

立法裁量の「判断過程統制」の観念について

山 本 真 敬

目 次

序

1. 藤田宙靖裁判官の「判断過程統制」
2. 学説の理解
3. 検討すべき課題

小括

序

参議院議員定数不均衡訴訟に関する最大判 2004 年 1 月 14 日民集 58 巻 1 号 56 頁（以下、2004 年判決という）の「補足意見 2」において、「判断過程統制」としばしば指摘される手法が用いられたことは、よく知られている¹。それによれば、「結論に至るまでの裁量権行使の態様が、果たして適正なものであったかどうか、例えば、様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか〔以下、時宜適合判断審査という〕、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされてはいないか〔以下、考慮要素審査

という〕、といった問題は、立法府が憲法によって課せられた裁量権行使の義務を適切に果たしているか否かを問うものとして、法的問題の領域に属し、司法的判断になじむ事項として、違憲審査の対象となり得るし、また、なされるべきものである」（民集 56 巻 1 号 69 頁）。

この 2004 年判決以降の判例の展開について、本稿筆者は既に一定の分析を行ったことがあるが〔山本 2017；山本 2011〕、本稿では、判例の展開からは一旦離れて、上記の「判断過程統制」を理論的な観点から分析・検討するための準備作業を行いたい。すなわち、2004 年判決以降、立法裁量が認められる領域において「補足意見 2」を引き合いに出しつつ「判断過程統制」を活用する可能性がしばしば示唆されているものの、そもそも「どのような判断手法を判断過程統制と位置づけるかについて必ずしもコンセンサスが成立していない」〔櫻井 2013, 79〕との指摘があるように、そもそも「判断過程統制」とは何かということ自体が未だ充分に検討されているとは思われないからである。そこで本稿では、まずは立法裁量の「判断過程統制」がどのように観念されているのかを整理することを試み、今後の検討に備えることとしたい²。

1 なお、術語として「判断過程審査」や「裁量過程統制型審査」等の語が用いられることがあるが、その内容において差異が無いと考えられる場合には、本稿では便宜上「判断過程統制」と呼ぶこととする。

2 なお、棟居快行は、2004 年判決以前に立法裁量の「判断過程統制」を主張していた。棟居は、「二重の基準論」の根拠としてしばしば持ち出される裁判所の審査能力の欠如という指摘について、伊方原発訴訟最判によって採用された「判断過程の『看過し難い過誤』を統制する（という意味での）いわゆる手続的審査方式」によってその欠如は埋め合わされるという。すなわち、「実体的審査能力が欠如しているという認識は直ちに無審査に近い緩やかな審査に結びつくのではなく、むしろ判断過程の手続的適正さの審査に結びつく」。そうであれば、「経済規制立法の合憲性の判断に際しては、立法過程において適切な判断材料に基づいて審議が進められたか、という手続審査が可能である。そして手続審査に際しては、立法の対象事項についての専門的判断能力は不要なのであるから、手続に絞ったうえでの厳格審査が可能であり、実体判断の適正さを放棄する代わりに手続審査がなされるのであれば、審査基準は厳格なものでなければならない」〔棟居 2001, 410f.〕。ここで棟居のいう「立法過程において適切な判断材料に基づいて審議が進められたか」という「手続審査」は、議事手続等の審査を指しているようには見えない（この点について、1. (2) 参照）。

1. 藤田宙靖裁判官の「判断過程統制」

(1) 「真摯な努力」論

学説は、上記「補足意見2」を議論の出発点に据えることが通例であるので、ここで「補足意見2」のその後を簡単に述べておくことにしよう。

まず、藤田宙靖裁判官は、最大判2009年9月30日民集63巻7号1520頁（以下、2009年判決という）の補足意見では、一方で、選挙制度の在り方を立法府が考える場合、立法府は「多様な政策的要請を踏まえ、適正な裁量を行う義務を負って」いるところ、「この義務に反して、例えば、変転する社会情勢等を考慮に入れ時宜に適した判断をしなければならないのに、慢性的に旧弊に従った判断を維持し続ける」（時宜適合判断審査）場合や、「当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、あるいはさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断をしている」（考慮要素審査）場合、「憲法によって課せられている義務に適った裁量権の行使を行わないものとして、憲法違反との司法判断を受けてもやむを得ない」（民集63巻7号1528-1529頁）、と述べていた。

しかし他方、藤田裁判官においては、実際には時宜適合判断審査こそ中心的意義を有していたと考えられる〔山本2011, 210f.〕。というのも、上記補足意見は結局、本件で「問われるべきは、平成16年判決〔2004年判決〕以後本件選挙までの間に、立法府が、定数配分をめぐる立法裁量に際し、諸々の考慮要素の中でも重きを与えられるべき投票価値の平等を十分に尊重した上で、それが損なわれる程度を、二院制の制度的枠内であっても可能な限り小さ

くするよう、問題の根本的解決を目指した作業の中でのぎりぎりの判断をすべく真摯な努力をしたものと認められるか否かである」（同1529-1530頁）、と述べているからである（以下、これを「真摯な努力」論という）³。先ほどの「補足意見2」との関係でいえば、この「真摯な努力」論は、半数改選制の下、都道府県を配分の基準（都道府県代表的性格）にするとすれば本来重視されるべき投票価値の平等を犠牲にせざるを得ない段階に至っている状況の下で、その基準を大きく改変するという「時宜に適した判断」をしなければならないところ、都道府県から最低1名以上選出するという「旧弊に従った判断」を維持するのではなく、上記改変のための「真摯な努力」を行ったか否かを審査するというように、時宜適合判断審査と順接し得るもの一つまるところ、同義のもの一と理解できるだろう。

そして、藤田裁判官の「判断過程統制」においては、この「真摯な努力」がなされていないことが、一元的に、区割規定や定数配分規定の合憲性を左右するという枠組み（「主観的違憲要素一元論」〔櫻井2011, 165〕）になっている、ということに注目すべきである〔渡辺2017, 797；櫻井2013, 83；戸内2012, 47；毛利2010, 70〕⁴。すなわち、従来の「1票の較差」に関する判例法理は、違憲状態の有無を判断した後に相当期間（ないし合理的期間）の経過を判断するという二元的な枠組みであり、そして、この合理的期間の経過の有無の判断において、「立法者の努力を評価する」という「違憲の主観化」がなされていた。これに対して、藤田裁判官の「判断過程統制」は、「真摯な努力」の有無が合憲違憲の結論に直結するという枠組み（規範内容間抵触＝違憲状態の有無を前提としない「違憲の主観化」）なの

3 最大判2006年10月4日民集60巻8号2696頁（以下、2006年判決という）における藤田宙靖補足意見も、同旨である（同2705-2706頁）。

その見解〔藤田2016, 35；藤田2012, 145〕をみると、裁判官藤田宙靖は「その事件において、最も適正な紛争解決」をその行動準則としていたと理解できる（なお、裁判官藤田宙靖について検討するものとして〔渡辺2017〕がある）。このような観点から、国会が抜本的是正に向けた動きをなかなか示してこなかった「1票の較差」訴訟について、「少なくとも、本当にやれることを全部やったかどうかと、本気でどれだけやったかというところのコントロールを必要が出てくる」〔藤田2016, 271〔藤田〕〕と考え、「真摯な努力」を持ち出したとも理解できる〔山本2014, 385註5〕。裁判官藤田宙靖においては、このような「真摯な努力」の立法者に対する要求は、「1票の較差」訴訟に限ってなされるべきものであった事例判断と理解することも可能である。

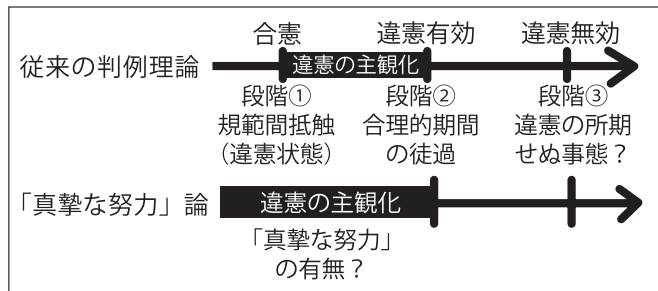
4 もっとも、本文の理解とは異なり、藤田裁判官の「真摯な努力」論が、較差4倍超が合憲とは明言できない状態にあること（客観的違憲の存在）を暗黙の前提として述べられた或る種の事例判断と理解するならば、一元的な「違憲の主観化」をどのように理論的に考えるべきかという論点自体が解消される。

である（右図参照）⁵。

(2) 考慮要素と努力の関係および実体と手続の関係

ここで、「真摯な努力」論における「実体」判断と「手続」判断の関係について、若干の検討を加えておきたい。2006年判決および2009年判決の藤田宙靖補足意見にいう「考慮要素……を十分に尊重した上で……真摯な努力をしたものと認められるか否か」という説示は、①「考慮要素……を……尊重した」という点と②「真摯な努力をした」という点の2つのポイントがあるように見える。それゆえ、後に触れる2.(1)の見解のように、それら2点の関係が問題になることがある。

この点に関しては、①の点を重視すればするほど「実体」的審査の側面が前面に出ることになり、考慮要素審査型に限りなく近づくことになるであろう。しかし、②の点を重視すればするほど考慮要素の取扱いに関する審査の比重は低下せざるを得ない。それは、例えば考慮要素について他事考慮があるものの立法者に「努力」が見られる等、②が①を打ち消すときには、とりわけ「努力」の要素が「考慮要素」の審査の意義を相対化させる場面が生じ得るということの意味する。逆に、考慮要素について適切な判断を立法者が行っているときには、もはや「努力」はわざわざ問題にする必要がない。このように、立法者の「努力」という要素は、考慮要素に関する立法者の判断の意味を相対化させる方向で



しか機能しないように思われる〔山本 2011, 210f.〕。このような理解が正しいのであれば、「考慮要素……を十分に尊重した上で……真摯な努力をしたものと認められるか否か」という説示は、結局は単なる「総合衡量」を意味することになり、しかもその「総合衡量」においては②の立法者の「努力」が①の考慮要素についての立法者の判断の不適切さを相殺する機能を持つことになってしまう⁶。つまりは、立法者の「努力」が審査において決定的な役割を演じることになってしまうように思われるのである。

