

科学研究費補助金研究成果報告書

平成 24年 5月 28日現在

機関番号：32682

研究種目：挑戦的萌芽研究

研究期間：2009～2011

課題番号：21653002

研究課題名（和文）違憲審査方法に関するアメリカ法的思考と大陸法的思考

研究課題名（英文） American and Continental European Ways of Legal Thinking
on Constitutional Adjudication

研究代表者

高橋 和之 (Kazuyuki Takahashi)

明治大学・大学院法務研究科・教授

研究者番号：70061223

研究成果の概要（和文）：

アメリカ及びドイツの違憲審査方法の統合・調整を通じての、日本の最高裁判決を分析・理解し、必要ならば批判するのに適した枠組を次のようものとして構成した。すなわち、内容確定型人権については、審査を2段階に分け、第1段階審査においては、人権制限の存在をドイツの「保護領域」と「介入」の審査を参考にして確定し、第二段階審査においては、制限の正当化をアメリカの審査方法を「通常審査」に再構成して行うというものである。

研究成果の概要（英文）：

Constructing a framework appropriate for analyzing, understanding, and eventually critiquing the decisions of the Japanese Supreme Court, through integration and conciliation of the American and German ways of constitutional scrutiny, as follows: concerning the rights which have the constitutionally predefined contents the scrutiny proceeds in two steps; in the first step the limitation of right is ascertained with the help of German concepts of “Rechtsbereich” and “Eingriff”, and in the second step the limitation is to be justified in accordance with the American way of scrutiny reformulated as “ordinary scrutiny”.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2009年度	800,000	0	800,000
2010年度	700,000	0	700,000
2011年度	700,000	210,000	910,000
年度			
年度			
総計			

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：違憲審査、審査方法、審査基準、比例原則、利益衡量

1. 研究開始当初の背景

日本の判例研究において、アメリカ型の違憲審査方法を参照する議論とドイツ型違憲審査方法を参照する議論が併存し、しかも両

者の異同についての理解がいずれの立場からも自覚的に提示されなかったため、相互のコミュニケーションが成り立たず、研究の進展の障害となっていた。

2. 研究の目的

違憲審査方法におけるアメリカ型の思考とドイツに代表されるヨーロッパ大陸型の思考の異同を明らかにし、両者を統合する判例分析の枠組みを形成すること。

3. 研究の方法

関連する内外の論文・判例を渉猟し、比較・分析することを基本とし、若干の外国人専門家とのインタビューを行った。

4. 研究成果

(1) 憲法が保障する人権には、憲法上その内容が確定されていると考えている人権（内容確定型人権）と、多かれ少なかれ法律に内容の形成を委ねている人権（内容形成型人権）が存在し、それぞれの違憲審査の方法が異なることを明らかにした。

(2) 内容確定型人権の代表は自由権であるが、その審査は、①人権制限の存在の有無の判断と、②人権制限が正当化可能かどうかの判断の2段階に分けて行われることを、主としてアメリカ型審査方法を参考に分析し、ドイツ型の三段階審査の保護領域と介入の二段階を上記①に組み込む形で両思考の統合を図った。

(3) 制限の正当化論において、アメリカ型の審査基準論とドイツ型の比例原則が対立しているため、両者の違いを明らかにする作業を行い、ドイツの狭義の比例原則をアメリカの目的審査に対応する機能をもつものと理解することにより、両者の機能的な類似性を明らかにし、その上で基本的にはアメリカ型の目的審査と手段審査の枠組みを基礎に審査基準論を「通常審査」として設定した。

(4) このように形成した2段階審査のそれぞれの段階をアメリカとドイツの方法を統合する形で「分節判断の手法」と定式化し、日本最高裁が多用する「総合判断の手法」と対比する枠組みを設定した。

以上が研究成果の要点であり、詳しくは下記の発表論文、特に「憲法判断の思考プロセス」を参照頂くのが最善であるが、報告書に要求されているページ数を埋めるために、以下若干敷衍する。

