

権力分立論の現代的展開：機能的権力分立論の可能性

村西，良太
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/10985>

出版情報：九大法学．90，pp.213-289，2005-02-28．Kyudai Hogakka i
バージョン：
権利関係：



権力分立論の現代的展開

——機能的権力分立論の可能性——

村 西 良 太

はじめに

I 伝統的権力分立論の形成

一 諸権力の「分離」と「抑制」

二 諸権力の厳格な「分離」

- 1 わが国における権力分立制の評価
- 2 内閣の法律案提出権

3 小括

三 「分離」と「抑制」の使い分け

1 諸権力相互の「抑制」

2 行政概念・控除説の正体

四 伝統的権力分立論の実相

II ドイツにおける権力分立論の生成

一 諸権力の「分離」と「抑制」

1 「機能」の分離と「機関」の分離

2 権力分立原理の「原則」と「例外」

二 核心領域説の誕生

1 生まれ変わった通説

2 民主的正統性と核心領域

3 執行権の核心領域

三 ドイツにおける通説的権力分立論の実相

III 伝統的権力分立論からの脱却

一 ドイツにみる新しい展開

1 注目される執行権固有の権能

2 国家任務の適正な遂行

3 機能的権力分立論の留意点

二 伝統的権力分立論の本質的転換

三 わが国における伝統的権力分立論の再考

1 新たな理論の萌芽

2 機能的権力分立論の可能性

おわりに

はじめに

権力分立とはいかなる制度原理なのか。従来の憲法学は、「国家権力を分離して、相互に抑制を働かせる仕組みである」とこれに回答し、事足りたようである。確かに権力集中ほど忌まわしいことはない、分離を厳格にすることではじめて自由が保障されるのだと、多くの人は納得した。しかし、かような納得は早計であろう。右の回答にいう「分離」と「抑制」の連関が不明のままでは、権力分立の真相からは程遠いのではないか。一般の用方に従えば、「分離」とは、分け離して各々独立させることをいう。これに対して、「相互の抑制」とは、いったん分離された権力が、必要に応じて他の権力領域に介入することを指す。分離を徹底することと、相互に抑制を働かせることは、容易には両立しないはずである。この点を従来の学説がどのように捉えてきたのか。加えてもう一つ、筆者なりに解明したい疑問がある。これまでの通説によれば、権力分立原理の目的は、人権の保障に尽きるとされてきた。^①この理解を徹底したとき、権力分立原理と（機能的な権限配分を重視した）適正な統治とが無関係だということになるが、それでよいのか。さらに、過日一応の実現をみたいいわゆる行政改革の成否は、この権力分立の理解如何に大きく依存している。右改革は、統治における「総合性、戦略性の確保」を重視し、^②「内閣機能の強化」なる目的の下、内閣と与党との一体化を促す施策を講じたところである。ところが、この一体化に対しては、権力を「分離」するという要請に反するとの批判が少なくない。^③わが国の統治に総合性や戦略性が欠落していた要因は多岐に亘るけれども、^④こうした「分離」の伝統的理解に負うところが、きわめて大きいと言わなければならない。本稿の目的の一つは、こうした改革にとっての障碍を、些かでも取り除くことにある。

本稿は、権力分立のあるべき理解を模索するため、次の順序で論述を展開してゆく。第一に、わが国における伝統的な権力分立論を紹介する。従来の通説が、内閣が国会の立法作用に関与する局面では、「分離」を理由にこれを拒絶する一方で、国会が内閣の作用領域に介入する局面では、「抑制」の側面を強調しはじめたことを明らかにする(Ⅰ)。次に、Ⅰで見たわが国の理論状況と比較対照するために、ドイツにおける権力分立論を取り上げ、まず初期(基本法制定から一九七〇年代まで)の通説的理解を概観する。そこでは、多数説は他の権力による介入を許さない「核心領域」を各権力に賦与する理論として説明しながら、実際には立法権の核心領域を防護することが主たる関心事であったことを紹介する。彼国の通説は、厳格な分離を原則に掲げて民主的正統性における議会の優位を強調する点で、わが国の伝統的な通説と共通項を多くしていることが、明らかにされるであろう(Ⅱ)。最後に、比較的最近になって(一九八〇年代以降)ドイツで有力になった権力分立論を紹介し、わが国への示唆を得たい。

現在では、連邦憲法裁判所の判決においても、権力分立が「国家任務の適正な遂行」を目的とするものであると、認められている。それに伴って憲法学説のなかでも、「分離」よりもむしろ「相互の抑制」に関心が集まり、しかもこの側面が「協働」の実質をもつという理解が浸透しつつある。すなわち、権力分立は、諸権力の協働による適正な決定を目指す制度原理として迎えられようになってきたのである。わが国においても、かかる方向で通説を見直す必要があり、こうした動きは既にはじまっていることを紹介する(Ⅲ)。

なお、以上の叙述から明らかなごとく、本稿は立法・執行両権の権力分立関係に研究対象を限定している。司法権については、改めて論ずる機会を待ちたい。

注

- (1) 伝統的な説明としては参照、清宮四郎『権力分立制の研究』(有斐閣、一九五〇年)二一三頁。権力分立は権力の濫用を抑止するための消極的な原理であって、統治の能率性を高めるための積極的な原理でない、と確言する。また、芦部信喜も、権力分立のねらいは「国民の人権(沿革的には国家からの自由)保障」にあり、このことは「憲法学のいわば常識」であると述べている。参照、芦部信喜『演習憲法 新版』(有斐閣、一九八八年)二一八頁。
- (2) 参照、「行政改革会議最終報告書」(一九九七年)第一章「行政改革の理念と目標」。
- (3) 参照、右崎正博「内閣機能の強化と国会」法時七二巻二号(二〇〇〇年)一七頁以下。また森英樹は、「立法院と行政府の過度の融合」を招来し、「議会と内閣の間の権力分立に必要な緊張関係を崩していく」と評する。森英樹Ⅱ浦田一郎Ⅱ山口二郎「私は現在をこうとらえる 九〇年代『改革』の総括的分析」法セミ五四二号(二〇〇〇年)一三、一四頁。
- (4) 内閣機能が脆弱であった要因を、政治的な慣習または内閣を取り巻く権力構造に求める指摘もある。参照、信田智人『官邸の権力』(筑摩書房、一九九六年)四二頁、片岡寛光『内閣の機能と補佐機構』(成文堂、一九八二年)二八七頁。また、明治憲法の影響が残存し、内閣総理大臣の弱さの主因を形成しているという分析もある。参照、上田健介「内閣総理大臣の内閣運営上の権限について」奈良法学会雑誌第一四巻一号(二〇〇一年)七一頁以下。

I 伝統的権力分立論の形成

「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていない社会は、すべて憲法をもつものではない」。権力分立制の意義が問われるとき、この一七八九年フランス人権宣言第一六条はそれだけで、簡潔かつ明瞭な回答になり得るであろう。事実、わが国においても多くの論者が、権力分立の説明にあたってこの規定を引用している。権力分立制は、近代立憲主義の支柱である。権力分立制の否定は、そのまま立憲主義の否定を意味する。これに疑いを差

し挟む余地はない。

しかしながら、右に掲げた人権宣言の規定は、権力分立制の「意義」を説示しているにすぎない。この制度原理の具体的な「内容」については、ほとんど何も語っていない。すべての国家権力が、単一の機関に委ねられてはならないこと、それゆえ、国家の作用が理論上、立法・行政・司法の三種に分かたれるべきことは、確かに衆目の一致するところであろう。⁽⁵⁾ところが、各国家機関に対する該作用の配分については、前記人権宣言の規定から、直截に解答を導き出すことができない。すなわち、「分離」された権力が、いかにして相互の「抑制」を働かせるのかということこそが、深遠なる考察の対象として措定されなければならないのである。果たして、わが国における従前の権力分立論は、その「意義」を称揚するのに熱心であった反面、こうした「内容」の検討を、必ずしも十分に為してこなかった。これが筆者の認識であり、本稿の出発点を形成する。

この認識に対しては、次のような疑問が向けられるかもしれない。従来、たとえば議院内閣制の研究は盛んに行われ、そのなかで、立法・行政両権の連関について、さまざまな議論が展開されたのではないかと。むろん、筆者もこのことは十分承知しているつもりである。それでもなお、権力分立制の「内容」に関する考察が不足していたと考える所以を、最初に述べておこう。

一 諸権力の「分離」と「抑制」

伝統的な通説は、権力分立制について、次のような説明を与えてきた。

「国家の諸作用を性質に応じて立法・行政・司法というように『区別』し、それを異なる機関に担当させるよう『分離』し、相互に『抑制と均衡』を保たせる制度であり、そのねらいは、国民の権利・自由を守ることにある」⁽⁶⁾。

このように、権力分立原理に、諸権力の「分離」および相互の「抑制」という二つの側面があることは、異説を見ないところである。⁽⁷⁾ この二側面につき問われるべきは、各々の定義および相互関係である。まず「分離」とは、すべての権力が単一の機関に集中することに対する忌避を意味する。翻って相互の「抑制」とは、一つの権力が単一の機関に独占されることに対する拒絶を指す。次のように言い換えてもよいだろう。「分離」は、一点に集中した権力を区別したうえで、分離す側面であるのに対して、「抑制」は、分離されて自らの作用領域を得た機関が、他の機関の作用に介入する側面である。ここに我々は、両側面の相克を見る。とりわけ、「分離」の嚴格化を志向する場合に、この相克が際立つであろう。「分離」を嚴格にすればするほど、権力相互は没交渉に陥り、互いの作用領域への介入は困難になるからである。権力分立原理に具わる二つの側面は、いかにして両立可能なであろうか。この点を解明しないかぎり、権力分立原理を説き明かしたことにはならない。

諸権力の厳格な分離を説いてきた伝統的な理解には、一見したところ、かかる相克を前に苦悩した形跡がない。⁽⁸⁾ 二つの側面が存在することは、所与の前提として受け止められているようである。もっとも、伝統的な通説を改めて読み返してみると、「分離」の側面と「抑制」の側面が、場面に応じて巧く使い分けられてきたことに気づく。そこで、以下では、諸権力の厳格な「分離」が、いかなる場面で追求されてきたのかをまず考えてみたい。そのうえで、相互の「抑制」がどのように位置づけられてきたのか、検討する。

二 諸権力の厳格な「分離」

元来、「分離」という用語には、好ましからざる一体化または結合を解く、という響きがある。それゆえ、ただ分け離すに留まらず、その嚴格化が求められることも少なくない。かような事情は、権力分立原理における「分離」

の理解に反映したように思われる。つまり、権力分立論は、単一の機関による権力独占という忌まわしい過去と訣別するために、可能なかぎり諸権力を厳格に分断する方向へ傾くのである。

野村敬造は、権力分立原理の通説的理解を次のように要約している。「権力を分立することは、立法権、執行権および司法権の三権を、全く異なり、完全に独立しかつ互に孤立する三機関に配分することに存する⁽⁹⁾」。野村はこの理解を批判した。他にも、厳格分離論は歴史的・沿革的に根拠を欠くという指摘が、古くから散見されるところである⁽¹⁰⁾。それにもかかわらず、わが国の伝統的な通説は、ある場面において、厳格分離の原則を高く掲げてきた。以下、このことを明らかにしたい。そのためにまず、わが国の権力分立制が、とくにアメリカのそれとの比較において、どのように評価されてきたかを概観する。それは、議院内閣制と権力分立原理との関係について、いかなる説明が与えられてきたのかを問うことでもある。次に、内閣の法律案提出権を巡る周知の論争を取り上げ、立法の局面において、厳格分離の思考（以下、「厳格分離論」という）が支配的であったことを、証したいと考えている。

1 わが国における権力分立制の評価

権力分立制の下で、国家権力（国家機関）相互の連関は、どう捉えられ、「分離」の強度に関して、いかなる理解が有力に主張されているのであろうか。このことを知るために、本節では、わが国の権力分立制に向けられた評価を、検討の素材とする⁽¹¹⁾。以下、通説的な理解を最も簡明に記す二つの体系書をみておこう。

(1) 議院内閣制と権力分立

宮澤俊義は、次のように説く。日本国憲法は、「アメリカのように徹底した権力分立型をとるわけではなく、立

法権と行政権との関係についていえば、むしろ、両者の分立よりは共働をめざす議院内閣制的体制を定めている⁽¹²⁾と。これは、議院内閣制に立脚する日本国憲法は、権力分立原理を「一定の限度内において」認めるにすぎない、という認識の表明である。伊藤正己の次の叙述も、同様の理解を示すものとして注目される。「その原則（権力分立の原則——引用者註）については、それをかなり厳密に受け入れる国（たとえばアメリカ合衆国）やそうでない国（議院内閣制は立法と行政との分化がかなり不明確である）がある⁽¹⁴⁾」。言うまでもなく、日本は、権力分立原則を厳密に受け入れていない国に分類されることになる。

両者の根底には、権力分立原理に関する共通の理解が看取される。それを明らかにするために、上記説明を敷衍するかたちで、二つの要点を摘記してみよう。

第一に、権力分立原理のいわば理念型をきわめて忠実に実践している国家の代表として、アメリカが挙げられていることである。むろん、こうした評価の適否については、多分に議論の余地が残されているものの⁽¹⁵⁾、アメリカが大統領制を採用する国家であるがゆえの判定であること、論を俟たない。すなわち、議会と大統領の間に明確な線が引かれる統治構造が、かかる評価に結実しているのである。むろん権力分立原理の受容形態は、国によって異なる。右に紹介した体系書の記述も、このことを何ら否定するものでない。ただ、権力分立制を「徹底」する、または「厳密に受け入れる」ならば、大統領制に行き着くと暗示しているのである。

第二に、わが国における権力分立制の実践については、その理念型から逸脱するものと評価されていることである。アメリカに比してかくも対照的な判定が下される所以は、すべて議院内閣制なる統治構造に帰着するものと考えてよからう。議院内閣制の下では、内閣は国会の信任に依拠して存立し、国会に対して連帯責任を負う一方、議会を解散する権限を掌中に収めている。いずれの側面を重視するにせよ、⁽¹⁶⁾ここで注目すべきは、議院内閣制が議会

と内閣の「協働」を要請する統治形態であるという、この単純素朴な一事である。伝統的通説は、この「協働」の側面と権力分立原理とが両立困難であると思料するからこそ、わが国の統治構造は「一定の限度内」の権力分立だ、と評するのである。

大統領制を採用するアメリカは、権力分立制を忠実に実践している。それに対して、議院内閣制を採る日本は、権力分立制を一定の範囲内で受容しているにすぎない。かかる記述の基底に、いかなる権力分立観が伏在するのか、今や明らかであろう。権力分立制は、諸権力の厳格な分離を志向する制度原理であるという前提が、この結論を支えているのである。

(2) 「相互の抑制」と「協働」

諸権力の厳格な分離の貫徹という観点から、わが国における権力分立を不徹底だと評価する見解は、伝統的な通説と称すべき地位にある。⁽¹⁷⁾ここで筆者は、二つの問題を提起しておきたい。一つは、この通説的見解にあつて、権力相互の「抑制」という側面が、考慮の外に漏れているのではないか、という疑問である。既述のように、相互の「抑制」とは、分離されて自らの作用領域を得た権力が、他の権力作用に、必要に応じて関与する側面である。換言すれば、相互の「抑制」は、「協働」と同義なのである。諸権力が協働関係を取り結ぶことによって、相互の抑制が働く。その結果として、統治の中庸が得られるものと、権力分立原理は期待しているのである。⁽¹⁸⁾かかる点の正確な認識さえ怠らなければ、議院内閣制は権力分立原理の最も忠実な運用形態の一種と位置づけられることになるだろう。アメリカとの差異が強調されることはあっても、不徹底な権力分立と評価されることはないはずである。もう一つは、権力分立制を語る上で、「厳格」／「柔軟」という類別は、誤解を招く不適切な用語方ではないかとい

うことである。むろん、諸権力の分離の強度に関しては、このような基準が有用であろう。しかしながら、権力分立が権力相互の抑制をも重視する制度原理であることを顧慮するならば、この制度原理の運用そのものを上記基準で色分けするのは、妥当性を欠くといわなければならない。⁽¹⁹⁾ 権力分立制を類型化するに際して、かかる対立軸が設定されたのも、通説がもつばら「分離」の側面を強調してきたことの証左といえることができる。

2 内閣の法律案提出権

次に、もう一つ別の視角から、厳格分離論の実相に迫ることにしよう。ここでは、内閣の法律案提出権を、権力分立との関連でどのように評価するかという、周知の論争を取り上げたい。⁽²⁰⁾ 権力分立原理の捉え方、すなわち「分離」の側面と相互「抑制」の側面のいずれを重視するのかという思考態度が、権力相互の連関を巡る各論の理解に直接反映されるのは、見易い道理である。以下、内閣提出法案の是非に関する議論から、その前提となっている権力分立観を析出したい。

(1) 内閣の法律案提出権否定説

諸権力の厳格な分離への要求が昂じると、たとえ議院内閣制を採用していても、国会と内閣との間には明確な境界線が引かれるべき、という発想が生まれる。そのとき、内閣による法律案の提出権については、これを消極に解することになる。この否定説の代表的な論者が、杉原泰雄であろう。⁽²¹⁾ 杉原は、今や常態化の感が強い内閣提出法案について、憲法上の正当化理由が薄弱であるとして、肯定説の論拠を逐一批判する。⁽²²⁾ つまり、肯定説が否定説の論拠を破砕するには至っておらず、論理的妥当性はお否定説にあると主張するのである。その論拠として、

(イ)法律の発案は疑いなく立法作用の一部であつて、これを内閣に認めるには明示的規定が必要であること、また、(ロ)内閣提出法案は、国会の「唯一の立法機関」性を損なうことを挙げる。

肯定説の論拠および検討は次節に譲り、ここでは、杉原による次の批判に注目したい。「日本国憲法は、権力分立を原理とし、国会と内閣の間でも立法権と行政権の分担を定めている。その例外として、両者の間にどのような協働関係を認めているか、議院内閣制を認めているとしてもどのような議院内閣制を認めているかは、憲法の定めるところによる。議院内閣制と呼ばれる体制が一義的でないことは、周知のことである⁽²³⁾。この叙述は、杉原の描く否定説がいかなる権力分立観に立脚しているかを、如実に物語っている。すなわち、杉原は、国会と内閣の協働を、権力分立原理の「例外」と位置づけているのである。この制度原理に具わる相互「抑制」の側面が、諸権力による「協働」の側面と同義であるとの理解に立てば、少なくとも「例外」という位置づけにはならないはずである。否定説の背後には、厳格分離論を権力分立の理念型と捉える通説の影が、見出されよう。⁽²⁴⁾

