

(要約)

論文題目
違憲審査基準論の構造分析
——違憲審査基準の「構成要素」という視点から——

氏名 伊藤 健

わが国の憲法学では、主に法律の違憲審査を行う手法として、アメリカの判例法理に起源を有する「違憲審査基準論」が提唱されてきた。「違憲審査基準論」とは、法律の違憲審査を行う際に、裁判所が、権利論的及び機能論的観点から典型的に審査の基準を設定し、その基準に基づいて当該法律が憲法に適合するか否かを判断する手法である。

しかし、そのような違憲審査基準論に対しては、わが国の判例において未だ本格的には採用されていないとの指摘がなされるとともに、3種類の一般的な審査基準の中から適用される審査基準が図式的に決定され、審査基準が決定すればあとは審査基準ごとに機械的に結論が決定されてしまうという図式的運用・機械的あてはめへの批判がなされている。このような状況の下、事案ごとの利益衡量で柔軟に憲法判断を行ってきた日本の裁判所には、違憲審査基準論よりも、ドイツの「三段階審査論」において用いられる「比例原則論」が適合的であると主張されるようになった。

この2つの手法には、第1に、権利論的及び機能論的観点から厳格度が異なる複数の基準を使い分けて裁判所の利益衡量を枠づけた憲法判断を志向するのか、それとも、審査密度の違いはあれども基本的には基準を設定せずに、個別の事案に即した憲法判断を志向するのかという相違や、第2に、論証責任の分配の観点の有無といった相違があり、今後の日本の違憲審査にとってどちらの手法がより望ましいのか、あるいは、両者の接合可能性はあるのかといった点について研究がなされてきている。このような学説状況の中、違憲審査基準論を再評価することにも一定の意義があるとともに、その必要性があると思われる。

さらに、比例原則論においては、少なくとも外見上は、立法目的の「正当性」しか審査を行っていないようにみえることから、目的審査よりも手段審査に焦点が当てられているといえる。それに対し、違憲審査基準論においては、手段審査の基準だけでなく目的審査の基準も3つに区別されている点で、目的審査にも焦点を当てた定式化がなされている。したがって、違憲審査基準論と比例原則論の相違として、第3に、目的審査へのウェイトの置き方を加えることができる。そこで本稿は、目的審査に関する違憲審査基準、その中でも特に目的審査が積極的に行われる傾向にある「やむにやまれざる利益」を主な検討対象とし、その比較対象として「重要な利益」をも検討することで、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」の実質的区別に向けた示唆を提示することを1つ目の目的とした(第1編第1章～第5章)。

その上、違憲審査基準論と比例原則論の4点目の相違として、「より制限的でない代替手段(LRA)」の法理に関する理解の相違も挙げることができる。というのも、比例原則論において、その部分原則たる「必要性」原則は、利益衡量を必要としない事実判断として、「より制限的でない他の選びうる手段の有無が審査されることになる」と指摘されているのに対して、違憲審査基準論で語られるLRAの法理はかつて、利益衡量に基づく価値判断を含むものとして語られていたからである。したがって、手段審査の中でも特にLRAの法理に注目して、そこで行われるとされる利益衡量の判断構造をモデル化することを、本稿における2つ目の目的とした(第2編第6章～第10章)。

以上のように、違憲審査基準論の適用段階に関する体系的な考察を、目的審査と手段審査それぞれの構成要素に着目して行った上で、最後に、利益衡量の枠づけを志向する違憲審査基準論において、利益衡量が全体としてどのように行われるべきなのかを提示することとした(第3編第11章～第12章)。

