

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 6 月 11 日現在

機関番号：32689

研究種目：研究活動スタート支援

研究期間：2014～2015

課題番号：26885094

研究課題名(和文)立法裁量の「判断過程統制」が内包する憲法理論上の諸問題

研究課題名(英文)A study for constitutional problems which the scrutiny "Judging-process-review" involves

研究代表者

山本 真敬 (Yamamoto, Masahiro)

早稲田大学・法学学術院・助手

研究者番号：70734747

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,400,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、憲法学において理論的観点からは殆ど検討されていなかった「判断過程統制」に関して、その憲法理論上の問題点を明らかにすることを試みた。立法裁量の「判断過程統制」は、「立法者の努力」を法律の違憲審査の基準とすること、それと類似していると指摘されるドイツの「主張可能性の統制」は、比例原則という実体的な審査手法とともに用いられていること、そして、このような「判断過程統制」は、これまで無意識的に措置されてきた「違憲」概念・「権利」概念・「裁量」概念の変容を迫り得るものであり、これらの基礎概念の再検討を必要とすることを本研究は明らかにすることができた。

研究成果の概要(英文)：This research aimed to clarify the influence which the so-called "Judging-Process-Review"(JPR) of legislative discretion had upon the constitutional theory. First, according to the JPR, not substantive contradiction between the Constitutional law and statutes, but the "procedural" factor -whether the Congress made effort or not- during legislation is relevant in judicial review. Second, the "Vertretbarkeitskontrolle" in the jurisprudence of The Federal Constitutional Court of Germany, which some scholar says the JPR is similar to, is used with the substantive scrutiny (the principle of proportionality). Finally, adopting JPR approach will make us reconsider the concepts "unconstitutionality", "right", and "discretion"- For example, does the effort of the Congress justify substantive contradiction between the Constitutional law and statutes? Can we think the effort of the Congress as the justification of infringements on rights under the concept "right"?

研究分野：公法学

キーワード：判断過程統制 立法裁量 違憲審査 憲法訴訟

1. 研究開始当初の背景

本研究は、近年登場した立法裁量の「判断過程統制」について、その手法にいかなる憲法理論上の問題点があるのかを明らかにすることを企図するものであった。ところで、本研究に着手する前においては、2004年の「1票の較差」に係る最高裁判決における少数意見として登場した立法裁量の「判断過程統制」は、裁量統制が従来困難とされてきた領域で有用なのではないかという議論が行われ始めていた。しかし、この「判断過程統制」については、そもそも「判断過程統制」として一体何を観念するのかということや、憲法理論の見地から、「判断過程統制」は一体どのような理論的前提に立っているのかということさえも、いまだ十分に明らかにされていなかった。

他方で、行政法学に目を転じると、「判断過程統制」は裁量統制手法として最高裁判決（の多数意見）においても取り入れられており、憲法学として、行政裁量の「判断過程統制」から何か知見を得ることができないかを検討する必要性と、逆に、この検討を通じて、行政裁量の「判断過程統制」とは異なる、憲法学独自の観点を踏まえる必要性について明らかにすることができるのではないかと

以上が、本研究開始当初の背景である。

2. 研究の目的

以上の問題関心を受けて、本研究は、具体的には、次のような目的を設定した。すなわち、第1に、立法裁量の「判断過程統制」が唱えられた「1票の較差」訴訟について検討し、同時にまた立法裁量が問題となった判例をも広く再検討することにより、立法裁量の「判断過程統制」がいかなる内実を有しているのかを明らかにすること、第2に、立法裁量の「判断過程統制」と類似性が指摘されている、ドイツの「主張可能性の統制（Vertretbarkeitskontrolle）」を定式化した共同決定法判決（BVerfGE 50, 250）およびそれ以降に下された「主張可能性の統制」に関する諸判決を分析し、この「判断過程統制」と「主張可能性の統制」がいかなる意味で類似しているのか（あるいは、類似していないのか）を明らかにすること、第3に、立法裁量の「判断過程統制」が発想を応用したとされる行政裁量の「判断過程統制」が、いかなる構造をしているのかを明らかにすること、そして第4に、立法者の努力を法律の合憲性の要件とする立法裁量の「判断過程統制」は、「違憲」概念・「権利」概念・「裁量」概念にいかなる変容を与え、そこにいかなる憲法理論上の問題点が内包されているのかを示し、検討すべき問題点を明らかにすること、である。具体的には、以下の通りである。

