

Shubhankar Dam,

*Presidential Legislation
in India: The Law and
Practice of Ordinances.*

New York : Cambridge University Press,
2014, xviii + 259pp.

こう ちゅう の ぶ お
孝 忠 延 夫

はじめに

第16回連邦下院議員選挙での人民党（Bharatiya Janata Party : BJP）の歴史的「圧勝」という結果を受け、2014年5月に発足したナレーンドラ・モデー政権が、どのような政策を重点的に推し進め、そのために如何なる政治手法をとるのかは、インド国内のみならず日本をも含めて海外からの注目を集めてきた。2015年1月11日の *The Hindu* 紙は、「大統領令は1952年以降『安易で手近な手法』となってきた（Ordinances have been 'handy tool' since 1952）」と題する記事を掲載した^(注1)。このタイトルに示された問題点を掘り下げ、この記事の素材と資料を提供したのが本書である。

インドでは、その政治手法（憲法運用手法、あるいは立法手法）の特徴のひとつとして「大統領令による統治（ordinance raj）」が挙げられることがある。1952年から2009年までの間にインド憲法第123条にもとづく大統領令は、615回発布されており、それは年平均では約10.6回の頻度になるという^(注2)。では、年に約10回以上もの「緊急の必要性」（第123条の求める要件）があったということになるのだろうか。また、モデー政権のように下院での絶対多数の議席を政府与党が占める場合でも、主要政策を議会制定法によってではなく、大統領令に依拠して行おうとする傾向がみられるのは何故だろうか。インドにおける議会政の「伝統を築く責任」を痛切に自覚していた初代下院議長マヴァランカール（G.W.Mavalankar）の、「大統領令は本来的に非民主的であり、立憲主義に反する」という警

告にもかかわらず、第123条にもとづく大統領令は、今日、例外的なものでも限定的なものでもなく、インド議会政の立法「並行」モデルとなっている。このことに対して、首相ではなく大統領自らが、その「見解」を表明できるのだろうか^(注3)。本書は、国会の関与なしに発布されるこの大統領令^(注4)のまさに「憲法学的」分析と提言の書といえる。

本書の著者ダムは、香港城市大学（City University of Hong Kong）ロースクールの准教授（本書執筆・公刊時は、シンガポール経営大学ロースクールの助教授）であり、比較憲法、ガバナンスに関する著作・論文を公表し、高い評価を得つつある気鋭の研究者である。

I

本書の内容に入る前に、インド憲法第123条に関する簡単な紹介をしておきたい。インド憲法によれば、行政権（executive power）は大統領に属しており（第53条）、また大統領は、両院とともに国会を構成する機関でもある（第79条）。かかる大統領の権限は、大臣会議の助言（aid and advice）に従って行使されなければならない（第74条）。したがって、大統領令の問題は、実質的には内閣（首相）の権限と機能の問題でもある（インド憲法は、第231条で州知事の発する州知事令についても定めるが、ここでは、主として第123条の問題を扱うことにしたい）。

第123条は、連邦レベルの大統領令について、「大統領は、国会の両議院が開会中である場合を除き、すみやかに措置する必要があると認めるときには、当該事態に対処するために必要と認める大統領令を何時でも発布することができる」と定めている。この第123条は、比較憲法学的にはいわゆる立憲的命令権（constitutional decree authority）の一例とされる。この立憲的命令権は、次の2つの内容をもつことから、立法権を執行府に別途委ねることを議会に授權する委任命令権（delegated decree authority）とは、明確に区別される。すなわち、それが（1）憲法上明記されていること、（2）大統領が発布し、議会制定法と同等の効力をもつものとされていること、である〔Carey and Shugart 1998, 1〕。ただ、第123条は、大統領令が「法律と

同等の効力を有する」(本文 p.2) ののだとはするものの、その但書で、国会再開後6週間経過後などには失効することなどの規定も設けている。また、第123条にもとづく大統領令は、非常事態における大統領布告とは異なる。インド憲法では、かかる緊急命令については第18編「非常事態宣言」(第352条以下)に定められている。

