The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	政府の意思形成過程に対する議会統制の可能性（二・完）：ドイツ公法学における「核心領域」を前提とする執行権概念の相対化
Author(s)	磯村, 晃
Citation	阪大法学. 2018, 67(6), p. 167-199
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87061
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

政府の意思形成過程に対する議会統制の可能性（二・完）

――ドイツ公法学における「核心領域」を前提とする執行権概念の相対化――

磯村　晃

はじめに
第一章　伝統的権力分立理解による議会統制の制限
　第一節　核心領域についての連邦憲法裁判所の判例
　第二節　伝統的な権力分立学説としての核心領域説
　第三節　政府の組織編成権への議会による介入の限界（以上六七巻五号）
第二章　核心領域批判と多元的な政府概念
　第一節　絶対的保護領域としての核心領域批判
　第二節　組織編成権のドグマーティクによる整序
　第三節　政府の多元的把握による核心領域概念の相対化
おわりに（以上本号）

第二章　核心領域批判と多元的な政府概念

前章で確認したように、ドイツ公法学においては、議会による統制から絶対的・本来的に免れる「核心領域」を前提とする執行権概念が伝統的に維持されてきた。本章では、この伝統的な執行権概念に対して批判的な立場をとる近年の学説を取り上げる。以下ではまず、議会調査権の及ばない「絶対的な保護領域」という考え方がフリック調査委員会判決以降どのように相対化されたのかをパスカーレ・カンチクの学説に依拠して明らかにする（第一節）。次いで、「執行の核心領域」に組織編成権が本来的に帰属するものと考えるのではなく、基本法ドグマーティクに基づいて組織編成権の帰属先を明らかにしようとするスザンヌ・ベアの学説を紹介する（第二節）。最後に、「執行の核心領域」にもはや依拠しないとして、どのような執行権概念のもとで議会統制の射程をドグマーティッシュに拡張し得るのかを、フロリアン・マイネルの学説に即して明らかにする（第三節）。

第一節　絶対的保護領域としての核心領域批判

連邦憲法裁判所の判例や伝統的学説において核心領域概念が用いられることにどのような問題があるのか。そして、「執行の核心領域」は議会の調査権から完全に免れる「絶対的な保護領域」であるという考え方は、フリック調査委員会判決以降どのようにして相対化されたのか。本節では、カンチクの学説に依りながら、これらの問題を検討する。

第一款　核心領域概念の採用に対する批判

カンチクの説くところによれば、核心領域概念の採用には次のような問題がある。

第一に、連邦憲法裁判所や伝統的学説のように「核心領域」をくり返し用いること、つまりこの概念を「重宝する」ことには根本的な問題がある。それは、「核心領域」に対応する定義が不明確であり、結局はそのような領域があるかのような暗示的な効果をもたらすという問題である。こうした「領域の印象」は、「多かれ少なかれ閉ざされた領域のイメージを意識的に打ち出す。このような印象が必ず定義できる文字どおりの意味での領域の推定を後押しする」[1]。しかし、「国家作用の輪郭づけおよび整序はより複雑」である。たとえ法律あるいは一部の州憲法において「執行の核心領域」が明文で規定されており、これによって議会の情報請求が限界づけられていても、この複雑さに変わりはない。それどころか、「核心領域」のような抽象概念を用いることは、「最終的に必要となるケースバイケースでの決定という課題を隠蔽する」[2]。

第二に、議会と政府との間に実際にはっきりとした輪郭をもった領域がないという点では、「核心領域」による論証には基本的な問題がある。議会のその都度の議題や情報利益から継続的かつ完全に独立し、議会の統制から逃れるような領域など存在しない[3]。というのも、まさに問題となるのは、「双方とも権力分立原理に基づいている二つの機関の法的立場を整序すること」[4]だからである。つまり裁判実務において問題になるのは、その都度の相対立する具体的利益―例えば議会の情報利益と政府の任務遂行力および固有責任の保護―を比較衡量することである。議会の調査・情報調達権の憲法上の限界は個別事例に関してのみ具体化し得るとの認識は、裁判実務および学説においてますます定着しつつある[5]。要するに、「行わなくてはならないのは、統制作用の文脈での議会の情報調達権と、自らの任務遂行力および固有責任を維持するための政府の秘匿利益との間での比較衡量である」[6]。

第二款　「核心領域保護」の相対性―「絶対的な保護」から政府と議会の相対的な関係へ

前章で述べたように、フリック調査委員会判決の定式をめぐっては、議会による調査から絶対的に保護される領

域を認めるブッセのような立場がある一方で、そのような領域を認めることに対して批判的なベッケンフェルデのような立場もあった。カンチクは、後者の立場が正しいとして次のように述べる。

フリック調査委員会判決の定式によると、「連邦議会の統制権限は、原則としてすでに完結した決定準備過程だけに及ぶ」。「原則として」という言葉の帰結として出てくるのは、より慎重な配慮を要する完結していない決定準備過程に関しても、憲法上あり得る例外として統制権限による介入が承認されていたということである。それゆえに、フリック調査委員会判決の定式―「この統制権限は、進行中の審議および決定の準備に介入するような権能を含んでいない。しかし、完結した決定準備過程のところでも、政府が、執行固有の責任の核心領域に由来する極秘にしておかなくてはならない事実の報告を義務づけられていないような事例はあり得る。」―においてもケースバイケースで決定することに照準が合わされていたのである。[7] 完結していない決定準備過程にも議会の情報調達権を例外的に行使し得るとの考え方は、後の判決でもくり返し明確にされた。[8] フリック調査委員会判決の定式について、後者の立場つまり執行の絶対的な保護領域に批判的な立場とは別の解釈があろうものなら、「そのような解釈は、基本法四四条においてまさに具体化された、政府と議会との間の諸作用の整序に適合しないであろう」。ゆえに、「絶対的で、常に保護され、調べ尽くすことができない政府の核心領域を承認することは、維持され得ない。むしろ、議会権限・政府権限の整序の問題は、その都度具体的に明らかにされなければならない」。[9]

第三款　調査の対象となる決定準備過程の状況による区別

右に見たように、政府の決定準備過程はあくまで相対的に保護されるのであり、いかなる保護が認められるのかについては、ケースバイケースでの審査が必要となる。この決定準備過程は、典型的には、「完結した決定準備過程」と「完結していない決定準備過程」とに区別される。[10] かかる区別は、政府の決定準備過程についての「状況に

よる区別」であるとされ、それぞれの決定準備過程の状況次第で、議会の情報調達権による介入のあり方も異なる。例えば、フリック調査委員会判決に継ぐ判例として通常引き合いに出される二〇〇四年三月三〇日の連邦憲法裁判所判決[11]（いわゆる「シュレスヴィヒ・ホルシュタイン決定」）によれば、完結していない決定準備過程のところでは、議会の情報調達権は、内閣・所管省庁の意思形成に「打撃を与える」限りで、原則として排除される[12]。逆に言うと、この判決においても、「原則として」排除されるとは、議会の情報調達権が常に排除されるわけではないことが含意されている。このことは、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン決定に続く、二〇〇九年六月一七日の連邦憲法裁判所判決[13]（いわゆる「ＢＮＤ調査委員会決定」）においてさらに明確化した[14]。このような完結していない決定準備過程のところでは、「議会の―許されない―参加の危険性」が大きいゆえに、議会の統制権限は「原則として」後退させられる。つまり、ここでは、「議会との協働による政府行為」は望ましくないと解されている。

他方で、完結した決定準備過程において、政府の自律的な意思形成の保護は、もはや重要ではない。というのも、当該過程では、「望ましくない議会との協働による政府行為[15]」はあり得ないからである。もっとも、連邦憲法裁判所は、決定準備過程が完結した後に議会が文書提出を求める場合でも、議会の情報調達権は「原則としては常に排除されない[16]」と判示した。このことから、カンチクは、政府の「意思形成の解明を可能ならしめる文書の提出が許されるのかという問題は、概括的に否定されてもいなければ、肯定されてもいない[17]」と述べる。

