

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成 25 年 5 月 27 日現在

機関番号：12613

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2010～2012

課題番号：22530029

研究課題名（和文） 憲法訴訟における利益衡量の意義と限界

研究課題名（英文） The Significance and Limits of Balancing in Constitutional Adjudication

研究代表者

阪口 正二郎（SAKAGUCHI SHOJIRO）

一橋大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：60215621

研究成果の概要（和文）：

近時、学界においてはアメリカ流の違憲審査基準に代えてドイツ流の比例原則を採用すべきだとの議論がなされている。本研究は、第一に、違憲審査基準と比例原則が利益衡量という考え方を共有していることを明らかにした。第二に、利益衡量という考え方は、憲法上の権利を政府利益に対する「シールド」として構想するもので、憲法上の権利を政府の行為の正当化に対する「切り札」として構想する考え方によって補完する必要があることを明らかにした。

研究成果の概要（英文）：

In this study, we first demonstrate that the American principle of standards of scrutiny and German proportionality analysis involve very similar thought processes in that both incorporate the idea of rights as shields as their core and assess the extent of rights infringement and the relative necessity of such infringement for realizing governmental interests. Secondly, we show that this conception of rights as a shield should be complemented with one of rights as a trump card against certain kinds of justifications invoked by governments.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	1,100,000	330,000	1,430,000
2011年度	600,000	180,000	780,000
2012年度	600,000	180,000	780,000
総計	2,300,000	690,000	2,990,000

研究分野：憲法

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：憲法訴訟、憲法、利益衡量、違憲審査基準、比例原則

1. 研究開始当初の背景

(1) 国内外の研究動向

違憲審査制を導入した日本国憲法の下で、憲法解釈論は、単なる条文解釈論ではなく、

違憲審査制を強く意識した「違憲審査基準」論を軸に展開されてきたが、アメリカ憲法学の影響を受けた「違憲審査基準」論は、①方法論的に見れば、裁判所における憲法判断の

方法を「客観化」することを目指し、②実体的に見れば、「二重の基準論」を前提に、裁判官に権利の種類ごとに異なったウェイトを置いた利益衡量を行わせることで、憲法上の権利を適切に保障しようとするものであった。しかし、「違憲審査基準」論は学界では受け入れられたものの、最高裁においては「つまみ食い」的に利用されるにとどまっておらず、最高裁では、これとは異なる「総合衡量」という名の、基準なき裸の利益衡量がなされてきた。こうした状況の中で、ここ数年、①一方で、改めて「違憲審査基準」論の意義を強調すべく、裸の利益衡量論との対比という形で「違憲審査基準」論の理論的基礎を明らかにする作業が高橋和之によってなされており（高橋和之「審査基準論の理論的基礎」ジュリスト1363号、1364号、2008年、同「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義2009年7月号）、②他方では、「比例原則」という形での「利益衡量」を含むドイツの「三段階審査論」を日本国憲法の解釈論に実際に応用しようとする試みが、小山剛『「憲法上の権利」の作法』（2009年）などドイツ憲法研究者によってなされており、最近では、「違憲審査基準」論と「三段階審査」論の異同やその接合可能性を検討すべきだとの指摘がなされている（たとえば、駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」法学教室328号、2008年）。

違憲審査制が急速に普及しつつある現在の世界においても、ドイツに由来する「比例原則」は、ドイツだけでなく、ヨーロッパ人権裁判所、カナダ、イスラエルなどにおいても採用されており、「憲法のグローバル・スタンダード」（Alec Stone Sweet）と形容されており、英米圏も含めて急速に学界の関心を集めている。他方で、アメリカにおいても、「違憲審査基準」に関して、従来の「合理性の基準」、「中間審査基準」、「厳格審査基準」の使い分けでは処理しきれない事例が登場したり、従来とは異なった形でこれらの基準が使用される判例が見られることから、「違憲審査基準」の役割や機能を再検討しようとする作業（たとえば、R. Fallon, Strict Scrutiny, 54 UCLA L. Rev. 1267, 2007）がなされている。

