慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	アメリカにおけるいわゆる『政治問題の法理』の正当性の検討
Sub Title	An examination of legality of "political questions doctrine" in the U.S.A.
Author	小林, 節(Kobayashi, Setsu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1982
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.12 (1982. 12) ,p.1- 35
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19821228-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

アメリカにおけるいわゆる『政治問題の法理』の正当性の検討

小林　節

Ⅰ　序
Ⅱ　『権力分立』および『政治性』と政治問題
Ⅲ　政治問題の法理の根拠の検討
Ⅳ　司法部の自由裁量
Ⅴ　アメリカの政治問題の法理と日本の統治行為論

Ⅰ　序

アメリカ合衆国では、裁判所に提訴された事件で問われている争点が『政治問題』であると判定された場合は、裁判所は当該問題に関する司法上の判断を避け、各政治部門の行った判断が終局的な有権解釈となる、と考えられている。

この『政治問題の法理』(Political Questions Doctrine)は、司法審査権の本質に関する基本問題であるだけに、しばしば論議の対象にとり上げられてきた。(1)

しかし、それでいて、既に拙稿Ⅰ（「アメリカ合衆国における「政治問題」に関する判例の動向と実態」本誌五三巻三号）および拙稿Ⅱ（「アメリカ合衆国における「政治問題」の法理に関する学説の検討」本誌五三巻一二号）で概観したように、アメリカ憲法学における政治問題に関する統一的な法理の形成は、必ずしも容易なものでなく、成功してはいない。そのため、現在でも、政治問題の範囲について、また、それを裁判から排除することの正当性について、アメリカの法律家の間に、意見の一致がみられない。すなわち、アメリカでは、混乱と言えるほどに、多くの判例や学説が対立した見解を示している。

このような混乱の生ずる根本的な原因は、例えばウェクスラー（Herbert Wechsler）とビクル（Alexander M. Bickel）の論争にみられるように[2]、合衆国憲法の下における司法権の観念および司法審査権が認められる根拠について見解の一致が得られていないことである。

しかし、筆者は、アメリカ憲法学の前述のような混乱の原因として、司法の本質に関する問題が未解決であるということのほかに、もうひとつ原因があると考える。それは、『政治問題の法理』に関する判例について、各論者によりその認識が異なる、ということである。例えば、政治問題に関して論議の対象にとり上げる判例の範囲について、論者により著しい相違がある[3]。また、論者によっては、典型的と言われる少数の判例のみをとり上げて、一面的に議論を展開していると思われるものもみられる[4]。更に、同一の判例についても、論者により、それがどのような事実にどのような規範を適用したものなのかということについて、認識の相違がみられることもある[5]。

従つて、政治問題に対する司法のあり方を知るためには、まず、合衆国最高裁判例法における『政治問題の法理』とはいつたい何であるかということを、改めて、正確に把握し直してみることではなかろうか。

このような問題意識を持つて、筆者は、まず、拙稿Ⅰにおいて、アメリカにおける議論の中で政治問題の先例だとされている事件、また、同種の問題が司法審査に服した事件、更に、関連判決として論及されているものを、可能な限り網羅的か

つ公平に整理検討することにより、合衆国判例法が創出した『政治問題の法理』とは果たして何であるかという事実を確認することを試みた。そして、その結果から、合衆国最高裁の判例にみる政治問題のリストと根拠を整理してみると、以下のようになつた。

判例にみる、政治問題のリスト

1　州の政治の分野では、

a　共和政体の意味

b　州の正統政府の認定

c　州の全域を管轄する公職（例えば、知事、副知事）選挙の当選者の決定

（a、b、c、いずれも、州政府の合法性の問題である。）

2　連邦および州際政治の分野では、

d　合衆国憲法修正条項の有効性（ただし、裁判所が判断を下すために必要な明確な基準と情報が得られる場合には、政治問題とはならない。）

e　法律の形式的効力（ただし、合憲解釈が不可能で、かつ、当該法律を無効にすると社会的混乱が惹起される可能性がある場合に限る。）

（d、e、いずれも、立法手続の合法性の問題である。）

f　政党の全国大会代議員の資格審査

g　逃亡犯罪人の州際引渡

3　戦争権限の分野では、

h　民兵の召集を決定する前提の、緊急状態発生の認定

i　州兵の組織、装備、規律、指揮の細目の決定（ただし、州兵の公務執行中の故意・過失にもとづく市民に対する不法行為については、政治問題とされなかつた例がある。）

4　国際問題の分野では、

j　条約の存続・効力（ただし、それに関する政治部門の態度が不明確な場合および州法との抵触が争われている場合には、政治問題とされない。）

k　国家の領域の認定（ただし、それに関する政治部門の態度が不明確な場合には政治問題とされない。）
l　国家あるいは政府の承認
m　交戦団体の承認および交戦期間の決定
n　友好国公船の免責の決定
o　外国の外交官たる地位の承認
p　国際航空路線の認可

判例の中に現れた、『政治問題の法理』の根拠

i　裁判所の能力あるいは権限の欠如、あるいは、限界の自覚
ア　当該問題の排他的な処理権限が、憲法明文上、政治部門に授権されていること
イ　当該問題の判断基準となるべき法原則が存在しないこと
ウ　当該問題が、法律問題でなく、単に政策選択の問題に過ぎないこと
エ　当該問題の判断に必要な証拠・情報の収集が不可能なこと
オ　裁判所の任務は個人の権利について裁定することに限られているが、当該問題が個人の権利以外の問題であること
カ　当該問題の処理に不可欠な、専門的判断能力を裁判所が欠くこと
キ　裁判所は、現行憲法体制の正統性を自らの存在の前提とするから、現行憲法体制の正統性は判断できないこと

ii　裁判所が当該問題に独自の判断を下した場合にもたらされるであろう結果に対する配慮
ク　当該問題を一元的に処理する必要性があること
ケ　裁判所が当該問題に独自の判断を下すことが社会的な大混乱（あるいは無政府状態）を招来する、危険を回避する必要性があること
コ　裁判所が当該問題に独自の判断を下すと対等な政治部門に対する敬譲を欠く結果になるので、それを回避する必要性があること
サ　当該問題を迅速に処理する必要性があること
シ　司法の介入を受けさせずに、政治過程を自由に機能させる利益があること

iii　iとiiの混合したもの

ス　当該問題を判断する排他的な権限を政治部門に委ねることが効果的、あるいは、適切であること

セ　裁判所が、当該問題に関する独自の判断を下しても、その判断が惹起するであろう結果について責任を負う能力あるいは権限を欠くこと

iv　そして、希に、以上の理由付けの理論的背景として、『三権分立』の原則が援用されることがある。また、時に、当該問題が『政治的』だからという理由付けが、他の根拠と併用される場合もある。

このように、合衆国最高裁の判例法として、『政治問題の法理』は確かに存在する。(6) そして、この作業の結果、われわれは、合衆国最高裁判例の理論化を試みているアメリカ憲法学における政治問題に関する諸学説の公平性を評価するための、判断基準を得たといえるであろう。そこで、筆者は、次に、拙稿Ⅱにおいて、アメリカ憲法学における政治問題に関する諸学説を、主に、判例法としての『政治問題の法理』を各学説がどれほど正確に把握し得ているかという観点から、検討してみた。そして、次のような事実を確認することができた。すなわち、合衆国最高裁の判例法として確かに存在する『政治問題の法理』に対して、アメリカ憲法学説による判例の理解は、必ずしも、統一的なものではない。しかし、判例を公平に検討した学説の多くは、合衆国最高裁が『政治問題の法理』に訴える契機として、以下の二類型に大別できる諸要因を、それなりに、正当に指摘している。第一が、最高裁自身が当該問題を判断する能力がないと感ずることであり、第二が、最高裁が当該問題に介入した場合にもたらされるであろう結果に対する最高裁自身による配慮である。それに対して、アメリカ憲法学において政治問題の存在を否定する数少ない学説は、判例の理解において当為論的色彩が強く、それだけ公平性に欠け、肯定説を克服し得てはいない。(7)

そして、次の問題は、以上のように存在することの確認されたアメリカ憲法法理としての『政治問題の法理』の正当性の問題である。つまり、アメリカの連邦最高裁判例上および憲法学説上、確かに、『政治問題の法理』は存在するとしても、

果たして、そのように政治問題に対して司法が介入しないことは正当なのか、という問題である。これは、また、アメリカの憲法体制の下における『政治問題の法理』のあるべき姿を問うことである。そして、そこからは、更に、アメリカにおける経験から日本の統治行為論が学ぶべき事柄に関する、何がしかの示唆も得られるのではなかろうか。

そこで、本稿では、拙稿Ⅰおよび拙稿Ⅱにおける作業の結果を踏まえて、アメリカ憲法における『政治問題の法理』の正当性はどこに求められるべきかにつき、以下に若干の私見を述べてみたい。

Ⅱ　『権力分立』および『政治性』と政治問題

ところで、アメリカ合衆国憲法の下における『政治問題の法理』の正当性を検討するということは、すなわち、合衆国最高裁判例により創出されアメリカ憲法学説により承認された『政治問題の法理』の根拠として判例の中に呈示されているものの説得力を吟味することになる。そして、筆者は、その際に、まず、前提問題として確認しておくべきことが二点ある、と考える。それは、政治問題に関する合衆国最高裁判例の中に希に用いられている『権力分立』という概念および『政治性』という概念と『政治問題の法理』の関係についてである。

まず、既に拙稿Ⅰで確認したように、Baker v. Carr (1962) において、ブレナン判事は、法廷意見の中で、『政治問題の法理』の究極的な根拠が権力分立の原理の中に求められると指摘した。[8] また、Gilligan v. Morgan (1973) においても、バーガー長官は、法廷意見の中で、政治問題の理由付けの際に権力分立にも言及した。[9] そして、既に拙稿Ⅱでも確認したように、学説においても、フィールドとウェストンが政治問題の性格を論ずる際に三権分立に言及している。[10]

しかし、現実には、権力分立という抽象的な統治組織原理の中には、合衆国最高裁判例によつて政治問題とされてきた如何なる争点であれ、仮に、今後はそれに関して独自の判断を下したいと裁判所が考えた場合に、それを理論的に確実に防ぎ

