

憲法問題検討委員会 定例研修会  
反訳記録

「違憲判断の基準～その変遷と現状～」

1. 日 時 2009年（平成21年）6月3日 午後5時～7時
2. 場 所 弁護士会館10階 1003号会議室
3. 講 師 高橋 和之 氏（第二東京弁護士会憲法問題検討委員会委員，  
明治大学法科大学院教授）

（高橋） 前回と同じタイトルでお話をさせていただきました。時間の配分があまりうまくなかったこともありまして、かなり理論的なこととお話しして、その後、日本の判例についても詳しくお話しできるとよかったですけれども、それができないで終わりました。それで、その続きをもう1回やってもらえないかということで、引き受けさせていただきました。

前回お聞きになった方には繰り返しになりますが、聞いておられない方については、多少、理論的なところも振り返って、その後、判例の現状分析のようなことを話してもらいたいということでしたので、大きく1と2に分けて、1のところでは多少、前回お話ししたと同じような内容になりますけれども、それを要約する形でお話しし、その後、私が現在の判例の状況をどうとらえているかといったこととお話しさせていただきたいと思っています。簡単なレジュメをお配りしておきましたので、それに沿って話していきます。

最初に「人権論の構造」ということで、前回お話ししたことをちょっと振り返ってみたいと思います。人権を制約する法律が合憲か違憲かということが問題になる場合、第1にそれが人権の制限に該当するかどうかを明らかにしなければいけない。制限に該当しなければ、それで議論はおしまいということになります。

制限に該当するということになると、次に人権の制限を正当化し得るかどうか問題になります。これは日本憲法上は公共の福祉による制限として許されるかどうかという問題になるわけです。

最初の方の国家の行為が人権の制限に該当するかどうかを考える場合には、個々の人権規定がどのような範囲を保障しているかを検討して、その保障の範囲内に入ってきていれば制限しているということになりますから、その範囲をどう理解するかが非常に重要な問題になります。そのときに、なぜ、この人権が憲法によって保障されているのかという、多少、哲学的な議論を踏まえて、こうこうこうという理由で保障されているとすれば、保障の範囲はここまでであ

り、本件の国家の行為はそこに入ってくるとか入ってこないとか、こういう議論になるわけです。

私は人権の正当化論と呼んでいるんですけども、なぜという問いに対する答え、なぜこの人権が憲法によって保障されねばならないのかという問いに対する答えとして、哲学的な根拠を学問的に議論する。その人権が保障されるべき理由を正当化すると、こういう領域の問題になります。

そこで制限になっているということになると、次に制限の正当化論の問題になります。人権制限の正当化について、日本で今まで非常に大きな影響を与えたのがアメリカ的なアプローチでした。芦部先生がその代表者ですけども、アメリカ的なアプローチでその問題を考えてきました。ところが最近、特に若い人の間で、ドイツ的なアプローチで問題を考えた方が、日本の判例を分析するのにはよいのではないかといわれるようになり、芦部憲法学に対する非常に強い批判がさまざまな観点からなされつつあります。

私自身は基本的には芦部憲法学の立場に立って、それを日本の判例分析に使っていく、そのためにはどう考えていったらいいかという、そういう観点から問題をとらえていますけれども、ドイツ的な考えとどう違うかという、まず人権の正当化のところ、アメリカ最高裁判所のアプローチでは、ここは人権保障の範囲、**scope**の問題、あるいは**boundary**の問題ととらえ、その範囲に入ってきているかどうかという形で議論しています。それに対してドイツ憲法裁判所のアプローチでは、ここを2つの段階に区別して保護領域に入るのか、国家の行為がその保護領域への介入となるのかどうか、この2つに分けて分析するという方法を取っているのです。

ドイツの場合はアメリカより理論的といいますか、アメリカが特に2つを区別しないのをドイツでは区別しているという点が違うのですけれども、これは英米法的なアプローチと大陸法的なアプローチの違いがそこにも反映されているのかなと、私自身は思っています。というのは、保護領域というのは一種の広がりのような、特定の人権がどのような広がりでも保護しているのかという問題であり、それに対する介入となるかどうかは、深みといいますか深さといいますか、比喩的にはそう言えると思っています。

保護領域に入ってきていても、国家の行為がそれをつかみ取っている場合でなければ制限にはならない。単になでているだけぐらいでは制限にならないという、ある程度、えぐり取るというつかみ取る、**eingreifen**という言葉ですから、そういうニュアンスかなと思います。私はあまりドイツ語が得意じゃありませんから、勝手な推量で間違っているかもしれませんが、そういうニュアンスで問題を考えている。そうすると、見方によっては保護領域といっても、その中心的な部分から周辺的な部分まであって、そこをなでている。中心

的な部分をなでていけば、やはりそれで制限というべきじゃないか。しかし、周部分的な部分をなでているだけであつたら、あえて制限といわなくてもいいんじゃないかという問題になる気がします。

そうすると、保護領域に入るかどうかをまず議論し、その後、それじゃあ介入になるかどうかということも議論するといつても、実際は2つの段階でがっちり区別してやることはできない問題です。むしろ直感的に、両側面を総合して、この場合は制限になるとかならないという判断になる気がします。ですから、アメリカの場合は非常にプラグマティックにアプローチしますから、特にそこを区別しないで、要するに範囲に入っているかどうかという、ある意味では大ざっぱな議論の仕方をして見えています。

それが人権正当化における分析の仕方の違いですが、今日のテーマで一番中心になるのは、人権制限の正当化です。人権制限であるということになったときに、じゃあそれは果たして正当化し得るものかどうか。公共の福祉の範囲内で合憲なのか、それとも違憲になるのか。その分析をどうやるかということなんですけれども、アメリカ最高裁のアプローチでは、まず目的審査、手段審査という枠組みでアプローチしていくのが基本的な枠組みです。

人権制限があるということになると、その制限の目的は何なのか、そして、その目的を達成するための手段はどういうものであるのか、という分析の枠組みです。その上で審査基準というものを立てまして、この審査基準をアメリカでは3つに分けることになっています。私の用語法では、厳格審査、通常通常、敬讓審査です。

これは私の用語ですけども、アメリカ的な表現で言えば厳格審査、つまりストリクトな審査。それから中間的（インターミディアリー）な審査。それから、一番緩やかなところではラショナル・ベーススの審査といっています。私の用語とは、表現が違うだけじゃなくて、実は問題の見方がアメリカとはちよつと違うということがありますけれども、そういった点は後で、もし時間があつたら触れることにして、ここでは取りあえず立ち入りません。

アメリカではそういうふうアプローチしているとすれば、ドイツでは比例原則を適用するという考え方を採っています。その比例原則による審査はどういう形でなされるかという、広義の比例原則は3段階で行うという説明がなされていますが、ここではアメリカとの比較のために、ドイツでは前提とされている目的の正当性を第1段階に入れてせつめいしますと、まず最初に目的が正当かどうか。第2番目に制限が正当な目的と適合しているかどうかですね。適合しているかどうかというのは、その制限が目的を促進するものかどうかということだと説明されています。第3段階は、果たしてその制限が目的を達成するのに必要かどうかということ。この必要性の審査というのは、かなり

厳格なもので、日本でアメリカを参照して言っている LRA 基準に似た考え方のようです。つまり、他のよりよい方法がある場合は、当該制限の必要性はないということになる。

そして、最後の 4 段階目として比例原則。これは狭義の比例原則。全体を広義の比例原則と呼んでいますけれども、4 段階目に狭義の比例原則を適用する。その具体的中身は利益が均衡しているかどうか。得られる利益と失われる利益が均衡しているかどうか。こういう順序で審査して、違憲、合憲の結論を出すということです。

アメリカとドイツのやり方を比較してみますと、目的審査、手段審査という枠組みに割合似ている、そういう言い方はしていないようですけれども、1 段階目の目的が正当かどうかという検討は、アメリカで言う目的審査に該当するものだろうと思います。2 番目、3 番目、適合性と必要性が、これは手段審査に該当するのではないかという気がします。

しかし、アメリカのように審査基準を強度に従って 3 つに分けることは考えていない。そこはドイツでは審査密度の問題と言っているようですけれども、具体的事件の性格によって、非常に密度の濃い審査をやる場合と、そうじゃない場合があるという言い方をするんです。しかし、その審査密度の違いを審査基準の違いとしてアメリカのように 3 つに分けるというアプローチは取っていないようです。

