

Title	小林節君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1989
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.8 (1989. 8) ,p.123- 129
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19890828-0123">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19890828-0123</a>

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.

## 小林節君学位請求論文審査報告

小林節君の提出にかかる学位請求論文『政治問題の法理』の構成は、次の通りである。

### 第I部 政治問題の法理（統治行為論）

#### 第一章 アメリカにおける政治問題の法理

##### 一 問題の所在

##### 二 判例の動向と実態

##### 三 学説の動向と実態

##### 四 政治問題の法理の正当性とわが国で学ぶこと

#### 第二章 フランスにおける統治行為論

##### 一 問題の所在

##### 二 判例の動向と実態

##### 三 学説の動向と実態

##### 四 統治行為論の正当性とわが国で学ぶこと

#### 第三章 わが国における政治問題の法理（統治行為論）

##### 一 統治行為の現状

##### 二 統治行為論の展望

#### 第II部 違憲審査と憲法訴訟

#### 第一章 違憲審査権

#### 第二章 憲法訴訟論の意義と限界

#### 第三章 憲法訴訟論の今日的展開

#### 第III部 補論・司法積極主義と司法消極主義

#### 審査経過

本提出論文につき、各審査担当者の見解によれば、学位を認めるに相当であるということとで基本的に意見の一致をみたので、各審査員の意見に基づき、主査担当者が次の報告をまとめたものである。

#### 審査報告

##### 1. 研究の目的

著者小林君の取り上げる「政治問題の法理」に関する研究課題は、現在、権力分立の観点から、重要な問題を提起しているものであり、著者は、これまで、この課題を根本的に、かつ詳細に、検討してきたものである。現在、法の支配の原理によれば、訴訟要件を充足した訴については、裁判所は、あらゆる国家行為の合法性につき判断すべき義務があるとされている。しかし、その例外として、狭義の統治行為（または政治問題）と言われるものの存在が、学説・判例では、指摘されているが、その概念は明確ではない。統治行為とは、法的争訟という点では、裁判所が審査すべきであるにもかかわらず、それが高度の政治性を有するために裁判所による審査には適さないと指摘さ

れる国家行為のことであるが、それは、例えば、わが国では衆議院の解散、安全保障条約の締結などである。もし、これらの行為に裁判権が及ばぬことを認めるならば、担当機関の独断によって、法の支配の原理を崩壊させるおそれがあるので、特に重視されることになるのである。

このような問題に対して、著者は、わが国において統治行為（政治問題）に関する法理の正当性が認められるか否かということ、および統治行為成立の限界について検討し、その正確な認識を得ようとすることを目的とするものである。ところで、著者が本研究で採り上げる統治行為論は、司法審査権の本質的な限界に関するもので著者の理解する司法の観念をも提示することになるから、以下に論文の要旨を掲げ、その意義について説明する。

## 2. 本書の概要（第I部）

(1) 本書は、三部（六章）から成るが、第三部の補論については、特に言及しない。

ところで著者によれば、政治問題に関する法理の構成が、明確とされる理由は、二点あると言う。その第一は、日本国憲法七六条および八一条の規定に関する解釈において、統治行為肯定の見解と否定の見解とがまったく対立しているということである。つまり、肯定説は、その司法に関する理解から、条文にかかわらず、裁判の及ばない範囲の存在を肯定するのに対して、否定説は条文に則して、その範囲にも裁判権が及ぶとする

のである。そして、肯定説は、フランスとアメリカの先例を、その根拠とする。次に、第二の原因は、「政治」という不確定概念が肯定説の根拠となっているために、その不確かさが論争の起因となると言うのである。

以上のような観点から、著者は、第I部第一章で、アメリカにおける政治問題に関する論議の状況について、調査を行い、次のように説明する。

まず第一に合衆国最高裁の示す判例法として、裁判の及ばない政治問題の存在が認められるのであり、その範囲は、国家存立に直接関係のある問題およびある特定の国家行為の範囲に限られる。そして、最高裁が政治問題に対して、裁判権の除外を説く理由は種々のものがあるが、それらは次の二つの類型に大別することができる。その第一は、裁判所がそれらの問題を判断する「能力」がないということである。第二に、裁判所が、これらの問題を審査したとしても、かえって政治が混乱するかもしれないという懸念である。なお実際には、合衆国最高裁判例が、「権力分立」および事件の「政治性」ということを、裁判権除外の根拠として、使用したことがないということにも注意すべきである。

