



権力分立制の変貌（三）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2011-12-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中川, 剛 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/00006616

権力分立制の変貌 (三)

中川 剛

第三章 アメリカの司法審査の変貌

大統領と国会は彼らの見解のために国家の最高権力を行使しようとするが、憲法が邪魔になる。

Harold J. Laski

まえがき

アメリカ憲法は現存する世界最古の成文憲法であり、解釈、慣行、修正を通じてなお不断に膨張し細目化しつつある個性的な規範体系の一つである。その条文は基本的には一七八七年に制定されたままであるが、当時の構想であった制限政府の組織はもはや今世紀まで生き残っていないと考えられる。即ちアメリカ憲法が内包する二つの基本原理と見られる、連邦制及び権力分立制について云えば、前者にあっては州政府に留保された権限を蚕食しつつ、連邦政府の権限が不断に拡大しつつあるし、後者はあっては三権の均衡はみだされ、行政部の権限は止むことなく増大して、合衆国大統領の地位を選挙による公職では最も強大なそれとしているのである。

この、連邦制と権力分立制の両者に深くかかわりつつ、ヨーロッパ

権力分立制の変貌 (三)

における憲政に比して、アメリカにおけるそれをきわだたて特徴的ならしめているのが、違憲立法の司法審査 (judicial review) である。この制度によるいわゆる「司法権の優越」 (judicial supremacy) は、ヨーロッパ人の眼から見ても、アメリカ憲法制度の特徴と映ったものはない⁽¹⁾。

ここでとりあげるのは司法審査制と権力分立制の動態的な関係 (権力分立制は力学的ないし静止的なものではなく、それ自体のうちに進化の契機を内在させているむしろ化学物質的な概念である。したがってこれと司法審査のからみ合いも、一枚の写真に撮ったように固定するわけにはゆかぬ) ⁽²⁾⁽³⁾ であるが、司法審査制は司法部の立法部に対する抑制手段として、三権分立を補完する抑制均衡の原理の一となつてゐる。抑制均衡は権力分立制と有機的に結びつき、不可分の一体をなすと云つてよいほどであるから、司法審査制の動向はただちにアメリカの権力分立制そのものの動向にかかわらざるをえないのである。

そこで以下、制度の概要とそこに潜在する (法的に還元せられた) イデオロギーの変化とに分けて検討しつつ、ことに近時の問題である司法制自制 (judicial self-restraint) の構造的必然と歴史的必然とを明らかにし、それが権力分立制に意味するものを探つてゆくこととす

る。

- (1) Bryce, *American Commonwealth* (1917) Vol. 1. p. 242.
- (2) 司法審査が権力分立制と相容れるものであるかどうかについて理論的に問題とすることが可能であるが、権力分立制の内容そのものが一義的でない以上、無益な議論といわざるをえない。権力分立制のアメリカにおける実現形態として、司法審査を虚心に権力分立制の一要素として取扱うのを適切としよう。なお権力分立制の概念については、私の「日本における権力分立制の運動形態」(京都大学憲法研究会編「世界各国の憲法制度」所収予定)参照。

- (3) 連邦制の下における統一国家の発展に資した司法審査の功績の方が、権力分立制との関係における司法審査の功績よりも大であろう。「司法権の優位」は批判にさらされ、維持しがたくなっているが、「連邦の優位」は逆にいよいよ異論のない事実と化しつつある。McCulloch v. Maryland, 4 Wheat. 316 (1819) で、マーシャルは部分に対する全体の行動と全体に対する部分の行動の区別を認め、国会の行動は全国民の同意のもとに行われるが、州の行動は全体に影響を及ぼすおそれがあるにもかかわらず、一部の国民の同意のみに基づいて行われると述べて州に対する連邦優位の理論を押し出しているが、これはマーベリー対マディソン事件で、司法審査と権力分立の関係を論じた彼の説に比べて現実的であり、説得力があるといえるであろう。判事ホームズ [O. W. Holmes 1841-1935] は述べている。「国会の法律を無効とする最高裁の権限が失われても合衆国は亡びないであろうが、州の法律を無効と宣言することができなければ、合衆国は必ず破滅する」 Holmes, *Collected Legal Papers* (1920) p. 295-296.

第一節 制度の概要

司法審査の根拠

憲法会議の記録やその直後の国会の討議に照して、司法審査の論理

は裁判官によって横領された(usurped)と云われる以前にすでに一般に理解され考慮されていたものであると云われる。(1) (ここに云う司法審査とは、国会の制定した法律、州憲法、州議会の制定した法律、あるいは法としての効力を持つ他の規則命令が、合衆国憲法に合致するかしないかを決定することであって、事件の審理判決を行う裁判所の権限に付随しているものである。(2) 条文から云っても、連邦憲法第三条に、連邦裁判所は「この憲法のもとに生じる」事件に裁判管轄権を有すると規定しているのだから、かような所から司法審査を法的に根拠づけることもあながち不可能ではない。しかしこれだけではいかに薄弱だ。(3)

司法審査制は憲法の明文の規定によるものではなく、マーベリー対マディソン事件における連邦最高裁の裁判長マーシャルの意見によって確立された事実(fait accompli)であるとされている。(4) 司法審査制出現の背景としては、大陸と異りアメリカでは判例法主義が継受されており、またイギリスと異って成文憲法を持っていたこと、法律家が独立前後から顕著な活動をしてきたこと(5)のほか、自然法思想及び「法の支配」rule of law の影響、基本的な法は文書にしておくという習慣、イギリスの枢密院(privy council)による植民地立法の審査、ペンシルヴァニア、ヴァーモント、ニューヨークにおける憲法保障の試み、州におけるいくつかの判例があげられる。(6) しかしマーシャルの論理に、これらが直接役立っているとは思えない。(7) この事件の内容に關する紹介は数多いが、制度の理解のために、以下にもその骨子を摘記する。

一八〇〇年の総選挙で、集権的重商主義的政策を立てていた連邦党は、ジェファソン共和党(のちに民主党と呼ばれる)に、議会でも大統領選挙でも大敗した。そこで連邦党は、一八〇一年の裁判所法を

成立させ、これによって連邦党同調者に裁判官の職を与え、政府の選挙によらない部門でなお勢力をとどめておこうとした。しかしこの時、國務長官マーシャルが、十数名の被任命者に対し、辞令書の交付に失敗した（時間がなかった）ため、一夜明けて政権の座にいたジェファソン派はこれを幸いに辞令書の交付を拒否したのであった。そこで、「夜深の被任命者」(midnight appointee)の一人であるマーベリーは、新國務長官マディソンを相手とって、直接最高裁に、辞令書の交付を強制する職務執行令状(writ of mandamus)の発給を求める訴えを起したのである。ここで想起されるのは、憲法第三条第二節が最高裁に「大使その他の外交使節及び領事に関する事件、及び一州が一方の当事者たる」事件に限り、第一審管轄権を与えていることである。マーベリー事件は明らかにこの内には入らぬが、彼は一七八九年の裁判所法第十三条によって訴えを提起したのであった。さて最高裁長官としてのマーシャルは、マーベリーは辞令書の交付を受ける正当の権利を有すると判決した。即ち、最高裁が第一審として合衆国の官吏に対し職務執行令状を発する権限を有すると規定した裁判所法第十三条は憲法第三条第二節違反であり無効であるからと判定せられたのであった。かくしてマーシャルは巧みに司法審査権を手中にしたのである。

(一) 憲法は国家の最高法規であるから、これに反する法律は当然に無効である。

(二) なにが法であるかを宣言することは裁判所の義務であるから、裁判所は憲法に反する法律を違憲とせねばならぬ。

しかし憲法は違憲審査をなしうる機関については規定を置いていないし、最高法規の条項(第六条第二項)も連邦法の優越を規定するの

みで、特に連邦憲法のみを最高法規とする趣旨ではないから、彼の立論を論理的に反駁することは困難ではない。

しかもこの事件の判決が高度に政治的で、派閥考慮に左右されていたことには疑問の余地がないし、問題となった裁判所法第十三条がたして違憲であったかどうかも検討の余地を残している。憲法は確かに第一審管轄権に属する事件を列挙しているのであるが、同時に国会が最高裁の第一審管轄権を拡大することを妨げないという例外条項を置いているのである。またマーシャルみずかも、憲法が第一審管轄権を与えている場合に最高裁は上訴審管轄権を行使するのを妨げられるというほど両者の概念は排斥しあうものではないと、のちの判例で主張しているのである。⁽¹⁰⁾ さらに、メンバーの多くが憲法会議の委員であった両議院及び大統領が認めていた法律をむげに違憲であるとすることに無理がないとは云えない。⁽¹¹⁾

かような芳しからざる起源を持つ司法審査制が後世に生きのびることができ、最高裁がさらに無制約な司法審査権を行使することによって、事実上「第三院」と化した⁽¹²⁾という時期があったにもかかわらず、憲法問題に関する最高裁の権威が失われなかったのはなぜであるか。

