

司法試験 予備試験

新・論文の森

憲法〔下〕

上・下巻全100問で憲法のあらゆる
出題パターンに対応できる能力を養成

上・下巻全100通の参考答案で、
合格答案のイメージを具体化

合格答案作成のすじ道（「思考のプロセス」・
「学習のポイント」等）の明示により答案の自己分析が可能



LEC 東京リーガルマインド 著

はしがき

平成23年7月17日（日）及び18日（月）の両日にわたり、第1回予備試験の論文式試験が実施されました。

予備試験は、法科大学院課程の修了者と同等の学識・応用能力等を有することを判定することを目的としています。論文式試験の出題は、多くの法科大学院で講義がされているであろう条文解釈上の基本的論点及び重要判例の理解を問うものであったといえましょう。

そこで、本書は、予備試験の論文式試験へ万全の対策をしていただくため、今後の予備試験論文式試験での出題が予想される、条文解釈上の基本的論点を多く含む論文式問題を厳選し、掲載いたしました。そして、それぞれの問題について、論点を指摘するとともに、参考答案をご提示し、より具体的に合格レベルの答案をイメージすることができるよう編集いたしました。

本書をご活用いただくことにより、論点に対する着実な理解と合格答案作成のノウハウを身に付けていただけるものと確信いたしております。

2011年10月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

マスター問題

以下の各事例について、各議院が国政調査権を行使する場合における憲法上の問題点について論ぜよ。

1 鳥インフルエンザの発生により、感染した鶏が発見された養鶏場で大量の鶏が処分されるという事件が起こった。この事件は、連日新聞・テレビ等で取り上げられており、食の安全性について国民の関心が高まっている。

そこで、参議院が国民へ事件の情報を提供することを目的として調査をする場合。

2 現職の大臣Aが、Aの職務に関連する業者から銀座の高級クラブで接待を受け、その紹介により同クラブのホステスの一人と愛人関係を持つに至ったことが明らかとなり、新聞・テレビで報道がなされた。

そこで、衆議院が、Aに対する証人尋問を要求した場合。Aが私人である場合と比較して論ぜよ。

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

本問は、国政調査権の法的性質の基本的理解及びそれを具体的事例にあてはめることができるかという点を問うものです。国政調査権については、抽象的に議論されることが多いため、具体的な事例に即して考えたことがある方は多くないと思われます。そこで、学説に争いのある、知る権利を充実するための場合と基本的人権との関係が問題となる場合を題材として、自説から論理的思考をして具体的事例を処理できるかを問うた

出題の意図を、論点及び答案作成の両面から指摘

★ 論点一覧 ★

- ① 内閣総理大臣の地位・権能
- ② 「内閣を代表して」の意義
- ③ 閣議決定がない場合の内閣総理大臣の行政各部への指導・助言

本問の論点を見やすく表示

思考のプロセス

ー 全体の注意点

本問では、具体的法律の合憲性が問われていますが、統治の問題ですから統治に関する抽象的な原理が問題となっています。それに加え、有名論点が題となっているわけでもないため、何を論じたらいいのか、具体的に掴みにいところだと思われます。このような場合には、大きな原理原則に遡って、立利益について自分なりに論じられれば、十分でしょう。そのためには、憲上の大きな原理原則についてきちんと理解していることが必要となります。

答案作成に必要な思考過程を紹介
論点間の軽重・関連性もチェック可能

本書の効果的活用法

参考 答案

第1 設問前段について

1 内閣総理大臣の地位について

憲法上、内閣総理大臣の地位は内閣という合議体の「首長」（66条1項）であると規定されている。かかる内閣総理大臣の地位について、明治憲法においては「同輩中の主席」にすぎず、他の国务大臣と対等の地位にあるとされていたが、日本国憲法においては「首長」としての地位、つまり内閣において他の国务大臣の上位にあるものとしての地位を認められていると解されている。

このように現行憲法が内閣総理大臣の首長としての地位を認めたのは、内閣の一体性と統一性を確保し、もって内閣の国会に対する連帯責任（66条3項）の強化を図ることが目的と解されている。そして、かかる連帯責任の強化は、国会と内閣が協調することを予定している議院内閣制における基本的要素の一つであり、究極的には行政に対する民主的コントロールの要請に基づくものである。

2 内閣総理大臣の権能について

このような「首長」としての地位が認められる内閣総理大臣には、それを裏付けるために、内閣を組織・維持する権能として国务大臣の任免権（68条）・内閣総理大臣臨時代理指定権（内閣法9条）、内閣の運営に関する権能として国务大臣訴追の同意権（75条）・閣議の主宰（内閣

法4条）・権限疑義の裁定（内閣法7条）・行政執行処分の中止権（内閣法8条）、内閣を代表して法案を提出し、一般国务及び外交関係につき国会に報告し、並びに行政各部を指揮監督する権能（72条）、その他の権能として法律・政令への署名及び連署（74条）が認められている。

