

統治行為論再考——《ある》が《ない》——

君塚 正臣

はじめに

統治行為論とは、「法の拘束のある国家機関の行為の合法性が具体的訴訟で争われても、『高度の政治性』を帯びているという理由で、司法権が及ばないとされる行為」¹⁾であるとされ、「対象事項としては、①内閣及び国会の組織に関する基本的事項、②それらの運営に関する基本的事項、③それらの相互交渉に関する事項、④其他国家全体の運命に関する重要事項」であり、一般に「司法権には一定の限界があること」(内在的制約説)と「法政策的観点から裁判所には一定の自制が必要とされること」(自制説)が根拠とされる²⁾。だが、どの程度が「高度」であるかは曖昧である³⁾。そればかりか、ベテラン為政者の胸先三寸のことではないにせよ、これを誰がどのように決めてよいものか、不明であり、一定の範疇があるわけではなく、不明確な概念だと批判される⁴⁾。

本論点は、根本的には国法学・国家学的重要問題であるが、司法権論を議論する際に通り過ぎることはできない⁵⁾。本稿は、判例、そして、学説の半世紀の変化を踏まえ、司法権論の中で統治行為論を検討したいと思うものである。

1 裁判例再考

(1) 砂川事件

裁判例にはまずは、在日米軍飛行場内民営地の測量に反対する集団が境界柵を破壊したため、「日本国とアメリカ合衆国との間における安全保障条約第3条に基く行政協定に伴う刑事特別法」2条違反に問われた砂川事件がある。一審は、「もし合衆国軍隊の駐留がわが憲法の規定上許すべからざるものであるならば、刑事特別法第2条は国民に対して何等正当な理由なく軽犯罪法に規定された一般の場合よりも特に重い刑罰を以て臨む不当な規定となり、何人も適正な手続によらなければ刑罰を科せられないとする憲法第31条及び右憲法の規定に違反する結果となるものといわざるを得ない」が、「わが国が外部からの武力攻撃に対する自衛に使用する目的で合衆国軍隊の駐留を許容していることは、指揮権の有無、合衆国軍隊の出動義務の有無に拘らず、日本国憲法第9条第2項前段によつて禁止されている陸海空軍その他の戦力の保持に該当するものといわざるを得ず、結局わが国内に駐留する合衆国軍隊は憲法上その存在を許すべからざるものといわざるを得ない」ので「憲法第31条に違反し無効」であるとして、被告人らに無罪を言い渡した⁶⁾。統治行為論の素振りもない。

本件が専ら刑事特別法の合憲性、延いては日米安保条約の合憲性を争点とするものであることは検察も被告も認識するところであり、跳躍上告がなされた⁷⁾。最高裁は、まず、憲法の平和主義理解として、「わが国が主権国として持つ固有の自衛権は何ら否定されたものではなく、わが憲法の平和主義は決して無防備、無抵抗を定めたものではないのであり、「わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない」のであり、「憲法9条は、わが国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求めることを、何ら禁ずるものではない」として、原判決の判断を否定した。そして、「安全保障条約は、前述のごとく、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の政治性を有するものというべきであつて、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閣およびこれを承認した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。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、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つて、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものであると解するを相当とする」と述べ、また、「アメリカ合衆国軍隊の駐留に関する安全保障条約およびその3条に基く行政協定の規定の示すところをみると、右駐留軍隊は外国軍隊であつて、わが国自体の戦力でなく、「わが国がその駐留を許容したのは、わが国の防衛力の不足を、平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼して補なおうとしたものに外ならないことが窺えるのであ」って、「かようなアメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法9条、98条2項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない」など判示し、結論的には全員一致で破棄差戻した⁸⁾。

判決は、統治行為論を採用したものだとして一般に評価される⁹⁾。他方、本判決の繰返した「一見極めて明白」との判示は、統治行為論を是認しても、その理論に適合的でないとして多くの批判¹⁰⁾を浴びたことも付記されるべきであろう。そして、このことは本判決の意見によつてもなされている。小谷勝重裁判官意見は、「要するに多数意見の到達するところは、違憲審査権は立法行政二権によつてなされる国の重大事項には及ばない、とするものであつて、「立法行政二権に対する司法権唯一の抑制の権能たる違憲審査権は、国の重大事項には全く及ばないこととなり（多数意見のいう「一見極めて明白なる違憲無効」というようなものは殆んどあるものではない。すなわち有名無実のものである）、わが三権分立の制度を根本から脅かす」と述べ、多数意見を批判した。また、奥野健一・高橋

潔両裁判官の意見も、「本件安保条約は裁判所の司法審査権の範囲外のものであるとしながら、違憲であるか否かが『一見極めて明白』なものでは審査できるというのであつて、論理の一貫性を欠く（殊に若し条約には始めから司法審査権なしという意見もかかる理論を是認しているものとすれば、甚だ理解に苦しむところである）のみならず、安保条約はわが国の存立の基礎に極めて重大な関係を持つ高度の政治性を有するものであるから、一見極めて明白な違憲性についてだけ審査するに止め、更に進んで実質的な違憲審査を行わないというのであつて、この態度は矢張り前述のようにわが憲法 81 条、76 条、99 条の趣旨に副わないものと考え（しかも、多数意見は結語として安保条約は一見極めて明白な違憲があると認められないといいながら、その過程において、むしろ違憲でないことを実質的に審査判示しているものと認められる）」と、多数意見の主として論理的欠陥を突く批判的な意見を展開したのであった。

少数意見や学説の批判のため、この判決は総じて、統治行為論の典型とは解されず、寧ろその誤用として評価されることが多かったのである。

(2) 苫米地事件

衆議院議員の苫米地義三がいわゆる 7 条解散¹¹⁾の是非を争った苫米地事件がこれに続く。苫米地は、最高裁にその違憲判断を直接求めたが、最高裁は、「本件訴は」「始審で且つ終審として、一切の法律、命令、規則又は処分の憲法に適合するか否かを審判すべき唯一の憲法裁判所たる性格をも有することを前提として、特に最高裁判所大法廷に提起されたものである」が、「憲法 81 条は単に違憲審査を固有の権限とする始審にして終審である憲法裁判所たる性格をも併有すべきことを規定したものと解すべきではない」などとして、警察予備隊違憲訴訟判決¹²⁾を引用して、請求を却下した¹³⁾。そこで苫米地は、議員資格の確認や歳費の支払いを求め、法的利益を具備して再度争ったものである。

一審¹⁴⁾は、「統治行為の概念規定（概念の内容を定める要件）とが我国において採られて居る法律制度に適應するや否やによつて定まるものであつて、諸外国

の事例を直ちに採つて範とすることはできない」のであり、「現在の憲法下における司法権とは単に民事刑事の事件についての裁判権の限局されるものではなく、裁判所法第3条において明らかにされて居る通り、一切の法律上の争訟において憲法上特別の定めのない限り、すべての行為が法規に適合するや否やの判断を為す権限（憲法第81条によれば国会による立法についてまでそれが憲法に適合するや否やの判断を為す権限をも含むものとされて居る）を附与されて居る」から、「衆議院解散行為について、その法律的判断が可能なものである以上、その有効、無効についての争が司法的審査の対象から排除されるべき合理的理由はないものと言ふべきである」とした。そして、「本件解散については内閣の助言があつたものとは言へないので本件解散は内閣の承認の有無について判断する迄もなく憲法第7条に違反する」として、28万5千円の請求を認容した。

二審¹⁵⁾はこれを取消し、苫米地は上告したが、砂川事件判決の後、上告から6年弱経って最高裁は、「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程度の制約は免れないのであつて、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」とした上で、「衆議院の解散は、極めて政治性の高い国家統治の基本に関する行為であつて、かくのごとき行為について、その法律上の有効無効を審査することは司法裁判所の権限の外にありと解すべき」などと述べて、上告を棄却したのである¹⁶⁾。判決は、後述の内在説的制約説の下、統治行為論を受容したと解される。

(3) その他及び判例の総括

その後の最高裁判決を概観すると、板付空港訴訟¹⁷⁾で、上告理由が砂川事

件最高裁判決「の示した判断と異なる見解を主張し、これを前提として判示賃貸借の違憲、無効を云為するもの」だとされた例や、安保6・4仙台高裁事件¹⁸⁾で、砂川判決を先例としつつ、「新安保条約のごとき、主権国としてのわが国の存立の基礎に重大な関係をもつ高度の政治性を有するものが違憲であるか否かの法的判断をするについては、司法裁判所は慎重であることを要し、それが憲法の規定に違反することが明らかであると認められないかぎりは、みだりにこれを違憲無効のものとして断定すべきではないこと、ならびに新安保条約は、憲法9条、98条2項および前文の趣旨に反して違憲であることが明白であるとは認められない」とした例などが挙がる。またその後、日米安保条約の刑事特別法違反事件¹⁹⁾で、統治行為論を否定する上告理由を斥ける際に砂川事件を引用したこともあり、寧ろ砂川判決が先例としての地位を確立している。

しかし、同種の事案で最高裁が正面から統治行為論を掲げることは稀少である。復帰前の沖縄で実施された選挙の無効を求めた事件では、日本国との平和条約（昭和27年条約第5号）の「効力の有無について法的判断をするには、司法裁判所は慎重であることを要し、その法的判断は、当該条約が一見極めて明白に違憲無効であると認められないかぎり、裁判所の司法審査権の範囲外のものであると解するを相当とすること、そしてこのことは、本件のように平和条約3条の効力の有無が前提問題として争われている場合であると否とにかかわらないこと、及び平和条約3条が一見極めて明白に違憲無効とは認められない」ことを、砂川事件最高裁判決を引用して肯定し²⁰⁾、沖縄県知事署名等代行職務執行命令訴訟では、「駐留軍の用に供するため土地等を必要とする」かどうかの判定において、「我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢、駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度、当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などにもたらされる負担や被害の程度、代替すべき土地等の提供の可能性等諸般の事情を総合考慮してなされるべき政治的、外交的判断を要するだけでなく、駐留軍基地にかかわる専門技術的な判断を要することも明らかであるから、その判断は、

被上告人の政策的、技術的な裁量にゆだねられているものというべきである」としており²¹⁾、何れも純粋な統治行為論とは言い難い。

このほか、衆議院議員総選挙の議員定数不均衡訴訟²²⁾で、特定選挙区の無効の請求を認容すべきとする岡原昌男ほか4裁判官の反対意見が、「裁判所がこの種の問題について、高度に政治性のある国家行為であるからとか、立法府の自由裁量に属する事項であるからとかの理由により、たやすく司法判断適合性を欠くものとする事は、国民の信頼にこたえる所以ではない」と述べた例がある。長沼訴訟では、二審判決²³⁾は傍論で独特の統治行為論を展開したが²⁴⁾、多くの批判を浴び、最高裁判決²⁵⁾は単純に原告適格の喪失を上告棄却の理由とした。百里基地訴訟一審²⁶⁾の合憲判決がそうかは議論が分かれる²⁷⁾。米軍機の夜間飛行差止請求を斥けた厚木基地訴訟²⁸⁾や横田基地訴訟²⁹⁾の最高裁判決もこの法理に基づいていない。そして、参議院議員通常選挙の議員定数不均衡を合憲とした判決³⁰⁾もこれを原則として「立法政策の問題」としており、警察法改正事件³¹⁾でも、憲法判断を行なわなかった理由は議院の自律とされた³²⁾。統治行為論の対象となる事案の広がりは見られないと言えよう。

芦部信喜は、日本の判例は「政治問題」を一律のものとして論ぜず、類型的もしくは質的に区別していると述べ、以下のように分類している。

- ①「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」で、法律上の争訟でありながら、本来「裁判所の審査権の外にある」国家行為、②「わが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性」を有し、その違憲性の有無が国会・内閣の「高度の政治性ないし自由裁量的判断と表裏」の関係にある国際条約、③各議院における議決のようないわゆる議会行為で、その適法性が当該議院の自主的な判断に委ねられ、原則として司法審査権が及ばない行為、④議員定数を選挙区にどう配分するかという行為のように、その決定が国会の裁量的権限に委ねられ、裁量権の濫用もしくは踰越がないかぎり違憲審査権に服さない行為³³⁾

そして、芦部は、最高裁が以上の4つの類型に「一応それぞれ別箇の論拠を示している」³⁴⁾と指摘し、裁量行為であっても、「実質的には統治行為論とほぼ

同じ機能を果たす」と論評している³⁵⁾。多くの論者が述べるように、砂川事件最高裁判決は純粋な理論としては問題があり、純粋な統治行為論の判例としては苦米地事件が典型であろうが、この事案に近い事件で統治行為論が用いられたことは皆無であり、先例性も乏しい。判例は理論的根拠も示しておらず、根拠条文を一度も引いていないとの指摘³⁶⁾もある。統治行為論は、最高裁自身による高度な政治判断により用いられ、理論的に確立されたとは言えない³⁷⁾まま脇役に回った後、人知れず檜舞台から去った感が強いのである。

