

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 6 月 17 日現在

機関番号：12613

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2009～2013

課題番号：21530035

研究課題名(和文) 憲法上の権利に関する論証作法の再構築

研究課題名(英文) Reconstruction of the manner of arguing constitutional right

研究代表者

渡辺 康行(WATANABE, YASUYUKI)

一橋大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：30192818

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,100,000円、(間接経費) 930,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、日本における憲法訴訟を活性化させるために、違憲立法審査に関する判例法理を内在的に分析し、再構成することを試みた。本研究は、防御権については保護領域・制約・正当化という手続きを踏む三段階審査、平等原則については別異取扱いとその正当化という二段階審査、政教分離原則についても国家と宗教のかかわり合いとその正当化という二段階審査を提唱した。さらに、その実現が立法者による制度構築に依存する権利についても、立法者がもつ制度構築の裁量を認めた上で、その裁量を統制する手法を模索した。本研究の成果は、裁判所により、既に一部受容されている。

研究成果の概要(英文)：This study, aiming to revitalize constitutional litigation in Japan, tried to analyze immanently and restructure legal theories in judicial precedents involving judicial reviews for constitutionality. The study proposed a three-step review based on procedures for areas to be protected, restrictions and justification in connection with the right to defense, a two-step review comprising separate handling and its justification in regard to the principle of equality, and also a two-step review comprising the relationship between the state and religions and its justification with respect to the principle of separation of government and religion. Furthermore, in terms of constitutional rights whose realization depends on institution-building by legislators, the study explored methods to control legislators' discretion in institution-building while acknowledging such discretion. The study results have already been partially accepted by the courts.

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：三段階審査 比例原則 平等原則 政教分離原則 客観法適合性審査 立法者による制度形成の審査
行政裁量審査と憲法 審査密度

1. 研究開始当初の背景

戦後日本憲法学における最大の収穫の一つは、アメリカ合衆国の判例・学説を素材とした憲法訴訟論という領域の開拓であった。憲法訴訟論は、立法事実論や目的・手段審査、あるいは違憲審査の争点を提起する適格や違憲判決の効力論など、多くの点で最高裁判例にも重要な影響を与えた。しかし、憲法訴訟論の中核であった違憲審査基準論は採用されず、最高裁は比較衡量論を広汎に用いる、という状況にある。また権利の実現が立法者による内容形成や制度形成に依存する権利については、学説による支援なしに、判例が手さぐりで法理を開拓しなければならない、という状況が続いてきた。

2. 研究の目的

上記のような状況を打開することはできないか。ここで注目できるのが、ドイツにおける基本権論や憲法裁判論である。ドイツ連邦憲法裁判所および憲法学は、1990年代ごろから、防御権に関して、保護領域、制約、正当化という三段階に思考を分節化して、法律の基本法適合性を論証する手法を確立させた。また財産権のような立法者による内容形成を必要とする基本権に関して、内容形成のあり方を統制する手法についても様々な議論を行ってきた。こうしたドイツにおける理論状況を参照することによって、日本における憲法判例法理における変化を支え、促すような提言をすることができるのではないか。こうした研究動向は、日本においてもここ数年来、大きな注目を集めるようになってきている。このことは、ドイツ連邦憲法裁判所が、防御権制約の正当化審査に際して用いる比例原則の思考が、日本の裁判所が採用している比較衡量論をより洗練したものに読み替えていくための有力な支援となることについて、学説でも、さらには裁判所によっても、理解されつつあるからであろう。

本研究は、こうした状況を踏まえ、従来は主に防御権に関して示された上述のような新しい研究動向に加えて、それ以外の権利や客観法規範に関する審査手法を開拓することによって、憲法上の権利論を総合的に再構築することを目指すものとして開始された。

3. 研究の方法

本研究の手法は、学説の議論を参照しながら判例を内在的に分析した上で、判例に改善すべき点があればそれを促そうとするものである。従来の研究は、外国の法理論を日本に導入することにより、判例法理を外在的に批判する傾向があった。そのような試みの重要性を否定する意図はないものの、研究のア

