



# HOKKAIDO UNIVERSITY

|                  |                                                                                   |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | 〈北大立法過程研究会報告（2）〉 権力分立の理論                                                          |
| Author(s)        | ジュリアン, ブドン; 佐藤, 吾郎//訳; 徳永, 貴志//訳                                                  |
| Citation         | 北大法学論集, 65(6), 230[385]-212[403]                                                  |
| Issue Date       | 2015-03-30                                                                        |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/58374">https://hdl.handle.net/2115/58374</a> |
| Type             | departmental bulletin paper                                                       |
| File Information | lawreview_vol65no6_23.pdf                                                         |



〈北大立法過程研究会報告(2)〉

## 権力分立の理論

ジュリアン・ブドン  
佐藤 吾郎、徳永 貴志 訳

フランスの大学の法学部の学生たちは、「権力分立の理論」という課題が与えられれば、まず何よりもその用語の定義を明らかにすることが求められる。出題されたテーマにおける1つ1つの言葉の意味は何か、それぞれの言葉はどういった関連性を持ち、どのような相互作用を有するか、彼らは考えなければならない。

「権力分立の理論」という表現の中で、もっとも興味深く、あるいは、少なくとも意外とも言える単語は、「理論」である。というのも、私の考えの核心部分を今すぐ明らかにするならば、18世紀に誕生した自由主義的立憲主義は、3世紀もの間、根本的には覆されることのなかった理論—あるいは哲学—に基づいていると言えるからである。その一方で、18世紀から21世紀にかけて、権力分立の実践はますます精緻化と洗練の道を辿ることになった。事実、権力分立とは、17、18世紀の両世紀を含む近代哲学における一つの理論が、政治的および制度的に表現されたものである。最も注目されるべき著述家としては、ロック、モンテスキュー、ルソーの他に、「公法学者 (publiciste)」として重要な役割を果たしたにもかかわらず、今日において知名度が低く、少しばかり忘れられている、プーフェンドルフ (Pufendorf)、ヴァッテル (Vattel)、ヴォルフ (Wolff)、ブル라마キ (Burlamaqui)、さらにはイギリスとスコットランドの啓蒙主義を代表するマンデヴィル (Mandeville) やスミス (Smith) を挙げることができる。これらの思想家の中で1人だけ選ぶとすれば、理論と実践とを最も

優れた形で接合したアメリカ合衆国建国の父の1人であるジェームス・マディソン (James Madison) である。というのも、マディソンは自身の理論的展開の実践面への影響力に注意を払っていたと言えるからだ。20世紀初頭の偉大なドイツ人社会学者マックス・ヴェーバーの言葉を借りれば、マディソンは責任倫理の信奉者であって、心情倫理の信奉者ではない (フランス革命でのジャコバンにたとえるとすれば、ロベスピエールやサン＝ジュストに近い存在になる)。したがって、皆様にお話しする報告のタイトルは、「権力分立の理論的・実践的側面」に改めた方が良いかもしれない。

ここまで列挙した理論家たちの繊細な思想に戻る前に、フランスでは避けて通れない、主題における用語の定義を明確にしなければならない。権力分立とは何か。まず、権力をいかに分離するかを問うた方がより適切であろう—あるいは大文字から始まる権力 (Pouvoir) と言った方が良いかもしれない。なぜなら、近代の哲学者たちの脳裏から一度も離れなかった問題、すなわち、改めて実にフランスらしい表現を用いるなら、公権力 (puissance publique) をできるだけ無害なものにするにはどうすれば良いのか、という彼らの悩みを強調することができるからである。当時の言葉に直せば、どのように専制政治を回避するのか、より正確には、どのように専制政治の到来を遅らせることができるのか、という問題である。というのも、すべての著述家が人間の墮落は不可避であるとしているからである。ルソーは『社会契約論』の中で次のように主張している。「スパルタやローマでさえも滅びた以上、いかなる国家が永久の存続を望みえようか。したがって、もし長続きのする制度を形成したいのなら、それを永遠のものにしようなどと考える必要はない。成功するためには、不可能なことを試みてはならないし、また、人間の所業に、およそ人間の条件が持ちこたえられないような堅牢性を与えようなどと、うぬぼれてもならない」(第3篇第11章)。

啓蒙主義の人間学は、信じられているのとは反対に、非常に暗く、実に悲観的なものと言える。すなわち、進歩に対する信奉は18世紀に始まったが、むしろその次の世紀のフランス人哲学者オーギュスト・コントの実証主義において、それはより顕著になる。文学の世界では、このような進歩に対する信奉は、1862年に出版されたヴィクトル・ユーゴの『レ・ミゼラブル』の中で見事に敷衍されている。世俗的ではない、キリスト教的な世界の中で、人間は非力さと罪によって特徴づけられる。ジャン＝ジャック・ルソーは、このような前提に

反論したがために、急激に人気が高まったのである。しかし、勘違いをしてはならない。すなわち、ジュネーヴ生まれのルソーが人間は善良であると主張したことは一度もなく、むしろ、自然状態の中にある人間は、同類である人間から隔絶されて、倫理的無関心と紙一重の状態にあると彼は考えたのである——人間同士の歩み寄りや社会の構築が、良きにつけ悪しきにつけ、このような倫理的な虚脱状態から人間を抜け出させてくれる。これこそルソーがもたらした転換である。すなわち、規定的なのは原罪ではなく、最初に現れた様々な社会の誕生である。しかし、ルソーは、18世紀において実に個性的で、思想的にも孤立していた。当時の大部分の哲学者は、人間は貧弱な生物で、存在論的に罪人であると考えていた。人間は、生来善良であるかどうか定かでなく、徳を实践する上で、一貫性も疑われる存在であった（自らの自然的傾向に逆らって善をなすために努力することが徳であるとされたからである）。このことから我々は、なぜ、最も良いとされる政治体制であっても、必然的に墮落と衰退が見込まれているのかを理解することができる。つまり、人間とりわけ統治者は、幾度となく権威の濫用、権力の篡奪や専制の誘惑に駆られるものなのである。

