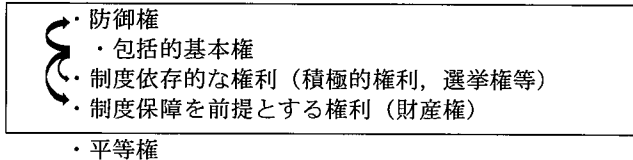


違憲審査基準

平成24年9月15日

林 香織

1 憲法上の権利の分類



憲法上の権利に対する「制約」を観念し得る場合には、下記2の〔基本形〕により検討することができる

2 憲法上の権利に対する「制約」が認められる場合の検討方法〔基本形〕

下記の出題趣旨は、憲法上の権利に対する「制約」が観念できる場合における検討の手順を示すものである。

法令や処分合憲性を検討するに当たっては、まず、問題になっている法令や処分が、どのような権利を、どのように制約しているのかを確定することが必要である。次に、制約されている権利は憲法上保障されているのか否かを、確定する必要がある。この二つが確定されて初めて、人権(憲法)問題が存在することになるのであり、ここから、当該制約の合憲性の検討が始まる。(平成22年新司法試験の採点実感等に関する意見より)

(1) 法令や処分によってどのような権利利益が制約されているのか(制約されているといえるか否かの検討を含む)

※ 法令により制約されている権利と処分により制約されている権利が常に完全に一致するわけではない点には注意が必要(特に間接的・付随的制約となる場合)

(2) 制約されている権利利益は憲法上の権利といえるのか(憲法上保障されているのか)

⇒ 憲法が第3章においてそれぞれの権利を保障している意義・趣旨が、問題となっている具体的な権利について当てはまるかどうかを緻密に検討していくことが重要である。

(3) 憲法上の権利に対する本件制約(法令又は処分による)は許されるのか

⇒ どのような違憲審査基準により判断すべきかが問題となる。

3 審査密度及び意見審査基準の検討

- ・ …どのようなものでも審査基準論を示せばよいというものではない。審査基準とは何であるのかを、まず理解する必要がある。また、幾つかの審査基準から、なぜ当該審査基準を選択するのか、その理由が説明されなければならない。
- ・ さらに、審査基準を選択すれば、それで自動的に結論が出てくるわけではなく、結論を導き出すには、事案の内容に即した個別的・具体的検討が必要である。
- ・ 比例原則での個別的比較衡量を選択するのならば、なぜあらかじめ基準を立てない比例原則を採るのか、比例原則で何をどのように比較衡量するのかについて、それらがきちんと説明されていなければならない。比例原則の場合にも、その原則自体が個別的比較衡量であるので、事案の内容に即した個別的・具体的検討が必要である。(平成22年新司法試験の採点実感等に関する意見より)

(1) 審査密度

審査密度は、裁判所が法律の合憲性を判断するに当たり、どの程度の厳格な審査をすべ

きか、すなわち裁判所がどの程度踏み込んだ判断をすべきか（立法者の判断にどの程度の裁量を与えるべきか）の問題である。

(2) 判例

判例は、①重要な権利に対する②強力な制限については、③特段の事情（立法裁量を尊重すべき例外的事情、特殊な文脈における人権問題である場合等）がある場合を除き、厳格な審査を行っているとされている（小山剛・『憲法上の権利の作法』P70 参照）。

ア ①権利の性質・重要性

権利としての重要性が劣る場合には、審査基準が緩和される。

イ ②制限の程度

例えば、許可制（原則として禁止され、例外的に許される）が採られた場合や事前抑制が規定された場合には、強度の制約に当たる。

これに対して、例えば、経済的自由に関して、職業選択そのものではなく職業遂行に対する規制がなされたに過ぎない場合や、表現の自由に関して、間接的・付随的規制がなされたに過ぎない場合には、軽微な制約であるといえることができる。

