

裁判による条約の審査について (三) ・ 完  
— 統治行為論の射程 —

齊 藤 芳 浩

目 次

問題の所在

第一章 予備的考察

第一節 条約に関するフランスの制度と運用

第二節 条約に関するわが国の制度と運用

第二章 条約と統治行為—フランス—

第一節 条約の内容

第二節 条約の交渉

第三節 条約の締結手続

第四節 条約の締結の決定

第五節 条約の公布

第六節 条約の解釈

第七節 条約の執行

第八節 条約の留保・改正

第九節 条約の終了・運用停止

第十節 小括 (以上第四〇卷第一号)

第三章 条約と統治行為—日本—

第四章 考察

第一節 条約の内容

第一節 統治行為に関する学説—フランス—

第二節 条約の交渉

第二節 統治行為に関する学説—日本—

第三節 条約の締結手続

第三節 裁判の対象外となるもの

第四節 条約の締結の決定

第四節 統治行為の要素

第五節 条約の公布

第五節 統治行為の根拠

第六節 条約の解釈

第六節 条約締結と裁判による審査

第七節 条約の執行

第七節 統治行為論の方向性 (以上本号)

第八節 条約の留保・改正

第九節 条約の終了・運用停止

第十節 小括 (以上第四〇卷第二号)

#### 第四章 考察（承前）

前章まで、裁判による条約の審査について、フランスとわが国の判例を中心として検討してきた。それでは、これまでの分析からどのようなことが抽出できるのだろうか。

ただ、この検討を進める前に、統治行為論という議論において、現在、一般的あるいは標準的に前提とされていると思われる事項を確認しておこう。<sup>(1)</sup>

① 統治行為は、十分発達した裁判制度のもとでのみ問題となる。例えば、行政に対する訴訟が一定の事項に限られているような制度のもとでは、統治行為論を議論する意味はない。

② 統治行為を理由とする不受理（無審査）は、受理（審査）に関する通常の条件がすべてそろっているのに、特別な理由により受理（審査）を拒否する場合である。

③ 統治行為は、当該行為の取消しや無効を求める訴訟、訴訟において抗弁の形で当該行為の違法性を問題にする方法（わが国の場合は、訴訟の前提問題として統治行為の違法性が問題になる場合）<sup>(2)</sup>、当該行為を原因として国家に賠償や補償を求める訴訟、のいずれの訴訟類型でも、合法性が審査されない。<sup>(3)</sup>

④ 統治行為は行政裁判でも司法裁判でも審査されない。<sup>(3)</sup>

⑤ フランスにおいては、統治行為の主体は執行権である。ただし、わが国では統治行為の主体は、必ずしも執行権に限られ

ず、政治部門である。<sup>(4)</sup>

なお、②の特別な理由とは何かが問題となる。通常、それは、政治的に重要な問題であるなどといわれている。本稿では、裁判所で審査されない事項のうち、ほかの法理で無審査の説明のつかないものの中から統治行為の要素を探し、そして、その要素の存在がなぜ裁判を免れさせるのかという理由を考えていくという態度をとることにする。

それでは、以下で検討を進めて行くにあたり、まず、フランスとわが国における統治行為に関する学説の概要をみておこう。

(1) Cf. Paul Duez, *Les actes de gouvernement*, Sirey, 1935, pp. 17-26.

(2) 訴訟において、前提問題となっている統治行為自体が無効とならなくても、その統治行為を根拠としてとられた行為が無効となるならば、結果的に前提問題が無効とされるのと同様の効果が生じる可能性がある。— 参照、入江俊郎「統治行為」公法研究一三号（一九五五年）九三—九四頁。

(3) Cf. M. L. Michoud, *Des actes de gouvernement, Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1889, p. 263; Michel Virally, *L'introuvable (acte de gouvernement)*, *Revue du droit public*, 1952, pp. 322-323. ただし、フランスでは、司法裁判所は審査できるといふ論者もいないわけではなかった。— Cf. Michoud, pp. 276-277. なお、憲法裁判所が設置されているならば、その審査権も問題となる。

(4) 参照、入江・前出註(2)八四—八五頁、佐藤幸治「憲法〔第三版〕」(青林書院、一九九五年)三五—四頁、渋谷秀樹「憲法」(有斐閣、二〇〇七年)五九七—五九八頁。なお、主体として裁判所を考慮することができるか。裁判所の行使する裁判権は、ここでは問題になりえないが、司法行政権の行使はどうか。理屈の上では統治行為の主体となりえないこともないけれども、現実的な可能性は極めて低いだろう。

## 第一節 統治行為に関する学説—フランス—

フランスの学説は統治行為についてどのような議論をしているのだろうか。ここで主要なものを簡潔に振り返っておこう。

### 一 政治的動機説の放棄まで

コンセイユ・デタは、一七九九年憲法五二条で創設され、統領 (consul) の指揮の下で、行政に関して生じた紛争を解決する責務を負うこととなった。ただし、コンセイユ・デタは国家元首に意見を具申するのにとどまり、行政裁判権自体は国家元首に留保されていた(いわゆる留保裁判制度)。実際には、コンセイユ・デタの意見はほとんど常に従われていたけれども、理論的には元首はそれを拒否することもできた。この元首による拒否を回避する必要という状況のもと、コンセイユ・デタは、明確な基準を示すことなく、「政治的」な行為は裁判の対象とならない統治行為であるという主張をした。<sup>(5)</sup> 当時、学説の中には、行政が政治的目的で行為したかどうかで、統治行為か否かを判断すると唱えるものもあった(政治的動機説)<sup>(6)</sup>。しかし、この説に従うと、判断が全く恣意的になるという欠陥があった。

右の留保裁判制度に終止符を打ったのが、一八七二年五月二四日の法律である。この法律は、次のように、コンセイユ・デタに自ら裁判する権利を認めた。<sup>(7)</sup>

**第九条** コンセイユ・デタは、行政事件に関する訴え、および各種の行政官庁の諸行為に対して提起される越権を理由と

する取消請求について終審として判決する。

この制度変更のもと、コンセイユ・デタは、一八七五年二月一九日のナポレオン公事件<sup>(8)</sup>で、少なくとも、判断基準を行政の意図に求める政治的動機説を放棄したとされている。

## 二 現在までの学説状況

この政治的動機説の放棄以降、学説は統治行為をどのように説明しているのか。この問題に関して、フランスの学説は、政治的に説明しようとする学説、法的に説明しようとする学説、統治行為を否定する学説、におおむね分類できる。

ところで、法的説明と政治的説明(法外的説明)というものはどのように区別されるのだろうか。この問題については、法的という場合の意味の範囲をどうとるかで見方が変わってくるだろう。法的という言葉の意味を、制定法とその解釈の枠内で処理できるものと捉えることもできる。一方、法的という言葉の意味を、実定法を超えたより広い範囲の法現象と捉えることもできる。ここではとりあえず、混乱を避けるために、法的という言葉の意味で用いることにする。ただ、この法的か政治的かという分類、あるいは否定説なのか統治行為という概念は認めているのかという判断は、多分に主観的なものであり、あまり厳密なものではない。

### (1) 政治的説明説(既存の実定法の枠組みを超えた説明)

まず、政治的説明説をみよう。政治的動機説が放棄されたのはすでに見た。これ以外に、次のような学説がある。

#### (a) E・ラフェリエール(E. Laferrière)

一八九六年に行政裁判に関する著作を発表した当時、コンセイユ・デタのメンバーだったラフェリエールは、統治行為について、行政裁判所は審査をしないと主張した。

まず、この行政裁判所の無権限は、一八四九年三月三日の組織法律四七条一項とそれをほぼ引き継いだ一八七二年五月二四日の法律二六条一項に宣言されているとする。そして、このことは、一八四九年の組織法律を議会で説明するためのヴィヴィアン (Vivien) の報告書によって裏付けられるという。

さらに、彼は、制定法以外に、公法的一般原理や条理から統治行為 (acte de gouvernement) と行政行為 (acte d'administration) の区別がなされるという。彼は次のように論ずる。

「行政を行なうこと、それは、法律の日常的な適用の確保であり、市民と中央あるいは地方行政機関との関係、および各種の行政機関相互間の関係に留意することである。統治を行なうこと、それは、憲法の遵守と、大きな公権力の運営に留意し、政府と両議院との関係、および自国と外国との関係を確保することである。

統治行為において支配するもの、それは、ゆえにその政治的性格である。統治行為はそれによって、行政裁判から逃れ、統治行為は、政治的裁判権、つまり大臣の行為を統制し、あるいは例外的な場合には、大臣をその行為について告発し裁判することによって、両議院が行使する裁判権にのみ服する」<sup>(9)</sup>

また、彼は、統治行為であるかどうかは、執行権の「動機」(mobile)ではなく、「性質」(nature)によって判断すると述べている。<sup>(10)</sup>

このように、彼は、統治と行政を政治的性格があるかどうかによって区別することを提唱した。この統治と行政の区別という

考え方は、後の学説に相当の影響を与えたのである。

この学説の問題点は、まず、この区別が明確とは言いがたい点にある。彼は何が政治的なものなのかを明確に定義していない。そうすると、この区別の実際の判断はかなり困難であろう。区別の判断基準は課題として残されたといえる。また、より重大な問題として、なぜ、政治的な性格のある統治行為が裁判から逃れることができるのかという問いの解明が不十分であることが指摘できる。

裁判から免れる理由について推測するならば、ひとつの解説としては次のものが考えられる。行政行為は行政裁判で審査される。一方、統治行為は、行為主体は行政であるが、その性質・作用が行政行為に該当しないので行政裁判で審査されないというものである(実際、後出のシャビュやセランはこのような主張をしている)。

しかし、制定法にはそのような区別は特別書かれていないし(後出(2)(a)参照)、逆に、行為主体に着目すれば、行政行為も統治行為も行政が行なっているから、行政裁判の審査対象になるとも解釈できる。そうすると、単に、統治行為が行政行為と性質・作用において違いがあるということだけでは、裁判から免れる確かな根拠にはならないだろう。また、このような説明は、制定法とその解釈の枠内で統治行為を説明しているともいえないであろう。

ただし、彼が肯定的に引用したヴィヴィアンの説明文の中には、裁判権の行使が執行権の公共の利益の観点からの行為を麻痺させ、他の権力に脅威を与える新しい権力を作ることになるだろうという記述がある(後出(2)(a)参照)ので、彼もそのような方向に考えていた可能性もないとはいえない。もし、そうだとするならば、統治行為論の根拠を国家的秩序の維持にもとめていたのかもしれない。



なお、彼は、一八七二年五月二四日の法律二六条一項も統治行為の存在の根拠としている。しかし、これが十分な根拠とならないことは、のちに述べる（後出（2）（a）参照）。

(b) モーリス・オーリウ (Maurice Hanriot)

第三共和制の時代に活躍した公法学者オーリウも、行政行為と統治行為を区別するという見方を採用した。彼は、行政裁判の対象となる行政行為と、対象にならない統治行為とを区別する基準は、行政が公共に関する日常業務を遂行する作用であるのに対し、統治とは、例外的事件を解決したり、国家的に重大な利益を保護したりする作用であるところに求められると論じた。統治行為とは、政治にかかわる作用なのである。

しかし、彼は続けて次のように論じた。この区別は曖昧なものであり、行政の行為が、政治的重要性という口実のもとに、恣意的に統治行為であるとされるおそれがある。結局、この区別の基準は、極めて危険なものといえる。そうすると、この困難を避けるためには、統治行為とは、行政判例が統治行為であるとした行為のリストに載っているものとするしか方法がない。<sup>(11)</sup>

このように彼は、明確な基準を定立することを諦めたわけであるが、統治行為の本質は、あくまで、その政治性にあるとしている。彼は、次のように述べている。「統治行為の理論は、正当な観念に対応している、つまり、国家の正当な防衛のための政治的必要性というものである<sup>(12)</sup>」。また、彼は、これにつき、法の外にある行為というものが存在するけれども、「それがより大きい害を避けるためであるときには、それを受け入れなければならない」という表現で説明している。<sup>(13)</sup>

このようなオーリウの学説の意義は、以下にある。まず、統治行為が裁判から免れる実質的根拠を提示しているところである。彼は、統治行為が行政裁判から免れる根拠を、国家の正当な防衛、すなわち国家的秩序の防衛ということに求めたものと

考えられる。また、彼が法の外にある行為（法を破る行為）をより大きな害を避けるために受け入れなければならないことがありと主張し、統治行為と法秩序の枠組みを超える場合とを関連付けている点も重要な指摘であり、注目すべきである。

しかし、彼の学説では、なぜ、国家的秩序の防衛に關係する政治的判断において、裁判所の判断より執行機関の判断が優先されるべきなのか説明されていない。また、統治行為と行政行為の区別の明確な基準を定立することを諦めた点に問題がないのかどうかを問われなければならない。

(c) ポール・ジュエズ (Paul Duez) の判例政策説

やはり、第三共和制において活動したジュエズの議論は、フランスの判例をどう説明するかという部分と、彼自身の説の部分に分けることができる。ここで扱うのは前者で、後者は、後に改めて紹介する（後出(3)(c)参照）。

彼は、統治行為は法的論理で説明できるものではなく、政治的なものであるという。統治行為は、判例政策の所産であるというのである。そして、その政治的理由を次の三つに分類する。①裁判官が議会との紛争を避けることを望むこと。②裁判官が、訴訟において審査をすることによって、国際關係上の困難を政府にもたらすことを危惧すること。③一定の事項については、政府が大きな自由を保持しているという観念を裁判官がもっていること。<sup>(14)</sup>

つまり、裁判官が統治行為を審査しない理由は、法的な理由ではなく、あくまで裁判官の政治的考慮に基づく遠慮であるというのである。このジュエズの見解は、行政行為と統治行為の区別を出発点とする他の政治的説明説とは毛色が異なるものといえよう。

しかし、ジュエズによる判例のこのような解釈に対しては、以下の問題点を指摘できよう。①に関しては、裁判の管轄権と

か議会の自律権などで法的に説明する余地があるように思われる。また、②に関しては、条約の解釈に関する判例の変遷の例をみてわかるとおり（第二章第六節参照）、国際関係上の困難の評価は相対的で、それだけでは十分な根拠にならないと考えられる。③は、単なる裁量権で法的に説明できる可能性がある。そうすると、結局、裁判官の遠慮とは、法的にそもそも説明できるか、あるいは実質的根拠に乏しい政治的考慮であるということになるだろう。

実のところ、ジュエズは、統治行為論は、必要性の理論 (theorie de la necessite) を含まないという限定をしている。必要性の理論によると、政府は、必要性の名において、合法性を破る行為ができる。これに対して、彼の想定する統治行為論は、あくまで通常の法的秩序の範囲内で執行権が行動することを予定している。<sup>(15)</sup> このため、先にみたオーリウのような国家的秩序の防衛を理由とする統治行為論とは様相を異にする。問題は、必要性の理論を統治行為論から排除することが妥当かどうかである。これは、概念操作の問題ともいえるけれども、現時点では、必要性の理論を含まないとすると統治行為論で説明されるものがほとんどなくなるであろうことや、統治行為論に必要性の理論を含めるほうが通常であることから、排除は妥当でないと思われる。

(d) ルネ・シャピユ (René Chapus)

現在、行政法学の大家として知られているシャピユは、一九五八年に発表した論文で、改めて、行政行為と統治行為の区別を主張した。彼は、この区別について次のように述べている。「民主制と議会制の制度と機構の運営を確保すること、外国あるいは国際機関との関係を維持すること、戦争をすること、これらは行政活動を行なっているのだろうか？ われわれは本当にそう考えない<sup>(16)</sup>（強調原著者）」。

こうして、彼は、統治行為が裁判から免れることの正当性を、判例政策であるとか行政裁判所の遠慮に求めるのではなく、この行政行為と統治行為の区別に求めるべきであると主張した。そして、統治行為に対する裁判の無管轄は、二つの裁判秩序の相互の管轄を決めているルールの適用によって、通常の方法で説明できるとする。「これらの行為に關する、司法裁判の無管轄は、困難を引き起こさないし、常に当然のことに見えた。行政裁判の無管轄もやはりそうである。∴その無管轄は、行政裁判所が、行政の裁判所ではなく、行政裁判所が、行政以外の行為や活動を審査することはできないという事実から自然に引き出される」<sup>(17)</sup>。

