



Title	違憲審査における立法形成の空間：社会福祉立法の違憲審査を例にして. 台湾における社会権保障の現状と問題点. 報告二
Author(s)	黄, 舒芄; 鄭, 明政//訳
Citation	北大法学論集, 63(5), 21-38
Issue Date	2013-01-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/51802
Type	bulletin (article)
Note	シンポジウム「台湾における社会権保障の現状と問題点」 = Symposium "Present Status and Problems of Social Security Rights in Taiwan"
File Information	HLR63-5_004.pdf



[Instructions for use](#)

違憲審査における立法形成の空間

—— 社会福祉立法の違憲審査を例にして ——

鄭 黄

明 舒

政 芄

訳

一 はじめに

「立法形成空間」の概念は台湾では新しいものではない。^①立法形成空間の憲法上の基礎およびその範囲に関する問題

は、学界において豊富な討論成果が積み重ねられている。一般的に、立法形成空間は、立法者が憲法に基づき意思形成の自由を享受しうる空間であると考えられる。そこから、立法者がほかの国家公権力、とくに違憲審査機関による干渉から独立を保障されている領域だと捉えられている。しかしながら、そこには一つの基本的な問題が生じている。すなわち、現代立憲主義における国家は、すべての国家権力の発動が憲法に拘束され、違憲審査権により統制されているため、憲法はどのような理由でどの程度立法の形成空間およびその存在を容認できるのか、という問題である。なお、権力分立の側面からは、違憲審査機関が国会の作った法律にどのような影響を与えるかが問題となる。これらの問題を究明するために、本稿はまず「立法形成空間」が憲法上の意義および必要性にどのように影響しているのかを考察する（二以下）。次に、台湾司法院大法官による「立法形成空間」の存在および範囲に関する判断について検討する（三以下）。そして、憲法の視点から大法官の「立法形成空間」の運用のありかたを考察する（四以下）。このような分析に基づき、本稿は憲法と立法権との関係を再解釈し、そして、社会福祉立法に関する違憲審査を例にして、異なる実務領域の特性による「立法形成空間」範囲の影響を検証する（五以下）。

二 「立法形成空間」の憲法上の意義および必要性

前述のように、一般的に「立法形成空間」とは、立法者が憲法に基づき、違憲審査権による干渉を受けない自由を享有しているということを意味する。このような簡単な定義から「立法形成空間」に対し一般的に二つの基本的な理解がある。第一に、「立法形成空間」は憲法に認められており、したがって憲法上の正統性を持つ、というもの。第二に、「立法形成空間」は立法者の自由の象徴である、というもの。この自由は憲法から賦与されているため、違憲審査権の干渉

に抵抗する根拠となり得る。以上のような理解に基づいて、「立法形成空間」は立法と（司法による）違憲審査との二つの権力の境界線をつける重要な概念とされている。「立法形成空間」に対する一般的な憲法論では、常に立法者が民主機関として特殊な憲法地位を享有するという「民主」基本原則が焦点となり強調されてきたため、「立法形成空間」の存在は、「民主立法」と「違憲審査」との対抗を経て、立法者が「多数の民意」によって管轄領域を手にいったという理解がなされている。

しかし、立法形成空間をこのように理解する通説は、おそらく憲法と立法者（法律）との関係を完全に説明できないと思われる。なぜかという点、「民主」原則のみが立法形成空間の存在を論証し、違憲審査権の介入を拒否できるとするのであれば、立法者のすべての決定が「民主」の現れであるから、直接に違憲審査を免れる立法形成空間を享有しうるとは言えないためである。しかしながら、このような理解は、憲法が法律より優越性を有することを空言にさせることとなるだけでなく、違憲審査権を通して立法を統制する機能も徹底的に否定されることになる。このことにより、単に民主の観点からだけでは、憲法が立法形成空間を容認しうることや賦与された立法形成空間の範囲を十分に説明できないと思われる。

規範理論の角度からすると、憲法が立法者に一定の立法形成空間を提供するのは、憲法と法律との間に必ず存在する乖離が認識されているためだと解釈できる。現代の立憲主義国家においては、合憲秩序の重要性および憲法が立法機関に対して保持する拘束力が強調されるにもかかわらず、憲法がすべての生活事実を未然に予測または解決するのは無理である。そして、未来の問題の解決を未来の社会に委ねる空間を留保するために、現段階の秩序基礎によって未来の秩序の発展を完全に制限するつもりは、憲法には毛頭もない。このように、未知の未来に対して開放的観点および多元的理念に基づき、憲法は「完全決定」の姿として現れることは到底すべきではなく、未来に対して各種の社会利益を十分

