



Title	憲法における法規命令の「機能」論（一）：ドイツ公法学における体系化アプローチを参考に
Author(s)	宮村， 教平
Citation	阪大法学. 2016, 66(1), p. 175-195
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79156
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

憲法における法規命令の「機能」論（一）

——ドイツ公法学における体系化アプローチを参考に——

宮 村 教 平

はじめに

第一章 命令の憲法的正当化の構造

第一節 委任立法の普遍的傾向と日本国憲法解釈

第二節 委任立法における正当化根拠の実質・形式二分論

第一款 制度的要因の変動と委任の問題

第二款 「実質的根拠」と「条理」の連結

第三節 小括（以上本号）

第二章 ドイツにおける法規命令の「機能」論

第一節 従来の説明枠組みにおける法規命令の機能

第二節 機能の体系化アプローチ

第三節 体系化を志向する二つのアプローチの検討

第四節 小括

おわりに

はじめに

「近代国家の下においては、委任立法は、国家に要請さるべき積極的任務の増大と共に、各国に不可欠な共通の法現象となつて⁽¹⁾いる」。この法現象はわが国においても看取されるものであり、とりわけ日本国憲法成立以降の公法学は、一方では「行政活動の飛躍的な発展に伴う現実的な政策遂行の要請」を、他方では「議會主義（国会中心主義）ないし法治主義（法律優位の原則）」の下で「立法院としての議會及び行政府としての政府にどれだけの権限を配分するかについて」の「制度の建前」を視野に入れつ⁽²⁾つ、一貫して、その根拠づけを課題としてきた。すなわち、「制度の建前」と緊張關係にたつ委任立法を、その実際上の必要性に鑑みて、憲法上正当化することが議論されてきたのである。

そうした中で、他方において判例で頻繁に言及されてきたのが、命令の「性質」である。例えば、筑豊じん肺訴訟（最三判平成一六年四月二七日民集五八卷四号一〇三三頁）は、鉱山保安法「の目的及びその各規定の趣旨にかんがみると、同法の主務大臣であつた通商産業大臣の同法に基づく保安規制権限、特に同法三〇条の規定に基づく省令制定権限は、鉱山労働者の労働環境を整備し、その生命、身体に対する危害を防止し、その健康を確保することとをその主要な目的として、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正すべく、適時にかつ適切に行使されるべきものである」とする。この判決を参照する泉南アスベスト事件最高裁判決（最一判平成二六年一〇月九日民集六八卷八号七九九頁）でも、旧労働基準法（以下では旧労基法という）および労働安全衛生法（以下では安衛法という）の「目的及び上記各規定（旧労基法一条、四二条等、四五条、安衛法一条、二二条等、二七条——引用者補足）の趣旨に鑑みると、上記各法律の主務大臣であつた労働大臣の上記各法律に基づ

く規制権限は、粉じん作業等に従事する労働者の労働環境を整備し、その生命、身体に対する危害を防止し、その健康を確保することをその主要な目的として、できる限り速やかに、技術の進歩や最新の医学的知見等に適合したものに改正すべく、適時かつ適切に行使されるべきものである」と述べられている。³⁾これらの判決を見ると、主務大臣の当該規制権限の行使には、いわゆる「迅速性」と「専門技術性」という性質が備わっていることが要求されており、命令（省令）はそれを実現する行為形式となっている。つまりそこでは一般的に、「政省令による規制の方が、法律による規制に比較して『迅速』に対応できるということ、また、その内容の合理性を確保するためには、『専門技術的な知見』を取り込むことが必要であり、そのためには議会における議論に委ねるよりも、行政手続を利用する方がよい、という『正当化』⁴⁾が存在しているのである。

確かに、法律ではなく政省令等の命令によって規律することは、国家による規律の「迅速性」と「専門技術性」を確保するという「実際上の必要性」に照らして「正当化」される余地はある。しかし、そこでの「正当化」は、従来の学説において課題とされてきた、命令という手段を用いることそれ自体を憲法上正当化することと同じ意味だと理解し得るものであろうか。というのも、現代国家は急激かつ複雑に変化する社会的、経済的状态に対処し、これを有効かつ適切に規律する任務を有するという理解の下で、命令という行為形式の投入が当該任務の達成に貢献するか否かという問題と、命令による規律が憲法上正当化されるか否かという問題は、本来的に、その正当化の文脈が異なるものだからである。すなわち、前者で問われているのが、経験的事実に基づく政策的判断における「正当化」であるとするれば、後者は、規範に基づく法的判断における「正当化」が問われていることとなり、両者は、本来的に異なる次元に位置する議論となる。

こうした問題状況において、その異なる次元の議論が如何にして接合されてきたのかは再点検される必要がある

う。もともと、従来のわが国公法学の中でも、双方の問題をともし視野に入れつつ、命令による規律の起点となる「委任立法」の正当化について議論を重ねてきたのは、とりわけ憲法学の側である。つまり、わが国憲法学は、「委任立法」が憲法上正当化される根拠について議論を深める中で、如何なる論理構造に「実際上の必要性」を取り込んできたのか。このことを明らかにすることが、第一の課題として浮かび上がり、そこに問題点があれば、それを摘示することも求められる（第一章）。その上で、明らかとなった当該問題点への対処が取り扱われなければならない。その際の比較対象として、本稿ではドイツ公法学に焦点が当てられる。ここでは、ドイツ公法学における法規命令の機能論の構造が分析される（第二章）。最後に、第二章で得られた帰結を踏まえて、第一章で浮き彫りにされた問題点に対する示唆が与えられることとなる（おわりに）。

