

書 評

奥村公輔『立法手続と権力分立』
(信山社・2016年)

高 橋 勇 人

1. はじめに

本書は、著者が2009年1月に京都大学大学院法学研究科に提出した博士論文「立法手続と司法審査—権力分立の一断面としての立法手続」を軸に、著者のその後の研究を反映した書である。

著者は、2009年に京都大学大学院法学研究科博士課程を修了し（法学博士）、現在、駒澤大学法学部准教授の地位にある。

2. 本書の問題提起

(1) 学説の状況と問題提起

立法手続に司法審査は及ぶのか、という問いについて、かつて学説は、『立法手続』に対する司法審査を認めるのが原則で、例外的に『議事手続』については司法審査を認めない」という立場であった（1頁）。しかし、警察法改正無効事件の上告審〔最大判昭和37年3月7日〕〔民集16巻3号445頁〕において議事手続に対する司法審査を否定したことで、学説においても肯定説と否定説が対立し、否定説が通説になった（1～2頁）。しかし、筆者はこのような学説の議論について、「裁判所の司法権は『立法手続』に及ぶという大前提の議論には次第に言及しなくなり、『立法手続』のうちの『議事手続』のみを対象として、その『議事手続』には司法審査は及ばないとする思考枠組みを採るようになった。すなわち、『議事

手続』以外の『立法手続』に司法審査が及ぶかどうかの議論はほとんど見られなくなった」と分析する（2頁）。

一方で著者は、国民投票法案不受理違憲訴訟の控訴審 〔東京高判平成9年6月18日〕
日判時1618号69頁 を契機に、「内閣提出法律案提出手続」に対する司法審査の可能性を検討する必要性を挙げるも、学説では議論されていないことも指摘する。このような問題状況を踏まえて著者は、「『内閣提出法律案提出手続』に対する司法審査の可能性を検討し、かつ、その個別の提出手続についての具体的な解釈論を提示することを」本書の目的とする（3～4頁）。

（2）本書の研究の対象

本書は比較法の対象をフランスとしている。その理由は、フランスの1958年憲法（第5共和政憲法）は、「憲法院は、法律を付託されたときに、内容審査だけでなく、手続審査も行う。また、憲法院は、憲法附属法律（loi organique 〔組織〕
法律）が定める立法手続についても統制を行っている」ため、フランス法を参考にすることが有意義であるとしている（4頁）。特にフランスでは、「政府提出法律案提出手続が憲法典及び憲法附属法律によって定められており、憲法院がこれを統制しているからである」。そのため、「個別の政府提出法律案提出手続に関する憲法院判決及び学説の議論が蓄積しており、わが国における『内閣提出法律案提出手続』に対する司法審査の可否、及び、個別の内閣提出法律案提出手続の具体的解釈論を検討する上で」フランス法を検討することが有意義であると著者はまとめている（5頁）。

上記の通り研究の対象国を絞ったうえで、次の通りの確に着眼点を定める。すなわち、フランスにおいて「法律案提出権」は本質的法律案提出権（initiative principale）と派生的法律案提出権（initiative dérivée）とに分けられると著者は分析する。続けて前者は1958年憲法39条1項に定められ、「議院で審議される前の原案としての法律案の提出権（droit d'initiative）」と位置づける。

後者については同44条1項で定められ、「議院で審議されている法律案に対する修正権 (droit d'amendement)」と位置付ける。そのうえで著者は、「本来の法律案提出権と修正権とを合わせた、政府の『法律案提出権』について、憲法院がどのようにして統制しているか、そして、憲法院が政府提出法律案提出手続を定める憲法上の条項をどのように解釈しているかを検討」するとしている。そして、このような検討による日本の憲法学への寄与は、「内閣修正を含めた『内閣提出法律案提出手続』に対する司法審査の可否及び個別の提出手続に関する解釈論を検討する文献は見られないので、その意味でこの視点は大きな意義を有する」ものであるとしている(6頁)。

