

# 日本国憲法における権限分配上の関係と組織上の関係

時 本 義 昭

はじめに

第一節 限定的執政説

一 執政説と「国務を総理すること」

二 *scheinbar* な執政

第二節 法律執行説と国民内閣制論

一 権力分立論

二 組織上の関係と国民内閣制論

おわりに

## はじめに

日本国憲法六五条の行政権に関する控除説はかつて盤石と思われていたが、一九九〇年代以降、執政説と法律執行説との台頭に伴って批判に曝されるようになった。これらの批判の一部は以前からくすぶっていたものが表面化した結果であるといえなくもないが、控除説が凋落しつつある根本的な原因は、控除説によって同条の行政権の中に温存されてきた戦前以来の「行政各部中心の行政システム・官僚システム」あるいは「行政各部中心の行政（体制）観、行政事務の各省庁による分担管理原則」<sup>②</sup>では、一方で戦後復興を果たし一定の物質的豊かさを実現した国内社会に、他方で冷戦構造が崩壊した国際社会に、対応できないことにある。このような状況の下で、とりわけ、二〇〇一年の中央省庁再編において中心的な役割を果たした佐藤幸治を、わが国は再び戦前の割拠主義による自滅<sup>③</sup>に陥るのではないかという危機感が衝き動かしただであろうことは想像に難くない。それに対して、やや精密な言い方をすれば官僚機構によって担われてきた行政「独自の公益判断権」<sup>④</sup>を、執政説は同条の行政権の中で政治の領域に位置づけ直す、あるいは可視化する。その意味で執政説と控除説の相違は相対的であるといえるが、両説のこのような関係は、「公益判断権」を「高度の統治作用」<sup>⑤</sup>と言い換えた場合、変容する可能性を孕んでいる。では、法律執行説は同条から排除された「公益判断権」あるいは「高度の統治作用」をどこに位置づけるのかといえ、毛利透は法律の執行に伴う「政治性を有する裁量」<sup>⑥</sup>の中に、高橋和之は権力分立における抑制と均衡をとおした正しい法の制定という側面に、<sup>⑦</sup>あるいは議会と執行府が民意への接近を競い合うという側面に位置づける。<sup>⑧</sup>

もちろん、執政説と法律執行説に対しては批判がある。ここでは、相互の批判<sup>⑨</sup>ではなく協働執政理論による批判を

取り上げることしよう。協働執政理論とは、簡単にいえば、議会と執行府が執政説のいう「高度の統治作用」を共有することによって「両者の相互抑制を通して、最適な国務の遂行を実現」<sup>10</sup>しようとするものである。西村良太はこのような意味における協働執政理論を展開するに際して、執政説に対しては、「『法律による行政』から漏出する『政治』の領域を「執政権として」正当にも析出しながら、「『執政権』がどこまでも『内閣の』権限として主題化されてきた」<sup>11</sup>結果、議会と執行府の相互抑制（＝協働）関係が軽視されてきたと批判する。確かに、戦後の憲法学界が国会と内閣の権限分配上の関係における（＝立法に複数の機関を関与させることによる）相互抑制（＝協働）関係にあまり注目してこなかったということは否定できないが、しかし、執政説が執政権を日本国憲法六五条の行政権に独占させているといえるであろうか。執政説は同条の行政権の中に法律の執行とは異質な政治的要素が存在することを指摘するにとどまり、それを同条の行政権に、さらには内閣に独占させることまでは主張していないのではないか<sup>12</sup>。また、高橋和之の権力分立論に対しては、「問題意識を共有している」<sup>13</sup>として親近感を示しつつ、「執政作用を『政治の領域』と割り切り、『法の領域』における考察対象からあらかじめ除外する」<sup>14</sup>と批判する。これはどういふことかといえ、執政権を法の忠実な執行という「法の領域」から切り離し、その結果、法を執行する機関である内閣から切り離し、その意味で内閣に独占させないが、切り離された執政権は、権力分立における「法の領域」においてだけではなく、「政治の領域」<sup>15</sup>＝正しい法の制定という側面においても、積極的に論じられることはないということである。しかし、権力分立にはこれら権限分配上の関係に加えてもう一つの側面、すなわち組織上の関係があるのであり、後者によって、すでに述べた議会と執行府が民意への接近を競い合うという側面が法的に支えられ、国民内閣制が実現される。国民内閣制は機能的（＝事実上の）概念であるが、この概念を法的に支えている組織上の関係は「均衡型の一元型議

院「内閣」制<sup>15</sup>」なのである。

では、高橋和之の「『政治の領域』と『法の領域』とを切断する理論枠組」<sup>16</sup>についてはいかに評価すべきであろうか。すでに述べたように、「政治の領域」は正しい法の制定と、「法の領域」は法の忠実な執行と、それぞれ言い換えられる。この両者は権力分立を構成し、本稿でいうところの権限分配上の関係である。問題は「法の領域」と組織上の関係とが一致しないことである。すなわち、前者においては、「法制定、法執行、法裁定という機能(作用)を制度上どのように区別し、それぞれをいかなる機関に担わせるかが問題とな」<sup>17</sup>り、「法執行」機関は「法制定」機関に従属する。それに対して、後者においては、議会と執行府は均衡関係にある。要するに、前者は縦の関係、後者は横の関係ということになるが、この点との関係で注目すべきは、「カレ・ド・マルベールは高橋の「権力分立の」『国民主権モデル』の原型である *Fat legal* の提唱者であった」<sup>18</sup>という毛利透の指摘である。というのは、カレ・ド・マルベールの合法国家論においては、組織上の関係と「法の領域」とは、前者が後者を支配する結果として、あるいは後者は前者の反映として位置づけられること<sup>19</sup>によって、一致するからである。もちろん、高橋の国民内閣制論を含めた権力分立論とカレ・ド・マルベールの合法国家論とをこのような形で、つまり同じ土俵で比較することに対してはさまざまな批判が予測されるが、ここではそれらの批判について検討することはできない。本稿で問題提起したいのは、理論モデルとしてではなく実定憲法の解釈において、組織上の関係と「法の領域」とを「切断する」ことができるのかということである。その際、いわば両者の中間に位置する「政治の領域」と組織上の関係との関係が重要になるであろう。

ところで、高橋和之の組織上の関係とその機能論である国民内閣制論とは、「内閣は憲法七条に基づき無制約の解

散権を有するという」日本国憲法の解釈と、それにもとづいて「運用上は、均衡型の一元型議院「内閣」制が行われている」ということとを前提としている。<sup>21</sup>そして、このような憲法解釈と憲法運用との下で、民意の実現を名目に習律上の制約から「解散制度を解き放とうとするのが、いわゆる国民内閣制論の含意でもあろう」といわれる。<sup>22</sup>ところが一方で、このような憲法解釈は一つの可能な解釈にとどまり、しかも、このような憲法解釈によって「均衡型の一元型議院「内閣」制」という運用が説明し尽くされるわけではない（とりわけ、その前提である解散権の帰属主体について）。現に、日本国憲法施行後の初めての解散（一九四八年二月三日）においては、六九条所定の手続に従って、つまり内閣不信任決議案の可決をまつて解散が行われた。他方で、わが国が戦前以来、議院内閣制も含めた議会制度のモデルとしてきたイギリスにおいて、二〇一一年議会任期固定法によって、形式的には君主の、実質的には内閣総理大臣の庶民院解散権が廃止された。そして、現在のイギリスでは、任期満了以前の総選挙は、庶民院が、総議席の三分の二以上の賛成で総選挙を実施する動議を可決した場合と、過半数の賛成で内閣不信任動議を可決した後一四日以内に新たな内閣に対する信任動議を可決しない場合とに限定されたのである。<sup>23</sup>これは、解散権論争でいえば、自律的解散説と六九条限定説を合わせたものに近いといえるであろう。となると、日本国憲法が制定されて七〇年が経過した今、現在のような解散制度の運用が確立される以前のという意味で憲法の政治部門の原型<sup>24</sup>を確認しておくことには意味があるのではないか。ただし、そのような作業をとおして、本稿は「新たな理論を提唱し、あるいは、まったく視点・切り口を異にする独創的な理論を提唱し」<sup>25</sup>ようとするものではない。そうではなくて、既存の理論や枠組みの再検討をとおして、日本国憲法における国会と内閣の関係について一定の視点から考察しようとするにとどまる。その意味で、本稿はささやかな試みにすぎない。その際、「権力分立における『権力』は、国家作用の区別に着目して

使う場合と、機関……に着目して使う場合があり、混乱を避けるために、両者を明確に区別する必要がある<sup>(26)</sup>。つまり、フランス的にいえば、権力分立論でいうところの *pouvoir* には *fonction* の意味と *organe* の意味とがあり<sup>(27)</sup>、緻密な議論を展開するには両者を意識的に区別しなければならぬ。例えば、行政権についていえば、実質的意味の行政権と形式的意味の行政権と使い分けなければならぬわけであるが、この区別は当然のことであるにもかかわらず、以下で示すように、意外にも、強調しても強調しすぎることはないのである。

### 第一節 限定的執政説

#### 一 執政説と「国務を総理すること」

一口に執政説といってもその内容は論者によつて異なるが、本稿は日本国憲法六五条の行政権から法律の執行を排除する、その結果として同条の行政権を執政に限定する執政説は対象としない。というのは、権力分立の下における権限分配規定である同条の行政権には法律を執行する権限は含まれていなければならないからであり、したがって、問題は法律の執行プラス・アルファということになる。この点で、執政説の中心として佐藤説を中心に据えるべきであろう。

佐藤説の目的は国会との関係で内閣を強化することというよりも、すでに述べたような「行政各部中心の行政システム」あるいは「行政事務の各省庁による分担管理原則」を克服すべく、全体としての行政の中で内閣を、さらに内閣における内閣総理大臣を、それぞれ強化することである<sup>(29)</sup>。そのためには、「行政権に内在すると解される政治・統治の作用について明確な位置づけがなされ」なければならず、日本国「憲法六五条にいう『行政権……』には、国法

