

法律案の憲法適合性審査に対する内閣法制局の機能と問題性

光 田 督 良*

Funktion und Problematik des Legislativen Dienstes des Kabinetts zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzesentwürfe

Masayoshi MITSUDA*

- 1 問題の所在
- 2 内閣法制局の概要
 - (1) 歴史
 - (2) 内閣法制局設置法
 - (3) 権限
- 3 内閣法制局の役割
 - (1) 違憲判決との関係
 - (2) 内閣法制局の憲法解釈
 - (3) 内閣法制局批判
- 4 ドイツにおける行政内部の法律案審査
 - (1) GGOによる審査
 - (2) 大統領による審査
 - (3) 小結
- 5 結語

1 問題の所在

法律の憲法適合性の確保は、(憲法)裁判所による審査(規範統制)手続にだけ委ねられているのではなく、国家機構の全過程において要請されている。すなわち、立法過程においても、執行過程においても要請されている。¹立法過程においては、法律を制定するに際し当該法律が憲法に抵触しないかどうかを検討することに

よりその責めを果たすことが要請されている。執行過程は、さらに、行政過程と裁判過程に分けられる。行政過程では「法律による行政の原理」、「行政の合法律性の要請」から、行政の作用の根拠となる法律自体を適用に際しその憲法適合性について審査することはない。裁判過程では、憲法上の明文の規定の有無に拘わらず、裁判官は自己が適用する法律の憲法適合性につ

*人文学部 国際文化学科

1 Vgl. K. Stern Staatsrecht Bd. 1 S. 185.

いて判断する（ドイツの具体的規範統制手続における一般の裁判所の裁判官も連邦憲法裁判所へ移送をするか否かの判断を下す際に、このような審査を行っているといえよう）。これは、近代立憲主義国家において中心的役割を果たすべく期待された議会が、多数決の暴走によりその本来の目的から逸脱するようになり、このことを阻止するための制度として裁判所による違憲審査制が重要な意義を持つようになってきたことによる。しかし、その裁判所による違憲審査制が十分に機能しているかどうかは議論の分かれるところである。

日本において違憲（無効）判決が少ない、憲法裁判の影響力が少ないなどと違憲審査制が十分に機能していないとの批判が存在する。その原因は、例えば「憲法裁判の国際的発展」をテーマとしたシンポジウムではもっぱら、最高裁判所及びその裁判官の姿勢の側から捉えられていた。²確かに、その原因としての最高裁判所及びその裁判官に対する指摘は多くの点で正鵠を得ているといえよう。

現代国家の多くにおいて、憲法保障の最重要機能を果たしているのは、（憲法）裁判所による活動である。しかし、憲法保障機能を（憲法）裁判所の活動から評価するだけでなく、国家機構の構造の中におけるすべての国家機関の行為から全体的に把握するという姿勢も必要ではないだろうか。

立法過程についても、立法の際に立法者が行

う憲法解釈という形で法律案の合憲性が審査されることになる。しかし、近年の、実際の立法過程では、立法機関としての議会の形骸化が顕著になってきている。³そしてこのような形骸化に対応して、議会だけでなく、政府も法律案を提出することが多くなってきている。

そこで、裁判所以外の機関による憲法解釈を通じての法律の憲法適合性保障ということでは、どうしても、政府提出法案に対する憲法適合性確保の問題を避けて通ることはできない。とくに、諸外国との比較において、違憲審査制の影響力を取り扱う場合、裁判過程における問題性を指摘するだけでは、日本の状況を十分に説明し尽くすことができないとはいえない。

わが国では、政府提出法案についての事前の審査、あるいは政府の憲法解釈について意見を述べる権限を有する機関として内閣に直属する「内閣法制局」が存在する。⁴この内閣法制局による憲法解釈、あるいは国会提出前の法律案の作成段階での厳格な審査が、成立した法律の、裁判所による事後審査の際に違憲という結論をもたらすことを皆無に近くしていると考えられる。永田教授は、議会と憲法裁判と関係、とくに日本国憲法第9条の解釈についての説明の中で「『内閣（厳密には内閣法制局）が憲法だと称するものが憲法である』ということになっており、最高裁判所ではなく、内閣法制局が（憲法の番人として）攻撃目標とされているところに特殊日本的な現象が現れている」とし

2 ドイツ憲法裁判研究会編『憲法裁判の国際的発展』信山社2004年所収の各論文を参照せよ。

3 議会の形骸化は、①議会における法律案の立案能力の低下、②議会における法律案の審議の形骸化、③政府提出法案の過剰化といった、質・量双方の面において現れている。

4 憲法上の問題として内閣法制局を取り扱った文献はほとんど無いといってよい。最近、内閣法背局長間を国会法に定める政府特別保佐人からはずし、国会答弁から排除しようとする動き（例えば「国会審議の活性化のための国会法等の一部を改正する法案」の準備、提出等）を契機としてこの問題を取り扱う文献等も見受けられるようになってきている。例えば、青木美帆「内閣法制局長官の答弁排除の問題性」世界800号33頁以下（2010年）、長谷部恭男「比較の中の内閣法制局」ジュリスト1403号2頁以下（2010年）、また内閣法盛況の全体像や最近の問題点などについては、朝日新聞2010年6月14日 Globe 1から5頁参照。

5 永田秀樹「憲法裁判と議会との関係」ドイツ憲法判例研究会（前注2）209頁。

ている。⁵このように、有権解釈者としての内閣法制局の存在は、日本における違憲審査制を理解する上で見落とすことのできない特徴である。⁶強力な権限を有する内閣法制局の存在とその憲法解釈を考察の対象外に放置してしまえば、善しにつけ悪しきにつけ、わが国の違憲審査制の全体像を見渡す上で、不完全なものとなろう。したがって、本稿では、内閣法制局の活動を中心に、わが国の違憲審査制の特徴を考察する。その際、強力な憲法裁判所を有するドイツにおける行政内部での法律案の取り扱いにも若干言及し、わが国の制度と比較することによって、わが国の内閣法制局の果たしている役割をより明確に把握する。