したがって、権力分立とは、人間が背負う条件の悲観的な見方に対する、不信感あふれる1つの回答である。人間は必ずしも善をなすことができる存在ではないので、損害を小さくする、あるいは、可能であれば損害をゼロにしようとする考え方である。マディソンは『ザ・フェデラリスト』第51篇の中で、美しく同時に絶望的な次のような表現を用いている。万が一、人間が天使でもあるというならば、政府を創設する必要はないであろう。統治者は、天使ではなく人間であるために、委ねられた権力を濫用したい誘惑に駆られるのである。だからこそ、「予言者 (oracle)」（マディソンはモンテスキューのことを第47篇でこのように呼んでいる）の見解に従って、権力分立が必要なのである。

権力分立は、何よりも、政治権力の細分化であるが、その政治権力は、とりわけ国家が人間社会の法的な型として勝利を取めて以来、国家権力としての性格を帯びている。権力は、その毒性を弱めるために分割されたのであって、それを無害なものにするためではない。なぜなら、無害な権力は、無意味なもの、あるいは矛盾であるからだ。つまり、社会の平和に必要なだからこそ強力な権力が創設されるが、その権力が強力だからこそ危険でもあるのだ。国家の強さは、その創設の理由であると同時に、その脅威の原因でもある。その結果、現代国家の礎でありながら、今日まで解決不可能なジレンマが生じるのである。では、

どのようにして、自由主義的な国家あるいは法治国家（ドイツ語で言う Rechtstaat）、すなわち、自らの巨大な力を濫用せず、個人の自由を尊重する国家を構想すれば良いのだろうか。これは、モンテスキューがおよそ3世紀前に明らかにした理由からわかるように、解くことの出来ないジレンマである。権力は抑圧的になる傾向があり、人間は常に、委ねられた権力を濫用する誘惑に駆られる。「およそ権力を有する人間がそれを濫用しがちなことは万代不易の経験である」（『法の精神』第11編第4章）。およそ2世紀も前から、恐ろしい大惨事としか呼びようのない数々の思わぬ出来事があったにもかかわらず、人類が自由を何とか尊重する国家を作り上げることができたのは奇跡である。しかし、必要な力と避け難い危険との間にある緊張関係は、国家と不可分のものである。そのため、政治の効率性、アメリカで言われるところの機能する政府（workable government）の問題が出て来る。最近の例を挙げるとすれば、2013年10月、アメリカ合衆国政府が、連邦政府の部分的な閉鎖を余儀なくされた事件がある。このような事態は、過去に数回起きており、例えば、1995～1996年にビル・クリントンが大統領のときである。1787年のアメリカ合衆国誕生以来、アメリカ人は次のような問題に頭を悩ませてきた。すなわち、効率的でありながら自由主義的な国家をいかに構築することができるのか、という問題である。結局のところ、専制的な政府よりも、非効率な政府を選ぶべきではないか。こういった思いがあるからこそ、連邦政府の麻痺—膠着状態（stalemate）あるいは手詰まり状態（gridlock）と呼ばれているもの—は、アメリカでは甘受されているわけである。麻痺状態に陥るために政府が設立されているわけではないが、時として生じる連邦政府の欠陥は、むしろ政府が全能（最終的には専制的）ではなく、市民とその代表者がリヴァイアサンと十分戦う術を持っていることを証明することによって、市民を安心させているのである。リヴァイアサンとは、聖書に出てくる海の怪物だが、予言者ヨブを飲み込んだことで知られ、17世紀半ばのイギリスの哲学者、トマス・ホブズズの有名な著作のタイトルにもなっている。その副題は、『教会及び市民的なコモンウェルスの素材、形体、及び権力』である。

学識豊かな日本の学者である聴衆の方々に、フランスではどのように法律を学び、どのように若い学生たちを教育しているのかを紹介するのであれば、やはり、課題における言葉の定義という回りくどいやり方を取らなければならぬだろう。フランス語の「権力（pouvoir）」という言葉は、その曖昧さ故に実

に難解な言葉である。実際、この言葉には2つの意味がある。すなわち、機関を指す場合と機能を指す場合である。「立法権 (pouvoir législatif)」という言葉为例にとれば、あるときは法律の作成つまり、立法機能ないし立法業務一、あるときは議会—すなわち、理論上法律の作成を委ねられている機関—を一般には指している。このように、機能と機関を同一視しているところに、私たちの語彙の貧弱さを見て取ることができる。第1に、立法機能は、国会の独占的特権ではなく、政府や裁判官と共有しているものである。第2に、議会という機関は、立法の任務だけに従事するのではなく、他の機能、とりわけ政府の監視も行っている。「執行権 (pouvoir exécutif)」についても同じことが言える。すなわち、ずいぶん以前から、政府の任務は法律の執行だけに留まってはおらず、特に20世紀に入ってから政府は法律の中心的立案者になっている。