に配慮できる決定の構築こそを確保しなければならない。このような観点のもとで、「立法形成空間」存在は当たり前前のことと言えよう。未知の未来の開放を維持するために、憲法はいわゆる「法秩序の憲法化」を形成するわけではないし、立法者を「憲法（とりわけ基本的権利）の執行者」にするわけでもなく、むしろ社会における多元の利益、特に憲法が保障する各種の基本権の間の衝突を立法過程の公開議事手続きによって解決することを図っている。憲法は不完全な規範内容を通して立法者に授權し、その形成自由の発動によって各利益の妥協のもとで決定されること、すなわち、立法による実現がはかられ、できるかぎり最大多数者各自の異なる利益を保障しようとしている。この角度からすると、憲法に賦与された「立法形成空間」は、そもそも「民主」または「政治」に対する譲歩が求められるわけではなく、逆に立法者がこの形成空間において、各種の異なる社会利益が十分に配慮したうえで、最多多数者の自由をできるだけ保障し、さらに憲法が保障する各種の基本権を最大限に実現するものであると捉えることができる²⁾。

以上の考察によれば、まず、「立法形成空間」の憲法上の正統性および必要性は憲法が立法者に授權した任務から由来するものである。つまり、立法者が内容不完全の憲法規範に対し具体化を行い、そして、毎回の具体化する過程において、できる限り各種の異なる基本的権利を考慮し、基本的権利の最大実現を追求することが憲法に要請されるといえよう。次に、「立法形成空間」とは立法者に憲法が授權したものであるという側面だけでなく、同時に立法者に義務を課す、という意味もある。したがって、「立法形成空間」を承認するのは、立法者が統制されない自由を享有するという意味に限定されない。つまり、憲法による立法者に対する拘束を確保するために、違憲審査機関は以下のような審査を行わなければならない。すなわち、立法者がその形成空間を通し、各種の異なる基本的権利の間の衝突を完全に配慮・衡量するかどうか、そして、これにより憲法の基本的権利を最大実現させる決定に役立つかどうかを審査すべきである。このことにより、「立法形成空間」は一方向的に「民主」の前提のものであると帰結することはできず、加えて、基本的権

利の保障と対立するものでもないと思われる。なお、「民主」の名目で司法審査に対抗することもできない。⁽¹⁾

三 台湾司法院による従来の「立法形成の空間」に対する解釈と運用

以上、前述のように「立法形成の空間」を基本的権利の保護機能と理解するならば、現代憲法秩序における法と政治との相互関係、および基本的権利と民主との両立性に関する説明に役立つのみならず、「立法形成の空間」は基本的権利に拘束された側面がさらに明らかになるばかりでなく、「立法の恣意」との根本的な差異も明白になるため、その合憲性の範疇に対する認識にとつても有用であると思われる。しかし、従来の司法院大法官解釈において「立法形成の空間」の概念はたびたび言及されたにもかかわらず、その基本的権利と立法形成の空間との相関関係は終始明らかになっていない。このように、憲法解釈の実務上では「立法形成の空間」の概念を使用する際は、往々にして一種の純粋な形式的な判示に過ぎなく、「形成空間」の具体的事案において憲法に認められた必要性和許容の幅については明らかにされていない現状にある。

立法者の「形成空間」または「形成自由」は、大法官がこの一〇年あまりの違憲審査を行った過程において認められ、そして解釈内容の中に使われた概念である。一般的には、「形成空間」または「形成自由」は常に立法者が社会現実に対する考察と理解に基づいたものとされ、憲法の許容のもとで価値判断を行うものであるとされている。しかしながら、価値判断である以上、憲法解釈機関がそれを「尊重」すべきであるから、「審査」の対象とならないはずである。たとえば、釈字第五四号解釈において、大法官は姦通罪に関する規定について、「婚姻、家庭制度の維持と性行為の自由との間に対する価値判断」であるから「立法形成自由の空間を超越しない」と判示した。なお、釈字第六一七号解釈に

において、猥褻出版物にかかわる規定について、大法官は「憲法解釈者は、社会多数の共通価値に基づいた立法者の判断に対して原則としてそれを尊重すべき」であるから、「製造、保有等のような散布、放送及び販売に関する予備行為を、散佈的な情報・物品を散布・放送及び販売する構成要件行為に擬制し、同様の不法程度を有する」とし、ともに立法の「形成自由」の範疇であり、憲法解釈機関がそれに介入して審査することができないと示した。

