

法と政治の間の翻訳

堀 内 健 志

- 1 序・立法と統治
- 2 立憲制の構図における法と政治
- 3 二者択一論—H・ケルゼンとC・シュミットをめぐって
- 4 混在論—G・イエリネクとO・マイヤーをめぐって
- 5 結び・翻訳

1 序・立法と統治

このところ久しく思案を続けてきてなおすっきりしない問題として、うへの「立法と統治」というテーマがある。①なにか迷路にはまってしまったかのようなのである。少しく説明するとつぎのようである。

伝統的権力分立の原理によれば、②国家の国民に対する支配作用は立法・行政・司法に分かたれる。絶対君主制のものの君主の権限を人民が次第に抑制・制限するためにここからまず立法を人民の代表者である議会の手に確保する。さらに司法はこの議会在が制定した法律の適用により行使する裁判所に委ねられる。両機関の権限を控除し残った行政も基本的にはこれと同じように法律に基づいて行使されるように要請されて、近代的行政法学が確立する。が、これら三権が分立することを前提としつつ、これらの相互間を調整するような権能、例えば議会による行政府の不信任決議や後者による議会（衆議院）の解散権、また直接に国民に対する支配作用ではない外交権や戦争・講和など条約締結といったものは三権とは別に統治と称され、この多くは現実には行政府によって行使されてきた。

この統治の作用については、高度に政治的なもので全国家的方向を決定するものであり、法律には拘束されるものの原則としては法律から自由な行為であるとして説かれるが、一方ではこれは程度問題であって、結局このような統治を否定して法定立と法執行の図式で一貫する学説やこの要素を行政のなかに含めてここで単純な法律執行と並べて位置づける学説などが主張された。

さて、議会主義の進展のなかで「立法・行政」の関係は、さながら法の授權関係として「定立・執行」と整理されることにより統治問題は決着がついたごとくであった。けれども、その後の現代民主制の現実政治において、国政の中心が議会から行政府に移るに及び再び統治の重要性が意識され、立法と統治の関係が改めて問われるようになったのである。

この現代国家における「統治」と呼ばれるものについて、議院内閣制との関連で高橋和之教授は、つぎのように説いておられる。^③

まず、「…政策プログラムは、政治が達成すべき目標であり、その実現に向けた積極的な行動を要請する。秩序維持の場合には、政治に課された目標は最小限の秩序維持のみであり、それとは別に積極的に達成すべき目標があったわけではない。それに対し、ここでは政治は設定された目標の実現に向かって積極的に行動を展開しなければならない。もちろん、その行動が法的に正当化されるためには、法制定と法執行という形式をとらねばならないが、それは法の支配のために必要な手続にすぎず、行動の目標は別に存在するのである。この目標（政策プログラムの達成）に向かって持続的に展開される行動こそ、現代国家にとって『統治』と呼ばれるべきものである。」^④そして、この統治が暴走することを防止するためにそのコントロールが必要となる。かくて、「現代政治の把握には、法の支配の下に秩序維持を課題として構成された『決定－執行』図式とは異なる図式を必要とするのである。」

この「統治－コントロール」図式で議院内閣制を捉えるとつぎのようになるとされる。

「そこで統治を担当するのは、内閣でしかありえない。国会は、その組織および活動原則上、統治にはまったく不向きな機関である。統治は、内的に一貫した政策体系を実現していく過程であり、ゆえに、その担い手には、政策体系に化体された基本政策への連帯的コミットメントが必要である。ところが、国会は多数の代表者から構成される組織体であり、そこには、通常、相互に対立する様々な政策が反映されており、また、そうでなければ、討議を通じて複数の可能な政策体系を提示するという機能を果たしえないであろう。したがって、国会が連帯して一つの政策体系にコミットするということは、本来の役割を放棄しない限りできないことなのである。」