2 従来の学説の整理

対する学説はどう動いてきたか。一般に、法的判断が可能なるものであり、本来は「司法権」が拒絶できないものでありながら、その例外、即ち司法権の限界とされるものが幾つかあるとされる。憲法明文の例外とされるものには、55 条の議員の資格争訟や 64 条の弾劾裁判などがある。また、国際法上の制限とされるものには、外交使節の特権などが挙げられる。以上は争う余地がない。これ以外に、解釈上の例外となるものがあるとされ、自律、裁量などと並んで、統治行為論はここに分類される³⁸⁾とされているように思われる³⁹⁾。

統治行為とされるような行為は、絶対王制的思考の残滓として、元々国王の執行権などの「法から自由」な領域と観念され、理論も必要な既成事実として存在していたものと言える⁴⁰⁾。明治憲法下では統治行為論は実定法的に成立する余地がなく、日本国憲法が違憲審査制を採用し、行政事件訴訟法が概括主義を採用したことで登場可能性が生じたものであったため、勢い、肯定論は明治憲法下の理論ではなく外国法を援用することになったのである⁴¹⁾。

統治行為論の日本での最初の紹介は、戦前、1938 年の宮沢俊義によるフランスのコンセイユ・デタ争訟部の判例蓄積の紹介だとされている⁴²⁾。フランスでは概括主義が採られ、コンセイユ・デタの審理の対象となり得たが、ある種の国家作用について法的判断をせずに却下する場合があります、これら

一群を「統治行為」(acte de gouvernement)と称されるようになったという⁴³⁾。広義の執行権(pouvoir exécutif)の発現作用の中に行政作用(fonction administrative)とは別異の統治作用(fonction gouvernementale)、即ち政治があるとされ、日本での呼称の由来もここにある⁴⁴⁾。フランスの統治行為論はまた、ファッショ体制の風潮の中で紹介されたものであり、その時代性を捨象して展開できないと奥平康弘は鋭く批判する⁴⁵⁾。奥平は、苫米地事件一審判決を巡る座談会での宮沢の言葉を引用しつつ、その宮沢が統治行為論否定説を述べたと奥平には読める⁴⁶⁾にも拘らず、戦後に肯定説を無批判に唱えた者が多いとして、その後の学説状況を皮肉っている⁴⁷⁾。この概念はフランスの実践を反映した、特殊フランス的な概念であり、法治主義の徹底を阻むものである⁴⁸⁾ことは否定できなかった。

だが、戦後、行政法・税法学者の金子宏が、「法治主義の高度に発達している諸国においても、その憲法構造、法治主義・権力分立等の形態、裁判制度等の相違にも拘らず、統治行為に相当する概念が、判例法上一定の範囲において認められている」⁴⁹⁾と述べ、フランスのほか、イギリスでも「国王の大権(prereogative)」に属する行為があり、アメリカでも政治問題(political question)の概念があり⁵⁰⁾、ドイツでも基本法「における概括主義の採用により種々論議されるに至り、」1957年当時「いまだに判例はないが学説の大勢はこれを承認する傾向にある」として、各国判例を包括的に紹介した⁵¹⁾。すると、このような一般化に同意する学説は多く、苫米地事件での国側の主張に反映されたのであった⁵²⁾。

公権力の行使に対する司法的コントロールが確立した後⁵³⁾ではあるが憲法学界で憲法訴訟論が成熟する前の時代⁵⁴⁾、苫米地事件の二審判決後、高度な政治的作用についても司法権は及ぶのは行き過ぎではないかという論議が高まり、日本公法学会も1955年5月に取り上げるに至った。だが、これが第二(行政法)部会のテーマであり、報告者も5人中4人が行政法学者であったことには注意したい⁵⁵⁾。シンポジウムでこれらを迎え撃った磯崎辰五郎も行政法学

者である。田中二郎も、著名な教科書の上巻のほぼ冒頭、2頁目から統治行為論を論じている⁵⁶⁾。当時、この議論を主として展開していたのは行政法学者であり、憲法学者ではなかったのである。つまり、この議論は行政法学主導のもの⁵⁷⁾で始まり、日仏の憲法上の諸制度、就中、違憲審査制度の決定的な差異は捨象された⁵⁸⁾。加えて、フランスではコンセイユ・デタの判例が法律と同等の法源であり、コンセイユ・デタが「自由な立場」を有している⁵⁹⁾ことも隠蔽されていた。

なお、ドイツでも多数の学者がこれを承認しているとの記述⁶⁰⁾があるが、そもそも、行政裁判権が訴訟事項の列挙主義が採られていた時代は統治行為論を立てる必要がなく、基本法制定後の議論である⁶¹⁾。そして、その中でドイツでは判例の蓄積は少なく重要性や影響力も少なく⁶²⁾、学説でも寧ろ否定説が多いにも拘らず⁶³⁾、そして、憲法裁判所ではなく行政裁判所の権限の問題として考えられるドイツのRegierungsakte⁶⁴⁾の議論を援用しているとの批判もあった⁶⁵⁾。だが、このような批判も日本のドイツ公法学信仰の前には螻蛄の斧の如くであった。

そして、統治行為論の典型的対象として肯定論者が挙げたものは、内閣など行政機関の行為、行政法学の専権的对象領域、即ち、もし、日本に行政裁判所や日本版コンセイユ・デタが設置されたならばその管轄に真っ先になるであろう領域にまさに集中した。内閣・国会の組織に関する基本的事項（大臣の任免、議員の資格争訟や懲罰など）、内閣・国会の運営の基本事項（閣議決定、内閣の助言と承認、両議院の定足数、議事の方法など）、内閣・国会の相互干渉に関する事項（衆議院の解散、法律案の国会への提出など）、国家全体の運命に関する重要事項（外交、防衛出動命令、治安出動命令、緊急事態布告）などである⁶⁶⁾。

議論は、このような分野に統治行為論が妥当することは当然として、日本での根拠をどこに求めるかという展開を示した。さすがに、日本国憲法では司法権の独立と共に行政裁判権の司法権への付与が明らかである⁶⁷⁾以上、行政法学者にとっても日本国憲法に依拠した説明が必要だったのである。

まず、高度に政治的な問題については、裁判所は法的判断する権限はあるものの判断を自制すべきとする、自制説がある⁶⁸⁾。山田準次郎がその有力な提唱者である⁶⁹⁾。山田は、統治行為論の定義は困難であるが、判決の集積によってその観念が漸次確定するのを待てばよい⁷⁰⁾と論じ始める。フランスでも一般に、内政上の行為（行政権と国会の関係、国内秩序維持の方策としてコンセイユ・デタが認めた一定の行為など）、外交上の行為（領土、条約の効力、その解釈など）、戦争行為がこれに該当すると言う⁷¹⁾。山田は以下、多くの独仏の学説を挙げ⁷²⁾、特に、国会の解散は民主主義国家では統治行為であると述べた⁷³⁾。統治行為も元来は裁判所の審査権の範囲内であるが、種々の実際上の必要に基づき、それに対する審査を自制するというものである。根拠としては比例原則を挙げ、実際には大なる害悪の発生の防止、外交上の問題に国家意思を統一する必要、司法権独立の維持の必要を挙げている。そして、統治行為論は法律論ではなく、「政策論で解決すべきで、従って裁判所の自制」と解するのである⁷⁴⁾。戸松秀典による、これを「政治慣行」だとする説⁷⁵⁾もある。

だが、自制説等に対しては、それでは統治行為論の理論的根拠はなく、非立憲的な全くの政策論、実際の配慮のみであって、憲法76条、81条、裁判所法3条を画定しようとしているとの批判がある⁷⁶⁾。比例原則が統治行為を正当化する必然的論拠も不明である⁷⁷⁾。根拠を自制に求めるとなれば、憲法上裁判所の職務であるものを放棄する、裁判を受ける権利を裁判所が職権で一部否定することであり、疑問であった⁷⁸⁾。また、このような慣行があるとしても、そうであれば国民による有効な統制手段はないと言うべきであり、憲法論としての正当化は難しかろう⁷⁹⁾。逆に、自衛隊裁判などで、裁判所が判断可能なことが望ましいかの疑問⁸⁰⁾もある。

このため、統治行為の審査は、権力分立原理⁸¹⁾や国民主権・民主主義などの見地⁸²⁾から司法権の「本質」に反するものだという内在的制約説⁸³⁾が主立った東大系公法学者から挙って主張され⁸⁴⁾、これが通説⁸⁵⁾となった。広義の行政には、政府の政治的判断に委ね、裁判所の判断の外に置いて、そのコント

ロールは国民の政治的判断を待つべきものがあるということが最大公約数であろう。

雄川一郎は、「『訴訟手続の優越』はしかし当然にすべての国家行為が裁判所の審査に服することを意味するのではない」⁸⁶⁾と断言し、行政訴訟が列記主義(Enumerationsmethode)であれば統治行為論は必要なく、「原則として一切の行政行為の適法性が一応訴訟の対象となる制度の下で」の問題であるとする⁸⁷⁾。そしてフランスとドイツ、イギリス、アメリカの事情を紹介⁸⁸⁾した上で、「国家の運命を左右するような事案の決定を、弁論主義的構造をもつた訴訟手続によつて決しようとするのは、あまりにも民主的議会政治の原理に反」し、「法治国主義とその基礎の上にある裁判的統制の原理には内在的な限界が存することを承認する」⁸⁹⁾し、「統治行為の存在を、必ずしもわが国法は否定していない」と考え⁹⁰⁾、「わが憲法上の司法裁判所の性質と構造が一応諸国にみられた伝統的なそれと異ならないとすれば、「その権能に内在する限界は、別異に解すべき特段の理由がない限り、わが国法上にも妥当する」とした⁹¹⁾。

田中二郎も、「司法権本来の性質及び機能に照らし、さらに司法権と行政権との分立の趣旨にも鑑み、このような見地に立つ司法審査の限界があることは、承認しなければならない」⁹²⁾として、内在的制約説に与する⁹³⁾。「一般の行政が、法律のもとに、法律に従って行なわれる作用であり、原則として、司法審査に服するものであるのに対して、統治行為は、これらの制約の外に立つ特殊の国家作用である」と言う⁹⁴⁾。そして、戦後の日本でも、「天皇の国事に関する行為や高度の政治性をもった行為——例えば衆議院の解散、政治性の強い条約の締結——は、この種の作用と考えてよい」とし、しかも「一般の行政における異なる原理・原則が認められるから、その限度において、行政の観念から区別して考える必要がある」⁹⁵⁾とした。田中の統治行為概念は、統治、執政とでも呼ぶべき広汎性を有し、広く司法権を排除しているようにも見えた⁹⁶⁾。

入江俊郎も、「私人間の争訟を裁判して私権の救済を図るために設けられた」司法裁判所に「高度の政治性ある事件の審判は、当初から考えられていなかっ

た」⁹⁷⁾とし、そもそも憲法・行政事件の判断は司法裁判所に馴染まないとして、司法権の内在的制約を導く⁹⁸⁾のである。国民権下の権力分立に理論的根拠を求め、最終的には「国民が直接批判するより他はない」⁹⁹⁾とした¹⁰⁰⁾。

前にも紹介した金子宏は、各国の状況を総括した上で、まず、「国家作用のうち、立法、司法、行政のいずれにも属さない、高度に政治的な行為の存することは、権力分立論の当初からみとめられてきた」¹⁰¹⁾とする。それは「憲法生活の領域でなされる政治的決定領域」であり、「対内的・対外的に政治を指導し、それを基本的に調整する作用であり、」¹⁰²⁾「論理的にはむしろ立法権および行政権に先行し、あるいはその上に立つて、」¹⁰³⁾「権力の分立を超え、むしろ政治の分野に属する行為」である¹⁰²⁾と言う。そして、「わが國法において統治行為がみとめられるかどうかは、日本國憲法の解釈にかかっている」¹⁰³⁾として、これを見るに、「権力分立制を採用する一方、」¹⁰⁴⁾「憲法は、民主主義（国民主権主義）を採用し、政治が主権者たる國民の信託に基き、選挙および一般言論による國民のコントロールを通じて、議会および内閣の責任において行われる」ものであって¹⁰⁵⁾、「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認められる」¹⁰⁶⁾とする。そして、結論として、「政治の領域に属する行為に対しては、たとえそれが違法であり、また國民の権利・義務にふれるものであつて、通常の司法審査の要件を満す場合にも、裁判所がそれを審査することを許されない」と述べたのである¹⁰⁷⁾。

宮沢俊義は、1955年当時は判例の蓄積を待つべきだ¹⁰⁸⁾とする一方、この種の問題は「裁判所の審査に服させることが、實際上合目的でない」し、裁判所が「違法ないし無効と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ールに服させるほうが、はるかに効果的」だからと述べ¹⁰⁹⁾、自制説的にも採れる主張を展開していたが、後には、「判例は、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も、裁判所の合憲性審査権の外にあるものと解する。統治行為といわれる。衆議院の解散は、まさにそのような統治行為に該当する¹¹⁰⁾と、内在的制約説的な言質を残している。

