



行政法学からみた「内閣法制局と最高裁判所」

中川, 丈久

(Citation)

法律時報, 88(12):97-105

(Issue Date)

2016-11

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004130>

※ この論文ファイルは印刷不可です。





行政法学からみた 「内閣法制局と最高裁判所」

中川丈久

- 1 はじめに
- 2 「内閣法制局の変化」について
- 3 「最高裁の変化」について
- 4 「内閣法制局と最高裁の関係性」について
- 5 おわりに

1 はじめに

法解釈学（いわゆる実定法学）は、法社会学や政治学に対してどのような寄与ができるだろうか。

そのような問題意識を頭の片隅におきつつ、本稿では、(1)行政法解釈学（行政法学）の知見のほか、(2)わたしがこれまでに得た法実務の印象——立法過程の末端に関わった経験からは内閣法制局の様子が¹⁾、最高裁判事経験者にお話を伺った経験からは最高裁内部の意思決定の様子が²⁾、それぞれ透けて見えた（ような気がする）——をふまえて、本シンポの3つの報告にコメントをさせていただきます。

このミニシンポでは、「内閣法制局は変化したのではないか（法の番人としての矜持を失ったのではないか）」、「最高裁は変化したのではないか、それはなぜか（憲法判断に積極的になっているのではないか、その要因はどう説明されるか）」、そして「内閣法制局の存在が、最高裁の判断に影響を与えるという関係性があるのではないか（両者の変化が

両者の関係性にも変化をもたらすのではないか）」という3つの仮説が取り上げられている。わたしのコメントの要点は次のとおりである。

第1に、内閣法制局の変化という仮説については、安全保障法制をめぐる近時の一連の出来事において、内閣法制局の憲法9条解釈は変更されたものの、内閣法制局のあり方が変化したわけではないように思われる。

内閣法制局設置法において、内閣法制局は、政治（内閣）が変化すればそれについてゆかざるを得ない機関として設置されており、かつこれまで実際にも、そのように機能してきたと見られる。むしろ「法（憲法）の番人」という形容の独り歩きに注意する必要があるように思われる。

第2に、最高裁の変化という仮説については、変化の射程をもっと広く捉えてはどうかということ述べる。憲法訴訟（違憲審査の論点をもつ民事・刑事・行政訴訟）のうち、違憲無効判決だけを取り上げるのではなく、法令の憲法適合的解釈をした判決も対象に加えるべきではないか、また行政訴訟一般においても最高裁判例はこのところ大きく変化しているので、それもあわせて捉えるとよいのではないかとと思われる。

第3に、内閣法制局と最高裁の関係性という仮説については、憲法訴訟においてそのような関係があるというには、さらに多くの素材（エビデン

1) わたしがこれまでに関わった主な立法は、次のとおりである。独立行政法人等情報公開法の制定、行政事件訴訟法の改正、知的財産高等裁判所設置法の制定、関税法の改正（知財侵害物品の水際取締の導入）、独占禁止法の改正（課徴金制度の整備）、消費者安全法の改正（消費者事故調の設立その他）、食品表示法の制定、団体の消費者被害回復民事裁判手続特例法の制定、消防法の改正など。

2) 滝井繁男元判事との対談（日弁連司法シンポジウム2010年9月11日）、同氏へのインタビュー（2017年に公表予定）、および藤田宙靖元判事へのインタビュー（「藤田宙靖先生と最高裁判所」(1)～(3・完)）法学教室400号59頁、401号39頁、402号35頁（2014年）。

ス)を検証する必要があるように思われる。

あわせて、わたしからの仮説として、内閣法制局の存在が最高裁の法律解釈方法論一般に大きく影響を与えている可能性があるのではないかということを上げたい。日本の最高裁がとる法律解釈方法の著しい特徴——立法過程史 (legislative history) を極力取り上げずに、文言、趣旨目的の仕組み、そして憲法適合性の3点だけで解釈するスタイル——を帰結しているのではないかということである(その一環として、違憲審査の方法にもならぬ特徴が出てくるかもしれない)。

2 「内閣法制局の変化」について

(1) 憲法9条解釈変更の妥当性

——立法か解釈か

2013年から2016年にかけての安全保障法制をめぐる一連の出来事、すなわち内閣法制局長官の人事(外部からの長官任命)、政府の憲法9条解釈の変更(憲法9条のもとで集団的自衛権の行使が可能とする立場への変更)、そして新しい安全保障法制の成立という過程では、「集団的自衛権の肯定が憲法9条の解釈として可能か」が非常に激しく問われてきた。

法解釈学者の立場からすると、まずはこれが、よくある法律問題であることを指摘したい。

「立法が必要か、それとも解釈でまかなえるか」という問題は、法の世界では日常的に起きている。たとえば、改変プリペイドカードをコンピューター端末に挿入して利得を得る行為を、刑法246条の詐欺罪として処罰できるか(同条の解釈だけでまかなえるか)、それとも刑法改正が必要かという類いの問題である(この問題については周知のとおり、後者の方向で処理され、刑法246条の2の電子計算機使用詐欺罪が新設された)。

