領域」との関連で「権力一元主義」が批判されたことを念頭において、「権力一元主義」が実際に連邦憲法裁判所の判決でも「まさに貫徹され得なかった」ことを意味する。すなわち、パーシング判決によれば、「基本法が保障しようとしている国家権力の分配と緩和についての具体的秩序は、すべてを包括する議会留保の形で民主制原理から誤って導出された権力一元主義によって掘り崩されてはならない。政府の対議会責任の原則も、〔具体的秩序からして〕必然的に、執行部固有の責任の核心領域を前提にしている」 (BVerfGE 68, 1 [87])。傍点引用者。
- (132) 前述第2章第3節第2款の「本質性理論のもとでの法律事項的条約の解釈」を参照。
- (133) *Christoph Möllers, Demokratie*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, 2021, § 5, Rn. 59.

(134) Vgl. Jesch (Anm. 2), S. 171.

(135) Jesch (Anm. 2), S. 205.

(136) かような本質性理論の本旨からすると、「本質性」というメルクマールが依然として不明確であるとの批判（シュミット＝アスマン）は、「本質性」という当該理論につけられた標語的ネーミングに引きずられすぎており、本質性理論のまさに本質を捉えた批判にはなっていないように思われる。また、本質性理論が「権力一元主義」をもたらしてしまうとの批判（シュタースキー）に関しては、憲法41条で国会が「唯一の立法機関」と定められていることによって、「法律制定」（総司令部草案40条）のみならずおよそ「立法」について日本国憲法はまさに「権力一元主義」を採用したといえよう。

さらに、これまで日本公法学は、侵害留保説の対極に全部留保説を位置づけ、後者をイエッシュの学説と同一視してきた。この従来の見方によれば、法律の留保は、侵害留保説を維持しつつ、本質性理論（別称としての「重要事項留保説」）、全部留保説の順に、法律による授権の範囲を量的に拡張するものとして捉えられてきた。そしてかかる見方に基づいて、全部留保説に対して——またこれと同一視されたイエッシュ学説に対して——憲法学からも行政法学からも批判が向かってきたのである。しかし、本稿で明らかにしたイエッシュの法律の留保理解によれば、「本来的に自由な行政」観に基づいていた侵害留保説は、憲法構造の転換によって克服されたのである。そして侵害留保説とは質的に異なる本質性理論の本旨をイエッシュは説いたのである。イエッシュの学説を明示的に引用していた連邦憲法裁判所のカルカー決定の表現を借りれば、本質性理論によって立法者は、「〔自由と財産への〕介入」のメルクマールから解放されて、つまり侵害留保説から解放されて、「すべての本質的決定を自ら行うこと」を義務づけられるようになったわけである。ゆえに、基本法のもとでの法律の留保学説は、侵害留保説を克服し、それとは質的に全く異なる本質性理論（イエッシュ学説）として通用するようになったと理解すべきであろう。

(137) 毛利透『統治構造の憲法論』（岩波書店、2014年）250頁。

(138) 藤田宙靖『新版 行政法総論 上』（青林書院、2020年）95頁。

(139) 高田篤「議会制についての憲法理論的・憲法科学的省察」憲法問題17（2006年）118頁によれば、本質性理論は「日本の行政法学においても支持を広げているが、民主制の事項的・内容的正統性の要請から見ても、また、人権にかかわる事項が『本質的』事項とされる場合については立憲主義・法治主義から見ても、日本国憲法に適合的であると思われる」。

