

# 比例原則と違憲審査基準

## 比例原則の機能と限界

須藤陽子\*

### 目次

1. 問題の所在
2. 違憲審査基準
  - (1) LRAの基準と比例原則
  - (2) 立法裁量統制と行政裁量統制
3. 最高裁判例と比例原則
  - (1) 比例原則は憲法上の法原則か？
  - (2) 最高裁判例と比例原則
4. 結び 比例原則の機能と限界

## 1. 問題の所在

「公法学」の下に位置づけられるものでありながら、憲法学と行政法学の間に隔たりがあると指摘されて久しい。両者を架橋する試みは、しばしば日本公法学会において、あるいは法科大学院の講義を通じて行われている。その試みの一つ、第73回日本公法学会は、学会テーマとして「憲法訴訟と行政訴訟」が設定され、第一部会では憲法学からの報告に対して行政法学の視点から、第二部会ではその逆の立場からコメントが加えられるという企画であった。筆者は第一部会において行政法研究者の視点から「司法審査基準論」に対してコメントを加えたのであるが、その準備作業を通じて、「司法審査基準論」に対してというよりも憲法訴訟論に対して幾つ

---

\* すとう・ようこ 立命館大学教授

かの疑問を持つこと禁じ得なかった。また、学会で与えられた時間はわずか10分間であり、筆者が抱いた問題意識を伝えるには限りがあった。本稿では筆者が憲法学の議論に対して抱いた素朴な疑問を跡づけ、学会で得た「司法審査基準論」からの反論に対して答えたいと思う。

第一に挙げたいのは、適用違憲をめぐる議論の少なさに対する疑問である。憲法学では、判決例の少なさにも拘わらず法理面ではほぼ論じ尽くされた観があると評されるが<sup>1)</sup>、しかしそこでの議論は、行政法研究者の関心に応えてくれるものではない。憲法学において構築された憲法訴訟論、「司法審査基準論」は、法令違憲を念頭に置いた議論であると思われるが、具体の行政訴訟において、昭和50年に最高裁が下した薬局距離制限違憲判決のように行政処分の根拠法規自体がそもそも憲法違反であるということは、極めてまれなことである。行政法研究者の関心は、行政「処分」によって憲法上の自由・権利が侵害される局面にある。法令違憲を念頭に置いた憲法学の議論を、法令違憲がほとんど想定されない、「処分」を議論の中核に据える行政法理論にどう適合させたらよいのだろうか<sup>2)</sup>。

筆者は学会において「司法審査基準論は行政処分の取消訴訟にも適用し得るか」と問い、さらに「司法審査基準論が適用となり、もし行政処分が憲法違反であるとされるのなら、当該行政処分は無効となるか？」と続けた。憲法訴訟論、「司法審査基準論」は行政法のみならず刑事法、民事法等をも視野に入れた普遍的な議論であるから行政法理論にも妥当するはずである、憲法は最上位の法であるから憲法に違反すれば「無効」である等の答えを得たが、しかし筆者の疑問はなお解決しない。刑事訴訟や民事訴訟で法令が憲法違反であることを主張するために有益な議論であっても、「公権力の行使」を直接に争うことができる、「公権力の行使」に対する不服を争う訴訟類型での適用が十分に論じられていないとすれば、それはむしろ偏った議論ではないだろうか<sup>3)</sup>。

また、行政法理論においては「行政行為の取消しと無効」の問題として、違法性の程度を問題にする。憲法に違反する「行政行為の瑕疵」の違法性

は、どの程度のものか。重大な違法であろうか。しかし、現在の通説であるとする重大明白説に立てば、重大な違法であっても明白性を欠くならば「無効」とはならない。適用違憲による処分の無効を主張し得るのであれば、取消訴訟ではなく、出訴期間の制限のない無効等確認訴訟を提起できるという実務上のメリットが生じる。「上位法である憲法に違反すれば無効」という答え方は、行政法研究者の関心に応えるものではないのである。