このように考えるならば、結局は、立法者の「努力」という要素を読み取るべきか否かという点に決定的な分岐点があると思われる。つまり、「補足意見2」にせよ藤田裁判官の補足意見にせよ、考慮要素に係る審査を相対化させる方向の議論を認めるべきではないとするならば、立法者の「努力」を評価する要素を読み取るべきではない、ということになる⁷。

以上のように考えてくると、「違憲」の判断については、おそらく無自覚的にこれまで前提とされて

- 5 なお、立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断枠組みも、違憲の明白性+不作為（注意義務違反）という「二元的」枠組みである。この点、在外邦人選挙権違憲訴訟最判（最大判 2005 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁）の「やむを得ない事由」の有無の判断（公選法の合憲性審査）の位置づけが問題になる。在外邦人選挙権違憲訴訟最判では、内閣提出法案の廃案以来 10 年以上放置したこと（民集 59 卷 7 号 2097 頁・同 2101 頁）については「立法の合憲性それ自体の判断と国賠法上の違法性の判断とはその内容において重なって」おり、「公権力行使の違法性それ自体が問題となる局面ですでに主観的事情が判断要素に含まれてくる場合には、公権力発動要件規範と職務行為規範を区別することの意味は薄められる」〔鶴澤 2010, 139〕 ことになり、規範内容間抵触のみが違憲という結論を導いているわけでは無いからである〔山本 2012b, 10〕。「不作為」が問題となる場面において、「立法者の努力を評価する手法」をどのように位置づけるかが問題となるであろう（例えば、そのような場면을権利の制限と考えるか立法不作為と考えるか〔参照、高橋 2017, 137〕）。
- 6 これに対して、この説示について、立法者が努力しており、かつ、その結果としての考慮要素に係る立法者の判断が適切なものである場合には争われた法律を合憲とするものと理解することはどうか。このような理解においても、その第 1 段階は立法者の努力の有無が法律の合憲性を一元的に左右する「違憲の主観化」を認めることになる。しかも、立法者の考慮要素についての判断が憲法上適切でないならば、それだけで違憲と判断すればよく、わざわざ立法者の努力を云々する必要もない、ということになる。
- 7 ただし、2004 年判決「補足意見 2」はともかく、2006 年判決および 2009 年判決の藤田宙靖裁判官の補足意見については、「努力という主観的要素に重点があると理解の方が素直」〔櫻井 2013, 80〕である。

来た客観的違憲一元論（客観的違憲〔規範内容間抵触〕のみによってこれを判断する考え方）、「1票の較差」訴訟においてこれまで用いられてきた客観的および主観的違憲二元論（客観的違憲〔違憲状態〕があることを確定した上で立法者の非難可能性がさらにある場合にのみ違憲とする考え方）、そして、主観的違憲一元論（立法者の「努力」が無ければそれだけで違憲とする考え方）という3つの考え方が成り立つところ、上記説示は、客観的違憲の確定後に立法者の努力の有無を判断するという事になっていない以上、主観的違憲一元論にならざるを得ないのではなからうか

ところで、「真摯な努力」論は、立法者の努力の有無を法律の合憲性判断の決め手とするものであり、それは確かに実体的判断代置とは言えないものである。しかし、それは、必ずしも「手続」的—「実体」および「手続」という語から何を想像するのかにも依存するが—という訳でもないと思われる。まず、それは、上述のとおり、議事手続等の手続規範違反を問題にするものではない。さらに、立法者は「努力」をしなければならず、そしてその「努力」という要素に決定的な意味があるものの、「努力」の向けられる「先」は（ここでは投票価値の平等という、実体的な）考慮要素なのである。立法者の「努力」という観点から「会合」[毛利 2010, 72]をどれくらい開催したのかということを見ても、例えばそれが参議院の選挙制度改革に関する委員会、都道府県に偶数配分することについて、投票価値の平等からどのような議論がなされたかといったように、開催された委員会が何か・議題として何を取り上げたか、委員間で活発な議論がなされたのはどの点か、といった点も「実体」と関わらざるを得ない。

他方、考慮要素についても、「国会がカウントしたある要素が本来考慮すべきでない『他事』であった」という判断、あるいは逆に、国会がカウントしな

かった要素が『要考慮事項』であったという判断は、考えようによっては、やはり実体的である」[大石 2004, 152]。

このように、考慮要素審査はもとより、「真摯な努力」論においても（「努力」という要素に相対化されざるを得ないものの）実体的なるものは消えるわけでは無いのである。

2. 学説の理解

(1) 2004年判決直後

2004年判決直後は、「補足意見2」に対して、それが行政裁量の統制手法を立法裁量にも応用・適用したものであることや[福井 2007, 39; 今関 2004, 92]、考慮要素審査および時宜適合判断審査の双方に着目した理解がなされていたことを指摘できる。つまり、以下で紹介する見解[福井 2007, 39f.; 新井 2004, 69; 今関 2004, 92f.]は、「補足意見2」においては投票価値の平等という考慮要素の取り扱いが従来の判例法理とは異なること、他方で「補足意見2」が立法者の行為を何らかの意味で評価していることを読み取っている。

例えば、「補足意見2」を評して、「諸要素の考慮は立法政策の問題ではなく法問題であると明言する点は、憲法的価値を有する問題を立法裁量の枠外に置くことで、立法裁量の限界を法的に示したものとしつつ、「補足意見2」の当時の選挙制度に対する合理性の見立てにつき『出発点で合理的なだけで、その後立法院は制度改革に切磋琢磨してきたのか』ということであり、この意見は今回の公選法改正の努力を合憲としたにすぎない」とする見解[新井 2004, 69]は、考慮要素審査において従来の法廷意見とは投票価値の平等の意義が異なる取扱いを受けていることを看取しつつも、「補足意見2」自体は立法者のその時点の「努力」を評価したものと理解している⁸。

8 新井誠は、その後も、後に述べる小山剛の「裁量過程審査型」審査について、「特に裁量権行使の『過程』に注目した裁量過程統制型審査の場合、立法目的の合理性や手段と目的との合理的関連性をクリアしても、立法形成過程の議員の立法に携わる上での『心得』を問う以上、目的・手段審査とは異なる新たな審査ポイントを設けることになる」。そしてこの手法では、裁量権行使の際の「立法院が守るべき行為規範の抵触を裁判所が判断する」という指摘を行っており[新井 2011, 44]、「実体」（立法目的の合理性および目的と手段の合理的関連性）および「努力」（立法院が守るべき行為規範）双方から「判断過程統制」が構成されているとの見解を維持している。

また例えば、「補足意見2」が従来の法廷意見とは異なり投票価値の平等と他の考慮事項の間での「序列」を語る点で「立法裁量のプロセスを可視化させ、それを手掛かりに裁判所が裁量統制を行う方向を示している」とする一方⁹、「立法裁量論を手続統制に純化する方向を目指した」「補足意見2」も、「国会のちょっとした所作をとらえ違憲判断を回避」してしまったとの指摘もなされている〔今関2004, 92f.〕。この見解も、投票価値の平等という考慮要素に関する判示に一定の意義を認めつつも、「国会の……所作」、つまり努力によって合憲・違憲が左右されたと理解している。

さらに例えば、「補足意見2」は「立法裁量の適正行使義務というものを措定し、立法府に上記義務違反があるかどうかを吟味しようとするもの」であるとしたうえで、様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされてはいないかといった「諸点を十分に考慮した上での立法であれば、その内容が選挙区間におけるかなりの人口較差を許容するものであっても合憲であるといえるのか、合憲とするならば、その理由はなぜなのかが問われよう」とする見解〔福井2007, 39f.〕は、考慮要素審査と時宜適合判断審査の連関について問題提起をするものとして理解できるだろう。すなわち、例えば、投票価値の平等が重視されるべきであるからこそ選挙制度の大幅な変更作業に従事しているのではあるが未だ成案に至らず結果として大きな投票価値の不平等が継続しているような場合にも「補足意見2」は合憲判断を下し得るのかという疑問を、この論者は提起して

いるのではなかろうか¹⁰。

このように、各論者において明確とは言えない部分があるものの、考慮要素審査と時宜適合判断審査の連関を意識した言説が、2004年判決の直後においては見られるところであった。ところが、その後の学説をみると、立法裁量の「判断過程統制」としては、一方では「補足意見2」の考慮要素審査を念頭にそれを観念するもの（以下、考慮要素審査型と呼んでおく）に、そして他方では「補足意見2」の時宜適合判断審査を念頭にそれを観念するもの（以下、時宜適合判断審査型と呼んでおく）に分かれているように見える。以下、それらを検討しよう。

(2) 考慮要素審査型

考慮要素審査型は、2004年判決「補足意見2」の考慮要素審査の部分をもって「判断過程統制」と理解するものである。

例えば、小山剛の見解を見てみると、小山は上記「補足意見2」を「裁量権行使の過程に着目する」審査の「ひな型」としている〔小山2016, 183f.〔下線原文〕〕。小山は、上記「補足意見2」を、「結論に至るまでの裁量権行使の態様が、果たして適正なものであったかどうか、……当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされてはいないか、といった問題は、……法的問題の領域に属し、司法的判断になじむ事項として、違憲審査の対象となり得る」。「地域的利益を考慮すること自体はおよそ不合理であるとは言えず、あるべき政策的選択肢の1つであるが、地域的利益・半数改選制・人口比例の間の均衡が著しく崩れたことに全く配慮せず、ただ無為の

9 もっとも、この論者は「投票価値の平等の規範内容を立法裁量論とは独立に画定しようとしていないため、立法者による様々な考慮事項に関する裁量的判断の中で投票価値の平等の要請をやはりどこかに雲散霧消させている」点で、「補足意見2」が、投票価値の平等の憲法上の意義をきちんと捉えきれず「立法裁量の合理性しか問題としない」「所詮裁量論」とどまる枠組みであるとして厳しく批判している〔今関2004, 92f.〕。

10 このような理解が適切であれば、「補足意見2の立場からは、『投票価値の平等』は『憲法上直接に保障されていると考えられる事項』とされているのだから、それを『十分に考慮した上で』あれば『かなりの人口較差を許容する』立法ができるはずはない」という反論〔渡辺2009, 41；渡辺2017, 792註38〕は、「補足意見2」の考慮要素審査の部分のみに着目した反論であり、「補足意見2」末尾の「無為の裡に漫然と現在の状況が維持されたまま」か否かの審査（これは時宜適合判断審査と連続したものと理解できる）の意味を見落としており議論が十分に噛み合っていないようにも見受けられる。

