

最近の憲法学の動向と問題点（その一）

—伝統的公法学研究者からの弁明

堀 内 健 志

[目次]

第一章 「立法」・雑感

第一節 英米法流個別法律の存在はわが国憲法論での「立法」権理解に直接影響するものではない。

第二節 「法律事項」と法律条文スタイル（以上、本号）

第二章 組織法・再々論—組織法と行態（勤務）法の結合・合同劇

(Verschachtelung und Zusammenspiel von Organisations-und Verhaltens (Dienst-) -recht)

第一節 組織法・行態法の区別

第二節 個別的点検

第三節 立憲主義の合理的形式（有用性）

第四節 実定法論的合同劇（権限についての権利、機関としての行為を行う人間の義務違反）

第一章 「立法」・雑感

第一節 英米法流個別法律の存在はわが国憲法論での「立法」権理解に直接影響するものではない。

（1）21世紀への大転換に伴い、従来の様々の法制度や思考様式に転換が迫られて来ているが、憲法学を巡る諸事情もそれに違わない。大きな転換期を迎えている。すべての既成の法理論を疑ってみることは、それだけで意義のあることであろう。ただ、問題はその際に従来の理論なり制度なりについてどのようなものとして捉えたうえでの批判であるのかということである。すなわち、批判対象についての精確な理解ということである。というのも、既成の理論や制度といっても、それ自身必ずしも明確にされているかと言えば必ずしもそうとは言いきれないことがあるからである。

こうした問題提起を、実は稿者はかなり以前から行っている。拙著『立憲理論の主要問題』（多賀出版、昭和62年）がそうした意図に出た論稿を集成したものであった。また、日本公法学会で報告した拙論『「法律」概念について—憲法学の視点を中心として』『公法研究』57号（有斐閣、平

成7年)もかかる視点からのものであった。少なくとも、当時の同世代人までの研究者には論旨もある程度理解されていたのではないかと信じたい。しかし、今日、それらが十分に多くの研究者に対して意識されてきているかはなお心許ないものを感じる。近時の論稿は、理論的関心というよりも、政策的適否からのものが多くなっていてそのような視点からは、先行業績をきちんとフォローすることにさほどの意義を感じないごとくである。が、それではどんな政策の名案でもその場限りの評価を受けても持続的な理論的積み重ねを期待することは難しい。

(2) そのような見地から、ひとつの話題としてここに取り上げるのは、「法律の一般性」と「立法所管」ということである。この論点については、何度となく論稿をものしているので繰り返し詳論する気持ちにはなれない。伝統的公法学説にあって、いわゆる「実質的立法」は排他的・専属的「立法所管」とであるとされる。そうでない法律内容については「形式的法律」にすぎぬという扱いであった。これは例えば「予算」法律や恩赦法律、宣戦布告などについて、民事・刑事法のように国民の権利・義務を一般的に規律するものとは異なり、本来の「立法」とは言えないと考えられたのである。

これらの「形式的法律」は、もともと国王の行政府の権限でありこれが法律形式を採ったというのであり、このことにはむしろ憲法違反という意味はない。

(3) かような「法律」概念の伝統学説は、その出自は19世紀後半ドイツ国法学にあって、そのこと故に現代民主制のもとではもはや妥当しないという批判は、ドイツにあってはわが国にあってですでに久しく、3～40年前稿者が研究を始めた頃すでに強力に提示されていたもので、最近のことでは全くない。これらの展開はここではできない。詳しくは稿者の著書のほうを参照されたい。

他方、この伝統学説を批判するための一つの手がかりとして、英米法にはprivate Lawなるものがあり、わが国の「立法」権はかかる英米法的思考によるべきであるということが一部で引き合いに出されたようである。いまここで話題にしようとするものは、これである。この点についても実はすでにかつて触れておいたことではあるが⁽¹⁾、なお充分には注意されていないごとくである。

(4) 「法律の一般性」はもはや不要であるとする論拠として、英米ではそのような要請はなく、個別的法律も例外でないことが持ち出されているが、果たしてそれは適切でありうるのかは、疑問である。ここに、田中英夫教授の論稿⁽²⁾に依拠しつつ、少しく検討しておくことにしよう。

(a) まず、田中教授によると、そもそもこの個別法律という現象は、議会が「男を女にすること以外は何事をもなしうる」(ド・ロルム)とまで擲擧されたほどの絶大な権限を有するとされるところの国会主権原理の帰結ではないという。

《Private Actの制定を、国会主権の原理のあらわれとみる考え方が存在する。しかしながら、私は、この考え方には従えない。Private Actの制定は、イギリスで17世紀に国会主権の原理が成立する以前から行われており、(…)中世に遡るのである。歴史的には、Private Actの制定は、中世の国会が立法・司法・行政の三権を区別することなく行使していたことを淵源とするものであるとみるべきであろう》⁽³⁾。

