

委任命令の違法性審査

——委任命令の内容に着目して——

正 木 宏 長*

目 次

はじめに

1 委任命令の違法性審査についての学説

2 委任命令の違法性審査の展開

2.1 上位の法令との適合性

一 一般論

二 文 理

三 関連規定

四 法律の趣旨目的, 立法者意思

五 まとめ

2.2 合理性

一 一般論

二 合理性審査の態様

三 判断過程の統制

3 二段階審査

3.1 本稿が提示する枠組

3.2 憲法適合性

3.3 羈束?裁量?

——委任命令の違法性審査に固有の図式設定の必要性

おわりに

はじめに

行政の行為形式の一つとして行政立法がある。行政立法の違法性は行政

* まさき・ひろたけ 立命館大学法学部教授

訴訟により争うことが出来る。平成16年の行政事件訴訟法の改正で当事者訴訟の活用の方針が示されて以来、行政立法の違法性が裁判で争われる場面は増大している。

判例の展開を見ると、裁判所は行政立法の違法性を審査するための様々な審査手法を開発しているように思える。本稿は、行政立法の中でも特に委任命令に注目して、委任命令の違法性審査の手法に関して、判例を中心に整理を試み、二段階審査を提唱するものである。

まず、本稿の議論の射程を限定しておく、行政立法という語が何を指すかについても議論があるところであるが、本稿ではひとまず伝統的な用語法に従い、行政機関が定立する規範や基準を広く行政立法と呼んでいる¹⁾。伝統的理論では、行政立法を法規命令と行政規則に分けたうえで、法規命令について、委任命令と執行命令（場合によってはさらに独立命令）に分類するのが通例である。本稿で考察対象にするのは上の分類では委任命令であり、委任命令の内容と呼ばれる問題である。委任を定めた法律の根拠条文自体が白紙委任的であり、委任が違憲になるという委任の方法の問題も、委任命令の限界の一つの争点を提起するが²⁾、本稿の関心の主眼はこの問題には置かれていない。法律の委任条項自体は合憲であることを前提として、授権された行政機関の側で定めた委任命令が行政訴訟の結果、違法と裁判所に判断されるのはどのような場合かという問題が、本稿の主たる検討対象である。

行政立法の司法審査に際しては、当該行政立法が裁判所を拘束する裁判規範として機能するのかという問題と、当該行政立法が適法なものであるかという問題の、二つの争点を挙げることができるが³⁾、本稿では後者に着目し、当該委任命令が違法であるかどうかという争点に限定して議論する。

本稿はまず、委任命令の違法性審査について、これまでの学説を簡単に整理する(1)。次に判例に着目して委任命令の違法性審査の手法を整理する(2)。そして、委任命令の司法審査手法として二段階審査を提示したうえで

(3)、筆者の結論を述べる（おわりに）。

1 委任命令の違法性審査についての学説

(1) 委任命令に対する司法的統制について、わが国の公法学は、まず委任をする法律の側に注目していた。委任命令の根拠になる法律の側で委任の基準を十分に示していないという問題提起をしていたのである。例えば、杉村敏正の1966年初出の論稿では、国家公務員法102条1項に基づいて、禁止されるべき政治的行為の指定が人事院規則14-7に委任されていることや、外国為替及び外国貿易管理法52条に基づいて、貨物輸入の承認が輸入貿易管理令に委任されていることが、立法における政治的決定を国会の場から非公開の閣議・省議の場に移し、指針たる原則・基準が法律上定立されていないことが問題視されている⁴⁾。

しかし、政令・省令といった形式で委任を受けて制定される行政立法に対する司法審査に関する議論はあまり進展しなかった。その背景としては、いかなる行政立法を定めるかについては行政側に大きな裁量が認められているとの考えがあったのだと思われる。宮田三郎は1984年初出の論稿で以下のように述べていた。

「行政立法の裁量を論じた文献はほとんどない。その理由は、① 問題が、行政立法についての裁量ではなく、行政立法の限界という形で論ぜられたこと、② 行政立法の限界を問題にする場合にも、関心は、主として行政立法を授権する法律に向けられ、行政立法そのものに向けられなかったこと、③ 行政立法の抽象性の故に、行政行為の場合ほど、裁量の瑕疵が明らかになりにくいこと、④ 訴訟との関連で、規範統制訴訟が許されないため、実用的意義がなかったこと、をあげることができる。行政立法の裁量論については、立法裁量に準じるか、行政行為の場合と同一に考えるか、または第三の類型がありうるかが問題になるが、この点の研究はわが国では未開拓の分野である。現在のところ、法規命令または行政規則の形式による一般的な『裁量』行使については、原則として、行政行為に関する原則が妥当すると

いうほか、特別に具体的な理論を示すことが出来ない⁵⁾。」

伝統的行政法学を代表する田中二郎は、1957年の『行政法総論』では、法規命令が違法・無効になる場合の要件として次の5つのものを挙げていた。①「正当の権限を有する行政官庁により、その権限内の事項に関して定められること」、②「法律又は上級の命令の委任のある場合又はこれらを執行する場合（すなわち委任命令又は執行命令）にのみこれを定めることができるのであって、委任命令及び執行命令については、上に述べたそれぞれの限界を超えないことを要する外、法律又は上級の命令に抵触せず、法律又は上級の命令の先占区域を侵害しないことを要する」、③「法規命令制定の手續について特別の定めのあるときは、その手續を経ることを要し」、④「法規命令は、これを外部に表示する（これを公布という）のでなければ現実に拘束力を生じない」、⑤「法規命令は、更にこれを施行することによって、その効力が発動し、一般的に、現実に拘束力を生ずる⁶⁾」。

田中二郎の上の要件論は比較的詳しく違法となる要件を示している。だが、戦後初期には委任命令についての、これ以上の内容に着目した司法審査に関する議論は発展しなかった。学説の委任命令の統制への関心は、基本的に手続的統制に向けられた⁷⁾。田中二郎も1974年の教科書『新版行政法』では、委任命令の限界について法律の側で「国会の立法権を侵すような広範な一般的委任は許されない」ことと、「委任命令で規定すべき事項は、法律の補充的規定、法律の具体的特例的規定及び法律の解釈的規定に止まるべきもので、法律そのものを形式的に変更し廃止する規定のごときを設けることはできない、また、特に法律で個別的・具体的に委任した場合を除いて、罰則を設けることもできないと解すべきである。」とし、他に公布や施行がない場合は命令が瑕疵あるものになることを指摘するにとどまっていた⁸⁾。

(2) だが、最高裁判例において、委任命令の内容に着目して違法とする

判例が現れるに到り、学説は、委任命令の内容の違法性という論点への注目を始めた。平岡久は1984年初出の論稿で、行政立法の内容の適法性の問題を取り扱っている。平岡は行政立法の内容の適法性について、まず「憲法適合性」の問題を挙げて憲法に違反する行政立法は違憲・無効であるとす。次に「議会立法適合性」を挙げて、議会立法に違反する内容を持つ行政立法は、違法で無効であるとしている。そして、議会立法適合性は「授權条項適合性」と「関係条項等適合性」の二つに分けることができるとされ、委任命令の内容については授權条項や関係条項、議会立法全体の趣旨等との適合性が問題になるとする。そして、授權の内容の範囲内で行政機関には、具体的にどのような内容を持つ行政立法を制定するかについての「裁量」の余地が認められることになるが、裁判所はこの場合においてもなお、行政立法にかかる裁量権行使の仕方の適否または合理性の有無を審査することができるとしている⁹⁾。

近時の文献では、野口貴公美は法規命令による委任立法について、上位法規適合性審査が行われるとして類型的考察を行い、① 委任の文言において委任の内容が明確ではない場合、または明確な委任の文言が存在しないような場合については、委任の根拠とされる立法の解釈からどのような内容が委任されているのかについて判断される。② 委任する側の立法が委任の内容につきやや広範に定めている場合であっても、委任の根拠とされる立法の解釈から委任の趣旨が導かれる場合には、委任の趣旨の範囲内に収まるものであると言えるか否かにつき判断される。③ 委任の根拠となる法律の文言等により委任の範囲・事項が限定されると考えられる場合には、委任の根拠法の解釈から示される委任の範囲・事項内に収まるものであるかを基準として判断がされる、との主張をしている¹⁰⁾。

(3) このように、委任命令の司法審査について定式を定立することは、これまでも試みられてきた。基本的には、平岡久も野口貴公美も委任をしている法律の授權の範囲内にとどまるかどうか注目していたと言える。また田中二郎が法律の変更や廃止になる規定を委任命令に設けることがで

きないとしたのも、つまりは法律による授權の範囲を超えて法律に改変を加えるような内容を委任命令に設けることはできないという趣旨であろう。このことは、行政手続法の平成17年改正で新設された行政手続法38条1項において、命令等制定機関は「命令等を定めるに当たっては、当該命令等がこれを定める根拠となる法令の趣旨に適合するものとなるようにしなければならない。」と、条文化されている。

現在の判例は、上に挙げた従来の学問上の議論の範疇に収まらない委任命令に対する司法審査手法を示しつつあるように思える。そこでの争点はおそらく委任命令が実体的に違法であるか否かということである。

以下では最高裁判例によって示された委任命令の統制の有り様を見る。

2 委任命令の違法性審査の展開

わが国の学説の議論は上に見た通りである。判例は委任命令を違法とする場合、「委任の範囲を超える」、「委任の範囲を逸脱する」という表現をする。委任命令に関しては、行政機関への立法権の委任が前提となるので、委任命令が違法状態を作出した場合、適法な委任命令の策定を期待した本来の委任の範囲を外れるので委任の範囲を超えるという表現がされる。

委任命令が違法性を帯びる局面としては様々な場合が考えられる。例えば既に見たように田中二郎は、委任命令が上位の法令に反する場合の他に手続に瑕疵があった場合にも委任命令が違法になる余地があることを示していた。だが、判例の主流は、基本的に委任命令の実体的な違法性を問題としているので、以下では、委任命令の実体的な違法性を中心に考察する。

委任命令が「委任の範囲を超える」、「委任の範囲を逸脱する」というのは当該委任命令が違法である場合について、実体的理由により違法になるということを示している。問題は、その実体的理由により違法であるのは

いかなる場合かということに尽きる。本章では委任命令が実体的理由により違法になるような場合はいかなる場合かということについて、以下で①上位の法令との適合性、② 委任命令自体の合理性の二段階に分けたうえで、委任命令の違法性に関する判例を分析する。

2.1 上位の法令との適合性

一 一般論

(1) 田中二郎は、委任命令の限界として、上位の法律や命令に抵触する法規命令を定めることはできないことを挙げていた。田中以降の学説も基本的に同様である。

判例で委任命令の適法性が争点となる場合、多くの事件では、当該委任命令が委任元の法律との関係で、委任の範囲を超えたかどうか争点となっている。委任命令は授權をしている法律の委任の範囲内で定められなければならない。委任をしている法律の規定に反している場合は当該委任命令は違法無効なものとなる。そこで、委任命令の適法性については、委任をしている法律の規定との適合性が最大の問題となる。委任命令の適法性が裁判で争われている場合も、この争点を中心に争われている。

