九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

統治行為論不要説

原島, 啓之
九州大学法学部

https://doi.org/10.15017/13858

出版情報：学生法政論集. 3, pp.73-87, 2009-03-19. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

統治行為論不要説

原　島　啓　之

はじめに
第１章　伝統的な統治行為論
(1)　統治行為論が用いられた判決
(2)　伝統的な統治行為肯定学説
第２章　伝統的な統治行為論を批判する学説
(1)　否定説
(2)　折衷説
第３章　統治行為論不要説
(1)　統治行為概念再考の必要性
(2)　自由裁量の概念
(3)　「統治行為」として残されてきた領域
(4)　民主的正統性と統治行為論
おわりに

はじめに

本稿は「統治行為」概念を再考しようとするものである。日本国憲法は98条１項において最高法規性を定め、これを実質的に保障するために81条によって裁判所に違憲審査権を与えた。しかしながら、訴えが提起され、裁判所法３条１項にいう「法律上の争訟」の形をとっていたとしても、違憲審査権を行使できない限界が存在するとされ、その１つとして本稿のテーマである「統治行為」が論じられてきた。

統治行為とは、たとえ司法の審査が可能であっても当該国家行為の政治性が高度であるという理由から裁判所が違憲審査権を放棄しなければならないとされる行為である。そして判例、学説双方とも伝統的にこれを肯定してきたと言われる。一方で少数説ではあったが否定説も存在し、その問題点を指摘してきた。その影響からか、今日では伝統的な肯定説に代わって統治行為の範囲をできるだけ絞って限定的にその使用を認める立場が有力化している。

ところが、筆者はこの立場に対して以下に挙げる２点の疑問をもつ。１点目は「統治行為」の範囲を絞りに絞ってもなおそれとして残しておかなければならない行為が本当にあるのか、すなわち自律権や自由裁量権という別の概念でこれまで統治行為とされていたす

べての行為を説明できるのではないかという疑問である。そして2点目は、統治行為論のさまざまな問題点にもかかわらず、なぜこの概念が残されてきたのかという疑問である。

以上のような問題意識のもとで、本稿は以下のような構成で展開される。まず第1章では、伝統的な統治行為論肯定説として2つの判例（砂川事件・苫米地事件）と学説（自制説・内在的制約説）を紹介する。次に第2章では、肯定説と対照的な見解（否定説）を紹介したのち、両学説の対立をふまえて今日有力説となっている折衷説を紹介する。具体的にはその代表的論者である佐藤幸治教授と芦部信喜教授の議論を詳しく分析したい。そして最後に第3章では、先述の疑問点への試論を提示したい。具体的には自由裁量行為について考察をすすめることにより、統治行為とされてきた行為がすべて他の概念で説明できること、および肯定説の根底に流れていると思われる裁判所の民主的正統性と統治行為論との関係について論じることにする。

第1章　伝統的な統治行為論

統治行為とは「法律上の争訟として裁判所による法律的な判断が理論的には可能であるのに、事柄の性質上、司法審査の対象から除外される行為」[1]と定義されている。つまり、憲法76条1項で司法権はすべて裁判所に属することになっているが、「法的判断が可能であっても、事柄の性格上裁判所になじまない」[2]とされる国家行為が存在し、それに対してはその「高度の政治性」ゆえに違憲審査権が及ばないとされる。そしてこの統治行為論は最高裁により是認されており、学説からも伝統的に支持されてきた。

(1)　統治行為論が用いられた判決

①　条約と司法審査—砂川事件[3]

日本で初めて統治行為論が用いられた判決として昭和34年の砂川事件が挙げられてきた。この事件では旧日米安全保障条約の合憲性が争点となったが、最高裁はこの点について、「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に政治性を有するものというべきであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内

1　芦部信喜『憲法〔第四版〕』（岩波書店・2007年）326～327頁。

2　野坂泰司「憲法基本判例を読みなおす—苫米地事件」法学教室298号（2005年）77頁。

3　砂川事件（最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁）においては、東京調達局が自衛隊立川基地拡張のための測量を始めたときに、基地反対のデモ隊が立ち入り禁止区域内に進入したことにより、旧日米安保条約第3条に基づく行政協定に伴う刑事特別法2条違反として通常の刑よりも重い刑で起訴された被告人が、その刑事特別法はそもそも違憲である旧日米安全保障条約に基づいている法律であるので違憲なのではないかという主張をし、同条約の合憲性が争われた。

閣及びこれを承認した国会の高度の政治的な意思自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない」とし、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは裁判所の司法審査権の範囲外のもので」あると述べた。そのうえで「一見極めて明白に違憲無効」であるかどうかの審査を行い、その可能性が認められないとして上告を棄却した。

②　衆議院の解散と司法審査—苫米地事件[4]