ところで、著者は比較法を行う際の注意点も明らかにしている。すなわち、「フランスでは、政府の『法律案提出権』の行使手続が憲法典及び憲法附属法律によって定められているのに対し、日本では、内閣の『法律案提出権』の行使手続が(国会法などの)憲法附属法…のみによって定められていることに注意しなければならない」と著者は指摘している(6~7頁)。この指摘は、著者の研究に対する緻密さを明らかにするものである。近時、依然として比較法が盛んに行われてはいるものの、外国法がどの程度日本の法律学に貢献しうるのか、また、援用可能であるのか十分議論されていないことがしばしば見受けられる。その点本書は、日本とフランスの制度や規定の違いを明確に打ち出したうえで注意点を明らかにし、フランス憲法の議論がどこまで日本国憲法の解釈論に援用できるのか慎重に検討しようとする著者の姿勢を明らかにしている。このような研究に対する姿勢・緻密さは、今後の研究に対する1つの「見本」となるであろう。

3. 本書の構成と概要

著者は上記問題設定を踏まえて以下の通り本書を構成している。

序章

第1章 フランスにおける立法手続に対する裁判的統制

—法律案提出手続に対する裁判的統制を中心にして—

第2章 フランスにおけるコンセユ・デタへの諮問手続とその裁判的統制

第3章 フランスにおける閣議決定とその裁判的統制

第4章 フランスにおける修正案提出手続とその裁判的統制

第5章 日本における議院の運営自律権と内閣の閣議運営自律権

第6章 日本における「内閣提出法律案提出手続と司法審査」

終章 立法手続と権力分立

ここでは、第1章から終章までの概要を記すものとする。

(1) 「第1章 フランスにおける立法手続に対する裁判的統制」

第1章において著者は、1958年憲法は、憲法院によって「〔制定された法律の立法手続についての憲法適合性を統制して〕おり、特に、『議院での審議・議決手続』だけでなく、『法律案提出手続』をも規律しているのであって」、「法律案提出手続についても裁判的統制が行われている」と指摘する。そのうえで著者は、「立法手続及び法律案提出手続に対する憲法院による裁判的統制はどのようにして行われているのかを明らかにしようとする。

まず、「立法手続に対する裁判的統制の一般的枠組み」について、憲法院は当初から立法手続を統制していたわけではなく、次第に立法手続統制を行うようになったとする。そして、憲法院における統制の準拠規範（著者の表現では照会規範）は、「憲法典、憲法附属法律、場合によっては議院規則」であるとする（19頁）。

次に、具体的に「法律案提出手続に対する統制」がどのようなものかを検討している（16頁）。そこでは、「可決された法律の規定の提出手続の統制」と

「可決された法律案にない規定の提出手続の統制〔野党議員による修正案が議院によって不受理となったことに対する憲法の憲法適合性審査〕」という2種類の統制の在り方があることを明らかにしている。そのうえで、このような手法は、「フランスにおける法律案提出手続統制の特徴」と位置付けている(27頁)。

このような統制枠組みは、2008年の憲法改正により、政府提出法律案と修正権の手続きが憲法附属法律によって定められることになった。加えて、「政府提出法律案については、その憲法附属法律適合性について議事協議会と内閣との間で不一致がある場合」、憲法39条4項〔先に付議された議員の議事協議会が、憲法附属法律が定める諸準則が遵守されていないと認めるときは、政府提出法律案は議事日程に記載することはできない。議事協議会と内閣との間で意見が一致しないときは、当該議員の議長又は首相は、憲法院に付託することができ、憲法院は8日以内に裁定する。〕に基づく憲法院の統制は、不完全な形式的統制であり、最小限の内容的統制であるので、同項は「立法過程を効果的に停止するための手続きではない」とする(40～41頁)。

このような検討を踏まえて、憲法61条の1が定める事後的違憲審査制(合憲性優先問題)の枠組みでは、「法律規定が立法手続に関する規定に違反していても、市民は合憲性優先問題を提起できない」と著者は結ぶ(42頁)。