（2）着想に至った経緯

研究代表者は、こうした状況から、第一に、アメリカの「違憲審査基準」とドイツの「比

例原則」の異同を明らかにすることが急務の課題と考え、それぞれを検討してみたところ、①両者は、「権利に対する侵害の程度が大きければ大きいほど、規制を正当化する利益や理由も重大なものでなければならない」という意味での「利益衡量」を憲法判断の中核に据える点で、共通しているものの、②両者が憲法判断の過程において「利益衡量」を取り込む段階が異なるのではないかと、③「違憲審査基準」論が前提とする「二重の基準」という形での権利の種類によってウェイトを異にした「利益衡量」を行うという発想と、審査密度論を組み込んで利益衡量を行おうとするドイツの「比例原則」論が同じものなのかどうか、④そもそもアメリカとドイツでは「利益衡量」に対する評価や警戒感が異なるのではないかと、という疑問を抱くようになった。これらの点を明らかにし、「利益衡量」に関する「違憲審査基準」と「比例原則」の異同をより詳細に見定めることで両者の比較、日本へいづれを導入すべきかを明らかにできるのではないかと考えた。

第二に、研究代表者は、これまで政治哲学の理論を参考にして憲法理論を構築する研究を行ってきたが、リベラリズムなど最近の政治哲学は、「功利主義に対抗するものとしての権利」を重視しており、この考え方によれば憲法上の権利は簡単には「利益衡量」とは整合せず、政府の行為の帰結ではなく、理由に着目して、一定の理由に基づく政府の行為を原則として排除するなど、「利益衡量」論では説明できない違憲審査の役割と、それに即した判断方法を考える必要性があるのではないかと考えるに至った。

以上を通じて、研究代表者は憲法訴訟における利益衡量の意義、役割、限界を考察してみたいと考えた。

2. 研究の目的

以上のような背景を前提に、本研究は、（1）比較憲法学の観点から、アメリカの違憲審査基準とドイツの比例原則を対象として両者が共有していると考えられる「利益衡量」に焦点をあてて、違憲審査基準と比例原則の異同を、①それぞれが有する論理構造、②それぞれが生み出されてきた歴史過程、③それぞれが前提にする権利観、違憲審査の役割についての考え方の違いという観点から

分析し、異同を見定めた上で、(2) 憲法理論の観点から、両者が共有していると考えられる「利益衡量」について、政治哲学の議論を参考にして権利と利益衡量の関係を分析し、憲法判断過程における利益衡量の意義と限界を考察することを目的とする。

3. 研究の方法

本研究は、具体的には、以下の4つの点の解明を行う。

(1) 政府の利益と憲法上の権利が対立する場合の憲法判断の方法として、アメリカの「違憲審査基準」とドイツの「比例原則」は、対立する政府の利益と憲法上の権利を衡量する「利益衡量」という方法を共有していることを示し、「違憲審査基準」と「比例原則」が、それぞれの論理構造の中で「利益衡量」を、①どこで行おうとしているのか、②どのように行おうとしているのかを検討することで、「違憲審査基準」と「比例原則」の異同を解明する。

(2) アメリカにおける「違憲審査基準」と「利益衡量」の関係を、アメリカにおける「違憲審査基準」の誕生からその展開過程の中で分析し、アメリカ憲法における「利益衡量」の位置と意味を確定し、ドイツとの比較の視座を得る。

(3) 以上の(1)(2)の作業を通じて、アメリカ憲法学の側からという限界はあるにせよ、「違憲審査基準」論と「比例原則」論の「対話」の可能性を獲得する。

(4) 以上を通じて得られた、比較憲法学上の「対話」の軸としての「利益衡量」論について、今度は、憲法上の権利の保障の意味を、①「特定の善の構想」、②「集合的利益」、③「帰結主義的発想」に対して優位するものとして理解する、政治哲学上のリベラリズム論との関係を分析することで、憲法学における「利益衡量」論の意義と限界を見定める。