国会主権の原理のあらわれとする考え方は、その後権力分立の原理を採るアメリカにすらこの **Private Act** の制定が今日まで認められてきたことを説明できないのである。

そして、かかる《**Private Act** という制度》をもたらす伝統的「立法」観念があったのであり、確かに、統治体制の基本的改変にもかかわらずこれが維持されたことの要因としては、《…イギリスでもアメリカでも、20世紀に入ってかなりたつまで、（ヨーロッパ大陸で成立したような）強力な行政権というものが成立しなかったという事情があるように思われる。…》《しかし、実際に制定された個別立法がすべてこのような理由で根拠づけられうるとはいえない。とりわけ（**local act** と区別された意味での）**personal act** についてはそうである。》**Private Act** の制定の慣行が消滅しなかったことの説明ではなく、《その慣行自体の根拠は、英米における立法観の伝統に求めなければならないように思われるのである》という⁽⁴⁾。

従って、ここで英米における **Private Act** の制定の一事をもって、わが国の「法律の一般性」が、国民主権下の現代民主制憲法の要請に反するとか、行政権の専横を認めるもののだかという評価は当たらないと言わなくてはなるまい。

(b) つぎに、そもそも英米にみられる個別法律という現象は、子細に見るときそれらは今日われわれが「法律の一般性」との関連で議論しているような「立法・行政」間の権限の限界論とは異質のものであることが判明する。この点も、田中教授の説明を聞くことにしよう。

なによりも、**Private Act** の立法手続きと形式についての特特殊性である。この手続きはしばしば準司法的性格をもつといわれる。

まず第一にイギリスにおいて、**Private Act** は、《どうしてもその立法がないと目的を達しえないという場合に限ってその制定が認められ》、《**public act** で規制すべき領域を侵してはならない》⁽⁵⁾。

また、《…政府が提出する法案で地方的な性格のものはすべて **public bill** とされ、審議上は **hybrid bill**（混種法案＝稿者）という扱いがされる。これは、次に述べるように **private bill** の立法手続は利害関係者の **petition** で始まるが、政府提出案についてはそれがあてはまらないということに基づいている》⁽⁶⁾。地方特別立法は、従ってここでいう **private bill** から区別されていることに注意が必要である。

そして、**private bill** には利害関係者の **petition** が必要とされることは、わが国でいう「立法」とは別物であることを明らかにする。

《**private bill** は、**public bill** と異なり、利害関係者がその制定を求める **petition**（請願、申立て）をすることが、立法手続開始の前提である。この関係で、**petition** を出した者が果して利害関係者にあたるかという、訴訟の提起について訴えの利益の存否が問題になるのと似た問題が生ずる。》この《**petition** という言葉は訴訟手続上もしばしば用いられる》ものである。

さらに、《この手続の際に、**petition** を出した当事者は出頭しなければならない。》《…利害関係者は、**memorial**（覚書、建白書）を提出することができる》⁽⁷⁾。《**personal bill** は、貴族院が先議する。》《審議は司法手続に似て来る。》《弁護士》を立てたり、《多額の費用がかかることがあ》る⁽⁸⁾。

国王による裁可の方式も **public bill** のときとは異なっている。

《**public bill** では “La Reyne [国王のときは Le Roi] le vult” であるが、**private bill** では “Soit fait comme il est desire” である》⁽⁹⁾。

法律の番号の面でも、異なったやり方がとられているのである。

第二にアメリカ連邦議会の場合においてである。

まず提案については、《アメリカでは、**private law** は、その立法を求める者がその選挙区選出の議員に働きかけ、最終的にはその議員の判断で議員に提出されるのが通例である。従って、イギリスと異なり、当事者適格の問題は生じない。》

審議については、《…実際にはほとんどの **private bill** は、まず下院に提案され、《司法委員会 (Committee on the Judiciary) に付託される。》《下院の小委員会 (等) の審議は、法案の提案者・支持者の働きかけによって進行する。》《法律の番号は、それぞれ別に各議会 (2 年間) ごとに、1 号から順に付けられる。》⁽¹⁰⁾。

第三に州憲法上の特則として、《ある地域のみにも適用される **special law** の制定に際しては、予め、そのような法律の制定が考慮されている旨を所定の方法で公示しなければならないとする規定》や、《…その地域の住民の投票に付し、その過半数の賛成がないと、効力を生じないものとする規定》がある⁽¹¹⁾。こちらの方は、地方特別立法に相応するごとくである。

が、この最後者以外の全体の **private bill** に関する内容は、今日わが国で「法律の一般性」に対比して言われる「個別立法」論に参考とすべき先例とはとうていなり得ないものであること明らかである。

