



行政法解釈と憲法・憲法解釈

中川, 丈久

(Citation)

神戸法學雜誌, 74(2):1-52

(Issue Date)

2024-09-27

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/0100491740>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100491740>



神戸法学雑誌第七十四巻第二号二〇二四年九月

行政法解釈と憲法・憲法解釈

中 川 丈 久

※本稿は、2023年10月7日に日本公法学会で行った総会報告のフルバージョンである。要旨版を、公法研究85号（2024年）に掲載している。

一 はじめに

「公法解釈における法規範の相互関係」という学会の全体テーマのうち、本稿は、行政法（解釈）と憲法（解釈）の相互関係を取りあげる。古典的ながら、今なお議論の尽きない問いであり、全体像も捉えにくい。本稿は、全体構図のなかに各論点を位置付けるというフレームワーク作りを目指したい。

その際、行政法学と憲法学の間で、“同じ問題を異なる言葉で語り、異なる問題を似通った言葉で議論する”という現象があるので、できるだけ架橋を試みる。また、行政法と憲法をシームレスに用いて事件処理をする裁判実務を議論のプラットフォームとし、そこにおける両者の相互関係を考察対象とする。

以下では、まず本稿における用語の定義を示す（二）。続いて、行政法における解釈と裁量（三）、行政法に対する憲法の三つの立ち位置（四）、憲法における解釈と裁量（五）を取り上げる。

二 本稿での用語法

1. 政策規範と普遍規範

本稿では、法令（憲法を除く制定法）の分類方法として、民事法・刑事法・行政法というよく知られた三分類のほかに、「政策規範・普遍規範」という区分を用いること⁽¹⁾としたい。

まず、具体的な政策課題の解決を目的とする法令を「政策型立法」と呼び、それが定める規範を「政策規範」と呼ぶことにする。数的には法令の大半が政策型立法である。競争法、消費者法、金融法、知財法、労働法、環境法、都市法などというように政策目的によって分類されている。会社法もいまや、その大半が政策規範というべきであろう。

次に、社会に長年定着している規範を「普遍規範」と呼び、それを明定することを目的とする法令を「普遍型立法」と呼ぶことにする。民法典における不法行為法や契約法、物権法、家族法などのうちの基本的な条文（いわゆる市民法）、刑典における殺人罪や詐欺罪等の基本的な罪（いわゆる自然犯）、商典における商行為法の基本的な部分（同法1条2項の商慣習とつながる部分）などが普遍規範である。民法177条は、不動産登記法という政策規範（不動産取引の安定という政策目的のための政策手段）を、物権変動に関する普遍規範にリンクさせるための条文である。

各法典の普遍規範は、民法177条のような明文はなくとも市民法や自然犯、商慣習といった枠を越えて、政策的課題の処理にも動員されている（いわゆる機能的考察）。しかしその限界ゆえに、政策型立法が増え続ける。ところが政策型立法が政策課題を解決しないと再び、各法典に負荷がかかる。政策規範と普遍

(1) 政策規範と普遍規範の区別は、中川丈久「行政法における法の実現」佐伯仁志編『岩波講座・現代法の動態第2巻』（岩波書店、2014年）111頁、111～116頁、124～141頁で最初に示した。法典への負荷の指摘例として、片桐直人・上田健介編著『ミクロ憲法学の可能性』（日本評論社、2024年）11頁（片桐直人執筆）を参照。

規範はこうした振り子のような関係にある。

政策規範は、今日と違う明日を創るための新たな規範（新規の秩序）であり、普遍規範は、すでにある規範（既存の秩序）である。それゆえ、法令の根拠の要否のほか、規範構造も異なる（表1を参照）。行政法は政策規範の形しかとらない。

[表1] 規範構造の違い

普遍規範	・ 事件処理の基準（実体法） ・ 事件処理の手順（手続法）
政策規範	・ 政策目的 ・ 政策手段（施策・実効性確保・情報収集の三つのモジュール〔機能〕から成るプログラム構造であり、各モジュールが実体法と手続法で構成される）

2. 法解釈・法的判断・非法的判断

本稿で「法解釈」とは、司法裁判所による憲法解釈及び法令解釈を指す。前者は憲法学で「厳格憲法解釈」（内野正幸⁽²⁾）と呼ばれるものである。後者は法律・自主条例・委任立法の解釈の総称である。政治部門の憲法解釈や行政機関の法令解釈は、本稿の対象外である。

「法解釈」そのものの定義としては、憲法や法令の文言（以下、「法文」ともいう）の意味を、(1)定義、(2)該当・非該当の判定方法（考慮義務要素と考慮禁止要素）、(3)典型例（必ず該当する積極例と、決して該当しない消極例）という三つのうち、いずれか一つ以上を用いて示すことであるとしておく。ここでいう考慮義務要素とは、当該文言への該当性を判定するにあたり根拠にしなくて

(2) 内野正幸『憲法解釈の理論と体系』（日本評論社、1991年）18頁（「合憲か違憲か、もしくは憲法上の要請か否かを明確に指摘した解釈論」）、72～75頁を参照。なお、本稿でいう「違憲」も、同書66頁にいう「裁判上の違憲」、すなわち「当該違憲を裁判的に是正・確認する道を設けることが憲法上要請されているといえるような違憲」を指す。

はならない事柄のことであり、考慮禁止要素とは、根拠になりえない無関係の事柄のことであり⁽³⁾。

たとえば、貸金業法の「役員」という文言の解釈は、(1)その定義を示す（「経営責任を負う者である」など）、(2)その該当性を判定するための考慮義務要素と考慮禁止要素を示す（「命令系統上の地位を考慮するが、役職名や報酬形態は関係しない」など）、(3)積極例又は消極例を示す（「代表取締役は役員にあたるが、監査役はあたらない」など）のいずれかである⁽⁴⁾。おから事件（最決平成11年3月10日刑集53巻3号339頁）は、廃棄物処理法の「産業廃棄物」という文言の解釈を、定義及び判定方法で示す例である。

法的三段論法は、こうした法の「解釈」を、「事実」に「適用」することで結論を得る（結論を正当化する）という推論の方法である。事実とは、証拠で存否を認定する具体的事実のことであり、適用とは、法解釈（定義・判定方法・典型例）からみて必要な（relevant）具体的事実が揃っているか否かを決めることである。定義を充足する具体的事実群や、典型例であることを示す具体的事実群が揃っているかを決めたり、考慮義務要素にあたる具体的事実群を用いて判定方法を実施して文言への該当性の有無を決めたりすることが、法適用の姿である⁽⁵⁾。

本稿では、法的三段論法に限らず、およそ、法解釈から演繹的に結論を導く

(3) 芝池義一「行政決定における考慮事項」法学論叢116巻1～6号（1985年）571頁、572頁がいう「義務的考慮事項」と「考慮禁止事項」にあたり、塩野宏『行政法Ⅰ（第6版）』（有斐閣、2015年）151頁のいう「要考慮事項（逆に不可考慮事項）」にあたる。

(4) 類似の考察として、角松生史「行政法における法の解釈と適用に関する覚え書き」『現代行政法の構造と展開（小早川光郎先生古稀記念）』（有斐閣、2016年）383頁、384～387頁を参照。

(5) 法的三段論法については、角松・前掲注4「行政法における法の解釈と適用に関する覚え書き」387～394頁の考察のほか、米国法であるが、中川丈久「行政裁量と司法裁判所の思惟律（2完）」法学協会雑誌107巻5号（1990年）818頁、829～831頁（法律問題・事実問題・混合問題）も参照。

(法解釈で結論を正当化する) 推論の一切を、「法的判断」と呼ぶこととしたい。たとえば、法律が一年以内の停職処分をすることができると定めている場合に、行政機関が二年の停職処分をすることは違法である。また、法律が日本刀剣と外国刀剣双方の登録規則(委任立法)を定めるよう求めていると解釈される場合に、行政機関が日本刀の登録基準しか定めないことも、違法である。このような推論は法的三段論法ではないものの、法解釈に先導されているので、法的判断の例である。

法的判断以外の推論の仕方を、まとめて「非法的判断」と呼ぶことにする。たとえば原発の安全設計や、道路建設のルート設定を、原子炉事故や交通渋滞のシミュレーション、関係者(ステークホルダー)の意向などによって決める(正当化する)ことである。

三 行政法における解釈と裁量

1. 行政法の解釈方法

(1) 法令解釈の方法

行政法学は長らく法令解釈の方法論を等閑視してきたため、その分類について特段の議論はない。そこで私は行政法分野の法令解釈の方法について、表2に示す四分類(文理・趣旨目的・立法過程史・上位法適合)⁽⁶⁾を提案している。これは、解釈の正当性の淵源としてなにに着目するかによる分類である。この分類をすることにより、判決理由がどのような解釈論上の技巧を用いてその解釈を導いたのかを可視化することができる。

(6) 中川丈久「行政法解釈の方法」山本敬三・中川丈久編『法解釈の方法論』(有斐閣、2021年)65頁を参照。

[表2] 法令解釈の方法の分類

法令解釈の方法		解釈の着眼点（＝正当性の淵源）
(1)文理解釈		条文の国語的理解
(2)趣旨目的解釈		当該法制度の存在理由（趣旨目的）
	①法理解釈	当該制度について法律コミュニティが共有する信念（適正手続、比例原則、不法動機に支配された権限行使の禁止、権利特権の区別、利益なくして訴えなし等）
	②仕組み解釈	政策規範における施策・実効性確保・情報収集の各機能
	③経済分析解釈	人の行動原理に関する経済学上の理解
	④社会通念・行政需要解釈	社会通念に照らして正当化できる行政需要
(3)立法過程史解釈		国会審議・審議会・検討会の議論や、そうした議論の不存在（長年の行政解釈の容認）
(4)上位法適合解釈		上位法への適合性
	憲法適合解釈	法令・条規の憲法適合性
	法律適合解釈	自主条例の法律適合性
	委任適合解釈	委任立法の委任の範囲趣旨への適合性

いくつか注記しておきたい。

第一に、(1)文理→(2)趣旨目的（①→②→③→④）→(3)立法過程史の順に検討するのが自然な順序であり（むしろ、順序にこだわる必要はないし、適宜飛ばしてもよい）、そこで得られた解釈をふまえて、必要に応じて、(4)上位法適合

- (7) (1)文理、(2)趣旨目的、(3)立法過程史を用いて法文の解釈を特定しなければ、上位法適合性の判定は不可能である。実際に裁判例は、そのように判示を進めている（後掲注75を参照）。上位法適合解釈の必要が無ければ、「憲法判断の回避」——「違憲判断の回避」ではない——が生じる。同様に、自主条例が法律違反か否か、委任立法が委任規定違反か否かの判断回避も生じる。

この(1)文理、(2)趣旨目的、(3)立法過程史による解釈は、世田谷事件（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁）と堀越事件（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）における千葉勝美補足意見がいう「憲法判断に先立ち、国

解釈を行う。なお、外部向けの文書（判決理由、当事者主張書面、判例評釈など）では、解釈者が決め手と考える解釈方法だけ記す。複数の解釈方法の併せ技ということもある。「文理及び趣旨目的から……と解され、そう解される限り合憲である」というようにである。

第二に、文理解釈以外の方法、とりわけ趣旨目的解釈と上位法適合解釈は、明文から離れた解釈であっても正当化しうるテクニックである。明文（＝文理）の一部を削除したり、変更したりする解釈のほか、明文にない法制度を付加する解釈さえも行われる。たとえば、明文なき職権取消しや撤回の権限、建築確認留保の特例、新たな免訴事由、明文なき適正手続などを追加する最高裁判決がある⁽⁸⁾。これらは、いわゆる法解釈の創造性⁽⁹⁾（司法立法に至らない範囲、正当性の認められる限りの）と呼ばれてきた現象である。

(2) 上位法適合解釈

この四種のうち、本稿のテーマに最も緊密に関連する解釈方法が、上位法適合解釈である。上位法とは、規範間の上下という意味である（それゆえ本稿では、行政処分や契約、職務命令等を規律する法令を、行政処分等に対する上位法とは呼ばない）。

家の基本法である国家公務員法の解釈を、その文理のみによることなく、国家公務員法の構造、理念及び本件罰則規定の趣旨・目的等を総合考慮した上で行うという通常の法令解釈の手法」に相当する。

- (8) 明文なき職権取消しや撤回の権限が判例学説上、仕組み解釈で認められていることについて、中川丈久『「職権取消しと撤回」の再考』『行政と国民の権利（水野武夫先生古稀記念論文集）』（法律文化社、2011年）366頁、及び中川・前掲注6「行政法解釈の方法」103～104頁を参照。品川建築確認留保事件（最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁）は社会通念・行政需要解釈による明文規定の変更であることについて、中川・前掲注6「行政法解釈の方法」97～99頁を参照。上位法（憲法）適合解釈による制度の追加例については、後掲注70を参照。
- (9) 行政法分野での指摘例として、田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957年）175～177頁。他法分野におけるかつての法解釈論争から、現在の法創造の状況について、山本・中川・前掲注6『法解釈の方法論』の各論文を参照。

上位法適合解釈として、私は、三種の法令解釈（法令条規の憲法適合解釈、自主条例の法律適合解釈、委任立法の委任適合解釈）をグルーピングしている。次の共通構造が見られるからである。

- 〔ア〕 下位法の上位法適合性を判定する（憲法適合審査〔違憲審査〕・法律適合審査〔「法律と条例」の審査〕・委任適合審査〔「委任の範囲趣旨」の審査〕）。もし不適合であれば
- 〔イ〕 修整解釈（不適合を解消させた憲法適合解釈・法律適合解釈・委任適合解釈）を示す、又は修整立法の機会を設けるための差戻機能を期待できる事件処理をする。

修整解釈は、文理、趣旨目的、立法過程史から得られる下位法の解釈（法文の定義・判定方法・典型例）に、上位法との齟齬を解消するための削除や付加その他の変更を加えたものである。