本来裁判所の地位は高いものではなかった。ハミルトン [Alexander Hamilton 1757-1807] はフェデラリスト第七八号に書いている。

「司法部は三権を担当する機関の中では、比較にもならぬほど弱いのである。……(それは) 剣にも財布にも影響を及ぼすことができない。社会の力も富も指揮することができない。そしていかなる現実の解決もなしえないのである。それは『力』も『意思』も持たず、単に判決するのみであると云ってよいだろう。」そのことは連邦司法部の組織と管轄が大部分法律に基いて定められるという事実にも依っている。憲法に明示的な定めがあるのは、連邦裁判所のうちでは最高裁のみである。憲法第三条第一節によれば、連邦司法権は最高裁及び「議

会が時に応じて定める下級裁判所に」与えられるとある。最高裁にしても、組織や管轄の詳細はやはり法律によるのである。裁判官の任命もまた政府の政治部門により決せられる。

したがって司法部の権限を削減し、あるいはF・ルーズヴェルトが裁判所再組織法案によって試みたような、最高裁を抱きこむ(pack)企図に対して、最高裁は憲法上無防備というほかない。

つまるところ、アメリカの政治組織において司法審査が重要な要素となつたことは、世論にその主たる支持を見出ししていると云うのほかない。⁽¹³⁾ 法的には可能であるにもかかわらず、国会が裁判所の権威を不当に縮少しようとしてその組織や管轄に手をつけたことがなかったのはそのためである。(しかし重要な立法を違憲とせられることによつて直接被害を蒙るのは大統領であるから裁判官任命の権限により最高裁の政治性格を左右することは、普通に行われてきたところである。)

ところでこのような世論、即ち司法審査を支持するアメリカ国民の態度そのものにはなにに由来するものであろうか。個人または少数者の権利保護のため、立法部行政部に比して弱い地位にある司法部に違憲立法審査権を与えるのが適当であるからだという説明が多いが、これはむしろ司法審査の必然性に関する説明ではなく、最高裁のこの権限にかける期待を含めた擁護論にすぎない。アメリカがイギリスと同じ法的伝統のもとにあり、フランス同様に成文憲法を持ちながら、二国のような議会中心主義に進まず司法審査を採用した決定的理由は、英仏において権力分立的政治機構出現の契機になつた絶対主義勢力がここでは国外にあり、独立達成後は市民階級の政治力組織化の表現としてではないか。つまり有産者と大衆の基本的対立が当初から意識され、有産者は過度の議会主義へ移行するのをおそれたために、これを牽制する機構として、司法審査制を迎えたのである。

もっとも、憲法定定者たちの期待とは別に上院の比類ない強化等を背景として、南北戦争後一九二〇年代までは、国政の中心が国会にあったことは否めない事実である。ここでは司法審査は議会主義への過激な発展を不断に緩和すべく働き、権力分立制がアメリカで生き残つた一因となつたのである。

司法的自制

最高裁は司法権の優越に陥つて権力分立の過程をみだすことがないよう、みずから司法審査権の行使を抑制する。(したがって連邦制との関連においては、司法的自制は語られない。)司法審査制が世論の支持を得るためには、最高裁ができるだけ他の二部門との衝突を避けることが必要である。

自制の方法としてはまず、最高裁がほとんど完全な裁量的管轄権を持つている事実を利用しての自制が挙げられる。即ち、最高裁は、事件が迅速な解決を必要とする緊急な公的重要性を持つものに対してのみ移送命令 writ of certiorari を発することができるのであつて、困難な問題についての意見の表明を技術的に避けることができるのである。また連邦司法権は、事件または争訟 cases or controversies (憲法第三条第二節)にのみ及ぶ。したがって、現実の争いと対立する利益のない訴訟は受理されない。⁽¹⁴⁾ さらに、事件を処理するうえにおいて絶対的必要である場合を除いては、最高裁は憲法問題を避けるのが通例である。⁽¹⁵⁾ これらと、後述する政治問題とが、問題を司法審査の対象としない方法である。⁽¹⁶⁾

司法審査権を行使しつつ自制する場合もある。事件に適用される法律に対する憲法の文言が明瞭であれば、司法審査は正当化される。しかし合衆国憲法は十八世紀の法典である。これが二十世紀の諸問題について必ず明瞭であるはずがないのであつて、憲法規定があいまいであればあるほど、そのような規定の裁判所による解釈適用は、司法

部による立法(Judicial Legislation)に傾くおそれがある。

最高裁は憲法のある種の規定は意味があまりに不定であり、司法を行うには内容があまりに不足であることを認めており、そのような規定のもとに生じた問題は、政治問題(Political question)として解釈を政治部門にまかせている。

しかし誰の眼にも明らかな内容を持った憲法規定と、あまりに漠然としていて司法の実行に適さないと最高裁が認めるような憲法規定とを除いた残りの規定はどう扱ふべきかが問題である。たとえば憲法の文言である「自由」とか「財産」とか「法の正当な手続」「法の平等な保護」といった言葉は、時と場合により意味内容が変化する。しかしこれらについても、違憲合憲の判決を下さなくてはならないのである。

このような場合には、憲法上の疑義は法律に有利なように解釈するというのが原則となっている。即ち、立法は疑問の余地がないまでに反証を挙げられなければ、合憲性の推定を受けるということである。⁽¹⁷⁾

しかし一方、行政部と立法部の間に権限の争いがあった場合、最高裁は「政府の組織における民主的勢力のいづれに権限があるか」⁽¹⁸⁾の決定をなさなくてはならない。代表的な例としてヤングスタウン事件⁽¹⁹⁾が挙げられる。ここでは鉄鋼工場を立法によって接収する連邦政府の権限は認められたが、事件の争点は、大統領が国会の同意を得なくてもそれをなすのかどうかであった。本件の大統領の行為は国会による授權がなかった、また国会は問題に関しては全く違った法律を制定していたという理由で無効を宣せられた。しかし国会が自らの権限としてない事件に関する、緊急事態における大統領の「固有の」権限がすでに確立されたものであることは、ほとんどの最高裁判事によって認められたところである。

つまり二部門の、権限に関する umpire たる場合のほか、裁判所

は複数の解釈が成立しうるような憲法規定については、極力独自の判定をさし控えることとしているのである。

じっさい、最高裁は政府の他の二部門との間の衝突をできるだけ回避するようにとめてきたし、また事件の解決にせひとも必要な場合にかぎって憲法問題とした。したがってそのいわゆる司法的拒否(judicial veto)は行政的拒否(executive veto)と同列に論じることができない。前者が政治的考慮に基いてなされたことは初期の一二の例外に止まるものであり、一方後者はいかなる制約(三分の二の多数決——各議院の定足数の三分の二——があった場合は別であるが、かようなことはめったに望めない。また大統領が憲法違反と考える時にのみ拒否権を行使すべきであるという見解は今日ではとられていない)もないと考えられるから、しばしば云われるように、クリーヴランド

大統領[Grover Cleveland 1837-1908]が任期中に行使した拒否権は最高裁が百五十年の間に無効とした法律よりも多いという結果を生じるのである。フランクファーター[Felix Frankfurter 1882-]は云っている。「特に国会の立法が審査される時は、国会と裁判所の衝突を避けるあらゆる手段が講じられなくてはならない。なぜなら国会は容易にその態度を変更でき、国民は別の代表者を選ぶことにより反対を表明しうるからである。しかし、連邦最高裁の違憲判決は、道理にかなった選択の余地がある場合には、永続的かつ深甚な影響を及ぼす結果を避けることができないのである。」⁽²⁰⁾ブラック[Hugo La Fayette Black 1886-]は云う。「一世紀半にわたる憲法史と政府は連邦最高裁が、選択を国民自身の代表者に委ねるべきことを教えている。かくすることで民主政の原理と能率的な政府の要求との調和が期待できるのである。」⁽²¹⁾連邦最高裁は、実際問題として大中に国会の controller としての役割を放棄したと云われる所以である。⁽²²⁾

訴えが提起されたとしても、すべての憲法問題が連邦裁判所によって判決を受けるものではない。薔薇戦争中の一四六〇年、イギリスで王位継承の合法性に関するヨーク公の訴えにつき、審査が拒否されて以来、英米の法廷は法的判断を超える政治的事項を審査の範囲から除外することをその伝統としている。究極の解決が政治部門に委ねられるのが適当とされたものは、裁判所としても判決を拒むのである。(な)が政治問題であるかを最終的に決めるのは最高裁である。)この政治問題も、司法的自制の一類型となる。というのは、な)が政治問題でありな)が法的問題であるかについて、確立した理論と目ざされるものはないからである。政治問題について政治部門が決定することは、直接憲法に根拠を置くものである、そのことに裁判官は拘束されるものである、という原則が判例には語られているが、具体的に判定の基準となりうるものではない。しかしまず、対外問題について、それを扱うのに不適當な司法部が審査を拒むことはほぼ完全に承認されている。したがって対外問題に関する大統領の行為は、實際上司法部査から全く自由である。

また対外問題の内容とする事件ばかりでなく、国際関係になんらかの影響を及ぼすというたぐいの事件についても審査が拒まれる傾向がある。その適例が、シカゴ及びサンエアライン事件²⁵である。ここで問題となった民間航空術会議(Civil Aeronautics Board)は、国内、国外空輸に従事するための免許を与える行政機関であったが、国外空輸の場合には大統領の認可を要したのである。関係法規は、大統領の認可に服する、外国の航空運送業者に関する命令を除いて、会議の命令は連邦裁判所の審査に服する旨を規定していた。この事件は、本国人の運送業者が国外の運送に携る点に関するもので、右の例外事項にあてはまるものではなかったのであるが、にもかかわらず最高裁は、会議の決定に審査は及ばぬ、なぜならそのことが対外問題に関し