このことにより、大法官がいう「形成空間」又は「形成自由」は、単に一種の形式的な宣告に過ぎないわけではなく、基本的に憲法解釈機関と立法者との権限境界に対して自らの「司法自制 (judicial self-restraint)」の基本的な立場を表明することを含んでいる。この権限境界に影響する鍵は、前述のように、民主原則である。この前提によると、立法形成自由の発動は民主意思の体现であるため、憲法解釈機関が民主多数者の「価値判断」、及びこの価値判断によって作られた政治決定に対して干渉すべきではない、と考えられる。そこで、従来「立法形成空間」を強調する大法官解釈の脈絡においては、立法形成空間は往々にして「民主」の代表者であり、(憲法解釈機関が保障する)「基本的権利」と対立することになる。それに、「立法形成の空間」への尊重は、民主多数決の象徴であるから、一旦係争中の規定が「立法形成空間」の範疇であると認められると、基本的権利を侵害する合憲性に対して、憲法解釈機関がそれに踏み込まなくても疑われない。逆に、係争中の規定は基本的権利を脅かすおそれがあると認められると、「立法形成空間」が違憲審査の過程において、常に機能を發揮できない可能性が生じる。

大法官が民主原則に基づき、「立法形成の空間」に対して「有か無か」のような二者択一の態度を取った問題点は釈字第六一七号及び六四九号解釈の内容から見れば分かるだろう。まず、刑法二三五条の猥褻出版物に対する処罰規定の違憲性について、釈字第六一七号解釈では以下のように述べた。すなわち、大法官「男女がともに営んだ社会生活において、性的な言論、情報及び性的な文化に関する表現方法は、歴史的背景と文化差異がある。それは憲法と法律より先

に存在しており、そして、その性的な観念及び性的行為のパターンが次第に社会多数者に普遍的に認められ、社会の教化として客観化される。社会教化の概念は、常に社会の発展、風習の変異によって異なる。しかし、その本質には各社会の多数者によって普遍的に認められた性的観念及び行為パターンである以上、民意機関は、多数判断を通して特定の社会風習が社会共通価値としての社会秩序の一部であるか否かを判断すべきであってはじめて十分な民主的正当性を持つ」と述べた。立法者が民意機関として「社会共通価値」を判断する権限を有するから、判断の結果に対して、憲法解釈機関がそれを尊重すべきであると考えられる。このような出発点から大法官は解釈理由書においてさらに以下の通り説明した。すなわち、大法官は続いて、「性的情報又は物品に関する視聴については、客観上普通の一般人に羞恥又は嫌悪感を引き起こして、性的な道徳感情を侵害し、社会の教化を妨害するものは、平等かつ和諧的な社会的価値秩序に明らかに危害が及ぶ。このような社会共通価値秩序を侵害する行為は、憲法が保障する社会秩序に違反するのであり、立法者が法律を制定しそれを規制する目的は正当である。また、社会の性的価値秩序を破壊する行為に対して、その倫理性が非難に値する。したがって、憲法が社会秩序を維持する目的を実現するために、刑罰を以て憲法が維持した平等かつ和諧的な性的価値秩序を宣告するのは、その手段が合理的なものである」と判示した。換言すれば、民主的正統性を有する立法者がなした決定はすでに多数民意の現れであるから、憲法解釈機関がそれを尊重しなければならない。本解釈の最後に、係争の法律内容に対する違憲審査を放棄するようなことは大法官が立法者の形成空間を尊重するために払わざるを得ない対価である⁽⁴⁾。それに対して、心身障害者の権益保護法には、非視覚障害者がマッサージ業に従事することを禁止された規定が職業の自由と平等権に違反するか否かの問題については、釈字第六四九号解釈の解釈理由書ではまず次のように説明した。すなわち、「わが国の視覚障害者は成長、行動、学習、教育を受ける方面において多くの障碍が存し、選択しうる仕事及び職業の種類も比較的に少なく、その弱者層の継続的な地位が容易に変えがたいなどのこ

