

論 文

比例原則における事実と価値

— Bernhard Schlink による必要性審査中心の比例原則理解を参考に —

淡 路 智 典*

1. 問題の所在

近年、ドイツを比較対象国とする憲法学者による三段階審査論の紹介により、違憲審査基準論に関する議論が活発になっている。石川健治、小山剛、宍戸常寿らをはじめとした論者による積極的な紹介により、比例原則は憲法学においても大きな地歩を占めるようになったといっても過言ではないだろう〔石川 2005; 宍戸 2005: 218; 小山 2011〕。

それに伴い、日本でも比例原則が単なる比較衡量に過ぎないという誤解は払拭されつつあり、適合性・必要性・狭義の比例性という3つの部分原則から成り立つ比例原則という理解は一定程度、定着してきていると言える。

適合性、必要性、狭義の比例性という3つの部分原則は、性質の違いから2つに分けることができる。一つは事実問題、事実認識を扱う適合性と必要性であり、もう一つは価値問題、価値判断を扱う狭義の比例性である〔Hirschberg 1981: 44f.〕。この性質の差をどう受け止めるのかによって、連邦憲法裁判所にどの範囲までの判断を認めるかが決まる。通説、判例は基本権の実効的な保障などの観点から、狭義の比例性

の重要性を強調する〔Decksling 1989〕。その一方で、古くは少数説として、そもそも比例原則を憲法上の原則にすることに反対する見解〔Forsthoff 1959: 37〕や価値判断を裁判所に行わせることに反対の見解〔Schmitt 2011: 45〕も存在した。

この問題は単に違憲立法審査の手法として何を使うのかに関する技術的な差異に関わるだけのものではない。この事実と価値のどちらを重視するのかという対立には、基本権をどのようなものとしてみるかという権利観の違いや権力分立の位置付け方、すなわち何を裁判所が判断すべきで、何を議会が判断すべきかという国家のあり方に関する認識の相違が反映している。

比例原則におけるこの違いを重要な問題として捉える本論文は、基本法制定後における憲法上の比例原則の位置付けと、その位置付けに関して独自の体系的な理解を打ち立てる Bernhard Schlink の1976年の著作『憲法における衡量』を中心に取り上げる。この論文は、比例原則の議論に画期をもたらしただけのものの一つである。Schlink の比例原則に関する結論は学説や判例に受け入れられなかったが、彼の問題意識と方法論は以後の議論に大きな影響を与えた。彼の

* 早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程6年（指導教員 西原博史）

問題意識と方法論を確認することは、比例原則に付きまとうアドホック・バランスングであるという批判に対する強力な反論となるだろう。彼の問題意識と方法論を検討することは、日本における比例原則の理解を深め、違憲審査基準論を発展させるために大きな意義を持つだろう。

2. 前提状況

(1) 比例原則の根源

1949年制定のドイツ連邦基本法によって連邦憲法裁判所が設置され、広く違憲審査に従事するようになるとその審査手法が問題となる。その際に、実効的に基本権を保障するための審査手法として参考にされたのが、比例原則という法原則であった。

比例原則的な考えの萌芽は、18世紀のプロイセン一般ラント法の中に既に見られるが[Krauss 1955: 4]、現在につながる具体的な内容を明らかにしたのはOtto Mayerの1895年の『行政法』における「警察権の限界」の議論である。Mayerは、そこで「警察権力は、妨害が人に起因する限りにおいてのみ、その当該個人に義務を負担させるに過ぎない。自然法上の基礎から防御の比例性が要求され、このことを通じて警察権行使の程度が決定される。法律が警察活動の基礎となる一般的授権の程度を超えて、防御のための授権をすることを受け入れることはできない」[Mayer 1961: 267]と述べ、後に警察比例の原則と呼ばれる原則を明らかにした。

ここで述べられた原則は、1931年にはプロイセン警察行政法41条2項において「警察は、できる限り関係人及び公衆を最も侵害しない手段を選択しなければならない」という規定として

取り入れられ⁽¹⁾、その後、ドイツの各地に広がりを見せる。このようにももとは警察法上の原則として、比例原則は使われていた。その比例原則が、憲法上に定着するのは第二次世界大戦後のことであった。

憲法レベルでの比例原則の適用を、戦後の早い段階で主張していたのはKrügerやDürigであった[Krüger 1950: 628, Dürig 1953: 370]。

その際に問題となったのが、憲法上の比例原則は何を意味するのか、ということであった。ももとの警察法上の比例原則とは上述のように手段の過剰性を戒めるものであった[シュテルン 2009: 307]。しかし、裁判で国家行為の比例性が問題となった場合、比例原則によって何が許され、または規制されるのかは、それほど明確ではなく、それぞれの裁判においてまちまちであった[Hirschberg 1981: 5-7]。

(2) Kraussによる必要性と狭義の比例性の分離

そこで現在に繋がる形で比例原則を明確化したのがRuprecht von KraussとPeter Lercheであった。Kraussは、1955年の論文において、比例原則と呼ばれているものを必要性と狭義の比例性に分けて議論を整理した[Krauss 1955: 14-18]。具体的には、1937年のダンツィヒの警察行政法2条において「必要な措置」と「正当な評価」を分けていたことから、比例原則を「措置の必要性」と「狭義の比例性」に分けられるとして、比例原則が必要性的みに尽きるものではないことを示した[Krauss 1955: 15]。その後の議論は、比例原則を部分原則に分けられるとするこの議論を概ね受け入れて展開していく[Hirschberg 1981: 8ff.]。

