

平成 29 年 6 月 5 日現在

機関番号：12613

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2013～2016

課題番号：25380028

研究課題名（和文）違憲審査基準と利益衡量 その意義と限界

研究課題名（英文）Judicial Standards of Review and the idea of Interest Balancing--Its Significance and Limits

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

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,500,000円

研究成果の概要（和文）：本研究は、憲法上の権利を制約する政府の行為の合憲性を判断する基準としてのヨーロッパの比例原則とアメリカの違憲審査基準の比較を行い、両者の違いはアメリカの違憲審査基準の特殊な歴史的起源から説明できること、両者はともに規制の合憲性を憲法上の権利と政府の利益の衡量によって判断する利益衡量という考え方を共有していること、政府の行為の帰結に着目する利益衡量という手法を政府の行為理由に注目する方法によって補完する必要がある、それは実際に可能であることを明らかにした。

研究成果の概要（英文）：Whereas European courts apply the principle of proportionality in determining whether governmental action is justified as a constitutional infringement on constitutional rights, American courts apply standards of review which are a tiered review of scrutiny. In this study, we first show that this difference can partly be explained by considering the unique historical origin of American standards of review. American standards of review sprang from both the anti-formalist movement on constitutional rights and anti-ad hoc balancing movement. Secondly, we show that both the methods of American standards of review and European proportionality analysis involve balancing constitutional rights with governmental interests as their core. Thirdly, we show that balancing methods should be complemented with a method focusing on the reasons for governmental actions, and demonstrate how this method is possible in practice.

研究分野：憲法

キーワード：違憲審査基準 利益衡量 比例原則 憲法訴訟 違憲審査制

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上の権利を制約する政府の行為の合憲性は、裁判所による憲法上の権利と対立する政府利益の間での利益衡量によって判断される。戦後日本の憲法学は、アメリカの考え方を参考に、この利益衡量を「二準の基準」論を前提とした「違憲審査基準」によって枠づけようとしてきた。しかし、アメリカ流の「違憲審査基準」は憲法学界では広範に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り、最高裁における憲法判断を統制できているとは言い難い状況にある。最高裁では、これとは異なって、問題となる権利の性質、権利制約の態様や程度、問題となる政府利益の重要性などさまざまな要素を斟酌して衡量を行うという、「総合的衡量」という利益衡量の手法が採用されてきた。

こうした状況の下で、一方では、これまでの議論をリードしてきた「違憲審査基準」の側から、改めて「違憲審査基準」の理論的基礎を明確にしながらか最高裁の「総合的衡量」という手法を批判する作業が高橋和之によってなされている(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)、同「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義60巻7号(2009)、同「人権論の論証構造」ジュリスト1421号、1422号(2011)、同「憲法判断の思考プロセス」法曹時報64巻5号(2012))。しかし、他方では、近時、憲法学界においては、裁判官による利益衡量を枠づけるものとして、アメリカ流の「違憲審査基準」に代わるものとして、ドイツ連邦憲法裁判所などヨーロッパの裁判所が用いる「比例原則」という利益衡量の枠組みが注目を集めており、利益衡量を枠づけるものとしてはアメリカ流の「違憲審査基準」だけではなくヨーロッパ流の「比例原則」があり、これに注目すべきであるとの主張が有力に展開されている(たとえば、小山剛『「憲法上の権利」の作法(第3版)』(2016)、渡辺康行・戸川常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法』(2016)など)。

違憲審査制が急速に普及しつつある世界に目を転じれば、ここでも裁判官による利益衡量を枠づけるものとして、「違憲審査基準」よりも「比例原則」の優位を確認することができる。「比例原則」は、その母国であるドイツを超えて、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、今や「憲法のグローバル・スタンダード」と形容されている。「違憲審査基準」の母国であるアメリカにおいてすら、「違憲審査基準」に代えて「比例原則」を採用すべきだとの主張がなされている(たとえば、Jed Mathews & Alec Stone Sweet, All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing, 60 EMORY L. J. 797