(1) 内容確定型人権と内容形成型人権

人権の構造的分類として、イェリネクの4類型を参照して、①自由権、②参政権、③国務請求権・社会権、④適正処遇（平等権・適正手続権）を区別すると、自由権と平等権は、内容確定型、他は内容形成型に分類できる。この分類を行う目的は、両者では違憲審査の方法が異なることを明らかにすることにある。内容確定型人権（自由権）の審査方法については、研究が進んでおり、(2)以

下に述べるようにまとめることができるが、内容形成型人権については、判例は立法裁量論に訴えることが多く、構造的な審査をなしていない。しかし、学説の側でも、いまだ構造化された審査方法を形成しえないでいる。本研究でも、この点についての研究を手がけてはいるが、試論の域をでていない。問題は、立法裁量をどう統制するかであり、それには、二つの方向が考えられる。一つは、立法裁量を裁量論として真正面から扱うのではなく、構造的な審査方法を確立してきている内容確定型人権の審査方法を借用し、「人権の制限」と「制限の正当化」論の構成を試みるものである。これが可能な場合には、正当化論を目的・手段審査の枠組で行うことができ、裁量の逸脱・濫用論よりも精練化された審査が可能となる。実際、最高裁判例でも、違憲判断（郵便法違憲判決、森林法違憲判決）では、この手法を用いている。もう一つの方向は、平等権などの内容確定型人権や立法委任の限界・租税法律主義等の他の憲法上の原則を用いて裁量統制を行うことである。立法裁量が多かれ少なかれ認められざるをえない内容形成型人権の場合、裁量論を真正面からとりあげてその逸脱・濫用を論証することは、極めて困難であり、結局は主観的・直感的な総合判断にならざるをえないので、その道を避ける方法を模索することになるが、未だ試論の段階であり、今後の研究により深めていく必要があると考えている。

(2) 内容確定型人権の審査方法

内容確定型人権は、憲法上当該個人権類型がどこまでの保障を行っているかが確定されており、法律による保障内容の形成は必要ない。ゆえに、裁判所が憲法解釈として保障範囲を認定でき、国民の行為がその保障範囲内にあるばあいには、その行為を規制する国家の行為は「人権の制限」となり、国にはその正当化が求められる。したがって、この型の人権の規制の合憲性が争われる場合には、その審査は、①人権制限の存在の有無の審査、②制限が正当であるかどうかの審査、の二段階で行われることになる。①の審査方法につき、アメリカ型とドイツ型を比較すると、ドイツではこれを「保護領域」と「介入」に分節して行っているのに対し、アメリカでは両者を相関的に捉え総合的に行っているという違いを指摘できる。ドイツの方法のほうが、審査の思考プロセスが明晰であり、裁判官の判断を枠づけるには優れているが、保護領域の限界周辺に属する国民行為に対し強度の侵害態様の介入が行われたような場合には、アメリカ型では両者を相関的に捉えて総合判断し人権制限ありとしうる柔軟性をもちうるが、ドイツ型の場合は、保護領域に属さずと判断されることによりそれ以上の審査と統制ができないという問題に直面

することもありうる。両国の方法は、一長一短があり、どちらが優れているかは言えないが、判断過程の明晰さに欠けることの多い日本の裁判例を前提にすると、日本においては、当面、ドイツ型を参考にするのがよいのではないかと考えられる。なお、憲法解釈により保護領域を確定するには、当該人権が憲法により保障された理由を明確にしなければならないが、これを人権の正当化論として法哲学的に深化させることが憲法学にとっての重要な課題となる。

(3) 人権制限の正当化論

人権制限が正当化される基本的前提は、制限により得られる利益と失われる利益の衡量の結果、得られる利益のほうが大きいと考え得る場合に、制限は合憲と考えるというものである。しかし、両利益を衡量するといっても、質を異にする利益・価値が対立するのが通常であるから、両者の大きさを比較する共通の尺度があるわけではない。そこで比較の方法としてアメリカで形成されたのが「審査基準論」である。審査基準論とは、利益衡量を目的審査と手段審査という枠組で行い、その際、審査される人権の性格を基礎に三つのカテゴリーを区別し、それぞれに厳格度の異なる基準を適用して審査し、目的審査・手段審査がかくして割り当てられた審査基準をパスしたとき、得られる利益（公益）のほうが大きいとみなすという考え方をいう。