プローチはそれだけではない、という立場を採用するものである。

4. 研究成果

本研究は、個別テーマに関する研究ではなく、憲法上の権利論の再構築をめざす総合的研究であった。そのため、研究は幅広い領域に及んだ。

(1) 防御権に関する審査手法の研究は、ここ数年来、本研究が提唱する方向性が最も受け入れられつつあるものである。つまり、防御権制約の憲法適合性が問題となる場合の三段階審査理論である。まず、被侵害利益が憲法上の権利によって保障されたものかどうか審査される。保護領域に入っていると、第二段階で国家の行為が当該憲法上の権利を制約しているかどうか、が審査される。制約があるとなれば最後の第三段階に進み、その制約が正当化されるかどうか審査される。正当化審査は、二つに分かれる。第一は形式的正当化審査である。これは、制約を行う国家の行為が法律の根拠に基づいているかどうか、根拠となる法律が明確性を備えているか否か、などを審査する。第二は実質的正当化審査である。これは制約が内容的に正当化されるか否か、を審査するものである。従来学説上論じられてきた違憲審査基準は、この場面で働くものだった。

これに対して、ドイツにおいて実質的正当化審査に際して用いられているのが、比例原則という考え方である。そこでは制限目的と手段の正当性が審査されるのであるが、重点は手段審査に置かれる。つまり、手段が目的達成のために有用か(適合性)、手段が目的達成のために必要か(必要性)、手段により失われる利益が得られる利益を上回っているか(利益の均衡、狭義の比例性)が審査される。このような審査手法は、現在ではドイツ連邦憲法裁判所だけでなく、ヨーロッパ人権裁判所、さらには世界の多くの国々の裁判所でも使われるようになってきている。また、日本の裁判所が多用している、比較衡量を基盤としながら、目的の正当性と手段の必要性・合理性を問うという判断枠組みも、この比例原則を基礎に置くものと再構成できる。こうした論旨を一般的に展開したのが、日本公法学会の総会報告を活字化した、論文 16、18 である。

(2) 本研究は、このような構想に基づいて、幾つかの領域を素材とした検討を行った。一つは、思想・良心の自由の領域である。ここ数年、公立学校における儀式的行事に際する「君が代」斉唱職務命令の合憲性に関して、沢山の訴訟が起こされ、注目すべき最高裁判例が出された。ピアノ伴奏拒否事件判決(最判平成 19・2・7 民集 61 巻 1 号 291 頁)は、ピアノ伴奏を命ずることが教師の思想・良心

の自由に対する制約とはならない、としたもののように見えた。これに対して起立・斉唱職務命令事件判決（最判平成 23・5・30 民集 65 巻 4 号 1780 頁）は、起立・斉唱を命ずることは教師の思想・良心の自由に対する間接的制約となることを認めた上で、それは正当化される、と判断した。このような変化は、事案の違いから一応説明可能である。判例をこうした観点から分析することは、現在では一般化している。本研究は、このことに寄与していると思われる。論文 6、8、17 は、この点にかかわる。

（3）本研究が、防御権に関する三段階審査の個別研究における第二の素材としたのは、信教の自由である。従来、思想・良心の自由に関しては、謝罪広告事件判決（最大判昭和 31・7・4 民集 10 巻 7 号 785 頁）をはじめとして、それに対する制約がない、と判断されることが多かった。これに対して信教の自由の領域ではそうした判決は、少ない。これは、伝統的に思想・良心に関しては内心の保障と解されてきたのに対して、信教の自由は外部的行為の自由も含まれると解されてきたという保護領域理解の差による。信教の自由に対する間接的な制約の存在を認めた上で、その正当化審査を行ったのが、宗教法人オウム真理教解散命令事件決定（最判平成 8・1・30 民集 50 巻 1 号 199 頁）である。この決定は、正当化審査に比較衡量論の手法を導入した上、信教の自由の重要性に鑑みて「慎重に吟味しなければならない」という視点をも組み込んだものである。先述の、起立・斉唱職務命令事件判決も、正当化審査に比較衡量論を導入した点では、この決定と軌を一にする。しかし、後者の判決は「慎重に吟味」という姿勢を継承していないことが指摘できる。これらのことを、論文 8 で論じた。

