

憲法判例と比例原則のあいだ

Between Constitutional Precedents in Japan and the Principle of Proportionality

山崎 皓介
Kosuke YAMAZAKI

目次

はじめに

1. 比例原則論の骨子
2. 必要性和合理性
3. 審査基準と比例原則
4. ホリステックモデル

おわりに

はじめに

日本の憲法学に比例原則論（三段階審査論）が導入されて久しい。いまやその地位は完全に確立され、違憲審査基準論とならぶ代表的な憲法学説となっている。

その最大の特徴は、なんといっても判例との整合性が重視されていることだろう（石川2009: 56; 小山2020: 348; 渡辺2022: 304-5）。もっとも、比例原則論はあくまで判例を論者の考えるあるべき姿へと導こうとする理論、すなわち規範的な理論であることには注意が必要である。つまりこの理論には、ある部分では判例の記述的分析を行いつつ、ある部分では判例への規範的提言を行うという二面性があるということだ。けれども、前者の側面が（違憲審査基準論よりも）強いところに理論としての特徴があることもまた確かである。

では、比例原則論は憲法判例をどこまで説明できるのだろうか？ 比例原則論を分析視点とした個々の判例分析はめずらしくないし、じっさいそれによって多くの成果があげられてきた⁽¹⁾。その一方で、判例のなかに比例原則を位置づけるとき、両者のあいだにはどれほどの整合性（あるいは距離）があるのか、ということについては必ずしも正面から検討されてこなかったように思われる。そこで本稿では、比例原則による判例の体系的な説明可能性をとくに強調しているようにみえる3つの学説をとりあげ、それらがどこまで判例を説明しうるのかを検証してみたいと思う。

このような検証を行う目的は2つある。第一に、比例原則論のバリエーションを明らかにすることである。いま3つの学説をとりあげると述べたように、判例のなかに比例原則をどう

見出すかについては論者によってかなりの違いがある。違憲審査基準論か比例原則論かという議論軸のもと、比例原則論内部での比較・検討作業はあまりなされてこなかったようにみえるが、比例原則論がもつ学説としての重要性からすれば、そうした作業にも一定の意義があるはずである。本稿では3つの比例原則論を順次検討していくが、その過程で三者の違いが自ずと浮き彫りになるだろう。それによって上記作業の一端を担うことが本稿ひとつの狙いである。

第二の目的は、違憲審査の記述的理論を構築するための予備的作業を行うことである。こちらが本稿の主たる目的となる。違憲審査の記述的理論——日本の最高裁判所は憲法判断をどのように正当化しているのかということ、判例全体にわたって体系的に説明するような理論——はいまだ存在しない。このような記述的理論が重要なものであることはいうまでもない。なぜなら判例の正当化プロセスが理論的に解明されれば、判例をめぐるあらゆる議論がより建設的なものとなるからである。ところが、憲法学はどのように正当化すべきかを論じる違憲審査の規範的理論に注力してきた。その理由をひと言でいえば、最高裁は基本的に場あたりの(ad hoc)に憲法判断を行っており、部分的にはともかく、判例全体に通底するような規則性は見出しがたいと一般に考えられてきたからだろう(高橋2017: viii)。

詳しくは拙稿(山崎2025)を参照していただきたいのだが、私は法的推論(legal reasoning)の理論という、より一般的・基底的な理論を分析視点とすることで、違憲審査の記述的理論を構築することができるのではないかと考えている。しかしこのようなプロジェクトに着手するまえに、まずもって検討しておかねばならないことがある。それは比例原則論的なアプローチによる記述的理論の構築可能性である。

上述のとおり比例原則論は、規範的理論でありながら判例との整合性を売りにしており、じっさいに判例分析の視点として多くの成果をあげてきた。であれば記述的理論を構築するにあたって、比例原則論によってうまく説明できる部分はとりいれ、あるいはその基本概念(適合性、必要性、狭義の比例性、審査密度、統制尺度等)を応用するなど、これまでの議論を引き継ぐという途が考えられよう。反対に、もし比例原則論から離れて理論構築を試みるのであれば、その理由をきちんと示しておかねばなるまい。

本稿の検証作業は、以上のような記述的理論における比例原則論的アプローチの妥当性を吟味するために行われる。結論からいえば、私は比例原則論による判例の説明には一定の限界があると考えている。ただし、それはあくまで記述的分析における限界であって、規範的理論としての成否・優劣を評価するものでないことはいうまでもない。

* * *

本論に入るまえに、比例原則論の説明力をどのような基準で検証するのかを明確にしてお

1. 比例原則論の骨子

検証にさきだって、比例原則論の骨子を確認しておこう。比例原則は、いわゆる三段階審査の一部分をなすものである。その全体像たる三段階審査について、松本和彦はつぎのように要約している。

この〔基本権制限の〕正当化手続は諸段階に分けられた論証プロセスとして把握される。……その第1段階においては、国家行為が基本権の保護する生活領域（＝基本権の保護領域）にかかわるものか否かが判断される。何らかの基本権の保護領域に該当することが明らかになれば、第2段階として、その国家行為が基本権の制限といえるかどうかの判断に移る。かりに基本権の制限が確認できたとしても、それだけではまだ基本権侵害ではない。その制限が正当化できるかもしれないからである。そこで第3段階として、基本権の制限が憲法上正当化できるかどうかの判断が行われる。（松本2013: 104）

最後の第三段階の正当化は「形式的正当化」と「実質的正当化」からなり、後者は「制限の目的が正当な利益を保護するためのものであるか（目的審査）、そして制限の手段が目的に照らして正当といえるか（手段審査）によって判断される」。この手段審査を担うのが比例原則である（松本2013: 104）。

比例原則は、適合性・必要性・狭義の比例性という下位三原則からなるとするのが一般的である⁽²⁾。ここでは小山による簡潔な説明を引用しておく。

まず、①手段の適合性は、その手段が立法目的（規制目的）の実現を促進する場合に肯定される。その手段が立法目的の実現を阻害するか、目的を促進する作用を持たない場合には適合性が否定される。立法目的の完全な実現までは要求されない（多くの場合、完全な実現はしよせん不可能である）。

次に、②手段の必要性は、立法目的の実現に対して等しく効果的であるが、基本権を制限する程度が低い他の手段が存在する場合に否定される。より制限的でない他の選べる手段の有無が審査されることになる。重要なのは、他の手段が等しく効果的でなければならないということであり、立法目的達成度が明らかに低い手段は、代替手段の候補とはならない。