このように、彼は、統治行為が裁判から免れる理由を管轄権の問題として形式的に説明している。そうすると、ラフェリエールの説を紹介した箇所で開催したものと同様な批判があたるだろう。

ところで、彼は、判例政策とか行政裁判所の遠慮という説明は政治的理由による説明であるけれども、この行政行為と統治行為の区別による説明は法的理由による説明であると主張している。しかし、先に述べたとおり、法的という意味を、制定法とその解釈の枠内で処理できるものと捉えるなら、シャピユの行政行為と統治行為の区別は、政治的(法外的)なものであり、法的説明とはいえないだろう。なぜなら、制定法では、このような区別は特別されていないからである。一方、法的という意味を、実定法を超えたより広い範囲で捉えた場合、シャピユの行政行為と統治行為の区別も、その広い意味での法規範を適用したものとも見ることもでき、法的説明だということも可能であろう。

(e) ピエール・セララン (Pierre Serrand)

一九九六年に『統治行為(國家の法的作用理論への寄与)』と題する博士号論文を提出し、フランスの統治行為論を包括的に研

究したセラノも、機関としては同一の執行権が、行政作用以外に、統治作用を担っているという認識を引き継いでいる。<sup>(18)</sup>

彼は、作用 (fonction) という観点から、執行機関が行なう可能性のある作用を次のように列挙する。

第一は、行政作用である。そこには、第五共和制憲法においては、行政命令の制定、文官・武官の任命等が含まれる。<sup>(19)</sup> 第二は、立法作用である。第五共和制憲法の場合だと、憲法九二条による法律の効力をもつオルドナンス (現在は憲法改正により規定が削除されている) や憲法二六条に基づく法律事項にかかわる措置がある。<sup>(20)</sup> 第三は、裁判作用である。例として、第三共和制時に裁判でその性格が問題となった、捕獲審検所 (Conseil des prises)<sup>(21)</sup> の行為などがある。第四は、司法作用である。例えば、民事裁判所が不適法に構成されていたという異議に対する、司法大臣による拒否行為などがある。<sup>(22)</sup> 第五は、民事作用である。例えば、民法一七一条に基づき、不適法な婚姻の例外的許可などがある。<sup>(23)</sup> 第六は、国内秩序に関わる統治作用である。これは、憲法上の公的権力機関を動かし、その運用を調整する作用である。<sup>(24)</sup> 議会の解散などがこれにあたる。第七は、対外的秩序に関わる連合・外交作用 (fonction fédérative et diplomatique) (対外秩序に関わる統治行為)<sup>(25)</sup> である。条約の締結などがこれにあたる。

このように、執行権は、行政以外の作用も担う可能性があるといえる。しかし、執行権が行政作用と区別される統治作用を担っているとしても、自動的に裁判所が統治作用を管轄できないということにはならない。それでは、その理由はどこにあるのか。

フランスの現行の裁判制度の枠組みでは、司法裁判所は、原則として民事事件に管轄が限定されているから、行為の性質上、統治行為は管轄できない。<sup>(26)</sup> また、行政裁判所も、行政作用しか審査できない。<sup>(27)</sup> それでは憲法院はどうかというと、憲法および

組織法律により憲法院に与えられた管轄は限定されたもので、いかなる条文も憲法院に執行権の行為を審査する管轄を与えない。<sup>(28)</sup>

ただ、このような説明だと、特に憲法院については、統治行為を審査できないのは単なる裁判組織上の欠如によるものであり、アクシデントにすぎないともいえる（後出（2）（d）のファボルー説参照）。そこで、統治行為を裁判できない実質的な理由を探求しなければならない。<sup>(29)</sup>

セランは、その理由を「法規範に還元できない政治の自律性」に求める。社会生活の一定の事柄は、法規範によって枠付けられない。政治的決定については、次のような事情がある。まず、政治機関のとの活動の多くは憲法典によって予見されていない。次に、憲法典は、条件付けられていない特権を与える単なる授權規範を多く含んでおり、ゆえに政治機関に決定の選択余地を残している。また、憲法典が政治的特権をその行使につき条件を付して限界付けをしているようにみえるときでさえ、規範によって与えられた条件を解釈するという政治的決定を、他に移すか先送りしているだけである。結局、政治は基本的に限定できないものであり、規範によって限界付けされることのできないものである。<sup>(30)</sup>

そして、統治行為は基本的に政治的決定であるから、以上の理由が妥当する。また、統治行為については、行為主体と決定の形式を規範により決定することができても、基準がないことから決定の内容を規範化することはできない。<sup>(32)</sup> 例えば、議会の解散の決定、憲法一六条の非常大権の発動の決定、開戦の決定、条約の締結の決定などは、基本的に裁量的な決定である。内容について基準がないから、これらの決定を法規範に還元することはできない。<sup>(33)</sup>

このような政治的決定を裁判によって統制するということは、政治的決定を政治部門から裁判所に移し変えるということに

ほかならない。<sup>(34)</sup> この例として、憲法院の立法過程における政治的決定への参加の次のような事例がある。第一に、憲法院が憲法的な価値のある規範を創造する場合（公役務の継続性や人格の尊厳の尊重などの事例）。第二に、既存の規範に憲法的価値を付与する場合（一七八九年の人権宣言と一九四六年憲法前文への憲法的価値の付与など）。第三に、既存の憲法的価値のある規範の解釈による場合。また、これ以外に、憲法院は合憲性の統制を行なうときに、限定解釈、立法裁量の逸脱の統制、比例性のコントロールといった法的なテクニクを利用して政治的な決定を行なう場合がある。このような作用を通じて、憲法院は立法過程において政治的決定を行なっているのである。<sup>(35)</sup>

それでは、統治行為を裁判によって統制しようとするかどうなるか。それは、やはり、決定の移し変えであり先送りである。例えば、外国の元首を国内で接受するかどうかの決定、議会を解散するかどうかの決定、非常事態権限を発動するかどうかの決定について、もし裁判所がその決定を審査するならば、それは、基準がないのに決定するか、政治部門の規範の解釈を自分の解釈に置き換えているだけである。<sup>(36)</sup> 結局、裁判化を推し進めることは幻想的である。これは、特に非常時や例外的場合の決定のときに顕著なことである。統治行為は「性質上」裁判できないし、また望ましくもないのである。<sup>(37)</sup>

ここで、統治行為を裁判で審査することが、政治的決定の移し変えであり、望ましくないというならば、なぜ、執行権の方が裁判所より政治的決定をするのにふさわしいのだろうか。

第一に、民主主義の原理によって、政治的決定は選ばれたあるいは責任ある代表によってなされるべきである。というのは、代表が責任を負っていることに、政治的決定に対する真の保障を見出すことができるからである。<sup>(38)</sup> 民主制においては、最終的決定をする権力機関は、人民、あるいは人民の代表、あるいは人民に責任のある権力機関であり、裁判官ではない。<sup>(39)</sup>

第二に、統治行為は、議論より決断が必要である。そうすると、複数の裁判官からなる裁判所は、議論には向いていても、決断には不向きであり、指導者が存在し、迅速な決定ができ、責任をとれる執行権の方が統治行為の決断にふさわしい。<sup>(40)</sup>

第三に、裁判によって統治活動を条件付けすることは、統治の不在化につながる。というのは、執行権の統治活動を裁判所が審査すると、執行権の活動を停止するという効果をもたらす場合がある一方、裁判所はみずから統治のイニシアティブをとるわけではないからである。<sup>(41)</sup>

第四に、統治行為の裁判化は、裁判所が政治的決定をすることであるから、裁判所の政治化を招く。<sup>(42)</sup>

結局、一方で一般的な裁判の統制および特定の場合の合憲性の統制と、他方で代表による政治的決定の尊重を調和させる中間的な立場をとるべきであり、われわれの制度もそれを反映しているといえる。<sup>(43)</sup>

以上のようなセランの見解は、行政作用と統治作用の区別から出発するという点で、従来の学説を引き継ぐものである。ただし、彼は、なぜ統治作用が裁判によって審査できないのかをこれまでの学説より掘り下げて検討している。それは、裁判所の管轄という形式的な根拠だけでなく、なぜ裁判所が統治行為の審査に不適であるのかを実質的に考察している点にみてとれる。政治的決定には、決定の基準がなく、裁量的に判断しなければならないものがある、すなわち、法規範に還元できないものがある。そうだとすると、裁判所が統治行為といった政治的決定を審査するということは、単なる決定の先送りであり、決定の主体の移し変えということになる。また、裁判所と執行権とで、どちらがより政治的決定にふさわしいかを考察しているところが評価できる。彼は、決定に対する責任と民主制との関係を指摘し、さらに政治的決定には迅速な決定が求められることがあり、そのときは、執行権の方がふさわしいことを論じている。



しかし、彼の見解にはいくつか問題がある。

まず、統治作用と行政作用を区別し、行政裁判所は、行政作用にしか管轄をもたないと結論している点である。例えば、現在では、行政裁判所は、例えば条約の締結手続に関し審査しているけれども、条約を議会承認に付するかどうかの決定は、行政作用だといえるのだろうか。

次に、より重要な論点として、彼の政治的決定の概念に関する問題点をみよう。

第一に、政治的決定は裁量的な行為であり、裁判所が審査しても無意味であるばかりか有害であるとしている点である。この点、政治的決定の内容についてはそうだといえたとしても、少なくとも形式面や手続面は審査可能であるから、裁判所の審査が全く無意味とまではいえないだろう。そうすると、裁量的な決定について統治行為として全く審査しないべきなのか、裁量的問題として考え、裁判所が一応審査できるとみるか、を改めて考えるべきであろう。もつとも、彼も権限や形式に関する外形的審査は否定していないようである。<sup>(44)</sup>

第二に、彼が、憲法院による規範の創造や規範の解釈を政治的決定であるとしている点である。この点、憲法院などの裁判機関が行なっているのは、通常、規範を全く新しく創造しているのではなく、社会の中に潜在している規範を発見しそれを適用しているとも見ることが出来る。こう考えると、彼のいう政治的決定の概念の範囲は広範すぎると思われる。政治的決定の概念は、もつと限定的に考えるべきであろう。

第三に、彼は、特に非常時や例外的場合の政治的決定の場合、裁判が幻想的になるという指摘はしているものの、それ以上の言及はない。つまり、統治行為を含む政治的決定が合法性の枠組みを超える場合があるという点について十分に考慮が払わ

れていないように思われる。

(2) 法的説明説(実定法の枠組み内での説明)

法的という言葉の意味を、制定法とその解釈の枠内で処理できるものという意味で捉えた場合でも、統治行為を「法的」に説明できるのだろうか。これを試みた学説をみてみよう。

(a) 条文根拠説

いくつかの法律は、統治行為に関係するともとれる規定をもっている。これらは、それだけで統治行為論を根拠付けることができるもののだろうか。以下で検討してみよう。

まず、一八四九年三月三日の組織法律は、次のように規定していた。

**第六条** コンセイユ・デタは、行政訴訟に関して終審として判決を下す。

**第四七条一項** 司法大臣はまた、憲法第八九条によつて構成される権限特別裁判所において、争訟部に係属しているけれども、行政訴訟には属しない事件が自らの管轄に属すると主張する権限を有する。

この法律案に関する報告書を議会に提出したヴィヴィアンは、その報告書の中で、次のように述べている。

「責任原理の下での代表制の政府においては、大きな公的必要的観点から、各大臣が私的な権利を侵害する措置をとるといふ状況がある。各大臣は、その措置について、政治的権力に責任をもつ。それらの措置を行政裁判で審査できるとすると、それは、公共の利益の観点からの行為を麻痺させ、他の権力に脅威を与える新しい権力を作ることになるだろう。私的権利が侵害されうるとしても、一般的な安全に関する措置、外交行為の適用もやはり行政訴訟にかからない」<sup>(45)</sup>

この説明を見ると、当該組織法律の立法者は、統治行為の存在を認めており、四七条一項の「行政訴訟には属しない事件」とは、純粹行政の行為 (acte de pure administration)<sup>(46)</sup> に関する事件とともに統治行為が問題となる事件を含むと解釈すべきようにも思われる。

それでは、現在も効力のある一八七二年五月二四日の法律は、どのように規定しているだろうか。二六条一項は、ほぼ一八四九年法の四七条一項を引き継いでいる。

**第二六条一項** 各大臣は、権限裁判所において、争訟部に係属しているけれども、行政訴訟には属しない事件が自らの管轄に属すると主張する権限を有する。

こうしてみると、現在の法律自体が統治行為の存在を認めているようにも思われる。<sup>(47)</sup> もっとも、実際は、二六条の手続は休止状態であり、適用されていない状況である。<sup>(48)</sup> また、法律自体は、統治行為を含むと明確に規定しているわけではないという点には注意を要するだろう。

結局、統治行為が裁判を免れる根拠を条文に求める説には、次のような問題がのこる。

第一は、法律において「行政訴訟には属しない事件」には統治行為を含むと明確に規定されているわけではないこと。そうすると、「行政訴訟には属しない事件」とは、純粹行政の行為に関する事件や司法裁判所の管轄の事件<sup>(49)</sup> のことであるという解釈の余地が生まれる。

第二は、一八七二年の法律二六条の元となった一八四九年法の四七条は、議会で様々に審議され修正を経て成立したもので、ヴィヴィアンのレポートは、その条文の意味を解釈するときの決定的な材料ではないという指摘があること。<sup>(50)</sup>

第三は、当該条文が休止状態で、条文に従った手続はとられておらず、行政裁判所が、自ら統治行為の存在を認め自ら審査しないという手続をとっているとすると、統治行為論の根拠を当該条文に置くのは不適切であり、別の根拠を探索すべきであるように思われること。

第四は、仮に、統治行為論の形式的根拠を当該条文に求めることができるとしても、なぜ、法律の条文がそのような規定をおいているのかという実質的理由を提示する必要があること。これについては、ヴィヴィアンが「それらの措置を行政裁判で審査できるとすると、それは、執行権の公共の利益の観点からの行為を麻痺させ、他の権力に脅威を与える新しい権力を作ることになるだろう」と論じているところが注目されるが、執行権の行為が麻痺するなどのように都合が悪いのか、他の権力に對するどのような脅威が生じるのか、について説明が十分ではないといえる。

このように考えると、法律の当該条文は、統治行為の存在を主張するために援用することはできるだろうが、決定的な根拠を提供するものとはいえないだろう。結局、理論的な満足を得るためには、実質的な根拠をより詳細に提示する必要があるといえる。

#### (b) 憲法執行説

この系統の学説は、E・ラフェリエルなどの政治的説明説と同様の統治行為と行政行為の区別を基礎とし、それを実定法の枠組みで説明できるところに特徴がある。代表者であるデクロックとカレ・ド・マルベールの学説をみよう。

行政法学者のデクロック(Th. Dueroocq)は、一八九七版の行政法の概説書において、統治行為と行政行為の区別について次のように論じた。「統治のデクレは、憲法典の条項の直接的な執行を行なう統治行為である限り、憲法にしか依存しない。

憲法以外の法律の直接的執行を行なうための行政のデクレのみ、行政法のルールに従う。∴この区別は憲法と行政法の区別自体の不可避の結果であり、この憲法と行政法の区別とともにしか、なくなりえないだろう<sup>(51)</sup>。そして、統治行為は、「∴コンセイユ・デタには服することなく、議会の統制にのみ服する<sup>(52)</sup>」ことになる。

第三共和制期の憲法学者として著名なレイモン・カレ・ド・マルベール (Raymond Carré de Malberg) も、デュクロックと同様に議論を展開する。「厳密な意味における行政は、執行権力にのみあり、立法の許可によってしか行使されない。これに対して、統治は、自由に活動し、法律の執行という觀念に還元されえない<sup>(53)</sup>」。

そしてこの区別の根拠については、次のように述べる。「統治行為の理論は、行政機関が、立法に条件付けられ、法律の執行権力にすぎないその権力のほかに、立法の許可よりも上位の委任から来る、そして法律の執行権力としては考えられず、本来統治の権力である、自立的な権力を保持しているということをもとも想定している。この権力が出てくる上位の源は、憲法典自身にほかならない。統治行為の理論は憲法と一般法律との区別に直接結びついている<sup>(54)</sup>」。

