日本国憲法における統治行為

時岡　弘

一　まえがき
二　諸家の見解
　㈠　統治行為肯定説の根拠とその批判
　㈡　統治行為否定説の根拠とその批判
三　結　語

一　まえがき

最高裁判所は、いわゆる「憲法の番人」として、国民の権利義務を擁護するため憲法に重大な任務が課せられている。すなわち、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（憲八一）とし、これをうけて第九八条では、この憲法は、国の最高法規であって、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宣言する。しかし、裁判所の司法審査権には一定の限界があって、すべての司法に関する行為を無制約に審査するものではない、例えば、裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合（国会議員の資格に関する争訟・罷免の訴追を受けた裁判官の裁判権）には、その職権を行使すべきではないことは当然のことである。憲法に特別の定のある場合以外においても、司法権の本質から一定の限界を認め、裁判所に一定の制約を認めるべきかどうかについては争がある。

この限界を認める一つに、いわゆる統治行為論がある。統治行為とは、一般に法律的判断が可能であるにもかかわらず、高度の政治性を有するために、その性質上司法審査の対象から除外される国家行為であり、それは一言にしていえば Eisenmann のいう「司法審査を受けない高権行為」（Gerichtsfreie Hoheitsakte）[1] といえよう。[2]

統治行為の理論的根拠は後述にゆずるとして、諸外国においては概ね判例上これを認め、また学説もこれを肯定するものが多い。わが国においても、統治行為の理論を認めるべきか否かについては学説が分かれており、[3] 判例も最近まで統治行為を否定する傾向にあった。

統治行為に関する判例は、周知のごとく、最近まであまり重要視されなかった。それは明治憲法時代には行政裁判所の権限が著しく限定され、君主主権の影響から統治行為に該当する国家行為は制度的に制限列挙の枠外にあったこと、また司法裁判所は公法上の事件につき管轄権をもたなかったため実際上の問題とはなりえなかった。ともあれ現憲法第八一条の違憲立法審査権の規定と相俟って裁判所法第三条は、「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判する」という規定により、改めて統治行為の問題が登場したのである。

統治行為に関する判例として、衆議院解散の効力が問題となった、いわゆる苫米地事件における第一審判決は、「我国においても、統治行為なるものが学説として論ぜられているのであるが、……我国の法治主義の下において、

なお裁判の対象から除外されるべき統治行為なるものを認むべき法理上の根拠も、又統治行為なる概念について積極的、具体的な内容規定も明らかにされていないのであって、自由主義的法治制度に徹すれば、裁判の対象より除外されるべき統治行為なるものを想定することはその可能性が疑われるという考え方もあり、今日において、単に政治性が強いという一事だけで衆議院解散の合憲性を裁判所の対象から除外することはできないものといわなくてはならない」[4]と判旨した。

この見解は、東京高等裁判所によっても支持された。即ち、「裁判所は、具体的事件についての法適用の保障機能を果すべきものであるから、衆議院の解散のごとき政治色の濃厚な行為であっても、その効力の如何が国民の権利に直接影響を及ぼすものである限り、それが有効であるか無効であるかについて当然に審判する権限を有する」[5]とした のである。

苫米地事件に関する第一審・第二審判決については、憲法第八一条および裁判所法第三条の現定を文理解釈したことにより、真正面から統治行為論を否定した。しかし、この判例をくつがえして、統治行為論の採用に大きく接近したのが砂川事件最高裁判所判決[6]であり、また、この理論を真正面からとりあげたものが苫米地事件上告審判決である。[7]

砂川事件最高裁判決は一般に指摘されるが如く、統治行為理論を採用したかどうかは必ずしも明確ではない。即ち、判示のうち「国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない」として、それが統治行為とみるべきか、あるいは裁量行為とみるべきかは不明確にされている。条約の締結およびこれの承認はそれぞれの機関の自由裁量であるとするならば、敢て統治行為論を採用しなくとも司法審査の枠から外すことができる。しかし、判決の一部に「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り」という部分に拘泥すれば、これは裁量の

限界を超えれば違法となる意味において裁判所の審査に服するとも解される。ともあれ、同判決の補足意見の中に、藤田、入江両裁判官の積極的な統治行為を肯定する論旨があることに注目しなければならない。この両裁判官の統治行為論が、そのまま苫米地事件の上告申における多数意見として判示されている。即ち、「現実に行われた衆議院の解散が、その依拠する憲法の条章について適用を誤ったが故に、法律上無効であるかどうか、これを行うにきつき憲法上必要とせられる内閣の助言と承認に瑕疵があったが故に無効であるかどうかのごときことは裁判所の審査権に服しないものと解すべきである。（中略）、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限度の制約は免れないのであって、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はない。直接国家統治の基本に関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っても、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的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に理解すべきものである」[8]。

