

# 憲法学から見た行政裁量とその統制

2008年4月入学

太田健介

- I. 問題の所在
- 1 違憲の行政処分？
  - 2 論点 — 憲法学は行政裁量を統制できるか—
  - 3 判例 — 権利論の居場所は—
  - 4 議論の方向
- II. 行政法上の議論の俯瞰
- 1 行政裁量の根拠
    - (1) 公益実現のための権限分配（佐々木惣一）
    - (2) 政策的技術的判断と合理的な法の解釈（田中二郎）
    - (3) 「憲法上の権利—法律の留保—行政」の連関（美濃部達吉）
    - (4) 小括
  - 2 行政裁量の統制手法
    - (1) 判断代置（ゼロ裁量）
    - (2) 裁量の逸脱と濫用
    - (3) 社会通念審査
    - (4) 裁判所による価値の提示
    - (5) 論証過程統制
    - (6) 小括
- III. 機能的アプローチ — 立法裁量論の応用可能性—
- 1 司法—立法関係① — 立法裁量の根拠—
    - (1) 文言アプローチ（法律による具体化の予定）
    - (2) 権利性アプローチ（憲法ランクの実体的権利性の否定）
    - (3) 権限分配アプローチ（立法府の一次的判断権）
  - 2 司法—立法関係② — 立法裁量の統制手法—
    - (1) 裁量濫用アプローチ（憲法上の権利を—考慮要素とする統制）
    - (2) 裁量逸脱アプローチ（比例原則）
      - ・原則により方向づけられた裁量
      - ・事の性質によって制限された裁量
      - ・平等原則による裁量統制
  - 3 小括
  - 4 立法—行政関係 — 本質性理論—
- IV. 権利論アプローチ — 憲法上の権利論—
- 1 「権利侵害—侵害の正当化」の枠組み
  - 2 比例原則の権利論からの正当化—原理的基本権論—
- V. 司法—行政関係 — 行政裁量の憲法的統制—
- 1 憲法上の権利論と裁量論の擦り合わせ
  - 2 一応の結論

## I. 問題の所在

### 1 違憲の行政処分<sup>1)</sup>

日本国憲法 81 条は、違憲審査の対象として「一切の法律、命令、規則又は処分」を挙げている。ここにいう処分とは、立法、司法、行政の各機関における、公権力による個別具体的な法規範の定立行為を指すと考えられている<sup>1)</sup>。このような定義からすれば、行政処分が違憲審査の対象となることは明らかである。

だが、これまでのところ、我が国最高裁の違憲判決で、行政処分の違憲を宣言したものは存在しない<sup>2)</sup>。

違憲判決の数がそもそも少ないという点は措くにしても、これには理由がないわけではないと思われる。

第一に、行政処分の根拠法に違憲の瑕疵がある場合は、端的に法令が違憲であると言えばよく、かつ、それで足りる。行政処分の瑕疵が争われる場合、上告理由によって提起され最高裁が判断を示す、当該事件における憲

法上の争点の多くは、行政処分の根拠となった法令の違憲性であると想定されるし、現に最高裁も、憲法上の争点が提出された場合には、後に述べるように、法令が合憲かを抽象的に判断することを志向している。また、違憲の問題が生じるのは法律レベルに限られ、合憲の法律に基づく処分は、瑕疵があったとしても違法としかならないと考えることもできなくはない。

第二に、取消訴訟や国賠訴訟をする限りは、行訴法や国賠法の要件上、行政処分の違法性が認められれば足りるから、わざわざ行政処分の違憲を宣言する必要はない<sup>3)</sup>。このように、右のいずれの場合も、行政処分の違憲性を明らかにする技術上の必要はないのである<sup>4)</sup>。

とはいえ、違憲の法令に基づく行政処分は、根拠法が違憲無効とされるのだから、論理的には瑕疵ある法律に基づく処分として違憲となり得るのではないか。また、根拠法が合憲有効であっても、それに基づく具体的な行政処分が憲法上の権利を侵害するとして違憲と評価される場合も考えられないわけではないだろう。たとえば、法律が免許制を採用

1) 野中俊彦ほか『憲法Ⅱ（第4版）』266頁（有斐閣、2006）。

2) 戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』350頁（有斐閣、2008）は、処分違憲の判決として強制調停違憲判決（最大決昭和35年7月6日民集14巻9号1657頁）、第三者所有物没収事件（最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁）、愛媛県玉串料訴訟（最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁）を挙げる。新正幸『憲法訴訟論』479頁（信山社、2008）も同様。しかし、前二者は司法機関である裁判所が主体となった処分であり、また、最後のものは行政機関を主体とはするものの、行政処分が念頭にするような公権力の行使があったとは言い難い。以下、本稿は申請拒否処分や不利益処分を想定しながら議論を進めるが、右の諸判決が問題視した処分は、いずれも本稿がイメージする行政処分とは無縁である。なお、後述する泉佐野市民会館事件は、行政処分の違憲があることを匂わせるものの、行政処分が違憲であるとの判断をしたわけではない。

3) 藤井樹也准教授はこの理由を「無益の恥」「専門の徳」の仮説によって説明している。前者は、憲法学には実益がない議論を避ける傾向があり、違法の結論が導かれるなら、同時にそれが違憲となるかというような議論は「机上の空論」となること、後者は、伝統的な枠組み（本稿のテーマに則して言えば、裁量の逸脱濫用による違法）が確立されている場合はそれに従えば十分であり、敢えて違憲性の判断に踏み込む必要がないことを指す（藤井樹也「違憲性と違法性」公法71号112頁、119頁（2009））。また、行政法学の立場から、「誤解を恐れずに言えば、行政法研究者にとって「処分が違法である」という結論を得るためだけであれば、憲法論を展開する必要性に乏しい」と告白する、須藤陽子「比例原則と違憲審査基準」立命館法学321・322号264頁、266頁（2008）。だが、本稿が敢えてこの点を問題にするのは、処分の違法性とは別にその違憲性、すなわち行政処分の憲法レベルの統制を観念することに、司法審査の向上という実益があると考えられるからである。なお、行政訴訟に憲法論を持ち込むことで「行政法の再検討」を迫るといった効果が得られると評価する奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法41号97頁、99頁（1979）。

4) たとえば、薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）の場合、原告が求めたのは不許可処分の取消であったが、行訴法上これが認められるためには不許可処分が違法とされれば十分なのだから、この処分を違憲と言うべき法技術上の必要はないと言える。そしてまた、上告理由によって最高裁が判断を求められたのは、不許可処分ではなくその根拠法である薬事法の違憲性であった。

することが合憲でも、具体的な免許拒否処分に瑕疵があるために申請者の営業の自由が侵されるという状況を想像されたい<sup>5)</sup>。法律自体に瑕疵があることによる憲法上の権利の侵害と、法律に基づく、すなわち、行政処分による憲法上の権利の侵害とで権利侵害<sup>6)</sup>の程度に差がないとすれば<sup>7)</sup>、違憲の問題が生じるのは法律だけで、法律に基づく処分には違法の問題しか生じないと考えることには慎重でなければならないように思われる<sup>8)</sup>。ここに、行政処分の違憲を考える余地が生まれる。

ところで、処分の違憲という問いの立て方は、違憲判断の方法とも関わる。本稿が検討しようとしている法令の合憲性を前提にした処分の違憲は、芦部信喜教授においては適用違憲の第3のパターン、すなわち「法令そのものは合憲でも、その執行者が人権を侵害するような形で解釈適用した場合」(傍点原文)として整理されていた<sup>9)</sup>。だが、適用違憲は本来適用される限りで法令が違憲であるとす

るもので、法令の合憲性に疑問がないのに適用違憲と構成するのには無理がある。この場合には単純に行政処分が違憲であるとするればよく<sup>10)</sup>、法令レベルではなく処分レベルで憲法問題が生じると考えるべきように思われる。

この点、先にも述べたように具体的事件を解決するには処分の違法が認められれば足りるのだから、処分に違憲の評価をすることは憲法判断を具体的事件の解決に必要な範囲に限るという観点からは過剰であるとの批判が考えられる。しかし、これは憲法論を持ち出さなくても満足な解決ができるときのみ妥当する批判である<sup>11)</sup>。後述するように、行政処分に裁量が認められる場合、処分の違法性を審査する余地は狭まるのだから、違法性の次元では私人が救済されない可能性があることは否定できず、かかる批判は決定的とまでは言えないだろう<sup>12)</sup>。

また、本稿が想定する、法令は合憲だが処分が違憲という状況については、付随的違憲

5) 判例は酒税法が酒販免許制を定めることは憲法22条1項に反しないとしているが(最三判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁)、法の個々の適用場面において具体的な免許拒否処分が違憲とならないかは、別途検討を要すると言うべきであろう(長谷部恭男「判批」法協111巻9号1417頁、1427頁(1994))。

6) このような表現の意味については、V1で論じる。

7) 須藤・前掲注3)265頁は、行政処分の違憲があり得ることを前提に、この問題に関心のある行政法学者に、法令違憲を念頭にする憲法学は十分な道具立てを提供できていないのではないかという趣旨の指摘をしている。須藤教授が憲法学に求めているのは「憲法上保護されるべき権利ないし自由の内実を得ること」、つまり憲法上の権利の実体的な保護法益の充実であり(すなわち処分の違憲が、行政処分が憲法上の保護法益を侵すこととして想定されている)、そこから先の司法統制は行政法学の領分ということのようである(同276頁)。

8) なお、法律に基づく制約であっても、法律の適用が常に違憲と判断される場合には法令違憲の結論が導かれ得るとする見解として、宍戸常寿「憲法上の権利の制約」法セ643号70頁、72頁(2008)。

9) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第4版)』371頁(岩波書店、2007)。もっとも、芦部教授の適用違憲の類型論には変遷が見られる。1974年の論文ではアメリカの判例に依拠して①法令の合憲的に適用される部分と違憲的に適用可能な部分が可分であるときに、違憲的状况に適用された場合②法令の執行者が合憲的適用の場合を限定しなかったため、または合憲限定解釈が不可能なために、違憲的適用の場合も含めて解釈適用した場合③法令そのものは合憲でも、執行者がそれを憲法で保障された人権を侵害するような形で適用した場合の3つに整理されていた(芦部信喜「公務員の政治活動の自由とLRA基準」『憲法訴訟の現代的展開』189頁、221頁(有斐閣、1981)[初出1974])。芦部『憲法(第4版)』では、①が削除され、②が2つに分けて記述されていると理解できるが、これは(アメリカの判例ではなく)日本の判決を説明することが意識された結果であるように思われる。

10) 野坂泰司「憲法判断の方法」大石眞＝石川健治編『憲法の争点(第3版)』(ジュリ増刊、新・法律学の争点シリーズ3)286頁(有斐閣、2008)。

11) 憲法判断回避の代表例とされる恵庭事件(札幌地判昭和42年3月29日下刑集15巻9号2317頁)は刑事事件であり、構成要件該当性について裁判所が完全な審査権を有していた。

12) 芦部教授は、第3のパターンの適用違憲は「人権の保障を確保するという観点から言えば、裁量権の濫用ないし逸脱のレベルで解決する場合(この場合はどうしてもバランスが裁量権に有利に働く)よりも、はるかに大きな意義を持っていると言うことができる」とする(芦部信喜「教科書訴訟と違憲審査のあり方」『人権と憲法訴訟』295頁、311頁(有斐閣、1994)[初出1993])。

審査制の下では、法令違憲（法令が適用されるいかなる場合においても違憲）が例外的であるように、具体的事案を離れてある法令が一般に合憲である旨の判断がなされることはないのだから、法令の合憲性をまず確定するという出発点が誤っている、という批判が考えられる。

だが、判例実務に親しみやすい議論をするという観点からは、このような枠組みを採用することも不当ではないと考える。付随的違憲審査制の建前にもかかわらず、我が国の最高裁は寧ろ抽象的な違憲審査を心がけているように見えるからである。猿払事件最高裁判決<sup>13)</sup>は、適用違憲の判断をした一審を「法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであって、ひつきよう法令の一部を違憲とするにひとし」と批判している。ここからは、最高裁が法令の違憲審査を、具体的事案との関係ではなく「法令が当然に適用を予定している場合」を念頭に抽象的に行っている可能性を指摘できる。このような最高裁の考え方を批判することは容易であるが、これを前提としながらもなお有意な統制を図ることができるという議論の立て方もあるのではないか<sup>14) 15)</sup>。

## 2 論点 —憲法学は行政裁量を統制できるか—

このように考えると、行政処分の違憲という問題は、憲法のドグマティックに即してシリアスに検討されねばならないように思われる。だが、これを考える上では、行政処分に係る司法審査を制約する行政裁量をどのように処理するかという難問を避けては通れない。

言うまでもなく、行政裁量論は立法・司法・行政の各機能の関係を問う、公法学上の一大論点である。だが、これまでその検討は、解釈体系への位置づけ方はそれぞれ異なるものの<sup>16)</sup>、主として行政法の論者によって行われ、憲法学に取り込まれることは稀でなかったかと思われる。もっともこれは、憲法学は立法裁量を扱い<sup>17)</sup>、行政法学は行政裁量を扱うといった棲み分けからすれば、当然のことではあったかもしれない。現に、1978年の公法学会では一人の論者によって報告された立法裁量と行政裁量は<sup>18)</sup>、1992年には専門分野を憲法学、行政法学と異にする別の論者によって語られている<sup>19) 20)</sup>。