このように合議体たる内閣において内閣総理大臣のみに強い権限を認めることにより、内閣総理大臣の「首長」としての地位を強化していると解される。

3 憲法72条と内閣法6条の関係について

(1) 72条は前述のように内閣総理大臣の行政各部に対する指揮監督権を定めているが、内閣法6条は、かかる内閣総理大臣の指揮監督権につき「閣議にかけて決定した方針に基づいて」行使されることを要求している。

そこで、この両者の関係をどのように考えるべきか。72条の「内閣を代表して」の文言が「行政各部を指揮監督する」にもかかるのかと関連して問題となる。

(2) この点、条文からは「内閣を代表して」の文言は「議案を国会に提出し」のみにかかり、内閣法6条は、内閣の首長としての内閣総理大臣に行政各部に対する指揮監督権を与えた72条の規定を制限するものとも思える。しかし、ここで内閣総理大臣に首長たる地位を与え、その権限を強化した趣旨は、前述のように内閣の一体性

論点間のバランス
に配慮した参考答
案を掲載

◀内閣

◀内閣総理大臣の権能

◀「内閣を代表して」
の意義

サイドコメントで
論点名を明記

▶ 合格ライン

- 1 公正取引委員会の合憲性について
 - ・ 独立行政委員会の定義を示し、公正取引委員会がこれにあたることを明示して論じていること
 - ・ 権力分立制と民主的責任行政の2つの観点から公正取引委員会の合憲性を検討していること
- 2 小問1について
 - ・ 41条の問題であることを指摘して、本問規定の合憲性を論じていること
 - ・ 委任立法の可否とその限界について明確に意識して、包括的委任の合憲性について論じていること
- 3 小問2について

合格レベルが
すぐわかる

★ 論点解説 ★

① 国政調査権の法的性質

一 問題の所在

本問各小問では、議院は国政調査権を行使している。そこで、各小問の検討にあたっては国政調査権の法的性質を考えることが必要となる。特に小問1では、国民への情報提供目的での調査の可否が問われており、国政調査権の法的性質と関連して問題となる。

二 学説

1 独立権能説（佐々木）

国会ないし議院の他の権能と並ぶ独立の権能であって、特に議院の権能に関連することなく国政全般にわたって調査できるとする見解。

（理由）

- ・ 国会は国権の最高機関としておよそ国政を統括し調整する地位あり（統括機関説）。調査権はこの地位に基づく権能である。
- ・ 憲法は、議院の権能に関連するものという明文上の限定を置いていない。

問題の所在で、なぜ本論点が問題となるのかを明示

論点ごとに、学説・判例を解説
各論点の深い理解につながる

任命を拒否することができるとする説からは、最高裁判所が指名した者について内閣が任命を拒否することも合憲であることとなります。任命資格を明らかに欠いている等の形式的な瑕疵がない限り、任命拒否は許されないとする説からは、最高裁判所が指名した者について内閣が任命を拒否することは、上記のような形式的瑕疵を理由とする場合でない限り、違憲であることとなります。

■ 参考文献

芦部・338頁以下、有斐閣憲法Ⅱ・246頁以下

基本書への
スピードアクセ
スが可能

新・論文の森 憲法〔下〕

目次

はしがき

本書の効果的活用法

26	国会①	0
27	国会②	00
28	国会③	00
29	国会④	00
30	国会⑤	00
31	国会⑥	00
32	国会⑦	00
33	国会⑧	00
34	選挙制度・政党	00
35	内閣①	00
36	内閣②	00
37	裁判所①（司法権①）	00
38	裁判所②（司法権②）	00
39	裁判所③（司法権③）	00
40	裁判所④（司法権④）	00
41	裁判所⑤（違憲審査制①）	00
42	裁判所⑥（違憲審査制②）	00
43	裁判所⑦（違憲審査制③）	00
44	裁判所⑧（違憲審査制④）	00
45	裁判所⑨（違憲審査制⑤）	00
46	財政	00
47	地方自治①	00
48	地方自治②	00
49	統治総合①	00
50	統治総合②	00

参 考 文 献

- 芦部信喜（高橋和之補訂）「憲法」〔第5版〕 岩波書店 …………… 芦部
野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利「憲法Ⅰ・Ⅱ」〔第4版〕 有斐閣
…………… 有斐閣憲法Ⅰ・Ⅱ
高橋和之・長谷部恭男・石川健治編「憲法判例百選Ⅰ・Ⅱ」〔第5版〕 有斐閣別冊ジュリスト
…………… 百選Ⅰ・Ⅱ
「平成〇〇年度 重要判例解説」有斐閣ジュリスト臨時増刊 …………… H〇〇重判

[憲法〔上〕目次]

- | | |
|------------------|--------------------|
| 1 人権享有主体性① | 14 表現の自由④ |
| 2 人権享有主体性② | 15 表現の自由⑤ |
| 3 人権享有主体性③ | 16 表現の自由⑥ |
| 4 幸福追求権 | 17 集会結社の自由・学問の自由 |
| 5 法の下の平等① | 18 職業選択の自由① |
| 6 法の下の平等② | 19 職業選択の自由② |
| 7 国務請求権・参政権 | 20 職業選択の自由③ |
| 8 人権総論総合（私人間効力他） | 21 職業選択の自由・居住移転の自由 |
| 9 思想・良心の自由 | 22 財産権 |
| 10 信教の自由・政教分離 | 23 生存権・労働基本権 |
| 11 表現の自由① | 24 人権総合① |
| 12 表現の自由② | 25 人権総合② |
| 13 表現の自由③ | |

