

## 委任立法と憲法41条

### Delegation of Legislative Power and the Constitution of Japan

田中祥貴\*

TANAKA Yoshitaka

#### 1. はじめに

我が国では、憲法上、国会を「唯一の立法機関(41条)」と位置づけるものの、立法過程は様々な局面で行政機関に侵食され、また他方で、社会主義国家さながらに計画行政が跋扈する現代行政では、基本法及び委任立法の多用化によって、国会は一般的基準を定立するに止まり、法規範の具体化は行政裁量に委ねられている。斯様な立法機能の「道具化」が益々推し進められる中で、立法権に対する行政権の優位は決定的なものとなっている<sup>\*1</sup>。就中、現代行政国家の趨勢に伴う委任立法の質的量的拡大は、もはや閑却を許さない状況である。

かかる委任立法の拡大に対して、これまで我が国の公法学は、その統制に向けた様々な議論を展開してきた。但し、我が国における委任立法論<sup>\*2</sup>は、専ら議会主義・民主主義という視座から論じられる傾向が強く、抑制・均衡という視座からの検討を十分に成熟させてきたとは言いがたい。それは飽くまで憲法41条との整合を図る文脈から、委任事項の限界付けに特化した議論であったと言える。即ち、従来の学説・判例は共に、委任立法の合憲性を承認する一方で<sup>\*3</sup>、個別的具体的な立法権の委任は許されるが、一般的包括的な白地委任は許されないとの原則に基づき、専らその許容され得る委任事項の限界を探ってきた訳である。

しかし当該原則は、そもそも個別的具体的又は一般的包括的とする認定の尺度が曖昧で、とても授權法をめぐる憲法適合性審査の指標となり得るものではなかった<sup>\*4</sup>。その結果、現在の委任実務の状況を端的に表現すれば、議会は極めて概括的な立法権の委任を行い、委任後は何らの統制も加えず、他方で、裁判所もその憲法適合性審査には極めて消極的で、憲法41条の趣旨を形骸化せしめる杜撰な状況が継続し、またかかる状況が固定化してきたと言わざるを得ないのが実情である。

そこで本稿では、委任立法論の現状打開に向けた新たな端緒を開くべく、専ら民主主義的視座からその統制を図る従来型の議論から脱却を図りつつ、新たに権力分立的視座からこれを捉え直す必要性及びその為の方法論を提示してゆきたい<sup>\*5</sup>。但し、本稿における委任立法の統制とは、司法統制を意味するものではない。司法統制に内在する困難な現実的問題は、委任事項の限界論破綻と伴に明確に示されてきた。今後、重要視されるべきは、寧ろ事後的な議会統制である。具体論として、本稿では、委任立法への事後的議会統制として「議会拒否権制度<sup>\*6</sup>」の導入を提唱してゆきたい。

そして就中に、本稿は、当該制度と我が国の憲法体系との整合性に主たる関心を有するものであり、以下では、制度の法的有効性に関する検証作業を基軸に議論を展開するものとする。蓋し、我

\* 社会福祉学部助教授

が国の公法学では、これまで委任立法への事後的議会統制という議論自体が主たる関心対象とはされず、結果、当該制度の必要性を唱える見解はありながらも\*7、かかる研究領域においては外国法制度に関する業績を散見し得るのみで\*8、我が国の法体系との整合性等につき、憲法解釈論上及び政策論上、十分な深化がなされずにきている。このような文脈から、本稿は、決して自明ではない当該制度の法的有効性について、その手続面及び実体面から検証を加えるものである。

## 2. 我が国における委任立法の現状

まず我が国の委任立法とその統制に関する現状を若干整理してみたい。我が国の行政立法は、質的にも量的にも議会の立法を大きく凌駕していることは周知の通りである。例えば、ここ数年の範囲で見ても、毎年、概して議会立法の10倍以上の政省令が制定されており、さらにその政省令の絶対的規模は現在も拡大傾向が続いている\*9(下表参照)。かかる量的な問題にもまして、さらに問題視されるべきは、議会立法に対する行政立法の質的凌駕である。即ち、我が国の議会立法は概して委任事項が多すぎて、その内容は政省令と照合しなければ理解できないという状況がありながら、他方で、その委任の仕方が極めて包括的・白地的である。これは包括的白地委任と看取される立法権委任に起因する問題である。

前述した通り、我が国の判例が、憲法41条における「唯一の立法機関」性との整合を図る文脈から、議会から行政機関への立法権委任は、個別的具体的でなければならず、「一般的包括的白地委任」は許されないと学説と同様の指標を掲げながらも\*11、他方で、当該「一般的包括的白地委任」なる基準が如何なる要素から構成されるのか、その規範内容を具体化・明確化する作業については消極的であった事実は否めない。上記指標に基づき委任事項の許容範囲を精緻化する判例の蓄積が期待されながらも、むしろ実際には、かかる判例

の蓄積など殆ど皆無であって、最高裁は常に抽象的かつ粗雑な論証によって委任立法の憲法適合性を肯定し、当該基準形骸化への途を歩んできたのが実情である\*12。

例えば、国家公務員法102条1項\*13の憲法適合性を争った猿払事件判決\*14において、多数意見は、国公法102条1項の委任の趣旨は法の合理的解釈から導かれ得るとのみ謳い、同条項が懲戒処分と刑罰の対象となる政治的行為の規定であるにも拘わらず、その委任事項につき禁止される行為の内容及び範囲を全く明示せず、一様に委任していても、憲法の許容する委任の限界を超えないと判示しているが、当該多数意見の理論は、粗雑な委任立法論の極みであり、かかる抽象論をあたかも自明の如く言っているのける姿勢に徴してみると、最高裁は、もはや委任立法に関する憲法適合性の判断基準を確立する作業を放棄したと言っても過言ではあるまい。事実、司法の場では、それ以降、委任立法の問題は、憲法適合性審査よりも授權法律との適合性審査に関心が向けられる傾向にあったと言える\*15。その結果、国家公務員法第102条1項は一貫して合憲視され、その他、学校教育法第21条\*16や国土利用計画法5条\*17等の包括的白地委任の典型とも言える諸規定についても、その法的有効性が承認されてきたのである。