それから、一番大きな違いは 4 番目の比例原則という、利益の均衡をそこで判断するというものが入っているということです。アメリカではこれは入っていない。なぜアメリカでは入っていないのにドイツでは入っているのかということが、比較する場合に非常に興味のある問題になるんですけれども、これは私の勝手な推測ですけれども、正しいかどうか、現在、研究中で、まだ確証を得ているわけじゃないんですけれども、暫定的な私の推測では、アメリカでは目的審査と手段審査をパスすれば、得られる利益と失われる利益のどちらが大きいかが確認されるという前提に立っている。目的審査、手段審査をパスすれば、得られる利益の方が大きいんだという前提に立っている。だから、この 2 つの審査をした後に、最後に利益考量をすることは必要ない。目的審査、手段審査が利益考量をする手続きだとアメリカでは考えているのではないかと思います。

それに対してドイツではそうではない。なぜそうではないということになるのかというと、目的の正当性が非常に緩やかな審査ではないかと私は推測しています。アメリカで言うラショナル・ベーシスの審査のときの目的についての基準は、目的が正当かどうかという言い方をする。英語で *legitimate* ということに対応するドイツ語を使っているにしても、同じことを指しているかどうかは

分からないんですけれども、どうも説明を読む限り、しかも私は原文に当たって、ドイツの論文とか判決の原文に当たって、きちっと検討していませんから、ドイツを研究している日本の憲法学者たちが紹介しているドイツの比例原則の方法を読んで感じたことにすぎませんが、やっぱりアメリカのラショナル・ベークスの、つまり一番緩い審査における基準に対応するようなものかなと思います。

そうすると、目的のところでは非常に緩い。その後、適合性と必要性、特に必要性については、アメリカで言う LRA 基準に該当するものを使うという説明がなされていますから、そうすると、これは結構、厳格な審査、少なくとも中間審査以上の審査を行っている。そうすればアメリカとの違いはどこかというところ、目的のところの審査が非常に緩やかだという点になる。

その結果どういうことになるかということ、アメリカでは目的と手段の両方をパスすれば得られる利益の方が大きいと考えているのに対して、ドイツの場合は目的のところ非常に緩やかなために、目的審査をパスしたからといって、それに続けて適合性、必要性もパスしたからといって、得られる利益の方が大きいという前提を採ることができないのではないかな。

そうすると、最後の決め手として、得られる利益と失われる利益をきちっと考量しなければいけないことになる。従って、ドイツでは 4 番目の手順が入らざるを得ない。ということは、4 番目というのが一番重要な決め手になっているということではないかと思うんです。

目的の正当性でパスしない、あるいは適合性、必要性でパスしなければ、4 番目のところまでいく必要もなく違憲だ、つまり失われる利益の方が大きいということになりますけれども、そこをパスしたからといって、得られる利益の方が大きいという保証がないとすれば、最後にその点を確認しなければいけないことになる。

それに対してアメリカの場合は、目的審査、手段審査をパスしたならば、得られる利益の方が大きいと確信できると考える。確信できるといったって、これは最終的には主観的な判断になりますよね。いずれにしても価値考量、利益考量ですから、客観的な物差しがあるわけじゃない。そういう中でできるだけ客観的に考量するにはどうするか。

完全な客観的ということはありませんけれども、みんなが納得できる手順で審査しようというところから考え出された手法であり、アメリカでは目的審査、手段審査が、得られる利益と失われる利益のどちらが大きいかを判断する枠組みとして設定された。ドイツはそれに似ているようでいてそうじゃなく、最終的にどっちが大きいか、そのことを真正面から判断する以外に分らないという性格のものではないかと理解しています。

ですからその違いを前提にして、どちらの方がいいかという問題になるわけです。この点、私自身は、もし今お話ししたような違いだということが正しい理解であれば、やはりアメリカ型の方が予測可能性を重視している点でよいのではないかと考えています。それに対してドイツの方は具体的妥当性の重視といますか、最終的に事件ごとの利益考量をやって決めるということですから、事件ごとにどちらの利益が大きいかを判断するということですね。具体的時点ごとのよりきめ細やかな利益考量がなし得ることになる。アメリカでは、やはりその点が多少、予測可能性を強調するために、おろそかになると言うと言い過ぎかもしれませんが、そういった違いになるのかなと思います。

問題は、ドイツ型では、きちっとした具体的に妥当な利益考量ができるというんだけれども、それは裁判官がそう思うだけじゃないかという点ですよ。裁判官を信頼しますか、それとも裁判官に対しても一定の枠付けをするのかということであり、アメリカでは裁判官の主観にすべて委ねて納得しましょうじゃない、ある程度、やっぱり裁判官の利益考量を基準を設定して統制しようと考えているのだと思います。

いずれにしても完全に統制できるわけじゃない。終局的には裁判官の価値判断によってやる以外にないんだけれども、最初からそれに委ねてしまうというのではなくて、できるだけみんなが納得できるような基準を設定して、基準に従って利益考量をやっていってもらおう。そうすればそれに対して賛成か反対かということを経験する場合には、共通の土俵が設定される。ですから、共通の土俵の上でどこが違うか、それが議論できて違いが明らかになる。そういったプロセスの中から、より広いコンセンサスを形成していくことが可能になるのではないかと。そういう考え方から形成されているアプローチではないかと、私は理解しています。

ドイツ型よりはアメリカ型の方がいいのではないかなと、私自身は思っていますけど、最近、ドイツの方が優れているのではないかと、しかもドイツ型で日本の判例を分析した方が、よりよく日本の判例が分析できる、理解できる、と唱える見解がでてきておまして、これが結構説得力があって、次第に支持者を増やしているのではないかと見ています。従って、学説の方ではその違いをもうちょっときちっと分析して、果たして本当にどちらのアプローチがいいか、両者の比較の中から日本の独自のアプローチが形成できないのか、そんな問題意識で現在研究しているところです。

以上が前回の要約です。次に時計数字の 2 のところ、最近の判例に見られる特徴ということをお話ししていきたいと思います。もちろんこれは、今言いましたように、私自身はアメリカ型のアプローチがいいんじゃないかと思っていますから、そういう目で見ていることをご了解いただきたいと思います。おそ

らく、ドイツ型のアプローチがいいという人は、違った見方をしているだろうと思います。

見方の違いが一番典型的に表れるのが、経済的自由についての日本の最高裁判例の動向をどう見るかというところですから、そこで多少、また触れてみたいと思います。アメリカ型のアプローチは、基本的には目的審査、手段審査という枠組みの下で三つの審査基準を割り振って審査するというものですね。その場合に、私は通常審査をベースラインとすると言ってきましたけど、なぜそう言うかを最初に簡単に触れておきます。

アメリカでは、最初に二重の基準という考え方が出てきます。ルーズベルト大統領のときに、ルーズベルトのニューディール政策が、最高裁によって契約の自由に反する、経済的自由を侵害するということで違憲とされた。それに対する対応として、ルーズベルト政権と最高裁の闘争があるわけですが、裁判所封じ込め政策というようなことをルーズベルトの方で言って、そんなふうに違憲判決を出すならば、裁判官の数を増やして合憲だと考える判事を増やしていくぞという脅しをかけたりするわけです。そういう中で、最終的には最高裁の多数派が入れ替わって合憲派が多数になると。その後、最高裁が法律を違憲とはしなくなっていくわけです。

そういう中で、いつもいつも政治部門の判断を尊重して、立法裁量を尊重して、合憲判決ばかりを出していくわけではありませんよ、緩やかな審査しかないということではありませんよ、厳格な審査をすることもありますよ、ということを、いわゆるカロリーヌ・プロダクツ判決という最高裁判決の中で書きます。この事件自体は経済的自由の規制の事件でしたから合憲判決を書くんですけども、法廷意見を書いたストーン判事が、その判決の注4において、今言ったような趣旨を書くわけです。

どういう場合に最高裁は厳格な審査をするかということその注4で挙げたのですけれど、その中で後に非常に注目されることになるのが、1つはデモクラティック・プロセス、民主的な政治過程ですね、そのデモクラティック・プロセスを保護していく、守っていくのが裁判所の非常に重要な役割だから、デモクラティック・プロセスの基礎になっているような権利の制限が問題になった場合には、例えば表現の自由や選挙権の制限がその例ですが、そういう場合には厳格に審査しますよと言った。

だから、そういうデモクラティック・プロセスがきちっと機能していれば、あとは立法府の自由に任せておいてもいい、デモクラティック・プロセスで多数決により決定したことは尊重尊重すべきだと考える。経済的自由権なんかの規制はそういった性格のものだから、あまり裁判所が介入する必要はないということだったんです。

