



Title	執行権の憲法的構成（一）：ドイツ公法学における「外交行為」の法的構成
Author(s)	磯村, 晃
Citation	阪大法学. 2014, 64(2), p. 183-212
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71505
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

執行権の憲法的構成（二）

——ドイツ公法学における「外交行為」の法的構成——

磯
村

晃

はじめに

第一章 自己決定に定位した権力区分による構成

第一節 基本法二〇条二項二文に基づく判別規準としての権力区分

第二節 権力区分の法理論的洞察と執行権

第三節 立法権による法創設形式としての外交行為（以上本号）

第二章 実定憲法内在的構成

第一節 実定憲法上の諸規範全体に規律された「権力分立」

第二節 執行機関、執行作用、事実上の執行権

第三節 実定憲法内在的な議会の関与権の導出

おわりに

はじめに

明治期以来、行政権概念について、憲法学の伝統的学説は、控除説を採用してきた。この控除説によれば、日本国憲法七三条に掲げられた「外交関係进行处理すること」(二号)や「条約を締結すること」(三号)は、かつて天皇の統治権総攬のもとにあった国家作用から立法および司法が分離した後に残った作用であり、現行憲法下においてそれらは内閣の手に移されることで、憲法六五条にいう「行政権」に集中していると説明される。⁽¹⁾ これまで伝統的学説によって、条約の締結を含む外交関係処理(以下「外交行為」)が内閣の専権とされてきたのは、同学説による行政権概念の控除説的理解によるところが大きい。

周知のように、この控除説に対しては予てより批判がなされてきたのであり、同説を乗り越えようとする学問的営為は、現在に至るまで継続されている。就中、一九九〇年代における行政改革の要諦として唱えられた「内閣機能の強化」論をはじめとして、控除説批判を展開する学説は、現在の憲法学において、行政権概念を再構成する有力説の一翼を担っているといえよう。⁽³⁾ これらの有力説は、憲法六五条にいう「行政権」に「高度の統治作用」を読み込むこと⁽⁴⁾で、あるいは、それを「自由で創造的な『政治』の作用」である「執政権」と読み替えることで、予算や防衛とともに外交をやはり行政権に帰属せしめている。⁽⁶⁾ したがって、右の諸説いずれを採っても、「外交行為」は、専ら政府に帰属するものとされるのである。

ところが、「外交行為」の中には、本来的に議会で決定されるべき重要な事項を政府間交渉において規律するような行為も普く存在する。⁽⁸⁾ しかも、そうした規律の中には、例えば「テロ対策」や「国際テロの防止」などを名目にした国家・警察権力による基本権介入を惹起し得るものも含まれている。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾ このような外交行為は、グローバル化な

どの進展を背景に質的にも量的にも強大化している執行権の典型^①として、憲法学における普遍的課題とされているのである。これらの外交行為までもが政府の専権とされるのであれば、本来議会が有すべき権限の一部を執行府が恒常的に手中に収めること（いわゆる「二元的立法構造」）を正当化することにもなりかねず、これによって普遍的な課題を克服するどころか、それをさらに深刻化させる危険性すらあるように思われるのである。

以上の問題意識に基づき、伝統的学説や近年の有力説とは別の議論枠組みに依拠して、現行憲法下における行政権を再構成するというのが将来の研究目標である。かような研究の一部をなす本稿では、比較法的手段を用いて、このような行政権構成が探究される。その際、本稿が参照するのは、ドイツ公法学において一般化した「権力分立」を批判し得る近年の学説である。ドイツ公法学においては、「権力分立」が執行権独自の形成領域を正当化する論拠とされてきたのであり、「外交行為」の多くも斯かる領域に属するものとして執行府の専権とみなされてきた。しかし他方で、執行権の自立性の主張にとって有利となり得るこの「権力分立」に対しては、それを批判する学説も有力な論者によって展開されている。これらの学説を参照することで、権力分立批判に依拠した執行権の構成を研究し、さらにその構成に基づく「外交行為」が執行府の専権であるとの帰結には必ずしも至らないことを、本稿では明らかにすることにした。

ドイツ公法学における権力分立批判は、法実証主義が台頭し始めたとされる一九世紀後半以降、消長をみせながらも現在に至るまで継続的になされてきた。殊に近年では、この批判論の枠組みにおいても、ドイツ公法学が如実に直面している国際化・ヨーロッパ化による規律現象に対して、積極的な理論化が試みられている^②。すなわち、一方で、かつて「権力分立」の「政治性」を剔抉したハンス・ケルゼン^③（Hans Kelsen）の学説を再評価する動きが一部でみられ（「ケルゼン・ルネッサンス」^④）、こうした動向の中で法治国家原理を相対化させた理論化の試みが看

取される。その典型として、クリストフ・メラース (Christoph Möllers) による理論を取り上げることとする (第一章)。他方で、古典的な法治国家原理を堅持しながらも、民主制原理については、従来のように国際化・ヨーロッパ化による規律現象に対して敵対的・消極的になるのではなく、⁽¹⁴⁾ 協調的・積極的に当該現象を理論構築の射程に入れた上で、同原理を相対化させた理論化の試みが看取される。その典型として、ラルフ・ポッシャー (Ralf Poscher) による理論を取り上げることとする (第二章)。ドイツ公法学の画期を成し得る典型的な理論の構成を分析することは、さらなる研究課題を遂行してゆくための基盤となり得るという意味でも必要不可欠である (おわりに)。

第一章 自己決定に定位した権力区分による構成

ドイツ公法学において、「権力分立」の命題とされているのは、ドイツ連邦共和国基本法 (以下「基本法」) 二〇条二項二文である。一九八四年二月一八日のドイツ連邦憲法裁判所第二法廷判決によれば、⁽¹⁵⁾ 「そこ『基本法二〇条二項―引用者註』に根本命題として規範化された、権力の組織的・作用的な区別と分離は、……国家による決定が可能な限り適正に、すなわち、その決定にとって、組織、構成、作用および手続からして最もよい条件を有している機関によって下されることを指向している」。⁽¹⁶⁾ このような権力分立の定式は、その後の判決でも度々援用され、⁽¹⁷⁾ 既に一般的な教科書やコンメンタールにも普及している。⁽¹⁸⁾

ドイツ公法学において一般化したこの権力分立定式に対して、メラースは、「この定式によって当面の進路は定められるが、それ以上のことはほとんど言われない」と批判する。⁽¹⁹⁾ メラースがこのように批判するのは、この定式では『「適正」あるいは『機能性 (Funktionalität)』の判別規準が前提条件として必要とされるものの、そのよう

な判別規準は、展開されていなければ、論拠づけられてもいない」からである。⁽²⁰⁾ 適正や機能性の判別規準（これらは「適合性の判別規準（*Kriterien der Angemessenheit*）」と総称されている）⁽²¹⁾ は、法学以外の学問分野によって根拠づけられ論拠づけられることもあり得るが、メラースは、これについても、「適合性の判別規準を根拠づけそして論拠づけるために、組織社会学の定理や費用便益分析に手を出してはならない」と批判する。⁽²²⁾ このように批判するメラースによると、「機能性」は、次のようにして明らかにされる。「この定式において要求されている機能性というのは、予め与えられた基本法の諸規定から規範的にのみ明らかにされ得る。つまり、なおより詳細に展開するつもりであるが、法治国家性や民主制の意味層（*Bedeutungsschichten*）から明らかにされ得る」⁽²³⁾。したがって、メラース理論においては、定式において前提条件として必要とされる「適正」や「機能性」の判別規準が、法学のみに依拠して導出されるのである。