（4）本研究は、防御権に関する審査だけではなく、客観法規範適合性審査の手法についても考察を行った。その第一の素材は、平等原則である。平等原則は固有の保護領域をもたず、それに対する制約も観念できない。そのため、平等原則に関しては、憲法 14 条 1 項が保障の対象とする別異取扱いが存在するか、およびそれが正当化されるか、という二段階の審査が行われる。このことは、従来判例・学説もおそらく暗黙のうちに認めてきたものだが、これを明確にすることは論理の明晰化に資する。

判例・学説の多くは、憲法 14 条 1 項後段の保障対象を、同項後段例示説をとることにより、広く捉えてきた。その例外には二通りのものがある。第 1 は、東京都売春等取締条例事件判決（最大判昭和 33・10・15 刑集 12 巻 14 号 3305 頁）である。この判決は、条例による地域ごとの別異取扱いを、憲法が条例制定権を認めることによって、14 条 1 項の保障対象外だとしたものと理解できる。第 2 に、

婚外子住民票記載判決（最判平成 25・9・26 民集 67 巻 6 号 1384 頁）を挙げられる。この判決は、記載の義務づけ自体によっては差異がもたらされていない、という。この判決は、正当化審査の対象となる別異取扱いがない、と判断したものと理解できる。

別異取扱いの正当化審査に関する判例法理についても、従来は、体系的な整理がなされてこなかった。尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和 48・4・7 刑集 27 巻 3 号 265 頁）は、平等判例の典型と見られることが多かった。しかし、実はそうではない。この判決は、刑法 200 条につき立法目的と手段審査を行った。その上で、立法目的には「合理的な根拠」があるが、手段が「著しく不合理」なため違憲だ、と判断した。しかしこの「2 段階」の審査は、その後の判例に必ずしも受け継がれなかった。また「2 段階」の審査がなされる場合でも、「立法目的」と「区別」（サラリーマン税金訴訟判決〔最大判昭和 60・3・27 民集 39 巻 2 号 247 頁〕）、「立法理由」と「区別」（婚外子相続分合憲決定〔最大判平成 7・7・5 民集 49 巻 7 号 1789 頁〕）に関する審査とされてきた。この用語の選択は、おそらく意識的であった。最高裁は、平等原則適合性が問題となる少なからぬ事例において、「区別」はある目的のための手段という位置にはないことを、理解していた。

別異取扱いの正当化審査のなかで裁量論が前面に出てきたことも、その後の判例における特徴である。サラリーマン税金訴訟判決、婚外子相続分合憲決定は、この点でも代表的な判決である。立法裁量が強調されることによって、別異取扱いの正当化審査の密度は、ますます薄いものとなった。

ところが、国籍法違憲判決（最大判平成 20・6・4 民集 62 巻 6 号 1367 頁）は、「立法目的に合理的な根拠」があるか、「区別と上記の立法目的との間に合理的関連性」があるか、という「2 段階」の審査を行った。そしてその際には、日本国籍が「重要な法的地位」であること、および「子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない」父母の婚姻により区別が生じていること、の双方を考慮することによって、「慎重に検討すること」を必要とした。その後、婚外子相続分違憲決定（最大判平成 25・9・4 民集 67 巻 6 号 1320 頁）も出ているが、平等審査の枠組みが明確ではないため、現在でも国籍法違憲判決が判例における平等審査の到達点である。論文 1、3、12 などが、この領域にかかわるものである。

（5）本研究が、客観法規範適合性審査の手法について考察した第二の素材は、政教分離原則である。政教分離原則適合性審査についても、「かかわり合い」の審査と「かかわり合い」があるとされた場合の正当化審査という二段階が区別されうる。箕面忠魂碑訴訟二審判決（大阪高判昭和 62・7・16 民集 47 巻 3