司法試験 予備試験

新・論文の森

憲法〔下〕

マスター問題

以下の会話文を読んで、あなたが会話における学生であるとするならば、「ア」から「エ」においてどのような解答をするかを述べなさい。

教授 「今日は、いわゆる委任命令について学習しましょう。まず、委任命令とは何ですか。」

学生 「委任命令とは、国会以外の機関が、法律の委任により、委任の範囲内で法律の所管事項について制定する命令のことです。」

教授 「そのとおりです。委任命令の定立が許されるかについては、国会中心立法の原則との関係で問題となりますが、あなたはどのように考えますか。」

学生 「わたしは委任命令を定立すること自体は認められると考えます。」

教授 「では、委任命令の定立が許されるとして、その根拠はどのようなのでしょうか。また、命令への委任のあり方についてはどう考えますか。」

学生 「ア」

教授 「ついでに聞きますが、授權を受けた命令から、さらに下位の命令に委任することは許されますか。」

学生 「イ」

教授 「なるほど。では、法律から独立して発せられる命令、いわゆる独立命令は現行憲法上、認められますか。」

学生 「認められません。」

教授 「ということは、あなたは、命令は執行命令と委任命令しか認められない、と考えているわけですね。」

学生 「そうなりますね。」

教授 「ふむ。ところで、あなたは41条の『立法』の意味についてどう考えますか。」

学生 「『立法』とは、およそ一般的抽象的法規範すべてを定立する行為であると考えます。」

教授 「なるほど。いわゆる『一般的抽象的法規範説』ですね。では、そのように考えるのは、なぜですか。」

学生 「『立法』の意味を、一般的抽象的法規範のうちで、国民の権利を制限し、あるいはこれに義務を課すものの定立と解する説、すなわち『法

規説』に立ってしまうと、法規にあたらぬ法規範であれば、行政権がこれを自由に定立できるということになってしまいかねないからです。」

教授 「なるほど。まあ、そのようにもいえるかも知れません。しかし、『法規説』に立っても、明文の根拠がないことなどを理由に、独立命令を否定するのが一般です。以上のことを前提に、『一般的抽象的法規範説』に立った場合と『法規説』に立った場合とで、命令への委任のあり方について、それぞれの帰結はどうなりますか。今日ここまでで話したことを参考に考えてみてください。法規説にも法規の範囲に関していくつかの見解がありますが、今日はあなたが述べた内容をもって法規説と考えることにしましょう。」

学生 「ウ」

教授 「たしかに、そういう考え方も成り立ちますね。では最後に、法律の委任に基づき命令が定立された場合に、国会はその内容が授権の範囲を逸脱するものであるかどうかを審査することができ、逸脱すると考えた場合、これを法律の制定と同様の手続により廃止できるという内容の法律が制定されたとして、このような法律は合憲であるといえますか。」

学生 「エ」

▶▶▶ 出題の意図 ◀◀◀

本問は統治の問題ですが、予備試験でも統治の問題が出されることは十分に考えられます。統治分野においても、憲法上の原理原則についての既存の知識を使って未知の問題に対応するトレーニングをしていただきたいと思います。

★★★ ★ 論点一覧 ★ ★★★

- 1 委任命令の根拠・あり方、再委任の可否
- 2 41条の「立法」の意義
- 3 委任命令の議会による統制

思考のプロセス

一 全体の注意点

本問はなかなか見慣れない形式の問題でとまどった方も多かったかもしれません。どのような形式の問題でも対応できるようにしておきましょう。

二 具体的な論述の流れ

1 「ア」について

ここは参考答案のように、形式的根拠（許容性）と実質的根拠（必要性）を挙げると論証が充実します。なお、本問には直接関係ありませんが、73条6号本文＝執行命令の根拠、同但書＝委任命令の根拠と考えられているので（通説）、曖昧になっていた方は、この機会に頭に入れておくとういでしょう。

2 「イ」について

再委任が憲法上認められること自体に争いはないので、ここはあっさりと論ずるようにしましょう。

3 「ウ」について

まず初めに確認ですが、法規説も「立法」(41)すなわち「実質的意味の立法」(通説)が一般的抽象的法規範の定立であることは前提としています。よって、「立法」の解釈についての両説の違いは、「実質的意味の立法」が、一般的抽象的法規範の定立行為のうち、ある一定の事項を対象とするものに限定されると考えるか（法規説）、それともおよそ一般的抽象的法規範の定立行為であれば、その対象事項を問わず、「実質的意味の立法」に含まれると考えるか（一般的抽象的法規範説）という点にあります。

