

Title	「唯一の立法機関」の法的な意味・射程：意味することとしないことの再考
Sub Title	The Diet as the sole law-making organ of the State: rethinking the significance of article 41 of the Japanese constitution
Author	川崎, 政司(Kawasaki, Masaji)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.2 (2014. 2) ,p.283- 335
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	小林節教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140228-0283

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「唯一の立法機関」の法的な意味・射程

——意味することとしないことの再考——

川 崎 政 司

はじめに

一 憲法四一条の位置付け等

1 憲法の規範構造と四一条の位置付け・性格

2 「唯一の立法機関」の原意

3 法の多元化・多様化と四一条

二 「唯一の立法機関」をめぐる学説の状況と検討

1 「唯一の立法機関」をめぐる学説の状況の概観

2 若干の検討

三 「唯一の立法機関」が問題となった事例等を通じての検討

1 個別的法律

2 規範性の薄い法律

3 委任立法

4 国の行政組織

5 法律制定後の内閣による訂正

6 法律による国の事務の限定と条例による法律の上書き

7 国民投票・国民発案の導入

まとめにかえて

はじめに

立法のあり方を考える上で、憲法四一条の「唯一の立法機関」は基本的な規定とされているものの、その意味・射程については、いまなお明らかとは言い難いところがある。このようなこともあってか、学説においては『総じて「唯一の立法機関」性を極力重視する傾向は一般的には強いとはいえない』との指摘がある⁽¹⁾一方で、実際に、「唯一の立法機関」が独り歩きをし、それとの関係が議論となることが少なくない。

他方、法律の対象領域が拡大・多様化するとともに、法の多元化・多様化といった状況もみられ、それらに伴い、「唯一の立法機関」がもつ意味にどのような影響を生じることになるかといったことも問題となり得る。日本国憲法の下で、国会は「唯一の立法機関」とされながらも、一貫して、内閣提出法律案が立法の中心を占めてきたという現実もある。

「唯一の立法機関」をめぐっては、これまで多くの議論が蓄積されてきてはいるが、それにかかわる広範かつ多様な問題に十分に対応したものはなっていないほか、共通の理解を欠きがちな面などもあって、議論は混沌としている状況にあり、問題が起こるたびにアドホックに議論が繰り返されてきたところもあるようにみえる。

さて、本稿では、そのような「唯一の立法機関」の意味・射程について考察を加えることとするが、限られた能力と紙幅の中で、その中核となる「立法」の概念について、関係する諸論点や諸学説を詳細に分析した上で、理論的・体系的に妥当と思われる憲法解釈を提示することは、最初から目的外とせざるを得ない。ここでは、混沌としている議論の状況をいささかなりとも解きほぐすことにつながればということから、憲法四一条の規定の位置付け等を整理し、「唯一の立法機関」との関係が問題とされた事例等を取り上げることなどを通じて、それが法規範として意味することと、意味しないことを浮かび上がらせることにより、その意味と射程について改め

て考えてみることにしたい。

なお、ここで筆者が特に問題としたいのは、どの機関のどのような行為が「唯一の立法機関」に違反し、違憲・無効となり得るかということであり、また、それは、国家・法・政治などの状況に応じてどのように変わり得るかということである。

一 憲法四一条の位置付け等

「唯一の立法機関」の意味等の考察に先立ち、憲法四一条の規定の位置付け等について、憲法の規範構造、原意、現代国家における法の状況などから、必要最小限の確認をしておきたい。

1 憲法の規範構造と四一条の位置付け・性格

憲法四一条は、国会について定める第四章の冒頭にあり、国会の基本的な地位について定める総則的な規定であり、内容的にも抽象性の高い規定である。このことは、広範な問題が四一条に関係し得ることになるが、四一条との関係が問題となり得る場合でも、規定の適用のあり方としては、憲法上、他に具体的な規定があるのであれば、まずそちらの規定によるべきであって、四一条はその際に理念規定や解釈指針としての意味をもつものの、それが直接かつ独自の法的な根拠となり得るのは、それ以外の場合となることを意味するのではないかと思われる。

次に、四一条は、六五条・七六条と相まって、国家権力を立法・行政・司法の三つに分け、それぞれ国会・内閣・裁判所に配分する権力分立制を採用し、権力あるいは機能を配分するものとなっている。その場合に、国家

権力を並列的に分配したものなのか、国家の作用を機能的（段階的）に分配したものかなどの問題はあ
 るが、⁽²⁾四一条の立法権は、六五条の行政権と七六条の司法権との関係から有機的・整合的に観念されることが必
 要となってくる。また、憲法は、その規範構造や規定全体の趣旨等を踏まえるならば、法の段階構造を前提とす
 るとともに、⁽³⁾「法律による行政」ないし「法の支配」の原理を採用しているとみることができ、⁽⁴⁾四一条はこれら
 を前提とし、かつ、その憲法の構造の一部を成すものであり、「唯一の立法機関」の意味内容にも何らかの形で
 これらが投影されることになるといえるだろう。

他方、四一条は、国民主権と代表民主制の原理を基本とする日本国憲法において、主権者である国民から直接
 選ばれた代表者から成る国会の地位について定めるものであり、その地位や権能については民主主義によって裏
 付けられることになる。

すなわち、四一条は、立憲主義、法律による行政や法の支配、民主主義が交錯する規定となっているのである。
 このほか、四一条は、前段の「国権の最高機関」と後段の「唯一の立法機関」の二つの部分によって構成され
 ており、両者の関係をどのように考えるかということも問題となる。⁽⁵⁾そして、その際には、「国権の最高機関」
 の意味については、別途慎重に検討する必要があるが、少なくとも、それに法的な意味を認めない「政治的美
 称」説が通説的な地位を占め続けており、法的な意味を有すると主張される場合にも帰属が不明な権限について
 は国会に属するとの推定が働くといったものにとどまる。「唯一の立法機関」については法的な意味をもつもの
 であるとはいえず、法規範としての厳格さや射程を考える上では、そのことも念頭に置かざるを得ないようにも思
 われる。

2 「唯一の立法機関」の原意

日本国憲法の制定時にまで遡って、四一条が規定された意図、とりわけ後段が置かれた意図・趣旨をみるならば、「唯一」ということに力点が置かれていたといえることができる。

四一条の制定過程については、既にいくつかの論叢で検討されているところであり、ここで新たに付け加えるべきことはほとんどないが、それらを踏まえつつ、次のことを確認しておきたい。

まず、四一条の原型となり国会を現在の規定とほぼ同じ意味の「唯一の立法機関 (the sole law-making authority of the state)」とする条文は、既に連合国総司令部 (GHQ) の「国会の章に関する小委員会」の起草案の段階から存在し、それがマッカーサー草案にも採用されたことである。

また、これに対し、日本側は、いわゆる三月二日案において、「唯一の」を削り、単に「国会ハ……立法権ヲ行フ」としたが、GHQの側が「国会が exclusively に立法権を行うということが出ていない」としてこれに反対したため、いわゆる三月五日案において「唯一」が復活し、その後はこれが維持されることになったことである。⁽⁷⁾

そして、そのようにして規定された四一条の意図については、行政府の側が独自に制定する命令を排除することであったことはGHQ側の各種資料から窺うことができるだけでなく、GHQ民政局の代表が、記者会見をして、「内閣は、憲法四一条によって、政令によって立法する権限を与えられていない。内閣がかかる権限をもつとしてもそれは国会から法律によって特別の委任を受けたことによるものである。もし内閣が独立して立法を得る権限を直接憲法によって与えられているとすれば、憲法四一条は無いと同様であり、国民の保障のため制定法に対して制限を課している憲法の規定は無意味になる。」「国会が何等問題として取上げない場合に於て、内閣の採るべき対策は、事態を解決するため政令を制定することではなくて、国会へ行って立法を依頼することである。」などと述べたことからも明らかといえるだろう。日本政府の側も、帝国議会における審議において、「唯一

の立法機関」は旧憲法下で認められていた緊急勅令・独立命令を否定し、国会に立法権を独占させる趣旨のものであるなどと説明している。⁽⁹⁾

なお、四一条の規定の原型の一つとなったと目されているのが、アメリカ合衆国憲法一条一節の「この憲法によって付与される立法権は、すべて合衆国連邦議会に属する」とする条文であり、そこでの立法権については単純に法律を制定する権限と解されていることについても留意しておきたい。

以上のように、「唯一の立法機関」は、旧憲法下の二元的な立法体制、あるいは行政府の側が法律を軽視して独自に命令を制定することを否定するものであったことを改めて確認しておく必要がある。

3 法の多元化・多様化と四一条

四一条の「立法」についてのどのように解そうとも、現実には、法律の道具化が進み、法律によりきわめて広範かつ多様な事項が規定されるようになっており、政策プログラムや政策推進のための資源配分について定める政策法が立法の中心となつていいるほか、行政機関や裁判所の内部の組織・事務・手続等についても法律で規定される個別的法律⁽¹⁰⁾などもみられる。この点、個別的法律をめぐってはなお議論はあるものの、法律で定める事項が拡大する状況について、憲法上否定する議論はほとんどみられないといつてよい。

また、法律で定める事項が広がる一方で、法の多元化・多様化が進んできていることにも目を向ける必要がある。

そもそも、日本国憲法自体が、国会を「唯一の立法機関」としつつも、多元的な法システムを採用しているとみることができ、憲法が予定する法律以外の法形式としては、憲法、予算⁽¹¹⁾、条約、議院規則、最高裁判所規則、政令等の命令、条例がある。⁽¹²⁾

ところで、行政国家化の進展に伴い命令、国際化の進展に伴い条約、分権化の進展に伴い条例の比重が高まってきたことは周知のとおりだが、特に、「唯一の立法機関」と条約・条例との関係については必ずしも十分に検討されてきたとは言いがたい。それでも、条約については、憲法九八条により特別の行為を必要とすることなく国内法的効力をもつとされるものの、国会による締結の承認が必要とされており、「唯一の立法機関」との関係に関しても、その限りにおいては、国会が判断・決定をすることは一応確保されているといえることができる。⁽¹³⁾これに対し、条例制定権（自治立法権）については、これまであまり関心が向けられることはなかったが、近年は、「唯一の立法機関」との関係が議論となる問題なども生じるようになってきている。具体的な問題については、三で検討することとして、ここでは、四一条と条例制定権に関し規定する九四条の関係等について整理しておくたい。

この点については、憲法が特に一章を設けて地方自治を保障し、地方公共団体の基本的権能として九四条が条例制定権を規定していることからするならば、四一条は国の立法、九四条は地方公共団体の立法についてそれぞれ定めたものと解するのが妥当ではないかと思われる。⁽¹⁴⁾ただ、憲法は、国の立法権と地方の立法権を二分した上で配分したというよりは、統治のあり方として地方公共団体の自治権を保障する中で地方公共団体独自の立法権を認めたと捉えるとともに、憲法の具体化はまずは法律によって行われることを前提に、地方公共団体の組織及び運営の基本事項についても法律で定めることとして、法律が条例の守備範囲でもあるはずの地方公共団体の事務等について定めることも認めているとみるべきではなからうか。すなわち、憲法価値や法の実現のための基本的かつ最終的な立法権限は国会に付与されており、国会は、国民を代表する立法機関としての立場から、国の行政にとどまらず、国と地方公共団体の関係やその間の調整、地方自治の基本的なあり方について法律で定めることとされているのであり、そのようなことから、九四条で条例制定権を「法律の範囲内」とする一方で、地方自

治の保障や、法律の行き過ぎの抑制のために、九二条で地方自治の本旨に反するような法律は認めないこととするとともに、九五条で一地方公共団体に適用される地方自治特別法にはその住民の過半数の同意を要することとしているのである。

いずれにしても、このように解するのであれば、地方公共団体において制定される条例のあり方自体については、基本的に、四一条が直接に関知するものではなく、問題がある場合には九四条の問題として処理すべきことになる。

立法や法ということでは、このほかに、裁判所による法形成や判例、あるいは行政機関の内部的規範、行政計画、行政機関や専門的・職能的な団体によって形成される指針、社会的な自治規範なども問題となり得る⁽¹⁵⁾。その中には、「唯一の立法機関」との関係が問題となるものもあるが、必要以上に四一条を持ち出してその意味や射程の拡散を生じることのないようにすることなども必要となってくるのではないだろうか⁽¹⁶⁾。

二 「唯一の立法機関」をめぐる学説の状況と検討

1 「唯一の立法機関」をめぐる学説の状況の概観

「唯一の立法機関」の意味に関する憲法の教科書的な説明は、おおむねパターン化しているが、具体的な問題をめぐっては通説的な説明の問題点や限界なども指摘されることが少なくなく、議論はやや錯綜気味となっている。そこにおける学説と議論の状況を本稿の考察に必要な範囲で概観しておきたい。

まず、ここでは、「唯一の立法機関」からは、国会以外の機関は立法をなし得ないとする「国会中心立法の原則」と、立法の手続は国会のみによって行われ、国会以外の機関が参加し得ないとする「国会単独立法の原則」

