

Title	比例原則と猿払基準
Sub Title	Übermaßverbot und Sarufutsu-Urteil
Author	小山, 剛(Koyama, Go)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.2 (2014. 2) ,p.29- 46
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	小林節教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140228-0029">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140228-0029</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 比例原則と猿払基準

小  
山  
剛

- 一 はじめに
- 二 猿払基準
- 三 猿払基準批判
- 四 猿払基準との差異
- 五 狭義の比例性審査
  - 1 髄液採取事件
  - 2 カジノ事件
  - 3 テロ対策等
  - 4 狭義の比例性
- 六 むすびにかえて

## 一 はじめに

公務員の政治的行為禁止を全面的に正当化した猿払事件最高裁判決<sup>1)</sup>は、包括的委任から実体的判断基準、具体

的事案の評価にいたるまで、学説の強い批判を浴びた。<sup>(2)</sup>その焦点の一つが、いわゆる「猿払基準」であった。当初、批判は、表現の自由に対する制約であるにもかかわらず、審査基準およびその適用が緩やかに過ぎることに向けられたが、最近では、猿払基準が裁判官の裁量を枠づける「基準」としての機能をそもそも果たしていないとの指摘が加わった。<sup>(3)</sup>さらに、枠づけなき衡量ということに関連して、猿払基準とドイツの比例原則との異同が問われ、前者の問題性を後者も共有するのではないかとの疑義が提起されるにいたっている。<sup>(4)</sup>

本稿では、猿払基準の概要と、猿払批判に結び付いた比例原則に対する疑義の概要を整理したのちに、比例原則における目的審査・必要性審査と衡量との関係について、連邦憲法裁判所の判例を概観し、最後に簡単な検討を加えることにしたい。<sup>(5)</sup>

## 二 猿払基準

猿払事件判決は、猿払基準の前説として、表現の自由の意義を説き、公務員に禁止されている政治的行為も多かれ少なかれ政治的意見の表明を内包する行為であるとした。しかし、公務員は、全体の奉仕者であり、行政の分野の公務は、「憲法の定める統治組織の構造に照らし、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行を期し、もっぱら国民全体に対する奉仕を旨とし、政治的偏向を排して運営されなければならないもの」と解される。「そのためには、個々の公務員が、政治的に、一党一派に偏することなく、厳に中立の立場を堅持して、その職務の遂行にあたる必要がある」とされる。「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならない」。「したがって、公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の

政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところである」。

猿払基準とは、この政治的行為の禁止が「合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあたって」用いられた、①禁止の目的、②この目的と禁止される政治的行為との関連性、③政治的行為を禁止することに より得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡、の三点からなる判断基準である。具体的には、次のものである。

①「もし公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるときは、おのずから公務員の政治的中立性が損われ、ためにその職務の遂行ひいてはその属する行政機関の公務の運営に党派の偏向を招くおそれがあり、行政の中立的運営に対する国民の信頼が損われることを免れない。また、公務員の右のような党派の偏向は、逆に政治的党派の行政への不当な介入を容易にし、行政の中立的運営が歪められる可能性が一層増大するばかりでなく、そのような傾向が拡大すれば、本来政治的中立を保ちつつ一体となって国民全体に奉仕すべき責務を負う行政組織の内部に深刻な政治的対立を醸成し、そのため行政の能率的で安定した運営は阻害され、ひいては議会制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の忠実な遂行にも重大な支障をきたすおそれがあり、このようなおそれは行政組織の規模の大きさに比例して拡大すべく、かくては、もはや組織の内部規律のみによつてはその弊害を防止することができない事態に立ち至るのである。したがって、このような弊害の発生を防止し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することは、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならないのであって、その目的は正当なものといふべきである」。

