

司法審査と立法裁量に関する予備的考察

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2010-02-10 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 清水, 泰幸 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10098/2414

司法審査と立法裁量に関する予備的考察

清 水 泰 幸

はじめに

筆者は社会保障法学の中で公法に軸足を置いているが、そこからすれば、憲法学のいわゆる憲法訴訟と呼ばれている領域には複雑な念を抱かざるを得ない。その理由として、第一に、学説において精密な違憲審査基準と憲法判断に関する準則が確立されながらも、判例との「すれ違い」を生じてしまっていること、第二に学説とは一定の距離をおいている最高裁判所でありながらも、ここ数年、重要な法令違憲の判決が続いたこと、第三に、社会保障立法に関しては、判例における日本国憲法25条の裁判規範性の不明確性、不安定性が否定できないことが挙げられる。

1970年代から80年代の日本の憲法学説は、アメリカ憲法学を継受する形で、二重の基準論によって「公共の福祉論」を克服し、違憲審査基準の精密化に取り組んできた。ところが、最高裁は、こうした学説の展開を傍目で見ながらも、その呼び水に全面的には応じることなく、精神的自由の領域における厳格審査は行われなまま、現在に至っている。他方で、社会保障立法に対する最高裁の態度は、いわゆる堀木訴訟上告審判決（最大判昭和57・7・7民集36巻7号1235頁）以来、広い立法裁量を認める傾向が定着しており、憲法25条の裁判規範性としての展開には「手詰まり」感を拭えない状況になってしまっている¹。

ここで、筆者の本来的な専攻分野でないことから²、憲法学に対する素朴な疑問を投げかけてみたい。第一に、日本の憲法学の中で、憲法訴訟については、アメリカ憲法学を専門としている研究者がリードしてきたことである。近年まで、憲法訴訟に関する研究においては、アメリカ憲法学研究者の面目躍如たる様相を呈してきており、それ以外の比較法研究者は、一定の距離をお

¹ 芦部は生存権に関する憲法判断は「『厳格な合理性のアプローチ』に準ずる実質的な審査」の必要性を主張していたが（芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）240頁）、そこでの根拠付けは明らかにされないままとなってしまった。また、近年の社会保障法と憲法との関係を取り上げた学説の到達点として、季刊社会保障研究41巻4号（2006年）の特集〈社会保障と憲法〉が挙げられる。

いて学説の展開を見守るような状況であったように思われる³。それはアメリカ憲法学のもとでの違憲審査をめぐる学説が、二重の基準論として輸入され、日本の憲法学の「公理」としての地位を得るまでに至った時代でもあった⁴。

他方、ヨーロッパでは、憲法裁判所形式の違憲審査制度が主流ではあるが、基本権保護にも大きな役割を果たしてきたことは否定できまい。しかし、そのような研究は、なぜか憲法訴訟と呼ばれてこなかった。ちなみに「三段階審査」と称されるドイツの違憲審査手法が脚光を浴びるようになったのも最近のことである⁵。

第二に、日本の最高裁判所による立法裁量論の援用の基準についてである。投票箱に訴えることでは解決しない問題が裁判所に持ち込まれているはずだが、国会の広い裁量を認めて立法政策に委ねられるべきとするのでは、実質的には門前払いに等しい。すなわち、裁判所がその審理している事件について、「政治部門の扱う事項だから」というのでは、結局、「裁判所に持ち込むべき問題ではなかった」と述べているようなものである。この点につき、学説から有効な批判が為されているとは言い難い。

具体的な事件の存在を出訴の前提とする付随的違憲審査制度のもとでは、立法権に対する司法権の限界についての考察とともに、判決に際して、司法権に属する裁量権の幅についても検討されなければならなかったはずである。ところが、そうした論点はほとんど顧みられず、裁判所にとって立法裁量論は、取り回しの良い道具概念になっているとも言う。つまり、日本国憲法

² いくぶん本筋より逸脱するが、最高裁判所の政治性について、それを指摘すること自体を禁忌としてきた日本の法文化ないしは憲法学のあり方には違和感を禁じ得ない。政権交代が定期的な為されてきたアメリカでは、同時代的に見たとき、政権与党とは出自の異なる連邦最高裁判所裁判官が在籍することが通常であり、誰の政権の時に選出された裁判官であるかが明示的に意識される。これに対し、日本では、最高裁判所裁判官は特別な権威を有しているかのような「錯覚」に陥りがちである。