(1)第1の目的について

立法裁量の「判断過程統制」は、最大判2004年1月14日民集58巻1号56頁の補足意見

2がその嚆矢であり、研究代表者は既に、同補足意見および2009年の判決（最大判2009年9月30日民集63巻7号1520頁）までを分析していた。本研究は、その後の最高裁判所の判決（少数意見含む）をフォローアップし、立法裁量の「判断過程統制」論のその後の展開を把握する。

さらに、立法裁量の「判断過程統制」の内実をヨリ明らかにするために、立法裁量とその統制が問題となった最高裁判例を再検討し、それらとの比較において、立法裁量の「判断過程統制」の独自性を明らかにする。

(2)第2の目的について

ドイツ連邦憲法裁判所の共同決定法判決（BVerfGE 50, 250）において、「主張可能性の統制」という審査手法が定式化されたのは、よく知られている。しかし、従来は共同決定法判決における「主張可能性の統制」の判示部分のみが注目されてきたきらいがあり、判決全体の中で「主張可能性の統制」が果たした意義等については十分に検討されてきたとは言えない。

従って、本研究はまず、共同決定法判決において「主張可能性の統制」がどのような役割を担っていたのかを明らかにし、また、その後のドイツ連邦憲法裁判所の判例で「主張可能性の統制」が用いられた諸判決についても、同様の分析を試みる。

(3)第3の目的について

立法裁量の「判断過程統制」は、既に判例に一定程度定着していた行政裁量の「判断過程統制」を「応用」したものであると指摘されている。しかし、一体いかなる意味で「応用」と言われているのかは明らかでなく、従って、まずは行政裁量の「判断過程統制」を憲法学の観点から再分析・再検討し、その構造や特質を明らかにしなければならない。

そのために、最近急速に議論が進展しつつある行政裁量の「判断過程統制」に関する判例・学説を分析し、(1)および(2)において検討した、立法裁量の「判断過程統制」の特質と比較することを試みる。

(4)第4の目的について

以上(1)～(3)の検討を行うとともに、立法裁量の「判断過程統制」の憲法理論上の問題点を探求するために、それが前提とする「違憲」概念・「権利」概念・「裁量」概念とその問題性にアプローチを試みる。立法裁量の「判断過程統制」は、その観念をどのように理解するかにも依存するが、立法者の努力を法律の合憲性を左右する重要な要素と理解する。このことが上記の公法学の諸基礎概念にとってどのような変容をもたらすのかという点を明らかにし、今後の検討課題を明らかにしたい。この点、日本の憲法判例においては、立法者の努力を法律の合憲性の判断基準としているものが乏しく、ドイツの

憲法判例・憲法学説に、立法者の努力を法律の合憲性の判断基準とするという「違憲の主観化 (Subjektivierung des Verfassungsverstosses)」の検討素材を求めざるを得ない。

同時に、立法裁量の「判断過程統制」は、裁量権の逸脱・濫用の基準として立法者の努力という要素を重視することになるが、この場合、「裁量」という概念の再検討をも迫ることになる。従来、おそらく裁量権の逸脱・濫用とは、裁量権者が裁量権の根拠となる規範の付与した余地を超えて行為したという意味であろうが、「判断過程統制」がこのような理解にどのような変容を与え得るのかを明らかにする。

3. 研究の方法

以上の目的を達するため、本研究は、主として、判例研究および文献研究に取り組むこととし、適宜、その成果を学会発表や論文・判例研究として公刊することとした。その際、日本のみならずドイツの学説・判例を参照することとした。

4. 研究成果

本研究は、以下の点を明らかにすることができたように思われる。

(1)第1の目的について

まず、立法裁量の「判断過程統制」のその後の展開について。いわゆる「1票の較差」訴訟において、最高裁の少数意見として登場した立法裁量の「判断過程統制」は、藤田宙靖裁判官の退官後、次第にそれを主張する裁判官が減少し、現在では大橋正春裁判官がそれを主張しているにとどまる。もちろん、このことは「1票の較差」訴訟の動静と無関係ではない。立法裁量の「判断過程統制」が登場した当初とは異なり、衆議院においても参議院においても、多数意見は争われた「1票の較差」を違憲状態と判断しており、このことが、立法者に「真摯な努力」を要求することにより公職選挙法の改正を促す役割を持った「判断過程統制」論の役割を減少させているとも理解できる。立法裁量の「判断過程統制」は、このような訴訟の状況の中で、「真摯な努力」の欠如の基準を明らかにしようとしていることがわかる(この点に関しては、後掲学会発表において報告した)。