芦部信喜もまた、統治行為論を肯定する。高度の政治性だけをもって司法審査の範囲外に置くことは、憲法81条が違憲審査権を確定させたことと均衡を欠くが、このことが統治行為論を否定するわけではないとする¹¹¹⁾。但し、民主主義だけでは根拠不十分であり、「民主政は、ただ『ポピュラ・ガバメント人民の政治』(国会の多数による政治)を意味するのではなく、その本質は権利・自由の保障を基礎とする『フリー・ガバメント自由の政治』にあるのだから(司法審査が民主主義路矛盾しないのはこの理による)、かような意味の『民主政の原理』からいえば、とくに権利・自由の制限を内容とする国家行為については、政治的に重要な意味をもつ場合にも(憲法事件はある意味ですべて政治的意味をもつ)、むしろ強力な司法審査権の行使が要請されるという論理が成り立つ」と述べている¹¹²⁾。そして、「権利保護の必要性、裁判の結果生ずる事態、司法の政治化の危険性、司法手続の能力の限界、判決実現の可能性などの具体的事情を考慮しつつ、事件に応じたケース・バイ・ケースに判断すること」が必要であると述べていた¹¹³⁾。芦部説は、自製の要素も加味している点で、折衷説、総合説、機能説と評されることが多い¹¹⁴⁾。

しかし、内在的自制説も、結局は実際の配慮をしているものであり、民主制や権力分立原理と言っても、それだけで具体的な制度を示すことはできないとの批判がある¹¹⁵⁾。いくら国民主権だと言っても、それだけで司法権が他の二権の行為を審査できないわけではない¹¹⁶⁾。権力分立原理から考えて、いつ衆議院を解散するかは政治問題だとしても、それが憲法の手続に沿っているかどうかは憲法解釈の問題である¹¹⁷⁾。違法な行為をした責任は政治部門が負うべきであり、そう判断した司法権が負うべきでもなからう¹¹⁸⁾。そして、憲法制定の経緯を考えれば、権力分立とは寧ろ、強大な行政権からの司法権の独立を擁護するものであり¹¹⁹⁾、肯定説の用い方は逆に感じる。後発的にその一角を占めるようになった司法権の権限の擁護こそ考えるべきである¹²⁰⁾。国民が裁

判所を信頼していれば、この種の問題に法的判断を加えても、それは揺るがず、政治問題か否かは無関係かもしれない¹²¹⁾。また、総じて肯定説は、政治問題は大きな問題で法解釈の問題は小さな問題であると、初めから決めつけている疑いが濃かった¹²²⁾。

次に、肯定説の多くが統治行為の範疇を広く解している点も疑問である。唯一、統治行為論の判例と言えそうな苫米地事件最高裁判決も、内閣の裁量や自律を問えばよいものである¹²³⁾。併せて、いつ、どのように衆議院の解散を行なうかは高度に政治的な問題であるかもしれないが（議院内閣制均衡本質説に従えば、実質は内閣の裁量である）、これが憲法7条を単独の根拠として可能か、「内閣の助言と承認」が何を指すかなどは純粋な憲法解釈の問題である¹²⁴⁾。

加えて、あらゆる憲法訴訟は多少とも政治的である以上¹²⁵⁾、高度に政治的とは不明確で曖昧で流動性に富む概念である¹²⁶⁾。そもそも正確な定義など困難だと明言する主張もある¹²⁷⁾。判例についても、これを認める根拠があまり明確ではないとの批評もある¹²⁸⁾。そして、この理論は法解釈論ではなく、政治部門での政治論ではないかとの批判¹²⁹⁾もある。具体的に何がこれに含まれるか、その範囲が明確でもない¹³⁰⁾などの多くの批判が次第に増えてきていた。

以上の理論的難点のため、統治行為論否定説¹³¹⁾も唱えられた。代表的論者の磯崎辰五郎は、憲法98条1項では憲法の最高法規性が定められており、しかもその対象は全ての国務の行為であるとされ、いわゆる統治行為がその例外とは読めないと主張する¹³²⁾。そして、違憲判断も「ただ係争行為が憲法に適合するかどうかの点だけであ」り、裁判所は当該行為を無効にするだけである¹³³⁾。それは、憲法が裁判所にこのような権限を付与した法上の効果であると言う¹³⁴⁾。日本国憲法制定時には司法権の内在的限界が認識されていたにも拘らず、81条が「一切の」との文言を入れたことは重いと言うのである¹³⁵⁾。

杉原泰雄も、フランスのそれは違憲審査権を有さないコンセイユ・デタの判例に過ぎないなど、諸外国の事情は日本と異なり、肯定説の「法治主義原理と民主主義原理の調和・調和の要請とそれをふまえた司法の限界論が日本国憲法

に適合的な解釈論とはなっていない」と論ずる¹³⁶⁾。そして、憲法明文が統治行為を明文で認めていない以上、否定説を採るしかないと主張した¹³⁷⁾。

これに対し、小嶋和司は、「成文の法規がなくとも、制約があると考えられるが、これを『高度の政治性』といった概括的視点で明快な解答をすることはできない¹³⁸⁾とする立場である。その証拠に、砂川事件は苦米地事件よりも「政治性の程度」では「国の存立」という点で「ヨリ基礎的」なのに、最高裁判決では前者に「司法審査権が及びうる場合がみとめられるのはバランスを失する」と批判している¹³⁹⁾。そして、個別の判断を行ない、国際法の問題のほか、自律・裁量、それに皇室典範にいう皇嗣に「重大な事故」の皇室会議の解釈のような、特定機関の多角的・政治的判断などが司法権の限界であるとする¹⁴⁰⁾。

肯定説が目的論的なのに対し、否定説は総じて憲法81条の文理解釈を重視したものと評し得る¹⁴¹⁾。肯定説は、法の解釈そのものが価値判断、実践であるとする傾向が強いのにに対し、否定説は、解釈は認識と考える傾向があった¹⁴²⁾。これは古くは、憲法機関の権限のバランスや司法権の自制を主張しがちな美濃部達吉¹⁴³⁾の流れを汲む学説と、憲法保障(擁護)を早くから論じ、憲法裁判に賛成していた佐々木惣一の流れを汲む学説の対立と言えよう¹⁴⁴⁾。

しかし、そもそも文言解釈の偏重、法解釈=認識説の妥当性は疑わしい¹⁴⁵⁾。肯定説は、憲法81条のような規定があるにも拘らず理論的に存在すると述べているのであるから、否定説が憲法81条の文言のみを楯にこれを否定しても、肯定説から見れば、有効な批判とは受け取られまい¹⁴⁶⁾。そして、統治行為論否定説が何でも司法判断可能とするのは、実質的にも「司法専制の危険をはらんでいる」¹⁴⁷⁾。また、否定説はその分、この種の問題を裁量行為に問題を投げけるが、その範囲を明らかにしなければなるまい¹⁴⁸⁾。何でも裁量で処理されれば、事態は何ら変わらない。しかも、多くの否定説は、他方で政治部門の裁量や自律を認めないわけでもなく、裁判所がそれに一定の配慮を示さねばならないことは認めており、他方で統治行為論そのものを全否定するのは矛盾めいている¹⁴⁹⁾。統治行為否定説の多くが裁量や自律による司法権の限界を認めて

いることは、同説による司法権の限界を示す文言がないという論拠を希薄にした。加えて、全くの否定説は、実際上の混乱の処理を考慮しておらず、非現実的な結論だとも評された¹⁵⁰⁾。そして、憲法・行政法が不可分で始まった戦後公法学は、こういった論争についても東大系行政法学の影響力が強く、結果として、肯定説、特に、機能説と呼ばれる説が有力になったのである¹⁵¹⁾。

ただ、憲法学と行政法学が領域分化を進めると、当然の如く、統治行為論は憲法学の課題に整理される。フランスでも、統治行為は専ら政府や行政機関の行為を問題にしており、議会の行為はその外にあったが、王の支配権の残滓と言うのであれば、司法制度の発達と共に限定され、或いは消滅する方向に向かうのが当然のように思われる¹⁵²⁾。前述の芦部説に典型的に見られるように、肯定説でも、それまでの包括的当然肯定の色彩は薄まり、具体的にはそれまでの一部を統治行為とするに留まるような限定化傾向を強めた。

そして、その後の日本の憲法学界では、アメリカ流の憲法訴訟論、政治問題の法理などがよく紹介され、この問題は司法権や憲法訴訟の限界、司法消極主義の一側面として捉え直され¹⁵³⁾、理論的にも高まりを見せた。そして、統治行為論を惹起した裁判が砂川事件であったこともあり、平和主義の擁護の立場からの統治行為論否定論が、憲法学界では広く唱えられるようになった。日本の統治行為論は、防衛問題に関係する裁判に特化して論じられてきたのである¹⁵⁴⁾。これ以外の点からも、総じて否定説は徐々に強まってきた。

中でも、以上の全傾向を体現し、鋭い批判を繰返してきたのは、奥平康弘である。憲法学がアメリカの政治問題の法理を検討してきたが、この法理は、「全説明的、包括的な概念たりえなくなって」¹⁵⁵⁾ 久しいと言う。何よりも、従来の肯定論が論拠としていた、欧米での包括的承認の瓦解があるとする。確かにアメリカでも、根拠としては、権力分立、自由裁量的行為、適用法規欠如に便宜説まで散見されている¹⁵⁶⁾。それは、権力配分規定に従い、司法審査ができない領域を指すに至り、争点によっては司法審査が可能なもの解されていると言う¹⁵⁷⁾。だが、憲法がある国家機関に明文上一定の権限を与え、その権限

行使に裁判所といえども介入できないとするのは、憲法規定の当然の結果であり、特にそれを超然的な法原則に依拠して政治問題、統治行為論と呼ぶ必要はない¹⁵⁸⁾。自律、裁量と呼べばよい¹⁵⁹⁾。奥平は加えて、明文規定がないまま違憲審査権を判例法として確立したアメリカで、その代償として政治問題への介入はできないと述べねばならなかった¹⁶⁰⁾ことは、憲法81条が存在している日本とは区別せねばならないとも述べ¹⁶¹⁾、その直輸入的援用を戒めた。そして、この規定は、他の国家機関の行為の憲法適合性を判断する権限を与えたものであるが、争点が政治的であれば容易に裁判所以外の国家機関に最終的法解釈権を求めることになるのか、と述べる¹⁶²⁾のである。「国民」もしくは民主主義を持ち出して、法の支配の問題を多数決原理に委ねることも問題であると、奥平は主張している¹⁶³⁾。政治的な問題だから政治部門の判断が絶対的だという、いわば同語反復になっており、しかも、だから司法判断を加えないことに力点が置かれる一方、その多くは政治部門の既存の判断が示されている点も指摘する¹⁶⁴⁾。苦米地判決のような三権分立ばかりを根拠とするのも説得力に欠けると言う¹⁶⁵⁾。奥平は結論として、「正しい問題の解決のためには、これをもちいるべきではない」¹⁶⁶⁾と断じたのであった¹⁶⁷⁾。

アメリカの政治問題の法理を紹介した小林節は、アメリカでは、国民主権や権力分立という抽象的な政治制度上の原理概念は、稀にしか援用されず、されても立論の主たる論拠になっていないと言う¹⁶⁸⁾。小林の整理によれば、アメリカでは、合衆国憲法4条4節の共和政体保障条項や、選挙区の区分と投票価値の問題、政党の全国大会代議員の資格審査、憲法修正条項の有効性、法律の形式的効力、外交・国際問題(条約の存続・効力、国境線の認定や領土の帰属及び領海の範囲、国家或いは政府の承認、交戦団体の承認、友好国公船の免責、外国の外交官の地位の承認、外国人の出入国管理、国際航空路線の認可)、戦争権限と戦時立法(民兵の召集、交戦期間の決定など)、州兵の管理運営、逃亡犯罪人の州際引渡しだが、判例上、政治問題として取り扱われてきたという¹⁶⁹⁾。だが、小林は、政治問題の法理を認める根拠に関して一致した見解は見られないとも述べる¹⁷⁰⁾。そして、日本で、

アメリカでは明文の根拠もなく政治問題の法理が認められていることを引いて統治行為を認めることは、アメリカでは司法審査権の存在自体が憲法明文上不明確であり、司法府が享受する自由裁量権があるという制度的前提があるのを無視するものであり、疑問だとするのである¹⁷¹⁾。

小林は、「高度の政治性」を有するものほど、それが違憲に行なわれた場合に国家生活に及ぼす危険の程度が高いこと、旧憲法下では最終的決定権が政治部門に委ねられた結果、憲法の規範性が最終的に失われた経験を踏まえて現行憲法は司法権を意図的に強化したなどの事実からすると、「解釈の名の下に」司法に関する「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ることは許されない、という憲法の規範的命令がそこに示されている、ということではなかろうか」と述べる¹⁷²⁾。決して、統治行為論肯定的ではない。

このほか、肯定説には様々な批判が加えられた。法の解釈が、所与の意味の発見でないとすれば、実力を有する法解釈者の中でも解釈が分かれ¹⁷³⁾、それが論点であれば分かれているのが通常である（だからこそ「論点」と称される）のであるから、砂川事件最高裁判決の述べた「一見極めて明白な違憲」な場合などは、現実には希有であった¹⁷⁴⁾。実際の裁判所は、一見では留まらない程度に検討を行なっている筈である¹⁷⁵⁾。そのような場合とは、反論を許さぬ国家統制がある危険性があり、或いはこれに抗する国民的批判運動がある筈であり、何れにせよ「裁判所のでる幕ではない」のであり¹⁷⁶⁾、必要ではなかった¹⁷⁷⁾。

