

行政立法制定における考慮事項と司法審査

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-02-24 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 高橋, 正人 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00009997

論 説

行政立法制定における考慮事項と司法審査

高 橋 正 人

はじめに

行政立法の制定においては、行政手続法39条以下の意見公募手続のほか、審議会等への諮問や公聴会等の開催¹といった形での手続的統制がなされている。最近になって、薬事法施行規則改正に際しての提出意見の考慮についてのあり方について判断した、東京地判平成22年3月30日判時2096号9頁や、生活保護基準改定における専門委員会の取りまとめの過程に着目して、裁量の逸脱・濫用を認めた福岡高判平成22年6月14日判例時報2085号43頁が出されており、手続的統制の段階における司法審査の重要性が高まっている。

特に後者は、司法審査において判断過程統制がなされた事例として注目されており、同じく生活保護基準の改定が争われた最判平成24年2月28日民集66巻3号1240頁及び前掲福岡高判平成22年6月14日の上告審判決である最判平成24年4月2日民集66巻6号2367頁も判断過程統制がな

¹ 行政手続法における意見公募手続以外の手続的統制については、原島良成＝筑紫圭一『行政裁量論』(2011年)151-159頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ(第5版)』(2013年)280-283頁。

された事例として取り上げられている²。

また、前掲東京地判平成22年3月30日は、意見公募手続における多数意見の考慮について、行政手続法42条の「考慮」の解釈に関してではあるが、多数意見の採用が義務付けられるものではないとの判断を示している。

本稿では、今後も予想される行政立法手続における考慮事項についての司法審査につき、アメリカにおける規則制定（rule-making）の事例と比較しながら検討を行ってみたい。アメリカにおいては、hard look審査の代表的な事例である、Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm³が連邦最高裁判例として著名であるが、規則制定段階における代替案とその考慮という観点からすると、同時期に出されたワシントン連邦控訴審判決である、International Ladies Garment Workers' Union v. Donovan⁴も一つの参考になるのではないかと考える。

以下では、まず、State Farm判決、Donovan判決を検討してアメリカ

² 最高裁4月判決の検討として、豊島明子「行政立法の裁量統制手法の展開」法律時報85巻2号29頁以下、最高裁2月及び4月判決の検討として、同「老齢加算訴訟」公法研究77号130頁以下、前田雅子「保護基準の設定に関する裁量と判断過程」『行政法理論の探究（芝池先生古希）』（2016年）311頁以下がある。

³ 463 U.S. 29(1983). State Farm判決については、多数の論考がある。最近の分析として、原島＝筑紫・前掲注(1)163頁以下。その他、先行業績を含め、拙稿「法律・事実・裁量(2)」静岡大学法政研究18巻3＝4号125-129頁、同「法律・事実・裁量(3)」静岡大学法政研究20巻2号22-23頁。なお、「(3)」23-27頁において、我が国の裁量審査と比較検討したが、本稿はそこで残された問題点についての再検討ということになる。

⁴ 722 F. 2d 795(D. C. Cir. 1983). 本判決については、拙稿「規制に対する合理性審査の二面性」東北法学25号155-156頁にて簡単に触れた。本判決を含めた、レーガン政権下における規制改革の諸判例を分析するものとして、W. Thomas, E. Wildemann & R. Brown, The Court and Agency Deregulation, 39Admin. L. Rev.27(1987). 同時期にhard look審査を用いた事例として、Public Citizen v. Steed, 733 F. 2d 93(D. C. Cir. 1984).

R. J. PIERCE, S. A. SHAPIRO & P. R. VERKUIL, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS(4th), 396-397(2009)は、Donovan判決に対して批判的である。

での規則制定の司法審査を検討したのち（Ⅰ）、我が国における行政立法の司法審査について検討し、司法審査における考慮事項とその比重の置き方について検討してみることにする（Ⅱ）^{5,6}。

⁵ 行政立法に関しては、「行政基準」として扱う文献が多くなっているが（宇賀・前掲注(1)268頁、大橋洋一『行政法Ⅰ（第3版）』（2016年）129頁、稲葉馨ほか『行政法（第3版）』（2015年）53頁、櫻井敬子＝橋本博之『行政法（第5版）』（2016年）58頁等）、本稿では従前どおり「行政立法」の語を用いることにした。

⁶ 考慮事項に対する比重の置き方、重みづけに関しては、判断過程統制の中でも「実質的考慮事項審査」（宇賀・前掲注(1)326頁、稲葉ほか・前掲注(5)113頁）や「実質的考慮要素審査」（村上裕章「判断過程統制の現状と課題」法律時報85号12頁、同「司法制度改革後における行政法判例の展開」公法研究77号35頁）、「考慮事項比重審査」（榎原秀訓「行政裁量の「社会観念審査」の審査密度と透明性の向上」『行政法の原理と展開（室井先生追悼）』（2012年）122頁）等と呼ばれることがある。判断過程統制の類型化については、高木光「社会観念審査の変容」自治研究90巻2号24-25頁、後掲注36～注(40)参照。

また、仲野武志「法治国原理の進化と退化？」長谷部恭男編『現代法の動態1法の生成／創設』（2014年）151頁以下は、処分する方向に働く考慮要素（積極要素）・処分をしない方向に働く考慮要素（消極要素）という観点から最高裁判例を分析している。

I 行政立法審査における考慮事項—アメリカ

1、State Farm判決

(1) 規則に関する司法審査だけでなく、hard look審査⁷の代表例と称されるState Farm判決は、全国高速道路安全局（National Highway Traffic Safety Administration= NHTSA）が受動制御装置（自動ベルトもしくはエアバッグ）の設置を義務づける安全基準を撤廃したことの合理性が争点となった事例である。連邦最高裁は、主に3つの観点から、基準の撤廃が恣意的・専断的（arbitrary and capricious）であると判断した⁸。

「行政機関は、取り外し式のベルトは、多くのドライバーが取り外すため、予定した安全を達成することができないと判断している。・・・行政機関によりエアバッグの技術に寄せられた有効性からすれば、交通安全を達成させる安全法の要求は、取り外し式のベルトの欠点に対する論理的な対応はエアバッグの設置ということになる。少なくとも、法の目的達成のためのこの代替案については取り組まれねばならなかったし、断念するに当たっては十分な理由が付されなければならなかった。・・・規則の制定においてエアバッグだけという選択肢が議論された形跡はない（463 U.S. 29, at 47-48.）」

「受動ベルトはシートベルトの利用を向上させないというのは、取り外し式の自動ベルトと現在の手動ベルトの相違を考慮していない。・・・受動ベルトは一度取り付けられれば、再度取り外されることがない限り自動的に機能するものである。この惰性（inertia）は、行政機関の研究によって、現在のシートベルトの利用率の低さの要因とされているもの

⁷ hard look審査の事例に関しては、先行業績を含め、拙稿・前掲注(3)「(2)」120頁以下参照。連邦最高裁判例としては、State Farm判決のほか、Citizen's to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402(1971)が著名である。

⁸ 5 U.S.C § 706(2)(A).

であるが、保護装置の利用に関して有利に作用するものである。20～50%のドライバーが、現在でも何らかの際にシートベルトを着用していることからすると、取り外し式の受動ベルトによりシートベルトの利用が相当程度増加する可能性がある (Id. at 54-55.)。]

「取り外しのきかないベルトの必要性についても、十分な根拠が述べられていない。・・・行政機関は、利用を強制する (use-compelling) 装置により車からの脱出が難しくなると行政機関は考えた。・・・“受動ベルトに利用を強制する側面があることは、公衆に対して、事故時においてシートベルトに拘束されて逃げられないのではないかという、潜在的ではあるが不合理な恐怖感を与えてしまい逆効果である” と考えたのである (Id. at 55-56.)。」

(2) State Farm判決以降、連邦最高裁と連邦控訴審とでは、規則に対する審査に違いが出ていることが指摘されている。hard look審査が略式規則制定手続を“硬直化 (ossification)^{9,10}”させているとの指摘もあってか、連邦最高裁においては、1990年代に入って、規則制定に対するhard look審査とは決別しているとの指摘がなされている¹¹。

一方、連邦控訴審においては、今世紀に入ってから規則制定に対するhard look審査がなされており、連邦最高裁が1990年代に出したメッ

⁹ アメリカにおいて、規則制定の“硬直化 (ossification)”に関する論考は多数出されているが、参考文献も含めて、W. S. Jordan, III, *Ossification Revised*, 94Nw. U. L. Rev.393(2000). ; Note, *Rationalizing Hard Look Review after the Fact*, 122Harv. L. Rev.1909(2009).

¹⁰ “硬直化 (ossification)”の問題については、小谷真理「行政立法の司法審査」法と政治55巻1号107頁以下、筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(1)」自治研究86巻8号117頁以下、同「米国における行政立法の裁量論(4・完)」自治研究86巻11号103頁以下、拙稿・前掲注(3)「(2)」129頁以下。

¹¹ *Pension Benefit Guaranty Corp. v. LTV Corp.*, 496 U.S. 633(1990). ; *Mobil Oil Exploration & Producing Southeast, Inc. v. United States Distribution Co.*, 498 U.S. 211(1991).

PIERCE et al., supra note4, at 342-343.

セージは十分に伝わっていないようである¹²。ただし、この問題については別稿で取り扱ったので¹³、本稿においては、State Farm判決の判断のプロセスについて検討しておくにとどめたい。

(3) State Farm判決が、考慮事項(=エアバッグという代替案の可能性等)が不十分であった故にNHTSAの安全基準撤廃を恣意的・専断的と判断したことについては、アメリカの文献においても共通して理解されているところであるが¹⁴、State Farm判決は、厳格な審査基準を規則制定(本事例は正確には規則の撤廃である)に当てはめようとしたわけではない。

一方においては、次のように述べて、決定に当たっての十分な合理づけを求める。なお、ここでの引用箇所のうち、傍線部は文献においてしばしば引用されている¹⁵。

「恣意的・専断的基準の下での司法審査は狭いものであり、裁判所は行政機関の判断を代置してはならないものであるが、行政機関は関連性のある資料を精査し、「事実認定となされた選択との中の合理的な関係」を含めて、その活動について十分な説明をしなければならない。・・・説明がなされているかを審査するに当たっては、“決定が関連する要素を考慮してなされたものか、判断に誤りがないかを考慮しなければならない”

¹² 連邦控訴審における対応について、E. GELLHORN & R. M. LEVIN, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS(5th), 118-119(2006).

¹³ 関連文献も含めて、拙稿・前掲注(3)「(2)」13頁以下。

¹⁴ PIRECE et al., supra note4, at 407-412. (但し、結論としてhard look審査を行ったことに対して批判的である); GELLHORN & LEVIN, supra note12, at 117-118. なお、両文献ともに硬直化の問題を併せて取り上げている。B. SCHWARTZ, ADMINISTRATIVE LAW(3rd), 175(1991).

¹⁵ 本稿で引用している文献では、PIERCE et al., Id. at 408.; GELLHORN & LEVIN, supra note12, at 118.; Note, supra note9, at 1913.; T. J. Miles & C. S. Sunstein, The Real World of Arbitrariness Review, 75U. Chi. L. Rev. 761, 763(2008). Miles & Sunsteinの分析については、正木宏長『行政法と官僚制』(2013年) 204頁-209頁。

(ここで、注(7)で挙げたOverton Park判決が引用されている－高橋注)。・・・
通常、行政機関の規則は次の場合に恣意的・専断的と判断される。議会
が考慮することを意図していない要素を考慮した場合、問題の重要な側
面を全く考慮しそなった場合、決定に当たり、行政機関にある証拠と
は相反する説明をしている場合、専門的な行政機関の産物もしくは見解
の相違とは言い難い場合 (463 U.S. 29, at 43.) (傍線部高橋－以下、同
じ)。」

このように、先例を引用しながら、行政決定に当たっての十分な合理
づけを求めているのが、本判決の一つの特徴であるが、その一方で、行
政の専門性に配慮した言及もなされている。

「行政機関による研究結果をどのように一般化するかは、行政機関の裁
量に委ねられている。まさに、NHTSAの専門性に委ねられている問題
であり、裁判所は、立ち入るのをためらうべき事案である (Id. at 53.)。」

連邦最高裁は、十分な合理づけを求め、(1)で述べたように考慮事項の
不備を指摘しているが、他方において、裁判所が、事実上かつ予見上不
確実のある政策問題 (policy issues that is surrounded by factual and pre-
dictive uncertainty) に対して抑制的であることを求めていることも忘れ
てはならない¹⁶。実際に、State Farm判決と同年に出されているBaltimore
Gas & Electric Co. v. NDRC¹⁷においては、行政機関の判断に謙讓的な姿
勢を示している¹⁸。

¹⁶ PIERCE, et al., Id. at 411.