次に、立法裁量の「判断過程統制」の観念について。行政裁量の「判断過程統制」を巡る議論のように、いわゆる考慮要素の選択・比重の軽重を巡る議論に重きを置いて「判断過程統制」を理解する論者と(学説の側はこちらが多いように見受けられる)「真摯な努力」の有無が合憲性を左右するものとしてそれを理解する論者(藤田裁判官は結局こちらであると思われる)に分かれることを本研究は確認したが、前者は“通常の”実体的解釈の延長線上にあることから、理論上インパク

ト性が大きいものは、やはり立法者の努力に焦点を当てる後者であろうと思われる。

その他の憲法判例との比較についてみると、いわゆる立法不作為の国賠法上の違法性という論点を別にすれば、日本の憲法判例において、立法者の非難可能性の有無を法律の合憲性の判断要素とした例は、在外邦人選挙権訴訟最判(最大判2005年9月14日民集59巻7号2087頁)が想起されることである。この点、立法者の不作為が問題となった在外邦人選挙権訴訟最判と、「1票の較差」問題に弥縫策でしか対処してこなかったという意味での立法者の不作為を問題とした「判断過程統制」の間には、その限りで共通点もあるように見受けられる。もっとも、立法裁量の「判断過程統制」が議論の中心に据える立法者の「真摯な努力」の有無と、上記在外邦人選挙権訴訟最判の「やむを得ない事由」の有無の間に差異があるのか否かは、慎重な考慮を必要とすると思われ、この点については、さらに今後の検討を要する。

本研究は、上記在外邦人選挙権訴訟最判を含め、いくつかの憲法判例について分析を行い、成果を問うことができたが(雑誌論文、および、図書)はその検討の一部である)残念ながら日本の憲法判例のすべてを網羅的に一般的に検討することはできておらず、この点は引き続き検討を加えたい。

(2)第2の目的について

共同決定法判決において定式化された主張可能性の統制とは、「立法者が、入手可能な素材につき、事柄に適しており、かつ、主張可能な評価を指向したことである。立法者は、自らの手の届く認識源を利用し尽くさなければならぬ」という「手続的要請」であるとされた(そして、この部分の判示が一般に知られている)。しかし、共同決定法判決をよく見ると、主張可能性の統制は「立法者の予測」に対する統制手法という位置づけであり、結局のところ個別の基本権侵害は、比例原則ないし実体的基準に基づいて行われていることを明らかにした。

つまり、主張可能性の統制という「手続的」統制手法は、それ単独では用いられておらず、少なくとも、実体的統制基準とともに用いられているのである。この点については、「実体的」審査が困難な領域についての審査手法を探求している憲法学にとって、重要な示唆となる。

以上については、下記雑誌論文においてその成果を公表した。しかし共同決定法判決以後の判決については目下検討中であり、速やかにその成果を公刊することとしたい。

(3)第3の目的について

「真摯な努力」をその特質とする立法裁量の「判断過程統制」と行政裁量の「判断過程統制」を比較するとき注目されるのは、行政

裁量の「判断過程統制」においては、行政処分
の違法性を左右させる要素として「行政庁
の努力」を理解する見解は、あまり見当た
らないということである。行政裁量の「判断
過程統制」は、考慮要素の選択のみを審査
する形式的考慮要素審査、考慮要素の選
択に加えて各々の要素が適切に重みづけ
されているかを審査する実質的考慮要素
審査、第三者機関等の判断過程の合理性
を審査する判断過程合理性審査に分か
れるとされるが、考慮要素の取捨選択
やその重みづけは結局のところ実体的
なるものへと還元できると思われ、それ
ゆえ前二者は処分庁の努力を尺度とし
ていてわけではない。

