

# 違憲審査論の現在

—特集のはじめに

小山 剛

違憲審査のあり方は、ここ数年の憲法学において、最も活発に議論されたテーマの一つである。学説のレベルでは、いわゆるドイツ型「三段階審査」論の提唱があり、また、判例では、法令違憲に限っても、最大判平成14・9・11民集56巻7号1439頁（郵便法違憲判決）、最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁（在外国民選挙権訴訟）、最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁（国籍法違憲判決）があった。

本特集は、これらの動きを受けてのものである。詳しくは各論文をお読みいただくとして、概要を説明しておく。

1 特集第1部では、三段階審査と審査基準論の対比にかかわる5本の論文が収録される。

単純化すれば、三段階審査論がもたらしたのは、アメリカ型審査基準論との摩擦である。三段階審査と審査基準論は対立するのか、それとも融合しうるのであるのか。三段階審査論は審査基準論の何を問題とし、逆に審査基準論から見た場合、三段階審査論の欠陥は何か。これらは、少なからぬ学生が抱く素朴な疑問というばかりではなく、学界の関心事ともなった。

周知のように、二重の基準を基礎としたアメリカ型審査基準論は、公共の福祉のための規制であれば合憲という単純な論法や、指針なき利益衡量の克服を企図していた。しかし、審査基準論は、通説として揺るぎない地位を築く一方で、判例では部分的にしか受け入れられず、また、——審査基準論の責任ではないが——司法試験受験生の間には極度に単純化され、硬直した形で蔓延したという現実がある。三段階審査論の意図が判例に対

する内在的批判と、個々の権利および事案の特殊性を考慮した論証枠組みの提供にあったことは確かであろう。しかし、このような意図は、指針なき利益衡量論への先祖がえりという疑念を生むことにもなる。

市川正人「最近の『三段階審査』論をめぐる」は、アメリカ型審査基準論をリードしてきた論者が、三段階審査論からの問題提起に応答するものである。市川は、違憲審査のあり方の「明確化」や、「法律の留保」への着目という意義を三段階審査論に認める一方、比例原則が恣意的衡量となる危うさを指摘し、また、ドイツ型の議論に対して、違憲審査と民主主義の緊張関係を意識した付随的違憲審査制の下での裁判所の制度的役割に適合した「変換」を求めている。

尾形健「司法判断の諸相——アメリカ憲法学の一側面から」と、松本和彦「三段階審査論の行方」は、アメリカおよびドイツの違憲審査の枠組みに精通した筆者による論考である。尾形は、「源流であったアメリカの議論状況を再び確認」し、制度論的・機能論的視点を中心に、しかし、これらにとどまらない審査基準の具体的形成の諸要素に目を向けさせ、松本は、三段階審査の基盤および意義を明らかにする同時に、その問題点を内在的問題、外在的問題に整理し検討する。

審査基準論であれ、三段階審査論であれ、それらはもとより、自己目的ではない。尾形と松本が共通して強調するのが、日本における権利論および論証のあり方としての展開可能性を検討することである。高橋和之「『通常審査』の意味と構造」と宍戸常寿「『猿払基準』の再検討」は、まさに日本における審査論の課題に焦点を当てたもので

ある。「通常審査」の提唱者である高橋は、三段階審査論および比例原則に対する最も手厳しい批判者のひとりでもある。比例原則の本質を猿払型の利益衡量に見る高橋は、日本では（アメリカと異なり）中間審査基準がベースライン＝通常審査になると説き、最高裁によってアドホックな利益衡量が多用される日本では、審査基準論を基礎に考えるべきだとする。宍戸は、高橋による猿払基準の分析および批判が的確なものであるとするが、それに加えて、自己の視点から猿払基準を批判的に検討し、あるべき審査密度を示唆することにより、「比例原則」を猿払基準から解き放つ——したがって、「通常審査」を中心とした審査基準論とも整合するものとして再提示する。

2 第2部では、4本の論文が収録されるが、これらはいずれも、広い立法裁量が認められる領域における裁量統制および救済のあり方を論じたものである。実は、上述の3つの最大判も、従来の最高裁判例の延長では、広い立法裁量の下、合憲となってもおかしくない事案であった。

すなわち、郵便法事件で問われた国家賠償請求権は、抽象的権利と解しうるものであり、同判決もまた、憲法17条は「法律による具体化を予定している」と説いている。次に、在外国民選挙権事件で問題となったのは、選挙権行使の機会のはく奪であるが、これは、伝統的に自明視されてきた制限であるということもできる（かつて、ドイツ連邦憲法裁判所は、普通選挙に対する伝統的な制限には「選挙区域に居住していることの要求」があるとし、簡単に合憲とした）。同判決は、立法不作為の違憲性を比較的厳格に審査しただけでなく、確認訴訟、国賠訴訟についても注目すべき判断を示している。最後に、国籍法判決の事案も、憲法10条は国籍得喪の要件を「どのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨」であると説示されているように、基本的に広い立法裁量が認められる領域である。加えて、この判決では、立法不作為なのか過剰な要件なのか、また、立法不作為とした場合の救済方法について、立ち入った検討が加えられている。

本特集では、まず、新井誠「立法裁量と法の下の平等」が、法の下での平等を梃子に広い立法裁量に限定を加える可能性を模索する。これは、堀木

訴訟でも生じた古典的な論点であるが、新井は、国籍法判決ほかの最近の判例および学説を整理することにより、新しい立法裁量統制論の展開が確認できるとして、その深化に期待する。

次に、ベースライン論（法制度に依存した権利について「法律家集団の共通理解」を通じた立法裁量統制を試みるもの。郵便法判決の事案もベースライン論で説明されることがある）について、青井未帆「ベースライン論——長谷部恭男教授の議論の検討を中心に」は、「記述的議論」と「規範的議論」を区別し、後者の探究を通じて、「共通理解の有無とは別に、《制度の外側からあるいは制度の内側で保障されるべき「人権」を削りだすための、一定の構想に基づいたベースライン》論に到達する。また、最近の下級審では高齢加算廃止の審査に用いられるなど、裁量統制の新しい手法として期待される判断過程審査であるが、その一方で、様々な疑問も生じさせている。岡田俊幸「判断過程統制の可能性」は、ドイツにおける類似の手法である「主張可能性の統制」をめぐる議論を整理しつつ、過程審査とは何かという問題、また、行政裁量統制法理を立法裁量統制に用いることのは非について、基本的な考え方を提示する。

最後に、畑尻剛「立法不作為とその救済方法」の背景にあるのは、いうまでもなく、国籍法判決や在外国民選挙権判決で明らかになった、権力分立をめぐる基本問題である。畑尻は、訴訟手続（確認訴訟と国賠訴訟）と対処方法（違憲確認判決と合憲補充解釈）の組み合わせを、「当事者の迅速かつ適切な権利救済」、「違憲状態の有効かつ抜本的な排除」という視点から図式化する。

3 以上、本特集の内容を駆け足で紹介したが、第1部の議論も、第2部の個々のテーマも、いずれも一回の特集で特定の結論に到達する性質のものではない。第2部のテーマは、いずれも熟成を要するものであるし、第1部については、アメリカがよいかドイツがよいかという単純な図式の対立ではないことが分かる。しかし、本特集の各論文によって、次の議論への里程が築かれたことは確かであり、本特集の企画意図も実現できたものと思っている。

（こやま・ごう 慶應義塾大学教授）