こうした判例の展開からすれば、完結していない決定準備過程のところで議会の情報調達権が認められる場合もあれば、完結した決定準備過程にもかかわらず政府の情報調達拒否が認められる場合もあり得る。つまり、議会の情報調達権に対する政府の立場は、典型的には完結していない決定準備過程のところでは比較的大きく、完結した決定準備過程のところでは比較的小さいものの、両過程に対する議会の情報調達権のあり方はあくまで相対的であ

る。ゆえにカンチクによると、完結していない決定準備過程では政府の意思形成が絶対的に保護され、完結した決定準備過程では議会の情報調達権が必ず認められるというわけではない。むしろ、フリック調査委員会判決以降の判例の展開からすると、議会の情報調達権についての憲法上の限界は、その都度の個別事例に鑑みて、一方での議会の情報調達権と、他方での政府の任務遂行力および固有責任を保持するための秘匿利益とをその都度比較衡量することによって明らかにされていた、とカンチクは分析する[18]。

第四款　議会に対する絶対的な秘密領域の否定

以上の判例分析を行った上でカンチクは、その都度の個別事例において行われる比較衡量に政府の「固有責任を保持するための秘匿利益」すなわち政府による秘密保持の利益を持ち込むことに対して、次のように批判的な立場をとる。

例えば議会の情報請求、とりわけ調査委員会による文書提出請求は、国家安全保障利益を考慮した秘密保護を理由に限界づけられる場合がある。この場合の秘密保護に関しては、国家機関に独自の秘密保護制度（例えば「二〇〇六年三月三一日の秘密事項に係る内容上および組織上の保護に関する連邦内務省の一般行政規則」など）があり、ここでは文書の格付けをもって様々な秘密保護の程度が予定されている。しかしその一方で、「連邦議会調査委員会法（ＰＵＡＧ）は、明示的に、もっとも高い秘密保持レベルの秘密事項に関しても閲覧を可能ならしめている[19]」。他にも例えば、兵器輸出判決の事例のように、政府が、議員質問に際しての政府構成員の供述を、秘密保護を理由にして許可しないあるいは制限する場合がある。しかしこの場合でも、政府による「文書提出あるいは供述許可の拒否は、ＰＵＡＧ一八条二項二文で規律されているように、はっきりと論拠づけられなければならない[20]」。そして、この場合でも憲法的な背景となっているのは、「調査権のための諸規定は『議会による実効的な統制』を確保する

目標を有していることである」[21]。

これらの場合に対応させる形で、カンチクは次のように主張する。すなわち、「一つには、情報調達権はできるだけ広範に与えられなければならず、二つには、それぞれ権限のある執行の立場の者による〔情報調達の〕拒否が、主張された論拠からして容認可能か否かを審査できなければならない」[22]。したがって、ここで問題になっている議会の情報調達権と政府の秘密保護との緊張領域においても、「執行だけで統制を行ってしまう、議会にとっていわばアクセス不可能ないかなる領域も憲法上樹立されていない。むしろ憲法的に認められているのは、国家の安寧が議会と政府に共同で委ねられていることである。議会ないしは調査委員会の秘密保護の予防措置によって、職務上の秘密が知れ渡ることに対する実効的な予防措置が講じられる限り、文書提出は通常は拒否され得ず、供述許可も制限され得ない」[23]。

第二節　組織編成権のドグマーティクによる整序

本章第一節で扱った議会調査権以外に、前章のベッケンフェルデの学説を扱った箇所でみたように、「組織編成権」をめぐる伝統的学説においても、議会による介入が本来的に許されない「執行の核心領域」が前提とされていた。しかし、「核心領域」については、概念が不明確であるだけでなく、その文言自体がそもそも基本法に明記されていない。そうであるならば、核心領域概念にはもはや依拠せず、基本法ドグマーティクによって「組織編成権」の整序問題にアプローチする可能性はないか。これを本節ではベアの学説に依りながら明らかにする。

第一款　核心領域テーゼおよび議会優位テーゼに対する批判

ベアはまず、議会の権能と政府の権能が緊張関係にある領域において従来主張されてきた二つの「テーゼ」、す

なわち「核心領域テーゼ」と「議会優位テーゼ」を次のように批判的に紹介し、解明されるべき事項を指摘する。

第一に、核心領域テーゼとは、各々の権力の内部には他の権力による介入が許されない「核心領域」があるとの主張である。執行に関しては、「介入に耐性のある領域が政府に認められ、この領域において政府は組織編成権を行使すると言われている」[24]。また、「標準的な研究」において、核心領域は立憲君主制から伝承された「家産」であるとされる[25]。さらに、組織編成権に関しては、執行の組織編成に議会が少しでも介入すれば、そのような執行は「もはや執行それ自体ではなくなる」[26]と述べる論者もいる。しかし、こうした政府の核心領域およびそのもとでの自己組織編成権の主張は、憲法的に維持できるのか。というのも、核心領域テーゼには、「今日まで安定したドグマーティッシュな導出および論拠づけが欠如している」[27]からである。例えばアーノルド・ケットゲンは以前から、憲法が組織編成権を法律の留保の下に置いていない限りで、当該権力は政府に帰属するものと「推定」するよう提案していた[28]。しかし、このような「疑わしきは政府に」との「推定原則」を基本法から導くことができるのか。

第二に、「議会優位テーゼ」がある。このテーゼによれば、基本法の民主制において、議会は他の機関よりも優位な立場にある。これに関しては、連邦憲法裁判所が議会の優位を法律制定の手続および正統化をもって論拠づける場合[29]もあれば、論者によっては国家権力が「国民から」発する（基本法二〇条）ことを理由に、民主制を「基本中の基本となる原理（Grundgrundprinzip）」と表現して議会の優位を主張する者もいる[30]。さらに、議会優位テーゼは、議会が中心的な役割を果たさないゆえに民主制の欠損が問題にされるヨーロッパの文脈でも主張される。諸々の権限を通じて諸々の内容を一定の方向へ導くヨーロッパの傾向が議会の統制を疎かにすることを助長するが、これはドイツとは異なる、つまりドイツではまさに議会の優位が妥当するというのがこのテーゼの主張である。かかる議会優位テーゼを真に受ける者は、核心領域テーゼ、すなわち「疑わしきは政府に」という主張に少なくとも

懐疑的にならざるを得ない。ゆえに例えば、「組織編成権は、その究極において、法治国家にとって恐るべき巨像（Koloß）たり得る」[31]と述べる者もいる。しかし、このような巨像への趨向（Hang）は、いつでも存在する。なぜならば、「立法者があまりにも多くのことを行っていたり、あまりにも僅かなことしかしていなかったり、あるいは、間違ったこともしくはいずれにしてもおよそ良くないことをしていると法律家が考えるならば、議会に代わって政府を活動させることは、これ〔巨像への趨向〕を大いに促進するからである」。例えば、このような法律家としてアルベルト・ヤンセンがいる。つまり、ヤンセンの教授資格論文[32]は、法律過多およびそれと並行して生じる制御の問題について、立法府の介入権の限界を定めるための理由づけを行った。しかし、「結局のところ、かかる理由づけの背後には政治不信が潜んでいるのだが、このような政治不信が基本法に根拠づけられているわけではない」[33]。したがって、「解明しなければならないのは、基本法が何を想定しているのかである。多数派、つまり支配的学説および伝統的学説について簡潔に指摘したが、これらに対置しなければならないのは、ドグマーティッシュな熟考である」[34]。

第二款　政府の排他的権能

それでは、政府の組織編成権について、基本法は何を予定しているのか。以下（第二款から第四款）では、ベアによる政府の組織編成権についての基本法ドグマーティクを紹介する。

まず、政府の排他的な権能は、明文上ほとんど認められていない。その数少ない排他的権能の一つとして最初に挙げられるのは、基本法六四条一項に基づく「組閣権」である。これは「特定の者を大臣に任命する政府の権限」[35]であるが、ノルトライン・ヴェストファーレン州の憲法裁判所判決[36]を機縁として、この組閣権に、所管省庁に新たに手を加える権限も含まれるのかが問題とされるようになった。これに関して基本法六四条は、所管省庁を組織編