とが導き出されるとされ、それぞれについてその例外あるいは行政府の関与の可否が議論されてきた。

また、日本国憲法の下では、法律に基づかない独立命令⁽¹⁷⁾は認められないということで学説はほぼ一致する一方で、「唯一の立法機関」の「立法」については、ドイツ立憲君主制の下で形成され旧憲法下で通説的な地位を占めてきたとされる、「立法」ないし「法律」の意味につき実質の意味と形式的意味に分ける「二重立法概念」を前提としつつ⁽¹⁸⁾、これを形式的意味の立法と解した場合には、行政府が独立命令を制定することを排除できず、憲法五九条一項と同じことを規定したにすぎないことになってしまふなどとして、実質の意味の立法と解すべきとする考え方が通説的な地位を占めてきたことは周知のとおりである。

そして、「立法」を実質的意味（実質的意味の法律の制定）と捉えた場合に、その意味をめぐっては、「新たに国民の権利を制限し、又は新たに義務を課するような法規範」とする伝統的な権利制限法規範説が、初期の通説的な見解とされ、現在においても実務がとるところとなつているのに対し、学説においては、権利の制限・義務の賦課に間接的なものも含めたり⁽¹⁹⁾、国家と国民との関係を規律する一般的法規範と捉えたり、一般的・抽象的な法規範（一般的規範説）とするなど、その外延を拡張する試みが行われてきた。そのような議論の展開を通して、立憲君主主義的な色彩を残す伝統的な「法規概念」を用いないようにしたり、あるいはその概念自体を否定する学説が増えているほか、「立法」をめぐるのは「国民の権利義務」と「一般性」の二つの要素をどのように理解し位置付けるかということが各説を分かちポイントとなつているといえる。近年は、一般的規範説が多数説ともいわれるものの、これに対する批判も少なくなく、改めて「国民の権利義務」を重視する立場（権利関係規範説⁽²²⁾）、さらには形式的意味に解する立場⁽²³⁾などが有力に主張されている状況にある。

2 若干の検討

それぞれの学説について詳細な考察を行い、その是非を論じる余裕はないが、意味することとしないことという観点から「唯一の立法機関」について若干の検討を加えてみたい。

(1) 立法を実質的の意味に捉えない限り、独立命令を排除できないか

通説的な見解は、四一条の「立法」を実質的の意味に捉えない限り独立命令を排除することができないとするが、この前提自体が議論のあるところではないかと思われる。

なぜなら、四一条の「立法」を実質的の意味に解したとしても、それに該当しないものは国会が独占すべき「立法」には当たらず、それによつては法律の介在しない命令を排除することはできないからである。そして、「立法」を実質的の意味に解しても、法律が介在しない命令を完全に否定することができないのであれば、実質的意味の立法に該当しない事項については法律の介在しない命令の存在を認めるか、それを否定するのであれば、「唯一の立法機関」以外に根拠を求めることになつてこざるを得ないことになる。⁽²⁵⁾

しかしながら、いずれの方向も、四一条が規定された経緯・趣旨に照らすならば、妥当ではないように思われる。

四一条は、二元的な立法構造を否定し、法の段階構造を前提として少なくとも命令の関係では一元的な立法構造を採用したものであつて、事柄を問わず、法律が介在しない命令の存在を否定する趣旨のものであり、国会の意思とは無関係に制定される命令の存在を認めるような解釈を採用すべきではない。また、独立命令の存在を認める規定が憲法に存在しないことと「唯一の立法機関」と規定したのは裏腹の関係にあり、「唯一」という文言に表れているように素直に四一条は法律の介在しない命令を認めないものと解すべきであろう。他方、独立命令を否定する根拠ともされる憲法七三条六号は、内閣の政令の制定権限を定めたものであり、「憲法及び法律」を

一体のものとして読むのは独立命令を認めないための解釈であって、別の読み方も可能である以上、それだけをもつて独立命令を認めない根拠とすることは困難ではないかと思われる。「憲法の法治国家的施行」などとして法治国家の原理が持ち出されることもあるが、そのことを端的に規定しているのが「唯一の立法機関」なのであり、これを踏まえて、七三条六号の「憲法及び法律」は一体的に解釈されることになる应考虑すべきであろう。

「唯一の立法機関」は、国の制定法の形式を用いて国民に関係する法規範を定めることの第一次的な判断権・決定権は国会がもつこととし、何らかの形で国民に関係する法規範の創造はまずは国会が制定する法律によることを求めるものであり、法律の介入なしに制定法の形式を用いることを認めないものと捉えるべきではないだろうか。⁽²⁷⁾ただし、憲法は、議院規則と最高裁判所規則については、その所管にとどまる限りは、法律の介入なしに定めることを認めているほか、国の制定法の形式ではない条約や条例については、そのことは直接的に当てはまらず（ただし、条約については国内法的効力をもつことから、国会の承認にかからしめることでそれとの整合性がとりあえず確保されているとみることになつてくるだろう）、結果として、その趣旨は、行政機関が制定する命令との関係において最も意味をもつことになる。⁽²⁸⁾

なお、法の効力関係としての「法律の優位」は、憲法が前提とする法の段階構造からも導き出されるものであるが、議院規則や最高裁判所規則との関係も含めて、「唯一の立法機関」にそれを読み込むことで、法規範の創造に関する国会の権能を実質的に担保し、法体系の整合性を確保することにつながるものとみるべきではないかと思われる。

- (2) 「唯一の立法機関」は立法法の限界を規定しているか
四一条の「立法」との関係では、「法律で定めなければならない事項」と「法律で定めることができる事項」

が問題となり得るが、少なくとも、それが後者の事項的な限界を定めたものと解することは困難ではないかと思われる。⁽²⁹⁾

この点、「立法」を実質的意味に解する通説的な見解の多くは、前者の立法の専属的・排他的所管事項を問題とするものといえるが、事項的な限界についてどう解するべきかについては、正面から論じられることは少ない。これに対し、法律の一般性は同時に立法専制に対する防壁の役割も担わされてきたことを強調した上で、政治過程において利益誘導として個別的法律への誘惑が強まっていることを指摘し、法律は一般的な規範でなければならぬとする説もある。⁽³⁰⁾

しかし、法律の専属的所管事項を観念した上で、その範囲外の事項に関する法律を認めた場合に、そのような法律を国会が制定する根拠をどこに求めることになるのかが問題となり、その範囲外の事項について規定する行為が立法・行政・司法のどの分野に属するかということも憲法上明らかといえない。また、後述するように、個別的法律の存在を否定し得ない以上、一般性はその限界を画するものとはなり得ない。すなわち、四一条が直ちにその範囲外の事項を定める法律を制限していると解することはできず、そこから立法の限界を導き出すことは難しい。むしろ、四一条が前提とする民主主義の観点からは、あるいは社会国家化による国家機能の拡大と行政国家現象の進展といった状況を踏まえるならば、一般的な事項的な限界を観念することはより困難となっており、かつ、妥当ではないように思われる。

もちろん、だからといって、国会の立法権は無制限・無限界というわけではない。憲法の人権規定などに違反することはできないほか、内閣の行政権や裁判所の司法権を侵害するような立法は憲法六五条や七六条に反し基本的に許されない。ただし、行政の民主的コントロールの要請などもあり、また、議院内閣制の下では議会と政府の関係において権力分立は決定的な意味をもたなくなっていることなどから、行政権との関係では、立法と

執行を分離し別々の機関に付与したという権力分立の核心的な部分が失われかねないかどうかといったことがその限界を画することになってこよう。⁽³¹⁾

さらに、立法の形式的な面でも、法の支配あるいは形式的な正義の観点から、法律が備えるべき要素等として、一定の要請が働くことになる。⁽³²⁾ただし、それらは相対的で程度問題となるところがあり、遡及処罰の禁止や刑罰規定の明確性のように憲法に取り入れられたもの以外は、その要請を満たしていなくても、直ちに違法となることはない。

(3) 権利義務や一般性は「唯一の立法機関」とどう関係するか

四一条の「立法」を実質的意味に解する場合には、権利義務と一般性をどう理解しどう位置付けるかが重要なポイントとなってきたことは既に述べたとおりである。

しかしながら、立憲君主主義的な要素を否定し、立憲民主主義を強化した日本国憲法の下で、また、給付行政の比重が高まるとともに、法律で定める事項の拡大・多様化が進む中で、「唯一の立法機関」の意味を捉える場合に、権利制限規範説はもちろん、権利義務ということから国会の所管を画するのは、たとえ専属的所管にかかわるものだととしても、狭いとみるべきであり、国政における基本的な決定や行政の民主的コントロールということも念頭に置く必要がある。

他方、一般性は、法律の基本的な性質の一つとされてきたものではあるが、専ら自由主義的なものであるほか、対象の範囲や規定の性格にかかわるもので、相対的かつ程度問題となるところがあり、法律の専属的所管事項や限界を画するものとしては、不明確であり、十分な基準とはなり得ないところがある。一般性を法の支配の内容・要請の一つと捉え、これを四一条の規定に読み込んだとしても、同様である。

加えて、実質的意味の立法の要素として、権利義務を持ち出す場合だけでなく、一般性をその基準とする場合でも、法律が介在しない命令（後者の場合でも個別的命令³³）の余地を排除することはできない。

立法を実質的意味に解してこれらの要素を中心に議論を展開しても、関連する論点や現実が生じている多様な問題にうまく対応することは困難なところがあることは否めないのである。

もっとも、立法の所管・外延を画する議論から一步離れ、立法や法律のあり方について考える上では、それらの要素が重要な意味をもっていることもまた確かである。

権利義務にかかわる事項は、国民の権利・利益に直接的な影響を与え、人権の侵害にも結び付きやすいことからするならば、法律の所管をいかに解そうとも、法律で規定すべき事項の中心的な問題であることが変わるものではない。事項としてそれでは狭いとするのが、それが重要ではないということを意味することにはならない。したがって、法律の規定のあり方や命令への委任への仕方・限界などについては、国民の権利義務にかかわるものの場合には、それ以外の場合より、厳格さや明確性が求められることになる应考虑すべきだろう。

また、一般性は、法の支配や形式的正義の要請などから、法律の基本的な要素として導き出されるもので、恣意を排除し、等しき者を等しく扱うことにつながるとともに、予見可能性や法的安定性を確保するものであり、個別的な法律も例外的に許容されるとはいえず、なお重要な意味をもつといえる。すなわち、法律が形式上（あるいは実質的にも）一般性を欠くことにより直ちに違法となるわけではないもの、一般性が法律の基本的な要素と意識されることで、特定の者や事件を対象とする場合でも一般化して検討する思考方法がとられるとともに、憲法の平等原則とも結び付き、個別的となることにつき特別の理由が要求されることによって、恣意的・狙い撃ち的な規制、利益誘導、不平等な取扱いなどが抑制され、次々と生じる差異化や個別の問題への対応の要求に対する一つの歯止めともなり得るのである。

(4) 法律の留保は「唯一の立法機関」とどう関係するか

法律の所管事項をめぐり、憲法学では四一条の「立法」の意味が問題となってきたのに対し、行政法学では「法律の留保」の範囲が問題とされてきており、両者の関係が意識されつつも、それについて十分な議論が行われてきたとは言い難い。

この点、立憲君主制の下で、二重立法概念や法規概念が語られる場合には、実質の意味の立法につき権利制限規範説をとることと、法律の留保につき侵害留保説をとることとは表裏の関係にあり、基本的に同様の考え方によるものということができた。しかし、民主主義が基本的な原理とされ、社会国家の考え方も取り入れ社会権なども保障する日本国憲法の下では、両説ともに維持できなくなり、立法の概念と法律の留保は分化する方向に進むことになる。また、そもそも、法律の専属的所管事項の問題と、行政活動にどこまで法律の根拠を必要とするかという問題（ただし、法律の留保がそのことを意味すればではあるが、行政法学説の中には実質的にそれ以外の意味を持ち込んで議論しているものが少なからずみられ、それが議論を混乱させる一因ともなっている）は、論理的には区別することも可能であり、両者の関係はなお問題となるものの、必ず一致させる必要はないともいえる。しかも、国会の地位や権能に関し定める四一条が行政活動の根拠や制約についても規定しているとするのは、その位置付けや文理からは素直には出てこないようにも思われる。法律の留保については、三〇条・八四条による租税法律主義、三一条による罪刑法定主義をはじめ憲法の個別の規定で定められているもの以外の行政活動に関する一般的な法律の留保は、法律による行政の原理を採用する憲法の規範構造から導き出されるのであり、四一条はその構造の一つを成すと捉えることも考えられるのではないだろうか。

法律による行政については、行政法学では、オットー・マイヤーがその内容として区分をした「法律の法規創

造力」、「法律の優位」、「法律の留保」の三つの点から論じるのが一般的である。それぞれの内容、それらの相互の関係についてはいろいろと議論があるようであり、ここでそれらを踏まえて論じる余裕はないが、「法律の法規創造力」と「法律の優位」については、その捉え方にもよるものの、(1)でも述べたように、「唯一の立法機関」が含意するものとして位置付けることが可能ではないかと思われる。これに対し、行政活動に関する「法律の留保」については、国の行政活動を正当化する権限をもつのは国会でありそれは法律で行われるべきことを意味するとして、そのことを「唯一の立法機関」の中に読み込むこともできないわけではないと思われるが、仮にそのように解したとしても、組織規範・規制規範・根拠規範の区別の問題や「法律の留保」の範囲について、「唯一の立法機関」だけから導き出すことは難しいように思われる⁽³⁴⁾。