日本国憲法6条2項および79条1項から明らかなように、内閣は、最高裁判所のすべての裁判官について実質的な任命権を握っている（アメリカ上院で行われているような、任命前手続もない）。つまり、最高裁判所裁判官の任命に際しては、これまでは長年にわたり自民党によるスクリーニングが可能であったのであり、いわば任命の拒否権が握られていた。一党支配体制が長期に続けば、保守的な裁判官による保守的な判決が出るのは当然であり、ましてや、法令違憲の判決を書くような者を、そのようなことを知りつつ、内閣は任命しないだろう。

自主憲法の制定を党としてきた政党と、「憲法の番人」を標榜してきた最高裁判所（あるいはその裁判官）とのアンビバレントな関係はそれ自体興味深い、この点の考察は他日を期することにしたい。

³ 本稿でも多用しているが、そもそも憲法訴訟とは、何を中心とする概念なのだろうか。こうした状況に大きな楔を打ち込むものとして、駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」法学教室338号（2008年11月号）40頁。宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）などがある。

⁴ 渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1 人権』（有斐閣、2007年）101頁。

⁵ 渡辺康行「憲法訴訟の現状」公法研究71号1頁以下を参照。

のもとでの司法権について、その本質は、未だ明らかとなっていないのではないか⁶。

第三に、平成14年の郵便法判決（最大判平成14・9・11民集56巻7号1439頁）、平成17年の在外邦人選挙権判決（最大判平成17・9・14民集62巻6号1367頁）、平成20年の国籍法判決（最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁）と、最高裁による法令違憲の判断がにわかに活性化した（とはいえ、これまでのペースと較べるとだが）ことをどのようにとらえるべきか、である。この三つの判決に共通する特徴としては、「①目的達成手段の合理性・必要性の否定、②立法事実の変遷の強調、③部分無効判決」⁷が指摘されている。これらの判決の中で、違憲判断に至る道筋および作業は、立法目的と目的達成手段との間の合理的関連性の有無に関する判断にとりあえず収斂し、そのうえで、目的達成手段において立法裁量に逸脱、濫用があったというものである。そこでは、司法審査の前提として立法府に留保される裁量とはどの程度なのかについて、一応でも明らかにされなければならないはずだが、そうした論点についても十分に解明されているわけではない。

ここまで見てきたように、学説において精緻化されてきた審査基準論と現実の判例との乖離、裁量統制を回避する裁判法理である立法裁量論、他方で、判例が行ってきた立法裁量の統制というように、憲法訴訟を取り巻く状況は非常に錯綜しているように思われる。

ここで、判例の構成の中に微妙な要素があることに気づく。上記三つの法令違憲の判決では、国会に立法裁量が存在することを前提としつつも、それに対して司法統制が及ぼされた。ところが、いわゆる「広い立法裁量」が認められる事案については、判決理由は請求棄却のリーズニングに終始する傾向が見られる⁸。実体判断に入る前に裁判所が言及する立法裁量と、判決後段で裁量統制の対象となる「それ」とでは、どのように区別が為されるのだろうか。また、判決が「広い立法裁量」に言及すれば、直ちに審査密度が低下するという思考過程は果たして適切だろうか。

立法裁量論とは、「裁判所が法律の合憲性審査を求められたとき、立法府の政策判断に敬意を払い、法律の目的や目的達成のための手段に詮索を加えたり裁判所独自の判断を占めすことを控えること」⁹と定義される。そして、広い立法裁量論、狭い立法裁量論、立法裁量論不適用の三つの類型が存在するとされており、その区別は相対的な概念であるとされている¹⁰。しかし、立

⁶ 樋口はフランス第五共和制憲法の中の司法権（De l'autorité judiciaire）という表現に注目して、裁判所は権力抑制機関であり、政治部門のような権力（pouvoir）を持つのではなく、権威（autorité）を有しているに留まるとする（樋口陽一『憲法 I』（青林書院、1998年）469頁を参照。しかし、芦部はこうした見方は、あくまでフランス共和国の文脈での議論であるとする。芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1994年）4頁を参照。