さて、ここで、立法権、執行権、司法権というよく知られた区別に戻る。権力分立とは、国家権力を立法、執行、司法という3つの機能に分割することである。それらの機能は各々、立法機関、執行機関、司法機関という3つの機関に委ねられる。モンテスキューは、『法の精神』の中のイギリス憲法に関する有名な章の冒頭で、権力分立の基準となる定義を行っている。「各国家には3種の権力、つまり、立法権力 (puissance législative)、万民法に属する事項の執行権力、および公民法に属する事項の執行権力がある。(中略) この最後の権力を人は裁判権力 (puissance de juger) と呼び、他の執行権力を単に国家の執行権力 (puissance exécutive) と呼ぶであろう」(『法の精神・上』第11編第6章)。しかし、権力分立の理論は、機関と機能の密接な重なり合いを受け入れることができない。なぜなら、ある機関が他の機関の機能を侵害 (encroachments) するからこそ、自由にとってもっとも大きな保障になるからである。

## 1. アメリカにおける抑制均衡の理論

抑制均衡の理論は、『ザ・フェデラリスト』の著者であるパブリウス (Publius) によって作られた。パブリウスとは、アメリカ合衆国建国の父であるジェームズ・マディソン、アレクサンダー・ハミルトン、ジョン・ジェイが共有した筆名である。『ザ・フェデラリスト』あるいは『ザ・フェデラリスト・ペーパーズ』について一言だけ述べると、これは、1787年9月のフィラデルフィア憲法制定

会議で採択された連邦憲法草案を批准する必要があることを、ニューヨーク州の有権者に対して訴える新聞記事である。パブリアスは、東海岸の様々な新聞に、憲法草案の批准を擁護する記事を100本ほど執筆して、連邦色の濃いこの憲法草案を推すための宣伝活動を展開した。そのため、この憲法草案は「連邦派」(fédéraliste)の主張を代表していると言われている。彼らがこのような記事を執筆したのは、勝負の行方が最初から決まっていた訳ではないからである。1777年の脆弱な連合(Confédération)とは全く異なる強い連邦政府を推進していた連邦派は、強過ぎる連邦政府を恐れて各州に最大限の自治権を残したいと考える、いわゆる反連邦派と衝突していた。権力分立に関する2つの構想が対立していたわけである。反連邦派にとっては、自由の擁護という観点で最も安心できる権力分立とは、厳密ないし厳格な分立であって、各々の機能がお互いから遮断され、各々の機関が互いに独立し、特定の機関が特定の機能を独占的に行使する状態をもたらすものであった。いかなる相互干渉もいかなる相互侵食も全く予定されていなかった。というのも、まさにそのような相互干渉こそが、特定の機関による別の機関に対する専制主義を生み出す最も可能性の高いあり方だと考えられたからである。彼らが恐れたのは、連邦議会の立法権でもあり、合衆国大統領の執行権でもある。反対に、マディソン率いる連邦派が同志たちに示したかったのは、機関相互に絶え間ない協力があり、各機関に主に与えられた機能への相互侵食があつてこそ、自由が最も保障されるということである。

ここには利害ゲームの発想を見出すことができるので、連邦派は、マンデヴィルとスミスをはじめとするイギリス・スコットランドの哲学者たちの思想を読んでいたことが分かる。バーナード・マンデヴィルは、1714年に『蜂の寓話』の中で、個人の行動を動機づける意図のうち、自己本位な意図と愛他的な意図とを区別することの難しさについて論じている。その数十年後、1776年にアダム・スミスは、『諸国民の富の性質と原因の研究』の中で、次のような辛辣な表現を用いている。「我々が食事できるのは、肉屋や酒屋やパン屋の主人が博愛心を発揮するからではなく、自己の利益を追求するからである。人は相手の善意に訴えるのではなく、利己心に訴える」のである(『国富論・上』)。人間は基本的に、自己の個人的な利益に基づいて行動している。マディソンの権力分立論には、権力分立—すなわち自由—は、各々の機関に自らの守るべき利益があるからこそ守られる、という前提がある。連邦議会が可決した法律案に対し、

大統領が自身に与えられた拒否権を行使するとき、それは彼の徳によるのではない。大統領は何よりも自身の機能と職務を他の機能の不当な侵害から守ろうとしているのである。これがこの権力分立論の繊細なところである。すなわち、機関同士の対立とお互いへの侵食は、逆説的にも、本来想定されていた権力分立にとって最も優れた防御壁となっている。他方、反連邦派の分析は、繊細さの点で劣っている。連邦派の偉業は、権力分立とは、機関同士の密接な繋がり、と、ある機関が別の機関に「本来」属する領域に侵入するという制限的かつ憲法により組織された能力とを要するものであると理解していたことである。

連邦派は、2通りの考えを述べている。一方では、ある1つの機能がある1つの機関の主要な専有物であるとし、他方で、その機関の排他的ないし絶対的な独占はないとするのである。アメリカ人は、このような概念を表現するために、「主として (the bulk of)」という言い回しを用いる。主として、立法権は連邦議会の特権である。主として、執行権は大統領の特権である。主として、司法権は連邦最高裁判所と下位の連邦裁判所に与えられている。1787年の憲法構造がそれを明確に表現している。第1条は、「立法権はすべて合衆国連邦議会に属する」としている。第2条は、「執行権はアメリカ合衆国大統領に属する」としている。第3条は、「司法権は1つの連邦最高裁判所、および、連邦議会により設立される下位の裁判所に属する」としている。したがって、1787年の憲法は、機能と機関とを重ね合わせているように見える。第1条が最も明確である。なぜなら、すべての立法権が連邦議会に付与されているとしているからである。しかしながら、物事はそれほど単純ではなく、この「主として (the bulk of) (pour l'essentiel)」という表現に戻らなければならない。概略的には、立法権は連邦議会に属し、執行権は大統領の領域であり、司法権は連邦裁判所に委ねられている。しかし、より詳細かつ論理的に見れば、「主として」は「独占的に」と同義ではなく、そのような隙間に入ってくるのが「侵食 (empiètements ou encroachments)」である。