¹⁷ 462 U.S. 87(1983). 科学的な判断に際しては、「裁判所は最も謙讓的でなければなら
ない (be at its most deferential) (462 U.S. 87, at 104.)」と述べている。本判決に
ついては、関連文献も含め、拙稿・前掲注(3)「(2)」130-131頁。

¹⁸ S. G. BREYER, R. B. STEWART, C. R. SUNSTEIN & A. VERMEULE, ADMINIS-
TRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY(6th), 383(2006).

2、Donovan判決

(1) State Farm判決を引用しながら、代替案の考慮不足を指摘したのが、State Farm判決と同年に出されたDonovan判決である。Donovan判決においては、労働長官がニット産業における内職労働者の雇用禁止を撤廃したことが恣意的・濫用的であると判断された。

まず、代替案の考慮不足について、ワシントン連邦控訴審は次のように指摘している。

「(撤廃に係る) 聴聞及び提出されたコメントにおいて、労働長官が完全な撤廃ではなく、既存の規制の修正という選択に至る証言が存在した。証言は、地方であるバーモント州に関するものであり、バーモント州における状況は、都市部に当たる州とは実質的な違いが存在し、異なった取扱いが必要とするというものであった (722 F. 2d 795, at 815-816.)」

その上で、地方の州においては、雇用の機会が少ないこと等を指摘し、次のように続ける。

「これらの懸念に対処するあり得る方法としては、工場での雇用に支障がある地域においては内職を許容するというものである。労働長官の説明においては、この方法を拒絶するとともに、地方と都市部を問わずに内職を認めることについて、全く根拠が示されていない。

労働長官の決定に当たっての説明においては、告知及びコメントにおいて提起された代替案に対する考慮が全くなされていないのである (ibid.)」

ワシントン連邦控訴審は、このことは、これまでの連邦最高裁判例及びワシントン連邦控訴審の判例から明らかであるとするが、その中にState Farm判決も引用されている。

(2) 次いで、ワシントン連邦控訴審は法執行 (enforcement) の問題に

ついて、同じく考慮不足を指摘する。1940年代に内職が全面禁止された際に、内職者に対する最低賃金（minimum wage）を確保するための執行体制が確保できないという背景があったことを指摘するとともに、現在においてもこの問題は解決されていないとする（Id. at 819–820.）。その上で、次のように述べて、労働長官側の判断に疑問を呈している。

「記録及び決定に当たっての労働長官の説明によれば、労働長官は、内職規制が撤廃された場合の労働省の法執行能力に大いに関連する要素に対して、十分な考慮を行っていない。労働長官が、規制を撤廃することで内職者数が飛躍的に増大することについて、慎重な考慮がなされた形跡がない（Id. at 822–823.）」と述べ、第一に、労働省の担当部局のスタッフによって法執行の体制が整うとする労働省側に試算に疑問を投げかけている。

更に、「労働長官は、地方において内職者が雇用された場合と、都市部において内職者が雇用された場合とにおける法執行の相違について十分な考慮を払っていない（Id. at 823.）」と述べ、代替案の考慮と同様に、地方と都市部の相違についての考慮不足を指摘する。労働長官の規制撤廃の決定の根拠となっているのは、バーモント州からの証言及びコメントであり、都市部において法執行に携わっている職員からの証言によれば、都市部と地方とでの規制の条件は全く異なるものであると述べる（Id. at 823–824.）。

以上の指摘の上で、「地方と都市部においては明らかな相違があり、法の執行に当たっては、これらの相違が相当の重要性を持つ」とし、「労働長官がこれらの相違を考慮しなかったこと、特に、バーモント州からの証言にかなりの比重を置いたことは、合理的な決定とは言えない。」と結論付けている（Id. at 824.）。

(3) このように考慮事項が不十分であることを述べたうえで、ワシントン連邦控訴審は、恣意的・濫用的という結論を出しているのだが、ワシントン連邦控訴審は、後述するState Farm判決における反対意見を意識して、次のように述べている。

「政権交代による行政（new administration）¹⁹が、民主的プロセスに支持された新しい政策を成し遂げようというのは理解できる。しかしながら、あらゆる行政機関の長は、民主的な決定の産物である法律の指示に従うことを求められているというのが自明の理である。執行部門に属する公務員としては、議会に対して、反対すべきと解する法律の改正を説得することができないならば、法律を執行することが義務付けられているのである（Id. at 828.）」

3、State Farm, Donovan両判決の検討

(1) hard look審査に関しては、これまでの先行業績においても検討がなされてきたが²⁰、Gellhorn & Levinは、規則制定におけるhard look審査について以下のように述べている。

「裁判所は行政機関が、Leventhal判事がやがて呼ぶようになった『筋の通った決定（reasoned decisionmaking）』、すなわち行政機関がその立

¹⁹ この言及は、State Farm判決の反対意見において、政権交代（カーター政権からレーガン政権への交代）に伴った行政機関の政策変更に対しては合理性を認めるべきとの見解が出されていることに対応させたものと考え得られる（463 U.S. 29, at 59.）。

²⁰ hard look審査に関して、「行政機関の応答義務」という観点から、検討を加えるものとして、西田昌弘「Hard Look法理の変容と行政機関の応答義務」立命館法政論集創刊号39頁以下（48-49頁にState Farm判決が挙げられている）、注(7)で触れたOverton Park判決について、「行政機関の判断過程の合理性」という観点から検討を加えるものとして、武田真一郎「政策決定と司法審査」『行政法の発展と変革（下）（塩野先生古希）』（2001年）199頁以下がある。

場を説得的かつ徹底的に説明したかどうか、そして行政機関が規則制定手続において参加者による重要な批判に応えたかどうかを検討することになろう²¹⁾

続けてState Farm判決について論じたのち、2000年代以降の規則制定が差戻された事例として、根拠及び目的が非合理的に理由付けられている事例、法律上求められている要素に対処できていない事例、意見提出手続において提出された重要な論点に回答できていない事例、事実上支持できない主張に依拠している事例、重要な代替的規制手法を却下した理由が説明できていない事例を挙げている²²⁾。

(2) 本稿においては、考慮事項という観点から、State Farm, Donovan判決の判示を検討してきた²³⁾。一つは、裁判官の政策的選択 (policy preference) の問題である。Pierceらは、ニューディール期の司法による政策阻害に触れながら、次のように批判している。

「しばしば、自らの政策的選好が大統領と異なるとする裁判官たちは、政策決定が、憲法によって裁判所ではなく選挙で選ばれた公務員に委ねられていることを忘れて²⁴⁾。」

hard look審査を巡る裁判官の政治的イデオロギーについては、Miles &

²¹⁾ ゲルホーン＝レヴィン (大浜啓吉＝常岡孝好訳)『現代アメリカ行政法』(1996年) 86頁、GELLHORN & LEVIN, *supra* note12, at 117. なお、第5版においては、一部の記述を省略したうえで次のように続ける。「hard lookという用語は、特有の司法審査基準ではなく、むしろ、裁量の濫用一般に用いられる審査の略式的な記述といえる (ibid.)。」

²²⁾ GELLHORN & LEVIN, *Id.* at 118–119.

²³⁾ 原島＝筑紫・前掲注(1)166–167頁は、State Farm判決の特徴として、厳格な裁量審査の一般定式化したこと、明白で有力な代替案を考慮しない決定を違法としたこと、行政機関の事実評価に対する説明を厳しく要求したことの3点を挙げている。筑紫・前掲注(10)「(4・完)」92–93頁も参照。

²⁴⁾ PIERCE et al., *supra* note4, at 412.

Sunstein²⁵の論考を中心に詳細な検討がなされており²⁶、本稿においてこの問題には踏み込まない。

裁判官の政策的選択を意識してか、State Farm判決における4名の裁判官による反対意見においては、以下のような判示がなされている。

「行政機関による基準に対する見解の変更は、異なった政党に属する（一民主党出身者から共和党出身者へ—高橋注）大統領の選出に関連付けられると思われる。・・・国民による投票によってもたらされた政権交代は、行政機関にとって、計画及び規制に関する費用便益の再検討の十分な根拠となり得る。行政機関は、議会によって定められた範囲にとどまる限り、行政記録を評価し優先順位を見極めることができるのである（463 U.S. 29, at 59.）」

2(3)で述べたように、Donovan判決においては、この反対意見を意識しつつも、「法律を執行する（722 F. 2d 795, at 828.）」公務員の義務を優先させているが、State Farm判決直後から、裁判官において自らの立ち位置を慎重に模索していたことが伺える。

(3) もう一つの問題として、考慮事項の範囲が挙げられる。1(3)で述べたように、State Farm判決は、一方で厳格な審査手法をとりつつも、他方で行政機関の判断に対する謙讓的な姿勢も忘れていない（463 U.S. 29,

²⁵ Miles & Sunstein, *supra* note 15, at 762. 「hard look審査の目的は、・・・連邦裁判所判事に、行政国家において自己の政策選択を押し付けることを許容するものではない（*ibid.*）」

なお、裁判官の政策選択を含めた、hard look審査への批判的見解については、Miles & Sunstein, *Id.* at 765, n.29–31, 33. において紹介されている。

²⁶ 正木教授は、State Farm判決を中心としたhard look審査と、State Farm判決の翌年に出されたChevron U.S.A., Inc. v. NDRG, 467 U.S. 837(1984)が連邦裁判所裁判官にどのような影響を与えているのか、Miles & Sunsteinの論文を中心に、裁判官の政治的イデオロギーの観点から詳細な分析を加えられている。正木・前掲注(5)196頁以下。

at 53.)。

代替案考慮についても、混合規則制定 (hybrid rulemaking) に関しての代表的判例である *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC, Inc.*²⁷ を引用しつつ、次のように述べる。

「規則制定は、“行政機関が、その代替案がまれなもしくは未知であるにもかかわらず、・・・全ての代替し得るもしくは想定されうる方策を含まなかったからといって、考慮が足りない (wanting) と判断されるのではない (435 U.S. 519, at 551.)。” (463 U.S. 29, at 51.)」

従って、考慮事項の範囲 (考慮し得る代替案) に関して、一定の枠づけが前提であるという立場をとっている。但し、続けて、エアバッグについては、考慮し得る範囲の代替案であったと続けている。

同じ判示は、*Donovan* 判決においても見られる。ここでも、*Vermont Yankee* 判決、*State Farm* 判決が引用され、同趣旨の言及がなされている (722 F. 2d 795, at 817.)。ここでも、考慮事項の範囲について説かれているが、*Donovan* 判決においても、都市部と地方の相違を考慮することは、選択肢として「まれなものでも未知のものでもなかった」として、労働長官が、地方の州のみの規制撤廃という代替案を考慮しなかったことを咎めている (ibid.)。

この考慮事項の範囲の確定という作業は、後述する我が国の事例と比較すると興味深いものであるが、アメリカにおいては、批判も含めて、裁判官の政治的・政策的選択に関心があるようであり、考慮事項の範囲については、以下の記述が見られる。

「かけ離れたもしくは思いつきに当たるような代替案は考慮される必要

²⁷ 435 U.S. 519(1978).