それからもう 1 つは、デモクラティック・プロセスが機能していれば裁判所は原則的に介入しないということなのですが、デモクラティック・プロセスそのものとしては機能しているかもしれないが、しかし、そのプロセスを通じての現実の政治勢力の動きが、少数派を排除するような動きをしているような場合、通常、少数派も民主制のプロセスにおいては多数派を説得して多数になっていくというのがデモクラティックプロセスの想定なのですが、少数派に対する偏見があるような場合には、その偏見により少数派が意見も聞いてもらえないほどに孤立化させられてしまっているということが起こりうる。

ですから、デモクラティック・プロセスで多数派になっていこうという運動がそもそもできない状況に追い込まれてしまっているような少数派ですね。そういう分離し孤立している少数派の不利益になるような法律が制定された場合には、果たして本当にそういう法律が正当化できるかどうかを厳格に審査しますよと。

具体的には、これは黒人問題が頭にあったんだろうと思うんです。黒人に対して不利益になるような、つまり差別です。黒人を差別するような内容の法律の場合、差別されて不満があったら、政治プロセスでそれを改正することを考えなさいといったって、それはなかなか困難でできないことであろうと。そうすると、そういう少数派を保護する役割を裁判所は担わなければいけないということですね。こういう場合には裁判所は厳格な審査をしますよと言った。そこから二重の基準論、つまり、そこで問題になっている人権の性格の違いによって、審査を緩やかにする場合と厳格にする場合の違いがありますよという二重の基準論という考え方が形成されてきたんです。

その後、アメリカでは、二重だけではうまくいかないという問題に直面してきます。70年代以降、やっぱり 2 つに割り切るということがなかなか難しい。現実には、厳格審査をやりますよといった場合には、違憲という結論になる、緩やかな審査、ラショナル・ベースで、合理性の基準でいきますよといった場合には合憲になるというふうに、結果的にはなっていくわけですが、そうすると結論ありきの審査基準の選択で、果たして本当にきちっとした分析の下に判決を書いているんだろうか、実態はそうではなくて、裁判官がこれは違憲にしたいという場合には厳格審査だと言い、これは合憲にしたいという場合には合理性審査だというふうに、結論志向的に後から説明をする、説明がうまくできるように法律論を構成しているだけではないかという批判が出てくるわけです。確かにそういう面もあった。

有名な憲法の教授でガンサーさんが、当時、厳格審査となれば結論は致命的であり、合理性の基準の審査だということになると自動的に合憲という形になってしまっているという批判を行います。



そういった中で、やはり最高裁も、もう少しきちっとした分析ができる枠組みをつくらなければいけないという方向に動いていって、まず最初に平等権のところで中間審査という審査方式を生み出します。それで基準が 3 つになっていく。それが表現の自由等の実体的権利についても導入されていき、結果的にアメリカでは審査基準が 3 つに分かれるという展開をたどったわけです。

ですから、最初は 2 つに分ける。その場合、アメリカのベースラインは合理性審査です。デモクラシーを非常に強調する国ですから、理論化する場合、デモクラシーを前提にすれば裁判所は議会の判断を尊重すべきだということになり、これがベースラインとなります。その上で、カトリーヌ・プロダクツ判決の脚注 4 が、厳格にやるべき場合がありますよと言う。これは高められた審査、**heightened scrutiny** といわれたのですが、これは例外的な審査で、ベースライン、原則は、合理性審査ということになった。

なぜそういうことになるかということ、アメリカでは違憲審査権というのが憲法上に書いていなかったことが非常に大きかったんだらうと、私は理解しています。ですから、アメリカでは、裁判所が憲法に明文規定のない違憲審査権を行使するというのを正当化しなければいけなかったわけです。なぜそれを行使することが許されるのか、憲法に書いていないのになぜ許されるか、ということ正当化しなければいけない。そして、正当化の議論は、どういう場合に裁判所は違憲審査権を行使すべきかという議論と結びつくわけです。従って、厳格に審査する場合こそが裁判所が本当に審査権を行使すべき場合だと議論されるようになっていくわけです。

そうじゃない場合には、ほとんど審査しない。一応、合理性の基準で審査するとはいつているけど、実際上は、ハンズオフ政策（放任政策）といわれたのですが、ほとんど審査らしい審査もしないで合憲とするわけです。それは、やはり違憲審査権というものがきちっと権限として憲法に規定されていないことが出発点になっていたのではないかと思います。

そういう過程の中で、中間審査というものが現実の必要の中から形成されてきた。この中間審査と厳格審査の両方が広い意味で「高められた審査」と呼ばれているのですが、そういうアメリカと比較すると、日本は違憲審査権がちゃんと書いてありますから、従って憲法の要請通りに審査することがベースラインであるだろうというのが私の理解です。それを通常審査と呼んでいるのですが、ノーマルな審査のあり方だという意味ですね。通常審査がベースラインであり、特別の理由があれば、それより厳格に行う場合、あるいは緩やかに行う場合があつていいだろう。基本は、しかし通常審査である。通常でない厳格、あるいは敬讓審査をする場合には、きちっと理由を示さなければいけない。日本国憲法の解釈としては、そうなるべきではないかと考えていまして、

そういう違いで私は厳格審査，通常審査，敬讓審査と言っていますけれども，中身としてはアメリカの厳格，中間，合理性とほぼ同じと言っていると考えています。

そこでは二重の基準論が 1 つの重要な考え方になる。私の考え方で言うと，通常審査がベースラインで，しかし二重の基準論から，デモクラティック・プロセスの基礎になっているようなものは，通常審査よりも厳格にやるべきだということになるのではないかと考えています。それに対してそうじゃない，緩やかでいいという場合が敬讓審査になる。二重の基準論というのはそういう形で使える 1 つの理屈になるのではないかと考えています。

ですから判例を分析する場合，まず (1) のところでデモクラティック・プロセスを構成する権利を見ますが，これは通常よりは厳格に審査をすべき場合ではないかと考えています。

そういう目で見ると，最近の判例の中で選挙権，選挙制度について，これはデモクラティック・プロセスに関係するものですから厳格に審査をしなければならぬということになります。在外日本人の選挙権についての違憲判決が注目されます。これは，もちろん最高裁がそうしたアメリカ的な枠組みで考えているわけではありませんから，そういう議論の仕方を取っているわけではありませんけれども，私の枠組みから分析すると，非常に厳格な審査を行った判決と理解できるだろうと思っています。

というのは，判決の中で，選挙権というのは非常に重要な権利だから，制限する場合にはやむを得ない事情がなければいけないという言い方をしているんです。アメリカ的な議論をすると，厳格審査の場合には政府にやむにやまれぬ利益，**compelling interest** のあることが論証されなければいけないという言い方をするんですけれども，やむを得ない事情があるというのは，おそらくそういったことを頭に置いて表現しているのではないかと思います。従って厳格な審査をした。ただ，目的審査，手段審査という枠組みでやっているわけじゃありませんから，必ずしもアメリカ型の枠組みを導入したとはいえませんが，考え方としてはそれと同じような考え方で，厳格な審査をしなければいけないという判断を採り，結論として違憲という結論を採ったと理解できると思います。

目的が違憲と考えているのか手段が違憲と考えているのかという点ですが，そういう目的審査，手段審査という枠組みで議論していないですから，分からないところがありますけれども，おそらく目的は公正な選挙を維持することであり，これは非常に重要な利益ですから，当然，目的そのものはパスするだろう。ところが，その利益を実現するために，外国にいる日本人から全面的に選挙権を奪うということ，手段としてですね，その手段としての必要性と

いか適合性ですかね、それがないと考えると理解することができると思っています。そういう意味で、この判決はデモクラティック・プロセスの基礎になるものについては厳格に審査しなければいけないということを言った重要な判決ではないかと思います。

しかし、選挙権について、じゃあ常に厳格にやっているかという、必ずしもそうはいえない判決もあります。<2>で書きました判決です。これは精神的原因による投票困難者の選挙権の実質的保障を求めた事件に関するものです。精神的理由から、投票所に行って書こうとしても、手が震えたりとか、いろいろなことがあって、そもそもは投票所に行くことが心理的にできないような、心理的な障害が存在する人が選挙権の侵害だと訴えたのです。