たとえば、高知市普通河川条例事件（最判昭和53年12月21日民集32巻9号1723頁）は、〔ア〕河川施設の所有者の同意を求めない条例の規定が、河川法に反すると判定し、〔イ〕「河川法の趣旨に即しこれと調和しうるよう本件条例の右規定を解釈すれば」として、「堤防、護岸……等の施設」とだけ定める条例の文言を、「当該施設を管理する者の同意を得たものをいうものと解するのが相当」と限定する修整解釈を示した。そしてこの法解釈をもとに（つまり同意の有無の事実認定を行ったうえで）、除却命令処分が違法かどうかを審理せよという事件処理を行った（原審差戻し）。

泉佐野市民会館事件（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）が、「本件条例は、同法〔地方自治法〕244条の2第1項に基づき、公の施設である本件会館の設置及び管理について定めるものであり、本件条例7条の各号は、その利用を拒否するために必要とされる右の正当な理由を具体化したものであると解される」としたのは、〔ア〕自主条例の文理が広く、その解釈次第では地方自治法違反となることを踏まえ、〔イ〕自主条例の法律適合解釈を示す例である。上尾

市福祉会館事件（最判平成8年3月15日民集50巻3号549頁）も同様である。

国籍法違憲訴訟（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）は、〔ア〕国籍法が準正を国籍要件とする部分が憲法14条1項に違反すると判定し、〔イ〕修整解釈として、準正を国籍要件から取り外すこととした。そしてその修整解釈を具体的事実に適用して（法的三段論法）、被上告人（原告）が日本国籍を有することを確認するという事件処理を行った（破棄自判）。

他方で、裁判所が一義的な修整解釈を導けないこともある。修整解釈を示せるかどうかは、既存の条文がどのような作りであるかという偶然に大きく左右されるからである。修整解釈を示せない場合は司法立法を避けるため、立法権限をもつ国会（法律）・地方公共団体（自主条例）・行政機関（委任立法）が修整を行う機会を設けるための差戻しという機能が期待できる事件処理を工夫する必要がある（以下、「差戻的事件処理」と呼ぶ）。

たとえば、銃刀法刀剣登録事件（最判平成2年2月1日民集44巻2号369頁）の反対意見を考えると、〔ア〕登録対象を日本刀に限る登録規則（委任立法）は外国刀剣を含めていない点で銃刀法の委任規定に違反するが、〔イ〕外国刀剣の鑑定基準がどのようなものとなるべきか、その基準のもとで原告のサーベルが登録されるべきか、裁判所に不明である。そこで、登録拒否処分の取消判決をしておけば、取消判決の効果として行政機関は登録規則を定め直すので、原告はそのまま登録審査を受け直すことができる。

もうひとつ例を挙げると、在外国民審査権事件（最大判令和4年5月25日民集76巻4号711頁）は、〔ア〕最高裁判所裁判官国民審査法は在外国民の審査権行使を認めない点で憲法15条1項等に違反するが、〔イ〕修整解釈として国民審査法の条文がどのような形をとるべきかまでは一義的に決まらない（なお、在外国民選挙権訴訟〔最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁〕が公職選挙法の修整解釈を示せたのは、公職選挙と国民審査の仕組みの違いゆえである）。それゆえ原告が次回審査権を行使できるかも一義的に決まらないことから、次回の国民審査権の存在確認の訴えは請求棄却とした。その一方で、「国が個々の在外国民に対して次回の国民審査の機会に審査権の行使をさせないことが違法

である」旨の確認判決を行った。国会による修整立法の機会を設けるための差戻的事件処理である。

なお、刑事事件において、法令に憲法違反があると判定したもののその修整解釈が一義的に決まらない場合は、被告人を無罪とするほかない。構成要件が不明だからである。判決を受けて立法機関が修整立法をすることがあっても、事後法であるから当該被告人に適用があるわけではない。しかし修整立法が期待できるという点で、この無罪判決も差戻的事件処理の一形態である。

2. 解釈と裁量の関係

(1) 行政裁量の存在理由

民事法や刑事法の解釈ではなく、行政法の解釈にだけ見られる大きな特徴が、行政裁量の存在である。ここでいう裁量は、いうまでもなく対司法で観念される裁量である⁽¹⁰⁾。いくつか基本的なことを確認しておきたい。

第一に、行政裁量が認められる余地があるのは、法令が行政機関に権限（行政処分、委任立法、計画決定、勧告、入札指名、職務命令等）を付与する条文についてである。逆に、法令上自動発生する行政上の法律関係（所得税等の納税義務、過誤納金の還付請求権、自動失職、届出義務など）の法律要件を定める条文は、行政判断が介入しないという作りなので、行政裁量も存在しない（ただし、自動発生の法律要件を定める委任立法があれば、その委任立法の制定に裁量が存在しうることはいうまでもない⁽¹¹⁾）。

第二に、そのような権限を与える条文を解釈する過程で、裁判所が、法文の定義の一部、判定方法の一部、そして非典型事例の振り分けの全部ないし一部

(10) 裁量の用語法として、「対立法概念」と「対司法概念」を区別すべきことについて、芝池義一『行政法読本（第4版）』（有斐閣、2016年）64～65頁及び曾和俊文『行政法総論を学ぶ』（有斐閣、2014年）177～187頁を参照。本稿は一貫して、「対司法概念」としての裁量のみを扱う。

(11) そのような委任立法が争われた例として、医薬品ネット販売禁止省令事件（最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁）がある。

が非法的判断に委ねられていると解するとき、その箇所が行政機関の裁量（行政裁量）に委ねられる。裁判所は法的判断しかないからである。

最高裁判決によく登場する非法的判断は、次の三つである（これ以外にもありうるが、本稿ではさしあたりこの三つで論じる）。将来予測を要するという意味で法的規律に馴染まない政策的判断⁽¹²⁾、専門家コミュニティの知見の動向次第であるという意味で法的規律に馴染まない科学技術的判断⁽¹³⁾、込み入った背景事情や内情まで知る者こそが能くなしうるため、画一的な法的規律に馴染まない実情通暁者による判断⁽¹⁴⁾である。これらのうち二種類の判断が複合したものとさ

- (12) 旅券発給拒否処分事件（最判昭和44年7月11日民集23巻8号1470頁。旅券発行による外交的影響の判断）、汚物取扱業不許可処分事件（最判昭和47年10月12日民集26巻8号1410頁）、日光太郎杉事件控訴審判決（東京高判昭和48年7月13日行集24巻6＝7号533頁）、酒類販売業免許事件（最判平成10年7月16日判例時報1652号52頁）、三菱タクシーグループ運賃値上事件（最判平成11年7月19日判例時報1688号123頁。運賃水準がタクシー産業と利用者に与える影響の判断）、林試の森事件（最判平成18年9月4日判例時報1948号26頁。「将来の見通しを勘案して」おこなう判断）、小田急線立体交差事業事件（最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁。「都市施設について、……将来の見通しを勘案して」おこなう「政策的、技術的な見地から判断することが不可欠」）など。あわせて後掲注15も参照。

第2鳩タクシー事件（最大判昭和52年2月23日民集31巻1号93頁）が、労働組合法上の救済命令について、「労使関係について専門的知識経験を有する労働委員会に対し、その裁量により、個々の事案に応じた適切な是正措置を決定し、これを命ずる権限をゆだねる趣旨」とするもの、ここに位置付けられようか。

- (13) 温泉掘削許可事件（最判昭和33年7月1日民集12巻11号1612頁）、伊方原子炉設置許可事件（最判平成4年10月29日9日民集46巻7号1174頁）、家永教科書検定第一次訴訟（最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁）、家永教科書検定第三次訴訟（最判平成9年8月29日民集51巻7号2921頁）、もんじゅ原子炉設置許可事件（最判平成17年5月30日民集59巻4号671頁）、普天間基地特別採補許可事件（最判令和3年7月6日民集75巻7号3422頁。「水産資源の保護等に関する専門技術的な知見を踏まえ、……行政庁の裁量判断に委ねる」）など。
- (14) 農地売渡処分事件（最判昭和28年7月3日民集7巻7号811頁）、京都府立医科大学事件（最判昭和29年7月30日民集8巻7号1501頁。「（学生懲戒は）学内の事情に通じようし直接教育の衝に当るものの裁量に任すのでなければ、適切な結

れることもある⁽¹⁵⁾。なお、最高裁判決は、行政処分や計画決定の権限については

果を期することができない」、運転免許取消処分事件（最判昭和39年6月4日民集18巻5号745頁。「各事案ごとにその具体的事実関係に照らして判断することを要し、この限度において公安委員会には裁量権が認められている」、神戸全税関事件（最判昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁。「庁内の事情に通曉し、部下職員の指揮監督の衝にあたる者の裁量に任せるのでなければ、とうてい適切な結果を期待することができない」、マクリーン事件（最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。マクリーンをどういう人物と評価するかの判断）、足立江北医師会事件（最判昭和63年7月14日判例時報1297号29頁。自治行政と医師会の接続という判断）、仮換地指定処分取消請求事件（最判平成元年10月3日金融・商事判例836号33頁）、神戸高専剣道拒否事件（最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。「原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきもの」）、指紋押捺拒否再入国不許可事件（最判平成10年4月10日民集52巻3号776頁。申請者の事情をどう勘案するかの判断）、発信不許可処分取消等請求事件（最判平成11年2月26日判例時報1682号12頁）、呉市教育委員会事件（最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁。「学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられている」、獅子島海岸占用許可事件（最判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁。「地域の実情に即してその許可の判断をしなければならぬ」、土地区画整理事業事件（最判平成24年2月16日判例時報2147号39頁。「施行者の合目的的な見地からする裁量の判断に委ねざるを得ない面がある」、芸文振助成金不交付決定事件（最判令和5年11月17日民集77巻8号2070頁。「芸術等の実情に通じている必要がある」）など。

- (15) たとえば都市施設の計画決定については、都市の将来像に関する政策的判断だけでなく、地元住民の意向等を汲んだ実情通曉者としての判断をする必要もあると性格付けている。前掲注12の林試の森事件最判は、「（土地）利用等の現状及び将来の見通し」と判示し、実情通曉者の判断（「現状」と、政策的判断（「見通し」）に裁量を認める。前掲注12の小田急線立体交差事業事件も、「都市施設について、土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して」おこなう「政策的、技術的な見地から判断することが不可欠」とするから、実情通曉者の判断と政策的判断の双方の性質をもつと判示している。

普天間基地特別採補許可事件（最判令和3年7月6日民集75巻7号3422頁）は、「水産資源の保護等に関する専門技術的な知見を踏まえて、当該申請に関する諸般の事情を総合的に考慮するとともに、漁業法等の目的等を勘案した知事の裁量に委ねられている」と判示するので、科学技術的判断と実情通曉者の判

こうした判断の性格付けを述べるのが通例であるが、委任立法の権限については、判断の性質に言及しないことが多い（行政裁量を認めることが争いにならないからであろうか）⁽¹⁶⁾。

法令がこのような非法的判断を要求するとき、行政機関は、その判断を行うのに必要な能力や知見、経験を獲得しなくてはならない（それができていたかどうか、後述する合理性審査の対象となる）。別の言い方をすると、“行政機関には司法がもちえない能力が備わっているので行政裁量を認める”などという法令解釈をするわけではない。たとえば、法令が専門家から成る審議会への諮問手続を定めるなどして行政機関が司法にない能力や知見、経験を得る態勢にあることが、行政裁量を認める法令解釈の根拠となるわけではない⁽¹⁷⁾。審議会等がなくても、行政機関は、専門家を訪ねたり検討会を開催したりして、能力、知見、経験を獲得することができるからである。

断の組合せの例とみられる。辺野古承認職権取消訴訟（最判平成28年12月20日民集70巻9号2281頁）も、公有水面埋立法4条1項1号要件（国土利用上適正且合理的ナルコト）該当性は、本来、政策的判断と性格付けるべきものと思われるが、同時に、現地の実情通曉者がすべき判断であるとも位置付けたようである。他方、同条2号要件（環境保全・災害防止）該当性は、科学技術的判断とのみ位置付けているようである。

- (16) 数は少ないが、委任立法の判断の性格に言及する最高裁判決はある。科学技術的判断と性格づけたと思われるものに、銃刀法刀剣登録事件（最判平成2年2月1日民集44巻2号369頁。「その鑑定の基準を設定すること自体も専門技術的な領域に属するものとしてこれを規則に委任したもの」）、常用平易文字訴訟（最決平成15年12月25日民集57巻11号2562頁。「専門的な観点からの検討を必要とする上、上記の事情の変化に適切に対応する必要があることなどから、その範囲の確定を法務省令にゆだねたもの」）がある。政策的判断と性格づけたと思われるものに、生活保護老齢加算廃止・東京訴訟（最判平成24年2月28日民集66巻3号1240頁。「これを保護基準において具体化するに当たっては、高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とする」）、生活保護老齢加算廃止・福岡訴訟（最判平成24年4月2日民集66巻6号2367頁。「厚生労働大臣に上記のような専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権」）がある。
- (17) 阿部泰隆『行政法再入門（上）第2版』84頁（信山社、2016年）（行政裁量・行政の専門性の勘違い）。

第三に、法令が行政裁量を認めるか否かの解釈をするにあたり、文理解釈が有効なことはさほどない。⁽¹⁸⁾ 仕組み解釈を使って行政裁量を析出することが一般的である。すなわち、政策規範における施策・実効性確保・情報収集という仕組み（構造）に照らして、それぞれの法文の一部を、政策的判断、科学技術的判断、実情通曉者の判断に委ねることが政策目的の効果的な実現に繋がると期待されるときに、行政裁量に委ねると解釈するのである。

他方、訴追裁量など、不利益処分を選択判断（するしない、種別、内容の選択）が行政裁量に委ねられるのは、不利益の過剰と過少を防ぐという衡平的正義の観点から実情通曉者のケースバイケースの判断に委ねることが適切だとする法理（信念）⁽¹⁹⁾ 解釈によって、裁量を認める例である。なお、20世紀前半の古典学説は、文理解釈のほか、種々の法理解釈による裁量存否の判定を提案していた。⁽²⁰⁾

- (18) 文理解釈できる例は、行政機関情報公開法5条3号及び4号（「おそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」）、独占禁止法7条の2第1項（「課徴金を国庫に納付することを命じなければならない」）などごくわずかである。