2 内閣法制局の概観

(1) 歴史

内閣法制局は、そもそも「法制局」という名称で、1885年に太政官制に代わる近代的な内閣制度の発足に際し、法制官制により内閣の下に設置された。もっとも、これ以前にも、その原型的な制度が存在していた。すなわち、1873年に太政官正院に置かれた「法制課」、1875年には「法制局」、1880年には「法制部」と名称を変え、1881年に太政官中に、フランスのコンセイユ・デタをモデルとして設けられた「参事院」へと変化した機関がこれに当たる。参事院の事務を規定していた「参事院章程」には、既に、参事院の権限として審査事務と意見事務が見受けられた。1948年 GHQ の命令に基づき、法制局が解体され、その事務は2月から法務庁に引

き継がれ、1949年6月には法務庁から法務府への名称変更に伴い、1952年7月まで法務府において行われることとなった。1952年7月法制局設置法（法律第252号）に基づき、同年8月1日より法制局は再び内閣の下に置かれることとなった。そして、衆・参両議院に法制局が置かれることとなるに伴い、1962年7月内閣法制局設置法（法律第77号）により「法制局」から「内閣法制局」と改称され今日に至っている。このように、第二次世界大戦後の一時期を除き、内閣法制局は一貫して内閣に所属する機関として位置づけられている。⁷

(2) 内閣法制局設置法

内閣法制局は、内閣法制局設置法により、その組織、権限等が規定されている。この法律自体は8ヶ条（第6条は削除されている）からなるコンパクトな法律である。もっとも、施行規則では、各部の事務を詳細に定め、組織細則では各部の職員の構成を詳細に定めている。同法は、内閣法制局が内閣に置かれ（第1条）、内閣法にいう主任の大臣が内閣総理大臣であり（第7条）、その長が内閣法制局長官として内閣により任命され（第2条）、事務分掌のため第1部から第4部までと長官総務室が置かれ（第4条）、長官のほか内閣法制局を構成する職員として次長、参事官、事務官等が置かれる（第5条）など組織に関する事項を規定している。各部に5～6名の参事官が配属されており、参事官は内閣法制局の職務遂行の上で中心的な役割を果たしている。国家試験合格者を直接採用することなく、だいたい各省庁の課長クラスが

6 とくに最近の憲法第9条の解釈に関し、2003年9月9日のアーミテージ・アメリカ合衆国国務副長官（当時）（朝日新聞2003年9月10日朝刊）の発言、あるいは2003年10月2日の衆議院憲法問題調査会における政府与党からの発言（朝日新聞2003年10月3日朝刊）などから明らかなように、内閣法制局の憲法第9条解釈、あるいは内閣法制局の憲法解釈に対する姿勢をめぐり批判が続出している。さらには、内閣法制局が憲法第9条や集団自衛権に関する政府見解などを一手に担っている現状を改革する必要があるとの認識から、自由民主党憲法改正プロジェクトチームは、改革案として「憲法裁判所」を新設する方向で議論を行うこととなった（朝日新聞2004年2月27日朝刊）。

7 内閣法制局百年史編集委員会編『内閣法制局百年史』（以下「百年史」と略す。）内閣法制局1985年1頁以下参照。

5年程度の任期で内閣法制局に出向してきて、この職に就いている。

同法は第3条において所掌事務（権限）を規定している。同法第3条によれば、内閣法制局の所掌事務は、①閣議に附される法律案、政令案及び条約案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて、内閣に上申すること、②法律案及び政令案を立案し、内閣に上申すること、③法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べること、④内外及び国際法制並びにその運用に関する調査研究を行うこと、⑤その他法制一般に関すること、である。第3条によれば内閣法制局の主たる権限は、審査事務と意見事務である。この2つの権限は、各部によって分担され行使されている。すなわち、第1部は、主として意見事務を取り扱い、第2～第4部が各省庁に対応した形で審査事務を取り扱っている。

（3）権限

1）審査事務

第3条1号が規定するように内閣法制局の審査事務の対象は、法律案、命令案、条約案である。本稿では、主として法律案についての審査事務がどのように行われているかを概観することにより、内閣法制局の審査事務の概要を把握する。⁸

各省庁が立案する法律案は、閣議決定を経て政府提出法律案として、内閣により国会に提出される。政府提出法律案は最終的には閣議において決定されるが、それぞれの法律案の立案責任は各省庁にあり、まず、各省庁内部で立案作業が行われる。次に、各省庁は関係する他省庁との協議により意見調整を行う。このような手

続を経た法律案は、閣議決定前に内閣法制局の審査を受けることになる。（各省庁内部での立案作業及び関係各省庁との協議・意見調整については本稿の関心事ではないので、ここではもっぱら内閣法制局の審査について説明する。）

内閣法制局による法律案の審査は、所管する省庁から提出される内閣総理大臣宛の閣議請議書の回付を受けて行われることとなっている。しかし、実際には国会への提出日程などとの関係から、閣議請議前に（「下審査」と言われている）予備審査という形で、事前に詳細な実質審査が行われ、閣議請議後の正式の審査は形式的で、字句、表現の統一、用語・用字の補正等が行われることがあるが、内容的に（大幅な）修正は行われることがない。予備審査は、担当参事官の責任において、各省庁の担当者から原案についての説明を受け、これに基づき質疑、応答、討議を行い、必要に応じ各省庁担当者による再検討あるいは原案の修正という形で行われる。

法律案の審査には読会制が採用され、法律案の必要性、現行法体系との整合性、憲法との関係、法律案全体の構成と体裁などの法律案の基本的問題が第一読会での対象となる。第一読会で残された問題は、各省庁に持ち帰って検討されると同時に、内閣法制局内部においても部長や他の参事官を交えた検討がなされる。そして、このような読会が終了すると、担当参事官は一人で直属上司である部長に説明し、部長の了解を得て次長、長官に対して説明を行い、その了解を得て、内閣法制局における予備審査が終了する。

法律案の審査は、主として内容面と技術面の

8 審査事務の詳細な手続、経過については、百年史（前注7）211頁以下参照、平岡秀夫「政府における内閣法制局の役割」北大法学46巻6号1996年343頁以下参照、遠藤文夫「内閣提出法律における法文作成の過程」法学教室173号1995年23頁以下参照。

