

## 【研究ノート】

# 議院内閣制下の国会・内閣による「統治」の協働と 権力分立論との関係・覚書（その一）

堀 内 健 志

## 【目次】

1. 序
2. G・イエリネクとH・ケルゼン、二つの国家論の違い、「国家機関」をめぐる二義
3. H・ケルゼンの「権力分離」論批判（以上、本号）
4. モンテスキューの「権力分立」論とバジヨットの「内閣政治」・議院内閣制論
5. 結び、実定法論的再構成

## 1. 序

（1）本稿題目は、平成21年度の文部科学省研究補助金（基盤研究C）交付申請が採択された研究課題である。<sup>①</sup> 定年退職を目前にして、採択を期待せずに提出していたものであったが、今回の3ヶ年計画を実施するために、改めて僅かばかり残された余力を振り絞って、ここにその研究意図や現時点でのその成果について、簡単に書き記しておくことにしたい。

（2）研究計画のことの発端は、他でもない稿者が従来から取り組んできた「法律」概念をめぐる立憲理論上の「立法・行政（及び司法）」間の権力分立論及びその現代民主制国家下での意義いかなという研究の延長線上のものであった。

伝統的公法学における「立法」権の研究や、現代民主制のもとでの「統治」作用の歴史的経緯や今日の現代国家における行政の「政策形成・実施」の重要性及び危機管理・有事法制下での「統治」「執政」の意義については、これまでの研究ですでにかなり明らかにされてきている。

（3）しかしながら、従来の憲法学は、こうした近代立憲主義から現代民主制国家へ至る展開を、君主制下での権力分立や議院内閣制の成立という歴史的経緯のみに依存させて、現代民主制下での新しい統治組織論を展開できないでいる。

わが国の従来の公法学では、「行政」を一方では「法律執行」に重ね合わせ、ここに「法の支配」論的要請が強調され、他方においては「行政」の機動的・弾力的な政策立案・実施が必ずしも「法律執行」には納まりきれないということが、いわば同時的に語られてきていて、この両者の整合的構成が図

られて来なかった。

このような状況下にあつて、本研究課題のごとく、議院内閣制下での国会・内閣の協働任務としての「統治」「執政」の運営・実施の政治的・動態的部分と、「法律執行」の静態的・法規範学的部分の法理論的吟味、説得力ある区別についての法理構築は、学問的にも、また政治実践的にも切に期待されているものと言えよう。

(4) かかる問題については、実は、読売新聞社がさきに提示している憲法改正2004年試案で、国会につき、現行憲法41条前段の「国会は国権の最高機関」であるとする箇所を削除して、「国民の代表機関として、国政の適正な運営を図る」とする条項（52条2項）を挿入すべきことを提案していることに、その今日的意義が表明されているのである。

(5) 本研究課題は、周知のごとく、独・仏国での「統治」概念や米国での「執政権」など比較憲法学的な広がりがあり、話題には事欠かない。しかし、そのような比較憲法学的考察に満足するのではなく、さらに一歩踏み込んで現代民主制国家における実定憲法論としての法理構築を志向するものである。

## 2. G・イエリネクとH・ケルゼン、二つの国家論の違い、「国家機関」をめぐる二義

(1) さて、しからばこのような現代民主制下での議院内閣制における、議会と内閣との関連がどのように機能すべきかという問題を権力分立論との関係という視点から考察するときに、注意しなくてはならないことがある。それをここで少しく吟味しておくことにしたい。というのも、実は、先に述べた「統治」とか「法律執行」とかという言葉については、我々のはかの純粋法学の成果によって、今日「統治」については、これは一般法理論的には特定できるものではなくて、ドイツ国法学上縷々語られるものは、まずその由来はドイツ君主制時代における「君主」の権限を正当づけるイデオロギーであったのであり、また民主制下における学説は行政権の自由を温存するためのイデオロギーに過ぎないということに固まっているのではないかということである。従つて、「立法・行政」の関係においても、多かれ少なかれそれは広義での「法律執行」になるのではないか。換言すれば、法段階説に言うごとく法規範創設段階においては、上位規範を適用・実施する下位規範は、「法律執行」であり、また同時にそれはさらに下位規範に対しては「法定立」でもある。つまり、「法定立」と「法適用」とは、相対的概念であり、さきの「統治」であれ、「法律執行」であれ、伝統学説が言っているのは、結局は程度の差異に過ぎないということが明らかにされているということである。

(2) 以下、H・ケルゼンの言うところを裏付けておこう。

(a) まず、公法学上の裁量と羈束との区別は、そもそも量的な違いにすぎない。

《…裁量は、決して、自由裁量に属する行為を規定するなんらの規範もなしに、完全に自由なものではない。さもなければ、右の行為を法行為と解し、それを定立する人間を国家機関と解するのは不可能であるから。そうして、決して、完全に羈束された裁量もない。さもなければ、裁量

に属する行為は、一般に不可能であろうから。法律の「適用」という概念で、個別的法行為の羈束性が表われるならば、「法律の制限内」で、「法律にしたがって」のみ活動するという概念は、法律によって個別的法行為に必然的に委ねられた自由に関係する。法行為を分けて、羈束されたものと自由なものとするのは無意味である。なぜなら、すべての法行為は両者なのであるから。そうして、この全区分は、ある行為を、本質的に自由であると宣言することによってそれから法的性質を奪う企図を意味するにすぎない。》<sup>(2)</sup>

(b) そして、「統治」と称されるものについても、

《本質的に法から自由な統治の概念で表されるべき要件を探求すれば、この定式があたらないこと、およびこれまでもすでに述べたすべてのことからして、全然、妥当しえないということがわかる》という。