第二節 基本法二〇条二文に基づく判別規準としての権力区分——権力分立理解

「適正」や「機能性」の判別規準は、具体的には、法治国家原理および民主制原理の「体系的な連関」に基づく「自己決定」に定位して解釈される基本法二〇条二文によって、法的に論拠づけられる。この法的に論拠づけられた判別規準は、メラース理論において、権力区分（*Gewaltengliederung*）と呼ばれる。⁽²⁴⁾ 本節では、「適正」や「機能性」の実定憲法に基づく判別規準すなわち権力区分が、法的に論拠づけられる過程に着目することで、メラース理論の基礎を明らかにする。

第一款 民主制と法治国家性の補完関係

メラースによると、民主制および法治国家性は、「規範的に等価値」であり、また両者は、一方が他方に優位す

るような「序列関係」にあるのではなく、「相互に補い合う」関係にあるとされる。つまり、一方で、民主制がそれに相応しい手続を要請することで、法治国家性は補われる。なぜなら、「法形式は、それが民主制による手続において成立したという理由でのみ、承認を要求し得る」からである。他方で、この民主制による手続によって成立した諸規律の遵守を法治国家性が要請することで、民主制は結果的に補われる。なぜなら、「民主制的正統化は、民主制的に構成された規律の遵守、例えば、自由かつ平等な選挙権を認めることによってのみ成立する」が、仮に「これらの規律に違反したならば、結果として、違法であるのみならず、民主制的正統化の要請の喪失を伴うことになる」からである。⁽²⁵⁾ ゆえに、民主制原理および法治国家原理についても、双方が連関するように理解される。ここで重要なのは、法治国家原理それ自体として理解される「客観的憲法原則 (objektiver Verfassungsgrundsatz)」の視点が、「法治国家原理について一般に認められた内容に体系的な連関を与えるために」⁽²⁶⁾ 相対化され、「個人の主観的権利の担い手」という別のより包括的な視点が重視されることである。⁽²⁶⁾

第二款 「自己決定」に定位した民主制原理と法治国家原理

まず、民主制原理について、その基点となるのは、「集团的自己決定」である。なぜなら、「民主制原理によって義務づけられるのは、すべての国家活動が、平等な集团的意識形成過程に還元されることである (基本法二〇条二項一文)」⁽²⁷⁾ からである。次に、法治国家原理については、「法治国家原理の様々な断面は、――介入に関連した法律の留保から、始原的な基本権保護の保障、比例性の原理、裁判所の独立を通じて、権利保護の保障に至るまで――全てひつくるめて、個人の自由の行使を保護することへ還元される」と⁽²⁸⁾ 理解される。なぜなら、「たしかに、法治国家原理は、それ自体としては、一つの客観的憲法原則である」ものの、「法治国家原理の一般に認められた内容に、体系的な連関を与えるためには、個人の主観的権利の担い手という視点に立たねばならない」⁽²⁹⁾ からである。このよう

な視点に立つことによって、「権利の担い手は、国家による支配の行使に因む法治国家原理に基づき、法的安定性、合法性（Gesetzmäßigkeit）あるいは形式の厳格さを通じての予見可能性のような特定の法的諸特質（Qualitäten）、ならびに、独立の裁判所によるこれらの法的諸特質のコントロールを、自らに固有の法的立場に目を向けて、期待し得る」とされる⁽³⁰⁾。このような「個人の主観的権利の担い手という視点」を重視した法治国家原理の理解に基づいて、「個人の自由の行使」は、「個人的自己決定」に置き換えられる。これらの「集団的自己決定」および「個人的自己決定」によって、法が創設されるが、そのためには、組織および手続が保障されなければならない。

第三款 基本法二〇条二項二文の解釈

実定憲法上、「集団的自己決定」と「個人的自己決定」とを並立させるための「組織・手続形成」を担保する規定が、基本法二〇条二項二文であるとされる。すなわち、メラースによると、「基本法二〇条二項二文は、自己決定の二つの形式の並立、つまり個人の自由と民主制的自己統治の並立を可能にしました保護する、国家の組織・手続形成を保障している」⁽³¹⁾。これら二つの自己決定の基礎となるのは、基本法一条一項によって要請される「人間の人格性」であるとされ、これによって基本法二〇条二項二文に「自律的意思形成」が規範的に従属せられる。さらに、「この自律的意思形成を、基本法二〇条二項二文は、個人的には自律的意思形成それ自体として（基本法二条一項）、集団的には民主制的正統化主体の構成員として（基本法二〇条二項一文）、追求し得る」とされる⁽³³⁾。このように、「人間の尊厳」が、「個人的自己決定」のみならず、「集団的自己決定」をも基礎づけるとされる理由は、「人間の尊厳が基盤としての役割を果たすことから、規範的な個人主義が導かれるのであるが、これは、個人的自己決定が民主制的自己決定に優位しているという意味」ではなく、「むしろ、自己決定についての両方の形式が、人間の尊厳によって保護された人格性の構想に立脚している」と理解されるからである⁽³⁴⁾。以上のことから、「基本法二〇

条二項二文は、個人の自由の法治主義的保護と集团的民主制的自己決定とを、組織および手続法上しつかり絡み合わせる独自の組織規律である」と解釈される⁽³⁵⁾。基本法二〇条二項二文が、「実定憲法上の権力区分の根本命題」とされる理由は、判別規準としての権力区分が、自己決定に定位して解釈された基本法二〇条二項二文によって法的に根拠づけられることとされるからである。換言すると、基本法二〇条二項二文を根拠にして初めて、つまり、当該規定が「個人の自由の法治主義的保護と集团的民主制的自己決定とを、組織および手続法上しつかり絡み合わせる独自の組織規律である」と解釈されることによって、「個人の自由の法治主義的保護」および「集团的民主制的自己決定」を担う機関を判別する規準たる権力区分が、規範論の枠内で展開され得るのである。

第四款 権力区分の構成要素

この権力区分は、次のような諸規準から構成される。すなわち、第一に、「創設された法の射程」による規準である。これは、創設された法の規律対象が個別化されているのかあるいは一般化されているのかを問題にする規準である。第二に、「創設された法の時間との関連づけ」による規準である。これは、創設された法がどの程度まで過去あるいは未来に向けられているかを問題にする規準である。第三に、「法創設手続それ自体の法化」による規準である。これは、法創設手続が法的に決められているのかあるいは開かれているのかを問題にする規準である⁽³⁶⁾。これらの規準によると、一方で、「個人の自由の法治主義的保護」は、「個人化された射程を伴って回顧的にかつ法的尺度を基礎にしてのみ決まるような組織および手続配置 (Organisations-und Verfahrensarrangements)」を有する機関によって担われる⁽³⁷⁾。他方で、「集团的民主制的自己決定」は、「民主制的な正統化の主体を表現する形式として、全てを包容する可能性を有しており、一般的でありまた包含的であり、開かれた民主制的意思形成として未来に関連づけられ、さらに実質的にできる限り法によって規定されない」機関によって担われる⁽³⁸⁾。要するに、一方

で司法 (Judikative) は、個別化している、回顧的な、法で決められた⁽³⁹⁾法創設であり、他方で立法 (Legislative) は、一般化している、未来に関連づけられた、開かれた⁽⁴⁰⁾法創設であると特徴づけられる。そして、執行 (Exekutive) は、二つに区分された司法および立法による法創設の間を、法の段階的な具体化を通じて媒介する⁽⁴¹⁾様々な位相から成る法創設であるとされる。次節では、権力区分の適用によって、国家権力とりわけ執行権が法創設として理解される論拠を明らかにする。

第二節 権力区分の法理論的洞察と執行権——執行権理解

権力区分の適用に際して、他の権力と同様に、執行権も「法創設」として把握される。その論拠を明らかにするためには、メラースによる「権力区分の法理論的洞察」にまずは立ち戻る必要がある。この法理論的洞察から国家権力を法創設として把握する論拠が明らかにされることで、前節で述べられた基本法二〇条二項二文に基づく権力区分を、ドグマーティッシュに展開するための理論的条件が整う。そして、この法理論的洞察は、国家権力に対する権力区分の適用を通じて行われる。このことを、メラースによる執行権の把握を通じて明らかにするのが、本節の課題である。