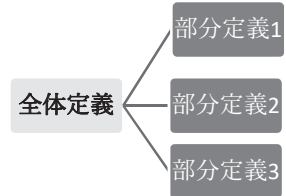
たとえば、「懲戒することができる」「許可することができる」という文言が、権限の授権だけでなく、行政裁量を認めることまで意味するかというと、文理だけで結論はつかない。権限行使の判断過程のどこになぜ裁量を認めるかといった細かな判定が必要だからである。

- (19) 本稿では1910年代から1950年代までの約50年間の行政法学説を古典学説と呼び、次の文献を用いる。渡邊宗太郎「裁量処分」法学論叢31巻3号（1934年）155頁、佐々木惣一「行政機關の自由裁量」法と経済1巻1号（1934年）20頁、美濃部達吉『日本行政法上巻』（有斐閣、1936年）のほか、移行期のものとして、田中二郎の1957年出版の前掲注9『行政法総論』を含める。現在の視点から改めて読み直すと、いずれも滋味深い。
- (20) 佐々木説は、文理及び法令に直接標準の定めがあるか、美濃部説は、文理及び権利と特権の区別を用いる解釈を提唱する。法令における直接標準の定めや権利と特権の区別の箇所が、私のいう法理（法律家コミュニティの信念）である。これに対して、田中・前掲注9『行政法総論』289頁は、文理や法理という静的視点に加えて、「法の趣旨目的の合理的・目的的解释」という動的な視点を持ちこんだ点に、現在の議論への移行が見られる。同書179～183頁における行政法

(2) 行政裁量の析出方法

法令解釈の過程で行政裁量が析出される様子 [図1] 定義と裁量
を具体的に説明すると、次のとおりである。

まず、法文の定義の一部が行政裁量に委ねられると解釈された例として、原子炉等規制法の許可処分の要件規定「災害の防止上支障がないもの」がある。伊方原子炉設置許可事件（最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）はこの文言を解釈して、「災害が万が一にも起こらないようにするため、原子炉施設の位置、構造及び設備の安全性を確保されたもの」という全体定義を示した。そのうえで、この定義という「位置、構造、設備が安全性を確保された」状態とは何かについて（つまり定義の各部分について）、「原子力工学はもとより、多方面にわたる極めて高度な最新の科学的、専門技術的知見に基づく総合的判断が必要」——非法的判断が必要——と解釈した。原子炉等規制法は、全体定義という最上層については自ら意味を決めているので、解釈を示せるが、それより下の層、すなわち部分定義の意味を自らは決めておらず、行政裁量に委ねているという解釈である（図1の濃い部分が行政裁量）。



次に、法文の該当性を判定する方法の一部が行政裁量に委ねられるとした例が、教科書検定事件である。家永教科書検定第一次訴訟（最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁）は、教科書検定合格処分の要件を定める検定基準（学校教育法の委任立法）の解釈として、「申請図書について、内容が学問的に正確であるか、中立・公正であるか、教科の目標等を達成する上で適切であるか、児

解釈方法論への関心（「合目的的な解釈」をすべきとの主張）は、その布石であるように思われる。

佐々木説や美濃部説（とくに前者）の読み直しと再評価の試みとして、山下竜一「京都学派の行政裁量論」『行政法理論の基層と先端（稲葉馨先生・亘瑠格先生古稀記念）』（信山社、2022年）83頁、小川亮「司法審査の基礎(1)」国家学会雑誌135巻7・8号（2022年）200頁が興味深い。私の読み方は後掲注56～58及びそれに該当する本文で述べる。

童、生徒の心身の発達段階に適応しているかなどの様々な観点から多角的に行われるもの」という判定方法を示した。そのうえで、当該判定は「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」——非法的判断に委ねられる——と解釈した。考慮義務要素（学問的正確性、中立公正さ、教科目標適合性、発達段階適合性）までを解釈として示したうえで、それ以外に、考慮可能要素⁽²¹⁾として何を加え、さらに各要素をどう総合考慮するかは、検定基準自らは定めておらず、行政裁量に委ねているという解釈である（図2の濃い部分が行政裁量）。

最後に、典型例でない事例（非典型例）の取扱いが、行政裁量に委ねられる場面をみておく。たとえば貸金業法の「役員」という文言の積極例にも消極例にも当たらない非典型例（実質的支配をする非役職者など）の「役員」該当性を、法適用で解決できると解すれば行政裁量はなく、逆に、非法的判断に委ねるべきだと解するならば、行政裁量に委ねる解釈をしたことになる（図3の濃い部分が行政裁量）。

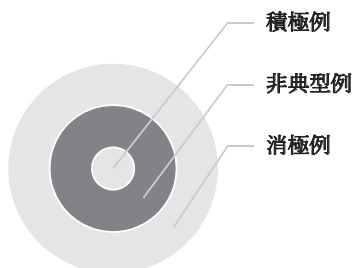
（3）行政裁量の所在箇所

裁判所は、以上のような行政裁量の析出作業を、委任立法については委任の範囲ないし趣旨を理解する手掛かりとなる関係法文を解釈する過程で、また、

〔図2〕 判定方法と裁量



〔図3〕 典型例と裁量



(21) 芝池・前掲注3「行政決定における考慮事項」573頁がいう「裁量的考慮事項」である。

計画決定については、計画基準を定める法文を解釈する過程で行う。

行政処分については、処分要件（不利益処分の処分事由、許認可や交付の要件）を定める規定、及び処分選択（不利益処分をしない・種別・内容の選択、許認可や交付の内容や付款の選択）を定める規定を解釈する過程で行う。処分要件該当性の判断のうちで行政裁量に委ねられた部分を、一般に、要件裁量と呼ぶ。処分選択絞り込みの判断のうちで行政裁量に委ねられた部分を、効果裁量、行為裁量、又は選択裁量などと呼ぶ⁽²²⁾（私は、選択裁量と呼ぶ）。聴聞や理由提示などの適正手続に関する規定の解釈の過程で裁量が析出されることは原則としてない。行政機関が守るべき適正手続が、いつどのように行われるべきかは、法解釈が先導する判断だからである。

念のため付言すると、行政処分において、証拠による具体的事実の認定というプロセスに行政裁量を認める余地はなく、また、行政処分の要件規定や選択規定が「法適用」（包摂過程）であるならば、そこに行政裁量が存在する余地もない⁽²³⁾と考えるべきである。行政裁量の行使により一般的基準が定立されても、

(22) 宮田三郎『行政裁量とその統制密度』（信山社、1994年）14頁。

(23) 塩野・前掲注3『行政法Ⅰ（第6版）』138～139頁は、行政処分における行政裁量の所在を考えるにあたり、A事実認定、B要件の認定、C手続の選択、D行為の選択、E時の選択の五つに分けている。

しかし、Aのうち、少なくとも具体的事実の認定（証拠の有無）のプロセスが、非法的判断たる行政裁量に委ねられることはない（米国法では、適正手続さえあれば、裁判官でも陪審でも行政機関でも自らの権限としてこれを行えるが、これが非法的判断だと考えられているわけではない）。Bについては、法解釈への包摂という意味であれば、法解釈上必要な具体的事実が揃っているかという法適用に他ならないから、法的判断（三段論法）であって、行政裁量たりえない。法適用と裁量の概念関係については、角松・前掲注4「行政法における解釈と適用に関する覚え書き」392～394頁の考察も参照。

重要なことは、“必要な具体的事実群が揃っているか”の決定における“必要な”の基準がどこからくるかである。法解釈によって“必要な”の範囲が決まるならば、法的三段論法（法的判断）であるのに対し、政策的判断・科学技術的判断・実情通暁者の判断から“必要な”範囲が決まるのであれば、非法的判である。そして両者が共存するときを、私は行政裁量の外側と内側に分けるのである。

法解釈が裁量に委ねられているわけではない。⁽²⁴⁾

3. 行政裁量の外側と内側

(1) 行政裁量の外側——法解釈審査

権限行使の規定から行政裁量を析出できた場合、裁判所は、行政裁量の「外側」と「内側」を区別して審査する。このことを裁量の「ドーナツ構造」と呼ぶこともできる（ドーナツの中空部分が裁量の内側であり、ドーナツの輪の部分が外側であるという喩えである）。

まずは、「行政裁量の外側」を説明する。前項2(2)で明らかにしたように、行政裁量は常に、法解釈で導かれた外枠——全体定義、判定方法（考慮義務・考慮禁止の各要素）、典型例（積極例・消極例）——に囲まれている。それゆえ行政機関がこの外枠を“押し破った”ならば、裁判所は、誤った法解釈に基づく違法な権限行使であったと評価しうる。

すなわち、行政機関が、⁽²⁵⁾ 法文の全体定義の解釈を取り違えた、⁽²⁶⁾ 考慮義務要素の検討を欠落させた（考慮欠落）、考慮禁止要素を用いて結論を導いた（他事

(24) 法令解釈を裁量に委ねる余地もあるはずだとする黒川哲史「行政機関による法解釈とその裁量統制」『行政法学の未来に向けて（阿部泰隆先生古稀記念）』（有斐閣、2012年）673頁は、裁判所が行政裁量の外側（外枠）を狭く解釈することが望ましいことがあるという主張にはかならないと思われる。角松・前掲注4「行政法における解釈と適用に関する覚え書き」394～400頁も参照。

(25) たとえば、銃刀法刀剣登録事件（最判平成2年2月1日民集44巻2号369頁）の反対意見は、銃刀法の登録制度は必ず外国刀剣も対象としなければならないと解した。これは、登録規則を定めた行政機関が、登録制度の対象たる刀剣は何かという全体定義の解釈を誤ったという指摘である。同意見は、これにより、登録規則（銃刀法に基づく委任立法）が日本刀の鑑定基準しか設けないことを違法とした。

(26) 第2鳩タクシー事件（最大判昭和52年2月23日民集31巻1号93頁）など。

考慮⁽²⁷⁾）、典型例の解釈を取り違えた⁽²⁸⁾、というように行政機関が法解釈を誤っていると、それだけで権限行使を違法としうるのである。なお、権限行使が違法であるとの評価に直結しないことが稀にあるので、当該違法事由が結論に影響を及ぼす余地がいささかでもあるかを検討しておく必要がある⁽²⁹⁾。

以上のような審査ができることについて、学説上の異論はない⁽³⁰⁾。しかし名称

-
- (27) 日工展ココム事件（東京地判昭和44年7月8日行集20巻7号842頁）は、通産省が、輸出承認の処分要件（承認要件）を定めた貿易管理令1条6項には、申請物資が「ココム違反でないこと」も含まれると解釈し（考慮義務要素として、又は考慮可能要素とする裁量があるとして）、実際にココム違反物資であることを理由に輸出不許可とした事案である。東京地裁は、ココム違反物資であるか否かは考慮禁止要素である（輸出不許可の根拠としない事柄）と解釈したうえで、本件不許可を違法とした。東京地裁は、許可要件該当性の判断に行政裁量に委ねられる部分があるとの解釈を示したが、結果的にはそのことは事件処理を左右しない事案であった。
- (28) 委任立法にかかる常用平易文字訴訟（最決平成15年12月25日民集57巻11号2562頁）は、「『曾』の字は、社会通念上明らかに常用平易な文字であるとした原審の判断は相当である」と判示するので、法律が積極例として「曾」を含めているとの法律解釈によって事件を処理する例である。また、行政処分にかかる温泉掘削許可事件（最判昭和33年7月1日民集12巻11号1612頁）は、許可要件該当性の判断に専門技術的裁量ありとしつつ、法令の解釈適用により不許可とする余地のない典型的な事案であると判断したとみる余地のある判決である。
- (29) 行政機関が全体定義を取り違えたが、正しい全体定義のもとでも、偶然に同じ結論になったり、行政機関の他事考慮の部分を取り除いても、残りの考慮要素から同じ結論が出てきたりすることはある。このような場合に裁判所は、事件処理の効率性の観点から、権限行使を違法とはしない。風俗営業名義貸し事件（最判平成12年3月21日判例時報1707号112頁）がその例である。また、芸文審映画助成金不交付決定事件（最判令和5年11月17日民集77巻8号2070頁）は、「消極的な考慮事情として重視することはできないというべきである。そして、……ほかに本件助成金を交付することが不合理であるというべき事情もうかがわれないから」として、問題点を除外しても、不交付という結論が変わらないという事情のないことを確認してから、不交付決定処分を違法とした。
- (30) たとえば、田村悦一「裁量権の逸脱と濫用」『行政法の争点（初版）』（有斐閣、1980年）90頁、92頁（「裁量であっても、法の許容した明文の枠を逸脱した行為（裁量の外部的限界ともいわれるもの）が違法とされるのは当然である」）、

がないので、本稿ではこれを「法解釈審査」と呼ぶことにしたい。法解釈に先導される法的判断だけで権限行使の適法違法を審査するからである。

二点、付言しておきたい。まず、裁判所が法令解釈としては行政裁量を認めておきながら、判断代置して事件を処理することがある。これは、裁判所が法令解釈で典型例を導いたうえで、当該事案がそれにあたることを法的三段論法で導けたという、極めて稀な場面である。次に、他事考慮⁽³¹⁾という語は、学説上非常に多義的に使われるが、本稿では考慮禁止要素を決定の根拠とするという⁽³²⁾意味にだけ用いる。決定の背後にある動機は、決定の法的根拠（正式な根拠）⁽³³⁾

小早川光郎「裁量問題と法律問題」『法学協会百周年記念論文集第2巻』（有斐閣、1983年）330頁、338～339頁（「裁量権の踰越なるものの意味を考えるならば、……法が禁じている態様でその裁量権を行使したということにはかならず、したがって、法の羈束が存在する場合に行政機関がその法の解釈適用を誤り、その結果、法の羈束に違反して行動したということと、その性質において何ら異なるところはない」、塩野・前掲注3『行政法Ⅰ（第6版）』151頁（「要考慮事項（逆に不可考慮事項）が何であるかは法の解釈を通じて導き出される」、阿部・前掲注17『行政法再入門上（第2版）』259頁（「行政裁量とは法の枠内における判断・行動の余地であるから、法の枠が何処まで認められているかの判断は行政裁量ではありえない」、小早川光郎『行政法講義下Ⅱ』（弘文堂、2005年）192～193頁（「法の羈束の及ぶ法律問題と行政庁に裁量権が認められる裁量問題」、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009年）58頁（「行政決定過程での考慮要素の解釈論的な抽出と、それらが適正・合理的に考量されたかという観点からの個別具体的な当てはめ」の区別）など。

