

立法裁量に関する一考察

高 橋 洋

はじめに

- I 最高裁判例における立法裁量論
- II 立法裁量論と学説
- III まとめにかえて

はじめに

最近の最高裁判決においては、違憲審査におけるそれなりに積極的な姿勢が見られるが、その判断枠組みの設定の中でたびたび登場するのが立法裁量論である。ここでは、この立法裁量論について考えてみたい。

まずいくつかの項目について、最高裁判所の判例の中で立法裁量論がどのような意味を持ち、どのような違憲審査の枠組みをなしているか、そしてそれがどう変化しているかを、とりわけ最近の判例に注目しつつ、検討する（I）。次いで、この立法裁量論についてのいくつかの代表的な学説についての把握を試み（II）、そして立法裁量論の現状についての簡単なまとめを示すこととしたい（III）。

I 最高裁判例における立法裁量論

(1) 「立法裁量」の意義

最高裁判例を検討するにあたって、まず「立法裁量」なる用語が何を意味するのかについておさえておきたい。立法裁量なる概念をめぐって繰り返し引用されてきたのは、戸松秀典教授の次のような定義である。すなわち、「裁判所が法律の合憲性の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の独自の判断を示すことを控えること⁽¹⁾」をさす裁判法理が、立法裁量「論」とされる。こうした考え方が「立法裁量」論とされるのは、この「立法府の政策判断」が「立法裁量」と言い換えられ、それに対して司法審査を行わない（「裁判所の独自の判断を示すことを控える」）ということが、主張されるからである。これは、「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するもの⁽²⁾」ないしは「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為のごとき⁽³⁾」ものを「統治行為」とし、それらを司法審査の外に置いた、いわゆる統治行為「論」と類似の発想である。そして立法裁量論の場合には、裁判所が「判断を示すことを控える」ことになる対象は、「立法府の政策判断」とされているのであるが、これがまさに「立法裁量」の実体となる。ただし、注意しなければならないのは、立法裁量論といいながら、立法裁量自体は立法府の全くの自由ではなく、「憲法が定める制約や基準を前提として、立法府は、権限行使をすることになっているはず⁽⁴⁾」であり、また司法権が行う「合憲

(1) 戸松秀典『立法裁量論—憲法訴訟研究Ⅱ』（有斐閣、1993年）3頁。

(2) 最大判1959（昭34）年12月16日（昭和34年（あ）第710号）、刑集13巻13号3225頁（3234頁）。

(3) 最大判1960（昭35）年6月8日（昭和30年（オ）第96号）、民集14巻7号1206頁（1209頁）。

(4) 戸松秀典「立法裁量」（公法研究55号、1993年）110頁。

性の統制過程には、当然、立法府の裁量行為を統制することも含まれてい⁽⁵⁾る」ということである。そうすると、立法裁量論に関する前示の定義は、ことの半分しか示していないことになる。そのことは、戸松教授自身がこの裁判法理としての立法裁量論を広い立法裁量論と狭い立法裁量論、そして立法裁量論の不適用に三分し、それぞれに「単なる合理性の基準」、「厳格度を加えた合理性の基準」そして「厳格な審査基準」が対応していることを指摘していることによってもうかがい知れるところである。

もう一つの立法裁量のとらえ方は、戸波江二教授の示される「いかなる内容の法律を制定するかについて立法府が有する判断の自由⁽⁶⁾」というものである。これは、立法裁量を一応違憲審査ないし違憲審査基準と切り離して、その作用一般をとらえるものである。ただし、このような立法裁量の定義を下敷きにしつつ、戸波教授は立法裁量が認められる領域を特定の領域に限定しつつ、そこで認められた立法裁量の効果として、次のように述べる。すなわち、「立法裁量と違憲審査基準を結びつけ、『立法裁量が認められる特定の領域では人権規制立法の合憲性の審査にゆるやかな違憲審査基準が用いられる（用いられてよい）』というように構成された立法裁量論は、論理的に一応の正当性を持ち、また、実際にも一定の法的意味ないし有用性が認められるもので、最も適切な概念構成である⁽⁷⁾」とされる。

さらに、別の立法裁量のとらえ方は、藤井俊夫教授のそれである⁽⁸⁾。藤井教授は、広義の立法裁量と狭義の立法裁量とを分け、広義の立法裁量とは「国会の権限に属する事項は、まず、原則として国会に政策決定権が与えられている」ということを指し、そしてこの広義の立法裁量も「授權規範である憲法上の要求にはしたがわねばならない」のであるが、そうした授權規範、つまり憲法上の諸規定および諸原則による羈束を受けない部分が

(5) 戸松・前掲論文（脚注4）111頁。

(6) 戸波江二「違憲審査権と立法裁量」憲法理論研究会編『違憲審査制の研究』（敬文堂、1993年）139頁。

(7) 戸波前掲論文（脚注6）146頁。

(8) 藤井俊夫『事件性と司法権の限界』（成文堂、1992年）187頁以下参照。

「いわば狭義の立法裁量」とされる。つまり、立法裁量が授權規範たる憲法に適合しているか否かの違憲審査を免れることはできないとされるのである。筆者は、こうした立法裁量のとらえ方に基本的に賛同するものであるが、以下では通説的な見方もふましつつ、立法裁量論を考察することとしたい。

(2) 最高裁判例における立法裁量論の展開

一口に立法裁量論といっても、いくつかの類型に分けられることは戸松教授の示すところであった。また、時代の変化に伴って最高裁の姿勢にも変化が生じているように思われる。そこで、これまで立法裁量論を採用してきたと思われる領域のいくつかについて、最高裁判例の展開を跡付け、いかなる変化が認められるのかを検証してみたい。

1) 選挙制度について

① 議員定数不均衡をめぐって

まず取り上げるのは、参議院議員定数不均衡をめぐる1964年2月5日の最高裁大法廷判決⁽⁹⁾である。参議院の東京地方区(当時)と鳥取地方区との選挙区間の定数不均衡が1対4.088に達していた選挙の違憲性が問われた事案において、最高裁は次のように述べた。すなわち、「憲法が両議院の議員の定数、選挙区その他選挙に関する事項については特に自ら何ら規定せず、法律で定める旨規定した所以のものは、選挙に関する事項の決定は原則として立法府である国会の裁量的権限に委せているものと解せられる。従つて、国会は法律を以つて、参議院の選挙区を全国区と地方区とに区別すること、また、これらの区別を廃止することも、更には地方区の議員を各選挙区に如何なる割合で配分するかということ等を適当に決定する権限を有する。」「議員定数、選挙区および各選挙区に対する議員数の配分の決定に関し立法府である国会が裁量的権限を有する以上、選挙区の議員

(9) 最大判1964(昭39)年2月5日(昭和38年(オ)第422号)、民集18巻2号270頁。

数について、選挙人の選挙権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別、各選挙区に如何なる割合で議員数を配分するかは、立法府である国会の権限に属する立法政策の問題であつて、議員数の配分が選挙人の人口に比例していないという一事だけで、憲法一四条一項に反し無効であると断ずることはできない。そして、現行の公職選挙法別表二が選挙人の人口数に比例して改訂されないため、不均衡が生ずるに至つたとしても、所論のような程度ではなお立法政策の当否の問題に止り、違憲問題を生ずるとは認められない。⁽¹⁰⁾」