②「右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められるのであって、たとえその禁止が、公務員の職

種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的な関連性が失われるものではない」。

③「利益の均衡の点について考えてみると、民主主義国家においては、できる限り多数の国民の参加によって政治が行われることが国民全体にとって重要な利益であることはいうまでもないのであるから、公務員が全体の奉仕者であることの一面のみを強調するあまり、ひとしく国民の一員である公務員の政治的行為を禁止することによって右の利益が失われることとなる消極面を軽視することがあってはならない。しかしながら、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法一〇二条一項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までをも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失うものではない」。

### 三 猿払基準批判

(a) 猿払基準と比例原則に共通した構造を見出し、これを比例原則の問題点であるとしたのは、高橋和之である。高橋の指摘については、すでに周知のことであるため、ここでは繰り返さない。<sup>(6)</sup> 以下で取り上げるのは、高橋らの先行研究を受けた、駒村圭吾の猿払・比例原則同型論である。<sup>(7)</sup>

駒村は、猿払基準の「多岐にわたる問題点」のうち、「目的手段審査に加えて、利益衡量審査を行う意義は何か」が「代表的な二点」のうちの一点であるとし、<sup>(8)</sup>「要するに、猿払基準と三段階審査における比例原則は同型

の枠組」であり、「猿払基準における利益衡量審査の問題は、比例原則における審査枠組の問題」でもあるとする<sup>(9)</sup>。駒村は、猿払基準の第三項目である利益衡量審査は、第一項目の目的審査、さらにその前段階である審査密度決定の考察で行われるべきことであり、同じ批判は、比例原則（狭義の比例性）にも当てはまるとする<sup>(10)</sup>。

換言すれば、審査基準論・三段階審査論は「総合的考察のプロセスを分節化し、いわば垂直的に配置しなおしたものであるのに、「審査基準に変換され構造化されたはずの比較衡量が、どうして審査基準の最末尾に入れ子構造のように再び顔を出すのだろうか」という問題である<sup>(11)</sup>。

(b) ここには、二つの論点があるように思われる。一つは、(広義の) 比例性審査は、外形的には分節化されているが実際には「総合的考察」なのではないかという問題であり、目的審査および比例原則を構成する適合性審査、必要性審査は独立した審査機能を果たしているのか、という問題である。他の一つは、なぜ狭義の比例性が審査されるのかという問題であり、目的審査と狭義の比例性審査の差異、手段の必要性審査と狭義の比例性審査の差異が問題となろう。

#### 四 猿払基準との差異

まず、比例原則は「総合的考察」なのか、という問題について簡単に検討する。

(a) 猿払基準（その当てはめまで含めた）を読んで感ずるのは、①禁止の目的、②目的と禁止される行為との関連性、③利益との均衡という三観点が、独立したチェック機能を果たしていないことである。その限りで、高橋や駒村の指摘は、首肯できる。その原因として、①については目的の切り出し方が甘く、②については手段の必要性審査が全く行われておらず、抽象度の高い目的との間の合理的関連性の肯定で満足していることをまず

指摘できよう。

曾我部は、国歌ピアノ伴奏拒否事件判決<sup>(12)</sup>における藤田裁判官反対意見を援用し、猿払事件判決の目的認定に疑問を呈している。実際、侵害的立法であれ、授益的立法であれ、その追求する目的は、種々の抽象度において定式化することができよう。とりわけ、侵害的立法（侵害的措置）については、大上段の目的を掲げれば掲げるほど、目的審査は安易になり（抽象的な目的はすべての具体的目的を包摂する）、あれにも役立つ、これにも役立つという思考にもつながる。これは、目的審査を有名無実化するだけでなく、その後の手段審査をも害する。手段審査は、目的が特定でき、かつ、当該手段がその目的以外には転用されない場合にはじめて機能する。目的が漠としていれば、比例原則部分の審査密度をいかに厳格化しても、審査は空転する。反対に、目的が特定できているれば、手段の適合性審査もそれなりに機能する。