とを鑑み、視覚障害者がマッサージ業の従事で生計をたてている長期間にわたる実際の事実があり、そして、その視覚障がい状況にあってマッサージ業の従事は適当なことを考えれば、立法者が制定した視覚障害者権益の保護規定に対してそれを尊重するはずである」。しかしながら、大法官によれば、係争の規定には「多数の非視覚障害者はすべてマッサージ業に従事してはならない。その影響が甚大である」と述べたが、本案における「立法形成の空間」はいったどこにあるのかについて言及してなかった。そして、大法官は、視覚障害者に対する職業留保のような立法決定は非視覚障害者の基本的権利を侵害しるかどうかに着目するのみである。したがって、本号の解釈は「視覚障害者の知識能力が日々上昇するにつれ、選択しうる職業種類もますます増加している際に、係争の規定のもとで障害者の天稟によって従事できることがマッサージ業に限るわけではないことが無視されやすい。そして、本規定が三〇年に近く実施されても職業の選択が多元化の今日においては、未だに視覚障害者の経済的・社会的な地位を大幅に改善するわけではないから、目的と手段との間に実質的な関連性を有するとは言いがたい」と判断された。次に「マッサージ業は視覚障害者しか従事できないことではない。マッサージ業に従事しようとする者は相当な訓練と検定を経て合格を得ると就業する資格がある。マッサージ業の従事者を視覚障害者のみに限定することは、マッサージ業に従事しようとする非視覚障害者を転業または失業させ、多元競争環境の形成に損ない、消費者の選択性も増やすことができず、それは、視覚障害者の勤労権を保障することによって生じた就業利益と比べると、明らかに相当ではない」と述べた。以上からすると、いったん大法官は基本的権利（職業の自由と平等権）の保護を高度に重視する立場をとったため、違憲審査の過程において「立法形成の空間」が存在するか否か、あるいはそれをどのように尊重すべきかについての関心を全部失ってしまった、と見いだすことができる。

四 「立法形成空間」と権力分立

以上の考察から、以下のとおり主要な論点をまとめることができる。第一に、「立法形成の空間」は憲法上の正統性において単に多数決支配の観点からの民主原則しかないものではない。憲法（とりわけ基本的権利）はその規範内容の開放性に基づき、そもそもどのようにして憲法の具体化を行うべきかについての問題を立法者の衡量と決定に委ねることが多い。これは、立法者が民主の意思の形成という重大な任務を背負うと言うより、むしろ「多くの価値的な立場をとらずに、立法者に一定の裁決空間を享有させてはじめて立法者の決定ができるだけ各種の相違する利益状態を十分に考慮して、憲法が保障する基本権の趣旨を最大化に実現する」ことに着眼すべきである。この角度からみれば、「立法形成の空間」の主要な憲法根拠は「民主原則」であるからといって、ここにいう「民主原則」を単純な「多数の統治」と理解することではなく、「多数者と少数者との間に折衝と妥協を行う」ことであると理解すべきである。つまり、憲法が「立法形成の空間」を開放するのは、立法者の決定過程において多数と少数との妥協的な空間を設けるためである。第二に、「立法形成の空間」は憲法の実現を支持するために、民主意志の形成の過程において討議と相互妥協の空間を加えて憲法をもって各種の多元利益を内包する。「立法形成の空間」を政治へ譲ることによって立法者の恣意的な行動ないし「法外の地」を承認するという解釈は許されない。「立法形成の空間」は憲法に基づき立法者が一定の自由を享有することを掲げているが、この自由は憲法に拘束されなければならない。第三に、以上の二点に基づき、「立法形成の空間」を憲法の拘束に服従させるために、立法者が「形成の空間」の範囲内で行った決定は相変わらず違憲審査の対象であり、「立法形成の空間」の主張に基づいて違憲審査の統制を逃す余地はない。