そこでの「国会の役割は、国民の意思を反映しつつ討議を行い、多数派の支持しうる政策体系を形成・選択し、その実施担当者を選出することである。この機能の遂行には、選択すべき政策体系についての見解の対立が不可欠である。その対立と討議の中から多数の支持を獲得した政策体系を提示・主張し、多数派形成を主導した者が内閣を構成する。ゆえに、国会において、多数派と少数派、与党と野党の分化は、不可避である。そして、与党は内閣を支え、選択した政策の実現を推進するのに対し、野党は与党・内閣を批判し、内閣の政策の問題点を指摘し、代替政策を提示して、コントロール機能を果たすのである。」

ここに、「統治－コントロール」図式が、内閣と議会とに機能分配して展開されているのである。

しからば、これと「立法」との関係はどのようになるのであろうか。高橋教授はつぎのように言う。

「…現代政治の把握は『統治－コントロール』図式によりなされねばならない。しかし、このことは、『決定－執行』図式あるいは「法制定－法執行」図式を無用化するわけではない。現代国家においても法の支配は維持すべきものとすれば、この図式は捨て去るわけにはいかない。ここに、憲法思想上、法の領域と政治の領域の分化の必要が生じるのである。法の支配は、政治を法に従わせる原理である。法の支配を実現するためには、政治領域の活動は、法の言語へと翻訳され、法の論理の中に捕捉されねばならない。統治の諸活動は、常に法形式をまとって展開されねばならないのである。目標に向かって展開される目的・手段の行動体系は、常に法的な要件・効果の体系に翻訳され、そのことを通じて法の支配が可能となる。立法・行政・司法（法制定・法執行・法裁定）の分化は、まさに法の支配

の制度化のために必要とされた区別であり、法の領域に属する。これに対し、統治とコントロールは、政治の領域に属する。議院内閣制は、政治の領域に設定されたメカニズムであり、内閣（与党）が統治を、国会（野党）がコントロールを担当するのである。」^⑤

ここで「統治の諸活動は、常に法形式をまとして展開されねばならない」、つまりはこのかたちに翻訳されるのであれば、法の支配の観点からは、立法・行政・司法以外に「統治」などということは考えなくていいことになるのであろうか。高橋教授はしかし、「目的・手段の系列と要件・効果の系列は思考方法を異にし、翻訳が困難な場合が生じる」とも言われている。^⑥

また、「議院内閣制は、政治の領域に設定されたメカニズムであり」、この現代国家的把握には「統治—コントロール」の構造が不可欠なものであるとする。^⑦

しかし、高橋教授じしん別の構成があり得ることを認めておられる。それは、政治の中心を国会に見る立場である。

「国会こそが政治の中心であるべきだと考える立場からは、内閣の役割は国会の決定を忠実に執行することであるべきだとされる。政策決定の本来の場は国会であり、内閣が国会と対立する自己の政策を掲げ、その受け入れを国会に要求するとすれば、それは重大な越権と映るのである。国会こそが、国民に直接選出された代表者として、国民の求める政策を決定する立場にあり、国会が政治の中心となることこそ、民主主義の要請でなければならない。政治の起動力は国会の側にあるべきであり、内閣の主任務は国会の決定を忠実に遂行することではない。こう、この立場は考える。」

「近代国家の政治イメージにおいては、政治の役割は社会の最低限必要な秩序維持に限定されていた。…その主要な国内的任務は自由な秩序を内容とする法律を制定し、その法律違反を取り締まることに収斂する。このうち最も重要な任務は法律の制定であり、それに最適な機関は議会である。ゆえに、この政治のあり方は、『法制定—法執行』図式により把握され国会が法制定に、内閣が法執行に割り当てられた。しかも、この『法制定—法執行』図式は、法の支配における『法制定—法執行—法裁定』の図式と重なり合うがゆえに、個人の自由な活動の観点から法の支配が強調された近代政治のイメージにおいては、この図式こそがことの本質を的確に捉えるものと感じられたのである。今日においても、社会の秩序維持が課題である限りにおいては、この図式は有効性を失っていない。」^⑧