ここにいわゆる立法裁量論の原型ともいふべきものが現れている。すなわち、国会は「参議院の選挙区を全国区と地方区とに区別すること、また、これらの区別を廃止することも、更には地方区の議員を各選挙区に如何なる割合で配分するかということ等を適当に決定する権限」、つまり多数の選択肢のなかから1つを選択する権限を有し、その選択が「選挙人の選挙権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別」、そうでなければ「(憲法に反し) 無効であると断ずることはできない」というものである。もちろん、極端な場合には違憲判断があり得るという留保がなされていることも立法裁量論の特徴といえよう。

この判断枠組みは累次の衆参両院の議員定数不均衡訴訟の中でどのように受け継がれ、あるいは変化してきたのであろうか。

まず、こうした事例での最初の違憲判決となった1976年の衆議院議員定数不均衡最高裁大法廷判決⁽¹¹⁾を見てみよう。この判決もたしかに「わが憲法もまた、右の理由から、国会両議院の議員の選挙については、議員の定数、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は法律で定めるべきものとし（四三条二項、四七条）、両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねている」とするのであるが、同時に

(10) 以上、同上民集272-3頁。

(11) 最大判1976（昭51）年4月14日（昭和49年（行ツ）第75号）、民集30卷3号223頁。

投票価値の平等を重視するとして、「国会がその裁量によつて決定した具体的な選挙制度において現実に投票価値に不平等の結果が生じている場合には、それは、国会が正当に考慮することのできる重要な政策的目的ないしは理由に基づく結果として合理的に是認することができるものでなければならぬ」とし、その結果、「具体的に決定された選挙区割と議員定数の配分の下における選挙人の投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんじやくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはどうも考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべきものであり、このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するほかはない」とその判断枠組みを構成する。すなわち、この判決は定数配分について国会の立法裁量を認めるのであるが、その「裁量権の行使の逸脱・濫用が明白」である場合に限り違憲無効という裁判法理を採用せず、「このような不平等を正当化すべき特段の理由」を示すことを国側（国会側）に求めているのであって、この時点ですでに立法裁量論は大きく後退している、と言ってよいであろう。

この判決以後も衆参両院の議員定数不均衡最訴訟が繰り返され、最高裁の判例も厚く堆積しつつある。その中で極めて注目に値するのは、2004年1月14日の参議院議員定数不均衡最高裁大法廷判決⁽¹²⁾である。この判決においては、結論にかかわる多数意見は、わずか200字に満たないものであり、かつ多数意見を構成する裁判官が5対4に分かれ、それぞれ補足意見1と同2を書くという異例の展開となった。この多数意見の分岐となったものは国会に与えられた立法裁量権をめぐる判断の差である。補足意見1は、次のように述べる。すなわち、「憲法は……どのような選挙制度が国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させることになるのかの決定を国会の広い裁量にゆだねているのであるから、投票価値の平等を選挙

(12) 最大判2004(平16)年1月14日(平成15年(行ツ)第24号)、民集58巻1号56頁。

制度の仕組みの決定における唯一、絶対の基準としているものではなく、投票価値の平等は、原則として、国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものとして解さなければならない。それゆえ、国会が具体的に定めたところがその裁量権の行使として合理性を是認し得るものである限り、それによって投票価値の平等が損なわれることになっても、やむを得ないものと解すべきである⁽¹³⁾とする。76年判決が「選挙人の投票価値の不平等」が存在する場合、それを「正当化すべき特段の理由」を求めることによって、選挙制度を立法する際に投票価値の平等に一種のプライオリティを認めていたのに対し、本判決補足意見1は、「他の政策的目的ないし理由」との「調和的」実現という言い方によって、投票価値の平等を考慮要素の1つに後退させ、その分立法裁量の幅を広げたことに特徴があろう。この点は、76年判決よりも後退した印象が強い。それに対して補足意見2は、「結論に至るまでの裁量権行使の態様が、果たして適正なものであったかどうか、例えば、様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされてはいないか、といった問題は、立法府が憲法によって課せられた裁量権行使の義務を適切に果たしているか否かを問うものとして、法的問題の領域に属し、司法的判断になじむ事項として、違憲審査の対象となり得るし、また、なされるべきものである⁽¹⁴⁾」として、裁量権行使の際の考慮要素について違憲審査が及ぶことを明確にした。いわゆる判断過程審査の手法である。その最大の要素が投票価値の平等であり、それに相応の比重が置かれること、他の要素を考慮するのであればそれがなぜ、どの程度考慮されたのかが明確にされないといけな

(13) 同上民集60頁。

(14) 同上民集69頁。

とが明確にされたといえよう。まさに、「一般に、何らかの国家機関がその権限を行使するに当たって裁量権が与えられるということは、いうまでもなく、その権限をほしいままに行使してよいということの意味するわけではなく、法が、そのような裁量権を与えた趣旨に沿った権限行使がなされるのでなければならない⁽¹⁵⁾」のである。この判断過程審査については、続く2018年の参議院議員定数不均衡訴訟最大判においては藤田宙靖裁判官の単独の補足意見でしか明文では触れられていないが、同判決が「投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせたこと」のみを取り出して考慮要素として強調していることから、定数不均衡訴訟における判断手法として定着したと見てよいのではあるまいか。

最後に、衆議院議員定数不均衡にかかわる現在までの到達点を2015年最高裁大法廷判決⁽¹⁷⁾に見ておこう。

この判決は、2014年12月14日に行われた衆議院議員総選挙における選挙区間の選挙人数の較差が、最少の宮城県五区と最多の東京都一区との間で1対2.129であり、その他にも12の選挙区で1対2を越えていたことの違憲性に関するものであったが、次のように判示した。まず、基本的な判断枠組みとしては、「選挙制度の仕組みのうち定数配分及び選挙区割りを決定するに際して、憲法上、議員1人当たりの選挙人数ないし人口ができる限り平等に保たれることを最も重要かつ基本的な基準とすることが求められているというべきであるが、それ以外の要素も合理性を有する限り国会において考慮することが許容されているものと解されるのであって……地域の面積、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状况などの諸要素を考慮しつつ、国政遂行のための民意の的確な反映を実現するとともに、投票

(15) 同上民集68頁。

(16) 最大判2006（平18）年10月4日（平成17年（行ツ）第247号）、民集60巻8号2696頁。

(17) 最大判2015（平27）年11月25日（平成27年（行ツ）第253号）、LLI/DB判例秘書登載、判例番号L07010070。以下の引用は、このDBによる。

価値の平等を確保するという要請との調和を図ることが求められているのであるから、「このような選挙制度の合憲性は、これらの諸事情を総合的に考慮した上でなお、国会に与えられた裁量権の行使として合理性を有するといえるか否かによって判断されることになり、国会がかかる選挙制度の仕組みについて具体的に定めたところが、上記のような憲法上の要請に反するため、上記の裁量権を考慮してもなおその限界を超えており、これを是認することができない場合に、初めてこれが憲法に違反することになるものと解すべきである」として、先例にならって国会の立法裁量を認めることとしている。しかし、この判決は、上記の判断枠組みを本件事案に適用するにあたって、一人別枠方式を違憲とした2011年の大法廷判決⁽¹⁸⁾及び1対2.425の較差を違憲とした2013年大法廷判決⁽¹⁹⁾を踏まえつつ、この間の定数は正が不完全に留まっている状況を確認し、1対2を超える較差を違憲としたものである。この判断において、人口以外の「地域の面積、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状况などの諸要素」はほとんど考慮されていない。すなわち、1対2という較差が国会の立法裁量の限界となっており、その点での裁量はほとんどないものとなっている。人口以外の諸要素は、投票価値の平等をクリアーすることを条件として考慮要素として認められる、と言ってよいのではないかと思われる。したがって、その意味での立法裁量は平等というような憲法上の権利ないし原則と抵触しない範囲での、まさに藤井俊夫教授の言う「狭義の立法裁量」となっているといつてよい。