(3) Lercheによる憲法レベルでの比例原則の 確認と適合性の追加

憲法レベルでの比例原則を詳細に検討することによって、次の画期を示した著作はLercheの『過剰と憲法』である。

Lercheはこの論文の中で、狭義の比例性を「比例的な関係にない作用を拒否することを目的」とするものであると確認し[Lerche 1961: 22]、その一方、必要性を「立法者は、同様の効果を持つならば、関係者の基本権を制限しないか、より制限をしない手段を選ばなければならない」ことであると確認した。そして、これら比例原則の2つの要素に、適合性という原則を付け加えた。適合性は「手段が目的達成に役立つ」かどうかをメルクマールとし、まずは必要性の部分原則として、後には独自の原則として付け加えられた[Lerche 1961: 19, 75]。この議論が受け入れられることにより、現在の3つの部分原則から成る比例原則という考え方の原型が現れることになった。

(4) 判例による承認

ここまで主に学説について見てきたので、次に連邦憲法裁判所が比例原則をどのように扱ったのかを確認しておきたい。

連邦憲法裁判所が比例原則を憲法上の原則として受け入れる過程の萌芽と言われているのが、1954年の判決⁽²⁾である。そこでは目的と手段の間の比例的な関係について述べられており、これが内容的に比例原則に言及した最も早い段階での連邦憲法裁判所の判決と言われている[シュテルン 2009: 310]。

その次に画期となったのが、1961年の薬局判決⁽³⁾とその後の職業の自由に関連する諸判決⁽⁴⁾

である。これらの判決では、規制目的の種類に応じてその達成手段の段階を分けて考えるという手法をとった。この手法は段階説と呼ばれ、比例原則を具体化したものであると後の判決によって評価された[淡路 2011: 120ff.]。

そして、連邦憲法裁判所は1965年の決定⁽⁵⁾において、比例原則が憲法的地位を持つことを以下のように明示的に確認した。「比例原則および過剰侵害禁止原則があらゆる国家活動を支配する指導原理として法治国家原理から必然的に生じ、それゆえ憲法的地位を有する」。

最終的に連邦憲法裁判所は1970年の盗聴判決⁽⁶⁾において、3つの部分原則からなる比例原則を明示的に認めた。このことにより、部分原則からなる比例原則という理解は判例において確固たるものとなった。

用語法に関してはなかなか一致を見なかったが[シュテルン 2009: 313, Hirschberg 1981: 19]、内容としては、このような流れの中で、適合性、必要性、狭義の比例性という3つの部分原則から成る比例原則という理解が成立し、学説・判例に取り入れられていくことになった。

3. Schlinkの状況認識

(1) 状況認識と論文の執筆動機

Schlinkは主著の一つとみなされている『憲法における衡量』⁽⁷⁾を1976年に公表している。この著書は主に裁判所による比較衡量の問題について扱っているが、なぜこの時期にそのような内容の論文を書いたのか、背景と執筆動機について考えてみたい。それには2で述べた前提となる社会状況が大きく関連している。Schlinkは違憲立法審査権の導入をどのように見ていた

のだろうか。

裁判所による法律に対する違憲立法審査権は、これまでの大陸法的な司法観念との齟齬を生じさせる。ドイツという国家がいかに関大陸法の伝統である法典化志向を強固に持っていたとしても違憲立法審査権が憲法に規定されている以上、その法体系は判例法の傾向をもたざるをえないのである〔シュリンク 1992: 264, Schlink 1996: 269〕。

人口に膾炙した言い方を使ってSchlinkの説明をパラフレーズすることが許されるならば、以下のようにいうこともできるだろう。英米法圏の司法観念は判事が法廷で述べたものが法であるというjudge makes lawであるのに対し、大陸法圏の司法観念は大前提たる法規定に小前提たる事実を当てはめれば半ば自動的に結論たる判決がもたらされるというvending machineであるとされている。この大陸法の前提は、準拠点としての法律が確固たるものであればこそ成立するものであった。違憲立法審査権は、その準拠点たる法律自体の正当性を問うものである。違憲立法審査権が行使されれば、文面上違憲であろうと適用違憲であろうと、もしくは合憲限定解釈をした上で合憲であろうと何の問題もなく合憲であろうと、その結果が実質的な法律の内容となる。その意味において、違憲審査制は判例法化を伴わざるをえないのである。

Schlinkはこの傾向を不可避のものであると考えた。ただし、個別の事件の結論が法となる判例法には決定の不確実性が必然的につきまとう。そこで彼は、法的安定性を確保しつつ、判決が裁判官の恣意に陥らないようにするために、裁判官の決定すなわち判決の決定過程の合理化が必要であると考え、一連の憲法判断の方