なお、その関係では、「唯一の立法機関」は、行政権や司法権との関係において権限あるいは機能の配分を定めたものではあるが、その一方で、「立法」の概念や法律の所管については、行政法だけを念頭に置いているわけではなく、そこでは、刑事法はもちろん、民事法なども含まれることになってくるのであり、私人と私人の関係に関する法規範も法律で定めるべきことが当然に含意されているとみるべきであろう⁽³⁵⁾。憲法学や行政法学では、「唯一の立法機関」を論ずるに際し、私法分野の法律の存在を十分に考慮してこなかったきらいがあるのではないだろうか。

(5) 法律の制定手続に他の機関が関与することは認められないのか

「唯一の立法機関」の意味について、学説においては、国会中心立法と国会単独立法の原則の二つに分けるのが通例であるが、国民に関係する法規範の創造はまず国会が制定する法律によって行われるということからするならば、その決定そのものが国会によって行われることが重要となる。他方、法の形成主体にしても、法律の制

定も含め法の形成のプロセスにしても、ひとり国会のみによるものではなく、様々な機関の関与や相互作用によって行われるのであり、そのことは、憲法も予定しているとみることができるとは、実際にも、不可避であり、かつ、法形成のあり方としても妥当ではないかと思われる。立法過程において複数の機関が関与することにより抑制と均衡、あるいは協働と対抗の関係の下で法律の制定が行われることは、国会（二院）が単独で行うよりも、立法の質を高めることにつながり得るといえるだろう。

そして、このようなことからするならば、法律の制定のプロセスに他の機関が関与することについては、憲法が定めるもののほか、法律（場合によっては議院規則）をもって認めれば、可能ということになってこよう。ただし、その決定そのものを他の機関に委ねたり、国会の主體的な決定に重大な影響を及ぼすような関与や、内閣に拒否権あるいはそれに類する権限を認めることについては、法律で定めるとしても、許されない。そのような関与を国会自身が認めることは、「唯一の立法機関」としての権限と責任を放棄するに等しく、四一条又は五九条一項にも反するというべきである。これに対し、そのような関与でなく国会の主體的・自律的な決定が確保されている限りは、憲法は、国会の判断に委ねているものと解すべきである。例えば、法律案の提出については、議院内閣制の下では内閣がもつのが通例であることを前提としつつ（憲法七二条）、憲法はそれを認めるかどうかを国会の判断に委ねたと解すべきであり、審議過程において、内閣や地方公共団体、その他一定の者の意見を聴くことを制度化することも、問題はないといえる。

他方、国会あるいは議院が認めない限り、他の機関が法律案の審議・決定の手續に自ら直接に関与することはおよそ想定され得ない（なお、他の機関等が実質的に影響力をもつようなことは、それとは別の政治的な問題として検討されるべきものである）。仮に問題となり得るとすれば、憲法が規定する、法律の成立後における主任の大臣による「署名」・内閣総理大臣による「連署」、天皇の国事行為として実質的には内閣が行う「公布」の行為の關係

ということになるが、ここでは「する」・「しない」の判断作用が介在する余地はなく、内閣においては成立法律をそのまま公布することが必要となり、仮にそれに反する行為があれば憲法上の義務に違反するということになるだろう。⁽³⁶⁾

(6) 「唯一の立法機関」は法的にどのようなことを意味するか

さて、以上の検討を通じて、「唯一の立法機関」が法的に意味することもある程度はみえてくるところがあるのではないかと思われる。その場合に、特に問題となるのは、どの機関のどのような行為がそれに違反し無効となり得るのかということである。

この点、「唯一の立法機関」の眼目が、国民に関係する法規範の創設ないし制定法の形式の発動の第一次的判断・決定について憲法が定める場合を除き国会が独占すべきことを意味するとするならば、それに反するのは、国会自身がその権限や責任を放棄する場合と、他の機関によってその権限が侵奪されたり、それが阻害される場合が典型となる。

それらに該当する場合を思い付くままに挙げるならば、前者の例としては、行政機関の命令等に対する包括的な委任があり、そのような委任法律は「唯一の立法機関」としての責任を放棄するものとして四一条に違反することになる。法律で自ら定めるべき事項を観念できるのであれば、それを命令に委ねることも責任放棄となる。⁽³⁸⁾ 行政計画や行政指針に具体化等を委ねる法律も少なくないが、その多くは法規範を定めるものではなく、直ちに四一条に反することにはならないものの、例外的に「唯一の立法機関」の形骸化を招き責任放棄に等しいような場合には四一条との関係が問題となり得る場合もないわけではないといえよう。⁽³⁹⁾ 行政裁量を広く認めるような法律も同様である。これに対し、議院規則や最高裁判所規則との関係では、憲法は法律の介在を要求していないこ

とから、その所管の範囲にとどまる限り、それらに広く任せたとしても、「唯一の立法機関」との関係が問題となることはない。法律の規定のあり方（規律密度等）が裁判所との関係で四一条の問題を惹起することもほとんど考えられないのではないかと思われる⁽⁴⁰⁾。

このほか、法律の制定の判断を他の機関に委ねることもその責任放棄となるといえるが、両議院の議決の一致により法律が成立しないことになれば、端的には五九条一項に違反するということになるだろう。これに対し、法律の制定後に内閣に拒否権のような権限を与える制度については、四一条に違反するというべきである。

他方、後者の他の機関による侵害の例としては、他の機関が法律を制定することは想定され得ないことから、法律が介入することなく、その制定法の形式を発動することであり、その典型が、行政機関による独立命令の制定である。法律が介入しない命令の制定は、四一条（政令の場合はその趣旨を踏まえて解釈される七三条六号も含む）に違反し無効であり、それについては規定する事柄を問わないというべきである。なお、法律が整備されてくると、⁽⁴¹⁾関係する法律の委任に基づくものだとして委任命令の体裁がとられるものの、それによって法律が本来想定していなかった事項について命令を定めるようなこともあり得ないではない。しかし、これは、実質的には法律が介入しない命令と異なるものではない。それについても、通常は、委任法律との関係で委任の範囲を逸脱したものとして違法・無効とされることになるの⁽⁴²⁾だろうが、法律の委任の範囲を超えたものなのか、独立命令なのか、その境界はなかなか微妙なところがある。委任の範囲を超えた命令も法律の規定が介入しないということでは独立命令と異ならないということもでき、特に、委任という体裁を便宜的に装ったような命令については、委任命令の形式をとっていても、四一条との関係を問題とすべきではないかと思われる。行政機関が通達、解釈基準、計画、指針など定めたとしても、それが内部的なものや法的な意味をもたないものにとどまる限り、直ちに「唯一の立法機関」に反するものではないが、それが国民との関係で大きな影響力をもち、行政機関が立法を

行っているに等しいともいえるような場合には、「唯一の立法機関」の趣旨の形骸化・空洞化を招くものとなるかどうか問われることになってくるといえるだろう。

他方、議院規則と最高裁判所規則がその所管の範囲を超えて制定された場合も、国会の立法権の侵奪となり得るが、議院規則や最高裁判所規則の所管とされている事項についても詳細に規定する関係法律の状況からすれば、その所管の範囲を逸脱した場合でも、まずは法律との関係で違法・無効とされることになるのではないかと思われる。⁽⁴³⁾

裁判所による法令の解釈・適用を通じての法形成は、司法の作用に含まれるものであり、憲法も前提としていえるが、個人の権利・利益の救済や正義・衡平の観点から、立法府である国会の判断に委ねられるべきような部分にまで踏み込んだ判断を行ったり、反制定法的解釈を行うことなどが認められるかどうかも問題となり得る。法令の解釈・適用により行うことが可能な範囲を超えて裁判所が判断を示すことについては、立法を行うに等しいと批判されることもあるが、⁽⁴⁴⁾まずは、司法救済の必要性、立法府の不作為の有無・状況なども考慮しつつ、司法の役割や限界との関係から論じられるべきであって、直ちに四一条との関係を持ち出すべきものではないように思われる。

ちなみに、裁判所による法形成や法の支配の実現・確保を重視することは、実質的には国会の「唯一の立法機関」性を相対化させる面があることは否めず、裁判所が憲法八一条の違憲審査権の行使により国会が制定した法律を違憲・無効とすることも、それが個別的効力にとどまるとしても、憲法保障の点から国会の立法権を実質的に抑制・制約する意味合いをもつことができる。紛争処理機関である裁判所の役割にも限界があることはもちろんだが、立法の質やより良き立法という点からは、むしろ、両者の相互作用ということも含め、そのようなことも織り込みながら「唯一の立法機関」の意味・射程が理解されていくべきではなからうか。

このほか、地方公共団体が制定する条例の場合には国の法令との関係や憲法九四条の問題となるにとどまり、社会的な規範については四一条との関係が問題となることは基本的でないといえる⁽⁴⁵⁾。また、法律の制定手続に対する他の機関が自ら関与する余地とそれが問題となり得る場合については(5)で検討したとおりである。

なお、国家機関の行為の憲法適合性に関する法的判断は、最終的には最高裁判所によってなされることになるが、付随的審査制が採用され、また、特に政治性を帯びる問題に対しては最高裁判所の消極的・謙抑的な姿勢が顕著にみられる中で、実際に「唯一の立法機関」に違反し無効と判断される場合というのはより限定的となる可能性があることも、あるいは念頭に置く必要があるのかもしれない。しかし、だからといって、裁判規範だけでなく行為規範としての意義・役割なども考慮するならば、「唯一の立法機関」の法的な意味を理論的に明確にしておく必要性が減少することはないというべきだろう。

三 「唯一の立法機関」が問題となった事例等を通じての検討

では、実際にどのような問題について「唯一の立法機関」との関係が問われ、どのように論じられてきたのか。二での検討を踏まえ、いくつかの具体的な事例を通して、その意味・射程についてさらに検討を加えてみたい。

1 個別的法律

四一条の「立法」の意味を論ずるに際し、法律の一般性との関係で、個別的法律の是非が論じられてきたが、既に多くの論者によって指摘されてきているように、近代国家以降においても個別的法律は存在し続けてきた⁽⁴⁶⁾であり、また、国民の生存・生活や実質的平等に配慮することが求められる以上は、個別的法律の存在を否定す

ることは困難であり、妥当ともいえない。連邦共和国基本法一九条一項が「……法律は一般的に適用されるものでなければならず、単に個々の場合にのみ適用されるものであってはならない」と規定し、当面の具体的課題などに対処するためだけの措置法ないし処分的法律をめぐり活発な議論が展開されてきたドイツでも、連邦憲法裁判所の一九六九年五月七日判決が、「措置法概念は、憲法上重要ではない」とするとともに、同項の射程を基本権の制限の場合に限定し、かつ、単数の事実関係の規律が客観的な根拠によって担われている状態にある場合には排除されなかったほか、学説においても、特定の者のみを対象とした個別的法律に関する同項の判断と基本法三条一項の一般平等原則による判断とを実質的に同一化する（すなわち平等原則の問題へと収斂する）方向で議論が展開されてきており、一九条一項のもつ意味はそれほど大きなものではないとされるようになってい

る。しかも、日本では、少なくとも規制立法については、特定の者のみを対象とするものであっても、一般的な形式をとるのが通例となっており、また、その個別性が争われても、裁判所の側は、立法の動機や狙いにまで踏み込むことなく、法律の規定を形式的に審査し、一般的規範であると判断することが多い⁽⁴⁷⁾。

もつとも、四一条からは、一般性による立法の限界を導き出し得ないとしても、個別的法律は、あくまでも例外的なものにとどまるべきであるとともに、人権の狙い撃ち的な侵害や利益誘導につながる懸念があることも確かであり、その法的な限界を明確化することも重要となってくる。そして、この点については、結局は、平等原則や個別の人権規定、権力分立（行政権・司法権）などによって限界付けられることになることは、既に述べたとおりである。

2 規範性の薄い法律

法律は、諸々の要求の実現や政策の推進のための最も有力な媒体であり、政治的なアピールの手段ともなるだ

けに、立法そのものが目的化・象徴化し、法律の道具化の様相が強まっている。そこでは、法律で規定する事項に歯止めがからなくなり、規範性の薄い法律などもみられるようになっており、その存在をますます曖昧化・希薄化することにもつながっている。

この点、法律という形式を用いる以上、プログラムにとどまるものであっても、最低限、広い意味での規範性をもつものであることが必要なのではないかと思われる。⁽⁵⁰⁾ すなわち、国家が制定する法の形式を用いる以上、名宛人が、国民であるうと、政府であるうと、特定の機関や公務員にとどまるものであるうと、一定の行為・判断・評価などをするようその名宛人に指示し、導く力が何らかの形で必要なのであって、このような規範性のあることが法律としての最低限の条件とすべきである。単なる認識、望ましさ、希望などを述べるに過ぎない法律は、規範性を欠き、法律の形式の濫用との誹りを免れないといわざるを得ない。

日本では、規範性の問題はあまり意識されてはいないが、例えば、フランスでは、憲法院が、二〇〇四年七月二九日判決で「法律は、法準則を表明することを使命とし、ゆえに、規範的射程を備えていなければならない」として、法律の規範性を要求したのに続き、二〇〇五年四月二二日判決で、学校の将来に関する方針及び計画策定法七条Ⅱの規定があらゆる規範的射程を欠いているとして憲法に違反するとした。⁽⁵¹⁾

