

## 権力分立論の史的考察（二）

その他のタイトル	The Theory of the Separation of Powers its Historical Speculation (II)
著者	藤本 豊嗣
雑誌名	關西大學法學論集
巻	14
号	2
ページ	181-212
発行年	1964-07
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/00027596">http://hdl.handle.net/10112/00027596</a>

# 権力分立論の史的考察 (二)

藤 本 豊 嗣

## 目 次

- 一、 は し が き
- 二、 モンテスキューの前任者(十三卷三号)
- 三、 モンテスキューの権力分立論
  - (一) モンテスキューとイギリスとの関係
  - (二) モンテスキューの理論とその反論
  - (三) 各国に対する影響と最近の動向(以上本稿)
- 四、 モンテスキュー以後の権力分立論
- 五、 あ と が き

## モンテスキューの権力分立論

### (一)

これまでアリストテレスをはじめ、聖トーマス、ボードン、ホッブス、ロック等々の権力分立論についてみてきたのであるが、権力分立の優れた公式を見出すためには、何といってもモンテスキューを挙げなければならないのである。

り、また、この理論に関しては、モンテスキューの名は厳然としてその座を確保しているのである。

モンテスキュー (Charles de Secondat de Montesquieu, 1689-1755) は、一六八九年一月一八日にボルドー近郊のラ・ブレード館で法服貴族の子として生まれ、一七〇八年ボルドー高等法院弁護士、一七一四年同院判事 (Conseiller au parlement du Bordeaux) 一七一六年同院院長 (président à mortier) を歴任した。これらの職にあって、彼は非常な勤勉家であり、立派な役職者であった。それと同時に「私は書物を著す奇癖がある。」と彼自身云っているように、彼は、その間においても常に学問上の機会をもつことを心掛けていたようであり、同年 (一七一六年)、ボルドー科学アカデミー (Academie de Bordeaux) に入り自然科学を研究している。彼の処女作「ペルシャ人の手紙」(Lettres Persanes, 1721) は、絶対王政下の政治社会を鋭く風刺した全く無名のものであったにもかかわらず好評を博し、彼の文名を高める結果となった。また、この時、自由を好んだモンテスキューは、旅行することを思い立った。その動機というのは、Lettres Persanes が成功したので、未だ見たこともない国についての書物を書き続けようとしたことであるが、彼の大志・非常な好奇心・知的誠実さという性癖から、その啓蒙しようとする大きな主題に近づく前に、その準備の不十分であることを感じ、それを補うために、数年の長期旅行を企てたのである。この旅行には可成り調子の狂った旅程がくまれている。モンテスキューは、先ず最初に、ウィーンに行き、次にハンガリーを訪れ、ロンバardia平原、ミラノを通過してヴェニスに戻り、フローレンス、ローマ、ナポリを訪ね、続いてヴェロナまで半島を遡った。そこからアルプスを横断してインスブルグに行き、インスブルグからライン河を船でオランダまで行き、オランダからチェスターフィールド卿のヨットでイギリスに渡っている。このチェスターフィールド卿との出会いがモンテスキューのイギリス観に重要な役割を果たしたことについては後に述べよう。このように、一七二八

年から二九年に互って欧州を旅行し、一七二九年から三一年までイギリスでその社会を研究した。帰国後、ラ・ブレード館に閉じ籠り、旅行で得た体験を整理するための仕事にとりかかった。その間にも、楽しみの一つとして、マダム・デイフォン、マダム・ゲフェリン、マダム・テンシン等々のパリ在住の友達を訪ねている。彼は、一七三四年に「ローマ人盛衰原因論」(Considérations sur les causes de la grandeur et de la décadence des Romains)と云ふり論文を、一七四八年に彼の代表作「法の精神」(l'Esprit des Lois)を、さらに「一七五〇年には「法の精神」を補足する論文として「法の精神の擁護」(Défense de l'Esprit des Lois)を公刊している。しかし、彼もこの時には既に六十過ぎになっていたのであり、この仕事は極度に彼の健康を衰弱させ、一七五五年二月一〇日に、いつもの通り旅行をしている時、肺炎のためパリでその生涯を閉じた。<sup>(註1)</sup>

前述したように、モンテスキューは、一七二九年一〇月にイギリスに遊学しているが、この時期にはフランスとイギリスとの間の学問上の関係が緊密であって、殊に、ヴォルテール(Voltaire 1694~1778)やモンテスキューによる影響が大きかったことは見逃し難い。当時のイギリスは、ボリングブローック、コリンズ、シャフツベリイ、マンドヴィル、ヒューム、ジェームズ・ミル、ブラックストーン、ベンタム等々の学者が輩出し、革命的理論を提唱していた時期にあたり、これらの理論が、フランスにおいて実践的効果をもちつつあった時であった。<sup>(註2)</sup>モンテスキューは、丁度このよい時期にでて、フランスとイギリスとの架橋をなす役割を果たしたといえよう。同時に、モンテスキューをして彼のイギリスに対する観察を非常に容易にしたのは、何ととってもチェスターフィールド卿という優れた指導者に師事することができたこと、イギリスの政治精神に殊に感心の深かったモンテスキューが、その精神の生来の強壮さとイギリス諸制度の歴史的研究を有りの儘になすことによって、ヴォルテール以上に、フランスのためにイギリスか

ら有益な収獲を得ることに努力したこと、また、一八世紀哲学の形而上的悪癖を完全に忌避し、同様に、非宗教的革命的無分別を避けることにより、そこから自己の結論を得ようと努力したことによってである。このようにモンテスキューは、イギリスの制度や風習を鋭く観察してはいるが、モンテスキューが影響を受けたのは特に公法の分野においてであり、この分野において、イギリスの政治的特性を觀念としてではなく、現実のものとして把握したのであり、<sup>(註3)</sup>このような観点にたつて、イギリス憲法上の多くの機構を称讚し、そこから自由な統治形態を収得したのであって、この意味で、イギリスに関する「法の精神」の各章は、歴史上の地において発見された非常に意義深きものと云えよう。

それではモンテスキューが称讚した自由な統治形態というのはイギリスではどのようにして発展したのか。理論上、イギリスでは、伝統的に、国家理論として混合政体論が開かれ、半田教授も述べられているごとく、<sup>(註4)</sup>ブッシュヤナン、ペニントン、ハリントン、ニダム、シドニイ、テンブル、ロック、ボリングブローク、ブラックストーン等々の権力分割論の果した役割は大きい。しかし、モンテスキューをして、この一般原則の発見にまで導いたのは、彼が発展させたものに類似すると惟われる原則をイギリスにおいて学んだ以上に、実際には、当時のイギリスの政治情勢の影響によるところが大きかったと云える。それは、イギリス国民の代表者たる議会議員による国王の権力の制限を目的として、イギリス議会在国王の権力に対してなした一世紀にも互る争いの産物であったのであり、この結果、殊に一六八八年の名譽革命以後、神権論(Dogma of Divin Right)はイギリスの政治から永久に消滅したのであり、国王と議会との間の権限の分割すなわち立法権と行政権との間の権限の分割がなされ、権力の均衡が或る意味で確立されたのである。そして、このような権衡が急速に現実化された丁度この時期にモンテスキューがでて、イギリスの制

度を基礎として自己の研究を進めたのであり、この基礎の上に「法の精神」の中で述べている一般的理論の抽出にまで結晶させたのである。

或る意味においてブッシュヤナンはじめ、ロック、ボリングブローク、ブラックストーン等の一連の系譜に属すると看做されるモンテスキューは、したがって、混合政体の賛成者であった。彼によれば、民主政治と独裁政治はその性格から決して自由な状態とはいえないのであり、政治的自由は抑制された政治においてのみ見出されるのであるが、それは常に抑制された状態にあるものではなく、権力が濫用されない限り政治的自由は危険に曝されることはない。