したがって、一般的抽象的法規範説と法規説のいずれに立つかにより、何が必要的法律事項（形式的意味の法律によって規律しなければならない事項）かが導かれるようにも思えます。一般的抽象的法規範説に立つと、（少々変な表現ですが）あらゆる事項が必要的法律事項であり、法規説に立つと、国民の権利を制限し、義務を課すこと（あるいは、法規概念をもう少し広く解するのであれば、国民の権利義務に関係する事項）が必要的法律事項である、ということになりそうです。

とはいえ、問題文にもあるように、法規説に立つ論者も、独立命令を肯定するわけではありません。つまり、法規説に立っても、法規以外であれば行政権が法律の根拠なく一般的抽象的法規範を定立できる、と考えるわけではありません。そこで、両説からどのような違いが生じるかを委任立法との関係で考えると、一般的抽象的法規範説からは、命令に委任する場合には、常に個別・具体的な授権が必要であり、法規説からは、国民の権利を制限し、義務を課すことを委任する場合にだけ個別・具体的な授権が必要である、と

いう結論になりそうです。

ただ、以上の結論はいかにも形式的なものですし、そもそも何が必要的法律事項であるかは、41条の「立法」の解釈だけから導かれるわけではありません。このことは、例えば66条1項が内閣の組織を必要的法律事項としていたり、76条1項が下級裁判所の設置を必要的法律事項としていたりすることからも明らかです。そして、内閣以外の行政組織に関する定めが必要的法律事項かどうかについて明文の規定はありませんが、法規説に立っても、行政に対する民主的コントロールの要請などから、少なくとも行政組織の大綱（その設置・廃止や所掌事務の範囲・権限の決定など）は立法事項である、と考えることができるのです。

一方、一般的抽象的法規範説に立つと、行政組織の大綱のみならず、その内部部局の定めも必要的法律事項に含まれることになりそうです。しかし、一般的抽象的法規範説に立つ多くの論者は、大綱は必要的法律事項であるとしつつも、内部部局の定めまで必要的法律事項であるとはしていません。

以上のように、ある事項について規律する法規範の定立が、41条の「立法」（実質的意味の立法）に含まれるかどうかと、その事項が必要的法律事項であるかどうかは別の話なので、委任立法との関係でも、どのような場合に個別・具体的な授権が必要であるかは、一般的抽象的法規範説と法規説のいずれに立つかによって、画然と区別できるものではないのです。

4 「エ」について

本問で教授が提示した法律は、命令が法律の委任する範囲を超えた定めを置いたかどうかを国会がチェックしたり、超えたと判断したときは廃止できたりするものです。しかし、内閣が政令を定めることを許すのが73条6号であるのに、このような内容の法律を認めることは内閣の権限を無視した規定とはならないかが問題になります。

なお、委任命令と執行命令の区別は、概念上は明確ですが、實際上存在する諸規定がどちらであるのかが、法文上不明確である場合も少なくありません。言い換えれば、教授が提示した法律が、執行命令の体裁をとっている命令については審査を否定するものとするのは少々不自然です。よって参考答案のように73条6号全体についての問題として論証してもよいでしょう。

なお、国会のコントロールが行政権に及ぶことにつき生じるマイナス面も考慮するかどうか（あるいは、どの程度考慮するか）により、国会に許されると考えられる審査の範囲が影響を受けることも考えられます。

一方で、国会と行政の役割分担を強調すれば、審査を否定する見解を採用することもできるので、説得的に論じられていれば、結論がどのようなものでも問題はありません。

参 考 答 案

第1 「ア」における解答

1 委任命令が許される根拠

- (1) 形式的根拠としては、73条6号ただし書が挙げられる。

この規定は委任命令を正面から肯定するものではないが、法律の委任があれば、政令において罰則という特に重大な人権制約となる規定を設けることを認めており、このことからして、罰則以外の委任も当然に認められると考えられる。

また、委任命令の形式が政令でなければならないという必然性はないので、同規定を根拠に委任命令一般が認められるものと解される。

- (2) 実質的にも、専門的・技術的事項や客観的公正が望まれる事項についての法規範の定立は、国会が法律をもって全面的に行うことが困難あるいは不適切であると考えられ、このことも委任命令が許される根拠となる。

2 委任のあり方

- (1) 以上のように委任命令が許されるとしても、白紙委任を行うこと、換言すれば、あまりに広い授權をすることは許されない。なぜなら、それは国会以外の機関が実質的に立法を行うことを認めることを意味し、国会以外の機関は憲法に特別の定めのない限り、実質的意味の立法

←委任命令の根拠・あり方、再委任の可否

を行うことができない、という国会中心立法の原則(41条「唯一の」)に反するからである。

- (2) よって、あくまでも委任は個別・具体的なものでなければならないことになり、これが委任のあり方ということになる。

第2 「イ」における解答

- 1 上述のように、73条6号ただし書は委任命令の形式が政令でなければならないことを規定するものではないので、憲法上再委任は否定されない。

- 2 また、法律に再委任を認める旨の明文の規定がある場合はもちろん、明文の規定がない場合であっても、実際上の必要性から、合理的な理由があれば再委任も許されるものとする。具体的には、再委任がやむを得ず、かつ、再委任の範囲が相当に絞られている場合などが、ここにいう合理的な理由がある場合にあたる。