確かに、憲法の観点からの行政裁量ないしその統制を主題に据えた邦語文献は、意外なほど探すのが難しい<sup>21)</sup>。たとえば、山下義

13) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。

14) 注5の長谷部教授の指摘も、この方向を目指しているように思われる。

15) なお、本稿が「法令合憲、処分違憲」のアプローチを採る理由にはもうひとつ、本節の既述が、Vで示されるように付随的違憲審査を建前としないドイツ由来の憲法上の権利論ふうに組み立てられていることである（憲法上の権利論と従来の憲法訴訟論との折り合いをどのようにつけるかという点は非常に重要な論点であるが、本稿ではこの点を詳しく検討することはできない）。

16) 行政行為に関連して論じるものが多いと思われるが、たとえば、藤田宙靖『行政法I（第4版改訂版）』94頁（青林書院、2005）以下は、行政裁量を法律による行政の原理の例外（「伝統的な理論体系内部で、法律による行政の原理が未だ完全に徹底されていない部分」（同書61頁））として位置づける。これは、藤田教授が行政活動の円滑な運営の要請を法律による行政の原理と同じレベルで対抗する原理と捉えているからであろう（同書62頁）。

17) 結果として立法裁量論は違憲審査基準論に取り込まれていくことになる。たとえば、戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣、1993）の、特に第2章。

18) 覚道豊治「立法裁量と行政裁量」公法41号171頁（1979）。「行政は憲法および法律あるいはその他の法令の枠によって羈束されて」と、憲法による行政裁量の拘束を匂わせるが、裁量の枠を超える行為は違法だと述べるにとどまる（同179頁）。

19) 戸松秀典「立法裁量」公法研究55号109頁（1993）。

20) 宮田三郎「行政裁量」公法研究55号136頁（1993）。

21) ただ、後述する大戸報告により、状況は一変したと言えるかもしれない。なお、本稿の準備に取り掛かっ



昭「行政裁量の司法統制—最高裁判例の論理の憲法論的、比較法的検討—」<sup>22)</sup>は、「行政裁量も憲法的価値実現の中から出てくるものであるから、これを評価する基準も又憲法の中に見出さなければならない」という前提に立ち、行政裁量を要請するファクターとして憲法が「積極的な社会国家観」を採用したことに伴う「行政任務の拡大、行政内容の変化」を、これを統制するファクターとして民主主義、基本的人権尊重の原理、法治主義をそれぞれ挙げている。山下教授の挙げる諸要素が裁量統制の道具になることには本稿も同意するが、山下論文ではこれらの諸要素についての原理的な議論、あるいはこれらの諸要素が裁量統制に当たってどのように作用するかといった議論が深く詰められておらず、それが原因で判例分析とも噛み合っていない嫌いがある。

また、船越清明「民主制の論理と憲法の論理における行政—（行政）裁量に対する司法統制に関する一考察—」<sup>23)</sup>は、憲法を法治国的構成部分と政治的構成部分とに分析するカール・シュミットの『憲法理論』を出発点にしなが、ヴェルナー・ケーギに倣い、前者を「憲法の論理」、後者を「民主制の論理」と呼び、両者の緊張関係が行政裁量の統制にも影響するという見解を示す。「憲法の論理」は司法的統制を、「民主制の論理」は民主的統制をそれぞれ要求し、民主的統制があるゆえに司法的統制が否定される領域があるという立論<sup>24)</sup>は、立憲主義と民主主義の拮抗というスリリングな論争を経験した現在の目か

ら見ると興味深い。しかし、船越の議論はその後、まさにカール・シュミットよろしく、「政治的なもの」や憲法定権力による統治システムの選択などへ飛散してしまい、大上段な印象を否めない。しかも残念なことに、肝心の「憲法の論理」については原稿が落ちている。

さらに、ジュリストの特集「違憲審査制の現在」に寄せられた又坂常人「行政裁量論」<sup>25)</sup>は、行政判断について司法審査が限定されることは「公権力の侵害から憲法上の基本権を保護することを使命の一つとする現行憲法下の裁判制度の建前からいえば問題のあるところといわなければならない」という懸念を表明した上で、「憲法の諸規範に照らし何が最小限度裁判所の審査事項として留保されているかを、具体的憲法的価値との関係で明確化すべき道具を構想すべき」という見解を示す。しかし、その道具をどのように構想すべきかについては言及がない。

しかも上記3名のうち、現在大学に奉職する山下教授と又坂教授の専門は行政法学であり、上の諸論考はいずれも憲法学の研究者によるものではないのである。

このように、行政裁量論が主として行政法学の管轄とされた結果<sup>26)</sup>、通常の憲法論をしている限り真っ先に問題となるはずの憲法上の権利は、行政裁量論においては、剣道不受講事件<sup>27)</sup>などを評価する文脈で配慮されてはいるものの、「他の事情と並び考慮されるべき多面的な要素のうちの一つ」に過ぎないのではないか、という疑いが出てくる<sup>28)</sup>。

た段階では、2008年公法学会における宍戸報告は活字化されておらず、著者が活字原稿を入手できたのは議論の方向性を定めてより後の2009年11月になってからであった。本稿の議論と宍戸報告の議論の方向性には重なるところが少なからずあるが、それには右のような事情も一因となっていることを予めお断りしておきたい。

22) 山下義昭「行政裁量の司法統制」福岡大学大学院論集20巻1号110頁（1988）。

23) 船越清明「民主制の論理と憲法の論理における行政（1）」明治学院大学大学院法学ジャーナル2号1頁（1978）。

24) この立場では、自由裁量が明白に認められる場合、取消訴訟の訴えは却下されることになる。

25) 又坂常人「行政裁量論」ジュリ1037号206頁（1994）。

26) 行政法学の立場から行政裁量を検討した業績としては、阿部泰隆『行政裁量と行政救済』（三省堂、1987）、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、1990）、亘理格『公益と行政裁量』（弘文堂、2002）などがある。

27) 最二判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。

28) 宍戸常寿「人権論と裁量論」公法71号100頁、106頁（2009）。これに対し、剣道不受講事件を例に、基本権は行政裁量を「外側から羈束」する法規範であるとする山本隆司教授の見解は、憲法上の権利に単なる一要素

本来は立法を拘束すべき憲法上の権利は、処分の根拠法が制定された後には、「その立法により創り出された行政裁量の「中」で働くものへと転換」されていないかというわけである<sup>29)</sup>。言うなれば、ここには憲法上の権利の「格下げ」がある。憲法上の権利（の侵害）が透けて見えるにもかかわらず、それがそのようなものとして処理されない紛争の構造は、「人権条項なき憲法訴訟」と呼ぶことができるだろうが<sup>30)</sup>、又坂教授が指摘するように、このことは違憲審査制の建前からすると由々しき事態のように思われる<sup>31)</sup>。

既に指摘したような先行研究の寂しさが匂わず、行政裁量とその統制をあくまで行政法学の枠内に収めようとする見方の背景にあるのは、冒頭に述べた行政処分の違憲を観念することへの疑問や、憲法訴訟が独立の土台を持たないゆえに行政訴訟などを間借りしなければならず<sup>32)</sup>、裁判所に持ち込まれる事案は行政法関係として組み立てられていなければならないという訴訟法的な制約に加えて、憲法上の権利をベースにした行政法関係の分析は、行政上のセンシティブな考慮を脱落させ、「(憲法上の権利の侵害の)強度だけを基準とする一次元的な解釈論(eindimensionale

Intensitätsdogmatik)」をもたらすとともに、「行政法が体系的であることの要求(den systematischen Anspruch des Verwaltungsrechts)」を傷つけかねないという、行政法学の立場からの警戒であると考えられる<sup>33)</sup>。しかし、憲法は行政法に優位するはずなのに、行政裁量が認められることから憲法上の権利が裁量の考慮要素に格下げされねばならないこと<sup>34)</sup>、あるいはそもそも司法統制が制約されることは、憲法学から巧く説明できるのだろうか。

### 3 判例 — 権利論の居場所は一

確かに、最高裁判決の中には憲法論が行政裁量論に格下げされたかのように見えるものがある。

ひとつは憲法 25 条 1 項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」の何たるかの判断を行政庁である厚生大臣の裁量に委ねた朝日訴訟である<sup>35)</sup>。最高裁は、「念のため」と断って付した傍論で、憲法 25 条 1 項は国民に「具体的権利」を保障したのではなく、具体的権利は「憲法の規定の趣旨を実現するために制定された」生活保護法によって与えられる

---

以上の役割を認めているように読めるが(山本隆司「日本における裁量論の変容」判時 1933 号 11 頁, 13 頁(2006)), その意味については後述する。

29) 宍戸・前掲注 28)107 頁。本文のような見方に対して、宍戸准教授は「裁量を「外」から制約する」ものとしての人権を構想するが、これは本稿の方向性と重なる。

30) 宍戸・前掲注 28)100 頁に做った表現である。宍戸准教授はその内容を「人権制限が問題であるように見えるにもかかわらず、明示的に憲法何条(違反)と挙げることなく、行政裁量の踰越・濫用の枠組みで事案を処理」することと説明する。

31) 渡邊互「行政裁量の統制に対する規範的要求」白鷗法学 26 号 1 頁, 15 頁(2005)は、「行政の裁量権を認めることは、公益実現を目的とした、法律を根拠とする基本的人権の制約」になるとする。

32) 石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」法律時報 74 卷 7 号 60 頁, 64 頁(2002)。

33) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, S.78, 80. (邦語訳として、エバーハルト・シュミット・アスマン(太田匡彦ほか訳)『行政法理論の基礎と課題』79, 81 頁(東京大学出版会, 2006)) また、これを意識して山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(下)」ジュリ 1239 号 108 頁, 126 頁(2003)は、「基本権(侵害)と裁量の範囲とを直接関連づける考え方」では、「原告の基本権に対立する利益、行政決定の手続や組織、その他事案および決定(環境)の特性の全体が視野から捨象」されるとする。須藤・前掲注 3)268 頁は、違憲審査基準論を指して「行政法研究者からすれば、人権ごとに段階的に厳格さの異なる審査基準を設定すると発想することは、非現実的な議論と思われてならない」と、より手厳しい。

34) 須藤・前掲注 3)276 頁は、「憲法上保護されるべき権利ないし自由の内実を得ることができれば、行政裁量統制の手法を用いて権利侵害の違憲・違法を導くことができる」とする。この趣旨は、注 7 とも重なるが、憲法学が裁量の要素としての憲法上の権利を膨らませれば、わざわざ憲法学が新たな行政裁量の統制手法を開発しなくても、従来の行政裁量統制の枠組みで憲法上の権利に有利な解決を導くことは可能であるとのことであろう。

35) 最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 卷 5 号 1043 頁。

とする。

この事件で問題が行政裁量に帰着したのは、何が健康で文化的な最低限度の生活であるかは生活保護法という個別行政法の内部で完結しているのであり、主観的権利の体裁をとる憲法25条1項の文言にかかわらず、生活保護の受給権が憲法ランクの保障を受けるものでないとされたためと解することができる<sup>36)</sup>。そうすると、本件の理屈が当てはまるのはせいぜい受給権（作為請求権）に限られ、防御権（不作為請求権）などを含んだ一般化はできないということになりそうである。

いまひとつはマクリーン判決である<sup>37)</sup>。最高裁は、マクリーン氏が政治活動の自由を憲法上享受していることは認めつつも、彼が日本に在留できるかは法務大臣の裁量に任されているとした。その上で最高裁は「外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、したがって、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない」と論じる。

この判示を「在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない」の部分に力点を置いて読めば、憲法上の権利は通常であれば、斟酌されるべき事情として行政裁量に影響を与えるということが導かれるだろう。しかし、これは憲法上の権利の裁量統制機能を述べるだけで、その前に問題となるべき、なぜ政治的表現の自由という憲法論が裁量論に落ちるのかを説明するものではない。逆にこの判示を、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」の部分に力点を置いて読めば、マクリーン氏が憲法上の権利を享受しているのにもかかわらず議論が行政裁量という行政法論に止まるのは、外国人については在留制度が人権の論理に優位するからであり（出入国システム優位説<sup>38)</sup>）、本件は当初より（裁量統制機能も含めて）憲法論になる余地のなかった事例だったと理解されることになる。

これらは「格下げ」の理由を容易に説明できる事案であるが、厄介なのは前述した剣道不受講事件である。判決は事案を裁量論として処理し、裁量判断を違法としたものの、憲法上の権利である信教の自由への言及はなされていない。同様に、第一次家永訴訟最高裁判決<sup>39)</sup>についても、教科書検定による表現の自由の制約が問題になっているにもかかわらず、行論が「学術的、教育的な専門技術的判断であるから、事柄の性質上、文部大臣の合理的な裁量に委ねられる」と行政裁量論に移行してしまったことを批判する見方がある<sup>40)</sup>。

一方、事の本質を憲法的に捉えるか行政法

36) 朝日訴訟後有力になる抽象的権利説は、立法内容を統制するため、受給権に憲法ランクの位置づけを与えんとするものであったと言える。これに対する応答は、後述する堀木訴訟によって示されることになった。また、又坂・前掲注25)208頁は、厚生大臣による裁量の行使は「単なる政策判断ではなく生活保護法を媒介としてなされる憲法上の価値実現」であるとして、憲法とのリンクという観点からの規律に服するはずだとする。

