

内閣による臨時国会不召集の違憲性と 国家賠償法

高 作 正 博

目 次

序——問題の所在

第1 臨時国会召集権の法的性格

第2 臨時国会召集義務違反の法的責任

結——本意見書の結論

序——問題の所在

本稿は、国会議員が、憲法第53条後段及び国会法第3条に従い、内閣に対して臨時国会の開催を要求したところ、内閣が、3か月以上の長期にわたりそれを放置し（以下「本件不召集」という。）、また、ようやく開催された臨時国会の冒頭で衆議院を解散し、よって、議論の機会を奪ったとして、那覇地方裁判所に提訴した損害賠償請求訴訟（平成30年（ワ）第803号 憲法53条違憲国家賠償事件）について私見を述べるものである。

あらかじめ結論を述べるならば、第1に、内閣による本件不召集は、「いずれかの議院の総議員の4分の1以上の要求があれば、内閣は、その召集を決定しなければならない」と定める憲法第53条後段に反し違憲であり、第2に、内閣による本件不召集により国会議員が被った損害については、国家賠償法第1条第1項に基づき国が賠償する責任を負うというものである。

以下では、まず、憲法第53条に定める内閣の臨時国会召集権、また、「いずれかの議院の総議員の4分の1以上の要求」に基づく臨時国会召集義務をどのような法的性格のものとするかについて検討を行い（第1）、それを前提として、内閣による本件不召集が違憲であるかどうか、国会議員による損害賠償

請求が認められるか、さらには、統治行為論の適用によって司法審査を排除することが妥当であるかを検討する（第2）。

第1 臨時国会召集権の法的性格

1 内閣の臨時国会「召集権」と「召集義務」

(1) 憲法は、「内閣の助言と承認により」、天皇が「国会を召集する」（第7条第2号）ものとし、実質的な国会の召集権を内閣の権限とする。また、憲法第52条の常会（「国会の常会は、毎年一回これを召集する。」）、第54条第1項の特別会（「衆議院が解散されたときは、解散の日から40日以内に、衆議院議員の総選挙を行ひ、その選挙の日から30日以内に、国会を召集しなければならない。」）と並んで、臨時会の規定を置いている。憲法第53条は、「内閣は、国会の臨時会の召集を決定することができる。いづれかの議院の総議員の4分の1以上の要求があれば、内閣は、その召集を決定しなければならない」と定め、内閣の臨時会召集権を規定するとともに、「いづれかの議院の総議員の4分の1以上の要求」を要件として議会内少数派にも臨時会召集の要求権を認めている。

日本国憲法の定める議会召集権の特徴はどこにあるのであろうか。比較憲法の見地から議会の召集権に着目すると、①議会または議長の権能とする自律的集会制（ドイツ基本法第39条第3項、第52条第2項）、②召集という特別の行為を必要とせず、一定の期日に会期が始まる定時的集会制（アメリカ合衆国憲法第1条第4節第2項、第20修正第2節）、③政府の権能とする制度（イギリスの議会、大日本帝国憲法第7条）、④原則として政府の権能とするが、議員の側からもその召集を要求し得るとする制度（フランス第三共和国憲法のうち「公権力の関係に関する1875年7月16日の憲法法律」第1条、第2条、フランス第五共和国憲法第29条第1項（臨時会期に限る））の4種があり、日本国憲法は、これらのうち第4の制度を採用したものである¹⁾。

1) 清宮四郎『憲法I [第3版]』（有斐閣、1979）228頁、佐藤功『日本国憲法概説 [全訂第5版]』（学陽書房、1996）425頁。

(2) 「総議員の4分の1以上」という要件は、どのような経緯で明文化されたのであろうか。大日本帝国憲法では、第7条で「天皇ハ帝国議會ヲ召集シ」と定められ、第43条第1項で「臨時緊急ノ必要アル場合ニ於テ常会ノ外臨時会ヲ召集スヘシ」、同条第2項で「臨時会ノ会期ヲ定ムルハ勅命ニ依ル」と規定されていた。これは、帝国議会の召集を天皇の「大権」に属することとし、「召集に由らずして議院自ら会集するは憲法の認むる所に非ず」こと、また、「常会の外臨時緊急の必要あるときは特に勅命を發して臨時会を召集する」ことを意味していた²⁾。これが、「民主主義的傾向の復活強化」(ポツダム宣言第10項)、議会の権限拡大と大権事項を減らすこと等(松本4原則)の観点から変更を迫られることとなる。

1945(昭和20)年11月14日の憲法問題調査委員会(いわゆる「松本委員会」)で、既に「臨時会の召集について、議院側にその請求権を認めるのが適當であらう」という意見が出ており³⁾、11月24日にも同じ内容の提案が「圧倒的であった」とされる⁴⁾。1946(昭和21)年1月に起草された甲案(松本執筆の憲法改正要綱)、乙案(従来の甲案たる憲法改正案)の両方に、両議院の議員は、「院の総員3分の1以上の賛成を経て臨時会の召集を求むることを得」とされた⁵⁾。いわゆるマッカーサー草案で、「国会議員の2割より少なからざる者の請願ありたるとき」とされたこと⁶⁾を受け、その中間をとる形で、内閣の元で作成されたいわゆる3月2日案及び3月5日案から「総員4分の1以上」とされている⁷⁾。1946(昭和21)年7月1日の第90回帝国議会・衆議院帝国憲法改正案委員会において、金森徳次郎国務大臣は、常設制の是非について触れる中で、「政治の上に於ける能率問題」があるため、「理想を議會常設に置き、現實を會期制度に置きまして、必要があれば議會を召集する、又議會の側に於て必要を

2) 伊藤博文、宮沢俊義校註『憲法義解』(岩波文庫、1940)30頁、76頁。

3) 佐藤達夫『日本国憲法成立史第1巻』(有斐閣、1962)301頁。

4) 佐藤(達)・前掲(3)324頁。

5) 佐藤達夫『日本国憲法成立史第2巻』(有斐閣、1964)491頁、552頁。

6) 佐藤達夫、佐藤功補訂『日本国憲法成立史第3巻』(有斐閣、1994)38頁。

7) 佐藤(達)・前掲(6)81頁、98頁、168頁。

感ぜられますれば、一定数の議員から要求されれば、それに基づいて政府は議會を召集しなければならぬ」と答弁し、議院側の要求権であることを強調している。

(3) 「総議員の4分の1以上」という要件は、いかなる趣旨によるものであろうか。それは、国会全体を尊重する趣旨のようにも解され得る。確かに、フランスの「公権力の関係に関する1875年7月16日の憲法法律」第2条が、「各院の構成員の絶対多数」の要求があるときに「大統領は両院を召集しなければならない」と定める場合や、フランス第五共和国憲法第29条第1項が、「国民議會議員の過半数の請求」があるときに臨時会期が開催されると定める場合には、そのように捉えることができよう。フランスの両制度は、議会に責任を負わない大統領に議会の召集権を付与しつつ、議会の多数派が開催を求める場合にその意思に従うことを認める制度である。議会と大統領とが対峙する権力分立構造の下で、議会の意思による開催を確保しようとする趣旨であろう。他方、日本国憲法が定める議院内閣制の下では、国会の多数派は内閣と一体となることが想定されており、その場合には、国会は内閣の召集決定を促すことができる。そのため、「総議員の4分の1以上」という要件は、国会の多数派に臨時会召集の要求権を保障すると同時に、国会の少数派にも同様の権限を認めたものと解される⁸⁾。臨時会開催の主導権を少数派も含めた国会に付与した点に、日本国憲法の統治構造の顕著な特徴がある。

以上の点からすれば、「いづれかの議院の総議員の4分の1以上の要求」があれば、内閣は必ず召集を決定する法的義務を負うものと解される⁹⁾。この点、1949(昭和24)年8月27日の第5回国会・参議院議院運営委員会において、増田甲子七内閣官房長官も、「臨時國會の召集請求があつた場合には政府は勿論

8) 「少数派の権利保護の機能を期待したもの」と指摘するものとして、佐藤功『ポケット注釈全書・憲法(下)[新版]』(有斐閣、1984)712頁。清宮・前掲(1)228頁、戸波江二『憲法[新版]』(ぎょうせい、1998)379頁、野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ[第5版]』(有斐閣、2012)116頁[高見執筆]同旨。
9) 杉原泰雄『憲法Ⅱ統治の機構』(有斐閣、1989)287頁、浅野一郎編『国会事典[第3版]』(有斐閣、1997)40頁、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011)447頁、辻村みよ子『憲法[第5版]』(日本評論社、2016)375頁。

これに應じて臨時国会の召集を決定しなければならん」と答弁しているし、また、2018（平成30）年2月14日の第196回国会・衆議院予算委員会において、「合理的期間内に召集しなければならないというのは法的義務でよろしいですよ。過去に答弁ありますよね」とする枝野幸男衆議院議員の質問に対し、横畠裕介内閣法制局長官も、「まさに憲法に規定されている義務であろうかと思えます」と答弁している。

2 内閣の臨時国会「召集権」の羈束性

(1) 内閣の臨時国会「召集権」の法的性格をどのように解するべきであろうか。これを内閣の広い裁量に委ねたものと見るべきではなく、むしろその権限の羈束性を強調しなければならないものと解される。根拠は次の4点である。第1に、議会制民主主義の下での国会及び国会議員の役割とその権限の重要性である。最高裁の判例は、次のように述べている。「憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ、議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的な国家意思を形成すべき役割を担うものである。そして、国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであつて、議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも、国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする」（最高裁昭和60年11月21日判決・民集39巻7号1512頁）。