⁷ 宍戸常寿「司法審査——『部分無効の法理』をめぐって」法律時報81巻1号（2008年）76頁。

⁸ 例えば、いわゆる総評サラリーマン税金訴訟（最三判平成元・2・7判時1312号69頁）。

⁹ 戸松秀典『立法裁量論——憲法訴訟研究Ⅱ』（有斐閣、1993年）3頁。

¹⁰ 戸松秀典『憲法訴訟 第2版』（有斐閣、2008年）255頁。

法裁量論が違憲審査を行うための実体判断へ立ち入るか否かという、いわばハードルのような様相を呈しているように思われるとき、単に相対的な概念とするだけで果たして足りるのだろうか。本稿では、行政裁量の統制の手法と比較しながら、最高裁による、いわゆる立法裁量論の援用の手法について、若干の考察を試みるものである。

第1章 裁量統制の理論

第1節 違憲審査と立法裁量

法令に対する違憲審査の密度は、何を契機として高まるのか。

1930年代のアメリカで、ニューディール立法をめぐる大統領と連邦最高裁判所との対立が頂点に達する中で、結局は、連邦最高裁改革によって、大統領の勝利を見ることになる。これ以降、社会経済立法については、合憲性の推定が強く働くとして司法判断の介入度は低下し、経済的自由に対する精神的自由の優位が確立した。こうしてアメリカでは、違憲審査の方法論としての「二重の基準 (double standard)」が定着していった¹¹。

日本の憲法訴訟の学説の展開として、「二重の基準論」を基礎として、合理性の審査、中間審査 (厳格な合理性の審査)、厳格審査という審査基準の類型化が進められていったのは周知のとおりである¹²。

一見したところでは、合理性の審査と立法裁量論との親和性が高そうに見えるが、審査基準論と立法裁量論との接点は、それほど自明なことではなからう。ここでは、まず、立法裁量論についての整理を行う。立法裁量論とは、それが権力分立という憲法上の原理的要求なのか、それとも、政策形成機能においては政治部門に劣るといふ裁判所の自己抑制なのか。ここでは、「違憲判断は慎重に行うべしとする合憲性審査に関する一つの姿勢、すなわち、司法消極主義にもとづく一つの姿勢を表明するもの」¹³として説明を試みる立場を踏まえることとする。また、司法消極主義とは、権力分立とは文脈を異にするものであり¹⁴、民主的正統性及び政策形成能力という観点から生じるものとして位置づける¹⁵。

ここで立ち戻る論点として、立法裁量に限界を画して違憲判断を導く過程とは、どのような性

¹¹ 芦部信喜「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣,1981年)68頁以下。

¹² 戸松・前掲注(10)283頁以下。また、審査基準論のこれからを展望するものとして、君塚正臣「司法審査基準 二重の基準論の重要性」公法研究71号(2009年)81頁がある。

¹³ 藤井俊夫「権力分立制と司法権の限界」『事件性と司法権の限界』(成文堂,1992年)189頁。

¹⁴ 藤井・前掲注(13)。

質のものなのか。そもそも裁量統制とは、どのような作用であるのかについて考えておく必要がある。次節では、裁量統制の意義について俯瞰しておきたい。

第2節 裁量統制の意義と内容

立法裁量の司法統制とは次のように説かれる。すなわち、「立法府は、憲法の諸規定および諸原則によって確かに裁量権を与えられているが、その裁量権の実際の行使が憲法の諸規定および諸原則に適合したものであるか」が問われるのであり、「立法府の裁量に対して合憲性の統制をする権限が司法権に与えられている」というものである¹⁶。これ自体は、憲法98条1項の最高法規性および81条の違憲審査制から当然に導かれる。

より一般的に裁量統制とは、どのような作用なのだろうか。国家活動において裁量の存在は(権力機関であれば例外なく)至るところに見受けられるが、明治憲法以来論じられてきた行政行為と裁量という論点¹⁷から、一定の示唆を得られるものと考えられる。

現行の行政事件訴訟法30条は、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる」と規定している。ちなみに、裁量の喩越とは「法の許容する裁量の範囲を逸脱すること」を意味し、裁量の濫用とは「表面的には法の許容する裁量の範囲内であるものの法の趣旨に反して裁量を行使すること」とされている¹⁸。

