

権力分立論

赤坂, 幸一
広島大学大学院法務研究科 : 准教授 : 憲法、憲法史

<https://hdl.handle.net/2324/17081>

出版情報 : 法学セミナー. 54 (11), pp.28-31, 2009-11-01. NIPPON HYORONSHA
バージョン :
権利関係 :

権力分立論

広島大学准教授 赤坂幸一



1 はじめに

一般に説かれるように、権力分立の理念は、モンテスキュー(1689-1755)等の影響を受けつつ、1787年合衆国憲法および1789年フランス人権宣言第16条(「権利が保障されず、権力分立も定められていない社会は、決して憲法をもつものではない」)によって実定化され、それ以来、権力分立原理の採用は西欧型憲法秩序の必要的な構成要素となっている。しかし、イギリス最大の憲法理論家G.マーシャル(1929-2003)の説く如く、権力分立論と呼称される諸理論が各々の位相を異にし、ときには特定の憲法問題——例えば司法審査の肯定・否定をめぐる問題——について、相対立する双方の側から権力分立原理が引き合いに出されることもある¹⁾。わが国でも事情は異ならず、砂川・苫米地両判決において、統治行為論をめぐる肯定・否定の両立場から権力分立が援用されたことは、周知の事柄に属するであろう。

その背景には、権力分立概念の多義性がある。すなわち、権力分立(*Séparation des pouvoirs*)という権力(*pouvoir*)は、機関(*organ*)・作用(*fonction*)・権限²⁾(*pouvoir public*)といった各種の意味で用いられ、また、機関担当者という人的要素に着目して用いられる場合もある。さらにまた、後述の伝統的な混合政体論が説くように、具体的な社会的・政治的勢力それ自体を意味することもある。

他方、*séparation*の意義も不明確である。国家の諸作用の分離(*differentiation*)を意味することもあれば、兼職禁止、他の機関からの独立性(*isolation, immunity, independence*)といった諸々の意義で用いられることがある³⁾。かかる不明確性の故に、様々な主張される権力分立論は、直ちには、司法審査・委任立法・政治問題の法理等の個別問題に対する具

体的な解決策となり難いのである。

このように、権力分立それ自体が多義的な概念であるにも拘らず、「権力分立」に基づく統治機構が採用されているかどうか「立憲主義的憲法」であるか否かの判断基準とされ、また標準的な教科書においても、そのような統治機構を採用した憲法秩序を「立憲的意味の憲法」と呼んで、特別の憲法概念を設定するに至っている(本特集南野論文を参照)。

2 混合政体の理念

それでは、いかなる制度を採用すれば「立憲主義的憲法」たる内実を備えることになるのだろうか。ここでまず必要とされるのは、議論の対象たる権力分立論の基本的な構造・着眼点について理解することであろう。憲法上の他の多くの概念と同じく、権力分立なる概念も、歴史性の刻印を帯びた諸要請の混成体アマルガムに他ならない⁴⁾。元来、権力分立という政治的理念は、基本権や(国家構成員の国政参加を前提とする)立憲主義といった近代的な概念よりもはるかに古く、少なくとも中世的自由主義の理念にまで遡りうるものである。

しからば、中世的な自由主義理念に基づく権力分立論とは、いかなる構造を有していたのだろうか。20世紀最大の法学者H.ケルゼン(1881-1973)は、名著『民主制の本質と価値』において、権力分立のドグマを立憲君主制イデオロギーの核心に位置づけ、アメリカ合衆国のような共和国が民主制の名の下に権力分立制を採用・実行することは「歴史の皮肉」であると断じている⁵⁾。そこにあるのは、混合政体(*gouvernement mixte*)としての権力分立理解である。混合政体論は、具体的な社会的・政治的諸力を機関・権限の区分に反映させ、それらが共同してある作用——多くは立法作用——に参画すること

によって、社会的・政治的諸力の一が他を支配することを防ぎ、また各「国制」（君主制・貴族制・民主制）の長所の獲得と短所の克服を意図するものである⁶⁹。

それでは、権力分立論の背景にあった政治的・社会的諸力の関係が根本的に変動し、民主制原理に一元化された統治構造の採用が不可避であるとするれば、いかにして権力分立論はアクチュアリティーを獲得しうるのだろうか。鬼才・故尾吹善人教授は、次の如くに問いかけている。「権力分立原理が、たんなる思想にとどまることなく、*Verfassungswirklichkeit*〔憲法現実〕となりうるのは、それらの権力がもともと存在している社会的な*Kräftepiel*〔諸力の動態〕と結びついている場合に限られる。権力分立原理が今日現実性を失いつつあるとするれば、その原因は権力の混濁にあるのではなく、権力分立原理の形成に際して所与のものであった政治的な力関係が根本的に変動したことにはありはしないだろうか？⁷¹」と（後述4を参照）。