もう一つ例を挙げると、いわゆる混合診療の禁止は、厚労省が関係法令をそう解釈しているだけで生じている現象である³⁾。仮に政府与党が、混合診療を解禁せよという方針に切り替える可能性を探り始めたが、厚労省が従来の解釈の変更には難色を示したとすると(たとえば混合診療の解禁は保険医療の崩壊を招くという理由で現行法上取り得ない

解釈であると主張する)、ここに、関係法令の改正を必要とするか、それとも現行法のまま解釈だけ変えればよいかという問題がただちに生じるのである。

こうした詐欺罪や混合診療禁止をヒントにすると、「憲法改正が必要か、それとも憲法解釈の変更でまかなえるか」の問題は、憲法の文言や趣旨目的との整合性、解釈作法(憲法解釈において刑事法のごとく厳格主義が採られるべきか)、社会的事実の変化、従前の憲法解釈の位置付け方(たとえば従前の政府解釈は憲法9条についてとりうるもっとも狭い解釈をあえて採用したものであって、憲法9条はもっと広い解釈も許容していると説明できるか)などの総合考慮である。

(2) 内閣法制局の姿

——「法の番人」か? 「ゼネラル・カウンセラー」か?

① 法令上の姿

さて、2013年から2016年にかけての安全保障法制関連の出来事を通じて、内閣法制局のあり方に変化があったといえるだろうか。

法令を見ると、内閣法制局は内閣の内部部局であり(内閣法制局設置法1条「内閣に内閣法制局を置く」)、いわゆる審査事務と意見事務を行う。前者は、「閣議に附される法律案、政令案及び条約案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて、内閣に上申すること」(内閣法制局設置法3条1号)、後者は「法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べること」(同法3条3号)である。

では、内閣とは何か。憲法65条の「行政権」の意義については公法学において複数の説があるが、わたしはこれをいわゆる執政権としての行政権であると理解する立場に与している。すなわち、憲法65条が内閣に固有の権能として与えた「行政権」(英文ではexecutive power)は、法律案や予算案を作ったり、条約を締結したりするほか、それらを含めた国家の方向性について企画立案をすることであり、さらには、行政各部による法令等の執行が適切であるように管理することである⁴⁾(そのうえで憲法は、法律案を法律にすることがで

3) 最判平成23年10月25日民集65巻7号2923頁を参照。

きるのは国会のみが有する権能であるとし、予算案と条約についても国会の承認がなければ予算や条約として成立しないという規律を加えている)。

実は行政法学は、こうした執政権を扱うことがほとんどない⁵⁾。行政法学が扱う行政権は、上記の執政権としての行政権とはまったく異なっていて、すでに国会で成立した法律や、国会が承認した予算に基づき、または地方公共団体の条例や予算に基づき、さらには大臣や長等が承認した要綱等に基づき、省庁、都道府県、市町村、各種委員会、一部の民間団体(指定法人等)が日々肅々と執行する事務である。行政法学はこうした執行事務を対象に、行政処分や委任立法、行政手続、行政不服審査、行政訴訟などを論じるのである。

このように執政権と執行事務に二分しておく、内閣法制局の役割が、内閣の執政権のサポートにあることがよくわかる。内閣が自衛隊の海外派遣や安全保障法制整備といった新たな国家的方針を打ち出すにあたって、内閣法制局(意見部)が憲法適合性を含む法的妥当性について助言することも、内閣が法律案・政令案・条約案をとりまとめるにあたって、内閣法制局(審査部)が審査することも、いずれも執政権の行使に対するサポートである。

これに対して、執行業務において法律解釈上の疑義が出たときに、内閣法制局が一義的に関わることはない。すべての法律はいずれかの省庁が所管することになっているので、各省庁が責任をもって法令解釈を蓄積する(憲法適合性の説明を含む)⁶⁾。日本では各省庁や委員会に、法制課といった明示的な法務部門は存在しないが(ただし外

務省に国際法局長がいるというような例はある)、その役割を各原課が分散して担っているのである。

しかし、制定後の法律の解釈運用について、各省庁から内閣法制局(意見部)に問い合わせをすることはある。また省庁間で抜き差しならぬ法律解釈上の摩擦が生じたならば、内閣総理大臣が内閣法制局(意見部)と相談しながら調整をする(内閣法6条ないし8条に基づく)。いずれも内閣の執政権に対するサポートである。

②内閣法制局の役割

以上を踏まえると、内閣法制局が意見を述べたり、審査をしたりするにあたっては、内閣の全体的な方針にできる限り沿うことが求められるはずである。内閣(総理大臣)が部下の官僚制からコントロールを受けることはないから、内閣が法制局の意見や審査結果に拘束されるわけではない⁷⁾。