連邦憲法裁判所の鷹狩り決定 (BverfGE 55, 159) は、鷹を用いた狩猟の許可についての事案であり、一般的自由に対する制限であるため、緩やかな審査密度が用いられた。問題となったのは、一九七七年改正の連邦狩猟法の規定である。旧法では、鷹狩りを行う者は、狩猟許可証または鷹狩り許可証の交付を受ける必要があった。狩猟許可証を新規に取得するためには、銃器取扱いの知識および技能を含む狩猟試験に合格する必要があったが、鷹狩り許可証は、新規申請者についても特段の審査なしに交付されていた。ところが、法改正により、鷹狩りには、狩猟許可証と鷹狩り許可証の両方が必要となり、鷹狩りのみを行う者も、銃器取扱いの知識および技能が審査されることになった。

立法目的は、猟鳥の種の存続を保護し、猛禽類の飼育の際に生じる弊害に対処することであった。この目的を達成するために、鷹狩り許可の要件を厳しくすることは、鷹狩りの完全な禁止よりも緩やかな手段であるため、許容される。しかし、許可に際して、規制の対象となる活動と何らの関連もない知識および技能が要求されるとすれば、それは、比例原則に違反することになる。猛禽の飼育および鷹狩りでは、銃器は一切使用しない。鷹狩りに対しては、銃器取扱い

知識・技能は必要ではない。

(b) 次に、猿払基準では、手段の必要性審査が欠けている。必要性審査を行うかどうかは、審査密度の問題ではない<sup>14</sup>。ドイツの判例では、緩やかな審査密度の場合にも必要性審査が行われている。本稿では、乗馬事件決定<sup>15</sup>（結論は合憲）と、チヨコレートウサギ事件決定（結論は違憲）<sup>16</sup>における必要性審査を見ておくことにしたい。

①乗馬事件・森林における接触事故の防止を目的として、乗馬を特定のコースに限定する州法の合憲性が問題となった事案。連邦憲法裁判所は、本件は一般的行為自由の問題であつたうえで、森林における乗馬とその他の保養通行者の分離は、必要性の要請を充足するとした。「連邦憲法裁判所は、異議申立人より提示された、あるいは、専門家の間で論じられている選択肢について、果たしてそれが目的をより容易に、等しく実効的に、そして基本権を明らかにわずかしか制限しない方法で達成できるかどうかを審査するにとどまる。……追及された二つの部分目的（動物の危険からのハイカーの保護とハイキングに適した行路の状態の維持）を同じだけ実効的に達成できるより緩やかな手段は、異議申立人も提示していないし、明らかでもない」。

②チヨコレートウサギ事件・消費者保護を目的に、チヨコレートと紛らわしい製品の流通を禁止した一九七五年のカカオおよびカカオ製品命令の合憲性が問題となった事案。連邦憲法裁判所は、本件は職業遂行に対する規制であるとしたうえで、流通禁止という手段は必要性の原則に反するとした。「追及された目的を達成するために、別の、わずかしか介入しない（weniger einschneidend）手段を利用できることが、明白に認定できなければならない。本件は、そのような場合に当たつる」。消費者保護のために食品の取り違えを防止するという「目的を達成するためには、通常、表示を命じることをもつて足りる。はたして例外的に流通禁止が正当化される場合がないかどうかについては、判断する必要はない。なぜなら、（カカオおよびカカオ製品命令の）規定は、絶対的流通禁止を原則としており、十分な表示と

「いより緩やかな手段を、例外として規律しているにゆえに、すでに非難されなければならないのである」。

(c) 目的との関係において手段の適合性と必要性がそれぞれ審査され、(緩やかな審査密度であっても) 事案によつては違憲の判断がなされること(さらに、後述のように狭義の比例性の段階で初めて違憲と判断される事案も存在すること) は、とりもなおさず、猿払基準とは異なり、ドイツの比例原則が狭義の比例性に吸収されず、比例原則の三部分原則には、それぞれ独自の機能があることを示すものであろう。

