九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

執政機関としての議会 : 「執政」概念をめぐる批判的考察

村西, 良太
九州大学大学院法学研究院

https://doi.org/10.15017/8736

出版情報 : 法政研究. 74 (1), pp.45-127, 2007-07-31. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

執政機関としての議会

――「執政」概念をめぐる批判的考察――

村西良太

もくじ

はじめに
第一章　「執政」概念の生成と展開
　第一節　プロイセン国法学における「執政」概念
　　一　「執政」概念の消失
　　二　「執政」概念の再生
　第二節　ヴァイマル国法学における「執政」概念
　　一　「執政」概念の国家理論的探究
　　二　執政権の配分
　第三節　小括
第二章　議会と執政――「協働権」としての執政権――

第一節　基本法下における「執政」概念の受容
一　ヴァイマル国法学の継承と断絶
二　「共有」権限としての執政権
第二節　国家指導的決定のための議会留保
一　協働権としての外交権
二　連邦憲法裁判所の「外交権」理解
第三節　小括
第三章　「執政」概念の行方――わが国における執政説の再検討――
第一節　日本における「執政」概念の展開
一　伝統的学説にみる「執政」の位置づけ
二　「執政」を析出させる試み
第二節　日本国憲法における執政権の配分
一　執政説に対する批判
二　協働執政理論の胎動
第三節　小括
おわりに

はじめに

(1) 本稿は、わが国憲法学における「執政権」の捉え方を、批判的に検討しようという試みである。むろん、「行政」概念（日本国憲法六五条）をめぐる執政説には、以前から批判が少なくないところ、そうした従来の論難を繰り返すことは本稿の目的とするところでない。それよりも筆者は、「執政」（Regierung）概念に古くから親しんできたドイツの学説を洗い直し、同概念の展開を跡づけることによって、わが国の執政説がきわめて古典的なレヴェルに留まっていることを明らかにしたい。そのうえで、執政権を内閣と国会との「協働権」と位置づける新しい定式を、可能なかぎり説得的に打ち立てたいと考えている。

(2) 本論に入る前に、わが国における執政説の要点を摘示しておこう。

「執政」概念の有用性を説く代表的論者によれば、この概念は、「法令から自由な活動領域」を指すという。[1] 従来の通説は、「行政権」という名の下に「内閣」と「官僚団」（下部行政機関）とを一括し、「法律なければ行政なし」と謳った。これに対して、官僚団の任務はこの定式をもって事足りるとしても、内閣の任務はそう単純なものではない、との指摘がしだいに有力となった。すなわち、内閣は、諸政策を立案し、その円滑な実施をめざして総合的調整を図るべき立場にあり、法律を執行「する」というより、むしろ法律を誠実に執行「させる」地位にあるという指摘である。[2] 他にも、外交交渉や予算案の策定を想起すれば分かるように、内閣の権限は総じて、「法律による行政」から漏出する政治的領域であり、通説に批判的な論者はこれを「執政権」として析出しようと試みた。具体的には、日本国憲法六五条にいう「行政権」を「執政権」と読み替える企てがそれである。

ここで注目しておきたいのは、執政作用と執政府（内閣）との厳格な対応関係である。わが国において、執政説は内

閣権限をめぐる一学説であり、執政権はまるで執政府の専権領域であるかのように論じられている。かような立論を、次に示すドイツの有力な見解と比較してみよう。

「議会と執政府との権限画定は、厳格な権力分立原則によっても、均衡という視点の下でさえも、果たされえない。……国家指導（Staatsleitung）は執政府と議会のいわば共有に属する（zur gesamten Hand zustehen）のである」（E・フリーゼンハーン）[3]。

後述のように、この「国家指導」という概念は「執政」と同義に解されてよい。現在でもしばしば引照されるこの定式は、執政権を執政府の専権と捉える見解を斥け、これを執政府と議会との「協働権」として迎える意義を説いているということができる（以下、「協働執政理論」という）。換言すれば、執政府と並んで、議会もまた「執政機関」なのである。

(3)「執政機関としての議会」――わが国の憲法学説のなかに、その居場所はあるだろうか。先にみた執政説を、〈国会による執政〉否定論と即断することは適切でないとしても、[4] その所説は、内閣権限の自由創造的性質に光を当てようとするあまり、その議論領域から国会を締め出しているとはいえないだろうか。執政説はドイツの学説と同様に、〈国会＝立法権〉と〈内閣＝行政権〉とを対峙させる厳格な権力分立図式を否定しながら、[5] 気づいてみれば、従来の三権の外に〈内閣＝執政権〉を設ける新たな厳格分離図式を産み出してしまっているように筆者には思われる。[6] それは、上記フリーゼンハーンの定式が唱えられるようになる前の、ドイツにおける古典的なレギールング概念と同形である。

わが国における「執政」概念――というより「行政」概念全般――に大きな影響を与えてきたドイツの議論は、これまで紆余曲折を経て、協働執政理論の有力化に至った。にもかかわらず、わが国の執政論争には、こうした議論の展開が十分には反映されていない。筆者は、旧来さまざまに論じられてきたレギールング概念の展開を追いかけることに

よって、〈内閣＝執政権〉とする硬直的な理解を排し、「国会」をも「執政機関」と捉える可能性と意義を探究したい。

(4) 以下、本論は次のような順序で書き進められる。

第一に、ドイツにおける「執政」概念の来歴を素描する。この概念は君主政時代の産物であり、後に権力の分立が進展するなかで、一時期ほとんど顧みられなくなっていた。ところが、同概念に新しい意味を込めながらこれを蘇生しようとする動きがあり、その有用性がふたたび承認されるようになってゆく。この展開につき、プロイセン時代からヴァイマル時代にかけての議論を素材として描出したい（第一章）。

第二に、基本法は「執政」概念をいかに受容していったか、という点を検証する。ここで筆者がとくに注目したいのは、〈協働執政理論〉である。この理論は、執政作用と執政機関の同一視を戒め、執政作用が執政府の専権ではないことに意を用いて、執政権を議会と執政府の「協働権」と位置づけてきた。かかる協働執政理論の実相に迫ることが、本稿にとって最重要の課題といってよい（第二章）。

第三に、「執政」概念に関する日本の学説状況を概観し、今後の議論の方向性を提示する。近年、「執政」と「行政」の区別に言及する論考が目立つものの、そうした議論の主たる舞台は日本国憲法六五条である。すなわち、執政権は何よりもまず執政府（内閣）の権限として論じられているのである。これに対して本稿は、日本国憲法こそ協働執政理論に適合的であるとの理解に基づき、わが国の学説がドイツのそれから得るべき示唆を吟味したい（第三章・おわりに）。

(1) 参照、阪本昌成『憲法理論Ⅰ〔補訂第三版〕』（成文堂・二〇〇〇年）一六九頁、三六三頁、三六九頁。

(2) このように、内閣と官僚団とを区別し、「行政権」の主体を後者に限定する思考は、たとえば行政学の領域においてはまったく基本的な事項に属するといってよい。参照、西尾勝『行政学の基礎概念』（東京大学出版会・一九九〇年）七―一一頁。

(3) Ernst Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 (1958), S.37f.

(4) たとえば、「執政」の「自覚的〔な〕主題化」をねらって執政説を支持する石川健治は、議会もまた執政機関であることに注意を促している。参照、石川健治「統治のゼマンティク」憲法問題一七号（二〇〇六年）七六頁。また、阪本昌成は、議会がもともと「統治に携わるための組織体（governmental assembly）として生まれた」ことに自覚的である。参照、阪本・前掲註(1)二五九頁。

(5) 「行政」概念と権力分立論との連関については、阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治＝初宿正典＝大石眞編『憲法五十年の展望Ⅰ』（有斐閣・一九九八年）二二〇頁以下。阪本は、権力分立理解を「完全分離理論」と「相互作用理論」に二分したうえで、後者の採用を説く（二二二頁）。従来の通説たる控除説は「完全分離理論」に依拠しているのに対して（二三九頁）、執政説は相互作用理論に基づいているという（二四四頁以下）。

(6) つまり、〈国会＝立法権〉、〈裁判所＝司法権〉、〈官僚団＝行政権〉および〈内閣＝執政権〉から成る「四権分立論」がここに成立するように思われる。

第一章　「執政」概念の生成と展開

「執政」の原語 Regierung の原型動詞である regieren は、もともとラテン語の regere に淵源するといわれる。[7] この概念はもともと、国家の目標を設定してその方向へ導く統治作用全般を指すものであり、その意味で、国家権力の分割を乗り越える包括的な概念であった。[8] 「執政」は、すべての国家権力を君主が一手に掌握していた時代において有用な概念だったのである。

ところが、君主権力の制限が現実的課題となるにつれて、このような執政概念は表舞台から去っていった。たとえば、ドイツにおいては、一九世紀の後半に君主制原理がその役割を終え、国家権力が立法権・裁判権・執行権の三種に区分されるなかで、これらを包括する「執政」概念はほとんど消失したといわれる。[9] この点につき、まずはプロイセン国法

学における「執政」概念の位置づけをみよう。

第一節　プロイセン国法学における「執政」概念

プロイセン憲法は、周知のように、国家権力を三つの機能に分割し、それぞれ別の機関に行使させることとした。それによれば、立法権は国王と二つの議院による共同（gemeinschaftlich）行使に委ねられ（六二条）、裁判権は国王の名において行使されるものの、独立した裁判所に配分された（八六条）。そして、執行権（vollziehende Gewalt）だけが国王に専属した（四五条）。

一　「執政」概念の消失

プロイセン憲法の下で、国家作用としての「執政」概念がまったく姿を消したかというと、そうではない。たとえば、国王のすべての「執政行為」（Regierungsakt）に大臣の副署を要求する四四条は、その代表的な用例であり、また摂政（Regent）の権限を定める五八条一項をみると、そこでは、国王に帰属する権力が「執政」と定義されているように読める。

この点に着目すれば、従前の「執政」概念はその命脈を保っているようにみえる。「執政」概念は国王によって行使される国家権力を指す点において従来と変わらず、しかも、そのプロイセン国王は執行権を単独で行使するほか、立法権を共同行使することができ、裁判にも影響力を行使しうる地位にあるからである。(18)

だが、次の変化を重くみるならば、「執政」概念のかような連続的理解は適切でないだろう。その変化とは、プロイセン憲法が既述のように権力分立を採用し、国王に専属する権限を「執行権」に限定したという一事である。すなわち、

国王の権限領域を「執政」と称するとしても、国王はもはや一切の国家権力を独占する地位にはないから、この概念は国家権力の一部を意味するにすぎないのである。かくして、国家権力の分割を乗り越える、包括的概念としての「執政」は、プロイセン国法学において後景に退くこととなった。[11]

（一）「執行」から「行政」へ

かかる「執政」概念の消失は、プロイセン憲法の代表的な体系書のなかに看取されうる。

ハイデルベルク大学において国法学を講じたH・シュルツェは、国家権力の機能を、まず「立法」と「執行」の二つに大別し（権力二分論）、さらに後者を「行政」（Verwaltung）と「裁判」（richterliche Thätigkeit）に細分した。[12] シュルツェによれば、「行政」と「裁判」は、法律という高次の拘束力に服する点において共通するから、これを「執行権」（Vollziehung または Exekutive）として一括し、「立法」と対置させるのが常道であるという。もっともシュルツェは、後にかかる説明を変更し、結局のところ権力三分論に落ち着いた。それは、「執行」という名称が、法律を機械的に執行するだけの国家作用という誤解を招きうる点、および「裁判」と「行政」を一つの概念に押し込むことの無理を悟った帰結であった。[13]

このように二分論から三分論への変更があったにせよ、シュルツェは一貫して、「執政」なる概念を重視していない。彼は体系書の序論においてこの概念に触れ、これには立法・行政・裁判のすべてが含まれる、と古典的な用語法を彷彿させる説明を加えているものの、[14] これ以外の箇所において同概念に言及していない。

（二）「行政」の頻出と「執政」の後退

「執政」概念に言及しながらも、これをほとんど重視しなかった別の論者として、G・アンシュッツに触れておこう。

彼は国家権力の諸機能を、「立法」、「司法」、「行政」の三つに分類した。[15] このうち「行政」（Verwaltung）は、国家権力の総体から「立法」と「司法」を除外した残存部分として、消極的に画定されるという。[16] そのうえで彼は、「行政」の本質を次のように剔出しようとした。

第一は、殊に「立法」との対比における「具体性」である。すなわち、「立法」は抽象的規範の定立を任とするのに対して、「行政」は目的指向的で、個別具体的な活動である点に特質をもつという。第二は、「司法」との差異を際立たせる「動態性」である。その所説によれば、「行政」を立法者による命令の機械的な執行（Exekution）と捉えるのは誤りである。「行政」は活動の動機や目的を法律のなかに見出すのではなく、法律を活動の外枠（Schranke）とするにすぎないから、「執行する」（vollziehend）権力というより、むしろ「行動する」（handelnd）権力という方が適切であるという。[17] つまり、「行政」は法律の枠内で自由に活動する国家権力であり、この点に「司法」との差異を見出すことができるというのである。

アンシュッツは、こうした国家権力三分論に先立って、「執政権」（Regierungsgewalt）なる概念に言及してはいる。それによれば、この「執政権」は機能的意味での国家権力を総括する概念であり、伝統的には、君主がその担い手として措定されてきたという。[18] ところが、プロイセン憲法の下で国家権力が三分割されるなかで、かような総括概念としての「執政」はその有用性を喪わざるをえない、とみたのか、彼の叙述における「執政」概念への論及はこの場かぎりである。

かように、「立法」、「司法」、「行政」という三つの概念画定に注意が向けられる一方、「執政」概念に対する言及が乏しいという点において、シュルツェとアンシュッツは同心円上に位置していよう。[19]

二　「執政」概念の再生

これに対して、「執政」概念の有用性をなお強調する論者もあらわれた。むろん、以下で筆者が着目するのは、国王に専属する上述の「行政権」をただ「執政権」と言い換えるだけの見解ではなく、[20] また、国家権力の総体を指す、かつての「執政」概念に回帰する選択肢でもない。「行政」概念を精査することによって編み出された、従前の国家権力総括的な概念とは異なる、新しいレギールング概念が本節の考察対象となる。

（一）　国家精神の形成

その劈頭に掲げておきたいのは、「現代行政学の父」[21] として夙に知られるL・v・シュタインである。彼は、法律をただ執行するに留まらず、その内容を一定程度まで補完する自律的な（selbständig）作用領域として、レギールング概念を浮かび上がらせようとした。[22] その所説を、彼の国家論と絡ませながら整理するならば、以下のようになるだろう。

国家は「人格性（Persönlichkeit）へと高められた共同体」であり、人格たるにふさわしい自我（Ich）、意思（Wille）および行為（That）を具備する。他方、社会は利益（Interesse）配分をめぐる階級間対立を恒常的に繰り返す場であり、これを共同体的統一へ導くためには、国家による市民社会への介入が不可欠となる。かかる介入こそ、「行政」（Verwaltung）活動の本質である。すなわち、国家は、「個別的人格」（einzelne Persönlichkeit）の上に立つ「一般的人格（allgemeine Persönlichkeit）」として市民社会を嚮導する立場にあり、そのための具体的諸活動が「行政」の内実なのである。[23]

むろん、こうした個々の行政活動は多種多様なものであり、これらを束ねる国家作用がなければ、上述の共同体的統一は画餅に帰するであろう。この緊要な行政統括作用こそ、「執政」（Regierung）の内実に他ならない。つまり、「執政」は、統一的な国家目標を掲げて行政活動全体を貫通する（durchdringen）ところにその特質をもち、[24] その意味で

「国家の精神」[25]を形成する活動ということができる。

シュタインは以上のような理解に基づき、「執政」を、法律の制定とその執行という枠に収まりきらない「自律的な」活動として定位したのであった。この「自律性」とは、法律によって規律しつくされえないという消極的意味にとどまらず、国家統合に資するという積極的意義を内包すること、右にみたとおりである。

（二）法規律からの自由

他方、その後の「執政」画定論をリードすることになったのは、法規律の及ばない領域としてこれを際立たせる立場であった。以下、その代表的な議論を瞥見しよう。

(1) 「行政」二分論

イェーナ大学の国法学者G・マイヤーは、「行政」概念につき、「立法」および「司法」のいずれにも属さない国家活動すべてを包含すると説いた。そのうえで彼は、(a)国家と国民の諸利益を実現するためにおこなわれる、(b)具体的な活動である点に、「行政」の本質を求めた。すなわち、(a)の点は「法秩序の維持」を目的とする「司法」との相違を、(b)の点は「抽象的」規範の定立を任務とする「立法」との差異を、それぞれ浮かび上がらせるというのである。[26]この説明だけをみれば、前節に紹介した議論（たとえばアンシュッツの所説）との間に径庭はない。

しかしながら、彼がこの「行政」概念をさらに次のように分類したことを顧慮するならば、かかる評価は早計であろう。

マイヤーによる所説の眼目は、「行政」を「執行」（Vollziehung）と「執政」（Regierung）の二種に分かつ点にある。それによれば、前者は法律の執行を意味するのに対して、後者は法律の枠内で展開される「自由な」活動を指すという。[27]

「執政」なる国家作用は、従前の用法にみられたような国家作用の総括概念、または君主に専属する権限領域を指す概念ではなく、「行政」の一部――「法律の執行」とは評しえない自由な国家作用――を指示する概念として、ここに生まれ変わったということができるだろう。

(2)　「第四の領域」

この点につき、O・マイヤーは、「立法」、「行政」、「司法」から成る三分割枠組では捉えきれない国家作用を、「第四の領域」として括りだした。[28] 通常の用語法に従えば、この「第四の領域」は「執政」と呼ばれ、国家全体の政治的運命を決する「総合指導」(Oberleitung) の意味で理解されているという。マイヤーのいうように、これは、「執政」が現実の国家活動すべてに影響力を行使する領域であることを認めつつも、それ自体はむしろ精神的、一般的性質をもつにとどまる点を重視する見解といえよう。[29]

周知のように、マイヤーは「行政」を法律の下に置こうと腐心した。彼によれば、「行政」なる概念はもともと、法治国 (Rechtsstaat) の要請を蔵しているという。[30] すなわち、「行政」とは元来、法律によって規律される国家活動であり、「行政は、司法以外において、国家の法秩序の下で、その目的を実現するための国家行為」[31] だというのである。かような理解を前提とするとき、「立法」でも「司法」でもない国家作用をすべて「行政」と位置づけることは可能か。マイヤーによれば、それは以下に示す二つの理由から困難であるという。[32]

一つは、右の「行政」概念にいう「国家目的を実現するための行為」に当てはまらない諸活動が存在することである。具体的には、君主 (Fürst) の退位やライヒ大統領の辞任といった国家元首の個人的な行為、ライヒ議会の解散やライヒ議会によるライヒ大統領の解任のような機関間の権限行使がこれに当たる、とマイヤーはいう。[33]

もう一つは、「国家目的を実現するための行為」ではあっても、「国家の法秩序の下に」あるとはいえない領域の承認

である。マイヤーがその筆頭に掲げるのは、外交交渉である。外国との条約締結に代表されるこの活動は、国際法による拘束を免れないものの、国内の法秩序からは離脱する領域だというのである。これと同じ理由により、マイヤーは、戦争の指導（Kriegführung）を、「行政」の外へ追いやった。[34]