このように、行政事件訴訟法では、行政庁の裁量行使について司法審査を予定している。しかし、ここで留意しておくべき点がある。それは、裁判所は、行政庁の裁量そのものを事実認定することはできないということである。裁量自体は知覚できないものであり、したがって、裁量行使の効果としての、行政庁の各種の行為や決定を通じて、裁判所は裁量権の逸脱、濫用を認定することになる。

裁量そのものを扱えない状態で裁量統制をするということは、極言すれば、現実の行為を見ない限り、裁量が行使されたのか否かさえ解らないということの意味する。したがって、行政裁量

¹⁵ 立法裁量論をこのように区分することについては、戸松から、立法裁量論の内容について論者ごとに異なる主張を許容するような「神々の争い」を招き入れるべきではないとする批判がある(戸松・前掲注(9)5頁および同6頁注6)。しかし、権力分立という観点からの司法権の自己抑制はそれだけで容認されやすいことを考えると、こうした区別にも一定の意味があるだろう。

¹⁶ 戸松・前掲注(9)5頁。また、前掲注(10)も参照。

¹⁷ 塩野宏『行政法I 第4版(補訂)』(有斐閣,2005年)112頁以下を参照。

¹⁸ 宇賀克也『行政法概説I 行政法総論 第3版』(有斐閣,2009年)307頁。

の司法統制は、行政庁の個々の行為について実体判断をしないことには始まらない。こうした裁量統制に際しては、実定法以外の法源として「行政上の法の一般原則」¹⁹が援用されることがあり、さらには審査手法も「実体的判断過程統制審査」など様々なものがある²⁰。ともあれ、実体判断に近接した方法を用いて審査密度を高めてきたことは、行政訴訟の発展に重要な役割を果たしてきたと考えられる。

これに対して、行政機関それ自身（あるいは下位の行政機関に対して上位の行政機関）による行政裁量の統制は、不当の領域にまで及ぶ。行政権の中での意思統一、あるいは、行政の特定部門の一体性という点から見れば、これは当然であろう。このように考えると、裁量統制の一般的な定義としては「上位の権威によって、下位の権威の判断および行動に統制を及ぼす」と言うことになる。

裁判所による行政裁量の統制の場面では、行政庁の行為に対して裁判所が発見した法を適用することによって²¹、裁量統制が行われる。ここでの法が、行政よりも上位の権威であることは明らかである。換言すれば、適用されるべき法が司法権によって発見されることで、初めて行政裁量に対する司法統制が可能になる。この統制関係は司法権と行政権との間の権威の優劣の問題ではない。「いかなる機関による統制かが重要」²²といわれるのは、実際のところ、機関相互の関係性に重点があるのではなく、法による統制の限界に他ならない。つまり、そこにおいて法が見いだされるかという問題であり、適用される法は裁判官による解釈によって発見される²³。

このような構造は、立法裁量の司法統制の場面においても同様であると考えられる。裁判官によって発見された憲法上の法原則という、立法府よりも上位の権威によって、立法裁量は統制される。しかし、他方で、法解釈は「司法裁量」の行使にすぎないのではないかと、という疑問が生じてくる。この点については、改めて次節で考察することにしよう。

¹⁹ 行政法学では、行政権の裁量を統制する法源は、成文法に留まらず、比例原則や平等原則といった「行政上の法の一般原則」を認めるのが学説の大勢となっている。塩野・前掲注(17)56頁などを参照。

²⁰ 宇賀・前掲注(18)309頁。

²¹ 「司法は、過去のある時点における事実関係について何が正しい法であるかを宣告する(Rechtsperechung) 個別・具体的な作用である」。田中二郎「司法権の限界」『司法権の限界』(有斐閣, 1976年)17頁。

²² 宇賀・前掲注(18)303頁。

²³ 平等取扱い原則や比例原則などは、行政法の不文の法源と呼ばれている。憲法訴訟においても、審査過程で比例原則が多用されていることを考えると、このときは、「憲法上の法の一般原則」とでも呼ぶことになるだろう。