なお、本稿において命令と呼ぶものは、「法令」の中でも法律に基づいて行政機関の発布する規範である、「政令」および「府省令」、行政委員会の「規則」を意味する。また、法規命令と呼ぶものは、ドイツ基本法（以下では基本法という）における“*Rechtsverordnung*”を意味する。詳しくは第二章で記述されるように、基本法における法規命令とは、一次的には基本法八〇条一項で指図された法形式を意味するのであって、わが国行政法学で講学上の概念として存置されている「法規命令」、すなわち、いわゆる「法規」を規律対象とする「命令」を意味する概念とは異なる。

第一章 命令の憲法的正当化の構造

日本国憲法下では、国会が立法権それ自体を手中に収めた「唯一の立法機関」と位置づけられること（憲法四一条）、そして「政令」により実施されるのは「憲法及び法律」からなる一体の規範だと解釈されることから（憲法

七三条六号）、大日本帝国憲法下の独立命令、すなわち議会の関与に依存することなく制定される命令の存在が否定された、というのが一般的な理解である。⁽⁵⁾確かに日本国憲法の文言には命令一般に対する委任を正面から認める明文規定は存在しない。憲法上の規定では、内閣の制定する命令である政令について、第七三条六号但書が、「政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない」と定めるに留まる。

こうした規定の在り方にもかかわらず、学説においては、結論として、議会の委任に基づく命令制定は憲法解釈上認められるとする見解が、継続して主張されてきた。そうした主張を展開するためには、日本国憲法下で委任立法という現象を正当化するための論証が必要となる。その際、それらの論証が如何なる構造で行われているのかが重要となるが、これについて今なお一般に見られる説明は、命令による規律が実際上必要であるから、立法の委任は憲法上認められているのであり、かつ第七三条六号但書はそれを「裏から承認」しているのだというものである。⁽⁶⁾もっとも、後者については、第七三条六号但書の解釈が一義的なものではないため、同但書から命令一般への委任の積極的な根拠を見いだすことは困難だという指摘も存在する。⁽⁷⁾仮にこの二つの論拠が相俟って委任立法を正当化するとしても、それぞれの意義や相互の関連性は不分明のままである。

ここまで委任立法の根拠にかかる議論を観察したが、眼前にある国家任務を遂行するにあたって命令を用いることが効果的であるという観念は、実際上の必要性という一語に結び付けられているものと見受けられる。そうであるならば、その実際上の必要性は、より具体的なレベルで、どのように組み込まれているのか、という点に注目する必要がある。このような観点から従来の議論をみると、憲法解釈によって命令（への授權・委任）の正当化を試みる論証の中でも、とりわけ宮沢俊義の見解は、「実際上の必要」を強く主張する点で注目される。そしてまた芦部信喜の見解は、それを継受し、展開させたものとして位置づけられるだろう。そこで、両者の見解の検討から

議論を始めたい。

第一節 委任立法の普遍的傾向と日本国憲法解釈

宮沢説では、命令への委任が日本国憲法上認められる論拠として、二つのものが提示されている。すなわち、第一に「従来日本そのほかの諸国で行われ、実際においてもきわめて必要であると考えられる以上」、第二に「憲法に特にそれを禁ずる規定がなく、かえって本号のような、それを予想する趣旨の規定がある以上」、委任立法は認められるとされている。⁽⁸⁾この二つの論拠の関係をみると、第一の論拠がまず存在し、それを踏まえて、第二の論拠として、第七三六号を含む憲法上の規定が解釈されている。つまり宮沢説では、委任立法を解釈上正当化するにあたって、第一の論拠に重心が置かれているのである。この第一の論拠にさらに目を向けると、こちらも厳密には二つの部分から構成されていることが分かる。それは、わが国だけでなく諸外国でも行われていること、そして実際上の必要があることである。こうした論拠の構造が採用される背景には、委任立法をとりまく憲法現象について、明治憲法下での学説と一貫した認識が存在するものと思われる。

明治憲法下で「立法の委任」について語る際に、宮沢が重視したのは、法治国家における国家活動の中心の変革、すなわち、国家類型としての「司法国家」や「立法国家」ではなく、「行政国家」(Verwaltungsstaat)概念によって把握される憲法現象の登場である。すなわち、「一九世紀的諸憲法」における「個人の自由競争を基礎原理とする私経済主義」から、「いままで私的自治に放任されていた領域に対して次第に国家的統制の手が差し伸べられるようになった」社会情勢を背景として、国家には、主たる国家任務として個別具体的な行動が求められるようになる。そこでは、議会にそうした具体的行動を行う能力が欠如しているが故に、「議会の優越」と「法律の優越」の