アメリカでは、審査基準として厳格審査・中間審査（厳格な合理性審査）・合理性審査の三つが区別されており、日本でもそれを参照するのが従来の通説であったが、本研究では、これに代えて「通常審査」を基礎にする3基準の区別を提唱している。アメリカの三つの基準の区別は、特殊アメリカのコンテキストを前提に判例上形成されたものであり、コンテキストを異にする日本には、そのままは妥当しないと考えるからである。すなわち、アメリカでは憲法上違憲審査権を裁判所に与える明文の規定がなく、それは1803年のマーベリー対マディソン事件判決により判例上確立された権限にすぎない。そのために、違憲審査のベース・ラインを立法裁量を最大限に尊重する「合理性審査」に置かざるをえなかったものであり、特にルーズベルト・コート以降は、合理性審査をベース・ラインとしつつ例外的に「高められた審査」を行うという、いわゆる二重の基準の考え方が打ち出された。しかし、その審査方法が結論志向的に審査基準を選択しているとの批判を受け、審査に柔軟性を与えるために中間審査基準を創設して「高められた審査」を厳格審査と中間審査に区別するに至ったのである。さらに、現在の判例展開の推移では、

厳格審査と合理性審査もそれぞれ二つに区別される傾向を見せ、次第にスライディング・スケールあるいは比例原則に近づいてきているとの指摘もあるが、それはともかくとして、日本の場合は、憲法81条に、裁判所に違憲審査権を授権する明文の規定があり、ゆえに違憲審査は日本の裁判所にとっては職責でもある。そうだとすれば、審査のベース・ラインは、合理性審査と考えるべきではなく、憲法が想定する審査の程度は合理性審査より厳格なものと考えべきであろう。それを「通常審査」と捉え、目的審査・手段審査を立法事実を基礎に行い、判断結果の理由が正確に理解できる程度に詳細な判決理由を付した審査と定式化する。この通常審査が原則的に要求されるが、事案によっては、それよりも厳格な審査が要求される場合もあろうし、逆により緩やかな審査でもよいという場合もあろう。こうして、厳格度の異なる三つの審査（厳格審査・通常審査・敬讓審査）が区別されることになり、その限りでは、アメリカ型の審査に類似するが、区別の基礎を異にする。そのために、いかなるカテゴリーの事件にどの審査を適用するかは、日本独自の問題として考えていくべきことになり、それが今後の課題であるが、しかし、アメリカで形成されてきた二重の基準の考え方は、私の枠組でも参考にしようと考えている。

これに対し、ドイツでは、人権制限の正当化論の領域で、審査基準論とは異なる発想に立つ比例原則（広義）を用いている。それは、目的と手段の關係に審査の焦点を合わせ、①目的に対する手段の適合性、②目的を達成するための手段の必要性、③目的と手段の均衡（狭義の比例原則）の三点を審査するものである。理解が困難なのは、狭義の比例原則が何を意味するかであるが、一つの理解によれば、それは「得られる利益」と「失われる利益」の均衡を指す。この理解に立つと、アメリカではこの点を判断するために目的・手段審査の枠組の下で典型的に三つの審査基準を分けて判断したのに対し、ドイツではこのような審査基準を欠くという理解になる。したがって、このような利益衡量は「裸の利益衡量」という性格をもつことになる。しかし、狭義の利益衡量には、もう一つの理解も可能なようである。それは、実現しようとしている公益（目的）の大きさが、そのための手段により制限される人権価値と比較して不均衡でないことを確かめる手続という理解である。このように理解した場合には、これはアメリカ型の目的審査に類似した機能を果たすことになる。アメリカの目的審査は、制限される人権の重要度と制限により