実際、意見部が従来、「憲法9条のもとで、個別的自衛権は認められるが集団的自衛権は行使できない」という解釈を営々と編んできたのは、戦後のある時期以降の政権からの政治的指示に応じてのものであったと理解できる⁸⁾。審査部もまた、わたしが垣間見た立法過程を見る限り、政治的リーダーシップがしっかりとあると、法制局審議は結論的には通ってしまうという実感がある。総理のリーダーシップのもとに消費者行政の一元化が決まると、従来の分担管理原則の考え方を乗り越えた消費者安全法のような法律もできてしまうのである⁹⁾。

そうすると、内閣法制局は、内閣からの指示(支持)とは無関係に自らの見解を形成したり維

4) 憲法65条の行政権を執政権と理解すべきか否かについては、主に憲法学で論じられてきた。たとえば佐藤幸治『日本国憲法』(成文堂、2011年)479-482頁を参照。

行政法学でこの問題を取り上げることは少なく、次の拙稿はその数少ない例である。中川丈久「議会と行政」磯部哲ほか編『行政法の新構想I』(有斐閣、2011年)115頁、155-161頁、同「行政による新たな法的空間の創出」『岩波講座・憲法4・変容する統治システム』195頁、209-213頁(岩波書店、2007年)、同「立法権・行政権・司法権の概念についての序論的考察——権力分立の捉え方について」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革(II)』(有斐閣、2001年)331頁、同「行政活動の憲法上の位置づけ」神戸法学年報14号(1998年)125頁、156-159頁。

5) まったくないわけではない。「法定外の政策内容」を行政機関限りで策定し執行する現象を検討するには、必要である。中川丈久『行政手続と行政指導』(有斐閣、2000年)355-358頁を参照。

6) よく知られていることである。たとえば、内閣法制局百年史編集委員会編『内閣法制局百年史』(内閣法制局、1985年)265頁を参照。

7) このような内閣と内閣法制局の関係は、阪田雅裕『「法の番人」内閣法制局の矜持』(大月書店、2014年)45頁、193-196頁にも現れている。また、間柴泰治「内閣法制局による憲法解釈小論」レファレンス685号(2008年)75頁、76頁は、内閣法制局長官の発言録をひいて、「あくまで最終的な行政府における決定は内閣によって行われ、結果的に内閣法制局の解釈が採用されているに過ぎない」と指摘する。

8) 阪田・前掲注7)『「法の番人」内閣法制局の矜持』65-66頁は、そのような推測を述べている。また、同書70-109頁(PKO法から周辺事態法、テロ特措法、イラク特措法)も本文のような理解を裏付けるように思われる。

持したりすることができる自律的な組織として、設置されたわけでも、そのように機能してきたわけでもない。

それゆえ、内閣法制局が示した意見は変更されるべきではないとか、その憲法解釈は変えられるべきではないなどという理屈が卒然と成立するわけではない⁹⁾。実際、内閣法制局は自らの憲法解釈を変更する可能性について、政治的配慮という点で慎重でなければならぬとはしつつ、否定していないのである¹¹⁾。

③法の番人かゼネラル・カウンセラ

このことは、およそ弁護士がクライアントに対してする法的助言が——紛争処理の場面であれ、紛争予防の場面であれ——、リーガル・リスクの軽減を目的とすることを想起させる。弁護士は、クライアントの行動そのものを止めることもあれば(ブレーキの役割)、なんとかクライアントの希望することを法的に説明可能なものへと軟着陸させる説明の仕方や原案の修正点を見つけることもある(アクセル補助の役割)。その選択の賢明さが、法律家としての能力の見せ所である。

たとえば、遺伝子組換え、ドローン、ロボット、AI等の新技術を社会で利用することについての法的助言を考えてみよう。健康リスクや環境リスクが大きすぎるとして、予防原則の観点から中止を求める助言もあれば(ブレーキの役割)、既存の法制度との調整が必要な部分をリストアップして、既存法制の改正や、既存社会に接合可能な形に技術要件をまとめあげていく助言もある(アクセル補助の役割)。どちらも法律家に期待される役割である。

内閣法制局職員のお多くは法曹有資格者ではないが、OJTの法律家であると理解してよいとすると(そうでない、というなら話は別である)、上記をあてはめて次のようになる。

クライアントである内閣や法案提出官庁が前例にない思い切ったことを言い出したときに、内閣

法制局は意見部であれ審査部であれ、ブレーキを踏むこともアクセル補助をすることもある。そのどちらに舵を切るかが、法制局の腕の見せ所である。このたびの憲法9条論でいえば、ブレーキを踏むべき場面なのか(個別的自衛権論を堅持すべき場面か)、それともアクセルを補助すべき場面なのか(集団的自衛権論へと歴史的転換をすべき場面か)、まさにその判断こそ、法制局の執政権サポート役としての嗅覚が期待されるのである。