はない。代替案として見込みのあるもの（promising）、少ない費用で調査されうるものは、考慮されねばならないであろう。では、これらの考え方を、どのような代替案が考慮されるべきかに関する一般的な基準にまですることができらるだろうか²⁸。」

類似の指摘は、1983年のSunsteinの論考にもみられる。Sunsteinは、行政機関が代替案を考慮すべきことは当然としつつ、「困難な問題として、どのような代替案が考慮されなければならないのか、どのような考慮が代替案に対してなされなければならないのかということである。」と指摘する²⁹。

翌年のMcfeeleyの論考では次のように記述されている。

「行政機関は、決定の際に入手し得た代替案及び規則制定の際に提出され、もしくは以前から分析され実行可能と思われた代替案を考慮すればよいのである。・・・裁判所が事前に提出されていない代替案をも考慮するように行政機関に求めることは、行政活動を停滞させ、裁判所に、行政機関なすべき政策決定者の役割を担わせることになる³⁰。」

Breyer及びMcfeeleyは、考慮事項としての代替案の範囲に一定の制限をかけることを意図していると思われるが、それ以上の明確な確定作業は行われていない。

(4) hard look審査が特に連邦最高裁において低迷した状況にあることについては、1(2)及び、注(11)において述べたとおりであるが、hard look審

²⁸ BREYER et al., supra note18, at 383.

²⁹ C. S. Sunstein, Deregulation and the Hard Look Doctrine, 1983 Sup. Ct. Rev. 177, 206. なお、この論考の中で、Sunsteinは、エアバッグを代替案として考慮しなかったことに関するState Farm判決の判断には賛成しつつ、取り外し式のベルトに関する判断には疑問を呈している（Id. at 208.）。

³⁰ N. D. Mcfeeley, Judicial Review of Informal Administrative Rulemaking, 1984 Duke L. J. 347, at 374-375.

査の支持者は、行政機関が、公益（public interest）を代表していないもしくは考慮しておらず、利害関係者の手先（pawn）になっている以上、厳格な審査が必要だとする³¹。

この指摘は、かつて指摘されてた「虜理論（captured theory）³²」に通じるものである。

State Farm判決と前後して出された論考においては、伝統的な行政法モデルの変容³³を論じるものと、1970年代の混合規則制定に歯止めをかけたVermont Yankee判決との関係を論じるものが見受けられる^{34, 35}。

³¹ P. M. Garry, *Judicial Review and the “Hard Look” Doctrine*, 7 Nev. L. J. 151, 152, 162 (2006).

³² Sunstein, *supra* note 29, at 185.; Garry, *Id.* at 164.; なお、アメリカ行政法モデルの変容については、古城誠「規制緩和理論とアメリカ行政法」アメリカ法1986-2号273頁。「虜理論」については、同278頁。

³³ 宇賀克也『アメリカ行政法（第2版）』（2000年）76-80頁。古城・前掲論文280-292頁参照。Sunstein, *Id.* at 179-189.において、行政法理論の展開が論じられている。

³⁴ Mcfeeley, *supra* note 30, at 354-359. Mcfeeleyは、Vermont Yankee判決は手続面での限界を示すものに過ぎないと結論付ける（*Id.* at 376.）。State Farmの前年に出されたものであるが、行政判断に謙讓（deference）的であるべきとの立場から、Vermont Yankee判決を含めた連邦最高裁判決を分析するものとして、Comments, *Development in the Law : Judicial Review of Agency Rulemaking and Adjudication*, 1982 Duke L. J. 393.

³⁵ 混合規則制定手続とVermont Yankee判決を巡る評価は様々であるが、当時の体系書の評価としては、SCHWARTZ, *supra* note 14, at 202-205. が消極的評価をしている。

II 行政立法審査における考慮事項—日本

1、保護基準の改定と司法審査の在り方

(1) 以下、保護基準改定の司法審査基準を示した、最判平成24年2月28日民集66巻3号1240頁(以下、2月最判とする)及び最判平成24年4月2日民集66巻6号2367頁(以下、4月最判とする)について検討したい。

2月最判については、裁量審査の基準という観点から、4月最判については、原審である福岡高判平成22年6月14日判時2085号76頁(以下、4月最判原審とする)との考慮事項への重み付けの相違という観点から考察してみることにする。なお、筆者の能力の限界から、憲法上の問題及び生活保護法56条の適用の可否の問題には踏み込まない。

(2) ところで、これらの判決が、いわゆる判断過程統制により審査を行ったことについては、共通の理解がなされていると思われるが³⁶、更に、判断過程統制についても注(6)で挙げた考慮事項審査(考慮要素審査)の他に、「判断過程の合理性ないし過誤・欠落の審査」³⁷、「裁量基準に着目した審査」³⁸「専門的機関・第三者的機関の行政決定過程への関与の仕組みに着目し、その決定過程の合理性につき審査密度を高めた審査手法」³⁹が

³⁶ 豊島・前掲注(2)「老齢加算訴訟」132頁、前田・前掲注(2)316頁、村上・前掲注(6)「判断過程統制」13頁、村上裕章・法政研究80巻1号211頁等。また、山本教授は、「近時の最高裁の判例は、判断過程の統制という行政裁量の統制方法を、行政裁量の幅が大きい、換言すれば裁判統制が強く抑制される場合まで、原則として採用している」と述べ、二つの最高裁判例を取り上げている。山本隆司『判例から探究する行政法』(2012年)308頁。

³⁷ 村上・前掲注(6)「判断過程統制」12頁。原田大樹『例解行政法』(2013年)68頁(「判断過程の過誤欠落審査」)。

³⁸ 深澤龍一郎『裁量統制の法理と展開』(2013年)360頁、同「行政訴訟における裁量権の審理」岡田正則ほか編『行政手続と行政救済』(2014年)166頁。

³⁹ 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(2009年)162頁、櫻井敬子=橋本博之『行政法(第5版)』(2016年)119頁、稲葉ほか・前掲注(5)113頁、前田・前掲注(2)317頁も参照。

存在し、最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁（伊方原発訴訟）、最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁、最判平成9年8月29日民集51巻7号2921頁（教科書検定訴訟）がこのカテゴリーに入ることについてもほぼ異論がないのではないかと思われる⁴⁰。そして、2月最判、4月最判が新たにこの類型の一例として加わることになった⁴¹。

2、2月最判の判断枠組みの検討

(1) 2月最判は、まず、保護基準の改定に関して、「特別な需要」の存否、老齢加算廃止の具体的な方法の2点に関して、厚生労働大臣の裁量権を認めている⁴²。

特別な需要の存否については、堀木訴訟（最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁）を引用し、厚生労働大臣の「専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権」を認める。

次に、激変緩和措置の要否を含めた廃止の具体的方法について、被保護者の期待的利益に言及し、「厚生労働大臣は、老齢加算の支給を受けていない者との公平や国の財政事情といった見地に基づく加算の廃止の必要性を踏まえつつ、被保護者のこのような期待的利益についても可及的に配慮するため、その廃止の具体的な方法について、激変緩和措置の要否などを含め、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を有している」とする。

⁴⁰ 榊原・前掲注(6)122頁は、「広義の判断過程審査」と「狭義の判断過程審査」があるとし、伊方原発訴訟は広義の判断過程審査に含まれるとする。

⁴¹ 従って、行政立法（法規命令）について判断過程統制審査を行った初めて事例ということになる。豊島・前掲注(2)「裁量統制手法の展開」29頁、前田・前掲注(2)316頁、村上裕章・法政研究80巻1号211頁参照。常岡孝好「行政裁量の判断過程の統制」法学教室383号21頁は、「行政立法制定段階において認定された立法事実が統計資料等と整合性、合理的関連性を持つかどうかを審査するもので、・・・行政基準型判断過程統制方式の特殊例と位置づけることができよう。」と述べている。

⁴² 前田・前掲注(2)314-316頁、同・平成24年度重要判例解説39頁、常岡孝好・民商法雑誌148巻2号166-171頁。

(2) そのうえで、それぞれの裁量審査の基準につき、次のように述べている。

「老齢加算の廃止を内容とする保護基準の改定は、①当該改定の時点で70歳以上の高齢者には老齢加算に見合う特別な事情が認められず、高齢者に係る当該改定後の生活扶助基準の内容が高齢者の健康で文化的な生活水準を維持するに足りるものであるとした厚生労働大臣の判断に、最低限度の生活の具体化に係る判断の過程及び手続における過誤、欠落の有無等の観点からみて裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があると認められる場合、あるいは、②老齢加算の廃止に際し激変緩和等の措置を採るか否かについての方針及びこれを採る場合において現に選択した措置が相当であるとした同大臣の判断に、被保護者の期待的利益や生活への影響等の観点からみて裁量権の逸脱又はその濫用があると認められる場合に、生活保護法3条、8条2項の規定に違反し、違法となるものというべきである。」

従って、1(2)で触れた判断過程統制が用いられているのは、保護基準改定における「特別な需要」の存否に関する裁量についてである⁴³。また、本判決においては、前述のように平成4年の伊方原発訴訟と同じく「判断の過程」に着目しているが、諮問機関の判断過程ではなく、厚生労働大臣の判断過程自体に着目している点に相違がある⁴⁴。

このような裁量審査の基準の立て方については、賛否があろう。豊島教授は、「生存権保障に直結するものである点において審査密度向上への期待が高まるのは当然のこと」であるとし、「老齢加算両最判では、極め

⁴³ 前田・前掲注(2)316頁、常岡・前掲172頁。

⁴⁴ 前田・前掲注(4)39頁は、この相違について、「保護基準の設定に関して諮問手続や組織等が法定化されていないことに加え政策的裁量を認める点に見出されよう。」と述べる。村上・前掲注(9)212頁も、「本件における専門委員会への諮問が法令の明確な根拠に基づくものではないことによるのではないかと思われる。」と述べる。豊島・前掲注(2)「老齢加算訴訟」133頁も参照。

て密度の低い判断過程統制が用いられたことの問題が顕著である」と批判的な見解を示す⁴⁵。一方、常岡教授は、4月最判の評釈においてであるが、「伊方原発訴訟最高裁判決と対比してみても、本判決の審査密度は必ずしも密度の薄いものではない」と述べる⁴⁶。常岡教授は、本判決が、伊方原発訴訟と比較して、「判断の過程及び手続」に着目していること（伊方原発訴訟は「判断の過程」である）、「看過し難い」過誤、欠落までは求めていないことに着目し、「判断過程統制方式によってやや厳格な司法審査を及ぼそうとする本判決の姿勢は評価できる」とする⁴⁷。

(3) 判例実務としては、どのような裁量審査の基準によって司法審査を行ったと考えているのであろうか。この点につき、2月最判の岡田調査官は、近時の判例動向として、「 α 当該政策的判断が特定の基礎資料の収集・調査又は考慮すべき要素についての調査・認定等の一定の定型的な判断過程を経て最終決定に至ることが必然的と認められる場合」、「 β 専門機関の関与等、複合的段階的な行政過程を経て最終決定に至ることが予定されている場合」において、「純粋な手続面のみならず、その判断過程に過誤や欠落がなかったか否かを審査することがある」と述べる⁴⁸。

岡田調査官の見解は、かつて川神調査官が述べていたものであり⁴⁹、裁量審査の基準として目新しいものではないが、具体的事例は明示されていないものである。岡田調査官は、 α の事例として、最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁（呉市立中学校目的外使用事件）、最判平成

⁴⁵ 豊島・前掲134頁。その上で、豊島教授は、裁量審査の密度低下の要因を「判断過程合理性審査を政策的裁量にまで適用拡大させた点」に求めている。

⁴⁶ 常岡・前掲注(4)174頁。常岡教授は、昭和57年の堀木訴訟の審査基準とも対比している。

⁴⁷ 常岡・前掲175頁。

⁴⁸ 岡田幸人・法曹時報65巻9号243頁。

⁴⁹ 川神裕「裁量処分と司法審査」判例時報1932号12頁。岡田・前掲解説においても引用されている。

18年11月2日民集60巻9号3249頁（小田急高架化事業事件）、 β の事例として、前述した平成4年の伊方原発訴訟を挙げている⁵⁰。

このように見ていくと、1(2)で挙げた学説の多数説と判例実務の近似化とも見て取ることができるが、2月最判においては、 α 、 β の両方の視点から審査がなされたとしており、判例実務としては、判断過程統制の更なる類型化という作業はなされていないようである⁵¹。学説上の見解としては、小早川教授や山本教授の見解に近いといえよう⁵²。