(2) 内閣の法律案提出権肯定説の論拠

ところが、右に述べた否定説は、今やほとんど支持を喪つて⁽²⁵⁾いる。否定説が有力であるならばともかく、肯定説が支配的である近時の学説状況は、厳格分離論が通説的地位を占めるという筆者の判定と矛盾しないか。筆者の見るところ、従来の肯定説は、いわば「消極的な肯定説」と称すべきものであり、やはりそこには、厳格分離論の影響が認められるのである。

大多数の肯定説は、その論拠として、(イ)法律案の提出は、立法の準備行為として不可欠なものであるものの、該作用の中核たる審議・議決権がなお国会の掌中に存し、修正・否決という選択肢も排除されないこと、⁽²⁶⁾(ロ)仮に内閣

の提出権を斥けても、國務大臣の多くが国会議員の資格で発案し得ることに鑑みると、これを否定する実質的意義が乏しいこと、⁽²⁷⁾ (イ) 第七二条の「議案」には、法律案も含まれると解すべきであること、⁽²⁸⁾ (ニ) いわゆる行政国家現象に伴って、高度に専門的な法律案を迅速に策定することが求められることを挙げる。⁽²⁹⁾ 果たして、これらの論拠は、内閣の法律案提出権を積極的に肯定する資格を有するか。

(3) 消極的な肯定説

論拠(イ)に関して、そこに書かれている内容には、筆者も同意する。しかし、この論拠は、内閣による法律案の提出が立法権の侵害に当たらないことの説明に留まり、積極的な肯定を基礎づけるものではない。

論拠(ロ)が、積極的肯定の論拠たり得ないことは、明白であろう。そこには、議院内閣制を採用する以上、否定する意義に乏しいという諦観が、見出される。また、この論拠は、否定説の理由としても機能し得るものである。すなわち、閣僚は国会議員の立場で法律案の提出を為し得るから、内閣の提出権は否定されてもよい、あるいは、国会を唯一の立法機関と謳う憲法はかかる措置を求めている、というかたちで援用され得るのである。

論拠(ニ)は、今や圧倒的多数を占めるに至った内閣提出法案を追認する色が濃い。積極的肯定論の根拠としては、いかにも薄弱ではなからうか。

筆者が注目するのは、論拠(イ)である。これは、日本国憲法が国会と内閣の協働をむしろ「要請」していることに着目して、内閣による法律案の提出を歓迎し、それを七二条の解釈に反映させる主張であり得る。しかし、この見解を説く多くの論者が、議員立法活性化論を念頭におきつつ、内閣提出法案に対して、消極的な評価を併せもつ。たとえば、伊藤正己は、論拠(イ)に言及して肯定説を唱える一方で、内閣提出法案の増加に対する懸念を表明してい

る。それによれば、大部分の法律立案を内閣が担うといった「行政権の強化」は、「建前としての法治主義を崩さないとしても、實際上その原則を重要な点で退化させ、動揺させている」⁽³⁰⁾といわれる。同じ懸念は、多くの論者に共有されているようである。⁽³¹⁾ たとえ「見果てぬ夢」⁽³²⁾と断ぜられても、議員立法強化を求める声は依然として大きい。このように、憲法七二条を根拠に内閣の法律案提出権を認める立場であっても、これを積極的に肯定する見解はとられていないのである。

従来の肯定説は、「閣法」に対してなお警戒的であり、「消極的な肯定説」と呼ぶにふさわしい。⁽³³⁾ そのことは、肯定説が内閣の法律案提出権を「許容」するとはいうものの、「要請」するとまで述べるに至っていない点に表れている。⁽³⁴⁾

3 小括

本節の内容は、次のようにまとめられる。第一に、従来、権力分立を忠実に実践するアメリカに比して、わが国はその制度原理を一定の限度内でしか採用していないという説明が有力であった。このことは、伝統的な通説が「分離」の側面を重視し、その厳格化を原則と捉えてきたことを示している。第二に、内閣の法律案提出権について、なるほど肯定説が多数を占めるけれども、実際のところ消極的な肯定に留まる。このことは、とりわけ立法の局面で、厳格分離論が支配的な地位にあったことを示唆している。

三 「分離」と「抑制」の使い分け

法定立の局面で、「分離」の要請が強く働いたとすれば、相互「抑制」の側面には、いかなる位置づけが与えられてきたのか。前述のように、わが国の伝統的な通説は、「分離」と「抑制」の両立が困難であることにほとんど

注意を向けなかったとはいえ、「抑制」の側面を無視したわけではなからう。⁽³⁵⁾ 筆者の分析によれば、この二つの側面は、場面に応じて巧みに使い分けられてきたようである。相互「抑制」の意義は、法定立とは異なる別の局面で強調されてきたのである。

1 諸権力相互の「抑制」

権力相互の「抑制」を実現するには、各機関が自らの権限を独占するのではなく、適宜他の機関の権限領域に介入しなければならぬ。畢竟、権力分立制に具わる「抑制」の側面は、権力の相互作用と同義なのである。日本国憲法は、国会と内閣との間に数多の相互作用を予定している。その相互作用のいくつかを取り出してみよう。

(1) 条約の締結における議会の関与権限

条約の締結は、内閣の任務でありながら、事前または事後に、国会の承認を必要とする（七三条三号）。議会の承認を受けるべき条約の範囲は、外交関係の民主化を求める声が高まるにつれて、次第に拡大してきた。条約の締結に際して議会の関与を求める傾向は、近代立憲主義国家に広く認められる。⁽³⁷⁾ 議会に委ねられたこの承認権は、正規に批准された条約が直接国内法に受容されることを規定する憲法の下では、政府（内閣）に条約の批准を授権するものと解される。⁽³⁸⁾ したがって、議会の承認を欠く条約は、——国内法的にはもちろん、国際法的にも——原則として無効である。⁽³⁹⁾

内閣が条約締結権を有しながらも、国会による承認の存否が当該条約の効力を左右し得ることは、「分離」の原則と衝突する。真に、諸権力の厳格な「分離」を志向するならば、かかる国会の権限は、可能なかぎり縮減される

に違いない。ところがここでは逆の結論が導出される。すなわち、条約締結という内閣の任務に対する国会の関与権限の拡大は、むしろ歓迎されているように思われる。かかる傾向は、国会が有するその他の関与権についても、同様に認められるものである。

(2) 内閣に対するその他の議会の関与権限

内閣に対する国会の権限は、条約の承認権に尽きるものではない。たとえば、①内閣総理大臣を指名する権限(六七条一項)、②時宜を得て内閣不信任決議を行う権限(六九条)、③国政に関して広く情報を収集する権限(いわゆる国政調査権、六二条)は、すべて、内閣の作用領域への介入といつてよい。さらにいえば、①および②は、内閣の存立そのものを左右する権限でもある。⁽⁴⁰⁾ところが、この場面でも、「分離」の側面は後景に退く。権力分立原理に照らして、国会の不信任決議権の行使は謙抑的であることが望ましいという見解など、おそらく存在しないであろう。また③に関して、司法権との関係でその限界が指摘されることはあつても、行政権に係る事項については、ほぼ全般に亘って調査権が及ぶものと理解されている。⁽⁴¹⁾厳格な「分離」という観点からすれば、その位置づけに当惑せざるを得ない右権限も、その積極的な行使が期待されているようにみえる。

(3) 「抑制」が強調される局面

内閣の法律案提出に躊躇を覚えるほど「分離」の側面が重視されていたにもかかわらず、右にみた国会の諸権限は、何故に歓迎されるのであろうか。この謎を解く鍵こそ、「抑制」の側面なのではないか。すなわち、国会が内閣を掣肘する局面では、「分離」の要請が棚上げされ、「抑制」の側面が前面に押し出されるのである。

換言すれば、伝統的通説の関心事は、「権力相互の抑制」ではなく、もっぱら「行政権の抑制」であった。国民の自由にとって最大の脅威は行政権であり、国会がそれに対して適度な「抑制」を加えることは、正に権力分立原理の趣旨に合致すると考えられてきた。この通説的思考を導く前提は、明示的でないにせよ、国会が国民によって直接選任された唯一の国家機関であること、すなわち、国会が内閣より高度な民主的正統性を有していることである。

2 行政概念・控除説の正体

確かに、内閣の国会に対する関与権限についても、たとえば衆議院の解散権のように、「抑制」の一環として語られることがあった⁽⁴²⁾。しかしながら、そのほとんどが、「分離」なる要請の前に自制を強いられてきたことは、先にみた内閣の法律案提出権を巡る議論に徴して明らかであろう。すなわち、伝統的な権力分立理解は、国会が内閣の権限に関与する場面では、「抑制」の側面を持ち出してこれを後押ししながら、内閣が国会の権限に関与する場面になると、「分離」の側面を前面に掲げて自制を促してきたのである。その意味で、古典的通説が、とりわけ国会による立法作用の独占を強調し⁽⁴³⁾、「統治権力の正統性問題を合法性問題に矮小化⁽⁴⁴⁾」する理論であったという批判は、真に当を得ていよう。

行政権のかような位置づけは、従来の通説的な「行政」概念に、よく表れている。以下では、この「行政」概念に関する論争に光を当てること、別の視点から、国会と内閣との連関を考察したい。

(1) 控除説と嚴格分離論

「行政」権（憲法六五条）の定義を巡って通説の地位を占めたいわゆる控除説は、「行政」の本質を剔抉することに成功していないと批判されながらも、⁽⁴⁵⁾今なお最も有力な学説であり続けている。一見無内容な概念規定が、かくも多くの支持者を引き留めてきた要因は、どこに存するのか。以下、控除説の正体を解明することで、この通説的な定義が伝統的な権力分立観と固く結び合っていることを確認したい。

むろん、控除説と嚴格分離論との結びつきは、詳細な検討を施すまでもなく、明らかであるといわなければならない。というのも、甲・乙・丙三種の作用を前にして、甲の定義を問われたとき、乙と丙を除く残部すべてという解答が成り立つのは、三種が完全に独立しているときのみである。つまり、控除説は、三権の嚴格な「分離」という思考が基礎にあつて、はじめて成立する議論なのである。⁽⁴⁶⁾したがって、控除説が広く支持される学説状況は、嚴格分離論が通説の地位にあることを実証している。ただ、伝統的な権力分立論における国会と内閣の連関を問う場合には、控除説が何を企図した定義であつたのかということまで掘り下げて、深く検討する必要があるだろう。

(2) 控除説の論拠

当然のことを繰り返しただけの減法式定義が、多くの支持を獲得した理由に関して、控除説の主唱者は、次の二点を挙げる。一つは、広範な作用を遺漏なく包括し得ること、もう一つは、立憲君主制の歴史展開の図式に符合することである。⁽⁴⁷⁾ところが、これら二点に対しては、今や鋭い批判が向けられている。

まず、第一の点に関して、その複雑多様性はひとり行政権にのみ具わる特質ではあり得ないという指摘が、重要である。たとえば、国会には「立法権」が割り当てられる一方、条約の承認（六一条）、国政調査（六二条）、首相

の指名（六七条）、あるいは内閣不信任決議（六九条）といった、法の定立にあらざる諸権限を有している⁽⁴⁸⁾。行政権が多様であるというのであれば、立法権も同様に多様性を認められるのに、なぜ立法権は「法の定立」という一語で処理され得るのか、整合的な説明が求められるところである。次に、第二の点に関して、その歴史図式は立憲君主制に特殊な議論で、国民主権に基礎を置く現在の立憲主義にまで妥当するものでないとの批判が存する。この図式には、君主は元来全権を掌握するところ、部分的に立法による制限を甘受するとの前提が深く根を下ろしている。他方、国民主権を中核に据える図式の下では、三権すべてが国民の授権にもとづくものと捉えられることになり、行政権は法律なくして行動を許されない。すなわち、立法権が無限定に作用を及ぼすのに対して、行政権の作用はその範囲内に限定されるのである⁽⁴⁹⁾。したがって、両図式の懸隔は相当に大きく、歴史的な論拠も磐石ではあり得ない⁽⁵⁰⁾という。

(3) 控除説の魅力

かような批判に晒されながらもなお、控除説が支持を喪わないのは、本説に別の利点が認められるからであろう⁽⁵¹⁾。前記の如く、控除説は、三権の厳格な分離という前提の上に成立している。「行政」は立法と司法を除いた残部であると説くことは、「行政」が法律の制定に一切関与せず、それに服することを宣言するに等しい。控除説は、なほ空虚な概念規定に見えるけれども、実のところ法治行政の貫徹という目的を蔵しており、⁽⁵²⁾このことが幅広い支持につながったものと考えられる。

そうであるとすれば、控除説の魅力について、再整理する必要が生じる。それは、従来、控除説の最大の利点は多種多様な行政作用を包括し得る点にあるといわれてきたにもかかわらず、他方ですべての行政を議会制定法の枠

に閉じ込めようとしてきた、という点である。⁽⁵³⁾つまり、一方では、「行政」を法律の下に置く概念規定だといいたがら、他方では、法律の執行とはいえない諸種の統治作用を包含できる概念規定だと、説かれてきたのである。⁽⁵⁴⁾確かに多くの場合、控除説の意図は、広範な統治作用を包括する概念規定の構築にあったとしても、本説に対する支持の拡がりには、むしろ法治行政を徹底することへの共感にあったのではなからうか。

このように考えると、「行政」概念の控除説は、伝統的な権力分立理解を映す鏡であるといえる。行政権による立法権の抑制は拒否される反面、立法権による行政権の抑制は歓迎されるということ、すなわち、「抑制」の対象は常に行政権であるということが、この通説的な概念規定によく表れているのである。

四 伝統的権力分立論の実相

本章では、わが国で広く浸透してきた権力分立原理の理解を、批判的に検討してきた。従来の通説は、権力分立原理には、「分離」と相互の「抑制」という二つの側面が具わっていると説明してきた。解釈如何によっては互いに衝突する両側面が、それぞれのそのような位置づけを与えられてきたのかという視点から、これまで分析を試みた。筆者は、こうした二つの側面は場面によって巧みに使い分けられてきた、との結論に達したところである。以下、伝統的権力分立論の特質を、三つに分けて摘記したい。

第一に、権力分立を考察するに際して、もっぱら「分離」の側面を重視した。つまり、「分離」の厳格度によって各国の権力分立制を色分けする思考が強く働いた。大統領制を採用するアメリカは、権力分立にきわめて忠実である一方、議院内閣制を採るわが国は、権力分立をいちおう受容するにすぎないと説明されたのは、その証左である。ここでは、権力相互の「抑制」という側面が、まったく考慮されていない。

第二に、国会の作用領域に対する内閣の関与を、可能な限り排除されるべきものと捉えた。すなわち、内閣が国会の作用領域に関与する局面では、「分離」の側面が前面に押し出されたのである。内閣による法律案提出権について、容認する立場が多数といえども消極的な肯定に留まることは、その好例である。ここでも、権力相互の「抑制」という側面は、顧みられることがない。

第三に、内閣の作用領域に対する国会の関与を、逆に歓迎した。つまり、国会が内閣の作用領域に関与する局面になると、突如、「抑制」の側面を持ち出したのである。国会の国政調査権にせよ、条約の承認権にせよ、「分離」の観点から謙抑を求める声は聞かれない。第二の点と関連づけていえば、「抑制」の客体はもっぱら内閣であって、国会は常に「抑制」の主体なのである。「行政」概念の控除説は、かかる議会の優位をよく表しているよう。

このように、「分離」の側面と「抑制」の側面は、援用される場面を異にした。やや誇張していえば、こうした伝統的な権力分立論は、わが国の通説が民主化された議会の地位を高めつつ、内閣の暴走抑止に腐心してきたことを物語っている。むろん、かかる通説の関心それ自体は妥当なものであるけれども、それが行き過ぎると、議会には自らにふさわしくない任務まで割り当てられ、機能不全に陥ってしまう。この議会に代わって国政の枢機に参画したのは、皮肉なことに、最も民主的要素の希薄な官僚であった。伝統的な権力分立論は、その意に反して、「官僚の超然主義の隠れ蓑」⁽⁵⁶⁾に墮する危険を内包していたのである。その意味で、わが国における近年の統治構造の变革は、何よりも従来の権力分立理解の再考をこそ、われわれに迫っているといえるのではなからうか。

注

(5) もっとも、権力分立の目的が、権力の集中を回避することにあるとすれば、分立される権力が三種である必然性はない。この点につき高橋和之は、権力分立の制度目的が「法の支配」の実現にあることから、分立される権力は、法制定・法執行・法裁定の

三種でなければならないという。参照、高橋和之「立法・行政・司法の観念の再検討」ジュリ一一三三号（一九九八年）四〇—四一頁。

(6) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第三版』（岩波書店、二〇〇二年）二六一頁。

(7) 芦部の叙述にみられるように、「抑制」は「均衡」と並置されることが多い。しかし、両者の連関は、より真剣に問われるべき課題であろう。おそらく、「抑制」の結果として「均衡」がもたらされる、と考えるのが一般的であると思われる。この点を明記するものとして、参照、阪本昌成『憲法理論Ⅰ 補訂第三版』（成文堂、二〇〇〇年）一六〇頁。これに対して、「抑制」が第一目的であり、「均衡」はそれに仕える前提条件と捉える見解もある。参照、小嶋和司「権力分立」同『憲法と政治機構』（木鐸社、一九八八年）一六九頁〔初出一九六三年〕。

(8) 参照、阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治Ⅱ初宿正典Ⅱ大石眞編『憲法五十年の展望Ⅰ』（有斐閣、一九九八年）二二四頁。伝統的権力分立論の「完全分離構造」のなかで、各機関はどのように抑制しあうのか、真剣に問われることはなかった。

(9) 野村敬造『権力分立に関する論攷』（法律文化社、一九七六年）四頁。

(10) 古くは、清宮四郎が、モンテスキューの権力分立論について、それが諸権力の完全な分離・独立論ではないことに、注意を喚起している。参照、清宮・前掲書（1）六二頁。ただ、清宮による議院内閣制の位置づけをみると、その所論は厳格分離を掲げる通説とほとんど変わらない。この点については、後掲註（17）を参照のこと。

(11) むろん、各論者が権力分立原理に付した定義を検査することで、「分離」に関する通説的理解を剔出する道も、考えられないことはない。しかし、既述のように、権力分立制の定義といっても二種の側面を摘示するものが大多数であるから、ここでの目的を達するに適した手段ではない。