裡に放置したのであれば、立法府にゆだねられた裁量権の適正な行使とは言えない。さらに、投票価値の平等のように、憲法上直接に保障されている事項と、地域代表的要素や都道府県単位の選挙区制のように、立法政策上考慮されることは可能であるが憲法上の直接の保障があるとは言いえない事項のうちでは、『当然、憲法上直接の保障がある事項、とりわけ国民の基本的な人権の1つである投票価値の平等を重視しなければならない』と紹介している〔小山2016, 184〔太字および下線原文〕〕。さらに小山は、「行政裁量については、裁量権行使の過程に着目する審査がすでに確立している」〔小山2016, 186〕として、目的外使用事件最判（最3小判2006年2月7日民集60巻2号401頁）を挙げるが¹¹、この最高裁判決は、行政法学において考慮要素に着目した判断過程統制がなされた事例として一般に理解されている〔村上2015, 35；村上2013, 12f.；山本2012c, 225ff.；橋本2009, 165f.〕。このように、「補足意見2」の考慮要素審査の部分のみ言及し、また行政裁量の考慮要素審査に言及する小山においては、考慮要素審査型が「判断過程統制」と観念されているものと思われる¹²。

そして小山は、「権利の論理と制度の論理」を区別するという前提の下で〔小山2016, 161ff.〕¹³、「裁量過程統制型は、ひとまず制度の論理に乗ったうえで、立法者が出した結論ではなく、その判断過程に注文をつける。裁量が正しく行使されたかどうかを、結論の正しさに着目して審査できればよいが、裁判所が立法者に代替して自身で裁量的判断を行い、結論の正しさを検証するという手法のとれないところが、裁量の裁量たる所以である」ことや、「法の下での平等は、立法者に対する行為規範として、裁量権

行使の際に然るべき考慮を命じる。裁量過程統制型審査は、行為規範としての平等原則と結びついている」こと〔小山2016, 185〔太字原文〕〕を、判断過程統制を採用する根拠であるとしている¹⁴。

次に、渡辺康行の見解を取り上げよう。渡辺は、2004年判決「補足意見2」について、考慮要素審査と時宜適合判断審査の双方に言及するものの、そのうち主として考慮要素審査を念頭において立法裁量の「判断過程統制」を観念しているものと思われる。

すなわち、渡辺はまず、「補足意見2」を次のように紹介する。すなわち、「①参議院選挙の制度設計に関して、投票価値の平等を貫くことは『衆議院選挙の場合以上に困難』であるが従来の多数意見が立法府の『単なる不作為』に『極めて広範な立法裁量の余地を是認してきたこと』には、賛成できない。②『結論に至るまでの裁量権行使の態様が、果たして適正なものであったかどうか、例えば、様々な要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされていないか』といった問題は、『司法的判断になじむ』。③現行参議院選挙制度が、都道府県を単位とする『各選挙区にまず2名を配分し、残余の定員を各選挙区の人口に比例して偶数配分』したことは、それなりに合理的と認められる。しかし『その後当初の人口分布が大きく変わ』ったにもかかわらず、『ただ無為の裡に放置されて来た』ならば、『裁量権の適正な行使があったとはいえない』。④また、『例え

11 行政裁量の「判断過程統制」の観念もまた、それが「何を意味するかについて必ずしも見解が一致していない」〔村上2007, 3〕や「乱立」〔橋本2009, 146〕等と言われてきたが、現在は、少なくとも、ここで小山が指摘している目的外使用事件最判は「判断過程統制」と理解されているようである〔山本2016, 2；村上2015, 35；橋本2009, 165〕。

12 なお、小山は、「裁量過程統制型審査に類似した手法」として、ドイツの主張可能性の統制に言及している〔小山2016, 186f.〕が、このドイツ連邦憲法裁判所の主張可能性の統制（Vertretbarkeitskontrolle）については、さしあたり〔山本2018；山本2015；山本2014〕の参照を乞う。

13 小山も「権利か制度か」の見極めは必ずしも容易ではないことに注意を向けている〔小山2016, 165f.〕。

14 このように小山は、本文のごとく考慮要素審査を「判断過程統制」と理解しつつ、その根拠として「行為規範としての平等原則」を挙げている。このことを如何に理解すべきであろうか。行為規範と統制規範の区別に造詣の深い小山が〔小山2004, 250ff.〕、立法者の行為を統制すること（行為規範の側面）を考慮要素審査においてどのように位置づけているのかは慎重な検討を要する。

ば、投票価値の平等のように、憲法上直接に保障されていると考えられる事項と、立法政策上考慮されることは可能であるが憲法上の直接の保障があるとはまではいえない事項、例えば、……都道府県単位の選挙区制等』とは、『対等な重要性を持った考慮要素』ではない。⑤現行の定数配分には違憲の疑いが強いが、『不平等是正に向けての一步』として、平成12年改正には『それなりの合理性』があるため、違憲とすることには『躊躇』を感ずる」〔渡辺 2017, 789f.〕。

渡辺は、「補足意見2」について、「上記②、④は、行政裁量審査における『判断過程審査』のなかでも、考慮要素の重みづけの評価にまで立ち入る『実質的考慮要素審査』と呼ばれる手法を立法裁量審査に導入するものとして、大きな注目を集めた。また③は、『時の経過』を考慮した論理構成であった」〔渡辺 2017, 790〕とする。このように、渡辺は、「補足意見2」に関して、行政裁量の「判断過程統制」に関する「実質的考慮要素審査」¹⁵をモデルに、立法裁量の「判断過程統制」—「実質的考慮要素審査」—を理解していることが分かる〔渡辺 2017, 790；渡辺他 2016, 89f.〔渡辺〕；渡辺 2013, 358f.；渡辺 2009, 21〕。

ところで渡辺は、「補足意見2」の時宜適合判断審査をも「実質的考慮要素審査」と一方では理解しつつ、「補足意見2」の末尾で述べられた「時の経過」に関する③審査（「ただ無為の裡に放置されて来た」のか否かの審査）に「端を発する」のが「立法者の努力を評価する手法」—「違憲の主観化」¹⁶—であると指摘している〔渡辺 2017, 796f.〕。「判断過程統制」と「立法者の努力を評価する手法」の関係について、渡辺は、「判断過程審査は作為的行為に適合するのに対して、ここで争われているのは、立法部が『一票の較差』を是正しないという不作為の合憲性である。そのため、その後の最高裁は判断過程審査よりも、立法部は較差是正のためにどの程

度努力していたかを審査する手法に重点を移行している」と述べており〔渡辺 2016, 90〕、「立法者の努力を評価する手法」を、「判断過程統制」とは異なる審査手法として、すなわち「時の経過」による立法者の不作為に対する審査手法として、限定的に理解しているようである〔渡辺 2017, 791, 796f.；渡辺他 2016, 90〔渡辺〕〕¹⁷。

「真摯な努力」論を展開した2006年判決藤田宙靖補足意見については、「ここでは、『実質的考慮要素審査』よりも、むしろ『立法者の努力を評価する司法判断』の手法が前面に出た。『判断過程審査』は行政による作為的行為の審査に用いられるが、『一票の較差』問題は主に立法府の不作為を原因とするものである。このことが、『実質的考慮要素審査』の比重が低下していった一因かもしれない」と渡辺は述べており〔渡辺 2017, 791f.〕、さらに、2009年判決藤田宙靖補足意見についても、渡辺は、それが『「実質的考慮要素審査」と『立法者の努力を評価する司法判断』の手法を確認し』ていると述べている〔渡辺 2017, 791〕。このように渡辺は、「実質的考慮要素審査」（「判断過程統制」）と「立法者の努力を評価する司法判断」（「違憲の主観化」）を区別し、藤田裁判官の「真摯な努力」論は「立法者の努力を評価する手法」であると認識している。

最後に、渡辺において、「判断過程統制」を用いるべき根拠として、「判断過程統制」が「実体ではなく判断手続に着目する」ことから「立法者による制度形成を正面から判断するものではなく」、「裁判所が使いやすい」ことが挙げられている〔渡辺 2009, 41〕。そして、この立論の前提にはさらに、典型的には防禦権およびその制約に対する三段階審査と立法者による制度形成・構築に依存する憲法上の権利の区別、つまり「権利の論理と制度の論理」の区別〔小山 2016, 161ff.〕が意識されている〔渡辺 2009, 35ff.〕¹⁸。

15 行政裁量の「判断過程統制」の類型化に関して渡辺が参照しているのは〔渡辺 2013, 348〕、村上裕章の類型化〔村上 2013, 12〕である。

16 「違憲の主観化」とは、憲法と法律の間における規範内容の抵触（客観的違憲）ではなく、立法者の非難可能性をもって「違憲」とするものである〔安念 1988, 162f.〕。

17 本稿は、「補足意見2」の考慮要素審査と時宜適合判断審査を区別し（後者を「判断過程統制」という論点から切り離し）、後者を③審査として「違憲の主観化」に連なるものと理解している。

18 なお、眼前の事案がこの2つの「論理」のいずれに乗るかという論点も意識はされている〔渡辺 2009, 42〕。

さらに、「補足意見2」を契機として「考慮要素」に着目した「判断過程統制」を構想する駒村圭吾の見解を紹介しておこう。駒村によると、「制度」を求めるタイプの制度的権利については、その内容形成が広く立法裁量に委ねられるが、その裁量統制の手法の一つとして「判断過程統制」があるとされる。そして駒村は、「判断過程統制」は「行政裁量の統制法理として近時注目されている手法であるが、立法裁量にも応用が可能である。典型的には、定数不均衡事件判決の少数意見において近時台頭してきている考え方が参考になる」とする。そして、上記「補足意見2」につき、『結論に至るまでの裁量権行使の態様が、果たして適正なものであったかどうか』を審査するもので、例えば、①『様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか』、②『当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされていないか』、を検証するものである」と紹介している〔駒村 2013, 297f.〕。