以下、章別にそれぞれの内容を記述していく。第1編「目的審査に関する違憲審査基準」について、第1章では、目的審査に対する従来の判例・学説の消極的な

傾向を分析することで、目的審査における問題点を析出した。目的審査と手段審査という大きな枠組みによって違憲審査を行うという手法は、わが国の判例においても、採用されつつあると指摘されている。しかし、明示的に目的違憲とした判例は存在せず、違憲審査は、立法目的と立法手段の関連性を問う手段審査を中心に行われてきた。しかしながら、手段審査においては、当該手段が当該目的の実現に対してどの程度資するのかを審査するのであるから、手段審査を実効性あるものとするには、目的審査を軽視することはできないはずである。さらに、裁判所が目的審査に消極的な態度を取る理由として、裁判所はそもそも目的審査を行う能力を欠いているという主張がありうるが、両審査とも価値判断を必要とし、裁判所が目的審査を十分に行う基礎もあるといえる上に、立法事実の探知の必要性という点では目的審査と手段審査に違いがあるとはいえないので、裁判所は手段審査に比べ目的審査を行う能力を欠いているとは必ずしもいえない。それゆえ、目的審査に対する消極的な傾向は望ましいわけではない。しかし、立法目的とは何であり、どのように確定するのかという認定の局面における問題や、裁判所は立法目的という議会の政策判断をどのように評価するのかという評価の局面における問題も存在する。よって、目的審査を考察する際には、認定と評価の2つの局面に区別するのが有益であるということを示した。

第2章では、日本の学説上、そもそも審査対象とされるべき立法目的とはどのように理解されてきたのか（認定の局面）、そして、目的審査の構成要素としては何が考えられてきたのか（評価の局面）を整理した。目的審査の対象としては、学説上、㉑立法動機、㉒法律により実現すべき利益、㉓法律の機能がありえ、それらの組み合わせで捉えられていた。他方、目的審査の基準の構成要素に関して、学説としては、政府利益が憲法上禁止されていない、憲法上追求することが容認されるという意味での「正当性」を有するかということ、そして、政府利益の価値の程度を意味する一定の「重要性」を有するかということだけでなく、現実の社会状況において当該立法目的を追求する必要性を意味する「実現の必要性」を有するかの、3つが考えられてきたことを提示した。

第3章では、前章までに示した視点を用いてアメリカの判例法理における目的審査を認定・評価の両局面に渡って考察した。なお、「やむにやまれざる利益」が問題とされる領域——厳格審査基準が適用される領域——としては、一般に、修正1条で保障される表現の自由に対する内容規制、信教の自由そして結社の自由が問題となる場合、基本的権利（選挙権、居住・移転の自由など）が問題となる場合、及び、実体的デュー・プロセス論を通じて実体的権利（プライバシー権）が保障される場合などが挙げられる。他方、「重要な利益」が問題とされる領域——中間審査基準が適用される領域——としては、表現の自由に対する内容中立規制が問題となる場合などがある。そのため、このような権利利益に関する判例を検討対象とした。

第4章では、前章で確認したアメリカ判例の分析を基に、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」が実質的にどのように区別されるべきなのかを、認定と評価の局面に区分して検討した。その結果、まず、目的審査において対象とされる立法目的とは何かという問いに対する本稿の回答として、「議会の客観的意図」が立法目的の中心であり、そこに、「立法関係者の主観的意図」は基本的に含まれない。しかし、場合によって厳格審査基準は、「隠された動機」をあぶり出す機能を果たしているとみることができる。そして、厳格審査基準の場合には特に、「法律の機能」をも考慮して立法目的を客観的に認定することが望ましいという回答を得た。これに関連して、手段審査を厳格に行うことによって目的審査を行う「隠された動機をあぶり出し」という手法があるが、この手法は、立法目的を審査しているのか立法手段を審査しているのかが不明確になり、目的審査と手段審査の区別が相対化されてしまうため、裁判所の行う利益衡量を立法目的の審査と立法手段の審査とに分節化し段階を踏ませることで、審査対象を明確にし後の検証可能性を付与するという違憲審査基準論の趣旨に抵触する可能性がある。したがって、「隠された動機をあぶり出し」は、あくまで判例の読み方としてありうる、厳格審査基準の事実上の機能にとどめることが望ましいということを示した。