(5) 本研究は、①テーマに関する文献・判例・その他資料の調査・収集、その読解、②研究者、特にドイツ憲法研究者との意見交換、③学会や研究会への参加、という方法を組み合わせ合わせて課題の解明を目指す。本研究は、(a) 比較憲法の手法を用いて「違憲審査基準」と「比例原則」による「利益衡量」の仕方や前提を比較し、(b) そこで得られた試論を今度は政治哲学における議論との関係で分析するという形で行うものである。

(6) 本研究の意義、独創性については、次の3つの点を見込んでいる。

① 本研究は、アメリカの「違憲審査基準」論の側からドイツの「比例原則」論との異同を明らかにしようとするものであり、両者の間での初めての「対話」の試みとなりうる。現在は、「違憲審査基準」論も「比例原則」論

も互いに自己の立場を主張しているだけで、いまだに相互に立ち入った比較は行われていない段階にある。本研究は、「違憲審査基準」と「比例原則」について、両者が共有する「利益衡量」論に焦点を当てて、それぞれの法理の論理的構造だけでなく、法理の成立、展開過程まで視野に入れて比較憲法的にみた両者の異同を見定めようとする点で独創性があると考えられる。

② 日本の最高裁は、権利の種類や重要性によって、ウェイトを変えて「利益衡量」を行うという考え方を全面的に受け入れてはいないが、憲法判断を「利益衡量」によって行うという思考自体は受け入れている。「利益衡量」を軸に、アメリカの「違憲審査基準」論とドイツの「比例原則」論との比較を、本研究のような視角と深度で行うことで、日本の最高裁の思考方法の普遍性と特殊性をより一層明らかにできると思われる。これによって、なぜ最高裁が「審査基準」論を全面的に受容しないのか、アメリカの「審査基準」に代えてドイツの「比例原則」を利用すれば、わが国の最高裁の憲法判断のありようを変えることができるのかも明らかになると思われる。

③ これまでわが国の憲法学は、「二重の基準」論や個々の権利との関係でもっぱら「違憲審査基準」論を展開してきた。そのため「違憲審査基準」論も個々の権利の重要性や裁判所の審査能力との関係で論じられることが多かった。近時、リベラリズムを主流とする政治哲学は権利を反パーフェクショニズム、反集合的利益、反帰結主義として理解する議論を展開しており、憲法学にも影響を与えているが、これらの政治哲学における権利論を、より具体的に、違憲審査における憲法判断の役割や方法にまで立ち入って展開する作業はまだなされておらず、本研究は、「政治哲学」レベルの議論を憲法判断の過程でどのように具体化可能か、考察しようとする意義を有する。

4. 研究成果

(1) 初年度である2010年度は、基礎的な資料の収集と分析を行い、それに基づく成果を次の2つの試論の形にまとめて発表した。

第一に、政府の行為の憲法適合性を裁判所が判断する際の枠組みとしてのアメリカの違憲審査基準とドイツの比例原則の異同を明らかにする作業を行った。違憲審査基準と比例原則がともに憲法上の権利や価値にウェイトを置いた利益衡量を可能にするという共通点を有しているものの、違憲審査基準と比例原則とは、裁判官による利益衡量の枠づけ方が異なっており、違憲審査基準では審査基準を二つないし三つに階層化する

ことで裁判官による利益衡量を制約しようとするのに対して、比例原則においてはこうした形での枠づけを拒否して個別の事例の事情に即した裁判官による利益衡量を可能にする違いがあること、そしてこの違いの背後にアメリカでは歴史的に利益衡量という考え方自体に負のイメージが付きまどっているという歴史的な事情があることを明らかにした。この成果は、『一橋法学』9巻3号に「憲法上の権利と利益衡量」という論文としてとりまとめて発表した。

第二に、違憲審査基準であれ、比例原則であれ、支配的な考え方ではこれらは「シールド」としての権利観に立ち、政府の行為の帰結を統制するものとして理解されているが、「切り札」としての権利観に立ち、政府の行為の理由を統制するものとして違憲審査基準や比例原則を再構成できる可能性を立証した。この成果は、2010年度の日本公法学会において「憲法学と政治哲学の対話」という論題で報告を行い、質疑応答に応える形で発表した。