最後に、③狭義の比例性とは、「手段は追求される目的との比例を失してはならない」、あるいは、「手段は追求される目的と適切な比例関係になければならない」、という要請である。（小山2016: 70-1）

なお狭義の比例性は、より具体的に「憲法上の権利に対する制限の強度・発生しうる損害の重大性・危険発生の蓋然性という3変数間の均衡を求めるもの」とも定式化されている（小山2016: 80）。

以上のような比例原則にかんして、2つ確認しておきたいことがある。第一に、下位三原則には〈適合性→必要性→狭義の比例性〉という適用順序があり、そのどれかひとつでもクリアできなければ違憲となる（小山2014: 43; 2016: 85; 宍戸2011: 27; 柴田2023: 80; 松本2001: 62-3）。つまり下位三原則は、それぞれ単独で違憲の結論を導く力をもっており、またそれらすべてが適用されなければならないという意味で三位一体なのである。第二に、比例原則には適用の寛厳、すなわち審査密度（Kontrolldichte）がある（小山2016: 72）。柴田憲司によれば、比例原則とはひとつの「総論」的基準であって、それが個々の事案での適用を通じて「各論」的に個別化・具体化されるという（柴田2010: 194）。違憲審査基準論が3段階の厳格度で審査基準を定式化するのとは対照的に、比例原則はひとつの、しかし柔軟性のある基準であるというわけだ。それゆえその適用の厳格度は「程度」や「濃淡」として表現される傾向にある。

ただし山本龍彦が指摘しているように、審査密度や適用の寛厳ということが具体的に何を意味しているのかは必ずしも明確でない（山本龍彦2010: 102）。この点ドイツでは、そのひとつの意味内容として「統制尺度（Kontrollmaßstäbe）」による厳格度の変化が考えられているようである（宍戸2021: 246; 柴田2010: 195）。統制尺度とは、立法者による事実確定や予測を裁判所がどこまで事後審査するのか、あるいはどこまで尊重するのかを規定する尺度をいう（宍戸2021: 243-5）⁽³⁾。なぜ統制尺度が比例原則の審査密度に関係してくるかという点、適合性や必要性の判断には、自由権行使がどれだけ立法目的を損なうかということの事実確定や予測を要するからである（宍戸2021: 204, 246）。もっとも、連邦憲法裁判所判例を丹念に跡づける山本真敬によれば、比例原則との関係性も含め、統制尺度の内実にはかなりの振れ幅があるという（山本真敬2022: 232）。ともあれ日本の論者においても、まずはこうした統制尺度としての審査密度が念頭に置かれているのかもしれない⁽⁴⁾。

2. 必要性和合理性

(1) 最高裁における「用法」

それでは本題に入ろう。比例原則論は判例をどこまで説明できるのだろうか。両者の整合性を強調する議論のなかでもまず目を引くのは、判例にたびたび登場する「必要かつ合理的」や「合理的で必要やむを得ない」という定式を下位三原則にいう「必要性」と「適合性」を意味するものとして理解しようとする見解である。

こうした理解を前面に押しだす石川健治の見解をみてみよう。石川はまず、経済的自由については、合理的裁量の逸脱・踰越があるか否かというかたちで「『目的』の正当性と手段の『必要性』『合理性』についての立法府の判断を検討する」という「基本的な判断枠組み」

が確立しているとする（石川2012a: 310-1）。そして「最高裁における立法裁量の統制基準」という見出しのもと、「立法裁量の統制を考えるための要考慮事項」である「必要性」と「合理性」の「用法」をそれぞれ以下のように整理している（石川2012a: 311-2〔傍点引用者〕）。

まず「必要性」については「2通りの用法があるようである」。ひとつは「目的を達成するためにひとしく有効な……手段が複数あるとして、その中で最もマイルドな最小限度の手段を選択すること」という「手段の必要性」、もうひとつは「不必要な立法ではない」という程度の意味での「目的の必要性」である。もっとも、後者は目的審査としての「実益をもたない」ので、前者の用法に「収斂してゆくべきものであるだろう」。つぎに「合理性」についても「2つの異なる用法の存在が認められる」。ひとつは『合理的』裁量」という用法で、もうひとつは「この手段を用いれば目的を一応実現できる」という程度の意味での「手段の合理性」である。後者は「判決文においては、しばしば合理的関連性（rational relationship）と言い換えられ」ている。「憲法判例において、立法目的との適合性（Geeignetheit）の意味で『合理性』を用いる用法は、ほぼ確立したようである」。

以上が石川による整理である。もちろん、ここでいう「手段の必要性」・「手段の合理性」は比例原則における必要性・適合性とイコールで結ばれている。すなわち、行政法学や刑法学における比例原則論の「用語を憲法学でも採用するなら、最高裁判所の憲法判断の基礎にほぼ盤石のものとして据えられているのは、比例原則であると言えるのではないか」というのである（石川2012a: 313）⁽⁵⁾。

自由権制限が「必要かつ合理的」かどうかは比較衡量によって判断するというのが確立した判例の態度である（最大判昭和58・6・22民集37巻5号793頁）。そうすると石川の見解は、〈比較衡量の構造〉を適合性・必要性の審査として理解する立場といえそうである。あるいは、適合性と必要性からなる「比例原則」が「比較衡量」に取って代わるというイメージだろうか（石川2000: 177-82）⁽⁶⁾。

(2) 「用法」の検証

では以上のような「用法」の整理は、どこまで判例を説明できるのだろうか。紙幅の関係だと思われるが、石川の議論にはほとんど例証がない。そこでこの「用法」について少しく検証してみることにしよう。

そもそも最高裁は、「必要性」と「合理性」という言葉にそれぞれ別個の意味を与えているのだろうか。というのも、両者は「必要かつ合理的」としてセットで用いられることがほとんどであるからだ。たとえば、薬事法事件判決（最大判昭和50・4・30民集29巻4号572

