

「三段階審査」論

小 山 剛*

目 次

- I. はじめに
- II. 比例性審査の実際
 - 1. 比例原則
 - 2. 狭義の比例性審査
 - 3. 比較の中のドイツ比例原則
- III. 比例原則の条件と日本国憲法
 - 1. ドイツにおける比例原則
 - 2. 比例原則と日本
- IV. むすびにかえて

I. はじめに

市川正人は、『司法審査の理論と現実』第5編「合憲性判断の方法」の冒頭の章で、いわゆる三段階審査論の意義および問題点について批判的に検討している¹⁾。まず、市川は、①「保護範囲、制約、正当化の三段階を踏むべきことを明確に意識させること」、②正当化の段階において「まず形式的な正当化要件を満たすかどうか問題とする点、とりわけ法律の留保への着目を導く点」について、三段階審査論の意義を認める(市川・370頁)。その一方、市川は、三段階審査論の問題点として、③比例原則の柔

* こやま・ごう 慶應義塾大学法学部教授

1) 市川正人『司法審査の理論と現実』(日本評論社、2020年)。その第5編第1章は「『三段階審査』論」と題している。本稿は、同書が提起するいくつかの論点について、応答を試みるものである。なお、以下、本稿においては、同書からの引用は(市川・**頁)と表記する。

軟性（市川・370頁以下），④「憲法裁判所型の違憲審査制において発達した論理が司法審査制においてそのまま妥当しうるのか」という問題（市川・375頁）を指摘する。

本稿は、指摘された問題の③について、若干の検討を試みる²⁾。以下ではまず、ドイツにおける比例性審査の実例を見ることによって、同審査における狭義の比例性（衡量）の機能を確認し、これを他の選択肢——必要性審査、目的審査——と比較する（Ⅱ.）。市川も指摘するように、日本における三段階審査論は、日本に適切な憲法適合性審査の判断枠組みを提供しようとするものである（市川・366頁ほか）。このため、次に、三段階審査／比例原則が日本の実務に対する提案となりうるのかという視点から、ドイツにおいて比例原則が支持されている背景に触れたうえで、私見を述べることにしたい（Ⅲ.）。

Ⅱ. 比例性審査の実際

1. 比例原則

比例原則に対する市川の懐疑は、比例原則の柔軟性、とりわけ、狭義の比例性の内実である衡量に向けられているということが出来る（市川・372頁ほか）。比例原則は、目的審査を経て、①手段の適合性、②手段の必要性、③狭義の比例性の順に審査される³⁾。比例原則は、基本権の制限の制限（Schranken-Schranken）のなかでも中心的なもの⁴⁾であるとされるよう

2) 関連する拙稿として、小山剛「比例原則と衡量」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——高橋和之先生古稀記念』（有斐閣、2013年）115頁、同「比例原則と猿払基準」法学研究87巻2号（2014年）29頁、同「憲法判例の現状と憲法学説の課題」公法研究77号（2015年）50頁、等がある。

3) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）59頁以下、小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）69頁以下。

4) Klaus Stern, Übermaßverbot und Abwägungsgebot, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, § 84, S. 761 (788). 邦訳として、クラウス・シュテルン（小山剛訳）「§84 過剰侵害禁止（比例原則）と衡量命令」同（井上典之ほ

に、連邦憲法裁判所が常用する判断規準であるが⁵⁾、憲法上の比例原則は、当初から構造が明確に定まっていたわけではない。比例原則についての戦後の先駆的な研究と見ることができるクラウスの著作⁶⁾は1955年の刊行であるが、タイトルに示されるように、その内容は行政法に重点を置くものであった。レルヒェ (*Peter Lerche*) の重要な研究である、*„Übermaß und Verfassungsrecht“* は1961年に刊行されている。さらに、1980年代になっても、比例原則は、モノグラフィーのテーマとしてとりあげられている⁷⁾。

ちなみに、日本でも知られているドイツ連邦憲法裁判所の薬局判決 (BVerfGE 7, 377)、リュート判決 (BVerfGE 7, 198) は、いずれも比例原則確立以前の、1958年のものである。これらの判決で用いられた審査は、後に回顧的に、それぞれの領域における比例原則の具体的形態であると解されている⁸⁾。

2. 狭義の比例性審査

もともと、連邦憲法裁判所の実務では、目的審査および比例原則を構成する手段の適合性、必要性、狭義の比例性のうち、手段の必要性審査に重点が置かれてきた。しかし、以下に見るように、近年の判例では、狭義の比例性審査により法律が違憲と判断される事例が顕著に増えている。以下、重心の変動をうかがわせる2判例を見ることにしたい。

ㄨか編訳)『シュテルン ドイツ憲法Ⅱ 基本権編』(信山社、2009年)305頁(323頁)。

5) もとより、比例原則は、ドイツにおいても唯一の「基本権制限の制限」ではない。比例原則は、法律の根拠、規範の明確性・特定性、段階づけられた法律の留保、目的の正当性ないし重要性、人間の尊厳およびこれと密接に結び付いた核心領域の不可侵、宗教や世界観に対する国家の中立性に代替するものではない。

6) *Rupperecht von Krauss*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, 1955.