例はいくらでもあるので、3つか4つほど挙げれば十分であろう。最もよく知られているのは、連邦議会で可決された法律案に対する合衆国大統領の拒否権である。これは、周知の通り、アメリカ合衆国憲法の設計者たちが執行権の長を法律の作成から排除したものである。執行権の長は、法律案の発議権を有さず、2つの例外を除いて立法手続きに介入しない。毎年、大統領は、一般教書演説の中で連邦議会に対して特定の法案を採択するよう勧告する。現在、一



般教書演説は連邦議会にとって重要なイベントとなっているが、法的には、大統領が自らの希望を述べているだけであって連邦議会の議員たちはそれを実現するもしないも自由である。そのため、自身の提案を伝えるために、大統領は連邦議会内の支持者たちを当てにしなければならない。実際、大統領は、法律案の発議権を持たず（さらに、憲法改正案や修正案の提出権もない。）、少なくとも直接的には、立法手続きに参加することはほとんどない。これは、議院内閣制を導入した国々の政府や内閣と対照的である。今「ほとんどない (presque jamais)」と表現したのは、大統領に与えられた拒否権を考慮に入れなければならないからである。モンテスキュー曰く、このような阻止する権能の優れたところは、アメリカ合衆国の政治体制が厳格な権力分立を行っているとする説明をすべて無効にする点である。これについては後述する。連邦派の勝利を裏付ける最初の証拠は、大統領の法律案拒否権である。というのも、憲法2条の文言によれば、執行権の長が連邦議会に付与された立法の領域に侵入していることは、まぎれもない事実だからである。つまり、連邦議会の立法する意思を妨げるということは、否定的な形ではあるが、立法に参加することである。

連邦議会を構成する2つの議院によって法律案が可決されると一事件において下院と上院は対等な立場にある一、大統領はある選択を迫られる。すなわち、法律案に署名すれば、その法案は「法律となる (become a Law)」が、署名を拒めば当該法案は連邦議会に差し戻されることになる。これがまさに拒否権であり、これを乗り越えるには、両院ともに3分の2以上の多数で再可決する必要がある（その場合は、法的なフィクションとして、大統領が署名したかのように、法案 (bill) が法律 (law) になったと見なすことになる）。また、大統領が署名を意図的に遅らせたとしても、連邦議会を永遠に妨害することができないよう、10日経過すれば署名されたと見なされる。しかし、その10日間の間に、連邦議会が休会に入ると、法案は法律にならない（これはいわゆる法案の握りつぶし (pocket veto) と呼ばれるもので、法案の審議と採択とを次の会期に先送りするものである）。統計は事情を良く物語っている。すなわち、アメリカ合衆国の大統領たちは、拒否権を行使することを躊躇してきたが、覆された拒否権が4%しかないことから分かるように、分別をもって用いていると言える。このように、執行権の長は、ある法律案が1787年に定められた権限配分に違反していると判断した場合、あるいは単に好ましくないと思われる場合には、立法機能を侵食することが憲法上許されている、という状況である。ここでは、

マディソンの論理が作動している。すなわち、大統領の法案拒否権は、ある機関に委ねられた領域を別の機関が侵害する最も良い例だと言える。

アメリカ合衆国憲法には、この種の想定が実に多い。大統領の恩赦の権限を例にとれば、(減刑、前科の抹消等の)恩赦権限は、どのような形を取ろうと、連邦裁判所の独占的機能であるはずの司法権に対する、大統領すなわちモンテスキューのいう「国家の執行権力」という意味での執行権による明白な干渉である。ときに大統領は、事実を無視してまで、裁判所の判決を軽くしたり取り消したりしてそれを覆すのである(ウォーターゲート事件において、ジェラルド・フォード大統領が、前大統領で辞任したばかりのリチャード・ニクソンに対して事前に恩赦を与えたときのように)。それとは対照的に連邦裁判所は、憲法に違反するように見える法律や大統領令を取り消す—むしろ留保する—権限を取得した。司法審査は、1803年に当時連邦最高裁判所長官であったジョン・マーシャル判事が作成したマーベリー対マディソン事件判決において誕生した。法律を取り消したり取り除いたり留保したりすることにはどのような意味があるのか。このとき裁判官は共同立法者(co-législateur)となるが、それは消極的な意味においてである。これは、ハンス・ケルゼンが1928年に発表した『公法雑誌』の中の有名な論文「裁判所による憲法保障」が示したものである。裁判官に法律の発議権はなく、法律を可決することもできないが、その法律を法規範から取り除くこと、あるいは、少なくともその法律を適用させないことはできる。

問題の概括的検討を終わらせる前に、国際条約の批准および特に連邦政府の最も重要な役職の任命における上院の役割を強調しておきたい。国際条約については、立法権の管轄なのか執行権の管轄なのかが判然としないところがあるので、ここでは割愛するとしても、そこでの上院の特権が重要でないわけではない。つまり、上院は、3分の2の多数で大統領に対し国際条約の批准を承認することができる。かつてのベルサイユ条約は、ウィルソン大統領によって準備されたが、1919年と1920年の2度上院で否決され、アメリカ合衆国は最終的に国際連盟に参加することはなく、このことは両大戦間期において我々がよく知る結果をもたらした。今日では、1982年に署名された海洋法に関する国際連合条約(通称モンテゴ・ベイ条約)を、オバマ大統領や国務次官を務めていたヒラリー・クリントンの呼びかけも空しく、アメリカが今なお批准していないことはよく知られているところである。しかし、この問題を検討する上でさら