すなわち、マイヤーによれば、外交や軍事における国家の諸活動は法秩序（とりわけ議会制定法）から自由な領域であり、「立法」や「司法」に含まれないことはもちろん、「行政」にも属さない「第四の領域（ein viertes Gebiet）」[35]を形成するというのである。

(3) 「自由な」活動領域

このような法秩序から自由な諸活動を「執政」領域として精緻化したのが、G・イェリネックである。以下、彼の『一般国家学』における叙述を追いかけてみよう。

イェリネックによれば、形式的な国家作用分類（国家機関の活動）と実質的な国家作用分類とをナイーヴに結びつけてきたところに、従来の国家学の難点があるという。[36]彼は両者の区別の要を説きつつ、実質的国家作用をまず「規範定立」と「個々の特定の任務に向けられる個別化された活動による当該任務の処理」とに大別し、後者をさらに二つに区分した。一つは、個別の事例を前に法的利益を確定する「裁判」であり、もう一つは法規範の枠内で具体的課題を解決する「行政」である。[37]そして、これら三つの国家作用のなかでも中核に位置するという「行政」につき、イェリネックは次のような対立軸を設定した。

「いかなる国家にとっても、すべての国家作用の行使において次のような重要な対立軸が、かならず確認されうる。それは、自由な（frei）活動と羈束された（gebunden）活動との対立軸である。[38]」

イェリネックは、この「自由な」活動領域に「執政」という名を充てたうえで、次のように議論を展開した。

「法律に従ってのみ活動する『執政』をもつ国家があるとすれば、そんなものは政治的にナンセンスである。……そのことは、何よりも外交政策において明らかとなる。……しかし内政に関しても、国家の方針を定める執政活動はすべて、必然的に法規律から引き離される……。それは、執政における最大かつ最重要の部分に属する、イニシアティヴである。これに含まれる活動として、個々の国家ごとにその範囲が異なってくるとはいえ、議会構成員に関する執政府の広範な権限、大臣と官吏の任命、軍隊に関する統帥や処分、恩赦権、国家的栄誉の授与が挙げられる。イギリスの学説は、これらの諸活動に対して、イギリスの実定法に由来する国王大権（Prärogative）のカテゴリーを適用した……。しかしながら、この学説は国家作用の内的区別にはほとんど考慮を払わなかったため、権力分立に関するフランスの理論の影響の下、上述の領域はすべて、単純に、執行権に振り分けられてしまった」[39]。

以上のように、イェリネックは、従来「行政」という概念の下に一括されてきた領域のなかに、「執政」なる別の領域を見出した。その際、「執政」のメルクマールは、法律によって規律されえない「自由な」活動であるという点に求められた。

第二節　ヴァイマル国法学における「執政」概念

「執政」を「行政」と対比して際立たせようとする上述の傾向は、ヴァイマル国法学における議論を根底的に規定することとなった。とはいっても、ヴァイマル憲法のなかに、国家作用としてのレギールング概念は見当たらない。たとえばG・イェリネックが強調した〈法律から自由な国家活動〉としての「執政」概念につき、ヴァイマル憲法による言及はない。にもかかわらず、学説は、この概念の重要性を引き続き肯定した。本節においては、そうしたヴァイマル国法学における「執政」概念を検討の素材としよう。

一　「執政」概念の国家理論的探究

ヴァイマル期においては、「執政」に対する従前の関心を継承しつつ、独自の視角からこの概念を再定位する試みが有力化した。その代表的論者が、以下にみるR・スメントである。

（一）「政治」という概念

スメントは、主要な立憲主義諸国におけるいわゆる「統治行為論」の比較検討をテーマとする論文のなかで、レギールング領域の承認を改めて求めた。しかし、「執政」と「行政」とを区別する従前の対立軸に関しては、彼は次のように異を唱えた。

既述のように、「執政」と「行政」を、それぞれ「自由な」活動と「羈束された」活動として対置する見解が有力に主張されていた。[40] スメントによれば、これはザッハリッヒな内容決定を回避しており、あまりに形式的な対立軸であるという。これに対して、「執政」領域の積極的概念規定を模索したスメントは、「政治」なる概念に決定的に重要な基準を見出すこととなった。[41] この点に関する彼の説明を、以下にそのまま引用しておこう。

「執政は、政治（Politik）の範疇に属する一定の部分領域として規定される。すなわち、国家はこの領域において自らとその本質を決定し、貫徹するのである。これに対して行政は、国家が自身とは別の目的に仕え、または自らの政治的諸作用のために技術的方策を講じるにすぎない部分領域として規定される」。[42]

ここに、「政治的な」執政と「技術的な」行政という、新しい対立軸が確立されたといってよいだろう。もっとも、この新しい対立軸がそれぞれの国家作用の外延を設定するだけの明確性を具えているか否か――たとえばイェリネックの所説を凌駕するだけの明確性を具えているか否か――、疑問は尽きないように思われる。[43]

（二）「政治」の本質

スメントは、国家理論的視角から「政治」の本質に迫ろうとしている。彼によれば、国家の「精神」は国家意思の統一的方向性に見出されるべきものであり、かかる国家全体の「統合」(Integration) に向けられる作用こそが「政治」であるという。すなわち「政治」の本質は、統一体としての国家が進むべき針路を確立し、国家全体の統合を維持する点にあり、これに仕える諸任務が「執政」を構成するというのである。[44]

かかる「執政」は、統一体としての国家の存立にとって不可欠であるところ、「立法」、「行政」、「司法」という三権分立論にはその居場所がない、とスメントは述べている。[45] 最も高いレヴェルにおいて国家の諸作用を総攬し、その調和を図るという、従来の権力分立枠組には収まりきらない「政治的」指導作用を「執政」領域として析出させること、これがスメント説の眼目だったのである。

スメントみずから認めるように、以上の叙述は、L・v・シュタインの思考を継受するものであった。[46] そしてかかる立論は、その後の「執政」理論に少なからぬ影響を及ぼすこととなる。

たとえば、W・イェリネックは父であるG・イェリネックの所説を支持しながら、「執政」と「行政」との区別につき次のように述べている。すなわち、前者は「国家の指導部 (Spitze) を占める人々の方向指示活動」を意味するのに対して、後者は「執政府によって指示された方針の枠内での活動」を指すという。[47] この定義は、「自由な」または「羈束的でない」活動であることより、むしろ「方向指示的な」(richtunggebend) 活動であるという点を、「執政」の画定基準として重視している。その基底には、国家の統一的方向性を指示する「政治的」側面に「執政」の本質を見出す、スメントの発想が流れているように思われる。[48]

(三) 「国家指導」と「執政」

上記のように、議会制定法から自由であるということより、国家の統一的方向性を指示する活動である点に「執政」の本領を見出す着想は、「国家指導」(Staatsleitung) という概念のなかに顕現している。この概念は、ドイツにおいて古くから多用されてきた。ヴァイマル憲法にせよ、現行基本法にせよ、この概念に言及することはないけれども、ほとんどの論者がこの概念の有用性を認めてきた。[49]

(1) 「国家指導」概念の展開

「国家指導」とは、国家権力を「立法」、「執行権」、「裁判」に分類するまでもなく、そのすべてを君主ひとりが掌握していた時代の産物であるといわれる。[50] それが今では、次のように捉えられているという。

「国家指導は、法律概念によっては把捉されない領域に残存している。すなわち、立法権、裁判権の外に位置するだけでなく、(狭義の) 執行権の射程外でもある」。[51]

つまり、「国家指導」は、古くはすべての国家作用を包括する概念として用いられていたところ、しだいに、国家作用のうち立法、狭義の執行、裁判を控除した残りの「政治的」作用を指示する概念となっていったのである。いうまでもなく、かかる展開は、上述の「執政」概念のそれと軌を一にするものである。

(2) 国家指針決定権としての「国家指導」

次に、「国家指導」の内容的定義に目を転じよう。この概念こそ、国家の「方向指示的な」活動を意味するであろうこと、論を俟たない。

「国家指導」と同義の概念として、「政治指導」(politische Führung) という表現を用いることの多い政治学者は、

「目標を設定し、その目標達成に不可欠な手段を手に入れ、必要な決定を下し、この決定が執行されるように配慮する」[52]国家活動として、これを定義してきた。

他方、憲法学の議論においても、同様の定義について広く見解の一致が成立しているように思われる。たとえば、後に詳しく紹介するU・ショイナーは、「執政」の中核に「国家の総合指導（Oberleitung）」を据えたうえで、これを「創造的決定、政治的イニシアティヴ、国家全体の総括的指導、ならびに執行活動の指導的（dirigierend）コントロール」[53]と位置づけ、K・ヘッセはこの定義をそのまま借用した。[54]用語の違いこそあれ、この概念が「国家活動に方向性を与える政治的指導任務の遂行」[55]を意味するという点において、異論はないということができるだろう。

以上の説明から分かるように、「国家指導」という概念は、先にみたスメント的な「執政」概念とまったく重なり合う。「執政」とは、国家の針路を決定し、その方向へと国家を指導する作用のことであり、この方向指示的な契機をいっそう強調する概念として、「国家指導」がしばしば互換的に用いられてきたのである。[56]

二　執政権の配分

さて、ここでもう一度、話をヴァイマル時代の「執政」概念に戻そう。先に、ヴァイマル憲法は「執政」作用という概念を用いていない、と筆者は指摘した。しかしながら、次に掲げるヴァイマル憲法の規定から察するに、同憲法は、国家指導としての「執政」の存在を承認していたと評価されうるのではなかろうか。

「ライヒ首相は、政治の基本方針を定め、これについてライヒ議会に対して責任を負う。この基本方針の枠内において、各ライヒ大臣は、自己に委ねられた事務を、独立して、かつ、自己の責任において、執行する」（五六条）[57]。

L・ヴィットマイヤーのいうように、この規定は、ライヒ首相（すなわちライヒ執政府）の第一次的な任務が「国家指導」であることを示唆していよう。[58]ヴァイマル憲法のかような理解に支えられて、「執政」領域に関する議論は、執

政権の配分論にその重心を移していった。その展開を次にみよう。

（一）予算と執政――その一――

一九三二年に出版された国法学のハンドブックは、「執政と行政」と題された章を設けているところ、その序論的部分を執筆したのがL・ヴィットマイヤーであった。ヴィットマイヤーは、既述のように、ライヒ首相の国家指導権限を示唆するヴァイマル憲法五六条に論及したうえで、「執政」作用の主体について議論を進めた。[59] ここではその要点を、以下の二つに分けて説明したい。

(1) 立法権による執政作用

第一の要点は、立法権、すなわち議会が執政作用の担い手のひとつとして措定されていることである。執政作用が執政府の専権に属するわけではなく、議会によっても担任されることに、ヴィットマイヤーは自覚的であった。彼は、その最も重要な事例として、議会による予算の確定に言及し、これを「法律形式での執政行為」と位置づけた。[60]

上述のヴァイマル憲法五六条に照らせば、執政権の主体は他ならぬ執政府であるように読める。ところが、そのヴァイマル憲法じしんが、「執政」に属する権限の一部を執政府から切り離し、これを立法権たる議会に委ねているのである。同様の事例は、ライヒ法律による宣戦講和（四五条）、国債発行の承認（八七条）など、多岐に亘っている。[61] ヴィットマイヤーは以上のような理解に基づき、〈執政機関としての議会〉に光を当てた。

(2) 執政府の指導的役割

とはいえ、彼は他方で、執政作用における執政府の指導的地位をなお強調しようとしている。これが、彼の所説にお

ける第二の要点である。かかる論調は、同じ書物のなかで別の論者が示した次の見解との比較において、いっそう際立つであろう。

R・トーマは次のように述べた。「複雑化した現代の立法国家および経済国家は、すべての重要な案件において、（行政機構の頂点という意味での）『執政府』によってではなく、立法府によって統治されているのだ！」[62]

トーマがここで言わんとするところは、以下のごとく明快である。執政府はたしかに、下されるべき決定の草案を起こし、その実現に向けて調整を図る地位にあるけれども、たとえばそのようにして作成された予算案や法律案について議会が承認を拒否すれば、執政府は何ら効力を及ぼしえない。[63] すなわち、執政府による国家指導とはいっても、実質的には議会が「執政」の中核を担っている、とトーマは論結するのである。これは、議会制の下では、執政府が結局のところ議会の従たる地位に留まらざるをえないことを強調する見解として、理解されうるであろう。

これに対して、ヴィットマイヤーは、別の結論を前面に押し出そうとした。このことを端的に表しているのが、次の一節である。「議院内閣制から導き出される『執行権』の『立法権』に対する従属は、……留保つきでしか考えられない。[64]」

ヴィットマイヤーによれば、執政府はたとえば議会制定法の成立過程において、法案作成段階における決定的な発言権をもち、また議会の審議においても主導権を発揮しうる立場にあり、立法過程を通して文字どおり「指導的な」(führend) 役割を果たしているという。[65] かように、「最高位の国家指導」たる「執政」作用において、その成否を左右する権限が議会にあるようにみえながら、実際にその「指導的役割」を担っているのは執政府であることを、ヴィットマイヤーは強調しているように思われる。

（二）予算と執政――その二――

次に、執政権限の配分のあり方について、より詳細な検討を施したJ・ヘッケルの所説をみよう。彼は、当時の通説的見解とは異なる新たな権力分立観に依拠して、「国家指導」というカテゴリーを設けた。これは、執政府が単独で、または議会との協働において担う、国家全体の方針決定に関わる行為を指すという。

ここではまず、ヘッケルが対比した二つの権力分立論を概観することからはじめよう。

(1) 法治国的権力分立と民主的権力分立

まず当時の通説的な権力分立論として提示されるのは、「法治国的権力分立論」である。[66] この権力分立論は、立法権と執行権の関係を、おしなべて法制定と法執行の関係として定式化する。また、この理論はいわゆる二重法律概念と密接に結びつき、実質的意味の法律か、さもなくばその執行か、という厳格な二分論を展開するという。

このとき、「予算法律」は、形式的意味では「法律」であっても、「法律」と呼ぶにふさわしい実質、すなわち「法規性」を有するとはいえず、「行政規範」であると論結されてしまうこととなる。[67] このように、予算法律を「形式的法律という仮面をかぶった行政行為」と捉えた当時の通説[68]は、ヘッケルによれば、「法治国的権力分立論」の所産なのである。

以上のような「法治国的権力分立論」にヘッケルが対置させたのは、「民主的権力分立論」という理論枠組である。ここで問題となるのは、法制定と法執行との関係ではなく、国家指導の民主的創設（Konstituierung）、民主的正統化、および民主的コントロールであるという。[69]

ヘッケルは、予算確定に関する権限配分を「法治国的権力分立論」の枠組において解明しようとする点に、通説の根本的誤謬を見出していた。かかる権限配分のあり方は、「民主的権力分立論」の枠組を採用することによってはじめて、

解明されうるというのである。以下、この「民主的権力分立論」に焦点を絞って考察したい。

(2)　民主的権力分立と国家指導

ヘッケルによれば、「法治国的権力分立論」の下で法制定・法執行二分論に固執するとき、予算の正当な位置づけを得ることはできない。予算法律は「形式」と「実質」の齟齬を免れないとしても、だからといってこれを「行政行為」と割り切る見解にも同意できない、というのが彼の立場であった。

他方、彼の提起した「民主的権力分立論」とは、おおむね次のような理論として整理することが許されよう。

第一に、もはや「法治国的権力分立論」にいう「執行」ではありえず、国家「指導」(Führung) という特別な任務として位置づけられるべき国家作用は、いったん執行権の領域から選り分けられるべきである。この「国家指導作用」は、執政府に専属させられるか、または議会との協働を必要としながらも、議会に対する執政府の高度な独立性の下で遂行されるべき任務を指す。[70] かくしてヘッケルは、通説が「行政行為」と呼ぶよりほかに選択肢をもたなかった予算について、これを国家指導の典型例と位置づけるところから出発しようとした。[71]

第二に、国家指導において執政府に主導的役割が認められることは既述のとおりであるとして、このことは、国家指導に議会が関与することを妨げるものではない。すなわち、国家指導における国家意思の形成は、執政府単独でおこなわれる場合のほか、「議会との協働、つまり両者（執政府と議会――引用者註）の対話的 (korrespondierend) 決定から成る、国法上の協働行為 (Gesamtakt)」[72] によっても生じうる。予算は、正しくこの「協働」による国家指導であるということができる。すなわち、「民主的権力分立論」の図式によれば、議会は予算法律議決権を行使することによって、本来的には執政府に帰属する国家指導作用に「協力」している、と説明されることとなる。[73]

（三）　三つの要点

これまでの紹介から分かるように、ヴィットマイヤーとヘッケルは、執政権の捉え方につき多くを共有している。ここでは、その要点を再整理しておこう。

一つ目は、最高位の国家指導というべき執政作用への着目である。ライヒ首相による政治の基本方針決定権限（ヴァイマル憲法五六条）に端的にあらわれているように、国家にとってこれを一定の方向へ嚮導する活動が不可欠であるところ、こうした活動は従来の「立法」／「執行」図式にうまく当てはまらない。二人の論者は、これを「執政」の領域として析出させ、「立法」と「執行」に「国家指導」を加えた上述のスメント的な三分割枠組を継承したということができる。[74]

二つ目は、〈議会による執政作用〉への着眼である。二人の論者はともに、執政作用が執政府の専権ではありえないことを見抜いていた。周知のように、この問題は、〈レギールング概念の二元性〉として現在なお論じられている。すなわち、機関としてのレギールングは執政府（内閣）を指す一方、機能としてのそれは執政作用を表わすところ、[75]両者の混同は厳に慎むべし[76]というのがその主旨である。[77]ヴィットマイヤーとヘッケルは、一九三二年の段階で既にこのことを踏まえ、議会もまた執政作用の担い手であることを明示した。その事例として二人の念頭に浮かんでいたのは、何よりもまず予算であり、予算法律の議決は議会による国家指導の代表例とされた。

最後に、主たる執政機関は執政府であると強調されていることに注意したい。ヴィットマイヤーが国家指導における執政府の〈主導的地位〉を強調し、[78]ヘッケルが議会に対する執政府の高度な独立性をとりわけ重視していたこと、[79]既に記したとおりである。[80]すなわち、二人とも〈議会による執政作用〉を認めながらも、国家指導権限が一次的には執政府に配分されるべきことを強調しているのである。

かかる立論を徹底するとき、議会と国家指導との関係はどのように評価されるであろうか。予算の確定を例にとるな

らば、これは「本来的には」執政府の権限領域に属することとなり、予算法律の議決は、この執政府の固有領域に対する議会の「介入」と評価されるかもしれない。[81] 以下に引用するG・ライプホルツの所説は、このことを明示的に述べるものとして注目に値しよう。

「ヴァイマル憲法によれば、執政という特殊な諸作用は、もっぱらライヒ執政府および広義のライヒ執政府に属するライヒ大統領によってのみ行使されるわけではない。このことはたしかに正当である。たとえば、ライヒ議会、ライヒ参議院、能動的市民という意味での国民のように、ライヒの意思形成に決定的に参画する他の諸機関もまた、執政に関与しているのである。……（なかでも）ライヒ議会は、純粋に政治的な諸作用を営む。このことは、たとえば、不信任投票に関して、ライヒの財政収支について決議し、独裁的処置の失効を要求し、ライヒの立法事項に関連する同盟および条約を承認する、といったライヒ議会の権限を考えれば分かるだろう。しかし、執政府の固有領域に対して立法権がかように介入（Einbruch）するとしても、こうした方向での議会の影響力行使には、結局のところ限界がある。それは、ヴァイマル憲法じしんの規定する限界である」。[82]