委任命令が違法とされた古典的な判例としては、最高裁昭和46年1月20日大法廷判決（民集25巻1号1頁，農地売渡処分判決）がある。

判決のまとめるところによると、自作農創設特別措置法（以下、自創法）3条により買収した農地について、農地法（以下、法）80条1項は、農林大臣において買収農地が政令の定めるところにより自作農の創設または土地の農業上の利用の増進の目的に供しないことを相当と認めるときは、これを売り払いができる旨を定め、同条2項は、右の場合には農林大臣は当該土地を旧所有者に売り払わなければならない旨を定めていたが、農地法施行令（以下、令）16条4号は、買収農地が公用、公共用または国民生活の安定上必要な施設の用に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実な土地であるときにかぎり農林大臣において法80条

1項の旧所有者への売り払いをすることができる旨を定めていた。この施行令の旧所有者への買収農地の売り払いの制限が争われた。

最高裁は次のように判決した。

法80条1項は「その規定の体裁からみて、売払いの対象を定める基準を政令に委任しているものと解されるが、委任の範囲にはおのずから限度があり、明らかに法が売払いの対象として予定しているものを除外することは、前記法80条に基づく売払制度の趣旨に照らし、許されないと認めなければならない。農地改革のための臨時立法であつた自創法とは異なり、法は、恒久立法であるから、同条による売払いの要件も、当然、長期にわたる社会、経済状態の変化にも対処できるものとして規定されているはずのものである。したがつて、農地買収の目的に優先する公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実であるという場合ではなくても、当該買収農地自体、社会的、経済的にみて、すでにその農地としての現況を将来にわたつて維持すべき意義を失い、近く農地以外のものとするを相当とするもの（法7条1項4号参照）として、買収の目的である自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする状況にあるといふものが生ずるのであることは、当然に予測されることであり、法80条は、もとよりこのような買収農地についても旧所有者への売払いを義務付けているものと解されなければならないのである。したがつて、同条の認定をすることができる場合につき、令16条が、自創法3条による買収農地については令16条4号の場合にかぎることとし、それ以外の前記のような場合につき法80条の認定をすることができないとしたことは、法の委任の範囲を越えた無効のものといふのほかはない。」

一見すると、義務的な旧地主への売り払いを定めた法律の文言を重んじて、売り払いの要件を限定した施行令を違法とした本判決は高く評価されるように思えるが、判決当時には、農地を旧地主に売り払うことで安易な非農地化が行われるという懸念から、政策論としては旧地主への売り払いを限定することへの支持もあったところである¹¹⁾。これに対し、調査官解説は、農地「法80条1項の文理から見ても、認定すべき場合を、積極的に買収の目的に優先する他の目的が存在する場合のみに限定しなければな

らないものとは解されない」として、解釈にあたり文理を重んじているが、他に「農業および農村の変化は激しく」、「自作農主義は事実上も法律上も後退を余儀なくされ、また、農産物の過剰傾向から、農地維持の要請も後退しているのであって、現在においては、国有として残された買取農地について自作農創設等の目的を重視すべき実質的意義は失われている」ことを指摘している¹²⁾。

判決の背景はともかく、委任命令の違法性審査については、まず本判決が最高裁の先例となった。委任をしている法律の条文の規定に反するような委任命令が定められた場合、それは違法となる。本判決では、農地法の条文は義務的な旧地主への売り払いを定めていたという条文の規定の仕方と、農地法は恒久法であることから、立法時に農地以外のものとするを相当とする土地が生じることは予測できたであろうということから、農地法施行令の違法が導かれたのである。本判決は、基本的に当時の通説である田中二郎が示した、上位の法令に抵触する法規命令は無効となるという定式に従ったものであろう。

(2) 委任命令への司法審査について、農地売渡処分判決は古典的な判例である。農地売渡処分判決は、委任命令の上位法令への適合性に関連して生じる争点を示している。委任命令が委任元の法律に従わなければならないとして、その従属の態様はどのようなものかということである。一つには委任元の法律の委任規定の条文に従うということが求められる。調査官解説が「文理」と呼んでいるものである。しかし法律解釈の必然として、条文の解釈の際には立法者意思や法律全体の趣旨を踏まえることも求められるだろう。農地売渡処分判決でも、農地法が恒久立法であることや法律制定時に事情変更が予測できたという議会意思の探求が見られるし、調査官解説では、農業を巡る情勢なども考慮に入れられている。

目下のところ、判例が違法性判断の際に委任条項の文理を重んじているのは確かなようであるが、一方で立法者意思や法律全体の趣旨も違法性判断の際に重視されていると思える¹³⁾。この点については、以下で順に考

察してみる。

二 文 理

(1) 最高裁が委任命令の審査に際して、法律の委任規定との関係で文理を重んじていることは確かである。

最高裁平成18年1月13日第2小法廷判決（民集60巻1号1頁，貸金業規制法施行規則事件）は、明確な文理解釈によって、貸金業規制法施行規則を違法とした。

まず、条文を確認しておく、問題となった貸金業規制法18条1項の事件当時の条文は以下のようなものであった¹⁴⁾。

貸金業規制法（事件時の正式名称：貸金業の規制等に関する法律）

〔第18条 貸金業者は、貸付けの契約に基づく債権の全部又は一部について弁済を受けたときは、その都度、直ちに、内閣府令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項を記載した書面を当該弁済をした者に交付しなければならない。〕

- 一 貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所
- 二 契約年月日
- 三 貸付けの金額（保証契約にあつては、保証に係る貸付けの金額。次条及び第20条において同じ。）
- 四 受領金額及びその利息、賠償額の予定に基づく賠償金又は元本への充当額
- 五 受領年月日
- 六 前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項

貸金業者が弁済を受けた際に、受取りの証書を作成しなければならないという趣旨の条文である。最高裁に違法とされた委任命令は、18条1項6号により内閣府令の形式で定められている貸金業規制法施行規則（以下、施行規則）である。条文は以下のようなものであった。

貸金業規制法施行規則(事件時の正式名称：貸金業の規制等に関する法律施行規則)
〔第15条 法第18条第1項第6号に規定する内閣府令で定める事項は、次に掲げる事項(金銭の貸借の媒介手数料を受領したときにあつては、第5号に掲げる事項を除く。)とする。

- 一 弁済を受けた旨を示す文字
- 二 貸金業者の登録番号
- 三 債務者の商号、名称又は氏名
- 四 債務者(貸付けに係る契約について保証契約を締結したときにあつては、主たる債務者)以外の者が債務の弁済をした場合においては、その者の商号、名称又は氏名

五 当該弁済後の残存債務の額

2項 貸金業者は、法第18条第1項の規定により交付すべき書面を作成するときは、当該弁済を受けた債権に係る貸付けの契約を契約番号その他により明示することをもつて、同項第1号から第3号まで並びに前項第2号及び第3号に掲げる事項の記載に代えることができる。〕

(2) このように施行規則15条2項は、貸金業者が契約番号を明示すれば、委任条項である貸金業規制法18条で定められた受取り証書の記載事項を一部記載しなくても良いとしている。最高裁は以下のように述べて施行規則15条2項を違法と判決した。

貸金業規制法(以下、法)18条1項「の解釈にあたっては、文理を離れて緩やかな解釈をすることは許されないというべきである。」

「同項は、その文理に照らすと、同項の規定に基づき貸金業者が貸付けの契約に基づく債権の全部又は一部について弁済を受けたときに当該弁済をした者に対して交付すべき書面(以下『18条書面』という。)の記載事項は、同項1号から5号までに掲げる事項(以下『法定事項』という。)及び法定事項に追加して内閣府令...で定める事項であることを規定するとともに、18条書面の交付方法の定めについて内閣府令に委任することを規定したものと解される。したがって、18条書面の記載事項について、内閣府令により他の事項の記載をもって法定事項の記載に代えることは許されないものというべきである。」

「上記内閣府令に該当する施行規則15条2項……の規定のうち、当該弁済を受けた債権に係る貸付けの契約を契約番号その他により明示することをもって、法18条1項1号から3号までに掲げる事項の記載に代えることができる旨定めた部分は、他の事項の記載をもって法定事項の一部の記載に代えることを定めたものであるから、内閣府令に対する法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効と解すべきである。」

この判決では、最高裁は「文理」を強調している。田中二郎は法律そのものを形式的に変更し廃止する規定のごときを設けることはできないとしていたが、本件ではまさに施行規則が法律で定められた要件を変更していたのである。このように委任元の条文に文言上明らかに抵触する場合は、文理解釈によって委任命令は違法となる。

三 関連規定

委任元の法律に対して委任命令が適合しているかということについては、委任を定めた法律の条文のみではなく、委任規定に関連する定めを置く条文も参照される。最高裁平成3年7月9日第3小法廷判決（民集45巻6号1049頁，監獄法事件）は、この例を示している。この事件は、未決拘留者に14歳未満の者との接見を許していなかった監獄法施行規則が争われたものである。最高裁は以下のように述べて、監獄法施行規則（以下、規則）は監獄法（以下、法）による委任の範囲を超えてとして違法と判決した。

「被拘留者には一般市民としての自由が保障されるので、法45条は、被拘留者と外部の者との接見は原則としてこれを許すものとし、例外的に、これを許すと支障を来す場合があることを考慮して、(ア) 逃亡又は罪証隠滅のおそれが生ずる場合にはこれを防止するために必要かつ合理的な範囲において右の接見に制限を加えることができ、また、(イ) これを許すと監獄内の規律又は秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性が認められる場合には、右の障害発生の

防止のために必要な限度で右の接見に合理的な制限を加えることができる、としているにすぎないと解される。この理は、被勾留者との接見を求める者が幼年者であつても異なるところはない。』

「法50条は、『接見ノ立会……其他接見……ニ関スル制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム』と規定し、命令（法務省令）をもって、面会の立会、場所、時間、回数等、面会の態様についてのみ必要な制限をすることができる旨を定めているが、もとより命令によって右の許可基準そのものを変更することは許されないのである。』

「ところが、規則120条は、規則121条ないし128条の接見の態様に関する規定と異なり、『十四歳未満ノ者ニハ在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス』と規定し、規則124条は『所長ニ於テ処遇上其他必要アリト認ムルトキハ前四条ノ制限ニ依ラサルコトヲ得』と規定している。右によれば、規則120条が原則として被勾留者と幼年者との接見を許さないこととする一方で、規則124条がその例外として限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしていることが明らかである。しかし、これらの規定は、たとえ事物を弁別する能力の未発達な幼年者の心情を害することがないようにという配慮の下に設けられたものであるとしても、それ自体、法律によらないで、被勾留者の接見の自由を著しく制限するものであって、法50条の委任の範囲を超えるものといわなければならない。』