② 選挙権をめぐる

選挙権の行使の実質的な保障については、在宅投票制度廃止違憲訴訟最一小判⁽²⁰⁾が次のように述べていた。すなわち、憲法「四七条は『選挙区、投

(18) 最大判2011（平23）年3月23日（平成22年（行ツ）第207号）、民集65巻2号755頁。

(19) 最大判2013（平25）年11月20日（平成25年（行ツ）第209号、平成25年（行ツ）第210号、平成25年（行ツ）第211号）、民集67巻8号1503頁。

(20) 最一小判1985（昭60）年11月21日（昭和53年（オ）第1240号）、民集39巻7号

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。』と規定しているのであつて、これが投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨であることは当裁判所の判例とすると⁽²¹⁾ころ⁽²¹⁾ということである。そこで、前述した参議院定数不均衡1964年最大判及び衆議院議員定数不均衡1976年最大判が引用されている。

しかし、選挙権の行使については、在外日本人選挙権訴訟2005年9月14日最大判⁽²²⁾ですっかり潮目が変わっている。すなわち同判決は、「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」こと、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能いし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない⁽²³⁾」とし、立法裁量の余地を認めなかった。そしてこの後の精神的原因による投票困難者の在宅投票を認めていないことによる損害賠償請求事件最一小判⁽²⁴⁾も、請求を却けはしたが、立法裁量論に基づく論証は用いなかった。

③ 候補者の平等取扱いについて

ただし、選挙をめぐることは、未だに最高裁が広範に立法裁量を認める分

1512頁。

(21) 同上民集1517頁。

(22) 最大判2005(平17)年9月14日(平成13年(行ツ)第82号、平成13年(行ヒ)第76号、平成13年(行ツ)第83号、平成13年(行ヒ)第77号)、民集59巻7号2087頁。

(23) 以上、同上民集2096頁。

(24) 最一小判2006(平18)年7月13日(平成17年(オ)第22号)、訟務月報53巻5号1622頁。

野がある。それが選挙制度の仕組み、特に候補者間の平等取扱いをめぐってである。たとえば「選挙制度の仕組みを具体的に決定することは国会の広い裁量にゆだねられている」という、衆議院議員選挙における重複立候補制度の合憲性をめぐる最高裁大法廷判決⁽²⁵⁾、及び小選挙区制そのものやそこにおける候補者届出政党に所属する候補者とこれに所属しない候補者との間の選挙運動に関する差別的取扱いについての合憲性が争われた同じく最高裁大法廷判決⁽²⁶⁾がある。しかし後者、とりわけ小選挙区における候補者間の、政見放送をめぐる差別的取扱いについては合理性を見出しがたく、また、個別訪問に関する最三小判⁽²⁷⁾において伊藤正己裁判官補足意見が展開したような「選挙の公正を確保するために定められたルール」論からしても、ルールは全ての当事者に平等な取扱いを保障するものでなければならぬのであるから、「政見放送が認められないことの一事をもって、選挙運動に関する規定における候補者間の差異が合理性を有するとは到底考えられない程度に達している」とまでは断定し難いところであって、これをもって国会の合理的裁量の限界を超えているということとはできないというほか⁽²⁸⁾はない」との「断定」は全く理解に苦しむところである。早晚判例変更が避けがたいように思われる。

2) 労働基本権をめぐって

もう一つの古典的な立法裁量論の例として、和教組事件最高裁大法廷判⁽²⁹⁾決がある。同判決は、立法者による団結権等の制限の程度が「勤労者の団結権等を尊重すべき必要と公共の福祉を確保する必要とを比較考量し、両

(25) 最大判1999（平11）年11月10日（平成11年（行ツ）第8号）、民集53巻8号1577頁。

(26) 最大判1999（平11）年11月10日（平成11年（行ツ）第35号）、民集53巻8号1704頁。

(27) 最三小判1981（昭56）年7月21日（昭和55年（あ）第1472号）、刑集35巻5号568頁。

(28) 民集53巻8号1724-5頁。

(29) 最大判1965（昭40）年7月14日（昭和36年（オ）第1138号）、民集19巻5号1198頁。

者が適正な均衡を保つことを目的として決定されるべき」であること、「具体的に制限の程度を決定すること」が「立法府の裁量権に属する」こと、そして、「その制限の程度がいちじるしく右の適正な均衡を破り、明らかに不合理であつて、立法府がその裁量権の範囲を逸脱したと認められるものでないかぎり、その判断は、合憲、適法なものと解するのが相当である⁽³⁰⁾」としたものである。こうした判断枠組みが立法裁量論の1つの典型と見てよいであろう。しかし同時にここでは、立法裁量についてその「目的」について一応の限定があること、そして団結権等の「制限の程度がいちじるしく右の適正な均衡を破り、明らかに不合理であつて、立法府がその裁量権の範囲を逸脱したと認められるもの」である場合には、違憲、違法となることを認めていることに留意しておく必要がある。

ついで、同様に公務員の労働組合活動が問題となった全通東京中郵事件⁽³¹⁾と東京都教組事件⁽³²⁾の最大判を取り上げよう。まず前者は和教組事件判決のわずか1年あまり後に出されたものであるが、その判決で最高裁は、「憲法自体が労働基本権を保障している趣旨にそくして考えれば、実定法規によつて労働基本権の制限を定めている場合にも、労働基本権保障の根本精神にそくしてその制限の意味を考察すべきであり、ことに生存権の保障を基本理念とし、財産権の保障と並んで勤労者の労働権・団結権・団体交渉権・争議権の保障をしている法体制のもとでは、これら両者（財産権の保障と労働基本権保障—調査官解説による・引用者）の間の調和と均衡が保たれるように、実定法規の適切妥当な法解釈をしなければならぬ⁽³³⁾」とする。和教組事件で団結権と対置されていた対抗利益が「公共の福祉」であったのに対して具体化され、またその間の「均衡」をとるのが、「立法府

(30) 以上、同上民集1206頁。

(31) 最大判1966(昭41)年10月26日(昭和39年(あ)第296号)、刑集20巻8号901頁。

(32) 最大判1969(昭44)年4月2日(昭和41年(あ)第401号)、刑集23巻5号305頁。

(33) 同上刑集20巻8号905頁。

の裁量権」から裁判所の「法解釈」へと、「立法府の裁量権」が消え、法令の違憲審査には踏み込まないものの、その主体の変化が見られる。こうした基本的な考え方は都教組判決に受け継がれ、同判決でも「法律の規定は、可能なかぎり、憲法にそくし、これと調和しうるよう、合理的に解釈されるべきものであつて、この見地からすれば、これらの規定の表現にのみ拘泥して、直ちに違憲と断定する見解は採ることができ」ず、「地公法は地方公務員の争議行為を一般的に禁止し、かつ、あおり行為等を一律的に処罰すべきものと定めているのであるが、これらの規定についても、その元来の狙いを洞察し労働基本権を尊重し保障している憲法の趣旨と調和しうるよう解釈するときは、これらの規定の表現にかかわらず、禁止されるべき争議行為の種類や態様についても、さらにまた、処罰の対象とされるべきあおり行為等の態様や範囲についても、おのずから合理的な限界の存することが承認される⁽³⁴⁾」として、合憲限定解釈の手法を採用した。これら二判決は周知のように全農林警職法事件最大判以降の名古屋中郵事件最大判、岩教組事件最大判によって判例変更を被ることになるが、それらでも立法府の裁量権は語られなくなっている⁽³⁵⁾。