(法律)を執行する作用と政治・統治の作用の両者が含まれていることを正面から認めるべきである<sup>(30)</sup>。したがって、ここでいう行政権は権限分配規定である同条における実質的意味の行政権であり、<sup>(31)</sup>実質的意味の行政権には「政治・統治の作用」が「内在」し、このことは七三条一号において「国務を総理すること」という形で示されている。そして、このことは同憲法の制定過程やドイツの基本法における執行権概念によつて補強されている<sup>(32)</sup>が、問題はこのような解釈によつて所期の目的を十全に達成することができるか否かである。実はこの点で重要なのが、執政説にとつては否定されたはずの控除説<sup>(33)</sup>との関係である。

日本国憲法六五条の行政権に関する控除説は憲法学界が行政法学から継受したものであるが、行政法学においては、同条の行政権を積極的に定義しようと消極的に定義しようと、控除の対象は国家の対人的作用に限定され、そこには初めから統治や執政といった要素は含まれていない。ところが、この点に関する批判的検討を欠いた継受のため、漠然と国家作用から立法作用と司法作用を控除した結果である同条の行政権には法律の執行に加えてさまざまなものが混在することとなった。このような雑居性は同条の行政権の積極的定義を一層困難にするという悪循環をもたらす<sup>(34)</sup>とともに、解散権論争において六五条説を生み出したのである。もつとも、六五条説が主張されるにはそれなりの背景が存在した。すなわち、六五条説は同憲法の下における第一回解散の翌年に入江俊郎によつて主張された<sup>(35)</sup>が、一方で入江は法制局長官や貴族院議員として同憲法の制定に深く関与し、他方で金森徳次郎国務大臣は第九〇回帝国議会の衆議院帝国憲法改正案委員会において解散権の帰属主体について控除説を前提とした六五条説を主張していたのである<sup>(36)</sup>。それに対して、解散権論争に六九条限定説をもつて参戦した小嶋和司は、「内閣は「同条の」行政権をもつがゆえに解散権をもつと」<sup>(37)</sup>はいえないとして暗に六五条説を批判し<sup>(38)</sup>、この批判は控除の対象を「国家の対国民的作用」に

限定する<sup>(39)</sup>いわゆる「限定的控除説」へと発展する。「限定的控除説」が解散権論争に由来するということは後ほど述べるように重要であるが、いずれにしても、控除説を本来の姿に戻して、国法の執行としての同条の行政権の定義と単純な控除説<sup>(41)</sup>によって同条の行政権に国法の執行に加えて形式的意味の行政権(七三条の一部・三条・六条二項・五三条・五四条二項・七九条一項・八〇条一項など)も含まれてしまうこととの「矛盾撞着」<sup>(42)</sup>に対して帳尻合わせを行ったわけである。となると、小嶋説においては、「国家の対国民作用」から「形式的」<sup>(43)</sup>意味の立法作用と司法作用とを控除した後に残るものは国法の執行ということになるが、ここで国法の執行とは「横断的」「階層的」<sup>(44)</sup>権力分立を前提とした上位規範の執行であり、権力分立論において小嶋と「よく似ている」<sup>(46)</sup>といわれる高橋和之によれば、「一般的・抽象的法規範の個別・具体的事例への適用・実施という意味ではない。上位規範から下位規範へと向かう法の実現過程における上位規範の執行という意味であり、したがって、上位規範の執行としての法制定<sup>(47)</sup>も、これに含まれる」。そして、佐藤幸治は以上のような「限定的控除説」と執行概念とを受け入れたうえで、あえて六五条の行政権に国務の総理を含めるのである<sup>(48)</sup>。ここでは、そもそもそのようなことが可能であるか否かは問うことなく、このような意味における執政説を限定的執政説と呼ぶことにしよう。ところで、執行概念に含まれる「法制定」は「重大な、ときには極めて大きな政治的意味をもちうる」<sup>(49)</sup>が、佐藤はこの点を重視しない<sup>(50)</sup>。では、限定的執政説における同条の行政権の中に含まれる国務の総理による「高度の統治作用」が可能になるであろうか。すでに述べたように、佐藤の所期の目的が全体としての行政の内部における内閣(総理大臣)の主導権の確立であることからすれば、国務の総理は「国家の対国民作用」への限定を前提とする同条の行政権に取り込むことなく、むしろ七三条一号をおして形式的意味の行政権として内閣に帰属させるべきではないか<sup>(51)</sup>。単純な控除説の結果六五条の中に含まれていた統

治・執政の要素をくくり出して「国務を総理すること」の中に含めるわけである。そうすれば、国務の総理は「国家の対国民作用」への限定を免れ、十全な統治作用を発揮することができるのではないか。要するに、佐藤説は結果として不徹底なのである。

ところで、日本国憲法六五条の行政権に取り込むことなく七三条一号の「国務を総理すること」に統治や執政といった要素を読み込むことはすでに示唆したように解散権論争との関係で重大な帰結をもたらす。すなわち、「国務を総理すること」に衆議院を解散する権限を含めれば、六五条の行政権に対する限定とは関係なく解散権を内閣に帰属させることができるのである。<sup>52</sup> この、いわば七三条説の難点は、七三条一号において「国務を総理すること」は法律の執行に続いて規定されていることから、国務とは法律の執行と何らの関係があることであり、それと無関係な衆議院の解散をそこに含めることには無理があるのではないかということである。<sup>53</sup> この点と関連して、実は、佐藤幸治が国務の総理を語るとき、ほとんどの場合、法律の執行との関係が念頭に置かれている。このことから、国務の総理が「高度の統治作用」といえるかは疑問であるといわざるをえない。となると、法律の執行に伴う裁量以外の国務の総理や執政とは具体的には何かが問題となる。

## 二 *scheinbar* な執政

毛利透は、「執政権とは輪郭のあいまいな概念であり、国家作用としてそれを他から区別することは困難である」ることから、「内閣が有する主たる権限としてそれを挙げることは、内閣に「憲法が明示的に認めていない権限を容認することにつながる」虞れがあるとして、執政説に疑念を呈している。<sup>54</sup> そもそも、執政には、日本国憲法が六五条

以外で内閣に付与した権限に還元できないものが含まれているのか。そうであるとするならば、具体的にそれは何か。逆にそうではないとするならば、執政という概念を用いる必要はなくなり、同条以外の内閣の権限に関する諸規定の解釈によって対応可能ということになる。これらの疑問に答える否定的な手がかりを与えてくれるのが協働執政理論である。

協働執政理論とは、すでに簡単にふれたように、議会と執行府が執政作用の共有をとおして抑制と均衡の関係を形成し、もって最適な国務の遂行を実現しようとするものである。その際、執政作用の分配を司るのが、西村良太によれば、ドイツの戦後の憲法学界に「広く浸透している」<sup>(55)</sup> 機能的権力分立論である。したがって、ここで問題にすべきは執政作用の中身と機能的権力分立論とである。

第一に、便宜上、機能的権力分立論についてである。西村良太によれば、機能的権力分立論とは、「各種の機能遂行権限とそれが配分されるべき機関構造との相関性を重視し、この適正な協働秩序を構築する」<sup>(56)</sup> ものである。このような意味における機能的権力分立論が否定したのが、一つの機関に一つの作用を分配することを原則とし、そうではない分配を例外とする厳格分離型の権力分立論である。<sup>(57)</sup> というのは、権力分立には分離の側面（自由の保障）と抑制均衡の側面（国務の効率的遂行）とがあるからであるが、「わが国の学説はこれまで『分離』の厳格化を追求しがちであつた」<sup>(58)</sup>。わが国の戦後の憲法学界におけるこのような傾向の原因は、権力分立が立憲君主制の下で君主の地位と権限とを温存するために援用されたのとは逆に、国会に権限を確保するために主張されたことにある。もちろん、わが国の憲法学界には抑制均衡の側面を重視する論者も存在するのであり、西村もこのことを認めている。しかし、この側面が議院内閣制論を除けば権限分配をめぐる具体的な解釈論にあまり反映されてこなかったことは否定できないで

あろう。ただし、ここで看過してはならないのは、権力分立論においては厳格分離型が本来の姿でなければならないということである。そうでないとするならば、例えば、日本国憲法の下における国会をなぜ立法機関というのか、また、なぜ内閣を行政機関というのか。それは、立法作用の主要部分が国会に、行政作用の主要部分が内閣に、それぞれ帰属させられているからであり、そうではない作用、換言すれば形式的意味の立法権と形式的意味の行政権とは例外なのである。それはともかく、権力分立において抑制均衡の側面を重視する立場へと途を開いたが、ドイツにおいては、彼によれば、キュスターである。キュスターは、作用と機関「を一对一で接合させる原理的な図式から離れ、一つの作用に複数の機関を関与させる本来の権力分立図式を打ち立て」た。<sup>59</sup>これは第二次世界大戦後のことであるが、フランスではそれより早く両大戦間に、エゼンマンが後世に影響を与える形で同様の主張を行った。<sup>60</sup>このような意味における機能的権力分立論においては、権力分立は「合理的な機関間秩序を構築するための『積極的な』組織原理」<sup>61</sup>であり、その対象は「議会と執行府に分有される」執政権である。つまり、「権力分立とは、この執政権をそれぞれの機関にどう配分し、いかなる協働秩序を打ち立てるべきか、と問う議論領域なのである」<sup>62</sup>。

そこで第二に、執政作用の中身についてである。いま一度繰り返せば、西村良太によれば、(機能的)権力分立論の「本領は……『執政権』の配分法理を追究する営みに存する」<sup>63</sup>。では、執政権あるいは執政作用とは何か。この点西村は、執政とは、「国政の進むべき方向を指示し、諸政策の総合的調整を図る『国家指導』作用」、あるいは「国家の針路を定め、そのために必要な政策を立案・決定し、その円滑な実行のために総合的調整を施す作用」<sup>64</sup>であるとしたうえで、具体的には立法・外交・予算であるという。そして、日本国憲法の場合、「権力分立のねらいは、国会と内閣とともに」「このような意味における」執政作用に参画させ、両者の相互抑制を通して、最適な国務の遂行を実現する