第三節　小括

本章では、プロイセン時代からヴァイマル時代にかけての「執政」（Regierung）概念の展開を跡づけてきた。最後に、その概要を以下の諸点にまとめたい。

(1)「執政」概念の軌跡

「執政」とは元来、国家権力を総括的に捉える概念であった。換言すれば、君主がすべての国家権力を一手に掌握し

ていた時代に、この概念は有用性を発揮したのである。後に、君主権力の制限が現実的課題となり、権力の分立が進展するのに伴って、この概念の出番はなくなっていった。

ところが、この「執政」概念に新しい意味を込めて、これを再生しようと試みる動きがみられるようになった。かかる動向を支えた論者の関心事は、「立法」・「行政」・「裁判」という従来の権力分立枠組では捉えきれない国家活動の位置づけであり、「執政」はそうした活動の受け皿として援用された。すなわち、「行政」を「法律の執行」に限定し、「法律の枠内で自由に展開される諸活動」に「執政」という別の概念を充てる見解が、支持を拡大していったのである。

(2) 「自由な」執政か、「政治的な」執政か

「執政」と「行政」を区別するメルクマールは、どこに求められるべきか。G・イェリネックは、前者を「自由な」活動、後者を「羈束的な」活動とそれぞれ定式化した。この「自由な」という形容は、必ずしも一義的でない。イェリネックは、法律による事前の規律に服さないという意にこれを解しながら、[83] 別の箇所において次のようにも述べている。すなわち、「行政」といえども、一般的法規律の単なる機械的適用に尽きるものではなく、「自由裁量」の余地を有しているから、法律に羈束された活動たる「行政」の内部にも、「自由な」活動という要素が混在しているというのである。[84]

この叙述は、「執政」のメルクマールとして論及される「自由」が、いわゆる「自由裁量」と同義であることを示唆していよう。とすれば、R・スメントが正当にも指摘するように、[85]「執政」と「行政」との間に本質的な相違は認められず、もっぱら自由裁量の量的な差異が存するにすぎないこととなるであろう。

これに対してスメントは、ザッハリッヒな対立軸の必要性を力説し、「政治的な」執政と「技術的な」行政という対立軸を示した。「政治」の本質は、国家全体の「統合」を維持するために国政の統一的方向性を確立する点にあり、かかる国家の基本方針に即して諸作用の総合調整を図る営為こそが「執政」だ、というのである。「国家指導」（Staats-

leitung）という概念は、かように理解される「執政」の本領を的確に捉えていると評価できる。

(3)　執政権の配分

ヴァイマル時代においては、「執政」概念の究明もさることながら、「執政」の主体、すなわち執政権の配分に関する議論が芽生えてきた。議会による予算法律の議決を想起すれば分かるように、執政権は、常に執政府単独で行使されるとは限らない。執政府と議会の「協働」を要請する執政活動が少なくないことに、有力な論者は気づいていた（協働執政理論）。とはいえ、執政権が本来的には執政府の権限領域に属すること、議会との協働が求められる場合であっても主導的役割を担うのはあくまで執政府であることを強調する色彩が、この時期の議論には濃厚であった。(86)

(7)　Vgl. Ernst Vollrath, Überlegungen zur Semantik von ‚Regierung' und ‚Regieren', in: Hans-Hermann Hartwich / Göttrik Wewer (Hrsg.), Regieren in der Bundesrepublik, Bd.1, 1990, S.67.

(8)　Vgl. Siegfried Magiera, Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1979, S.47f.

(9)　Vgl. Werner Frotscher, Regierung als Rechtsbegriff, 1975, S.142.　本書の概要を紹介する邦語文献として参照：堀内健志「ドイツ国法学における『統治』概念――その現代国家における復興問題を視野に入れつつ（その一）（その二・完）」弘前大学人文社会論叢　社会科学篇一五巻（二〇〇六年）一九頁以下、一六巻（二〇〇六年）一二三頁以下。

(10)　それゆえ、国王は依然としてすべての国家権力を独占しており、その「行使」が諸機関に委ねられたにすぎない、とする解説も珍しくなかった。Vgl. Gerhard Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht, 2.Aufl. 1901, S.3ff., 10ff.

(11)　Vgl. W.Frotscher, aaO.(Anm.9), S.142; 145.

(12)　Vgl. Hermann Schulze, Das Preußische Staatsrecht auf Grundlage des Deutschen Staatsrechts, Bd.1, 1872, S.133f.

(13)　Vgl. Hermann Schulze, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, Bd.1, 1881, S.31; ders., Das Preußische Staatsrecht auf Grundlage des Deutschen Staatsrechts, Bd.1, 2.Aufl. 1888, S.135.

(14) Vgl. H.Schulze, Das Preußische Staatsrecht (Anm.13), S.20, Anm.1.

(15) Vgl. Gerhard Anschütz, Deutsches Staatsrecht, in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, Bd.4, 7.Aufl. 1914, S.151ff. いうまでもなく、アンシュッツはヴァイマル時代を代表する国法学者の一人であるところ、この論考はそれより前の時代に書かれているため、ここで紹介する。

(16) Vgl. G. Anschütz, aaO.(Anm.15), S.169.

(17) Vgl. G. Anschütz, aaO.(Anm.15), S.169.

(18) Vgl. G. Anschütz, aaO.(Anm.15), S.125.

(19) これと同様の傾向を示す論者として、P・ラーバントが注目に値しよう。ラーバントは国家の諸機能を、その主体に着目しつつ、「立法」・「裁判」・「行政」の三つに分割した。このうち「行政」(Verwaltung) については、その一次的任務は法律の執行であるものの、これを「執行権」(vollziehende Gewalt) と称しては狭きに失することから、この名が充てられるべきであるという。すなわち、ここにいう「行政」とは、「立法」にも「裁判」にも属しないすべての領域を指し、換言すれば、国民代表による協働を求める必要がなく、裁判所の法律解釈によって制限されることもない権力領域の総称なのである。Vgl. Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.2, 5.Aufl. 1911, S.162. ラーバントは別の箇所で「執政権」(Regierungsrecht) という概念を用いているものの、上記の「行政」概念を言い換えているだけのように思われる。Vgl. Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.1, 5.Aufl. 1911, S.227ff. 他に、「執政」概念を顧みることなく、立法・司法・行政の三分論を説く文献として、Vgl. Adolf Arndt, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901, S.208ff.

(20) そのような見解の例として、Vgl. Conrad Bornhak, Preußisches Staatsrecht, Bd.1, 2.Aufl. 1911, S.461ff. 同書は、「立法」・「裁判」・「執政」という国家機能三分割論を展開した。ここにいう「執政」は、法律の執行を重要な任務とするものの、これに尽きるものではなく、「立法」にも「裁判」にも属しない国家機能の総称であるという。これは、シュルツェやアンシュッツのいう「行政」に「執政」という概念を充てているだけで、それ以上に新奇な内容を含んでいないというべきであろう。

(21) 手島孝「行政学と行政法学」辻清明編集代表『行政学講座1　行政の理論』(東京大学出版会・一九七六年) 一九頁。以下、シュタインに関する叙述につき、本書を参照している。

(22) Vgl. Lorenz von Stein, Die Verwaltungslehre, Bd.1, 2.Aufl. 1869, S.144.

(23) Vgl. Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 1.Theil, 3.Aufl. 1888, S.8ff. 併せて、瀧井一博『ドイツ国家学と明治国制』(ミネルヴァ書房・一九九九年) 五〇頁を参照。

(24) Vgl. L.v.Stein, aaO.(Anm.22), S.145.

(25) L.v.Stein, aaO.(Anm.23), S.96.
(26) Vgl. Georg Meyer / Gerhard Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7.Aufl. 1919, S.750.
(27) Vgl. G.Meyer / G.Anschütz, aaO.(Anm.26), S.28f.
(28) 石川・前掲註(4)六七頁は、O・マイヤーの所説を指して、「『執政 Regierung』の領域を、立法・行政・司法とは区別された『第四の領域 ein viertes Gebiet』として、括りだしてしまった」と評する。
(29) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1, 3.Aufl. 1924, S.2f. この叙述は、シュタインの所説を想起させる。この点につき、Vgl. Wilhelm Mössle, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986, S.95.
(30) Vgl. O.Mayer, aaO.(Anm.29), S.9.
(31) Vgl. O.Mayer, aaO.(Anm.29), S.13. マイヤーの「行政」概念については、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣・一九六二年) 一〇一頁以下を参照。
(32) Vgl. O.Mayer, aaO.(Anm.29), S.7.
(33) Vgl. O.Mayer, aaO.(Anm.29), S.7f.
(34) Vgl. O.Mayer, aaO.(Anm.29), S.9f.
(35) Vgl. O.Mayer, aaO.(Anm.29), S.8; 11.
(36) Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl. 1914, S.609; 614. 邦訳として参照、G・イェリネク (芦部信喜ほか訳)『一般国家学〔第二版〕』(学陽書房・一九七六年) 四九二頁、四九五頁。
(37) ここに、「立法」・「裁判」・「行政」から成るおなじみの三分論が確立された。Vgl. G.Jellinek, aaO.(Anm.36), S.610. 邦訳四九二—四九三頁。
(38) G.Jellinek, aaO.(Anm.36), S.616. 傍点は原文において隔字体。邦訳四九六頁。
(39) G.Jellinek, aaO.(Anm.36), S.617. 邦訳四九六—四九七頁。
(40) G・イェリネックがこのことを明示的に述べたことは、既述のとおりである。前掲註(38)を参照。
(41) Vgl. Rudolf Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform (1923), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, S.78f.
(42) R.Smend, aaO.(Anm.41), S.79.
(43) スメントのいう「政治的な」執政活動と、イェリネックのいう「自由な」執政活動とは、実際にはほぼ一致すると考えられよう。この点につき、Vgl. W.Frotscher, aaO.(Anm.9), S.162.

(44) Vgl. R.Smend, aaO.(Anm.41), S.79f.

(45) Vgl. Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders. aaO.(Anm.41), S.211.

(46) スメントは、シュタインを「執政説の古典的提唱者（Klassiker）」と位置づけ、その功績を称えている。すなわち、シュタインの所説は、国家生活のための統一的な意思の方向性を指示し、もって国家「精神」の確立に資する点に政治的諸行為の独自性を認め、「正当にも」これに光を当てる試みだというのである。Vgl. R.Smend, aaO.(Anm.41), S.79f.

(47) Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3.Aufl. 1931, S.3f.

(48) Vgl. W.Frotscher, aaO.(Anm.9), S.164.

(49) Vgl. S.Magiera, aaO.(Anm.8), S.46.

(50) Vgl. Walter Leisner, Regierung als Macht kombinierten Ermessens, JZ 1968, S.728.

(51) S.Magiera, aaO.(Anm.8), S.53.

(52) Joachim Jens Hesse / Thomas Ellwein, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Bd.1, 8.Aufl. 1997, S.259.

(53) Ulrich Scheuner, Der Bereich der Regierung (1952), in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S.477f.

(54) Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1995, S.226f., Rn.531. 邦訳として参照、コンラート・ヘッセ（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）二六五頁、コンラート・ヘッセ（初宿正典＝赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂・二〇〇六年）三三六頁。併せて参照、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巻二・三号（一九八七年）一一三頁。

(55) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.2, 1980, S.681.

(56) 以上の叙述につき参照、宮井清暢「『統治（Regierung）』の概念について」北野弘久教授還暦記念論文集『納税者の権利』（勁草書房・一九九一年）一〇五―一一〇頁。

(57) ヴァイマル憲法下におけるライヒ首相の基本方針決定権について、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）四二―六七頁。

(58) Vgl. Leo Wittmayer, Grundsätze und Übersicht, in: Gerhard Anschütz / Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.2, 1932, S.330. ヴィットマイヤーによれば、「執政」は「最高位の国家指導」（oberste Staatsleitung）を指す概念であり、ヴァイマル時代にあって既に、定義されていたとはいわないまでも、その存在が前提とされていたという。ライヒ首相に――ライヒ議会に対して責任を負いつつ――政治の基本方針決定権を付与するヴァイマル憲法五六条は、このことを実証する憲法規定としてとくに重要であるという。

(59) 「最高位の国家指導」(前掲註58) はなお広義の「行政」に属するのか、それとも別の独立した一作用なのかという点について、ヴィットマイヤーは明らかにしないままであった。Vgl. W.Mössle, aaO.(Anm.29), S.98.

(60) Vgl. L.Wittmayer, aaO.(Anm.58), S.331.

(61) Vgl. L.Wittmayer, aaO.(Anm.58), S.334.

(62) Vgl. Richard Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze, in: G.Anschütz / R.Thoma (Hrsg.), aaO.(Anm.58), S.136.

(63) Vgl. R.Thoma, aaO.(Anm.62), S.136f.

(64) L.Wittmayer, aaO.(Anm.58), S.331.

(65) Vgl. L.Wittmayer, aaO.(Anm.58), S.331; 333.

(66) Vgl. Johannes Heckel, Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltsgesetzes, in: G.Anschütz / R.Thoma (Hrsg.), aaO.(Anm.58), S.386ff.

(67) Vgl. J.Heckel, aaO.(Anm.66), S.386.

(68) この通説が、プロイセン予算争議に際しての、P・ラーバントの『予算論』(Paul Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassug des Norddeutschen Bundes, 1871, S.13) に淵源することは、わが国でもすでに広く知られている。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) 六七頁。

(69) Vgl. J.Heckel, aaO.(Anm.66), S.387f. ヘッケルによれば、かかる民主的権力分立論の構想は、立憲君主制期において既に認められうるものである。というのも、執政府に帰属する一定の活動に国民代表が「参画」することは、国家指導に対する民主的コントロールに他ならないからである。かような国民代表の「参画」は一定の重要な活動に限定されていたとはいえ、ここには、国民代表が執政権を「分有」(Teilung) することによってこれを民主的に統制するという、「民主的権力分立論」の理論枠組が認められるという。これに対して、現代民主政の下では、上述の民主的コントロールに代わって、民主的創設および民主的正統化の問題が前面にあらわれるという。が、「創設」、「正統化」、「コントロール」の異同について、その詳細は定かでない。

(70) Vgl. J.Heckel, aaO.(Anm.66), S.389.

(71) Vgl. J.Heckel, aaO.(Anm.66), S.390.

(72) J.Heckel, aaO.(Anm.66), S.389.

(73) むろん、以上のヘッケルの叙述に疑問がないわけではない。というのも、ある国家活動 (たとえば予算) を「国家指導」と位置づけることが、そのまま、当該活動の法的性格を解明することにつながるとは考えにくいからである (この点につき、Vgl.

Ernst Wolfgang Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2.Aufl. 1998, S.113f.)。既述のようにヘッケルは、予算法律を「行政行為」とみる通説に対し、かかる定式は予算確定に関する権限配分の具体的基準たりえないとして、これを批判した（Vgl. J.Heckel, aaO.(Anm.66), S.387)。翻って、予算を「国家指導」と性格づけることは、「その構造、議決手続、および法的効果」を判断する決定的基準たりうるという（Vgl. J.Heckel, aaO.(Anm.66), S.390)。が、「国家指導」なる概念からいかにしてそのような果実を得られるのか、その詳しい説明はなされていないように思われる。ヘッケルの所論に対して、〝国家指導はかくあるべし〟とする諸原則をあらかじめこの概念のなかに取り込んでおき、それを予算という具体例に適用しているだけのことだ、とする批判があるのはそのためであろう。Vgl. Karl Heinrich Friauf, Der Staatshaushaltsplan im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung, 1968, S.282.

(74) Vgl. W.Mössle, aaO.(Anm.29), S.110.

(75) Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 4.Aufl. 2005, S.493, Rn.45. これらに加えて、形式的意味のレギールング（執政府に憲法上配分された任務を指す）に言及されるのが一般的である。

(76) 〈執政府＝執政作用を担任する機関〉という理解の問題点については、Vgl. Meinhard Schröder, Aufgaben der Bundesregierung, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.3, 3.Aufl. 2005, S.1117, Rn.4.

(77) とはいえ、執政作用を担任する機関＝連邦執政府という図式が長らく通用してきたように思われる。たとえば、以下の連邦憲法裁判所決定は、連邦執政府を、国家指導遂行機関と位置づけている。Vgl. BVerfGE 105, 252 (270); 105, 279 (301). これらはたしかに、執政府「だけが」執政作用を担任すべきであると主張するものではないけれども、執政作用と執政府との強度な対応関係をそこに見出すことは難しくないと思われる。

(78) Vgl. L.Wittmayer, aaO.(Anm.58), S.333.

(79) Vgl. J.Heckel, aaO.(Anm.66), S.389.

(80) 前掲註(65)および(70)を参照のこと。

(81) Vgl. K.H.Friauf, aaO.(Anm.73), S.283; 284.

(82) Vgl. Gerhard Leibholz, Regierung und Parlament, in: ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3.Aufl. 1967, S.162f. 邦訳として参照、G・ライプホルツ（阿部照哉ほか訳）『現代民主主義の構造問題』（木鐸社・一九七四年）一八〇―一八一頁。傍点は引用者。

(83) Vgl. G.Jellinek, aaO.(Anm.36), S.616f. 邦訳四九六―四九七頁。

(84) Vgl. G.Jellinek, aaO.(Anm.36), S.618. 邦訳四九七頁。

(85) Vgl. R.Smend, aaO.(Anm.41), S.78, Anm.44.

(86) ヴィットマイヤーやヘッケルの所説においては、執政権を執政府の掌中に留めようとする傾きが強く、これに対する議会の参画はあくまで「例外」としての位置づけであったといえる。Vgl. Werner Heun, Staatshaushalt und Staatsleitung, 1989, S.21.