維持が困難となってしまう。それゆえ、「法律がそのあまりに厩大な所管事項のあるものを執行府の発する命令に委任することが技術的に必要とせられ、立法の委任が従来のように立法の権道ではなくて、立法の常道なる地位を占めるようになる」⁽⁹⁾。

こうした宮沢の議論は、カール・シュミットの論文に「負うところの多い」ものだという⁽¹⁰⁾。そのシュミット論文における比較分析によれば、立法の委任という法現象は、第一次世界大戦後の当時においても、いわゆる自由主義的立憲国家を採用しているとされる様々な国家に典型的なものとして広く観察されるものであった⁽¹¹⁾。宮沢にとって立法の委任は、前記のような社会情勢への対処から、自由主義的立憲国家での学説・実務において、普遍的に認識される法現象だと把握される。そして、その法現象からさらに析出されたのが、「伝統的な権力分立主義を今日の社会情勢の現実によりよく適合する執行府強化の原理」だといえよう⁽¹²⁾。そこで、わが国実務においても「執行府強化の傾向」が見出される以上⁽¹³⁾、当該原理により権力分立主義が補正され、それによって、立法の委任は、「わが国法の現実には適合する妥当な解釈」として一般的に認められることとなる⁽¹⁴⁾。

こうした論証による限り、宮沢の理解は、日本国憲法下でその注釈書が書かれた当時においても一貫して妥当し得たといえよう。なぜなら、日本国憲法が制定された後も、現代国家化と呼ばれる状況における各国憲法では、依然として委任立法という現象が普遍的に看取されていたため⁽¹⁵⁾、宮沢の論証を支えるものは何ら変化していないと評価し得るからである。これが、「従来日本そのほかの諸国で行われ、実際においてもきわめて必要である」という説示に至る思考の構造といえよう。こうした論証で委任立法が正当化される限り、日本国憲法という規範の文言から根拠を改めて積極的に導出する試みは必要とされないこととなる。

それにもかかわらず、ある法現象が自由主義的立憲国家での学説・実務において共時的に認識されるとしても、

そうした他国の法実務から日本国憲法の解釈において法的に機能する「原理」を導き出すための論証が尽くされているわけではない。この意味で、宮沢の議論において、委任立法は、理論的な装いが施された現状の追認によって正当化されているのである。

第二節 委任立法における正当化根拠の実質・形式二分論

他方で、異なる論証によりつつも、宮沢説と同じく「実際上の必要性」を根拠として委任立法を認める立場を採るのが荻部説である。そこでは、委任立法を認めるための根拠が、「形式的根拠」と「実質的根拠」に区別して挙げられる。ここで形式的根拠とされるのは憲法七三条六号但書であるが、これはその論証の上で全く重視されていない。つまり、委任立法が正当化されるためには、同但書の「有無にかかわらず、委任立法は実際上の必要から条理上、当然に認められるものだ」と解するか否かが、重要なポイントである」とされているのである。¹⁶⁾ こうした説示からも明らかのように、荻部説における委任立法の主たる根拠は、「実質的根拠」とされるものであって、これは、憲法七三条六号但書という実定憲法上の明文規定ではなく、「実際上の必要性」を踏まえた「条理」とされる。これをさらに敷衍して論じると、荻部によれば、「究極的には、国家の性格が自由国家（消極国家）から社会国家（積極国家）に変わり、国家の任務が飛躍的に増大し複雑化したこと」に根拠が見出される。¹⁷⁾ そうした変化を踏まえて、委任に適した事項として、①専門技術性、②迅速性、③地方的特殊事情、④政治から隔絶することによる客観的公正性という四点が析出される。¹⁸⁾

この「実質的根拠」について述べる際、荻部は、イギリスで一九二九年に組織されたダナフモア卿を委員長とする「大臣の権限に関する委員会」、通称「ダナフモア委員会」[Donoughmore Committee]が一九三二年に提出し

た報告書を取り上げている。⁽¹⁹⁾しかしながら、同報告書を引用する文献として、論文中で一次的に引用されているのは、アルフ・ロスの「権力の委任」という論文である。⁽²⁰⁾芦部が委任立法をめぐる問題を検討するにあたって、続けて論じられている命令の法的効力に関する記述からも明らかのように、このロス論文は全般的に参考とされている様子である。⁽²¹⁾

第一款 制度的要因の変動と委任の問題

以上のことを理由として、芦部説そのものの分析に先立ち、まず始めに委任立法に関するロスの立論を必要限りで分析することが、本稿においても求められよう。

（一）委任の問題の前提となる制度的要因の変動

ロスが立法の委任を語る前提として注目するのは、その議論が展開されるに至った制度的要因である。⁽²²⁾従前の制度、すなわち立憲君主制では、国制における民主主義と君主主義をそれぞれ象徴する議会と王位（政府〔the government〕）は互いに独立し競合する権力主体であった。⁽²³⁾そうした対立状況が存在するところで重要となるのは、「『自由と財産』という規準を定めることによって、……法としての性質をもつ命令が、代表からなる議会という媒体を介して、換言すれば議会の活動、あるいは議会の権威の下にある命令によってのみ制定され得る領域」を画定することである。したがって、立憲君主制下では、政治的対立者である君主に対して議会が自己の権限を広範囲に委譲することが想定されなかったために、「委任された立法権という問題」が現実的に肝要とされなかったと分析される。⁽²⁴⁾しかし、これとは異なる制度的要因が今では存在するという。