が、現代国家においては、「この伝統的な課題に加えて、単なる秩序維持とは性格を異にした新たな役割を引き受けさせられている。近代に信奉された予定調和の神話が崩れ、社会的調和の実現が国家による人為的な舵取りに期待されることになったからである。そして、この役割こそ、現代国家の特質をなすものと観念されるに至っている。しかし、ここで重大な問題は、調和社会のあるべき姿が一義的に定まらないということである。調和を人為により形成していくためには、調和の内容が予め決まっていなければならない。しかし、多元的な価値観が承認された社会においては、その内容も多様に表現されざるをえない。ところが、政治により実行しうる調和のプログラムは、一つでしかありえない。そこで、多様な調和のプログラムを一つの政策体系へと編み上げるプロセスが必要となる。」このために、上に引用したごとき、「統治」のために内閣の活動が不可欠となる。^⑧

このうち、近代国家の政治イメージに立ちつつ、「議会だけが政治的指揮決定についての民主的正当性をもつ」とするのが、ドイツ連邦共和国基本法上のW・フロチャーの立場である。

W・フロチャーの場合、伝統的なドイツ国家学の国家と社会の二元論においては、これが統治を行う行政府と議会の二元論へ反映して、ここでは行政府を民主的議会から隔絶したところに問題があったとし、現代の社会的民主制のもとではもはや国家・社会の障壁は維持されず、政治的共同体として示される。議会に対して重要な政治的問題における統治の現実的優位は認められない。^⑨例えば、中心的計画領域の問題について、つぎのような見解に支持を与え、言葉を補っている。

すなわち、「議会がその中心的決定機能、立法、予算承認において、先に完成した、強力な行動プログラム（計画）により完結した事実の前に置かれることを阻止せねばならないこと。」「この領域での執行権の情報・決定の優位は議会が早い時期に計画過程に立ち入れるときにのみ対等になり得る。その際、単なる情報・統制権に限られるべきでない。むしろ、計画目標が議会により決させられねばならない。計画は純粋に執行権の活動ではなく、その中心的政治的意義において全く立法府の任務である。というのは、立法は基本的に国家共同体における社会的現象の経過を計画・調整すること以外の何物でもないのだから。…」

また、権力分立原理も、もはや国家意思の形成のために執行権に固有の重みを与えることはないとする。^⑩

執行権、ないし内閣の役割に、上の二つの立場には大きな違いが出てくるであろう。^⑪が、そもそもこのような構成の違いはどこからきているものであろうか。それは好みや、例えば議会制民主主義のモデルから導かれるものなのであろうか。それならば、こんにち統治や執政権といって議論される場所の憲法学的問題はもはや存しないのか。そしてまた、そのような議論の法的性格については必ずしも明確に理解されているわけではないのではないか。^⑫この小稿では、法と政治の関連、この相互間の翻訳ということに注意しつつ、そのへんの疑問を少しく提示し考えてみることにしたい。

2 立憲制の構図における法と政治

ところで衆知のごとく、近代立憲主義は人民の意思を反映した議会によって絶対君主の恣意を押さえるために、なによりも1責任政治の原則を確立しようとした。具体的には大臣共同責任制や議院内閣制によって、多かれ少なかれ君主のもとの行政権担当者の責任を追求した。さらには、このような体制をより恒常的に確保するために、2「法律による行政」の原理が確立された。後者は行政を「法律」規範に従わせようとするものである。

さて、そこでこの両者の関係はどのようなことになるのであろうか。2の「法律による行政」の原理では、行政が行為する場合、法律に基づいていること、又は法律に違反しないことが要求される。国民に対する支配作用については法律の権利（Recht＝従来これは法規と訳されてきた）創造力、法律の優位、法律の留保の原理、すなわち行政法学上のいわゆる「法律による行政」の原理が支配し（法律の支配）、とくに国民の権利・義務を一般的に規定することは立法の排他的所管事項とされる。国家の統治組織の大枠は本来憲法典の規制事項であるが、その詳細は立法（法律・規則等）に委ねざるを得ないから、組織法が必要となる。三権に固有の事項はそれぞれ内部決定が尊重されるが、国家機関相互間の規律のありようは法律形式で（もちろん、憲法典の授權を受けてということであり、全組織法が初めて法