得る何ものもないのではなかろうか。つまり、例えば、Gilligan 判決においては、州兵の管理・運営は政治問題とされているが、これも、仮に、『権力分立の原理』のみをその論拠にしようとするのであれば、逆に、（大統領あるいは）州知事が、憲法と法律に照らして、州兵の管理・運営に関する権限を正しく行使したか否かを、司法部が審査して行政権力の濫用を防ぐことこそが権力分立の本旨、すなわち、「権力の相互牽制による人権の保障」[11]に適う、とも言い得るわけである。そして、同様なことは、拙稿Ⅰで確認した政治問題の先例のどの問題についても言えるであろう。[12]

また、『政治問題の法理』と権力分立の原理の関係の問題は、視点を変えてみれば、次のようにも言える。すなわち、周知のように、権力分立の原理とは、国家権力を複数の機関に分有・行使させ、そこから生ずる権力間の摩擦を利用して、権力の巨大化・独善化・横暴化による国民への圧迫を防ぎ、結果的に人権保障を実現しようとする発想である。[13] しかし、それに対して、『政治問題の法理』は、既に拙稿Ⅰおよび拙稿Ⅱにおいて確認したように、たとえそれが形式上は司法本来の任務であろうとも、事柄の性質上、司法部ができもしないことをして国政を混乱させて国民に害を与えてはならないから、その任務を例外的に政治部門に委ねる、という発想が明らかにその背後にある。[14] つまり、このような意味で、『政治問題の法理』は人権を保障するための一時的な権力統合の論理で、人権を保障するために権力を分割する権力分立の原理とは本質的に相反するものなのではなかろうか。すなわち、両者は、同じ目的を別の手段で実現する関係にある。従つて、このように次元の異なる、すなわち、本質的に相反するがそれぞれに正しいものの一方を他方の根拠に用いようとすること自体に無理があるのではなかろうか。

いずれにせよ、『政治問題の法理』の正当性を探究する際に、権力分立といつた原理概念の中にそれを求めようとするのは、あまり生産的な方法とは言えないのではなかろうか。だからこそ、現に、既に拙稿Ⅰにおいて明らかになつたように、権力分立という概念は、合衆国最高裁判例において、『政治問題の法理』の根拠としてほとんど用いられていない。[15] そし

て、権力分立の原理が例外的に用いられた場合でも、それは『政治問題の法理』の根拠として単独で用いられてはおらず、むしろ、併用されたその他のより具体的な論拠だけで十分に司法の不介入の説明がつく場合ばかりだ、と言えなくもない。[16]

同様に、政治問題を説明するためにしばしば用いられる『性質上、政治的な…』といった概念[17]も、政治問題をその他の国家行為群から識別して正当化するためには、実際、何の役にも立たないのではなかろうか。事実、憲法が『政治』の法で、国際法が国際『政治』の法で、議会という『政治』機関が作る規範が法律で、大統領という『政治』機関がさまざまな政策を選択・決定・執行する以上、最高裁判所に係属する事件で『政治的』でないものなど、むしろ、捜すことが困難なほどである。そういう意味で、最高裁は、常に、何らかの『政治的』役割を演じている。

従つて、ある争点を政治問題として司法権の及び得ないところに置くために当該争点が『政治的』であると主張することは「単なる言葉の遊戯にすぎない」[18]と指摘されても、しかたがないのではあるまいか。そして、むしろ、この問題領域において『政治』という概念が果たし得る役割は、せいぜい、何らかの理由にもとづいて司法権の及び得ない問題、すなわち、いわゆる『政治問題』とされた争点については、形式的な意味での『政治』部門（Political Departments つまり立法部と執行部）の判断が終局的なものになる、と説明する概念としての役割以上の何ものでもないのではなかろうか。[19]

現に、既に拙稿Ⅰにおいて明らかになつたように、合衆国最高裁判例において、『政治性』という概念は、政治問題の徴表として、あまり用いられてはいない。そして、むしろ例外的にそれが用いられた場合でも、『政治性』という概念が政治問題を他の国家行為群から画して正当化する決定的な役割を果たしたこともない。[20]

以上要するに、アメリカ憲法学における『政治問題の法理』の正当性を検討する際に、『権力分立』あるいは『政治性』といつた概念を手掛りとすることは、議論をいたずらに混乱に導くのみで、生産的な方法とは言えないのではなかろうか。また、現に、『政治問題の法理』を創出・形成してきた合衆国最高裁判例においては、既に拙稿Ⅰにおいて確認したように、

それぞれに、多数の具体的な根拠を挙げて、それなりにきめのこまかい立論が行われていたはずである。[21] とはいつても、もちろん、それらの全てに説得力があるか否かは別問題である。そして、その点の検討が本稿の課題である。

Ⅲ　政治問題の法理の根拠の検討

言うまでもなく、『政治問題の法理』の根拠の問題は、政治問題に関する最後の、そして、最も困難な争点である。すなわち、今日のアメリカにおいて『政治問題の法理』に関して諸説が対立した状況にあることの最大の原因は、『政治問題の法理』を認める根拠に関して一致した見解が得られていないことにある。そして、根拠が定まれば、それに応じて、おのずと政治問題の範囲も定まるはずである。

この点に関して、筆者は既に、拙稿Ⅰにおいて政治問題に関する判例を検討して、『政治問題の法理』を創出した合衆国最高裁判所自身が『政治問題の法理』の根拠としてどのようなものを考えているかという観点から一五ほどの要因を抽出した。しかし、それらの全てが『政治問題の法理』の根拠として必ずしも正当なものだとは限らない。従つて、以下に、それらの正当性につき、各別に検討を加えてみたい。

ア　当該問題の排他的な処理権限が、憲法明文上、政治部門に授権されていること

既に拙稿Ⅰおよび拙稿Ⅱにおいて確認したように、多数の判例と学説が、当該争点の排他的な処理権限が憲法明文により政治部門に授権されているということを、『政治問題の法理』の根拠として挙げている。[22]

しかし、この理由付けの正当性は疑わしい。つまり、例えば、その解釈が代表的な政治問題であるとされている共和政体保障条項を見ると、そこには、「合衆国は、この連邦内の各州に、共和政体を保障」すると書かれており、[23] 「合衆国『政治部門』は…」と書かれているわけではない。つまり、ここに、明文による政治部門への授権はない。それに対して、合衆国

憲法第一条第八節第三項は、『合衆国議会』に対して、州際通商を規制する権限を授けている。[24] むしろ、こういうものを政治部門に対する明文による授権と呼ぶのであろう。にもかかわらず、周知のとおり、合衆国最高裁は、この州際通商の規制の領域で司法審査権を行使することを何らためらつていない。[25] 他方、合衆国憲法第一条第二節第五項は、「下院は…弾劾の専権を有する。」と明記しており、[26] 更に、同条第三節第六項は、「上院は一切の弾劾を審判する専権を有する。」と明記している。[27] このことから、判例こそはないが、これまで、弾劾は政治問題であると言われてきた。[28] しかし、同様に憲法条文上は各院の専権と明記されている連邦議会議員の資格審査も、[29] それが憲法に従つて行われたか否かの問題は司法審査に服するとした Powell v. McCormack (1969)[30] の判旨からすれば、弾劾に関する権限を排他的に各院に授権した憲法規定の明文の中にも、その弾劾が憲法の規定に従つて行われたか否かに関する、司法審査を妨げ得る何ものもないことになる。[31] なぜならば、合衆国憲法第三条第二節第一項によれば、「司法権は、憲法、法律、条約の下に生ずる普通法ならびに衡平法上のすべての事件…に及ぶもの」[32] だからである。

換言すれば、憲法典の中に列挙されている連邦権限は全て、議会、大統領、司法部のいずれかに『授権』されている。従つて、明文による政治部門への授権が政治問題の根拠だと言うならば、司法権を除いて、連邦権限の行使は全てが政治問題だということにもなりかねない。しかし、Marbury v. Madison (1803)[33] 以来の伝統からすれば、合衆国最高裁は、憲法の終局的な解釈者として、憲法上それぞれに授権された権限を各政治部門が誤用していないかを審査する義務がある、とも言えるのである。

以上要するに、憲法明文によつてある権限が政治部門に授権されているという事実は、『政治問題の法理』の根拠にはなり得ないのではなかろうか。そして、『政治問題の法理』というものは、憲法明文上政治部門に授権された諸権限の中のごく一部のものだけが司法審査に服さないという問題であつたはずであり、その理由こそが解かれなければならない。

イ　当該問題の判断基準となるべき法原則が存在しないこと

これも、既に拙稿Ⅰおよび拙稿Ⅱにおいて確認したように、多数の判例と学説が指摘するところである。[34]

しかし、合衆国最高裁とその判例法の歴史を素直に学習するならば、誰れしも、それが最高裁自身による政策選択、すなわち、既存の法準則が存在しない分野における法創造の歴史であつたという事実を否定できないのではなかろうか。つまり、現実には、合衆国最高裁は、合衆国憲法修正第一条、第五条および第一四条、等を利用して、それらの条文の文言から当然には出てきそうにもない権利や解釈法則を多数創案し、必要に応じて変更もしてきた。例えば、憲法の起草者が予想もしなかつた権利を最高裁が創案した代表的なものとしては、海外旅行の権利[35]、プライヴァシーの権利[36]、避妊の自由[37]、堕胎の権利[38]、などが挙げられよう。また、憲法条項の解釈法則を最高裁自身が創案・変更した例としては、官選弁護人の保障の範囲[39]、不当な方法で収集された証拠の採用の範囲[40]、人種平等の意味[41]、いわゆる二重の基準[42]などが、代表的なものと言えよう。

そして、確かに、判例上、政治問題の実例とされている正統政府の意味[43]や、憲法修正提案の合理的な有効期間の程度[44]などが、一見、判断基準の得がたい争点であることは事実である。しかし、上述のような新しい権利や判断法則を創案し得た合衆国最高裁にとつて、『正統政府』や『合理的期間』に関する政策判断を下すことが、『判断基準の存否』という観点だけから考えた場合、果たしてどれほど特別に困難なことであるかは疑わしい。

以上要するに、合衆国最高裁判所がその気になつた場合には、合衆国憲法典の中に、その性質上最高裁が判断基準を発見すべく解釈できない条文などないのではなかろうか。また、合衆国最高裁判所が事件を解決する際に、これまで、既に周知の事実となつている『法創造機能』（司法的立法機能）を発揮しなかつたというならば、判例法としての合衆国憲法は、一体、どうして今日のような姿になれたのであろうか。