37) 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。

38) 日比野勤「外国人の人権(2)」法教217号43頁(1998)。

39) 最三判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁。

40) 又坂・前掲注25)208頁は、専門技術性が「表現の自由の制約と検定権者の裁量を媒介する論理」になって

的に捉えるかの困難を示すのが、「本件不許可処分が憲法 21 条，地方自治法 244 条に違反するという事はできない」と行政処分の違憲があることを匂わす，泉佐野市民会館事件である<sup>41)</sup>。条例が定めている，市民会館の使用を不許可とすべき事由である「公の秩序をみだすおそれがある場合」について，行政法学者出身の園部裁判官による補足意見はこれを「いわゆる行政法上の不確定な法概念」と捉え，「広範な要件裁量の余地が認められ」として，行政裁量の問題と理解しようとする。その上で，「憲法の定める集会の自由については表現の自由の保障にかんがみ，特に周到な配慮が必要とされる」とする。行政裁量があることを前提に，それに集会の自由に配慮した規律を施すべきというのが，園部補足意見の立場である。

一方，多数意見に裁量の文言は出てこない。その代わりに多数意見は「基本的人権としての集会の自由の重要性と，当該集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生の危険性の程度等」を衡量し，「公の秩序をみだすおそれがある場合」とは「本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも，本件会館で集会が開かれることによって，人の生命，身体又は財産が侵害され，公共の安全が損なわれる危険を回避し，防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり，その危険性の程度としては〔中略〕単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず，明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である」と述べる。そして，そう解する限り，憲法 21 条違反の問題は生じないとする。すなわち多数意

見は裁量を否認し，行政裁量を認めた場合には裁量統制において扱われるべき衡量を先取りして，条例の文言に「明白かつ現在の危険」の憲法法理を流し込むことで，本件を憲法論として処理しようとしているものと読むことができる。この判決の 2 つの意見の構造的な差異が示すように，やはり憲法と行政裁量の関係については，踏み込んだ検討が要求されるべきであろう<sup>42)</sup>。

#### 4 議論の方向

そのような作業を行う際，指針を与えると思われるのが，宮田三郎教授による，行政裁量論における「憲法視点の不足」という指摘である<sup>43)</sup>。1992 年の公法学会における宮田教授の指摘は①法律の規制密度②行政裁量に対する立法の事後的応答③効果的な権利保護④美濃部理論の再構成の 4 点に及ぶ。

とりわけ重要なのは，①③④の 3 つである。宮田教授は①について「立法部と執行部との機能領域の正当な分配を定めるという憲法的視点が重要であり，従来の行政裁量論には，現代的な法律の留保の原則という視点が不足していたのではないか，あるいは行政裁量論の停滞の一因は法律の留保理論の停滞にあるのではないか」と述べている。また，③については，「不確定法概念の具体化について行政に裁量判断が認められるかどうかは，国民の権利保護の問題であるのみならず，行政と裁判所の正当な権限分配の問題」でもあるとする。さらに，④については「学説は，美濃部理論の射程距離を測るだけでなく，その背後にある自由主義的な精神に学び，現行憲法の視点に立って，美濃部理論を現代的に再構成すべき課題に直面している」と論じる。

しまっているとする。ただ，判決が専門技術性に言及しているのは表現の自由に関する上告理由へ応答した箇所ではなく，このような見方には疑問がないわけではない。

41) 最三判平成 7 年 3 月 7 日民集 49 卷 3 号 687 頁。

42) なお，手続面についての判例を見ると，個人タクシー事件（最一判昭和 46 年 10 月 28 日民集 25 卷 7 号 1037 頁）は，個人タクシー事業の免許の許否が「個人の職業選択の自由にかかわりを有する」ことを理由に審査基準の設定や意見陳述機会の付与を要求しており，憲法上の権利が行政庁の判断を手続的に統制することを示唆している。これに対して本稿は実体面での検討を加えるものである。

43) 宮田・前掲注 20)141 頁。



以上の指摘は、統治機構に関わるものと権利論に関わるものとに分析することができる。①は法律の留保を媒介にした立法権と行政権の関係の問題である。また、③には裁判を受ける権利という主観法的な表現を与えることもできるだろうが<sup>44)</sup>、結局は司法権と行政権との関係の問題であり、司法権と他の機関との関係という意味では立法裁量論とも共通している。他方、今後の議論を先取りして言えば、権利論は法律の留保と大きく関わっており、④は①とあわせて権利論として構成する余地がある。

かくして本稿の目的は、行政裁量の概念を憲法学の視点から点検し、憲法ドグマティックの中に再定位することを試みることによって、これを憲法と行政法の融合の一助とすることに設定される。その狙いは、行政処分の違憲を観念することで、法令レベルと別に処分レベルでも違憲の問題が生じ得ることを前提に、行政処分にかかる裁量を憲法の視点から設定かつ統制し、裁量統制密度の向上を図ることにある。

かかる再定位を行うための分析視角としては、権利論に加え、統治機構のレベルで、第一に立法と司法の関係、第二に立法と行政の関係、第三に司法と行政の関係の3つの軸を考えることができる。最終的には行政裁量の統制枠組み、すなわち右にいう第三の視角が明らかにされる必要があるが、直接にこれを問題にしようとする「機能的・合目的見地からのみ考えて行けばよい」という以上の結論を得られない可能性がある<sup>45)</sup>。

そこで、これに至るアプローチとして、本稿では以下の2つのものを用いたい。

第一は憲法学が守備範囲とし、憲法上の権利との関係も検討しやすい立法裁量の応用である。すなわち、第一の視角と第二の視角を結合させ、司法—立法—行政という回路を設

けることによって、司法—行政関係の関係を分析する。以下ではこれを機能的アプローチと呼ぶ。

第二は権利論からのアプローチである。すなわち、憲法上の権利の内実を膨らませること（ボン基本法のように基本権が三権を拘束する旨の明文を持たない日本国憲法の下では、この作業を解釈によって行う必要は大きい）が如何なる帰結を導くかを検討する。これは宮田報告が指摘する美濃部理論の応用と、近時有力になりつつある憲法上の権利論からの考察とからなる。

## II. 行政法上の議論の俯瞰

### 1 行政裁量の根拠

我が国の行政裁量論を辿るとき、外すことのできない古典的ドグマティックは美濃部達吉、佐々木惣一、田中二郎のそれである<sup>46)</sup>。ここでは彼らの行政裁量論を瞥見し、そこから裁量統制への示唆を引き出してみたい。

#### (1) 公益実現のための権限分配（佐々木惣一）

佐々木の行政裁量論から読み取れるのは、公益への強いアフェクションである。「行政機関ハ公益ニ適スル行政処分ヲ為スコトヲ要シ、從テ先ツ如何ナル行政処分カ公益ニ適スルカノ観念ヲ有セサルヘカラス」<sup>47)</sup>。

行政処分を公益実現のための手法と見る佐々木は、羈束処分と裁量処分の区別にも公益の概念を用いる。すなわち、公益を達成するために如何なることをすべきかを実定法が定めている場合は羈束処分であり（「法カ或点ニ付テ為シ又ハ為ササルコトカ公益ニ適スト定ムル所ノモノヲ明ニス。〔行政〕自ラ何カ公益ニ適スルカヲ定ムルコトナシ」<sup>48)</sup>）、そうではない場合（公益達成のために「法カ

44) 渡邊・前掲注31)9頁。

45) 藤田・前掲注16)104頁。

46) 古典的学説についての見通しを示すものとして、小早川光郎「裁量問題と法律問題」法学協会百周年記念『憲法行政法・刑事法』331頁（有斐閣、1983）。

47) 佐々木惣一『日本行政法論総論（再版）』592頁（有斐閣、1922）。

48) 佐々木・前掲注47)601頁。

行政処分ヲ指定スルコトナキ場合」<sup>49)</sup>には公益達成のために如何なることをすべきかの裁量が行政に与えられる<sup>50)</sup>。後者の点を指して、佐々木の裁量論は要件裁量説と呼ばれている。

(2) 政策的技術的判断と合理的な法の解釈  
(田中二郎)

田中は「行政の対象が、甚だ複雑であり、しかも、行政活動の基盤となる事情は著しく変遷するために、予め立法にあたり、あらゆる場合を予想して、具体的に適用すべき準則を設けておくことが不可能である」ことに基づき、「法の下に法の認める範囲において、具体的事情に即し、行政庁の判断により臨機の処置をとることができることとしている場合」の行政の作用を裁量行為と呼ぶ<sup>51)</sup>。そして、如何なる場合に裁量行為を認められるかについては、「法の趣旨目的の合理的解釈」によって、「法が、事柄の性質からいって、一般法則性を予定している場合と、法が、行政庁の公益の裁量（政策的又は技術的判断）に委ね、行政庁の責任において処理すべきものとしている場合」とを区別し、後者の場合には裁量が認められるとする<sup>52)</sup>。

(3) 「憲法上の権利—法律の留保—行政」  
の連関（美濃部達吉）

これらと異なり、美濃部の行政裁量論では、公権論、法律の留保、行政裁量論が三位一体となって公法のドグマティックを形成している。以下、引用が多くなるが、それを確認しておきたい。

まず、行政法論、すなわち法律の留保と行

政裁量の関係について。美濃部は「凡て行政行為に依り人民に義務を負はしめ又は権利を制限するには、法規の根拠を要するのであるから、其の種類 of 行政行為を為し得る為には、常に法規の定むる要件を備へて居る場合であることを要し、其の要件の備はつて居るや否やを認定することは、性質上羈束せられた裁量であり、自由裁量ではあり得ない」と論じる<sup>53)</sup>。美濃部の行政裁量論は講学上効果裁量と言われているが、ここではそれが、法律の留保（侵害留保説）を確保する必要から要件裁量が否定されることの裏面として説かれていることを読み取れる。

このことは、いわゆる美濃部三原則の第一テーゼで具体化されている。美濃部曰く「人民に対して、其の既存の権利又は利益を侵害し、これに負担を命じ、又は其の自由を制限する行為は、如何なる場合でも自由裁量の行為ではあり得ない〔中略〕何となれば、人民の既得の権利又は利益又は人民の自由は不可侵を原則と為すべきもので、行政権の処分によつてこれを剥奪し又は制限するには、其の剥奪又は制限を必要とするだけの理由が無ければならぬからである。憲法第二条以下に臣民の自由及び財産の安全を保障して居るのは、即ち此の趣意を示して居るもので、法律に依るに非ざれば自由及び財産を侵すことを得ないことの原則は、言ひ換ふれば、行政権に依り臣民の自由及び財産を侵す行為は、常に法律に依つて羈束せられた法律執行の行為であつて、自由裁量の行為ではないことの原則を言ひ表はすものである。其の侵害が公益

49) 佐々木・前掲注 47)602 頁。

50) 佐々木は羈束処分の類型として、実定法による「単純ノ指定」、「事実ヲ条件トスル指定」、「中間目的ヲ条件トスル指定」の3つを挙げる（佐々木・前掲注 47)592-593 頁）。最後のものについて佐々木はこう説明する。「国家カ一般ニ行政処分ニ依テ達セントスル目的ハ結局公益ニ帰ス。唯国家カ各箇ノ場合ニ各箇ノ行政処分ヲ為スニハ各別ノ直接ノ目的ヲ有ス。而モ一切ノ行政処分ニ共通ノ結局ノ目的ハ公益ニ在リ〔中略〕中間目的ヲ条件トスル指定ノ場合ニハ法ハ其ノ中間目的ヲ達スルカ為メ行政処分ニ依テ為サレ又ハ為サレサルコトカ結局目的タル公益ニ適スルモノト定ムルナリ」（同書 594-595 頁）。すなわち、実定法が終局的な公益実現を念頭に置きつつ中間的な目的として行政処分を規定している場合には、裁量の余地はない。一方、佐々木が裁量処分の類型として挙げるのが、実定法が「行政処分ノ為サレ又ハ為サレサルコトニ付テ何等ノ規定ヲモ」有しておらず、行政処分を指定していない場合、あるいは実定法が「公益ノ為メ必要ナリト認メタルトキ」「公益ノ為メ必要ナルトキ」といった規定を置いている場合である（同書 603-605 頁）。

51) 田中二郎「自由裁量とその限界」『司法権の限界』132 頁、137 頁（弘文堂、1976）〔初出 1955〕。

52) 田中・前掲注 51)143 頁。

53) 美濃部達吉『日本行政法』170 頁（有斐閣、1936）。

上の必要に基づくことを要するのみならず、其の侵害の程度も公益上の必要の程度と適当なる均衡を保たねばならぬもので、必要の程度を超えて不釣合に大なる侵害を加ふるのは、等しく違法である。普通にこれを比例原則（Grundsatz der Verhältnismässigkeit）と称して居る。公益上の必要と自由又は財産の侵害とが正当な比例を保たねばならぬことを意味するのである<sup>54)</sup>。

ここでは2つのことが指摘されている。第一は、法律の留保から演繹される裁量（先の部分も合わせると、要件裁量の意味と解される）の否定は、実は憲法の自由権条項の趣意を受けたものであるということ。これを憲法上の権利の側から見ると、防御権は法律の留保を介して要件裁量を否定する役割を果たすということである<sup>55)</sup>。第二は、それとは別に、侵害が必要な程度を超えれば、その処分は違法となること。すなわち、効果については比例原則が問題になるということである。

美濃部による法律の留保の理解を詰めるには、美濃部の憲法論、すなわち公権論と法律の留保の関係を見る必要がある。美濃部は言う。「国家ノ権力ニ依リ各人ノ天然ノ自由ヲ拘束セラレザルコトガ自由権ノ唯一ノ内容ナリ〔中略〕其結果トシテ又自由権ハ数多ノ個個ノ権利ノ集合ニ非ズシテ包括的ナル単一ノ権利ナリ。天然ノ自由ノ発現スル各種ノ方面ニ応ジテ、自由権ノ多くノ種類ヲ分ツテ普通ト為スト雖モ、是レ唯単一ナル権利ノ種々ノ方面ニ於ケル現レタルニ止マリ、其各ガ別個ノ権利ヲ為スモノニ非ズ」<sup>56)</sup>。また、「我が憲法ニ於ケル自由権ノ保障ハ原則トシテ唯行政権及司法権ニ対スル制限タルニ止マリ立法権ニ対スル制限ニ非ズ。自由権ヲ以テ法律ヨ