(12) 宮澤俊義・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）四九三頁。

(13) 宮澤・前掲書（12）同頁。

(14) 伊藤正己『憲法（第三版）』（弘文堂、一九九五年）一四頁。

(15) アメリカにおける権力分立制も、決して厳格な「分離」を目途とするものではない。起草者として著名なマディソンは、むしろ分離された権力の相互作用に意を用いていた。確かに、かつて厳格な分離論が優位に立つ時代もあったものの、七〇年代以降は、柔軟な理解が有力になっているとの指摘がある。参照、松井茂記「岐路に立つアメリカ行政法Ⅲ」阪大法学一三六

号(一九八五年)四〇頁以下、同「アメリカアメリカに於ける権力分立原則」比較法研究五二号(一九九〇年)一三一—一六頁、同『アメリカ憲法入門〔第五版〕』(有斐閣、二〇〇四年)一四、六五—七二頁。

(16) この点で、従来、「責任」本質説と「均衡」本質説が対立してきたこと、詳述の必要はなからう。ただ、この対立は結局のところ「責任」本質説に帰一するとの理解が、近年提示されている。参照、高見勝利「議院内閣制の意義」高橋和之・大石眞編『憲法の争点 第三版』(有斐閣、一九九九年)一九四頁以下。

(17) 清宮四郎によれば、議院内閣制は、権力分立制の要請に鑑みて、立法権と行政権を「い、ち、お、う、分、離」するにすぎない。したがって、かかる統治体制の下で、「権力分立制はゆ、が、め、ら、れ、る」。清宮四郎『憲法〔第三版〕』(有斐閣、一九七九年)一〇〇頁(傍点は引用者)。

(18) 参照、阿部照哉「権力分立の論理」橋本公巨・和田英夫編『岩波講座現代の法2 現代法と国家』(岩波書店、一九六五年)二一八—二一九頁、二二七—二二八頁。

(19) 厳格な権力分立制と、柔軟な権力分立制があるわけではない。「分離」の側面を重視するそれと、相互「抑制」の側面を重視するそれとに分類されるのである。この点を正しく見極める記述として、参照、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』(青林書院、一九九五年)八〇頁。

(20) この論点は、内閣法五条により立法的には解決を見ているから、ここではそれぞれの考え方がいかなる権力分立観を背景としているのかを分析する。

(21) 参照、杉原泰雄『憲法Ⅱ 統治の機構』(有斐閣、一九八九年)二一八—二二〇頁。

(22) 併せて参照、杉原泰雄「現代における国会の役割」法時七二巻二号(二〇〇〇年)九頁以下。

(23) 杉原・前掲論文(22)一〇頁(傍点は引用者)。

(24) 権力分立制に関する杉原の理解については、参照、杉原泰雄『憲法Ⅰ 憲法総論』(有斐閣、一九八七年)二三三頁以下。

(25) 他に、否定説の立場を明示する論考として、参照、松井茂記『日本国憲法 第二版』(有斐閣、二〇〇二年)一六一頁。

(26) 参照、芦部・前掲書(6)二七一頁、伊藤・前掲書(14)四二三頁、佐藤・前掲書(19)一四九—一五〇頁。

(27) 参照、伊藤・前掲書(14)四二三頁。

(28) 参照、芦部・前掲書(6)二七一頁、伊藤・前掲書(14)四二三頁、佐藤・前掲書(19)一五〇頁。

(29) 杉原は、「行政国家は不可避ではあるまい」と批判するのに対し(杉原・前掲論文(22)一〇頁)、他のほとんどの論者が、

これを肯定することで内閣の法律案提出権を導き出す。

(30) 伊藤・前掲書(14) 五四八頁。

(31) 芦部も、論拠(ロ)―(b)に依拠して肯定説を支持しつつ、同時に、「議員立法の強化が望まれている」との認識を示す。芦部・前掲書(6) 二七二―二七三頁の脚注を参照のこと。

(32) 新正幸「議員立法、政府提出立法」ジュリ一一三三号(一九九八年) 一一五頁。

(33) この点、杉原は次のように述べる。「肯定説は、否定説の論拠のすべてを、少なくとも文言・論理の問題としては、批判しきれていない」。杉原・前掲書(21) 二一九頁。肯定説が内閣の法律案提出権を積極的に基礎づけるものでないという意味で、この指摘は的を射ている。

(34) 例外的に、佐藤幸治は、内閣による法律案の提出が「要請」されると述べている。その最大の論拠は、内閣が「国務を総理する」(第七三条一号) 地位に置かれているという点に求められている。参照、佐藤・前掲書(19) 一五〇頁。

(35) 阪本・前掲論文(8) 同頁の叙述を参照のこと。

(36) 伝統的通説によって付された権力分立制の定義に鑑みて、「抑制」の側面がまったく捨象されてきたとは考え難い。また、別の可能性として、両者を連続的に捉えてきたと推し量ることができるかもしれない。たとえば、立法権を議会に専属させて、他の権力から厳格に「分離」することによって行政権を「抑制」する、というような捉え方である。しかしながら、立法の局面ではともかく、常にかような考察が支配的であったとは考えられない。「分離」の徹底ゆえに、却って他の権力による「抑制」が機能しないという事態は、容易に想定されるところである。

(37) 参照、芦部信喜「条約の締結と国会の承認権」同『憲法と議政』(東京大学出版会、一九七一年) 一八三頁〔初出一九五八年〕。

(38) 参照、芦部・前掲論文(37) 二〇二頁。

(39) もともと、徒に相手国の信頼を裏切り、法的安定性を害する結果に至ることを避けるべく、無効を原則とみる立場に一定の修正を施す学説が有力である。すなわち、無効説を基調としながらも、無効となる事例の範囲を「周知の憲法上の制限規定」を無視して締結された条約に限定する理論である。参照、芦部・前掲論文(37) 二〇二頁以下。

(40) 内閣は、国会の「信任」があつてはじめて存立し得る。その意味で、内閣は国会に従属する。これに対して、内閣がその「信任」を得て活動する場合には、国会に対して「責任」を負うに留まり、なお独立性を保持している。「信任」と「責任」とをどのように区別する見解として、参照、吉田栄司「内閣の対国会責任について」関西大学法学論集三七卷二二三号(一九八七年)

一一九頁以下、とりわけ一二三頁。

(41) むろん検察事務との関係では議論が見られる。これは公正な裁判の実現という要請に連動するものであるから、司法権に対する限界の一部と考えるべきであろう。このことも含めて、参照、芦部信喜「議院の国政調査権」同・前掲書(37)一五五頁以下。

(42) もっとも、衆議院の解散権を、内閣の国会に対する介入権として位置づける議論そのものの妥当性が問われていることに注意しなければならない。というのも、かかる議論は、議院内閣制を、もっぱら国会と内閣の責任・信任関係として眺めるものであり、「権力分立モデル」、これに対して近年、両機関に「国民」を加えた三面関係のなかで、右統治機構を捉え直す動きが顕著なのである(「民主主義モデル」。後者において、内閣の衆議院解散権は、「国民の最新の意思をうつす衆議院の政治勢力に合わせて常に内閣の組織替えをする」ための道具、すなわち、「国民と内閣との直線的連結」を保障する契機として迎えられることになる。参照、大石眞「議院内閣制論の再検討」同『立憲民主制』(信山社、一九九六年)一七九頁以下〔初出一九九五年〕。

(43) 参照、阪本・前掲論文(8)二二三頁。

(44) 阪本・前掲論文(8)二三〇頁。

(45) かかる批判を基に、田中二郎による次の定義が生まれた。「近代国家における行政は、法の下に法の規制を受けながら、現実に国家目的の積極的実現をめざして行われる全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動」である。田中二郎『行政法総論』(有斐閣、一九五七年)二三頁。

(46) 控除説は、「権力分立制の下でのみ辛うじて成り立つ」という手島孝の指摘は、同じ趣旨のものと解してよからう。手島孝『行政概念の省察』(学陽書房、一九八二年)三〇頁。

(47) 参照、清宮・前掲書(17)三〇〇―三〇一頁。

(48) 参照、高橋和之「統治機構論の視座転換」ジュリ一二二二号(二〇〇二年)一一二頁以下。なお、これは近時の執政権論(後述)に対する批判として展開されているが、複雑多様性が「行政」の専売特許ではないという指摘は、控除説への批判としても機能し得る。

(49) 高橋和之は、前者を立憲君主政モデル、後者を国民民主権モデルと称して説明する。日本国憲法の下では、後者が妥当であり、前者にもとづく行政概念の控除説は、説得力を欠くと批判する。参照、高橋和之「権力分立」同Ⅱ大石編・前掲書(16)一四頁以下、同・前掲論文(5)四二頁以下。

- (50) 他に、控除説が特殊ドイツ的な議論であることを理由にこれを退ける見解として、参照、松井茂記「『行政権』と内閣総理大臣の権限および地位―政治プロセスのあり方を考え直す―」大阪大学法学部創立五十周年記念論文集『二十一世紀の法と政治』(有斐閣、二〇〇二年) 四五―四六頁。
- (51) むろん、控除説の採用は、多くの場合、消去法的な選択でもあり得る。すなわち、「行政」に積極的な定義を付する学説がいずれも控除説に代わるほどの説得力を有しなかったために、現在の通説が形成されたという見方は十分に成り立つ。既に触れた田中二郎の「目的実現説」は、「行政」に固有の特質を明示し得なかった。すなわち、「国家目的の実現」は行政の専売特許ではなく、たとえば国会も等しく為し得る作用であり、加えて「国家目的」なる概念も明確性を欠くと批判されている。参照、塩野宏『行政法Ⅰ(第三版)』(有斐閣、二〇〇二年) 三頁以下。また手島孝は、「行政」を、当該「事務の実質から自然成立的に」公共性が認められる事務(「本来の公共事務」と、「社会的に合意された一定の手続(政治Ⅱ一次的政策決定)を経ること」で「公共性があるとみなされる事務(「擬制的公共事務」とに分類したうえで、これら事務を遂行するための諸条件の整備(管理)から実施に至る一連の過程を「行政」と呼んだ。参照、手島孝「憲法における行政」手島孝Ⅱ中川剛『憲法と行政権』(法律文化社、一九九二年) 二二頁以下、手島・前掲書(46) 三六頁以下。だが、この手島説に対しても、二種の公共事務の区別が曖昧である、行政概念の定義というより「公共事務」の分類に終わっている、といった批判が向けられている。参照、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) 二八頁以下〔初出二〇〇〇年〕。
- (52) 参照、石川健治「政府と行政―あるいは喪われた言説の場」法教二四五号(二〇〇一年) 七六頁、阪本・前掲論文(8) 二三八・二四〇頁。
- (53) 参照、佐藤幸治「権力分立/法治国家」樋口陽一編『講座憲法学5 権力の分立Ⅰ』(日本評論社、一九九四年) 三二頁以下、佐藤幸治「日本国憲法と行政権」同『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣、二〇〇二年) 二二二頁以下〔初出一九九九年〕。
- (54) 他に、「法段階説的な発想」と控除説の齟齬を指摘する論考として、参照、宮井清暢「『行政権』と『執行権』のあいだ―憲法学に於ける『行政権』の捉え方についての覚書(一)―」愛知学院大学論叢法学研究第三四巻第三・四号(一九九二年) 一三三頁以下。
- (55) 憲法第四一条の「国権の最高機関」なる文言は、民主化された議会への期待を表明する規定として読むことができるだろう。参照、大石眞「憲法問題としての『国会』制度」佐藤Ⅱ初宿Ⅱ大石編・前掲書(8) 一四五頁以下。
- (56) 山口二郎「国会活性化法その意義と効果」法教二二三号(二〇〇〇年) 一八頁。

Ⅱ ドイツにおける権力分立論の生成

殊に立法権の領域において、権力分立を厳格な分離の要請と解する傾向は、わが国に特有の現象であろうか。それとも、程度の差こそあれ、諸外国においても等しく認められるものであろうか。本章では、この素朴な疑問に対する解答を、ドイツの議論に求める。

彼国においても、権力分立原理は「時間を超越した現象」⁽⁵⁷⁾とみなされ、「ほとんど揺るがない基礎」、将来に亘って「疑うべくもない真理」⁽⁵⁸⁾として崇められた。しかしながら、一方で、この制度原理の探究が「一般国家学の永遠の主題であり、また国法学の永遠の主題でもある」⁽⁵⁹⁾ことに自覚的であった点は、わが国との相違を成して興味深い。

権力分立原理を巡るドイツの議論には、二つの異なった系譜が存在する。このことをはじめて指摘したのが、栗城壽夫であった。その分析によれば、第一に、諸権力の相互抑制を通して、自由主義の実現を目指す制度原理と捉える立場、第二に、国家権力の合理的な組織をも目途とする制度原理と考える立場があり、近年、後者が有力になりつつあるという。⁽⁶⁰⁾こうした新たな視角は、権力分立原理の「機能法的な」理解と呼ばれることもある。⁽⁶¹⁾

筆者は、右の説示に加えて、独自の見地から考察を進めたい。

以下、権力分立原理に具わる二つの側面——「分離」と「抑制」——の連関につき、ドイツの議論がいかなる変遷を辿ったのかという点を、分析の基軸とする。要点のみ摘示するならば、ドイツにおいても、初期の段階では、「分離」の厳格化が理想とされた。相互の抑制が真剣に顧みられることはなく、執行権の抑制が第一次的な関心事であった。しかしながら、相互の「抑制」とは、実のところ「協働」の側面に他ならず、少なくとも厳格な「分離」

とは両立しない。近年、かかる認識が力を得てきたように思われる。本稿の目的は、こうした議論の展開を実証することにある。本章では、まず基本法の権力分立規定を一瞥したうえで、初期の通説的理解を紹介しよう。

一 諸権力の「分離」と「抑制」

ドイツの代表的体系書における権力分立原理の解説を見ると、その史的背景に対する言及が目立つ。そこでは決まって、モンテスキューの構想に説明が及ぶ。すなわち、当時の政治諸勢力への権限配分を通じて、その均衡を形成するところに彼の意図があり、諸権力の「分離」よりも、むしろ相互の「抑制」を重視する制度原理として誕生した、と説明されるのである。⁽⁶²⁾ この点では、わが国の理解と大差ない。しかしながら、「分離」と「抑制」という二つの側面の連関についてより具体的な説明の段階になれば、わが国に比して遥かに緻密な理論が供せられることになる。

両国の間にこうした差異が生ずるのは、その憲法構造の相違に負う面もあるだろう。よく指摘されるように、日本国憲法は、権力分立原理そのものを謳った規定をもたない。そこでは、三権について規定する各条文(四一条、六五条、七六条)が、同時に右原理の採用を宣明しているものと説明される。⁽⁶³⁾ これに対して、ドイツの基本法は、権力分立原理を明確に打ち出す条項を置いている。曰く、「すべての国家権力は、国民に由来する。国家権力は、選挙および投票において国民により、かつ、立法・執行権および裁判の個別の諸機関を通じて行使される」(二〇条二項⁽⁶⁴⁾)。ドイツでは、まず本条の解釈を巡って、議論が展開されることになる。

1 「機能」の分離と「機関」の分離

この基本法二〇条二項は、別段新奇な着想を語っているわけではないけれども、権力分立にいう「権力」の多義性に注意を促す規定となっている。すなわち、権力分立とは、第一に、国家権限を立法・執行権・裁判に区別する試みであり、加えて、第二に、それらを三つの異なった機関に配分する営みであるということを、覚知させる規定となっている。前者を「機能の分立」、後者を「機関の分立」と呼ぶことにしよう。むろん、上記諸機関が各別の者によって形成されねばならないという「人の分立」もまた、この制度原理の重要な構成要素であるものの、ここでは、前二者の側面に焦点をあてて説明したい。⁽⁶⁵⁾

(1) 「機能」の分離

まず初めに、「機能」の分離なる表現の意味するところを、若干補足しておく必要があるだろう。権力分立原理にとって、国民主権の確立は、きわめて大きな転回点であったに違いない。先にも少し触れたように、歴史的にこの原理は、国家権力を分割して、国内の各政治勢力に配分する制度設計として産声を上げた。ところが、国民主権が定着することによって、国家権力はすべて国民に淵源するものとされた。そこでは、国民が一手に担う「権力」を分割することは許されないと考えられるようになった。この難点を回避するために、権力分立とは、国家「機能」を分割し、それぞれ別個の国家「機関」に行使させる制度原理である、と説明されるに至ったのである。⁽⁶⁶⁾「権力」分立から「機能」の分離へ、といった説示、⁽⁶⁷⁾または、「権力」の分立というよりむしろその行使態様の区別と考えるべき旨の見解は、⁽⁶⁸⁾同じ趣旨のものと解してよからう。

基本法は、立憲主義国家の枢要に位置する機能として、立法・執行権・裁判の三種を掲げた。⁽⁶⁹⁾国家権力は、この

三種の機能に分かたれるというのである。ここで問われるべきは、多様性に富む国家の諸機能が、真実この三種の機能枠組に収まるのか否か、つまりそこから漏出する国家機能はないのか、という点である。たとえば、外交や国防といった任務が、こうした疑問の対象となってきたことは広く知られるところであろう。⁽⁷⁰⁾ それにもかかわらず、右に示した三種の機能枠組は、未だ支持を喪っていない。すなわち、立法・執行権・裁判の外に、独自の機能領域を認める必要はない、との見解が有力なのである。その場合、殊に「執行」機能は、きわめて広範に及ぶ作用と解されることになる。つまり、その呼称から想定されるような法律の執行に留まらず、外交や軍事の領域を含めて、政府が担う国家の活動を広く包括する機能として迎えられているのである。⁽⁷¹⁾

(2) 「機関」の分離

基本法は、この三つの機能が、「個別の諸機関」によって行使されることを予定している。立法・執行・裁判という三種の「機能」は、それぞれ異なった「機関」に配分されねばならないのである。換言すれば、三種の「機関」の区分、具体的には、連邦議会・連邦政府・裁判所という区別もまた、前提とされていることになる。むしろ、国家機関が三つに限定されることはあり得ないから、正確には、数多の機関が三つに収斂されるというべきか。⁽⁷²⁾ いずれにせよ、二〇条二項にいう「個別の」諸機関なる表現から、各機関に一定の独立性を担保すべしとの要請を読み取ることが可能であろう。

2 権力分立原理の「原則」と「例外」

本章では、初期の通説的理解に焦点を絞って、分析する。基本法上の権力分立原理の解釈に際しては、連邦憲法

裁判所の判決が、主導的な役割を担ってきた。⁽⁷³⁾ 同裁判所判決の流れは、権力分立原理に具わる二つの側面——「分離」と「抑制」——の連関につき、支配的な理解がいかに変化してきたかを示している。そこで、まず一九五〇年代から一九七〇年代にかけて、権力分立原理への言及がなされた判決を検討することからはじめよう。