しかし、権力をもつすべての者が権力を濫用することは、過去の経験から避け難い事実であるから、権力を濫用し得ないようにするには、物の定め(disposition des choses)によって、権力が権力を拘束することが必要である。<sup>(註5)</sup>

に権力の限界が見出される。そして、このためには、権力を混合する必要があり、権力を規整する必要があり、権力を鎮める必要がある。謂わば、権力自体に重荷を与えることであり、権力に対して抵抗することのできる状態を与えておくことである。しかも、このような政治的自由を増大する秩序を確立するためには、君主の活動、貴族の活動、

人民の活動における混合政体(government mixte)を確信し、それらが相互に自制するものとして考えることが最も妥当であるということになる。<sup>(註6)</sup>要するに、モンテスキューによれば、すべての人間が権力をもつということは誤

りであって、人間が自己の限界を見出すまではすべての人間が権力をもっていたのであるが、その有する権力を濫用しないようにするために物の定めによって権力が権力を拘束する必要を生じたのであり、一の国家において、それが一人の間であらうと一の団体であらうと、唯一の権力者の掌中にまですべての権力が結集した場合、政治的自由は危険に曝される。すべての権力を同時に持つ人間あるいは政治的団体があり、それ以外にその人間または政治的団体

のもつ権力を制限する何等の権力がない場合、それらのものは無限の権力を有することになり、しかも、無制限なる権力のすべてがもつ危険性は、市民の極端な圧迫にまで通ずるといのである。この危険を避けるためには、先ず権力機構 (Organisation des pouvoirs) の基礎づけが必要であり、公権威を多くすることによって、または、主権を種々の帰属主体にまで分割することによって、相似た権威の有する権力による各々の権威の権力の相互制肘をすることが必要であり、このことによつてのみ各権威の過激な権力の掌握を制限することができる<sup>(註7)</sup>と考へたのである。

民主主義者というよりもむしろ自由主義者であつたモンテスキューは、イギリスこそ自己の理想とする自由な国家とみたのであるが、彼の指向した自由は、あくまでも「制限された自由」であつて、それは決して「哲学的自由」ではなかつたのである。モンテスキューにしたがえば、どの国家にも自存という「一般目的」(Objet générale)とは別の「特殊目的」(Objet particulière)なるものがあつて、政治的自由もこの特殊目的の一種であり、それは、法の許容する範囲内においてあらゆることをなし得る権利であると考へた。しかし、この政治的自由も種々に理解されている。すなわち、マルベルは、三権分立の原則は、市民の自由を保護することを目的とすると同様に、国家の権威そのものの自由を確保することをその目的としているのであつて、この場合、その相互関係としてみられなければならない<sup>(註8)</sup>。したがつて、権力の行使も市民の自由を確保すると同時に国家の権威そのものの自由をも確保するものでなければならない<sup>(註8)</sup>と述べて、治者の自由と被治者の自由の相互的保障であるとしているのに対し、清宮教授は、マルベルよりも狭く解され、モンテスキューは民主主義者というよりは自由主義者である。その所謂「政治的自由」は治者の自由とか国家への自由または民主主義的自由とかいわれる「参政権」を意味するのではなく、被治者の自由とか国家からの自由または自由主義的自由といわれる「市民的自由」に関するものであるとされ<sup>(註9)</sup>、さらに一円教授は一層限定

的に解されて、モンテスキューの三権分立を自由主義的であるといつても、それは当時のフランスにおける君主制国家体制の下における自由であつて、国家からの自由や国民主権的な自由ではないとされて、<sup>(註3)</sup> 特定の国家における、特殊国家体制下の自由であると理解されている。このように、モンテスキューの「政治的自由」の概念も、なんら統一的なものとして把握されておらず、そこには種々な見解が生じているのである。

註① Marcel Prétot: Histoire des Idées politique, 1959 p. 386 f.

② Saint Girons; Essai sur la séparation des pouvoirs. 1881 p. 92.

③ この点に關して、イェリネックは、モンテスキューの「イギリスは、現実のイギリスとしてではなく、イギリスが政治的自由を実現して英國の典型として扱つてゐるべきである」とする。(G. Jellinek; Allgemeine Staatslehre 1922, S. 603) 果た、メルキーク・マッヒンヤ、モンテスキューのイギリス論は「イギリスの政治の歴史」(B. Mikine Guetzvitch; Revue internationale de droit comparé. Bd. 75 1952 p. 207, Max Imboden, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung 1959 S. 4) 果た別の面から「モンテスキューはイギリスの政治について誤解してゐる。しかし、モンテスキューによつて、その読者の殆どがその誤りを氣ひつてゐる」と、水木教授も「彼は、イギリスの制度を基礎にその理論を打ち立てたのであるが、それは誤解に基いてゐる」(水木惣太郎著「基本的人権」二九六頁)とされる。

④ 半田輝雄教授「権力分立論から権力分割論へ——序説」公法研究三号八二頁。

⑤ 一円教授は、モンテスキューはその権力分立論において、立法部は相異なる見解と利害關係をもつ集團である庶民の代表者によって構成される部分と貴族団との二部分から構成される「既制を主張してゐるが、この立法部自体の中に民主政と貴族制との混合政体的要素が存在するとされてゐる。(一円)一徳教授「三権分立」綜合法学一九六一・八月号、三二二頁)から「モンテスキュー、Montesquieu, subdivisant sa pensée, présente successivement trois combinaisons comme étant de nature à assurer dans un ordre croissant la liberté politique, savoir le gouvernement mixte, dans lequel l'action du monarque, celle de l'aristocratie et celle du peuple, se moderent réciproquement" (Fuzier-Herman; La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et la droit constitutionnel comparé 1880 p. 281) と解してゐる。

⑥ Montesquieu; l'Esprit des Lois 1748 liv. XI, ch. VI; E. Forsthoft; Einleitung "Vom Geist der Gesetze" 1951 Buch XI, Kapitel VI

⑦ Carré de Malberg; Constitution à la théorie générale de l'État t. II, 1922 p. 5.



⑧ 'L'Etat' La doctrine de Montesquieu se rattache donc essentiellement au system de l'Etat de droit. Cependant, par la force des choses, cette doctrine, bien que visant principalement à sauvegarder la liberté civil, implique aussi certaines dispositions à prendre, en vue d'assurer la liberté des autorités publiques elle-mêmes ... (Malberg; ibid, p. 8)

⑨ 清宮四郎著「権力分立制の研究」四二頁。

⑩ 一円一億教授前掲書三三頁。

(二)

すべての国家には三種の権力がある。すなわち、立法権、万民法に関する事項を執行する権、市民法に関する事項を執行する権がこれである。立法とは、暫定的あるいは恒久的な法律を制定し、現行の法律を変更し、それを廃止する作用である。この第一の権力である立法権は、立法権以外のすべての権力である執行権に対立する。そして、この執行権は、「媾和あるいは戦争をなし、大使公使を派遣接受し、安全を確保し、外敵の侵略に備える権」たる「公の議決を執行する権力」である現在の行政権に相当する「国家の執行権」(puissance exécutive de l'Etat)と「犯罪に対して処罰を科し、個人の争訟に対して判決を与える権力」たる「裁判権」に分けられる。この場合、第二の権たる国家の執行権は、ロックの同盟権 (federative power) にほぼ一致するものと看做される。このように解すると、この権力は国内治安の維持を除いて、主として対外関係を規定してあるのであって、この意味で行政機構の本来の語義にまで定義づけられていないと見るべきであるが、このような定義上の欠点はあるにしても、この第二の権力を国家権力のうちの立法権と裁判権以外のすべての権力すなわち現在の行政権に相当するものと解するのが妥当であろう。<sup>(註12)</sup>

このように彼は、その権力の区別において、立法権以外の権力をすべて執行権として立法権に対立せしめ、この広義の執行権をさらに狭義の執行権たる「国家の執行権」と裁判権とに一応区別はしているが、その内容については種