このように考えるならば、内閣法制局を「法の番人」あるいは「憲法の番人」とする形容は、その役割を一部のもの(ブレーキの役割)に固定する印象を与えかねないのではないかと懸念される。官僚組織の前例踏襲は、政治の指示があれば変わるべきものであるから、「番人」という呼称を独り歩きさせないことが重要である。

むしろ「ゼネラル・カウンセラ」と呼ぶべきではないか。企業内法務の世界では、法務部のトップが経営責任を分担する立場にたたなければ、経営陣に法令遵守を強く進言することも(ブレーキの役割)、また、経営上の様々な法的課題をいかにクリアするか創造的な助言をすることも(アクセル補助の役割)できず、かえって企業のリーガル・リスクを高めてしまうとの主張が現れつつある。いわゆる「ゼネラル・カウンセラ」論である¹²⁾。

企業における経営責任に相当するのが、政治的責任(国会に対する内閣の責任)である。内閣法制局長官は内閣の一員ではないものの、慣例として、内閣官房副長官とともに閣議に陪席しており、首班指名ごとに任命されている(同一人物が続く場合でも任命され直す)。内部的な助言者である——いわゆる「黒子」——とはいえ、内閣にガバナンスを効かせる内部統制(自己統制)の仕組みたるにふさわしい相当の地位が慣例的に認められてきたのである。

④内閣法制局は変わったか

9) 消費者安全法と分担管理原則の調整のために、内閣法制局でどのような立法作業が行われたかについて、仲野武志「内閣法制局の印象と公法学の課題」北大法学論集61巻6号(2011年)2067頁、2077頁を参照。消費者安全法と分担管理原則については中川丈久「消費者行政」ジュリスト1414号(2011年)51頁、55-56頁も参照。

10) 藤田宙靖「覚え書き——集団的自衛権の行使容認を巡る違憲論議について」自治研究92巻2号(2016年)3頁、6頁、13-14頁。

11) 間柴・前掲注7)「内閣法制局による憲法解釈小論」78-79頁。

12) アメリカ合衆国では1970年代から1980年代にかけて、多国籍企業の企業内弁護士が経営の中枢に関わる形で法務提供をする「ゼネラル・カウンセラ」化が始まった経緯について、M. Daly, *The Cultural, Ethic, and Legal Challenges in Lawyering for a Global Organization: the Role of the General Counsel*, 46 *Emory L.J.* 1057, 1060-1066 (1997)を参照。

以上をふまえると、憲法9条解釈を機縁とした2013年の長官人事は、それまでに無かったという意味では異例であったが、内閣法制局設置法上は想定された範囲内であると解される。その人事の結果として、内閣法制局の憲法9条解釈が変わったものの、内閣法制局のあり方が変わったわけではない。もともとそういう組織として内閣法制局設置法では予定されているのであり、これまでも政治的圧力のなかで内閣法制局の判断が形成されてきたのである。

今回のような異例な人事の影響は、内閣法制局に対してよりもむしろ、内閣に生じうるものと思われる。法制局長官——に限らずあらゆる省庁の幹部の——人事に政治的見地を出し過ぎると、その影響は、ブーメランのごとくまわりまわって内閣の権威を傷つけかねないという政治的リスクとなる¹³⁾。政治的任命が専門性を度外視してなされ、内閣法制局が内閣の指示を是認するだけのラバースタンプの存在になってしまうと、それだけ内閣の策定する国家的方針や法律案、予算案等のリーガル・リスクを高めることになるからである。それは内閣にとって決して政治的に得策ではない。むしろこれは政権自身が判断すべき事柄である。

3 「最高裁の変化」について

(1) 憲法訴訟における変化

——エビデンスの収集範囲について

最高裁の違憲判断が活発化しているのではないが、その要因は何かについては、次のようなコメントをさせていただきたい。

第1に、憲法訴訟において最高裁が従来の消極主義から積極主義に変化したというとき、何をもちって積極主義というのか気がになった。違憲無効判決だけに視野を絞ることが適切かということである。

法解釈学の立場からすると、違憲無効判決になるか、憲法適合的解釈（合憲限定解釈など）をした判決になるかは、当該法令の条文の作り（憲法適合的な解釈の余地が残る文言が使われていたか否か）次第でどちらにも振れる¹⁴⁾。それゆえ、違憲無効判決だけを積極主義にカウントするということでよいのか気になるところである。また、詳細な理由を付して政府の施策を肯定する判決も、司法積極主義に含められるかもしれない。こうした諸種のカテゴリーから、なぜ違憲無効判決だけを使うのかの説明が必要であるように思われる。