実現される公益の重要度の釣り合いを確保することを目的としている。ドイツは、それを狭義の比例原則により行っているのである。このような理解が可能ならば、ドイツ型の①適合性審査、②必要性審査は、アメリカ型的手段審査に対応すると見ることができるので、結局、アメリカ型もドイツ型もほぼ同じような審査方法を形成していると捉えることも不可能ではない。そのような目でドイツ型を見ると、その手段審査において、アメリカ型では区別されていない適合性と必要性を分節しているという理解も可能となる。そこでの適合性とは、手段がすくしでも目的を実現するものであるのかどうか審査されるのであるから、手段が公益を実現する程度を問題にしており、そこでの必要性審査は、人権制限のより少ない他の手段の有無を問題にするというのであるから、制限が人権価値に及ぼすインパクトの度合いを問題としている。アメリカ型では、この両面の総合判断により手段が目的と適合しているかどうかを判断するのに対し、ドイツ型ではそれを公益への影響と人権への影響に分節して判断しているのであり、ドイツのほうが手段審査の思考プロセスがより透明であると評しえよう。ここでもそれぞれの方法に一長一短があるが、日本においてはドイツ型的手段審査は参考にしようと思われる。ただ、ドイツ型では審査基準の厳格度の区別という思考はないので、この点はアメリカ型のほうがわかりやすいというのが、私の当面の結論である。

(4) 分節判断と総合判断

アメリカ型とドイツ型のそれぞれにおいて分節構造の審査が行われている部分を参考にし、基本的にはアメリカ型を基礎にしつつ、ドイツ型の分節構造をそこに統合する形で分節判断の枠組を構成し、それをつかって日本の裁判例の分析を行い、その日本の特徴と問題点を明らかにした。日本の最近の最高裁判決には、2段階審査さえ行わないで一段階で総合判断的に結論を出しているものがいくつか存在する(ピアノ伴奏職務命令事件判決、住基ネット事件判決など)が、そのために判断過程が不透明で説得力に欠ける判決となっている。また、多くの判例では2段階審査を採用しているが、その場合でも、ほとんどの合憲判決では、2段階目の制限の正当化審査では、総合判断を行っており、審査基準を欠いている。最高裁判例が一層の説得力を持つためには、可能な限り分節判断の手法を採用するのが好ましいというのが、私の結論である。

(5) 英米法的思考と大陸法的思考

最後に、研究成果と言えるところまでに

は到達できなかったが、上記のようなアメリカ型とドイツ型の違憲審査方法の違いが、究極的には英米法的思考と大陸法的思考の違いに密接に関連しているのではないかという問題に触れておく。もともと本研究の最終的な目標は、この点を説明することに置いていた。しかし、残念ながら私自身が納得できる答えを見つけることはできていない。もっとも、次のことは言えるのではないかと考えている。すなわち、アメリカが判例により審査基準を設定しているのに対し、ドイツがそうはしないで比例原則に留まっているのは、基準設定ということの法的性格の理解の仕方の違いに由来するのではないかということである。基準設定は一種の司法立法である。そう考えると、司法立法の許される英米法的思考においては、抵抗なく審査基準の設定に進むことができるのに対し、大陸法的思考においては、利益衡量は裁判所の権限であるが、立法はそうではないから、比例原則の手法に留まる必要があるのではないだろうか。結果的に判例法として審査基準と呼ぶものが形成されることは生ずるであろうが、それを基準設定(立法)と捉えることは許されないと感じられているのではないだろうかということである。この点、さらに研究を進めたいと考えている。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計 5件)

高橋和之 違憲審査方法に関する学説・判例の動向 法曹時報、査読無、61巻12号1～49頁(2009年)

高橋和之 人権論の論証構造 ジュリスト 査読無 1421号52～59頁、1422号108～118頁、1423号68～80頁(2011年)

高橋和之 「通常審査」の意味と構造 法律時報 査読無 83巻5号12～19頁(2011年)

高橋和之 憲法判断の方法との関連でみた近時の最高裁判決の新動向 法律時報 査読無 増刊2011、24～38頁(2011年)

高橋和之 憲法判断の思考プロセス——総合判断の手法と分節判断の手法—— 法曹時報 査読無 64巻5号1～53頁(2012年)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

高橋 和之 (TAKAHASHI KAZUYUKI)
明治大学・大学院法務研究科・教授
研究者番号：70061223

(2) 研究分担者

()

研究者番号：

(3) 連携研究者

()

研究者番号：