判決は、法45条が原則、外部の者と接見を許可し、例外的に不許可にするということを定めているのに対して、監獄法施行規則は原則、幼年者との接見を不許可にし、例外的に許可するという風に原則と例外を逆転させていることに着目して、監獄法施行規則を違法としている¹⁵⁾。ここでは委任について定めた法50条のみではなく、接見を原則自由とするとしている法45条も参照されている。委任命令の違法性の判定は、委任を直接に定める条項のみならず、それに関連する規定も考慮される。これは判例が、議会が法律全体において示した議会意思を重んじていることの一つの徴証であるように思える。

四 法律の趣旨目的、立法者意思

(1) 委任命令が一義的に委任元の法律の条文を改廃するようなものであ

れば、文理解釈によって直ちに当該委任命令を違法無効なものと判断することができる。だが、実際には、一義的に法律の条文を改廃するような委任命令は稀なものであろう。そして、最高裁の多くの判例も文理だけでなく、法律全体の趣旨や立法者意思を酌み取ったうえで委任命令の違法性審査を行っている。また、法律と委任命令とが文理上抵触しているかのような場合も、法律全体の趣旨に言及しているものがあるように思える。上に挙げた貸金業規制法施行規則事件も文理解釈を採る理由として条文の趣旨に言及している。そのように考えると、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¹⁶⁾。

(2) 法律の趣旨目的を強調している判例としては、最高裁平成14年1月31日第1小法廷判決（民集56巻1号246頁，児童扶養手当法施行令事件）がある。

本件は児童扶養手当法の委任に基づいて定められている児童扶養手当法施行令の違法性が争われた事例である。問題となった事件時の条文は、判決によると、「児童扶養手当法（以下『法』という。）4条1項は、児童扶養手当の支給要件として、都道府県知事は次の各号のいずれかに該当する児童の母がその児童を監護するとき、又は母がないか若しくは母が監護をしない場合において、当該児童の母以外の者がその児童を養育するときは、その母又は養育者に対し、児童扶養手当を支給するとし、支給対象となる児童として、『父母が婚姻を解消した児童』（1号）、『父が死亡した児童』（2号）、『父が政令で定める程度の障害の状態にある児童』（3号）、『父の生死が明らかでない児童』（4号）、『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』（5号）を規定している（ここに規定する場合を含め、法にいう『婚姻』には、婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含むものとされている（法3条3項……）。そして、児童扶養手当法施行令（平成10年政令第224号による改正前のもの。以下『施行令』という。）1条の2は、法4条1項5号に規定

する政令で定める児童として、……『母が婚姻（婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。）によらないで懐胎した児童（父から認知された児童を除く。）』（3号）」を挙げていた。

本件で問題となったのは、上の平成10年改正以前の児童扶養手当法施行令1条の2第3号の括弧書きで、婚姻外で懐胎された児童であっても父から認知された者については、児童扶養手当法4条1項5号の「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」に該当しないとして、児童扶養手当の支給対象となる児童から除外されていたことであった。

最高裁は以下のように述べて、児童扶養手当法施行令を違法と判決した。

「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号において一定の類型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をも考慮して解釈すべきである。」

「法は、いわゆる死別母子世帯を対象として国民年金法による母子福祉年金が支給されていたこととの均衡上、いわゆる生別母子世帯に対しても同様の施策を講ずべきであるとの議論を契機として制定されたものであるが、法が4条1項各号で規定する類型の児童は、生別母子世帯の児童に限定されておらず、1条の目的規定等に照らして、世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童、すなわち、児童の母と婚姻関係にあるような父が存在しない状態、あるいは児童の扶養の観点からこれと同視することができる状態にある児童を支給対象児童として類型化しているものと解することができる。……施行令1条の2第3号は、本件括弧書を設けて、父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象児童から除外することとしている。確かに、婚姻外懐胎児童が父から認知される

ことによって、法律上の父が存在する状態になるのであるが、法4条1項1号ないし4号が法律上の父の存否のみによって支給対象児童の類型化をする趣旨でないことは明らかであるし、認知によって当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができるともいえない。したがって、婚姻外懐胎児童が認知により法律上の父がいる状態になったとしても、依然として法4条1項1号ないし4号に準ずる状態が続いているものというべきである。そうすると、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。」

児童扶養手当法施行令事件では、判決において法律の「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」ことが指摘されている。そして法律の立法経緯や目的規定への言及がされたうえで、児童扶養手当法の条文で定められた支給類型との比較を行い、婚姻外懐胎児童であって父から認知された者を児童扶養手当の支給対象となる児童から除外することが、委任の趣旨に反するとされている。児童扶養手当法施行令事件は、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をするという手法を採っていない。

(3) 最高裁平成15年12月25日第3小法廷決定（民集57巻11号2562頁、戸籍法施行規則事件）は、漢字の「曾」が戸籍法50条およびその委任を受けた戸籍法施行規則60条に列挙されておらず、子の名に使うことができないとされていたことが違法とされた事例である。決定を以下に抜粋する。

「戸籍法（以下『法』という。）50条1項が子の名には常用平易な文字を用いなければならないとしているのは、従来、子の名に用いられる漢字には極めて複雑かつ

難解なものも多く、そのため命名された本人や関係者に、社会生活上、多大の不便や支障を生じさせたことから、子の名に用いられるべき文字を常用平易な文字に制限し、これを簡明ならしめることを目的とするものと解される。」

「法50条2項は、常用平易な文字の範囲は法務省令でこれを定めると規定し、施行規則60条が法50条2項の常用平易な文字の範囲を定めている。同項による委任の趣旨は、当該文字が常用平易な文字であるか否かは、社会通念に基づいて判断されるべきものであるが、その範囲は、必ずしも一義的に明らかではなく、時代の推移、国民意識の変化等の事情によっても変わり得るものであり、専門的な観点からの検討を必要とする上、上記の事情の変化に適切に対応する必要があることなどから、その範囲の確定を法務省令にゆだねたものである。施行規則60条は、上記委任に基づき、常用平易な文字を限定列举したものと解すべきであるが、法50条2項は、子の名には常用平易な文字を用いなければならないとの同条1項による制限の具体化を施行規則60条に委任したものであるから、同条が、社会通念上、常用平易であることが明らかな文字を子の名に用いることのできる文字として定めなかった場合には、法50条1項が許容していない文字使用の範囲の制限を加えたことになり、その限りにおいて、施行規則60条は、法による委任の趣旨を逸脱するものとして違法、無効と解すべきである。」

「上記の見地に立って本件をみるに、『曾』の字が古くから用いられており、平仮名の『そ』や片仮名の『ソ』は、いずれも『曾』の字から生まれたものであること、『曾』の字を構成要素とする常用漢字が5字もあり、いずれも常用平易な文字として施行規則60条に定められていること、『曾』の字を使う氏や地名が多く、国民に広く知られていることなど原審の判示した諸点にかんがみると、『曾』の字は、社会通念上明らかに常用平易な文字であるとした原審の判断は相当である。」

本決定においては、戸籍法施行規則において「曾」の字が含まれていなかったことが「委任の趣旨を逸脱」したとされている。施行規則への委任を定める条項は法50条2項であるのだが、本決定は、「法50条1項は、単に、子の名に用いることのできる文字を常用平易な文字に限定する趣旨にとどまらず、常用平易な文字は子の名に用いることができる旨を定めたものというべきである」と関連規定である法50条1項に言及する。法50条1項を文理通り解釈すれば戸籍法50条1項は子の名に用いることのできる文

字は、施行規則で定められた常用平易な文字に限定するとも読めるのだが、本決定は1項と2項をまとめて解釈をして、社会通念上常用平易な文字は子の名に用いることができ、常用平易な文字を施行規則で掲げていなかった場合は、施行規則が違法となるとの解釈をしているのである¹⁷⁾。この点で戸籍法施行規則事件は、戸籍法施行規則について、委任元の戸籍法の文理のみではなく、法律の趣旨目的を踏まえたうえで戸籍法施行規則の違法性を判定していると言える。趣旨目的を踏まえた解釈の結果は、「社会通念上、常用平易であることが明らかな文字を子の名に用いることのできる文字として定めなかった場合には、法50条1項が許容していない文字使用の範囲の制限」となり違法であり、本件では「曾」の字を常用平易な文字として掲げなかった戸籍法施行規則は違法であるということである。

(4) 児童扶養手当法施行令事件や戸籍法施行規則事件のように、委任元の法律の趣旨目的を踏まえたうえで、当該委任命令が違法であるか否かを判断するというのが、現在の最高裁判例の主流であろう。

最高裁平成21年11月18日大法廷判決（民集63巻9号2033頁、東洋町議リコール署名事件）も、法律の趣旨目的を重視する解釈手法を示している。

東洋町議リコール署名事件は、地方自治法施行令の適法性が争われた事例である。非常勤の公務員である農業委員会委員が地方議会議員の解職請求の代表者であったところ、地方自治法の委任に基づいて定められている地方自治法施行令は、公職選挙法の公職の候補者の資格制限の規定を準用して、農業委員会委員は議会の解職請求の代表者になることはできないとされていた。

最高裁は、議会の解職請求の請求代表者の資格に、公職選挙法の公職の候補者の資格制限の規定を準用した地方自治法施行令の各規定は違法であるとした。判決は次のようなものである。

「普通地方公共団体の議会の議員の選挙権を有する者は、法定の数以上の連署をもって、解職請求代表者から、当該普通地方公共団体の選挙管理委員会に対し、当該議会の議員の解職の請求をすることができ（地自法80条1項）、選挙管理委員会は、その請求があったときは、直ちに請求の要旨を関係区域内に公表するとともに（同条2項）、これを選挙人の投票に付さなければならないこととされている（同条3項）。このように、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。」

「したがって、地自法85条1項は、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。」

東洋町議リコール署名事件では、地方自治法の解釈が決定打になっている。地自法85条1項は公職選挙法の選挙に関する規定は、「解職の投票」に準用するとしている。判決は地自法80条1項の「解職の請求」と地自法80条3項の「解職の投票」を区別して、地自法85条1項によれば公職選挙法が準用されるのは「解職の投票」についてのみであるという解釈に従って、「解職の請求」についてまで、公職選挙法の資格制限の規定を準用した地方自治法施行令の各規定を違法としているのである。

この判決では、多数の補足意見、反対意見が示されている。

宮川裁判官、櫻井裁判官の補足意見では、資格制限に法律上明確な根拠がないことや立法趣旨も必ずしも明確であるとは言えないことが指摘されている。藤田裁判官の補足意見は、地自法施行令で公務員の資格制限の規定を準用することは、地自法の拡張解釈になり、国民の参政権の行使の制限になるので、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べきであるという旨のものであった。涌井裁判官の補足意見では「文理」が強調されている。堀籠裁判官、古田裁判官、竹内裁判官の反対意見は、「解職の請求」と「解職の投票」の手続の不可分性を指摘し、公職選挙法の規定の準用による資格制限が合理的な解釈であるとしている。竹内裁判官の追加反対意見では、資格制限が中立であるべき公務員に対する制限であることや立法趣旨が強調されている。

補足意見、反対意見を見る限りでは、公職選挙法の資格制限の規定を解職請求に準用するという立法趣旨を多数意見は見出させなかったのだと考えられる。逆に、竹内追加反対意見はそのような立法趣旨の存在を見出しており、この立法趣旨の存否が判断の分岐点の一つとなったのだと思われる。