第2に、最高裁の行政法関係の判例を見ていると、意外なほど、柔軟ないし創造的に解釈する例が散見され、かつそれはかなり以前から見られる。関税法の通知の処分性肯定や医療法の勧告の処分性肯定のために用いられた法解釈（わたしは最高裁が「Ver.2 解釈」をしたと呼ぶ¹⁵⁾、そしてブランド牛判決¹⁶⁾での解釈や行政指導確保のための建築基準法の再解釈（品川マンション確認留保¹⁷⁾などは、最高裁が司法立法的解釈をした例である。ダニエル・フットのいう「これまで広く流布してきた常識とは反対に、日本の裁判所は積極的に規範を形成しており、そこには大きな政策的意味合いが含まれている」という指摘¹⁸⁾は、行政訴訟において確かにあっている（民事訴訟はいうまでもないだろう。他方、刑事訴訟は刑事法の抑制的解釈という要請があるので別である）。

憲法適合的解釈と、（憲法は使わないけれども）創造的な行政法規解釈とを同じように取り上げると——さらには次項(2)で述べる行政訴訟一般の活性化も含めると——、最高裁の積極化を重層的に検討することができ、最高裁のリアルな姿に迫ることができるのではないか。

第3に、外国との比較は常に困難な課題であるが、アメリカ連邦最高裁やドイツの憲法裁判所と、日本の最高裁とをどのように比較するべきかという点はやはり気になる。

13) 内閣法制局長官がかつて述べたところを引いて、間柴・前掲注7)「内閣法制局による憲法解釈小論」78頁は、「内閣がその政策実現のために従来の憲法解釈を便宜的、意図的に変更することは、行政府の憲法解釈の権威を著しく失墜させ、ひいては内閣自体に対する国民の信頼を著しく損なうおそれがあり、また憲法規範そのものに対する国民の信頼を損なう可能性」を指摘する。

14) たとえば前掲注2)「藤田宙靖先生と最高裁裁判所(2)」52-54頁（藤田宙靖発言）を参照。

15) 中川丈久「処分性を巡る最高裁判例の最近の展開について」藤山雅行・村田斉志編『新・裁判実務体系25行政争訟〔改訂版〕』（青林書院、2012年）139頁、141-143頁。

16) 神戸牛精子提供拒否事件の最判平成13年12月13日判例時報1773号19頁。

17) 中川・前掲注5)『行政手続と行政指導』225-244頁。

18) ダニエル・フット『裁判と社会』（NTT出版、2006年）275頁。

アメリカ連邦最高裁についてみると、連邦憲法の問題や連邦行政法の問題が大半であり、連邦制をどう維持するかという役割も担うので、憲法裁判所兼行政裁判所のような存在である。上告を絞り込むので事件数が日本に比べて極端に少ないことも極めて重要な差異である。彼我のおかれた状況は随分と異なっており、むしろ州最高裁と日本の最高裁をも比べるべきかもしれない。

また、外交防衛はともかく、日常生活に関わる事柄で、国論を二分するような憲法問題の多寡が日米で異なっている（国民皆保険の受容の程度、墮胎の受け止め方など）。アメリカは法曹一元で、判事は終身制なので、とにかく判事の地位が驚くほど高いというあたりも大きな違いである。

アミカス・ブリーフを日本で導入することによって自身も積極方向での関心を持っているが、それが司法への政治的介入とされないか、大企業による鑑定合戦に終わるだけではないかという問題がある。最高裁のなんらかの強化策とペアで導入することが必要となるかもしれない。

(2) 行政訴訟における変化

——司法制度改革の影響について

① 何が変化したか

行政訴訟一般でも、最高裁の変化が起きている。わたしがこのことを重視するようになったのは、滝井繁男元最高裁判事の発言¹⁹⁾や、あるジャーナリストとの会話からである²⁰⁾。そしてこの変化の多くは、すでに司法制度改革の前から始まっていたから、司法制度改革はその動きを支えた関係にある²¹⁾。

行政訴訟一般における近時の最高裁の変化は、次の3つであるとわたしは考えている。

第1に、2000年頃から行政裁量判断に対する積

極的審査が目立ち始めた。それ以前であれば行政裁量の尊重で原告敗訴となりえた場面で、裁量濫用とされるようになった（すべて小法廷判決²²⁾）。

第2に、司法制度改革の成果である平成16年行訴法改正の直接的影響といえるのは、改正法で促された当事者訴訟（行政訴訟の1つ）の活用である。在外邦人選挙権事件の最高裁大法廷が憲法問題を争う確認訴訟の適法性を認めて以来²³⁾、最高裁は当事者訴訟を活用しており（確認の利益の拡大）、同様の争い方を否定していた従前の最高裁判決はすでに黙示的に判例変更されたといつてよい²⁴⁾。これにより、処分性が認められずとも、行政紛争を争う方法ができたわけで、処分性の重みが一気に下がった。もはや「行政訴訟は門前払いが原則」などといったそれまでの雰囲気とはかなり違っている。行訴法改正の前と後で、別世界が広がっているのである。