に興味深いのは、連邦政府の役職の任命において上院に求められる「助言と承認 (advice and consent)」である。まず大統領が主導して、連邦裁判所判事、保健省長官、米軍大將などに就任する人物の名前を提案する。上院が大統領の意思を妨げることは稀であり、そもそも上院の慣例で、大統領は関係州の上院議員の意思を前もって聞くことになっている（国家レベルでの役職は常ではない）が、要点はそこにはない。連邦政府の役職の任命は執行権の特権であること（立法者あるいは裁判官がそれに関与することはない）は、議論の余地のないところだが、とは言え、上院には大統領の意思を妨げる力がある（判断を示さないだけでも十分なわけである）。1787年には、上院は大統領の執行機能を補佐する巨大な執行評議会と見なされていた、と反論できるかもしれないが、それでもなお上院は、「あらゆる立法権限」が委ねられた連邦議会の2つの議院の1つであり続けている。したがって、立法機関の1つが執行機能に干渉するわけであるが、ケルゼンの言葉を借りれば、これは常に消極的に行われるのである。

ここまで展開してきた解釈は、次のような理解に行き着く。すなわち、18世紀末にアメリカで誕生した、世の中で最も緻密に作られたと言われる権力分立は、機関相互間の協力と対立の関係を意味し、それは、本来各々の機関に割り当てられた機能に対する相互干渉という形を取る。しかし、これらの干渉には、常に逆方向の、否定的あるいは反動的作用が存在している。換言すれば、1つの機関にはもちろん1つの主要な機能が与えられ、その機能は各々の権限の本来の性質によって決定される。法案の発議権を保持しているのは連邦議会だけであり、ある特定の役職にある特定の人物を任命することができるのは大統領だけであり、訴訟において判決を下すことができるのは裁判所だけである。しかし、それは他の機関が反作用 (ré-agir) することを禁止しているわけではない。それら他の機関の権限は、時系列的に見れば最初の作動を必要とするという点で2次的なものであり、最初の作動を妨げたり、それにブレーキを踏むことしかできない点で消極的なものである。「抑制と均衡 (Checks and balances)」という表現の語源はこれを説明するのに実に有効である。すなわち、それはブレーキと同時に天秤でもあり、その目的は、3権の間に機関と機能の区別をすることなくバランスを見出すことである。

フランスの研究者が、アメリカ合衆国憲法の形式とアメリカで考案された権力分立にこれだけ多くの時間と関心を割くことに、日本の聴衆の方々は驚くこ

とだろう。私がアメリカにこだわるのは、権力分立の具体的な発祥の地がアメリカであり、アメリカが現代における文書化された最初の憲法を作り出した国だからである。さらに、アメリカにおける権力分立は実に純粋な体をなしている（その意味では、理論が直接実践と結びついている）が、他方で、ヨーロッパにおいてそれを理解するのは大変難しい。それにもかかわらず、思考を整理するために、法学者たちは、2つの権力分立の見方の対置を試みた。すなわち、アメリカ型は厳格 (rigide) であり、ヨーロッパ型は緩やか (souple) であるとする見方である。

## 2. 厳格な権力分立と緩やかな権力分立

フランスやヨーロッパのほとんどの憲法学の概説書は、アメリカ合衆国の大統領制は厳格な、あるいは厳密な権力分立であり、ヨーロッパ（そして日本）の議院内閣制は緩やかな権力分立に依拠していると明記している。しかし、そこには、アメリカ合衆国の政治体制が大統領制だと考える点、そして厳格・緩やかな権力分立という分け方をする点で、2つの誤りがある。大統領制については、今日の報告の核心ではないので、指摘したい点を簡単にまとめるだけにとどめる。まず、アメリカ合衆国の政治体制は大統領制ではなかったこともある（当時プリンストン大学の政治学教授で、後に大統領になったウッドロウ・ウィルソンは、「議会制政府 (Congressional government)」を、その表現がそのままタイトルになった1885年の書物の中で非難していた）。また、憲法の文言は、大統領や連邦裁判所よりも連邦議会を優遇している。さらに、「大統領制」という表現は、ホワイトハウス以外の連邦政府の機関の存在を薄めるリスクがある。最近でも、オバマ大統領は連邦議会に対して、銃販売を規制させることに失敗しているわけである。アーサー・シュレジンジャーによる1973年の有名な著作のタイトルでもあった「帝的大統領制」の時代になっても、アメリカ合衆国の大統領が全能であるとは言い難かった。常に大統領は、何よりも連邦議会と連邦裁判所を考慮に入れながら行動しなければならないからである。

私の報告の本題に戻ることにしたい。アメリカ合衆国を特徴づける厳格な権力分立とヨーロッパの特徴であると言われる緩やかな権力分立との区別は、単なる幻想でしかない。とはいえ、ヨーロッパやフランスの法学部では、このような区別が月並みなものとして存在し、政治体制の類型論を説明する際の主な

基準となっている。高度な分類は、権力分立が厳密、厳格な大統領制と、権力分立が緩やかな議院内閣制とを区別する（議会統治制は重要視されていない。というのも、1792～1795年の間に、国民公会は執行権を吸収し、権力分立自体を破綻させたと言われているからである）。フランスの憲法学の概説書の書き方は一致している。

