

権力分立・再定義

阪 本 昌 成

モンテスキューにとって、宗教法も自然法も、厳密な意味での「高次の法」を構成しないのである。それらは、現に存在するものの関係、存在するものさまざまな領域を維持する関係にすぎない。そこで、モンテスキューにとっては、ローマ人と同じように、法 (a law) とは単に二つのものを関連づけるものであり、したがってその定義上、相対的なものであるので、権威の絶対的源泉を必要とせず、法 (laws) の絶対的妥当性という厄介な問題に関わることなく、「法の精神」を描くことができたのである。

H. ARENDT, ON REVOLUTION 188-189.

はじめに

第1章 Separation of Powers の意義——政治理念と法原理

第1節 Powers の意義

第2節 Separation の意義

第3節 権力分立における「隣接原理」および「補完原理」

第2章 合衆国憲法における権力分立

第1節 Vesting Clauses

第2節 連邦最高裁判例のふたつの流れ

第3節 形式別学派と作用別学派の共通点と対立点

第4節 学説の分岐を決定づける視点——もうひとつの権力分立の位相

第3章 権力分立における Vesting Clauses の法的性質

第1節 Vesting Clauses 再訪

第2節 Vesting Clauses とその周辺規定

第3節 Vesting Clause のふたつの理解——Vesting Clauses は Empowering Clause か

第4節 1条1節 (Art. I, § I) Vesting Clause の意義

第5節 3条1節 (Art. III, § I) Vesting Clause の意義

第6節 2条1節 (Art. II, § I) Vesting Clause の意義

第4章 Executive Power と Administrative Power

第1節 アメリカにおける Executive Power 「控除説」

第2節 19世紀アメリカ行政学における Executive Power と Administrative Power

第5章 日本国憲法における権力分立と関連規定

第1節 議院内閣制分析に向けて

第2節 アメリカにおける論争から学べるもの

おわりに

はじめに

(1) アメリカの法学者および連邦最高裁判官は、合衆国憲法が Ch. モンテスキュー (Ch. Montesquieu) の権力分立構想に影響され、この構想の重要部分を実定化していることを自明のごとくに受容してきた (アメリカ合衆国の場合には、連邦制を含めて権力分立といわれる。本項が扱う権力分立は連邦政府の統治構造、いわゆる水平的権力分立 horizontal separation of powers についてである)。

たとえば、合衆国憲法起草に関わった J. マディソン (J. Madison) は、THE FEDERALIST のなかで権力分立をもって“公理”だと表現している¹⁾。連邦最高裁判例も合衆国憲法が権力分立によっていることを自明のこととして扱っている。ところが、THE FEDERALIST で論じられた「権力分立」は、統治機関と権限をどのように布置するかについて、明確な構想を持ってはいなかったのである²⁾。また、連邦最高裁の一連の裁判例も、権力分立構造について確固とした捉え方をみせてきてはいないのである。

1) See THE FEDERALIST No. 47, at 261 (J. Madison) (J. Pole, ed. 2005). 連邦最高裁判官を含めた法律家は、合衆国憲法の制定者意思を重視し、そのために常に参照してきたのが、この THE FEDERALIST である。THE FEDERALIST の邦訳としては、参照、斎藤眞・中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』(岩波書店, 1999), マディソンの叙述部分はその第47篇「権力分立制の意味」にあたる。B. Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARV. L. REV. 633, 638 n. 12 (2000) は、アメリカの法学者が「モンテスキューとマディソンの信者」となってきたと指摘し、もっと比較法のおよび比較政治学的視野をもつ必要がある、という。以後、このアカマンの論攷を“New Separation”と引用する。

2) See, e.g., G. Casper, *An Essay in Separation of Powers: Some Early Versions and Practices*, 30 WM. & MARY L. REV. 211 (1989); W. Gwyn, *The Indeterminacy of the Separation of Powers in the Age of the Framers*, 30 WM. & MARY L. REV. 263 (1989). 以後、Gwyn の論攷を“Indeterminacy”と引用する。また、合衆国憲法の採用する権力分立に関しては政治学者からはいうに及ばず、法律家からもさまざまな批判や異論が古くからよせられてきたところである。比較的古いところでは M. Redish & E. Cisar, “If Angeles Were to Govern”: *The Need for Pragmatic Formalism in Separation of Powers Theory*, 41 DUKE L. J. 449 (1991) が多角的な分析をみせている。

(2) アメリカの研究者（政治学者、歴史学者そして法学者）の大多数は、合衆国憲法の統治構造を分析するにあたって、常に「モンテスキューとマディソン」に言及し、合衆国憲法典は権力分立を採用している、と語ってきた。この論拠としては、合衆国憲法の原理が「責任政治・権力分散（多元化）・権力抑制」(accountability, diversification and checking) という権力分立理念にたっていることがあげられた。この「通説的理解」に抗して、権力分立の政治的理念や憲法原理を論拠することの不十分さを、指摘する法学者も、少数ながら存在してきた。権力分立原則は政治的な理念にとどまり、法的・憲法的原則ではない、というのである³⁾。いかにも、法学者ならではの視点である。この異論の当否は別として、この主張は、権力分立原則を語るにあたっては、多層の視点があることを我々に気づかせる。

いくつかの層として、(ア)政治思想、(イ)法原理、(ウ)国制の基礎、さらに、(エ)実定憲法上の統治の全体構造、(オ)実定憲法が示す統治機関間の個別的関係、(カ)憲法政治の実態⁴⁾等をあげることができる。ある権力分立論争がどの層を念頭に置いて展開されているのか、観察者は常に注意しておかねばならぬ。本稿は、上のうち、(オ)にいう統治機関間の個別的関係を軸とする分析に挑戦していく。そのさい、本稿は、(エ)の実定憲法における統治の全体構造だけでなく、(ウ)

3) See, e.g., J. Manning, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, 124 HARV. L. REV. 1939, 1944-45 (2011) [権力分立構想にはベースラインはない。また、権力分立原理は法的・憲法的原理であるか疑わしい]。以後、これを“*Ordinary Interpretation*”と引用する。また、E. Elliott, *Why Our Separation of Powers Jurisprudence Is So Abysmal*, 57 GEO. WASH. L. REV. 506, 508 (1989) [合衆国憲法が権力分立を採用しているわけではない]。以後、これを“*Separation of Powers Jurisprudence*”と引用する。さらに参照、E. POSNER & A. VERMEULE, *THE EXECUTIVE UNBOUND: AFTER THE MADISONIAN REPUBLIC* 208 (2010) [権力分立理論は孵化しない古い卵のごとし。われわれは権力分立後の時代にいる]。

4) 連邦政府のいずれの機関が実際に権力を集中させているか、この権力集中は統治にとって警戒されるべきか、といった政治的評定が権力分立の捉え方に強い影響を与えている。この政治的実態分析は本稿の関心ではないものの、いずれ本文でふれるように、どの機関を「最も危険な統治部門」とみるか、という論者の診断を軽視することはできない。学説の状況については後掲注115)を、議会権限を警戒していた憲法制定者意思については後掲注114)をみよ。

という国制の基礎としての権力分立，さらには(イ)という法原理としての権力分立へと行きつ戻りつする視点にでる。実定憲法上の統治機関の地位，機関の作用相互間の関係の捉え方，すなわち上の(オ)の捉え方は，(ア)ないし(イ)の理解のしかたを反映するものの，これらによって決定されることはないのである。

実定憲法上の権力分立構造を解明しようとするときにも，内政権限に関する諸規定に着眼するか，それとも，軍事・外交権限にウエイトを置くかによって，その捉え方が多様となる。

本稿は，内政権限領域に視野を限定して合衆国憲法の権力分立構造に分け入っていく。

(3) 合衆国憲法が採用したといわれる権力分立構造について，ある論者は，こういつている。

「統治の全体構造を知ろうとして憲法をちょっとスキャンしてみれば，憲法の沈黙している部分の多さにすぐに驚かされる。合衆国憲法典は，統治の必須として名指ししている基本単位（necessary elements of government）——議会，大統領，最高裁判所——がどのように作用を遂行するのかにつき，法律制定過程を除けば，ほとんど何も語っていない。そればかりか，山のような統治の任務にあたっている非公選による高官たちについても憲法典はほぼ口をつむいでいる」⁵⁾。

5) P. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUM. L. REV. 573, 597 (1984). 以下，これを“Place of Agencies”と引用する。このP. シュトラウス(P. Strauss)の論攷は，権力分立構造における法律執行機関(agencies)の位置づけ，executiveとadministrativeとの違いを詳細に論じたものであり，学界に画期的な影響を与えた重厚な作品である。もっとも，彼の関心事は，論攷の題名にみられるように，内政面における権力分立構造での，行政機関を含めた法律執行機関の地位である。シュトラウスの分析によれば，(ア)憲法典の示す権力分立は「立法／執政／司法」の別を示すにとどまり，(イ)行政機関(administrative agencies)を含めた法律執行機関の地位について何も語っておらず，(ウ)この地位は憲法1条8節18項の「必要かつ適切条項」を論拠に連邦議会が創設した領域であるものの，(エ)憲法上の3機関すべての統制を

この論者の指摘とおり、合衆国憲法は3つの統治機関を名指ししてはいるものの、各機関がになう権限・作用についてはもちろんのこと、日々の統治（法令の執行を含む）にあたる機関の地位・権限、権限の発動形式等についてその明確な内包・外延を示してはいないのである。判例・学説の対立は、上でいう“憲法典における権力分立構造の沈黙部分”をめぐる展開されることが多いのである。

(4) 判例・学説のこの対立は、憲法典の沈黙部分を議会権限で埋めようとするか、大統領権限で埋めようとするか、という対立でもある。前者はこのための議会権限として1条8節18項の「必要かつ適切条項」(Necessary and Proper Clause)を論拠としてあげ、後者はこのための大統領権限として2条3節の「法制の誠実執行配慮条項」(Take Care Clause)を論拠としてあげる（後者の説にでる論者のなかには2条1節1項「執政権」(Executive Power)だけを論拠とするものがある。この立場は“憲法典は当該領域について沈黙してはいない”とみるのである。なお、Executive Powerは、古くは「行政権」と訳され、比較的最近では「執行権」と訳される傾向があるところ、本稿は「執政」という用語によることとする。なぜなら、次第に本稿が明らかにするように、Executive Powerは行政権ではないことは、アメリカ公法では常識的であるし、「執行権」では、他の機関が決定したことを日常的に遂行する権限、というニュアンスになってしまうからである。Administrationの語源であるラテン語の minus は、「他の者に仕える下級の作用」を指していたのである。

「必要かつ適切条項」とは、「この憲法によって与えられた合衆国統治 (in the government of the United States) またはその省庁もしくは公務員に与えられ

受け、(4) 3機関の均衡を保つことを要するのである。なお、このシュトラウス論文は、行政機関 (administrative agency) とは「議会制定法のもとでの活動に限定され、司法審査の可能性に服する状況に置かれた統治機関」と定義している。「行政」および「行政機関」の意義については後掲注24)を、「必要かつ適切条項」については後掲注6) およびその本文を参照のこと。

た……権限を実行に移すために (for carrying into execution the foregoing powers ……) 必要かつ適切な一切の法律を制定する」議会権限をいい、「法制の誠実執行配慮条項」とは、法制が誠実に執行されるよう監視監督する大統領の権限 (または責務) をいう⁶⁾。

第1章 Separation of Powers の意義——政治理念と法原理

権力分立理論が政治的理念に止まらぬ法原理だとしても、その政治理念と法原理は同じではない。さらには、法原理と実定憲法が取り入れている権力分立とは同じではない。このことを見抜くための鍵は、Separation of Powers というときの Separation および Power(s) の意味あい、政治理論、法原理、実定憲法の統治構造のそれぞれで、違っていることに気づくことにある。

第1節 Powers の意義

(1) まずは、Power(s) の意味を論じてみよう。

Power なる言葉は実に多義的であって、論者がこの言葉を、どの議論の層においていかなる意味で用いているのか、観察者は要注意である⁷⁾。

Power なる言葉は、①一定の目的を達成するための力または能力、②一定の行為

6) 合衆国憲法1条8節18項の「必要かつ適切条項」とは、“To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.” という条項をいう。また、2条1節3項の「法制の誠実執行配慮条項」とは“he shall take Care that the Laws be faithfully executed, and shall Commission all the Officers of the United States.” との定めをいう。この条項の趣旨は「法律を誠実に執行する」大統領権限または責務を定めたものと解されやすいが、「executed」という受動形が用いられていることに留意されなければならない。「法制の誠実執行配慮条項」の意義については、後掲注77), 144) およびその本文を参照のこと。

7) Power なる言葉の多義性は、M. VILE, CONSTITUTIONALISM AND THE SEPARATION OF POWERS 13 (2d ed. 1998) が既に指摘したところだった。以後、この M. ヴァイルの著作を“SEPARATION OF POWERS”と引用する。

をなす法的能力, ③立法, 執政または法執行(裁判を含む)という「作用」, ④統治の部門または機関, ⑤機関を構成する人等を指すために用いられる⁸⁾。

政治的理念でいわれる Separation of “Powers” は, 上のうちの①であり, 法原理としていわれるそれは, ②であることが多い。これに対して, 実定憲法上の Separation of Powers という power は, 精査のないまま, ときに, ③の「作用」, すなわち, function を指すものとして用いられる場合もあれば, ④や⑤にいう機関や人を指すものとして用いられる場合もある。厳密には power とは, 権限または作用の意に限定して用いられるべきである。

(2) 権力分立構造の議論を混乱させてきたもうひとつの原因が, Separation of the Three Branches という branch の濫用である。

憲法典が統治作用を付与したのは, 部門それ自体 (branches as such) ではなく, 憲法上の行為主体 (constitutional actors) である⁹⁾。つまり, ひとつの連邦議会 (a Congress), ひとりの大統領 (a President), そして, ひとつの連邦最高裁判所 (a Supreme Court) (および議会が設立した下級裁判所) という統治機関 (departments)¹⁰⁾ である。この統治機関概念に訴えることなく,

8) See, e.g., E. Magill, *The Real Separation in Separation of Powers Law*, 86 VA. L. REV. 1127, 1155 (2000). 以後, このマジル論文を “Real Separation” と引用する。なお, 野村敬造『権力分立に関する論攷』(法律文化社, 1976) 44~45頁には, 「権力」は①国家の作用を指すとき, ②作用の活動形式を指すとき, ③担当機関を指すときがある, との的確な指摘がみられる。

9) See P. Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation-Of-Power Questions — A Foolish Inconsistency?*, 72 CORNELL L. REV. 488, 493 (1987). 以後, このシュトラウスの論文を “Formal and Functional Approaches” と引用する。

10) 国家について語ることの少ないアメリカ公法には, 日本法にいう「(国家) 機関 (organ)」という概念は定着していないようである。私が接した論攷において organ という言葉を「機関」を表すものとして用いているのは, Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5, at 640 だけである。アメリカ法での一般的な用語は, 連邦「政府」(federal “government”) という統治機構における departments という用語である。See, e.g., G. Lawson & Ch. Moore, *The Executive Power of Constitutional Interpretation*, 81 IOWA L. REV. 1267, 1270 n. 6 (1996). 以後, これを “Executive Power” と引用する。THE FEDERALIST No. 51 (J. Madison) が権力分立を語るにあたって departments という言葉を選択していることについては, 後掲注17) の本文をみよ。本稿は, この departments を「機関」と表記し

部門 (branches) という組織をイメージさせる言葉を散漫に使用するとき、本来は作用を意味しているはずの power が統治の部門 (branch) または機関と相互互換的に理解されてしまいがちとなる。この用法こそ、separation of powers とは separation of tripartite branches だ、という通俗的理解を生む原因のひとつである。Branch という言葉は、ある組織体を連想させ、作用概念を忘却させる。合衆国憲法は、ある作用を担当する機関をどう組織化するか (どんな branch を設置するか) については、ほとんど何も語ってはいないのである¹¹⁾。

第2節 Separation の意義

(1) こうした power(s) の多様な用法が separation of powers にいう separation の正確な把握を妨げてきた。すなわち、powers の意味について、前節(1)で指摘したように、作用を指すのか、それとも機関を指すのかを区別しないとき、separation of powers とは機関を分立 (separate) させると同時に、作用をも分立 (separate) させることだ、となる。これは、よくみられる権力分立理解である。これが1作用1機関対応型 (one-function-one-branch equation) の、いわゆる「三権分立」理解、すなわち、分離された3機関がそれぞれ独自の権力を行使する、という理解をよぶのである。

たしかに、機関についての separation とは、「切り離して区切り隔てること」または「分離・孤立化」を指す、と理解してよい。この場合の separation of

ていく。ちなみに、Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 146 (1803) において organ は「器官=手足」という意味で用いられている。なお、行政「機関」を表すためには agency という言葉が一般的に用いられる。この機関は、憲法1条8節18項の「必要かつ適切条項」のもとで議会の法律制定権限によって創設されたものと解する立場が一般的である。前掲注5) およびその本文、後掲注24) をみよ。

11) 合衆国憲法がいう branch とは、1条2節にみられるように、議会の1院を指す。この用法は制定者たちの念頭にあったもののように思われる。THE FEDERALIST No. 51, at 282においてJ. マディソンは、二院制について、“to divide their legislature into different branches”と述べている(イタリック部分は阪本)。邦訳では第51篇「抑制均衡の理論」にあたる。

powers とは、憲法上、3 機関がそれぞれ独立した地位に置かれていることをいう（なかでも、powers が上でいう⑤であるときの separation は、この意味あいを顕著とする）。権力分立論の必須要素のひとつは、この意味の separation of powers、つまり、機関を切り離して孤立化させること、である。これを「機関の分立・孤立化原理」と呼ぶことにしよう。

(2) これに対して、separation of powers にいう powers が、上の③でいう「作用」であるときの separation は「分離・孤立化」という意味あいではなく、「区別すること」といったほどの意味あいに止まる、と押さえておくことが適切である。この区別は、統治の作用についての理論上の類型化のことであり、「立法／執政／司法」という作用の別がこれである。この場合の separation of powers にいう power には権力というニュアンスはない。このことは、司法を例にとりあげて、その性質を考えれば理解できてくる。司法とは権力ではなくして法的権限であること、これが司法の性質である。権力分立の全体像を捉えるとき、われわれは「司法権の独立」に目を奪われて、裁判所をも含めた「三権分立」をイメージしがちである。ところが、権力分立論のねらいは司法権を権力としないことにあったのだ。そのために、司法作用に政治権力性をもたせず、実体的にも手続にも制限された作用とし、裁判所は権力の相互抑制関係の外に置かれたのである。

もっとも、合衆国連邦最高裁が判例上確立させた「司法（違憲）審査権」は裁判所の地位・権限を画期的に変え、司法権を「第3の権力」としたのではないか、という見方もありうるところである。しかしながら、司法審査権は権力分立から出る権限ではなく、統治家権力の制限という「法の支配」に淵源をもつ、と理解するほうが適切である。

(3) 権力分立理念のもとで理論上区別された3作用が、いずれかの機関に分

配され行使されるのかは、「機関の分立・孤立化原理」とは別個の原理によって決定される（それだけ、「立法／執政／司法」という理論上の類型は、それらの作用の内包と外延を明確にはしていないのである¹²⁾）。別個の原理とは、たとえば、議会の立法作用が完成するには大統領の署名を要する、とされるごとく、ある統治機関の作用完遂のためには他の統治機関の合意を条件とすることをいう。この原理を「抑制原理」と呼ぶことにしよう（この原理は、一般的には「抑制・均衡」(checks and balances) と称されてきた側面である。本稿が「抑制・均衡原理」といわないで、単に「抑制原理」と表記する理由は、いずれ述べる¹³⁾）。

(4) 権力分立の政治的理念にとって最も重視されたのが、専制政治をいかにして阻止するか、という視点であった。この阻止のためには、ある統治の作用が1機関の意思だけで足りるとする権限分配を許さない、という法原理が決定的に重要である。これが「抑制原理」である。

抑制原理のためには「権力分立」は、ある統治作用を分割してこれを複数の統治機関に分散・分有させておかねばならない。ひとつの作用をめぐる複数の機関を競争関係に置くからこそ、相互抑制可能となるのである。この側面を「作用の分散」(dispersal of function) — 「作用の分立」(separation of function) ではなく — と表現することになろう。

かように、「権力分立」は、「機関の分立・孤立化原理」だけではなく、これとは別の「抑制原理」によって決定されるということ、これが法原理としての権力分立の必須要素である。

今日のアメリカ公法学界の多数は separation of powers にいう権限・作用に

12) See, e.g., Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 2005; E. Magill, *Beyond Powers and Branches in Separation of Powers Law*, 150 U. PA. L. REV. 603, 613-14 (2001). 以下、このマジル論文を“*Beyond Powers*”と引用する。

13) 参照、後掲注19)。

おける separation とは dispersal of functions(作用の分散)または division of functions (作用の分割)を指すと解している¹⁴⁾。

(5) THE FEDERALIST で J. マディソンが述べたことを引用し、制定者意思が「分散原理」および「抑制原理」を重視していたことを確認しよう。

「いくつかの作用の種類を、その性質別に立法、執政、司法のように、理論上区別した後の最大の難題は、それぞれが他に侵入しないよう実践的な安全策を作り上げることである」¹⁵⁾。

「自由原理を基礎としているだけでなく、統治作用がいくつかの統治機関に分割 (divided) され、均衡が図られ (balanced), そのために、相互間に有効な抑制が維持されて法的限界を超えることがない政府 (統治), これこそ、我々が戦い取ろうとした政府 (統治) である」¹⁶⁾。

「いくつかの機関 (several departments) について憲法上の境界線を単に紙面に描き出すだけでは……専制的な権力集中に対する有効な保障とはならない」¹⁷⁾。

「いくつかの統治機関 (several departments) に権力 (power) を分割 (partition) して、これを憲法に具体化し、そして実際にこれを維持する