々の批判がなされている。例えば、マルベルは「……モンテスキューに対する非難というのは、行政機能 (fonction administrative) の定義に関して詳述していない点である。」<sup>(註13)</sup>とし、また、ダニングも「租税の賦課徴収、道路の敷設、貨幣の鑄造など重要な作用が分類から漏れることになる。」<sup>(註14)</sup>として、執行権の説明不足を指摘しているのである。裁判権の内容に関し、サン・ジロンは「裁判権に関するモンテスキューの考えは不完全なものであると思う。これは純粹且つ單純なアテネの体系にまで帰するものである。偏見、不智、金次第でどうにでもなるというのは人民裁判 (Juridiction populaire) の慣行的欠点である。……モンテスキューは、古代ギリシャの広場 (Agora) を蘇生させるためにイギリス憲法から自己を遠ざけたのである。」<sup>(註15)</sup>とし、さらに、デュベルジェは、ロックやモンテスキューが、執行機能と司法機能との明確な関係を定義づけているのは興味深いことであるが、彼等は立法機能を本来の語義にまで定義<sup>(註16)</sup>していない。立法機能が「法律を制定すること」にあるというのは一の類語反復 (tautologie) であるに過ぎないと述べて、この形式的区分の欠点を補充してそれを完成させたのはルソーであるとしている。このように種々の難点はあったにしても、彼が熱心に論述しようとしたのは、権力の分割と同時に異った機能担当者間に機能の行使を分割しようとする実践的分立 (separation pratique) の見地に立って国家機能を弁別しようとしたことであり、かかる前提の下に、国家機能の行使に際して、各機関間の調整をはかる必要があることを強調していることからして、それは恐らく、三つの国家意思を意図した分割論というよりも、国民の自由を獲得する手段として、できるだけ権力機構を多くすることによって、それらの間で権力の調整をなさしめようとする三つの機関意思にまでの分割すなわち権力の有機的分立 (separation organique des pouvoirs) を意図したのではなかったかと考えられる。というのは「法<sup>(註17)</sup>の精神」の中では、separation des pouvoirs という表現はあまり使われてはおらず、その理論は「法の精神」

の全体から判断する外はないのであるが、彼が主として述べようとしたのは、国家権力と人民の自由との關係すなわち、「同一人の掌中に、あるいは、同一団体の掌中に、立法権と執行権が集中するとき、そこには少しも自由がない。なぜなら、その場合（例えば、君主またはセナートが立法権と執行権を併有する場合）には、独断的な執行をするために独断的な法律を制定する恐れがあるからである。さらに、もし裁判権が立法権や執行権から分離されないならば、そこには少しも自由がない。もしも、裁判権が立法権と結合する場合、その権力は市民生活や市民の自由を専断的に処置することができるのであり、その場合には裁判官は立法者たり得るからである。もし、裁判権が執行権と結合すれば、裁判官は压制者たるの力をもち得る。もし同じ人間あるいは貴族とか人民の同一団体がこの三権力を行使するならば万事休することになる。」<sup>(註18)</sup>と述べて、前述せるごとく、人間が自己の限界を見出すまで、すなわち、自然の状態においては、すべての人間が権力をもっていたが、その権力を濫用しないようにするために、物の定めによって権力が権力を拘束する必要が生じた。しかし、この理論を徹底的に押進めると専制体制(Régime autocratique)あるいは絶対的権力体制(Régime du pouvoir absolu)にまで通ずる怖れがあり危険である。この危険を回避するためには、権力機構の基礎づけをしっかりとし、国家権威を多くすることによって、各々の権威のもつ権力の相互制肘をなし、それによって、各権威が過大な権力の掌握をすることのないようにそれを制限しなければならぬ。そして、この問題を解決するためには、国家機能を三機能(trois fonctions)すなわち立法機能・執行機能・司法機能の各機能にまで分割することが必要であって、もし同一人あるいは、同一団体が、これらの三権力を行使すれば、人民の自由を確保する途がなくなる。だから、このような結果の招来を回避するためには、先ず第一に、立法権と執行権とを分割する必要がある。市民を法律によって保護する体制である法治国家体制(Régime de l'Etat légal)におけるこの保障の保護

的価値は、法律が一般的抽象的規範であって、それが個々の事件のために案出されるものではなくて、法律はそれが適用される事件に前存するものであるが故に、すべての者にとって同等なものとして定立されなければならず、すべての者にとって同等に適用されるものでなければならぬ。すなわち、一七八九年の人権宣言第六条(Declaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 art. 6)に述べられているごとく「法律はすべての者にとって同じものでなければならぬ」(La loi doit être la même pour tout)のであり、したがって、法律は、将来のためにその礎石となるものでなければならず、人間の現実的偏見によって、立法者を啓蒙するものであってはならないのであって、立法者自身このことを念頭に置いて法定立をすることが必要である。ここに法律の一般的抽象的規範たるの意味があるのであり、この意味で、一般意志(volonté générale)たる立法者の定立せる法は「一時的事件」(choses momentanées)または「特殊意志」(volonté particulière)としての執行権・裁判権に対立するのである。<sup>(註2)</sup>このようにモンテスキューは、機能の厳格な分割を意図したから、法律が公平に適用されるためには、法律が行政部によって発せられることをなくさなければならぬ、換言すれば、行政部は元来執行者の肌合いをもっているものであり、奉仕の肌合いをもっているものであって、かかるものとして、または、かかる意味においてのみ意義があるのであり、執行部の活動自体が、特定の事件に関し、機宜に適した方法によって行われるを常とするから、もし行政権が同時に立法権をも併有する場合、行政に都合のよい法律の制定を強力に押し進めるのであろうし、その定立された法律を自己の都合のよいように執行する怖れもあり、事によれば、その時の感情によって法定立をするとも考えられる。だから、執行部の規則制定権(pouvoir réglementaire)は一般に存立の余地なく、これに対し、立法権の側でもその「一般意志」の範囲を守るべきであって、「特殊意志」の領域にまで立ち入ったり、能動的議決(resolution active)

をなすことは恣意による支配をなす怖れがあるから差控えるべきである。しかも、立法権と執行権が同一主体にまで集中するならば、執行を囑託された多くの権威は法律によって拘束されたものとしては考えられないという結果になり、その上、立法権によって執行の瞬間に変更される可能性も生ずることにもなりかねないので、市民は、立法部または執行部の、このような暴政的な一瞬の専断によって生じた立法に拘束されることにもなり、正当な制度的保障がなくなつたと同様の状態に立たされることにもなる。<sup>(註20)</sup> このような状態の現出するのを避けるために、モンテスキューは、立法権と執行権の絶対的分離 (separation absolue) が必要であると考へた。同じ理由から、モンテスキューは、立法権と司法権の分割が必要であることを主張した。というのは、裁判官であり同時に立法者である者は、自己の氣まぐれによって法律を無視することができ、法律を変更することができ、それを適用することができることになる。一人のかかる裁判官の掌中に権力が集中すると、市民生活や市民の自由は裁判官の恣意によって勝手氣儘に変えられることになる。また、裁判は法律を執行する裁判官によってなされるものであるから、裁判官は、法の言葉を述べることにならなければならない。また、裁判官のする判決は、法の正確な宣言以外のものではあり得ないという意味で、政治的な勢力関係の外に立つものでなければならないのであるから、司法権は執行権から引離される必要がある。事実、もしこの二権力が同一人の掌中にまで帰属するならば、その者は压制者としての實力をもち得ることは明白である。裁判権をも併有する執政官 (Argent exécutif) が執行の過程において、判決による法律の適用に先立ってそれを不自然なものにまで変質させる可能性を充分含んでいるから、それを放置すれば独裁への道にまで通ずること云うを俟たない。だから、モンテスキュー自身、裁判機能と執行機能の分割は、合法性を保持する決定的方法であると考へたのである。