法に関する論文を執筆したといえる〔Schlink 1976; 1980a〕。

その一方でSchlinkは、比例原則についてどう認識していたのか。上述の通り『憲法上の衡量』が公表された時期には、比例原則が3つの部分原則である「適合性」「必要性」「狭義の比例性」で構成されることは、広く共有されていた。Schlinkはこの理解を拒否して、自らの判例分析に基づき「狭義の比例性」を抜いた形での異なった定式化をしている。Schlinkの判例分析は、判決をありのままに描き出すことを意図していない。詳しくは4で検討するが、『憲法上の衡量』において彼は、判例の中から合理的なモデルを抽出し、そのモデルを選択理論を用いることによって正当化し、それによって決定過程を合理化、明確化しようとした。またそれによって、判例法化によって失われかねない法的安定性を確保しようとしていた。その合理化、明確化において、狭義の比例性を排除することが不可欠であったのが、彼なりの独自の定式化を行った理由であった。

(2) 批判対象

Schlinkが批判対象にしたのは、憲法判断の方法としての利益衡量論、そしてそれを支える基本権の価値秩序という考え方であった。Schlinkは、利益衡量賛成の立場として、Peter Häberleの議論を取り上げる〔Schlink 1976: 128〕。その議論によれば、利益衡量・価値衡量によって、基本権の内容と限界は定められ、憲法上の利益間の争いも解決するし、基本権領域での立法の拘束の内容も突きとめられる。また個人と共同体、国家と社会、存在と当為といった二分法から逃れられる。そして、憲法上の価

価値秩序の中に、基本権や他の憲法的価値を位置づけるが、それらは確固としたものではなく、常に新しく定められる [Häberle 1983: 31ff.]。

そのようなHäberleの議論に対して、Schlinkは、そのような価値秩序と比較衡量は憲法が想定している可能性を超えている、と批判する [Schlink 1976: 130]。そのうえ、そのような利益衡量は、まず決定過程が不明瞭であり、価値の序列化に踏み込んでいるためにありとあらゆる政治的問題が法的問題として、裁判所の判断の対象となるおそれがある。ひいてはそれは利益衡量に反対するForsthoffが懸念した、あらゆる問題を裁判官が決める裁判官国家につながりかねない [Forsthoff 1959: 160]。ゆえに裁判官国家への道を拒否しつつ、決定過程を合理化するためには新たな方法が必要であった。

そこで利益衡量に代えて、Schlinkが提起したのは、以下の方法であった。

4. Schlinkの方法論

(1) 判例分析

判例分析は主に4つに分かれる。まず1つめは表現の自由が問題となる基本法5条⁽⁸⁾に関してである。ここでは価値秩序としての基本法理解の下で行われた比較衡量が問題とされる。取り上げられた判決の一つであるLüth判決⁽⁹⁾は、はじめて基本権を価値秩序として扱った判決である。この判決では、普通の基本権行使、濫用された基本権行使、そして特に価値のある基本権行使が区別されたが、基本権行使がどのようにしてそれぞれの型に当てはまるとされるかに関しては明確な回答を持たなかった [Schlink 1976: 45]。

次に職業の自由が問題となった基本法12

条⁽¹⁰⁾の判例が検討される。Schlinkは、後に段階説と呼ばれる議論を展開した薬局判決⁽¹¹⁾を出発点として、その後の判例の展開の中で目的分析、適合性審査、必要性審査というモデルを見出す。最終的には前述の2つの審査に最低限度の地位の保障という要素を付け加えた [Schlink 1976: 79]

三番目に財産権が問題となった基本権14条⁽¹²⁾の判例が扱われる。ここでは上記の目的分析、適合性審査、必要性審査、最低限度の保障というモデルに当てはまる事例として、主にハンブルク堤防整備判決⁽¹³⁾が取り上げられる [Schlink 1976: 81ff.]。最後に自由権の領域外での比較衡量と法的安定性の問題が取り上げられた。

(2) 判例分析について小括

Schlinkの判例分析についてまとめると、Lüth判決の分析から、基本権を価値秩序として扱っても明確な回答が与えられないとして、価値秩序としての基本権理解を否定する一方で、薬局判例などの判例分析から独特の比例原則理解を導き出す。Schlinkの提示した比例原則は以下のものである。

まず規制目的が憲法上追求することを許される正当なものかどうか審査される。その次に手段が目的達成に適合しているか、役に立つかが問われる。そして、手段が目的達成に必要な不可欠なものかどうか、すなわち、より制限的でない手段が存在していないかどうか問われる。最後にその手段が、憲法上守られるべき最低限度の地位を侵害していないかどうか問われる。

一般的な比例原則の理解との一番大きな相違

は、「狭義の比例性」を排除して、その代わりに「最低限度の地位」の保障を入れているところである。

Schlinkの比例原則理解から「狭義の比例性」が除外される理由は、他の基準と違い価値判断であるため、判断のための基準が欠けているからとされる。では、何故、他の基準は事実認識であり基準があるとされる一方で、狭義の比例性だけ価値判断とされ基準がないとされるのか。Schlinkの説明をみていこう。

(3) 比較衡量の方法と解釈についてーゲーム理論・厚生経済学からの示唆ー

第二部ではSchlinkは、判例分析から得たモデルを理論的に正当化しようとする。まず彼は比較衡量とはどのようなものであるのかから明らかにしようとする。

①比較衡量とは何か

そもそも比較には二種類のスケールがあるとされる。一つは序数スケールでものの順序を表す。もう一つは基数スケールでものの多さを表す [Schlink 1976: 130f.]。序数スケールの場合、大きさ等によって順序はわかるが、差異がどの程度あるかは考慮されないで分からない。目視による背の順、タイムを測らない徒競走での順位等が例として挙げられる。そのため、7位が1位の7分の1かどうかは、序数スケールではわからない。ゆえに量の大小を知るためには、基数スケールによって並べ直さないといけない。ただし、基数スケールには比較のためにメートルや秒のような共通の基準が必要である。価値秩序としての基本権には、基数スケールのための共通の基準が存在しない。よって、抽象的に基本権間の序数的秩序を構想すること