また、多数意見は、地自法85条1項が公職選挙法を準用するものとして明示しているのが「解職の投票」であるという「文理のみ」だけではなく、「解職の請求」と「解職の投票」についての関連する条文の定め方の違いや手続的な同質性の有無が、公職選挙法の資格制限の規定は「解職の請求」には適用されないという結論を導いている。ここには文理を強調する涌井裁判官の補足意見との距離を感じさせる。

まとめるならば、東洋町議リコール署名事件では、文理、関連規定の解釈、立法趣旨の総合判断によって地自法施行令の違法性が導かれているということになる。

(5) 委任の根拠となる法律の解釈という点では、最高裁平成25年1月11日第2小法廷判決（民集67巻1号1頁，医薬品ネット販売権訴訟）は、文理に加えて解釈に組み込まれるものとして、「立法過程における議論」を

挙げている。

医薬品ネット販売権訴訟は、薬事法の委任に基づいて省令により定められている薬事法施行規則が争われた事例である。平成21年薬事法施行規則改正により、第一類医薬品、第二類医薬品については対面販売が要求され、インターネットを通じた郵便等販売が禁止されたのだが、このことを事業者が争った事例である。判決は以下のように述べて、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について、対面販売を求め郵便等販売を禁止する薬事法施行規則を違法とした。

「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も包含しているものと解されるどころ（最高裁昭和43年（行ツ）第120号同50年4月30日大法院判決・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じやくした上で、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ものというべきである。」

「新施行規則による規制は、……一般用医薬品の過半を占める第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する内容のものである。これに対し、

新薬事法36条の5及び36条の6は、いずれもその文理上は郵便等販売の規制並びに店舗における販売、授与及び情報提供を対面で行うことを義務付けていないことはもとより、その必要性等について明示的に触れているわけでもなく、医薬品に係る販売又は授与の方法等の制限について定める新薬事法37条1項も、郵便等販売が違法とされていなかったことの明らかな旧薬事法当時から実質的に改正されていない。また、新薬事法の他の規定中にも、店舗販売業者による一般用医薬品の販売又は授与やその際の情報提供の方法を原則として店舗における対面によるものに限るべきであるとか、郵便等販売を規制すべきであるとの趣旨を明確に示すものは存在しない。なお、検討部会における議論及びその成果である検討部会報告書並びにこれらを踏まえた新薬事法に係る法案の国会審議等において、郵便等販売の安全性に懐疑的な意見が多く出されたのは上記事実関係等のおりであるが、それにもかかわらず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、その理由が立法過程での議論を含む上記事実関係等からも全くうかがわれないことからすれば、そもそも国会が新薬事法を可決するに際して第一類医薬品及び第二類医薬品に係る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えない。そうすると、新薬事法の授権の趣旨が、第一類医薬品及び第二類医薬品に係る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いうべきである。」

医薬品ネット販売権訴訟判決の特徴は、「立法過程における議論をもしんしゃく」することを求めた点である。いわば立法史の参照であろう。判決は新薬事法制定の際の立法史や憲法上の職業選択の自由について言及して、医薬品の郵便等販売を明文で禁止する条項はなく、立法時、郵便等販売を禁止するという意思を国会が有していたとはいいがたいとしている。

医薬品ネット販売権訴訟判決において最高裁は、法律の規定の仕方と立法経緯の両方に言及して、合わせ技で薬事法施行規則の違法を導いている。法律解釈の在り方としては、形式的な文理解釈によっても、新薬事法に郵便等販売を一律に禁止した条文がないことをもって、薬事法施行規則を違法にするという解釈をすることも可能であった。ところが最高裁は、そのような文理解釈のみに頼ることはなかった。ここでは判決が、「国会

が新薬事法を可決するに際して第一類医薬品及び第二類医薬品に係る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えない」と言及していることが注目し得る。判決が注目しているのは、法律の文理や法律の趣旨目的だけでなく、立法史をも参照することで導き出される、議会意思¹⁸⁾とでもいうべきものなのである。判決では、国会が「郵便等販売を禁止すべきであるとの意思」を持っていなかったことが重要視されている。この議会意思への背反が薬事法施行規則の違法性を判定するうえで、決定打となっているのである。

五 ま と め

法律の解釈において、文理のみならず、関連規定や法律の趣旨目的を組み入れて解釈するという姿勢自体は、法律解釈において一般的な態度であろう。全体的には最高裁は法律の趣旨目的を考慮したうえで、当該法律に基づく委任命令の違法性の判断をしていると言えそうである。だが、貸金業規制法施行規則事件は文理のみに言及して、貸金業規制法施行規則を違法としている。これをどのように解すべきか。

この点については、田中二郎の違法な法規命令の例示が参考になる。田中二郎によると法規命令において、「法律そのものを形式的に変更し廃止する規定のごときを設けることはできない」。貸金業規制法施行規則事件に照らして言えば、違法とされた貸金業規制法施行規則は、委任元の貸金業規制法の明文で要求されていた貸金業者が弁済証明書に記載する事項についての記載の省略を認めていた。これでは貸金業規制法施行規則によって貸金業規制法の要求を修正してしまう結果になる。このことは、法律の趣旨目的を持ち出すまでもなく条文の比較からして明らかであり、いわば法律を変更することになるので、文理解釈のみで違法とするに十分だったのである。これに対して他の事件は、委任命令の内容が、文理解釈のみで法律を形式的に変更するとは断定しがたいものであったので、法律の趣旨目的を踏まえた解釈が必要とされたということなのではないだろうか。

また、医薬品ネット販売権訴訟では、委任命令の違法性の判断において立法史が考慮された。医薬品ネット販売権訴訟については、立法史を委任命令の解釈に際して参照することに批判もあったところである¹⁹⁾。しかし、医薬品ネット販売権訴訟の最高裁判決は文理を重んじて新薬事法に對面販売を義務づけている条文がないことに注目をし、それに加えて立法過程の議論でも郵便販売の禁止は不明確であるとして、立法史を補強として用いて、薬事法施行規則は違法であるとの結論を導いている。法律の立法史の参照は児童扶養手当法施行令事件でも見られるところである。

このようなことから、最高裁判例では、委任命令の違法性審査にあたり、委任元の法律と委任命令との適合性については、文理、関連規定、法律の趣旨目的、立法史を総合して解釈しているのだと言える。

ここまで最高裁が委任命令を違法とした判決を中心に分析したが、解釈手法は上のように様々な手法が用いられている。そこで一貫しているのは、議会意思とでも言うべきものを尊重するという態度であるように思える。委任命令は議会が自らの立法権を行政機関に委任するという手法である。委任を受けた行政機関が委任をする議会の意思に反することはできない。委任に際しての議会の意思は、まず法律の条文に反映される。ゆえに法律の条文に明らかに背反する委任命令は文理解釈により違法とされる。そして、委任規定自体は委任命令を直ちに違法にするほどの明確性を持たない場合でも、関連する規定の解釈から議会意思が導かれる場合はそれに反する委任命令は違法になる。また、条文に現れていなくとも立法史の参照によって議会意思は特定可能である。

委任命令の上位の法令との適合性に関しては、文理、関連規定、法律の趣旨目的、立法史から導かれる議会意思を手がかりとして、それに反する委任命令は違法であるということになる。

2.2 合理性

一 一般論

本稿がこれまで見てきた委任命令の上位の法令との適合性が問題となった判例は、文理、関連規定、法律の趣旨目的、立法史を通じて、委任に際しての議会意思を裁判所が確認できることを前提に判断が下されたものであったと思える。いずれの事件も、行政立法を定める行政機関に対して、法律を通じての議会の指示が見出されるのに、その指示に反する規定が委任命令で設けられたので違法であるという筋立てであった。

これに対して、法律の委任条項が一般的であり、具体的な行政機関への指示が見出せず、関連規定や立法史を参照しても当該委任命令の当否が法律からは定かでない場合がある。あるいは法律から確認できる議会意思があったとして、ひとまず委任命令は文言形式的には従っているような場合も考えられる。これらの場合、当該委任命令は議会の指示に従っているので、上位の法令には適合しており適法となるのであろうか。

判例は、委任命令が議会意思に沿うものであった場合や、議会意思それ自体が見いだせない場合に、委任命令を策定する行政機関の裁量権に言及していると感じられる。しかしその際に、行政処分に関する裁量権の踰越濫用の場合と同じく、委任命令の合理性を問題としているように思える。こうして、① 委任命令の上位の法令との適合性の他に、委任命令の違法性を判断する第2の要素として、② 委任命令の合理性を挙げることができる。

本稿では、議会意思に着目する審査を委任命令の違法性審査についての第一段階と位置づけたうえで、合理性に着目した審査を委任命令の違法性審査の第二段階と位置づける。以下では、この合理性の審査に移行しているのだと思われる判例を見てみる。

二 合理性審査の態様

(1) 委任命令の内容に不合理な点があれば、当該委任命令は違法なもの

になる可能性がある。この可能性は、最高裁平成2年2月1日第1小法廷判決（民集44巻2号369頁，サーベル事件）において示されているように思える。

まず、サーベル事件の判決によると、銃砲刀剣類所持等取締法14条1項により刀剣を所持するには、「美術品としての価値のある刀剣類」として登録を受けなければならないが、この要件を充たすか否かの判断について、「第1項の登録は、登録審査委員の鑑定に基いてしなければならない。」（同条3項）、そして鑑定の基準は、文部省令で定めるものとされていた（同条5項）。これに基づき銃砲刀剣類登録規則が制定されていた。

判決は次のように述べている。

銃砲刀剣類所持等取締法の「趣旨は、どのような刀剣類を我が国において文化財的価値を有するものとして登録の対象とするのが相当であるかの判断には、専門技術的な検討を必要とすることから、登録に際しては、専門的知識経験を有する登録審査委員の鑑定に基づくことを要するものとするとともに、その鑑定の基準を設定すること自体も専門技術的な領域に属するものとしてこれを規則に委任したものというべきであり、したがって、規則においていかなる鑑定の基準を定めるかについては、法の委任の趣旨を逸脱しない範囲内において、所管行政庁に専門技術的な観点からの一定の裁量権が認められているものと解するのが相当である」（最高裁昭和62年11月20日第2小法廷判決・裁判集民事152号209頁が引用されている）。

「そして、規則に定められた刀剣類の鑑定の基準をみるに、規則4条2項は、『刀剣類の鑑定は、日本刀であつて、次の各号の一に該当するものであるか否かについて行なうものとする』とした上、同項一号に『姿、鍛え、刃文、彫り物等に美しさが認められ、又は各派の伝統的特色が明らかに示されているもの』を、同項二号に『銘文が資料として価値のあるもの』を、同項三号に『ゆい緒、伝来が史料的价值のあるもの』を、同項四号に『前各号に掲げるものに準ずる刀剣類で、その外装が工芸品として価値のあるもの』をそれぞれ掲げており、これによると、法14条1項の文言上は外国刀剣を除外してはいないものの、右鑑定の基準としては、日本刀であつて、美術品として文化財的価値を有するものに限る旨の要件が定められていることが明らかである。」