この点、アメリカ合衆国は、行政機関に対する連邦議会の権限委任に関して、判例上、「委任法理(delegation doctrine)」と呼ばれる原則を確立し、積極的な司法統制を行った経験を有する。当該委任法理は、議会が権限委任に際して、①その目的を明示すること、また②被委任権限の行使範囲、法形式及び行使方法について明確な基準を設定しておくことを要求する。かかる目的の明確化及び行為基準の設定により、裁判所も受任機関の裁量踰越濫用を司法審査する際の基準となし得る。そして当該委任法理は、我が国の一般的包括的白地委任の禁止原則を具体化する指標となり得るものであり\*18、我が国にも継受されるべきとの

政省令の制定数推移\*10

公布年	1980	1985	1990	1995	2000	2003	2004	2005
法律	109	109	82	111	226	192	147	167
政省令(規則を含む)	1012	931	936	1472	1574	1615	2011	1788

指摘はもちろん傾聴に値する。

但し、この有効と思われた委任法理について、これまでの経緯をみると、実は、アメリカ連邦最高裁においても、当該法理が厳格に適用され違憲判決が下された事例は1930年代の数件に止まり<sup>\*19</sup>、以降では次第に緩和化そして形骸化される傾向にある。事実、連邦最高裁は、所謂 New Deal 以降、例えば「公正(just)且つ合理的(reasonable)<sup>\*20</sup>」、「公共利益(public interest)<sup>\*21</sup>」、或いは「公平(fair)且つ公正(equitable)<sup>\*22</sup>」等といった極めて抽象的な基準でさえ合憲判断を下しているのである。就中、1970年代以降、委任法理の要件が極めて形骸化の様相を呈している事実は否めず、寧ろ、非常に広範な政策目的及び抽象的な行為基準しか設置されていない、いわば白紙委任とも言うべき権限委任でさえ、現代行政国家における効率性及び機動性の観点から許容される傾向にあるのが現状である<sup>\*23</sup>。

かかる状況の背景要因としては、議会の専門技術的能力の限界や時間的即応能力の限界、さらに政策状況が不安定でかつ予想し得ない局面が多々存在する複雑な行政過程が挙げられるが、当該行政国家の現状を所与のものとするれば、事前に委任立法の限界を授權法律中に設定する方法論に現実的な無理が存するものと評価し得る<sup>\*24</sup>。そしてこれらの事情は、我が国にも共通認識として成り立つものである。即ち、我が国の学説・判例が専ら議会主義・民主主義の視座からのみ当該委任立法論を捉えてきた為、自ずとかかる委任立法の限界付論に内在する困難な問題に直面してきたものと看取されよう。然らば、時代の趨勢として、委任立法における行政裁量に対する統制は、事前的な方法論から事後的な方法論への転換を余儀なくされていると言わざるを得ない。

また以上の文脈から、委任立法への有効な事後的統制としては、委任法理に基づく司法統制ではなく、むしろ議会統制という方法論に可能性を見出す他ない<sup>\*25</sup>。そこで以下では、議会統制の一手段として議会拒否権制度という方法論を取り上げ、当該制度を我が国へ導入する際の看過し得ない論点として、その憲法上の手続的・実体的適合性及び運用上の立法政策問題等について順次検討してゆくものとする。

### 3. 議会拒否権制度と憲法41条

#### (1) 議会拒否権の制度枠組について

そもそも議会拒否権(Legislative Veto)とは、前述の「委任法理」の形骸化を補完すべく、アメリカ合衆国で1970年代以降に多用された政治制度で、その制度枠組は以下の通りである。即ち、当該制度は、議会が自らの権限<sup>\*26</sup>を執行府又は行政機関に委任する際に、最終的決定権を議事に留保しておくことにより、当該権限委任に基づく行政裁量に対して民主的統制を確保せんとする手法である<sup>\*27</sup>。そして、当該議会拒否権の行使形態は、各授權法の個別規定に基づき多様であるが、通常は①連邦議会の何れか一院による単独決議(simple resolution)、若しくは②両院による賛同決議(concurrent resolution)、又は③特定の委員会決定、その何れかに基づくものが一般的である<sup>\*28</sup>。また連邦議会に提示された執行案(executive proposal)への意思表示は、一定期間内(通常60日乃至90日以内)に、連邦議会が承認決議を下さなければ、当該執行案は発効し得ないと積極的に示される場合(承認型)と、期間内に連邦議会から否認決議が下されなければ、執行案は効力を発すると消極的にしか示されない場合(否認型)とがある<sup>\*29</sup>。

かかる制度枠組による議会拒否権が、我が国の法体系に馴染む制度であるのか問題となる。尤も、本稿にいう議会拒否権とは、飽くまでも我が国の議会権限を前提とする以上、議会の権限委任に基づいた「行政立法」への統制という文脈のもので、アメリカの制度枠組よりは遙かに限定された範疇での議論であるが、然りとて、我が国はイギリスの如く議会主権の伝統を持つものではなく、また憲法41条の最高機関性に法的意味を与えない以上、行政権との関係一つを取り上げてみても当該制度の法的有効性は自明のものではない。そこで我が国の憲法体系との整合性を手続面及び実体面から検証する必要が生じる<sup>\*30</sup>。

#### (2) 議会拒否権と権力分立原理について

まず議会拒否権制度の導入に際して第一義的な論点は、総論として我が国の権力分立原理に馴染むものであるのか、両者の整合性を図る作業が必

要となる。即ち、議会拒否権制度は、委任立法の効力発生要件に議会の承認を留保することで、行政裁量への事後的議会統制を担保せんとするものであるが、かかる手続は委任立法の制定過程を議会と行政機関双方に共有せしめることとなり、これは我が国の実定憲法規範である権力分立原理と抵触する可能性がある。我が国では、従来、司法審査において、権力分立違反を違憲審査基準として直接用いる経験を有してこなかった経緯からか、かかる認識について極めて希薄であるが、当該制度と権力分立原理との整合性は、決して自明の理ではなく、以下における制度の法的有効性を探る前提として原理上看過し得ない問題である。

