

「外交権」の立憲主義的統制

法科大学院教授 石村 修

1 問題の所在

主権国家の存在を前提としている限り、その国家は自己の存立を内政と外政の両者にヤヌス的に配慮するのを常としてきた。問題は、いかなる理由でその配慮を行っているかを検証することが重要になってくる。それは主権国家が誕生した17・8世紀の時代まで遡ることが必要になってくるであろう。主権国家が誕生したヨーロッパの立憲君主制国家では、対外権と対内権との区分をもって、その具体的な担い手を宛がい、実際の国家運営に充ててきた。国家を一種の法人と位置付け、国家の属性を客観的に説明してきた時代でもこのことは同じことであったはずである¹。外交の事象と内政の事象を区分するのは、本来は不可能なことではあるが、主権国家の誕生からして必然的なことであった。それはなによりも、国境が意図的に形成されてきたヨーロッパにおいて必然的なことであったのであり、政治の実際を担ってきた支配者は、当然に国家の外と内に十分な配慮を払わなければならない、これに失敗すれば結局は自己の存在が危なるので、それは重臣のアドバイスを受けながら慎重になされてきたことになる。

本稿では、外政の延長に置かれてきた「外交権」(Die auswärtige Gewalt)²を憲法理論から概観することを意図している。視点は日本国と日本国憲法を基盤としており、必要に応じてドイツの議論を参照しながら、まずは国家論ないし国法学の観点から分析することになる³。この問題を一言で「政治学・国際関係論・国際政治

1 国際法は、抽象的な国家の人格の理論を前提としてきた。R.Thoma, Grundriss der Allgemeine Staatslehre, 1948 (1925) Bonn, S.63ff.

2 これを「対外権」と訳して簡単に論じたことがある。石村「国際化の中の憲法」専修大学法学研究所『公法の諸問題Ⅻ』2009年、59頁以下。

3 本稿は、フライブルク大学に2014年の夏休み休暇を利用して滞在した期間に執筆されている。

学・あるいは外交史」という規範論から離れたところにある議論であると一掃してしまえば、もはや憲法学の出番はなくなってしまうであろう。しかし、近代憲法には「外交」を定義する条文はないが、これを規定する条項は必ず存在してきており、外交の担い手から始まってこれへの統制の仕方を規定することは必然化してきている。何よりも国家の存立を賭けた戦闘行為を繰り返してきたことが、外交重視の視点を必要としてきたからである。この傾向は、近代立憲主義が確立した憲法においては、「法の支配と社会契約」という民主的な構造選択がなされている関係で、憲法の中に「外交」も制度的に組み込まれ、これを立憲主義的に統制することが考えられた。問題は、権力の分立が構造的にどのように構成され、それがどこまで公開された手続きの中で実行されているかが重要になってくる⁴。換言すれば、憲法の「外交権」条項を引証して、その憲法の近代立憲主義への熟成度を検証することができると思われる。本稿の第一の目的は、日本でこれまであまり論じられてこなかった「外交権と憲法」という論点に⁵、上記の国家構造的な視点を重ね合わせて行くことに置かれる。外交権の問題は憲法とは全く関係のない問題ではなく、どのように憲法構造と関係するかの問題になっているかを考えなければならないであろう。

現時点で日本が承認している国家は、194か国を数えるまでに膨張してきた。今後の戦争後は植民地政策が国際的に批判されることでアジア・アフリカの諸国が一斉に独立し、民族自決を背景にして国家数は飛躍的に増えた。さらに、近時では、ソ連邦の解体、旧ユーゴの解体に見られるように、脱イデオロギー現象に伴い国家はさらに増えている。こうした国家のすべてに、日本国は大使館ないし領事館において国家関係を友好的に保っているのは、国民の移動を前提とした諸活動を安全に保障する使命が日本国家側にもあるからであり、「外交」は日々の政治現象として存在しているだけでなく、国民の基本権とも関係している。「人・モノ・財貨・サービス」が移動するグローバル化した時代にあって、これに見合った外交の質と量が求められることになる。憲法もこのグローバル化された時代にあって、より一層に「外交」に向かわなければならないとなり、外交現象の多様化が現出してきている。

便宜を図って頂いたビュルテンベルガー教授に御礼申し上げます。本稿は平井教授を追悼する意味で、平井教授の学恩にささげられる。

4 U.Di.Fabio, *Das Recht offener Staaten*, 1998.

5 条約の問題は体系書では触れるにしても、外交については論じられることがなかった。その理由を問うことも本稿の意図には含まれている。例外的に、林知更「外交作用と国会」大石・石川編 *Jurist*増刊「憲法の争点」も、新シリーズ（2008年、200頁）になって初めて登場した。さらに、毛利透『統治構造の憲法論』岩波書店、2014年、251頁以下。

しかも、憲法の規範の使命が「国民の生命・財産・安全の確保」に置かれていることを想起するならば、憲法から「外交」を論じなければならない余地は広がったと言わなければならないはずである。国際法と国内法を二元主義的に考察する時代はすでに過ぎ去り、現代憲法は国際法に「友好的」でなければならなくなっている。統治組織は、すべて国民を中心にした基本権の擁護に寄与しなければならないのであり、外交にも基本権を絡ませて議論しなければならなくなった。海外にいる国民を保護することは、国家の重要な役割であるからである。今日、憲法から論じる「外交」は、専門家集団からなる外交官だけに任せるものではなく、憲法に規定された政府（内閣）の職務との関係で論じることになる。ここで政府の文言を用いるのは、政治的な役割を担う機関という意味であって、外交は本来的には高度に政治的な行為であった。しかし、外交を独善的に政府の職務に留める時代は終わり、水平的なコントロールをも及ぼさなければならないはずである。つまり、「外交権」を政府の独占にするのではなく、他の国家機関との協働行為として理解する必要がある。また、水平的コントロールは国民との関係での垂直的コントロールを必要とし、この両者の総合のなかで実施されなければならないことになる⁶。この立憲主義的な側面を明らかにすることが本稿の第二の目的となる。とくに、司法的なコントロールの可能性にまで保障されないと立憲の意味が欠けるとというのが、今日の一つの傾向としてある。

第三は、現実的な憲法運用への懸念が顕著になってきたからである。これは現政権の、外に向かって行使される権限の意図的に作られた危険な変貌の問題であり、「国家安全保障会議設置、特定秘密保護の指定、防衛装備移転3原則、集団的自衛権の承認」に共通する「秘密外交」の企画と遂行への懸念である。これが完成し実行されるとするならば、外交への立憲主義的統制は、制度として現実的に閉ざされることになるおそれがある。日本の外務省も1976年以降自主的措置として30年ルールに基づく「外交文書の公開」に踏み切っており、行政公開の原則の外交への応用を行う姿勢をとった。民主党政権はこの公開原則を見直し（2012年8月10日「外交記録公開に関する規則の全部を改正する訓令」）、外交記録公開推進委員会の下で、「情報の一般の利用の制限は、必要最小限」となった（6条）。しかし、特定秘密保護法で無限に拡大する外交秘密の指定（最長60年ルールの適用）が生じることは、

6 この水平的・垂直的という表現は、C.Calliess, *Auswärtige Gewalt*, in Isensee・Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3Afl., 2006, S.590f.によった。

重要な公開原則が損なわれてしまう可能性がでてきた。政権の変更だけでもってこうした原則を簡単に変えることができるのであろうか。結果は、密室外交が生じることだけでなく、近代立憲主義憲法で要請され続けてきた、権限統制が失われた危険な状態に日本が陥るリスクが生じている。グローバル化された時代の外交は、多面的で偏見のない平等な観点からなされるべきであるにも拘わらず、これが冷戦時代の対抗的な姿勢をもった外交に変わるのではないかという懸念もありうる。第三の憲法現象に現れた負の要素を払拭するためにも、外交権の憲法からの演繹を現時点で行っておくことは、緊急の課題として必要なことであると思われる。