「処分が違法である」という結論をいうには、実定法の解釈論ないし行政裁量統制論を展開すれば得られる。それでは、行政法研究者にとって、そこにあえて憲法論を入れる意味は何だろうか。誤解を恐れずに言えば、行政法研究者にとって「処分が違法である」という結論を得るためだけであれば、憲法論を展開する必要性に乏しいのである<sup>4)</sup>。

以上のような問題意識の下に、違憲審査基準としての比例原則の意義について論じたい。本稿は、憲法学と行政法学の隔たりを、両者に共通して登場する法原則である「比例原則」の観点から考察する小論であり、筆者が抱いた素朴な疑問をすべて論じることは叶わないが、比例原則の意義と機能を論じることによって行政「処分」の適用違憲をめぐる議論の一つとしたい。

## 2. 違憲審査基準

### (1) LRA の基準と比例原則

わが国の憲法学には、アメリカ法に由来する LRA (less restrictive alternative) の基準とドイツ警察法に由来する比例原則が「混在」している。両者は、よく似たものとして受け止められていると思われる<sup>5)</sup>。しかし、由来の異なる二つの基準ないし原則の関係は、必ずしもはっきりしたものではない。日本国憲法の教科書には、違憲審査基準としてもっぱら LRA の基準のみを説明するもの<sup>6)</sup>、LRA の基準と比例原則を併用するも

の<sup>7)</sup>などが見られるが、LRA の基準と比例原則の異同について論及するものがないからである。それでは、LRA の基準があれば比例原則は不要であろうか。

LRA の基準とは、立法目的に対する手段審査の基準であり、「立法目的の実質性と、より制限的でない他の選び得る手段の有無を、裁判所が厳格に審査することを要求する基準」であると説明される。LRA の基準は、厳格度の高い審査基準として適用される場合には必要最小限の手段の審査を意味するという<sup>8)</sup>。

他方、比例原則も、「目的と手段」間の関係を問う原則である。憲法学では、比例原則についてドイツ法を素材とした比較法研究の成果が発表されることが多いが、その比較法研究の成果によれば、ドイツ法では比例原則（広義）は三つの部分原則からなるとされる。すなわち、目的を審査する「目的適合性の原則」、手段原則である「必要性の原則」、目的と手段が不釣り合いであってはならないことを要請する「狭義の比例原則」の三つである。比例原則は「過剰の禁止」原則とも表現され、「規制は必要最小限でなければならない」ことを意味する必要性の原則と「目的に対して結果は著しく不釣り合いであってはならない」ことを求める狭義の比例原則を厳密に区別せずに、「必要な限度を超えてはならない」とも解されている<sup>9)</sup>。

LRA の基準と比例原則は、両者ともに「目的と手段」間の関係に適用され、「必要最小限の手段」の審査、ないしは「より規制的でない他の手段」の有無を審査するという点において、よく似たものであるといえる。

では、両者の違いは何か。「司法審査基準論」の論者は、アメリカ法の裁判例が人権ごと、段階的に審査基準の適用を分けることを踏まえて、比例原則を審査基準とする場合には、スライディング・スケールもしくは個別の比較衡量があるだけということになり、比例原則は「ものさし」にならないという<sup>10)</sup>。「必要最小限の手段」であることを求める必要性の原則を適用すれば自ずと審査は厳しくなり、目的に対して不釣り合いでないことを求める狭義の比例原則を適用すれば、その審査は相対的に緩やかなもの

となる。ドイツの憲法判例がアメリカ法の裁判例のように人権ごとに比例原則の厳格・柔軟な適用という区分をしていないことは、つとに指摘されるところである<sup>11)</sup>。

「司法審査基準論」からの批判点は、柔軟に様々な考慮要素を取り込むことが出来る比例原則の長所を示す点でもある。

行政法研究者からすれば、人権ごとに段階的に厳格さの異なる審査基準を設定すると発想することは、非現実的な議論と思われる。行政法規は、多くの場合に複雑かつ詳細に規定されている。行政法規の制定目的は、憲法学にいう積極目的規制か消極目的規制かといった二分法で明確に区分できるものばかりではなく、各条文の趣旨・目的も文面から一義的に読み取ることが難しいものもある。また、権利・利益の内容からしても、行政法規に取り込まれている権利・利益は多種多様であって、憲法学にいう憲法上の自由・権利にきれいに対応させることは難しい<sup>12)</sup>。