律によって定められるということではない) 決めることが原則である。

これらの原理も、もちろんその目的は1の立憲主義の責任政治に寄与することにある。従って、この責任政治の原則の一部として位置づけることもできる。つまり、法治国原理も一つの政治原則に他ならないのである。ここでは、その限りについて法と政治の原理・原則が二重写しとなっている。

では、1の責任政治の原則の具体的な一つの典型的な政治制度であるところの議院内閣制について、これは法的にどのように意味づけられ得るのであろうか。それとも、これはもっぱら政治的にのみ捉えられ得るにすぎないのであろうか。いま、議院内閣制とは、内閣が議会に対してその成立、及び存続について依存するということを意味するとしよう。こうすることによって、内閣の行為(命令など)が国民代表の意思を意識しなくてはならなくなり、法規範創設行為に国民の意思が反映される方向で影響が出る。この限りについて民主的な立法が担保される。法規範学の立場からは、議院内閣制はこのようなして法規範の創設段階の法動態学の視点から位置づけられる。もっとも、確かに内閣が提示する政策に対する議会のコントロールが民主的性格を示すが、これに対しては、国民が選択した政策が内閣によって提示されているならば、ここに二つの種類の民主的要求が対峙することになる。¹³

但し、ここでの法規範創設が民主的に行われるということは、法定立—法執行の立憲主義的構造の要請に適合するが、議院内閣制というものがそのことにすべて還元され得るであろうか。日常の政治について、絶えず議会が質疑や批判を通じて行政府をコントロールし、その内容も違法行為に留まらず、不当な選択についての責任追求に及ぶものでなくてはならないだろう。また、行政府も法律を執行するだけでなく、望ましい国家生活の実現に向けて、積極的な行動を要求されよう。ましてや、議院内閣制について、うえのごとく責任説ではなく、均衡説にたって、議会による内閣の不信任決議とこれに対する行政府による議会解散権の対峙であると捉えた場合、これらの双方の権限行使が法律執行によって決せられるというにはほど遠い性格を有していると言わなくてはならない。

従って、議院内閣制という責任政治の原則のありようを、「立法・行政」の間の法律執行という法規範学的な一関係として認識するだけでは不十分ではないかと思われる。もっとも、これを憲法組織法の視点から、一つの法制度として見るならば、これも法的関係に含まれることは間違いない。法規範の命題としてその要件を指摘することは不可能ではない。しかし、このことと、さきの「法律による行政」の原理で言うところの行政の根拠となる法律と一緒に扱うのは、ある種紛らわしいと言えよう。少なくとも、両者を区別して議論することは可能であり、かつ理解しやすいのではなかろうかと思われる。

結局のところ、近代立憲主義理論を、一方ではすべて法規範学的に認識すること、或いはすべて政治学的に説明することは不可能ではないが、他方では、方法論的に不徹底だと評され得るがこれらを端的にある部分を法的現象として説明しつつ、それ以外の部分については、政治的現象(もちろん、この分野にも法律で定められる部分があってもかまわない)として理解するということも実際にはあり得るだろう。

そこで以下、これらの関連を従来の公法学はどのように学問的に捉えようとしているのかをごく簡単に眺めておくことにする。

3 二者択一論—H・ケルゼンとC・シュミットをめぐる

法規範と事実を峻別し、法的考察はもっぱらその前者に限定さるべきであるという立場からは、行政のなかに法的に自由な行為が有るとか、議院内閣制がもっぱら政治制度の問題であるとする主張はとうてい認められないこととなる。

すなわち、H・ケルゼンに代表される公法学における科学方法論的に純粋な法規範学にあつては、立法と行政の関係は法創造—法適用という法規範の授權関係の一齣として理解される。従つて、立法から自由な独立の行政というのはあり得ない。

もっとも、ここでもこのような立法から自由な行政領域を実定法上制定できないということではないだろう。かかる法規範の授權関係を形成し得るかぎり。例えば、その行政領域を憲法からの授權関係として位置づけることは不可能ではない。わが明治憲法下の独立命令や緊急命令のような法制度もあり得るはずである。