それでは、モンテスキューは、これらの機関の担当者すなわち各機関における権力の把持者を何人にまで帰属せしめようとしたのか。彼によれば、立法権は、国民(註21)(すべての市民)によって選挙された団体である庶民院(Corps représentatif)と世襲的貴族の団体である貴族院(Corps des nobles)にまで帰属する。この場合の貴族院の機能は、庶民院または君主を鎮めるための一の調整権力(une puissance réglante)であって、ただ庶民院の決定を妨げる権能を有するに止まる。このように、モンテスキューは、権力の絶対的分立を確立し、それによって君主と庶民院とを完全に隔絶しようとしたのであるが、それにもかかわらず、君主と庶民院との間の調整権力たる貴族院を考えたのである。この点に君主と人民との妥協点を見出そうと企図したのである。しかし、サン・ジロンが述べているごとく「貴族の団体はフランスにおいて存在しなかったのであり、それがモンテスキューの時代には構成されていたのか非常に疑わしい。フランスには貴族はあったが貴族政治はなかった。」(註22)ということが事実ならば、プレロットのいう「モンテスキューは、貴族的伝統主義(traditionalisme aristocratique)の継承者であり、その考えは彼の概念の殆んどすべての部分を被っている。法服貴族に繋がりのある彼の身分からしても、フェヌロンやサン・シモンという大領主に近づこうとする気持があったのである。」(註23)という表現も実感として納得できよう。また、モンテスキューは、三機能に關し、立法権力はもともと国民にまで帰属するものであるから、国民全体が立法権をもたなければならぬということになるが、国民全体が立法権を行使することは不可能であるから、庶民院という一の代表団体を通じて国民の意思を表明しなければならぬ。そして、この庶民の団体は世襲的貴族の団体たる貴族院とは当然に相異なる利害關係に立つから、貴族の団体と「国民を代表すべく選出された団体」(Corps qui sera choisi pour représenter le peuple)とは各別に集会し討議する必要がある。しかし、立法団体(Corps législatif)は、始終集会すべきではないのであ

て、また、それは自発的集会権をもつべきではなく、継続的審議をするために期間を延長する権利をもつべきではない。貴族院は、まぎれもなく政治的には無価値 (non-valeur) であり、庶民院の作成せる草案に対して賛意を示し、または、その議決に対して反対意見を表明し得るに過ぎない団体である。執行部については、執行権は一の君主にまで帰属する。執行そのものがほとんど常に即時的行動を必要とする作用であるから、それを管理するには多数によるよりも一人の方がよい。執行権は、立法権の侵害に対して自己を保護するために、立法権の活動に関して拒否権 (droit de veto) をもたなければならぬ。また、執行権は法律案の起草にまで関与すべきではなく、同時に、その提出権をもつべきでないとし、さらに、司法部に関してモンテスキューは、裁判権は、他の二権と違って国政に能動的に関与するものではないという意味で、「無」(null) でなければならず、<sup>(註24)</sup> 裁判権は、裁判を行う必要のあるときのみ存続する裁判所を構成するために、人民の団体から選出された裁判官によって行使されなければならない。そして、その場合の裁判官は、被告と同じ立場にある者や同じ階級に属する者から選ばれなければならないとしたのである。人は裁判官を怖れるのではなく、裁判官の職を怖れるのであると考えたモンテスキューは、職業的裁判官を認めようとせず、<sup>(註25)</sup> 陪審的な裁判制度を最善のものと考えたようである。しかし、サン・ジロンも述べているごとく「イギリスでは、人民の団体から選出された裁判官は、唯単に事実問題を審理したに止まり、法律問題は終身の裁判官すなわち職業的裁判官によって審理された<sup>(註26)</sup>」とすれば、彼がイギリスの裁判制度を受入れたと考えるよりも、ハーマンが述べているように、モンテスキューはイタリヤの世襲的貴族制 (Régime aristocratique héréditaire) にみられる裁判権は、中庸的立場にある若干の裁判官 (plusieurs tribunaux) によって行使されるものであるとどう意味での中庸性 (atténuation) を受け入れたと考えられるのである。というのは、裁判官が多数である場合には、時として、裁判官の職すなわち職

業的裁判官を認めることになる<sup>(註27)</sup>とみて、このことは明らかであろう。欧州旅行中、イタリアに立寄ったモンテスキューは、そこで、世襲的貴族制の立場でもって行われている裁判制度を実際に見たと考えられるのであり、彼の態度からしても、それに共鳴する可能性が充分あったと考えられるからである。以上述べたように、モンテスキューは、立法権はその規定の一般性によって特色づけられるとしておられるのであり、「イギリス憲法について」の冒頭で結論づけているのもこのことである。彼はまた、国王あるいは執政官は、その時代あるいはその時宜に適合した法律を履行すべきであると考えて、一般的規範 (regles generales) が立法の本来の内容をなす場合、逆の意味において、執行機能は、現在の時点における限られた空間あるいは程度として理解される権力として認められること、すなわち、執行権は一時的物事について行使されるものであると云わうとしたのであり、その場合、一が国家の一般意志であり、他がその一般意志の執行であるということにより、その相互関係において考究される二権力の実質的性格にまで自己の学説を要約しようとしたのであるとみることができよう。同様に、司法権については、モンテスキューは、それは法の正確な適用においてのみ成り立つとし、判決を下す場合には、法律の条文の正確な適用だけが問題となるのであって、この点に注目する必要があることを明らかにしている。このことは、裁判官の権力が、法律の条文の再生産にまで帰し、それを適確に宣言する以外のものではあり得ないことを明らかにしたものである。

要するに、モンテスキューの表明したことのすべては、大体においてこの原則的観念すなわち権力分立によって権力の行使を適法に行い、それによって人民の自由を保障することに向けられたのである。この意味で、モンテスキューは、民主主義者というよりも自由主義者であった<sup>(註28)</sup>。モンテスキューの考えでは、権力分立のみが統治に決定的かつ有効な保障を与え得るということである。例えば、行政部の有する権力を制限すれば行政官庁は正当な権力の行使を



するであろうというような甘い考えに基づいてこの原則を置くだけでは充分ではなく、行政官庁そのものとしては、法律を制定し、現行の法律を変更し、それを廃止することのできないようにする必要がある。もし行政官庁が、法律の変更はまだ云々することができるとすれば、行政官庁は、ただ単に立法手続を履行するだけの機関と化し、行政官庁がその権力を増強しようと欲するときには何時でもそれを実現することができることになり、適法な行政の原則 (Principe de l'administration légale) は、無価値な形式主義の原則 (Principe d'un vain formalisme) としての価値しかもたないことになる。だから、この原則を効果的に把握するためには、法律の変更を他の国家機関の意思に依存しなければならぬ。実際上の問題としても、単なる権能の分化や権能の専門化・特殊化だけでは、権力の制限を実現するために充分ではあり得ないこと云うを俟たない。この制限を嚴格にするためには、分立された三権力が他の二権力を支配し、徐々に絶対的権力を確保し得るような体制を可能な限り排斥して、それらの何れもが最高・絶対の権力を有たないようにすることが必要であり、最高・絶対の権力を獲得することのできないようにすることである。そして、そのためには、三権力の各々が異った権限を有するのみならず、その有機的構造において相互に独立しており、相互に同等なものであることが必要欠くことのできない事柄となる。もしも、そうではなく、例えば、執行官が立法団体に従属するものとして自己を見出さなければならぬとすれば、執行機能を立法機能から区別するものは何であり、もし裁判官が一個人として執行部に従属している場合、裁判権の執行権からの分離がどれ程効果あるものなのかということである。だから、この組織そのものが如何なる状態にあらうとも、他の二権力のあらゆる侵害に対して自己を防禦できるような体制を確立すること、換言すれば、権力分立によって、それが自己にまで帰属する権限を充分に行使することができ、その独立を維持することができることを明確にすることであって、このことが、この理論を