は可能かもしれないが、基本権が問題となる具体的な事件において役に立つ基数的秩序を構想することは難しい。

比較衡量擁護の論者は、どの法益が基本権と同じ価値もしくは基本権より高い価値にあるかを確定させることによって、全ての基本権の位置を定められるとした [Schlink 1976: 133]。

それに対し、比較衡量に消極的な地位しか与えない論者としてKraussとLercheを挙げる。彼らの議論はSchlinkが判例分析から見出したモデル、すなわち目的分析、適合性審査、必要性審査、最低限度の地位の保障からなる比較衡量モデルと一致するとされる [Schlink 1976: 143ff.]。このモデルは価値の比較を行わない。なぜなら、価値秩序をもたらし価値哲学の方法には基準がないからである。比較衡量に消極的な位置付けしか与えない論者は、基準がない場合は、民主的方法によって、すなわち立法者である議会が諸個人の価値秩序から共同体の価値秩序を導き出すべきであるとする。では、この立ち位置にふさわしい比較衡量はどのようなものか。

②厚生経済学の方法論

Schlinkは、上記の問題の解決のヒントを厚生経済学に求める [Schlink 1976: 155ff.]⁽¹⁴⁾。ベンサム流の功利主義において、厚生経済学と利益法学⁽¹⁵⁾は共通の根を持っている。ゆえに、厚生経済学における財の配分の問題は、憲法における価値・利益衡量の問題に示唆を与えることができる。すなわち、厚生経済学が分配問題を扱うように、憲法における衡量問題も分配問題として把握しうるのである。

厚生経済学が配分問題を扱う場合、個人間の効用比較を行う。アナロジーを使って考える際

には、厚生経済学における効用に対応する概念が、憲法において必要である。ゆえに憲法における衡量でも、価値や利益自体の衡量ではなく、価値や利益から得られる効用の衡量を行う⁽¹⁶⁾。

Schlinkはゲーム理論とパレート最適の議論に解決策を見出そうとする [Schlink 1976: 172ff.]。パレート最適は厚生経済学上の考え方で、他の主体の経済状態を悪化させることなしに、もはや誰も自らの経済状態を向上させることの出来ない状況のことをいう。まずは具体例を用いて、ゲーム理論における分配とパレート最適について見てみる。

100マルクの分配問題というものを想定してみる。これは二人が分配に合意したら、その分配に応じて100マルクがもらえるが、合意できなければ何ももらえないというゲームである [Schlink 1976: 173]。プレイヤー 1 が先に取って、プレイヤー 2 が後に取る。

図 1

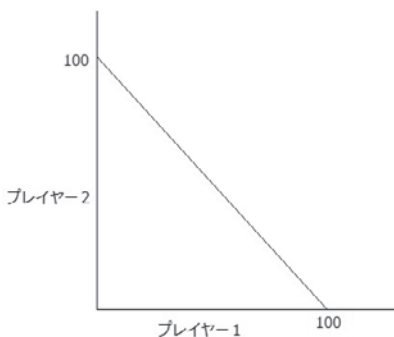


図 1 は、プレイヤー 1 とプレイヤー 2 の効用が同じ場合に得られるグラフである。分配に関わりなく100マルク全てが二人に分配されれば、パレート最適の基準を満たすことになる。何故なら、100マルクが完全に分配されている

ならば、プレイヤー 1 の取り分を増やすにはプレイヤー 2 の取り分を減らすしかなく、逆にプレイヤー 2 の取り分を増やすにはプレイヤー 1 の取り分を減らすしかないからである。つまり、「プレイヤー 1 に100マルク、プレイヤー 2 に0マルク」でも「プレイヤー 1 に80マルク、プレイヤー 2 に20マルク」でも「両者に50マルクずつ」でも、図 1 の斜線上にある分配ならばパレート最適である。パレート最適ではないのは、100マルク全てを分配しないプレイヤー 1 が60マルク、プレイヤー 2 が20マルクといった分配の場合だけである。この場合、どちらかが余った20マルクを受け取れば、その分の効用が上がるのでパレート最適ではないのである。

③憲法におけるパレート最適と比例原則

ここまで厚生経済学の効用に関する議論、そしてゲーム理論とパレート最適を見てきた。これらの知見を利用して憲法問題を解くことができるのか、見ていきたい。

市民の自由や国家の効率性などは、それ自体として序列をつけることはできない [Schlink 1976: 180]。例えできたとしても、序数的な序列では決定を得られないこともあるし、不合理な結果を招くこともある。そこで、財それ自体ではなくその効用を秩序付ける厚生経済学と同様に、憲法問題では秩序付けられるのは価値それ自体ではなく価値から得られる効用とする。

