Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-06-02

行政法解釈と憲法・憲法解釈

中川, 丈久

(Citation)
公法研究,85:22-44

(Issue Date)
2024-10

(Resource Type)
journal article

(Version)
Version of Record

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100491849

《研究報告》

行政法解釈と憲法・憲法解釈

中川丈久

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、本報告は、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。本報告は、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、できるだけの架橋を試みる。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）を述べる。

二　本報告での用語法

1　政策規範と普遍規範

本報告では、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としたい。

すなわち、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り、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。これに対して、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）、刑法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）、商法典における商行為法の基本的な部分（同法一条二項の商慣習とつながる部分）などが普遍規範である。各法典の普遍規範は、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。しかしその限界ゆえに、政策型立法が増え続けるが、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。

政策規範は、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（表を参照）。行政法は政策規範の形しかとらない。

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

本報告で「法解釈」とは、司法裁判所による憲法解釈及び法令解釈（法律・自主条例・委任立法の解釈の総称）を指す。また、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定義しておく。考慮義務要素とは、当該文言の該当性を判定するにあたり根拠にしなくてはならない事柄を、考慮禁止要素とは、根拠になりえない無関係の事柄を指す。

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。

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たりすることが、法適用の姿である。

本報告では、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（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、二年の停職処分をすることは違法である。この推論は法的三段論法ではないが、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（ステークホールダー）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

行政法分野の法令解釈の方法について、私は次の表に示す四分類（文理・趣旨目的・立法過程史・上位法適合）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。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であり（むろん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)上位法適合解釈を行う。複数の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

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

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。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。これらは、法解釈の創造性（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、本報告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。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〕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（最判昭和五三年一二月二一日民集三二巻九号一七二三頁）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して（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。

他方で、裁判所が一義的な修整解釈を導けない場合は、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（最判平成二年二月一日民集四四巻二号三六九頁）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、原告はそのもとで登録審査を受け直すことができる。これが差戻的事件処理である。

なお、刑事事件において、違憲と判定した法令の修整解釈が一義的に決まらない場合は、構成要件が不明だから、被告人を無罪とするほかない。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はないが、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にはなく、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。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。

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しないからである。

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）。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、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、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である。これらのうち二種類の判断が複合したものとされることもある。

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が、後述する合理性審査の対象となる）。〃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。

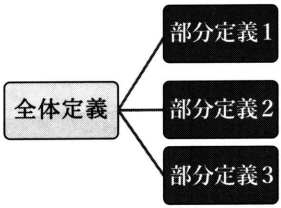
第三に、行政裁量を析出するにあたり、文理解釈が有効なことはさほどない。仕組み解釈を使って行政裁量を析出することが一般的である。政策規範における施策・実効性確保・情報収集という仕組みに照らして、それぞれの法文の一部を、政策的判断、科学技術的判断、実情通暁者の判断に委ねることが政策目的の効果的な実現に繋がる

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、不利益処分の選択判断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暁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）解釈によって、裁量を認める例である。なお、二〇世紀前半の古典学説――本報告では、一九一〇年代から一九五〇年代までの佐々木惣一、美濃部達吉、渡邊宗太郎など――は、文理解釈のほか、法理解釈による裁量存否の判定を提案していた。

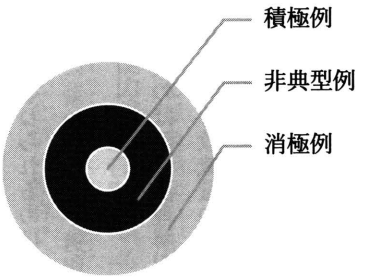
（2）行政裁量の析出方法

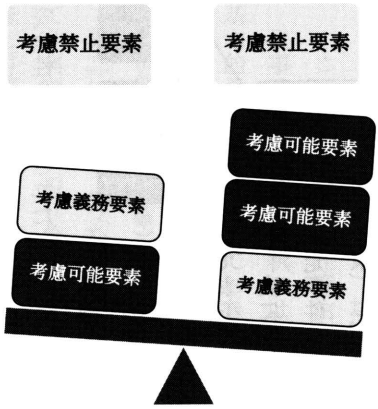
法令解釈の過程で行政裁量が析出される様子を具体的に説明すると、次のとおりである。