これに対してアメリカの学説の多くは、その最高裁判例を、以上のように肯定説の立場で理解してきたのであるが、しかし著者によれば、また学説の統一はみられないとする。また政治問題でも裁判すべきであるとする少数説も、肯定説を批判して、

完全に、これを克服するまでには至っていないということを描する。

このようにして、著者は、政治問題に関する論議について日米の比較をするに際し、次の二点に注意すべきことを指摘する。その第一は、合衆国憲法の条項には司法審査権を規定したものが存在しないという事実である。また、その第二は、合衆国では、司法審査権それ自体が最高裁のマーベリ (Marbury) 判決によって創造されたものであるということである。したがって、アメリカにおける政治問題の法理は、最高裁自体が創造したものであり、裁判権の限界については最高裁の自主的な決定権が存在するのである。以上が第一章の要旨である。

(2) 次に第二章で著者は、フランスの統治行為論に言及する。著者の見解によると、フランスの判例では、まず、第一に、統治行為に関する主要な判例においても、裁判権が及ばないとする理由について、いまだに明確な根拠が示されていないということがある。しかも、著者は統治行為の根拠条文とされているものが引用されてはいないとし、さらに、「統治行為」という名称も、セルヴァン (Servan) 判決の中で使用されているに過ぎないということをも指摘する。第二に、政府の外交上の行為、議会に対する行為の中に、統治行為とされるものが含まれているというのであるが、しかし、これを他の法理論によって説明することも困難であるということが述べられている。

次に注意すべきことは、フランスの学説において、統治行為

論は、それが法治主義の原理に適合しないために、多数の学説によって支持されていないということである。そして、それに対して、著者は、「統治」作用と「行政」作用との区分に基づく統治行為肯定説も、その使用する「統治」または「政治」概念の混乱から、必ずしも明確な理論を確立しているわけではないと認定する。

そこで著者は、この問題について日仏の比較をするに際し注意すべき制度上の相違として、次の事実を明らかにする。すなわち、フランスにおける統治行為の概念は、行政の範囲における最高裁判所であるコンセイユ・デタの管轄権について、その限界を明らかにするための問題のひとつとして、コンセイユ・デタ自身の判例により形成されたものであると言うことである。しかも、その管轄権自体が裁判官の従来の努力によって、形成拡大されてきたものであるから、これを保持するための代償として、裁判権を政治の分野にまで及ぼさなかったということが、その生成の由来であるとする。賛否学説の対立があるにもかかわらず、コンセイユ・デタが、これまで、裁判権の及ばない統治行為の存在を、明確な法的根拠をも示さず、これを認めてきたのには、自己保存の政策的な背景があったと著者は指摘する。ここにも、またコンセイユ・デタの自主的な法創造の権能の存在をみることができるといえるのが著者の見解である。

(3) さらに第三章で、著者は、わが国の統治行為論に関する観察を展開している。

まず、アメリカ合衆国でも、またフランスでも、最高裁判所またはコンセイユ・デタに、一種の法創造的な権能の存在が認められるのに対し、わが国の場合には、このような司法的な立法権は考えられていない。それ故に、わが憲法七六条、八一一条の解釈については、司法権の拡大による概括的な審査権の存在を認めた上で、厳格な解釈論理の展開を通じて、司法審査の限界を考察しようとする必要がある。

さらに裁判所が政治問題に関与すべきでないといっても、この政治の範囲は、明確ではなく、また政治の規準である憲法の特質からみて、憲法による司法審査を政治の範囲から完全に区分することは困難である。それ故に「政治」という不確定概念は、裁判権の限界を判定する基準には適さない。従って、この概念は、単に統治行為と言われるべきものが、結局、政治的な機関の決定に委ねられたということを説明するにすぎない。

また、権力分立の原理からみれば、統治行為も、その法的な問題の部分においては、裁判所が判断し、政治的な側面においては、政治的な機関が、その決定をなしようということになるのであるから、単に権力分立の原理のみで、統治行為に対する裁判権の除外を説明するだけでは、まだ不十分である。むしろ、統治行為の範囲に裁判所が介入しないということは、その全部を政治的な機関の決定によるという権力統合の必要が指摘されなければならないはずである。以上が著者の統治行為に関する認識の要点である。