## 五 狭義の比例性審査

次に、猿払基準との関係は別として、狭義の比例性審査は目的審査(+必要性審査)に吸収されないのか、という問題が残る。狭義の比例性審査が実際に果たしている役割を見るには、狭義の比例性に反するとされた事案を概観することが有益であらう。

### 1 髄液採取事件

狭義の比例性の「凱旋」の始まりとされるのは、一九六三年の髄液採取事件判決である。<sup>(17)</sup>

(a) 問題となったのは、次のような事件である。商工会議所<sup>(19)</sup>の会員であるX(異議申立人)が、商工会議所のアンケート用紙に正常な記入をせず、計一〇〇〇マルクの過料を科され、有限会社法八一a条(組織忠誠)違反で起訴されたという事件である。区裁判所は、Xの責任能力を判断するために、医師の診断を求めた。裁判所医師は、外来診察によって中枢神経系に疾患の疑いがあるとし、その解明のためには血液検査および髄液(脳液と

脊髄液」の検査が必要であると診断した。Xがこの検査を拒んだため、区裁判所は、被疑者の身体検査について定める刑事訴訟法八一a条の規定に基づき、ミュンヘン大学病院の神経科においてこの検査を行うことを命じた。連邦憲法裁判所は、区裁判所の命令とこれを追認したラント裁判所決定を違憲として破棄し、事案を区裁判所に差戻した。理由は次のものである。

「長い注射針を用いた脳液および延髄液の採取は、軽微とはいえない手術的侵襲であり、基本法二条二項の意味における身体の無傷性に対する侵害である」。医療規則に従って行われる場合であっても、危険がないものではなく、腰椎穿刺の場合、一〇%の症例で痛みや不快感が残る場合があるほか、例外的な場合には深刻な合併症を発生させる場合もある。

身体の無傷性の権利は、単純法律に基づき制約されうる（基本法二条二項三文）。刑事訴訟法八一a条は、この要請を満たす。内容においても、刑事訴訟法八一a条は、基本法に違反するものではない。しかし、髄液採取についての決定に当たり、裁判官は「手段と目的との間の比例性を顧慮しなければならぬ」。犯罪の解明という公益が、一般的には被疑者の自由に対する侵害であつても正当化するものであるとしても、この一般的利益は、自由の領域に対する侵害が強いものであればあるほど、不十分となる。「目的と措置との間の比例性を判断するためには、罰せられるべき行為にどれほどの重要性があるのかも考慮されなければならない。このことは、とりわけ、刑事訴訟法八一a条が許容する、被疑者への帰責可能性の認定のための重大な措置について妥当する。ここでは、基本権の意義を考慮した法律の適用は、意図された侵害が行為の重大性と適切な関係に立つ……ことを要求する。裁判官は、個々の事例において、それ自体としては法律上許容される処置を、過剰禁止に即して判定することが憲法上、義務付けられている」。

「本件では、裁判所はこの原則を看過した」。本件で問題であったのは、軽い刑罰、あるいは事情によっては打ち切りも考えられるような軽微な事案であつた。これに対して、髄液採取は、些末とはいえない身体への侵襲であつて、軽微な事案を理由に容疑者とその意思に反してそのような侵襲に服せしめることは、正当化できることではない」。

(b) 本件では、刑事訴訟法八一 a 条の明確性も問題となったが、連邦憲法裁判所は、「目的を顧慮した——現在では、基本法の価値尺度を尊重した——解釈」を求めることにより、規定自体は合憲とした。本件では、比例原則は解釈・適用の段階に向けられているが、個別事例の判断に当たって、適合性、必要性は審査されず、狭義の比例性のみが審査されている。