第3節 司法「裁量」と解釈準則

憲法解釈という行為について、「解釈行為は実践的な意欲行為」であり、法解釈は「具体的な場合における『正法』の探求」であるとされる²⁴。そうである以上、法解釈は、「認識」の次元に留まることは許されず、「価値判断」という性格を帯びることを免れない。裁判官も法解釈者であることからすれば、この宿命から逃れられない。

裁判所も国家権力を担う機関である以上、裁量を有することは明らかであろう。それでは、裁判官に課せられる解釈上の限界とは、どのようなものであろうか。香城は、R.ドゥオーキンによる2つのモデルを引きつつ次のように述べる²⁵。すなわち、第一には「法規範のみでは唯一の結論が明示されない場合、裁判官は、法規範の拘束を免れ、自ら最善と考える規準に基づいて法解釈を下す裁量（discretion）を有する」というものであり、第二には「右の場合にも、裁判官は、自らの規準に基づいて法解釈をください判断を有せず、法規範を含む全法体系の原理（principle）を探求し、その指示するところに従って法解釈する義務を負う」（傍点筆者）というものである²⁶。日本国憲法76条3項からいっても、裁判官は「この憲法と法律にのみ拘束される」のであるから、必然的に第二のモデルを採用するしかない。

したがって、「権利の存否の判定をめぐる憲法解釈の過程は、憲法規範に示されている原理とこれに対抗する原理とを識別し、それらの間の序列を明確にする過程」であり、具体的には、第一に、「憲法規範自体に示されている原理どうしが対立する場合に、これらに序列をつけること」であり、第二に、「憲法規範自体に示されている原理と、国会が憲法上の立法権限に基づいて制定した法律に示されている原理とが対立する場合に、それらを序列化すること」（傍点筆者）である²⁷。

見落とされがちだが、裁判官が判決で立法裁量論を援用することも、司法裁量の行使に他ならない。つまり、裁判法理として判決で立法裁量論を用いるにしても、上記のような司法裁量の限界に服する。したがって、司法の自己抑制から立法府に対して敬讓を払うにしても、それは司法裁量の行使として許容される範囲内に限定される。トートロジーにも見えるが、これ自体は自明のことである。

残念ながら、筆者には司法権の本質に迫るだけの研究の積み重ねはなく、司法裁量の統制について、これ以上、具体的に議論を深めることは困難である。以下では、分析視角を変えて、最高裁により、法令違憲の判断が下された判決の特徴に分析を加えていきたい。そこでは、基本権の価値判断を巧妙に回避する手法が採られていると考えられるからである。

²⁴ 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（学陽書房、1973年）70頁。

²⁵ 香城敏磨「憲法解釈と裁量」ジュリスト1977年5月3日号（No. 638）205頁以下を参照。

²⁶ 香城・前掲注（25）205頁。

²⁷ 香城・前掲注（25）207頁。

第2章 立法裁量と司法統制

第1節 司法統制の手法

以下では、最高裁の違憲審査手法の定番とも言える目的審査・目的達成手段審査の判例について概観しながら、立法裁量の統制について検討を加えていきたい。近年、郵便法判決、在外邦人選挙権判決、国籍法判決において、国会の立法裁量を認めつつも、目的達成手段が立法府に与えられた裁量を超えるとして違憲判決が導かれた。これに対して、二重の基準論のもとで様々な学説が展開された経済的自由に関する判例ではどうか。二重の基準論からすれば合理性の基準という審査基準が対応し、広い立法裁量が見いだされそうである。ところが、そうした定式化は必ずしも当てはまらない。

小売市場判決（最大判47・11・22刑集26巻9号586頁）では、最高裁は、「個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前」とすることを明示して、そこから導かれる合理性の基準によって判断がなされた。ところが、薬事法事件判決（最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁）では、小売市場判決とは事案が異なるとして、立法府に一定の裁量を認めながらも、精密な比例原則を用いて、規制の消極目的と実際の規制手段との合理的関連性を否定した。さらに、森林法判決（最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁）では、問題となった森林の分割制限規定が、積極目的のもとでの経済的自由に対する規制であることを認めつつも、「近代市民社会における原則的所有形態」は単独所有であることを述べて、民法の共有物分割請求権を制限する森林法186条を違憲と判断した。