てなんらかの影響を有するかもしれぬから、としたのである。この判決が、反対意見の云うように、「会議の行為がいかに極端なものであるとも、このたびの判決ではそれを正すことができない」ことになるかどうかは速断できないが、対外問題に関係するとしな)いで、人権保護のありようが異つてくるという結果が、司法的憲法保障の後退の一因となるおそれは拭えない。

政治問題の理論が国内問題に適用されると、しばしば著名な判決を生じる。司法権の優越を押えるばかりか、極端な司法的恭順(judicial deference)によって、司法審査権そのものの存立まで論議の的となる結果を来たすことがある。

ダグラス [William O. Douglas 1898-] ブラック両判事に代表される司法的積極主義は、司法的自制のゆきつく所は司法審査がその機能を失うことであると警告を発しているが、じ)さいそれが紀憂とのみは云いきれないであろう。政治問題とは司法作用によって解決できない問題であり、司法作用によって解決できない問題は即ち政治問題であるという程度の説明しか与えられていないからである。これはじ)つは言葉を入れかえただけで説明にはなっていない。社会が発展変動を重ねて、憲法と現実の疎隔がいよいよ顕著になると、憲法規定の内実が政治部門によって充たされる機会は、自然の勢いとして激増する。政治的正義の実現ばかりでなく、司法的正義の実現が近代憲法の課題であるとすれば、ことに国内事項に関する政治問題の理論が、近代憲法の保障される支柱の一つである司法的憲法保障の退汐の口実となり、また時には積極的にこれを否定する理論ともなる可能性を蔵していることは、特筆すべきことと云わねばならぬ。

主な判例としては、この理論についての指導判例とされるルウサー対ボーデン事件²⁶。ここでは、州における新政府と旧政府のいずれが正当であるかの判断は連邦議会の権限に属し、この決定は政府のすべて

他の部門を拘束すると判示された。(憲法第四条第四節、各州における共和政体の保障、参照) コールマン対ミラー事件。ここでは、連邦憲法修正に対する州の承認の効力に関する処理が連邦議会の権限に属するとされた。コールグロウヴ対グリーン事件は、連邦下院の選挙に関して、一州の選挙区が人口と議席の割当てに不均衡を来たしているとの理由で、修正第十四条の、法の平等な保護を侵犯するものではないかが問題となったが、これも高度に政治的な事項であるとして審査が拒否された。この判決は後続の事件で踏襲されているが、⁽²⁸⁾一九六二年のベーカー対カー事件で、⁽²⁹⁾同種の問題につき、政治問題が生じるのは、連邦政府の三部門間の関係に限られるものであり、連邦司法部と州の関係では政治問題を生じないとして、管轄権を認めているのは、司法審査が権力分立制のための消極的実施と、連邦制のための積極的実施という二面を持つものであることを示している意味で注目される。

政治問題は具体的内容が確定しておらず、裁判所の態度も必ずしも一貫しない。将来さらに判例が積重ねられて、詳細な原則が模索されるであろうと云えるのみである。

(1) Corwin (edit.), *The Constitution of the United States of America, analysis and interpretation* (1953) p. 556-7.

(2) 事件を処理するに際して、裁判所は事件に適用すべき法令が連邦憲法に違反しているか否かを決し、もしも法令が違憲であれば当該法令に法としての効力を認めることを拒むのである。連邦または各州の法律・州憲法が合衆国憲法に違反するか否かは合衆国最高裁が終審としてこれを決し、州法律が州憲法に違反するかどうかは、州の最高法廷が終審として決する。審査の対照となる法は、当該事件に適用される条項のみが違憲となるに *construe*。Munro, *The Government of the United States* (1948) p. 570.

権力分立制の変貌(三)

(3) ふつうは、連邦憲法第六条第二項「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律、および合衆国の権能のもとにすでに締結された将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である。各州の裁判官は、その州の憲法または州法律に相容れない規定がある場合にも、これら最高法規に拘束される。」の規定も援用されるが、この条項はとくに州裁判官が連邦憲法を、それに抵触する規定を持つ州憲法や州法律に適用することを要求したものであって、連邦裁判所による審査について規定するものではないのである。

(4) *Marbury v. Madison* 1 Cr. 137 (1803)

(5) 但しアメリカの判例法はイギリスのそれにくらべると *legal change* への動向が強く、憲法問題に関する先例拘束は殊に弱い。高柳賢三「英米法源論」二六九—二七〇頁 Corwin, *The Constitution and what it means today* (1958) p. 142-3, p. 250.

(6) 木下広居「アメリカ政治史話」(昭和三十七年)四〇—一頁

(7) 伊藤正巳「司法権の優越」(昭和二十七年)二三頁以下高柳賢三「司法権の優位」(昭和三十三年)七二頁以下

僅少な法律書と、イギリスの先例に対する反感のために、植民者は聖書や自然法の彼らなりの理解に依ったのである。立法の審査という思想の萌芽である。大陸における自然法思想のイギリス型が、法の支配または法の優位 *supremacy of law* の思想であり、専制的権力による支配を排し法を至上とする思想は、国王に対しても国会に対しても *コモンロー* 裁判所の優位を主張したコーク [Sir Edward Coke 1553-1634] の理論を通じてアメリカに渡り、司法部による立法審査の一根拠となった。

(8) 文書にしておく習慣 例え *Mayflower Compact* (1620), *Fundamental Orders of Connecticut* (1639) 一六二〇年から一七〇〇年へかけての植民地への特許状に見られるように、植民者は基本的な文書によって、集団の行動を規制しようとした。憲法保障に敏感な所以

Johnson v. Pritchett, The American Constitution (1959) p 136-8 参照。

枢密院による審査 政治的審査であり、これが州における議会中心主義の要因となったほどであるから、司法審査制との直接的関連は疑問とならなければならないが、先例としての意味は認められよう。

州憲法における違憲審査の試み 一七七六年のペンシルヴァニア憲法における Council of Censors。これをうけついで一七七七年ヴァーモント憲法は、一八六九年まで存続させた。一七七七年のニューヨーク憲法は Council of Revision を置いた。これは知事、衡平法裁判長、州最高裁判事から成るもので、法案を審査し、憲法の精神に反するものには一種の拒否権を行使する。議会の各院が三分の二の多数で再可決すると、拒否にかかわらず法律となる。憲法会議ではウィルソンやマディソンがこれに似た制度を作ろうとしたが、斥けられた。

州の判例 著名なものとして、法定貨幣として紙幣の採用を要求する州議会の法律を無効とした Trevett v. Weeden, Rhode Island, (1786) が挙げられる。

- (9) マーシャルは一八〇一年一月二〇日、大統領アダムズ [John Adams 1735-1826] によって最高裁判官に任命された。彼はこの時國務長官で、ジェファソンによる被任命者マディソンが職をひき継ぐまで、代理として職務を履行していたのである。したがって事件の原因はマールシャルの國務長官としての怠慢にまつてゐた。

(10) Cohens v. Virginia 6 Wheat. 264 (1821)

- (11) Gibbons v. Ogden 9 Wheat. 1, 197 (U. S. 1824) は彼は次のように述べた。「国会の敷知と裁量、その人民との同一性、選挙にあつて国会の構成者が有する影響力は……国会権限の濫用を防止する唯一の抑制である。それらが、あらゆる代議制政府において人民がしばしば依らざるをえぬ唯一の抑制なのである。」しかしのちの最高裁は必ずしもこの原則を守らなかつた。

(12) Laski, The American Democracy (1946) p 111.

(13) この点はすべてにブライニスに於ては指摘された。 Bryce, op. cit. I. p 274.

(14) 抽象的な問題の決裁を求める仮想訴訟 (moot case) はとりあげられない。連邦裁判所が立法府行政部の諮問につき 勧告的意見 (advisory opinion) を述べることもある。確認判決 (declaratory judgement) は許される。現実の争いと対立する利益があるかぎり、無用の労力と費用を省くため両当事者間の合意と取極めによって行われる友好的訴訟 (amicable action) 及び試訴 (test case) が許される。

(15) Ashwander v. T. V. A. 297 U. S. 288 (1936) はおらつて、ブランドイン判事 [Louis Dembitz Brandeis 1856-1941] は、最高裁が憲法問題を審理することを避けるべく発達をせよといたつたかの法則を回顧している。ジュリスト、一九六四年四月号四七頁の紹介参照。

(16) 高柳前掲書一〇六一七頁は、コーウィンの所説をもととして、本質的制約と政策的制約とに分ける。しかしこの区分は相対的なものであり、司法審査制そのものが政策的なものを多分に蔵しているし、政策的自制と考えられているものがじつは司法審査を本質的に規制するものかもしれない。そこで本文のような分け方を試みたのである。

(17) 高柳前掲書一六七頁以下にこの原則についての要約がある。

(18) Mendelson, The Constitution and the Supreme Court (1959) p 12.