リモ上ニ在ル権利ト為シ、立法権ニ依リテモ之ヲ制限スルコトヲ得ザルモノト為スコトハ、我が憲法ノ主義トスル所ニ非ズ。憲法ハ其各条ニ於テ国民ガ法律ノ範囲内ニ於テ何々ノ自由ヲ享有シ、又ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其自由ヲ侵サレザルコトヲ定メタルニ止マリ、国民ガ法律ニ依リテモ侵サレザル権利ヲ有スルコトヲ定メズ。法律ニ依リテハ如何ナル制限ヲモ定ムルコトヲ得ベク、国民ガ現ニ如何ナル限度ニ於テ其自由ヲ享有スルカハ一ニ法律ノ定ムル所ニ依リ、憲法ニ依リテハ之ヲ知ルコトヲ得ズ。憲法ハ唯行政権及司法権ガ法律ニ従ヒテ行ハルコトヲ要シ、法律ノ規定ニ基カズシテ其ノ自由ヲ侵スヲ得ザルコトヲ定ムルノミ」<sup>57)</sup>。

ここから読み取れるのは、美濃部にとっての自由権は、（主観法的に表現すれば）「法律の留保を求める権利」以上の実体を持たないということである。ゆえに、法律が制定された以上は、それに対する違憲審査は否定されることになる<sup>58)</sup>。

#### (4) 小括

佐々木、田中の両者に共通しているのは、行政裁量を認める際に、その公益実現的な性格を指摘していることである（田中の場合は「政策的又は技術的判断」と具体化されている）。しかしながら、そのような性格だけから行政裁量が許容されているわけではないことにも注意を要する。行政裁量が認められるのは、佐々木においては実定法が公益についての規律を尽くしていないときであり、田中においては「法の趣旨目的の合理的解釈」によって裁量が付与されたものと考えられることができるときに限られている。

ここで佐々木のいう実定法や田中のいう法

54) 美濃部・前掲注 53)932-933 頁。なお、美濃部達吉『行政裁判法』153-154 頁（千倉書房、1929）。

55) 論理的には、防御権と侵害処分とが対応していることになるだろう。

56) 美濃部達吉『憲法撮要（改訂第5版）』156-157 頁（有斐閣、1932）。

57) 美濃部・前掲注 56)181 頁。

58) 「法律ハ固ヨリ憲法ノ下ニ在リ憲法ニ違反スルコトヲ得ザルモノニシテ、憲法ニ違反スル法律ハ無効ナラザルベカラザルガ如シト雖モ、法律ノ内容ガ果シテ憲法ニ抵触スルヤ否ヤハ立法権者自身ガ最高ノ解釈権ヲ有シ、裁判所ハ己ノ見解ヲ以テ此ノ解釈ニ対抗スル権能ヲ有スル者ニ非ズ、随テ此ノ点ニ付テハ裁判所ハ之ヲ審査スル権能ヲ有セザルモノト解スベシ〔中略〕我が憲法ハ米國ト異ナリ、立法権ノ行為ヲ以テ国家ノ最高ノ意思表示ト為シ、司法権ト行政権トハ其ノ下ニ相並立スルモノト為ス。法律ハ憲法ノ下ニ於ケル国家ノ意思表示ニシテ、裁判所モ行政機関モ之ニ服従スベキ地位ニ在リ」（美濃部・前掲注 56)568-569 頁）。

を議会制定法の意味で捉えれば、行政裁量は結局法律、すなわち議会の授権によって与えられると解することができるだろう<sup>59)</sup>。行政の裁量を立法の授権によって説明する見解は、ドイツでも「規範的授権理論 (normative Ermächtigungslehre)」として論じられている<sup>60)</sup>。

これを言い換えれば、立法府は行政に裁量を与えると同時に、行政はその限りで裁量を許容されるということになる。このように立法と行政の関係を捉える限りでは、裁量を与える法律が同時に裁量を限界づけることになる (民主的統制)<sup>61)</sup>。では、そのような授権法にはどのような規律がなされている必要があるのか。これは、機能的アプローチを詰める際に考慮されるべき点であり、Ⅲで扱われる問いである。

これと対照的に、憲法とも接続された美濃部の裁量論は、次のようにまとめることができる。

- ① 法律の留保は憲法上の要請(自由権条項)である。
- ② 行政権の専断による「天然の自由」の侵害を防ぐのが法律の留保の趣旨であり、侵害の根拠法の要件については行政の裁量は認められない。
- ③ ①②を合わせると、自由権条項という憲法上の根拠に基づき、要件裁量は否定されることになる。
- ④ ②に加えて必要な程度を超える侵害処分は違法である (比例原則)。
- ⑤ 法律の留保は立法権に対する障壁を成すわけではなく、違憲審査も否定される。

このように、憲法上の権利を行政権抑止を目的とするものと捉え、そこから法律の留保

と処分における比例原則を帰結する美濃部の議論は、憲法と行政法を一体的に把握するには適した枠組みになっていると言えるだけでなく、憲法上の権利から要件裁量の否定と比例原則を導いている。すなわち、憲法上の権利に行政裁量を規制する役割が与えられているのである。

しかし、美濃部理論では、憲法上の権利の意義が法律の留保を要求するものだけと捉えられた結果、憲法の法律に対する優位は実質を失っている。その結果生じるのは、立法がフリーパスとなることで、法律の留保が行政権への障壁であると同時に国民の自由財産への脅威とも化すことである。そうなると、法律の留保としての憲法上の権利条項は、いわば自らの身を議会による攻撃に晒した「転倒した条項」とならざるを得ない<sup>62)</sup>。1956年の論文『法律の留保』についてで宮沢俊義は、一定の行政活動が形式的意味の法律によってのみ定められるという意味での法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes) と、憲法がそれより下位の規範である法律に制限されるという意味での法律の留保 (Gesetzesvorbehalt)、2つの「法律の留保」の混用に注意を促したが<sup>63)</sup>、美濃部の憲法論における法律の留保は、本来的に両者の性格を併せ持っていたと言える。

しかしながら、日本国憲法の下では違憲審査が立法にも及び、立法がフリーパスとなることはあり得ない。すると、法律の違憲審査と、美濃部が説く (法律の留保を解した拘束と処分段階の比例原則による) 行政の拘束という2つを憲法上の権利が要求すると考えることで、行政裁量に憲法上の権利による統制を被せるという方法を企てることができる。これは権利論アプローチの土台となるべきものと言え、Ⅳで検討する。

59) 佐々木説は、議会が一次的な公益実現についての判断権を持ち、法律で公益についての規律が尽くされていないときに限って補助的に行政が裁量によって公益を充填していくものと解することができる。

60) 渡邊・前掲注 31)15 頁。山本・前掲注 33)125 頁。

61) なお、議会による統制に「立法的統制」の語を充て、「民主的統制」を第三者の権利保護の意味で用いる山下竜一「行政法の基礎概念としての行政裁量」公法 67 号 214 頁, 220 頁 (2005)。

62) 石川健治「2つの言語, 2つの公法学」法教 322 号 54 頁, 55 頁 (2007)。

63) 宮沢俊義『法律の留保』について『憲法の原理』357 頁 (岩波書店, 1967) [初出 1956]。



## 2 行政裁量の統制手法

ここでは判例ないし裁判例が用いている裁量統制手法を簡単に確認しておく<sup>64)</sup>。

### (1) 判断代置（ゼロ裁量）

行政に裁量が認められない場合には、裁判所は処分の適法性について、行政庁の一次的判断と関係なく法令の解釈適用をすることになる。たとえば、既に述べた泉佐野市民会館事件多数意見がこれに当たるだろう。

### (2) 裁量の逸脱と濫用

行政に裁量が認められる場合には、それが逸脱または濫用されたときに限って処分が違法となるというのが伝統的な理解であり、行政事件訴訟法30条もこれに従っている。もっとも、判例上、両者の区別は自覚的になされていない可能性がある<sup>65)</sup>。

まず裁量の濫用については、行政府を公益実現機関と捉える佐々木説では、裁量の濫用は公益適合性を誠実に考慮しなかった場合として観念されていた<sup>66)</sup>。また、田中は裁量行使に当たって「行政の目的による条理上の制約」を無視し、「恣意的に、著しく不公正な行為を行った」場合には裁量の濫用に当たるとした<sup>67)</sup> 68)。

次に裁量の逸脱については、田中は行政の裁量には常に法の定める限界があり、裁量はこの枠内で行われなければならないとして、「行政庁が法の枠を逸脱してその行為をしたとき」には裁量権の踰越があったとする<sup>69)</sup>。

このように両者は差し当たり、裁量をその与えられた目的に反して行使した裁量の濫用と、与えられた裁量の枠を踰越した裁量の逸

脱に分けることができると思われる。

### (3) 社会通念審査

問題は、これらを前提に、いかなる規律密度で行政裁量を司法統制するかである。

裁量統制の最も緩いパターンは社会通念審査と呼ばれるものである。たとえばマクリーン判決は、裁量判断が「全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となるものというべきである」という定式を提示している。

### (4) 裁判所による価値の提示

逆に、裁量統制という枠組みを維持しながら、判断代置に近い審査を行った裁判例がある。日光太郎杉事件控訴審判決<sup>70)</sup>は、「本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽すべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価」した結果、判断が左右されたものと認められるときは、「裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして、違法となる」と述べている。

### (5) 論証過程統制

(4)の高裁判決が採った審査方法は、「考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断するとか、また、その判断が合理性をもつ判断として許容される限度を超えた不当なものであるとき」に裁量行使が違法になるという理解<sup>71)</sup>を前提に、裁量行使の判断の過程を統制する手法の深化を目指したものと見ることができる。しかし、裁量統制を建前にしながら裁判所が自ら積極的に

64) 見通しを与えるのは、山本・前掲注28)、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、2009)の第5章。

65) 小早川光郎『行政法講義下II』196頁(有斐閣、2005)。

66) 佐々木惣一「行政機関の自由裁量」法と経済1巻1号20頁、32-33頁(1934)。

67) 田中二郎『新版行政法上巻(第2版)』120頁(弘文堂、1974)。田中は条理上の原則として、公益原則、平等原則、比例原則等を挙げる(田中・前掲注51)145頁)。

68) たとえば、最二判昭和48年9月14日民集27巻8号925頁は、分限処分の「目的と関係のない目的や動機に基づいて分限処分をすることが許されない」とするが、これは田中のいう「条理上の制約」を無視した処分と評することができるだろう。

69) 田中・前掲注67)120頁。

70) 東京高判昭和48年7月13日行裁例集24巻6=7号533頁。

71) 前掲注68)の最高裁判決が示す理解である。

価値（判決の表現では「最も重視すべき諸要素、諸価値」）を提示し、それをあまりに重視することには<sup>72)</sup>、行政裁量を空洞化させるものとの批判が可能であろう<sup>73)</sup>。

そのような中、2006年に、行政の判断過程を謙抑的に審査する方法として、「裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である」とする最高裁判決が現れている<sup>74)</sup>。

#### (6) 小括

(3)から(5)で示したように、裁判所は多様な裁量統制手法を編み出している。だが、これらの手法と、伝統的学説及び条文が裁量権行使が違法になる場合として示す逸脱濫用との関係は、判例上必ずしも明らかではない。

伝統的学説において逸脱と濫用が異なる意味を負わされてきたことを踏まえれば、同じ違法と言えども、裁量逸脱を検出するための手法と裁量濫用を検出するための手法は別個に組み立てられるべきように思われる。そこで、既存の行政裁量の統制手法の位置づけを明らかにした上で、憲法上の統制がその穴を埋められるか検討することが課題になる。

### Ⅲ. 機能的アプローチ — 立法裁量論の応用可能性 —

ここでは機能的アプローチとして、判例を

素材に、憲法学が管轄としてきた立法裁量の根拠とその統制手法について検討することで、それを行政裁量論にも持ち込むことが可能であるかを検討する。

#### 1 司法—立法関係① — 立法裁量の根拠 —

最高裁の判決には立法裁量の存在を認めたものが少なからず存在するが、その根拠については、以下のような類型化が可能ないように思われる。

##### (1) 文言アプローチ（法律による具体化の予定）

まずは、憲法典が法律による具体化を命じている場合である。

たとえば、選挙権を具体化するには選挙法が必要であるが、最高裁は憲法47条について「憲法が両議院の議員の定数、選挙区その他選挙に関する事項については特に自ら何ら規定せず、法律で定める旨規定した所以のものは、選挙に関する事項の決定は原則として立法府である国会の裁量的権限に委せているものと解せられる」として、選挙区割について立法裁量を認めている<sup>75)</sup>。また、国家賠償請求権についても郵便法判決<sup>76)</sup>が、憲法17条を「公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない」と、裁量を与えたものという理解を示している。

なお、法律による具体化が予定されていると言っても、これらの権利が憲法ランクの保

72) 判決は事業認定の対象地域を「その景観的・風致的・宗教的・歴史的諸価値は、国民が等しく共有すべき文化的財産として、将来にわたり、長くその維持、保存が図らるべきものと解するのが相当である」と評価する一方、それが目的とする道路建設については「本来、道路というものは、人間がその必要に応じて、自からの創造力によって建設するものであるから、原則として、「費用と時間」をかけることによって、「何時でも何処にでも」これを建設することは可能であり、従って、それは代替性を有しているということができる」とする。