2 外交権の定義とその萌芽期

一 外交と外交権 伝統的に外交は、国際慣行のなかで実施され、その慣行の積み重ねのなかで一定のルールを確立してきたことになる。外交は最終的には何等かの成果を生み出す手続きであり、条約・協約といった成果を生み出すことが典型例であろう。戦後数十年たって日中関係を結んだ時の外交関係の設定が記憶にあるところであり、正規の外交使節の派遣・接受を介しての両国の合意形成は最終的には憲法の手続きにより行われ、最後は天皇による国事行為で一連の行為は完結している（憲法7条9号）。近代国際法は国家と国際機関を主体としており、国家の特性として「外交能力」を有することが求められている。外交能力とは、「他国と関係を取り結ぶ能力」とされ、他国の影響を受けることなく「自主的に外交関係を処理できる能力」⁷とされている。要は、自然人がもつ民法上での行為能力に類したものであり、独立した一流の国家の証明が外交能力であった。

外交能力をもった国家は、他国との間で外交関係を実行するが、これは「国際関係の維持・確保に不可欠な正規の手続であり」⁸、一時的・恒常的な外交団を形成し、接受国の同意を受け（アグレマン）、信任状の提出をもって開始される。外交のこうした手続きを権利に昇格せしめたのは、1961年の「ウィーン外交関係条約」とこれを補完した「特別使節団条約」（1969年）であった。冷戦下でまとめられたこの条約は、国際慣習をまとめたものであり、危険な地域にあっても外交官の身分を保障することを積極目的にしていた。外交を行使する外交官の身分を護ることで、外交を行使する権能が高まることが期待された。しかし、国際政治の局面は、外交

7 山本草二『新版 国際法』有斐閣、2004年補訂、126頁。

8 山本、567頁。

特権を濫用し、禁輸品の移動（脱税）やスパイ活動を許容することも可能にしたことになるが⁹、これは国際法が国際関係の緊張のなかで機能しなければならない宿命でもあったことになる。

外交に国家が期待したのは、一種の紛争を予防し、実際に紛争が生じた場合にはこれを平和的な会議をもって解決する外交団の能力であったはずである。そうであるが故に外交官に特殊な期待が求められてきたのは、古くから同様なことであった。イギリスの典型的な外交官が期待された時代を描いたH. ニコルソンは、理想的な外交官の要件として「誠実さ」と「正確さ」「平静さ」を指摘している。もちろん彼らには、前提として国際語（フランス語ないし英語）と国際教養を備わっていることが求められ、これが試験に出されるのは当然のことであろう。こうした特殊な集団であるが故に、古典的な外交団には全面的に信頼が寄せられ、他のコントロールを排除して、独自に行動する余地が与えられていたことになる。ここに外交を定義し、これを制御することの困難さが潜んでいることになる。

外交の定義は憲法の基本書でも定義することなく使用されてきている。そこで国際政治学の著作から引用させてもらうと「外交とは、主権国家が自国の国益や安全そして繁栄を促進するため、また国際社会において国家間の関係をより安定的に強化するため、政府間で行われる交渉あるいは政策を示す言葉」とされる¹⁰。この定義に依拠する限りでは、憲法学の課題となる余地はない。したがって当面は、国家学の課題として議論されることになった。これを国法学の体系書で一項目として最初に扱ったのは、A. ヘーネルであるとされており¹¹、帝国憲法に規定された「皇帝の外交権」（11.条）の解釈を基本としてすでに「外交権の構造」が描かれていた。ドイツ法においては、外交権は確たる概念として定着することになる。そこでは「外交権は、国家権力が行使する権力の一部」とされていた¹²。ところが、国家の置かれた国際関係は大きく変化することになる。「国民国家と統合の間に開かれた国家現象が生ずることになった」からである。

9 冷戦時代に当然のこととして行われてきたスパイ行為は、今日すべて無くなった訳でもない。アメリカのCIAが行った「スノーデン事件」は、ドイツのメルケル首相の携帯電話まで盗聴されていた事実を暴露している。

10 細谷雄一『外交』有斐閣、2007年、15頁。

11 Albert Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, 1892, Bd. I, S.531ff. ヘーネルは「1, 国際法の統一主体としてのライヒ 2, ライヒの国内と国外の管轄関係, 3, 個々の州の国際法の位置」を分けて論じている。この時代のモール、マイヤー、ラーバントの書物でも「外交権」の記述はあった。

12 G.Biehler, *Auswärtige Gewalt*, 2005, Tübingen, S.本書は基本的に国際法の視点から論じる。

本稿で問題とする外交権の立憲的な統制が議論されだしたのは、ドイツでも1970年代からであり、背景として東西ドイツの外交と欧州理事会の開催がある¹³。さらに、時代の変化は憲法のなかに別の目的から外交が規定され出した。ヨーロッパにおける憲法環境はEUの完成によって、これまでとは別個の視点で外交を憲法から問題にせざるをえなくなった。EU法の優位を前提として、主に欧州内での外交権の多様な機能と目的を考えなければならない時代へと突入したことになる。つまり、「外交権は外交を行使できる国家の管轄問題となった。国家主権と外交権は離れがたい存在となった」のである¹⁴。そこで、主権国家の変貌に合わせる形で、外交は、国家主権が妥当する場所の確定と関係することになる。まず憲法学からは新たな国家の存立を明らかにし（国家目的）、新時代に相応しい国家目的との関係で説明される他国との一切の関係を指摘することで、外交の定義は可能になると考えられるようになった。つまり、憲法の観点からは、国家の国益論や安全で外交を語るのではなく、国民の利益を考慮することを第一としなければならないはずである¹⁵。その点で、国際政治からの外交の定義と憲法から論じる外交には、一定の差異があることを指摘して置かなければならないであろう。古典的な国家目的は、国家の固定的な存立を意図して構成されたものであり、静態的なものに留まろうとする。それに比して近時議論されてきた国家目的は、憲法によって構成された国家を意識し（憲法国家）、憲法によって動態的に機能する国家を想定している。その意味で、憲法の価値原理の特定とその価値に規定された国家の動態が注目されることになる。憲法の主役を演じる人間中心志向は現代憲法では顕著であり、これとの関係で国家の存立はありうることになる。

外交権は、あくまでも上記した憲法によって構成された国家が、憲法の関係で為される対外的な国家作用であり、その目的は国益の確保と自国の国民の権利を確保することであるから、具体的には「国民の生命・安全・財産」を護る一手段として国家権力によって行使されるものである。つまり、外交権とは権力分立論から構成される一定の国家機関が行使する権限ではなく、外交関係に関わる国家機関が担当

13 ドイツ国法学者協会の56回大会（1997年）は、明確に「外交権のコントロール」をテーマとしていた（後述）。この時点で、国家主権をヨーロッパ化の中でいかに維持できるかの問題が顕著になったことによる。Vgl.J.Kokott,Kontrolle der auswärtigen Gewalt, DVBl,1996,S.949.彼の分析からして、議会の統制権は弱くなり、民主制の論理はこの領域では低下することになる。

14 注12の Biehler,S. 3.