統治行為論を認めることについては、概ね判例は右の最高裁判決によって確立されたといっても過言ではなかろう。学説についても、これを肯定するものに判例の示すが如く、その根拠を司法権の内在的制約に求めるもの、裁判所の自制に求めるもの等があって、その根拠は規を一にしない。しかしながら、統治行為の理論を、合目的な見地から肯定される宮沢教授の注目すべき見解がある。この見解は、統治行為の根拠を内在的制約に求める学説および裁判所の自制にその根拠を求める学説ともに恐らくは共通する問題といえよう。

即ち、宮沢教授は、「統治行為または政治問題としてにせよ、裁判所の審査権から多かれ少かれ除かるべきだと解するのは、それらを裁判所の審査に服させることが、実際上合目的ではないからである。これらの問題においては、かりに裁判所が議院なり内閣なりの行為の違法ないし無効を宣言してみたところで、その執行はほとんど不可能であり、むしろ、それらを選挙や、一般の政治上の言論を通じて、いわば政治的なコントロオルに服させたほうが、はるかに効果的であると考えられるからである[9]」とし、合目的見地より「統治行為」又は「政治問題」を司法審査から除外する。

右の見解は、国民が憲法の最終の番人であり、それがまた国民主権の原理に適合する忠実な法の解釈ともいいえよう。しかし、そこにいう国民という観念が抽象的、形式的、非現実的であることをなにびとも否定しえないであろう「現代国家における国民は、多少とも階級的な存在であり、利害や意識の点できわめて多元的に分裂している。国民のシンボルの下に一元的に集約できる主体は、少なくとも国内政治の場面には存在しない、といってよい[10]」。この現実的な現象を直視するならば、「憲法の番人」は国民であるとするのは全くナンセンスであり、最高裁判所が統治行為論という虚像を設定することにより、自己の憲法上の権限を自ら放棄せしめる結果におちいるといわざるをみない。

即ち、統治行為又は政治問題に属する事項は裁判所の審査外におき、主権者たる国民の判断（選挙や一般の政治上の言論を通じて）によらしめるとしても、現実の国民はさらに法的な救済手段又はその匡正手段が法的に保障されているわけではない。たとえ、その法的手段が認められるにしても、違憲の国家行為が行なわれ、この違憲行為が次の選挙によって匡正されたとしても、現実には国家の違憲行為が次の選挙に至るまで有効に存在し、しかもこの違憲行為に対し、国民は一指も触れることは許されないのである。国民はこの違憲行為を次の選挙まで甘受せねばならないのであり、それは憲法の停止乃至憲法の一時中断の現象にはかならない。極言すれば、それは国民の意思を無視した

国家機関による、国民主権の原理を否定せしめる結果になるといわざるをえない。

統治行為又は政治問題に属する事項であるという理由で、裁判所が司法審査を回避するならば、他面、これを理由として、国会なり内閣が高度な政治性の違憲行為を行なうことも自由である。国民はこれに対して現実の匡正手段をもたない現状では、「憲法の番人」はおろか、憲法の自滅、崩壊の番人しかありえない。John P. Frank は、「アメリカの従来の判例は不当に Political question の範囲を拡大したうらみなきにあらざることを指摘し、…… 或る行為が司法審査の外に置かれるというならば、その行為につき、いかにして、また何人が責任を負うことになっているかがはっきりされなければならないので、もしこの点を不明瞭にしておいて、その行為を司法審査の外に置こうとするような Political question の理論であるならば、それは有害である」[11]。と指摘しているのは注目すべき見解である。

本稿は、統治行為の理論を整理批判し、日本国憲法において、統治行為の理論を肯定する余地があるかどうかを究明するにある。結論において、次節以下で述べるがごとく、統治行為の理論を否定することが憲法の精神であると考える。

註 (1) C. Eisenmann, Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen Französischen Rechts. 1953 s. 2.