砂川事件ののち、本格的に正面から統治行為論を認めた判決として苫米地事件が挙げられる。この事件では衆議院の解散の合憲性が争点となったが、最高裁は「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」として法的判断が可能かどうかにかかわらず「高度に政治性のある国家行為」については審査できないという判断を下し上告を棄却した。司法権に対するこのような制約の論拠については「三権分立の原理に由来」すると判示された[5]。

統治行為論を用いた判例として通常挙げられるのは以上の２つの判決である。①の砂川事件に関しては「一見極めて明白に違憲無効でない限り」という留保が付けられていることから、統治行為論に基づき違憲審査権を行使しなかったというより「政治部門の政治的・裁量的判断に対する司法の自制を示したもの」[6]であると評価されることも多い。他方、②の苫米地事件にはそのような留保はなく、純粋な統治行為論を援用した判決であるとされ

4　苫米地事件（最大判昭和35年６月８日民集14巻７号1206頁）とは、1952年８月28日に第３次吉田内閣が自民党内の権力闘争を理由に抜き打ちで衆議院解散を行ったことに対し、当時の衆議院議員の苫米地義三が、「衆議院の解散は憲法69条の場合に限られるにもかかわらず、本件解散は憲法７条３号のみに基づいてなされており、また国事行為たる天皇の解散行為には内閣の助言と承認が必要であるが、本件ではこれらを欠いていた」として訴えを起こしたものである。これに対し国は、衆議院解散のように政治性の強い行為について裁判所は審査権を有しないということを主張し、解散の合憲性とともに裁判所による違憲審査権行使の可否についても同時に争われた。

5　なお、第１審判決（東京地判昭和28年10月19日行集４巻10号2540頁）では、「単に政治性が強いといふひと言だけで衆議院の解散の合憲性を裁判所の判断対象から除外することは出来ない」として統治行為論を避け、また衆議院の解散が無効と判断されることによって混乱が生じるとしても裁判所は無効判断をすることができ、また、解散の方式そのものが憲法に適合するかどうかは政策的な評価をすべて排除して可能であると述べて審査を行い、本件では内閣の助言があったとはいえないとして請求を認容した。また、第2審判決（東京高判昭和29年９月22日行集５巻９号2181頁）では、本解散の効力は苫米地の権利に直接影響があるものであるという理由で第１審と同様に統治行為論を避けて審査を行い、本件では内閣の助言はあったとして第１審判決を取り消している。要するに、第１審、第２審では統治行為論は採用されていないことになる。

6　野坂泰司・前掲註（２）79頁。

ている。

(2) 伝統的な統治行為肯定学説

以上のような判例と同じく、学説においても「統治行為論」を肯定する立場が有力であったように思われる。日本国憲法のなかに「統治行為」を認める明文上の規定は存在しないが、このような司法審査の限界を論拠づける試みがなされていたのである。

① 自制説[7]

第一に、法的審査が可能であるとしても当該国家行為の審査が法律問題であると同時に重要な政治問題である場合には、違憲判断による政治上の混乱を回避するために裁判所は司法判断を自制すべきだ、という説が唱えられてきた（自制説）。すなわち、「違法を甘受しても防止する必要のある大きな害」を避ける[8]ためには司法審査を自制するよりほかに方法がなく、そうした重大な混乱の防止は法も認めていると解することによって統治行為を認めようというのである。

② 内在的制約説

第二に、国民主権下における三権分立、民主主義的責任原理にかんがみると、政治性の高い問題については政治部門に判断させるべきであり、これに対する裁判所の介入は許されない、という考え方が主張された（内在的制約説）。言い換えれば、「統治行為」を司法審査の対象から除外することは、議会制民主主義を採用する日本国憲法においては当然だというのである。

その説によると、日本国憲法の採用する国民主権の下では三権のいずれにも属さず、国民によって直接判断されるべき若干の事項が存在しており、その事項については三権のいずれかに分属させて終局的に割り切るべきではない。そのように留保された事項こそが統治行為でありこれは三権のいずれにも属さない、つまり司法権には属さない事項であるから司法審査権が及ばないというのである。もちろんそのような統治行為は国民の判断を受けるものとして留保されてはいるとは言っても、通常国民は選挙を通じて間接的に政治的影響を与え得るにすぎないので、その信託を受けた政治部門がその行為を適法であると主張する以上はそのまま有効なものして扱われる外はない[9]とされる。