次に、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」という目的審査の基準が実質

的にどのように区別されるのかについては、「正当性」は、憲法上追求することが認められる立法目的か否かを問題とする構成要素と理解する以上、それは、憲法上追求することが認められるか、それとも、認められないかの二者択一で判断されるものであった。他方、「重要性」は、それぞれの重要度が異なりうる憲法上の権利との比較において相対的に、立法目的に求められる重要度が決定されるという意味で程度差があり、「実現の必要性」は、立法事実を照らして、害悪がどの程度の確率で発生するかを問う事実問題であるため、訴訟法上それをどの程度論証すれば認定されることになるかという論証度の問題に接合することがより異論なくできるようになるので、程度差を設けることができるものであった。そのため、「やむにやまれざる利益」と「重要な利益」は、「正当性」、「重要性」、「実現の必要性」の3つの構成要素を有するという点で相違はないが、「重要性」に関して求められる相対的な重要度の程度差、及び、「実現の必要性」に関して求められる害悪の発生確率の程度差によって区別されるという結論を得た。なお、「実現の必要性」については、「より一般的な害悪発生源（とされるもの）」と害悪との関連性という指標で判断することも、1つの合理的な判断手法であることを示した。

第5章では、本稿の提示した手法で目的審査を行うことの適切性を検討した。従来の目的審査では、「正当性」と「重要性」を有する立法目的であれば目的審査を通過すると考えられてきたが、本稿の提示した目的審査の手法では、従来よりも目的審査を通過する立法目的が限定されうるので、目的審査全体が若干厳格なものとなっている。しかし、①違憲審査基準の行為指針的性質と論証責任の観点、そして、②利益衡量や手段審査の実質化の必要性に着目すれば、目的審査の基準の構成要素として「実現の必要性」の論証を求めることが基礎づけられるので、本稿の提示した手法で目的審査を行うことは適切なものといえるとした。

次に、第2編「手段審査に関する違憲審査基準」について、第6章では、我が国の違憲審査論では、手段審査に議論が集中してきたことに着目した。このような集中傾向は、目的違憲よりも手段違憲の方が立法府と裁判所との衝突が少ないと考えられていることに由来している。その根底には、手段審査は専ら、当該立法手段によって立法目的が実現されるのかという立法目的と立法手段の因果関係を審査するものと理解されていたため、手段審査においてなされる判断は、利益衡量による価値判断ではなく経験的な事実判断であり、それこそが、裁判所に当然認められる審査であるという前提があるように思われた。しかも、この違憲審査における事実判断の重要性については、目的審査において注目されることはこれまでほとんどなかった。それに対して、手段審査では、当初より、立法事実論の活用が強調されていた。そのため、手段審査においては、事実判断の重要性が認識されていたといえる。このような理由で、手段審査は、立法事実に基づく経験的な判断を主に問題とするものとされ、わが国の違憲審査論は、手段審査を中心として検討が進められてきたのである。

翻って、違憲審査基準論の母国アメリカをみてみれば、目的審査・手段審査双方において、利益衡量（価値判断）に対する忌避が示されていたために、手段審査は主に、価値判断ではなく経験的な事実判断であることが前提とされてきた。しかし、手段審査は、経験的事実に依拠した選択に関する問題だといっても、価値判断を必要とするという点が指摘されていることからすると、手段審査を経験的な事実判断としてのみ理解していればよいというわけではないことになる。となると、手段審査を分析するに際しては、事実判断と価値判断の2つの判断がありうることを認識したうえで分析する必要があるが出てくる。したがって、手段審査には、事実判断だけでなく、価値判断も含まれるということを知っておくことが、手段審査に関する違憲審査基準の構成要素を分析するに際しての、1つの重要な視座となるということを提示した。