判決は、銃砲刀剣類所持等取締法の立法経緯に言及したうえで以下のよう
に述べる。

「規則が文化財的価値のある刀剣類の鑑定基準として、前記のとおり美術品として文化財的価値を有する日本刀に限る旨を定め、この基準に合致するもののみを我が国において前記の価値を有するものとして登録の対象にすべきものとしたことは、法14条1項の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めたものというべきであるから、これをもって法の委任の趣旨を逸脱する無効のものということはい。」

銃砲刀剣類所持等取締法は、「美術品としての価値のある刀剣類」について、何がそれに該当するかの鑑定基準を文部省令に委任していた。本判決における多数意見の判断は、法律の基準は一般的であり、具体的にどのような刀剣を登録対象にするかは文部省令に委ねられたと解したのであろう。

(2) サーベル事件では、法律の立法の経緯から登録対象として日本刀が想定されていたことが重視され、そして、登録対象を日本刀に限定したことは、「法14条1項の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めた」と評価されている。

本判決自体は、鑑定基準が登録対象を日本刀に限定したことを合理的なものとしているが、このロジックを一般化すると、法律の委任規定が一般的な文言であっても、制定された委任命令に不合理な点があれば違法であるという風に読み取ることができる。

本判決では、最終的には委任命令の内容の合理性への着目がなされている。だが、その前の部分で立法経緯が言及されており、その点では議会意思の探求がなされている。サーベル事件で多数意見が重んじたものの一つとしては、美術的価値のある日本刀について登録を受けることで所持が可能とした、戦後占領期から銃砲刀剣類所持等取締法の制定に到るまでの立

法経緯²⁰⁾がある。「最高裁は立法経緯から、議会意思は」、銃砲刀剣類所持等取締法における「美術品としての価値のある刀剣類」は日本刀であるとしているという判断をしたのだということが出来る。そのような議会意思が存在するのであれば、「美術品としての価値のある刀剣類」として日本刀の他に外国刀を認めるかということについては、一般的な条文によって立法権を授けられた行政機関の判断に委ねられているのだが、これを日本刀に限定することは不合理なものではないと判断したのだと考えることができる²¹⁾。

つまりは、サーベル事件においては「美術品としての価値のある刀剣類」を日本刀に限ることは立法経緯からすると議会意思から外れるものではなく、不合理なものでもないという二段階の判断によって規則の適法性が導かれたのだと考えられる。

三 判断過程の統制

(1) サーベル事件において、所管行政庁の「専門技術的な観点からの一定の裁量権」が言及されていることから窺える通り、合理性審査は、行政処分における行政裁量の審査に類似する。判例は、委任命令の違法性審査についても合理性審査に移行している場合、行政機関の裁量に言及することがある。そして、近時の判例では行政裁量の行使に対する司法審査において、判断過程の統制が社会観念審査に接合して用いられる例があるように、委任命令の司法審査についても、判断過程の統制の手法によって委任命令の適法性を判定しようとするものが現れている。

最高裁平成24年2月28日第3小法廷判決（民集66巻3号1240頁、老齡加算訴訟判決）は、この論点を示している。生活保護法8条1項は、生活保護は厚生労働大臣の定める保護基準によって行われるとしている。本件は、保護基準の改定により、「老齡加算」（70歳以上の者を対象とする生活扶助の加算）が廃止されたことが争われたものである。最高裁は以下のように述べて、老齡加算を廃止する保護基準の改定を適法とした（保護基準

が法規命令にあたるか否かには議論があるが、本稿では委任命令に含まれるものとして議論を進める)。

「生活保護法 3 条によれば、同法により保障される最低限度の生活は、健康で文化的な生活水準を維持することができるものでなければならぬところ、同法 8 条 2 項によれば、保護基準は、要保護者（生活保護法による保護を必要とする者をいう。以下同じ。）の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じて必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであって、かつ、これを超えないものでなければならぬ。そうすると、仮に、老齢加算の一部又は全部についてその支給の根拠となっていた高齢者の特別な需要が認められないというのであれば、老齢加算の減額又は廃止をすることは、同項の規定に沿うところであるといえることができる。もっとも、これらの規定にいう最低限度の生活は、抽象的かつ相対的な概念であって、その具体的な内容は、その時々における経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等との相関関係において判断決定されるべきものであり、これを保護基準において具体化するに当たっては、高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものである（最高裁昭和 51 年（行ツ）第 30 号同 57 年 7 月 7 日大法院判決・民集 36 卷 7 号 1235 頁参照）。したがって、保護基準中の老齢加算に係る部分を改定するに際し、最低限度の生活を維持する上で老齢であることに起因する特別な需要が存在するといえるか否か及び高齢者に係る改定後の生活扶助基準の内容が健康で文化的な生活水準を維持することができるものであるか否かを判断するに当たっては、厚生労働大臣に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が認められるものというべきである。」

「老齢加算の廃止を内容とする保護基準の改定は、[1] 当該改定の時点において 70 歳以上の高齢者には老齢加算に見合う特別な需要が認められず、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範囲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。」

本件改定については、「裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があるということではできない。」

老齢加算訴訟判決では、保護基準への委任の根拠規定である生活保護法8条1項の条文が抽象的であり、議会意思が確定できないため、最高裁は個別制度に関する基準の改定について委任元の法律への不適合を見いだせず、その結果として保護基準の改定自体の合理性が、問題になっていると考えられる。

(2) 老齢加算訴訟判決は、厚生労働大臣の裁量権を繰り返し強調する。それは本稿が取りあげた他の最高裁判例と比べて顕著なことである。判決のロジックには、最高裁で展開されている行政処分における裁量審査に関する理論の影響が見られる。調査官解説も行政処分に関する裁量統制の法理に言及して、本件では「判断過程（専門委員会における審議経過及び結果も含む。）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ものと考えられる。」としている²²⁾。

これは本稿で言う合理性審査の範囲が拡張されているものだと整理できる。サーベル事件における判決のロジックは、行政処分の裁量審査で言えば、社会観念審査による合理性の有無の審査に類似する。これに対し、本判決では老齢加算の廃止について、それを決定するに到る「判断の過程及び手続における過誤、欠落の有無」が問われている。行政処分についての近時の判例では、判断過程の統制が社会観念審査に接合して用いられているものが現れており、本判決ではそのような動向が、委任命令の違法性審査にも拡張されたのだと考えられる。

このことは本判決の一つの特徴に結びついている。それは、これまでの判例で決まり文句として用いられていた「委任の範囲を逸脱する」委任命令は違法であるという命題が現れず、かわりに、「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」は違法となるとされているということである。他の委任命令が争われた判例はいずれも、委任命令の内容自体

が主要争点となっている。故に違法とされたものは上位法が課す制約を超えたので違法だと評価されたのである。これに対して老齢加算訴訟のロジックでは行政庁が委任命令を策定するまでの判断過程における過誤欠落が問われているのである。

また本判決の調査官解説を見る限りでは、本判決は、判断過程の統制として、学校施設使用不許可処分事件判決（最高裁平成18年2月7日第3小法廷判決，民集60卷2号401頁）で示された実体的な判断過程の統制と、伊方原発訴訟判決（最高裁平成4年10月29日第1小法廷判決，民集46卷7号1174頁）で示された手続的な判断過程の統制の方式を「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」かどうかについて混交的に用いているように思える²³⁾。これは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で、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。

3 二段階審査

3.1 本稿が提示する枠組

(1) 本稿は、委任命令の違法性審査について、上位の法令との適合性と委任命令の合理性という二つの段階の存在の問題として整理する。これは、アメリカ行政法における行政機関の法律解釈の違法性の審査について、アメリカで圧倒的な影響力がある判例である連邦最高裁1984年のChevron 判決²⁴⁾法理を参考にしている。アメリカのChevron 判決法理の場合、行政機関の法律解釈の違法性については、第一段階として法律において議会意思が明白である場合はそれに従ったかが判定され、第二段階として規則自体が合理的なものであるかが審査される。Chevron 判決法理によって審査されるアメリカの規則 (rule) は、おおむね日本の行

政立法にあたるのだが、本稿は Chevron 判決法理をいわば翻案する形で、日本の判例における委任命令の審査手法を整理するものである。

Chevron 判決は簡単にまとめると、次のようなものである。アメリカの空気清浄法の下で環境保護庁は、空気清浄法の「固定汚染源」の解釈について、従来の個別汚染源毎に規制する方式に変えて、あたかも泡 (bubble) で工場全体を包むように、工場全体で一の「固定汚染源」とみなす新規則を採用した (バブル政策と呼ばれる)。この新規則の適法性が裁判で争われたのだが、連邦最高裁は、議会が正確に争点となる問題を直接に語っているのでない限り、裁判所は行政機関の解釈が、法律の許容可能な解釈である限りで、裁判所は行政機関の法律解釈に謙譲するという定式を示して、環境保護庁を支持した。この Chevron 判決の定式によると、議会が正確に争点となる問題を直接に語っているかがまず判定される。法律において議会意思が明らかであるときは、行政機関の法律解釈がそれに反している場合、裁判所はその行政機関の法律解釈を覆して、議会意思に従う。この議会意思の探求が Chevron 判決の第一段階である。だが、法律の条文が曖昧あるいは沈黙していて議会意思が明らかではない場合、議会は行政機関が充足すべき隙間 (gap) を残したと解されるので、裁判所は行政機関の法律解釈が許容可能かつ合理的である限りで、行政機関の法律解釈に謙譲する (この合理性の審査の部分が Chevron 判決の第二段階である)。Chevron 判決では空気清浄法の「固定汚染源」という語は曖昧であり、行政機関のバブル政策の採用は許容可能なものであるとされた²⁵⁾。

Chevron 判決法理は、二段階審査を提示していることになる。この二段階審査の理論的基礎について、ピアースの体系書の記述を手がかりに簡単に概説すると、次のようになる。

まず、もし議会が法律の制定過程において政策に関する争いを解決していたなら、行政機関と裁判所は議会の解決を採用しなければならないし、そこでの行政機関と裁判所の仕事は、このような「法」を発見し適用する

ことにある。これが Chevron 判決の第一段階である、法律に示されている議会意思に従ったかどうかの審査が適用される状況である。Chevron 判決によれば、法律において議会意思が明白に示されている場合は、問題はそこで決着し、行政機関も裁判所もそれに従うということになる²⁶⁾。

しかし、専門性不足、時間不足、洞察不足といった理由で、法律の制定の際に議会が、全ての政策に関する争いを解決することができなかった、あるいはしなかった場合は、議会は多くの政策に関する問題を開かれたままにしておいたということになる。議会が法律で政策に関する問題を解決しなかった場合、何らかの組織がこの争いを解決しなければならない。この組織には法律解釈 (statutory interpretation) の任務が要請されるのではなく、法律構築 (statutory construction) に従事することになる²⁷⁾。これは「法律」問題の解決ではない。むしろ政策問題の解決である。これが Chevron 判決の第二段階の合理性の審査が適用される状況である。Chevron 判決によれば、法律が特定の問題について沈黙している、または曖昧にしている場合、裁判所にとっての問題は、行政機関の解答が許容される法律構築に基づいているかどうかということになる。ピアースは、議会の権限の範囲内で政策に関する問題は、裁判所ではなく、行政機関によって解決されることが、行政機関に授権されたのだとしている²⁸⁾。