(19) Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer 343 U. S. 579 (1952)

(20) United States v. Lovett 328 U. S. 303, 319 (1946)

(21) Southern Pacific Co. v. Arizona 325 U. S. 761, 789 (1945)

(22) Schwartz, American Constitutional Law (1955) p 214. 日本国憲法では、規定が一般にアメリカ憲法ほどあいまいでないし、最高機関が国会であることが明記されているから、司法的自制は論理的当然の要請であるが、帝国憲法の恣意的運用による自壞の歴史を顧みるなら、

司法的憲法保障の制度が、過去への退行を防ぐ滑り止めとしてなお意義を有してゐるを考へられる。

- (23) Duke of York, Richard Plantagenet (1411-60) はエドワード四世の父に對す。
- (24) Coleman v. Miller 307 U. S. 433 (1939)
- (25) Chicago & Southern Air Lines v. Waterman Steamship Co. 333 U. S. 103 (1948)
- (26) Luther v. Borden 7 Howard 1 (1849)
- (27) Colegrove v. Green 328 U. S. 549 (1946)
- (28) South v. Peters 339 U. S. 276 (1950)
- (29) Baker v. Carr 379 U. S. 186 (1962)

第二節 制度の変容

自由経済主義の衰退

マーベリー対マディソン事件以後、司法審査権はおよそ半世紀の間州に対する連邦優位の原則の確立にかかわっており、重大な攻撃をこつむることがなく、また国会の制定法が違憲と宣せられることはなかった。南北戦争前のドレッドスコット判決⁽¹⁾は最高裁の威信を下落させたが、戦後から二十世紀初頭に至る期間中は、二十四の国会の法律が違憲と判決されたにとどまる⁽²⁾。これは、その期間中、連邦政府の中枢が国会にあつたことの反映であり、国会の立法活動が盛んであつたために、最高裁の違憲立法審査権が受動的にのみ發揮されたのである。したがつて最高裁は、一般に事業に対する政府の統制を排除することに専念してゐたといへ、国会の法律に対して一貫した指導力を儼取することなく、議會主義に道を譲つてゐたと云えるのである。

一九〇一年に就任した大統領T・ルースヴェルト〔Theodore Roosevelt 1858-1919〕の強力な個性は、行政部が国政に関して指導権を

権力分立制の変貌(三)

持つことができることを暗示したが、ウィルソン大統領の指導に対する反動を機として、国政の中心は再び国会に移つた。一九〇〇年から一九三四年まで、最高裁が国会の法律を違憲とした事件は四十件に及んでゐるが、南北戦争以来、最高裁が明白に支配的と認められる國民感情に反して司法審査を行い、かくすることに於て政府の政策に一貫した攻撃を行った例はない。国会中心の時期であつた大統領が指導性を顯わした時期であつて、最高裁が民衆の代表である国会もしくは大統領を積極的に制圧することはたしかに不適當と云わねばなるまい。司法審査の作用はあくまで消極的抑制でなくてはならない。なぜなら、前述したように、最高裁が国会の法律を違憲とする権限は、憲法の明文の規定に基くもののみは云えず、主として世論の支持によるものだからである。

一九三三年、不況に喘いでいたアメリカ國民は、F・ルーズヴェルトの指導による危機の克服を熱望して彼をホワイトハウスへ送つた。しかし彼は最高裁からの強力な挑戦を受け、彼のニューディール⁽³⁾、即ち頑固な自由主義を排し、経済活動に対する国家的統制の強化を計る一連の政策は、一九三五年から翌年へかけての十一の判決により阻止され、あるいは阻止されることが歴然としたのであつた。かくして同時代人の批判によれば、「最高裁は単にニューディールの政策に挑戦したばかりでなく、二十世紀社会の緊急な必要に呼応する州及び連邦の立法権の妥當な行使に対して司法による防柵を置いたのである。」⁽⁴⁾尤もニューディールの諸立法の司法審査が求められた時には、アメリカ社会が深刻な不況から立ち直りを見せつつあり、保守主義者はおよそな政策を必要とする時期は去つたと考えていた。しかしたとえ相當な理由があつたにせよ、最高裁がここに、立法事実に対する安易な肯定的判断を避けるという意味でなく、意見の相違に帰するような憲法解釈を行ったことは否めない。一九三六年、國民の圧倒的支持を

受けて再選されたルーズヴェルトは、翌年、平均年齢が七十二歳を越えた最高裁を改造する意図で法案を国会に送付した。これに対し、最高裁はみずから判決の傾向を変えることによって譲歩したのであった。但し最高裁の方向転換は、ルーズヴェルトの court packing plan に対する政策的ものとのみは云えないのであって、裁判官の多数が、彼らの依っていた理論が時代にそぐわなくなったのを認識するに至ったためと云えばより妥当であろう。したがって一九三四年から一九三六年において多数派だった者の中核的部分は、意見をかえることを強硬に拒んだのである。一九三七年以後は原則として憲法の明文の規定を犯していることが確かなものが違憲を宣せられるにとどまっており、最高裁の判決の根底にある法的イデオロギーは変ったと云いうるのである。

即ち一九三七年を境とする最高裁の変貌いわゆる憲法革命(constitutional revolution)は二つのことを意味している。一つは最高裁が立法権(ニューデールの諸立法は、形は議員提出の法案となっているが、ほとんどは大統領とそのブレイントラストによって立案されたものである)を独自の判断で積極的に抑制するほどの存在ではなくなつたこと。これは憲法解釈が多くの場合政治性を免れることができないという認識を得たためである。裁判官が憲法のなんたるかを知っている、しかも彼のみが知っている、という自由主義の根底にある理性に対する信仰が稀薄になつたのである。いま一つは大衆保護を眼目とするホームズ流の司法プラグマティズムが、財産権保護を固執するスペンサー[Herbert Spencer 1820-1903]流の自由主義にとつてかわつたのである。といつても、以上の二つは別個のことを意味するものではない。前者は後者の現象である。

この、レッセフェールの経済理論を憲法解釈の前提とする立場の放棄は、修正第五条の何人も「法の適正な手続によらなければ、生命、

自由、財産を奪われない」という条項の解釈の変転となつて現われるのである。周知のように、連邦政府の権限行使に対する制限の大きな部分をこの条項が占めている。この文言の起源はマグナカルタ[Magna Carta 1215]第三九条中の「国法によるのでなければ、逮捕、監禁、差押、法外放置もしくは追放を受けまたはその他の方法によって侵害されることはない」云々の規定にまで遡ることができ⁸⁾。イギリスではこの due process of law は統治行為の手続に関する制限規定と解されており、アメリカでも最初はそうであったが、連邦最高裁は一八九〇年頃からこれを実質的に不当に個人の権利(財産権)を侵害すると認められる立法についても適用するようになった⁹⁾。この状態が一九三六年まで続くのである。(一九三七年以後は、この条項は私有財産権の保障規定としての意味を持たなくなる)適正手続の文言は、修正第五条のみならず修正第十四条にも見られる。これは州権に対する制限規定である修正第五条に移すことが可能であるし、また実際移されもしたのである。したがって、ここでは問題は連邦立法に対する最高裁の態度であるが、修正第一四条にかかわる著名な事件もあわせて見てゆく。

一八八〇年代以降、最高裁の構成員が一般的に保守化する¹⁰⁾とともに、シカゴ・ミルウォーキー・セントポール鉄道会社対ミネソタ事件、¹¹⁾スミス対エイムズ事件に代表される一連の判決において、鉄道運賃に対する州法律の規制が法の適正な手続によらずして鉄道会社から修正第十四条にいう財産を奪うことになるとして、私有財産保護の傾向がすすめられた。また一方、ロクナー対ニューヨーク事件¹²⁾において、労働時間を規制する州法が法の適正な手続によらずして、雇用者、被雇用者間の契約の自由に干渉するものと判示して、これまた

私有財産保護に向つて重要な先例を残したのであった。尤もその後、労働時間の規制に対する最高裁の判決は州の法律を支持する方に傾いたが、アドキンズ対少年病院事件で、コロンビア地区の婦人に対する最低賃金を定める連邦法を修正第五条の適正手続条項に違反するものとした時、ロクナー事件における契約の自由の思想は復活したのであった。「労働力を買ひまたは売る権利は、この修正条項によって保障された自由の一部である」とロクナー事件判決では述べられているが、連邦憲法は労働時間あるいは賃金に関する統制を禁じる規定を持つものではない。にもかかわらず、「最高裁があえてそこに禁止の規定を讀みとつたのは、自由放任の経済理論を適正手続条項に注ぎこんで解釈した結果に外ならない。判事ホームズは少数意見で次のように述べている。「本件は我國の大部分が肯定しない経済理論によつて判決されている。修正第十四条の『自由』の語が、支配的見解の自然な帰結を妨げるように主張される時には、曲解されたのそしりを免れない。尤も国民と法が伝統として理解してきた基本原理を該法律が損うものであると、理性的かつ公正な人間が必ず認めると云える場合は別であるが。」またのちの事件で、ヒューズ判事〔Charles E. Hughes 1862-1948〕は説いている。「憲法は契約の自由について語るものではない。それは自由について語り、法の適正な手続なしに自由を奪うことを禁じているのである。さような剝奪を禁じるることによつて、憲法は絶対的無制約的な自由を認めないとしてゐるのである。」最高裁の態度が国民の世論に即し、世論の定まらぬものに関しては判断を避け、充分に普遍性を持つものであれば、適正手続を実体的適正の要求と解しても支障はあるまいが、憲法の明白な規定を犯すものでなく、世論の帰趨も定まっていない問題に、司法部独自の見解をもちこんで、該立法が、unreasonable であるか、unnecessary であるか、arbitrary であるかを検証することは、いかなる立法が desirable であるかも決して