現在の制度的要因は、議会議の導入と公共サービス国家〔the public service state〕の登場に認められる。つま

り、一方では、君主と議会の政治的対立が存在しなくなったことにより、議会による統治形態が確立し、他方では、自由主義・自由放任主義の下、国家の内外に対して最低限の秩序維持のためにのみ機能した消極国家ではなく、とりわけ経済発展と社会福祉のための介入が国家に求められる積極国家が一般化したことにある⁽²⁵⁾。

こうした制度的要因の変移に応じて、問題状況も変動することとなる。すなわち、議会議政の導入によって、立憲君主制下ではあまり肝要でなかった委任という問題が表面化したのだという。そしてこの問題は、公共サービス国家における国家任務の拡大と、それに対処するために政府・行政機関が主導権を獲得することによって、より先鋭化されることとなる。これを受けて、いかなる事項が、委任によって、すなわち議会の法律に従って行政が制定する命令によって、対処され得ないのか、あるいは対処されるべきではないのか、という問題が新たに浮かび上がる⁽²⁶⁾こととなる。

(2) 憲法的问题と政治・政策的問題の区分

この問題を考察するにあたって、ロシアは、二つの側面での捉え方を提示する。それは、憲法的〔constitutional〕問題と政治・政策的〔political〕問題という区別からもたらされる。ロシアによれば、憲法的问题とは、委任の憲法上の限界に関するものであり、その一方で、政治・政策的問題とは、委任という方法の利点と欠点に関するものとされる。もともと、「議会の権限に限界を置いていないイギリスでは、問題となるのは後者のみである」⁽²⁷⁾。すなわち、ロシアの理解では、議会主義を採るイギリスには、議会の委任行為に対する憲法上の制約は存在しないのである⁽²⁸⁾。

(3) 事実の問題としてのダナフモア委員会報告書で列挙された要因

その上で、委任立法が増加している原因が、ダナフモア委員会報告書で列挙されたものを通じて例証される。同報告書では、①議会における時間の圧迫、②内容の技術性、③不測の事態、④柔軟性、⑤新手法の機会、⑥緊急権

という六つの原因が挙げられていた。⁽²⁹⁾ それぞれの意味は以下の通りである。すなわち、第一に、議会は高度な政策的決定や基礎となる立法の問題に集中しなければならないために、出来る限り副次的な問題を排除して、時間を確保しなければならない。第二に、現代における立法は、政治家の議論に適さないような技術的に複雑な性格を有している。第三に、議会による相応の技術的対処が可能であったとしても、全ての不測の事態や局所的現象を予測し、子細に行政の仕組みを構築することは不可能である。第四に、委任があれば、議会の作動を待たずして、敏速かつ柔軟に新たな状況と技術の進歩に適応することができる。第五に、法律による規律では支障をきたす場合であつても、委任された命令であれば様々な規律を試行することができる。第六に、迅速かつ効果的な活動が国民の利益に照らして要求される緊急事態において、政府に非常大権を与えることが必要だという。ロスは、報告書に列挙されたこの六つの原因を、現代国家における典型かつ常態化したとみなされるべき状況に基づくものと評価しており、⁽³⁰⁾ 戦間期には、各国でこれらの原因を理由とする委任立法の増加と議会の失墜が看取されたという。⁽³¹⁾

以上の説示から注目されるべきは、ダナフモア委員会報告書における列挙事項の性格である。つまり、ロスの理解に照らすと、イギリスでの委任立法の問題は政治・政策的な問題に限定されていた。⁽³²⁾ したがって、ロスにとって、同報告書で列挙されていた「原因」は全て、委任の法的な正当化根拠あるいは限界を指摘するような法的に構成されたものではなく、委任立法という現象が現代国家において増加しつつある中で、命令に普遍的に見られるメルクマールとして抽出されたものを意味する。それに対応する命令の性質が読み取られるとしても、それは、議会議政の下で拡大する国家任務の規律手段となっている命令から事実上観察されるものに過ぎないのである。⁽³³⁾

第二款 「実質的根拠」と「条理」の連結

ここで再び芦部説に目を向けると、同報告書における六つの事項には、「委任立法の存在する国にすべて同じ程度で妥当するわけではないが、その典型的ともいえるべき状況をほゞ示したものと見ることができ」として積極的な評価が与えられ、委任立法は、「わが国でも委任立法の実質的根拠として」、飛躍的に複雑化した国家任務への対処という「実際上の必要から条理上当然に容認される」との記述が続けられる³⁴。こうした説示から明らかとなるのは、芦部説が、イギリスにおける政治・政策的問題を受け入れた上で、それら事実の問題を、「条理」という術語によって、規範のレベルに持ち上げていることである。