15 今日の国家目的については、石村修『憲法国家の実現』尚学社、2006年、第3章参照。

する総合の徴表となる¹⁶。

二 君主の大権 先に紹介したニコルソンの書物では、外交の起源を以下のように記している。「"diplomacy"は、元来『折り畳むこと』を意味するギリシャ語の動詞"diploûn"に由来している。ローマの帝国の時代には、すべての通行券、帝国道路の旅券および運送状は、二重の金属板に捺印され、折り畳まれ、そして特別な仕方で縫い合わされていた。これらの金属旅券が"diplomas"と呼ばれていたのである。この"diploma"という言葉は、その意味が拡大され、・・・とくに特権を賦与したり、あるいは外国の共同体や種族の取りきめを記した公文書」をも含むようになった¹⁷。外交は、国王の側近による文書の交換によって、君主間の合意によって為される行為に過ぎなかったが、この使節団は外交団によって構成されるようになり、その限りでの特権をもつ集団という国際慣行を形成することになる。この外交の慣行は、国家にとっての重要な文書の交換であり、その過程にあっては特殊任務であるがゆえに、秘匿性を確保することを意図したであろう。外交が結論に至るまでの実際の現象は「交渉」であったのであり、これも著名なカリエールの定義する「任国で主君の用務を処理すること」に該当する¹⁸。立憲君主制時代は、旧外交が跋扈した時代であり、列国が軍事力を背景にして外交に勤しんだ時代であり、外交の最後の任務を行使する元首が相手国に赴き、儀仗隊による警備を受けて交渉は終結した。この外交の特典を受けることができたのは、ヨーロッパの一流国に限定化され、対等な外交を得られる国は対等な条約を最終的に取り結ぶことができた。江戸幕府が1854年から一応文明諸国との間に条約を締結したものの、これらが不平等な条約であったことは知られている事実である。外交能力の存否が文明国と未開国の区別を行う基準となったが、ヨーロッパ国際法はそのルールを極めて便宜的に定めてきたことになる。しかし、外交を実行できる領域がヨーロッパだけでなく、アジアの一部にも広がって行き、時代は国際化の時代へと進んでいった。

近世の外交の変化は、君主の側近が実際の外交の特権を行使できるようになり、専門家集団同士の腹の探り合いから交渉が進展し、紛争を回避する効果までもたらしたことになった。外交団の恒常化は、駐在施設を置くことと共に、国内においても外務省を内閣に設け、国家組織のなかでの特殊な任務を与えたことになる。啓蒙

16 W.Grewe, Auswärtige Gewalt, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd III 1988, S.921.

17 H. ニコルソン、齋藤・深谷訳『外交』東京大学出版会、1968年、18頁。

18 カリエール、坂野正高訳『外交談判法』岩波文庫、1978年、58頁。

思想家はこの点を理論化してこうした動向を正当化している。J. ロックの『統治論』（1698年）の第二編は、国家権力の限定の方法を示す意図をもって権力の分立を明確にしたことであまりにも有名である。彼の分立論は、「立法権、執行権と連合権」の区分であり、本稿との関係では最後の連合権の成り立ちを説明しておかなければならない。他の二権力と区分される自然的権力と呼ばれる「連合権」（federative power）とは「国家共同体以外のすべての人々および共同体との、戦争と和平、同盟と条約、その他すべての協定の権力を包括する」ものと規定される¹⁹。執行権と連合権は結合して現れているので本来的には区分されるものではないが、機能の側面で区分されることになる。つまり、連合権は、「公共の利益と安全を対外的に、恩恵や損害を受けるかもしれぬ相手との関係で処理することを内包する」とする。立憲君主制であれば、執行権と連合権が名目的に君主の下にあることはすでに言及してきたことである。この権利は、本来的にはロックのいう第4の権力である国王大権を構成する要素に過ぎなかった。

モンテスキューの描いた『法の精神』²⁰は時代状況を異にしているし、構成された権力分立論は異なるものの、連合権なるものの発想はロックと同じ姿勢をとっていた。つまり、国家における第二の権力のなかに、「講和または戦争をし、外交使節を派遣または接受し、安全を確立し、侵略を予防する」役割を認め、それを特殊な役割としてきた。モンテスキューにあって、三権は分離するもののその権限は相互作用のなかで実現されるべきであるとしているのであって、今日の権力分立論とはいささか異にしていた²¹。さらに、J. ルソーにとっても同様であり、国政が重視されるのはもっぱら国内の事例であり、「外国と交渉し条約を結ぶことはお役人たちにまかせておけばよい。あなた方にとって最も恐るべき危険が来るのはそこからではないからであろう」と暢気に構えていた²²。

連合権の法的構成は、議院内閣制という統治構造にあって、政府の構造と機能を把握することと密接に関係して現れることになる。議院内閣制の母国であるイギリスから始まり今日にいたる道程を大胆に描くとすれば、「ヘンリー8世以来、国王は

19 J. ロック、伊藤宏之訳『全訳 統治論』柏書房、1997年、259頁。ロックの発想は国際法的立憲主義に寄与し、ヨーロッパ化の時代は、カントの発想にあるという興味深い対比がある。I. Ley, Kant versus Lock: Europarechtlicher und Völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 69,2009, S.317f.

20 モンテスキュー、野田他訳『法の精神上』岩波書店、1988年、211頁。

21 野村敬三『権力分立に関する論攷』法律文化社、1976年、44-5頁。

22 ルソー『山からの手紙』（第7の手紙）Oeuvres complètes de J.J.Roussau III 1964, p.804.

法律の執行権のほかに、固有の命令権を有していた」ことになる²³。こうしてイングランド法にあっても、国王には裁判に訴えることのできない「統治行為」が形成され、市民法には服さない領域が形成されることになった。モンテスキューは法服貴族として、イングランドの立憲性をフランスに移植しようとしたのであり、立憲君主制の擁護者であったのは同様のことであった。以下ではドイツの立憲君主制の本質と明治憲法の同内容について言及することで、こうした動向を跡付けることにする。

三 外交権の展開 新聖ローマが解体後のドイツは、領邦諸国家の条約によって同盟が形成されてきたので、諸国家の君主（領主）による外交政治は不可欠であり、とくに、南ドイツの諸憲法が君主を元首と位置付け、国家権力を君主の一身に集めていた。未完の憲法となったフランクフルト憲法では、皇帝の外交上の権限を明記し（75条）、その延長に宣戦・講和の権限を皇帝に預けた（76条）。ただし、ライヒ議会の議決を求めた（102条5号）点に立憲主義の萌芽を読みとることが可能であった。続く1850年のプロイセン憲法では外交の文言は消えているものの、ほぼ同様に「国王は宣戦を布告し、平和条約を締結し、外国の政府とその他の条約をも締結する権利を有する」（48条前段）とある。議会が関わる場合は限定化され、「通商条約あるいは国に負担が課せられ又は個々の国民に義務が課せられる場合」（48条後段）とされた。国王の権限は大臣の副署を必要としており、この点で国王の責任は免れる構造になっている。一般にベルギー憲法圏の流れを汲むプロイセン憲法であるが、後に「名目的立憲主義」と揶揄される要素は、国王権力がいまだに且つ広範に認められていたからに外ならない。この時期、ヨーロッパの各地で戦争があり、その後講和のための会議が行われており、外交の国際慣行が形成されてくる。まさに外交史が華々しく書きたてる場面が続くが、「プロイセン・オーストリア戦役」では、ビスマルクはオーストリアと戦うためにも、イタリアとの同盟をなし、他方で、フランスおよびロシアとの交渉にも勤しんでいる。続く「プロイセンとフランス戦役」では、プロイセンはロシアとの間に中立を確保しておいて、フランスに挑んでいる。こうしてプロイセンは北ドイツの覇者の地位を確立することができたのである²⁴。

他方で、プロイセン憲法を継受したとされる1889年の明治憲法は、天皇の大権を数多く規定しているが、外交の事項に関しては、議会の関与を排除する形で定められていた。つまり、「天皇ハ戦ヲ戦シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」（13条）とあ

23 C.F.メンガー、石川敏行監訳『ドイツ憲法思想史』世界思想社、1988年、110頁。

24 立作太郎博士論行委員会編『立博士外交史論文集』日本評論社、1946年、128頁以下。

るだけであり「外交」の文言は憲法からは消えていた。この13条は、伊藤博文が天皇大権の意義を強調して以来²⁵、天皇と大臣による行為で有ることの解釈の違いはない。美濃部にしてもこれを「外交大権」と表記し、「外交ノ事ハ機ニ応ジテ適当ノ畫策ヲ必要トシ、議會ノ議決ニ依ルヲ適当トセザル」²⁶と言い切っている。上杉に至っては、より詳細に外交大権に言及し、「例外ナク、絶對的ニ天皇单独ニ之ヲ行フモノ」と言い切る²⁷。さらに条約を国際法的効力に絞って概観し、国内法の問題ではないとする。条約を国法の一部とする規程がない以上は、条約は国際法に留まることになる。この13条の特異性は、条約の国会承認を一切欠いていることであり、ヨーロッパの諸憲法が辿った議会の地位向上の路線を、13条は完全に無視している。つまり、本稿で問題にしようとする外交に対する立憲主義統制を、全く想定しない姿勢を貫いていたことに注視せざるをえない。この点の本音を穂積は正直に告白し、ドイツで起きた議会側の抵抗を示して、その無意味さを説いている。「然シ外国ニ対スル關係ハ国内ニ於イテ如何ニ憲法違反デアルト論ジマシテモ既ニ成立シタ条約ハ外国ニ対シテ動カスベカラザルモノデアリマスカラ議會ノ議決ニ依テ条約ヲ結ブト云フコトハ或場合ニ於テハ甚ダ困難デアリマス。・・我が国ノ憲法ニ於テハ条約ノ締結ハ全然君主ノ大権ニアルコトデアリマスト云フ主義ヲ取りマシテ議會ノ協賛ヲ必要ナシセラレタルハ外国ニ対シテ国權ノ統一ヲ全ウスルノ利アルノデゴザイマス。」²⁸