頁) が示した「よりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができない」という要件について、石川は「『必要(最小限度)性』の要件の具体化である」としているが(石川2012a: 311)、同判決が「必要性」と「合理性」を使い分けているようにはみえない。たしかに同判決には、比例原則にいう適合性・必要性の判断に相当する部分がある。薬局の適正配置規制にかんする国の主張を検討するなかでの、「競争の激化—経営の不安定—法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生するとすることは……合理的な判断とは認めがたい」との説示が適合性判断に相当し、「供給業務に対する規制や監督の励行等によって防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠く」との説示が必要性判断に相当することはみやすい道理である(民集29巻4号584, 586頁; 宍戸2014: 53-4)⁽⁷⁾。しかしながら、これらはいずれも「医薬品の供給上の著しい弊害」が適正配置規制の「必要性と合理性を肯定させるほどに、生じているものと合理的に認められるかどうか」を問うなかでなされた説示であるし、その結論も、国が主張する不良医薬品供給の危険という事由は「必要性と合理性を肯定するに足り」ないというものであった(民集29巻4号582, 586-7頁〔傍点引用者〕)。つまり上記2つの説示は、少なくとも明示的には「必要性」と「合理性」に割り振られているわけではないのである。

これはたまたま薬事法事件判決のテキストではそのように読めるという話ではない。別の観点から裏づけてみよう。最高裁は、自由権制限が「必要かつ合理的(合理的で必要やむを得ない)」かどうかを判断するさいに、比例原則的な意味での「必要(最小限度)性」を判断しないことがある。たとえば第一次家永教科書事件判決(最判平成5・3・16民集47巻5号3483頁)は、教科書検定による表現の自由の制限について次のように判断している。

(一) 前記のとおり、普通教育の場においては、教育の中立・公正、一定水準の確保等の要請があり、これを実現するためには、これらの観点に照らして不適切と認められる図書の教科書としての発行、使用等を禁止する必要があること(普通教育の場でこのような教科書を使用することは、批判能力の十分でない児童、生徒に無用の負担を与えるものである)、(二) その制限も、右の観点からして不適切と認められる内容を含む図書のみを、教科書という特殊な形態において発行を禁ずるものにすぎないことなどを考慮すると、本件検定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度のものであり、憲法21条1項の規定に違反するものではない。(民集47巻5号3493頁)

もしかすると、この「(二)」の部分を「必要(最小限度)性」の判断とみる向きもあるのか

もしれない。しかし、それは当該手段それ自体の制限強度を判断したものとみるのが自然であって、そこに他の選びうる手段との比較（手段間比較）である「必要（最小限度）性」判断を見出すことはむずかしい。同じように「必要かつ合理的」か否かを問いつつながら「必要（最小限度）性」判断を欠くかに見える最高裁判例はけっしてめずらしくない⁽⁸⁾。そうすると、最高裁は「必要性」と「合理性」を区別していないし、ましてそれらに下位三原則の必要性と適合性を割り当ててはいない、というのが素直な理解になるのではなからうか。このことはすでに棟居快行が指摘していたところでもある。いわく、最高裁が「必要性というときには、必要最小限とはまた違う」のであって、「『必要性と合理性』という一本の物差しを基本的には立てている」のである（井上ほか編2004: 115〔棟居発言〕⁽⁹⁾）。

ところで、さきに引用した石川の論稿は森林法事件判決（最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁）を主題としたものであった。じつに同判決は、はっきりと「必要性」と「合理的（的関連）性」を区別して憲法適合性を判断しており（民集41巻3号414-7頁）、石川もそれに引きつけて「用法」を整理しているものと思われる。しかし判例全体を俯瞰するならば、むしろ同判決の用語法はごく例外的なものというべきだろう。それを「典型例」（石川2000: 180）とみるのはむずかしいように思われる。

(3) 「判例に適合的なドグマーティク」の適合度

以上要するに、石川による「用法」の整理は必ずしも判例全体と整合するわけではない。そうするとそれは、石川が提示する「判例に適合的なドグマーティク」（石川2019: 325）の一環としてみるべきなのだろう。いいかえれば、上記「用法」の整理は規範的提言としての側面が強いということだ。

「判例に適合的なドグマーティク」が規範的理論であることは明白である。このことは猿払事件判決（最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁）⁽¹⁰⁾の扱いに端的にあらわれているから、それをみてみよう。石川は、同判決による表現の自由の優越的地位という「事の性質」理解からすれば、そこでいう「(合理的で) 必要やむをえない限度」とは「必要性」要件を意味するとしうえて、つぎのようにいう。

他方で、猿払判決の場合、事の性質上「必要性」の要件まで考慮することを明言したにもかかわらず、そのすぐ後で、……目的の正当性、目的と手段との（合理的な）関連性、得られる利益と失われる利益の3点を検討すれば足りるとしており、「必要やむをえない」かどうかの検討をすっぱりと落としている。このように、明白な論理的破綻をきたしているにもかかわらず、合憲の結論を強行しているところに、猿払判決の最大の問題がある。（石川2012a: 311-3）

もし観察者としての立場に徹するのであれば、同判決に「論理的破綻」があるとするのではなく、それはそもそも「必要性」要件を示していないとみななければならない。ここから石川のねらいが判例の説明（だけ）ではないことがわかる。「判例に適合的なドグマティック」とは、「日本の判例に内在する論理の自然な発展」として提示されるものであって、判例そのものではないのだ（石川2009: 56）。

このような学説上の営為があつてしかるべきことはいうまでもない。問題は、そこでいう「判例に適合的」ということの意味である。それは判例の大部分を説明できるという「適合」性から、一部の判例とのあいだに連続性があるという「適合」性までさまざまなレベルで了解できるように思われる。そうすると石川の「用法」論は、少なくとも前者のレベルでは「判例に適合的」といえない。それによって説明できない——「論理的破綻」をきたしてしまう——判例があまりに多すぎるからである（かりにそれを審査密度の問題として片づけるなら、もはやそのような「用法」の整理にほとんど意味はないだろう）。

本稿の検証は、このような「判例に適合的なドグマティック」の規範的理論として成否・優劣を評価することを目的としていない。それは本稿の範囲を超えた問題である。ここでの関心は、記述的理論の構築可能性という観点から、石川の比例原則論が判例をどこまで説明できるかを吟味することにあるのだ。結論としては、つぎのようにいわねばならない。石川の「用法」論は、判例との整合性を主張するレトリックがやや濃厚であるが、実際には規範的理論としての性格が強く、そもそも判例を包括的に説明することを意図していないものと考えられる。

3. 審査基準と比例原則

(1) 審査基準と比例原則の対応関係

石川のように用語法に着目するのではなく、実質的な判断内容のほうに焦点をあてて判例における比例原則の採用を見出す見解もある。小山によれば、「最高裁自身が比例原則という言葉を用いることは少ないが、最高裁判例の審査基準も、比例原則と審査密度の組み合わせとして理解することができる」という（小山2016: 72）。以下に概観しよう。