3) 社会保障立法について

社会保障立法に関わる判例、すなわち生存権関連の判例を見ておこう。

(34) 同上刑集23巻5号310-1頁。

(35) 戸松秀典『立法裁量論—憲法訴訟第2巻—』（有斐閣、1993年）27頁では、立法裁量論の適用例を類型化したときの1つとして「高度に政治的な意味」という類型が紹介されているが、その具体例として、同書28頁の注10では、公務員の争議権についての全農林警職法事件の最大判からの引用がある。すなわち、「勤務条件はすべて政治的、財政的、社会的その他諸般の合理的な配慮により適当に決定されなければならない、しかもその決定は民主国家のルールに従い、立法府において論議のうねなされるべきもの……」、あるいは「使用者としての政府にいかなる範囲の決定権を委任するかは、まさに国会みずからが立法をもつて定めるべき労働政策の問題である」というものである。これらは、公務員の勤務条件を決定する際の内閣の権限と国会の権限との関係を述べたものであって、立法裁量（論）の文脈とは異なるように思われる。

この分野では、広範な立法裁量を認める判例が目立つのであるが、まず堀木訴訟最大判⁽³⁶⁾は、「憲法二五条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄である⁽³⁷⁾」とした。言うところの「著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合」には、裁判所が審査判断することが留保されているが、その「ような場合」をどう判断するのかは明らかではない。また、学生無年金訴訟最二小判⁽³⁸⁾でも、「国民年金制度は、憲法25条の趣旨を実現するために設けられた社会保障上の制度であるところ、同条の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講じるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱、濫用とみざるを得ないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない⁽³⁹⁾」として、広い裁量を認めたが、ここでもやはり、「著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱、濫用とみざるを得ないような場合」の審査が留保されている。そしてこの事案では、20歳以上の学生について国民年金を任意加入制としたことの憲法25条適合性について、実際には裁判所による立法事実の審査が行われており、その上で「20歳以上の学生を国民年金の強制加入被保険者として一律に保険料納付義務を課すのではなく、任意加入を認めて国民年金に加入するかどうかを20歳以上の学生の意思にゆだねることとした措置は、著しく合理性を欠く⁽⁴⁰⁾ということとはでき」ないと結論づけている。立法裁量を

(36) 最大判1982(昭57)年7月7日(昭和51年(行ツ)第30号)、民集36巻7号1235頁。

(37) 同上民集1238頁。

(38) 最二小判2007(平19)年9月28日(平成17年(行ツ)第246号)、民集61巻6号2345頁。

(39) 同上民集2352頁。

(40) 同上民集2354頁。

認めつつ、立法事実の審査を導入した例といえよう。⁽⁴¹⁾必ずしも裁量の逸脱・濫用審査に限定されているわけではないように思われる。

また憲法25条の「趣旨にこたえて制定された法令において受給権者の範囲、支給要件等につき何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いをするときには別に憲法14条違反の問題を生じ得ることは否定し得ないところである⁽⁴²⁾」として別途憲法14条違反の成否についても検討されているが、そこでも立法府の裁量が広く認められている。すなわち「保険料負担能力のない20歳以上60歳未満の者のうち20歳以上の学生とそれ以外の者との間に障害基礎年金等の受給に関し差異が生じていたところではあるが、いわゆる拠出制の年金である障害基礎年金等の受給に関し保険料の拠出に関する要件を緩和するかどうか、どの程度緩和するかは、国民年金事業の財政及び国の財政事情にも密接に関連する事項であって、立法府は、これらの事項の決定について広範な裁量を有するというべきである⁽⁴³⁾」とされた。また、無拠出の年金については「年金を設けるかどうか、その受給権者の範囲、支給要件等をどうするか⁽⁴⁴⁾の決定について、拠出制の年金の場合に比べて更に広範な裁量を有している」として、20歳未満で障害を負うに至った学生

(41) こうした立法事実を前提にして、そこから問題となった制度の形成が「著しく合理性を欠く」かどうか審査された例と考えることができる。しかし、この判断には少なからぬ疑問がある。たとえば学生の多くが将来被用者年金に加入するであろうことが予測され、そのため、老齢年金についてはその加入が期待できなかったのであるが、この国民年金制度が一面で保険制度であり、障害を負って稼働能力を失った者に障害年金を給付する仕組みになっており、その面では学生にも加入の意味があったのであって、老齢年金とは切り離して障害年金保険にのみ加入させる方があったであろうにもかかわらず、そのような制度設計になっていなかったことがある。また現実には無年金者を多数生み出しており、その制度的不合理性をどう評価するかについては、「障害者については障害者基本法等による諸施策が講じられており、生活保護法に基づく生活保護制度も存在している」ことが指摘されているだけである。生活保護制度の存在が、他の様々な社会保障制度の不十分さを免責する護符のように使われている。

(42) 前掲民集（脚注39）2352頁。

(43) 同上民集2354頁。

(44) 同上民集2355-6頁

が障害福祉年金を受給できたこととの差別に関しても、広い裁量を認めた。

ただし、これらの25条に関連した事案においても、平等に関わって注目すべき判例がある。児童扶養手当法施行令にかかわる事案である。この事案では、児童扶養手当の支給要件について、同法4条1項1号で「次のイからホまでのいずれかに該当する児童の母が当該児童を監護する場合」には当該母に児童扶養手当を支給するとし、父母が婚姻を解消した児童や父が死亡した児童等をあげるとともに、そのホでは「その他イからニまでに準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」としている。それを受けて児童扶養手当法施行令は、「母が婚姻によらないで懐胎した児童」をあげていたが、括弧書きで父から認知された児童を除くとされていた。こうした規定の下では、婚姻によらないで懐胎した児童で父から認知された児童を監護する母は、父母が婚姻を解消した児童を監護する等している母に比べて差別的扱いを受けており、このことの憲法14条1項適合性が問題となる。この点につき、控訴審大阪高裁は、⁽⁴⁵⁾「児童扶養手当は 憲法25条の規定の趣旨を実現する目的をもって設定された社会保障上の制度であるが、憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており（最高裁昭和51年（行ツ）第30号同57年7月7日大法廷判決・民集36巻7号1235頁参照）どのような児童を児童扶養手当の支給対象とするかは、立法府の裁量の範囲に属する事柄と見るべきである。もっとも、憲法14条1項は合理的理由のない差別を禁止しているから、憲法25条の規定の要請にこたえて制定された法令において、支給要件等について何らかの区別が設けられている場合に、それが何らの合理的理由のない不当な差別的取扱いであるなど立法府の合理的な裁量判断の限界を超えていると認められるときには、憲法14条1項違反の問題が生ずるといふべきである」として、堀木訴訟最大判を引用しつ