14) See H. Bruff, *On the Constitutional Status of the Administrative Agencies*, 56 AM. U. L. REV. 491, 505 (1987). 以後、このブラフ論文を“*Administrative Agencies*”と引用する。また、Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 2004; M. Froomkin, *In Defense of Administrative Agency Autonomy*, 96 YALE L. J. 787, 793 n. 31 (1987) 等々も参照のこと。以後、このフルームキン論文を、“*Administrative Agency Autonomy*”と引用する。

15) THE FEDERALIST No. 48, at 268 (J. Madison) [共和制にあっては議会権限が必然的に優位に立つ。この不都合に対処するには統治機関の間に相互依存関係をもたせる工夫が必要である]。邦訳は第48篇「立法部による権力侵害の危険性」239頁にあたる。なお、後掲注33), 114) も参照のこと。

16) *Id.* at 270. 邦訳は230頁。

17) *Id.* at 272. 邦訳は234頁。

ためには、われわれは最終的にはいかなる方策に訴えかけるべきだろうか。統治の外から抑制する方策は不十分であると判明した以上、その唯一の回答は、こうである。いくつかの統治機関が、その相互関係（mutual relations）によって互いにそのしかるべき地位を占め続ける手段となるように、統治の内部構造を考え出すことである。そうすれば、外からの抑制の欠缺という欠陥が補われるに違いない¹⁸⁾。

(6) このマディソンの言葉は、本章第1節でふれた曖昧さを——powerを除いて——感じさせない明晰さがある。そればかりでなく、引用文にいう、機関（department）、分割（partition）、さらには「相互関係」（mutual relations）という用語選択は権力分立構造を理解するうえで実に深い意味をもっている。この引用箇所に関する限り、法原理としての権力分立に関する憲法制定者意思がはっきりと表われているように思われる。引用文にいう統治機関間の相互抑制関係こそ、憲法制定者が重視したモンテスキュー理論の要諦でもあったのだ（モンテスキュー理論の理解のしかたには無数のものがあるものの、少なくとも、憲法制定者の理解はこうであった。たしかに、独立革命直後のstateの憲法は機関と作用とを分離させる「厳格な分立」によっていた。が、憲法制定会議は、厳格な分離構想を採用しなかったのである）。これは権限の「分離・独立・自律」ではなくして、「分割・分散・ブレンド」（division, dispersal and blending）の図式である。後世、この相互関係は「抑制と均衡」（checks and balances）と称せられてきた¹⁹⁾。

18) THE FEDERALIST No. 51, at 282 (J. Madison). さらにマディソンは続けて、こうもいっている。「対立しライヴル関係におかれた利害は、（自分にとって）よりよい動機を求めようとする人間の欠陥を埋め合す」（at 281）。邦訳は第51篇「抑制均衡の理論」239頁にあたる。マディソンは、権力分立についての「1作用1機関対応型」を否定したのだった。

19) 「抑制と均衡」（Checks and Balances）という言い方は、あまりに有名となって、異論を差し挟めない雰囲気である。このねらいはよく理解できるものの、相互の抑制関係がいかなる意味での均衡を、なにゆえもたらすのかとなると、その論証はないように思われる。これが「抑制と均衡」論の

第3節 権力分立における「隣接原理」および「補完原理」

(1) ここまで本稿は、統治権限集中阻止という権力分立の政治理念が、法原理のレベルでは「機関の分立・孤立化原理」および「作用の分散・抑制原理」という必須要素として可視化される、と論じてきた。

法原理としての権力分立をこのように捉えることは、何も新奇なものではなく、すぐ上でふれたように合衆国憲法制定者の意思でもあるばかりでなく、アメリカ公法学における「多数説」だといってよい²⁰⁾。ふたつの原理に目を向けないまま、Separation of Powersという言葉を曖昧に用い続けるかぎり、その真の姿を捉えることはできない、というわけである。この学界の雰囲気は、わが国の通説的な理解²¹⁾とは対照的である。

もっとも、アメリカ研究者の多数が「機関の分立／機関間抑制」の別を常に意識しているとはいえ、(a)法原理としての権力分立が上のふたつの原理のみをその構成要素としているのかどうか、(b)ふたつの原理の相互関係をどう捉えるべきか(ふたつの原理を並列させるだけでは有意ではない)、といった疑問点となると、その切り口から用語まで論者によって区々となる²²⁾。

最大の難点である。本稿が「均衡」要素を強調していないのはこの難点との関係である。前掲注13)およびその本文もみよ。英米の政治学者の多数は、均衡の理論に信頼を寄せていないようである。See, e.g., Ch. McILWAIN, CONSTITUTIONALISM: MODERN AND ANCIENT 134 (Renewed ed. 1975) は、権力分立論が均衡どころか、政治的軋轢や議会への権限集中をもたらしている、と指摘している。

20) L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW § 2 (3d ed. 2000) も「権力分立を最もうまく要約するとすれば、それは、各作用を独立させるのではなく、機関間に相互依存関係を構造上作り出すことだ」と述べている(at 142)。マディソンが機関の分立だけでは権力抑制に十分ではなく、各作用間に相互依存関係をもたせようとしたことについては、See VILE, SEPARATION OF POWERS, *supra* note 7, at 175-76. なお、後掲注74)も参照。

21) わが国の権力分立理解を決定づけたのが清宮四郎『権力分立制の研究』(有斐閣, 1950) 2頁; 清宮四郎『憲法I [第3版]』(有斐閣, 1979) 89頁だった。清宮の権力分立の捉え方は1作用1権限対応型である。

22) 「権力分立」というだけでは Separation of Powers の全体像を捉えきれないことに自覚的であるアメリカの研究者は、「統治機関の分離／権限の抑制・均衡」の別を注視するものの、この区別の表記のしかたに統一性はなく、ときに混乱がみられる。Cf., e.g., Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1154 with J. Waldron, *Separation of Powers in Thought and Practice*?, 54 B. C. L. REV. 433, 438 (2013). 以後、このウォルドラン論文を“Thought and Practice?”と引用する。

(2) 実定憲法上の権力分立の解析にあたって、学界に決定的な影響を与えた P. シュトラウス (P. Strauss) の権力分立の捉え方をみてみよう。

彼も学界の多数派がいうように、権力分立が「機関の分立／機関間抑制」というふたつの位相からなる、とみているようである。そのうえで、彼は「権力分立」を捉えきるには separation of powers よりも separation of functions に視点をおくべきだ、と強調しながら、概要、次のようにいう²³⁾。

- (a) 憲法典はその 1 条ないし 3 条において、連邦議会、大統領および連邦最高裁判所という 3 つの統治機関を名指しし、「機関の分立」を定めている。
- (b) 3 機関が所管する統治作用についていえば、憲法典はそれぞれの「中核作用」(core function) については「分離・分立」させてはいるものの、それ以外の作用については機関間に抑制関係を持たそうとしている。
- (c) これらすべての統治作用が憲法上の 3 機関のいずれかにびたり収まることはない。収まり切らない領域が administrative power (or function) である。
- (d) Executive functions には二義がある。ひとつが政治的で裁量的なもの、すなわち、狭義の executive 作用であり、他のひとつが「法令の執行」(law-administration) という広義の executive 作用である²⁴⁾。

23) Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5.

24) Executive power といわれる作用が「政治的なもの／法的なもの」の 2 層からなる、という思考は、後の本文 (第 4 章) でもふれるように、19 世紀末の行政管理学のオリジナリティだと一般に考えられてきた。この点については、後掲注 136) およびその本文をみよ。ところが、この 2 層の捉え方は、立憲主義の流れにおいて決定的に重要な「統治 (gubernaculum／司法 (jurisdictio))」の別を再生したものではないか、とも理解できる。この区別と立憲主義の歴史展開とを描き出した労作として、McILWAIN, *supra* note 19 を参照のこと。また、20 世紀アメリカ公法学における「executive power／administrative power」の区別については、参照、Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5。

- (e) 憲法典は「executive power／administrative power」の区別については沈黙している²⁵⁾。
- (f) 現実の統治における「権力分立」を知るためには、separation of functions という視点——機関の分立とは別の視点——に立って、「executive power／administrative power」というふたつの作用を区別する必要がある。
- (g) 行政 (administrative) とは、「日々、法令を執行する活動 (everyday law-administration)」であり、「厳密に法律上の活動であって、大統領の関与があるとしても、法律の定める範囲内にとどまるにすぎない」活動をいう。
- (h) Administrative power の領域（および行政機関の位置づけ）は、憲法1条8節18項にいう「必要かつ適切条項」のもとでの議会の法律制定権限に属する。
- (i) 他方、一元的政治責任を負う大統領は行政機関の活動を監督する権限を有する。
- (j) 議会の行政組織編成権、他方の大統領の行政組織監督権、さらには、裁判所による司法審査権と間に緊張関係が維持される限り、行政機関が立法したり裁定したりすることも違憲ではない。

(3) このシュトラウスの論攷は、separation, powers, functions のいずれについても定義を示しておらず、アメリカ公法学にみられる用語選択とその用法の曖昧さを象徴するかのごとき作品である。この曖昧さを補うかのように、ある論者は、シュトラウスの思考について「憲法上の統治機関に関しては厳格な分離を、政府の統治活動に関しては作用のブレンドをねらったもの」と解説し

25) 同趣旨の論攷として、See Bruff, *Administrative Agencies*, *supra* note 14, at 492.

ている²⁶⁾。このコメントが指摘するように、シュトラウスは「機関の分立／作用の分散」の別を前提に、administrative power に関しては、その作用のブレンディング——行政機関が「準立法権」とか「準司法権」とかこれまで称せられてきた作用をも果たすに至っている「行政国家」——の正当性を論拠づけたのである。この正当化論拠は、《いかなる作用の組み合わせであれば、対個人（市民）との関係で、「行政国家」における統治の公正さが実現できるか》、《個人の自由を具体的に保全するには、いかなる抑制図式によるべきか》という視点をもっている点で²⁷⁾、従来の枠組み——専制の防止という廣大無辺なねらいに訴えかける論法——を超え出たのである。

(4) 多様な用語選択やアプローチがみられるなかで、J. ウォルドラン (J. Waldron) が展開する権力分立論は実に異彩を放っている²⁸⁾。

ウォルドランは、「権力分立」における作用の separation の 2 要素、すなわち、Division of Powers という要素および Checks & Balances という要素とを切り離すよう求める。つまり、Division of Powers と Checks & Balances という両立しがたい要素を並列しても有意ではない、と彼はみるのである。ただし、この種の批判であれば、これまでさまざまな論者がみせてきたところであり²⁹⁾、新鮮味はない。

26) Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1150. シュトラウスの見解は、後に本文でふれる「形式別学派／作用別学派」の対立のなかでは、後者の立場だといわれるのが一般的であるが、本文でのコメントに倣っていえば、「憲法上の 3 機関については形式別で、行政機関については作用別の思考だ」ということができる。

27) See Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5, at 623.

28) Waldron, *Thought and Practice ?*, *supra* note 22 「権力分立は、その定義から用法まで極めて混乱を示している代表的政治思想だ」という批判を繰り返すだけでは生産的でない。

29) See e.g., Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1130 「分立の原理」と「均衡の公式」という権力分立のふたつの要素が相互関連していると考えるところこそ誤りの原因である；Magill, *Beyond Powers*, *supra* note 12 「権力分立を理解するには、3 機関、3 作用という発想を抜け出るべし」。また、VILE, *SEPARATION OF POWERS*, *supra* note 7, at 14 は、権力分立の必須要素、その相互関連性は明らかにされたことがない、という。

彼の堅実さは、Division of Powers と Checks & Balances を定義していくところにある。

まず、Division of Powers とは、「権力をひとり、ひとつの集団またはひとつの機関に過剰に集中させない、という要素をいう」³⁰⁾とする（これは、本稿のいう「作用の分散」を指すようである。そして、Checks & Balances とは、「ある権力主体の権限行使が他の主体の権力行使によって抑制され均衡がはかれること」³¹⁾としている。

(5) ウォルドラン論文のみせる切れ味の良さは、これだけではない。

それは、彼の論文が《権力分立原理は、これら2要素を超える意義をもっていることを論証していく》特異さをみせたことである。

彼のこの試みの成否は別にしても、「権力分立原理」が次のような「隣接原理」(adjacent principles) をもっており、これらの諸原理を組み入れた視点に立てはじめて統治機関の配置および作用の本質、手続、形式を語ることができる、というのである。この視野の広さ、鋭さ、精緻さに本稿は驚きを禁じえない。

彼は「権力分立の原理」と呼ばれているものが次の隣接原理をもっている、という³²⁾。

1. 統治の諸作用 (functions) を区別する原理 = 作用区別原理 (Separation of Powers Principle)。ウォルドランは、この原理をいうとき power という用語を選択しているが、その本文での説明においては function と表記している)。
2. 特定の機関への権力集中を排除しようとして、作用を諸機関に分割す

30) Waldron, *Thought and Practice* ?, *supra* note 22, at 433.

31) *Id.*

32) *Id.* at 438.

る原理＝作用分割原理 (Division of Power Principle)。ここでも彼は、原理をいうときには power という用語を選択しているが、その意味は、先にふれたように、function だと思われる)。

3. ある国家機関活動が完遂されるためには、他の機関の活動を要するとすることによって、相互に抑制均衡を図る原理＝抑制・均衡原理 (Checks and Balances Principle)。
4. 法律制定のためには、ふたつの対等の地位にある議院 (二院) の議決を要するとする原理＝二院制原理 (Bicameralism Principle)。
5. 連邦政府の権力と州政府に留保される権力とが区別される原理＝連邦制原理 (Federalism Principle)。

(6) 上のリストには、連邦政府における権力分立構造とは別の、連邦制が含まれている点や、憲法制定者においては権力分立理論の本質的な要素である二院制³³⁾を「隣接原理」と位置づけている点で、納得しかねる内容を含んでいる (ただし、この論者自身、最初の3つが Separation of Powers にとって重要だ、と述べていることを顧慮すれば、これら3原理と残る2原理とは性質を異にしている、とみているものと思われる)。

それでも、ウォルドランが「機関の布置／機関の担当する作用／作用の分配状況／作用の抑制メカニズム／作用の発動形式・手続」等の違いすべてに目を向けたうえで、これらすべてを解明するためには、上の諸原理 (なかでも、最初の3原理) の射程は限られており、補完原理を要する、と展開している点はまさに出色である。権力分立を補完する原理とは「法の支配」である。この思

33) 実際、憲法制定者は二院制を権力分立の枢要部分と考えていた。See THE FEDERALIST No. 62, at 333において、議会の権力を警戒するマディソンは「立法府では、第一院とは明確に区別される第二院である上院が分割された権力をもっているので、あらゆる場合に、統治は健全に抑制されるに違いない」と述べている。邦訳では第62篇「上院の構成」281頁にあたる。機関としての分立と、作用の分割とを区別して論じていることに注意。前掲注11) さらには後掲注114) も参照のこと。

考の道筋を、次の(7)において概観してみよう。

(7) ウォルドランの論攷は、政治理念に止まらぬ「権力分立原理」を追い求め、法原理としての権力分立の必須構成要素を析出したうえで、その要素の射程が限られていることを、次のように展開してみせたのである。

- ① 作用分割原理は、作用が分散される必要を語るまでであって、各作用の本質が何であるか、回答していない。
- ② 均衡・抑制原理は、権力Aが行使されるためには他の権力Bの発動を要求しているにとどまり、いかなる作用の組み合わせ、または、いかなる形式で、どのような手続で発動されれば、なぜ均衡をもたらすことになるのか、回答していない³⁴⁾。

このように、ウォルドラン論文は、「権力分立原理」をいくつかの構成要素に分解したうえで、これらの限界を説いた。そして、限界を越え出るためには、権力分立と密接な関係をもつ、別の法原理を視野に入れるようわれわれに求める³⁵⁾。別の原理とは「法の支配」であり、この原理が統治作用の形式・発動手続を決定するのだ、と彼はいうのである。言い換えれば、法の支配原理を加味したとき、はじめて、権力分立構造における統治作用が分節化され、かく分節化された諸作用の発動形式・手続のありようを語りうるようになる、というのである³⁶⁾。これは、権力分立原理とはまた別の、「権力の制限」原理を探求す

34) 同旨の見解として、See Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1999.

35) 法の支配説は、アメリカ憲法における権力分立を論拠づけるものではないし、作用分立の正当化論拠とは別であることを明言するものとして、See Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1192.

36) この点については別稿で論ずる予定である。が、その結論だけをここで述べれば、統治活動は、権力分立理論だけではなく、「法の支配」理論によって補完されてはじめて、機関別作用の発動形式・手続を説くことができる、という視点である。この概要はこうである。

① 権力分立理論は、ある機関の作用が完遂されるためには他の機関の一定の行為を要すること

るようわれわれに求めるのである。

政治理念としての「権力分立」の論拠としてこれまであげられてきたのが、専制政治への歯止め、または、自由の保全であった。この権力分立理念のねらいをあげながら、実定憲法における権限の分配や権限行使のありかたまで引き出そうとする強引な論法は、今日においても消え去らない³⁷⁾。ウォルドラン論文は、こうした知的環境を抜け出ようとする者には、実に有益である。

(8) ここまで本稿は Separation of Powers を語るにあたっては、(a)政治理念としての権力分立論と法原理としてのそれとの違いをはっきりと意識すべきこと³⁸⁾、(b) branches, separation, power なる用語を散漫に使用することを避けること(それらの厳密な用法を再検討してみること)、(c)法原理としての権力分立を語るにあたっては、その構成要素にまで分け入る必要のあること、(d)自由の保全が究極目標であるとしても、そのための統治構造を語るにあたっては、概括的な権力分立論を振り回すべきではないこと、(e)自由保全のための統治は、統治の作用を分節化した、別個の分析を要すること、(f)国家統治の形

を説く。たとえば、議会在法律を制定するには大統領による署名を要する、というように。

② 「法の支配」は、議会在法律を制定するにあたって、特定可能な法主体を名宛人とし、一般的抽象的な法規範を制定するよう求める。これは、法形式の指定である。

③ 同じく「法の支配」は、裁判所に対し、法律の定めるところに従って個別的事案を裁定するよう求める。これは、「法の支配」が統治活動を分節化するよう求め、統治作用の発動手続を指定するのである。

37) スイーピングな訴えかけのなかで、3作用の協働テーゼ (coordination thesis) が注目され、法学界の多数者によって、政治学界でも一定割合の支持を受けてきた。これは、個人の自由を制約するには、3機関のそれぞれの合意を要件とする、という権力分立の捉え方である。言い換えれば、作用を複数の機関に分散しておけば、望ましい協働統治がもたらされる、という楽観的なテーゼである。See Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1183-89. 制定者意思是、協働ではなく、ライヴァル関係、特に立法行為におけるライヴァル関係を重視していたのである。前掲注18)、後掲注156)をみよ。モンテスキュー理論に従うとすれば、「制定する権限⇔阻止する権限」の関係である。

38) 本文で本稿がいいたいのは、「自由の確立と維持のため」という権力分立の究極目的をスイーピングにあげて一定の結論を出すべきではないこと、権力分立論の多様な位相に常に留意しておくべきこと、である。

式・手続を分節化した、精緻な分析を要するのではないかということ、(g)そのためには、権力分立論を越え出た視野に立たねばならないのではないかと示唆してきた。

次章においては、合衆国憲法典における権力分立構造に分け入っていこう。そのさいの最大の留意点は、いうまでもなく、関連条文が統治の作用をどう分節化しているか、に置かれなければならない。

第2章 合衆国憲法における権力分立

実定憲法が採用している権力分立構造を理解するにあたっては、政治理念としての権力分立や法原理としてのそれとの距離に常に留意しておかねばならない。そのためには、憲法正文の用語とその用法（そして、当該用語を選択した制定者意思および憲法構造）を基礎としながら、作用の分散や機関間抑制の構成を探し当てるよう努めることが必要である。この憲法正文が1、2、3条の vesting clauses である（厳密には、それぞれ、1条1節〔立法権〕、2条1節1項〔執政権〕および3条1節〔司法権〕である。以下、本稿ではこれらの条項を単に「Vesting Clauses」と表記する）。

第1節 Vesting Clauses

(1) 日本における通常の権力分立理解と同様に、アメリカにおいても、連邦の統治機構における権力分立とは3部門 (tripartite branches) の分立 (separation) だ、と説く「高校教育までの教科書的知識」³⁹⁾ が深く浸透してきている、といわれる。本稿のいう「1作用1機関対応型」の「三権分立」理解である（第1章第2節をみよ）。

たしかに、合衆国憲法の権力分立に関係する次の Vesting Clauses を一見し

39) See Strauss, *Formal and Functional Approaches*, *supra* note 6, at 497.

たとき，“これらが1作用1機関対応型を表しているのだ”とか“これが厳格な分離の構造を示している”と理解したくなる。

Art. I, § I = All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

Art. II, § I, cl. 1 = The executive Power shall be vested in a President of the United States of America.

Art. III, § I = The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.

これらの条文は、1条が立法権を連邦議会に、2条が執政権を大統領に、3条が司法権を連邦最高裁判所（および法律の定める下級裁判所）に「付与すべし」と明言しているように見える。

(2) しかしながら、合衆国憲法における権力分立構造は、第1章で指摘した構成原理——「機関の分立・孤立化原理」, 「作用の分散・抑制原理」——を引証しながら、捉えられなければならない。すなわち、大統領、裁判所という憲法上の統治機関の区別 (separation) だけでなく、この機関の布置とは別に、立法権 (legislative power), 執政権 (executive power), 司法権 (judicial power) という権限・作用 (functions or powers) の意義と、その分割とブレンド (dispersal and blending) にアプローチしていくべきだ、という視点が必要である。各作用が憲法上の3機関のいずれかにびたり専属しているわけではないのである⁴⁰⁾。

40) See, e.g., Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5, at 579.