(c) もっとも、アメリカにおける上述のような **private law** は、それでもなお「立法」権の範囲内と言えるのか、司法権との関係はどうかというのが当然に問題となったことがあるのであるが、この点は、合衆国最高裁判所は、一貫して《**private law** の制定は、本来の立法権の一部であるという立場》を採っているという⁽¹²⁾。特有の英米の伝統的「立法」観によるものであろう。すなわち、

《州の判例を見ると、19世紀において、ミズーリ、ロウド・アイランド、マサチューセッツに、**private law** の制定を権力分立に反するものとした判例がみられる。しかし、大部分の州は、**private law** の制定それ自体は権力分立に反しないということを前提とした上で、…憲法の中に、**private law** が制定される場合を制限する規定、あるいはその制定手続を慎重ならしめる規定を置くというやり方をとっている。》《かつて **private law** の制定を違憲とする判決が出た3州のうち、ミズーリ州は、後に憲法でこのような定めを置いた》⁽¹³⁾。

さらに、司法権との関連で問題となったケースとして、田中教授によると、つぎのごとき判例が存するという。

《最近の判例として、United States v. Sioux Nation of Indians (合衆国対スー・インディアン部族事件) がある。この事件で問題となった1978年の連邦法は、スー族が、1870年年代末に行われた彼等の土地の「取り上げ」の際に、正当な補償が払われなかったとして訴訟を提起することを、「既

判力にかかわりなく」認めたものである。これにより、スー族は、1942年に **Court of Claims** に訴えを提起して敗訴したにもかかわらず、改めて **Court of Claims** に訴えを提起し、勝訴した。上訴を受けた合衆国最高裁判所は、この1978年法は司法権に対する侵害であり違憲であるという主張を、8対1で斥けている。》また、1944年 **Pope v. US** 事件では、《…最高裁判所は、全員一致で原判決を破棄した。その理由の要点は、次の通りである。》《この「法律」の趣旨は、[既に確定した] 判決をくつがえすことにあるのではなく、また、裁判所が原告に不利に判断した請求の基礎づけに関する争点についての再審理を命ずることにあるのでもない。この法律はあまり上手に起草されているとはいえないが、その目的と効果は、同法制定時までは存在していなかった…新しい義務の設定にあるように思われる。この法律の効果がこのようなものである以上、**Court of Claims** の司法的義務の遂行が同法によって影響を受けることは、原告の請求がかつて同裁判所によって判断されたことがなかった場合のそれと、なんら異なるところがないのである。》《…司法的機能に対する侵害ではない》とされるのである⁽¹⁴⁾。

(d) 上述したところからも推測されるごとく、あくまで“**private law**の制定は、本来の立法権の一部である”とされる。そうしたうえでしかし、つぎにみるように **private law** には、アメリカにおいていわゆる **Bill of Attainder** (私権剥奪法) の禁止問題が存するのである。すなわち、

《合衆国憲法第1編9節3項—州憲法にも同様の規定をもつものが少なくない—による **bill of attainder** の禁止は、元来は、…議会が直接個人を処罰する法律を制定することを禁ずる趣旨であったと思われる。》

《ところが、1867年の **Comings v. Missouri** (カミングス対ミズーリ事件) および **Ex parte Garland** (ガーラント事件) は、合衆国政府に対して武器を執って戦ったことはないこと等の宣誓を牧師・弁護士などに従事するための条件とした州憲法または連邦法の規定を、裁判によらずに立法で特定のグループに対し制裁を課したものであって、**bill of attainder** に該当し、違憲であるとした。これらの判決によって、**bill of attainder** の禁止は、個人の名を挙げた法律だけではなく制裁的な意味をもつ不利益を課すこと一般に及ぶこととなった。

この判決の趣旨は、今日でも生きており、共産主義者に対して不利益を課した法律のいくつかは、**bill of attainder** に該るとされたのである。

従って、**private law** により特定の個人に不利益が課せられたときに、それが **bill of attainder** に該るとして無効とされることがありうる。とくに課せられた不利益が大きくかつ具体的状況からいって懲罰的な意味を伴う場合には、その可能性が大きい》⁽¹⁵⁾。

なお、この **private law** は「平等」原理との関連についても問題が生じうる。

《しかしながら、特定の個人に対する利益の付与が平等保護条項違反だとされるためには、それが人種・性・出身国等々を理由にあるグループを他のグループよりも優遇する意図によるものである—差別的効果が生ずることからそういう意図が推定できる場合を含む—ことが示されなければならない。このことは、**private law** が個々の場合をとりあげるものであることからいって、かなり