従つて、最高裁をしてある争点を政治問題と決定させる理由が当該争点に適用し得る法原則が現に存在するか否かにかか

るという説明は、必ずしも説得力のあるものではない。むしろ、何が裁判所をして判断基準を『発見』（つまり、必要ならば『創案』）する『気』にさせたりさせなかつたりするのかが重要なのではなかろうか。そして、その点を考察する際には、後に検討するように、むしろ、政治問題の判例の中にしばしば登場してくる、『仮に裁判所が当該事件に介入した場合にもたらされるであろう結果に対する配慮』が重要になつてくるのではなかろうか。

ウ　当該問題が、法律問題でなく、単に政策選択の問題に過ぎないこと[45]

これは、既に拙稿Ⅰおよび拙稿Ⅱにおいて確認したように、U. S. v. Palmer (1818) が政治問題の根拠としたもので、他に、フィールドの指摘するところでもある。[45]

確かに、争われている問題が、単なる政策選択の問題で、法律問題ではないならば、それが裁判所の担当事項でないということは、理論上、当然である。しかし、現実には、憲法や国際法の問題は、例えば『公共の福祉』あるいは『平等』などといつた概念に関する論争や国家承認の問題などをみるまでもなく、どれであれ、法律問題であると同時に、多かれ少なかれ政策選択の問題である。にもかかわらず、敢えてある種の問題のみを、それが政策選択の問題であるという形式主義にたちかえつて裁判所が判断を控える以上、その背後に、真の、あるいは、より重大な理由があるはずである。現に、この理由付けは、判例において、単独で用いられているわけではない。つまり、Palmer 事件では、国家あるいは政府の承認が争われていたが、最高裁が『政治問題の法理』に訴えた理由としては、当該問題が政策選択の問題であるということの他に、事件の結果について責任をとれる権限を有する者が判断を下すべきである、という点が強調されていた。[46]

エ　当該問題の判断に必要な証拠・情報の収集が不可能なこと

これは、既に拙稿Ⅰにおいて確認したように、外交問題の分野で、しかも一九世紀に、司法による政治問題不介入の理由とされたことがあるだけのものである。[47] また、その際にも、これが単独で『政治問題の法理』の十分な理由とされているわ

けではない。つまり、Doe 事件では、条約の効力が争われていたが、最高裁が『政治問題の法理』を援用した理由としては、裁判所よりも大統領の方が正確な情報を入手できるということの他に、仮に司法部が当該問題に介入できるとすると自国の外交関係が台なしになつてしまうという点が強調されていた。[48] また、Baiz事件では、特定人が外国の外交官である地位の承認が争われていたが、最高裁が『政治問題の法理』を援用した理由としては、単に技術的に情報が得られないという点もさることながら、そもそもこのような性質の問題に関する判断権を司法部は有するのか、という原理的な疑問が前提となつていた。[49]

また、シャルプフも指摘しているように、[50] 科学技術の進歩した現代では、communicationの質と量が一九世紀とは甚だしく異なつているので、この根拠の正当性は著しく減少したと言えよう。

オ　裁判所の任務は個人の権利について裁定することに限られているが、当該問題が個人の権利以外の問題であること

これは、既に拙稿Ⅰにおいて確認したように、Colegrove 判決におけるフランクファータ意見[51]と Foster 判決の法廷意見[52]の中に見られる。そして、いずれの場合にも、これも、複数ある理由付けの中のひとつに過ぎない。[53]

しかも、フランクファータ意見は、既に拙稿Ⅰにおいて検討したように、元来、一種の少数意見に過ぎなかつたうえに、判例としても、既にBaker 判決により克服されている。[54]

そこで、残るFoster判決について改めて検討してみるに、この事件は、個人の土地所有権が争われた訴訟であつた。しかし、それは、前提問題として、合衆国の国境線に関する政府と議会の主張を裁判所に審査させる性質の訴訟であつた。つまり、これは、個人の権利主張を遙かに超えた、合衆国の対外的な領土の主張の当否にかかわる問題であつた。もちろん、国際法に照らして、歴史上の事実を検討したうえで、裁判所が合衆国政府の行つた領土の主張の当否を判断することは、理論上も事実上も可能であろう。しかし、この事件は、仮に裁判所が政府の主張と異なつた結論を下した場合には、それが国際

紛争の原因ともなりかねない性質のものであつた。したがつて、そのような意味で、国境線の問題に関する政治部門の決定を司法審査に服させ得ない、それなりの理由はある。しかし、それを、個人の権利について裁定することを任務とする裁判所の管轄外であるという理由で司法審査の対象外に置くことには、必ずしも説得力があるとは思われない。むしろ、Foster判決自体の中や、後に、類似の事件に関するWilliams判決で述べられているように、素直に、国際問題特有の性質に注目して、「司法部は外国に対して自国の利益を主張する権限も責任もない」[55]と理由付けるだけで十分であつたのではなかろうか。

何故ならば、仮に、前提問題としてであれ、個人の権利以外の問題を裁判所が処理できないとしてしまうと、例えば、憲法修正や法律の形式的効力のような、『政治過程のdue processを確保する』という公の利益の問題に対しても事例によつては判断を下してきた最高裁の判例[56]と矛盾してしまうからである。また、今日のように、個人の利益の問題をきっかけとして、裁判所が公の利害（例えば、環境、国民経済秩序、等）に関する政策選択を行わされる、いわゆるpublic law litigations[57]の多くなつてきた司法機能の現実とも合わなくなつてしまう。

カ　当該問題の処理に不可欠な、専門的判断能力を裁判所が欠くこと

これは、既に拙稿Ⅰにおいて確認したように、Gilligan判決の中で述べられた理由のひとつである[58]。この場合には、裁判所には軍隊の訓練・装備・規律を監督する専門的判断能力がない[59]ということであつた。しかし、これはあまり本質的な理由ではないと思われる。つまり、例えば、医療過誤事件に対して、裁判官が医学の専門家でないと言つて訴を却下することなどできるはずもない。同様に、近年増加しつつある環境問題、独占禁止法、精神病院入院患者の待遇改善、等に関する訴訟に対して、現代のアメリカの裁判所は、法律以外の多様な専門知識を必要としており、その際、裁判所は、当事者、鑑定人、裁判所の友、その他の立場で、多数の専門家に知識を提供させて裁判を行つている[60]。

要するに、いかなる種類の専門的知識であれ、それが人知の限界でない限りは、裁判所はそれを入手して利用することが

できるはずである。従つて、専門的判断能力の欠如ということは、『政治問題の法理』を裁判所が援用した際の、せいぜい、言訳にすぎないことになる。そして、裁判所が『政治問題の法理』を採用する真の動機あるいは根拠はどこか他に求められるべきだ、ということになろう。

キ　裁判所は、現行憲法体制の正統性を自らの存在の前提とするから、現行憲法体制の正統性は判断できないこと

これは、既に拙稿Ⅰで確認したように、Luther事件において、州の裁判所が州政府の正統性の問題を判断できない理由として述べられたもの[61]である。

確かに、自己（この場合は州の司法制度）の存在を根拠づけている主体（この場合は、州の主権者である州民の合意によつて成立した州の憲法体制）の正統性を問うということは、詰まるところ、自己の正統性を問うことに他ならない。しかし、それでは、そうして問うている自己の存在自体が矛盾になつてしまう。その限りで、この理由付けには正当性がある。

しかし、この理由付けは、アメリカの連邦最高裁が州の新政府の共和性や正統性を判断する場合には正当性を失う。

ク　当該問題を一元的に処理する必要性があること

これは、既に拙稿Ⅰにおいて確認したように、外交問題の分野で、政治問題の根拠としてしばしば援用されるものである[62]。つまり、外交問題に関する政府の決定を後に裁判所が法に照らして審査できるとすると、場合によつては、外国に対して、政府と裁判所というふたつの口が異なつた意思表示をして自国の対外関係に悪影響を及ぼすことになりかねない。それは、更には、国家の安全保障ひいては存立にも直接響きかねない性質のものである。従つて、この、一元的処理の必要性は、外交問題というものの性質上、当然の要求と言えなくもない。

ケ　裁判所が当該問題に独自の判断を下すことが社会的な大混乱（あるいは無政府状態）を招来する危険を回避する必要性があること

これも、既に拙稿Ⅰおよび拙稿Ⅱにおいて確認したように、政治問題に関する判例や論説の中に非常にしばしば登場してくる理由付けである。[63]

言うまでもなく、裁判所の存在理由は法の実現すなわち社会秩序の維持にある。そして、このような任務を負つた裁判所の行為が、裁判所自体の制度目的でありかつ前提でもある国家秩序を否定あるいは破壊するような結果を惹起するなどということは、まさに、制度的矛盾である。このようなことは、理論上、できるはずがない。そういう意味で、これは正当な理由と言えよう。

コ　裁判所が当該問題に独自の判断を下すと対等な政治部門に対する敬譲を欠く結果になるので、それを回避する必要性があること

これは、既に拙稿Ⅰにおいて確認したように、Baker TestとField判決の中に見られるものである。[64]

しかし、司法審査制度を採用した憲法の下では、政治部門の行為を司法部が訴訟によつて審査すること自体は、決して、司法部と対等な政治部門に対する敬譲の欠除を意味しない。また、司法審査制度の下では、政治部門と司法部の見解の対立が生ずることこそが、権力分立の機能として期待されてもいる。[65]すなわち、そのような相互衝突による権力の自省こそが、人権擁護のために権力分立制度に期待されたchecks & balancesの一環をなすからである。従つて、これもまた、政治問題の真のあるいは本質的な理由ではあり得ないと思われる。

サ　当該問題を迅速に処理する必要性があること

これは、既に拙稿Ⅰにおいて確認したように、民兵召集の当否が争われたMartin事件の法廷意見等の中に見られるものである。[66]

確かに、外敵の侵略に対応するためにとられた大統領による措置が、その時点でいちいち司法審査に服しているようでは

自国の存立自体が危くなりかねない。従つて、国家安全保障上の緊急事態に際して、国家として迅速に対応する必要上、『政治問題の法理』によつて司法の介入が自制されたとしても、それは十分に正当性があると言えよう。

もつとも、これに対しては、召集命令が発せられたその時点で裁判所が当該命令の執行停止を与えなければ済むことで、その大統領の判断の正当性を司法部が後日改めて判断することはさしつかえない、という疑問が提起されるかも知れない。

シ　司法の介入を受けさせずに、政治過程を自由に機能させる利益があること

これは、既に拙稿Ⅰにおいて確認したように、民主党全国大会代議員の資格審査が争われたO'Brien事件のper curium判決の中にだけ見られる理由付けである。[67] 従つて、これは、政党というものの特殊性を抜きにしては語れないものであろう。そこで、更に、同じ事件が別の訴訟で争われたCousinsも見ると参考になるであろう。そこでは、党全国大会代議員の資格審査に関して、州の議会と裁判所は介入することができないとされたが、その際、合衆国最高裁は、政党の享有する『結社の自由』を根拠にした。[69] つまり、ここで言われている「政治過程を自由に機能させる利益」とは、政党の結社の自由に他ならない。