国会議員がこのような役割を果たし、国会における自主的な活動を行うようにするため、国会議員には様々な権限が付与されている。具体的には、不逮捕特権（憲法第50条）、免責特権（憲法第51条）、歳費請求権（憲法第49条）である。また、国会議員が議院の構成員として議院ないし国会の活動に参加する権限も保障されている。議案の発議権（国会法第56条第1項）、動議の提出権

(国会法第57条、第57条の2、第121条第3項等)、質問権(国会法第74条、第75条、第76条)、質疑権(質問権とは異なり、議題となっている案件について、その疑義をただすことができる権限を意味する。衆議院規則第118条、参議院規則第108条)、討論権(衆議院規則第118条、参議院規則第113条)、表決権(憲法第51条)である¹⁰⁾。国会議員は、自由な議論ないし発言を保障されており、時に内閣に対して質問や質疑を行い、時に討論や表決を行って、国民全体の福祉を実現するのである。しかも、この国会議員の権限は、国民の知る権利、自由な言論、参政権等に比べ、国民全体の利益に資することを理由に付与されたものと言っているのであり、その利益は、国民の様々な利益の集積の結果とも理解することができる¹¹⁾。臨時国会の召集を要求する権限は、国会議員が、主権者に代わって様々な情報を収集し、それを国民に提供しながら審議決定することを通じて国民全体の福祉を実現することを目的とした重要な権限であり、国民主権ないし民主主義の下では、主権者の代行としての権限という側面を有するものと解すべきである。

(2) 第2に、法規範における「ルール」と「原理」との区別、また、憲法解釈におけるその区別の意味である¹²⁾。高橋和之によれば、ルールとは、「一定の明確な内容を定めており、それに該当するかどうかが問題となるような性質の規範」である。例えば、「両議院は、各々その総議員の3分の1以上の出席がなければ、議事を開き議決することができない」と定める憲法第56条第1項は、「これに反するかどうかを評価するのに、『3分の1』という要件に該

10) 以上については、野中他・前掲(8)101頁以下[高見執筆]等参照。

11) 同様の論理は、報道機関の報道の自由に関する最高裁判決にも見られる。判例は、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである」とした上で、「報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにある」と述べている(最高裁昭和44年11月26日大法廷決定・刑集23巻11号1490頁)。

12) もともとこの議論は、ロナルド・ドゥウォーキンによる「準則(rule)」と「原理(principle)」の区別に由来する。Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977), pp. 22-28. ロナルド・ドゥウォーキン、木下毅・小林公・野坂泰司訳『権利論[増補版]』(木鐸社、2004)14-23頁参照。

当るかどうかだけを問題にする規範であるから、ルールである」。他方、原理とは、「考え方における基本的な方向性を要請するだけで、その具体的な実現方法については多かれ少なかれオープンであり、他の諸原理と調和的に実現することが予定された性格の規範」である。原理の例としては、人権尊重、権力分立原理、国民主権、法の支配等が挙げられる¹³⁾。

法規範における「ルール」と「原理」との区別は、憲法解釈の次元では、それを適用する者の裁量権の広狭の違いとして表れる。「原理の場合には、その適用に際して、他の原理との衡量を通じて下位の原理あるいはルールを定立するという過程を経ることになり、その分適用者の裁量が広くなるという特徴をもつ」が、ルールの場合にはそうではない¹⁴⁾。また、その区別の決定を、法を適用する者に委ねると、原理と解する傾向が強まってしまう。そのため、ルールと原理の区別には明確な基準がなければならない。高橋は、「ある憲法規定が他の憲法規定による『制限』を認めている場合に、その規定は原理であり、そうでない場合はルールであると解すべきではないか」、なぜならば、「原理が他の原理との調整・調和を予定した規範であるということは、他の原理により『制限』されると理解することが可能だからである」とする¹⁵⁾。この見解に従えば、憲法第53条における内閣の臨時国会召集義務は、それを制約する他の原理が憲法上存在しないため、「ルール」と解されるのであり、適用者（内閣）の裁量権は認められないと考えられる。

(3) 第3に、フランスの比較憲法論の視点である。ここでは、フランス第5共和国憲法の制度と運用を検討する。臨時会期の開催に係る共和国大統領の権限については、次のように規定されている。「国会は、首相もしくは国民議会議員の過半数の請求に基づき、特定の議事日程に関して、臨時会期として集会する」（第29条第1項）。「国会が当然に集会する場合のほか、臨時会期は、共

13) 高橋和之「立憲主義は政府による憲法解釈変更を禁止する」奥平康弘・山口二郎編『集団的自衛権の何が問題か』（岩波書店、2014）185頁。

14) 高橋・前掲(13)186頁。

15) 高橋・前掲(13)187頁。

共和国大統領のデクレによって、開会され、閉会される」(第30条)。臨時会期の召集は、共和国大統領のデクレによってなされるが、それは、首相又は国民議会議員の過半数の請求があった場合になされる。フランスで議論となったのは、この請求があった場合でも、共和国大統領は、それに従うことを拒否しうるかという点である。この点、「第5共和国の歴代の大統領は、臨時会期についての議会の開催要求に対しては、非常に広範な自由を示してきた」とする見解がある¹⁶⁾。これは、共和国大統領が、憲法制定当初は間接選挙により、1962年からは直接選挙により民主的正統性を維持してきた点が、その権限の基礎となっているとする理解に基づくものと思われる¹⁷⁾。

ただ、実際の憲法運用は必ずしもそうではない¹⁸⁾。ド・ゴールが、国民議会議員の多数派の要求に対し、その召集を拒否した1960年3月18日の事例を先例として取り上げることができる。その際、ド・ゴールは、臨時会期を開催させようとして関係団体から国民議会議員に対する働きかけがあったこと、また、そのような状況で要求された議会の開催が「命令委任」を禁止する憲法規範に

16) Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, 21e éd., Dalloz, 2019, p. 740.

17) 憲法が定める統治構造は、制定当初の「オルレアン型議院内閣制」から、1962年の憲法改正によって「半大統領制」へと転換するに至った。Maurice Duverger, *Les constitutions de la France*, 14e éd., PUF (Que sais-je?, n° 162), 1998, p. 98 et s. 時本義昭訳『フランス憲法史』(みすず書房、1995) 146頁以下。

18) 1995年までの臨時会期は、通常会期(約3ヶ月の会期が1年で2回開催されていた。10月2日~12月20日、4月2日~6月30日である)の前倒し又は延長として開催され、そのほぼ全ては、首相の請求に基づいて召集されてきた。また、通常会期の期間を1年で1回、9ヶ月に変更する憲法改正(各議院が通常会期中に開会しうる期日は、「120日間を超えてはならない」(第28条第2項)とされている)が1995年8月4日に行われて以降も、短期間とはいえ、臨時会期がなくなることはなかった。臨時会期の制度と運用については、Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 739-740, pp. 796-798; Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 31e éd., L. G. D. J., 2019, pp. 545-546; Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 40e éd., L. G. D. J., 2019, pp. 658-661.

一致するものとは思われないこと等を理由として挙げた¹⁹⁾。国民議会は、共和国大統領の決定に副署をしたドゥブレ内閣（デクレには、首相又は他の大臣の副署が必要とされている。第19条参照）に対する不信任動議を否決したため、共和国大統領によるこの解釈に与したとされる²⁰⁾。その後、1979年3月に国民議会議員の過半数が臨時会期の開催を請求した際には、ヴァレリー・ジスカル・デスタン共和国大統領はそれを承認した（1979年3月14日のデクレ）。ただ、それは、第29条の精神ないし合目的性については留保した上でのことであった²¹⁾。これらの先例が示すのは、共和国大統領による臨時会期の開催拒否が、その強大な権限の行使として行われたというよりも、少なくとも議会との関係では²²⁾、憲法第5条に基づく「仲裁」権²³⁾の行使としてなされたものと

- 19) 他にも、既に2回の臨時会期が開催され（1959年12月21日～30日、1960年2月2日～3日）、それらは緊急の必要等があって開催されたものであるが、ここで全く異なる条件や理由で第3、第4の臨時会期を開催すると、制度運営の基本原則に反することになること、審議の対象となる規定は、憲法第40条の規定により受理され得ないものであること、政府が次の通常会期（1960年4月26日～7月25日）のための法案を準備していたことも理由とされていた。Lettre du Président de la République au Président de L'Assemblée Nationale, R. D. P., 1960, p. 315-316; Pierre Avril, Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, Droit parlementaire, 5e éd., L. G. D. J., 2014, p. 141.
- 20) Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit., p. 545.
- 21) ジスカル・デスタンは、国民議会議長に対する1979年3月12日の回答において、「ここで問題となっている権限は、国民議会議員によって個人の資格で行使されるべきものであり、他の者によって委任されたり行使されたりできないものである。……議会召集の過程は、会派が……それについて討議し決定するために召集されることなく、政党のイニシアティブで開始されたものであった」と述べた。Pierre Avril, et Jean Gicquel, Chronique constitutionnelle française, Pouvoir, n° 10, p. 183; Pierre Avril, Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, Droit parlementaire, op. cit., p. 141.
- 22) 首相の請求に基づく臨時会期の召集を共和国大統領が拒否した唯一の先例がある。1987年12月にジャック・シラク首相から、ルノーの民営化を議論するための臨時会期開催の請求を受けたフランソワ・ミッテランは、その召集が、「共和国大統領の固有の責任と固有の評価」に属するという声明を発表した。保革共存政権（コアビタシオン）の下で、共和国大統領と首相とがその政治的立場を異にする中、シラクは、共和国大統領の拒否決定と対決するのではなく、開催を断念する方を選んだ。
- 23) 「『仲裁』は、国家諸機関の対立ないし衝突によって憲法の予定する機構が阻害