第3に、抗告訴訟（行政訴訟の1つ）の訴訟要件である処分性と原告適格については、変化は行訴法改正のずっと前から始まっていた。原告適格拡大については、長沼ナイキ基地訴訟（1982年）²⁵⁾で登場したロジック（第三者である付近住民の原告適格を具体的に認めた。ただし別の理由で訴え却下）が、新潟空港（1989年）につながり、もんじゅ訴訟（1992年）を経て定着する。平成16年の行訴法改正以後に現れた小田急高架化事件（2005年）の最大判は、先例を変更したものであるが、そこで示された原告適格論はもんじゅ判決などと同じである²⁶⁾。処分性についても、上島駅区画整理事業計画決定事件の最大判で判例変更されたが、これも考え方として目新しいものはなく、もともと誤っていた判決を正しただけと理解される²⁷⁾。

② なぜ変化したか

こうした変化がなぜ現れたのかの要因を探るの

19) 滝井繁男『最高裁判所は変わったか』（岩波書店、2009年）79頁以下。同じことを藤田宙靖元判事に伺った様子について、前掲注2）「藤田宙靖先生と最高裁判所(1)」61-63頁を参照。

20) 山口進・宮地ゆう『最高裁の暗闘』（朝日新聞出版社、2011年）は、最高裁の少数意見がやがて多数意見を構成することで、新しい一步を切り拓く変化のタネになっていることを日米比較したものである。行政訴訟一般における変化について、同書102-164頁を参照。

21) 滝井繁男・水野武夫「行政訴訟の新しい潮流を読む——最高裁判例を中心に」（友新会、2008年）19頁（滝井繁男発言）、前掲注2）「藤田宙靖先生と最高裁判所(1)」64-65頁（藤田宙靖発言）。

22) 中川丈久「行政訴訟における近年の最高裁の動向について」都市とガバナンス10号（2008年）63頁、65-68頁。

23) 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

24) 中川丈久「行政訴訟の諸類型と相互関係」岡田正則ほか編『行政手続と行政救済（現代行政法講座2）』（日本評論社、2015年）71頁、73頁、81-89頁。

25) 二審は「統治行為」論を展開したが、最高裁は、原告適格を肯定するロジックを詳細に展開した。

26) 中川丈久「取消訴訟の原告適格について(2)」法学教室380号（2012年）97頁、98-100頁を参照。

はかなり難しい。

第1に、司法制度改革の影響を語るができるのは、当事者訴訟の活用のみであろう。滝井繁男元判事の回想によると、在外邦人選挙権事件を担当する同判事に、調査官から訴え却下の原案が示されたため、当事者訴訟の活用方法を示唆した拙稿（改正行訴法の特集の一編として公表した論稿）²⁷⁾もヒントの1つとして再検討を促したところ、事件が大法廷に回付され、結論的には全員一致で確認の利益が認められたというのである²⁸⁾。最高裁はその後も様々な場面で当事者訴訟を活用しており、それが下級審にも影響を及ぼしている。

当事者訴訟の活用を除くと、裁量審査や抗告訴訟の処分性・原告適格については、司法制度改革のスタート前から変化が始まっているから、司法制度改革＝行訴法改正の直接的な影響を語るのは難しい。しかも改正行訴法は、処分性については手を付けておらず、原告適格については最高裁判決のうち原告適格を広く認めたとされるものの判決理由のエッセンスを抜き書きする行訴法9条2項を新たに置くにとどまった。

第2に、最高裁判事経験者のインタビューによると、要因としてなにより大きいのは、人の変化、つまり最高裁判事の世代交代である³⁰⁾。幹部の世代交代により相場観が変わり、従前とは異なる判断が下されるのは、いかなる組織でも同じである。

第3に、変化の要因としては、行政に対する信頼度が一般に低くなったことも挙げられるかもしれない。自民党政権が繰り返し行った「行政改革」によりある時期から「行政不信（非効率）」というイメージが定着し、その信頼がかなり下がったということもあるのかもしれない。これはもっぱら、裁量審査の強化ということであろう。

4 「内閣法制局と最高裁の関係性」について

(1) 仮説成立の前提

——エビデンスの候補

「内閣法制局が法律の憲法適合性を審査しているから、日本では違憲判決が少ない」という関係性があるといえるか。この仮説について次の指摘をしたい。

第1に、この仮説は特定の内閣法制局観——自律的な「憲法の番人」——を前提にはじめて成り立つものであろう。これとは違う見方、すなわち内閣の指示（支持）のもとで動く内部部局であることを強調するわたしのような内閣法制局観にたつと（上述2で示したもの）、内閣法制局＝内閣であるから、この仮説は“内閣の立派さに最高裁が安心して内閣提出法案の違憲審査を厳しく行わない”ということになってしまい、違憲審査制度の自己否定になってしまう。内閣法制局の姿をどう理解するかがまずは重要である。