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（最判平成四年一〇月二九日民集四六巻七号一一七四頁）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、この定義にいう「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（最判平成五年三月一六日民集四七巻五号三四八三頁）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」該当性について、法適用で答えが出せ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れば、行政裁量に委ねる解釈をしたことになる（図の濃い部分が行政裁量）。

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（中空部分が裁量の内側）。

まずは、「行政裁量の外側」を説明する。前項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。行政機関が、法文の全体定義の解釈を取り違えた、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（他事考慮）、典型例の解釈を取り違えたならば、それだけで権限行使を違法としうるのである。

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。しかし名称がないので、本報告ではこれを「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。

なお、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、判断代置して事件処理をすることがある。これは、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裁判所が法的三段論法で導けたという、極めて稀な場面である。また、他事考慮という語は、学説上非常に多義的に使われるが、本報告では、考慮禁止要素を決定の根拠とするという意味にだけ用いる（その背後にある動機は、決定の正式な根拠ではないので、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」（本報告でいう行政裁量の内側）の「不審理原則」を掲げつつ、実は、一定の関与も示唆していた。最高裁も昭和二〇年代から一貫して、行政裁量の内側にも関心を示してきた。

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、これを司法の役割と

してどう正当化するのかは、今なお残る問題である（これは、行政訴訟における第三者の原告適格論などと並び、いまだ十分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、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。一九九〇年代（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裁判決がプロトタイプ）・対・社会観念審査（緩やかな審査：マクリーン事件と神戸全税関事件の最高裁判決がプロトタイプ）」という公式的理解を生成し始め、やがて通説化した。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。これに衝撃を受けた行政法学説は、審査方法・審査基準・審査密度などのマトリクスを作って、判例を説明し直そうとしている。

この点について本報告は、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、実情通暁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。そこで本報告ではこれを「合理性審査」と呼び、前述の「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、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）の違いに見えているように思われる。

（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る理由付けを論理破綻なく示せているとの心証を裁判所がもつことを、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。

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。そして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のに、今回は不許可となった事案、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、複数のルートないし方式が明らかに存在する事案、原告の事情がきわめて特殊な事案などである。

ここで、いくつか補足しておく。

第一に、裁量基準がある事案では、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。

第二に、最高裁判決の「社会観念に照らし著しく妥当を欠く」という表現は、合理性審査の方法、基準、密度を示す語ではなく、実情通暁者がする判断に合理性が欠如する様を指す修辞に過ぎない。それゆえ、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。

第三に、判断過程審査も、合理性審査の方法、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。日光太郎杉事件で始まったわけではなく、最初から行われていた。また、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。

第四に、判断代置は、既述の通り、法解釈上の典型例に該当する事案であ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って、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（最判昭和五三年五月二六日民集三二巻三号六八九頁）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た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。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。

（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。これは、古典学説と同じ全体構図である。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ことに、改めて注目するべきである。現在の行政法学説も、既述のとおり、行政裁量の外側（法解釈審査）の存在を異論なく認めている。

ところが不思議なことに、昭和四〇年代以降の行政法学説では、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が支配的になった（相対化説）。しかし、裁判例において「裁量と羈束」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。

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――実は古典学説が不審理原則を徹底していたわけではなかったのだが――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が疎かになったのだろうか。法令解釈方法論への無関心がその背景的要因かもしれない。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法」（塩野宏）、「裁量の濫用踰越の基準」（芝池義一）、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、雑多なものが混在している。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な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、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、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。他方、行政処分や計画決定、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、憲法は次の表に示す三つの役割（顔）をもつと考えられる。

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）

第一の顔、すなわち行政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〕修整解釈又は差戻的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」と呼び分けるようである。

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。しかし私は、法令に憲法違反を見いだせるとする〔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。違憲無効とされた箇所を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）である。限定や拡大といった言葉では表現しがたいパタンとして、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）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すこと（行政裁量はなお残る）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。いうまでもなく、修整解釈が正当な解釈の範囲内にとどまるか、それとも差戻的事件処理をするべきかは、常に重要な課題である。

〔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。ところが猿払事件（最大判昭和四九年一一月六日刑集二八巻九号三九三頁）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（最判平成二四年一二月七日刑集六六巻一二号一七二二頁）と堀越事件（最判平成二四年一二月七日刑集六六巻一二号一三三七頁）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。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。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、当事者主張の射程の違い、また、裁判所の審査結果の射程の違いを指す言葉である。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、というようにである。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〔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。