身体的障害のために投票所に行くことができない人のためには在宅郵便投票という制度があります。在宅投票制というのは、かつて一度廃止してしまって、これが憲法違反かどうか争われたのだけれども、最高裁は合憲という判決を書いている。それでも在宅投票制を全面的に廃止するというのは許されるべきではないという世論がありました。判決自体では合憲ということだったんだけど、これは立法不作為を争ったものですから、そういう理由から立法不作為を違憲とするのは非常に特殊の場合だということで合憲となっただけで、本来は在宅投票制を全面的に廃止するのは好ましくないということですね。そこで、多少法律改正をして、郵便投票制というものを新しく作ったわけです。かつての在宅投票制ほど緩やかではない。かつての制度は非常に乱用されたということで、在宅投票制を全面的に廃止してしまったのですけれども、全面的にやめるのはだめだということで、今度は限定した形で、身体障害があつて投票所に行けない等々が必ずきちっと証明できるような人についてだけ、郵便投票が可能だという制度にしたのですけれども、それを身体障害者だけではなくて、精神的に投票所に行けない人に対しても拡大適用すべきだという訴訟を起こしたのです。

この場合は、しかし最高裁はまだまだ違憲とまでは言えないという判断をしました。ただ、補足意見で泉裁判官が、違憲とはいえないけれども違憲状態にあると言っていますけれども、多数意見は選挙権の実質的保障を求める場合には、あまり厳格に審査はしないようです。

在外日本人の選挙権の場合は、法律上、選挙権を奪われていた。法律上、投票権を持つためには、選挙人名簿に載せられていないと選挙権がないわけです。外国へ長期に行ってしまうと住民基本台帳から外されますから、そうすると自動的に選挙人名簿からも外れてしまう。そういう法律上の制度になっているわけです。従ってだめだということになる。

その後、比例代表についてだけは選挙権を認めるということにしたときに、

制度として在外選挙人名簿を作りました。ですから、その時以降は在外選挙人名簿に載っていれば選挙権を行使し得るはずなのに、小選挙区はだめだということになっていたんです。それが憲法違反ということになったのですけれども、選挙権を行使できないとということが法律でシステムとして定められていたから、違憲判決を書いた。

これに対して、法律上は権利を認められているが、実質的に投票所に行けない場合ですね。あるいはもう1つ下級審で争われた事件で、筋萎縮性側索硬化症というんですか、ALS患者といわれている人たちが争った事件ですが、現行制度は自書主義ですから名前を書かなければいけないけれど、ペンを持って書くことができないとという場合です。これも、下級審では違憲状態だとは言ってくれたのですが、違憲とまではいかないという答えでした。

ですから、最高裁の考え方からいって、法律上選挙権が与えられているが、しかし、実質的にそれを行使するのが困難だという場合には、必ずしも厳格にそれを保障するというのを考えてくれない。そこの問題が1つ残っているという気がします。

その次の定数不均衡については皆さんもご承知かと思えますけれども、あまり厳格な審査はやってきていない。参議院については、一番最新のものが平成18年の判決です。平成16年判決で、6名の反対意見が違憲状態だと言ったんですけれども、多数意見は、一応、合憲。しかし、9名の多数意見の中で、4名が補足意見を書き、このまま次の選挙をやったら違憲判決になる可能性がありますよと言っていた。ですから、10名がこのままでは違憲となるという警告を与えていたことになります。

にもかかわらず、国会は会期末に時間切れで改正ができないまま、旧規定で参議院議員選挙を行った。そのために、この選挙の効力に関する平成18年判決では、違憲という判断が下りるかもしれないと思っていたけれども、結論的には違憲ではないとした。10名の判事が合憲という答えですね。反対意見で違憲であると言ったのは5名にすぎなかった。平成16年判決が出されて、このままいくと違憲だよというのが多数の裁判官の考え方だった。それにもかかわらず、その判決から選挙まで半年しかなかく、非常に短い期間で、最高裁判決が出てからすぐには改正できなかった、しかし改正しようと努力はした、それから選挙の後に現実に4減4増の改正を行った、そういう一連の事情を考慮して、違憲とまでは言わなくてもいいだろうというのが、10名の多数意見の考え方だったということです。その辺が多少、まだ緩やかな判断しかしていないと感じるゆえんです。

衆議院の方では小選挙区制になって、旧選挙区時代の先例はそのまま妥当しなくなったんですけれども、小選挙区制については配分の仕方として、1人別枠

制という配分の仕方を探っているわけです。この 1 人別枠制が採られているために、最大格差を 1 : 2 以内に収めることができない。1 : 2.06 となりました。本来、少なくとも 1 : 2 の範囲内に収まるような制度設計をすべきではないかということで争った。

最高裁は、1 人別枠制結果として、どうしても 1 : 2 を超えざるを得なかったけれども、そんなに大きく超えているわけじゃないし、そもそもそういう制度自体には合理性がある、つまり、各都道府県にまず 1 議席ずつを配分するという配分の仕方ですよね、その制度には合理性があり、その制度の結果として生じている格差は合理的な差別だというわけです。この定数不均衡の最高裁の考え方を見ていて感じるのは、私は制度優先思考と呼んでいるのですが、人権と制度の関係で両者が対立するとき制度を優先することが多い。

人権を制度化しないと現実には人権を行使できないという場合、たとえば、選挙制度がないと選挙権の行使はできないから、選挙権を具体化するために選挙制度をつくるわけですがけれども、そのときに選挙権の枠内で制度をつくらなければいけないと考えるのか、そうではなくて選挙制度、極端に言えば制度の枠内で選挙権を考えればいいんだという考えの対比です。憲法学者の多くは、選挙権あるいは平等権の枠内で制度をつくるべきであり、選挙権、平等権には投票価値の平等というものも含まれると考えている。最高裁自身が投票価値の平等は憲法で保障されていると言っているわけですから、そうすると選挙権、あるいは平等権で構成するにしても、選挙権あるいは平等権という人権の枠内で制度をつくらなければいけないということになるのではないかと。

それに対して最高裁の発想は必ずしもそうではなくて、選挙制度として合理性があるかどうかをまず判断し、選挙制度として合理性がある、都道府県にまず 1 議席を配分するという考え方は、制度設計として合理性があるという。そして、制度として合理性がある限り、その制度から必然的に生ずる選挙権、あるいは平等権の制約は許されると考える。私は権利と制度の関係を考える場合、人権優先思考でいかなければいけないと考えていますけれども、最高裁はそうではない。制度優先思考を採っていて、その点が問題ではないかと、私自身は考えています。そういうことで、選挙権、選挙制度については、現状ではそういった状況にあるということです。

それでは、政治的言論については、最高裁はどのような考えをとっているか。これもデモクラティック・プロセスの基礎になるものですがけれども、政治的言論については最も重要な判例になっているのが猿払判決であり、猿払基準の問題点を前回の講演で非常に詳しくお話ししました。その猿払基準が克服されていかなければいけないと私は考えている。

猿払基準は、実は目的審査、手段審査という枠組みに非常に似通った考え方

を採っていて、3つの基準を設定している。1つは目的が正当かどうかです。猿払基準というのは、まず第1に目的が正当かどうか。2番目に、その手段が目的と合理的関連性があるかどうかです。手段の目的適合性を判断する。3番目に、得られる利益と失われる利益が均衡しているかどうかという基準を設定しています。

これは、当時、調査官でおられた、もうお亡くなりになったんですけれども香城裁判官ですね。この香城さんが調査官として担当されたものであり、香城さんはアメリカに留学されて、アメリカの判例理論を非常に詳しく勉強してこられた方なんです。猿払事件についての調査官解説も書かれたのですけれども、その解説の中でアメリカの判例を参照して書かれているので、アメリカの考え方をベースにして判決が書かれたと理解してきた。芦部先生なんかもそう理解されて、ただアメリカにおいてはすでに克服された考え方を取り入れている、その点が問題だ、特に手段審査のところで合理的関連性を使っているけれども、これは実質的な合理的関連性でなければいけないと、芦部先生は批判されたんです。

私は、どうもそうじゃないのではないかと考えている。アメリカの審査基準論とは根本的に違う。アメリカの理論と比較するならば、アメリカにおいてはすでに克服されたアドホック・バランスング、個別的利益考量論という考え方に基づく判決と理解すべきものではないかなと思っているのです。

そういう点で、芦部先生はこの判決を、審査基準論に基づいて書かれたが、ただし適用した審査基準が緩やか過ぎる、もう少し厳格な基準を適用すべきだと、批判されたけれども、どうもそうではないのではないかと。審査基準論とは違う個別的考量論で書かれているのではないかと。もしかすると、これはドイツの比例原則の考え方で理解した方が、よりうまく説明できるかもしれないという感じもしています。

この猿払基準が現状どうなっているかということなのですが、私自身はこれは非常に問題のある基準だと考えているので、少なくとも公務員の基本権以外のところに適用範囲を拡大するべきではないと考えていますが、先般の広島市暴走族追放条例の最高裁判決で、最高裁がこの猿払基準を使ったのです。これは非常に困ると私は思っています。