二重の基準論から審査基準論への直通の経路は存在せず、審査基準論に固執していた憲法学は、それ自体に振り回されることになった²⁸。経済的自由に関する立法に対しては違憲審査の密度が下がると考えられていたが、薬事法違憲判決および森林法違憲判決に見られるように、最高裁は、学説上の「公理」に沿った思考形式を採用せずに、違憲審査の密度を高めている。ここにおいて、立法裁量の統制という負荷の高い役割を果たしたのは、他でもない、比例原則であった。

第2節 立法裁量と裁量統制

ここで、最高裁の述べる立法裁量について、便宜的に2つに区別できると仮定する。すなわち、第一に、判決前段で述べられるもの、第二に、実体判断がある場合は、統制の対象となる立法裁

²⁸ 石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」『演習プロセス 憲法』（信山社、2007年）284頁以下。

量というように、である。判決に現れる、第一の立法裁量については、これが権力分立の原理に関わるものであるのか、それとも、様々な法規範との整合性の中での立法の許容範囲を示したもののいずれであるかを決することはできない²⁹、またその必要性もない。しかし、第一の立法裁量という前提を擬制することで、少なくとも、第二の立法裁量は、権力分立原理の文脈の上で語られることから逃れられるというメリットが生じる。以下では、裁量統制の対象となる第二の立法裁量について検討を進めていきたい。

今さらながら、この裁量統制の手法は、一定の定式のもとで為されすぎた「きらい」を否定できない。すなわち、立法裁量の統制は、立法目的審査、目的達成手段審査のもとで、比例原則を用いて為されてきたという事実である。これは日本の最高裁において、初めての法令違憲判決となった尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和48・4・4刑集27巻3号265頁）についても当てはまる。判決理由では、立法目的達成手段の加重の度合いが極端であり、立法目的との関係で合理性を欠くということが示され、その本質は、まさしく比例原則違反であった。しかし、同判決は、結論において平等原則違反という「化粧」をした³⁰。

比例原則は関係概念であるから、立法目的審査を足がかりとしつつ、目的手段審査の段階で一気に審査密度を高めることも可能である。換言すれば、基本権の価値について明らかにすることを回避しつつ、違憲判決を導くことさえできるだろう（目的達成手段から違憲判決の決め手を導く場面の多さを想起すれば解るであろう）。しかし、こうした手法が許容されるのならば、基本権の価値を根拠にして立法裁量を統制しようという、本来の意味での裁量統制が置き去りにされるのではないか。そして、基本権に対する憲法上の価値判断をしないことが許容され続けるのならば、立法裁量論を援用するのに、これほど好都合なことはないだろう。

司法判断を回避する裁判法理である立法裁量論の根拠について、判例から抽出できる要素としては、「①立法措置をするにあたって種々多様な要素についての判断が必要であること、②国の財政事情にかかわる判断であること、③専門技術性を伴うこと、④複雑微妙な政策判断、あるいは、複雑かつ高度な政策的考慮と判断を必要とすること」³¹などがあるという。しかし、現代の立法において、上の①から④と無縁のものは皆無に等しいのであり、これでは、立法裁量論を援用するか否かは裁判所のみ知るところとなってしまう。例えば、立法裁量論は、社会保障立法に関する違憲審査に度々現れているが、結局のところ、実体判断への経路に立ちはだかる「気まぐ

²⁹ 藤井・前掲注(13) 188頁～189頁は、この二つの意味で前者を広い立法裁量、後者を狭い立法裁量と読んでいるようである。

³⁰ 普通殺を規定した刑法199条の法定刑を平等原則の対象として扱うことが奇妙なことは明らかである。同様のことは前述の国籍法判決にも言うことができる。平等原則の事案ではなく、目的達成手段に合理性が見出せなかったことが違憲判決の理由であった。

³¹ 戸松・前掲注(10) 262頁。

れなゲートキーパー」となってしまうのではないか。

それでは、このような状況は、なぜ生じるのか。それは、第1章第2節で指摘したように、裁量自体を判断対象とすることが不可能であることと無縁ではないだろう。多くの場合は、目的達成手段の審査の場面になって、初めて立法裁量が司法統制に服しているのではないだろうか。このように考えると、立法裁量の統制につき、実体判断をしないままに立法裁量論を援用するのは、実は本末転倒であるとも言える³²。すなわち、判決前段で「広い立法裁量」を認めた場合に、裁判所は立法裁量論を援用しやすくなるが、そもそも裁量統制の実体判断をせずに、立法裁量の広狭は判明するのだろうか。したがって、本節の冒頭に掲げたような、立法裁量を分けるような思考様式は、適切でないことが導かれる。こうしたところに、判例における違憲審査手法の問題点があるのではないかと疑われるのである。