今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（旭川地判昭和四三年三月二五日判例時報五一四号二〇頁）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）、無罪（構成要件に非該当のため）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（最判平成一九年九月一八日刑集六一巻六号六〇一頁）の藤田宙靖反対意見と同様に、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、差戻的事件処理として、無罪判決をした（構成要件が不明のため）という捉え方である。このように、適用違憲という説明はしなくてよいと思われる。

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、右のとおり、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い。ここでの憲法は、普遍的な価値のひとつである人権的利益（human rights）を宣言する文書である（第二の顔）。上位規範ではないので、人権的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〕」（宍戸常寿）と感じられる理由である。マクリーン事件（最大判昭和五三年一〇月四日民集三二巻七号一二二三頁）や神戸高専剣道拒否事件（最判平成八年三月八日民集五〇巻三号四六九頁）がその例である。

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、人権的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、実情通暁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。

（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八九条が、それぞれ規律するという役割分担である。これが直接適用規範としての憲法であり、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で結論がつく。

会計行為、職務命令のほか、行政指導、公表、契約などの政府行為に、憲法の第三の顔が現れる。名取川事件（最大判昭和四三年一一月二七日刑集二二巻一二号一四〇二頁）が傍論ながら、「直接憲法二九条三項を根拠として」損失補償請求権が成立するというところも、憲法の直接適用の場面として挙げられるだろう。

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、「処分あるいは決定を直接憲法に照らして審査する必要が生じるのは、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」（高橋和之）と説明されている。

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。行政処分や委任立法の場合、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。

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、また裁量（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。本報告三で述べた行政法における解釈と裁量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。本報告では二つの場面に絞って取りあげたい。(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。

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、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ろう。

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。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。裁判例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・手段の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。憲法解釈として、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。

以上の目的手段審査について、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採り、判定方法で使われる考慮義務要素を析出し、典型例をリスト化す

るなどして、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、緩やかな違憲審査基準、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。

こうした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）のである。

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)は、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、内側には合理性審査を行う。

たとえば、選挙制度をどのように作るかは、憲法四七条が国会に与えたタスクである。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五一年四月一四日民集三〇巻三号二二三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。

公務員制度の構築も、憲法一五条が法律に与えたタスクである。猿払事件（最大判昭和四九年一一月六日刑集二八巻九号三九三頁）、堀越事件（最判平成二四年一二月七日刑集六六巻一二号一三三七頁）、世田谷事件（最判平成二四年一二月七日刑集六六巻一二号一七二二頁）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。

国民概念の形成も、憲法一〇条が法律に委任したタスクである。国籍法違憲訴訟（最大判平成二〇年六月四日民集六二巻六号一三六七頁）は、目的手段審査という言葉を用いているが、立法裁量の内側の合理性審査を行っている。生後認知（国籍法三条）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、憲法一四条一項に違反するとした。

憲法二五条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（最大判昭和五七年七月七日民集三六巻七号一二三五頁）が、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」として「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（最大判昭和四二年五月二四日民集二一巻五号一〇四三頁）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」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。

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。上位法適合解釈の視点をもつことで、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）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、行政法学においても憲法学においても、解釈と裁量を明瞭に区別して論じることが有益ではないかとの提案も行った。

私は、さらにその先に、法解釈（憲法解釈・法令解釈）の重要な課題があると考えている。裁判外で――裁判の〝成績〟をつけるためではなく、未来のために――、「良い解釈」か「悪い解釈」かをアカデミズムとして議論する方法論を生み出すことである。しかし学会テーマを越えるので、ここで報告を終える。

※　本稿は、学会当日の読上げ原稿を整理し圧縮したものであるが、当日の説明よりも詳しくした箇所がある（**三2**（2）「行政裁量の析出方法」）。また、翌日の市川正人会員とのやりとりで頂いたヒントを踏まえ、猿払事件第一審判決の再考を加筆した（**四1**(2)「法令違憲・適用違憲」の最終パラグラフ）。本報告のフルバージョンは、神戸法学雑誌七四巻二号（二〇二四年）に掲載されている。