73) 小早川光郎「判批」成田頼明編『街づくり・国づくり判例百選』118頁、120頁（有斐閣、1989）は、「裁量過程審査についても裁判所に一定の自制が要求されるのではないかと指摘する。

74) 最三判平成18年2月7日民集60巻2号401頁。

75) 最大判昭和39年2月5日民集18巻2号270頁。

76) 最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。

障を受けないということにはならない。選挙権が憲法ランクの保障を受けることは在外邦人選挙権制限訴訟<sup>77)</sup>によって確認されている。また、国家賠償請求権については、あくまで請求権があるという憲法ランクの原則が定められ（白紙委任ではない！）、立法府に付与される裁量が限定されているという点に、後述する社会権との違いを見出すことができる。

## (2) 権利性アプローチ（憲法ランクの実体的権利性の否定）

一方、同じく法律による具体化を予定しながらも、(1)とは事情が異なるのが社会権である。最高裁草創期の大法廷判決には、憲法25条1項を「すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るよう国政を運営すべきことを国家の責務として宣言したもの」と理解するものがある<sup>78)</sup>。すなわち、国は個々の国民に対して具体的、現実的な義務を負うわけではなく、「この規定により直接に個々の国民は、国家に対して具体的、現実的にかかる権利を有するものではない。社会的立法及び社会的施設の創造拡充に従って、始めて個々の国民の具体的、現実的の生活権は設定充実せられてゆくのである」。

この判決が示す、社会権は現実的には憲法レベルではなく法律レベルの権利であるという認識は、一方では朝日訴訟について述べたように行政裁量の承認へとつながっていくが、他方では立法裁量の承認とも結びついていく。堀木訴訟最高裁判決<sup>79)</sup>は上記の判決を引用し、「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられて」とした。

なお、「実体的」な権利とは言い難い平等

については、裁量統制について述べるときに扱う。

## (3) 権限分配アプローチ（立法府の一次的判断権）

憲法ランクの実体的権利が認められ、かつ、憲法典が法律による具体化を命じていない場合でも<sup>80)</sup>、立法裁量が認められることがある。

「職業の自由」の制限が問題になった薬事法判決は、職業の自由は「本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいもの」であつて「それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請がたつとよく」、しかも職業の自由の規制は多種多様であるから、「具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量」するのは、「第一次的には立法府の権限と責務」であるとした。この判決の示す立法府観は、立法府に国民の多元的な利益の反映を期待する在宅投票事件判決<sup>81)</sup>とも平仄が合うだろう。また薬事法判決は、憲法上の権利の実体的価値そのものではなく<sup>82)</sup>、規制の必要性及び立法の司法的統制の適否という観点から営業の自由の規制が立法裁量に服することを認めて司法審査の範囲を狭めたことを通して、精神的自由と経済的自由との区別をしている（「二重の基準」）点でも注目される。ここから、「公権力による規制の要請」が強いとは言えない精神的自由には立法裁量が認められないという推論をすることも許されるだろう。

また、大嶋訴訟<sup>83)</sup>（判示の主要部には出てこないが、財産権侵害を観念できる）は、

77) 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。政策判断の語が用いられているのは、「無制限の」裁量ではないことを強調したかったからであろう。

78) 最大判昭和23年9月29日刑集2巻6号1235頁。

79) 最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁。

80) 文言アプローチは、他ならぬ憲法典が権限分配したものと理解することもできる。

81) 最一判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁。

82) 薬事法判決の背後に人格権の観念を読み取る、石川健治「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ（第5版）』206頁、207頁（有斐閣、2007）。

83) 最大判昭和60年3月27日民集39巻2号247頁。

「租税は、今日では、国家の財政需要を充足するという本来の機能に加え、所得の再分配、資源の適正配分、景気の調整等の諸機能をも有しており、国民の租税負担を定めるについて、財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく、課税要件等を定めるについて、極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかである。したがって、租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである」として、立法府を政策的、技術的の判断をすべき機関と位置づけたうえで立法裁量を認めている<sup>84)</sup>。

## 2 司法—立法関係② —立法裁量の統制手法—

以上のような理屈で立法裁量が認められることを前提に、その統制を如何に図るべきか。判例は2つの答えを用意している。

### (1) 裁量濫用アプローチ（憲法上の権利を一考慮要素とする統制）

「人権の制約」の制約を巡って、戦後の憲法学は、「公共の福祉」の持つ牙を抜くことに一貫して努めてきたが、立法裁量の統制を巡る議論においても、公共の福祉を安易に持ち出すわけにはいかないとと思われる。しかし厄介なのは、立法裁量を公共の福祉のような人権制約の根拠ではなく、立法府の判断余地を認めるものと捉えると、却って「人権は総合的に考慮される諸要素のうちで重要ではあるがそのなかの一つ、という位置づけを受け

ることになりかねない」ということである<sup>85)</sup>。このような見方は、既に見たような、行政裁量中の憲法上の権利の扱いに関するある種の見方と重なるものである。

このような、憲法上の権利が考慮要素の一つにまで格下げされてしまう形での立法裁量統制は、参議院の特殊性までもが考慮要素として承認されている議員定数訴訟で用いられている。判例は、立法府の裁量を考慮しても看過できない著しい不平等がなければ違憲としないという立場を採っているが、これは投票価値平等の要請が他の要素との調和の中で追求されるべき要素（もっとも、相対的な重要性は認められるが<sup>86)</sup>）とされていることを反映している<sup>87)</sup>。

裁量の要素中、平等選挙権の優越が一応承認されるにもかかわらず、右のような裁量統制手法が採られた場合、裁判所による規律が弱くなってしまいがちであることは、この分野における合憲判決の集積が証明している。しかし近年、最高裁の中でもそのような判断枠組みに否定的な見方が出てきている。2001年参院選における議員定数配分の合憲性が争われた2004年の最高裁判決には、「結論に至るまでの裁量権行使の態様が、果たして適正なものであったかどうか、例えば、様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされてはいないか、といった問題は、立法府が憲法によって課せられた裁量権行使の義務を適切に果たしているか否かを問うものとして、法的問題の

84) 立法裁量は84条の租税法主義からは導かれていない（文言アプローチは不採用）。

85) 安西文雄「司法審査と立法裁量論」立教法学47号1頁，10頁（1997）。

86) 投票価値の平等が他の要素との調和の中で追求されるべきことは「平等選挙権の一要素としての投票価値の平等が、単に国会の裁量権の行使の際における考慮事項の一つであるにとどまり、憲法上の要求としての意義と価値を有しないことを意味するものではない」（最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁）。

87) 判例によれば、憲法は「投票価値の平等についても、これをそれらの選挙制度の決定について国会が考慮すべき唯一絶対の基準としているわけではなく、国会は、衆議院及び参議院それぞれについて他にしんしやくすることのできる事項をも考慮して、公正かつ効果的な代表という目標を実現するために適切な選挙制度を具体的に決定することができる」（前掲注86)の最高裁判決）。



領域に属し、司法的判断になじむ事項として、違憲審査の対象となり得るし、また、なされるべきものである」という藤田裁判官らによる補足意見が付された<sup>88)</sup>。

藤田補足意見では、裁量権を与えられた立法府は同時に裁量を適正に行使すべき義務を負い、その違反があれば違憲となること、そして裁量の適正行使義務に違反したかは、立法府のした考慮要素の選択及び評価を見て検討することが示されている。そして注目すべきことに、この補足意見で示された、裁量行使の判断過程を統制するという裁量統制手法は、その後行政裁量統制においても採用されるに至っている（Ⅱ 2 (5)<sup>89)</sup>。

これらに共通する論証過程統制の手法は、裁量の適正行使義務があることを前提にその違反があるかをチェックするためのもので、裁量濫用に対応した枠組みと見ることができるだろう（佐々木説において誠実考慮義務の違反が裁量濫用と捉えられていたことを想起されたい）。

## (2) 裁量逸脱アプローチ（比例原則）

しかし、(1)で示したような立法裁量の統制手法が用いられるのは議員定数訴訟に限られており、判例上好んで用いられている統制手法は、立法目的と手段との関係を問う比例原則である。近時、アメリカの判例理論に学んだ違憲審査基準論に代わって、法令の合憲性の審査に比例原則を活用すべきという見解が有力に説かれており（Ⅳ 1）、現に最高裁の判決群には、法令違憲の判断を出すにあたって比例原則が切れ味を發揮しているように見られるものが少なからず存在するが、同時に気付かされるのは、比例原則が威力を示した法令違憲判決が、比例原則の適用に先立って立法裁量論を展開していることである。

ここでの比例原則は、裁量の幅の存在を前提に、目的との関係で手段がその許される幅を踰越したことを指して違憲とするものであ

る。よって、(1)の考え方が裁量の濫用に当たるなら、こちらは裁量の逸脱に当たると考えられる。

比例原則をどこまで厳格に適用するかは、立法裁量の幅によって規定される。そこで、いかに立法裁量の幅を狭めるかが問題になるが、判例はいくつかの回答を示している。

### ・原則により方向づけられた裁量

郵便法判決は、憲法 17 条の国家賠償請求権の法律による具体化について、「国又は公共団体が公務員の行為による不法行為を負うことを原則とした上、公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない」とする。ここでは、「不法行為を負うこと」という原則（主観的には、国家賠償請求権という憲法ランクの権利が存在するということである）が、立法裁量の幅を狭める（文言アプローチが採用されたことにより極端な解決がなされることを防ぐ）役割を果たしている。

### ・事の性質によって制限された裁量

尊属殺違憲判決<sup>90)</sup>の田中意見は、「私も、事柄の性質によつては、立法府に相当広範な裁量権が認められる場合があること、そして、その裁量権の範囲内においては、立法政策の問題として、裁判所としても、これを尊重することを要し、これに介入することができないものとすべき場合が少なくないことを認めるに吝かではない」と、「事柄の性質」が立法裁量の幅を規定することを示唆していた。

次いで、薬事法判決は、立法の「合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうる」とした。

問題は、ここでいう「事の性質」の中味である。薬事法判決が参考にしたと考えられて

88) 最大判平成 16 年 1 月 14 日民集 58 卷 1 号 56 頁。この事件以降、藤田裁判官は議員定数訴訟の度に同じ趣旨の個別意見を書いている。

89) 藤田裁判官の属する第三小法廷の判決である。

90) 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁。

いる西ドイツの薬局判決<sup>91)</sup>は、憲法上の権利の侵害の強度を直接問題にしようとしている。これに対して薬事法判決はこの後許可制論を展開しており、規制する側の視点から議論を組み立てていることに注意を払うべきだろう<sup>92)</sup>。

・平等原則による裁量統制

立法裁量を統制する手段として比例原則が用いられている点は、(議員定数訴訟を除けば)平等原則違反でも共通である。

平等原則の審査基準が比例原則になるという奇異な定式<sup>93)</sup>は、尊属殺違憲判決まで遡る。尊属殺違憲判決は、我が国の法令違憲の

判決では少数派の、立法裁量論に言及していない判決である<sup>94)</sup>。同情すべき被告人の実刑判決からの解放を、尊属殺人罪の14条1項違反という法的主張によって要求された多数意見は、尊属殺人罪の合理性をその目的と手段とに分けて検討し、前者を許容しながら後者を不合理として尊属殺人罪を違憲無効とすることでこれに応答した。この判決により、合理的根拠論を軸に動いていた平等論の判例は目的手段審査へ展開することになった<sup>95)</sup>。

その後の判例では、平等審査に立法裁量論が介在するようになったことにより<sup>96)</sup>、立

91) BVerfGE 7, 377. 野中俊彦「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』272頁(信山社, 1997)。

92) 石川・前掲注82)207頁。

93) 石川健治「国籍法違憲大法廷判決を巡って——憲法の観点から(3・完)」法教346号7頁, 13頁(2009)は、判例理論に「水を差す」と断った上で、平等原則が問題になる場面が、国家、私人、その比較対象の三面関係が観念されるときであるのに対し、比例原則は国家と私人の二面関係を問うもので、想定される社会関係が異なっていると指摘する。平等審査に先立ち立法裁量を認めて比例原則になだれ込んでいく尊属殺判決後の判決群は、このズレを巧みに隠蔽していると言える。

94) 立法裁量論を介在させなかったことにより、判決は尊属殺人罪の立法目的について「尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値する」と積極的に認める一方、立法手段にも積極的な介入をすることになった。だが、これは行き過ぎだったように思われる。猿払事件判決は一般論として、「およそ刑罰は、国権の作用による最も峻厳な制裁であるから、特に基本的人権に関連する事項につき罰則を設けるには、慎重な考慮を必要とするとはいうまでもなく、刑罰規定が罪刑の均衡その他種々の観点からして著しく不合理なものであつて、どうい許容し難いものであるときは、違憲の判断を受けなければならない」とする。しかし、最高裁は続けて「国民全体の共同利益を損う行為に出る公務員に対する制裁として刑罰をもつて臨むことを必要とするか否かは、右の国民全体の共同利益を擁護する見地からの立法政策の問題であつて、右の禁止が表現の自由に対する合理的で必要やむをえない制限であると解され、かつ、刑罰を違憲とする特別の事情がない限り、立法機関の裁量により決定されたところのものは、尊重されなければならない」と述べる。ここでは最高裁は、罪刑の均衡は立法裁量の問題であるとしているのであり、尊属殺違憲判決とは整合するのかが疑問である。注95)で述べるように、法定刑の定めについては立法裁量を認めた上で罪刑均衡の見地から比例原則で統制を図るのが理論的には首尾一貫するだろう。