二つの観点から行われる。すなわち、内容面においては法律案の法条が、憲法をはじめとする実定法体系の中で、他の法令と内容的に矛盾しないかどうかという観点から審査される。技術面では、法律案の形式の適切性、法文の表現上の明確性などの点から審査される。

予備審査が終了すると、当該法律案を浄書し、関係省庁における決済を経て、内閣総理大臣宛の閣議請議の受付を経て、内閣法制局は正式に法律案を審査することになるが、これは先にも述べたように形式的な審査にすぎない。そして、法律案に修正がある場合は修正を施し、意見を添えて内閣に上申することにより審査事務は終了する。

2) 意見事務

内閣法制局設置法第3条3号は、内閣法制局が法律問題に対し意見を述べる権限(意見事務)を規定している。ここに規定する「法律問題に関し……意見を述べる」とは、主として法令の解釈に関する見解を示すことを意味する。法令の解釈は、基本的にその法令を所管する各省庁が行う。その際、当該法令の解釈に関し疑義が生じる、あるいは各省庁間でその解釈に相違が生じる場合がある。このような場合に、法体系の維持、法令の解釈の統一性、一貫性の維持のため、内閣法制局は当該法令の解釈等の法問題について意見を述べる。内閣法制局の意見によるこの法解釈は、行政部内における統一的な見解となり、以後各省庁を拘束する。また、内閣法制局は、内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対して、その政策や見解について憲法適

合性や他の法令との整合性といった観点から意見を述べることができる。この職務の行使に関し、内閣法制局は、まさに内閣の法律顧問であるといった立場から、内閣の行為について法制上の観点から根拠を与えることになる。⁹

このような政府の政策に法制上の根拠を与え、るとしても、無条件に根拠付けをなしてよいということではない。政府の政策といえども、政府が好き勝手に政策を立案してよいのではなく、そこには立憲主義からの限界が当然に存在している。このとき、内閣法制局は、内閣の法律顧問という立場を強く意識して政府の意向に沿うよう職務を遂行するか、政府内部における法制の番人としての立場から合憲性、合法性をより重視して職務を遂行するか、ディレンマも生じよう。¹⁰しかし、最終的には立憲主義の下での職務の遂行であるから、このディレンマも誠実な職務の遂行の中で解消されると思われる。その際、内閣法制局の意見事務に対し、批判も生じてくるが、それはあくまでも見解を異にする立場からの政治的な批判が多く、内閣法制局の職務自体に対する本質的批判とはいえない。¹¹

3 内閣法制局の役割

構成、権限及び行政内部における位置付けの概観から内閣法制局は、政府の関わる法律案作成や憲法解釈において重要な役割を占める、世界でも類を見ないような機関であるといえよう。そのような内閣法制局が実際に憲法解釈においていかなる役割を果たしているかを以下で概観

9 百年史(前注7)265頁以下参照。

10 内閣の補助機関にすぎない内閣法制局の判断は最終的な拘束力を有する性質のものではない。したがって、内閣総理大臣の何らかの行為が憲法に反するとの意見を内閣法制局が述べたとしても、内閣総理大臣はこれに法的に拘束されることはない。もっとも、実際には、そのような行為を行うに際し、それを真正面から否定するよりは、どのようにすれば違憲性を回避できるかという観点からの意見具申が行われている。(林修三『内閣法制局長官生活の思い出』財政経済弘報社1966年246頁以下参照。)

11 中村明『戦後政治にゆれた憲法九条 内閣法制局の自身の強さ「武力行使と一体化論」(第2版)』2001年20頁参照。

する。

(1) 違憲判決との関係

戦後第1回国会から第175回国会（現在第176回国会が開催中である）までの、法律案の提出数は14,396件そして成立数は9,426件（全提出法律案数に対し65.5%）である。そのうち政府提出法律案数は9,409件（全提出案中に占める割合65.4%）である。法律として成立した件数は、政府提出分8,021件（全成立件数の85.1%、政府提出件数中の成立件数の割合85.2%）である。¹² 成立した法律のうち幾つかは違憲の疑いがあるとして最高裁判所まで争われた。そこで、最高裁判所による違憲審査の結果と内閣法制局との関係とを照らし合わせてみると、内閣法制局の法律案審査の際に行う憲法解釈に果たす役割が理解できよう。現在までに最高裁判所が違憲判断した法律は7種8件（第三者没収事件をも算入すれば8種9件となるが、この事件では法令自体が違憲であるというよりは、その適用が違憲であるとされたので、ここでは除外する。）である。これら違憲とされた法律と内閣法制局の関係は次のようになる。

① 1973年4月4日の刑法第200条違憲無効判決との関係¹³

刑法の規定のうち、日本国憲法施行時に憲法の規定と抵触する部分については削除、改正されているが、刑法全体としては、1907年4月24日に法律45号として施行された法律が存続した

形になっている。したがって、違憲とされた第200条の制定時に内閣法制局が関わりあったわけではない。

② 1975年4月30日の薬事法第6条2項、4項違憲無効判決との関係¹⁴

薬事法自体は政府提出法律であるが、違憲とされた第6条2項、4項は1963年に議員立法の形で追加された規定である。これらの違憲とされた規定案については議院法制局が審査を行っており、内閣法制局はその作成にかかわっていない。

③ 1975年4月14日の公職選挙法別表第1及び同法附則第7ないし第9違憲判決との関係¹⁵

公職選挙法は議員立法である。したがって、内閣法制局が制定時に関わりあってない。

④ 1985年7月17日の公職選挙法第3条1項、同法別表第1及び同法附則第7ないし第9違憲判決との関係¹⁶

前記と③同様公職選挙法は議員立法であり、その審査に内閣法制局がかかわっているのではない。¹⁷

⑤ 1987年4月22日の森林法第86条違憲無効判決との関係¹⁸

森林法は農林省（当時）において立案されたが、政府提案ではなく、議員立法の形がとられた。したがって、法律案を直接審査したのは衆議院法制局であり、内閣法制局ではない。