例えば、フィリップ・アルダン（Philippe Ardant）によれば、議院内閣制は「緩やかな権力分立」を要求し、大統領制は「執行権と立法権とのとりわけ厳格な分立を想定している」（『政治制度と憲法学』第9版、パリ、LGDJ社、2007年、238・308頁）。この形式は、ベルトラン・マチウ（Bertrand Mathieu）と共に改訂した第25版においても変わっていない（パリ、LGDJ社、2013年、254頁）。同様に、ジャン・ジッケル（Jean Gicquel）とジャン＝エリック・ジッケル（Jean-Eric Gicquel）は、体制の均衡は欧米で2つの方法で探究されてきたと述べている。すなわち、「アメリカ合衆国では、明確なあるいは強調された分立によって、大統領制の中で権力が互いに対立する構図に至った。イギリスでは、慎重なあるいは緩和された権力分立によって、権力間の協力が組織化され、議院内閣制に行き着くのである。」（『憲法学と政治制度』第27版、パリ、モンクレチアン社、2013年、143頁）。ベルナール・シャントブー（Bernard Chantebout）は、次のように述べている。「アメリカ合衆国に似た厳格な権力分立に依拠する様々な革命体制が失敗した後、フランスは英国に再び目を向けて（中略）、恐らくより秩序立てられた機能を持ち、権力の緩やかな分立に依拠した組織形態を採用することになったのである。」（『憲法学』第24版、パリ、シレ社、2013年、95頁）。そのため、その後に続く第3章は、「厳格に権力を分立する政治体制」、第4章は、「緩やかな権力分立、議院内閣制」というタイトルになっている。ピエール・パクテ（Pierre Pactet）とフェルディナン・ムーラン＝スクラマニアン（Ferdinand Moulin-Soucramanien）は、緩やか・厳格な権力分立という分類方法を政治体制の類型論に用いること自体を認めておらず、一見大きな違いがあるように見えるが、その後、「大統領制がうまく機能しない」理由を、「妥協なく考案された」権力分立に起因する、としている（『憲法学』第32版、パリ、シレ社、2013年、104・142頁）。このような分類方法が深く根付いている証拠に、ヴラド・コンスタンチネスコ（Vlad Constantinesco）とステファヌ・ピエレ＝カプス（Stéphane Pierré-Caps）は「厳格な権力分立」という表現に対して疑問を呈しながらも、それを使い続けている（『憲法学』第7版、パリ、

PUF 社、2013年、70頁）。

そこで、このような区別の仕方の由来と、いかなる理由でそれが作られたのかを正しく理解しなければならない。これは第3共和制の公法学における学説の遺産であり、とりわけ、1879年から1913年までの間、パリ大学法学部教授であったアダマル・エスマン（Adhémar Esmein）の遺産といえる。驚くべき成功を収めた彼の憲法学の概説書である『フランス・比較憲法綱要（*Eléments de droit constitutionnel*）』は、1896年に初版が出され、再版は7回にのぼり（ここでは、1914年の第6版を引用する）、幾世代もの法学者にとって重要な参考文献であった（今日でも同様であるが、少なくとも20世紀後半に法学の道に進んだ学者にとってはそうであった）。なぜエスマンは、議院内閣制の特徴とされる「緩やかな」権力分立と、大統領制に特有とされる「厳格な」権力分立との区別を行ったのだろうか。彼は、1875年にフランスにおいて創設された議院内閣制と共和制の自由主義的な性格を証明しようとしたのである。すなわち、それは第3共和制を堅固なものにした1875年2月24日、2月25日、7月16日の3つの憲法法律を指し、エスマンはそこにおいて議院内閣制と共和制とを同時に推進しなければならなかったのである。

第1に、エスマンは、自分自身に対して、あるいはむしろ、議院内閣制の最も権威ある解釈者であり、19世紀後半においてその分析が広く知られていたイギリスのジャーナリスト、ウォルター・バジョットに対抗して、何らかの形で議院内閣制を擁護しなければならなかった。1867年に『イギリス憲政論』を発表したバジョットによると、イギリスの議院内閣制は、立法権と執行権との「融合」に基礎を置く。なぜなら、内閣の源泉は議会（大抵の場合は下院）にあり、その議会の信任がある限り存在し続けるからである。そのため、確かに2つの機関は存在するが、両者の融合がなされている。ところが、融合とは、エスマンが自由の最も堅固な防壁としている分立とは正反対の概念である。エスマンが主張するように、モンテスキューの時代から、自由は権力分立を要請する。エスマンの『憲法綱要』の中で、第2章第3節の「権力分立」が、第1部「現代の自由」に属していることからそれがわかる。

第2に、エスマンには、共和制のメリットを前面に押し出さなければならない重大な任務があった。ここで、1889年に憲法学が法学部1年次の必修科目になった（現在でもそうだが）経緯について強調しなければならない。当時の共和制当局には、国の将来を担うエリートになることが求められた法学部の学生

に対して、君主制やナポレオン帝政と比較した共和制の優位性を説得したいという大望があった。第3共和制の憲法学は、1882年から博士課程で教えられていたが、1889年以降、できるだけ多くの大学生に影響を与えるために、学部1年次の必修科目として講義されるようになった。エスマンは、このような共和制のプロパガンダの責任者に選ばれ、次々と発足される政府に重宝されている（アグレガシヨンの試験の委員長を何度も務め、レジオンドヌール勲章を受章し、権限裁判所や多くの高等教育機関などの役職に就いていた）。しかし、エスマンはある挑戦に応じなければならなかった。それまでにフランスが2度経験した共和制は、失望を生んでいたのである。第1共和制は、1793年と1794年に恐怖政治に陥ったが、それは議院内閣制、すなわち権力の融合と結びつけられた。1848年に誕生した第2共和制は、1852年から1870年まで続いたナポレオン3世の独裁政治と第2帝政に道を開いたものであるが、厳密なあるいは厳格な権力分立に依拠していた。そのため、自由の保障である権力分立を必要としながらも、それは、厳格もしくは明確なものであってはならず、また、1851年のときのように共和制のプロジェクトが暗礁に乗り上げるリスクを冒すものであってはならなかった。したがって、エスマンは、「緩やかな」という形容詞を用いて議院内閣制における権力分立を維持しながら、自身の大作を執筆しているときには国民にとっていまだ痛々しい記憶として残っていた第2共和制の失敗のトラウマを払いのけようとしたのである。しかし、あるものを「緩やか」と呼ぶ場合、それに対峙するものがなければならない。そこで、アメリカで実践されているとされた「厳格な」権力分立が出て来るのである。