このような説の根底には民主主義的責任原理の考え方が流れているように思われる。すなわち、民主的正統性が弱く、国民に対して責任を負わない裁判所が政治の分野に属する

---

7 山田準次郎「統治行為について」公法研究13号（1955年）157～166頁。

8 山田はこれを「比例の原則」と呼んだ（158頁）。

9 入江俊郎「統治行為」公法研究13号（1955年）90～101頁。

行為を審査することは民主主義と両立しがたく、選挙や一般言論を通じて国民が直接統制するのが望ましいというのである[10]。

以上のように、統治行為論は判例と学説の双方から伝統的に支持されてきたといえるだろう。

第２章　伝統的な統治行為論を批判する学説

肯定説に対して、統治行為論を否定する学説も少数説ではあるが存在した。その影響によるのか、今日では統治行為論を肯定するとしても、伝統的なそれに修正を加える立場が有力であるように思われる。

(1)　否定説

第１章でみたように、統治行為肯定説の論拠として自制説と内在的制約説の２つが唱えられていた。否定説によるとこれらの説はいずれも理論的に成立しないものであるという。

第一に、自制説のいう「比例の原則」、すなわち、大きな害を避けるための違法の甘受は、その国家行為が違法なこと、およびその行為の無効または取消の決定によって収拾できない結果を生ずることの２点が明らかになって初めて可能である。つまり、当該行為の違法性という害と司法審査の結果生ずる害の大小を比較するためには何よりもまずその行為を審査することが必要なはずである[11]とされる。したがって統治行為論が司法審査を受けないことに特色のある理論だとすれば、統治行為論については「比例の原則」はあてはまらない[12]ということになる。また、司法審査はすべて政治性を有するといえるので、その政治性が高度であるか否かの判断は極めて困難であり、そのような判断を裁判所に委ねるならば裁判所の便宜的判断で問題が逃避されかねない[13]。さらにはこのような裁判所の自制を認めてしまうと、裁判所は判決による政治的な影響ばかりを重視することとなり、判断が（法のみに基づかない）恣意的なものになる懸念が生ずると指摘された[14]。

第二に、内在的制約説に対して「三権分立の原則は、憲法諸規範からのみ構成さるべきものであ」[15]るという批判が向けられた。つまり、日本国憲法は76条で司法権、81条で違

10　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72巻９号（1958年）783頁、791頁。

11　磯崎辰五郎「いわゆる統治行為を肯定する学説の批判」阪大法学31号（1959年）８頁。

12　磯崎辰五郎・前掲註（11）８頁、９頁。

13　覚道豊治「憲法における自由裁量の概念」阪大法学40・41号（1962年）113頁。

14　諸根貞夫「『統治行為肯定説』批判・試論—自制説と内在的制約説の一考察—」愛媛大学教養部紀要16巻１号（1983年）32頁。

15　奥平康弘「『統治行為』理論の批判的考察」法律時報45巻10号（1973年）80頁。

憲審査権を裁判所に与え、憲法解釈を最終的に行う権限と職責を裁判所に与えており、いわば三権分立の一要素として違憲審査制を定めているのである。また、民主主義的責任原理によって司法権の内在的制約を説く説に対しては、憲法に反する行為の責任はその行為を行った政治部門に課されるのが当然であり、その行為の無効または取消によって生じた結果の責任もまた行為者である政治部門に帰属するのが当然であって、裁判所に審査権を放棄させるのは見当違いではないかという批判も向けられる[16]。

以上のように、否定説は高度の政治性を指摘するだけでは憲法上の論拠として弱いこと[17]、それどころか政治的行為に対する司法審査を採用する日本国憲法と矛盾することを指摘してきたといえる。

周知のように統治行為否定説は通説化には至らなかった。とはいえ、第1章で紹介した伝統的な肯定説がそのまま有力であり続けたわけではなく、否定説により指摘された問題点からか、今日では新しいタイプの肯定説が有力となっている。

(2) 折衷説

折衷説と呼ばれるこの学説は、統治行為を認めるとしてもその範囲は局限されるべきであり、司法審査の外に置かれる理由については個別具体的（ケース・バイ・ケース）に示されるべきだという説[18]である。

こうした学説の代表的論者である佐藤幸治はこれまで統治行為とされてきた行為を、①国会および内閣の組織・運営に関する基本事項（議員の懲罰、議院の議事手続など）、②政治部門の相互関係に関する事項（衆議院の解散など）、③政治部門の政治的・裁量的判断に委ねられた事項（国務大臣の任免など）、④国家全体の運命に関する事項（外交や国防など）に分類し[19]、統治行為論よりも明確な法理（自律権や自由裁量権）によって司法審査の限界を説明できるものについてはそちらによるべきだと述べている。たとえば、①は自律権、②は手続については自律権、内容については自由裁量権、③は自由裁量権によってそれぞれ説明できるという。他方、④国家全体の運命に関する事項だけは「統治行為」という概念に残される[20]。そこでは、「裁判所として判断するには十分な情報に接しえずまたは自信

---

16 磯崎辰五郎・前掲註（11）30頁。

17 小嶋和司「東京地裁の衆議院解散無効判決について」自治研究30巻4号（1954年）32頁、奥平康弘・前掲註（15）76頁など。

18 芦部信喜「司法審査権の限界―統治行為を中心として―」同『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣・1981年）136～137頁。