この規程に従って、歴代の天皇は戦争を宣言し、和を講じてきた。さらに、御前会議を経ることになったのであるから、55条にある大臣による輔弼責任の理解が問題になるところである。55条の解釈は実は多様に別れていたとことであり、明治憲法の実層はここから別れていったことは確かであった²⁹。

3 政府と外交権

一 近代憲法における執行権 ドイツの敗戦と市民革命の成果であるワイマール憲法（1919年）には、もはや君主（ドイツ皇帝）は存在せず、政府を構成するのは、

25 伊藤博文『憲法義解』丸善、1938年、30頁。大権とされる所以は、行為が迅速に行われなければならない、列国も同様であるからであった。

26 美濃部達吉『憲法撮要』有斐閣、1923年、216頁。

27 上杉慎吉『新稿 憲法述義』有斐閣、1924年、628頁。

28 穂積八束『皇族講和会における 帝国憲法講義』非売品、1912年、157頁。

29 詳しくは、石村修『明治憲法』専修大学出版会、1999年、第4章を参照されたい。

ライヒ大統領と首相のコンビネーションによることになった。新装成った45条には君主に変わって大統領が外交権限をもち、これを議会在がコントロールする構造が描かれている。ライヒ大統領は全ドイツ人によって選挙されることになるので、45条の意義は本質的に変わったことになる。共和制と連邦制の要請を受け入れたワイマール憲法は、実はその憲法運用に多くの複合的な機能をもち、それゆえに自己解体していった経緯がある。外交事務をライヒの専属事項とし（78条）、戦争の原因をなした国境問題及び植民地にしてもライヒが対応することになったが（同条4項、80条）、この処置が原因で後のもう一つの戦争を引き起こすことになった。

ワイマール憲法では過去の経験を踏まえて、ライヒ大統領が国際法上の代表権を持ち、条約の締結に関わることになった（45条）。ただし、ライヒの立法権限に関わるものについては、ライヒ議会の同意を必要とすることになった（3項）。議会には、議会在が停会中にあっても機能する「外交委員会」が設けられ（35条）、政府と議会在との連携が新たに外交の側面においても開けてきたことになる。ただし、大統領の非常権限の存在（48条2項）は、劇薬として議会在権限を失わせる機能をもっていたことは、いまだ議会在を主役とする国家構造が未完成であったことを意味していた。

政府の実権を掌握していたのは議会在から信任を受けて構成された内閣であり（58条）、連立内閣を構成する宰相は、独自の民主制を確立できるはずであったが、連立内閣を構成する大臣、とくに外務大臣との確執、さらには21回に及んだ政府の交代は、後に検証すべき課題を多く残したことになる。外交の場面での政府は、他国からは常に対抗の様相を帯びていたのであった。

ボン基本法は、暫定憲法として出発し、ワイマール憲法の失敗を乗り越える工夫を多く作りだしたことはもはや多くに亘って言及する必要はないであろう。外交の面では構造的にはほぼ同様である、外交権限は国家高権を構成するものであるから連邦に留め（32条）、ラントに関わる事項がある限りでラントにも外交権が留保されていた（2・3項）。外交権限は、ドイツのヨーロッパの憲法伝統に従い連邦大統領にあり（59条）、条約を締結することになるが、これも専制的にはなく、議会在の同意の下で実行されなければならない（59条2項）。他方で、実際の高度な政治（国家高権）を担うのは首相（宰相）と大臣であり、ここでも国会との関係が問題とされなければならない。つまり、ドイツでは2重の意味でも協働行為を問題としなければならないことになる。しかし、もはや大統領には実権は留保されていない（名目的な元首）ので、首相と議会在との関係が、以下問題となってくる。首相には広範な「政治の基本方針を定める」（65条）権限が留保された。但しこの実権は「法規

及び法に拘束された」権限を行使することになり、その執行権の範囲が問題となってくる。防衛の問題については、同基本法が再軍備を是認した時点で（1956年）別条を設けて「防衛大臣」に権限を与え、首相と議会のコントロールの下で、軍隊が起動することになった。

ボン基本法の下における政府は連立内閣がほとんどであるが、極めて安定した運営を実行しており、65条の解釈は、日本の政府のあり方とそれを実行する上でも参考にされることになる。この憲法は、その後、東西統一を経て憲法の名に相応しいものとなり、さらに、マーストリヒト条約以降のEUの成立によって、別の意味の外交を考慮せざるをえなくなった。23条（EUの実現）と24条（集団的安全保障）は、それぞれ高権がどの程度委譲できるかの問題であり、これについて憲法裁も判断を下さなければならなくなった。

二 執行権の独立 日本国憲法で外交権は実際には内閣総理大臣の意向の下で外務大臣とその任にある全権大使が行使していることは明瞭である。この権限が憲法65条の「行政権」に含まれ、さらに内閣の具体的な職務を規定した73条2号（外交関係の処理）、3号（条約の締結）からして、外交権限が政府に総合的に委ねられていることを読み取ることができる。また、72条で内閣総理大臣が「外交関係について国会に報告する」との規定及び73条3号から、国会による一定の水平的なコントロールが及ぶことも理解できる。問題はその先に出てくる。天皇の国事行為に外交関係が多く含まれているものの、ここではもはや形式行為が天皇に委ねられたに過ぎないので、政府の外交権決定範囲の問題とその決定した限りでの責任の取り方が問題となってくるのである。近時、やっと外交問題まで憲法から議論する下地ができてきたのは、65条の本質を巡る論述からであった。つまり、行政権の本質を問う作業の思わぬ余得から、政府の外交権の内実が問われることになった。

65条を「執政権」と読み直す作業は、一で触れてきたドイツ基本法での20条2項にある「執行権（vollziehenden Gewalt）の解釈に連動していた。政府はこの執行権を「政治の基本方針」として定め、実行して行くことになる。ドイツではスメントが積極的に動態的な国家構造をとくにフランスを基礎にして構成していた。つまり、高権の中で更に高い位置にある「統治行為」を抽出して、広義概念としての行政（Verwaltung）行為から別の統治行為の存在を描いていた³⁰。スメントの流れを組むショイナーも政府の各種の権限の中で「執政権」を別個に描くことの可能性を