エスマンの著作において、厳格な分立と緩やかな分立は、「絶対的な」分立、厳格ないし明確な分立、緩やかな分立、分立の欠如（＝権力の融合）という全部で4段階あるうちの中間の2つの段階である。「絶対的な」権力分立とは、諸機関が互に関係を持っていない状態であるが、それはありえない状態であり、少なくとも実現不可能であるため非難されるべきものである。エスマンは次のように述べる。「様々な権力の間に絶え間ない関係が築かれ、それらの作動は連携されていなければならないことは確かである」（464頁）。アメリカの反連邦派の実現不可能なプロジェクトは、まさしくこれであった。このような分類のもう一方の端には、権力の融合があり、それは議会統治制を誕生させることによって、立法権が執行権を吸収するものとされた。目にするものの多い状態ではあるが、1793年～1794年にフランスが経験したように、それは専制

主義を導くために、同様に非難されるべきものとされた。

その結果、許容することのできる権力分立の形態は、2つ残ることになる。その共通点とは何だろうか。エスマンが述べるところによれば、どちらの場合も、「別のものと認識される権力には、各々異なる互いに独立した保持者が存在しなければならない。そうすることで、1つの権力の保持者が別の権力の保持者を意のままに罷免することはできなくなる。このような相互罷免の不可能性にこそ、効果的で有益な原理があるのである」(464-465頁)。唯一共通しているのは組織上の基準であり、機関の任命よりむしろその罷免が重視されていると言える。緩やかであれ厳格であれ、権力分立は、何よりも互いに罷免することができないという、機関の独立によるものとしている。アメリカの政治体制について、エスマンはかなりの自信を持って次のように述べている。大臣職と議員職は兼任することができず、大臣は議会への入場や議会での発言が許されておらず、そして何よりも、大臣たちは議会に対して何一つ実行手段がない。他方で、議会は大臣の責任を問うたり、更迭したりできない(466-471頁)。現代の法律学説はこれを、「大統領は議会を解散できず、議会は執行府を罷免することができない」と表現する。

しかし、第1に、これらの主張は疑わしい。まず、アメリカで「大臣の(ministériel)」という表現は用いられていない。2つ目の主張は間違っており、例えば、ウィルソン大統領は1913年8月に、議会においてメキシコの動向に関する演説を行っている。さらに、エスマンは「大臣は、自分たちを好きなように任命し、維持し、罷免する執行権の保有者だけに政治的に依存する」(469頁)と述べている点で、解釈が行き過ぎている。すなわち、一方で、弾劾という形で刑事責任を政治責任に変換するという点を強調できる。他方で、エスマンは「大臣たち」の選択について勘違いをしている。すなわち、周知のように、大臣の任命には上院の承認が必要であり、常に承認されるわけではないのである。

第2に、とりわけ、これらの原理を議院内閣制にそのまま当てはめることは難しい。エスマン自身も、議院内閣制において各機関の独立を擁護することは苦しいと感じているようである。加えて、これらの原理は、イギリスの議院内閣制について最も著名な観察者であるバジョットに反論することになってしまう。「議院内閣制が支配するところにおいても、執行権の指揮は、内閣を通じて庶民院に大きく(largement)依存しているとはいえ、君主あるいは大統領



といった執行権の長は解散権を有することにより、罷免されないことが保障されているので、立法権の及ばない場所に1つの不動点、少なくとも (au moins) 抵抗する力を有していることになる。今述べたことの結果として、権力分立の原理は、放棄されることなく様々な視点から理解することができる」(465-466頁)。エスマンは苦しい立場に立たされる。つまり、執行権の2つの機関の1つである国家元首は、一方で、立法権に対して独立し、他方で、最も力のない機関である—最も強い機関である内閣は、「庶民院に大きく依存している」。エスマンは思わず自分の論証の脆弱さを打ち明けている。「大きく」という副詞と「少なくとも」という表現は、議院内閣制における立法権に対する執行権の依存の度合いを低く見せようとしている。「放棄されることなく (sans être abandonné)」という言い回しは、エスマンが自分の書いていることとほとんど真逆のことを考えているということを意味している。すなわち、執行権が立法権に支配されていること、国家元首はあまり助けにはならない防壁であること、結局のところ、権力分立は完全に崩壊しているということである。エスマンは、第3共和制の自由主義を疑うことなく、さらに、国民公会の亡霊を呼び起こすことなく、このような結論に達することはできないのである。だからこそ、アメリカ合衆国において支配的な「厳格さ」との対照以外に何の学問的根拠もない「緩やか」という形容詞が使われているのである。

確かに、アメリカ合衆国の政治体制は「厳格な」分立を体現している。エスマンによると、1787年のアメリカ合衆国憲法は「2つの権力の分立を最も厳格に」あるいは「できるだけ厳密に行っている憲法」の1つ(466頁)である。その結果、各機関の独立と相互罷免の不可能性だけでなく、機能の区別に関連する様々な規定が出てくるのである。しかし、エスマンは、そこにいくつかの「逸脱」(475頁)を認めなければならない。特に、2つの「逸脱」は突出している。法案拒否権を通じた立法への大統領の参加、条約と連邦政府の役職任命に関する上院の承認である。1つ目についてエスマンは、「執行権に与えられたあらゆる拒否権は、権力分立原理に完全に反しているように思われる」と述べながらも、それは議会の解散ほど権力分立原理に反していない、と語気を弱めている(474頁)。2つ目についてエスマンは、上院は「その場合、立法府の一部と見なされることはなく、執行評議会という固有の特別な性格を帯びる」と述べて、難を逃れようとしている(477頁)。しかし、これらの論拠は、今日の報告の第1部で示したように、説得力がない。