みることが可能である。フランスにおいてさえ、広い裁量権の行使として運用されてきたわけではないということが重要である²⁴⁾。

(4) 第4に、イギリスの比較憲法論の視点である。ヨーロッパ連合からのイギリスの離脱をめぐる問題となった議会閉会の事例を検討する。2016年6月23日に行われた国民投票において、ヨーロッパ連合を離脱する意見が過半数を占めた。法的には、この結果に拘束力はないものの、政治的ないし民主主義的には拘束力のあるものとして取り扱われてきた。イギリスとヨーロッパ連合との間で離脱交渉が行われてきたが、両者の交渉で合意が得られなくても（「合意なき離脱」）、期限の到来によりヨーロッパ連合条約は適用されなくなる（ヨーロッパ連合条約第50条第3項）。そこで問題とされたのが、ヨーロッパ連合からの離脱期限（2019年10月31日）の迫る中、議会を2019年9月9日から12日の間の日から10月14日まで停会とする旨の、エリザベス女王に対する8月27日又は28日のボリス・ジョンソン首相の助言が、違法かどうかという点である。この点をめぐり、ジーナ・ミラー氏がイングランド及びウェールズの高等法院に提訴した件では、2019年9月11日の判決は、本争点が司法判断に適さないとして請求を退けた²⁵⁾。他方、75名の超党派の議員等が提訴した件では、スコットランドの控訴裁判所内院は、同じ9月11日、首相による助言が司法判断可能

↘され、ひいては国政の混乱のために国家が成立し難いような事態に至ることを回避するものであると理解されている」と指摘するものとして、矢島基美「国家元首の『仲裁』的機能について——フランス第五共和制憲法の『仲裁』規定を手がかりとして」佐藤功先生喜寿記念『現代憲法の理論と現実』（青林書院、1993）317頁以下。

24) この点、憲法第29条、第30条、第19条の注釈学的分析及び憲法の起草過程で示された憲法制定者の意思が、憲法第30条に基づく共和国大統領の権限を「裁量権限 (une compétence discrétionnaire)」ではなく「羈束権限 (une compétence liée)」だと主張する見解として、Georges Berlia, *La convocation d'une session extraordinaire du Parlement et la nature du régime*, R. D. P., 1960, p. 301 et s. なお、フランス第5共和国憲法の制定過程については、塚本俊之「フランス1958年憲法制定過程の研究（1）～（5・完）」『香川法学』31巻1・2号（2011）1頁以下、同巻3・4号（2012）1頁以下、35巻1・2号（2015）1頁以下、36巻3・4号（2017）23頁以下、37巻1・2号（2017）1頁以下等参照。

25) [2019] EWHC 2381 (QB).

であること、それが政府に対する議会の監視を妨害するという不当な目的によって行われたこと、その助言及び停会が違法であり効力を持たないことを示した²⁶⁾。2件が最高裁判所に上訴され、併合して審理されることとなった。

(5) 最高裁判所は、9月24日、以下の理由により、首相の助言を違法とする画期的な判決を示した²⁷⁾。主な理由は次のとおりである。① 議会を閉会する権限は、明文上のものではない。制定法上の権限の場合とは異なり、明文では規定されていない国王大権の限界を決定することは容易ではない。それでも、「全ての国王大権は限界を有しているのであり、必要であれば、どこに限界があるのかを決定することは、裁判所の役割である。その権限はコモン・ローによって認められており、コモン・ローの諸原則と両立しうるものでなければならぬため、その諸原則は、その限界がどこにあるのかを明らかにするものとなりうる」。議会の作用に関する国王大権の限界は、憲法の基本原則によって明らかにされるべきである²⁸⁾。

② 議会を閉会する権限の限界を決定するために参照される憲法上の基本原則とは何であろうか。判決は、次の「2つの憲法上の基本原則が、本件訴訟に関連する」と指摘する。第1に、国会主権の原則である。「17世紀以来の一連の事案で、裁判所は、国王大権による脅威から国会主権を保護してきたのであり、そうすることで、国王大権が国会主権の原則によって制限されることを示してきた」²⁹⁾。そこから得られるのは、「無制限の停会権は、国会主権の法原則

26) [2019] CSIH 49.

27) R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent), Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland), [2019] UKSC 41.

28) Para 38.

29) Para 41. 判決は、3つの先例を挙げている (Case of Proclamations (1611) 12 Co Rep 74; Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd [1920] AC 508; R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Fire Brigades Union [1995] 2 AC 552)。勅令事件 (Case of Proclamations) については、海原文雄「国王の特権と議会主権」別冊ジュリスト『英米判例百選 I 公法』(1978) 19頁、マイケル・ロバーン、戒能通弘訳「サー・エドワード・クックと法の支配」戒能通弘編『法の支配のヒストリー』(ナカニシヤ出版、2018) 18頁、20頁、23頁、ドゥ・カイザー・

と両立しえない」ということである³⁰⁾。そこで、問題となるのは、国会主権の原則と両立させるためには停会権の限界をどのように確定すべきか、という点である³¹⁾。第2に、議会における説明責任である。政府の行為につき、首相や内閣が、議会に対し連帯して応答し説明する責任を負うという原則は、「議会制民主主義の核心」である³²⁾。それは、「憲法上の権力分立の一部としての司法的抑制を正当化するもの」として、また、「司法判断可能性を否定する説明」として用いられてきたとされる³³⁾。通常の短期間に限った議会の停会であれば、この原則は、危機にさらされることはない。しかし、停会の期間が長くなればなるほど、責任を負うべき政府が責任を負わない政府に取って代わられるリスクは増大する。「それ故、国会主権に関する場合と同様、同じ問題が生じることとなる。議会が憲法上の機能を果たす能力と両立可能となるような停会権の法的限界は何であるか、という問いである」³⁴⁾。

③ 以上の問いに答えるため、判決は、制定法上の権限行使が憲法上の原則の作用に対して影響を与えた先例を取り上げて、判断基準を見いだそうとする³⁵⁾。そうして、「停会権の妥当な限界は、次のように表されうる。すなわち、議会が立法者としての、また、行政府に対する監督の責任を負う機関としての憲法上の機能を果たす能力を、停会が合理的な正当化理由なく、阻み或いは妨げる効果を生じさせる場合には、議会を停会とする決定（或いは、議会を停会

↘ス・ロイヤル・ホテル事件（Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd）については、吉田善明「国王大権」別冊ジュリスト・前掲21頁、伊藤正己『イギリス公法の原理』（弘文堂、1954）58頁、69頁等参照。

30) Para 42.

31) Para 45.

32) Para 46. 「議会制民主主義の核心」という表現については、Bobb v Manning [2006] UKPC 22, para 13.

33) Para 47. 司法的抑制の先例として、R v Secretary of State for the Environment, Ex p Nottinghamshire County Council [1986] AC 240, 250、司法審査を否定するための説明については、Mohammed (Serdar) v Ministry of Defence [2017] UKSC 1; [2017] AC 649, para 57.

34) Para 48.

35) Para 49.

とするよう国王に助言を与える決定)は、違法となる]³⁶⁾。現在の会期を終了し次の会期を開始しようとする首相の意向は、通常であれば、短期間の停会を正当化するに十分である。通常ではない状況においてのみ、さらなる正当化理由が必要となる³⁷⁾。そこで、重ねて問われるべき第1の問いは、「首相の行為は、政府に説明責任を果たさせるという議会の憲法上の役割を阻み或いは妨げる効果を有していたか」という点である。「答えは、もちろんそうだ、ということである」。首相の行為は明らかに、議会在憲法上の役割を果たすことを妨げるものであった³⁸⁾。第2の問いは、「我々の民主制の基本原則に対して、そのような異常な効果を与えた行為を行うことに、合理的な正当化理由があるのか」という点である。首相のこの種の行為には広い許容性が認められなければならないのであるが、5週間もの間、議会を閉じることには合理性は存しない³⁹⁾。以上から、停会に関する首相の助言は違法であり、効力をもたないものと解されるのであり、議会は閉会されてはならないものと考えなければならない。以上のイギリス最高裁判所の判決の趣旨は、本件不召集の違憲性を判断する際にも参照されるべきものと解される。

3 国会による召集期日の指定の拘束力

(1) 国会から臨時会の召集要求があった場合、内閣は、どれくらいの期間で召集しなければならないのであろうか。これまでの政府見解は、「臨時会で審

36) Para 50.

37) Para 51. なお、首相が停会を求めた動機を問題視する主張も為されていた。この点、首相は、「合意なき離脱」を回避するためにヨーロッパ連合との交渉を有利に進めようとした、という見解を表明している。しかし、「合意なき離脱」に反対する議員は多数を占めており、議会在そのような結果を避けようとして立法を行う可能性が残されていたわけであるから、長期にわたる停会を求めた首相の目的は、議会による立法作用の行使を妨げることにあった、というわけである (Para 53)。但し、判決は、首相の助言の適法性に関する判断を優先するとして、この点に関する判断は示していない (Para 54)。

38) Para 56.

39) Para 58.