ことにある。すなわち、権力分立は、国会と内閣による〈協働執政〉の確保と、それによる実効的な国家決定をめざす制度原理<sup>65</sup>」であるという。しかしながら、このような主張はおかしい。立法・外交・予算のそれぞれにおいて権力分立の対象になっているのは立法作用・外交作用・財政作用であり、そこであるという執政とは、これらの作用に議会と執行府が関与することによってもたらされる効果であり、実体的な作用ではない。つまり、彼という執政は実体的な作用の分配・組織に伴う一定の効果・機能であり、その意味で実体的な作用に対して *scheinbar* なものにとどまるといわざるをえない。それに対して、権限分配で問題になるのは、そのような効果・機能を果たすような憲法上の、立法作用の分配・外交作用の分配・財政作用の分配であり、例えば、どのように立法権を分配すれば<sup>66</sup>（＝どのように立法手続を組織すれば）、立法をとおして執政といえる効果・機能が発揮されるかである。この場合、分配の対象は立法作用なのであり、執政作用なるものではない。「協働〔執政〕権といわれるものは、実のところ、権限にあらわずして、分有されている権限が発動されるところに可視化される『機能』（または政治の領域の話）ではないか<sup>67</sup>」との疑問が提示される所以である。

以上のことから、一方で、限定的執政説における国務の総理には、法律の執行に伴う裁量に還元することができないものという点で、多くを期待することはできない。他方で、協働執政理論における執政は実体的な作用ではなく、そもそも権限分配の対象とはいえない。となると、日本国憲法六五条の行政権は法律の執行としておいて、法律の執行とは直接関係のない領域や法律の執行に伴う裁量に還元することができないものについては、同条以外の形式的意味の行政権に関する個別の規定の解釈によって対応すべきである。したがって、同条の行政権については法律執行説が妥当ということになるが、法律執行説の支持者はそれほど多くない。その中であって、法律執行説を含んだ権力分

立論と国民内閣制論とによって構成される高橋説、というよりも高橋理論は、「包括的なプロジェクト」<sup>(68)</sup>であるとか、統治機構の全体像を「包括的に論じようとする魅力的なモデルである」<sup>(69)</sup>といわれるように、行政権をめぐる問題にとどまらない包括的で体系的な理論枠組みである。このような体系性・全体性はその一部のみを取り出して批判することを寄せ付けないことを意味するが、それはともかく、高橋理論には、客観的にみれば、小嶋和司の権力分立論を継受した側面（権力分立論）と、樋口陽一の主張する行政府までの民主主義に対抗する側面（国民内閣制論）とがある。そこで、この二つの側面から高橋理論について検討することにしよう。

## 第二節 法律執行説と国民内閣制論

### 一 権力分立論

高橋理論についてはこれまで必要に応じて言及してきたが、ここでその枠組みあるいは概略を示しておこう。高橋理論を構成する権力分立論をもっとも簡潔に表しているのは次の引用であろう。権力「分立は、法の支配を実現するための組織原理である。」「立法・行政・司法の」三権は、一方で、正しい法の制定のために、立法作用において抑制・均衡し、他方で、制定された法の忠実な執行を実現するために、それぞれに固有な作用を遂行する<sup>(70)</sup>。このような権力分立論はエゼンマンと小嶋和司との影響<sup>(71)</sup>の下でモンテスキューの権力分立を解釈したものであるが、モンテスキューの権力分立は、高橋和之によれば、法は発見するものではなく制定するものであると観念されるようになった近世ヨーロッパにおいて、制定法が自然法と一致せず、主権者が制定法に従わない事態が生じるのを回避することを可能にする「統治のメカニズム」が求められるようになり、この要請に応えるものであった<sup>(72)</sup>。その結果、「正しい法

の制定」とその正しい「法の忠実な執行」とによって権力を法に服従させるという意味での「近代的な法の支配（立憲主義）<sup>73</sup>」が実現されるのであり、このような「近代立憲主義は……『法の支配』を抵抗権ではなく、実定的な制度によって担保しようとする」<sup>74</sup>ものである。かくして、「小嶋和司」高橋和之理論は、モテスキュー理論を『法の支配』と関連づける画期的な視点である<sup>75</sup>といわれるわけである。その際、高橋理論の権力分立論においても、権力分立の対象は国家の対人的作用に限定されている<sup>76</sup>。となると、すでに述べたように「政治の領域」と言い換えられる「正しい法の制定」には、通常は権力分立論に含まれる「権力分立を前提とした政治組織上のもの」<sup>77</sup>、具体的には内閣不信任決議権や解散権は含まれないということになる。そこで本稿は、「権力分立を前提とした政治組織上のもの」の関係を組織上の関係と、高橋理論の権力分立関係を権限分配上の関係と、それぞれ呼ぶこととして議論を進めることにしよう。

第一に、「法の忠実な執行」＝「法の領域」についてである。「法の忠実な執行」のためにモテスキューが主張したのは、高橋和之によれば、「立法、執行、裁判の三作用の区別と、その二あるいは三作用が同一の機関に独占されることの禁止のみであり、権力分立のこの部分は「消極的な原理にすぎない」。そして、立法作用と執行作用は、「対応する各機関に専属的に配分されるならば」、立法機関と執行機関は前者が後者を支配する形で上下関係を形成する<sup>78</sup>。すでに指摘したように、立法機関と執行機関の上下関係という結果において高橋とカレ・ド・マルベールは一致するが、この一致はあくまで結果的にそうなるというだけである。すなわち、ここで高橋が着目しているのは作用であり、執行作用が立法作用に従属するのは当然である。それに対して、すでに述べたように、カレ・ド・マルベールが重視するのは機関の性質であり、国民を代表する、その意味で始原的機関である立法機関が執行機関も含めた他の

機関を支配し、その結果として小嶋和司のいう「横断的」「階層的」権力分立がもたらされる。いずれにしてもここで確認すべきは、高橋によって理解されたモンテスキューの権力分立において具体的な実定法における機関間の関係を定めるのは権限（＝立法作用）分配上の関係だということである。

第二に、「正しい法の制定」＝「政治の領域」についてである。「正しい法の制定」のためにモンテスキューが主張したのは、高橋和之によれば、「社会的諸勢力を最も重要な国家作用に関与させ」ることであり、その結果として「相互の抑制均衡を通じて社会の調和的發展を図る」ことである。<sup>(79)</sup>モンテスキューの時代における「最も重要な国家作用」とは立法作用であり、「社会的諸勢力」としての人民（下院）・貴族（上院）・君主が立法に関与する（King and Parliament）ことによって、「法の内容がより一般的な利害を代表する」という意味での正しい法が実現される。機関に着目すれば、執行機関の立法への関与あるいは立法機関と執行機関による立法権の分有ということである。作用に着目すれば、このことによって執行機関の立法機関への従属が阻止されるが、その態様は「立憲君主政モデル」と「国民主権モデル」では異なる。前者においては、立法権は議会と君主によって分有され、君主は裁可権の行使によって立法に関与する。その結果、法律の優位の下だとえ立法事項が制限されていなくても、「君主の地位が議会に従属するという心配はない」<sup>(81)</sup>。それに対して、立法権が議会に独占される後者においては、執行機関の立法への関与は原則として認められない。そこで、執行機関の立法機関への従属を阻止するために立法事項を画定する、高橋のいう「分離型」<sup>(82)</sup>、小嶋和司のいう「縦断的」「並列的」権力分立<sup>(83)</sup>が現れる。しかしそもそも、立法事項の画定をもって立法機関と執行機関の「相互の抑制均衡」といえるであろうか、また、それが「政治の領域」に属するといえるであろうか。もつとも、高橋理論においてはこのような問いを立てることは無意味である。というのは、そこにおける立

法機関と執行機関の関係は、「国民主権モデル」の「下降型」においては、行政は、議会によって独占された立法の、「上位規範から下位規範へと向かう法の実現過程における上位規範の執行という意味で」の執行だからであり、<sup>(84)</sup>そこにおいては、立法作用と執行作用の上下関係と立法機関と執行機関の上下関係とが一致する。その結果、立法機関と執行機関の抑制均衡は「政治の領域」では実現されず、そのためには組織上の関係における権限分配が必要となるのである。

## 二 組織上の関係と国民内閣制論

高橋理論における「政治の領域」の位置づけは、実は、モンテスキューの権力分立論も含めた「立憲君主政モデル」と「国民主権モデル」とでは異なる。すなわち、高橋理論の法の世界は、「法の忠実な執行」<sup>(85)</sup>「法の領域」と「正しい法の制定」<sup>(86)</sup>「政治の領域」とによって構成される権力分立論（<sup>(87)</sup>対人的作用に限定された権限分配上の関係）と、組織上の関係とから成り、三層構造である。そして、この法の世界の一部の機能論が国民内閣制論であり、その際、国民内閣制論における立法機関と執行機関の関係を規定しているのは組織上の関係であるが、両機関の関係を規定するのが「立憲君主政モデル」から「国民主権モデル」への移行に連動して「政治の領域」から組織上の関係へと移行することはすでに述べたとおりである。問題なのは、後ほど述べるように移行後の組織上の関係が「政治の領域」といわれていることであり、その結果、「政治の領域」の内実は「立憲君主政モデル」における「正しい法の制定」と「国民主権モデル」における組織上の関係というように異なる。この相違にはそれなりの理由があり、その限りでそれを意識的なすり替え、さらには高橋理論の破綻とはあえていわない。<sup>(88)</sup>