前述の理論的基礎によって、立法と違憲審査との両権力の間には、憲法が「立法形成の空間」を開放する前提のもと

で、両権限の限界を如何につけるかの問題について以下のような主張ができるだろう。まず、立法者に憲法により一定の「形成の空間」が賦与されると同時に、「できるだけに各種の異なる基本的権利を考慮する」義務も課されるという点からすると、違憲審査のポイントは「その形成の空間内に行われた立法者の利益衡量は、基本的権利の最大現実を追求する憲法の主旨に反するかどうか」にあると思われる。この基準によって、違憲審査機関は、すでに憲法に内包された（または内包されるべき）各種の社会争議に関する価値決定を事前に予定してはならない。そして、このような前提のもとで、しばしば係争の立法規定が憲法価値内容に予定された答案に違反することを指摘し、それを違憲とするような結論を出すべきではない。前述のとおり、あまり多くの憲法価値内容と答案が予定されると、憲法規範の開放性をゆがめるだけでなく、違憲審査機関が憲法の名で各種の価値宣言を通して自らの価値立場を立法決定に取り換えるおそれもある。一方で、違憲審査機関は、立法者が享有した形成空間を、政治の多数決定と混同して理解してはいけない。前述のように、単純な「多数統治」の観点から民主と立法任務の本質を理解する見解は、憲法規範を通して立法形成の空間に授權すると同時に、立法者の行為を拘束することを無視するのみならず、民主と憲法が二分化され、「民主が違憲審査の対象とならない」のような曲解も生み出す。このような分析を経ると、前掲の積字第六四九号と六一七号解釈それぞれの問題点が分かるだろう。すなわち、積字第六四九号解釈において、大法官は基本的権利に関わる説明を通して、立法者がとった職業保留措置は平等権と職業の自由を違反することを指摘した。しかし、憲法が保障する平等権と職業の自由は単に伝統的な「自由的法治国家」に立脚するわけではないことが大法官により無視されたのである。⁽⁵⁾大法官は心身障害者の利益の保護に基づき、立法者が享有した政策の形成空間を立法者に授權すると同時に、多元利益の衡量を行うことをも立法者に要求している。本号の解釈では、大法官は平等権と職業の自由の保護に着眼しており、社会福祉のような政策において憲法が立法者に対していかなる「形成の空間」を賦与すべきかについては重視されていない。す

で述べたが、このような批判は「大法官は係争の立法政策に対する審査を緩やかに行い、ないし放棄すべきである」という結論を得るためではなく、ここで言いたいのは、「憲法規範は多くの社会争議に対する価値的な開放性を有することに基つき、大法官は立法政策の価値選択の「正確か否か」によって違憲か合憲かの憲法評価を行うべきではない。むしろ、立法者が一定の形成空間を享有しうるのを認めた前提に、立法者が行った利益衡量が確かに憲法の要求の通り、各種の相違ないし衝突した基本的権利とともに考慮するかどうかのような審査を行わなければならない」という点である。この角度からすると、釈字第六一七号解釈では「立法決定は社会多数価値の現れ」に立脚しており係争の処罰規定に対して全面的に審査を撤退する立場は、まさに「立法形成空間を承認すると、違憲審査を放棄しなければならない」というような盲点に陥る可能性がある。これは、明らかに「多数統治」の角度から出発するものである。大法官は「多数と少数との間の相互妥協」の基礎に立つたうえで立法任務の本質を見ることはない。そのために、いったん「多数」決定の結果が出てくると、大法官はそれを多数民意の現れと認定し、その違憲の可能性を疑わないようになる。憲法上のいわゆる「できるだけ最多数者」の基本的権利の保障は、まずは「できるだけ各種の異なる利益を立法政策の考慮にいらて協調を行う」という基本条件が看過されてしまうことになる。前述の通り、立法形成の空間が存在するのは、憲法が立法者に交付した多元利益の衡量という任務をもっと徹底的に実践させるためであるから、立法決定が一旦このような任務を履行できない際に、違憲審査はこの民主多数決の欠点を補い、民主が追求する多数と少数利益の妥協を再度に可能にさせるために踏込んで審査を行うべきである。「立法形成の空間」と「違憲審査」が関わる権力分立の議題について、その本質はしばしば大法官に提起され、いわゆる違憲審査権の立法権に対する「尊重」にあるわけではなく、両者がそもそも憲法構造のもとでそれぞれ異なる任務を背負っている。任務の属性に基づき、大法官は立法者ではなく、立法者が憲法義務を履行するか否かを監督する審査者である。したがって、違憲審査は、立法者に代わって改めて係争の個案

に利益衡量を行うべきではないし、「法」と「政治」がはっきり区別された前提に、政治決定に対する憲法統制を回避してはいけない。

五 異なる事務領域における「立法形成空間」：社会福祉立法を例にして

すでに述べた通り、憲法が「立法形成の空間」を開放するのは、違憲審査機関が「司法自制」の姿勢をとって立法決定を譲歩すべきである、という意味ではない。上記の分析によって「立法形成の空間」の存在の正統性は、憲法開放的な規範のもとで授権されることに由来したものであるから、「立法形成の空間」の範囲または憲法の限界に関する問題は、憲法に授権された立法裁量の範囲に戻ってそれを定めるべきである。この点からみれば、立法者がいったいどの程度の形成空間を享有しうるかに対して、定番の標準答案があるわけではない。具体的な個別の事案に対して、憲法規範が立法者に授権することにより判断を行わなければならない。そのために、「立法形成の空間」の範囲をめぐって、事務領域の属性によって異なるのか、あるいはそれを類型化する必要があるか、などのような問題がよく議論されている。