まず注意しなければならないのは、判例のどの部分が比例原則として理解されているかである。小山は「個別事例の特殊性を踏まえて当該事例における優劣関係を決定する手法」としての「比較衡量」（いわゆる裸の比較衡量）と「審査基準」とを区別し、後者にのみ比例原則との対応関係を見出している（小山2016: 83）。前者についてはむしろ、「理解可能性・検証可能性に、著しく難がある」として比例原則との違いを強調している（小山2015: 52; 2020: 347-8; 2022: 212）。つまり小山の比例原則論は、もとより判例（自由権領域）全体を

説明しようとするものではないのである。

こうした前提のもとで、「審査基準と比例原則・審査密度の対応関係」が以下のように整理される（小山2016: 77-82）。①薬事法事件判決の「厳格な合理性の審査」では、「重要な公益の保護が目的であること、手段が単に適合的なだけでなく、他の手段との比較において、必要であることが要求される」。同判決では手段の必要性が「厳密に要求されている」。②泉佐野市民会館事件（最判平成7・3・7民集49巻3号687頁）の「明らかに差し迫った危険の基準」は、「狭義の比例性に特化した審査」である。というのは、狭義の比例性を「厳格に審査」するならば、「(きわめて)重要な権利に対する強力な制限を正当化するには、この制限により保護されるべき利益が重要でなければならないことに加えて、この利益に対する差し迫った危険が存在しなければならない」からである。以上2つの審査基準は比例原則が厳格に適用されたものである。これらに対して、③「禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、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の均衡の3点から」憲法適合性を判断するという猿払事件判決の「合理的関連性の基準」は、「比例原則の緩やかな適用の例」である。それが緩やかな適用であるのは、そこでいう「関連性」が手段の適合性のみを要求し、手段の必要性を審査しないからである。④さらに緩やかなのが、「規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って」違憲とする小売市場事件判決（最大判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁）の「明白の基準」である。

(2) 対応関係の検証

以上のようにして、最高裁の審査基準は「比例原則と審査密度の組み合わせ」として説明される。しかし、ここである疑問が思い浮かぶ。さきにみたように、比例原則とは下位三原則すべてを順に適用するものではなかったか。ところが小山の整理では、比例原則といえるために下位三原則がそろっている必要はないとされているようにみえるのである。確認しよう。

このことは、③合理的関連性の基準を「比例原則の緩やかな適用の例」とすることによくあらわれている。小山によれば、同基準にいう「関連性」は適合性に、「利益の均衡」は狭義の比例性に相当し、そこでは「目的・手段・均衡の3点がそろって」いるが、しかし必要性がオミットされている点で「比例原則の基本形から大きく離れている」（小山2016: 80, 85-6）。つまりこの理解においては、必要性審査の有無は審査密度の問題とされており、それゆえに合理的関連性の基準は——基本形から大きく離れているとされつつも——比例原則の一変種とみなされるのである。しかしその一方で、小山は比例原則と比較衡量の違いを強

調するべく、「本書に言う比例原則は、目的審査を経た後、手段の適合性・必要性を審査し、最後に均衡すなわち狭義の比例性を審査するもの」だとも述べている（小山2016: 85〔傍点引用者〕⁽¹¹⁾）。さらに別の論文ではもっとはっきりと、「必要性審査を行うかどうかは、審査密度の問題ではない。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」として、「猿払基準」と「ドイツの比例原則」の違いを強調している（小山2014: 35, 43）。こうした論調からすれば、合理的関連性の基準はむしろ「比例原則と審査密度の組み合わせ」としては理解できないとするほうが自然な結論であるように思える。

これと同じことが④明白の基準についてもいえる。小山はそれが比例原則（下位三原則）とどのように対応しているか説明しないが、小売市場事件判決における同基準を適用する部分（刑集26巻9号592-3頁）をみても、そこに必要性に相当する判断内容は見出しがたい。少なくとも、明確に下位三原則に分節化されていないことは確かである。さきの議論からすれば、このような明白の基準もまた比例原則ではないとの結論になりそうである。

では、①厳格な合理性の審査や②明らかに差し迫った危険の基準についてはどうだろうか。小山によれば、両者は「審査密度が異なるのではなく、むしろ審査の観点が異なると考えたほうがわかりやすい」。すなわち、前者が「他の手段との比較という観点から……必要最小限かどうかを審査する」のに対して、後者は「特定的手段（例えば、集会の禁止）を固定したうえで、そのような手段を正当化するには……重要な法益に対する、明らかな差し迫った危険がなければならぬ、とするもの」だという（小山2016: 79）。この説明を素直に受けとれば、前者では、必要性は審査されるが狭義の比例性は審査されず、後者では、狭義の比例性は審査されるが必要性は審査されないということになる。じっさい小山は、「厳格な合理性のような手段の必要性審査と明らかに差し迫った危険のような特定手段の正当化審査のどちらを行うべきか」の場合分けについて注釈を加えている⁽¹²⁾。しかしくりかえしになるが、「審査の各段階を区分することにより、論証の明確化」（小山2015: 52）を企てる比例原則は、適合性・必要性を審査したうえで、最後に狭義の比例性を審査するものであったはずだ。

このように小山による整理では、審査基準は下位三原則すべてを含んでいなくても比例原則とみなされる。三原則のどれかが欠落していても、それは審査密度や審査観点の問題であるにすぎない。ところがその一方で、比例原則のなんたるかを説明するにあたっては、下位三原則すべてが順に適用されるべき旨、強調されるのである。はたしてこのギャップはなんであり、なにに起因しているのだろうか。

(3) 説明力の検証

このギャップは要するに、判例の記述的分析と判例への規範的提言とは、使われる比例原則の概念規定が異なるということだ。いいかえれば、判例分析においては比例原則とみなすための判定基準が緩められているのである。このダブル・スタンダードは意図的なもののように思われる。憶測でしかないが、そのねらいとしてはつぎの2つが考えられよう。ひとつは「判例の円滑な発展」を期して、比例原則を「従来の最高裁の手法に相対的に近い位置にある」(小山2020: 348)ものとして、あるいは「裁判官が理解し、採用しうる選択肢」(小山2022: 215)として提示するため。いまひとつは法学教育の観点から⁽¹³⁾、比例原則を標準形として措定し、そこからの偏差というかたちで審査基準の規範的内容を明確に定式化するためである。