困難であろう。他方、特定の個人に対して不利益を課する立法についても、同じ問題があり、少なくとも、平等保護条項違反であることを主張するよりも **bill of attainder** に該すると主張するほうが容易なように思われる》という⁽¹⁶⁾。

(5) さて、「英米における **Private Act** (個別法律)」論が以上のようなものであるとすれば、これらの議論は、ドイツ出自のわが国伝統学説の理論を克服するに足らないしその手掛かりとなりうるものと言えるだろうか。拙見によると、伝統的ドイツ公法理論を精確に理解するならば、それ程無理することなくこれらの諸現象をも説明できないことはないのではないかというふうに思われる。

まず、「法律・行政」間において、「国民の権利・義務を一般的に規律すること」を国会の排他的「立法」所管事項とする通説的見解は、これ以外の事項につき競合的所管としての「立法」が存することを否定しているのでははじめからないのである。

但し、「法律」で規定された場合は、行政がそれに違反することはできない。これは「形式的法律力」と称された。

「国民の権利・義務を一般的に規律する法律」に対する違反に対しては、司法的権利救済が認められる。これは「法律」の「実質的法律力」の一部である⁽¹⁷⁾。

「個別法律」が否定されているわけではない。経済危機や国際協力などの必要から、緊急措置法が制定されることがあっても、これをもってことさらに問題とすることはないだろう。「現実の生活実態」としての特定の立法目的や必要な社会状況などは、一般的立法においてもありうることであって、そのことじしん「個別法律」とすらしえない⁽¹⁸⁾。また、規律内容が特別の事案、特定名宛人となり、「個別法律」となる場合でも、これは原則に対する例外ではあっても、上記の原則である排他的所管に当たらず、競合所管に当たるとすれば良い。つまり、このような内容のものを権力分立原理のもと、常に「立法」することはできないし、なすべきではないということになる。さらに、**bill of attainder** のような法律は、逆にこれは、「司法権」との関連で、内容的に禁止されると言えよう。このようにしてみると、結局正しく理解した上での通説的「形式的立法」ということでよいのではないか。

第二節 「法律事項」と法律条文スタイル

(1) さて、他方において、もう一つ、今日の「立法」の機能及びその現状の要請を鑑みるときに、「国民の権利・義務の規律」という側面は意味を成さなくなったのではないかという問題もありえよう。「形式的法律」はすべて「国民の権利・義務の規律」ではないのか。また、「国民の権利・義務の規律」ということじしんもはや不要ではないかということ。そこでつぎに、まずこうした問題について行政専門家の説明を聞くことにしたい。(a) はじめに戦後わが国の行政実務上、この「国民の権利・義務の規律」という「法律事項」は、重要な役割を果たしてきた。とりわけ、昭和38年9月13日の閣議決定「内閣提出法律案の整理について」では、つぎのような方針が採られていたので

ある。

《…①法律によることを要する事項をその内容に含まない法律案は、提出しないこと、②現に法律の規定により法律事項とされているもののうち、国民の権利義務に直接的な関係がなく、その意味で本来の法律事項でないものについては、法律の規定によらないで規定しうるように措置すること、③単純に補助金の交付を目的とする規定を法律で設けないことにつき、閣議決定が行われた。》

そして、《この閣議決定には非常に重要な意味がある。それは①でいう「法律の規定によることを要する事項」、ちなみにこれを略して「法律事項」というが、その存否と内容を問題にしているのである。これは、②でいう「国民の権利義務に直接的な関係」のある規定であり、換言すれば「国民に権利を与え、あるいは義務を課す」規定を意味する。法律事項とはいえないものとして、たとえば国や地方公共団体の責務などを記述したいわゆる「訓示規定」がある。この閣議決定は、こうした訓示規定だけで構成されているような法律案は、そもそも提出しないこととしているのである。この法律事項の存否とその内容の如何は、法律案の審査の大きなポイントである。》《…特別の事情があるときは、各省庁は、その法律案の提出につき、理由を具してあらかじめ内閣官房長官に説明し、閣議の事前了承を経るものとする」とされている。⁽¹⁹⁾

また、議員立法についても、《法律に規定するにふさわしい事項（法律事項）は何か、ということに関する基本的なスタンスは、議員立法の場合においても、内閣立法の場合と異なるところはない。》