(1) 初期の連邦憲法裁判所判決

(イ) 男女同権判決(一九五三年二月一日)⁽⁷⁴⁾

本件は、権力分立制を巡る一連の判決の嚆矢となったものである。この制度原理の理解が係争の中核を占めるものでないとはいえ、「分離」と「抑制」の連関を問ううえで、欠くことのできない先例である。

基本法三条二項は男女同権の原則を謳う一方、これに反する法律であっても、一定期間は効力を持続する旨、別に定めていた(同一七条一項)。右原則に照応させる法改正の機会を立法院に与えるのが、その趣旨であった。本件は、フランクフルト上級行政裁判所(以下、「上級行裁」と略記)が、この基本法一一七条一項について、法的安定性および権力分立といった上位原則に抵触するがゆえに無効であるとして、連邦憲法裁判所に判断を求めた事例である。ここで、権力分立原則に違背するとは、次のような意味においてである。すなわち、基本法一一七条一項に規定された期間を経てもなお、男女同権の要請を満たした法律が成立しない場合には、事実上、裁判官に法定立作用を委ねることになってしまう。それは、本来立法者に委ねられた任務を、裁判所が遂行することを意味するから、権力分立原則と緊張関係に立つ、というのである。⁽⁷⁵⁾

連邦憲法裁判所は、上級行裁のこの主張を斥け、そのなかで、権力分立原理に関して次のように説く。「権力分立は、基本法の支柱たる組織原理である。その意義は、政治的権力の分配、三権相互の密接な関わり合い

(Ineinandergreifen) およびその結果としての国家権力の抑制である。しかしながら、この原理は、どこでも純粹なたちでは実現されていない。この原理を承認している国家秩序においても、諸機能の一定の交錯 (Überschneidung) および一つの権力による他の権力への影響力行使が、広く行われている⁽⁷⁶⁾。

きわめて漠然とした説示であり、この制度原理の意義として列挙する三つの側面の意味するところも、決して定かではない⁽⁷⁷⁾。それでも、この判示の大枠は、後の判決に引き継がれてゆくことになる。

(ロ) 尋問要請決定 (一九五七年二月二八日)⁽⁷⁸⁾

本件は、戦争犠牲者に対する恩給の行政手続に関する法律一四条につき、連邦憲法裁判所の憲法判断が求められた事例である。本条には、(1)情報提供者または鑑定人が正当な理由なく召喚に応じない場合、恩給事務を所轄する官庁は、その尋問を社会裁判所に要求できること、(2)真実の陳述を導くために宣誓が不可欠である場合には、宣誓を行ったうえでの尋問を要求し得ること、が定められていた。デュッセルドルフ社会裁判所は、右規定を、権力分立に背馳するものと判断した。「宣誓」実施の決定は「裁判権の排他的メルクマール」であるところ、行政庁がこれを指示してその実施を裁判所に要請できるとすれば、裁判権の侵害になる、というのである⁽⁷⁹⁾。

社会裁判所が、行政庁の宣誓尋問要求に従わされるわけではないこと、宣誓の不可欠性を最終的に判断するのは裁判官であることを考えれば、連邦憲法裁判所が右主張を退けたことは、驚くに値しない。むしろ興味深いのは、これに引き続いて言及された、権力分立制の理解である。

「権力分立の原理によれば、基本法二〇条二項に規定されているように、国家権力は立法、執行権、および裁判といった個別の諸機関によって行使される。むろん、この原則は、厳格には貫徹されない。基本法は、数多の

権力交錯（Gewaltenverschrankung）および権力の均衡形成を含んでいる。諸権力の絶対的な分離ではなく、相互のコントロールおよび抑制がドイツ連邦共和国の憲法構造に適合する⁽⁸⁰⁾」。

諸権力の連関を、あくまで基本法の規定に照らして考察する姿勢は、確かに新鮮に映じる⁽⁸¹⁾。しかしながら、その説示の構造に鑑み、本判決は、右にふれた同権判決をほぼそのまま踏襲したものと評価するのが適切であろう。

(2) 原則——例外という図式

基本法は、諸権力が密接に絡み合い、互いに影響力を行使することを、はじめから予定している。右に紹介した先例はいずれもこのことを否定するものでない。とはいえ、かかる権力の相互作用を、権力分立原理からの逸脱現象として理解していることに、注意しなければならない。

男女同権判決にある次の一節に注目しよう——「権力分立原理は、どこでも純粋なかたちでは貫徹されることがない」。これは、諸権力が互いに交錯し、他の権力に影響力を行使するがゆえに、「純粋な」権力分立制の実現は断念せざるを得ないという理解である。つまり、連邦憲法裁判所は、諸権力の厳格な「分離」を、「純粋な」権力分立制に重ね合わせている。したがって、諸権力が互いに影響力を行使して、密接に関わり合う現実を、「純粋な」権力分立原理からの逸脱現象、すなわち「例外」として位置づけているのである⁽⁸²⁾。かような説示の構造は、尋問要請決定にも等しく存するものである。

連邦憲法裁判所によれば、権力分立の本来あるべき通常の姿は、諸権力の厳格な「分離」であり、権力相互の影響力行使は「例外」である。これは、初期の学説においても有力な見解であった。その代表的論者であるヘルツォークは、本来的な権力分立を機関相互の完全な分離独立（Unabhängigkeit）と解し、これを「狭義の権力分立」と称

した。他方で彼は、現実の統治において機関相互の完全な没交渉はあり得ず、各権力を複数の機関が分有する「権力交錯」は不可避である、という認識を示す。そして、かかる権力交錯は、権力分立が「完全に」または「隙間なく」実現されるものでないことを示すものだ⁽⁸³⁾と論結するのである。彼の所説にしたがうならば、議院内閣制、すなわち基本法が規定する立法・執行両権の連関は、権力交錯の最も顕著な事例であり、権力分立原理からの逸脱に他ならない。⁽⁸⁴⁾

初期の連邦憲法裁判所判決および通説は、権力分立原理を、基本法に先立って存在する理論としてまず指定し、この前憲法的な理念型を尺度に基本法の統治構造を測定していることになる。⁽⁸⁵⁾ こうした考え方は、前章にみたわが国の通説的理解と、その基盤を共有するものといえよう。

二 核心領域説の誕生

諸権力の厳格な分離という理念と、権力相互の密接な関わりという現実の統治構造を、それぞれ権力分立原理の「原則」と「例外」と捉えるとき、そうした「例外」の許否を決する基準が問われる。この間に通説は「核心領域説」(Kernbereichslehre)と呼ばれる考え方を提示した。これは、すべての権力に、他の権力による介入を一切拒絶し得る、中核的作用領域が認められるとする理論である。つまり、「核心領域」とは、他の権力による介入に、一定の限界を画する基準に他ならない。⁽⁸⁶⁾ 厳格な「分離」を原則とみる通説に対しては、相互の「抑制」こそ権力分立原理の本質である、との批判が向けられた。核心領域説は、それでもなお通説が展開してきた「厳格分離」のロジックを維持するため、新たな装いのもとで登場した学説である。⁽⁸⁷⁾

1 生まれ変わった通説

「核心領域」なる概念は、元来基本権の領域で発展したものであり、それが権力分立原理の解釈基準としてもその地位を確立した。この新たな学説の展開を、連邦憲法裁判所の判決を通して垣間みることにしよう。

(1) 連邦憲法裁判所判決の展開

(イ) ブレーメン職員代表法判決 (一九五九年四月二七日)⁽⁸⁹⁾

ブレーメン職員代表法 (以下、「代表法」と略記) は、州の人事給与に関する案件の決定手続を定めた法律である。本法の成立により、右案件は、官署の長 (Dienststelle) と職員代表委員会 (Personalarat) の共同決定に委ねられることになり (五二条一項一文)、さらに、この職員代表委員会は、官署の長に対して書面により具体的措置を発案する権限を与えられた (五八条三項)。また、両者の間で合意に至らないときには、調停委員会 (Einigungsstelle) が最終決定を下すことになっていた (五九条一項)。この調停委員会は、州議会の議長が委員長を務め (六〇条三項)、委員については、官署の長と職員代表委員会がそれぞれ三名ずつ任命すると規定されていた (六〇条二項)。

本件訴訟は、本法成立過程に端を発する。州政府による法案が、人事案件の最終決定を最上級庁たる州政府の任務としていたのに対し、SPD議員団はこの決定権を調停委員会に委ねる修正動議を提出したのである。州議会は、かかる対立に終止符を打つべく、ブレーメン州憲法裁判所に判断を求めた。州憲法裁判所は、四対三の僅差で、SPDの修正案はブレーメン州憲法に違反するものではないと判断した。従来の政府の権限を縮減することにはなるものの、権力分立原則や議会制民主主義と両立は可能である、との理由である。これに対して、州政

府が、調停委員会に関して規定した代表法五九条ないし六一条の無効を主張して、連邦憲法裁判所に判断を求めたのが、本件決定である。州政府の主張の根拠は複数提示されており、その劈頭に権力分立原則違反が掲げられた。すなわち、人事の決定権を政府から篡奪し、州議会の議長に委ねることは、行政権 (Regierungsgewalt) の「本質的な核心」を侵害するものであり、権力分立原則に反すると訴えたのである。⁽⁹⁰⁾

連邦憲法裁判所はこの主張を斥けつつ、権力分立の理解について、以下のように詳細な説明を展開している。⁽⁹¹⁾

「連邦憲法裁判所が既に何度も説いているように、権力分立の意義は、国家権力の諸機能が厳格に分離されることではなく、立法権・執行権・司法権の諸機関が相互にコントロールし、制限し合い、以って国家権力を抑制し、個々人の自由が保障されることにある。憲法が意図した三権の間での重量の配分 (Verteilung der Gewalt) は保持されなければならない、どの権力も、憲法によって予定されていない過度の重量を獲得してはならず、またいかなる権力も、憲法上の任務の遂行に必要な権限を奪われることがあってはならない」。議会に有利に働き、執行権を犠牲にする「重量の移転」も、一定程度に留まるならともかく、「執行権の核心領域への介入」は権力分立原理違反となる。⁽⁹²⁾

(ロ) 盗聴判決 (一九七〇年二月一五日)⁽⁹³⁾

基本法は、信書、郵便および電信電話の秘密を保障しながらも (二〇条一項)、「自由で民主的な基本秩序」の保護など一定の目的を達成するために、法律によってこれを制限することを認めている (同条二項)。これを受けて、一九六八年八月一三日に、「信書・郵便および電信電話の秘密の制限に関する法律」 (以下、単に「法律」と記す) が制定された。そこでは、信書の閲覧や電信電話の盗聴を為す権限が、憲法擁護庁 (Verfassungsschutz-

behörden) に与えられた(法律一条一項)。また、実際にとられる制限措置に関して、当事者に通知される必要のないこと(同五条五項)、当該措置に対する異議は、議会によって選任された委員会が、裁判所に代わってこれを審査すること(同九条二項、五項)が規定された。これに対して、ヘッセン州政府が抽象的規範統制を、マンハイムやフランクフルトの法曹実務家が憲法異議をそれぞれ提起し、両者は併合審理されるに至った。とりわけ、同法九条が権力分立原理に反するか否か、が本件の中心的争点となった。

連邦憲法裁判所は、権力分立原理に関して次のような理解を示し、かかる主張を斥けた。「この原理(権力分立原理——引用者註)は、諸権力の厳格な分離を求めるものではなく、例外的に、政府または行政機関による法制定、立法機関による行政が行われ得ることを許容している。また権力分立原理は、執行権による措置に対する権利保護を、例外的に、裁判所によってではなく、議会が選任または形成した独立性を有する機関によって、執行権の機能領域の内部で行われることをも認めている」。かかる代替措置は、確かに恣意的に行われてはならないとはいえ、正当な理由があり、「裁判権に留保された核心領域に触れられない場合であればいつでも」許容される⁽⁹⁴⁾。

(2) 核心領域と周辺領域

この核心領域説は、学説においても、広く支持されることになった⁽⁹⁵⁾。元来、「分離」と「抑制」の側面は、相互に矛盾する契機を秘めており⁽⁹⁶⁾、両者を調和させることは容易な所作ではない。核心領域説は、この難問を一応の解決に導いた⁽⁹⁷⁾。このことを、少し詳しく述べよう。

核心領域説は、各権力に、二つの機能領域の存在を認める⁽⁹⁸⁾。その一つは、「核心領域」(Kernbereich)である。いずれの権力にも自ら遂行しなければならない機能が与えられており、それが核心領域を形成する。右領域におい

て、各権力は独立した決定権を有しているのであるから、他の権力による不当な介入は、これを排除することができ、むしろ、排除しなければならない。当該機能が核心領域に属すると判断される場合、他の権力は一切介入することを得ないのである。他の一つは「周辺領域」(Randbereich)である。この領域にあつては、他の権力の介入が許容される。すなわち、「核心領域」における厳格な「分離」の貫徹に、権力分立原理の主たる目的が措定される一方、相互の「抑制」は、「周辺領域」に限定されるのである。かくして、核心領域説は、先に述べた二つの側面の矛盾を解消する。本説が通説の座を獲得した一因は、この点にある。

(3) 核心領域説の「核心」

ところが、この核心領域説に対して、今では厳しい批判も向けられている。⁽⁹⁹⁾端的に言えば、それは、「核心領域」の不明確性に起因する。「核心領域」を内容的に確定する作業が、本説において正に「核心」に位置する任務となることは、多言を要しない。⁽¹⁰⁰⁾しかしながら、この作業は困難を極める。その理由は、以下の二点に求められるであろう。第一に、基本法が各機能の定義を備えていないことである。基本法二〇条二項は、機能の区別および個別の諸機関によるその行使に言及するのみで、諸権力相互の連関については何も語っていない。⁽¹⁰¹⁾他の権力による介入の限界について、基本法の権力分立規定は、一義的な答えを寄せるものでないものである。第二に、権力構造が、現代的な変容を経験したことである。その最たる例は、立法権と執行権の対立関係が議院内閣制の導入や政党の発達によって消失し、与党と野党の対立へと移行したことである。⁽¹⁰²⁾かかる現象が「核心領域」の確定を一層困難ならしめたことは、想像に難くない。

確かに、最終決定権の所在を「核心」と見なす理論が、有力な選択肢としてあり得よう。法定立機能についてい

えば、両院による法案の議決を立法権の核心領域に置き、法案の提出を周辺領域に位置づける見解である。しかしながら、法律の内容が、多くの場合、本会議における議決以前の段階で既に決定されているという現実を顧慮するならば、核心領域を画することに成功しているわけではない。⁽¹⁰⁸⁾ 管見のかぎり、諸権力の「核心領域」を厳密に定義する論考は皆無に等しい。核心領域説は、かかる不確定性を抱えながらも、通説の地歩を築くことになった。

2 民主的正統性と核心領域

核心領域説は、すべての権力に各々排他的な機能領域を認める理論である。つまり、立法権には立法権の核心領域が、執行権には執行権の核心領域が存するという理論である。ところが、通説的な立場は、後者を狭く限定して他の権力による関与を容認する反面、主たる関心を前者に向け、立法権の核心領域を防護しようとしてきた。通説の関心事は、日本の学説状況と同じように、執行権を法律の下に置くことにあったように思われる。

(1) 議会の優越

かかる通説の基礎には、議会は他の機関に比して優越的地位に立つという理解が存在する。その論拠は、概ね以下の諸点に求めることができる。⁽¹⁰⁹⁾ 第一に、基本法二〇条三項の文言である。「立法は憲法的秩序に、執行権および裁判は法律および法に拘束されている」。⁽¹¹⁰⁾ この規定は、執行権は法律のもとにおかれ法律に反した行為を許されないばかりでなく、一定の行為につき法律の授權を必要とするもの、と解されている。⁽¹¹¹⁾ 第二に、議院内閣制の採用が挙げられる。内閣が、自らの存立の基盤である議会に対して責任を負う統治構造である以上、両者の優劣は明白だといふわけである。⁽¹¹²⁾ 第三に、議会における決定手続の公開性がその地位を押し上げる。⁽¹¹³⁾

これらはすべて、議会と政府の連関を考察するに際して不可欠な視点である。とはいえ、議会の優位を導くうえで最も強調される論拠はまた別にある。それは、「民主的正統性」である。むろん手続の公開性もまた議会の民主的正統性を高めるものの、ここではとくに、「直接的な人的正統性」(die unmittelbare personale Legitimation)のことを指す。⁽⁹⁸⁾つまり、議会はその構成員が国民によって直接選任されているがゆえに、他の機関に比して最も民主的であり、国民主権の下での最高機関である、といわれるのである。⁽⁹⁹⁾

立法権の核心領域が、法定立機能であることに異論はなからう。この核心領域は、右に述べた高度な民主的正統性に支えられて、一層強く防護されることになる。このことを示唆する連邦憲法裁判所の判決を次にみておくことにしよう。

(2) ヘッセン裁判官法事件決定(一九七二年一〇月一〇日)⁽¹⁰⁾

一九六二年一〇月一九日に成立したヘッセン裁判官法(以下、「裁判官法」と記す)九三条は、州政府に法曹教育令(Juristische Ausbildungsordnung 以下、「教育令」と記す)を制定する権限を認めていた。これを受けて、ヘッセン州政府は法規命令として教育令を定め、そのなかで、第二次司法試験の受験料を二〇〇ドイツマルクと規定していた(四二条一項)。これに対して、一九六六年に合格を果たした原告が、受験料は十分な法的根拠を欠くとして、フランクフルト行政裁判所(以下、「行裁」と略記)に提訴した。行裁は、裁判官法九三条二項による授權が十分であると考え、この規定および教育令四二条一項の有効性につき、州憲法裁判所に判断を求めた。州憲法裁判所は、裁判官法と同条項に関して、権力分立原則に照らして判断されるべきとしたうえで、州憲法に反するものではないと判示した。これを受けて行裁は、連邦憲法裁判所の判断を求めたのである。裁判官法九三条二項は、法規命

令に対する授權の範囲を明確に規定するものでないから、基本法八〇条一項二文と結びついた、同二八条一項一文に違反するというのが、その理由である。

連邦憲法裁判所もまた、行裁の主張を斥ける判示のなかで、まず権力分立原理に言及した⁽¹²⁾。連邦憲法裁判所は、権力相互の抑制を権力分立原理の例外と位置づける従来の判決をほぼそのまま再説したうえで、立法権の核心領域について、次のように述べる。

「諸権力の核心領域は、変更され得ない。したがって、いずれの権力も、憲法によって自らに配分された典型的任務を放棄することは、不可能である。

これを立法権と執行権との関係についていえば、基本法の自由で民主的なシステムにおいて、規範定立という憲法上の任務は、立法権としての議会に割り当てられている。議会のみが、政治的指導決定のための民主的正統性を有しているのである。確かに基本法は、……執行権の「派生的な」(abgeleitet) 規範定立を認めている。しかし、執行権による法制定は、立法者によって指示された限定的な範囲内でのみ行われ得る。……規範定立権力を執行権に一括して委譲することは、権力分立原理と相容れない⁽¹³⁾」。