第二章　議会と執政――「協働権」としての執政権――

前章にみた「執政」領域の承認、およびヴァイマル国法学のなかに少なくともその萌芽を確認しえた協働執政理論は、基本法の下でどのように継受されていったか。その軌跡を辿り、ドイツにおける「執政」概念の核心に迫ることが、本章の課題である。

第一節　基本法下における「執政」概念の受容

基本法もまた、プロイセン憲法やヴァイマル憲法と同様に、国家作用としてのレギールングー概念を欠いている。これに代わって頻繁に用いられているのは「執行権」(vollziehende Gewalt) という概念であり、字義どおりに解すれば、「法律の執行」に関心が集中しているようにみえる。しかしながら、基本法制定過程に照らせば、右のような「執行権」の限定的理解は早計であろう。

わが国においても既に紹介されているように、[87] 基本法の草案段階においては「行政」概念が多用されていたところ、これがしだいに「執行権」概念へ変更され、現在に至っている。[88] この点につき、必ずしも活発な議論が交わされたわけではないものの、「法律の執行」にほぼ対応する「行政」概念は狭きに失するとの懸念がその根底にあり、外交や軍事

をはじめ広く国家指導作用を包含する概念として、「執行権」概念に軍配が上がったものと評価できる。[89]

すなわち、基本法は作用的意味でのレギールング概念こそ用いていないものの、「執政」領域の存在をむろん承認し、相応の関心を向けている、と彼国の学説は理解している。かかる基本法の下で展開された学説を、ここで検討の俎上に載せよう。

一　ヴァイマル国法学の継承と断絶

はじめに取り上げたいのは、ヴァイマル時代の「執政」理論を引き継ぎながらも、独自の視点からこれを発展させたU・ショイナーである。彼は、スメントの古稀祝賀論文集に寄せた論考において、一九世紀後半の実証主義的国法学を批判して次のように述べた。[90]

当時の国法学理論は、国家の機能を「法の維持者および創出者」たる点にしか求めていない。そこから生じるのは、立法権と執行権の二元対立図式であり、この「執行権」は「法律の執行」以上のものではない。すなわち、政治目的の確立および実現に向けて国民全体の活動を組織化するという、国家が本来的に担っているはずの国家指導的役割を、そこに見出すことはできない、というのである。

ショイナーは、実証主義的国法学に対する以上のような批判的理解に基づき、自らの立脚点をスメントの所説に求めた。つまり、「執政」領域の析出と、「政治」という鍵概念による同領域の画定[91]が、彼の主たる関心事となった。

（一）　スメント理論の継承

ショイナーは、国家の諸活動を、法的な領域と政治的な領域に区分しようと試みた。両者はたしかに截然と分離されうるものでないとはいえ、この区別は国家活動の内容的分類にとって重要な立脚点を提供するという。[92]このうち、「政

治」の領域について、ショイナーは次のように定義した。

「政治とは、国家全体に関わる目的についての創造的決定と、その貫徹に資する社会的権力の獲得および行使のことである。これは、社会的全体を形成する一定の思想と目的を打ちたて、これを貫徹する営みである」[93]。

要するに、これは、スメント理論継承の宣明である。国家全体に関する目的を設定し、指導、調整または計画に基づき当該目的の実現を図ってゆく一連の過程こそが「政治」の本質である、という命題がここで再び語られているのだ。ショイナーによれば、「執政」は、かかる「政治」の領域に属するという[94]。

（二）　協働執政理論の継受

ショイナーがそうした「執政」作用の筆頭に掲げるのは、立法権と執行権が相互に影響力を及ぼしあう活動である[95]。たとえば、連邦議会による連邦首相の選挙（基本法六三条一項）、連邦会議による連邦大統領の選挙（同五四条一項）、連邦首相・連邦議会・連邦大統領のいわば「協働」によって決定される連邦議会の解散（同六八条一項）がこれに含まれる。加えて、連邦執政府による議案提出および一定の法律に対する同意といった活動もまた考慮されなければならないであろう。つまり、連邦執政府による法律案の提出（同七六条一項）、予算支出超過法律に対する連邦執政府の同意（同一一三条）がそれである。さらに、予算や外交がここに付け加えられるべきことは、いうまでもない。

以上のような具体例のなかで、ショイナーがとくに注目したのは、「予算」であった。既述のように、「予算法律」の議決は権利の創出をその本質とするものではなく、財政的観点から国政プログラムを定立する行為であることから、その位置づけは古くから重要な論点でありつづけた。ショイナーは、この予算を「正当にも」国家指導行為と捉える立場として、ヘッケルの所説に共鳴し[96]、自らの立場を以下のように説明している[97]。

まず結論からいうならば、「予算法律は、執政府の（権限）領域に属する」。このような理解は、「予算法律は国民を

直接に拘束するものでないから、という理由ではなく、……これは法定立行為というより政治的国家指導だから、という理由」に基づき、引き出されるべきである。そして、こう述べる。「ここで立法府は、他の国家行為においてもみられたように、予算法律という協働行為（Gesamtakt）によってこれに参画するのだ」。

こうしたショイナーの説明は、次のように整理されうる。政治的な国家指導行為というべき作用、すなわち執政作用は、原則としてまず執政府の権限領域に属する。予算の確定をはじめとする執政行為は、それが国民に直接的な拘束力を及ぼすかどうかではなく、政治的な国家指導行為に該当することをもって、一次的には執政府の権限領域に配分される。そしてこのとき、予算法律の議決は、執政府の権限領域に対する議会の参画と位置づけられる。

ショイナーは以上のような執政府と議会との権限関係を指して、別の箇所において次のようにも語っている。「立法府と執政府は協働して、立法および相互の抑制という憲法システムのなかで、最高位の決定、すなわち『国家意思』を形成する」[98]。法律によって予算を確定し、条約を承認する議会権限、これを国家指導における執政府と議会の「協働」（Zusammenwirken）関係とみる捉え方[99]は、ヴィットマイヤーやヘッケルの予算理論の延長線上にあるといってよいだろう。他方、「協働」とはいっても、執政作用と執政府との分かちがたい結合が出発点となっており、〈執政府の本来的権限に参画する議会〉という理論図式となっていることが、ここでも注目されなければなるまい。

（三）「執政」と「立法」

ショイナーの学説を検討するのに、本稿はこれまで、ヴァイマル国法学からの連続性に重きを置いてきた。ところが、そのような視角に基づくだけでは、彼の所説の全体像を把握することはできないように思われる。というのも、ショイナーは、スメントの思考を無批判に継承したわけではないからである。そのことは、「立法」と「執政」の関係をめぐる十分な考察がスメント理論にはみられない、という彼の指摘にあらわれている[100]。

かく批判的視点をもつショイナーは、「立法」をも「執政」の一部として取り込む、新しい解釈を提示した。

「国家の政治的核心を、目標の決定ならびに（国家全体を）統合し俯瞰する総合的指導（Oberleitung）として析出させる場合には、立法もこれに属する。というのも、立法は法の定立のみならず、規範的な目標決定および社会秩序の形成にも資するからである」[101]。

かようにショイナーが「立法の政治的性格」に着目するようになったのは、先に紹介したスメントの古稀祝賀論文集（一九五二年）から十年後のことであるといわれる。すなわち、ショイナーは、一九六二年に公刊されたスメントの傘寿祝賀論文集に寄せた論考において、ふたたび「執政」領域の問題に取り組んだのである。

それによれば、「政治」は「法」に対立するものではなく、立法による法形成をそれ自体に含んでいるという。現代国家が重要な決定をほとんどすべて立法者に委ねてきたことに鑑みると、立法の政治的特質（Einschlag）は、近年ますます強化されているといわなければならない。ショイナーはこのように述べたうえで、従来いわれてきた「執政」のみならず、「立法」もまた、「国家指導」としての政治領域に取り込まれうると論結したのである[102]。

この見解に従うならば、〈国家指導＝「立法」にあらざる作用〉という等式は成り立たない。議会は、執政府によって設定された国家目的の実現に必要な施策を、「法律」という形式によって議決する権限を有しており、その意味で「立法」は、国家指導の重要な構成要素となるであろう。このとき、執政作用を第一次的に執政府の権限と捉える従来の図式は後退し、国家指導全体を議会と執政府の「協働」と位置づけるための基盤が整うように思われる[103]。

二　「共有」権限としての執政権

ショイナーによるスメント説の批判的継承を機縁として、基本法の下では、執政権の配分をめぐる議論が一段と活発化した。かかる議論の通奏低音は、いわゆる「協働執政理論」でありつづけたものの、そこでの執政府の優位を強調す

る従前の理解とは異なり、〈執政機関としての議会〉が徐々に顕在化してきたように思われる。このような流れを定着させるのに大きな影響を果たしたのが、以下に紹介するE・フリーゼンハーンの「共有」定式であった。

（一）執政府の独立性

フリーゼンハーンは、執政権の配分を説く前提として、議院内閣制における執政府と議会との権限関係につき基本的な注意を促している。それは、議院内閣制における執政府の独立性についてである。

議院内閣制の下では、執政府は議会多数派の支持を基盤に活動能力を得るから、いきおい「議会の執行委員会」に成り下がる可能性もないではない。彼はこれに対して、議院内閣制においても執政府は政治的指導機関として独立性を保持することを強調し、執政府が議会に影響力を行使する具体的なしくみとして、執政府に固有の政治指針決定権や（それに基づく）議案提出権が配分されている、と強調している。[104]

通常の政策決定局面においては、議会による決定を執政府が待つというより、逆に執政府の手になる政策案を議会が受け取り、必要に応じてこれに承認を与えているという。だが、フリーゼンハーンはこうした執政府の指導的地位を強調するだけではない。すなわち、国民生活にとって重要な問題については、議会がみずから指導的な役割を引き受け、執政府に実行させる政策を主体的に決定すべきであるという。[105]

（二）「協働」というキーワード

このように一方が他方に従属する関係にはない、二つの対等な機関――執政府と議会――は、執政作用の遂行にあたってどのような関係を取り結ぶのか。フリーゼンハーンは、「協働」というキーワードを駆使して、これを説明しようと試みる。すなわち、議院内閣制は、執政作用に議会を「協働」させる統治システムに他ならない、というのである。[106]

むろん、ここにいう「協働」は、執政府と議会の間に横たわる緊張関係の消失を意味しない。国家全体の意思を形成するに際して、それぞれの機関が独自の重要性と個別の機能を有していることに、フリーゼンハーンは注意を喚起している。それによれば、執政府が議会の「執行委員会」となる必要はなく、逆に、議会が執政府によって都合よく用いられる「道具」であっても困る。議会は執政府の提案に対して、ときにこれを追認し、ときに修正権を行使し、さらに別の事例においては提案を拒否して執政府に再考の機会を与えるとよい。かように、議会と執政府が相互に不断に影響力を行使しあうことによって、両者の「持続的な協働」(fortdauernde Zusammenarbeit) が成立し、ひいては実効的な「国家指導」に結実する、とフリーゼンハーンは力説するのである。[107]

(三) 「共有」定式

フリーゼンハーンは、以上のような協働執政理論を、次のような——今日なおしばしば引照される——著名な定式によって表現した。

「国家指導は、執政府と議会のいわば共有に属する」[108]。

この「共有」定式は、「厳格な権力分立原則」から自由になることによってはじめて成立しうる、と彼は述べている。つまり、議会をもっぱら立法者として、執政府を常に執行権として、両者の任務を硬直的に対置する理論枠組から脱却する必要があるというのである。フリーゼンハーンによれば、憲法の個別条項が執政府に専属させている権限を除いて、すべての執政権に、上述の「共有」定式が妥当するという。

その具体例の筆頭に挙げられているのは、「立法」である。執政府に法案提出権があり、執政府の代表が委員会や本会議における審議に参加しうるという一事だけでも、「立法」を「協働執政」のなかに位置づける道が開けるのではないか。ここでは、一定の執政作用に議会の協働を要請しているのは他ならぬ憲法規定それ自身である、ということに留

意が必要である。条約締結、宣戦講和にかかる決定、予算、そして組織編制法律といった例を列挙するまでもなく、基本法の規定する「協働執政」は多岐に亘っている。その意味で、〈執政機関としての議会〉は、基本法において例外的な議会像ではなく、むしろ一般的な議会の位置づけであるということができる。[109]

後述のように、「共有」概念の下で執政権を語ることには、否定的見解もないわけではない。が、フリーゼンハーンによって確立されたこの「共有」定式――協働執政理論――は、今日なお幅広い支持を獲得しているといってよいように思われる。[110]

第二節　国家指導的決定のための議会留保

上述のごとく執政作用が執政府の専権ではないことを強調する学説は、国家指導のなかで議会の関与を必須とする領域を画定しようと試みる。これが、「国家指導的決定のための議会留保」[111]と呼ばれる議論である。

こうした議会留保の典型例としては、議会に付与された外交領域における承認権や予算の議決権が挙げられる。後者については、本稿において既にいくらか触れたので、ここでは議会の外交権を考察の対象としたい。

一　協働権としての外交権

諸外国との条約締結、軍事同盟への加盟またはそこからの脱退など、外交案件の処理はいつの時代も国家指導の重要な一領域であった。ドイツの学説は、諸種の外交案件処理権限を「外交権」（Auswärtige Gewalt）という概念の下に一括し、[112]その配分のあり方を議論してきた。

（一）　執政府の専権か、それとも協働権か

まず問われたのは、わが国でも既に紹介されているとおり、[113] 外交案件に関与する議会権限の位置づけであった。たとえば、外交権の代表的な一局面に関わる基本法五九条二項は、次のように議会の「協働」（Mitwirkung）権を規定している。

「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承認または協働を必要とする」。

これをもって、議会をも外交権の主体と捉えるべきであろうか、それとも外交権の主体はどこまでも執政府であって、議会の協働権はあくまで例外的権限に留まると解するべきであろうか。

基本法制定からまだ間もないころ、W・G・グレーヴェは後者の見解を力説した。[114] それによれば、法定立権限を議会に委ねる一方、連邦首相および連邦執政府に政治的指導権限（六五条）を与える基本法の下で、外交政策の指導権限は執行権（Exekutive）に属すると考えられるべきである。一定の条約締結に対して議会の関与権限を認めた五九条二項は、立法権の「例外的権限」を規定しているにすぎないから、本条のみを理由に、執行権の活動に対する一般的な協働権を語ることは失当であるという。

これに対して、E・メンツェルは前者の見解、つまり外交権を執政府と議会の「協働権」（kombinierte Gewalt）[115] とする見解に立った。これは、諸国の憲法は通常、国民の生活にとって重大な意味をもつ決定――宣戦と講和、同盟、領土の変更、およびその他のすべての条約――を議会に委ねていること、そのとき議会に与えられるのは、条約の締結に対する単なるテクニカルな承認に尽きず、高度に政治的な決定をみずから下す権限であること等に着目した帰結であった。[116] むろん、「協働」という表現から分かるように、メンツェルは必ずしも外交権における議会の優位を強調しているわけではない。重要な外交案件の決定は、執政府だけでも、議会単独でも下されえず、両者の合意が成った場合にはじ

めて成立すること、これが本説の含意であった。

「外交権」を執政府の専権とみるか、それとも執政府と議会の協働権と捉えるか、というこの明確な対立軸は、爾後の論争を規定しつづけたといってよい。[117]

（二）「協働権」説の浸透

爾来、学界においては上記ふたつの立場が拮抗しながらも、メンツェルの立場、つまり「協働権」説が優位を保ってきたように思われる。[118] かように外交領域において議会の参与を求める声が高まった背景には、以下の二つの事情が垣間みえる。

一つは、基本法の規定する権力分立構造であろう。五九条二項の認める議会の条約承認権を「例外」とは位置づけられないほど、基本法は議会の「外交権」に随所で言及している。七三条一項が「連邦の専属的立法権」として外交・防衛事務（一号）、出入国管理（三号）、関税や通商に関する事項（五号）を掲げているほか、七四条がその他の多様な外交案件にかかる権限を「連邦の競合的立法権」として挙げているのは、その最も端的な例といえるであろう。[119] また、明示的に議会の参画権が認められていない事項すべてについて、その決定権を執政府の専権と捉える根拠が存するわけではない。基本法は、個別の「外交権」を、執政府に明示的に割り当ててはいないのである。[120]

もう一つは、ヨーロッパ化の進展との関係である。[121] 欧州連合の発展に伴って、それまで各国の国内規律に委ねられていた事項が、次々と欧州連合の立法事項としていわば吸い上げられていった。かかる状況下において、外政を内政から画然と分離することは難しくなった。すなわち、諸個人の法的地位がEU法によって規律されることも珍しくなくなったのである。そうした場合に、従来の法律の留保理論の趣旨に徴して、議会をこれに参与させるべしとの要求が高まることは想像に難くない。

二　連邦憲法裁判所の「外交権」理解

かように「協働権」説が支持を拡大する一方、連邦憲法裁判所は別の傾向を示してきたといわれる。つまり、議会の外交権を「例外的権限」として抑制的に捉える見解（上述のグレーヴェの立場）が、判例の基調を形成してきたといわれている。[122] ここでは、外交権の配分に関して下された連邦憲法裁判所の判決を概観しよう。

（一）　連邦憲法裁判所の伝統的理解

(1)　源流

その嚆矢となったのは、独仏通商協定に関する一九五二年の判決である。両国執政府の合意に基づき締結された同協定は、連邦議会による承認（基本法五九条二項一文）を必要とするか否か、これが本件機関訴訟の争点であった。[123]

この点につき、連邦憲法裁判所は、同条にいう「条約」の範囲を抑制的に解することによって、本件協定に対するその適用を否定した。[124] すなわち、同条にいう「条約」は、国事に関わる国際取極を広く包含する意ではなく、もっぱら国家の存立や国際的地位と深く関わる条約を意味するというのである。

かかる「条約」の限定的解釈を根底的に規定しているのが、外交権の担い手を執政府と捉える議論、換言すれば連邦議会に与えられる条約承認権を「例外的権限」とする位置づけである。同判決は、外交政策の指導権限を原則的に執政府の専権と捉える立場から、次のように説いた。

「そうした執行権の領域における立法権の例外的権限を、基本法五九条二項は、きわめて限定的な範囲で基礎づけた。基本法五九条二項において、二つの特殊な事例（連邦の政治的関係を規律する条約または連邦立法の対象と関わる条約）のために法律形式が留保されているという理由によってのみ、立法権はこの形式で執行権の活動に介入できる。基本法五九条二項は、それ以上に執政府の権限領域に介入する権利を連邦議会に与えたわけではないのだ」。[125]

連邦議会の条約承認権が「例外的権限」であることを強調するこの判示は、明らかに、上記グレーヴェの所説と重なり合う。[125]

(2) 展開

一九五二年判決の外交権理解は、その後も長く命脈を保つこととなった。[127] なかでも、右の伝統的理解を鮮明に打ち出したのは、ＮＡＴＯのミサイル配備に対する連邦執政府の容認決定が問題となった、一九八四年の判決である。本件容認決定は、議会の承認を得ないまま下されたことから、基本法五九条二項の「条約」締結手続との関連においてその合憲性が争われた。

連邦憲法裁判所は、基本法五九条二項の構成要件に該当しない外交権の行為は原則として、執政府の権限として配分されることを確言した。この判示によれば、同条の拡大解釈によって「条約」以外の外交活動にまで議会の協働権を及ぼすことは、「執行権の中核的な形成領域への侵害（Einbruch）に当たる」[128]という。そして、連邦執政府の外交活動が連邦の政治的関係を規律し、または連邦立法の対象に関わる場合にはいつでも、議会の同意を要する「条約」形式が選択されなければならない、とまで基本法は要求していないというのである。[129]

もっとも、この判決は、同条に規定された議会の条約承認権を、外交活動における意思形成への「協働権」と位置づけており、またこのような「協働権」は基本法において例外として片づけられえない重要性を有している、とさえ述べている。[130] とはいえ、外交権を「執行権の中核的な形成領域」と謳い、議会の「協働」を厳密な意味での「条約」に限定しようとする行論を正視するならば、本判決は外交権を執行権の専権とみる立場に近いと評されるべきであろう。[131]

このような外交権理解は、一九五〇年代から連邦憲法裁判所を貫流してきたということができる。[132]

（二）　センセーショナルな連邦憲法裁判所判決

ところがその後、上述の伝統的理解には変容が兆していることに注意しなければならない。このことは、一九九四年七月一二日の連邦憲法裁判所判決に明らかである。

(1)　国防軍派遣決定と議会留保

事案の概要は次のようである。一九四九年以来、ドイツの歴代執政府は、基本法上、防衛上の緊急事態でなければ武装兵士の出動は認められない、という見解をとってきた。ところが、変転する世界情勢のなかで、このような見解の維持は困難となり、連邦執政府は国際的安全保障活動に連邦国防軍（Bundeswehr）を活用するようになった。本件は、一九九二年から翌九三年にかけて下された一連の国防軍派遣決定[133]に対して、ＳＰＤとＦＤＰの議員が提起した機関訴訟である。そこでは、議会の承認を経ることなく上述の決定を下すことの是非が争点となった。