統治行為論は、大陸法的思考の下、行政訴訟と民事訴訟は本質的に異なると考え¹⁷⁸⁾、そもそも公法の一部の問題は本来的に司法判断に馴染まない¹⁷⁹⁾とする行政法学者が、行政裁判所の伝統の強い独仏の判例を概括的に纏め、これを頼りに肯定説が常識であるとの主張を行なうことで主展開された。その概念構成は、欧米諸国の類似の理論を「全部ごっちゃ」にした、統一性のないもの¹⁸⁰⁾とも感じられた。確かに、いわゆる憲法裁判では、原告は「国民の代表者のような意気ごみ」¹⁸¹⁾でおり、一般の民事・刑事事件とは異なるとの意識が多分に働いていたであろう。憲法学界も、このような訴訟を通常の裁判の延

長として冷静に捉えるのに、相当の時間を要した。そして、統治行為論の事例が安保・防衛問題に集中し出すと憲法学界は——政治的に、か——反応をし始め、包括的肯定説の圧倒的多数感は実は最早薄れてきているのであった。肯定説も、従来の行政法学者の論拠に依拠する危険性を薄明の中に認識し始め、この議論の射程を制限しつつ¹⁸²⁾、理論的には司法権の限界論として合憲の理由を探し始めていったと言えよう。

3 近時における通説への疑問の主張及び再構築

統治行為論肯定説は通説であり続けた。しかし、政府見解ですら、これを広げるつもりは毛頭ないというところに帰着している¹⁸³⁾。行政法学との分離が進んだ憲法学説を鳥瞰すれば、ア・プリオリな統治行為論全面肯定説は少ない。否定説が増え、しかも、安保・防衛問題を巡る政治的なスタンスとは無関係に、統治行為論に異議を唱える学説がますます展開されるようになっている¹⁸⁴⁾。

宍戸常寿は、「裁判所の地位は、『法の支配』の実現に奉仕し、他の国家機関の活動を統制するもの」で、「『事件性』の要件も現在では、裁判所の〈統制〉はいかにあるべきか、〈統制〉の限界はどこにあるのか尺度として、論じられている」と述べていた¹⁸⁵⁾が、統治行為論を論じた論考の中で、「違憲審査権を含み込んだ形での司法権概念の再構成が必要であることを述べ」つつ、「統治行為概念に」「現役引退の引導を渡して」「決着がつけられるべき問題に改めて注意を喚起した」¹⁸⁶⁾として、統治行為概念否定説に好意的な姿勢を示す。

第1に、内在的制約論の特徴である、統治行為論と裁量論の峻別は、機能的・手続法的考え方が進んだため疑問であり、当該規定の解釈それ自体を憲法が当該機関に割り当てたと考えれば足り、わざわざ統治行為概念を、裁量とは別に立てる必要はないと述べる¹⁸⁷⁾。第2に、統治行為とされてきた局面は、裁量や違憲審査の局面と連続的・統一的に捉えられるべきであり、国民の政治的意思形成を受けて民主的立法を行なう政治部門の法的統制機能を評価した上で、

「裁判所と政治部門の適切な役割分担を正面から議論」すべきだと言う¹⁸⁸⁾。

第3に、従来の統治行為論は「一見極めて明白に違憲」かどうかという著しく緩やかな司法審査基準（最低レベルの審査密度）が採用されてきたが、「問題となる国家行為について法的評価が問題になる場面を個別に分析した上で、各々について判断尺度となる憲法等の規定の文言と規制密度、当該事例における当該機関の法解釈」など「を総合的に判断」すればよく、「とりわけ、重要な『憲法上の権利』の侵害」の場面では司法審査基準（審査密度）を高めるべきであると主張する¹⁸⁹⁾。そして、第4に、宍戸は、裁判所の統治行為判断による政治的効果の評価は肯定論の中でも分かれていたし、付随的違憲審査制が前提なのでもあるから、そこでの違憲判決が政治的混乱を必然的に生じさせるわけでもないと言う。そして、もし政治的混乱が心配ならば、事情判決の法理や違憲確認判決などを採ればよく、そうならない「緩衝剤」を求めればよい筈であるという趣旨のことを述べるのである¹⁹⁰⁾。

宍戸は、統治行為論が安保・防衛問題に限られ、「平和問題の法理」になっていることを指摘している一方、統治行為論肯定論も憲法9条の問題を司法審査の対象外とすることに圧倒的に消極的であり、統治行為概念は消去可能ではないかと述べる¹⁹¹⁾。そして、統治行為論の登場に合わせて「高度の政治性」が強調されたのは、まさに55年体制期に憲法9条の解釈適用をこの射程に収めるためであったが、今日、9条も含めて統治機構に関する問題を司法審査から遮断する効用を有するという危険な状況を生んでいることも、統治行為論を否定すべき理由として示唆する¹⁹²⁾。対応として、機関訴訟の活用を、国家機関や政党の間の調停者として考えるべきだと提案していくのである¹⁹³⁾。

齊藤芳浩は、「権力分立の思想と、裁判所がもつはずの最終的な法的判断権を政治部門が併せ持つことになる統治行為論とは本来矛盾する」として、フランスの議論から始める¹⁹⁴⁾。フランスの統治行為論は、日本のその概念と「主要な部分が一致」しており、判例がこれを認めていることもあって、日本ではこれを参考の一つとしたとする¹⁹⁵⁾。だが、内在的自制説が根拠とする、民主

主義的責任原理や「政治部門が統治行為の判断主体としてよりふさわしいという」理由は決定的でなく、核心的根拠が曖昧だという¹⁹⁶⁾。また、自制説についても、害悪は判決自体にあるのか、また、統治行為自体の是非は将来にならねば評価できないものであり、日本の学説の創造と思しき、「違憲・違法判決による国政の重大な混乱」の意味が不明であり¹⁹⁷⁾、蓋然性の問題に過ぎない¹⁹⁸⁾とし、日本の学説の「寄せ集めの様相」、「つまみ喰い」をも批判する¹⁹⁹⁾。

そして齊藤は、民主主義原理はそれだけで、統治行為論を支える根拠とはならない²⁰⁰⁾とし、実質的根拠を探る。「国家及び国民の安全・国家の基本的秩序に関係」していることが、裁判所ではなく政治部門が判断主体としてより相応しいと言えるのかについて考えると、「通常の合法性の枠組みを超える判断能力が中心的なもの」であり、他は付随的なものだと言う²⁰¹⁾。そして、それは、判決のもたらす混乱とは区別されるとする²⁰²⁾。齊藤は、統治行為論の根拠を制限的に解しており、この概念の限定的使用を求めるものと解せられる。

教科書の記述ながら、松本哲治も従来の統治行為肯定論に疑問を示す。松本は、内在的制約説は否定説の述べる、そもそも高度な政治問題であることを承知で司法権に違憲審査権を与えたのではないか、などの疑問に答えておらず、自制説では憲法上の権限・義務を何故自制できるのかが不明であり、肯定説は両者の折衷説に依拠してきたという²⁰³⁾。そして、「憲法上他部門の判断に委ねられている事項」をわざわざ統治行為もしくは政治問題と呼ぶ必要はなく、アメリカでいう「法的な判断の基準が存在しない事項」は、日本では統治行為論対象の事案は、法的判断そのものは可能であるとしている点で除外でき、「裁判所が政治の繁み (political thicket) に巻き込まれてしまう事項」については米判例でも州内の内乱の事例1つだけであって、過大視できないとする²⁰⁴⁾。

判例は苦米地事件で肯定説を採用したという認識についても、7条解散が行なわれた以上、衆議院の解散の憲法上の根拠について解釈論上議論することは意味をもたないことになるが、「どういう場合に、執行府が、議会下院を解散できるかということは、一国の立憲的な秩序の基本構造の1つである。それが、

執行府の決定にすべてを委ねられるというような議論を認めることは、解釈学説の自己否定である」と憤慨する²⁰⁵⁾。しかし、衆議院の解散は、政治部門の組織・運営に関する基本事項とも政治部門の政治的・裁量的判断に委ねられた事項とも採れるとしつつ、「閣議決定のあり方は、内閣の自律的判断に委ねられるべき」であり、「執行裁量」として、「現実に司法審査が可能でありうるような裁量とは考えられていない」とする²⁰⁶⁾。これに対し、砂川事件のような、国家全体の運命に関わる重要事項についてはより重要であるが、同最高裁判決は合憲判断を明言しており、その「修正統治行為論は、おそらく当時の政治状況での最高裁判所の1つの政治的意思を反映した、傍論」だと整理する²⁰⁷⁾。そして松本は、「統治行為論は全面的に否定されるべきである、あるいは、砂川事件は先例として統治行為論を採用したものではない、あるいは、砂川事件が述べているのは結局は裁量論であると主張することは十分合理的である」とし、もしも、国家全体の運命に関わる重要事項ですら、「すべてが司法裁判所の判断に委ねるべきで、『政治』に残される部分はない」「と言いつれば、統治行為論の全面否定説に立つべきことになる」と展開するのである²⁰⁸⁾。

このほか、小山剛は、「司法が政治部門の判断を尊重する、というだけであれば、統治行為論を用いなくても、その自律権または裁量権、政治部門相互の関係として説明すれば足りる」などとして、この概念に警戒的である²⁰⁹⁾。また、判例解説であるが、「統治行為論は専ら実体に欠ける空疎な概念となっていることを否めない」との端的な指摘²¹⁰⁾もあり、総じて肯定的ではない。

以上、最近の、特に中堅・若手憲法学者の説は、通説を受容するのではなく、理論的な疑念をもち、制限的に読む傾向をますます強めている。統治行為論肯定論が盤石であるとの評価は怪しい。また、近時、否定説や批判論が9条論と必ずしも連動したり、文言解釈志向と共鳴したりしているものでもない。

やはり、主要欧米各国に統治行為論に匹敵する理論があり、日本でも当然だとする主張は、最早危ういものになった²¹¹⁾ということは改めて確認せねばなるまい。これらの国でも、否定説は古くから存在しており、弱まる傾向にない²¹²⁾。

フランスでも判例上、当初は広範だったこの概念が縮減し、学界でも否定説もしくは限定説の主張者が増えていったという²¹³⁾。日本でも、学説は錯綜し、判例も対立し、その理由もまちまちで理論の基礎付けは不十分であったと言うべきである²¹⁴⁾。また、仮に欧米各国に共通のものがあるとしても、日本国憲法の解釈としてそれが認められなければなるまい²¹⁵⁾。近時の憲法学界の理論志向はこのことをスキップさせてはくれない。権力分立などを日本国憲法の解釈から導きながら、これを超越するものを比較憲法的に引き出して取り消す、従来の説明手法は疑問であった²¹⁶⁾。そして、その根拠が一般的網羅的包括的な「高度の政治性」というのであれば、濫用の危険も高いものである²¹⁷⁾。

ただ、違法であっても大局的な観点から無効にしないとする事情判決の法理が憲法全体構造から導き出せる²¹⁸⁾ 公法の世界で、最「高度に政治的」なのであれば、法的判断すら馴染まないものがあるとの論理は、個々の憲法・国際法の条項を挙げる必要もなく、妥当しそうである²¹⁹⁾。勿論、国家の運命を左右することが何であるか不明確との批判²²⁰⁾ はあろうが、それが《ある》ことは自明である。法治主義、法の支配原理も、唯一絶対の憲法原理ではない以上、他の基本原理の故に司法権が及ばない事項も、理論上はあるのかもしれない²²¹⁾、司法権優位の憲法体制の下でもそうとも言えよう²²²⁾。そもそも憲法が予定している国家の存立や、国家の成立、憲法制定権力については、法の解釈・適用を司る機関といえども判断を行なうべきではないとは言えまいか。サンフランシスコ平和条約体制を否定できないとの議論もある²²³⁾。実際、この種の事案で違憲判断を裁判所が下しても、その後、どのような混乱が生じるかは想像せねばなるまい²²⁴⁾。政治部門が民意を後ろ盾に確定判決を黙殺したとき、司法権は何もできず²²⁵⁾、その際、司法の支持者は少ない。できないことはすべきではないのではないのか。要は、日本国や日本国民が絶滅してもなお正義は語られるべし、とは言えないということに尽きよう²²⁶⁾。結果、重大な安保・防衛問題、国の存立に関わる緊急の政治的判断につき、法的評価を加えるのが無理なものはあると言わざるを得まい²²⁷⁾。憲法制定を国民の意思としつつ、たと