統治行為なる観念は、仏法における acte de gouvernement 英法における act of state 米法における Political questions に概ね帰因する。しかしそれぞれの国の歴史的成立過程、および、その理論的な構成も異なる。これらについては、山田準次郎「統治行為論」。雄川一郎「国家学会雑誌」六八巻三・四号、九・一〇号、七〇巻一・二号、金子宏「国家学会雑誌」七一巻八号、一一号、七二巻二号、九号に詳細に論ぜられている。

(2) 統治行為が司法審査を受けないのは裁量行為であるがためとし、自由裁量の理論によって置換えて説明するものもある。

しかし、自由裁量も裁量の限界を超えれば違法となり、この限りにおいては司法審査に服するが、統治行為を認める見解によれば、仮に違憲・違法であっても司法審査に服さないことになる。この意味において自由裁量論と統治行為論とを別の観念に認める必要がある。

(3) 否定説をとるものに、磯崎辰五郎「いわゆる統治行為とわが国憲法」（統治行為説批判）所収。鵜飼信成「憲法」二三六頁。渡辺洋三「憲法と現代法学」一五二頁。小島和司「東京地裁の衆議院解散無効判決について」（自治研究）三〇巻四号三〇頁。

(4) 東京地方裁判所、昭和二八・一〇・一九判決、「行政事件裁判例集」四巻一〇号二五四〇頁。

(5) 東京高等裁判所、昭和二九・九・二二判決、「高等裁判所民事判例集」五巻九号、二一八一頁。

(6) 最高裁判所、昭和三四・一二・一六判決、「最高裁判所刑事判例集」一三巻一三号、三二二五頁。同、ジュリスト、一九六〇年一月臨時増刊、一二〇頁。

(7) 最高裁判所、昭和三五・六・八判決、「最高裁判所民事判例集」一四巻七号、一二〇六頁。同、ジュリスト、二〇五号、四二頁。

(8) 注(7)「前掲書」。

(9) 宮沢俊義「日本国憲法」五九六頁。

(10) 有倉遼吉「憲法秩序の保障」（現代法と国家）三五二頁。小林直樹「憲法講義」四八四頁。

(11) J. P. Frank, Political Questions (Supreme Court and Supreme Law) 1954 P. 46.

二　諸家の見解

（一）統治行為肯定説

統治行為に関するわが国の学説には、肯定説と否定説に分かれ、前者はさらに裁判所自制説、必要説および内在的制約説に分かれる。肯定説のうちでも内在的制約説の方が有力といいえよう。この見解を支持されるものに入江裁判官、雄川、金子教授の諸氏があり[1]、必要説を採られるものに山田準次郎教授がある[2]。

山田教授は、「統治行為の定義としては政治上重要であって、法律的に事件を判断するよりは政治的に判断する必要がある行為である。[3]（。印は教授自身加えられたもの）とし、その正当性を次の如く述べられている。即ち、「統治行為（政治問題）は同一の問題が一方においては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聯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てた行為であっても、法律上の審査の結果違法と判定されれば、その違法が如何に未稍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、比例の原則によって、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っておる。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えておる[4]」とされる。右の正当性の根拠を一言にしいえば、山田教授も指摘されるが如く、統治行為は大きな害悪の発生することを防止するため違法を甘受する必要にせまられた制度であるというにある。

山田教授の必要説に対する第一の疑問は、そのいわゆる比例の原則をいかに認定するかという点にある。これについて磯崎教授[5]、有倉教授[6]の批判が既になされ、いまここで重ねて同じ批判することはさしひかえる。ただし、この見解と類似するものに、さきの苫米地事件最高裁の主文中、「直接国家統治の基本に関する高度に政治性ある国家行為

のごときは、……裁判所の審査外にある」という部分がこれに当る。「高度な政治性ある国家行為」と「高度な政治性のない国家行為」というものは、裁判所が司法審査して始めてその概念が明確になるのである。統治行為の概念は、これを肯定する立場からいえばたとえその国家行為が違法であるとしても、最初から裁判所の司法審査に服しない行為をいうのである。従って、統治行為の理論を山田教授のいわれるが如き比例の原則をもって証明することは、自ら統治行為の根拠を否定することになる。さらに、山田教授は違法を甘受してまで防止する必要を次の三点に求められている。(7)

その第一は裁判所でその問題に含まれておる法律問題の審査をするならば収拾すべからざる結果を招来するだろうということである。この見解に対する批判は、既述のごとく、比例の原則に対する矛盾がそのまま指摘されうる。法律問題を審査したうえで収拾すべからざる結果が認定されうるのであって、その認定もしないで必要性の根拠を求めることは理由のないことといわねばならない。百歩ゆずって、その法律問題の認定を国会なり内閣が認定するとするならば憲法第八一条の違憲立法審査権は全く空文化されてしまうばかりでなく、憲法が保障する三権分立の原則は否定されてしまう結果になるといわねばならない。

必要の第二は、外交上の問題においては国家意思の一途に出でる必要であるとし、例えば、外交上の問題が司法審査に服するとすれば、違法な外交の問題について行政部と司法部との間に相容れることのできない相違がしばしば起る。かような不統一な行為は国家性格的の破壊をきたすという矛盾である。