調査官解説においては、判断過程統制の難しさも指摘されている。

判断過程統制（調査官解説でいう「論証過程の統制」）においては、「考慮すべき要素と考慮されてはならない要素の位置づけが判定者の価値判断に左右される部分が多い場合には、司法判断の基準としては困難な問題を生ずることが多いとされている点に留意が必要」だと述べられている⁵³。裁判官による考慮事項の重みづけの問題については、よりマクロの視点から、川神調査官が次のような指摘を行っていることも、裁量

⁵⁰ 岡田・前掲注(48)243頁、257頁注(1)参照。

⁵¹ 岡田・前掲解説243-246頁。なお、岡田調査官は、「本件改定に係る厚生労働大臣の判断については、裁判所がその結論の適否を直接判断することは困難であるとしても、前記 α 及び β の見地から、少なくとも、特段の代替措置を講ずることなく3か年にわたる段階的廃止という激変緩和措置のみで老齢加算の廃止を行うことが相当であるとしたその判断過程（専門委員会における審議過程及び結果も含む。）に過誤、欠落がなかったかという点について裁量統制を及ぼすべき」と述べている（同245頁）。激変緩和措置については、1(2)で述べたように、判断過程統制とは分けて判示されているのだが、ここでは、同一の審査基準に基づいて審査していると読みこともできる。

正木宏長「委任命令の違法性審査」立命館法学355号106頁は、 α 、 β の審査基準を「混交的に用いているように見える」と指摘し、「行政行為に関する行政裁量の司法審査に関する議論を未整理なまま、そのまま委任命令の合理性の審査に、行政の裁量権の審査という形で導入したことの帰結であろう。」と述べる。

⁵² 小早川光郎『行政法下II』（2005年）194-199頁における「最小限審査」と「中程度の審査」、山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報1932号15-16頁における「著しさの統制」と「論証過程の統制」。なお、岡田・前掲解説において、学説が、判断過程統制を「論証過程の統制による審査」と称しているとしているが、同・ジュリスト1449号96頁によれば、山本・前掲論文からの引用のようである。

なお、判例実務において、学説における「判断過程統制」を更に類型化していないことは、小田急高架化事件の調査官解説である、森英明・法曹時報60巻10号219-222頁参照。

審査において判断過程統制を行うことへの判例実務の苦慮を窺い知ることができるとができる。

「政策目的やそれにより得られる公共的利益について説明責任を課し、その具体的かつ合理的な根拠を求めるという方向性は是認することができる。しかし、一方、リスクはあっても国や地域の将来像を一定の理念の下に実現しようとする国民ないし住民意思が民主的過程を経て形成されている場合に、その具体化としての政策決定を不必要に制約することにならないか、あるいは、そのような民主的意思決定にゆだねるべき政策の当否につき裁判官がその権限を超えて立ち入って判断することにならないかという危惧もある⁵⁴。」

(4) 次に、考慮事項であるが、「専門委員会が中間とりまとめにおいて示した意見は」、①70歳以上の無職単身世帯の生活扶助相当消費支出額、②70歳以上の単身者の生活扶助額、③生活扶助基準の改定率と消費者物価指数及び賃金の伸び率、④被保護勤労者世帯の消費支出と一般勤労者世帯の消費支出、⑤被保護勤労者世帯の消費支出に占める食糧費の割合などが「勘案されたもの」であるとし、「統計等の客観的な数値等との合理的関連性や専門的知見との整合性に欠けるところはない」としている。その上で、厚生労働大臣の判断は、専門委員会のこのような検討等を経た・・・意見に沿って行われたものであり、その判断及び手続に過誤、欠落があると解すべき事情はうかがわれない。」と断じている。

⁵³ 岡田・前掲注(48)246頁。ここで批判的に取り上げられているのが、小田急高架化事業事件の第1審判決である東京地判平成13年10月3日判時1764号3頁である。同257頁注(12)参照。

⁵⁴ 川神・前掲注(49)15-16頁。この指摘は、Iで触れた、裁判官の政策的選択を批判的に扱うアメリカの文献の指摘に類似している。PIERCE et al., supra note4, at 412.

統計資料の取り扱い⁵⁵については、筆者（高橋）の能力の及ばないところであるが、2月最判に対する批判は、平成4年の伊方原発訴訟類似の審査基準が用いられたことよりも、考慮事項としての扱い方に問題があるところに向けられているのではないかと考える⁵⁶。

豊島教授は、「各々がいかに考慮されたかではなく、各々につき『合理的関連性』と『整合性の有無』のみを考慮すれば足りるとするものであり、それゆえに要考慮事項としては緩やかなものにとどまり、その結果、審査事項・・・を挙げつつも審査密度は必ずしも高まらなかった⁵⁷」と指摘する。

前田教授も、客観的な数値等との合理的関連性や専門的知見との整合性に関する審査につき、調査義務の観点からも検討を加え、「考慮ないし判断の基礎とされた統計等の客観的な数値の算出、統計資料の作成の方法および手順、統計データの信頼性を確保する条件について、行政側の説明責任が問われるべきであった」と述べ、「最高裁の審査が緩やかなものにとどまった⁵⁸」と指摘している。

(5) 考慮事項に対する審査が「緩やかなもの」ないし「行政権の追認」という形で評価されていることについては、同じく広範な裁量権が認められる行政計画の事例と比較してみるとより鮮明となる。

前掲最判平成18年11月2日においては、環境への影響に対する考慮、計画的条件・地形的条件・事業的条件に係る考慮を行っており、考慮事

⁵⁵ 前田・前掲注(2)329-336頁に詳細な分析がなされている。

⁵⁶ 塩野宏『行政法I（第6版）』（2015年）109頁は、「本件においては、判断過程の統制といっても、形式的審査に限定しているので・・・、結局のところは、行政権の追認にとどまるとの批判をまぬかれないように思われる。」と述べている。

⁵⁷ 豊島・前掲注(2)「高齢加算訴訟」132頁。

⁵⁸ 前田・前掲注(2)337頁。その一方、前田教授は、「厚生労働大臣の判断過程に関与した専門的審議会による検証およびそこで提示された資料に着目した審査が行われたことで、・・・その判断過程審査において審査密度の向上を図るための視座が開かれることになった」と述べて、一定の評価をしている。

項の抽出及び審査密度に関して、学説上、肯定的な見解が多い⁵⁹。調査官解説においても、「環境への影響に対する考慮に関して、・・・鉄道騒音の状況や裁量判断の過程等を踏まえた上で、裁量権濫用型の方法による審査の一般的な枠組みの下において比較的詳細な審査をしたもの⁶⁰」と述べられている。

確かに、本判決については、前掲最判平成18年2月7日と比較し、「代替案の比較検討について本判決が行った衡量過程の統制は、衡量の対象が事業費の多寡や公害に至らない環境の保全など主に集合利益・・・に関わるためか、非常に粗い⁶¹」との指摘や、「計画裁量の広さと審査密度の濃淡の連動関係の定位が不十分ではないか、という疑問が残るほか、目的外使用判決に見られた考慮要素の『重み付け』がどのように機能したのか、不明確な部分がある」との指摘もある⁶²。

しかしながら、考慮事項について詳細な審査がなされていることは、

⁵⁹ 本判決については、日野辰哉「都市計画と裁量審査」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ（第6版）』160-161頁、村上裕章「小田急高架化事業認可取消訴訟」淡路剛久ほか編『環境法判例百選（第2版）』108-109頁および挙げられている参考文献を参照。

⁶⁰ 森・前掲注62224頁。ところで、森調査官によれば、本判決は、「裁量権濫用型（学説上の「社会観念審査」「最小限審査」「著しきの統制」に対応する）」の審査に該当するとする（同221頁）。一方で、「行政計画の策定に関する裁量審査について、判断の形成過程の適否の審査に重点を置くべきであるとする見解に沿う面がある」と述べており、判断過程統制を社会観念審査の枠組みの中に位置づけようとする近年の学説の見解（榊原・前掲注(6)124頁、稲葉馨ほか『ケースブック行政法（第5版）』（2014年）116-117頁、曾和俊文『行政法総論を学ぶ』（2014年）207頁、亙理格「行政裁量の法的統制」高木光＝宇賀克也『行政法の争点』119頁、121頁）に類似した指摘もなされている。

一方、高木光「行政処分における考慮事項」法曹時報62巻8号23頁は、「『小田急平成18年最判』の提示する裁量統制の手法は、『判断結果の統制』＝『社会観念審査』に帰着し、『判断過程の統制』を示すような部分はどちらかといえばレトリックにとどまっている。」と述べる。同『行政法』（2015年）494頁。

⁶¹ 山本・前掲注36262頁。また、仲野・前掲注(6)152頁は、これまでの最高裁判例が要求している考慮の程度ないし精度は一樣ではないと指摘し、「小田急判決も、一通りの考慮しか求めているようにみえる。」と述べる。

⁶² 橋本・前掲注39166頁。

2月最判との比較からしても明らかであり、2月最判に残された課題としては、考慮事項をいかに詳細に審査し、「追認」と批判されるような審査手法から決別を図ることだと思われる⁶³。このような審査密度の相違が、1(2)で挙げた審査手法の違いなのか否かについては、今後の検討課題としたい。

3、4月最判の判断枠組みの検討

(1) 4月最判の控訴審判決である、前掲福岡高判平成22年6月14日⁶⁴は、専門委員会における審議過程を詳細に審査し、「本件保護基準の改定は、考慮すべき事項を十分考慮しておらず、又は考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠き、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものということができる」と述べ、「裁量権の逸脱又は濫用」であると断じて注目された。

福岡高判が着目したのは、中間とりまとめにおけるただし書と激変緩和措置である。

ただし書及び激変緩和措置の位置づけが、中間とりまとめにおいてどのように変わっていったかを精査し、「本件ただし書、及び『被保護世帯の生活水準が急に低下することのないよう、激変緩和の措置を講ずべき

⁶³ 岡田・前掲注(4)233頁は、朝日訴訟、堀木訴訟と比較し、「いわゆる右肩上がりの経済成長が終わり、勤労者世帯の賃金はおしなべて抑制され、財政赤字が未曾有の規模に拡大し、少子高齢化も進展する現在の状況に照らせば、保護基準の設定に当たって財政事情等の生活外的要素を考慮する必要性は上記各判例の当時と比べると勝るとも劣らず、その判断を基本的に厚生労働大臣の専門技術的ないし政策的裁量に委ねざるを得ないことは今日においてより一層明らかではないか」と述べる。判例実務においてこのような考え方の前提の下で審査が行われていることからすると、審査密度の向上は難しいであろうか。

なお、村上裕章教授は、「生活保護法には考慮要素が明確に書かれているので考慮せざるを得ないのは自明であり、しかもこの問題は専門的な問題であるので、実質的考慮要素審査に乗りやすく、そこで判断過程審査の方にながれたのではないかと述べている。公法研究77号157頁参照。

⁶⁴ 本判決については、太田匡彦・平成22年度重要判例解説53-55頁。

である。』との部分は、老齡加算の廃止という方向性と並んで重要な事項であるというべき」として、ただし書及び激変緩和措置に重みづけをし、保護基準の決定過程について次のように述べている。

「この決定の過程において、本件ただし書の内容については何ら検討されなかった。また、激変緩和措置については、中間とりまとめについての議論の経過・・・に照らせば、それが直ちに単なる段階的廃止を意味するとは限らず、何らかの代替措置を意味すると考える余地もあるほか、代替措置を執らないとしても、期間や1年ごとの削減幅については、慎重な検討が求められるところである。ところが、激変緩和措置の決定の過程等をみると、・・・既に保護者が老齡加算の廃止によって被る不利益等が具体的に検討されたうえで、代替措置を執らないこと、3年という期間及び1年ごとの削減幅が決定されたという形跡はない・・・。」

(2) 福岡高判については、「本件控訴審は、要考慮事項として『本件ただし書』と激変緩和措置を抽出し、これら2事項に『重みづけ』を付与する形での、『実質的考慮要素審査』の手法を用いたものと評しうる⁶⁵⁾、「専門委員会の意見を受けて行われた厚生労働大臣の判断に関する説明責任が十分に果たされず、その論証過程全体を追試的に検証できなかったことを問題視したものとみることができる⁶⁶⁾」との積極的評価がある一方、ただし書と激変緩和措置に重みづけを与えたことに疑問を呈する見解も存在する⁶⁷⁾。