ところで、これまでに検討してきた判例で争われた政治問題の行為主体は、O'BrienとCousinsの場合を除いて、全て、連邦政府（あるいは、希に州政府）の政治部門であつた。その点、政党というものは、現在でこそ、State Actionの法理により、憲法の効力の及ぶ政治過程の重要な一部分とみなされているが、その起源は私的な任意団体（private clubs）であつた。だからこそ、政党には結社の自由による自治が認められることになる。

従つて、この理由付けは、それなりに根拠のあるものではあるが、政治問題一般には通用しない。

ス　当該問題を判断する排他的な権限を政治部門に委ねることが効果的、あるいは、適切であること

これも、既に拙稿Ⅰおよび拙稿Ⅱにおいて確認したように、政治問題に関する判例等の中でしばしば登場してくる説明で

ある。[70] しかし、これは、説明ではあつても、理由ではあり得ないと思われる。つまり、『政治問題の法理』の根拠として重要なことは、それが『効果的』あるいは『適切』だということではなく、それが『何故、どのように』効果的あるいは適切なのかということのはずである。

セ　裁判所が、当該問題に関する独自の判断を下しても、その判断が惹起するであろう結果について責任を負う能力あるいは権限を欠くこと

これも、既に拙稿Ⅰおよび拙稿Ⅱにおいて確認したように、外交の分野における政治問題の判決の中等でしばしば用いられてきた理由付けである。[71]

確かに、結果に対して責任を負える者のみがその問題に介入する資格があるということは、一応、正論であろう。とりわけ、外交問題は予測と冒険の要素が大きいために、各国は、自国の行動に対する相手国および国際社会の反応を見極めながら、巧みに立場を修正しつつ、自国の利益を守つてゆく必要がある。その際、政治部門は、外交権限と戦争権限を持つているために、臨機応変な対応をしつつ、自己の判断の結果について責任を引き受けることができる。他方、司法部は、国外勢力を相手にして交渉と駆引きを行う資格がない。従つて、仮に、外交問題に関する判決が自国にとつて不都合な結果をもたらすことになつたとしても、司法部は、政治部門のように素早くかつ微妙に状況に対応する手段を有していないため、その結果に対する責任の取りようがない。

もつとも、裁判所が下した判決の結果について最終的に責任を負う能力あるいは権限を欠くということは、裁判というものに常に付随する特質であるとも言える。例えば、裁判所が給付判決を下したからといつて、現実に原告が給付を受け得るか否かは裁判所の能力と権限に負うてはいない。また、例えば、裁判所がある法律の違憲を確認する判決を下したとしても、その趣旨に沿つて同法を改廃する責任と能力は裁判所に属してはいない。従つて、そのような意味では、この理由付け

は必ずしも説得的なものとは言えない。そうしてみると、この論拠も、それが特に外交の分野で主張されていることからして、当該事件の特殊性から、それに裁判所が介入した場合に惹起しかねない結果の『異常な』大きさに対する司法部の恐れの表明（前出ケ）と同じではないか、と考えられてくる。事実、Palmer 事件は、自国と地続きの『他国の植民地』が、当時の国際社会でかなり有力な構成員であつた宗主国からの独立戦争を闘つている最中に、その独立政府の国際法上の地位を問う事例であつた。[72] まさに、それは、裁判所にとつて、うかつには手の出せない問題であつたはずである。

Ⅳ　司法部の自由裁量

ところで、既に拙稿Ⅰおよび拙稿Ⅱにおいて指摘したように、アメリカ憲法学における『政治問題の法理』に関する議論がいささか混乱している背景のひとつとして、アメリカ憲法学においては司法審査権の本質に関して未だに一致した見解が存在しない、ということが挙げられる。すなわち、基本的には、司法審査権の行使を裁判所の義務と考える立場と、司法審査権の行使について裁判所の自由裁量を認める立場の、対立がある。例えば、ウェストン、ウェクスラー、タイガー、更にはフィールドが前者の立場を採り、[73] フィンケルシュタイン、ビクル、ジャフェ、更にはポウストが後者の立場を採つている。[74]

もちろん、この司法審査権の本質の問題自体がアメリカ憲法学上の別個の重要な課題であるので、その点は後日の課題として留保しておきたいが、それはそれとして、ここでは、政治問題に関連する判例を通観した限りで、合衆国最高裁自身が司法権の本質をどう捉えているかということを確認してみたい。

そうすると、基本的には、あるいは建前上は、合衆国最高裁は、手続的要件を充足した訴訟の解決に不可欠である限り司法審査権の行使は裁判所の義務であると考えている、と言えるであろう。だからこそ、既に拙稿Ⅰで確認したように、最高裁は、『政治問題の法理』に訴える際に、常に、その理由を説明する努力をしている。もしも、司法審査権の行使が裁判所

の義務でなく、その行使あるいは不行使に関する自由裁量権を有すると最高裁が考えるならば、その不行使（すなわち、『政治問題の法理』の援用）について、最高裁は、理由を明示する必要はないはずである。従つて、Marbury 判決以降、合衆国最高裁自身は、少なくともこの問題領域においては、司法審査権の行使を義務と考えているようである。これが、最高裁の建前であろう。

しかし、同時に、現実には、合衆国最高裁はその建前を貫き得てはいない。つまり、既に本稿の中で検討したように、これまでに最高裁が判例の中で『政治問題の法理』の根拠として挙げたものの多くが、意外に、反論の容易なもので、あたかも司法の回避の口実のようなものが多いからである。ここに、最高裁自身が認めると否とにかかわらず、『政治問題の法理』の形成にあたつて、最高裁自身による政策形成的配慮が反映してきた、という事実も認めざるを得ないであろう。つまり、最高裁自身が、『政治問題の法理』の発見者であると同時に創作者でもあつたわけである。

このように、合衆国最高裁が管轄権を有する事件につき判断を回避できる自由裁量権を事実上行使しているという現実を承認することは、例えばウェクスラーやタイガーにとつては耐え難いことであろう。しかし、この問題を考える際に、われわれは、考察の前提として、以下のふたつの常識を忘れてはならない。つまり、第一は、合衆国憲法典の中には司法審査権を規定した条項が存在しない、という事実である。そして、第二は、合衆国の司法審査権自体が最高裁の Marbury 判決によつて創造的に確立された、という事実である。従つて、アメリカにおける『政治問題の法理』は、最高裁が自ら創出した権限の限界を自ら画したものであり、この現実は否定し難いのではなかろうか。そして、そこに、最高裁自身の自由裁量的な考慮が当然に介入せざるを得なかつたのであろう。

V　アメリカの政治問題の法理と日本の統治行為論

1　日本における問題状況

周知のように、『政治問題の法理』は、あるいは統治行為論と呼ばれ、わが国においても憲法学上の重要な課題である。そして、わが国の統治行為の問題に関しては、既に多数の研究が報告され[75]、判決もいくつかある[76]。しかし、それにもかかわらず、この問題には、十分に明確で説得的な決着が与えられているとは思われない。

そこで、この題材がわが国においてことさら複雑なものとなつて今日まで問題を残している主たる原因を考えてみると、それは、以下の二点にあるのではなかろうか。

第一は、日本国憲法第八一条の解釈に関して、統治行為を肯定する諸説（以下、肯定説と呼ぶ）と、それを否定する諸説（以下、否定説と呼ぶ）の間に、司法権の本質に関する基本的な立場の相違があり、その結果、議論が嚙み合わず平行線になつてしまつていることである。すなわち、日本国憲法の下における統治行為の問題は、日本国憲法の規定する司法権の限界の問題のひとつとして、その司法権をどのように理解するかにかかつている。その際、日本国憲法の下の司法権の性格が憲法第八一条の存在により規制を受けるものであることは、肯定説、否定説いずれにも異論がない[77]。そのうえで、憲法第八一条を文字通りに解釈して、第八一条がある以上は統治行為の存在は否定されているとするのが否定説である[78]。逆に、第八一条を文字通りに解釈せず、同条に合目的的な解釈を加えて統治行為の存在を承認するのが肯定説の立場である[79]。もちろん、肯定説も認めるように、日本国憲法第八一条および第七六条により規定されている司法権の性格を論ずる場合に、第八一条を文字通りに解釈すれば統治行為を認めることはできない[80]。にもかかわらず、憲法第八一条に合目的的な解釈を加え得る根拠として、肯定説は、まず、次の二点を挙げる。すなわち、第一に、諸外国（とりわけフランス共和国とアメリカ合衆国）の司法概念

とわが国のそれとの間に基本的な点で別異に論ずべき理由がない、ということが指摘され、第二に、それら諸国の先例では立法上の明文の存否にかかわらず裁判権の限界が判例により画されている、という事実が援用される。[81] その際、同時に、肯定説は、その理論的な根拠として、三権分立の原理あるいは国民主権の原理といつた政治制度上の原理概念も援用してくる。[82]

また、これまでのわが国における統治行為論が混乱している原因と思われるものの第二は、『政治』というきわめて曖昧で多義的な概念があまり明確にされないままに使用されていることである。そのために、肯定説の主張が日本国憲法の下で一般論として主張された場合に、いわば司法審査権の全面否定のような、不都合な結果をも招きかねない。[83] この点が、当然のことながら、否定説の側から激しく批判されている。[84]

2　アメリカ合衆国の経験から学ぶ点

そこで、次に、日本におけるこのような問題状況に対して、われわれがアメリカ合衆国における『政治問題の法理』の現状から如何なる示唆を得ることができるかを、検討してみたい。

まず、第一の問題点については、〈アメリカ合衆国においては、明文の根拠がないにもかかわらず、判例による解釈として政治問題の存在が認められているから、日本国憲法の下でも、明文上の根拠がなくとも、第八一条に合目的的解釈を施して、統治行為の存在を認めることができる。〉という前提から出発するには危険がある、と言えよう。すなわち、アメリカにおいては、政治問題の前提問題である司法審査権の存在自体が憲法明文上不明確であり、それが確立されたのも判例によつてである。そしてそこに、判例による広範囲な政治問題の形成を可能にした、合衆国司法部の享受する自由裁量権の存在がある。従つて、アメリカ合衆国における政治問題にはそれなりに制度的前提がある。しかし、この前提が日本国憲法と異質なものであることも明らかである。