うることを意味し、やはり司法部の判断を立法部の判断に代えるものと云わざるをえないのである。

一九三七年以後の最高裁は既述のように、法律に関する適否の判断を一義的に立法者に委ねている。即ち、ホームズの云う「理性的かつ公正な人間」という基準を具体的に理性的な立法者と置きかえて、該法律が理性的な立法者なら公の福祉のために必要かつ適當であると信じていることができるであろうほどのものであれば合憲であり、彼がそのように信じていることができないほど明白に専断的なものは違憲とするのである。違憲合憲に関するこのような主観的な基準を採用する結果、法律が違憲を宣せられる機会が激減することは見やすいところである。

司法的自制の傾向は、経済上の自由放任主義の放棄に起因すると云つても誤りではあるまいが、その結果として一八九〇年代から一九三六年に至る司法権の優越が崩れ、最高裁は政府の他の二部門に対抗するものではなくなつた。そしてこの体制は永続的なものと見なして差支えないであろう。ニューデイルはアメリカ社会全般に新紀元を画したものであり、しかもアメリカがニューデイル以前の状態に逆行することは考えられないからである。最高裁の主な機能は、連邦と州の権限の間に適切なバランスを保つことのほかには、権利保護の重点を少数有産者の保護から大衆保護へと転じたのである。

大衆保護

修正第五、十四条の歴史は最高裁が社会的立法の發達に反対する実業家の道具になつていたこと(16)をわれわれに教えたが、もはや最高裁は大市民のための時代遅れの盾であることをやめて大衆デモクラシーに副次的にはあるが役立つとしてゐる。

南北戦争後は、アメリカでも一種の議會主義と云える状態が続いたが(アメリカ憲法は解釈、慣行による變遷が著しいから、典型的な三

権分立が当初から今に至るまで継続していると思われるべきものではない)、これは権力分立制なるものが発展的に議会主義にゆきつく傾向を有するものであることからの、自然な過程であったと云える。尤も英仏におけるような徹底した議会中心主義ではなく、そのような趨勢であったということとどまるのであるが。

十八世紀の社会理想は自由主義(個人の独立、理性の信仰)であり、十九世紀はこの自由主義勝利の時期であった。しかし今世紀の問題は、社会が国家に対して自律性を主張することができなくなった情勢に命名された大衆国家(mass state)の出現であり、憲政もまた大衆の利益保護を眼目として実行されなくてはならぬこととなったのである。しかし大衆は、量においては無視しえないものがあるが、自力で議会主義を推進した十八、十九世紀の市民階級とはちがって、一定の方向をそなえた政治力を持つものではなく、政治的無関心を孕み、単なる受益者と化してゆく一方(議会主義の挫折、権威ある指導への依存)である。

したがって、財産権の制限が最大の悪ではなくなった、少数者の利益にかわって万人の利益が保護されるようになったという事実(17)に安心していられるものでもない。そこには生活利益の推進を通じて憲政を進展させる健全な集団が欠けており、到達すべき未来のイメージを支える世界観が衰弱して、憲政は指導者による(18)具体的には強力な大統領または大統領職を通じて自己の欲するところを実現しうる勢力による(企業の色采をいやすばかりだからである)。

尤も、事態がこのようであればこそ、司法部による抑制は、憲政の健康のために忘れられてはならないという論理にも一理はあるだろう。しかしその場合、司法部の意見が、将来の支配的意見となりうるかどうか(最高裁判事は終身制である。時代の動向に遅れがちなものか未来を云いあてることは困難だろう)、純正な真実であるかどうか

の保証は全くないし、一連の国家政策に対立するほどの良心を示しても、司法審査が世論に基礎を置くものである以上、いずれ克服されるにちがいないことは、ほぼ確実に予測できるのである。

「世界は法の秩序ある作用と、はるかに迅速で効果的と思われる力の作用との間でおののいてる。」(19)前者は十八、十九世紀からの遺産であり、後者は今世紀の問題である。ニューディールにおける大統領指導の勝利は、アメリカなりに議会主義(的権力分立制)の終焉をもたらし、司法審査を、大統領主義(的権力分立制)に馴致させる決定的モメントとなったのであった。

かくて前節に記したことに修正を加えつつくりかえさなくてはならない——最高裁は、実際問題として、大統領に協力するしないは大統領職を通じて効果的に活動しようとする国会の controller たる役割を大中に放棄したのである。

(1) Scott v. Sandford 19 How. 393 (1857)

(2) Haines, The American Doctrine of Judicial Supremacy (1932) p. 543 et seq. のリストを見よ。

(3) Swisher, The Growth of Constitutional Power in the United States (first edition 1946) Phoenix Edition p. 63

(4) アメリカの政治制度が大統領主義に傾くか議会主義に傾くかは、大統領のパーソナリティに依つて異なる。Loewenstein, Political Power and the Governmental Process (1957) p. 114 しかしローヴェンシュタインのこの観察は、大統領その人が強いか議会人が強いかという偶然的要素にとらわれすぎている。大統領の個性が強くも弱くもなければ何主義だというのか。大統領主義とは、大統領職の指導性が発揮される体制のことで、weak president の時代には議会人の意向が多分に大統領職に流れこむだけのことである。

(5) New Deal とは、「もともと一九二九年十月の株式の大暴落に端を発

し、アメリカ社会を襲った大恐慌の対策として、一九三二年以来実施されたフランクリン・デイラノ・ローズヴェルト大統領の諸政策を総称した呼称である。これらニューディール諸政策は、大恐慌からアメリカ資本主義を救ったばかりでなく、恐慌後から現在に至るまで依然として続行され、いわば恒久的な社会諸制度をつくったところに大きな意義を見出し得る。」中屋健一「ニュー・ディール」(昭和三二年)三頁

- (6) Jackson, *Struggle for Judicial Supremacy* (1941) p. 175
- (7) ロクナー事件におけるホームズ判事の反対意見に、「修正第一四条は、ハーバート・スペンサー氏の社会静学(Sociae Statics)を規定したものでない」とある。
- (8) 高木・末延・宮沢編「人権宣言集」(昭和三年)所収の邦訳による。
- (9) Due Process 条項が私有財産保護に役立つ経緯の説明については、田中英夫「私有財産保障規定としての Due Process Clause の成立」(国家学会雑誌七二巻七号・八号)参照。
- (10) *Chicago and Milwaukee and St. Paul Railway v. Minnesota*, 134 U. S. 418 (1890)
- (11) *Smyth v. Ames*, 169 U. S. 466 (1898)
- (12) *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905)
- (13) *Muller v. Oregon*, 208 U. S. 412 (1908) *Bunting v. Oregon*, 243 U. S. 332 (1917)
- (14) *Adkins v. Children's Hospital* 261 U. S. 332 (1917)
- (15) マッキンズ判決を覆った *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937)
- (16) *Laski, An Introduction to Politics* (1931) p. 44
- (17) 「しかし、ニューディールの社会主義的諸政策がすべて個人企業の様性において発展したと考えるのは誤りである。むしろ、ニューディールは資本主義を破壊したり、弱体化させるものではなく、これを強化し、救済したものである。」(中屋前掲書六三頁)したがって、勤労者の

権力分立制の変貌(三)

権利が保護されるとしても限界がある。たとえば一九三七年以来、ピケッティングの権利を憲法上の言論の自由のうちに含ましめようとした最高裁がそれを経済的圧力の一種とみなす考えに傾き、憲法上の保護を拒むようになった事実を見よ。私の「ピケッティングと言論の自由」(法学論叢第六九巻四号一—六頁以下)参照。

- (18) 立法における大統領の指導力は増大する一方で、事実上立法機関になったとまでいわれている。ということは、政治の重心を大統領に移すことであり、一国の指導を一個人の能力にからしめることである。ところがその選出方法たるや、一国の指導者を選ぶものとしては最もあやふやな方法といつてよい。しかも在任中は、国会のたえざる監視を受けるわけではないから、責任を問うことが困難である。Finer, *The Presidency, crisis and regeneration* (1960) p. 22-23, p. 300-301
 - (19) 最高裁判事ジャクソンはいう。最高裁判事の終身任期制が仇となつて、最高裁はその全歴史を通じて、保守勢力を別とすれば、一時間たりともなにもその代表でもなかった。Jackson, *op. cit.* p. 187
 - (20) *McIwain, Constitutionalism, ancient and modern* (1940) p. 3
- アメリカ憲法の父祖たちが司法審査の設定を意図していたものかどうかは結着がつかないし、将来においても同様であろう。またマリーベリー判決の評価をめぐっても議論は尽きないであろうが、司法審査の根拠に対するこのような不断の反省は、それが憲法の妥当な解釈に依拠して行われなくてはならぬこと即ちまがもなく確立された立場(確定した世論)からなされるべきことをうながすものであり、いずれにしても司法的自製の構造的必然がもたらされるのである。一方、歴史的にも同じ結果となる。つまり歴史的要因が司法的自制へ至る構造的展開を進行させたのである。今世紀に入って、戦争、恐慌のような国家的緊急事態の経験を契機とする国家活動の拡大と深層化は、大団において農民や実業家の利益を代表するにとどまり、それ以外の集団を視野に入れることが少く、また支配的利益の充足に関する能力では