7) この時期の研究として、*Lothar Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981; *Michael Ch. Jakobs*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1985; *Rainer Dechsling*, *Der Verhältnismäßigkeitsgebot*, 1989 などがある。

8) *Stern* (Fn. 4), S. 801 f. (邦訳333-334頁), 814 (邦訳344頁); オリヴァ・レブシウス (横内恵訳)「比例原則の可能性と限界」自治研究89巻11号(2013年)58頁(73頁注2)。

(1) 戦略的監視判決

まず、法律の一部が狭義の比例性に反し違憲とされた、1999年の戦略的監視判決⁹⁾を見ることにする。問題となったのは、戦略的監視の対象となる事項を従来の武力による攻撃（G10法3条1項2文1号）のほかに、国際テロ（2号）、兵器の国際取引（3号）、ドイツ国内への薬物輸出（4号）、外国で行われる通貨偽造（5号）、3号から5号で挙げられた行為に関連した資金洗浄（6号）へと拡大した、1994年の犯罪対処法の憲法適合性である。連邦憲法裁判所は、新たに加えられたこれらの監視の対象のうち5号の定める通貨偽造に対する監視については違憲であるとした。

まず、① 目的について、本判決は、「G10法3条1項2文1号から6号に掲げられた危険を適時に知覚し、これに対処するという目的は、公共の福祉の正当な利益である。確かに、2号から6号で新たに加えられた危険は、ドイツへの武力攻撃という1号の危険ほど重要なものではない。しかし、程度は異なるが、2号から6号の危険は、それが損なわれれば対外的・対内的平和と各人の法益に対する重大な損害をもたらす、高次の共同体法益に関わっている」とした。続いて、手段について、② G10法に基づく通信の監視は、立法目的の達成にとって**適合的**であり、また、目的の達成のために**必要**であるが、③ 外国で行われる通貨偽造を知ること（5号）は、次の理由から、**狭義の比例性**の要請を満たすものではないとした。

狭義の比例性の判断に当たり、同判決は次のように説いている。「基本権の側では、いかなる前提条件の下で、どれだけの数の基本権主体が、どれだけ強い介入に直面しているかが重要である。従って、規準となるのは介入の閾値（Einschreitschwelle）がどのように形成されているか、当事者の数、そして侵害の強度である」。また、侵害の強度は、会話の参加者が匿名にとどまるのかどうか、いかなる会話、いかなる内容が捕捉されるのか、監視によっていかなる不利益が基本権主体に生じ、または基本権主体が理由のない

9) BVerfGE 100, 313. 評釈として、小山剛「戦略的監視の限界」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）247頁。

とはいえ、ない恐れを抱くことになるのかによって決まる。「公共の利益の側では、通信監視が奉仕する目的および利益の重要性が決定的である。これは、とりわけ、通信監視によって知覚されようとする危険がどれほど重大か、また、その発生の蓋然性がどれだけ高いかによって左右される」。

当てはめでは、次のように説いている。通貨偽造は、武力攻撃やG10法3条の定めるその他の行為に比肩しうる危険ではない。通貨偽造は、外国との結びつきが不可避な危険ではないし、連邦共和国の存立および安全にとって重大な危険であるとも限らない。個別には、外国において通貨偽造が大規模に行われ、連邦共和国の通貨価値の安定やラントの経済力に重大な損害を与えることもありうる。しかし、本件の規定はそのような事例への限定を行っていないため、その限りで危険の程度と基本権侵害の重大性との間に、不均衡が生じている。

(2) スカーフ決定

2015年の第2次スカーフ決定で問題となったのは、2006年6月13日改正のノルトライン・ヴェストファーレン州学校法57条4項に違反するとしてイスラム教徒の女性教師に対して発せられた、解雇等の憲法適合性である¹⁰⁾。同項第1文は、「教師は、学校において、生徒または両親に対する国家の中立性を害するおそれがあり (geeignet sind zu gefährden)、政治的、宗教的または世界観的な学校の平穩を乱すおそれがある、いかなる政治的、宗教的、世界観的あるいはこれらに類する外的表明も行ってはならない (Bekundungen abgeben)。」と規定していた。

連邦憲法裁判所は、①ノルトライン・ヴェストファーレン州の学校法制定者は、正当な目標を追求している、②州学校法57条4項1文の必要性は疑わしいが、同州の状況において、具体的危険が発生しないようにするために、学校の平和および国家の中立性に対する抽象的危険が例外なく予防されなければならないかどうかについて判断する必要はない。「なぜ