《通説が、国家の羈束活動と自由活動との間に想定する原理的対立に基づいてまた、立法、宣法および行政のほかの、第四の国家作用または行政内部の特別領域＝統治の区分がなされている。国家の自由活動と羈束活動との間の関係は、前者は、論理的にも時間的にも一次的であるが、後者は、前者にもとづき、前者によって方向を定められると、全く一般的に特色づけ、さらに、国家にとっては、なんらの法規範によっても制限されない、完全な行為の自由の領域が本質上必然的であるということによって、右の全領域を、国家の統治活動と指称し、それを立法ならびに一多かれ少なかれ拘束された一行政および宣法と対立させるか、また、たんに、法上羈束されない行政の範域を統治と認める。》《この全概念構成にとって明らかに肝要なのは＝国家の「統治」と呼ばれるものは、あらゆる法的評価の外にあり、「統治」は、法から自由な領域で活動するという観念を創設して、できるなら、これに「理論的」に保証を与えるということである。》が、そこには《明らかに政治的な意図が認められ》る。

《国家の「自由」活動は、とりわけ、立法の領域に見られると信じられる。…—統治活動として行なうべき法律の発案は、したがって、決してなんらの法規範によっても規定されない作用ではなく、一相対的に非常に自由なものであるにしても一法上羈束された裁量の一場合を表わすにすぎない。全く特別に「統治」の分野と指称される外政の領域でも同様である。そうして、軍の統帥、公務員の任命および恩赦または栄典の授与に関しても、本質的に変わりはない。》《国家の利益が存するかどうか、およびその利益が守られるためには、…どのような内容をもたなければならないか》ということをも機関自身が決定しなければならない》というような《法状態は、なお、今述べた諸領域における最高行政機関に対してばかりでなく、国家による直接行政の範域でも、下級機関の行政行為の場合にしばしば生じる。例えば、保育行為に関するとき、および、行政機関が、自由裁量にしたがって、一般に保育の場が存するかどうかを決定すべきときがそうである。さればといって、「統治」は存在しない。》《選挙人の投票を》、《ここでは自由の程度は前に述べた諸作用の場合よりも高度のものであっても》、《「統治」と認めるなどとは、真面目には考えられない。》逆に、《「統治」はしかし、最高行政機関が、憲法または法律によってそれに与えられた

広大な自由裁量の活動範囲内で行動するときのみ存するのではなく、右の最高行政機関が、裁量の自由を非常に制限する行政法律の執行において、法律を直接適用する職責をもつ下級機関に対し、指針的一般訓令を一場合により、布告、命令の形式で与えるときにも存在する。》

他方、こうした、内容については、《なにもものいわれず》、《純粹に形式的の》《普通の統治の概念》に対抗しつつ、もう一つのものが登場したとする。

《近ごろ、内容的に一定した統治の概念を与えようとする企図がなされた。それによれば、統治は、最広義における行政のうちで、政治の範囲に属する部分であるといわれる。すなわち、それにおいて、国家が自己およびその本質を規定し、貫徹する部分である。狭義における行政はしかし、それにおいて、国家が他の目的に仕えまたはその政治的作用に対する技術的手段を創造するにすぎない部分である（スメント）。》

しかし、《「統治」を「国家の本質」によって規定するのは、明らかに、規定される概念がいつそう色彩を失ない、それが結局は全く無意味なものになるという効果をもちうるだけである。》<sup>(3)</sup>

(c) 法段階説については、つぎのように言う。

《「法律」は、法秩序の唯一の段階でも、最高の段階でもない。これは、近時のもっとも功績の多い一理論が、初めて一法秩序の段階的構造という重要な認識と同時に一確認したことである（メルクル）。伝統的学説が、法適用として、法創定としての立法と絶対的に対立させた宣法が、それ自身法創定であるのと同様に、立法自身もひるがえってまた法適用である。裁判判決は、法律という上位段階に対するその関係が問題になるかぎりには、法適用である。判決は法律によって法的に決定されるのである。判決は、判決に「もとづいて」生じるべき、あの法行為、例えば、強制執行行為に対する関係が考察されるか、あるいは判決によって具体的義務を課される当事者に対する関係が問題になるかぎりには、法創定であり、法的規範づけである。そこで、判決に対しては法創設である法律は、ひるがえってまた、法律を決定する規範をそのうちにもつ上位段階に対しては、法適用なのである。》

(d) そして、このことは「行政」についても、同様であるという。<sup>(4)</sup>

《行政と指称される国家の作用も、法律の個別化または具体化としてのみ把握されうること、および立法との関係における、行政といわゆる宣法との間の本質的区別、あるいは立法との本質的差異は認められえない…。もしも、通説が、一部分その前提に明白に矛盾して、そのような本質的対立を見つけだそうとするときは、それは、行政の概念を、国家の内容または目的に、他の二つの作用または権力の概念を、国家の形式＝法に向けることによってのみ一外見上は一成功する。行政は、国家的目的および任務の追求、しかも、特に、実力—または文化目的の追求に向けられた国家の活動であると説明される。この作用の法に対する関係は、とても除去されえないものがあるが、行政の場合は、国家の「自由」活動が問題であると、しばしば強調されてもって背面へ押しやられ、そこで、行政する国家は、もともと、法とは独立して把握できて、法は行政とはなにか関係あるにしても、行政の本質は法とは無関係であるかのような外観がよび起こされる。

国家的行政も、国家の他の活動のように、法規範、法行為の内容としてのみ出現できること、実力—もしくは文化目的と法目的とは互いに相排斥する対立ではなくて、法は正に実力の固持または文化の促進の特殊な形式もしくは特殊な手段であること、そして、目的の立場から観れば、国家のいわゆる法作用—立法および宣法—もまた、実力—もしくは文化目的に仕え、実力の固持および文化の促進に向けられた作用であることは、すでに国家目的論で述べたところから推論できる…。》<sup>(5)</sup>