この第123条の直接の起源は、1935年インド統治法と考えられる。そこでは、3種類のインド総督令が定められていた。すなわち、(1) 議会が休会中、速やかな措置をとることが必要だと認めるときには大臣の助言にもとづいて総督が發布するもの(同法第42条)、(2) 統治法にもとづく総督の職務を速やかに遂行するために自らが必要と判断したときに發布するもの(第43条)、そして(3)「総督法」と呼ばれる独立した恒久的な効力をもつ新しいタイプの立法である(第44条)。なお、非常事態における緊急命令の性質をもつ総督令については、第72条が定めており、そこでは「英領インドの安寧と十全な統治が脅かされること」が發布の要件とされていた(かかる非常事態における行政立法・行政命令の問題は、インド憲法第123条の問題と関連がないわけではないが、ここでは扱わない)。

インド憲法制定議会の論議では、かかる性質を受け継ぐ内容をもつ大統領令を憲法上明記することに批判的な意見もあったが、アンベードカル(B. R. Ambedkar)の、「それは必要悪である」との説明文もあり、第123条が成立した。なお、この第123条は、その司法審査適合性(可能性)の論議をふまえて、憲法第38次改正(1975年)で第4項が追加されたが^(注5)、同項は憲法第44次改正(1978年)で削除されている。

II

著者によれば、本書は次の3つの課題に取り組もうとするものである。すなわち、第1に、大統領令がインドの立法デザインの一部となった現状は、どこから来たのか(その由来はどこにあるのか)、そして何故現状がそうなっているのか。第2に、大統領令はどのように用いられてきたのか、そして第3に、かかる大統領令のあり方について司法判断は何を述べようとしてきたのか、というものである。

この課題をはたすために著者がとった本書の構成は、次のとおりである。

序——議会立法へのオルターナティブ——

第I部 起源および慣行

第1章 移植の影響——イギリスとインドにおける命令(Ordinance)の始まり——

第2章 立法代行者——内閣と大統領令 1952～2009年——

第II部 法と解釈

第3章 条文の解釈手法——大統領令、第123条および解釈不足——

第4章 憲法の精神を読む——大統領の得心と大統領令の司法審査——

第5章 「否」という権限——大統領、内閣および大統領令制定権——

結び——大統領令の「エドワード・コーク的」読み——

第1章は、そのタイトルからも明かなように、イギリスとインドにおける命令の歴史的起源、憲法制定議会における論議、憲法典への明記、および大統領令がインドの政治的手法のひとつの特徴(「並行」立法法源ともいいうる)となっていることが示される。イギリスではかかる手法は「消滅」したともいわれるが、もちろんその過程は単純ではない。立法に議会が「参与」することが一般的になってきたときでさえ、国王はその「例外」をたえず主張していたからである。

インドにおいては、1861年法を廃止した1915年統治法が、総督令の多用に道をひらいたといわれている。そして1935年統治法は、インド総督に上述3種類の「命令」制定権を与えた。このときまでに総督令は、その「顕著な存在感」をもつまでになっていた。このことについて著者は、次の4つのことを指摘する。(1) 総督令は例外的なものではなくなった、(2) 「一連の」公布の慣行は、この時期に始まった、(3) 総督令を公布する権限は、当初は立法調整システムとして行われた、そして(4) 「緊急」という言葉のより厳密な理解が、より便宜的な意味づけの余地を与えた。

この章では、憲法制定議会におけるアンベードカルの説明や、憲法第123条の解釈として広く受け入れられてきたシールヴァイ(H.M. Seervai)の解釈が批判的に紹介・検討される。

憲法制定議会では、「それを如何に正当化しようとも『法の支配』の否定といわざるを得ない」とするシャー (K.T.Sha) などからの批判はあったが、第 123 条、第 213 条という現在の枠組みが成立した。この解釈をめぐる、シールヴァイは、反対論をふまえて、「緊急の状況に柔軟に対応しようとするものであり、しかも司法審査に開かれている」と弁明したが、この点について著者は、要旨次のように批判する。(1) かかる論議は、過剰包摂であり、司法審査と大統領令を一体にして考える必要はない、また (2) その論議は過小包摂でもある。すなわち、立法的緊急性は、司法審査の対象を超える事項にもかかわる。著者は、ここで、緊急時における大統領令の、より広い「裁量権」、「柔軟性」について論及している。