して、より完全なものとし、より深遠なものとする事ができると考えたのである。<sup>(註29)</sup>

モンテスキューの理論は、制限 (Freins) と均衡 (contre-poids) の体系に基づいているところにその価値が認められる所謂「権衡論」(La théorie de la balance et de l'équilibre des pouvoirs) であり、併立的権力分立論であって、それは「権力段階論」(La théorie qui fait dépendre le degré de puissance) すなわち階層的権力分立論とは異なると考えなければならぬ。モンテスキューは、国家権力を全体として結合せしめ結束させるために国家において異った三権力を見出し、その各々が異った内容を持ち、相互の関係において、それ自体が同等・独立・自治を有するものとして機能する権力構造を前提としていたのである。彼は、国家権力の三部分から成るこの区分にまで一致する三権威は、その各々が特定の部分を有し、各々が異った部分を有するという意味に解するのであって、その各々が固有の活動領域をもち、その範囲内において独立であり、主体性がある意味で、その各々は並置され且つ同等であることによって、この結果から、三権力の各々の領域において、最も上位にまで高められたその把持者が、真に最高機関としての性格をもつとする。だからモンテスキューは、三権力が、この語の固有の意味にまで分立しなければならぬとするのでは決してなく、国家意思 (volonté étatique) を代表し表現する三つの異った権威にまでのその有機的分割を問題としていたのである。したがって、彼の主張の中心点をなしているのは、国家権力を学問的に区分するというよりも、むしろ実質的権力 (puissance matériel) と形式的権力 (puissance formelle) とを可能な限り一致させ、しかも制限と均衡の体系に基づいて各権力を分立させようとの政治的要請であったと解される。それ故、政治体制との関係において、もし国家権力の行使が、完全に分割されることなく、一人の人間の意思に依存し、あるいは、一つの集団の意思に依存するならば、その暴政によって自由は絶滅し、そこには自由に代って専制 (despotisme) がある

のみであるとするのである。モンテスキューが意図した「相互自縛」(s'arrêter l'un l'autre)の観念は、分立論をして有力なものとするのに貢献したことは見逃し難い。事実それらの各々は、公権力の各機関にまでの分割によって構成される特定の活動領域を有し、その国家権力の把持者は、制限された範囲内で他の権力把持者のそれに対抗する権利や能力を有し、自己の閉鎖的地盤を形成する。だからこの原則は、国家における三種の異った権力の共存を当然に含むものとして、すなわち、立法機能 (fonction législative)、執行機能 (fonction exécutive)、司法機能 (fonction judiciaire) を主権者の有する権力 (puissance souveraine) と同様に考えられ、あるいは、少くとも主権の分割された、その独立性を有する主権の一部分として考えられたのである。<sup>(註30)</sup> この概念は、一七八九年憲法議会のそれであり、デュギーも同様のことを明らかにしている。<sup>(註31)</sup> 「法の精神」第一一篇第六章には、「各国家には三種の権力がある。……」<sup>(註32)</sup>とあり、一七九一年憲法も、立法機関・執行機関・司法機関の各々にまで帰属する権力を論じたのであり、特定の機関の権限を論じたのではなかった。要するに、それ自体分割不可能なものとして認められた単一の権力 (une seule et même puissance) を行使するのとは違った形態として論じられたのであって、それは、「主権者の権力の分割された部分」(La portion démembrée de la puissance souveraine)として、または、「主権者の権力の区分された構成部分」(Élément fractionné de la puissance souveraine)として論じられたのであり、その意味で、別々の三権力を構成するものとして考究されたのである。これ以後、この各々の権力は、主権の断片 (un fragment de la souveraineté) として、同時に、それ自体が完全であり、それ自体で充分である権力として、すなわち、この意味での独立性を有するものとして、考えられたのであり、この権力の集合 (Réunion de ces pouvoirs) が主権を形造るものとして考えられたのである。<sup>(註32)</sup> 同時に、この原則は、三種の権力が、異種の三権威にまで別々なものとして分割されるものとして定

義されることである。このことは、結果的には、それ自体各々一つの権力を構成するものとしてこの權威を考究し、相互に独立性を有する国家意思の部分として、それらを三つの異種の意思主体すなわち三種の意思主体としてみるのであって、この考えは、取りも直さず、国家に同等・独立の三つの主権的人格者の存在を認め、それがこの三つの意思と一致するものであることを認めようとする「国家三人格者併存論」(La théorie de l'Erat un en trois personnes)にまで繋がるものとも看做し得る。

それでは、この原則に反対する者はどのような見解をもっているのか。この原則は、種々な形で批判され、修正されているが、ここでは、国家権力の単一性という面からモンテスキューの原則を批判しているマルベルの見解について述べてみたい。マルベルによれば、モンテスキューの原則において継続して示されているこの觀念は、国家権力の単一性の原則と一致し得ないものであり、国家の単一性の原則と一致し得ないものである。それ故、「イギリス憲法について」の章の最初でモンテスキューが述べている「すべての国家には三種の権力がある」という有名な言葉には反対の態度をとらざるを得ない。というのは、この公式は決して正確ではないのであり、国家には三権力はないのであって、支配権力である単一の権力があるのみである。要するに、国家機能が分割されても、それらは単一目的にまで協力するものであり、そこには国家における単一かつ不可分の意思以外のものではあり得ない最高の支配意思(suprematie d'une volonté dominante)の確保があるのみである。「支配」という語そのものが、所謂権力の多様性の可能であることを排斥するのであり、もし国家の権力が、並存せる・同等な数種の権力にまで分割されるならば、その各々は支配的性格を有し得ないのであり、結局、そのような構成要素から成り、部分的組織であるものから成る全体の権力は、それ自体この性格を奪われてしまうことになる。だから、三主体あるいは三人格者が、各々、国家

の利益のために、それに固有の意思すなわちそれぞれ異った意思を表明するという考えを認めるわけにはゆかない。<sup>(註33)</sup>必然的な単一的国家体系において、国家意思は国家機関の一つによって表わされ、他の機関との関係において、それはその権限の範囲内で規則正しく行われなければならないとするかかるとする論は、ただ単に、国家権力の単一性の原則を無視するだけではなく、国家人格の現代的観念を根據づけているところの本質的理念の一つをも否定するものである。この現代的観念は、国家は実在するものとして、唯一の権力主体として考究しようとするものであるから、それ自体によって、複数の権力主体を認めようとするすべての学説を排斥するのである。国家が一の人格者であるということは、事実上、国家が公権力の単一的主体であることを意味し、その面から、それは単一の権力であることを意味する。結果的には、主観的見地から、現代国家において三権力を弁別し得ないのであり、それ以上に、客観的見地から、国家権力において三権力を弁別し得ないのである。この国家権力の単一性を示すために、国家機関についての新しい理論を導いたことはよいことである。ことに現行の公法が、国家権力の把持者はこのような国家人格からは別の、それに固有の人格を有さないとする考えを示したことは正鵠を得ている。個々の機関は、機関を条件として法主体たるのではないのであり、それは個々の資格においてその権力を行使するのではなく、国家から賦与されたその権能によってその権力を行使するのであるから、この条件においては、国家は多くの機関を有するのではなく、それらの機関の各々は、単一人格者たる国家の有する権力を、国家によって賦与された権限の範囲内においてのみ行使し得るに過ぎないのである。立法機能・執行機能・司法機能の担当者、国家権力の一片 (*moreaux de puissance étatique*) としてではなく、各々にまで区分されたその合体にまで運命づけられたものとしてこの機能を遂行しなければならぬのである。すなわち、和協的な政治的力 (*les forces politiques concurrentes*) あるいは主権的人格者としてそ

の権能を行使する地位にある。だから、この複数の機能担当者、異った権限によって、単一の権力の行使にまで協力する使命を有するのであり、結果的には、単一の国家意思ならびに共同国家意思 (une volonté étatique unique et commune) の形成にまで協力すべき使命を受けているのである。<sup>(註14)</sup>要するに、この考えは、国家機能を立法機能・執行機能・司法機能に区分することを認めながら、国家権力は一つであるとする所謂機能分割論にまで通ずるものである。このように、マルセルは、モンテスキューの理論を批判しているが、彼のほかにも、例えばギンシヨード、ルソー、デューギュー等<sup>15</sup>、それぞれの仕方において三権分立論を批判している。ルソー、デューギューについては後に述べる。

<sup>14</sup> Montesquieu; *ibid.*, liv. XI, ch. VI.