次に、行政裁量統制の手法という観点からすれば、比例原則は法令審査と適用審査の両方に適用可能な法原則であるが、他方、LRAの基準についていえば、憲法学では法令審査ないし立法裁量統制のための基準として議論されているのであって、アメリカ法でも行政裁量統制に適用し得るものとは考えられていない。日本に紹介されて根付いたのであるから母法であるアメリカ法とは異なる発展も可能なはず、「必要最小限」「より規制的でない他の手段」という意味で比例原則と共通するのであるから行政裁量統制の手段となり得る、という反論が予測できる。しかし、LRAの基準の適用が人権ごとに段階的に厳格さの異なる審査を設定するという発想と分かち難く結びついているのであれば、その硬直さゆえに、行政裁量統制の手法として受け入れられることは難しい。

わが国の行政裁判例で多く用いられているのは「必要最小限」という意味での必要性の原則ではなく、「著しさ」に着目する狭義の比例原則である。行政裁量統制において発達した比例原則には、憲法学にいう「ものさし」であるLRAの基準にはない一面がある。たとえば、不法入国が発覚

した場合、通例、退去強制処分を受けることとなる。もとより不法入国者に滞在する権利は保障されておらず、特別在留許可の付与に関しては法務大臣に広範な裁量権が認められている。しかし、不法入国者に対して特別在留許可を付与せず退去強制とした処分を「人道に悖る過酷な行為であり正義に反する」として裁判所が取り消した事例がある<sup>13)</sup>。これは狭義の比例原則を適用し、裁量判断の結果に着目してあまりにも「過酷な」結果から「違法」を導いた事例である<sup>14)</sup>。「結果」から違法性を捉えようとする発想は、LRAの基準にはないと思われる。比例原則は、「ものさし」であるLRAの基準よりも裁判官にとって適用し易く、「救済」において優れているといえよう。

## (2) 立法裁量統制と行政裁量統制

比例原則は、立法裁量統制にも行政裁量統制にも適用可能な法原則であるが、比例原則の適用の仕方は異なる。比例原則による立法裁量統制と行政裁量統制の違いの一つは、目的審査の位置づけ方の違いにある。比例原則を構成する部分原則の一つであり目的審査に係る適合性の原則は、わが国の行政裁量統制では特に注目されることがない。行政法学において司法審査との関係で「裁量」という場合、それは行政処分（行政行為）の裁量を意味する。行政処分の裁量審査では、当該行政処分の根拠法規によってはカバーされない目的のために裁量権を行使することを違法とする場合があり、また、目的を考慮要素として総合的に裁量審査に取り込むことはあるが、裁量審査にあたって行政処分の目的自体を問う目的審査を行うことは常にはない<sup>15)</sup>。目的と手段との関係、目的を達成するための手段審査に主眼が置かれる。行政処分の目的は根拠法規が与えた目的から外れることは通例考えられず、目的適合性の問題は当・不当の不当性の問題にとどまるからである。これに対して立法裁量統制の場合、当該法規の目的自体を問う目的審査は必須であろう。

行政裁量統制においてとりたてて目的審査が行われていないとしても、

比例原則にとって、根拠法規の目的、行政処分 of 目的は、実は、比例原則の適用を分けるカギとなる。最高裁は行政裁量統制にあたって「社会通念上著しく妥当を欠く」場合に裁量権の行使を違法とするところから、「目的と手段は不釣り合いであってはならない」という狭義の比例原則を適用し、「著しさ」に着目した手法をとっている。「規制は必要最小限でなければならない」という意味での必要性の原則が適用された最高裁判決はないが、警察規制目的と考えられる行政処分を審査する場合や、法律自体が権限の行使を「必要最小限でなければならない」と規定している場合（例えば採石法33条の7第2項）などに、必要性の原則の適用が考えられる。その典型例として警察許可を挙げることができる。警察規制か否か、という規制目的の観点が比例原則の適用を分けるものである。