必要性の第二の根拠は、しかしながら日本国憲法においては関係のないことである。外交上の問題について、裁判所が司法審査することのできるのは憲法上に規定された事項に限るのである。例えば、条約の締結に必要な国会の承認について、憲法六一条の規定に従って適式になされたかどうか、第七三条の規定するところにより、条約の締結に

ついて、事前に、時宜によっては事後に国会の承認がなされたかという法律的側面を審査するのである。外交上の方針について、行政部の専属とされている部門まで裁判所は審査するものではない。かような分野は、いわゆる自由裁量的な行政部の専轄事項であり、裁判所の権限外の問題である。従って、論者のいわれるが如き外交上の問題において国家意思の一途に出でる必要ということは裁判所の司法審査とは関係のないことである。

論者の指摘される第三の必要性とは、裁判所が司法不審査することにより、司法権の独立の維持その他裁判所の利益の保持である。というにある。

この論旨は、ある国家行為が法律的問題を有せず、政治的な問題しかありえない国家行為の場合についていえば、この見解は正当である。法律的問題を含む国家行為の違法性を、裁判所みずからその職権を放棄することがどうして司法権の維持を全うし、その他の裁判所の利益の保持になるのであろうか。裁判所が他の機関の権限に介入してはならないということは憲法の保障する権力分立の精神である。逆にいえば、裁判所は、自己の職権である法律問題まで放棄せよというのではない。法律的判断を含まない政治部門は司法権を除く他の機関によって憲法がその権限を保障しているのである。政治的側面を有する国家行為であって、しかも法律的判断が可能である問題は、司法権の介入を許さず、他の機関にその職権が委ねられること自体、それは司法権の権限を他の機関が侵すことになるのである。これは論者の主張する司法権の独立を脅かす反対の現承を呈すばかりではなく、権力分立の原則を否定する結果になるといわねばならない。

裁判所は政治部門に介入すべきでなく、また司法権が政治的には中立、独立でなくてはならないということは、裁判所は法律部門については、他の機関に委ねることなく積極的にその職権を及ぼさなければならないということである。決して裁判所が法律問題について中立的であったり、高度な政治問題であるという理由で挙手傍観するが如き行

為をすることではない。これらの行為の積極的に審査することが司法権の独立を全うするゆえんである。かつまたそれは、憲法が保障する三権分立の原則が維持されるのである。統治行為（政治問題）は大きな害悪の発生することを防止するため違法を甘受する必要に出ずる制度であるという論旨は、その基盤において、すでに権力分立、司法権の独立を脅かすという大きな害悪の発生を事前に醸しているのである。統治行為肯定説の根拠を自制説に求める見解には到底賛成することができない。

入江裁判官は、統治行為の理論を司法権の内在的制約に求められる。即ち、「裁判所が、統治行為をその審査判断の客体とすることを拒否するのは、裁判所の自制ではなく、司法権の内在する性質からみて、統治行為は司法権の客体に包含されていないことを裁判所が確認するものであると考えたい」[8]とし、その根拠を「国民主権主義における三権分立制」に求める。この見解は、さきの砂川事件の上告審における補足意見として藤田、入江両裁判官によって主張され、それがまた苫米地訴訟上告審における主文として現われ、判例として固定化しつつあるという点に注目しなければならない。

入江裁判官は、内在的制約の根拠を国民主権における三権分立に求める見解として、次の如く論旨される。「国民は三権分立によって三権にそれぞれ国政の運営を信託するけれども、なお且つ三権に分属せしめないで国民が直接判断し、監督し、運営する為に留保した若干の事項が考えられる。何が国民に直接留保されたかは、例えば或る国の憲法が認めているような人民投票、人民発案、罷免請求のごとく、憲法の規定に直接の明文があればそれに依るのは勿論であるが、明文のない場合であっても、一切の国家作用を check と balance とで互に相交渉し合う三権のいづれかに分属せしめて終局的に割切ってしまうことが、却って三権分立を認めた趣旨に反すると認められるような事項は、わたくしは、解釈上、三権のいづれにも属せず、結局それは国民に留保された事項と考えるべきではないかと思

う司法権の限界という面からいえば、統治行為がそれに当る。……以上のことは、別の言葉でいえば、現在認められている三権分立の下における司法権には、それが政治の領域と対決した場合に、政治の必要と妥当との為に、さもなければ踏み込みうる領域であるに拘らず、踏み込み得ないとされる領域があるということになるのである。それが統治行為なのである」[9]、とする。