そして駒村は、衆議院議員定数不均衡に係る最大判 1976 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁（以下、1976 年判決という）について、既にそれが「制度形成の立法裁量を認めつつ、投票価値をはじめとする多様な政策要素の考慮過程を判断過程統制の手法を用いて審査した」ものであると述べる〔駒村 2013, 296〕。すなわち同判決は、投票価値の平等は「単なる『考慮要素の一つであるにとどま』るものではなく、具体的な選挙制度の形成にあたって『国会が正当に考慮することのできる重要な政策的目的ないしは理由に基づく結果として合理的に是認することができるものでなければならない』……として、“調和的な実現”にも限界があることを示した。制度形成において考慮した事項が正当なものである限り、結果として生じた投票価値の不平等であれば合理的であるという。同判決は、「国会が正当に考慮しう

る事項について検証しており、そこでは、『最も重要かつ基本的な基準』である人口数、『無視することのできない要素』としての都道府県、その他、過去の選挙実績、市町村、住民構成、交通事情、人口の都市集中化現象、等々が挙げられている」が、「国会が正当に考慮できる事項との調和において結果的にもたらされた不平等については、かかる考慮要素の正当性の審査すなわち判断過程統制的な審査手法で判断される」、というのである〔駒村 2013, 194f.〕。そして、このような審査は、「行政裁量の統制法理である判断過程統制を彷彿とさせる」と述べる〔駒村 2013, 194〔傍点原文〕〕¹⁹。

このように、駒村は、2004 年判決「補足意見2」を手掛かりにして、従来の判例を「判断過程統制」として読み直すことを試みており、そして、ここでいう「判断過程統制」としては、考慮要素審査が念頭に置かれているものと理解することができる。

また、駒村においては、「立法裁量はどこまでも追いかけてくるし、また、それを縮減するための挑戦もどこまでも続く」〔駒村 2013, 292〕という観点から、「ダメな制度形成を排除」〔駒村 2013, 292〕するための手法のひとつとして、「判断過程統制」が位置付けられている〔駒村 2013, 297f.〕。

以上に紹介した見解は、いずれも 2004 年判決「補足意見2」をベースに議論している点で共通しているように見受けられる²⁰。これに対して、高橋和之は、2004 年判決「補足意見2」から離れ、理論的観点から立法裁量の「判断過程統制」を検討している点で注目される。

高橋はまず、「考慮すべき事実を考慮せず、考慮すべきでない事実を考慮した場合」には裁量の逸脱・濫用であるとする「行政裁量の領域において近時支配的となってきた裁量統制の手法」を「判断過程統制」と述べたうえで、「これを立法裁量にも応用しようという主張が有力となってきている」とする〔高橋 2017, 296〕。このことから、高橋は考慮要素審査（ここでは形式的考慮要素審査〔村上 2015, 35

19 もっとも、1976 年判決それ自体は、上記「判断過程統制」ではなく“裁量準拠統制”（「立法裁量内部での内的不整合を問う審査、あるいは内的整合要求を逆手に取って行われる審査」）が決め手になったとしている〔駒村 2013, 196f.〕。

20 以上の他、「補足意見2」をベースに議論する蟻川恒正〔高橋他 2007, 25〔蟻川〕〕も考慮要素審査型と理解できると思われる。

；村上 2013, 12]) を「判断過程統制」と理解していることが分かる。

注目すべきは、高橋の議論における「判断過程」統制の根拠である。すなわち、まず、高橋は、「憲法上の権利」のうち、保障内容が憲法により全面的には確定されておらず、未確定な部分の確定を法律に委ねている「内容形成型人権」に関して、その「憲法上確定されている核心部分」ではない部分（「憲法上未確定で立法府の形成に委ねられている部分」）については、「人権制限の正当化」ではなく「立法裁量の統制」の問題として考えることになろうとしたうえで [高橋 2017, 287ff.]、この「立法裁量の統制」の「方法」の 1 つとして「判断過程統制」を挙げている [高橋 2017, 293ff.]。

次に、高橋は、「裁量統制の基本は、裁量結果の統制ではないのであろうか。結果に問題がなければ、判断過程に問題があったとしても、裁量の逸脱・濫用という必要はないのではないか」という疑問を提起する。そして、この疑問に答えるために「裁量の観念を捉え直す必要」を認め、行政裁量を「自由な選択が許される範囲」ではなく、「法律が設定した目的を実現するための『最適解』を探し出して実行する権限」と再定義する [高橋 2017, 296 (傍点原文)]。しかし、「何が最適解か」の判断は困難であるので、「裁判所は裁量結果について行政が行った『最適解』という判断を、それが明らかに不合理でない限り、尊重すべき」である。もっとも、「判断過程に問題がある場合には、結果が最適解ではない可能性が大きい。ゆえに裁量の逸脱として行政の再考を促すために違法とすべきである」。高橋は、このような考え方が「行政裁量の判断過程統制を支えている考え方ではないか」と分析し [高橋 2017, 296f. (傍点原文)]、裁量の観念という観点から、「判断過程統制」の根拠を導出している。

そして高橋は、このような行政裁量の「判断過程統制」の考えを、「内容形成型人権」に関する立法裁量の逸脱・濫用の有無の判断にも「応用」する。すなわち、「裁量権行使の統制の基本は、裁量権行使の結果が憲法に違反していないかどうかを統制することである」が、「立法裁量の『最適解』は、客

観的に判断することが困難」なので、「立法裁量結果の実体的審査は『不合理が明らかな場合』に限定し、それ以外は立法府の判断を尊重」しつつも、「立法判断の過程に瑕疵がある場合には、結果が最適解でない可能性が大きいとみなして違憲とする。これが立法裁量の判断過程統制の考えであろう」と述べている [高橋 2017, 297]。

高橋は次いで、「考慮すべき事実を考慮せず、考慮すべきでない事実を考慮した場合」には「立法の判断過程の瑕疵」が存在したとするが、この「事実」は「立法事実」であるという [高橋 2017, 297]。そして、「内容形成型人権」に関しては、「得られる利益」と「失われる利益」の均衡を「総合判断」に際して「可能なかぎり透明にするには、考慮された事実（立法事実）を明示する以外にない。そのことにより、考慮すべきでなかった立法事実や考慮すべきであった立法事実が明らかになる。したがって、判断過程統制という考えから学ぶことは、立法裁量の基礎となるべき立法事実を丹念に洗い出し精査するということであろう」 [高橋 2017, 297f.] と結論付けている。

従って、「立法事実」の精査を「判断過程」の統制の主眼と把握し、あくまで「判断過程が適正でない場合には、結果が疑わしいと考えること」が判断過程統制の「正当性を支えている」と高橋は考えている。それゆえ「無為の裡に漫然と現在の状況」を維持していないかという「補足意見 2」の末尾の判示は、それが「真摯な努力がなされていなかったといった事情まで判断過程統制の考慮要素だと考えているとすれば、それは私の理解する過程統制とは異なり、裁判所の違憲審査の権限には含まれないと言わざるを得ない」と批判されることになる [高橋 2017, 299]。

このように高橋は、「立法事実」²¹としての考慮要素の審査を「判断過程統制」を理解しており、あくまでも立法事実の問題として「結果の合憲・違憲に影響を与える要素」を精査することが、高橋においては「判断過程統制」なのである [高橋 2017, 299]。このような高橋の見解もまた、考慮要素審査型に分類することも可能ではあると思われる。この高橋の

21 高橋は、「立法事実」を「法定立のために用いられる事実であり、法律の審査との関連では、法律の基礎となっている一般的事実」 [高橋 2017, 181] と定義している。

見解は、裁量の観念にまで遡って「判断過程」統制の根拠づけを行う点において極めて重要な見解ではある。しかし自ら「立法事実を丹念に洗い出し精査すること」と述べるように、高橋の見解は立法事実論に解消され、特段「判断過程統制」として議論枠組みを設定する必要がない、ということにもなるのではなかろうか。

(3) 時宜適合判断審査型

上記の考慮要素審査型とは異なり、とりわけ「真摯な努力」論を「判断過程統制」として理解するのが、時宜適合判断審査型である。この考え方は、2004年判決の「補足意見2」よりも、2006年判決・2009年判決の藤田補足意見における「真摯な努力」論に着目していることが特徴的である。

まず、工藤達朗の見解を見てみよう。工藤は、「補足意見2」を紹介した上で、「この手法において何が考慮すべき要素で何が考慮すべきでない要素なのかあまり明確ではないが、国会に『真摯な努力』を要求する藤田裁判官の補足意見（平成18年判決〔2006年判決〕・同21年判決〔2009年判決〕）は、……較差是正が実現していなくても、国会が是正に向けて『真摯な努力』をしているのであれば、その努力に免じて違憲とは判断しないということであろう。「判断過程に踏み込むことは、個人のレベルに引き写せば、内心の領域に立ち入ることである。その行為（または不作為）の結果が違憲であると裁判所が判断することよりも、行為に至る内心の考え方のプロセスが間違っていたと判断することの方が、はるかに国会の権威とプライドを傷つけることになるのではないか。議院の議事手続に裁判所の審査権が及ばない（最大判昭和37・3・7民集16巻3号445頁）ことと比較しても、バランスを失っているように思われる」〔工藤2013, 95f.〕と指摘している。このことからすれば工藤においては、「真摯な努力」論が「判断過程統制」と理解されているようである。

次に、岡田俊幸もまた、「判断過程統制」を「違憲の主観化」を伴う時宜適合判断審査と理解しているものと思われる。「ドイツの学説を素材にして判断過程統制〔2004年判決「補足意見2」〕の手法に含まれる理論的問題点を摘出し、日本国憲法の解釈論を展開するための基礎資料を提供する」ことを目的とする論考〔岡田2011〕において、岡田は、立法者に対して「手続の諸要求」（BVerfGE 50, 290 [334]）を課す「主張可能性の統制」に関して、その「手続の諸要求」が満たされない場合の対処につき論じるドイツの学説を紹介した上で、「判断過程統制（手続統制）」について、「筆者〔岡田〕は、現時点では、判断過程統制の可能性を……連邦憲法裁判所が用いている『主張可能性の統制』の審査手法に見出している」〔岡田2011, 61f.〕と述べているからである²²。