従つて、わが国における統治行為を論ずる場合には、〈アメリカ合衆国においても、訴訟事項に関する概括条項の存在にもかかわらず、また、政治問題を積極的に承認する明文規定が存在しないにもかかわらず、判例による解釈によつて政治問題が認められているのだから、わが国においても、憲法第八一条および裁判所法第三条の明文がたとえ何を定めていようとも、合目的的解釈により統治行為を認め得る。〉と言い切るには、いささか無理があるのではなかろうか。

しかも、日本国憲法第八一条はアメリカ合衆国にも類例がなく、わが国においても日本国憲法になつて初めて設けられたものである。従つて、わが国の司法裁判所の権限の限界のひとつとしての統治行為を論ずる場合には、まず、第八一条の存在が意味するところを検討する必要があると思われる。そして、その際、以下の四点を見落とすことはできない。すなわち、第一は、その性質上訴訟手続により具体化されることが理論的に不可能な法はない、[85]という事実である。そして第二は、憲法制定者は各統治部門に対して如何なる権限配分を行うことも可能だ、という事実である。そして第三は、政治部門の行為の中でも、いわゆる『高度の政治性』を有するものほど、それが違憲に行われた場合に国家生活に及ぼす危険の程度が高い、[86]という事実である。そして第四は、旧憲法の下で国家行為の合憲性に関する終局的な決定権を政治部門に委ねた結果、遂には、憲法の規範性が失われてしまつたという経験を踏まえたうえで、現行憲法の制定者は司法権を意図的に強化した、[87]という事実である。

従つて、憲法第七六条の有権解釈として「一切の法律上の争訟を」司法部が担当するという裁判所法第三条が存在し、更に、一切の国家行為の合憲性の審査権を司法部に委ねるという第八一条が司法の章の中に存在するということは、解釈の名の下に、これらの条項を空洞化するような根拠に基づいて司法権の限界を画すことは許されない、という憲法の規範的な命令がそこに示されているのではなかろうか。もちろん、そのことの立法政策的当否は別の問題で、その点を論ずることは自由である。

もつとも、このような着想に対しては、次のような批判がある。つまり、「違憲立法審査権の採用と統治行為の否定とをそのまま等置関係におく…見解は、憲法の解釈として正しくない…。たしかに、司法権の優越は日本国憲法の基本原理の一つをなしているが、日本国憲法は、同時に、国民主権、権力分立等の諸原理によつても支えられているのであり、それらの諸原理は、相互に矛盾し対立する面をもちつつ、そして相互に制約し合いながら、同一法典の中に併存しているのである。それ故、憲法の解釈に当つては、それが包蔵する基本的諸原理・諸価値を総合的に考慮に入れ、全体として憲法の趣旨に合致するような解釈を見出すべきであつて、一つの原理にのみ忠実すぎるあまり、あるいは文理に拘泥しすぎるあまり、他の対立する原理を無視し憲法全体の趣旨に合致しないような結論に到達することは、さけるべきである。」[88]

確かに、日本国憲法が、第八一条に体現された司法権の優越だけでなく、他の多くの原理によつても支えられていることは、誰れしも認めるところである。しかし、同時に、それらの、相互に矛盾する、本来抽象的な政治制度上の諸原理が、日本国憲法において具体的にどのように摂取されているかということ――すなわち、先に引用した論者の言われる「憲法全体の趣旨」――は、あくまでも、日本国憲法の規定文言から抽出されるべきものではなかろうか。[89] そして、それを更に、その憲法の全体構造の一部分を構成する司法権に関して言えば、それは、第八一条に体現されている規範命題を無視して構成されるべきではないのではあるまいか。[90]

ところで、日本の肯定説が先例として依拠するアメリカ合衆国における『政治問題の法理』にあつては、既に拙稿Ⅰおよび拙稿Ⅱにおいて確認したように、権力分立や国民主権といつた抽象的な政治制度上の原理概念は、希にしか援用されておらず、しかも、その際にも、それらの概念は立論の主たる論拠にされてはいなかつた。これは、日本の論者としては、注意すべき点であろう。

また、第二の問題点については、確かに、アメリカ合衆国における『政治問題の法理』に関する議論においても、『政治

的』といつた概念はしばしば登場してくる。しかし、それは、既に拙稿Ⅰおよび本稿のⅡにおいて確認したように、単に説明として用いられ得るものに過ぎず、政治問題を他の国家行為群から区別する積極的な徴表として用いられているのではなかつた。

以上要するに、アメリカ憲法における『政治問題の法理』の形成に際して最高裁による自制的配慮が許されてきたからといつて、同様のことが、制度的前提の違う、わが国において許されるわけではない。

もつとも、アメリカにおける『政治問題の法理』に関する議論にしばしば登場してくる、「当該問題を一元的、あるいは、迅速に処理する必要性」、「判決がもたらすであろう拾収不能な混乱を回避する必要性」、あるいは、Luther 判決の中に登場した、「裁判所は現行憲法体制の正統性は問えない」といつた論拠は、制度的前提の異なるわが国においても、それなりに、説得力のあるものではなかろうか。

そういう意味で、今後のわが国における統治行為論も、抽象的な原理や概念あるいは便宜性に依拠する論議を避け、むしろ、日本国憲法の明文の枠の中で、より詳細かつ具体的に裁判所の能力と責任の限界を発見する方向へと進んでゆくべきではなかろうか。

(1) アメリカにおける政治問題に関する議論の代表的なものとしては、以下のものがある。Finkelstein, *Judicial Self—Limitation*, 37 Harv. L. Rev. 338 (1924); Field, *The Doctrine of Political Questions in Federal Courts*, 8 Minn. L. Rev. 296 (1925); C. POST, THE SUPREME COURT AND POLITICAL QUESTIONS (1936); Frank, *Political Questions*, in SUPREME COURT AND SUPREME LAW (E. CAHN ed. 1954); Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959); A. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (1962); L. JAFFE, JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION (1965); Scharpf, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 Yale L. J. 517(1966); Tigar, *Judicial Power, The "Political Question Doctrine", and Foreign Relations*, 17 UCLA L. Rev. 47 (1970); Sternstein, *The Justiciability of Confrontation: Executive Secrecy and the Political Question Doctrine*, 16 Ariz. L. Rev. 140(1974); P. STRUM, THE SUPREME COURT AND "POLITICAL

QUESTIONS": A STUDY IN JUDICIAL EVASION (1974); Henkin, *Is There a 'Political Question' Doctrine?*, 85 Yale L. J. 597 (1976); Firmage, *The War and the Political Question Doctrine*, 49 Colo. L. Rev. 65 (1977); L. TRIBE, AMERICAN CONST. L. 71 (1978); Gordon, *American Courts, International Law and "Political Questions" Which Touch Foreign Relations*, 14 Int. Law. 297 (1980).

(2) ウェクスラーは、『政治問題の法理』の本質は「政治部門の排他的な権限を裁判所が確認」したものにすぎず、それは「司法部による法発見」にとどまり、また、そうあるべきだ、という立場を採る。(Wechsler, *supra note* 1 参照。) それに対して、ビクルは、『政治問題の法理』の本質は「司法部本来の権限を裁判所が自制」したもので、それは「司法部による法創造」である、という認識をする。(Bickel, *supra note* 1 参照。)

(3) 例えば、フィールドは以下の七種類の判例を検討した。1. 条約の交渉、違反、終了、2. 戦争の開始、終了、3. 外国人の入国許可、国外追放、4. 領域高権、5. 国家、政府、外交官、交戦団体の承認、6. インディアン種族の認定、7. 共和政府の保障 (Field, *supra note* 1, at 486—510 参照。) それに対して、フランクは、対外問題、憲法修正、共和政体、選挙区区分、インディアンの五分野の判例を検討した。(Frank, *supra note* 1, at 38—43. 参照。) なお、その他の代表的な論者については、拙稿・「アメリカ合衆国における「政治問題」の法理に関する学説の検討」本誌五三巻一—二号三一三三頁——以下、本稿においては、拙稿Ⅰとして引用する。——三二八—三五二頁参照。

(4) 極端な例として、タイガーが検討している政治問題関連判例は、Luther v. Borden (1849), Colegrove v. Green (1946), Baker v. Carr (1962), Field v. Clark (1891), Foster v. Neilson (1829), Williams v. Suffolk Ins. Co. (1839), Ex parte Baiz (1890), and Powell v. McCormack (1969) の八件にすぎず、例えば Collector v. Day (1871), Taylor v. Beckham (1900), Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oreg. (1912), Hollingsworth v. Va. (1798), Coleman v. Miller (1939), Gardner v. Collector (1867), Fied v. Clark (1891), Doe v. Braden (1853), Ex parte Peru (1943), Mexico v. Hoffman (1945), Chicago & So. A. L. v. Waterman Steamship Corp. (1948), and Martin v. Mott (1827) といった重要な判例を、タイガーは落している。(Tigar, *supra note* 1 参照。) この点は、ハンキンも同様である。(Henkin, *supra note* 1 参照。) なお、その他の論者について、詳しくは、拙稿Ⅰを参照。

(5) 例えば、憲法修正の効力の問題が判例によって政治問題とされている理由について、フランクは、それが「迅速・単一な政策の必要」からだと主張する。(Frank, *supra note*, 1, at 38参照。) しかし、シャルプフは、それは「情報入手の困難」が理由であるとする。(Scharpf, *Supra note* 1, at 567—71参照。) また、ハンキンは、Gillgan v. Morgan (1973) によって最高裁は『政治問題の法理』を否定する方向へ動き始めたようだ、と指摘したが (Henkin, *supra note* 1, at 619 参照。)、これは、事実および通常の認識に反する (413 U. S. 1, 5—10 参照。)。

(6) 詳しくは、拙稿・「アメリカ合衆国における「政治問題」に関する判例の動向と実態」本誌五三巻三号八一頁——以下、本稿においては、拙稿Ⅰとして引用する。——を参照。

(7) 詳しくは、拙稿Ⅰ参照。

(8) Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 217 (1962).

(9) Gilligan v. Morgan, 413 U. S. 1, 11 (1973).