それゆえ立法裁量の「判断過程統制」の
関係から着目すべきは判断過程合理性
審査となるが、一般に判断過程合理性
審査として挙げられる伊方原発訴訟最
判（最判 1992 年 10 月 29 日民集 46
巻 7 号 1174 頁）および家永教科書
訴訟最判（最判 1993 年 3 月 16 日民
集 47 巻 5 号 3483 頁）が問題とな
ろう。そもそも最高裁の見解をどこ
まで読み取ることができるかという
問題があるもの。まず、後者は、「
検定意見の根拠となる学説が通説、
定説として学界に広く受け入れられ
ており、原稿記述が誤りと評価し得
るか」や、「学界においていまだ定
説とされる学説がなく、原稿記述
が一面的であると評価し得るか」、
そして「取り上げた内容が学習指
導要領に規定する教科の目標等や
児童、生徒の心身の発達段階等に
照らして不適切であると評価し得
るか」という具体的な審査基準が
定立されていることから、結局は、
行政の努力を問題にするのではなく、
実体的な観点からの審査である
ことが理解できる。

他方で、伊方原発訴訟最判は、「
現在の科学技術水準に照らし、右
調査審議において用いられた具
体的審査基準に不合理な点があり、
あるいは当該原子炉施設が右の
具体的審査基準に適合するとし
た原子力委員会若しくは原子
炉安全専門審査会の調査審議
及び判断の過程に看過し難い
過誤、欠落があり、被告行政
庁の判断がこれに依拠してされ
たと認められる」か否かを適
法か否かの基準としていると
ころ、この「具体的審査基準
並びに調査審議及び判断の
過程等、被告行政庁の判断に
不合理な点のないことを相当
の根拠、資料に基づき主張、
立証する必要がある、被告
行政庁が右主張、立証を尽
くさない場合には、被告行政
庁がした右判断に不合理な
点があることが事実上推認
される」としている。

ここでは、実体的な「
具体的審査基準」の判断が、
「主張、立証を尽くさない」と
いう手続的な事情によって
左右されるものと構成され
ており、「真摯な努力」とい
う「手続的」な事情が法律
の合憲・違憲を左右する立
法裁量の「判断過程統制」と
類似している側面を持って
いると理解することが可能
かもしれない。伊方原発
訴訟最判についても、立
法裁量の「判断過程統制」
についても、この

「
実体」と「手続」の関係を
どのように理解すべきなの
かという問題点があるが、
伊方原発訴訟最判の「
主張・立証責任」の如く、
この問題は訴訟法の理解
にもかかわることから、
本研究ではそれを充分に
明らかにし得なかった。

(4) 第 4 の目的について

さて、立法裁量の「
判断過程統制」の特質を
「真摯な努力」に基づいて
法律の合憲性を判断する
点に求める場合、「
違憲」概念なし「
権利」概念の再検討を
迫ることになるであ
らう。

まず、この場合、
法律が「
違憲」であるという
意味は、通常無意識
的に理解しているよ
うに憲法規範と法律
規範の規範間の内
容抵触という意味
ではなく、立法者に
非難可能性があった
（立法者が努力し
なかった）という
意味で理解される
ことになる。と
ころが、このような
意味における「
違憲」概念を、
わずかな例外
いわゆる定数訴訟
における「合理的
期間」論を除き、
日本の憲法学
および憲法判例
は採用してい
ないように見
受けられる。
このような「
違憲」概念を
一般に採用
することは、
おそらく権利
の実体的内容
から独立に、
しかも「
立法者の努力」
のみによって
法律の合憲
性を判断する
ことになる。

確かに、
これまでの違憲
判決については、
例えば薬事法
違憲判決（
最大判 1975
年 4 月 30
日民集第 29
巻 4 号 572
頁）について、
検査強化等の
「より緩やかな
手段」の存在
を具体的に裁
判所が判断し
たと理解する
のではなく、
立法者が「
より緩やかな
手段」を「
検討しなかつ
た（努力しな
かつた）」と
いう風に読み
替えるが如く、
「
立法者の努力」
の有無という
観点から従来
の憲法判例を
読み替える
ことが可能
かもしれない。
そして、この
ような方向性
を取ることを
示唆する論者
も存在してい
る。しかしな
がら、従来
いわゆる明白
性の原則によ
って合憲とさ
れてきた判
例を、このよ
うな「
違憲」概念
によって読み
替えることが
果たして可能
なのか、すな
わち、「
努力の不存在」
・「
不作為」に
読み直せない
ような判例を
どう説明する
のかという
問題が残る
ように思われ
る。もっとも、
この「
判断過程統
制」を、法律
の合憲性一般
ではなく「
不作為」に
係る法律の
合憲性審査
手法として
精緻化する
ことは、一つ
のあり得る
選択肢かも
しれない。