え国の存亡に関わるような問題であってもその解釈を国民に委ねず、特定の憲法解釈を裁判所が行なうべきとする主張²²⁸⁾は矛盾を含んでいよう。

しかしながら、司法府が非政治的性格を有するとしても、憲法は「すべて司法権」を裁判所に付与しており²²⁹⁾、そもそも民主主義や国民主権、多数決原理を理由にできるのであれば、違憲審査そのものが成り立たない²³⁰⁾筈であり、憲法の予定するところと矛盾する²³¹⁾。また、裁判所が憲法判断をすれば党派的・政治的になり、その政治的中立性が揺らぐとする統治行為肯定論もあろう²³²⁾が、司法に対する国民の信頼はひとえに当該判決の説得力に頼るものであり²³³⁾、憲法判断をせず、結果、現状維持を容認することの政治性も見逃せまい²³⁴⁾。政治問題に介入しないことがかえって裁判所の政治的役割を浮き彫りにする虞れがある²³⁵⁾。更に、通常の司法裁判所の判断とは、定義的に個人と個人もしくは国との間の紛争の法的解決にあるのであり、これが政治性を帯びればア・プリオリに司法裁判所の管轄ではないかのような議論は、適切とは言えまい²³⁶⁾。加えて、判決の影響で国法秩序が崩壊する危険という議論もあるが、実際、多くの論者がその場面とは何を想定しているかは不明である。しかも、肯定説が裁判所を弱い機関と想定してきたことは一貫性に欠けよう²³⁷⁾。よってまず、「高度の」政治性とは、憲法の諸原則を覆すほどの高度なものでなければならず²³⁸⁾、統治行為概念は特別に超憲法的包括的なものでなければならぬ²³⁹⁾。一定以上の高度の政治性があることを、法宣言機関である司法権がなぜ画定できるのかは疑問であり、安易な事例で認めれば、司法権が自らの首を絞めよう²⁴⁰⁾。このため、仮に当該事案が法的判断可能でありながら司法審査の及ばない例外であるとしても、ほかの概念で説明できる限りは、その概念で説明すべきものである²⁴¹⁾。憲法に明文規定がある弾劾裁判、資格争訟、恩赦などは勿論、自律や裁量と言えよ²⁴²⁾こと、衆議院の解散などの単なる憲法解釈の問題、国際法上の問題はここに含む必要は全くない²⁴³⁾。まさに苦米地事件は、憲法解釈上許される解散権が裁量の範囲内かの問題に過ぎない²⁴⁴⁾。この点は、行政法学も今やそうである²⁴⁵⁾。事情判決の法理などで解

決ができるのであれば、超憲法的な統治行為論を用いることは避けるべきである²⁴⁶⁾。そして、以上のような形で統治行為概念を肯定しても、当該国家行為の司法審査免除を正当化するには、司法消極主義以外に対外的配慮や重大な混乱の防止などの理由が必要²⁴⁷⁾とも言われ、そうであれば、その直截的な理由が司法判断回避の理由であって、統治行為概念は不要なのではないかとの疑念²⁴⁸⁾にも一理ある。このことは、早くから言われていた、統治行為概念の個別性、個々のリストに頼り、結果、その正当性をサブカテゴリー毎に考えねばならないとの指摘²⁴⁹⁾の通りである。

こうなると、では、統治行為論を用いるべき具体的な政府の行為とは何であるか。従来の議論は確かに十分な回答を施さなかった感は否めない。既述のように、「統治行為」概念は様々なものを含んできた²⁵⁰⁾が、外交や安保・防衛問題はこの中に埋没せしめた²⁵¹⁾。そして、結局のところ、統治行為論の守備範囲はほぼこれに限定された。しかも、思い返せば、砂川事件で問題となったのも、既に存在していた安全保障条約の合憲性であり、内閣や国会の条約締結もしくは承認の裁量の範囲内である²⁵²⁾し、そもそも憲法9条は外国軍隊の駐留を問題にしていなかつれば、統治行為論の登場する余地はない²⁵³⁾。学説が「国家全体の運命に関する重要事項」として挙げてきたが、緊急措置や事実行為を念頭に置くべきであり、既にある条約の下でのそれには適合的な行為、それ自体平時の行為であるものは、果たして対象にすべきであろうか²⁵⁴⁾。これは、国内法化された条約の憲法適合性、条約の国内法としての合憲限定解釈の下で国家行為の合憲性判断の問題であって²⁵⁵⁾、これを法令違憲とする可能性は低いものの、司法判断の領域の問題である²⁵⁶⁾。また、自衛隊の合憲性の問題であっても、人権条項ではない憲法9条の司法審査基準を高く設定することはできず²⁵⁷⁾、憲法の委任を明らかに超えた立法でない限り、裁判所は違憲と判断し得ないと言えは足りる²⁵⁸⁾。念のためであるが、自衛隊の存在を肯定する世論が多数である²⁵⁹⁾。今日、誰が見ても違憲とは言い難い。そうなると、自衛隊法などの規定していないことを自衛隊が行なったような事実行為が対象

であろうが、それが問題でなければ国家緊急権の発動として是認され、通常は裁判どころではないであろう。勿論、明らかに問題があれば司法判断を伴うときもあろうが、緊急の事実行為に対して訴訟が起こされ、違法だが統治行為であるとされる事案とは何であろうか。そうなると、統治行為論を持ち出すべき国家の行為を具体的に想起できない——実際には《ない》——のではないかとの疑問が拭い去れない²⁶⁰⁾。

なお、統治行為論でなければ、結局裁判所は、自衛隊や安保条約の積極的合憲判断を繰返すのではないかとの疑念に先回りして回答すれば、付随的違憲審査制の下での裁判所の憲法判断とは、法令違憲か適用違憲か²⁶¹⁾、そうでなければ「当該事案に適用する限りでは違憲ではない」との判断であって、一般的普遍的な合憲の判断はあり得ないため、裁判所が誤らなければ、そのような問題は生じないものと解せよう²⁶²⁾。そして、通常の事件では以上の憲法判断をせずとも事件の解決は可能であり²⁶³⁾、そうすべきである。或いは、裁量の問題とすれば、その逾越・濫用は司法判断可能である点で、法の支配と国民主権の均衡を図った適切なものと言えよう²⁶⁴⁾。この点を考慮しても、統治行為論を用いなければならない具体的場面は想起できないものである。

更に、前述のように、芦部通説は、重大な人権侵害の場面では統治行為論は用いるべきではないと主張し、裁判所も米軍基地訴訟ではこれを援用していない。だが、思い起こせば、砂川事件は刑事事件であり、刑事特別法により処罰される被告がいた。もしもこれが違憲の疑いがあるならば、適正な刑事実体法なしに刑罰なしという、被告の憲法 31 条上の権利は侵害されている²⁶⁵⁾。国家機関内部の争いに留まる事例と異なり、憲法判断をせずに済む事案でもない²⁶⁶⁾。まさに国内法化された条約の合憲性を判断すべきではなかったか²⁶⁷⁾。

以上の考察を経れば、統治行為論が妥当するのは、国家の存立、安全保障・防衛問題に関する事実行為が争われたケースで、基本的人権に影響の及ばない問題となる²⁶⁸⁾。しかし、たとえ、客観訴訟をある程度法律が認めたとしても、このような事案が法廷に登場するかは疑問である。ならば、改めて法理論とし

て特段構築する必要もなく、「緊急は法を待たず」の法格言の下、法的判断を行わないと断じても同様ではあるまいか。しかも、これら、いわば国家緊急権の行使についても、「非常措置の一時的かつ必要最小限度性の原則、濫用防止のための責任性の原則が貫徹されなければならない」²⁶⁹⁾のだとすれば、ますます統治行為論の守備範囲は現実には皆無に等しく、事実上、裁量の逸脱を司法判断できることと違いは紙一重のではないか²⁷⁰⁾と思われてならない。

おわりに

結論として、統治行為論は理論的には存続し得るが、実際に想起できる事案は殆どなく²⁷¹⁾、訴訟理論としての存在価値は微小であると述べたい。そして、限定的な事例についても、司法権論の中では終局性の問題の一局面と解せばよく²⁷²⁾、特に「統治行為論」と名付ける必要は薄れていると言ってよからう。このことは、併せて、憲法論であるべきものを憲法学が行政法学から完全に奪還することも意味している。統治行為論とは、それが日本国憲法の司法権の例外かという問題であって、日本の憲法の解釈が、特定の外国法の直輸入、ましてや特定の国の下位法令の解釈に左右されてはならない²⁷³⁾。行政法学が行政権の自由な領域を広げる理論に与するのはやむを得ないが、憲法上誤りであれば、これを糾すのが憲法学の任務である。それは、憲法が行政法、民事法、刑事法などの全ての上位法なのであって、憲法が公法であることは行政法が公法である意味と異なること²⁷⁴⁾の別の形での宣言とならう。

- 1) 伊藤正己=阿部照哉=尾吹善人編『憲法小辞典』〔増補版〕258頁(有斐閣、1978)。
- 2) 杉原泰雄編『新版体系憲法事典』715頁(青林書院、2008)〔野中俊彦〕。
- 3) 伊藤ほか前掲註1)書108頁。
- 4) 大須賀明ほか編『三省堂憲法辞典』360頁(三省堂、2001)〔戸松秀典〕。清宮四郎『憲法I』〔第3版〕338頁(有斐閣、1979)も、中身も「まちまち」、「論拠もさまざま」と評する。

- 5) 佐藤幸治『現代国家と司法権』176頁注8（有斐閣、1988）、藤井俊夫『事件性と司法権の限界』212頁（成文堂、1992）。但し、近時では「違憲審査の対象」として論じられる場合もある。穴戸常寿「統治行為論について」山内敏弘古稀『立憲平和主義と憲法理論』237頁（法律文化社、2010）。なお、野中俊彦ほか「ゼミナール憲法裁判・憲法裁判のルール形成とその問題点1」法学セミナー359号66頁、71頁（1984）[浦部法穂]は、「司法消極主義・積極主義の議論の中の、裁判所の政策的自己抑制の問題としてとらえるべき」としている。
- 6) 東京地判昭和34年3月30日下刑集1巻3号776頁。本判決は、「国際連合の機関である安全保障理事会等の執る軍事的安全措置等を最低線としてこれによつてわが国の安全と生存を維持しようとする決意に基く」とする国連軍頼みの希有な憲法9条論でも著名である。
- 7) この事件で、田中耕太郎最高裁長官が、一審判決後にダグラス・マッカーサー2世駐日米大使との密談で上告審判決の見通しを述べていたこと、最高裁判決の翌日、大使が「全員一致の最高裁判決は、田中裁判長の手腕と政治力に負うところがすこぶる大きい」などと公電を送っていたことなどが、米公文書で明らかになった。朝日新聞2013年4月9日朝刊。
- 8) 最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁。その後、差戻第一審（東京地判昭和36年3月27日判時255号7頁）では、被告らをそれぞれ罰金2000円とする有罪判決が下り、差戻控訴審（東京高判昭和37年2月15日判タ131号150頁）も控訴棄却、上告審（最判昭和38年12月25日判時359号12頁）でも上告が棄却されて確定している。
- 9) 但し、覚道豊治「統治行為」ジュリスト638号172頁、173頁（1977）などは、寧ろ裁量行為論であると論評する。
- 10) 伊達秋雄「自衛隊の違憲判断と統治行為論」判例時報712号14頁、16頁（1973）は、結局、憲法9条に反すれば違憲という純粹憲法解釈の問題ではないかと批判する。奥平康弘「『統治行為』理論の批判的考察」法律時報45巻10号56頁、76頁（1971）も、既に一定の憲法解釈基準を有しているということで、実体的な憲法解釈を行なっていると批判する。
- 11) 争点となったのは、1952年8月28日の第3次吉田茂内閣によるいわゆる抜き打ち解散についてである。与党自由党鳩山一郎派の抵抗、吉田派内の広川弘禪・増田甲子七の派内抗争を打破するため、吉田らは側近集団で衆議院解散を決定し、議長応接室で衆議院の解散を宣告した。野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』164頁（有斐閣、1995）、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』〔第5版〕50頁（岩波書店、2011）など、7条解散説は有力であるが、憲法7条は天皇の形式的行為を確認するものであり、その前提である国家行為を行なう実質的権限を内閣に付与する条項ではないので、首肯できない。少なくとも、

議院内閣制均衡本質説のような説明を行なうべきであろう。

- 12) 最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁。
- 13) 最大判昭和28年4月15日民集7巻4号305頁。
- 14) 東京地判昭和28年10月19日行集4巻10号2540頁。
- 15) 東京高判昭和29年9月22日行集5巻7号1265頁。
- 16) 最大判昭和35年6月8日民集14巻7号1206頁。反対意見はないが、多数意見の理由と異なる意見も述べられている。小谷勝重、奥野健一両裁判官の意見は、解散権解釈を理由に上告を斥ける。河村大助裁判官の意見は、7条解散を是認しながら、「裁判所の審査権に服しないとの多数意見には賛同出来ない」とする。また、石坂修一裁判官の意見は、解散の有効性については司法審査が及ぶが、有効なので上告を斥けるとするものである。
- 17) 最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁。
- 18) 最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号685頁。
- 19) 最判昭和44年12月12日集刑174号667頁。
- 20) 最判昭和49年2月7日訟月20巻12号65頁。
- 21) 最大判平成8年8月28日民集50巻7号1952頁。
- 22) 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁。
- 23) 札幌高判昭和51年8月5日行集27巻8号1175頁。「小前提に適用さるべき大前提たる憲法その他の法令の解釈行為」についても統治行為論が妥当するとした。有倉遼吉「統治行為論」判例時報821号17頁、18頁(1976)は、砂川事件最高裁判決よりは苫米地事件最高裁判決に近いとして、純粋な統治行為論だと評した。
- 24) なお、一審(札幌地判昭和48年9月7日判時712号24頁)以来国側は統治行為論を主張している。伊達前掲註10)論文14頁。国は寧ろ、自衛隊合憲論ではなく、訴えの利益論を主張し、付随的に統治行為論を展開したとの評価もある。奥平康弘「長沼控訴審判決と統治行為論」法律時報48巻11号45頁、46頁(1976)。
- 25) 最判昭和57年9月9日民集36巻9号1679頁。
- 26) 水戸地判昭和52年2月17日判時842号22頁。
- 27) 野中ほか前掲註5)文献76頁〔江橋崇〕は統治行為論と評するが、同頁〔浦部法穂〕は裁量論と論評する。なお、最判平成元年6月20日民集43巻6号385頁は国の私法上の行為には憲法は及ばないとするが、疑問である。君塚正臣『憲法の私人間効力論』310頁(2008、悠々社)。
- 28) 最判平成5年2月25日民集47巻2号643頁。