第一款 国家権力を「法創設」として把握する論拠

メラースが国家権力を「法創設」と把握する論拠は、国家権力を実定憲法によって構造化することにある。たしかに、憲法による構造化は、古典的権力分立学説によってもなされてきた。そこで構造化されたのは「力の行使」であった。しかし、メラースによれば、このような構造化は「法的には全く役に立たない」とされる。なぜなら、「政治の領域における力は、およそ法形式と同一視され得ない」ことが例示するように、「力とは、法形式を必ず

しも使用しなくてよい主観的な活動領域の拡大」だからである。つまり、裁判所や下級行政官庁は、「法を適用するだけ」ではなく、「主観的な活動領域」を拡大し得るのであり、古典的権力分立学説によれば法形式を必ずしも使用しなくてよいとされていたこの領域も、構造化を要するのである。とりわけ、ヨーロッパ化・グローバル化の進展が著しい現在において、超国家的・国際的組織が重要な決定を行う場面が増加しているが、これらの組織それ自体には、「独自の執行装置が欠けており、またそれと同時に、物理的な権力行使の可能性も欠けている」⁽⁴²⁾。「力の行使」を構造化の対象としていた従来の古典的権力分立学説では、こうした高権の担い手の活動を、憲法によって構造化することができない。なぜなら、「高権の担い手の特権 (Privileg)」⁽⁴³⁾というのは、「社会の力や物理的権力の行使に存するのではなく、さらに社会の最高の力の保持においても存せず、一方的な法創設 (einseitigen Erzeugung von Recht) において存する」からである⁽⁴³⁾。

ゆえに、従来とは異なる実定憲法による構造化、すなわち、一方的な法創設を含む全ての国家権力を「法形式と同一視」し得るような構造化を、「別の糸口」から見出さなければならぬ。その糸口とされるのが、国家机关の組織および手続を「創設された法の規律内容」と関連づけて判別する規準としての権力区分という概念である。⁽⁴⁴⁾この権力区分の概念において、「あらゆる権力は、法の創設に自立的に貢献している」とされる。「民主制原理の場合と同じように、国家権力とはすなわち、決定の性格を伴った全ての帰責し得る活動」であると把握されるのである。⁽⁴⁵⁾こうした「三権力すべての法創設効果への洞察」によって、「裁判所判決あるいは行政行為ですら、法律の非自立的な適用ではまったくなく、独自の決定の性格および独自の法的帰結を伴った具体化なのであり、この点において、カテゴリー的に立法に比肩し得る」とされる。⁽⁴⁶⁾ゆえに権力区分は、概念上、「法創設の手続および組織を、創設された法の規律内容と関連づける判別規準」とされ、この適用にあたっては、執行権も「法創設」として把握されるこ

となる。

第二款 執行権に対する権力区分の適用

権力区分によると、執行権は、二つに区別された立法権および司法権による法創設の間を法の段階的な具体化を通じて媒介する法創設であり、これは様々な位相から成るとされる。執行権がこのような法創設として判別される理由は、その「組織的多様さ」に求められる。すなわち、執行権は、「政治的に形成されている連邦政府」と「決定余地が一切ない実行的な官吏」との間において多様な組織を有しており、「この組織的多様さが、執行権に、法創設の二極である立法と司法の間を機能的に媒介するという任務を負わせる」のである。⁽⁴⁷⁾ 伝統的には、「執行権を片的に、政治的形成者として立法権の近くへもって行く、あるいは、法に羈束された適用者として裁判の近くへもっていく試み」がなされてきた。⁽⁴⁸⁾ しかし、メラースによると、こうした試みは、「形成者と適用者の両要素が執行権に必要不可欠の部分であるとの理解を正當に評価していない」として批判される。この立法権および司法権の間を「機能的に媒介する」という任務によって、「異なる位相に基づく段階づけられた」法創設が可能とされる。というのも、執行権は、「一方での、法律案の提出者として（基本法七六条第一選択肢）あるいは法規命令の制定者（基本法八〇条一項一文）としての連邦政府の活動と、他方での、行政行為を通じての個別事例の決定との間」で、様々な位相に基づいて法を創設するからである。つまり、「執行による法創設の作用的属性は、準・立法（Quasi-legislativen）から準・司法（Quasi-judikativen）へと変動する」のである。⁽⁵⁰⁾ 「法的羈束の強度が増してゆき、決定がより個別化されたものとなり、法の現在化や実行行為における現実性をともなう達成される時間的方向づけは現在へと近づいて」ゆき、「最終的に、不服申立手続のような自己コントロールの形式での執行活動が、過去と関連づけて行われる」という段階的な具体化の過程において、法の創設が行われているとされる。⁽⁵¹⁾

もつとも、この段階的な具体化の過程において、「個別事例への指示権限 (Einzelweisungsbefugnisse)」を行使し得るような執行権の「自立性」は、一切要請されていない。たしかに、「通常の場合、様々な具体化段階の間での連関は、集団的責任を民主制的に負う機関を頂点とするヒエラルヒー的構造によって確保される⁽⁵²⁾」。しかし、メラーズによると、「基本法二〇条二項二文は、民主制原理を考慮して議論されるような個別事例への指示権限を、執行権の範囲内では、一切要請していない」とされる⁽⁵³⁾。執行権の様々な位相が「法律に基づく規準を個別事例にまで連続的に具体化するべきである」とされるメラーズの理論において、執行権に自立性が認められるとすれば、それは個別事例への指示権限を行使し得る自立性ではなく、「執行の様々な位相における具体化遂行力の自立性 (Eigenständigkeit der Konkretisierungsleistung)」なのである⁽⁵⁴⁾。メラーズの理論において、執行権の具体化遂行力の自立性が説かれる意義は、各位相において決定が自立的に遂行されることで、媒介を抜きにした決定の遂行を回避することにある。ゆえに例えば、内閣のような立法権に近い位相において、司法権に近い位相における個別事例についての決定を留保することは、憲法違反ではないものの、基本法二〇条二項二文の理念に相応しないとされる。なぜなら、そのような決定の留保は、中間の位相における決定を媒介しておらず、したがってまた当該位相の自立性も確保されないゆえに、法創設過程における段階づけられた決定の具体化が「法的具体化の順序」に沿って遂行され得ないことになるからである。

第三款 「外交権」の理解

ドイツの伝統的な権力分立論によれば、「外交行為」は、執行権に整序される。このことを、連邦憲法裁判所も、次のように論拠づけていた。すなわち、「外交の機会において、中核的な執行権的性質の決定権限を、連邦議会に——基本法において当該議会に整序された権限を超えて——整序することで、政治的な力の集中が起こってしまうが、

そのような集中は、力の分配、責任およびコントロールという現在の基本法によって規範化されている構造に反してしまふ⁽⁵⁵⁾と。

しかし、メラースによれば、「政府間交渉の場面における国際法的義務の成立は、もはやその場面の経過からして議会による形成からも、裁判所によるコントロールからも、逃れている」のであり、「諸々の拘束の実質的な確定 (Fixierung) は、あまりにも早期に成立する⁽⁵⁶⁾」。メラースは、こうした状況把握に基づき、「外交行為」とりわけ「条約の締結」を正統化の観点から問題視する⁽⁵⁷⁾。すなわち、外交行為の執行権への整序は、「正統化と関連づけられた権力区分の理論」に相応せず、説得力にも欠ける。その理由は、「国際法的な効力を有する外交権の行為に際して、通常、実質的に問題となるのは、――国内関連においてと同じように――潜在的な一般性、未来との関連および開かれた法創設過程を特徴づけている立法権による法創設の形式である」からである⁽⁵⁸⁾。次節では、権力区分の適用によって、外交行為が「立法権による法創設形式」とされる論拠をより詳細にみていくことにする。