⁶⁵⁾ 豊島・前掲注(2)「裁量統制手法」32頁。

⁶⁶⁾ 前田・前掲注(2)322頁。

⁶⁷⁾ 太田・前掲注(6)55頁。豊島・前掲注(6)も「保護基準改定に係る裁量に対し判断過程統制を用いる際には、特定の考慮事項の抽出によるのではなく、むしろ多様な考慮要素が均衡のとれた形で考慮されたか否かを問う形での『実質的考慮要素審査』の手法を採用するのが適切ではなかったかと思われる。」と述べる。

(3) 4月最判は、2月最判と同じ判断枠組みを示し、破棄差戻しの判断をしている。

2月最判と重複するところは省略し、福岡高判との相違について若干の検討を加えたい。

まず、4月最判は、「専門委員会の意見は、厚生労働大臣の判断を法的に拘束するものではなく、また、社会保障審議会（福祉部会）の正式の見解として集約されたものでもなく、その見解は保護基準の改定に当たっての考慮要素として位置づけられる」として、専門委員会の法的位置づけに着目している。

次に、中間とりまとめと本件改定については、「中間とりまとめの意見を踏まえた検討を経ていないものということとはできず、全体としてその意見の趣旨と一致しないものであったとも解し難い」として、福岡高裁の判断を覆している。

調査官解説は福岡高判について次のように述べる。

「原判決による審査方法は、行政庁側による論証過程の追試的な検証という態様からは大きく外れ、多種多様な相対立する利益の中から法の裏付けのないまま老齢加算の廃止に代わる代替措置の導入という被保護者の利益となる事項を優先的価値を有するものとして自ら選び出した上、これを専門委員会において現実に集約された意見を超えて一般的に重視したものであって、論証過程の統制による審査の方法として、適切さを欠いたものといわざるを得ないのではないかと考えられる⁶⁸。」

調査官解説の記述からすると、福岡高判の裁量審査の在り方は、判断代替といわないまでも、考慮事項への重みづけに問題があったというこ

⁶⁸ 岡田幸人・法曹時報65巻10号229－230頁。

とになろう。

4月最判に対しては、専門委員会の法的位置づけ（社会保障審議会及び福祉部会と異なり、専門委員会は法的根拠がない私的諮問機関である）からすると、「専門委員会というインフォーマルな機関がまとめた意見が行政庁たる大臣の判断を法的に拘束することはない」、中間とりまとめに対する対応につき、「本判決がいうように、高齢者の最低生活の保障に係る継続的な検討を要請した意見に従ったものといえなくもない」として、福岡高判に対する4月最判の批判は「的を射たもの」との評価がある⁶⁹。

一方、2月最判と同じく、最高裁が「統計等の客観的な数値等との合理的関連性」を考慮事項としていることを踏まえ、「最高裁が統計等の客観的な数値等との合理的関連性を主たる考慮事項（司法審査すべき事項）とした結果、保護基準改定の適法性に対する審査密度が低められるに至った」との批判的見解も存在する⁷⁰。

(4) 福岡高判と4月最判の相違を検討する上で、観点は異なるものの比較する素材となるのが行政計画における裁量審査である。前述の最判平成18年11月2日の第1審判決である、東京地判平成13年10月3日判時1764

⁶⁹ 常岡・前掲注(42)180-181頁。山本隆司「行政裁量の判断過程審査」行政法研究14号17頁は、『健康で文化的な最低限度の生活』・・・に必要な費用を個々に積み上げて計算するいわゆる絶対的アプローチを採ると、生活扶助基準が（現行の水準より）低額に算定される可能性が高く、生活実態および具体的な需要については、大まかな確認以上の詳細な考慮・検討を恒常的に行政庁に義務付けることまではできないように思われる。」と述べる。

⁷⁰ 豊島・前掲注(65)33頁。同34頁においては、行政立法裁量に言及し、「行政立法の場合には、考慮事項の抽出や『重みづけ』の難易度が相対的に高くなると考えられる。その意味において、しばしば『中程度の審査』と呼ばれる判断過程統制が、かえってその意義を発揮しえなくなる点は、注意を要する。」と述べる。

なお、本判決との関係ではないが、橋本・前掲注(39)175頁は、「判断過程統制手法が権利侵害の程度の如き審査密度を上乗せする積極的な根拠付けなしに、一般的・拡大的に使用されることは、逆に、判断過程統制手法の意義を低下させるおそれもある。」と指摘している。

号3頁に関して、学説・実務から賛否があり、この点を検討してみたい。

平成13年東京地判は、「高架式を採用すると相当広範囲にわたって違法な騒音被害の発生するおそれがあったのにこれを看過するなど環境影響評価を参酌するに当たって著しい過誤があり、・・・本件事業区間に隣接する下北沢区間が地表式のままであることを所与の前提とした点で計画的条件の設定に誤りがあり、・・・地下式を採用しても特に地形的な条件で劣るとはいえないのに逆の結論を導いた点に地形的条件の判断に誤りがあり、・・・より慎重な検討をすれば、事業費の点について高架式と地下式のいずれが優れているかの結論が逆転し又はその差がかなり小さいものとなる可能性が十分あったにもかかわらず、この点についての十分な検討を経ないまま高架式が圧倒的に有利であるとの前提で検討を行った点で事業的条件の判断内容にも著しい誤りがある」として、都市計画決定を違法と断じた。

この平成13年東京地判の判断手法に対しては、「騒音問題を第一次的に優先させ、利便性を劣位においたもので、政策に立ち入ったという批判がある。たしかに、高架か地下かは政策問題であるが、そのいずれかの判断の過程において看過すべからざる過誤を生じないかぎりにおいてである。違法行為や重大な論理的な過誤、推論の過誤まで、政策問題として正当化できるものではない。この判決は騒音の点で違法状態を惹起しない範囲で政策を選択せよとしているだけで、政策の中身に立ち入って、裁判所の見解を代置したのではない⁷¹⁾」とする阿部教授の見解等、学

⁷¹⁾ 阿部泰隆「小田急高架化事業認可取消訴訟」淡路剛久ほか編『環境判例百選』89頁。久保茂樹「都市計画事業と行政訴訟」ジュリスト1222号177頁も、「ここでは一種の実体判断がなされており、しかもその内容はかなり専門技術的事項に立ち入ったものであることがうかがえる。もっともそうはいつでも、本判決では、高架式よりも地下式の方が優れていると断定しているわけではない。判決のスタンスは、あくまで高架式を採用した行政庁の判断に疑問があるとするものであって・・・、その限りで裁判所としての節度は辛うじて保たれているように思われる。」と述べている。

説では好意的に受け止められている。

但し、学説においても、疑問を呈する見解も存在する。大浜教授は、本判決について、「実質的に判断前置方式の採用といってもよい」と述べ、「騒音被害の解消、優れた環境の保持、建設費用、こうした問題について、裁判所が政策立案のレベルで自らの価値判断を行政に押し付けるべきではないし、その法的根拠もない⁷²⁾」と指摘している。

(5) 2月最判、4月最判において述べられている、「専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権」に対する裁判所の見方の違いが、考慮事項への重みづけとともに、福岡高判と4月最判との相違のもう一つの要因となっていないだろうか。2(3)において引用した川神調査官や岡田調査官の考え方が多くの裁判官の根底にあるならば、政策判断への深入りは避けるといふ方向に作用するはずである。

繰り返しになるが、2月最判において岡田調査官が論証過程の統制について、「考慮すべき要素と考慮されてはならない要素の位置づけが判定者の価値判断に左右される部分が大きい場合には、司法判断の基準としては困難や問題を生ずることが多いとされている⁷³⁾」との指摘は、2(3)において引用した川神調査官の政策決定への深入りを疑問視する見解及び注(6)で触れたように、平成13年東京地判を意識してのものである。

(6) (4)(5)で述べたことからすれば、政策決定に関わってくる行政立法の裁量審査の審査密度の向上のためには、別の角度からの検討が必要となる。近時、裁量統制との関係で「調査義務」が取り上げられることがある⁷⁴⁾。私見を述べるまでの検討はできていないが、調査義務について学

⁷²⁾ 大浜啓吉「小田急線高架訴訟と行政裁量」法学教室257号56、57頁。

⁷³⁾ 岡田・前掲注(4)246頁。

⁷⁴⁾ 深澤龍一郎「行政事件訴訟における判断過程の統制」公法研究77号180頁、山本・前掲注(6)13-15頁。

説の動向を見てみたい。

1980年代後半から、調査義務は取り上げられているようであるが⁷⁵、本稿の検討対象としている裁量統制との関係で、曾和教授が諸判例を検討しながら以下のように述べていたことに注目したい。

「行政立法や行政計画などのように関係者が多数存在する場合の決定は、決定過程でいかなる事項がいかなる方法で調査・検討されたのかによって最終的結論はおおいに影響を受け、決定過程の在り方がむしろ結果の正当性を保障する要素ともなっている。そこで、裁判所が自己の判断を代置することに限界があるこれらの事例においては、判断過程の適正さを保障する形で最終結果の妥当性を審査する判断過程の統制方法が、一つのあるべき司法審査方法として案出されている。判断過程の統制方式は、裁量処分の場合のみならず、政策的決定や行政計画が直接司法審査の対象とされる場合にも、有効な審査方法であろう。そして、この審査方式においては、調査過程の不適切性が判断過程の瑕疵として直接取消事由となりうるのである⁷⁶。」

調査義務については、都市計画の基礎調査の結果が客観性、実証性を欠くとして、都市計画変更決定が違法と判断された、東京高判平成17年10月20日判時1914号43頁⁷⁷が注目される。本判決については、実務家か

⁷⁵ 小早川光郎「調査・処分・証明」『行政法の諸問題(中)(雄川先生献呈)』(1990年)266頁以下。亘理・前掲注(60)121頁は、「行政の権限行使過程の中でも調査・検討・利益衡量等の個々の節目に分け入り、考慮すべき利益や価値を適正に考慮したか、考慮し又は重視すべきでない利益や価値を考慮し又は過大に考慮しなかったか、調査検討すべき重要な事項や資料の調査を怠らなかつたか、等の問題を重点的に検証するという司法審査手法がある」とし、日光太郎杉判決(東京高判昭和48年7月13日判時710号23頁)を挙げている。

⁷⁶ 曾和俊文「行政調査論再考(2)」三重大学法経論業5巻2号82-83頁(1988年)。同「行政調査」成田頼明編『行政法の争点(新版)』105頁においては、「結果の正当性が過程の正当性に依拠する性格の強い裁量的行政決定においては、調査義務の視角からする裁量統制が重要である・・・。」と述べられている。

⁷⁷ 第1審の静岡地判平成15年11月27日判自272号90頁も含め、前田雅子「公共事業と都市計画」芝池義一ほか編『まちづくり・環境行政の法的課題』(2007年)111-112頁。

らも積極的評価がなされていると思われ、川神調査官は、政策決定への深入りについては慎重でありつつも、「・・・都市計画法の規定の解釈の問題ではあるが、政策的裁量判断につき、その決定の基礎とされた資料等に合理性に欠ける点があるかどうかをみるという審査手法が提示されており、その当否、適用範囲について今後検討していく必要があろう⁷⁸⁾」と述べている。

谷口裁判官も、「都市計画の前提となる事実の存否及びそれが『重要な事実』かどうかを積極的に審査したものと評することができる」とし、都市計画法が基礎調査を明文で要求していることを踏まえ（同法13条1項19号、6条1項）、「これらの規定は、それ自体、概括的なものであるが、裁判所としては、これらの規定を手掛かりとし、一定の範囲内ではその実質的内容を補充する解釈を行うことが可能であるように思われる⁷⁹⁾」と述べる。

以上を踏まえ、前田教授は、「保護基準の設定のように高度な専門技術的な考察に基づいた政策的裁量の判断過程審査においても、上述したような、考慮ないし判断の基礎となる事実とその調査に着目した審査が考えられる⁸⁰⁾」と指摘している。