第 2 章では、1950 年から 2009 年の 60 年間に大統領令が何時、いかなる目的のために如何にして用いられてきたのかが紹介、検討されている。著者の目的は、(1) 重要な立法目的が大統領令を用いることによって「法」とされる手法、および大統領令を用いることの政治的・法的意味、(2) 緊急のために用いるべきものとされていた大統領令が何故、「通常の」立法手法となったのか、を明らかにすることである。ここでは、第 1 章で批判的に紹介されたアンベードカルとシールヴァイによる大統領令規定の正当化と解釈手法が再度吟味されている。

著者は、この章で、「例外的な」立法的調整手法として憲法に盛り込まれた大統領令のメカニズムが 60 年の間に「もうひとつの」立法的調整手法となってきたことを多くの統計をも示しつつ論証する。審議、表決を必要としないかかる代替的手法は内閣にとって好ましいもの（都合のよいもの）であろう。しかし、著者は、大統領令を多用する政治的慣行は、憲法上の疑義を免れないし、大統領令に依存する内閣への実質的な統制の問題が重要であると述べる。

第 3 章では、第 123 条の解釈論が展開される。すなわち、大統領令の効力発生要件と効力発生、遡及効および将来効の可能性、再発布大統領令の合法性、さらには「失効」あるいは期限を超えた大統領令の効力の問題である。

大統領令が何時効力を発生するのかについて、著者はその全体が掲載された官報の発刊時であるとする。「公表」の要件を憲法上の要件と解釈し、「法の

支配」の枠組みが重要であると考えているからである。ここでは、Sudhar v. A.P. 事件判決 (AIR 2006 SC 3385) におけるカバディア (Kapadia) 判事の「大統領権であっても法の支配にもとづく司法審査の例外ではない。裁量の執行権は、それがたとえ大権であっても、法の支配に服すべきであり、政治的な便宜主義的理由と妥協させられてはならない」との判示が引用されている。しかし第 123 条 2 項の明文にもかかわらず、最高裁は Bhupendra Bose v. State of Orissa 事件判決 (AIR 1962 SC 945) 以降、大統領令にもとづいて採られたあらゆる措置が恒久的な効力をもつことを認めている。一方、著者は、大統領令が議会制定法と「同一の効力」をもち続けることを強く否定する。

第 4 章では、大統領の得心 (satisfaction) と大統領令に関する司法審査の問題が扱われる。著者は、イギリスとアメリカ合衆国の立法手続きの司法審査についての資料を援用しつつ、インド最高裁の解釈手法を批判し、私見を述べる。

第 123 条による大統領令発布のためには、次の 3 つの要件を充たすことが必要とされている。すなわち、(1) 少なくともひとつの議院が開会中ではないこと、(2) 大統領が何らかの立法必要状態にあると認めること、そして (3) 速やかな措置が必要とされていること、である。「立法」権の条件付き行使を定めるこの第 123 条と異なり、第 245 条は国会の立法権行使に裁量を認めている。このことをふまえて司法審査の問題をどのように考えるべきであろうか。著者は、3 つの解釈手法の可能性があると述べる。まず第 1 は、大統領令（すなわち条件付きの立法権）の司法審査を、法律（すなわち通常の立法権）の司法審査と同じものとし、両者は同じ根拠にもとづくべきだとするものである。第 2 は、法律との違いを重視し、大統領令の司法審査を法律の司法審査とは切り離して考えるものである。そして第 3 は、大統領令を法律に匹敵するものとみなしたうえで、両者とも広い司法審査の対象となるべきだとするものである。最高裁の判決はほとんど第 1 の立場をとるが、第 2 の立場をとる判例もあり、シールヴァイ、ジェインなどは、この立場をとる。最高裁は、Nagaraj v. State of Andhra Pradesh 事件判決 (AIR 1985 SC 551) とその後の判決の多くで、第 123 条における大統領の「得心 (satisfaction)」は、司法