この点、権力分立原理の解釈方法に関して、アメリカ合衆国では、前述した如く形式主義モデルと機能主義モデルという類型が見受けられる<sup>\*31</sup>。即ち、前者は、まず憲法上の授權条項を以て政府の立法・執行・司法という権力作用を完全分割する固定的な定則と解した上で、これらを相互排他的に捉えて、例外的な政府機関相互の共有領域は憲法典が明文で承認する以外は一切認めない厳格解釈をとる<sup>\*32</sup>。これに対して後者は、現代統治構造における有機的な政治的生(life)を重視しながら、実定の権力分立規定を固定的な定則ではなく、ある程度の変異性(variability)を有する一つの基準として捉え、憲法上で三政府機関へ授權された権限の中核的機能(core function)を侵害しない限りで、各機関相互の権限共有も認められるという柔軟解釈を導く<sup>\*33</sup>。

従来、我が国の権力分立論は、専ら、国家機能をア・プリオリに立法権、行政権、及び司法権に三分割されるとの認識の下で、各々の概念定義・機能分類作業に傾倒してきた感が否めず、アメリカ流に言えば、形式主義モデルに該当するものと評価し得る。就中、行政国家への抑制策として、行政権の積極的定義付け作業や、立法権の積極的定義に基づいた憲法上許容される委任事項の範囲確定作業に終始してきた経緯は、かかる視座を如実に物語っている。しかしながら、形式主義モデルが抱える問題は、準立法的及び準司法的権限を併せ持つ独立行政委員会の存在一つを取り上げてみても明白であり、高度に複雑化した現代行政国家を所与のものとするれば、形式主義モデルへの回

帰は事実上不可能と言う他ない<sup>\*34</sup>。また何よりもこの形式主義モデルに立脚すれば、我が国における議会拒否権制度は許容され得ず、寧ろ、今後も議会は従来の立法過程の枠組に固執させられることになる。この点、我が国において委任立法問題を打開困難な状況へ追い込んだのは、まさに権力分立原理解釈に際して形式主義的視座に傾倒し過ぎた、換言すれば、「抑制・均衡」という要素に対する認識の希薄さが大きな要因として指摘し得ることを忘れてはならない。

そこで本稿では、我が国でも権力分立原理を形式主義モデルではなく、機能主義モデルから捉え直す必要性を提唱しつつ、とりわけ委任立法論の文脈では、立法事項を議会の専権事項と位置づけ他機関の介入を一切排除するという制度枠組ではなく、寧ろ、権限委任に基づく行政裁量への議会統制機能(「抑制・均衡」原理)を重視して、委任立法の制定過程を議会と行政機関に共有せしめる制度枠組の有効性を提示するものである。以下では、斯くの如く委任立法の制定過程を議会と行政機関に共有せしめた場合に生起する具体的な憲法問題について検証してゆきたい。

### (3) 議会拒否権の法的性格について

本稿における議会拒否権とは、権限委任に基づく行政の委任立法を発効せしめる為の議会の認定行為であるが、果たして当該権限行使は立法作用であるのか、或いは行政作用であるのか、以下の議論の前提として、その法的性格を確認する必要がある。

これを仮に、一旦、議会が権限を行政機関に委任した以上、かかる権限委任に基づく行政の立法は行政作用の範疇であって、故にその効力発生認定行為も行政作用として特徴付けるならば、議会が委任立法に拒否権を行使することは行政権侵害と看取され得る<sup>\*35</sup>。これは前述の議論で機能主義モデルに立脚すれば直ちに解消され得る問題でもなく、機能主義モデルに立ちつつも、議会拒否権の行使によって憲法上の「立法権」或いは「行政権」の中核的機能(core function)が侵害されないか検討する余地がある。

この点につき、行政機関に委任したが故に、これを行政作用と捉えるのは形式論に過ぎる。寧

ろ、今一つの視座として、当該委任立法への統制機能を立法作用と捉え、そして憲法自身が、かかる機能を議会の権限範疇として黙示的に承認していると解釈する方が妥当である。何故なら、委任立法論の範疇で考慮すれば、当該行政の委任立法は議会からの授権を前提としており、そこで行政が規定する対象はそもそも法律事項であるからである。さらに、当該法律事項の定立を行政に委任する場合に、議会はその立案から決定までの全ての過程を行政裁量に委ねなければならない道理は存せず、委任事項は規定の提案のみに限定し、それに対する最終的決定権はなお議会に留保した形式での委任も可能と看取される。換言すれば、この場合の議会による立法権委任は完全な委譲型の委任ではなく、その一部を限定的に委任した部分的委任である以上、委任立法への同意権や拒否権は、議会に留保された権限(留保的立法権)を行使しているに過ぎず、これを憲法上違憲視する必要性はどこにも存しない<sup>\*36</sup>。斯くの如く議会拒否権を立法作用と捉えれば、反射的に行政権侵害の危険性は解消されよう<sup>\*37</sup>。

#### (4) 議会拒否権と立法手続について

斯様に、議会拒否権を立法作用と位置づけた場合、当該権限行使には以下の如き憲法上の諸問題が惹起し得る。即ち、まず第一に、憲法41条における「唯一の立法機関」性を所与のものとして、法律事項の提案を行政機関に委任した上で、議会がこれに承認又は拒否の決定を下すという立法過程の共有が果たして実体的に許容されるか問題となろう。

この点については、機能主義モデルに立脚しつつ、たとえ提案権を行政機関に委ねたとしても、立法過程の核心は法の確定作用(議決)に存するものであって、最終的決定権が議会に存する限りは違憲の問題は払拭し得ると評価するのが妥当である。これは内閣法案提出権の議論に類似する。勿論、内閣法案提出権には現在もなお根強い否定説が存するが<sup>\*38</sup>、内閣の提案権が議題採択及び審議過程で議会の決定権を拘束しない限り、その法的有効性は許容され得ると共に<sup>\*39</sup>、また立法過程の共有手続は、議会と内閣相互の緊密な協働による国政運営を前提とした議院内閣制にはより適合的