### 3. 最高裁判例と比例原則

#### (1) 比例原則は憲法上の法原則か？

比例原則は憲法上の法原則だろうか。この疑問は非常に素朴なものであるが、日本国憲法の教科書をいくら読めどもこの疑問に対する確かな答えを得ることができず、筆者の困惑は深まっていく。従来、行政法研究者は比例原則を日本国憲法から導かれる法原則として位置づけようとしてきたが<sup>16)</sup>、わが国の憲法学では、比較法研究の成果としてドイツ憲法学における比例原則をめぐる議論が紹介されることが多くあっても、日本国憲法の教科書では、比例原則を憲法上の法原則として位置づけるものが少ないからである<sup>17)</sup>。日本国憲法に比例原則をどう位置づけるか、どこから導くか、という議論が憲法学から積極的に発せられたことはないと思われる<sup>18)</sup>。たとえば、浦部法穂『新版 憲法学教室』（日本評論社、1999年）は、日本国憲法13条から「人権制限の程度・手段の合憲性判断基準（手段審査の基準）」として「必要最小限度の基準」、あるいは、それと同じことを意味するものとして、アメリカの判例上にある「LRA の基準」が導き出され

る」というが、ここでいう「必要最小限度の基準」は比例原則を意味するのだろうか。教科書に「比例原則」という文言がないために、著者が比例原則と LRA の基準の関係をどう位置づけているかを明確に読み取れないのである<sup>19)</sup>。

なぜ日本国憲法の教科書では比例原則に関する論及が少ないのか。

第一に考えられるのは、比例原則の由来に起因する理由である。比例原則は、そもそも憲法上の法原則として生成したものではない。ドイツ法を母法とし、プロイセン上級行政裁判所の判例を通じて警察法上の原則として生成した法原則として知られている。比例原則がドイツ法において憲法上の法原則として語られ始めたのはボン基本法制定以降、1950年代以降に憲法学の文献でも多く登場するようになる<sup>20)</sup>。ドイツ法の場合、行政訴訟において「基本権侵害」の違法を導くために比例原則が適用されるのであれば、比例原則が行政上の法原則か、憲法上の法原則かを、あえて論じる意味はないであろう。

わが国では既に第二次世界大戦前に、行政法各論である警察法において警察法上の原則としての地位を得ている。戦後の行政法学は、警察制度改革に伴って行政法総論と警察法各論の境界線の引き直しを迫られ、かつて警察法固有の制度であった即時強制や警察法理論で構築された警察比例の原則が行政法総論にもたらされることとなった<sup>21)</sup>。行政法学の場合、警察法上の一原則を行政上の一般法原則として位置づける必要があり、それには日本国憲法からも導かれる原則として語ることが有益であったらうと思われるが、憲法学の場合、警察法上の一原則から行政上の一般法原則へというプロセスに関心を寄せることはなかったであろうし、また、後述するように、憲法違反を判示した最高裁判決の中に比例原則を読み取ることをせず、LRA の基準を読み込もうとしてきた。

次に考えられる理由として、憲法学の関心の持ち方への偏りが挙げられる。比例原則は、環境法や EU 法など、様々な領域で展開されているが、その展開されるスピードにわが国の憲法学が追いついていない。たとえば、わ



が国の行政法学ではドイツ憲法学の議論とは異なった方向性をとり、比例原則は機関間関係にも適用がある法原則として地方自治法に実定化されたという見解がある。行政法学は日本国憲法13条から導かれる法原則として位置づけようとしてきたが、機関間関係にも適用される法原則であるならば、その位置づけ方の見直しを迫る議論である<sup>22)</sup>。ドイツ憲法学での議論がわが国に紹介される場合、それはもっぱら「基本権侵害」に適用される法原則という側面に着目したものであるが、それは比例原則という法原則の一面を捉えたものでしかない。