この論理構成の中で「実質的根拠」を提示するために、二つの段階が存在する。すなわち、芦部はまず第一段階として、ロスと同様に、国家任務の拡大に有効に対応しうる性質が命令に備わっていることを前提とする。すなわち、「実際上の必要」に応えることの出来る性質を命令が有していることが、あらかじめ観念されているのである。その上で第二段階として、そうした命令に対して立法を委任する根拠の検討にあたって、「形式的根拠」である憲法七三条六号を無内容と解することから生じた、日本国憲法上の委任立法に関する規範の欠缺を、「条理」でもって補充する試みがなされているのだといえよう。こうした二段階構成によって、ロスによって事実の問題として例示されたメルクマールが、芦部説では、規範の意味をもつものとして再設定される。本来であれば、命令という形式の投入を正当化し得た「実質的根拠」は、特定の国家任務の達成にとつての効率性という観点から有効であるか否か、という意味に焦点が当てられていたはずであるにもかかわらず、芦部説において、その「実質的根拠」が認められるならば、命令への委任は、「条理」に照らして憲法上容認されることとなるのである。

確かに、芦部説は、「条理」を媒介とすることで「立法委任」行為を是認する結果、憲法七三条六号但書で唯一

列挙されている「政令」に留まらない、命令一般による立法作用の実行を正当化することをも狙った構成となる可能性がある。⁽³⁵⁾しかし、このアプローチを採る場合、「条理」を突破口とすることによって、事実の問題の（憲）法化に対する歯止めが憲法規範レベルで存在しなくなる虞がある。すなわち、芦部説においても、先の宮沢説と同じく、日本国憲法という規範の文言から根拠を改めて積極的に導出する試みが放棄されている結果、「条理」という概念の下で現状の追認がなされる余地が生じるのである。例えば、「緊急権」の発動としての命令への委任は、芦部説においておそらく意図的に排除されていたものの、このアプローチを採る限り、そうした委任が実際上必要とされる状況にあれば、それもまた「条理」に照らして憲法上正当化される可能性が残されている。こうした可能性を顧慮すると、「条理」で汲み取ることの出来る事項やその射程が不明確だと言わざるを得ない。⁽³⁶⁾さらにこの不明確性は、裁判所による審査にも影響を及ぼしうる。すなわち、「一切の法律」が「憲法に適合するかないかを決定する」権限をもつ裁判所にとって（第八一条）、委任を容認する決め手が「条理」である場合、具体的な委任に関する法律上の規定それ自体の合憲性について判定することは困難なものとなる。というのも、芦部説が「条理」という概念の下で取り扱っているのは、まさにロスが指摘していたように、委任にかかる政策的問題だからである。

こうした状況において、たとえ「条理」に潜在している思考が議会と行政それぞれの適性に応じた権限配分という観点であったとしても、少なくとも、漠然とした概念である「条理」を実質的根拠としてそのままに据えておくことには問題があると思われる。⁽³⁷⁾人権論や憲法訴訟論が充実し、個人の権利保護に定位する思考方法が確立したとしても、⁽³⁸⁾如何なる論理で命令への委任が認められるのかを検討することは、依然として残された憲法上の問題として議論される必要があると言えよう。⁽³⁹⁾

第三節 小括

日本国憲法には、命令一般への委任それ自体を正面から規定した条項は存在しなかったと理解されたため、その規範の欠缺は、委任立法それ自体が憲法上無限界なのか、あるいは認められる余地がないのか、いずれを意味するものか一義的には判断することができない。そこで、委任立法という法行為を正当化するための根拠または理論的枠組みの発見が学説の任務とされていた。

本章における観察から明らかとなったのは、わが国憲法学でこれまで通説的見解と位置づけられていた学説が委任立法それ自体の正当化を試みるにあたって、命令という形式であれば「専門性」や「柔軟性」といった性質を発揮し得るということを前提としながら、実定憲法規定とは異なる源泉である「原理」や「条理」を経由していた、ということである。しかしながら、こうした試みは、その構造上、「実際的な必要性」に対応し得る解法として十全なものとは言い難い。

ここでの分析からすると、その構造的欠陥は次の二点にあるように思われる。すなわち第一に、厳格な権力分立論の例外をなす委任立法を正当化する根拠として設定された「原理」や、委任立法を容認するための憲法解釈上の根拠として設定された「条理」は、共に内容的に確定されていない法概念であるために、その妥当する範囲、理論的限界が明らかではない。それゆえ、命令への委任の当否を具体的に判定するにあたって、憲法解釈における枠づけが困難となる。⁽⁴⁰⁾そして第二に、そうした「原理」や「条理」に通底していたのは、命令という形式には国家任務への対処に有益な性質が備わっているという前提である。しかしながら、これらの性質は、あくまでも経験的事実から看取されるものでしかない。そうした所与性に依拠する限り、如何なる規範的帰結として命令がそうした性質を有することとなるのかは、未だに明らかでない。

確かに、日本国憲法には、従来「立法の委任」と呼ばれてきた行為一般の根拠だと一義的に解釈され得るような具体的な規定は存在しない。しかし、この論点で取り扱われているのは、国家権力の発動局面の一つである立法作用である。「立法の委任」とは、立法作用の一部が、日本国憲法が明文でそれを授權している国会に留まらず、それ以外の機関に対しても「委任」を介して付与される現象である。その重大性に鑑みれば、命令への委任の正当化根拠が日本国憲法という憲法典から離れたところに設定され、さらに過度な開放性を備えたままにされることは、その「実際上の必要性」の取り込み方において、憲法解釈学説の営みとして望ましくないのではなからうか。