19 佐藤幸治「司法権の限界―『統治行為』」論を中心に」同『憲法訴訟と司法権』（日本評論社・1984年）62頁。

20 佐藤幸治・前掲註（19）62～65頁。

を持って依拠すべき判断基準が欠けている」[21]というのである[22]。

芦部信喜も、佐藤と同様に「憲法の明文上の根拠もなく内容も不明確な」[23]統治行為論を用いるよりも、憲法上認められる自律権や自由裁量権の概念で説明できるものはそちらによるべきであるとした。そのうえで、「広義の統治行為」の役割として、「『高度の政治性』を理由に司法審査の外におく論拠を提供するためのものとしてではなく」、別概念によって「司法判断に不適合だという結論を明らかにするための説明概念ないし一種の類概念」としての役割に重点が置かれるべきであると述べ、その意味において「広義の統治行為」は「裁判的統制をうけない国家行為」と呼ぶべきだという[24]。つまり、芦部はいわば司法審査を受けない行為の総括概念として統治行為を捉えており、その「広義の統治行為」という大枠の中に「自律権で説明できる統治行為」、「自由裁量権で説明できる統治行為」等、他の概念で説明できる統治行為がひとまとめにされているようである。そして司法審査が及ばない国家行為のうち、他の概念によっては説明できないものにかぎって「統治行為」がその論拠として威力を発揮するというのである。ただし、そのような「狭義の統治行為」を認めるとしても統治行為なる概念は憲法上存在しないので、その範囲は厳しく限定されなければならず、事件に応じてできる限りケース・バイ・ケースに審査権を行使しない理由を判断すべきであるとしている[25]。

このように佐藤・芦部両教授は統治行為の範囲を自律権や自由裁量権という概念を用いることによって絞りながらも最終的にはこの理論を捨てるまでには至らず、これを理論上残している。ここで、そのようにして範囲を絞りに絞った統治行為には何が残るのかという疑問が生ずる。すなわち、法律上の争訟であるにもかかわらず高度の政治性により違憲審査権が排除される行為のうち、自律権や自由裁量権で説明できない行為とは一体どのような行為なのかという疑問である。

この点について佐藤は、先に述べたように「国家全体の運命に関する事項」を挙げている。一方、芦部はその点を明らかにしていない。とはいえ、芦部が司法判断不適合性のきわめて強い行為の例として「外交」をあげ[26]、また、「〔国家行為のなかには〕裁量行為と自律権で説明できないものも残り、とくに外交行為についてはありうるのではないかと思っている」と述べている[27]ことから、狭義の統治行為には「外交」が残ると考えられてい

---

21 小林節「アメリカにおけるいわゆる『政治問題の法理』の正統性の検討」法学研究55巻12号（1982年）352頁。

22 佐藤幸治・前掲註（19）66～67頁。

23 芦部信喜・前掲註（18）135頁。

24 芦部信喜・前掲註（18）135頁（傍点芦部）。

25 芦部信喜・前掲註（1）328～329頁。

26 芦部信喜・前掲註（18）137頁。

27 高見勝利『芦部憲法学を読む』（有斐閣・2004年）347頁。

るように思われる。

以上のように佐藤幸治教授と芦部信喜教授の議論は、これまで統治行為とされてきた行為を分類したうえで、自律権や自由裁量権といった別の概念によって説明できるものはそれにより統治行為の範囲を絞るという点、そしてそのように絞ってもなお統治行為として残される行為（狭義の統治行為）が存在するという点において共通している。具体的には、外交行為がその念頭に置かれているという点に関しても、両者は似通っていると言えるだろう。他方、統治行為の範囲や論拠については、むしろ違いがあるように思われる。すなわち、佐藤が狭義の統治行為を明確に切り分け、裁判所の能力の限界や審査基準の不備をその論拠に挙げているのに対し、芦部は自律権や裁量権で説明できる行為も含めた総括概念としての統治行為（広義の統治行為）を想定し、その論拠については必ずしも明らかにしていないという違いである。

第３章　統治行為論不要説

(1)　統治行為概念再考の必要性

これまでの分析から明らかなように、「高度の政治性」のみを理由に違憲審査権を一般的に放棄する伝統的な肯定説は衰退し、そうした司法審査権の限界を認めつつもその根拠を個別具体的に求める学説が主流となっている。つまり、司法審査権の不行使の理由を統治行為論ではなくできるだけ他の概念によって説明しようとする方向性が学説の中にみられ、この点については筆者も賛同するものである。「高度の政治性」を理由として違憲性の疑いのある国家行為についてその違憲性を不問に付するというのであれば、憲法の最高法規性は保障されず憲法によって国家権力を制限しようという立憲主義の目的は達成されえないからである。しかしながら、筆者は現在の学説状況に対してなお疑問を持たざるをえない。それは、「統治行為」として残しておかなければならない行為は本当にあるのか、なぜ「統治行為」という概念を残さなければならないのかという２つの疑問である。従来の有力説は、統治行為論を完全に捨てることはせずに結局この概念を残してきたけれども、これを完全に捨て去ることはできないだろうか。