3 権力均衡と階層性

(1) 均衡の観念

古典的な混合政体論は、権力保持者の数（ないし質）に着目して各「国制」を区別していたが、純粋な君主制・民主制は現実には存在しえず、それゆえ混合政体論は、統治権力の正統化根拠の所在に着目して各「国制」の区別を試みるようになる。フランス憲法学・政治学の大家M.プレロー（1898 - 1972）は、歴史上に現れた多様な混合政体を古典的混合政体（ローマ共和制）、制限君主制、二元型議院内閣制、民主独裁制（セザリズム）の四者に区別しているが⁶⁹、これは統治権者の数・質の議論と、統治権力の正統化根拠（主権の所在）の区別とを組み合わせた議論に他ならない⁹。

例えば、17世紀末のイギリスにおいて確立し、1814年のフランス憲法シャルトで成文化された制限君主制は、君主のみを一元的な正統化根拠とする点では絶対君主制と共通するが¹⁰、しかし、世襲貴族院、および納税額に基づく民選議院（全国民の代表）による実効的な制約を組み込む点で、実在の政治的・社会的諸力を反映した混合政体として把握される。しかし、民主制原理が浸透し、立法権・財政権の行使において君主が庶民院との協働を余儀なくされる

に至れば、制限君主制から（二元的な正統化根拠をもつ）二元型議院内閣制への移行が生ずる、と観念されるわけである。

モンテスキューはイギリス国制をもって、最上位の立法作用（後述）に各政治的・社会的勢力が関与し、バランスを取るシステムとして理念化したか、かかる混合政体論の背景には、16世紀以来ヨーロッパの思想界を支配し、ボーリンブルック（1678 - 1751）によって統治理論の領域に導入された、諸力の均衡（バランス）の観念がある¹¹。この均衡観念は自由保障を目的とするものであるが、混合政体論に特有の身分制的背景および主権理念と結びつくものでは必ずしもなく、単一の正当化根拠、とりわけ国民主権という一元的根拠に基づいても成り立ちうる。こうして、権力の分離と均衡は、カール・シュミットにおいて、権力分立原理のうち法治国的構成部分に属する部分の、中核的概念としての地位を獲得するに至ったのである¹²。

(2) 階層性の観念

他方、混合政体論の背景には、中世的法観念からの変遷が看取されることに留意する必要がある。すなわち、神的理性を究極の根拠とする中世的法観念においては、法は人間によって発見・解釈・適用されこそすれ、決して変更され得るものではない。それゆえ、ここで言う「立法」とは法の宣言、何が法であるかの宣示に他ならず、それは司法手続の一部であった（統治諸作用の未分化）。しかし、高橋和之教授が指摘するように¹³、ローマ法の影響の下、人間の意思を離れた客観的存在としての「法」観念から、主権者の命令としての「法」観念への移行が生ずる¹⁴。これは中世的「法の支配」の終焉を意味し、近代自然法論を経て、18世紀権力分立論（混合政体論）への展開を準備するものであったが、統治作用の分類という観点から見た場合、他より区別された立法作用が出現し、しかもそれは主権的命令としての法を他者に与えるが故に、しばしば至上の存在として把握された¹⁵。こうして、立法作用を頂点とする国家諸作用・諸権限のヒエラルヒーが構想されるに至ったのである。

他方、民主制原理による一元的な正統化が浸透するにつれて、統治機構を構成する諸機関は、民主的正統性の強弱に応じて、相互に階層的関係に立つよ

うになる。こうして、最上位の立法作用に基づく至高権 *suprema potestas* が、最高機関——すなわち国民、あるいはその代表としての議会——に属するものとして把握されるに至るのである。かかる作用・機関の階層性の観念は、J.J.ルソー（1712-1778）やレイモン・カレ・ド・マルペール（1861-1935）に特徴的に認められる¹⁶⁾。

こうして、権力の分散という消極的意味にとどまらない、積極的な権力分配原理として、(a)均衡観念と(b)階層性の観念が析出されることになる。後者はいわゆる専門性の準則 (*Règle de la spécialisation*) を前提とするものであるが¹⁷⁾、シュミットが（一般的法規範としての）法律の支配¹⁸⁾と、立法部と執行部の均衡を権力分立の要諦と見たのは、何よりも議会の専制に対する警戒の故であった¹⁹⁾。