すでに述べたように、モンテスキューの権力分立論においては、立法機関と執行機関が立法権の分有をとおして抑制均衡関係を形成し、その結果として制定される正しい法によって「社会の調和的發展」が実現されるが、抑制と均衡が実現される場が立法作用であるのは、一八世紀の消極国家において立法作用が「最も重要な国家作用」であったからである。ということは、抑制と均衡が実現される時は時代とともに変化し、国家による不断の国際的および国内的介入を必要とする現代の専門技術化された行政国家においては、立法は抑制と均衡が実現されるべき「最も重要な国家作用」であるとはもはやいえない。では、高橋和之は現代国家において抑制と均衡が実現される場をどこに設定するのであろうか。まず看過してはならないのは、その場は議会や執行府といった特定の機関あるいは固定された場所ではなく、議会と執行府による「民意への接近競争」<sup>(86)</sup>、あるいは両機関が民意に接近しようとするプロセスだということである。このことは、高橋が国家意思の形成を最高機関に求める静態的な発想に立脚していないことを示している。次に問題にすべきは民意である。彼によれば、「民主主義を理念に政治の仕組みを考える以上、制度的に表明される以前の民意の存在は、当然の前提とされるべきである」<sup>(87)</sup>。もともと、民意の存在性は、「公式の国民意思は、選挙の外に選挙以前に存在するのではなく、選挙によって表明される」<sup>(88)</sup>ということからすれば、微妙であるといわざるをえない。それはともかく、民意の内実は「次の選挙までの間実行されるべき一つの『政策体系』の選択である」<sup>(89)</sup>。ここで「政策体系」とは、内的矛盾を含まないという意味で一貫性を有する政治プログラムであり、特定のイデオロギーによって規定された綱領のようなものではない。<sup>(90)</sup>そして、この「政策体系」とその実施主体とを国民が選挙をとおして事実上決定することができる仕組みが彼のいう「直接民主政」であるが、問題はこのような意味における「直接民主政」を日本国憲法の規定する議院内閣制の下でいかにして具体化するかである。

すでに述べたように、わが国の戦後の憲法学界においては、厳格分離型の権力分立論が国会に権限を確保するため主張されてきた。高橋和之によれば、権力分立論の観点から捉えられた国会と内閣の関係は法の制定―執行であり、その結果によつてもたらされる国政を民主化するには法を制定する機関である国会を民主化すればよい。樋口陽一という議会までの民主主義であり、この観点からすれば、議院内閣制については責任本質説が適合的である。ところが、「法の領域」に属する権力分立によつて「政治の領域」に属する国会と内閣の関係を捉えることは、法によるコントロールのみによつて政治を捉えることを意味する。このような捉え方には政治に不可欠なアクション(能動的な要素)が欠如しているが、それは、「元来が法の支配の枠組みである立法・行政・司法の概念を政治領域にまで持ち込んだために、国会と内閣の適切な役割配置を捉ええなくなってしまった」からである。そこで、「政治の領域と法の領域を区別し、それぞれの特性に即した思考枠組みを設定」<sup>91</sup>しなければならない。「政治の領域」におけるアクションを回復するための方策について検討する前に指摘しておかなければならないのは、ここでは、国会と内閣の関係は「政治の領域」に属するとされ、アクションを必要とする「政治の領域」は権力分立から排除されているということである。その結果一方で、権力分立の射程範囲は狭められ、権力分立はコントロールによつて構成される「法の領域」のみによつて構成されている。他方で、「政治の領域」の実体は組織上の関係によつて構成されることになる。

「政治の領域」におけるアクションを回復するには、限定された意味における権力分立論の観点から民主政論の観点への転換が必要である。すなわち、「民主政治にとつて重要なものは、国政に民意を反映させることである」<sup>92</sup>の、議会と政府をまず切り離し、それぞれについて民意の反映の仕方を考えるという思考法ではなく、……議会と政府の一定の関係を通じて行われる全体としての国政の中に、民意がどのように、また、どの程度、反映されるかを問うべ

きで」ある。<sup>(92)</sup> その結果第一に、すでに述べたように、民意が反映されるのは議会や内閣といった特定の機関ではないので、樋口陽一の議会までの民主主義と行政府までの民主主義という枠組みが否定される。<sup>(93)</sup> 第二に、「議会と政府の一定の関係」としては、「自由な解散権を認める均衡型議院内閣制の方が「議会優位型と比べて」民主政により適している」<sup>(94)</sup>。というのは、「均衡型議院内閣制」においては、「内閣も議会も、不信任されることを避け、あるいは、解散されることを避けるためには、相手よりもより大きな国民の支持を取り付けることが必要となるからであ」<sup>(95)</sup>り、不信任決議権と解散権との存在が議会と内閣の「国民意思への絶えざる収れん過程を……可能とする」。その結果、「議院内閣制とは……世論と議会と政府の間の意思一致を最大限に実現することを可能ならしめる体制「なの」であ」<sup>(96)</sup>り、そこにおいては、「解散権は一元型議院内閣制の本質的要素」<sup>(97)</sup>である。そして、内閣と議会の関係はアクションとコントロールの関係として捉えられ、そこにおいては、少数者⇨内閣が提案し、多数者⇨議会が賛否を表明する。このようなアクション⇨コントロールという枠組みには、カピタン以上にオーリウの影響が感じられるが、若き高橋を苦しめたオーリウの影響はすぐ後で指摘するように他の点でより深い。第三に、民意が反映されるのは「全体としての国政」あるいは「政治プロセスの結果として承認される国政」<sup>(100)</sup>であり、これはすでに述べたように固定された場所ではなく議会と内閣が民意に接近しようとする動態的プロセスである。そして、「政治の領域は国民・国会・内閣によって担われる」<sup>(101)</sup>ことから、高橋は明言しないが、高橋理論には、政府の主権・服従の主権・法の主権によって構成される多元的主権論あるいはその下における状態としての国民主権というオーリウの影響が感じられる<sup>(102)</sup>（それぞれの三者が対応関係にあるという意味ではない）。このこと、すなわち現代的な行政国家の分析・描写に多元的な視点が導入されていることは、実は、必然的帰結であるということができる。というのは、立法が「最も重要な国家作用」で

ある消極国家においては、「法の忠実な執行」<sup>103</sup> 、「法の領域」と「正しい法の制定」<sup>104</sup> 、「政治の領域」というように立法作用を中心に国政を分析・描写することができるが、現代的な行政国家においては、「立法権の行使とは、法的には法律を制定することであるが、その政治的機能は、行政権のコントロール」<sup>105</sup> にすぎないので立法作用を中心に国政を分析・描写することはできないからである。その結果、消極国家については立法を中心とした一元的思考が可能であるが、現代的な行政国家については国政のプレイヤーに着目しなければならない。作用論から機関論への転換である。その結果として、一方で、高橋理論は憲法学の領域で多元的な視点によつて集権的な行政国家を分析・描写することに途を開いたが、他方で、すでに述べたように権力分立は「法の領域」に限定され、「政治の領域」は高橋にとつては権力分立の一部ではない議院内閣制あるいは組織上の関係によつて担われることになったのである。その際、「国民主権モデル」における「法の領域」と「政治の領域」<sup>106</sup> 、「組織上の関係とは有機的にむすびついてないどころか、異なる原理が支配し、それ故、高橋は前者を後者に持ち込むべきではないと繰り返し主張するのである」<sup>104</sup>。そして、「国民が内閣を選出し、内閣は国民に対して責任を負う……政治のあり方を表現するため」の「造語」<sup>105</sup> である国民内閣論がかかわるのは後者であり、国民内閣制とは、「議院内閣制の「国民が政策とその担い手とを直接選択する」という意味での」直接民主政的運用形態<sup>106</sup> なのである。しかし問題は、国民内閣制の法的前提である「均衡型議院内閣制」が日本国憲法の規定する組織上の関係と適合するか否かである。

おわりに

高橋和之によれば、「内閣は憲法七条に基づき無制約の解散権を有するというのが、通説であり、かつ、確立され

た慣行でもある<sup>107</sup>。確かに、憲法運用についてはそのようにいえるが、通説がそのような憲法運用を容認しているといえるであろうか。<sup>108</sup>ここではこの点に踏み込むことなく、先の問い、換言すれば、高橋のいう「均衡型議院内閣制」と日本国憲法の規定する議院内閣制との適合関係に関する検討をとおして同憲法の解釈における高橋理論の有効性について判断することにしよう。

高橋和之の権力分立論に影響を与えたであろう小嶋和司が解散権論争において重視した日本国憲法の条文の一つは七〇条である。同条によれば、「……衆議院議員総選挙の後に初めて国会の召集があつたときは、内閣は、総辞職をしなければならぬ<sup>109</sup>」。高橋は、権力分立や国民内閣制について論じるに際して、一貫して同条に言及しない。同条は一般にもあまり重視されてこなかったようであるが、小嶋によれば、選挙の結果にかかわらず内閣総辞職をもたらす同条からすれば、同憲法においては、「内閣の国会に対する従属関係が通常の議院内閣制におけるそれとは異質的な<sup>110</sup>」ものであるといわざるをえない。もつとも、議院内閣制のモデル<sup>111</sup>としてどのようなものを想定するかによって、日本国憲法の規定する国会と内閣の関係が議院内閣制であるか否か、あるいはどのような議院内閣制であるかは変わってくる。しかし、議院内閣制の類型論とはかかわりなく、同条を「内閣と衆議院の対立を国民が裁定するとした解散制度の図式や目的によって説明するのは、相当むずかしい<sup>112</sup>」といわざるをえない。その結果、同憲法においては、国民（有権者団）―国会―内閣という組織的な上下関係が設定されているとみななければならない。内閣の自由な解散権が「均衡型議院内閣制」の「本質的要素」というのであれば、それはこのような関係にとつて異質であるといわざるをえない。限定された解散権を有する内閣が一定の範囲で国会に従属しているという捉え方は、同憲法の下における第一回解散（一九四八年）に際して、七条三号にもとづく内閣の自由な解散権を主張する政府・与党（第二次