30 R.Smend, Staatrechtliche Abhandlungen, 1968, 2Auf. S. 22f.

強調していた³¹。この流れはドイツ行政法の本流となって運用されてきたことは確かである。

他方で、日本の行政法は行政の定義に関して控除説に拘泥する傾向があり、田中二郎が行った積極説も「国家目的論」を基盤としており、ホルストフの定義の垂流に過ぎず、また、統治行為論を対司法権の関係で認識してきた。こうして行政の本質の議論は発展性のない時点に踏みとどまっていた感がある。こうした傾向を打ち破りだしたのは、行政学に刺激されて新たな定義を試みてきた阪本昌成³²や石川健治の仕事であった³³。両者の仕事は、西洋の歴史の中で展開されてきた政府に委ねられてきた「政治」的行為が存在しており、これを厳格な法治国家の枠内で解することの過ちを説いている。公法学で政府を語ることに消極的だったのは、天皇権限に代表される旧憲法の影響が残る日本国憲法においても、憲法が生政治を扱う場面をできるだけ少なくしようとする配慮が働いていた可能性がある。しかし、現実には、外交に代表される法からは一端は離れた所為を想定することもありうるであろう。何よりも近代国家は公共的な事象の決定権限を独占しているものであり、その結果、各種の事項を裁量的に処理しなければならないはずである。こうして石川は「governmentが行使するexecutive power（執行権）が、創造的・国家指導的な『政治politics』の作用を含んでおり、法律の誠実な執行を意味する狭義の『行政administration』の作用に尽きるものではない」として、こうした論争に一定の方向付を行っている³⁴。石川の理論構成の基盤には、自分も紹介している様にイエリネックの以下の論述があることは確かであろう。つまり彼は「実質的な意味における行政は、自己の内に統一的に結合されている二つの要素、すなわち統治の要素と執行の要素を包含しており、前者はイニシアティブと命令を、後者は命令されたことの執行を包含している」と論じていた³⁵。

こうした論述の結論に、憲法65条の解釈として、英文表記と符合する「執政説」

31 U.Scheuner, Der Bereich der Regierung, 1952 in; Staatstheorie und Staatsrecht S.485f. 彼はすでに議会と執行権での協働行為によって、外交が行われると指摘していた。

32 阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤・初宿・大石編『憲法50年の展望Ⅰ』有斐閣、1998年、203頁以下。石川健治「政府と行政」法学教室245号、2001年、74頁以下、同「統治のゼマンチック」憲法問題17、2006年、65頁以下。

33 この議論のきっかけは、入江俊郎「政府と国会」、1950年、同『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題』第一法規出版、1971年、501頁以下、にあった。

34 石川「政府と行政」75頁。

35 イエリネック、芦部他訳『一般国家学』学陽書房、1974年、497頁。

が浮上し、今日ではかなりの支持を得ることになり、他の条文の「行政」と意図的に区分されるようになる³⁶。確かに、広義の行政作用は、内閣総理大臣を頂点とする末広がりとなる広大な三角形を構成し、その権限も担い手も阪本が指摘するように「執政・行政・業務」に層を成して区分される。かつてのドイツの公勤務関係（官吏・勤労者・労務者）とこの区分は符合し、上から下に流れる行政作用全体を説明することに資することになる。つまり、公勤務者の職制は、層を成して構成されることによって職務の内容を決定し、その限りでの責任を明確にし、最終的に職務が利益を享受する国民のためになることが期待されていた。その点で、公勤務者の地位に応じた責務を明確にする必要があり、とくに、「政治的中立の義務」はすべての公勤務者に求められるものではなく、政治的責任を深く求められる官吏に強く求めれば十分ということになる。公勤務関係の民営化を背景にして同法は近時改正され、「官吏、公務被用者」という二分類に変わったことは、一層に本講で問題にする政府の「執政権者」としての地位を明確にするものである³⁷。

憲法65条は「行政権は内閣に属する」と簡単な表記に徹していた関係から、すべての行政権が法律の留保の下にあると理解されてきた。その点の評価は、明治憲法との違いを強調する効果をもたらしてきたが、内閣が実行する職務内容の質を問うことを放擲してきたことになり、とくに、「外交」も先端的な作用である「外交交渉」を憲法的に論じることを困難にしてきたと言わなければならない。石川は、執政権の具体的な内容として、「外交関係の処理・条約締結等」を指摘し、これは「軍事・行政組織編成権、その他国家指導提出権」に関わる執政作用を構成し、したがって、憲法4条の「国事に関する行為」の内容をなすものであると説明する³⁸。しかし、こうした理解は、従来の65条を「法による行政」と理解してきた論者からの批判が当然に予測される。その真摯な批判者からは、やはり法律による行政の原則は崩してはならないものとされ、個別な条文から理解していく姿勢を示し、例えば「外交」事項は憲法76条から考えるという理解を示している³⁹。いずれにしても「外交」を憲法問題として処理しようとする姿勢は同様であると解される。しかし、

36 この点の分析は、浅野博宣『「行政権は、内閣に属する」の意義』安西他『憲法学の現代的論点（第2版）』有斐閣、2009年、149頁以下。

37 石村修「ドイツ公勤務法における政治的自由」晴山編『欧米諸国における公務員の政治的権利』日本評論社、2011年、106頁。

38 石川、79頁。こうして執政権の存在に光を当てていることがまず重要なことになる。

39 参照、毛利「行政権の概念」小山・駒村編『論点探求 憲法（第2版）』弘文堂、2013年、326頁、高橋和之『現代立憲主義の制度構想』有斐閣、2006年、8頁以下。

執政権として処理することで、実はこの政治的作用を伴った存在に憲法がどのように向い、具体的にはどのように統制できるかの問題に立ち向かわなければならなくなってきたのははっきりしている。執政権は、それが政治的な作用を含んでいると判断された時点で、実は他の国家機関との権限争いを問うことになってくるという、次の問題を惹起することになる。

三 執行権の競合 執行権説から促される論点として、執行作用の分配を検証しなければならなくなる。議院内閣制は立憲君主制の名残のある欧州で展開されてきたが、これは国家運営の安定的な実行を確保することが評価され、日本国憲法を初めとして戦後の憲法に多くで見直されて、導入されてきた経緯がある。私が命名した「蘇生憲法」の流れは議会の多数派と政府の同一性を求め、政治の安定に最大の配慮を置いてきた⁴⁰。ここで内閣は「政府」として役割をより政治的な場面での活躍を期待されてくる。ボン基本法も同様なことであった。したがって、ドイツにおいても組織編成権は、執政権の重要な一領域とされてきたことになり、具体的には執政権は、裁量的政治作用を多く含んでいる関係から、国会と政府との協働作業によって成り立っていると理解を生み出すことになる。まず前提として、議院内閣制という統治構造は大統領制と異なり、立法府と行政府が協働して機能する余地を認めていることになるので、協働して機能する部分が存族していることを深く認識しなければならない。第二に、どの行為に関しては、憲法はどちらの機関が主に働くことを求めているのかを、明らかにしなければならない。つまり、議院内閣制では権限の独占はありえないことになるが、機能的にはいずれかの機関が責任をもって行使しなければ、国家行為は円滑に機能しないことが予測される。執行権の配分問題は、第三に、法律事項に縛られる行為（必然的法律事項）とそうでない領域（任意的法律事項）に区分されることが予想される。村西良太の業績⁴¹はこの点を明らかにしようとしており、執政行為は議会にも配分されていることが今日の議院内閣制の特性ということになる。議会にも政府にも執政作用が存在することによって、相互の微妙な駆け引きの中で高度の国家政策行為が実行されるようになる。日本国憲法では、この協働行為の例を例証していると考えられるが、外交に関して73条3号は、協働行為を想定しているのは明瞭である。

本条の特性をいち早く見抜いたのは芦部であり、条約の効力の諸問題を整理しな

40 石村修『憲法への誘い』右文書院、2014年、103頁以下。

41 村西良太『執政機関としての議会』有斐閣、2011年、7頁以下。外交の協働権説については、44頁以下。さらに、林知更「立憲主義と議会」、注36の安西他、137頁も参照されたい。