(45) 大阪高判1995（平7）年11月21日（平成6年（行コ）第74号）、行集46巻10-11号 1008頁。

つ憲法14条1項に関わる平等の審査においても立法府の広い裁量を認め、裁量審査をなすこととし、これをさらに「政令制定者の裁量」に押し及ぼした。それに対してこの事案の二つの最高裁判決（最一小判⁽⁴⁶⁾及び最二小判⁽⁴⁷⁾）は、立法裁量ないし政令制定者の裁量に触れることなく、政令が委任の範囲に収まっているかという観点からの審査を行い、括弧書きのみを無効と断ずることによって原告側を救済した。すなわち、児童扶養手当「法は、父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給し、もって児童の福祉の増進を図ることを目的としている（法1条）が、父と生計を同じくしていない児童すべてを児童扶養手当の支給対象児童とする旨を規定することなく、その4条1項1号ないし4号において一定の種類の児童を掲げて支給対象児童とし、同項5号で『その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの』を支給対象児童としている。同号による委任の範囲については、その文言はもとより、法の趣旨や目的、さらには、同項が一定の種類の児童を支給対象児童として掲げた趣旨や支給対象児童とされた者との均衡等をも考慮して解釈すべきである⁽⁴⁸⁾」として、児童扶養手当法4条1項5号の委任の範囲を裁判所が判断し、それに基づいて、「施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において、法4条1項1号ないし4号に準ずる状態にある婚姻外懐胎児童を支給対象児童としながら、本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、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ものといわざるを得ない⁽⁴⁹⁾」と結論づけた。結局社会保障立法の広い立法裁量とそれにも依拠した広い行政立法裁量を拒否したのである。こうした生存

(46) 最一小判2002（平14）年1月31日（平成8年（行ツ）第42号）、民集56巻1号246頁。

(47) 最二小判2002（平14）年2月22日（平成12年（行ツ）第250号）、訟務月報49巻11号3158頁。

(48) 前掲民集（脚注46）249頁。

(49) 同上民集251頁。

権＝社会保障制度の枠組みにおいて立法裁量論を用いなかった意味は少なくないと思われる。

4) 嫡出でない子の相続分差別をめぐって

次に嫡出でない子の相続分をめぐる判例を取り上げたい。一つは、1995年の最高裁大法廷決定⁽⁵⁰⁾である。この決定で最高裁は「相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、その形態には歴史的、社会的にみて種々のものがあり、また、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない、各国の相続制度は、多かれ少なかれ、これらの事情、要素を反映している。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているものというほかない⁽⁵¹⁾」とし、立法府の裁量判断の余地を認めたが、「それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情」にさらに「家族というもの」の考え方、「その国における婚姻ないし親子関係に対する規律等」を「総合的に考慮」することを求め、それが合理的でなければならないことを指摘していた。まさに、裁量判断の際の考慮要素をあげて、それらから裁量判断が自由ではないことを示したのである。そして、2013年の最高裁大法廷決定⁽⁵²⁾は、さらに一步を進め、上記の基準を再確認した後、さらに「この事件で問われているのは、このようにして定められた相続制度全体のうち、本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということであり、立法府に与えられた上

(50) 最大決1995(平7)年7月5日(平成3年(ク)第143号)、民集49巻7号1789頁。

(51) 同上民集1794頁。

(52) 最大決2013(平25)9月4日(平成24年(ク)第984号、平成24年(ク)第985号)、民集67巻6号1320頁。

記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条1項に違反するものと解するのが相当である⁽⁵³⁾としたのである。そして同判決は、「これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない⁽⁵⁴⁾」として、裁判所自身がその変遷をあとづけ、結局いわゆる「判断代置」方式の裁量審査を行って、結局嫡出でない子の相続分差別に合理性がないことを結論づけた。そうすると、立法裁量と言っても、これはいわゆる羈束裁量であって、「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の独自の判断を示すことを控えること」とは異質な判断になっているといつてよいであろう。

5) 財産権規制をめぐって

さらに、財産権規制の例を取り上げよう。1987年の森林法共有分割制限規定違憲最高裁大法廷判決⁽⁵⁵⁾は、問題となった共有分割制限規定の合憲性を判断する際の枠組みとして、「財産権に対して加えられる規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によつて制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判所としては、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであつても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとな

(53) 同上民集1322頁。

(54) 同上民集1324頁。

(55) 最大判1987（昭62）年4月22日（昭和59年（オ）第805号）、民集41巻3号408頁。

る場合に限り、当該規制立法が憲法29条2項に違背するものとして、その効力を否定することができるものと解するのが相当である⁽⁵⁶⁾という定式を立てた。立法裁量を認めつつ、目的手段審査を行うことを明確にしたのである。しかし、この定式はインサイダー取引規制に関わる証券取引法事件最高裁大法廷判決⁽⁵⁷⁾で次のように書き換えられた。すなわち、「財産権に対する規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである⁽⁵⁸⁾」としたのである。すなわち、財産権規制法令の合憲審査から、立法府の裁量判断への尊重が削除された。そしてこの判決以降、財産権に関連して最高裁の諸判決が引用しているのは、後者の判例である。

6) 職業の自由の規制をめぐって

職業の自由の規制法令についての違憲審査はどうであろうか。かつて1972年の小売市場事件最高裁大法廷判決⁽⁵⁹⁾は、小売市場の開設経営の許可制の違憲審査において次のように判示した。すなわち、「社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまつほかない。というのは、法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあたっては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察すると

(56) 同上民集411頁。

(57) 最大判2002(平14)年2月13日(平成12年(オ)第1965号、平成12年(受)第1703号)、民集56巻2号331頁。

(58) 同上民集334頁。

(59) 最大判1972(昭47)年11月22日(昭和45年(あ)第23号)、刑集26巻9号586頁。

ともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であつて、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるというべきであるからである。したがつて、右に述べたような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はなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限つて、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解するのが相当である⁽⁶⁰⁾」ということである。そして同判決は当該規制措置の必要性を立法事実に基づいて確認して、それがいちじるしく不合理でないことを結論づけている。

それに対して、薬事法距離制限規定事件で最高裁大法廷判決は、職業の自由に対する「規制措置が憲法二二条一項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、こ

(60) 同上刑集591-2頁。

(61) 最大判1975（昭50）年4月30日（昭和43年（行ツ）第120号）、民集29巻4号572頁。

れを決すべきものといわなければならない⁽⁶²⁾」として、「合理的裁量の範囲」の見極めを裁判所側に引き戻したのである。そこからさらに進んで、目的二分論に基づく LRA の基準類似の厳しい審査を行って違憲判決を導いたのは周知のことである。つまりそこでは、もはや立法裁量は「第一次的」なもの、つまり制度形成は行政命令ではなく法律がまず行うというごく当たり前のことを言っているに過ぎず、制定された法律は裁判所のほぼ全面的な統制に服することとなったのである。その後の公衆浴場の距離制限をめぐる1989年の二つの小法廷判決や、製造たばこ小売販売業の許可制をめぐる1993年の第二小法廷判決⁽⁶⁴⁾は、立法裁量に触れることなく、合憲という結論⁽⁶⁵⁾を導いている。

7) 婚姻に関わる民法規定をめぐる

2015年12月に言い渡された最近の二つの判例を見ておこう。一つは、民法733条の再婚禁止期間の設定を違憲とした最高裁大法廷判決⁽⁶⁶⁾である。すなわち同判決は、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、その内容の詳細につ

(62) 同上民集576頁。

(63) 最二小判1989(平元)年1月20日(昭和61年(あ)第1140号)、刑集43巻1号1頁、最三小判1989(平元)年3月7日(昭60(行ツ)第197号)、最高裁判所裁判集民事156号299頁。

(64) 最二小判1993(平5)年6月25日(平3(行ツ)148号)、最高裁判所裁判集民事169号175頁。

(65) もちろん、酒販業免許をめぐる最高裁判決は旧慣を墨守しているようにも見えるが、どこまで最高裁が持ちこたえられるか疑問である。営業の自由論争で明らかにされたように、職業活動は自由であればよい、そうであれば職業選択の自由が保障される、というものではない。多くの者にとって、その職業に就くことができるということはそのための条件が整えられていなければならないはずである。公序といってもよい。その条件を整えるのは国家の、そして公共団体の責務である。