この事件の重要な争点は、条例の条文が不明確、あるいは広範に過ぎないかということでした。藤田裁判官がこれは広範過ぎるから違憲という判決を書くべきだという反対意見を書いているのですけれども、他の裁判官は、そこまで言うことはないだろう、合憲解釈をすればよろしいと考えた。私も合憲解釈はちょっと無理な条例ではないかという気がして、藤田意見の方が支持できると思っていますけれども、多数意見は合憲解釈が可能だと考え、その上で、合憲

解釈すれば猿払基準をパスしますよと言って、そこで猿払基準を使っているんです。しかし、この事件は猿払のように公務員の政治活動を扱った事件ではなく、通常の集会の自由の規制をした条例に関するものですから、猿払基準という緩やかな審査、あるいは個別考量的な審査をするのは非常に問題だと感じています。

次に、それとは対立する形になる経済的自由権の方ではどういう現状になっているかです。この領域では、規制目的二分論が経済的自由権についてどこまで適用されるかが問題になってきました。

規制目的二分論というのは薬局開設距離制限違憲判決の中で、小売市場判決、通常、小売シジョウと読んでいますが、小売シジョウというのは私の語感にはあんまりあわず、小売イチバという方が日本語の感覚としてはより適しているという感じがしているんですけども、この小売イチバ、あるいは小売シジョウ判決と区別して形成された理論です。これは、小売市場調整法という法律で小売市場を開設する場合に距離制限許可条件の一つにしていたことが問題となった事件です。

特に店舗が10以上入るような建物が建って、その一つ一つの店舗を貸し出す、あるいは譲渡する場合、その中に野菜屋さんとか魚屋さんが入っている場合には、近辺に同じような小売屋さんがあるかどうか。700メートル以内にあるといけな。そういう場合には許可は出せないという制限を大阪府の条例で決めたのです。

この事件は、許可を得ないでやったというので起訴された刑事事件ですけども、合憲判決が出されている。その中で、これは中小の商店を保護するための規制であり、決して消費者の不利になるような、消費者の犠牲において中小の小売商に独占を与えて保護する目的のものではないのであり、そういう積極的な目的で作られた条例については、立法府の裁量を尊重すべきだという判断をしたのです。

後に薬局距離制限の判決がこの事件に言及して、本件とは違う、本件は積極的な目的ではなくて消極的な目的、つまり国民の健康を守るという目的で行われている規制だ、そういう目的で距離制限を行っている、だから小売市場の先例はここでは適用されないと言いました。

その上で違憲判決を書いたものですから、最高裁は、経済的自由権について、消極目的か積極目的かという目的の違いによって審査の厳格度を分ける立場を表明したと、芦部先生をはじめとして学説の多くは理解したんです。そして、この規制目的二分論を多くの学説が支持した。反対する学説もなかったわけではないのですが、圧倒的に支持する学説の方が多かったのです。

ところが、その後、森林法共有林分割請求事件が起きました。森林法で共有

林の分割を請求する場合には、持ち分 50%超で請求しないといけないという規定が入っていました。兄弟で生前贈与を受けたので、50%、50%という持ち分をもつ2人の兄弟のうち一方が、2人で一緒にやっいけないというので分割請求をしたのです。ところが、50%以上ではなく50%を超えると書いてあるので50%ではだめだということで、分割が認められない。そこで50%を超えるというところは憲法違反だという主張をした。それに対して最高裁が、この主張を認めて違憲判決を書いたのです。

これは財産権に関する事件です。前の小売市場と薬局の事件は営業の自由ですから、職業選択の自由の事件と行っていいだろうと思います。森林法は財産権の事件で、この財産権の事件では規制目的二分論ということは何も言わなかった。目的は何かということはある、つまり、目的は森林業がうまく発展することだという趣旨のことを言っている。森林があまりに細分化されてしまうと、効率的な森林業の経営が困難となるから細分化を防止するためだという目的を認定しています。そうすると、これは社会経済政策的な理由ということになります。

弱者保護ではないけれども、経済が効率的に動くということですから経済的理由であり、何か健康とか治安に害が生ずるからという消極目的ではない。これは明らかに積極目的というべきだろうと思いますけれども、そうすると緩やかな審査基準が適用されることになるのではないかと思うのです。

ところが、そういうことは何も言わないで、厳格な基準を適用して審査し違憲とした。緩やかな審査をしていけば、まず違憲にはならない。反対意見の中で、これは合憲だと言っている判事もいたわけですから、緩やかな審査をすれば、立法府の裁量に委ねるということで合憲になるはずと思われませんが、違憲の判断をした。これはいったい、規制目的二分論とどういう関係になるのか。経済的自由については規制目的二分論を採ると思っていたのに採らなかった。そこをどう説明するかということで、学説が非常に困るわけです。

いろいろな見解が表明されました。1つは、ここで規制目的二分論が放棄されたという理解。それに対して、いやいや、放棄されたわけではないだろうという理解。この規制はもともと戦前の規制であり、積極目的の法律など存在しない時代に制定された法律だから、積極目的にとらえること自体が、今日の消極、積極という議論から言うとおかしいのであって、消極目的にとらえてもいい。積極目的が出てきていない段階の法律ですから、消極目的の法律と理解できる面もあるのではないか。これは芦部先生が主張されたものです。ですから、別にこの判決で規制目的二分論が放棄されたという必要はないのではないかと理解です。それから、いや、実は規制目的二分論は営業の自由についてだけであって、財産権には適用しないということをご自分で打ち出したんだという理



解もあります。こういう理解が対立したのです。

その後、判例がどうなっていくか注目していたのですが、それを見る前に、そもそも薬局距離制限の理解の仕方がおかしいかたのではないか、むしろドイツの比例原則により理解すべきではなかったかという問題提起がありますので、それに触れておきましょう。

この判決が出た当時、アメリカの憲法訴訟論が非常に流行していたというか、研究されるようになっていて、芦部先生がリーダーになって、アメリカの審査基準論がどんどん紹介されていた時期でしたから、学説は、判決の読み方として、アメリカ的な審査基準論の頭で読もうとしたわけです。そうすると、積極目的と消極目的で審査の仕方が違うという趣旨のことを言っているから、ここで審査基準を2つに分ける見解が判例理論となったと読んだ。経済的自由権については、アメリカではそういう議論はないのだけれども、日本の最高裁は2つに分けるという立場を取ったんだというわけです。

芦部先生は、アメリカでは、経済的自由権についてはすべて合理性基準で、緩やかな審査を行うことになっているが、日本ではそれは導入すべきでない、経済的自由権についても中間的な審査をすべき場合があるのではないかとおっしゃっていましたから、その芦部先生から見ると、これは非常にいい判例だと映ったのだらうと思います。そこでこの考え方を支持すると言われた。経済的自由権については、中間的な審査をする場合と緩やかな審査をする場合がある。それが消極目的と積極目的という形で区別されるのだと、そういう読み方をされたんです。アメリカ的な枠組みでこの判例を読んだ。

これが当初は通説的だったのですが、それに対して、いや、判例をじっくり読んでみると、そういう論理構成にはなっていないという批判がでてきた。確かになっていないのです。というのは、判例の判決理由の議論の順序から言うと、まず最初に、本件では職業の自由によって保護される権利が問題になっていることを論じるのですが、その職業の自由が保護しているのは職業選択の自由だけではなくて、職業活動、学説では職業遂行と言うことが多いのですけれども、職業選択だけではなくて、選択した職業を行っていくという職業活動も保障しており、そのうちの職業選択のほうは、単なる経済的自由だけではなくて、人格的利益という側面もあると分析して見せます。

確かに、どういう職業を選択するかというのは、単なる経済的自由だけの問題ではなくて、自分の生き方の問題ということがありますから、人格的価値もある。だから、これは非常に重要な権利だということを最高裁はまず最初に言うわけです。

その議論の仕方は、ドイツの職業選択の自由のとらえ方と非常に似ていると指摘されています。確かにそうなんです。その上で、本件の規制の仕方は許可

制であるが、許可制というのは、いろいろな規制の仕方がある中で、非常に厳しい規制の仕方だ、だからそれによって失われる利益は非常に大きいと言えます。利益が非常に重要なものであり、その上、規制の仕方が非常に強いので、そこで失われている利益は非常に大きなものだということになります。しかし、営業の自由について、その理解をすべての事件に適用することになると全部違憲になってしまいますから、それを避けるために、次に消極、積極というのを持ち出すというわけです。議論の順序としては、そうなっている。