わが国の憲法解釈の実務経験からみれば、前述のように大法官は立法形成の空間を特定の事務領域の脈絡と結び付けたが、全体的にいうと、十分な判例又は解釈が積み重ねられておらず、異なる事務の特性に応じて立法形成の空間範囲の広狭さを採用する大法官の態度は今も不明のようである。しかし、この現象に対しては、大法官が異なる事務領域によって立法形成自由の範囲を体系的に類型化させていないと言うより、むしろ事務領域の特性にとっては、立法者がどのぐらいの形成自由を享有しうるのかという事柄は最重要の根拠ではないためと思われる。なぜかという、立法の形成空間が認められることは大法官が民主と民意機関を尊重する現れであると考えられるならば、「自制」または「尊重」

に基づいた大法官の踏み込む時点は、係争の事務領域の特性との結びつきの要求がまだ不十分で、もっと多くの他の様な要素を考量しなければならぬからである。したがって、前述の通り、大法官は多くの案件では立法者の（より）広汎な形成空間を享有しうるのを掲示した。しかし、「係争の事務領域の特性」と「立法形成自由の範囲」との間の関連性をどのように打ち立てるのかに関しては、全体的にいうとまだ不明のままである。

憲法解釈の実務では、果たして一般的な考えの通り、社会福祉政策領域に対してより広い立法形成の空間を承認しているのだろうか。関連する憲法解釈内容をみれば、たしかに社会福祉政策は大法官が繰返して提出した代表領域であることが分かる。かつて積字第四七二号解釈理由書には既に「国民健康保険制度をいかに制定すべきかは立法裁量の範囲に属する」と述べられていた。第四八五号解釈においても、大法官は「憲法第七条の平等原則は、絶対的・機械的な形式的平等をいうものではなく、人民の法律上の地位における実質的な平等を保障する規定である。立法機関は、憲法の価値体系及び立法目的にもとづき、当然規範対象事項の性質の差異を斟酌し合理的な差別取扱をすることができる。国民の生活上の福祉〔民生福祉〕を促進することは、憲法の基本原則の一つであることは、憲法の前文、一条、基本国策及び憲法増補条文一〇条の規定からみれば明白なものである。この原則に照らして、国家は、各種の給付を提供し国民が人間の尊厳に合致する基本的な生活を維持しうることを保障する。そして、経済的弱者である国民に扶助・世話をし、社会保障制度などの民生福祉措置を設けなければならない。前述の措置は、国家資源の配分にかかわる以上、立法機関は、各種の社会給付における優先順位、規範目的、受益者の範囲、給付方式及び金額に関する規定について、十分な形成の自由を享有し、国民に対する保護や世話の需要及び国家財政などの社会政策の考慮を斟酌して、法律を制定し、福祉資源を限定的に配分することができる」と詳細に説示した。この説示を根拠として、大法官はさらに積字第五七八号と第五九六号解釈では次のように強調した。すなわち、労働者保護の全体制度設計に関する保護内容、方法及び範囲等

に対して、立法者に一定の政策形成空間が賦与された。このように、大法官は社会福祉政策の具体化をめぐって、確かに立法者の決定に対して相対的に寛大な態度をとる姿勢が見られる。しかしながら、社会福祉領域において大法官はなぜ立法者の十分な形成自由の享有を認めるのかについて、さらに検討する余地がある。

積字第四八五号解釈では、社会福祉領域において立法者が十分に形成自由を享有する理由は、直接、国家資源の分配に関わるためである、と考えられている。そして、「資源の配分」は積字第五七八号解釈理由書によれば「立法形成の事項」に分類される。この点からすると、大法官は立法の形成自由の論証について、立法権に基づいた民主正統性のこだわりについては固執せず、立法形成自由の「基本権の実現を促進する」機能に関してははっきり説明していなかった。つまり、社会福祉政策を具体化するためにより多くの立法形成の空間が求められるという、背後の理由が明らかにされていないかった。したがって、積字第四八五号解釈の最後では資源の有限性に基づき、「社会政策に関する立法」に対して、国家の経済と財政状況を考慮し、資源の有効利用原則に照らして一般国民間の平等関係に注意し、福祉資源を妥当的に配分しなければならない、と判示し、係争の福祉措置は既に立法形成の自由を超越して違憲であることを言い渡した。それにもかかわらず、この解釈では立法形成自由の憲法基礎と憲法限界について相変わらず説明されていない。

実際に、社会福祉政策の属性はちょうど立法形成自由と基本的権利の保護との密接な関連を説明しうる。なぜかという、公権力の侵害措置により、社会福祉の給付は特定の利益保護に到達し全体の福祉を促進する目的のために、ある利益を犠牲又は軽視する必要があるからである。そこに存在する、複雑で多様な権利と利益との衝突を免れることはできない。⁽⁶⁾