審査の対象にはならないと判示している。著者は、いずれにしても、法律の審査要件を大統領令に類推する三段論法の理由づけは、司法的統制を放棄するものであるとして、第3の立場をとる。

第5章では、大統領の「得心」という大統領権の問題が考察される。第111条（大統領による法案の認証〈assent〉）の解釈をめぐる議論が続いてきたが、著者は、大統領令については、第111条ではなく、あくまでも第123条解釈の問題として論ずべきであるとする。たとえば、第111条によれば、大統領は、法案の認証を留保し、再議をもとめて一度は差し戻すことができる。しかし、著者によれば、第123条にもとづいた解釈を行えば、何度でも内閣に差し戻すことができるということになる。ただ、大統領令の効力は、第123条の「同じ効力と効果をもつ」という文言にもかかわらず、限定した意味しかもたないとも述べている。

「結論——大統領令の『エドワード的』読み——」において著者は、本書の内容が3つのレベルの議論を意識しつつ書かれたものであることを明らかにする。第1は、大統領令が通常の（または第1次的な）いわゆる「立法」であるべきだという考えは、「立法」が代表的、数的、さらには審議的な性質を有すべきだという考えとは相容れないということである。第123条の運用は、「内閣の意思」を適宜「立法」の地位に押し上げ、「法の支配」という初步的な要請にも矛盾する手法すらとられるときがある、と批判する。第2は、インドの大統領令経験の積み重ね、政治的実践の歴史から読みとるべきものである。例として、初代首相ネルーが第123条を柔軟に解釈運用しようとしたときのマヴァランカール下院議長「警告」的態度などが挙げられよう。第3は、憲法解釈に関するものである。ここでも裁判所が大統領令の運用を支える黙示の役割を果たしてきたことが、批判的に述べられている。

では、著者の提示する解決策はどのようなものであろうか。もっとも確実な方法は、第123条（および第213条）を廃止することだと述べる。しかし、このことはあまり現実的ではない。したがって、著者は、その「緊急性」の意味を再確認し、この「緊急性」の内容を大統領令に具体化（回復）するための試み・改革こそが前向きの解決策であるとする。より具体的には、3つのものを挙げる。第1は、大

統領令発布にかかわる慣行の再検討である。発布に際しては、それが必要である旨の説明が行われなければならないとする。第2は、大統領令の憲法上の地位の再確認である。第123条の解釈は、他の条文との整合性をもたなければならず、この暫定的立法権にもとづくその効力は、法律に「劣る」とする。そして第3に、「緊急性」の要件の明確化、効力継続にかかわる疑念の払しょくである。

第1の点について著者は、具体例をいくつか示している。たんなる政府「広報」にとどまることなく、緊急性・必要不可欠性を提示し、説明責任を果たすことが求められよう。第2の点については、大統領令は発布の要件が限定されており、かつ限時的な「立法」であることを前提とした上で、「法律と同等の効力を有する」とされていることの意味を考える必要があるだろう。このことは、具体的には第3の点について、判例、学説の今後の課題を示すものでもある。

III

本書「結論」のタイトルは、「『エドワード的』読み（'Edwardian' Reading）」である。国王大権に批判的であり、「法の支配」確立に寄与したエドワード・コーク（Edward Coke）の解釈論を現代インドの憲法解釈に生かそうとの著者の想いは成功しているといえよう（また、この表現は、19世紀にインドで蘇った、イギリスにおける制定法化の動きと「法の支配」への歩みのルーツともいわれる13世紀エドワード一世治世時代をも想起させる〔たとえば Holdsworth 1923, 299〕）。

本書で展開された憲法第123条の解釈論は、大胆かつ緻密で説得力のあるものであり、評者の関心を強く引き付けた。多くの刺激を受けた評者としては、このテーマについて後日、あらためて詳細な検討（大統領令に対する議会的統制と司法的統制：その内容と可能性、インド憲法における大統領の地位と権限：「名目的な長」は一切の実質的・「法的」職権を有しないのか、など）を行ってみたい。これまでのインド議会政研究、とりわけ政府・内閣に対する議会的コントロールを重視する研究のなかでさえ、第123条への本格的考察が十分になされてこなかったことは確かだと思うからである。