第3 「ウ」における解答

- 1 一般的抽象的法規範説に立つと、およそ一般的抽象的法規範であれば、国会がこれを定立することが国会中心立法の原則から要請されることになる。よって、委任はその事項のいかんを問わず、個別・具体的であることが要請されようである。

これに対して、法規説に立った場合、国民の権利を制限

←41条の「立法」の意義

し、義務を課すことを内容としないもの（「法規」以外の一般的抽象的法規範）については、国会中心立法の原則が及ぶわけではないので、委任は一般的・包括的なものでもよいと考えられようである。

- 2 しかし、一般的抽象的法規範説に立ったとしても、内閣以外の行政組織に関し、内部部局の設置や編成に至るまで、そのすべてが法的法律事項であり、それらについての規律を委任する際、常に個別・具体的な授権がなくてはならないと考えることは、現実的ではない。

ゆえに、行政組織に関して、その大綱についての定めが法律事項であり、内部部局の設置や編成については法的法律事項ではなく、それゆえ、これらの規律を命令に委任する場合にも、必ずしも個別・具体的な授権は必要ではないと考えるべきである。

一方、法規説に立ったとしても、行政に対する民主的コントロールの重要性や、官吏に関する事務の掌理基準の設定が法的法律事項であること（73条4号）からして、行政組織に関する定めのうち、その大綱は法的法律事項であり、これにつき命令に委任する際には、個別・具体的な授権が必要であると考えられることができる。

- 3 以上のように、一般的抽象的法規範説に立っても、あるいは法規説に立っても、命令への委任のあり方は、個別・

具体的なものでなければならないことになる。

第4 「エ」における解答

- 1 教授の挙げる法律（以下、「本法律」とする。）は、国会に命令を廃止する権限を付与するものである。この点、73条6号が行政権に命令制定権を与えていることからして、命令の廃止の権限も行政権に属するものと考えられる。すると、本法律は73条6号に反し違憲とも思える。

- 2 しかし、73条6号が行政権に与えているのは、執行命令にせよ委任命令にせよ、あくまで法律の規定に基づいて命令を制定する権限である。すなわち、国会中心立法の原則のもと、命令で処理される事項についても、国会が最低限の民主的コントロールを及ぼすことがもともと要請されており、命令の廃止もこの民主的コントロールの一環であるといえる。

また、審査の対象が授権の範囲を逸脱したことに限られるのであれば、例えば客観的公正を要する事項などについて、国会がその内容の妥当性にまで踏み込んで審査を行うことにはならないのだから、法律の存在を前提としつつ、これらの規律を行政権に委ねた73条6号の趣旨に反しない。

- 3 以上より、本法律は合憲である。

以上

←委任命令の議会による統制

合格ライン

- 1 「ア」について
 - ・ 委任命令の憲法上の根拠につき、形式的根拠と実質的根拠の双方に触れられていること
 - ・ 国会中心立法の原則（41）との関係で、個別・具体的な授権が必要であることを示していること
- 2 「イ」について
 - ・ 再委任の肯否・限界につき、国会中心立法の原則（41）との関係を示しつつ論じられていること
- 3 「ウ」について
 - ・ 一般的抽象的法規範説と法規説とは「実質的意味の立法」の範囲が異なるが、そのことが委任命令に対する授権にどのように影響するのかについて、最低限の思考が示していること
- 4 「エ」について
 - ・ 73条6号に反する可能性があることを指摘できていること
 - ・ 合理的な根拠（73条6号の趣旨など）から結論を導いていること

★ 論点解説 ★

① 委任命令の根拠・あり方と再委任

一 問題の所在

- 1 憲法は、国会を国権の最高機関としつつ、唯一の立法機関と定める（41）。国会が唯一の立法機関であることは、憲法上、国会中心立法の原則及び国会単独立法の原則という2つの原則が存在することを意味する。
- 2 このうち、国会中心立法の原則は、憲法が例外を認める場合を除いて、実質的意味の立法を、国会以外が行うことを否定することを内容とする。
- 3 この点、憲法上、委任命令の制定を認める明文規定はない。しかし、今日では、行政国家現象の下、委任命令の制定は不可欠であると解されている。すなわち、社会福祉国家の下では、国家の任務が増大し、①専門的・技術的事項に関する立法や、②事情の変化に即応して、機敏に適応することを要する事項に関する立法の要求が増加している。また、③地方的な特殊事情に関する立法を国会が全面的に行うことは困難である。さらに、④客観的公正の特に望まれる事項についての立法など、国会が全面的に処理するのは必ずしも適切でない分野も存在する。

しかし、行政国家現象を強調するあまり、国会による立法がなされなくなってしまふことは、国会を「唯一の立法機関」とした41条の趣旨に反する。そこで、委任立法の限界が問題になる。

- 4 また、授権を受けた命令がさらに下位の命令に授権を行うこと、つまり再委任も、委任命令の制定が許されることとの関係上、憲法上、認められると解されており、この点には争いはない。ただ、授権法に再委任を認める規定が存在しない場合でも再委任が認められるかについては、争いがある。