(2011))。

(2) 着想に至った経緯

こうした状況の中、研究代表者は、2010年～2012年に科学研究費補助金(基盤研究(c)研究課題名「憲法訴訟における利益衡量の意義と限界」)を得て、(1)比較憲法の観点から見て、「グローバル・スタンダード」として「比例原則」が急速に国際社会の注目を浴びていることを確認しつつも、「比例原則」がグローバル化する中で、たとえばドイツとカナダは同じ「比例原則」を採用しつつも、その適用の仕方がかなり異なっていて一様ではなく、カナダの「比例原則」の適用の仕方はアメリカの「違憲審査基準」の運用に近いことを明らかにすると同時に、(2)理論的に見れば、「違憲審査基準」と「比例原則」はともに憲法上の権利の制約の正当化可能性を権利の重要性と対立する政府利益の重要性の比較較量によって決するということ「利益衡量論」を共有していること、その上で両者の違いは、「違憲審査基準」が利益衡量を3つの審査基準という形で階層化された形で行なおうとするのに対し、「比例原則」が階層を設定せずにスライディング・スケール的に行なおうとするものであることを明らかにし、(3)「違憲審査基準」と「比例原則」は、ともに憲法上の権利の制約の正当化可能性を利益衡量によってのみ決しようとする点で不十分であり、政府の行為の帰結の正当性を問題にする利益衡量論ではなく、政府の行為理由の正当性を問題にする考え方を組む込む必要性を明らかにしてきた。

こうした作業を経て、本研究者は、(1)アメリカの「違憲審査基準」に焦点を当てて、本質的に「利益衡量」という考え方を「比例原則」と共有する「違憲審査基準」がなぜこれまで「比例原則」とは異なって利益衡量を階層化させた形で行おうとしてきたのかを歴史的に明らかにする必要性があり、(2)アメリカ最高裁においても、ここ20年、「厳格審査基準」を用いても規制を合憲とする判例が見られる一方で、逆に「合理的基礎の基準」を用いても規制を違憲とする判例が見られるなど、最高裁レベルで「違憲審査基準」の運用の仕方が激しく動揺しており、それにもなって学界レベルでも「違憲審査基準」をこれまでのように厳格に階層化された形で運用することの是非が議論され始めており、階層化された形での「違憲審査基準」の運用の是非を改めて検討する必要性があると同時に、(3)「比例原則」と「違憲審査基準」が共有している「利益衡量」という考え方の根本には、法を目的に対する手段として位置付ける法道具主義的な思考があり、そこまで視野に入れて「利益衡量」という考え方を見直す必要性がある、と考えるに至った。

2. 研究の目的

以上のような背景を前提に、本研究は、近時憲法学界で注目を集めている「違憲審査基

準」と「比例原則」の異同について、1. 両者は、憲法上の権利の制約が正当かどうかを、権利と対抗する政府利益の間での利益衡量によって決しようとする「利益衡量」という考え方を共有しつつも、2. 利益衡量を階層化した形で行うかどうかという点で異なっているという認識を前提に、(1)なぜそのような違いが生じたのかを「違憲審査基準」の側から歴史的に解明し、(2)利益衡量の階層化は、「違憲審査基準」の「比例原則」に対する優位性を確保できるのかどうかを理論的に検証するとともに、(3)権利の制約の正当化を、政府の行為の帰結の正当性に着目する利益衡量に求めることには限界があり、政府の行為理由に着目する必要がある、それは実際に可能であることを具体的な形で示そうとするものである。

3. 研究の方法

本研究は、具体的には、以下の3つの課題を設定して、その解明を行おうとした。

(1)「利益衡量」という考え方をヨーロッパの「比例原則」と共有するアメリカの「違憲審査基準」が、なぜ「比例原則」とは異なって利益衡量を階層化させる形で発展したのかを歴史的に解明する。アメリカの裁判所は、憲法上の権利と政府の利益が対立する場合の利益衡量を、合理的基礎の基準、中間審査基準、厳格審査基準の3つの厳格度の異なった違憲審査基準を用いて行っている。3つの違憲審査基準がアメリカにおいてどのように形成、確立されてきたかを歴史的に検討することで、なぜアメリカにおける「違憲審査基準」を用いた利益衡量が階層化された形で行われるのかを解明する。