95) だが、平等原則と比例原則を連結させる契機となった尊属殺違憲判決の理論的解決には疑問がある。まず、そもそも尊属殺人罪を法令違憲とする必要があったのだろうか。実刑判決からの解放が目標であれば、より技術的な他の方法による解決もあり得たはずである。尊属殺違憲判決の上告理由第2点は、「本件のような特殊な事件について」尊属殺人罪は適用されるべきでない」と説く。これは理論的には適用違憲もしくは保護法益に即した限定解釈の主張と見ることが出来る。「尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例も見られ、かかる場合、卑属の行為は必ずしも現行法の定める尊属殺の重刑をもつて臨むほどの峻厳な非難には値しない」ことは多数意見も認めており、そのような場合にだけ尊属殺人罪の適用を排除するという方法も一考に値したのではないか。次に、法令違憲の結論を出すにしても、上告理由との関係からやむを得ないところがあるとはいえ、平等違反として構成する必要はあったのだろうか。尊属殺違憲判決で実質的に問題になったのは、刑法上可能な減刑を行っても執行猶予を許されない、尊属殺人罪の過酷な法定刑である。そうであれば、平等を意識しながら普通殺人罪と対比を試みるよりも、単に尊属殺人罪の保護法益との関係で尊属殺人罪の法的刑の妥当性、すなわち罪刑の均衡を問う方が理論的には正当であり(36条の残虐刑の禁止に当たると解するか、31条により実体的デュー・プロセス権として主観化する)、比例原則の本来の在り方にも適合するのではないか。なお、尊属殺の重罰規定が侵害する防御権が特定困難であるために「やむなくそれを平等論の形式を借りて争っているにすぎない」とする、石川健治「国籍法違憲大法廷判決を巡って——憲法の観点から(2)」法教344号40頁, 42頁(2009)。

96) 大嶋訴訟, 非嫡出子法定相続分差別事件など。

法裁量の幅に応じて比例原則の適用による統制密度に濃淡が生じている<sup>97)</sup>。

立法裁量論を介在させることで比例原則による司法審査を導く平等論が威力を発揮するのは、憲法上の実体権を観念できないため、そのままでは憲法訴訟を提起できないときである。そのよい例は国籍法違憲判決<sup>98)</sup>である。国籍法違憲判決は、「憲法 10 条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、これを受けて、国籍法は、日本国籍の得喪に関する要件を規定している。憲法 10 条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法 14 条 1 項違反の問題を生ずることはない。すなわち、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる」とする。

ここでは、憲法 10 条によって立法裁量が

認められているが（文言アプローチ）、国籍を求める憲法上の実体権を観念することができないため、17 条から憲法ランクの権利を導いた郵便法判決のときのような、裁量を認めた憲法典の規定自体（国籍法違憲判決では 10 条）による裁量統制が難しい。そこで、平等条項を援用することによって、比例原則を適用し立法裁量を統制するための土俵を作るのである<sup>99)</sup>。

### 3 小括

ここまでの検討を振り返ると、以下のようになる。

- ① 判例上、立法裁量が認められる場合は、憲法典からそれを帰結できる場合や、憲法ランクの権利が存在しない場合に限られない。憲法ランクの実体的権利が存在し、それゆえ、法律による憲法上の権利の侵害が問題になりそうな場面でも、権限分配的な考慮から立法裁量は認められている（薬事法判決、大嶋訴訟）。
- ② 判例上、議員定数訴訟では裁量統制の場面で憲法上の権利が考慮される比重が抑えられているが、基本的な枠組みは維持しつつ、そのもたらす不備を克服するための統制手法が判例の内部で開発されつつある。類似の手法は、ほぼ時を同じくして行政裁量統制にも現れた（論証過程統制）。
- ③ 判例上、立法裁量統制の主要な手法は比例原則であり、平等違反も立法裁量論を経

97) たとえば、同じく自らの意思では変えることのできない身分に関わる事案でありながら、非嫡出子法定相続分差別事件と後述の国籍法違憲判決とは、立法裁量の幅が異なり、それゆえ統制密度にも違いが生じている。

98) 最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁。

99) これと逆に、憲法ランクの実体権が存在しないのならば、それ以上立法裁量を統制する余地は乏しいと考えているように読めるのが堀木訴訟判決である。堀木訴訟では、福祉国家実現のための「高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断」の必要が説かれる一方、「憲法 25 条の規定は、国権の作用に対し、一定の目的を設定しその実現のための積極的な発動を期待するという性質のものである」と、前述したとおりその権利的性格が認められなかったために、「憲法 25 条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない」という、広範な裁量が認められることとなった。「国籍が基本的人権の保障等を受ける上で重要な法的地位であるとしても、特定の国の国籍付与を権利として請求することは認められないのが原則」であるから、それによって裁量は左右されないと説く国籍法違憲判決の横尾裁判官らによる反対意見も、この趣旨をいうものと理解できる。

由することで比例原則による審査に解消されている。比例原則の適用を考える際には、その規律密度が問題になる。これを規定するのはそれを逸脱すれば違憲となるような立法裁量の幅であるが、憲法上の実体的権利がある場合にはそれが裁量の幅を狭める要素になり得る（郵便法判決）もの<sup>100</sup>、権利の性質や権利侵害の程度を問うアプローチは必ずしも徹底されていない（薬事法判決）。

これらをもとに、立法裁量との対比によって、行政裁量とその統制手法について考えてみたい。

まず①からは、憲法ランクの実体的権利が存在し、法律による憲法上の権利の侵害が観念できそうな場合でも権限分配的な考慮から立法府に裁量が与えられているということから、同様に権限分配的な考慮により、行政にも裁量を与えてよいのではないかという示唆を導き得る<sup>101</sup>。

しかし、権限分配的考慮からの裁量の付与が許されるにしても<sup>102</sup>、それを一般化すべきではないと思われる。

第一の理由は、立法府は民主政を司る機関であり、権限分配的考慮から立法裁量を認める際には、立法府のそのような性格も考慮されているのではないかということである。国民の選挙で選出される議員によって構成される立法府が民主的な正統性を背景にしているのに対して、行政の民主的正統性は間接的なレベルにとどまる。そこで、行政に裁量を与えるならば、それによって司法審査が限定されるのと引き換えに、行政府にいまひとつ欠ける民主的正統性を補うための規律が必要になるのではないか。すなわち、行政裁量の統制においては、裁量を授權する段階での議会による民主的統制と、裁判所による司法的統制とが相補的に働き<sup>103</sup>、民主的統制は授權法が議会の役割に照らして十分規律されていることを要求するのである<sup>104</sup>。これは、II 1(4)で検討した、議会法が行政裁量を授權するとともに限界づけるという発想に依拠した上で、その授權に必要な規律密度、すなわちどの程度授權法が規律していれば、民主的正統性が調達されていると言えるかを問題にするものと言える。こうして、本稿が統治機構における第二の視角とした、立法—行政関係

100) 前掲注 28) で言及した、憲法上の権利が裁量を「外側から羈束」するという発想は、寧ろこのような場面にこそふさわしいように思われる。

101) 多種多様な施策の中から緊要性の高いものを選び、その制度化を図らなければならない立法府の裁量に比べて、根拠法によって枠づけられた中で法律の執行に当たる行政の裁量は狭いとする見解として、原田尚彦『行政責任と国民の権利』108-109 頁（弘文堂、1979）。

102) 先に述べたように、公益実現を行政裁量の本質とする佐々木惣一の行政裁量論（II 1(1)）は、行政府を公益実現機関と見る権限分配アプローチだと解釈できる。公益適合性原則によって行政裁量を拘束しようとする亓理格教授の見解も、それを承継するものと理解できよう（亓理・前掲注 26) の、特に第 3 部第 3 章、第 4 章）。ただし、佐々木説においては、行政の公益実現のための裁量は議会が公益を設定していないときに限られている。逆に言えば、行政裁量は行政処分規定を実定法に置かないことまたは公益概念を含んだ実定法を制定することを通した議会の授權を基礎にしている。

103) 船越論文のいう司法的統制と民主的統制が正面衝突するのは、寧ろ立法裁量の場面であろう。

104) この意味するところは、その内容において瑕疵がないだけでなく、一定の規律密度をも有する法律によらなければ、行政裁量を根拠づけるには足りないということである。なお、平成 4 年酒税法判決の園部補足意見は、財政目的による免許制を法定するのは合憲としながらも、「酒類販売業の許可制に関する規定の運用の過程において、財政目的を〔中略〕経済上の積極的な公益目的と同一視することにより、既存の酒類販売業者の権益の保護という機能をみだりに重視するような行政庁の裁量を容易に許す可能性があるとするれば、それは、酒類販売業の許可制を財政目的以外の目的のために利用するものにほかならず、酒税法の立法目的を明らかに逸脱し、ひいては、職業選択の自由の規制に関する適正な公益目的を欠き、かつ、最小限度の必要性の原則にも反することとなり、憲法二二条一項に照らし、違憲のそしりを免れない」とする。ここでは、ある立法目的との関係で合憲な手段を設けている法律であっても、議会がその法律によって行政に裁量を授權する際に、立法目的が行政においても徹底されるよう配慮して授權をしなければ法令違憲となるという見方が示唆されており、裁量授權の際の規律のあり方が問われていると言える。



を検討する必要がある(4)<sup>105)</sup>。

第二の理由は、権限分配的考慮が許されるかは憲法上の権利によって規定されていないかということである。薬事法では営業の自由、大嶋訴訟では財産権という具合に、立法裁量における権限分配的考慮は当該事案で問題になった憲法上の権利(の制約)の性質から導かれていると推測でき(薬事法判決の行論はそれをうかがわせる)、立法裁量は機関の性格から直接に結論づけられているわけではない。立法裁量を許さないような性質の憲法上の権利あるいは侵害の程度もあると考えるべきであり(先の検討では、精神的自由についてはそうなりそうである)、憲法上の権利を離れて権限分配的考慮を推し進めるべきではないだろう。

次に、②については、議員定数訴訟で新たに提案され始めた立法裁量の統制手法と同様の手法が行政裁量統制のトレンドになりつつあることを捉えて、憲法上の権利の侵害が問題になる行政裁量統制でも、立法裁量に関する右の方法と同様に、憲法上の権利を考慮要素とする論証過程統制(裁量濫用アプローチの発展形)を行えば足りる、という見方も成り立ちえないわけではないと思われる。

しかし、このような見方には疑問がある。

第一に、選挙区割は立法裁量を容易に認めやすい事案であり(文言アプローチ)<sup>106)</sup>、そこで採られた裁量統制手法は一般化されるべきではない。

第二に、選挙権についての裁量統制手法

を、憲法上の権利の主役である防御権についてまで及ぼすべきではない<sup>107)</sup>。寧ろ防御権については、論証過程統制に満足せず、より憲法上の権利に優しい行政裁量の統制手法が模索されるべきだろう。

そこで③であるが、そのような裁量統制手法として、立法裁量についての判例が積み上げてきた比例原則を行政裁量に持ち込むということが考えられる。行政裁量の統制においても立法裁量と同様に、憲法上の権利が裁量の逸脱があったかを判断するための枠として働き<sup>108)</sup>、立法裁量と同様に比例原則を適用すべきと考えるのである。すなわち、裁量行使が違法となる状況である逸脱濫用のうち、濫用に当たるかの判断を論証過程統制が、逸脱に当たるかの判断を比例原則が、それぞれ担うことになる。

既に指摘したとおり、判例上、比例原則は立法裁量を経由した上でその統制手法として用いられている。これには理由がないわけではないと思われる。目的と手段との釣り合いをチェックしようとする法原則としての比例原則は、実は目的合理性を追求する政治部門にこそふさわしい、政策志向的な枠組みである<sup>109)</sup>。そうなると、立法裁量を認めながら比例原則によってその統制を図ろうとする裁判所は、一旦は立法裁量論により立法府の政策判断に委ねた問題について自ら政策志向的な分析を加えることで、密かに判断代置をしているとの評価が可能である<sup>110)</sup>。そしておそらくこの点が、最高裁が行政裁量において

105) 阿部泰隆『行政の法システム(下)(新版)』643頁(有斐閣、1997年)は、「立法者は、行政裁量を適切に行使させるためにどのような規定をおくべきか」という問いを提起する。

106) 選挙権は具体的な法律の規定がなければ画餅に帰すことは、在外邦人選挙権制限訴訟が述べるとおりである。

107) 宍戸・前掲注28)109頁。

108) 宍戸・前掲注28)109頁。根拠法が合憲であってもなお処分段階では違憲の問題が生じ得、行政が憲法上の権利に拘束されるのが前提となる。なお、論証過程統制を採用した前掲注74)の判決は結論において裁量逸脱を認め違法判断を示した原審を是認しており、論証過程統制を裁量逸脱審査と考えている可能性があるが、同様の統制手法を用いた最一判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁は「平成5年決定が本件高架式を採用した点において裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したもとして違法となるということとはできない」と結論しており、はっきりしない。

109) 石川健治「夢は稔り難く、道は極め難し」法教340号53頁、54頁(2009)。このことは、裁判所による政策形成への評価とも関係する。

110) もっとも、このことは次のような疑問を生じさせる。第一に、立法裁量論は本来司法府による法的評価の余地を狭め、違憲判断を抑制するための議論であったはずだが、むしろ綿密な裁量統制が加わることによって違

も比例原則を直に適用することに消極的であった理由であると思われる<sup>111)</sup>。それだけに、行政裁量統制において裁量濫用型審査としての論証過程統制に加えて、裁量逸脱型審査である比例原則による統制という武器を持つことのインパクトは小さくないだろう。