## 2 カジノ事件

次に、法律上の規定自体が狭義の比例原則に反し違憲とされた事例として、カジノ事件判決を紹介しておく。

(a) ドイツにおいてカジノには種々の経営形態があるが、バーデン・ヴュルテンベルク州では、一九三三年の州カジノ法が、特定の保養地において、私企業または公企業がカジノを経営できるとしていた。同法は、戦後も妥当していたが、一九九五年に新法が制定され、その一条三項では、カジノ経営の認可はその株式のすべてを直接または間接に州が所有する私法上の企業にのみ与えられると規定された。一九九五年法は、一三条一項、二項において経過規定を定めており、それによれば、バーデンバーデンおよびコンスタンツのカジノに対する認可は、その有効期限までは有効であり、その後の新規申請についても、同法一条三項、五項の規定と異なる扱いをすることが認められた。しかしながら、この経過規定は、一九九六年の改正法一条により、削除された。有限会社・合資会社という従来の形態でカジノを経営していた者の異議申立てを受けた連邦憲法裁判所は、次の理由から、改正法一条は基本法一二条一項の職業の自由に違反すると判断した。

①立法理由によれば、改正法は、主に二つの目標を追及していた。一つは、公衆およびカジノ参加者に対する危険を、

より包括的で徹底した情報・統制・介入の可能性の創設を通じて、より効果的に防御することである。他の一つは、カジノの収益をこれまで以上に公的・私的の目的のために吸い上げることであり、その収益を可能な限り一般のために用いることである。これら二つの目的は、正当 (legitim) な公共の利益である。<sup>20)</sup>

② 第二の目的 (利益の吸い上げ) との関係では、改正法一条は、必要性が認められない。

③ 一方、危険防御という立法目的との関係では、改正法一条の必要性は原則として否定できない。確かに、立法資料からは、実効的な危険予防のために要請される監督および統制の程度が、従来の形態では調達できないのかということが明らかではない。また、議会の審議では、バーデン・ヴュルテンベルク州のカジノが適切に運営されていることが確認されている。「それでもなお、自身のカジノ企業に対する国家の内部統制のほうが私企業に対する外部統制よりも効果的であると立法者が期待するのであれば、それは、危険防御の法において立法者に与えられた評価の余地の範囲にある」。

しかし、改正法一条は、「異議申立人のような企業者に対する広範な帰結ゆえに、狭義の比例性に反する。侵害の重大性とこれを正当化する根拠の重要性との全体的衡量をすると、要求可能性の限界は、もはや遵守されていない」。同条は、将来的に、バーデン・ヴュルテンベルク州において単独または公と共同してカジノを経営しようとするすべての者から、この職業を営むための申請の機会を奪うものであり、そのような機会の完全な排除は、バーデン・ヴュルテンベルク州において私人の経営するカジノが何十年も問題なく営まれてきたことからすれば、不適切 (unangemessen) である。「侵害の重大性は、達成しようとした危険防御の改善によって埋め合わせのつくものではない。基本権侵害の重大性を埋め合わせ、これを正当化しうるほど、この改善は効果的でもなければ成果を約束するものではない。立法資料からも、州政府の意見表明からも、そのようなことについての説得力ある指摘を読み取ることはできない」。

(b) 本判決は、目的は正当であるとしたうえで、危険防御目的との関係では、手段の必要性を否定できないと

した(適合性は審査せず)。手段が違憲となったのは、当該手段が用いられることによって促進される利益の程度と、職業の自由に対する侵害の重大性が不均衡とされたためである。制約程度が高い手段Aが(従来の)より緩やかな手段Bよりも立法目的の実現の程度が高い場合、手段Aが違憲となるのは、必要性の審査によってではなく、狭義の比例性審査によってだということになる。<sup>(21)</sup>