また、議院内閣制というものも、さきに少し言及したごとく単に政治制度だというのではなく、その意味するところが、命令という法規範を定立する内閣を国民の代表者である議会の信任に服させることであるとすれば、一つの民主的な法規範創設方法ということになり、法動態学的な位置を与えて理解することができる。

いずれにもせよ、法規範学の立場からは、うえに問題となる事柄をなんらかの法規範との関係で把握することは十分に可能であるということである。そして、このような把握こそが法科学的に一貫した帰結をもたらすものであるということになる。

C・シュミットは、このようなすべての法現象を法規範との関係で捉える立場を規範主義として総括し、これに法規範が事実・決断によつてもたらされるとする決断主義を対置する。¹⁴行政の行為は、確かに法律規範に規定されるがそれに尽きるものではない。国家目的の実現に向かつて、必要な決断と行動をとる。立法から自由な行政はここでは当然に承認される。

また、議院内閣制については、内閣が行うすべての行為について、その違法性のみに限られず、不当であることを含めて、質疑や不信任決議等を通じて議会在責任追求をすることになる。これらの議会和内閣の関係が法的関係であるということも出来ないではないが、法律執行の関係というには程遠い。むしろ、国家任務を政策決定する内閣に対しての議会によるコントロール、つまりは事後的な決断とそれへの批判というダイナミックな一つの政治プロセスと言ってもよいものと把握される。

もともと規範主義がもっとも典型的に見られる「法律による行政」の原理じしん、近代憲法における責任政治の原則の一側面であつたことは既に述べたとおりである。

従つて、決断主義の立場からは、うえのいずれの場面においても法規範の果たす役割は政治過程の中で局部的、付随的な位置を占めるに過ぎず、法規範じしん決断の産物に他ならないことになる。¹⁵

但し、ここで、C・シュミットの場合、法と政治とは概念として区別されるものの、政治的決断から法規範が生ずるとするかぎりでは、両者が混在することになることに注意を要する。その意味においては二者択一論とは言えないことになる。H・ケルゼンにおいては、単に両概念が区別されるだけではなく、法学の認識対象が法規範のみであり、他にはない。そこに政治的事象が同時に存在するこ

とはあり得ない。かかる意味において、徹底した二者峻別論である。C・シュミットのそれとは全く異なる。

4 混在論—G・イエリネクとO・マイヤーをめぐる

うえに見たごとく、科学方法論的に徹底した規範主義、決断主義はそれぞれ近代憲法を剖解するにあたり、物事の本質を鋭く斬り込んでみせるには大いに役立つものであることは認めざるを得ないけれども、しかしそのような方法論の一貫性からもたらされた帰結は、憲法の原理・原則を説明する上で、ある意味では不自然なものになり、無理して言葉を統一するような傾きが見られるように思われる。戦争という国家行為が、これに関する何らかの法的規定が存在することでこれを法的行為、法律による行政であると言うことに、言葉の不自然さを感じるところにである。¹⁶或いはまた、国会が立法により刑法規範である殺人罪を規定する場合に、これを政治的決断・行為であると評するのも多くの場合に不自然さを感じるのではないだろうか。

このようにして、科学方法論としての一貫性は学問的価値を有するが、それが必ずしも絶えず現実的な状況の説明として適切であるとは言い難いことがあり得る。

そこで、法解釈学的次元で、法と政治の分野を適切に区別して現実適合的な状況の説明がなされることがある。それが、ここで言う法と政治の混在論である。

権力分立原理について、三権を立法・行政・司法と分け、それぞれの国家機関に分配するが、その行政の中には純粋な法律執行に留まらず、法的に自由な行為、すなわち統治作用が含まれるとする。G・イエリネクの構成がこのタイプである。ここで、法的に自由な行為というのは、法律執行のように法律に縛られないで行為できる、従ってそのことについての法的責任や司法的コントロールを受けないということである。もちろん、ここでも憲法上そのような構成が承認されているということであるならば、それも一つの法制度であり、法的根拠を持つことになるがそれはここでは度外視される。統治という機能が法的に自由だと語られるのである。