(e) つぎのような、通説的行政論の政治的傾向を批判するH・ケルゼンの結論は、一つの帰結であるが、それには本稿はさながらに従う道は採らない。すぐ後で見るように別の解決法を模索するものである。

《それは、断固として、かつ、それによっておちいるどのような矛盾をもかえりみずに、国家の三作用中で行政に第一順位を与えようと試みられるときに明瞭に現われる。行政は、唯一の本質的作用であり、それは、歴史上すべての他の作用に先行して、立法と宣法とは、後から初めてそれに加わったものであると説明される。人は、行政だけが必然恒久的な国家的作用であり、これに反して、他の二者は、おそらく間欠的性質をもつにすぎず、国家は、もとより全く立法なしに、ときには宣法なしにも存在できるが、瞬時でも行政なしには存しえないと主張する。なぜなら、行政には法律の準備と裁判判決の執行とが属するので、それはもっとも包括的な作用でもあるから、と（イエリネック）。すべてそれは明らかに誤りであるか、また全く事態を歪げて解釈するものである。…》

《近代国家は、…法治国＝法律が支配し、行政は、法規則によって制限されて行なわれる国家になる。…すべてこの概念の混乱の目指すところは＝行政をば、もとより、一面では、とにかく法—および国家作用と解するが、他面では、この領域において、煩わしい法の拘束をできるだけ推しのけようとすることである。行政行為は、裁判行為のように、厳格な法規則にもとづいて評価されてはならない。…ここでは、法的拘束が、可能または法現実的でないか、あるいは充分には可能または法現実的でないということが、国家の本質から証明されなければならないとされる。この理論は、次の説にもっとも純粹に表現される。それは、行政行為は、その通用もしくはそれに附着する法効果を、その上位に在る法律から与えられるのではないということ、行政行為は—裁判行為と異なり—そのようなものを全く必要としないで、その法力を自分自身もっているということを、明らさまに主張する説である。この全行政論が、立憲君主政の地盤の上に発生したこと、そこでは、君主は行政の首長とみなされ、君主のもっとも重大な利益は行政によって実現されることを考量すれば、どのような政治的傾向が、国家論のあの無類の脱線をよぎなくさせたかがわかる…。》<sup>(6)</sup>

(f) 併せて、ここで、国家の行政による国立—学校と「私人」による学校の設立との法技術上の区別は、法定立・法適用の区別の視点からは、本質的差異ではなく、そこには「法内容的な国家概念」が背景に存することが指摘される。<sup>(7)</sup>これに関連して、つぎに項を改めて見ておくとしよう。



(3) H・ケルゼンの学説を引くときに、「国家機関」と「国家」の法本質的概念と法内容的概念の区別には、特に注意を要する。提起されている問題については、のちに吟味を加えることにしたい。

まず、「機関」概念についてであるが、つぎのように述べる。

《機関の法本質的概念は、一定の作用＝国家意志の創設または執行をつかさどる者が機関として品質づけられるのであるから、作用概念であるのに反し、国家機関の法内容概念は、機関作用執行者の個人的資格の着眼する。国家機関の要件としては、体系内の一定作用では不充分である。むしろ、なおいわゆる機関支担者、すなわち機関として現れる人間の特殊な資格が要求される。…広義の機関概念から狭義のそれが分離し、それは、他の人々よりもいっそう多くかつ力をこめて国家作用を行ない、しかもその作用がたしかにまた特に重要とみなされる人々の機関作用を包括する。国家機関の一般概念から、国家の役人または国家公務員という特別概念が分離する。この資格の固定的な、普遍妥当的な標識をあげることは不可能である。》<sup>(8)</sup>

つぎに「国家」との関連については、つぎのようである。

《…機関の法本質概念は機関作用にしたがって規定され、機関作用をつかさどる者が、しかも、その者がそれをつかさどるゆえに、かつそのかぎりにのみ、国家機関とみなされるのに反し、法内容的機関概念による国家作用は、右とは逆に規定される＝ある要件は、この法内容的意味の国家機関によって定立されるかぎりにのみ、機関作用すなわち国家行為とみなされる。そうして、そのような機関が権限にしたがって定立するあらゆる行為はそうみなされる。この機関概念でもって規定されるのは、国家の法内容的概念である。＝特殊な法内容として、内容的に規定された部分秩序としての国家、法の特別制度としての国家である。機関の法本質的概念と法内容概念とのように、法秩序の全体としての国家の法本質概念と特別部分法秩序としての国家の法内容概念ともいつも競争している。いな、絶えず衝突している。用語例では、常に両者を相混同し、そのためにほとんど尽きない誤解と矛盾の源を作っている。すでにこの理由から、法内容的国家概念の有用性は非常に疑問である。おまけにまた、その範囲および内容を在る程度にでも確定するのは絶対的に不可能であるという事実がある。》<sup>(9)</sup>

(4) 以上のごとき、H・ケルゼンの純粋法学からする伝統学説批判は、憲法学において看過することはできず、これをどのように受けとめるべきかは、本稿のテーマを扱う上で避けて通ることはできない。以下、若干の考察を加えることにしたい。

まず第一に、“法行為を分けて、羈束されたものと自由なものとするのは無意味である。”という主張についてである。言われるように、例えば法律を命令・行政行為等で具体化し、実施する上で、その間における法律の拘束には、法理論上それこそ無数の程度、段階が存しえよう。どこまでを羈束といい、どこから自由というかは、一般法理論としては特定しうるものではない。これは認めなくてはならない。これは、ちょうど法律の一般性の問題と類似するところがある。どこまでが「一般的」と言えるのかは法論理的に特定することは不可能であった。