すでに指摘したように、アメリカ公法学や政治学における多数は、1作用1機関対応型をナイーブに受容することはない。彼らは、機関における separation と、実体権限・作用における separation とは同義ではないことに気づいている(第1章第2節(3)をみよ)。言い換えれば、機関の別を語るときには「厳格な分立」を、他方、作用・権限の別を語るときには「権限の分散・ブレディング」または「抑制・均衡」を、口にする(第1章第3節(2)および(5)をみよ)。つまり、上に引用した3つの Vesting Clauses が機関固有の権限を機関別に分配しているわけではないのである。

(3) まずは、機関の分立(separation of departments)について合衆国憲法の定めかたをみてみよう。

上に引用した Vesting Clauses の最大のねらいは、憲法上、独立対等な3機関を置くことを明示する点にあった。Vesting Clauses がその述語として帰属先機関を選び、それらを並列列挙したのは、そのためである。これが「機関における厳格な分立」の側面である。このことは兼職禁止条項(1条6節2項の incompatibility clause)のなかでさらに浮かび上がる。統治作用の主体を明示的に同定しておき(機関同定ルール)、その政治的責任所在を明示しておこうとしたのである(責任政治の貫徹ルール)。合衆国憲法前文にいう「われら合衆国人民」という憲法制定権力者意思が、なによりもまず、統治権限の委任先を明確にしておこうとしたのだ、ということかもしれない。

(4) これに対して、統治権限・作用の分配について合衆国憲法は、1作用を1機関に独占させないよう工夫している。たとえば、二院制がそのためであり、また、法律制定権の一部(すなわち「拒否権」)を大統領に与えて大統領を Art. II Legislator(「2条立法者」)とすること、条約締結や上級公務員の任命にあたって議会に executive power の一部を与えること、議会に弾劾裁判

権を与えること等がこれである。これらの規定は、作用を発動するにあたっての手續を明確にすることに重点を置いている。この姿勢も、責任所在を明示するためである。既に指摘したように、こうした権限分配 (distribution of powers⁴¹⁾) は separation of powers ではなくして, dispersal of functions (作用の分散) または division of functions (作用の分割) と称するのが適切である⁴²⁾ (第2章第2節(3)をみよ)。

このように、合衆国憲法は、ひとつの作用を分割したうえで、この作用の完遂のためには、複数の機関を関与させるよう工夫しているのである。言い換えれば、分割された作用を分有する関係機関がライヴルの地位を占めて相互に抑制しあおうとする構造である⁴³⁾。

今日のアメリカ研究者は、合衆国憲法がこの抑制関係を導入している、と理解している点では対立はほぼない。

(5) 論争となるのは、分散・ブレンドされる作用の範囲および程度の画定のしかたである。この論争が次節でふれる「形式別学派／作用別学派」の対立の中心点である。

それぞれの学派の見方の違いは、次章で論ずるとして、ここでは、アメリカ公法学が統治作用にどのように接近しているか、その一般的傾向にふれておこう。

41) 立法権、執政権、司法権という権限を配置することを、「権限配分」というか、それとも「権限分配」と表記するか、私は大いに迷った。「配分／分配」は日常の用法としては相互互換的であって、大きな違いはないとみてよいものの、厳密には配分が allocation を、分配は distribution を指していることに留意すれば、統治の機関については allocation という配置を示す「配分」の用語により、権限については distribution という分布割合を示す「分配」の用語によるのが適切ではないかと思われる。本文で既にふれたように、権力分立における「抑制原理」は、複数の機関に分散されている作用の「割合」に注視するのである。

42) 次のような C. シュミット、尾吹善人訳『憲法理論』(創文社、1972) 231頁での指摘は、法原理としての権力分立の的確な描写であろう。『分立』は、正確には、諸権力のひとつのものの内部での区分、たとえば、立法権を、元老院と代議院のようなふたつの議院に分割することを意味する。

43) 参照、前掲注18) およびその本文。

アメリカ公法学においては、立法権以下の3作用の意義を解明するにあたって「実質の意味／形式的意味」別の接近法がない（少ない）ようである。このことを表すかのように、ある論者は、立法権（legislative power）として、法律制定権のほかに、課税徴収権、弾劾裁判権、条約締結における助言と承認権等々までもあげている⁴⁴⁾。こうした思考が同国における議論の混乱要因となっているように思われる。とはいえ、合衆国憲法1条8節18項にいう「必要かつ適切条項」のもとで連邦議会が法律制定にあたって広範な裁量権を与えられていることを考慮すれば⁴⁵⁾、「実質の意味／形式的意味」の別を語る必要性に乏しい、ともいえる。

(6) しかしながらそれでもなお、アメリカにおける権力分立論争は、もともと、立法権、執政権、司法権とは何を指しているのか、という難題と関係している（はずである）。アメリカの論者はこの難題を解決するにあたって、各作用の定義（実質の意味）を探求しないで、まずは憲法制定者意思に言及するのが常である（その意味で、双方の学派は originalism にしようとする）。ところが、この制定者意思についても、ある論者は、その意図は曖昧であるといい⁴⁶⁾、別の論者は、制定者は一定の構想をもっていたもののその目論見は失敗に終わったのだといい⁴⁷⁾、さらに別の論者は、制定者意思が何であれ18世紀の権力

44) See, e.g., Gwyn, *Indeterminacy*, *supra* note 2, at 267. この論攷は権力分立のモノグラフを公刊している政治学者によるものである。アメリカの包括的な権力分立論は、非法律家（たとえば、歴史学者、思想史学者、政治学者等）によるものが多い。大多数の法学者も、大統領の拒否権は立法権だ、と考えているようである。

45) 参照、前掲注6)。

46) See, e.g., Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1944 [歴史的資料は権力分立の意味するところについて基本合意を述べていない]。

47) See, e.g., B. ACKERMAN, *THE DECLINE AND FALL OF THE AMERICAN REPUBLIC* 15 (2010). 以後、アカマンのこの著作を“AMERICAN REPUBLIC”と引用する。なお、アカマンと同旨の論調として、See S. Sherry, *Separation of Powers: Asking a Different Question*, 30 WM. & MARY L. REV. 287(1989) [制定者意思が何であれ、今日の統治を考えるにあたっては決定力を持たない]。以後、このシェリイ論文を“*Asking a Different Question*”と引用する。

分立理解よりも「生ける国制」(living constitution)を重視すべきだ⁴⁸⁾、といった事情にある。制定者意思も、論争解決に資するどころか、対立を深める要因となっている。最高裁も、これらの権限について定義らしきものを示したことがなく、定義することの困難さを強調している。学説もほぼ同様である⁴⁹⁾。

(7) こうした論争をみれば、政治理念としての権力分立をスリーピングに説くさいには論者の間に異論は少なく、法原理、そして、憲法上の権力分立構造の理解、さらには憲法上の関連条文の解釈へと論点が個別化されるにつれ、コンセンサスが次第に薄れていくことがわかる。最大の論争の対象は、合衆国憲法典が権限配分を明確にしていない「沈黙部分」に向けられている⁵⁰⁾。Vesting Clauses という明文規定は、統治の作用をすべて分節化しているわけではなさそうである。合衆国憲法は Vesting Clauses にどこまで統治の作用を可視化しているか、可視化していない部分をどの条項ですくい取ろうとしているのだろうか。この論争が「形式別アプローチ／作用別アプローチ」の対立である。

第2節 連邦最高裁判例のふたつの流れ

(1) 合衆国憲法における権力分立の輪郭はわれわれが予想するよりも漠然としているようだ。たしかに、合衆国憲法が J. Locke (ロックの構想)、Ch. モンテスキューの理論等の所産であることに間違いはない。しかし、彼らの思想・理論も曖昧であり、せいぜい、政治的な理念にとどまる⁵¹⁾。たとえ、彼ら

48) 権力分立論争は、「最も危険な部門」についての論者の評定のみならず、法解釈の方法論の選好をも反映して、さまざまな様相を示している。法解釈のマナーと学説の分岐との関係については、本章の第4節(1)をみよ。

49) See Magill, *Beyond Powers*, *supra* note 12, at 614 [各作用の本質は捕らえどころがない。抽象的な定義は可能であるとしても、個別具体的な事案解決のさいには役立たない]; Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1964 [各作用の本質がなにであるか、解明されたことがない]。また、後掲注158) およびその本文も参照のこと。

50) 参照、前掲注6)。

51) ある論者は“モンテスキューは最も混乱している思想家だ”と評している。See Casper, *An Essay*

の理念が合衆国憲法の法原理として組み入れられたとしても、近代啓蒙の理論が今日の国家構造に通用するはずはない。マディソンの権力分立論も、政治的な色彩が濃い。彼の思考も曖昧である。曖昧部分の解明は、すべて、今日の世代の分析に待たねばならない。

権力分立論は、憲法学における核心のトピックである。また、権力分立の捉え方は司法審査権の限界を決定づける重要論点である。このため、学説の知的関心も権力分立をめぐる司法審査権の対処と程度（最高裁判例）に向けられることになる。そのためか、ロースクールでの講義や憲法ケースブックにおける分析は極めて判例の流れを追う表面的なものになっている、といわれる⁵²⁾。しかも、伝統的に連邦最高裁は、いわゆる人権救済には積極的姿勢を示しながらも、統治構造、なかでも、権力分立についての法的紛争解決には消極的だった。判例の数も限られてきたのである。“司法府は、基本権にかかわらない統治構造事案について司法審査権を発動すべきではない”とする学界の有力説が最高裁に影響を与えていたのかもしれない⁵³⁾。

in Separation of Powers, *supra* note 2, at 213. たしかにモンテスキュー理論は法政治理論としても曖昧であり、曖昧さのゆえに、後生、様々な理解が展開されてくる。たとえば、VILE, SEPARATION OF POWERS, *supra* note 7, at 96 は、モンテスキューは統治権限を3作用に分けたのではなく、legislative, executive, prerogative および judicial の4作用に分けたのだ、という。分類のいかんはともかく、各作用の実体が曖昧である。なお、モンテスキュー『法の精神』の英語訳である THE SPIRIT OF LAWS 151 (T. Nugent trans, 1949) は国家の3作用を「the legislative; the executive in regard to matters on the law of nations; and the executive to the matters that depend on the civil law」としている (administrative でないことに注意。イタリック部分は版本)。

52) See TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, *supra* note 20, § 2. また、アメリカ公法学での権力分立分析が創造力に欠ける傾向にあることを指摘するものとして、See Sherry, *Asking a Different Question*, *supra* note 47, at 294 を、歴史的分析に欠ける傾向を指摘するものとして See C. Bradley & T. Morrison, *Historical Gloss and the Separation of Powers*, 126 HARV. L. REV. 411(2012). 以後、これを“*Historical Gloss*”と引用する。

53) 司法審査権について伝統的な思考を展開したのが J. CHOPER, JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS: A FUNCTIONAL RECONSIDERATION OF THE ROLE OF THE SUPREME COURT (1980) である。この流れに抗して M. REDISH, THE CONSTITUTION AS POLITICAL STRUCTURE 99-134 (1995) が《権力分立が法的紛争として提訴されたとき、裁判所の司法審査権は、憲法上の○○の作用は△△機関に属する、と形式的に判断できる》と主張した。この M. レディッシュの思

(2) ところが、連邦最高裁は、1980年以降、憲法上の権力分立構造を果敢に解明しはじめてきた。学説の大半も、判例法国らしく、この最高裁判例の流れを軸にして、権力分立の基本的な捉え方を解明しようとしてきた。そのさい、学説は、最高裁判例のアプローチに「形式別 (formalism) / 作用別 (functionalism)」のふたつの立場がみられる、と捉えている (アメリカ公法学界および連邦最高裁判例の見解の対立について、わが国では、これまで「formalism/functionalism」を「形式説/機能説」の別として紹介されてきた⁵⁴⁾。が、後者という functional とはある統治機関が示している機能 (働き) のことではなく、「作用・権限別」のことを指すのであるから、本稿ではこれを「作用別」と表記し、これとの対応関係で formalism を「形式別」と表記する)。そのうえで、学説は「最高裁判例はふたつの立場の間で揺れている」「最高裁は権力分立について一貫性のない見方を示している」と批判的である (ただし、最高裁自身は、いずれの説にでているかを明言したことはない)。

(3) 形式別説 (formalism) の立場にでたといわれる代表的な最高裁判例の関連部分は、こうである。

考は、学説だけでなく、最高裁判例にも大きな影響を与えたようである。彼の主張のポイントは、《裁判所が形式別説にたつて権力分立事案を解決すれば、裁判所による他機関権限への横溢もないはずだ》、《この司法審査権行使であれば権力分立に反することはない》、《司法審査権は、統治領域においても基本権領域においても発動されるべきである》とする点にある。これが形式別学派の理論モデルである。なお、1980年以降の権力分立に関する最高裁判例リストについては、See Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1135-36.

54) 参照、松井茂記「アメリカ——アメリカに於ける権力分立原則」比較法研究52号 (1990) 11頁、駒村圭吾『権力分立の諸相』(南窓社、1999) 170頁以下。もっとも、英国公法学にも、統治権限の配分について、便宜または効率という視点を軸とする functionalism という学派があることを考慮すれば、アメリカ公法学にいう functional も、“うまく働く” という意味の「機能」を含意しているのかもしれない。これは、プラグマティックな視点から権力分立構造を見渡そうとする思考である。が、私のみるところ、アメリカの functional 学派に属する論者は、圧倒的に規範的に権限・作用の実体を正面から論じており、英国の論調とは異なっているように思われる。英国公法学における学派の類型については、とりあえず、A. TOMKINS, *OUR REPUBLICAN CONSTITUTION* 34-39 (2005) を参照。

「連邦憲法は憲法に委任された権限を3つに画定された範疇、すなわち、立法権、執政権および司法権に分けて連邦政府に付与し、それぞれに割り当てられた責務を各統治部門（each branch of government）が可能な限り超えることのないようしている」⁵⁵⁾（ただし、傍点は阪本）。

上の頭点部分でいうように、形式別説の特徴は、画然と区別された権限を3機関がそれぞれ最大限自律的に行使用することこそ権力分立の本質だ、と捉えるところにある⁵⁶⁾。

(4) もうひとつの作用別説（functionalism）にてたとえられる代表的な最高裁判例の関連部分は、こうである。

「連邦政府の各部門は絶対的に独立して活動するのではなく……連邦憲法は、対等な部門との間での適切な均衡を維持するよう求めている」（ただし、傍点は阪本）⁵⁷⁾。

55) *INS v. Chadha*, 462 U. S. 919, 951 (1983) [一院が行使する議会拒否権は権力分立に違反する]。

56) 学説のいう「形式」の意味は明確ではない。たとえば、Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1139は、形式別学派の特徴として、(a) 3つの作用の範疇が明確に区別され同定可能であること、(b) そう区別された作用が機関別に正確に布置していることをあげ、この特徴を「布置同定ルール」(identify-and-place rule)と呼んでいる。“形式別学派は、スタンダードではなくルールによる解決を志向するのだ”というわけである。また、G. Lawson, *Territorial Governments and the Limits of Formalism*, 78 CALIF. L. REV. 853, 859-60 (1990)は、「formalism」とは問題の統治構造に憲法の文理および制定者意思を当てはめることだ、という。以後、このロウソン論文を“*Territorial Governments*”と引用する。さらに、後掲注73)も参照のこと。

57) *Morrison v. Olson*, 487 U. S. 654, 695 (1988) [大統領府に独立検察官制度を導入することは権力分立に違反しない]。Elliott, *Separation of Powers Jurisprudence*, *supra* note 3, at 514によれば、作用別説の最も洞察力ある分析を示したのが *Youngtown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579, 635 (1952) でのジャクソン裁判官の同意意見だ、という。その部分はこうである。「連邦憲法は自由を保全するために権力を分散させているもの、それと同時に、善き統治を実現するために分散された権限を統合することも予定している。権力分立は、各部門の分離・自律だけでなく、依存関係・相互関係を基礎としている」。

上の頭点部分がいうように、作用別説の特徴は、各機関の有する権限が相互の依存関係 (reciprocity or interdependence) にありながら均衡状態を作り出す点こそ権力分立の本質だ、と捉えるところにある⁵⁸⁾。

(5) 研究者も、判例のふたつの流れのうち、いずれかに共鳴しており、大きく「formalist/functionalist」に分かれている (本稿は、学説上のこの分岐・対立を「形式別学派/作用別学派」と表記することとする。もちろん、論者それぞれにニュアンスは異なるばかりか、いずれの立場にも分類できない論者も多数みられる⁵⁹⁾)。

権力分立を論ずる無数の論攷は、この学説上の対立に必ずといっていいほど言及するものの、それぞれの厳密なところの違い・特徴は明らかではない⁶⁰⁾。その原因は、「はじめに」の(1)でふれたような各層——(ア)政治理論としてのレベル、(イ)法原理としてのそれ、(ウ)国制の基礎としてのそれ、さらに、(エ)実定憲法上の統治構造に表れるそれ、(オ)実定憲法上の個別的な関連条規等——のいずれに焦点を当てた論争であるかによって、対立軸も多様とならざるをえないためである。

(6) そのうえ、「権力分立」というとき、たとえ連邦統治機関のなす内政面

58) 前掲注20) もみよ。

59) たとえば、L. Lessig & C. Sunstein, *The President and the Administration*, 94 COLUM. L. REV. 1 (1994) は、今日の「行政国家」においては、憲法上の3機関とその権限を分析して「形式別/作用別」を論争することの意義は薄れた、と独自の見解を示す。以後、これを“*President and the Administration*”と引用する。この論攷も、シュトラウスによる一連の論攷と同じように、内政面における権力分立構造、そのなかでも「執政/行政」の別に焦点を絞っている。シュトラウスの見解については、前掲注5) をみよ。

60) Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1229は「見解の対立としていつも口にされる『形式別主義/作用別主義』(formalism/functionalism) 論争は、真の論点を覆い隠し、論議の方向を誤らせる」と明言する。同旨のものとして、See Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1950; P. Strauss, *A Softer Formalism*, 124 HARV. L. REV. F. 55 (2011)。

の活動に焦点を限定するとしても——外交面まで含めて議論するとなると、議論は止まるところを知らなくなる——統治機関として何をターゲットとするかも、論者によって区々である。多くの論者は、憲法上のトップ、3機関を念頭に置いて、【議会権限—大統領権限—司法審査権】のそれぞれの限界を画そうとしている。が、論者のなかには、《権力分立構造はトップ3機関だけでは捉えきれない》と考え、たとえば、「執政府／行政機関」をも権力分立の射程とするものもみられる。なかには、「大統領／組織体としての執政府／行政機関」という分立を議論の対象とする者もみられる⁶¹⁾。このため、論争の軸は増加し、それだけ議論も複雑となってくるのである。

第3節 形式別学派と作用別学派の共通点と対立点

(1) 権力分立をめぐる連邦最高裁判例そして学説の対立に深く分け入ることは生産的でもなく、日本法にとってさほど有益でもないように思われる。それでも、アメリカ公法学にみられる権力分立理解の大綱——形式別学派と作用別学派の対立——を図式的に垣間見ることは必要だろう。

まずは、両説の共通点から。

第1の共通点。両説とも、憲法上の権力分立について、《その究極目的は自由の保全にある》、《権力の集中は専制政治をよぶことになる》⁶²⁾とする憲法制定者意思を引証して自説の妥当性を論拠づけようとする点である。要するに、制定者が理解していた権力分立の究極のねらいについては両説に深い対立はな

61) 前掲注59)をみよ。

62) THE FEDERALIST No. 48, at 270において、マディソンは「(立法・執政・司法の権限が)すべてひとつの掌中に帰することは、まさしく専制的統治の定義そのものであるといえよう」という、最も有名な命題を残している(ただし、括弧内は阪本)。邦訳では第48篇「立法部による権力侵害の危険性」230頁にあたる。この憲法制定者意思に訴えかけて、形式別学派も作用別学派も自分たちの見解の優位性を論証しようとする。が、前掲注17)の本文でふれたように、制定者意思を客観的に読み解いた場合、憲法上の権力分立は権限・作用の分立原理よりも、相互作用による抑制・均衡原理を重視している、と診断してよいように思われる。

い、ということである⁶³⁾。

第2の共通点。両説ともに、連邦憲法上、統治機関として、連邦議会、大統領、裁判所という top three の3機関が置かれている、と理解する点である（この点については、論者の間に異論はない）。

第3の共通点。両説ともに、立法権、執政権、司法権という3作用がその[・]実体的性質に[・]応じて3機関のいずれかに分配される、と理解している点である⁶⁴⁾。

(2) これらを共通の出発点としながらも、それぞれの説は、機関と作用との対応関係および実体的権限の意義および根拠条文について理解を異にしてくるのである。

形式別学派は、機関と権限の対応関係について1機関に1権限が分配されることを[・]原則としていると捉える⁶⁵⁾のに対し、作用別学派は機関と権限との対応

63) もっとも、慎重な論者は、この究極的なねらいが決して権力分立構造の細部まで決定することはない、と自覚的である。政治的理念と実定憲法上の構造との間には、論証されるべき多様な課題があるというわけである。See, e. g., Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1130. 本稿はこの慎重な立場に共鳴している。

64) See Bruff, *Administrative Agencies*, *supra* note 14, at 496. [権力分立問題の中心点は、実体的判断についていかなる機関が最終的な法的責任を負うのかというところにある]。また、See S. Calabresi & K. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, 105 HARV. L. REV. 1153, 1167 (1992) [2条および3条の Vesting Clauses は実体権限分配規定である]。以後、これを“*Structural Constitution*”と引用する。S. Calabresi, *The Vesting Clauses As Power Grants*, 88 NW. U. L. REV. 1377 (1994) も同旨。以後、これを“*Vesting Clauses*”と引用する。

65) VILE, SEPARATION OF POWERS, *supra* note 7, at 13のいう「権力分立の純粹理論」がこれに該当する。ヴァイルのこの著作は、付随的な原理を捨象したときの権力分立をどう定義すべきか、深い悩みを示したうえで、その純粹型を次のように捉えた。「政府を3部門 (three branches or departments), つまり、立法府、執政府そして司法府に分けることが政治的自由の確立維持にとって必須である。これらそれぞれの部門には、それぞれに対応する作用がある。すなわち、立法、執政そして司法である。各部門はそれぞれの作用を行使するよう限定され、他の部門の作用を篡奪してはならない。そればかりでなく、3部門に属する人物は分離され別々でなければならず、他の部門を兼職することは許されない」(at 14. ただし、傍点は阪本)。もっとも、かく述べたヴァイル自身、権力分立を理解するにあたって、作用を分離する考え方では統治活動を描ききれない (at 6), と指摘していることには留意を要する。