そこで、小売市場のような場合は本件とは違うと区別した。だから積極目的の場合は別にして、本件の場合は消極目的だから厳格に審査しますというのです。そして、失われる利益が非常に大きいものに対して、得られる利益がそれに見合っているかを判断して、違憲だという結論に持って行くわけです。

その議論の仕方は、ドイツを研究している人から見ると、まさに比例原則の議論の仕方と非常に似ているというのです。確かに、ドイツの憲法裁判所は本件に似た薬局距離制限について違憲判決を出している。1958年に違憲判決を出している。ですから、おそらくこの事件を担当した調査官は、外国で類似したものはないか調査したのではないかと思います。アメリカではあるのか、ドイツではあるのかを調査し、おそらくドイツの違憲判決にたどり着き、勉強していたのではないかと思います。

そう考えれば、ドイツの影響があった、アメリカよりはドイツの影響の方が強かったというのは、それはその通りではないかなと私も思います。ですから、そもそもアメリカ的な違憲審査基準論で薬局距離制限の違憲判決を読むことは無理だったという指摘です。そう言われれば、そうかもしれないという気がします。

そういう議論の中で、じゃあ日本の最高裁は、その後、どう展開していくのかということですが、今、下の方の(ハ)のところでも議論しようと思っていたことを先にお話しした形ですけれども、元に戻って、その後の展開の中で規制目的二分論が最高裁でどうなっていくかを見てみましょう、まず財産権についてどう展開していくかという、証券取引法が規定していた短期売買利益返還請求事件が大法廷判決だということもあり、注目されます。これはインサイダー取引を規制する目的で、株を1割以上持っている大株主については、6カ月以内にその株の売付と買付あるいは買付と売付をして利益を得た場合、その利益は会社が取り上げることができる、返還を請求することができるという規定です。

それに対して、インサイダーのように内部情報をもって売買をし、それで利益を上げたというなら分かるけれども、自分はそうではないんだと主張しました。実質上自分が持っている2つの会社の間で株を移しただけだということ

す。何でそんなことをやったか、税金対策か何か、判例には出てきませんからよく分かりませんが。

それで利益が上がったものですから、それを会社にもらいたいということで請求された。それに対して、いいえ、この規定はそういう場合に適用するものではないはずだ。私は会社からなんにも情報をもらっていないし、しかもその取引により自分の持っている会社の内部株を動かただけで、他の株主に対して何の迷惑も掛けていない。こんな場合には適用されないと合憲限定解釈すべきであり、適用すれば財産権の侵害だといって争った。それに対して最高裁は、規制目的が消極か積極かについては一切何も言わないで合憲判決を書いていますから、財産権については目規制的がいずれかということはないと考えるということになります。

その後の消費者契約法 9 条 1 項に関する判決ですが、これは損害賠償額の取り決めをした場合に、一定額を超えているときにはその分は無効だという規定ですね。これが財産権侵害かどうかに関する判決ですが、やっぱり目的がどうのということとは全然言わなくて判決を書いていますから、財産権については、規制目的二分論は全然採っていないことが分かると思います。

じゃあ、規制目的二分論は営業の自由については生き残っているのか。それを探るための一つの判決が、行政書士が登記手続き代理業務をすることを禁止した司法書士法の規定が職業の自由を侵害しないかを争った事件の判決です。

その中で、やっぱりここでも目的は何かということは一切言っていないのです。ただ、依拠した先例としては薬局距離制限の判決と、もう 1 つ、歯医者ではない技師、歯科技工士ですか、その人が歯科医師法上やってはいけないとされている治療をやったというので有罪になった、最高裁の非常に古い判決、その 2 つに依拠して合憲判決を書いていますから、そうすると、これは健康のための規制ということで、おそらく消極規制というとらえ方になるのではないかなと思います。

消極規制なのか積極規制なのか、何も言わなくて、目的はこうだとだけ言ってあっさり合憲判決を出している。ですから、営業の自由についても、もしかしたら規制目的二分論は捨ててしまった可能性がある。

というのは、実は先ほど言いました財産権について、証券取引法の事件で、森林法判決を引用しますが、森林法判決では財産権を規制する場合、こういう目的もあればこういう目的もあると列挙し、その中で、こういう積極的目的もあれば、こういう消極的目的もあると、積極、消極という言葉は使っていた。ただ、森林法判決は、本件がどっちかは言わないで判決を書いていたのです。

それに対して証券取引法判決は、森林法判決で使われた文章をほとんどそのまま引用するのですけれど、同じ文章の中から明らかに意図的に、積極的と消

極的という言葉だけは削除し、明らかに積極、消極という言葉を使いたくないという気持ちを表明しています。

ですから最高裁としては、積極、消極ということはもう言いたくないということではないかと私は推測している。ただそれは財産権のものでしたから、ひょっとしたら営業の自由についてはまだ使うかもしれないと思っていたのですが、営業の自由についても消極、積極という言葉は、その後の判決の中でもう使わなくなってしまうています。

ですから、規制目的二分論というのは、最高裁は薬局距離制限とまったく同類型の事件が出てきた場合には使うかもしれませんが、おそらくもう使わないのではないかと推測しています。もちろん、その判例そのものは引用し続けていますから、まだ捨てたわけではないと言っている憲法学者もいますけど、議論の表現自体を見ているとそういう状況です。

私自身はそれを支持している。というのは、もともと私は規制目的二分論は間違っていると主張し、少数説に立っていた。審査基準の振り分けに規制目的を使うのは理論的に正当化できないという立場に立っています。規制目的というのは公益の問題、どういう公益で規制しているかという公益の問題ですね。私は審査基準を振り分ける基になるものは人権の性格、制限される人権がどういう性格で、どの程度の制限を受けるかということである、審査基準は人権の方に着目して振り分けるものだ、と考えていますから、公益の方から振り分けていくというのは、審査基準論の逆立ちした議論だと考えて反対してきました。そういう目で見ると、最高裁はよりいい方に動いているという評価になります。

ドイツを研究している人は、最高裁は審査基準論を採ってないと言いますが、私はそうではないと見えています。というのは、最高裁は目的審査、手段審査という枠組みは使っています。合憲判決を出す場合、比例原則でいけば、合憲というためには目的をパスし、手段をパスしたら、最後に利益が均衡しているかどうかを審査しないといけない。しかし、最高裁はそれはやっていません。日本の最高裁は目的審査と手段審査の枠組みを使うときは、目的をパス、手段をパス、だから合憲ということで結論を出していますから、これは比例原則の考えではないと私は考えています。しかし、この辺が今後の学説上は議論の対象になっていくと思っています。

次に生存権について。依頼を受けたとき、ぜひ生存権についても触れてほしいということでした。私もあんまりいい考えがあるわけではないのですが、若干、最近の理論状況をお話ししてみましようということでレジュメに書いたのです。判例の立場は堀木訴訟で確立しまして、立法裁量の問題だということになった。それまで学説では、もちろんプログラム規定説というのはありました

けれども、通説的には法的権利説であり、法的権利説で抽象的権利説と具体的権利説が分かれていた。通説は抽象的権利説でした。

それに対して最高裁は、堀木訴訟で立法裁量の問題だと言った。立法裁量という以上は、これは法的権利であることは認めたということだと思います。裁量の範囲を逸脱していれば違憲だということもありますよということですから。ただ、それが抽象的権利説と同じになるかどうか。学説では抽象的権利説だと理解している向きが多いのですが、私はそこはよく分からない。

というのは、抽象的権利説は論理的に成り立つ議論なのかということがよく分からないのです。立法裁量とはちょっと違うのではないか。私は立法裁量論の方がいいのではないかと考え、最高裁を支持しているのですが、立法裁量ととらえると、裁量の限界をどう設定するか、裁量論の枠付けが問題になります。これは行政裁量の場合もそうなのですから、どう枠付けを考えていくかという目で見ると、最近の判決について、多少、面白い動向はある。

立法裁量の枠付け方で1つの方法としては、新たに保護を与える場合と、既存の保護を後退させる場合では、裁量の範囲に違いがあるという議論ですね。これは学説でもそういうことが主張されてきたのだけれど、判例もそれを認める可能性が非常に強くなってきたのではないかと見ているのです。

というのは、これは生存権についての判例ではないのですが、公立図書館の所蔵図書廃棄処分を争った判決の中で最高裁が、これは表現の自由の問題になりうることを認めた。図書館が本を入れるかどうか、著者にそれに対して何か権利があるかという、これはないですね。が、いったん入れてしまったら発言権が生じますよと言った。不当な理由で廃棄されたら文句を言えることになった。