<sup>15</sup> 清宮教授は「このような見解を採られるが(清宮四郎前掲書四八頁)水木教授は「モンテスキューが「立法権、外務執行権、内務執行権とに分けた理論的根拠は明かでない。その外務執行権とは、外交権に相当するから、今日の行政権は除外されている」(水木惣太郎前掲書二九六頁)と述べられている」。

<sup>16</sup> Malberg; *ibid.*, p. 3 cf. Esmein; *Élement de droit constitutionnel*, 7<sup>e</sup> éd., t. 1, p. 458 et s.; Jellinek; *L'État moderne*, éd. franç., t. II, p. 298.

<sup>17</sup> Dunning; *Political theories* p. 413 清宮四郎著 前掲書 五〇頁。

<sup>18</sup> Les idées de Montesquieu sur l'autorité judiciaire nous paraissent défectueuses. C'est le retour par et simple au système athénien ... Montesquieu s'éloigne de la constitution anglaise pour ressusciter l'Agora. (Saint Girons; *ibid.*, p. 96)

<sup>19</sup> Maurice Duverger; *Droit constitutionnel et institution politiques* 1955 p. 153.

<sup>20</sup> "Vergebens sucht man in den entscheidenden partien des *Esprit des Lois* das Wort "séparation"; nur beiläufig wird auf einer einzigen Stelle erklärt, daß die Freiheit nicht Bestand haben könne, "si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice" (Max Imboden; *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung* 1959 S. 9)

<sup>21</sup> Montesquieu; *ibid.*, liv. XI, ch. IV.

<sup>22</sup> Malberg; *ibid.*, p. 6.

<sup>23</sup> 清宮四郎 前掲書 五四—五五頁。

- ① モンテスキューのいうすべての市民というのは、シェイエスのいう第三身分 (tiers Etat) とは同じではない。シェイエスによれば、*«Outest-ce que la tiers état? à tous de même»* モンテスキューのいうこの場合のすべての市民というのは能力のない者 (下賤民など) を除いたものを意味する。<sup>20</sup>
- ② S. Girous; *ibid.*, p. 96.
- ③ Pétiot; *ibid.*, p. 385.
- ④ 大西教授は、裁判権の性質そのものの劣性と他の二権力との均衡関係について「この性質的に弱い裁判権を他の二権に対して均衡関係におくには、むしろ、立法権、執行権から何らの抑制をうけず、かえって他の二権に対して一方的に抑制を加えるようにすべきである。すなわち、裁判官の完全な独立性と違憲立法審査権および違法な行政に対する裁判権がこれである。かような裁判権の独立性と一方的な抑制権は、一見、権力の相互抑制の理論に矛盾するように見える。しかしながら、裁判権の性質的な劣性という実的な条件を考慮するならば、かえって、これは抑制均衡の権力分立原理を現実即して展開したものである」とされている (大西秀雄教授「権力分立」法学セミナー、一九六〇・一〇)
- ⑤ Montesquieu; *ibid.*, liv. XI, ch. IV.
- ⑥ L'Angleterre a le jury seulement pour les questions de fait; des juges inamovibles débident les question de droit. (S. Girous; *ibid.*, p. 96)
- ⑦ Montesquieu va plus loin et admet que le régime aristocratique héréditaire des républiques d'Italie reçoit une certaine atténuation de ce que la justice est exercée par plusieurs tribunaux «qui se peupèrent» car «la multitude des magistrats adoucit quelquefois la magistrature» (Fuzier-Herman; *ibid.*, p. 282) Montesquieu; *ibid.*, liv. XI, ch. VI.
- ⑧ 清宮四郎著・前掲書 四二頁。
- ⑨ このように云ってもモンテスキューは、何も権力分立のみが政治的自由を確保する唯一のものであるとは考えていなかったようで、権力分立がなくても相対的自由 (liberté relative) はあるであろうが、専制にまで墜する君主政の生ずるのを防ぐためには、権力の配分が最善の方法であると考えたのである。(Fuzier-Herman; *ibid.*, p. 281)
- ⑩ L. Duguit; *Traité de droit constitutionnel* t. I, P. 119 et 350.
- ⑪ Malberg; *ibid.*, p. 22.
- ⑫ C. Malberg; *ibid.*, p. 23.
- ⑬ イエリネックやデニキューはこの理念をあまりにも極端に押進めようとするカントの結論が不合理であるとすることによって、反動的に、モンテスキューの理論に「この意味で近づいてはならない」とされている。cf. G. Jellinek; *L'État moderne* t. II, p. 161; L. Duguit; *ibid.*, p. 119.

(三)

それでは各国家において権力分立の原則はどのような形で受入れられたのか。フランスでは、モンテスキューの理論が現れて以来著しい反響を生んだ。彼の理論は、絶対君主制 (*monarchie absolue*) がフランスにおいてその絶頂にあり、それが崩壊の方向に徐々に進みつつあった時期に折よく打立てられた。一八世紀初頭におけるフランスの基本法の特徴は、事実上国家権力のすべての属性が国王個人にまで集中したことであり、したがって、国王はすべての権力の化身と考えられ、少くとも国王からすべての権力が生ずると考えられたことである。この絶対主義に対する反動のために、権力分立論は革命を準備し指導する者達にとつての本質的な政治的ドグマとして必要欠くことのできない原理であった。だから、この意味で、モンテスキューの理論は、フランス革命に大きな影響を及ぼしたのであり、革命の成功後、権力分立の原則は、絶対的原則として人権宣言の中にとりいれられたのである。すなわち、その第一六条は「権力分立が定められていないすべての社会は少しも憲法をもたない」として、権力分立を採用する社会のみが真の憲法 (*véritable constitution*) をもつ資格があると定めている。革命時代に採用されたこのドグマは、後に非常に影響をもつようになり、モンテスキューの学説の発展にとつて実に都合のよい地盤を形成することとなったのである。この地盤の上で、この理論は優れた学者、例えば、エスメエン、ミシヨード、サン・ジロン等によつて支持されたのであるが、<sup>(註36)</sup>しかし、このような優れた支持者の後継者の間では、モンテスキューの権力分立論を批判する者の数は漸次増加していったのである。

アメリカ人は、ロックの “Two Treatises of government,” やモンテスキューの “l'Esprit des Lois,” によつて影



響を受けるとともに、アメリカ国民自身が体験した政治的経験によって、権力分立の原則の影響を受けた。独立戦争時代（1775～85）のほとんどすべての教養あるアメリカ人は、ロックやモンテスキューの著書に親しんだのであり、このことは、独立戦争前後のアメリカ人の政治的経験の中に容易に見出すことができる。<sup>(註37)</sup> ということは、とりもなおさず権力分立の原則が、彼等に対して非常に説得力のあった原則であったということであり、ロックやモンテスキューの著書が、当時、アップ・ツウ・デイトなものとしての魅力をもっていたということである。独立戦争以前にも立法と司法とは、或る意味での独立な権力をもっていたのであり、部分的にせよ独立した地位をもっていたのであるから、この範囲内で権力の分立がなされていたようである。しかし、権力分立制の原則があきらかに採用されたのは一七八七年のフィラデルフィア憲法会議においてである。これ以前にも、例えば、ニュー・ハンプシャーでは一七八四年に権力分立制を採用してはいるがその前の一七七六年の憲法にはこの兆しは現われていなかった。一七七六年六月のヴァージニア憲法でも権力分立の原則を宣言してはいたが、この憲法の場合、立法部が執行部に対して優位な立場にあった。さらに、ヴァージニア憲法につづいて同年七月ニュージャージー憲法、同年九月ペンシルヴァニア憲法、同年十一月メリーランド憲法、同年十二月ノース・カロライナ憲法、一七七七年二月ジョージア憲法、同年四月ニューヨーク憲法が権力分立制を採用したがいずれも徹底したものではなかった。<sup>(註38)</sup> この理念が一般的に普及したのは、一七八〇年のマサチューセッツ憲法でそれが著しく反映され、一七八七年にフィラデルフィア憲法会議が開かれたとき、何等の疑問もなくこの観念が受入れられてからである。<sup>(註39)</sup> そして翌年には一三州の承認を得、一七八九年には新憲法による新政府が成立し、初代大統領にジョージ・ワシントンが満場一致で選ばれた。その際制定されたアメリカ合衆国憲法（一七八八年）は、権力分立の原則を一般に配分条項（Distribution clauses）と呼ばれる三つの条項でもって規