第7章では、手段審査の基準の構成要素として何が考えられてきたかについて、日本及びアメリカの学説を整理した。違憲審査基準論に関する日米の従来の学説では、①「狭義の関連性」、②「相当性」、③LRAの法理、及び、④「過剰包摂性」・「過少包摂性」の4つが、違憲審査基準論における手段審査の構成要素と考えられてきた。他方、比例原則論においては、その部分原則として、④「適合性」原則、⑤「必要性」原則、及び、⑥「狭義の比例性」原則の3つがあるとされてきた。そ

の上で、違憲審査基準論と比例原則論における手段審査の基準の構成要素がどのように対応するのかを整理し、アメリカの判例法理の考察に際して検討する論点を、第1に、「狭義の関連性」において求められる立法目的と立法手段との間の因果関係の程度を明らかにすること、第2に、「相当性」・LRAの法理に関連して行われる、代替手段を考慮した利益衡量（「限界的利益衡量」）の判断構造、そして、第3に、「過剰包摂性」・「過少包摂性」の位置づけを検討することと設定した。

第8章では、アメリカの判例法理を題材として、前章で示した手段審査の基準の構成要素に関する論点を検討した。なお、第3編において目的審査と手段審査の比較検討を行うので、検討対象とした権利条項は、第1編で検討した目的審査と平仄を合わせた。

第9章では、前章で検討したアメリカ判例の分析を基に、手段審査の基準の構成要素を再構成した上で、違憲審査基準論におけるLRAの法理で行われるとされていた「限界分析」・「限界的利益衡量」の判断構造を分析した。まず、アメリカの判例法理を前提に、手段審査の構成要素については、「狭義の関連性」と「相当性」の2つに整理した。「狭義の関連性」では、その立法手段で立法目的を実現することができるのかを問うことにより、立法目的と立法手段との間の因果関係が問題とされる。ここで問題とされるのは、現実には生じた過去の1回的事実における因果関係ではなく、その立法手段を採用すれば立法目的を実現することができるだろうという予測的因果関係である。そうだとすれば、「狭義の関連性」とは、その立法手段が立法目的を実現する確率・比率がどの程度あるのかを問う構成要素といえることを示した。他方、「相当性」とは、一般に、実現される保護法益の程度と被制約権利の程度との衡量を行う要素だといわれているが、手段審査の文脈に即してより厳密に言えば、その立法手段が立法目的を実現する程度（目的実現度）と、その立法手段が被制約権利を制約する程度（制約強度）とを衡量し、当該立法手段が、その制約強度を正当化できるだけの目的実現度を有しているのかを判断する構成要素とした。

次に、代替手段を考慮して行われる「限界的利益衡量」の判断構造について、学説上、LRAの法理では、利益衡量が行われていることが指摘されていたが、実際、アメリカの判例法理においても、LRAの法理を適用するに際して、利益衡量を行っていることが確認できた。そのため、その場合のLRAの法理は、単純に、当該法律における立法手段の目的実現度と制約強度を積分的に比較する（総量的利益衡量）のではなく、問題となっている法律と代替手段における目的実現度の差異と制約強度の差異の微分的な比較を行い、代替手段の採用による目的実現度の低下に見合うだけ、制約強度も低下するかが判断されている（限界的利益衡量）ことを示した。そして、経済学的知見を用いて、これを「限界分析モデル」とした。

第10章では、本稿の提示した手段審査の手法の意義を示した。その特徴をまとめると、限界分析モデルは、裁判所を、意思決定を行う内在的行為者の立場に置き、価値判断をそのモデルの主たる対象としつつ、限界部分に着目することで、価値判断の影響を可能な限り限定することを志向するモデルである。そのため、限界分析モデルにとっての経済学的知見は、専ら「相当性」審査を対象とするもので、価値判断を構造化するために援用した。このようなモデルの背景には、裁判所による「総量的利益衡量」を否定はしないものの、代替手段との比較という局面に注目し、裁判所の価値判断の影響を限定しようとする中で、価値判断についての責任を縮減しようとするという、裁判所の役割論に関する理解を看取することができた。