- (31) 前掲注28の最高裁判決がその例である。裁判所が法令解釈として行政裁量を認めておきながら、判断代置することがあるという現象は、米国法でも注目されていた。中川・前掲注5「行政裁量と司法裁判所の思惟律（2完）」842～843頁を参照。
- (32) たとえば、兼子仁『行政法学』（岩波書店、1997年）135～136頁、原田尚彦『行政法要論（全訂第7版補訂2版）』（学陽書房、2012年）152頁は、他事考慮に「不正な動機」も含める。高橋直人『行政裁量と内部規範』（晃洋書房、2021年）163～169頁も「目的違反・動機の不正」に使う。不法動機の位置付け方については、後掲注54及びそれに該当する本文で述べる。
- (33) この用語例として、芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』（有斐閣、2006年）84～86頁は「他事考慮」に不正動機を含めておらず、塩野・前掲注3『行

ではないから、他事考慮の概念に含めないこととする。

(2) 行政裁量の内側——合理性審査

次に、「行政裁量の内側」すなわち裁量判断そのものについて、裁判所はどう関わるべきか。

古典学説は、「便宜裁量」（本稿でいう行政裁量の内側）の「不審理原則」を掲げつつ、実は、完全な不審理としたのではなく一定の関与も示唆していた（次項 (3) で述べる）。最高裁も昭和20年代から一貫して、行政裁量の内側にも関心を示してきた⁽³⁴⁾。

しかるに、法的判断しかしないはずの裁判所が、なぜ非法的判断に関与しようとするのか、その理由をうまく説明することは今でも困難である。法令は行政機関が非法的判断を的確に行うことを期待しているはずであり、行政機関がそのことを説明できないようでは法令の授權通りに行動したことになるので、裁判所がその説明ができているかを確認するべきであると、一応いえる⁽³⁵⁾。

政法Ⅰ（第6版）』151頁は「要考慮事項（逆に不可考慮事項）が何であるかは法の解釈を通じて導き出される」と述べる。

- (34) 昭和20年代の最高裁判決の例として、農地売渡処分事件（最判昭和28年7月3日民集7巻7号811頁）は、「農地委員会の右裁量が社会観念上著しく妥当を欠きその限界を越えるものと認められる場合に限る」と判示し、京都府立医科大学事件（最判昭和29年7月30日民集8巻7号1501頁）は、「その決定が全く事実上の根拠に基かないと認められる場合であるか、もしくは社会観念上著しく妥当を欠き懲戒権者に任された裁量権の範囲を超えるものと認められる場合を除き、懲戒権者の裁量に任されている」と判示していた。

こうした昭和20年代から30年代にかけての判例状況を、山田幸男「自由裁量」田中二郎ほか編『行政法講座第2巻』（有斐閣、1964年）125頁、133頁は、「最近の行政判例にはこの点〔自由裁量権の踰越と濫用〕に決め手を求めるものが多い」と指摘し、田村悦一『自由裁量とその限界』（有斐閣、1967年）177頁は、「裁判所は、行政裁量に対する審査権を留保しながら、なお行政判断の権威を尊重するという方法」をとっていると表現し、同178頁は「裁量への実質的な審理と統制」を行っていたと評している。

- (35) この説明例として、田村・前掲注34『自由裁量とその限界』178～179頁は「裁量への実質的な審理と統制」を「実質的な法治主義の実効性を確保するもの」と

しかしこの確認作業は「法の発見」(法解釈)ではない。これを法解釈とは異なる司法の役割としてどう正当化するのは、今なお残る問題である(行政訴訟における第三者の原告適格論などと並び、いまだ十全な説明ができていない現代行政法の課題のひとつである)。

この問題はともかくとして、行政裁量そのものへの関与として裁判所は何をしているのだろうか。

1990年代(平成一ケタ代)になって漸く行政法学説は、裁判例の整理として、「判断過程審査(厳格な審査:日光太郎杉事件〔東京高判昭和48年7月13日行集24巻6=7号533頁〕がプロトタイプ)・対・社会観念審査(緩やかな審査:マクリーン事件〔最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁〕及び神戸全税関事件〔最判昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁〕がプロトタイプ)」という公式的理解を生成し始め、やがて通説化した。⁽³⁶⁾ところがほぼ同時に、この公式を無視するいくつかの最高裁判決が現れた。社会観念審査ながら、厳しい裁量審査を行ったのである。⁽³⁷⁾これに衝撃を受けた行政法学説は、審査方法・審査

位置付け、塩野・前掲注3『行政法Ⅰ(第6版)』152頁は、「政府の説明責任の原則からの根拠付けも可能」と指摘し、阿部・前掲注17『行政法再入門上(第2版)』276頁は、「行政機関は立法者からの委託を個別の事案において誠実に処理する義務を負う」「立法者の信託」のゆえという。この点を佐々木惣一と田中二郎がどう説明しようとしたかについて、小早川・前掲注30「裁量問題と法律問題」340～357頁の分析を参照。

(36) この公式が誕生する母胎となったのが、1980年の田村・前掲注30「裁量権の逸脱と濫用」92～93頁が提示した整理ではないと思われる。その後、塩野宏『行政法Ⅰ(初版)』(有斐閣、1991年)101～103頁の整理を経て、亘理格「行政裁量の法的統制」『行政法の争点(第3版)』(有斐閣、2004年)116頁、117～119頁が「最小限の実体法的審査」と「中間密度型の実体法的審査」(考慮要素等に着目した裁量審査を含む)に二分し、小早川・前掲注30『行政法講義下Ⅱ』195～199頁が、「最小限審査」と「中程度の審査」を区別した(これらを社会観念審査と判断過程審査に大まかに対応させるが、完全に一対一対応させているわけではない)。現在の公式的理解の様子について、榊原秀訓『行政裁量と行政的正義』(日本評論社、2023年)7～12頁の指摘を参照。

(37) 神戸高専剣道拒否事件(最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁)を機縁とし、

基準・審査密度などの複雑なマトリクスを作って、判例を説明し直そうとして
いるところである。⁽³⁸⁾

この点について本稿は、もっとシンプルな最高裁判例の **restatement** を提案したい。

第一に、非法的判断に対して、(本来法的判断しかしない) 裁判所ができることは、裁判所や原告という素人目からみて、政策的判断、科学技術的判断、実情通曉者の判断と呼べるだけの合理性があると納得できるかを確認することに尽きる。そこで本稿ではこれを「合理性審査」と呼ぶこととし、上記の「法解釈審査」と対比させたい。行政裁量(そのもの)の審査基準という言葉を使って説明するならば、審査基準は合理性の有無だけである。

第二に、何をもって合理性の指標とするか。最高裁判例は、個々の事案の特徴に応じて——立法の体裁や、処分の性質(権利侵害性)などに一対一対応するわけではなく、あくまで個々の事案の特徴に応じて——三つの指標を使い分けており、それが審査の厳しさ(これを審査密度と呼んでもよい)の違いに見えるように思われる。

平成10年代末期に集中して現れた。呉市教育委員会事件(最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁)、林試の森事件(最判平成18年9月4日判例時報1948号26頁)、指名競争入札拒否事件(最判平成18年10月26日判例時報1953号122頁)、獅子島海岸占用許可事件(最判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁)などである。この傾向について、藤田宙靖『裁判と法律学』(有斐閣、2016年)318～319頁において藤田宙靖元裁判官は、学説における従来の公式が「妄想」であったという私の問いかけに賛同する。

- (38) たとえば、高木光『法治行政論』(弘文堂、2018年)175～187年(「社会観念審査」の多義性と変容を指摘)、村上裕章『行政訴訟の解釈理論』(弘文堂、2019年)235～247頁、榊原・前掲注36『行政裁量と行政的正義』12～54頁(審査密度の可変性)、山本隆司『判例から探求する行政法』(有斐閣、2012年)232～233頁、268～273頁、高橋正人『行政裁量と司法審査論』(晃洋書房、2019年)225～232頁など。こうした学説状況の混迷を指摘するものとして、小川・前掲注20「司法審査の基礎(1)」769～765頁がある。

- (A) 最小限の合理性審査： 行政が下した結論（許可、不許可、懲戒処分、登録規則の制定、計画決定など）の理由付けに論理破綻がないという心証を裁判所が抱くことをもって、合理性の指標とする。論理が飛躍している、重要な根拠に事実誤認があるなどが見つかれば、合理性は欠如⁽³⁹⁾している。
- (B) 中程度の合理性審査： 行政が下した結論とは別の結論（原告が求める結論）が代替案として十分に存在しうるとの心証を裁判所が形成した場合に、行政機関がその代替案には問題があると考ええる理由付けを論理破綻なく示しているとの心証を裁判所がもつことをもって、合理性の指標とする。行政機関が有力な代替案を無視ないし軽視すれば、合理性が欠如⁽⁴⁰⁾している。
- (C) 最大限の合理性審査： (B)と同じ場合に、裁判所自身が、行政の下した結論が別の結論（原告が求める結論）よりも優れているとの心証を抱

(39) 合理性の欠如として論理破綻を見出した最高裁判決として、家永教科書検定裁判第三次訴訟（最判平成9年8月29日民集51巻7号2921頁）がある。

論理破綻なしとした例は多い。京都府立医科大学事件（最判昭和29年7月30日民集8巻7号1501頁）、懲戒免職処分取消請求事件（最判昭和32年5月10日民集11巻5号699頁）、マクリーン事件（最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）、神戸全税関事件（最判昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁）、足立江北医師会事件（最判昭和63年7月14日判例時報1297号29頁）、もんじゅ原子炉設置許可事件（最判平成17年5月30日民集59巻4号671頁）、生活保護老齢加算廃止・東京訴訟（最判平成24年2月28日民集66巻3号1240頁）、同・福岡訴訟（最判平成24年4月2日民集66巻6号2367頁）など。

(40) 合理性の欠如として代替案の無視を指摘する最高裁判決として、神戸高専剣道拒否事件（最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁）、短期滞在在留期間更新不許可事件（最判平8年7月2日判例時報1578号51頁）、獅子島海岸占用許可事件（最判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁）がある。他方、合理性欠如は認められないとしたのが、小田急線立体交差事業事件（最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁）である。いずれも、常岡孝好「裁量権行使に係る行政手続の意義」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）240頁がいう「代替案の検討」をテコとした合理性審査である。

くことをもって、合理性の指標とする。裁判所が行政裁量を行使するわけではないが、行政側の説明の隅々にまで得心がいくかという非常に厳格な審査である。⁽⁴¹⁾

比較検討すべき有力な代替案が存在するという心証を裁判所に抱かせることに原告が失敗した場合、裁判所は (A) の審査しかしない。(B) と (C) は、行政機関が“不都合な事実”に目をつぶっていないといえるかどうかの審査であるから、厳しめの審査である。代替案の有力性が極めて高いという心証を裁判所が抱くと、(B) よりも (C) に傾くと想像される。なお、(B) と (C) については、米国連邦高裁が始めたハードルック審査との類似性を指摘することができ⁽⁴²⁾る。

有力な代替案が存在しそうな事案とは、たとえば、規制を緩和し又は厳格化する委任立法改正が争われる事案(従前の規制を維持することが代替案)、関係法令からすぐに着想できる代替案がある事案、これまで使用が許可されてきた⁽⁴³⁾

-
- (41) 合理性の欠如として、行政機関による代替案不採用への疑問点を逐一指摘する呉市教育委員会事件(最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁)、林試の森事件(最判平成18年9月4日判例時報1948号26頁)があるほか、日光太郎杉事件(東京高判昭和48年7月13日行集24巻6=7号533頁)は、「手段、方法の探究において、当然尽すべき考慮を尽さなかつたという点で、その裁量判断の過程に過誤があつた」と判示する(同判決の近時の再検討として、正木宏長「判断過程の統制について」前掲注8『行政と国民の権利』179頁がある)。指名競争入札拒否事件(最判平成18年10月26日判例時報1953号122頁)も、原則として村内事業のみを指名する運用について、内外不問とする代替案との比較で、裁判所自身が前者に納得がいくかを審査した例といえよう。
- (42) 準手続的ハードルック審査(行政機関にハードルックを求める)と実体的ハードルック審査(裁判所がハードルックをする)の区別について、Garland, *Deregulation and Judicial Review*, 98 Harv. L. Rev.505 (1985)を参照。前者が本稿でいう合理性審査(B)、後者が合理性審査(C)にそれぞれ対応するように思われる。
- (43) 指名競争入札拒否事件(最判平成18年10月26日判例時報1953号122頁)は、入札に関する地方自治法の諸原則から、村内業者に限定しないという代替案を容

のに、今回は不許可となった事案、⁽⁴⁴⁾一見してメリットが明らかな場所での占用許可をしない事案、⁽⁴⁵⁾複数のルートないし方式が明らかに存在する事案、⁽⁴⁶⁾原告の事情がきわめて特殊な事案⁽⁴⁷⁾などである。

ここで、いくつか補足しておく。

第一に、裁量基準が定立されている事案では、裁量基準自体やそのあてはめにつき、裁判所はこうした合理性審査を行う⁽⁴⁸⁾。

すなわち、裁量基準自体の合理性審査として、(A)の論理破綻の審査を行っ

易に導き出せた事案である。

- (44) 呉市教育委員会事件（最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁）。
- (45) 獅子島海岸占用許可事件（最判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁）。
- (46) 林試の森事件（最判平成18年9月4日判例時報1948号26頁）は、図面上明らかに、民有地案以外に公有地案が考えられる事案であり、小田急線立体交差事業事件（最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁）は、被告において三方式を比較検討していた事案である。
- (47) 神戸高専剣道拒否事件（最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁）は、必修科目である剣道を宗教上の理由で拒絶した原告が、退学処分まで受けたという事案の特殊性が、裁判所に、代替案がありうるとの心証を抱かせたのではないかと、短期滞在在留期間更新不許可事件（最判平8年7月2日判例時報1578号51頁）は、紛争の原因が行政側のミスにあるという変わった事案であるため、短期滞在ながら、あえて更新許可することも代替案たりうるとの心証を裁判所に抱かせたのではないと思われる。
- (48) 酒類販売業免許事件（最判平成10年7月16日判例時報1652号52頁。裁量基準の合理性審査、及びその基準のもとで「各種例外的取扱いの採用をも積極的に考慮し、弾力的にこれを運用するよう努め〔た〕」かという合理性審査）、伊方原子炉事件（最判平成4年10月29日9日民集46巻7号1174頁。「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……調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落が」あるかという合理性審査）、発信不許可処分取消等請求事件（最判平成11年2月26日判例時報1682号12頁。発信の取扱基準とそのあてはめそれぞれの合理性審査）、三菱タクシーグループ運賃値上申請事件（最判平成11年7月19日判例時報1688号123頁。運賃原価算定基準とその例外取扱いそれぞれの合理性審査）、指名競争入札拒否事件（最判平成18年10月26日判例時報1953号122頁。指名基準が定められる以前の「運用」の合理性審査）など。