(2)アメリカの「違憲審査基準」のばあい、憲法上の権利と政府の利益の間の衡量は、「合理的基礎の基準」、「中間審査基準」、「厳格審査基準」という3つの厳格度の異なる審査基準を用いて行われるが、ヨーロッパの「比例原則」のばあい、「比例原則」の審査密度には事例によって違いはあるものの、アメリカの「違憲審査基準」のように利益衡量は階層化された基準を用いて行われるわけではない。しかし、そのことが裁判官による利益衡量を枠づけるものとして「違憲審査基準」の「比例原則」に対する優位性を示すものかどうかは明らかではない。近年アメリカで「違憲審査基準」の「終焉」といったことが語られていることの意味を検討することで、裁判官による利益衡量を枠づけるものとして「違憲審査基準」は「比例原則」に対する優位性を主張できるのかどうかを検討する。

以上の(1)(2)の作業を通じて、憲法上の権利と対立する政府の利益の間の利益衡量の方法としての「違憲審査基準」と「比例原則」の違いがどのようにして生まれたのか、「違憲審査基準」は「比例原則」に対する優位性をどの程度主張しうるのかを明ら

かにする。

(3)そのうえで「違憲審査基準」と「比例原則」は、憲法上の権利を制約する政府の行為の正当性は、憲法上の権利と対立する政府の利益の間の衡量によって判断せざるをえないという「利益衡量」という考え方を共有しているが、政府の行為の帰結に着目する「利益衡量」という考え方には限界があり、憲法上の権利を制約する政府の行為の正当性は、政府の行為の帰結ではなく、政府の行為理由に着目することによっても判断する必要があること、この二つは、着目する対象が政府の行為の帰結か政府の行為の理由かという点で違いはあるものの、矛盾するものではなく相互補完の関係にあること、これまで憲法上の権利を制約する政府の行為の正当性を利益衡量によって判断する方法と見なされてきた「違憲審査基準」や「比例原則」は、政府の行為の理由の正当性を判断するものとして理解することも可能であることを具体的に示す。

(4)本研究は、テーマに関する文献・判例その他の資料の調査、収集、その読解、他の研究者、特に「比例原則」を研究するドイツ憲法、ヨーロッパ憲法の研究者との意見交換、研究会、学会への参加、報告、以上に得られた知見に基づく論文の執筆という方法を組み合わせて課題の解明を目指す。

(5)本研究の意義、独創性としては、次の3つの点を見込んでいる。

本研究は、利益衡量の階層化という点に「比例原則」と「違憲審査基準」の違いがあることに焦点を当て、両者の異同を具体的に見定めようとするものであり、これは、高橋和之の指摘する「違憲審査基準」と「比例原則」の異同に関する「解明の遅れ」(高橋・前掲「憲法判断の思考プロセス」2頁)を解消し、アメリカの理論とドイツの理論の相互交流を具体的な形で促進する意義がある。

本研究は、なぜこれまで「違憲審査基準」が「比例原則」とは異なって利益衡量をスライディング・スケール的に行うのではなく審査「基準」という階層化された形で行ってきたのかを歴史的に明らかにすると同時に、その階層化の近時のアメリカにおける動揺の意味を理論的に分析することで、「多段階化の試みにおいて、やはり一日の長があるのはアメリカの違憲審査基準です」との石川健治の指摘(石川ほか「Mission Alternative」法学教室 342号(2009年)45頁)の是非を検証する意義を有する。

「違憲審査基準」論にせよ「比例原則」論にせよ、これまでの日本の憲法学においては、憲法上の権利に対する制約の正当化可能性は「利益衡量」によって決すべきだとする考え方が支配的であった。本研究は、これに対してアメリカの憲法学の議論、政治哲学における権利のとらえ方を参考にして異なった考え方がありうる可能性を指摘してきた。

しかしながら、これはまだ問題提起の段階にとどまっており、十分に詰められたものではない。この点を理論的に詰めることで、利益衡量とは異なった権利制約の正当化の判断方法を確立できると考えられる。