吉田内閣と自由党」と、解散は六九条の場合に限られるとしてそれに反対した野党（民主党・社会党・国民協同党）とが対立する中で示された連合国総司令部の見解と一致する<sup>113</sup>。そして、連合国総司令部のこのような見解はマッカーサー草案以来一貫している。すなわち一方で、マッカーサー草案の起草過程における行政権に関する委員会の内部には内閣（総理大臣）を強化すべきであるという意見があつたが、他方で、マッカーサー草案の起草過程で「拘束力のある文書として取り扱わ<sup>115</sup>」れたS W N C C—二二八「日本の統治体制の改革」は内閣を国会に強く従属させる枠組みを示していた中<sup>116</sup>にあつて、マッカーサー草案は最終的には後者の立場を採用し、民政局と日本側の交渉において部分的には紆余曲折があつたが、この立場が同憲法の骨格を形成することになつた<sup>117</sup>。ところが、占領解除後の一九五二年八月二八日、第三次吉田内閣は七条のみにもとづいて衆議院を解散し、以後七条解散が憲法運用として定着することになり、今日に至っている。この第二回解散は、その効果という点で、フランス第三共和制下において大統領の名目化をもたらした一八七七年のいわゆる五・一六事件とは逆の帰結を招来したわけである。しかし、はたしてこのような憲法運用が国会と内閣の関係に関する憲法構造から好ましいといえるであろうか。

ところで、日本国憲法における国会と内閣の関係を象徴しているのは、国会は「国権の最高機関」であるという四一条ではないか。この規定は、一方で連合国総司令部がイギリスの議会主権をモデルとして置いたものであり、他方で比較憲法的にみて異例であるといわれる<sup>119</sup>。ところが、金森徳次郎国務大臣は帝国議会の審議において、この規定の政治的重要性を認めつつ、法的にはすでに政治的美称説に近い説明に終始していた<sup>120</sup>。そして、このような金森国務大臣の立場はすでに述べた紆余曲折、すなわち、マッカーサー草案の日本側への手交（一九四六年二月一三日）後の民政局との交渉において、国会に対する内閣の従属を緩和しようとした日本側の動向の延長線上にあるが、成立した同

憲法における国会と内閣の関係は「イギリスの議院内閣制とはかなり異なった」「議會支配制型のものである」<sup>(121)</sup> こともすでに述べたとおりである。このような同憲法において、国会は「国権の最高機関」であるという規定は国会・内閣・裁判所に関する規定の冒頭に置かれ、しかも、国会は「唯一の立法機関」であることとは関係なく「国権の最高機関」なのである。このように、国会は「国権の最高機関」であるという規定はさまざま点でからみて重要であるといわざるをえないにもかかわらず、通説である政治的美称説はこの規定に法的意味を認めてこなかった<sup>(122)</sup>。問題は政治的美称説が否定し、法規範説が肯定する法的意味の対象である。それが総合調整機能や国家機関の権能および相互関係に関する解釈準則にとどまる限り、両説の対立点はそれらを法的なものとするか否かであり、両説ともそれらの存在自体は認めている。両説の相違は実質的に「相対的なもの」<sup>(123)</sup> にすぎないといわれる所以である。この点、大石眞によれば、両説「の対立の背景には、国会の『権限』と『機能』との区別があり、政治的美称説が否定するのは、『法によって特定の組織や人間が国家意思を表すことのできる一定の範囲』という意味での『権限』であるのに対して、法規範説が法的性質を主張するのは、『ある国家機関が国政全体に対してもつ働き』であり、『法的な権限というかたちでくまなく定式化されているわけではない』<sup>(124)</sup> という意味での『機能』である。<sup>(125)</sup> ということは、政治的美称説が「法的な権限というかたちで……定式化され」ないものの帰属先を国会は「国権の最高機関」であるという規定を根拠に国会とすることになるが、それでも政治的美称説の内容が政治的な意味にとどまるといえるであろうか。また、代表的な政治的美称説の一つによれば、この規定が意味するのは、「国会は選挙をつうじて直接に主権者たる国民に連結しているところから、多くの国家機関のうちで最も大きな重要性をみとめられること」<sup>(126)</sup> であるが、はたして、このことが政治的なものにとどまるといえるであろうか。このことは、政治的なものというよりも、「法的問題

に対する答えをある方向へ導く<sup>126</sup>」が裁判所によって執行されないという意味での法原理といえるのではないか。そうであるとするならば、すでに言及したカレ・ド・マルベールの合法国家論、すなわち、最高機関という機関の性質が国会の作用を規定し、国会という立法機関を頂点とする機関の段階構造が作用の段階構造を規定する垂直的権力分立が同憲法に当てはまることになる。その結果、「法の領域」≡権限分配上の関係と「政治の領域」≡組織上の関係とを分離することはできず、国民によって選挙された議員によって構成される国会がいずれの領域あるいは関係においてもすでに述べた意味における最高機関として位置づけられるのである<sup>127</sup>。

ただし、このような国会の位置づけはあくまで憲法構造上のものであり、「政治の領域」≡組織上の関係においては、政党状況などによって国会と内閣の現実の関係が変化するのは当然である。その中であって、高橋和之の「均衡型議院内閣制」を法的前提とする国民内閣制論は、すでに述べた意味での国会を最高機関とする法原理との関係で好ましいとはいえないであろう。

註

- (1) 執政権説ともいわれるが、対抗関係にある法律執行説が法律の執行という作用に着目した命名であることから、執政という作用に着目した執政説の方がふさわしいであろう。
- (2) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』二〇〇二年一九四頁、八〇頁および二三三頁。さらに、七九―八一頁も参照。
- (3) 同右・二二九―二三〇頁参照。
- (4) 毛利透『統治構造の憲法論』二〇一四年二四二頁。
- (5) 佐藤・前掲書註(2)、七五頁。

- (6) 毛利・前掲書註(4)、二三九頁。
- (7) 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』一九九四年三四―三三五頁および三三七―三三八頁、ならびに同『現代立憲主義の制度構想』二〇〇六年一二五―一二六頁。
- (8) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三七〇―三七二頁)。
- (9) 佐藤幸治が高橋和之の権力分立論と国民内閣制論との相当部分に対して肯定的な評価を下している(佐藤幸治「内閣と『行政権』」佐藤幸治・中村睦男・野中俊彦『ファンダメンタル憲法』一九九四年二二五頁、ならびに佐藤・前掲書註(2)、七二頁、八三頁、二〇一頁、二二七頁、二三七頁および二四〇頁。ただし、佐藤・前掲論文註(9)、一三三頁、および佐藤・前掲書註(2)、七三頁参照)ことを看過してはならない。その理由は、全体としての行政の中にあつて内閣(総理大臣)を強化しなければならぬという認識で両者が一致しているからであろう。
- (10) 西村良太『執政機関としての議会』二〇一一年二四四頁。
- (11) 同右・五頁。なお、□内は本稿筆者による註記である。
- (12) 例えば、石川健治「統治のゼマンティック」憲法問題一七号二〇〇六年七六頁参照。
- (13) 西村・前掲書註(10)、二二四頁。毛利説に対する同様の評価については、二二六―二二七頁参照。
- (14) 同右・二二八頁。ただし、西村はこのような理解の正確さについて留保を付している。
- (15) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三六四頁)。
- (16) 西村・前掲書註(10)、二二四頁。
- (17) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三三八頁)。
- (18) この不一致を批判するものとして、阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望Ⅰ』一九九八年二五六頁。
- (19) 毛利・前掲書註(4)、一二五頁。ここで権力分立の「国民主権モデル」とは、国民を代表する議会が立法権をとおして対象事項を限定されることなく始原的決定を下し、執行府はこの決定を執行するにとどまる(その結果、控除後に残るのは行政

ではなく立法であり、その限りで、日本国憲法四一条の国会は「国権の最高機関」であるという部分に法的意味が認められる」というものである(高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一二七―一三〇頁および一三三頁、ならびに高橋和之「権力分立」大石眞・石川健治編『憲法の争点』二〇〇八年二二頁)。さらに、高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三四一―三四二頁も参照。

(20) 拙著『国民主権と法人理論——カレ・ド・マルベールと国家法人説のかかわり——』二〇一一年二六二頁、二六七―二六八頁および二九六―二九八頁。なお、カレ・ド・マルベールの合法国家論との関係で、「カレ・ド・マルベールの *Etat de droit* と *Etat legal* の区別は、行政権の許容される発動範囲に着目したものであり、立法事項の広狭を基準とするものではない」(毛利・前掲書註(4)、二二九頁) という毛利の指摘が正鵠を得たものであることについては、前掲拙著註(20)、二九七―二九八頁参照。

(21) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、四三頁および三六四頁。

(22) 大石眞『憲法秩序への展望』二〇〇八年二七六頁(野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ 第5版』二〇一二年一七二―一七三頁(高橋執筆) 参照)。習律の具体的内容については、大石・前掲書註(22)、一七三頁参照。

(23) 例えば、植村勝慶「イギリスにおける庶民院解散権の廃止——連立政権と議会任期固定法の成立」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義の変容と憲法学』二〇一六年参照。

(24) 本稿は裁判所を考察の対象としないが、「政治を担うのは、内閣のみではない。国会もコントロールの担い手として政治のアクターであるし、法の支配の中心的機関である裁判所さえ、法律を違憲と判断するときには、『阻止する権力』によって政治に参加するのである。日本国憲法の想定するメカニズムにおいては、政治は国会・内閣・裁判所の相互関係を通じて展開することが予定されている」(高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、九頁) ということらすれば、違憲立法審査権を付与された裁判所を純粋な法原理機関として位置づけることはできない。しかも、司法権とそれを付与された裁判所とは別であり、わが国の憲法学界は国家権力の担い手としての裁判所に対してあまりにも無防備ではないか。

(25) 高橋和之「日本国憲法は『合意形成型』と適合的か——高見教授の批判への応答——」岡田信弘・笹田栄司・長谷部恭男

編(高見勝利先生古稀記念)『憲法の基底と憲法理論』二〇一五年三三二頁。

(26) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三三二頁。

(27) Cf. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, 1920 (rééd., 1962. 同書は二〇〇四年にも復刊されたが、本稿は一九六二年版を用いた), pp.258-260 note 1.