たり、(B) ないし (C) を用いて、裁量基準案の検討過程やパブリックコメントで提案された代替案、費用便益分析⁽⁴⁹⁾をすることで得られる代替案などの取扱いの審査を行ったりする。裁量基準のあてはめ方の合理性審査も、(A) の論理破綻を審査したり、(B) や (C) を用いて裁量基準の例外扱いをする (しない) という代替案の取扱いを審査したりすることである。

第二に、最高裁が昭和20年代から使い始めた「社会観念に照らし著しく妥当を欠く」という表現は (たとえば京都府立医科大学事件〔最判昭和29年7月30日民集8巻7号1501頁〕)、実情通曉者がする判断に合理性が欠如する様を指す修辭に過ぎない。懲戒処分のような人事管理、公民館使用許可のような施設管理などには、社会観念・通念に照らして妥当な判断の幅 (素人にもわかる幅) があるからである。よって、この表現は合理性審査 (A) (B) (C) のどれにも登場しうる。他方、政策的判断や科学技術的判断に社会観念・通念は存在しないから、この語が現れることはない。⁽⁵⁰⁾ 以上から、社会観念審査なる審査基準ないし密度が存在するとは考えづらい。

第三に、判断過程審査も、裁量審査の方法、基準、密度を示す語ではない。訴訟資料の整え方を示す語と捉えるべきである。そもそもこれは日光太郎杉事件⁽⁵¹⁾で始まったわけではなく、昭和20年代から行われていた。というのも、行

(49) 日本の裁判例ではまだ見られないが、亘理格『公益と行政裁量』(弘文堂、2002年) 320～321頁、343～346頁が提案するものである。費用便益衡量を常に合理性の指標として用いようとする提案であると思われる。

(50) 前掲注15に掲げた都市施設その他の最高裁判決のように、政策的判断と実情通曉者の判断の両方の性格を有する行政裁量を認める場合は、合理性審査にあたり、社会通念に照らしてという表現が用いられる。たとえば、林試の森事件最判は、「(土地) 利用等の現状及び将来の見通し」という実情通曉者の判断かつ政策的判断であるがゆえに裁量を認め、その合理性欠如を「社会通念に照らし著しく妥当性を欠くもの」と表現する。小田急線立体交差事業事件も同様であり、「都市施設について、土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して」おこなう「政策的、技術的な見地から判断することが不可欠」として行政裁量を認め、「その内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くもの」と表現する。

(51) 山田・前掲注34「自由裁量」134頁は、昭和27年の東京地裁判決の「〔外務大

政処分、委任立法その他の権限行使が適法かどうかを検討しようとする、原告にとっても裁判所にとっても、行政機関がする理由付け——判断過程——を入手し分析することがもっとも効率的だからである。判断過程（理由づけ）は、原告の攻撃の鋭さ、被告の反論の鈍さに応じて、裁判所が徐々に深掘りするという、動態的な訴訟資料収集過程である。⁽⁵²⁾ 裁判所や両当事者は、必要などころまで深掘りした判断過程を共有しながら、どの法文が争点となるか、その法文が行政裁量を含むか、含むときは裁量の外側と内側のどちらが争点となるのかを整理していくのである。⁽⁵³⁾

臣]の判断が一応人を納得させるものであつて、前提たる事実誤認がなく、その事実から結論に至る過程が一応筋のとおりものである限り、その判断をもつともしなければならぬ」という判示を引用する。また、田村・前掲注30「裁量権の逸脱と濫用」93頁は、日光太郎杉事件のような「判断の過程に誤りが見られる」かの裁量審査は、「決して新しいものではなく、また、これまでの判例に用いられてきた」と指摘する。このほか、橋本・前掲注30『行政判例と仕組み解釈』51～60頁、155～173頁、仲野武志『法治国原理と公法学の課題』（有斐閣、2018年）304～316頁それぞれの判例分析も参照。

- (52) 訴訟の進行に応じてこうした深掘りを適切に行うことこそ、「裁量の濫用を根拠づける事実を処分の違法を主張する国民に負担させることは、通常においては不可能を強いるもの」（濱秀和『行政訴訟の実践的課題』（信山社、2012年）60頁）という指摘に対する、裁判所の回答となるはずである。

判断過程の深掘りの様を示す例として、阿部泰隆『行政裁量と行政救済』（有斐閣、1987年）10～19頁（訴訟における「理由の説明義務」（初出1984年）、常岡・前掲注40「裁量権行使に係る行政手続の意義」238～245頁（裁量決定の構成要素と過程）、山本隆司「行政裁量の判断過程審査」行政法研究14号（2016年）13～15頁（論証過程とその背後にある調査検討過程）、前田雅子「保護基準の設定に関する裁量と判断過程審査」『行政法理論の探求（芝池義一先生古稀記念）』（有斐閣、2016年）311頁（判断過程の構造・局面に応じた判断過程審査）、深澤龍一郎「行政判断の構造」同書301～305頁（考慮事項の多肢的重層的な構造、調査義務）などがある。

- (53) 山下竜一「行政法の基礎概念としての行政裁量」公法研究67号（2005年）214頁、218頁（「裁量の存否や範囲は、本案審理の最終段階で初めて明らかになる」）。

第四に、判断代置は、既述の通り（3（1））、当該事案がたまたま、法令解釈で導かれた典型例に該当するという法的三段論法を裁判所が行うことを意味する。これは行政裁量の外側への法解釈審査である。内側に対する合理性審査（A）（B）（C）いずれでもない。また、余目町国賠事件（最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁）は、不法動機に支配された権限行使の禁止という法理解釈に基づき、法的三段論法で事件を処理した例である。設置認可要件を充足するとしうえでの違法評価であるから、そもそも、行政裁量の有無と無関係である。⁽⁵⁴⁾さらに、比例原則は、行政裁量の外側の法解釈審査に登場することも、内側の合理性審査で登場することもあり、ふたつの顔をもつ。⁽⁵⁵⁾

（3）中間的まとめ

このように私は、行政裁量の外側（法解釈審査）と内側（合理性審査）を明確に区別することが重要と考えている。つまり、古典学説と同じ全体構図を維持すべきだと考えている。

-
- （54） 原審判決は、児童公園設置認可処分を法定の認可要件との関係では適法と認めたとうえで、風俗営業阻止という「動機、目的をもつてなされた本件認可処分」は「行政権の著しい濫用」として違法とした。最高裁はこれを是認したものであるから、処分要件や処分選択にかかる行政裁量となんの関係もない。村上義弘「判批」民商法雑誌80巻3号（1979年）324頁、327～330頁のフランス行政法を参照した同旨の指摘があるほか、中川丈久「行政法における『信義則』と『権利濫用禁止』の概念」法律時報90巻8号（2018年）22頁、28～29頁（余目町事件を裁量濫用の事例と理解することは誤りである）を参照されたい。これと逆の見解として、鶴澤剛「行政権の濫用と行政行為論」行政法研究39号（2021年）56頁、81～85頁がある。
- （55） 塩野宏『行政法Ⅰ（第2版）』（有斐閣、1994年）111頁（「比例原則は、厳密に言えば裁量の余地を認めないものであるが、裁量統制として用いられるときは、実質的には社会観念上著しく妥当を欠くという程度にとどまっている」）、高橋明男「比例原則審査の可能性」法律時報85巻2号（2013年）17頁、19～21頁（「憲法上の羈束」と「裁量審査基準」）、角松生史「日本行政法における比例原則の機能に関する覚え書き」政策科学21巻4号（2014年）191頁、193頁（「自由裁量の『外』において機能する」比例原則）、195頁（「比例原則が裁量統制の枠組の『中で』機能している」）などを参照。

古典学説はすでに、裁量の有無を行為単位ではなく、判断項目毎に捉え始めており、行政裁量（便宜裁量＝自由裁量）の外側と内側の双方に言及していた⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾

-
- (56) 古典学説はすでに、判断項目を細分化して自由裁量の有無を検討していた。「行為の要件」「行為の内容」「為すべきや否や」を区別する美濃部・前掲注19『日本行政法』196頁、「如何なる場合に行われ得るか」「如何なる内容か」を区別する渡邊・前掲注19「裁量處分」461～472頁、「要件」「内容」「決定（するかどうか）」を区別する田中・前掲注9『行政法総論』290頁など。
- (57) 美濃部・前掲注19『日本行政法』169頁は、為す為さないは自由裁量でも、為す範囲を超えた処分や、そもそも要件を充足しないのに為すのは、「裁量権を超越」し、違法であるとする。佐々木・前掲注19「行政機關の自由裁量」32頁は、安寧秩序を妨害する文書の出版禁止を命じうるときに、美術思想を低下せしめるものとして禁止するのは、「無権裁量」であり、違法とする。
- (58) 佐々木・前掲注19「行政機關の自由裁量」32頁は、「行政機関は、如何なる標準によることが公益に達するものであるかを誠実に考量することを要する。誠実に考量することなく、即ち其の標準が適することの信念を得ずして活動をするは違法である。之を裁量濫用と云ふ。」と述べる。これを踏襲して渡邊・前掲注19「裁量處分」461～462頁も、「羈束から自由なる行政処分に在っては行政機関自ら各個の場合に於いて何が公益かの条理法を採求してその発見したところに従って行動するのである」とする。

1980年に公表された田村・前掲注30「裁量権の逸脱と濫用」90頁は古典学説のこうした見解をとらえて、「便宜裁量においても、行政の絶対的な自由が許されるわけではなく、公益原則違反、目的違反などの基準による裁量の限界は、かねてより学説の強調するところであった」と指摘していた。亘理・前掲注49『公益と行政裁量』292～323頁（古典的裁量学説における公益適合判断の捉え方）の整理も参照。

古典学説からの移行期にあたると考えられる田中・前掲注9『行政法総論』は、同書284～289頁において「行政裁判所又は司法裁判所が行政庁の自由裁量に属する事項を審理判断することができないという原則」（自由裁量の不審理原則）を掲げる一方で、同書294～295頁では、「法が行政庁に自由裁量を認めるのは、……それが、よりよく公益の目的に合し、行政の目的を実現するゆえんであるからである。従って、法が行政庁に自由裁量を認めた目的を無視し、例えば、私利私欲のために裁量権を用いる場合とか、恣意的に、著しく公正を欠く裁量を行い、……理由なく差別的取扱をなし、その結果、著しく行政の目的に反する場合とかは、単に不当なだけでなく、違法な行為として、訴訟の対

ことに、改めて注目すべきである。移行期の学説であっても、法規裁量（法令を解釈すれば裁量無し、又は裁量の外側にある事項）と便宜裁量（裁量の内側にある事項）の「区別は必要」⁽⁵⁹⁾（田中二郎）としていた。現在の行政法学説も、本稿でいう行政裁量の外側（法解釈審査）の存在を、既述の通り異論なく認めている。

ところが不思議なことに、昭和40年代以降の学説では、裁判例において法規裁量と便宜裁量の区別は相対化しており、両者の区別に実益はないとする見解（相対化説）⁽⁶⁰⁾が急速に支配的になった。現在でも、「裁量と羈束のカテゴリ

象となし得る」とする。

なお、余目町事件の最高裁判決は、行政処分自体に法令違反はないけれども、不法動機に支配された権限行使だから違法としたものである（前掲注54参照）。田中がいうのは、そもそも行政裁量の内側がまったく空疎であり、行政処分が法令違反であるという場面である。余目町事件とはまったく異なることに注意する必要がある。

(59) 田中・前掲注9『行政法総論』283頁と、（その圧縮した記述である）田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』（弘文堂、1974年）117-118頁とで、変わらない。

(60) 早くも1964年（昭和39年）発行の山田・前掲注34「自由裁量」134頁が、「最近の裁判例には、この両者〔自由裁量と法規裁量〕の区別を相対的なものにすぎないとするものが現れている」と指摘し、「こうした考え方には、一理がある」と評価していた。そして、「行政事件訴訟の審理をめぐる諸問題（研究会6）」判例タイムズ175号（1965年）7頁以下の座談会における位野木益男、町田顕、白石健三、濱田秀和等の各判事の発言も、両者の峻別を再考すべきかどうか集中している（ただし、座談会に「相対化」という発言は登場しない）。相対化したとする昭和40年代から50年代頃の学説状況について、宮田・前掲注22『行政裁量とその統制密度』12-15頁、田村・前掲注30「裁量権の逸脱と濫用」91頁、田村悦一「裁量権の逸脱と濫用」『行政法の争点（第2版）』（有斐閣、1990年）74頁、75頁、亘理・前掲注36「行政裁量の法的統制」116頁など参照。

その一方で、原田尚彦『行政法要論（全訂版）』（学陽書房、1984年）128頁が「法規裁量事項と便宜裁量事項に対する司法審査のあり方には、いぜん若干の相違がある。両者の区分がまったく意味を失ったわけではない」と、明確な留保を加えていた（この記載は現在の版でも維持されている）が、主流となら

カルな区分は困難であって、具体的事件における裁判所の審査の密度がどの程度であるかという問題になってくる」のであり、「かかる機能的アプローチが概念的な裁量と羈束の二区分よりもすぐれていることは明らかである」(塩野宏⁽⁶¹⁾)とされている。「法律問題と裁量問題との境界線をどこに引くべきかという問題自体への関心が薄れ、主たる関心は裁量権の限界論へ注がれることになった」(亘理格⁽⁶²⁾)のである。