成するような権限について何一つ述べていない。つまり「同条文は、明示的には、組織編成に係る決定権限ではなく、人事に係る決定権限を内容としている」[37]。

組織編成に係る決定権限は、基本法六五条一文に基づく「首相の基本方針権限」からも導かれない。この首相の基本方針権限についても、古くは「疑わしきは政府に」との推定がなされ、また「憲法による執行留保」があるとする論者もいる[38]。しかし、かかる推定および執行留保は「基本法からは明らかではない。連邦議会が『基本方針法律』を議決してはならないとはどこにも書かれていない。むしろ基本法六五条は、政府内部の組織編成のみを目途としているのであり、異なる国家機関どうしの権限配分については何も述べていない」[39]。さらに、この方針の範囲内での大臣および首相の「責任」（基本法六五条二文）からも、組織編成に係る決定権限は導かれない。というのも、「責任」はそれが自由行動の余地を前提としているゆえに「権能」と考えられるが、この「権能」から「権限」は導かれない―つまり権能は「権限から導かれるのであるが、その逆はない」[40]―からである[41]。ゆえに、「議会は、すべての所管省庁のすべての事項問題について法律を制定できる」[42]。

したがって、組織編成に関する政府の排他的権能が基本法上予定されているのは希である。むしろ基本法は、例外状況において、排他的な権能を政府に割当てている。これに該当するのは、立法緊急状態（八一条）、国外での防衛事態（一一五ａ条一項二文）、および国内での緊急事態（三五条、九一条）に際しての政府の申立権、財務緊急事態（一一一条）に際しての政府の暫定的な予算権、そして、政府自らの存立についての問題を信任決議案として提起する権限（六八条）である。

政府の排他的権限についてはさらに、「政府のみが予算の提案を許され（基本法一一〇条、一一三条、連邦予算法二八条、二九条）、政府のみが通貨を発行し、政府のみが連邦強制（Bundeszwang）や連邦共助（Bundeshilfe）

の措置を講じ、また戦争兵器の輸出を許可し（基本法二六条二項）、そして政府のみが委託行政についての指示を与え得る（基本法八五条三項、四項）と人は解釈し得るかもしれない」。しかし、これらの権限については後述の「協働的」な権限と理解する方が適切である。というのも、これらの政府の権限に関しては「いかなる場合でも、他の機関による決定、つまり大抵の場合は議会の法律への拘束が優位に立っている」[43]からである。

第三款　透過性および半透過性のある組織編成権能

次に、基本法は、排他的な権能の他に、議会もしくは政府がそのいずれかにかかわりなく活動できる「透過性のある組織編成権能（Permeable Organisationsbefugnisse）」を予定している。かかる権能の典型は、議会も政府も行うことのできる「法案の提出」（基本法七六条）である。また、連邦固有行政（基本法八六条二文）の組織編成も透過性のある権能である。というのも、この組織編成は政府の義務ではあるが、それは議会が法律で特段の規定を設けない場合に限られるからである[44]。

このような透過性のある組織編成権能と並んで、「半透過性のある組織編成権能（Semipermeable Organisationsbefugnisse）」がある。これは、「ある作用の担い手には別の作用の担い手への介入を可能にしているが、逆に後者には前者への介入が禁じられているような権能」[45]である。例えば、アンドレアス・フォスクーレが言うところの「半透過性の膜」[46]としての司法府がこれに当てはまる。なぜならば、裁判所は別の作用の担い手について判断を下す一方で、裁判官に対する権利保護を行うのは裁判所以外にないからである。これと同じような半透過性は、議会と政府との間にも存在する。例えば、「連邦議会は法律で組織に関する基準（Vorgaben）を定めることも許されるが、逆に政府は連邦議会を規制することが許されない」[47]。ゆえに、この半透過性のある組織編成権能に関しても、「諸々の権限は、どちらかといえば議会に比重を置く形で配分されている」[48]。

第四款　協働的権能

最後に、「協働的権能」がある。この権能は、「協働権」、「共同所有」、「国家指導」、「権限の交錯」などの様々な名称で論じられてきた。「大臣と議員とが同一人物であること（Personalunion）」のみならず、「連邦議会および連邦政府相互間での諸々の公聴・アクセス権（Anhörungs-und Zutrittsrechte）」[49]が協働的権限構造の表れである。前述（第二款）の協働的なものとして理解するのが適切とされた諸権限と並んで、国際条約のところでも、議会と政府の権限が協働で行使される。ここでは確かに政府は議会に比して機動的に優れた立場にある。しかし、連邦国防軍の対外派兵について議会留保が求められたことからも明らかなように、政府が単独で決定することは許されない[50]。これとほとんど同系列に論じられるのは、財政に係る議会と政府との協働である。というのも、財政基本法（Finanzverfassungsrecht）によると、予算について、政府が予算案を策定し、議会がそれを承認し、そして執行が予算を支出するからである[51]。こうした「共同作業」つまり諸権力の「相互抑制を目的とした交錯」は、「通常事例」として把握できる[52]。なぜならば、「国家機関の協働が、結局は政治の日常を形づくっている」[53]からである。

第五款　基本法ドグマーティクの帰結

以上がベアによる政府の組織編成権についての基本法ドグマーティクである。これをベアは次のように要約している。

「基本法は核心領域および組織編成権を定義しておらず、排他的権能を個別に明文で割り当てているにすぎない。これらの排他的権能によって政府が有利となるのは例外的な事例においてであり、大抵の場合、政府は協働して他の機関と共に活動する。これに対して、議会は、より頻繁に排他的に活動するどころか、基本権領域においてはそのように活動しなければならない。これと並んで、部分的に透過性のある、あるいは、完全に透過性のある権能が

ある。これらは、どちらかというと立法府に有利な結果となる」[54]。こうした基本法ドグマーティクから導かれるのは、「核心領域テーゼに基づく推定原則が憲法上認められない」[55]との帰結である。政府の組織編成権能が憲法から導かれないのであれば、そのような権能は存在しない。これとは逆に、基本法からは「議会に有利となる推定原則」が明らかになる。「この推定原則は、規律義務ではなく、介入権を成立させる。裁判によれば、かかる介入権が行使されるのは、これに関して『十分な根拠』［原註―BVerfGE 95, 1.］がある場合である。いずれにしても、これは次のことを意味する。すなわち、疑わしきは政府にではなく、疑わしきは議会にということである」[56]。

第三節　政府の多元的把握による核心領域概念の相対化

これまでのカンチク学説およびベア学説の核心領域批判の検討から明らかになるのは、政府の意思形成過程に対しても、そこでの組織編成権の行使に対しても、議会による統制を及ぼすことが可能であるということである。かかる可能性を、前章第一節で紹介した兵器輸出判決を素材にして具体的に明らかにしたのが本節で紹介するマイネルの学説である。

第一款　連邦安全保障委員会の組織構造および決定権限

マイネル学説を紹介する前に、連邦安全保障委員会の組織構造および決定権限をまずは概観する。というのも、マイネル学説では、兵器輸出判決の事案において国家実務上の決定的な役割を果たし、「基本法二六条二項一文によると連邦政府にのみ義務づけられている兵器輸出の許可」[57]について最終的な決定を下していた連邦安全保障委員会が問題にされるからである。この連邦安全保障委員会は、組織類型としては政府に設置される内閣委員会の一つに数えられ[58]、一九五五年一〇月六日の閣議決定によって設置された[59]。同委員会の構造および執務進行は、連邦安全

保障委員会執務規則、内閣委員会の執務進行に関する枠組規定、および連邦政府執務規則に則っている。[60]