(28) このような意味における執政説は、「実定法による一般的・抽象的な規律になじまない活動、あるいは、法定立の性格を有しない統治政策の立案・見直し」という意味での執政に力点を置く系統(阪本・前掲論文註(18)、二〇六―二〇七頁、二二一頁、二五七―二五八頁および二六一頁)と、行政各部が担う行政活動に力点を置く系統(中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ——法律の留保論の多様性、およびアメリカ行政法における法律の留保について——」神戸法学年報一四号一九九八年一五四―一六六頁)とに分けることができる。なお、独立行政委員会の問題は同条の行政権の定義とは別の問題として考えるべきであるというのが本稿の立場である。

(29) その際、強化されるのは行政権ではなく行政府であるということが前提である(初宿正典『日独比較憲法学研究の論点』二〇一五年四七五頁註(38) 参照)。なお、本稿は内閣総理大臣の強化も含めた内閣の内部関係は対象としない。これらの点については、上田健介『首相権限と憲法』二〇一三年一六一―二九〇頁参照。

(30) 佐藤・前掲書註(2)、七〇頁および七四頁。佐藤が、内閣は、アメリカにおける大統領(松井茂記『アメリカ憲法入門』[第7版]』二〇一二年一四七―一四八頁参照)のように、法律を自ら執行するのではなく「行政各部に……執行させる」(佐藤・前掲書註(2)、七五頁および二二三頁、ならびに佐藤幸治『日本国憲法論』二〇一一年四八〇頁)としてしていることから、毛利透は、佐藤説を、執政の主体としての内閣と法律を執行する主体としての行政各部とを分離してしまうと批判する(毛利・前掲書註(4)、三四〇―三四二頁)。このような批判に対する佐藤説の立場からの反論については、上田・前掲書註(29)、三三四―三三八頁参照。佐藤もこの反論を支持している(佐藤・前掲書註(30)、四八一―四八二頁)。

(31) たとえ六五条の行政権を形式的に定義してもそうであり、その場合には、実質的意味の行政権を形式的に定義するということがある。

(32) これらは欧米における執行権の概念に政治・統治の要素が含まれていることを前提としている(その際、執行権と執行府の権限とが意識的に区別されているのか大いに疑問である)が、このことは、特定の論者の特定の著作を挙げることなく、ある意味では当然であり(挙げられる論者と著作との数が多ければ多いほど、当然ということに、さらにいえば、陳腐な主張ということになる(独仏における執行権の伝統的概念を知るには、R. Carré de Malberg, *supra note* (27), pp. 463-474 が便利である)、重要なのは、このことをどのように国民主権に立脚する日本国憲法の解釈に反映させるかである。なお、フランス第五共和制憲法の規定する半大統領制においては、大統領が名目化していないことから、大統領が régner と gouverner の一部とを、内閣総理大臣が gouverner の一部と administrer とを、それぞれを担当するようになる(例えば、cf. Marcel Prélot et Jean Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11<sup>e</sup> éd., 1991, pp. 646-647 et 735-737 ; Dmitri Georges Lavroff, *Le système politique français*, 5<sup>e</sup> éd., 1991, pp. 463-464; Jean-Louis Quermonne et Dominique Chagnollaud, *Le gouvernement de la France sous la V<sup>e</sup> République*, 4<sup>e</sup> éd., 1991, pp. 57-58)。このうち、わが国の憲法学界においては、gouverner と administrer の区別に急なあまり、一部の例外を除いて、régner が議論の視野に入っていない。

(33) もっとも、行政法学からすれば、「憲法学からの関心は執政の観念を析出することであって、執政を取り除いたあとの行政の定義には関心がない。控除説に対する批判は重ねられても、新たな積極説が提示されているわけではない。……積極的定義がなされない限り、控除説は論理上無傷のまま存続する」のであり、「執政の観念の析出は控除説そのものを否定するものではない」(塩野宏『法治主義の諸相』二〇〇一年三〇頁)。

(34) このような雑居性を典型的に示しているのは伊藤正己『憲法 第三版』一九九五年五一―五二―五三頁であろう。

(35) 入江俊郎「解散と憲法の規定」同『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題』一九七六年(初出は、一九四九年)四九六頁。

(36) 金森国務大臣によれば、「衆議院を解散致します行為は……立法、司法以外の執行権の範囲に属する」、また、解散「の実体を決めますのは、行政権の所管になる」清水伸編著『逐条日本国憲法審議録「増訂版」第三卷』一九七六年一九八頁。「執行権」の意味については、二八一頁参照。

(37) 小嶋和司「解散権議論について——既成憲法学の盲点をつく——」同『憲法と統治機構』一九八八年(初出は、一九五二

年) 八四頁。

- (38) 小嶋によれば(小嶋和司『憲法学講話』一九八二年一六四頁)、直接六五条説を批判の対象としたのは「権力分立と衆議院解散権」一九六七年である(とくに、同・前掲書註(37)、一四二―一四五頁)。
- (39) 小嶋和司「権力分立」同・前掲書註(37)、二四二―二四二頁。
- (40) 佐藤・前掲論文註(9)、二二三頁。
- (41) とくに、佐藤功『憲法(下)「新版」』一九八四年八一〇―八一二頁参照。
- (42) 佐藤・前掲論文註(9)、二二三頁。
- (43) 小嶋和司『憲法概説』一九八七年四三七頁註(2)。控除の対象を形式的意味の立法作用とした場合、実は、次のような不都合が生じる。すなわち、政令制定権(七三条六号)は憲法によって内閣の権限とされており、形式的意味の立法権ではなく、「限定的控除説」によれば控除されない、控除されないということは、実質的意味の行政権ということになる。しかし、四一条の「立法」の定義しだいで、政令制定権は実質的意味の立法権であると同時に実質的意味の行政権ということになる。
- (44) その結果、六五条の実質的意味の行政権の範囲と形式的意味のそれとの間には大きなズレが存在し、国会による内閣の責任追及に関する六六条三項の行政権は範囲の広い後者に解すべきであるが、小嶋は「本来の意味の」行政権といたうえで、同条項は「内閣が……本来の意味の行政権の行使以外に責任を負わぬ趣旨ではない」という(小嶋和司「内閣の職務と責任」同・前掲書註(37)、三五七頁)。それに対して、たとえ六五条の行政権を法律の執行に限定しなくても、六六条三項の行政権は範囲の広い形式的意味の行政権に解するべきである(佐藤・前掲書註(30)、五〇四頁、辻村みよ子『憲法 第5版』二〇一六年四二二頁、および渋谷秀樹『憲法 第2版』二〇一三年六一九頁など)。
- (45) 小嶋・前掲論文註(39)、二二〇―二二二頁参照。
- (46) 阪本・前掲論文註(18)、二四六頁。
- (47) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』)、三四二頁。
- (48) 「限定的控除説」を前提とする限り七三条二号ないし五号を六五条の行政権に含めることはできないはずであるが、この

点佐藤は、「六五条の『行政権』の意味を問うことは、七三条との関係を問うことでもある」(佐藤・前掲書註(30)、四七九頁)といいつつ、曖昧である(同・前掲書註(2)、二二五頁参照)。ただし、同・前掲論文註(9)、二一九頁は肯定的に読まざるをえないであろう。いずれにしても、六五条と七三条の關係に關するこれまでの議論の對象は重複する部分であったが、阪本昌成は、六五条は実体としての作用を分配するのではなく、いわば器を設定するにとどまり(「権限帰属先の同定規定」)、その内実を充填するのは七三条(「権限付与の規定」)であるという新しい解釈を提示する。この解釈によれば、「権限帰属先の同定規定」と「権限付与の規定」とを分離するのは、憲法制定者がこれらの規定の對象を「最も危険な統治部門」とみなして、「権限付与の規定」によってその権限を限定するためである。もともと、阪本によれば、日本国憲法の場合、七三条に「『国務を総理すること』、『外交關係を處理すること』等の概括条項を置いた關係で、このねらいは成功していない」(阪本昌成『権力分立』二〇一六年一二五—一四五頁)。また、この解釈は、議會主權の克服を目指したフランス第五共和制憲法にも当てはまるように思われ、「権限付与の規定」に当たるのが法律事項を列挙した三四条であろうが、「権限帰属先の同定規定」は存在しない。

(49) 高橋・前掲書註(7、『現代立憲主義の制度構想』)、一二—一三頁。

(50) 佐藤は、「行政権者がなしていることまたはすべきことをすべて法律の執行で説明すること」「に」はどうしても無理があるように思える」(佐藤・前掲書註(30)、四八一頁)というが、このことは法律執行説に対する批判にはならない。というのは、法律執行説も、あまりも当然であるが、形式的意味の行政権の存在を否定しないからである。

(51) このような解釈はすでに長谷部恭男によって示唆されている(水島朝穂・石川健治・蟻川恒正・長谷部恭男「国民主權、議會、地方自治」『討論』法律時報六九卷六号一九九七年二七頁(長谷部発言))が、長谷部がその後国務の総理を六五条の行政権の中に取り込んでいるか否かは微妙である(長谷部恭男『憲法 第6版』二〇一四年三七五—三七七頁参照)。また、このような解釈においては「法律を誠実に執行」することは確認規定になるのとかというところ、「誠実執行条項」との關係で必ずしもそうとはいえない(「誠実執行条項」については、駒村圭吾『権力分立の諸相』一九九九年二三七—二四八頁、および駒村圭吾「内閣の行政権と行政委員会」大石他編・前掲書註(19)、二二八—二三一頁参照)。