(66) 最大判2015(平27)年12月16日(平成25年(オ)第1079号)、裁判所 HP に登載。また、LLI/DB 判例秘書判例番号 L07010077。以下の引用は後者による。

いては、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法24条2項は、このような観点から、婚姻及び家族に関する事項について、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、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものとイえる」として、「第一次的」な制度形成は国会の「合理的な立法裁量」に委ねたが、ここでも立法裁量は裁判所の統制密度を下げるための機能を果たしているようには見えない。つまり単なる飾り言葉になっていると見てよいであろう。結局最高裁は目的手段審査の枠組みを用いて、比較的厳しい審査を行うことになった。

他方、民法750条の夫婦同氏強制に関する最高裁大法廷判決⁽⁶⁷⁾はどうか。まず「婚姻の際に氏の変更を強制されない自由」について、それが「憲法上の権利として保障される人格権の一内容とはいえず、憲法13条に違反しないとした。ただし、従前の氏の下で「婚姻前に築いた個人の信用、評価、名誉感情等を婚姻後も維持する利益等」は、「氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき人格的利益であるとはいえるのであり、憲法24条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であると考えられる」とした。また、「96%以上の夫婦において夫の氏を選択する」という事実も、憲法14条に違反はしていないが、「仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものであるといえ」、「この点は、氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するに当たって考慮すべき事項の一つというべきであり、後記の憲法24条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当

(67) 最大判2015（平27）年12月16日（平成26年（オ）第1023号）、裁判所HPに登載。また、LLI/DB判例秘書判例番号L07010078。以下の引用は後者による。

たっても留意すべきものと考えられる」とした。そして憲法24条に関しては、同判決は1項が「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨明らかにしたものと解」したが、民法750条は「婚姻することについての直接の制約」ではなく、憲法24条1項に反しないとした。しかしここでも、この規定による「事実上」の制約について、「婚姻及び家族に関する法制度の内容を定めるに当たっての国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であると考えられる」とした。そして24条2項について、「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、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したもの」と評価した。そうして、「その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる」とした上で、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が「憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきもの」とした。この判決は、結論的には夫婦同氏制度を違憲とはしなかったが、立法裁量の余地を極めて狭く解し、立法の際の考慮事項を列挙してその再考を立法府に委ねたものと見ることができる。もし国会が自らこの制

度を改めなければ、次回同種事案での違憲判決は避けられないであろう。

（3） 小結

これまで見てきたように、最高裁は、その判決の流れの中で、立法裁量論⁽⁶⁸⁾をあるいは厳しく限定し、あるいは放棄してきたと言ってよい。いくつかの分野ではそれは生き残るかもしれないが、もはや違憲審査にあたって普遍的に依拠できるような理論ではなくなっている。また、最高裁が立法裁量の下に全面的に違憲審査を放棄しているわけではなく、どんな場合でも最終判断権を留保していることにも留意しておく必要があるだろう。

II 立法裁量論と学説

1 立法裁量の意義—再考

憲法は41条で国会を「国の唯一の立法機関である」として、法律の制定権を与え、また多くの条項で制度形成を法律に委ねている。法律の制定にあたってその決め方が一通りしかないということはほとんどありえず、多くの場合、国会が最良と思う選択肢を選んで立法が行われる。しかし、憲法98条は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と定め、法律にも「憲法に反してはならない」という限界

(68) 駒村教授は、「最高裁の法令違憲判決8本のうちほとんどが、教科書的なし条文的には、立法裁量が広く認められるはずの問題領域で下されていること」を指摘している。駒村圭吾『憲法訴訟の現代的展開—憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013年）293頁。また、現状を「立法裁量であることが必ずしも重大な権利制約に対する司法審査の基準を緩和しなくなっている状況と見受けられる」とする評価もある。西原博史・石川夏子・伊藤涼月・塩谷淳夫・曾田竜市「立法裁量領域における憲法上の権利——21世紀段階の最高裁判決における立法裁量の統制方法をめぐって——」早稲田大学大学院 Law & Practice, No. 09 (2015年)、92頁。

があることを明示している。したがって、立法者は、憲法に反しないという枠の中で、いくつかの、あるいは多くの選択肢の中から自らの意思で選択をするという「裁量」権を有することになる。このような意味での立法裁量があることは基本的に否定し得ないであろう。

この場合に制定された法律がいかなる意味で憲法に反しないと言えるかといえば、それは憲法が設定する基本権を侵害しないということであり（自由権、平等権）、憲法が要求する水準の権利を保障するということであり（社会権、国務請求権）、はたまた個人が人権を実効的に行使できる制度や手続を整えるということであろう。また、基本権には一般に他者加害禁止原理に基づく内在的な制約があり、あるいは場合に依っては外在的な制約があり、さらには自己加害を防止せんとするパターンリスティックな制約が課されるなど、基本権と他者の基本権、あるいは公益等との調整が必要である場合、すなわちある基本権を制約する必要がある場合が多々存在する。そのとき、その調整ないし当該基本権を制約することは、第一次的には立法者の任務である。これは国家の意思決定の初動が法律から始まるのであるから、当然のことである。しかし、それには憲法に定められた限界があり、その限界を踏み越えたかどうかを裁判所がその違憲審査権を行使して判断するというのも、日本国憲法のルールである。

このいわば当たり前のことを越えて、立法府の立法裁量権を根拠に、司法府に対してその違憲審査権の行使の抑制を求めるのが、いわゆる「裁判法理としての立法裁量論」である。この意味での立法裁量論が妥当する領域は、立法の全ての場面にわたるわけではなく、一定の領域に限られているとされる。したがって、「裁判法理としての立法裁量」が主張される場合にも、立法裁量があればよいというわけではなく、別途なぜそこで「裁判法理としての立法裁量論」が成り立つのかの理由づけが求められるのである。

さらに、立法裁量にはさまざまな限界がある。一つはとりわけ基本権に関連する場合に、各別の基本権によって保護された領域の外周的な限界で

ある。すなわち、制約される基本権によって保護された領域から来る限界、たとえばその基本権の本質的内容を侵害してはならないというような限界がある。さらに、立法裁量が許される領域であっても、たとえば平等原則違反、行政命令への白紙委任の禁止、適正手続違反、比例原則違反、さらには制度形成における首尾一貫性の欠如、そして制度的保障における核心内容の侵害等々、立法が侵してはならない要素が存在することも明らかであり、それらについても裁判所の審査権が及ぶことは言を俟たない。

結局、立法裁量論という言い方は非常に紛らわしいように思われる。すなわち、統治行為論の場合には、「統治行為」自体が非常に限定された行為のみを観念していたのに対して、「立法裁量」は無限定にほとんど全ての領域で存在するから、裁判法理として限定して使う概念の用法が、あらゆる領域に拡大するおそれがあるからである。したがって、一般的な立法府の選択権については、これを立法府の制度形成の余地といい、司法府の謙抑を要求する考え方に限定して立法裁量あるいは立法裁量論ということにする。