4．研究成果

(1) 初年度である2013年度は、基礎的な資料の収集と分析を行うと同時に、まず、3の課題(3)についての考え方を試論的に示す論文「違憲審査制の下での自由権制約の論証構造の現状と課題」を公表した。同論文において、日本における憲法訴訟論の第一人者である高橋和之の本研究課題に関連する議論を検討し、高橋の問題提起は裁判官による利益衡量を拘束する枠組みとしてはアメリカの「違憲審査基準」の方がヨーロッパの「比例原則」よりも優れているのではないかとこのことであることを確認したうえで、高橋の議論の内在的な問題点を指摘すると同時に、高橋の議論も政府の行為の帰結に着目する利益衡量論であり、これを政府の行為理由に着目する議論で補充する必要性を指摘した。

また2013年度には、比例原則の国際化を取り上げた比較法学会のミニ・シンポジウムにコメンテーターとして招かれたので、「違憲審査基準」と「比例原則」の異同についてコメントした。

さらに、2013年度には、3の課題(1)について、アメリカの「違憲審査基準」がなぜヨーロッパの「比例原則」とは異なっていて、「合理的基礎の基準」、「中間審査基準」、「厳格審査基準」という3つの審査「基準」という形で、利益衡量を階層化して行うようになったのかを歴史的に明らかにする作業に着手し、

19世紀末から20世紀初頭に、「契約の自由」を自然権として絶対視する考え方を批判するために利益衡量論が台頭したこと、それが1930年代に「二重の基準」論と結びついて階層化された利益衡量という手法を生み出したこと、1950年代の冷戦期に「個別的衡量」論からの挑戦を受けて、最終的に1960年代から1970年代にかけて現在のように三段階に階層化された形での利益衡量という手法が定着したのではないかと、という見通しを得た。

2013年度には、これ以外にも研究を活かして形で4本の論稿を取りまとめた。

(2) 2014年度は、3の課題(1)に関するそれまでの研究をまとめた論文「古典的法思想とロクナー判決」を公表した。当該論文で、アメリカにおいて利益衡量という手法を生み出すうえで「契約の自由」を絶対的な権利としたLochner判決を批判することが決定的な役割を果たしたこと、それにもかかわらずLochner判決は利益衡量という手法を採用したものとして理解する余地があることを明らかにした。

また2014年度には、3の課題(2)の研究にも着手し、近年のアメリカにおいては、

一方で「違憲審査基準」の「終焉」ということが語られ始めており、裁判官による利益衡量を枠づけるものとしての「違憲審査基準」の有効性に疑問が提示されていること、他方でヨーロッパの「比例原則」に注目する動きがあり、「違憲審査基準」の「比例原則」に対する優位性は、アメリカにおいても自明ではなくなっているのではないかとこの知見を得た。

また2014年には、研究の成果を活かした英語論文1本を執筆した。

(3) 2015年度は、3の課題(1)に関して論文「合憲解釈は司法の自己抑制の現れだと言えるのか?」を公表すると同時に、全国憲法研究会という学会において本研究のそれまでの成果を取り込んだ形での研究報告「違憲審査制(論)の現状と行方」を行い、そこでの討論の成果を組み入れた論文「違憲審査制(論)の現状と行方」を、同学会の学会誌である『憲法問題』に掲載した。

また、これ以外にも2015年度は、研究成果を活かした論文を3本執筆した。

(4) 研究の最終年度に当たる2016年度には、論文や学会報告の形でそれまで公表してきた本研究に対する憲法学界の評価や応答を踏まえて、本研究を総括し、今後の課題を示す論文「違憲審査基準について」を執筆した。この論文は、本研究者も編者を務めている『憲法の思想と発展(仮題)』(信山社、2017年刊行予定)に所収されることが決定しており、現在印刷中である。

また、2016年度には、本研究を活かした論文を1本執筆すると同時に、『注釈憲法(2)』において執筆を担当した憲法21条の部分で、本研究の成果が具体的に応用可能であることを示した。