(2) 「第2章 フランスにおけるコンセイユ・デタへの諮問手続とその裁判的統制」

従来のフランス憲法学では、「政府提出法律案に関するコンセイユ・デタ意見は、ほとんど検討の対象とされてこなかった」と著者は分析する。また、判例については、一方でコンセイユ・デタの判例を、法律案の「技術上の修正であれ内容上の修正であれ、コンセイユ・デタに新たに諮問しない限り、原案及びコンセイユ・デタ案以外のいかなる修正も認めない」と分析した。他方で、憲法院判決を「コンセイユ・デタに付託した問題の性質を修正しない場合には、政府に修正の余地を認めている」と分析した。このような分析を踏まえて著者は、「憲法院は、政府の法律案提出手続におけるコンセイユ・デタへの諮問手

続に対してどのような統制を及ぼしているのであろうか」と問題を提起する（45～48頁）。

このような問題敵を受けて著者は、本章の目的を「憲法院が政府提出法律案の起草におけるコンセユ・デタ意見をどのように位置付けているかの検討を通じて、フランスにおける政府の法律案提出手続におけるコンセユ・デタへの諮問手続に対する裁判的統制がどのようなものであるかを明らかにすること」と定める（48頁）。

上記目的を果たすために、著者は「コンセユ・デタ意見がフランス公法においていかなる位置づけのものであるかを明らかに」しようとする（48頁）。そして、著者は「コンセユ・デタ意見は単に諮問的価値しか有せず、政府を拘束しないこと、また、コンセユ・デタ意見は政府のみに宛てられる」と分析した（61頁）。

次に著者は、「コンセユ・デタ判例による共同行為者理論 〔首相はコンセユ・デタと共同して命令制定権を行使すること〕 がいかなるものであるかを検討」している（62頁）。著者の検討によると、①「コンセユ・デタは政府との共同行為者であるということであり」、②命令案について「政府は原案かコンセユ・デタ案かのどちらかからしか選択しなければならず、第三案を選択した場合には、新たにコンセユ・デタの意見を聴かなければならない」とする（73～74頁）。

しかしながら、政府提出法律案については①も②も検討されてこなかったと著者は指摘する。憲法院はこの点について、②については採用していないが、①については否定してはいないのではないかと著者は推測する。そこで筆者は次に、憲法院の判例が「政府提出法律案のコンセユ・デタへの諮問手続をどのように統制しているかを検討し」、「政府提出法律案のコンセユ・デタへの諮問手続に対する裁判的統制の構造を明らかに」しようとする（74頁）。その結果、憲法院の判例は「コンセユ・デタを、政府との共同行為者ではなく、政府提出法律案のすべての問題についての政府への意見付与者として捉えてい

る」と著者は分析する。そして、憲法院は、「憲法39条2項を政府提出法律案の提出権限を定める規定ではなく、起草手続を規律する規定と捉えている」とする(83頁)。

以上の検討を踏まえて著者は、「憲法院が、コンセユ・デタに、政府提出法律案については、法律の事前統制を委ねていると解することができ、この場合、憲法院の統制は、憲法裁判上は手続統制と分類されながらも、実質的には、コンセユ・デタ意見によって明らかにされていない問題の性質の修正を政府提出法律案に加えていないかの実体判断であって、内容の統制であるとも捉えることができ」と位置付ける(84～85頁)。

(3) 「第3章 フランスにおける閣議決定とその裁判的統制」

本章では主題が大きく変わり、「立法手続としての閣議決定に対」する「憲法院の統制がいかなるものであるか」という問いを著者は検討している(88頁)。

そこで著者はまず、フランス公法における閣議が「いかなる制度として位置づけられるのかを」検討している(89頁)。著者の分析によると、「閣議での審議決定は、執行的決定の要素である『法的効果のある行為』ではないと位置付けている(108頁)。