本稿は、ダブルスタンダードを採用していることや規範的提言の内容それ自体についてなにかを論じるものではない。ここで検証されるべきは、記述的分析において判定基準が緩められた比例原則概念を用いることで、判例をどこまで説明できるのかということである。たしかに内容の比較的明確な比例原則を標準形としたことで、判例(審査基準)の理解は大いに進んだというべきだろう。しかしながら比例原則を標準形に措定するというまさにそのことによって、〈審査基準の導出メカニズム〉を説明できなくなるように思われる。

どういうことか。もう少し具体的に説明しよう。ここでは〈審査基準の導出メカニズム〉として、最高裁が審査基準を選択・形成するさいに、その形式・内容をどのように決定しているのかということの問題にしている。たとえば明らかに差し迫った危険の基準であれば、なにをどのように考慮して「明らかに差し迫った危険」という形式・内容に結実したのか、なぜその形式・内容でなければならなかったのか。そこに、たんに事案に応じて「適宜」選択・形成されるという以上のメカニズムないし規則性を見出し、言語化することが記述的理論の課題なのである。ところが審査基準を「比例原則と審査密度の組み合わせ」として理解するのでは、上記のような導出メカニズムは原理的にみえてこない。なぜか。判例が真正の比例原則を採用してこなかった以上、審査基準と下位三原則との部分的な一致/不一致——すなわち、標準形からの偏差——は偶然的なものにならざるをえない⁽¹⁴⁾。それゆえ、どうしてある審査基準では必要性が審査されず、どうしてまた別の審査基準では狭義の比例性が審査されないのか、といった問いにこの議論は答えることができないのである。これらの問いに答えるためには、判例に対して外側から比例原則という標準形をあてがうのではなく、判例それ自体のなかにメカニズムを見出さなければならない⁽¹⁵⁾。

このような主張に対しては、〈審査基準の導出メカニズム〉は審査密度の問題としてすでに論じられているのではないかとの反論があるかもしれない。なるほど審査基準は「比例原則

と審査密度の組み合わせ」なのだから、審査密度の決定メカニズムは審査基準の決定メカニズムであるといえそうだ。じっさい小山は、審査密度の決定について「一定の定式化であればこれを行うことができる」として、つぎのように述べている。すなわち、「最高裁判例ではっきりしているのは、重要な権利に対する強力な制限であれば、特段の事情がない限り、比例原則が厳格に適用される、というものである」と（小山2016: 73）。そしてさらに、「この定式から外れるものは、審査基準が緩和される」として、それを権利の重要性が低い場合、制限が軽微な場合、立法裁量が尊重されるべき場合、特殊な文脈の基本権問題に分類している（小山2016: 74-7）。

こうした審査密度の決定にかんする議論も、従来の判例理解を大いに前進させるものであったことはまちがいない。しかしそれによってもなお、〈審査基準の導出メカニズム〉は解明されていないといわねばならない。なぜなら上記定式は、どういうときに審査密度が高く/低くなるかを語っても、その審査密度の高低が具体的にどのような形式・内容の審査基準となって出力されるのかについては語るどころがないからである。たとえば高い審査密度が要求されるとして、そこで用いられるべき審査基準は、厳格な合理性なのか、明らかに差し迫った危険なのか、そのほかの基準なのか、それとも新しく基準が形成されるのか（それはどのように形成されるのか）。ここでもし「審査密度に応じて」適切なものが選択・形成されるといってしまえば、ブラックボックス的な要素が残ってしまう。つまり、上記定式には審査基準の形式・内容にかんする決定メカニズムが含まれていないのである。

以上のように、小山による審査基準の比例原則論的説明には、〈審査基準の導出メカニズム〉の分析を進めていくうえで一定の限界が伴わざるをえない。したがって、このようなアプローチで違憲審査の記述的理論を構築していくことはむずかしいように思われる。

4. ホリステックモデル

(1) 比較衡量と比例原則

小山の比例原則論では、「審査基準」と比例原則の対応関係こそ見出されたが、いわゆる「裸の比較衡量」は比例原則とみなされなかった。これに対して柴田憲司は、「裸の比較衡量」も含めて、自由権領域の判例全体をカバーする比例原則論を提示している。柴田の言いかたでは、それは「比例原則という観点で判例法理を包摂する」ことを企図したものである（柴田2023: 78）。小山の見解と対置させることで、その内容と特徴を浮き彫りにしてみよう。

柴田は、ドイツの比例原則を「㊦目的の正当性、㊧手段の適合性（合理的関連性）、㊨必要性（LRA）、㊩相当性（衡量）」という「4つの憲法上の要請」を満たした場合に合憲と

するものと整理する（柴田2023: 70）。それでは、どのようにして「判例法理」は比例原則論に「包摂」されるのだろうか。柴田によれば「判例法理の現状」はこうである（柴田2023: 72-3）。第一に、自由権に関する判例には、つぎのような「総論的な判断の大枠」がある。

①「制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等」……を「較量」（利益衡量・比較考量）するという前提のもと、②「公共の福祉に合致する目的のため必要かつ合理的な制限」か否かを審査する（目的手段審査）という判断の大枠を、多くの事案で共通して適用していると読める。

第二に、この①②を大枠として、「各論レベルでは事案に則した具体的な基準や要素を導出するものが多い」。この「各論レベル」こそ比例原則（上記㉑～㉕）が見出される場所となる。すなわち、「表現の自由と職業の自由の主要判例」は「衡量（相当性）およびその際の目的の公共の福祉合致（正当）性、手段の合理（的関連）性・必要性（LRA）を、各々についての審査の厳格度も顧慮して検討している」というのである。たとえば、証券取引法事件判決（最大判平成14・2・13民集56巻2号331頁）はつぎのように読まれる。

〔同判決〕は、判断枠組みとしては比較考量のみを挙げ、読み方に争いもあるが、具体的検討の際には目的の公共の福祉適合性、手段の必要性・合理性の欠如の明白性に言及している。その行論をあえて分節化すれば、㉑目的は公共の福祉に適合し正当であり、㉒6か月以内の短期売買という外形に着目した規制手段も合理的関連性があり、㉓LRA（秘密の不当利用の事実や一般投資家の損害を個別に審査）では目的を損ない得、㉔適用除外があること等に照らすと不相当な規制ではない、とされたと読むこともできる。（柴田2023: 78）

立法裁量の問題はさておくとして、同判決の「判断枠組み」は、財産権制約の憲法適合性は「規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべき」とするものであり、柴田が㉑～㉕に分節した説示は、この比較衡量の判断内容にほかならない（民集56巻2号334-5頁）。柴田はこのように、比較衡量の内実に比例原則を見出しているのである。