本稿では続けて、前記の問題点を解消しうる方策を提示することが試みられる。先に提示された従来の学説が抱える問題点からすれば、二つの方策が考えられ得る。つまり、第一の問題に焦点を当てると、特定の規律事項に対する機関の適性を基準とした権限配分を行うことによって、「条理」や「原理」を具体化する途が考えられよう。その際、日本国憲法解釈を通じて概念化された統治機構の体系的解釈が図られることになる。この途では、そうした権限配分に適う限りで、立法の委任が正当化されると同時に、その限界も規定されることとなる。その一方で、第二の問題点に焦点を当てると、日本国憲法解釈によって、国法秩序の構成部分としての命令の性質・役割、すなわち機能を導出し、そして同様に導出される他の法形式のそれと併せて体系的に解釈する試みになろう。それぞれの法形式について憲法上想定されている機能が確定されるならば、そうした機能を備えた規律を実施する場合、国家はそれに対応する形式を用いなければならない。この方策が成立し得るならば、国家が、法律でも行政規則でもなく、命令で規律することの意義を、「条理」とは独立して、憲法規定の全体から導出された命令の機能に基づいて法的に正当化することも可能となるように思われる。そして同時に、各法形式の機能という観点から、委任立法の限界を画することも可能となるであろう。

- (1) 水野豊志『委任立法の研究』（有斐閣、一九八七年）二頁（初出一九五六年）。
- (2) 田中二郎「はしがき」水野・前掲註（1）三頁以下。
- (3) 本件では、そこから一步進んで、事項領域における専門技術の進歩に対応することが省令制定権者に要求され、その規制権限の不行使が問われたのである。詳しくは、高木光「省令による規制権限の『性質論』——泉南アスベスト国賠訴訟を素材として——」NB L九八四号（二〇一二年）四一頁以下、または松本和彦「泉南アスベスト事件最高裁判決の意義と問題点」『法律時報八七巻二号（二〇一四年）九二頁以下参照。
- (4) 高木・前掲註（3）四一頁。
- (5) 田中二郎『行政法総論』（有斐閣、一九五七年）三六六頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第六版）』（岩波書店、二〇一五年）一九八頁。
- (6) 第七三条六号但書は、確かに「委任」に言及しているが、条文上指示されている形式は「政令」のみであり、また規律対象も罰則規定に限定されているために、解釈上、直接に一般化することは不可能である。この文言の限界からして、従来の通説的見解と判例（最大判昭和二五年二月一日刑集四巻二号七三頁）は、「委任命令」の存在を「裏から承認する規定」として解釈してきた。
- (7) この解釈も決め手に欠けており、実際に通説における同但書の解釈それ自体には疑義が呈されている。例えば、同号但書を反対解釈すれば、「法律の委任がなくても政令に罰則以外の規定をもうけることができる」とも読めよう」と指摘するものとして、内野正幸「条約・法律・行政立法」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、二〇〇四年）四三五頁参照。
- (8) 宮沢俊義『日本国憲法』（日本評論社、一九五五年）五七二頁（引用に当たって、旧字体は新字体に変更した。なお、この記述は、宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）五七六頁でも維持されている。
- (9) 宮沢俊義「立法の委任」同『憲法の原理』（岩波書店、一九六七年）二二八—二二九頁（初出一九三六年）。
- (10) 宮沢・前掲註（9）二二〇頁、註1。
- (11) *Carl Schmitt, Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermäßigungen (Legislative Delegationen)*, ZaöRV 6, 1936, S. 260, 邦語での紹介論文として、大西芳雄「カール・シュミット

『立法授權の問題の最近の発展に関する比較概観』公法雑誌二卷一〇号（一九三六年）七七頁以下参照。もっとも、宮沢がシュミット論文から読み取ったものは、委任立法という現象をめぐる各国の議論を比較し概観したシュミットの狙いとは異なると思われる。シュミット論文では、各国の立憲主義憲法における立法委任の議論・概念構成の差異を明らかにすることによって、「一般国家学」という観点から委任立法の憲法適合性を語る余地が失われる。その上で、立法委任の憲法適合性は、各国での特殊な問題として、すなわちヴァイマル憲法における憲法の全体構造・立法と行政の具体的関係の問題として考察されねばならないとされる。この企ては、ヴァイマル憲法四八 a 条の解釈へと結実するものといえよう。Vgl. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 4. Aufl. 1996, S. 115ff. 「邦訳として」、カール・シュミット（川北洋太郎訳）『憲法の番人』（第一法規、一九八九年）一六四頁以下]

(12) 宮沢・前掲註（9）二四三頁。

(13) 宮沢俊義「執行権の強化——概観ならびにわが国——」同『日本憲政史の研究』（岩波書店、一九六八年）〔初出一九四〇年〕二二七頁。当時のわが国においても、台湾領有を契機とするいわゆる「六三問題」に代表される包括的な委任の実例が既に発生していたことには、とりわけて留意する必要がある。