立法権の核心領域は規範定立機能であること、加えてこの核心領域は民主的正統性を基盤に成り立つことが、この判示から読み取られよう。

3 執行権の核心領域

既述のように、核心領域説は、本来、立法権の核心領域のみを強調する理論ではない。執行権にも、固有の中核的機能領域が認められるはずである。しかしながら、執行権が民主的正統性の点で劣位にあるとすれば、その核心

領域存立の根拠は別に求められねばならない。ここにおいては、「責任」という概念が重要な役割を演じる。議会の国政調査権との関連で執行権の核心領域が問われた事例において、連邦憲法裁判所は次のように述べている。⁽¹¹⁴⁾

「政府の議会および国民に対する責任は、必然的に『執行権に固有の責任の核心領域』を前提とするものであり、この核心領域は、議会の調査委員会によっても原則として調べ尽くされ得ない発案・審議・活動領域を含む。たとえば、閣議に関しても、主として管轄内外の表決過程において行われる閣議決定および部局決定の準備段階の場合でも、政府の意思形成それ自体がこの核心領域に属する」。

判決自身が明示するように、「執行権に固有の責任の核心領域」という説示は、議会による国政調査権の限界を画する基準として、既に提示されていたものである。⁽¹¹⁵⁾ 要約すれば、「責任」が存するところ、外部の介入から自由な一定の機能領域が不可欠である。仮に、執行権の決定過程、たとえば閣議における閣僚の発言がすべて議会の調査に服するとなれば、自由闊達な議論を通した意思形成は阻害され、執行権の機能性が害われるであろう。⁽¹¹⁶⁾ それは、執行権が十全に責任を果たし得ないことを意味する。

以上のように、執行権の核心領域が語られる場合、その論拠は、執行権の議会および国民に対する「責任」に求められてきた。それでも、執行権の機能は限りなく広範に及ぶため、その核心領域を確定する作業は、立法権のそれにも増して困難である。⁽¹¹⁷⁾

三 ドイツにおける通説的権力分立論の実相

以上、「分離」と「抑制」の連関という観点から、権力分立原理を巡る初期の判例および学説を整理した。最後に、その要点を三つにまとめて、本章を結ぶことにしたい。

(1) 厳格な分離の重視

権力分立原理の解釈を牽引した一連の判決によれば、この制度原理は「純粋なかたちでは」実現され得ない。その理由は、諸権力の交錯なる現象が数多認められるという事実に求められている。つまり、権力分立原理は本来的に厳格な分離を目的としているのだが、権力相互の密接な連関は現実として容れざるを得ず、権力分立原理の貫徹は断念する他ないというのである。かかる判示には、厳格な分離を原則、相互の抑制を例外と位置づける姿勢が顕現している。

(2) 核心領域説という厳格分離論

核心領域説は、各権力の機能領域を、核心領域と周辺領域の二種に区分する理論である。前者は、他の権力が介入することを得ない領域、後者は、諸権力の交錯が許容される領域をいう。核心領域は、相互の抑制という「例外」を容認する基準として機能し、その不明確性にもかかわらず、多くの支持を集めた。本説は各権力に独自の機能領域を賦与する理論であり、厳格分離論の系譜に属する学説であったことを強調しておかねばならない。

(3) 立法権の優位と民主的正統性

核心領域説は、独立の中核的機能領域をすべての権力に認めるとはいえ、とりわけ立法権を防護するために動員される傾向がある。それは、立法府の構成員が国民によって直接選任されていること、すなわち、民主的正統性が他の権力に比して高度であることに因る。

もつとも、立法・執行両権の間で権力分立が問われた事例は、きわめて少数に留まるほか、権力分立を巡るドイツの議論は、未だ統一的な見解に達していないとの評価も存するところである。⁽¹⁸⁾然るに、初期の通説が諸権力の厳格な分離を原則に掲げ、結果として立法権の優位の確立に貢献したことは疑いを容れない。前章にみたわが国の通説的理解と並べるとき、その共通性は自ら分明となろう。

注

- (57) Werner Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem (1959), in: Heinz Rausch (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1969, S.187.
- (58) Max Imboden, Gewaltentrennung als Grundproblem unserer Zeit (1965), in: H.Rausch (Hrsg.), aaO. (Anm.57), S.489.
- (59) Fritz Ossenbühl, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, S.545.
- (60) 参照、栗城壽夫「ドイツの権力分立—権力分立の機能的理解—」比較法研究五二号（一九九〇年）三四頁以下。なお、かかる分析は連邦憲法裁判所の判決に関するものである。
- (61) ここで「機能法的な」理解とは、各種の国家作用がその遂行に適した機関によって効率的に処理されるよう、国家権力を統一的に組織するための原理として権力分立制を迎える見解を指す。参照、栗城・前掲論文（60）三六頁以下。
- (62) Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S.527; 529f.; 539f.
- (63) 参照、宮澤・前掲書（12）四〇九頁、佐藤・前掲書（19）八〇頁。
- (64) 基本法の邦訳について参照、樋口陽一＝吉田善明編『解説世界憲法集 第四版』（三省堂、二〇〇二年）一九九頁〔初宿正典執筆〕。なお、本条にいう「執行権」(vollziehende Gewalt) は、法律の執行という意味での行政 (Verwaltung) を越えて、外交や国防といった統治作用まで及ぶ概念と解される。参照、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」法学論叢二二三巻四・五・六号（一九九三年）一六七頁以下、一七三頁。
- (65) かかる三つの角度から権力分立を説く論考は、ドイツにおいて広く認められる。Vgl. Hans-Detlef Horn, Gewaltenteilige

Demokratie, demokratische Gewaltenteilung Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates, AoR 2002, S.437.

- (39) Vgl. Ulrich Batts/Christoph Gussy, Einführung in das Staatsrecht, 4.Aufl. 1998, S.157f., Rn.222.
- (37) Vgl. K.Stern, aaO. (Anm.62), S.521ff.
- (38) Vgl. K.Stern, aaO. (Anm.62), S.533.
- (69) 行った国家機能の三分類は、先験的で、論拠が薄弱であるとの批判も向けられている反面、基本法に基礎を置くだけでなく、歴史的にも経験的にも説得力を具えているものと評価できる。Vgl. K.Stern, aaO. (Anm.62), S.524f.
- (70) 古くは「インターネットが」この領域の独自性を指摘しつつだ。この「インターネット」Vgl. Hanjörg Seiler, Gewaltenteilung-Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, 1994, S.58ff.
- (71) Vgl. K.Stern, aaO. (Anm.62), S.537.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.I, 2.Aufl. 1995, S.1013f., Rn.52.
- (72) K.Stern, aaO. (Anm.62), S.538.; E. Schmidt-Aßmann, aaO. (Anm.71), S.1014, Rn.53.
- (73) Vgl. Rupert Stettner, Not und Chance der grundgesetzlichen Gewaltenteilung, JöR 35 (1986), S.59.
- (74) BVerfGE 3, 225.
- (75) Vgl. BVerfGE 3, 225 (227, 248). なお、基本法の規定をより高位にある原則との関連で問うことは、通常考えられないことであって、そもそも「違憲の憲法規範」などあり得るのかという問題を提起する。この点につき、連邦憲法裁判所は次のように答える。元来、基本法は統一的に解されるべきものであり、上位の規範と下位の規範に分かたれるとの理解は失当であるものの、かかる調和的な解釈が不可能な場合には、基本法の規定であっても、例外的に、基本法一〇〇条一項の規範統制に服せよ。Vgl. BVerfGE 3, 225 (230ff.).
- (76) BVerfGE 3, 225 (247).
- (77) Vgl. Burkhard Sinemus, Der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1982, S.104.
- (78) BVerfGE 7, 183.
- (79) Vgl. BVerfGE 7, 183 (184).

- (80) BVerfGE 7, 183 (188).
- (81) Vgl. B.Sinemus, aO. (Anm.77), S.112.
- (82) Vgl. B.Sinemus, aO. (Anm.77), S.107; 111; 112.
- (83) Vgl. Roman Herzog, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, GG, Art. 20, Abs. V Rn.6ff.
- (84) Vgl. R.Herzog, aO. (Anm.83), Rn.28; 44ff.; 53ff.
- (85) Vgl. Reinhard Hermes, Der Bereich des Parlamentsgesetzes, 1988, S.66.; R.Stettner, aO. (Anm.73), S.59.
- (86) Vgl. U.Battis/C.Gusy, aO. (Anm.66), S.160f., Rn.230.
- (87) Vgl. H-D.Horn, aO. (Anm.65), S.439.; H.Seiler, aO. (Anm.70), S.148.
- (88) Vgl. Walter Leisner, Die quantitative Gewaltenteilung, DÖV 1969, S.407.
- (89) BVerfGE 9, 268. なお邦語文献として参照、倉田原志「州の公務員の共同決定権の限界―ブレーメン職員代表法事件―」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)四三七頁以下。
- (90) BVerfGE 9, 268 (272f.).
- (91) BVerfGE 9, 268 (280ff.). 人事の最終決定権を調停委員会に委ねる代表法五九条一項につき、基本法に反するとの主張は認められた。ただ、基本法二八条一項一文にいう「民主的法治国」の原理との矛盾がその根拠とされたのであって、権力分立原理との抵触が問われたものではない。調停委員会は、議会と政府の双方から独立しているけれども、なお執行権の領域に留まっており、ある権力作用が他の権力に委譲される事態の可否を問う権力分立原理が登場する場面ではない、と考えられたのである。本判決によれば、民主的法治国の原理は、自らに委ねられた機能を果たす能力を有し(funktionsfähig)、その機能遂行に責任を負う(verantwortlich)政府の存在を前提にしている。すなわち、行政の領域において、政府から独立した機関がいかなる場合にも許されないとまではいえないとしても、政治的重要性の高い案件については、政府が自己の責任の下で自ら遂行することが要請される。そして、公務員に関する人事権は、正に「行政権の本質的部分」にあたることを確実であるところ、それを政府が責任を負わない委員会に委譲することは許されない。
- (92) BVerfGE 9, 268 (279f.). 傍点は引用者による。
- (93) BVerfGE 30, 1. なお邦語文献として参照、西浦公「通信の秘密とその制限―盗聴判決―」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書(89)二六一頁以下。

- (94) BVerfGE 30, 1 (28). 傍点は引用者による。この事件では、制限措置の非通知を定めた法律五条五項の基本法適合性も、主たる争点を形成した。裁判所は、かかる非通知それ自体が基本法に抵触するものでないとして、本件の如く、当該制限措置の目的を達成するうえで、その秘匿が不可欠とは思料されない場合にまで通知の必要性を否定するかがり、基本法に背馳し無効であると判断した。Vgl. BVerfGE 30, 1 (31f.).
- (95) 核心領域説を支持する論者として Vgl. R.Herzog, aaO. (Anm.83), Rn.115.; K.Stern, aaO. (Anm.62), S.541f.; E.Schmidt-Aßmann, aaO. (Anm.71), S.1015ff., Rn. 56f.; Hugo J. Hahn, Über die Gewaltenteilung in der Wertwelt des Grundgesetzes (1965), in: H.Rausch (Hrsg.), aaO. (Anm.57), S.460ff.; Volker Busse, Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung im Spannungsfeld der staatlichen Gewalten, DÖV 1989, S.46ff.
- (96) Vgl. Hans D. Jarass, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, 1975, S.5; 10.; W.Leisner, aaO. (Anm.88), S.407. 上の点について著名な哲学者が、諸権力がそれぞれ独立しながらも互いに抑制を及ぼしあうことの無理を説き、厳格分離論の「根本的誤謬」を喝破しつつあることは注目に値する。ドイツでは、一つの側面の矛盾が古くから指摘されてきたのである。Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1820, § 300, in: Werke, Bd.7, 1970, S.468. 邦語文献として参照、ヘーゲル (上妻精ほか訳) 『法の哲学 自然法と国家学の要綱 上巻』(岩波書店、二〇〇一年) 五〇九頁。
- (97) Vgl. Thomas Kuhl, Der Kernbereich der Exekutive, 1993, S.130.
- (98) Vgl. K.Stern, aaO. (Anm.62), S.541f.
- (99) Vgl. K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1999, S.207ff., Rn.476ff. 本書からの引用に際して、コメント・クニヤ (阿部照哉ほか訳) 『西ドイツ憲法綱要』(日本評論社、一九八三年) 二四五頁以下を適宜参照してある。他は Vgl. W.Leisner, aaO. (Anm.88), S.407ff.; H-D.Jarass, aaO. (Anm.96), S.7ff.; H.Seiler, aaO. (Anm.70), S.149.; H-D.Horn, aaO. (Anm.65), S.453.
- (100) Vgl. H-D.Horn, aaO. (Anm.65), S.439.
- (101) Vgl. K.Hesse, aaO. (Anm.99), S.407f., Rn.477f.; E.Schmidt-Aßmann, aaO. (Anm.71), S.1014, Rn.54.; U.Battis/C.Gusy, aaO. (Anm.66), S.161, Rn.231.
- (102) Vgl. F.Osenbühl, aaO. (Anm.59), S.546f.; Hartmut Maurer, Staatsrecht, 3.Aufl. 2003, S.382, Rn.19.;

- U.Battis/C.Gusy, aaO. (Anm.66), S.166f., Rn.242f.; H-D.Horn, aaO. (Anm.65), S.439.
- (103) Vgl. W.Leisner, aaO. (Anm.88), S.408.; V.Busse, aaO. (Anm.95), S.46f.
- (104) Vgl. H.Seiler, aaO. (Anm.70), S.147.
- (105) Vgl. R.Hermes, aaO. (Anm.85), S.57f.
- (106) Vgl. Thomas Puhl, Die Minderheitsregierung nach dem Grundgesetz, 1986, S.160.
- (107) Vgl. R.Hermes, aaO. (Anm.85), S.52f.
- (108) Vgl. R.Hermes, aaO. (Anm.85), S.50ff., 74f.
- (109) Vgl. U.Battis/C.Gusy, aaO. (Anm.66), S.159, Rn.227.
- (110) BVerfGE 34, 52. なお邦語文献として参照、古野豊秋「州における立法権の授権―ヘッセン裁判官法事件―」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書(89)四四二頁以下。
- (111) 条文は以下のとおり。「①州政府は、この法律の実施に必要な法規命令を制定する。②州政府は、法曹教育令を制定する。右命令は、ドイツ裁判官法五条三項の範囲内において、試験担当官(Prüfungsämter)の設置、試験委員会の構成、試験手続、準備実習勤務(Vorbereitungsdienst)の期間および内容区分を規律すると同時に、第二次試験の受験および度重なる不合格による公務員法上の効果を規律する。……」
- (112) 裁判官法九三条二項一文と権力分立原理との整合性については、次のように判示された。基本法八〇条二項は、権力分立原理を具体化した条項の一つと解されるが、各州憲法が右原理を具体化する際にも、これとまったく同じ手法を採用すべき道理はない。ヘッセン州憲法は、基本法と異なる形で権力分立原理を具体化したものであり、権力分立原理に違背するものではない。したがって、このヘッセン州憲法に適合する裁判官法九三条二項一文もまた、権力分立原理に反するものではない。Vgl. BVerfGE 34, 52 (58f.).
- (113) BVerfGE 34, 52 (59f.). 但、裁判官法九三条二項一文は、執行権による法規命令に対して、広範な定めをしたものではないと認められたため、権力分立との衝突が問われることはなかった。
- (114) BVerfGE 67, 100 (139). なお邦語文献として参照、岩間昭道「国政調査権と税の守秘義務―フリック調査委員会判決―」ドイツ憲法判例研究会・前掲書(89)五〇五頁以下。
- (115) Vgl. Rupert Scholz, Parlamentarischer Untersuchungsausschuss und Steuergeheimnis, AöR 1980, S.598.

(116) Vgl. V. Busse, aaO. (Anm.95), S.50f.

(117) Vgl. W. Leisner, aaO. (Anm.88), S.408f.

(118) H. Seiler, aaO. (Anm.70), S.152.