であると解されよう。逆にすべての議会立法が議員発議に基づいたとしても、今日、議院法制局や委員会調査室、国立国会図書館等の立法補佐機関には各省庁からかなりの数の官僚が出向している実情に鑑みれば、それはスタッフ政治ではないかとの批判が付随しよう。要は、「議会」という監督装置を起案の段階で設けるのか、それとも議決の段階で設けるのかという時機の問題に帰着するが、委任立法論の場合、事前の条件付けが議会立法の場合よりも困難又は不可能であるから行政機関に委任するのであって、その点を考慮すれば、行政の起案に対する議会の監督・統制という制度枠組の方がより説得力を持つ。

また議会拒否権を立法作用と捉えることは、以下の手続的問題を生起させる。即ち、議会拒否権制度は実に多様で、現実的には常に総体としての議会が膨大な数の委任立法を直接統制することは不可能であり、寧ろ、多くの場合に、委任立法の効力発生要件が、衆議院若しくは参議院の何れか一院の決議、又は委員会の決定に委ねられるであろうことは想像するに難くない<sup>\*40</sup>。となれば、議会拒否権を立法作用と評価する限り、我が国での一院拒否権或いは委員会拒否権は、これを特別に承認する憲法上の規定が存在しない以上、憲法59条1項の二院主義(bicameralism)<sup>\*41</sup>の原則に抵触する可能性が生じる。

そこでまず一院拒否権の立法手続問題について検討すると、授権法の規定上明文で委任立法の発効要件を衆議院又は参議院の何れかの決議に付託することは、憲法上、二院主義原則との抵触を回避し得ないであろう。尤も、当該二院主義原則の要請を形式上満たしながら、実体的に一院拒否権制度の利点を担保する方法はある。即ち、議会拒否権制度には、委任立法の発効要件に議会の積極的な承認決議を要求する「承認型」と、また議会の否認決議が採択されないことを発効要件とする「否認型」が存するが、この前者に基づいた場合、実際には、衆議院又は参議院の何れかの一院が承認しなければ当該発効要件は満たされないこととなる。これは衆・参何れか一院の不承認によって行政の委任立法案を葬り去る効果を有しており、行政統制という文脈では、否認型の一院拒否権行使と実体的に異ならない。当該「承認型」

の手續を採用すれば、授權規定上は憲法59条1項の要件を満たしつつ、実体的に一院拒否権の利点を担保した統制方法を確保し得る。

さらに他方で、憲法上より深刻な問題を生起させるのは委員会拒否権である。今日、議会の実質的審議機能が委員会に存することを考慮しても、また議会拒否権の効率的運営を担保する為にも、かかる統制機能が委員会へ移行することは不可避である。しかし、衆・参の何れか一院の意思決定さえも要求されない当該委員会拒否権は、二院主義原則との関係ではより深刻な手續問題を内包する。蓋し、当該委員会拒否権についても同様、授權規定上明文で委任立法の発効を特定の委員会決定に委ねることは、上記二院主義原則との抵触は免れまい。この現実上の要請と憲法規範との整合性を担保させる方法が模索されなければならない。

これも専ら政策論上の提言となるが、授權規定上は通常の両院による議会拒否権の形式を採ることで憲法59条違反の問題を回避しながら、実体的に委員会拒否権を運用する方法がある。即ち、現在の国会法は、議案の審議について委員会中心主義を採用し、特に緊急を要する場合を除いては、法律案の審議は適当な委員会に付託され<sup>\*42</sup>、さらに当該委員会において議院の会議に付さない決定をした議案は、特別の場合を除き廃案となる手續規定を有する<sup>\*43</sup>。この国会法の手続に基づけば、付託された委任立法案は、所定の委員会に拒否された場合、本会議の俎上には載せられず廃案となる。また逆に委員会で可決された議案は、議院の会議に付されても、通常は質疑も行わず承認されるのが例である。かかる有効な現行規定に則って実体的に委員会拒否権と異なる制度枠組が運用可能である<sup>\*44</sup>。尤も、当該手續規定は、衆・参両院における議院規則の改定によって担保する方が望ましい。何故なら、これは本来議院内部の議事手續であるから、議院規則で担保しておけば、議院の自律権を背景に憲法適合性の問題を真正面から回避し得るが故である<sup>\*45</sup>。

#### 4. 運用上の諸問題

最後に、議会拒否権制度の導入に際して、果たして議会は行政による膨大な数の委任立法を逐一

審査することが能力的に可能なのか、議会の実体的な負担処理能力につき検討を加える必要がある。即ち、議会審議の時間的制約あるいは専門技術的能力といった委任立法を不可避とする要因が、そのまま議会拒否権の限界として跳ね返ってくる可能性は当然に予測され、実際に議会が十分な統制機能を果たし得るのか疑問が生起する<sup>\*46</sup>。この問題は、アメリカ連邦議会よりも立法補佐機構の整備が遅れている我が国の議会においては、より深刻な問題を提起することとなる。

確かに、議会が議案審査に関して現実に対応し得る質的量的許容範囲は限られている為にかかる否定的な見方が生じることは当然である。しかし、かかる議会の負担は、委任事項の重要度に応じた priority 設定及びそれに基づく議会拒否権の留保方法によって、相当程度が緩和し得るものと考えられる。即ち、議会拒否権条項を設置する際に、議会の積極的意思表示を求める「承認型」を採用すれば、当該委任立法の発効には必ず議会の承認決議が要求され、議会は大きな負担を背負い込むこととなる。ところが、議会に否認されない限りで委任立法の発効要件を満たす「否認型」を採用した場合には、委任立法の発効に議会の積極的意思表示を必要としないことから、かかる留保形式に基づけば、議会は過剰な負担を背負い込むことを回避し得る<sup>\*47</sup>。