しかし、裁判例において「裁量と羈束」や「法律問題と裁量問題」の区別が相対化したことなど一度も無かったというのが、私の考えである。どちらもならかの司法審査を受けている点では同じであるが、異種の審査を受けているのであるから(法解釈審査と合理性審査)、区別は厳然と残っている。

この間の学説は、裁判例における便宜裁量不審理原則の崩壊——古典学説が不審理原則を徹底していたわけではないから、実はなにも崩壊していなかったのだが——に目を奪われるあまり、裁判所がどのような関与方法をとっているかの分析的観察(法令解釈に先導された審査なのか、そうではない審査なのか)が疎かになったのだろうか。その背景には、法令解釈方法論への無関心(田中二郎が例外)もあったかもしれない。

ともあれ、相対化説を前提として展開されている「裁量のコントロール手

なかった。

- (61) 塩野・前掲注3『行政法Ⅰ(第6版)』144頁、147頁。これと同旨の指摘として、芝池・前掲注33『行政法総論講義(第4版補訂版)』77～81頁、小早川・前掲注30『行政法講義Ⅱ』194-197頁などがある。

ちなみに、「要件裁量と効果裁量の相対化」(塩野・前掲注3『行政法Ⅰ(第6版)』153頁注6)についても、私は異論がある。処分要件と処分選択は明確に異なる役割をもつ規範であり、それぞれで裁量を認める根拠も異なるから、相対化しようがないと考える。

- (62) 亘理・前掲注49『公益と行政裁量』35頁。

法」(塩野⁽⁶³⁾)、「裁量の濫用踰越の基準」(芝池義一⁽⁶⁴⁾)、及びこれを下敷きとして様々に展開されている現在の裁量審査の方法・基準・密度論には、雑多なものが整理されずに混在している。⁽⁶⁵⁾行政裁量の外側(法解釈審査)と内側(合理性審査)、さらには行政裁量の存否と無関係の事柄という三つに整理しなおす作業が必要であると考えられる。

なお、行政裁量の「逸脱」(外側での法解釈の誤り)と「濫用」(内側の合理性欠如)を呼び分けることについては、逸脱と濫用が国語的に紛らわしいので避けておきたい。最高裁判決をみると、委任立法を審査するときには、法解釈審査(行政裁量の外側)に「委任の範囲」という語を、合理性審査(行政裁量の内側)に「委任の趣旨」の語を使う傾向が一応、見られる。⁽⁶⁶⁾他方、行政処分

- (63) 塩野・前掲注3『行政法I(第6版)』147～152頁は、(a)裁量権の逸脱と濫用(目的動機違反、比例原則違反、社会観念妥当性欠如等)、(b)手続的コントロール(個人タクシー事件)、(c)判断過程の統制(日光太郎杉事件)という整理を行う。
- (64) 芝池・前掲注33『行政法総論講義(第4版補訂版)』81～86頁は、(1)実体審理(目的拘束、社会通念、権利自由制限等)、(2)判定過程の審理(他事考慮等、日光太郎杉、神戸高専)、(3)手続審理(聴聞等)と整理する。
- (65) 性格の異なるものが混在しているとの指摘は、曾和・前掲注10『行政法総論を学ぶ』194～195頁(「『裁量処分の司法的統制』と『行政裁量の司法的統制』の区別」)にもある。
- (66) まず、法解釈審査により委任立法を違法としたことを、「委任の範囲を超えた」ないし「委任の限度を超えた」と表現する最高裁判決の例を挙げておく。

農地法売渡処分事件(最大判昭和46年1月20日民集25巻1号1頁)、銃刀法刀剣登録事件(最判平成2年2月1日民集44巻2号369頁)の反対意見、監獄法一般接見不許可事件(最判平成3年7月9日民集45巻6号1049号)、医薬品ネット販売禁止省令事件(最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁)、泉佐野市ふるさと納税事件(最判令和2年6月30日民集74巻4号800頁)などがある。

次に、合理性審査をしたことを「委任の趣旨」と表現する例として、銃刀法刀剣登録事件(最判平成2年2月1日民集44巻2号369頁)の多数意見は、「法14条1項の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めたものというべきであるから、これをもって法の委任の趣旨を逸脱する無効のものということはできない」とする。合理性審査により委任立法を違法としたとみられる児童扶養手当

や計画決定、職務命令については、法令解釈審査をしても合理性審査をしても、一律に「裁量権の範囲を超え、又はこれを濫用する」と表現している。

四 行政法（解釈・裁量）に対する憲法の役割

1. 上位法としての憲法

(1) 上位法適合解釈法——憲法の第一の顔

こうした行政法に対し、憲法は次の表3に示す三つの役割（顔）をもつと考えられる。

[表3] 憲法の3つの顔

行政法	憲法
法令解釈 (行政裁量の外側を含む)	第一の顔：上位規範（上位法適合解釈を導くために登場）
行政裁量 (行政裁量の内側)	第二の顔：普遍的価値文書（裁量判断における考慮可能要素として登場）
法令による規律なし	第三の顔：直接適用規範（法的三段論法を先導する法解釈として登場）

法資格喪失処分事件（最判平成14年1月31日民集56巻1号246頁）の多数意見は、「法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反する」と表現する。もっともその末尾では、「法の委任の趣旨に反し、本件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定」と表現するので、厳密に使い分けているわけではない。

用語の使い分けが徹底しない例として、常用平易文字訴訟（最決平成15年12月25日民集57巻11号2562頁）がある。同判決は、『『曾』の字は、社会通念上明らかに常用平易な文字であるとした原審の判断は相当である」と判示しており、『曾』は必ず常用漢字にあたるとの法律解釈（社会通念に照らして積極例を導き出す解釈）によって、行政裁量の外側で委任立法を違法としたので、法解釈審査の例と見られる。しかし、「委任の趣旨を逸脱する」と表現する。

第一の顔、すなわち行政法（に限らず、民事法や刑事法）の上位規範としての憲法は、法令の上位法（憲法）適合解釈を導くための〔ア〕憲法適合審査（違憲審査）、及び〔イ〕修整解釈又は差戻の事件処理に登場するものである。憲法学は長らく、〔ア〕と〔イ〕を必ずしも明確に区別してこなかったが、近時は、〔ア〕を「違憲審査の方法」「合憲性の審査手法」、〔イ〕を「憲法判断の方法」「憲法判断の帰結」と呼び分けてその順序で検討するようである。⁽⁶⁷⁾

また、憲法適合「的」解釈という語をどのような意味で用いるべきか、憲法学では入り組んだ議論がある。⁽⁶⁸⁾しかし私は、法令に憲法違反があるとする〔ア〕の判定をふまえて示される〔イ〕の修整解釈のすべてを、憲法適合解釈と呼ぶこととしたい（「的」をいれるかいれないかはどちらでもよい）。こう呼ぶことにより、その他の上位法適合解釈（自主条例の法律適合解釈、委任立法の委任適合解釈）と語義を揃えることができ、かつ、〔ア〕ではなく、〔イ〕の議論をしていることを明確にすることができるからである。

〔イ〕の修整解釈（憲法適合解釈）は多彩である。⁽⁶⁹⁾違憲無効とされた箇所を

(67) 曾我部真裕「違憲審査の方法（1）」法学教室477号（2020年）76頁。

(68) 穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011年）305頁、山田哲史「日本における『憲法適合的解釈』論の現状分析」土井真一編『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018年）8～22頁、原島啓之「司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈（一）」阪大法学71巻1号（2021年）100～102頁など参照。大林啓吾「アメリカにおける憲法適合的解釈の実態」『憲法適合的解釈の比較研究』45頁にいう「広義の憲法適合的解釈」が本稿でいう憲法適合解釈（修整解釈）であろうと思われる。

(69) 本稿でいう憲法適合解釈（修整解釈）の示し方一般について、近時の論稿として、土井真一「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法」土井・前掲注68『憲法適合的解釈の比較研究』249～256頁（「合憲解釈」として、限定解釈のほか、拡張解釈、補充解釈）、山田・前掲注68「日本における『憲法適合的解釈』論の現状分析」8～28頁、曾我部真裕「憲法判断の方法」法学教室479号（2020年）66～68頁、71～72頁などがある。いわゆる創造的救済との関係については、井上典之「平等保障の裁判的実現（4・完）」神戸法学雑誌48巻2号（1998年）310頁、340～349頁を参照。

削除する修整解釈もあれば、新たな制度を付加したり、新たな考慮義務要素を加えたりする修整解釈もある。その修整解釈と文理の差分を表現する言葉が、合憲限定解釈や合憲拡大解釈（許可要件の一部を削除するものなど⁽⁷⁰⁾）である。限定や拡大といった言葉では表現しがたいパターンとして、たとえば、文理上は複数の意味が可能なときに、どちらをとるかを修整解釈として示すこと（文理解釈と上位法適合解釈の併せ技といってもよい）⁽⁷¹⁾のほか、考慮義務要素を付加する修整解釈により行政裁量の外側が厚みを増したもの（行政裁量は残る⁽⁷²⁾）⁽⁷³⁾

-
- (70) 高田事件（最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁）は、長すぎる刑事裁判が行われたことを理由に免訴判決をした。刑法の憲法適合解釈として、長すぎる刑事裁判という免訴事由を加える修整解釈をしたと理解しなければ、刑法に基づく免訴判決はできないはずである。また、税関第三者没収事件（最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1577頁）は、関税法に明文がない聴聞をしなければならないという憲法適合解釈（修整解釈）を行ったうえで、聴聞をしていないという手続的違法事由があるとして、没収裁判を取り消したものである。このほか、もしも憲法29条3項の定める補償が必要なのに法律に補償規定がない場合は、法律が損失補償を義務付けているという修整解釈をし、これを当該事案に適用して具体的な損失補償請求権の成立を認めるであろうことが予想される。後掲注85を参照。
- (71) たとえば、薬局距離制限事件（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）は、薬局開設許可要件のひとつである距離制限規定を違憲無効とし、それを除外して許可要件をひとつ減らす修整解釈を示し、そのもとで不許可処分を違法とした。国籍法違憲訴訟（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）は、国籍要件の一部（準正）を違憲無効とし、これを削除して国籍取得への道を拡大する修整解釈を示し、そのもとで国籍取得を確認する判決をした。
- (72) 泉佐野市民会館事件（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）は、自主条例の許可要件の雑ばくな規定振りに対し、地方自治法244条2項（正当な理由）に適合し、かつ憲法21条にも適合するよう修整解釈をした。これは自主条例の法律適合解釈であるとともに、自主条例の憲法適合解釈でもある。この修整解釈は、許可要件の文理を限定するものであり、その結果として使用許可される場面を拡げている。
- (73) よど号ハイジャック記事削除事件（最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁）は、閲読制限の処分選択の判断にあたっては、必要性和相当性から成る判定方法を取らなければならないとする憲法適合解釈（修整解釈）を示した。そ

もあれば、考慮可能要素の余地を否定する修整解釈によって、行政裁量の否定に至ることもある（泉佐野市民会館事件〔最判平成7年3月7民集49巻3号687頁〕）。法令の違憲判定（〔ア〕）をもとに示される修整解釈（〔イ〕）は、行政裁量を否定するとは限らないこと注意する必要がある。

このように多彩であるが、当然ながら司法立法はできない。そこで、修整解釈が正当な解釈の範囲内にとどまるか、それとも修整解釈は示さずに差戻的事件処理をするべきかは、常に重要な課題である。

この点の見解対立の例として、広島市暴走族条例事件（最判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁）における多数意見と藤田宙靖反対意見がある。多数意見は、広島市暴走族条例の趣旨目的解釈としてその規制範囲を「限定的に解釈す〔る〕」ことができるとしたうえで、同条例を合憲とし、その解釈のもとで被告人を有罪とした。他方、藤田反対意見は、多数意見の解釈は文理からあまりに離れており採用できないとしたうえで、〔ア〕同条例は規制対象の漠然性ゆえ憲法違反であると判定し、〔イ〕修整解釈も示すべきでない（「本件は、当審が敢えて合憲限定解釈を行って条例の有効性を維持すべき事案ではなく、違憲無効と判断し、即刻の改正を強いるべき事案である」）とした。差戻的事件処理をするべきだという意見である（ということは、反対意見のもとでは被告人は無罪となる）。

〔ア〕において裁判所が憲法適合審査をするときは、あらかじめ審査対象法律についてどのような法解釈（文理・趣旨目的・立法過程史による定義・判定方法・典型例の解釈）をしたかを明らかにしておく必要があり、一般に最高裁判決はこの作法を守っている。⁽⁷⁵⁾

してこの修整解釈を外枠として、さらにどのような総合衡量をするかは、記事内容、収容者の犯歴等、行動態様、面会者の動向などに鑑みた監獄管理者（実情通曉者）の裁量に委ねられるとした。

- (74) 多くの憲法学説が指摘する懸念である。たとえば、土井・前掲注69「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法」251～264頁など参照。
- (75) たとえば、新潟県公安条例事件（最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁）は、「本件条例は許可の語を用いてはいるが、……特定の場所又は方法につ

ところが猿払事件(最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁)は、人事院規則にいう「政治行為」の解釈を明示しないまま、合憲と判定したため、文理解釈をもとに合憲判定をしたものと受け取られてきた。そこに世田谷事件(最判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁)と堀越事件(最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁)が、実質的に行政の中立性を損なうおそれがある政治的行為に限るとの定義を趣旨目的解釈で導き、これを合憲とした。⁽⁷⁶⁾判例変更ではないかとの批判を受けた所以である。

(2) 法令違憲・適用違憲

憲法学では、「法令違憲・適用違憲」が区別されている。⁽⁷⁷⁾この区別は、実は、すべての上位法適合解釈に共通する重要な指摘ではないかと考えられる。

まずは、この区別を上位法適合解釈の〔ア〕の問題として捉えるならば、「全面的違憲・違法」か、「限定的違憲・違法」かというように、当事者主張の射程

いてのみ制限する場合があることを定めたものに過ぎないと解するを相当とする」という趣旨目的解釈をしたうえで、憲法適合審査に移る。教組事件(最大判昭和40年7月14日民集19巻5号1198頁)は、「地方公務員法52条1項(および本件専従条例各2条)を以上のごとく解することと憲法28条との関係について附言すれば」と述べて、憲法適合審査を始める。前掲注72でとりあげた泉佐野市民会館事件(最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁)は、地方自治法に適合する条例解釈(正当な理由無き限り利用を拒絶できない)を示したうえで、それが憲法に適合する必要があるとする。