を否定するのである。

また、形式別学派が、かく分配される実体的権限は Vesting Clauses⁶⁶⁾ によって3機関のいずれかに保障・付与されている、と捉える（ことが多い）のに対して、作用別学派は Vesting Clauses が実体権限についての独立・直截の根拠規定ではない、と捉える（ことが多い⁶⁷⁾（この論争については、第3章第3節でふれる）。

当然、形式別説も、ある統治権限が1機関の行為で完結しないよう、憲法典が工夫していることを承知している。たとえば、法律の制定については、それぞれの院を通過しなければならず（bicameral requirement）、法律となるに先立ち大統領に提示されることを要し（present requirement）、これを可とするかどうかの判断権（すなわち署名権）を大統領に残している（veto power）、といった条項⁶⁸⁾がこれである。すなわち、ある作用をある機関に排他的に付与しない憲法条項である。この条項について、形式別説は「憲法の定める例外だ」と捉え、「憲法典はかような「原則—例外」の境界を明確にした「分立」（separation）の構造——もっと正確に言えば、各機関が相互独立した自律的作用（independent and autonomous function）をそれぞれに行使する「厳格な分離」の構造——にたっている”というのである。言い換えれば、この形式別説は、原則—例外の別はあるにせよ、合衆国憲法1条ないし3条の Vesting Clauses が“デフォルトとして国家統治の3作用を3機関に対応させている”

66) Vesting Clauses の意義については、後掲注69) およびその本文参照。

67) Vesting Clauses における実体権限とその帰属先、さらに発動形式等は、権力分立原理によってのみ決定されるのではなく、「法の支配」原理によって補完されてはじめて決定されるという、根源的問いかけについては、See Waldron, *Thought and Practice*?, *supra* note 22 at 457. このことについては前掲注37) をみよ。また Gwyn, *Indeterminacy*, *supra* note 2, at 267も、機関に分配されるべき権限は権力分立だけで決まるわけではなく、法の支配、公務員の説明責任、統治の効率性等の別個の要素がある、と指摘している。

68) 合衆国憲法1条7節2項。この大統領の拒否権について、多くの論者はこれを立法権のひとつと位置づけたうえで、大統領を“Art. II Legislator”と呼んでいる。

とみるのである⁶⁹⁾。形式別学派の特徴について、ある論者は次のようにまとめている。

「形式別論者は、憲法典の定める3つの授権規定が憲法の定める立法府、執政府そして司法府の間に連邦の統治権限を完全に分割するものだと位置づける。統治権の行使およびこれを行行使する機関は、3つの公式の範疇の枠内に収まるか、または、これから逸脱することの明文の定めを見出すか、のいずれかでなければならない。公式権限のいずれかと、これを行為する機関とが符合しないとき、および、憲法典が権限と機関とのブレンディングを個別的に承認していないとき、権力分立原理は侵害されていることになる」⁷⁰⁾。

形式別学派は“この解釈ルールは特定の源泉——憲法条文および制定者意思——から（形式的に）引き出せる”“ルールに基づいた司法審査であれば、権力分立違反か否かを裁判所が判断することも許容される”というのである⁷¹⁾。”

このように、形式別学派は、権力分立構造は一定の固定的なルール（準則）を引証して解明されるべきであって、法条の目的を勘案する解釈（目的論的解釈）や、考慮要素の曖昧な「スタンダード」（標準的な型）によって解決してはならない、と強調するのである。

(3) これに対して、作用別学派は1作用1機関対応を否定する⁷²⁾。作用別学

69) 権力分立における Vesting Clauses とは、連邦憲法の1条1節、2条1節1項、3条1節を指す。これらの Vesting Clauses が「権限帰属先の同定規定」であるのか、それとも「権限の付与規定」であるのか、という論争については、本章の第4節(4)以下でふれる。この論争こそ、本稿の最大の関心事である。

70) Lawson, *Territorial Governments*, *supra* note 56, at 857–58.

71) 参照、前掲注48)。

72) 前掲注39) およびその本文の前後をみよ。先にふれたように、作用別学派には「これだ」という

派の説くところによれば、3つの統治機関は機関間の適切な均衡を崩さないかぎり、競合する作用・権限を行使できるのである。

この学派の内部にも多様なニュアンスの差がみられるところ、その最大公約数としては、第1に、国家の統治作用が各機関に分散され競合関係に置かれていること、第2に、分散されている作用のうちその「中核作用」(core function)を各統治機関が保持すべきこと、第3に、国家統治の作用が3作用のいずれかに収まることはないこと、第4に、1機関の権限が対等部門の犠牲のうで横溢(aggrandize)しているとき、権力分立違反ありとすること等を強調する点にある。この作用別学派説によれば、憲法典の関連条規は「原則—例外」の境界を示すものではなく、権力分立とは本来、統治権限を複数機関へ分散(defuse or divide)させたうえで、これをブレンドするものであって、権限の分立(separation)・自律(autonomy)ではない、というわけである。言い換えれば、作用別学派は、権力分立とは、あるひとつの権限をめぐる複数の機関を競争関係(ライバル関係)に置くことを通して「抑制・均衡」を作り出す構造だ、とみるのである⁷³⁾。

この作用別学派が今日のアメリカにおける「多数説」である⁷⁴⁾。

第4節 学説の分岐を決定づける視点——もうひとつの権力分立の位相

(1) 一方では、統治作用の機関別の「分立」「自律」を重視する形式別学派、

定番はなく、論者の立場も多種多様である。最も強いヴァージョンの作用別説となると、権限分配について特定の型の存在を否定している、ともいわれる。See, e.g., Th. Merrill, *The Constitutional Principle of Separation of Powers*, 1991 SP. CT. REV. 225, 232.

73) 「形式別学派/作用別学派」の対立を「分離・独立/競合・ブレンド」を軸にして説明する明晰な論攷として、See Bruff, *Administrative Agencies*, *supra* note 14, at 505. なお、作用別学派が強調する「競合」とは、ある統治機関の作用が完成するには他の機関の行為を要件とすることをいう。

74) 統治権限相互間の「抑制と均衡」を重視する作用別学派が今日の多数説であることを明言するものとして、See TRIBE, *supra* note 20, § 2-2. また、「抑制・均衡」構造が憲法制定者の意思でもあり、権力分立理論の神髄であると明言するものとして、Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5, at 609. また、前掲注20)もみよ。

他方では、「分散」「ブレンド」「均衡」を重視する作用別学派、この対立は、政治理論または法原理レベルでの権力分立の捉え方の違いを実定憲法解釈に反映させようとしたものである。

たしかに、ふたつの学派は法解釈のマナーに違いをみせ、その違いが Vesting Clauses 解釈に映し出そうとしている。このマナーの違いとは、(a)利益衡量をどれほど許容するかという「ルール／スタンダード」(rule/standard)の別、(b)制定者意思をどれほど尊重するかという「オリジナリズム／ノン・オリジナリズム」(originalism／non-originalism)の別、(c)法目的をどこまで勘案するかという「目的論的解釈／実証主義的解釈」の別等に表れる。

ところが、このマナーの違いも、ある具体的・個別的な権限分配が憲法上の権力分立に違反するかどうかを決定しない。もっと個別条文に目配りした権力分立論争に立ち入ることが必要である。

もちろん、形式別学派・作用別学派ともに憲法上の権力分立関連条規である Vesting Clauses (およびその意義を決めるといわれてきた制定者意思)を最重視する。そのさいの両者の決定的な違いは、形式別学派が Vesting Clauses における実体権限の意義・射程を手続規定から求めようとするのに対し⁷⁵⁾、作用別学派はあくまで Vesting Clauses それ自体のなかに実体権限の意義・射程を追究しようとするところにあるように思われる。

(2) これまで判例・学説は、Vesting Clauses が実体権限付与規定であることを前提にして、(a) 3つの権限・作用の範疇を明確に区別しているのか、(b) それぞれの範疇を 3機関に対応するかたちで分配しているのか、(c)何を鍵にしてそれぞれの範疇の分配先を決定したのか等をめぐって絶え間なく論争してき

75) 連邦最高裁判例のうち形式別説に出たものは憲法上の手続規定(手続的要件)違反を理由にしている、と論ずる Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1943を参照。形式別学派は「憲法上の権力分立は、実体的統治権限を明確に3つに区分しており、このことは手続規定にも表れている」と理解しているようである。

た。この論争の最大の焦点は、議会に関する1条1節の Vesting Clause と、大統領に関する2条1節1項の Vesting Clause にいうふたつの実体権限の性質とその分配方法にあてられてきた。

議会権限と大統領権限のせめぎ合いは、憲法の沈黙領域について、いずれが憲法上の黙示の権限を付与されるべきか、という論争でもあった。憲法典のいう実体権限が曖昧なだけに、それぞれの摘示するものこそ実体権限だ、と主張しえたのである。このときに訴えかけられたのが、「権力分立」というスリーピングな概念だったのである⁷⁶⁾。

(3) スリーピングな概念に訴えても明確な結論を得られないことがないためか、この論争は、Vesting Clauses 以外の憲法規定、すなわち、議会権限の広い射程の論拠としては1条8節18項の「必要かつ適切条項」が、大統領権限の包括性の論拠としては2条3節の「法制の誠実執行配慮条項」(Take Care Clause⁷⁷⁾)を、それぞれ持ち出してくる。この2条項をめぐる解釈の対立も、一見すれば、個別の条項の文理解釈の違いでありそうに見える。が、結局のところ、解釈者の「権力分立」理解、すなわち、統治を指導する機関として3機関のうち、どれに期待すべきか、という政治的選好の違いがその背景にある。この選好が Vesting Clauses 解釈に反映されている、とみてよい。

76) Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1993は、「権力分立にはベースラインはなさそうだ」とまでいう。なお、前掲注2)に掲げた論拠も参照のこと。

77) 正確には“he shall take care that the laws be faithfully executed”と定める条項をいう。参照、前掲注6)。これは、通常「法律の(誠実)執行(配慮)」と訳出されている。が、その訳は、次の3つの理由で、その正確なニュアンスを伝えない。第1に、the laws とは議会制定法(法律)に限定されない、という点である。第2に、当該条項は、大統領以外の者によってexecutedされる(受身形に注意!)さいの大統領の責務(または権限)を定めているのであって、「大統領の(法律)執行」というニュアンスではない、という点であり、第3に、Execute とは、諸法を所掌・管理(administration of laws)するという意味であって、日々の法律執行(law-administration)ではないという点である。本稿は、このことを留保したうえで、「法制の誠実執行」と表記している。この私の理解は、Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 46にヒントを得たものである。なお、後掲注144)も参照のこと。

かように、合衆国憲法における権力分立の法的な性質は今も憲法学上の謎のままとなっている⁷⁸⁾。このもつれた糸をほぐす契機は、合衆国憲法における Vesting Clauses の理解、すなわち、1 条 1 節、2 条 1 節 1 項および 3 条 1 節の意義分析に立ち返るところにありそうだ。

(4) すぐ上でふれたように、「形式別学派／作用別学派」はともに、それぞれのスリーピングな権力分立イメージで合衆国憲法における権力分立構造を論じてきたようである⁷⁹⁾。これらの論争に深入りすることを避けて、論争の根源にあるものを取り出してみよう。

この作業のために本稿は、「形式別学派／作用別学派」とは別の論争に目を転ずることとする。本稿は、このための作業を、(1)権力分立構造によっているといわれる合衆国憲法の関連条文に焦点を当て、(2)関連条文のどの部分が 3 機関にいかなる統治権限・作用 (governmental function) を付与しているか、という手順を進めていく (ここで「関連条文」と本稿がいうのは、Vesting Clauses 以外の条項を含む、という趣旨である。)

(5) 本稿が、アメリカ公法学および連邦最高裁判決を支配している「形式的アプローチ／作用別アプローチ」論争に深入りしないで、両者の分岐を決定づける要素を求めようとする理由は、次のとおりである。

第 1 は、両説に一定のパターンがあるわけではなく、それぞれの学説の論拠

78) Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1127 は、学界の現状につき権力分立の意義を解決できていないどころか、解決に近づいてもいない、という。また、VILE, SEPARATION OF POWERS, *supra* note 7, at 2 は「権力分立は、その定義から用法まで極めて混乱を示している代表的政治思想だ」という。さらに、前掲注76)も参照のこと。今日の「多数説」である作用別学派も、各作用の中核部分の輪郭を描き出してはいないのである。

79) See Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1949. また、Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1129 は「これまでの論争は間違った問を発してきたのではないか」とまでいう。前掲注 29) も参照。

も不安定であり、しかも両説の違いも不鮮明な点が多い、という理由である⁸⁰⁾。なかでも、作用別学派といわれているものに、共通の特性をみてとることは極めて困難である。この論争には深入りしないことが賢明である。

第2に、両説の論争は連邦最高裁判決の読み説き方を軸に展開されることが多く、その詳細に分け入ったとして日本法にとって（さほど）有意ではない、という理由である。

第3に、憲法上の個別の権限がどの機関にどの程度分配されている（されるべき）か、という判定は、権力分立構造の内部だけでは下せないだろう、という予測である。

第4に、合衆国憲法の権限分配のあり方を根本から捉え直すにあたっては、上の2説の内容を詮索するよりも、もっと生産的な視角がある、という理由である。特に、この視角は、日本国憲法における権力分立を捉え直すにあたって実に有益である（この点についての詳細を論ずるには別稿を要する。他日を期す）。

(6) これまで学説の多数は、形式別学派であれ作用別学派であれ、権力分立構造を決定する条項が Vesting Clauses だ、という前提に立っていた。Vesting Clauses のなかに3機関に付与される実体的権限を見出そうとしてきたのである。

この論争は、意表を突く論点を産み出した。すなわち《Vesting Clauses とは実体権限の帰属先を指定するにとどまり、3作用の実体は Vesting Clauses の外に定められている》という、少数ながら有力な見解を登場させたのである。この異説とでもいふべき立場は、《権力分立構造をとらえるには、Vesting Clauses だけを採り上げるだけでは捕捉できず、関連条文すべてに目配りすべ

80) 前掲注60) およびその本文をみよ。

し》というのである⁸¹⁾。

この異説は、1990年代に登場した「一元的執政府」(Unitary Executive)の理論に対抗せんとしたのである。

(7) 一元的執政府の理論とは、肥大するばかりの官僚団を統制して一貫した統治とその政治責任体制のためには、ひとりの大統領による一元的な統治に期待すべきだ(議会民主政には期待できない)、とする思考である⁸²⁾。そのために、法令の解釈・適用から予算の執行・管理まですべてを執政権と位置づけ、これをすべて大統領の統制下に置こうとするのである⁸³⁾。「議会統治」ではなく、「大統領指導型統治」のための権力分立論である(現実の憲法政治をみれば、R. レーガン(R. Reagan)政権時代、大統領がすべての省庁に対する監視監督権を強化していった時代である)。

この統治体制を論拠づけるためにこの論者は、憲法制定者意思および2条 vesting clause をあげた。一人の執政の長を置くべしとするのが憲法制定者の構想だったこと、2条1項が包括的な執政権を大統領に付与していると解すべきことをあげた。この一元的執政府理論は《2条 vesting clause が大統領という機関に実体的な執政権を包括的に付与している》と主張したのである⁸⁴⁾。少なくとも2条1項の理解においては「1作用1機関対応型」であり、この大統領権限に対しては他の国家機関からの容喙を可能な限り排除しようとする「形式別学派」のひとつである。

81) Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 1.

82) See, e.g., Calabresi & Rhodes, *Structural Constitution*, *supra* note 64, at 1156.

83) 厳密に言えば「一元的執政府理論」にも「強いヴァージョン/弱いヴァージョン」の別があるといわれる。この点については、See Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 8-9. かような「基本的な論点」が、学説において解決をみていないこと、および、学説の分岐については、See P. Strauss, *Overseer, or "The Decider" ? The President in Administrative Law*, 75 GEO. WASH. L. REV. 696, 697 (2007) 以後、このシュトラウス論文を“Overseer”と引用する。

84) See Calabresi & Rhodes, *Structural Constitution*, *supra* note 64.

(8) デモクラットたちがこの理論を歓迎するはずはない。一元的執政府理論は、大統領への権力集中を称揚するものであると警戒感をもってデモクラットたちに迎えられた。

デモクラットたちは、2条の Vesting Clause は包括的な実体権限付与規定ではなく、曖昧さを残す概括的規定だとの前提に立って、次の2点を指摘したのである。

ひとつは、「executive power / administrative power」という、「新権力分立論」という位相である。この区別のもとでデモクラットは、「権力分立理論は administrative power や administrative agencies の地位を決定しない」、《大統領権限は administrative power には及ばない》、《行政国家における権力分立理論は官僚団を射程に入れたものであるべきだ》との強調点である。

もうひとつは、《2条 vesting clause は実体権限を大統領に付与する包括的な根拠条文ではなく、権限帰属先を同定する規定にとどまる》、《2条は外交・軍事については個別的な定めをもっているが、内政の実体権限面となると何も特定していない》とする点である⁸⁵⁾。この主張は意表を突くものだった。あるコメントは「憲法典が大統領に執政権という特定権限を付与しているという自明のことを、高名な研究者がなぜ否定しようとするのかよくわからない」とまでいう⁸⁶⁾。ところが、2条 vesting clause は executive power を包括的に大統領に付与していない、という主張は意外なほどの力をもっているのである（この点については、第3章第3節でもふれる）。

(9) 2条は、executive departments に対する大統領の監督権限または責務を定める条項をいくつかもっている。これらは、(a)連邦の統治にあたって省

85) See Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 1〔一元的執政府理論は憲法制定者の意思ではなく、20世紀の主張としてはじめて現れた〕; Strauss, *Overseer*, *supra* note 83, at 707, n. 57〔一元的執政府論者は「統轄者 / 決定者」の違いを見失っている〕。

86) Lawson & Moore, *Executive Power*, *supra* note 10, at 1282.

庁が設置されること、(b)大統領ではない高官（または省庁の長=heads of departments）が一定範囲の executive power を行使すること、を暗黙の前提としている。それは実体的な Executive power が大統領に一元的に付与されてはいない、ということの意味する⁸⁷⁾。となると、Vesting Clauses は、3 作用の帰属先を同定する規定にとどまり、ましてや行政権の位置づけまで指定しているはずはない、という解釈も説得的となる。

かくて、学界での権力分立論争は「実体権限の分配規定／権限帰属先の同定規定」の別や「executive power／administrative power」の別に向けられ、これが「形式別学派／作用別学派」と絡んで、実に複雑や様相を呈してくるのである。

章を改めて、Vesting Clauses およびその周辺関連条文の法的性質を検討してみよう。

第3章 権力分立における Vesting Clauses の法的性質

第1節 Vesting Clauses 再訪

(1) アメリカ合衆国憲法の Vesting Clauses を再度、読んでみよう（ただし、イタリック部分は阪本）。

Art. I, § I = All legislative Powers herein granted shall be *vested in* a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

87) 前掲注5)をみよ。Froomkin, *Administrative Agency Autonomy*, *supra* note 14, at 787は大統領権限と執政府権限とは同範囲ではないと指摘している。また、Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5, at 601によれば、憲法制定会議は、(a)政府の構造は時代の変化に応じて議会が「必要かつ適切条項」のもとで作りに上げていけばよいとしたうえで、(b)省庁（departments）の長の任免権を大統領に与えることによって「抑制・均衡」関係を作りあげたのだ、という。権力分立構造における departments や agencies の地位に関するシュトラウスの見解については、前掲注5)をみよ。

Art. II, § I, cl. 1 =The executive Power shall be *vested in* a President of the United States of America.

Art. III, § I =The judicial Power of the United States, shall be *vested in* one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.

これらの条規の邦訳をみてみよう。ある訳では、こうなっている⁸⁸⁾(ただし、傍点部分は阪本)。

第1条 連邦議会

第1節 〔立法権の帰属, 二院制〕

この憲法によって与えられる立法権は、すべて、上院および下院からなる合衆国連邦議会に属する。

第2条 大統領

第1節 〔大統領・副大統領〕

1 〔執行権の帰属〕 執行権はアメリカ合衆国大統領に属する。……

第3条 司法権

第1節 〔司法権の帰属〕

合衆国の司法権は、一つの最高裁判所、および連邦議会が随時設置する

88) 阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集〔第4版〕』『アメリカ合衆国』(有信堂, 2009)所収 [高井裕之訳]。このほか、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第3版〕』(三省堂, 2014)所収の「アメリカ合衆国」[野坂泰司訳]や、前掲注1)の斎藤眞・中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』所収の合衆国憲法の訳も参照のこと。なお、『ザ・フェデラリスト』での訳は、2条の executive power を「行政権」となっており、時代を感じさせる。ともあれ、これらの訳は、すべて vesting clauses を、いずれも「○○権は△△に属する」としている。これに対して、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第7版〕』(有斐閣, 2012)に収録されている合衆国憲法の訳は、立法権に関する条規については「属する」、執行権および司法権に関する条規については「付与される」となっている。松井は、同書・36頁で合衆国憲法の権力分立を説明するにあたっても Vesting Clauses について「(権限を)付与している」と表現している。

ことができる下級裁判所に属する。……

(2) この Vesting Clauses をみたとき、われわれは“これらの条規こそ、合衆国憲法典が権力分立構造を採用し、議会上に立法権を、大統領に執政権を、そして、裁判所に司法権を付与している論拠だ”と理解したくなってくる。なかでも、「三権分立」という言い方が一般化している日本では、合衆国憲法も日本国憲法同様に、——もちろん、大統領制と議院内閣制との違いはあるにせよ——1作用1機関対応型の権力分立構造を採用している、と理解されがちとなる（このことは、先の第2章第1節(1)でもふれた）。

ところが、この理解は、次のような例を考えただけでナイーブすぎるとすぐに気づかれる（はずである）。

第1. 法律案に対する拒否権を有する大統領は、ときに「2条立法者」(Art. II Legislator) と呼ばれることがある。「議会上に立法権が付与されている」とは断定はできない⁸⁹⁾。

第2. 執政権は、大統領だけでなく、省庁 (Departments⁹⁰⁾) にも付与されている。また、大統領権限として Art. II, § 2, cl. 2 に列挙されている領域には、上院の助言と承認を要するとされているものがいくつもある。「執政権はひとりの大統領に」というわけではなく、大統領権限と executive power とは同義同範囲ではない、と考えるべきである⁹¹⁾。

89) Art. I, § 7, Cl. 2. たとえば, S. Calabresi, M. Berghausen & S. Albertson, *The Rise and Fall of the Separation of Powers*, 106 NW. U. L. REV. 527, 535 (2012) は、大統領には拒否権という「立法権」が与えられている、と指摘している。以後、この論拠を“*Separation of Powers*”と引用する。前掲注68) もみよ。また、Ackerman, *New Separation*, *supra* note 1, at 637 n. 10は、権力分立のねらいは「立法権を大統領と議会上に分けようとするところにある」と問題設定している。なお、立法の意義につき、「将来の個別事案に適用される一般的な人為法の定立」をいう、と的確に指摘するものとして、See Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5, at 576.