### 3 テロ対策等

(a) 狭義の比例性は、テロ対策等を目的とした通信傍受等の許容性をめぐる一連の裁判で、中心的な役割を演じている。<sup>(22)</sup> 従来の連邦憲法裁判所の実務では、比例原則の中心となるのは、第二原則すなわち手段の必要性であった。<sup>(23)</sup> しかし、後述の戦略的監視判決で違憲となったG 10法三条一項二文一号五号のみならず、二〇〇五年七月二七日のニードーザクセン州警察法判決でも、法律上の規定は狭義の比例性に違反するために違憲であるとき<sup>(24)</sup>。また、ラストーザクセン州警察法判決において連邦憲法裁判所は、具体的危険を前提とせずに発した区裁判所の命令を支持したラント裁判所、上級ラント裁判所の決定を破棄したが、それは、狭義の比例性に反するとされたためであった。<sup>(25)</sup> さらに、住居の聴覚的監視が問題となった大盗聴判決でも、刑事訴訟法の一部の規定が比例原則違反となったのは狭義の比例性に違反するとされたためであった。<sup>(26)</sup>

(b) 一九九九年の戦略的監視判決は、狭義の比例性に違反するとして、G 10法三条一項二文五号を違憲と判断した。

連邦憲法裁判所はまず、G 10法三条一項二文一号から六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と見た。それによれば、確かに二号から六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一号の危険ほど重要なものではない。しかし、種々の程度においてであるが、二号から六号の危険は、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關わっている。

次に、G 10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、法律は、目的の達成のために必要である。

最後に、G 10法一条および三項一項に基づく制限は、基本的には狭義の比例性の要請を満たしているが、外国で行われる通貨偽造を知ること（五号）だけは、この要請を満たすものではない。なぜなら、通貨偽造は、武力攻撃やG 10法三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。

(c) 戦略的監視判決は、具体的危険という介入の閾値に欠けた監視が狭義の比例性を満たす条件の一つとして、*„delictio“* 公式と呼ばれる衡量ルールを提示している。

この公式は、*„delictio“* の文節に何が挿入され、*„delictio“* の文節に何が挿入されるかによって種々のヴァリエーションを持ちうるが、基本的には、①基本権侵害の重大性、②保護される法益の重要性と予期される損害の重大性、③介入の時点、という三つの変数の間で比例的均衡を保つことを要請するものである。判例における言い回しは一定ではないが、三変数を同時に取り込んだものとして、ラスター搜索決定<sup>27</sup>は、次のように定式化している。「脅かされた、あるいは発生した法益侵害が重大であればあるほど、また、問題となる基本権侵害が重要でないのであればないほど、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つてよい」。

#### 4 狭義の比例性

狭義の比例性は、上述の判例では、①髄液採取事件では個別の法適用におけるバランスの調整のために用いられ、②カジノ事件では、制限の程度も低いが実効性の程度も劣る他の手段が存在するときに、立法者の評価余地ゆえに、それだけを理由に必要性審査で違憲とはできない事案において、強度の侵害と得られる利益の不均衡を指摘するために用いられた。個々の法適用における均衡は、選択された手段の必要性として審査できる場合もあるが、真の問題の所在は不均衡であろう。また、目的達成の程度は高いが侵害強度も格段に強い規制について、狭義の比例性に頼らずに、必要性審査の段階で排除しようという見解も成りたつと思われるが、それは、衡量という作業を前倒しし、必要性審査に組み込んでいる点に留意する必要がある。

最後に、③一連のテロ対策等の法律について用いられた *the proportionality formula* 公式は、具体的危険の前域での介入について、均衡を求めたものである。危険の具体性・切迫性という変数は、目的審査に組み込まれるのか、狭義の比例性審査に組み込まれるのか、というのがここでの問題である。比例原則の生まれた警察法は、もともと、介入目的として具体的危険を前提としていた。明らかな差し迫った危険という、より高度の要請が目的審査の文脈で理解されることがあるのも、<sup>28)</sup>理解できないことではない。しかし、①一方において保護領域・制限が拡大しない多様化し、②他方において警察法に限らず、環境保護や遺伝子工学、食品・医薬品行政など様々な法分野で具体的危険の前域における介入や規制が常態化している現在、危険の具体性・切迫性という変数を目的審査だけで上手に処理できると考えるのは、純朴にすぎよう。