そして、次に「立法手続の一部である閣議での審議決定に対して、憲法院がいかなる統制を及ぼしているのかを」著者は検討している(108頁)。著者は、「閣議の審議決定の憲法適合性の要件」として、①大統領が閣議を主宰すること、②閣議で審議決定されたものを決定一覧協に記載すること、であるとしている。そして、「憲法院が立法手続としての閣議での審議決定が憲法違反となる場合をきわめて限定的に解釈している」と理解し、「執行府の自律権を極めて尊重している」と著者は捉えている(128頁)。

（4）「第4章 フランスにおける修正案提出手続とその裁判的統制」

第4章では、「フランスにおける修正権、特に内閣の修正権の行使に対する憲法院による手続的統制がどのようなものである」のかを検討している（132頁）。

まず、内閣の修正権は、2008年の憲法改正以後、憲法附属法律によって規律されるようになり、憲法院によって統制されることになった。とりわけ、2008年の憲法改正では、「間接的な関連性」という準則〔修正案は原文に間接的であれ関連性を有するものは議院によって受理されるとする準則〕が憲法典に明記されるようになった。また、「漏斗準則」〔同一の文言で両院ですでに可決された条項への修正を禁止する準則〕は、「憲法典に明記されなかったものの、『漏斗準則』を廃止する修正案が否決されなかったことによって、黙示的に確立された」とする（163頁）。

このような分析の次に、著者は内閣修正案提出手続の性質を明らかにすることを試みている。著者の検討によれば、「憲法院は、内閣修正案にはコンセユ・デタへの諮問及び閣議での審議決定が課せられない」とし、内閣修正案は政府提出法律案と同様の手続上の制約には服さない」とする（171頁）。そして、「政府又は内閣が議会・政府関係に関わる重要な権限の行使を逸脱することを防止し、適正な手続の下でその権限を行使することを確保するものであり、逆説的に、権力分立に資する」（172頁）と権力分立論への1つの側面を提示する。

（5）「第5章 日本における議院の運営自律権と内閣の閣議運営自律権」

本章は、フランスの議論から日本の議論へと移る。ここでは、「議事手続に対する司法審査の可否に関する学説及び警察法無効改正事件上告審を検討」している（173頁）。

そこでまず、「議事手続と司法審査」に関する学説史及び現在の学説を整理し、上記上告審判決の射程を明らかにしている（174頁）。この著者の分析によれば、かつての「通説は立法手続全般に対して司法審査が及ぶと考えられてお

り、上記上告審判決以後、「通説は例外的に議事手続に対して司法審査が及ぶという大前提の議論に次第に言及しなくなり、『議事手続と司法審査』の問題を『立法手続と司法審査』の問題へと収斂させていた」とする。そして、上記上告審判決は、「通説とは異なり、『原則として』という留保を付けずに議事手続に対する司法審査を否定した」と分析する(185頁)。

次に、著者は、『議院での審議・議決手続以前の行為』、すなわち、『議員提出法律案提出手続』が問題となった」国民投票法律案不受理違憲訴訟を検討している(185頁)。著者の検討によれば、「国会議員のみが『議員提出法律案提出手続』を争うことができ、国民が法律制定後に国会法や議院規則、先例によって規律される『議員提出法律案提出手続』違反を争うことはありえない」とする(198頁)。

最後に、閣議について著者は、「権力分立の観点からは、司法権が閣議の運営に内閣法違反があったか否かについて判断するべきであり、一切の司法審査を排除してしまうのは妥当ではない」とする。そして、「明白な内閣法違反があった場合に司法審査を認めるべき」とであると本章を結ぶ(206頁)。

(6) 「第6章 日本における『内閣提出法律案提出手続と司法審査』」

内閣の法律案提出権を肯定する場合、「『内閣提出法律案提出手続』の適法性を裁判所が審査できるかどうかの問題」になると著者は指摘する(210頁)。

著者の分析は次のとおりである。「内閣提出法律案提出手続」は憲法典によって規律されているのではなく、「国会の定める法律」すなわち制定法によって規律されるとする(214頁)。そのうえで、上記手続を「国会が法律で定めることは憲法違反ではな」く(218頁)、むしろ有益であるとする(230頁)。このような分析を経て著者は、さらに、どのような手続に対して司法審査が及ぶのかを検討する。著者の検討によれば、「閣議請議及び閣議における法律案議決は司法審査の対象とはならないが、内閣法制局審査及び閣議の主宰は司法審査の