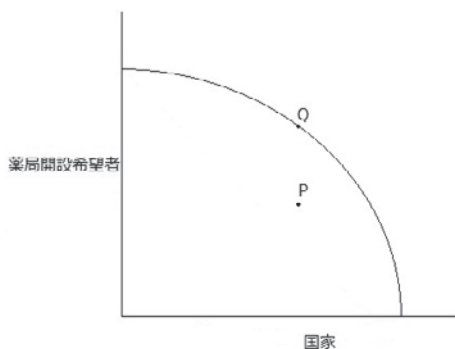
その観点から、薬局判決を見てみる。薬局判決とは、上記 2 (3) で触れたように、職業の自由に関係した判決である。ある薬局開設希望者がバイエルン州に薬局開設の希望を出したが不許可になり、それに不服申立てを行ったことが、この裁判のきっかけである [Schlink 1976: 181ff.]。

その裁判で問題になったのは、薬局開設希望者の職業の自由と州による薬局の出店規制であった。無秩序な薬局の乱立は過当競争につながり、ひいては不適切な薬の販売によって住民に健康被害が出るとして、バイエルン州は薬局の出店を許可制にしていた。

当事者が揃ったので、グラフを考えてみる。グラフの縦軸を薬局開設希望者の自由の程度として、横軸を州が守ろうとしている住民の安全の程度としてみる。このように捉えれば、この職業の自由にかかわる憲法問題も、薬局開設希望者と州のパレート最適の問題として見ることができる。このグラフに薬局の出店規制という州の目的達成手段を点Pとして書き込んでみる。そしてさらに連邦憲法裁判所が考える代案（薬局の開設を規制するのではなく、薬の売り方などを規制する）を点Qとして書き入れる [Schlink 1976: 181]。

こうして出来上がるのが図2である⁽¹⁷⁾。

図2



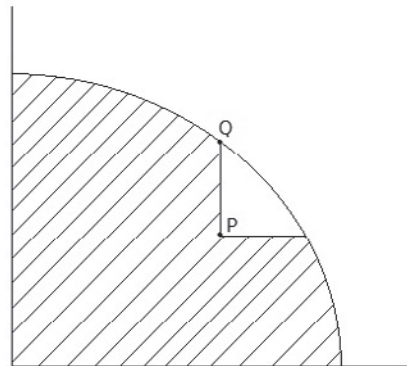
・縦軸が薬局開設希望者の効用、横軸が国家の効用。

・点Pがバイエルン州の規制。点Qが連邦憲法裁判所の代案。

曲線の内側が当事者双方の効用が両立可能な

範囲で、曲線の上に点があればパレート最適になる。バイエルン州の規制を表した点Pは、自らの効用を減らすことなく薬局開設希望者の効用を満たす施策である点Qの施策が存在するために必要性がないとされ、違憲無効と判断される。

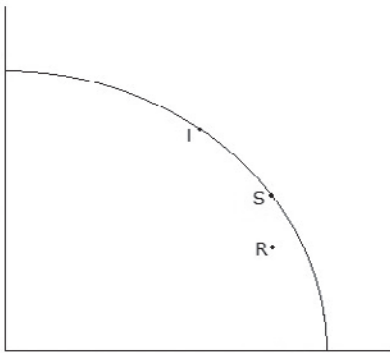
図3



点Pの規制に比してパレート改善されるという意味で、市民の自由により大きな負担をかけないで立法者の目的を達成できる選択肢は、非斜線部分にあるもののみである [Schlink 1976: 188]。そして実際の基本権問題においては、国家の特定の施策が個人の自由を過剰に侵害していないが問題となる。点Pという施策が与えられている場合、ここまでの図でいうならパレート最適に向けて上方向つまり市民の自由を擁護する方向に進む余地があるのかないのかが問われるのである。

しかし、パレート最適では判断できない問題もある。図4では、RよりSの方がパレート最適である。ただし、TとSのどちらが望ましいかは、パレート基準からは出てこない。何故なら、ここで想定されている個人の利益も国家の利益も等しく憲法上守られるべき利益だからで

図 4



ある。基本権の価値序列を否定する Schlink の立場からすれば、パレート最適な選択肢同士の場合は、どちらかを優先するための基準がない。この場合、個人の利益をより重視するか、国家の利益をより重視するかは価値判断にならざるをえない。Schlink は、この場合 T と S のどちらを選ぶのかは立法者の仕事であるとする [Schlink 1976: 189f.]。

(4) 方法論の小括

Schlink の方法論をまとめると「重要性を計ることと比較すること」を諦め、「評価の議論を結果の議論として」、「衡量問題を目的と手段の問題、適合性と必要性についての問い、そして最低限度地位を保障する課題として」把握するものである [Schlink 1976: 192]。

5. Schlink の立ち位置と背景

こうした Schlink の主張は、近隣諸科学、特に選択理論に依拠しつつ問題解決をしているもののように見える。しかし、彼を経済的合理性と功利主義のみに基づく選択理論の信奉者とみなすのは適切ではない。彼にとって、近隣諸科学は問題の明確化に役立てるためのものであ

て、問題解決の決め手ではない。問題解決において決定的な役割を果たしているのは基本権論、特に市民的法治国家における基本権論である。

厚生経済学やゲーム理論が教えるのは、いかなる状況がパレート最適であるかだけである。基本権問題の解決はパレート最適の図のみからは出てこない。というのも、パレート改善の方法は無数にある。図 3 でいうならば、点 P から上方向に進むのも、右方向に進むのも、右斜め上に進むのも、全てパレート改善であり、曲線と重なった場所がパレート最適の場所である。点 P から市民の権利を保護する上方向に進む余地があるかどうかを検討するのは、単なるパレート合理性の議論からではない。それは市民に最大限の自由を与えるべきとする「市民的法治国家」の議論からである。またこの「市民的法治国家」の議論から、裁判所の判断によって国家の目的をより推進する右方向へ行くことの禁止も導き出される。