- 29) 最判平成5年2月25日訟月40巻3号452頁。
- 30) 最大判昭和39年2月5日民集18巻2号270頁。
- 31) 最大判昭和37年3月7日民集16巻3号445頁。
- 32) 両判決は統治行為論でよく引き合いに出されるが、ここに括れるものとは思えない。野中前掲註11)書124-125頁同旨。これ以外を含む裁判例の動向については、戸松秀典＝今井功編『論点体系判例憲法3』135-137頁(第一法規、2013)[大林啓吾]など参照。
- 33) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』127頁(有斐閣、1981)。
- 34) 同上128頁。
- 35) 同上131頁。
- 36) 小林節『政治問題の法理』169頁(日本評論社、1988)。
- 37) 統治行為肯定論に立つ高乗正臣「統治行為の理論」日本女子経済短期大学研究論集33号29頁、46頁(1977)でもこれは認める。
- 38) 水木惣太郎「統治行為」日本法学33巻3号24頁、49頁(1967)は「統治行為を憲法の明文で認めた例は少ない」とし、例外として英国議会議法やインド憲法74条2項などを挙げるが、そもそも条文があれば単なる憲法条項解釈の問題であり、統治行為概念を立てる必要に乏しい。
- 39) このほかに部分社会論も挙げられることが多い。しかし、部分社会の範疇に入れられてきたものは、自主的な運営が予定されている公的機関と民間組織に分けられ、前者は自律の問題、後者は結社の自由の問題として論じれば足り、この概念は無用であり、拡大された特別権力関係論とも言える点で有害である。君塚前掲註27)書476頁以下参照。
- 40) 奥平康弘「『法から自由』・『統治行為』論を考える(2)」時の法令1406号40頁、41頁(1991)。この種の発想は、1983年の小室直樹によるロッキード裁判批判にも通じる。
- 41) 奥平前掲註10)論文57頁。この点は、特別権力関係論とは事情が異なる。
- 42) 宮沢俊義「行政裁判と統治行為」佐々木惣一選歴『憲法及行政法の諸問題』167頁(1938)、同「フランスの判例法における統治行為」野村淳治選歴『公法政治論集』479頁(1938)。奥平前掲註10)論文61頁より引用。
- 43) 奥平同上61頁。
- 44) 小林前掲註36)書178頁。フランスの統治行為概念については、上村貞美「フランスにおける統治行為論(1、2)」香川大学教育学部研究報告第1部44号87頁、44号121頁(1978)、同「フランス第五共和制憲法下の統治行為」同47号139頁(1979)、齊藤芳浩「裁判による条約の審査について(3・完)」西南学院大学法学論集41巻1=2号1頁、5頁以下(2008)なども参照。

- 45) 奥平前掲註10) 論文62頁。
- 46) 宮沢俊義ほか「座談会・解散無効判決の含む問題」ジュリスト46号2頁、5頁(1953)[宮沢]。但し、後註110)のように、その後の宮沢は内在的制約説に分類するのが通例である。
- 47) 奥平前掲註10) 論文63頁。
- 48) 同上62頁。
- 49) 金子宏「統治行為」ジュリスト131号39頁、40頁(1957)。
- 50) 田中和夫『英米法概説』〔再訂版〕117頁(有斐閣、1981)も、「わが最高裁判所も、アメリカにおける政治問題の排除と同様の法理を採用している」と、肯定的に紹介する。
- 51) 金子前掲註49)論文40頁。詳細は、同「統治行為の研究(1-3)」国家学会雑誌71巻8号1頁、11号1頁(1957)、72巻2号1頁(1958)〔以下、金子前掲註51) I論文、と引用〕参照。入江俊郎「統治行為」公法研究13号75頁(1955)、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70=71=72号264頁、266-267頁(1960)、水木前掲註38)論文54頁など同旨。金子宏「独逸における統治行為論の動向」公法研究13号184頁、189頁(1955)もドイツについてこれを確認している。このほか、同「書評」国家学会雑誌71巻4号106頁(1957)も参照。
- 52) 金子前掲註49) 論文41頁参照。
- 53) 覚道前掲註9) 論文172頁。金子同上40頁同旨。
- 54) 覚道同上172頁。野中ほか前掲註5) 文献71頁〔野中〕同旨。
- 55) 公法研究13号75頁以下(1955)掲載の諸論文参照。奥平前掲註10) 論文64頁。1名、久保田きぬ子が例外で入っているのは、アメリカ法に詳しい行政法学者が当時は殆どいなかったからではないかと推測する。
- 56) 田中二郎『新版行政法上巻』〔全訂第2版〕2頁(弘文堂、1974)。初版は1954年。
- 57) 外間寛「『統治行為』について」公法研究41号193頁、194頁(1979)が、「多くの行政法学説において『統治行為』の法理が採用されるに至った」と総括した点は示唆的である。外間は行政法学者。
- 58) 奥平前掲註10) 論文64頁。野中前掲註11) 書138頁同旨。
- 59) 覚道前掲註9) 論文174頁、小林前掲註36) 書170頁。
- 60) 入江前掲註51) 論文82頁。
- 61) 牧野忠則「西ドイツに於ける行政裁判権レベルでの統治行為論(1)」北大法学論集34巻3=4号177頁、184-185頁(1984)。同「同(2)」同6号73頁(1984)はドイツ行政法学の対応を、同「同(3・完)」同36巻3号391頁(1984)はドイツの裁判所の対応をそれぞれ詳述する。

- 62) 同上 (3・完) 405 頁は、「西ドイツの行政裁判所レベルでは統治行為論はその重要性及び影響力をもちや持っていない」と断じている。
- 63) 作間忠雄「統治行為論」法律時報 49 卷 7 号 235 頁、240 頁 (1977)、山内敏弘「自衛隊裁判と『統治行為』論 (1)」法律時報 49 卷 8 号 19 頁、23 頁 (1977)、覚道前掲註 9) 論文 174 頁など参照。
- 64) なお、牧野前掲註 61) 論文 181 頁は、この概念は、Vollziehung (執行) の中で Verwaltung (行政) と並んで認められるかなどの問題もあり、日本語の「統治行為」と対応しないと言う。
- 65) 覚道前掲註 9) 論文 174 頁。宍戸前掲註 5) 論文 243 頁も参照。奥平前掲註 10) 論文 67-69 頁は更に、日本の研究者は、ドイツ公法学者の労作を借りて、イギリスでも類似の理論 (acts of state) があると主張したのだろうが、イギリスには統治行為論に当たる学説はない、と批判する。
- 66) 奥平同上 64 頁。
- 67) 美濃部達吉、佐々木惣一らも戦後直ちにそう記述した。君塚正臣「『裁判を受ける権利』の作法の発想転換」横浜国際経済法学 21 卷 3 号 25 頁、34-35 頁 (2013) 参照。
- 68) このほか、アメリカについて、久保田きぬ子「アメリカ憲法における『政治問題』」公法研究 13 号 168 頁、173 頁 (1955) は、「裁判所の高度の良識、裁判官の叡智にのみかけられている」と述べている。伊藤正己『憲法』[第 3 版] 636 頁 (弘文堂、1995) は、「司法作用の意味は流動的である」として内在的制約説を批判し、自制説に立つ。西尾昭「統治行為について」同志社法学 7 卷 5 号 113 頁 (1976)、戸波江二『憲法』[新版] 434 頁 (ぎょうせい、1998) 同旨。
- 69) 山田説については、以下のもののほか、山田準次郎「衆議院の解散と統治行為 (政事問題) 衆議院解散無効の判決に関連して」明大法律論叢 27 卷 4 号 35 頁、65 頁以下 (1954)、同「民主主義国家における統治行為」同 5=6 号 1 頁 (1954)、同「統治行為に関する最近フランスの法学説」同 28 卷 2=3 号 1 頁 (1954) なども参照。
- 70) 山田準次郎「統治行為について」公法研究 13 号 108 頁、114 頁 (1955)。
- 71) 同上 115 頁。フランス行政裁判所の条約解釈については、大藤紀子「条約の解釈に関するフランス行政裁判所裁判官の権限について」聖学院大学論叢 10 卷 2 号 10 頁 (1988)、齊藤芳浩「裁判による条約の審査について (1)」西南学院大学法学論集 40 卷 1 号 1 頁、5 頁以下 (2007) も参照。
- 72) 山田同上 115-119 頁。
- 73) 同上 119 頁。
- 74) 依静夫ほか「討論報告・第二部会 統治行為」公法研究 13 号 190 頁 (1955)。佐藤功の

質問に答えたもの。

- 75) 戸松秀典『ブレップ憲法』〔第3版〕135頁(弘文堂、2007)。同『司法審査制』171頁以下(勁草書房、1989)は自制説に傾斜していると言ってよい。
- 76) 阪本昌成『憲法理論』〔補訂第3版〕426頁(成文堂、2000)、覚道前掲註9)論文175-176頁。
- 77) 影山日出弥「統治行為」針生誠吉ほか『日本の憲法判例』329頁、348頁(敬文堂、1969)。
- 78) 入江前掲註51)論文89頁。
- 79) 影山前掲註77)論文351頁。
- 80) 初宿正典ほか『憲法—Cases and materials—憲法訴訟』332頁(有斐閣、2007)。
- 81) 山本泰裕「統治行為と権力分立(1)」愛知教育大学社会科学論集14=15号81頁、87頁(1976)は、統治行為を権力分立原理との密接な関連で説明しようとした。
- 82) 古くは社会国家もしくは社会的法治国原理を統治行為論の一根拠とする学説も見られた。堤口康博「統治行為の発展」早稲田政治経済学雑誌143号97頁、110頁(1950)、高乗正臣「統治行為」日本女子経済短期大学研究論集32号43頁、66頁(1976)同旨など。多くの学説はこれに触れておらず、その傾向が妥当であろう。
- 83) この説が「内在的」と自称するのは循環論法もしくは論理的に矛盾するではないかとの批判がある。小針司『憲法講義(全)』〔改訂新版〕184頁*(信山社、1998)。
- 84) 穴戸前掲註5)論文244頁。例えば、林田和博「司法権の範囲」清宮四郎=佐藤功編『憲法講座4—司法・財政・地方自治・最高法規・改正』1頁、15-16頁(有斐閣、1959)、庄野隆「統治行為と憲法的判断」高知大学学術研究報告25巻社会科学1号1頁(1976)、林修三「自衛力保持の合憲判断と統治行為論—百里基地事件水戸地裁判決を読んで」法律のひろば30巻5号4頁、7頁(1977)。
- 85) 挙げたもののほか、橋本公巨『日本国憲法』607頁(有斐閣、1980)、佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第5版〕477頁(学陽書房、1996)、長尾一紘『日本国憲法』〔全訂第4版〕243頁(世界思想社、2011)、清宮前掲註4)書340頁、藤井前掲註5)書218頁、堤口前掲註82)論文111頁など。小林直樹『憲法講義下』〔新版〕380頁(東京大学出版会、1981)は「極度に限定的にのみ承認される」とする。清宮説の限界につき、安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』〔第2版〕185頁(有斐閣、2009)〔南野森〕参照。
- 86) 雄川一郎「統治行為論(1)」国家学会雑誌68巻3=4号30頁、35頁(1954)。
- 87) 同上35-36頁。
- 88) 同上38頁以下及び、雄川一郎「統治行為論(2)」国家学会雑誌68巻9=10号1頁(1955)参照。

- 89) 雄川一郎「統治行為論（3・完）」国家学会雑誌 70 卷 1=2 号 48 頁、68 頁（1956）。
- 90) 同上 89 頁。「国法」とし、「憲法」としていないところは、行政法学者によるものと実感させる点である。
- 91) 同上 91 頁。
- 92) 田中前掲註 56) 書 299 頁。
- 93) 依ほか前掲註 74) 座談会 193 頁 [田中二郎]。
- 94) 田中前掲註 56) 書 3 頁注 1。
- 95) 同上同頁注 1。
- 96) 宍戸常寿『憲法—解釈論の応用と展開』247 頁（日本評論社、2011）同旨か。
- 97) 入江前掲註 51) 論文 87 頁。
- 98) 同上 89 頁。依ほか前掲註 74) 座談会 190 頁でも確認する。
- 99) 依ほか同上 191 頁 [入江俊郎]。
- 100) 入江前掲註 51) 論文 90 頁。入江説の分析をしようとしたものに、小倉正恒「統治行為論の批判的考察」六甲台論集 13 卷 1 号 22 頁（1966）がある。
- 101) 金子宏「統治行為の研究（4・完）」国家学会雑誌 72 卷 9 号 1 頁、4 頁（1958）。
- 102) 同上 8 頁。
- 103) 同上 10 頁。
- 104) 同上 29 頁。
- 105) 同上 29-30 頁。
- 106) 同上 30 頁。
- 107) 同上 33 頁。
- 108) 依ほか前掲註 74) 座談会 191 頁 [宮沢俊義]。宮沢俊義『日本国憲法』596 頁（日本評論社、1955）では、併せて「学説の発展」にも期待している。
- 109) 宮沢同上 596 頁。
- 110) 宮沢俊義『憲法』〔改訂版〕338 頁（有斐閣、1962）。
- 111) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』428 頁（有斐閣、1973）。
- 112) 同上同頁。芦部前掲註 33) 書 137 頁、戸波前掲註 68) 書 434 頁同旨。芦部の立場の理解のためには、高見勝利『芦部憲法学を読む—統治行為論』334 頁以下（有斐閣、2004）参照。長谷部恭男『憲法』〔第 5 版〕394 頁（新世社、2011）も、「国民の民主的決定プロセスを損なうような国家行為」などで統治行為論を用いることは許されない