わが国の憲法からみれば、社会福祉政策が多様な利益に関わる特徴は、言うまでもなく「基本的権利」と「基本国策」の二章の規定においてお互いに複雑な相互関係に反映している。この規定が保障した権利や利益がどのように他の法律

秩序と協調し、最大多数者の利益を受け入れる結果を得られるかを考えるのは、まさに憲法が立法者に与えた任務である。もつと具体的に言えば、憲法は優越性と拘束力を有しているという前提に立つならば、基本国策に関する規定は、少なくとも「憲法委託」の規範効力の範囲内にあると理解すべきである。⁽⁷⁾ゆえに、立法者にとつて「基本的権利」であろうと「基本国策」であろうと、立法権がそれを具体化、実現しなければならぬ。どちらも憲法に賦与された規範的任務である。さらに、前述のように、この任務の賦与は憲法が立法者に授權するのを意味しているだけでなく、憲法によって立法者を拘束する意味も有する。この角度からみれば次のことが確定しうる。つまり、憲法は基本的権利に描かれた「規範枠組み」を実践するために、単に各「基本的権利」しか頼らない。むしろ「基本的権利」と「基本国策」両章の規定を通してともにそれを実現すると言うべきである。まして、民生福祉国（学界では「社会国」、「社会福祉国」とも呼ぶ）原則によつてわが国の憲法には自由権と平等権のほかに、社会権の保障も規定されておる。ただ、社会権の規範効力は自由権又は平等権のように、必然に主観的権利の効力を有しているわけではない。⁽⁸⁾したがって、憲法は、社会権の保障に関して「基本的権利」の章に規定されるだけでなく、多くの内容は実際に「基本国策」とそれに相応した増補条文に規範されたのである。つまり、「基本国策」の規定を通して憲法機関に授權し、それを拘束しているのである。⁽⁹⁾

その他に、「基本的権利」と「基本国策」から構築された規範枠組みから、社会福祉政策に関する立法形成自由の憲法基礎と限界の位置づけが把握できる。すなわち、憲法が設定した規範枠組みは「基本的権利」と「基本国策」の授權により立法者が自由権、平等権と社会権を保障する前提に、完全な利益考量の追求を通して基本権の最大化実現をはかっている。⁽¹⁰⁾だからこそ、立法者の利益考量は「基本的権利」と「基本国策」の規範に拘束されなければならない。完全な放任的、恣意的な政治の権限行使はあくまでも許されない。したがって、「基本国策」に強調された弱者の利益は立法者の利益衡量の過程において、それを排除できないどころか、特別な配慮が行われるべきである。

このことによると、各「基本的権利」のほかに、憲法の「基本国策」に関する規定も立法者に一定の方向を示したと言える。何故なら、わが国の憲法の規範枠組みにおける「民生福祉国」の設定からいえば、ただ弱者の利益を特別な配慮の対象として立法政策に取り入れてはじめて立法者がすべての利益を十分に考慮しうる。とりわけ、基本的権利の最大化実現を真に実践するために、立法者はとくに弱者の權益を考慮したうえで最大多数者の基本的権利をできるだけ保障すべきである。立法形成自由が発揮された結果、各種の利益衡量が考慮されず、ある権利または利益（とくに「基本的権利」と「基本国策」が強調した利益）が立法過程において根本的に排除されることになった場合、この立法形成自由は、すでに憲法の「基本的人権」と「基本国策」から構築された規範枠組みを超越しており、違憲のおそれがあるといえるのである。

- (1) この概念は一般に「立法形成の自由」、「立法形成の余地」、「立法裁量」と呼ばれる。
- (2) 注意すべきは、ここにいう「できるだけ最多数者の権利を保障すること」は、単に「数」で政策を決定するわけではないということである。本稿の観点からみれば、「できるだけだけの最多数者」の権利保護とは、立法者が各種の異なる利益ないし衝突の利益を十分に考慮したうえで、これらの利益間の妥協を尋ねることを要求する意味である。この点について、*Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), 2. Aufl. 1963, S. 9 ff., 26 ff., 47 ff. 参照。Kelsen からすると、民主の主旨はできるだけ最多数者の自由を実現することである。この目的を実現するために、民主意思の形成という重荷を担う立法者は、公開の議事手続きにより利益衡量の過程において各種の観点又は利益をできる限りに取り入られることが要求される。こういう意味のもとで、Kelsen 理論の脈絡から導きだした「基本的権利の最大実現」の意味は、憲法規範の開放性を通して、様々な人が自由を追求かつ実現する機会があることをさす。そこで、議会の機能はこのような機会を保障することである。