第2に、内閣法制局の審査部がどのように個々の法律案を審査しているかは、原則として公表されていない³¹⁾。憲法9条を除くと、内閣法制局がどのような違憲審査の手法を用いているのか、裁判所は知るよしもない。そうすると最高裁が、内閣法制局はどういう法令審査をしたのか、どのように合憲性を判定したのかという材料をもたないまま、「内閣法制局が審査したから、原則として合憲と推定する」などという判断をすることは考えにくい。裁判所として完全な職務怠慢、職務放棄となるからである。

第3に、そもそも最高裁と内閣法制局は、職務内容がまったく異なっており、相互補完関係になりにくいのではないか。

内閣法制局（審査部）における法案審査はフォーマリスティックなチェックである。原局（原

27) 処分性については、中川・前掲注15)の拙論を参照。なお、そこで述べているように、保育所廃止条例制定行為に処分性を認めた最判は、最高裁の変化を示すような先例性のある判決ではないと考えられる。

28) 中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌130巻6号（2004年）963頁。

29) 滝井・水野・前掲注21)「行政訴訟の新しい潮流を読む」17-18頁（滝井繁男発言）、山口・宮地・前掲注20)『最高裁の暗闘』125頁。

30) 前掲注2)「藤田宙靖先生と最高裁裁判所(1)」63-66頁（藤田宙靖発言）。

31) 2001年度より内閣法制局文書の国立公文書館移管が始まっている。水野京子「内閣法制局移管文書について」国立公文書館報45号（2013年）131頁。ほとんどが審査事務に関する文書（法令審議録等）であるものの、最終的な審査資料だけということが多く、法制局がどのように審査したのかの手掛かりとはなりにくい。

課)の政策内容には、論理的矛盾がない限り、基本的に立ち入らない。主として、立法にあたっての作法(定義は厳密に、目的と手段の整合性、前例がない規定振りはないか、解釈できない条文はないか、執行過程で混乱が生じないか等)を蓄積し守ってきている³²⁾。いわば固定相場の世界である。そして内閣法制局は官僚組織であり、国会答弁にも呼ばれる。

これに対して最高裁は、それぞれの分野でキャリアを極めた60歳代の猛者5人が、「もう上には誰もいない」という状況で対等に並んで(小法廷)最終判断を下す場である³³⁾。こちらは何が起きるかわからない変動相場の世界である。最高裁は、誰に呼び出されるわけでもない。そのような最高裁が、内閣法制局の存在によって影響を受けることがありうるだろうか。両者はまったく精神構造が違うのではないか。

第4に、統治行為論を述べたとされるふたつの最高裁判決が、内閣法制局と最高裁の「暗黙の結託」という仮説のエビデンスとなるかである。

砂川事件については、統治行為論判決だという理解が独り歩きしている感がある。最高裁は憲法9条解釈をしっかりと示したうえで(「固有の自衛権」や「外国軍隊は戦力か」)、それに反しない範囲でどのような条約を締結するかは内閣と国会の裁量だとしている。確かに「裁判所の司法審査権の範囲外のもの」などというどぎつい表現を用いているものの、行政法解釈学者の目からすると、実際には裁判所がすべき最低限の裁量審査はしているように思われる。

他方、苫米地事件は、解散権が争点であるから、審理に入るとなると、内閣総理大臣に解散の理由の証言をさせることになる(なぜ解散したかわからなければ、審理できない)。それが司法として適切かというのが、統治行為論を用いて一切の審理をしなかった理由ではないか。内閣法制局の存在とは関わりがないのではないかと思われる。

第5に、内閣法制局が審査した法律のうち、これまで最高裁が違憲無効としたものは確かに2件しかない。しかし、そのことに内閣法制局の存在が影響しているというためには、さらに次のようなエビデンスを検証する必要があるのではないか。

すなわち、(1)憲法適合的解釈(合憲限定解釈など)もまた内閣法制局の審査に対する否定的評価であるから、これも含めて、内閣法制局の影響関係を測るべきではないか。また、玉串料に関する住民訴訟もエビデンスに含めるべきではないか³⁴⁾。(2)条例の違憲無効率が法律に比べて高いかどうかとも調べる必要があるのではないか(自治体でも長部局が提案する条例案は法制課相当の職員がチェックをしていると聞かす、内閣法制局と比較可能な組織がある自治体は大都市に限られるであろう)。(3)違憲判決が出された議員立法の多くは、議員定数の合憲性を争点とするものである。もしこれらをあえて内閣提出法案としていたとしても、内閣(内閣法制局)としてはさわれないテーマであるから、結局同じような立法となり、違憲判決となったのではないか。(4)これまで政令が2件違法無効とされており、しかも内閣法制局が得意とするような非常にテクニカルな問題で、法律に反しているとされた³⁵⁾。政令が問題となることは少ないから、2件というのはそれなりの高頻度であり、最高裁が内閣法制局の存在を意に介していないことを示すエビデンスではないか。