一方、彼は、「統治の権力は、立法機関に由来する立法の授権に従属しないとしても、憲法の授権の条件の下および授権の限界の範囲内にしか存在しない<sup>(55)</sup>」とし、統治行為は憲法の枠を超えるものではないという限定を加えている。

統治行為がコンセイユ・デタの審査を免れる理由は、恣意的なものではなく、一八七二年五月二四日の法律二六条に根拠があるとする。また、統治行為には、裁判による統制はなくとも、議会による統制は残っていると論じている<sup>(56)</sup>。

このような憲法執行説は、統治行為と行政行為を区別するという点で、政治的説明説と発想を同じくするものである。異なるのはその区別の根拠で、憲法執行説は、統治行為を憲法の直接的な執行であると説明し、実定法の枠内で説明できると考え

たのである。

この説の問題としては以下のようなものが考えられる。

第一に、判例実務と適合しない。一八七五年二月二五日の憲法的法律第三条は、大統領に公務員の任命権を与えているので、公務員の任命は憲法の直接的執行であり、行政裁判を免れるはずであるが、実際は行政裁判所が公務員の任命に関して審査している。<sup>(57)</sup>

第二に、成文で硬性の憲法は、近代自由主義の産物であり、本来違憲立法審査権を導くようなものであるのに、立憲者が沈黙しているところに、統治行為をおき、裁判の統制を狭めるのはおかしい。<sup>(58)</sup>

第三に、仮に統治行為を憲法の直接的な執行だと説明したとしても、だからといって、そこから直に裁判から免れる根拠が出てくるわけではない。結局、一八七二年五月二四日の法律二六条といった別の法的根拠を持ち出す必要がでてくる。そして、この法律が十分な統治行為の根拠にはならないと思われることは前の条文根拠説のところすでに論じたとおりである。

第四に、カレ・ド・マルベールのように、統治行為は憲法の授権の範囲内であると限定すると、憲法の枠組みを超えるような行為は単なる違憲であるということになりそうである。そうすると、違憲の統治行為は法的には認められないということになるのだろうか、それでよいのかという疑問が残る。

結局、憲法執行説は、実定法の枠内で統治行為を説明しようとするものであるけれども、実定法内で必ずしも統治行為を整合的に説明できているとはいえないし、また、なによりも、統治行為が合法性の枠組みを超える可能性のあるものだという点を十分考慮していないといえる。

(c) セリエ (Célier) の混合行為 (acte mixte) 説

この説は、コンセイユ・データ争訟部大法廷一九四七年三月二八日ゴンペール氏事件判決<sup>(59)</sup>で論告担当官セリエが主張したものである。

彼は、政治的行為か行政行為かという性質によって区別し、政治的行為は行政裁判にかからない統治行為であるとする説を、執行権の行為にはどちらの要素もあるとして排斥する。

「統治行為を特徴づけるもの、それは、行政裁判から免れる権力機関との関係において執行権によってなされるということである。それは、何らかの形で、混合行為である。そして、執行権の一部にすぎないコンセイユ・データは執行権だけが関わるのではない決定を審査できない」<sup>(60)</sup>。

そうすると、議会および外国との関係でなされた執行権の行為は、行政裁判から免れる。というのは、議会と外国は、行政裁判の管轄に服さないからである。「統治行為の理論は次の原理に基づく。仮にあなた方 (コンセイユ・データ裁判官 (引用者補足)) が執行権の決定すべてを統制するとしても、あなた方は執行権単独の決定に対してのみその統制を行なう。また、あなた方に付託されている決定が他の権力機関—議会あるいは外国—にかかわるときは、あなた方は判決を控えなければならない。統治行為の理論は、行政裁判官としておよびフランスの裁判官としてのあなた方の権限の限界を示している」<sup>(61)</sup>。

結局、統治行為は、「行政」訴訟には含まれないことになる。彼は、統治行為を単なる管轄権の問題と捉え、法的に説明できると考えたのである。

しかし、議会および外国と「関係」しているかどうかという判断基準は、あいまいである。実際、行政裁判所の判例でも、

外国と関係するとされ審査できないとされていた条約の解釈や条約の承認手続について、現在では審査できるとされている (第二章第三節・第六節参照)。

また、セリエは、執行権の「単独」の行為であるかどうかという説明を加え、単独の行為であれば審査できるとしているけれども、執行権の他の権力機関に向けられた行為について考えたとき、他の権力機関の反応を別とすれば、執行権の行為自体は、単独の行為であり、通常の執行権の行為と変らないものである。例えばセリエは、法律を議会に提出するかどうかの執行権の決定は、議会とかわるから統治行為であるとするが、法律を議会に提出するかどうかを決定するのはあくまで執行権の単独の権限であり、また、議会はその法律を可決する義務をもつわけでもない。<sup>(62)</sup> 行政裁判所は、法的な障碍で審査できないのではなく、政治的な障碍を理由に審査していかないのである。<sup>(63)</sup>

つまり、単に他の権力機関に関係しているとか、執行権の単独の行為であるかどうかという基準は、統治行為論を説明するためには、十分説得的といえない。なんらかの別の実質的根拠が必要なのである。

なお、彼は、統治行為という概念は残しているので、否定説とはいえないだろう。

(d) ルイ・ファボル (Louis Favoreu) の管轄欠如説

第五共和制期の有力な憲法学者で、特に憲法院の研究で知られたファボルは、一九六四年に刊行された博士号論文<sup>(64)</sup>の中で、統治行為が裁判から免れる理由は、管轄権のある裁判所の欠如に求められると主張した。統治行為が審査されないのは、通常裁判所 (司法裁判所・行政裁判所) が審査を放棄している一方で、憲法裁判所が存在しないか、あるいはその権限が厳しく制約されているからである。<sup>(65)</sup>



彼は、統治行為を性質上裁判によつて審査可能な行為とみる。その理由は以下である。まず、行政が主体となつて行なう統治行為は、一九五八年憲法において、他の権力機関より上位に位置しているわけではない。また、統治行為は、少なくとも憲法によつて制約されるから、審査は技術的に可能である。さらに、憲法典に審査を排除する明確な条項がない限り、合憲性の審査は可能である。<sup>(66)</sup>

それでは、なぜ通常裁判所は、統治行為を審査しないのか。司法裁判所は、私人の活動を管轄しているのであつて、そもそも行政の行為を直接審査できない。<sup>(67)</sup>一方、行政裁判所は、行政に関する裁判所にすぎず、統治行為といつた行政外の活動については判断できないとみなされている。また、一八七二年の法律二六条は、統治行為などを、行政訴訟には属しない事件としていることもとれることから、行政裁判所は、自らの権限を制限しているのである。<sup>(68)</sup>

そして、彼は、通常の裁判所で審査できない統治行為を次の二つの類型に分け、次のように論ずる。

ひとつめは、執行権の憲法条項執行行為である。この行為は、執行権（大統領・政府）が、議会、選挙人団あるいは憲法院との関係でなす権力機関相互の行為である。そしてまた、執行権による、第五共和国憲法一三、二一、三七、三八条に基づく法律の執行以外の、憲法の他の明確な条項によつて認められた行為である。つまり、執行権が統治作用を行使する際になされる行為（統治行為）がこれにあたる。<sup>(69)</sup>これは、法律を執行するという通常の行政行為ではなく、憲法の条項を直接執行する行為であるから、行政裁判所の管轄に入らないのである。

ふたつめは、執行権の国際関係行為である。通常裁判所は、国内法秩序において法的効力をもつ国際法を適用することができる。しかし、もし外交行為を通常の裁判所が審査し決定すると、政府の外交プランに影響をもたらしかねない。この点にお

いて、執行権の国際関係行為は統治行為であり、通常の裁判所の審査を免れるのである。<sup>(70)</sup>

彼は、結局、統治行為が裁判で審査できないのは、単に裁判組織の欠如であるから(通常裁判所の管轄権が制約され、また、憲法院もその管轄権を厳しく制限されている)、憲法裁判所に十分な権限を与えれば、統治行為を審査できるとするのである。<sup>(71)</sup>

以上のような、ファボラーの見解には以下のような問題がある。

第一は、彼が述べたような統治行為に対して、通常裁判所は、本当に全く審理できないのかという点である。憲法条項を直接執行する行為であっても、主体は行政府であるのだから、行政裁判所の管轄が明確に否定されるわけではないであろう。また、執行権の国際関係行為に関して、通常の裁判所が審査し決定すると、政府の外交プランに影響をもたらしかねないことが審査を免れる理由だとするが、すでにみたように(第二章第三節・第六節参照)、現在では外交への影響は乗り越えられないものではないとされ、審査が行なわれている。

第二は、憲法裁判所に十分な権限を与えれば、統治行為をすべて審査できるのかという点である。統治行為といわれているものの中には、必ずしも法的判断に適さないものが含まれることを十分考慮されていないかと思われる。<sup>(72)</sup>

### (3) 否定説

(a) ミッシュロー (M. L. Michoud)

行政法学者のミッシュローは、一八八九年に統治行為否定説を発表し、統治行為論に大きな影響を与えた。彼は次のように議論を展開する。

統治と行政の区別は容認できない。「法的観点からは、統治と行政の間には違いはないと思われる。このふたつの権力

(authorities) (仮にこれらが異なつたものと考えたとして) から発せられる行為は同じルールに服する。そして、ある人は訴訟ができ他の人がそうでないとしたら、それは、行為が行政の性格か統治の性格かということとはまったく別の理由に由来する」<sup>(75)</sup>。

「執行権の各種官憲から発せられるすべての行為は、原則的に行政訴訟の一般的ルールに服するだろう。それらの行為は、権利の侵害の場合、越権の場合、訴訟で議論されうるだろう。このルールに対してはいくつかの例外がある。しかし、その例外はすべて理由付けられるはずであろう。そして、行為の統治としての性格を援用することは、十分な仕方でのその例外を理由付けすることにはならないだろう」<sup>(74)</sup>。要するに、訴訟を免れる理由は、統治行為というものではなく、ほかの理由によつて説明できるのである。

具体的には、以下のような類型に応じて、統治行為の理論とは異なるそれぞれ理由が考えられる。

第一は、大統領と議会の関係である。例えば、議会の招集や解散などが問題になる。これについては、まず、「コンセイユ・デタは、執行権と立法権の間の裁定者の役目を務めるために作られたのではない」。また、利害をもつのは議会自体であり、個人は、「直接的で個人的な利益」をもたないので、訴訟ができない<sup>(76)</sup>。つまり、行政裁判所の管轄の問題と訴えの利益の問題とみるのである。また、選挙に関する執行権の行為は、単に裁判の管轄の問題である。

第二は、自国と外国との関係である。フランスの裁判所は、条約を取り消すことなどはできない。それは、統治行為の理論で正当化する必要はなく、「フランスの裁判所が、約束の当事者である外国政府に対して、いかなる裁判権ももっていないということを確認すれば十分である」<sup>(76)</sup>。ただし、条約の国内的な問題については、裁判権が及ぶ余地がある<sup>(77)</sup>。

つまり、条約の国家間における効力については、裁判の管轄権の問題とみればよいということである。この点については、

異論の余地はないだろう。

また、外交行為についても、裁判は成立しない。なぜなら、政府を拘束するいかなる法律もないので、訴訟を根拠付ける権利もないからである。<sup>(78)</sup>これは、純粹行政の行為と類似のものと考えられ、執行権に自由裁量を与えられるということであろう。

第三は、戦争である。これも統治行為ではなく、<sup>(79)</sup>疫病や災害と同様な不可抗力 (force majeure) とみることができから、犠牲者は国家の責任を問う権利をもたないと説明できる。

このように、ミシヨールは、統治行為といわれているものは、他の理由で説明できるとする。現代国家は、法による統治を原則とし、かつそれを確実なものとするために、裁判がそれを担保することが望ましいとされている。そうすると、統治行為という、共通に承認されているわけでもなく、また明確性の欠ける理論によらず、より通常に使用され一般的に支持されている理由で、裁判によって審査されない理由を説明できるというのであれば、その方が望ましいといえる。彼の目指す方向性自体は必ずしも間違っていないであろう。

しかし、彼の学説の問題点として次のことが指摘できる。

まず、執行権と議会との関係についてみよう。選挙に関する執行権の行為の審査の問題については、第三共和制憲法（一八七五年七月一六日憲法的法律第一〇条）で「各議院は、その構成員の被選挙資格ならびにその選挙の適法性につき審判する」と規定されているから、単純に管轄権の問題とみることもできよう。しかし、執行権の議会に対するその他の行為に関して管轄権を決定している明確な法令があるわけではない。<sup>(80)</sup>訴えの利益の問題については、議員個人が訴訟をおこせるケースも考えられる。<sup>(81)</sup>そうするとミシヨールの主張する理由が十分かどうかは疑問の余地もある。

次に、外交行為について、彼はその自由裁量的性格を援用する。これに対し、現在のフランスの行政裁判所の判例では、自由裁量行為は裁判の実体判断の対象となつてゐる点に注意を要する。

また、ミシヨールは、戦争以外の非常事態に対する措置などを扱つていないので、彼の提示する理由で、結局、統治行為といわれているものをすべて説明できるかどうかという問題もある。

(b) ミッシェル・ヴィラリー (Michel Virally)

第四共和制期の一九五二年に、ミシヨールに類似した統治行為否定説を復活させたのは、国際法学者として著名なヴィラリーである。彼は、次のように論ずる。

一八七五年二月一九日のナポレオン公事件より後、裁判所自身は、判決文本体において、「統治行為」という用語を用いてない。<sup>(82)</sup> 実のところ、この統治行為という概念は、学説の作ったものにはすぎない。<sup>(83)</sup> そして、支配的なこれらの学説は、統治行為を次のように特徴付けている。統治行為は、すべての訴訟で受理されず、その裁判からの免除は、管轄の通常のルールでは説明できない。<sup>(84)</sup>

以上を前提とし、彼は、まず、統治行為のリストの中から、訴訟の対象となりうるものを除外する。<sup>(85)</sup> 次に、彼は、通常の管轄権のルールで無管轄をすでに説明できるものも除外する。<sup>(86)</sup> しかし、統治行為のリストには、まだまだ残されたものがある。<sup>(87)</sup> これについて、彼は、支配的学説に対抗して、残された統治行為も通常のルールで説明できるとする。

まず、外国と関係する行為については、次のように説明できると論ずる。行政裁判所は、フランスの国内法しか審査できないので、「少なくとも部分的に」国際法に従つてゐる、外国と関係する行為を審査することができない。<sup>(88)</sup> その結果、彼は、条

約の、交渉・署名・批准・廃棄・解釈等を行政裁判所は審査できないと論じる。逆に、国内法にしかかわらない行為は、国際関係を契機として行なわれたものであつても審査できるとする。<sup>(89)</sup>

次に、議会と関係する行為については、次のように類型を分けて論ずる。議会の選挙を決定するデクレや立候補者の登録拒否などの選挙に関係する執行権の行為についての、行政裁判所の不受理は、「これらの行為の合法性の審査は立法議会の排他的管轄に属する」からであると説明する。確かに、選挙に関係する行為については、第三共和制憲法と同様、第四共和制憲法第八条も、「二つの議院それぞれは、その構成員の被選挙資格ならびにその選挙の適法性につき審判する」と定めている。したがつて、ヴェイラーの説明は、議院の自律権を示す憲法上の規範に基づくものであるといえる。また、法律案の提出などの法律作成手続に関する執行権の行為は、「議会のコントロールにのみ服する」もので、訴訟による法的なコントロールは及ばず、政府の政治的責任だけが問題となる。<sup>(90)</sup>

以上の彼の議論には次のような問題がある。

まず、彼は、ナポレオン公事件より後、裁判所は、「統治行為」という用語を用いてないとしている。しかし、彼が論文を発表した数ヵ月後の一九五三年二月一二日に、権限裁判所が「統治行為」という用語を用いて以来、<sup>(91)</sup>裁判所は、統治行為という用語を繰り返し用いている。

次に、外国と関係する行為についての彼の議論に対して、以下のような批判が可能である。国際法の対外的効力の部分についてフランスの行政裁判所が審査権を持たないことは当然としても、すでに述べたとおり(第一章第二節二参照)、条約はフランス国内で効力をもつわけであるから、当該条約の国内法秩序における効力の部分について、審査できないとするのは失当であ