六 むすびにかえて

最後に、二点を指摘しておきたい。まず第一は、猿払基準とドイツの比例原則は、個々のパーツに類似性が認められるとしても、同型のものではない。ドイツにおける狭義の比例性審査は、目的・手段の適合性・必要性と続いた審査の最終段階で行われるものであり、これを猿払基準と同じだというのは、小選挙区・比例代表の併用制と並立制を同じものだとように等しかろう。

第二に、狭義の比例性を無用とする主張は、衡量という作業を審査の（保護領域自体の限定や制約該当性の限定を含む）別の段階に前倒しするものであり、かえって衡量作業を不透明にするものである。この弊を避けようとすれば、衡量は立法者のものと割り切り、審査項目を縮減するほかない。<sup>(29)</sup>

審査枠組みは、個々の構成要素を単独でみるのではなく、保護領域、制限から正当化の個々の要素に至るまでの、全体のバランスで評価されるべきである。<sup>(30)</sup> 狭義の比例性は、比例原則の普遍的構成要素ではなく、ドイツの比例原則に特徴的な構成要素であると指摘されることがある。<sup>(31)</sup> しかし、狭義の比例性を除去するには、その代案は何か、それが機能しうるのかを見極めるとともに、それが日本の判例法理の正常な発展を促しうるものなのかを考察する必要がある（この最後の点について言えば、賞味期限切れの猿払基準ではなく、薬事法判決（均衡を失しない程度）<sup>(32)</sup> にも着目すべきであろう）。

(1) 最大判昭和四九・一一・六刑集二八巻九号三九三頁。

(2) 猿払基準と比例原則との比較検討として、すでに、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（二〇〇一年）二七一頁以下がある。最近の論文として、宍戸常寿『猿払基準』の再検討』法律時報八三巻五号（二〇一一年）二〇〇頁、阪

- 口正二郎「猿払事件判決と憲法上の権利の『制約』類型」論究ジュリスト一号(二〇二二年)一八頁、曾我部真裕
- 「猿払判決香城解説の検討」法律時報増刊(二〇一一年)一二二頁、のみをあげておく。
- (3) 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(下)」ジュリスト一三六四号(二〇〇八年)一一〇頁以下。
- (4) 高橋和之「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義六〇巻七号(二〇〇九年)九八頁以下、同「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報六一巻二二号(二〇〇九年)一頁以下。
- (5) したがって、本稿では、審査密度の問題や「間接的・付随的規制」論の妥当性の問題、現在議論されている堀越事件判決との関係等の問題は扱わない。堀越事件判決との関係については、高橋和之の「猿払」法理のゆらぎ?」伊藤眞真〓松尾眞〓山本克己〓中川丈久〓白石忠志編『経済社会と法の役割』(二〇一三年)三七頁、青柳幸一「公務員の政治的行為の自由をめぐる判例変更」明治大学法科大学院論集一三号(二〇一三年)二五頁を参照。
- (6) この関連で特に、宍戸(前掲注2)二四頁以下、松本和彦「三段階審査論の行方」法律時報八三巻五号(二〇一一年)三四頁を参照。さらに、比例原則に先行して、正当な目的を追求しているかの審査が行われる。ドイツにおける目的審査、特に法律の留保との関係については、小山剛「比例原則と比較衡量」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)』(二〇一三年)一一五頁以下も参照。
- (7) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』(二〇一三年)一二九頁以下。
- (8) 駒村(前掲注7)一三二頁。
- (9) 駒村(前掲注7)一三三頁。
- (10) 駒村(前掲注7)一三八頁以下。
- (11) 駒村(前掲注7)一三五頁、一三六頁。
- (12) 曾我部(前掲注2)一三三頁。
- (13) 最判平成一九・二・二七民集六一巻一号二九一頁。
- (14) これに対し、緩やかな審査密度では規制により失われている利益が極めて小さいために、必要性(および相当性)を審査する実益が少ないとする見解として、木村草太『憲法の急所』(二〇一一年)一五頁以下。
- (15) BVerfGE 80, 137 (159 ff.).