- (76) 行政法の解釈を見慣れた立場からすると、このような制限をかけることは、仕組み解釈としてごく自然なことと思われる。刑事法の解釈としても自然であろう。もともと猿払事件(最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁)の多数意見も、「公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止すること」と判示するから、行政中立性への実質的影響のある政治的行為に限るという人事院規則解釈をしていたといえなくもない。ただ、その旨を明示(ないし強調)していなかったことも事実である。

- (77) 市川正人「文面審査と適用審査・再考」立命館法学321・322号(2009年)21頁、高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店、2017年)167～173頁、土井・前掲注69「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法」225～231頁、237～239頁など。

の違い (a facial challenge/ an as-applied challenge)⁽⁷⁸⁾、また、裁判所の審査結果の射程の違い（憲法学でいう法令一般審査と適用審査）を指す言葉である。

たとえば、「高知市普通河川条例が所有者同意を求めないのは、常に河川法に反する」のか、「高知市普通河川条例が所有者同意を求めないのは、本件の事実関係に適用するかぎり、河川法に反する」のか、「銃刀法登録規則が日本刀に限定するのは、常に銃刀法の委任の範囲趣旨に反する」のか、「銃刀法登録規則が日本刀に限定するのは、本件サーベルに適用される限り、銃刀法の委任の範囲趣旨に反する」のかである。

行政法学ではこうした区別を考えてこなかったが、意識する必要があると思われる。〔イ〕の修整解釈の示し方（又はそれが示せるか）にダイレクトに影響するからである。

次に、この区別を上位法適合解釈における〔イ〕の問題として捉えるならば、適用違憲とは、（憲法に適合させる）修整解釈を示さずに、（憲法に適合させる）事件処理として、無罪としたり、行政処分を違法としたりすることを指す言葉となるであろう。しかし、憲法が直接適用されている事案（次項2（1）参照）でもないのに、法令の解釈を示さないで事件を処理するという隘路を追及するメリットがどこにあるのか、私にはどうも理解しがたい（たとえば刑事事件でこれをすると、予見可能性が失われる⁽⁷⁹⁾）。

この点を改めて考えてみると、適用違憲の例とされる猿払事件の第一審判決（旭川地判昭和43年3月25日判例時報514号20頁）は、条文に「制限解釈を加

(78) Marc Isserles, Overcoming Overbreadth: Facial Challenges and the Valid Rule Requirement. 48 A.U.L.Rev.48, at 359-464 (1998) の示唆に依拠している。

(79) 石川健治・神橋一彦・土井真一・中川丈久「座談会・『公法訴訟』論の可能性（2・完）」法学教室392号（2013年）69～77頁のやりとりを参照されたい（適用違憲と法令解釈について）。高橋和之「『猿払法理』のゆらぎ？」『経済社会と法の役割（石川正先生古稀記念論文集）』（商事法務、2013年）37頁、45頁が指摘する「法令の解釈が先行しなければならない」とまさに私は考えている。なお、適用違憲と法的安定性に関する議論状況について、たとえば曾我部・前掲注69「憲法判断の方法」70頁を参照。

える余地は全く存しない」と断定しながら、その一方で、「被告人の所為に、国公法110条1項19号が適用される限度において、同号が憲法21条および31条に違反するもので、これを被告人に適用することができない」と判示している。これはふたつの捉え方ができそうである。ひとつは、裁判所が修整解釈——政治的行為に該当しない消極例を示す憲法適合解釈——をひそかに行っていて、それを本件事案に適用し（法的三段論法）、構成要件に該当しないので無罪という事件処理をしたという捉え方である。もうひとつは、広島市暴走族条例事件（最判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁）の藤田反対意見と同様に、現行条文のままでは政治的行為の範囲が広すぎて憲法違反であるが、一義的な修整解釈を示すことができないから、差戻の事件処理として構成要件不明ゆえに無罪にしたという捉え方である。このいずれかで理解できるのであるから、わざわざ適用違憲という説明をしなくてよいと思われる。また、この観点にたてば、猿払事件最大判の法廷意見がこの第一審判決を「ひっきょう法令の一部を違憲とするにひとしく」と指摘することには、同感である。

2. 普遍的価値文書及び直接適用規範としての憲法

（1）普遍的価値文書——憲法の第二の顔

行政裁量の外側において憲法は、上述のとおり、第一の顔（上位規範という顔）を見せる。これに対して、内側は非法的判断であって、上位・下位規範の観念がなく、上位法としての憲法を観念する余地もない。ここで憲法が見せるのが第二の顔であり、普遍的な価値のひとつである人権的利益（human rights）を宣言する文書とでも呼ぶべきものである。これと対比する目的で、第一の顔に登場するものを「憲法上の権利（constitutional rights）」と呼び分けることもできよう。

憲法の第二の顔は上位規範ではないので、ほかの様々な利益（地域的利益、国家的利益を含む）と同等の考慮可能事項である。人権の利益だからといって、重み付けを強くしなければ政策的判断、科学技術的判断、実情通暁者の判断の合理性が欠如するという評価に直結するわけではない。こうしたことが、「行

政裁量の『中』で働く人権の機能は、憲法学が想定する、立法をも拘束する人権のイメージとは容易に整合し「ない」と感じられ、「人権は他の事情と並び考慮されるべき多面的な要素のうちのひとつ」であり、「法に授權された裁量の『中』で公益を構成する諸利益・諸事情のひとつとして人権が働く『人権条項なき憲法訴訟』」(宍戸常寿)⁽⁸⁰⁾であったと感じられる理由である。

たとえば、マククリーン事件(最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁)は、原告の「政治活動」が、「直ちに憲法の保障が及ばない政治活動であるとはいえない」——考慮可能要素たる人権的利益ではある——としつつ、行政庁がそれに特段の重みを与えず、「当時の内外の情勢にかんがみ、上告人の右活動を日本国にとって好ましいものではないと評価し」た判断に、合理性の欠如はないとした。神戸高専剣道拒否事件(最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁)も、種々の考慮可能事由のひとつとして信教の自由という価値を扱うに止めている。芸文審映画助成金不交付決定事件(最判令和5年11月17日民集77巻8号2070頁)は、本件助成金制度が公演や展示など表現行為を対象とするものである以上、憲法21条1項による表現の自由への悪影響(萎縮効果)を十分に重視する判断をするのでなければ、実情通暁者の判断として合理的とはいえないとしたものである。

こうした人権的利益の取扱い方(さしあたりマククリーン事件と神戸高専剣道拒否事件)に批判的な見解は、数多くある。行政裁量の内側でも人権的利益は特別の扱いを受けるべきだとする批判のほか、行政裁量の外側で事件処理すべきだったという批判もあるだろう。後者の批判は、滞在外国人の表現の自由を侵害しないよう退去強制事由に表現行動は含まれないという修整解釈をすべき

(80) 宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号(2009年)100頁、105～107頁。この問題についてその後の憲法学での議論状況について、堀口悟郎「行政裁量と人権」法學研究91巻1号(2018年)479頁など参照。

(81) 列举に暇がないが、さしあたり、榊原・前掲注36『行政裁量と行政的正義』31～40頁、宍戸・前掲注80「裁量論と人権論」107～109頁、永田秀樹「憲法と行政裁量」法律時報85巻2号(2013年)48頁、52～53頁、渡辺康行「行政裁量審査の内と外」同『「内心の自由」の法理』(岩波書店、2019年)296頁など。

だった、また、国公立学校のカリキュラム編成においては、少なくとも必修科目は何人の信教の自由をも侵害しない履修形態を保障するものでなくてはならないという修整解釈を示すべきだったというものであろうか。最高裁はまさにそのような修整解釈をすることを避けるため、意図して、行政裁量の内側で事案を処理したものと考えられる⁽⁸²⁾。

原告側としては、行政裁量の外側を憲法に適合する修整解釈で明確にしていくな戦略（いわば外側戦略）と、それが失敗した場合の次善の策として、人権の価値を他の利益よりも重視しなければ、政策的判断、科学技術的判断、実情通曉者の判断の合理性を担保することができない具体的事情があると主張する戦略（いわば内側戦略）の双方を追求すべきである。内側戦略もまた、重要な憲法論である。人権的利益と非法的判断の合理性との関係を見出す場となりうるほか、内側戦略を外側戦略に昇華させるヒントを見出すかもしれないからである。

(2) 直接適用規範——憲法の第三の顔

政府の行為のうちには、法令（行政法）による規律がまったくないものや、部分的にしか規律を受けないものがある。そして法令が規律しないところを、憲法が直接に規律することがある。これが憲法の第三の顔であり、行政法と水平的に役割分担する憲法である。たとえば公金支出を、会計法令と、それが規律しない側面を憲法89条が、それぞれ規律するという役割分担である。

第三の顔をひとことで言うと、直接適用規範としての憲法である。規律対象がずれているので、行政法と憲法の間に上下関係がない（第一の顔との違い）。法令との関係で行政裁量を認めることもない（第二の顔との違い）。

ここで政府行為が憲法違反かどうかは、憲法解釈を出発点とする法的判断によって結論がつく。たとえば、津地鎮祭訴訟（最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁）は、「当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為」を政府がすること

(82) 高田倫子「処分違憲論再考」YOLJ - L2303004（2023年）¶021の指摘も参照。

を憲法は禁止していると解釈する。それゆえ、問題となる行為がそれにあたるかどうかは、憲法解釈を出発点とする法的三段論法で判定される。

会計行為⁽⁸³⁾、職務命令⁽⁸⁴⁾のほか、行政指導、公表、契約などの政府行為について、憲法は法令が全面的に規律するよう要請していないため、憲法の第三の顔が現れる。名取川事件（最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁）が傍論ながら、「直接憲法29条3項を根拠として」損失補償請求権が成立するというのも、憲法の直接適用の場面として挙げられるだろう⁽⁸⁵⁾。

憲法学でいう「処分違憲」は、第三の憲法の顔を指す用語であると思われる。たとえば次のように説明されている。

「行政による処分あるいは裁判所による決定を憲法に照らして判断する場合を指す。」「処分あるいは決定を直接憲法に照らして審査する必要性が生じるのは、根拠法律が不在の場合ということになる。根拠法律なしの処分あるいは決定が例外的に許される場合に、憲法による審査をすることになる。」⁽⁸⁶⁾（高橋和之）

-
- (83) 政教分離に関する一連の住民訴訟がある。憲法89条が財務会計行為を違法たらしめる規範であるか否かの論点を含め、確井光明『要説自治体財政・財務法（改訂版）』（学陽書房社、1999年）182～195頁、同『要説住民訴訟と自治体財務（改訂版）』（学陽書房、2002年）139～142頁を参照。
- (84) 職務命令の適否は、法令違反という観点からも問われる。研修命令事件（最判平成3年4月26日労働判例587号6頁）、エックス線検査職務命令事件（最判平成13年4月26日判例時報1751号173頁）など。そのうえで、憲法違反かも問われる。たとえば、君が代伴奏拒否戒告処分事件（最判平成19年2月27日民集61巻1号291頁）、東京都国歌斉唱等職務命令事件（最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁など）。
- (85) 戦争による在外資産喪失など、法令が存在しないときの損失補償請求には、直接適用しかない。中川剛「在外資産喪失と国に対する補償請求」『行政判例百選Ⅱ（第3版）』（1993年）336～337頁を参照。むろん、もし法令があったからならば、その修整解釈として損失補償請求規定があるものと解することになるだろう（前掲注70）。
- (86) 高橋・前掲注79「『猿払法理』のゆらぎ？」55頁注11にいう「処分についての

ただ、憲法が直接適用される対象を言い表すのに、行政処分を最初に想起させる「処分」という語を用いるのは、やはり非常に紛らわしいと感じる。⁽⁸⁷⁾ 行政処分や委任立法に対して憲法は、第一の顔（上位規範）か第二の顔（普遍的価値文書）を見せるのが原則だからである。法令がなければ（法令ありと解釈できなければ）、行政処分や委任立法の権限は存在せず、また、法令がそれぞれの実体面を稠密に規律しなくてはならないことが憲法上要請されているのである（重要事項の留保ないし白紙委任の禁止）。

なお、処分違憲の例として、高田事件や税関第三者没収事件が挙がるが、すでに述べたように、これらは根拠法令に憲法適合解釈（修整解釈）を施すことで事件処理をした上位規範としての憲法（第一の顔）の例と考えるべきである。⁽⁸⁹⁾

五 憲法における解釈と裁量

1. 経済的・社会的規制立法の場合

再び、憲法の第一の顔に戻り、上位法適合解釈の〔ア〕憲法適合性の審査（違憲審査）において、憲法がどう解釈され、裁量（立法裁量）がどのように析出されるかという問題を取りあげる。本稿三で述べた行政法における解釈と裁量

憲法判断」の定義から引用。憲法学では、処分「審査」という用語もある。土井真一「憲法判断の在り方」ジュリスト1400号（2010年）52頁は、「そもそも、法律の留保の原則につき、厳密な全部留保説に立たない限り、個別的・具体的な国家行為のすべてが、法令の適用行為に当たるわけではない。それゆえ、法令の違憲性とは独立に、個別的・具体的な国家行為のみが違憲審査の対象となることは、通常に生じることである。これを『処分審査』と称する」と述べる。

(87) この問題について、石川健治・神橋一彦・土井真一・中川丈久「座談会・『公法訴訟』論の可能性（1）」法学教室391号（2013年）105～110頁のやりとり（行政処分の違法事由と処分違憲論について）のほか、榊原・前掲注36『行政裁量と行政的正義』40～43頁、高田・前掲注82「処分違憲論再考」¶004～¶005などを参照。