ろう。国内の裁判所が、裁判で条約を適用してはならないという規範は存在しないのである。実際、今では、条約の批准や解釈について行政裁判所が審査権を行使している。

また、彼は、法律作成手続に関係する行為について、結局、議会によって政治的責任が追及されるから、裁判による法的コントロールが及ばないと説明する。しかし、法的責任と政治的責任は互いに独立したもので、政治的責任が追及されるから、法的責任はないということはいえない。<sup>(92)</sup>ここに彼の議論の欠陥がある。

このようにみていくと、彼の説明は十分なものでないと考えられる。

(c) ポール・ジュエズの自由裁量権説

ジュエズのフランスの判例に対する説明はすでに見たとおりである。これに対して、ジュエズは、その著書の中で、自身身の見解を次のように述べ、統治行為の概念を不要としている。<sup>(93)</sup>

統治行為は、理論的に合理性がなく、実際的にも有用ではない。まず、現代国家は、合法性の原理により支配されている法治国家であるから、統治行為は合理的に説明できない（彼は、必要性の理論は別問題としていることに注意）。次に、統治行為の理論は、実際の不都合なしに、自由裁量権の理論 (theorie du pouvoir discretionnaire) に解消することができる。この自由裁量権の理論は次のような利点がある。

自由裁量権の理論を統治行為の理論の代わりに用いれば、実体審理をすることになり、訴訟の不受理という法の支配から逸脱した事態を避けることができる。

また、自由裁量権の理論を拡張することは、行政の正当な自律を犠牲にするものではない。非合法の行為には、無権限、手

続違反、法律違反、権限の濫用の四つの場合がある。しかし、いずれの場合においても、実体審査して取り消しても問題ない、そもそも統治行為の問題の対象にならない、行為を合法的にやり直せばすむ、統治行為に關係する法的規制は量的に少なく、また内容も漠然としているので、行政の自由の余地が大きい、違法性の認定が困難である、などの理由によって、統治行為に關する行政の自由を必要以上に制約することはない。

このようなジュエズの説は、あくまで、必要性の理論を別問題としているから成り立つものである。もし、必要性の理論が適用されるような事例を説明しようとする、自由裁量権の理論では説明できないものがでてくるだろう。裁量権を逸脱しているけれども裁判所が介入すると不都合な事例もありうるからである。

### 三 小括

これまでみたフランスの学説の概観から、さしあたりどのようなことがいえるだろうか。統治行為に關係するフランスの判例をフランス固有の法文化によって説明するという観点よりも、統治行為のなるべく普遍的で合理的な説明という観点に立つてみるならば、以下のようなことがいえるだろう。

第一に、統治行為と行政行為をその性質・作用により区別し、統治には、単なる法律の執行以外の作用があるという指摘自体は正当である。しかし、行政行為でないことから、ストレートに行政裁判の管轄を否定するのは短絡的であろう。また、仮に行政裁判の管轄を否定できたとしても、司法裁判所の管轄をなぜ否定できるのかがあきらかではない。もちろん執行権の行為が司法裁判所で問題になることが少ないことはいうまでもないが、事例が少ないからといって、説明しなくてもよいという



ことにはならないだろう。例えば、訴訟の前提問題として、執行権の行為が問題となる場合がある。

第二に、法律の条文や裁判の管轄などの形式的根拠によって統治行為が裁判から免れると説明する試みは成功しているとは言い難い。実質的根拠の探求が必要である。

第三に、オーリウにより提示された、国家の正当な防衛（国家的秩序の防衛）のための措置は、合法性の枠組みを超える政治的決定を含む可能性があるので、正当な実質的根拠となりうる。

第四に、セランにより提示された、政治的決定・統治行為は法規範に還元できない自律性をもっており、高度に裁量的なものであるから、裁判所は審査できないという実質的根拠は、正しい核心部分を含むものの、その概念が広範すぎると考えられる。

第五に、セランが指摘した、執行権と裁判所のどちらが政治的決定・統治行為にふさわしいかという問題の立て方は正当であり、また執行権がよりふさわしい理由としてあげられているものは、ある程度尊重に値する。

---

(5) Cf. Conseil d'État, 1<sup>er</sup> mai 1822, Laffitte, *Recueil des décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits, des arrêts des cours administratives d'appel et des jugements des tribunaux administratifs (=Lebon)*, pp. 571-577; Conseil d'État, 18 juin 1852, Famille d'Orléans C; le domaine d'État, *Dalloz*, 1852, III, pp. 17-20, concl. Maigne; Conseil d'État, 9 mai 1867, Duc d'Aumale et Michel Lévy, *Dalloz*, 1867, III, pp. 49-52, concl. Aucoc.

(6) Cf. Gabriel Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, 3<sup>e</sup> éd., t. 5, Marchal et Billard, 1870, p. 128. ただし、デュフォールの学説をこのように批判するものに Pierre Serrand, *L'acte de gouvernement (Contribution à la théorie des fonctions*

- juridiques de l'État*), these, 1996, Université Panthéon-Assas (Paris II), pp. 399-401.
- (7) なお、二月革命から第三帝政に至るまでの短期間（一八四九年三月三日の組織法律から一八五二年一月二五日のデクレまで）は、留保裁判制度ではなく、コンセイユ・デタに独立した裁判権が認められていた。—参照、阿部泰隆『フランス行政訴訟論（有斐閣、一九七一年）一五頁。』
- (8) Conseil d'État, 19 février 1875, Prince Napoléon, *Dalloz*, 1875, III, pp. 18-20, concl. David ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (=GAJA)*, 15<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005, pp. 16-26.
- (9) E. Laferrrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Berger-Levrault, 1896, p. 33.
- (10) *Ibid.*, p. 33.
- (11) Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>e</sup> éd., revue et mise à jour par André Hauriou, Sirey, 1933, pp. 416-419.
- (12) *Ibid.*, p. 421.
- (13) Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10<sup>e</sup> éd., Sirey, 1921, p. 436.
- (14) Duez, *supra* note 1, pp. 79-86.
- (15) *Ibid.*, pp. 24-25.
- (16) René Chapuis, L'acte de gouvernement, monstre ou victime?, *Dalloz*, 1958, chronique, p. 8.
- (17) *Ibid.*, p. 9.
- (18) Serrand, *supra* note 6, pp. 453 et 471.
- (19) *Ibid.*, pp. 472-475.
- (20) *Ibid.*, pp. 475-477.
- (21) *Ibid.*, pp. 477-479. Cf. Conseil d'État, 14 mars 1924, Soc. de navigation à vapeur du Trieste, *Dalloz*, 1924, III, p. 60 ; *Revue du droit public*, 1924, pp. 224-230, note G. J. 捕獲審判法について（註）— Cf. Serrand, *supra* note 6, p. 334.
- (22) *Ibid.*, pp. 479-481. Cf. Conseil d'État, 10 décembre 1926, Sieur Desmarais, *Lebon*, p. 1087.
- (23) Serrand, *supra* note 6, pp. 481-490. Cf. Conseil d'État, 25 octobre 1963, Sieur Compan, *Lebon*, pp. 504-505.
- (24) Serrand, *supra* note 6, p. 567.

- (25) *Ibid.*, pp. 575-576.
- (26) *Ibid.*, p. 580.
- (27) *Ibid.*, p. 581.
- (28) *Ibid.*, pp. 584-585.
- (29) *Ibid.*, p. 590.
- (30) *Ibid.*, pp. 592-603.
- (31) *Ibid.*, p. 609.
- (32) *Ibid.*, p. 616.
- (33) *Ibid.*, pp. 617-620.
- (34) *Ibid.*, p. 621.
- (35) *Ibid.*, pp. 622-638.
- (36) *Ibid.*, pp. 638-640.
- (37) *Ibid.*, pp. 641-642.
- (38) *Ibid.*, p. 648.
- (39) *Ibid.*, p. 649.
- (40) *Ibid.*, p. 651.
- (41) *Ibid.*, pp. 658-659.
- (42) *Ibid.*, pp. 660-664.
- (43) *Ibid.*, pp. 665-666.
- (44) *Ibid.*, p. 664.
- (45) Vivien, *Daloz*, 1849, IV, p. 76.
- (46) *Ibid.*, pp. 74 et 76. 当時、純粹行政の行為は、国民の権利には関わらず、利益のみに関するものであるから、行政訴訟で争うことができないとされていた。—参照、阿部・前出註(7)七頁。

- (47) すべてに見たラフリエールや後出のカレ・ド・マルベールなどが言及している。
- (48) Cf. Serrand, *supra* note 6, p. 428.
- (49) 「行政訴訟には属しない事件」に純粹行政の行為に関する事件のほか司法裁判所の管轄の事件を含むとみる見解もある。— Cf. Michoud, *supra* note 3, p. 298.
- (50) *Ibid.*, pp. 298-305.
- (51) Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, 7<sup>e</sup> éd., t. 1, A. Fontemoing, 1897, p. 71.
- (52) *Ibid.*, p. 87.
- (53) Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, t. 1, Sirey, 1920, p. 524.
- (54) *Ibid.*, p. 527.
- (55) *Ibid.*, p. 530.
- (56) *Ibid.*, p. 547.
- (57) Duez, *supra* note 1, p. 33.
- (58) *Ibid.*, p. 33.
- (59) Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mars 1947, Gombert, *Sirey*, 1947, III, pp. 89-94, concl. Céliér.
- (60) Céliér, *supra* note 59, p. 90.
- (61) *Ibid.*, p. 91.
- (62) なお、この法律案の提出は単に執行権の自由裁量と考えるべきであろう。ただし、コンセイユ・デタは、議会と執行権にかかわる行為であるところ、理由で審査権をもちたところと異なる。— Cf. Conseil d'Etat, 18 juillet 1930, Sieur Rouché, *Lebon*, pp. 771-772.
- (63) Cf. Virally, *supra* note 3, p. 339.
- (64) この論文を一部紹介したものをとして、上村貞美「フランス第五共和制憲法下の統治行為」香川大学教育学部研究報告第一部四七号(一九七九年)一三九 - 一六七頁。
- (65) Louis Favoren, *Du déni de justice en droit public français*, L. G. D. J., 1964, p. 169.

- (99) *Ibid.*, pp. 232-233.
- (100) *Ibid.*, pp. 235 et 254.
- (101) *Ibid.*, pp. 237-239 et 254.
- (102) *Ibid.*, pp. 256-257.
- (103) *Ibid.*, pp. 263-264.
- (104) *Ibid.*, p. 269.
- (105) Cf. Serrand, *supra* note 6, p. 433.
- (106) Michoud, *supra* note 3, pp. 263-264.
- (107) *Ibid.*, p. 313.
- (108) *Ibid.*, p. 314.
- (109) *Ibid.*, p. 318.
- (110) *Ibid.*, pp. 319-321.
- (111) *Ibid.*, pp. 321-322.
- (112) *Ibid.*, pp. 324-325.
- (113) なるべしにモテ 特別な裁判所をへくれば審査可能であること。— Michoud, *supra* note 3, p. 314.
- (114) Cf. Duez, *supra* note 1, pp. 40-41.
- (115) Virally, *supra* note 3, p. 321.
- (116) *Ibid.*, p. 322.
- (117) *Ibid.*, p. 326.
- (118) *Ibid.*, pp. 326-330.
- (119) *Ibid.*, pp. 330-336.
- (120) *Ibid.*, p. 336.
- (121) *Ibid.*, p. 341.

(88) *Ibid.*, pp. 341-350.

(90) *Ibid.*, pp. 350-353. 選挙に関する審査権に関して参照、大石眞『議院自律権の構造』(成文堂、一九八八年) 四一・四三頁。なお、第五共和制憲法は、第五九条で、「憲法院は、争いのある場合に、国民議会議員および元老院議員の選挙の適法性について決定する」とし、選挙に関する審査権を議院から憲法院に移している。

(91) Tribunal des conflits, 12 février 1953, Secrétaire du Comité d'entreprise de la Société nationale de constructions aéronautiques du Sud-Est c / cette Société, *Lebon*, pp. 585-586.

(92) Serrand, *supra* note 6, p. 390.

(93) Duez, *supra* note 1, pp. 193-210.

## 第二節 統治行為に関する学説—日本—

### 一 学説状況

わが国では、統治行為の根拠を国民主権や権力分立の原理にもとめる内在的制約説、裁判所の自制に求める自制説、両者を折衷した機能説が広く普及している。また、結論的には自制説に類似した限定的統治行為説も存在する。これらの学説を若干検討してみよう。

#### (1) 内在的制約説

内在的制約説は、判例もとるところの考え方だと思われる。最高裁判所大法廷一九六〇(昭和三五)年六月八日判決(苫米地

事件<sup>(94)</sup>は、次のように述べている。

「わが憲法の三権分立の制度の下においても、司法権の行使についておのずからある程度の制約は免れないのであつて、あらゆる国家行為が無制限に司法審査の対象となるものと即断すべきでない。直接国家統治の基本に關する高度に政治性のある国家行為のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であつても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局、三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手続上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべきである」。

ここで、この判決は、司法権が制約される根拠として、<sup>④</sup>国民主権もしくは三権分立の原理、<sup>⑤</sup>国家行為の高度の政治性、<sup>⑥</sup>裁判所の司法機関としての性格、<sup>⑦</sup>裁判に随伴する手続上の制約、を挙げている。

この立場をとる代表的論者である金子宏は、次のように論じている。

「国の最高政治機関の行為で高度の政治性（それは、単に政治的影響が大きいというだけでは足りず、…国家機構の在り方および運営の根本に密接な関係を有するという意味での政治性である）を有する行為はわが国法上も司法審査の対象から除外される、と考える。そして、そのように解すべき法的根拠がどこにあるかといえは、結局は政治と裁判との関係における司法権の内在的制約に求めざるをえないであらう。したがつて、問題はどのような内在的制約の根拠をさぐることにあるが、わたくしは、この内在的制約は、憲法の採用している民主主義的責任原理（政治が主権者たる国民の信託に基づき、選挙および一般言論による国民のコントロールを

通じて、議会および内閣の責任において行なわれること)に由来するものであり、この民主主義的責任原理と市民的法治主義—この両者はともに憲法上の基本原理である—を調整する原理として統治行為が認められる、と考える(さらに、裁判所が政治作用に対して統制を及ぼした場合にえられる利益と損失を比較考量する場合に、損失の方がより多く目につくという事実も解釈上尊重されなければならぬ<sup>(95)(96)</sup>い)」。]

そして、この民主主義的責任原理と市民的法治主義という二つの原理を調整するときに考慮すべき事柄として以下のものがある。<sup>(97)</sup>

① 政治部門は国民に対して政治的責任を負い、かつ国民から選挙・一般言論を通じてコントロールを受ける一方、司法権は、政治的に責任を負わず、国民のコントロールを受けない。高度の政治性のある行為は、政治的責任を負わない裁判官ではなく、国民に対して責任を負う政治部門によって決定されるべきである(苦米地事件判決の挙げる根拠④⑤に相当)。

② わが国の司法権の任務は、私人の権利保護に限られているため、裁判所の組織や手続もその目的にそうように形成されているので、動態的・非合理的な政治の分野に属する行為は、司法審査に適さない(苦米地事件判決の挙げる根拠⑥に相当)。

③ 政治的行為を審査すると、司法の政治化を招来し、司法権の政治的中立・独立をおびやかす(苦米地事件判決の挙げる根拠⑦におそらく相当)。

④ さらに、仮に裁判所が政治部門の行為を違法としたとしても、その執行はほとんど不可能であるから、政治的コントロールに委ねた方が効果的である。<sup>(98)</sup>

それでは、以上で説明したこの内在的制約説の言う、民主主義原理(国民主権原理)は、統治行為論の根拠になるのだろうか。



金子の論理を繰り返すと以下ようになる。

国家の原理として、法治主義という原理のほか、民主主義原理が存在する。これらは必ずしも常にどちらかが優越するというものではなく、ある局面では、一方の原理が優越し、別の局面では他方の原理が優越する。そして、高度の政治性を有する行為では、民主主義原理が優越し、当該行為は政治部門の判断に委ねられるべきである。そして、当該行為に関し、民主主義原理が優越する理由として、①から④までの根拠がある。

しかし、このうち③は、蓋然性にかかわる問題にすぎず、決定的な根拠にはならないと思われる。裁判所が、政治上論争的な問題に関して、違憲・違法か合憲・合法の判断を示すと、どちらかの政治的イデオロギーに与したように思われ、裁判所が中立性・公正性について不信感をもたれることはあるかもしれない。<sup>99</sup>しかし、その不信感のようなものは、事実上のものにならず、裁判所の活動に法的な制約や直接的な影響を及ぼすものではないはずである。

