

博士論文（要約）

司法審査の基礎と応用

小川 亮

本論文は、違憲審査及び行政裁量審査の双方を含む司法審査の基礎に対して哲学の知見を用いた考察を行うことによって、あるべき司法審査を同定することを試みるものである。具体的には、日本における司法審査論の到達点を審査基準論に同定した上で、その哲学的根拠を再検討することで、既存の審査基準論を正当化し、さらに新たな審査基準論を設定するためのメタ基準を導出した。これによって、既存の審査基準論に照らして新奇な事例の多い行政裁量審査に対する審査基準論の応用の可能性及びその必要性を論証している。

本論文は三部から構成されている。第一部においては、行政裁量論及び違憲審査論の現状を整理し、それらが抱える問題を別決している。第二部は、日本における現在の司法審査論の到達点を同定するとともに、その到達点を含む日本の司法審査論が抱える理論的問題に対して、主として哲学的知見に依拠して独自の解決を与えている。第三部においては、行政法判例を題材としてその解決を応用し、さらに要件事実論の議論にまで落とし込んだ。以下で各章の議論について敷衍する。

第一部第1章においては、行政裁量論が判例に対して指導的役割を果たし得ていないという複数の行政法学者の指摘を踏まえて、学説史を描写することによって、なぜ行政法学はこのような状況にあるのかを解明した上で、この問題を解決するためには審査基準論を導入するのが自然であり、またそうすべきことを明らかにする。結論としては、後期の田中二郎がそれまでの行政裁量の認定に関する基準を溶解させることで、個別の事例に応じて柔軟に行政裁量を認定できるようにしたところに、現状の原因が求められる。これに対して近時の行政法学者は「憲法的価値」を導入することで審査の在り方を規定しようとしているが、「憲法的価値」をどのように考慮すべきかは未だ明確になっていない。審査基準論は、上記の田中の議論の欠点を克服する形で「憲法的価値」を考慮した審査方法を整備しているため、これを導入することが行政法学にとって有益でありまた必要でもある。

続く第2章においては、昨今の三段階審査論の隆盛を踏まえて、審査基準論と三段階審査論の関係を整理・検討する。本章での検討によれば、三段階審査論は、審査基準論の代替案のような装いで登場したが、実際には審査基準の欠如、すなわち「裸の利益衡量」という欠点を抱えており、それを凌駕するような利点を持っているわけではない。近時の論者も認めているように、両者の両立可能性を認めた上で、既存の審査基準論を基本としつつ三段階審査論からも示唆を得て司法審査論を発展させるべきである。

これ等の検討の結果として、違憲審査でも行政裁量審査でも、審査基準論を用いて司法審査を行うべきことがさしあたり示される。

第二部では、第一部の各章で結論に行き着くために用いられた前提に対して、詳細な正当化を与えていく。つまり、第二部の議論では、審査基準論をその背景で支える様々な根拠を示すことになる。この検討は、第一部の議論に満足しない読者にとってはもちろん

有益であるが、それ以上に、既存の審査基準論を応用するだけでは解決できない事案を解決するための指針を与える点で、実践的な意義を持つ。

第二部第1章では、第二部の導入も兼ねて、日本の憲法学において司法審査を規定する価値と見做されてきた「公共の福祉」論の学説史を概観する。その結果として、芦部信喜による学説史が不正確かつ不自然なものであることを示すとともに、「切り札としての人権」と「公共の福祉に基づく権利」の二種類の権利の存在を剔抉し、それに基づいて審査基準論を展開する長谷部恭男の議論が、現在の司法審査論の到達点であることを示す。同時に、長谷部恭男の議論の価値論上の限界も指摘した上で、その瑕疵を功利主義が治癒できることを安藤馨と大屋雄裕の論争を題材として示す。

続く第2章では、権利論の研究によって、長谷部の司法審査論を支える背景的正当化を展開する。具体的には、日本の憲法学者が、権利論においてこれまで依拠してきた三人の哲学者、すなわち、ジョン・ロールズ、ロナルド・ドゥオーキン (Ronald Dworkin)、アラン・ゲワース (Alan Gewirth) のうち、後二者の議論が検討される。ゲワースは、長谷部が影響を受けたドゥオーキンと同じく、普遍化可能性により権利を正当化しながら、より体系的かつ精緻な議論を行っているため、理性的行為者性を重視するゲワースの議論が、司法審査の背景的正当化の基本を成す。ゲワースの議論は、(人格的)自律や尊厳によって人権を正当化しようとしてきた従来の議論の系譜に属するという点で、本稿が示す審査基準論の正当化は、従来の議論の再解釈であるとも言い得る。ただしそのゲワースの議論も、結局は、功利主義をより基底的な理論として受け入れざるを得ない。