とはいえ、筆者が統治行為概念を使用しないと考えることは違憲審査権に全く制約がないことを意味するわけではない。そうではなく、統治行為論という「高度の政治性」を理由に一般的に違憲審査権を放棄させる理論を用いてはならないということを意味するのみである。統治行為の範囲を絞りに絞って考えるならば、佐藤・芦部両教授が統治行為として残した行為についても「自由裁量行為」として説明が可能であり、統治行為を用いる必要はないのではないか。つまり、これまで統治行為とされてきたものはすべて自律権と自

由裁量権によって説明できるのではないかと考えるのである。

筆者がこのように統治行為論を捨て去って、これを自律権や自由裁量権によって説明する方が望ましいと考える理由は２点ある。１点目は統治行為肯定説を唱えた山田準次郎も認めているように、「統治行為の正当性を理論上から説明することは結局においてできない」[28]という理由である。２点目は、「統治行為」が「高度の政治性」を理由に完全に違憲審査権を放棄させるのに対して、自由裁量行為についてはそれが法に違反しているか否か―すなわち裁量権の踰越・濫用が生じているかどうか―を裁判所がチェックできるようになるという理由である。政治性の高い行為も憲法に服し、憲法に違反しない行為のみが有効であることは憲法98条１項に規定された大原則であることを考えると、統治行為論を用いて最初から違憲審査を控えて政治部門の違憲行為を黙認するのは許されない。政治部門の自由裁量を認めつつもその違憲性の有無を審査して憲法の最高法規性を保障する方が日本国憲法の趣旨に合致しており、さらには先に述べた立憲主義の考え方にも合致するように思われるのである。

(2)　自由裁量の概念[29]

法治国家においては、原則としてすべての国家行為は法に基づいて行われなければならないが、法が政治部門に権限を与えるとき、その機関がいつ、どのような行為をすべきか否かという具体的なことを一義的に定めずに法の枠内での自由な活動の余地を認めている場合、そのように政治部門が自由に判断できる余地のことを自由裁量とよぶ。このように自由裁量が認められるということは、訴訟になった場合、政治部門の判断が司法権の判断に優先することを法の制定者が認めたことを意味する[30]。その存在理由としては、教育や科学技術に関する専門的判断の尊重の必要性、政治的判断の尊重の必要性、予測困難な状況の変化への臨機応変な対応の必要性などが挙げられてきた[31]。

では、どのような場合に裁量が認められるのであろうか。自由裁量の根拠は、法の文言が政治部門に自由な判断の余地を残しているということであった。よって裁量の判定にあたっては憲法や法律の条文が重要な決め手となり[32]、具体的には条文が何らの規定を設けていない場合や不確定概念を用いている場合に自由裁量が認められていることとなる[33]。たとえば、どのような場合に当該国家行為が許されるかという要件が抽象的であり一義的

28　山田準次郎・前掲註（７）150頁。

29　自由裁量については、覚道豊治・前掲註（13）のほか、行政法の各教科書を参照。

30　大橋洋一『行政法 現代行政過程論［第２版］』（有斐閣・2004年）324頁。

31　宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論』（有斐閣・2004年）283～284頁。

32　大橋洋一・前掲註（30）324頁。

33　藤田宙靖『行政法Ⅰ［第４版］』（青林書院・2003年）95頁では、もともと自由裁量行為とは法律が行政機関に自由な判断の余地を与えている場合、つまり法律に羈束されていない場合を指すとされる。

には決まらない場合には、いわゆる要件裁量が与えられていることになる。また、要件に該当したとして、その行為をするか否か、どのような行為をするかについての裁量（効果裁量）、またはいつそれをするかという裁量（時の裁量）が与えられる場合もある[34]。

ただし、このような裁量が政治部門に与えられているとしても、完全な自由裁量が認められているわけではなく、あくまで上位規範の枠内での自由な活動が認められているにすぎない[35]。したがってその枠の範囲内にとどまるかぎり司法審査が及ばず、政治部門の判断が終局的なものとなるけれども、憲法における国民主権、国際平和維持、個人の人権の尊重などといった憲法全体の精神やその根本原則、法律規定の目的、平等原則、比例原則をはじめとする基本原則の観点からその枠を超えていないかどうかの判断、つまり裁量の踰越や濫用がないかどうかの判断は法律問題となり、司法による審査権が及ぶ。この点で、違憲審査権を完全に排除してしまう「統治行為論」とは異なるといえる。