また、④も同様に、決定的なものではない。政治部門が裁判所の判決を実際に執行できるかどうかは、絶対できるともいえないかもしれないが、できないともいえない。つまり、蓋然性にかかわる問題にすぎない。ただし、裁判所の判決を執行すると、国政上重大な混乱が生ずると予測されるので、判決を執行できないという場合であれば、この点は、次の自制説の見解に還元できるだろう。

それでは残る二つのうち②の方はどうか。確かに、司法権は、情報収集能力の点で、組織・手続の制約（当事者主義であれば、証拠も当事者からの提出に限られる。また裁判が通常公開されることからくる制約も考えられる。）のため政治部門より劣ると考えられる。ただ、これについては、単なる程度問題の差であるといえなくはない。

最後に①について考えよう。この考え方は、民主主義ということから、高度の政治性のある行為は、政治的責任を負わない裁判官ではなく、国民に対して責任を負う政治部門によって決定されるべきだとする。この民主主義原理は、統治行為に対する判断主体の判断能力という実質的根拠と、判断の権限にかかわる形式的根拠の双方に関係する。

そして前者の、高度に政治性のある行為に対する判断主体の判断能力という実質的根拠の面からみると、政治的責任を負い、国民の民主的コントロールを受けている政治部門は、なぜ、高度の政治性のある行為を判断する主体としてふさわしいといえるのだろうか。もう一步踏み込んだ説明が必要だろう(これについては後出第五節一(一)参照)。

そうすると、政治部門が判断主体としてよりふさわしいという実質的根拠として、①から④までの理由は、決定的なものにはならないであろう。結局、この学説の問題は、決定的な実質的根拠に到達していないところにある。

それでは、民主主義原理は、憲法解釈上の、判断の権限にかかわる形式的根拠として、それだけで十分なもののだろうか。この点、民主主義あるいは国民主権という原理から違憲審査制自体を否定するならともかく、違憲審査制を採用しておきながら、「高度の政治性」がある場合だけ、民主主義を強調し、裁判の対象とならないとする<sup>(10)</sup>ことは、一貫性に欠けるともいえる。一方、基本的に単純多数を根拠に政策決定を行う政治部門より、単純多数より通常嚴重な手続で制定される憲法典に従った裁判所の決定の方が民主的であるという見方もできる。結局、統治行為の裁判からの免除を説明するには、民主主義原理以外の根拠が必要だろう。

また、苦米地事件判決が言及している権力分立の原理は、統治行為論の根拠となるのだろうか。権力分立の原理は、権力の集中を排除することによって、専制を避けるという思想に基づく。これに対し、統治行為を認めるといことは、政治部門が

一次的な行為権限とともに司法部門のもつはずの最終的な法的判断権を併せ持つということであり、むしろ権力を集中させることであるから、権力分立の原理は統治行為論の根拠にならないはずである。<sup>(10)</sup>もし、権力分立と統治行為論を関連付けようとするのであれば、各権力機関の能力に応じた権限配分という意味に捉えるべきであろう（こうとするとこの権力分立原理と民主主義原理はほぼ同様の意味になるだろう）。なお、統治行為論で説明すべきではないと思われるが、わが国の裁判官の弾劾裁判を権力分立の原理で説明することはできるだろう。ただ、この場合も権力を集中したのではなく、裁判所の権力を分散したとみるべきだろう。

## (2) 自制説

自制説は、わが国では、山田準次郎が主唱する説であり、また、苦米地事件で国側が主張の一部としたものである。山田は、次のように論ずる。

統治行為が法律問題であるにもかかわらず、司法審査の対象とならないのは、裁判所の自制遠慮によるものである。<sup>(102)</sup>その自制の根拠は、比例の原則である。「比例の原則とは大なる害をさけるためには、小なる害は甘受しなければならないということである。∴違法の審査によって大害を発生さすということである」<sup>(103)</sup>。「統治行為（政治問題）は同一の問題が一方において法律問題であると同時に他方においては重大なる政治問題であるという両面をもっており、この両者は密接に関連して分離することができないのである。この場合に、法律問題は法律問題として司法審査を受け、政治問題としては別に政治問題として政治上の責任を負わしめるというようにしては、如何に政治上重大な必要に出でた行為であっても、法律上の審査の結果違法と判定されれば、その違法が如何に末梢な点であってもその行為全体が無効として取扱われまたは取消を受けることになって、

角をためて牛を殺す結果が発生することを免れない。敢くの如き結果の発生を防止する必要上、比例の原則によつて、司法審査を除外するのが統治行為（政治問題）であると解するのである。この理論は法政策上のものであり、必要は法の認むるものとする思想が基礎となつておる。この説明以外に私は統治行為司法不審査の正当性を説明する途はないと考へておる。<sup>(10)</sup>

そして、違法を甘受してまで防止すべき害悪として、次の三つを挙げる。①裁判所でその問題に含まれている法律問題の審査をするならば取捨できない結果が生じること。<sup>(105)</sup> ②外交上の問題において国家意思はひとつである必要があること。③司法権独立の維持および裁判所の利益の保持の必要があること。<sup>(106)</sup>

また、苫米地事件で国側は、内在的制約説的な主張に加えて、次のような右の山田説の①の害悪にかかわる主張をしている。「仮に裁判所が解散の合憲性を審査する権限を有し、解散無効の判決が確定したとすれば、…解散後成立した国会及び内閣は遑つて存在しなかつたこととなり、解散前の国会及び内閣が引き続いて存在していることになつて、国の根本秩序に重大な混乱が生ずる、すなわち、解散後の国会、内閣、各省大臣の制定した法律、政令、省令はもとより解散後の内閣、各省大臣その任命にかかる公務員の行為並びに解散後の内閣による裁判官の指名又は任命はすべて無効となり、そのような裁判官が関与した判決は再審によつて取消されることとなる。また裁判所が先決問題として解散の合憲性を審査し得るとすればやはり同様の混乱が生ずる。すなわち、解散前の衆議院議員、内閣総理大臣及び国務大臣は、すべて解散無効を理由として従前の地位の確認を求める訴を提起することができ、もしその請求が容認されたとすれば、被告たる国は、これらの者をこれらの者に対する関係においては、すべて従前の地位にある者として取り扱わねばならず、一方その判決は解散が無効の点には既判力が及ばないから、これらの者に対する関係においても解散後に成立した国会及び内閣は有効に存在することならざるを得ない。」

また、一般国民も具体的訴訟事件との関連において解散の無効を理由として国会の存立、内閣の成立、裁判官の任命を争い、解散後の国会、内閣、各省大臣の制定した法律、政令、省令、及び解散後の内閣、各省大臣のした一切の処分、並びに解散後任命された裁判官の裁判の効力を争い得ることとなる。例えば、民事訴訟においては、解散後の国会において成立した法律に基く私法上の権利義務を争い、刑事訴訟においては解散後に制定された法律政令等に違反した行為の犯罪としての成立を争い、行政訴訟においては、解散後に制定された法律にもとづく行政処分はもとより解散後の内閣、各省大臣、その任命にかかる公務員のなした一切の行政処分を解散の無効であることのみを理由として争い得ることになるのみならず、解散後任命された裁判官の関与した判決の再審を求め得ることとなる。而して、右のいずれかについて解散無効を前提とする判決特に最高裁判所の判決がなされたるときは、實際上、他の訴訟に影響を及ぼし、解散無効の判決が確定した場合と同様の混乱を生ずるのである。

裁判所が解散の合憲性を審査し得るものとすれば、その結果として、当然右のような混乱を容認せざるを得ない。しかもその混乱は、国の立法、行政、司法の各分野、公法私法の各領域に及び、その波及するところ際限なく、正に国家機構の根本が破壊され、国民生活全体の基本秩序が根底から崩壊し、收拾のつかない結果に陥いるものと言わねばならない。殊に解散無効の主張をなし得る期間については制限がないものと考えなければならぬのみならず、そうでないとしても、判決が上告審を経て確定するまでには必ずや相当の期間を要するわけであるから、解散後の国会及び内閣によつて各種の立法及び行政が行われ、解散後の内閣によつて多数の裁判官が任命されている事態の存することは当然考えなければならず、これによつて生ずる前記の混乱は、まことに想い半ばに過ぎるものがあるであろう。<sup>(107)</sup>

右の山田説のうち、①の違憲・違法と判決すると国政に重大な混乱が起る可能性があるという実質的根拠は、注目すべきものである。確かに、裁判の結果が違法性を是正する利益よりはるかに害悪を生むというのであれば、司法審査自体を自制するというこの説に十分な理由があると思われる。例えば、苦米地事件の国側の主張のように、衆議院の解散の場合はいくらも説明できる場合であろう。

これに対し、②の害悪については、現在では、国家の意思が分かれるという事態が場合によつては容認されることがあることは、すでに見たとおりである。要するに、外交上の問題において国家意思はひとつであるべきだというのが、外交に関する事項の司法審査の可否を判断するときの決定的根拠であるとはいえないのである。

また、③の害悪は、内在的制約説のところでも論じたように、司法審査した際の混乱や批判からくる事実上のものであつて、法的な制約や直接的な害悪とはいえない。つまり、直接的害悪を補強するものではあるかもしれないが、それ自身が決定的根拠となるものではないだろう。

ところで、以上のような自制説は、統治行為といわれている例をすべて説明できるのであろうか。例えば、安保条約の場合、司法審査をしないとしたり、その理由は、裁判の結果が引き起こすであろう害悪ということなのだろうか。安保条約を締結した場合と、締結しなかった場合（あるいは破棄した場合）を比較した場合、どちらがよいかは、将来にならないとわからないわけであるから、裁判の違憲・違法判決という結果が、必ずしも大害を引き起こすとは限らない。この場合、司法審査しない理由は、現在から将来の安全保障の問題につき、裁判所が自己の判断能力と政治部門の判断能力を比較した結果とみるべきではないだろうか。この自制説は、裁判の結果以外の決定的な実質的根拠について論じていないと思われる。

### (3) 限定的統治行為説

これは、小林節が主張するものである。彼は、主としてアメリカの判例・学説を検討し、結論的には自制説に一部似た説を唱えている。彼は、次のように論ずる。

司法による違憲審査権の存在自体が憲法典に明記されていないアメリカ<sup>(108)</sup>や行政裁判の法創造機能の存在が認められるフランス<sup>(109)</sup>とは異なり、日本には、憲法八一条が存在する<sup>(110)</sup>。したがって、アメリカやフランスでは明文の根拠なしに、判例による解釈として統治行為・政治問題の存在が認められているから、日本国憲法下でも、明文上の根拠がなくても、八一条に合目的の解釈を施して統治行為を認めることができるといった前提から出発するには危険がある。日本国憲法下で統治行為を肯定するためには、その具体的な条文の枠の中で、より実質的な根拠が示されなければならない。<sup>(111)</sup>

そうすると、これまで統治行為の根拠として主張されてきたものの正当性につき、各別に検討する必要がある。主張されてきたものとして、①司法部の政治的無責任性、②司法部の中立と独立を維持する必要、③司法の組織・手続(能力)の限界、④無秩序を回避する必要、がある。このうち、①②③は、根拠として不十分である。<sup>(112)</sup>これに対して、④は肯定できる。「ある国家行為の合法性につき、事後に否定的な裁判が下されることにより、その法的因果として、国家の存立そのものを脅かすような事態が必然的に惹起される場合が現行憲法の下で真実あり得るならば、その限りで、この命題は正当といえよう。つまり、法秩序の維持をその制度目的(つまり使命)とする司法部の行為が必然的に国法秩序を覆してしまう、あるいは、司法部自体が依って立つ国家の存立を必然的に危うくする原因をその司法部が提供する、などということは、まさに、制度的矛盾以外の何ものでもない。<sup>(113)</sup>結局、唯一、司法の制度目的である「国法秩序の維持」を根拠として、限定化された統治行為論が認められる。<sup>(114)</sup>

以上のような小林の立論は、民主主義とか権力分立といったような抽象的であいまいな根拠を排し、具体的に確実な根拠を探求しようとするもので、その点は評価されるべきであらう。また、唯一根拠として認められた、「無秩序を回避する必要」は、自制説のところでも述べたのと同様に、十分な理由があるものだろう。

一方、この説の問題点は、統治行為論の実質的根拠として、「無秩序を回避する必要」以外のものは本当に存在しないのかという点である。例えば、彼自身も、アメリカの判例の分析においては、「裁判所は、現行憲法体制の正当性を自らの存在の前提とするから、現行憲法体制の正当性は判断できないこと」<sup>(115)</sup>「その問題を二元的に処理する必要性があること」<sup>(116)</sup>「その問題を迅速に処理する必要性があること」という根拠にも一応の正当性を認めているようにも思われる。この三つの根拠の当否は別として、統治行為論が「無秩序を回避する必要」という根拠だけで説明がつくかどうかは疑問が残る。

#### (4) 機能説

機能説は、芦部信喜などが唱える説で、内在的制約説に自制説を加味しようとするものである。芦部は次のように論ずる。

内在的制約説は、抽象的な「民主政の原理」とか「民主主義的責任原理」を論拠にして、政治的に重要な意味をもつ国家行為を裁判的統制の外におくが、それだけで十分な説得力があるかは疑問である。「内在的制約説も、自制説の要素を加味し、「権利保障及び司法救済の必要と裁判の結果生ずる事態、司法の政治化の危険性、司法手続の能力の限界、判決実現の可能性などの諸点」を考慮にいれ、事件に応じて具体的に理由を明らかにしてゆくことが必要であらう」<sup>(117)</sup>。

彼は、ここで、「民主政の原理」以外の、実質的根拠の候補として、①権利保障及び司法救済の必要と裁判の結果生ずる事態、②司法の政治化の危険性、③司法手続の能力の限界、④判決実現の可能性、というものをあげている。このうち①は、自



制説の①と重なる。②は、自制説の③および内在的制約説の③と同じである。③は、内在的制約説の②と同じである。④は、内在的制約説の④と重なる。しかし、すでに述べたように、①の根拠以外の②③④は蓋然性にかかわるものにすぎず、考慮には値するが、決定的な実質的根拠とはいえない。

結局、この説は、自制説から、裁判の結果からもたらされる弊害という実質的根拠を取り入れた点は評価に値するけれども、それ以外の決定的実質的根拠に到達していないと考えられる。

## 二 小括

以上のわが国の統治行為に関する学説の概観から、さしあたりどのようなことが言えるだろうか。

第一に、わが国の学説判例は、おおむね寄せ集め的な様相を呈しているとみられる。それは、わが国の法律学が、各国の法学を「つまみ喰い」<sup>(120)</sup>したという歴史的背景のほか、何が統治行為論の核心となる根拠なのかという点が曖昧であるからである。

第二に、これは特に内在的制約説や機能説の特徴で、結局、統治行為論の根拠として、おおむね蓋然性の問題にすぎない根拠しか提示されていない。

第三に、ただし、自制説および限定的統治行為説の主張する、違憲・違法と判決すると国政に重大な混乱が起る可能性があるという実質的根拠は、フランスの学説には特にみられないもので、独自に考慮すべきものである。

- (94) 民集一四卷七号一二〇六頁。
- (95) ここで、金子は次で見る自制説の主張を一部取り入れているようにも思える。
- (96) 金子宏「統治行為」田中二郎ほか編『行政法講座第2巻 行政法の基礎理論』(有斐閣、一九六四年、所収)一七五頁。
- (97) 同一七六一七七頁。
- (98) 金子宏「統治行為の研究(四・完) — 司法権の限界に関する一考察 —」国家学会雑誌七二卷九号(一九五八年)三三三頁。
- (99) この③について、参照、小林節『政治問題の法理』(日本評論社、一九八八年)二二二頁。
- (100) 参照、樋口陽一「統治行為」法学セミナー二〇卷六号(一九七六年)八二頁。
- (101) 参照、小林・前出註(99)、一一四、二〇八頁。
- (102) 山田準次郎「統治行為について」公法研究一三号(一九五五年)一五三頁。
- (103) 同一六〇頁。
- (104) 同一六一一六三頁。
- (105) 彼は、外国の例として、アメリカの連邦最高裁判所の判決 *Luther v. Borden* 7 How. (48 U. S.) 1 (1849) を挙げている。
- (106) 山田・前出註(102)一六二一六六頁。
- (107) 東京高等裁判所一九五四(昭和二九)年九月二二日(苦米地事件)判決中の国側の意見・民集一四卷七号二二〇六頁(二二九九一三〇〇頁)。
- (108) 小林・前出註(99)一七六、一九八頁。
- (109) 同一七五―一七六、一九二頁。
- (110) 同一七二頁。
- (111) 同一七六頁。
- (112) 同一〇一―一二四頁。
- (113) 同一二三頁。
- (114) 同一二六頁。
- (115) 同一二五―二六頁。