但し、ここで留意されるべきは、議会拒否権制度がそもそも「委任法理」の実質的崩壊から生じた空隙を補完すべく創設された経緯に鑑みれば<sup>\*48</sup>、広範な権限委任に基づく行政立法に対して議会の最終的な意思表示を明確に示すことに重要な意義があると言うべきであり、かかる観点から議会拒否権の設置形式は可能な限りで「承認型」に基づくことが要請されるということである。蓋し、「否認型」の議会拒否権条項を設置した場合、一定期間内に議会が否認決議を可決しない限りで行政の委任立法案は発効することとなるが、これは議会の不作為によって政策内容が決定する結果をもたらす。かかる状況は当該政策に対する議会責任の不明確化をもたらし、寧ろ、議会拒否権制度の本来的趣旨を埋没させる危険性すら生じせしめる<sup>\*49</sup>。そこで全ての委任立法にその発効要件として議会の積極的意思表示を留保しておくこ

とが望ましいことは言うまでもないが<sup>\*50</sup>、現実の議会の負担処理能力には限界があり、政策的な対応が図られねばならない。

この点で行政への委任事項の重要度に応じて priority を設け、priority の高い委任事項には必ず「承認型」の議会拒否権を留保し、逆に priority の低い事項には「否認型」の議会拒否権で対応するという方法が現実的である。この priority 設定に際しては、罰則や課税の有無を含めて憲法上の法定事項か否か、委任事項に関わる国民の権利義務の性質及びその権利義務に与える影響の程度、制定する機関の政治的性質等といった諸要素に基づくことが要請されよう。例えば、憲法上の罪刑法定主義(憲法31条)や租税法律主義(同30条・84条)に関する本来的法定事項には当然に議会の積極的意思表示が求められるし、また法律の委任を前提とする罰則の設置(憲法73条6号但書)や新たな国民の権利義務の創設に関わる場合(内閣法11条・国家行政組織法12条4項)についても同様の要請が働く。さらにその人権の性質に応じて、例えば、表現の自由等の民主政の過程を支える人権の場合には、その重要性から議会の積極的統制がより強く要請される。他方で、国民の法的権利義務に直接関わらない行政組織の編成権等については、組織編成の合理性が担保される限り消極的意思表示で足りると評価し得よう<sup>\*51</sup>。また政治過程からの独立性・中立性が要請される領域についても同様、議会統制の必要性は減退されるため、消極的な意思表示で足りるものと解される<sup>\*52</sup>。

以上の如く、議会の審議能力に付随する内在的問題はその運用次第で相当程度が回避し得ると考えられるが、さらに議会拒否権導入に伴う議会の負担問題については、今一つ以下の点が指摘し得よう。即ち、議会拒否権制度における何よりの有効性は、事実上ほぼ完全な行政裁量<sup>\*53</sup>だった委任立法の制定過程に議会の審査権を介在せしめ、抑制・均衡の原理を担保することで、行政機関に対して自らの政策案が拒否される可能性を認識させることにある<sup>\*54</sup>。そして議会統制の機会が担保されていることを自覚した行政機関は、議会の拒否権が発動されないように予め議会の意向を踏まえて、議会法の趣旨に適合的な委任立法を提案せざるを得なくなる。となれば、委任立法の制定過程

で授權法との適合性が担保される可能性も高まり、実際に議会が拒否権を行使する機会も相対的に抑制され、結果的に、議会が過度な負担を背負い込む危険性も回避され得るはずである。勿論、これで議会の能力的問題がすべて解消される訳ではなく、他方で、審査に耐え得るだけの専門性・技術性を担保するべく、立法補佐機構の拡充・強化が肝要であることは言うまでもない。さらに当然、議会拒否権制度の導入は議会に新たな負担を課すこととなるが、その負担は委任実務の現状の中で、憲法規範を担保するための必要最低限の代価として議会は甘受するべきであろう。

## 5. 結びにかえて

これまで我が国の公法学は、憲法41条の文脈について言えば、前述の如く、権力分立原理を形式主義的視座から捉え、その排他的立法所管事項の措置に傾倒してきたと言わざるを得ない。そしてこれに付随して、我が国の委任立法論は、排他的立法所管事項との整合性を図る文脈から、一般的包括的白地委任は許されないという机上の抽象的原則論に終始してきた。その結果、議会立法に対する行政立法の圧倒的な優位を常態化せしめ今日に至っているのである。さらに、委任立法の質的量的拡大は際限を知らず、いよいよ拡大を続ける様は、もはや静観を許さない事態に至っている。

現代行政国家の如く、議会の専門技術性や機動性が十分に担保され得ない状況では、議会の排他的権限領域は縮小され、相対的に行政との競合領域拡大が招来されざるを得ない。そしてかかる状況を所与のものとするれば、議院内閣制の枠組内では、政策決定過程は政府提案に発し、議会はそれに対する同意若しくは修正同意又は拒否という監督・統制機能に力を注ぐべきであり、唯一の立法機関性に過度に固執すべきではない。機能主義的視座から、委任立法の制定過程にも抑制・均衡の法理を担保せしめ、事実上行政機関の自由裁量とされてきた委任立法に、議会の監督・統制機能を設置すべきである。そしてその為の方法論として、委任立法に対して事前的統制から議会拒否権制度の如き事後的統制への転換を図るのは、まさに時代の趨勢と云うべきである。

尤も、41条を含めた権力分立原理という実定規

範の捉え方には多様な見方があり得ると共に、また当然、議会拒否権制度に否定的な見解もあり得よう。ただ厳格な三権の分離が政府権力の均衡をもたらすという形式主義的理解は、明らかにフィクションである。何故に権力の分離が権力の均衡と直ちに連携するのか、これは自明の理ではない。そもそも当該原理の目的が、専制権力の排除であり、法の支配の促進であり、延いては国民の自由保障である点に鑑みれば、権力分立原理の可変性を前提としつつ、時々に応じて当該目的に最も適切な方法論を選択すべきであろう。かかる認識は、権力分立原理が有機的な政治的生において稼働すべきことが要求される統治原理である限り不可欠である。

従って、我が国でも、機能主義的権力分立観から委任立法論を捉え直し、硬直化した現状を打開すべく、今後、議会拒否権制度の導入を真摯に検討する意義は少なくないはずである。本稿で若干の検討を加えた通り、我が国の憲法体系においても議会拒否権制度の法的有効性は十分に承認し得る。現代行政国家において効率的な行政運営を図るべく、際限のない委任立法の質的量的拡大が進行する一方で、それと相対的に唯一の立法機関性の法理は凋落の一途にある。かかる状況の下で、行政効率を担保しつつ、他方で、憲法41条の趣旨を調和的に回復させるには、現在の段階では、当該議会拒否権制度において他に選択肢はないものと評価し得よう<sup>\*55</sup>。