右の見解に対する批判は、前述に指摘したごとく「高度な政治性ある国家行為とそうでない国家行為」の認定判断の困難さとその矛盾にある。即ち、国家行為のうちで「三権に分属せしめないで国民が直接判断し、運営する為に留保した若干の事項」（政治の必要と妥当とのために踏み込み得ないとされる領域）をいかなる理由で、しかもだれがそれを認定するかの疑問である。論者はこのような事項は三権分立を認める趣旨からみて、三権のいずれにも属さないものと説明されるが、その根拠自体は明確なものではない。「政治の必要と妥当とのために踏み込み得ないとされる領域」は、たしかに国家行為として存在するであろう。たとえそれが存在しうるとしても、その領域において政治的側面を有する領域であるならば（法律的判断を必要としない国家行為）その領域に裁判所は職権を介入すべきではなく、他の機関に委ねるべきである。そうしてその当否は次の選挙を通じて国民の公平な裁判に持つべきであるというのか憲法の精神である。従って、「三権に分属せしめないで国民が直接判断し、運営するため留保された若干の事項」というのは、ある国家行為が政治的側面のみを有するものであって、しかもその行為については直接国民のコントロールを受ける機関の行為に属するものに限られている。また、これらの行為は、国民の直接民主制として、憲法に明記されているものに限られているのである。換言すれば、政治的側面を有する一切の国家行為は、権力分立の原則からそれぞれ立法機関、行政機関に分属せしめ、それらの行為の政治判断は次の選挙において国民に判断されるものである。ある国家行為が政治的側面と法律的側面を有する場合には、その行為の性質により三権のいずれかに属

し、又は少くとも法的側面における違法性が争われる場合には、必ず裁判所がその職権を行使しなければならないのである。高度な政治性ある国家行為、又は三権のいずれにも属さないで国民に留保された国家行為という理由で、裁判所が法律的判断を避けることはむしろ権力分立の原則を歪めるものである。けだし、司法権が立法権、行政権に対し check するのは、法令審査権しか憲法は保障していない。いまこの唯一の抑制手段たる法令審査権を、統治行為の理論によって認めないとするならば、もはや裁判所は、立法権、行政権の支配下にあり、権力分立の原則は否定されたことになる。したがって、既述のことから、内在的制約説の根拠を国民主権の下における三権分立制に求める見解は、それ自ら三権分立制の原則を否定する根拠となりえても、これを肯定する論旨にはなりえない。

同じく、内在的制約にその根拠を求められるものに雄川教授の見解がある。教授は、統治行為論と憲法第八一条との関連において次のごとく述べられている。

「憲法八一条の存在は、私はこれは統治行為の存在を否定する根拠にはならないと思う。即ち、統治行為の問題は、それに適用されるべき法規が憲法か法律かの区別によって生ずるものではなく、その行為の性格にかかる問題であり、また、裁判所が法律の解釈権のみを有するか、憲法解釈権をも有するかによって、本質的に変る問題ではないのであって、裁判所に一般的にいかなる権限が与えられるにしても、その権限の外にある行為の存在の問題であるからである[10]」とする。

この見解に対する批判は、第八一条を、論者のごとく解することによって、第九八条の規定が無意味になってしまうということである。九八条は、この憲法は国の最高法規であって、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宣言するわけであるから、統治行為にかかわりのある国家行為というものは右の憲法の条文にまたかかわりのない行為であらねばならない。そうでなければ第九八条の規定

が無意味でなるばかりでなく、憲法前文第一段で宣言する「われらは、これに（民主主義の原理に）反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」という原則を否定することになる。この原則は人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基づくものであるから、この原理を否定しない国家行為というものがあればそれは敢て問題にする必要はない。論者のいわれかごとき、統治行為の問題は、その行為の性格にかかる問題であるとしても、その行為の性格が、前記九八条、前文の趣旨に反するような行為であってはならない。しかし、かかる行為といえども、国民の政治的判断に委ねるというならば敢て憲法の精神に反することもないであろう。しかし、この見解は、現時点において、国民発案、国民投票の直接民主制を採らない日本国憲法においては意味のないものといわざるをえない。

統治行為の観念が、王権の産物であり、当初、王の支配権は裁判所を拘束するという時代には右の論旨も妥当しよう。勿論、雄川教授の見解はかかる見地から論じられてはいない。しかし、その沿革からみれば漸次裁判所の機能、構造の発展に伴い、かつ幾多の判例、学説によって集積されたことは疑う余地はない。またその歴史的な過程からみれば、統治行為と称される国家行為は縮少の段階にあるといわねばならない。それにもかかわらず、「統治行為の観念の成立自体に近代民主主義的政治と本質的な何らかの関連があることを思わせる」[11]ことに疑問がなおさら生ずるのである。この疑問は、イギリス、フランス、アメリカ等の諸国において、いまなお統治行為の概念が認められ、かつ判例において現われることに起因しているのではなかろうか。アメリカにおいては周知のごとく、最高裁判所の法令審査権は憲法の明文の規定を欠き、長い経験と学説の集積によって運営されている。実質的な憲法の概念から観れば、前記雄川教授の論説も正当といいえよう。ただしかし、憲法制定後、二十有年しか経ていない日本憲法を、アメリカのそれと同列に準じて論ずることは妥当といいえないであろう。