第三節 立法権による法創設形式としての外交行為――政府の外交行為に対する実定憲法上の要請

まず、外交行為が「潜在的な一般性」を伴うのは、外交行為によって成立させられる国際法上の義務が、「国家主体の背後にいる全ての法主体にも間接的に課せられる、すなわち、如何なる場合でも課せられる可能性がある」からである。というのも、国際法上の義務というのは、「当該義務が個々人の法関係を一切基礎づけていない場合でも、具体的には、義務を負った国家法主体の民主的に正統化された機関に向けられており、それによって、当該国際法主体の民主制的な自己決定の選択肢を制約するからである」。次に、外交行為が「未来との連関」によって特徴づけられるのは、このような外交行為による国際法上の義務の「創律 (Begründung)」によって、「法主

体としての国家が完全に拘束されるのだから、この創律は、潜在的な一般性の高い程度を示しているのであり、この程度は、通常、未来と関連づけられて上げられる」からである。さらに、外交行為は、「開かれた法創設過程」によって特徴づけられる。なぜなら、「国際司法裁判所規約三八条の意味における国際法は、その拘束を、より高位の規範との推論連関によってではなく、法創設に関与した全てのあるいは多くの国際法主体の意思形成によって関連づける」からである。⁽⁵⁹⁾

一九八四年の連邦憲法裁判所第二法廷判決においては、執行府の中核的形成領域を擁護するような基本法二〇条二項二文の解釈に照らして基本法五九条二項一文の適用範囲が限定的に解釈された。これによって、条約締結に向けてのイニシアティヴを連邦議会がとることは許されないと判示された。すなわち、「連邦政府が条約交渉を行わない、開始するもしくは中断すること、または、特定の内容の条約草案を作成することなどに対して、連邦議会は、基本法五九条二項一文に基づいて、これらを阻止もしくは強要できないし、基本法五九条二項一文の意味における同意法律が發布されるような条約が執行府によっても締結される、または、条約締結の後に同条約が国際法的に終結もしくは維持されることをも、連邦議会は強要できない」。⁽⁶⁰⁾しかし、権力区分の外交行為に対する適用から明らかにされた要請、すなわち外交行為を立法権による法創設形式とする要請は、条約締結に向けての連邦議会のイニシアティヴについて、この判示と全く逆の帰結を導く。すなわち、メラーズによると、連邦議会が国際法上の条約締結に向けてイニシアティヴをとることは「基本法二〇条二項二文に抵触しない」とされるのである。⁽⁶¹⁾

したがって、メラーズによれば、五九条二項も、その適用範囲を二〇条二項二文によって限定するのではなく、むしろ法律の留保を議会留保によって拡充する方向で解釈される。すなわち、「基本法五九条二項一文第二選択肢は、外交上の諸々の義務づけに対して連邦議会が同意するのに必要な条件を、明文上はつきりと、一般的な法律の

留保であるとしている…『連邦立法の対象』。次のような場合、このことを、連邦憲法裁判所の判決は、根本的かつ二つの点で誤解している。すなわち、同判決が、一つには、基本法五九条二項の規定を、議会の関与権の限界と理解する場合、二つには、この関与権を、国際法上の条約の形式的変更に限定する場合である。これに対して、議会の留保の一般学説によると、書かれた法律の留保は、議会の決定権限の最低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發布するという更なる憲法上の義務が、基本権のような基本法における他の実体的諸規準から生じる。さらに、連邦議会は、言うまでもなく、自らに課された決定義務以上のことを行ってもよい。実定憲法に基づく権力区分を援用した外交権からすれば、連邦憲法裁判所は、議会の規律義務および議会のさらなる規律権力に係るこの一般的な論理から逸脱しているのである。連邦憲法裁判所においては、機能に適した機関配分という説が、実務上非常に意義をもつて用いられる。しかし、『移り変わる外国の状況に―引用者註〕素早く適切に対応する』という執行権の実務上の可能性を指摘するのは、規範的な論拠として説得力がほとんどなく、比較法的にも説得力がない。しかも、連邦議会の関与が作用的意味においてまったく立法ではないと連邦憲法裁判所が断言するのは、基本法五九条二項一文からだけでも理解できないだけでなく、循環論法でもある。その上、連邦憲法裁判所が用いたような論拠づけによって獲得された結果は、次の状況の如く、明らかに評価矛盾をもたらす。すなわち、核エネルギーの平和的な使用には議会の決定を要するが〔原註―BVerfGE 49, 89 (127)〕、ドイツ領土における核兵器の配備には議会の決定を要しない〔原註―BVerfGE 68, 1 (85 ff)〕、⁽⁶²⁾とこう状況である。このことから要求されるのは、基本法五九条二項の理解について、当該条文が文言上明示しているように、一般的な重要事項学説を手引きにすることである。ここから帰結されるのは、一般的な重要事項の水準を満たす決定が行われる場合、連邦議会には、基本法五九条二項による決定権があるということである」。

小括 メラース理論の意義

以上のメラースによる権力区分論に対しては、理論上および解釈論上の批判・相対化が既に試みられているが、⁽⁶³⁾本稿では、二つの意義を指摘したい。

第一の意義は、「力の行使」のみを対象としていた伝統的な権力分立学説によつては不可能であるとされる「一方的な法創設」の構造化、つまり、独自の執行装置を有していない高権の担い手による定立に限った法創設を、その組織および手続規定の規律内容と関連づけて理解する点にある。前述の通り、ドイツ国内の文脈において、斯かる組織および手続規定は、基本法二〇条二項二文であり、当該条文の自己決定に定位した解釈に基づいて、権力Ⅱ法創設を区別するための規程すなわち権力区分が導出される。この権力区分が諸々の行為に適用されることで、それらの行為に対する実定憲法上の要請も明らかにされるのである。さらに、本稿では扱わなかったが、国際的な文脈においては、EU、ILO、WTOなどの国際組織による一方的な法創設が構造化される。⁽⁶⁴⁾

第二の意義は、外交関係において執行権が有利となる古典的モデルを相対化するという認識、すなわち「執行権中心モデルの相対化」という認識の下で、⁽⁶⁵⁾理論が展開されている点にある。この相対化は、「増加している超国家的な法創設に対するリアクションとして理解できる」とされ、⁽⁶⁶⁾例えば、立法権と執行権の関係を特徴づけている「時間構造」において明らかにされるとされる。具体的には、外交上の法創設への議会の関与について、古典的に考えられてきた関与の時期をより早期化することで、古典的モデルが相対化される。古典的に考えられていた時期によれば、外交上の法創設に議会は関与し得ず、したがって議会は如何なる決定も成し得ない。というのも、古典的に予定される関与の時期というのは、仮にその時期に議会が関与してしまうと、「議會の内容上の干渉」と「ほとんど取消すことのできない事実上の拘束」との対立に行き着いてしまうからである。⁽⁶⁷⁾ゆえに、様々な手段によつて、議