連邦憲法裁判所によれば、基本法は外交権を広く執行権に委ねながら、武装兵力の出動に関しては、原則として「連邦議会による事前の形成的な（konstitutiv）同意」を要求しているという。基本法は、連邦国防軍を「議会の軍隊」（Parlamentsheer）と位置づけ、これを民主的法治国的憲法秩序に取り込もうと腐心しているというのである[134]。そのうえで、同裁判所は次のように判示した。

「議会の関与が必要なのは、武装兵力の出動である。たしかに、同盟国に対する攻撃に際して（ドイツ連邦共和国が）支援義務を負うことについては、議会は既に基本法五九条二項によって求められる法律の形式で同意しており、かくして同盟事案の生起に際してドイツ軍が出動することを、議会は原則として承認した。しかしながらこのような場合においてもなお、既存の同盟上の義務に応じた具体的な出動に関して、――通常は事前に――議会による決定が必要である[135]」。

(2) 議会留保の拡大

この判示をめぐる現実的な課題は、議会による事前の同意が必要とされる軍事行動の範囲、これを解明することであった。判決はこれを、「武装兵力の出動（Einsätze bewaffneter Streitkräfte）」と明快に定式化しているところ、この「武装」および「出動」なる概念は具体的にいかなる軍事行動を指すのか、ということが学説の関心を惹いた。

判決はこの点に関連して、別の箇所で次のように述べている。すなわち、「連邦国防軍の人員を外国における援助業務、援助供与のために用いることは、その兵士が武装作戦（bewaffnete Unternahmen）に組み込まれないかぎり、連邦議会の承認を要しない」[136]という。この判示からすれば、当該派兵が「出動」にあたるか否かより、むしろ何をもって「武装作戦」に「組み込まれた」というべきか、そのメルクマールの方が決定的に重要ということになるであろう。[137]そして、「武装」には兵士の自己防衛を目的とする装備も含まれる、とするのが連邦憲法裁判所の理解であり、[138]また「組み込まれる」という表現に照らせば、たとえ受動的な形にせよ、派遣された兵士が武器を用いる作戦に関わりをもたざるをえない事例はすべて、連邦議会の決定を要するものと思われる。[139]

つまり、この判決は、外交権に関する議会留保を、結果としてかなり広く認めているように思われる。[140]この判決を指して、「センセーショナルな（aufsehenerregend）一歩を踏み出した」[141]とする評価が少なくないのは、そのためであろう。付言すれば、学説はおおむね、かかる連邦憲法裁判所の「変容」を好意的に受け止めているようである。[142]

(三) 「協働権」説への接近

もっとも、一九八四年判決と一九九四年判決とを比較するとき、そこに「変容」の痕跡を認めうるか否か、それ自体が議論の対象となりうるように思われる。というのも、後者の判決は、それまで認められてきた外交や軍事に関する執政府権限を否定するものではなく、この点について次のように注意を喚起しているからである。

「武装兵力の出動に対する同意の留保は、連邦議会に発案権を与えるものではない。連邦議会は単に、連邦執政府によって意図された（兵力）出動に対して同意を拒否するか、（危険が切迫していたために）例外的に議会の同意を得ないまま既に出動がはじまっていた場合には、これを差し止めることができるにすぎず、執政府に兵力の出動を義務づけることはできない。外交活動のために執政府に憲法上保障された、執行権の活動権限および責任の固有領域は、議会留保によって侵害されるものでない」[143]。

このように、一九九四年判決は執政府の外交権を議会の掌中に移そうとしているのではない。この点に着目するならば、二つの判決を同一線上において捉えることも、あながち不当とはいえないのかもしれない[144]。

だが、筆者のみるところ、一九九四年判決は、従来の連邦憲法裁判所判決との共通点より、むしろ相違点において注目されるべきである[145]。この判決によれば、たとえば出動する連邦国防軍の編隊といった組織的問題はなお執行権の固有領域として残存する一方、出動の有無または是非に関する決定はかならず連邦議会の関与を要することになる[146]。すなわち、これまで外交権を「執行権の中核的形成領域」と捉え、これに対する議会の関与を例外として扱ってきた連邦憲法裁判所が、連邦国防軍の海外派遣に原則として議会の事前承認を求めたのである。この判断は、多くの学説がいうように、外交権――とりわけ軍事領域――における伝統的な権限配分理論と一線を画するものと評価される[147]。

以上の分析から明らかなように、〈外交権＝執政府の権限〉という図式を固守していたようにみえる連邦憲法裁判所も、現在では、〈外交権＝協働権〉とする通説にかなり接近しつつあると思われる。

第三節　小括

本章では、前章において紹介したヴァイマル時代の「執政」理論が基本法の下で定着してゆく過程を、やや詳しく跡

づけてみた。その要点を二つに絞るならば、一つは、「執政」の本質を「国家指導」という「政治」の要素に求める見解の浸透である。これがスメントの所説に淵源すること、既に述べたとおりである。もう一つは、この執政作用を議会と執政府の「協働権」と捉える立論の隆盛である。本稿はときにこれを、「協働執政理論」と呼んできた。

既述のように、この協働執政理論はドイツにおいてきわめて有力であるものの、これに対する批判もないわけではない。本章を閉じるにあたって、かかる批判に耳を傾けることにより、「協働」の意味するところをさらに深く掘り下げたい。

(1) 協働執政理論に対する批判

管見のかぎり、協働執政理論に対しては、三種の批判が向けられている。

第一に、権力分立への適合性という視角から放たれる批判が存する。すなわち、基本法は国家の諸作用――立法・執行権・裁判――が個別の諸機関によって行使されるよう求めているところ（二〇条二項）、「協働」なる枠組はこれとうまく接合しない、というのである。[148] とりわけ、フリーゼンハーンのように、国会と執政府の権限関係を説明するのに「共有」という私法上の概念を用いる場合に、この批判は先鋭化するように思われる。[149]

第二に、権限配分基準としての漠然不明確性に対する異議がある。いうまでもなく、「協働」または「共有」という曖昧な定式は、それ以上に何か指示内容を含んでいるわけではない。個別具体的な事例において、議会と執政府にいかなる権限を配分し、どのような協働秩序を構築するかという点こそが肝要であるにもかかわらず、この定式は、何らその基準らしきものを提示できないと批判されるのである。[150]

第三に、議会少数派（野党）の見地に立つ批判も存在する。つまり、議会による執政を唱えたところで、真実これに参画しうるのは、執政府と諸政策を共有しこれを支持する議会多数派（与党）だけではないか、というのである。協働

執政理論は野党の政治的役割を顧慮していない、とするH・P・シュナイダーの批判は、かかる文脈において理解されよう。[151]

(2)「協働」によるコントロール

まず第一および第三の批判についてみると、「協働」という概念に具わる語感が、誤導的に作用しているといえるのではなかろうか。

たしかに、この用語は、一方が他方を後押しすることによって、双方が協力して物事を推進するという、ポジティヴな局面を想起させる。たとえば、執政府が諸政策を立案し、議会がこれを可決するという場面を考えてみるとよい。このとき、執政府と協働する主体は、議会全体というより、与党かぎりといえるかもしれない。しかしながら、「協働」なる概念によって表されるのは、そうしたポジティヴな局面だけではない。このことを明らかにしたのが、〈協働によるコントロール〉に着目したK・レーヴェンシュタインである。

周知のように、レーヴェンシュタインは、従来の権力分立論に代えて、政策決定、政策執行、政治的コントロールから成る国家作用の新しい三分類を提示した。[152] それによれば、立法・執行両権による国家作用はおおむね、(a)諸政策の決定から、(b)その執行に至る一連のプロセスであるということができ、その全体を通して(c)政治的コントロールが絶え間なく繰り返されるという。

レーヴェンシュタインは、この「政治的コントロール」を、(イ)「分割的権力（geteilte Macht）によるコントロール」と(ロ)「自律的な（autonome）権力コントロール」の二種に分けた。[153] 前者は、複数の権力保持機関が一つの作用（たとえば立法作用）の行使において「協働」しなければならない場合に、作動する。これに対して後者は、執政府に対する議会の不信任決議権のように、ある機関がその裁量に基づいて行使しうるコントロール権を指すという。このう

ち、本稿の関心に照らして重要なのは、前者である。

執政府がみずからの政策を「法律案」として議会に提出した場合、議会はこれを審議・承認する。ときに議会はこれを拒否または修正することによって、主体的に政策決定に関与し、また法律案をそのまま承認する場合でも、これによって当該政策決定に対して連帯責任を負う。レーヴェンシュタインのいう「分割的権力」とは、正しくかような政策決定プロセスを指しており、彼はそこでの議会・執政府関係を、「協働」と表現する。[154] すなわち、「分割的権力によるコントロール」は、「協働によるコントロール」と同義であり、そこには、機関間の協働それ自体がコントロールなのだ、という思考があらわれているのである。[155]

かくして、上記レーヴェンシュタインの所説から、次のような重要な示唆を得ることができるだろう。それは、これまで学説が「権力相互のコントロール」と呼んできた権力分立の一側面は、機関間の「協働」の側面に他ならない、ということである。換言すれば、「協働」という概念は、一方が他方のアクセルとなる局面だけを捉えているのではなく、たとえば議会が執政府の提案を拒否して再考を促したり、みずから修正を施したりするような、いわばブレーキとしての局面をも視野に収めているということである。このように解するならば、議会少数派であっても「協働」の主体であることに変わりはなく、また協働執政理論が権力分立と衝突するといった批判は当を得ないものであるように思われる。

(3) 機能的権力分立論の地平へ

次に、第二の批判について考えるに、その主張はもっともである。「執政」を議会と執政府の「協働権」として定式化したところで、肝心の個別具体的な権限配分は未解明のままである。しかし、だからといって、この定式化に意味がないという結論にはならない。

というのも、協働執政理論はもともと、権限配分の具体的基準の提示をその目的とするものではないからである。既

述のごとく、「執政」作用は、これがもともと君主の掌中に属していたという沿革にも支えられて、執政府の専権領域であるかのように語られがちであった。これに対して、その代表的領域である予算や外交、そして近年では「法律」の議決を経ておこなわれる国家指導に着目しつつ、執政作用と執政府との安易な直線的連結を戒めたのが、協働執政理論である。その含意は、殊に執政権を内閣権限と位置づける傾向が根強い場合に、なお示唆に富んでいるということができよう。

他方、かかる定式の下での具体的な権限配分のあり方は、権力分立論というもう一つの議論領域に属する課題である。ドイツの場合、各国家機関の組織構造とそれが担うべき機能との相関性（「機能に適した機関構造」）を重視した権力分立論（機能的権力分立論）が有力であるといわれてきた。[156] その基底を成しているのは、権力分立原理の目的を捉えなおそうとする思考である。

権力分立の本義を、もっぱら権力濫用の防止とそれによる自由の保障に見出すとしよう。権力濫用を招く典型は権力の集中であるから、その排除、すなわち権力「分離」の徹底がここでの一次的関心事となる。これに対して、機能的権力分立論は、上述の自由保障的側面を重視しつつも、同時に、国務の効果的な遂行を同原理の主たる目的に掲げようとする。顧みれば、一つの国家作用に複数の国家機関を参与させることが権力分立原理の要請であるところ、国家の諸作用を円滑に進めるためには、適正な権限配分を通して機関間の有意な協働秩序を構築することが肝要となる。機能的権力分立論はこの点を同原理の目的として強調する考え方であり、その意味で、権力分立の機構創設的な側面を重視しているということができる。

ここにいう「適正な権限配分」は、既述のように、各国家機関の組織構造とそれが担うべき機能との相関性によって規定される。つまり、機能的権力分立論の下では、機関構造に適した権限配分を通じて機関間の円滑な協働関係を構築し、もって国家任務の適正な遂行を実現することが、統治機構の出発点となるのである。

執政権の配分に関する基本法の諸規定（条約締結に関する五九条二項、政治の基本方針決定権限に関する六五条、法律案の提出権に関する七六条、予算法律に関する一一〇条など）は、かかる機能的観点から再解釈されなければならない。

(87) 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（京都大学）一三二巻四・五・六号（一九九三年）一六七―一七四頁。

(88) Vgl. W.Frotscher, aaO.(Anm.9), S.173ff.

(89) たとえば基本法二〇条二項にいう「執行権」が、「執政」と「行政」を包括する概念であることについて、広く見解の一致が成立しているといってよい。執行権のかかる包括性ゆえに、「外交権」や「軍事権」をいわゆる三権とは別に設定する必要はないと評されてきた。Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.1, 2.Aufl. 1995, S.1013f., Rn.52.

(90) Vgl. U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.466.

(91) ショイナーは、「執政」をイェリネックのいう「自由な」領域と捉えることに、躊躇を覚えていたようである。というのも、「『政治的な』諸決定であっても、その内容に関する法的規律または少なくとも当該決定を限界づける法的規律が存在するかぎり、法的に形成され、裁判官の判断に服しうる」（U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.493）からである。ショイナーがスメントに倣って、「執政」のメルクマールを「政治」に求めた背景には、このような考慮が働いていたとみるべきであろう。

(92) Vgl. U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.474.

(93) U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.472.

(94) Vgl. U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.476.

(95) Vgl. U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.476f.

(96) Vgl. Ulrich Scheuner, Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung rechtsetzender Gewalt, in: W.E.Genzer / W.Einbeck (Hrsg.), Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, 1952, S.140.

(97) U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.477.

(98) U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.478.

(99) Vgl. U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.485.
(100) Vgl. Ulrich Scheuner, Regierung, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd.8, 1964, S.782.
(101) U.Scheuner, aaO.(Anm.100), S.782.
(102) Vgl. Ulrich Scheuner, Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre (1962), in: ders., aaO.(Anm.53), S.78.
(103) Vgl. W.Heun, aaO.(Anm.86), S.21f. この論者は、かかるショイナーの見解につき、従前の彼の理解を「修正」したものと評価している（S.22, Anm.20）。たしかに、「執政権」の帰属主体に関するショイナーの説明は、変容してきたように読める。しかし、「立法」を「執政」（国家指導）の一部に取り込む立論は、一九六〇年代になってはじめて着想されたものではない。ショイナーは、一九五二年論文において既に、現代国家において法律が国家指導の「本来的手段」となっていることを指摘している。すなわち、法律はただ市民の権利義務を規定するにとどまらず、国家の政治目標の法的確定および計画的定式化に仕え、この貫徹に向けて国家全体を嚮導するための手段として、重要な役割を果たしているというのである（Vgl. U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.474）。また、「政治」の領域には、近時まずもって立法が分類されるべきである、とまで彼は述べている（Vgl. U.Scheuner, aaO.(Anm.53), S.477）。このことからすれば、ここに紹介したショイナーの学説を、従前の見解の「修正」と言い切ってしまうことには、疑問が残るというべきであろう。
(104) Vgl. E.Friesenhahn, aaO.(Anm.3), S.33.
(105) Vgl. E.Friesenhahn, aaO.(Anm.3), S.36.
(106) Vgl. E.Friesenhahn, aaO.(Anm.3), S.34.
(107) Vgl. E.Friesenhahn, aaO.(Anm.3), S.35f.
(108) E.Friesenhahn, aaO.(Anm.3), S.38. フリーゼンハーンはこの一節に脚注を付し、ヘッケルの「民主的権力分立」構想に言及している。それによれば、ヘッケルはもっぱら「予算」を念頭に置いて協働執政理論を唱えたが、この構想は外交権や軍事権といった他の国家指導領域にも援用可能であるという。
(109) Vgl. E.Friesenhahn, aaO.(Anm.3), S.38, Anm.73.
(110) Vgl. Klaus Joachim Grigoleit, Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage, 2004, S.18f. 本書は執政権の配分をめぐる諸学説につき、次のように整理する。一方には、執政権を原則として執政府の権限と解し、これに議会が関与することを「執政権に対する議会の介入（Einbruch）」と捉える見方がある。他方、代表民主政を重視する立場から、議会を執政の中核に据え、すべての国家指導的決定に関して議会に「大権」（Prärogative）を与えるべきと説く見解もある（S.18）。かように対立する二つの見解

は、いずれも極端な主張で説得力をもたない。本書はこう指摘したうえで、フリーゼンハーンの「共有」定式に賛意を示している。すなわち、かかる折衷的な見解こそ、国家指導の権力横断的性格を正しく表現しうるというのである（S.19）。他にフリーゼンハーンの定式を支持する論考として、Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Planung zwischen Regierung und Parlament, Der Staat 11 (1972), S.444; S.Magiera, aaO.(Anm.8), S.218ff.; Heinrich Oberreuter, Politische Führung in der parlamentarische Demokratie, in: FS f. Rudolf Morsey zum 65. Geburtstag, 1992, S.159ff.; Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 22.Aufl. 2006, S. 248, Rn.674; H.Mauer, aaO.(Anm.75), S.494, Rn.45.

(111) Vgl. W.Mössle, aaO.(Anm.29), S.135ff.

(112) Vgl. Christian Calliess, Auswärtige Gewalt, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.4, 3.Aufl. 2006, S.590, Rn.1. それによれば、一九世紀末に公刊されたA・ヘーネルの体系書をもって、「外交権」概念の嚆矢ということができる。Vgl. Albert Haenel, Deutsches Staatsrecht, Bd.1, 1892, S.531.

(113) 参照、芦部信喜「条約の締結と国会の承認権」同『憲法と議会政』（東京大学出版会・一九七一年）二〇八―二〇九頁〔初出一九五八年〕。

(114) Vgl. Wilhelm G.Grewe, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), S.135f.

(115) Eberhard Menzel, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), S.194.

(116) Vgl. E.Menzel, aaO.(Anm.115), S.194f.

(117) この対立軸は、周知のように、条約の効力論と密接に絡み合っていた。前説は、基本法五九条二項にいう「条約」の範囲を狭く解釈する方へ傾き、議会による承認を欠いた条約の効力を場合によっては是認しようと試みる。後説は逆に、議会の承認を要する「条約」を可能なかぎり広く理解する方向へ進み、この承認なき条約の効力を否定する。

(118) Vgl. Hans W.Baade, Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt der Bundesrepublik Deutschland, 1962, S.118ff.; Gunner Folke Schuppert, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, 1973, S.51; Klaus Stern, Staatsrecht, Bd.1, 2.Aufl. 1984, S.499; Ulrich Fastenrath, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, 1986, S.215f.; Hans D. Jarass / Bodo Pieroth, GG Kommentar, 8.Aufl. 2006, S.696, Rn.8. もっとも、グレーヴェに代表されるもう一つの見解をもって「多数説」とする分析もある。Vgl. C.Calliess, aaO. (Anm.112), S.614, Rn.43.

(119) その他、欧州連合に関わる事項について連邦議会の協働権を認める二三条、国際機関への主権の委譲に「法律」を求める二四条一項、さらに講和条約の締結を「連邦立法」に委ねる一一五ー条三項等が注目される。

(120) Vgl. Rüdiger Wolfrum, Auswärtige Beziehungen und Verteidigungspolitik, in: Peter Badura / Horst Dreier (Hrsg.), FS

50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd.2, 2001, S.698.