しかし、このことをもって、立憲理論上かかる「立法・行政」間の区別がナンセンスであるとい

うことを意味するものではないであろう。行政に対する議会統制の一環として、法律による行政裁量の統制を議論する必要はなくなったわけではなく、肥大化する現代行政の現実を前にしてその法的統制の問題は、ますます重要性を増すこそすれ、これが実定行政法論上の主要なテーマからはずれることはないであろう。

第二に、「統治」についてであるが、“法から自由な領域で活動するという観念”とされる領域は、もともと、論理的に設定されたものではなくて、歴史的・政治的に形成された観念である。したがって、自由な領域が他にも見いだされるからと言って、この観念が否定されることにはならない。

また、「法から自由な領域」といっても、直接には「法律から自由な領域」を意味する。議会と行政府との間では、必ずしも「法律」からの授権がなくとも活動できる領域が行政に認められるということである。従って、憲法から直接授権された権限という意味では、これも全く「法から自由」であるわけではないし、またこの領域についても、その権限規定が法律で定められていることもあり、かかる意味では原則としてその法律に従うことになる。

さらに、R・スメントなどのいう内容的な「統治」概念については、国家の統合的機能に着目した政治的領域が技術的機能領域と対置されるが、これも政治的統一体である国家の統合の理論から導かれる区別であり、一つの特徴的な区別ということである。法規範学上の論理的な区別というわけのものではない。が、一つの政治的憲法論を提示しているものと理解することで充分であろう。国家の本質論として一つの立場を形成しているのである。

第三に、法段階説についてである。憲法・法律・命令などの法規範は、一連の法の創設・適用の段階的な授権関係のなかに位置づけられ、一般的法規範が具体化されて個別的法法規範を経て実施されていく。それらの間では、上位規範から見ると下位規範はその適用であるが、より下位の規範から見ると法創設である。これらを絶対的に振り分けることはできない。だから、法律・行政間を法律を立法、行政を法律執行というふうに特徴づけることは正しくないことになる。これは、議会と行政府との間の複雑な関係についての説明という難問をうまく回避していることになるだろう。<sup>(10)</sup>しかし、かといって現実の行政の多様性について、なんとかうまく説明できないかという与えられた問題に対して、なんら答えたことにはならず、今日においても所与の現代行政の多岐多様な活動分野についての問題は、依然としてかかる議会と行政府間の立憲理論上の任務分担如何およびその実定法論上の現実的調整の問題として、解明を求められ続けているのである。

第四に、G・イエリネクなど伝統的な通説的行政論の政治的傾向が批判されている。その根底には、その全行政論が君主制出自であり、かかる政治的傾向を持つものであることが指摘される。この歴史的由来については、否定されえない。が、その先がここで重要である。つまり、歴史的出自の如何でその議論の意義を否定できるのだろうか。我々は、多かれ少なかれ歴史的背景の中で生きている。その制度の歴史的な性格のみでその意義を否定するならば人間の知恵というものは後世に伝えられない。比較憲法学も法制度・法思想などについてその背景を知りその時代に果たした役割を知ると同時にまた、そうした時代的制約性を超えてさらに経験からもたらされるある程度普遍化で

きる、持続的な知恵をも獲得すべく努めなくてはなるまい。そしてまた、現代民主制国家における行政に課されている重要かつ膨大な任務を目の当たりにして、それ自身を君主制的イデオロギーがあるなどとしてそこから目をそむけることはできまい。実定憲法論は、所与の課題に対して現実的適合的な解決を図ることを任務としているのである。行政の法的統制の問題もかかる視点から吟味されなくてはならない。<sup>(11)</sup>

第五として、法内容的国家・機関概念についてである。この問題についても、本稿は、かかる国家概念および国家機関概念の有用性を認めるべきものと考えている。

確かに、H・ケルゼンのとる純粋法学の立場からする“法秩序の全体としての国家の法本質概念”や“一定の作用＝国家意志の創設または執行をつかさどる者が機関として品質づけられる限りでの作用概念である機関の法本質的概念”の一貫性については、認めざるをえないが、しかし、今日の立憲理論を背景とする現代国家的実定法制は、むしろそうではなく、私人から区別された機関および機関支担者を設けて、それらの国家との関係を法的に規定しており、国家についても、国民・国家の法的関係を、法秩序の全体というものとは別に部分法秩序として規律している。諸々の「法関係」のなかで、「国家」は、法秩序の全体としてではなく、法規範の中心的な一名宛人として、登場するのがむしろ通常であるといえよう。

この点に関連して、最後の第六として、「権限」についても、言及しておきたい。

これも、H・ケルゼンによれば、「権限」という語は、最広義では、《ある規範がある個人の行為を法的条件または法的帰結として資格づけるとき、このことは、もっぱらその個人だけがその行為を行ないまたは行なわないことが「できる」、つまり、彼のみが…「権限をもつ」ことを意味》し、《人はいかなる人間個人にも》、かかる《彼の資格》は認められるのであるが、通常はより狭義に、《行動の権限のみを語り、不作為の権限については語らない。さらに、この語は、違法行為以外の、それによって法規範を創設する行動をとる法的能力のみを指す》とされる。<sup>(12)</sup> けれども、今日の実定法上の「機関の権限」は、「その機関の行為が、法律上、国又は公共団体の行為として効力を生ずる範囲」というような意味に用いられている。<sup>(13)</sup>

さて、そうすると、今日、公法学上は、私人においても認められる「権限」よりも狭く、とくに公法学上の行政組織法では、「その機関の行為」が、「国又は公共団体の行為」として法的に効力があるとされるものについて、「機関の権限」を語ることが広く普及しているごとくである。この場合に、従って一般法学上の概念が、実定法上そのまま同義で使用されている訳ではないことがわかる。