対象とな」とする（245頁）。そして、最後に、「内閣修正には一定の制約が課せられ、国会が内閣修正を受理することができる要件が認められなければならない、その要件を満たさない場合には手続違反とされる」とする（251頁）。

（7）「終章 立法手続と権力分立」

以上の検討を踏まえて著者は、本書によって「権力分立を捉えるための一つの視点を提示できた」と述べる。ただ、著者は、立法手続の問題はさらなる課題を提示すると述べ、このプロジェクトは依然として未完であるとしている（260頁）。

4. 本書の意義

これまでの日本の憲法学界は、内閣の法律案提出権の合憲性については熱心な議論を行ってきた。通説は、日本国憲法72条の「議案」の中に法律案も含まれると解釈して、内閣法5条を合憲とし、内閣の法律案提出権を肯定してきた〔例えば、伊藤正己『憲法 第3版』（弘文堂、1995年）423頁〕。また、少数説は、法律案の提出は法律を制定する作用に属するため、憲法41条の規定により、内閣に提出権はないと解し、内閣法5条を違憲とする〔例えば佐々木惣一『改定日本国憲法論』（有斐閣、1952年）227頁〕。つまり、学説は内閣の法律案提出権の問題を憲法テキストの解釈で解決しようとしてきたのである。しかし、内閣の法律案提出権の問題は、「根本的には日本の議院内閣制の在り方、ひいては権力分立の在り方に関わる問題」でもある〔永田秀樹「内閣の法律案提出権」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）240頁〕。だが、権力分立論の観点から内閣の法律案提出権の問題を議論してこなかった。このように憲法テキストの解釈に終始してしまったために、内閣の法律案に対する憲法上の統制、特に司法権による統制の問題に対する議論があまりなされなかったのもやむを得ないと思われる。

このような学説の状況に対して、本書は、内閣の法律案提出権を肯定したう

えで、内閣提出法律案提出手続に対して検討を行い、これまでの学説の議論を進めたという意義があるものと思われる。

ところで、著者は、「内閣の法律案提出権を否定することは今日もはや現実的ではない」とする(210頁)。確かに、国会に提出される法律案の大多数は内閣提出法律案であり、成立した法律案の数も内閣提出法律案が圧倒的多数を占めている。また、内閣提出案は、各省庁による立案作業、内閣法制局の審査、閣議決定を経てから国会に提出されるため、法律案の質も保証できるとわれ、著者の指摘する通り、内閣の法律案提出権を否定することは現実的でないばかりか、内閣が国政を運営するために不可欠であると思われる。しかし、先ほど指摘した通り、内閣の法律案提出手続は、権力分立論にもかかわる問題でもあるため、著者はまず内閣の法律案提出権の当否を議論すべきではなかったか。たとえ、現実の政治の動きを追認することになるとしても、理論的にそれが妥当であることを明らかにする必要があるのではなからうか。もし、著者の内閣の法律案提出権肯定論の議論があったのなら、権力分立論の議論に大きな影響を与えるにちがいない。今後の著者の研究に期待するところである。

5. 本書の権力分立論への視座

評者が本書を見渡す限り、本書の成果が具体的にどのように権力分立論の一視座を提供するのか明らかにされていない。そのため、本書の成果が具体的にどのような一視座を提供するのか、評者なりに検討してみる。

日本国憲法41条は、国会が「唯一の立法機関」とであると定める。この規定が、国会中心立法と国会単独立法を意味することは広く承認されている。国会中心立法は、「国会以外の機関が立法を行うことは…憲法が明文で例外を認めない限り、禁止され」、国会単独立法は、「国会のみで立法が可能であり…君主の裁可権や…大統領による拒否権は認めない」とするものである