アメリカの Chevron 判決法理の考え方は、アメリカ的権力分立観に立脚している。基本的には議会意思が優先される。そこで法律において議会意思が条文から明白な場合、それに行政機関が反していないかどうかを裁判所が審査することになる。だが特定の問題について、法律が沈黙していたり曖昧であるということは、議会はその争点については行政機関に委ねているのだと考えられることになる。そのような場合に裁判所は、議会の当該問題は行政機関に委ねるという意味を尊重して、行政機関の法律解釈が合理的である限りで、それを尊重するということになる²⁹⁾。

(2) 本稿の立場は、アメリカで広く用いられている Chevron 判決法理の定式を借用し、日本の委任命令の違法性審査について二段階審査で説明

することを試みるというものである。

委任命令の違法性に対する二段階審査という構想は、わが国においても目新しいものではない。平岡久は、1992年初出の論稿で、「行政立法の内容の議会立法適合性の審査は、① 議会立法の解釈により明らかになる授權された規律対象の範囲等との適合性のほか、② 授權された行政機関の裁量権行使の仕方の合理性を問題にすることができる」と主張していた³⁰⁾。本稿の立場は、基本的にこの見解と同旨である。

従来までの議論では、委任命令の違法性について判例の二極化を指摘するものも見られる。豊島明子は最高裁の委任命令の適法性をめぐる判例には、行政庁に広範な裁量が認められることを前提として審査するタイプ（例としてサーベル事件が挙げられる）と、行政庁に広範な裁量が認められないタイプの二つの型があり、後者では「法律の委任の趣旨をその規定文言、趣旨・目的等、あるいは当該命令によって制限を受けることとなる権利の性質をも適宜考慮に入れつつ導出し、この法解釈に基づき命令の適法性が審査される」（例として児童扶養手当法施行令事件などが挙げられる）と整理しているが³¹⁾、このような二類型の存在は、判例で明示はされないが二段階審査が行われていると考えれば、一貫した説明を与えることができる。

まず、委任命令の審査にあたっては、審査の第一段階として、行政機関が委任命令で示した法律解釈が、上位の法令に適合するものであるかが審査される。ここでの中心的な争点は、委任元の法律の規定に当該委任命令が適合するかどうかであるが、この時に議会意思が手がかりとなる。文理からして直ちに不適合が導ける場合もあるが、多くの場合は、関連規定、法律の趣旨目的、立法史を総合的に判断したうえで議会意思に沿った内容の委任命令であるかが審査される。この第一段階の審査は、議会意思が特定できる程度に、法律において委任に関して具体的な指示がなされていることが、前提条件となる。そして、委任命令が、そもそも委任規定で定められた要件を変更していたり、委任命令の内容が委任

規定や法律の趣旨目的に明らかに適合しないものであれば、当該委任命令は違法となる。アメリカ行政法的な説明をすると、議会在委任に際し法律において示した議会意思に、行政機関が定めた委任命令が反しているの
で、当該委任命令が違法となる。議会は行政機関の専門的判断に問題解決を委ねるために立法権の委任を行うのだが、民主主義的な観点からは委任を行った議会の意思が重視され、議会意思に反している委任命令は直ちに違法となるのである。農地売渡処分判決、貸金業規制法施行規則事件、医薬品ネット販売権訴訟、東洋町議リコール署名事件、戸籍法施行規則事件はこのような類型であると考えられる。

法律の委任規定が抽象的であり、行政機関への指図が見出せない場合は、議会は行政機関に当該問題解決を委ねる趣旨であると解され、当該委任命令は第一段階の審査を通過することになる。法律の委任規定は具体的であるが、委任命令の内容が形式的には議会意思に反するものではない場合も同様に、第一段階の審査を通過する³²⁾。

ここから、第二段階の委任命令の合理性の審査に移行する。第一段階の審査の結果、委任命令が議会意思に反していない、あるいはそもそも議会意思自体が不明であることが判明しているの
で、裁判所は、議会から委任命令を制定する権限を授けられた行政機関の判断を尊重する。審査の第二段階では、当該委任命令の合理性が問題となる。当該委任命令の内容は一義的に法律に反するものではないことが判明しているが、行政行為の場合に裁量権の濫用・踰越が違法となるように、行政立法についても、行政機関は議会から与えられた権限の範囲内でしか権限行使をすることはできないので、規則が合理的なものであるかどうかの審査がされるのである。最高裁が、サーベル事件や老齡加算訴訟判決で委任命令についての裁量権に言及しているが、これは、当該委任命令の内容が、一義的に議会意思に反するものでない(サーベル事件)、あるいは委任規定が抽象的であるので(老齡加算訴訟判決)、第一段階の上位法令との適合性の審査は通過していることを前提として、合理性審査を行い、行政機関の判断の合理性を認め

る判決を下したのだと考えられる。サーベル事件では、銃砲刀剣類所持等取締法の制定の目的は日本刀の所持に道を開くことであったという立法経緯に言及されているが、これが議会意思を手がかりとした上位法令への適合と合理性審査の二段階の存在を示唆している。

判例は、判決の文言上は第一段階、第二段階を区別せず、一律に法律の委任の範囲を逸脱したか、あるいは裁量権の濫用・踰越にあたるかという一段階で審査をしているように見えるが、その考慮の実質を考えれば、上のような二段階審査であると解釈したほうが、理論的に明確な整理ができるというのが本稿の主張である。

(3) 筆者は、委任命令の実体的違法性についての裁判所の審査は、上の二段階審査が審査の中核を占めていると考える³³⁾。さらに、既に示したように委任命令の制定の際の手続も違法事由になりうるであろう。最高裁は、委任命令の合理性の審査の段階で、手続や憲法適合性の問題をも審査していると思わせる判断を示している。手続については、老齢加算訴訟判決では保護基準改訂の「手続における過誤、欠落の有無」が基準の適法性審査に際して考慮されている。また憲法規定との適合性についても、判例は、人権について委任命令の適法性審査との関連で審査しているように思える。この点については以下で論じる。

3.2 憲法適合性

(1) 委任命令の憲法適合性については、委任命令の違法性審査とは別の違憲審査を行うという手法も考えられるところである。しかし、判例は、委任命令の違法性の審査に合憲性の判断を取り込んでいるようである。これについて、児童扶養手当法施行令事件の調査官解説に興味深い注がつけられているので、以下に抜粋する。

「本判決が、直接憲法判断を行わなかった点について、憲法判断をあえて回避したものと捉える向きがないではない。しかし、法の委任を受けて制定される施行令

等の委任規定の当否を検討するに当たっては、まず、そうした委任規定が法の委任の趣旨に従ったものか否か、すなわち違法か否かが判断され、この点で適法とされたとしても、さらに、そのような法の委任が憲法の規定に違反したものであるか否かが検討され、憲法の規定に違反しているとすれば、違憲の問題が生ずることになるという判断過程は、通常のものといえよう。ある委任規定について、仮にその適用の結果が憲法規範に違反する状態を生ずることになるという場合、直ちに当該委任規定が憲法規範に違反するという判断がされるのではなく、まず、法がそのような憲法規範に違反する状態を生ぜしめるような委任をしているのか否かが判断され、法の委任がそのような憲法規範に違反する状態を生ぜしめる委任規定を置くことを許容していると解される場合に初めて、そうした法の委任が憲法規範に違反することになり、委任法と委任規定が憲法規範に違反するという判断がされるのが、むしろ一般的といえるのではないだろうか³⁴⁾。」

簡単にまとめると、違憲的な委任命令が制定されたとしても、それは法の委任の趣旨を外れたものであるので違法なものとして判断され、委任元の法律が違憲状態を生じさせるような規定を有しているような場合に、初めて当該法律の委任規定が違憲であると判断されることになる。この考え方だと違憲の判断がされるのは法律の委任規定であり、行政機関が定めた委任命令には、基本的に違法との判決がなされることになる。

上の主張は調査官解説ではあるが、すくなくとも、判例に内在する考え方の一つの可能性を示している。実際、最高裁判例は、憲法の精神をくみ取って、違法としたのだと解釈することができるような判決となるのが通例である。

医薬品ネット販売権訴訟では、判決で憲法22条1項による狭義における職業選択の自由と職業活動の自由の保障が言及されているが、結論として判決は、郵便等販売を一律に禁止した省令を違法だとしている。また児童扶養手当法施行令事件において、下級審では婚姻外懐胎児童を児童扶養手当の支給の対象外としている児童扶養手当法施行令の規定が憲法14条に違反するかが争点であったのだが（一審違憲（奈良地裁平成6年9月28日判

決、判例地方自治135号78頁）、二審合憲（大阪高裁平成7年11月21日、判例時報1559号26頁）であった）、最高裁は、児童扶養手当法施行令が児童扶養手当法の委任の範囲を外れたという、違法性の問題として処理している。その調査官解説が、上の抜粋である。

このような判例の傾向を見ると、判例の委任命令の違法性審査においては、憲法適合性の問題が違法性審査に吸収されているのだと言えそうである。すなわち違憲状態の委任命令であったとしても、そのような委任命令は、委任を定めている法律が予定していないものであるから違法とされ、そして、そのような委任命令を法律が条文上予定しているような場合には、当該法律が違憲とされるとの立場なのであろう。

(2) しかし、これは司法審査の緩和を意味するものではない。医薬品ネット販売権訴訟では最高裁は、職業活動の自由の保障を強調して、「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」としている。医薬品のネット販売の禁止を薬事法施行規則で定めるには、委任元の薬事法においてネット販売を禁止する議会意思が読みとれることを要求していると言える。この点については、法律の条文は抽象的であり、禁止する趣旨も禁止しないという趣旨も双方とも読みとれないので、行政機関の合理的な判断に委ねるという解決も考えられる。だが最高裁は、職業活動の自由を重視し、薬事法の医薬品のネット販売に関する沈黙をネット販売を禁止しない意思であると読み取り、ネット販売を禁止する薬事法施行規則を違法としたのである³⁵⁾。これは職業活動の自由の憲法的価値を解釈に組み込んだ結果、ネット販売を禁止するには明示的な議会意思が必要であると、第一段階の議会意思を手がかりとした上位法令との適合性の審査が強化されたのだと考えられる。この医薬品ネット販売権訴訟の手法は、他の最高裁判例とは異なる方向を示し

ている。サーベル事件のように他の判例は、委任元の法律が抽象的である場合、行政機関の裁量に言及して委任命令の合理性に対する比較的緩やかな審査で満足している。医薬品ネット販売権訴訟での強度の審査は、基本的人権の価値が違法性の審査に組み込まれたことの結果であると考えられる。