もう一つの構成は、立法・行政・司法の三権の外に、第四権として統治作用を位置づけるものである。例えば、外交権や軍事・宣戦布告・講和締結、さらに三権の存在を前提としてそれらの権限相互間の調整権能、特に解散権・不信任決議や議会の招集などがそこに含まれる。O・マイヤーにこの種の見解が認められる。この統治作用は法律執行というよりも法的に自由な行為とされるのである。この統治も憲法上の行為であるかぎり法的行為であるはずであるが、一般には高度に政治的なもので法的責任、司法コントロールの制限があるとされる。¹⁷

5 結び・翻訳

いましがた見たとき「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」ところの **executive power**(執行権)、執政権につき、「…日本の公法学上の言説空間においては、執政権論の所在が『法律による行政』の名の下に隠蔽されてきた、と再定式化する

こと」ができると言われる石川健治教授は、うへの4でみたとき二つの構成について、結局両者は同義に帰するとする。^⑮

「…執政権論が、再度公法学の領野に還ってきたのは、まさにこうした『統治行為』論を契機にしている。翻訳という営為が介在しているために見えにくくはなっているが、『統治行為』のカテゴリーを承認するか否かは、法治主義によって封印されていた執政権というカテゴリーを承認するか否か、と同義である。—その意味で、『統治行為』論は、現行憲法に即していえば、七六条だけでなく、六五条の文脈においてこそ、講じられなくてはならない。」

「内閣に属するとされる『行政権』は、その英訳が示すように、**executive power** としての位置価値を有している。それは、執行権という名の『国政に関する権限』（現行憲法四条、英訳では **powers related to government**）にほかならない。それにもかかわらず、それがあたかも『法律による行政』の領分であるかの如き表現で語られる。これは、戦前からの翻訳伝統を踏まえたものであった。」「その結果、本来の行政（**administration**）の領域については、英訳では **administrative branches** となることを『行政各部』と印している（現行憲法七二条）。」^⑯

法学の方法論的一貫性や解釈学的法理の理想的構成といった意図から、法と政治の関連がどうにでも翻訳され得、様々に組み立てられ得るとすれば、我々は法という表現を見てこれをただちに法だと考えてはならないとか、逆に政治という言葉でここに法を見いだす努力も必要となるのであろうか。

だが、これは現実をできるだけ実情に適合した表現で構成できればそれに越したことはないであろう。また、それこそが国家機能論の使命なのではあるまいか。

国家、憲法、立憲主義といった憲法学上の基礎概念は、それじしん法概念であると同時に政治概念でもある。「法律による行政」の原理と責任政治の原則は近代立憲主義の構成要素である。第一原理が法治国的要請を、第二原則が議院内閣制などの政治原理を含む。それぞれがそれぞれの任務を持っているのである。従って、その一つで持って他のものを全部飲み尽くして構成するに及ばない。分業があっている。そのことによって、憲法体制が崩れ出すことにはならない。無理やり、翻訳するに及ばぬとも言えよう。^⑰

当面なによりも統治と称され得る範疇に属する問題、例えば国家・行政政策決定、災害・国際紛争に対処する緊急時の措置、破綻している財政・経済の再建、年金・介護等の社会福祉に関する国家的政策など山積する諸課題について、現行憲法のもとのような国家機能分配で臨むべきものであるか、またどのような内容上の解決策があり得るか、といったことが真に解明さるべきこととして、我々の眼前にあるということである。憲法改正のあるべき議論・対応はその延長線上の先に初めて形成されなくてはなるまい。

以上が、稿者の思考の迷路の一部始終である。もし、私が公法学の天才H・ケルゼンの立場にさながらに依拠していたならばうのような混乱にはじめから迷い込むことはなかったであろう。が、議会と行政府の複雑でダイナミックな関係を分析し、可能なかぎり現実適合的な法理に近づき得るようにとさまざまと考えあぐんできたのである。特に「統治」概念は古い歴史のある言葉である。人の知恵・経験はその時を越えてそれなりの意味を持っているのではないかと考えた。^⑱ 国家機能論は現実機能的でなくてはならないと恩師故小嶋和司博士は語り、学としてもう一度G・イエリネクを薦