議すべき事項等をも勘案」して、「召集のために必要な合理的な期間を超えない期間内」での召集を義務づけられているとしてきた。2003（平成15）年12月16日の第158回国会・参議院外交防衛委員会における秋山収内閣法制局長官は、「召集時期につきましては何ら触れておりませんで、その決定は内閣にゆだねられております」、「このことから、いつ、いつ召集してもいいということではもちろんございません。臨時会の召集要求があった場合に、仮にその要求において召集時期に触れるところがあったとしても、基本的には、臨時会で審議すべき事項なども勘案して、召集のために必要な合理的な期間を超えない期間内に召集を行うことを決定しなければならないというふうに考えられているところでございます」と答弁している。

また、2017（平成29）年11月2日に提出された逢坂誠二衆議院議員の質問主意書に対する答弁書は、「憲法第53条の規定により、いずれかの議院の総議員の4分の1以上から、国会の臨時会の召集要求があった場合には、内閣は、臨時会で審議すべき事項等をも勘案して、召集のために必要な合理的な期間を超えない期間内に臨時会の召集を行うことを決定しなければならないものと考えている」（2017年11月10日、内閣衆質195第8号）としている。さらに、2018（平成30）年2月14日の第196回国会・衆議院予算委員会において、横島裕介内閣法制局長官は、「憲法53条の規定により、いずれかの議院の総議員の4分の1以上から国会の臨時会の召集要求があった場合には、内閣は、臨時会で審議すべき事項等をも勘案して、召集のために必要な合理的な期間を超えない期間内に臨時会の召集を行うことを決定しなければならないと考えております」と答弁している。

(2) 「2」で述べた点からも明らかなように、ここでいう「合理的な期間」の判断に内閣の裁量は認められないものと解される。合理的理由もなく相当な期間内に召集を行わないことは、憲法第53条の趣旨に反するというべきであり⁴⁰⁾、従来の実例には違憲の疑いがある⁴¹⁾。召集要求権の制度を無意味にしな

40) 宮沢俊義、芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978）400頁。

41) 佐藤（功）・前掲（8）712頁。

いようにするために、「国会開会の手続および準備のために客観的に必要とみられる相当の期間内で、できるだけ速やかに召集することが決定されなければならず、また、発議権を有する議員の意思と判断を重視すべきであるため、「内閣から発案する議案の準備が間に合わないとか（昭和24年の先例）、緊急の必要を認めないとか、内閣側の都合や主観的判断によって、召集を遅らせることも許されない」⁴²⁾。

では、議員の要求で召集期日が具体的に明記されている場合に、内閣はそれに拘束されるのであろうか。この点、先に挙げた1949（昭和24）年8月27日の増田甲子七内閣官房長官の答弁は、次のように述べている。「期日を指定して召集の請求があつた場合にはどうするかということは、憲法にも国会法にも召集期日の指定に関しては何らの規定がない。そこで請求者に対しては期日の指定権を與えておるといふふうには認められない。であるから内閣はその期日に拘束されるものではない……、従って内閣は召集請求者の希望する期日を考慮に加えた上で……諸般の状況を勘案して、合理的に判断してその最も適当と認める召集時期を決定すべきものと考えられる」。この「諸般の条件」の中には「これは提出されんとする法律案の内容等も勿論これを検討して勘案するということが我々の義務であるといふふうには心得ております」。

しかし、国会による召集期日の指定には拘束力はないとする見解には問題がある。「憲法が召集要求権を認めた趣旨（国会における少数派の保護など）から、肯定説が妥当」といふべきであろう⁴³⁾。「国会、とりわけ議員の側からの要求に基づいて召集される臨時会は、内閣提出の案件の審議にかざられるのではないことはもちろんであるから、案件の内容審議のための内閣の準備不足を理由に召集をのばすことはできないといふべきであり、召集手続そのものをおこなうために客観的に見て通例必要とされる範囲内で、できるだけ要求された期日に近い期日に召集することを、決定しなければならない」と解される⁴⁴⁾。

42) 清宮・前掲(1)229頁。

43) 佐藤(幸)・前掲(9)447頁。

44) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集3・憲法Ⅲ』（青

第2 臨時国会召集義務違反の法的責任

1 本件不召集の違憲性

(1) 2017年6月22日、衆議院・参議院いずれの議院においても総議員の4分の1を超える国会議員が、憲法第53条後段及び国会法第3条の臨時国会召集要求規定に従い、内閣に対し、衆議院議長ないし参議院議長経由で臨時国会を召集するよう要求した。内閣は、衆参両議院からの臨時国会開催要求を当日のうちに受理したものの、そこから92日目である9月22日になって、臨時国会を9月28日に召集することを決定し、要求日から98日目である9月28日に臨時国会を召集した。しかし、内閣は、その臨時国会の冒頭、国会審議を行うことなく衆議院を解散した。

以上の本件不召集について、2018年2月14日の第196回国会・衆議院予算委員会における横畠裕介内閣法制局長官の答弁は、次のように述べ、従来の見解を繰り返すにとどまっている。枝野幸男衆議院議員から、「憲法53条後段の合理的期間を超えていないという論拠を説明してください」と質問された際に、「臨時会で審議すべき事項等をも勘案して、召集のために必要な合理的な期間を超えない期間内に臨時会の召集を行うことを決定しなければならないということをごさいますて、合理的な期間と申しますのは、召集に当たって整理すべき諸課題によって変わるものであるため、一概に申し上げることはできないと考えております」とする。

この内閣による本件不召集については、政府見解のいう「国会開会の手続および準備のために客観的に必要とみられる相当の期間内」での臨時国会の召集がなされたものとは評価できず、憲法第53条後段に違反し違憲と解すべきである。既に述べてきたことを改めて整理すれば、次のような理由となる。第1に、臨時国会「召集権」の法的性格については、内閣の広い裁量を認めたものではなく、むしろその権限の羈束性を強調すべきであること、第2に、国会議員による臨時国会の開催要求があった場合には、「召集のために必要な合理的な期

↘林書院、1998）108頁 [樋口執筆]、樋口陽一『憲法I』（青林書院、1998）259頁。

間を超えない期間内」に召集決定しなければならないのであり、この「合理的な期間」についても内閣の裁量は認められないこと、第3に、臨時国会の開催要求から3ヶ月以上も召集しないまま放置したことは、開催要求があれば通常会期終了の翌日でも臨時会期を開催して審議の機会を確保しているフランス国民議会の運用⁴⁵⁾や、5週間の議会停会を違法とした先述のイギリス最高裁判所の判決と比較しても、「合理的な期間」を超えないものとは解されないこと、第4に、イギリス最高裁判所の判決が指摘するように、本件不召集は、「議会制民主主義の核心」である議会における政府の説明責任の原則に著しく反することである。以上から、本件不召集は、「実質的に臨時会の召集要求を拒否したに等しく、本条の趣旨に反する対応であったことは否めない」と解すべきである⁴⁶⁾。

(2) なお、臨時会の召集義務に違反した場合でも政治的責任しか負わない、とする議論があるため、この見解に対して反論しておく。まず、1946（昭和21）年7月1日の第90回帝国議会・衆議院帝国憲法改正案委員会において、議論が行われたのはまさにこの点である。高橋英吉衆議院議員から、次のような質問があった。「議員より國會の開會の要求をした場合に應じなければいけないと云ふことになつて居る、一定の条件がありますが、應じなかつた場合にどうなるかと云ふ疑問も起つて來ますが、之に付ても一つ御検討を願ひたい」。これに対し、金森徳次郎國務大臣は、次のように述べ、「政治道德の模範ともなるべき人々」の振る舞いを信頼してあえて規定を置かないという趣旨の発言を行った。

「國家の重要なる機關、例へば内閣を構成し、或は議會を構成して居る人々が、職務遂行の上に十分を期さないやうな、非難を受くべきやうな行爲をせられた時に、どうするかと云ふ、一貫した御質問と思ひますが、直接の規定と致しましては、憲法の第95條〔筆者注：現行第99條〕に國務大臣、國會議員は此

45) <http://archives.assemblee-nationale.fr/>

46) 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法〔第2版〕』（日本評論社、2019）513頁〔只野執筆〕。

の憲法を尊重し、擁護する義務を負ふと云ふことになつて居りまして、兎に角第95條の違反になると云ふことまでは確かでございます、併しそれ以上に如何なる強制手段を以て、例へば出席をここに強制するかと云ふやうな問題になりますと、それは他の法律と違ひまして、憲法は國の中心的規定であり、一國の政治の根源規定でありまして、大體此の中に動く人々は政治道德の模範ともなるべき人々であらうと思ひますが故に、そこまで細かく制裁規定などを置くことは、寧ろ體裁を得ないのではないかと考へて居ります」。

(3) それでは、本件不召集のように、国会議員による臨時国会の開催要求がなされたにもかかわらず、内閣がそれに従わなかった場合、いかなる責任を負うことになるのであろうか。この点、「内閣が召集決定の義務に違反した場合は、内閣の責任問題が生ずるが、義務の履行を強制する法的方法はない」とする見解⁴⁷⁾、「内閣が召集決定義務に違反しても、それを強制する法的手段がないから、事柄はもっぱら政治責任の問題となる」とする見解⁴⁸⁾、「内閣が指定期日の要求に従い得ない事情があると認められる場合には、要求の趣旨を害しない限度において、みずから召集の期日を決定し得る」とし、「その決定が当を失している場合には、内閣は政治的責任を負うのみであると考えべき」とする見解⁴⁹⁾がある。しかし、これらの見解が主張する「政治的責任」のみが問われるとする主張には問題がある。

第1に、憲法第53条に反して臨時会召集を行わない内閣の責任につき、政治的責任を負うのみとするのは、そもそもその用法に合致しないという点である。本来、政治的責任とは、問責事由が違憲・違法な場合に限定されず、広く政治問題全般に及ぶものを意味する。換言すれば、政治的責任とは、責任追及の理由が法定されていないものを指すと解される。例えば、「内閣は、衆議院で不信任の決議案を可決し、又は信任の決議案を否決したときは、十日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない」と定める憲法第69条に