日本における立法の状況を考慮するならば、法律の質やあり方として規範性の問題にも目を向けていくべきであるが、四一条から立法の限界が導き出されないということになると、たとえ規範性を欠くような法律が制定されたとしても、憲法的な評価・統制に結び付くことはないといわざるを得ない。⁽⁵²⁾

3 委任立法

行政機関が制定する命令については、現行件数・制定件数ともに、法律のそれを遙かに凌駕し、多くの事項が

命令に委任されており、包括的な委任も少なくない。

このような委任立法の増大という現象に対しては、議会主義や法律による行政の観点などから批判がなされているだけでなく、委任立法の憲法上の許容性について問題とする議論もないわけではない。しかし、憲法は、政令だけでなく、その他の命令も含めて、その存在を許容しているとみるべきであり、また、四一条は、法律が介入しない命令の存在を否定しているとしても、法律ですべてを規定することまでは要求しているわけではない、委任命令や執行命令の存在を許容しているといえるだろう。

委任立法は、現代国家において議会の専門的・技術的・時間的な能力などの限界に伴う不可避のものであり、問題なのは、その存在ではなく、その現状であり、大事なことは、四一条の趣旨を踏まえ、そのあり方・限界と統制について論じることである。

その場合に、委任立法をめぐる問題としては、委任する法律における委任の是非・あり方の問題と、命令が委任の趣旨・範囲を超えていないかという委任命令のあり方の問題とがあり、それぞれについて検討される必要がある。また、委任立法については、学説や判例の状況などからその限界よりも統制に重点を置くべきとする議論もみられるが、委任のあり方や限界に関し詰めておくべき点も少なくなく、限界の問題と統制の問題はいわば車の両輪であり、相互補完の関係にあるといえるだろう。とりわけ、現実には、議員は命令への委任に対する問題意識が希薄である一方、立法の中心を占める内閣提出法律では命令への委任を実質的に決めてるのは委任される側の行政機関ということになってしまっており、改正の際の国会審議を避けるために命令で定めようとする誘惑も働きやすいことなどからすれば、そのあり方や限界を明確にするとともに、それをチェックする仕組みを整備する必要があるといえよう。

そして、このような問題意識の下で、これまでの立法の委任の限界の議論をみると、委任はなるべく個別

的・具体的に行われることが必要であり、いかなる場合にも国会が立法権を独占するという憲法の建前を否定するような一般的・包括的な委任は許されないと考え方が広く支持されており、裁判所も、具体的な委任か、広範かつ概括的な委任かによって判断を行ってきた。

しかし、これでは、考え方としてはともかく、多くの論者によって指摘されているとおり、ほとんど基準たり得ていないことは確かであろう。そして、これに対して、近年、注目されるようになってきているのが、ドイツの本質性理論を取り入れ、これによって、本質的・基本的な事項については国会が定めるべきで、委任は許されないと議論である。⁽³⁴⁾しかし、制度の基本は法律で定めるべきこと（規律密度）や命令への委任が許されず法律で必ず規定すべき事項があることを再確認させることになったとはいえず、国会の立法権や責任の放棄は許されないといいことでは、一般的・包括的な委任の禁止と、本質的・基本的事項は法律に留保されるべきとするのは、それほど変わらないことを言っているようにみえなくもない。しかも、本質的事項・重要事項といっても、何がそれに該当するかは明らかとはいえない。

結局は、一般的な形でその判断基準を示すことは容易ではなく、委任する法律の側において基本的な内容が定められているべきであり、委任が許されない事項もあること、⁽³⁵⁾委任する事項・範囲が限定され、委任の目的と行政機関が委任命令を定める場合の基準が明確にされている必要があることなどを確認しつつ、実際にどの程度の内容を法律で定め、委任事項を限定し、委任の基準を明確化すべきかについては、委任事項の内容、委任された権限の大小など様々な要素を考慮して決めざるを得ない。また、その際には、国会が法律で規定するのと行政機関に委ねるとどちらが問題解決に適しているかということから検討されるとともに、委任の目的・理由に応じた委任の基準・範囲や限界について判断される必要がある。特に、委任する事項が国民に対してどのような影響・効果をもつかということから委任のあり方が考えられるべきであり、国民の権利義務について規律するもの

にはより厳格さが要求されるべき（逆に国民の権利義務には直接に関係のない作用あるいは専門的・技術的な事項の場合には弾力的に考えることも可能）といえる。そして、これらを踏まえた具体的な事例の積重ねによって相場を形成していくほかないのであり、また、それは、国会による統制や国民参加の手段などとの組合せも考慮しながら検討されることも必要となってくるだろう。

なお、委任命令の統制については、大別すれば、①裁判所による統制、②議会による統制、③国民参加の制度の三つがあり、近年は、裁判において委任命令が法律の委任の範囲を逸脱し違法とされる例が増えているほか、行政手続法において意見公募手続（パブリックコメント）の制度が整備されるに至っている。しかし、司法による統制は、事後的でかつ訴訟の提起を前提に合法性の審査を行うにとどまるものであり、他方、パブリックコメントの制度は、情報の事前提供という意味はあるものの、民意の反映も含めどの程度統制的な機能を果たし得るかは不確実なところもある。そのようなことから、国会による統制の仕組みの整備や、審議会、公聴会の制度などの活用も図られていく必要があるだろう。その場合、国会による統制については、立法の委任が必要とされる背景・理由からいって、過大な期待をすることは避けるべきであり、その統制方法は厳格であればあるほどよいというものではないことにも留意すべきである。また、委任命令につき国会の拒否手続や承認手続を定めることについては、憲法上可能かどうかが問題となり得るが、そのような権限を国会の側が留保することは立法の権限の一部を委ねる場合の委任の仕方や条件の問題であって、それを法律で規定することが直ちに憲法に反するとされるようなこととはないとみるべきである。⁵⁶

委任命令の統制方法には様々なものが考えられるが、その内容等に応じて、これらを適当に組み合わせることで、委任立法の過程の透明性を高め、法律による行政や民主主義の実質化が図られていくことが重要といえるだろう。

4 国の行政組織

国の行政組織については、内閣法、国家行政組織法、各府省の設置法などによって規定されているが、それが法律で定めるべき事項なのか、また、そうだとすれば憲法のどの条文を根拠としてどこまで法律で定めることが必要となるのかということが議論となってきた。⁽⁵⁷⁾

この点については、憲法学説では、四一条の「立法」を実質的意味に解した上で、行政組織もそれに含まれるとするものが比較的多いようであるが、その理由付けや範囲については必ずしも詰めた議論がなされてこなかったといえる。そして、憲法六六条一項が内閣の組織につき法律で規定すべきとしていること、府省が直接国民に対して行動する権限を有することなどから、国会は行政組織の編成権をもつとして、府省の設置だけでなく、府省の内部組織についても法律事項と解する説が少なくなかった。このため、一九八三年の国家行政組織法の改正により、官房・局・部・課や審議会・施設等機関の設置が政令事項とされた際には、違憲の疑いがあるとの指摘がみられたほか、委任という論理構成によって合憲性を説明するものが多くみられた。

しかし、内部組織がどのような理由で憲法上の法律事項とされるのかは明らかといえず、他方、行政機関が内部組織について自律的に決定する余地を一切合切否定してしまうことは困難ではないかと思われる。⁽⁵⁸⁾むしろ、内部組織について法律でどこまで定めるかは、国会の判断によるのであり、政令事項としたことは委任とは異なる点とみるのが妥当ではないだろうか。また、それだけではなく、本来的に行政組織の編成権の所在が議会と行政のいずれにあるとするのかは異なるところがあっても、イギリス・アメリカ・ドイツ・フランスともに、省の設置は行政府で決定できることになっており、比較法的にみると、日本の現在の制度や、内部組織も含め法律事項を広く解そうとする議論はやや特殊といえなくもない。⁽⁵⁹⁾そして、政権交代が生じるようになるに伴い、政権に

よって府省の設置も自由に決めることができるようにすべきであり、国家行政組織法や府省設置法は廃止すべきだとの議論も生じるようになっていく。

国民との関係ということから国の行政組織は四一条の「立法」に事項として含まれることもできないわけではないが、行政組織のうち法律で定めるべき範囲については、「唯一の立法機関」だけから導き出すことは難しく、旧憲法下の官制大権が否定されたことや四一条前段と後段を合わせたその全体の趣旨等に照らせば行政組織の編成権は国会が有すると解され得ること、六六条一項や七三条四号の規定、さらに憲法が前提としていると解される国務大臣行政長官制なども考慮しつつ、判断することが必要であろう。そして、そのようなことから、有力学説が指摘するとおり、少なくとも内閣の基本的な組織と国務大臣を長とする府省の設置・任務などについては法律で定めるべきことになり、府省の内部組織などについては、行政組織の民主的コントロールの必要性と政治状況や行政需要の変化への機動的・弾力的な対応の必要性などを考慮し、法律で定めることにするのか、命令で定めることにするのかは国会の政策的・政治的な判断に委ねられていることも可能なように思われる。⁽⁶⁰⁾

なお、その際には、法律で定めることは民主的コントロールという面では望ましいように語られるが、それが、それぞれの府省等の組織の安定性を保障し、その自律性を強めることにもつながり、逆に、政治、特に内閣の主導性や民主的コントロールを妨げる結果になっている面があることも見逃してはならないだろう。

5 法律制定後の内閣による訂正

法律が、両議院で可決され成立した後、その効力を生ずるためには、法律の公布と施行が必要となるが、施行についてはそれぞれの法律に規定されるのが一般的であるのに対し、公布については別途行為が必要となり、そ

れを行うのは天皇であり、実質的には助言と承認をする内閣ということになる。法律の公布は、有効に成立した法律を一般の国民に表示する行為であり、日本では、法律の効力発生の要件とされている。

公布の手続については、公布奏上から三〇日以内の公布を義務付ける国会法六六条のほかは、これを規定するものはなく、慣行として、官報に登載することによって行われている。法令の公布の手続について定めていた公式令が日本国憲法の施行とともに廃止される一方、公式令に代わるものとして日本政府が用意していた公式方式令案・公式方式法案は、GHQの反対などによって制定されなかったことから、このような取扱いとなったものである。公布という憲法が定める手続について法律によることなく内閣による慣行的な取扱いに委ねることは、憲法との関係で議論となり得ないではないが、憲法に反するとまではいえないように思われる。⁽⁶⁾

法律の公布にあたり、公布するか否かの自由はないとされ、成立した法律をそのまま官報に掲載しなければならぬ。法律については公布行為そのものが問題となつたことはないが、法律の条文について官報正誤が慣行的に行われており、これが「唯一の立法機関」との関係で問題を生じることもないわけではない。

この点、単純な官報登載の際のミスであれば正誤で対応することに何ら問題はないだけでなく、成立した法律の条文に一見明白な形式上の誤りがある場合に官報正誤で訂正することもこれまで慣行的に認められてきたのであり、直ちに国会の立法権との関係が問題となつてはいえないだろう。人間が行う作業であり、しかも法案の立案作業は極めて膨大かつ複雑な作業となつてのことからは、誤りを生じることがあり得るとみるべきであり、また、国民に対して速やかに正しい条文を知らせることで誤りによって問題が生じないようにすることの重要性を考慮するならば、官報正誤といった便宜的な対応によることもやむを得ない。

しかし、官報正誤とはいえ、そのような範囲を超えて法律の条文の訂正が行われることになると、四一条との関係で疑義を生じかねないことになる。

その点で問題となったのが、二〇〇四年の「国民年金法等の一部を改正する法律」（平成一六年法律第一〇四号）に関する官報正誤であり、正誤は四〇か所に及び、その中には条文の追加なども含まれ、官報で二頁分ともなる膨大なものであった。これについては、内閣限りで過誤の訂正を行うことは「国の立法」に当たる行為であり四一条に反するのではないか、特に条文を追加する行為は立法行為に該当するのではないかといったことが質問主意書や委員会質疑で指摘・批判されることとなったが、これに対し、内閣の側は、「官報正誤とは、法文の「表記上の誤り」、すなわち、実質的な法規範の内容と法文の表記との間に形式的な齟齬があることが客観的に明らかであると判断されるものについて、法文の表記を実質的な法規範の内容に即したものに訂正するものであり、実質的な法規範の内容を変更するものではない」、「法文の表記を速やかに実質的な法規範の内容に即したものに訂正し、それを広く国民に知らせることは、内閣の当然の責務である」、「官報正誤は、……「国の立法」に当たる行為ではないことから、憲法第四一条に反するものではない」との答弁を繰り返した。⁽⁶²⁾

法律の条文の過誤について、迅速かつ効率的な手段として官報正誤で訂正することが直ちに四一条との関係で許されないことまではいえないことは前述のとおりだが、しかしその一方で、表記上の誤りがある場合に実質的な法規範が常に客観的に定まるとは限らず、それに関する立法者の意思が明らかでないことも少なくない。また、実質的な法規範が何であり、法文の表記との齟齬があるかどうかを判断する権限は誰にあるのかということなども考慮するならば、内閣の側の説明には疑問がある。そして、その場合に、問題なのは、官報正誤により訂正するということよりも、条項の追加まで含む膨大な正誤を内閣の判断だけで行うことであり、例外的なものとはいえず、それを大幅に許すことは国会の立法権の侵奪にもつながりかねないといえるべきだろう。⁽⁶³⁾