とうてい大統領には匹敵しえない国会⁽³⁾の指導力を弱め、議会主義への発展傾向を内包する近代的権力分立制の発展に終止符を打ったのであった。ここに連邦最高裁も、国家権力の濫用を防止することによって自律的に存在を続けた市民社会の変質が意識化されるとともに、近代自由主義の大前提である法の支配が、じつは裁判官による法の解釈適用によって大いに偏向することがありうるという事実を露呈して、抑制均衡の重要な手段である司法審査の権限を自制することを常態とするに至った。即ち新たな権力分立制のための司法的下婢(judicial hand-maiden)たるに止まっているのである。これが歴史の現段階である。

尤も、アメリカではなお、最高裁による司法審査が、そしてこれを重要な構成要素とする伝統的な権力分立制(議会主義的でも大統領主義的でもない)が信頼されているのであるが、それは、憲法問題に関して必ずといってよいほどその制定者の言葉が引用されるという国柄にもうかがわれるように、この国の人民の十八世紀世界観によるものであることを注意しなくてはなるまい。だが、アメリカ人の憲法意識にもかかわらず、権力分立制は近代的なそれから超近代的なそれへ変貌したのであって、司法審査は事件毎にゆきすぎを緩和するという程度の役割しか果しえないことになっているのである。⁽⁴⁾「最高裁は本質的に、現在に対する過去からの抑制である」と云われる所以である。積極的な力を持つものではない。

ところで一方、「……憲法そのものが現在の世代に対する先行する世代からの阻止である」⁽⁵⁾ものとすれば、アメリカにあっては、権力分立制が議会主義的なそれから大統領主義的なそれへ変貌したことにうちに、憲法そのものの拘束力の低下を問題としなくてはならぬのではあるまいか。

権力分立制の変貌に、立憲主義の命運を占う鍵がひそんでいそうである。

- (1) 「私はこれを歴史的事実として論じるものではないが、父祖たちが司法審査に関しては記録を慎重にほかし、矛盾を残したものと考えることはいささか楽しい空想ではないか。そのことによつて、何世紀もにわたつてアメリカ人はこの権限を当然のものとは考えないようになるだろ。」 Westin, Charles Beard and American Debate over Judicial Review 1790-1961 (Beard, The Supreme Court and the Constitution 1962) p 34
- (2) Friedrich, Constitutional Government and Democracy (1950 revised edition) p 188
- (3) Corwin & Koenig, The Presidency Today (1956) p 65
- (4) ヤングスタウン事件、いわゆる steel seizure case は、行政権の不断の拡大の傾向にもかかわらず、鉄鋼工場を接収する大統領の権限が完全に国会の立法権に服することを認めた。しかし、大統領権限を立法により抑制することには明白な弱点がある。というのは、立法過程には大統領も参加するからで、国会が大統領の拒否権を押し切つて法律を成立させるためには、三分の二という困難な多数が必要なのである。しかも、この事件における審査は国内事項に限られている。最高裁は対外問題に関してはその審査権の行使を抑制する態度に徹している。(したがつて条約や行政協定によつて事実上連邦法律を改正することも可能である)のみならず、国際関係になんらかの影響を与えるような政府の行為にも司法審査を否定していることは、本文に述べたとおりである。したがつて、大統領の行為を抑制することは、事実上きわめて困難といわねばならぬ。
- (5) Schwartz, The Supreme Court, constitutional revolution in retrospect (1957) p 370
- (6) Schwartz op. cit p 8

第四章 フランス第五共和国

吾人未タ繙カサルノ後世ノ歴史ハ更ニ亦専制ノ政ヲ
描クコトナキヲ保セス

穂積八束

第一節 議会主義の克服

第三共和国における議会制度の発達は、政府と議会との不均衡――前者の弱体化、大統領は飾り物という結果をもたらしたにとどまらなかった。一九四六年憲法は第三共和国の末期におけるような議会制度を改善しようとしたが、けっきょくは下院の優越を確認することとなつて、小党分立と国民議会(Assemblée Nationale)中心主義に起因する政府の不安定は解消されなかった。第四共和国はその存立中、じつに二十を越える政府を経験したのである。かくて両共和国は対外的な困難に遭遇すると、脆くも瓦解することとなつたのである。一九五八年一〇月四日の憲法は先行する制度の克服を目的とするものであり、権力分立制の復活による議会主義(régime parlementaire)の制限という試みが注目をひく。

第五共和国憲法にうかがわれる権力分立は近代的権力分立とは隔ること遠いものがあり、権力分立制の現段階を端的に表示するものとして興味深い。本稿はこの、議会主義の凋落を見た国家における大統領主義(régime présidentiel)⁽¹⁾権力分立制出現の意義を、憲法規定とともに考察するものである。

(1) 近代的権力分立制は、王の側近の官僚が支配的地位を占めた時、その階級が、人の魂に究極的な価値を認めるキリスト教的立場から、いわゆる medieval constitutionalism を盾としてかちどいたもので

権力分立制の変貌(三)

490 (Friedrich, Constitutional Government and Democracy, 1949 p. 26) 近代的権力分立制に関するかぎり、立憲主義に密着して絶対主義を克服してゆく原理でありえている。しかし大統領の指導を中軸とする権力分立制は、明らかにそのような倫理を欠いているといわなくてはなるまい。

一 ユーパール

第五共和国憲法は指導者ドゴール [Charles André Joseph Marie De Gaulle 1890-] の確信に深く結びついたのである。一九四二年に、彼はロンドンで、すでに第三共和国当時の議会中心主義に疑問を呈してこう語った。「私の意見を述べるなら、フランスは新しい議会を持つとうと望むだろう。はっきり云って(個人的な意見だが)私はヴィシー憲法に投票して譲位したとき古い議会が、戦後フランス人民を真に代表すると考えられることがあるとは思わない。私は、フランス人民が一致して新しい議会 Convention nationale がその意思を表明するために召集されることを希望する」と信じるものである⁽¹⁾。

もっともここで述べられた Convention nationale は、一七九二年の国民公会⁽²⁾と同じものを意味するのではなく、その権限の定義をさし控えた新しい議会を意味するものと考えられる。彼は議会がほとんど全能の権限を持つような制度には反対であり、それを克服するものとして権力分立制を構想したのであった。彼は第四共和国憲法にも徹底して反対だった。この憲法が成立した翌年には次のように述べている。「われわれは公権力……が分立されることを希望する。なぜなら統治と法律の制定は別々の作用だからである。それらは混同されることがない。それは両者を同時に行使することではない。これらが守られないと、事実の継起があるばかりで、もはや政府も議会もありはしないのである。権力分立でなくては、フランスの政府も議会も復活させることができないのである。」⁽³⁾また、「われわれが希望する憲法の基礎

は権力分立制である」とも明言する。

ドゴールは議會を政府や大統領の固有の職務から放逐することを考へており、三権の均衡のみが無責任な政治を阻止できると考へる。権力分立が三権の段階化に進む⁽⁴⁾ということは、故意にかどうか願っていない。

「民主国家は次のようなものであらうと考へられる。即ち、三つの公権の各々、執行、立法、司法が、その作用が制限され他と区別されるような唯一の権力であり、独自のしかも充分責任の持てるものである如きものである。それは墮落と麻痺をもちたらず混乱が国家諸権力にまんえんするのを防ぐためであり、またそれらの間の均衡が、いずれもが他を庄倒せず、一個人によるにもせよ一団の人間によるにもせよ、政党または政党内の一派によるにもせよ、アナーキーから暴政に導かれるのを許容しないためである。」

彼は民主主義と権力分立制を結びつけるのである。しかし、たとえばイギリスのような国では、行政部と立法部の分立が存在しないことによつて民主的であらうとし、国家活動の遲滞を回避しようとしているのであるから、権力分立制を一義的に民主主義に結びつけるわけにはゆくまい。(イギリスでは権力分立に類似した役目が二大政党によつて果される。今日の野党は明日の政府であり今日の政府は明日の野党であるから、恣意的な国権の行使は防止できる。)近代的権力分立制は議會の興起と發展を直接の運動の契機とするものであるから、権力分立制が議院内閣制ないしは議會中心主義に解消するのは必然の勢いである。権力分立制における妥協的な民主主義からより十分なそれへの伸長である。ところでドゴールはこの流れを遮つて、民主主義は第三、第四共和国における議會主義とは相容れない、権力分立制こそ民主主義のよつて立つ原理であるとする。

この意味するところは二つである。一は、かつて民主主義の担い手であったフランスの議會が政府の *contrôle* をなしうるほどの主体的な存在ではなくなったこと。二は責任性も進歩の見通しもない議會にかわつて積極的な事態に呼应しうるものは、人格化された権力である⁽⁵⁾ということである。これがフランスを第五共和国へ向かわせた要因であり、小党分立して政局の安定しないフランスに与えたドゴールの診断であつた。