もう少し広げて言及するならば、「権利」についても、立憲理論上の「権利」概念は、「私人に向けられた一般拘束的行憲法としての権利命題・組織法」という区別のなかで、国民の権利・義務についての一般的規律をさしてこれを「立法」の排他的所管事項に帰属させている。基本的人権もこれと重複する。しかし、最広義での法義務の不存在としての「権利」という概念は、これと同じではないだろう。なぜならば、かかる「法義務」はあらゆる法規範の内容であるその不存在はすべての法規範に対応するものと言わざるをえないからである。立憲理論上の「権利」は私人の自由を前提



としていて、例えば勤務法上の服務義務には「権利」は対応しない。狭い意味となる。また、組織法も別である。

また、もし仮に、「権限についての権利」についても、上述した最広義での《権限をもつこと》、《この能力、権限のある個人がその行為を遂行したり、しなかったりする場合に限って、規範によって法的条件または法的帰結であるその行為が発生する》という意味、<sup>(14)</sup> ないし、より狭義の、《法規範を創設する行動をとる法的能力》を意味する場合に、それについての「権利」も、これらに対応して広がりがあることになり、それらと、立憲理論上の行憲法としての「権利命題」とは範囲を異にしていることになろう。

(5) このようにして、我々が本稿で関心を寄せている例えば「統治」と「法律執行」といった問題にしてみても、H・ケルゼンの純粋法学からみれば、法理論上、法創設と法適用の間の一態様に過ぎず、程度問題であり、またこれ以上の吟味・検討は、法政策論ないし法イデオロギー的主張の所産を意味するに他ならず、理論上特定できる問題ではないことになる。さらにはうえに言及したごときいくつかの立憲理論上のテーマや概念についても、一般法学からもたらされる諸帰結は、実際の実定憲法論上問題とされている論点について、きちんとした正鵠を得た回答にはなり得ていないように見える。また、もともと、そのような法内容的問題の解決をその理論に期待すること自体無理があったというべきである。

### 3. H・ケルゼンの「権力分離」論批判

(1) つぎに、いわゆる「権力分立」論に関しても、うえに述べたことが確認されなくてはならないだろう。すなわち、H・ケルゼンによれば、立法、行政、司法（宣法）の「権力分離」論は、彼の法創設の段階説の立場からは、法本質論的帰結とは言えない。法政策論である。特に立憲君主政の要請に適合するものであった。行政を立法から遠ざけること、また宣法よりも行政を法から自由な領域を広く設定し、君主の権限を擁護するものであった。確かに、それぞれの権限を別々の機関に分配することは、権限の濫用を少なくするために、自由を確保するということに資する。どんなに民主的構成によるものであっても、すべての権力を一つの機関に委ねることには危険があることを認めている。ただ、機関の分離といっても、行政、宣法が法律を執行する機関であることからすると、やはり個々の機関が完全に独立した権限を持つことは自由の確保ということにはなりがたい面もある。

さらには、機関の分離がある程度正当づけられたとしても、立法、行政、宣法の論理的区別などというものは、理論的には導かれるものではない。立法に対して、行政、宣法の法執行を従わせる手段としては、これらの個々の概念区別ではなくて、その法執行機関の活動の法適合性を監督する別の機関を設けるという方法が法政策的に考えられているとする。

(2) 個々にみると、H・ケルゼンは、つぎのように述べる。

(a) まず、彼のいう「権力分離」論について、

《立法、宣法および行政は互いに分離すべしという説は、当初は、おそらくは、国家的組織の最合目的的形成のための政治的要請としてのみ述べられたものである。しかし、その後述べられるところでは、しばしば国家理論的認識の性質を帯びている。それは、立憲君主政を基礎づける政治的原理であるから、立憲君主政、19世紀のヨーロッパの国家形態を地盤として建設された国家学は、無理もないことに、この原理において国家の本質的真理を認めようとする傾きを示す。》<sup>(15)</sup>

《…もしも、国家権力は、統一かつ不可分であるにもかかわらずなお、概念上相互に同位に在る三つの権力から組成されると説くならば、それは、明らかに、三権力または三作用を、三つの相互に孤立し、相互に法上独立した機関または機関の集団に、組織技術上分配するというところに、理論上路を開いてやろうとする底意をもってなされる…。》

《宣法と行政とが、概念上必然的に、法の本質にもとづいて、立法の下位に立つことの認識を曖昧にし、かつ、宣法と行政とは、法律の執行でのみありうることの洞察を抑制することは、宣法および行政の機関を、法技術上立法の機関に従属させないで、これらと同位にあらせる組織への要求を、あるいは可能にさせるであろう。》

《立法機関が執行の行為を法律違反として取消しうること》や、《執行の機関の活動の法律違反のゆえにその責任を問いうること》といった影響に対する《法技術上の保障が放棄される》というようなことになりかねない。

もちろん、法段階説において、

《二つの法行為間には、法創設の段階の上下の関係が存するということからは、たしかに、その結果として、下位段階の規範を定立すべき機関は、上位段階の規範を創設する義務がある機関に対して、上に述べた仕方で、従属しなければならないということが、ともなうものではない。それは、もとより一般に、法本質的認識からは、決して、なにか特定の法内容的形態を推論できないと同様である。》

そして、この《上位段階の規範が…下位段階の規範において実現され、後者はしたがって前者に適合して矛盾しない、…執行が、法律適合的…であることに対する法技術上の保障は、さまざまな方法が与えられうる。殊に、上位段階の規範の定立をつかさどる機関以外の機関が、上位段階の規範執行の義務がある機関の活動の法律適合性の監督を委託されうる。疑いなく、多くの法政策的考量は、正にこの後者の様式に賛成している。》