次に、この
立法者の「
真摯な努力」
を違憲性
阻却事由とし
て位置付ける
場合には、「
違憲」概念
の変容は生
じていない
とも考え得
る。しかし
その場合
でも、「
権利」概念
に変容を
与える
可能性
がある
ように
思われ
る。とい
うのも、
実体的
観点を
抜きに
して「
立法
者の
努力」
という
手続
的要素
を権利
侵害の
正当化
事由と
して認
める
ことが
できる
かとい
う
問題
点
がある
ように
思われ
るから
である。
この
点
は、
結局
の
と
ころ
「
権利」
とは
その
よ
うな
侵
害
正
当
化
事
由
を
許
す
も
の
な
の
か
を
検
討
す
る

必要があるだろう。

同時にまた、通常は一定の選択の余地として観念される「裁量」の概念についても、立法裁量の「判断過程統制」はその再検討を要請する可能性がある。裁量行使の手續について定める規範が存在しなくても、実体面に関する根拠規範のみから立法裁量を「真摯な努力」に基づき適切に考慮する義務(上記2004年最大判など)を観念できるとこの「判断過程統制」は理解することになるからである。従って、立法裁量は、一方では、法律の成立手續に関する諸規定を超えて、他方では、適正手續を求める権利とは別次元の、広義の立法手續の適正さを要求するものでもあるということになるであろう。裁量の観念は近時あまり検討されなくなっているものの、立法裁量の「判断過程統制」は以上のように裁量の観念の再検討をも迫るものであると思われる。

以上のように、立法裁量の「判断過程統制」が公法学の基礎概念に提起する問題点について、今後の検討課題を一定程度明らかにできたように思われる。従って、今後は、本研究が明らかにすることができた以上のような問題点につき引き続き検討を加えるとともに、その成果を公刊していきたい。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 3 件)

山本真敬、小石川祐介「薬局開設距離制限事件(薬事法事件) 適正配置規制とその背景」法学セミナー、査読なし、61 巻 1 号(通号 732 号)、2016 年、62-70 頁

山本真敬「ドイツ連邦憲法裁判所における主張可能性の統制(Vertretbarkeitskontrolle)に関する一考察(2・完) 共同決定法判決における定式化まで」早稲田大学大学院法研論集、査読なし、155 号、2015 年、301-327 頁

山本真敬「ドイツ連邦憲法裁判所における主張可能性の統制(Vertretbarkeitskontrolle)に関する一考察(1) 共同決定法判決における定式化まで」早稲田大学大学院法研論集、査読なし、151 号、2014 年、383-407 頁

〔学会発表〕(計 1 件)

山本真敬「参議院『1 票の較差』訴訟最大判 2014 年 11 月 26 日について」北陸公法判例研究会、2014 年 12 月 14 日、石川四高記念文化交流館多目的利用室 1 (石川県)

〔図書〕(計 2 件)

大沢秀介・大林啓吾編『判例アシスト憲法』

(成文堂、2016 年)272-279 頁〔「136 衆議院議員定数不均衡事件」・「137 衆議院議員選挙 1 人別枠方式事件」・「138 参議院議員定数不均衡事件」・「139 参議院議員定数不均衡事件」〕。

吉田仁美・渡辺暁彦編『憲法判例クロニクル』(ナカニシヤ出版、2016 年)6-7 頁〔マクリーン事件〕、110-111 頁〔堀木訴訟〕、120-121 頁〔在外邦人選挙権訴訟〕、164-165 頁〔在宅投票制廃止事件〕。

〔産業財産権〕

出願状況(計 0 件)

なし

取得状況(計 0 件)

なし

〔その他〕

なし

6. 研究組織

(1)研究代表者

山本真敬(YAMAMOTO Masahiro)

早稲田大学・法学大学院・助手

研究者番号：70734747

(2)研究分担者

なし

(3)連携研究者

なし