(b) 他方において、しかし近年のわが国の事情にも触れて、

《ただし、(a) 従来の「法規 (Rechtssatz)」説の考え方（すなわち、法律事項とは「国民の権利を制限し、あるいは義務を課すような法規範」である、とする伝統的な考え方。ただし、実務的には、これに行政庁の組織に関する法規範（組織規範）を加えた事項をも含めて法律事項とする、修正された法規説の考え方が一般的であるように思われる）自体が、最近の「基本法」の隆盛状況に象徴されているように、大きな時代の変わり目を背景としてかなり変容を来しつつあるのではないかと思われること、そして、実はそのような事象を議員立法ではやや先取りしていたとも思われること、(b) 行政権を握っていない野党の場合には、ある政策を表明しようとする場合には、内閣（政府、与党）の場合とは異なり、法律案の提出は数少ない有効な手段の一つであるため、伝統的な「法律事項」の考え方に固執することは、依頼者の意向に必ずしも十分に応えたことにならないことなどから、内閣立法の場合と比べて、議員立法の場合の「法律事項」のとらえ方はやや緩やかであるように思われる。》

《筆者の経験から帰納的に、議員立法における「法律事項」の考え方を最大公約数的に表現するならば、「その時代時代の政治的・社会経済的諸状況を踏まえて、国民代表たる国会議員が、法律として定めるにふさわしいと考える事項」＝「国民生活に重要な影響を及ぼし、あるいは国民が政治的関心を有する事項（いわば、国政における本質的事項）」といったものになるように思われる》⁽²⁰⁾。

さらには、つぎのようにも説明されている。

《昭和40年代の基本法ブームが落ち着いた後、久しく新規制定のなかった「基本法」という形式の法律であるが、これが平成になってからかなり制定されるようになってきている。多くの「基本法」では、その条項のほとんどが抽象的・プログラムの訓示規定であって、「法律事項」と呼べるようなものは審議会の設置などの組織規範に限られているものが少なくない。このあたりに「法律事項」に関する考え方の変化、あるいは「法律の果たすべき機能」の変化といったものを感じ取ることができるかもしれない。実は、このような「法律事項」に関する考え方の変化という観点から、そのターニング・ポイントとなったのではないかと思われるのが、「基本法」と銘打ってこそないが、消費税導入の際の「税制改革法」(1988年)なのではないだろうか。なぜならば、同法では、第1条で「昭和63年6月15日に行われた税制調査会の答申の趣旨ののち行われる税制の抜本的な改革」を「今時の税制改革」と称した上で、第2条から第5条までにおいてこの「今時の税制改革」の趣旨や基本理念等を述べ、第6条以下では、国税・地方税に分けながら同時に提出された所得税法続(？等＝稿者)の一部改正案、消費税法案、地方税の一部改正案の内容を「カタログ」よろしく紹介しているだけの規定が並んでいるからである》⁽²¹⁾。

(2) さて、うえのごとき実務専門家による「法律事項」の説示は、戦後日本における「立法」を考えるうえで有権的解釈論であるだけに参考に値するだけでなく、看過できないものである。が、以下稿者の立場から若干の検討を加えておくことにしたい。

まず第一に、わが国の伝統学説にも符合する形で、少なくとも昭和38年当時、政府でも「国民の権利義務に直接的な関係」を有する事項が「法律事項」であると考えられていたこと(「直接」という言い方は、宮沢俊義教授の『全訂日本国憲法』コンメンタール(日本評論社)の採る立場に近い)。そして、「本来の法律事項でないもの」については、「法律の規定によらない」ことが閣議決定までなされていた。これは、次第に顕著になる「法律の洪水」現象などへの警告を「法律案作成審査」の掌にある立場から表明したものと理解せられる⁽²²⁾。同時に、ここで、現に法律形式によるとしても「訓示規定」のごときは、排他的立法所管ではないとされたことになる。

第二に、この「法規(Rechtssatz)」説の考え方に「実務的には、これに行政庁の組織に関する法規規範(組織規範)を加えて、「法律事項」とする考え方が「一般的であるように思われる」と述べられているが、この点はどうか。かかる立場は、学説上は佐藤幸治教授の『憲法』(青林書院)にみられる見解で、確かにかなり広く普及した立場である。「実務的に」も採用されているごとくである。

しかし、ここで組織規範を「法規」だとするのか、それとも「法規」ではないが「法律事項」であるとするのか、必ずしも明確ではない。佐藤説は前者である。その理由は充分には明らかでないが、おそらく組織規範も国民の権利義務に関係することに求められると思われる。そして、かかる見解はドイツの伝統学説にも多く認められたものである。が、そこに内在する問題として、そもそも作用法と組織法、換言すれば「行憲法・組織法」とは如何なる法規規範の区別なのかということがある⁽²³⁾。「組織法」であることが概念として「行憲法」であることはあり得ない。そうすると、あり得るのは実定法上のある個別具体的法規規範がその法内容として組織法であるとともに同時に行憲法たる内容