(121) Vgl. Rüdiger Wolfrum, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), S.40.

(122) Vgl. Stefan Kadelbach / Ute Guntermann, Vertragsgewalt und Parlamentsvorbehalt, AöR 126 (2001), S.567. なおこの論文は、連邦憲法裁判所の外交権理解を「多数説」も共有しているとの認識を示しているところ、筆者の学説分析がこれと異なることは既述のとおりである。

(123) 本件訴訟を申し立てた社会民主党（ＳＰＤ）の主張は、次の二点である。(イ)連邦執政府は、連邦議会に対する本件協定の承認要求を怠ることにより、基本法五九条二項一文によって同議会に与えられた権利を侵害した、(ロ)いわゆる経済協定は、同条にいう政治的条約であり、連邦議会の協働を必要とする。Vgl. BVerfGE 1, 372 (377).

(124) BVerfGE 1, 372 (380).

(125) BVerfGE 1, 372 (394). 傍点部分は原文においてイタリック。

(126) Vgl. Wilhelm G.Grewe, Auswärtige Gewalt, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.3, 2.Aufl. 1996, S.940, Rn.48.

(127) Vgl. BVerfGE 1, 396 (414); 1, 281 (282); 2, 347 (379).

(128) BVerfGE 68, 1 (87).

(129) BVerfGE 68, 1 (86).

(130) BVerfGE 68, 1 (85).

(131) Vgl. W.G.Grewe, aaO.(Anm.126), S.940, Rn.47.

(132) Vgl. W.G.Grewe, aaO.(Anm.126), S.939, Rn.46.

(133) 具体的には、連邦執政府は次のような決定を下し、その実施命令を発した。すなわち、(イ)一九九二年から翌九三年にかけて、国連安全保障理事会決議に基づきセルビアに対して発令された通商停止措置やボスニア上空飛行禁止措置を監視するため、(i)連邦海軍フリゲート艦隊を派遣すること、(ii)北大西洋条約機構（ＮＡＴＯ）によるＡＷＡＣＳ（空中早期警戒管制システム）レーダー監視飛行に連邦国防軍を投入すること、(ロ)一九九三年に、ソマリアにおける国連活動（第二次国連ソマリア活動ＵＮＩＳＯＭＩＩ）に対して、連邦国防軍を参加させること、が決定の内容である。

(134) BVerfGE 90, 286 (381f.). 邦語による紹介として参照、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２版）』（信山社・二〇〇六年）三六六頁以下。

(135) BVerfGE 90, 286 (387). 傍点部分は、原文ではイタリック。

(136) BVerfGE 90, 286 (388).

(137) Vgl. Christian Lutze, Der Parlamentsvorbehalt beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte, DÖV 2003, S.973.

(138) BVerfGE 90, 286 (388).

(139) Vgl. C.Lutze, aaO.(Anm.137), S.973.

(140) むろん、上述の判示は議会留保の範囲に関して必ずしも明確でない。たとえば、派遣された連邦国防軍の活動はいかなる時点で「武装」作戦に「組み込まれた」ことになるのか、またはどの程度「組み込まれた」とき議会留保を作動させることになるのか、といった点をこの判決は明らかにしていない。それゆえに、学界のみならず、議会（政党間）においても議論は収束しなかった。この問題は、二〇〇五年三月二四日に発効した「議会関与法」(Parlamentsbeteiligungsrecht) によっていちおうの解決をみたものの、未だ解明を要する部分が少なくないようである。Vgl. Florian Schröder, Das neue Parlamentsbeteiligungsgesetz, NJW 2005, S.1401ff.

(141) Vgl. Michael Wild, BVerfGE 90, 286－AWACS / Somalia, in: Jörg Menzel (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, S. 547.

(142) Vgl. Michael Wild, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen für Auslandseinsätze der Bundeswehr nach dem Kosovo Krieg, DÖV 2000, S.622.

(143) BVerfGE 90, 286 (389).

(144) Vgl. Kay Hailbronner, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), S.10; S.Kadelbach / U.Guntermann, aaO.(Anm.122), S.573; C.Calliess, aaO.(Anm.112), S.610, Rn.37. とくに、基本法五九条二項が連邦議会の承認を要求する「条約」につき、その拡大解釈を戒めるという点に着目するならば、連邦憲法裁判所の見解は一貫している。一九九四年の本判決もまた、上述の一九五二年判決および一九八四年判決を明示的に引照しながら、同条の拡大解釈を斥け、さらに次のように判示している。「基本法五九条二項一文の要件に当てはまらない外交権の行為は、原則として、執政府の権限領域に割り当てられる」。BVerfGE 90, 286 (358.). 以上のような基本法五九条二項一文の解釈を、連邦憲法裁判所が現在なお踏襲していることを示す判決として、Vgl. BVerfGE 104, 151 (207).

(145) Vgl. Juliane Kokott, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, DVBl 1996, S.939f.; R.Wolfrum, aaO.(Anm.121), S.52.

(146) Vgl. M.Wild, aaO.(Anm.141), S.549.

(147) Vgl. M.Wild, aaO.(Anm.141), S.549.

(148) Vgl. Wolfgang Graf Vitzthum, Parlament und Planung, 1978, S.259ff. この論者は、議会もまた執政作用に参画しうること

それ自体を否定しているのではなく、これを「協働権」と位置づけることに異議を唱えている。以下に引用する他の論者も、この点については同様であるといってよかろう。

(149) Vgl. W.Frotscher, aaO.(Anm.9), S.213.

(150) Vgl. W.G.Vitzthum, aaO.(Anm.148), S.262.

(151) Vgl. Hans-Peter Schneider, Das parlamentarische System, in: Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2.Aufl. 1994, S.571, Rn.82.

(152) Vgl. Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 2.Aufl. 1969, S.39ff.　邦訳として参照、カール・レーヴェンシュタイン（阿部照哉・山川雄巳共訳）『新訂 現代憲法論』（有信堂・一九八六年）五六頁以下。

(153) Vgl. K.Loewenstein, aaO.(Anm.152), S.47f.　邦訳六四―六五頁。

(154) レーヴェンシュタインは、このような協働について、「立憲主義の本質に属する」と評している。Vgl. K.Loewenstein, aaO.(Anm.152), S.42.　邦訳五九頁。

(155) Vgl. K.Loewenstein, aaO.(Anm.152), S.47.　邦訳六四頁。そこには次のような叙述がある。「分割された権力は、それ自体、権力の相互コントロールを意味する」。

(156) この点につき筆者は、以前に簡単な紹介を試みた。参照、村西良太「権力分立論の現代的展開――機能的権力分立論の可能性――」九大法学九〇号（二〇〇五年）二一三頁以下。

第三章　「執政」概念の行方――わが国における執政説の再検討――

本稿のこれまでの分析によれば、「執政」とは、国家の針路を定め、そのために必要な政策を立案・決定し、その円滑な実行のために総合的調整を施す作用のことである。ドイツの学説は、この執政権限を、執政府と議会にまたがって帰属する「協働権」と理解してきた。ここでは、執政府と並んで議会もまた、「執政機関」であるという。

翻って、同じく「執政」と「行政」の区別に関心を示すようになってきたわが国の憲法学説は、どうだろうか。そこ

に、「執政機関としての国会」を語る土壌はあるだろうか。筆者のみるところ、これには否定的に回答せざるを得ないように思われる。[157]

わが国において、「執政」概念をめぐる論争の舞台は、日本国憲法六五条であった。すなわち、同条にいう「行政」概念をめぐる新しい学説として、執政説は唱えられたのである。本章では、そうしたこれまでの議論を整理するとともに、協働執政理論をわが国にも導入する可能性とその意義について検討したい。

第一節　日本における「執政」概念の展開

わが国の憲法学説において、「執政」概念に対する関心が顕在化したのは、おおよそ一九九〇年代以降といってよいだろう。[158] それ以前の学説状況を顧みるならば、主たる争点はもっぱら「行政」の定義であり、積極的な概念規定を試みる少数説に一瞥を投げながらも、圧倒的な支持を誇る「控除説」に落ち着くのが常道であった。

一　伝統的学説にみる「執政」の位置づけ

以下、「行政」概念に関する従来の諸学説を、そこにおける「執政」の位置づけという観点から整理しなおしてみよう。この点につき、大別すれば、二つの異なる思考枠組を対峙させることができるように思われる。[159]

（一）「執政」を「行政」のなかに含める立場

その一つ目は、「行政」のなかに「執政」を含めて考える立場である。その典型は、何よりもまず、控除説に求められる。

(1)　行政の雑多性

控除説が、「行政」の「雑多性」を理由にその積極的定義を断念したことは、本説の主唱者による次の説明にあらわれていよう。

「ひとしく執行といっても司法の内容は比較的簡明であるのに対し、行政の内容は複雑多岐であって、かならずしも明確でないため、行政の概念規定については、諸種の説が行なわれ、いまだに定説が見られない。……（このうち、通説たる控除説に関しては）行政の行政たる本質の究明を回避し、行政の積極的概念規定を不可能としてあきらめるものであるために、各方面から不満がもたれているが、それはやむをえない。これに対し、なんとかして、行政に積極的な概念規定を与えようとする試みが、かなり以前から内外でなされている。けれども、問題がきわめてむずかしいので、いまだ満足な解決がえられない状態にある」[100]。

それでは、「立法」、「行政」、「司法」のなかで、なぜ「行政」だけが、積極的定義を「あきらめ」ざるをえないほどの雑多性を抱え込んだのだろうか。「行政」は「雑多」であるというとき、具体的には、いかなる国家作用がその念頭に浮かんでいるのか。

(2)　控除説にいう「雑多な行政」の中身

その回答は、たとえば以下の叙述に示されていよう。

「それ（憲法六五条にいう「行政権」――引用者註）は、国家作用のうちから、法規範を定立する作用、および、民事・刑事の裁判を行う作用を除き、法律を執行したり、外交事務を処理したり、公務員を選任したり、指揮監督したり、国内の治安を維持したり、その他国民生活の安定と向上とをはかるために各種の政策を遂行する国家作用の総称である」[101]。

既述のごとく、外交事務の処理や公務員の選任および指揮監督は、「執政」の代表例といってよい。つまり、控除説は、法律の執行のみならず、種々の「執政」作用をも「行政」のなかに取り込んだのである。[162] それゆえ、「行政」の中身は拡散し、その統一的な概念規定は困難を極めたということができる。[163]

(3) 霞みがちな「執政」／「行政」の境界線

もっとも、控除説が「執政」と「（狭義の）行政」との区別を知らなかったかというと、そうとも言い切れない。[164] 石川健治のいうように、控除説の背景には、「法治国家をめざす近代公法学の巨大なプロジェクトが控えていた」のかもしれない。その所説によれば、諸々の国家指導作用をも「法律」のなかへ包み込み、「法律による行政」を貫徹し、もって国家からの自由を防護する企てが、控除説の基底には伏在しているという。むろん、国家指導作用を法律によって完全に包み込むことはできず、そこから漏出する政治作用があらわれること必至である。控除説は、このような法治主義貫徹の無理を知りつつ、それでも、すべての政治作用を法治行政のなかに押し込むことによって「自由」の確保を企図した、というのである。[165] かかる分析に従うならば、控除説は、上述の区別を知らなかったわけではなく、むしろこれを踏まえつつ、「執政」を「行政」のなかに封印したということになるだろう。

だが、仮に控除説が「行政」と「執政」との区別に自覚的であったにせよ、両者の境界線をどこに引くかという問題は、本説にとって少なくとも一次的な関心事ではなかった。控除説は、「行政」のなかに「執政」をも含めることによってその外延を拡張させ、結局のところ積極的定義を放棄すると同時に、そこでの「執政」の位置づけを明確化することさえ怠ったのである。[166]

（二）「執政」を「行政」のなかに含めない立場

「執政」の位置づけに関するもう一つの思考枠組は、「行政」の定義にあたって、「執政」をあらかじめ除外する立場である。

(1)　積極説における執政

たとえば、「法のもとに法の規制を受けながら、現実具体的に国家目的の積極的実現をめざして行な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」（田中二郎）[167]という著名な定義は、かかる見地から提唱されたものである。すなわち、右の積極的定義にいう「行政」は、「人民に対する関係において行われる作用」に限定されているということである。[168]つまり、「控除説」とは異なり、外交や国防をはじめとする「執政」作用は、もともと「行政」には含まれていないように思われる。[169]

にもかかわらず、田中が「行政」を「法律の執行」と定義せずに、「法の下に法の規制を受けながら」という慎重な表現を採用したのは、行政の裁量性に対する考慮ゆえのことであった。[170]すなわち、「行政」を上述のように限定的に解したとしても、そのすべてを法律の具体化とみることはできず、個別の事態に即応した自由な判断を要する局面が少なからず存在すること、また、そのような場合であっても法による「行政」の基礎づけそれ自体は必要であることを、この積極的定義はあらわしているのである。

以上の説明から分かるように、積極説にいう「行政」は、「執政」をはじめから除外している。換言すれば、積極説は、考察の端緒において「執政」と「行政」との区別を念頭におきながら、検討対象を後者に絞ることにより、結果として前者に関する考究を放棄してしまった、と思料されるのである。

(2) 限定的控除説における執政

同じことは、いわゆる「限定的控除説」[171]にもそのまま当てはまる。

権力分立の当然の帰結として控除説を支持する小嶋和司は、正当にも、次のように指摘した。「このような論理構造において重要なのは、何を総計として、そこから『立法』と『司法』とを控除するのかということである」[172]。権力分立は、「一定の国家作用がア・プリオリに存在することを前提として、これを配分する」制度原理である、と小嶋はいっているのである[173]。

小嶋によれば、その総計とは、国家作用の全般を指すわけではない。第一に、権力分立体制があってはじめて成立する諸権限（各機関の自律権、議会解散権、内閣不信任決議権など）は、その総計よりあらかじめ除外されなければならない。第二に、権力分立は「被治者対国家」の局面において要求される原理であり、三権の分類は「国家の対国民的作用のみを念頭に」[174]おいているから、そうした対内的作用に属しえない諸権限（外交作用など）、または対内的作用であっても直接に国民を支配するとはいえない諸権限（予算、決算の確定など）も同様に、はじめから考慮の外にあるという[175]。

以上のように、小嶋の理解はたしかに「控除説」に違いないものの、「国家の人民支配作用」に限定してそこから「立法」と「司法」とを控除する点において、従来の通説とは異なっている[176]。換言すれば、小嶋の控除説は、「執政」をも「法律による行政」のなかに組み込もうと強弁するのではなく、むしろ前者を、「行政」概念に関する考察から切り離そうと主張しているのである[177]。

(三) 未解明の「執政」

「行政」概念論争に関するこれまでの分析から、従来の学説における「執政」の位置づけは、次の二つのタイプに分

かれることが明らかとなった。

一つは、「執政」を「行政」の一部として取り込んでしまうタイプである（控除説はその典型例といえる）。この立場は、結果として雑多な作用を抱え込むことになった「行政」につき、その統一的な概念定義の困難を語るのみであり、「執政」／狭義の「行政」という区別に対してとくに関心を示さない。

もう一つは、「執政」をあらかじめ考察対象から除外し、「行政」を対国民的作用に限定して論じるタイプである（積極説や限定的控除説はこれに属する）。この立場において、「執政」／狭義の「行政」という区別は重要な前提であるものの、検討の俎上には後者しか載らないから、「執政」の本質は未解明のまま残ってしまう。

以上の摘要から分かるように、「行政」概念に関するわが国の伝統的学説はいずれも、「執政」領域の析出に消極的であった。周知のように、通説たる控除説は、その沿革を、ドイツ立憲君主制の歴史図式に求めてきた[78]。その一方で、「執政」作用を「行政」のなかから括り出し、その領野を画定するというもう一つの営みについていうならば、わが国の伝統的学説は、ドイツ国法学の成果に冷淡であったと評価できそうである。

二　「執政」を析出させる試み

ところが、一九九〇年代に入るころから、わが国においても、上述の学説状況を見直す機運が高まってきた。厳存する「執政」領域につき、従前の学説は、いわば見て見ぬふりをしてきたのではないか。「法律の執行」と捉えることが困難な政治領域を「自覚的に主題化」し、その統制のあり方を論じることこそ、憲法学の本領ではないか[79]。こうした批判が徐々に有力化してきたのである。

では、この「執政」の「自覚的〔な〕主題化」は、いかにして可能か。

その回答として提示されたのが、日本国憲法六五条にいう「行政」を、「執政」と読み替える試みであった（執政説）。

（一）「執政」のメルクマール

本説の論者が、「執政」の本質としてとくに強調するのは、当該作用の自由創造性である。すなわち、「行政」が法律の規律に拘束される作用を意味するのに対して、「執政」は、「法律から自由に形成される作用」[180]を指すというのである。具体的には、日本国憲法七三条に列挙されている諸権限、たとえば「国務を総理すること」（同条一号後段）、「外交関係を処理すること」（同二号）、「条約を締結すること」（同三号）等がその代表例とされる。[181]

もっとも、「法律から自由な」という形容は、必ずしも一義的ではない。当該論者じしんが認めるように、[182]「執政」といえども、議会制定法による規律をまったく排除しうる領域ではありえないからである。[183]このことを意識しているのか、執政説の代表的論者と目される佐藤幸治は、自由創造性という表現には拠らず、「行政権に内在する……政治・統治の作用」として「執政」領域を画定する。[184]

（二）注目される「国務の総理」

その佐藤が「執政」の析出に際してとくに注目したのは、先にすこし言及した「国務〔の〕総理」（日本国憲法七三条一号）なる国家作用であった。[185]この条文は、「行政」が「国法の執行」に尽きないこと、日本国憲法みずから「国法の執行」に留まらない政治作用を内閣に委ねていること、をわれわれに教えているというのである。七三条一号は同六五条にいう「行政権」の中核をなしており、七三条はこの一号（「国務〔の〕総理」）を基軸として、これと密接に関連する諸任務を内閣に委ねるための規定である、と佐藤は解説している。[186]

この理解に従うならば、同号は「国務を総理する」という文言の直前に、ややミスリーディングな表現を含んでいることになるであろう。すなわち、内閣がみずから「法律を誠実に執行」すべきであるかのように、換言すれば内閣が「法律を誠実に執行」する主体であるかのように、この条文は規定しているところ、この任務は第一次的には「行政各

部」のものである。内閣は、「行政各部」による法律の執行状況を監督し、必要に応じて法律改正の提案をも含む調整作用を講じる立場にあり、その意味で、法律を誠実に執行「させる」機関という方が、執政説の見地からは適切とされるのである。[187]

（三）「内閣」の再定位

以上のように、執政説の理解に従うならば、日本国憲法六五条が内閣に委ねた「行政権」とは、何よりもまず「執政」作用を指すものと捉えられる。つまり、従来「行政機関」として位置づけられてきた「内閣」を、「執政機関」として再定位することが、執政説の眼目なのである。

既述のように、控除説は、「執政」と狭義の「行政」とを区別しない。これを国家機関の観点からいうならば、同説は、内閣と官僚団とを「行政権」として一括した。国会（立法権）が法律を制定し、「行政権」はこれを忠実に執行する、というおなじみの図式は、かように「政」（内閣）と「官」（官僚団）とを一括りにする思考の産物と評価できる。[188]すなわち、控除説の下での「内閣」は、「官僚団」ともども、国会の制定した法律を執行するだけの存在であり、[189]もっぱら国会による統制の対象であった。