〔高橋和之『立憲主義と日本国憲法』第3版』（2013年、346-347頁）。そのため、国会以外の機関が立法を行えば、違憲になるということであるが、両院の可決を立法行為とみて、法律案の提出は立法行為に含まれないと解してきた〔永田秀樹「内閣の法律案提出権」大石眞=石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）240頁〕。そのため、内閣による法律案の提出は合憲になるのである。このような国会（立法権）と内閣（執行権）の関係は、内閣が国会の立法作用に介入しない（させない）という意味での権力分立であるということができる。

一方で、権力分立というのは、一方の機関の他の機関に対する謙譲ばかりが強調されるわけではない。モンテスキューとは異なる権力分立論を唱えるルソーは、「執行権が立法作用に部分的に参加することが、両作用が全面的に立法権に集中されるのを阻止するために必要だ」と唱える〔高橋和之『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣、1994年）315頁〕。ルソーの権力分立観に立つならば、内閣による法律案の提出は立法作用に含まれないとするよりも、むしろ立法作用に含まれるとしたうえで、限定的であれ、内閣の立法への参与を認めるべきということになる（ただ、このような理解が、憲法41条に違反しないかどうかは別途検討すべきである）。反対に、内閣による法律案の提出を立法作用に含めないとしても、内閣による法律案の提出は、議会による立法権行使に影響を与え、何らかの統制作用を及ぼすことができると考えられる。

このように、権力分立というのは、一方の機関の自律を尊重し、他の機関による介入を控えるという意味もあれば、一方の機関に対する他の機関の介入を積極的に認めるべきという意味もあり、様々な観点をもち概念である〔この両方の観点から日本国憲法を解釈するのが、高橋和之『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、2006年）7頁以下である〕。

このような権力分立観があることを踏まえたうえで本書に戻ると、本書の議論はまさに、権力分立論の上でみた双方の観点にかかわるものではないか。フランスでは、憲法上、そして、憲法附属法律上、内閣による法律案の提出や修正が認められている。しかしながら、内閣によるこれらの権限行使には手続上の制限が課され、手続違反の場合に憲法院による統制が働く。まさに前者は、

内閣による立法作用への参与、または、議会に対する立法権行使への作用ということができ、後者は、議会の自律を尊重し、ある程度の介入について内閣には控えてもらうという意味で理解できる。

このように、本書は、権力分立の2つの観点について、具体的な法的規律の様相を示したものであることができ、日本における上記権力分立論に基づいた具体的な法整備の在り方を示したものであると評者は考える。

6. 修正権と「法律の質」の問題

政府・議会多数派に対抗するために、野党・少数派は法律案への修正権を積極的に行使してきた。確かに、少数派による修正家の行使は、有力な多数派への対抗手段であった。しかし、このような法律案の修正は、法律案の条文数の増加を招く一方、必ずしも法律案とは関係のない修正案が認められることもある。このような修正権の行使は、「立法のインフレーション」、「法律の質」の低下を引き起こすとして批判を受けてきた。

このような修正権の行使を抑制するために、2008年の憲法改正によって修正案の「間接的な関連性」および憲法付属法律による「漏斗準則」が確立された。これにより、修正権行使に歯止めがかかる一方、違法な修正案には憲法院の統制が及ぶようになった。憲法院の統制は、手続面に対する統制だけでは決してない。修正案が適法かどうか判断するにあたって、法律案の内容も審査しなければならない。そのため、修正権行使の統制は、手続的統制だけでなく、内容的統制も含むといえる。そして、内容的統制は「法律の質」の保障に寄与するものであり、憲法院が「法律の質」を保障するために動いていると指摘できよう。

7. おわりに

本書は、これまで決して熱心に取り組まれてこなかった日本の法律案提出手続に対する司法審査の考察に一石を投じたものである。そして、本書は日本における「法律の質」、立法学にも貢献するものであり、本書を受けた学界の進展に期待するところである。

（たかはし・ゆうと 東北大学大学院博士後期課程）