官報正誤による訂正を維持するのであれば、四一条の趣旨を踏まえ、国会の関与や官報正誤によることができず、国会と内閣との間でルール化していくことが必要なのではないだろうか。

6 法律による国の事務の限定と条例による法律の上書き

近年においては、地方分権が国政上の重要課題とされ、第一次分権改革、第二次分権改革などの改革が進められてきたが、ここでは、国の立法ないし法律のあり方も問題とされてきている。

例えば、国と地方の関係については、分権改革の一つの成果として補完性・近接性の原理も取り入れた国と地方の役割分担の原則が地方自治法に規定されており、ここでは、国の役割を限定する方向が打ち出されている。もっとも、これは、地方公共団体の自主性・自立性を拡大する方向で国と地方公共団体が役割分担をすることを目指すものと解されており、このようなことから、それをさらに徹底し、国と地方の事務のあり方として、国と地方公共団体の事務をできるだけ分離した上で、立法権も含め国の事務を法律で明確に限定すべきとの議論もみられる。そして、その際に問題となってきたのが、四一条などに照らし国会の立法権まで限定することの憲法上の可否である⁽⁶⁴⁾。

もう一つは、第二次分権改革での国の法令による義務付け・枠付けの見直しにおいて、法令の規定の内容を条例によって変更・補正する「上書権」を地方公共団体に付与することの是非が問題となり、これを求める側からは、法律の通則的な規定により一般的な上書権を地方公共団体に認めることなどが主張された。しかし、一般的な上書権の付与は、国会を唯一の立法機関とし法律の範囲内で条例制定権を認める日本国憲法の下では困難であり、個別の法律で上書きを認める方法によらざるを得ないとする考え方が有力であり、政府において義務付け・枠付けの見直しを検討した地方分権改革推進委員会の第三次勧告でも同様の認識が示された⁽⁶⁵⁾。このため、実際の義務付け・枠付けの見直しにおいては、条例による上書きの許容ではなく、条例への委任という方法がとられることとなったが⁽⁶⁶⁾、条例の一般的な上書権を認めるべきとの議論もなおくすぶり続けている。

前者の国の事務の限定の問題を考える際に、留意する必要があるのは、法律で国の事務を限定した場合のその意味である。そもそも、国と地方の関係、地方自治のあり方について国の法律で定めることを認める日本国憲法の下では、地方公共団体の事務とすることが国の立法的な関与を排除することには必ずしも結び付かない。また、仮に国の事務の限定が立法権の制約を意味するとしても、それを法律で行う以上は、後に法律でそれと異なる定めをすることは排除できない。すなわち、国会の立法権を法的に拘束しようとするのであれば、法体系上、法律では対応できないのである。

となると、法律で国会の立法の対象範囲を限定することは意味がないとするか、できないあるいは不適当とするか、それとも、国会による自制の表れとして意味をもち得るとするかの問題とみることができ、仮に自制と云った程度の意味にとどまると解されるならば、それを国会の責任放棄として、あえて四一条に反するとまでいふ必要はないのかもしれない。ただし、それが政策的・制度的にどこまで妥当性をもち得るかについては、十分に慎重な検討が必要となるのではないかと思われる。

次に、後者の通則規定による条例の上書権については、国会が法律によって付与するものであるとしても、法律の内容等を問うことなく、また、国会の個別の判断なしに、条例による上書きを認めるというのは、地域的に限定されるとはいえ、国会の立法権を包括的に割譲したに等しく、「唯一の立法機関」としての責任の放棄にもつながりかねないほか、条例の制定権を法律の範囲内で認めた趣旨にもそぐわず、四一条、九四条に照らし認められないというべきであろう。⁽⁶⁷⁾ もっとも、法律により個別に条例による上書きを認めることは可能であり、その際には、地域や場合、対象範囲を特定するにとどめ、複数の法律にわたり広く条例による上書きを認めるようなことなども可能ではないかと思われる。⁽⁶⁸⁾

条例の上書権の議論が出てきたのは、地方公共団体の事務について詳細に規定する国の法令の規律密度が容易

には変わらないことを背景とするものであるが、漸進的とはならざるを得ないものの、国の法令そのものあり方を変えていく努力が続けられていくべきであろう。

7 国民投票・国民発案の導入

国民投票（レファレンダム）の制度に関しては、国会の機能不全や民意との乖離などにより国民の不満が高まるたびに、その導入が議論となってきたが、現行憲法の下で特定の事項ないし法律に関する国民投票の制度を法律で設けることについて、多数説は、拘束力をもつ決定型の国民投票を導入するのは、憲法が基本とする代議民主制、四一条、五九条一項等との関係で問題があり憲法改正を必要とするが、拘束力をもたない諮問型のものであれば、現行憲法の下でも可能と解しており、政府も同様の立場に立つ⁽⁶⁹⁾。また、国民発案（イニシアティブ）については、これを正面から論じるものは意外に少ないが、それが国民の立法請願に類するものであれば可能だが、議案の提出と同様ののであれば、現行憲法においては困難と解する説などもみられる⁽⁷⁰⁾。

この問題は、日本国憲法が採用する民主権や代表制の原理をどのように理解するかにかかり、それを抜きにして語ることはできないが、ここでは、「唯一の立法機関」との関係に焦点を当ててみるならば、国会議員を選定する国民に、国会自らが、立法権の一部を限定的に委ねることは、四一条の趣旨に反するものではなく、拘束的な国民投票も可能との議論もあるいは考えられないわけではない。しかしながら、憲法によって授けられた権能を国会が憲法上の根拠なく他の機関に委ねることは憲法によって与えられた責任の放棄であるといわざるを得ず、それがたとえ主権者である国民であったとしても、代表民主制を前提とする四一条の「唯一の立法機関」の規定に反するといふべきだろう。

なお、国会の議決に先立つ諮問型の国民投票であれば法律で設けることは可能とするのが多数説であるが、国

民投票制度についてはその制度の仕組み方や対象とする事項によって、その機能は大きく異なってくるところがある⁽⁷¹⁾。また、諮問型とはいえ、国民の多数によって示された意思を国会が覆すことは容易ではなく、事実上の拘束力もち得ることや、裁判所の違憲審査への影響なども考慮することが必要であろう。

他方、国民発案については、議案の提出に等しいものであっても、どのような審議・決定を行うかが国会に留保されている限り、少なくとも四一条に反することはないように思われる。議案の提出に類するものとする場合には憲法上の根拠が必要との議論もあるが、法律案の発案権の所在について憲法は明確に規定することなく国会の判断に委ねているとみるべきであり、また、内閣や議員から提出された法律案であっても議院ないし国会は審議する義務までは負うものではなく、仮に国民発案を認めたとしても、同様の取扱いとされることになるものと思われる。国民発案を制度化する場合には、地方自治法が定める条例の制定改廃請求と同様の制度とするほか、多様な制度設計が考えられ得るが、それを導入した場合の意義や効果・影響については慎重な検討も必要となるだろう。

まとめにかえて

以上、四一条の「唯一の立法機関」について、四一条の規定の位置付け、学説の状況、主な論点、問題となった事例等を通じて、その意味することとしないことを中心に検討を行ってきた。

論点・事例ともに網羅的ではなくその一部を取り上げたにすぎないものの、それらを通じて、「唯一の立法機関」の法的な意味と射程について、みえてくるところもあるのではないかと思われる。すなわち、それによって法的に規律されるのは、国会がその与えられた権限・責任を放棄すること、あるいは他の機関がそれを侵奪する

ことであり、理念的・政治的な意味は別として、その法的な意味・射程はそれほど広いものではないように思われる。そして、そのように捉えた場合には、唯一の立法機関をめぐる学説において言及されることが多い国会中心立法と国会単独立法の二つの原則は、中心・単独の規範的な意味・射程が必ずしも明らかではないというだけでなく、立法については実体と手続の面があるとはいえ、それらの二つに区分することは法的にはそれほど意味がないということになってくるのかもしれない（もちろんその場合でもその理念的な意味を否定するものではない）。

また、本稿においては踏み込んだ検討を行うことを断念せざるを得なかった四一条の「立法」の意義については、憲法上関係する規定や事項の広範さ、法律の対象や規定の多様さなどからすれば、おそらくすべての問題に答え得るような解釈を導き出すことは困難であり、どこかで割り切りざるを得ないところもあるようにも思われる。しかし、その一方で、通説的・多数説的な見解が維持してきた前提や議論の中には再考を免れないものも少なからずあるといわざるを得ない。

国民あるいは国政にかかわる基本的な事項に関しては国民の代表による公開の場での討議を通じて決定されるべきことは、統治や民主政治についていかなる構想・モデルに立とうが、変わるものではない。また、現代国家においては議会の能力・機能の低下がいわれるものの、国民に関係する法規範の創出の始源的な決定は国会によって行われるべきとするのが、憲法の要請するところであり、立憲主義、法律による行政・法の支配、民主主義のいずれの観点からも、なお重要な意味をもつといえる。もつとも、その一方で、議会主義を重視して、国家状況・政治状況などとかかわりなく、そのもてる資源や能力を超えるような意味を四一条に読み込み、国会の役割に過剰な期待をすることは、国会に過大な負担を負わせ、逆にその権限や機能の建前化や形骸化を招くことにもなりかねない。他方、現実の政治や立法の状況にかんがみると、恣意、思い付き、思惑、世論への無条件反射などによる正当性や適格性を欠いた立法を抑制し限界付けていくことなども必要となるといえる。しかし、それ

を、個別の人権規定などのほかに、「唯一の立法機関」からも導き出すのは困難であり、その方策については、規範的なものとなり得るかどうかは別として、立法のあり方に関する枠組みや準則ということから、別途、構想することが求められているといえるだろう。⁽⁷⁴⁾

なお、民主主義の観点から、民主的な決定、とりわけ行政に対する国会による民主的コントロールの必要性が強調され、それが法律の対象やあり方にも影響を及ぼしているところであるが、法律が、国会の意思決定の方式としては最も重要であり、権威がある形式とはいえ、何でも法律に持ち込むのが妥当かどうか、それ以外の意思決定方式によることが考えられないのかどうかといったことも検討されるべき課題となってくる可能性があるように思われる。⁽⁷⁵⁾

いずれにしても、「唯一の立法機関」の意味・射程については、固定的なものではなく、国家・法・政治の状況によって変わり得るところもあるとみるべきであり、そのことを踏まえた検討も必要となってくるのではないかと考えられる。

最後とはなるが、小林節先生には、実務に軸足を置きつつ研究をするという、筆者がこれまで細々と歩んできた道に導いていただいた。先生の御退職にあたり、その学恩にお応えするものとしては、覚書に近いささやかな論文となってしまうが、「唯一の立法機関」の意味・射程や本稿において考察の対象外とした「立法」そのものの意義などについても、引き続き検討を行い、その成果をまとめていくことで、お許しを請いたいと考えている次第である。

(1) 清水睦「唯一の立法機関」原則の例外について」小林直樹先生古稀祝賀『憲法学の展望』(有斐閣、一九九一年)六五七頁。

- (2) このほかにも、国家の権能なり作用は、立法・行政・司法の三つに配分し尽くされているとするのか、それぞれの競合領域や所属不明領域といったものを認めるのかといったことなども問題となり得る。
- (3) 法の段階構造は、近代法治国家が成立する上で当然の前提となるものであり、ここでは、上位法が優位しそれとに違反する下位法は無効とされることになるが、具体的にどのような段階構造とするかは憲法の定めるところによることになる。日本国憲法では、憲法―法律―命令という段階構造が強化される一方で、それ以外については、段階構造は必ずしも貫徹されていないところがある。
- (4) 「法治国家」と「法の支配」の異同や関係については、従来から議論がなされているところであるが、最近の憲法学の教科書では、「法の支配」のみを挙げるものも増えており、また、その中には「法律による行政」も「法の支配」の中に含まれるとするものがみられる一方で、「法の支配」を形式的なものと捉えたり、裁判所の役割に重きを置くものもあり、その含意するところについては論者によって捉え方が異なっている。このほか、「法律による行政」を権力分立制の中に読み込む説などもある。公権力が法に基づいて行われるべきことは、「法の支配」の意味するところであると思われるが、「法律による行政」において論じられていることをすべて含意するものかどうかは、なお検討を要する。このようなことから、ここでは、とりあえず「法律による行政」と「法の支配」の二つを挙げることにした。
- (5) 例えば、立法の関係では、「唯一の立法機関」について法律の専属的所管事項を規定したものと解する場合には、後述するように、それ以外の事項を国会が法律をもって定めることの根拠をどこに求めるかが問題となり、それを「国権の最高機関」に求める学説もある（例えば、赤坂正浩「立法の概念」公法研究六七号（二〇〇五年）一五七頁など。ただし、同教授は、四一条前段だけでなくそれと結合して後段も、専管的立法権の授權規定であると同時に、実質的法律に含まれない規範の定立権を授權した規定と読まれるべきとする）。しかし、その場合には、「国権の最高機関」の解釈とどう整合させるのかといったことが問題となるほか、法律の形式を用いることの評価やそれも立法に属するかどうかにもかわってくるが、立法ないし法律には「唯一の立法機関」によるものと「国権の最高機関」によるものが存在することになり、技巧的・便宜的な感じは否めない。いずれにしても、法律が規定する事項が広範かつ多様だけに、これに「国権の最高機関」が関係するのかもしれないのは、様々な場面で問題となり得る。