#### 4 立法—行政関係 —本質性理論—

3では、立法裁量の延長として行政裁量を許容するには、根拠法が民主政の観点から十分な規律を尽くすことにより、行政の裁量に民主的正統性が付与されていないのではないかということを描いた。そのような十分規律された法律について考えると参考になるのが、ドイツの法律の留保を巡る議論における本質性理論である<sup>112)</sup>。ここではそれを簡単に紹介する。

オットー・マイヤー以来、行政法学で法律の留保の中核にあったのは、侵害行政の根拠として議会の同意を要求することで自由と財

産を擁護しようとする侵害留保説であった。しかしながらドイツでは、1960年代以降、「憲法は減じる、行政法は存続する」というマイヤーの言葉を裏切る形で、憲法構造の転換が法律の留保にも変革をもたらすという議論が現れるようになる<sup>113)</sup>。すなわち、他ならぬ憲法の授權を抜きに行政の権限を観念することはできないという見方である。

そのような視点から、あらゆる行政活動は法律の根拠を必要とするという全部留保説を正当化したのがイェッシュである。イェッシュによれば、ボン基本法の憲法秩序の下では、自律的な統治機能を除けば (*abgesehen von selbständigen…Regierungsfunktionen*)<sup>114)</sup>、執行権 (*Exekutive*) は行政として法律を執行する権力 (*als Verwaltung echte vollziehende Gewalt*) となるに過ぎず、行政は憲法自体によって権限を割り当てられない限り、その全ての行為形式 (*Handlungsformen*) を議会の権限に依存する (*abhängig von einer parlamentarischen Ermächtigung*)<sup>115)</sup>。しかし全部留保説は、議会の無制限な支配権を

---

憲判断を促している面はないかということ。ここには立法裁量論の意図と結果との「逆転」がある (もともと、裁量統制による違憲判断には、司法府が自ら積極的な憲法判断を行うことによって生じ得る政治部門との緊張を緩和する効用があることも否定できないだろう)。第二に、より深刻なのは、決して多くはない我が国の法令違憲判決において、そのような裁量統制型の判決が多数派となっていることである。判例上、立法裁量が認められれば裁量統制の密度次第で違憲となる余地があるのに、立法裁量が認められなければ流れは合憲に傾く。ここにも「逆転」がある。このことは、二重の基準との関係を考えるときより深刻である。既に述べたように、薬事法判決で最高裁は、職業の自由の規制について立法府に合理的裁量を認める形で、言わば規制する側の理屈からの二重の基準を提出していた。そしてこの二重の基準は、表現の自由を扱った泉佐野市民会館事件が薬事法判決を引いて「集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下にされなければならない」と述べたことによって追認されている。判例が承認しているように、表現の自由の規制が経済的自由の規制より厳格な審査に付されねばならないのなら (殊に、経済的自由の規制では認められた立法裁量が表現の自由の規制では認められないのだとしたら)、表現の自由の規制について法令違憲のない「逆転」した現状は、巧みな説明のなされない限り、人権論にとっては危機的であるとすら言える。しかし、この「逆転」を活かす枠組みもまた考えることができる。すなわち、センシティブな権利の制約にも比例原則を厳格に適用することで、憲法上の権利に有利な結論を導くことである。ただし、判例と異なり、立法裁量が認められない領域においても比例原則を厳格に適用するには、比例原則を違憲審査の手法一般に当てはまるものとして理論的に正当化する必要があるように思われる。後述の原理的基本権論はそのようなもののひとつである。

111) 最一判昭和39年6月4日民集18巻5号745頁。

112) 渡邊・前掲注31)8頁は、「本質性理論は、立法者を統制するための理論であって、「行政」裁量に対する司法権による統制について何かを述べるものではない」とする。確かに本質性理論は司法的統制には関わらない。しかし、法律による行政裁量の授權が同時にそれを制約すると考える機能的アプローチを採った場合には、本質性理論は行政に裁量を与えるための前提として、民主的統制の手段となり得る。

113) 大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」『現代行政の行為形式論』1頁、3頁 (弘文堂、1993) [初出1985]。

114) いわゆる執政権論のことである。執政権論については、石川健治「統治のゼマンティック」憲法問題17号65頁 (2006)。

115) Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, S. 205.

認めることになりかねない、あるいは逆に議会の過剰負担をもたらす等の理由で、多数説の容れるところにはならなかった<sup>116)</sup>。

一方、ドイツ憲法裁の判例も独自の展開を辿った<sup>117)</sup>。1972年の専門医決定<sup>118)</sup>は、法治国原理とあわせて民主政原理に言及し、前者が個人の自由に奉仕する一方、後者は法規による規律が国民により選ばれた立法機関の意思決定に還元されることを要求すると説いた。同年の進路指導学年判決<sup>119)</sup>は、法律による行政の原理は、基本権が行使される領域では、国家の形成に委ねられた法領域を立法者自らが境界づけねばならず、行政庁の裁量に委ねてはならないということを要請するとして、再び立法者自身による決定の必要性に言及した。さらに1975年のヴェール決定<sup>120)</sup>は、侵害をメルクマールとする法律の留保論からの離脱を表明した。また、1977年の性教育決定<sup>121)</sup>は、法律の留保の民主主義的、法治国的機能からの再構成を主張している。

ここに見られる、侵害留保を克服しようとする法律の留保の理解は「本質性理論」と名づけられている。本質性理論は、「議会自らが本質的な事項の決定を下し、行政に委ねてはならない」との内容を持つため「議会の留保」

とも評されている<sup>122)</sup>。その意味は、法的規律の充填を行政に任せることを許さずに、民主政を担う機関である議会に民主政にとっての自己決定を迫り<sup>123)</sup>（すなわち、「立法の任務を回避しようとする議会の逃げ道を遮断する」<sup>124)</sup>）、法律の規律密度を高めることによって基本権保障に奉仕することにある<sup>125)</sup>。民主政を担う機関に裁量を認める立法裁量との均衡からも、行政裁量の授権についてはこのような本質性理論から根拠法を規律し、議会に自己決定を尽くさせることにより民主的正統性<sup>126)</sup>を調達することが必要と考える<sup>127)</sup>。このような観点からの規律が足りない授権法は憲法41条から違憲とする余地があるのではないか。

#### IV. 権利論アプローチ — 憲法上の権利論—

##### 1 「権利侵害—侵害の正当化」の枠組み

近時、ドイツ憲法学の影響の下、「憲法上の権利論」と呼ばれる憲法解釈の方法が有力になりつつある<sup>128)</sup>。本稿が繰り返し用いて

116) 大橋・前掲注113)5頁。

117) 大橋・前掲注113)10-22頁。

118) BVerfGE 33,125.

119) BVerfGE 34,165.

120) BVerfGE 40,237.

121) BVerfGE 47,46.

122) 大橋・前掲注113)28-29頁。

123) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』48-49頁（大阪大学出版会、2001）は、従来の法律の留保原則が立法と行政の権限画定を問題としてきたのに対し、本質性理論は立法者の自己決定義務に注目するものである旨を説く。

124) 宮田・前掲注20)142頁。

125) 本質性理論を徹底すれば、「本質的な決定すなわち基本権に関連する領域では」裁量が認められないということにもなり得る。ドイツにはその趣旨を説く見解があるが、判例通説の採用するところとはなっていない（宮田・前掲注20)142頁）。

126) 議会と行政の民主的正統性の差は程度問題に過ぎないという想定される批判に対して、本質性理論は議会の立法手続の価値（公開機能、利益の統合機能）という別の理由づけを用意している（松本・前掲注123)51頁）。

127) 本質性理論の弱みは、そこでいう本質性の意味が明らかでないことである。民主政の観点からの規律が十分であるかには、衡量やリスク評価の困難性を踏まえた、「立法と行政の間の役割分担という機能的考慮」を無視するわけにはいかないだろう（宍戸・前掲注28)102頁）。その結果、科学技術などの領域においては、本質性理論の要求が「指導的決定」程度にとどまることもあり得る（大橋・前掲注113)26頁）。

128) 石川・前掲注32)、松本・前掲注123)の他、小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社、2009）、宍戸常寿『「憲法上の権利」の解釈枠組み』安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第2版）』231頁（有斐閣、2009）など。これらは我が国の判例を立法裁量論を採らないものも含めて、アメリカ流の違憲審査基準論ではなく比例原則から説明しようとする。

いる「憲法上の権利」の語も、これに従っている。

この議論の特徴は、違憲審査基準論との関係で訴訟法に近づけて考えられることが多かった憲法解釈を実体法に引き戻し、刑法や不法行為法とパラレルに理解しようとしたことである。その内容は、論者ごとに違いはあるが、概ね以下のように要約できるだろう。

- ① 憲法上の権利は防御権を中心に把握される。
- ② 憲法上の権利は保護範囲を持っている。防御権としての憲法上の権利の主体は保護範囲につき国家に介入しないよう求めることができる。
- ③ 憲法上の権利の保護範囲を侵す国家行為（法令審査の場面では、立法）は、原則として違憲である（権利侵害）。
- ④ 権利侵害が正当化される理由（正当化事由）があれば、③の推定は破れ、国家行為は合憲となる（このように、国家行為、保護範囲、正当化の3要素から構成される点を指して、憲法上の権利論は三段階審査とも呼ばれている）。正当化事由としては、形式面で法律の留保、実質面で比例原則がある。

ここでは憲法上の権利の侵害を正当化する理由として、法律の留保と比例原則が権利論に取り込まれている点が注目される。前者については美濃部が既に論じていたところであり（II 1(3)）、また、その射程は先に論じた本質性理論にまで拡大されるべきであろう<sup>129)</sup>。一方後者は、美濃部においても処分レベルでは考慮されていたが、立法を対象と

はしていなかった。そこで以下では後者の権利論への理論的な取り込みを図る。

## 2 比例原則の権利論からの正当化 —原理的基本権論—

比例原則の活用を訴える我が国の見解には、その憲法上の根拠を憲法13条に求めるものがある<sup>130)</sup>。他方で比例原則を防御権一般の性質として論じる議論がある<sup>131)</sup>。そのようなものとして、ドイツのアレクシーの原理的基本権論を紹介する<sup>132)</sup>。

アレクシーによれば、法規範には原理(Prinzip)と準則(Regel)の2つがある。準則が要件効果の明白で、効果が生じる否か二者択一の法規範であるのに対し（たとえば「チャイムが鳴るまでは教室を出てはいけない」）、原理はその内容が法的事実の可能性に依じて最大限実現されることを要求する最適化命令(Optimierungsgebot)である<sup>133)</sup>。

準則と準則の間には矛盾が生じることがあり(Regelkonflikt)、法秩序の統一性の観点から、準則間の優越関係を画一的に決めておく必要がある。たとえば、「チャイムが鳴るまでは教室を出てはいけない」という準則と、「火災報知機が鳴ったら教室を出なければならぬ」という準則は、授業時間に火災報知機が鳴った場合には矛盾を生じさせており、いかなる効果が生じるべきか明らかでない。このような矛盾は、準則間の優越関係を明らかにするための、例外条項(Ausnahmeklausel)とも言うべき準則を挿入することで解消される。上の例では、矛盾は前者の準則に「ただし、火災報知機が鳴った場合にはこの限りではない」とう例外条項が加えられる

129) 松本・前掲注123)34頁以下。

130) たとえば、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」芦部信喜選集『憲法訴訟と人権の理論』625頁（有斐閣、1985）。なお、判例に「ベースラインからの離脱をはかる立法について、その目的および手段について、少なくとも、「明白性」の基準をクリアすることを要求する権利」の存在を見出す長谷部恭男「国家による自由」『憲法の理性』128頁、135頁（東京大学出版会、2006）〔初出2003〕も、比例原則の主観的表現をいうものと解釈できよう。

131) ドイツでは多くの学説が、基本権は比例性の要請なしには十分には保障されないとして、「基本権の本質」(Wesen der Grundrechte)から比例原則を基礎づけている（山下義昭「「比例原則」は法的コントロールの基準たりうるか（3・完）」福岡大学法学論叢39巻2号243頁、247頁（1995））。

132) 簡単な紹介として、山下・前掲注131)248頁。

133) Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994. S. 71-77.