最後に、決定的な理由として、わが国の憲法学ではアメリカ法からもたらされた LRA の基準とドイツ法に由来する比例原則が「混在」している事情が挙げられる。憲法学説に LRA の基準と比例原則が「混在」しているとしても、わが国の裁判例ではどうだろうか。憲法学説と裁判例が乖離していることは、つとに指摘されることである。その乖離を比例原則の観点から考察する。

## (2) 最高裁判例と比例原則

最高裁において行政裁量審査に必要性の原則が適用された例はないとしても、立法裁量審査に必要性の原則が適用された例はある。最高裁昭和50年4月30日大法廷判決、いわゆる薬局距離制限判決である。最高裁は判決中において、警察的措置である場合には「許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」と述べて警察規制に対する必要性の原則による審査の観点を明確に示し、さらに結論において、「目的と手段の均衡を失するものであって、とうていその合理性を認めることができない」と述べている<sup>23)</sup>。

昭和50年の大法廷判決後、判決が比例原則を適用したと指摘する判例解説に宮崎良夫「薬局解説の距離制限と職業選択の自由」(昭和50年ジュリスト重要判例解説憲法1)がある。「注目すべき点としては、消極的な警

警察規制の合憲性の基準を示している点であって、警察規制における許可制が合憲であるためには、重要な公益のため必要かつ合理的であること、

他のより制限的でない規制手段では立法目的を達せられないこと、という要件を挙げている。これは、従来判例・学説上説かれてきた「必要最小限の原則」や「比例の原則」という原則に加えて、規制目的と規制手段の合理的関連性の原則をより明確にしたものといえよう」と述べている<sup>24)</sup>。

昭和50年当時、行政法研究者である宮崎良夫氏が警察規制に対する比例原則の適用例として捉えたにもかかわらず、その後の憲法学の議論はアメリカ憲法訴訟論を中心にした展開をみせ、薬局距離制限判決に LRA の基準の適用を読み込む見解が定着していく。現在の憲法学では、おそらく薬局距離制限判決を LRA の基準が適用された例とする評価が大勢を占めるであろう。故芦部信喜氏は、平成6年ジュリスト1037号特集「憲法判例理論の現在 芦部信喜教授に聞く」において、薬局距離制限判決も最高裁昭和62年5月22日大法院判決（いわゆる森林法判決）も LRA の基準に則った判決であるという見解を示しているが<sup>25)</sup>、昭和50年の大法院判決後すぐに出された論稿では、芦部氏も判決が比例原則の適用として捉えることができることを認めている。昭和50年7月ジュリスト592号では、「右に示されたような規制の「必要性・合理性」および「同じ目的を達成できる、よりゆるやかな規制手段」の有無が警察規制の合憲性判断基準だという考え方は、警察規制が、国民の生命・健康に対する危険の防止など社会公共に対してもたらされる弊害を防止するための消極的規制であり、したがってまた比例の原則（Verhältnismäßigkeit）によって制約される、という伝統的な学説の趣旨からいっても当然の帰結であるから、それ自体としてはほとんど異論はないが」と述べたうえで、アメリカの憲法判例と比較しながら従来の我が国の判例の動向の中に位置づける意義と、立法事実を詳細に跡づけ具体的な論証を重視するというアプローチと結び付けて考える意義を強調している<sup>26)</sup>。

昭和62年の森林法判決は、警察規制でないために「必要最小限の規制」

という必要性の原則が適用されていない。森林法は、戦前には警察法に属するものと理解されていた。当該規定の目的、森林の細分化を防止する目的をまず審査したうえで、公益的機能の維持目的でないこと、すなわち警察目的による規制でないことを明らかにし、「規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量」することによって、「立法目的を達成する規制手段として合理性に欠け、必要な限度を超えるものというべきである」と述べている<sup>27)</sup>。

比例原則はそもそも警察法領域において生成・発展した法原則であり、警察規制の違憲審査基準として、LRAの基準よりもまず比例原則の適用を考えるほうが理に適ったことであろう。薬局距離制限判決が、警察法上の原則ないし行政上の法原則であった比例原則を違憲審査基準として適用したのであれば、それは比例原則が行政上の法原則から憲法上の法原則へと位置づけを変えたことを意味する。戦前には警察法上の一原則にすぎなかった比例原則を、この二つの最高裁判決は違憲判断を導き得る憲法上の原則にまで高めたものとして理解すべきではないだろうか。