このような Schlink の立ち位置の背景には何があるのだろうか。違憲立法審査権の導入による判例法化を不可避としていち早く対応を考え、そのために選択理論を使用している点には、アメリカ留学への経験を含めた知米派としての一面が関係しているといえる。この知米派として側面から彼は、違憲審査制度の利点、欠点を意識化していた。そこで、判例法の利点である権利保護の実質化を維持しつつ、欠点である判断の不明確さ、不安定さに対処するために、選択理論を使用したといえる。実効的な権利保障を可能にする判例法のアメリカ型と、法の明確性、安定性によって個人の自由を確保しようとする法典思考のドイツ型の間に新しい

ものを見つけようとする Schlink の問題意識は、一貫したものであるといえる [シュリンク 1992: 265]。

もう一つの重要な論点は、Schlink の背景にある基本権論が何に基礎付けられているかである。結論先取で答えを端的に言ってしまえば、市民的法治国家論に基づく基本権論に大きく影響を受けているといえる。学問的人脈としては、Schlink は、市民的法治国家論に好意的な Böckenförde の下で助手を勤め、Habilitation もその指導の下で書いている。そして何より基本権論の内容において、市民的法治国家論に基づく基本権論との共通性を見て取れる。パレート最適としての必要性審査に個人権利擁護の方向を与えているのは、「原則として無限定な個人と原則として限定された国家」[シュミット 1974: 155] という Schmitt に代表される市民的法治国家論である⁽¹⁸⁾。

また裁判所による価値判断を否定するという点でも上述の論者と共通性を見出すことができる [Schmitt 2011; Forsthoff 1959]。

6. 比例原則における事実と価値

(1) 憲法上の比例原則における事実と価値

Schlink の狭義の比例性不要論とは、ある国家行為が、適合性審査と必要性審査を通過した、すなわちこれ以上パレート改善する余地がないという意味でパレート最適である場合、他にパレート最適な選択肢があったとしても、それを理由として違憲という判断をくだすべきではないというものである。事実問題ならば、正確に把握できたか否かが問題となるので、議会の認識が不正確であるならば、裁判所の判断をそれに上書きしても問題はない。しかし、ある

国家行為とその他の選択肢それぞれパレート最適であった場合、効果が強いことを優先するのか副作用が弱いことを優先するのかは、価値判断でしかなく、どちらを優先すべきかに関しては憲法上の根拠がない。それゆえ、この種の価値判断は裁判所が行うべきでなく、民主的正統性を持つ議会であるとした⁽¹⁹⁾。

狭義の比例性を擁護する論者は、狭義の比例性を放棄するという Schlink の結論にこそ賛同しなかったが、問題意識と方法論は受け入れ、狭義の比例性の基準の無さを一定程度認めつつ、判断過程を合理化することによって、価値問題に対処しようとしている。

(2) 裁判所が判断すべきものとは

必要性審査を重視する比例原則理解の Schlink は、Schmitt 学派の論者と同様に基本権問題を扱う際に価値判断を排除しようとする。彼は、価値判断を排した代わりに効用比較という形の事実問題として事案を解決しようとした。Schmitt は価値比較が経済領域でのみ正しく使われると述べていたが、Schlink は経済領域外でも使われるようになった価値を効用という経済概念に置き換えることによって比較を可能にした。

Schlink によれば、裁判所が判断すべきなのは、当該措置が目的を達成するのに適合的であるのか、目的を達成するのに必要であるのかという事実認識・事実判断の問題であって、価値判断ではないのである。

比例原則に関する事実と価値の問題の性質の差をここまで述べてきた。ここで立ち返るべき問いは、裁判所は何を判断すべきで、議会は何を判断すべきかという問題である。Böckenförde

は基本権解釈を問題とした論文の最後に「法秩序を形成する権限は誰に属すべきであるのか……市民は選出された議会の立法者に自らを委ねるのか、それとも憲法裁判所に自らを委ねるのか」[ベッケンフェルデ 1999: 383] という問題を提起した。問題は権力分立という国家のあり方にまで繋がる。

7. 結びに代えて

比例原則がこれからの日本の憲法論において受け入れられるとするならば、事実問題を中心に扱う必要性審査重視のモデルと価値問題も含めて扱う狭義の比例性審査重視のモデルのどちらがふさわしいかのだろうか。それ自体が論争的なテーマとなりうるだろう。議会に付された国権の最高機関という肩書きを政治的美称以上のものと考え、裁判所があらゆる問題の最終的判断をするという司法国家を拒否するために、あえてドイツの通説ではない必要性審査中心の比例原則理解を選択肢として検討してみるべきではないだろうか。

長らく違憲判断の少なさから司法消極主義と言われてきた日本の最高裁判所は、近年続けて法令違憲判決を出している。それ自体の評価はひとまず置いておいたとしても、法律に対する違憲判断について積極化の傾向を示している最高裁判所が、何をどこまで判断すべきか、どこまで議会の判断を尊重し、もしくは議会の判断を自らの判断に置き換えることができるのかという問題は、これから議論されるべきテーマであろう。そして、これ以降も積極化の方向性を示すとしたら、如何にしてその判断の決定過程を合理化すべきかについても議論の対象にすべきである。