金子教授も、統治行為の根拠を、入江裁判官や雄川教授と同じく、政治と裁判との関係における司法権の内在的制

約に求められる。即ち、「私は、日本国憲法の下において、司法権の政治に対する内在的制約は、この民主主義的責任原理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みとめられる、と考える。さらに、裁判所が政治作用に対して統制をおよぼした場合にえられる利益と損失を比較衡量する場合、以下述べるように、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ない」[12]とし、これらの観点から四つの見解を示された後、結論として次のごとく論ぜられる。「我国法における司法権は、独立性を与えられた私人の権利の保護を目的とする法判断作用であって、裁判所は政治的責任を負いうる機関ではない。要するに、日本国憲法においては、政治と裁判とは相互に入念に分離されているのであって、相互に影響を及ぼし合うのをさけなければならない。そして、一定の場合には司法権の優位・私権の保護・法秩序の維持等の要請は、政治的責任原理に道をゆづらなければならないのである。ここに統治行為のみとめられる根拠があるのである」[13]。

右の見解は、前述の統治行為肯定説に対する批判がそのまま妥当しよう。論者の指摘されがごとく、裁判所は政治的に責任を負いうる機関でもなく、日本国憲法においては、政治と裁判とは相互に入念に分離されているということは当然である。しかし、裁判所は決して政治的決定の当否を審査するものではなく、その違法性を審査するものである。それによって政治機関の責任を明確にし、「憲法の番人」として国民に対し忠実に憲法擁護の義務を尽すことにある。裁判所が政治的判断を避け、法的な判断をすることによって、国家行為の政治責任を国民に訴うるということである。この前提を省みないで直接国民に政治判断を求めるということは日本国憲法の精神ではない。それはまた権力分立の原則を無視するものといわねばならない。

（二）統治行為否定説

統治行為の理論を否定するものに、判例として、さきに掲げた苫米地訴訟第一審、第二審の判決があり、学説としては磯崎、鵜飼、渡辺、小島の諸教授がある。ここでは、統治行為否定論の最も代表ともいうべき磯崎授教の見解を検討することにする。

磯崎教授は、憲法第九八条及び第八一条の両規定を仔細に文理解釈し、統治行為の成立する余地のないことを力説する。まず、第九八条第一項の「この憲法は国の最高法規であって、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。」という規定は、単なる理論的な条項ではなく、憲法の一規範として設定し、憲法上の効力を付与したものである。というのは、憲法違反の法令等が理論上無効であるとしても、単にそれだけでは実際有効として取扱われる可能性があり、憲法の最高法規性はそれだけ侵害されうる。したがって憲法の最高法規性に実定法的効力を付与しこれが保持に努むべきであるとしてその目的で設けられたのがこの規定である。第八一条は「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」とし、第九八条の問題を有権的に解決する国家機関の定めを法定したものである。この両規定の存する規定から、「わが国憲法上は、如何に高度の政治性を有する国家行為であっても、それについて憲法に適合するかどうかの点が争われるときは、常に裁判所これを審査、決定し得ることが明らかであるから、わが国憲法上は、いわゆる統治行為なるものは認められないものと結論しなければならない」[14]とする。さらに教授は、右の二条文の文理解釈の正当性について「憲法の規定の目的、精神は、通常の場合においては、その規定の文言を通して最もよく表現されていると考うべきものであるから、憲法の規定は、その規定の文言のままに意味するものと解釈して差支ないと思う。このような解釈の仕方を文理解釈というならば、憲法の解釈は文理解釈が原則である。……文

理解釈といえばとて、決して憲法の目的、精神を考えないで機械的に文言通りに解釈するというものではない。その規定の文言通りにこれを取ることが恰もその規定の目的、精神に合するものと考えた上での解釈である。その意味では文理解釈もまた合目的的解釈である」[15]とする。

教授の合目的的解釈とは、裁判所が統治行為の理論を否定することによって、憲法保障機能を維持せんとするにあること、および、最高裁判所が一切の国家行為の合憲、違憲決定をなすことによって、国民主権の原理に立脚する最高裁判所国民審査制の趣旨、目的に副うものであるとする。換言すれば、憲法の保障を全うするためには、第八一条および第九八条の両規定は文理解釈をすることによってのみその目的が達成せられるというにある。この見解を非とする根拠はないようと思われる。