最後に、若干の疑問点（といっても「要望」に近いものなのだが）を挙げておきたい。近年、首相の「大統領化」、「民主主義の大統領制化」などの表現を目にする機会が多くなった〔たとえばポグントケ、ウェブ 2014；高見 2016〕。本書の内容は、議院内閣制におけるこの問題関心に応える好著である。と同時に本書では大統領令の比較憲法学的考察として大統領制、半大統領制における大統領令の内容の紹介にも多くのスペースが割かれている（Carey and Shugart [1998] に依拠した 8 つの国の制度および実態の紹介など。もちろん、それらの内容、統計資料などはとても参考になった）。ただ、あくまでも「首相」の大統領化と第 123 条、そしてそれに対する議会的統制、司法的統制の「可能性」の問題をより明確に示してほしかった。本書で示された第 123 条の解釈論との関係でいえば、大統領令の比較検討はまずそれぞれの憲法上の「地位」、根拠規定の解釈から始まると思うからである。

前述したようにインド憲法上、大統領は、上院、下院とともに国会を構成する機関とされている（第 79 条）。換言すれば、President in Parliament である。King (Queen) in Parliament という表現が、立憲君主制を示す表現であると同時に、イギリスの「国会主権」を示す表現ともされていることは周知のところである。比較憲法学的にみたとき、インド憲法は King (Queen) を President に単に置き換えたものにすぎない、としてしまうことはできないだろう。大統領は、内閣（首相）の助言のみにもとづいて行為しなければならないので、大統領令の実質的決定権・発布権者は首相となる。この「間接」性が Prime Minister in Parliament、すなわち首相の対国会責任を曖昧にし、それだけでなく困難な議会的（民主的）コントロールの機能不全を生じさせるのではないだろうか。

（注 1）<http://www.thehindu.com/news/national/ordinances-have-been-hand-tool-since-1952/article6775674.ece>

（注 2）Kashyap [2015, 1107] によれば、1950 年から 2007 年までの間に 650 を超える大統領令が発布されたとされる。

（注 3）初代大統領プラサードは、ネルーに宛てた書簡の中で、法案の同意や国会での意見表明について、

大臣会議からは独立して自らの判断でメッセージを出すことを望んだとされる [Jain 2014, 149]。

（注 4）第 123 条および第 213 条の Ordinance をそれぞれ「大統領令」、「州知事令」と呼ぶことにし、両者を含む一般的な名称をさす場合には「命令」という語を用いる。

（注 5）「この憲法の規定にかかわらず、1 項の規定する大統領の得心は、最終的・決定的なものであり、いかなる理由のもとづいても裁判所で審理されることはない」（本文 p.4）。

文献リスト

〈日本語文献〉

- 孝忠延夫・浅野宜之 2006. 『インドの憲法 21 世紀「国民国家」の将来像』関西大学出版部。
高見勝利 2006. 「政治の『大統領化』と二元的立法過程の『変容』？」『ジュリスト』(1311): 48.
ポグントケ、トーマス、ポール・ウェブ編（岩崎正洋訳）2014. 『民主政治はなぜ「大統領制化」するのか——現代民主主義国家の比較研究——』ミネルヴァ書房。

〈英語文献〉

- Carey, J.M. and M.S. Shugart eds. 1998. *Executive Decree Authority*. New York: Cambridge University Press.
Holdsworth, W. S. 1923. *A History of English Law*. Vol. II Third ed. London: Methuen.
Jain, M.P. 2014. *Indian Constitutional Law 7th ed.* Lexis Nexis.
Kashyap, Subhash C. 2015. *Constitutional Law of India* 2nd ed. Universal.
Rao, B. Shiva ed. 1968. *The Framing of India's Constitution* 6vols. Tripathi.
Seervai, H.M. 1993. *Constitutional Law of India: A Critical Commentary* 4th ed. Tripathi.
Shankar, B.L. and V. Rodrigues. 2011. *The Indian Parliament: A Democracy at Work*. Oxford University Press.

（関西大学名誉教授）