もともと、アメリカにおける論議の影響とみられるが、わが国でも、統治行為の本質は、司法権の内在的限界を裁判所が自ら認識するという意味で「法発見」と解するか、または、裁判所がその権限を自主的に抑制するという意味で裁判所の「法創造」とするか、一つの重要な論点であるが、しかし、わが国には、裁判所による法創造の制度、権能が確立されているわけではない。それ故に、司法の内在的な限界を発見し、確認するという意味で、改めて当該条項の厳格な解釈を必要とする。従って統治行為の検討も、この観点からなされるべきものであるというのが著者の指摘する要点である。

このような認識の観点において、従来の統治行為肯定説があげる統治行為存在の根拠を、改めて検討し、著者は、次の要点を指摘する。その第一は、これまで裁判所は国民に対して政治的な責任を負うべき立場になく、従って政治的な事項に関与すべきでないと言われてきたが、しかし、司法では、そもそも法的責任が問題となるのであって、政治責任が問題とされるのではない。第二に、裁判所の独立、中立を維持するために統治行為に介入すべきでないと言われてきたが、しかし、法による裁判ということでは、裁判所が関与しても、司法の独立、中立が害されるということとは、ありえないはずである。第三に、裁判の制度、手続における限界があるから、統治行為には介入すべきでないと言われてきたが、しかし、憲法において定められた裁判所の権限において、その必要に対応する限り、それ以外の

限界というものは考えられない。もし、それで不都合な点があるとすれば、制度、手続を改めて再検討すべきことである。第四に、国の存立にかかわり、これを脅かす混乱のおそれをさけるために、これらの事項に介入すべきでないと言われるが、これは、まさに十分に、その理由が認められるべきものであって、法の維持を目的とする裁判所の権能、およびその制度の存在理由からみて、このような範囲に裁判所が関与すべきでないことは当然である。以上が、統治行為の理論に関して、著者が再検討を行った結論としての意見である。

(4) 最後に、著者は、これらの見解に基づいて、統治行為に関する論議に対し、その将来の展望として、次の諸点を指摘する。第一に、統治行為と隣接の諸問題との混同を避けるために、その区別を明確にすることである。例えば、国会の自律行為、国会の権限である裁判官の弾劾裁判、国会、内閣の権限に属する条約、内閣の恩赦の権能、憲法改正、行政機関の自由裁量事項など、いずれも、それらが、憲法または法律によって明確に、国会、内閣その他の行政機関の権能として明示され、かつ、その取扱いについては、独自の根拠と法理をもつて、説明することがのできるものであるから、これを、漫然と統治行為の法理を拡大することによって、混乱の原因をつくりだすことを避けるべきである。第二に統治行為の存在を認めるとしても、それは、極めて限定的に考えるべきで、それは、国の最高機関の存立に関する事項(例えば衆議院の解散)、または、国それ自体の存

立に関する事項(例えば戦争)などである。その理由は、「国の存立に関する法秩序の維持」というのが、司法制度存立の目的であるから、これに適合しない前述の行為の範囲には介入すべきではないということになる。

### 3. 本書の概要(第Ⅱ部)

さらに、第Ⅱ部で、著者は、憲法訴訟の先例をアメリカ合衆国判例に求め、わが国における違憲審査に関する指針を得るに当り、留意すべきこととして、次の三点をあげる。まず第一に、裁判所による違憲審査が裁判制度による憲法の維持の方法であるとしても、それが、憲法維持の唯一の方法であるというわけではなく、かつ裁判制度および手続に伴う司法作用の限界というものが存在すること。従ってこの司法作用の本質とこれに基づく司法の限界を明らかにすることが、中心的な課題となるのである。第二に、アメリカでは判例法主義により、裁判所の司法的立法創造の作用が認められていること。しかし、わが国には、そのような司法の法創造的権能は認められていない。第三に、アメリカの先例は、それぞれ、それを実践させた時代の特殊事情があったこと。そのため、それらの現実の政治事情と切り離しては、アメリカの判例を理解することができない。従って、歴史的な経験の異なるわが国においては、アメリカの法理を、そのまま導入したのでは、わが国の実情に適合しないことになる。以上が、著者提出の本論文の要旨である。