二 学説

1 委任のあり方

- (1) 個別・具体的な委任でなければならない。より詳しくいえば、委任する事項において一般的で広汎に過ぎるもの、または委任する基準において抽象的であいまいに過ぎるものは、41条の趣旨に反することになる、とする説（通説）。

（理由）

国会を「唯一の立法機関」とした憲法の趣旨からして、個別・具体的な委任が必要である。

- (2) 国会は、顕著な政策的選択肢について明白な決定を行う必要があり、委任はその決定にとって手段的でなければならない、とする説（佐藤（幸））。

（理由）

- ・ 基準なき広汎な委任は、憲法制定権力者の定めた国家機関と権能に関する憲法上の取極めを破壊するものとして許されない。
- ・ 個別・具体的というだけでは、基準として不十分である。

2 再委任の肯否

再委任がおおよそ違憲であるとする見解は存在しない。以下は、法律自体に再委任を認める規定が存在しないときに、授権を受けた命令が再委任を行うことができるかどうかについての学説である。

- (1) 否定説（美濃部，杉村）

（理由）

法律自体に再委任を認める規定が存在しない場合に、法律が委任の対象となる命令を指定した趣旨は、あくまでその命令で定めることを要求する法意である。

- (2) 肯定説（通説）

法律に明文の規定がない場合にも、やむを得ない合理的理由があり、受任者の実質的な裁量の余地が厳しく限定されていれば、再委任も憲法上許される。

(理由)

- ・ 事柄の性質上、委任命令で直接に定めることが困難であり、あるいは適当でないと認められる事項については、合理的な範囲内の再委任が許されるとみるのが常識的である。
- ・ 再委任の範囲が厳格に限定されていれば、41条の趣旨を没却するおそれも少ない。

三 判例

1 最判昭 33.5.1 / 百選Ⅱ [232]

「人事院規則 14 - 7 は……実質的に何ら違法、違憲の点は認められないばかりでなく、右人事院規則には国家公務員法の規定によって委任された範囲を逸脱した点も何ら認められず、形式的にも違法ではない」と判示し、合憲説に立った。

2 最大判昭 33.7.9 / 百選Ⅱ [231]

酒税法 54 条が所定の事項の定めを命令に委ねたことについて、最高裁は「酒税法 54 条は……帳簿の記載等の義務の……内容の一部たる記載事項の詳細を命令の定めるところに一任しているにすぎないのであって、立法権がかような権限を行政機関に賦与するがごときは憲法上差支えないことは、憲法 73 条 6 号および但書の規定に徴し明白である」と判示した。

現在の学説は、概して再委任を肯定している。もっとも、本件においては、犯罪構成要件の定め再委任が問題となっており、これについては罪刑法定主義の理念から別個に吟味されるべきである。そして、再委任をすることについてやむを得ない事情が認められるとともに、再委任の範囲が相当に絞られている場合には、たとえその内容が犯罪構成要件に関する定めであるとしても、再委任が許されるとみる方がむしろ合理的である、とされている。

3 最判平 14.1.31 / 百選Ⅱ [233]

児童扶養手当法の委任を受け、父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象児童から除外している児童扶養手当法施行令 1 条の 2 第 3 号括弧書に基づく処分について、「…認知によって当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができるともいえない。…そうすると、施行令 1 条の 2 第 3 号が本件括弧書を除いた本文において、法 4 条 1 項 1 号ないし 4 号に準ずる状態にある婚姻外懐胎児童を除外することは、法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反するものといわざるを得ない」として処分を

違法とした。

■参考文献

芦部・287頁以下，有斐閣憲法Ⅱ・201頁以下

② 41条の「立法」の意義

一 問題の所在

41条の「唯一の立法機関」における「立法」とはいかなる意味であろうか。

①そもそも「立法」とは形式的意味の立法か実質的意味の立法か，②実質的意味の立法であるならば，その内容をどのように捉えるべきかが問題となる。

二 学説

1 形式的意味の立法か実質的意味の立法か（①について）

形式的意味の立法とは，内容のいかんを問わず，国会の議決により成立する国法の一形式としての「法律」を制定することをいう。しかし，一般に日本国憲法上，国会の権限に帰属する「立法」は，この意味において理解すべきではなく，実質的意味において理解すべきものとされている。

（理由）

もし，41条が，国会の議決によって定立される「法律」という名称をもった成文法を制定するのは国会だけであるということの規定しているにすぎないならば，それは同語反復である（59参照）か，せいぜい国会以外の機関が「法律」の形式で法規範を定立することを禁ずるだけのことになってしまい，日本国憲法の解釈としては妥当でない。

2 実質的意味の立法の内容（②について）

(1) 伝統的な法規説

国民の権利を侵害し，国民に義務を課す法規範を指すとする。

（批判）

- ・ この考え方は，ドイツ立憲君主制において，国民の権利・利益に関する事項を，君主の行政権（行政立法権）から議会に移すという意義を有したが，現代民主主義においてはもはやその意義を失っている。
- ・ この立場によれば，権利・利益を付与することは，法律によらず命令でなしうることになり，法律による行政の原則に反する。