#### 4. 結び 比例原則の機能と限界

2006年行政事件訴訟法の改正は、原告適格の拡大、義務付け訴訟と差止訴訟の新設、確認訴訟の明文化、仮の救済手段の拡充等、救済の間口が狭すぎると批判され続けてきた行政訴訟を大きく変えるものであった。救済手段が拡充し、裁判所も行政裁量統制の手法を充実させ、行政庁の決定を覆すことを躊躇わない傾向にあるといえる。しかしそれは、行政処分<sup>28)</sup>の違憲判決が出やすい環境かと問われれば、むしろ逆ではないかと思われる。「処分は違法である」という結論をいうには、実定法の解釈論ないし行政裁量統制論を展開すれば得られるからである。行政法研究者にとって、そこにあえて憲法論を入れる意味は何だろうか。誤解を恐れずに言えば、行政法研究者にとって「違法である」という結論を得るためだけであれば、

憲法論を展開する必要性に乏しいのである。

それでは、「違法である」と言うために「違憲である」と言わなければならない事例、換言すれば、憲法論を展開しなければ処分は適法という結論に至るような事例とは、どのようなものがあるだろうか。想定される一例として、最高裁平成19年2月27日第三小法廷判決（君が代ピアノ伴奏事件）のような公務員の懲戒処分の事例が挙げられる。しかしながら、それは同時に、比例原則が違憲審査基準として機能することが困難な事例でもある。

最高裁は、昭和52年12月20日第三小法廷判決（神戸税関事件）において、裁量権の行使としてした懲戒処分について「懲戒権者と同一の立場に立って懲戒処分をすべきであつたかどうか又はいかなる処分を選択すべきであつたかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく」「懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべき」という裁量審査の立場を明確にし、「処分事由と処分の程度」について不釣り合いを排除する狭義の比例原則ないし過剰の禁止原則が適用されることを示している。つまり、憲法学で主張されるような、「より制限的でない他の選び得る手段」の有無、換言すれば、当該手段が必要最小限の手段となっているか否かという観点からの審査は、懲戒処分の裁量統制では採られていない。憲法学において違憲審査基準として期待される比例原則の役割と、行政裁量統制において行政上の比例原則が果たす役割が一致せず、むしろ対立・衝突しているのではないかと思われる。

それでは、行政裁量統制にどうやって憲法論を入れるか。行政裁量統制において、行政法研究者は憲法論に何を期待しているか、という点である。

君が代ピアノ伴奏事件の事案を例にとれば、2度の職務命令違反に対して過去の処分歴なしを考慮して「戒告」という懲戒処分は、「処分事由と処分の程度」という点からすれば、不釣り合いなものではない。行政上の比例原則は「処分の程度」という結果を問題にしているのであるが、憲法

論が展開されるべきであるのは、行政上の比例原則が「処分事由と処分の程度」の釣り合いを問題にする以前、つまり「処分事由」を論じる際に展開されるべきである。藤田宙靖最高裁判事の反対意見の表現を借りれば、「本来問題とされるべき上告人の「思想及び良心」とは正確にどのような内容のものであるのか」という点に関するものであり、憲法上保護されるべき思想及び良心とはどういったものであるのか、という議論である。行政法研究者が憲法論に期待するのは、憲法上保護されるべき権利ないし自由の内実を得ることである。憲法上保護されるべき権利ないし自由の内実を得ることができれば、行政裁量統制の手法を用いて権利侵害の違憲・違法を導くことができるはずである。