- (3) の点に關しては、S.-P. Huang, Grundrechtsoptimierung durch (Kelsensche) Rahmenordnung. Zugleich ein Beitrag zur grundrechtsoptimierenden Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe am Beispiel „Stand von Wissenschaft und Technik“. Der Staat 49 (2010), S. 456 ff., 457 ff., 464 ff. S.-P. Huang, Demokratische Willensbildung vor grundrechtlicher Rahmenordnung: Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Auseinandersetzung von Garditz und Zaczyc. Der Staat 51 (2012), S. 233 ff., 245 ff.
- (4) の点に關しては、黃舒凡「價值」在憲法解釋中扮演的角色：從釋字第六一七號解釋談起」『變遷社會中的法學方法』(二〇〇九年) 八三頁以下、一〇一一—一〇三頁、一〇八一—一〇七頁參照。
- (5) 釈字第六四九号解釋の立場に対する影響について、黃舒凡「立法者對社會福利政策的形成自由及其界限：以釋字第六四九號解釋為例」『憲法解釋之理論與實務第七輯』(二〇一〇年) 一三七頁以下、一七〇頁以下參照。
- (6) 社会福祉政策の側の特徴について、E. Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat. in: E. Forsthoft (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit 1968, S. 73 ff.; U. Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats. in: Forsthoft (Hrsg.), ebenda, S. 461 ff., 489 ff.; E.-W. Luthe, Optimierende Sozialgestaltung. Bedarf - Wirtschaftlichkeit - Abwägung. 2001, S. 425 ff.; K. Meiberschnitt, Gesetzgebungsermessens. 2000, S. 886 ff. 參照。なお、孫迺翊「憲法解釋與社會保險制度之建構：以社會保險「相互性」關係為中心」國立臺灣大學法學論叢第三十五卷第六期(二〇〇六年)二四一頁以下。
- (7) 換言すると、憲法の優越性のもとで、基本国策は単にプログラム規定として取り扱うべきではなく、憲法が国家公權力に課した作為義務である。基本国策の「憲法委託」の規範的性格については、黃舒凡「社會權在我國憲法中的保障」『民主國家的憲法及其守護者』(二〇〇九年) 九九頁以下、一〇七—一二〇頁。
- (8) 關係する議論として、Ernst-Wolfgang Bockenförde, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge. in: ders., Staat. Verfassung. Demokratie. 1991, S. 146 ff., 155-157. 參照。
- (9) のことにより、立法者にとって社会権を実現する過程において、「基本的権利」であれ「基本国策」であれ、どちらも憲法の「規範枠組み」の一部であるから、両者の「主観的権利」または「憲法委託」という法性格上の相違があるにもかかわらず、「基本的権利」と「基本国策」に基づいた規定は共に規範として立法者を拘束する。わが国の憲法において、すでに基本的権利の「客観的機能」が認められた前提のもとで、「基本的権利」は往々にして立法者に社会権を実現する作為

義務を課する。一方で、「基本国策」は主観的権利の効力を有していないと思われるにもかかわらず、立法者が社会福祉政策を形成していくような引導のないし拘束的な規範的機能を否定するわけではない。

- (10) 基本国策を実践する際に立法者が果たすべき核心的な役割、そしてこれによって十分な形成自由を享有できることについて、陳愛娥「社會國的憲法委託與基本權保障」『公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集』(二〇〇四年)二六七頁以下、李建良「論立法裁量之憲法基礎理論」臺北大學法學論叢第四十七期(二〇〇〇年)一五一頁以下、二〇七頁参照。

〔付記〕本稿の部分的な内容は、すでに発表された拙稿(黄舒芃「違憲審査中之立法形成空間」月旦法學雜誌第一八五期(二〇一〇年九月)三九一—五一頁、黄舒芃「立法者對社會福利政策的形成自由及其界限：以釋字第六四九號解釋為例」黄舒芃『憲法解釋之理論與實務 第七輯(上冊)』(台北：中央研究院法律學研究所籌備處・二〇一〇年二月)一三七—一九一頁)と重なる部分がある。なお、北海道大学大学院法学研究科助教鄭明政先生の招聘をいただいたこと、そして、岩本一郎教授及び参加者の方々からの貴重なご意見をいただいたことに、併せて感謝の意を表したい。