争われたのは保守派の教科書を作っている会の人たちが書いた本で、それを図書館でいったん購入したのだけれど、こういうものは図書館に置く価値がないものだといって、図書館員の1人が自分で勝手に廃棄してしまったと、コンピュータ上、カタログから除去して、その現物を廃棄してしまった。それを新聞記者がどこかから聞き出してきて書いた。産経新聞だったと思います。

それで騒ぎになって、著者たちが訴訟を起こした。1審、2審は、著者には権利も何もありませんといってけったんですけれども、最高裁が、いや、いったん入れた後には、表現の自由を考慮すると、つまり、表現の自由で保護されているかどうかははっきり言わないのですけれども、それに照らして考えると、保護に値する利益があるのではないかと認めて、だから違法であり国家賠償を認めるという判決を出したんです。

これは憲法論的に構成すると、図書館がその著者に対して援助を与えたという構造です。援助を与えるかどうかは自由裁量かもしれないけれども、いった

ん援助を与えたら、援助の撤回は自由にできませんという問題で、これはアメリカでは非常に議論されている問題ですね。

少なくともそういう類型の問題について最高裁は、いったん援助を与えたら、その撤回は簡単にはできません、つまり、裁量に限界が出てきますと言った。この考え方を認める以上、それは表現の自由だけの問題ではないだろうと私は考えます。生存権についてもどういう保護を与えるかというところは自由かもしれないけど、いったん与えた以上は、それを後退させることは簡単にはできませんよということになるのではないか。そこに裁量論の枠が生じると考えることができるのではないか。これは今後の1つの課題だろうと思います。それは制度そのものを後退させる場合、あるいは争われている法基準が後退させられるような場合に使うことができると思うのです。

それから、通常の争いとしては法制度そのものではなくて、法に基づく処分が対象となるでしょうが、社会保障に関して不利益処分、個々の個人に対して不利益処分をした場合、それも後退となることがあるでしょう。そういうものを争っていく場合に重要ではないかと思っています。

それから裁量を限界付けるものとして、もう1つ、実質的根拠を欠く場合は裁量の逸脱になる。これは裁量論を考える場合、よく出てくる問題です。これを考える場合に、最近は生活実態が非常に重要である。弁護士さんがその生活実態をどれだけ裁判所に検出できるかが重要ではないかと考えています。

特に規制緩和という流れの中で、生活実態が変わってくるわけです。積極規制によって弱者を保護してきた、そういう規制を、規制緩和の中で、もっと競争すべだということで取りやめていくことになる、これは実質的には保護している法律を後退させたわけではないけれども、実質的には保護の後退と同じような問題になるだろうと思うんです。その場合に生活実態がどう劣悪化しているかということ、きちっと資料によって裁判所に検出することが非常に重要ではないかと思っています。

それから3番目には、もちろん平等権を使って裁量を限界付ける、あるいは適正手続き条項を使うなど、憲法上の他の人権規定を使って限界付けていくことが考えられます。最高裁判決では、25条の生存権の問題になると、25条でいこうと平等権でいこうと、すべて緩やかな審査しかしないことになっているのですけれども、これは理論的にはおかしいと私は思っています。平等権の問題と生存権の問題は違うので、平等権の方でより強い審査を求めることができる場合もあり得るだろうと考えていますので、両方を区別してきちっと理論化していくことが必要だろうと考えています。

それから適正手続きで、特に個別的な処分をなされた場合、一方的に向こうが不利益処分をしてくるということは許されるべきではなく、デュープロセス

がきちっと守られたかということ争っていかなければいけないだろうと思いますし、個別的処分ではなくて基準の変更という場合には、そのプロセスですね、審議会や何かで議論を知ることが普通だと思いますけれども、そこにどれだけ現実の当事者といいますか、弱者の利益代表が入っているのかです。その辺も弁護士さんが頑張っていけないといけないかなという感じです。

あと、争い方としては、もちろん合憲解釈を主張するという争い方は1つの重要な方法です。認知された子供について、未婚の子供で、認知されない段階では扶養手当をもらっていたのだけれども、認知されるとだめだという規則に政令上はなっていた。それを最高裁は合憲解釈をして、いやいや、認知されたらすべてだめだということではない、立法の趣旨は、父親と共同の生活をして、生計を同じくしていない児童を保護しましょうということだから、認知されたからといって生計が共同になるわけではないのだから、認知されたら全部補助しないということは、法律の委任の範囲を超えるものでだめだと言った。

これは合憲解釈といえるかどうか、理論的には問題がありますけれども、広い意味での合憲解釈ということですね。そういう形で、憲法違反で争うよりは、憲法の趣旨を生かすような解釈をしていくということ争う。これはわりあい認められやすいと思います。

それからもう1つは、生活保護の収入認定を争ったものがいくつかあります。1つは、生活保護を受けていた母親が、将来、自分が死んだ後を考えて保険に入った。生活保護費をいろいろ工面して保険費を払ったわけです。ところが、保険をもらえるようになったら、月々2万円だったのですが、それを収入認定したというので争って、それは収入認定すべきでないという判決が出ているのです。

それが名古屋高裁の方ですが、秋田の方事件は、やはり生活保護を受けていたのですけれども、将来、介護が必要になったときのために貯金していた。これは保護してもらっている生活費をいろいろやりくりして貯金した。ところが貯金が収入認定されたというので争った。これもやっぱり資産に計算すべきではないという判決が出ている。

こういうものは生活保護をもらった人がいろいろ考えて、切り詰めて切り詰めてやっているわけです。やっぱりそういう努力をして将来に備えるというのは非常にいいことですから、そういうインセンティブを与える解釈をしていくべきだろうと思います。そういう方向で判例も動いてきていると思います。最高裁の平成16年の判決は、これもやっぱり生活保護を受けていた人が、子供の学費のためと思って学資保険に入っていたところ、満期になって50万円もらったら、これを収入に認定するというので争った。収入認定すべきではないという判決が出ています。

ですから、やはり生活保護をもらっていて、本当にぎりぎりの生活のための

費用ですけれども、それを一生懸命切り詰めて切り詰めて貯金したり保険に入ったりしているわけです。そういうことを推奨する。いいこととしてその方向へのインセンティブを与える運用が必要であり、これは判決としては支持できる方向ではないかと考えています。

あと、最後に理論的課題としての義務付け訴訟と書きましたけれども、ここはあえて暴論を言おうかなと思っていましたが、時間が来ていますのでやめることにします。以上でお話をやめて、時間がなくなってしまいましたけれども、許す限り質問をいただければ幸いです。

(司会) では、残りの時間で質問を受け付けたいと思います。どなたか質問のある方はいらっしゃいますか。お願いします。

(QQ) お話にございましたように、我が国では違憲立法審査権の明文の規定が憲法に置かれているにもかかわらず、裁判所の違憲審査が非常に消極的といえますか、活発でないわけなので、やはり民主政治を定着させるためには、裁判所の違憲審査を活性化する必要があると考えているわけです。

私は現在、租税立法について、強い関心を持っているんですけれども、そこで裁判所の判断の中に立法裁量、租税立法については非常に広い立法裁量があるんだから、裁判所はやはり控えめに判断すべきだとか、敬讓を持って判断すべきだとか、それに介入するのは、いわゆる立法裁量を逸脱した場合に限ると議論をしているものがあるんですけれども、立法裁量の逸脱というのは、なかなかアプローチしにくい問題なので、その辺について先生の答えがあったら、まず聞かせていただきたいということと、もう1つは審査基準論と、もう1つは不均衡論があるわけで、従来、やはり失われる利益と、それによってもたらされる合理性といえますか公益と申しますか、それとの利益考量論というのが、やはり判決の中に、特に租税立法の中には非常に使われていると思うんです。

そして、立法裁量と均衡論というものが非常に高い壁になって、裁判所に違憲審査権をはらんでいないと。あるいは消極的にしていると理解しているんですけれども、その辺について先生の場合、いろいろお考えを聞かせていただければありがたいと思います。

(高橋) ご質問、どうもありがとうございます。

裁判所が違憲審査をする場合に、立法府の判断をどの程度尊重するかということが、どの程度、立法裁量を認めるかということだろうと思いますけれども、確かに日本の最高裁は、立法裁量を非常に広く認める判決をたくさん出している。それを憲法理論の方でも何とか限定していきたいというので、審査基準を



唱えているわけです。

事件によって一番緩やかな審査をする場合には、確かに立法裁量は広くなるだろう。しかし、厳格にやる場合もあるので、じゃあどういふ場合が厳格で、どういふ場合が緩やかでいいかということ、もう少し考えていってほしいと、最高裁に要求してきました。その結果、今日もお話ししましたように、部分的には二重の基準論の観点から理解できる判決も出てきつつある。少しずつそれが改善されることを期待しているんですけども、いずれにせよ立法裁量論に頼る判決が非常に多い。