（1）連邦安全保障委員会の組織構造

連邦安全保障委員会は、「安全保障政策、とりわけ防衛、軍縮および兵器統制に係るすべての分野の問題を審議する」（連邦安全保障委員会執務規則一条二項）ための常設の内閣委員会である。連邦安全保障委員会の議長は連邦首相であり、議長代理としては連邦副首相が充てられる（同執務規則二条一項）。連邦安全保障委員会の常任委員は、連邦各省の「外務大臣、内務大臣、法務大臣、財務大臣、経済技術大臣、防衛大臣、経済協力開発大臣および連邦首相官房長」（同執務規則二条二項）である。これ以外の連邦政府構成員も、「彼らの業務領域に関係する問題が審議される場合には、連邦安全保障委員会の会合への参加を求められる」（同執務規則二条二項）。その他の参加者としては、「連邦政府報道情報局長またはその代理人たる資格を有する者、連邦国防軍統合幕僚長、軍縮および兵器統制の問題に関わる連邦政府の担当官、ならびに、業務執行（五条一項）および議事録作成（七条一項）を委託された者」、さらには「連邦大統領府の長またはその代理人たる資格を有する者もしくは連邦首相の係官」が予定されている（同規則三条一項）。

もとより、内閣および内閣委員会での会合は「秘密」（vertraulich）であるとされているが（連邦政府執務規則二二条三項一文）、とりわけ連邦安全保障委員会の会合は、より秘密度の高い「極秘」（geheim）である。[61] 極秘事項としての格付けは、「権限のない者による閲覧がドイツ連邦共和国または同国の州の安全保障を危険にさらし得る、あるいは、それらの利益に深刻な損害を与え得る」[62]ことを意味する。かかる極秘事項に含まれるものとして例えば、連邦安全保障委員会の審議および議決、業務方式、会合日時、議事日程、個々の構成員の採決行動などがある。[63] 連邦安全保障委員会の執務規則も二〇一四年に改正されるまでは極秘事項とされていた。[64] これらの極秘事項の

指定は、連邦安全保障委員会における「構成員どうしの闊達な討論を保障するために―そうでないと構成員らは意見の形成が侵害されていると感じてしまう―、また、とくに連邦共和国、州、および内閣の不可侵性の保護を安全保障・防衛政策において確保するために、必要不可欠である」[65]。もっとも、「連邦首相の授権」（連邦政府執務規則二二条三項二文）があれば、連邦安全保障委員会の会合およびその会合の内容を公開することは可能である[66]。

（2）連邦安全保障委員会の決定権限

審議機関として連邦首相に仕える[67]連邦安全保障委員会の中核的任務は、ドイツの安全保障・防衛政策の調整である。この委員会において、防衛政策、外交政策、および経済政策の観点に基づく開発政策からなる政治的に重要な諸々の議題が集められ、各省の財政的な連係と同様に、法的な連係のための徹底的な討論が行われる[68]。このような連邦安全保障委員会の任務は、「安全保障・防衛政策[69]」と「兵器輸出の個別事例[70]」とに区別される。東西冷戦の終結以降、連邦安全保障委員会は、後者の任務にますます従事するようになったとされる[71]。そして、この兵器輸出の個別事例に係る任務を遂行する中で、連邦安全保障委員会は、兵器輸出についての許可ないしは不許可の決定を下す。これについて例えば、連邦経済技術省の政務次官であるハンス＝ヨアヒム・オットーは、―兵器輸出判決の発端ともなった―二〇一一年七月六日のドイツ連邦議会の質問時間において、次のように述べていた。「特に議論を呼ぶつまり特別に関心をもたれ、場合によっては存在するかもしれない輸出計画に関しては、通常は連邦安全保障委員会が決定する[72]」。確かに、連邦安全保障委員会執務規則一条二項によると、「連邦安全保障委員会は、基本法または連邦法律によって連邦政府の決議が必要とされていない限りで、最終的に決定を行い得る」。しかし、このような最終決定権限が政府内部の一内閣委員会にすぎない連邦安全保障委員会に与えられていることについては、ドイツ公法学において少なからぬ批判がある[73]。

第二款　組織編成形態を等閑視する連邦憲法裁判所の論拠―「法関係」と「委任」の対置

兵器輸出判決では、内閣委員会の一つである連邦安全保障委員会を設置する権限や政府の決定権限が同委員会に委任されたことは、議会の統制権の射程にとって重要でないと見なされた。その理由を、連邦憲法裁判所は次のように判示している。

「本件では、連邦安全保障委員会を設置する権限および兵器輸出申請についての決定権能をこの委員会の所轄大臣つまりは個別の連邦大臣に委任する権限が連邦政府に与えられているのかということについて決定を下す必要はない。なぜならば、ドイツ連邦議会およびその構成員との法関係において、基本法二六条二項一文に従った許可決定は、連邦政府に整序されなければならず、そして、この許可決定を通じて、議会に対しては直接的に、国民に対しては間接的に責任を負わなければならないのであり、許可決定を行ったのが、内閣なのか、内閣によって設置された委員会なのか、あるいは個々の大臣なのかは重要ではないからである。連邦政府が、基本法によって自らに割り当てられた決定権能を委任することで、決定に関する自らの責任から解放されるというようなことはほとんどなく、もし仮にそのような委任が―認められるのか否かに関わらず―なされようものなら、大臣の決定およびそれに関連する連邦安全保障委員会の意思形成は、政府の活動たる性格を失ってしまい、執行固有の責任の核心領域から引き離されてしまう」[74]。

マイネルによれば、内閣委員会の組織編成形態ついては、組織編成権の観点―狭義の組織編成権の観点と議会による統制可能性の観点―から様々な憲法上の問題を指摘し得る[75]。それにもかかわらず、兵器輸出判決では、この組織編成形態に関する問題が等閑視された。つまり、右に引用した判決文によれば、内閣委員会を設置する権限や政府の決定権限が同委員会に委任されたことは、議会の統制権の射程にとって重要でないとされた。かかる判決の論拠づけにおいて前提とされているのは、外部法と内部法の伝統的区別である。つまり、兵器輸出判決に関してマイ

ネルが注目するのは、「法関係」と「委任」との概念上の対置的組合せが論拠づけの決め手にされていることである。この論拠づけによれば、議会統制は、議会と政府との機関間の「法関係」において、全体としての政府に対して向けられるにとどまるため、政府内部で行われる権限の「委任」は議会統制の射程外となる。要するに、「この論拠づけは、議会統制が執行府内部の組織編成とは別に機能し得ることを示唆している。このことは、執行府を法的に遮断された非浸透性の組織として理解することを前提としているかのようであり、この前提に従うと、決定を内閣委員会に委任することも、もはや議会とは何の関係もない」[76]ことになる。このような論拠づけに対する批判的分析の中でマイネルが指摘するのは、「法関係」の概念が、「内部と外部という一定の組織編成権上の区別を、議会と政府との関係に取り入れるのに役立っている」ことである。そして、「この内部と外部の区別から、裁判所のすべてのさらなる推論が自ずと明らかになる。つまり、〔組織編成形態の問題については決定を要しないと連邦憲法裁判所が判断した論拠が述べられている部分として〕引用された箇所は、次のように意訳され得る。すなわち、機関どうしの関係において注意が払われる外部法と見なされるのは、全体としての機関どうしの関係にすぎないのに対して、機関内部の間での法連関は内部法的に構造化されているのであり、連邦議会と連邦政府との間の『法関係』には与していない」[77]。

第三款　「法関係」と「委任」の概念によって言い表そうとされているもの―議会の側からは統一体として把握される政府

マイネルによると、これらの「法関係」および「委任」の概念によって言い表そうとされているのは、議会の側からは法的統一体としてしか把握されないような政府概念である。というのも、議会との関係における政府をこのように把握することによってはじめて、内閣委員会の設置や同委員会への決定権限の委任を、純粋に内部法的な