会の関与を早期化しなければならないとされるのである。⁽⁶⁸⁾

- (1) 清宮四郎『憲法Ⅰ（第三版）』（有斐閣、一九七九年）三〇三—三〇四頁参照。
 - (2) 田中二郎『行政法総論』（有斐閣、一九五七年）一六頁参照。
 - (3) もっとも、憲法学から出された「控除説批判」に込められた意味は、行政法学のそれとは異なるとの指摘もある。すなわち、「行政法学における控除説批判が積極説の提唱を意味するのとは異なった様相をもつ。それは、結論的にいえば、行政とは異なった執政・統治の觀念の導入に対して、控除説が障害になるというのである」（塩野宏「行政概念論議に関する一考察」同『法治主義の諸相』（有斐閣、二〇〇一年）所収二二頁（初出二〇〇〇年））。
 - (4) 佐藤幸治の解釈によれば、「内閣機能の強化」は、憲法七三条一号にいう「国務を総理する」という表現に、内閣による「高度の統治・政治作用」を見出すことによって正当化される。この表現について、伝統的学説は、「『国務を総理する』とは、結局、内閣が行政事務を統轄するとする趣旨を重ねて規定したものと解するよりほかないが、そう解するとして、『国務を総理する』という表現は、立法技術上から見て、拙劣と評される可能性があるようである」（宮沢俊義・戸部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）五六〇頁）との理解にとどまり、より踏み込んだ解釈を行わなかった。こうした伝統的学説の解釈に対して、佐藤幸治は、「消極的なものであった」と批判するのである（佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤幸治『初宿正典』大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ』（有斐閣、一九九八年）（以下「自由の法秩序」三二頁））。
- さらに佐藤幸治の分析によれば、伝統的学説による「国務を総理する」という表現の消極的解釈は、「『行政権』の内実として高度の統治作用を正面から認めない考え方」とも結びついている（『自由の法秩序』三二頁）。つまり、伝統的学説は、「行政権」について、法律の執行としての側面を重視し、統治作用としての側面を軽視する傾向にあったとされる（佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、二〇〇二年）一九九頁）。その上で、伝統的学説が一方で「行政権」を法律の執行と説明し、他方で控除説によって「行政権」の内実に予算・外交・防衛などの「高度の統治作用」が含まれるとも説明していることについて、両者が何故矛盾することにならないのかを、伝統的学説は十分に説明していないと批判される（『自由の法秩序』三〇頁）。ゆえに佐藤幸治は、「憲法六五条にいう『行政権（executive power）』には、国法

（法律）を執行する作用と政治・統治の作用の両者が含まれていることを正面から認めるべきである」と主張するのである（『自由の法秩序』二八頁）。

（5）石川健治によれば、「戦後憲法学の努力の蓄積を主題化するとともに議論をその先に進めるためには、『執政権の統治』という問いを中核に据えた上で、日本国憲法における『統治』構造とその解釈論を一度整理し直す必要がある」（石川健治『統治のゼマンティク』憲法問題一七号（二〇〇六年）（以下「統治のゼマンティク」）八〇頁）とされ、こうした意図の下で、控除説は批判される。すなわち、「憲法学における『統治』機構論の最も主要な問いは、執政権を如何に統制するか、でなくてはならないし、事実、そうであったのである」が、「それにもかかわらず、『行政権』論という行政法学の言説空間において、執政も行政も一緒くたにした控除説により憲法六五条の『行政権』を議論していたのでは、憲法学の主要なフィールドである執政作用を自覚的に主題化することが難しくなる」（『統治のゼマンティク』六九頁）。控除説によって、「自由で創造的な『政治』の作用」である執政は、「憲法学上の国家作用論から、意図的に締め出されてきた」のであり、さらに、「日本の公法学の言説空間から『政治』が放逐されている以上、『政治』のアーリーナとしての『政府』は、少なくとも講学上、いささか影の薄い存在であった」とされる（石川健治『政府と行政―あるいは喪われた言説の場』法学教室二四五号（二〇〇一年）（以下「政府と行政」）七四頁）。

控除説によって、執政も行政も一緒くたにされ、執政権論の言説の場が統治機構論において喪われた原因は、同説の背後に、「政治」を「法」の論理で包み込もうとする企て、すなわち「『法』国家」法治国家をめざす近代公法学の巨大なプロジェクト」が控えているからであるとされる（『政府と行政』七六頁）。この近代公法学のプロジェクトによって試みられたのは、すべての国家作用（執政、立法、司法、行政）から立法と司法を除いた残りの作用を―「執政（Regierung = Verwaltung）」と「行政（Verwaltung）」を区別せずに―単純に「行政」と呼称し、これを「法律による行政」の原理により取立て包摂することであり、「その目的は、いうまでもなく、『統治』権力ないし『政治』権力からの、（自由）の保護にある」（『統治のゼマンティク』六八頁）。しかし、石川健治によれば、すでにオットー・マイヤー（Otto Mayer）が法治主義的「行政」をはみ出してしまう第四の領域を承認し、日本においても通説が法治主義を貫徹させる試みを放棄して統治行為のカテゴリーを承認していることからわかるように、執政作用は、「『法』の網を突き破ろうとする」のであり、「ここに法治主義・立憲主義にとっての、限界問題が発生する」とされる。この限界問題に対処すべく、「戦後憲法の

『統治』機構が、ザッハリヒには、『執政権』『立法権』『行政権』『司法権』の四権分立体制であることを前提にして、現行憲法体制における『執政権』の所在とその統制を体系的に捉える」作業が必要であると石川健治は主張するのである（『統治のゼマンテイク』六九頁）。

（6）控除説に対しては、「執政権説」とは別に、「法律執行説」を説く論者からも批判がなされている。例えば、高橋和之『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、二〇〇六年）八頁、芹沢斉「市川正人」市川正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、二〇一一年）三六八頁（毛利透）参照。なお、『執政権説』と「法律執行説」の対立に関しては、両者の間にどの程度の対立があるのか疑問を呈することもできると言われている。というのも、「法律執行説も、法律執行や七三条の諸権限行使の場面での内閣の政治的判断権を肯定ないし強調しているからである」（前掲『新基本法コンメンタール 憲法』三六八頁（毛利透））。

（7）二〇一三年二月六日、第一八三回国会（常会）において、山田太郎参議院議員は、国会法七四条に基づき、「我が国が締結している国際約束と今後の在り方に関する質問主意書」（質問第一八号）を平田健二参議院議長に提出した。この質問主意書において、山田議員は、「国会承認条約及びいわゆる行政協定（以下「行政協定」という。）を合わせた全体の総数と内訳」と「二国間のものと多数国間のものの数とそれぞれの国会承認条約、行政協定の内訳」を内閣に対して質問した。同年二月十九日に「参議院議員山田太郎君提出我が国が締結している国際約束と今後の在り方に関する質問に対する答弁書」（答弁書第一八号）が安倍晋三内閣総理大臣から平田参議院議長に送付された。この答弁書によると、「平成二十二年一月一日から平成二十四年十二月三十一日までの間に効力を生じた国際約束の数は二百十六であり、このうち、締結に当たり国会の承認を得たもの（以下「国会承認条約」という。）の数は四十九、内閣の権限の範囲内で締結したもの（以下「行政取極」という。）の数は百六十七である。また、二国間（相手側が国際機関等である場合を含む。以下同じ。）の国際約束の数は百九十四、多数国間（締約者に国際機関等を含む場合を含む。以下同じ。）の国際約束の数は二十であり、このうち、二国間の国会承認条約の数は三十、二国間の行政取極の数は百六十四、多数国間の国会承認条約の数は十九、多数国間の行政取極の数は三である」。以上の質問主意書および答弁書の全文については、<http://www.san-gin.go.jp/japanese/johol/kousei/syuishyo/183/syuishyohm> から閲覧可能である。

（8）中西康夫「条約の国会承認に関する制度・運用と国会における議論——条約締結に対する民主的統制の在り方とは——」

立法と調査三三〇号（二〇一二年）一八頁参照。

（9）二〇〇一年九月二八日、国際連合安全保障理事会決議（以下「国連安保理決議」）一三七三号が採択された。同決議では、「すべての国」が「テロ行為への資金提供を防止しまた抑止すること」（二項a）が決定されるところに、「できるだけ早期に、千九百九十九年十二月九日のテロリズムに対する資金供与の防止に関する国際条約を含め、テロリズムに関連する国際条約及び議定書の締約国となること」（三項d）が求められた（同決議の訳文については外務省告示三六一号を参照）。