もっとも、岡田は、「補足意見2」について、「手続統制（判断過程統制）と内容統制がどのような関係にあるのか」、すなわち、「補足意見2」が「手続統制を内容統制に並列的に付け加える」ものであるのかを検討する必要があるとし、「判断過程統制」（＝手続統制＝「違憲の主観化」）が一元的に法律の合憲性を左右するのか、あるいは「手続統制とは別途独立に従来の内容統制が実施される」のかを問題にしている〔岡田2011, 61f.〕。岡田において、この点の「判断過程統制」の位置づけは未だ固まっていないように見える。

また、大石和彦も、「違憲の主観化」を行うものとして「補足意見2」を理解している。大石は、立法不作為の違憲審査に関連して、次のように述べているからである。すなわち、「法律制定後の事情変更による改廃不作為を憲法41条（の趣旨）に照らして審査対象とすることは、法律という国会の判断過程の《結果》から、国会の判断過程そのもの（「立法者」または立法《行態》）へと審査対象を移行すること（「違憲の主観化」）を意味する」〔大石2007, 191〕。そして、「制定後かなり経ち、しか

22 岡田は同時に、法律を制定する際に立法者には関連する資料を考慮・分析・衡量する義務が憲法上あり、この義務の不履行は重大な手続違反ゆえに当該法律を違憲とする「憲法義務としての立法の最適な方法」を巡る議論〔参照、岡田2011, 56ff；西村2000〕とその批判を紹介するものの、この議論に判断過程統制の可能性を見出しているわけではない〔岡田2011, 62〕。

も当初の法律の内容の合理性につき疑いを生じさせる、裁判所の外部の者にとっても顕著な事実が生じており、しかも立法者による改善義務履行状況を審査するためのデータが裁判所にとっても顕著であるケース」においては、最高裁は「既に国会の判断過程そのもの（立法《行態》）への審査を開始している」。2004年判決の「補足意見2」は、「行政裁量統制手法の一つである『判断過程審査』を立法裁量統制に適用し、国会が要考慮事項につき考慮を行ってきたかを審査している。さらに同じ問題に関する〔2006年判決〕は法廷意見において国会に対して法改正に向けての『不断の努力』を要求した上、その履行状況を第三者評価している」と述べており〔大石 2007, 192〕、立法者の「努力」という「違憲の主観化」をもって「判断過程統制」と理解しているように思われる（さらに参照〔大石 2004, 151〕）。

大石は、「私人に対し特に権利制約を行うには、必ず国会が法律という形式で示す判断を経なければならない」ところ、「かつての立法が、時代的变化の中、その合憲性を支える諸事情が掘り崩されるに至っている場合、その立法による私人に対する権利制約を正当化するためには、事情変更後の現在の国会の判断を経なくてはならない。「この命題の要求する《手続》を経ない、かつての立法による権利制約状況の放置（不作為）は憲法41条（の趣旨？）に照らしても違憲性を帯びており、基本的人権条項に照らした実体的違憲性（の疑い）ばかりでなく、憲法41条（のコロラリー）に照らした権利制約《手続》面での違憲性（の疑い）をも前者に足して、その合計が臨界点に達したといえる場合には、かつての法律は『無効』と考えるのである。私見によれば、『立法者の事後改善義務』なるものも、同様の憲法規範をその背後に置いて理解されるべきものであるように思われる」〔大石 2007, 190〕として、立法者の《行態》に着目した違憲審査の根拠づけを行っている。

次に、櫻井智章は、「判断過程統制」については『違憲の主観化』が重要な役割を果たしている」〔櫻井 2013, 75〕と述べたうえで²³、「注意すべきは、近

時注目を集めているこの『判断過程統制』は、判断の結果ではなく、裁量権行使のあり方、換言すれば、まさに立法者の態度を問題とするものであり、『違憲の主観化』を推し進めるものである、ということである。どのような判断手法を判断過程統制と位置づけるかについて必ずしもコンセンサスが成立していないようにも見受けられるが、少なくとも《一票の格差》問題の領域で『判断過程統制』を主導した藤田裁判官が、平成18年判決〔2006年判決〕の補足意見において、『問われるべきは、……立法府が……真摯な努力をしたものと認められるか否かである』と明確に述べていたことは看過できない意義を有する」〔櫻井 2013, 79〕として、（少なくとも2013年の段階では）「真摯な努力」論を「判断過程統制」と観念していたと考えられる。

櫻井は、1976年判決に始まる一連の「1票の較差」訴訟を、そしてとりわけ2006年判決および2009年判決を丹念に分析したうえで、「最高裁自身が『何対何までなら合憲』という数値的な基準を明示的に示したことはない、という事実」や、「そもそも合憲性の基準を、（例えば何対何を超えれば違憲という形で）数値化することの問題」〔櫻井 2013, 74〕を踏まえるならば、「一連の定数不均衡訴訟に関する最高裁の判例理論を最も統一的に説明できるのは、実はこの『主観的違憲要素一元論』ではないかとすら思われる。即ち、投票価値の不平等といった客観的な違憲性よりも、立法府（国会）が不均衡是正のために誠実に対応したか否かという観点から」〔櫻井 2011, 165〕、「国会に真摯な努力（good-faith effort）を求め続ける」・「国会に改善義務（Nachbesserungspflicht）を負わせ続ける」〔櫻井 2013, 80〕という「違憲の主観化」を行ってきたのが、一連の「1票の較差」に関する判例であることを示唆している。2013年の段階では、櫻井においては、「1票の較差」訴訟は「違憲の主観化」こそが鍵となっており、そのことを集約的に表現していたのが「真摯な努力」論を説く藤田裁判官の「判断過程統制」だ、ということであろう。

もっとも、その後、櫻井の考え方に変化があるように見える。すなわち、一方で櫻井は、近時は「結

23 櫻井は、「判断過程統制」とともに「事情の変更による違憲判断」もここで挙げている。櫻井の「事情の変更による違憲判断」についての分析は、〔櫻井 2011〕を参照。

果」に着目するのではなく「裁量行使の『過程』に不合理な点があったか否かを審査する《判断過程統制》の手法が注目されている（特に……『補足意見2』で強調されて以降、非常に注目を集めている）。昭和51年判決〔1976年判決〕においても『考慮すべき事項』『考慮できる事項』『考慮してはならない事項』を掲げ、それら考慮要素の『重みづけ』を適正に行うことを求めていたのであり、最高裁は当初から判断『過程』を問題としていたものと理解することができる〔櫻井2016, 215〕と述べる。他方で、「違憲の主観化」については、『1票の格差』訴訟において合理的期間論は『改正すべきだったにもかかわらず改正しなかった』という《非難可能性》の意味合いを徐々に強めてきている……。そのため『違憲』という結論を導くために、憲法の要請に反することという客観的要素だけでなく、非難可能性という主観的要素が求められることとなっている」と述べるにとどまっている〔櫻井2016, 226〕。ここからは、近時の櫻井は「違憲の主観化」を「判断過程統制」から切り離れたうえで、「判断過程統制」については上記に見た駒村圭吾と同様の考え方に立っているように見える²⁴。

最後に、山本龍彦の見解を紹介しよう。山本は、近年、違憲審査の実際においては、客観的憲法瑕疵（規範内容相互の抵触）だけでは違憲とされず、さらに主観的憲法瑕疵（立法過程における立法者の非難されるべき行為）が加味されてはじめて違憲と判断される場合があるとする。近年では、参議院議員定数不均衡訴訟において最高裁が、「いわゆる『判断過程審査』の影響の下、①客観的憲法瑕疵よりも、②立法者が立法過程において何をしたか一較差是正に向けて『真摯な努力』をしたか一に、違憲審査の重点を移してきていることも、憲法上軽視しえない事実となっている」と述べる〔山本2012b, 66f.〔傍

点原文〕。そして、2004年判決「補足意見2」が、「いわゆる判断過程審査を採用し、同補足意見をリードした藤田裁判官が、平成18年判決〔2006年判決〕補足意見のなかで、『問われるべきは、……立法府が、……諸考慮要素の中でも重きを与えられるべき投票価値の平等が……損なわれる程度を可能な限り小さくするよう、問題の根本的解決を目指した作業の中でぎりぎりの判断をすべく真摯な努力をしたものと認められるかどうかである』という見解を提示して以降、②〔投票価値の著しい不平等状態が相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、国会の裁量権の限界を超えるか否かという論点〕の重要性が増し、『国会が不平等是正措置をしっかりと行っているかどうか』が重点的かつ自覚的に審査されるようになったと指摘されている。ここでは、立法経過や立法記録を通して、立法過程そのものが裁判所によりチェックされるのであろう」とする〔山本2012b, 70〔傍点原文〕〕。

また、別の論考において山本は、「結果」ではなく「過程」に着目する2004年判決「補足意見2」が、「すでに行政裁量統制として注目されつつあった」²⁵判断過程審査の「対立法的応用」であるとしたうえで、この「補足意見2」のポイントは、「立法府が『諸考慮要素の中でも重きを与えられるべき投票価値の平等を十分に尊重した上で、それが損なわれる程度を可能な限り小さくするよう、問題の根本解決を目指した作業の中でぎりぎりの判断をすべく、真摯な努力をしたものと認められるか否か』を、立法過程（legislative history）や立法記録（legislative record）などを参照しつつ、検討するところにあると言えよう」と、2006年判決藤田補足意見を引用しつつ述べている〔山本2012c, 48f.〔傍点原文〕〕。このように、山本は「真摯な努力」論を「判断過程統制」と理解していることがわかる。

さらに山本龍彦は、「1票の較差」訴訟にとどま

24 櫻井は、かねてから上記の駒村圭吾の見解について「判断過程統制との親近性を指摘する見解」と述べていた〔櫻井2013, 80〕（もっとも、2013年の時点では、櫻井は、本文のごとく、「判断過程統制」をむしろ「違憲の主観化」の文脈で議論していた）。

25 山本龍彦は、行政裁量の「判断過程統制」を、「行政が判断過程において『考慮すべき事項』（『考慮すべきでない事項』）を導出したうえで、行政がこれを適正に考慮したか（考慮から外したか）、考慮事項相互の適正な衡量を行ったかなどを審査する」ものと理解したうえで、日光太郎杉事件控訴審判決東京高判1973年7月13日行集24巻6・7号533頁、伊方原発訴訟最判1小判1992年10月29日民集46巻7号1174頁、そして、二風谷ダム事件判決札幌地判1997年3月27日判時1598号33頁を紹介している〔山本2013c, 40ff.〕。