このように、権利論から司法審査論につながる体系を整備することによって、審査基準論を設定するためのメタ基準を同定できる。すなわち、審査基準の設定においては、①侵害される利益の行為一般にとっての必要度、②立法ないし行政行為の立法過程あるいは執行過程における私人の理性的行為者性の尊重の程度、③規制の態様における私人の理性的行為者性の尊重の程度、の3つがこの順番で優先して考慮されるべきである。

第3章では、長谷部やゲワースの議論の更なる基底を成すべき功利主義を、「最良の説明への推論 (IBE: Inference to the Best Explanation)」という方法を用いて正当化する。具体的には、ピーター・レイルトン (Peter Railton) の議論を基本としつつ、それを近時再興しつつある心理的快樂説によって基礎づける。その中で、功利主義の批判者として著名なロールズの議論に対しても、方法論上の批判を行う。この章においては、国家は常に公益を実現するように行動すべきこと、そして、公益の実現とはすなわち快樂の総計の最大化であることが示される。

第4章では、価値一元論である功利主義に対置される価値多元論——いわゆる価値の通約不能性を認める立場——が、価値論上の圧倒的通説と言ってよい現状に鑑みて、価値多元論の批判及び価値一元論の擁護を行う。すなわち、価値の通約不能性を否定する。具体的には、両者に IBE という共通の土俵を設定した上で、両者が説明すべき経験を同定

し、それを価値一元論が上手く説明するのに対して、価値多元論はそうではないことを示す。その結果として、価値一元論である功利主義の正当性が、さらに確証されることになる。

第5章では、司法審査と民主主義の問題を解決するため、民主的正統性の意義を検討する。題材となるのは、クリストフ・メラース（Christoph Möllers）の所論である。近時、メラースの議論は、日本の公法学で注目を集めつつあるが、おそらくそれは偶然ではない。メラースの採る価値論上の立場——自律一元論——は、日本の公法学者のそれに類似している。その上で、メラースは、その立場を貫徹して、統治の正統性を論じている。メラースの議論が司法審査の説明に根本的に失敗していることを示すことで、帰謬法によって自律一元論の失敗を示すことが出来る。代替案として提示されるのは、民主主義において統治者は公益を実現するように動機づけられることを示す実証理論である支持基盤理論（selectorate theory）である。

最後に、第6章では、第一部及び第二部の検討を承けて、司法審査がどのように行われるべきかを、そのあるべき理論的構造を示すという形で、明らかにする。ただしその前提問題として、まずは裁量という概念をどう理解すべきか、司法審査において法文がどのような役割を果たすべきか、という問題を、不確定概念の概念と意義の解明という形で、それまでの検討の敷衍しながら明らかにする。そのようにして明らかになった司法審査の理論的構造が、第二部の検討の成果として最後に示される。

また、第二部には、専門家に対する敬讓の正当性を検討する補論が付されている。本稿の主張においては、国家は、私人よりも判断能力が優れている問題に対してのみ、私人に介入することが出来る。そして、公益に関する事項については、ほとんど常にこの条件が成り立つ。このような、エリート主義的にも映り得る本稿の議論が、実際にある程度までエリート主義的だとしても、それに道徳的な問題はないことをこの補論は示している。

ここまでの検討は、判例をほとんど参照しない形で行われる。これは本稿の議論の強みでもあり、弱みでもある。判例がどのようなものであっても、本稿の議論は、その在り方に対する規範としての意義を失わない。他方で、判例に対して本稿の議論がどのような説明あるいは批判を与えるかは、少なくとも一見して明らかとはいえない。

そこで、第三部では、判例及び裁判例を取り上げて、本稿の議論が判例に対してどのように応用できるか、各論的に検討を行う。さらに、その作業の中で、第二部の最後に示した司法審査の理論的構造を、より精緻化することを目指す。

具体的には、第三部第1章において、公害健康被害の補償等に関する法律4条2項に基づく水俣病の認定の申請を棄却する処分の取消訴訟における審理及び判断の方法について判断を示した平成25年4月16日第三小法廷判決民集第67巻4号1115頁の分析及び批判を行う。その際には、事実と評価の区別と審理方式の関係というこの判決特有の問題に着目するが、その分析及び検討の中で、第二部までの理論的考察を、「実務家の

文法」とも言える要件事実論の水準まで落とし込む。さらに、この章は、判断過程審査の意義を分析することで、特に第一部第1章の議論をより具体的な分析で補完している。これらによって、この章は、第二部までの議論の展開という役割を担うことになる。