「委任」の問題として把握することも説得的となるからである。「こうなると、当然の帰結として、議会による政治的統制の名宛人は、第一義的には、全体としての政府になる」のであり、「政府と議会の法関係は、活動の全てを任された権力（Handlungsvollmacht）と統制権限との二元構造によって特徴づけられる」[78]。つまり、マイネルからすれば、連邦憲法裁判所による議院内閣制の理解は、立憲君主制的二元構造への回帰を意味しているのである。ゆえにマイネルは、こうした政府概念の把握が基本法下での議院内閣制の理解とは相容れないとして次のように批判する。「政府の統一的な理解は、基本法が予定している議院内閣制の組織的開放性とは緊張関係にある。このような政府の理解は、単独支配的要素の過度の強調に基づいており、所管省庁の自立性や合議体による指揮に特徴づけられる執行の多元的な要素を無視しているが、これらの多元的要素を構築する原理（Bauprinzip）が議会に対しての実際の責任を可能ならしめているのである」[79]。したがって、マイネルによれば、基本法上の議院内閣制は、全く本質的には、政府それ自体のみならず、その構成員にも議会が介入し得る多様な形式に基づいている。そして、かかる介入可能性は、まさにドイツにおいては、今日でも間違いなく重要であるとされる。というのも、「これらの介入可能性によって、かつての君主制国家に対する議会のある程度の影響力が獲得された」[80]からである。

第四款　政府の組織編成権への議会による介入形式

マイネルは、政府の組織編成への議会による介入形式は極めて多様であるとした上で、そのような介入形式として何よりもまず挙げられるのは、「組織法律」であるとする。これについて、マイネルは次のように述べている。「確かに、内閣委員会の設置のような組織編成に係る決定は、それらの委員会の手続の確定も含めて、法律から自由な内閣固有の組織編成権の一部である。しかし、今日ではもはやほとんど争われていない見解からして、議会はいつでも、政府の組織編成への広範囲にわたる法律による介入権を有している。そうであるならば、議会は、現在

の連邦安全保障委員会のような型式の委員会を、執行の核心領域を侵害することなしに設置し得るのみならず、考え得るすべての統制・情報調達権を、またおそらくは異議申立権をも創造することができ、これらの権利が連邦安全保障委員会を含む各々の政府当局に直接的にも向けられ得るであろう」[81]。

その他の介入形式としては、例えば、政府それ自体ではなく、個々の大臣を名宛人とし得る基本法四三条一項の「召喚権」が挙げられる。この召喚権による統制手段は、特に基本法四四条に基づく「調査権」と異なって、政府合議体における各々の官署ではなく、構成員のみを名宛人とすることができ、この点が体系的に重要であるとされる。その理由は、このような召喚権の行使による統制対象の「個人化によって初めて、議会の信頼への政治的依存が保障されるからである」[82]。また、基本法八〇条一項一文に基づいて、議会は所管省庁の権限に影響を及ぼすこともできるとされる。

さらに、安全保障・国防政策の領域における政府と議会の関係は、憲法的に「透過性をもって」構造化されている、とマイネルは捉える。「これはつまり、全体機関たる政府および議会よりも下位のレベルでの統制および影響力の行使のために、多くの官署に接近できることを意味する。したがって例えば、比類なき委員会としての国防委員会は、連邦政府に対する根源的な権利を有している。国防受託者も、憲法および法律によって、連邦国防省に所属しているあらゆる立場の者に対しての直接的な権利を有している（国防受託者法三条）[83]」とされる。

「以上のことが示すのは、政府組織―内閣、首相、所管省庁―のうちのどの機関が決定を下すのかは、議会による統制の観点からして取るに足りないわけでは全くないということである。なぜならば、合議体的に指揮される執行は、議院内閣制という国制類型においては、単一的・一元的にではまさになく、多元的に構造化されているからである。大統領制とは異なり、また、ますますもって立憲君主制とも異なり、議会による統制の対象は、『包括的

な』政府つまり『包括的な』執行それ自体ではなく、むしろ合議的に指揮された執行における個々の政治的最高責任者である。これは逆に言うと、議会による統制と政府の活動に関する組織編成類型（首相特権、内閣、あるいは個々の管轄領域）との関係は、分業によるものではなく、議会と政府合議体に特有の協働に基づいている、という意味である[84]」。

小括　マイネル学説の理論的意義―政府の多元的把握による「執行の核心領域」の批判的相対化

本節で紹介したマイネルの学説は、すでにドイツの一般的な基本法コンメンタールにおいても、参考文献の一つとして挙げられている[85]。ここでは、本節で分析されたマイネル学説を省察することで、その理論的意義を指摘することにしたい。

カンチク学説およびベア学説とは異なり、マイネル学説では政府の多元的な把握が強調されていた。かかる多元的把握よって、政府の意思形成過程に対する議会統制の射程をドグマーティッシュに拡張させる可能性が明らかにされていた。これは同時に、政府の意思形成過程に議会が介入し得ない論拠とされてきた「核心領域」の批判的相対化がこのような政府の多元的な把握によって可能であることをも意味していた。この点にこそ、マイネル学説の最大の理論的意義が見出されるものと思われる。すでに見たように、「執行の核心領域」に対して、カンチクやベアによる批判はあったものの、そこからさらに進んで「執行の核心領域」を前提とせずに議会統制の射程を拡張する解釈論をどのように展開すればよいのかは未解明であった。かかる問題に対して一つの突破口を開いたのが、政府を多元的に把握することで、「執行の核心領域」を前提とせずに議会統制の射程をドグマーティッシュに拡張し得ることを示したマイネルの理論である。

確かに、マイネルの学説では、「執行の核心領域」の概念そのものが―少なくとも本節で扱った論文においては―明示的に批判されているわけではない。例えばマイネルは、執行の意思形成の秘匿性が憲法上保護されると述べる文脈の中で、「その保護は、内容および射程について意見の一致し得る言明がなされることはほとんどないとはいえ、絶対に調べ尽くすことのできない『核心領域』にまで及ぶ」[86]と述べている。しかし、この文章の直後には、「しかし、閣議における決定過程とは異なり、各省間委員会の審議および議決に関しては、政府が全体として責任を負っているわけではない」という文章が続いている。ここでは、政府が全体として責任を負っている閣議ならともかく、内閣委員会のような各省間委員会に対する議会の統制を考える場合、「執行の核心領域」が相対化され得ることが含意されており、この後のマイネルの叙述においても、議会の統制権限が「執行の核心領域」ゆえに制限されるなどと述べられた箇所はどこにもない。このように、政府の意思形成過程に対する議会統制の議論に際して、政府を多元的に把握することで、「執行の核心領域」を批判的に相対化し得ることを示した点にこそマイネル学説の独自性と画期性を見て取ることができよう。[87]

おわりに

ドイツ公法学の伝統的な権力分立学説は、「核心領域」を所与のものとして有する執行権概念を採用してきた。本稿では、かかる伝統的な権力分立学説に対して批判的な近年の学説を紹介した。そこで明らかになったのは、ドイツ公法学において、議会統制を制限する論拠とされてきた「執行の核心領域」の概念が有力な論者によって批判され、相対化されているという学問状況である。これは、伝統的には執行の自立性が認められてきた領域にまで議会による統制を及ぼそうとする学問的趨勢にほかならない。本稿で問題とされた政府の意思形成過程に対する議会

統制に関して言うならば、まずカンチクは、フリック調査委員会判決以降の連邦憲法裁判所の判例を引き合いに出しつつ、議会の情報調達権に基づく統制から絶対的に逃れるような政府の意思形成過程がもはや存在し得ないことを判例理論に即して明らかにした。次いでベアは、伝統的には「執行権の核心領域」に属することが推定されてきた組織編成権に関して、基本法ドグマーティクによる論証を試み、結果的にそのような推定原則が基本法からは導出され得ないことを明らかにした。さらに、マイネルは、カンチクやベアによって批判された「核心領域」にはもはや依拠しないとした場合に、政府を多元的に把握することで、議会統制の射程をドグマーティッシュに拡張し得ることを明らかにした。すなわち、マイネル学説において、議会統制の射程を、全体としての政府のみならず、政府内の個別機関にまで拡張し得たのは、政府の多元的把握に基づいている。[88] このような政府の把握によって、政府の意思形成過程に対する議会統制を限界づける論拠とされてきた「執行の核心領域」が批判的に相対化されることを示したという意味で、マイネル学説は画期的であり、評価に値しよう。