号 2506 頁)は、当該事案で国家と宗教の「かわり合い」がない、と判断した。そのため、「かわり合い」の正当化審査には進まなかった。

従来からよく知られてきた目的効果基準は、「かわり合い」の正当化審査の基準であることが理解されるべきである。さらに判例では、国家と宗教の「かわり合い」の態様によって、その正当化審査の密度が変化していることも見て取れる。

例えば、自衛官合祀訴訟判決(最大判昭和 63・6・1 民集 42 巻 5 号 277 頁)は、「かわり合い」を「間接的」としたために、正当化審査も形式的なものにとどまった。これに対して愛媛玉串料判決(最大判平成 9・4・2 民集 51 巻 4 号 1673 頁)は、「特定の宗教団体の挙行する重要な宗教上の祭祀にかわり合い」をもったことが明らかだとしたために、その正当化審査が厳格化している。

従来の判例は、目的効果基準を適用する際の考慮要素を種々挙げていた。しかし、実際には考慮要素のなかに、国家と宗教の「関わり合い」の審査のために用いられるものと、「かわり合い」の正当化審査に用いられるものが未整理に混在していた。目的効果基準に代って、総合考慮の審査を採用したことで注目された空知太神社事件判決(最大判平成 22・1・20 民集 64 巻 1 号 1 頁)は、考慮要素の混在状況を正当化審査のために一元化したという点でも、重要なものである。論文 5 は、これらを論じたものである。

(6) 憲法上の権利のなかには、その実現が立法者による制度構築に依存する権利がある。選挙権、生存権、裁判を受ける権利、国家賠償請求権などがその典型例である。そのような権利についても、権利に対する制約と構成されるべき局面があるため、制約が形成かという構成の理解の仕方が重要な課題となる。後者だと捉えられると、制度を構築する法律については、一般に立法者の広い裁量が認められる。裁判所は、その裁量を統制することはできないのか。

ここでは選挙権・選挙制度を例にとる。小選挙区が比例代表制かといった、選挙制度の仕組みの基本設計が立法者に委ねられていることには、判例・学説において異論がない。問題となるのは、制度形成のより具体的な場面、典型的には投票価値の平等との関係である。憲法学説は平等の観点によって定数配分や区割作成に関する立法裁量を外側から枠付けようとしてきた。それはもちろん正当な試みであるが、判例は別の手法を用いることがあることにも注意を払うべきである。それが「立法者の自己拘束」の論理であり、「時の経過」の論理である。こうした手法は、実は指導的判例である、衆議院議員中選挙区定数配分違憲判決(最大判昭和 51・4・14 民集 30 巻 3 号 223 頁)で、既に現れていた。近年では、衆議院における「1 人別枠方式」違憲

状態判決(最大判平成 23・3・23 民集 65 巻 2 号 755 頁)などでも使われていた。

判例においては、こうして、立法裁量をいけば内側から統制する手法が活用されることがある。こうした手法を洗練し、体系化することは、憲法学説の任務である。論文 7、15 などで、このことを論じた。

(7) 憲法上の権利は、行政裁量審査の場面で役割を果たすこともある。このことも、従来は、あまり注目されてこなかった。しかし、在学関係、公務員関係、刑事施設被収容関係、営造物利用関係のような特別権力関係に属するとされてきた領域や、給付行政のような、受益処分とされてきた領域において、裁判所が憲法上の権利論で決着をつけづらい場合に、それを補う手段として行政裁量審査において憲法上の権利が考慮されることがある。

行政裁量審査は、一方では判断過程統制の導入により、他方では比例原則審査の活用により、密度が向上してきた。前者の代表例は、エホバの証人剣道受講拒否事件判決(最判平成 8・3・8 民集 50 巻 3 号 469 頁)であり、後者の代表例は、教職員国旗国歌訴訟懲戒処分事件判決(最判平成 24・1・16 判時 2147 号 127 頁 事件)である。二つの判決で、行政裁量審査の密度が向上している理由は、処分が重大な場合には慎重に審査するという比例原則の発想である。しかし、前者では信教の自由が、後者では思想・良心の自由が間接的に制約されている、という考慮も働いていた。このように、二つの判決には共通する要素がある。他の裁判例をも視野に取り込んで、より体系的な考察が必要である。論文 2 は、そうした試みであった。