III 伝統的権力分立論からの脱却

前章までの分析を通して、権力分立原理につき日独両国の伝統的な憲法学が、諸権力の厳格な分離を原則と捉え、相互の抑制をむしろ例外として位置づけてきたことを確認した。ここからは、かような伝統的理解がその後いかなる変遷を経験して今日に至っているのか、という点を検討したい。具体的には、ドイツにおいて、一九八〇年前後を境に支持を獲得するようになった、機能的権力分立論をまず紹介する。その特質を摘示したうえで、わが国における新しい権力分立論の萌芽に、注意を向けることにしよう。そこでは、権力分立原理に、ただ自由主義実現の手段というだけの位置づけしか与えられていなかった時代とは異なる、新たな議論の動向が明らかになる。

一 ドイツにみる新しい展開

ドイツにおいて、前章にみた伝統的な理解がまったく色褪せたものとみるのは早計である。先に紹介した核心領域説は、たとえば、都市計画の権限を巡って争われた一九九六年の連邦憲法裁判所決定⁽¹¹⁹⁾において、なお権力交錯の限界を画定する基準として用いられている。本件では、鉄道建設計画の確定を法律によって為すことにつき、それが行政の機能領域への許されざる介入になるか否かが争われた⁽¹²⁰⁾。判決は、『『執行権に固有の責任の核心領域』に関

わるものでないかぎり、議会は基本的な問題を自ら決定することができる」と述べて、立法による計画の確定を認容した⁽¹²⁾。

このように、権力分立原理を巡る伝統的な思考形態は今なお健在でありながら、より巨視的に権力分立論の動向を観察するとき、そこには議論の変遷が確実に看取される。この推移を確認することが、本節の目的である。結論から示すならば、以下の二点が、顕著な変化として把握されよう。第一に、執行権の民主的正統性を承認したうえで、その独自性に光を当てる見解が勢いを増していることである⁽¹³⁾。伝統的な通説は、立法権の民主的正統性を高く評価し、その優位を確立する一方で、執行権を、その名のとおり議会制定法を執行するだけの存在として低位に置くことが少なくなかった。これに対して、近年では、立法権と執行権を対等な関係として捉え直す動きが顕現しているのである。第二に、権力分立原理を、国家権力の「構成」を目的とする制度原理として理解しようとする姿勢が認められることである。この変化を象徴するのが、「国家任務の適正な遂行」という表現である。つまり、権力分立制とは、国家の諸任務を適正に遂行するために、国家権力をいかに構成すべきかという問題意識に発する制度原理であるとの理解が、浸透を見せはじめたのである⁽¹⁴⁾。これは、権力分立原理の目的に関する理解が変化しているという意味で、右制度原理の根本的な変化といえることができる。

1 注目される執行権固有の権能

執行権に対する立法権の優位を説くことと、執行権の地位を不当に低落せしめることは、同義でないはずである。しかしながら、その民主的正統性を基礎に立法権の優位が確立されるなかで、執行権は単なる法律の執行機関に堕し、その独自性が等閑に付されることも稀ではなかった。遍く支持を集めるには至らなかったとはいえ、議会留保

に対抗して「行政の留保」が論じられたのも、かかる執行権の取り扱いに対する懸念ゆえのことであった。⁽¹²⁴⁾

上述のように、立法権の優位を導く最大の論拠は、議会の方が政府より強い民主的正統性を有していることであつた。ということは、立法・執行両権の等位性を主張するためには、執行権もその民主的正統性において決して劣るものでないことを説くのが最も近道となろう。この筋道を説く注目すべき連邦憲法裁判所決定を、まずはみておきたい。

(1) カルカー決定（一九七八年八月八日⁽¹²⁵⁾）

いわゆる「本質性理論」⁽¹²⁶⁾を展開したものとして著名な本決定は、権力分立原理についても、きわめて重要な理解を提示している。

本件は、ノルトライン・ヴェストファーレン州における原子力発電所設置に係る第一次部分許可に対して、その建設予定地の近隣で農場を営む原告が、右許可の取消を求めた事例である。第一審は、この訴えを棄却したため、控訴審手続へと移ることになった。ノルトライン・ヴェストファーレン州の上級行政裁判所は、前記許可の根拠法たる核エネルギーの平和的利用とその危険の防止に関する法律（以下、「原子力法」と記す）第七条につき、基本法に抵触すると思った。具体的には、同条が高速増殖炉の認可をも可能にしている点で、権力分立原理（基本法二〇条二項二文）等に違背するものである。上級行政裁判所は、連邦憲法裁判所に判断を求めた。これが本件決定である。連邦憲法裁判所は、原子力法七条が基本法に適合することを説きつつ、立法・執行両権の関係について、次のように判示している。

「基本法は、基本的な決定において総括的（allumfassend）優位を議会に対して与えているわけではない。権力

分立にもとづく権限秩序によって、議会の権限に限界を設定している。……基本法が認めようとしている国家権力の分配および均衡の具体的秩序は、民主主義原理から誤って導き出される、総括的な議会留保という形式での権力一元主義によって侵されては (unterlaufen) ならない。もっぱら議会の構成員のみが直接国民によって選出されているという事情から、他の機関・機能が民主的正統性を欠くという結論には至らない⁽¹²⁷⁾。

本決定の中核を成すこの引用部分⁽¹²⁸⁾は、議会の優越それ自体を否定したものではなく、あくまでその行き過ぎを制止したものと解することができる⁽¹²⁹⁾。しかしながら、前章にみた一連の判決と、その権力分立原理の理解において一線を画す決定であることもまた、見落とされるべきではなからう⁽¹³⁰⁾。

(2) 執行権の民主的正統性

国民に最も近接した地位にある立法権の権限拡大と民主主義の発展とを同義に解する主張は、われわれにとって馴染み深いものである。しかしながら、これに疑問を呈する見解が古くから公にされてきたことには留意を要する。ここでは、「民主的な立憲主義国家にあつては、立法者はもはや民主的正統性を独占するものでない⁽¹³¹⁾」と確言するベッケンフェルデの所説を紹介しよう。

彼によれば、立法・執行両権の間に民主的正統性の優劣を認める見解は、立憲君主制においては有用であるものの、現代には適用され得ない。立憲君主制の下で君主に委ねられた執行権は、疑いもなく非民主的要素であり、唯一民主的正統性を把持する議会の発展こそが、民主主義の伸張を意味するものであった。翻って、現代の議会制民主主義においては、ひとり国民のみが「権力」の保持者であり、立法・執行といった国家機能はすべて、国民に淵源するものとされている。すなわち、すべての国家機能が民主的に正統化されているのである。したがって、民主

的正統性において立法権が優位するとの前提は、少なくともそのままのかたちでは維持され得ない⁽¹²⁾。

この立論に対しては、すべての機能が等しく憲法から引き出されるにせよ、一律同程度の民主的正統性を有していることにはならないとの批判があり得よう。ベッケンフェルデは、次の二つの論拠を示すことによって、これに⁽¹³⁾応えている。第一に、現代民主主義下における国政選挙が、以前に増して国民投票的色彩を帯びていることである。つまり、選挙が首相もしくは政権選択の機会として機能しているために、執行権の民主的性格が強化されていると、指摘するのである。⁽¹⁴⁾第二に、仮に立法権が民主的正統性の観点で優位に立つとしても、そのことから、議会の包括的な留保権限を演繹すべきでないことである。確かに、民主的正統性の優劣は、国民による正統性付与の直接性という指標に依拠する。すなわち、国民による直接的任用の方が、間接的なそれに比して、高度の正統性を担保するものと解されてきた。しかしながら、基本法は、議会を介した「正統性の鎖」(Legitimationskette)を準備しているのであつて、直接的な民主的正統性が当該機関の優位に直結するわけではない、というのである。⁽¹⁵⁾

先にみたカルカー決定での判断は、こうした民主的正統性の理論を基礎に、開花したものと考えられよう。

2 国家任務の適正な遂行

これまで縷述した権力分立論の動向は、ともすれば、立法権と執行権のいずれが優位に立つかという、ただそれだけの議論として受け止められるかもしれない。執行権に固有の領域を強調する近年の議論もまた、立法権に対する執行権の挑戦という図式の下へと矮小化できなくもない。しかしながら、執行権の独自性に対する関心の高まりという表層的な変化に留まらず、それを規定するより本質的な変化に注意を向ける必要があるだろう。

ここで述べようとする本質的な変化とは、権力分立制によって実現されるべき価値として、新たに「国家任務の

適正な遂行」が掲げられたことを指す。つまり、各種の国家作用を、その遂行に適した諸条件を具えた機関に配分することもまた、権力分立の要請だという見解である。何故にこれを権力分立観の本質的な変化と称し得るかという点は、漸次明らかにするとして、まずは一つの連邦憲法裁判所判決を紹介したい。

(1) ミサイル配備判決(一九八四年二月一八日)⁽¹³⁶⁾

東西冷戦真只中の一九七九年、核搭載中距離ミサイルの配備に着手したソビエト社会主義共和国連邦(ソ連)に對抗して、北大西洋条約機構(NATO)加盟諸国の外相・国防相も、同ミサイルの近代化を決定した。また、これと同時に、ソ連との軍縮交渉の開始を決定したが(いわゆるNATOの二重決定)、結局頓挫するところとなり、連邦政府はNATOの上記ミサイル配備を正式に容認する旨表明した(一九八三年一月二一日)。同日、連邦議会は、この措置に同意する旨の決議を行っている⁽¹³⁷⁾。

本件は、これに対して、当時まだ新興勢力であった緑の党が提起した、連邦政府を相手方とする機関訴訟である。連邦政府が特別法による授權もないまま、右ミサイル配備容認表明を行ったのは、基本法二〇条三項および五九条二項一文等に基づく連邦議会の権利を侵害する、との主張である。⁽¹³⁸⁾

連邦憲法裁判所は、原告の訴えを棄却した。このなかで、条約締結権に関して規定した基本法五九条二項一文は、同二〇条二項に照らして解釈されなければならないと述べ、権力分立原理に言及した。

「そこに原則として規定される、組織面・機能面での権力の区別および分離は、……国家の任務が可能なかぎり適正に(möglichst richtig)、すなわち決定を為すにつき、組織・構成・機能・活動方式に鑑み、最高の前提条件を有している機関によって下されることを目指すものであり、国家権力全体の抑制を目指すものである」⁽¹³⁹⁾。

同裁判所は権力分立原理をかように理解したうえで、外交権が政府に委ねられる根拠を次のように明示する。

「基本法が、外交交渉という行為を執行府の権限領域に配分するのは、組織的および長期に亘って類型的に、唯一政府だけが、変転する国際情勢に迅速かつ事態に即して対応し、外交案件を責任をもって遂行するという国家の任務を最もよく果たす、人的・事実的・組織的能力を十分に有している、との想定に基づいている」⁽¹⁴¹⁾。

同裁判所は、かかる認識の結果として、外交活動領域においてむやみに議会の関与を拡大する営みにつき、執行権への不当な侵害であると判断するに至った⁽¹⁴²⁾。

(2) 連邦最高裁判所判決の展開

機能に適した機関構造を重視する権力分立論は、一見すると外交権という特殊な領域に限定された理解のように思われるかもしれない。しかし、学校の授業における正書方改革の導入を、法律の規定に依らず、州文部省の告示(Runderlab)にもとづいて実施することの可否が問われた事例⁽¹⁴³⁾で、連邦憲法裁判所は、前記ミサイル配備判決を踏襲した。すなわち、基本法二〇条二項に規定される権力分立原理が、「可能なかぎり適正な」決定の実現を求めていることに鑑み、学校教育における新正書方導入の判断は、州議会よりも所轄の専門行政の方に適しているとして、州文部省による右措置を認容したのである。⁽¹⁴⁴⁾このように、機能的権力分立論の射程は、外交権に特有のものではない。

(3) 憲法裁判権の「機能的」限界論

これらの判決は、各種の国家作用が、その性質に鑑み、それを実行するのに最も適した人的・物的要素を有する機関に配分されることを重視している。むしろ、機関構造に適した機能配分が一般論として望ましいことは言を俟

たず、これを権力分立原理の目的と捉える点で、本判決は注目に値する。かかる理解は、機能的 (funktionell) または機能法的 (funktionell-rechtlich) な権力分立論と称されることがある。

こうした機能的な理解は、当初、権力分立論の地平全体ではなく、憲法裁判権というより限定的な場面で援用された。⁽¹⁴⁵⁾ いうまでもなく、憲法裁判所は、他の国家機関の諸決定を、憲法適合性の観点から審査する権限をもつ。とりわけ、この憲法裁判権が立法権による民主的決定を斥ける局面で、その限界が問われた。従来、いわゆる「法」と「政治」の区分論を前提に、司法の自制 (judicial self-restraint) ⁽¹⁴⁶⁾ が論じられたところ、これに代わって登場したのが機能的観点にもとづく限界画定論である。⁽¹⁴⁶⁾ それによれば、司法の自制なる原則は、憲法裁判所の他の国家機関との関係を、明らかにするよりむしろ覆い隠す議論であり、⁽¹⁴⁷⁾ 憲法裁判権の限界は、基本法における機能的な権限秩序から導出されなければならない。すなわち、憲法裁判権の構造や決定手続に鑑み、それに相応しい機能は何かという視点から、限界が画定されるというのである。⁽¹⁴⁸⁾ これは、審査対象領域ごとに異なった三段階の審査基準というかたちで、具体化されることになる。⁽¹⁴⁹⁾

(4) 学説にみる「機能的権力分立論」

先にみた二つの判決は、この機能的な観点が、権力分立制の理解それ自体を規定するに至ったことを物語っている。この機能的権力分立論は、学界でも比較的長い歴史を経て、今や幅広い支持を獲得している。これをはじめて説いたのは、オットー・キュスターである。⁽¹⁵⁰⁾ キュスターは、権力分立原理の目的として、国家権力の専横に対する自由の保障のみならず、機能の明確性 (Funktionsklarheit) および機能に適した機関構造 (funktionsgerechte Organstruktur) ⁽¹⁵¹⁾ を掲げた。そこでは、権力分立は、諸機関の構造面の能力に応じた分業に他ならず、かかる思考

は、モンテスキューの古典的理論と通底するものであると論じられた。⁽¹⁵²⁾

国家の諸任務をその遂行に最も適した国家機関（その内部構造、成員、決定プロセスに鑑み、最も適格な機関）が効率的に処理できるよう、機能を配分すること。これが「機能に適した機関構造」なる発想の眼目である。機能的権力分立論は、かような機能配分を、権力分立原理の要請の一つと理解する。⁽¹⁵³⁾ 権力分立の目的を、権力の濫用防止または自由の保障に限定するかぎり、「機能に適した機関構造」という視点は後景に退く。かかる視点は、国家任務の効率的な処理をも権力分立の目途と解することによって、はじめて重要な役割を演じるのである。

機関構造と当該国家任務の性質・意義を相互に関連づけることで、権力分立論に新たな視座を提供した機能的理解は、学説における影響力をいかに拡大した。⁽¹⁵⁴⁾ とりわけ、機能的権力分立論が今や体系書の解説においても論及される⁽¹⁵⁵⁾ほどに浸透をみせたのは、コンラート・ヘッセに負うところが大きいと思われる。ヘッセは、権力分立がむしろ個々の権力の「創設と配置」(Konstituierung)を目的とする積極的な原理であることを指摘したうえで、⁽¹⁵⁶⁾ 次のように述べている。「議会はその構造上、行政の細部にわたる任務を果たすことには、明らかに適していない。指示に拘束される諸行政機関は、法的争訟の事案に即した決定については能力を欠く。裁判所は、立法の任務を適切に処理することを得ない。その任務の特質に沿った適切な遂行を確保するために、むしろ諸機関の構造、構成および人的配置は、機能に適合したものであるべきである」。⁽¹⁵⁷⁾ そして次のような結論に至る。「機関の構造およびその機能によって遂行されるべき基本的機能に適さない機能の遂行ならびに配分は、原則として禁止」⁽¹⁵⁸⁾される。機能的な権限配分を基本法の要請と解する点においても、ヘッセの叙述は出色である。

3 機能的権力分立論の留意点

機能的権力分立論の紹介を終えるにあたって、二つの点を改めて強調しておきたい。

第一に、この機能的理解は、「国家任務の適正な遂行」を権力分立原理の目的として迎え入れるものでありながら、個人の自由の保障という従来の目的を没却するものではない。ここにいう「適正な遂行」とは、国家の諸機能が、それぞれその執行に適した機関に配分されることを意味する。こうした機関構造にふさわしい機能配分、あるいは機能に応じた権限配分という目的⁽¹⁰⁹⁾が、権力分立原理に新たに付加されたのであって、従来の目的に取って代わったわけではないのである。また、この二つの目的は相互に矛盾するものではない。「国家任務の適正な遂行」とは、もっぱら効率性を優先する統治と同義ではなく、むしろ、機能に適した権限配分により、個人の自由保障もより確実なものになるとの認識が、その前提として看取されるのである⁽¹¹⁰⁾。

この第一の点と関連して、第二に留意されるべきことは、機能的権力分立論の下では、執行権がその本来的地位を取り戻すことになる点である。権力分立が、個人の自由保障に仕える消極的な制度原理として捉えられるに留まり、機関適正の発想が欠落していた時代には、ほとんどの決定が、その属性如何にかかわらず、議会に留保された。これに対して、適正な決定が権力分立原理の要請と考えられるようになると、立法権に適した諸決定は引き続き議会に委ねられる⁽¹¹¹⁾一方で、執行権に適した決定は議会を離れて、執行権の手に取り戻されることになったのである。このように、執行権の独自性に光を当てる見解の基底に、機能的権力分立論が伏在していることは、近時わが国で唱えられた内閣強化論を検討するうえで、きわめて多くの示唆を含んでいる。

二 伝統的権力分立論の本質的転換

本章では、ドイツにおける新しい権力分立論の展開につき、機能的権力分立論を中心に素描した。これまでの分析から、ドイツの現代的権力分立論の特質というべき要素を、摘記してみたい。むろん、ドイツの権力分立論については、場面に応じて弁明的に援用されているだけのことで確たる内容をもつには至っていないとの指摘が、彼の国内で公にされている。⁽¹⁸²⁾ しかしながら、そうした警告を踏まえてもなお、以下の諸点は、現代的権力分立論の指標として記すことができるだろう。

(1) 国家任務の「適正な」遂行

第一に、権力分立の目的をいかに理解するかという点で、機能的権力分立論と伝統的な理解との間に大きな懸隔があることを再説しておきたい。伝統的な通説は、権力分立をもつばら権力濫用防止のための制度原理と解した。すなわち従来の通説は、権力が濫用されたときの危険を極小化すること、また濫用の危険性それ自体を抑えることに、権力分立の意義を認めた。⁽¹⁸³⁾ これに対して機能的権力分立論は、自由主義の理念を強調するのは当然としても、それと並んで、国務の効果的な遂行 (effektive Erfüllung) をも権力分立の目的として捉える。⁽¹⁸⁴⁾ この実効的な統治は、国家機能の性質と国家機関の構造を相互に照らし合わせ、権限を適正に配分することではじめて実現する。つまり、機能的権力分立論は、諸種の国家機能を単に複数の国家機関に配分するだけでは満足せず、その遂行に適した機関に割り当てることまで要請する理論なのである。⁽¹⁸⁵⁾

このように、権力分立を単に自由防衛的な原理と解するのではなく、適正な機能配分を求める機構創設的な原理としても迎え入れる点に、機能的理解の第一の特質が見出される。

(2) 権力相互の「抑制」を問い直す

第二に、権力分立の機能的理解は、「分離」の側面よりも、むしろ権力相互の「抑制」なる側面を重視する。前章で紹介した一連の連邦憲法裁判所判決または核心領域説が物語るように、従来の通説はもっぱら「分離」の側面を重視してきた。したがって、真に「抑制」の側面が主役を演ずるとすれば、ここに伝統的な権力分立論との差異を認めることができる。さらに、「抑制」の側面は、実のところ「協働」の側面であるという理解が機能的権力分立論を支えている。ドイツでも、権力分立原理に具わる要素として、「分離」(Trennung)の側面が挙げられる。しかし、もう一つの側面を指すとき、「抑制」という表現はさほど多くない。それよりも、諸権力の「協働」(Zusammenarbeit)、「結合」(Verknüpfung, Verflechtung)、または「交錯」の側面という表現が一般的である。⁽¹⁶⁾ かくように「相互抑制」を「協働」と読みかえる視点が、統治の効果を高めるうえで不可欠であり、機能的理解の第二の特質を形成する。現代的権力分立論は、機能性を無視して議会の分離独立を強調する従来の厳格分離イメージを否定し、適正な権限配分に基づく相互の抑制Ⅱ協働という理解を生み出すのである。

(3) 小括

権力分立を国家任務の適正な遂行に資する制度原理として捉え、権力相互の抑制が「協働」の側面であることを正面から肯定するところに、機能的な理解の特質が見出される。換言すれば、それぞれの機関構造に適した機能を配分し、諸機関の協働を促すことによって統治を最適化することが、機能的権力分立論の主たる眼目なのである。