(3) 「統治行為」として残されてきた領域

さて、ここで芦部、佐藤が統治行為として残した行為について、もう一度検証してみたい。

まず、既述のように、芦部は「統治行為」を司法審査の及ばない行為の総括概念として設定しているようにみえる。この概念は原則として司法審査権に限界をかける論拠とはなりえず自律権や自由裁量権といった別の概念によっては上記限界を説明できない場合にのみその論拠として登場させられるようである。そうだとして、芦部がそのような「狭義の統治行為」として唯一示唆していたと考えられる外交は、その性質上本当に「統治行為」という概念を持ちださなければ説明できないのだろうか。たしかに「外交」については予測困難な状況の変化に対する臨機応変な対応の必要性が認められ、政治的判断の尊重の必要性が高いということができ、司法審査権にかかる制約は大きくなるだろう。しかしながら、このことは自由裁量行為として説明すれば足りるのではないか。すなわち、外交については行政権に非常に広い裁量が与えられているとしても、その行為は白紙委任ではありえず[36]、国民主権、国際平和維持、個人の人権の尊重などといった憲法全体の精神やその根本原則が一定程度その行為を羈束していると考えられるべきであり、違憲審査のまったく及ばない統治行為とするのではなく、限定的にではあれ司法審査の対象となりうる自由裁量行為と捉えるのが適切であるように思われる[37]。以上の観点からすれば、佐藤幸治の

---

34 宇賀克也・前掲註（31）285～286頁。

35 塩野宏『行政法Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣・2005年）113頁。

36 覚道豊治・前掲註（13）93頁。

37 このような考えに基づき外交が「狭義の統治行為」から外されることは、芦部自身の考えの中にも含まれている。すなわち、統治行為の根拠が民主政の理論（国民の意思の尊重）にある以上重要な人権の侵害を争点とする事件では統治行為の法理の適用が原則として排除されるべきだと述べられている

説が注目に値する。

佐藤は「国家の運命に関する事項」にのみ統治行為を用いる可能性を残しており、その論拠を「裁判所として判断するには十分な情報に接しえずまたは自信を持って依拠すべき判断基準が欠けている」ところに求めてきた。しかしながらこのような理由で審査権に制約がかかるのは、まさに自由裁量の問題ではないか。裁判所として接するべき情報や依拠すべき判断基準というのは一次的には「法」であり、その「法」に政治部門の採るべき行為が具体的に記されていない場合に成立するのが自由裁量行為とされるからである。

この点については佐藤自身が自覚的であるように思われる。そのことは「自由裁量と『統治行為』とは果してどれほど異質なものか否かが問題となる」[38]という記述、または統治行為も「自由裁量論と相通ずる性質を持つもので、両者はそれほど異質のものではないことになろう」[39]という記述にあらわれている。さらに砂川事件最高裁判決における「一見極めて明白に」違憲という記述について、「『一見極めて明白に』違憲の場合に、これを司法審査権外とすることを正当化する論理を見出すことは困難である」[40]と述べられており、「一見極めて明白に」違憲無効な行為があったとき、すなわち裁量の濫用や踰越があったときにその違憲性を司法審査できることが前提とされている。このように考えると、統治行為と自由裁量行為はもともと似通っていると言うことができ、そうであるならば外交行為も後者によって説明されるべきである。このように考えることは十分に可能であるだけでなく、「統治行為」という不明確な概念を避けようとするという筆者の考えに適合するものである。

これまで述べてきたように、統治行為の範囲に絞りをかけ、それでもなお統治行為として残るとされてきた行為についても自由裁量行為として説明できることが明らかとなった。つまりこれまで統治行為とされてきたすべての行為は自律権と自由裁量権で説明が可能なのである[41][42]。そして、従来統治行為論を用いた判決とされてきた事件についても同様のこ

部分である（芦部・前掲註(1)328頁、同・前掲註(18)137頁）。狭義の統治行為には審査権が一切及ばないはずであるにもかかわらず、重要な人権の侵害が争点となった際に審査権が及ぶのならば、もはやそれは「狭義の統治行為」ではない。重要な人権侵害とは基本的人権に対する自由裁量権の踰越・濫用の問題であると捉えるのが自然な理解であろう。

38 佐藤幸治・前掲註（19）59頁。

39 佐藤幸治・前掲註（19）67頁。

40 佐藤幸治・前掲註（19）66頁。

41 尾吹善人「『政治問題』の問題性」新潟大学法経論集15巻4号（1966年）も統治行為が「自律権」と「自由裁量権」で説明できると述べる。アメリカの判例をもとに詳細に分析がなされ、「一般にP・Q（政治的問題）の判例と言われるものを考察した結果、われわれは、その大部分が、たんなる政治問題であるか、または政治部門の裁量問題であるか、または国内裁判所として当然審理しえない問題に過ぎないことを確かめえたと思う」（75頁、括弧内引用者）と結ばれている。