前述のように磯崎教授は、統治行為否定説の根処を憲法第八一条、第九八条二項の文理解釈（合目的的解釈の結果からしての）に求められるが、私はその結論においては同じであるが、その基本的な根拠となるべき憲法規範は第七六条三項の規定に求めるべきだと思う。

第七六条三項は「すべて裁判官は、その良心に従い独立してその職権を行い、この憲法及び法律にのみ拘束される」という規定は、第八一条の法令審査権の規定に対する総則的規定であり、かつ権力分立を保障する原則規定でもある。この意味から第八一条は、司法権の権能を規定したものであり、従って、第八一条の規定解釈にあたっては、第七六条三項の精神に副って解釈すべきであることは当然である。第八一条を根拠にして、統治行為論を否定したとしても、前述のように、司法権の内在的制約が先行するものとしてこれを肯定する余地も十分に成り立つわけである。換言すれば、第八一条の裁判所の職権（法令審査権）と、司法権の内在的制約の理論とが同じ比重であるかどうか、いな、いずれか一方の比重が他よりも大であるということから、統治行為否定論、肯定説の根拠が成立するので

ある。統治行為否定説の立場からみれば、第八一条にかわる第七六条三項の規定にその根拠を求めるべきである。

裁判官は良心に従い独立してその職権を行ない、この憲法及び法律にのみ拘束される。という規定は、憲法の保障、尊重、擁護という立場からみれば、いかなる「高度な政治問題」にせよ、その国家行為に法律的側面を有する限り、裁判所は他の機関から独立して職権を行なうものである。高度な、国の重大なる国家行為については、それが政治的判断しかもたない場合は、勿論、裁判所は職権を及ぼしてはならない。もしこの分野に介入することは司法の政治化であり、権力分立、司法権の独立を自ら侵すことになる。憲法は「裁判官は、……憲法及び法律にのみ拘束される」と規定するのがこれに対応するのである。高度な政治問題である国家行為については、裁判所は自制遠慮しなければならないとか、大害を避けるため小害は甘受しなければならないとか、または司法権の内在的制約という理由で、裁判所がその職権を及ぼしてはならぬという理は到底成立しない。もし、かかる行為について、その法的判断を避けるとするならば、裁判官は自ら「憲法及び法律」拘束されないことになる。このような解釈は第七六条の容認するところではない。

しかし、この憲法及び法律にのみ拘束されるといっても、内在的制約説の立場からみれば、「この憲法」の理念の中には、司法権としての一定の限界があり、それが裁判所の内在的制約として既に先行するというなれば、この根拠も稀薄であるかも知れない。しかし、前述のように、憲保の保障、擁護、尊重という観点からみれば、あるいは国民主権のもとにおける三権分立の立場からみれば、第七六条の規定に司法権の内在的制約という根拠の入り込む余地はないといわねばならない。けだし、ある国家行為が高度な政治性をもつとして、裁判所が、その職権を行使することができなければ、違憲の国家行為は立法部、行政部の専轄するところとなる。かかる行為によって人権侵害される国民はいかにして憲法の保障が全うされようか。違憲の国家行為による人権侵害に対しては、あるいは次の選挙によっ

て匡正される可能性もあるというにすぎない。殊に、条約の違憲性ある行為については、条約の性格からして、次の選挙によって国民の権利侵害に対する救済手段、匡正手段というものは、全く可能性がないといわねばならない。

既述のように、第七六条三項の規定を解釈するにあたって、司法権の限界として、又は司法権の本質として、そこに内在的制約があるが如き論理は毫も存しないのである。もしこれを認めるとするならば、司法権は自らその独立性を放棄し三権分立の原則を否定するとばかりでなく憲法の崩壊を促すことになる。憲法尊重、擁護という見地からすれば、第七六条三項を合目的的に解釈しなければならない。前述のようにかかる観点からすれば統治行為の概念乃至理論は認める余地は全くないのである。

統治行為の理論を否定する根拠は、第八一条、第九八条の文理解釈によるべきことは磯崎教授の指摘されるとおりである。しかし、前述のように第八一条の根処のみでは、統治行為肯定説としての内在的制約の根拠も容認される可能性がある。かかる意味において第七六条三項の規定から統治行為の理論を排斥すべきであると思われる。

注

(1) 入江俊郎「統治行為」(公法研究) 第十三号。雄川一郎「統治行為論」(国会学会雑誌) 第六八巻三・四号、九・十号、第七十巻一・二号。金子宏「統治行為の研究」(国家学会雑誌) 第七十一巻八号、十一号、等七十二巻二号、九号。