- (16) BVerfGE 53, 135.
- (17) *H. Dreier*, in: ders., GG-Komm., Bd. 1, 3. Aufl., Vorb. FN 742.
- (18) BVerfGE 16, 194 - *Liquorentnahme*.
- (19) ドイツにおける商工会議所は強制加入団体である。その権限および強制加入の合憲性を含め、鎮目紗子『強制加入制と消極的結社の自由』修士学位论文慶應義塾大学（法学）（二〇〇八年）を参照。
- (20) 本判決における審査密度は、バイエルン薬局判決や日本の薬事法判決よりも一段階緩やかである。その理由は、カジノの射幸性に求められている。
- (21) 簡単にはあるが、小山剛『憲法上の権利』の作法〔新版〕（二〇一一年）六八頁参照。
- (22) 詳しくは、小山剛『戦略的監視』と情報自由決定権——BVerfGE 100, 313を中心に』法学研究（慶應義塾大学）七九卷六号（二〇〇六年）一頁参照。
- (23) このことの指摘として、B・ピエロート＝B・シュリンク（永田秀樹＝松本和彦＝倉田原志訳）『現代ドイツ基本権』（二〇〇一年）九七頁以下を参照。
- (24) BVerfGE 113, 348 (382 ff.).
- (25) BVerfGE 115, 320 (367 ff.).
- (26) BVerfGE 109, 279 (336 ff.)、すなわち、①聴覚的監視の授権によって追求される目的（重大な犯罪行為の解明および組織犯罪への対応）は憲法上、正当なものであり、②聴覚的監視という手段は目的達成のために適格的であり、必要である。しかし、法律上の規定の一部は狭義の比例性に違反する。その理由は、刑事訴訟法一〇〇c条一項三号の定める犯罪行為カタログが、基本法一三条三項の意味における「特に重大な犯罪行為」だけに限定されていないためである。
- (27) BVerfGE 115, 320 (360 ff.).
- (28) 駒村（前掲注7）一四二頁以下は、「明白な差し迫った危険」の基準を目的審査に組み入れている。
- (29) ドイツにおける狭義の比例性否定論として、シュリンクの見解が知られているが、若干の誤解があるように思われる。シュリンクの見解は、必要性審査によって狭義の比例性審査をより合理的に代替できるといふ主張のように受

け止められているような印象があるが、実際には、審査の端点の限定（狭義の比例原則が担う衡量は立法者の事項であり、裁判所は判断しえない）がその趣旨であるように思われる。

(30) 断片のみであるが、小山（前掲注 6）、同「間接的なし事実上の基本権制約」法学新報一二〇巻一・二号（二〇一三年）一五五頁以下を参照。

(31) 狭義の比例性は、各国の裁判所で実践されている比例原則の固有の構成部分ではなく、ドイツ基本権論に特殊であることの指摘として、*R. Wahl, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Ausgangslage und Gegenwartsthematik, in: Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, FS für Württenberger, 2013, S. 823 ff.*を参照。ただし、ヴァール自身は、狭義の比例性の意義を強調している。

(32) 薬事法事件判決（最大判昭和五〇・四・三〇民集二九卷四号五七二頁）は、次のように説示している。「法令上いかに完全な行為規制が施され、その遵守を強制する制度上の手当がされていても、違反そのものを根絶することは困難であるから、不良医薬品の供給による国民の保健に対する危険を完全に防止するための万全の措置として、更に進んで違反の原因となる可能性のある事由をできるかぎり除去する予防的措置を講じることが、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上是認されるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とする」というべきである」。