行政立法の裁量統制における調査義務については、議論の蓄積がまだないが、行政計画（都市計画）に関して、実務家からも積極的な評価がなされていること、既に、30年程前に曾和教授が、「調査過程の不適切性」について指摘していたことを踏まえると、行政立法の裁量統制の新たな糸口として、議論が高まることが期待される。

⁷⁸⁾ 川神・前掲注(49)16頁。

⁷⁹⁾ 谷口豊「裁量行為の審査方法」藤山雅行＝村田斉志編『行政争訟（改訂版）』（2011年）318－319頁。但し、谷口裁判官は、「裁判所の積極的な審査態度がみられるのは、これらの事案は、実質的には極めて限定された地域について個人の財産権の侵害の当否の問題であり、都市計画の政策的な当否の争いという性格が薄かったという要素も関係しているのではないか」という留保も示されている（同319頁）。

⁸⁰⁾ 前田・前掲注(2)329頁。

4、行政立法統制の諸相

(1) 2月最判、4月最判は、「行政裁量論における近年の判断過程統制論・・・が、生活保護法保護基準で定める高齢加算の段階的廃止についての委任立法審査にも用いられ」た事例である⁸¹。

一方で、法規命令（委任命令）が委任の範囲を逸脱しているという判断が、最高裁判例において蓄積されている⁸²。広範な行政立法の裁量統制の動向については、藤田教授が、「行政裁量に比して、（行政立法を含む）立法裁量の場合には、性質上、その定め方が通常より一般的なものであるため、裁量権の幅が比較的広く認められることが多いが、しかし、次に見るように、最高裁判例は、この場面においてもしばしば司法審査に踏み込んでおり、とりわけ近時においては、各種の委任命令を法律の委任の枠を超えとして、違法・無効と判断する例がまま見られることが、注目される⁸³」と述べられているところでもある。

以下では、最近の事例から、児童扶養手当法施行令に関する、最判平成14年1月31日民集56巻1号246頁（以下、平成14年最判とする）、地方自治法施行令に関する、最大判平成21年11月18日民集63巻9号2033頁（以下、平成21年最判とする）、薬事法（現在は、「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」）施行規則に関する、最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁（以下、平成25年最判とする）につき、どのような観点から行政立法裁量の統制がなされているのか検討してみることにした。

⁸¹ 塩野・前掲注66109頁。

⁸² これまでの最高裁判例については、正木・前掲注61081頁以下、平成25年最判の調査官解説である、岡田幸人・法曹時報67巻11号330頁以下に詳しい。

⁸³ 藤田宙靖『行政法総論』（2013年）298-299頁。なお、平成24年の2月最判、4月最判を挙げて、行政基準策定における広範な行政裁量について論じるものとして、大橋・前掲注(5)138-139頁。

(2) 平成14年最判は、児童扶養手当法4条1項5号の委任に基づき制定された、同法施行令1条の2第3号において、括弧書きによって「父から認知されていた児童を除く。」と規定されていたことが、憲法14条違反及び児童扶養手当法の委任の範囲を逸脱するとして争われた事案である⁸⁴。

本判決は、「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」とし、「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」と断じた。本判決は、「立法裁量論が、法律の委任の範囲内であるべき施行令にもそのまま妥当するわけではな」いことを示し、「政令制定権者が行使しうる裁量権の範囲に一定の限界を付し」たものと評されているが⁸⁵、学説における分析を見ると、法律の趣旨目的からアプローチしている見解と、基本的人権（平等原則）の観点からアプローチしている見解がある。

正木教授は、「委任命令の違法を宣言する判例の主流は、文理のみならず、法律の趣旨目的、立法者意思を総合的に考察して、委任命令と上位の法律との抵触を判断する立場であると思える」と指摘し、本判決につき、「目的規定や法律全体の趣旨を重視する解釈手法を採っており、単なる形式的な文理によってのみ解釈する手法は採っていない」とする⁸⁶。野

⁸⁴ 本判決については、田中祥貴「立法の委任(2)」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II（第6版）』452-453頁、豊島明子・平成14年度重要判例解説37-39頁等。

⁸⁵ 豊島・前掲評釈39頁。田中・前掲評釈452頁は、本判決が、「一般に、立法裁量、行政裁量が広く承認される社会保障法領域で、政令の違法性を認めた初の最高裁判例である」とする。竹田光広・法曹時報56巻11号133頁も参照。

⁸⁶ 正木・前掲注5189、91頁。

口教授は、「委任の範囲が法において限定されたものであることを踏まえた上で、立法事実及び本件における事案の内容等を考慮し、委任の範囲は『その文言はもとより、法の趣旨や目的、さらには、同項が一定の類型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も考慮して解釈すべきである』と述べたものと考えられる」と述べている⁸⁷。

一方で、平等原則の観点からアプローチする見解も多く、塩野教授は、「委任立法権の行使についても、平等原則が及ぶことを前提としていると解される最高裁判判決」として本判決を挙げており⁸⁸、櫻井教授と橋本教授も、本判決に限定したものではないが、「国民の基本的人権に関わる領域を中心として、裁判所による統制が強められている」と述べている⁸⁹。

(3) 実務家においては、委任命令の統制について、明確な見解が示されていないようであり⁹⁰、本判決の調査官解説を参考に、本判決のアプローチの仕方を検討していくしかない。本件調査官解説は、以下のように述

⁸⁷ 野口貴久美「行政立法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』42頁。本判決に限定しないものの、大橋教授は、「行政基準の適法性問題を検討するにあたっては、政令や府省令に対して、委任した法律の授權の趣旨が探求されなければならない。具体的には、委任をした法律の文言（文理）や法律の制定過程を参照して当該法律の趣旨が解釈される必要がある。」と述べている。大橋・前掲注(5)134頁。また、大浜啓吉『行政法総論（第3版）』（2012年）163-164頁は、「これらの判例は、委任立法が授權の範囲を超えているかどうかを判断するのに、法律の趣旨・目的、他の条文との整合性、比例原則などを重要な判断材料としており、その限りで妥当であろう。」と述べる。

⁸⁸ 塩野・前掲注(5)109-110頁。

⁸⁹ 櫻井＝橋本・前掲注(5)65頁。なお、櫻井敬子＝橋本博之『行政法（第4版）』（2013年）69頁は、「国民の重要な権利・利益を規制する場合や、規制の程度が強い場合には、法律の置かれた委任規定を一定限度厳格に解釈し、安易に委任命令に依拠することを戒めるという判例の傾向を指摘することができる。」と述べている。

⁹⁰ 廣澤諭「行政立法の限界」藤山＝村田・前掲注(7)935頁は、「委任の範囲を超えたか否かは、当該法律の委任の趣旨・目的を勘案して個別・具体的に決せられるものというべきであるが、規律の対象となる私人の権利及び利益がいかなるものであるかも重要な要素となる。」と述べている。

べている。

「行政立法を委任された行政機関は、具体的にどのような内容を規定するかにつき、法律の委任の範囲内で行政立法裁量を有するが、法律の委任の趣旨に反し、委任の範囲を逸脱して行政立法をすることは許されず、法律による委任の具体的内容については、授權規定の文言のみならず、関連諸規定や授權法全体の解釈によって判断されるとするのが一般である⁹¹。」

「いわゆる社会保障立法において、給付の対象とされた類型とその対象とされなかった類型との差異を個別に取り上げ、これだけを比較してその差異に十分に合理的な根拠がない限り直ちに憲法14条1項違反とするような判断手法は、結局、社会保障立法における立法者の裁量権を極めて狭く解することにもなりかねず、最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁[堀木訴訟大法廷判決]の示した判断基準からみても、なお、疑問のあり得るところであろう。そうした比較のみによる平等原則論を安易に拡大しすぎるならば、給付対象者と同様あるいは類似の境遇にあるとみられるあらゆる者につき、その差異に基づく取扱いの相違について積極性を肯定し得ない限り、給付立法は行えないことにもなりかねず、社会保障立法自体を躊躇せしめることにもなりかねない。本判決は、他の支給対象児童を定める法の規定も、準ずる児童を定めることを委任した法の委任の趣旨として全般的に考慮し、婚姻外懐胎児童につき、認知の有無、すなわち、法律上の父の有無による線引きをすることは、法の委任の趣旨に反するとしたものである⁹²。」

調査官解説の関連箇所を読む限り、本判決は、第1次的には法の趣旨目的からアプローチしたものと読み取ることができる。但し、傍線部を

⁹¹ 竹田・前掲注(8)130頁。

⁹² 竹田・前掲解説133-134頁。なお、憲法判断については、同135頁注(3)も参照。

読む限り、最高裁は、違憲判断に踏み込むことには“慎重”であったことが窺えるが、平等原則論からかけ離れた事案であると捉えていないこともまた事実である（憲法判断については、注85）竹田解説135頁の注3）においても述べられている）。本判決については、「認知された婚外子を合理的理由なく不利に扱うことは平等原則の趣旨に反するという実質的判断価値が潜んでいる」と亓理教授が指摘している⁹³。

(4) 平成21年最判も、平成14年最判と同じく、法律の趣旨目的から判断がなされていると解されるが、藤田裁判官の補足意見からすると基本的な人権（参政権）の観点からのアプローチも可能な事例である。平成21年最判は、当時の地方自治法施行令の規定が、議員の解職請求代表者の資格を制限していたことが、地方自治法85条1項の委任の範囲を逸脱していると判断された事例である⁹⁴。

多数意見は、「地自法は、議員の解職請求について、解職の請求と解職の投票という二つの段階に区分して規定しているところ、同法85条1項は、公選法中の普通地方公共団体の選挙に関する規定（以下「選挙関係規定」という。）を地自法80条3項による解職の投票に準用する旨定めているのであるから、その準用がされるのも、請求手続とは区分された投票手続についてであると解される。このことは、その文理からのみでな

⁹³ 曾和俊文ほか『現代行政法入門（第3版）』（2015年）169頁、また、中原茂樹『基本行政法（第2版）』（2015年）152-153頁は、平等原則の語は用いていないが、「立法者が何も制度を設けていない場合には、裁判所が具体的な給付等を行政機関に命ずることは、憲法から具体的な給付請求権を導けない限り、困難である。しかし、本件のように、一定範囲の者に給付を行う制度が立法者によって構築されている場合には、給付を受けられる者と受けられない者との間の線引きが合理的か否かについて、裁判所が判断することが可能であり、当該制度の趣旨目的に照らして、両者間の線引きが不合理であって均衡を欠いていると判断される場合には、支給対象者を拡大する方向で、両者間の均衡が図られることになる。」と述べている。

⁹⁴ 本判決については、安本典夫「行政立法の適法性に関する司法審査」ジュリスト1396号46頁以下、室井敬司「委任の範囲(3)」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ（第6版）』108-109頁及び挙げられている参考文献参照。

く、①解職の投票手続が、選挙人による公の投票手続であるという点において選挙手続と同質性を有しており、公選法中の選挙関係規定を準用するのにふさわしい実質を備えていること、②他方、請求手続は、選挙権を有する者の側から当該投票手続を開始させる手続であって、これに相当する制度は公選法中には存在せず、その選挙関係規定を準用するだけの手続的な類似性ないし同質性があるとはいえないこと、③それゆえ、地自法80条1項及び4項は、請求手続について、公選法中の選挙関係規定を準用することによってではなく、地自法において独自の定めを置き又は地自令の定めを委任することによってその具体的内容を定めていることから、うかがわれるところである」と述べ、地方自治法85条1項の規定は、「専ら解職の投票に関する規定であり、これに基づき政令で定めることができるのもその範囲に限られるものであって、解職の請求についてまで政令で規定することを許容するものということとはできない」として、従来の最高裁判例（最判昭和29年5月28日民集8巻5号1014頁）を変更した。

(5) 多数意見のアプローチの仕方は、法律の趣旨目的からのものといえよう⁹⁵。特に、本判決においては、昭和29年最判が目的解釈（合目的的解釈）をとったのに対して、本判決は文理解釈の立場から判例変更を行ったというものである⁹⁶。