従って、結論的に曰く。

本質論としてのみ現れる三権の区別ではなく、権力の分離という政治的要請に影響されている《右の権力論の誤りは、正に次の点に存する。すなわち、それは、執行機関の立法機関からの法技術上の独立を基礎づけるためには、立法の執行からの論理上の独立を主張しなければならないと信じ、そこで、重要な理論的認識を長期にわたって制止したことである。》<sup>(16)</sup>

(b) では、モンテスキューの「権力分立」論はどのように評価されるのであろうか。H・ケルゼ

ンによると、

《立法権、(狭義の)執行権および裁判権を互いに原則として独立な機関に分配しようとする要求は、その創始者(モンテスキュー)の場合は、政治的緩和の原理、一般に實際生活においてそうであるが、殊に政治において、中庸よろしきをうること、したがって、極端な専主政と極端な民主政との間に中和を求める傾向から生じている。この場合、重点は、権力を多数の権力支担者に分配するという思想に存する。すべての国家権力が一ヶ処に集中するのは、できるかぎり阻止されなければならない。唯一の強大な機関というものは、人民の自由を危くする。》

《…自由を危くするのは、君主からのみ起こりえて、「国民」または立法機関としての国民代表は、自由の意味においてのみ行動すると思うのは、たしかに偏見であろう。立法は、正に本来、自由の制限であり、そうして、国民自身からのみあるいは国民代表からのみ成る立法機関にもまた経験上は、絶対君主と同様に、個人の行態をたちいて規律する傾向が見られる。そうして、それゆえに、立憲君主政で、政治的実力が転位して議會を利するようになり、議會が、その、一かつて無制限であった一君主の立法作用を抑制する要素という、消極的な役割から、積極的役割に移動するときは、君主は、過度の立法に対する制動機となりうる。…自由は、それゆえに、元來、権力の組織上の孤立によって保障されるのではなく、権力の分配、殊に立法権の分割によってのみ保障される。そこで、できるかぎり實力を分割しようとする原理を、ただちに國家の三權の分離という特殊な原則と同視してはならない。》<sup>(17)</sup>

が、他方、《立法の執行からの組織技術上の分離にも、ある政策上の長所が存する》が、それは《完全には実行されはしなかった》ことについて、H・ケルゼンは法段階的構成の視点から説明する。

《上位段階の各規範は、下位段階の規範の一形式的または実質的の一創設規則である。兩段階の規範の創設が一君主が一般的規範を定立するばかりでなく、またそれにもとづいて個々の事件を決定する原始的専主政におけるように同一一人の手に集中されれば、その場合は、その機関が、具体的決定または処分を拘束する一般的規範を、いつでも自分で変更できるという考えからして、自分の定立した一般的規範を具体的場合にあまり厳格に守らないという危険がある。したがって、同一機関が立法と執行とを併せもつときは、右の理由から、執行の法律適合性、しかも殊に、法的確實性に関連させれば、執行の予見可能性、予測可能性は危くされる。》

ただ、《もとより、正に立法機関は、その意志が執行において實現されること、すなわち執行が法律適合的であることにまたもっとも深い利害關係をもつ。したがって、人が一方の見地のもとに、立法と執行、さらに一般的にいえば、異なる規範段階の創設が、異なる機関に委ねられることを要求するからといって、決して、下位の法創設段階の機関の上位段階の機関からの独立もまた要求されたものとは見られない。實際、権力分離の原理も決してこの方向に向かって完全に実行されはしなかった。》<sup>(18)</sup>

(c) 結局は、権力の分離の原理の《歴史的な作用》を否定し得ない。これがつぎのごとく《法理論上

不可能な思想》と一緒にされることになったのだという。

《それが、民主主義の大革命の直前、国民がすでに明らかに君主の無制限な実力に反抗して突進し始め、規範服従者の大衆がますます活発に規範定立への関与を要求したときに発生したからして、それは、立法、すなわち一般的規範の創設を君主と結合してのみではあるけれども、国民の代表に認めはするが、執行はなお君主に留保する。そうして、それは、この執行をば、その概念および本質と矛盾して、立法から独立した作用であると説明することによって、執行を委託された機関に議会から独立した地位を与え、守勢をよぎなくされた君主主義の原理に避難場所を確保しようとする。人は、立法機関としての議会からの執行—機関の独立という法技術的に許容できる思想と、執行—作用の立法作用からの独立という、法理論上不可能な思想とを一緒にすることによって、君主の掌中にあるかぎり、執行において、したがって行政において（宣法は「独立」である）、次のような法秩序を構成しようと試みる。それは、立法において規律された法秩序と時には矛盾することがあっても、その場合無効と認められない法秩序である。行政においては—立法においてすでに民意によって制限された—君主はなお、その独自の意志を一時には立法においてすでに表示された意志に反しても一貫徹する機会を保有するといわれる。立憲説のあの宿命的な二元論、その、実定法上条定された民主主義的原理に対抗させられた自然法的—専主主義的傾向は、その究極の根源を、この、とりわけ行政の立法からの独立性を目指す権力分離の教理にもつのである。》<sup>(19)</sup>

この後半の箇所ですべて述べられている立法に優位する行政は例えば緊急命令の場合のようなことかもしれないが通常では今日認められていない。が、前半で述べられている機関でなく作用としての立法・行政の法理論上の独立の不可能性とは、どのような意味かはっきりしないが、概念上の区別の不可能性を述べるのであれば、これについては、まず「法理論的」ということの意味はどういうことか。また、実定法上しかし、かかる問いは避けて通ることができない論点であるということを描きなくてはならないであろう。