3.3 羈束？裁量？——委任命令の違法性審査に固有の図式設定の必要性

(1) 本稿は、委任命令の違法性の審査における判例の「裁量権」「合理性」への着目を合理性審査とし、二段階目の審査として位置づけている。判例の合理性審査は、行政処分における行政裁量の濫用・踰越の有無に関する審査に接近している。実際様々な判例で、委任命令の内容を確定する行政機関の裁量が言及されている。調査官解説でも委任命令の内容を定める行政機関の裁量が言及されている³⁶⁾。

学説においても委任命令の内容についての行政機関の裁量が言及されている³⁷⁾。平岡久は、行政立法について、議会立法適合性の判断がされるとし、続けて「議会立法の解釈によって明らかになる授権の内容（対象・目的等）の範囲内において、行政立法を授権された行政機関には、具体的にどのような内容を持つ行政立法を制定するかについての『裁量』の余地が認められることになる（行政立法裁量）。ただし、裁判所は、この場合においてもなお、行政立法にかかる裁量権行使の仕方の適否または合理性の有無を審査することができる。」としてサーベル事件を挙げている³⁸⁾。

行政裁量の概念は、現在の行政法学では行政処分に対する司法審査の場面において、行政事件訴訟法30条の適用可能性という形で機能する。そこには裁量が認められない場合は、判断代置型審査であり、裁量が認められる場合は、裁量権の踰越濫用の有無という観点から審査されるという含意がある。

(2) 委任命令という手法を採用する理由としては、変化する行政需要に応じて行政機関の側が委任命令の内容を随時修正して情勢に適合させると

ということが挙げられる。このことを考えると、まず委任命令の内容については、一義的に一つの正しい法律解釈があるという性質ではないと思われる。多くの場合、許容される行政機関の判断にある程度の幅はある³⁹⁾。

近時の文献では、黒川哲志がサーベル事件最高裁判決は委任命令に対して裁量の逸脱・濫用の観点から審査をしたものとして、サーベル事件の下級審判決やパチンコ球遊器事件（最高裁昭和33年3月28日第2小法廷判決、民集12巻4号624頁）の審査手法を解釈代置と位置づけて対比させている⁴⁰⁾。常岡孝好は、サーベル事件の法廷意見は合理性審査であるとするが、「法規命令の場合も判断代置審査は行われる。その上で合理性審査が行われることもある」とも述べている⁴¹⁾。

判例において委任命令の違法性の審査に際し、行政機関の裁量が言及されることがあるのはたしかである。だが、裁判所の委任命令に対する審査の手法は、全体としてみれば、まず委任規定の意味内容を明らかにして、委任元の法律に委任命令が抵触するような場合ではないときに、当該委任命令の合理性に着目した審査が行われているように思える。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。そのように考えると、委任命令の審査は、行政処分の審査のような行政事件訴訟法30条の適用の有無、すなわち羈束（判断代置）・裁量（裁量の濫用・踰越）の図式に基づいて判断されているのでなく、行政処分の審査とは別のカテゴリーの審査方式が、判例法によって形成されていると筆者は考える。

行政処分を念頭に置くと裁判所の審査形態は、判断代置によるか、または裁量権の踰越・濫用の審査によるかということになる。しかし、判例においては、行政機関の委任命令の内容を策定する裁量への言及がされるものもあるが、裁量への言及がない判例も多い。上の二分論をあてはめると裁量に言及しない判例は判断代置により審査したということになるだろう。しかし、判例は委任命令についての裁量が認められるか否かの基準について言及していない。仮に羈束か裁量かの二分論的思考を前提としてい

ると考えた場合、その判別に困難が伴う。

行政機関の裁量に言及しない判例であっても、暗黙のうちに行政機関の裁量を前提にしているのだと仮定することはできる。しかし、このように考えると、児童扶養手当法施行令事件や、東洋町議リコール署名事件のように、行政機関の判断に尊重を払わず、法律の趣旨目的から委任命令の違法性を導く判例と、サーベル事件のような行政裁量を尊重する判例が生ずる原因の説明に苦慮することになるだろう。

本稿の提示する枠組では、委任命令の違法性審査において、議会意思を手がかりとした上位の法令との適合性審査の後の合理性審査という二段階審査の図式が示される。そして、判例は合理性審査の部分で行政機関の裁量に言及しているのだと考える。このように考えることで、整理は容易になる。つまり、まずは行政の判断よりも委任を行った議会の意思が優先される。議会が法律の条文において議会意思を示していて、委任命令がそれに反するような内容であれば違法になる（この議会意思を手がかりとした上位法令との適合性の審査が本稿で言う第一段階である）。逆に法律の条文、立法史などから解釈される議会意思に委任命令が反していない、または委任命令の内容について委任規定が曖昧で議会意思が示されていないような場合、委任命令はひとまず議会からの授権の枠内にあると見なされる。このような場合に判例は行政機関の裁量に言及し、それが合理的である限りで当該委任命令は適法であると判断されるのである（この合理性の審査が本稿で言う審査の第二段階である）。

(3) さらに進めて考えれば、第二段階部分で行政機関の裁量という概念を使う必然性もない。委任命令は基本的に委任元の法律に適合している必要がある。そして本稿で言う第一段階、上位の法令との適合性に関する限りでは、裁判所は完全な審査を行っているように思える。これは委任命令の審査で顕在化する事象である。裁量的な行政処分の場合はそのものの処分の根拠条項に裁量を認める口吻が存在していることが、行政裁量が認められる前提となる。要件裁量であれば不確定な要件、効果裁量であれば

「～できる」規定のような具合である。この時、行政機関がどのように要件を解釈すべきか、処分をするかしないかについて、議会は特定の指示を与えていない。だが委任命令の場合は、委任命令の内容については常に行政機関が判断すべき幅はあるのだが、その上位の法令の条文の具体的な文言、議会意思により枠が設定される。このような枠の設定に関しては議会意思が行政判断に優先し、その点について裁判所は審査をするのである。逆に委任命令の内容が議会意思の枠内にある限りで、行政機関は判断の自由を享受し、裁判所は議会が法律上の委任という形で与えた行政機関の委任命令の内容についての判断の自由を尊重して、合理的であれば適法であるとすることになる⁴²⁾。このように委任命令の違法性審査には議会意思の枠内にあるかということについての完全な審査と議会意思の枠内での行政機関の判断の尊重という二面性があるので⁴³⁾、裁量か羈束かの二分論を持ち込む必要はないのではないかと感じる。

判例は、本稿で言う第二段階の合理性の審査に移行している場合に、行政機関の裁量に言及しているように思える。これについては、判例において定着しているようにも見えるが、当該委任命令が議会意思の枠内にあることを認め、審査の第二段階に移行していることの修辭であると捉えれば足りる。

お わ り に

本稿は、以下のようなことを論じた。

まず、判例は、委任命令が委任の範囲を超えれば違法となるという定式を示しているが、審査の際に中心になるのは、委任命令の① 上位の法令との適合性、② 合理性である。本稿はこれを二段階審査と整理する。① 上位の法令との適合性については、委任命令の内容の違法性は法律の文理、関連規定、法律の趣旨目的、立法者意思の観点から審査される。上位の法令との適合性の審査については、委任命令の内容が議会意思に沿うも

のであるかどうか手がかりになる。②合理性については、当該委任命令の内容が合理的であるかどうか審査される。ここでは判断過程の統制の方式も用いられている。

本稿が提示する① 上位の法令との適合性、② 合理性の二段階審査の図式はアメリカの Chevron 判決法理の定式から示唆を得たものである。すなわち、①上位の法令との適合性の審査については、法律の条文解釈から、議会意思の存在が読み取れる場合、委任命令がそれにかなうものであるかどうか裁判所により審査される。②合理性の審査については、条文が曖昧であって議会意思が表明されていない場合、あるいはひとまず委任命令の内容が形式的には議会意思に反するものではない場合の、二段階目の審査と位置づけられる。判例は、②合理性の審査の際に行政機関の裁量に言及している。だが、必ずしも裁量概念を用いて説明する必要はないとも思える。

アメリカの図式を翻案して日本に用いる本稿の主張には、批判もあると考えられる。例えば、アメリカと日本とは行政法の体系自体が異なるので、アメリカの図式はそのままでは日本にはあてはまらないのではないかなというようなものである。だが、法学の使命の一つが裁判規範の探求であるのであれば、先例の列挙に満足するよりは、外国の法理でも日本の判例を理解するのに有用であるなら、整理のために参考にすることのほうが有益であると考ええる。

他にも、Chevron 判決法理は、アメリカでは謙讓的審査と位置づけられているものであり、それを参照することは司法審査を後退させるものであるとの批判も考えられる。この批判については、Chevron 判決法理は、たしかに謙讓的審査とアメリカでは言及されているが、それに基づくアメリカの裁判所の運用は、他の法理と比べて謙讓的なものではないので、必ずしも司法審査の後退に結びつくものではないと答えることができる⁴⁴⁾。

二段階審査の構図を示しても、なお問題は残されている。例えば、アメリカでも議論されているように、上位の法令との適合性について手がかり

となる、議会意思をどのような形で明らかにするかというような問題がある。それは議会意思を明らかにするうえで、法律の文理に従って解釈をするか、立法史を参照するかというような裁判所の解釈手法の当否の問題となつて生じる⁴⁵⁾。またアメリカにも同種の議論が見られるように、裁判所は審査の第一段階と第二段階のどちら（あるいはどちらでもない段階）で解決をしたのか、第一段階と第二段階のどちらを裁判所が重んじているのかというような問題も考えられる⁴⁶⁾。本稿は大雑把な議論の端緒を提供するものに過ぎない。

- 1) 伝統的な説明として、田中二郎『新版行政法 上巻』（弘文堂、全訂第2版、1974）158頁以下。外部法的効力を持たない規範を「行政基準」と呼び、「行政立法」を対外的な拘束力を持つものに限定する説もある。代表的な主張として、平岡久『行政立法と行政基準』（有斐閣、1995）4頁以下。また、伝統的理論の「行政立法」に代わる概念として「行政基準」という語を用いる説もある。この説に立つものとして、大橋洋一『行政法1』（有斐閣、第2版、2013）131頁、宇賀克也『行政法概説I』（有斐閣、第5版、2013）269頁。
- 2) 教科書的な説明として、塩野宏『行政法I』（有斐閣、第5版補正版、2013）96頁以下。宇賀・前掲注(1)271頁以下。櫻井敬子=橋本博之『行政法』（弘文堂、第4版、2013）66頁以下。
- 3) 野口貴公美「行政立法」磯部力ほか『行政法の新構想II』（有斐閣、2008）25頁、27頁以下。
- 4) 杉村敏正『法の支配と行政法』（有斐閣、1970）261頁以下。
- 5) 宮田三郎『行政裁量とその統制密度』（信山社、増補版、2012）26頁以下。
行政立法と司法審査の関連についての平成16年行政事件訴訟法改正以前の議論については、以下の資料が詳しい。
行政訴訟検討会第31回会合配付資料参考資料8 行政立法の司法審査 <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/dai31/31sankou8.pdf>（2014年7月30日閲覧）
- 6) 田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957）368頁以下。
- 7) 行政立法の手続的統制を主張するものとして、杉村・前掲注(4)263頁、高橋信隆「行政立法の法的統制」芝池義一ほか編『行政法の争点』（有斐閣、第3版、2004）26頁、27頁。大浜啓吉「委任立法における裁量」公法研究55号（1993）172頁、179頁以下。
- 8) 田中・前掲注(1)162頁。田中二郎『新版行政法』では瑕疵ある命令について、「その瑕疵が重大かつ明白なときは、命令として何らの効力を生じない」として、法規命令にも公定力が生じることを示唆しているが、田中・同上162頁、現在の学説・判例は法規命令の