(140) 清宮四郎『憲法I（第3版）』（有斐閣、1979年）203頁。

(141) 上田章・浅野一郎『憲法』（ぎょうせい、1993年）67頁。同頁によれば、憲法

論 説

41条の「最高機関としての権限」とは、最高機関として与するにふさわしい『本質的な事項』を決定する権限である。

- (142) 周知のとおり、「国権の最高機関」論についての代表的学説は、「政治的美称説」と「統括機関説」である。これらの学説や「本質的機関説」を含む「国権の最高機関」論を包括的に検討した文献として、土井真一「『国権の最高機関』論の再検討」法学論叢148号5・6号(2001年)283頁以下を参照。同329頁では、「『国権の最高機関』に関する問題は、従来の学説の中で検討されてきた争点のみに限定されるわけではない。新たな理論的課題を設定し、国会をめぐる様々な問題との関連を考察する必要もあるう」と述べられており、「本質的機関説」を含めた従来の「国権の最高機関」論をさらに具体的に展開する余地があることが示されている。
- (143) 大石眞「憲法と条約締結承認問題」(初出1999年) 同『統治機構の憲法構想』(法律文化社、2016年) 181頁、毛利・前掲註(137)251頁、石川健治「政府と行政」法学教室245号(2001年) 79頁、清宮・前掲註(140)444頁。
- (144) 高田篤「法律事項」小山剛=駒村圭吾編『論点探求 憲法(第2版)』(弘文堂、2013年) 318頁以下を参照。
- (145) 棟居快行「序—我が国の議院内閣制と国会による行政統制」「国会による行政統制」国立国会図書館調査及び立法考査局(2015年)13頁では、「日本国憲法の下で、議会留保が可能か」との問題意識が示されていた。本稿で検討したように、憲法41条に本質性理論の本旨が内在していると理解できるならば、この問い合わせ肯定的に答えることができるようと思われる。
- (146) 外交実務上の課題として第一に、条約締結過程への国会の実質的関与の問題がある。これについて、例えば毛利・前掲註(137)252頁によれば、「実務上は国会に提出される議案は『条約の締結』についての承認を求めるものであり、条約自体は付属資料に過ぎない。国会にはイエスかノーかの選択肢しかない、といいういのが実務の当然の前提となっている。これは、条約締結権はあくまでも内閣にあるという、憲法73条3号の素直な解釈の帰結である」。しかし、本稿で提示したように、条約をめぐる政府と議会の権限関係が根本的に転換したと考えができるのであれば、その根拠となる憲法41条のもとで憲法73条3号を解釈し、その際に「国会の承認」の対象を、条約の締結のみならず、条約それ自体にまで拡げ、これによって条約締結段階よりも早い段階での国会の関与を憲法上の要請とする解釈論も可能であるようと思われる。そのうえで、条約それ自体を国会が承認するためには、条約締結過程の早期の段階(例えば条約文が確定される前の段階)から国会が、条約についての情報を得て、必要な検討・批判をするなどして関与する必要がある。グローバル化が進展し、多くのルール形成がグローバルな

条約をめぐる権限関係論のパラダイムシフト

文脈でなされる中で、政府間の長い交渉の末に固められた条約内容に対して、事後的に承認（または不承認）するという対応だけでは、その後の国会の立法活動にかんがみても、実効的な統制ができるないからである。かかる早期の国会関与の必要性にかんがみて、憲法72条で「内閣総理大臣は〔…〕外交関係について国会に報告」することになっていると解することもできよう。なお、条約締結過程については、松田誠「実務としての条約締結手続」新世代法政策学研究10号（2011年）320頁以下を参照。

第二に、「大平三原則」の運用に関する課題について、植木俊哉「日米『密約』問題をめぐる国際法規範と憲法規範」ジャーリスト1418号（2011年）66頁では次のように指摘されている。「ある条約が『国会承認条約』に該当するのか否かを判断する基準としてこの3原則を用いる場合にも、国会に対して承認を求める必要があるか否かの判断を第一次的には内閣自身が行う場合には、日本国が締結する『国会承認条約』の範囲が慣行上狭められていく可能性は否定できない。実際に、毎年の通常国会及び臨時国会において国会承認に付される条約の数は、近年増加せず、むしろ逆に減少傾向にある」。また、条約締結実務の実態においては、締結する国際約束が国会承認条約となるのか、あるいは行政取極となるのかについては、外務省の「政策的な考慮」のもとで判断される（小松一郎『実践国際法（第3版）』（信山社、2022年）282-283頁を参照）。こうした実務上の課題の背景には、条約締結権を政府の専権とみなす考え方があるように思われる。国会の承認を求める必要があるか否かの判断を「第一次的には内閣自身が行う」であるとか、外務省の「政策的な考慮」のもとで判断するなどの外交事務は、こうした政府の専権としての条約締結権という伝統的な考え方の表れであろう。しかし、条約をめぐる政府と議会の権限関係の転換を前提にすれば、憲法73条3号に従って締結される国際約束が国会承認条約となるか否かについて、政府単独で判断や政策的考慮を行うのではなく、国会の承認の際に、第一に述べた国会の早期における関与のうえで、大平三原則を実効あるものとするために、国会自らが審議し、意思決定を行うことが憲法41条からして要請されよう。

*本研究は、JSPS 科研費22K13282の助成を受けたものである。