定している。すなわち、第一条第一節は「すべての立法権は合衆国連邦議会に与えられる」と規定し、第二条第一節は「執行権はアメリカ合衆国大統領に帰属する」とし、第三条第一節には「合衆国の裁判権は一の最高裁判所および連邦議会が随時制定設置する下級裁判所に属する」として、権力分立の原則を明らかにするとともに、第一条第六節第二項で「上院および下院の議員は、その在任期間において、新設せられあるいは報酬の増額のあった合衆国の権威の下にある官職に任命されるべきではない。また何人といえども、合衆国の公職にある者は、その在職中、議員となることはできない。」と規定して、その構成員の分割を確保している。このように、アメリカでは、一七八八年に制定された成文憲法によって統治されており、連邦政府は、立法、執行、司法の権限を極端に分割する三権分立制を採用しているのである。すなわち政府の執行権は大統領にまで帰し、大統領は彼を助ける機関として内閣を組織するが、内閣はあくまでも大統領の諮問機関であって、内閣を構成する各長官は、行政上の長たるの要素が強いのであり、この点で、議院内閣制を採用している国家とは少し事情を異にする。また、立法権は、上院と下院で組織される連邦議会に属するが、上院は下院に比し憲法上重要な地位を与えられている。さらに、司法権を委ねられている連邦最高裁判所は、憲法の最終解釈権をもっており、アメリカ政治上、非常に重要な地位を有する。というのは、最高裁判所の判決は、国家の進路に重大な影響を及ぼすからである。このように、アメリカでも三権分立の原則は憲法上の規定にまで成熟した<sup>(注40)</sup>のであるが、この際における理論家の活躍も見逃せない。すなわち、この憲法の成立当時、モンテスキューの権力分立思想が、アメリカ合衆国憲法起草者達、ことにモンテスキューの理論の忠実な継承者と目されているジェームズ・マディソンに与えた影響は大きかった。彼は「立法、執行および司法のすべての権力が同一人の掌中まで集中することは、まさに暴政の定義そのものである」と述べ、さらに続けて、「それが世襲による者であっても、

自己任命した者であっても、選挙による者であってもこのことは同様である<sup>(註4)</sup>と述べて、その権力の把持者がどの方法によってその資格を獲得しても、すべての権力がその者の掌中にまで集中したときには暴政になることを明らかにしている。マディソンからは大分遅れて、ウッドロー・ウィルソンは、その政治的秩序という点からモンテスキューの原則に批判的であったようである。彼は、アメリカの憲法上の原則によれば、権威の数が権威の劣等性を補うという期待によって多くの主権的権威をもつと考え、したがって、分割の現実的効果は、アメリカの政治体制において想像され、その場合、各々にまでの統治権力の分岐は、各々の機能が容易に自らを逃れしめることができるように、各機能の責任を軽減することの承認であると考<sup>(註4)</sup>えた。この点、多分にアメリカ連邦国家的権力分立論の色彩がある。そして、この点で、モンテスキューの権力分立論が、分割の体系においてそれぞれが相互関係を有し、互いに並立する権威間に権力を分割することによって、その機関にまで責任を帰属せしめようとしたのとは大いに異なる。

ドイツにおいてもこの原則を引立たせようとする者があった。例えば、オー・マイヤーがそれであり、彼は、新しい意味で権力分立の原則を是認したドイツで最初の学者であるといってもよいであろう。マイヤーによれば、ドイツはフランスをモデルとして権力分立の原則を採用したのであり、権力分立の原則はドイツにおいても活動的なものもあり、それは生氣あるものであったのであって、権力分立は実現可能な政治体制であるのみならず、実際にドイツにおいて実現されたとする。さらに、ドイツ君主制の下においても、立法権や執行権の背後に単一の意思が潜在してはならないことは云うまでもなく、国王の意思は執行権の担い手たるのそれであり、決して立法権の担い手たるの意思を有すべきではないから、国王は選挙された議会構成員による同意を条件としてのみ法律を制定し得るに過ぎないのであり、権力分立の原則が、君主制の原則と両立し難いものであると信ずるのは誤りであるとしている。したがって、

彼が結論づけようとしたのは、権力分立の原理もドイツ君主制の下における法律によって充分認められることを明白にすることにあったようである。ここで問題になるのは、権力分立の原則を認めたといっても、マイヤーや次に述べるアンシュッツの見解は、モンテスキューの見解とは余り似ていないことである。その理由は、彼等は完全なる権力分立に反対の立場を採っているからである。アンシュッツは、一八五〇年憲法第四五条が「執行権は国王にのみ帰属する」と規定し、同法第六二条で「立法権は国王と二院との共同で行使される」とし、さらに同法第八六条が「司法権は、法律の権威以外のいかなる他の権威にも服従しない独立の裁判所により、国王の名において行使される」と規定していることは、この原則を明確に公式化したものであると見たのであって、これらの条文は、国王の権力と立法と司法との関係におけるその限界を憲法上定めたものであり、したがって、国王はこの範囲内での権力しか行使できないことを規定したのであるとして、原則的には、プロシヤの国王は、名目上、三権力の把持者であり、執行権に關しては、国王は自身であるいはその権威によって、充分にその権力を行使し得たのであるが、しかし、自分自身で司法権を行使することは全然できなかったし、立法権についても、議会の協賛によってのみそれを行使し得たに過ぎない(註43)と考へた。彼は、この意味で、ドイツ君主制においても権力分立の存することを認めてマイヤーの見解に同調している。マイヤーやアンシュッツは、さらに加えて、例えば、プロシヤ憲法第六二条によって「立法権は国王と二院との共同で行使される」と規定され、一八一四年憲法や一八三〇年憲法でも同じ内容の規定を設けていることからして、国王は単独では法律を制定し得ず、国王によって望まれた法案が議會によって可決された場合に限り、法律の力(Macht der Gesetz)を自己の意思通りに実行することができたのであり、この留保のもとに、国王は立法権の行使に直接協力したのであり、ことに、それに裁可を与えることによって協力したのである。だから、この裁可は法律を

発する場合の最終的手続として必要であつただけであつて、法律を制定する場合の国王の権力の限界もここに置かれなければならないとするのである。ドイツの憲法によれば、国王は、原則上、すべての権力の把持者でありながら、立法権や執行権を行使する際、とくに制限的狀態に服せしめられるようになっていたのである。要するに、マイヤーやアンシュッツは、モンテスキューの原則をドイツの制度に導入しようとしたというよりも、国王の権力を限界づけている体系で、下部構造にまでの権限の分割が或る意味で確立され、それらの権限間に相違が認められた現実に着目して、それを体系づけるためにモンテスキューの原則を利用したとも惟える。