⁹⁵ 中原茂樹・平成22年度重要判例解説45頁は、本判決は地方自治法85条1項及び同法80条の文理解と法構造に照らして、本件各規定が委任の範囲を超えると判断したものとす。下山憲治・速報判例解説Vol.7 55-56頁は、本判決が、地方自治法80条の請求手続及び投票手続の定め方と同法85条1項の文言、選挙手続と請求手続の性質の相違に着目し、従来の裁判例及び行政実務を否定したものとす。

⁹⁶ 室井・前掲注93)109頁、渡井理佳子「解職請求代表者の資格制限」磯部ほか編『地方自治判例百選（第4版）』39頁。下級審判例・実務・学説の動向に関しては、清野正彦・法曹時報63巻3号207-209頁参照。同222-223頁の注(1)(12)に学説の動向が整理されているが、実務家が有効説に立ち、研究者が無効説に立つという状況であったといえよう。

このような目的解釈（合目的解釈）については、安本教授が以下のように指摘していたところである。

「・・・85条1項は本条3項の規定による『解職の投票』に限って公職選挙法の規定の準用を定めているのであり、本条1項の解職の請求手続には準用していない。にもかかわらず、施行令108条で請求手続についても読替規定を置き、請求代表者の制限等をしているのは委任の限界を超えている。『解職投票』手続に請求手続まで含むとする裁判例・・・、行政実例・・・は、『連署による請求手続』と『解職投票手続』とを明確に区分して定めている本法の構造を看過し、85条1項の明文規定に反するものである。しかも、ここにいう公務員は公職選挙法にいうものより広く、特別職・一般職を問わず、臨時もしくは非常勤の委員・・・、顧問、あるいは消防団員等もすべて含む・・・。^{97]}

一方で、本判決には堀籠、古田、竹内裁判官の反対意見が付されており、共同反対意見は、「これらは解職制度の一部をなす一連のもの」とし、「解職請求代表者は、解職制度全体を通じた存在」として捉え、昭和29年最判を変更する必要はないとする。

更に、竹内裁判官の追加反対意見においては、「地自法85条1項及び本件各規定の目的は、普通地方公共団体の議会の議員の解職請求・・・に関する手続を確保することであり、そのために公務員が公務遂行中の中立義務に反して解職請求代表者になることを認めないとする点にその立法趣旨がある」と述べ、立法趣旨に関して、多数意見とは異なった読み方をしている。このような解釈の相違の中で、藤田裁判官の補足意見の以下の部分が、“参政権”という観点から一つの答えを与えてくれるので

⁹⁷ 室井力=兼子仁編『基本法コンメンタール 地方自治法（第4版）』（2001年）80-81頁（議会の解散請求に関する地方自治法76条の安本典夫解説）。

はなかろうか⁹⁸。

「もとより、刑事法の分野に属さない公法の分野において、国民の権利の制限の幅を広げる目的の明文規定の拡張解釈をすることが、解釈作法としておよそ禁じられるものとは必ずしもいえず、より大なる公益目的のためにそれもやむを得ないと考えるべき場面が生じ得ないとはいえない。しかし、本件の権利制限の場合には、このような権利制限の拡張を（解釈上）認めないことが、取り返しのつかない重大な公益の侵害をもたらす結果につながることは、必ずしも考えられない・・・反面、制限される権利自体は、国民の参政権の行使に関わる、その性質上重要なものであるということが出来る。そうであるとすれば、権利制限の幅を広げようとする以上、明文の規定についての拡張解釈によってではなく、法的根拠と内容とを明確にした新たな立法によって行うのが本来の筋であるというべきことになろう。」

(6) 法律の趣旨目的のほか立法過程についても丹念に検討されているのが、平成25年最判である⁹⁹。平成25年最判については、最高裁判決の検討の前に、一審判決である東京地判平成22年3月30日判時2096号9頁¹⁰⁰が、行政手続法42条の「考慮」に関して言及しているので、若干のコメントをしておきたい。

一審判決は、行政手続法42条に規定された「考慮」につき、「提出意見の多寡に着目するものではなく、まして、提出意見のうち多数意見を採

⁹⁸ 櫻井＝橋本・前掲注8969頁が、「参政権」に言及している。また、曾和ほか・前掲注9349頁において、亘理教授は、「委任の対象が国民の重要な権利を制限するものである限り、委任規定の趣旨を安易に拡張解釈すべきではないという意味で、委任立法の実態に対する警鐘として重要な指摘である。」と述べている。

⁹⁹ 1審判決からの立法資料の取り扱いについて、福永実「行政法解釈と立法者意思」広島法学38巻1号120頁以下。

¹⁰⁰ 本判決については、当事者訴訟における確認の利益（肯定）の問題もあるが、この点については、稲葉一将・平成23年度重要判例解説50－51頁等参照。

用することを義務付けるものではないと解される」と述べる。「考慮」の解釈については、「提出意見の内容に着目して行われるものであって、提出意見の多寡に着目するものではないし、まして、これらの意見による多数決を導入するものではない¹⁰¹」との見解が従来から示されていたところであり、学説上も異論はないのではないかと思われる¹⁰²。

求められるのは、「提出意見の十分な考慮義務¹⁰³」をどのように担保するかであるが、法制度による担保（行政手続法43条1項4号—結果・理由の公示¹⁰⁴と、司法審査による担保であろう¹⁰⁵。特に、後者の司法審査の可能性については、今後の展開にもよるが、複数の提出意見に対する命令等制定機関の比重の置き方次第では、それなりの密度を持った司法審査が期待できると考えられる。

併せて、平成25年最判の調査官解説において、「多くの文献が、一般に委任命令の制定に際して認められる裁量は広範であり、その適正な行使を担保するに当たって実体的統制には限界があるため、手続的統制をより重視していくべきであるとの趣旨の指摘をする・・・。」¹⁰⁶「特に、意見公募手続は、利害関係人との関係では行政運営における公正の確保及び透明性の向上という目的に資するとともに、命令等制定機関による情報収集を容易にし、その判断の適正を確保することにも寄与し、さらに、意思形成過程への国民の参加を確保することにもつながる・・・とされ

¹⁰¹ 行政管理研究センター『逐条解説行政手続法（改正行審法対応版）』（2016年）325頁。

¹⁰² 常岡孝好『パブリック・コメントと参加権』（2006年）152頁、室井力ほか『コンメンタール行政法Ⅰ 行政手続法・行政不服審査法（第2版）』（2008年）293頁（黒川哲志）。

¹⁰³ 宇賀克也『行政手続三法の解説（第1次改訂版）』（2015年）186頁。

¹⁰⁴ 宇賀・前掲書186頁、黒川・前掲注(102)294頁。この問題について、「参加権」を提唱される常岡教授は、「適正考慮要求権」「個別的处理（考慮）を受ける権利」「考慮結果回答受領権」を挙げる。常岡・前掲注(102)151-156頁。

¹⁰⁵ 稲葉一将教授は、今後の課題として、「公募で寄せられた様々な意見の命令等制定機関による『十分』な『考慮』・・・および『理由』・・・の有無についての積極的な司法審査手法の本格的な開発」を挙げる。稲葉・前掲注(100)51頁。

ている¹⁰⁶。」と述べられていることは、裁判実務においても、手続的統制が重視されてきているものとして、肯定的に捉えておきたい。

(7) 平成25年最判の特徴は、前述のように法律の趣旨目的のほか立法過程が丹念に検討されているところである。また、行政手続法38条に言及している最初の最高裁判例でもある¹⁰⁷。本判決では、次のように述べて、憲法22条1項、行政手続法38条1項、立法過程における議論のしんしゃくによって¹⁰⁸、委任命令（薬事法施行規則）の適法性審査が行われている。

「新薬事法成立の前後を通じてインターネットを通じた郵便等販売に対する需要は現実に相当程度存在していた上、郵便等販売を広範に制限することに反対する意見は一般の消費者のみならず専門家・有識者等の間にも少なからず見られ、また、政府部内においてすら、一般用医薬品の販売又は授与の方法として安全面で郵便等販売が対面販売より劣るとの知見は確立されておらず、薬剤師が配置されていない事実直接起因する一般用医薬品の副作用等による事故も報告されていないとの認識を前提に、消費者の利便性の見地からも、一般用医薬品の販売又は授与の方法を店舗における対面によるものに限定すべき理由には乏しいとの趣旨の見解が根強く存在していたものといえる。しかも、憲法22条1項によ

¹⁰⁶ 岡田幸人・前掲注⑧335-336頁。ここでは、宇賀教授、大浜教授、大橋教授等の所説が引用されている。

¹⁰⁷ 野口貴公美・法学教室394号40頁は、「委任命令の違法性の審査といっても、委任立法（委任元の法律）の規定も、その規制内容も、また、委任の趣旨や範囲も、各々のケースにより異なるものであり、委任命令の違法性の判断も個々の委任命令ごとに個別具体的に判断するしかない、ということになろう。本判決において、個々の最高裁判決の引用にかえて、行政手続法38条のみを明示的に引用しつつ結論が導かれていることの理由の一つは、この点に求められるかもしれない。」と述べる。

¹⁰⁸ 立法過程のしんしゃくに当たっては、「医薬品の販売規制緩和・撤廃等の議論から新薬事法の成立までの立法過程を挙げ、その後の新施行規則の制定・施行に至るまでの事情にも言及している」ところが、本判決の特徴的な所として取り上げられている。下山憲治・平成24年度重要判例解説37頁、小谷真理・新判例解説Watch Vol.13 69頁。

る保障は、狭義における職業選択の自由のみならず職業活動の自由の保障を包含しているものと解されるところ（最高裁昭和43年（行ツ）第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁参照）、旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである。これらの事情の下で、厚生労働大臣が制定した郵便等販売を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの（行政手続法38条1項）であり、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法36条の5及び36条の6を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授権の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきである。」

このように述べた上で、新薬事法の規定や、検討部会報告書・国会審議への検討を加え、「郵便等販売に対する新薬事法の立場は上記のように不分明であり、「国会が新薬事法を可決するに際して・・・郵便等販売を禁止すべきであるとの意思を有していたとはいい難い」として、「新薬事法の授権の趣旨が、・・・郵便等販売を一律に禁止する旨の省令の制定までも委任するものとして、上記規制の範囲や程度等に応じて明確であると解するのは困難である」と結論付けている。

(8) 判例実務は、本判決に関して、どのような立場にたつのであろうか。岡田調査官によれば、本判決は、「従来の判断枠組みに沿っ」たものであるとされる¹⁰⁹。即ち、農地法施行令の規定が委任の範囲を逸脱しているとされた、最大判昭和46年1月20日民集25巻1号1頁以降の、委任命令

¹⁰⁹ 岡田・前掲注⑧2341頁。

に関する一連の最高裁判例の延長にあるという位置づけである。

岡田調査官の解説は、これまでの委任命令に関する調査官解説に比べて詳細であるとともに、考慮要素として、「①授権規定の文理、②授権規定が下位法令に委任した趣旨、③授権法の趣旨、目的及び仕組みとの整合性、④委任命令によって制限される権利ないし利益の性質等¹¹⁰」を挙げて、従来の最高裁判例を分析しており、本判決もこれらの考慮要素との関係において分析がなされている。

注目すべきは、憲法22条1項に関連して引用されている、最大判昭和50年4月30日（薬事法違憲判決）が、④との関連の中で、立法過程が、③との関連の中で言及されていることである¹¹¹。

憲法22条1項ないしは昭和50年最判との関係から検討すると、これまで検討してきた平成14年最判、平成21年最判においては、憲法の明文規定に言及されていなかったのに対して、本判決では憲法22条1項について言及がなされている。但し、本判決の判決文や調査官解説を読む限り、本判決において憲法22条1項ないし昭和50年最判に言及ないしは引用がなされているのは、“制限される権利ないし利益＝郵便等販売（をする権利ないし利益）”との関連であって、制約される基本的人権が前面に出されているわけではない¹¹²。すると、調査官解説からは明確に読み取れないにせよ、本判決の最大の特徴は、注(108)において触れた評釈にも取り上