2 立法裁量論をめぐる諸説

(1) 横田喜三郎教授の説

元最高裁長官であった横田教授は、その著『違憲審査』⁽⁶⁹⁾で一章を「立法府の裁量事項」にあて、アメリカの判例および日本の判例を分析している。そして日本の判例として紹介されているところによると、立法の裁量権という言葉を用いている判例として和教組事件最大判および1964年の参議院議員定数訴訟最大判⁽⁷⁰⁾がある。また「立法政策の問題である」としたものの、「立法の範囲に属するとか、法律にまかされたもの」⁽⁷¹⁾という語法も立法府の裁量事項を示したものとして紹介されており、それらについては、

(69) 横田喜三郎『違憲審査』(有斐閣、1968年)。

(70) この2つの判決はともに、横田教授が最高裁の長官であった時期のものである。

(71) 横田同書379頁。

1964年までに出された19本の大法廷判決が、いずれも肯定的に紹介されている。その基調は「まえがき」や第一章で述べられているように、違憲審査権の行使は「つとめて慎重でなければならない」というものである。「まえがき」に記されたこの言葉は、第一章第二節「違憲審査は慎重に」でも繰り返され、わずか7頁余のところと同種の文言が7カ所も登場する。このように、違憲審査権の行使を抑制することを基調とする著作の中で、その1つの項目として立法裁量を取り上げられたことは、そのことによって、立法裁量領域については裁判所はその違憲審査にあたって、勤労権の「制限の程度が著しく右の適正な均衡を破り、明らかに不合理であって、立法府がその裁量権の範囲を逸脱したと認められるものでないかぎり、その判断は、合憲、適法なもの」(和教組判決)という枠組みで審査すべきことを強く示唆することが意図されていたと見られる。この横田教授の主張は、その後の立法裁量論の形成に大きな影響を及ぼしたのではない⁽⁷²⁾かと思われる。

(2) 戸松秀典教授の説

戸松教授は、おそらくは最も精力的にこの立法裁量論に取り組んでおられる学者の一人である。ここでは、教授の所説について、その著書『立法

(72) 横田教授のこのかなり極端とも思える司法消極主義の根拠は、上記第一章第二節「違憲審査は慎重に」で取り上げられている三権分立の原理と民主主義の理論であろう。しかし、それを讀むと、その三権分立主義は権力の暴走をおさえるためのチェック・アンド・バランスを主眼とした理念ではなく、三権の相互不干渉という思考である。これでは立法裁量だけでなく、行政裁量も司法権の対象としては異物ということになる。さらに、民主主義の理論を論じたところでは、「裁判官が国会の制定した法律を無効にするということは、国民によって選ばれ、国民に対して責任をおう国会議員が制定した法律を、国民によって選ばれず、国民に対して責任をおわない裁判官が無効にするということであって、民主主義のもとではまったく異常なことである」(同書14頁)とされる。裁判官が国民に対して責任をおわないとすると、裁判官は一体誰に対して責任をおっているのであろうか。それが裁判官を任命する者であるとする、違憲審査権を行使するようなことはとても恐れ多いことであることになろう。

裁量論—憲法訴訟研究Ⅱ—』から、若干の整理を試みることにしたい。

教授は、立法裁量論の適用の類型化として、「立法裁量論の広い適用」、
「立法裁量論の狭い適用」、そして「立法裁量論の不適用」という3つの適用
類型に整理し、そしてそれぞれが、審査基準という視点から見ると、
「広い裁量論は単なる合理性の基準、狭い裁量論は厳格な合理性の基準、
さらに裁量論不適用の場合は厳格な審査基準」⁽⁷³⁾に結びつく⁽⁷³⁾とされる。そう
して、「立法裁量論の広い適用」にあたる諸判例として検討の対象とされ
ているのは、①租税立法に関して、サラリーマン税金訴訟の第一審判決お
よび最高裁判決、②福祉立法の合憲性に関して、堀木訴訟の第二審判決、
同最高裁判決、③公職選挙法による選挙運動の自由に対する制限・禁止が
争われた事件での最高裁判例、④参議院議員定数不均衡についての最高裁
判例、⑤公務員の政治的行為を規制する国家公務員法に関するいわゆる猿
払事件最高裁判例、⁽⁷⁴⁾をあげておられる。そしてそれぞれの広い適用につい
ての批判的なコメントが付されている。

立法裁量論の狭い適用というのは、「立法府の判断に全面的に依拠する
わけではなく、立法裁量論の余地を一部認めたり、司法判断を加えること
により立法府の裁量の範囲を狭める場合」をさしているのであるが、その例
として検討されているのは、①1976年の議員定数不均衡訴訟最高裁判決、
②薬事法最高裁判決、③堀木訴訟第一審判決である。これらはもともと緩
やかな合理性の基準に基づく審査を特徴とする立法裁量論からすれば、そ
こからの逸脱とも見られるものであるが、教授は、これらを「立法裁量論
の狭い適用」として立法裁量論の枠に括り、そしてそれらの判決が「狭い
適用」に至った要因を探ることによって、判例の「狭い適用」への移行動
向を促しているように思われる。

さらに、「立法裁量論の適用問題であるか否か争われた事件で、その手
法が排された」立法裁量論の不適用の例として、在宅投票制度廃止違憲訴

(73) 戸松前掲『立法裁量論』30頁。

(74) 戸松前掲書31頁以下。

訟に対する一審判決をあげる。この例からは、「立法裁量論の適用が排されるか否かは、裁判所が憲法の保障する権利や自由について、その侵害が主張されているとき、それら権利や自由によどの程度高い価値を認めるかにかかっている⁽⁷⁵⁾」という結論が引き出されている。

そして、立法裁量論を採用するか否かについて判断する場合の要素に関するアメリカにおける学説の検討もふまえ、戸松教授は立法裁量論の限界について次のように整理される。すなわち、一つは人権の価値序列の確立、第二に立法事実論の展開、そして第三に審査基準の確立によって、その限界が明確化されるということであるが、それらは相互に関連しているだけでなく、判例法の形成が不十分であることが指摘されている。

戸松教授は1999年にも立法裁量論に関する論考を執筆され、その時点での判例における立法裁量論の動向を検討されておられる⁽⁷⁷⁾。そこでは、主に90年代の判例の動向が検討され、立法裁量論が嫡出でない子の相続分差別にかかわる1995年の最大判や、同年の外国人地方選挙権訴訟最三小判など、新しい分野においても展開されるなど、「最近の憲法裁判においても依然として裁判法理の主力としての働きを示している⁽⁷⁸⁾」ことが指摘されている。ただ、考察すべき問題として、「司法権は、いかなる場合に、立法行為に対して積極的にあるいは消極的に裁量統制機能を発揮すべきか」が提起され、積極的な裁量統制機能の要因が最高裁判例の個別意見に探られている。そこでは、立法事実論、人権の価値序列論、そして「著しい権限の逸脱・濫用」という緩やかな基準でもそれを認定することによる裁量統制の例も指摘されている。こうした動きをふまえつつも、教授のその時点での結論は「最高裁判所は、立法裁量論による裁判方式の範囲に大きな変革をするつもりはなく、従来の方向を踏襲しているが、個別の事案ごとに

(75) 戸松前掲書39頁。

(76) 戸松前掲書46頁以下。

(77) 戸松秀典「最近の憲法裁判における立法裁量論」園部古希記念『憲法裁判と行政訴訟』(有斐閣、1999年) 35頁以下。

(78) 戸松前掲論文45頁。

裁量統制に踏み込むことをしている。それは、何かの裁判法理を構築して、後の同様の事案にそれが適用され、憲法秩序のダイナミックな発展がみられる、といった具合のものではない。それほど厳しさのみられない裁量統制である⁽⁷⁹⁾」というものであった⁽⁸⁰⁾。