ことで解消される。これは、後者の準則が前者の準則に優越することを意味している<sup>134)</sup>。

しかし原理と原理の間には、常に一方が他方に優越するという関係は見られない<sup>135)</sup>。基本法1条1項が掲げる人間の尊厳も、あらゆる状況で他の原理に優越する絶対的な原理ではないとアレクシーは論じる<sup>136)</sup>。

いずれの原理が優越するかは、互いに最適化を命ずる2つの原理が衝突する個別の状況における原理間の衡量(Abwägung)に依存する。最適化命令と最適化命令が衝突することで、ある場面ではP<sub>1</sub>、別の場面ではP<sub>2</sub>が優越するというように、妥当な均衡が得られるのである。このことは、原理P<sub>1</sub>が原理P<sub>2</sub>に優越する状況をCとすると、「Cが満たされればP<sub>1</sub>が命じる内容が妥当する」という準則が成立していると言い換えることができる。つまり、原理の衝突(Prinzipienkollision)は、一方の原理が優越する状況を要件とする準則を立てることによって解決される。アレクシーはこれを衝突の法則(Kollisionsgesetz)と呼ぶ<sup>137)</sup>。

基本権も、基本権と衝突する政府利益も原理の性格を持つとアレクシーは論じる。ここで政府利益をP<sub>1</sub>、基本権をP<sub>2</sub>とすると、Cは政府利益が基本権に優越する条件、すなわち基本権侵害を許容する正当化事由の存在する状況だということになる。

では、具体的にP<sub>1</sub>がP<sub>2</sub>に優越する場面とはどのようなときなのか。まずは衡量のレベルでP<sub>1</sub>がP<sub>2</sub>に優越していなければならない。これが本来の衡量命令(eigentliches Abwägungsgebot)であり、狭義の比例原則(Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne)である。しかし、これは原理の最適化命令の法的可能性に応じた面に過ぎず、なお事実的可能性に応じた最適化、すなわちP<sub>1</sub>を実現する手段のうちから適切なものを選択する作業が

必要になる。これが、手段が目的に適合することを命じる適合性(Geeignetheit)と、最もマイルドな手段を命じる(Gebot des mildesten Mittels)必要性(Erforderlichkeit)である。これら(要は比例原則である)が満たされることでP<sub>1</sub>がP<sub>2</sub>に優越することが認められ、実体憲法論としては、憲法上の権利の侵害が正当化されることになる<sup>138)</sup>。

このような内容の原理的基本権論は、現実の判決を説明するのにも有用である。その例としてアレクシーが挙げるのは、営業所や事業所への立ち入り調査が基本法上許容されるかが争われた事件である<sup>139)</sup>。

基本法13条1項は住居の不可侵を定めている。一方、同7項(事件当時は3項)はそれが一定の目的のために法律によって制限されることを定めている、特別な留保条項である。

判決は基本法の文面は絶対的ではないとして、営業所や事業所は基本法13条1項で保護されるとした。つまり、基本法13条1項の保護範囲を拡張解釈したのである。このように営業所や事業所のプライバシーが基本法によって保護されるのならば、その侵害は正当化を必要とする。

では、営業所や事業所は基本法13条7項の特別な留保条項による制限を受けるのか。留保条項も拡張解釈することは基本権保障を無意味にする恐れがあり、採り得ない方法である。

そこで判決は、立ち入り調査が許されるなら結果的に侵害はないという論理を展開した(にもかかわらず、基本法2条1項より比例原則の規律が及ぶとして、立ち入り調査のための条件を定式化する)。しかし、これには侵害とその正当化という基本権理論の理解(1)に矛盾しているとの批判が可能である。

アレクシーは、判決が苦しい立論をせざるをえなくなった原因を、判決が基本法13条

134) Alexy, (Anm. 133) S. 77-78.

135) Alexy, (Anm. 133) S. 78-79.

136) Alexy, (Anm. 133) S. 94-97.

137) Alexy, (Anm. 133) S. 79-84.

138) Alexy, (Anm. 133) S. 100-104.

139) BVerfGE 32,54.

1項や7項を準則と捉えている点に求める。アレクシーによれば、基本法13条1項は準則ではなく「個人の人格の発展のための空間的領域を保護する原理の表現」(Ausdruck des Prinzips des Schutzes des räumlichen Bereiches der individuellen Persönlichkeitsentfaltung)であり、住居はかかる空間的領域の例示に過ぎない。営業所や事業所上に述べたような空間的領域に当たるので、基本法13条1項によって保護される。

しかし、基本法13条1項による私的領域を保護する原理と、他者ないし公衆の利益という原理は衝突することがある。これを解消するには、原理間の衡量により優越関係を示す準則を立てる必要がある。このような立場からは、判決が比例原則を援用して定式化した立ち入り調査のための条件は、保護される私的領域が営業所や事業所である場合の優越関係準則であり、基本法13条7項の特別な留保条項は、保護される私的領域が住居である場合の優越関係準則を基本法の起草者が予め明文化していたものだと説明することができる<sup>140)</sup>。

類似の事例は我が国の判決にも見出すことができる。接見指定の合憲性が争われた事件で、最高裁は憲法34条の保障に由来する接見交通権と、「刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使」(これらには、憲法が「国家の権能であることを当然の前提」としている)との「合理的な調整」の必要に言及し、これに基づいて刑法39条3項の「捜査のため必要があるとき」を明確にしようとしている<sup>141)</sup>。ここでは接見交通権と捜査権という憲法レベルの原理の衡量を通し、刑法39条3項の準則化が図られていると解釈できよう。

このように、憲法上の権利を原理間衡量を要求する原理と捉え、原理間衡量の論証を政府利益を主張する政府に課せば、権利侵害があれば原則違憲となるという憲法上の権利論の枠組みと正当化事由としての比例原則は理論的に説明されることになる<sup>142)</sup>。

## V. 司法—行政関係 一行政裁量の憲法的統制—

### 1 憲法上の権利論と裁量論の擦り合わせ

右のような憲法上の権利論を採ると、防御権については、憲法上の権利の保護法益を侵す国家行為が見出される場合にはその違憲性が推定され、裁判所はその侵害が法律の留保の要請を満たしているか、また、必要最小限度にとどまっているかを検討し、これが否定されるならば違憲判断をしなければならなくなる。これが、権利論が貫徹された場合の帰結である。

これに対し、裁量を認めると、立法裁量について検討したところから伺われるように、裁判所による審査、特に正当化事由の審査は制約されることになる。

権利論でも立法裁量論でも、正当化事由の審査に用いられる枠組みは比例原則である。しかし、比例原則の拠って立つ哲学が憲法上の権利論と裁量論とで異なるため、その中身も異なることになる。

憲法上の権利論の前提は、権利侵害は原則違憲であり、最適化命令に従った均衡点が見出されない限りこの違憲性が阻却されることはないということである。ここでの比例原則はこの均衡点を見出すための道具として用いられる。

140) Alexy, (Anm. 133) S. 114-117.

141) 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

142) 防御権の立場からの原理的基本権論への批判として、ベルンハルト・シュリンク(高田敏=松本和彦訳)「原理としての基本権?」阪大法学42巻1号245頁(1992)。最適化要請としての基本権は「市民に対しはじめて法的および事実的可能性に応じた請求権だけを保障」するものでしかないとして(同書247頁)、「基本権と連邦憲法裁判所の機能が、個人の自由の保障であるとすれば、原理としての基本権理解は誤ったものである」とする(同書264頁)。これに対する手立ては、本文で論じたように、政府利益の側に論証責任を課すことである。

一方、裁量論の前提は、裁量の枠を逸脱しない限り違憲の問題は生じないということである。比例原則は裁量逸脱があったかを判定する道具として用いられ、侵害の最小限度性を要求するものではない。

同様の議論は行政裁量についても考えられる<sup>143)</sup>。憲法上の権利論は主として立法に対する違憲審査を念頭に説かれている枠組みである。しかし、行政処分も国家行為に当たるのだから、根拠法が合憲であってもなお憲法上の権利侵害を惹起する余地があり、憲法的な規律が必要となる。これが、本稿が冒頭で提起した（I 1）、行政処分による憲法上の権利の侵害の意味である<sup>144)</sup>。これに従えば、法令レベルだけでなく処分でも、裁判所は合憲性を綿密に点検しなければならなくなりそうである。

ところが行政裁量でも、裁量が認められる場合には司法審査が限定され、権利論をそのまま適用することはできなくなる。のみならず、判例上その裁量統制手法は、根拠法の合憲を前提に憲法上の権利が格下げされた緩やかなものになっている（I 2, II 2）。

そこで、行政裁量への統制を手立てとして、裁量が認められずに権利論が貫徹される領域を確保するとともに、裁量統制の手法としては、立法裁量と同様に憲法上の権利による拘束を認め、裁量逸脱審査（比例原則）をすることが考えられる（III 3）。

すなわち、法令の違憲審査について

① 侵害の正当化の場面で裁量（立法府の一

次的判断権）を認めつつ、比例原則によって裁量の幅に応じた裁量統制を図る場合（裁量論）

- ② 侵害の正当化の場面で裁量が認められず、裁判所自ら立法手段の最小限度性を測定する必要があり、比例原則を厳格に適用する場合（権利論の貫徹）

の2つを分けて考えられるように、処分についても

- ① 行政裁量を認めつつ、比例原則により裁量の幅に応じた統制を図るべき場合（裁量論）  
② 行政に裁量が認められず権利論が貫徹される結果、法律による完全な拘束、すなわち羈束行為となる場合（権利論の貫徹）<sup>145)</sup>

の2つを分けるのである<sup>146)</sup>。すなわち、防御権を観念できる場面では、羈束行為（②）については裁判所に完全な審査権が与えられる形で処分の違憲性の審査を観念できるだけでなく、羈束行為ではない処分（①）についても、行政裁量の統制という形で、処分の違憲性の審査が観念されることになる。

問題は、ここでいう①と②をいかに振り分けるかである。本稿は立法裁量について検討する際、憲法上の権利の性質や侵害の程度が裁量の有無や幅を規定すると述べたが（III 3）、同様の考慮が行政裁量についてもなされるべきであろう<sup>147)</sup>。

143) 村田斉志「行政法における比例原則」藤山雅行編『行政争訟』65頁、71頁（青林書院、2004）。

144) 村田・前掲注143)68頁は、憲法13条から比例原則が導かれるという前提に立ち、「実定行政法の解釈の場面における比例原則の適用に当たっても、違憲審査基準として「必要最小限の規制の原則」が問題となり得るような基本的人権に対する制約を伴う処分については、比例原則の厳格な適用が求められるという解釈も可能ではないかと思われる」とするが、ここでは処分が憲法上の権利を侵害することが念頭に置かれているように思われる。

145) もっとも、本稿は不利益処分における行政便宜主義を否定するものではない。村田・前掲注143)75頁は「行政権限を発動しないことにより国民の権利利益が確保される場合に、むしろ、行政権限の発動が控えられることは自由主義の理念を基礎とする法律による行政の原理に合致こそすれ、反するものではない」とする。

146) 比例原則が裁量統制の手法なのか、裁量を否定するものなのかについては、行政法学でも見解が分かれているが（前掲注143）、立法裁量については両者を振り分け、行政裁量については裁量統制手法として用いるのが本稿の立場である。

147) 高木光「比例原則の実定化」芦部信喜古希『現代立憲主義の展開（下）』209頁、231頁（有斐閣、1993）。

## 2 一応の結論

以上の検討の結果、本稿が採る差し当たりの結論は、次のようなものになる。

- ① 法令が制限する憲法上の権利の性質あるいは法令が想定する権利侵害の程度によって、行政に裁量の余地がない領域が定められる（権利論の貫徹）。
- ② 権限分配的考慮から行政に裁量を認める場合も、それが許されるのは
  - a 憲法上の権利の性質あるいは侵害の程度が裁量を許容すること（①の裏返しである）
  - b 根拠法が民主的正統性を確保する観点から本質的事項について規律を尽くしていること（機能的アプローチからは裁量授權の前提として、権利論アプローチからは法律の留保の要請として）の2つの条件がクリアされているときに限られる。法令の内容に瑕疵があるときは勿論、bの規律密度が満たされない場合には、法令違憲とすべきであろう。
- ③ 裁量が認められる場合も、従来の裁量濫用統制<sup>148)</sup>やその具体化と見るべき論証過程統制に加えて、比例原則（ただし、権利論が貫徹される場合の必要最小限度性ではなく裁量逸脱審査の意である）による統制が及び、これによって裁量の逸脱が認められるとその行政処分は違憲の瑕疵を帯びる<sup>149)</sup>。

これは注28)の山本報告が指摘する、憲法上の権利が持つ行政裁量を「外側から羈束」する機能を追求した結果とも言える。本稿の立場からは、憲法上の権利が裁量に取り込まれ一要素となる場合の違法が裁量濫用、憲法上の権利が比例原則によって裁量を外から拘束する場合が裁量逸脱と整理される。近時の判例の到達点と見得る論証過程統制は前者に分類されることになるが（Ⅲ3）、これに対して、本稿は後者の理論的可能性を探るものであった。今後は裁量の濫用と逸脱の区別を裁判実務（あるいは、行訴法30条の見直しの動き）に向けて促していくとともに、論証過程統制がどこまで憲法上の権利に優しい司法審査をできているか（暗黙のうちに外側からの羈束が行われているのなら、それに越したことはない）、具体的事案の中で検討しながら、裁量逸脱審査を具体化し、その威力を確認する作業が求められるだろう<sup>150)</sup>。

（おおた・けんすけ）

148) 神橋一彦『行政訴訟と権利論』186頁（信山社、2008）は、裁量濫用統制も憲法13条から導かれるとする。

149) 藤田・前掲注16)101頁注1は、根拠法が明文で裁量権行使の限界づけをしていないときでも、その法律を適用する行政庁が比例原則による憲法上の拘束を受ける結果、根拠法の枠内でなされる（すなわち、法律による行政の原理には抵触しない）行政庁の行為も、比例原則によって課せられた枠を踏越したとして適用違憲となり得るとするが、ここにいう「適用違憲」とは、根拠法を違憲無効とすることなく適用行為を違憲とするものであって、本稿の考える処分の違憲に相当するものであると思われる。なお遠藤比呂通弁護士は藤田説を踏まえて、「裁量の濫用・逸脱は、憲法規範との関係でいえば、端的に、根拠法規の憲法適合性の問題に還元される」のだから、「従来、裁量の逸脱・濫用といわれてきた事柄を、憲法解釈として、端的に根拠規範の憲法適合性の問題に置き換える努力が必要」とする（遠藤比呂通『市民と憲法訴訟』30頁注4（信山社、2007））。

150) 本稿は2009年12月に東京大学大学院法学政治学研究科に提出された同名のリーサーチペーパーに加筆修正を施したものである。本稿執筆中、同級の巽智彦氏には幾度となく議論に付き合っていただくなど大いに助けられた。氏と同時にローレビュー掲載を果たせたことは筆者にとってこの上ない喜びである。記して感謝したい。