⑥ 2003年9月11日の郵便法第68条、73条違憲

12 浅野一郎・河野久編著『新・国会事典〔第2版〕』有斐閣2008年255頁以下、内閣法制局のホームページ（<http://www.clb.go.jp/contents/index.html>）、および衆議院のホームページ（<http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html-gian.html>））にあげられている数字を基に計算した。

13 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。

14 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。

15 最大判昭和51年4月4日民集30巻3号223頁。

16 最大判昭和60年7月17日民集39巻5号1100頁。

17 議員定数違憲判決については、公職選挙法による選挙区割り憲法第14条の平等に反するだけでなく、これに対する立法措置がとられなかった（合理的期間が経過した）ことによって初めて違憲判決が下されている。内藤光博『憲法判例百選第5版』338頁以下参照。

18 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。

19 最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。

無効判決との関係¹⁹

旧郵便法は1900年に法律第54号として制定された。現行の郵便法は、日本国憲法施行に伴い、カタカナ表記からひらがな表記へと表現方法も修正され、内閣法制局の審査を経て、政府提出法案として国会に上程され成立し、1947年12月12日に法律第165号として施行されている。しかし、最高裁判所によって違憲とされた郵便法第68条と73条の規定は、旧郵便法第33条と37条の規定をほぼそのまま継承したものである。

⑦ 2005年9月14日の公職選挙法第42条2項及び同法附則8項違憲判決との関係²⁰

公職選挙法については、1984年に在外邦人に選挙権行使を認めるよう改正案が国会に提出されたが審議未了のまま廃案となってしまった。その後1998年に内閣から提出された改正案により、公職選挙法第42条2項が追加され、在外邦人にも国政選挙における選挙権行使が認められた。その際、同法付則第8項において選挙権行使の範囲を比例代表区に限定するとされた。2005年の違憲判決では、1984年から在外邦人の国政選挙権行使を認めようとするれば可能であったにもかかわらず、そのような立法措置を怠ったこと、及び選挙権行使の対象を比例代表区に限定したことの2点について、憲法第14条、15条、44条に違反するとされたのであった。この1998年の改正法案は内閣提出であり、それ故に当然内閣法制局がその改正法案を審査したことはいうまでもない。この判決は、これまでの違憲判決とは異なり、その作成に内閣法制局が直接かかわった法律が違憲とされた事例である。もっとも、違憲理由の一つは1984年の改正案で対応しなかったことは、立法府の不作为が問題とされている。したがって、内閣法制局との関

係でいえば、同法第42条2項で在外邦人に国政選挙権行使を認めながら、これを比例代表区に限定した部分が違憲とされたのである。

⑧ 2008年6月4日の国籍法第3条1項違憲判決との関係²¹

国籍法は、憲法第10条の委託を受け、日本国民たる要件を具体化する法律として内閣法制局の審査を受け、政府提出法案として国会に上程され1950年5月4日に法律第147号として成立した。その国籍法第3条1項は、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父方認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り、日本国籍の取得を認めている。本規定の立法目的は、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した嫡出子が生来的に日本国籍を取得することとの均衡を図ることによって、国籍法の基本的な原則である血統主義を補完することにある。そして、この目的達成のため準正その他を手段としている。本法の制定以来、当該規定には、目的と手段との間に合理的関連性が存在していた。しかし、社会的情勢の変化により、当該規定は、遅くとも2007年当時において、もはや合理的関連性を認めがなくなったとして、憲法第14条1項に違反するとされた。最高裁判所判決の指摘しているように、当該規定は、法律制定当初違憲ではなかったが、その後の状況の変化により違憲となったのである。この点で、内閣法制局が関与した時点で違憲の法律であったとはいえず、状況の変化により後発的に違憲となった、と判断された。

大日本帝国憲法下で制定された法律の規定が日本国憲法の下で最高裁判所により違憲とされたものに、刑法第200条がある。刑法も日本国

20 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

21 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

憲法の施行に伴って、その内容を削除、修正されているが、刑法自体は、現在も1907年法律第45号として大日本帝国憲法下から形式的に法律としての一貫性を有している。したがって、刑法第200条が最高裁判所により違憲と判断されても、それは戦後の内閣法制局が直接審査した法律に対する違憲判断であるとはいえなかった。

郵便法第68条、73条の場合、形式的には、戦後の内閣法制局の審査を経た政府提出法律であり、この意味では、戦後の内閣法制局が審査した法律が違憲とされた最初の事例といえよう。しかし、これらの規定も、旧郵便法の規定をほぼそのまま継承しているということから、その制定に戦後の内閣法制局が実質的に関与していたとはいえず、その点で、戦後の内閣法制局が直接審査した法律に対する違憲判断でないともいえよう。

これに対し、公職選挙法第42条2項及び同法付則8項ならびに国籍法第3条1項は、内閣法制局が直接改正にかかわった法律が違憲とされた事例である。

このように、最高裁判所が違憲と判断した法律6件の立法過程における事前の審査に内閣法制局は直接関わっていないといえよう。つまり、戦後、内閣法制局が審査した法律案のうち最高裁判所から違憲判決を下された事例は、在外邦人選挙権訴訟、国籍法訴訟の2件だけである。しかし、先にも見たように、国籍法訴訟では、法律制定後の社会的情勢の変化により当該法律の規定が違憲とされた。したがって、実質的には、在外邦人選挙権違憲訴訟以外存在しないといえよう。

（２）内閣法制局の憲法解釈

内閣法制局の憲法解釈が外部において取り上

げられるのは、なんといっても憲法第9条に関してである。従来、内閣法制局は、憲法第9条の文言を自衛隊の存在を合憲化する方向で解釈してきた。そして、自衛隊の存在・増強という既成事実の積み重ねとともに、最高裁判所によるこの点に関する明確な憲法解釈が行われていないまま、自衛隊の合憲化の風潮が定着するに至った。この時点までは、野党の側から激しく批判されたが、与党の側から内閣法制局の憲法第9条解釈に対する批判は顕在的には行われてこなかった。