90) 前掲注10), 17) の本文で論じたように、憲法制定者は連邦議会、大統領そして裁判所を department と呼んでいた。ところが、合衆国憲法の3カ所が department という言葉を「省庁」という意味で使用しているため、われわれを混乱させる。

91) See, e.g., Froomkin, *Administrative Agency Autonomy*, *supra* note 14, at 787; Strauss, *Place of*

第3。司法権は、3条裁判所だけでなく、1条権限をもつ議会が設置した裁判所（1条裁判所=Art. I Courts）によっても行使されている。

こうしたサンプルは、“Vesting Clauses をみただけでは合衆国憲法が権力分立構造をとっていると結論できない” “たとえ Vesting Clauses が権力分立構造を示しているとしても、合衆国憲法の依拠する権力分立の根本構造は他の条文を精査しないかぎり捕捉できない” という警告となっている。

第2節 Vesting Clauses とその周辺規定

(1) 合衆国憲法の条文は連邦制をとっているぶんだけ複雑である。本稿の関心事である連邦政府の権力分立・権限分配に限定したとしても、関連条文は複雑である。

合衆国憲法の1章ないし3章の条文全体をみると、その配列にすべて一定のパターンがあることがわかる。すなわち、それぞれの Vesting Clauses とは別に、「連邦議会は以下の権限を有する」（1条8節1項）、「大統領は、……条約を締結する権限を有する」（2条2節2項）、「司法権は次の諸事件に及ぶ……」（3条2節1項）というように、3機関に付与される権限が個別的に例示（列挙）されているのである。ということは、《Vesting Clauses は実体的権限分配の規定ではない》という理解も十分成立しうることになる。関連条文の構造は予想以上の複層を示しているようだ。

(2) さらに事態を複雑にしているのが、憲法制定者意思が明確ではないばかりか、憲法典での用語選択も用法も厳格ではない、という事情である⁹²⁾。

アメリカの法学者は、憲法解釈にあたって憲法制定者意思を深く尊重する。

Agencies, *supra* note 5, at 628. また、前掲注87) もみよ。

92) 前掲注22)をみよ。また、同旨の論攷として *See Manning, Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1944; *Strauss, Formal and Functional Approaches*, *supra* note 6, at 493. また、Gwyn, *Indeterminacy*, *supra* note 2, at 265は、制定者の権力分立理解が表面的だったのだ、とまで述べている。

が、こと権力分立になると、起草者たちが明晰な理解をもっていたかどうか疑わしく⁹³⁾、制定者意思を忖度したとしても得るものは少ない。たしかに THE FEDERALIST にみられる見解は常に参照される。が、そこでの叙述自体が権力分立をどう捉えているのか、複数の理解を成立させている⁹⁴⁾。これが、先にふれた「形式別学派／作用別学派」の論争の背景にある。この論争は、「権限の分離・独立／権限の競合・ブレンディング」の違いにほぼ対応している⁹⁵⁾。両説ともに、自説の優位を論拠づけるにあたって、憲法制定者意思を重視する originalism と憲法規定の文理を重視する textualism の双方に目配りしていることをあげ、自説の優位を論拠づける。

(3) こうした対立のなかである論者は、合衆国憲法の統治構造は「政治的妥協の束」であって、そこに統一的な権力分立理念を発見することは断念されるべきだ、という⁹⁶⁾。特に、権限分配にかかる条規の用語選択となると、「政治的妥協の束」としての憲法規定となったこと反映して、両義的であったり、大綱的であったりすることが多い、というわけである。

制定者意思が曖昧であるのか、用語選択が曖昧なのか、それとも、そもそも権力分立といわれている法原理に統一性がないのか⁹⁷⁾、法原理としての権力分

93) THE FEDERALIST はたびたびモンテスキュー理論に言及しているが、政治家としての著者たちの政治宣伝文書である THE FEDERALIST が実定憲法上の権力分立を明確に設計しているはずはなからう。前掲注51) でふれたように、モンテスキュー理論自体、明晰さを欠いていたのである。

94) 前掲注92) をみよ。また、Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1973は、憲法制定会議の記録には権力分立全体像についてのコンセンサスはなく、個別的で文脈依存的な論議があるだけだ、という。

95) 前掲注73) およびその本文参照。

96) Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1971.

97) Waldron, *Thought and Practice ?*, *supra* note 22, at 440 ff. は、前掲30)～32) でふれたように、権力分立原理がいくつかの別個の要素からなっている、と指摘する。また、Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1130も、機関の分立原理と、機関間の均衡・抑制原理とは、歴史的にも理論的にも別個であるという。同旨、VILE, SEPARATION OF POWERS, *supra* note 7, 168-75.さらに、前掲注29) もみよ。

立は統一的であるはずのところ論者の理解があやふやなのか、はたまた、これらの複数の要素が重なり合ったものなのか……この点に関する論争に決着はつきそうにもない⁹⁸⁾。

この環境のなかでは、憲法の個別の関連条文をできるだけ丁寧に相互に関係づける作業を繰り返すこと、これ以外に有効かつ生産的な道筋はなさそうである⁹⁹⁾。

(4) 個別の関連条文として、合衆国憲法での Vesting Clauses に再び目を向けてみよう。

Vesting Clauses の法的意味をどう理解するか、という論争はアメリカ公法における最重要論点である。というのも、この理解のいかんによって、(ア)合衆国憲法がいかなるタイプの権力分立構造よっているか¹⁰⁰⁾ —— 1作用1機関対応型か、それとも、作用の分散・ブレンドの抑制型か——、(イ)裁判所の司法審査権が他の2機関（連邦議会および執政府）の統治作用に対して及ぶのか、及びうるとすれば、その限界をどう画定すべきか、(ウ)連邦議会権限は他の2機関の所管をどこまで法的に（法律を通して）統制できるのか¹⁰¹⁾、(エ)行政機関や規

98) 前掲注78)をみよ。

99) Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1939. このマンニングのいう視点と同じことを、日本国憲法解釈について指摘したのが小嶋和司「権力分立」『日本国憲法体系第3巻・統治の原理』（有斐閣, 1963）222頁以下であった（後に、『小嶋和司憲法論集(二) 憲法と政治機構』（木鐸社, 1988）147～255頁に収録）。

100) 本稿は、連邦最高裁判法にみられる「形式別説／作用別説」論争に深入りすることができない。ここでは、先の本文でふれた「形式別学派／作用別学派」という学説の対立同様、形式別説にたつ最高裁判例が権力分立の眼目を作用・権限の形式的な分立（formal separation of powers）に求めるのに対して、作用別説にたつ判例は統治作用の抑制・均衡（functional checks and balances）こそ権力分立の特質だ、と捉えていることだけにふれるにとどめる。この判例の「非一貫性」は、連邦最高裁の裁判官たちの間にも法原理としての権力分立の理解についてさえコンセンサスがないことを示唆している。

101) 連邦議会の1条1節権限に基づく立法（法律制定）の所管と、8節18項にいう「必要かつ適切条項」に基づくそれとの違いは、常に留意されておかねばならない。日本法の用語に従っていうとすれば、1条1節権限の立法が「実質の意味の法律」、8節18項権限の立法が「形式的意味の法律」

制委員会を設置する権限はどの機関の所管であるのか等々、無数とっていいほどの疑問の行方を左右するからである。

すぐ上の(+)の論点の典型が「独立規制機関」の合憲性である。この論点を理解するにあたって留意すべきは、アメリカでの論争は「独立行政委員会」に焦点を当てたものではない点である。そこでの論点は、(1)大統領から独立した法律執行機関 (agencies) または職 (office) を議会が法律によって創設すること、(2)法律によって創設した機関に executive power を付与すること、の合憲性である。ということは、この論点は、「独立機関」や行政機関だけでなく、議会制定法によって設置されるすべての機関についての、執政府権限と議会権限とのせめぎ合い、executive power と administrative power とのせめぎ合い、である。ある論者によれば、多くの研究者がこのせめぎ合いについて「独立行政委員会」に焦点を当ててきたが、最も鮮烈な論争点は「独立（特別）検察官」にある、という¹⁰²⁾。

(5) 先の第2章第4節(2)でふれたように、Vesting Clauses について最高裁判例・多数の研究者は、形式別学派であれ作用別学派であれ、これらの規定それ自体が権力分立構造における「立法権／執政権／司法権」という実体権限を付与するものだ、と理解してきた¹⁰³⁾。この「通説的」見解に立ったとき、Vesting Clauses の外にある権限付与規定の意味あいは、ときに権限の例示、

となるか。または、前者が「連邦議会の必要的法律事項」、後者が「任意的法律事項」にあたり、と区別しておけば、連邦議会の立法の所管が理解しやすくなる。なお、アメリカにおける「立法権」理解については、前掲注89) およびその本文も参照のこと。

102) See Ch. Yoo, S. Calabresi & A. Colangelo, *The Unitary Executive in Modern Era, 1945-2004*, 90 IOWA L. REV. 601, 603 (2005). 以下、これを“Unitary Executive”と引用する。論点に全体像については See Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5; Strauss, *Formal and Functional Approaches*, *supra* note 6. なお、独立機関の合憲性については、駒村・『権力分立の諸相』前掲注54), 22頁以下が詳細である。

103) Vesting Clauses が実体権限付与規定だと解する傾向は形式別学派、そのなかでも、一元的執政府論者に顕著である。前掲注84) およびその本文をみよ。

ときに権限の限定，ときに権限の他機関との分有¹⁰⁴⁾の指示等，多様になる。

これに対して，作用別学派でありながら，少数の学説は，上の「通説的理解」に根本的な異論をたたきつける。《Vesting Clauses は実体権限付与の規定ではない》というのである。

この「通説／異説」の学説上の対立は，Vesting Clauses にいう vested in の理解のしかたの違いを一部¹⁰⁵⁾反映している（Vesting Clauses の正文は，本章の第1節(1)で示したところである）。

英語で vest といわれるとき，それは「～を帰属させる」という意味合いと，「～を付与する」という意味合い（その他）がある¹⁰⁶⁾。前者であるとすれば，Vesting Clauses は権力分立構造における「権限の帰属先」を定めたもの（そして，実体権限の分配は別の条項に定められているはずだ）と理解される。これをわかりやすくいえば，“○○権という統治作用は△△という統治機関に帰属させる。○○権の実体については別にこれを定める”となろう。これに対して，後者であれば，帰属先だけでなく実体的権限の分配をも定めたものだ（そして，権限分配を定めている個別規定・条項は，権限の例示，限定列举，例外等々を定めたものだ）と解されることになる。Vesting Clauses は，このふたつの意味のいずれであるか，また，「権限帰属先の同定条規」というべきか，それとも「権限付与の条規」というべきなのか¹⁰⁷⁾。

104) 形式別学派と作用別学派の対立は，権限分割（分有）規定が例外的なものか，それとも，本来的なものか，という違いに表れる。この点については，前掲注69)およびその本文でふれた。

105) 本文において「一部」という限定をつけたのは，単語のニュアンスの捉え方以外にも見解を分岐させる要因があることをいうためである。単語のニュアンス以外とは，各統治機関の権限列举条項の捕捉のしかたである。

106) 合衆国憲法は vest という動詞を，いわゆる「権限帰属条項」以外に，2カ所に用いている。ひとつは，1条8節18項にいう「必要かつ適切条項」での“all other powers vested by this Constitution in the government of the United States”という部分，他のひとつは2条2節2項での“the Congress may by law vest the appointment of such inferior officers”である。これらにいう vest の用法でわかるように，それは「付与する」という意味をもっている。

107) 前掲注88)，後掲注118)をみよ。

この対立のポイントをここで再確認しておく、「権限帰属先の同定条規」だとみる立場は“これら条規は実体権限を分配したのではなく、権限の帰属先（担当統治機関）を指定するものだ”と捉える見解である（実体権限分配規定は Vesting Clauses の外にある）。これに対し、「権限付与の条規」だとみる立場は“これらの条規は機関の指定だけではなく、実体権限を付与する規定だ”と捉えるのである。

この対立は、解釈者（または／および憲法制定者）がどの統治機関を「最も危険な部門」（the most dangerous branch）とみるか、という政治的選好と関連している¹⁰⁸⁾。

第3節 Vesting Clause のふたつの理解

—Vesting Clauses は Empowering Clause か

(1) アメリカ公法学における Vesting Clauses 解釈の対立については、第1章で既にふれた。そのさい、Vesting Clauses をもって権限帰属先の統治機関を指定したものだとして解する論者¹⁰⁹⁾は少数に止まること、これに対して多数の論者は権限分配をも定めたものと理解していること、についても既に紹介した。

数のうえでは劣勢な見解であるが、この「有力な異論」は予想以上に強い論拠を示している。予想以上に強い論拠の一例を示してみよう。

大統領権限についての Vesting Clauses である Art. II, § I, cl. 1 が制憲会議における論争、すなわち、複数の執政担当者とするか、それとも、強力な執

108) アメリカ憲法の場合、何にとって「最も危険な統治部門」をみるかは、自由の保全の観点だけではなく、州の interests 保持も考慮対象となっているぶんだけ、権力分立構造は複雑である。「形式別学派／作用別学派」の対立は、連邦制という権力分立についてもみられる、という。See, e.g., Strauss, *Formal and Functional Approaches*, *supra* note 6, at 514.

109) See, e.g., Froomkin, *Administrative Agency Autonomy*, *supra* note 14, at 793 n. 31; Bradley & Morrison, *Historical Gloss*, *supra* note 53, at 418; Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 47-48.

政府のために「ひとりの大統領 (a President)」を置くか、という論争に決着をつけた規定だ、ということは後世にもよく知られている¹¹⁰⁾。この決着からわかるように、Art. II, § I, cl. 1にいう“shall be vested in”は、執政権の実体的性質を述べるものではなく、権限帰属先を明示しているのだと、この「有力な異論」は読み取るのである（この説が2条1節以外の Vesting Clauses をどう理解しているかについては、後にふれる）。

(2) この着眼が妥当かどうかはともかく、「権限帰属先の同定規定／実体権限付与の規定」の対立を知れば、ある分析の筋道にわれわれは気づく。“まずは帰属先である機関を軸にして権力分立を理解し、しかる後に実体的権限の分配を探るべし”というアプローチである。

このアプローチは、権力分立構造における3作用を「実質的意味の○○／形式的意味の○○」別に捉えようとするわが国の学説には欠けているところである（私は、別稿において3作用について、“「実体／実質／手続／形式」、「権限帰属先／実体的権限分配／手続的権限分配」の別を論ずべきではないか”という趣旨の疑問を展開する予定である）。さらに付け加えれば、合衆国憲法の Vesting Clauses を邦訳するとき、「～に属する」と表現して良いかどうか、一度立ち止まる必要にわれわれも気づくはずである¹¹¹⁾（このことは、第5章第2節でみるように、日本国憲法の「公式訳」についてもいえる）。

(3) 上の異説のもつ知的貢献はこれだけではない。この説を真剣に受け止め

110) A. ハミルトンによる THE FEDERALIST No. 70, at 374での「強力な執政府——その単一性」(the UNITY of the Executive) がこの立場である。邦訳では70篇「強力な行政部——その単一性」314頁以下にあたる。この部分に訴えかけるのが、一体的執政府論であるが、実のところ、制定者たちは executive power の実体について明確な理解を示さなかったのである。See, e.g., Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 49 [Executive は、制定時には正確なところを知られていない概念だった]。

111) 前掲注88) をみよ。

れば受けとめるほど、権力分立とは1機関には1権限が分配されることだという「三権分立」イメージから解放される。凡庸な思考を解毒するための最も有効な処方箋である。そしてまた、「形式別学派／作用別学派」の違いの決定因を最も鮮明に浮かび上がらせる視角である。

先の第2章第1節でもふれたように、連邦憲法での1条1節, 2条1節1項, そして3条1節の Vesting Clauses は、一見したところ、「立法権＝連邦議会」「執政権＝大統領」「司法権＝ひとつの最高裁判所」という one-function-one-branch equation を指し示しているようである。が、この捉え方に真っ向から異論を唱えるのが Vesting Clauses を権限帰属先だけの指定規定と捉える、上の見解（有力な異論）なのである。

この有力な異論によれば、Vesting Clauses は連邦統治に「対等な3機関」(co-equal departments)を置くことを定めたに止まり¹¹²⁾、各機関が所管すべき権力分立上の実体権限をこれらの条規の外に用意しているのである。Vesting Clauses は作用と機関とを対応させてはいない、というわけである。その具体例として、この説は「presidential power／executive power」の別をあげる。ひとりの大統領が独任機関としてもつ権限と、大統領のもとに置かれた省庁(executive departments＝執政機関)としてもつ権限は同一ではない、というわけである。他にも多くの例がある。1条の連邦議会権限とされているものには「弾劾裁判権」という judicial power が含まれ、2条の大統領権限とされているものには「法律署名権」(拒否権＝veto power) という legislative power が含まれている、というように¹¹³⁾。1作用が1権限に対応してはいない、というわけである。

112) 第2章第1節③をみよ。

113) See Calabresi, Berghausen & Albertson, *Separation of Powers*, *supra* note 89, at 106.

第4節 1条1節 (Art. I, § I) Vesting Clause の意義

(1) 連邦議会についての Vesting Clause である 1条1節 (Art. I, § I Vesting Clause) から、再度みていこう。

同条同節はこう定めていた (イタリック体部分は阪本)。

Art. I, § I = All legislative Powers *herein granted* shall be *vested* in a Congress of the United States, [この憲法典において付与されているすべての立法権は合衆国におけるひとつの議会に属する]。

この1条1節は実体的立法権限を議会に付与する規定であろうか。

最初のイタリック部分, “*herein granted*” は「この憲法典において承認・付与された」という意味である。「この憲法が以下の条項で個別的に定める立法権すべて」といった意味あいである。「この憲法が以下の条項で個別的に定める」部分が、1条8節の1項ないし18項である。

この第1のイタリック部分が「承認・付与」(grant) すると述べた以上、それに続くイタリック部分, “*vested*” が「(すべての立法権は……) 付与される(べし)」とする趣旨のはずはなく、「属す(べし)」といているものと理解すべきことになる(そう理解しないかぎり、同節は「付与された権限が付与されるべし」という同義反復になる)。これこそが「権限帰属先を同定する条規」である。

(2) この定めが続いて同節は “a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.” と連邦議会が二院制となっていることを明示する。1条1節は立法機関としてひとつの連邦議会を指定したうえで、この議会を二院制とする¹¹⁴⁾、という組織規範となっている。

114) 議会を二院に分割することがモンテスキューの権力分立構想——議会権限を強力にしないねら

このことを確認するかのように、合衆国憲法1条は1項に続けて、その2節ないし4節において各院の組織のあり方、5節において院の自律権、6節において議員の特権、第7節において法律案等の議事手続を定めている。連邦議会権限についての定めは同条第8節に現れ、その1項ないし18項に個別的権限が例示または列挙されている。さらに、連邦議会のなしえない事項（Exception Clauses）が第9項に列挙される。

こうした1条の全体構造をみれば、「連邦における立法機関としての議会の指定→二院制という組織→その組織の方法と運営方法→法律案等の議事手続→議会権限の個別的明示→議会権限の禁止事項」という条文配列の周到さが理解できてくる。

1条のかようなスタイル、特に、議会権限の多数の列挙（8節の1項ないし18項）は、議会権限の拡張を抑止するために選び取られたのである¹¹⁵⁾。「列挙するは限定するにあり！」というわけである。「最も危険な部門」である連邦議会に包括的な権限が与えてはならぬという配慮が1条の全体構造に息づいている。実際、THE FEDERALISTにおける権力分立論は、議会権限に対する警戒で満ちあふれていたのである¹¹⁶⁾。

い——の眼目であった。このことを制定者たちは知っていた。参照、THE FEDERALIST No. 48, at 269 (J. Madison)。邦訳では第48篇「立法部による権力侵害の危険性」にあたる。マディソンは二院制導入のねらいについて「共和制にあっては、立法部の権能は必然的に優位に立つことになる。そこで、この不都合を修正するためには、立法議会を二つの議院に分割することが必要である」と明確に指摘した (No. 51, at 282)。そればかりか、THE FEDERALIST No. 73, at 392でマディソンは、議会の権力拡張の危険性とそれへの対抗策としての拒否権導入について論じている。なお、前掲注15)、33)も参照のこと。

115) この点を明確に論じたものとして、See Bradley & Morrison, *Historical Gloss*, *supra* note 53, at 441; Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1998。制定者たちが連邦議会を「最も危険な統治部門」とみていたことについては、リベラル派に属するアメリカ公法学者、政治学者ですら、その多数が指摘するところである。See, e.g., Bruff, *Administrative Agencies*, *supra* note 14, at 497; ACKERMAN, *AMERICAN REPUBLIC*, *supra* note 47, at 15。

116) 参照、前掲注11)、33)、114)。

第5節 3条1節 (Art. III, § I) Vesting Clause の意義

(1) 司法権についての憲法3条の規定のしかた（3条全体の構造）も要注意である。

まず、司法権の Vesting Clause である3条1節(Article III Vesting Clause)をみてみよう。こうなっている（イタリック部分および傍点部分は阪本）。

Art. III, § I = The judicial Power of the United States, shall be *vested in* one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress *may* from time to time ordain and establish. [合衆国の司法権は、ひとつの連邦最高裁判所、および連邦議会が随時制定し設置できる下級裁判所に属する]。

アメリカにおける有力な異論に従ってこの3条1節を読めば、こうなる。

3条1節は司法権の mandatory な帰属先として連邦最高裁を指定し (*shall be vested in*), 下級裁判所設置については議会権限としうる (*may ordain and establish*), と定めるにとどまる（つまり、実体権限については *empty* としたままである）。司法権の実体権限はこれの外にある。

はたして3条は1項に続く同条2節1項で、こう定めている（イタリック部分および頭点部分は阪本）。

Art III, § II, cl. 1 = The judicial Power shall *extend to all* Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority: [司法権は、この憲法、合衆国の法律およびこれらの権限のもとで締結された条約または締結されるであろう条約のもとで発生するコモンロー上および衡平法上のすべての事件に及ぶ。……]

上に引用した条文の省略部分には8つの領域が列挙されている。つまり、3条1節は総計9つの領域のすべての事件 (all cases) に司法権が及ぶ (extend)、と定めているのである。ここにいう「及ぶ」(extend)とは権能の外延(限界)を示す言葉である。しかも、2節2項においては、1項に掲げられている9つの列挙領域¹¹⁷⁾のうち、「大使その他の外交使節および領事に関する事件」ならびに「ある州が一方の当事者であるすべての事件」については、最高裁判所が第一審としての管轄権を有する、と詳細に定められている¹¹⁸⁾。

(2) 3条のこうしたスタイルをみれば、その1節は権限の帰属先を明確にするにとどまり、2節が司法の実体権限の及ぶ事項を列挙することによって同権限を限定しようとする条項だ、と読み取ることもでき¹¹⁹⁾。しかも、3条1節においては憲法制定会議が“all”という表現を意図的に避けた¹²⁰⁾という歴史的経緯から考えても、合衆国憲法は連邦裁判所の司法権の拡張を警戒しているようである。なるほど、3条2節1項が“all cases”(「すべての事件」)と表現しているものの、これは、1条1節にいう“All legislative powers herein

117) 本文でふれた9つの領域は“Nine Heads of Jurisdiction”といわれることがある。ここにいう“Jurisdiction”を「管轄権」を指すと理解するか、それとも「裁判所審判権」と理解するか、アメリカの論者の間でも論争がある。この点については、See Calabresi, *Vesting Clauses*, *supra* note 64.