がら、実は執政行為の協働性に関しても視野に入れて、広く外交の議会統制に言及していた⁴²。確かに、条約の締結には一定の手続きが必要であり、全くの交渉の段階は政府の手に委ねるのを旨としなければならないであろうが、その端緒に関しては、議会側から関与する余地はあるはずである。その口実として最も考えられるのは、財政と関係する予算を口実にすればよいはずである。つまり、予算の問題も立案段階は政府に託されているが、これの最終的な決定や決定に関しては議会に託された部分は大きい。古典的には「国庫負担行為説」や「財政民主主義論」によって、言わば垂直的な関与を正当化することも可能である。条約の事前または事後的な国会の承認に関して、いかなる条約が承認を必要とするかという議論において、日本の政府見解からは、「法律または財政的といった国会の権限に属する領域を含むものの他『政治的に重要な国際約束』」が挙げられている⁴³。さらに、ドイツでも、ギリシャの財政危機に端を発したEUへの財政問題への対応、あるいは国防軍のアフガニスタンへの派遣問題は、最終的には憲法裁の判断に委ねられ、財政問題を導きの糸にして自国の憲法問題として処理をしていた。その判決は、いずれにしても政府の行為に議会が関与する余地を認めたとの判断であった。但し、それより前に判決した「アメリカ軍のパーシング2配備訴訟」において⁴⁴、すべての範囲で議会の同意が必要とは論じられてはいなかった。長文の判決の中で憲法裁が「議会の同意の必要な国際法上の行為を拡大することは、執行権の中核的活動領域への侵入となりかねない」とし、その理由として、1 政府は組織として外交に適している。2 政府にも一定の民主的な正統性がある。3 議会には不信任を頂点とする政府へのコントロール手段がある、としていた。まだ議会も憲法裁も一定の遠慮を軍備には持っていたことになる。

4 外交権と議会

一 議会による政府への同意権 そもそも議会による政府の外交権の行使に対する同意権があるのか、あるとすればいかなる事例においてどの程度及ぶのかの問題は難問である。先に紹介した芦部の問題提起も実はこの点までも含んでいたものであり、外交の延長の結果がなんらかの規範の締結になるのであり、その規範は条約

42 芦部信喜『憲法と議会政』、東京大学出版会、1971年。さらに、この点を指摘していた、高見勝利、『芦部憲法学を読む』有斐閣、2004年、197頁では、「対外権」として解説している。

43 注4の毛利透、253頁参照。

44 BVerfGE 68.1（とくに、83頁以降）。

という形式を必ずしも採るわけではないからである。外交はその結末として何らかの約束を取り決めるのを例としており、条約という形式に至る例は現実的には少数であると言えるかもしれない。前節の結論から、近代憲法にあって外交は「執政権による議会と政府の協働行為」として、それが憲法の枠内に収まるものであることを指摘してきたが、そのことをもって直ちに議会の統制権、つまり、その最終局面にある同意権を引き出すことにはならないことになる⁴⁵。これを具体的に論じているクレマーは、例として、「国家承認、国連常任委員会や総会でのドイツの提案権における議決行為において」、議会が関わり、コントロールする権限を否定している。⁴⁶但し、国際機関としての国連とEUはその存立基盤が異なるから、同じ定式を使うことは本来出来ないであろう。同時に、戦後の憲法環境を巡る歴史的变化を辿らなければならない。

ドイツ法学者協会は、戦後「外交権」を3度に渡ってテーマとしている。1回目は1954年（第12回）の戦後間もない時であり、2回目は冷戦期の1978年（第36回）、そして3回目はマーストリヒト条約以降の1997年（第56回）であり、時代の節目のそれぞれにおいてドイツの外交問題を憲法論として論じてきたことになる。以下、簡単に論述を紹介して行くことにする。1回目で論じているのは、グレーベとメンツェルであり、外交単独行為説と協働行為説を対抗的に論じていた。グレーベはかつて62年から各国のドイツ大使を務めた経歴があり、最後は79年まで日本の大使であった。その経験を生かして、彼は外交権を専門に論じてきた。彼は外交権を論じてきた歴代の論述、とくに、ボルガストのワイマール期の論文を基礎にして⁴⁷、外交の政府による単独行為説を論じている。つまり、初期の憲法裁の判決（BVerfGE 1 S.372）を引用しながら、国際法と国内法の2元論の構造が戦後も維持されていることを根拠にして、基本法59条2項を限定化して解釈している。彼の論述は極めて平易である。「議会は立法を委ねられているのに対して、外交の遂行は、議会制民主主義の中で執行を委ねられている政府と行政の領域にある⁴⁸」と結論付ける。つまり、グレーベは基本法59条2項の問題は、さらに、以下の3点で限定化されて解釈しなければならないとする。第一は、本条文の法内容が格段に不明確であり、内

45 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32.Aufl.2008, S.606.

46 Cremer,in;R.Geiger(Hrg.)Neuere Probleme der parlamentarischen Legitimation der auswärtigen Gewalt,2003,S.31.

47 E.Wolgast,Die auswärtige Gewalt des Deutschen Reiches ,AöR.Bd.44,1923 S.1ff.

48 W.Grewe,Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik,VVDStRL 12,1954,S.135.

容、相手そして関連性で場合によっては政治的に重要なものとなる「協定」の扱いにおいて明らかになっていない。第二に、連邦議会やその委員会が時間に制約された中で関わらなければならない困難さがある。その場合には、基本法80条で認められている「法規命令」をもって協定を具体化する方途を採用すべきである。第三に、非常に技術的な性格をもっている「商品・支払協定」まで含めるとすれば、それは大いなる弱点を認めることになる、と具体的な例を挙げて、59条2項の適用場面を例外的なものにすることを提唱している⁴⁹。

対抗するメンツェルの報告は、「① 政府と立法の関係、② 連邦とラントの関係、③ ヨーロッパ統合の作用」から問題に向かっている。ここでは、取りあえずは①の問題に絞って紹介するに留める。彼はグレーベとほぼ同様の歴史分析を行いながら、ボン基本法の条文がドイツ憲法史において同様の流れの中で、憲法と国際法の関係を保っている点で「驚きをもった憲法」ではないことをまず指摘する⁵⁰。それは議会が関与する場合は一部の国際法にあり、具体的には条約と協定との扱いではっきりしているが、これまでの憲法との「小さな差異」として、「民主化の方向が前進した」と説明する。それは「協定だけでなく、政治的条約」も含んで議会がチェックできるようになったとし、その例として、戦後の「戦争と平和」に関する各種の政治条約の存在とその議会の関わり様を、EVG条約の締結過程で例証している。さらに、この時期の憲法裁の3件の判決から、むしろ「執政に馴染む領域」が以下の3つの事例に限定されていると理解する。①は1950年のドイツとフランスの経済協定、②は1952年のペテルスベルク協定、③は1953年のケーラー港協定、のそれぞれを、憲法裁は「政治的協定」と判断しており⁵¹、例えば①の場合について、「国家の存在ないし国家の領域の統合・独立、他国や国家秩序との地位や優劣」に絡むものと理解して、政治的と判断している。

彼はこうした初期の憲法裁の対応に対して、同じく3点から「協働行為」の立場から反論している⁵²。第一は、すべての条約は何らかの意味で政治的であり「外交権の行使の何処に重点が置かれているかの問題は、日々のルーティングの担い手ではなく、質的に重要な問題を解決できる者に託されている。こうした条約にとって、議会こそに優位性を付与されていることは明らかである。」第二に、議会に付与さ

49 A.a.O. S.158-9.

50 E.Menzel, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12, 1954, S.187f.

51 ①と②は、1952・7・29, 第二部, ③は、1953・6・30, 第二部の判決である。

52 Menzel, a.a.O.S.194-97.

れた行為は、一種の「認可 (Genehmigung)」と捉えられるものではなく、技術的な意味での「認可」以上の意味をもっている。執政は重要な決定の前段階を構成するものであり、「最終的には議会が行う決議によって決定がなされる」のである。高度に政治的な行為の決定は、立法府に最終的にあるのであって、執政はその機関のそれぞれに応じて対応することになる。第三に、対外政策の問題について基本法は条文からは明確になっていないものの、対外問題についての連邦議会の「公的な決定権」(EntschlieBungen)を問題にしなければならない。ザールラント問題等での「連邦議会による政府説明」がこれであり、議会の領域でも失われていない執政行為がある。こうした三点を考慮する限りで、議会と政府との協働行為によって外交問題は実際に処理されているとの結論に達する。