10) BVerfGE 138, 296. 評釈として、小山剛「第二次スカーフ決定」自治研究96巻1号(2020年)145頁。

ならば、**狭義において比例的でなければならないとする要請は、保護法益に対する危険というメルクマールについて、限定的な解釈を命じるためである**」とし、次のように説いた。

教師の信仰の自由を十分に考慮した対抗する憲法的地位の適切な調整は、本件の事案では、「学校の平和および中立性を保持する禁止規範を、保護法益に対する少なくとも十分に**具体的な危険**がなければならないと限定する解釈を要請する」。宗教的または世界観的な関連のある物を教師が学校および授業に持ち込むことは、中立性の下で履行されるべき国家の教育委託、両親の教育権、生徒の消極的信仰の自由を害しうる。……宗教的に動機づけられ、信仰上の確信の表明（Kundgabe）であると解釈されうる教師の服装もまた、そのような効果をもちうる。「とはいえ、対抗するいかなる憲法的地位も、他方における宗教的な含意のある服装ないしはシンボルが命令であると理解された宗教上の要請に起因すると跡づけできる場合には、抽象的危険をもって禁止を正当化できるものではない」。生徒には消極的信仰の自由（基本法4条1項、2項）が保障されるが、各人は、様々な信仰上の確信が認められている社会において、異なる信仰上のシンボル等に煩わされないことを求める権利を有するものではない。……宗教的な表現手段の作用という点では、象徴が学校当局の指示によるものであるのか、それとも基本法4条1項、2項の個人的自由を援用しうる、個々の教師の判断に基づいて用いられているのかが区別されなければならない。スカーフの着用と結びついた個々の教師の宗教的メッセージを国家が甘受するということだけでは、そのメッセージが国家自身のものとなるわけではなく、国家によって意図されたものとして帰責するわけでもない」。

(3) 狭義の比例性の機能と比重

(a) 上の2判決は、審査における狭義の比例性の比重が大きくなった背景の一端をうかがわせるものである。

戦略的監視判決の事案は、手段の適合性審査・必要性審査が有効に機能しない、典型的な事案である。後述（3. (1)）のように、ドイツの必要性

審査は、同程度に適合的な諸手段間の比較として行われる。そのため、仮に、ある手段（本件の場合には、通信の監視）と等しく適合的な手段がほかにないとすれば、憲法上の権利に対する制約が極めて大きい場合であっても、その手段は必要性審査を通過する。通信傍受、監視カメラ、GPSやスマートフォンを利用した位置確認など、同種の手段は少なくない。これらの手段を統制しうるのは狭義の比例性となる。

一方、イスラム・スカーフ事件決定は、狭義の比例性審査を必要性審査に優先して用いたことになり、そこから、近年の連邦憲法裁判所（第一法廷）の、ある種の傾向を見て取ることができるかもしれない¹¹⁾。すなわち、狭義の比例性違反ということで処理できるのであれば、手段の効果に対する予測を伴う必要性の審査をバイパスするというものである。

(b) 従来、比例性審査の重点は、必要性審査にあると思われてきたが、現状は必ずしもそうではない。連邦憲法裁判所の判例を分析したペーターゼンの2015年の分類によれば、衡量によって法令を違憲とした判例は、1950年代には12件中ゼロ件、60年代には39件の5.1%であったが、70年代に37件中16.2%、80年代に48件中33.3%、90年代に37件中32.4%、2000年代に46件中37%、2010年代（2013年まで）に22件中31.8%であった¹²⁾。2000年代の37%は、9.11後のテロ対策立法と無縁ではないであろうが、これを除いても、憲法適合性審査における衡量の存在感は際立っている。

戦略的監視判決は、①「基本権の側では、いかなる前提条件の下で、どれだけの数の基本権主体が、どれだけ強い介入に直面しているかが重要である」、②「公共の利益の側では、通信監視が奉仕する目的および利益の重要性が決定的である。これは、とりわけ、通信監視によって知覚されようとする危険がどれほど重大か、また、その発生の蓋然性がどれだけ高いかによって左右される」と説示し、危険の重大性を問題とした。また、ス

11) 第二法廷においても、BVerfGE 153, 182（業としての自殺ほう助）は、手段の必要性審査をバイパスして狭義の比例性審査を行っている。

12) *Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015, S. 136 ff., 281 ff.