こうした理解は小山の比例原則論と対照的である。小山によれば、「比較衡量は、それ自体が1つの基準として用いられる」ことがあるが、そこには2通りの用いられかたがある。ひとつは、「等しく重要な利益が相互に対立する場合に、個別事例の特殊性を踏まえて当該事例における優劣関係を決定する手法」。もうひとつは、「比例原則の第3の構成要素である、得られる利益と失われる利益の均衡の審査」である（小山2016: 83）。前者の例として上記の証券取引法事件判決が挙げられているが、そのような「『中二階』なき比較衡量」は比例

原則とみなされない。比例原則とは、適合性・必要性を審査し、最後に比較衡量（狭義の比例性審査）をするものであるからだ（小山2016: 84-5）。この議論においては、適合性・必要性・比較衡量は並立の関係にあるといえよう（図1）。これに対して柴田は、㉗目的の正当性・㉘適合性・㉙必要性・㉚相当性（衡量）を比較衡量の内実として位置づけていた。ここでは適合性・必要性和比較衡量とが、並立ではなく、部分と全体という関係にある（図2）。要するに、小山が「総論」レベルで〈比較衡量か、比例原則か〉という二項対立を考えるのに対して、柴田は、「総論」レベルに比較衡量を置いたうえで、「各論」レベル（比較衡量の内実）に比例原則を見出すのである。



図1 小山の比例原則論

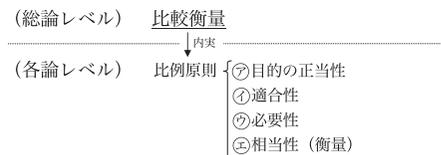


図2 柴田の比例原則論

かくして比例原則論は、各論レベルに落とし込まれることで、逆説的に比較衡量を基礎に据える「判例法理」を「包摂」しうるわけだ。これは〈比較衡量の構造〉の解明に関心のある本稿にとっても注目すべき企てである。

(2) シーケンスモデルからホリスティックモデルへ

だが小山の比例原則論がそうであったように、柴田のそれにおいても、真正の比例原則と判例に見出される比例原則とのあいだに、ある重大なギャップがあるようにみえる。比例原則とは、㉗～㉚の「4つの憲法上の要請」すべてを満たしてはじめて合憲となるものであった。それはつまり、4つの要請はそれぞれ単独で違憲の結論を導きうるということだ。ところが、それらが比較衡量の内実として位置づけられるとき、この単独で違憲の結論を導く力は失われるかにみえるのである。

どういうことか。「判例法理」において「人権の限界を決定する」（芦部1994: 208）という意味での審査基準になっているのは、「総論的な判断の大枠」、すなわち「『公共の福祉に合致する目的のため必要かつ合理的な制限』か否か」である。違憲の結論を導く力をもつのはこの基準にほかならない。そうすると比較衡量の内実たる㉗～㉚は、「公共の福祉に合致する目的のために必要かつ合理的な制限」であるか否かを判断する際の考慮要素と位置づけられることになろう。じっさい証券取引法事件判決は、柴田が㉗～㉚に分節した説示につづ

けて、「これらの事情を考慮すると、そのような規制手段を採ることは、前記のような立法目的達成のための手段として必要性又は合理性に欠けるものであるとはいえない」と結論づけている（民集56巻2号335頁〔傍点引用者〕）。それらはもはや、単独で違憲の結論を導きうるものではないのである⁽¹⁶⁾。

そこで柴田は、ドイツ流の比例原則とは異なる第二の「比例原則モデル」を紹介する。ドイツや日本の標準的な理解では、「比例原則の⑦目的の正当性、④手段の合理性、⑤必要性、⑥相当性（衡量）の審査は、⑦から順次検討し、一つをパスした場合にのみ次に進む逐次的な思考」、すなわち「シーケンスモデル」である。これに対して南アフリカやイスラエルでは、「⑦～⑥を、逐次的に検討するのではなく、他方で単に総合衡量の際の考慮可能な要素とするのでもなく、主要な考慮要素に位置づける思考」、すなわち「ホリスティックモデル」が実践されているという（柴田2023: 80-2）⁽¹⁷⁾。日本の判例は、このホリスティックモデルとして「再整理」されるのである。

……日本の判例法理の内在的な発展可能性という観点から見ると、①「衡量」と②「公共の福祉に合致する目的のため必要かつ合理的な規制」の審査という判例の定式の下での審査の内実については、次のように再整理しうる。すなわち、⑦目的の正当性に加え、④手段の合理的関連性、⑤必要性最小限性（LRAの不存在）を基礎づける立法事実の有無を、⑥衡量を行う際に常に審査対象とすべきものと位置づける、という構成である。（柴田2023: 82）

(3) 説明力の検証

柴田は、あくまで「内在的な発展可能性という観点」からホリスティックモデルを提示しており、判例がホリスティックモデルそのものであると主張しているのではない。つまり、判例のなかにホリスティックモデルへの「発展可能性」がみとれると主張しているのである。しかしだからといって、このモデルから説明力が失われるわけではない。というのは、このモデルを分析視点として用いることもできるからである。つまり、比較衡量は⑦～⑥の組み合わせでできているという目でみていくことで、判例の正当化プロセスを分節化する道が開けるのである⁽¹⁸⁾。じっさい証券取引法事件判決などは、比較衡量の内実がそのようなかたちで見事に分節化されていた。だがこうした分節化は、正当化プロセスの構造をどこまで説明しうるのだろうか？ ホリスティックモデルを用いた分析が、〈比較衡量の構造〉を解明するうえでも有益であるかはなお検討を要する。

検証の基準をあらためて確認しておこう。「はじめに」でみたように、比較衡量については、「どのような要素をどのように考慮したのか」という説明が十分に示されない、あるいは

「理解可能性・検証可能性に著しく難がある」という批判があるのだった。それはつまり、結論に至るまでの道筋が理解しがたいということだ。そうすると比較衡量という正当化プロセスが理論的に解明されたといえるためには、比較衡量の考慮要素だけでなく、それら諸要素間の機能的関連までもが明らかにされなければならないだろう。いいかえれば、どのような要素がどのように互いに関連づけられて結論に至るのかが、われわれにとって理解可能なかたちで示されてはじめて、〈比較衡量の構造〉が解明されたといえるのである。