- (52) それに対して、佐藤説以外の執政説が六五条の行政権を「国家の対国民作用」への限定から解放するとすれば、同条の行政権に解散権が含まれる可能性が生じ、六五条説を否定することが困難になるということ忘れてはならない。なお、解散権の帰属主体に関する上田健介の次のような指摘は興味深い。すなわち上田によれば、一方で、「内閣総理大臣」は「内閣存立の基礎であり」、他方で、「衆議院の解散は、内閣総辞職を必然的に導く、内閣の組織の根幹にかかわる行為である」ことから、「解散権は内閣総理大臣の権限であるという習律が成立している」ことはうなずける（上田・前掲書註(29)、一六八頁）。この指摘には、内閣総理大臣の解散権を憲法構造から導き出すことができる可能性が秘められているように思えるが、このような憲法構造のみでは、解散権の帰属主体を内閣総理大臣とする決め手としてはやや弱いのではないか。もっとも、彼が主張しているのは、「解散権は内閣総理大臣の権限であるという習律が成立している」ということまでであるが、解散権が内閣に帰属することの根拠について、彼がどのような立場に立っているのかは明らかではない（同「衆議院解散権の根拠と限界」大石他編・前掲書註(19)、二四二―二四三頁参照）。
- (53) 小嶋は、「国務を総理すること」とは立法や司法に関する「決定にいたらない調整的配慮」である（小嶋・前掲書註(43)、四四二頁）というが、この「調整的配慮」（傍点は引用者（ただし、ここ以外は原著者））に解散権を含めることはできないであらうか。
- (54) 芹沢齊・市川正人・坂口正二郎編『新基本コンメンタール 憲法』二〇一一年三六九頁（毛利透執筆）、および毛利・前掲書註(4)、二二二頁。
- (55) 西村・前掲書註(10)、一六二頁。
- (56) 同右・一六七頁。「機関構造に適した権限配分を通じて機関間の円滑な協働関係を構築し、もって国家任務の適正な遂行を実現する」（六二二頁）ともいわれる。
- (57) 西村は機能という用語を多用するが、彼のいう機能は作用と同義のようである（同右・一五八頁など参照）ので、本稿は作用という用語に統一する。
- (58) 同右・二二四頁（四頁も同頁）。

- (59) 同右・一五八頁。
- (60) Cf. Charles Eisemann, “L’Esprit des lois” et la séparation des pouvoirs” in *Mélanges R. Carré de Malberg*, 1933 (現在は ‘Le même, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, 2002 に所収)。同論文の枠組みをフランス憲法史に適用したのが Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, 1973 (rééd., 1980 et 2014) 及び (cf. Olivier Beaud, “M. Troper et la séparation des pouvoirs”, *Droits*, 2003 ; Christophe Alonso, *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, 2015, pp.183-198)。なお、フランスにおいて厳格分離型の権力分立論 (cf. Mauro Barberis, “La séparation des pouvoirs” in Michel Troper et Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, 2012, p.718) が流布する原因を作ったもの一つは Léon Duguit, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1893 である。もともと、デュギーはモンテスキューを厳格分離型の権力分立論者とは理解しないが (cf. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, 1928, pp.665-666)。
- (61) 同右・一六四頁。
- (62) 同右・一六七頁。その際、抑制均衡と分業または協働とは「同義」である (二〇〇頁) というように、西村において、分業と協働が明確に区別されていない。しかし、両者は異なる組織原理であり、オーリウによれば、分業によって効率が、協働 (＝均衡) によって自由が、それぞれもたらされる (拙著『法人・制度体・国家——オーリウにおける法理論と国家的なものを求めて——』二〇一五年二一〇頁)。このようなオーリウの立場は、すでに述べた、自由の保障をもたらす分離の側面と国務の効率的遂行をもたらす抑制均衡の側面という西村の立場と逆になるが、このような相違が生じる原因は力点をオーリウが機関に、西村が作用に、それぞれ置いているからであろうか。
- (63) 西村・前掲書註(10)、七頁。
- (64) 同右・一六八頁および二〇四頁。
- (65) 同右・二四四頁。
- (66) 例えば、内閣の法案提出権について、西村は、法律案が日本国憲法七二条の「議案」に含まれる根拠を、「日本国憲法が

国会と内閣の協働を……『要請』していること」に求める（同右・二二九頁）。これは、機能的権力分立論を前提とした協働執政理論を決め手として内閣の法案提出権を認めるということであるが、このような方法は解釈論としては邪道であるといわざるをえない。というのは、「精密使用に耐える剃刀ではなく、重量感でのみ勝負しようという大型鈍刀・マサカリのようなもの」（小嶋和司「主権論」おぼえがき〈その一〉）同・前掲書註(37)、四三頁）という点で権力分立は主権と同じであるからであり、その結果、「『権力分立』のみを決め手にする解釈論は、避けなければならない」（同・前掲論文註(39)、一四五頁）。また、このような解釈論は権力分立の多義性（例えば、cf. Ch.Alonso, *supra* note (60), pp.60-63）という点からも回避すべきである。法律案が同条の「議案」に含まれることは、内閣法の制定も含めた同憲法の成立過程から容易に論証可能であり（マッカーサー草案については、高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程Ⅰ』一九七二年二八九頁、日本国憲法の制定については、清水編著・前掲書註(36)、三五九―三六〇頁、内閣法の制定については、大石・前掲書註(22)、二二九頁、二四三頁、二四八頁、二五二頁、二五四頁および二六一頁、それぞれを参照。さらに、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅲ』一九九八年二三五頁（中村執筆）も参照）、解釈論としては、機能的権力分立論を前提とした協働執政理論はこのような論証の結果を補強するものとして位置づけるべきであろう。したがって、本稿は内閣法五条の「内閣提出の法律案」は同憲法七二条の「議案」を具体化したものであり、前者は後者の確認規定であるという立場に立つが、創設規定であるという理解も含めて詳しくは、奥村公輔『立法手続と権力分立』二〇一六年二一五―二一八頁参照。

(67) 阪本昌成「行政権の概念」大石他編・前掲書註(51)、二二三頁。それ故、西村は中立権あるいは調整権を議論の対象としないのであろうか。いずれにしても確かに、現存する国家に執政的なものが存在することは否定できない。しかし、執政的なものは君主制と共和制では異なるのではないか。すなわち、君主制においては、それが絶対君主制であろうと制限君主制であろうと、執政的なものは君主という自然人によって体现され、その意味で静態的で実体的であるのに対して、共和制においては、機関の活動によって形成される動態的で機能的なものともみるべきであろう。そして、後者において権力分立の対象となるのは、機関の活動（＝作用）であって執政的なものではない（後者において執政的なものを実体的なものと考えても、重要なのはその存在ではなく、その分配である）。

- (68) 山元一『現代フランス憲法理論』二〇一四年六三二頁。
- (69) 上田・前掲書註(29)、四〇三頁註(5)。
- (70) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一二六―一二七頁。
- (71) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三二二―三二三頁註(3)および(4)参照。
- (72) 同右・三一〇頁。高橋は自然法として、一七・八世紀啓蒙期の古典的自然法論のいう自然法を想定しているようである。古典的自然法論とカトリック思想に立脚した伝統的自然法論との相違については、前掲拙著註(62)、第一章第一節三（とくに、註(77)）参照。
- (73) 高橋和之「権力分立論再訪」初宿正典・米沢広一・松井茂記・市川正人・土井真一編（佐藤幸治先生古稀記念論文集）『国民主権と法の支配「上巻」』二〇〇八年五頁。
- (74) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一九頁。
- (75) 阪本・前掲論文註(18)、二二八頁。
- (76) 例えば、高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、三三九頁註(4)、および同・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一一頁参照。
- (77) 小嶋・前掲書註(39)、二四二頁。小嶋によれば、権力分立の対象である「国家の対国民作用」以外の国家作用としては、「純粹に政治組織上のもの」だけでなく、外交作用に加えて「対内関係でも、直接国民への能動的支配作用たる意味をもたぬ国家作用」（財政作用や行政組織に関する作用など）があるが、高橋は最後者をほとんど議論の対象としない。
- (78) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三二七―三二八頁。
- (79) 同右・三二九頁。
- (80) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一二五頁。
- (81) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三四〇頁。
- (82) 同右・三四一―三四二頁。

(83) 小嶋・前掲論文註(39)、二二〇—二二一頁参照。

(84) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三四二頁。さらに、同・前掲書註(7、『現代立憲主義の制度構想』、一二九—一三〇頁も参照)。

(85) 「抑制・均衡関係を形成するのは、機関としての権力であり、「そ」の権限は、『立法』権や『行政』権とは異なる」。そして、抑制・均衡のための権限と組織「のあり方に応じて、立憲君主制・大統領制・議院内閣制などの制度類型が区別される」(高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三三八—三三九頁)。ここで問題となっている抑制・均衡のための権限が組織上の関係における権限であることは明らかであるとともに、立憲君主制と大統領制・議院内閣制とが同じ次元で区別されていることは「正しい法の制定」∥「政治の領域」と組織上の関係とが意識的に区別されていないことを示唆しているといえるのではない。また高橋が、「法の支配を実現するためには、政治領域の活動は、法の言語へと翻訳されねばならない」(同・前掲書註(7、『現代立憲主義の制度構想』、九七頁)というとき、「法の言語」が「法の忠実な執行」∥「法の領域」を意味することから、この「翻訳」は「法の忠実な執行」∥「法の領域」と「正しい法の制定」∥「政治の領域」とを別系統とするという出発点に反するであろう。以上は「民主権モデル」が前提であるが、では、「立憲君主政モデル」における立法機関と執行機関の関係は、「正しい法の制定」∥「政治の領域」における権限分配と組織上の関係におけるそれとによって二重に規定されるのであろうか。この問いに対する答えは、モンテスキューが権力分立論において組織上の関係(における権限分配)を想定してたか否かの理解にかかっている。この点、高橋が肯定的である(同・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三一六頁)のに対して、阪本昌成は否定的(「モンテスキューの盲点」である(阪本・前掲論文註(18)、二四七—二四八頁)であるが、本稿はこの点には踏み込まない。なお、高橋は「法の忠実な執行」と「正しい法の制定」を権力分立のフランス型とイギリス型という形で一般化している(高橋・前掲論文註(73)、二〇—二九頁参照)。