(2) 山田準次郎「統治行為について」(公法研究) 第十三号。

(3) 山田準次郎「示掲書」一一二頁。

(4) 山田準次郎「前掲書」一六二頁。

(5) 磯崎辰五郎「統治行為説批判」九九頁。

(6) 有倉遼吉「統治行為」(憲法の制例) 一六六頁。

(7) 山田準次郎「前掲書」一六二頁以下。

(8) 入江俊郎「統治行為」（公法研究）第十三号八七頁。
(9) 入江俊郎「前掲書」九〇～九一頁。
(10) 雄川一郎「統治行為論」（国家学会雑誌）第七十巻第一・二号、九一頁、九二頁。
(11) Hans Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, 1951. s. 79.
(12) 金子宏「統治行為の研究」（国家学会雑誌）第七十二巻九号、二九～三〇頁。
(13) 金子宏「前掲書」三三頁。
(14) 磯崎辰五郎「前掲書」八四頁以下。
(15) 磯崎辰五郎「前掲書」九二頁。

三　結　語

統治行為肯定説の根拠を大略整理し、一応の批判を試みた。結論において、憲法の保障という観点からすれば、わが国憲法において統治行為の理論を肯定する余地はないといわねばならない。

既述のごとく、直接国家統治の基本に関する高度に政治性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上可能であっても、かかる国家行為は裁判所の審査の外にあり、その判断は主権者たる国民に委ねられているというような見解は、それ自体において司法権の独立を侵し、結果において三権分立の原則を歪めるものである。国民に政治的判断が委ねられるという安易な見解は、ますます立法権、行政権の独裁化を促す原因となりうる。わが国憲法においては、国の重大な行為にについて、その政治判断を求めるべき人民投票、人民発案等の制度は存しないのである。

憲法第七六条三項は、司法権の独立として裁判官がその職務を行なうにあたって、立法機関、行政機関からの制約

を排除する。ただ自己の良心に従い、かつ憲法及び法律のみ拘束される。いま統治行然の理論を肯定するならば、違憲の国家行為は立法機関、行政機関によって促進される。裁判所は、かかる行為について司法判断できないとするのは第七六条の趣旨に反する。かかる現象は、すでに立法機関、行政機関によって司法権の枠を狭めることになる。例えば、国会が議事定足数を無視して違憲の立法作用を行ない、内閣が国会の承認をえずして条約を締結したとき、裁判所はこれに職権を及ぼすことができないというのは、憲法の精神を否定するものであり、かかる現象はすでに憲法の崩壊現象といわねばならない。日本国憲法は、国民主権のもとに三権分立と保障する。この見地から国会は弾劾裁判所の制度により裁判所をコントロールする。内閣は裁判所の裁判官を直接間接に任命することにより司法権を制約する。司法権の立法権、行政権に対するコントロールは第七六条三項の規定を具体化する第八一条の規定による違憲立法審査権によって行なわれる。いま、国家行為の違憲性判断にあたって、その行為が統治行為という理由で裁判所に裁判権がないとするならば、司法権は立法機関、行政機関に対する唯一の抑制手段を喪失することになり、立法機関、行政機関の下に隷属するという跛行的な現象を呈する。かかる現象は到底わが国憲法の容認するところではない。

裁判官は、政治的色彩の強い問題について最終的な判断を下した場合、よくいわれる司法の政治化ないし裁判官の寡頭政治をもたらす危険があるといわれる。既述のごとく、国家行為の法的側面をもたない場合には、裁判官はその領域に介入してはならないのであって、その国家行為について法的判断を避けるということではない。裁判所は、かかる法的判断については、憲法擁護の立場から積極的にその職権を行使すべきであり、またそれが第七六条三項の趣旨、目的に合致するのである。裁判所が高度な政治性ある国家行為について、その判断（法的）をすることによる責任は、国民審査（憲七九）によって国民の判断とされる。これが国民主権のもとにおける権力分立制である。いま、裁判所が高度な政治問題であるという理由でその職権を行使せず、次の選挙を通じて判断せしめようとしたとして

も、国民は直接判断する機会、能力がありえない。最高裁判所が高度な政治問題を法的判断することによってこそ国民の裁判官の審査判断がえられるのである。

統治行為論を否定することにより憲法保障が保たれることは以上のごとくであり、その根拠は、第七六条三項に求めるべきである。第八一条は基本的、総則的な第七六条の具体的規定であり、かつ第九八条一項がそれを確認しているのである。

わが国憲法において統治行為の理論が成立する余地はないということは、現憲法の条項に則しての前提問題である。したがって、抵抗権、国家緊急権の問題については、それがいわゆる統治行為に属するかどうかは今後の研究にゆずることにする。