(88) 曾我部・前掲注67「違憲審査の方法(1)」81～82頁。

(89) 高田事件と税関第三者没収事件については、前掲注70を参照。

をトレースしながら、どこまでパラレルな世界を描けるかを検討する。

いわゆる目的手段審査は、代表的な違憲審査の方法である。多種多様な場面で用いられるので、本稿では二つの場面に絞ることとする。(i) 政策型立法のうち、経済的規制や社会的規制が自由権規定に違反しないかを違憲審査する場面、(ii) 政策型立法のうち、統治機構や社会権など、憲法が一定の政策実現を法律に委任したものを違憲審査する場面である。仮説であるが、前者は自主条例の法律適合審査に、後者は委任立法の委任適合審査にそれぞれ類似すると思われる。

目的手段審査が(i)の場面で使われるときの推論を、憲法解釈という観点から図式化を試みると次のとおりである。

憲法の自由権規定は「……を保障する」「……の自由を侵されない」というように、権利の侵害禁止という体裁をとる。それゆえその憲法解釈は、各自由権規定が許容する制約のありよう(制約の目的・効果・深度)を、その定義・判定方法・典型例のいずれかによって示すことである。憲法解釈の方法は、さしあたり、文理解釈、趣旨目的解釈(適正手続やパブリックフォーラム論等の法理解釈、社会通念解釈など)、憲法制定過程史解釈の三つであらう⁽⁹⁰⁾。仕組み解釈が頻用される行政法解釈とは異なり、憲法解釈では法理解釈の形成に重要な役割があるように感じられる。

そして、原告が争う法文(たとえば薬局許可要件としての距離制限規定)を、自由制約の目的・効果・深度という観点から捉え直しを行い——その際に、法文の文理・趣旨目的・立法過程史を用いる——、それが、憲法が想定する自由権制約の目的・効果・深度のなかに収まるかを判定するのが、(i)の場面での目的手段審査である。法令の仕組み(政策規範としての構造)を憲法の観点から捉え直しているのである。これは次の三つのテストに分かれる。

第一のテスト(目的審査)は、憲法が許容する制約目的のうちに、原告が争

(90) 米国の憲法解釈方法論争について、大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成』(日本評論社、2010年)17～42頁など参照。

う法文の制約目的とされたものが収まっているかを確認する。裁判所がこれを簡単に認めるときは、憲法が許容する制約目的の典型例（積極例）を憲法解釈として宣言していることになる。

第二のテスト（制約効果に着目する手段審査）は、憲法が求める制約効果——手段と目的の間に直結性が必要というならば、憲法解釈として制約効果の定義を示したことになる——を、原告が争う法文の制約効果とされたものが満たすかどうかである。ただ、審査対象は目的・手段という構造をもつ政策規範であるから、この点が否定されることは、あまりなさそうである。

第三のテスト（制約深度に着目する手段審査）は、憲法が許容する制約深度の範囲内に、原告が争う法文の制約深度とされたものが収まっているかを確認する。検閲のように絶対に禁止される制約深度もあれば（消極例を示す憲法解釈）、目的の重要度（第一テスト）や目的の達成度（第二テスト）に鑑みて相当な自由権の制約の度合いに限るという考え方を示すこと（判定方法を示す憲法解釈）もある。

目的手段審査の一例を挙げておく。薬局距離制限事件（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）は、薬局の距離制限（原告が争った法文）を政策手段とすることにより、薬局の経営安定をさせることを通じて、不良薬品の販売や薬局過疎を防ぐという政策目的に役立つとする制約効果に関する国側の言い分が、制約効果に関する憲法上の要求を満たしているか疑わしいとした（第二テストへの疑義）。そうである以上、「職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有する」ような制約深度の深い距離制度という手段の相当性は認められない（第三テストは不合格）とし、結論として、「本件適正配置規制は、……全体としてその必要性和合理性を肯定しうるにはなお遠い」から憲法22条1項に反すると判定した。

憲法学説によれば、裁判例は、目的手段審査の各テストについてアドホックな利益衡量（人権と公益の衡量）と呼ばれる粗い粒度の憲法解釈しか示さない

ことがほとんどである⁽⁹¹⁾。そうであるならば、裁判所が粒度の高い憲法解釈の宣言を避ける日本の現状のもとでは、憲法研究者が個々の判決からより粒度の高い定義を探り、判定方法ないし考慮義務要素を析出し、典型例をリスト化するなどして、日本の最高裁が示した憲法解釈の **restatement** を示すべきではないかと思われる。この **restatement** をもとにしてはじめて、日本における緩やかな違憲審査基準と厳格な違憲審査基準とはどのようなものかが浮かび上がってくるのであって、判例分析よりも先に、違憲審査基準の類型なるものがアプリオリにあるわけではないであろう。

なお、(i) の場面の目的手段審査において、裁判例はしばしば、「立法府の裁量」に言及する。しかし (i) の場面においては、行政裁量と同じ意味での裁量——自由権の保障のあり方を憲法が立法府の非法的な判断に委ねるという意味での裁量——はないはずである。自由権の場合、「立法府に憲法の保障する人権を『制限』する『裁量』など認められるはずがない」(高橋和之⁽⁹²⁾) のである。(i) の場面における立法裁量の語は、ただ単に、経済規制や社会規制の立法上の選択肢はほぼ無限にあるという当たり前のことを指すだけである(契約の自由や私的自治を、裁量と呼ぶことが無意味なものと似ている)。

2. 統治機構の構築・社会国家の形成の立法の場合

違憲審査の (ii) の場面に移ろう。憲法が法律に、統治機構の構築(選挙制度・国民審査制度・行政組織・公務員制度・国地方関係など)、社会国家の形成(労働法制、社会保障法制など)を求める場面である。(i) と全く異なり、憲法が法律に対して、行政裁量と同じ意味での立法裁量を認める場面である。この立法裁量は、対司法で観念される裁量である。⁽⁹³⁾

(91) 多くの指摘があるが、浅野博宣「最高裁の憲法解釈方法に関する一考察」山本・中川・前掲注6『法解釈の方法論』389頁における千葉勝美裁判官による指摘に関する考察が参考になる。

(92) 高橋・前掲注77『体系憲法訴訟』293頁。

(93) 対憲法での立法裁量を論じたのが、覚道豊治「憲法における自由裁量の概念」

この立法裁量の行使に対して裁判所は、行政裁量と同様に、その外側に法解釈（憲法解釈）審査をし、内側には、立法判断それ自体が合理的であるかという合理性審査を行う。憲法学で立法裁量への判断過程審査を主張する見解は、⁽⁹⁴⁾この観点から理解できる（なお、本稿三3(2)で見たとおり、判断過程審査は訴訟資料の集め方の問題である）。

たとえば、選挙制度をどのように作るかは、憲法47条「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」が国会に与えたタスクである。それゆえ、選挙制度として憲法上ありえない消極例と憲法上理想的な積極例という外枠（立法裁量の外側）のなかで、国会は、様々な事情すなわち考慮可能要素に適切な重み付けを与えて、実際の選挙制度を作る（立法裁量の内側）。投票価値に関する最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁以降の判例がいう「国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達している」かと、「合理的期間」を経過したかが、立法裁量そのものの合理性審査である。

阪大法学40＝41号（1962年）88頁、同「立法裁量と行政裁量」公法研究41号（1979年）175頁であり、対司法での立法裁量を論じたのが、戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣、1993年）である。本稿の関心は後者のみである。行政裁量におけるこの区別については、前掲注10を参照。

- (94) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社、2009年）161頁以下は、「権利の制限」と「制度の形成」を分け、後者の立法裁量の判断過程審査による統制を述べる（とくに同書174～186頁の「制度準拠審査」）。山本真敬『立法裁量と過程の統制』3～106頁、239～329頁（尚学社、2022年）は、日本における立法裁量の判断過程統制の具体的姿を描き出す。

なお、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、2004年）298～313頁は、財産権もこのエリアではないかと指摘する。渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法政研究76巻3号（2009年）1頁もその対象がかなり本文で述べるところと重なる。憲法17条の国家賠償制度の形成をここに位置付ける見解として、上田健介「国家賠償請求権の除斥期間と憲法」片桐・上田・前掲注1『ミクロ憲法学の可能性』213頁がある。

公務員制度の構築も、憲法15条全体が法律に与えたタスクであると考えられる。猿払事件（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）、堀越事件（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）、世田谷事件（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁）は、いずれも公務員制度の構築の立法裁量が問題となった事例である。ただ、公務員の政治的表現の自由を侵害してはならないという立法裁量の外側だけが争点となり、立法裁量の内側は争点とならなかった。なお、堀越事件と世田谷事件における法廷意見が「政治活動の自由の重要性」と「刑罰法規の構成要件となること」に言及するのは、立法過程史解釈の一種（立法者の思考パターンを推測）ではないかと思われる。

国民概念の形成も、憲法10条「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」が法律に委任したタスクである。国籍法違憲訴訟（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）は、目的手段審査という言葉を用いているが、実際に行っていることは、立法裁量そのものの合理性審査である。

すなわち、憲法10条の解釈として導かれる積極例である必ず日本国民となるべき人達と、消極例である決して日本国民にならない人達という外枠（立法裁量の外側）に囲まれたなかで、現実の国籍要件が立法されている（立法裁量の内側）。最高裁はこの内側の合理性審査を行い、国籍法が「血統主義」及び「我が国との密接な結び付き」という指標で国籍を決めるという選択肢をとったところまでは「合理的な根拠があるというべきである」として、合理性を肯定する。その一方で、「我が国との密接な結びつき」の指標をどこに求めるかについて、国籍法の定め方では、「立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われて」いること、つまり生後認知（国籍法3条）に嫡出性（準正）までは求めないという選択肢が、現在ではすでに有力な代替案となっていること、その有力な代替案が立法過程で無視されたことをもって、合理的な立法裁量行使ではなく、憲法14条1項に違反するとした。この違憲審査をふまえて準正部分を取り去る修整解釈を行って事件を処理したことは、すでに述べたとおりである。

憲法25条「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障（及び公

衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。⁽⁹⁵⁾は、社会国家の形成というタスクを国に与えている。堀木訴訟（最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁）が、どのような立法措置を講ずるかは、国の財政事情や「専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とする」から「立法府の広い裁量にゆだねられて」いるというのは、行政裁量の認め方と似ている。

朝日訴訟（最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁）の奥野健一補足意見が、「憲法は、右の権利を、時の政府の施政方針によつて左右されることのない客観的な最低限度の生活水準なるものを想定して、国に前記責務を賦課したものとみるのが妥当である」と判示するのは、立法裁量の外側について、憲法解釈上一義的に要求される最低限度の生活水準という典型例（積極例）の存在を示している。万が一それを下回る生活保護立法があれば、現行条文を変更する修整解釈がなされるか、差戻の事件処理がなされるはずである。

このほか、家族制度に関する憲法24条2項「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」について、最高裁判決は、「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、……その裁量の限界を画したもの」と判示する。夫婦同氏違憲訴訟（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁）及び再婚期間制限違憲訴訟（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）である。これは立法裁量の外側と内側を意識した判示である。

すなわち、立法裁量の合理性審査にあたり、前者は、夫婦別氏という有力な代替案の存在を指摘しつつ、現時点ではまだそれを採用しないという立法判断にはなお合理性があるとした。後者は、100日までの再婚禁止は民法の関連規定との関係で合理性は認められるものの、100日を越えた部分についてはまったく根拠がないとして、論理破綻ゆえの裁量合理性欠如を指摘したといえる。

(95) 公衆衛生はむしろ自由権の制限ではないかとも思われるが、この点は措く。

六 おわりに

行政法（解釈と裁量）と憲法（解釈と裁量）それぞれの構造、そして両者の相互関係は、以上のような全体構図であると考えられる。上位法適合解釈という視点をもつことで、憲法学と行政法学がお互いに気付かなかった共通の問題を発見できたように思う。また、行政裁量（外側と内側が区別される）と同義の立法裁量は、限られた範囲で見出されることがわかった。

今後の課題として、行政法学においては、行政処分や委任立法等の権限の適法違法の判定方法をいま一度、「法令解釈と行政裁量の区別」の観点から整理しなおすことが必要ではないかと思われる。憲法学においても、「憲法解釈と立法裁量（行政裁量と同じ意味での立法裁量に限る）の区別」の観点から、日本の裁判例における憲法適合審査（違憲審査）の **restatement** を作成することができるのではないかとと思われる。

以上のように本稿は、議論の全体構図（フレームワーク）を描くことを主目的とした。しかし法解釈（憲法解釈・法令解釈）については、実はここから先にこそ重要な課題がある。個々の解釈の正しさをどう裁判外で検証するかである。

プラグマティックな実務の法解釈に対して、アカデミズムのすべきことは、個々の解釈がどのように行われているかをその解釈方法の解明を通じて明らかにしたうえで、裁判外で——裁判の“成績”をつけるためではなく、未来のため⁽⁹⁶⁾に——「良い解釈」か「悪い解釈」かをディスカッションする方法論を生み出すことである。米国において20世紀半ばから現在まで続く憲法及び制定法の解釈方法論争は、まさにこの次元のディスカッションをしてきたと思われる。⁽⁹⁷⁾

日本法の文脈で憲法適合審査（違憲審査）を例にとると、裁判所のプラグマ

(96) 亀本洋「未来志向の法解釈」山本・中川・前掲注6『法解釈の方法論』20～23頁。

(97) 中川・前掲注6「行政法解釈の方法」114～122頁（プラグマティズムについてのアカウントビリティとガバナンス）。

ティックな利益衡量判断の背後に、そこでテコとして使われたなんらかの憲法準則を未来志向で見出す努力をするとともに、それがいかなる憲法解釈の方法を用いたもので、また、現実にとどのような影響があったかを調べ（たとえば、森林法違憲判決は森林経営にどのような影響を与えたのか）、総合的に考えて「良い憲法解釈」であったかどうかディスカッションすることが重要であるように思われる。憲法学では、違憲審査基準の定立によって裁判官の恣意を防ぐということがよく言われるが、しかしいくら粒度を高めても、抽象的な違憲審査基準はいくらでも再解釈が可能である（米国連邦最高裁はかねてよりそうになっているように見受けられる）。むしろこうした個別的な議論のほうが恣意を防ぐことになるのではないか。これは行政法学に対する問いでもある。