を含む、すなわち「国民の権利義務に係る法内容をも含んでいることがあるという場合であろう⁽²⁴⁾。しかし、例えば、憲法65条の「行政権は内閣に属する」というごとき組織法が行憲法、国民の権利義務を規定したものとなすことはどうか。また、上出の例えば「審議会の設置などの組織規範」等を「法律事項」としたのも、これが国民の権利義務を規律することを理由としたかは疑問である。さらに言えば、周知のごとく、昭和58年国家行政組織法が改正されて、当時の7条5項により従来「法律事項」とされていた「官房、局及び部の設置及び所掌事務の範囲」について、政令で定められることとされた。戦後の議院内閣制の確立や行政の民主化などの要請が強く働いて従来「法律事項」とされてきたものであるが、他面行政の統一的な政治責任の所在の明確化や行政需要への弾力的即応の要請も強く、今回の改正となって表面化したものであった。⁽²⁵⁾ ここで、立法府みずからこのような行政内部の組織法を「法律事項」から外しているのであることに注意する必要があるだろう。

第三に、「行政権を握っていない野党の場合」には、「依頼者の意向」に応えるために「法律事項」との考え方はやや緩やかなるという。が、議員立法の場合と内閣立法の場合とで、本来「法律事項」が法理論的に異なるということがあってはならず、むしろ法律案作成の現実運用上の傾向に過ぎまい。

第四に、議員立法の「法律事項」として、「国民生活に重要な影響を及ぼし、あるいは国民が政治的関心を有する事項（いわば、国政における本質的事項）」という表現が用いられていることに関する。

まず、この表現は上出の「法規」（プラス組織法）の内容と実際にどのように異なるのか。「重要な」「政治的関心を有する事項」という言葉は、明確さを欠く。近年のドイツの判例や学説で用いられる「本質性理論」⁽²⁶⁾を想起させるが、これがわが国憲法41条の前段（国会の最高機関性）からもたらされるのか、或いは後段（唯一の立法機関性）に求められるのか、前者である場合にそれは排他的立法所管として位置付けられるのか。また、前者の場合には、統治作用に対する行政への統制手段として考えられているのだろうか。後者の場合には、はじめに述べたごとく「法規」との内容的違いが明確にされなくてはなるまい。「国民生活」という表現は、「国家・国民」の法的関係ということだろうか。それならば、「法規」と内容的に重なるものではないか。はたまた、「国民生活」とは、フランス流の憲法の守備範囲が「国家権力」の抑制に限られ、民事・刑事法などの市民関係については「法律事項」とするといった角度からの表現なのであるか。明確ではない。

また、「政治的に重要事項」を「法律事項」だとする言い方は、何もドイツの近年の判例・学説が最初ではなく、立憲主義初期等にもすでに語られ、かつ批判されていたものである⁽²⁷⁾。

第五として、「法律事項」に関する考え方の変化という観点から、そのターニング・ポイントとなったとされる「税制改革法」、それ以降の法律形式については、どうか。

この点について、近年の改正法律の中には、確かに、従来はあまり見られなかったスタイルのものが散見される。言われるように、『「税制改革法」(1988年)』が《第2条から第5条までにおいてこの「今時の税制改革」の趣旨や基本理念等を述べ、第6条以下では、国税・地方税に分けながら同

時に提出された所得税法統（？等＝稿者）の一部改正案、消費税法案、地方税の一部改正案の内容を「カタログ」よろしく紹介しているだけの規定が並んでいる。》

ある一箇の改正法において、多数の個別法律の改正箇所がリストアップされているような形式のものがみられる。平成12年4月12日施行（平成11年7月16日公布）のいわゆる地方分権一括法はその典型例であった。475件の法律の改正が行われている。

また、その後の改正で削除されたが、平成11年の法改正で国会審議の際の「政府委員」を廃止し、「政府特別補佐人」を置いたが、さらに改正国会法の附則では、2条でこれをさらに「見直しを行うこと」とするとともに、3条で「国会審議及び国の行政機関における政策決定システムの在り方については、国会審議をさらに活性化するとともに、国の行政機関における政策決定が政治主導で行われることを一層確固たるものとする」観点から「検討を加える」ことにする旨、規定されていた。かかる規定も、検討事項を法律条文に掲げるといふ、規範的内容が今後に開かれている形式となっている。

このような改正法律の態様をどのようにみるかであるが、世紀の転換期において社会的政治的激動のなかにあつて行政改革、地方分権関連でそれこそ圧倒的大半の法律の一度の改正が行われたり⁽²⁸⁾、かつ一つの法律の数度の改正も珍しくはない。ここで、法律案の複雑化、長文化、規範の希薄化、暫定化、多様化、洪水化は避けられない⁽²⁹⁾。

(3) これらの現代的諸現象と憲法上の「立法」権能の理論的位置付け、憲法41条の「立法」解釈学的構成としての「法律事項」そのものとは、にわかには同一に論じるべきではないと思われるが、実務専門家においては、むしろ上述のごとく深刻に受けとめようとするのが一般的なようである。それをつぎにもう少しみておきたい。例えば、