¹¹⁰ 岡田・前掲解説330頁。

¹¹¹ 岡田・前掲解説338－340頁。

¹¹² 岡田・前掲解説340頁。但し、調査官解説においては、監獄法施行規則に関する、最判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁についても言及がなされている（「本件各規定についても、被拘留者が一般市民として有する接見の自由が問題となった平成3年最判との程度の差こそあれ、新薬事法の授権の趣旨に反するか否かが厳格に審査されてもやむを得ないであろう。」（岡田・同340頁））。平成3年最判について、本稿では検討しないが、「人権としての接見の自由の意義を重視する姿勢がうかがえる」（櫻井＝橋本・前掲注(5)63頁）等、学説上は積極的評価がなされている判例である。

規制される権利の性質という観点から、注(115)で挙げる平成2年最判と比較するものとして、中原・前掲注(9)153頁。

げられているように、立法過程の丹念な検討ということになる。「立法過程もしんしゃくした上で、・・・郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要する」との厳格な判示がなされた背景には、立法過程の丹念な検討なしに、委任の範囲内とすることはできないとする最高裁のメッセージとも受け取れる¹¹³。

5、2タイプの行政立法統制

(1) このように見てくると、わが国の行政立法統制には二通りの司法審査手法が存在することになる。最初に検討した平成24年2月最判、4月最判は、判断過程統制を行政立法にも及ぼそうとするものであり、近年の判断過程統制の発展・展開の中に位置づけられる¹¹⁴。

行政立法（法規命令）に関する判断過程統制については、本稿においても述べてように幾つかの課題が残る。これらに関しては、3(4)で検討した、行政計画裁量の司法統制との比較検討や、3(6)で検討した調査義務論を取り入れることで、新たな糸口を見つけていく必要がある。行政計画裁量の司法統制との比較においては、2(5)や注(60)において挙げた批判的見解にも留意する必要がある（行政処分の裁量と比較した場合の考慮要素の不明確さ、社会観念審査との関連付け）。

¹¹³ 行政法解釈と立法者意思をめぐる近年の裁判動向を分析した福永教授は、本判決について、「法案起草者（厚労省）が医薬品の販売方法について新規制を及ぼそうとしていた意思を明確に持ち、議会でもこの点についてある程度の議論が行われてはいたが、平成25年最判は、このような場合にあって、不明瞭な条文を補うべく立法資料に依拠して行政法解釈を行うことを拒否した事例と評価することができる。」と述べる。福永・前掲注99123頁。

また、山本教授は、「事柄の社会的重要性を、権利利益侵害の重大性（職業選択の自由を相当程度制約する）のような客観的な因子のみならず、従来の取扱いの変更になるか、意見の対立があるかといった、法律規定の制定時における人々の認識や議論の状況をも考慮に入れて判断する可能性を、同判決は示しているように思われる。」と述べる。山本・前掲注(69)20頁。

¹¹⁴ 櫻井＝橋本・前掲注(5)121－122頁、橋本・前掲注(9)165頁以下。

(3) 一方、前掲最大判昭和46年1月20日をはじめとして、最高裁は、委任の範囲の逸脱の問題に関しては、本稿で検討した3判決をはじめとして、委任の範囲を逸脱しているとの判断を何度か示してきた。本稿では、委任の範囲を逸脱していると判断された他の事例は扱わないが¹¹⁵、先に触れた平成25年最判の岡田調査官解説において、委任命令が授権の範囲内かを判断するに当たり、4つの考慮要素が示されていることは平成25年最判及び今後の同種事案の検討に当たって大いに参考になるのではないかと考えられる。

とりわけ、「授権法の趣旨、目的及び仕組みとの整合性」という考慮要素の中で、新薬事法の立法過程に言及している点については¹¹⁶、平成25年最判特有のものなのか、今後の同種事案に一般化できる考慮要素となり得るのか注目される点である¹¹⁷。

¹¹⁵ 詳細な分析として、正木・前掲注6)81頁以下、野口・前掲注(8)738頁以下、銃砲刀剣類登録規則（文部省令－当時）の規定が、委任の範囲を逸脱していないとした、最判平成2年2月1日民集44巻2号369頁、注(112)で挙げた平成3年最判及び本稿で検討した平成14年最判につき、椎名慎太郎「行政立法の適法性審査」山梨学院ロージャーナル3号1頁以下がある。

¹¹⁶ 岡田・前掲注(8)338－340頁。

¹¹⁷ ここで注目されるのが、岡田・前掲解説347頁注(3)、同・ジュリスト1462号92－93頁において言及されている clear statement rule である。これに関連して、福永教授は、「平成25年最判は、上記明確性を理解するために、・・・文理解釈（及び論理解釈）と並んで、歴史的解釈（起源的解釈ないし沿革解釈）を用いることを明言している点が特徴的である。即ち、仮に文理が不明確な場合・・・には、立法者意思の探求次第では、たとえ市民の法解釈の予測可能性を犠牲にしたとしても、権利侵害的な行政法解釈・・・が許容される場合があるのである（但し、立法者意思の明確性の程度はかなり高度なものが要求される）」と述べている。福永・前掲注(9)126－127頁。

なお、憲法学での評価は、筆者の能力の及ばないところであるが、尾形健「権利保障と憲法的協働」公法研究78号206頁が、平成25年最判につき、「職業の自由にかかる規制について、行政（厚生労働大臣）と立法府の機能分担に配慮しつつ、立法が規制の趣旨を明確にしているのか否かを問い、逆に立法府の職責を問う形で、結果的に職業の自由を推進させたものと評することもできるように思われる。」と述べており、立法過程に着眼したものとして注目される。

むすびにかえて

(1) アメリカにおける規則制定の審査においては、State Farm判決と前後する一時期ではあるが、司法審査における考慮事項についての言及が、判示や関連する論考の中に見受けられることが注目される。この議論が深まらなかった根拠に関して、正確な根拠は見受けられないが、State Farm判決が、Vermont Yankee判決や注(26)で言及したChevron判決といった、司法審査を抑制する連邦最高裁判例に挟まれていることも根拠の一つとして考えられよう¹¹⁸。

同時に、考慮事項については、政治的・政策的案件や専門技術的案件については制約すべきとの見解が、一部の論者や判示の中に現れており、現在も一定の支持を得ているものと考えられる¹¹⁹。この考え方は、政治的・政策的案件について、「そのような民主的意思決定にゆだねるべき政策の当否につき裁判官がその権限を超えて立ち入って判断することにならないかという危惧¹²⁰」を示す、わが国の実務の見解にも見て取ることができる。

(2) 生活保護基準を巡る、平成24年の2月最判及び4月最判においては、いわゆる「判断過程統制」による審査がなされているが、行政立法（法規命令）の審査としては、審査密度や考慮事項について、アメリカと比較し不十分な点が残ると言えるのではなからうか¹²¹。

¹¹⁸ その他の根拠として考えられるものとしては、注(9)(10)に挙げた“硬直化”の問題である。“硬直化”に関しては、注(9)(10)に挙げた各論考のほかに、PIERCE et al., supra note4, at 341-343.; GELLHORN & LEVIN, supra note12, at 350-351.

¹¹⁹ 一例として、裁判官の政策的選考を批判するPierceらの考え方があり、PIERCE et al., Id. at 412.

¹²⁰ 川神・前掲注(49)16頁。

¹²¹ 最近の事例として、自動車運送事業運輸規則22条に基づく乗務距離の最高限度に関する公示を巡る裁量審査がある。公示の性質を法規命令として、名古屋地判平成

行政立法裁量の司法審査に関する議論を深めるに当たり、二つの手がかりがあるのではないかと考える。一つは、同じく広範な行政裁量が認められている行政計画との対比である。

II 2(5)で述べた、最判平成18年11月2日に関しては、衡量過程の粗さ等についての批判がなされているものの¹²²、審査密度や考慮事項は行政立法裁量に比べ安定したものになっているのではないかと考えられる¹²³。

もう一つの手がかりとして、調査過程への着目が強調され始めていることが挙げられる（調査・検討過程の丹念な分析）¹²⁴。ここでも、都市計画に関する前掲東京高判平成17年10月20日が先行事例として存在し、裁判実務においても一定の評価を受けていると考えられる¹²⁵。

課題として、行政裁量統制一般に対する「判断過程統制」に関して、学説における評価と裁判実務における評価の相違がある。この問題に関しては、別稿で検討することとしたいが、学説上、実質的考慮事項審査（ネーミングについては注(6)も参照）して評価の高い最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁¹²⁶について、調査官解説においては従来の最高裁判例の延長線上にあると捉えられているようであり¹²⁷、学説と実務の架橋という作業も必要になろう。

25年5月31日判時2241号31頁を素材として、詳細に裁量審査の在り方を検討するものとして、常岡孝好「行政立法の法的性質と司法審査(1)」自治研究91巻9号12頁以下、同「(2)」自治研究91巻11号3-14頁がある。

¹²² 仲野・前掲注(6)152頁、榊原・前掲注(6)126頁、山本・前掲注(6)261-262頁等。

¹²³ 行政計画（都市計画）の先行事例としては、最判平成18年9月4日判時1948号26頁がある。

¹²⁴ 前田・前掲注(2)327頁以下、山本・前掲注(6)13-15頁。

¹²⁵ 川神・前掲注(4)16頁、谷口・前掲注(7)318-319頁。

¹²⁶ 「実質的考慮事項審査」として本判決を挙げているものとして、宇賀・前掲注(1)327頁、稲葉ほか・前掲注(5)113頁がある。村上・前掲注(6)13頁は、「実質的考慮要素審査」の事例として、曾和・前掲注(6)210頁は、「実質的社會觀念審査」の事例として取り上げている。

¹²⁷ 川神裕・法曹時報59巻11号298-299頁。

(3) 一方で、委任命令の適法性に関しては、本稿で検討した3つの最高裁判例を含め、最高裁が委任の範囲を逸脱していると断じている事例が蓄積している状況にある。II 4(8)においては、平成25年最判の岡田調査官解説を検討したが、学説における整理の状況を見ておきたい。

注(115)において挙げたように、詳細な分析として、正木教授と野口教授の見解がある。正木教授は、(1)においても言及したChevron判決を参考に、①上位の法令との適合性、②委任命令の合理性という2段階審査という図式の中で、整理を試みている¹²⁸。一方、野口教授は、上位の法令との適合性を挙げたのち、委任の内容、趣旨、程度・範囲という観点から整理を試みている¹²⁹。両教授の分析法は、一見類似しているが、行政行為（行政処分）における裁量に関しては異なっており、正木教授は、行政行為類似の裁量審査とは捉えていないのに対して¹³⁰、野口教授は両者の類似性を強調している¹³¹。また、委任の範囲内であるかとされた従来の事例に関して、行政裁量統制の観点から再度のアプローチを試みる山本教授の見解もある¹³²。

いずれにせよ、委任の範囲の逸脱というアプローチに最高裁判例が厳格な姿勢を示していることが、委任命令の手続的統制の必要性を緩めるものではないであろう¹³³。この点に関連して、平成25年最判の第1審判

¹²⁸ 正木・前掲注(5)106頁以下。

¹²⁹ 野口・前掲注(8)738頁以下。

¹³⁰ 正木・前掲注(5)115頁は、「委任命令が違法とされた判例は、委任元の法律との対比によって委任命令の違法を導いており、その限りで、行政裁量の尊重のような発想は見られない。」と述べる。

¹³¹ 野口・前掲注(8)739頁は、「委任立法の適法性の審査は、立法府が行政府の命令制定に対して委ねた判断（裁量）に関する審査ともいい得る。・・・委任立法の適法性の審査は、処分等の裁量審査の枠組みに類似するものとなるといえよう。」と述べている。

¹³² 山本・前掲注(6)18-19頁は、平成2年最判につき、省令において考慮された事項等の判断過程審査を行う必要性があったとし、平成3年最判は、比例原則を適用するに近い審査を行ったものとする。

¹³³ 高橋信隆「行政立法の法的統制」宇賀＝高木『行政法の争点』33頁。その他、注(1)で挙げた文献参照。

決において問題となった、提出意見の「考慮」に関する司法審査のあり方は今後の手続的統制の課題の一つとして挙げられる。