

憲法41条「立法」解釈はなぜ混乱してしまったか

高橋, 和也
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/13863>

出版情報：学生法政論集. 2, pp.31-37, 2008-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



憲法41条「立法」解釈はなぜ混乱してしまったか

高 橋 和 也

- I はじめに
- II 従来の学説整理
- III 学説混乱の原因
- IV おわりに

I はじめに

日本国憲法41条における「立法」をいかに解すればよいのか。この問いは憲法学において、未だに収束をみない論点のひとつといってよいのではないだろうか。かように学説が複雑に分岐し、論者の間である程度のコンセンサスを見出すことすら困難な状況が発生した理由、それは、次の点に求められるべきであろう。すなわち、これまでの議論が、共通の前提を欠く状態で進められてきた、言い換えれば、各論者がそれぞれバラバラの土俵にたったうえで自らの主張をなしてきたからだ、ということが指摘できるように思われる。

このような状況において、乱立する学説をいったん整理し、より統一的な理解を試みる必要があるという視点から、学者の中にはこの論点に関する学説整理を試みたものもいた¹。しかし、そうした従来の学説整理が実を結んでいるとはいえないように思われる。本稿では、以上のような現状認識に基づき、学説どうしの距離を改めて直視しながら、これまでに欠けていた共有されるべき論争の基盤とはいかなるものであったかを考察する。

具体的には、まず、これまでの学説整理を再見し（II）、それが有する問題点を明らかにする（III）。

II 従来の学説整理

41条にいう「立法」をめぐっては、形式的意味／実質的意味に分類されるところ、これを後者の意味に解するのが妥当であると言われてきた。その理由には、(i) ここでいう「立法」を形式的意味と解すると、「法律」という名の規範を制定する作用を指すという同義反

¹ このような従来の学説整理のうち、最近の論考として、赤坂正浩「立法の概念」公法研究67号(2005年)148-159頁を参照。

復の無意味な規定となる²、というものに加え、(ii) 内閣などの機関が独立命令を規定したとしても41条に反しない、という結果を招いてしまう³、といった点があげられてきた。学説が複雑に分岐してきたのは、この「実質的意味の立法」を画定する局面である。この点に関する学説の展開は、しばしば次のように理解されてきた。

(1) 権利制限規範説

第一に、その最も伝統的な定式として紹介されてきたのが、19世紀ドイツ国法学における「法規」概念を援用する学説である。周知のように、「法規」とは、国民の自由と財産を制限する規範⁴の意であり、少なくともかかる規律だけは「法律」によらなければならない、というのが同説の主旨であった（このことを踏まえて、以下、権利制限規範説と称する）。しかしこの学説に対しては、(i) 19世紀ドイツがそうであったような立憲君主制下においてのみ妥当する説であり、現在の日本のような民主政国家には適合的でない⁵、(ii) 議会の地位向上を考慮するならば、権利命題が狭きに失するのは明らかである⁶、という批判がなされてきた。それゆえ現在では、この立場を固守する論者は存在しないとされるのが一般的である⁷。

(2) 権利関係規範説

以上のような「法規」概念に対する批判を意識して出てきたのが、これをもう少し拡大して議会制定法に留保しようとする立場である⁸。この説の代表的論者と目される伊藤正己によれば、国民に権利を与え義務を免除する法規範や、国家機関内部の法規範も国民の権利義務に関するものとなりうる以上、法治主義の現代的意味に照らして、「実質的意味の法律は狭く限定することなく、何らかの意味で国家と国民の間の関係に関連をもつ成文の法

² 野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅱ〔第4版〕』（有斐閣・2006年）74-75頁〔高見勝利執筆〕。