しかし、多様な比較法研究の成果が日本国憲法上の議論ないし実定法上の議論へ移し変えられた後でなければ、行政法研究者が「日本国憲法上保護されるべき権利ないし自由の内実」を憲法学の議論から読みとることは難しい。たとえば「憲法上の権利」を考えてみても、「基本権」、「人権」、「基本的人権」、「基本的権利」等が特に異同を問題にされることもなく議論に用いられている。しかし「基本権」はドイツ法概念ではなかったか。「基本権」を論じれば、それはそのまま日本国憲法の「基本的人権」を論じたことになるのか。憲法学が暗黙のうちに当然の前提としていることが行政法研究者である筆者には当然の前提として受け入れることが難しい。「権利侵害」を違法といたい行政法研究者としては、日本国憲法上の「権利」ないし「自由」の内実を得るための議論の展開を、切に期待するのである。

- 1) 筆者のいう適用違憲をめぐる議論の少なさは、取消訴訟と行政「処分」をめぐる憲法訴訟論の議論の蓄積のなさを意図している。憲法訴訟の体系書(戸松秀典『憲法訴訟』有斐閣, 2000年), 大部の日本国憲法の教科書(渋谷秀樹『憲法』有斐閣, 2007年)でもわずかに言及されるだけである。永田秀樹「適用違憲の法理」ジュリスト1037号215頁は、ドイツの例で日本での適用違憲と近似性があるのは「法令の適用行為(処分)の違憲」であり、裁判・行政決定に対する憲法訴願を裁判所が認容した場合で、かつ根拠となっている法律の無効宣告は行わなかった場合であるとする。ドイツでは、「~裁判所の判決は、基本法~条で保障されている訴願提起者の基本権を侵害した。当該判決は破棄する。本件

は「裁判所に差し戻す」という形になるという。日本には憲法裁判所がないのであるから差し戻しはなく、当該処分が違憲であるがゆえに「無効」となるのか、あるいは「取消し」とどまるのか、という問題が設定されると思われる。

- 2) 戸松・前掲書134頁以下、渋谷秀樹「司法の現状分析 公法学の影響 憲法訴訟」公法研究63号82頁以下参照。
- 3) 藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』（成文堂、2007年）は、「訴訟事件の中で憲法判断が行われる場というのは、法律の違憲審査が行われる場合とそれ以外の形で実質的に憲法問題が審査される場合とに大別されるが、従来必ずしも意識的に区別されてきているわけではなかった」（はしがき）という認識を示し、同書の最終章に「憲法問題の現れ方」を置き、刑事事件における憲法問題の現れ方、民事事件における憲法問題の現れ方、行政事件における憲法問題の現れ方を区別して論じようとする。
- 4) 藤井・前掲書157頁以下は、行政事件ではあえて適用違憲とせずに裁量権の濫用による処分等の違法の問題として処理すれば済む、という考え方もできることに言及している。
- 5) 西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト1356号77頁以下は、「具体的な規制手段が必要か、侵害の度合いが小さい他の手段で代替可能かを問う必要性の原理の基本的発想は、アメリカ的な審査基準論では LRA (less Restrictive Alternative) の基準としてわが国でもよく知られる」という。
- 6) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、2007年）116頁。
- 7) 渋谷・前掲書657頁表は、手段に関する違憲審査基準を「手段（比例原則）」とする。厳格な審査に対応する「必要最小限度」、厳格な合理性の審査に対応する「より制限的でない代替手段」、合理性の審査に対応する「著しく不合理であることが明白でない」に区分する。
- 8) 芦部信喜『憲法学 人権総論』（有斐閣、1994年）、同『憲法学 人権各論（1）』（有斐閣、1998年）、同『憲法』（高橋和之補訂）（有斐閣、2007年、第4版）、特集・違憲審査制の現在「憲法判例理論の現在 芦部信喜教授に聞く」ジュリスト1037号参照。高橋・前掲書116頁、藤井俊夫『憲法訴訟と違憲審査基準』（成文堂、1985年）33頁。
- 9) 青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」芦部信喜先生選層記念『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、1985年）所収604頁以下、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）参照。
- 10) 君塚正臣「司法審査基準論」第73回日本公法学会第一部会報告より。
- 11) 戸波江二『憲法 新版』（ぎょうせい、1998年）237頁。西原・前掲論文78頁以下は、予測の確実性に関する問題について、比例原則による審査とアメリカ型の基準による審査を比較している。比例原則による審査は判断のステップが可視化されていることが特徴であるという。アメリカ型の基準では、権利の性質に応じてすべての立証責任が一方当事者に配分されるかのような体裁になっているため、よくも悪くも、具体的な事実認識が規制の計画・実施・検証の過程のどこにどう関わってくるものかという視点を組み込むことができないという。
- 12) 渋谷・前掲書659頁は、類型論でうまく説明できない例として酒類販売免許制事件をあげる。