- (6) 前掲注(1) 清水六六〇頁以下のほか、「国権の最高機関」に関するものではあるが、土井真一「国権の最高機関」論の再検討」法学論叢一四八巻五・六号(二〇〇一年)二八三頁以下など。
- (7) 佐藤達夫著・佐藤功補訂『日本国憲法成立史第三巻』(有斐閣、一九九四年)一三二頁。
- (8) 一九四七年九月五日の民間情報教育局及び民政局の新聞記者会談における「新憲法下における立法権」の声明。引用部分は高見勝利「芦部憲法学を読む」統治機構論(有斐閣、二〇〇四年)一〇七―一〇八頁による。
- (9) 例えば、金森徳次郎国務大臣は、「唯一の立法機関」の意味を問う質問に対し、「國の唯一の立法機關と申しましたのは、……相當意味があるのであります、之も現行憲法と比べて御説明すると分ると思ひますが、現行の憲法に於きましては成程立法権は帝國議會の協贊を経て天皇が之を御行ひになると書いてありますけれども、それと相並んで八條、九條等がありまして、或は緊急勅令に依つて立法をされ、或は獨立命令に依つて立法をする、獨立命令の中には……實質的な立法の權能が分散して居りまして、それが弊害の根源になつて居ります、今度は何が何でも苟くも實質的な立法を何處かに集中してしまふ、斯う云ふ建前で國の立法は國會の謂はば獨占である、斯う云ふ風に大原則を立てました」(第九〇回帝國議會・衆議院帝國憲法改正案委員會議録六回・昭和二年七月五日)、「謂わば行政權が立法を行うようなことではないのだと云う風なことに重点を置いて居ります」(第九〇回帝國議會・貴族院帝國憲法改正案特別委員會議事速記録一八号・昭和二年九月二〇日)などと答弁している。
- (10) 個別的法律は、法律の基本的な要素ともされる一般性(対象となる者の不特定性にかかわる一般的性格と対象となる場合の不特定性にかかわる抽象的性格)を欠くものであり、その中には、個別的・具体的法律、個別的・抽象的法律、一般的・具体的法律が含まれ得る。なお、かつてドイツで議論となった *Maßnahmegesetz* (措置法ないし処分的法律) は、論者によって捉え方に違いはあるものの、ある特定の具体的な問題に対処するための法律を指すものとして用いられたものであり、個別的法律とは部分的に重なるものの、観点を異にするものといえる。
- (11) 予算については、法律とは別の法形式と解するのが多数説であるが、予算法律説も従来から有力に主張されている。ただし、いずれに解しても、「唯一の立法機関」の意味にそれほど影響を与えることはないように思われる。
- (12) このようなことから、日本国憲法の制定過程では、「唯一の立法機関」の「唯一」の妥当性がしばしば問題とされることとなった。例えば、枢密院の審議において、美濃部達吉委員は「憲法改正ばかりでなく、政令も国会が作る

ものではない。草案自体が最高法規に挙げている条約についてもそうである。したがって、国会が唯一の立法機関でないことは明らかである。かりに立法を形式的に解しても、法律は、天皇の公布によって国民に対する効力を生ずる。この点からも、国会が唯一の立法機関とはいえない。」と批判している。前掲注(7)佐藤四〇二頁。「唯一」という言葉の適否はともかく、その趣旨は、国会が立法権を独占し、法律の介入しない独自の命令を認めないということにあったことは、既に述べたとおりであるが、最高法規とされる憲法の下、法律と命令のライン以外では法の構造はむしろ多様なものとなっているともいえる。なお、憲法学では、これまで、憲法が定める各種法形式をめぐり、「唯一の立法機関」との関係でその例外なのかどうか議論となってきた。これは、その例外が多くなればなるほど、そこから導き出される原則の意味が弱まるという問題意識によるものであるが、その法的な意味・射程を明確にすることなく、それぞれが例外なのかどうかを論じることには、どれほどの意味があるのか疑問なしとはしない。

(13) もっとも、国会の承認の対象となる条約については、政府は、①法律事項を含む国際約束、②財政事項を含む国際約束、③我が国と相手国との間あるいは国家間一般の基本的な関係を法的に規定するという意味で政治的に重要な国際約束であって、それゆえに発効のために批准が要件とされているものに限られるとの立場をとっており、学説もおおむねこれを支持している。筆者は、「法律事項」といった要素をはじめこの基準の具体的な意味について再検証する必要があると考えているが、「唯一の立法機関」との関係については、そのほかに、条約は「国の立法」には該当しないことや、特に国会の承認の対象とならない条約に関しては、国会の承認を経た条約の範囲内で実施するもの、国会の議決を経た予算の範囲内で実施するもの、国内法の範囲内で実施するものに限られることなどから、説明することにならざるを得ないだろう。なお、この点については、外交という作用の位置付けと国会の役割といった観点からも検討を要する。

(14) 四一条と九四条の関係については、本文中で述べた①四一条は国の立法、九四条は地方公共団体の立法について定めたものであり、両者は原則と例外の関係にはないとする考え方のほか、②条例の制定も四一条の「立法」に含まれるとし、九四条は四一条の例外と解する考え方や、③条例の制定も四一条の「立法」に含まれ得るとした上で、条例は法律の範囲内で定められることからその例外ではないとする考え方などがあり得るが、地方自治や地方分権が重視されるに伴い、①が有力となってきているようにみえる。

(15) 行政機関の内部的規範としては、通達・訓令・要綱・解釈基準・裁量基準などがあり、行政機関や専門的・職能的な団体による指針などについては、近年は、ソフトローといった捉え方もなされている。ソフトローは、法令の形式によらないもの、あるいは裁判所等の国家機関によるエンフォースが保障されていないものであるにもかかわらず、関係者や人々の行動を事実上拘束するものとされ、行政機関や学会等が定めるガイドライン、会計基準、商慣行などがその例として挙げられることが多い。また、社会的な自治規範としては自律性が認められる社会の領域・団体における内部的規範などがある。

(16) その背景には、議会主義の限界・空洞化のほか、法律による行政を厳格に解することの困難性、国家の役割の変化や境界の露呈などがあり、そこでいたずらに「唯一の立法機関」の建前を強調することは現実性や妥当性を欠く可能性がある。もつとも、その一方で、行政機関による通達、計画、指針などによって法律の具体的な内容や、国政上の重要事項、ルール等が実質的に決定されることは、それらが法的な効力をもつものではないとしても、「唯一の立法機関」との関係が問題となり得ることが否定されるべきではない。

(17) 「独立命令」という言葉は、多義的に用いられており、大日本帝国憲法の下では九条によるものは独立命令、八条一項によるものは緊急勅令と呼ばれ、また、法規定立原則に対する例外となるものが独立命令だとの指摘もみられるが、多くの学説は、法律が介在しない命令あるいは憲法の規定を直接実施する命令という意味で独立命令を用いている。憲法の規定を直接実施する命令という捉え方もやや狭く、本稿においては、独立命令を限定的に解する意味はないことから、「独立命令」について論じる場合には、広く法律が介在しない命令を問題とするものである。

(18) 実質的意味の立法は国家の一般統治権に基づき成文をもって一定の内容をもつ法規範を制定する作用と捉えるものの、形式的意味の立法は各種の国法の諸形式のうち「法律」と呼ばれるものを制定する作用と捉えるものであり、「法律」についても同様に二つの意味に分けられることがある。もつとも、実質的意味に捉えることの趣旨・意義については、共通の理解を欠いているところがあり、そのことが議論を錯綜・混乱させる一因ともなってきたといえる。例えば、実質的意味の立法と解する意義は、法律の専属的所管事項を問題とするところにあるはずだが、実質的意味に捉える学説の中には、この区別を意識せずに論じているものもみられる。また、一般的・抽象的な法規範とする一般的な規範説のように内容ではなく対象範囲や性格によって捉える場合に、実質的意味として立法・法律を捉えるもの

といえるかどうかは議論が分かれ得る。

(19) 例えば、「直接または間接に国民を拘束し、あるいは国民に負担を課する新たな法規範」とする宮澤俊義（菅部信喜補訂）『コンメンタール全訂日本国憲法』（有斐閣、一九七八年）三四三頁など。

(20) 例えば、清宮四郎『憲法Ⅰ・新版』（有斐閣、一九七一年）二〇〇頁、長谷部恭男『憲法・第五版』（新世社、二〇一一年）三二二頁など。

(21) 例えば、佐藤功『憲法（下）・新版』（ポケット注釈全書、有斐閣、一九八四年）六二八頁、菅部信喜（高橋和之補訂）『憲法・第五版』（岩波書店、二〇〇七年）二八六頁など。

(22) 例えば、「個人の権利義務に関する法規範」とするものとして戸波江二『憲法・新版』（ぎょうせい、一九九八年）三六五頁などがあるが、これは、「国家と国民との関係を規律する一般的法規範」とする説とほぼ同趣旨ともされている。なお、これらにおいて一般性をどう位置付けるかは論者によって異なるようであるが、一般性を外す形でさらに対象を広げ、「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規範」とするものもあり（伊藤正己『憲法』（弘文堂、一九八二年）三九九頁）、このように解することになれば「実質的意味の法律と形式的意味の法律とはほとんど同一になるといってよい」（同）とされる。

(23) 例えば、高橋和之『立憲主義と日本国憲法・第三版』（有斐閣、二〇一三年）三四六頁は「国会は、憲法の下において、いかなる事項についてであれ、まず最初に法的規律を行う権限を授けられたと理解すべき」とするほか、松井茂記『日本国憲法・第三版』（有斐閣、二〇〇七年）一五九頁は「国会は行政（法律の執行）と司法にわたらない限り、いかなる対象についても規範を定立しうる」とする。

(24) 政府はそのような立場に立ち、褒章条例の政令改正などを正当化している。また、憲法の解説書でその旨を明記しているものとしては高辻正己『憲法講説・全訂第二版』（良書普及会、一九七〇年）三二六頁があるが、それとは別の観点から、内野正幸『憲法解釈の論点・第四版』（日本評論社、二〇〇五年）一四八頁は「憲法を直接実施する国家行為が考えられる以上、その様式を政令で定めることも許されてよからう」とする。

(25) 樋口陽一『憲法Ⅲ』（注解法律学全集、青林書院、一九九八年）一八頁以下（第四一条・樋口担当）は「立法」を実質的に解しないと行政府による独立命令を防ぐことはできない、という説明についても、本条だけを取り出

して論ずるのであれば、そうした指摘はたしかにあてはまるとしても、他の諸条項を含めた日本国憲法の構造全体を問題にするならば、かならずしもそうはならない」として、日本国憲法が独立命令を積極的に認める規定をもたないことと、憲法七三条六号について憲法を直接に実施する命令を認めない趣旨に理解されていることを独立命令が認められない理由として挙げる。

(26) 例えば佐藤幸治『憲法・新版』（青林書院、一九九〇年）一三三頁以下。同教授は、その根拠として、日本国憲法が徹底した法の支配・法治国家思想に立脚していること、憲法の規定を直接実施する政令の存在を認める明文の規定が存在しないことなどを挙げるが、そこでいう法治国家的施行が何を指すのか、その趣旨は必ずしも明確とはいえないように思われる。

(27) その理由付けは異なるものの、結論としては前掲注(23)高橋と同旨ということになるものと思われる。ただし、高橋教授は、国民主権をベースとしつつ法の段階構造を重視し、憲法六五条の「行政権」を法律の執行と捉えるものであるが、本稿は、あくまでも「唯一の立法機関」としての国会の地位に着目し、「行政権」の意味いかんにかかわらず、憲法の下で始源的な規律は法律によって行われるべきということを導き出し得るものと考えられるものである。また、中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ―法律の留保論の多義性、およびアメリカ行政法における法律の留保について」神戸法学年報一四号（一九九八年）一二五頁以下は、四一条に根拠付けられる権力分立上の要請として「立法権放棄の禁止」、法の支配・法治国上の要請として「実体的ルールの稠密度（政策的稠密度）の要求」を挙げ、両者の重複関係についても指摘しているほか、同「議会と行政―法の支配と民主制・権力の抑制から質の確保へ」磯部力他編『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、二〇一一年）一一五頁以下では行政法だけでなく刑事法や民事法にも妥当するものとして「法律の独占的法規創造力」について述べており、アプローチの仕方や細部については異なるものの、本稿と同旨の主張をしているようにみえる。

(28) なお、本文で述べた「唯一の立法機関」の趣旨からすれば、制定法の形式を用いないものについては、基本的には「唯一の立法機関」との関係が問題となることはないといえる。ただし、それが「唯一の立法機関」の趣旨の形骸化・空洞化を招くような場合には、例外的に「唯一の立法機関」との関係が問われることもあり得ることは既に指摘したところだ。ちなみに、慣習法については、前掲注(20)清宮二〇〇頁などのように、四一条の立法には「不文の慣