118) 合衆国憲法3条2節2項は、本文に述べた2つの事件を除けば、法律および事実に関する上訴裁判管轄権 (appellate jurisdiction) を連邦最高裁判所に与えている。が、この場合でも憲法は「連邦議会の定める例外または制限」に言及しており、連邦最高裁判所の管轄権を限定しやすくしており、議会権限はどこで止まるか、論争の種となっている。

119) Calabresi, *Vesting Clauses*, *supra* note 64 at 1382は、3条2節1項にいう“The judicial power shall extend to”にいう extend とは「既に与えられた権限の及ぶ範囲」をいう、との解釈を示している。この解釈によれば、3条1節が司法権に関する実体権限付与規定、同条2節1項が裁判管轄規定だ、ということになる。この論者の指摘のとおり、extend to とは reach or include の意味である。だからこそ、3条2節は、上の引用した文章に続けて、9つのカテゴリーを示し、司法権の射程を示したのであろう。厳格な意味での「権限」(権能の限界)規定である。3条の関連規定をこう読んだとき、1節の vested in は権限帰属機関の指定であって、実体権限付与規定ではない、と理解することが妥当ではなくなってくる。3条の関連規定が、帰属先と権能の及ぶ範囲 (reach) だけを定めていることは考えがたいからである。

120) See, e.g., Calabresi & Rhodes, *Structural Constitution*, *supra* note 64, at, 1156.

granted”（「この憲法において承認された立法権すべて」）の場合と同様、「以下に列挙する司法権すべて」という趣旨だと読みうる。3条のこうした慎重な規定のしかたは、連邦政府の裁判管轄権または法域と関連する連邦制ならではの技術的な部分を明確にしておきたい、という配慮からかもしれない。連邦制との関係はさておくとしても、3条1節は「包括的な」実体的司法権限付与規定ではない、という解釈は成立しやすい。

第6節 2条1節（Art. II, § I）Vesting Clause の意義

(1) 次に、大統領についての Vesting Clauses である2条1節1項（Article II Vesting Clause）を読んでみよう（イタリック部分および傍点部分は阪本）。

Art. II, § I, cl. 2 = The executive Power shall be *vested in* a President of the United States of America. [執政権は、ひとりの合衆国大統領に属する]。

本稿がこれまでも既に何度かふれてきたように、憲法起草者は、①最も危険な統治機関は執政府ではなく、議会だとみていたこと、②議会を強力にしないためには、強力な執政府を樹立することを要するとみていたこと、③そのためには、多頭的な執政府（the plural executive）ではなく、「ひとりの大統領」（a president）によって執政府の一元性を確立すべきこと、④議会の立法権に対抗するために大統領に独立の立法権（すなわち拒否権）を付与することを構想していた¹²¹⁾。起草者は、独任制機関こそが決断、活力、秘密、迅速という特性を満たす統治となること、人民の監視のもとに統治を置くにふさわしい形態であることを説いたのである。

121) 前掲注110)をみよ。また、Cf. Calabresi & Rhodes, *Structural Constitution*, *supra* note 82, at 1156 with Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 8.

(2) この制定者意思を重視する論者は、2条1節のスタイルが、他の Vesting Clause —— 特に1条1節の Vesting Clause —— とは大きく違っている点に注目する。つまり、こういうことである。

連邦議会権限および司法権限に関する Vesting Clauses は、「○○権は△△機関に帰属させ、○○権の実体については別の条項でこれを定める」と示唆している（この点については、先にふれた）。これに対して2条には実体権限について「別の条項でこれを定める」というスタイルとはなっていない。このことは、2条 Vesting Clause が包括的な実体権限を大統領に付与する規定であることを示している¹²²⁾。

上のように解釈する論者は、“2条1節が一元的執政府構造を予定している”と強調する傾向にある。すなわち、【大統領→執政府 (executive agencies) → 行政機関 (administrative agencies)】という、大統領を頂点とする垂直的構造である。これは、「大統領職一元性理論」(theory of the unitariness of the presidency) と呼ばれたり、「一元的執政府理論」(theory of the unitary executive) と呼ばれたりする。このヒエラルヒー構造をもたらす要が大統領に付与された実体的執政権限だ、とこの理論は主張する。この理論は、執政府および行政機関に対する憲法上の監視監督権が大統領ひとりにある、というのである¹²³⁾。大統領を頂点とする執政府となってはじめて、党派性は回避され、政治責任は全うされ、一元的な連邦統治が可能になる、というわけである。

(3) 「一元的執政府理論」にでる論者になかにも、条文上の論拠としては、

122) See, e.g., Calabresi & Rhodes, *Structural Constitution*, *supra* note 64, at 1195. この論者は、連邦議会の実体的立法権限は1条8節によってはじめて与えられるのに対して、大統領権限にかかる2条の場合にはその1節が実体権限付与の直截の根拠規定だ、との解釈を示している。2条は、1条とは違って、包括的権限を定めたものだ、というわけである。

123) 最も強い一元性理論の代表作が Calabresi & Rhodes, *Structural Constitution*, *supra* note 64; Calabresi, *Vesting Clauses*, *supra* note 64 である。また、一元性理論の強弱については前掲注83) をみよ。

2条1節1項の Vesting Clause だけで十分だという立場と、同条項に2条3節の「法制の誠実執行配慮条項」¹²⁴⁾をつけ加える立場とがある。いずれにせよ、こうした一元性理論に従うかぎり、連邦議会がいわゆる「独立規制機関」(independent regulatory agencies)を法律で設置しこれを監督することは違憲だ、ということになる¹²⁵⁾。この違憲論は、2条の Vesting Clause が大統領権限を制約する議会権限に全くふれていない¹²⁶⁾、という文理上の理由もあげ、自己の主張を補強する。

一元性論者のなかには、法律の管理と執行 (administration and execution of the laws) は大統領の専権 (plenary power) だと説くものもみられる。行政組織編成権だけでなく、一定範疇の公務員の罷免権も大統領がもっている、といたいのである。この大統領の専権を提唱する論者は、「行政国家」(官僚国家)における統治の指導は、議会にではなく大統領に期待すべきだ、と考えている¹²⁷⁾。大統領の一元的統治は、効率的な統治のためにも、肥大するばかり

124) 「法制の誠実執行配慮条項」とは、前掲注77)でふれたように、合衆国憲法2条3節の“he shall take Care that the Laws be faithfully executed”という条項をいう。これは、《諸法令が誠実に執行されるよう配慮すべし》と大統領に求める規定である。この条項が、大統領の責務規定であるのか、責務に止まらず権限規定であるのか、論争的となっている。大統領権限の肥大化に警戒する論者は、責務規定だと解する傾向にある。大統領の指導に期待する論者は、連邦憲法は、大統領に包括的な実体的執政権限を与えており、その根拠条文のひとつが2条1節1項および3節の「法制の誠実執行配慮権限」だ、というのである。詳細については、参照、駒村・『権力分立の諸相』前掲注54) 237頁以下。

125) Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 2 は、学界の多数派が「一元性理論」にでて、すべての行政機関 (administrative agencies) に対する統制権は大統領にあり、と解しているという。が、今日、この立場が多数派を占めているかどうかは疑わしいように思われる。

126) 司法権については3条が一定の議会権限を明文でふれているのに対し、2条にはこの種のフレーズはみられない。3条権限 (司法権付与) に関する議会の裁量権条項については、前掲注117)をみよ。

127) 議会よりも大統領のほうが信頼に足る機関だ、とみている論者のなかには、その理由として、議会の議員はフリーライドすることが多く政治責任を果たしているとは言い難く、大統領のほうが政治的説明責任の透明性が高いことをあげるものがある。See e.g., E. Posner & A. Vermeule, *The Credible Executive*, 74 U. CHI. L. REV. 865 (2007). その他、「行政国家」における統治においては、大統領の一元的なリーダーシップが必要不可欠であることを強調するもの、異例の事態において大統領が決断することこそ統治の本質であることを指摘するもの等、多様である。

の官僚団の統制のためにも、責任政治の貫徹のためにも、望ましいというわけである¹²⁸⁾。

(4) これに対して、大統領権限が肥大することに警戒的な論者は、2条1節1項の Vesting Clause は一元性理論をもともと予定してはいない、とか、2条3節の「法制の誠実執行配慮条項」は権限付与規定ではない（あくまで責務規定だ）とかいって反論する。反論のなかでも最も有効な道筋が同条同節の Vesting Clause は実体的権限付与規定ではない¹²⁹⁾、という読み方だった。

2条における大統領の実体的執権権限は、2条1節1項の外に用意されているのではないかと彼らは指摘する。2条2節1項（最高司令官、省庁長官からの書面による意見聴取権、恩赦権）、同節2項（条約締結権〔上院の同意を要する〕、大使領事等の指名権、最高裁判所裁判官の指名権、上級公務員の任命権〔上院の助言と承認を要する〕、3項（上院閉会中の公務員補充権）、2条3節（議会への国務報告権、議会への審議勧告権、緊急時の議会招集権、外交使節接受権、そして、法制の誠実執行配慮）といった、個別規定がこれである¹³⁰⁾。

128) 法学者による「一元性理論」のほかに、行政学者・政治学者による「大統領指導の統治」渴望論が一時隆盛を極めたことがある。彼らは、民主的かつ効率的な統治にとっては、権力分立ではなく、大統領のリーダーシップによることこそが望ましく、議会活動は執政府の監督機能に限定されるべきだ、と説いたのである。彼らは、「政治」（正確には、議会の政党政治）が少なく、「行政」（正確には執政）が多ければ多いほど望ましい、と説いた。彼らの提唱の根底には、国家有機体説的理解があった。国家がひとつの意思をもつ実在物である以上、ひとつの頭（一人の長）によって指導されるべきもの、というわけである。

129) See, e.g., Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59.

130) これらの個別権限は、W. Willoughby (W. ウイロビィ) がいう「国民の名目上の長の政治的義務のみをカヴァする」ための権限である。See WILLOUGHBY, AN INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE GOVERNMENT OF MODERN STATES 242 (1919). ウイロビィは、大統領を元首イメージで捉えていたのであり、別の著作でもこう述べている。「一般に広まった通俗的な理解によれば、起草者たちは、行政権として知られているものを内包する概念として、執政という語を用いた、とか、大統領が行政の長であるべきであると考えていた、などといわれる。ところが、これは誤りである。彼らは、執政という語を、国民の名目上の長の政治的義務のみをカヴァするという、技術的な意味で用いたということには、何らの疑問もありえない」。W. WILLOUGHBY, THE GOVERNMENT OF MODERN STATES 252 (1919).

こう2条全体を読めば、(ア)2条1節1項は、1条や3条と同質であって、包括的な権限付与規定ではなく、(イ)大統領権限は2節や3節によって大きく限定されたものとなっており、(ウ)列挙された権限以外における大統領権限は「必要かつ適切条項」のもとでの議会の委任を要する、と解されることになる¹³¹⁾(この理解のしかたは、後にふれる「executive/administrative」の区別論と関連している)。

(5) こう解釈する論者は、憲法制定者が構想した大統領イメージは元首としてのそれだった、とも主張する。すなわち、大統領は、政治的、象徴的、儀礼的な存在として、上院の助言と承認に基づいて、上級公務員を任命したり、対外的に代表機能を果たしたりする人物であった、というのである。言い換えれば、制定者は executive power について明確な輪郭をもってはいなかった、少なくとも、一元的執政権論者のような概念ではなかった、というのである。となると、大統領は行政組織編成権者でもなければ、一定範疇の公務員の罷免権を常にもっているわけではない、という帰結をよぶことになる。

以上のような2条の executive power をめぐる解釈論争は、憲法制定者意思の不確実さ¹³²⁾、合衆国憲法関連諸規定の不明確さ、さらには、矛盾するとも思われる憲法条規——一方の連邦議会の「必要かつ適切条項」、他方の大統領の「法制の誠実執行配慮条項」——の存在、肥大するばかりの「行政機関の権限」(官僚団)の統制のあり方¹³³⁾等々、多様な要素がその背景に流れている。

131) See, e.g., Bradley & Morrison, *Historical Gloss*, *supra* note 53, at 418; Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 52.

132) Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 47 は「憲法制定者は executive に関する明確な考え方を持っていたわけではなく、実践のなかで明らかにされるだろう、と期待していた」という。前掲注110)もみよ。

133) 本文に指摘した「行政機関」の設置権限が連邦議会にあるとしても、いわゆる「独立機関」の設置権限まで含まれるか、という論点が残されている。前掲注102)およびその本文をみよ。

第4章 Executive Power と Administrative Power

第1節 アメリカにおける Executive Power 「控除説」

(1) こうした論争のなかで、論者の中にコンセンサスが形成されてきた領域がある。それは、憲法2条の全体構造が大統領に付与しているのは executive power であって administrative power ではないこと、administrative power の内容、淵源およびその行使主体について憲法は明言してはいないこと、という共通の理解である。このコンセンサスは、19世紀の終盤から次第しだいに形成され、今日では確固なものとなっている。

日本の論者と同じように、英米の論者も、権力分立の展開を歴史的に捉えたとき、「控除説」的な権限分配を語ることが多い¹³⁴⁾。もっとも、アメリカでのこの解明法のもとで控除された領域は、administrative power ではなく executive power であって両者は同じではない、とされるのが通例である¹³⁵⁾。Executive power の意味するところについて「控除説」的な接近法が試みられるのは、その実体的性質をポジティブに描き出すことが困難なためであろう。

(2) 実際、実体的性質について executive power と administrative power との違いを明確化することは困難を極め、常に論争の対象となってきている。この違いを説くにあたって、ある論者は「政治的 (political) / 非政治的

134) See, e.g., Gwyn, *Indeterminacy*, *supra* note 2, at 266; Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 12. 連邦最高裁判決にみられる控除説的見解については *Springer v. Philippine Islands*, 277 U.S. 189 (1928) 参照。

135) アメリカの論者が控除説的な解明をみせる場合、わが国でいう「行政控除説」ではなく「執政控除説」である。See Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 65. そして、控除説的解明法をとる論者も、“立法権概念および司法権概念が明確ではない以上、控除した領域が明確になることはない”と自覚的である点には留意を要する。See, e.g., Gwyn, *Indeterminacy*, *supra* note 2, at 266.

(apolitical)」または「政治的／法的」の別を、他の論者は「裁量的 (discretionary)／非裁量的または科学的 (nondiscretionary or scientific)」の別を口にしてきた。さらにまた別の論者は、難題である実体的性質の解明を避けるかのように、実定法上の扱いを紹介している。アメリカの研究者のこうした多様なアプローチは、executive power の実体的な性質を捉えきることの困難さを表している。この状況のもとでは、executive power と administrative power との境界線論争に決着がつくはずはなく¹³⁶⁾、公法学者の関心は、実体的性質の違いについての分析を避け、司法審査の対象・程度の違いに向けられてきたようである。

(3) 司法審査の対象・程度における「Executive Power／Administrative Power」の別は、ふるく、*Marbury v. Madison* (1803) において言及されていた。以来、これは合衆国憲法上の伝統的な枠組みとなっている。

Marbury においてマーシャル長官は、政治的な権威と法的権限とを区別して、いわく、

「大統領は、合衆国憲法によってある重要な政治的な力を与えられており、それは彼ひとりの裁量 (discretion) によって行使され、その責任は、ひとえに、政治的性質の国家に対するもの、および、彼自身の良心に対するものである」¹³⁷⁾。

136) 制定者は、executive power の意味するところについて確固とした見解をもっていなかったことについては、前掲注110), 131) でふれた。また、Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59 によれば、制定当時には、「executive power／administrative power」の別は知られていなかった、という。この点のコンセンサスがないことを象徴するかのように、大統領の veto power を executive power に算入しない論攷さえみられる。See Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5, at 598.

137) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 165-66 (1803).

Marbury がいう「裁量」(discretion)とは、行政裁量を意味するのではなく、司法審査にも服さない政治的行為 (political question = わが国でいう「統治行為」類似の考え) をいう¹³⁸⁾。ということは、*Marbury* が指摘した「Executive Power / Administrative Power」の別は司法 (違憲) 審査権との文脈のなかでいわれてきた「政治 / 法」の別であって、administrative power に対する指揮監督権限が議会にあるのか、それとも大統領にあるのか、という論争を直接扱ったものではなかったようである。

(4) 「Executive Power / Administrative Power」の別は、司法審査の可否という視点からだけでなく、実体権限の違いや権限所在の違いと関連している。この視点を軸に、次の節では、両者の違いを明らかにしていこう。これらの権限の内包を分析し、それぞれの権限の行使主体の違いを理解することは権力分立構造を捉えるうえで決定的に重要である。

第2節 19世紀アメリカ行政学における Executive Power と Administrative Power

(1) 19世紀末から20世紀にかけて、憲法と行政法との関連性に留意しつつ、しかも、行政管理学の成果を取り入れながら「executive power / administrative power」の法的性質を分析し、その別を本格的・体系的に論じたのが¹³⁹⁾、F. Goodnow (F. グッドナウ) と W. Willoughby (W. ウイロビィ) だった。

アメリカの政治学者や行政学研究者の多くは、もともと、権力分立論に共鳴

138) Strauss, *Overseer*, *supra* note 83, at 708–09は、*Marbury* がいう「裁量」とは大文字の DISCRETION であって、行政手続法にいう「裁量の濫用」での、小文字の discretion のことではない、という。

139) 行政管理学・行政法学における「executive / administrative」をめぐる学説の展開を見事に描いた論攷としては、なによりも N. Grundstein, *Presidential Power, Administration and Administrative Law*, 18 GEO. WASH. L. REV. 285 (1950) が参照されるべきである。

していなかった。彼らは、特に、議会と司法府の能力にみるべきものはない、とみていた。彼らにとっての範型は、英国の首相主導型政治とアメリカのビジネス組織にあった。それは、《一人または少数のリーダーが決定し、その統轄下にある専門集団が執行する》という効率的な意思決定と実行の図式であった。政治学者であり、後に28代大統領に就任した W. Wilson (W. ウィルソン) が《現実の連邦の統治は連邦議会統治 (Congressional Government) となっている (統治にあたっても一元的な舵取りができていない)》と嘆いた、という事実は政治学者のなかではよく知られている。

(2) グッドナウは、古典的な権力分立論に代わる「新権力分立論」¹⁴⁰⁾をこう展開した。

「これら〔立法権と執政権〕の各作用を別々の機関に分配することは不可能である。なぜなら、統治権限の行使を明瞭に振り分けることが困難であるばかりか、政治のシステムが発展するにつれ、これらふたつの第一次的な作用はマイナーで二次的な作用へと分解されていく傾向にあるからである」¹⁴¹⁾ (〔 〕内は阪本)。

「すべての国家には、主要で究極的な作用がふたつある。国家の意思を表明することと、その意思を執行することである。そしてまた、すべての国家には、このふたつの作用を主に遂行するための別個の機関が置かれる。これらの作用とは、それぞれ、政治(Politics)、行政(Administration)である」¹⁴²⁾。

140) 本稿がいう「新権力分立論」とは、3機関・3作用の分立論に代わる権力分立論をいう。新権力分立論の画期的展開が「executive/administrative」という分立を説いたアメリカ行政管理学の流れである。この点については、D. WALDO, THE ADMINISTRATIVE STATE: A STUDY OF THE POLITICAL THEORY OF AMERICAN PUBLIC ADMINISTRATION (New ed. 2007) が詳細である。

141) F. GOODNOW, POLITICS AND ADMINISTRATION: A STUDY IN GOVERNMENT 16 (1900).