翻って、日本憲法学の伝統的学説においては、政府の意思形成過程に対する議会統制という問題関心のもとで行政権概念が議論されてきたわけではないように思われる。しかし、かかる議会統制の可能性を問題にし得る現象はすでに生じている。[89] また仮に、かかる議会統制の可能性がこれまで以上に議論されるようになったとしても、政府に原則として属するものとされる―しばしば「執政領域」あるいは「執政権」と称される―領域ないしは権限を認めるならば、ドイツ公法学の伝統的権力分立学説が「核心領域」や「組織編成権」に依拠して行ったのと同様に、「執政領域」ないしは「執政権」を論拠にして政府の意思形成過程に対する議会統制の可能性が最初から閉ざされることになりかねない。さらに、このような領域・権限の措定を行わずして、政府の意思形成過程での権限行使が法的に根拠づけられたとしても、それらの権限と国会の統制権限との関係をどのように把握すればよいのかという

問題は、規範論上の検討をなお必要とするように思われる。[90] そうであるならば、「執行の核心領域」を前提としてきた伝統的権力分立学説に対する批判論（本稿第二章）で示された執行権の把握、すなわち政府の意思形成過程に対する議会統制を可能ならしめるような執行権概念は、日本法の下でもこのような可能性を考慮して、これまでにない形で行政権概念を再構成するための重要な示唆を与えてくれているように思われる。

（1）*Pascale Cancik*, Der „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung" — zur Relativität eines suggestiven Topos, ZParl 2014 (Heft 4), S. 890.

（2）*Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 890. カンチクは、ここで述べた核心領域概念を採用する問題を、「EU問題における連邦政府と連邦議会の協働に関する法律（EUZBBG）」を例にして次のようにより具体的に述べている。「例えば、EUZBBGは、二〇一三年の新形式で、三条四項において、『連邦政府の執行固有の責任の核心領域は（…）情報提供義務によって侵されない』ままであると規律している。しかし同時に、〔三条二項および三項、四条一項一号Cおよび二項二文において〕この核心領域内での諸々の情報提供義務が非常に広い範囲で課されており、これらの義務は完結していない決定準備過程におけるあくまで準備中の討議にも課される。これは、EU問題に対して広範に認められた連邦議会権限の必然的帰結である。つまり、基本法二三条二項によれば、連邦議会はこのEU問題に参加するのである。しかも参加は、議会調査権によって可能となる事後統制としてさらに続いている。そうであるからには、事の真偽〔統一的な定義など本当にあるのか〕はさておいて（cum grano sails）、その都度保護される核心領域の統一的な定義なるものがあったとしても、それは、対応する規定における議会の調査・情報調達権に定位した同等の文言を無視し、当該文言に反しており、そもそも問題にならない。政府領域への参加が憲法上認められている場合、―核心領域保護が従来の定式によって目的とする―議会を介した『協働による政府行為（Mitregieren）』の阻止は、この事例類型に関しては正しい限界づけたり得ないのである」（*Cancik*, a. a. O. [Anm. 1], S. 890 ff.）。

（3）Vgl. *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 891.

（4）*Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 891.

(5) Vgl. *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 907.
(6) *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 907.
(7) Vgl. *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 894.
(8) Vgl. BVerfGE 110, 199 (214); 124, 78 (120).
(9) *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 895.
(10) Vgl. *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 907.
(11) BVerfGE 110, 199. 本件の事実関係は、次のようなものである。二〇〇〇年七月、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州政府は、予算案を作成するにあたって、翌年の予算を削減するべく、従来の実務に反して教員を公務員として雇用することにした。その後、二〇〇一年五月、同年の教員人件費に係る予算が不足していることが発覚する。この問題に関する州の担当大臣および州政府首相の説明に疑念を抱いた州議会反対派は、二〇〇一年の州予算の準備に関係する書類の提出を求めた。これに対して州政府側は請求された文書の一部（予算案および予算審議メモ）の提出を拒否した。拒否の理由は、これらの文書の提出によって、州憲法二三条三項一文に基づく州政府の任務遂行力（Funktionsfähigkeit）および固有責任が侵害されてしまうから、というのもであった。二〇〇一年九月には、州憲法二三条三項九文にしたがって議会反対派が召集した議会調停員会が開かれたが、州政府との調停には至らなかった。そのため州政府は、連邦憲法裁判所に機関訴訟を提起し、州議会によって要求された文書の提出を州政府の任務遂行力および固有責任（州憲法二三条三項一文）に基づいて拒否する権限を州政府が有することの確認を訴えた。
(12) Vgl. BVerfGE 110, 199 (214).
(13) BVerfGE 124, 78.
(14) Vgl. *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 896.
(15) Vgl. BVerfGE 110, 199 (214).
(16) BVerfGE 110, 199 (219).
(17) *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 896.
(18) Vgl. *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 906 f.

(19) *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 898.
(20) *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 899.
(21) *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 899.
(22) *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 899.
(23) *Cancik*, a. a. O. (Anm. 1), S. 899.
(24) *Susanne Baer*, Vermutungen zu Kernbereichen der Regierung und Befugnissen des Parlaments, Der Staat 40 (2001), S. 526.
(25) Vgl. *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 527.
(26) *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsorganisation zwischen parlamentarischer Steuerung und exekutivischer Organisationsgewalt, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, J.C.B. Mohr 1977, S. 347.
(27) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 527.
(28) *Arnold Köttgen*, Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958), S. 154.
(29) Vgl. BVerfGE 49, 89 (125); 68, 1 (87 f., 109).
(30) Vgl. *Karl – Ulrich Meyn*, Kontrolle als Verfassungsprinzip, Nomos Verlagsgesellschaft 1982, S. 184.
(31) *Felix Ermacora*, Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958), S. 235.
(32) *Albert Janssen*, Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts, Mohr Siebeck 1990.
(33) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 529.
(34) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 529.
(35) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 534.
(36) NW VerfGH, Urt. v. 9. 2. 1999 – VerfGH 11/98 - NJW 1999, S. 1243 - 1247. クラウス・シュテルンおよびベルンハルト・シュリンクが判事を務めたことでも知られる本件の事実関係は次のようなものである。一九九八年六月九日、ノルトライン・ヴェストファーレン（NW）州政府の改編にあたって、同州首相（被申立人）は、内務省と法務省の統合を組織編成

の告示（Organisationserlaß）に基づいて決定した。一九九八年一〇月一九日、同州議会のキリスト教民主同盟（ＣＤＵ）会派（申立人）は、当該告示に基づく首相の決定によって、制度的法律の留保によって保護された、内務省と法務省の組織上の関係を法律によって規律する州議会の権限が侵害されたとして、機関訴訟を提起した。申立に対して、同州憲法裁判所は、右の組織編成の告示が州議会の権限を侵害したと判示した。なお、本判決の概要については、大橋洋一「制度的留保理論の構造分析―行政組織の法定化に関する一考察―」碓井光明ほか編『金子宏先生古稀祝賀・公法学の法と政策　下巻』（有斐閣、二〇〇〇年）二五七頁以下を参照。また、同判決に対するベッケンフェルデの批判的評釈については、村西良太『執政機関としての議会―権力分立論の日独比較研究』（有斐閣、二〇一一年）一九一―一九二頁を参照。

(37) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 534.

(38) *Roman Herzog*, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24 (1966), S. 189 f.; *Hans D. Jarass*, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, Beck 1975, S. 30; *Gerhard Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, Duncker & Humblot 1979, S. 225.

(39) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 535.

(40) *Thomas Puhl*, Die Minderheitsregierung nach dem Grundgesetz, Duncker & Humblot 1986, S. 133.

(41) Vgl. *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 535.

(42) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 535.

(43) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 536. なお、議会が有する「包括的な排他的権能」については、*Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 538 Fn. 69 参照。

(44) Vgl. *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 539.

(45) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 539.

(46) *Andreas Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, C.H.Beck 1993, S. 256.

(47) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 539 f.

(48) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 540.

(49) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 540.

(50) Vgl. BVerfGE 90, 286 (383). 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―ＡＷＡＣＳ事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第二版〕』（信山社、二〇〇三年）三六六頁以下を参照。

(51) Vgl. *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 540.

(52) Vgl. *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 540.

(53) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 540.

(54) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 541.

(55) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 541.

(56) *Baer*, a. a. O. (Anm. 24), S. 541.