2010年度には、これ以外にも研究を活かした形でさらに2本の論稿を取りまとめた。

(2) 2011年度は、初年度の研究を踏まえ、以下のような形で研究をさらに深めて、合計5本の論稿と1回の国際会議での報告にとりまとめた。

第一に、違憲審査基準と比例原則ではグローバルなレベルで見れば比例原則の方を採用する国家が多く、またヨーロッパ人権裁判所も比例原則を採用していることから、比例原則は裁判所が政府の行為の憲法適合性を判断する際のグローバルなモデルになりつつあり、違憲審査基準を採用するアメリカにおいても違憲審査基準よりも比例原則の方が論証方法としては優れているとする向きが少数ながら現れつつあることを明らかにした。

第二に、比例原則について、同じ比例原則を採用するドイツとカナダにおいて、比例原則の適用の仕方が異なっていることを示す研究を行った。

第三に、アメリカの違憲審査基準とドイツの比例原則が共有していると考えられる利益衡量について、政治哲学における議論を参考にしながら、権利と利益衡量の関係について分析し、違憲審査基準と比例原則を利益衡量の方法だと理解する考え方では、権利は政府の行為の帰結を統制するものとしてしか観念されず、それでは権利を政府の行為の正当化事由を統制する「切り札」として観念することはできないことを明らかにした。

こうしたことを、2010年度に日本公法学会で行った報告「憲法学と政治哲学の対話」と報告に対する質疑応答を踏まえてブラッシュアップした形で『公法研究』73号に論

稿として発表し、また樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』に「比較の中の三段階審査・比例原則」として、高橋滋・只野雅人編『東アジアにおける公法の過去・現在、そして未来』に「憲法上の権利の制約類型を考える必要性について」として論稿として取りまとめて公刊した。また、2011年12月16日に香港大学で行われた第4回 Asian Constitutional Law Forum において、Major Constitutional Development in the First Decade of the 21st Century という論題で招待講演を行い、シカゴ大学の Tom Gisburg 教授、ハーヴァード大学の Mark Tushnet 教授、台湾大学の葉俊榮教授ら海外の比較憲法学者と意見交換を行った。さらに、これ以外にも2本の論稿を発表した。

(3) 最終年度である2012年には、これまでの2年間の研究を踏まえて、さらに以下のような形で研究を展開し、2本の論文を公刊すると同時に、今後の研究に必要な視点の析出作業を行った。

第一に、アメリカで20世紀初頭に利益衡量論が台頭してきた背景には、契約の自由を自然権として強く保障しようとした *Lochner v. New York* 判決に代表される一連の裁判所の判決にどのように対応するかという問題関心があり、それに対抗するために法哲学者のロスコー・パウンドを中心にドイツの自由法運動が生み出した利益衡量論がアメリカに輸入されたことを明らかにした。この成果は『聖学院大学総合研究所紀要』51号に執筆した「セイヤーの司法の自己抑制論再考」と『季刊・企業と法創造』9巻3号に執筆した「Lochenr と利益衡量論」として公刊した。

第二に、憲法上の権利の制約の正当化に関しては、憲法上の権利と対立する政府利益を衡量して判断するという利益衡量という方法以外に、憲法上の権利を政府の行為理由を統制するものとして理解し、政府の行為理由を判断するという方法がありうることをこれまでの2年間の研究で明らかにしてきたが、この方法は違憲審査基準ないし比例原則の審査密度を厳格化することで、現実の憲法訴訟の判断過程で十分機能しうることをある程度具体的に示すことができた。

しかし第三に、この政府の行為理由を統制するものとして憲法上の権利を理解する方法は、注意しないと *Lochenr* 以前の思考方法に回帰する危険性があり、*Lochenr* 以前の思考方法に回帰することなくこの方法を機能させるためには更なる検討が必要であることを明らかにした。

第二と第三については、その成果を上記「Lochenr と利益衡量論」の論稿と、この論稿の下になった早稲田大学グローバル COE プログラム《企業法制と法創造》の「憲法と経済秩序」第21回研究会(2012年12月2日)