(d) つぎに、「権力分離」論のなかでも、「行政の裁判からの分離」についての、H・ケルゼンの説明は、示唆に富むものがある。もちろん、論理だけでは片づかないということである。少しく引用が長くなるが引いておこう。

《近代の諸憲法は、立法の執行からの分離の原則のもとに立つばかりでなく、二つの、正確に言えば、同じく執行と解される作用＝行政と宣法または司法と指称される裁判との分離の原理のもとにもある。後者の原理を法政策的要請として正当化することは容易ではない。なぜならば、行政を宣法から分離しようとする、すなわち、これらの二作用を異なる機関へ委ねようとする要求の明白な前提＝いいかえれば、正にその根本的な相違のために、同一の機関に統合することが有害な二つの本質的に異なる作用が問題であるという想定は、…全く、あるいは一部分しか当たらない。行政が—その作用の内容に関して—司法と同じ意味で宣法であるかぎり、作用の性質にもとづく分離というのは、もともと理解できることではない。そうして、行政が、この意味にお

ける宣法、すなわち強制行為の定立もしくはその手続上の準備にすぎなかった間は、両区分も分離も問題にならなかった。一言葉の一法内容的意味における一国家が、その活動を、従来人民だけの法的活動領域であった領域へ拡張し、一言葉の法内容的意味における一国家行為が、二次的規範の内容として現われてくるという仕方で、上に述べた発展が開始されると初めて、右の国家活動を宣法から分ける理論上の欲求も生じたのである。ただ、なにぶんにも決定的標識が決して明瞭に意識されず、そのために、宣法に対立する行政の概念には、非常にさまざまな法行為が総括されていただけである。恣意的の引かれた分離線は、宣法の行為のまっただ中を通った。それゆえに、習俗的に行政と認定された行為の複合と司法のそれとの区別は、もっぱらこれらの作用を委託された機関の区別として存続する＝ここには、「独立」な、「裁判所」と指称される官庁が存在し、かしこには、「従属的」な「行政」機関と指称される官庁がある。立法の範域では統一的な法素材が、執行の範域で経験した分裂をば、民事—および刑事法は裁判所へ、営業—、衛生—、財政—、軍事—、教育法などは行政官庁へ執行が委託されると説明するような仕方で記述しようと試みるならば、それはすでにある

petitio principii（不当前提）が存する。なぜなら、民事—および刑事法をば、これを執行する機関の種類から独立して規定しようとすれば、両者を、一は不法効果として結局強制執行を、他は処罰を定立する法規範の総体と指称しなければならない。この意味ではしかし、すべての行政法規範は民事—または刑事法規範である。そうして、すべての行政行為は—それが宣法であるかぎり—結局そのような強制行為の定立を目標とする手続行為である。区別はただ、一は「裁判所」により、他は裁判所でない官庁によって適用されるという点にのみ存する。「独立」な、いいかえれば、殊に君主から独立した裁判所に委ねられている法規範によては、人民の利害は君主の利害に比して重きをなした（人民相互間の経済的関係の規律、その生命、その名誉および健康の保護）のに反し、行政官庁の宣法に委ねられた法領域においては、関係が逆であった（財政—および軍事制度および支配者の権威に非常に重要な宗教—および教育制度の問題！）ということは、おそらく想定されうるのであろう。裁判所と行政官庁とを分けるような、重要な組織上の分裂には、おそらくはいっそう深い政治的根拠があるに相違ない。それを単純に歴史的事実として受け取るだけでは、学問的にまだなにもなされていない。ここで推測的にもちだしたこの契機には、次のことも関連するかもしれない。すなわち、行政官庁に適用を委ねられた法律は、どの点からも、殊に手続に関しても、司法法律よりもは、はるかに広大な自由裁量の余地を与えたということである。このようにして生じる、法適用者と適用すべき規範との関係における相違は—一方では相対的拘束であり、他方では相対的自由であるが—実際にもまた、組織上の分離をある程度まで正当化しうる。この相違が消滅し、宣法として現われる行政が司法の形を帯びることが増大するにつれて、もちろん、裁判所の行政官庁からの原理的分離はその十分な根拠を失う…。》《そうして、実際、行政裁判の発展は、この分離の克服を意味する。この分離は、ここに展開した意味における宣法でない行政行為が問題である場合にかぎってなお根拠を持つに過ぎない。》<sup>(20)</sup>



この点についてのコメントはすぐ後に述べることにしよう。

(3) 上述のごとき見解に関しては、改めて本稿の立場からはつぎのよう指摘することが許されるであろう。

まず第一に、このH・ケルゼンの言明から、例えば「立法」「法律」の概念という問題について、これを「論理」的に画定しようとすることは、つまり、ナンセンスということが帰結する。それは、もちろん論理上の画定についての否定である。立憲理論上の「立法」「法律」の学問的構築は、「論理」だけの思索ではなく、実定憲法論上の課題である。従って、この両者を混同してはなるまい。

第二に、また、そこで述べられている別の機関による監督とは、司法審査制といったものになるう。が、これについても、しかし、ケルゼンの純粋法学からは、特定の個別憲法論的帰結は出てこないのではなかろうか。

第三に、さらに、ケルゼンの当時は君主制から民主制へという時代的転換期であり、民主主義への明るい展望が開かれ、期待する機運が高まっていた。が、今日においては、あれからもう80年も過ぎて、現代国家の現状に基づいて議論をし直す時期に至っているのではないだろうか。民主主義的権力の形成という前提でも、しかし、個人の自由を保護する必要はなお消えないし、更にこれまでに以上に必要とされている。権力の民主的正当化によっても、現実の国家権力は個人の自由を侵害しないということにはならなかったのである。そこでは、司法的救済が必要とされたこと当然であるが、それとともに、肥大化した現代国家における行政を所与として認めた上で、それに対する統制のための現実を踏まえた立憲理論の構築が不可避となっているのである。個別の判例を通じての司法的救済だけでは充分であるはずはない。