とする。人権救済の場面で統治行為論を用いるべきでないとする見解に、小倉正恒『憲法』182頁(法律文化社、1997)などがある。初宿正典『憲法1』127-128頁(成文堂、2002)、辻村みよ子編『基本憲法』281頁(悠々社、2009)[阿部智洋]も同旨か。これに対し、水木前掲註38)論文66頁は、「本案と先決問題は不可分の関係にあり、先決問題が統治行為とされる以上、事件全体が裁判の外に置かるべきもの」だと断じている。

- 113) 芦部信喜『憲法』〔新版補訂版〕308-309頁(岩波書店、2000)。芦部(高橋補訂)前掲註11)書334-335頁でも記述は同じである。藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』313頁(成文堂、2007)、渋谷秀樹『憲法』〔第2版〕655頁(有斐閣、2013)なども同調する。
- 114) 新正幸『憲法訴訟論』〔第2版〕347頁(信山社、2010)ほか。この点、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第2版〕390頁(有斐閣、2010)の説明は究極的である。根拠としての権力分立論、民主主義論、学説としての自制説、内在的制約説は混合され、「両者の説明は相互に排他的と考える必要はないであろう。事案によって、いずれの説明がより適切かを考えればよい」とするが、もはや結論ありきの根拠提示放棄である。なお、機能説は、統治行為「の概念と範囲を厳格に理解しようとするもので、実質的には否定説に近い」とする論評もある。大沢秀介『憲法入門』〔第3版〕316頁(成文堂、2003)。
- 115) 覚道前掲註9)論文176頁など。
- 116) 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1頁、16頁(1959)。
- 117) 同上19頁。
- 118) 同上30頁。
- 119) 下澤悦夫「憲法9条と裁判官そして司法の民主化」守屋克彦編『日本国憲法と裁判官』56頁、60頁(日本評論社、2010)。齊藤前掲註44)論文43頁も、これが専ら裁判官の権力分散のための議論であることを指摘する。
- 120) 大西芳雄「統治行為論に提言」立命館法学111=112号1頁、5頁(1974)同旨。
- 121) 磯崎前掲註116)論文33頁。
- 122) 同上9頁。
- 123) 阿部照哉『憲法』〔改訂〕253頁(青林書院、1991)など。
- 124) 奥平前掲註10)論文76-77頁。
- 125) 芦部前掲註111)書426頁、芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』401頁(日本評論社、2011)[笹田栄司]。
- 126) 覚道前掲註9)論文174頁、伊達前掲註10)論文14頁など。小林前掲註36)書139頁も、「政治」という語の曖昧・多義性を指摘する。肯定説の雄川前掲註89)論文79頁もこのことは認める。これに対し、外間前掲註57)論文194頁は、衆議院の解散と地方議

会の解散を比較するなどすれば解ると反論する。

- 127) 山田前掲註 70) 論文 109 頁。シュナイダー説を引用してこう述べる。
- 128) 覚道前掲註 9) 論文 173 頁。
- 129) 伊達前掲註 10) 論文 16 頁。
- 130) 覚道前掲註 9) 論文 176 頁。
- 131) 本稿で取り上げたもののほか、覚道豊治「憲法における自由裁量の概念」阪大法学 40=41 号 88 頁 (1962)、時岡弘「日本国憲法における統治行為」早稲田社会科学研究 2=3 号 79 頁、98 頁 (1968)、田畑忍編『日本国憲法論』147 頁 (法律文化社、1977) [渡辺久丸]、伊藤公一『憲法概要』192 頁 (法律文化社、1983)、阿部照哉=松井幸夫『HAND BOOK 憲法』301 頁 (有信堂、1990) [永田秀樹]、浦部法穂『憲法学教室』〔全訂第 2 版〕379 頁 (日本評論社、2006)、松井茂記『日本国憲法』〔第 3 版〕258 頁 (有斐閣、2007)、市川正人『ケースメソッド憲法』〔第 2 版〕21-22 頁注 8 (日本評論社、2009)、大石眞『憲法講義 I』〔第 2 版〕222 頁以下 (有斐閣、2009)、辻村みよ子『憲法』〔第 4 版〕449 頁 (日本評論社、2012) など。京都学派の割合が大きい。この点、君塚正臣「社会権としての『教育を受ける権利』の再検討—その過拡大再考の提言」横浜国際社会科学 15 卷 5 号 1 頁、20 頁注 94 (2011) も参照。
- 132) 磯崎辰五郎「いわゆる統治行為とわが国憲法」民商法雑誌 39 卷 4=5=6 号 867 頁、871-872 頁 (1959)。
- 133) 同上 874 頁。
- 134) 同上 875 頁。
- 135) 磯崎前掲註 116) 論文 27 頁。
- 136) 杉原泰雄『憲法 II』372 頁 (有斐閣、1989)。
- 137) 同上同頁。
- 138) 小嶋和司『憲法概説』489 頁 (良書普及会、1987)。同書 492 頁注 2 は、「『統治行為』の法理の紹介が、フランス国務院の判例の紹介に関連し、『行政行為』と比べて、たんに『高度の政治性ある行為』とのみ紹介されたことに起因している」と論ずる。
- 139) 同上 492 頁。毛利透ほか『LEGAL QUEST 憲法 I』276 頁 (有斐閣、2011) [松本哲治] 同旨。
- 140) 小嶋同上 489-490 頁。
- 141) 穴戸前掲註 5) 論文 244 頁。但し、磯崎前掲註 132) 論文 878 頁は、自らの解釈は「機械的に文言通りに解釈する」ものではなく、「文言通りにこれを取ることが恰もその規定の目的に合する」ときにそうする「意味では文理解釈もまた合目的的解釈である」と述べている。

- 142) 覚道前掲註9) 論文177頁同旨か。
- 143) 戦後に刊行された、美濃部達吉『日本國憲法原論』454-455頁(有斐閣、1948)でも、司法権は「本来は民事及び刑事の裁判を意味する」が、「新憲法に於ける裁判所は」「行政裁判をも管轄するものとなった」という大陸法的歴史的概念構成が見られるほか、「行政機関の自由裁量権の範囲に属する」ものは「裁量を誤り公益上不適当な処分であるとしても、之に対する処分は法律上の争ではなく、随つて裁判所に出訴し得べきものではない」と断じており、政治部門の最終判断権を留保する意図が見られる。
- 144) 池田政章「違憲審査制」清宮=佐藤編前掲註84) 書56頁、64頁。
- 145) 解釈論争につき、君塚正臣「米判批」横浜国際経済法学21巻2号187頁、207頁注38(2012)も参照。
- 146) 清宮前掲註4) 書340頁。
- 147) 安倍治夫「砂川事件の最高裁判決と統治行為論」法律のひろば13巻2号13頁、15頁(1960)。その後、「国政を担当する者の苦衷は、身分の保障の法服をまとい法概念の操作にあげられる司法部員の理解のそとにある」と続く。
- 148) 覚道前掲註9) 論文176頁。
- 149) 佐藤幸治『日本国憲法論』646頁(成文堂、2011)同旨か。高乘前掲註82) 論文55頁同旨。
- 150) 覚道前掲註9) 論文177頁。
- 151) 宍戸前掲註5) 論文242頁。
- 152) 時岡前掲註131) 論文92頁同旨。
- 153) 宍戸前掲註5) 論文242頁。奥平前掲註10) 論文69頁も、アメリカの政治問題は、「明らかに違憲審査権の行使を視野においた」理論であることが、その理論の日本への導入の理由であると述べている。小林前掲註36) 書4頁も参照。
- 154) 酒井文夫「憲法判断回避の準則と統治行為論」聖学院大学論叢I巻1頁、15頁(1988)。
- 155) 奥平前掲註10) 論文69頁。
- 156) 竹宮崇『『政治的問題』の意義と現実』静岡大学法経短期大学部研究紀要法経論集28号77頁、100頁以下(1971)。
- 157) 奥平前掲註10) 論文73頁。
- 158) 奥平前掲註24) 論文57頁。
- 159) この点で、日本において衆議院の解散もまた、統治行為とすべきではない。
- 160) 小林前掲註36) 書137頁もまた、「最高裁自身による政策形成的配慮が反映してきた」と指摘している。

- 161) 奥平前掲註 10) 論文 70 頁。
- 162) 同上 80 頁。
- 163) 同上 80-81 頁。時岡前掲註 131) 論文 83 頁も、これでは「憲法の番人」が国民という理解になってしまう、と批判する。同「憲法の保障（統治行為の一考察）」拓殖大学論集 48 号 17 頁、18 頁（1965）も参照。
- 164) 奥平前掲註 24) 論文 45-46 頁。
- 165) 奥平前掲註 40) 論文 42 頁。
- 166) 奥平康弘「長沼判決と統治行為論」法律時報 45 卷 14 号 62 頁、67 頁（1973）。
- 167) ところで、民主主義（国民主権、多数決）を理由に法の支配や少数者の基本的人権を斥けるという点で、本稿執筆時点でにわかにかまっている憲法 96 条改正論は共通している。近代立憲主義、社会契約論に反し、ほぼ軟性憲法と化す改正は改正限界を超える暴論である。信頼できる法学者はおおよそ誰も主張しまい。これらについては、石川健治「立憲国家への反逆に動く議会政治家たち真に戦慄すべき事態」朝日新聞 2013 年 5 月 3 日朝刊 13 面が平易かつ端的に論じている。また、与党が変わる毎に、国会や内閣、裁判所、天皇、地方制度などの国の基本構造が変わる結果も生み、憲法制定過程（革命）が常態化する危険もある。なお、同 2 日朝刊 1 面によれば、憲法 96 条改正に賛成 38%、反対 54%（9 条改正賛成 39%、反対 52%）であり、世論は寧ろ冷めている。ただ、このことは政党支持率や内閣支持率とは総じて無関係のようである。世界 844 号 72-128 頁（2013）の諸論文や対談も参照。
- 168) 小林前掲註 36) 書 141-142 頁。
- 169) 同上 9-65 頁参照。
- 170) 同上 67 頁。具体的には同書 70 頁以下参照。
- 171) 同上 139-140 頁。小林の説を、齊藤前掲註 44) 論文 47 頁は、「限定的統治行為説」と名付ける。
- 172) 小林同上 140-141 頁。
- 173) 作間前掲註 63) 論文 238 頁も、この点から長沼訴訟二審判決を批判する。
- 174) 奥平前掲註 24) 論文 50 頁同旨。林前掲註 84) 論文 10 頁は加えて、「一見違憲性明白」は「ややことばの遊戯に近い」と評している。
- 175) 作間前掲註 63) 論文 238 頁。同論文 239 頁の指摘するように、統治行為論を理由に却下するとしながら実質的な憲法判断を行なっている点も疑問である。
- 176) 奥平前掲註 24) 論文 50-51 頁。
- 177) 浦部前掲註 131) 書 378 頁は、裁判所が政治的であるとして判断をしないとしても、裁

判所は政治的紛争に巻き込まれると指摘する。

- 178) 金子前掲註51) I論文(1)2頁も、「公権力の主体として国家と私人との間の紛争に関するため、紛争の対象そのもの実態に即した正しい解決をはかるためには、一般民事事件とことなる独自の法原理なり訴訟原理なりが必要とされる」とする。そして、「行政事件訴訟法の不備、司法権が寧ろ過大に及ぶことが問題であり、「行政事件の特殊性に対応した独自の解釈原理・訴訟原理が確立されなければならない」とする。
- 179) 憲法学でも、水木前掲註38)論文65頁は、統治行為では「立法部や行政部が最終決定権を持つてくるから、裁判所の審査の外に置かれる」とする。
- 180) 奥平前掲註10)論文56頁。
- 181) 林屋礼二『憲法訴訟の手続理論』111頁(信山社、1999)。
- 182) このような姿勢を、高見勝利ほか『日本国憲法解釈の再検討』361頁(有斐閣、2004)[寺島壽一]は「ソフトな統治行為論」と表現した。
- 183) 1973年9月13日第71国会参議院内閣委員会における、上田哲議員の質問に対する吉国一郎内閣法制局長官答弁。浅野一郎=杉原泰雄監修『憲法答弁集1947-1999』449頁、451頁(信山社、2003)参照。
- 184) なお、1998年の時点で、戸波前掲註68)書433頁は、統治行為論「否定説は、「近年ではきわめて有力である」と記述していた。
- 185) 山内敏弘編『新現代憲法入門』333-334頁(法律文化社、2004)[宍戸常寿]。
- 186) 宍戸前掲註5)論文245頁。
- 187) 同上245-246頁。
- 188) 同上246頁。
- 189) 同上246-247頁。
- 190) 同上247頁。
- 191) 同上247-248頁。
- 192) 同上248頁。
- 193) 同上248-249頁。
- 194) 齊藤芳浩「統治行為の根拠についての考察」初宿正典選集『各国憲法の差異と接点』327頁、328頁(成文堂、2010)。
- 195) 同上330頁及び332頁。
- 196) 同上339-341頁及び343頁。
- 197) 同上343頁。