カーフ決定は、狭義の比例性が「保護法益に対する危険というメルクマールについて、限定的な解釈を命じる」として、「保護法益に対する少なくとも十分に具体的な危険がなければならない」とする限定解釈を施したことになる。

3. 比較の中のドイツ比例原則

発生する危険の重大性および発生の蓋然性が問われなければならないのは当然のこととして、問題は、これを狭義の比例性として審査することの是非である。この問いは、単に審査の段階を問題とするものではなく、そこで用いられる審査の基準についての基本的な考え方にも結びつきうる。

保護領域の段階での事前処理（後述Ⅲ. 1. (2)）を行わない限り、狭義の比例性に代わる候補となるのは、手段の必要性審査か、目的審査となる。

(1) 必要性審査

ペーターゼンは、カナダと南アフリカに目を向け、それぞれの国で用いられている比例原則のドイツとの比較を行っている。それによれば、南アフリカの憲法裁判所の審査は、ドイツ連邦憲法裁判所と同様、衡量に重点を置いているとされる¹³⁾。これに対し、注目されるのは、カナダ最高裁判所が行う手段の必要性審査である。ドイツにもそのような例がないわけではない¹⁴⁾、カナダ最高裁判所は、適合性が多少劣る手段であっても必要性の比較検討の対象にするとされる¹⁵⁾。狭義の比例性における衡量を批判し必要性審査を重視する見解は、ドイツにおいてもかねてより有力に主張されてきた。ただし、カナダ最高裁判所のような手法での必要性審査の活

13) *Petersen* (Fn. 12), S. 224 は、1995年の *Makwantanae* 判決を先例として挙げる。

14) *Petersen* (Fn. 12), S. 172 f.

15) *Petersen* (Fn. 12), S. 247 は、1986年のオークス判決 (*R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103) を先例として挙げる。本判決につき、佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開——『オークス・テスト (Oakes Test)』の内容と含意」北大法学論集63巻2号 (2012年) 604頁を参照。

性化は、衡量という作業をなくならせるものではなく、必要性審査の中にそれを取り込むものであることにほかならない。

ある目的を達成するためにA, B, C, Dの4種の手段があるとする。Aは立法目的促進がゼロで基本権に対する制約が5, Bは促進が5で制約が4, Cは促進が5で制約が2, Dは促進が6だが制約が7であるとする。ドイツ連邦憲法裁判所の比例原則に従えば、手段Aは、目的達成に不適合な手段であるため、基本権制約を正当化し得ない(適合性。Aは排除される)。また、立法目的を同程度に促進する手段が複数存在する場合には、制約の程度の少ない手段が選択されなければならない(必要性。Bは排除される)。最後に、Dは、狭義の比例性によって排除される¹⁶⁾。これに対し、カナダ最高裁判所の手法は、目的促進(適合性)の度合いが異なる手段CとDとを、必要性審査の枠内で比較するものである。

(2) 目的審査

日本の憲法学では、「明白かつ現在の危険」を目的審査に位置づける論者が多いように思われる¹⁷⁾。これに対し、ドイツ連邦憲法裁判所は、「危険がどれほど重大か、また、その発生がどれだけ蓋然的か」(戦略的監視判決)を、狭義の比例性審査で取り上げる。

おそらくは、狭義の比例性として組上に載せることと、必要性審査の枠内で行うこととの間には、実際の作業自体に有意な差異はないであろう。相違は、必要性審査の枠内で行われる衡量が手段CとDの比較という形態をとるのに対して、狭義の比例性審査として行われるそれが、手段D自体の不均衡を問うという形態をとることであろう。これに対し、目的審査としてこれを行うか、狭義の比例性で行うかの差異は、見かけ以上に大

16) 小山・前掲注3)71-72頁も参照。

17) 宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第2版〕』(日本評論社, 2014年)51頁。さらに、浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』(日本評論社, 2016年)96頁以下、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』(有斐閣, 2017年)718頁も参照。

きいと思われる。

確かに、スカーフ決定が学校の平穏や生徒、親の基本権に対する具体的危険を要求したように、狭義の比例性審査は、相応に実効的に行われている。テロ対策の分野でも、連邦憲法裁判所は、„je-desto“ 公式と呼ばれる特別な衡量ルールを展開した。これは、「脅威となる、あるいはすでに発生した法益侵害が重大であれば重大であるほど、また、問題となる基本権侵害が重大でないならば重大でないほど、法益に対する危険やその侵害を推論させる蓋然性は低くてよいし、場合によっては嫌疑の基礎となる事実も不確かであってよい」という定式である¹⁸⁾。例えば、ラスター決定¹⁹⁾は、問題となっている法律の保護法益が高い価値を有することを考えると、ラスター捜査についてテロの「現在の」危険は要求されないが、「具体的」危険は要求されるとしている。

しかし、具体的な「テスト」である「明白かつ現在の危険」とは異なり、„je-desto“ 公式は、①基本権侵害の重大性、②発生しうる損害の重大性、③損害発生の蓋然性、という3変数間の均衡という、衡量の観点なり指針を示すにとどまる。これがさらに準則にまで具体化されるのは、例外的と思われる。

Ⅲ. 比例原則の条件と日本国憲法

比例原則は、具体的な事案類型を想定したものではなく、ある程度汎用性のある枠組みとして定立されている。それは、狭義の比例性も同じであ

18) BVerfGE 115, 320 (360 f.)。この公式については、小西葉子「テロリズムに対抗する予防的警察活動と比例原則(1)——je-desto 公式と、法的概念としての『安全』」一橋法学16巻3号(2017年)981頁(1002-1003頁)も参照。