(57) *Florian Meinel*, Organisation und Kontrolle im Bereich der Regierung. Zur verfassungsrechtlichen Stellung von Kabinettsausschüssen, insbesondere des Bundessicherheitsrats, im parlamentarischen Regierungssystem, DÖV 2015, S. 719.

(58) その他の内閣委員会については、*Wolf-Rüdiger Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter [Hrsg.], Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 65 (Stand 2003), Rn. 119 ff. を参照。

(59) 設置当初の名称は「連邦防衛委員会」であったが、一九六九年一一月二八日の閣議決定によって、「連邦安全保障委員会」に改名された。

(60) Vgl. *Kai Zähle*, Der Bundessicherheitsrat, Der Staat 44 (2005), S. 469.

(61) Vgl. *Zähle*, a. a. O. (Anm. 60), S. 472.

(62) *Zähle*, a. a. O. (Anm. 60), S. 472.

(63) Vgl. *Zähle*, a. a. O. (Anm. 60), S. 472. *Robert A. P. Glawe*, Organkompetenzen und Handlungsinstrumente auf dem Gebiet der nationalen Sicherheit, 2011, S. 39 f.

(64) Vgl. *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 718.

(65) *Zähle*, a. a. O. (Anm. 60), S. 472.

(66) Vgl. *Zähle*, a. a. O. (Anm. 60), S. 473.

(67) Vgl. *Robert A. P. Glawe,* Der Bundessicherheitsrat als sicherheits-und rüstungspolitisches Koordinationselement, DVBl. 2012, S. 330.

(68) Vgl. *Glawe,* a. a. O. (Anm. 67), S. 330.

(69) 連邦安全保障委員会の「安全保障・防衛政策」に係る任務の詳細については、*Zähle,* a. a. O. (Anm. 60), S. 473 f. を参照。

(70) *Zähle,* a. a. O. (Anm. 60), S. 473.

(71) Vgl. *Glawe,* a. a. O. (Anm. 67), S. 330.

(72) PlenProt 17/119, S. 13797 (D).

(73) 例えば、グラーヴェによると、確かに「かつての連邦防衛委員会には、連邦防衛委員会執務規則一条二項からして、憲法または連邦単純法によって閣議決定が必要とされない限りで、最終的に妥当する決定権限が認められていた」(*Robert A. P. Glawe,* Der Geheimrat, NVwZ 2014, S. 1635)。しかし、「連邦政府の決定権限に関しては、基本法六五条において予定された諸機関が、専ら権限を有している。つまり、連邦政府の決定が必要とされる限りで、連邦安全保障委員会は先行決定を行い得るものの、これらの決定は、その法的性質からして、もはや形式的な取り決め（Absprache）としての性格を有し得ない。内閣委員会には、このような前もっての審議・調整機能を超えては、原則としていかなる決定権限も帰属し得ない」(*Glawe,* a. a. O., S. 1635)。

その他にも、例えばツェーレは、連邦安全保障委員会の最終決定権限を次のように批判している。「安全保障・兵器輸出政策の問題についての重大な影響にもかかわらず、連邦安全保障委員会は、手続からして、他の内閣委員会と異なって判断され得ない。政府の活動は憲法上の諸規定に拘束されている。これによると、内閣委員会の決議権限は予定されていない。政府の決定に関して、この決定権限を有する機関の限定原則（Grundsatz des numerous clausus）からしてもっぱら予定されているのは、連邦首相、所管省庁権限の範囲内での連邦大臣、あるいは、連邦政府としての内閣全体である（基本法六五条、六四条一項、五三条、七六条一項、八〇条一項一文のみを参照）。決定権能の委譲は、この枠内でのみ可能である。これによれば、内閣委員会に固有の決定権限は備え付けられていない」(*Zähle,* a. a. O. [Anm. 60], S. 477)。その他の批判として例えば、*Patrick Kirchner,* Das System der Rüstungsexportkontrolle – am Beispiel der Panzerlieferungen nach Saudi-Arabien –, DVBl. 2012, S. 337 f. も参照。

(74) BVerfGE 137, 185 Rn. 147.

(75) 連邦安全保障委員会について、第一に、「狭義の組織編成権の観点」からマイネルが唱える憲法上の異議は、同委員会は法律によって設置されなければならないというものである。マイネルの異議の論旨は大要次のようなものである。マイネルはまず、連邦首相と内閣（基本法六二条、六五条三文）との間に存在しかつ固有の決定権限を有するような機関がそもそも基本法上認められていないとした上で、政府レベルでの決定権限に関しては原則として三つの可能性があるに過ぎないことを明らかにしている。すなわち、一つは、連邦首相の基本方針権限（基本法六五条）である。二つは、基本方針権限に基づかずに首相が自ら決定する権限および個々の大臣が自らの所管省庁自律権を行使する形で決定する権限（基本法六五条二文）であり、これらは内閣全体としての決定権限（基本法六五条三文）である。そして、これらとは反対に、首相も内閣も決定を行わない場合は、個々の大臣が責任を負っており、これが政府レベルでの決定権限の三つ目の可能性である。これらの権限は、政府の組織編成を特徴づける原理、すなわち、首相原理、内閣原理および所管省庁原理にそれぞれ対応しているとされる。政府の組織編成は総じて、これらの原理の流動的な組合せと理解されなければならず、これらの原理に基づいて、その都度の事項領域および行為者に応じて、各々の原理が異なる仕方で有効に働く。その一方で、内閣委員会に固有の決定権限などというものは、これらのいずれの原理にも当てはまらない。つまり、「内閣委員会はこれらの均衡の外に存在しており、その限りで基本法の組織編成に係る類型から逸脱している」（*Meinel*, a. a. O. [Anm. 57], S. 721）。このような考え方に対して、次のように反論することはできないとマイネルは言う。すなわち、内閣委員会というのは、所管省庁間での意見の相違（基本法六五条三文）による論争を予め回避するよう調整するために設置されるとの反論である。敷衍すると、調整とは、およそ所管省庁間の調整のみならず、例えばいくつかの作業部会（Häuser）において様々な意見をすり合わせておくことでの前もっての論争回避でもあり、そのような所でまさに内閣委員会の設置が必要となるのだ、といった反論である。かかる反論をもち出せない理由は、内閣委員会をこのように捉えることで、所管省庁原理が完全に掘り崩されてしまうからである。このような反論による論拠づけでもって内閣委員会を設置しなくても、調整の必要性をやり繰りすることは可能だとマイネルは述べる。すなわち、「確かに、兵器輸出もそれに数えられる省庁横断的題目（Querschnittsmaterien）においては、臨時の調整（Ad-hoc-Koordinierung）のみならず、審議を進めながらの調整も必要となる。しかし、ほとんどの事項に関する問題は、同じような理由づけによって、何らかの省庁横断的題目として証明され得るし、政策上の調整の必要性は

非常に多くの政策分野において存在している。かかる調整の必要性は、内閣の次元より低い位置にある各省間業務委員会、あるいは、純粋に準備を行っている内閣委員会の中でさえ生じ得る」（*Meinel*, a. a. O. [Anm. 57], S. 721）。以上の熟考から、内閣委員会の「創設」および同委員会への政府の決定権限の「委任」について、次のような基本法上の諸原則が明らかにされる。「内閣委員会の創設は、連邦首相の組織編成権（基本法六五条一文および二文）に帰属するか、あるいは、調整機能についてのより優れた〔先ほどの反論においてなされたような論争解決の先取りのために内閣委員会の設置が必要であるとの論拠づけよりもまともな〕体系的な論拠づけでもって、内閣の自己組織編成権（基本法六五三文および四文）に帰属する。政府合議体の決定権限の各省間委員会への委任は、―基本法二六条二項一文の連邦安全保障委員会の事例において―内閣の本源的な権限の委任に関してはそれ自体としての内閣のみが権限を有し得るので、間違いなく政府の執務規則の自律のみを拠り所にし得る（基本法六五条四文）。というのも、連邦安全保障委員会の執務規則一条二項三文では委任が明示されており、これによると、同委員会は『基本法または連邦法律によって連邦政府の決議が必要とされていない限りで、最終的な拘束力を伴う決定を行い』得るからである。とはいえ、委任される権限というのは、所管省庁で取り決めを行うような外に向けての専門法的決定権限ではむしろなくて、そのために必要とされる政府の決定なのであり、そうするとこの決定に専門の所管省庁は内部関係の中で拘束されるべきである」（*Meinel*, a. a. O. [Anm. 57], S. 721）。もっとも、以上の解釈構成によってもなお、そもそもこのような政府合議体の決定権限の「委任」が合議体原理に適合するのか、如何なる憲法上の限界において適合するのか、また逆に、合議体原理が如何なる限りで全体としての政府による完結した決定を要請しているのかは述べられていないとした上で、マイネルは、この政府の組織編成権に対する要請を、基本法二六条二項二文から導き出す。これによると、兵器輸出判決の事例と同様に、基本法が原則として政府合議体の決定を要求している限り、「拘束力のある決定を行う内閣委員会の設置は、基本法二六条二項二文二よって明示的に留保された法律によってのみ可能となる」（*Meinel*, a. a. O. [Anm. 57], S. 721）。