(116) 同一二六頁。

(117) 同一二七頁。

(118) 同一四二頁。

(119) 芦部信喜「統治行為と行政事件訴訟」〔憲法訴訟の理論〕、有斐閣、一九七三年、所収 四二八―四二九頁。また、参照、清宮四郎「憲法Ⅰ〔第三版〕」(有斐閣、一九七九年) 三四一頁。

(120) 奥平康弘「統治行為」理論の批判的考察」法律時報四五卷一〇号(一九七三年) 五七頁。

### 第三節 裁判の対象外となるもの

統治行為自体の分析を進める前に、裁判の対象とならないものを一般的に概観し、その上で、統治行為を位置づける必要があるだろう。

まず、裁判の審査の段階に応じて裁判の対象とならないものを見ておこう。この裁判の審査対象とならないものの中に、統治行為で説明されるものとそれ以外の理屈で説明されるものという区別がある。なお、ここでは、わが国の裁判制度を前提として論述をすすめる。また、条約に関係するもの以外の事例も一部参考として取り上げることにする。

#### 一 第一段階

この段階は、裁判ないし司法の概念にかかわる。「裁判」の本質的な要素を、①法の問題を扱うものであること、②それが

最終的なもので拘束力をもつこと、③広い意味で争いが存在すること、とみるならば、これらの要素から裁判の対象になるものが限定されることになる。さらに、わが国の「司法」の本質に、具体的事件・争訟性が含まれるという立場をとるならば、具体的事件・争訟性の要件に当てはまらないものも、裁判(司法作用)の対象とならないことになる。

## 二 第二段階

第二段階は、第一段階で要求される要件を充たしているけれども、裁判(司法作用)の対象とならないとされているものである。これを、統治行為で説明される裁判の制限を除いて、典型的に分類すると次のようなものがある。

(1) 立法機関・行政機関の自律権による裁判対象の制限。<sup>(12)</sup> 議会の立法・議事手続、内閣の閣議の手続などがこれに当たる。なお、国会議員の資格争訟(憲法五五条)は、議会の自律権の憲法典上の現れのひとつとしてみるべきであろう。

(2) 権力分立による裁判対象の制限。ここでは、権力分立の相互抑制作用が問題となる。裁判官の弾劾裁判(憲法六四条)はこれに当たるだろう。

(3) 国際法による裁判対象の制限。国際慣習法による外交使節などに対する裁判の制限、条約による裁判の制限がある(例えば、日米地位協定一七条三項<sup>(a)</sup>)。ただし、条約による裁判の制限が、司法権に関する憲法解釈の際、どのような理由で認められるのかはあまり議論されていない。<sup>(13)</sup>

(4) 天皇に対する裁判の制限。これは、刑事事件、民事事件双方で問題となるが、裁判が制限される理由はそれほど明らかではない。

### 三 統治行為による裁判の制限

残るものは統治行為による裁判の制限である。これを、さらに主張されている具体的な根拠にわけてみると次のようなものがある（ここでは、便宜的にフランスの議論も含める）。

(1) 「高度の政治性」「政治的時宜性」といった表現をされる根拠。安保条約の内容審査、フランスでの条約の運用停止などがこれで説明される。

(2) 判断の基準となる法規範がなく、その結果、当該行為がならん条件付けられていないという根拠。フランスにおける条約を締結するかどうかの決定、などがこれで説明される。あるいは、判断の基準となる法規範が不明確であるという根拠。わが国の場合の、内閣による衆議院の解散の審査や自衛隊の戦力（自衛力）の許される範囲の審査の場合、この根拠が考慮されている可能性がある。

(3) 裁判の管轄権を根拠にする場合。フランスにおいて、議会と行政の関係など、行政以外の権力機関がかかわる行為について行政裁判の対象とならないなどと主張する場合である（セリエなどがその典型）。このような主張は、例えば、フランスの裁判で条約締結手続が審査できない理由のひとつとしてかつて考慮されていた。

(4) 政治部門の行為を違憲・違法と裁判所が判決すると、重大な国政上の混乱が起る可能性があるため、審査自体を控える場合。わが国の憲法七条をもっぱらの根拠とする衆議院の解散の場合は、この類型に入るだろう。また、わが国の議員定数配分に関する訴訟で、事情判決の法理を採用せず、もし統治行為と結論するなら（国の主張）<sup>(124)</sup>この類型に入るだろう。

(121) 参照、樋口陽一・栗城壽夫『憲法と裁判』(法律文化社、一九八八年) 一二頁(樋口執筆)。

(122) フランスの議会行為(acte parlementaire)が行政裁判により審査されないことも議会の自律権で説明できるだろう。— Cf. Favoren, *supra* note 65, p. 114.

(123) 参照、安念潤司「司法権の概念」(高橋和之・大石眞編『憲法の争点(第三版)』、有斐閣、一九九九年、所収) 二二六頁。

(124) 例えば、最高裁大法廷一九七六(昭和五二)年四月一四日判決(衆議院議員定数不均衡事件)の第一審の東京高等裁判所一九七四(昭和四九)年四月三〇日判決における国側の主張を参照・民集三〇巻三三三頁(二八八頁)。

#### 第四節 統治行為の要素

次に、右で統治行為の理由とされている(1)〜(4)を、具体的に検討してみよう。

この際、裁判を免れる統治行為であると主張されているとしても、他の法的説明ができるならば、それによるべきであろう。なぜなら、統治行為論は、法の支配の原理に反する面がある上、その概念に明確な一致がないため、濫用される虞がないとはいえないからである。そうだとすると、他に一般的に承認されている理由で説明できる部分があるなら、その部分は統治行為論から切り離して考えるべきである。したがって、統治行為の根拠となるものとしては、他に説明のつかないものだけが残ることになる。

## 一 統治行為以外の理由で説明できるもの

まず、(3)の裁判の管轄を根拠とするものをみよう。これは、もし実定法の解釈上、法的に管轄権で説明できるといふならば、フランスの否定説が論じるように、そもそも統治行為として説明するより、単に制度上の管轄権の不存在として考えればよいのであって、統治行為の概念を持ち出す必要はないと考えられる。

次に、(2)に分類されているものの中には、単なる自由裁量の問題として捉えることができるものもある。判断の基準となる法規範がまったく存在しない場合は、権限を持つ機関が自由に判断できるといふことになるはずである。例えば、執行権が最終的に条約を締結するかどうかの決定(ここでは、手続や権限の問題ではなく、条約を締結するかどうかの決定自体のこと)は、そう考えることができるだろう。自由裁量と捉えようと、現在では裁判所は、裁量権を逸脱しているかどうか審査した上、逸脱がなければ、政治部門の行為を容認する判断を下すことになる。すなわち、その裁量内の行為は、結果的に、合憲・合法であると判断したと同じことになる。このように自由裁量の問題とすると、なによりも法の支配の原理からの逸脱という事態を避けることができる。

なお、同じ問題を統治行為とすると、裁判所は、はじめから審査を回避するので、裁量権の逸脱についても審査しないこととなり、当該行為が合憲・合法であるかどうか判断しないことになる。<sup>(125)</sup>ただしどちらにしろ、政治部門の行為そのものは結果として認められる(法的に取消・無効とされないという意味で)ことになるのという点は同じである。

問題は、自由裁量行為と捉え、裁判所が審査すると何か不都合が生じるかどうかである。そもそも行為が実体的になにも条件付けられていない場合には、裁量権の逸脱という事態も通常起こりえない。問題が現実的に起こるとすれば、行為者の権限

や行為の手續という形式面で違法となる場合であろう。これらの場合、ジュエズも論じているように(第一節二(3)(c)参照)、行為を合法的にやり直せば大きな問題が生じないこともあるだろう。ただし、もし当該行為が、形式面で違法・無効ということになり、その判決の結果、重大な国政上の混乱を引き起こす場合(後の三で扱う要素)は、別論となる可能性がある。

## 二 通常の合法性の枠組みを超える可能性という要素

### (1) の事例をみよう。

わが国の安保条約には次の如き要素が含まれている。まず、安保条約が①「国家及び国民の安全・国家の基本的秩序に関わる」という要素を含んでいることは議論の余地がない。そして、一般論として言うならば、国家及び国民の安全・国家の基本的秩序を確保するために、統治者は、時として、一部の基本権を制約したり、国際法に部分的に違反したりするなどの行動をとる場合がある(必要は法を破るという事態である)。すなわち、②「場合によつては合法性の枠組みを超える可能性がある」という要素がある。

条約の運用停止は、実際、現実の国際社会では法の支配が貫徹されているわけではないという状況のもとで行なわれることに注意しなければならない。すなわち、①「法の支配が必ずしも及んでいない領域での行為」という要素が含まれている。そしてさらに、フランスの事例から明らかのように(第二章第九節参照)、この運用停止が国際法に反して行なわれることがある。つまり、②「場合によつては合法性の枠組みを超える可能性がある」という要素を含む。

また、フランスの非常事態権限の行使(第五共和国憲法一六条)の決定も、基本的に憲法自体が認めているものであるが、「国



家及び国民の安全・国家の基本的秩序に関わる」という要素を含んでいる場合であり、「場合によつては合法性の枠組みを超える可能性がある」ものといえよう。<sup>(12)</sup>

こうしてみると、(1)に分類されているものは、「通常の合法性の枠組みを超える可能性がある」という点で共通点があると考えられる。ただし、通常の合法性の枠組みを超える可能性がある場合であれば、どのような場合でも、裁判の対象から除かれるということではない。もし、そうだとしたらならあらゆる違法行為が裁判の対象から免れることになりかねない。

それならば、どのような場合に限定されているのであろうか。現実には認められている事例では、「国家及び国民の安全・国家の基本的秩序に係る」こと、「法の支配が必ずしも貫徹されているわけではない国際社会が舞台である」こと、が条件となっている。

### 三 裁判所の判決自体が、重大な国政上の混乱を起す可能性という要素

それでは、(4)の事例をみよう。

衆議院の解散を裁判所が事後に違憲・違法で無効と判決するならば、解散後に成立した国会・内閣の制定した法律、政令等がすべて無効となるなどの重大な国政上の混乱が予想される。また、議員定数配分を全体として違憲・無効とした場合も、同様の混乱が予想される。ここでの共通要素は、「裁判所が、違憲・違法と裁判所が判決すると、重大な国政上の混乱が予想される」という要素である。

#### 四 判断の基準となる明確な法規範が存在しないという要素

最後に、(2)の事例のうち、単なる自由裁量の問題としては捉えられないものをみよう。

具体例として、苦米地事件の最高裁判決(第二節一(一)参照)がある。苦米地事件では、内閣による衆議院の解散が、憲法六九条の場合に限られているのか、それに限られず憲法七条を根拠として解散できるのかが争点となった。このとき、憲法典には明確な規定がないため、その解釈を巡って議論があった。つまり、判断の基準となる明確な法規範が存在しない場合であったといえる。

別の例として、水戸地方裁判所一九七七(昭和五二)年二月一七日判決(百里基地訴訟第一審)<sup>(127)</sup>をあげることができる。この判決は、自衛のための戦力の保持は合憲であると判断した。しかし、その戦力が自衛戦力の範囲を超えた侵略的戦力であるかどうかの判断は統治行為であるとされた(ただし一見極めて明白に違憲無効の場合は除くという留保がついている)。この場合も、自衛隊の戦力が自衛の範囲を超えているかどうかを判断する基準となる明確な規定がない場合であった。

(125) 参照、雄川一郎「統治行為論」(同『行政の法理 雄川一郎論文集第一巻』、有斐閣、一九八六年、所収)二二四・二二五頁。

(126) Cf. Conseil d'État, Assemblée, 2 mars 1962, Rubin de Servens et autres, *Juristclassseur périodique(La Semaine juridique)*, 1962, II, n° 12613, concl. Jean-François Henry ; GAJA, 15<sup>e</sup> éd., pp. 546-555. なお、この判決の論告は、当該行為が執行権と議会との関係に関わるかどうか理由で統治行為だとしている(判決自体は理由を述べていない)。しかし、すでに論じているように、単に議会と関係があるという理由では説得的ではなく、別の実質的根拠が必要である。この場合、この措置の実施(開始から終了)が、憲法上の実体的要件が厳格に満たされなくともなされる可能性があるだろう(要するに違憲の措置がなされる可能性がある)。

(127) 判例時報八四二号、二二頁。

## 第五節 統治行為の根拠

次に、統治行為が裁判の審査にかからないとする根拠をさらに探求しなければならない。というのは、統治行為といわれているものが含んでいる要素が右のようなものだとしても、なぜ、それが含まれていると裁判の審査から免れるのか。あるいは、なぜ政治部門の判断が裁判所の判断に優先するのかが問われなければならないからである。そして、その理由は、実質的根拠と判断の権限にかかわる形式的根拠にわけられる。まず、実質的根拠について考えよう。

### 一 実質的根拠

#### (1) 通常の合法性の枠組みを超える可能性

「国家及び国民の安全・国家の基本的秩序に關係」している、あるいは、「法の支配が必ずしも貫徹されているわけではない国際社会」において、「通常の合法性の枠組みを超える可能性がある」行為については、なぜ裁判所より政治部門の方が、判断する主体としてよりふさわしいのだろうか。

まず、一般的にいつて、どのような理由で、判断主体として、よりふさわしいとか、ふさわしくないとかいえるのだろうか。考えられるものは、①判断主体の判断能力、②判断主体の決定の実行能力、③判断主体の決定に対する責任能力、の三点である。

第一は、政治部門と裁判所とで、どちらが当該行為についての判断能力をもっているかという問題である(判断主体の判断能力)。このとき判断能力には、「判断の前提となる情報収集・分析能力」「判断するとき適切な基準を用いてよりよい判断できる能力」「迅速な決定をする能力」、さらに「包括的な政治的決断能力」という部分に分けることができる。

最初の「判断の前提となる情報収集・分析能力」については、国家及び国民の安全・国家の基本的秩序が問題となっている場合、あるいは、国際社会での外交が問題となっている場合、裁判官は当該事項の専門家でもなく、また裁判所は組織的に情報を収集し分析する機関を欠いていることから、政治部門の方が裁判所より通常優れているだろうといえる。

次の「判断するとき適切な基準を用いてよりよい判断できる能力」はどうだろうか。国家及び国民の安全・国家の基本的秩序が問題となっている場合、あるいは、国際社会での外交が問題となっている場合、通常の合法性の枠組みを超える判断を求められる場合がありうる。<sup>(28)</sup>このとき、裁判所は、そもそも法に基づいて判断する機関であるから、あくまで法規範に従って判断しなければならぬ。すなわち、裁判所は、基本的には合法性の枠組みの中でしか判断できない。そうすると、裁判所は判断主体として不適当である。これに対して、政治部門は、裁判所ほどには法規範に拘束されることを期待されている機関ではない。むしろ、国家及び国民の安全や国家の基本的秩序を維持するために臨機応変に行動することが求められる。要するに、もし合法性の枠組みを超える行為を国家機関のどこかがとらなければ国家が危機的な状態に瀕するような場合、それを行なうべきなのは裁判所ではなく政治部門、特に執行権であろうということである。そして、これが、単なる行政作用ではない、執行権の「統治作用」のひとつといていいだろう。

「迅速な決定をする能力」はどうか。国家及び国民の安全・国家の基本的秩序が問題となっている場合、あるいは、国際社

会での外交が問題となっている場合、迅速な決定が求められる場合がある。セランも指摘しているように、裁判所は手続に従い討議し決定する機関であつて、迅速な決定には不向きである。これに対して、執行権の場合は、指導者のイニシアティブにより、迅速な決断が可能であるといえる。