42 新正幸『憲法訴訟論』（信山社・2008年）において、統治行為の範囲を限定していくとその内容がなく

とがいえる。まず、純粋に統治行為論を採用した判決として紹介した苫米地事件について考察すると、この事件の争点は衆議院の解散が69条の場合に限られるかどうか、また内閣の助言と承認が適法になされたかどうかという2点であったが、前者の解散の発動自体については内閣の自由裁量行為、後者については行政権に付随する自律権として説明できる[43]。次に、砂川事件については「高度の政治性」という文言を用いながらも「一見極めて明白に違憲無効」であるかどうかは審査しており統治行為として違憲審査権を放棄したというよりは裁量の濫用や踰越があったかどうか（一見極めて明白に違憲無効であったか）を審査したという方が適切である[44]。つまり、砂川事件は外交行為の一局面である条約について司法審査の可能性を残しており、その意味で―統治行為ではなく―自由裁量の問題として処理された事件として評価されるべきなのである。

(4) 民主的正統性と統治行為論

統治行為論に基づく司法審査権の限界は自律権と自由裁量権という2つの概念によってすべて説明でき、これまで同理論を採用したとされてきた判決についても同様であることが明らかになった。それならばそう説明すべきであり、その理由は先に一言したとおりである。しかし今日の学説状況をみるに、限定的にではあれ統治行為という概念を残す学説が有力であり続けている。なぜこの概念を捨て去ることができないのだろうか。筆者のみるところ、裁判所の民主的正統性の議論がその原因ではないかと思われる[45]。すなわち、違憲審査制は、選挙や世論によって国民的コントロールに服している国会や内閣の判断を国民に対し直接責任を負わない裁判官により斥けうる制度であり、民主主義と矛盾しないかという議論がそれである[46]。そのような立場からすれば、政治性の高い問題については民主的プロセスに委ねられるべきだという結論になるのだろう。しかしながら、裁判所はその民主的正統性の弱さのために、統治行為論を受け入れて違憲審査権を完全に放棄せねばならないのか。すなわち、政治部門と同程度の民主的正統性を有していなければ政治性の高い事件について司法審査することはできないのだろうか、また、裁判所が違憲判決を出すことは民主主義に矛盾することになるのだろうか。

なってしまうという本稿のような立場は、「縮減説」（367頁）として分類されている。この縮減説を「明確に示したものは未だ存在しない」（371頁）とされているが、新自身も縮減説をとっておられるようである（381頁）。

43 新正幸・前掲註（42）53頁。

44 ここでは「一見極めて明白に違憲無効」という基準が適切であったか否かについては問題にしない。統治行為論に基づき違憲審査権を放棄したわけではないということを確認しているのみである。

45 たとえば、金子宏・前掲註（10）では内在的制約は民主主義に由来することがはっきりと述べられている。また、雄川一郎「統治行為論（三・完）」国家学会雑誌70巻1・2号（1956年）においても、違憲審査権が他の原理（民主主義、国民主権、三権分立）に道を譲るべきであるとされる。

46 参照、松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣・2007年）90頁～91頁。

たしかに裁判官は国民によって選出されていないという意味で政治部門より弱い民主的正統性しか有していないといえる。しかしながら、司法の役割はもともと少数者の不利益を是正することにあるのではないか。憲法は多数決原理によって決定がなされる議会制民主主義を採用しているが、政治部門の決定によって少数者の権利・利益が侵害されることもしばしば起こりうる。憲法の精神にかんがみると少数者の利益も保障されるべきであるが、多数者に支持されて成立しているという理由、すなわち民主的正統性が強いという理由で政治部門の決定を常に尊重すべきだとすれば、憲法上保障されている権利を守ることはできなくなってしまう。多数決原理によっては是正されえない憲法上のこのような欠陥を救済するための（少数派の人権をも保護するための）司法的な関与の道[47]として「主権者国民が憲法制定により（あえて）裁判所に授けた権限」[48]が81条に規定される違憲審査制なのではないかと考える。そのような観点からすると、裁判所は強く民主化しすぎないことにその存在意義があり[49]、政治部門ほどの民主的正統性をそもそも憲法は要請していないのではないかと考えられる。とすれば、裁判所に政治部門と同程度のそれを要求するのは誤りだということになり、それにより裁判所が司法審査することができないとは言えないのである。