(86) 高橋・前掲書註(7、『国民内閣制の理念と運用』、三七六頁)。

(87) 同右・三六八頁。

(88) 高橋・前掲書註(7、『現代立憲主義の制度構想』、八五頁)。

日本国憲法における権限分配上の関係と組織上の関係(時本)

- (89) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三六七頁。
- (90) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、六九頁註(3)。
- (91) 同右・一三頁。
- (92) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三六六頁。
- (93) 同右・三六六頁。樋口の枠組みについては、樋口陽一『現代民主主義の憲法思想』一九七七年二〇三―二三〇頁参照。
- (94) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、四〇頁註(24)。なお、高橋によれば、責任本質説と均衡本質説は「政治を『決定―執行』図式で捉えるか、『統治―コントロール』図式で捉えるかと密接に関連している」（同・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、九八頁）。
- (95) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、九九頁。
- (96) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三九四頁。
- (97) 同右・三九三頁。
- (98) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、七註(3)、および同・前掲論文註(25)、三三三頁。オーリウのいう少数派権力と多数派権力については、前掲拙著註(62)、三三〇―三三二頁参照。
- (99) 高橋和之『現代憲法理論の源流』一九八七年iii―iv頁参照。
- (100) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一一頁。
- (101) 同右・九頁。
- (102) 高橋によれば、「オーリウ研究の若干の成果は目に見えぬ所に反映されている」（高橋・前掲書註(99)、v頁）とのことであるが、「オーリウ研究の若干の成果」として、三四八―三六三頁参照。また、オーリウの多元的主権論と状態としての国民主権については、前掲拙著註(62)、第三章第一節三および三九九―四〇〇頁参照。
- (103) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、一三四頁。
- (104) 一方で、権力分立の対象である立法は对人的作用のみを対象とし、他方で、高橋は法律を形式的に定義する（高橋和之

『立憲主義と日本国憲法 第3版』二〇一三年三四六頁)ので、立法ではない法律が存在することになる。日本国憲法における立法と法律の関係については、他のありうる場合も含めて、同・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、三四三―三五四頁参照。

(105) 高橋・前掲書註(7)、『現代立憲主義の制度構想』、六三頁。

(106) 同右・六六頁。高橋は、「直面している最大の問題がポピュリズム的政治であるというなら……、代表者により大きな自律性を許容する媒介民主政的運用をめざすことも、選択としてありえよう」という(高橋・前掲論文註(25)、三三九頁)。なお、国民内閣制論に対するもつとも徹底した批判は、高見勝利『現代日本の議会政と憲法』二〇〇八年五三―八三頁であろう。

(107) 高橋・前掲書註(7)、『国民内閣制の理念と運用』、四三頁。

(108) 「憲法習律」という概念を用いる(深瀬忠一「衆議院の解散——比較憲法史的考察」宮澤俊儀先生還暦記念『日本国憲法体系(4)』一九六二年一二九頁)か否かはともかく、内閣の解散権に何らかの制約を付そうとするのが主流の考え方(芦部信喜『憲法 新版補訂版』一九九九年一九九頁、および佐藤・前掲書註(30)、四七九頁など参照)であろう。

(109) 同条の成り立ちについては、ごく簡単ではあるが、拙稿「日本国憲法70条の精察」龍谷大学社会学部紀要一四号一九九九年三九頁参照。

(110) 小嶋和司「憲法の規定する統治機構——はたして議院内閣制か——」同・前掲書註(37)、三七三頁。

(111) 議院内閣制のモデルとして、ここでは、主として一元型と二元型が念頭に置かれているが、議院内閣制の類型化の一つとして樋口陽一によって提示された責任本質説と均衡本質説(樋口陽一「議院内閣制の概念」小嶋和司編『憲法の争点(新版)』一九八五年)は現在でも大きな影響力を有する。この類型論においてこれまで注目されてきたのは、責任本質説に立脚した場合における議院内閣制と会議制(議会支配制・議会統治制などともいう)の相違である。ところが、均衡本質説に立脚した場合、高橋のいう「均衡型議院内閣制」も解散権論争における六九条限定説の下での議院内閣制とともに議院内閣制ということになり、均衡本質説においては内閣による解散権行使の裁量の度合は反映されないことになる(均衡が幅のある概念である可能性については、前掲拙著註(62)、三八四頁参照)。この点、大石眞による対抗的解散と裁量的解散の区別(大石眞『立憲民

主制』一九九六年一九八—二〇二頁、および大石眞『憲法講義Ⅰ 第3版』二〇一四年一一八頁参照）は有意味であろう。なお、長谷部恭男は議院内閣制の本質と議院内閣制を他の政治体制から区別するその標識とを意識的に区別する（長谷部・前掲書註(51)、三七〇—三七四頁参照）。

(112) 大石・前掲書註(111)、『立憲民主制』、一九九頁。

(113) 第一回解散前後にさまざまなルートから得られた連合国総司令部の日本国憲法の規定する解散制度に関する見解については、佐藤達夫「解散権論議の回想」ジュリスト二二七号一九六一年参照。その中で、「第六九条の場合でも、内閣が解散するのではない。衆議院がみずから解散するのである。……衆議院は、それ自身の不信任案可決または信任案否決という行為の効果として解散となるのである」（一四—一五頁）というケイデイスの見解は、すでにふれたイギリスの二〇一一年議会任期固定法との関係で大変興味深い。

(114) 拙稿「日本国憲法の規定する国会と内閣の関係(一)——六八条一項但書をてがかりにして——」法学論叢一三九卷三号一九九六年六六—六九頁、および大石・前掲書註(22)、一九二頁参照。

(115) 高柳他編著・前掲書註(66)、一三一頁。さらに、原秀成『日本国憲法制定の系譜Ⅱ』二〇〇五年五四〇—五四五頁も参照。

(116) 前掲拙稿註(114)、六三—六六頁参照。

(117) なお、内閣を国会に強く従属させるという日本国憲法の枠組みは、「解散権行使を限定して議会優位を確保しようとした『第二次世界』大戦直後の西欧型憲法の傾向」に属するという捉え方（樋口・前掲論文註(111)、一八三頁）については、それに与する論者が存在する（杉原泰雄・只野雅人『憲法と議会制度』二〇〇七年一四三—一四四頁（只野執筆））が、必ずしもそうとはいえない（前掲拙稿註(114)、六一—六二頁参照）。なお、このような枠組みの背後には、次のような「天皇制の影」が存在することを看過してはならない。すなわち、「日本国憲法が要求する民主制は、国政に民意を反映させるといふ目的を有するのみではなく、選挙人団↓国会↓内閣↓天皇という回路を通して、最終的に天皇を民主的に統制する手段でもある」（前掲拙稿註(114)、六五頁）。

(118) 日本側は「憲法起草のときから「衆議院の解散には」別段の制限はないものと考えてた」（佐藤・前掲論文註(113)、一四

頁)。

(119) 成田憲彦「日本国憲法と国会」内田健三・金原左門・古屋哲夫編『日本議事会史録4』一九九〇年六〇—六三頁、および高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ』一九七二年一九五頁。

(120) 清水編著・前掲書註(36)、四四—六一頁参照。ただし、土井真一『国権の最高機関』論の再検討』法学論叢一四八巻五・六号二〇〇一年三〇三頁参照。

(121) 大石眞『日本憲法史』第2版』二〇〇五年三六二—三六四頁。

(122) このような主張は、支配的学説の内部において、一方で控除説と軌を一にするが、他方で厳格分離型の権力分立論によって国会に権限を確保しようとするのと矛盾する。支配的学説の問題点の一つはこのような一貫性の欠如であるが、ここでこれらの点について踏み込むことはできない。

(123) 高見勝利『芦部憲法学を読む』二〇〇四年一〇三頁。

(124) 大石・前掲書註(11)、『憲法講義Ⅰ 第3版』、一三〇頁。憲法上どの機関に属するか明らかではない権限は国会に属すると推定することは、「権限」にかかわるので、単純な控除説の立場に立つ限り、国会は「国権の最高機関」であるという規定の法的意味として認めることはできない。したがって、清宮四郎のそれを認める政治的美称説と単純な控除説(清宮四郎『憲法Ⅰ』第三版』一九七九年二〇三頁および三〇〇—三〇一頁)とは矛盾するといわざるをえない(ただし、野中他・前掲書註(22)、七二頁(高見執筆)。その際、清宮は国法の執行から司法を除いたものを行政とすることから一種の限定的控除説に立脚しているという理解(中川丈久「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察——権力分立の捉え方について——」小早川光郎・宇賀克也編(塩野宏先生古稀記念)『行政法の発展と変革(上)』二〇〇一年三四二頁)があるが、彼が七三条の諸権限を六五条の行政権に含める(清宮・前掲書註(124)、三三二頁)ことからすれば、このような理解には賛成できない)。

(125) 宮澤俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』一九七八年三三八頁。

(126) 長谷部・前掲書註(51)、九六頁。

(127) さらに、前掲拙著註(62)、四一〇頁註(68)も参照。このような理解においては、機関が作用を支配するという意味で「法

の領域」Ⅱ権限分配上の関係と「政治の領域」Ⅱ組織上の関係とを分離することができないのであり、分離することができない結果として結びついているといっても、国家作用の定義と機関への分配とに未確定の部分があるのでこの部分は権限分配の関係性Ⅱ抑制と均衡によって補完されなければならないという意味で「国家作用の観念確定と抑制・均衡法理の構想とは相補的な関係にある」（駒村圭吾『権力分立の諸相』一九九九年一一―一六頁）のとは異なる。後者において機関間の関係を規定するのは組織上の関係ではなく権限分配上の関係である。