第3節 小括

不十分ではあったが、ここまで検討してきたことをまとめておこう。結論から言えば、裁判所が立法裁量論を援用する基準を明らかにするには至らなかった。しかし、判決前段で示される立法裁量が、立法府に対する敬讓の念を表しているのに過ぎないという考え方や、司法審査の対象となる判決後段の立法裁量とは区別されるとする考え方は、適切でないことを改めて指摘しておきたい。実体判断の伴わない裁量統制は、ありえないからである。

予備的考察として位置づけた本稿では、立法裁量論は司法裁量の範囲内で援用されるべきであること、すなわち、司法裁量に対する統制こそが、裁判においては立法裁量の範囲を画定する機能をもちうることを示してきた。これより先の検討は、(日本国憲法における固有の意味での)司法権の意義と機能を明らかにすることに懸かってくる。

立法裁量に対する司法統制の必要性は早い時期から指摘されており³³、基本権の裁判的保障の桎梏となってきた。また、前述したように、最高裁の下した違憲判決のうち、多くの場合は、目的審査、目的達成手段審査という枠組みの中で、比例原則を用いての立論となっている。比例原則は「取り回し」が良いために、ほとんどの「平等」事案に切り込むことができるとされるが³⁴、こうした手法は、基本権に対する憲法上の価値評価の回避を可能にすることも忘れてはならない。

³² 投票箱に働きかけることでは解決しない問題であるからこそ、人々は裁判所を訪れるということをして、ここでもう一度想起しておきたい。

³³ さしあたり、芦部信喜「立法目的達成手段と立法府の裁量」(和歌山県教組事件(最大判昭和40・7・14民集19巻5号1198頁)判批)『憲法訴訟の理論』(有斐閣,1973年)383頁以下。

³⁴ 石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって(3)」法学教室346号(2009年6月号)13頁。

「立法待ち」とされている憲法上の権利については、特に注意が必要であろう。すなわち、その具体的内容が法律により充填されるという傾向を持ちやすいために、こうした権利が争われる裁判で立法裁量論が援用されてしまうと、憲法上の権利であること自体が無意味化してしまう危険性、つまり、憲法上の権利であるはずが法律上の権利にまで降下してしまうことすら考えられる。

付随的違憲審査制度を採用する日本の法体系において、司法裁量の限界がどこにあるのかは、司法権の本質に関わる論点である。この点については今後、検討を深めていきたい。

むすびにかえて

社会権に関する違憲審査について、最高裁は、ア・プリオリに立法府の広範な裁量を認めて³⁵、そのこと自体を理由として、実質上、司法審査に立ち入らないという態度を示しているように見える。冒頭に掲げた、堀木訴訟上告審判決に対しては、厳しい批判を加えるものが少なくない³⁶。

立法裁量に対する司法統制を考えると、次のような指摘が重要であると考えられる。すなわち、本来的には、司法の第一次的な役割は訴訟当事者の権利侵害の救済であり、そこでの救済がもたらす波及効果や予算措置の必要性などを考えること自体が政治的な判断であり、司法の領域から外れた判断であるというものである³⁷。司法における他事考慮は、司法権の有する裁量を越えるのではないか。これこそが、裁判法理における立法裁量論の誤った援用であるとして、批判されるべき論点であり、憲法上の権利の価値評価を誤らせるものである。

違憲審査基準論に対する見直しが大きな流れとなっていく中で、立法裁量論も裁判法理としてその位置づけを明確にし、再定位されなければならない時期に来ているのではないだろうか。そして、司法権のあり方が基本権の実質を左右しかねないということを、重く受け止めなければならない。

³⁵ 例えば、無拠出制の年金であることから広い立法裁量を認めることに批判的なものとして、小山剛「生存権の法的性格」前掲注(28),368頁などがある。

³⁶ 戸松・前掲注(9)132頁。

³⁷ 渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方』(有斐閣,2002年)150頁を参照。