習法の定立は含まれない」と言及するものもみられる。

(29) 「法律で定めなければならない事項」については、四一条の立法を実質的意味に解する場合には、専属的・排他的所管事項と呼ばれるが、そのほかに、憲法の個別の条項において法律で定めるべきことが規定されているものがある。また、専属的所管事項を觀念する場合でも、それ以外の事項を法律で定めた場合には、それ以後は、法律で定めるべき事項になるとされ、これらを合わせて「必要的法律事項」と呼ばれることもある。一方、「法律で定めることができる事項」については、二重立法概念を採用する場合には、形式的意味の立法の問題とされることが多い。なお、二重立法概念をとらなければ、実質的意味か形式的意味かをそれらに絡めて問題とする必要はないことになる。

(30) 前掲注(25)樋口二五頁。なお、その場合、「唯一の立法機関」の「立法」に *must & may* の二つの意味を読み込むことになるが、樋口教授のように両者の範囲を一致させるのであればまだしも、両者の範囲は異なるとしつつ、それぞれの根拠を「唯一の立法機関」に求めるのは規範の解釈の仕方として便宜的な感じがすることは否めない。

(31) 芦部信喜「現代の立法」『現代法3』(岩波書店、一九六五年)二九頁。そのようなものとして、例えば、行政機関がその法律上の権限を發動しない場合に、ある特定の者に一定のことを命じる法律や、ある特定の者の許可のみを取り消す法律など、まさに行政機関の執行権限を奪うものが挙げられ得るのではないかと思われる。ただし、実際には、特定の者を名指しした規制法律といったものはほとんど想定し難く、一般的な要件を定めつつも、実際には特定の者のみを想定した法律が問題となり得ることになる。しかし、そのような形をとる場合には、行政機関の執行が前提とされることになり、少なくとも行政権の侵害となる可能性は低い。これに対し、司法権との関係では、司法の独立や判決の終局性などから、その侵害が問題となり得る可能性が高い。

(32) この点では、Lon L. Fuller (*Lon L. Fuller, The Morality of Law*, rev. ed. Yale U.P., 1969) が「法の内面的道徳」として掲げた①一般性、②法の公布、③非遡及性、④明晰性、⑤無矛盾性、⑥遵守可能性、⑦恒常性、⑧法(ルール)と公権力の行動の一致の八つの要素が重要であり、筆者も、「立法をめぐる昨今の問題状況と立法の質・あり方―法と政治の相克による従来の法的な枠組みの揺らぎと、それらへの対応」慶應法学一二号(二〇〇九年)四三頁以下などにおいてそれを敷衍して議論を展開している。なお、英米諸国では、フルーの議論にもみられるように、法の支配を形式的な考え方に限定して用いるものが多いともいわれ(深田三徳「法の支配をめぐる諸問題と検討」日

本法哲学会編二〇〇五年法哲学年報七頁)、同く、J・ラズ (J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, 1979) は、フラーが挙げた形式的要素の一部のほか、司法の独立、裁判所による審査、裁判所へのアクセスの容易性などを挙げている。

(33) 個別的・具体的命令については、法律による行政との関係は別として、行政機関がそれを行おうとするのであれば命令の形式によらずに行えばよいのであって、その存在の余地を云々する意味はないとの議論もあり得る。しかし、少なくとも一般的・具体的命令、個別的・抽象的命令の余地があるほか、法律について個別的・具体的法律があり得るとする以上、命令についてもその形式を用いた個別的・具体的命令の余地を完全に否定することはできないのではないかと思われる。

(34) 例えば、塩野宏『行政法Ⅰ・第五版』(有斐閣、二〇〇九年)六八頁以下は、法律の法規創造力を「一般的規律の定立の立法権独占(委任命令は認められる)」とするが、これは、本稿で述べた国民に関係する法規範の始源的創造の独占ということと同様のことを意味しているようにも思われる。また、法律の優位については、行政法学では、行政活動との関係で論じられることが多いが、法律を命令で改正できないことなどもそれに含まれることを否定するものではないように思われる。小早川光郎『行政法上』(弘文堂、一九九九年)八四頁以下は、「法律の優位」は、むしろ、法律とその他の規範定立形式との間の効力の序列ないし形式的効力の優劣に関する原理として理解すべきものとし、その根拠を憲法四一条に求めることができるとする。他方、行政法学説では、「法規創造力」、「法律の優位」だけでなく、「法律の留保」も四一条を根拠とするものが少なくないようであるが、「法律の留保」の意味・範囲をめぐっては議論が錯綜しており、藤田宙靖『行政法Ⅰ(総論)・第四版改訂版』(青林書院、二〇〇五年)五六頁は、四一条の規定の中にこのような原理が、果たして、またどの程度に示されているかということについては争いがあるとす。このほか、行政活動の中心が法律の執行であることは確かだとしても、「法律の留保」の意味・範囲については、行政権の定義も大きくかわってくることになり、それも踏まえて立法と行政の関係のあり方として検討されていく必要があるといえるだろう。

(35) そのことよって裁判所による法形成が否定されるものではないが、日本国憲法は制定法主義を前提としており、その下では、私人間のルールについても一般的な形で明文をもって定められるべきこと、その場合には法律をもって

定められるべきことが要請されるものと思われる。なお、会社法施行令・施行規則、会社計算規則などが詳細な規定を置くことで議論となった会社法のように、立法の委任の問題は、私法の分野でも問題となり得ることに注意が必要である。

(36) 「署名」と「連署」については、それを欠いても、法律の効力や内閣の執行責任に影響を及ぼさないと解するの
が通説的な見解であり、そうであれば、公布がなされる限り、憲法が定める義務違反以外の問題は生じないといえ
るが、公布については、法律の効力の発生要件と解されており、また、官報掲載により正誤ということで成法律に
変更を加えるといったことも生じている。なお、公布については、三でさらに検討を加える。

(37) なお、そこから導き出されるのは、一般的な義務・責任であり、個別の問題に対する具体的な義務までは導き出
すことはできないものと思われる。したがって、個別の問題に関する立法の不作為については、四一条を根拠として
違憲性を問うことはできないとみるべきであろう。

(38) この点は、委任が認められない事項の問題であるとともに、規律密度の問題でもある。憲法が別途定める租税法
律主義や罪刑法定主義の場合には、法律において一定の事項の定めを欠く場合には、それらに違反するとされている
が、それら以外の一般の行政活動の場合にも、問題となり得るものといえる。

(39) この点、最近では、制定法の形式である命令ではなく、指針（ガイドライン）に規律や基準の具体的な定めを委任
したり、指針による規律を前提に法律では規定しない例などもみられる。指針は法ではないといえ、あたかも命令へ
の委任と同じような状況を呈することもあり、このような場合には、それに委ねること自体の是非のほか、委任のあ
り方について命令に対する委任の場合と同じように考えることが必要となることもあるのではないかと思われる。

(40) 刑事法については、そもそも憲法三一条によって罪刑法定主義が規定されているので、そちらの問題として考え
ることになる。他方、民事法については、裁判所による法形成は司法の機能として認められるところであり、例えば、
一般条項によって、裁判所に具体的な事件に即した法創造を委ねたとしても、制定法において将来起こり得ることを
すべて予想して規定し尽くすことなどおおよそ不可能であり、また、一般条項も裁判所が法の欠缺補充を行う場合の指
針となり得ることなどから、「唯一の立法機関」との関係が問題となることはあまりないとみるべきであろう。

(41) 特に、最近の法律では、セイビングクローズとして、この法律に定めるもののほか法律の実施に必要な事項は政

令(又は省令)で定める旨の規定を置くのが通例となっており、そのような委任についてどのようにみるかといったことも問題となる。

(42) 委任法律が存在する場合には、法律の委任の範囲を超えるものとして、憲法を持ち出すまでもなく、当該法律に違反して違法・無効とすることで足りるとされてきており、最高裁も、これまで違法とした委任命令についてはすべて委任法律に違反し無効としており、憲法までは持ち出しではない。なお、委任命令を違法としたものとしては、これまでに、薬事法施行規則一五条の四第一項一号等に関する最判平成二五年一月一日裁時一五七一号五頁、地方自治法施行令一五五等に関する最大判平成二一年一月一日八日民集六三卷九号二〇三三頁、貸金業規制法施行規則一五五条に関する最判平成一八年一月一日三日民集六〇卷一頁、児童扶養手当法施行令一条の二第三号に関する最判平成一四年一月三日民集五六卷一四二四六頁、監獄法施行規則一二〇・一二四条に関する最判平成三年七月九日民集四五卷六号一〇四九頁、農地法施行令一六条に関する最大判昭和四六年一月二〇日民集二五卷一頁がある。近年、違法判決が増えていることについては、最高裁は、それらを通じて、法律の立案者と命令の制定者が実質的に同一となっている中で、法律で規定せずに安易に命令で対応しようとすることに警鐘を鳴らしていることと受け止めることもできるだろう。

(43) 憲法により議院規則や最高裁判所規則の所管とされている事項について法律が規定していることを、議院の自律権や裁判所の独立性・自主性・専門性等との関係でどのように評価すべきかということも、別途問題となり得る。この点、国会法が議院の内部事項に関してまで詳細に規定していることについては、従来から批判があり、法律と議院規則の競合と法律の優位を認めるのが多数説といわれるが、競合を認めた上での規則優位や規則の優先適用を認める説、さらには議院規則の専属的所管を認めそれについて定める国会法の規定は両議院間での紳士協約と解する説なども有力に主張されている。これに対し、最高裁判所規則については、法律の競合と法律の優位を認めるのが多数説であるだけでなく、訴訟に関する手続や弁護士に関する事項については事柄からいってその基本はむしろ法律で定めるべきであると解されており、規則の優位が主張される場合であっても、その範囲は裁判所の内部規律・司法事務処理に関する事項の一部にとどまるとされることになる。

(44) 例えば、国籍法違憲訴訟・最大判平成二〇年六月二四日民集六二卷六号一三六七頁では、多数意見が立法者の合

理的意思を推認することなどにより合理的な解釈として原告の国籍を認めたのに対し、横尾和子裁判官等の反対意見、甲斐中辰夫裁判官等の反対意見は、実質的に司法による立法に等しいなどとして厳しく批判している。なお、甲斐中等反対意見は、司法権の限界との関係を指摘しつつ、「法の解釈・適用により行うことが可能でなければ、国会の立法措置により行うことが憲法の原則である（憲法一〇条、四一条、九九条）」と述べる。

(45) それらについて、憲法の人権規定等に反するものでない限り、法律で規定することも可能ではあるが、国会は、少なくとも、自律性への配慮その他の理由により、法律による関与はしないという判断をしたものと解されることになるはずであり、また、憲法が、そのような社会的な規範の存在を否定しているとは考えられない。なお、司法審査のあり方にかかわる部分社会の問題は、法の多元性・多様性を前提とするものであるが、四一条とは直接に関係するものではなく、司法権の限界や裁判を受ける権利などとの関係から検討されるべき問題といえるだろう。

(46) 例えば、日本では、大日本帝国憲法の制定によりドイツの立法概念を継受した後も、一九〇六年の災害地方田畑地租免税二関スル法律や京釜鉄道買収法、一九一八年の足尾鉄道及有馬鉄道買収法、一九五三年の財団法人日本遺族会に対する国有財産の無償貸付に関する法律、さらに最近では、一九九八年のオウム真理教に係る破産手続における国の債権に関する特例に関する法律など、個別的法律が制定され続けてきている。ドイツなどでも同様であり、また、英米法系では、特定の個人・団体・地域のみを対象とする個別法律 (private act, private law) が、数はかなり減少してきているものの、存在し続けてきている。なお、玉井克也「国家作用としての立法」法学教室二二九号(二〇〇〇年)七五頁は、「議会の定立する法律がごとごとく「一般性」を帯びるのが近代立憲主義の伝統であり、現代に至ってそれが崩れつつあるという通説的な理解は、憲法史に即して支持されえない」とする。

(47) BVerfGE 25, 371, Urteil v. 7. 5. 1969. なお、ドイツの憲法学説の動向も含め、これらの点については、赤坂正浩「法律の一般性とボン基本法一九条一項一文」菅野喜八郎先生古稀記念『公法の思想と制度』(信山社、一九九九年)二五五頁以下、菟原明「基本法一九条一項一文という「個別事例法」の禁止」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例・第二版』(信山社、二〇〇三年)三三〇頁以下など参照。

(48) 例えば、名城大学の学内紛争に対応するための「学校法人紛争の調停等に関する法律」(昭和三十七年法律第七〇号)、オウム真理教及びその後継団体の監視を意図した「無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律」(平

成一一年法律第一四七号)などがその例であり、いずれも当該事件や団体を対象とするものであるが、法律の一般性・抽象性ということから一般的な形式としたとの説明が提案者や立案担当者によってなされており、規制立法については特定の者や事件を対象とする場合でも一般的な形式の法律とすることは立法関係者の間ではほぼ約束事となっているといえるだろう。

(49) 「学校法人紛争の調停等に関する法律」に関する東京地判昭和三八年一月二日行集一四卷一四号二〇二四頁、「無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律」に関する東京地判平成一三年六月二三日訟月四八卷一〇二二九一六頁のほか、「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う土地等の使用等に関する特別措置法の一部を改正する法律」(平成九年法律第三九号)の附則に関する最判平成一五年一月二七日民集五七卷一〇号一六六五頁など。これらにおいて、裁判所は、その形式だけを審査して、いずれも、当該法律は一般的・抽象的であるととして原告の主張を斥けている。