(5) 以上のような本研究は、幸いなことにすでに憲法学界で一定の評価を得るに至っている。

たとえば、ヨーロッパの「比例原則」の導入を主張する小山剛教授は、アメリカの「違憲審査基準」とヨーロッパの「比例原則」の違いに関する本研究者の指摘に対して、「この指摘は、正当であるのみならず、おそらくはドイツの基本権思考の本旨 それと同時に、ドイツにおいて比例性審査が確立した環境を 言い当てるものであるう」(小山剛「比例原則と衡量」長谷部恭男、安西文雄、穴戸常寿、林知更編、『現代立憲主義の諸相(下)』(有斐閣、2012)113頁)との評価を示している。また、本研究者の問題提起は、木村草太・西村裕一『憲法学再入門』(有斐閣、2014年)124-137頁でも積極的に受け止められているし、何よりもこの問題の第一人者である高橋和之から2017年に公刊した『憲法訴訟』(有斐閣、2017年)236-238頁における批判的応答を得ることができた。

今後は、こうした評価を真摯に受け止めて、更なる検討を加え、成果を書籍の形でまとめたいと考えている。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計 14 件)

阪口正二郎、違憲審査基準について、阪口正二郎、只野雅人、江島晶子編、『憲法の思想と発展(仮題)』(図書所収論文)、信山社、査読無、2017 印刷中、頁数未定

阪口正二郎、「隔離」される集会、デモ行進と試される表現の自由、法律時報、査読無、88 巻 9 号、2016、106-111 頁

阪口正二郎、法曹実務にとっての近代立憲主義(第 4 回)表現の自由、判例時報、査読無、2284 号、2016、3-10 頁

阪口正二郎、愛媛玉串料判決を振りかえる、論究ジュリスト、査読無、17 号、2016、61-72 頁

阪口正二郎、違憲審査制(論)の現在と行方、憲法問題、査読無、27 号、2016、76-87 頁

阪口正二郎、合憲解釈は司法の自己抑制の現れだと言えるのか？、松井茂記、長谷部恭男、渡辺康行編、『自由の法理』(図書所収論文)、成文堂、査読無、2015、359-392 頁

阪口正二郎、憲法に対する愛着と懐疑、大島和夫、棚沢能生、佐藤岩夫、白藤博行、吉村良一編、『民主主義法学と研究者の使命』(図書所収論文)、日本評論社、査読無、2015、227-244 頁、

阪口正二郎、古典的法思想とロッキナー判決、岡田信弘、笹田栄司、長谷部恭男編、『憲法の基底と憲法論』(図書所収論文)、信山社、査読無、2015、63-91 頁

Shojiro Sakaguchi, Major Constitutional Developments in Japan in the First Decade of the Twenty-First Century, Albert H.Y. Chen(ed.)(図書所収論文), Cambridge University Press, 査読無, 2014, pp.52-75

阪口正二郎、違憲審査制の下での自由権制約の論証構造の現状と課題、長谷部恭男、安西文雄、宍戸常寿、林知更編、『現代立憲主義の諸相(下)』(図書所収論文)、有斐閣、査読無、2013、145-174 頁

阪口正二郎、今日の憲法改正論議に思う、生活経済政策、査読無、197 号、2013、188-22 頁

阪口正二郎、自民党の日本国憲法改正草案について考える、生活協同組合研究、査読無、454 号、2013、49-56

阪口正二郎、自民党改正草案と憲法尊重擁護義務、法律時報臨時増刊『「憲法改正」を論ずる』(図書所収論文)、日本評論社、査読無、2013、106-113

阪口正二郎、名誉毀損と事前差止「北方ジャーナル事件」、長谷部恭男、石川健治、宍戸常寿編『憲法判例百選』(図書所収論文)、有斐閣、査読無、2013、152-154 頁

〔学会発表〕(計 2 件)

阪口正二郎、違憲審査制(論)の現在と行方、全国憲法研究会(招待講演)、2015 年 10 月 16 日、京都産業大学むすびわざ館(京都府京都市)

阪口正二郎、報告に対するコメントー北米の視点から、比較法学会第 76 回総会、ミニ・シンポジウム「人権の対話『比例原則』の国際化を手掛かりに(招待講演)、2013 年 6 月 1 日、青山学院大学(東京都渋谷区)

〔図書〕(計 1 件)

阪口正二郎、長谷部恭男、川岸令和、駒村圭吾、土井真一、宍戸常寿、有斐閣、注釈日本国憲法(2)、2017、538 頁(338-457 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