本稿の提示した手段審査の手法（限界分析モデル）は、経験的事実判断を主とする「狭義の関連性」だけでなく、価値判断を必要とする「相当性」も独立の構成要素として位置づけているため、従来の手段審査の手法よりも、裁判所に積極的な役割を期待するものとなっている。そこで、このような手法を用いることの適切性としては、手段審査における利益衡量の必要性を示しつつ、その利益衡量を限定的に行うという①価値判断の限定性、及び、立法府における法改正の際の議論を活性化させようという②代替手段の提示による法改正の議論への貢献可能性が考えられるということを示した。

最後に、第3編「違憲審査基準論における利益衡量の位置づけ」について、第

11章では、目的審査における利益衡量と手段審査におけるそれは、どのように区別されるのかを検討した。まず、目的審査においては、立法目的の「重要性」審査で、問題となっている法律によって実現される立法目的（政府利益）と、当該法律によって制約される被制約権利との法益間衡量がなされるので、ここで問題とされる重要性に関して、本稿の立場では、「対立する憲法上の権利によって相対的に決定される重要度」を政府利益が有しているか有していないかという「尺度としての重要性」を意味するものとした。しかし、そこでいう「相対的」とは、当該事例レベルにおける政府利益の重要性を当該事例レベルの当事者の被制約権利と衡量するという意味ではなく、あくまで、当該法律レベルでの政府利益と被制約権利をある程度抽象的・概括的に衡量するものである。しかも、政府利益に求められる抽象的・概括的な重要度は、基準ごとに決まっているわけではなく、同一基準であっても比較対象たる被制約権利ごとに異なりうるという意味である。したがって、ここで行われる利益衡量は、一般的に法益間の衡量を行うものとした。

他方、手段審査においては、立法手段の「相当性」審査で、当該立法手段を採ったことによって実際に立法目的が実現されうる程度（目的実現度）と、当該立法手段を採ったことによって実際に被制約権利が制約されうる程度が衡量されるので、単なる法益間衡量ではなく、当該立法手段によって権利利益にもたらす影響を考えるとという意味で、目的審査における利益衡量よりも具体的なレベルでの利益衡量がなされることになるとした。したがって、手段審査で行われる利益衡量は、目的審査と同じく当該法律レベルの議論をしていることには変わりはないのだが、問題としている権利利益を、一般的な法益としてではなく問題となっている法律の目的実現度と制約強度として類型化した上で、当該立法手段が権利利益に及ぼしている影響を評価するものであった。

このように、問題となる利益レベルの相違などに着目することで、目的審査と手段審査それぞれで問題とされる利益衡量の状況も、目的審査では問題となっている法律という一般的な次元のものとなり、他方、手段審査では当該法律の立法手段に限定した次元のものとなることを示した。

第12章では、裁判所による利益衡量の正統性について検討した。ここでは、法の支配と法治国家原理を区別し、それぞれにおける法秩序観を司法型秩序形成モデルと行政型秩序形成モデルと定式化した上で、共同体における秩序形成の構造に関しては、複数の秩序形成過程が、総体的な動態的均衡を形成してゆく枠組の構築を目指そうとする見解に着目し、司法型秩序形成を裁判所の役割とすることで、裁判所による利益衡量を正統化した。そして、それは当事者に「適正手続」が保障された上でのことであったので、違憲審査過程における適正手続保障として、国民が司法型秩序形成に参画する際に重要となる「論証責任」概念と、その概念の欠陥を補う「法廷助言者制度」と「法律問題指摘義務」に焦点を当てて検討し、これらの手続的・訴訟論的措置の導入が、裁判所が利益衡量を行う正統性を補完するということも示した。