第二に、「議会による統制可能性の観点」からマイネルが唱える異議は、個々の大臣、連邦首相および全体としての内閣とは異なり、内閣委員会には議会の統制が及ばないというものである。すなわち、マイネルによると、個々の大臣については、「議院内閣制において、議会の統制権は、原則的には、政府つまり執行それ自体を名宛人としているのではなく、議会に具体的に責任を負っている執行の長の担い手を名宛人としている」（*Meinel*, a. a. O. [Anm. 57], S. 722）。例えば、「大臣

の政治責任は、まさに議会によって個々の大臣を名宛人とする可能性を前提にしている」（*Meinel*, a. a. O. [Anm. 57], S. 722）。また、連邦首相については、連邦議会による不信任決議（基本法六七条）によって、議会による統制が直接向けられている。さらに、この不信任決議によって、議会の統制権は「ようやく間接的に、首相に依存した全体としての内閣にも向けられる」。このことから、マイネルは、「内閣と個々の大臣との間にある内閣委員会のような中間回路（Zwischenschaltung）の政治的意義は、そのような類いの委員会に任務を割り当てることによって、個々の所管省庁への統制による影響可能性が回避されるという点にある」（*Meinel*, a. a. O. [Anm. 57], S. 722）と述べる。右に挙げたもの以外の統制可能性としては、全体機関としての政府に対しての統制があるが、「その全体機関としての連邦政府の内側には、人的・政治的な責任は、もはや帰属し得ない」（*Meinel*, a. a. O. [Anm. 57], S. 722）。

(76) *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 723.
(77) *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 723.
(78) *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 724.
(79) *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 724.
(80) *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 725.
(81) *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 725.
(82) *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 725.
(83) *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 725.
(84) *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 725.
(85) Vgl. *Hans Dieter Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 14. Aufl., 2016, S. 827.
(86) *Meinel*, a. a. O. (Anm. 57), S. 720. なお、ここで引用した文章の中の「内容および射程について意見の一致し得る言明がなされることはほとんどない」と述べられている箇所にマイネルは脚註（四六）を付しているが、そこで引用されているのは、「核心領域」に対して批判的な立場をとるベア学説（本稿第二章第二節）およびメラース学説（*Christoph Möllers*, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, AöR Bd. 132 [2007], S. 499 f.）である。
(87) もっとも、本節で紹介した論文に限っていうならば、マイネル学説には理論的課題も残されている。それは、議会少数

派が行使し得る統制手段に関わる課題である。例えば、マイネル学説では、個々の政府構成員を名宛人とし得る点で、「調査権」よりも「召喚権」の方が重要であるとの理解が示されていた（第三節第四款）。しかし、調査権とは異なり、召喚権は議会多数派の議決をもって行使される権限である。その限りでは、たとえ政府の個別機関に対して責任を追及することができたとしても、それは当該政府を党派的に支持する議員ら、すなわち多数派によってしか行われない。ゆえに、召喚権による統制手段がどこまで実効的なのかとの疑問を呈することもできよう。この点、「質問権は、連邦議会執務規則が示すように少数派の権利として形成され、召喚権は多数派の権利として形成される」（*Hans Hugo Klein*, Maunz/Dürig [Begr.], Grundgesetz Kommentar, Art. 43 [Stand 2015], Rn. 80）とも言われていることから、議員個人が政府の個別機関を直接名宛人にし得るような「質問権」を基本法の統制権限の体系の中にどのように位置づけ得るのかを明らかにするという発展的な課題がマイネル学説にはなお残されているように思われる。

(88) このような政府の一元的な把握に対して批判的な基本法解釈がマイネル学説以前にも存在したことを紹介し、そしてそのような解釈が「日本国憲法の解釈との関係でも注目に値する」と評価する上田健介『首相権限と憲法』（成文堂、二〇一三年）一二八―一二九頁も参照。

(89) 例えば、「国家安全保障会議」は、国家安全保障に関する「重要事項」を「審議する機関」（国家安全保障会議設置法一条）として内閣に設置され、これが外交・安全保障政策に関する政府の意思形成過程における「司令塔」の役割を担うものとされている。しかし、閣僚会議たる同会議の議事録はこれまで公開されておらず、「重要事項」についてどのような意見が交わされたのか、その意思形成過程をたどることはできない。さらに、二〇一三年一二月一七日には、この国家安全保障会議および閣議にて、「国家安全保障戦略について」の決定がなされ、これに基づき、二〇一四年四月一日、同じく国家安全保障会議および閣議にて、「外国為替及び外国貿易法」に関する従来の運用指針であった「武器輸出三原則」に代わる「防衛装備移転三原則」についての決定がなされた。内閣制度が始まって以来初の公開となった同日の閣議議事録における茂木敏充国務大臣の発言によると、この「防衛装備移転三原則」は、国家安全保障会議設置法一条における「審議する機関」の文言にもかかわらず、国家安全保障会議において「決定」された。

(90) なお、近年の日本憲法学においては、かかる問題に対して、いわゆる「機能的権力分立論」からのアプローチが有力な論者によって提唱されている。例えば、土井真一「憲法判例と憲法学説」公法研究六六号（二〇〇四年）一三二頁、宍戸常

寿「法秩序における憲法」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇九年）四一頁、村西・前掲註（36）二四四頁を参照。

もっとも、ドイツ公法学では、「機能的権力分立論」がいかなる限りで権限配分の法的判断規準を提供するのかという批判がある。例えば、連邦憲法裁判所のパーシング判決における「機能的権力分立」の定式―「基本法二〇条二項に原則として規定された、組織面・機能面での権力の区別および分離は、国家の決定が可能な限り適正に、すなわち、その決定を為すにつき、組織、メンバー構成、機能、活動方式に鑑みて最高の条件を有する機関によって下されることを目途とする。」（BVerfGE 68, 1［86］）―については、次のように批判されている。すなわち、この定式では、決定を下す国家機関が「適正」か否か、あるいは「機能性」を有しているか否かについての判断規準が前提条件として必要になるが、「そのような判断規準は、展開されてもいなければ、論拠づけられてもいない」（*Möllers*, a. a. O.［Anm. 86］, S. 498）。「この定式において求められている機能性というのは、基本法の諸規定から規範的にのみ明らかにされ得る」（*Möllers*, a. a. O.［Anm. 86］, S. 498）。メラースによる規範論の枠内での権力分立論については、拙稿「執行権の憲法的構成―ドイツ公法学における『外交行為』の法的構成（一）」阪大法学六四巻二号（二〇一四年）五〇二頁以下も参照。さらに、次のような批判は、「機能的権力分立論」と「核心領域説」とが、共通の問題を孕んでいることをも示している。「核心領域、適正、機能性、実効性、そして効率などの基準は、理屈抜きに前提とされ、展開されてもいなければ、詳しく論拠づけられてもいない」（*Bernd Grzeszick*, Die Teilung der staatlichen Gewalt, Ferdinand Schöningh 2013, S. 57）。