(a) 《…国家の役割が増大し、かつ、その活動が基本的に「法律」に基づくことが民主国家（あるいは法治国家）として要請されることが徹底されてくるにしたがつて、「法律」という統治手段が、国民の権利・自由を制限したりする従来の本来的分野（事項）だけではなくて、国民に対する国家の政策表明のための公的な広報手段としても用いられるなど、様々な使い方がなされるようになってきたことである。この傾向は、…最近特に見られる傾向であり、従来であれば必ずしも「法律」という形で宣言しなくても済んだと思われる事項が、改革（基本）法やら推進法といった形で制定されるようになってきている。…このことが、「法律事項（実質的意味での立法）とは何か」といった形で、実務においても大きな影響を与えるような状況になっている》という。⁽³⁰⁾

が、「本来的分野（事項）」だけではなくて、「国民に対する国家の政策表明のための公的な広報手段」としての「法律」は、すでにR. スメントも述べたごとく⁽³¹⁾「立法」の国民教育的・統合的作用として重要であり、「法律」という形で宣言することに何の支障もない。「形式的法律」活用の重要な意義である。そこでは「実質的意味での立法」の機能と区別されていた（前者が国民「統合」機能であり、後者は裁判のための一般的基準となり正義の価値を実定化する）。今日においては、「立法」が果たす役割は、いずれにおいても飛躍的に範囲が拡大しているのである。

(b) 上出の立法学研究会の説明によると、法制執務的な観点からみて最近の立法の傾向として二点挙げられ、一つは、特例法や特別（臨時）措置法にみられる「法律の一般性」の欠如、もう一つは改革（基本）法や推進法にみられる規範性のほとんどない「カタログ」的法律や一過性の「政策大綱」的法律であるという⁽³²⁾。

これらについて改めて吟味するならば、まず第一点については、「法律の一般性」というのは、すでにも述べたように、立法の排他的所管事項を意味するもので、その他「形式的立法」による個別法律の競合的所管事項を否定するものではない。Bill of Attainder（私権剥奪法）のようなものは例外として禁止されるのである。また、行政庁が通常市民に発する個別の処分のごときを議会がなしうるものではあるまい。個別規律を「法律事項」、つまり排他的立法所管とはできないのである。が、他方「阪神・淡路大震災」や「オウム真理教事件」に関連して被害者を救助するためといった特例法や特別（臨時）措置法の「現実の生活実態」配慮じしんは、「法律の一般性」に反することにはならず、規範内容による。特定の法人に関する法律でも適用される名宛人、事案（場合）が不特定であればなお「一般的法律」である。

第二に、近年法律のスタイルが崩れてきている（法令用語としては熟しない日常用語の使用などをも含め）という点についてである。税制改革法などにみられる一部法改正のカタログ化した規定、中央省庁等改革基本法などにみられる「…端的に個別の省庁設置法の改正法を制定するだけで十分なのではないか、それらの実施法が制定された後にはこの『基本法』は用済みになってしまうのではないか」というようなもの、「閣議決定あるいは国会決議などの形式でも十分」ではないかとみられるものでも、「政策大綱」のような「中間的な段階で、いったん法律を作って後戻りできないようにしてしまおう」という、いわば自縄自縛的法律がみられる。これらの法律については、批判もあるが、一方では「立法の平易化」や「国家嚮導」の効果が期待されると前向きの評価もされる⁽³³⁾。

かかる法案作成の判断は、いずれにしてもそれに政治的效果を期待してのものであり、激動する平成の大改革期を反映した諸現象とも言えよう。が、こうした法律の増大をもって「法律事項」、「法規概念」の変化と言うべきものはまた別問題ではなからうか。「立法」の飛躍的範囲の拡大は、国家任務の増大に呼応する現代国家の顕著な特徴であるが、どのような場合にどのような法律を制定するかは政策的判断にかかっている、「国民の権利義務の関する事項」は排他的立法事項となすことには変化があるわけではなく（もちろんこの分野の立法の拡大も著しい）、国家的重要施策を立法化することの要請は弾力的に時々の政策判断に委ねられる。競合的立法所管として位置づけられうる。ちなみに、実定憲法上は、これを41条前段の「国会」の「最高機関」性に位置づけて理解することが可能であろうが、2004年の読売新聞社憲法改正試案では、この前段が意味不明確としてこれを削除し、「国会は、国民の代表機関として、国政の適正な運営を図る」という規定を置くことを提案している。これは、上出のごとき国会による「統治」機能を監視する役割を議院内閣制の動態的視点から言い表したものと解せられる⁽³⁴⁾。