国際情勢の変化とともに自衛隊の海外派遣が現実問題となるに至って、自衛隊の海外派遣やその活動内容が憲法第9条と抵触しないかどうか問題となるようになった。その際、活動の範囲を広く認めようとする立場は、国際連合憲章第51条に基づく集団的自衛権を根拠に、人道面以外の活動も可能であると主張した。これに対し、内閣法制局は集団的自衛権の行使は憲法第9条に抵触するという解釈を維持している。²²ここに、政府与党をはじめとする様々な立場から、内閣法制局は憲法上の機関でない、憲法の最終有権解釈権は憲法第81条により最高裁判所にあることを理由に内閣法制局から憲法解釈権を剥奪しようという動き、それは同時に憲法裁判所設置論へと繋がる、というような内閣法制局批判が巻き起こっているのである。

内閣法制局が意見事務、審査事務の両分野において重要な役割を果たした憲法解釈には、第9条の場合とは異なり外部に現れてこないものも数多く存在する。

例えば、公衆浴場の開業について距離制限を定めた公衆浴場法の規定に対し、内閣法制局は、憲法上疑義ありとして、内閣による国会への提

22 この点については、阪田雅裕「集団的自衛権の行使はなぜ許されないのか」世界769号2007年頁以下参照。

出に反対した。その結果、内閣提出法律案としては葬り去られることとなった。しかし、それにもかかわらず、同法律案は議員立法として国会に提出された。その後、最高裁判所まで争われたが、最高裁判所は簡単に合憲とした。²³

この事例以外でも、内閣法制局が憲法上の疑義という点から慎重な姿勢で臨んだにもかかわらず、国会等で問題とならなかった事例が多く存在する。²⁴

これらの例からも窺い知ることができるように、内閣法制局は、憲法第9条の場合のように外部からも明らかな場合だけでなく、外部に現れてこない部分でも憲法解釈を通じて憲法の番人としての役割を果たしているのである。

(3) 内閣法制局批判

1) 内閣の法律顧問

内閣法制局は意見事務、審査事務を通して法制度の体系性を維持する役割を担うだけにとどまらず、憲法の解釈においても多大な影響力を行使してきた。その憲法解釈に際しては、内閣の法律顧問という内閣法制局の立場が際だっている。憲法第9条の「戦力」という文言の解釈の操作を通じて、自衛隊の存在を合憲的に説明するための政府解釈を導き出すなど、内閣法制局はまさに「内閣の法律顧問」として、時々の政府の政策の憲法適合性を担保する役割を果たしてきた。それは、内閣の打ち出す政策を法制面から正当化するという作用である。この内閣の法律顧問という立場による憲法解釈が、いわば解釈改憲という形で、憲法の規定の精神を骨抜きにする効果をもたらしてきた面も多々ある。

このような内閣法制局の活動は、憲法を擁護する立場から強く批判されてきた。

2) 無謬性神話

内閣法制局は、わが国に内閣制度が採用されてから今日に至るまで一貫して存在し、法制度の体系性を維持する任務を果たしてきた。そこには、常に解釈の体系性、一貫性を維持するという姿勢が存在していた。この体系性、一貫性のゆえに、確固たる法解釈ということによる内閣法制局の法解釈に対する信頼性が確立した。それゆえ、内閣法制局の見解には、矛盾がないという権威が出来上がり、その権威による内閣法制局の法解釈の無謬性という新たな神話ができていった。このような神話を背景として、憲法解釈においても、その権威が認められるようになった。「内閣法制局が憲法解釈に関する政府の統一見解を出すと、野党もこれを『了』として審議を進めることが定型化している」²⁵ほど内閣法制局の憲法解釈には権威が認められていた。

憲法第9条についても、自衛隊の存在という事実の積み重ねや最高裁判所による判断の回避²⁶などによる自衛隊違憲論が政治の場において低調となると、自衛隊の活動範囲や、とくに集団自衛権についての与党の見解に対し、内閣法制局は違憲の疑いがあると、その活動に棒を設け、容易にその範囲の拡大にお墨付きを与えようとしない。内閣法制局は、何も頑なに従来の法解釈に固執しているのではなく、「時代に応じた弾力的な法律解釈の必要な場合もある」ことを認めている。²⁷しかし、従来の政府統一

23 最大判昭和30年1月26日刑集9巻1号89頁。林（前注10）80頁以下参照。

24 林（前注10）194頁以下参照、および内閣法制局百年史編集委員会編『内閣法制局の回想—創設百年記念—』ぎょうせい1984年所収の諸論稿参照。

25 中村（注10）48頁。

26 砂川事件を契機として最高裁判所にこのような姿勢が定着したといえよう。

27 平岡（前注8）351頁参照。

見解や国会答弁についても、これを新たな角度から解釈し直すとしても、そこには自ずから限界があり、これを超えるような解釈はもはや弾力性の範疇の問題ではなく、解釈の変更（政府見解の変更）ということになる。このことに対して内閣法制局は慎重であり、「内閣が交代しても憲法解釈は変えられない」と内閣法制局幹部は公言するほどである。²⁸それゆえに、このような内閣法制局の姿勢に対し批判がなされ、内閣法制局の憲法解釈権を剥奪しようとする議論が登場するほどになっている。

内閣法制局が、無謬性神話を背景に、法体系の一貫性維持という名目の下、社会情勢が変化したにもかかわらず、その憲法解釈を変えないことには問題が残る。無謬性神話による権威が権威の域を越えたとき、内閣法制局自体の否定へと繋がる可能性がある。現今の内閣法制局廃止論²⁹や内閣法制局に代わる憲法裁判所設置論³⁰などは、まさにその典型である。

3) 事前と事後の審査の同質化

1971年1月20日、最高裁（大法廷）は農地法施行令第16条4号の規定を「政令が法律の委任の範囲を超えた無効なもの」³¹と、事実上違憲判決を下した。当時内閣法制局長官の職に就いていた高辻正己氏は、政令案の閣議決定に同意の意見を述べた部門の責任を受け継ぐ者として進退伺いを準備し、政令が違憲とされたことに対する責任をとろうとした。しかし、政令改正を行うとともに、議員立法で「国有農地等の売払いに関する特別措置法」が制定されたことにより、進退伺いを提出するタイミングを失し、