19) BVerfGE 115, 320。評釈として、宮地基「ラスター捜査事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』(信山社、2018年)29頁。より詳しくは、宮地基「安全と自由をめぐる一視角——ドイツにおけるラスター捜査をめぐって」名古屋大学法政論集230号(2009年)335頁を参照。

る。比例原則の柔軟性は、この原則に当然に内包されている。

この柔軟性が長所となるか短所となるか、また、日本の裁判実務に対する良き提案となるか悪しき追認となるかは、いうまでもなく、柔軟性のみを取り上げて観念的に論じるべきものではなく、その国における憲法上の権利についての基本的認識と、裁判官の作法に照らして検討されなければならない。

1. ドイツにおける比例原則

ドイツにおいて比例原則が重用されてきたのは、これら認識・作法についての相応の組み合わせがあったためであると思われる。

(1) 憲法による事前決定の限界

裁判官の評価余地を縮減したいのであれば、立法者（この場合には、憲法制定者）自身が事前決定を行い、裁判官（および政治部門）に対して縛りをおくることが考えられる。そもそも基本法は、比例原則による基本権の保障を想定していなかったと思われる。基本法が装備したのは、基本権の本質的内容の不可侵（基本法19条2項）と、段階付けられた法律の留保である。段階付けられた法律の留保は、立法者に対する不信の表明であるとともに、（憲法）裁判官に対する縛りともなる。

基本法は、制定過程において一般的な公共の福祉の留保を拒絶して、基本権ごとに制限条項を置いた²⁰⁾。基本法は、条文上、留保なき基本権、特別な法律の留保、一般的法律の留保の3種を区別する。比例原則の活用は、この事前決定を重視する立場と対立しうる。衡量に対しては、とくに1970年代、比例原則によって段階付けられた留保が無意味になるとの批判

20) *Michael Sachs*, Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte, in: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, § 79, S. 225 (270 ff), 邦訳として、ミヒャエル・ザックス（井上典之訳）「§ 79 基本権の限界づけの概念と種類」クラウス・シュテルン（井上典之ほか編訳）『シュテルン ドイツ憲法II 基本権編』（信山社、2009年）203頁（234頁以下）。

が有力に主張された。シュリンクは、衡量によって種々異なる基本権制限が打ち破られ、「種々異なる基本権保障の均等化と脱差異化」がもたらされると批判し²¹⁾、シュヴァーベは、衡量によって種々異なる基本権制限条項が「迂回」され、基本権保障の差異が消失すると結論づけた²²⁾。

しかし、これらの批判は、結局は貫徹しなかった。おそらくその理由は、憲法適合性審査の対象となる事案が多種多様である場合、妥当な結論を得ようとすれば、段階付けられた留保のような縛りは窮屈であり、技巧的な解釈を強いることになるためであろう²³⁾。そして、次に見るように、基本法の条文構造および実務は、種々の事案を実質的正当化の審査に送り込むものとなっている。

(2) 保護領域／制限と衡量

(a) ドイツとアメリカを対比したヴァールは、ドイツの基本権思考の基本構造が「保護領域（ないしは保障内容）と制約可能性の二元性」であるとし、一元的なアメリカ型との差異を指摘した²⁴⁾。

21) *Bernhard Schlink*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, S. 47.

22) *Jürgen Schwabe*, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, S. 319 ff., 445 f.

23) ドイツにおいて留保なき基本権の制約は、憲法上の法益の保護のためにのみ許される（ドイツでいうところの「内在的制約」）。性小説の青少年有害図書指定が問題となったヨゼフィーネ・ムツェンバッハ事件判決（BVerfGE 83, 130. 評釈として、芹澤齋「『有害図書』規制と芸術表現の自由——『ヨゼフィーネ・ムツェンバッハ事件』」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2006年）191頁）は、親の基本権を援用して、芸術の自由に対する制約を正当化した。

また、第二次兵役拒否判決（BVerfGE 69, 1. 評釈として、山内敏弘「良心的兵役拒否権と非軍事的代役——兵役拒否新規制法（KDVNG）事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』（信山社、2003年）152頁）は、連邦国防軍の機能性を、留保なき基本権の制約の根拠としている。マーレンホルツ、ベッケンフェルデ裁判官反対意見は、このことを強く批判している。さらに、*Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken*, *Der Staat* 42 (2003), S. 165 ff. = *ders.*, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011, S. 230 ff. も参照。

24) *Rainer Wahl*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Ausgangslage und Gegenwartsproblematik*, in: Dirk Heckmann u.a. (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit im*