三権分立論について最近ドイツで問題として採りあげられているのは、モンテスキューの分割論やロックの分割論との比較考察ではなく、教義上の論争点だけである。そして、教義上の分裂が生じたもとをただせば、それはモンテスキューの労作についての不的確な把握に端を発しているといえる。そして、この論争点の中心となつてゐるのは、権力の分離かそれとも権力の結合かということ、モンテスキューは国家の最上級機関 (*Letztinstanz*) を独立せしめようとしたのかあるいは、それとは逆に、それを相互抑制の体系にまで結びつけようとしたのかということである。インボーデンはこの問題に関して次のごとく述べている。「権力分割」 (*Gewaltentrennung*) と「権力結合」 (*Gewaltenverbindung*) という両概念は、国家学において屢々外面的には和解しがたい項目として理解され、その各々が、それ本来の意義をもつものとして理解された。しかし、モンテスキュー自身は、おそらく自分の学説が二つの面を示していることを認めなかつたであらうし、それが和解し得る余地のない両概念を内含していることを認めようとはしなかつたであらう。だが、権力の独立 (*Verselbständigung der Gewalten*) の見解を採ると権力の相互抑制 (*wechselseitigen Kontrolle der Gewalten*) の見解を採るとによつて、相反せる実際上の分離にまで帰着するのである。例えば、

権力分離に価値を認める場合、行政裁判所の権限や司法裁判所の行政的統禦をどう説明するのかという問題が生ずるが、しかし、機関相互抑制の体系に価値を置く場合、アメリカの例や現在のドイツの規定によれば、裁判官に立法や執行の監視を委嘱するようなことはおこらない。だけど、このような考察の仕方によっては、権力の分離または権力の結合の何れが妥当であるかの問題に対する解答にはならない。分割論を「権力の独立あるいは権力の相互抑制という二者択一 (Alternative) の立場でみる場合、それは厳格に限定された意味での内容を満たしていない。したがって、このような考察の仕方自体批判的吟味をする必要がある。偉大な学者であるモンテスキューが「分離あるいは結合」という根本的な二者択一を回避したと考えるのは余りにも早計である。人は「法の精神」の中で徒らと“*separation*”という語を探し求めたがるが、そこで“*separation*”という語が用いられているのは「もし裁判権が立法権や執行権から分離されなかったならば自由は存在しないであろう」としている唯一箇所だけに過ぎない。この意味で、モンテスキューが人民の自由を保護するために要求したのは、権力の分割ではなく、それは三権力の一種の配分である。要するに、「権力の分割」と「権力の結合」という二つの表象は、それ自体排他的なものではなくして、この二つの表象は、一が他に重って引き合うものなのである。権力の結合に注視せずして権力の分割は把握し得ないし、権力分立を前提としない権力相互の独立性は理解できない。機能集団を区別しようとする者は、将しく、原則的区分により分離されたものの結合を考えるのであり、最上級機関を相互抑制の体系を通じて互に関係づけようとする者は、これを先ず第一に何らか相互に分離されたものとして考えたのである。しかし、権力分割とか権力結合とかいうものは、いかなる状態においても、国民と国家との相互関係として存在するのであり、決してただ単なる権力分割とか権力結合なるものは存在しない。各々にまで区分された国家組織には、本然的に、分離と結合、独立と接合という二つの

面がある。分立と相互依存という宿命的ともいえる二者択一を回避することを欲するならば、おそらく支配力の相違 (Gewalten-Deferenzierung) という問題に直面するのであろう。分割論の種々の相違せる形は、分割と結合との間の選択によって生ずるのではなく、それは、支配力の相違によるものである。それ故に、フランスの権力分立論とアメリカの権力分立論の相違は、支配力の相違による結果そのような違いを生じたとして説明されなければならない。<sup>(註44)</sup>このように権力分立論におけるインボーデンの見解は、今日ドイツの通説である所謂「機能論」(Funktionentheorie)にまで結びついているのである。

最近のフランスの動向を簡単に述べると、例えば、パリ大学法学部のプレロット教授などは、権力を弱める方法として、モンテスキュー流に云えば、その配分には二つの方法があるとする。すなわち、一は、垂直的意味 (sens vertical) において、貴族的伝統にしたがえば、一の権力とその権力の部分的受託者たる幾つかの主体をなす介在的団体との繋がりにおいてそれを考えることであり、他は、水平的意味 (sens horizontal) において、立法権、執行権と第三の権力すなわちロックにとつては “federative power” であり、モンテスキューにとつては “pouvoir judiciaire” であるところのものを認め、そしてこのように位置づけられた三権力の権衡を保たせるようにすることであるとしている。また、教授はデビー教授が、権力理論は、公共の福祉とか個人の自由とか機能の上手な分割 (famense répartition des fonctions) というような基本的な規律によって制限されることを明らかにされていると述べている。<sup>(註45)</sup>このように、フランスでは最近モンテスキューに対する感心が高まりつつあり、モンテスキューの研究も大分活潑になってきているようである。というのは、例えば、一九四一年には、貴族的伝統主義 (traditionalisme aristocratique) とイギリス立憲主義 (constitutionalism britanique) とつう「法の精神」の二面性について、比較法学会の支持のもと

に、マルキーヌ・ダエッヒビッチ教授の発案によって、パリ大学法学部 (Faculté de Droit de Paris) に於て一種の研究會が開かれ、この問題についての討論がなされたことと、少し遅れて、一九五四年には、ボルドーで「モンテスキエ研究會」(Congrès Montesquieu) とする研究集會が開かれ、モンテスキエのこの二面性が問題とされた。このからして、モンテスキエの態度は、現在でも生々としてその精神を留めておくのである。

⑤ Maurice Duverger : Droit constitutionnel et Institution politique p. 240. cf. G. Bonno ; La Constitution britannique devant l'opinion français de Montesquieu à Bonaparte 1932.

⑥ C. Malberg : *ibid.*, p. 12 cf. Esmein ; *Élément de droit constitutionnel* 7<sup>e</sup> éd., t. I, p. 467 et s. Michoud ; *Théorie de la personnalité morale* t. I, p. 281 et s. ; Saint Girons ; *ibid.*, p. 138 et s.

⑦ Chester. C. Mager : *The American Problem of Government* 5th edition 1949 p. 178.

⑧ 清宮四郎著・前掲書 八八頁以下參照。

⑨ この間の事情は「インディペンデント」の文獻に於て The statesmen at Philadelphia in 1787 did not adopt the federal system of government because they considered it superior to the unitary model. They established the federal system because it was the only type their countrymen would accept. Here were thirteen practically independent states who had under the stress of war entered a league of friendship : but with the conclusion of peace they became increasingly jealous of the "sovereignty, freedom, and independence" they had retained under the articles of Confederation." (Claudius. C. Johnson ; *Government in the United States* P. 49 and 50) と述べられてゐる。

⑩ インディペンデントの意義は關於 Ernstsmals in den sich verselbständigenden amerikanischen Kolonien wurde der Begriff der Gewaltentrennung in die Verfassungssprache umgesetzt. Vier der zwischen 1776 und der Uniongründung geschaffenen Verfassungen amerikanischer Einzelstaaten, zeitlich voran Virginia und inhaltlich am betontesten Maryland, nahmen in den Katalog der Grundrechte den Grundsatz auf. "That the power should be separate and distinct" (Max Imboden ; *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung* S. 9) と述べられて、権力分立の原則が憲法上の用語に転換されたのはアメリカが最初であり、時間的にはウマージニアが真先であるが、内容的には、メリーランドが三権分立の原則を基本権のカタログの中に採り入れたことを明かにしてゐる。

⑪ 清宮四郎著・前掲書 一〇〇頁。

権力分立論の史的考察



権力分立論の史的考察

九八

- ③ C. Malberg; *ibid.*, p. 13.
- ④ Anshutz; *Begriff der gesetzgebender Gewalt* 2<sup>e</sup> ed., p. 9.
- ⑤ Max Imboden; a. a. O. S. 7 ff.
- ⑥ Marcel Prétot; *ibid.*, p. 385.