辞職することはなかった。³²

高辻氏は、内閣法制局退官後、最高裁判所裁判官となり、1978年7月12日「国有農地の売払いに関する特別措置法」を違憲と主張する民事事件に関わった。最高裁判所大法廷は、当該法律を合憲とする判決を下した。高辻氏は、結論においては法廷意見と同じであったが、その理由において意見を述べている。それによれば、1971年1月20日の農地法施行令事件に言及し、この政令を違憲とした判断自体が間違いであるとした。³³

この事例から窺えるように、内閣法制局長官をはじめとする参事官経験者がその職を退いた後、最高裁判所裁判官に就任することには問題がある。違憲判決に対し、辞任するほどの気概を持って内閣法制局のなした法令審査の無謬性を守ろうとしている者が、今度は立場を変え、最高裁判所で事後的に内閣法制局の審査した法律の合憲性を審査する。その際、結論は最初から明らかであるだけでなく、他の最高裁判所裁判官に与える影響も非常に大きいといえよう。控訴審裁判所の裁判官、検事、弁護士、その他行政職経験者といった、日常憲法解釈にかかわることの少ない職から最高裁判所裁判官に任官した者にとって、内閣の憲法解釈を実質的に行ってきた内閣法制局長官をはじめとするその参事官経験者と憲法解釈論を闘わせ、これを打ち破ることは容易でない、と推測されるだけになおさらである。

最高裁判所が創設された当初の一時期（1947年8月4日から1952年8月30日まで）を除き、

28 西川伸一『立法の中核 知られざる官庁 内閣法制局』五月書房2000年61頁。

29 例えば、自由党が2003年5月30日に衆議院に提出した「内閣法制局を廃止する法案」などはその典型例である。

30 枅添要一、参議院憲法調査会2002年4月10日発言参照。

31 最大判昭和46年1月20日民集25巻1号1頁以下。

32 中村（前注11）31頁以下参照。

33 中村（前注11）33頁参照。

若干の空白期間はあるものの、つい最近（2010年6月15日）に至るまで、常に内閣法制局長官や参事官経験者が最高裁判所裁判官の職についている。³⁴このことは、事前の審査と事後の審査との同質性を招く原因になりかねない。また、人数が少ないとはいえ、形の上では権力分立にも抵触する恐れがある。

4 ドイツにおける行政部内の法律審査

象徴的な大統領制の下で議院内閣制を採用するドイツ連邦共和国においても、政府提法律案は、一立法期に提出される法律案の約2/3を占めている。このようなドイツの行政部門において法律案の憲法適合性、体系整合性を審査する機会は二度考えられる。すなわち、政府が法律案を提出するに際して、連邦各省の一般事務処理規則（*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien—GGO*）に基づく審査、及び大統領が親署するに際しての審査である。

（1）GGOによる審査

連邦政府は、2000年7月26日にGGOを全面的に改正した。この改正以前のGGOはⅠ（一般手続、1996年2月6日）、Ⅱ（個別手続、1996年3月25日）の2部に分かれ180ヶ条から成っていた。新GGOは、Ⅰ、Ⅱ部を統合し、100ヶ条以上の不必要な条項を削除し、全79ヶ条から成る規則である。このような改正が行われた理由として、連邦各省の協働を容易にし、また組織の能率化を図り、並びに包括的な法律案準備を可能とし、行政過程のより迅速かつ簡略化を計り、同時にITの使用により広範な可

能性をもたらすことがあげられている。そして、新GGOでは上記行政の簡略化、能率化と並んで、法律の数的減少と質的向上をも目的としている。とくに新GGOの導入により、「なぜ法律が必要かについて非常に入念に根拠付けられなければならない」とされている。³⁵

新GGO第6章「法定立（*Rechtsetzung*）」は、8節37ヶ条（第40条から第76条まで）の規定を持つが、法律に関わる部分は第1節第40条から第5節第61条までである。本稿との関係で特に注目を有するのは、第46条「法体系上及び法形式上の審査」である。

第46条 法律案が決定のために連邦政府に提出される以前に、法律案は、連邦司法省に、法体系上及び法形式上の観点からの審査（法審査）のために送付されなければならない。

2 法律案の送付に際して、広範にわたる法律案について、前項の審査時に発生した問題に関する審査及び討議のための十分な時間が連邦司法省に認められるよう配慮しなければならない。

3 連邦司法省が法律案の準備に協力し、かつその際第1項による審査をすでに行っているとき、連邦司法省の同意により、法律案の再度の送付を省略することができる。

旧GGOⅡ第23条も同様の規定を置いていたので、法律案の審査という点では、新旧両規則に本質的な相違は存在しない。もっとも、新GGOでは、旧GGO第23条2項を、第46条2項

34 別表「最高裁判所裁判官に就任した内閣法制局出身者と在任期間」参照。

なお、2010年6月15日以降、最高裁判所裁判官には内閣法制局在職経験者は存在しなくなっている。2008年10月19日最高裁判所裁判官を退官した元内閣法制局長官津野修氏の後任には、元外務官僚であった竹内幸夫氏が任官している。内閣法制局の参事官経験者の元大阪高等裁判所長官から最高裁判所裁判官となった堀籠幸男氏は2010年6月15日に退官しているが、その後任は大阪高等裁判所長官であった大谷剛彦氏が任官している。その結果、今日では、内閣法制局経験者が最高裁判所裁判官の中に存在しない状態になっている。

35 Vgl. Bundesministerium des Innern *Moderner Staat — Moderne Verwaltung* S. 3.

と3項とに分割し、また旧GGO第23条3項の審査事務負担軽減のための措置に関する規定を削除した。

このようにGGOの規定からすれば、GGOによる連邦司法省の審査は、あくまでも形式的な側面からの審査に限られ、内容的とくに基本法との一致如何の審査は行われないように思われる。もっとも、その権限がもっぱら形式的な側面に止まり、実質的な内容にまで踏み込めないのであれば、憲法適合性を事前にチェックするという機能を十分に果たしえないことはいうまでもない。しかし、連邦司法省及び連邦内務省は「憲法省 (Verfassungsministerien)」と位置付けられ、すべての法律案についてその合憲性を審査すると実質的な審査を行っていると言われている。³⁶法体系上の整合性を審査ということ自体が、すでにその内容的な整合性の審査をも含むと考えられるならば、GGOによる審査が、法律案の憲法適合性について実質的な審査を行うのも当然ということになる。