三 わが国における伝統的権力分立論の再考

前章から、権力分立原理をめぐるドイツの判例および学説に沿って筆を進めてきた。ここでは、わが国における伝統的権力分立論の再考に際して、彼国の議論からいかなる示唆を得られるのかという点を明らかにしたい。筆者は、機能的な観点から伝統的通説を見直すべきだと考えている。すなわち、機能に適した機関構造が権力分立原理の要請の一つであることを認めたい。諸権力の厳格な「分離」よりむしろ「協働」を重視する方向へ転換しなければならぬ。

もとよりわが国の権力分立論において、かかる方向での通説の見直しは認め難い。とはいえ、伝統的な通説とは一線を画する権力分立論が、古くから散見される。以下、伝統的権力分立論からの脱却をめざす今日までの試みを概観したうえで、機能的理解の可能性を模索したい。

1 新たな理論の萌芽

権力分立原理は、人権保障に資する制度原理として、ほとんど疑問の対象にはならなかった。⁽¹⁶⁷⁾ 権力分立の目的については、自由主義の理念が語られるだけで、権力が集中したときの悲劇と、行政権を抑制することの重要性が強調されるだけのことであった。以下に紹介する論者は、かかる学説状況の中で、権力分立原理と真摯に向き合い、自明の理として放置された諸問題を考究したものと評価できる。

(1) 適正な法の定立とその適正な執行

通説とは異なる権力分立理解に先鞭をつけたのは、小嶋和司である。小嶋は、「分離」の側面を精緻化すること

を通して、権力分立原理の目的が適正な法の定立とその適正な執行の確保にあることを炙り出した。

小嶋によれば、当初「信仰的尊崇の対象」⁽¹⁰⁸⁾となったモンテスキューの権力分立論の中核には、三種のモチーフが認められる。その劈頭を飾る第一の主題は、「国家の機能を立法、執行、司法に三分し、それら諸機能の担当者を相互に分離すべしとすること」⁽¹⁰⁹⁾にある。こうした「分離」の側面の摘示に終わることなく、小嶋はこれをさらに精緻化して、次の二つの部分に分解する。⁽¹¹⁰⁾

- (a) 立法権と執行権との分離を説く部分。
- (b) 司法権を他の二権から分離することを説く部分。

そして、この二つの組織原理は、それぞれ以下の目的に資するものとされる。⁽¹¹¹⁾

- (a') 適正な法の制定を確保するため。
- (b') 法の適正な執行と適用を確保するため。

伝統的な通説は、(a)立法権と執行権との分離によって、(a')適正な法の制定が達せられることを、自明の前提としていた。そして(b)法の適正な執行・適用に関心を集中させ、そのためには、立法権と司法権による執行権の抑制が必要であると考えた。これに對して、小嶋は、むしろ(a)を権力分立原理の要諦と考えた。加えて、前記「分離」のモチーフだけでは、「立法が暴政的にならぬこと」を保障するに不十分であるとして、他に二種のモチーフを提示した。第二のそれは、諸機能の合理的・合目的な遂行に目標を据えた政治組織論的合理性の観点から、諸権力の担当者を決すること、第三のそれは、立法・執行両権が相互抑制関係に立つことである。⁽¹¹²⁾法の適正な執行もさることながら、適正な法の制定こそが権力分立原理の目的であると喝破した点に、新たな権力分立理解の萌芽をみることができるとができる。

(2) 「法の支配」の実現

権力分立の目的を「法の支配」の実現に求める高橋和之もまた、「正しい法の制定」を重視する。高橋によれば、右目的の達成には、次の二つの前提が必要となる。第一に、「権力の行使が、予め存在する法に従ってなされること（法の適正な執行・適用が確保されること）である。第二に、「それにもまして」重要なのは、予め存在する「法が正しい内容のものであること」（適正な内容の法が定立されること）である。⁽¹⁷⁶⁾

前者の「法の忠実な執行」を確保する局面において、国家「作用」の「分離」が必要になる。つまり、国家「作用」を立法・行政・司法に三分割し、各別の機関に委ねることがこの局面の主題なのである。国家作用としての立法権／行政権／司法権という観念は、ここではじめて有用性を持ち、行政権は法律の執行作用と位置づけられることになる。これに対して、後者の「正しい法を制定する」局面においては、国家「機関」相互の「抑制と均衡」が問われる。すなわち、「国会」や「内閣」といった国家「機関」に各別の権限を配分し、均衡を形成することがこの局面の課題となる。⁽¹⁷⁷⁾ この「権限」は、他の機関を抑制するための権限であり、「立法」権や「行政」権とは異質のものである点に留意したい。⁽¹⁷⁸⁾

このように、法の支配を実現するためには、国家「作用」の「分離」のみならず、国家「機関」相互の「抑制と均衡」が求められる。この「抑制と均衡」は、一つの国家作用を複数の国家機関が分有することによってはじめて成立する。これを立法作用にあてはめると、その諸段階をすべて国会に専属させるより、むしろ内閣をもこれに関与させることが望ましい。具体的には、法案の提出・審議・議決といった諸権限の一部を内閣が担うことは、国会の「立法」権に対する「抑制」として有益なのである。

従来の通説は、内閣による立法への関与を立法権に対する「侵害」と捉えて、その許否を論じてきた。高橋の権

力分立論はこれと異なり、立法の局面で国会と内閣の協働を要請する理論であると評することができる。

(3) 執政権論

適正な法の制定のために国会と内閣の協働を要請する理論として、「行政」概念をめぐるいわゆる「執政権論」も注目に値する。これは、内閣の任務を「法律による行政」の枠から漏出する領域、行政各部の任務を逆に「法律なければ行政なし」といふべき領域として区分し、前者を「執政」と定義する議論である。そこには、「政治の回復」⁽¹⁷⁹⁾という高橋和之と共通の目的が認められる。⁽¹⁸⁰⁾

執政権論と従来のいわゆる積極説は、控除説に駁する点で共通するものの、批判の矛先をまったく異にする。第一章で述べたように、控除説は、(a)広範な行政作用を包括する定義として支持を獲得する一方で、(b)法律による行政を貫徹させる役割を担うことになった。従来の積極説が、(a)の点に批判の矢を向けたのに対して、執政権論は(b)の点に批判を投げかける理論である。その所説によれば、控除説は、殊に立法の局面で「分離」の意義を強調して、立法権によるその独占を図り、内閣の権限を法律の執行と同視した。これに対して執政権論は、内閣の立法関与権を正面から肯定したうえで、かかる法律の執行とはいえない権限に、「執政」なる概念を与える。内閣に能動性を認め、国会との相互作用を認める点で、執政権論は従前の嚴格分離論を否定する試みなのである。

この執政権論の代表的論者である阪本昌成は、権力分立原理の理解を、「完全分離（純粹）理論」と「相互作用理論」⁽¹⁸²⁾とに分類したうえで、後者の妥当性を説く。すなわち、権力分立論は「国家の統治権限を分離してそれを孤立化するものではなく、むしろ、統治形式別に編成された組織（機関）が相互にどう作用すべきか（ときにはどう統合されるべきか）にかかわる理論である」⁽¹⁸³⁾。阪本によれば、権力分立論のさきがけとなったモンテスキューの理論

は、「混合政体論、せいぜい、立憲君主のための権力分有論⁽¹⁹⁴⁾」であるから、これは歴史的・沿革的にも肯定されるべきものであるという。執政権論は、この相互作用理論に立脚した「行政」概念なのである。

(4) 小括

わが国における新しい権力分立論には、機能的権力分立論との共通項が認められなくもない。右に紹介した議論はいずれも、従来の厳格分離論を斥け、権力相互の協働こそ権力分立の要諦であることに自覚的である。すなわち、適正な立法のために、内閣も立法作用に関与することが、むしろ権力分立の要請と捉えられている。

だが、機能的権力分立論との径庭はなお存する。第一に、執政権論でさえ、内閣の民主的正統性に対する言及を欠いている。ドイツほど明示的でないにせよ、わが国の伝統的通説が内閣に対する国会の優位を認める根拠は、民主的正統性の優劣であるから、この前提を修正しないまま両者の協働を力説しても、十分な説得力を有しない。第二に、権力相互の協働をいうにとどまり、機関構造に適した機能配分なる発想がない。立法以外の局面で、いかなる権限配分により、どのような協働関係を構築するのか。対象事項に応じた協働のグルーピングが、未だ明らかにされないままなのである。

2 機能的権力分立論の可能性

このように、諸権力の「協働」が権力分立原理の一側面であることに意を用いる見解が、わが国でも浸透しつつある。しかし、権力分立が自由の保障のみならず国家任務の適正な遂行にも資するとの理解は、依然として低調である。また、諸種の局面における「協働」の類型化も進んでいない。芦部信喜は、ドイツにおけるE・メンツェル

の所説⁽¹⁸⁵⁾に示唆を得て、条約締結を「内閣と国会の協働行為⁽¹⁸⁷⁾」と捉えた。むろんこの認識は妥当であるが、内閣提出法案や予算の成立過程もまた両者の「協働」なのであるから、むしろ、各「協働」の実質こそ問われなければならないはずである。機能的権力分立論は、それぞれの局面でいかなる「協働」を求めるのか、すなわち国会と内閣にいかなる役割を期待するのか。法律の成立過程については既に述べたので、ここでは条約と予算を取り上げたい。

(1) 条約締結における国会の承認権

日本国憲法は、条約の締結を内閣の任務としつつ、原則として事前（時宜によっては事後）に国会の承認を経るよう求めている（七三条三号）。通説によれば、国会の承認権は外交活動を民主的にコントロールするための手段と説明されるにとどまり、右承認権の性質が明確にされているとは評し難い。⁽¹⁸⁸⁾

外交活動は機敏な対応を不可避的に要請するため、内閣に適している。日本国憲法が条約の締結を内閣の権限と定めたのはそのためであり、後述する予算の議決手続を準用して再議決なき衆議院の優越を規定する六一一条もまた、憲法が迅速性を顧慮していることの証左といえることができる。七三条三号における国会の承認権は、かかる機能的な観点から再定位されるべきではないか。

芦部のいう「協働」とは、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。⁽¹⁸⁹⁾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」を待つまでもなく条約締結権限を有しており、国会の承認権は「条約締結阻止権」にとどまると解すべきである。⁽¹⁹⁰⁾したがって、国会の「条約修正権」は認められない。⁽¹⁹¹⁾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ることは、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、七三条三号の趣旨に反する。⁽¹⁹²⁾「授権」に比して「阻止権」は大きく後退

した印象を与えるかもしれない。しかし、事前の承認を得られないとき、内閣が当該条約を締結できないことは他説とまったく変わらない。締結に至りながらも事後の承認を得られなかった条約の効力は、国際法に従う。

(2) 国会の予算議決権

憲法八六条の規定に明らかなとおり、「予算」もまた国会と内閣の「協働」により成立する。ところが、法律制定や条約締結における「協働」とはその実質を異にする。憲法は「予算」の「審議」・「議決」権を国会に帰属させながら、その提出権を明示的に内閣に賦与している。これは、「財務は国政全般にかかわるもので、精密な積算にもとづいて決定するためには、その実施責任者に原案または参考案を作成させることが便宜である」⁽¹⁹³⁾との考慮による。すなわち、両機関の構造・決定手続に鑑み、「予算」の審議・議決は国会に委ねるべきであるものの、その原案作成・提出は内閣に適しているとの判断が、本条の基底に流れているのである。加えて、再議決なき衆議院の優越を認める六〇条は、迅速な決定の必要に応じた機能配分であるといえよう。憲法みずから重視するこの機能的な観点を、従来の学説は十分に顧慮してきただろうか。

「閣法」の成立過程をみると、内閣が「法律案」を提出し、国会がこれを可決することで「法律」になる。ところが予算の成立過程はこれと異なり、内閣が提出する段階で既に「予算」と称され、国会の議決形式もまた「予算」と呼ばれている。⁽¹⁹⁴⁾ 学説は、後者の「予算」の法的性質をめぐって、「法形式説」と「法律説」に分かれた。両説は、「予算」を単なる「見積表」と説く見解を批判し、財政事項の中心的決定権が国会に属すると考える点で共通するものの、「予算」を「法律」と解すべきか否かで対立する。通説たる「法形式説」は、これを消極に解し、「予算」を独自の法形式とみる学説である。⁽¹⁹⁵⁾ これに対して「法律説」は、「予算」を法律の一種と解する立場である。⁽¹⁹⁶⁾ 前説

が、国会の「法律議決権」と「予算議決権」を同視せず、予算修正権に特有の限界を肯定する一方、後説は、双方の議決権を同視するから、予算修正権に特別な制約を認めない。

予算の特性に応えた権限配分を重視するならば、「予算」の作成・提出を内閣に委ねた機能的趣旨を否定するほどの大修正は認められない、と解すべきである。行政各部の財政的要求を相互に調整し、限られた財源の使途を決定する任は、「国務を総理する」(憲法七三条一号)内閣にふさわしいからこそ内閣に委ねられていること、また、迅速な処理をめざして法律と異なる議決要件が規定されていること(同五九条・六〇条)を忘れてはならない。「法律説」が予算と法律の不一致に代表される懸案を「一挙に解決する」⁽¹⁹⁸⁾という誤解は、かかる機能的観点を没却することによって生じている。

以上のように、機能的権力分立論は、各国家作用における国会と内閣の「協働」を類別化する一助として有益なのである。

注

(119) BVerfGE 95, 1 (シュテンダール周遊線建設計画決定、一九九六年七月一七日)。邦語文献として参照、高橋洋「立法による計画決定及び公用収用の合憲性―シュテンダール南回り決定」自治研究七五巻八号(一九九九年)一三七頁以下。

(120) 一九九三年一〇月二九日に成立した鉄道ベルリン―エービスフェルデ線・シュテンダール南部周遊区間建設法は、当該路線計画を具体化すると共に、計画確定につき本法以外に行政処分は不要であることを規定した。これに対して、ヘッセン州政府が、権力分立原則違反を最大の論拠の一つとして、憲法判断を求めるに至った。その主張によれば、かかる計画の許可決定は、原則として、行政によって下される場合にのみ正当性を保障される。議会の主たる任務は立法権の行使であって、その執行に対する適性を欠いていることがその理由である。公益と私益の衡量や、法に拘束された計画の確定は、民主的立法とは本

質的に異なり、多数決には適しない。それゆえ、本件のような措置法の制定は、行政の機能領域への不当な侵害だというわけである。Vgl. BVerfGE 95, 1 (7f.).

- (121) 「立法権たる議会には、規範定立という憲法上の任務が与えられる。議会のみが、そのための民主的正統性を有しているからである。統治および行政は、執行権に帰属する。個別事例における法律の執行は、執行権の任務である」。この分類に従えば、「国家の計画策定は、一義的に立法権に配分されるわけでも、執行権に配分されるわけでもない」。「政府の『執行権に固有の責任の核心領域』に関わるものでないかぎりにおいて、議会は基本的な問題をみずから決定することができる」。Vgl. BVerfGE 95, 1 (15f.).

- (122) Vgl. H.Seiler, aO. (Anm.70), S.147.

- (123) Vgl. Hans-Detlef Horn, Über den Grundsatz der Gewaltenteilung in Deutschland und Europa, JöR 49 (2001), S.294ff.; ders., aO. (Anm.65), S.447ff.

- (124) Vgl. R.Hermes, aO. (Anm.85), S.74. 「行政の留保」に関して参照、大橋洋一「H・マウラー、F・E・シュナップ『行政の留保』(上)(下)」自治研究六一巻一一号(一九八五年)一一三頁以下、六二巻一号(一九八六年)九四頁以下。

- (125) BVerfGE 49, 89 (126f.). これは本質性理論と称され、判例におけるその展開や特質に関しては、大橋洋一「法律の留保」2000, S.295ff. 邦語文献として参照、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—カルカー決定—」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書(89)三六九頁以下。

- (126) 確立した判例によれば、「立法者は、—侵害(Eingriff)というメルクマールから自由になって—基本的な規範領域、とりわけ基本権行使の領域において、国家の規律に馴染むかぎりで、すべての本質的決定をみずから下すよう義務づけられる」[BVerfGE 49, 89 (126f.)]。これは本質性理論と称され、判例におけるその展開や特質に関しては、大橋洋一「法律の留保」学説の現代的課題」同『現代行政の行為形式論』(弘文堂、一九九三年)一頁以下(とくに本決定については、二三頁以下)〔初出一九八五年〕を参照。なお連邦憲法裁判所は、ここで問題になっている核エネルギーの平和的利用の可否に関する決定が、本質的決定に該当することを認めている。Vgl. BVerfGE 49, 89 (127). そのうえで、原子力法七条は、立法者が本質的決定を行政の手に委ねることなく自ら下したと解するに十分な規律密度を有している、と判断したのである。Vgl. BVerfGE 49, 89 (129).

- (127) BVerfGE 49, 89 (124f.).