³ 樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院・1998年）207頁。

⁴ 高橋和之「立法・行政・司法の観念の再検討」同『現代立憲主義の制度的構想』（有斐閣・2006年）128頁〔初出1998年〕。

⁵ 高橋和之・前掲註4）133頁。

⁶ 芦部信喜『憲法〔第4版〕』（岩波書店・2007年）280頁。

⁷ 赤坂正浩・前掲註1）148頁。

⁸ この点、「実質的意味の立法」の拡大について、「法規」概念の拡張と表現することは当を得ているのだろうか。というのも、この概念はあくまで「国民の自由と財産を制限する法規範」として固定的に解されるべきであるとすれば、拡大するのは「実質的意味の立法」であって「法規」概念ではないように思われるからである。他方、「法規」概念を「実質的意味の法律」と互換的な用語と解したうえで、「法規」概念に含まれる法規範自体を拡大しようと試みていると解される論者もあり、「実質的意味の法律」と「法規」概念との関係は必ずしも論者間で統一的理解がなされているとはいえない。

規範」と解すべきであるという（権利制限規範説）⁹。かように、伝統的な「法規」概念を手がかりとしながら、これを拡張しようと試みる学説は、一定の支持を確保しているようである¹⁰。

（3） 一般的規範説

これでもまだ狭きに失すると思ったのか、現在では、「一般的・抽象的な法規範」すべてと表現する第三の学説¹¹が有力化している（一般的規範説）。もっとも、本説が従前の諸学説とどのような関係に立つのか、必ずしも明らかとは言えない。一般的規範説にいう「一般性」とは、その主唱者とされる芦部信喜によれば、「法律が不特定多数の人に対して、不特定多数の場合ないし事件に適用される法規範であること」¹²の意であるという。かように法律が一般性という形式を満たさなければならない点については、たとえば権利関係規範説と直ちに矛盾するものではなく、現に、一般性・抽象性の重要性を強調しながら、それとは別に、「国民の権利義務に関連する」という条件を加える論者が少なくない¹³。そうだとすれば、この一般的規範説の固有の意義はどこに見出されるべきなのか、回答は容易ではないように思われる（この点については、後にあらためて触れよう。）

（4） 形式的規範説

以上の諸学説に対して、実質的意味の「立法」を画定する「必要がなくなった」¹⁴と主張する見解も見られる。いわゆる形式的規範説は、こうした思考の上に成り立っているものと思われる。

行政が有する法規範定立権としてすぐに頭に浮かぶものに、独立命令制定権が考えられる。独立命令は、憲法41条の「唯一の」という文言から導き出される「国会中心立法の原則」によって禁止される、というのが、日本国憲法の下で一貫して通説であり、そのような学説状況は現在においても変わるところがない。そうであるならば、上述の諸学説は、行政に固有の法規範定立権は存在しないにもかかわらず、このように、相も変わらず実質的意味の立法を画定しようと試みている点において非生産的なことであるといえよう。高橋和之はこう考え、次のように自説を展開している。すなわち、日本国憲法は「国民主権モデル」を採用しており、行政機関にははじめから法律を執行する権限しか認められてお

⁹ 伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂・1995年）421頁。

¹⁰ たとえば、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院・1995年）144頁、新正幸「唯一の立法機関」高橋和之＝大石眞編『憲法の争点〔第3版〕』（有斐閣・1999年）171頁を参照。

¹¹ 芦部信喜・前掲註6）280頁。

¹² 芦部信喜・前掲註6）280頁。

¹³ 参照、長谷部恭男『憲法〔第3版〕』（新世社・2004年）326頁。

¹⁴ 樋口陽一・前掲註3）211頁。

らず、行政学説にいうところの「全部留保」の状態にあるのだから、「法規」による法律の留保はもはや無用だ、というのである¹⁵。

Ⅲ 学説混乱の原因

これまでの分析から明らかなように、憲法学説が広く一致しているのは「立法」概念を実質と形式に分けて考察する手法にすぎず、肝心の「実質的意味の立法」の線引きについては、諸説入り乱れている。かように統一感のない学説状況を再整理するためには、議論の行き違いがどこから生じているのか、その根源を明確に突きとめる必要があるだろう。ここでは、そうした学説どうしの根本的な相違を次の4点に分けて浮かび上がらせたい。

(1) 「実質的意味の立法」画定論と行政法学における「法律の留保」理論との関係が明らかにされなかった

まず、真っ先に頭をもたげる問題は、独立命令を否定してきた通説の営みと「法律」の専管事項画定作業との関係である。つまり、独立命令の否定によって実質的に全部留保の状態にある行政権を前にして、なぜ少なからぬ学説が「法規」概念をベースにして議会制定法の専管事項を画定しようと考えたのか、という問題である。