もっとも、これらの結論は、部分的には従来、主張されてき

たことではあるが、著者は、多くのアメリカ判例を詳細に検討し、その実証のもとに、これらの結論を確証のあるものとして、根拠づけたところに、本研究の意義を認めることができる。

#### 4. 本書の意義

著者は、日本国憲法に関する学習、研究を開始してから、司法の限界に関する「政治問題の法理」を追究してきた。また、その間にアメリカ合衆国への留学により集めた多くの資料を検討して、すでに、その一部は、「法学研究」などに発表してきたのであるが、本書は、それらの研究成果を、さらに総括して、整理したものである。

政治問題または統治行為に対する司法権の限界に関する問題は、国の統治作用全般と関連する広範な問題の一つの現れであり、この背後に、国の組織、制度論、国の統治作用論との関連がある。本研究は、もとより、その一部を取り上げたもので、今後さらに多くの広い研究が期待されることになる。

しかし本書は、国家組織論、国家作用論における基本的な問題を、わが国の違憲審査制度の運用と関連して、憲法法理の観点から、解明しようとするもので、学問的な貢献を果した有意義な研究成果と認めることができる。その理由は、次の通りである。

(1) まず第一に、アメリカ合衆国およびフランスにおける判例、学説を詳細に検討し、政治問題に関する論議の全般を明らかにしたことである。外国の事例に関する調査報告は、とかく

部分的なものにとどまるおそれがあるが、著者は、本研究につき、関連の判例、学説を網羅的に調査し、かつ個々の判例、学説を詳細に分析している。従って、その考察が資料に基づく実証的なもので、着実な研究の努力を認めることができる。

(2) 第二に、比較法学的な観点からみて、アメリカ合衆国およびフランスと、わが国の事情との相違を的確にとらえていることである。外国の事情の紹介は、とかく、そのままに、わが国に、外国の先例、経験が導入されるおそれがあるが、多くの判例、学説の検討を通じて、外国の先例の、わが国における妥当性について、その限界を明らかにしようとする努力していることが認められる。

(3) 第三に、統治行為または政治問題に関し、論点が的確にとらえられないままにくり返されてきた従来の論争について、その起因となった「政治」という觀念の不確定な点を指摘して、その明確化に努力したことである。政治の觀念の明確化は、種々の観点から考察されるべき課題であるが、本研究は、もとより裁判権の限界を明らかにすることの目的からなされたものである。従来の論議は、「政治」の觀念を自明なものとして、改めて、裁判権の限界確定の観点から、この觀念を明白にする必要を認識せずに、論議をくり返してきたが、これを明白にすることによって、無用な論議の紛糾を避けることができることになる。

(4) 第四に、統治行為または政治問題の論議を不必要に拡大

することを避けて、これに関する論議の範囲を明確にし、統治行為論の本旨を正確にかつ明確に論述しようと努力していることである。例えば議院の自律行為に裁判権が及ばないことも、統治行為とすることがみられるが、これらは、憲法の条項における明確な規定によって決定づけられているもので、あえて理論的な統治行為の法理によらなくても、裁判権の及ばないことを説明することができるからである。

(5) 第五に、本書の第Ⅱ部において、わが国の違憲審査とアメリカ合衆国の憲法訴訟との比較において、アメリカの憲法訴訟理論に対する過度の期待は、わが国の実情には適合しないことを指摘して、その限度のあることを説明している点である。

## 5. 結論

以上、学位請求論文として提出された本書につき、その学問的意義について説明してきたが、もとより、その研究の完成は、さらに今後の広範な、かつ詳細な調査と考察に期待しなければならない。しかし、著者は、その一部を、すでに学会において発表し、そのすぐれた業績であることの評価を受けている。従って、現在、これまでの研究をまとめ、ここに一つの研究成果として発表することは、研究の一つの段階を確定する意味において、十分にその意義と価値を認めることができる。よって、本研究は学位を認めるについて、十分に、その要件を満たすものであると認定する。

主査	慶應義塾大学教授	田口 精一
副査	慶應義塾大学教授	法学博士 平 良
副査	慶應義塾大学教授	金子 芳雄