142) *Id.* at 22.

以上のグッドナウの構想は、国家統治作用を「政治」と「行政」とに分けたうえで、「政治が決定し、専門集団としての官僚団が執行していく」というモデルである。「政治」とは、統治の基本方針を決定しこれを表明する作用をいい、「行政」とは決定された方針を専門的・科学的に実行に移すことを指した。

(3) もうひとりのウイロビィは、こう述べた。

「統治権力 (governmental powers) の三元的分類においては、統治のひとつの独立の作用または部門として、行政 (Administration) なるものは承認を受けなかった。たとえ権力分立論のなかでこの作用が考慮されている場合であっても、それは執政作用 (executive function) と混同されたうえで、その一部分として扱われている。たしかに、『執政』と『行政』という二つの用語は、ほぼ相互互換的にひろく使用されている。が、しかし、それは実に不幸なことである。というのも、このふたつの言葉は、その性質を異にする作用を表すものとして用いられるべきだからである」¹⁴³⁾。

「執政作用とは、全体としての政府 (government) を代表したり、政府による法令の執行を監督したりする作用をいう。これに対して行政作用とは、立法府によって明示された法令や、司法府によって解釈された法令を現実に執行する作用をいう。こうした違いは、執政作用が本質的に政治的であるのに対して、行政の作用は他の機関によって決定された基本方針を実行に移す作用である、と説明するのが一般的である」¹⁴⁴⁾。

143) WILLOUGHBY, GOVERNMENT OF MODERN STATES, *supra* note 130, at 213.

144) *Id.* at 19.

「統治権限がどのように分配されているかについて考えるにあたって、執政作用 (executive function) と行政作用 (administrative function) という、基本的な区別があることは、既に指摘したとおりである。前者は、紛れもなく政治的な特性をもっている。それは、国家全体の諸政策に関する広範な決定にかかわる作用である。現実の統治活動との関連でいうとすれば、それは、政策やプログラムを実行する任務それ自体に従事するのではなく、採用された政策や決定された活動方針が適切に実行に移されているかどうかを監督することに関係する。わが憲法典上の用語でこれを説明するとすれば、法令を執行する任務に携わるのではなく、誠実に執行させるよう監督する作用をいうのである」¹⁴⁵⁾。

- (4) グッドナウ＝ウイロビィの見解をまとめれば、おおよそ次のようになる。
- (ア) Executive function と administrative function とは異なる作用・権限である。
 - (イ) Executive function とは、政治過程を統治の過程へと移行させるために、すべての統治機関を代表して全体としての行政機関を統轄すること、および、行政機関が法律を誠実に執行しているかどうか監督する作用をいう。
 - (ウ) Administrative function とは、議会が制定し裁判所が解釈した法令を執行する連邦政府権限をいう¹⁴⁶⁾。
 - (エ) 憲法典は executive power について明言しているものの、administrative power については沈黙しており、この明確な位置づけを

145) *Id.* at 385. また、前掲注77) も参照のこと。

146) *Id.* at 232. なお、Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 41 n. 177 は、行政という概念が法令上または判例上認知されたのは1874年以降のことだ、と指摘している。

してはいない。憲法制定者は executive power に administrative power が含まれるとは考えていなかった¹⁴⁷⁾。

- (オ) 大統領が行政組織の長であるかどうか、という administrative headship についての直截の憲法規定はない。憲法制定者は、大統領を行政組織の長にしようとは考えていなかった。

グッドナウ＝ウイロビィは、執政作用が本質的に政治的であるのに対して、行政の作用は他の機関によって決定された基本方針を科学的に実行に移す作用であることを強調した（行政作用の特徴を脱政治性・中立性、科学的な計画性に求めることは、当時の行政管理学の特徴だった）。この「executive power／administrative power」の別は、ときに、「political／apolitical」とか「politics／law」の二分法として一時期のアメリカ行政学のみならず公法学にも強い影響を与えたのである¹⁴⁸⁾。

(5) これまで述べてきた「executive power／administrative power」という作用の区別は、「presidency／office of administration」という職の違いに相応している。大統領職が憲法に定められた執政権の地位であるのに対して、後者

147) WILLOUGHBY, INTRODUCTION, *supra* note 130, at 251は、「現在にあっては大統領が実際に広汎な行政権限 (administrative powers) を行使し、行政機関の長 (the head of the administrative departments) の地位にあるという事実のためか、憲法制定者は administrative という権限を executive なる用語に含めていた、と一般に理解されている。が、これは誤りである。制定者は、executive という言葉を、名ばかりの国家の長という政治的責務を指すものという技術的な意味として用いていたことに疑問の余地はないのである。……大統領は政治的な長以外の何ものでもなく、その主たる任務は司法的統制に服さない政治的責務を遂行することだった」という。なお、前掲注130) もみよ。

148) 19世紀行政管理学が示した「政治／行政」分離論は機能的な分析に重心を置いたものであって、ある統治作用がどの機関に割り当てられるべきか、さらには、これらの機関の望ましい相互関係がどうあるべきかを語らなかった。もともと権力分立論には共鳴していなかった行政管理学は統治機関の布置に興味を示さなかったのである。この空隙を権力分立論によって補うことが法学の任務だと考え、そこに挑戦した代表作が、Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5 であった。

の職は、議会によって創設された地位である。

さらに、上の作用の区別は、行政組織編成権の源泉論争とも当然に絡んでい
る。言い換えれば、「executive agencies／administrative agencies」の違いを
めぐる論争である。

この論争と解決の筋を論ずるためには、別の長文の論攷を要するだろう。こ
の論点についてここで最小限ふれば、executive agencies とは執政府機関ま
たは組織をいい、administrative agency とは「議会制定法のもとでの活動に
限定され、司法審査の可能性に服する状況に置かれた統治機関」をいう¹⁴⁹⁾と
する見解が一般的である。

この理解のもとで、ある論者は administrative とは「厳密に法律上のもので
あって、大統領の関与があるとしても、法律の定める範囲内に止まる」と説明
している¹⁵⁰⁾。

(6) 上にふれた「executive power／administrative power」の区別は¹⁵¹⁾、
あくまで理論上の理念型であって、実際の境界設定となるとまたまた論争的
となる¹⁵²⁾。

この境界が簡単には画定できないとはいえ、憲法が明文で定めているのは、

149) See Strauss, *The Place of Agencies*, *supra* note 5, at 576 n. 11 また、Froomkin, *Administrative Agency Autonomy*, *supra* note 14, at 788 n. 2 も参照のこと。なお、前掲注24)、後掲注146) もみよ。

150) Strauss, *Place of Agencies*, *supra* note 5, at 576 n. 11.

151) 19世紀から20世紀初頭の行政学・政治学が「executive power／administrative power」の違いを「political／apolitical (scientific)」の性質に相應して論じていたのに対し、公法理論は司法審査密度の濃淡に対応させてきた。これについて公法学は、質の違いではなく、グラデーションをなすがごとき相対的な違いだ、とみているようである。20世紀が経過するにつれ、行政学・政治学は「政治と行政の分離論」から「政治と行政の融合」を説くものに代わっていった。それだけ、法学と行政学との距離は縮まったのである。

152) たとえば、executive power には刑事訴追権限 (criminal prosecution function) が含まれると理解する立場も有力である。が、Lessig & Sunstein, *President and the Administration*, *supra* note 59, at 38は「検察事務を executive 作用だとは、さすがの一元性論者であっても主張しないだろう」という。

立法権、執政権、そして司法権の3作用であって、(a)行政権・行政組織について憲法は何も指示していない領域であり、(b) administrative power または administrative agency の領域は、憲法1条8節18項の「必要かつ適切条項」を根拠とする議会権限のもとで法律によって創設されたものだ、という理解がアメリカ公法学に一般化してきた¹⁵³⁾。つまり、「大統領／行政機関」または「執政権／行政権」の別は、前者が2条権限、後者が「必要かつ適切条項」権限(1条8節18項)に応じたものであると解する立場である¹⁵⁴⁾。この理解が一般化するに至ったのは、グッドナウ＝ウイロビの業績の故である。もちろん、今日においては、彼らの「executive power／administrative power」の見方がそのまま受容されているわけではなく、多面にわたる批判にも晒されている¹⁵⁵⁾。それでも、彼らの「executive power／administrative power」の区別が権力分立理論を適切に理解していたものだったからこそ、今日まで彼らの基本的発想は公法学の領域にも息づいているのである。

(7) グッドナウ＝ウイロビは、「executive power／administrative power」別の理解は、executive power を大統領に、legislative power を議会に与えている憲法原理——権力分立原理——と完全に調和するところだ、という。

153) Bruff, *Administrative Agencies*, *supra* note 14, at 492は「憲法は連邦政府の3つの部門(branches)について定めるものの、行政機関の構造については制定法およびコモンローによる規律に任せている」という。また「執政部門の組織のありよう(organization)について憲法制定者は法律の規律するところすべてに任せた。にもかかわらず、行政機関を規律する権限が議会にあるといえる関連条項だけでなく、大統領にあるとも臭わず部分もあり、双方(形式別学派、作用別学派)ともそれぞれにあうように根拠をあげてきた」とも述べている(*Id.* at 492. ただし、括弧内は阪本)。

154) 本文のように考えれば、通常の行政機関の設立のみならず、「独立」規制機関の設置についても、「準」立法権・「準」司法権といった強引な論法や「第4権部門」(fourth branch)といったメタファに訴えることなく、議会の「必要かつ適切条項」権限によって合憲的に設立された、と説きうることになる。See Strauss, *Formal and Functional Approaches*, *supra* note 6 at 495によれば、独立規制機関を「第4権部門」と位置づけて正当化する見解が一般的だ、という。なお、前掲注102)もみよ。

155) 前掲注148)とその本文、および前掲注151)をみよ。

彼らの「executive power／administrative power」の別は、次のような権力分立の捉え方を基礎として唱えられたのである。

- (ア) 権力分立の中心的原理は、3つの対等な統治機関の分離・独立にある。
- (イ) が、権力分立はそればかりではなく、権限・作用の相互抑制・均衡という要素をもつ。この作用面においては権力分立は厳格な分離の体制とはなっていない。
- (ウ) 国家の統治作用は、「立法／執政／司法」の作用として3分割できるものではない。
- (エ) 憲法制定者の最大の過ちは「行政」という権限・作用に無関心だった点である。
- (オ) 「行政」の領域は議会の法律制定権限によって創設されたものであるところ、創設後のこの領域は大統領の「法制の誠実執行責務」領域となり、議会と大統領との競争関係がここにできあがる。
- (カ) 行政活動は議会制定法に服し（行政権は大統領権限固有のものではなく）、大統領が行政権を行使するときには制度配置上の制約を受ける。
- (キ) 権力分立論における機関の分離・独立という要素は、大統領の裁量的・政治的権限である executive power の位置づけに活かされており、他方、権力分立論の相互抑制・均衡という要素は、大統領と議会とに分配される administrative power の位置づけに活かされている。

もっとも、上の「executive power／administrative power」の別は理論上のものに止まる。しかも、グッドナウ＝ウイロビィのいう「政治／法」または「裁量的／専門・科学的」という区別の軸は、今日では通用力を失っている。さらには、アメリカ公法学が executive power という概念が明確に定義したことはない（ように思われる）。たとえ、定義らしきものがあるとしても、具体的

な事案において当該作用がいずれに属するかを決定する力に欠ける¹⁵⁶⁾。かくして、ふたつの作用が別個であることを学説が了解しているにもかかわらず、個別具体的なケースにおいて、大統領権限と議会権限とのせめぎ合いは繰り返される。この対立が「形式別学派／作用別学派」論争に反映されてくるのである。

(8) ここで繰り返し確認すれば、作用別学派は administrative power の源泉を議会権限（厳密に言えば、「必要かつ適切条項」のもとでの議会制定法）に求める。これに対して形式別学派はその源泉を大統領の「法制の誠実執行配慮」条項（2条3節）に求める傾向にある（2条1節の「執政権」に含める見解もある）。後者の形式別学派は、大統領の「法制の誠実執行配慮」は執行体制の選択権限を含む、というのである。

法制の誠実執行配慮とは何であり、大統領権限はどこにまで及び、大統領は何をなしうるのか。法律を個別具体的に、そして最終的責任をもって執行するのは各行政機関（省庁）なのか、それとも大統領なのか？ 日本法の用語に従ってこの論争を表現すれば「大統領は行政機関の統轄者に止まるのか、それとも行政活動の最終的決定者なのか？（Overseer or Decider?）」という疑問である¹⁵⁷⁾。

(9) 権力分立構造がこうした「領土論争」を解決するわけではなさそうである。実定憲法典での統治構造を選択するにあたっては、(1)効率的な統治を実現す

156) See e.g., Magill, *Beyond Powers*, *supra* note 12 at 612.

157) 大統領の地位については、See Strauss, *Overseer*, *supra* note 83 [大統領は行政活動における決定者ではなく統轄者である]。このシュトラウスの見解が最も穏当なところだろうが、論者のなかには、“個別具体的な行政活動においても大統領が決定者だ”と主張するものもみられる。大統領がここまでの権限を発動しないかぎり、法制の誠実な執行ができないではないか、というのがその理由である。これが「最も強いヴァージョンの一元的執政府論」である。See e.g., Yoo, Calabresi & Canangelo, *Unitary Executive*, *supra* note 102, at 730. 前掲注83), 157) もみよ。

ること¹⁵⁸⁾, (2)統治機関の説明責任の範囲と論拠を明確にすること, (3)組織規範および権限発動手続を明確化すること, (4)法律がすべての人の利益となるよう制定されることを保障すること, (5)法律が公正に執行されることを保障すること, (6)執政機関がその権力を濫用したとき, 人民の代表機関がその責任を追究できるよう保障すること, さらには, (7)公正で客観的な機関による法的紛争解決を保障すること等々, 多様な目的が勘案される。

こうした多様な目的を考えれば, 権力分立の究極目的——自由の保全——を理由にして特定の統治構造または権限発動の要件を導き出すことの難点は明らかである。自由保全のために権力分立論に訴えかける論法は, あきらかに過剰包摂 (over-inclusive) である¹⁵⁹⁾。

第5章 日本国憲法における権力分立と関連規定

第1節 議院内閣制分析に向けて

(1) 本稿はこれまでもっぱら合衆国憲法にみる権力分立を注視してきた。この作業は, わが国公法学での権力分立の捉え方を再検討し, さらに, 権力分立制と議院内閣制との関係および議院内閣制の意義を再定義するための, いわば序奏である。

日本国憲法が権力分立原則によっていることについては学説・判例ともに異論はないようである (判例のなかには, 日本国憲法における権力分立を「三権分立」と称することが多いが, この「1作用1機関対応型」をイメージさせ

158) 連邦最高裁は *Commodity Futures Trading Comm'n v. Schor*, 478 U.S. 833, 853-58 (1986) において「権力分立とは, 分散された権限を効率的統治へと統合することの構想である」と述べたことがある (ただし, 傍点は阪本)。これは, *THE FEDERALIST* にもみられたねらいでもあり, 協働統治テーゼを支える思考である。が, 権限の分割は効率的統治にとって障碍となっている, とする見解のほうが一般的ではないか, と思われる。See, e.g., Manning, *Ordinary Interpretation*, *supra* note 3, at 1959. なお, 協働統治テーゼについては, 前掲注37) およびその本文をみよ。

159) 前掲注38), 99) もみよ。

る用語法は適切ではない。ましてや、「三権分立主義」といういい方は論外である¹⁶⁰⁾。

(2) 本稿は、アメリカ公法学が権力分立原則を次のように捉えている、と説いてきた。

- ① 「分離・独立」されるは担当機関であって、各作用ではない。
- ② 「立法／司法／執政」は、理論上の類別であって、各機関の独立権限として分配された作用を指すのではない。
- ③ 作用を分配するにあたっては、機関相互間の競争関係が生ずるよう、作用の活動形式が工夫される。
- ④ 機関間の競争関係が抑制をもたらす。
- ⑤ 競争・抑制関係が機関間に均衡をもたらすだろうと期待される。
- ⑥ 憲法典は、行政権の内実、行政組織の編成等については明言していない（執政権と行政権とは異なる作用である）。

ついで本稿は、合衆国憲法における権力分立構造は、上の④ないし⑥の特徴をもっており、1作用1機関対応型ではない（と多くの法学者や政治学者は理解している）、とも説いてきた。

160) 最高裁判例は、苦米地事件最大判（昭和35・6・8民集14巻7号1206頁）にみられたように、権力分立をいうにあたって「三権分立」という用語を選択するのが一般的である。「三権分立主義」といういい方は、いわゆる寺西裁判官事件（裁判官分限事件に対する決定に対する抗告）での最高裁大廷決定（平成10・12・1民集52巻9号1761頁）にみられ、こういう。

「裁判所法52条1号が裁判官に対し『積極的に政治運動をすること』を禁止しているのは、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法、行政とのあるべき関係を規律することにその目的があるものと解される」（ただし、傍点は阪本）。

議員定数不均衡訴訟に関する最高裁判例は、「三権分立」との用語を選択している。これは、従前の憲法教科書が1作用1機関対応型を説いてきたことの影響であろう。

アメリカ公法学における論争は、この特徴がどの条項にどこまで取り入れられているか、という実定的解釈の対立であった。

(3) この論争は、これまで「形式別アプローチ／作用別アプローチ」の対立として論議されてきたが、本稿は、学説を決定的に分岐させるポイントは Vesting Clauses の捉え方にあるとみて、「権限帰属同定の規定／実体権限付与の規定」の対立を紹介した。前者は《各機関の実体権限は Vesting Clauses の外に定められている》と主張するのに対して、後者は《1条 Vesting Clause は実体権限付与規定ではない(かもしれない)ものの、2条および3条 Vesting Clauses は実体権限を包括的に付与する規定だ》というのである。この対立の背景には、議会を最高機関とするデモクラティックな統治に期待するか、大統領指導のもとでの一元的な統治に期待するか、という政治的選好の違いが流れている。

(4) このアメリカにおける Vesting Clauses 解釈論争を知ることは、日本国憲法理解においても有益である。

アメリカにおける論争の根源的な分岐点を、再度、ここで確認してみよう。分岐を決定する要因は、次の2点にあるようである。

第1点= Vesting Clauses は実体権限を分配しようとしたものであるか。

第2点= 条文上の根拠は別にして、憲法が3機関に分配しようとしている実体権限は、形式的に捕らえるべきか、それとも、それとも中核部分に該当するかどうか実質的に判断して捕らえるべきか。

この論争は、【権力分立構造における実体権限の憲法上の所在→実体権限の切り取り方】という順で問いを立てたところに成立している。が、この問に対

してアメリカの学説・判例はいまだ決着をつけてはいない。学説は、実体権限の本質論争が抽象的な定義をめぐる非生産的な営為となることを見越してか、その分析を避けているようにさえ見える¹⁶¹⁾。

(5) アメリカ公法学は、上の問のうち、権力分立構造における実体権限の実質を解明しきれていない。この点こそ、彼国の権力分立理解での最大の難点・弱点だ、と本稿は診断している。

アメリカのある論者も、的確に次のように指摘している（本稿は、この指摘に全面的に賛同する）。

「権力分立論争は、ある作用をある機関に分配することの合憲性を問うのであるから、“問題の作用の本質は何であるのか”を第一義的に問うべきである。この本質が判明すれば、各作用がそれに応じた機関に分配され、この機関が一定の制約の下でこれを行行使する、との帰結をみるはずである。ところが、この問題解決にあたらうとする論者は、現にある作用を行行使している機関をこの解答として提示し、そのさい、専制政治の防止という理由を付加する、これが作用分立論の常套である」¹⁶²⁾。

(6) アメリカ公法学に欠けているのは、実体権限について「形式的意味／実質の意味」の別から接近する視点かもしれない。いや、「形式別学派／作用別学派」の対立は、実は「形式的意味／実質の意味」の違いに対応している、と理解するのが適切だろう。作用別学派のいう「中核作用」(core function)とは、「実質の意味」を探ろうとするもののように思われる¹⁶³⁾。が、それでも、「中核

161) Magill, *Beyond Powers*, *supra* note 12, at 616は、学界が3作用の実体分析に踏み込まないことを「回避戦術」“avoidance strategy”と表現している。

162) Magill, *Real Separation*, *supra* note 8, at 1174.

163) たとえば、Magill, *Beyond Powers*, *supra* note 12, at 620-21は、作用の捉え方について、「形式／

作用」が何であるのか、明確な定義や捉え方を示す業績はないのである¹⁶⁴⁾。作用別学派の思考は《中核作用とは当該機関に分配されるべき権限をいう》という循環論か、規範的な権力分立論をもって回答しているか、のいずれかのようにみえる。

(7) それでも、アメリカにおける論争からわれわれが学ぶものは多い。

たしかに、日本国憲法が基礎とする権力分立構想は、合衆国憲法の場合とは全く違っている。

日米の違いは大きいとしても、政治理念または法原理としての権力分立には共通するところがあるに違いない。そればかりか、日米憲法における権力分立構造の共通性は、それぞれの Vesting Clauses とその関連諸規定に表れる、と読んでおくことが賢明である。

日本国憲法の統治構造を全面的に解析するためには、Vesting Clauses の解釈とは別に、議院内閣制の必須要素を解明しなければならない。議院内閣制の必須要素とは何であり、日本国憲法がこの要素を基盤としているものかどうか、問われなければならない。

第2節 アメリカにおける論争から学べるもの

(1) アメリカの論争を参考にしたとき、日本版 Vesting Clauses (その関連諸規定を含む) を理解する手順はこうなるはずだ、と理解されてくる。

① 41条、65条および76条は実体権限分配の規定であるか。

内容」(form/content) の別に言及し、「この境界は必須要素だ」と述べ、「立法」の特徴として「執政府の外で活動している人びとの権利義務を変動させること」に言及している (*Id.* at 616)。また、Calabresi, *Vesting Clauses*, *supra* note 64, at 1391も「立法」の内容(実質)を問うにあたって、個人の権利を変動させる要素をとりあげている。アメリカ版法規概念とでもいうべきか。

164) Magill, *Beyond Powers*, *supra* note 12, at 614.