められたのである。^{②③}

かくして、思考の迷路の出口としていま考えられる一つの仮説として、次のようなことが展望され得ることを述べて、結びに代えたい。

国家的「政治」現象及び国家的「憲法組織法」制度が「法律」の前にすでに前置されてあるということを認めるならば、「法律による行政」の原理の要請である「法律執行」になじまない又はそれに端を発しない領域があることを承認することは、さして困難なことではないであろう。

これをあえて法と政治の間をたえず相互互換可能的と考えて構築する「法学」はやはり観念論の世界の議論ではないだろうか。「法律」と「法」がまったく別だとはいっても。いや、もしかかる事態を疑問が生じないように説明せんとするならば、この「法」は「法律」とは立憲理論上ひとまず別物であることを明確にしてかからなくてはならないだろう。

注

①この告白としては、堀内健志「議会による『統治』のコントロール」『国会月報』619号（2000年7号）1頁の巻頭言参照のこと。

②ここでは、小嶋和司教授の立場を中心に据えて考えている（『憲法概説』（良書普及会、1987年）436・7頁参照）。行政についての主観的控除説をとっている。堀内『憲法（改訂新版）』（信山社、2000年）271頁も参照。拙見はこれまで曖昧であったが、上記は主観説に拠ったものである。堀内『行政法Ⅰ』（信山社、1996年）25頁以下は改訂の機会を持ちたい。

③高橋和之「議院内閣制－国内閣制の運用と首相公選論」『ジュリスト』1192号（2001年1月）172－3頁。

④ここで、「統治」は国家機能の特別の領域ではなく、機能の性格として理解されていることになる。但し、つぎにそれが内閣に属するとされる。

ちなみに、その後教授は、一方では憲法73条などに掲げられた権限が立法権・行政権・司法権の系列に入らないいわゆる執政権に含まれる（つまりそれらを特別機能領域）としつつ、他方では政治を担うものは内閣のみでなく、国会も裁判所もそして国民も政治のアクターとなり得るもの（つまり機能の性格の意味）、とされている（『統治機構論の視座転換』『ジュリスト』1222号（2002年5月）113頁）。

この点は、「統治」について稿者も陥りやすい二用法の併用であるが、憲法73条などに掲げられる領域がそのような特殊な領域であるとみる理由は本文で述べられているごとき性格を有しているからであるというふうにならめて説明するしかないのではなかろうか。そして、そのような特殊な領域はほかにも存し得るということになる。こうした理解の仕方に対しては異議もいろいろとあり得よう。さらに今後とも吟味されなくてはなるまい。

⑤前掲③ 173頁。ここで、法の領域と政治の領域の分化、そしてその前者には法の支配が妥当し、議院内閣制は後者の領域に属するものだとされる。が、これは分野的な区分であるのか、それとも認識方法的な区分であるのか、それともその両方なのか、必ずしもはっきりしない。

⑥前掲③ 178頁。

⑦高橋教授は、別のところで、「内閣は政治の中心となり、政策の立案・遂行を積極的に展開する。しかし、それらの行為はすべて法律の執行という形をとって展開されなければならないのである。」「国の政治の基本政策の決定は、国民を直接代表する国会によってなされるべきであり、行政権は、かかる政策決定権を含むものとして理解されてはならない。」「政策を決定するのではない作用として、理解されるべきである。」「権力分立論からの行政の把握は、その行政概念に政策の決定権を含んでいない点で、かかる民主主義の要請も満たしている…」と、厳しく指摘されている（野中ほか著『憲法Ⅱ第3版』（有斐閣、2002年186頁）。かかる見解は、憲法73条1号の「国務」の意味として「それは、行政に限らず、国務全体のあり方について、国家全体の立場から調整し非決定権的なサービス措置をなす地位・権能を意味すると考える」把握（小嶋和司・憲法概説370頁、これを引用する佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）222頁）と調和的に見える。

⑧前掲③ 172頁。

⑨ W.Frotscher, Regierung als Rechtsbegriff 1975 S.205 - 215.