これに対して、執政説は、古くから両者の区別を説いてきた行政学の知見[190]に触発されながら、[191]〈執政機関としての内閣〉を浮き彫りにしようと努めた。再説するならば、内閣は法律を執行するというより、むしろ行政各部による法律の執行を総合的に監督し、必要な調整を施す政治指導機関だ、と執政説は強調するのである。[192]

第二節　日本国憲法における執政権の配分

かように「執政」領域を浮き彫りにする営為は、たしかに、わが国の憲法学にとって重要な示唆を含むものであった。法律案を準備したり、予算を編んだり、または外国との交渉に臨んだりする一連の「執政」行為を、「法律の執行」と捉えるのは、むろん奇異なことであろう。

問題は、こうした内閣による執政作用を、「行政権」概念に反映させることの当否、つまり、日本国憲法六五条にいう「行政権」を「執政権」と読み替えることの是非である。本稿の関心に即してその問題意識を摘記するならば、次のようになる。

執政説による上述の読み替えは、「執政」機関を、もっぱら内閣に限定することとならないか。その結果、執政説は、執政府と協働して国家指導に従事する国会につき、その正当な位置づけをなしえないのではないか。すなわち、わが国の憲法学説はようやく「執政」概念の主題化まで辿り着いたものの、未だ協働執政理論の採用には至っておらず、その議論領域から国会を締め出しているのではないか、と疑われるのである。

一　執政説に対する批判

管見のかぎり、こうした疑念を明示的に語る論考は見当たらない。[193] しかし、執政説に対して批判的な論者のなかには、筆者の問題意識を共有していると思われるものが、わずかながら存在する。

（一）　政治のアクターとしての国会

その筆頭に挙げられるべき論者は、高橋和之である。周知のように、高橋は、内閣の政治的イニシアティヴを強調し、

「政治の回復」を追求する代表的論者でありながら、執政説を峻拒し[194]、〈行政＝法律の執行〉[195]という権力分立図式を固守しようと努めてきた（行政概念に関する法律執行説）[196]。

この一見したところ矛盾するようにみえる二つの立論を整合させているのは、「政治の領域」と「法の領域」とを切断する理論枠組である[197]。それによれば、権力分立論は「法の領域」に属しており、そこでは、国民に対する「行政権」の活動は、常に「法律の執行」としておこなわれなければならないという。他方、国務の総理や外交、財政といった「執政」作用のあり方は、「政治の領域」において考察されるべき課題であり、これを「法の領域」の主題である「行政権」概念に絡ませて論じること（執政説）は、無用の混乱を招くものとされる。

高橋は、執政説に対するこの批判を展開するなかで、次のように説いている。

「政治を担うのは、内閣のみではない。国会もコントロールの担い手として政治のアクターであるし、法の支配の中心的機関である裁判所さえ、法律を違憲と判断するときには、『阻止する権力』によって政治に参与するのである。日本国憲法の想定するメカニズムにおいては、政治は国会・内閣・裁判所の相互関係を通じて展開することが予定されている」[198]。

すなわち、国会は予算を議決し（六〇条）、条約を承認し（六一条）、首相を指名し（六七条）、内閣を不信任する（六九条）等の「執政権」をもつ。他方、内閣は国務を総理し（七三条一号）、外交関係を処理し（同二号）、条約を締結し（同三号）、予算を作成する（同五号）といった「執政権」を有している。つまり、国会と内閣は、それぞれ上記の権限を行使することによって、ともに執政作用に参画しているのだ。このうち、上に挙げた国会の諸権限を「立法権」と位置づける必要はなく、現にそのようには称していない。にもかかわらず、上述の内閣権限を法的概念たる「行政権」に反映させるとすれば、それは、ことさら内閣だけを執政のアクターとして遇する結果となってしまう[199]。高橋は、こう主張しているものと解される。

とすれば、そこには、本節冒頭に述べた筆者のものと同様の問題意識が看取されうるのではないか。すなわち、執政権は国会と内閣に分有される「政治的な」権限であるところ、執政説は、後者に属する権限のみを「執政権」として「法的に」捉えなおすことにより、執政主体をもっぱら内閣に限定する結果となってしまったように思われる。高橋はこれを、「政治」と「法」の混同という視点から批判し、執政権の配分問題を「法の領域」から放擲するよう求めたのである。[200]

（二）行政統制機能の弱化

以上の高橋の視角を共有しているように思われるのが、毛利透の所説である。彼は、現実政治の主導権が内閣の掌中にあることを認め、そうした諸作用を「執政」という名でまとめることには意味があるとさえ述べる。[201] しかし、これらの内閣権限を「行政権」概念に取り込み、「執政権」として定式化する企てには賛同できないという。その根本的な問題意識を、毛利は次のように説いている。

「内閣が通常政治をリードしていると認識することと、それを憲法上内閣の権限であると解釈することは全く次元が異なる。内閣が執政権を有するとなると、国会が政治のリーダーシップを発揮することは憲法違反なのだろうか。執政権論者もそんなことまでは主張していないと思われるが、だとすれば65条で内閣に執政権が帰属すると主張することは非常にミスリーディングであろう」。[202]

これは、国会もまた「執政」主体たりうるところ、執政説が内閣の執政権だけを法的に把捉してしまっていることに対する異議申立であり、その意味で、筆者と同様の問題意識に由るものといえよう。ただし、執政説に対する毛利の批判は、単にそれが「ミスリーディング」だという点に留まらない。毛利は、「憲法学者は内閣の執政権論は内閣機能強化論だと思っているが、そうでもない」と指摘したうえで、次のように述べる。

「内閣には執政権、行政各部には行政権が独立の権能として配分されるならば、内閣の介入はむしろ一定の理由を必要とする例外的事態だと評価するのが素直な帰結であろう」[203]。

換言すれば、内閣は、「行政権」を行使する一環として行政各部を指揮監督し、行政各部の行為も含めて対国会責任を負う。これに対して、執政説は、「行政各部」を独立した「行政権」の主体として捉えなおそうとするに等しい。その結果、内閣による行政各部の指揮・監督は、独立的権能たる「行政権」への介入となり、これをあらためて正当化する必要が生じる。すなわち、執政説は、内閣を頂点とする行政組織のヒエラルヒーを破壊し、行政各部に対する内閣の指揮監督権をかえって毀損する、と毛利は警告するのである。

以上をまとめると、「行政権」を「執政権」と読み替える試みは、執政作用の主体が内閣に限定されるかのごとき誤解を招く点において不適切であるばかりか、内閣の行政統制権限につき、かえってその切れ味を削いでしまう危険を蔵するものと解されている[204]。

二　協働執政理論の胎動

これまでの分析によれば、行政概念をめぐる「法律執行説」の背景には、協働執政理論に対する顧慮――内閣と並んで国会もまた「執政機関」であるとの評価――が控えている[205]。

とはいえ、この学説が〈執政機関としての国会〉に論及するのは、執政説を否定するための理由づけにすぎない。換言すれば、同説もまた、「執政」領域の「自覚的な主題化」を任ずるものとはいいがたい。

（一）　主題化されないままの執政権

「法律執行説」は、既述のように、執政作用を「政治の領域」と割り切り、「法の領域」における考察対象からあらか

じめ除外する。このことを指して、執政権の配分問題を権力分立論の地平から放擲してしまったと評するのは、むろん正確でないだろう。[206] とはいえ、執政作用の統制を実現すべく、執政権を国会と内閣との間でいかに配分するか、という本来であれば権力分立論の枢要に位置する課題が、「行政」の捉え方に劣後する二次的な問題となっていることは否めないように思われる。

すなわち、「法律執行説」の主旨は、対国民的作用としての「行政」を法律に服させる点にある。同説は、「執政」を「行政権」概念から切り離すことに主眼を置くものであり、切り離したあとの議論、すなわち執政権の配分問題については、ほとんど関心を示していない。

そうであるとすれば、これまでに紹介してきたわが国の諸学説は、協働執政理論に対する無関心という点において同断といえるのではないだろうか。つまり、「行政」とは区別される「執政」領域の存在を認める学説でさえ、これを「法の領域」から追いやったまま本格的な考察の対象とはしなかったり（法律執行説）、他方、権力分立論の俎上に載せながらも内閣の専権領域であるかのように論じたり（執政説）、いずれにせよ〈協働権としての執政権〉を理論化する姿勢に乏しいように思われるのだ。

（二）「協働権」としての条約締結権

もっとも、個別の執政領域に関する議論を視野に収めるならば、協働執政理論を積極的に導入する試みが目に留まる。たとえば芦部信喜は、内閣による条約の締結に国会の承認が必要であることを念頭に、「条約締結は内閣と国会の協働行為だと言うことができる」[207] と述べている。この背景に、先述した一九五二年のドイツ国法学者大会における論争が控えていることは、いうまでもない。[208] すなわち芦部は、「外交権」をあくまで執政府の権限と解する立場（グレーヴェ）と、執政府と議会の「協働権」と捉える見解（メンツェル）との対立に触発されて、日本国憲法七三条三号の解釈とし

て後説を採用したのである。[209]

ただし、こうした選択は、協働執政理論そのものに対する賛意の表明というより、承認を欠く条約の効力に関する解答として下されたものであった。[210] それだけに、芦部が協働執政理論を語っているのは、この条約締結の局面のみであり、その他の執政作用について同様の理論図式が採用されることはなかった。条約締結を「協働行為」とする所説をもって、芦部における「協働執政理論」の受容を語るとすれば、それは勇み足との批判を免れないであろう。

このように、協働執政理論の胎動を認めることはできるものの、未だ表舞台には登場していないというのが、わが国の学説状況なのである。

第三節　小括

ここで、わが国の憲法学における「執政」概念の軌跡をまとめておくことにしよう。同概念に関する考察の舞台となった「行政」概念（日本国憲法六五条）論争は、これまで少なからずドイツの諸学説の影響下にありながら、彼国における議論の進展を反映しているとはいいがたい。一九九〇年代以降、「執政」と「行政」との区別がようやく浸透をみせはじめたものの、「執政」の本質またはその権限配分をめぐる考察は、緒に就いたばかりといってよいだろう。

(1)　居場所のない「執政」

伝統的通説は、広汎な「執政」作用を「行政」概念（日本国憲法六五条）のなかに取り込んだうえで、その統一的な定義を模索した。ところが、「法律の執行」という純然たる「行政」から、外交や予算、国務の総理といった「執政」までを貫く一筋の糸は、容易に見出されるものでなく、この学説は上記の統一的な定義を結局のところ断念した。換言

すれば、「執政」を「行政」概念のなかに埋没させたまま、それ以上の考察を事実上放棄する思考態度が、わが国の憲法学において長らく支配的であったということができる。

他方、これを批判する立場から、「行政」概念の積極的定義をめざす試みもあった。ただ、この試みが「執政」の本質を明確化することに貢献したかというと、そうではない。というのも、田中二郎に代表される積極説は、「行政」の概念定義を探究するにあたって、その領域をあらかじめ「人民に対する関係において行われる作用」に限定しているからである。すなわち、同説にとって、「執政」ははじめから考察の対象外なのである。

このように、わが国の伝統的諸学説は、「執政」領域の主題化に対する消極的態度という一点において共通していた。

(2) 内閣権限としての「執政権」

これに対して、「執政」作用の統制こそが憲法学の課題であるとの認識に基づき、当該作用領域の析出に取り組んだのが執政説である。この学説は、「執政」を「法律の執行」（狭義の「行政」）に尽きない自由創造的な諸活動と捉えたうえで、かかる理解を日本国憲法六五条の「行政」概念に反映させようとした。国家機関の視角から換言すれば、伝統的な学説の下で一体的に捉えられてきた内閣と官僚団を分離し、前者の国政指導権限を浮き彫りにすることが、同説の主たる関心事だったのである。

かかる「政治の回復」という志向は、内閣をいわば国会の従たる地位に置く傾向の強い学説状況に対して、再考を迫るだけの説得力を具えていたように思われる。が、「行政」概念の読み替えという論法は、もっぱら「内閣」だけを執政主体として措定し、国会をその議論領域から追いやってしまうという、ミスリーディングな効果を伴っていたのではないか。つまり、執政説は、正当にも「執政」なる領域の析出に着手しながら、その権限配分を主題化する地点には未だ到達していない、と思料されるのである。執政説に批判的な学説のなかには、かかる懸念に根ざしていると思われる

ものが散見される。とはいえ、これらの学説も、そうした懸念を表明するに留まり、そこから一歩すすんで執政権の配分論を展開しているわけではない。

以上のように、「執政」領域に着目しはじめた近時の学説でさえ、〈協働権としての執政権〉、すなわち〈執政機関としての国会〉を正視するには至っていないと論結されうる。

(3)　ドイツにおける学説状況との比較

「行政」概念をめぐるわが国の議論は、控除説を筆頭に、従来ドイツ学説の強い影響下にあったといえるだろう。では、「執政」概念に関する如上の学説状況は、ドイツのそれと比べていかに評価されるべきか。この点につき、彼国における同概念の展開をわが国の学説は十分に参照してこなかったのではないか、と筆者は繰り返し疑義を呈してきた。

既述のように、ドイツの学説は、狭義の「行政」と区別されるべき「執政」の存在に早くから自覚的であり、当該領域の画定につき議論を重ねてきた。そこでは、法規律から「自由な」活動として同領域を析出させる見解と、国家統合に資する「政治的」指導作用たる点に同領域のメルクマールを求める立場が対峙した。ドイツ国法学における「国家指導」概念の頻出は、後者の思考の影響力を物語っていよう。

さらに時代が下ると、議論の焦点は、かかる国家指導権限の配分問題へ移行していった。ライヒ首相または連邦首相の政治指針決定権（ヴァイマル憲法五六条、基本法六五条）を念頭に置くならば、一見したところ、上記権限は執政府に帰属するようにみえる。が、予算や外交といった具体的局面を想起するまでもなく、上述の意味での「国家指導」には、議会もまた重要なアクターとして参画している。多くの論者はこの点を顧慮して、「国家指導」を議会と執政府にまたがる「協働権」と定式化し、いわば「執政機関としての議会」を検討の俎上に載せたのである。

わが国の執政説は、長らく日陰に放置されてきた「執政」に光を当てるという点において、以上のドイツの議論に接

近したといってよい。ところが、「執政」のメルクマールとしてはその自由創造性が語られるのみであり、他方その権限配分をめぐっては、せいぜい条約締結権を「協働権」と位置づける見解が存するにすぎず、〈執政権＝内閣権限〉とする色彩がなお濃厚である。別言するならば、執政作用の統制と、そのための権限配分のあり方が、わが国においては未だ権力分立論の中心的課題たりえていないのである。

(157) 例外的に、「議会の執政機能」を主題化する論考として、参照、林知更「立法権と議院内閣制」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』（有斐閣・二〇〇六年）一四八頁以下。渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方』（有斐閣・二〇〇二年）三三一頁は、「議院内閣制は、『執政』は内閣のみで完結するものではなく、内閣と国会の協働関係にあることを前提としていると考えられます」という。

(158) 参照、高橋和之＝佐藤幸治＝棟居快行＝蟻川恒正「〔座談会〕憲法60年――現状と展望」ジュリ一三三四号（二〇〇七年）一七―二四頁。

(159) かかる分類について参照、中川丈久「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察」塩野宏先生古稀記念論文集『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣・二〇〇一年）三四二頁。

(160) 清宮四郎『憲法Ⅰ（第三版）』（有斐閣・一九七九年）三〇〇―三〇一頁（傍点および括弧内は引用者）。

(161) 宮沢俊義・芦部信喜補訂『全訂 日本国憲法』（日本評論社・一九七八年）四九四頁。

(162) 伊藤正己もまた、控除説にいう「行政」を具体的に列挙している。すなわち、一般的・抽象的な法規範の適用および執行（公務員の任免、営業の免許、租税の賦課など）はもちろん、「国防や治安維持、外交から新しい社会福祉の増進、経済、社会、文化の発展のための活動」、さらには「事実行為ともいうべき直接的な執行作用」（道路や河川の工事、学校の経営など非権力的作用から、犯罪行為の鎮圧、警察力による集会の解散、家屋への立ち入りのような権力的な実力の行使まで）もまた、これに含まれるという。伊藤正己『憲法（第三版）』（弘文堂・一九九五年）五一二―五一三頁。

(163) かかる控除説は、行政法学においても有力であると思われる。たとえば塩野宏は、「行政について積極的な定義が可能でないということを率直に認めて、無理に定義をすることを止める」控除説に立つことを宣明したうえで、仮にそこから「執政」領域を析出できたとしても、残余の「行政」について積極的定義が不可能であることに変わりはない、と付言する。参照、塩野宏『行政法〔第四版〕』（有斐閣・二〇〇五年）五―六頁。

(164) この点に関しては、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）一九頁（脚註29）

〔初出二〇〇〇年〕を参照。

(165) 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。

(166) 日本国憲法四一条にいう「唯一の立法機関」の解釈について、「一般的・抽象的法規範すべて」の定立が立法権に属する、との理解が今日では優勢であるといわれる。かかる多数説によるならば、「行政にはその執行しか残らないはずであろう」（毛利透「行政権の概念」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究 憲法』（弘文堂・二〇〇五年）二九三頁〔脚注1〕）。にもかかわらず、通説がこの定義を採用できないのは、「行政」の少なからぬ部分を「執政」が占めているとの理解によるのではないだろうか。

(167) 田中二郎『新版行政法上〔全訂第二版〕』（弘文堂・一九七四年）五―六頁。

(168) 参照、田中二郎『行政法総論』（有斐閣・一九五七年）四八頁、同・前掲註(167)二―三頁。

(169) 同じ「積極説」でも、田中のそれとは異なる視角から唱えられた積極的定義として、手島孝の学説がある。すなわち、「本来的および擬制的公共事務の管理および実施」という「新行政概念」がそれである。その所説によれば、「本来的公共事務」とは、当該「事務の性質から自然成立的に」公共性が認められる事務、「擬制的公共事務」とは、「社会的に合意された一定の手続（政治＝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をそれぞれ指し、これら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が「行政」であるという。参照、手島孝「憲法における行政」同＝中川剛『憲法と行政権』（法律文化社・一九九二年）二二頁以下。そこには、「外交関係〔の〕処理」（日本国憲法七三条二号）や「財政」（同七三条五号、八三条以下）など、「法律による行政」ではあっても「法律の執行」とはいえない諸活動も含まれていると解してよい。この点に関しては、同書一四―一七頁を参照。

(170) 参照、田中・前掲註(167)五頁。

(171) この表現は、佐藤幸治「内閣と『行政権』」同＝中村睦男＝野中俊彦『ファンダメンタル憲法』（有斐閣・一九九四年）二二三頁に拠った。

(172) 小嶋和司「権力分立」同『憲法と政治機構』（木鐸社・一九八八年）二四一頁〔初出一九六三年〕。

(173) 小嶋・前掲註(172)二四二頁。

(174) 小嶋・前掲註(172)二四二頁。

(175) 併せて参照、小嶋和司「権力分立と衆議院解散権」同・前掲註(172)一四二―一四五頁〔初出一九六七年〕。

(176) 参照、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会・一九八七年）四三六頁。

(177) 清宮四郎の控除説（既述）につき、それが「行政」と「司法」をともに「国法の執行」と捉えたうえでの結論であることを重視して、限定的控除説の一種と捉える見解もある。参照、中川・前掲註(159)同頁。