- ② 実体権限を捕捉するにあたっては、いかなる接近法があるか。
- ③ 実体権限の実質（本質）をどう説明すべきか。

日本国憲法における日本版 Vesting Clauses からみることにしよう。次のとおりである（ただし、傍点は阪本）。

41条＝国会は、……国の唯一の立法機関である。

65条＝行政権は、内閣に属する。

76条＝すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。

これらの英文表記は、こうなっている（ただし、イタリック部分はいずれも阪本）。

Article 41＝The Diet shall be the sole law-making organ of the State.

Article 65＝Executive power shall be *vested in* the Cabinet.

Article 76＝The whole judicial power is *vested in* a Supreme Court and in such inferior courts as are established by law.

(2) これらと合衆国憲法での Vesting Clause とを比較したとき、次の特徴が浮かび上がる。

第1は、41条の規定がアメリカのような Vesting Clause のスタイル——統治作用の別を主語とし、その帰属機関を述語として並列するスタイル¹⁶⁵⁾ ——

165) 参照、第3章第1節での「Vesting Clauses 再訪」。

となっていないことである。つまり、41条は、統治作用を主語としないで The Diet を主語においた関係で、「立法」をいうとき、legislative power という作用にではなく、law-making organ という機関に言及した点である。これは、明治憲法5条の「天皇ハ……立法権ヲ行フ」のスタイルにまねながらも、国会を主語とすることによって、天皇の立法権を否定する意味もあろう。

第2に、日本国憲法には国会の立法権の及ぶ範囲（extension or reach）に関する規定がない点である。合衆国憲法1条1節にみられる legislative powers herein granted という限定もなければ、同条8節のような連邦議会立法権限を個別的に例示または列挙する規定もない。

第3に、65、76条は、41条のスタイルとはがらりと違って、主語の部分に統治作用の別を置き、その“vesting”先機関を指し示す言い方となっている。これは合衆国憲法の Vesting Clauses の影響を物語っている。

(3) 実際、日本国憲法の65条、76条の正文は、合衆国憲法の2条および3条 Vesting Clauses に似て、こうなっている（ただし、傍点部分は阪本）。

65条＝行政権は、内閣に属する。

76条＝すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。

日本国憲法65条および76条が「ある国家作用は、○○に属する」というとき、それは「権限帰属先の同定条規」であること、つまり、ある国家作用の帰属先（担当国家機関）を指定する規定である、とも読める。このとき、合衆国の例を知っているわれわれは、実体権限は別の条項に例示または列挙されている、と予想することになる（いうまでもなく、手続権限も、これら権限帰属規定の外に求められなければならない）。そればかりか、具体的な例示または列挙の

しかたが、当該統治機関に対する憲法制定者の警戒感を表している、と予想しておくといふ。

日本国憲法は、内閣または裁判所が所管すべき実権領域を、Vesting Clauses の外にどのように個別的例示・列挙しているのか、日本国憲法を再読する必要がある。

(4) 日本国憲法の上の3箇条をみると、65、76条の規定のしかたはアメリカ合衆国憲法での Vesting Clauses の影響——「○○ power shall be vested in」という統治権限を主語とする言い方——を想起させる。これに対し、41条だけが国会という統治機関を主語としており、3箇条のなかで異質である。

権力分立構造をとっている日本国憲法の41条が「国会は、……国の唯一の立法機関である」と定めているのに対して、65、76条が「○○権は、△△に属する」とそれぞれ定めていることには、何か重要な含意があるのではないだろうか。

3つに類型化された国家統治の作用を主語として、“○○ power shall be vested in”と表記するのが Vesting Clauses である。日本版 Vesting Clauses である65、76条はいったい何を定めた条規であるのか。権限の担当機関を指定するための規定であるか。この解釈いかんによって憲法典のよって立つ権力分立原理の姿も（そして日本語表記も）変わってくる。

(5) 本稿は、すぐ上の(3)で日本国憲法における権力分立関連規定（41条、65条、76条）を並べてみた。憲法教科書のなかには、これらを「憲法上の権限帰属」を示す条文だ、と表現するものもある。ところが、教科書のいう「権限帰属」なる用語がアメリカにおける論争を意識したうえで用いられているのかどうか、多いに疑問である。

41、65条が権限帰属先同定規定であるかどうかを判定するには、その外に実

体権限が列挙されているかどうかには留意しなければならない。

内閣権限に関しては65条のほか、73条1号ないし7号に例示または列挙事項がみられる。これは Vesting Clause clauses の外に当該統治機関の実体権限を示すかのごとくである。これに対して裁判所（最高裁判所）権限に関しては、Vesting Clauses の外に個別的な例示・列挙を示す規定はない。この点は、既にふれたように、合衆国憲法3条との決定的な違いである（日本国憲法77条の最高裁判所の規則制定権は、「司法」の実体権限を定めるものではない）。76条にいう「すべて司法権は」とは、包括的な実体権限を裁判所に付与する趣旨であろう。

内閣に関する65・73条、裁判所に関する76条、この違いをどう評定すべきか。また、41条に関するかぎり、Vesting Clause の痕跡すら認められない。このことは、65、76条と比較のなかで、いかなる意味あいをもつのだろうか。

こうした疑問は、日本国憲法が一体どのようなタイプの権力分立構造を想定しているのか、という謎解きへとわれわれを誘導する。

(6) 日本版 Vesting Clauses の話題から離れて、一般国法学の観点に立って、権力分立構造を俯瞰してみよう。

ある憲法典が権力分立構造を採用し、これを条文として表現するにあたっては、いくつかの考慮要素がその背景に流れている。

第1の要素は、当該国家にとって「最も危険な統治部門」(the most dangerous branch)がいずれであるか、という警戒感である¹⁶⁶⁾。この警戒感のもと、憲法典は、最も危険な機関の権限を列挙し、この機関に包括的／概括的実体権限を付与しないようにする傾向にある。

第2の要素は、ある国家作用の実体を正確・厳格に定義することが困難であるため、あえてこの権限について詳細にすることを避け、後世の展開・解明に

166) このことは、第3章第2節でもふれた。また、前掲注4)もみよ。

まとうとする配慮である。

第3の要素は、定義の容易さ・困難さの問題ではなく、憲法制定過程における政治的妥協の結果、ある国家作用をハイブリッドなかたちで表現しておこうとする考慮である。

考慮要素は、以上に止まらず、当該国家の政治的歴史、実際に存在する政治勢力、国境を接した近隣諸国との友好または敵対関係（リージョナルな政治状況）、憲法制定会議構成員の政治的選好等々もあるだろう。

こうした複雑な考慮の産物がアメリカ合衆国憲法だった。合衆国憲法が政治的な「妥協の束」であることは、先の第3章第2節でふれた。また、同国の憲法典が権力分立構造によっている点については、わが国の憲法の理解と同様、多数の論者が受容するものの、権力分立の捉え方となると、論者の間のコンセンサスが急速に消え去ることも、第2章第1節でふれたとおりである。

(7) ある実定憲法における権力分立の構造は、上の第1の考慮要素、すなわち、「最も危険な統治機関」についての憲法制定者意思を振り返れば、少し理解が深まるようである。

合衆国憲法の制定者（憲法起草者）が最も参考にしたのがモンテスキューの思想だった¹⁶⁷⁾。この点についても、アメリカの論者の間に異論はない。モンテスキューが最も警戒した統治作用が立法権だったのだ。

本稿は、合衆国憲法の起草者たちが「最も危険な統治機関」だと警戒したのも連邦議会だったことについても、既に何回かふれた。アメリカ革命（独立）が英国議会への不信を起爆剤としたという歴史に留意すれば、大陸諸国が君主権限を警戒したのとは違って、アメリカの権力分立は連邦議会権限を強力にしない構想だ、と捉えて間違いなさそうである（もちろん、連邦議会権限が州権

167) THE FEDERALIST No. 47 (J. Madison) at 261には権力分立の必要な論拠について「かの有名なモンテスキューの著名な公理」との言い回しがみられる。邦訳では第47篇「権力分立制の意味」217頁。前掲注1)もみよ。

限にとって危険となる、という連邦制特有の警戒心がある。この点の本稿の関心事外である)。

こうした背景を考慮すれば、合衆国憲法典1条8節が1項ないし18項にわたって連邦議会権限を列挙した理由が(一部であれ)理解できてくる。

(8) 日本国憲法の場合、3統治機関のうち、最も危険な部門と位置づけられたのは内閣のようである¹⁶⁸⁾。

相当数の憲法学者も、権力分立のねらいは歴史的にみて“君主とその顧問団、すなわち「行政権」(厳密には執政機関)に権力を集中させないこと”にある、と説いてきたようである。たしかに、欧州大陸ではそうであったかもしれない。しかしながら、モンテスキューの思考¹⁶⁹⁾、合衆国憲法起草者たちの政治的選好・選択は、そうではなかった¹⁷⁰⁾。わが国の通説的な権力分立の歴史的捉え方は大陸のレンズを通して見たにすぎない。が、日本国憲法という実定憲法における権力分立構造に関するかぎり、国会権限は内閣権限との関係において、または、明治憲法における帝国議会との比較において、強化されているように思われる¹⁷¹⁾。このことは、日本国憲法41条の条文スタイルに、確実に表れている¹⁷²⁾。そればかりではない。

168) 本稿でいう「内閣」とは首相と国務大臣からなる組織体、すなわち、「狭義の内閣」のことである。参照、藤田宙靖『行政組織法』(有斐閣、2005)136頁。

169) モンテスキューは、かの有名な著作の有名な章の冒頭において何を言いたかったのだろうか。前掲注42)のシュミット・尾吹訳『憲法理論』にみられる次の一文は実に含蓄深い。「(モンテスキューの)本来の関心事は、ただ立法権と執行権の区別のみである。この場合、……執行権は決してたんに法律の適用ではなく、本来の国家活動(統治)である」(230頁、ただし、傍点および括弧内は阪本)。

170) 前掲注33)、114)をみよ。

171) 日本国憲法が「国会中心主義、立法権優位の権力分立制度を採用している」と断言するものとして、参照、高見勝利「日本——権力分立の展開——司法権および行政権の概念構成の問題を中心に——」比較法研究52巻86頁(1990)。

172) Vesting Clausesのスタイルの特徴については、参照、第2章第1節。日本国憲法41条は、アメリカ的スタイルからは外れている。

(9) 権力分立構造における3機関は「対等の地位」にあると説かれるのが通例である。合衆国憲法における権力分立構造についても、“3機関は co-equal branch である”とよく表現される¹⁷³⁾。

これに対して、日本国憲法の統治構造は「真正の議会主義」または parliamentary government (議会主導の統治) であって、国会優位の統治を実現しようとしているようである。日本国憲法41条が国会をもって最高機関と表現し、66条3項が「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ」と定めているのは、国会主導の統治を念頭に置いているからだろう。

日本国憲法は、各機関間に競争関係をもたせることをできるだけ避け、「最高機関」を軸とする協働関係を作り上げようとしている。日本国憲法にこそ、協働統治テーゼ¹⁷⁴⁾ がふさわしいといってよい。日本国憲法が、国会一内閣の連携の統治体制である「議院内閣制」によっている、といわれるゆえんである。

この理解は、国民主権またはデモクラシー実現とも共鳴する。憲法学者のなかには、国会主導の統治こそ統治の理想であるかのように語るものさえみられる。国会優位の統治という場合にも、英国のごとき議院内閣制をイメージするか、それとも、ルソー的な「立法国家」をイメージするかによって、国会と内閣との関係理解は多いに異なってくるはずである。この違いを明確にしないまま、議会(国会)の民主的性質を強調して、内閣を議会よりも劣位に置こうとする発想は安易すぎる(現実の議会制民主主義は、一般意思の実現に期待した J. ルソーや I. カントの理想とは全く違って、特殊意思の巢となっている¹⁷⁵⁾とみるほうが適切である。議会や議会制デモクラシーに期待する論調に私は全

173) 前掲注112) およびその本文を参照のこと。

174) 協働統治テーゼについては、前掲注34), 156) をみよ。

175) アメリカの公法学者のなかにも、議会制民主主義が特定の利害集団のための統治をよんでいる、とみるものがある。See, e.g., Calabresi, Berghausen & Albertson, *Separation of Powers*, *supra* note 89. この論攷は、政治の実態を「(議会の)委員会統治」と評したうえで、「委員会構成員は選出母体の利害を代表して、委員会が利害の巢になっている」と論じている。議会統治 (Parliamentary Government) ならぬ、委員会統治 (Committee Government) である。

面的に反対である。が、ここでは現実の政治から離れて、日本国憲法の統治構造の基本を論じている)。

(10) すぐ上でふれたように、わが国の憲法研究者は、《日本国憲法は議院内閣制によっている》とほぼ例外なく理解している。さらにまた、通説は《議院内閣制とは内閣の存立が議会の信任に依拠する政治体制である》と説いてきている。こうした理解のほうが、(ア)議会（国会）主導のデモクラティックな協働統治を説きうる、または、(イ)議会（国会）を中心とする統治の統合を説きうる、(ウ)憲法41条にいう国会の最高機関性に親和的である、というのだろう。ところが、議院内閣制という概念は、明確な輪郭をもったものでもなく、憲法典が実際に採用する議院内閣制にもさまざまなニュアンスの違いがあることには留意しなければならない¹⁷⁶⁾。そればかりか、議会を中心とする協働統治や国家意思の統合という期待は、特定のデモクラシー観に基礎をもつにすぎない。

わが国の憲法教科書は、わが国の議院内閣制を語るさい、「ウエストミンスター・モデル」を引証してきた。それも、歴史的変容を無視した、W. バジョット (W. Bagehot) の時代のそれをモデルとして引証してきた。ところが、ウエストミンスター・モデルといわれる体制も時代によって変容しているばかりか、日本国憲法における国会（議会）の地位および権限は、どの時代のものであれ「ウエストミンスター・モデル」とは違っているように思われる¹⁷⁷⁾。

そればかりか、議院内閣制がはたして権力分立の1種であるのか、根底から問い直されなければならない。というのも、権力分立の理念型が機関間の抑

176) Ackerman, *New Separation*, *supra* note 1, at 635は、議院内閣制 (Parliamentary Government) とされているものにも、「制約された議会主義」(constrained parliamentarianism) と、そうでないものとの別があるとし、日本の統治構造が前者、英国のそれが後者である、と評している。

177) 日本の構造が「ウエストミンスター・モデル」とは違って、「制約された議会主義」であることの理由として Ackerman, *New Separation*, *supra* note 1, at 635は、議会（国会）が成文憲法、基本権保障規定および違憲審査制によって制限されていることをあげている。アカマンのこの指摘は、これまでの教科書的説明の適切に對して反省を迫っている。

制、言い換えれば、機関間の競争のメカニズム、なかでも、議会の法律制定権限を抑制するためのメカニズムを憲法典に導入することであるのに対し、議院内閣制の理念型は、機関間の協働、そのなかでも《法律制定にあたっての協働を実現すること》にあるからである。かたや、軋轢または競争関係を想定する構造、かたや、軋轢回避を想定する構造、の違いである。換言すれば、かたや、多数の専制または民主ラシーの過剰を警戒する立場に対して、他方はある種の民主ラシーに親和的であろうとする立場である。後者をねらう議院内閣制も、軋轢回避・協働のための作用として何を導入するかは、また、国によって多種多様であろう（そこにベースラインがあるかどうかも疑わしい）。

おわりに

(1) 本稿は、アメリカ合衆国憲法における権力分立制が各実体権限を複数の統治機関に分散させており、「1作用1機関対応型」となっていない、と語ってきた。本稿が語りえなかったことは山ほどある。そのいくつかを拾い上げれば、次のとおりである。

第1。権力分立の理念型はリベラリズムを基礎とすると理解すべきであろうが、その相互の関連性を論証することは容易ではない。また、権力分立と民主ラシーとの関連についても再検討する必要がある（本稿の関心は、実定憲法にみられる権力分立構造を解明することにあつたために、この疑問には回答しきれてはいない¹⁷⁸⁾）。

178) アメリカ公法学界の多数派は、権力分立を民主ラシーのための統治構造だ、と捉えている。この場合の“民主ラシー”とはリベラリズムを包摂する概念であり、わかりやすく言い直せば、“リベラル・民主ラシー”のことであろう。Ackerman, *New Separation*, *supra* note 1, at 639は、この捉え方について、ただ対立する価値を並べた用語であり、統一的な内容をもっていない、と的確な診断を下している。少数ながら、権力分立はリパブリカニズムのための装置だ、という主張もみられ、権力分立についての学界の論調はいつになっても安定しない。

第2。権力分立理論は、モンテスキューが参考にした英国の均衡政体論を知り、その神髄（必須要素）を取り出したうえで、合衆国憲法の神髄とを対照してはじめてわかってくる。さらには、英国において確立されていた Parliamentary Government の特徴は何であって、合衆国憲法はなにゆえ Parliamentary Government を拒否したのかを知らなければならぬ¹⁷⁹⁾。この作業を通してわれわれは、合衆国モデルが「機関の分立／作用の分散・ブレディング」からなっていることを正確に理解するだろう。

第3。実定憲法での権力分立理論は、統治権限の帰属先機関と、その機関に付与される実体的3作用を指し示すものの、それぞれの作用の発動形式・手続のありようまで決定しない¹⁸⁰⁾。この残された課題は、権力分立とは別個の「法の支配」原理に訴えかけることが必要である。「法の支配」原理の第一義的な課題は「議会制定法を法のもとに置くこと」であるところ、この命題は、法律の発動形式・手続にどう活かされることになるのか。言い換えれば、41条の「立法」の意義を解明するにあたって、「法の支配」の要請をどのように吹き込めばよいのか。

第4。日本国憲法65条 Vesting Clause は、その外の73条に内閣の実体権限を列挙しているようである。となれば、アメリカの「異説」がいう Vesting Clauses 理解に倣って、《65条が執政機関として内閣を設置することを、また、73条の列挙する「内閣の職務」が内閣に付与されるべき実体

179) VILE, SEPARATION OF POWERS, *supra* note 7, at 171は、憲法制定会議において、ウエストミンスター・モデルは議会統治となることを理由に拒否された、という。ヴァイルは「当時の英国においては議院内閣制が内閣主導統治となる体制だと批判されていたときに、合衆国においては議会の専制を許すとおそれられた」と指摘している (*Id.*)。合衆国憲法が兼職禁止を明文で規定した理由がこれでわかる。

180) 前掲注36)をみよ。また、MCLLWAIN, *supra* note 19, at 132は、権力分立理論が「権力の抑制・均衡」を扱いはするものの、「権力それ自体の制限」を追究するものではない、と指摘している。盲点を突くかのようなこの指摘こそ、《権力分立理論は、法の支配という別個の原理によって補完されなければならない》という本稿の残した課題を浮かび上がらせている。

権限を、定めている》という筋道が浮かび上がってくる。この筋を展開したとき、わが国公法学のいう「権力分立と行政控除説」が通用するものかどうか根本に立ち戻って吟味されなければならない。

第5。日本国憲法が採用しているといわれる議院内閣制は、権力分立との関連性も定かでなく、かつ、捕らえどころのない概念・機構である。理念型としての権力分立は議院内閣制と両立するのだろうか。たとえ両立するとしても、かようなスリーピングで曖昧な概念に訴えかけて、一定の結論や方向性を性急に説くべきではない。個別的な条文とそこでの諸フレーズに注視するほうが生産的で有益である。そのためにも65, 73条の再定義を要するようである。

(2) 本稿の最大の関心事は、アメリカ公法学における論争から学ぶものを浮かび上がらせることにあった。その陰の部分には、上にふれたような、山のような課題が残されている。

本稿は、権力分立構造を突き止めるためのアプローチを、アメリカ公法を材料としながら、語ってきた。すなわち、(a)機関の分立と作用の分散とを切り離れたうえで、(b)ここでの作用とは実体権限をいうと捉え、(c)これらの実体権限がどのように分散されているのかを条文に則して画定すべし、というアプローチのしかたである。

日本国憲法憲法の統治構造を理解するにあたって、アメリカ合衆国憲法における論争を参照するのは、ここまでのアプローチまでで止めるべきかもしれない。合衆国は、連邦制という権力分立構造をとっていること、連邦政府における権力分立においては大統領制をとっていること、この独任制の大統領制を議会とのライヴァル関係を作り上げるために意図的に選択したこと、執政府構造も特異であること、連邦最高裁裁判所の司法権・司法審査権の実務も彼国に特有に裁断してきたこと等々、日本国憲法の統治構造とは異質な要素が多い。

こうした日米の溝を常に意識しつつも、本稿は、65条の「行政権」を再定義するには、行政控除説を後世に語り継がないよう留意すべきだ、と示唆してきたつもりである。アメリカ公法における「executive/administrative」「執政／行政」の区別は日本国憲法においても通用する。アメリカ公法も executive の積極的な定義には成功しておらず、「執政控除説」によっているのが実情である¹⁸¹⁾。

(3) 日本国憲法の場合、内閣が「最も危険な部門」と位置づけられているようだ。

内閣の地位・権限は、国会の地位・権限との比較対象のなかで捉えなければならない。内閣と国会との関係は、「議院内閣制」の本質の理解によって規定される。

議院内閣制の本質は「協働統治」のテーゼのなかにある、と私は予感している。

「協働統治」を本質とする議院内閣制は、権力分立の亜種なのだろうか、それとも別種なのだろうか。私はこの疑問を別稿で解いていくつもりである。

別稿の解題はそれだけではない。

別稿は、権力分立制または議院内閣制における権限行使を統制するものが「法の支配」である、と語るだろう。

日本国憲法41条の「立法」を再定義するには、「立法／法律」の別から説きはじめなければならない。そのためには、「立法／命令」、「法律の制定／法律の執行」の別を真剣に分析しなければならない。この分析を道筋を決定するものが「法の支配」である。

こうした課題を私は、すべて別稿において、語る予定である。

181) 第4章第1節をみよ。