それに対してどう対応したらいいかというと、これは訴訟としては、やはり立法事実の問題になるだろうと思うんです。立法事実をきちっと裁判所に顕出していく。そのためにはいろいろな資料をそろえて、こういう事実をもとにしたら、誰でも通常、こういう判断をするのではないですかという形で議論していくことが大事ではないかと思っています。

立法事実論をアメリカを参考にして日本で主張してきたんですけども、出発点はアメリカのブランダイス・ブリーフといわれるものであり、統計資料とか、いろいろなものを駆使して、こういう事実に基づいて価値判断をすれば、そんなに価値判断で違いが出てくることはないだろうと考えるんです。その資料を集める努力をもっとしなければいけないと、私自身は考えています。

ですから理論的には、立法裁量を広範に認めていい領域とそうじゃない領域をきちっと理論的に明確化して、裁判所にそれを受け入れてもらうという理論を形成していかなければいけないし、その上で裁量論の逸脱だということを主張する場合、基本になるのは立法事実の顕出ではないかと考えています。

それを審査する場合、日本の裁判所は利益考量論を採っている。それがもう1つの壁になっているというご指摘で、その通りだと私も思っているんです。利益考量論、その歴史を見ると、日本はもともとは利益考量論さえきちっと示さないで、公共の福祉による制限として許されるということで合憲判決を書いていたんです。それを最高裁が学説の批判もあって改めるようになり、その事件において対立する諸利益を指摘して、利益考量として結論を出すという方法を取るようになった。

その典型的な憲法判例といわれているのが全逓中郵判決なんですけれども、そういう展開をたどり、そのこと自体は非常に高く評価されたんです。公共の福祉による制限ということだけで一刀両断に結論を出すのではなくて、公共の福祉の内容をもう少し緻密に摘出するようになってきたと。それはそれでいいことである。しかし、それだけをやっている段階というのは、アメリカで言うところの個別的利益考量論ではないか。アドホック・バランスングではないかといわれたわけです。

アドホックにやるのではなくて、ある程度の基準を設定してやっていくべきではないかというのが、この審査基準論の考え方で、これを何とか裁判所に認めてもらいたいと考えて、いろいろ論文を書いたりしているんですけども、まだまだそれを認めてもらえる段階には至っていない。

最高裁が非常によく使う表現では、総合的に判断するという、これはいろいろな利益が対立しており、それを総合的に考量して判断するということですね。どのように総合判断をしたかということはブラックボックスに入っているわけです。そのブラックボックスを開くというか、ブラックボックスではなくて審査基準の枠組みの中でやっていってほしい。

ただ、1つそういう方向で進んでいるといえるのは、目的審査、手段審査ということを頭に置いて議論するようになってくれたということはあるんです。目的が何であり、目的は正当かどうかを議論し、手段は目的と適合的かどうかを審査するという、目的審査、手段審査という枠組みを意識して判決を書く、そういう判決が多くなってきたといえるだろうと思います。

もう1つの方の審査基準を設定するというのは、審査の厳格度に応じて3つに分ける。審査基準は3つでなければいけないということはないんですけども、しかし、審査基準をあまり細かく分けていっても使い物にならないですから、やはりアメリカがプラグマティックに形成してきた3つというのは、およそだいたい支持できる考え方ではないかと思ひまして、日本でも3つに分けて、こういう場合には厳格な基準を適用します、こういう場合は緩やかでいきますよという考えが審査基準論ですが、それがまだ十分ではない。

だから目的審査、手段審査という形でアドホックに利益考量をやっているといえると考えていますけれども、そこは今後の課題かなと思っています。以上です。

(司会) ほかにご質問がある方はいらっしゃいませんか。

(QQ) 先ほど先生がおっしゃったように、ルーズベルト大統領のニューディール立法がつついと違憲判決が下された。それでルーズベルト大統領は、最高裁判所の定員を増やして、自分のニューディール政策に賛成する裁判官を任命した。それで違憲判決が出るのを防止したという事実がありますよね。

そこに関連するんですけども、もともとアメリカは保守主義というのがあって、自由主義の中の保守主義があって、日本の憲法の自由主義でないアメリカの自由主義。いわゆる日本は憲法、同等の義務を負うとか、あるいは生存権が保障されるとかいうものが修正資本主義だと思うんです。だけどアメリカの場合は新古典派経済学で、ずっと市場原理主義でやってきて、そして環境に適

合しないやつは適者生存で市場から出ていけと。代表的な資本主義ですよ。それがアメリカの経済をだめにして、ルーズベルトがニューディール立法をやったと。

今度はそのうちに戦争に突入するわけですよ。そして戦争をやっているうちに、あるいは終戦直後、アメリカの景気がよくなっちゃって、そしてニューディール立法はなくなったんですかね。私はそこをお聞きしたいと。それから今度は景気がまたよくなって、そしてウォーレンコートがなくなったのか。そのあたりをお聞きしたいと。それから今度また景気が悪くなって、そしてレーガン大統領あたりからレーガノミックスと言って、今度はまた保守主義に回帰するわけです。また昔の新古典派経済学の。そのことに違憲立法審査権でアメリカの最高裁判所がそういうことで、違憲判断でまた揺れ動くことがあったのかどうか。その点をお聞きしたいんです。

(高橋) どうもありがとうございます。

ニューディールのときにルーズベルトが自分の支持する判事を任命したと言われたけれども、任命したのではなくて、そういうプランを作ったんです。70歳以上の判事に対しては、これはクビを切ることはできませんから、そのままいるわけですけれども、新しい判事を1人加えることができるという法案を準備したが、これはやっぱり司法権の独立との関係でだめだという世論の方が強くて、法律とすることはできなかった。

そういう政治部門とのやりとりがあって、一種の闘い、論争みたいなものがある中で裁判所の方で次第に折れていくといいますか、ある裁判官がニューディール政策を支持するほうに考えを変える、キャスティングボートを握っていたロバート判事という人が逆の考えに動いたというか、それは考えを変えたというのではなくて、その事件においては、その判事から言えば、当然、そういう結論になるものであったので、思想を変えたというのは非常に酷い言い方だという見方もありますけれども、とにかく多数派がニューディールを支持する側が変わるわけです。そういうことで変わっていった。

そのニューディール政策が、その後、しばらく続く。それはアメリカで言うリベラリズムといわれるものです。ヨーロッパのリベラリズムと違って。ヨーロッパのリベラリズムは自由主義、本当の意味の自由主義ですけど、アメリカでは社民的な内容ですよ。リベラルというとニューディール的な保護をしていくという政策。自由主義を基本にはしているけれども、もっと政府が介入して弱者保護をやっていく立場をリベラルとアメリカでは呼んでいる。それがずっと続くんですが、レーガノミックスのときに古典派経済学に変わるわけですね。ケインジアンはだめだということになって変わる。

そういう政治の動きにぴったりと対応してではないんだけど、最高裁も次第に変わっていきます。ウォーレンコート以降、保守化していくということなんですけれども、バーガーコートで、多少、保守化しますし、その後、レンキストコートでもっと保守化する。さらに現在、ますます保守の裁判官が多数になっているといわれていますけれども、ウォーレンコート時代の、例えば一番やり玉に挙がっているのがブラウン判決で、黒人差別を撤廃するのに連邦政府が積極的にいろいろ介入していくというやり方です。これがやっぱり政府の行き過ぎだという考え方があって、これを修正しなきゃいけないという考え方に次第に動く。

それから、その後に出てくる **Roe v. Wade** のアポーションの事件ですね。これで女性の権利としてアポーションを認めたのを、これはやっぱりおかしいということで修正していく。ブラウン判決も攻撃対象だけれど、その後のロー・バーサス・ウエード判決がアメリカを 2 分するような論争点となり、その後の最高裁判事の任命においては、このロー・バーサス・ウエードに対してどういう態度を取るかというのが、1つの大きな決め手になっていくわけですね。

ロー・バーサス・ウエードを批判的に見る裁判官を任命するというのを、共和党政権の時代にずっとやっていくということで、次第にこの判決の射程が狭められていく、だんだん制限されていく。もう変更される寸前に来ているといわれている状況です。

質問にお答えしたかどうかよく分かりませんが、私が見ている流れとしては、そんなふうには動いてきていると思います。

(司会) よろしいでしょうか。

では、時間も超過しましたので、本日はこれで終了にしたいと思います。高橋先生にもう一度、拍手をお願いします。

(高橋) どうもありがとうございました。

(終了)