## 注

- \* 1 手島孝「行政国家の問題」公法研究36号1頁以下。
- \* 2 まず本稿における委任立法とは、「唯一の立法機関」である国会(憲法41条)がその本来的専管事項(立法事項)の定立権限を法執行機関に委譲し、それに基づき一定の範囲内で法執行機関が定立する法形式を指称する。従って、例えば、地方公共団体の議会が制定する条例のうち法律の授權に基づくものも委任立法とは言えるが、その性質の相違から本稿の考察対象とはしない。また行政立法と呼ばれる概念においても、訓令・通達等の国会からの授權に基づくことを要しない行政規則とも当然に区別するものとする。
- \* 3 一般に委任立法の合憲性を支える根拠としては、形式的根拠として憲法73条6号但書と共に(最大判昭25・2・1刑集4巻2号73頁は同号但書を以て委任立法の合憲性を自明のものとする)、実質的根拠としては①現代型立法の専門性・技術性、②事情の変化に機敏に対応し得る機動性、③多数者の意思決定に馴染まない公平性・中立性等が挙げられるが(杉村敏正「委任立法」公法研究14号2頁、芦部信喜『憲法と議会議政』247頁以下、阪本昌成『憲法理論I』(補訂第三版)279頁以下等)、本稿では改めて当該委任立法の合憲性を議論することはしない。かかる議論は既に過去のものであり(上村貞美「議会による委任立法の統制」香川法学5巻2号58頁(1985))、委任立法という法形式を否定し得ない状況の中では、これを所与のものとして、如何に憲法41条との整合性を担保するかという問題の解決がより肝要と言えよう。芦部信喜「日本の立法を考えるにあたって」ジュリスト805号14頁同旨。
- \* 4 宮澤俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』577頁同旨。
- \* 5 ここでの権力分立原理とは、国家権力作用の相互排他的な権限領域の確立を志向する「形式主義的」権力分立ではなく、寧ろ、各権力作用の核心を侵害しない範囲で相互の権限領域の共有と牽制を志向する「機能主義的」権力分立を指称する。この「形式主義(formalism)」及び「機能主義(functionalism)」という用語は、アメリカ合衆国における公法学上の区分である。この点、我が国の憲法学は、従来、形式主義的権力分立観を前提とする傾向があり、その影響から委任立法の限界付け論への傾倒があったものと考え得る。尚、当該アメリカ権力分立論の詳細については、拙稿「権力分立と憲法解釈」六甲台論集(法学政治学篇)第49巻1号1頁以下を参照されたい。
- \* 6 本稿3.(1)参照。尚、さらなる詳細は、拙稿「合衆国連邦議会による行政統制-議会拒否権制度の運用をめぐる-」六甲台論集(法学政治学篇)第44巻3号61頁以下参照。
- \* 7 芦部・前掲注(3)254頁、杉原泰雄「現代における国会の役割」法律時報72巻2号11頁、大石眞「憲法問題としての『国会』制度」佐藤・初宿・大石編『憲法五十年の展望I』139頁以下。
- \* 8 上村・前掲注(3)、八木保夫「イギリス議会による委任立法の事後統制」議会政治研究21号93頁等。
- \* 9 官に対する政治主導を提唱する小泉政権発足以降でさえ、政省令の絶対的規模は拡大を続け、ここ



- 3年間の政省令公布数は平均で1805本と20年前の約2倍の規模である。
- \*10 各年度のデータは法令解説資料総覧の別冊「法令索引」から集計した数値である。
  - \*11 最大判昭和27・12・24刑集6巻11号1346頁(火薬類取締法違反事件)において、罰則の設置に際しては授權法の具体的委任を必要とし、「広範な概括的な委任」の違憲性を示唆している。
  - \*12 最高裁がこれまでに憲法適合性審査の文脈で個別具体的委任に基づかない政省令に対して積極的に無効と判示した事例は、昭和27・12・24刑集6巻11号1346頁(火薬類取締法違反事件)のみで、かかる特殊な事例を除けば、国家公務員法102条1項による授權を一貫して合憲としてきた最高裁判例の傾向からみても(最大判昭和33・3・12刑集12巻3号501頁、最小判昭和33・5・1刑集12巻7号1272頁、最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁他)、最高裁が「一般的包括的白地委任」の規範内容を具体化する努力をしてきたとは言い難い。またこれ以降も、判例上、当該基準の再構築は行われていない。
  - \*13 「職員は、政党又は政治的目的のために、寄付金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない」
  - \*14 当該猿払事件判決(最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁)における多数意見は、公務員の職種や裁量権の有無、さらに公務員の私人としての活動を全く考慮せず、非常に粗雑な論証によって、前述の如き過度に包括的な委任規定を合憲と判断したが、これは司法審査のあり方として無責任と言わざるを得ない。尚、この点につき懲戒処分と刑罰を伴う場合の委任を区別し、後者に厳格審査を適用した反対意見は評価に値する。但し、当該反対意見についても、受任「機関を指導又は制約すべき目標、基準、考慮すべき要素等を指示」することを要件としている点は支持し得るが、他方で「これを明示する必要はなく、当該法律の他の規定や法律全体を通じて合理的に導き出されるものであってもよい」と誣い、権限委任の目的及び基準の明記を求めない姿勢には疑問を覚える。蓋し、かかる反対意見の判断枠組を前提とすれば、如何なる規定から如何なる基準を導き得るのか明確性を欠き、解釈者の理解によって複数の目的及び基準が導き出し得る危険性が払拭し得ない、これが憲法41条が要請する十分な指標とは言いがたい。尤も、この様に事前に被委任権限の行使基準を規定するという方法そのものが、後述する委任立法の限界論に内在した現実的問題であることも併せて指摘しておきたい。
  - \*15 委任立法への司法統制論は二通りの文脈に分類される。一つは委任する授權法律自体の憲法適合性、そして今ひとつは法律の委任に基づく行政立法の授權法適合性に対する司法統制である。前者は、「唯一の立法機関」性や租税法律主義、或いは罪刑法定主義との関連で、議会立法が自ら規律すべき法律事項を規定しているか問題とされる(最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁(国家公務員法猿払事件))。また後者は、行政立法が、授權している議会立法に抵触していないか(例えば委任の範囲を逸脱していないかなど)が問題とされる。この点、我が国の最高裁では、委任立法に対する司法統制という場合、専ら、授權法との適合性審査に傾倒し、授權法自体の憲法適合性が問題とされる事例は稀有であるように看取される。例えば、最大判昭和46・1・20民集25巻1号1頁(農地法農地売渡処分事件)、最小判平成2・2・1民集44巻2号369頁(銃刀法刀剣登録拒否処分事件)、最小判平成3・7・9民集45巻6号1049頁(監獄法幼年者接見不許可処分事件)、最小判平成14・1・31民集56巻1号246頁(児童扶養手当法資格喪失処分事件)等々は全て後者の範疇である。
  - \*16 「検定の申請に係る教科用図書に関し調査審議させるための審議会等については、政令で定める」
  - \*17 「国は、政令で定めるところにより、国土の利用に関する基本的な事項について全国計画を定めるものとする」
  - \*18 アメリカ合衆国憲法では、第1条の「一切の立法権は、合衆国議会に属する」とする規定を背景に、判例上、当該法理が展開されてきたが、これは我が国の憲法第41条で規定する「唯一の立法機関」条項と同義と解される。かかる法的背景に鑑みれば、当該「委任法理」について日本国憲法の枠組内でも同様に適用され得ることは否定し難いものと言えよう。大浜啓吉「委任立法における裁量」公法研究55号174頁同旨。
  - \*19 執行府への広範な権限委任に違憲判決を下した最高裁判決として、*Panama Refining Co. vs. Ryan*, 293 U.S.388 (1935)、及び *Schechter Poultry Corp. vs. United States*, 295 U.S.495 (1935)、また私人への権限委任に違憲判決を下した最高裁判決として、*Carter vs. Carter Coal Co.*, 298 U.S.238 (1936)がある。
  - \*20 See *Tagg Bros. & Moorhead vs. United States*, 280 U.S.420, 431 (1930) ; *F.P.C. vs. Hope Natural Gas*