第四に、司法との関連である。上記引用箇所は、純粋法学者H・ケルゼンの歴史的事実の捉え方がなんと的確でありかつ分析が精確であるかということを感じさせる。「行政の裁判からの分離」は、言われるように歴史的・政治的事情によるものであるし、その両者に「根本的な相違」があるとは見えない。「作用の性質にもとづく分離」というものは「理解することができない」とする。が、そのなかでしかし、現実には「法内容的意味における国家」「国家行為」が拡大する。行政法規範も、すべて民事—または刑事法規範である。法内容的にある種の二次的規範が拡大しているだけである。「習俗的に」「行政」は「司法」から機関として区別されていく。そしてまた、「裁判所」には、「人民の利害」に関わるもの、「行政官庁」には、他のものが委ねられた。また、両者間には自由裁量の余地に相対的であるが、違いがある。裁判制度の発展によって、これらの原理的分離は再びその根柢が薄れていく。こうした説明は、説得力に富む。しかし、稿者は、かような歴史的・政治的な事情は、単なる一過性のものではないと考える。たとえ、かかる事情が論理や法本質的でないとしても、立憲制度としては、相当に持続的な関連としての通用性を有するものと考えられるのである。我々は、歴史的経験上の産物について、それらを簡単に過去の遺物であるとか、偶然の所産であるとかして、安易に人間の法制度的知恵を捨て去ることに性急であってはならない。

[注]

- (1) 領域又は細目3402課題番号21530021-0001。
- (2) H・ケルゼン著清宮四郎訳『一般国家学』(岩波書店、昭和46年) 406-407頁、  
H.Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 244.
- (3) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書410頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 246.
- (4) 行政と宣法(司法)との区別について、つぎのように説明される。《「国家」の間接行政および直接行政の区別を洞察して初めて、裁判(宣法)と行政との決定的差異が判明する。裁判または宣法と指称される国家作用は、本質的に、強制行為の定立もしくはその手続的準備に向けられている。この意味で、まず第一に、国家の形式的作用、言葉の形式的意義における国家作用である。行政と指称される国家の作用も、大部分はそのようなものであり、そのかぎりでは、端的に宣法と指称される裁判と同様に宣法である。作用の内容に関しては、行政と裁判との間になんらいちじるしい区別は存しない。けれども、行政は一強制回避の行態という要件の定立として、二次的規範の定立および執行として一言の法内容的意味にのみおける国家作用でもある。そうして、そのかぎりにおいて、作用の性質そのものに関し、宣法、しかも、裁判所によるそれ、ならびに「行政官庁」によるそれに対して、いちじるしい差異が存する。国家作用中に存するはなはだしい混乱は、主に、次のことに起因する。それは、宣法および行政の概念には、二つの異なる国家一および作用概念、形式的概念と法内容的概念とが基礎になっているということ、および、習俗的行政概念自体は、それが二つの、法理論上異なる作用の集団を包括するために、全く分裂した概念であるということである》(H・ケルゼン著 清宮四郎訳・前掲書404頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 242.)。
- (5) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書394-395頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 236-237.
- (6) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書412-413頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 247-248.
- (7) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書404頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 242.
- (8) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書451頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 270-271.
- (9) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書459頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 275.
- (10) H・ケルゼン自身つぎのように述べている。《二つの法行為間には、法創設の段階の上下の関係が存するということからは、…その結果として、下位段階の規範を定立すべき機関は、上位段階の規範を創設する義務がある機関に対して、…従属しなければならないということが、ともなうものではない。それは、もとより一般に、法本質的認識からは、決して、なにか特定の法内容的形態を推論できないのと同様である》(H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書427頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 256)。
- (11) 従ってまた、つぎのようなH・ケルゼンの「権力分立」論批判に対しても、本稿はにわかに与することはできない。《立憲説のあの宿命的な二元論、その、実定法上条定された民主主義的原理に対抗させられた自然法的一専主主義的傾向は、その究極の根源を、この、とりわけ行政の立法からの独立性を目指す権力分離の教理にもつのである》(H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書427頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 259)。
- (12) H・ケルゼン著尾吹善人訳『法と国家の一般理論』(木鐸社、1991年) 165-166頁、H.Kelsen, General Theory of Law and State 1945, S. 90-91。
- (13) 金子宏ほか編『法律学小辞典』(第3版)(有斐閣、1999年) 282頁。
- (14) H・ケルゼン著尾吹善人訳・法と国家の一般理論前掲書165頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 90。
- (15) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書426頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 255.
- (16) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書427頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 256.
- (17) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書428-429頁、H.Kelsen, a.a.O.S. 256-257. H・ケルゼンはつぎのように述べて、「権力分離」と「実力分割」とを区別して後者の民主政への適合性を認める。《実力分割の純粋な原理はしかし、異なる作用の分割においてよりは、むしろ同一の作用のあまたの機関への分配において、したがっ

て、実力減少の効果をともなって現われるが、もとよりこの原理は、民主政においても、この国家形態の最内部的本質に全く適合する性質を示す》(H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書432頁、H.Kelsen, a. a. O. S. 259)。

(18) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書430頁、H.Kelsen, a. a. O. S. 258.

(19) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書431-432頁、H.Kelsen, a. a. O. S. 258-259.

(20) H・ケルゼン著清宮四郎訳・前掲書433-435頁、H.Kelsen, a. a. O. S. 259-261.

\* 本稿は、平成21年度文部科学省研究補助金(基盤研究C) 交付を受けた研究成果の一部である。