5. 主な発表論文等

(雑誌論文)(計 28 件)

1 渡辺康行、民法 900 条 4 号ただし書き前段の合憲性、法学セミナー増刊 速報判例解説、査読無、vol.14、2014、23 26

2 渡辺康行、憲法上の権利と行政裁量審査、長谷部恭男ほか編『高橋和之先生古稀記念現代立憲主義の諸相 上』(図書所収論文)(有斐閣) 査読無、2013、325 - 366、713

3 渡辺康行、尊属殺重罰と法の下での平等、別冊ジュリスト 217 号、長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 [第 6 版]』(図書所収論文)(有斐閣) 査読無、2013、60 61、242

4 渡辺康行、政教分離原則と信教の自由、ドイツ憲法判例研究会編『講座 憲法の規範力 第 2 巻 憲法の規範力と憲法裁判』(図書所収論文)(信山社) 査読無、2013、217 255、364

5 渡辺康行、政教分離規定適合性に関する審査手法、季刊・企業と法創造、査読無、9巻3号、2013、54 78

6 渡辺康行、「日の丸・君が代」訴訟を振り返る、論究ジュリスト、査読無、1号、2012、108 117

7 渡辺康行、衆議院小選挙区選挙における区割基準、区割りおよび選挙運動上の差異の合憲性、判例評論(判例時報 2136号添付)査読無、637号、2012、158 - 166

8 渡辺康行、「思想・良心の自由」と「信教の自由」、樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』(図書所収論文)(日本評論社)査読無、2012、133 166、382

9 渡辺康行、「合理的関連性の基準」の再検討、法律時報増刊『国公法事件上告審と最高裁判所』(図書所収論文)(日本評論社)査読無、2011、140 149、255

10 渡辺康行、憲法10条、芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール 憲法(別冊法学セミナー)』(図書所収論文)(日本評論社)査読無、2011、89 - 93、539

11 渡辺康行、憲法17条、芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール 憲法(別冊法学セミナー)』(図書所収論文)(日本評論社)査読無、2011、138-142、539

12 渡辺康行、平等原則のドグマティック、立教法学、査読無、82号、2011、1-73

13 渡辺康行、団体の活動と構成員の自由、戸波江二編『早稲田大学21世紀COE叢書第2巻 企業の憲法的基礎』(図書所収論文)(日本評論社)査読無、2010、79-123、218

14 渡辺康行、司法権の対象と限界、法学教室、査読無、356号、2010、17 21

15 渡辺康行、立法者による制度形成とその限界、法政研究、査読有、76巻3号、2009、1 53

16 渡辺康行、憲法訴訟の現状、公法研究、査読無、71号、2009、1-23

17 渡辺康行、職務命令および職務命令違反に対する制裁的措置に関する司法審査の手法、法政研究、査読有、76巻1・2号、2009、1 31

18 渡辺康行、憲法訴訟の現状、法政研究、査読有、76巻1・2号、2009、33 60

〔学会発表〕(計2件)

1 渡辺康行、政教分離規定適合性に関する審査手法、早稲田大学グローバルCOE「憲法と経済秩序」第20回研究会、2012年9月16日、早稲田大学、東京都

2 渡辺康行、「合理的関連性の基準」の再検討、憲法問題研究会第39回研究会、2011年9月17日、早稲田大学、東京都

〔図書〕(計2件)

1 木下智史、村田尚紀、渡辺康行〔編著〕『事例研究 憲法(第2版)』(日本評論社)2013、585

2 渋谷秀樹、大沢秀介、渡辺康行、松本和彦〔著〕『憲法事例演習教材』(有斐閣)2009、285

6. 研究組織

(1) 研究代表者

渡辺康行(WATANABE YASUYUKI)

一橋大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：30192818