右決議の要求に応じるかたちで、日本国政府は、衆議院および参議院での承認を経た後、二〇〇二年六月一日、テロリズムに対する資金供与の防止に関する条約（テロ資金供与防止条約）を締結した。同条約によって、「締約国は、自国の法的原則に従い、第二条に定める犯罪の実行を目的として使用され又は配分されたあらゆる資金及び当該犯罪から生じた収益について、没収を行い得るようにするために特定し、発見し及び凍結し又は押収するための適当な措置をとる」（八条一項）ことが義務づけられることとなった。

右条約を実施するための国内措置をとるべく、条約締結に先んじて二〇〇二年三月一二日、外国為替及び外国貿易法（以下「外為法」）の一部を改正する法律案が第一五四回国会（常会）に提出され（閣法番号六二・財務省主管）、同年五月七日に成立した。当該法律案の提案理由及び内容について、塩川正十郎財務大臣（当時）は次のように説明している。

「昨年九月の米国同時多発テロ事件の発生以降、国際社会においてテロ対策のさらなる推進が喫緊の課題となり、テロリズムに対する資金供与の防止に関する国際条約及び国際連合安全保障理事会決議第千三百七十三号で、テロリスト等に対する遅滞なき資産凍結等が求められている状況にかんがみ、外国為替取引等に係るテロリスト等に対する資産凍結等の措置の効果的な実施を図るため、本法律案を提出した次第であります。以下、この法律案の内容につきまして御説明申し上げます。第一に、資産凍結等の措置の実効性を確保するため、現行法の本人確認に係る努力規定を義務化し、あわせてその対象に非居住者預金等の資本取引を加えることとしております。第二に、資産凍結等の対象となるテロリスト等を適切に指定するため、関係省庁との間の情報提供等の協力に係る規定の整備を行うこととしております」（第一五四回国会衆議院財務金融委員会（二〇〇二年四月九日）会議録一〇号二頁）。

右外為法に基づく資産凍結の実行の仕方について、溝口善兵衛財務省国際局長（当時）は次のように説明している。

「資産凍結は、外為法に基づきまして実行しているわけでございます。実行の仕方は、まず、取り締まるべき、凍結すべきテロリストのリストを公表するわけでございます。このリストは、先ほど来説明にもございましたが、国連の制裁委員会で指定する場合もございますし、国連で指定していない場合は主要国で共同して指定するわけでございます。そうしますと、日本の国内で、こういう人を取り締まりなさいというのを私どもで告示で知らせるわけでございます。それで、金融機関はそれに基づいて名前をチェックしまして、口座をチェックして凍結するというところでございます」(前掲委員会議録一〇号五頁)。より詳細な資産凍結措置の仕方については、和家泰彦「外為法に基づく資産凍結等経済制裁措置及び外国為替検査」ファイナンス五三〇号(二〇一〇年)二頁以下を参照。なお、財務省が公開している「経済制裁措置及び対象者リスト」http://www.mof.go.jp/international_policy/gaifame/gaifame/economic_sanctions/list.htmlにおける「テロリスト等」の項目から閲覧可能な外務省の「国連安保理決議第一三七三号に基づく資産凍結措置対象者リスト」http://www.mof.go.jp/mofaj/gaiko/terro/pdfs/list_1373.pdfによると、二〇一三年五月二十四日の時点で、四五の個人及び団体が当該措置の対象とされている。

(10) 最近では、「国際テロの防止」を名目に、基本権侵害を構成し得る警察活動が正当化される裁判事例も看取される。すなわち、東京地判平成二六年一月一五日(判時二二五号五六頁)は、国際テロの発生を未然に防止することを目的とした警察の個人情報収集活動によって個人のプライバシーに関する情報が収集されたことについて、「収集する情報が国民の権利、自由の干渉にわたるおそれのある事項に関わる場合には、当該情報の収集活動は任意手段によるからといって無制限に許されるべきではないが、本件情報収集活動は国際テロの防止の観点から必要やむを得ない活動である」と判断したのである。なお、本件原告らは、同年三月一九日、東京高等裁判所に控訴理由書を提出している。

(11) ドイツにおける「執行権(vollziehende Gewalt)」の概念を紹介した文献として、初宿正典「ボン基本法における『執行権』の概念についての若干の覚え書き―日本国憲法上の『行政権』の概念と関連させつつ―」法学論叢一三二巻四・五・六号(一九九三年)一六三頁以下参照。

(12) 他方、伝統的な権力分立の議論枠組みにおいても理論構築が以前から試みられている。例えば、カール・レーヴェンシュタインの説いた「垂直的コントロール」(*Karl Loewenstein, Verfassungslehre*, 4. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 2000, S. 295; 邦訳として、阿部昭哉＝山川雄巳共訳『新訂 現代憲法論―政治権力と統治過程』(有信堂、一九

八六年)三四五頁参照)を応用したのが、戦後ドイツ公法学の通説的立場にあるクラウス・シュテルンである。

彼の著したドイツ国法学の一般的な教科書 (*Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, C.H.Beck, München 1980; 邦訳として、赤坂正浩・片山智彦・川又伸彦・小山剛・高田篤編訳『ドイツ憲法Ⅰ 総論・統治編』(信山社、二〇〇九年)「赤坂正浩訳」を参照)によると、「権力分立原理は、機械的ないし数学的に分配され割当てられるべき権力の『諸部分』のシステムと理解されてはならず、権力を制限し自由を確保するという目的のために、国家の基本的な諸作用を区別し、特定の作用担当者にそれらを割りふる法的に規律されたシステムと理解されなければならない。国家権力を分割することが第一時的な目的ではなく、権限の分配を通じて国家作用の抑制と統制、要するに権限の有効な分配が第一時的な目的なのである。これは、『国家権力の極小化』(M・ヴェーバー)とは何の関係もない。国家権力の統一性は維持されつづけるが、しかしその発現は作用および作用担当者に応じて分割され、権力の制限および統制の観点から、憲法によって詳細に規律された帰属関係に置かれる。したがって、今日では権力分立は、作用の分離、作用の分配、作用の抑制、作用の統制を意味する。すべての要素が、見通すことのできる合理的な権限分配、すなわち作用と組織に適合的な権限分配に仕えるのである」(*Stern, aa.O.*, S. 530; 邦訳四二八頁)。「権力分立」をこのように理解するシュテルンは、その理論構築の必要性については、次のように説く。「権力分立原理の伝統的な次元は、純粋に『水平的な』制限の効果をもっている。しかしながら、作用担当者間のバランスを、無効にはしないまでも削減するような諸要素が働いている場合には(前掲IV 6)、古い権力制限作用を再建するために、追加的な調整が必要となる」(*Stern, aa.O.*, S. 547; 邦訳四四三頁)。そこでシュテルンは、レーヴェンシュタインによる権力分立の新たな次元に対する「垂直的」な捉え方について、「水平的作用分割を次元的に補完するもの」だから「垂直的権力分立という定式には、まだしも説得力がある」(*Stern, aa.O.*, S. 548; 邦訳四四四頁)とし、斯かる定式が「国家組織を超える垂直的権力分立の新たな形態」(*Stern, aa.O.*, S. 555; 邦訳四四九頁)として理論構築に応用される。もともと、「ドイツ国法学の権力分立原理に対する態度は、一九九〇年まで、どちらかというと閉鎖的に自らの内に安住する状態(In-sich-Ruhe)にあった」とも言われよう(*Udo Di Fabio, Gewaltenteilung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg 2004, §27 Rn. 6.)。

二〇〇〇年代になると、「垂直的権力分立」による理論構築は、体系書レベルでも本格的に扱われるようになる(Vgl.