二人の結論は、以後の学説に大きな影響を与えていると思われる。誤解のないようにこれを整理すれば、単独行為説も協働行為説も、基本法59条2項を無視するわけにはいかないので、外交の処理に政府も議会も必要な範囲で関わることを認めている。すると次なる問題は、どの機関が第一義的に機能することが外交活動の本道に寄与するかの論争になり、ここに学説の違いが構成されることになる。つまり、外交に関わるのは主に政府なのか議会なのかの論争であり、ドイツの戦後の初期は占領後の処理も含めて政治的に重要な時期であった関係で、政府側に立った論者は「単独行為説」に肩入れし、憲法理論と現実に架橋を掛ける意図をもった論者は、「協働行為説」を主張したことになる。また、初期の憲法裁は学説に対応したのではなく、政治的な動向に左右されていた部分もあって、現在の憲法裁の考え方と必ずしも一致するものではなかったことも指摘しておかなければならないであろう。

二 統制の範囲 協働行為説がドイツで主たる見解に落ち着くのは、58年の国法学者協会でのフリーゼンハーンの報告に寄与した部分大きいと思われるが⁵³、彼は本題と関連して、外交権の行使を政府と議会が全権をもって臨む行為であるとし、国家行為のこうした領域において、「権力の分立ではなく、権力のバランス」が必要であると主張していた。したがって、外交の端緒を議会が促すとして、その交渉の過程は政府に委ねられ、必要に応じてその過程は議会に報告され、最後は議会による承認を得るとというのが理想的である。議院内閣制の国家構造は、政府と議会との対抗は予測されることはないが、問題は野党の存在である。外交問題は、グローバル化・ヨーロッパ化された時代にあつて、内政に直接に影響を与える可能性が高

53 E.Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16, 1958, 9ff.

い。安全保障からはじまり、経済・社会保障・治安・文化・教育等に関わる国際交渉は国内の関心事でもある。国内の問題は政党間の取引によって決定されることになるので、広義の外交活動、とくに、政府が実施する外交のプロセスには、野党が対抗することは大いにありうる。そこで、基本法59条2項や日本国憲法76条3号が機能する場面は、政府提案への質問からはじまり、最後は案件の否決となるわけであるから、野党の存在は政府のコントロールに最大の効果をもたらすことになる⁵⁴。

90年代以降になるとEUの確立を待って、国家間の法的な交渉が活発になってくる。ヨーロッパ独自の問題となるのでここでは多く議論することは控えるが、特殊な外交問題として提起されてきたことになる。つまり、EU法の優位を考えるならば、国家主権の委譲に関わる問題は深刻になった⁵⁵。国家統一後に空欄になっていた23条に新たに規定されたEU条項は、条約だけでなく、これに関わる法規を議会がどのように受け止めるかの問題を生み出したことになる。国際刑事法や国際環境法の充実に典型に見られる様に、これらの国内法化は一元的に為されることになるので、「法律の留保や本質留保理論」の視点から、議会が関わる余地が広がってきた。「内政と外交政治の融合は、広範な範囲で国内の立法手続きに関わってくるようになった」⁵⁶。この論点に対する回答は、学者の論点というよりは、憲法裁の判断するところとなり、何らかの基本権侵害を根拠にして訴えられた憲法裁の判断が、議会権限との対抗を為すようになってくる。さらに、改正された基本法は、「前文、23・24・59・115a・1151条」において多くの国際・EU条項を持つようになり、議会の役割は本来的には多くなったはずである。基本法において議会による外交政策を最終的に導く判断は、決議ないし法律という形式を伴わなければならないとの考えが、学説としても定着するようになる⁵⁷。つまり、議会が外交に関わるのは、法律の形式だけではなく、決議によっても為されるとの判断は、憲法裁のお墨付きとなっていた⁵⁸。

59条2項が規定する、所謂「条約」の制定手続きは、その性格から、政府に授権された条約を締結する権限をコントロールすること、さらに、条約を国内法化する手続きを確保する、という二重の作用を議会にもたらすことになる。したがって、

54 W.Kewenig, *Auswärtige Gewalt*, H.P.Schwalz(Hrg.) *Handbuch der deutschen Außenpolitik*, 1975, S.39.

55 マーストリヒト判決以降の動向について、例えば、注12の石村249頁以下参照。

56 R.Wölfrum, *Kontrolle der auswärtigen Gewalt*, VVDStRL 1996, S.43.

57 例えば、M.Sachs, *Grundrechtskommentar*, 6.Aufl.2011, Art.59, Rd.27.

58 BVerfGE 68,1.

法規に条約を移し替ええる範囲が自ずと問題となってくるはずであり、それは「個々人の権利と義務を根拠づけ、停止し、修正する条約であり、国内法を変更する条約」に、こうした手続きを必要とすると考えてきた⁵⁹。国内法化を必須とする根拠は、すでに言及してきたように、議会に専権的に留保されている「財政権限」を利用することであった。実際に国会の統制が認められるとして、修正権を含むのか、継続する場合にも国会が関わるのかという手続き問題があるが、その問題は本稿の意図する憲法原理論から離れるので、議論は控えておくことにする⁶⁰。

さらに、条約を国内法化するにあたっては、基本法80条の1項が法規命令に求めている条件と同じくして、「条約の内容、目的、範囲」を考慮して議会は関わるのが可能とされており、政府はその限りでの制約を受けることになる。日本でいえば、執行条約に関して国会が関わらなかったことと同様の問題が⁶¹、いずれにせよドイツにおいても起きる可能性は大いにある。とくに、それは連邦軍の派遣問題でその論争は憲法裁に向けられることになり、一定の判断が為されてきた。この論点は、ヨーロッパ軍との関係があり、政府の判断はEUの政策を採用するかどうかの部分が大きく、その点で議会が関与する余地は少なくなる。つまり、一般的な外交権の問題とは別の執行作用がそこには含まれていた。そこで、政府と議会が協働して行った判断については司法的な統制で戦わざるを得なかったことになる。

5 外交権の司法的統制

司法が法令審査権を行使することの意義は、基本権の擁護だけでなく、憲法の価値原理を維持する観点から重要になってきた。本稿で問題としている外交事例に司法権が及びうるかの問題も同様の目的をもっていることは明らかであるが、問題は政府の、しかも高度な政府の行為を審査し、さらには、議会の外交問題への処理の誤りを審査することになるので簡単ではない。とくに、日本では最高裁の「砂川判決」(最高大判昭和34年12月16日)によって、条約の違憲審査が一応消極的に解されたことにより、議論はこの判決で止まってしまった感がある⁶²。ドイツでも憲法

59 Wolfrum ,a.a.O.S.46.

60 注38の芦部論文できちんと整理されている。工藤達朗「条約と外交」『ファーストステップ 憲法』有斐閣、2005年、309頁以下をも参照。

61 日米安保条約と関係する行政協定問題が典型的であった。極めて重要な内容を、政府の意向だけで決定できる行政協定という法形式にしたことが、議会無視とされた理由となろう。

62 高野雄一『憲法と条約』東京大学出版会、1961年、はこの問題に大きな業績を残している。

裁判所の権限を考察するに際して、ワイマール憲法時代に議論してきた「司法審査に馴染まない高権行為」の概念は、基本法の初期においても確かに議論され、否定されていた⁶³。

しかし、「外交権を司法的にコントロールする限界を見つけるには、司法権が自己抑制するとの考え方は馴染まない」と考えられている⁶⁴。別の論拠を辿るとするならば、機能的な差異を考慮することになり、外交権は政府と議会の民主的な統制を受けたところで機能すべきである、司法権は別の役割にとどまるべきであるとの機能論が残ることになる。ただし、基本法の解釈は憲法裁判所によって行われるところであるから、すでに言及してきた外交に関わる条項との関わりは想定できる。ここで、「あれか、これか」、の議論が登場してくる。つまり、一方では外交権も、基本権に見合った対応を義務づけられているとし、他方で、外交は現実とぶつかるもので、基本権で解決できるものではないとする⁶⁵。後者の問題は、基本権の客観法的側面を援用すること、とくに、保護義務の側面を強調することをもって反論することも可能であるとされる様になる。