議會は、今世紀に入つて参政者の拡大、国家活動の多岐化とともに議場全体の意思の成立を困難にし、万能でありながらなにごともなせない、万能であるから誰にも責任を負わないということになつてしまつた。これでは民主主義も国家も危うくなる。人民が「支配する民主主義」*democratie gouvernante* ではだめだつた。それでは「支配される民主主義」*democratie gouvernee* で民主主義とフランスを保持するほかはない。

議院内閣制のもとでは政府が指導力を發揮することはできなかつた。したがつて政府は議會からできるだけ独立でなくてはならない。また一九四〇年の混乱に際して第三共和国が露呈した無力に鑑みても、現代世界においては突発的な重大な事態に対処し、それを解決しうる権力が必要である。共和国には多数党がなく、危険は恒常的であるから、なによりも権威と団結と能率がなくてはならない。このようにして、代議制政治でなく指導者政治と民主主義が結びつくのである。これが議會主義を克服するための最も望ましい経路であるかどうかは別として、対立を超える手段としては効果的であると云えるだろう。権力分立制への復帰、国権の合理的な再分配という名分がこれを実行可能ならしめている。

もっとも、一九五八年憲法は議會主義を完全に克服したものではなく、議會主義の根本原理である、議會に対する政府の責任制を維持

している。しかしここには、この議会主義は古典的な意味での議会主義とは大いに異っており、二つの制約が加わっている。

まず、古典的議会主義では執行部と議会は対等であったはずである。議会は不信任決議により、政府は解散権によって拮抗した。実際の憲政において両者が全く平等ということはありえないかもしれない（例えば第三共和国における解散権の不行使）が、規定あるいは理論の上では平等であるのが一般であった。けれども第五共和国憲法における議会主義は、議会の地位を低下させる要素が極めて多く、不平等議会制(parlementarisme inégalitaire)を余儀なくしている。

第二に、第五共和国憲法における議会主義は執行部の強化、ことに議会議から独立な大統領職の強化、即ち権力分立制の採用により、妥当する領域を極めて限定されるに至った。即ち部分的議会制(Parlementarisme partiel)である。十八世紀には、権力分立制は当時強大であった執行部に対して議会の権限を保証し、拡大するために発明され採用されたのであるが、第五共和国憲法は、議会に対して執行部の権限を拡大するために権力分立制を利用し(したがって権力分立制は制限君主制または大統領制のもとで充分に行われうる)、議会の地位の低下に役立たしめているのである。議会主義のかような封じ込めがドゴールの意思に叶うものであることは言うまでもない。

しかし今日の権力分立制は単に議会を抑制し弱体化させるのが本旨ではなくて、執行部と議会が独立を保持しつつ協同するものが特徴であり、これこそ近代的権力分立制を超えた権力分立制に議会主義の経験が注入した智慧であろうと考えられる。

一九五八年憲法でもこの点は或程度考慮されているが、小党分立という認識から出発しているため、直接にはやはり議会主義の制限のみが目立つ結果となっている。⁽³²⁾ 二大政党制でも統制のゆるやかなアメリカ

力では、大統領職を通じての国政指導が不可欠となる傾向を生む。国内的な利害に関する明確な解答は大統領のみがなしうるのである。フランスでも事情は同じであるが、アメリカとちがって世界観の決定的に異なる政党が対立しているのだから、執行部と議会の協同があるとしても、きわめて限定的かつ条件付であることを免れないのである。ドゴールの構想における権力分立制は、かように近代的権力分立制とは鋭く対蹠的に、執行部を権力の焦点として統治機構を編成変えることを課題としており、質的に新たななった権力分立制の実現を、一典型として呈示するものと考えられる。

次に、規定のあらましを通観しよう。

(1) Cité par Le Calonne, La France et "Moi", Ce que de Gaulle pense de la Démocratie (1962) p 54

(2) 国民公会はもと憲法制定議会であった。その選挙と活動については、長谷川正安「フランス革命と憲法・下」(昭和二八年、法律学体系 第二部) 四一頁以下参照。

(3) Cité par Le Calonne, op. cit. p 55

(4) Cité par Le Calonne, op. cit. p 54

(5) Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat (1921) t. II p 112 et suiv.

(6) Cité par Le Calonne op. cit p 55

(7) Duverger, La VI^e République et le Régime présidentiel (1961) p 34 suiv.

(8) 議会主義は本来三つの原理の上に立っている。

一 執行部と立法部の平等

二 二権の協同

三 二権相互間の抑制手段の存在

Burdeau, Droit Constitutionnel et institutions politiques (1962) p 130

- (9) 以下の叙述は多く Duverger, *La Cinquième République* (1960) p. 186 以下に依る。
- (10) 一九五八年憲法は、*Exécutif* の語を、議会对する従属の意味を含むとするの理由で、使つてゐない。Duverger op. cit. p. 185. ここで、執行部の語を、政府及び大統領を指すものとして用ゐる。
- (11) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, (1923) t. II p. 536
- (12) Avril, *Le Régime Politique de la Ve République* (1964) p. 147
- (13) 一七八九年の大革命後、フランスは共和制五回、ブルボン王制一回、オルレアン立憲王制一回、ボナパルト帝制二回、を経験しており、過去の政体を復活させることを要求する党派がそれぞれ存在している。木下広居「フランス第五共和国」(昭和三四年)一四頁

二 規定

⁽¹⁾ 第五共和国憲法の規定の特徴を要約すると次のようになるであらう。

第一 議会権限の政治的制限——大統領権限の強化と政府と国会の関係の改革

第二 議会権限の司法的制限——憲法評議会の創設

ここで扱うのは前者であり、憲法評議会については別稿に譲る。以下は大統領制と議会制それぞれの変革について分説することとする。

一八七五年憲法と同じく一九四六年憲法は、大統領がその権限を行使するに際しては大臣の副署を必要とする⁽²⁾と規定していた(公権力の組織に関する一八七五年二月二五日法第三条、一九四六年憲法第三十八條)。したがって重要な問題に関して實際上決定を下し、責に任じるのは内閣総理大臣であった。⁽³⁾これに対し、一九五八年憲法は大統領単独の権限と大臣の副署に服せしめられる権限との間に区別を置いてい

る。大統領独自の権限の存在は、従来の議会中心主義からの脱却の一端を示すものである。

平時における大統領権限で大臣の副署を要しないものとしては、教書による両議院との連絡(第十八條)及び国民議会の解散が注意を引く。

教書を国会に与える権限は第三共和国では事実上廃止され、第四共和国においてそれは復活はしたものの、存在意義は微々たるもので、ほとんど重要性を持つことがなかった。しかも副署を要したのである。が、今後は大統領は単独で両議院に教書を与え、重要問題に関する国家の首長の意向を国民に知らしめるのである。これは議会を牽制し、大統領と国会の間に存する紛争を公表する手段となりうるものである。

次に、一九五八年憲法第十二條は「共和国大統領は、内閣総理大臣及び両院議長に諮問したのち、国民議会の解散を宣することができる⁽⁴⁾」と規定する。大統領のこの権限はいかなる制限にも服するものではない。第三共和国におけるような元老院の助言も要せず(公権力の組織に関する一八七五年二月二五日法第五條)、第四共和国におけるようなこみいった手続(一九四六年憲法第五十一條)も要しない。実際上は議会はしばしば解散せしめられるものではあるまいが、解散のおそれは議員を従順ならしめる効果がある。強大な権限を持つ大統領が議会の前に責任を負わず、解散権を行使する。これはむしろ正常な議会主義でなく、権力分立制の伝統的な理解からも外れるものである⁽⁵⁾。

この権限が国会の大統領に対する完全な従属をもたらすことを慮って、激烈さを緩和する規定が置かれている。第十二條は同時に、解散後二十日ないし四十日以内に総選挙が行わたるべきことを規定し、総選挙後一年以内には再び解散を行うことはできないとする。さらに、国会を廃止するため、解散を宣したのち緊急事態(*état de crise*)に入

る危険も防止されている。即ち第十六条に、国会は非常権限の行使期間中当然に集会し、その間国民議会は解散されることがないとしてるのである。

内閣総理大臣（大統領により任命される）あるいは場合によっては責任ある大臣の副署のもとに行使される大統領権限は、第十・十三・十四・十七・二十二・三十・五十二・八十九条等に示されているが、とくに問題となることはない。これらは議会主義の遺制である。

また、大統領が単独になしうることはないが、国民投票により（第十一条）、大統領は議会在執行部によって提起された政策を拒む場合に議会の抵抗をそらすことができる。法案をレフェンダムに付する権限は議会にはない。大統領に解散権を与えようとすれば、議会議主義といふ容れない、法律案のレフェンダムを施行する権限を大統領に付与したのは、政党が分裂し多数党が存在しないという状況のもとでは、新しい選挙の結果は変り栄えぬことが多いからである。イギリスのような二大政党制のもとでは、解散は国民の直接の回答を得ることでとなるが、フランスではそれでは埒のあかぬことが多い。第五共和国憲法のもとでは、解散は国民の意思を問うよりも議員を馴致せしめる点にむしろ多くの意義を得ており、ことの賛否のみを国民にはかろうとする場合には、国民投票の方が効果的であるだろう。そのかわりに、この権限の行使には、解散権の行使にまさる制限が付けられている。