問題は、ホリスティックモデルを用いた分析（分節化）が〈比較衡量の構造〉を解明するかどうかである。考慮要素⑦～⑩はどのように相互に関連づけられて、「必要かつ合理的」である（でない）との結論に至るのか。この点が合理的に説明されうるのであれば、⑦～⑩への分節化は〈比較衡量の構造〉を解明するものといってよいだろう。しかし結論からいえば、ホリスティックモデルはそのような説明を提供できないように思われる——少なくとも現時点では。

第一に、⑦～⑩と④衡量との関係が不明確である。シーケンスモデルにおける下位三原則の相互関係は明快である。適合性・必要性・狭義の比例性は、それぞれ一個の独立したルールないし要件であって、それらが順に適用されていくだけである。ところが、それらが「主要な考慮要素」と位置づけられるや否や、その相互関係は大きく変化する。それらはいまや相互に独立ではなく、総合考慮される（all-things-considered）運命にあるからだ。柴田はホリスティックモデルにおける考慮要素間の関係を、「⑦目的の正当性に加え、①手段の合理的関連性、⑤必要性最小限性（LRAの不存在）を基礎づける立法事実の有無を、④衡量を行う際に常に審査対象と」するものとして説明していた。だがこれでは必ずしも十分な説明になっていない。たとえば、⑦～⑩は二値論理的に「有無」で評価されるのだろうか。それとも多値論理的に「程度」で評価されるのだろうか。「有無」で評価されるなら、④の「衡量」という量的な考えかたとはうまく結びつかないように思われる。その一方で、「程度」で評価されるなら、合理的関連性や必要最小限性の「程度」とはいったいなにを意味するのか、疑問が残ろう。適合性や必要性はもともと二値論理的に評価されるものとされてきたからだ。さらにいえば、⑦～⑩の程度というものを観念するとして、それらはなにとどのように④衡量されるのだろうか。このように、⑦～⑩の評価が④衡量に対してどのような関係にあるのかは不明確であるといわざるをえない。

第二に、④衡量の内容や位置づけが不明確である。⑦～⑩は、「①『衡量』と②『公共の福祉』に合致する目的のため必要かつ合理的な規制』の審査という判例の定式」の内実として整理されていた。けれども、①「衡量」の内実に④衡量が出てくるというのはやや理解に苦しむ。両者はそれぞれなにを意味しており、互いにかなる関係にあるのだろうか。

この点、柴田はある論稿で、㊦衡量を「失われる利益の大きさ（均衡性・相当性）の審査」とパラフレーズしている（柴田2022: 59）。たとえば、要指導医薬品事件判決（最判令和3・3・18民集75巻3号552頁）の比較衡量を分節化するにさいして、「要指導医薬品の市場規模が小さいこと、一定の期間を経ればネット販売が可能な一般用医薬品に移行することなどに照らすと、『……職業活動の内容及び態様に対する規制にとどま』り、その制限の程度が大きいともいえない」旨の説示を㊦衡量として整理している（柴田2022: 59; 2023: 77）。それはまさしく失われる利益の大きさを評価するものといえよう。もし㊦をこのように「失われる利益の大きさ」と理解するなら、それは①比較衡量の一要素と位置づけることができるから、①と㊦の関係は理解可能なものとなる。しかしながら、この場合㊦それ自体はもはや「衡量」といえないのではないか。というのも、衡量（狭義の比例性）とは利害得失の均衡をチェックするものであるが、失われる利益の大きさは、文字どおり失われる利益の側の評価でしかなく、得られる利益との均衡性に言及するものでないからである。

こうした㊦それ自体は衡量でないとする見方がホリスティックモデルの意図するところとは思えない。柴田自身、㊦を「自由制約の程度・範囲が規制目的との対比で過剰でないかを確認する」ものといいかけているし、㊦がじつは衡量でないとする、もはや㊦㊧㊨を比例原則の3点セットとしてみることができなくなるからだ。もっとも、㊦をあくまで衡量として理解するのであれば、①衡量の内実に㊦衡量があるという理解しづらい構図は残ってしまう。このように㊦衡量の内容や位置づけは、必ずしも明確になっていないのではなかろうか。

以上要するに、ホリスティックモデルにあつては、考慮要素㊦～㊨の相互関係およびそこから結論に至るまでのプロセスが十分に説明されているとはいいいがたい。そうすると、それを分析視点にした㊦～㊨への分節化は、〈比較衡量の構造〉を十分に解明するものではないといわねばならない。柴田の比例原則論は従来のもの以上に判例に整合する理論であるが、そのアプローチを応用して記述的理論を構築していくのはむずかしいように思われる。

おわりに

ここまで3つの比例原則論をとりあげ、それぞれ判例をどこまで説明しうるかということを検証してきた。その結論は、そもそも判例の包括的な説明を主眼としていない（第2節）、あるいは判例を包括的かつ体系的に説明するうえで一定の限界がある（第3節・第4節）というものであった（くりかえしになるが、本稿の検証は記述的理論の構築可能性といふかなり限定的な視角からなされたものであって、そこでとりあげた比例原則論の規範的理論としての意義を否定するものではない）。

もちろん、比例原則論は本稿でとりあげたものに限られるわけではない、今後の展開もあるだろうから、上記結論をもっておよそ比例原則論的なアプローチによっては記述的理論を構築しえないとすることはできない。それでも、いったん比例原則論から離れて記述的理論を構築してみるだけの事情があることは示せたのではなかろうか。それができれば本稿の目的は達成されたことになる。