での報告と研究会参加者との討論において示している。

(4) 以上のように、これまで公刊した一連の論稿と学会や研究会、国際会議での報告を通じて、(1)比較憲法学の観点から、アメリカの違憲審査基準とドイツの比例原則を対象として両者が共有していると考えられる「利益衡量」に焦点をあてて、違憲審査基準と比例原則の異同を、①それぞれが有する論理構造、②それぞれが生み出されてきた歴史過程、③それぞれが前提にする権利観、違憲審査の役割についての考え方の違いという観点から分析し、異同を見定めた上で、(2)憲法理論の観点から、両者が共有していると考えられる「利益衡量」について、政治哲学の議論を参考にして権利と利益衡量の関係を分析し、憲法判断過程における利益衡量の意義と限界を考察するという当初の研究目的はかなり達成できたと考えている。

こうした研究成果に基づく問題提起は、西村裕一『『審査基準論』を超えて』(法学教室382号)などによって積極的に受け止められており、憲法学界において注目されている。今後はこれをもとに更なる検討を加えて、書籍の形でこれまでの研究をまとめたいたいと考えている。

また研究の過程で、アメリカや台湾、韓国の憲法研究者、日本の憲法研究者、行政法研究者との交流を図ってきた。さらに本研究を通じて得られた成果を、学術論文や内外の学会での報告で公表するだけでなく、そこで得られた知見に基づいて学生向けの論稿や教科書等の執筆を行ったり、法科大学院での授業を行っており、これらを通じて、研究成果の様々な形での発信や社会への還元も、ある程度行うことができたように思われる。

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7件)

- ①阪口正二郎、猿払事件と憲法上の権利の「制約」類型、論究ジュリスト、査読無、1号、2012、18-24頁
- ②阪口正二郎、セイヤーの司法の自己抑制論再考、聖学院大学総合研究所紀要、査読無、51号、2012、13-45頁
- ③阪口正二郎、Lochner と利益衡量論、季刊・企業と法創造、査読無、9巻3号、2012、79-93頁
- ④阪口正二郎、ACのCMと、「自粛」、作られる安心、法学セミナー、査読無、2011年

11月号、2011、36-37頁

- ⑤阪口正二郎、憲法学と政治哲学の対話、公法研究、査読無、73号、2011、42-62頁
- ⑥阪口正二郎、表現の自由、法学教室、査読無、357号、2010、27-30頁
- ⑦阪口正二郎、憲法上の権利と利益衡量、一橋法学、査読無、9巻3号、2010、703-729頁

[学会発表] (計2件)

- ①SAKAGUCHI Shojiro, Major Constitutional Developments in Japan in the First Decade of the 21st Century, The 4th Asian Constitutional Law Forum, 2011年12月16日、香港大学(中国)
- ②阪口正二郎、憲法学と政治哲学の対話、日本公法学会、2010年10月19日、上智大学

[図書] (計5件)

- ①奥平康弘・樋口陽一編『危機の憲法学』弘文堂、2013、449頁 (阪口正二郎「表現の不自由と日本〈社会〉」287-319頁)
- ②高橋滋・只野雅人編『東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来』国際書院、2012、356頁 (阪口正二郎「憲法上の権利の制約類型を考える必要性について」259-294頁)
- ③樋口陽一・森英樹・高見勝利・辻村みよ子・長谷部恭男編『国家と自由・再論』日本評論社、2012、382頁 (阪口正二郎「比較の中の三段階審査・比例原則」235-263頁)
- ④阪口正二郎、芹沢斉、市川正人編『新基本法コンメンタール憲法』日本評論社、2011、599頁 (阪口正二郎 20条、159-176頁)

- ⑤浦田一郎・加藤一彦・阪口正二郎・只野雅人・松田浩編『立憲平和主義と憲法理論』法律文化社、2010、336頁 (阪口正二郎「司法支配制と日本の特殊な違憲審査制」201-219頁)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

阪口 正二郎 (SAKAGUCHI SHOJIRO)
一橋大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：60215621