独米の思考が異なる理由の一つとして挙げられているのは、条文の体裁である。ここでヴァールが念頭に置くのは表現の自由である²⁵⁾。合衆国憲法修正1条は表現の自由を一切の留保なしに保障しているのに対して、ドイツ基本法5条2項は、表現の自由について「個人的名誉」、「青少年保護」、「一般的法律」という3つの留保を置いている。とくに一般的法律の留保²⁶⁾が含まれることに示されるように、ドイツにおける意見表明の自由は、制限が予定された権利であり、その保護領域も、制限されうることを前提に画定される²⁷⁾。米独の基本権カタログを比べても、当然に種々の制約が予定される職業の自由の有無は、決定的な違いであるように思われる。ドイツにおいて連邦憲法裁判所が職業の自由について比例原則を展開したのは、偶然ではない²⁸⁾。

(b) 加えて、ドイツの基本権論は、基本権の保護領域および制約を広く捉える傾向にある²⁹⁾。ドイツでは、保護領域を広く画することに対して、学説には批判があるが有力説にとどまっております³⁰⁾、また、保護領域を限定する判例が存在するが³¹⁾³²⁾、少数である。正当化を要する制限について

↘Wandel. FS für Württenberger, 2013, S. 823 (852).

25) その際、ヴァールは、合衆国最高裁判所の Stevens 判決 (United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010)) を引いている。

26) それぞれの留保の意味については、さしあたり、上村都「意見表明の自由の限界としての個人的名誉保護」憲法理論研究会編『憲法基礎理論の再検討』（敬文堂、2000年）89頁を参照。

27) 一方のアメリカについて、阪口は、「ロックナーの悪夢」に加え、憲法典における基本権条項の形式が「公共の福祉」といったような明示的な制約を認めていないことを、アメリカの「一段階思考」の理由の一つに挙げている。阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量——『シールド』としての権利と『切り札』としての権利——橋法学9巻3号（2010年）703頁（712頁）。

28) *Wahl* (Fn. 24), S. 853 FN 106.

29) 一方、阪口は、ヨーロッパと比較した場合のアメリカの特徴として、「正当化」の段階に比べて保護領域／制限の段階の審査に重きが置かれる傾向があると指摘している。阪口・前掲注27) 712頁。

30) 詳しくは、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（尚学社、2013年）46頁以下を参照。

31) 危険な新興宗教集団（オシヨウ）に関する国民への警告が問題となった、オシヨウ判

も、いわゆる直接的な制限のほかに間接的制約、事実上の制約を認めるなど、拡張の傾向にある³³⁾。

(c) そして、そもそもドイツにおいては³⁴⁾、衡量は忌避されるべきものではない。ヴァールは、次のように述べる。「衡量は多くのドイツ公法学者、多くのドイツ法律家の思考慣行、一種の法学的メンタリティーとなった。多くの法律家の自己理解において、衡量、すなわち利益と対抗利益を明らかにし、全法秩序というコンテキストの中で対比・評価し、そして調

↘ 決（BVerfGE 105, 279）、有害物質混入ワインについての警告が問題となった、グリコール判決（BVerfGE 105, 252）がある。これらの評釈として、西原博史「政府の情報提供活動における〈警告〉と信教の自由の保障」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）117頁、丸山敦裕「市場競争に影響ある情報の国による公表——グリコール決定」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）292頁。

32) 市川・370頁が疑問を呈する、三段階審査論は虚偽表現をどのように扱うのかにも簡単に応答しておく。意図的な虚偽表現をどのように扱うかは、三段階審査論を採るかどうかによって一義的に定まることではないが、ドイツでは、保護領域に含めるのが原則である。例外的に、「アウシュヴィッツの嘘」事件判決（BVerfGE 90, 241. 小野寺邦広「『アウシュヴィッツの嘘』規制と意見表明・集会の自由」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2006年）162頁）は、アウシュヴィッツの否認を基本権の保護領域から除外する論証を行ったが、続けて、仮に「アウシュヴィッツの嘘」をドイツ政治に対する脅迫という問題に関する意見形成の前提であるとみなし、「これを意見表明の自由の保護領域に含めた場合にも」、という論証を行っている。上村都「意見表明の自由と集団の名誉保護」名城法学論集25号（1998年）1頁（8-9頁）は、意見自由の保護領域からの除外がアウシュヴィッツ事件判決についてのみあてはまるもので、「第二の適用事例を見いだすことは難しい」というシュルツ・フィーリッツの指摘を紹介し、その例外性を強調する。

33) 詳しくは、小山剛「間接的ないし事実上の基本権制約」中央大学法学新報120巻1・2号（2013年）155頁参照。

34) 阪口・前掲注27) 717頁以下は、利益衡量に対するアメリカの警戒感をもたらし、利益衡量にまつわるアメリカ憲法の独特な歴史として、①革新主義期におけるロスコー・パウンドの主張、②1950年代のマッカーシズム期におけるフランクファーターの個別的利益衡量を挙げる。なお、村山健太郎「手続的デュー・プロセスにおける原理と準則——プロポーショナルリティ・アナリシスとカテゴリーカル・アナリシス」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——高橋和之先生古稀記念』（有斐閣、2013年）649頁以下は、アメリカの判例を紹介しつつ、合衆国憲法修正14条の分野における比例原則適用の可能性につき肯定的に分析しており、興味深い。