(10) Field, *supra note* 1, at 510—11; Weston, *supra nte* 1, at 328 参照。

(11) アメリカ憲法における権力分立原理の意味を端的に表現したものとして随所で引用されるブランダイス裁判官の説明は、以下のものである。すなわち、「権力分立の原理は、一七八七年の制憲会議において、…恣意的な権力の行使を除去するために採用された。その目的は、権力間の摩擦を回避することではなく、三部門に権限を配分した結果として不可避な摩擦により、専制政治から国民を護ることである。」(Myers v. U. S., 272 U. S. 52, 293 (1926).) 他に、TRIBE, *supra note* 1, at 15—17; A. FREUND et al., CONST. L. Cases and Other Problems 649—73 (1977); J. NOWAK et al., CONST. L. 126—27 (1978) 参照。

(12) 例えば、典型的な政治問題とされている「州政府の共和性」の認定の問題も、合衆国憲法第四条第四節の要請に従つて連邦政府が正しい認定を行つたか否かを連邦司法部が審査することこそが、権力の相互抑制による公正化という権力分立原理の本旨に適うはずである。同様に、政治問題というものは、全て、『法律問題であり』ながら司法の判断対象にならない、とされている事項であるが、権力分立の観点だけからすれば、むしろ、法律問題は司法審査に服させることこそが、筋ではなかろうか。

(13) 前注 (11) 参照。

(14) 例えば、以下の諸判決では、理由の中で、「司法部が当該問題に介入した場合にもたらされるであろう混乱に対する裁判所の不安」が明確に示されとしる。Luther v. Borden (1849), Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oreg. (1912), O'Brien v. Brown (1972), Coleman v. Miller (1939), Field v. Clark (1819), Doe v. Braden (1853), Williams v. Suffolk Ins. Co. (1839), U. S. v. Palmer (1818), Ex parte Peru (1943), Mexico v. Hoffman (1945), Chicago & So. A. L. v. Waterman Steamship Corp. (1948), Martin v. Mott (1827), and Ky. v. Dennison (1861). 詳しくは拙稿Ⅰ参照。

(15) 事実、拙稿Ⅰで検討した一一〇余件の関連判決（ただし、合衆国最高裁のものだけ）の中で、『政治問題の法理』を承認したと思われるものが三〇余件あつたが、その中で、Baker 判決と Gilligan 判決の二件が権力分立に論及しているだけである。（拙稿Ⅰ参照。）

(16) まず、Baker 判決において、ブレナン判事は、「政治問題の法理は…権力分立の作用である」と述べたうえで、政治問題の徴表として、以下の六要件を提示した。(1) 明文による授権、(2) 判断基準の不存在、(3) 非訟的自由裁量権、(4) 政治部門に対する敬譲、(5) 既成の政治的判断に有無を言わずに従う必要、(6) 複数の統治部門が矛盾した意思を表明して混乱の生ずる可能性。(369 U. S. 186, 217 参照。) また、州兵の管理運営の問題が政治問題とされた Gilligan 判決において、バーガー長官は、その理由として、(1) 憲法および法律による授権、(2) 判断能力の欠如、を挙げ、それが権力分立に由来する、と指摘した。(413 U. S. 1,5—11 参照。) 以上の二例において、仮に、それらの文脈から権力分立の原理を除外しても、それなりに、『政治問題の法理』の説明にはなる。

(17) 判例の中で、政治問題を説明あるいは定義するために「政治（的）」という概念が用いられている例としては、以下のものがある。「性質上政治的な問題…（Questions in their nature political…）」（Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 170 (1803).）、「…性質上、一般に、法的と言うよりむしろ政治的な問題（…questions are generally rather political than legal in their character）」（U. S. v. Palmer, 16 U. S. (3 Wheat.) 610, 634 (1818).）、「法的である以上に政治的な問題（more a political than a legal question）」（Foster v. Neilson, 27 U. S. (2 Pet.) 253, 309 (1829).）、「司法的でなく、しかし、政治的な問題（not a judicial, but a political, question）」（Jones v. U. S., 137 U. S. 202, 212 (1890).）、「特別に政治的な性質の争点（issue…of a peculiarly political nature）」（Colegrove v. Green, 328 U. S. 549, 552 (1964).）、「その本質が…政治的で、司法的ではない。（the very nature … is political, not judicial.）」（Chicago & So. A. L. Inc. v. Warterman Steamship Corp., 333 U. S. 103, 111 (1948).）。

(18) Nixon v. Herndon, 273 U. S. 536, 540 (1927).

(19) 事実、前注（17）で引用した Jones 判決では、「政治的な問題」という概念は、「当該問題に関する、…立法部および執行部による決定が、…裁判官を決定的に拘束する」という意味で用いられている。（137 U. S. 202, 212）つまり、ここで用いられている政治概念は、実質的な政治概念ではなく、ある問題がいわゆる『政治』部門によつて決定されるべきである、という結果を説明するにすぎない『形式的政治概念』である。

(20) 事実、拙稿Ⅰで検討した一一〇余件の関連判決の中で、まず、『政治問題の法理』を適用あるいは承認したと思われるものが三〇余件あつたが、その内で、「政治性」という概念を用いているものは、前注（17）で引用した六件のみである。しかも、Marbury 判決における「…性質上政治的な問題、換言すれば、憲法と法律により執行部に委ねられた問題」という下り（5 U. S. (1 Cranch 137, 170) は、授権にもとづく政治問題を単に結果的に説明しただけのもので、当該問題の政治性が決め手となつて司法審査の可能性が否定されるという訳のものではない。また、Palmer 判決における「政治」概念も、以下に引用する文脈の中で見る限り、当該問題を他の国家行為群から画して政治問題とするための特に決定的な役割を果たしてはいない。つまり、「かような問題は、性質上、法的というより、むしろ政治的な問題である。このような問題は、法がどうあるべきかを宣言できる者が処理するに相応しいものである。つまり、国外の勢力に対して、自分の国際的な判断の正当性を証明できるように自国を国際社会の中で動かすことのできる者、すなわち、自国の外交権限を託された者だけが、このような問題を判断できる。そして、立法府が規定した法を適用する権限しか有しない裁判所が判断するには適さない。」（16 U. S. (3 Wheat.) 610, 634.）また、Foster 判決は、まず、司法部は外国に対して自国の利益を主張することを託された部門ではない、ということと、司法部の任務は政治部門が定めた原則に従つて個人の権利につき裁定することである、という理由から、最高裁が独自の判断をためらうことを述べたうえで（27 U. S. (2Pet.) 253, 307 (1829).）、改めて、それを繰り返すように、当該問題は法的というよりむしろ「政治的」問題であり、それを論ずる場合には裁判所は立法部の意思を尊重しなければならない、と述べている（Id. at 309.）。明らかに、前半の主張だけでも十分に通常の政治問題の主張になつている。また、Jones 判決における「政治」概念は、前注（19）で指摘したように、形式的意味の政治概念（つまり、当該問題が『政治』部門の決定に従うべき問題すなわち『政治』問題であることの結果を説明するだけのもの）であり、当該問題が何故政

治問題になるのかの理由を示すものではない。また、Colegrove 判決におけるフランクファータ意見の中で用いられている政治概念は、「統治が効果的に行われるためには、当該争点は特別に政治的な性質のもので、司法による決定に相応しくない。」という文脈の中で用いられており（328 U. S. 549, 552 (1946).）、そこでは、「効果的な統治」が理由で、「政治性」という概念は、結果的に当該問題が政治部門の決定に従うべきだという結論を単に説明するものにすぎないようにも見える。しかも、フランクファータ意見は、この他に七点の理由を挙げて『政治問題の法理』の立論を行っている（Id. at 551, 552, 553—54, 556 参照°）更に、Chicago 判決における政治概念も、次のような文脈の中で用いられている。すなわち、「司法部が、関連情報も持たずに、機密情報にもとづいて執行部が行った行為を審査してそれを無に帰してしまうことは、耐え難いことである。しかし、仮に、司法部がその種の情報の完全な開示を要求し得るとしても、執行部のその決定の本質は政治的で、司法的ではない。このような決定は、憲法により、政治部門に全面的に授権されている°」（333 U. S. 103, 111 (1948).）ここでも 当該問題の「政治性」ということは、単にそれが政治問題とされた結果を説明しているだけなのか、あるいはその理由そのものなのか、定かではない。しかも、この判決も、この他に二点の理由を挙げて『政治問題の法理』の立論を行っている（Id. at 108—09, 111—12 参照°）

(21) 拙稿 I 参照°

(22) Luther v. Borden, 48 U. S. (7 How.) 1, 42—43 (1849); Taylor v. Beckham, 178 U. S. 548, 571—73 (1900); Colegrove v. Green, 328 U. S. 549, 554 (1946)（ただし、フランクファータ意見°）; Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 217 (1962)（いわゆる°イカー・テスト）;Martin v. Mott, 25 U. S. (12 Wheat.) 19, 28—29 (1827); Chicago & So. A. L., Inc., v. Waterman Steamship Corp., 333 U. S. 103, 111 (1948); Field, *supra note* 1, at 513; Weston, *supra note* 1, at 331; Wechsler, *supra note* 1, at 9; H. HART & H. WECHSLER, THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM 233 (2d ed. 1973); TRIBE, *supra note* 1, at 79 参照°

(23) U. S. CONST. art. IV, §4 参照°

(24) U. S. CONST. art. I, § 8 (3)参照°

(25) 合衆国最高裁が、連邦議会の州際通商規制権限の範囲に関して判断を下した実例は多数ある。特に重要なものだけを摘示しても、以下のものがある°。Gibbons v. Ogden, 22 U. S. (9 Wheat.) 1 (1824)（これは、通商条項について下された最初の判決で、州際水上輸送の規制に関するものであった°）; Hammer v. Dagenhart, 247 U. S. 251 (1918)（これは、いわゆる The Child Labor Case で、通商条項に基づいて連邦議会が各州内における児童労働を規制することが、違憲とされた°）; Schechter Poultry Corp. v. U. S. 298 U. S. 495 (1935)（これは、家禽の取引に関する事件であった°）; Carter v. Carter Coal Co., 298 U. S. 238 (1936)（これは、炭鉱の規制に関する事件であった°）; NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U. S. 1 (1937)（これは、労働関係の規制に関する事件であった°）; U. S. v. Darby, 312 U. S. 100 (1941)（これは、最低賃金および最高労働時間の規制に関する事件であった°）; Heart of Atlanta Motel Inc. v. U. S., 379 U. S. 241 (1964)（これは、公共施設における人種差別の規制に関する事件であった°）