47) 清宮・前掲(1)229頁。

48) 小林直樹『[新版] 憲法講義 (下)』(東京大学出版会、1981) 203頁。

49) 佐藤(功)・前掲(1)425頁。

については、「責任の内容は法定されているといえるが、責任の原因は違法な行為に限定されているわけではないから、政治責任というべきである」し、「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ」と定める憲法第66条第3項は、「責任の原因、内容とも何ら限定されていないから、政治責任ということになる」⁵⁰⁾。

また、大石眞も、「政治的責任とは、法による制約や厳格な規律になじまない領域で活用され、何らかの批判や統制の可能性を確保する制度をいう」とし、「これは、一見すると、法的責任より実効性がうすいように考えられる。が、実は、問責事由が特定されないため、却って、広い範囲で事柄の性質に応じた責任の追及を可能にするという利点をそなえており、多様な政府の行為について、たんに合法・違法という判断からだけではなく、国政運用の場面で最も争われる政策的な妥当性や不当の問題までを対象とすることができる」と述べる⁵¹⁾。第53条の場合、「内閣は、その召集を決定しなければならない」と定め、問責事由ないし責任追及の理由が憲法で明示されており、法的責任を否定する理由とはならない。もちろん、「法的責任」と「政治的責任」とは排他的な関係にある概念ではなく、ある責任が、「法的責任」であると同時に「政治的責任」である場合も考えられる。政治的責任を追求しうるから法的責任ではないとはならず、また、その逆も成立しない。憲法第53条に違反する内閣の責任を法的責任でないとする理由は存在しない。

(4) 第2に、義務履行の強制方法がないことは、法的責任性を否定する理由にはならないという点である。国会の立法作用を例に説明する。特定の内容について、国会に立法義務が課されている場合でも、国会に対し、具体的な法律内容を制定することを求める強制方法は存しない。しかし、だからといってその立法行為（不作為を含む）に法的責任を問うことはできないとするのは、従来の判例法理に反することとなる。義務の履行を強制する手段の存否と法的責任性の存否とは直接の関連はない。この点、いわゆる在宅投票制度の廃止ない

50) 野中他・前掲(8)220頁【高橋執筆】。

51) 大石眞『立憲民主制——憲法のファンダメンタルズ』（信山社、1996）70頁。

し復活させない不作為の違憲性・違法性が争点とされた事件の裁判で、最高裁は、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべき」と述べつつも、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」には、国家賠償法第1条第1項の規定の適用上、違法の評価を受けうるものと判示し、立法行為に対して法的責任を問うることを認めた（前掲最高裁昭和60年11月21日判決）。

その後も、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」とする判決（最高裁平成17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁）、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである」とする判決（最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁）が続く。強制手段が存しない国会の立法行為であっても、法的義務を問うることは明らかであり、臨時会の召集義務に違反した場合に政治的責任しか負わないとする議論は、妥当でないものと解される⁵²⁾。

52) 「内閣に決定を強制する直接的な手段は存在しないが、それを理由に法的義務性を弱めるべきではない。もともと、国民代表府が他者による召集をまたなければ開会できないという制度自体が、異常である。法的義務性を重視して、運用しなけ

2 本件不召集の違法性と損害賠償請求の可能性

(1) 国家賠償法第1条第1項の適用上、本件不召集は違法の評価を受けることになるのであろうか。違法性の判断方法については、① 加害行為の違法性を問題とする「行為不法説」、② 被害者に生じた結果（被害）の違法性を問題とする「結果不法説」、③ 加害行為の違法性と発生した結果の違法性を相関的に考慮して判断する「相関関係説」とが主張されてきた⁵³⁾。民法における違法性については、相関関係説に基づき判断されてきたところ⁵⁴⁾、国家賠償法における違法性についても同様の判断が為されているのであろうか。判例を見る限り、行為不法説に基づき違法性を判断してきたものと解される。

ここで結果（被害）の違法性が考慮されないのは、民法上の不法行為とは異なり、法治国家原理ないし行政の法適合性の要請が強いためであると解される。不法行為の場合には、損害が発生した場合の負担の分配において、条文上、権利侵害が要件とされたが、その後、違法性へと拡大されるに伴い、必ずしも権利に該当しない利益にも法的救済を与える必要があった。その結果、相関関係説が採用されてきたのである。しかし、国家賠償法第1条第1項の要件は、制定時から違法性の要件が設定されており、また、前提となる法原理が異なるために、同じように見える要件についても異なる判断が妥当する理由がある。以上から、国家賠償法第1条第1項の違法性判断においては、被侵害利益を考慮することなく国家行為の法適合性こそが問われるべきであり、被侵害利益については、基本的には、被害者に生じた損害として評価すれば足りると解される⁵⁵⁾。

なければならない」とする指摘もある。杉原・前掲(9)287頁参照。

53) 宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、1997)45、46頁参照。

54) 森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣、1987)229頁以下等参照。

55) 「行政処分についての国家賠償法上の違法の問題を考えるに際して重視されるべきは、法律による行政の原理である。この原理は、裏面からいえば、行政庁は、法律の定める要件を満たしてさえいけば、適法に権利侵害をなしうることを認めていることになり、その際、損失補償が問題となりうるとしても、損害賠償の問題は生じないとしなければ、損失補償と損害賠償の区別は曖昧になってしまう」として、行為不法説を妥当とする見解として、宇賀克也『行政法概説Ⅱ・行政救済法〔第5版〕』(有斐閣、2015)447頁。

(2) 行為不法説を採ったとしても、さらに2つの立場が見られる。この違いは、違法性の判断方法の違いに加え、取消訴訟における違法性と同視するか(「違法性同一説」、国家賠償法における違法性をより広く捉えるか(「違法性相対説」という点とも関連する。第1の立場は、公権力発動要件の欠如をもって違法と解する立場(「公権力発動要件欠如説」)である。これは、違法性同一説と結びつくものである。第2の立場は、客観的な法規範に違反することを前提に、さらに公務員として職務上尽くすべき注意義務を怠ることをもって違法と解する立場(「職務行為基準説」)である。これは、違法性相対説と結びつくものとされる⁵⁶⁾。この点、有力な学説は、公権力発動要件欠如説を妥当な見解と主張する。その一人である宇賀克也は、「国家賠償制度は、被害者救済機能、損害分散機能にとどまらず、制裁機能・違法行為抑止機能・違法状態排除機能(適法状態復元機能)を果たすことが望ましい。すなわち、国家賠償制度は、被害者救済、損害(損失)分散という面では、損失補償制度と意義・機能を共通にし、制裁・違法行為抑止・違法状態排除(適法状態復元)という面では、行政争訟制度と機能を共通にし、法治国原理担保制度の一環をなすものとなる」とし、公権力発動要件欠如説を妥当と主張する⁵⁷⁾。この見解に従うと、臨時国会を召集しないという公権力の発動を許容する要件は存在せず、本件不召集は違法と評価されることとなる。

他方、職務行為基準説によって判断した判決も見られる。先に紹介した立法行為の違憲性・違法性が問われた判決がそうであるし(前掲最高裁昭和60年11月21日判決、前掲最高裁平成17年9月14日大法廷判決、前掲最高裁平成27年12月16日大法廷判決)、次のような判決も同様である。法律の解釈適用を誤って判決を下した裁判官の行為によって損害を被った者が、裁判官の行為の違法性を理由に損害賠償を請求した事案の判決である。「裁判官がした争訟の裁判に

56) 宇賀・前掲(53)46頁以下参照。

57) 宇賀・前掲(53)61、62頁。判例として、ココム事件に関する東京地裁昭和44年7月8日判決・行集20巻7号842頁、パトカー追跡事件に関する最高裁昭和61年2月27日判決・民集40巻1号124頁等、多数の判決が、公権力発動要件欠如説を採用する。

上訴等の訴訟法上の救済方法によっては是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによって当然に国家賠償法1条1項の規定にいう違法な行為があつたものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるわけのものではなく、右責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法又は不当な目的をもつて裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とすると解するのが相当である」(最高裁昭和57年3月12日判決・民集36卷3号329頁)⁵⁸⁾。この見解によつたとしても、内閣が「合理的な期間を超えない期間内」で臨時国会を召集すべき職務上の義務を負っていたというべきであり、それにもかかわらず、召集義務に違反して召集しなかった場合には違法と評価されなければならない、本件不召集は違法と解すべきである。

(3) 続いて、国家賠償法第1条第1項の適用上、本件不召集により原告が被った損害(被侵害利益)について検討する。既に述べたように、「議會制民主主義の核心」である議会における政府の説明責任の原則の下で、国会議員は、自由な議論ないし発言を保障されており、時に内閣に対して質問や質疑を行い、時に討論や表決を行って、国民全体の福祉を実現する。また、この国会議員の権限は、国民の知る権利、自由な言論、参政権等に仕え、国民全体の利益に資することを理由に付与されたものと言いうるのであり、その意味で、国民の様々な利益の集積の結果として、主権者の代行としての権限と理解することができる。政府の説明責任の原則を実現させるための権限の行使が妨げられた場合には、その権限侵害に対しては法的に保護すべき損害を認定して、司法救済を認められるものと解すべきである。

臨時国会の召集を要求する権限が、国会や議院、国会議員集団の組織体としての権限であり、国会議員個人個人の権限ではないとする理解もあり得る。しかし、憲法第53条後段が規定するのは、国会議員が自らに付与された様々な特権や権限を行使する「場」の開催を求め得ることであり、国会議員の自由な言論