Di Fabio, aaO, Rn. 64 ff.)。なお、この「垂直的権力分立」について、ホルスト・ドライアー (Horst Dreier) 編集の基本法コメンタール第二巻の初版では、「連邦国家における立法権限と行政権限の分配は、作用上、追加的な垂直的権力分立をもたらす」とあったが (*Heimhub Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 1998, Art. 20 Rn. 72)、『第二版では、この文章の直後に、垂直的権力分立を先行詞とする関係代名詞節が新たに付け加えられた。すなわち、「その垂直的権力分立は、諸権力の交差・バランス化のさらなる層について、EUにおける相互の多元的行政を通じて上に向かってますます補完されている」(*Schulze-Fielitz*, aaO, Bd. II, 2. Aufl., 2006, Art. 20 Rn. 78)。

(13) 高田篤「戦後ドイツ公法学におけるケルゼン—ケルゼンのタブー化と『ケルゼン・ルネッサンス』について」文明と哲学 (日独文化研究所年報) 四号 (二〇一二年) 七四頁以下参照。

(14) Vgl. *Ernst-Wolfgang Bockenförde*, *Die Zukunft politischer Autonomie*, in: ders., *Staat, Nation, Europa*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1999, S. 123.

(15) BVerfGE 68, 1.のいわゆる「パーシング判決」が出されるに至った経緯は要次のようなものである。東西冷戦下での緊迫した政治情勢を背景に、北大西洋条約機構 (NATO) 加盟国は、旧ソ連の軍事拡大措置 (中距離核ミサイル S II 型の配備) に対抗して、中距離核ミサイルの潜在力を現代化する決議を行った。決議では、一〇八のパーシング II 型ミサイルおよび四六四の巡航ミサイルの配備、並びに一〇〇〇の旧実戦用弾頭の撤去が計画された。一九八三年、NATO 加盟国であった西ドイツ連邦共和国の政府は、この決議にしたがって、アメリカ軍ミサイルの国内配備に同意する宣言 (*Zustimmungserklärung*) を、議会による法律の授權を求めることなしに行った。同年、この政府の行為に対し、緑の党の連邦議会会派 (*Bundestagsfraktion*) から、連邦憲法裁判所に訴えが提起された。すなわち、当該同意宣言について、政府が議会による法律の授權を求めなかったことにより、基本法五九条二項とこれに関連する基本法七九条一項一文および基本法二〇条三項に基づく議会の権限が侵害されたのかどうかを確認する訴えが、機関訴訟の形式で提起された。一九八四年、連邦憲法裁判所第二法廷は、連邦政府による侵害は一切なかったと判示し、議会会派の訴えを棄却した。Vgl. *Ralf Müller-Terpitz*, BVerfGE 68, 1 — Pershing, in: Jörg Menzel (Hrsg.), *Verfassungsrechtsprechung*, Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, Mohr Siebeck, 2000, S. 364 f.

(16) BVerfGE 68, 1 (86). 同判決の多数意見によると、法律の留保を、基本法五九条二項二文に基づいて、執行府の外交権限（本件では、ミサイル配備についての同意宣言）へ拡充することは、許されない。なぜなら、権力分立原理によると、執行府には他の機関による侵入が許されない中核的形成領域があり、法律の留保が拡充されるならば、その領域は、議会によって侵害されることになるからである。さらに、外交における執行府の中核的決定権限が議会に割り当てられることで権力の集中が起きてしまうが、このことは、力の配分、責任およびコントロールという基本法によって規範化されている構造にも反するとされる（BVerfGE 68, 1 (86)）。斯かる多数意見において援用されたのが、この権力分立の定式である。さらに多数意見によれば、解釈方法上、基本法五九条二項一文の適用範囲は厳格に境界づけられる。なぜなら、同条は権力分立を規範化している根本命題たる基本法二〇条二項に照らして解釈されなければならないとされるからである（BVerfGE 68, 1 (86)）。このような解釈方法によって、基本法五九条二項一文に基づいて法律の留保の適用範囲を「執行府の中核的形成領域」へ拡充することは基本法二〇条二項の権力分立に反するので許されない、という帰結が導き出されるのである。

これに対して、少数意見によると、法律の留保を執行府の外交権限へ拡充しなければならない。なぜなら、「基本法五九条二項一文によると、連邦の政治的関係を規律し又は連邦立法の対象に関わる条約は、連邦立法の権限をその都度有する機関が、連邦法律の形式で、同意あるいは協力することを必要とする」からである（*Ernst Gottfried Mahrenholz, BVerfGE 68, 1/111 (127)*）。このような少数意見の解釈は、基本法における権力分立が基本法二〇条二項以外にも実定化されているとの理解に基づいている。すなわち、「基本法二〇条二項の権力分立原理は、基本法五九条二項を解釈する尺度にはされない。というのも、この規定それ自体は、基本法における権力分立を実定的に規範化している諸々の規定の一部だからである」（*Mahrenholz, BVerfGE 68, 1/111 (112)*）。したがって、少数意見によれば、権力分立原理の射程は、「観念的に想像された権力分立シエームによつては確定され得」ず（*Mahrenholz, BVerfGE 68, 1/111 (129)*）、基本法二〇条二項に照らして基本法五九条二項一文を解釈するだけではなく、基本法五九条二項一文に照らして基本法二〇条二項を解釈することも必要となる。

このような少数意見は、「本法廷は、何よりもまず基本法二〇条二項を基本法五九条二項に照らして解釈せずに、基本法五九条二項を基本法二〇条二項に照らして解釈する」と述ぶ（*Mahrenholz, BVerfGE 68, 1/111 (129)*）。多数意見を批

判する。少数意見がこのように批判するのは、多数意見の解釈方法が、そもそも最初から、執行府の中核的形成領域を権力分立によって擁護するために採用された方法に他ならないからである。すなわち、多数意見は、一方で、権力分立を論拠に、基本法五九条二項に基づいて法律の留保が執行府の外交権限へ拡充されることから執行府の中核的形成領域を守ろうとするが、他方で、立法府の協力領域については、それを執行府と争う余地を全く認めていないのである（*Mahrenholz*, BVerfGE 68, 111 (128)。「行った法廷解説によると、執行府の中核的形成領域への侵入は、論外となる。逆に、当該法廷解説では、基本法五九条二項による立法者の協力権限が『漸進的な侵食』の危険をもたらすことは、問題にされる」（*Mahrenholz*, BVerfGE 68, 111 (129)）。つまり、多数意見の解釈方法を探るならば、執行府の中核的形成領域は、最初から原則として確保されるべき領域となれ、その領域へ法律の留保を拡充することは論外となれ、さらに、立法府の協力権限は「漸進的な侵食」として基本法に反するということになる。したがって、多数意見においては、権力分立が執行府の形成領域を他の機関の権限による侵害から守る役割を期待され、まさに解釈論上そのような役割を果たしていると言えよう。

- (17) Vgl. BVerfGE 95, 1 (15); 98, 218 (251 f.).
- (18) Z.B. *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg 1999, Rn. 488; *Eberhard Schmidt-Abmann*, Der Rechtsstat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg 2004, §26 Rn. 50; *Karl-Peter Sommermann*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl., Franz Vahlen, München 2005, Art. 20 Rn. 187; *Helmut Schulze-Fielitz*, aa.O., Bd. II, 2. Aufl., 2006, Art. 20 Rn. 71.
- (19) *Christoph Möllers*, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltenteilung, AoR Bd. 132 (2007), S. 498.
- (20) *Möllers*, (Anm. 19), S. 498.
- (21) *Möllers*, (Anm. 19), S. 498.
- (22) *Möllers*, (Anm. 19), S. 498.
- (23) *Möllers*, (Anm. 19), S. 498.