⑩ a.a.O.S.215 - 223. 大石眞「議会法」(有斐閣、2001年)182頁はかかる見解に近いように読める。

- ⑪すべての事柄が議会の法律制定と内閣・行政府による法律執行で置き換え出来るのであれば、ことさら「統治」を法学の場面で持ち出す必要は生じないということになる。それが、政治学上実質的に内閣の思い通りに決定がなされ、後でその一部が法律形式とされるのみで、「法律」による内閣への規範的統制が疑われる場合に（ここに別の民主的コントロールが必要となる）、うえの二つの思考形式に実質的な相違が明らかになると言えるであろう。
- ⑫けだし、H・ケルゼンの純粋法学においては、法創設・法適用の法段階の動態学的構造はすべての段階にわたり上位規範の法適用であると同時に下位規範に対する法創設の関係に立つ。従って、本文で述べている議会と行政府の関係は所詮程度問題であり、二つの見解の対立も量的な違いに還元されることになるからである。
- 但し、かかる法段階説からは実定法論上具体的に議会・行政府にそれぞれどのような権限が割り当てられるべきかは何ら示唆されるものではなく、この次元の問題に関する理論的提示は別途必要であり、無意味なものではないであろう。
- ⑬議院内閣制が、純粋法学の視点からどのように位置づけられるかについては、H・ケルゼン著清宮四郎訳『一般国家学』（岩波書店、1971年）612-3頁など参照。法規範学が、秩序の通用と創設の問題を扱うものであることについても、前掲書はしがきで触れられている。
- ⑭カール・シュミット著長尾龍一ほか訳『危機の政治理論』所収243頁以下「法学的思惟の三種類」（加藤新平・田中成明訳）。
- ⑮C・シュミットの近代憲法論がその「法治国的構成部分」と「政治的構成部分」とを対照させて展開されているが、その近代憲法じしん「政治的統一体の態様と形式に関わる全体決定」によってもたらされたものということになる（C・シュミット著尾吹善人訳『憲法理論』（創文社、1972年）参照のこと）。
- ⑯個別国家の武力行使を国際法上の法的行為として合法化・正当化することが何度となく試みられるのが現状である。が、いまこの視点・議論には立ち入らない。
- ⑰この二つの構成については、W.Frotscher, a.a.O.S.142-154. さらに、堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』（多賀出版、1984年）180頁以下など参照。
- ⑱石川健治「政府と行政—あるいは費われた言説の場」『法学教室』245号（2001年2月）77頁。
- ⑲前掲78頁。
- ⑳但し、これらの事柄が、いわゆる「法関係」論の視点から、法的に分析し得るということを法学的に意義なしとするものではないことに注意を要する。
- ㉑ドイツ型立憲君主政の思考モデルに消極的であった高橋和之教授にも次のごとき発言がみられる。「国会が本性上アクションとしての政治を担うに適せず、司法権は法的コントロールの中心機関であるとすれば、政治を担いうるのは行政権のみである。まさに控除説は、歴史上立憲君主政の下で君主に留保されていた政治を、国民主権の下で行政権に確保する意味をもつものではなかったのか。その行政権が行う行政の特質を法律の執行として捉えたのでは、アクションとしての政治は憲法論から完全に放逐されてしまうことになろう」（『統治機構論の視座転換』前掲112頁）。
- ㉒このことは、G・イエリネクの歴史的制約のある結論をそのまま現行憲法上に採用せよということではもちろんなく、現実機能的思考の重要性を指摘するものに他ならない（ちなみに、小嶋『「政治」と「統治」』『憲法と政治機構』（木鐸社、1989年）400-1頁は現行憲法上「統治権」の「組織論」の実益を否定された）。
- ㉓なお本稿では、政治領域と法領域の間の翻訳と執政権と行政の間の原語・訳語上の翻訳とを重ね合わせて「翻訳」の言葉をもじって用いていたことはもはや明らかであろう。