4 思考モデルの再構築

権力分立は、上述の如くその理念において複層的であるのみならず、実定制度においても多様な表れ方を示している。故小嶋和司教授は、丹念な比較法的検討に基づきつつ、実定諸憲法に認められる「公約数的制度」を導出しているが²⁰⁾、それによれば、

- (1) 国家作用を立法、執行、司法に分け、これら各機能は、異なる機関によって、それぞれ独立的に行使される。
 - (2) 民選議院を設け、これに、立法についての決定的関与権が認められる。
 - (3) 司法機関には特別の独立的地位が認められる。
- といった諸原理が、立憲主義的憲法には遍く認められるという。そこには、適正な法の制定と、法の適正な執行・適用の確保という二つの制度目的が存するが²¹⁾、同じく「適正な内容の法の制定」に関心を寄せる高橋和之教授も、①立法作用において権力間の抑制・均衡が成立しうるような権限配分のあり方、および②法律制定への国民の関与（少なくとも民選議院の同意）に着目している²²⁾。

こうした理解は、法治国原理と民主制原理とを統合する権力分立理解へと途を開くものであり、エバーハルト・シュミット＝アスマン（1938-）は、まさしくこの点に着目しつつ、「権力分立を法治国の面から考えると、自由を保護する効果を有する分離とコントロールのメカニズムが強調されるが、民主政の面から考えると、特定の機関が政治的意思形成

をする適格性が強調される²³⁾」と指摘している。こうした理解からすれば、かかる諸原理は——超時間的・普遍的な妥当性を要求するドグマとしてではなく——実定憲法が設定する作用・機関を前提とした上で、「機関の構造およびその機関が遂行すべき基本作用に相応しくない作用の遂行または配分」の原理的な禁止を意味するものとして、理解される必要がある²⁴⁾。

その意味で、権力分立原理は、単に実定憲法上の権限分配の総計 (*Summation*) に過ぎぬものではなく、憲法典レヴェルの作用・機関設定の枠内で、機関構造に適した緻密な権限分配・協働関係の構築を促すものであり²⁵⁾、かつ権限行使における一定の手続的要請をも含意するものとして、再構成しうるのである²⁶⁾。

この点で着目されるのが、異端の公法学者クリストフ・メラース（1969-）の正統化モデルである²⁷⁾。これは個人的自己決定と集合的（民主的）意思形成とを、統治権力の正統化という観点から統合的に理解しようとするものであるが、このように権力分立原理の民主政的側面に着目することは、そこに関与する社会的・政治的諸力に適正な考慮を払うべきことをも要請する。「権力分立原理の民主政的側面は、基本法が社会の諸力から分離されて孤立した国家像を出発点にしないことを保障する。〔国家機関と社会的利益主体との〕協働国家は現実であるだけではなく、構造化された協働として、それ自体憲法秩序の一部になるべき²⁸⁾」だからである。同書が、民主制原理の浸透した現代国家において、高橋教授の言う立憲君主政モデルと国民主権モデルを包摂するモデルの構築を目指したことは²⁹⁾、決して偶然ではない。

1) G.Marshall, *Constitutional Theory*, Oxford, 1971, p. 99.

2) 権限についても、作用分類に基礎づけられた権限（例、立法作用を遂行するための立法権限）と、ある機関への帰属に着目する権限分類（立法機関に帰属する権限としての立法権）とを区別する必要が存する。わが国公法学のクラシカーと目される佐々木惣一が、客観的概念としての「三権」と、主観的概念としての「三権限」とを区別するのは、この意味においてである（参照、佐々木惣一『我が國憲法の獨自性』（岩波書店、1943年）405頁以下）。

3) Marshall, *op. cit.*, pp. 97-124.