最後の「包括的な政治的決断能力」は、政治部門は、国民が政治的能力ありと信じて直接間接に選任した人間によつて構成されており、また言論などを通じて国民のコントロールを受けていることに由来する。そうすると、政治部門は、政治的能力とは別個の能力に依りて選任された裁判官より、国家及び国民の安全・国家の基本的秩序が問題となっている場合、あるいは、国際社会での外交が問題となっている場合、判断主体にふさわしいと通常はいえる。

第二は、実行能力のある組織が判断主体の指示に従つて行動するかという問題である（判断主体の決定の実行能力）。決定を實行できる組織は、実際には行政しかない。国家及び国民の安全・国家の基本的秩序が問題となっている場合、裁判所が政治部門の決定と異なる指示をしたとき、行政組織が裁判所の指示に果たして忠実に従うかどうか。場合によつては従わない懸念があるだろう。

第三は、自己の決定に対し責任を取りうるかという問題である（判断主体の決定に対する責任能力）。この点、裁判所は自己の決定に対し、その結果がどうなるうとも特に責任を取るといふことはない。これに対し、わが国の場合、内閣は国会により責任を追及され、国会は選挙で国民により責任を追及される。ところで、責任を取るとしたらそこどのようなメリットがあるか。ひとつは、責任を取る可能性を考えると、より熟慮してから判断が下される可能性があるという点である。もうひとつは、国会あるいは国民が判断主体の責任を追及できる、すなわち民主的であるという点である。

それでは、以上の三つの能力は、判断主体の能力を考慮するとき、同列のものなのだろうか。おもうに、①の判断主体の判断能力のなかの、通常の合法性の枠組みを超える判断能力が中心的なものであって、①のその他の能力、②の判断主体の決定の実行能力、③の判断主体の決定に対する責任能力は、付随的なものと考えられる。なぜなら、通常の合法性の枠組みを超える判断能力は、裁判所に欠けているはずの能力であるから、まさに裁判所が、「性質」上、統治行為の審査に適しない決定的根拠になるからである。残りのものは、通常、政治部門の方が裁判所より能力が高であろうという蓋然性にかかわるものすぎないので、補強的根拠にはなるが、決定的な根拠にはならないだろう。

なお、民主主義原理については、判断能力にかかわる実質的根拠の観点から、もう少し論じておこう。この民主主義原理には、国民が、自ら選任しまた言論等を通じてコントロールしている政治部門に権力を付託しているという面と、国民が政治部門の決定について責任を追及できるという面がある。このうち、国民に選任されコントロールされているかどうかは、判断能力という点では、蓋然性にかかわる問題にとどまるだろう(包括的な政治的決断能力にかかわる)。また、責任を追及できるかどうかは、判断に慎重さをもたらす蓋然性のほか、事後的に責任追及することによって国民の精神的満足と今後の戒めを得る効果が期待できるとどまる(判断主体の決定に対する責任能力にかかわる)。結局、民主主義原理は、実質的根拠としては蓋然性にかかわるものにはかならないということになるだろう。

ところで、政治部門の行為が、この「通常の合法性の枠組みを超える可能性」のある場合、統治行為となりうることになるが、先に述べたように、「国家及び国民の安全・国家の基本的秩序に係る」こと、「法の支配が必ずしも貫徹されているわけではない国際社会が舞台である」こと、が前提条件となると考えられる。このような限定は、合理性を有するか。

通常の合法性を踏み越えてまで守らなければならないものとしては、「国家及び国民の安全・国家の基本的秩序」を想定するのが普通であろう。また、法の支配が必ずしも貫徹されているわけではない国際社会が舞台である場合は、合法性を堅持する理由が減少するだろう。

ただし、前者の国家及び国民の安全・国家の基本的秩序が問題となる場合でも、その重大性が考慮される必要があることはいうまでもない。また、特に後者の場合は、明確な基準を示すことは困難であるが、状況に応じて統治行為とするかどうか判断する必要がある。例えば政治部門の国際約束違反の行動が問題となつていならば、その国際約束の重要性、国際約束違反の行動を行う理由の重大性、そのときの国際社会の情勢、などを総合的に考慮する必要がある。

右のように考えると、以上の限定は相応の合理性を持つていえるといえるだろう。

## (2) 裁判所の判決自体が、重大な国政上の混乱を起こす可能性

次に、実質的根拠として、違憲・違法と判決すると国政に重大な混乱が起る可能性についてみよう。この根拠は、判断主体の判断能力とは直接かわりがなく、裁判所の判断の結果が引き起こすであろう事態にかかわるものである。確かに、裁判所が当該行為を違憲・違法と宣言することで、国政に重大な混乱を引き起こし、違憲・違法を是正する利益より混乱の不利益の方がはるかに大きいと想定される場合に、あえて違憲・違法であると拘束力を持つ形で判決するのは賢いとはいえない。国の部分的な法秩序を守るために、国家の根本的秩序を破壊することは、条理上許されないとはいえる。裁判所は、大害を避けるために小害を甘受するという観点から、このような要素が含まれる場合審査を控えるのである。そうすると、この実質的根拠を認める余地があるといえるだろう。

(3) 判断の基準となる明確な法規範が存在しないこと

判断の基準となるべき法規範がまったく存在しない場合(基準となる規範を裁判所が創造することができない、あるいはできないと考える場合を含む)は、判断権限のある機関に自由裁量が認められていると考えることができる。それでは、判断の基準となるべき法規範があることはあるのだが、その内容が不明確であるため、判断が困難な場合はどうなるだろうか。

基準となる規範が不明確な場合、本来、裁判所は、問題の解決に必要な範囲で規範を解釈しなんらかの基準を示す必要がある。実際、裁判所は、相当解釈が困難な条文でも、何らかの解釈を施し、条文の意味内容を必要な範囲で確定するというのが通常である。

ところが、統治行為に該当する可能性のある行為を審査する場合は、特殊な状況が生じることがある。当該行為を評価する基準となるべき法規範が不明確な場合、規範の解釈は解釈者によって異なるから、ある解釈者にとっては、政治部門の当該行為は基準内の行為で合憲・合法だが、別の解釈者にとっては、違憲・違法と解釈される可能性がある。このように解釈が割れる場合(あるいは解釈者が一人でも自分の中で迷うことはもちろんあるだろう)、裁判所は、統治行為であるから審査しないという形をとれば、どちらの解釈も選択しないという形をとることができる。具体的に例をとりながら考えよう。

苦米地事件の場合、憲法上、解散が合憲であるという解釈も十分成り立つ一方、当時、学説では違憲論も有力であった。また、裁判所内部で違憲論かあるいははっきり合憲とまではいきれないグレーゾーンであるというような意見があったかもしれない。そして、この事件の場合、仮に違憲だと判決すると国政に重大な混乱が起る可能性があるという前提が存在していた。したがって、もし解散が違憲であるという解釈をとるのなら、先に論じたように、統治行為であり裁判所の審査を免れる



という判断をするほかはない。このような状況において、裁判所内部で意見が割れている場合、どのように意見をまとめるのか。もちろん、合憲論が多数であれば合憲論をとることもできたはずである。しかし、合憲論での意見の集約が困難であった場合、裁判の効果としては合憲判断と同じこととなる統治行為論で処理したという可能性は否定できない。

百里基地訴訟第一審判決の場合でも、自衛隊の戦力が自衛の範囲を超えているかどうかを判断する明確な基準はないから、合法か違法かを判断するのは容易でなかった。また、仮に違憲・違法だと判断したとすると、今度は、統治行為の実質的根拠である、「通常の合法性を超える可能性」のある場合に該当する。そうすると、合法であると断定することも困難で、一方、違法という判断もだせないとなると、統治行為論で処理することが妥当ということになりそうである。

つまり、以下のような事情である。「通常の合法性の枠組みを超える可能性」あるいは「裁判所の判決自体が、重大な国政上の混乱を起こす可能性」にかかわる行為が問題になった場合、そもそも、違憲・違法と判決することはできない。そうすると、合憲・合法と判決するか統治行為論をとるという選択が残る。ここで、基準となる法規範が不明確であるために、当該行為が適法とも違法とも判断がつかねるような場合（裁判所内部の意見が割れる場合も含む）に、裁判所としての意見の集約が困難な事態が生じる可能性がある。また、自ら明確な解釈を示して、合憲・合法であると判決すると、後でその解釈を変更する事態になったり、政治的な紛争にかかわることになったりする可能性がある（もっともこれらは付随的な事柄であろう）。このような事態を避けるために、判決の効果の面では合憲・合法判決と同じことになる統治行為論をとり、裁判所としての意見を集約する可能性がある。逆に、基準に関する解釈が一致して、当該行為が合憲・合法と判断できるとするならば、単に合憲・合法の判決をだせばよい。<sup>(130)</sup>結局、統治行為とする判決の効果に着目し統治行為であると判決すると、基準となる法規範を解釈し無理に

判断を示す必要がなくなる。それゆえに、統治行為として処理する判決を選択する場合があるということである。

#### (4) 実質的根拠として考えられるものの相互関係の整理

ところで、「通常の合法性の枠組みを超える可能性」がある場合も、「裁判所の判決自体が、重大な国政上の混乱を起こす可能性」がある場合も、政治部門の行為が違憲・違法の可能性があるという点では同じであるし、両者とも違憲・違法と判決すると大害を引き起こす可能性があるから、結局両者を後者に還元して考えることができるようにも思われる。しかし、次の二つの点で両者は異なる。

ひとつは、統治行為と判断する原因が、前者は、政治部門の行為自体であるのに対し、後者は、裁判所の違憲・違法の判決から発生する事態であるという点である。

もうひとつは、すでに述べたとおり、前者の場合は、裁判の違憲・違法という判決が必ずしも大害を引き起こすとは限らないということである。政治部門の行為の目的が、国家及び国民の安全・国家の基本的秩序の維持の場合(例えば、その手段として安保条約の締結や自衛隊の創設を行う場合)、仮に違憲であると判決されたからといって、それがどのような結果を招来するのかはつきり予見できない。つまり、大害が生じるかもしれないし、生じないかもしれない。また、政治部門が外交上の利益のために行動するとき、すでにみたように、例えば軽微な条約の執行停止でも統治行為になる場合がある。このような場合、違憲・違法とする判決から大害が発生するとは想定しにくい。これに対して、後者の場合は、違憲・違法という判決が大害を引き起こす可能性が相当程度高い場合である。

ここで、統治行為とする判断の中核部分が何であるかを考えてみよう。前者の場合、判断の中核となるものは、政治部門の

合法性の枠組みを超える可能性のある行為について、裁判所が、自己の判断能力と政治部門の判断能力を比較した結果、その判断を政治部門に委ねた方がよいと考えて、統治行為論を採用する場合だと考えられる。もちろん、このとき、事例によっては大害の発生の可能性を併せて考慮することはありうる。一方、後者は、判断能力の比較というより、裁判所が、自己の判決がもたらす結果をもっぱら考慮した結果、統治行為論を採用する場合といえる。

このように考察すると、「通常の合法性の枠組みを超える可能性」という根拠と、「裁判所の判決自体が、重大な国政上の混乱を起こす可能性」という根拠は関係することもあるけれども、区別されるものであるとみるべきだろう。

また、以上の前二つの実質的根拠と三番目の実質的根拠の関係を別の角度から整理すると、統治行為論に基く判決が出されるべきときとして、当該行為が、違憲・違法であると考えられる場合か、あるいは、判断の基準となる法規範が不明確で適法とも違法とも判断がつかかねるような場合があることになる。ただし、後の場合は、「通常の合法性の枠組みを超える可能性」あるいは「裁判所の判決自体が、重大な国政上の混乱を起こす可能性」にかかわる行為が問題となっているという前提の下でのみ統治行為論の対象となることに注意すべきである。

## 二 形式的根拠

それでは、形式的根拠について考えよう。ここでの形式的根拠の有無とは、憲法典・制定法によって、裁判所に統治行為に対する判断権が付与されているかどうかの問題である。わが国の裁判所には、実定法上、統治行為に対する判断権が付与されているのであろうか。

この点、憲法第七六条は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」とし、これを受けて、裁判所法第三条は、「一切の法律上の争訟を裁判」と規定し、一般的な管轄権を裁判所に与えていて、特に統治行為を裁判から免れさせるような規定はない。また、憲法八一条は、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と定め、統治行為の合憲性が問題となったときについても裁判所の権限の制約は定められていない。ただし、「特別裁判所の禁止」と「行政機関による終審裁判の禁止」を除くと、裁判所の管轄を制限する試みを阻止するような条項があるわけでもない。

先にみたように(第三節一参照)、わが国の場合、憲法典に規定のある、国会議員の資格争訟と裁判官の弾劾裁判を除くと、司法権の行使する裁判の対象とならないものについて、憲法典上明確な規定があるわけではない。しかし、実際は、議会の立法・議事手続、内閣の閣議の手続や、国際法による裁判対象の制限、天皇に対する裁判の制限、などが、憲法典・制定法の特別の規定もないのに認められている。結局、憲法解釈をするときに、合目的立場から、憲法典の一般的な規定を柔軟に解釈し、十分説得的とおもわれる実質的根拠が提示されれば、先のような裁判の対象とならない類型が認められているのである。

このような解釈態度は統治行為の問題についても同様にはまるであろう。統治行為についての実質的根拠は先に論じたとおりであり、これが説得的であると考えらるならば、憲法解釈として統治行為が裁判から免れることが認められることになるだろう。

なおここで、民主主義原理は、判断の権限にかかわる形式的根拠にもならないと思われることを付け加えておきたい。すでに述べたとおり、民主主義的手続で直接・間接に選任されている政治部門の判断と、通常の法令等に比べて、より民主的な手

続で制定されている憲法典に従った裁判所の判断とのどちらが民主的であるかは一概にいえない。そうすると、憲法の基本原理である民主主義原理を司法権の限界に関する憲法解釈に持ち込み、場合によって、政治部門の判断を裁判所の判断に優越させようとする試みの根柢は、薄いものとなる。

(128) わかりやすい例をあげるなら、わが国では、一九七五年八月四日に発生したクアランプール事件や一九七七年九月二八日に起こったダック日航機ハイジャック事件で、犯人の要求に従い、「超法規的措置」ないし「超実定的措置」により、人質解放の条件であった服役または勾留中の者を釈放した事例がある。

(129) 参照、小嶋和司「解散権論議について——既成憲法学の盲点をつく——」〔小嶋和司憲法論集二 憲法と政治機構〕、木鐸社、一九八八年、所収 七一頁以下。

(130) 例えば、議員定数不均衡に関する訴訟においても、定数の配分が合憲だと裁判所が考えていたときには、審査の上、合憲判断を下していた（例えば、衆議院の議員定数の配分を違憲とした、最高裁大法廷一九七六（昭和五一）年四月一四日判決（衆議院議員定数不均衡事件）の第一審の東京高等裁判所一九七四（昭和四九）年四月三〇日判決・前出註（124））。そして、配分が違憲だと考えたときに、事情判決の法理を援用した（後出第七節一参照）。なお、もちろん、従来の定数配分が合憲であると考えていたことに問題があることはいうまでもない。

## 第六節 条約締結と裁判による審査

ここでは、本稿の主題である条約締結から終了に至る手続・行為について個別にみていこう。

一 条約の内容。フランスでは、議会にかかる条約に対しての、憲法院による事前審査は認められている。これに対して、

行政裁判では、条約の取消を求める越権訴訟は認められておらず、国家賠償の形での訴訟だけが認められている。これに対して、わが国では、基本的には裁判所による条約内容の事後的な審査が認められている。ただし、「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有する条約」の内容の審査については、変形統治行為論を採用している。

この「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有する条約」について、裁判所はどのような態度をとるべきであるのか。すでに述べたように、国家及び国民の安全・国家の基本的秩序が脅かされているようなときこそ、政治部門は通常の合法性の枠組みを超えた判断をする可能性があるわけである。このとき、砂川事件判決(第三章第一節<sup>(131)</sup>参照)で述べられている「一見極めて明白に違憲無効である」ような決定をする可能性も否定できない。通常の訴訟であれば、「一見極めて明白に違憲無効」であれば、違憲判決をだすのが当たり前である。しかし、このような場合、合法性の枠組みの中でしか判断できない裁判所が、限られた場合(「一見極めて明白に違憲無効である」場合)にしても、判断可能であるとするのは、もつとも判断すべきでない場合に判断することになるのではなからうか。また、このような場合、国家機関が正常に機能していないとも考えられるから、司法審査だけが機能すると考えるのは机上の空論とも思われる。このように考えると、変形統治行為論は否定されるべきであり、国家及び国民の安全・国家の基本的秩序にかかわる条約、すなわち「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有する条約」については、通常の統治行為論によるべきであろう。