- (128) Vgl. Michael Ronellenfitsch, Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, 1983, S.154.
- (129) 参照、大橋・前掲書 (126) 二四頁。
- (130) Vgl. Carl-Eugen Eberle, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DÖV 1984, S.488; Hans-Jürgen Papier, Gewaltentrennung im Rechtsstaat, in: Detlef Merten (Hrsg.), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 1989, S.98f.
- (131) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2.Aufl. 1998, S.79.
- (132) Vgl. E.-W. Böckenförde, aaO. (Anm.131), S.78ff.
- (133) Vgl. E.-W. Böckenförde, aaO. (Anm.131), S.80f.
- (134) 多党連立政権の継続ゆえに、政府の不安定性が際立ったワイマール期においては、宰相 (Kanzler) が多党間の協議によって選出される慣例が成立し、その民主的正統性を低減せしめた。かかる実態は、基本法の下で初代連邦宰相に就任したコンラート・アデーナウアーの政権運営により、転換する。彼が党首を務めるCDUは、一九四九年の第一回連邦議会選挙で辛くも第一党となるが、SPDとの大連立ではなく、小政党であるFDPとの連立を選ぶ。重要なことは、これによって、CDUとSPDの二極対立図式が誕生し、連邦議会選挙が、宰相決定の機会と捉えられる (『宰相選挙』(Kanzlerwahl) 化) 基礎を築いたことである。すなわち、CDUとSPDが各々「宰相候補者」を決めて選挙を戦う慣習が後に成立すると共に、キャスティングボートを握る小党FDPもまた、選挙の前に連立の相手を明示することが求められるようになったのである。ここに、宰相が国民によって、事実上直接に選挙される体制が整った。参照、毛利透「ドイツ宰相の基本方針決定権限と『宰相民主政』」筑波法政二七号 (一九九九年) 六一―六二頁、七〇―七六頁、八五―九一頁。
- (135) Vgl. E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), aaO. (Anm.71), S.896ff., Rn.14ff. 議院内閣制の下で、議会は内閣を創出することにより、正統性を付与するのではなく、正統性を仲介するものとして機能している。
- (136) BVerfGE 68, 1.
- (137) Ralf Müller-Terpitz, BVerfGE 68, 1—Pershing, in: J.Menzel (Hrsg.), aaO. (Anm.125), S.364ff.
- (138) BVerfGE 68, 1 (3ff., 31).
- (139) 「連邦の政治的関係を規律し、または、連邦の立法の対象にかかわる条約は、それぞれ連邦の立法について権限を有する機関の、連邦法律の形式での同意、または協力を必要とする。」

- (140) BVerfGE 68, 1 (86).
- (141) BVerfGE 68, 1 (87).
- (142) Vgl. BVerfGE 68, 1 (87).
- (143) BVerfGE 98, 218. 一九九八年七月一四日の判決である。邦語文献として参照、斎藤一久「州による新正書法の導入に関する憲法異議が理由を欠くとして退けられた事例―ドイツ語正書法改革訴訟Ⅱ」自治研究七六卷三号(二〇〇〇年)一二九頁以下、村西良太「ドイツ語正書法改革の基本法適合性が争われた事例」法政研究七一巻二号(二〇〇四年)二四九頁以下。
- (144) BVerfGE 98, 218 (251ff.).
- (145) これに関しては、邦語による優れた紹介がある。参照、渡辺康行「ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書(89)一二頁以下、六戸常寿「憲法裁判権の動態(五)」国家学会雑誌一一六巻一一・一二号(二〇〇三年)一一六頁以下。
- (146) Vgl. Hans-Peter Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S.2104f.; Gunner Folke Schuppert, Self-restraints der Rechtsprechung – Überlegungen zur Kontrollpflicht in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1988, S.1191.
- (147) Vgl. H-P. Schneider, aaO. (Anm.146), S.2103.
- (148) Vgl. Fritz Ossenbühl, Gedanken zur Kontrollpflicht in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, 1993, jetzt in: ders, Freiheit, Verantwortung, Kompetenz, S.757. 題目から察せられるとおり、本論文では、行政裁判権における機能法的考察が取り上げられている。
- (149) Vgl. G.F.Schuppert, aaO. (Anm.146), S.1192ff. 明確性の審査、主張可能性の審査、厳格な内容の審査、がそれである。参照、渡辺・前掲論文(145)一二頁以下。
- (150) Vgl. Thomas von Danwitz, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, Der Staat 35 (1996), S.337.
- (151) Vgl. Otto Küster, Das Gewaltenteilungsproblem im modernen Staat, AoR 1949, S.402.
- (152) Vgl. O. Küster, aaO. (Anm.151), S.403. 同様の指摘を、Vgl. T.von Danwitz, aaO. (Anm.150), S.331f.; 334.
- (153) Vgl. Siegfried Magiera, Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1979, S.83ff.
- (154) 「機能に適った機関構造」を支持する論を、Vgl. G.Zimmer, Funktion- Kompetenz- Legitimation Gewaltenteilung in

- der Ordnung des Grundgesetzes, 1979, S.196ff.; F.Ossenbühl, aaO. (Anm.59), S.548f.; T. von Danwitz, aaO. (Anm.150), S.329ff.
- (55) Vgl. Ernst Benda, § 17 Der soziale Rechtsstaat, in: ders./Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2.Aufl. 1994, S.737f., Rn.38ff.; Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland, 7.Aufl. 2004, S.536ff., Rn.23ff. (Jarass).
- (56) Vgl. K.Hesse, aaO. (Anm.99), S.210, Rn.484.
- (57) K.Hesse, aaO. (Anm.99), S.211, Rn.488.
- (58) K.Hesse, aaO. (Anm.99), S.211f., Rn.489.
- (59) Vgl. Thomas Kuhl, aaO. (Anm.97), S.138. ところで「構造的・機能的な権力分立」(die strukturell-funktionelle Gewaltenteilung) と称されるのは、正に述べた新たな権力分立論のことである。併せて Vgl. Alfred Rinke, Vorbemerkung zu Art.93/94, in: Eberd Denninger u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland, 3.Aufl. 2001, Rn.99. ところで、機能的権力分立論は、「機関構造から権限を逆推論する」との指摘がある。この点への所説については、参照、末戸・前掲論文(145) 一一八―一二〇頁。
- (60) Vgl. T.von Danwitz, aaO. (Anm.150), S.337.
- (61) 法律の留保理論と議会の構造や決定手続に鑑み、いかなる決定がこれに適しているかという観点から捉えなおすことが必要である。Vgl. Fritz Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts III, 1988, S.334f., Rn.37.; ders, aaO. (Anm.59), S.549.; H-D. Horn, aaO. (Anm.65), S.450. また、従来の本質性理論と機能的権力分立論が両立可能であるかを説く見解について Vgl. Eberhard Schmidt-Almann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S.58.
- (62) Vgl. B.Sinemus, aaO. (Anm.77), S.362.
- (63) Vgl. R.Herzog, aaO. (Anm.83), S.138, Rn.4.
- (64) H.Maurer, aaO. (Anm.102), S.373, Rn.4. 同様の見解について Vgl. U.Battis/C.Gussy, aaO. (Anm.66), S.158f., Rn.225.; T.Kuhl, aaO. (Anm.97), S.134.
- (65) Vgl. E.-W. Böckenförde, aaO. (Anm.131), S.80.; F.Ossenbühl, aaO. (Anm.59), S.548f.; E.Schmidt-Almann, aaO. (Anm.71), S.1012, Rn.50.

- (166) Vgl. Hans D. Jarass, aaO. (Ann.96), S.3f.; T.Kuhl, aaO. (Ann.97), S.126.; H.-D. Horn, aaO. (Ann.123), S.296. わが国においても、権力分立には「協働」の側面があると、明示的に説明されることがある。中川丈久は、権力分立には、「独占的権能の配分」のほかに、「多極的な意思形成」という思考が含まれており、前者が「分離と隔離」の側面であるのに対して、後者は「協働と対抗」の側面であると指摘する。参照、中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ——法律の留保論の多義性、およびアメリカ行政法における法律の留保論について——」神戸法学年報一四号（一九九八年）一四四頁以下。
- (167) 佐藤幸治は、「信仰的崇拜」に似た評価が権力分立に与えられたと述べている。佐藤・前掲書（19）八〇頁。
- (168) 小嶋・前掲書（7）一五一頁。
- (169) 小嶋・前掲書（7）一五七頁。
- (170) 参照、小嶋・前掲書（7）一五八頁。
- (171) 参照、小嶋・前掲書（7）一六〇、一三四—一三五頁。
- (172) 参照、小嶋・前掲書（7）一五八—一七〇頁
- (173) 参照、高橋和之「権力分立の分析視角」同『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣、一九九四年）三〇九頁以下。
- (174) 参照、高橋・前掲書（173）三一一、三三二頁。
- (175) 参照、高橋和之「日本国憲法における『立法』と『行政』の概念」同・前掲書（173）三三七頁（初出一九九一年）、同・前掲論文（5）四一頁、同・前掲論文（49）一四頁以下。
- (176) 「立法」権・「行政」権が「法の領域」における国家作用の区別であるのに対して、国家機関相互の抑制権は、「政治の領域」における権限であると説明される。この点につき、高橋・前掲論文（48）一一二頁の本文および註2を参照。
- (177) 執政権論を唱える論考として参照、阪本・前掲論文（8）二〇四頁以下、佐藤・前掲書（53）二二五頁以下、宮井・前掲論文（54）一四六頁以下、石川健治「執政・自治・市民 現代憲法理論にとつての『金枝篇』とは」法時六九卷六号（一九九七年）二二頁以下、同・前掲論文（52）七四頁以下。
- (178) 行政学の分野では、内閣やそれを構成する首相・大臣、或いはこれを補佐する次官職も含めた政権の活動を「政治」と捉え、終身職の行政官による活動たる「行政」と区別してきた。参照、西尾勝「議院内閣制と官僚制」公法研究五七号（一九九五年）三〇頁以下。
- (179) 高橋・前掲論文（48）一一三頁。

- (180) 既述のように、高橋は、法の領域と政治の領域を区別することによって、行政を法の執行とする図式を維持した。そこには、「行政」概念を組み替えることによって、法治主義そのものを瓦解せしめることへの警戒が看取されよう。この点に関して参照、毛利透「行政概念についての若干の考察」ジュリ一二二二号(二〇〇二年)一三二頁以下。
- (181) 参照、手島孝『行政国家の法理』(学陽書房、一九七六年)三三―三五頁、九〇頁。
- (182) 参照、阪本・前掲論文(8)二二〇頁以下。
- (183) 阪本・前掲書(7)一六一頁。
- (184) 阪本・前掲論文(8)二二二頁(傍点、原文のまま)。
- (185) Vgl. Eberhard Menzel, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), S.194ff.
- (186) 参照、芦部・前掲書(37)二〇八―二〇九頁。
- (187) 芦部・前掲書(6)二八五頁(傍点、原文のまま)。
- (188) 参照、上村貞美「条約締結についての国会の権能」高橋Ⅱ大石編・前掲書(16)一七四頁。
- (189) 参照、芦部・前掲書(37)二〇二頁。
- (190) 結論同旨の見解として参照、阪本・前掲書(7)二九一頁。
- (191) 国会による事前の修正があっても、(a)内閣にはそれに従う義務がないとはいえ、まったく自由なわけではなく、(b)締結断念か再交渉のいずれかを選択するよう義務づけられる。肯定説と否定説は、(a)(b)いずれを重視するかの相違にすぎず、実のところほとんど径庭はないという分析もある。参照、工藤達朗「国と国の付き合いにも作法がある―条約と外交―」法教二七二号(二〇〇三年)四五―四六頁。だが、当該修正に服する法的義務が内閣に存しないのであれば、国会の修正「権」は否定されたものと解すべきであろう。
- (192) 国会の条約修正権を肯定する学説もある。すなわち、内閣は、国会の修正に従って相手国と再交渉に臨み、修正内容に相手国が合意するよう努力する法的義務を負う、という。参照、佐藤功『ポケット註釈全書・憲法(下)〔新版〕』(有斐閣、一九八四年)八九六頁以下。
- (193) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、一九八七年)五一六頁。
- (194) 参照、小嶋・前掲書(193)五一六―五一七頁。
- (195) その実体的論拠として、予算は支出行政庁を拘束するものであり、国民を直接拘束するものではないことが重視され、また

手続的論拠として、(イ)提出権が内閣に存すること(八六条、七三条五号)、(ロ)再議決なき衆議院の優越(六〇条)が挙げられる。参照、芦部・前掲書(6) 三三二頁以下、佐藤幸・前掲書(19) 一八四頁以下。

(196) (イ)憲法七条一号が「予算」の公布を規定しないのは、それが「法律」の一種として公布されることを前提していること、(ロ)同七四条が「予算」への署名・連署を要求しないのも同じ前提によること、などがその論拠とされる。参照、小嶋和司「財政」同『憲法と財政制度』(有斐閣、一九八八年)二四八頁以下〔初出一九六五年〕。

(197) 法形式説のなかには、国会の予算修正権の限界をまったく否定する学説も存するので、注意を要する。参照、佐藤功・前掲書(192) 一一三四—一一三六頁。

(198) 小嶋・前掲書(196) 二六八頁。

(199) 参照、高見勝利『「予算」の性質とその形式について』法教一七二号(一九九四年) 七三—七四頁。大石眞「演習 憲法1」法教二五〇号(二〇〇一年) 一三七頁、櫻井敬子『財政の法学的研究』(有斐閣、二〇〇一年) 三五—三六頁。

おわりに

筆者は、組織構造・組織原理と担うべき機能との相関関係に注目した権限配分の重要性を強調し、これを権力分立原理の目的の一つと捉えるべきことを力説してきた(機能的権力分立論)。かように、機能的権力分立論という「機能性」とは、国家の諸機能がその実行に最も適した機関によって遂行されることを指す。およそ組織に対する法規律のあり方を語る際には、この機能性なる観点が不可欠である。⁽²⁰⁾ところが、憲法学の伝統的通説は、少なくとも権力分立論の地平においては、これを軽視した。

伝統的権力分立論にとって、専制の悲劇を防ぐことがほとんど唯一の考慮要素であり、立法権を内閣から切り離し

て国会に独占させることが最大の関心事であった。「分離」とはこの側面であり、他方、「抑制」とは国家機関が相互に抑制し合うことではなく、国会が内閣を掣肘する側面を意味した。これに対して、機能性をも重視する機能的権力分立論は、機関構造に適した機能配分を通して、国家機関が協働する枠組を構築しようと努める。機能的理解にいう相互「抑制」とは、この「協働」の側面に他ならず、他方、「分離」は国家機関の「区別」をいうにとどまる。

近年のドイツでは、機能的権力分立論が次第に有力になり、わが国の統治機構にも同様の変化が芽生えている。世紀の変わり目に実現したいいわゆる行政改革は、それまで欠如していた統治の「機能性」に光を当てる試みであったと評し得る。すなわち、国会は「ヘトロジュニアスな集団」である一方、内閣は「ホモジュニアスな集団」であるとの認識の下、それぞれの機関に「ふさわしい」任務は何かという観点から権限を配分する営みであったと総括できるのである。⁽²⁰¹⁾ といえ、学界の議論に目を移すと、伝統的通説は未だ深く根を下ろしている。本稿が分析した機能的権力分立論は、以下の諸点において、厳格分離イメージの根強いわが国の学説状況に再考を迫るものである。

第一に、統治機構の目的は人権の保障にあるものの、これに尽きるわけではない。統治機構を設計するうえで、人権保障は最低限の要請にすぎない。諸種の国家任務を実効的に処理するためにはいかなる権限配分を行うべきか。統治には統治独自の主題があり、人権論とは別の議論領域が設定されなければならない。既述のように、日本国憲法は、立法・条約・予算それぞれの性質の差異に応じて、権限の配分を異にしている。つまり、憲法みずから機能的観点を取り入れているのである。⁽²⁰²⁾ ところが、伝統的権力分立論はこれを無視し、統治機構をもっぱら人権保障の手段と位置づけてきた。機能的権力分立論は、統治機構にかかる従属的地位から解放し、そのダイナミズムを回復させる。この意味で、機能的権力分立論は、権力分立の再構築にとどまらず、統治機構のあり方そのものを問い直す理論であるといえることができる。

第二に、人権保障と機能的な統治とは相反するものでなく、両立可能である。伝統的通説によれば、法律の留保理論は、機能性を犠牲に供して人権保障を図る理論だと説明される。だが、次のように考えるべきであろう。人権侵害を未然に防ぐ法律は、開かれた意思形成過程を経て定立されねばならぬところ、かかる立法作用は議会に適しているからこそ議会に委ねられる。すなわち、法律の留保理論は、むしろ機能的観点から正当化され得るのである。機能的権力分立論は、人権保障と機能的な統治を対立的に捉えて二者択一を迫る伝統的理解を否定し、両者を調和させる理論である。統治機構論は、統治の効率を徒に無視して人権保障を優先する議論であってはならない。人権侵害を抑えつつ、いかに統治の効果を高めるか。統治機構論の最大の魅力は、この難問を解くことにある。

第三に、内閣の作用領域に対する国会の関与と同様に、国会の作用領域に対する内閣の関与をも歓迎すべきである。同じく関与といっても、議決権を分有する形態から、議案提出権や阻止権にとどまる場合まで、さまざまである。機能的権力分立論の下では、国会と内閣それぞれの機関構造を念頭におき、問題となっている国家機能の性質に着目して、両機関への権限配分のあり方を決定しなければならない。伝統的な通説は、立法権を国会に独占させようとした。だが、適正な法律を制定するためには、国会と内閣の協働を否定するより、むしろ「閣法」の提出権を与えて内閣をも立法に関与させることが望ましい。その際には、内閣提出法案の立案過程において多様な利害が反映されるような規範的要請を、憲法学の観点から提示することが求められよう。かように、機能的権力分立論は、内閣にふさわしい任務を内閣の手に取り戻し、国会と内閣の協働関係を構築する理論であり、国会軽視を伴う内閣「強化」論ではない。

機関構造に適した権限配分および機関相互の協働という発想は、国会と内閣の関係に限られるものでない。裁判所もまた、違憲審査権の行使を通して、適正な法律の制定に向けて国会と協働している。⁽²⁰⁾ここで問われるべきこと

は、裁判所がどの領域でいかに審査権を行使すべきか、という点である。従来の学説は、司法積極主義と司法消極主義の対立を一般的に論じるだけで、統治行為論のような粗雑な議論をそのまま残してしまっている。裁判所の機関構造にふさわしい審査領域を精査することによって、⁽²⁰¹⁾憲法判断の及ぶ領域を拡げることが可能ではないか。また、違憲審査基準についても、従前のように当該人権の性質に応じて差別化を図るのではなく、機関構造に照らしてより緻密な類別論を打ち立てる必要がある。この点に関する分析は、筆者の今後の課題として残されている。

注

- (200) たとえば行政組織法の領域においては、早くからかような視点が共有されてきたように思われる。佐藤功は、国民主権によって「民主的かつ能率的な行政組織が要請される」と説く。参照、佐藤功『行政組織法（新版・増補）』（有斐閣、一九八七年）八三頁。また藤田宙靖は、「『組織』の概念に共通する最低限度の要素は、複数の『部分的要素』の存在を認めることと同時に、これらの要素が、何らかの意味で『一体』として機能している、ということを経験するところにある」と述べる。藤田宙靖『行政組織法（新版）』（良書普及会、二〇〇一年）一二頁。
- (201) 参照、高橋和之・佐藤幸治「〔対談〕統治構造の変革」ジュリ一一三三号（一九九八年）一三一―一四頁、一六一―一七頁（佐藤発言）。同時に参照、佐藤・前掲書（53）一三四、一三八頁。
- (202) 参照、芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、一九九二年）二九頁。
- (203) カナダ憲法学においては、違憲判断とそれに基づく法改正を、裁判官と国会の「ダイナミックな相互作用」と捉える議論が有力に主張されているようである。参照、佐々木雅寿「裁判官の独立とその正当性」法教二三三二号（二〇〇〇年）六七頁。
- (204) 従来の学説は、いわゆる「二重の基準論」の根拠として、裁判所が経済的自由に対する規制の合憲性を判定する「能力に乏しく、それを行う適切な機関ではない」ことを強調してきた。参照、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、一九九四年）二二九頁。このかぎりで通説は機能的観点を採り入れてきたといえるものの、緻密な分析とは評し難い。