4) この点、佐藤幸治教授の「憲法（学）に登場する

- 言葉ないし概念は、多くは『大きな』言葉ないし概念であり、長く複雑な歴史的背景をもち、したがってまた人間の様々な思想や感情が附着している」との指摘には、反省を迫られる（参照、佐藤幸治「憲法を学ぶということについて」Article, No.100, 1994, p.13）。
- 5) H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Neudruck der 2. Auflage, Tübingen, 1929, S. 81 f.
- 6) Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 30^e éd., 2007, pp. 89-92. 同書によれば、憲法裁判所による消極的立法権限の行使も、アリストクラティックな要素（憲法裁判所裁判官）をもった混合政体として理解する余地があるとされる。18世紀のイギリス型混合政体論の完成型を示したW. Paleyの理論については、尾吹善人『憲法の基礎理論と解釈』（信山社、2007年）32-38頁を参照（初出1956年）。
- 7) 尾吹・前掲書40頁（初出1956年）。コンラート・ヘッセ（初宿・赤坂訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2006年）310頁以下も参照。
- 8) M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11. éd., Dalloz, 1990, pp. 151~166. 赤坂幸一「権力分立論の源流（一）」法学論叢150巻3号（2001年）も参照。
- 9) 混合政体論にいう「権力」は、(1)構造的メルクマール（唯一・少数・多数）に着目した区別、(2)出生により階級付けられた身分制を前提とした区別、および、(3)政治的・社会的諸勢力それ自体といった諸要素を内包している点に、留意が必要である。
- 10) P. Laband (1838-1918) は実質的意味の法律を「法規の、法的な拘束力を持つ命令」と定義したが、ここには、規範的内容を指示する要素（法規 *Rechtssatz*）と、それをサンクションする要素（命令 *Anordnung*）との区別が存在し、主権的性格を有するのは後者のみであると理解されている。それゆえ、制限君主制における議会（貴族院および庶民院）は、「法律の内容」について実効的な制約を行うけれども、そのサンクション（立法）には与からぬがゆえに、制限君主制は一元的な正統化根拠をもつ、と主張されたのである。
- 11) カール・シュミット（尾吹善人訳）『憲法理論』（木鐸社、1972年）228頁以下を参照。
- 12) シュミット・前掲書231頁以下を参照。
- 13) 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣、1994年）310頁。
- 14) ボダン（Jean Bodin, 1530-1596）が『国家論』（1569年）において、「主権者の命令」としての法を定立する権限を君主に付与し、かかる立法権限を以て主権の第一の徴標と捉えたことは余りにも有名である。もっとも、上山安敏『魔女とキリスト教』（人文書院、1993年）272頁以下によれば、ボダン『国家論』は同『魔女論〔魔女の悪魔的狂気について〕』（1580年）と併読しなければ、その含意を十全に読み取ることはできないとされる。遺憾ながら、稿者にその能力はない。
- 15) C. Eisenmann, *L'«Esprit des Lois» et la séparation des pouvoirs*, *Mél. Carré de Malberg*, Paris 1933, p. 182.
- 16) ルソー『社会契約論』（岩波文庫、1954年）第3章第1節、およびRaymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1922, t. II, pp. 109-142 を参照。
- 17) Francis Hamon et Michel Troper, *op. cit.*, p. 95 et suiv. によれば、「専門性の準則」とは、立法・執行・裁判という3種の国家作用の存在を前提に、これらの作用の各々を単独の機関（立法機関・執行機関・裁判機関）が独占すべきだというルールであるとされる。積極的分配原理としての均衡観念と階層性の観念との対比については、同書101頁以下、および高橋和之「権力分立」（大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年））21頁を参照。
- 18) この理念は、規範定立者と規範名宛人との互換性を確保することによって、規範定立者に熟慮を促すシステムとして理解することができる。なお、法律の一般性と立法不作為をめぐる憲法訴訟論との関係について、新正幸『憲法訴訟論』（信山社、2008年）326頁以下を参照。
- 19) シュミット・前掲書、228頁・243頁を参照。
- 20) 『小嶋和司憲法論集二 憲法と政治機構』（木鐸社、1988年）226頁以下を参照（初出1963年）。
- 21) 小嶋・前掲書234頁以下。
- 22) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、2005年）22頁以下。なお、同教授によれば、本文③はモンテスキューの系譜に、本文④はルソーの系譜に、各々属するとされる（高橋・前掲論文21頁）。もっとも⑤は、上記の「専門性の準則」を控除した理念である。
- 23) エバーハルト・シュミット=アスマン（太田ほか訳）『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版会、2006年）183頁。
- 24) ヘッセ・前掲書307-311頁を参照。
- 25) 村西良太「権力分立論の現代的展開」九大法学90号（2005年）270頁以下も参照。
- 26) 例えば立法作用の遂行についても、各機関への立法権限の分配が問題となるだけでなく、各機関の履践すべき立法手続に着目した分析が必要になる（Murielle Mauguin Helgeson, *L'élaboration parlementaire de la loi, Étude comparative*, Dalloz, 2006）。この分野における先駆的業績として、新正幸『憲法と立法過程』（創文社、1988年）、および団藤重光『法学の基礎〔第2版〕』（有斐閣、2007年）173頁以下を参照。
- 27) Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, Mohr Siebeck, 2005.
- 28) シュミット=アスマン前掲書184頁。
- 29) Möllers, *a.a.O.*, S. 20 f.

(あかさか・こういち)