(178) もともと君主に専属していた国家作用から、議会の同意を要する「立法」と裁判所に委ねられる「司法」がまず分離され、君主の手に残った国家作用を「行政」と称した、と説明する図式がそれである。この説明に対しては、批判が少なくない。すなわち、控除説の奉じる沿革論は、君主の強大な権力をその特質とするドイツにしか当てはまらない特殊な理解であり、控除説はその後の国民主権や権力分立の展開を無視している、という批判である。参照、松井茂記「『行政権』と内閣総理大臣の権限および地位」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。

(179) 参照、石川・前掲註(4)六九頁。

(180) 阪本・前掲註(1)三六三頁。同旨の見解として参照、石川・前掲註(165)七六―七七頁。

(181) 参照、阪本・前掲註(1)三六三頁。

(182) 阪本・前掲註(1)三六三頁は、「執政」を、「議会制定法の規律のもとにおかれてはいるものの、……法律による規律に馴染まない作用」と説明している（傍点は引用者）。

(183) 参照、宮井・前掲註(56)一〇三―一〇四頁。

(184) 参照、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）二一〇頁以下〔初出一九九九年〕。ただし、この「政治・統治」に関する詳細な説明はない。全体の叙述に照らして考えるならば、この概念は「国法の執行」につきない作用の謂いであるように思われ（二二二頁）、そうであるとすれば、「法律から自由な領域」とする上述の執政概念と同義ということになろう。この点、先に紹介した阪本昌成は、「執政」／「統治」／「政治」をそれぞれ区別する。参照、阪本・前掲註(1)三六五頁、同・前掲註(5)二一〇―二一一頁。

(185) 併せて参照、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）一四―一五頁〔高橋発言・佐藤発言〕。

(186) 参照、佐藤・前掲註(184)二二五頁。

(187) 参照、佐藤・前掲註(184)二二三頁。

(188) 参照、高橋和之「『国民内閣制』再論」同『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣・二〇〇六年）八七―九〇頁〔初出一九九八年〕。

(189) 宮井清暢「『行政権』と『執行権』のあいだ――憲法学における『行政権』の捉え方についての覚書（1）」愛知学院大学論叢法学研究三四巻三・四号（一九九二年）一三三頁以下は、これを「法段階説的な発想」（一三九頁）として批判的に捉えている。宮井の執政説については、同「『行政権』と『執行権』のあいだ―憲法学における『行政権』の捉え方についての覚書（2）」愛知学院大学論叢法学研究三五巻一・二号（一九九二年）六九―七〇頁を参照。

(190) 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。内閣は間接的であれ民主的正統性を有しており、その点では、官僚団よりむしろ国会と一体的に捉えられるべき存在であるという。

(191) 参照、長谷部恭男＝水島朝穂＝蟻川恒正＝石川健治「〔討論〕国民主権、議会、地方自治」法時六九巻六号（一九九七年）三二頁〔石川発言〕。

(192) 執政説の登場により、行政概念に関する議論は――とくに憲法学と行政法学とのあいだで――いっそう混迷を深めたといえるかもしれない。この点につき参照、塩野・前掲註(164)二九―三〇頁。「憲法学と行政法学の関心に大きなずれがあり、そこに控除説批判論、さらには行政概念論それ自体に混乱が生じていることが明らかになったように思われる。すなわち、行政法学の関心はもっぱら行政について、統一的に立法、司法と並ぶような概念規定ができるかどうかにある。……これに対して、憲法学からの関心は執政の観念を析出することにあって、執政を取り除いたあとの行政の定義には関心がない」。もっとも、憲法学と行政法学の双方の研究成果に関心を払いつつ、「執政」領域に着目する学説もある。参照、中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ」神戸法学年報一四号（一九九八年）一二五頁以下（とくに一五四―一六六頁）。

(193) 「行政権」は内閣に「専属」するか否かという観点から、執政説における執政権の帰属を問う論考として、淺野博宣「『行政権は、内閣に属する』の意義」安西ほか・前掲註(157)一六八―一七三頁を参照。

(194) 参照、高橋和之「統治機構論の視座転換」同・前掲註(188)八―九頁（初出二〇〇二年）。

(195) 参照、高橋和之「日本国憲法における『立法』と『行政』の概念」同『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣・一九九四年）三五三頁（初出一九九一年）。なお、「執行」の意味を、高橋は次のように説く。「ここでいう『執行』とは、……一般的・抽象的法規範の個別・具体的事例への適用・実施という意味ではない。上位規範から下位規範へと向かう法の実現過程における上位規範の執行という意味であり、したがって、上位規範の執行としての法制定も、これに含まれる」（三四二頁、傍点は原文）。

(196) 併せて参照、高橋和之「立法・行政・司法の観念の再検討」同・前掲註(188)一三三―一三五頁（初出一九九八年）。

(197) 参照、高橋・前掲註(194)七―八頁。

(198) 高橋・前掲註(194)九頁。

(199) 参照、高橋・前掲註(194)九頁。

(200) 換言すれば、権力分立論の妥当領域を「国家の人民支配作用」に限定する小嶋和司の見解（同・前掲註(176)四三六頁）を、高橋も共有しているということである。このことを、高橋みずから示唆したことがある。参照、高橋・前掲註(195)三三九頁（脚注4）。

(201) 参照、毛利・前掲註(166)二九七頁。

(202) 毛利・前掲註(166)二九七―二九八頁。

(203) 毛利透「官僚制の位置と機能」ジュリ一三一一号（二〇〇六年）六五頁。付言すれば、「形式的意味の行政概念」を重視する学説は、このような理解を根底的に共有しているのかもしれない。行政法学において有力なこの立場は、行政機関が現実に行っている活動を広く考察対象とすべく、主体に着目した行政概念の有意性を唱える。そうした一連の行政活動には、たとえば法律案の準備や内閣による下部行政機関の指揮監督といった「執政」活動も含まれるものと解されるところ、同説は、これを狭義の「行政」から区別せず、むしろ両者を「行政」として一体的に捉えるところに積極的意義を見出しているように思われる。そこには、「執政」と「行政」との切り離しが行政統制にとって得策とはいえないことに対する考慮が流れているのではなかろうか。参照、大橋洋一『行政法　現代行政過程論（第2版）』（有斐閣・二〇〇四年）四―五頁。

(204) 毛利はさらに、執政説による法治主義の瓦解を懸念して、次のように叙する。「執政権に属する権限には極めて多種多様なものが考えられうるところ、それらが憲法上ほかならぬ『内閣』に属すると考えることは、まさに政治の領域で疑いなく中心にいる機関に憲法が明示的に認めていない権限を認容することにつながる以上、権力統制を中心的関心事とする近代憲法学にとってあまりにも危険である」。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）一三四頁。

(205) 高橋和之は近時、従来の所説を次のように明快に再論している。「執政というと、何となく行政権に専属的な性格みたいにとらえられてしまうから、私は執政という概念を使わない。憲法学では既に統治という言葉があるので統治を使えばいいと考えているのですが、統治というのは内閣の専属的作用ではなくて、政治の領域における1つの概念で、その統治を内閣と議会の一定の関係、議院内閣制というメカニズムを使って遂行していくのだととらえています」。高橋＝佐藤＝棟居＝蟻川・前掲註(158)二三―二四頁〔高橋発言〕。

(206) 「政治の領域」もまた権力分立の一局面であることについては、高橋・前掲註(194)七頁（脚注2）を参照。

(207) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第四版〕』（岩波書店・二〇〇七年）二九八頁。傍点は原文。

(208) 参照、高見勝利『芦部憲法学を読む』（有斐閣・二〇〇四年）四〇二―四一一頁。

(209) 参照、芦部・前掲註(113)二〇八―二〇九頁。

(210) 国会の承認権を執政府権限への例外的なコントロール権と解するグレーヴェ説に比して、これを「協働権」と捉えるメンツェル説の方が、承認を欠く条約の国内法的効力はもちろん、国際法的効力をも否認しやすいと思われる（両者がそこまで具体的に語っているわけではない）。芦部の説示には、この点に関する考慮からメンツェル説を支持している色合いが濃く、条約締結を超えて一般的に協働執政理論を語ろうとする意欲はほとんどなかったと思われる。参照、芦部・前掲註(113)二〇九頁、高見・前掲註(208)四〇四頁。

おわりに

(1)　筆者は、ドイツにおいて有力な協働執政理論を手がかりとして、わが国における「執政」概念の論じ方を批判的に検討してきた。

同理論の基盤は、国家作用を指すレギールングと国家機関を意味するそれとの峻別にある。前者を「国家指導」作用（国家の統一的方向性の確立およびそれに基づく諸施策の嚮導）として析出させる一方、執政府のみならず、議会をもその帰属主体と措定するところに、協働執政理論の眼目が見出されうるのである。とすれば、執政作用と執政府（内閣）との強度な対応関係をなお前提としているようにみえるわが国の学説は、ドイツのそれとの間に根本的な相違を抱えていることにならないか。日本の憲法学説は、ドイツのレギールング概念に示唆を得て「執政」領域を主題化しながら、[211] その本質究明や権限配分に関しては、彼国におけるその豊富な議論の蓄積を活かしきれなかったのではないか。これが、本稿の通奏低音というべき、筆者の問題関心である。

(2)　かかる従来の日本の学説状況に対して、筆者は、強く再考を促したい。すなわち、執政権を執政府と議会との「協働権」と定式化し、その権限配分を権力分立論の中心的課題に据えるドイツの有力説につき、日本国憲法下におけるその参照価値を筆者は強調しておきたい。[212]

日本国憲法は、一方で国会を「最高機関」と規定しながら（四一条）、他方で内閣を「国務〔の〕総理」機関と位置づけている（七三条一号）。前者を「政治的美称」と解する通説に従うならば、両者の連関は次のようにすっきりと理解されうるかもしれない。

「国政一般の政策的統一性を担保する総合調整機能が最高機関としての国会に期待されるとの見解もあるが、議院内

閣制においては、このような機能はむしろ『国務を総理する』内閣に属すると考えるべきであろう[213]」。

だが、国会の「最高機関」性に法的な意味を認めつつ、同時に、内閣による国務の総理にも着目する場合には、この点につき別の説明が必要となろう[214]。

たとえば、政治的美称説に批判的な佐藤幸治によれば、「並列関係にある国家諸機関のうち一番高い地位」を占める国会は、「国政全般の動きに絶えず注意しつつ、その円滑な運営をはかる立場にある[215]」という。佐藤に従って、これを、国務の「統括」作用と呼ぶことにしよう。この「統括」作用は、その説明をみるかぎり、「国務の総理」または「執政」と言い換えられるように思われる[216]。そして、この「国務の総理」を内閣権限として最も重視してきた論者こそ、佐藤幸治その人であること、再論を要しないであろう。

一見したところ、かかる佐藤の所説は、次のような批判を免れそうにない。すなわち、国務が全体として円滑に進められるよう総合的な調整を施す権能は、国会と内閣のいずれに帰属するのか、判然としないという批判がそれである[217]。が、ドイツの学説に聞くならば、執政権を国会または内閣の「いずれか」一方に配分しようと考えるところに、落とし穴があるというべきだろう。「執政権」は、国会と内閣との「協働権」であり、先に言及した日本国憲法の二つの条文はこのことを明示する規定として読まれなければならない。

換言すれば、国会を「最高機関」と規定しつつ、内閣を「国務〔の〕総理」機関と定位する日本国憲法にこそ、協働執政理論はふさわしいのである。

(3) この「協働」という文言は、権力「分立」なる要請と衝突するように思えなくもない。だが、「協働」に具わる語感のみを理由にそう決めつけるのは、早計であろう。既述のごとく、ここにいう「協働」は、諸機関の一体化またはそれに基づく統治の効率化と同義ではなく、むしろ逆に、一つの国家作用に対する複数の国家機関の参画、そしてそのこ

とによる機関間コントロールの活性化を志向している。すなわち、執政府による提案を議会が否決または修正するといった局面もまた、「協働」の代表的な一場面なのである。そうだとすれば、協働執政なる枠組は、機関どうしの「相互抑制」を実効化するという意味で、権力分立論の具体化とさえ評価されうるはずである。

かように権力分立に具わる「相互抑制」の側面を国家機関どうしの「協働」(Zusammenarbeit, Zusammenwirken) と表現する学説は、元来ドイツにおいて珍しい思考ではない。[218] これに対して、わが国の支配的な学説は、「相互」抑制という名の下に、もっぱら「国会による内閣の抑止」を希求してきたように思われる。そこでは、国会の権限領域に対する内閣の参画は、いわゆる「閣法」の許容性さえ争点化を免れないほど、厳しい制約を伴うこととなった。その行き着く先は、〈国会による決定を執行する機関〉としての、受動的な内閣イメージに他ならない。

かかる学説状況を顧みるならば、これを破砕しようとする執政説が、ことさら〈執政機関としての内閣〉に光を当てようとしたのも、無理からぬことであったろう。とはいえ、こうした考慮が前面に押し出されるあまり、同説における「執政権」があたかも執政府に専属する「第四権」のごとき位置づけを得るならば、それこそ権力分立からの逸脱が問題とならざるをえない。これを回避しつつ、しかも内閣を国会の単なる従属的地位から解放する道は、「相互抑制」の含意をドイツにおける上述の議論に倣って捉えなおすより他にないだろう。「抑制」という語が一方的な統制作用を想起させてしまうわが国の学説状況においては、かかる「協働」への読み替えと、それに基づく協働執政理論の採用が、いっそう必要とされているように思われる。

(4)　それでは、「執政」作用の遂行に際して、いかなる協働秩序が構築されるべきか。これは、執政のアクターである内閣と国会にそれぞれどのような権限を配分すべきか、という問いに等しく、権力分立論の枢要を占める課題といってよい。

この点につき、ドイツでは、各国家機関の組織構造とそれが担うべき国家作用との相関性を重視する見解（機能的権力分立論）が有力に主張されてきた。それによれば、ある国家作用に複数の機関を参画させるとき、各種権限をその行使に最も適した機関に配分し、もって適正な国家決定に資する協働秩序を構築すること、これが権力分立の重要な目的のひとつだというのである。

筆者は、日本国憲法もまた、この機能的権力分立論の見地から再解釈されるべきものと考えている。すなわち、日本国憲法は、国会と内閣の双方を最高位の執政機関と位置づけ（四一条、七三条一号）、協働執政理論の採用を宣明したうえで、個別的な執政権の配分を機能的観点に基づき規定していると解されるべきである。条約締結を内閣権限とし、これに対する国会の権限を阻止権にとどめる七三条三号、予算の作成を内閣の専権としながら、その議決権を国会に付与する八六条は、その代表例ということができよう。

(5) もっとも、本稿において十分な考察を提供できなかった点も少なくない。

その一つは、「立法」の位置づけである。U・ショイナーが明示的に述べたように、「立法」を単なる「法の定立」として静態的に捉えるのではなく、国家指導の重要な道具のひとつとしていわば動態的に位置づける思考は、注目に値する。この点につき、従来いわゆる措置法（Maßnahmegesetz）や計画法（Plangesetz）が議論の対象となってきたところ、[219] もう少し考察の射程を拡げることができないものか、筆者はなお模索中である。たとえば、行政組織法についてはどうだろうか。いかなる行政組織を設置し、必要とあればこれをどう編成しなおすかという問題は、国家の針路決定およびそのための諸政策の遂行と表裏の関係にあるといってよいのではないか。[220] だとすれば、行政組織法は、「立法」が執政の道具たりうること（すなわち執政機関としての議会）を実証する領域といえるだろう。行政組織の編成がどれだけ法律の留保に服するか、という周知の問題もまた、かかる協働執政理論の見地から捉えなおすことが可能であり、

そうした作業は憲法学に課せられているとさえ評しうるように思われる。

もう一つは、執政作用と裁判所との連関である。本稿はもっぱら国会と内閣を執政のアクターとして措定してきたところ、裁判所もまた、「一切の法律、命令、規則又は処分」の憲法適合性を判断することによって（日本国憲法八一条）、執政に参画しているといえそうである。とはいえ、裁判所を国会・内閣と同列に論じることにつき、筆者は少なからず躊躇を覚えたため、これに関する検討をひとまず脇に置いたところである。[221]

これら二点については、筆者の今後の課題と心得て、筆を擱きたい。

（211）　もっとも、執政説の源流をもっぱらドイツのレギールング概念に見出すのは失当であろう。というのも、執政説を唱える論者の多くが、アメリカ憲法学にみられるExecutive（執政）とAdministration（行政）との区別に言及するとともに、日本国憲法の英文テキストが上記区別に従っていることをその重要な論拠としているからである。参照、阪本・前掲註(5)二五七―二五八頁、佐藤・前掲註(184)二二三―二二四頁。ところで、ExecutiveとAdministrationがそれぞれ意味するところについて、わが国の研究者の間では必ずしも見解が一致していないようにみえる。松井茂記によれば、executive powerとは「法律を執行する権限」のことであり、より広い国家指導作用を指すadministrative powerと区別されなければならないという（参照、松井茂記『日本国憲法　第2版』（有斐閣・二〇〇二年）二〇一頁、二〇九―二一〇頁、二一四頁）。この叙述は、Executiveを「執政」と捉える上述の説明とまったく食い違っており、さらなる究明を要するように思われる。

（212）　〈執政権＝協働権〉とする定式に言及する論考として、櫻井敬子＝橋本博之『行政法』（弘文堂・二〇〇七年）四頁を参照。

（213）　長谷部恭男『憲法〔第3版〕』（新世社・二〇〇四年）三二五頁。

（214）　上述の政治的美称説もまた、国会の「最高機関」性に一切の法的意味を認めないわけではなく、「国民自身に次いで、高い地位に」ある国会が、「国政全般にわたり」その「中心に位する重要な機関」であるべきことを説いてきた（清宮・前掲註(160)二〇二頁）。具体的には、国会が立法権や条約承認権、予算議決権を用いて、国政全般の円滑な遂行のために必要な調整を施すべき地位にあることを、通説は否定していない。そうであるとすれば、執政作用の帰属に関する問題は、政治的美称説ともけっして無縁ではないというべきであろう。

（215）　佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院・一九九五年）一四三頁。

(216) 佐藤によれば、「国務の総理」とは、「行政各部からの様々な情報に接し、全般的な法律執行状況を把握」し、「その執行状況に不整合があれば調整策を講じ、その際必要があれば法律の改正・新法律の制定に向けての工夫をこらし、まさに『国政が適当の方向を定められ、その方向を取って進むよう、処理する』こと」をいう。佐藤・前掲註(184)二二三頁。

(217) この点につき参照、土井真一「『国権の最高機関』論の再検討」法学論叢（京都大学）一四八巻五・六号（二〇〇一年）三二四頁。

(218) 筆者は、既に別稿においてこのことを指摘した。参照、拙稿・前掲註(156)二七一頁。

(219) Vgl. W.Mössle, aaO.(Anm.29), S.193ff.

(220) 参照、大橋洋一＝大石眞「行政組織」宇賀克也＝大橋洋一＝高橋滋編『対話で学ぶ行政法』（有斐閣・二〇〇三年）二二二頁〔大橋発言〕、大橋・前掲註(203)一八七頁以下。

(221) ドイツにおいて、連邦憲法裁判所と国家指導との連関を主題とする論考として、K.J.Grigoleit, aaO.(Anm.110) がある。