(50) 実質的意味の立法について論じられる際にも、ほとんどが「法規範」、「規範」といった要素を盛り込んでいる。もっとも、それがどのような意味をもつものとして盛り込まれているかは必ずしも明らかではない。

(51) *Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004*, *Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005*. その場合に、規範的射程を備えるべきことについては、一七八九年人権宣言六条から、法律は準則を表明することを使命とするとされることによつて、導き出されるとする。同判決については、奥村公輔「法律の規範性と明瞭性」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例Ⅱ』(信山社、二〇一三年)二〇七頁以下参照。そこでいう規範的射程につきどのように解するかについてはなお検討の必要はあるものの、日本においても参考になるといえるだろう。

(52) 日本では、裁判所の違憲審査権は付随的審査権とされており、かつ、規範性を欠く法律が個人の権利・利益を具体的に侵害することはあまり考えられず、訴訟を提起しても主観訴訟の場合には訴えの利益を欠くとされる可能性が高いことなどから、それについて裁判所の判断が示されることは実際にはほとんど想定され得ないともいえる。

(53) 憲法には、執行政令を認めた七三条六号の規定はあるが、委任立法について直接に定めた規定は見当たらず、七一条一号、七三条六号、八一条及び九八条にその存在を想定していることを窺わせるものがあるにとどまる。しかし、

そのような形式的な根拠だけでなく、その実質的なところにも根拠を求めるべきであり、この点については、法の段階的構造においては下位の法への委任などが前提とされており、また、現代国家における委任立法の実際の必要性や不可避性から条理上も認められるものであって、四一条はそれを否定するものではないとみるべきであろう。なお、委任立法を立法と行政のいずれと捉えるのかということも問題となり、この点については、四一条の「立法」だけでなく、六五条の「行政権」の理解ともかわってくることになるが、それは「立法」と捉える方が素直なように思われる。この点、委任命令の制定を立法と捉えた場合には四一条の例外となるとの議論もあるが、それは「例外」の理解や捉え方の問題であり、「唯一の立法機関」の趣旨とそれを踏まえた委任立法の位置付けなどからするならば、あえて例外と呼ぶ必要性はないように思われる。

(54) 代表的なものとして、大橋洋一『行政法①』（有斐閣、二〇〇九年）三三頁以下など。同教授によれば、本質性理論は、民主主義の観点から、行政システムにおける基本的な決定に法律の根拠を要するものであり、多元的な見解の統合・公開性といった法律制定手続のもつ機能に着目したものとされる。

(55) 例えば、刑罰、租税など憲法が法律主義を規定しているものについてはその主要な事項は委任できないと解されており、それ以外の場合も含め、そのような事項をできるだけ特定し基準化していくことが必要であり、そのことが法律の規律密度の確保にもつながるといえる。

(56) ただし、拒否や承認の権限が立法権に由来するものであることからすれば、一院だけ、あるいは委員会だけで委任命令の効力の発生を左右するような仕組みを採ることは、それとの関係から問題となり得るほか、衆議院の優越との関係についても整理することが必要となる。なお、議会拒否権を導入するアメリカでは、連邦最高裁が、一九八三年六月二三日の *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* 事件判決で、合衆国憲法一条の規定の形式主義・歴史主義的な解釈により議会拒否条項を違憲と判断したが、それ以降も、一九九六年に制定した議会審査法 (Congressional Review of Rulemaking Act) に基づき統制手段として両院合同決議の形をとること（規則の発効前に不同意の両院合同決議が可決され大統領もこれに署名すれば規則は発効せず、規則の発効後に不同意の両院合同決議が可決されれば規則の効力ははじめから効力がなかったものとして扱われる。）、個別法において歳出授權委員会あるいは歳出承認委員会の承認決議を要件とする手続をとること（執行機関の決定を拘束するものではなく、それらの

委員会の承認がなければ、連邦議会はその執行に関する歳出の授権・承認をなし得ないとするもの) などの方法を採用することにより、議会拒否権の制度が維持されてきている。

(57) なお、組織法については、特殊法人、独立行政法人等を設立する法律も含め、「その性質上「一般性」を持ちえない」(前掲注(46)玉井七四頁)ともされ、個別的法律の問題が論じられる場合に取上げられることが多いが、組織法については、主に民主的コントロールの点から論じられるべきものであり、そもそも一般性を問題とすべき法律ではないようにも思われる。

(58) 実際に、課・室より下の細目については、各府省庁の長が定める訓令等の内部規範によって定められており、組織規範全体をみると段階的構造を成しているものの、それは、委任や執行ということの説明することは困難であり、また、官房・局・部・課などに関する国家行政組織法の規定も、政令に委任したというよりは、政令の形式によることを指定したものと解する方が妥当なように思われる。塩野宏『行政法Ⅲ・行政組織法・第四版』(有斐閣、二〇一二年)七頁以下、小早川光郎「組織規定と立法形式」芦部信喜先生古稀記念『現代立憲主義の展開(下)』(有斐閣、一九九三年)四七八頁以下など、行政法学説では行政機関の内部組織についての編成権を認める説が有力である。

(59) この点について検討を行ったものとして、上田健介「行政組織編成権について―憲法学の観点から―佐藤幸治先生古稀記念上巻『国民主権と法の支配』(成文堂、二〇〇八年)三二九頁など。

(60) 理由付けは異なるが、府省の設置・所掌事務まで法律で定めるべきとするものとして佐藤功『行政組織法・新版』(有斐閣、一九七九年)七八頁、前掲注(58)小早川四七四頁以下など。これに対し、前掲注(58)塩野は、これらの学説の問題点を指摘しつつ、行政組織の基本的構造として府省だけでなく庁・委員会の設置・事務分掌の定め、内部部局の基本的構成単位は法律で定めるべきとするが、確かに、その位置付け等からして少なくとも委員会の設置・任務については法律事項とするのが妥当なように思われる。ただし、その場合には、委員会については、府省とは、その理由付けを異にすることになるものと思われる。

(61) そのような事情の下で、慣行によって従前どおり官報をもって公布することとしたのはやむを得ないというべきであり、最高裁も、最大判昭和三三年一〇月一五日刑集一二卷一四号三三三頁などでこれを認めている。公布が官報によって行われることについては、慣習法が成立しているとの見方もあるが、行政法学説とは異なり、憲法学説で

はそこまで踏み込むものは少ないようにみえる。なお、そのような慣行による対応を認めたとしても、公布の手続につき法定化する場合に、これを政令で定めることは四一条との関係からできないといふべきだろう。GHQが法制化に難色を示した主な理由も、公式方式令案について「サブスタンティブな内容をもっているから政令ではだめだ。」というところにあつたようである（佐藤達夫「公式法制定の注文」ジュリスト七五号（一九五五年）三四頁）。

(62) 「法律条文の過誤訂正の在り方に関する質問に対する答弁書」（内閣参質一六〇第一三三号・平成一六年八月一日）、「立法行為に関する質問に対する答弁書」（内閣衆質一六一第二二二号・平成一六年一〇月二九日）など。

(63) 官報正誤に関する内閣の権限の根拠につき内閣が前掲注の答弁書で挙げている「内閣は、法律の公布について責任を負い（第三条及び第七条第一号）、また、法律を誠実に執行することを職務としている（第七三第一号）こと」だけをもって、それを正当化することは難しいといえるだろう。また、前掲注(19)宮沢五九頁は「内閣が、ある法律が形式的に有効に成立したかどうかを審査する権限、いわゆる形式的審査権を有することについては問題がない」とするが、仮にこのような形式的審査権があるにしても、成立した条文に改変を加えることはそれに含まれるものではない。なお、本文で触れた事例では、官報の正誤での対処について、衆議院と参議院の議院運営委員会で政府から説明がなされており、これに対し、与党側がこれを了承する意思を示したのに対し、野党側は政府に対し改正案の提出を求めたところ、衆議院の議院運営委員会議事会では議院運営委員長により官報正誤が妥当との見解が示されたといわれ、内閣だけの判断によるものであつたかどうかは評価の分かれ得るところだろう。

(64) この点については、例えば、旧地方分権推進法（平成七年法律第九六号）において国と地方の役割分担の原則がはじめて打ち出される際にも議論となつたが、結局、多岐にわたる国の事務・権限を厳格に限定することの困難性、国会の立法権の制約のおそれなどから、国の役割が限定的に規定されるには至らなかった。平成七年三月四日の衆議院地方分権に関する特別委員会での山口鶴男総務庁長官の答弁（第一三二回国会同委員会議録六号一六頁）等参照。

(65) 地方分権改革推進委員会の二〇〇九年一〇月七日の第三次勧告では、条例による国の法令の上書権の保障については、法律の制定は「国権の最高機関」とされている国会によつて行われること（憲法四一条）、地方自治体の条例制定権は「法律の範囲内」とされていること（憲法九四条）、政令は「憲法及び法律の規定を実施するため」に、府令・省令は「法律若しくは政令を施行するため、又は法律若しくは政令の特別の委任に基づいて」制定されるもので

あり、特にそれらによって罰則を設けたり義務を課したり国民の権利を制限したりするのはすべて法律の委任に基づいて行われるものであること(憲法七三条、内閣法一条、内閣府設置法七条、国家行政組織法二二条)等を踏まえつつ慎重な検討が必要としている。もっとも、その指摘に関しては、なぜ「唯一の立法機関」ではなく、「国権の最高機関」が挙げられるのか、政省令については法律の委任によるもの・法律の執行のためのものということだけで全く法律と同列に扱おうことができるかどうかなど、疑問もないわけではない。

(66) 法律による条例への委任は、従来から存在してきたものであるが、国と地方の間での立法権限の配分といった側面もあり、国の行政機関の命令への委任の場合と同列に論じるべきではないところもある。それにふさわしい委任のあり方や限界などが検討されていくべきだろう。

(67) 自治事務について定める国の法令の規定は標準規定と解して条例による上書きが可能とする議論もみられるが、標準規定と解する根拠が明らかではなく、また、四一条・九四条との関係から、そのような解釈をとることは困難といわざるを得ない。また、通則法による場合に、上書きが認められない法律や事項を限定列挙するネガティブリスト方式を採用したとしても、それ以外については包括的に上書きを許容する以上は、問題は変わらないといえるだろう。

(68) なお、上書権は、各種の特区制度の制度設計でも議論となり、総合特区法や震災復興特区法では、特区における政令・省令の条例による上書きを施行令・施行規則で一括的に定めることが認められている。

(69) 例えば、学説については佐藤功『憲法問題を考える』(日本評論社、一九八一年)一五五頁、前掲注(21)菅部二四七頁など。また、政府見解については昭和五三年二月三日の衆議院予算委員会での真田秀夫内閣法制局長官の答弁(第八四回国会同委員会議録六号)など。

(70) イニシアティブの制度について、例えば、大石眞『憲法講義Ⅰ・第二版』(有斐閣、二〇〇九年)七五頁は、国会に法案審議を義務付けるものとして憲法四一条に違反するなど説かれるとし、野中俊彦等『憲法Ⅱ・第五版』(有斐閣、二〇一二年)一四頁(高見勝利担当)は議案の提出に類するものであれば憲法上根拠が必要となるとする。これに対し、毛利透『民主政の規範理論』(勁草書房、二〇〇二年)二八三頁以下は、憲法一六条の請願権の強化としての一定の条件の下での国民からの国会への法案の提出は国会の「唯一の立法機関性」を侵害しないとす。

(71) 特に、誰が国民投票に付すことを発議できることとするか(国会か、いずれかの議院か、各議院の一定数の議員

か、内閣か、一定数の国民かなど）によってその意味合いや機能は異なるほか、国民投票の対象とする事項や、国民の意思の問い方などの問題も重要となってくる。

(72) 国民が内閣に対して請求し、これを受け内閣が意見を付して国会に提出する案、いずれかの議院に対して国民が直接に発案する案、実質的に法案提出権のない党派が国民の一定数の署名を備えることで発議権を認める案（第五九回国会衆議院憲法調査会「最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会」での井口秀作参考人の発言（同小委員会議録二号）など様々なものがあり得る。

(73) 前掲注(70)大石一三七頁。なお、同教授は、その上で、「唯一の立法機関」を権限分配上の実体的・内容的な原則と国家行為形成上の手続的・形式的な原則に再構成するが、その法的な意味が国会による権限・責任の放棄と他の機関によるその侵奪の禁止にあり、また、法律の制定手続については五九条一項でカバーできるとするならば、法的な原則や規範として二つに分ける意味がどこまであるかはなお問われることになるように思われる。

(74) 前掲注(32)の拙稿は、そのような問題意識の下に、形式的な面から「ましな立法」といえるための必要条件について論じたものであり、その中には規範的な意味をもつものもあれば、立法者の道徳・責務にとどまるものもあるが、それを政治の側も納得するような法的な枠組み・約束事として明確化・共有化していくことが求められているといえるだろう。

(75) 法律のほかにも、予算の形式、承認・同意の形式、決議など、国会あるいは議院が意思を決定しそれを示す方式にはいろいろなものがあり得るのであり、それらも国会による民主的コントロールの手段となり得る。それらの形式による法律の代替を安易に認めることはできず、必ず法律で定めるべき事項を明確にしておくことも必要であるが、その一方で、法律はあくまでも法の形式である以上、何でも法律の形式を用いようとする状況については、見直していく必要があるように思われる。