この点、権利制限規範説をはじめとする従来の論考においては、そもそもこのような問題の存在が認識されていなかった、という可能性も否定し得ないが、それよりも、行政機関による規範定立のみならず、個別具体的な行政活動の局面をも視野に収め、これと法律との関係が考察されてきた、と考える方が自然であろう。つまり、権利制限規範説や権利関係規範説は、暗黙のうちに、行政法学にいう「法律の留保」理論と考察対象を重ねあわせてきたのではないか、ということである。

「法律の留保原則」とは、『特定のタイプ』の行政活動について、『法律』形式による議会の事前承認を要求する」原則のことであり¹⁶、ここにいう行政活動には行政準則活動と個別具体的な行政活動が含まれる。「法規」概念の延長線で「実質的意味の立法」を語る学説が、これと同じ対象を論じてきたと解する余地は十分にある¹⁷。というのも、憲法学において、実質的意味の立法が権利制限規範説から権利関係規範説へと拡大してきたという経緯は、侵害留保原則からより拡張的な留保学説への拡大という、行政法学における法律

¹⁵ 高橋和之・前掲註4) 130頁。また、行政権は法律の執行に限定されるという見解を有する伝統的な論者として宮沢俊義の名をあげることができる。参照、宮沢俊義『「法律の留保」について』同『憲法の原理』(岩波書店・1967年) 371頁〔初出1956年〕。

¹⁶ 大橋洋一『行政法 現代行政過程論〔第2版〕』(有斐閣・2004年) 20頁。

¹⁷ この可能性については、毛利透「行政概念についての若干の考察」ジュリスト1222号(2002年) 136頁に関連する見解が示されている。

の留保理論の展開に対応していると考えることが可能であるからである¹⁸。

これに対して、一般的規範説および形式的規範説は、あくまで、規範定立の局面のみを考察の対象としてきたと理解すべきではないだろうか。というのも、一般的規範説は、議会制定法の有する形式的側面しか問題としていないし、形式的規範説は独立命令の排斥をもって法律の「全部留保」を語っているように読めるからである。つまり、これらの二つの学説は、法律と行政準則との関係のみを考察対象とするからこそ、一般的な法規範はすべて法律でなければならない、とか、独立命令の禁止を認めた時点で決着はついている、という説明が可能であったのではないだろうか。

以上のような推測が正当であるとすれば、「実質の意味の立法」画定論が、「法律」と何との関係を考察しようとしているのか、という議論の出発点において、従来の諸学説は共有認識を欠いていたことになる。また、一般的規範説が有力であることにかんがみると、憲法学にいう「実質の意味の立法」と、行政法学にいう「法律の留保」が、全く同じ対象を論じていると評価するのは困難であるといえよう¹⁹。

(2) 「一般性」という語が何を意味するのか必ずしも明らかでなかった

しかし、一般的規範説に関してはいまだ若干の考察を必要とする問題が残っているように思われる。その問題とは、一般的規範説にいうところの「一般性」の意味するものが、必ずしも明らかになっているとは言えない、という点に関するものである。

行政法学の見地から、伝統的に存在する法律の留保原則の延長線上において一般的規範説を理解する場合、「一般性の有無」という基準は、議会の専管事項を画定するためのメルクマールとはなり得ないだろう。このことが、“メルクマールとなりうるものが存しない以上、一般的規範説は行政法学における全部留保に対応するものである”という理解につながっていたと考えられる。ところが、憲法学において有力に唱えられている一般的規範説を行政法学にいう全部留保説と同視するのはむしろかしい。このことは一般的規範説に立つ多くの論者が採用している、行政権定義の控除説との整合性を考えれば明らかであろう²⁰。

他方、一般的規範説の言う「一般性」は、“法律は一般的でなければならない”という属性・形式の問題にあくまでとどまるものであり、行政法学における留保理論はそもそも問題とされていないと解するとしても、なお問題は解決しない。というのも“法律は一般的でなければならない”という命題は、議会の専管事項をその実質に着目して明らかにする