整に努めることは、固有に法律学的な課題であり、試練とされている。これは一層、法律に対する基本権の作用の仕方……について妥当する」³⁵⁾ (原著者による強調)。

保護領域の段階で保護領域を狭く絞り、加えて、制限について古典的侵害概念を維持すれば、ある基本権に対する制限となる事案もある程度均質化・定型化され、正当化の段階で裁判官に判断余地を与える必要は、当然のことながら縮減される。比例原則の柔軟さは、そのような思考の下では無用であり、さらには有害であるかもしれない。しかし、保護領域の段階で排除することに対しては、ドイツでは強い懸念がある。最大公約数的な懸念は、保護領域の限定＝保護領域からの除外によって、基本権の制限に対して本来要求されるべき正当化のテストが迂回されるということであろう³⁶⁾。

ドイツの比例原則は、個別事例的衡量を肯定するものではないが、具体的な「テスト」より抽象度が一段高い、„je-desto“ 公式のような指針による縛りを志向し、部分的に準則化を行うものであるということが出来る。保護領域／制限と正当化は連動している。保護領域／制限を広く捉える以上、憲法上の権利は原理的に制約できないとして厳格な正当化テストを要求したり、柔軟性のない決め打ち的なテストを要求することはできない。指針を示しつつ、柔軟性を残した比例原則の運用が、連邦憲法裁判所の実務の特徴であるように思われる。

2. 比例原則と日本

三段階審査／比例原則は日本の裁判実務に対する良き提案となりうるのか。自由権が制限されうる権利であるという理解、そして、衡量が裁判官の基本的所作の作業であるという理解は、日本の実務にも共通しているよ

35) *Wahl* (Fn. 24), S. 837.

36) この議論の一端につき、小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』(尚学社, 2004年) 117頁以下を参照。

うに思われる。

(a) 日本国憲法第三章の自由権規定は、基本的には制限可能性を示唆する留保を持たず、条文の体裁としてはアメリカ型である。その一方、合衆国憲法にはない職業の自由、財産権の明文の保障を含んでおり、これらには「公共の福祉」の留保が付されている。ドイツにおいて連邦憲法裁判所が職業の自由について比例原則を展開したのが偶然ではないとされるように、最高裁が薬事法判決³⁷⁾においてドイツを参考に、比例原則的手法を採ったのも、偶然ではなからう。

一方、憲法21条の表現の自由のほか、いわゆる精神的自由の諸条項には、留保が付されていない。文言に忠実であるならば、アメリカ型に倣い審査基準（テスト）を用いてその合憲性を審査する方が素直である。しかし、最高裁は、初期の判例から、表現の自由も制約しうる権利であると説示してきた。市川が「公共の福祉三段論法」として紹介する諸判例（市川・5頁以下）は、そのような前提をとっている。最高裁が比較衡量に移行したのちも、この前提は変わっていないと思われる。

(b) 最高裁の比較衡量に対しては、周知のように批判が多い。多くの判決では、「一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあたっての必要性の有無を考慮するとともに、他面において取材したものを証拠として提出させられることによって報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべき」（博多駅事件判決³⁸⁾）等の、いわゆる総合衡量型の判断基準による審査が行われている（市川・382頁以下）。その一方、総合衡量を説いたのちに、より具体的な基準を設定する類型の判例も少なからず存在する（市川・386頁以下）。薬事法判決がその代表例である。

37) 最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁。

38) 最大決昭和44・11・26刑集23巻11号1490頁。

学説における批判は、この前者のタイプの衡量を念頭に置いているように思われる。しかし、ドイツの比例原則の適用のイメージは、後者に近い。すなわち、手段の適合性、必要性、狭義の比例性として定式化される比例原則自体は、総合衡量型の定式と同様、裁判官に対する指針としては極めて緩いものである。しかし、比例原則は、審査密度と結びついて用いられる。適用の厳格度を典型的に区別し、あるいは衡量については „je-desto“ 公式のような指針を示し、さらには準則として具体的危険の存在を要求するなど、憲法適合性審査において判断基準となる比例原則は、より具体的な形態をとる。

判例の円滑な発展を考えるならば、従来の最高裁の手法と異なる地平から批判を加えることの意義を否定するものではないが、比例原則は、従来の最高裁の手法³⁹⁾に相対的に近い位置にあるということができよう⁴⁰⁾。

IV. むすびにかえて

憲法訴訟論の隆盛の中、アメリカ準拠の憲法訴訟論、審査基準論に感じた疑問は、主に2点である。①保護領域／制限と審査基準の関係と、②日本国憲法では明文で保障されるが合衆国憲法には明文のない権利・自由の扱いである。