GGOは第45条1項3文で、法規範の審査に連邦司法省のほか、連邦内務省も関与すると規定している。これを受けたAnlage 8では、第2で連邦内務省の事務と第3の連邦司法省の事務とでは若干の相違が生じている。連邦司法省が法規範の整合性の観点からの審査に止まるのに対し、ともに「憲法省」といわれている連邦内務省のAbteil Vにおいて行われる審査は、これに加えさまざまな利益をも考慮に入れることになっている。このように連邦内務省も審査に加わることがあるとしても、決定のために連邦政府に送付される以前に法律案を最終的に審査することは、GGOにより連邦司法省の義務である。この事務において連邦内務省がいかな

る役割を果たしているかなど、GGOがどのように機能しているか詳細は定かではない。審査のための十分な期間的余裕を持って、法律案を連邦司法省に提出しなければならないという規定(GGO第46条)からすれば、その審査はかなりの内容のものであり、少なくとも規定の文言上はかなり強力な権限を委ねられていると理解できる。

GGOの規定からは法律案の審査のための独立の機関は存在せず、連邦司法省もしくは連邦内務省または両者の協力の下にその任務に当たることとなっている(第45、46条)。このような審査に関わる機関が複数存在しているということは何を意味するのか。しかも、その審査が重層的もしくは段階的でない。両者が共同して審査することもあるが、対象、範囲、内容など不明確な点も多い。GGOの規定による事前の審査制度の存在にもかかわらず、憲法上問題のある可能性を払拭しきれない法律が内閣に送付され、法律案として議会の審議に付されることとなる。議会は、日本と異なり三読会制を採用しているので慎重な審議が期待できるが、結局は連邦憲法裁判所で違憲(無効)とされる法律が後を絶たない。

(2) 大統領による審査

「憲法裁判の国際的発展」をテーマとする日本・ドイツ共同シンポジウムの際に、Ch. Starck教授やK. E. Hein教授に、法律の合憲性について事前にチェックする日本の内閣法制局のような行政機関がドイツにおいても存在するか、と質問したところ、両教授とも即座に、Neinという回答であった。ドイツでは議会にも内閣にも提出する法律案を事前にチェックする機関は存在しないとのことであった。両教授

³⁶ Vgl. T. Maunz, in: Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar, GG, Art. 76. Rdnr11. und vgl. K. Stern Staatsrecht Bd. 2 S. 619.

の回答とも、法律の合憲性審査はもっぱら連邦憲法裁判所が行うというのがボン基本法の姿勢であるという理由によっていた。それでも何らかの事前チェックは行われまいかという筆者の執拗な質問に対し、Hein 教授は、あえて言うならば連邦大統領が親署をする際に行うチェックがそれに該当するかもしれないと説明された。大統領は親署に際し、当該法律の合憲性についてかなり徹底的に審査を行い、そのためのスタッフもいるとのことであった。したがって、大統領には法律家が適しているとの補足もなされた。

法律は大統領（国王）の親署を経て施行される。その親署の際に大統領（国王）は、法律が憲法と一致しているか否かについて審査する。ワイマール期以前において裁判官の審査権を否定する有力な根拠の一つとして法律に対する大統領（国王）の親署があげられていた。大統領（国王）は親署するに際して、法律案を形式的にも実質的にも審査し、問題がないということで親署する。したがって、親署のなされた法律を、裁判官はもはやその憲法適合性について審査しえないということであった。

ボン基本法の下では連邦憲法裁判所を設置し、これに連邦大統領が親署した法律といえどもその合憲性について審査する権限を認めている。もっとも、連邦憲法裁判所が設置されたとしても、連邦大統領による親署の際の審査は行われなくなったのではない。実践及び通説的な見解によれば、この審査は形式的な観点からだけでなく、実態的問題にも及ぶとされている。³⁷それゆえ、連邦大統領が親署の際に行う審査は、連邦憲法裁判所による審査と競合するように思われる。しかし、そこには競合関係は存在しない。

連邦大統領による審査は、法律施行前の審査にすぎない。法律施行後、その基本法上の疑念を最終的、有権的に決定するのは連邦憲法裁判所である。ただ、このように競合関係にはないといっても、連邦大統領による審査は慎重に行われ、「疑いもなく明白な」基本法違反が存在する場合に限り親署を行わないことも考えられる。実際、連邦大統領がこのような理由から親署を拒否した事例は6件に過ぎない。もっとも、連邦大統領が疑念を有しているにも拘わらず、「疑いもなく明白な」基本法違反とまではいえず、親署した事例も存在する。このような場合、連邦大統領は、連邦首相、連邦議会及び連邦参議院に、その基本法上の疑念について記載した書簡を送る。³⁸

このように連邦大統領による親署の際の審査も、法律の基本法適合性を保障することに一定の役割を果たしているが、議会による審議、議決を経た段階でのチェックと法律案作成段階でのチェックとではその質も異なってくる。ドイツの場合、法律の立案段階でのチェックは、主としてGGOによることとなる。

（3）小結

ドイツ連邦共和国において、議会の立法機能の不全とそれに代わる政府による補完的機能が発揮されている。それは質量ともに立法機能のうちの大きな部分を占めるに至っているといえる。このように議会の立法機能を補充する、あるいはそれを代替する機能を有する政府による立法過程への参入は、法律の合憲性を担保する上でどれほどの機能を発揮しているのだろうか。政府の立法機能の増大に伴い、ドイツにおいても各省が作成した法律案をその合憲性、体系性といった観点からの審査を行うことによ

37 Vgl. Maunz, in: (Anm. 36) GG, Art. 82. Rdnr. 2. und vgl. H. Bauer, in: H. Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar 1998 GG, Art. 82. Rdnr. 12ff.