比例原則の理解は中心的概念に関しては一致があるが、それでもなお重要な論点で差異がある。今回取り上げることの出来なかった、比例原則の中で積極的に価値判断を行う狭義の比例性を重視する論者に対する考察や議会と裁判所の権限配分に関する考察は他日に期したい。

[投稿受理日2012.5.26 / 掲載決定日2012.6.21]

注

- (1) この時期の警察比例の原則は、今の3つの部分原則からなるとされている比例原則理解では必要性の原則に相当するものと考えられている [Hirschberg 1981: 3]。
- (2) BVerfGE 3, 383 (399)。
- (3) BVerfGE 13, 97 (104)。
- (4) BVerfGE 11, 168; 21, 245; 40, 196. u.s.w.
- (5) BVerfGE 19, 342 (348f.)
- (6) BVerfGE 67, 157 (173.)
- (7) 当該論文は日本でも紹介がなされている [山下 1991; 渡辺 2001: 672-675]。しかし、行政法学者である山下の紹介は詳細ではあるが、本論文の関心事からすると判断過程の明確化にどのように資するのかや価値問題を誰が判断するのかという論点が重視されていない。また憲法学者の渡辺康行は、『憲法における衡量』を含めたSchlinkの論文を縦断的に紹介している。そこでは、網羅的かつ緻密にSchlinkの憲法論が取り上げられていたが、ゲーム理論や厚生経済学の知見に関する部分は「問題の明確化に役立つだけに過ぎない」[渡辺 2001: 675]として十分に検討されてこなかった。本論文ではゲーム理論や厚生経済学を使った比例原則の構造化について、事実認識・価値判断の構造的相違を違憲立法審査の中でどう位置づけるかに関する重要な手がかりとして検討していきたい。以上のような理由で、比例原則と事実認識・価値判断の問題を考えるために当該論文を扱う。
- (8) ドイツ基本法5条1項 何人も、言語、文書および図画をもって、その意見を自由に発表し、および流布し、ならびに一般に入手できる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由ならびに放送および放映の自由は、保障する。検閲は、行わない。

- (9) BVerfGE 7, 198.
- (10) ドイツ基本法12条1項 すべてのドイツ人は、職業・職場及び職業教育の場を自由に選択する権利を有する。職務の遂行は法律によって、または法律の根拠に基づいて規制することができる。
- (11) BVerfGE 7, 377.
- (12) ドイツ基本法14条
- 1項 所有権および相続権は、これを保障する。内容および制限は、法律で定める。
- 2項 所有権は、義務をとまう。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきものでなければならない。
- 3項 公用収用は、公共の福祉のためにのみ許される。公用収用は、補償の方法と程度を規律する法律によって、または法律の根拠に基づいてのみ行うことが許される。補償は公共の利益と当事者の利益とを公正に衡量して決定しなければならない。補償の額に関して争いがあるときは、通常の裁判所への出訴が認められる。
- (13) BVerfGE 24, 367.
- (14) このような他の社会科学分野の決定理論に向けられた法学的興味の原因として、裁判官による判断すなわち判決の法学としての不安定性さを挙げている。[Schlink 1980: 13]。そして、「積極主義への旅路」や「原理としての基本権？」といった小論の中では、一方で不可避の傾向として司法積極主義と判例法化について述べつつ、他方で否定されるべきではないものとして法典化思考と法的安定性について述べている [Schlink 1995-1996: 269, シュリンク 1992: 264]。
- (15) 法を利益衡量の所産とみて、法の解釈を利益整除の観点から行う法学。ベンサム功利主義、イェーリングの目的法学に起源を有するとされる。
- (16) 価値の大小は主観的なもので客観的に認識しえないが、そこから得られる効用はある程度客観的に認識しうる。例えば、ある人にとっての職業の自由という価値の大小は客観的には認識しえないが、職業の自由から得られる効用は認識できる。ある目的のために職業の自由規制が行われた場合、その規制が許されるかどうかは、その目的と職業の自由の価値比較では決まらない。両者の価値を比較する基準がないためである。ゆえに結論を得るためには、その規制によって得られる効用と職業の自由から得られる効用がパレート最適

かどうかを確かめればよいのである。

- (17) 2者間の効用水準の組合せは、効用可能性フロンティアと呼ばれる右肩下がりの曲線によって表される。点が曲線上にある場合、パレート最適であるとされる。効用可能性フロンティアの求め方とパレート最適に関して [嶋村 2005: 118ff. 特に 130]
- (18) Schlinkの基本権論とSchmittの基本権論は、両者とも防御権を中心とする自由主義的基本権観を前提としている点で共通している。Schlinkの基本権論の他のSchmitt学派の論者の基本権論の共通性と差異について [渡辺 2000: 719ff.]。
- (19) 事実認識と価値判断の違いについて。