- 198) 齊藤前掲註 44) 論文 49 頁。
- 199) 同上 49 頁。
- 200) 齊藤前掲註 194) 論文 350 頁。
- 201) 同上 350-352 頁。
- 202) 同上 356 頁。齊藤芳浩「統治行為としての条約の運用停止 (1、2)」福岡県立大学紀要 11 卷 2 号 1 頁、12 卷 1 号 1 頁 (2003)、同「条約の運用停止は統治行為か」法律時報 75 卷 4 号 84 頁 (2003) も参照。
- 203) 毛利ほか前掲註 139) 書 273-274 頁 [松本哲治]。
- 204) 同上 274 頁 [松本]。
- 205) 同上 276 頁 [松本]。
- 206) 同上 276-277 頁 [松本]。
- 207) 同上 277 頁 [松本]。
- 208) 同上同頁 [松本]。
- 209) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』〔新版〕220 頁 (尚学社、2011)。
- 210) 高橋和之編『新・判例ハンドブック 憲法』238 頁 (日本評論社、2012) [南野森=早瀬勝明=青井未帆]。ほかに、鈴木陽子「司法審査における統治行為論を理由とした憲法判断回避」武蔵野学院大学研究紀要 7 輯 73 頁、79-80 頁 (2010) は、砂川事件最高裁判決の「一見極めて明白な違憲」の留保を批判しつつ、自由裁量論が混在していることを指摘する。平田公夫「司法審査性と最高裁判所」岡山大学教育学部研究集録 124 号 123 頁、124 頁 (2003) や、統治行為論に慎重な佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』232-234 頁 (三省堂、2013) も参照。
- 211) 奥平康弘「『法から自由』・『統治行為』論を考える (1)」時の法令 1401 号 48 頁、54 頁 (1991)、同前掲註 10) 論文 69 頁、覚道前掲註 9) 論文 174 頁。
- 212) 覚道前掲註 9) 論文 175 頁。
- 213) 雄川一郎「フランスにおける統治行為の動向」公法研究 13 号 177 頁、182-183 頁 (1955)。
- 214) 林田前掲註 84) 論文 15 頁。
- 215) 覚道前掲註 9) 論文 176 頁。
- 216) 俵ほか前掲註 74) 座談会 193 頁 [一圓一億]。
- 217) 覚道前掲註 9) 論文 176 頁。
- 218) 同様に、一方では緊急逮捕を合憲とし、他方では条約の違憲審査を可能にする論拠である。この種の説明を全面否定する学説は希有ではなからうか。

- 219) 清宮前掲註4) 書340頁は「特別の事情」と表現する。初宿前掲註112) 書127-頁同旨。
- 220) 阪本前掲註76) 書427頁。
- 221) 金子前掲註49) 論文42頁。
- 222) 毛利ほか前掲註139) 書274頁〔松本哲治〕は、統治行為論肯定説批判の一方で、アメリカの判例を分析し、こう述べている。
- 223) 野中ほか前掲註5) 文献72頁〔江橋崇〕。
- 224) 外間前掲註57) 論文198頁。
- 225) 同上199頁。
- 226) 岩間昭道『憲法綱要』286頁*（尚学社、2011）も、苫米地事件を統治行為論で説明することには反対だとしながら、「日米安全保障条約については、統治行為の法理が適用されるべき」とする。
- 227) 小林前掲註36) 書216頁は、「唯一、司法の制度目的である『国法秩序の維持』を根拠として、限定化された統治行為論が存続することになれば……と思う」と言う。浦部前掲註131) 書377頁は、結局、統治行為論が妥当するのは「防衛・安全保障に関する事項」だけなのであり、「日本の統治行為論は、9条をめぐる争いを、既成事実追認的に、司法審査の場から排除するための理論にしかすぎず、そのことをもっともらしくみせるために、ほかにもこんなものがあるといって」きたものであると揶揄する。
- 228) 山内敏弘「自衛隊裁判と『統治行為』論（2・完）」法律時報49巻10号63頁、66頁（1977）など参照。
- 229) 阪本前掲註76) 書427頁。
- 230) 原島啓之「統治行為論不要説」九大学生法政論集3号73頁、84頁（2009）。
- 231) 小林前掲註36) 書181頁同旨。
- 232) 森前掲註51) 論文265頁など。
- 233) 小林前掲註36) 書181-182頁。
- 234) 野中前掲註11) 書128頁同旨か。
- 235) 竹宮前掲註156) 論文110頁。
- 236) 諸根貞夫「『統治行為肯定説』批判・試論」愛媛大学教養部紀要16巻1号27頁、45頁（1983）同旨か。
- 237) 小林前掲註36) 書182頁同旨。
- 238) 奥平前掲註40) 論文43頁は、程度問題の議論になることを戒め、質的転換を伴うものである必要を示唆する。

- 239) 今村成和「砂川判決と統治行為論など」法律時報32巻2号34頁、37頁（1960）は、それは「革命かクーデタの場合としか考えられない」と述べる。
- 240) 清宮前掲註4）書340頁同旨か。
- 241) 芦部前掲註111）書432頁。雄川前掲註89）論文81頁同旨。
- 242) 川岸令和ほか『憲法』〔第3版〕333頁（青林書院、2011）[君塚正臣]、清宮前掲註4）書340頁、俵ほか前掲註74）座談会195頁[磯崎辰五郎]。磯崎前掲註116）論文5頁は、イギリスにおいて国会が違法と承認した内閣の行為は統治行為とは言えないことを論ずる。また、牧野忠則「西ドイツ基本法の下での裁判権および行政裁判権による恩赦の審査（1）」北大法学論集36巻5=6号131頁、132頁（1986）は、恩赦が統治行為に含まれている説はおかしいと指摘する。
- 243) 小林前掲註36）書182頁同旨。吉田善明『日本国憲法論』〔第3版〕262頁（三省堂、2003）も、統治行為論の範囲は「必要最小限度」にすべきとする。
- 244) 奥平前掲註40）論文47頁。
- 245) 例えば、藤田宙靖『第4版行政法Ⅰ（総論）』121頁注1（青林書院、2003）、塩野宏『行政法Ⅱ』〔第5版〕280頁（有斐閣、2010）。統治行為論の主張は慎重であるべしとする、原田尚彦『行政法要論』〔全訂第5版〕335頁（学陽書房、2004）、櫻井敬子=橋本博之『行政法』250-251頁（弘文堂、2007）なども参照。統治行為論は近年の行政法の教科書では、行政救済法の中で論じられている。
- 246) 榎原猛『憲法—体系と争点』356頁（法律文化社、1986）同旨か。
- 247) 藤井前掲註5）書219頁。
- 248) 原島前掲註230）論文79頁。但し、樋口陽一『憲法』〔第3版〕443頁（創文社、2007）が的確に指摘するように、統治行為論と憲法判断回避の原則とでは、当事者にとっては正反対の判決を下されることになる。
- 249) 雄川前掲註89）論文80頁。
- 250) あまりにも雑多なものを含んでしまったがため、戸松秀典『憲法訴訟』〔第2版〕228頁（有斐閣、2008）が述べるように、「政治問題の法理は、」「その独自性を示すほどの個別の内容をもっているわけではない」。
- 251) 小林前掲註36）書215-216頁同旨。
- 252) 原島前掲註230）論文82頁同旨か。覚道豊治『憲法』〔改訂版〕176頁及び309頁（ミネルヴェ書房、1973）は、条約の締結は内閣と国会の判断が、国内法上も、有権的最终のものであり、裁判所の審査権は否定されとする。これに対して、森前掲註51）論文276頁は、安保・防衛問題は「憲法9条や憲法を貫く根本精神に反するか否かが争

われている」ので、裁量の問題とすることは無理だとする。

- 253) 佐藤前掲註149) 書647頁。
- 254) 齊藤芳浩「裁判による条約の審査について(2)」西南学院大学法学論集40巻2号65頁、98頁(2007)の述べるように、条約に関する限り典型的な統治行為論により審査を免れた裁判例はないと言えよう。
- 255) 杉原前掲註136) 書374頁。芦部信喜も、この点は同じ意見だという。高見前掲註112) 書336頁。
- 256) 条約の解釈も可能である。最大判昭和36年4月5日民集15巻4号657頁、最大判昭和37年12月5日刑集16巻12号1661頁、最判昭和58年11月25日訟月30巻5号826頁もこの立場である。齊藤前掲註254) 論文88頁以下も参照。
- 257) 司法審査基準については、君塚正臣「二重の基準論の根拠について」横浜国際経済法学16巻1号1頁(2007)、同「二重の基準論の応用と展望」同17巻2号1頁(2008)、同「二重の基準論の意義と展開—『二重』は『三重』ではない」佐藤幸治古稀『国民主権と法の支配下巻』31頁(成文堂、2008)、同「司法審査基準—二重の基準論の重要性」公法研究71号88頁(2009)など参照。
- 258) 賛成はできないが、議論を進めて、憲法9条は政治規範であると言い切れば、統治行為論と同じ効果になる。芦部信喜『憲法学I』298頁(有斐閣、1992)参照。
- 259) 選挙の度毎に、自衛隊廃止論は漸減している。外間前掲註57) 論文198頁。
- 260) この点で、「憲法の意義は法の支配による『自由の原理』保障にある」とする、新前掲註114) 書358頁は、「自由の原理」に関係する事件には統治行為論は及ばず、裁量論や自律で処理できるものはそうすれば、統治行為論は「ゼロに縮減するのではあるまいか」と述べる。
- 261) 原則は適用違憲の方である。君塚正臣「適用違憲『原則』について—猿払事件を端緒とする再検討」横浜国際経済法学15巻1号1頁(2006)。川岸ほか前掲註242) 書344頁[君塚]も参照。
- 262) 原島前掲註230) 論文85頁同旨。君塚正臣「法令違憲—適用違憲とこれのほかに、運用違憲、処分違憲は存在するか」横浜国際経済法学20巻3号29頁(2012)も参照。
- 263) 外間前掲註57) 論文200頁は長沼訴訟一審判決を素材にそう述べる。君塚正臣「憲法判断回避の『法理』について」横浜国際経済法学14巻1号1頁(2005)も参照。
- 264) 原島前掲註230) 論文81頁同旨か。
- 265) 樋口陽一『憲法I』478頁(青林書院、1998)。この点で、野中ほか前掲註5) 文献73頁[江橋崇]は、刑罰法規を無審査にしたとの非難を回避するために一見明白に違憲の場合

- を留保したのだと論じている。佐藤前掲註149) 書648頁が述べるように、砂川事件最高裁判決では、当該法律が合憲と明言されていた点が肝要である。
- 266) 棟居快行『憲法解釈演習』237-238頁(信山社、2004)は、このことが砂川事件では司法審査の余地を残そうとさせたのではないかと論じる。
- 267) 日本の裁判所は条約の違憲審査は可能であり、その判断は国内法上の効力に限られる。君塚前掲註27) 書415頁以下参照。このため、この事例でも、日米安全保障条約を、本来の国際法として無効にすることは、あらゆる意味でできないものと思われる。
- 268) 今村前掲註239) 論文38頁は、「極度に例外的な場合においてのみ、統治行為の存在を認める」とするが、砂川事件のような「場合に安保条約の合憲性を審査することは、なお可能である」と述べていた。
- 269) 佐藤前掲註149) 書50頁。なお、同『憲法』〔第3版〕(青林書院、1995)48頁は、「事後において議会や裁判所などの立憲制度上の正規の機関を通じて緊急権濫用の適正さを厳しく審査し、責任を追及する途を開いておくこと」の必要性に言及していた。
- 270) 原島前掲註230) 論文83頁同旨。
- 271) 阿部照哉ほか編『憲法(4)』〔第3版〕177頁(有斐閣、1996)[野坂泰司]同旨。
- 272) これに対して、野中俊彦ほか『憲法II』〔第5版〕283頁(有斐閣、2012)[野中]は、「司法審査の制約原理ないし限界問題として扱うほうが、論理的には、より適切」とする。
- 273) この点は、いわゆる三段階審査、比例原則、基本権保護義務などを巡り、特殊ドイツ的理論の直輸入について警鐘を鳴らしたところである。君塚正臣「二重の基準論とは異質な憲法訴訟理論は成立するか—併せて私人間効力論を一部再論する」横浜国際経済法学18巻1号17頁、18頁(2009)。
- 274) 君塚前掲註27) 書269頁。

〔付記〕本稿は、平成25年度-29年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」(課題番号25380029)による研究成果の一部である。本稿では、全て敬称は略させて戴いた。