- Co., 320 U.S. 591, 600-03 (1944).
- \*21 See *New York Cent. Sec. Corp. vs. United States*, 287 U.S. 12, 21 (1931); *National Broadcasting Co. vs. United States*, 319 U.S. 190, 225-26 (1943).
- \*22 See *Yakus vs. United States*, 321 U.S. 414, 426-27 (1944).
- \*23 Marshall 判事は、かかる「委任法理」の実態について、「現実的要請から実質上破棄された、絶滅寸前の状態」と言及している。See *Federal Power Commission vs. New England Power Co.*, 415 U.S. 345, 352-53 (Marshall, J., concurring) (1973).
- \*24 Robert F. Nagel, *The Legislative Veto, The Constitution, And The Courts*, 3 Constitutional Commentary 61, 62 (1986). ; Note, *Chadha and the Nondelegation Doctrine: Defining a Restricted Legislative Veto*, 94 Yale L. J. 1493, 1495 (1985).
- \*25 委任立法の憲法適合性審査は、委任法理を前提として成立し得るものであるから、当該法理が実際上機能しない今日、司法統制の有効性は認められない。
- \*26 ここでアメリカ連邦議会により委任される立法権限とは、一般的抽象的規範の定立たる趣旨における立法権に限られず、個別法律(private law)に基づく特定個人又は団体を名宛人とした規範定立をも範疇とし、さらには連邦憲法第1条第8節18項をめぐる最高裁の包括的解釈 See *M'ulloch vs. Maryland*, 17 U.S. 316, 421(1819)に基づき拡大された極めて広範な概念である。かかる特殊アメリカ的な立法概念を前提として、連邦議会の議会拒否権を通じた統制は、行政立法のみならず、様々な行政活動にも広範に及ぼされる。尤も、我が国の議会には斯様な広範な権限行使は認められず、本稿での考察対象も議会からの授権に基づく行政立法への統制に絞ったものとする。
- \*27 Stanley C. Brubaker, *Slouching Toward Constitutional Duty: The Legislative Veto and the Delegation of Authority*, 1 Constitutional Commentary 81, 82 (1984). ; Joseph Cooper & Patricia A. Hurley, *The Legislative Veto: A Policy Analysis*, 10 Congress & The Presidency 1, 2 (1983).
- \*28 LOUIS FISHER, *THE POLITICS OF SHARED POWER* 73 (3rd ed. 1993).
- \*29 *Id.*; Brubaker, *supra* note 27, at 82.; Cooper & Hurley, *supra* note 27, at 6.
- \*30 この点、我が国では唯一であるが災害対策基本法109条4項に議会拒否権条項が存する。但し、当該条項の創設に際して、第39国会では、本稿で提起した憲法問題についてまるで念頭に置かれていない。寧ろ、同法109条に基づく政令が緊急命令的な性質を有している為に、当該行政裁量への議会コントロールの必要性が強調され、同法109条4項の有効性は極めて積極的に承認された経緯がある。
- \*31 前掲注(5)参照。
- \*32 Gary Lawson, *Territorial Governments and the Limits of Formalism*, 78 Cal. L. Rev. 853, 857-58 (1990). その他に形式主義モデルに立つ学説として、Geoffrey P. Miller, *Independent Agencies*, 1986 Sup. Ct. Rev. 41, 57-58. ; Lee S. Liberman, *Morrison v. Olson: A Formalistic Perspective on Why Court was Wrong*, 38 Am. U. L. Rev. 313 (1989). ; Martin H. Redish & Elizabeth J. Cisar, "If Angels were to Govern": *The Need for Pragmatic Formalism in Separation of Powers Theory*, 41 Duke L. J. 449 (1991). ; Steven G. Calabresi & Kevin H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, 105 Harv. L. Rev. 1153 (1992). ; Thomas W. Merrill, *The Constitutional Principle of Separation of Powers*, 1991 Sup. Ct. Rev. 225等がある。
- \*33 Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and Fourth Branch*, 84 Colum. L. Rev. 573, 577-81 (1984). その他に機能主義モデルに立つ学説として、Peter L. Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions: A Foolish Inconsistency?*, 72 Cornell L. Rev. 488 (1987). ; Abner S. Greene, *Checks and Balances in an Era of Presidential Lawmaking*, 61 U. Chi. L. Rev. 123 (1994). ; Cynthia Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 Colum. L. Rev. 452 (1989). ; Martin Flaherty, *The Most Dangerous Branch*, 105 Yale L. J. 1725 (1996). ; Lawrence Lessig & Cass R. Sunstein, *The President and the Administration*, 94 Colum. L. Rev. 1 (1994). 等がある。
- \*34 当該権力分立論の詳細については、拙稿・前掲注(5)を参照されたい。
- \*35 Robert G. Dixon, *The Congressional Veto and Separation of Powers: The Executive on a Leash?*, 56 N. C. L. Rev. 423, 466 (1978).
- \*36 手島・前掲注(1)29頁、山下健次「現代日本の立法府」公法研究47号40頁同旨。
- \*37 尤も、議会拒否権が立法作用だとしても、それが行政権固有の権限を制限する場合には憲法違反の問題も生じし得るが、これは立法権概念の措定に関