らず、「違憲の主観化」を伴う「真摯な努力」論＝「判断過程統制」によって、諸判例を読み直すことも示唆する。すなわち、「薬事法違憲判決も、単純に、憲法と法律の規範内容相互間の客観的抵触ゆえに無効と判断したわけではない。本判決は、……立法者が、規制の効果を可能な限り正確に評価すべく、自ら入手可能な認識源を利用し尽くしていない（入手可能な資料の事実に基づいていない）、ということを示唆する……ようにも読める。また、本判決は、一般に『LRA(Less Restrictive Alternative)の基準』を採用したと説かれるが、実際に、LRA（より制限的でない他の選ぶる手段）の存在を実証し、明示しているわけではない。……こうみると、ここでも、立法者が、LRAについて十分な検討を加えなかった、ということが非難されているように思われる」[山本 2012b, 70]²⁶。このように山本は、ヨリ一般的に判例を「違憲の主観化」の観点から読み直すことを示唆している²⁷。

山本龍彦は、このような「立法者・立法過程の統制」につき「これを可視化し、強調することにどのような意味があるのか」という点について、次のようにその意義を述べている。すなわち、山本によれば、「常に有効な規範審査（客観法相互の一致の審査）が可能なほど、憲法規範の意味内容は確定的でないこと（憲法規範の開放性）、立法不作為の違憲国倍訴訟を通じて、既に立法過程の脱『聖域』化がなされていること、主観的憲法瑕疵の認定方法を精緻化し、これと客観的憲法瑕疵との関係を整理することによって、立法過程における熟議の実現や『より良き立法』の制定にインセンティブを与えることを踏まえれば、立法者・立法過程への注目は憲法

学上不可避であるようにさえ思える（例えば、これまで縷々批判されてきた合理的期間論を逆手にとつて、有効な立法者の統制手法として鍛え直すことも不可能では無からう）」[山本 2012b, 71]。

3. 検討すべき課題

以上のように本稿は、「判断過程統制」として議論されるものについて、それを大きく二つに分けたうえで整理してきた。最後に、今後検討すべき論点を挙げておく。

(1) 「判断過程統制」の根拠

まず、そもそも一体「なぜ判断過程を統制するのか」という点について、更なる検討が求められるであろう。この点について、まず、「補足意見 2」は、「一般に、何らかの国家機関がその権限を行使するに当たって裁量権が与えられるということは、……その権限をほしのままに行使してよいということの意味するわけではなく、法が、そのような裁量権を与えた趣旨に沿った権限行使がなされるのでなければならぬ」として（民集 58 卷 1 号 68 頁）、適切に裁量権を行使する義務に、「判断過程」を審査する根拠が求められている²⁸。

この論点について憲法学では、立法裁量の認められる領域においては、「結果」に着目した実体的統制を裁判所が行うことが困難であるのに対して、「過程」に注目した統制であれば裁判所も行い得るとしばしば指摘されている[小山 2016, 185；山本 2012c, 50]。しかし、「困難」であるがゆえに実体的な「結果」の統制を明白性の統制に限定するというこ

26 この場合、統制密度の高い判例であればあるほど「違憲の主観化」として再構成することが可能であるが、明白の原則を用いる統制密度の低い判例について、そのような再構成をすることが可能かどうか問題となろう。

27 ところで、「違憲の主観化」を採用するとして、藤田宙靖裁判官と同様に、「違憲の主観化」によって「一元的」に法律の合憲性を審査するのか、あるいは、実体的審査および「違憲の主観化」の「二元的」審査を行うのか、という点も問題となり得る。後者において、実体的審査を先行させる場合、「1 票の較差」訴訟と同型の判断枠組みが採用されることになるが、「違憲の主観化」の審査を先行させる場合、もともと実体的審査が困難な領域であるがゆえに「違憲の主観化」を採用している以上、議論は「一元論」に接近することになる。また、「違憲の主観化」を、「違憲」確定後の「後始末」の問題として（そして、「後始末」の問題に限って）行うという再構成もまた、十分に検討に値する問題であると思われる（この点につき[櫻井 2013, 84, 87ff.]を、さらに[畑尻 2010]そして[鶴澤 2005, 241f.]も参照）。

28 2004 年判決「補足意見 2」を受け継いだ藤田宙靖裁判官も、その後の判決の補足意見で、「適正な裁量を行う義務」（2006 年判決民集 60 卷 8 号 2705 頁、最大判 2007 年 6 月 13 日民集 61 卷 4 号 1650 頁、2009 年判決民集 63 卷 7 号 1529 頁）を語っている。

とではなく、むしろ実体的統制が「困難」である場合になぜ「過程」の統制であればなし得るのかという点については、引き続き検討が必要であろう²⁹。

その際、なぜ「過程」の統制なのかという点については、上記の各論者はそれぞれの観点からその根拠を示しているところである。この「過程」統制の根拠については、さらに、同じく「判断過程統制」について議論の蓄積がある行政法学からも、憲法学は多くの示唆を得ることができると思われる。すなわち、行政法学では、古くは、特に「計画行政」における「動態性」に着目して行政過程論の観点から「過程」の統制が唱えられたり〔遠藤 2011, 72f.〕、公害・環境・消費者行政等の「未来裁判」では「公益実現に向けられた政策創造の過程」が問題となるがゆえに「過程」の統制が唱えられたりした〔原田 1973, 181f.〕。また、近時は、裁量の観念自体から「過程」統制を根拠づけるものや〔山本 2012a, 224；山本 2006, 14f.〕、「結果」統制の前提となる「事案の成熟性」が欠如しているがゆえに「過程」の統制が行われる〔須田 2015a, 45ff.〕といった議論がなされている。

立法裁量の「判断過程統制」は、行政法学の「判断過程統制」を「応用」したものであるとしばしば指摘されている〔駒村 2013, 197；山本 2012c, 48；渡辺 2009, 20；福井 2007, 133f.；今関 2004, 92f.〕。従って、「なぜ過程の統制なのか」という点について、とりわけ行政裁量の「判断過程統制」論のうち考慮要素審査をモデルとする考慮要素審査型については、立法裁量と行政裁量の異同に留意しつつ〔山本 2013；岡田 2002, 60〕、行政法学の議論をも参考にすることは有益であろう〔参照、高木 2010；芝池 1985〕。

(2) 「判断過程」とは何を指すか

次に、考慮要素審査型についても時宜適合判断審査型についても、なぜ「判断過程」統制なのかを考

えることに関連して、そこでいう「判断過程」とは何を意味するのかという点も、問題となる。従来、法律に関してみれば「立法過程」という語が存在しており、通常それは、内閣提出法案にせよ議員提出法案にせよ「法律の発案と審議と成立の三段階」を指すと言われている〔深瀬 1993, 3〕。立法裁量の「判断過程統制」において、その「判断過程」とはこの「立法過程」と同じ意味なのか異なる意味なのか、異なるとすれば何がどのように異なるのか、これが問題となろう³⁰。

行政法学では、「判断過程統制」に関して「裁量統制の対象とする判断過程の範囲をいかに捉えるか」〔豊島 2015, 136〕が議論されている。この点に関して、山本隆司は、「行政処分等、行政機関による具体的行為に関する行政裁量」と「法規命令を定める裁量」とを区別して議論する必要性を指摘しており〔山本 2016, 15〕、問題となる国家作用に応じた裁量統制のあり方の差異が意識されている。憲法学においても、「行政上の案件処理過程と対比したときに、『立法手続』の特徴をどのように捉えるべきか」〔岡田 2011, 62〕という指摘がなされているところであるが、「判断過程」の意義について、行政法学の議論をも参考にする必要があろう。

その際、考慮要素審査型であれ時宜適合判断審査型（「真摯な努力」論）であれ、定足数や議決の有無等の手続規範違反を問題にしているわけでは無いことには、注意が必要である。この点は、行政裁量の「判断過程統制」と立法裁量の「判断過程統制」の間で、どこまでパラレルな議論を行い得るのかという問題（例えば、行政処分に関して行政手続法の要求する理由附記の不備による手続規範違反のようなものを、法律制定において観念し得るか）を検討する必要があるだろう³¹。そして、「違憲の主観化」を承認する場合には、議院の自律権との関係を改めて検討する必要があると思われる〔工藤 2013, 95f.；山本 2012c, 51；大石 2007, 192〕。

29 法律（結果）ではなく立法者（過程）を統制することが、必ずしも「緩やかな」審査であるとは限らないことには、留意が必要である〔参照、工藤 2013, 96；櫻井 2011, 158〕。

30 さらに、上述の高橋和之や穴戸常寿（後掲註 33 参照）が「判断過程統制」と立法事実の関係に触れているが、「判断過程統制」と立法事実論の関係もまた検討が必要であろう。

31 この点については、行政法学については須田守の議論〔須田 2015a；須田 2015b；須田 2015c；須田 2016a；須田 2016b；須田 2016c；須田 2016d；須田 2016e；須田 2016f〕を、憲法学については赤坂幸一の議論〔赤坂 2017a；赤坂 2017b〕を、特に注目すべきであると思われる。

(3) 「違憲の主観化」について

以上で見た時宜適合判断審査型（「真摯な努力」論）は、確かに考慮要素に一応着目しつつもそれに決定的な意義を置くわけではない。それは、むしろ、立法者の「真摯な努力」の有無（立法者の非難可能性の有無）に法律の合憲性を左右させるという「違憲の主観化」[安念 1988, 162f.]³²を行うものとして「判断過程統制」を理解しているように思われる³³。

その際、「真摯な努力」のみによって法律の合憲性を判断する一元的な立場（「主観的違憲要素一元論」。2006 年判決・2009 年判決藤田宙靖補足意見の見解）も、客観的違憲の確定の後の段階で「真摯な努力」を用いる二元的な立場（「1 票の較差」訴訟における大橋正春裁判官の見解 [参照、山本 2017, 138ff., 142ff.]）も存立し得るであろう。論者の見解も、突き詰めていけばいずれかに分類することができるであろうが、いまだ十分にそれを読み取ることができ