(24) 「Gewaltengliederung」という専門用語を採用した趣旨について、メラースは、とりわけ「Teilung」という用語を問題視しつつ、次のように述べている。

「本書で展開される三権力の秩序観念は、Gewaltengliederungと称される。『権力』概念の使用は、多くの法言語においてなお恒例の、政治思想史から借用された例の概念すなわち pouvoir, power に依っている。この概念によって言い表されるのは、Gewaltenteilungの従来の理念が、現代の法学ですら放棄し得ない、しかもそれ自体の前民主的根源ゆえに自由主義的に洗練されることを要する、大切なものであるというところである。これに対して、分割 (Teilung) のゼマーンティッシュな意味が、分離 (Trennung) と区別 (Unterscheidung) との間で曖昧に位置づけられるという理由だけからしても、権力が分割されると言ってしまうのかどうかは疑わしい。三権力は—これはよく知られているが—、互いに完全には分離し得ない。むしろ三権力は、国家であれガバメントであれEUであれ、三権力の淵源となる単一体を構成するために、相互に関連づけられなければならない。より適当と思われるのは、Gliederungという言葉を用いること、そして同時に、ドイツの文献に普及した作用秩序という概念をも断念することである。この概念は色褪せており、伝承できない以下では、作用の概念のみが、権力の同義語として用いられる。要するに、Gewaltenteilungという従来の概念は、その問題の従来の記述に対して引続き使用されることとなる」(Christoph Möllers, Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005, S. 25)。

以上の趣旨からして、「Gliederung」の翻訳に際して留意すべきは、第一に、分離と区別の間に位置づけられる曖昧な表現(メラースによれば「分割」を避けること、第二に、三権力が完全に分離し得るような表現ではなく、三権力の淵源となる単一体を構成するために、互いに関連づけられ得るような表現を用いることである。ゆえに、「分離 (Trennung)」や「分割 (Teilung)」はもちろん、Gewaltenteilungにおける定訳として用いられる「分立」も、「Gliederung」の訳語に充てられるべきではないであろう。右の趣旨説明に加えて、メラースによる別の論文では、とりわけ実定憲法に依拠して、「Gewaltengliederung」という専門用語を採用する趣旨が次のように述べられている。

「基本法二〇条二項二文は、ドイツの国家権力の行使を、立法、執行権および裁判についての特別機関に委ねている。国家による支配の三形式は、基本法によって結合しつつ区別され (unterschieden)」、そして特定の機関に割当てられる (zugewiesen)。つまり基本法は、国家権力を、相互に分離させることなく、gliedertするのである。『分割された』国家

組織という理念は、基本法に見出されない―背後に控えた、例外によってのみ実現される原則としても。第三権力は、たしかに他の権力から分離されている、基本法九七条。しかし、第一および第二権力は、明文上、互いに結合している、基本法六三条一項。これを根拠にすると、基本法に基づく *Gewaltenteilung* の根本命題という言葉が使われるべきなのでは」(Möllers, (Anm. 19), S. 501.)。

右の説明からすると「*Gliederung*」の翻訳に際してさらに留意すべきは、各権力が部分的に「結合」しながら「区別」されそして特定の機関に「割当て」られる、というメラースの理解する基本法の要請をできるだけ斟酌し得る日本語を充てることであろう。以上の留意事項を踏まえて、例えば、「分節」や「区分」などの訳語が思案されよう。もともと、メラース論文における「*Gewaltenteilung*」が、正統化の観点に基づく権力の判別規準 (*Legitimationsbezogene Kriterien*) でもあることを顧慮するならば、一般的な国語辞典(新村出編『広辞苑』(第六版))〔岩波書店、二〇〇八年〕八〇四頁〕に載録された「区分原理」(「物事を区分する際の目安となる特質。例えば、三角形を不等辺・等辺・二等辺と区分する場合の区分原理は辺が等しいか否かということである。»)でいうところの「区分」の訳語がより適当であるように思われる。Vgl. auch *Matthias Cornils*, *Gewaltenteilung*, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.),

Verfassungstheorie, Mohr Siebeck, 2010, 820 Rn. 41 Fn. 108.

- (25) Möllers, (Anm. 19), S. 503.
- (26) Möllers, (Anm. 19), S. 504.
- (27) Möllers, (Anm. 19), S. 503.
- (28) Möllers, (Anm. 19), S. 503 f.
- (29) Möllers, (Anm. 19), S. 504.
- (30) Möllers, (Anm. 19), S. 504.
- (31) Möllers, (Anm. 19), S. 504.
- (32) Möllers, (Anm. 19), S. 504.
- (33) Möllers, (Anm. 19), S. 504.
- (34) Möllers, (Anm. 19), S. 505.

- (35) Möllers, (Anm. 19), S. 509.
- (36) *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, S. 89.
- (37) Möllers, (Anm. 19), S. 505.
- (38) Möllers, (Anm. 19), S. 505.
- (39) Möllers, (Anm. 36), S. 95.
- (40) Möllers, (Anm. 36), S. 105.
- (41) Möllers, (Anm. 36), S. 112.
- (42) Möllers, (Anm. 36), S. 84.
- (43) Möllers, (Anm. 36), S. 83.
- (44) このように概念化される権力区分は、執行権によるインフォーマルな活動をその射程に入れることができるのか。斯かる疑義に対して、メラーズは、インフォーマルという概念があまりにも漠然としていることを理由に、一般的に適用する回答は出されないとしつつ、「インフォーマルな活動も法的帰結を有し得、例えば個々の基本権介入のように、権力区分の要請を免れ得ない」と述べて、当該活動にも権力区分が関連し得ることを示唆している (Möllers, (Anm. 19), S. 508.)。
- (45) Möllers, (Anm. 19), S. 508.
- (46) Möllers, (Anm. 19), S. 508.
- (47) Möllers, (Anm. 19), S. 514 f.
- (48) Möllers, (Anm. 19), S. 515.
- (49) Möllers, (Anm. 19), S. 515.
- (50) Möllers, (Anm. 19), S. 515.
- (51) Möllers, (Anm. 19), S. 515.
- (52) Möllers, (Anm. 19), S. 515.
- (53) Möllers, (Anm. 19), S. 515.

- (54) *Möllers*, (Anm. 19), S. 515.
- (55) BVerfGE 68, 1 (86).
- (56) *Möllers*, (Anm. 19), S. 528.
- (57) メラーズの二〇〇五年の著書によれば、同書三五八頁以下で、「外交活動として理解されることとなるのは、その活動を通じて存在している高権的な次元において、法創設を指向するような行為」である。というのも、「外交活動は、如何なる場合でも法的に重要な活動である必要はなく、むしろ大部分の外交活動は、インフォーマルな、制度化されていない意思形成の領域において行われる」ものの、「その意思形成自体から、間接的にあるいは長期的に、当該意思形成が法的な含意 (rechtliche Implikationen) を有し得る」からである。このように定式化される外交活動は「外交上のジェスチャーから国際法上の条約締結まで」多様であるが、それらの中でも同書におけるメラーズの研究は、「諸々の現象としての条約の締結 (Vertragsschluß als Phänomen) に集中する」とされる (*Möllers*, (Anm. 36), S. 358.)。
- (58) *Möllers*, (Anm. 36), S. 371.
- (59) *Möllers*, (Anm. 36), S. 370 f.
- (60) BVerfGE 68, 1 (85 f.).
- (61) *Möllers*, (Anm. 19), S. 529 f.
- (62) *Möllers*, (Anm. 19), S. 528 f.
- (63) Z.B. *Mathias Cornils*, (Anm. 24), Rn. 41 ff.; *Ralf Poscher*, *Funktionenordnung des Grundgesetzes*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl., C.H.Beck, München 2012, 88, Rn. 37.
- (64) Vgl. *Möllers*, (Anm. 36), S. 253 ff.
- (65) Vgl. *Möllers*, (Anm. 36), S. 373-376.
- (66) *Möllers*, (Anm. 36), S. 373.
- (67) *Möllers*, (Anm. 36), S. 373.
- (68) 例えば、「交渉中の政府が、組上に載せられたばかりの取極めを立法院へフィードバックさせ、そして、議会による

規律がその交渉場面を構造化し、条約の発展に随行する場合は、外交上の法創設への議会関与を早期化させる手助けとなるように思われる」と云われる (*Mollers*, (Ann. 36), S. 373)。