58) 他にも、最高裁昭和53年10月20日判決・民集32卷7号1367頁、最高裁平成5年3月11日判決・民集47卷4号2863頁等。

の機会を確保するための基本的な権限と解される。ここでは、臨時国会の「召集が一定の権利として保障されていることが重要」なのであり⁵⁹⁾、国会議員個人の権限として理解すべきである⁶⁰⁾。国会議員の権能の一つである議案の発議権につき、「衆議院においては議員20人以上、参議院においては議員10人以上の賛成を要する」（国会法第56条第1項）と定められていることが、権限行使の「要件」⁶¹⁾と解されていることに鑑み、「いずれかの議院の総議員の4分の1以上」の趣旨についても、権限行使の要件と解すれば足りるであろう。憲法を含む法秩序は、組織体としての権限と国会議員個人としての権限を明確に区別して規定しているのであり、主観的な権限を何の根拠もなく客観的な地位に読み替えることは、法解釈の基本を踏み外す態度と言わざるを得ない⁶²⁾。

59) 野中他・前掲(8)116頁。

60) その意味で、「議院自律権」のような組織体としての権限とは異なる。議院自律権とは、行政権や司法権、さらには他院からの干渉を受けずに議院内部のことを自ら決定し運用する権限である。具体的には、①議院組織に関する自律権（自主組織権）として、役員選任権（憲法第58条第1項）、会期中の議員逮捕の許諾権（国会法第33条）、議員資格争訟の裁判権（憲法第55条）、②議院運営自律権として、議院規則制定権（憲法第58条第2項前段）、議員懲罰権（憲法第58条2項後段）、議長の内警察権、傍聴人に対する規律権、③財務自律権である。議院自律権については、大石眞『議院自律権の構造』（成文堂、1988）等参照。

61) 松澤浩一『議会法』（ぎょうせい、1987）216頁。

62) なお、国会議員の特権として規定されている不逮捕特権（憲法第50条）及び免責特権（憲法第51条）について、国王との関係で「議会特権」として形成されてきたイギリスの伝統を参照し、日本国憲法の解釈論としても議院の特権と解する意見もある。しかし、同じ特権でも、フランスでは「議院自律権論を支柱とする『議院』特権論としてよりも『議員』特権論と理解」されているのであり（新井誠『議員特権と議会制——フランス議員免責特権の展開』（成文堂、2008）145頁）、その捉え方は一様ではない。むしろ、日本国憲法の解釈論としては、議院自律権とは切り離された主観的な権限と解すべきである（原田一明『議会制度』（信山社、1997）129頁、133頁は、不逮捕特権につき「主観的、客観的双方の利益をとともに含む」と解し、免責特権については「議員の特権」と捉え「その意味は限定的に解されるべき」とする）。イギリスの「議会特権」については、安藤高行『憲法の現代的諸問題』（法律文化社、1997）253頁以下、大石・前掲(60)18頁以下、粕谷友介『憲法の解釈と憲法変動』（有斐閣、1988）176頁以下、原田一明『議会特権の憲法的考察』（信山社、1995）等参照。

(4) 国会議員の権限であることは、司法救済の排除に直結するものではない。このことは、例えば、国会議員の特権の一つである歳費請求権についての次の先例を見ても明らかである。衆議院の解散により衆議院議員としての地位を失った原告が、① 憲法第7条に基づく解散権の行使が違憲であること、② 天皇の国事行為の際に必要とされる内閣の助言と承認がなかったことを理由として、衆議院議員たる資格を失わないことの確認及び衆議院議員の任期満了までの歳費の支払いを求めて訴えた事件で、東京地裁は、このうち②の主張を認め次のように判示した。「憲法第98条によれば憲法に違反する一切の処分は無効なのであるから原告は本件解散によって衆議院議員たる資格を喪失しなかつたものと言はなくてはならない」。また、「被告に対し、昭和27年9月分より原告の任期の満了した昭和28年1月分迄の前記歳費合計28万5千円の支払を求める原告の請求は正当である」（東京地裁昭和28年10月19日判決・行集4巻10号2540頁）。解散を無効とする判断は、控訴審で有効として覆され（東京高裁昭和29年9月22日判決・行集5巻9号2181頁）、最高裁では統治行為論により司法審査自体を否定された（最高裁昭和35年6月8日大法廷判決・民集14巻7号1206頁）ものの、歳費請求権の司法救済の可能性は否定されなかった。歳費請求権と同様の国会議員の権限である国会で発言し内閣に質問・質疑を行う権限が、国会議員であるが故に司法による救済を得られない、とする理由は見出しがたい。

また、地方議会議員の事例ではあるが、「議会において発言する自由」が侵害されていることを理由に国家賠償法第1条第1項に基づく損害賠償請求を認容した先例がある。下咽頭がん手術のために発声が困難になった議員が代読による発言を求めたものの、市議会ないし議会運営委員会がそれを認めなかったことの違法性が争われた事案で、名古屋高裁は次のように判示した。「地方議会議員は、憲法で定められた地方公共団体の議事機関である地方議会（憲法93条1項）の構成員として、当該地方公共団体の住民による直接選挙で選出され（同条2項）、議会本会議や委員会等における自由な討論、質問・質疑等を通じて、当該地方公共団体の住民の間に存する多元的な意見や諸々の利益を、当該

地方公共団体の意思形成・事務執行等に反映させる役割を担っているのだから、地方議会の議員には、表現の自由（憲法21条）及び参政権の一態様として、地方議会等において発言する自由が保障されていて、議会等で発言することは、議員としての最も基本的・中核的な権利というべきである⁶³⁾。一審原告は、「市議会議員として議会で発言することを一般的に阻害されて、発言の権利、自由を侵害されていたものであり、議会で発言することは、議員として最も基本的、中核的な権利であることからすれば、これにより、一審原告が多大な精神的苦痛を被ったことは明らかというべきである」（名古屋高裁平成24年5月11日判決・判時2163号10頁）。本判決の論理は、本件不召集によって国会議員が議会で発言等をする自由を侵害された事案でも妥当するものと解される。

3 臨時国会召集義務に対する司法審査可能性

(1) 本件不召集に対する司法審査を「統治行為論」によって排除すべきとする議論がありうるため、ここで検討する。統治行為論とは、「法律上の争訟」に該当し、有効無効の判断が法律上可能である国家行為であっても、直接国家統治の基本に関する高度に政治性のあるものについては司法審査権を排除するとする考え方である。先例として、「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するもの」は、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のもの」であると、日米安全保障条約が違憲かどうかという法的判断には司法審査は及ばないとした判決（砂川事件に関する最高裁昭和34年12月16日大法廷判決・刑集13巻13号3225頁）、「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行

63) 判決は、これに続けて「したがって、地方議会が、地方議会議員の当該議会等における発言を一般的に阻害し、その機会を与えないに等しい状態を惹起するなど、地方議会議員に認められた上記権利、自由を侵害していると認められる場合には、一般市民法秩序に関わるものとして、裁判所法3条1項にいう『法律上の争訟』にあたるというべきである」と述べて、「部分社会の法理」の適用（及び司法審査の排除）を否定した。

為」は、「裁判所の審査権の外」にあるとし、内閣による衆議院の解散の合憲性には司法審査は及ばないとした判決（苫米地事件に関する前掲最高裁昭和35年6月8日大法廷判決）が出され、統治行為論をめぐる多くの議論がなされた。

その後、砂川事件最高裁判所判決に依拠し、「新安保条約は、憲法9条、98条2項および前文の趣旨に反して違憲であることが明白であるとは認められない」とした判決（全司法仙台事件に関する最高裁昭和44年4月2日大法廷判決・刑集23巻5号685頁）、砂川事件最高裁判決には触れないものの、「日米安全保障条約及び日米地位協定が違憲無効であることが一見極めて明白でない」として同じ枠組みで判断した判決（沖縄県代理署名訴訟に関する最高裁平成8年8月28日大法廷判決・民集50巻7号1952頁）が続く。他方、国会の両院における法律制定の議事手続の有効性については、警察法が「両院において議決を経たものとされ適法な手続によって公布されている以上、裁判所は両院の自主性を尊重すべく同法制定の議事手続に関する所論のような事実を審理してその有効無効を判断すべきでない」として、統治行為論ではなく、議院の自律性論によって主張を退けた（警察法改正事件に関する最高裁昭和37年3月7日大法廷判決・民集16巻3号445頁）。このように見てくると、最高裁は、「統治行為の法理の適用分野をかなり限定的に解している」⁶⁴⁾ のであり、また、「一見極めて明白に違憲無効」かどうかの審査権を例外的に留保する「砂川事件最高裁判決の法理こそが実務上は主流」で、「審査を完全に排除する苫米地事件最高裁判決」の「純粹型統治行為論は過渡期に現れた例外であったと整理することも可能」⁶⁵⁾ というべきである。

(2) また、統治行為論は、その理論的根拠を失いつつあるという点にも留意する必要がある。第1に、理論的な理由である。統治行為論の論拠として、政策的観点からの自制に基づくものと解する見解がある。この自制説に対しては、裁判を受ける権利がありながら司法審査を行わないとする場合には、司法の側

64) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981）131頁。

65) 宍戸常寿「統治行為論について」山内敏弘先生古稀記念論文集『立憲平和主義と憲法理論』（法律文化社、2010）241頁。

に説明責任が生じるのであり、「この説明責任を重視する場合、内在的制約説より自制説の方がよい」としつつも、「統治行為論を自制説で理解する場合には、統治行為は法的には司法権の限界を構成しないという理解になる」と指摘する見解がある⁶⁶⁾。この指摘の通り、自制説は、司法の裁量によって司法審査を行わないということに尽きるものであり、司法権の限界として理解されてきた統治行為論とは異なるものとなる。また、国民主権の下での権力分立原理や民主主義原理に由来する内在的制約と説明する見解もある。判例の中には、「司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべき」としてこの立場を採用したと思われるものも存する（前掲最高裁昭和35年6月8日大法廷判決）。しかし、「違憲審査権それ自体高度に政治的な権力である」にもかかわらず、内在的制約説は、「司法権を政治から全く隔絶した作用だとみる点で形式的・観念的にすぎ、そのこと自体に批判されるべき問題」があるというべきである⁶⁷⁾。さらに、個々の行為ごとに検討し個別的・実質的論拠を十分に示すことができる場合にのみ統治行為の観念を認めるべきとする「機能説」もある⁶⁸⁾。しかし、この見解に対しても、「高度の政治性」だけでは統治行為論を正当化できず、「憲法の明文上の根拠もなく内容も不明確な概念の使用は不必要であり、できるだけ避けるのが望ましい」⁶⁹⁾とするのであれば、「統治行為という司法審査を免れる独自のカテゴリーを承認しなければならない根拠は一体何なのか」が問題となってくる⁷⁰⁾。こうして論拠自体の「ゆらぎ」が生じている。

第2に、統治行為論が依拠してきた外国法の状況である。統治行為論の「母国」であるフランスでは、行政訴訟事項が列挙主義から概括主義へ進化することにより、行政裁判の支配に対する限界が問題とされるようになった。こうして国務院（Conseil d'Etat）の判例を通じて形成されてきたのが、「統治行為

66) 高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、2017）101頁。

67) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973）244頁、245頁。

68) 芦部・前掲(67)246頁、247頁。

69) 芦部・前掲(64)135頁

70) 山内敏弘「司法権」樋口陽一・山内敏弘・辻村みよ子・蟻川恒正『新版・憲法判例を読みなおす——下級審判決からのアプローチ』（日本評論社、2011）271頁。

(acte de gouvernement)』である。これは、執行権には通常の行政作用と統治作用が含まれるとし、後者が行政裁判の対象とはならないとする見解である⁷¹⁾。もっとも、行政作用と統治作用の区別が法的観点からは不可能とされ⁷²⁾、統治行為の内容は、行政判例によって経験的に定められた一連の行為を意味するものとししか確定できない点で、この理論に依拠するには不明確すぎる難点がある⁷³⁾。しかも、フランスの多元的裁判制度とは異なり、一元的裁判制度の下で行政訴訟制度を運用するのみならず、違憲審査権を司法機関に授権する日本国憲法の下では、導入の前提を欠いているというべきである。また、ドイツでも、「統治行為 (Regierungsakt)」を通して連邦憲法裁判所の権限画定が議論された時期があるが、もともとワイマール期においても、統治行為については「裁判官の管轄は完全に排除されるのではなく、部分的な審査も可能」とされていたこともあってか⁷⁴⁾、ボン基本法の下では、憲法裁判権のレベルでも行政裁判権のレベルでも採用されるにはいたらなかった⁷⁵⁾。「連邦憲法裁判所制度が安定期に入った後は、統治行為がその『高度の政治性』の故に憲法裁判権の対象外であると議論する余地が、ドイツでは失われたのである」⁷⁶⁾。

実際に、ドイツ、フランスの憲法判例では、統治行為論を採用する判決は見られない。ドイツ連邦憲法裁判所では、NATO 域外への国防軍派遣の合憲性

71) 宮沢俊義『憲法と裁判』(有斐閣、1967) 73頁以下、99頁以下、雄川一郎『行政の法理』(有斐閣、1986) 31頁以下、128頁以下、小林節『政治問題の法理』(日本評論社、1988) 146頁以下等参照。

72) J・リヴェロ、兼子仁・磯部力・小早川光郎編訳『フランス行政法』(東京大学出版会、1982) 171頁参照。

73) 同様の難点は、アメリカの判例についても指摘されている。雄川・前掲(71)62頁以下、小林・前掲(71)3頁以下等参照。

74) 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005) 114頁。

75) 雄川・前掲(71)41頁以下、宍戸・前掲(74)185頁以下、牧野忠則「西ドイツに於ける行政裁判権レベルでの統治行為論(1)～(3・完)」『北大法学論集』34巻3・4合併号(1983)177頁以下、同巻6号(1984)73頁以下、36巻3号(1985)391頁以下。

76) 宍戸・前掲(65)243頁。さらに、こうした状況は、「比較法研究に大きく寄りかかるわが国の肯定説にとって、致命的事態のはず」と指摘する。

を審査する判決 (BVerfGE 88, 173; 90, 286)⁷⁷⁾、連邦議会の解散の合憲性を審査する判決 (BVerfGE 62. 1; 114. 121)⁷⁸⁾ が出され、また、フランスの憲法院でも、シェンゲン協定、マーストリヒト条約、アムステルダム条約、欧州憲法条約、リスボン条約の合憲性という「高度の政治性」のある問題を審査する判決 (Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, Recueil, p. 91; Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Recueil, p. 55; Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Recueil, p. 76; Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, Recueil, p. 94; Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, Recueil, p. 344; Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Recueil, p. 173; Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, Recueil, p. 459)⁷⁹⁾ が出されている。近時、

77) 水島朝穂『現代軍事法制の研究——脱軍事化への道程』(日本評論社、1995) 395頁以下、同「NATO 域外派兵と基本法——AWACS (早期警戒管制機) 訴訟」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社、1996) 393頁以下、山内敏弘「ドイツ連邦軍の NATO 域外派兵の合憲性」『立憲平和主義と有事法の展開』(信山社、2008) 337頁以下、同「ドイツ連邦軍の NATO 域外派兵の合憲性——AWACS 事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ [第2版]』(信山社、2006) 366頁以下、武永淳「ボスニア・ヘルツェゴヴィナ空域の NATO-AWACS 機へのドイツ兵士の派遣禁止仮命令請求事件——AWACS 仮命令事件」ドイツ憲法判例研究会編・前掲424頁以下 [ドイツの憲法判例Ⅱ]、松浦一夫『ドイツ基本法と安全保障の再定義』(成文堂、1998) 等参照。

78) 加藤一彦『議会政治の憲法学』(日本評論社、2009) 158頁以下、吉田栄司「基本法68条と連邦議会の解散——連邦議会解散訴訟」ドイツ憲法判例研究会編・前掲(77) 388頁以下 [ドイツの憲法判例]、宮地基「基本法68条による連邦議会の解散Ⅱ」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、2008) 454頁以下等参照。

79) フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』(信山社、2002) における水島能伸「シェンゲン協定付加条約の合憲性」18頁以下、辻村みよ子「欧州連合条約(マーストリヒト条約)の憲法適合性——マーストリヒト第1判決」24頁以下、山元一「欧州連合条約(マーストリヒト条約)のための憲法改正と憲法院——マーストリヒト第2判決・第3判決」30頁以下、鈴木眞澄「アムステルダム条約の憲法適合性」36頁以下、また、フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例Ⅱ』(信山社、2013) における辻村みよ子「欧州連合条約(マーストリヒト条約)の憲法適合性」9頁以下、山元一「欧州連合条約(マーストリヒト条約)のための憲法改正と憲法院——マーストリヒト第2判決・第3判決」13頁以下、中村民雄「欧州憲法条約の憲法適合性」17頁以下、須網隆夫「リスボン条約の憲法適合性」22頁等参照。

日本では、行政権の中には法律の執行作用と並んで統治作用も含まれると説く有力な見解（「執政」という概念が用いられることもある。）も主張されているが⁸⁰⁾、それが必然的に統治行為論の維持ないし拡張を正当化しうるものでもない。こうした議論を背景に、統治行為論否定説が有力に主張されてきていることに留意する必要がある⁸¹⁾。

(3) 先に紹介したイギリス最高裁判所の判決を再び取り上げる。イギリスにおいても、「政治問題 (Political questions)」ないし「アクト・オブ・ステート (act of State)」として司法審査を免れる同様の法理が採用されている⁸²⁾ にもかかわらず、今回の判決は、議会を停会とする首相による助言を司法審査可能と判断しているからである。そこで、議会を停会した首相の決定と助言の違法性を判断する際にポイントとなるのは、それが本質的に政治的であり、その正当性を判断すべき法的基準が存在しないのではないか、という点であった。最高裁判所は、司法判断可能性の問題を検討する前に、四つの点を明確にしなければならぬと指摘する。

第1に、「議会の停会を命じる権限は、国王大権、すなわち、コモン・ロー

80) 「執政」とは、「国家の進路を定めそれに従って国家をリードしていく作用を中核において観念されるもの」と説明されることがある。野中他・前掲(8)166頁〔高橋執筆〕。また、「統治」「執政」については、阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治・初宿正典・大石真編『憲法五十年の展望Ⅰ』(有斐閣、1998)203頁以下、石川健治「政府と行政——あるいは喪われた言説の場」『法学教室』245号(2001)74頁以下、同「統治のゼマンティック」『憲法問題』17号(2006)65頁以下、浅野博宣「『行政権は、内閣に属する』の意義」安西文雄他『憲法学の現代的論点[第2版]』(有斐閣、2009)149頁以下、村西良太『執政機関としての議会——権力分立論の日独比較研究』(有斐閣、2011)、高橋信行『統合と国家——国家嚮導行為の諸相』(有斐閣、2012)、毛利透『統治構造の憲法論』(岩波書店、2014)第8章・第9章等参照。

81) 愛敬浩二「『統治行為』諸論の批判的考察」『論究ジュリスト』21号(2017)28頁以下、新正幸『憲法訴訟論[第2版]』(信山社、2010)357頁、磯崎辰五郎『統治行為説批判』(有斐閣、1965)86頁、91頁、128頁以下、大石真『憲法講義Ⅰ[第2版]』(有斐閣、2009)222頁以下、宍戸・前掲(65)248頁、辻村・前掲(9)436頁等参照。