公定力を認めてはいないと思われる。

- 9) 平岡・前掲注(1)51頁以下。
- 10) 野口・前掲注(3)38頁以下。
- 11) 船田正之「委任の範囲(1)」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ』(有斐閣, 第6版, 2012) 104頁, 105頁。
- 12) 富沢達「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和46年度302頁, 312頁。
- 13) この点で, 平岡久は「授權条項適合性」と「関係条項等適合性」に区別をしている。
- 14) 事件当時の条文は D1-Law.com 現行法規によった。
- 15) 監獄法事件の調査官解説は「幼年者の側からの接見の自由という観点に立つまでもなく, 規則120条および124条が, 被拘留者と幼年者との接見を許さないとする限度において, 法50条の委任の範囲を超え, 無効である, と判断したものである。」としている。増井和男「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成3年度350頁, 360頁。
- 16) 行政手続法38条1項についても, 「『根拠となる』法令とは, 委任の根拠条項のみならず, 当該命令等により施行する制度を定める法令全体を指す。『法令の趣旨に適合する』とは, 法令の文言のみならず, 法令についての国会での答弁内容等にも合致することを含意している。」と解説されている。宇賀克也編『改正行政手続法とパブリック・コメント』(第一法規, 2006) 41頁。
- 17) 中原太郎は, 「法50条1項の範囲内での自由な命名を保護しようとの最高裁の意図を見出せるのではないか」と分析している。中原太郎「判批」法学協会雑誌122巻11号(2005) 161頁, 172頁。
- 18) 本稿が議会意思という語を用いるとき, 行政部, 司法部との関係で立法部としての議会が, 法律全体において示している意思という意味で用いている。類似する語として立法者意思という語があるが, 立法者意思という語には法律の起草者の意思という含意があるので, 本稿では議会意思とは異なる概念として用いている。
- 19) 医薬品ネット販売権訴訟の第一審判決(東京地裁平成22年3月30日判決, 判例時報2096号9頁)では, 法改正の際の国会での質疑応答の内容という立法史を参照することで, 対面販売の原則が導かれて, 最高裁とは逆に, 薬事法施行規則が適法であるという判断が下されていた。これに対して阿部泰隆は, 裁判所による恣意的な立法史の参照を批判していた。阿部泰隆「違憲審査・法解釈における立法者意思の探求方法」加藤一郎先生追悼論文集『変動する日本社会と法』(有斐閣, 2011) 69頁。
- 20) 調査官解説は, 銃砲刀剣類所持等取締法の立法経緯から, 「わが国の歴史, 文化と深いつながりを有する日本刀について, その文化財的価値を認めて登録の途を開いた」という銃刀法の立法経緯に言及する一, 二審の判決を相当の根拠があるように思える」と位置づけている。高橋利文「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成2年度69頁, 85頁以下。
- 21) 本判決に関する調査官解説・判例評釈において, 将来において外国刀剣を登録対象とすることは排除されないとする説が見られる。参照, 中川文久「判批」法学協会雑誌109巻8号(1990) 110頁, 122頁。平岡・前掲注(1)80頁。高橋・前掲注(20)。外国刀剣の登録は認めないという議会意思を断定的に見出せないこと, 委任に関する法律の条文自体は一般的なものであることから, このような結論になるのだと考えることができる。

- 22) 岡田幸人「判解」法曹時報65巻9号（2013）209頁，245頁。調査官解説ではたびたび、川神裕「裁量処分と司法審査（判例を中心として）」判例時報1932号（2006）11頁が引用されている。
- 23) 調査官解説では、両者に言及がなされている。岡田・同上243頁以下。
- 24) *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).
- 25) *Chevron* 判決の要約について、JACK M. BEERMANN, *INSIDE ADMINISTRATIVE LAW* 127-128 (2011). を参考にした。
- 26) RICHARD J. PIERCE, JR., *1 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 160 (5th ed. 2010)
- 27) *statutory construction* という語は、アメリカの文献で *statutory interpretation* と同義に扱われることが多く、わが国の文献でも「法律解釈」という訳語があげられることが多い。筆者も通常はそのように訳しているのだが、ここではピアースが引用箇所にて *statutory interpretation* と *statutory construction* を区別しているため、*statutory construction* を「法律構築」と訳して区別している。
- 28) PIERCE, *supra* note 26 at 160-161.
- 29) 本稿はアメリカの状況について詳述しないが、*Chevron* 判決に関するアメリカの議論について、詳しくは、正木宏長『行政法と官僚制』（成文堂，2013）149頁以下，196頁以下，及びそこで引用した文献を参照。
- 30) 平岡・前掲注(1)92頁。既に見た平岡の1984年初出の論稿とは若干表現が異なるが、1984年の論稿で「議会立法適合性」（これは「授権条項適合性」と「関係条項等適合性」に分けられる）と表現したものを「議会立法の解釈により明らかになる授権された規律対象の範囲等との適合性」と言いかえたのだと思われる。
- 31) 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（2013）29頁。
- 32) アメリカでの *Chevron* 判決法理の場合、議会意思が明らかである場合は、そこで決着するとされているが、日本法の現状を考えたとき、法律の条文に委任命令が形式的に適合していても、なお当該委任命令が不合理であるので違法であると考えられる場合があると思える。そこで本稿は、形式的に上位の法令に適合しても、なお第二段階の合理性審査の余地があると整理する。
- 33) 既に見たように、野口貴公美は委任の根拠となる法律の文言に応じた類型で説明をしている。もっとも、平岡久や本稿の二段階の説明を一つにまとめると、野口のような説明になるとも考えられ、本稿の立場と大きな差はないとも思える。
- 34) 竹田光広「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成14年度(上)169頁，182頁。
- 35) 山下竜一は、裁判所は立法者はネット販売の規制を委任しているとも委任していないとも断定できなかったが、委任命令が基本的人権を制約していることに着目して、立法者は委任していないと見なしたのではないかと整理している。山下竜一「判批」判例評論665号（2014）137頁，140頁。この点で田中二郎が、法律が人民の自由活動を承認する趣旨において特別の規定をしていないことが明らかかなような場合においては、これを規制するため下級の命令は、法律の先占区域を侵害するものとして、有効には成立し得ないと主張していたことは参考になる。田中・前掲注(6)368頁。
- 36) 調査官解説で委任命令についての裁量が言及されているものとしては、児童扶養手当法

施行令事件について、どのような範囲の児童を支給対象児童として線引きをするかに関する政令制定権者の「裁量的判断」、竹田・前掲注(34)180頁。戸籍法施行規則事件について、常用平易な文字の範囲に関する法務大臣の「一定の裁量権」、中村也寸志「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成15年度(下)855頁、868頁。

- 37) 芝池義一『行政法総論講義』(有斐閣、第4版補訂版、2006)70頁。原島良成=筑紫圭一『行政裁量論』(放送大学大学院教材、2011)69頁以下。
- 38) 平岡・前掲注(1)53頁以下。
- 39) このような判断余地を芝池義一は、「法律との関係での裁量(対法律裁量)」として、司法審査との関係での裁量である「対司法裁量」と区別している。芝池義一『行政法読本』(有斐閣、第3版、2013)66頁以下。本稿では、芝池の言う「対司法裁量」に着目して裁量の語を用いている。
- 40) 黒川哲志「行政機関による法解釈とその裁量統制」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』(有斐閣、2012)673頁、675頁以下。
- 41) 常岡孝好「裁量基準の実体的拘束度」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』(有斐閣、2012)691頁、700頁以下。
- 42) 行政処分に関する裁量についても議会の設定した枠を想起できる場合がある。例えば懲戒処分について、法律が、「懲戒処分として、免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができる。」(国家公務員法82条)と定めている場合で、処分庁が重営倉や禁足の処分を行えば、それは明らかに違法であろう。処分の選択に関する裁量について選択にあたっての特定のメニューが示されている場合、メニュー外の処分がされれば、その処分は確定的に違法なものとなると解される。そのうえで行政庁は処分をする・しないの判断についての裁量を享受する。

委任命令の場合、委任元の法令が過度に白紙委任的であれば委任規定それ自体が違憲となるため、委任内容はある程度は特定のであることが前提となる。ゆえに委任命令と上位の法令との適合性が常に問題となるのである。
- 43) 中原茂樹は、児童扶養手当法施行令事件について「一般に社会福祉制度を具体的にどのように構築するかは、第一義的には(法律およびその委任を受けた行政立法の)立法者の判断に委ねられ(反対意見は、このことを重視している)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。」としているが、中原茂樹『基本行政法』(日本評論社、2013)165頁以下、これは本稿で言う、法律によって具体的な議会意思が示されている場合は、審査の第一段階として、示された議会意思の枠内に委任命令があるかどうかの審査が行われるという問題を論じているのだと考えられる。
- 44) アメリカにおける経験的研究は、Chevron 判決法理は他の行政法上の判例法理と裁判

委任命令の違法性審査（正木）

所の行政決定の破棄率がそれほど異ならないということを示している。正木・前掲注(29) 225頁以下。

- 45) 例えばピアースは、立法史を用いる判例に対して、立法史が議会ではなく議会スタッフによって執筆されることや、主要な法律の大部の立法史は矛盾した言及を含んでいて不確定的であることを理由に、立法史を用いるのは正当ではないと批判している。PIERCE, *supra* note 26 at 230. アメリカ行政法における法律解釈方法論については、筑紫圭一「アメリカ合衆国における行政解釈に対する敬讓型司法審査(上)(下)」上智法学論集48巻1号(2004) 218頁, 48巻2号(2005) 284頁。福永実「行政法教育と制定法解釈」広島法科大学院論集10号(2014) 207頁, 232頁以下。

委任命令の委任規定適合性の審査に際しての立法史の利用に関しては日本でも、すでに議論されているところである。本文で既に見たように判例は立法史を利用しているが、学説では以下の文献は文理解釈の重要性を主張している。サーベル事件について、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(2008) 1頁。医薬品ネット販売権訴訟について、阿部・前掲注(19)。

- 46) アメリカ連邦最高裁は、Chevron 判決の適用に際して第一段階の議会意思への適合性を重視している旨の指摘が既になされている。黒川哲志『環境行政の法理と手法』（成文堂，2004）244頁。筑紫・前掲注(45)「敬讓型司法審査(下)」268頁。本稿の整理するところでは、日本の判例においても、委任命令が違法とされるものは、上位の法令との適合性での場面で決着がついていると感じられる。