(14) 目標設定という点で宮沢が軌を一にすると認める見解として、金森徳次郎の見解がある。例えば、「委任の範囲の根拠は憲法に潜在する原理（精神）に求むる外なく、此の大精神は簡單なる具体的原理として換形し得ざるものではあるまいか」との主張を踏まえ、「我国多年の實際制度が現実に争はるることなくして存在したことはさらに大なる考慮の一因となり得ないであろうか」と述べる。参照、金森徳次郎「委任命令——法則命令に関する若干の研究（其の三）——」自治研究九卷一二号（一九三三年）一三頁以下、特に二二頁以下。この点で宮沢は、大権事項と法律事項の二元的立法構造堅持という観点から委任に否定的だった正統学派は勿論、委任には特定の事項の指定が必要だとする見解（限定説）を採った佐々木惣一や美濃部達吉らの当時の通説とも異なる立場であることを明言する。ここで正統学派として念頭に置かれているのは、穂積八束と上杉慎吉である。他方、ここでの通説（立憲学派）として、美濃部達吉「命令」末弘巖太郎・田中耕太郎編『岩波法律学辞典』（岩波書店、一九三六年）二六一六頁、佐々木惣一『日本憲法要論（第五版）』（金刺芳流堂、一九三五年）六〇七頁を参照。

(15) 実際、一九五五年の公法学会では委任立法がテーマとされ、その下で、わが国の議論状況だけでなく、イギリス、アメ

リカ、フランス、ドイツの議論についても研究報告されている。公法研究一四号（一九五六年）の各論説を参照。

(16) 芦部信喜『演習憲法（新版）』（有斐閣、一九八八年）二六三頁以下。

(17) 芦部・前掲註（16）二六四頁。

(18) 芦部・前掲註（5）一九八頁。このうち、第三点は、地方行政機関に委任している場合が想定される。酒税法施行規則（昭和二十三年政令一四八号による改正前のもの）六一条九号で「税務署長の指定」に処罰対象の規定を再委任した事例として、芦部信喜「判批」雄川一郎編『行政判例百選1』（一九七九年）一〇〇頁参照。なお、現行法ではこのような税務署長の指定制度は存在しない。また、ここに「条例」も含めるならば、そこには自治行政という意味合いが残されることとなる。その一方で第四点には、国家公務員法一〇二条一項が、公務員の処罰対象たる「政治的行為」を人事院規則に委任していることがあてはまると思われる。

(19) 芦部信喜「現代における立法」同『憲法と議政』（東京大学出版会、一九七一年）二四八頁（初出一九六九年）。同委員会が組織された経緯については、高柳賢三『英国公法の理論』（有斐閣、一九四八年）一四五頁以下、また田村浩一「イギリスにおける委任立法」公法研究一四号（一九五六年）四九頁以下も参照。

(20) 芦部・前掲註（19）二四九頁、註三。

(21) 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）二一七頁以下。

(22) Alf Ross, *Delegation of Power: Meaning and Validity of the Maxim delegata potestas non potest delegari*, 7 AM. J. COMP. L. 4, 1-22 (1958).

(23) *ibid.*, at 1; *ders.*, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, S. 400f.

(24) *ibid.*, at 2.

(25) *ibid.*

(26) *ibid.*

(27) *ibid.*, at 3.

(28) 伊藤正己は、ロスと異なり、委任の場面でも法的问题が生じうるとする。具体的には、委任という方法の「利点と必要」から、「委任の範囲が国家制定法によって明確に枠づけられており、そのために裁判所も容易に権限踰越の理論を適用

して、行政部の立法の効力を審査できるような委任立法に対して、激しい批判を聞くことはない。しかし、議会主権であっても、以下の場合には法の支配と抵触するという。それは、①行政部に對し「原則的事項 (matter of principle) について立法を許し、さらに広範な自由裁量を認めるもの」、②課税権、③「再委任 (sub-delegation)」、④「遡及的効力」、⑤「裁判所の権限越え理論による効力審査を排除する趣旨をもつ授權法による委任立法」が問題となる場合である。この点については、伊藤正己『イギリス公法の原理』（弘文堂、一九五四年）二七二頁参照。また、杉村敏正「委任立法」同『法の支配と行政法』（有斐閣、一九七〇年）九九頁以下〔初出一九五六年〕も参照。

(29) Ross, *supra* note 22, at 4-5.

(30) *ibid.*, at 5.

(31) *ibid.*, at 7.これに続いて、ロスは、同報告書における通常型の委任立法と異常型の委任立法の区分についても言及するが、この問題は本稿では取り扱わない。同報告書における当該区別について、伊藤・前掲註(28)二七三頁参照。

(32) 伊藤正己によれば、ダナフモア委員会報告書は、A・V・ダイシーの憲法理論に強く規定されている結果、事実の問題と法の問題の峻別が極めて厳格に維持されているとされる（伊藤・前掲註(28)一七九頁以下参照）。この点につき、イギリス憲法理論内在的に評価すること（同報告書に対するW・I・ジュニングスとW・A・ロブソンからの批判を紹介するものとして、伊藤・同書一九七頁の註二一の記述も参照。）は、筆者の能力だけでなく本稿の課題を超えるため、これ以上は立ち入らない。