82) 雄川・前掲(71)47頁以下等参照。

によって認められ、国王によって行使される権限であり、本件では、近代的な憲法慣習 (constitutional practice) に従い、助言に基づいて行動する国王自身の権限である」という点である。この場合、首相は、「助言を与える権限を持つ唯一の者として、議会の利益を含む、関連する全ての利益に配慮すべき憲法上の責任」を負っていることになる⁸³⁾。第2に、「裁判所が、政治問題を判断することができないとしても、法的な争訟が政治家の行為に関係し、又は、政治的な論争の事項から生じているという事実は、裁判所にとって、その検討を拒否する十分な理由とはされてこなかった」という点である。裁判所は、何世紀にもわたり、多くの判決において執行府の政治的な決定について裁判権を行使してきたのである⁸⁴⁾。

さらに、第3に、「議会に対する首相の責任は、裁判所が自ら果たすべき正統な役割を有していないという結論を正当化するものではない」という点である。判決は、2つの理由を挙げている。一つ目は、「停会の効果が、議会停会中の間、議会に対する政府の責任の作用を妨げる」という点である。実際、議会が停会され続ければ、新しい会期が始まるまで、首相が議会に対して責任を果たす可能性は存在しなくなる。「この状況において、議会がなしうる最大のことは、馬が駆け出した後で馬屋の戸を閉めるに等しい」。二つ目は、「裁判所は、議会に対する政府の政治的責任に関わらず、法律を実行する義務を有する」という点である。政府が議会に対して政治的に責任を負っているという事実は、裁判所に対する法的責任から免れるということを意味するものではない⁸⁵⁾。最後に、第4に、「仮に、提訴された事案が司法審査可能であるとして

83) Para 30.

84) Para 31. この点に関して、判決は、次の2つの先例を挙げている。1つは、国王大権によって土地法を改正しようとする試みを違法と判断した判決 (Case of Proclamations (1611) 12 Co Rep 74)、もう1つは、国家機関は、議会制定法又はコモン・ローによって付与された権限なしに、私的財産の搜索を命じることはできないとした判決 (Entick v Carrington (1765) 19 State Tr 1029; 2 Wils KB 275) である。後者については、高窪真人「人身の自由 (1)」別冊ジュリスト・前掲 (29)36頁以下参照。

85) Para 33. ここでは、政府の責任は司法審査に代わるものではないとする先例

も、それについて決定することは、権力分立に違反するものではない」という点である。裁判所は、憲法の下で固有の作用を行っており、政府が、議会の作用を妨げようとして違法に停会権を行使したのではないと保証することによって、裁判所は権力分立を実行することになるのである⁸⁶⁾。

以上の4点を確認し、判決は、司法審査可能性について、次のように述べる。まず国王大権の事案においては、異なる二つの場合を区別しなければならないとし、一つ目は、国王大権が存在し、また、そこには限界も存在する問題であり、二つ目は、国王大権が存在し、それが法的な限界内で行使されたとしても、当該権限の行使が別の論拠に基づいて法的請求に開かれている問題であるとする。前者の場合は裁判所の裁判権に属するものであり、司法審査は可能となる⁸⁷⁾。他方、後者の場合には、まさに司法審査可能性の問題が生じることになる。この場合、国王大権が存在するかどうか、また、その行使が権限を逸脱しているのかどうかというのではなく、法的限界の範囲内での権限行使が、何らかの理由で司法審査を認められたものとして判断可能となるのかどうかという問題である⁸⁸⁾。最高裁判所は、首相による議会の停会権については、その法的限界が確定可能でありその限界を逸脱していたのかどうか問われているのであるから、「法的限界の範囲内での国王大権の行使態様」の問題とは異なり司法審査可能とするのである⁸⁹⁾。

(4) 以上の考察を踏まえ、本件不召集の違憲性・違法性についての司法審査可能性について検討する。まず、第1に、内閣の責任である。「国会を召集すること」が天皇の国事行為として規定され（憲法第7条第2号）、それに「助

↘(R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Fire Brigades Union [1995] 2 AC 513, 572-573) を挙げている。

86) Para 34.

87) 判決は、先例として、Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374 を挙げている。この判決については、中村民雄「行政行為に対する司法審査の一般原則」藤倉皓一郎・木下毅・高橋一修・樋口範雄編『英米判例百選 [第3版]』(1996) 100頁以下参照。

88) 以上、Para 35.

89) Para 52.

言と承認」を与える内閣が実質的な召集権の主体と解される（第3条、第7条）。その構造はイギリスの国王大権の場合と同様のものであり、それ故、内閣は、「議会の利益を含む、関連する全ての利益に配慮すべき憲法上の責任」を負っているものと解される。既に述べたように、臨時国会召集の要求権が、議会多数派のみならず少数派にも保障するとするのが憲法第53条後段の趣旨であり、内閣は、その利益にも最大の配慮をすべき憲法上の責任を負っているのである。第2に、政治的な論争に由来する法律上の争訟であることは、司法審査を否定する十分な理由とはされてこなかったという点である。自衛隊が合憲かどうか（長沼事件における最高裁昭和57年9月9日判決・民集36巻9号1679頁）、自衛隊基地建設のための用地取得の合憲性・適法性（百里基地訴訟における最高裁平成元年6月20日判決・民集43巻6号385頁）、在日米軍の航空機についてその離発着の差止めの可否（厚木基地訴訟における最高裁平成5年2月25日判決・民集47巻2号643頁）等、いずれも「政治的な問題」ではあるものの、統治行為として司法審査不可能とは判断されなかった。

第3に、内閣が「国会に対し連帯して責任を負ふ」（憲法第66条第3項）ということ、裁判所による司法審査を否定する理由とはならないという点である。その理由は、イギリス最高裁判所の判決が指摘する趣旨と同様、臨時国会の不召集により「議会に対する政府の責任の作用を妨げる」ことになること、また、裁判所は憲法を含む法秩序を実行する義務を有するという点である。そして、第4に、司法審査可能性を認めたとしても、裁判所が審査することが権力分立原理に反することとはならないという点である。裁判所は、臨時国会の不召集が憲法に反するかどうかを審査し結論を出すことにより、国会と内閣との間の権力分立の実効性を確保するのである。

以上に加えて重要なのは、衆議院の解散の場合と臨時国会の召集の場合との違いである。前者につき、学説では異論があるものの、政府見解は、「憲法第7条の規定により、内閣は実質的に衆議院の解散を決定する権限を有しており、このことが内閣の権限の逸脱あるいは憲法違反という問題になることはない」と考える」（飯田忠雄議員提出質問主意書に対する1985年12月27日の答弁書（内

閣参質103第22号))と述べる。解散権の行使は、権限濫用としてその法的限界を超えるということはないとするのが政府見解である。他方、臨時国会の召集については、既に見てきたように、「召集のために必要な合理的な期間を超えない期間内」での召集を義務づけられているとするのが政府見解であった。このように政府見解に従って考えるならば、衆議院の解散と臨時国会の召集とは異なる事案として捉えられなければならない、臨時国会の不召集は、法的限界の範囲内かどうかが問われるものとして、司法審査可能と考えられなければならない。本件不召集の違憲性判断において、統治行為論を適用する余地はないものと解すべきである。

結——本意見書の結論

以上述べてきた諸点について、要点をまとめる。

まず、本件不召集の憲法上の評価については、次のように解される。

第1に、内閣の臨時国会「召集権」の法的性格については、①議会制民主主義の元での国会及び国会議員の役割の重要性、②憲法規範における「ルール」と「原理」の区別及びその意義、③フランス及びイギリスにおける憲法運用ないし裁判所の判決に見られる比較憲法学的知見から、裁量権ではなく羈束権限と解される。

第2に、憲法第53条後段に基づいて国会から臨時国会の開催要求があった場合には、内閣は、「召集のために必要な合理的な期間を超えない期間内」での召集を義務づけられており、この「合理的な期間」の判断にも内閣の裁量は認められない。

第3に、「合理的な期間」内に臨時国会が召集されなかった場合、内閣は、法的義務に違反したこととなり、臨時国会の召集要求を実質的に拒否したに等しい本件不召集は、違憲と解すべきである。

次に、本件不召集に対する救済法及び手続法上の評価については、次のように解される。

第1に、国家賠償法第1条第1項の違法性について、いわゆる「公権力発動

要件欠如説」又は「職務行為基準説」のいずれの立場に立った場合でも、「召集のために必要な合理的な期間を超えない期間内」に臨時国会を召集しなかった内閣の行為は違法と解されるのであり、本件不召集も違法と評価される。

第2に、国会議員には、国民の知る権利、自由な言論、参政権等に仕えながら国民全体の福祉を実現するために様々な権限が認められており、本件不召集は、それらの権限の行使を妨げ、「議会制民主主義の核心」である議会における政府の説明責任の原則から実効性を奪ったものと解される。この点が国家賠償法第1条第1項における損害と評価される。

第3に、「法律上の争訟」に該当する国家行為であっても司法審査を排除するとする統治行為論は、本件では適用されるべきではない。そのことは、①判例における統治行為論の限定的な適用、②理論面及び外国法における理論的根拠の喪失、③2019年9月24日のイギリス最高裁判所の判決で議会停会とした首相の決定及び助言を違法とする判決の趣旨から導き出されるものである。本件不召集の違憲性については、司法審査は排除されない。

[付記] 本稿は、損害賠償請求訴訟（平成30年（ワ）第803号 憲法53条違憲国家賠償事件）に関し、那覇地方裁判所に提出した意見書に若干の修正を加えたものである。