(2) 新たな仮説

——法制局が最高裁の解釈方法論に影響？

では、内閣法制局の存在が最高裁に与えている影響は何もないかということ、そうでもないように思われる。「立法過程史(legislative history)を用いた解釈をしない」という点にあるのではないかという仮説が成立するかもしれない。

閣法は法的作法に則った条文作りがされてお

32) 内閣法制局における法律案等の審査の観点述べた近時の例として、仲野・前掲注9)「内閣法制局の印象と公法学の課題」2074-2076頁がある。

33) 滝井・水野・前掲注21)「行政訴訟の新しい潮流を読む」19頁(滝井繁男発言)、前掲注2)「藤田宙靖先生と最高裁裁判所(1)」66-74頁(藤田宙靖発言)。

34) 阪田・前掲注7)『法の番人』内閣法制局の矜持』49頁は、総理による玉串料の公費支出は憲法違反ではないという内閣法制局の考え方を、地方自治体の首長の玉串料支出の事件において、最高裁が否定したことを指摘している。

35) 最大判昭和46年1月20日民集25巻1号1頁(農地法80条1項の不用地認定の基準を定めた農地法施行令16条4号を違法無効とした)、最判平成14年1月31日民集56巻1号246頁(児童扶養手当の支給要件を定めた児童扶養手当法4条1項に基づく児童扶養手当法施行令1条の2を違法無効とした)。

り、(法律家にとっては)非常に読みやすい。閣法である限り、法律構造を内閣法制局がしっかりと整備しているので、裁判所は、文言/趣旨目的仕組みだけで十分に解釈をすることができ、あとは憲法適合的であるかをチェックすればよい。そうすると、内閣法制局の存在がまわりまわって最高裁に、文言解釈/趣旨目的仕組み解釈/憲法適合的解釈の3つしか使わず、立法過程史を用いた解釈を基本的には行わないという、日本ならではの特徴——アメリカの裁判所とは異なる——を生じさせている可能性はないだろうか。

そして、立法過程史を用いた法令解釈をしないというスタイルが、さらには、日本では最高裁による行政法規の創造的解釈が散見されるという状態を生み出しているかもしれない。時代にあわせた法令解釈は、アメリカ最高裁ではブライヤー判事が好み、故スカリア判事が強く反対した手法であるが、これは裁判所の役割論という非常に重要な問題に根ざした対立である。これに対して、日本では、内閣法制局の存在ゆえに、逆説的にも、最高裁において創造的の法令解釈への抵抗感が比較的小さいのかもしれない。

5 おわりに

以上、3つの報告が掲げるそれぞれの仮説が成立しそうかどうかについて、法解釈学(実定法学)の立場からどう感じるか、また、その仮説を立証するためのエビデンスの取捨選択が法解釈学の立場からみてどうかを述べさせていただいた。

最後に、「事象の規範的説明」を目指す法解釈学が、「事象の実証的説明」を試みる法社会学や政治学になんらかの貢献ができる余地があるとするれば、次のようなことではないかという感想を述べたい。

第1に、法社会学や政治学が実証研究をするときに用いるエビデンス——個々の判決や法令、法律関係者の発言や行動——の意味について、法解釈学における理解を提供することで、エビデンスの解釈が多様であることを示したり、ほかにも使うべきエビデンスがある可能性を示したりすることができるのではないか。

第2に、法解釈学者は立法過程への関与が多い(立法のための審議会、検討会、研究会への参画)。ま

た、行政の法執行過程への関与(諮問審議への参画)、裁判過程への関与(代理人の依頼を受けて意見書提出や助言をすること)の経験ももつ。こうした経験を通して、実務家の視線——裁判官、弁護士、役所職員、そして政治家は何を見て(何を見ないで)いるのか——について経験的に得た知識を提供することで、エビデンスの解釈に資するのではないか。

第3に、法解釈学も、法社会学や政治学と同様に、「どのような変化が起きているか」「なぜ変化が起きたのか」を好んで取り上げる。判例研究はまさに、判例が変化したのか(新しい判決は先例的価値をもって、これまでの判例準則を変えていくのか)を考察するものである。そして、なぜ変化が起きたのかを、規範内在的に説明しようとする(規範と事実の組合せで説明しようとする。法規範から離れた理由付けをすることは法律家には期待されていない)。そのような規範的説明のなかから、実証的説明の対象とすべき新たな仮説を、法社会学や政治学に提供することができるかもしれない。

(なかがわ・たけひさ 神戸大学教授)