(33) ロス論文では、こうした分析に続いて、芦部論文でも紹介されているように、「委任立法」という現象を法制的概念として構成することが試みられる。ロスは、「委任せられたる権限は、委任せらるるを得ず [*delegata potestas non potest delegari*]」の法格言との抵触について、「法的効力」の問題として処理する。こうした論理構成からすれば、ロスによる委任立法の「憲法的な問題」に対する応答は、こうした処理でなされているものと思われる。

(34) 芦部・前掲註(19)二四九頁。

(35) 奥平康弘「判批」塩野宏＝小早川光郎編『行政判例百選Ⅰ〔第三版〕』（一九九三年）九八―九九頁。

(36) もっとも別の機会に、芦部は、公法における法解釈について、「一つの進化ないし発展……を踏まえうえで、ある一つの大きな原則を出すことは可能だし、……それは非常に重要ではないか」と語っていることから（阿部照哉ほか「研究

会」公法における法の解釈」ジュリスト増刊『法の解釈』（一九七二年）一六一頁（芦部発言）、「歴史の発展法則」に照らした解釈も許容している。そうだとすれば、当該論文における芦部説の「条理」とは、その実質において「歴史の発展法則」を意味する可能性もある。実際、立憲君主制から立憲民主制に移行し、さらに国家任務が増大・拡大していること、そして、それに対処するための委任立法が様々な国家で存在することを芦部は肯定的に評価する。そうした現象が通時的・共時的な視点から「歴史の発展法則」と評価される限りで、日本国憲法下でも委任立法が認められるとの解釈を導き出しているのだと解する余地もある。そのように理解する限り、芦部説は宮沢説に接近していると評価しうるものの、それは当然ながら、宮沢説に対する批判を回避し得ない。

(37) 「条理」それ自体に歯止めとして限界を画する機能を求めることが困難であるにもかかわらず、それを根拠とする以上委任立法の可否は、その委任にかかる規定の態様以外に論じる余地がなくなる。しかし、規律対象の一般性抽象性・個別性具体性は相对概念であるために、明確な規準は示され得ない。それゆえ芦部説では、議会による「統制」という活動にまで戦線が後退せざるを得なくなる。芦部説では、実際に、イギリスに端を発する委任立法に対する議会（委員会）統制が着目される。参照、芦部・前掲註（19）二五四頁。こうした議会統制の手法が着目される背景には、以下のような政党政治の発展を踏まえた議会制度の動態的考察が存在するものと思われる。すなわち、現代の議政では、「議会と政府との対立関係は、多数党と反対党との対立関係に解消され」たため、「政府および多数党の活動に対する適切な抑制をほどこす必要」は増大する。したがって、「反対党（少数者）の権利を尊重し保護する議会運営の技術・慣行が、議会制度の本質を維持し内閣専制の危険を排除するために、必須の条件として注目されねばならない」。参照、芦部信喜「議会制度——議政における議会と政府の関係——」同・前掲註（19）三二二頁以下〔初出一九五八年〕。

(38) もっとも、議会統制はそれに相応する立法技術の改革が求められるため、一九七一年に出版された論文集では、委任の限界論について、新たな見解が補足される。それは、委任の可否を論じるのではなく、授權する規範（法律）と授權された規範（命令）が「全体として行政権の裁量を制約し、国民の権利・自由に対して有効な保護を定めているかどうかという観点を加味して、機能的に判断することが必要ではないか」というものである。参照、芦部信喜「補論」同・前掲註（19）四九七頁。この段階に至ると、人権保障という観点から、終局的には、具体的な法執行の場面（例えば行政処分など）における行政裁量の裁判所による統制という枠組みに落とし込むことに、統制可能性を見いだそうとする試みがなされているので

あるが、その反面、国法の諸形式相互の問題はフェードアウトしてしまっているものと言えよう。

(39) 石川健治「憲法学の過去・現在・未来」横田耕一＝高見勝利編『ブリッジブック憲法』（信山社、二〇〇二年）二九〇頁以下。

(40) 従来議論の重心は、委任立法を認めた上で、いわゆる「委任の限界」を設定する。それは、命令への委任の態様を枠づける戦略が採られたことを意味する。その意図は、概して、国会が有する立法権限の本質的部分までも委譲されることによって憲法の定める権限配分の形骸化を招くという事態を防ぐことにあった。この点につき、さしあたり、田中祥貴「判批」『行政判例百選Ⅰ（第六版）』一〇三頁、高橋信隆「行政立法の法的統制」高木光＝宇賀克也編『行政法の争点』（二〇一四年）三二頁以下参照。委任立法それ自体の可否は、論理的には、委任の態様の判断の問題に先立つ問題のほうであり、当該意図の下で展開された委任の態様に係る議論では解決されることはない。その一方で、委任の態様統制をめぐる議論は、現在では、憲法構造の転換による民主制原理の意義を強調し、法律による授権を原則とすることによって、「白紙委任の禁止」よりも更に前進した規程が提唱されている。例えば、高田篤「第七三条」芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、二〇一一年）三九三頁は、「およそあらゆる立法の委任について、法律において『目標、基準、考慮すべき要素等』が規律されるべき」という。