¹⁸ 毛利透＝大橋洋一「行政立法」宇賀克也＝大橋洋一＝高橋滋編『対話で学ぶ行政法』（有斐閣・2003年）37頁以下。

¹⁹ この点、行政法学者の塩野宏が、全部留保説と形式的規範説は必ずしも結びつくものではないと論じていることは、とくに目を引くものである。参照、塩野宏『行政法Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣・2005年）72頁（脚註10）。

²⁰ 毛利透「行政権の概念」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』（弘文堂・2005年）293頁（脚註1）。

ものではない以上、「実質的」意味の立法を画定するという本来の役割を果たしていないからである。実際、一般的規範説に立つ論者の中には、この点に関して「権利と義務に関する一般的抽象的法規範」と定式化したうえで、すなわち権利関係規範説に立ったうえで、一般性という形式を要求するものもいるということは先に述べたとおりである。

(3) 「一般性」がなぜ重要なのか、論者の間で共通の理解がなされなかった

議論の前提に相違が見られる点は「一般性」の意味にとどまらない。なぜ法律には一般性が要求されるのかという根本問題に対しても、各論者によって異なった理解がなされているように思われる。法律が一般的でなければならない理由には大きく分けて次の二つがあると解される。

ひとつは、議会の法規範定立権を、一般的・抽象的法規範の定立権に限定することで、法律の執行しかなしえない行政権に個別具体的な決定を留保させ、行政権の自律性を確保し、ひいては権力分立の機能不全を防止せんとする立場である²¹。この立場に立つ論者にとっては、法律の一般性とは、行政権に資するものであるといえよう。

もうひとつは、個別具体的な法規範は、恣意の温床となるとの意識から、法律に一般性を要求することで立法権の濫用を防ごうとする立場である²²。この立場に関しては、法律の一般性を「法の支配」の要請として論じているものも多い²³。ここでは国民の権利保護の見地から法律の一般性の重要性が説かれているといえよう。

このように、多くの論者が主張する「一般性の重要性」という語ひとつに注目しても、そこに含まれている意味、程度には大きな隔たりがあるといえることができる²⁴。

(4) 「実質的」意味の法律で「形式的」な側面まで論じてしまった

いずれにしても、「実質的意味の法律」の画定に際して、法律の具えるべき属性・性質を論ずるのは議論をややこしくするだけだ、という批判はもっともなものである²⁵。とはいえ、「形式的意味の法律」という語は伝統的に、法規範定立の手続的側面をその内容とするものとされてきた以上、「実質的意味の法律」という用語で、法律の規律事項の他に、法律の属性も取り扱ってきたことは、やむを得ないものであったといえるかもしれない。「手続的意味の法律」、「形式的意味の法律」、「実質的意味の法律」の三つの用語での説明が伝統的に定着していれば、無用な混乱は避けることができたであろうが、実際にはそうはなり

²¹ 参照、高橋和之・前掲註4）131頁（脚註7）。

²² 参照、樋口陽一・前掲註3）216頁。

²³ 参照、松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣・2007年）160頁。

²⁴ 「法律は一般的でなければならない」という命題に否定的な見解もある。参照、玉井克哉「法律の『一般性』について」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（下）』（有斐閣・1993年）407-410頁。

²⁵ 阪本昌成『憲法理論Ⅰ〔補訂第三版〕』（成文堂・2000年）276頁。

えなかったのであるから、これを批判するのは酷であるようにも思われる。とはいえ、今後このような用語を使用する際には細心の注意を払うべきであろう。

IV おわりに

憲法41条「立法」解釈に際しては、学説が乱立した状態にあったが、その原因は、以上にみてきたように、安易に議論が行政法学における「法律の留保理論」と対置されてしまったこと、「一般性」の意味とそれが議会制定法にとって不可欠であるとされる理由が、論者の間で一致していなかったこと、あるいは、「実質的意味の立法」という用語の中で、実質のみならず、形式までも論じてしまったことなどに求めることができると思われる。このような問題点に留意すれば、より建設的な議論を行うこともきっと可能となろう。本稿においては問題点の指摘にとどまったが、今後は憲法41条に規定される「立法」という文言はどのように解釈されるべきなのか、筆者自身も考察してみたい。