32 この「違憲の主観化」[安念 1988, 162f.; 宮地 2015, 188ff.; 藤井 2012, 418ff.] は、30 年前に安念潤司によって指摘されていた問題であるものの、その後この問題は、詳しく検討されてきたわけでは必ずしもなかった。数少ない例外に属するのは [穴戸 2005, 265ff.; 岡田 1992; 宮地 1990] である。

33 上記で紹介した見解の他、穴戸常寿も、明確に述べているわけではないが、「判断過程統制」を「違憲の主観化」を伴うものとして理解しているように見える。

すなわち、穴戸は、ドイツの「主張可能性の統制」に関して、それが「法律ではなく立法者の行動態度を問題とする『違憲の主観化』を推し進めるものであるとの評価や批判が加えられている」と同時に「立法者の事後改善義務」と結びつけていることに言及したうえで [穴戸 2014b, 69]、「ドイツの主張可能性の統制および事後改善義務にも類似した傾向が近時の最高裁判例に見られると指摘されるようになっていく」として、2004 年判決「補足意見 2」について次のように述べる。「補足意見 2」は、「国会が『様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか』等を審査する、いわゆる『判断過程統制』の手法を導入した。……これら補足意見等における判断過程統制は、合理的期間論を取り込んでいることからわかるとおり、既に生じた憲法違反の事態を対象とするものであって、そのかぎりでは過去・現在の立法事実の確定に関わるにとどまり、立法者の将来予測に直接言及するものではない。しかしこの手法は、行政法における判断過程統制に倣い、立法者の考慮すべき事項を明示してそれを衡量する義務を立法者に課すことを前提としており、その点では先のドイツにおける『立法発見の方法』を裁判的に強制するという側面を含んでいる。さらにいえば、過疎地域から過密地域への人口異動は継続的に生じるもので立法者にとって十分に予測可能であることからすると、一票の較差訴訟の実質は、立法者が将来予測をあえて立てないでいることに対する非難である、と見ることもできる。そうすると、それが司法審査のあるべき姿かどうかは別として、こうした未来志向の方向で判断過程統制の手法を彫琢する途も考えられる」という [穴戸 2014b, 70f.]。このように、時宜適合判断審査の部分が「判断過程統制」として紹介されていること [参照、穴戸 2012, 47] や、立法者に衡量義務を課したうえで当該義務の履行を裁判所が審査するのが「判断過程統制」だとされていることからすれば、穴戸においても「判断過程統制」は「違憲の主観化」を伴うものとして理解されているように思われる。さらに、別の論考においても、「判断過程統制」に関して、「主張可能性の統制」が「違憲の主観化」を伴うものであることを指摘した部分 [参照、穴戸 2005, 260ff.] の参照を求めていること [穴戸 2009, 109 註 46] から、このように理解することができるように思われる（もっとも、学生向けの演習書において、穴戸は、「最高裁の内部では、投票価値の平等から頭ごなしに立法裁量を制約するのではなく、逆に立法裁量を逆手にとって、国会はそれを適正に行使する義務があるにもかかわらず、『慢性的に旧弊に従った判断を維持し続けるとか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、あるいはさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断をしているような場合』には違憲となる（最大判平成 19・6・13 民集 61 巻 4 号 1617 頁の藤田裁判官意見）、という判断過程統制の手法による審査が主張されました」として、考慮要素審査の部分も含めて「判断過程統制」として紹介している。しかし、穴戸は続けて、「もっとも、この方向で一票の較差に対する審査を強化していくと、それは結局非人口的要因をどこまで考慮してよいのか、さらには一個々の区割だけでなく—そうした考慮を許す制度の仕組みが適切かという問題に行き着かざるをえません」[穴戸 2014a, 189] と述べており、考慮要素審査を突き詰めていけば、立法裁量を「適正に行使する義務」の問題というよりも、むしろ、「制度の仕組み」の合理性の問題に至る、つまり、「違憲の主観化」の問題からは離れることが示唆されているようにも見える）。

なお、穴戸は、上記のように「判断過程統制」が「既に生じた憲法違反の事態を対象とする」ものであると述べており、それを違憲（規範内容間抵触）の確定「後」の取り扱いを問題にするものであると読み取っているようにも見える（なお、前掲註 4 参照）。

ない見解も多い。

上述のとおり、藤田裁判官の如き「真摯な努力」論は、争われる法令の合憲性を左右するのが「真摯な努力」の有無のみであるという点において、完全な違憲の主観化が行われており³⁴、これが果たして理論的に適切なのかという問題があると思われる。「違憲の主観化」が立法者の非難可能性という立法者の行為に着目することから、憲法規範の行為規範性に関する論点を検討する必要があるだろう。その際には、いわゆる「法的様相」論〔新2010, 184ff.〕³⁵に基づく憲法の行為規範性を巡る議論や、*Otto Mayer*を手掛かりに憲法上の《自由権》を国家に対する行為規範と理解すべきことを説く見解〔鶴澤2010, 250ff.〕、そして、憲法上保障された自由を「指導原理」と理解した上で、それを実現する国家の（作為・不作為）義務を説く見解〔篠原2016〕などが、参考となるであろう。

また、「違憲の主観化」が適切であるとしても、「違憲の主観化」を行うのに適した権利領域や場面がどこかという問題や、「真摯な努力」有無（立法者の非難可能性の有無）の判断基準も問題となるであろう。なお、判断基準という点については、「補足意見2」が下された直後からその不明確性が指摘されていたが〔山本2012c, 50f.；福井2007, 138f.〕、その後の「1票の較差」訴訟の少数意見において若干の具体化を見ている〔山本2017, 146ff.〕。かねてより「いろいろな会合をして形さえ整えておけば最高裁は許してくれる」と「足元を見られる危険」が指摘されており〔毛利2010, 72〕、客観的・明確な

基準につき検討をする必要があるだろう。

また、立法裁量の「判断過程統制」との類似性がしばしば指摘されているものに、ドイツ連邦憲法裁判所の「主張可能性の統制（Vertretbarkeitskontrolle）」がある。これは、「主張可能性の統制」が定式化された共同決定法判決によれば（BVerfGE 50, 290 [332ff.]）、「立法者が、入手可能な素材について、事柄に適しており、かつ、主張可能な評価」に基づいて、「立法者にとって手の届く認識源を利用し尽くさなければならない」とする「手続の諸要請」を踏まえたか否かを審査とするものである³⁶。ここで「主張可能性の統制」は立法者の「努力」を問題にしていると言え、時宜適合判断審査型（「真摯な努力」論）に関する上記の検討に際して参考になるであろう³⁷。

小括

本稿で整理してきたように、「判断過程統制」として論じられるものには、本稿冒頭の櫻井智章の指摘のとおり、随分と大きな振れ幅があるように思われる。そうであるならば、まずは「判断過程統制」という大きな概念を因数分解し、以上に示した個別の論点を検討してみて、そのうえでなお「判断過程統制」という概念で議論をするべきかを判断すればよいと思われる。

そして、その因数分解の際にまず問題となるのが、「違憲の主観化」をおよそ承認するか否かという点であろう。それを承認する場合には、次いで、一元

34 これに対して、「1票の較差」訴訟の判例法理は、違憲状態の認定に際して客観的違憲を確定した上で、違憲というにはさらに立法者の非難可能性が必要（合理的期間論）という立場であり、完全な「違憲の主観化」が行われているわけではない。

35 この「法的様相論」は、従来は、立法不作為の国家賠償訴訟に関して論じられていたものである〔青井2012；青井2011；青井2009；青井2007；岩切2011；神橋2012；神橋2011；神橋2010a；神橋2010b；神橋2008a；神橋2008b；大石2011；大石2007〕。

36 共同決定法判決における「主張可能性の統制」については、既に多くの論者が検討を加えており〔穴戸2014b；穴戸2005, 260ff.；岡田2002；小山1998, 107ff.；岡田1992；高見1985, 52ff.〕、それらを参考にされたい。本稿筆者もまた検討を加えたことがあるが〔山本2015, 山本2014〕、本稿筆者による検討は、「主張可能性の統制」の「手続」的側面—「違憲の主観化」の側面—の審査に着目したものである。さらに本稿筆者は、共同決定法判決以降の「主張可能性の統制」の展開を目下検討しているが（その一端として〔山本2018〕がある）、可能な限り早期に全体像を示したいと考えている。

37 なお、アメリカにおいては、法律の合憲性審査の際に、裁判所が法律の実体審査の一部として立法府の判断形成過程を審査内容に包含するという「準手続審査（semiprocedural review）」〔小林2014b, 40ff.〕が論じられているとされる。このようなアメリカにおける立法裁量の「手続」的統制に関しては、小林祐紀の一連の議論〔小林2016a；小林2016b；小林2014a；小林2014b；小林2013a；2013b；小林2012〕を参照せよ。

的な「違憲の主観化」を認めるか（主観的違憲一元論）、あるいは「違憲の主観化」を副次的・補完的なものに留める二元的な「違憲の主観化」に限るか（客観的および主観的違憲二元論）という点が問題となつて思われる。「違憲の主観化」を認めない場合または二元的な「違憲の主観化」に限って認める場合には、議論の主戦場は客観的違憲（規範内容間抵触）をいかに判断するかという点になる。本稿筆者には、この「客観的違憲（規範内容間抵触）をいかに判断するか」という点に関して考慮要素審査を彫琢することは、それを「判断過程統制」と称するかどうかはともかく、必要不可欠な作業であると思われる。

また、「違憲の主観化」は、『違憲性の本質』という純理論的な検討〔櫻井 2013, 80〕に関わるものであり、特に、法律の合憲性を立法者の努力のみに依存させる一元的な「違憲の主観化」については、その長所および短所につき慎重な理論的検討が必要となるであろう。他方で、客観的違憲（規範内容間抵触）が確定されて以降に「違憲の主観化」を承認する場合には、司法権と立法権の役割分担という権力分立上の問題として議論を行うことができるように思われる〔参照、宍戸 2014b, 71, 80；櫻井 2013, 80ff.〕。