- 13) 大阪地裁昭和59年7月19日判決。
- 14) 須藤陽子「行政法の基礎理論 比例原則」法学教室237号21頁以下。
- 15) 行政裁量論について、山本隆司『日本における裁量論の変容』判例時報1933号11頁以下参照。憲法学の議論は、比例原則の適用にあたってまず適合性の原則による審査から始まる点について、松本和彦・前掲書62頁以下参照。
- 16) 川上宏二郎「行政法における比例原則」『行政法の争点(新版)』18頁、高木光「比例原則の実定化『警察法』と憲法の関係についての覚書」『現代立憲主義の展開(下)』(有斐閣, 1993年)211頁、兼子仁『行政法学』(岩波書店, 1997年)133頁。
- 17) 芦部信喜『憲法』(高橋和之補訂)(有斐閣, 2007年, 第4版)117頁は平等原則と並べている。古い教科書であるが、大須賀明編『憲法』(三省堂, 1981年)221頁が比例原則を挙げている。しかし、「比例原則」という文言を日本国憲法の教科書から探し出すのは難しい。辻村みよ子『憲法』(日本評論社, 2000年), 戸波江二『憲法』(ぎょうせい, 1998)には「比例原則」という文言は見られない。
- 18) 渋谷秀樹・前掲書243頁以下は、日本国憲法13条「公共の福祉」内在的制約説が、警察比例の原則の基盤にある発想から出たものと解する。
- 19) 浦部法穂『新版 憲法学教室』(日本評論社, 1999年)116頁以下。比例原則について言及せず、日本国憲法13条からLRAの基準を導こうとするものに、樋口陽一他『注釈日本国憲法 上巻』(1984年, 青林書院新社), 佐藤幸治『憲法 第三版』(青林書院新社, 2003年)。
- 20) 須藤陽子「行政法における『比例原則』の伝統的意義と機能(一)」東京都立大学法学会雑誌31巻2号347頁以下。
- 21) 戦前の警察法と行政法総論の関係, 戦後の警察制度改革については, 須藤陽子「直接強制に関する一考察」(立命館法学312号)1頁以下, 同「即時強制の系譜」(立命館法学314)1頁以下。
- 22) 須藤陽子「地方自治における比例原則, 補充性原理」『分権時代と自治体法学』(勁草書房, 2007年)101頁以下。塩野宏『行政法(第2版)』(有斐閣, 2002年)182頁, 宇賀克也『地方自治法概説』(有斐閣, 2004年)214頁は, 比例原則は地方自治法に実定化されたとする。塩野氏は, 日本国憲法に比例原則を位置づける立場をとらず, 公の行政活動全般に妥当する行政上の法の一般原則であるという立場をとっている。
- 23) 最高裁昭和50年4月30日大法廷判決民集29巻4号572頁以下。
- 24) 宮崎良夫「薬局解説の距離制限と職業選択の自由」(昭和50年ジュリスト重要判例解説憲法1)7頁。
- 25) 芦部信喜「憲法判例理論の現在 芦部信喜教授に聞く」ジュリスト1037号17頁。
- 26) 芦部信喜「薬局距離制限の違憲判決と憲法訴訟」ジュリスト592号18頁。
- 27) 最高裁昭和62年4月22日大法廷判決民集41巻3号408頁以下。石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」LS 憲法研究会編『プロセス演習憲法(第3版)』(信山社, 2007年)273頁以下, 穴戸常寿「憲法上の権利の制約」法学セミナー643号70頁以下, 同「目的・手段審査」法学セミナー644号84頁以下参照。