また、裁判所による審判―とりわけ違憲判決―の性格という観点からも従来の議論に異を唱えることができる。国会や内閣は国民によって選挙で選ばれた議員からなる民主的機関であるので、裁判所が違憲判決を出しその決定を覆すのは民主主義に抵触するのだと述べられてきた。ところが、周知のように、日本において違憲判決は当該事件にのみその効力[50]が及び、即時一般的に当該国家行為を無効にしてしまうのではないとされる（個別的効力説）[51]。ゆえに、たとえ裁判所から違憲判断を下されたとしても、政治部門は違憲とされた部分を改正したり、大枠を維持しつつ必要な修正を施した法を制定しなおしたりすることによって処理することが可能である。このような一連の流れは本当に民主主義に反することになるのだろうか。もし、「○○法の△△という内容は××にすべきだ」などと述べて「××」という政策判断をするのだとしたらそう言えるかもしれない。ところが、裁判所は法を解釈し、その結果「○○法の△△という内容は違憲である」と述べているに過ぎず、裁判所が政策判断をおこなっているというわけでは決してない。言い換えれば、

---

47 奥平康弘・前掲註（15）80頁。

48 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣・2005年）363頁（括弧内引用者）。

49 樋口陽一「裁判官にとっての主権者＝国民」同＝栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社・1988年）74～75頁。

50 違憲審査権の効力に着目して違憲審査を正当化しようとする立場として、棟居快行「プロセス・アプローチ的司法審査観について」覚道豊治先生古希記念論集『現代違憲審査論』（法律文化社・1996年）144～146頁を参照。

51 芦部信喜・前掲註（1）372～373頁。

裁判所は法の解釈によって違憲判決を下す権限しか有しておらず、当該法の改正にせよ、撤廃にせよ、最終的な政策決定は政治部門に委ねている、ということである[52]。したがって、裁判所が違憲判決を下したとしても民主主義に矛盾しない、と言うことができるのである。

以上考察してきたことから明らかなように、統治行為論によって違憲審査権の縮減を説く論拠として裁判所の民主的正統性や民主主義をもちだすのは筋違いだというべきであろう。つまり、これまで統治行為として残されてきた行為を自由裁量行為として捉えその違憲審査を行ったとしても、それは正当化され、民主的正統性や民主主義からの批判は当たらないということになるのである。

おわりに

本稿はいわゆる統治行為論を完全に捨て去って他の概念で司法審査権不行使の理由を示すべきであることを主張してきた。具体的には、今日の有力説が「狭義の統治行為」として残した行為についても「自由裁量行為」として理解可能であることを明らかにした。

この転換による最大のメリットは、日本国憲法98条１項の定める最高法規性を保障する可能性を残すことができる点にある。言い換えれば、ある国家行為を「統治行為」に分類して違憲性の審査を頭から拒否するのではなく、憲法の定める枠の範囲にとどまっているかどうかの判定をおこなえるようにするというメリットである。日本においては、裁判所が憲法の最高法規性を保障する唯一の機関であるにもかかわらず、その違憲審査権を取り上げられては「国家権力を憲法によって抑制する」という立憲主義の目的を達成することができない。その意味で、この転換は有益であると筆者は考える。

たしかに、民主主義や三権分立の観点から考えると司法権の優越を過度に認め政治部門の権限に踏み込むことは許されない。しかしながら、裁判所は違憲行為の有無のみを審査するにとどめ、その後の政治判断は、判決に関する国民的議論や世論等をふまえて、立法権や行政権の帰属する政治部門がおこなうという方法をとれば、民主主義や三権分立の側からの懸念は克服されるであろう。

ただし本稿には課題が残されていると言わねばならない。すなわち、憲法の与えている裁量の「枠」の範囲、および詳細な審査方法を描き出すには至らなかったことである。枠に関して言えば、これは今後の憲法学における重要な課題であるとともに、裁判所が司法審査権を適切に行使して判例を蓄積していくなかで形成されていくものであると考える。また、審査方法に関して、違憲判決の結果は政治部門の処理にまかせられる以上、当該国家行為のどこがどのような理由で憲法に反するのかを明確に示さなければなるまい。それ

---

[52] 同旨、佐々木雅寿「裁判官の独立とその正当性」法学教室232号（2000年）67頁。

を前提として、「裁量の踰越・濫用」という方式のみならず「実体的判断過程制度」や「手続的司法審査」などといった、政治行為の判断過程や手続を法に基づいて審査する方式が行政法分野の学説や判決[53]で議論されている[54]ようである。これらを憲法に関する訴訟にそのまま当てはめてよいものか、十分な考察が必要であると考えるが、参照に値するのではないだろうかと筆者は考える。

「司法審査と裁量の関係」という統治機構の根本にかかわる以上のような課題を提示することでもって、本稿を閉じたいと思う。

---

53 いわゆる日光太郎杉事件（東京高判昭和48年７月13日行集24巻６・７号533頁）など。

54 宇賀克也・前掲註（31）290頁～293頁。また、山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報1933号（2006年）11～22頁も参照。