このように、「判断過程統制」についてはまだまだ検討すべき点は多いものの、それらの検討は後日に委ねざるを得ず、今回はここで筆を擱くこととしたい。

参考文献

- 青井 2007：青井未帆「選挙権の救済と国家賠償法」信州大学法学論集 9号（2007）115頁以下
 —2009：同「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論」信州大学法学論集 12号（2009）1頁以下
 —2011：同「空襲被災者の救済と立法不作為の違憲」成城法学 80号（2011）35頁以下
 —2012：同「立法不作為の違憲と『人権』侵害の救済」学習院大学法学会雑誌 48巻 1号（2012）3頁以下
 赤坂 2017a：赤坂幸一「立法過程の合理化・透明化」法学教室 440号（2017）36頁以下
 —2017b：同「新たな秩序形成プロセス」法学セミナー 751号（2017）74頁以下
 新 2010：新正幸『憲法訴訟論〔第2版〕』（信山社、2010）。

- 新井 2004：新井誠「参議院議員選挙をめぐる2つの最高裁大法廷判決」法学セミナー 594号（2004）68頁以下
 —2011：同「立法裁量と法の下での平等」法律時報 83巻 5号（2011）41頁以下
 安念 1988：安念潤司「いわゆる定数訴訟について（4）」成蹊法学 27号（1988）131頁以下
 今関 2004：今関源成「参院定数不均衡最高裁判決」ジュリスト 1271号（2004）88頁以下
 岩切 2011：岩切大地「立法行為に対する国賠法を通じた司法審査」立正法学論集 45巻 1号（2011）31頁以下
 鶴澤 2005：鶴澤剛「憲法訴訟における判決効の訴訟法的構造」立教法学 69号（2005）105頁以下
 —2010：同「判批」自治研究 86巻 7号（2010）132頁以下
 —2011：同「オッター・マイヤーの《自由権》論（1）」金沢法学 53巻 2号（2011）233頁以下
 遠藤 2011：遠藤博也『行政過程論・計画行政法』（信山社、2011）
 大石 2004：大石和彦「判批」白鷗法学 24号（2004）145頁以下
 —2007：同「立法不作為に対する司法審査」白鷗法学 14巻 1号（2007）171頁以下
 —2011：同『立法不作為に対する司法審査』・再論」立教法学 82号（2011）132頁以下
 —2012：『憲法判断の対象』としての《規範》と《行為》」筑波ロー・ジャーナル 11号（2012）25頁以下
 岡田 1992：岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制」法学政治学論究 14号（1992）67頁以下
 —2002：同「ドイツにおける『憲法裁判の限界』論」憲法理論研究会編『法の支配の現代的課題』（敬文堂、2002）51頁以下
 —2011：同「判断過程統制の可能性」法律時報 83巻 5号（2011）55頁以下
 神橋 2008a：神橋一彦「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求について」立教法学 75号（2008）67頁以下
 —2008b：同「行政救済法における違法性」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008）237頁以下
 —2010a：同『職務行為基準説』に関する理論的考察」立教法学 80号（2010）1頁以下
 —2010b：同「行政訴訟の現在と憲法の視点」ジュリスト 1400号（2010）43頁以下
 —2011：同「原告適格論と憲法の視点」立教法学 82号（2011）229頁以下
 —2012：同「行政救済法における違法概念と憲法規範」法学教室 386号（2012）95頁以下
 工藤 2013：工藤達朗「参議院議員選挙と投票価値の平等」論究ジュリスト 4号（2013）92頁以下

- 小林 2016a：小林裕紀「準手続的審査の法理論的基礎に関する一考察」朝日法学論集 48 号（2016）125 頁以下
 ——2016b：同『『対等な機関への尊重』と立法手続への診査』比較憲法学研究 28 号（2016）103 頁以下
 ——2014a：同『『法形成における適正手続』概念の形成』法学政治学論究 103 号（2014）1 頁以下
 ——2014b：同「立法判断の客観化に向けた法的アプローチ」法学政治学論究 101 号（2014）37 頁以下
 ——2013a：同「立法府に対する手続的統制の契機」法政論叢 49 卷 2 号（2013）50 頁以下
 ——2013b：同「法律制定における立法府に対する明確性の要求」法学政治学論究 97 号（2013）269 頁以下
 ——2012：同「アメリカにおける立法記録審査の展開」法学政治学論究 93 号（2012）269 頁以下
 駒村 2013：駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2013）
 小山 2004：小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、2004）
 ——2016：同『『憲法上の権利』の作法〔第 3 版〕』（尚学社、2016）
 櫻井 2011：櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学 51 卷 4 号（2011）145 頁以下
 ——2013：同「参議院『一票の格差』『違憲状態』判決について」甲南法学 53 卷 4 号 61 頁以下
 ——2016：同『判例で読む憲法』（北樹出版、2016）
 穴戸 2005：穴戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005）
 ——2009：穴戸常寿「裁量論と人権論」公法研究 71 号（2009）100 頁以下。
 ——2012：同「一票の格差をめぐる『違憲審査のゲーム』論究ジュリスト 1 号（2012）41 頁以下
 ——2014a：同『憲法 解釈論の応用と展開〔第 2 版〕』（日本評論社、2014）
 ——2014b：「立法の『質』と議会による将来予測」西原博史編『立法システムの再構築』（ナカニシヤ出版）60 頁以下
 篠原 2016：篠原永明「『指導原理』・客観法・憲法上の権利」甲南法学 57 卷 1・2 号（2016）145 頁以下
 芝池 1985：芝池義一「行政決定における考慮事項」法学論叢 116 卷 1-6 号（1985）571 頁以下
 須田 2015a：須田守「取消訴訟における『完全な審査』（1）」法学論叢 178 卷 1 号（2015）33 頁以下
 ——2015b：同「取消訴訟における『完全な審査』（2）」法学論叢 178 卷 2 号（2015）37 頁以下
 ——2015c：同「取消訴訟における『完全な審査』（3）」法学論叢 178 卷 3 号（2015）1 頁以下
 ——2016a：同「取消訴訟における『完全な審査』（4）」法学論叢 178 卷 5 号（2016）27 頁以下
 ——2016b：同「取消訴訟における『完全な審査』（5・完）」法学論叢 178 卷 6 号（2015）34 頁以下
 ——2016c：同「理由提示と処分理由（1）」法学論叢 179 卷 1 号（2016）1 頁以下
 ——2016d：同「理由提示と処分理由（2）」法学論叢 179 卷 2 号（2016）1 頁以下
 ——2016e：同「理由提示と処分理由（3）」法学論叢 179 卷 3 号（2016）17 頁以下
 ——2016f：同「理由提示と処分理由（4・完）」法学論叢 179 卷 4 号（2016）22 頁以下
 高木 2010：高木光「行政処分における考慮事項」法曹時報 62 卷 8 号（2010）1 頁以下
 高橋 2017：高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、2017）
 高橋他 2007：高橋和之・佐藤幸治・棟居快行・蟻川恒正「〔座談会〕憲法 60 年」ジュリスト 1334 号（2007）2 頁以下
 西村 2000：西村枝美「立法過程への法的アプローチ」東北学院大学論集（法律学）57 号（2000）1 頁以下
 橋本 2009：橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009）
 畑尻 2008：畑尻剛「国家賠償請求訴訟における立法行為の憲法適合性審査」中央ロー・ジャーナル 4 卷 4 号（2008）3 頁以下
 ——2010：同「違憲判断の具体的処理方法」中央ロー・ジャーナル 7 卷 1 号（2010）65 頁以下
 原田 1973：原田尚彦『訴えの利益』（弘文堂、1973）
 深瀬 1993：深瀬忠一「日本の立法過程の特色」中村睦男編『議員立法の研究』（信山社、1993）3 頁以下
 福井 2007：福井章代「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成 16 年度（上）』（法曹会、2007）117 頁以下
 藤井 2012：藤井樹也「立法者の努力を評価する司法判断」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012）406 頁以下
 宮地 1990：宮地基「西ドイツ連邦憲法裁判所による規範統制判決の展開と機能」神戸法学雑誌 39 卷 4 号（1990）939 頁以下
 ——2015：同「立法裁量統制の意義と限界」公法研究 77 号（2015）184 頁以下
 棟居 2001：棟居快行「プロセス・アプローチ的司法審査観について」同『憲法学再論』（信山社、2001）394 頁以下
 村上 2007：村上裕章「判批」判例評論 584 号（2007）2 頁以下
 ——2013：同「判断過程審査の現状と課題」法律時報 85 卷 2 号（2013）10 頁以下
 ——2015：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（2015）26 頁
 毛利 2010：毛利透「判批」民商法雑誌 142 卷 5・6 号（2010）58 頁以下
 山本 2006：山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報 1933 号（2006）11 頁以下
 ——2012a：同『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012）

- 2016：同「行政裁量の判断過程審査」行政法研究 14 号（2016）1 頁以下
- 山本 2012b：山本龍彦「立法過程の脱『聖域』化」法学セミナー 685 号（2012）66 頁以下
- 2012c：同「立法裁量の統制」曾我部真裕・赤坂幸一・新井誠・尾形健編『憲法論点教室』（日本評論社、2012）46 頁以下
- 山本 2011：山本真敬「藤田裁判官の『判断過程統制』の検討」早稲田大学大学院法研論集 138 号（2011）201 頁以下
- 2013：同「『立法裁量』と『行政裁量』の関係についての一考察」早稲田法学会誌 63 卷 2 号（2013）371 頁以下
- 2014：同「ドイツ連邦憲法裁判所における主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle) に関する一考察 (1)」早稲田大学大学院法研論集 151 号（2014）383 頁以下
- 2015「ドイツ連邦憲法裁判所における主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle) に関する一考察 (2・完)」早稲田大学大学院法研論集 155 号（2015）301 頁以下
- 2017：同「立法裁量の『判断過程統制』、その後」早稲田法学 92 卷 2 号（2017）133 頁以下
- 2018：同「ドイツ連邦憲法裁判所における主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle) の展開」早稲田法学 93 卷 2 号（2018）近刊予定
- 渡辺 2009：渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法政研究 76 卷 3 号（2009）289 頁以下。
- 2012：同「判批」判例評論 637 号（2012）12 頁以下
- 2013：同「憲法上の権利と行政裁量審査」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 (上)』（有斐閣、2013）325 頁以下
- 2017：同「最高裁判所判事としての藤田宙靖」浦田一郎先生古稀記念『憲法の思想と発展』（信山社、2017）783 頁以下
- 渡辺他 2016：渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法 I』（日本評論社、2016）