なお、条約の取消・無効を求める訴訟ができない場合でも、フランスのように、国家賠償・損失補償を求める訴訟が認められる可能性については、次節で論じたい。

もうひとつ、フランスの行政取極については、審査できるという積極的な条文もないが、審査できないという理由もない。手続について審査できるとしたことから、今後の展開が注目される。

二 条約の交渉。条約の交渉のとき、わが国の代表の交渉内容が、国民に不利益を与えるような内容であった場合に、訴訟が可能かどうか。これについては、すでに論じたとおり、条約が締結された以上、条約自体の違憲性を争うのが筋であろう。

三 条約の締結手続。これについては、議会の承認を経ているかどうかという問題と、議会の承認手続を行なったとき、その手続に不適法な部分があったかどうかという問題がある。前者に関しては、現在では、フランスでもわが国でも裁判所が審査できるという立場をとっている。また、後者については、フランスでは憲法院が審査できると考えられる。わが国では、今のところ裁判所は審査していないが、審査しない理由は、統治行為という理由ではなく、議院の自律権という理由で説明されている。もっとも、この自律権の範囲に議論があることはすでに触れたとおりである。

四 条約締結の決定自体。これについては、フランスでは、執行権の完全な裁量的行為であると捉えられている。わが国では、はっきりとした見解が示されたことはないが、フランスと同様であると思われる。なお、フランスでは、これを統治行為とみる見解もあるけれども、先に述べたとおり、少なくともわが国では、単なる自由裁量とみるべきだろう。ただし、決定手続については、裁判所の審査が及ぶ可能性があるだろう。

五 条約の公布。フランスでは、条約が公布の要件を満たしており国内的に有効であるかどうかは、裁判所が審査できるとされている。わが国では実例はないが、法律の場合を類推すると、裁判所の審査が及ぶと考えられる。ただし、フランスでは、公布をすることがどうかの決定自体は統治行為であるという判例がある。これについては、少なくともわが国では、後に述べる例

外的な場合を除けば、裁判所が審査できると考えるべきであろう。

六 条約の解釈。この点、フランスでもわが国でも、フランスの破毀院刑事部を除くと、現在は裁判所が条約の解釈をできるとされている。

七 条約の執行。条約を執行する国内措置については、フランスでは、条約自体から切り離しうるものとみなされ、裁判所により審査可能とされている。また、わが国でも司法審査可能であるとされている(後出第七節三参照)。

八 条約の留保・改正。留保につき、フランスでは統治行為であるとする見解がある。しかし、これについては、単なる自由裁量と解釈できるだろう。これに対して、わが国では、国会承認条約に留保条項がない場合は、留保についても国会承認が必要と解されており、裁判による審査が可能であると思われる。条約改正についても、改正の授權規定がない国会承認条約については、改正にも国会承認が必要と解されるので、裁判所の審査が及ぶものと考えられる。

九 条約の終了・運用停止。フランスでは、事情の根本的な変化による条約の運用停止、条約の終了は、統治行為と考えられている。わが国では、旧憲法下で、条約の運用停止につき裁判所が審査した事例がある。しかし、この判例の射程は明らかではない。むしろ、条約の運用停止・終了は、先に見たように、(1)現実の国際社会では法の支配が貫徹されているわけではないという状況のもとで行なわれる、(2)場合によっては合法性の枠組みを超える可能性がある、という要素を含むことから、統治行為であるとみるべきだろう。

一〇 共通の問題。以上で、裁判所による審査が可能であるとされた事項でも、国家及び国民の安全・国家の基本的秩序に重大な影響を及ぼすケースでは、例外的に統治行為となる可能性が全くないとはいえないだろう。国家の安全と秩序に重大な



影響を及ぼす秘密協定などの公布をすらかどうかの決定の場合のほか、条約の承認手続、条約の解釈、条約の執行などでも、統治行為が認められる余地が全くないとは言いい切れない。

(131) 札幌高等裁判所一九七六(昭和五二)年八月五日判決(長沼ナイキ基地訴訟控訴審) 行集二七卷八号一一七五頁も参照。

## 第七節 統治行為論の方向性

最後に、統治行為の今後の方向性と付随的論点について考えよう。

一 第一に、統治行為の範囲と裁判の拘束力の問題をとりたい。先にみたように(第三節一参照)、裁判の要素として、判決の拘束力が挙げられている。これを厳格に解釈して、当該事件そのものを法的に解決しその判決が拘束力のあるものとしなければならぬとすると、外国でみられる違憲性確認判決や、わが国の「事情判決の法理」による判決も、本来的な裁判とはいえないことになる。

しかし、これを柔軟に捉え、問題解決の核心的利益は、当該事件の解決によってではなく、将来の是正によって獲得できるとみるならば、これらの判決も一応、裁判権の行使であるということもできるかもしれない。最高裁大法廷一九七六(昭和五

二) 年四月一四日判決(衆議院議員定数不均衡事件)<sup>(132)</sup>は次のように述べている。

「憲法九八条一項は、『この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。』と規定している。この規定は、憲法の最高法規としての性格を明らかにし、これに反する国権行為はすべてその効力を否定されるべきことを宣言しているのであるが、しかし、この法規の文言によつて直ちに、法律その他の国権行為が憲法に違反する場合に生ずべき効力上の諸問題に一義的解決が与えられているものとすることはできない。憲法に違反する法律は、原則としては当初から無効であり、また、これに基づいてされた行為の効力も否定されるべきものであるが、しかし、これは、このように解することが、通常は憲法に違反する結果を防止し、又はこれを是正するために最も適切であることによるのであつて、右のような解釈によることが、必ずしも憲法違反の結果の防止又は是正に特に資するところがなく、かえつて憲法上その他の関係において極めて不当な結果を生ずる場合には、むしろ右の解釈を貫くことがかえつて憲法の所期するところとなるのであり、このような場合には、おのずから別個の、総合的な視野に立つ合理的な解釈を施さざるをえないのである」。

そうすると、統治行為を認める実質的理由が、違憲・違法と判決すると国政に重大な混乱が起ころうという場合であれば、事情判決の法理のような手法をもちいると混乱を回避することができるので、裁判所も判断主体となりうるのではないか。<sup>(133)</sup>そして、このような手法を認めるならば、統治行為を認める実質的根拠のうち、違憲・違法と判決すると国政に重大な混乱が起ころうというものを考慮する必要が乏しくなる。

一方、もうひとつの実質的根拠である通常の合法性の枠組みを超える可能性の場合は、事情判決の法理のような手法が使え

るとは限らないだろう。というのは、国家及び国民の安全・国家の基本的秩序が問題となつているとき、当該行為の効力を維持しても、その行為の違憲・違法を宣言すること自体が害をもたらす可能性もあるからである。例えば、自衛行動を行なつているとき、仮に裁判所が、当該措置を違憲・違法であると宣言したとすると、国民や政府内部に混乱をもたらし、国民や関係諸機関の必要な協力が得られなくなるなど敏速な行動が阻害される可能性がある。結局、このような手法は、状況に応じて考慮すべきものであり、万能ではないと考えられる。

二 次に、政治部門の統治行為の取消・無効（および訴訟の前提問題としての審査・違法性の抗弁）は認められなくても、国家賠償あるいは損失補償という手法でなら、裁判できる余地はあるかという点について論じよう。政治部門の行為を裁判で争う方法としては、行為の取消・無効を求める訴訟（および訴訟の前提問題としての審査・違法性の抗弁）のほか、行為から生じた損害について国家賠償あるいは損失補償を求める訴訟を考へることができるとして、フランスの例など（第二章第一節二参照）を考へると、行為の取消・無効を求める訴訟（および訴訟の前提問題としての審査・違法性の抗弁）に対しては、裁判の審査を免れるとしても、国家賠償・損失補償については、裁判所による審査の余地があると考えられる。<sup>(134)</sup>

この点に関し、ジュエズはすでに、公の負担の前の市民の平等の原理により、行政に無過失責任を帰することが可能であるから、統治行為に関しても、統治行為による犠牲者に対して賠償するべきであるし、そうしても統治行為は取り消されるわけではないので、統治行為の合法性は維持できると説いていた。<sup>(135)</sup>

また、わが国でも、自衛隊とアメリカ軍の航空機の騒音が問題となつた、横浜地方裁判所一九八二（昭和五七）年一〇月二〇

日判決(厚木基地訴訟第一審)<sup>(136)</sup>は、「仮に侵害行為が高度の政治性を有する条約等に由来する行為であり、いわゆる統治行為に属するものであるとしても、国民の中の限られた一部の住民にのみ受忍すべき限度を超えた被害を及ぼしていると認められる場合には、法の根本原則である衡平の観念に照らして、かような侵害行為は違法であるとの評価を受けざるをえず、被害を受けている一部住民が救済されなければならないことは当然である」とし、損害賠償請求(国家賠償法二条一項によるもの)を適法として<sup>(137)</sup>いる。

ただし、国家賠償の場合、わが国の国家賠償法一条一項によると、行為の違法性のほか、行為者の故意・過失が要求されるので、統治行為とされるような行為について国家賠償が認められる可能性は限定される。よって、むしろ、フランスにおいて「公の負担の前の平等」という原理で説明されているように、公共のために個人が犠牲になったと捉え、損失補償のような方向で個人の救済を図る方向が検討されるべきであろう。

このようにみていくと、そもそも、この国家賠償・損失補償を請求する訴訟は、統治行為を理由として裁判を免れるべきものなのだろうか。ジュエズも指摘しているように、このような訴訟では、行為の取消しや無効を求めるものと異なり、政治部門の行為自体は維持できる。また、このタイプだと、統治行為となった問題が終了した後、ないし社会状況が危機的状态からノーマルな状態になった後に、つまり、事後的に訴訟を行える。こうすると、判決の国政に対する混乱や影響等は比較的少ないと思われる。結局、このような訴訟で、政治部門の行為により特別に不利益を被った者を救済しようとする場合は、統治行為として裁判を免除する必要は通常ないのではないかと考えられる。そうすると、統治行為の前提的理解を一部修正すべきことになろう。

三 第三に、統治行為となる政治部門の行為の下でとられる個別的措置についても、統治行為となるのか、それとも必ずしも統治行為とはならず、裁判の審査の対象となりうるのか、という問題を取り上げよう。わが国では、個別的措置は裁判の審査の対象とされている。例えば、砂川事件<sup>(138)</sup>、那覇市軍用地訴訟<sup>(139)</sup>などで、個別の法令・処分が審査の対象となっている。これらの事例では、個別の法令・処分は、もととなる統治行為に基くものであるが、両者一体とまではいえないものだった。ゆえに、個別的措置が無効・取消しとされても、その原因を除去してやり直せばすむか、他の代替的方法が考えられる場合であった。このような場合は、個別的措置を審査することに格別の障碍はないであろう。フランスの場合、例えば条約については、かねてから「切り離しうる行為の法理」によって、個別的措置が審査されてきたことはすでに論じたとおりである（第二章第七節参照）。結局、わが国でもフランスでも、個別的措置は基本的には審査できるとされているのである。

四 第四に、国際法・国際組織の発展により、統治行為の範囲が狭くなる可能性があるかという点について触れておこう。条約の運用停止のところでも述べたとおり、条約の運用停止が統治行為であるとされるのは、①現実の国際社会では法の支配が貫徹されているわけではないという状況のもとで行なわれる、②場合によっては合法性の枠組みを超える可能性がある、という要素からなる理由に基づく。ここで問題なのは、①の、「現実の国際社会では法の支配が貫徹されているわけではないという状況」である。この状況があることによって、現実には、政治部門の国際法違反の行為が生じやすく、また、裁判所も、国家及び国民の安全・国家の基本的秩序に関わる行為とは必ずしもいえない行為についてまで、統治行為として認める余地が

大きくなっていると思われる。したがって、国際法・国際組織の発展により法の支配が貫徹されるようになるならば、それに従い、統治行為として認められる行為も縮減されようと考えられる。

##### 五 最後に、簡単にまとめをしておきたい。

統治行為の決定的と考えられる実質的根拠として、「通常の合法性の枠組みを超える可能性」という根拠、「裁判所の判決自体が、重大な国政上の混乱を起こす可能性」という根拠が考えられる。また、これらの状況を前提として、「判断の基準となる明確な法規範が存在しないこと」が統治行為の根拠となる場合がある。

これを、別の言い方でいえば、第一は、裁判所の作用からみた「本来的な内在的制約」によるものであり、第二は、裁判所の「違憲・違法判決の予想される結果に由来する自制」によるものであり、第三は、裁判所の「統治行為とする判決の効果を利用した自制」による判断の留保であるといえよう。

この三つは、相互に有機的に関連して、統治行為の根拠を形成していると考えられる。統治行為という現象は、単一の根拠だけではすべてを説明できないものであり、多元・複合的に根拠を見出していかなければならない。そして、結局、統治行為とされる可能性がある場合は、明らかに合憲・合法の場合は統治行為とする必要がないはずだから、裁判所が当該行為を違憲・違法と考えるか、適法とも違法とも判断がつかかねると考える場合である。

また、統治行為の範囲は結局、以下の場合にほぼ限られるだろう。「国家及び国民の安全・国家の基本的秩序に係る」ときか、あるいは「法の支配が必ずしも貫徹されているわけではない国際社会が舞台」であるときで、「通常の合法性の枠組

みを超える可能性」のある場合。このような場合としては、国防、大災害などの国家の安全保障に関係する場合と外交の場合が想定される。「裁判所の判決自体が、重大な国政上の混乱を起こす可能性」がある場合。このような場合としては、議会の解散等の国家機関の相互作用などが想定される。

ただ、このように統治行為を相当限定された場合に限って認める立場でも、特に通常の合法性の枠組みを超える可能性を根拠に統治行為を認めるときには、結果的に、政治部門による人権侵害などの権力の濫用を容認することになるのではないか。しかし、どのような状況であつても最大限に国民の福利を考慮して行動する政治部門の人間を選任する責任は、民主的な国家にあつては、国民にあるといえよう。

本稿では、具体的事例の検討は、基本的に条約関係に限られ、また研究対象とする国もわが国とフランスに限定したために、統治行為論を全体的に論ずるにはやや事例検討が不足していると考えられるが、理論面を含めて、一応の最小限の考察は果たせたのではないかと思う。

【付記】 二〇〇八年七月三日にフランス憲法はかなり大きく改正された。特に、法律の規定が憲法典の保障する諸権利ないし自由を侵害していると主張された場合に、憲法院は、コンセイユ・デタあるいは破毀院からの移送により、当該問題を付託されうるとする条項（憲法第六一条の一）が追加されたことは本稿の主題・内容にかかわる可能性がある。しかし、本稿は、この条項追加を含む憲法改正の前の状態を前提に書かれたものであることをお断りしておく。

- (132) 民集三〇卷三号二二三頁。
- (133) 参照、外間寛「統治行為」について」公法研究四一号（一九七九年）一九七頁。
- (134) なお、参照、雄川・前出註 (125) 一一五―一二六頁。
- (135) Duez, *supra* note 1, pp. 176-178.
- (136) 民集四七卷二号六四三頁（七八五頁以下）。
- (137) ただし、この判決では、自衛隊とアメリカ軍の航空機の運行を統治行為に属するものとみているようにも思われるけれども、航空機の運行は、統治行為そのものではなく、それに基いた個別的措置（後出三参照）をとるべきように思われる。なお、東京高等裁判所一九八六（昭和六一）年四月九日判決（厚木基地訴訟控訴審）民集四七卷二号六四三頁（一二三二頁以下）、最高裁判所一九九三（平成五）年二月二五日判決（厚木基地訴訟上告審）民集四七卷二号六四三頁で、飛行場の設置・管理（航空機の運行）を統治行為そのものとみているのか個別的措置とみているのかは不明である。ただし、損害賠償請求自体はいずれも適法としている。
- (138) 東京地方裁判所一九六一（昭和三二）年三月二七日判決（砂川事件差戻第一審）判例時報二五五号七頁。
- (139) 那覇地方裁判所一九九〇（平成二）年五月二九日判決判例タイムズ七二七号一一八頁。