(26) U. S. CONST. art. I, §2 (5)参照。
(27) U. S. CONST. art. I, §3 (6)参照。
(28) Wechsler, *Supra note* 1, at 8; C. BLACK, IMPEACHMENT: A HANDBOOK, 54—55, 61—62 (1974) 参照。
(29) U. S. CONST. art. I, §5 参照。
(30) Powell v. McCormack, 395 U. S. 486 (1969).
(31) Rezneck, *Is Judicial Review of Impeachment Coming?* 60 ABA J. 681, 682—83 (1974); and R. BURGER, IMPEACHMENT: THE CONSTITUTIONAL PROBLEMS, 105—06, 117—18, and 120 (1973) 参照。
(32) U. S. CONST. art. Ⅱ, §2 (1)参照。
(33) Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).
(34) Luther v. Borden, 48 U. S. (7 Haw.) 1, 40—41 (1849); Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 217(1962) (いわゆるベイカー・テスト); Coleman v. Miller, 307 U. S. 433, 447—54 (1939); Field, *supra note* 1, at 513; JAFFE, *supra note* 1, at 491, 492, and 493 参照。
(35) Aptheker v. Secretary of State, 378 U. S. 500 (1964) は、合衆国憲法修正第一条を根拠に、「海外旅行の自由」を保障した。しかし、修正第一条は、政教分離、言論・出版・集会の自由、請願権のみを規定した条文である。(U. S. CONST. amend. Ⅰ参照。)
(36) Griswold v. Conn., 381 U. S. 478 (1965) は、修正第九条を根拠に、「プライヴァシーの権利」を確立し、「避妊の自由」を保障した。この修正第九条は、「憲法典の中で特定の権利が列挙されていることが、他の権利を否定する意味に解されてはならない。」というものである。(U. S. CONST. amend. Ⅸ 参照。) しかし、この条文自体からは、そこで言う「他の権利」が如何なるものかは明らかでない。
(37) 前注 (36) 参照。
(38) Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973) は、修正第一四条と修正第九条を根拠に、プライヴァシーの権利の一環として、「堕胎の権利」を保障した。しかし、修正第一四条は、その第一節で、法の適正手続と法の下の平等の原則を保障しているだけのものである。(U. S. CONST. amend. XIV, §1 参照。)
(39) 合衆国最高裁は、かつて、修正第一四条に規定された法の適正手続の保障に照らして、殺人事件ないしはその他の「特別の状況」の場合を除いて、弁護人を確保できない被告人のために州が弁護人を確保する憲法上の義務はない、とした (Betts v. Brady, 316 U. S. 455 (1942).)。しかし、後に、最高裁は、弁護人による代理はすべての刑事事件における憲法上の要件である、と変更した (Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963).)。
(40) 合衆国最高裁は、かつて、修正第一四条に規定された法の適正手続の保障は不当な方法で収集された証拠を州の裁判所で利用することは禁じていない、とした (Wolf v. Colo., 338 U. S. 25 (1949))。しかし、後に、最高裁は、その原則を覆して、連邦同様、州の裁判所でも不当な方法で収集された証拠を採用することを禁じた (Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961).)。

(41) 合衆国最高裁は、かつて、州際輸送を行う鉄道において行われた人種差別に関して、両人種にそれぞれ平等な設備を与えておけば合憲であるという separate but equal の法理を創案した (Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896))。しかし、これは、Brown v. Bd. of Educ., 347 U. S. 483 (1954) で覆された。

(42) アメリカ憲法学において、人権規制立法の合憲性を審査する基準として、いわゆる『二重の基準』の法理は、現在では、もはや自明のことのように語られている。しかし、この法理には憲法条文上の根拠があるわけではなく、これは、合衆国最高裁判例により形成されたものである。この法理の実際については、TRIBF, *supra note* 1 に詳しく説明がなされている。(平等則と Strict Scrutiny については、*Id.* at 1000—60, 1063,1071n, 1077—82, 1089, 1095, and 1098—1101 参照。平等則と Rational Relationship Test については、*Id.* at 994—1000, 1029—32, 1044, 1046n, 1098—99, 1108, 1122—24, 1127—29, and 1131—32 参照。更に、平等則と Intermediate Scrutiny については、*Id.* at 952, 1064, 1082—97, and 1143—45 参照。また、平等権の他の人権規制と Strict Scrutiny については、*Id.* at 602, 596n' 294n, 846—59, 575, 784, 684, 685n, 686—87, 857, 317, 270—71, 602—05, 866, 914、963, 965, 975—76, 574, 472—73, 703, 495—99, 748—49, 793n, 808, 810—11, 1114, and 786—87 参照。平等権の他の人権規制と Rational Relationship Test については、*Id.* at 738n, 748, 781, 783, 488—89, 298—99, 266—67, 270—71, 765, 577, 684—86, 511, 786, 891—92, 904, 913—14, 963, 975, 294n, 326, 341、353, 596n, 227—31, 240, 264, 450—53, and 565n 参照。更に、平等権の他の人権規制と Intermediate Scrutiny については、*Id.* at 891—92, 317, 436—38, 1064, 1066—69, 1032, 963, and 1113—14 参照。)

(43) 例えば、Luther v. Borden (1849) ; Taylor v. Beckham (1900) で争われた。

(44) 例えば、Coleman v. Miller (1939) で争われた。

(45) U. S. v. Palmer, 16 U. S. (3 Wheat.) 610, 634—35 (1818) ; Field, *supra note* 1, at 511 参照。

(46) 16 U. S. (3 Wheat.) 610, 634—35 参照。

(47) Doe v. Braden, 57 U. S. (16 How.) 635, 657 (1853) ; Ex parte Baiz, 135 U. S. 403,432 (1890) 参照。

(48) 57 U. S. (16 How.) 635, 657 参照。

(49) 135 U. S. 403, 431—32 参照。

(50) Scharpf, *supra note* 1, at 597 n. 275, and 567—73 参照。

(51) Colegrove v. Green, 328 U. S. 549, 552 (1946) 参照。そこでは、「この訴の基礎は、個人的な利益の侵害ではなく、統治機構としての…州が被っている害である。」と述べられている。

(52) Foster v. Neilson, 27 U. S. (2 Pet.) 253, 307 (1829) 参照。

(53) 328 U. S. 549, 551—54, and 556 ; 27 U. S. (2 Pet.) 253, 307 参照。

(54) 拙稿『一八七一九〇』頁参照。

(55) 27U. S. (2 Pet.) 253, 307 ; Williams v. Suffolk Ins. Co., 38 U. S. (13 Pet.) 415,420 (1839) 参照。

(56) Hollingsworth v. Va., 3 U. S. (3 Dall.) 378 (1798) ; Hawke v. Smith, No. 1, 253 U. S. 221 (1920) ; Hawke v. Smith, No. 2, 253 U. S. 231 (1920) ; National Prohibition Cases (R. I v. Palmer), 253 U. S. 350 (1920) ; Dillon v. Gloss, 265 U. S. 368 (1921) ; Lesser v. Garnett, 258 U. S. 716 (1931) ; U. S. v. Sprague, 282 U. S. 716 (1939). (以上は、憲法改正の効力に関して最高裁が判断を下した事例。拙稿一九三一九七頁参照。) Gardnr v. Collector, 73 U. S. (6 Wall.) 499 (1867) ; Phillips v. Payne, 92 U. S. 130 (1875). (以上は、法律の形式的効力に関して最高裁が判断を下した事例。拙稿一九七一九八頁参照。)

(57) Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976) ; Cox, *The New Dimensions of Constitutional Adjudication*, 51 Wash. L. Rev. 791 (1976) 参照。

(58) Gilligan v. Morgan, 413 U. S. 1, 8 (1973) 参照。

(59) 413 U. S. 1, 8.

(60) この点の実態については、例えば、Johnson, *The Role of the Judiciary with respect to the Other Branches of Government*, 3 Ga. L. Pev. 455 (1977) (拙訳・「立法部と行政部の行為に対する司法部の役割」法と秩序　五四号三四頁) に具体的に示されている。これは、司法による『政治』を敢えて実行してきた現職の連邦裁判官が自己の司法積極主義について率直な弁明を試みたものである。

(61) Luther v. Borden, 48 U. S. (7 How.) 1. 39—40 (1849)、あるいは、拙稿一八四頁参照。

(62) Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 217 (1962) (いわゆるベイカー・テスト) ; Ex parte Peru, 318 U. S. 578, 588—90 (1943) ; Mexico v. Hoffman, 324 U. S. 30, 34—38 (1945) ; Chicago & So. A. L. Inc., v. Waterman Steamship Corp. 333 U. S. 103, 108—09 (1948) ; POST, *supra note* 1, at 124—26 ; HART & WECHSLER, *supra note* 22, at 233 ; Scharpf, *supra note* 1, at 573—77 参照。

(63) Luther v. Borden, 48 U. S. (7 How.) 1, 38—39, 41—42, and 43 (1849) ; Pacific States Tel. & Tel Co. v. Oreg., 223 U. S. 118, 141 (1912) ; Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 217 (1962) (いわゆるベイカー・テスト) ; Philips v. Payne, 92 U. S. 130, 133 (1875) ; Field v. Clark, 143 U. S. 649, 670 (1891) ; Williams v. Suffolk Ins. Co., 38 U. S. (13 Pet.) 415, 420 (1839) ; Ky. v. Dennison, 65 U. S. (24 How.) 66, 107—08 (1861) ; Finkelstein, *supra note* 1, at 126 ; Frank, *supra note* 1, at 39—40 ; HART & WECHSLER, *supra note* 22, at 233 ; Jaffe, *supra note* 1, at 492, and 493 参照。

(64) Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 217 (1962) (いわゆるベイカー・テスト) ; Field v. Clark, 143 U. S. 649, 670 (1891) 参照。

(65) Meyers v. U. S., 272 U. S. 52, 293 (1926) ;Tigar, *supra note* 1, at 115—16 参照。

(66) Martin v. Mott, 25 U. S. (12 Wheat.) 19, 29—31 (1872) ; O'Brien v. Brown, 409 U. S. 1, 4—5 (1972) ; Weston, *supra note* 1, at 327—28 ; Frank, *supra note* 1, at 38 参照。