これらの「逸脱」があってもなお、エスマンは、とにかくアメリカ合衆国憲法が明確で厳格な権力分立に依拠していると主張し続ける。かかる分立が弱まっているとすれば、それは運用によるものである、としている。「アメリカ合衆国では、憲法が定めていたような執行権と立法権の分立を維持することはできなかった。運用によって、宿命的にこの2つの権力の間には、より親密な関係と連結が築かれた」(479頁)。換言すれば、政治的アクターによる実践は、1787年の憲法が定めていた権力分立本来の厳格さを緩やかにしたのである。しかし、このような見解に対してこそ反論しなければならない。区別された機関と機能は存在するが、それらは互いに絶対的には独立しておらず、なおかつ各々の機能の侵食もない、ということの意味しているからこそ、アメリカ合衆国憲法は権力分立を確立しているのである。アメリカ合衆国での権力分立は「厳格」や「明確な」といった形容詞を必要としておらず、そのような形容詞を拒絶しているとも言える。反対に、議院内閣制は、「緩やかな」権力分立に依拠してはいないのである。

ここでの結論は次のようなものになるだろう。すなわち、「厳格な」、「緩やかな」といった形容詞は、19世紀末のフランスという特定の背景のもとで、しかも、フランスで共和制を根付かせなければならないという特定のイデオロギー的目的を果たすために考え出されたつまらない表現である。そういった意味では、エスマンをはじめとするフランスの公法学者の学説は、定められた目的を見事に達成したと言える。第2次世界大戦期1940年から1944までのヴィシー政権を例外として、共和制の政治体制は1世紀以上も続き、第5共和制は、第3共和制の長寿記録を抜く勢いである。現代のフランスの学説が、このような学問的に無意味で、政治的にもイデオロギー上も目的が失われた区別を用いるのは、驚くべきことである。政治体制の首尾一貫した類型論を構築するために、「厳格な」権力分立も「緩やかな」権力分立も我々は必要としない。実を言うと、これは本報告の枠を超えるので、あまり詳しくは述べないが、権力分立の度合い(degré)といったものは不要である。というのも、あらゆる政治体制は、アメリカ合衆国、ヨーロッパ、日本のどの場合でも、権力分立に関する共通の理論に依拠しており、機関と機能の分離という形を取っているからである。しかし、政治体制の分類において、古典的かつ主要な基準がない場合に、我々はそのような分類を考案して良いのだろうか。私の答えは、部分的に否定的である。まぎれもない一貫性のある議院内閣制のカテゴリーは例外として、

国の数だけ政治体制の種類は存在する。それほど憲法というのは、各国特有の国民性、文化、風習を反映しているのである。もしかすると、エスマンはそのことを痛切に感じていたのかもしれない。彼は次のように述べている。「上に述べたことに基づいて、憲法学と社会学を比較してみると、憲法学の基本原則といったものはないように思われる。唯一あるのは、それぞれの憲法、国家と政府の独自の原理かもしれない」(59頁)。これは、辛く恐ろしい診断である。我々は荒れ果てた荒野にいるのである。しかし、同時にこれは喜ばしく、嬉しい診断でもある。なぜなら、我々はこれからすべてを再構築することができるからである。

〔訳者付記〕

本稿は、北大立法過程研究会(岡田信弘代表)と慶應義塾大学フランス公法研究会の共催により、2014年8月26日に慶應義塾大学三田キャンパスにおいて開催されたジュリアン・ブドン(Julien Boudon)氏(ランス・シャンパーニュ・アルデンヌ大学教授)の講演“La théorie de la séparation des pouvoirs”の基礎となった原稿に、後日同氏が修正を加えたものの翻訳である。

ブドン教授は、パリ第2大学において、「ジャコバン派:ジャン=ジャック・ルソーの原理に関する一解釈(Les Jacobins: Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau)」で博士号を取得され(2002年度パリ第2大学博士論文賞受賞)、2004年より現職に就かれている。また、同博士論文は、LDGJ社の憲法・政治学叢書の1冊として2006年に出版されている。

我が国でも教科書等でしばしば言及される権力分立の「度合い」を記述することのイデオロギイ的由来を指摘し、その現代における使用を論難する本講演からも推察されるように、ブドン教授は、憲法学・政治学で広く用いられている既存の分析枠組み・思考方法に関する歴史的・原理的考察を得意とされ、比較法的手法も用いながらフランス憲法理論の再編に関心を向けられている。本講演の内容に関連する同教授の業績としては、「アメリカ合衆国における権力分立(La séparation des pouvoirs aux États-Unis)」(*Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 113-122)、「不適切な解析法としての“厳格な”権力分立(Le mauvais usage des spectres. La séparation “rigide” des pouvoirs)」(*Revue française de droit constitutionnel*, n° 78, 2009, p. 247-267)、「アデマール・エスマンによる法学方法論(La méthode juridique selon Adhémar Esmein)」(in N. Hakim et F.

Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, coll. «Méthodes du droit», 2009, p. 263-279) 等がある。我が国においても、かつてフランスから輸入され、いまなお広く用いられている概念装置が少なからず存在するがゆえに、その再考証の試みに注目しないわけにはいくまい。

本稿は、平成25～27年度科学研究費補助金基盤研究A（研究代表者：岡田信弘）（課題番号25245005）に基づく研究成果の一部である。