小山は『憲法上の権利の作法』の中で、非常にわかりやすい例えで、比例原則を説明している。それによれば、比例原則は、薬の効果と副作用のアナロジーによって説明できるとされる。4種類の薬があり、それぞれ1つめは効果0で副作用5、2つめは効果5で副作用4、3つめは効果5で副作用2、4つめは効果7で副作用10とする。この事例では1つめの効果0で副作用5の薬は、治療に役に立たないので適合性がないとして否定される。2つめの効果5で副作用4の薬は、3つめの効果5で副作用2の薬との比較によって必要性がないと判断され否定される。すなわち2つめの薬は効果と副作用の差し引きがプラス1なのに対し3つめの薬はプラス3だから、3つめの薬の方がより制限的ではない手段とされるからである。4つめの効果7で副作用10の薬は、得られる利益に比して失われる利益の方が多いため、狭義の比例性がないと判断され否定される。よって、この4種類の薬の中から3つめの効果5で副作用2の薬が選ばれとされる [小山 2011]。しかし、4つめの薬は「雀を撃つのに大砲を使うなかれ」という古典的な過剰侵害の事例としても理解できる。それならば、選択肢の中から最も穏やかな手段を使うべきという必要性審査によって排除できる。

そこで価値判断を伴う狭義の比例性による判断が必須の事例を想定してみる。上記の事例に、5つめとして効果3で副作用0の薬、6つめとして効果4で副作用1の薬が加える。これらは、いずれも3つめの薬と同じく、効果と副作用の差し引きがプラス3である。薬がこの6種類しか存在しない場合、3つめと5つめと6つめは、Schlink

の述べた厚生経済学の用語を使うならば、全てパレート最適である。もはやここでは効果から副作用を引いた差し引きの多寡は、パレート最適であるこれら3種類の薬のどれを選ぶのか決め手になりえない。

ここで決め手になるのは、効果が強いことにより価値を置くのか、副作用が弱いことにより価値を置くのかという価値判断である。薬の効果や副作用は、あるかないか、もしくはどの程度あるのか、という点は事実認識の問題である。それに対して、効果と副作用のどちらを重視するのかというのは価値判断の問題である。

参考文献

- Alexy, Robert [1985] Theorie der Grundrechte.
 Decksling, Rainer [1989] Das Verhältnismäßigkeitsgebot.
 Dürig, Günther [1953] BGH, DVBl.
 Grzeszick, Bernd [2006] Art. 20 VII, in: Maunz und Dürig (Hrsg.), : Grundgesetz Kommentar, München.
 Forsthoef [1959] Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in; Festschrift für Carl Schmitt, Berlin.
 Häberle, Peter [1983] Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Auflage, Karlsruhe.
 Hesse, Konrad [1995] Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20, neubearbeitete Auflage, Heidelberg. (邦訳、ヘッセ、コンラート [2006]『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂))
 Hirschberg, Lothar [1981] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen.
 Jarass/Pieroth [2009] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 10. Aufl. München.
 Krauss, von Rupprecht [1955] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg.
 Krüger, Herbert [1950] DVBl.
 Lerche, Peter [1961] Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, Köln-Berlin-München-Bonn.
 —[1992] Grundrechtsschranken, in: Isensee und Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg.
 Mayer, Otto [1961] Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin.
 Ossenbühl, Fliz [1997] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Jura 1997, Heft 12, 617-621.
 Pieroth/Schlinck [2011] Grundrechte Staatsrecht II, 27. Auflage, Heidelberg. (15版の邦訳、ピエロート／シュリンク [2001]『現代ドイツ基本権』(法律文化社)。)
 Sacks, Michael [2007] Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., München.
 Schlink, Bernhard [1976] Abwägung im Verfassungsrecht. Berlin.
 —[1980a] Probleme und Ansätze einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation, in Harenburg/Podlech/Schlink (Hrsg.): Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung, Darmstadt.
 —[1980b] Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, Der Staat 19, S.73-107.
 —[1984] Freiheit durch Eingriffsabwehr, EuGRZ.
 —[1992]「原理としての基本権？」阪大法学第42巻第一号245-267頁。
 —[1996] the journey into activism, Cardozo Law Review, pp269-271.
 —[2001] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura und Dreier (Hrsg.): Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht,
 Schmitt, Carl [2010] Verfassungslehre, 9. Auflage, Berlin. (邦訳、シュミット、カール [1974]『憲法論』(みすず書房))
 —[2011] Die Tyrannei der Werte, Dritte, korrigierte Auflage, Berlin.
 シュテルン、クラウス [2009]『ドイツ憲法Ⅱ』(信山社)。
 ベッケンフェルデ、E-W. [1999]『現代国家と憲法・自由・民主制』(風行社)。
 淡路智典 [2011]「憲法上の比例原則の構造と段階説」社学研論集17号118頁。
 石川健治 [2005]「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2版〕』273頁。
 小山剛 [2011]『「憲法上の権利」の作法 新版』(尚学社)。
 穴戸常寿 [2005]『憲法裁判権の動態』(弘文堂)。
 嶋村紘輝 [2005]『新板 ミクロ経済学』(成文堂)。

松本和彦 [2001] 『基本権保障の憲法理論』 (大阪大学出版会)。

山下義昭 [1991] 「『比例原則』は法的コントロール基準たりうるか (1～3・完)」 福岡大学法学論叢 36巻1・2・3号, 38巻2・3・4号, 39巻2号。

渡辺康行 [1990-2000] 「『憲法』と『憲法理論』の対話 (一～六・完)」 国家学会雑誌。