(67) O'Brien v. Brown, 409 U. S. 1, 5 (1972) 参照。
(68) Cousins v. Wigoda, 419 U. S. 477 (1975).
(69) *Id.* at 483—91 参照。
(70) Colegrove v. Green, 328 U. S. 549, 552 (1949); Coleman v. Miller, 307 U. S. 433, 453—54 (1939); U. S. v. Palmer, 16 U. S. (3 Wheat.) 610, 634—35 (1818); Finkelstein, *supra note* 1, at 344—45 参照。
(71) Colegrove v. Green, 328 U. S. 549, 553 (1946); Chicago & So. A. L. Inc. v. Waterman Steamship Corp., 333 U. S. 103, 111—12 (1948); U. S. v. Palmer, 16 U. S. (3 Wheat.) 610, 634—35 (1818); U. S. v. Lee 106 U. S. 196, 209 (1882); Field, *supra note* 1, at 510—11; Finkelstein, *supra note* 1, at 344—45; Frank, *supra note* 1, at 38—39; JAFFE, *supra note* 1, at 492, 493, and 494 参照。
(72) U. S. v. Palmer, 16 U. S. (3 Wheat.) 610 (1818); 拙稿―一〇一頁参照。
(73) Weston, *supra note* 1, at 328, and 332; Wechsler, *supra note* 1, at 3—9; Tigar, *supra note* 1, at 1156, 1158, 1159, 1160, and 1162—63; Field, *supra note* 1, at 511—12 参照。
(74) Finkelstein, *supra note* 1, at 344—45, and 364; Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term——Forward: The Passive Virtues*, 75 Harv. L. Rev. 40, 46 (1961); JAFFE, *Supra note* 1, at 492. 493, and 494; POST, *supra note* 1, at 124—26, and 129—30 参照。
(75) 肯定説（ただし、程度の差はある。）
山田準次郎・「統治行為について」公法研究　一三号、同・「衆議院の解散と統治行為」法律論叢　二七巻四号、同・統治行為論、入江俊郎・「統治行為」　公法研究　一三号、水木惣太郎・「統治行為」　日本法学　三三巻三号、沼尻芳孝・「統治行為と刑事裁判」　判例タイムズ　一四八号、提口康博・「統治行為の発展」早稲田政治経済学雑誌　一四三号、雄川一郎・「統治行為論(一)(二)(三・完)」国家学会雑誌　六八巻三・四号、九・一〇号、七〇巻一・二号、市原昌三郎・「司法審査の限界」　一橋論叢　三一巻五号、芦部信喜・「統治行為と行政事件訴訟」　行政法演習　Ⅱおよび憲法訴訟の理論に所収、同・「違憲審査権の限界――統治行為を中心として――」　続判例展望および憲法訴訟の現代的展開に所収、西尾昭・「統治行為について」同志社法学　三三号、金子宏・「統治行為」　行政法講座　二巻、同・「統治行為」　ジュリスト　一三一号、同・「統治行為の研究(一)(二)(三)(四・完)」国家学会雑誌　七一巻八、一一号、七二巻二、九号、森順次・「いわゆる統治行為と最高裁判所の最初の判例」　彦根論叢　七〇・七一・七二号、外間寛・「「統治行為」について」　公法研究　四一号、高乗正臣・「統治行為――わが国における学説の展開――」日本女子経済短期大学研究論集　三二号、同・「統治行為の理論――わが国における判例理論の検討――」　日女経短論集　三三号、同・「統治行為の範囲に関する若干の考察」　日女経短論集　三四号、同・「統治行為についての一考察」　法学研究論集　二号、その他。
なお、佐藤幸治・「司法権の限界――「統治行為」論を中心に(1)(2)」　法学セミナー　三一八、三一九号は、従来の統治行為の定義そのものの妥

当性をも問いながら、限定的に、明確な根拠のある限りで統治行為を承認する立場である。本稿も、基本的に、佐藤教授と同じ姿勢で問題に取り組んでいる。

否定説

磯崎辰五郎・「いわゆる統治行為と我が憲法」　民商法雑誌三九巻、同・「いわゆる統治行為説批判」阪大法学　三一号、同・「いわゆる統治行為について」　法学教室　4、同・統治行為説批判、覚道豊治・「憲法における自由裁量の概念」　阪大法学　四〇・四一号、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　三〇巻四号、林田和博・「司法権の範囲」憲法講座　4、奥平康弘・「「統治行為」理論の批判的考察」　法律時報　昭四八年八月臨増、同・「長沼判決と統治行為論」　法律時報　四五巻一四号、小倉正恒・「統治行為論の批判的考察」　尾道短期大学研究紀要　一九、二〇、二一、二三集、須崎実・「我が国における「統治行為論」に就いて」　阪南論集四巻一・二号、その他。

(76)　最高　昭三四年一二月一六日　大判　刑集一三巻一三号三二二五頁（砂川事件）、東京地　昭二八年一〇月一九日　行裁四巻一〇号二五四〇頁、東京高　昭二九年九月二二日　行裁五巻九号二一八一頁、最高　昭三五年六月八日　大判　民集一四巻七号一二〇六頁（以上、苫米地事件）、札幌地　昭四八年九月七日　判時　七一二号二四頁、札幌高　昭五一年八月五日　判時　八二一号二一頁（以上、長沼事件）、水戸地　昭五二年二月一七日　判時　八四二号三二頁（百里事件）。

(77)　例えば、肯定説において、入江元判事は、統治行為論を、憲法八一条と裁判所法三条の解釈の問題としており（入江・前注(75)　一〇〇頁）、金子宏教授は、憲法八一条の解釈の問題としており（金子・前注(75)　国家　七二巻九号二二頁、同・前注(75)　ジュリ　一三一号　四一頁）、また、雄川教授は、憲法七六条、裁判所法三条および憲法八一条の解釈の問題としている（雄川・前注(75)　国家　七〇巻　一・二号九〇頁）。

他方、否定説において、磯崎教授は、統治行為論を、憲法九八条一項と八一条の解釈の問題としており（磯崎・前注(75)　民商　三九巻八七一頁）、奥平教授は、憲法七六条と八一条の解釈の問題としており（奥平・前注(75)　批判的考察　七九―八〇頁）、覚道教授は、八一条の解釈の問題としている（覚道・前注(75)　一一三頁）。

いずれにしても、学説は、日本国憲法の下の、司法権の限界の問題のひとつとしての、統治行為論を、憲法第八一条の解釈の問題として位置づけている。

(78)　磯崎・前注(75)　民商　三九巻　八七六頁、奥平・前注(75)　批判的考察　七九―八〇頁、覚道・前注(75)　一一三頁、参照。

(79)　入江元判事は次のように述べている。「…憲法八一条及び裁判所法三条を文字通りに解釈すると…、恐らく統治行為はわが憲法上認められない…。…それ故、わが憲法上統治行為を認めうるか否かは、結局憲法八一条及び裁判所法三条を、ただその表面にあらわれた文字のみによる文理解釈によつて理解しようとする立場に立つか、又はこれに合目的的な解釈を加えて、所謂統治行為といわれるような高度の政治性のある国家行為に関する法律問題は、憲法八一条及び裁判所法三条で認めている裁判権の中に本来的に包含されていないと解する立場に立つかの、いずれかによつてきまるのではないか…。…諸外国の事例によれば、憲法に積極的に特に統治行為を認める旨の規定がなく、むしろ文理解釈上からはこれを認められないと思われるに拘ら

ず、多年の沿革を経て、判例、学説が多かれ少なかれこれを承認し来つていることは、わが憲法の解釈に当つてもよく比較法的に検討せられなければならないことだけは確かだと思う。そこで、…若し、これを肯定する立場をとるとするならば、行政事件の訴訟が司法権に属するとせられるわが憲法の下においては、…その理論的の根拠は国民主権の下における三権分立の原理を基本とすべきであると思われ、…憲法八一条も裁判所法三条も、共にそのような前提の下に、合目的的な解釈が施されなければならない…。そしてこの立場に立つならば、裁判所が或る行為を統治行為であるとして、司法審査の外に置くのは、決して裁判所が憲法や法律の規定を歪めるものではなく、憲法や法律によつて与えられた権限を自制によつて放棄するものでもなく、従つて国民の裁判請求権を侵害するのでもない。それは、裁判所が正しく憲法及び法律を解釈して、裁判所の憲法及び法律上の権限の範囲を、明瞭に確認すること以外の何ものでもない…。」(入江・前注(75) 一〇〇—一〇一頁)。他に、雄川教授や金子教授も同様の立場に立つている(雄川・前注(75) 国家 七〇巻一・二号 九〇—九二頁、金子・前注(75) 国家 七一巻八号 三、一二—一三頁、七二巻二号 三二—三三頁、九号 二二頁参照。)

(80) 入江・前注(75) 一〇〇頁、雄川・前注(75) 国家 七〇巻 一・二号 九〇頁、金子・前注(75) ジュリ 四二頁参照。

(81) 入江・前注(75) 一〇一頁、雄川・前注(75) 一〇一頁、雄川・前注(75) 国家 七〇巻一・二号 九〇頁、金子・前注(75) 国家 七一巻八号 三頁、七二巻二号 三二—三三頁参照。

(82) 入江・前注(75) 九一頁、雄川・行政争訟法 一二七頁、金子・前注(75) 国家 七二巻九号 二二頁、同・前注(75) ジュリ 四二頁参照。

(83) 佐藤・前注(75) 法セ 三一九号 七四頁参照。

(84) 奥平・前注(75) 批判的考察 五七頁、覚道豊治・「統治行為」 ジュリ 六三八号 一七二、一七六頁、作間忠雄・「統治行為論」 法時 一九七七年五月臨増 二三五頁、二四〇頁参照。

(85) 宮沢俊義・「行政裁判と統治作用」 憲法及行政法の諸問題所収 七八、九一—九二頁参照。

(86) 磯崎・前注(75) 統治行為説批判 一三六、一三八頁参照。

(87) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著・日本国憲法制定の過程 Ⅱ 解説 二三〇頁、磯崎・前注(75) 阪法 三一号 三七頁、奥平・前注(75) 批判的考察 八〇頁参照。

(88) 金子・前注(75) 統治行為 一七五頁。

(89) 磯崎・前注(75) 統治行為説批判 一三五—一三六頁、覚道・前注(75) 一一四頁、同・前注(84) 一七六頁、井上茂・「司法理論と司法の機能」 ジュリ 一九九号 三七頁、阿部照哉・「衆議院解散の効力に関する裁判所の審査権限」 法学論叢 六九巻一号 一二四頁、小嶋和司・「権力分立」 宮沢俊義先生還暦記念 日本国憲法体系第三巻 二二三頁。

(90) 奥平・前注(75) 批判的考察 八〇頁、覚道・前注(75) 一一四頁。なお、日本国憲法制定時の資料の中でも、「違憲審査権の空洞化になるような解釈は、日本国憲法の司法の章の解釈として不当である」旨が明記されている(SCAP FILES OF COM. A. R. HUSSEY, 1948, U. Michigan Library, No.24—F—9—1～2, No. 24—F—10—1～3, and No.24—F—11—1～2.)。