(2) 権利義務説

伝統的な法規概念を拡張し，「国民の権利義務に関する法規範」，「国家と国民との関係を規律する法規範」等とする。

(理由)

- ・ 現代の行政国家現象において拡大した行政権が、必然的に国民生活に積極的に関与し、給付行政といった権利付与の場面で不平等やその他の不利益を国民に与えることがあるため、それを統制する意義をもつ。
- ・ 議会で留保された「法律」の概念の歴史的沿革・学説史に適合する上、日本の現行法制に関する論理的説明にも優れている。

(3) 佐藤幸治説

国民の権利・義務を定める法規範だけでなく、国家と機関との関係に関する法規範をも包摂する。

(理由)

国家機関、とりわけ行政機関が現代において果たす役割に注目すると、行政機関等の国家機関の活動だけではなく、その組織についても実質的意味の立法の内容としなければならない。

(4) 一般的規範説

伝統的な法規概念を否定し、実質的意味の立法の意味を一般的・抽象的法規範とする。

(理由)

- ・ 民主主義の憲法体制の下では、「実質的意味の法律」はより広く捉えられるべきである。
- ・ 法律の受範者も、法律の規制が及ぶ場合ないし事件も、不特定であることによって、それは誰に対しても平等に適用され、事件の処理について予測可能性が充たされることになり、経済社会の発展が促される。

三 判例

この点について該当する判例は見当たらなかった。

四 検討

①については、現在、実質的意味の立法をいうと解する点で争いはないことから、かかる見解に立つべきでしょう。②については、今日、伝統的な法規説はその支持を失っていることから、この説に立つのは得策とはいえません。その他の説についてはいずれの説も有力ですからどの説に立ってもよいでしょう。

①について形式的意味の立法をいうとする見解に立つと、本問は「法律」の形式で制定されていることから、41条との関係では憲法上の問題点が生じ

ないこととなります。

これに対し、実質的意味の立法をいうとする見解を前提とすると、②についていずれの見解に立つかにより、その後の構成が変わってくることになります。

■参考文献

芦部・285頁以下、有斐閣憲法Ⅱ・74頁以下

③ 委任命令の議会による統制

一 問題の所在

議会による委任立法に対する統制を認めているイギリス議会にならい、委任立法に対する議会による統制を制度化すべきとする見解が主張されている。

わが国でも、政令で設置される組織の新設・改廃が行われた場合に、その状況を次の国会に報告しなければならない（国家行政組織 25 I）という規定があるが、これ以外にどのような制度を設けるべきか（例えば、国会が直接審査するのか、それとも委員会が審査するのか、事前審査か事後審査か、など）については様々な見解が提唱されている。

これらの見解は「肯定説と否定説がある」といったかたちでは割り切れないものであり、通説といえるものも存在しない。そこで、ここでは、いくつかの見解を紹介するとどめることとする。

二 学説

- 1 委任立法監督委員会の創設を認めた規定を設けるべきであるとする説
- 2 行政立法案の国会への事前提示、あるいは少なくとも制定後の国会（本会議あるいは関係委員会）への報告の制度化規定を設けるべきであるとする説
- 3 国会は独自の解釈権を行使することにより、委任立法の無効を議決することができ、それに加え、国会は、授権者の立場から、委任立法の内容の適否についても、常時、監視・統制を行うことが要請されるとする説（理由）

権力分立制のもとで、国会は、41条により「唯一の立法機関」とされ、国政の第一次的判断権をもち、憲法の下での始源的法決定をなす機関であり、法律により行政権をコントロールする権限をもつ機関である。すると、委任立法が授権の範囲を超えるかどうか争いがある場合の審査権は、当然、委任した国会にある。

4 議会に対する委任立法の提出の制度は、委任の範囲を逸脱・濫用している疑いの顕著な規則のみに審議の対象を限定するとすれば、採用の余地があるとする見解

(理由)

立法権の委任に対する要請そのものと矛盾するようにもみえるが、委任の範囲を逸脱・濫用している疑いの顕著な規則のみに審議が限定されるのであれば、認められうる。

■参考文献

有斐閣憲法Ⅱ・73頁以下

オプション問題

法律と予算の不一致がどのような場合に生ずるか、その原因を説明し、不一致が生じた場合の国会と内閣の責務について論ぜよ。

(平成2年度旧司 第2問)

学習のポイント

本問は、法律と予算の関係について論じさせる問題です。予算の法的性格には諸説ありますが、代表的なものとして、予算法律説、予算法形式説がありますので、この機会に、各説からの帰結をしっかりと押さえて下さい。

★ 論点一覧 ★

- 1 予算の法的性格
- 2 法律と予算の不一致

参 考 答 案

第1 予算の法的性格

法律とは、国民の権利を制限しまたは義務を課する法規範をいう。これに対し、予算とは、一会計年度における国の財政行為の準則をいう。両者に不一致が生じる原因は、予算の法的性格をどう解するかとも絡むので、以下、検討する。