-
- (1) 宍戸（2011: 20）は、判例分析における比例原則論の「一定の有用性」を認める。
- (2) ただし論者によって力点の置きかたには違いがある。宍戸（2011: 26）は、「狭義の比例性の審査は、特に必要性の審査との異動に関連して難解な問題を孕んでおり、わが国への『翻訳』を試みる論者もこの点に腐心しているように見受けられる」としている。
- (3) 共同法決定判決（BVerfGE 50, 290）では、「明白性統制」, 「主張可能性の統制」, 「強度の内容的統制」の3つに定式化されている（宍戸2021: 244）。
- (4) 小山（2016: 65）は、比例性審査は「明白な誤りがない限り立法府の判断を尊重するという緩やかな審査から、裁判所自身が手段の必要性・合理性を厳密な検証を行うという厳格な審査まで、いくつかの段階に分かれる」としている。
- (5) 渡辺（2022: 301）も基本的には同旨と思われる。
- (6) 石川の比例原則論においては、狭義の比例性は適合性と必要性を審査するうえでの「前提」として位置づけられている（石川2012b: 25）。ゆえにそれは本文のような「用法」の理解においても前面化しないのかもしれない。
- (7) 引用中にある「合理的な判断」および「〔断じることの〕合理性」というのは、不良医薬品供給の危険性についての立法府の判断の合理性のことであって、規制の「必要性と合理性」それ自体とは別のことがらである。
- (8) たとえば、最大判昭和43・12・18刑集22巻13号1549頁（大阪市屋外広告物条例事件）、最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁（猿払事件）、最判昭和56・6・15刑集35巻4号205頁（戸別訪問禁止事件）、最判平成元・9・19刑集43巻8号785頁（岐阜県青少年保護育成条例事件）、最判平成4・7・1民集46巻5号437頁（成田新法事件）、最大判平成10・12・1民集52巻9号1761頁（寺西判事補事件）、最判平成20・4・11刑集62巻5号1217頁（立川宿舎ビラ配布事件）、最判平成21・3・9刑集63巻3号27頁（福島県青少年健全育成条例事件）、最判平成23・5・30民集65巻4号1780頁（君が代起立斉唱拒否事件）、最判平成26・1・16刑集68巻1号1頁（出会い系サイト規制法事件）、最判令和4・2・15民集76巻2号190頁（大阪市ヘイトスピーチ条例事件）など。
- (9) 棟居は、「必要性と合理性」という「一本の万能ナイフが、法律の規制目的、何を対象にしているかという事案によって、どうにでも形を変えてくる」とも述べている（井上ほか編2004: 116〔棟居発言〕）。その構造・メカニズムを解明することが記述的理論の課題であることはすでに述べたとおりである。
- (10) 最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁。
- (11) このことは、小山（2013: 139; 2014: 43; 2015: 59）でも強調されている。
- (12) 小山（2016: 79-80）によれば、「①手段の必要性審査が特定手段の正当化審査とコインの表裏となり、どちらで審査しても実質的には差異がない場合と、②手段の適合性・必要性審査が空転し、最後の砦として特定手段の正当化審査が行われる場合」には、「特定手段の正当化審査」が行われることになる。

- (13) 小山 (2016) がまずは法科大学院生向けに書かれていることはいうまでもない。
- (14) もっとも、比例原則と比較衡量・審査基準のあいだに部分的にでも重なりがあるのは偶然ではないだろう。というのも、(近代的な) 法的推論には一定の普遍的構造があり、それがドイツでは比例原則として結晶化し、日本では比較衡量・審査基準として結晶化したというように、両者はおおもとではつながっているかもしれないからである。
- (15) つけくわえれば、比例原則を標本とすることで、審査基準を過度に比例原則に引きつけて理解してしまう可能性がある。「合理的関連性の基準」にかんする説明はその典型である。それは本当に比例原則的な意味で「目的・手段・均衡の3点」からなっているのだろうか？ だがこの点については別稿で検討することにした。
- (16) ただし、㉗～㉕が「審査基準」(単独で違憲の結論を導くもの) となることもある。たとえば薬事法事件判決の「より緩やか制限……によっては右目的を十分に達成することができない」という要件は、㉕の「審査基準」化として理解されるものと思われる(柴田2022: 58)。
- (17) ただし柴田 (2023: 82) は、両モデルを過度に対置させるべきでないとしている。
- (18) 分析視点として用いるだけであるから、分析の結果、㉗～㉕がそろっていなくてもよい。

文献

- 芦部信喜 1994『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣
- 石川健治 2009「夢は稔り難く、道は極め確し——『憲法的論証』をめぐる幾つかの試行について」
法教340号53頁以下
- 2000「自分のことは自分で決める——国家・社会・個人——」樋口陽一編『ホーンブック
憲法〔改訂版〕』北樹出版、124頁以下
- 2012a「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4版〕』
信山社、291頁以下
- 2012b「憲法解釈学における『議論の蓄積志向』——『憲法上の権利』への招待」樋口陽一
ほか編『国家と自由・再論』日本評論社、15頁以下
- 2019「ドグマティックと反ドグマティックのあいだ」同ほか編『憲法訴訟の十字路口——実
務と学知のあいだ』弘文堂、299頁以下
- 市川正人 2020『司法審査の理論と現実』日本評論社
- 井上典之ほか編 2004『憲法学説に聞く——ロースクール・憲法講義——』日本評論社
- 小山剛 2013「比例原則と衡量」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相 下』有斐閣、419頁以下
- 2014「比例原則と猿払基準」法学研究87巻2号29頁以下
- 2015「憲法判例の現状と憲法学説の課題」公法研究77号50頁以下
- 2016『『憲法上の権利』の作法〔第3版〕』尚学社
- 2020『『三段階審査』論』立命館法学393・394号332頁以下
- 2022「比較衡量/総合的考慮論と審査基準論」判時2506・2507号
- 穴戸常寿 2011『『猿払基準』の再検討』法時83巻5号20頁以下
- 2014『憲法解釈論の応用と展開〔第2版〕』日本評論社
- 2015「日本型違憲審査制の現在」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』三省堂、
255頁以下
- 2021『憲法裁判権の動態〔増補版〕』弘文堂
- 柴田憲司 2010「憲法上の比例原則について (一)——ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめ
ぐる議論を中心に」法学新報116巻9・10号183頁以下
- 2022「医薬品のネット販売規制と職業の自由 (前)」法教507号54頁以下

- 2023「憲法判例と比例原則——判例法理の内在的発展の可能性」渡辺康行編『憲法訴訟の実務と学説』日本評論社, 69頁以下
- 曾我部真裕 2020「違憲審査の方法(2)——(狭義の) 違憲審査の方法」法教478号60頁以下
- 高橋和之 2017『体系憲法訴訟』岩波書店
- 松本和彦 2001『基本権保障の憲法理論』大阪大学出版会
- 2013「基本的人権の『保護領域』」小山剛=駒村圭吾編『論点探究 憲法〔第2版〕』弘文堂, 103頁以下
- 山崎皓介 2025「比較衡量・審査基準・立法裁量(1)——違憲審査の記述的理論序説——」国学院大学北海道短期大学部紀要第42巻15頁以下
- 山本龍彦 2010「三段階審査・制度準拠審査の可能性——小山剛著『「憲法上の権利」の作法』を読む」法時82巻10号101頁以下
- 山本真敬 2022『立法裁量と過程の統制』尚学社
- 渡辺康行 2022『憲法裁判の法理』岩波書店