38 Vgl. <http://www.bundespraesident.de/frameset>.

て内閣を補佐する機構が存在する。そしてこのような法律案の合憲性を審査する機関の重要性が窺える。しかし、わが国の内閣法制局ほどの権限と独立性を有する機関は存在しない。

ドイツ連邦共和国においては、GGOの規定するところにより、連邦司法省もしくは連邦内務省または両者の協力によって、政府提出法案の合憲性、合法性審査が行われる。このGGOによる連邦司法省もしくは連邦内務省の審査とわが国の内閣法制局による審査との異同と裁判所による違憲判断との関連性の比較は、両国の違憲審査制の特徴を比較する上でも大いに役立つと思われる。

確かに連邦司法省、連邦内務省がGGOに基づき行う活動は、内閣に直属する日本の内閣法制局とその構成、権限において異なるところであろう。しかし、同様に内閣提出法案に対する事前審査手続を行うという点で、両者には類似性も見受けられる。それにもかかわらず、最終的に成立した法律に対する違憲審査の結果がくも異なる原因はどこにあるのであろうか。

裁判所の側に原因があるとするならば、憲法裁判所と通常裁判所による司法審査と違憲審査の制度は異なるとしても、ドイツ連邦共和国の連邦憲法裁判所の活動に対する評価とわが国の最高裁判所のそれとを比べてみれば、やはり、そこには、わが国の最高裁判所が通常の争訟問題を取り扱う裁判所と評価しえても、憲法適合性を担保する違憲審査権を行使する裁判所としては消極的過ぎ、十分に機能していないのではないかという評価も止むを得ないことである。

政府部内の法律案の審査制度の側に原因があるとするならば、GGOに比してわが国の内閣法制局が事前の憲法の番人としてより重要な役割を果たしていると考えられる。

5 結語

おなじく司法審査制を採用するアメリカとわが国とを比較して、わが国において違憲判決が少ないことだけをもって、わが国の司法審査制が不十分（消極的）という指摘が頻繁になされている。しかし、このような指摘をそのまま受け入れることはできない。なぜなら、制定される法令自体について、その制定過程において、その合憲性を確保するための制度的な配慮がどれ程なされているかをも考慮に入れなければならないからである。このことは、憲法裁判所制度を導入している国との比較においても基本的に同様と考えられる。

わが国の内閣法制局は、政府の法律顧問という側面はあるにせよ、政府提出法案に対する事前の審査により、憲法の番人として、制定される法律の合憲性を確保する上で重要な役割を果たしている。

憲法の保障という観点からすれば、裁判所による事後審査の結果の違憲判決は、法律の合憲性を確保するための有効な手段である。しかし、国家機構の構造の中で、裁判所だけが憲法解釈者、憲法の番人ではない。他の国家機関も憲法を十分に理解し、憲法を尊重して、違憲な法令の制定や違憲な国家行為をしないことが何よりも重要である。このような違憲な行為を防止するための機能を担う機関としてわが国の内閣法制局は、問題はあるものの、重要な機能を果たす機関と高く評価できよう。その上で、最高裁判所による憲法解釈、憲法保障機能を最後の砦として存在させる形が望ましいのではないか。従来まで、法律の合憲性審査については、立法者（議会）との対立関係で捉えられてきた。しかし、他方で、違憲性確認判決や違憲性警告判決などの登場により、また立法者の裁量の余地を尊重するという立場から、少なくとも判決の効果のレベルでは、裁判所と立法者との協働を

念頭においた関係把握がなされるようになった。

これを単に判決の効果だけでなく、国民の権利を守るという観点からすれば、国家行為の全過程についても考える必要があるのではないか。すなわち、違憲な法律の存在を許さないということは、結局は国民の権利の保障に繋がるのである。そうだとすれば、憲法訴訟（裁判）だけが、この機能を果たさなければならないということではなく、すべての国家機関に要請されることである。この点までは従来も理念的に承認され、当然のことと前提されてきた。しかし、制度的観点からは、やはり、最終的機関として裁判所だけにこの機能が期待されていたにすぎない。

ここに、考慮すべき制度的な余地が存在しているのではないだろうか。それが内閣法制局の役割である。

議院の法制局は、議員達の立法行為を支援し、内閣法制局は内閣やその下にある各省庁の活動、とくに命令をも含め立法活動を支援するという役割（権限）が与えられている。前者はともあれ、後者は、内閣の補助機関という性格上、「内閣の守り役」、「内閣の三百代言」というような悪評も存するが、憲法解釈の継続性と統一性を担保するという観点からはすれば、その役割は一貫性を有しているといえよう。日本国憲法制定後、警察予備隊、保安隊、自衛隊と憲法第9条をめぐる憲法問題の中でも、自衛のための戦力の合憲化という、第9条の精神を骨抜きにする結果をもたらしてきたという側面と同時に、この戦力の質と行使について常に枠を設定しつづけるという戦力抑制の役割をも果たしてきたという側面も指摘できよう。このことは、憲法第9条の問題だけに限らず、多くの憲法解釈においても見受けられる。このような観点からす

ると、内閣法制局は、裁判所とは別の側面で「憲法の番人」の役割を果たしてきたといえよう。³⁹

39 内閣法制局のこのような機能に対する批判としては、大石真「内閣制度の展開」公報研究62号59頁参照。

別表 最高裁判所裁判官に就任した内閣法制局出身者と在任期間

1947.8.4	52.8.30		
最高裁発足 在任者 無			
.....			
52.8.30	71.1.19		
入江俊郎 (衆議院法制局長・内閣法制局長官)			
	73.4.4	80.1.18	
	高辻正巳 (内閣法制局長官)		
	83.11.8	90.12.3	
	角田礼次郎 (内閣法制局長官)		
	90.12.10	94.2.6	
	梁村浩 (内閣法制局長官)		
	97.9.24	2001.12.19	
	大出俊郎 (内閣法制局長官)		
	00.3.22	06.10.15	
	町田廣 (東京高裁判事・内閣法制局参事官)		
	04.2.26	08.10.19	
	津野修 (内閣法制局長官)		
	05.5.17	10.6.15	
	堀籠孝男 (大阪高裁判事・内閣法制局参事官)		

最高裁判所ホームページ「最高裁判所の裁判官」(<http://www.courts.go.jp/saikosai/about/saibanban/index.html>)及び
内閣法制局百年史編集委員会『内閣法制局百年史』1985年職員一覧455頁から538頁をもとに作成