なお、第三に、平成19年、C型肝炎国家賠償訴訟をめぐり、原告側が原告以外にもフィブリノゲ

ン投与による被害者が多数有り、これらに線引きをせずに一括救済することを政府に要求したことに対して政府は特別措置法をもって救済することを約束した（平成20年1月11日薬害肝炎救済法が成立した）。その際に、原告側と政府側との折衝による法律原案の作成協議が行われたが、このような立法過程は、すでに見た英米流の **private Act**（個別法律）の制定過程とどこか似たような感を与えなくはない。このような立法過程をどのように位置づけるべきかについては今後の課題とした。ただ、これをもってかかる形式が今日の「立法」の常態だと断ずることは早計ではなかろうか。

-
- (1) 例えば、堀内健志『続・立憲理論の主要問題』（信山社、1997年）398頁など。
 - (2) 田中英夫「英米における **Private Act**（個別法律）」『法形成過程』（東大出版会、1987年（初出『法学協会百周年記念論文集第二巻（有斐閣、1983年））124頁以下。
 - (3) 田中・前掲書152頁。
 - (4) 田中・前掲書153頁。
 - (5) 田中・前掲書139頁。
 - (6) 田中・前掲書140頁。
 - (7) 田中・前掲書140頁。
 - (8) 田中・前掲書141頁。
 - (9) 田中・前掲書142頁。
 - (10) 田中・前掲書143-5頁。
 - (11) 田中・前掲書145-6頁。
 - (12) 田中・前掲書146頁。
 - (13) 田中・前掲書148頁。
 - (14) 田中・前掲書149頁。
 - (15) 田中・前掲書150頁。
 - (16) 田中・前掲書151頁。
 - (17) これらについては、堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』（多賀出版、昭和59年）340頁以下、63-66頁など参照。
 - (18) 堀内健志『立憲理論の主要問題』（多賀出版、昭和62年）90頁以下参照のこと。
 - (19) 大森政輔・鎌田薫『立法学講義』（商事法務、2006年）92-3頁、103頁〔山本庸幸執筆〕。
 - (20) 大森ほか・前掲書114頁〔橘幸信執筆〕。
 - (21) 大森ほか・前掲書120-1頁〔橘幸信執筆〕。
 - (22) 最近このことに言及する論稿として、大石眞「内閣法制局の国政秩序形成機能」『公共政策研究』6号（有斐閣、2006年）7頁以下参照。
 - (23) これについて、詳しくは、堀内・立憲理論の主要問題前掲書139頁以下を参照されたい。
 - (24) 行政法学上の行政指導の法的根拠をめぐる一連の議論のなかにもかかる論点が含まれている。松戸浩「行政指導の法的根拠（1）、（2）、（3・完）」『広島法学』29巻4号1頁以下（2006年）、30巻2号27頁以下、3号47頁以下（2007年）、藤田宙靖「警察法二条の意義に関する若干の考察」『行政法の基礎理論上巻』（有斐閣、2005年）351頁以下（初出は『法学』52巻5号（1988年）、53巻2号（1989年））、同「行政指導の法的位置付けに関する一試論」『行政法の基礎理論上巻』（有斐閣、2005年）179頁以下（初出は高柳古稀『行政

法学の現状分析』(勁草書房、1991年))などを参照。詳しい検討は別の機会を期したい。拙見については、堀内「行政改革論議にみられる『組織法』論について—組織法と内部・外部法理・再論」『青森法政論叢』1号(2000年)52-65頁。

(25) 堀内・立憲理論の主要問題前掲書331頁など参照。

(26) これについて簡略には、堀内・続立憲理論の主要問題前掲書399頁以下を参照。

(27) この点について、堀内・続立憲理論の主要問題前掲書400-1頁など参照。

(28) 石川敏行教授によれば、平成11-12年にかけて約1700件の法律のうち、1600件、率にして当時の現行法律の実に95パーセントにも及ぶ改正が行われているという(『書斎の窓』492号参照)。

(29) なお、現代立法の状況と特質については、立法学研究会「『立法』を分析する」(1)、(2)、(3)『時の法令』1648号51頁以下、1650号68頁以下、1652号56頁以下(平成13年)がある。また、堀内・続立憲理論の主要問題前掲書157頁以下(初出は「立法と国会」樋口陽一編『講座憲法学』5巻(日本評論社、平成6年))も参照。

(30) 立法学研究会・前掲(1)54頁。

(31) 堀内・ドイツ「法律」概念の研究序説前掲書267-73頁など参照。

(32) 立法学研究会・前掲(2)71頁。

(33) 立法学研究会・前掲(3)56頁以下。

(34) 堀内健志『公法1〔第3版〕憲法』(信山社、2005年)276頁。