大統領の非常時権限は、第十六条に規定がある。緊急事態を宣言する制度が憲法上にここに確立され、それが宣言される条件と、大統領に属する特別な権限が規定されている。これが独裁制への道を拓くものとして憂慮されることは故なしとしないが、外部からの危難と、無力な国内制度によってフランスを危うくするよりは、かような制度を置く方が適当であろう、またやむをえぬというのが、フランス人の実感

であるようだ。⁽⁵⁾

議会制の変革は、まず機関の分立、作用の分立に実現している。前者は議員と大臣の兼職禁止に示され、後者は法律によって定められる領域の限定に示されている。

第二十三条は、大臣の職務が国会議員の職務の行使、公職または職業活動の遂行のすべてと両立しないことを定めている。この規定の意図するところは、国会議員の野心の抑止にあった。即ち大臣に就任すると、それ以後議員としての職務を放棄しなければならなくなるのであるから、次期大臣の職を得るために倒閣を企てる誘惑は少なくなったと考えられるのである。

次に古典的議会制では、政府の執行権の範囲は法律によっていかようにも定まり、固有の領域というものがなかった。このことから生じる実際上の不都合を克服するために、第三共和国の議会は委任法(loi d'habilitation)を一九二九年から実行し、これによって国会は非常時にのみ、政府に立法に属する事項を法律の効力を有する命令(decree)で行わしめたのである。しかし第四共和国憲法は第十三条でこの手続をも禁じたのであった。

現憲法における法律と命令の領域の区別はきわめて新奇な規定で、議会議主義を根柢から動揺させるものであることは云うをまたない、しかもこの区別は議会の許容により政府の有利に変更される余地があるのである。第三十四条に列挙された法律事項は確定的なものではなく、組織法 loi organique により明確にされ補完されることが予想されている。

そして従来のように法律の範囲は国会が決めるのではなく、司法的機関たる憲法評議会が第三十四条を明確にする組織法を審査し、法律としての定められた領域を越える組織法を無効とするのである（第六十

一条。議会に憲法の最高解釈権を失わしめている。また議決され公布された法律でも、憲法評議会がその規定は命令の範囲に属すると裁決した場合、参事院(Conseil d'Etat)の意見を徴して定められる統令(décret)によつて改正されるのである(第三十七條)。

しかし、この法律と命令の領域の画定は、専ら議会の立法権に制約を加える趣意に出るものであり、作用の分立はその名分であつて、文字通りの分立が一貫しているものではない。一九四六年憲法では、国民議会の立法権はほとんど無制限であつたから、法律を執行する責に任じる政府の裁量の余地が著しく制限されるおそれがあつたのであるが、現憲法における政府はもはや単に法律を執行するのみの機関ではなく、「国の政治を決定し指導する」(第二十条)ものである。国会の主要な権限である立法権にも政府の協力と影響が顕著である(第四十―四十五條、四十九條)。発案、委員会による審議、表決の各段階において政府は重要な役割を果し、立法権が国会にのみ属するという原理を拒否している。立法における政府の役割の増大は世界の趨勢であり、フランスの憲法的現実もこれに追隨したものと云えるであらう。

つまり議會制の変革は機関の分立、作用の分立にとどまらず、議會そのもののあり方の修正にまで及んでいるのである。

これはデクレ・ロワの制度が別な名称のもとに復活しているところにもうかがわれる。第三十八條は、政府が国会に一定期間につき通常は法律の所管事項に属する措置を命令で定めることの承認を求めうると規定している。但し承認の法律案(Projet de loi de ratification)が委任法に定める期日以前に国会に提出されなくてはならない。委任の期間が切れ、しかも承認が拒まれなければ、命令が法律としての効力をもつて残ることになる。このような命令権の拡大は、現今では非常時以外の場合でも普通に認められる現象である。戦後の例をひくと、

ドイツ連邦共和国基本法第八十條一項、イタリア共和国憲法第七十六・七十七條が右の第三十八條と同性質の規定と考えられる。

また、政府の責任を問うことは、第四十九條における問責動議(motion de censure)についての、国民議会对に不利で政府に有利な手続により困難ならしめられており、予算に關しても第四十七條は審議の期間を七十日かぎつていて、議会の地位を低下させているのである。予算に關する決定権は議會主義發展のための重要な要因であつたが、今やフランスの議會は予算に關して絶対的な権限を持つものではない。議會が七十日たつても審議しきれない時には、執行部は命令によつて予算案を執行しうるのである。

なお、第三・第四共和国においては、議事日程は政府の参加なしに国会自身によつて決められ、これも議會優越の一基礎となつていたのであるが、政府としては重大な不便をこうむることになるので、第四十八條は政府が両議院の議事日程を優先的に定めうることを規定している。そして会期についても制限が行われ、国会は常設的ではなくなつたのである(第二十八、二十九條)。加えて、国会は多くの議員の欠席のもとに無責任な表決を行うことができなくなつた。第四共和国のもとでは、欠席する議員は投票を他の議員に委託することができた。個々の議員の参加は特定の重要な投票にのみ必要だつたのであるが、国会のこの面における非能率、無責任は政府の活動の妨げとなる。第二十七條は、議會のこの不在地主主義(absentisme parlementaire)の悪習に終止符を打つたものである。

以上のように、第五共和国憲法の諸規定は、議會主義克服のため、権力分立制の採用という方針で貫かれており、そのために大統領権限を際立たせ、政府を議會の桎梏から解き放ち、議會の権限を削減するという諸特徴を見せているのである。⁽⁶⁾

これが運用によつてさらにどう変貌せしめられるか、ドゴールが退

場しても第五共和国憲法は生きつづけることができるかどうか、将来に残された問題は多い。しかし、「この憲法は西洋の憲法進化の反対方向を行ったと云いたい」という評言にもかかわらず、われわれの眼から見て、第五共和国憲法規定全体の印象は、やはり抜き差しなぬ必然の産物というところに帰着するようである。

(1) Chatelein, *Le Nouvelle Constitution et le régime politique de la France* (1959) p. 33 ㉑。権力の政治的制限と司法的制限を第五共和国憲法の基本的性格の一に挙げてはいるが、それまでの憲法との対比からいっても、憲法規定のしくみからいっても、議会権限の政治的制限、議会権限の司法的制限と捉え直した方がよからうと思ひ、本文の如くした。

(2) 公権力の組織に関する一八七五年二月二五日法第六条、及び第四共和国憲法第四十二条によれば、大統領は反逆の場合のほかは責任を負わないとある。邦訳は、憲法調査会事務局「フランス憲法のあゆみ」(憲資・総四八号)資料篇、一三〇頁以下及び一三六頁以下参照。

(3) 第五共和国憲法訳出のテキストには、*Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1958) p. 930 et suiv. 所収のものを用いた。

(4) 一八四〇年以後、一八四八年の二月革命にいたる(オルレアン公)ルイ・フィリップの、君臨しかつ統治する国王のもとでの議会制——*parlementarisme orléaniste*——がこれに似ている。憲法調査会事務局・前掲書一七〇頁以下参照。ワイマール憲法(一九一九)も大統領に強力な地位を認めているが、実際の運用はともかく、法文上は議会と大統領は相互抑制の手段を与えられ、ライヒ議会はライヒ大統領の罷免を提案し(四十三條二項)あるいは訴追することができた(五十九條)。

(5) Chatelein *op. cit.* p. 99

(6) 第五共和国憲法における元老院は、国民議会を抑制することを重要な

権力分立制の変貌(三)

機能の一としてしている。もしもこれが政府と同調すれば、あらゆる立法機構が執行部中心に事実上統合されることになり、もし政府と不和であれば、ほとんど効果的な動きをなしえないことになる。

(7) Aron, *Le Monde*, 22 août 1958. cité par AVRIL, *op. cit.* 149

一九五八年憲法は議会主義の転機を正直に受像しえた人格の一であるドゴールの個性に貫かれた憲法であり、ここではすでに議会主義は大統領主義権力分立制に転換せしめられたのであるが、かくなつてみると、権力分立制は、権力集中に反対する原理であることに加えて、さらに別の一面を呈示してくるのである。それは、既存の権力集中に反対すると同時に、新たな権力集中へと運動する性情を有するエネルギーであるということである。絶対主義から議会主義への転移に際しての旗標となり、今また議会主義から執行部中心主義へ転じる論拠となつたのが権力分立制であるとすれば、第五共和国憲法が、乃至はその嫡流が、権力分立の原理にしたがつて、その執行部偏重を克服される将来が見られるかもしれない。

権力分立制の価値の性急な否定も、固定的な評価も、ともに避けるべきであろう。

(1) それだけに恣意を感じさせるところが、稀少である。たとえばドゴールが退場したあとでも一九五八年憲法における自在な解散権は行使されるかどうかについて考えてみても、政府の不安定と無力は第五共和国以前の政治家達に反省を与えてきているのであるから、必ずしも否定的には解されない。第四共和国時代に実際に解散権が行使されたのは只一度(一九五五年)で、それも八十年ぶりのことであつたが、マンドスフランス(Pierre Mendès-France 1907-)をはじめ多くの首相が解散権を行使する気配を見せていたのである。Duvarger, *op. cit.* (La Cinquième République) p. 189

また、一九六二年の、大統領直接選挙のための憲法改正も、ドゴールの恣意なのか、フランスの憲法的現実が大統領中心主義の恒久化を必要としていることの現象なのか、分明ならざるところである。