(a) 工藤達朗は、「今日優勢な人権解釈論」を、保護領域についての考察を素通りして「権利の性質さえ確定できれば、……一足飛びに審査基準論へ飛躍することができる」というものと描写した⁴¹⁾。基本権の保障は、トータルでデザインされなければならない。学説が保護領域／制限の段階

39) 例えば、最判平成24・12・7刑集66巻12号1337頁における千葉勝美裁判官補足意見を参照。

40) これは、最高裁判例の追認ではないし、無批判なドイツ追従でもない。また、表現の自由の制約など、比例原則およびその具体化という迂遠な方法ではなく、アメリカ法を直接に参照したほうが思考経済にも資する場合も少なくないであろう。

41) 工藤達朗『憲法学研究』(尚学社、2009年)100頁。

で自覚的に絞り込むという態度をとってきたかどうかは疑わしく、その一方で厳格な正当化テストを要求するのは、バランスに欠けるように感じられた。保護領域をどう画するか、制約をどのように捉えるかは、実質的正当化をどのように構想するかと分離できない問題なのである。

(b) 職業の自由、財産権などの経済的自由、学問の自由、婚姻、生存権、教育を受ける権利、労働基本権など、合衆国憲法の修正条項に明文の規定のない権利・自由は少なくない。もとより、アメリカにおける学問の自由の基礎付け論⁴²⁾が日本国憲法の解釈論に大きく貢献したのは確かであるし、生存権の理念や適正手続等を通じた保障⁴³⁾が、明文の規定があるがゆえの議論の幅の狭さを解消したことも確かである。同じことは、親密な結社としての婚姻⁴⁴⁾にも当てはまる。しかし、審査基準を考える場合、アメリカの議論からの類推には限度があるように思われる。その弱点がとりわけ顕わとなるのが、「裁量」の取り扱いである。例えば、生存権について、権利の構造についての分析を抜きにして「厳格な合理性の基準」を要求するのは⁴⁵⁾、直ちに理解するのは難しい。

日本の審査基準論は、アメリカの判例法理を理論化したものであるとされるが（市川・370頁参照）、憲法上の権利・自由と法律とを対抗関係として捉えることができず、法律により内容形成ないし具体化される権利⁴⁶⁾について、合衆国最高裁判所の「テスト」からどの限りで類推できるのであるか。もとより、ドイツの比例原則にとっても、憲法上の権利に対する制限とはいえ、その意味で憲法上の権利と親和的な法律は、基本的に射程

42) 高柳信一『学問の自由』（岩波書店、1983年）。

43) ここでは、尾形健『福祉国家と憲法構造』（有斐閣、2011年）、葛西まゆこ『生存権の規範的意義』（成文堂、2011年）のみを挙げておく。

44) 岡田順太『関係性の憲法理論——現代市民社会と結社の自由』（丸善プラネット、2015年）。

45) 例えば、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）267頁〔中村睦男執筆〕。

46) 小山・前掲注36) 111頁以下。

外である。とはいえ、本稿の冒頭に掲げたレルヒエの著書は、非制限的な法律を意識し、比例原則の射程を画するものであった。その後の50年は、審査密度論を含めた比例原則論の展開の歴史であるとともに、非制限的な法律に対する、立法裁量統制の工夫の歴史であったということもできる。

(c) 審査基準論に異を唱え、ドイツに依拠した基本的な判断枠組みを呈示することは、陳勝呉広であるかもしれない。史実の通り、この反乱は終わる。しかし、その後の世界は、その以前とはまた別のものとなる。

アメリカ合衆国の「テスト」は、合衆国最高裁判所の裁判官が下級審の裁判官に対する衡量不信の下に、彼らに対して指示するものである。ドイツにおいても、事情は大きくは変わらず、憲法裁判所と通常裁判権、行政裁判権との間の確執は少なくない。連邦憲法裁判所は、通常裁判権等に対して裁量の指針を示すとともに、そこからの乖離・逸脱に対しては、憲法異議申立て事案において統制を加える。日本において、裁判官の裁量を実際に縮減することができるのはひとり最高裁であり、最高裁に対して内在的な批判を加え、あるいは最高裁の個別意見や最高裁とは異なる下級審の理屈に対して、理論的な下支えを与えることが学説の役割の一つではないかと考えている。確かに、司法裁判所型である日本において憲法裁判所型のドイツの思考にどこまで依拠できるのかという問題（市川・375頁）が残る。しかし、カナダが比例原則を採用していることと憲章の体裁および基本権についての基本的理解の関連があるとすれば⁴⁷⁾、ドイツ型の憲法適合性判断の枠組みは、有力な選択肢であり続けよう。

47) *Petersen* (Fn. 12), S. 247 は、カナダの基本権適合性審査が二段階構造であることに結びつけて憲章1条を紹介している。