（３） 戸波江二教授の見解

次に、戸波教授の見解を見ておきたい。

I で見たように、立法裁量とゆるやかな違憲審査（基準）を結びつけながら、かなり限定的な領域での立法裁量論の認容という見解をとるのが、戸波教授である。教授は、前掲論文⁽⁸¹⁾において判例における立法裁量論のうち代表的なものを素材として検討するとして、①和教組事件最大判をを素材とした労働基本権の制限の分野、②猿払事件最大判を素材とした刑罰を科することについての立法裁量、③小売市場事件及び薬局距離制限事件最大判を素材としての経済規制立法についての立法裁量、④堀木訴訟最大判を素材とした社会保障立法に関する立法裁量、⑤大島サラリーマン税金訴訟最大判及びどぶろく訴訟最一小判を素材とした租税立法における立法裁量、⑥議員定数不均衡をめぐる衆議院の1976年最大判及び参議院の1983年最大判を素材とした選挙制度に関する立法裁量、そして最後に⑦戸別訪問の禁止に関する1981年最二小判及び同年の最三小判を素材とした選挙運動規制に関する立法裁量を取り上げて検討されている。これらの検討の中で、戸波教授が若干の留保をつけながらも立法裁量の適用領域として肯定的にとらえたのは、③の経済規制立法、④社会保障立法における立法裁量論の適用であり、そして⑤では大島サラリーマン税金訴訟最大判における説示における立法裁量論には肯定的⁽⁸²⁾であるが、どぶろく裁判の最一小判に

(79) 戸松前掲論文59頁。

(80) それから17年を経て、I で見たように、そうした状況が大きく変化したのではないか、というのが筆者の見解である。

(81) 戸波「違憲審査権と立法裁量論」（脚注6）。以下の引用はこの論文からのものである。

については「すこぶる問題が多い」として、「無審査の立法裁量」となっていることなどを指摘し、「貧弱な論理の憲法判断」を強く批判される。⑥の衆議院議員定数不均衡問題については、「論理的には、選挙ないし定数不均衡問題に立法裁量論を持ち出すことは、基本的に不适当」であり、しかも「以後の判例・学説の積み重ねの結果、定数不均衡の合憲性審査基準としては、何よりも人口比が最も重要で基礎的なものとされ」、最大較差について「基準が示されている異常、定数不均衡裁判では較差がその基準内に収まっているかどうかを審査すればよく、したがって、立法裁量論を持ち出す必要性はすでに消滅している」とされる。同様に参議院議員定数不均衡問題では、「参議院について衆議院と異なった違憲審査基準をとるのであれば、それを明確にして、その基準との関係で現行定数配分規定の合憲性を審査すべき」であるとし、「ここでの立法裁量論はむしろ有害」と結論づけている。⑦の戸別訪問禁止に関する最二小判については、猿払事件最大判で「採用された『付随的規制論』に依拠してゆるやかな審査基準が用いられたことが最大の問題点である」としてこの点を批判しつつ、併せて持ち出された立法裁量論が不要の論理、「飾り」であることが指摘されている。また最三小判については、とりわけ伊藤正己裁判官補足意見の「選挙のルール」論に関し、選挙一般についての広い裁量と選挙運動のルールの定めについての広い裁量から戸別訪問の禁止の合憲性を導いたとして、その二段階のそれぞれについて立法裁量論の合理性を検討している。前者については、①選挙は、国民主権の下で国民の政治参加ないし国民の国政への意思表示を実現するうえで重要な意義を有すること、②普通・平等・直接・秘密・自由選挙という直接的な憲法原則の他に比例原則、平等原則、適正手続原則等の原則は選挙法性全般に妥当すること、③

(82) 租税立法については、立法裁量を広く認める説が有力であるが、これは一面、税制に対する憲法学の関心の低さの反映であるように思われる。その点に対する税法学からの批判について、三木義一『日本の納税者』（岩波新書、2015年）24頁以下参照。

具体的には、選挙区についてゲリマンダリングは違憲となろうし、議員定数不均衡や不均衡特例選挙区は判例上も違憲となると解されていることなどから、「選挙について、選挙全般に立法裁量論が妥当し、ゆるやかな審査で足りると解することはとうていできない」と結論づけている。また後者については、「伊藤補足意見には一定の説得性がある」ことは認めながらも、選挙運動の「すべての法的規制がゆるやかな審査で足りると解すべきではなく」、戸別訪問も含め、場合に依っては「規制の法的意味や規制される人権の種類を考慮して」、厳格な審査がなされるべきだとされるのである。

このような検証のまとめとして戸波教授は、立法裁量が認められる領域を厳しく限定するとともに、「法論理として有用な立法裁量論は、……特定の法領域で立法裁量が認められる場合に、立法者の判断の自由が広く認められ、その結果、ゆるやかな違憲審査基準が用いられるという論理として構成されるもの」であるとし、その際の留意点として二点指摘される。一つは、立法裁量の認められる領域での人権制限が問題となる場合にも、問題となる人権の種類によって解決のレベルがそれぞれ異なってくること、第二に、ゆるやかな審査基準によって審査される場合でも、そこでは規制の合理性・必要性について、立法事実に基づく実質審理が必要であることである。そして「立法裁量論は、……その観念は、不明確かつ多義的」で、「採用できる場面は限られ」、「実際には、合憲・違憲の実質審査をあいまいにするという付随的効果ないし欠陥さえみられる」というものであり、「本質的に内容のない形式的な議論」とされるのである。これは立法裁量論の否定論とほとんど紙一重であろう。

（４） 裁量統制の諸理論

立法裁量論に対して、それを認める場合であってもその範囲は限定的であるべきであり、また立法裁量論が認められる領域でも、その統制をはかる様々な考え方が提起されてきた。たとえば判断過程審査論であり、また

ベースライン論である。さらに制度的保障論もその一つとして考えることができよう。その本質内容ないし核心部分は立法によっても侵害されてはならないものとして憲法によって保障されていると考えられるのである。こうした学説の展開についてここで論ずる余裕はない。稿を改めて取り組むこととしたい。

III まとめにかえて

立法裁量論を認めるかどうかは、理論的には民主主義か立憲主義かという、原理的なところでの価値判断に依拠しているところが少なくない。しかし、最高裁が立法裁量論を採用するとき、往々にして忘れられがちであったのは、当事者たる市民の権利であったと言ってよいであろう。立憲主義を単に裁判所の権限の根拠として考えるだけであれば、容易に議会の決定の優先性が肯定されよう。もちろん議会在常に人権ないし基本権を無視しているなどと言うつもりは毛頭ないが、しかし、議会の決定は多数派による決定である、ということに留意すれば、少数派の権利の侵害に目を光らせるという最高裁の役割は十分な正当性を有する。

ともあれ、判例も立法事実をふまえた実質的な憲法判断に踏み込む姿勢を明らかにしてきているように思われる。もちろん相変わらず立法裁量という用語を持ち出す判例も少なくないが、それは単なる修辞であって、論証に不可欠な概念としてではない、というものも目立つのである。単純な立法裁量論は克服されつつあると見てよいように思われる。⁽⁸³⁾

(83) なお、永田秀樹教授は「立法裁量論は消失しておらず、司法消極主義を支える理論としての命脈を保っている」と評価される。永田秀樹「立法裁量論批判」戸波江二・畑尻剛編集代表『講座憲法の規範力第 2 巻憲法の規範力と憲法裁判』（信山社、2013年）193頁、197頁参照。