本来、予算の作成は行政作用であるが、予算は国民生活に重大な影響を与えることから、予算の定立に対する民主的統制を果たすために、国民の代表機関たる国会（43条1項）の議決を要するものとされる（60条）。とすれば、予算の議決は、政府の財政行為に対する単なる承認ではなく、財政行為の準則、となる法規範の定立とみるべきである。

そこで、予算を法律そのものと考えれば、後法は前法を廃するという関係から、理論上は両者に不一致は生じないと考えうる。

しかし、予算は法律と異なり、計数のみを取り扱うものであること、その効力は一年に限られること、予算発案権が内閣に専属すること（73条5号、86条）、予算と法律とでは議決形式が異なること（60条）などから、両者の間には根本的な差異が存する。

とすれば、予算を法律そのものとみることはできない以上、予算は法律とは別個の国法の一形式と解するべきである。

予算の法的性格をこのように捉えると、予算と法律とが並

←予算の法的性格

立して法的拘束力を有することとなるため、法律と予算との不一致が生じることになる。

第2 予算と法律の不一致

それでは、具体的にどのような場合に不一致が生じるのであろうか。

- 1 両者はともに両議院の一致によって成立するのを原則とするが、予算の場合は、参議院で衆議院と異なった議決をした場合に両院協議会を開いても意見が一致しないとき、または参議院が、衆議院の可決した予算を受け取った後、国会休会中の期間を除いて30日以内に、議決しないときは、衆議院の議決が国会の議決となる（60条2項）。

これに対して、法律の場合は、衆議院で可決し、参議院でこれと異なった議決をした法律案は、衆議院で出席議員の3分の2以上の多数で再び可決されない限り、成立しない（59条2項）。

したがって、予算は支出に計上されているが、その支出の根拠となるべき法律が制定されていない場合に不一致が生じる。

- 2 また、法律案の提出権は両議院の議員のほか内閣にも認められている（72条、国会法65条）のに対し、予算の提出権は内閣に専属している（73条5号、86条）。そこで、法律は制定されたが、その法律を執行するための支

←法律と予算の不一致

出が予算に計上されていない場合に不一致が生じる。

さらに、予算の効力が1年に限られることから、2年目から内閣が予算を提出しないというように、有効期間が異なるために不一致が生じる場合がある。

第3 国会の責務

このように法律と予算の間に不一致が生じる場合、内閣、国会の責務はどうなるか、以下、場合を分けて検討する。

1 予算は成立したが関係法律が成立していない場合

この場合、法律による行政の見地から、内閣は支出を実行することができない。そこで、法律案を提出して法律を成立せしめる政治的義務を負うと解する。

これに対して、国会は国の唯一の立法機関であり（41条）、法律の制定は国会の裁量に属するから、法律を制定すべき義務を負うものではない。

もともと、予算を議決・成立せしめていることから（60条）、それに併せて法律を制定すべき政治的義務を負うものと考えられる。

2 法律は成立しているが、その執行の裏付けとなる予算が成立していない場合

国の財政を処理する権限は、国会の議決に基づいて行使しなければならない（財政民主主義、83条）、内閣は法律を誠実に執行する義務を負う（73条1号）ことからすれ

ば、国会の意思が内閣に優位する。

したがって、内閣は、成立している法律を執行するために、補正予算を組んだり（財政法29条）、経費の流用（同33条1項）、予備費を支出する（87条、財政法35条）などの予算措置を講じる義務を負うと解するべきである。

これに対して、国会としては、予算案の提出権が内閣に専属する以上（73条5号、86条）、内閣が右の予算措置を講じるのを待つほかない。

そして、国会の意思が内閣に優位し、法律の制定・改廃については国会の判断で行うことができるので、当該法律を改廃することで不一致を解消させる義務は国会には生じないと考える。

以上

司法試験 予備試験 新・論文の森 憲法〔下〕

2011年11月10日 第1版 第1刷発行

著者 ●株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

発行所 ●株式会社 東京リーガルマインド
〒164-0001 東京都中野区中野 4-11-10
アーバンネット中野ビル
☎ 03(5913)5011 (代表)
☎ 03(5913)6336 (出版部)
☎ 048(999)7581 (書店様用受注センター)
振替 00160-8-86652
www.lec-jp.com/

印刷・製本 ●倉敷印刷株式会社

© 2011 TOKYO LEGAL MIND K. K., Printed in Japan

ISBN978-4-8449-1208-8

複製・頒布を禁じます。

本書の全部または一部を無断で複製・転載等することは、法律で認められた場合を除き、著作者及び出版者の権利侵害になりますので、その場合はあらかじめ弊社あてに許諾をお求めください。

なお、本書は個人の方々の学習目的で使用していただくために販売するものです。弊社と競合する営利目的での使用等は固くお断りいたしております。

落丁・乱丁本は、送料弊社負担にてお取替えいたします。出版部までご連絡ください。

ISBN978-4-8449-1208-8

C3332 ¥3800E



9784844912088

定価3,990円 送料3,800円 +税5%
LD01208



1923332038000

司法試験 予備試験
新・論文の森
憲法(下)