憲法裁判所の成立とその経験は、アメリカの”Political question “の理論を否定しつつ、いかなる条件で司法審査が外交関係に及ぶかを模索してきた。最新の外交権の憲法拘束について議論をまとめている、以下のネットスハイムのまとめた4分類を紹介しつつ議論の進展模様を考えてみることにする⁶⁶。第一は、訴訟と関係する憲法に関する実態調査を行い、訴訟要件を満たすかどうかを調査することであり、それは通常の憲法審査と同様に厳格に求められる。例えば、亡命希望者において、本当に具体的な政治的危険があるかどうかを調査し、それが憲法審査に入れる実態をなしているかどうか外交問題に入る前提になる場合であり、スーダン人のケースが紹介されている (BVerfGE 94, 248)。第二は、国際法の調査を行う場合に、反対の傾向があるかどうかを調べることになる。つまり、外交権の決定のコントロールが不確かなのは、国際法そのものが不確かであることが原因となっている場合が多い。例としてある、ルドルフ・ヘスを扱った事件で、国連憲章107条（適用制限条項）の不確実性を憲法裁は問題としていた (BVerfGE 77,137)。第三に、基本

63 著名な著作として、H.Schneider, *Gerichtsfreie Hocheheitsakte*, 1951, がある。

64 Kay Hailbronner, *Kontrolle der auswärtigen Gewalt*, VVDStRL, 1996, S.13.

65 C.Müller, *Die Menschenrechte als außenpolitisches Ziel*, 1986, 148f.

66 M.Nettesheim, *Verfassungsbindung der auswärtigen Gewalt*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staats Rechts*. 3. Aufl. XI, 2013, S.574f.

法との合憲性を審査する場合に、緩やかなテストで行ってきた傾向がある。そこで戦後処理に関わる事件では、その点で違憲とされることは少なかった。ザールラントに関する憲法裁の初期の判決が紹介されている（BVerfGE 4,157）。第四に、外交問題を訴える場合の訴訟手続きについて、憲法裁は場合によっては修正を行ってきた。本来的には抽象的規範統制の場合、憲法裁は予防的な訴訟を早い時点で認めるという姿勢をもってしたが、条約立法に関しては手続きの完全な終了までの段階でなければ、訴訟を認めないという姿勢を見せた。「ヨーロッパ防衛軍の法的地位協定」をドイツが締結した際に、「規範統制は、連邦大統領による条約法の承認と公布に至る立法手続きが終了するまで、その条約法への規範統制は認められない」（BVerfGE 40,141）と判断している。

戦後50年間の憲法裁の波乱にとんだ一応の裁判から導かれるのは、条約の問題を含む、外交問題への憲法裁による司法的な統制は可能であると憲法裁は判断してきたが、その憲法訴訟論は、独自の構成をもっているという点であろう⁶⁷。つまり、通常の訴訟よりも入り口と出口において工夫を凝らして、執行行為になるべく反対しない姿勢をもってきたと総括することができる。そうすると、憲法裁の特性が失われてしまう可能性があるが、その点にこそ「外交問題」への対応の難しさがあったと考えなければならない。そうした姿勢は、数度に及ぶ連邦軍の派遣問題で示された。独自に作られた基本法24条、26条の解釈問題になるので、政府の判断がもつとも尊重される領域であり司法判断は結果的には抑制的であったと考えなければならない。しかし、ここでも議会権限との関係が主要論点とされ、例えば、NATOのミサイル配備を扱った事件では、基本法59条2項の構成要件を満たさないとした（BVerfGE 68,1）。他方で、アフガニスタンへの連邦軍の派遣をテーマにしたAWACS訴訟では（BVerfGE 90,286）、はっきりと「連邦議会による事前の形式的な同意」が必要とされている⁶⁸。

まとめ

外交は国際法上で有効に作用する外交政策であるが、これを「開かれた憲法国家」での外交権として構成するためには、何らなかの憲法上での規定が必要であり、そ

67 R. Wolfrum, *Auswärtige Beziehungen und Verteidigungspolitik*, in :FS 50 Jahre BVerfG, 2. Bd. 2001, S. 693.

68 山内敏弘「ドイツ連邦軍のNATO域外派兵の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』信山社、2006年、366頁以下。

の規定には権限付与された外交権の執行を監督する機関（水平的コントロール）が書き込まれていなければならないと論じてきた。その外交権の執行者は、グローバル化・国際化された時代にあって、国民の基本権と密接な行使が為される関係で、外交権の実際の執行者である政府だけでなく、国民による民主的な統制を受けている議会権限とも密接なことであるから、政府と議会の協働行為として構成されると理解する傾向がある。したがって、外交権の立憲主義執行は、政府と議会との協働行為であり、さらに、これの統制権限は、同時に議会の役割であり、さらに、司法の積極的役割として憲法裁にも付与されていた。これがヨーロッパ化されたドイツ基本法の外交権条項であり、主役の執行権者と統制権をもつ議会と司法権は十分な統制権を持っていると理解された。時代状況や内容によってその統制権の程度は変化してきたが、基本的な構造は変わってはいない。しかし、外交権を巡ってEU内の権限争いは、EUが疑似国家化することによって、より露骨になってきた。EU委員長を2014年の選挙からEU議会が選出するようになり、EUの議院内閣制的構造は明確となり、委員長の権限も強化され出した。また外務大臣は、EU全体の外交をリードするかもしれないとの疑いを構成国は持ち出し、イギリスのように脱退をほのめかすまでに至っており、組織構造の変化が構成国の外交権に影響するようになっている。ヨーロッパの諸国は、国際法での外交を考慮しながら、同時にヨーロッパの構成国としての拘束を受けた外交を展開しており、考慮すべき外交問題は多く、複雑である。

翻って日本国憲法にも一定の外交権を規定する条文があり、ヨーロッパと同様にこれを理解することは完全にはできないものの、参考にできる部分はあると思われる。日本国憲法の外交を定めた規定を総合的に理解すれば、ドイツと同様の外交権執行権と統制権の立憲主義的構造を説明することも可能であろう。つまり、憲法65条の政府による執行行為としての外交権の行使があり、41条の国会はこれを「最高機関として」実質的にサポートする体制が存在すると理解できよう。議会による統制に関しては、73条2・3号、及び64条にある「国会への報告」義務を総合的に理解して、議会の民主的な監督権限を導出することも可能であろう。最も難しい問題は、司法権による外交権への監督権限であり、「統治（政治）行為論及び司法の自己抑制論」といった法理論で構成された「司法消極主義論」が強いが、新たな法理（財政的監督等）を構成することでこれを乗り越えて行く必要がある。こうした憲法条文や運用状況からすれば、日本国憲法における外交権の立憲主義的統制は困難な状況にあることは確かである。しかし、政府単独による外交権の専権的使用を回

避するためにも、また、国民への公開の原則を貫徹させる為にも、ドイツの議論を参考にして、日本における外交権立憲主義の確立を推進して行く必要が一層にあると思われる。それが本稿のささやかな結論である。

最後に、「特定秘密保護法」の問題点について一言言及しておくことにする。同法では、特定秘密の一つとして「外交」を挙げている。他の「防衛、特定有害活動、テロリズムの防止」と比べると、その内容特定が極めて薄く、包括的である。確かに、その内容を具体化する別表（第2号）において秘密とされる「外交」が例証されている。ホの「外務省と在外公館との間の通信その他の外交の用に供する暗号」を秘密とするのは、これまでの外交の端緒行為であるから秘密は当然として、他は「国民の生命及び身体の保護」を名目に行っているが、実質的には「安全保障」に係る事項を問題にしている。安全保障に関して一律に秘密とされてしまう恐れがこの部分からは推定される。安全保障問題を将来において拡大的に運用して行く政策を現与党が考えているとするならば、議会に出てくる安全保障問題は、最後の決定事項だけになってしまうのではないだろうか。

本稿は、政府による外交秘密の独占を抑制するためには、他の国家機関はどのように機能すべきかを問うてきた。「国民の見えないところで外国と交渉し取決めを結んでしまうことの弊害を防止する必要は高い」⁶⁹。その点で、特定秘密法の規定とその運用が、外交権の国家独占を擁護する結果になってはならないと思う次第である。

69 毛利透，注4の254頁。