わる問題であり、議会拒否権に内在する問題ではない。

- \*38 杉原泰雄「内閣の法案提出権」奥平=杉原編『憲法演習教室』219頁。
- \*39 阿部照哉『憲法(改訂)』198-99頁。
- \*40 まず議会拒否権の授権方法として、例えば、内閣法11条や国家行政組織法12条の如き一般法条項を改正して、包括的に政省令に対して議会拒否権を留保するのか、或いは、個別の授権法に留保するのかという問題があるが、議会拒否権制度の内実は極めて多岐に渡るため、一般的な規定方法よりも個別法による規定に委ねた方が妥当と思われる。以下では個別法に基づく議会拒否権条項を前提に話を進めることとする。
- \*41 憲法59条1項は「法律案は、この憲法に特別の定めのある場合を除いては、両議院で可決したとき法律となる」と規定するが、立法過程における当該二院によるチェックシステムを本稿では便宜上「二院主義」と呼称するものとする。
- \*42 国会法56条2項。
- \*43 国会法56条4項。
- \*44 この点、委員会拒否権についても以上の如く手続的な問題は克服し得るが、他方で実体的に考察すれば、本来、議会全体の意思で決定すべき法律事項を一委員会の決定によってその採否が左右されることは疑問視される余地があろう。しかしながら、委員会の構成員は、議会内各会派の所属議員の比率によって、これを各会派に割り当てて選任することとされている(会派按分比例主義、国会法46条1項)。即ち、委員会とはいえ各会派の規模に応じて、各会派はその代表を委員会の構成に加えることができる以上、議会統制の趣旨に反するものではないと評価し得る。
- \*45 学説・判例は共に議院の議事手続に対する裁判所の司法審査権を否定している。宮澤・前掲注(4)596頁、最大判昭和37・3・7民集16巻3号445頁参照。
- \*46 Carl McGowan, *Congress, Court, and Control of Delegated Power*, 77 Colum. L. Rev. 1119, 1145-46 (1977).
- \*47 この点、アメリカ合衆国では、1983年 *Chadha* 事件判決までに設置された議会拒否権条項の84%が否認型であることは興味深い。See 103 S. Ct. 2811-16 (Appendix to Opinion of White, J., dissenting)
- \*48 Nagel, *supra* note 24, at 62.; Bruff & Gellhorn,

*Congressional Control of Administrative Regulation : A Study of Legislative Vetoes*, 90 Harv. L. Rev. 1369, 1373 (1977).

- \*49 Note, *Chadha and the Nondelegation Doctrine : Defining a Restricted Legislative Veto*, 94 Yale L. J. 1493, 1502-03 (1985).
- 尤も、「否認型」の議会拒否権を留保した場合でも、行政の政策案に対して明確な否認決議を下さないことは議会の消極的意思表示の表明と解釈することが可能で、権限行使の機会を担保されているが、それを取って行使しなかったという事実は、当該政策責任の所在が議会に存することを示すものに他ならず、決して議会の政策責任回避は許されないと評価する方がむしろ自然ではないか。
- \*50 See *id.* at 1503.
- \*51 ここで議会拒否権制度を導入する今一つの利点として、我が国の訴訟体系では、個人の法的権利義務に直接関連せず司法統制が及びにくい行政組織等の問題についても、議会統制ならば統制が可能だということが指摘し得る。
- \*52 この点で、猿払事件で問題とされた国公法102条に基づく人事院規則に関しては、人事院という政治的中立性が要請される独立機関が制定する委任立法ではあるが、当該委任事項は表現の自由に関わるだけでなく、また違反すれば刑罰の対象とされている点に鑑みれば、逆に二重の文脈から議会の積極的な意思表示が強く要請される事例と評価し得る。
- \*53 勿論、個別の法律で審議会への諮問や関係人への意見聴取を要求する場合も例外的に存するが、委任立法の制定過程は基本的にまったくの行政裁量に委ねられている。平岡久「行政立法」雄川・塩野・園部編『現代行政法体系2』85頁以下参照。
- \*54 八木・前掲注(8)99-100頁同旨。
- \*55 本稿では、当該制度の日本国憲法体系に対する整合性を主に手続的側面から検証してきたが、実質的には以上の如き法理論的な問題に止まらず、現実には当該制度を導入した場合に、我が国の議院内閣制の特質・政治的土壌を踏まえて、果たして実際に機能し得るのか検証する必要がある。即ち、我が国の議院内閣制という制度枠組の中で、議会と行政府間の緊張関係を如何に維持し、そして議会拒否権制度を如何に実質的に機能させてゆくのかという政治力学的考察を欠かす訳にはいかないが、この問題については別稿を予定しているのでそちらに譲ることとする。