⇒ 審査基準が緩和される。

<参考>～間接的・付随的制約～

間接的制約とは、行動自体ではなく、その結果としての弊害を直接の規制目的とする規制をいう。付随的制約とは、意見とは異なる弊害の抑止を狙った結果、偶然的に意見表明の自由に制約が及んだことをいう（矢野龍渓・『憲法解釈論の応用と展開』P39）。

ウ ③特段の事情

立法裁量を尊重すべき事情が認められる場合や、特殊な文脈における制限である場合には、重要な権利に対する強力な制限が行われている場合であっても、審査基準が緩和されることがある。

(3) 具体的な審査基準の決定

以上の審査密度（審査の厳格度）に関する検討を踏まえて、いかなる基準により合憲性を審査すべきかを決定することになる（厳格な基準、中間的な基準、緩やかな基準といっても様々な基準が存在するので、事案に応じて適切な基準を選択する必要がある。）。

4 憲法上の権利の類型に応じた検討方法

(1) 防御権

上記2の〔基本形〕とおりの検討の流れとなる。

∴ 防御権の場合には、制約されないのが「原則」であり、制約が「例外」的に許されるかどうか（制約を正当化し得るのかどうか）が問題となる。

(2) 制度依存的な権利（積極的権利、選挙権等）、制度保障を前提とする権利（財産権）

ア 視点

国家賠償請求権（§17）や生存権（§25）のような積極的権利、知る権利（§21）の積極的権利としての側面、選挙権（§15）等は、立法により具体的な制度の存在を前提

としてはじめて行使し得る制度依存的な権利である。これらの権利は法律により「実現」されるものであり、通常は、その実現の程度が憲法の要求する程度に達しているのかどうかが問題となる（多くの場合、権利に対する「制約」と見ることは困難である。）。もっとも、法律による「制約」を観念することができる場合には、防御権の場合と同様の流れで検討を行うことができる（〔基本形〕における(1)及び(2)の問題）。

イ 権利の「制約」ではなく制度の「形成」と見るべき場合

(ア) 憲法は、制度依存的な権利の実現に関し、いかなる内容・水準の権利を実現すべきか、そのためにどのような制度を構築すべきかという点につき、ほとんどの場合には抽象的な規定を置くにとどまる。このような場合には、法律によりどのような制度を「形成」し、当該制度依存的な権利を「実現」すべきかが問題となる。

⇒権利に対する「制約」の問題と捉えることは困難である。

∴ 権利に対する「制約」と捉えることができるのは、原則－例外関係が認められる場合である。例えば、ある権利につき、これを行行使し得るのが原則であるといえる場合において、立法（又はその不作為）によって、当該権利が全面的に行行使し得ない状況に置かれているときは、原則（行使し得る）に対する例外として、そのような状況が許容され得るのか、という問題が生じる。このような場合、当該権利の行使は、立法（又はその不作為）により「制約」されているということができよう。この場合には、防御権と同様の方法により違憲審査基準を検討することになる（以上の点につき、駒村・法学セミナーNo.689P41、小山・前掲P121～123参照）。

(イ) 制度の「形成」と見るべき場合において、憲法がいかなる制度形成を行うべきかについて抽象的に規定するのみであるときは、憲法は立法者に対し広汎な裁量を与えているものと考えられる。したがって、緩やかな違憲審査基準によるべきことになる。

ウ 権利の「制約」と見るべき場合（制度形成につき立法裁量が限定される場合、権利の「侵害」としての側面が強まる場合）

⑦憲法がいかなる制度の形成によりいかなる内容・水準の権利を実現すべきかを明確に規定している場合や、伝統的な法制度保障の核心部分として明らかである場合（§17、29－Ⅲ等）、④立法者による第一次的判断権の行使により未確定性が縮減する場合（抽象的権利の具体化、制度の後退等）などには、原則－例外関係を観念することができるので、防御権と同様の方法により審査密度及び審査基準を検討することができる。

(3) 包括的基本権

いわゆる「新しい人権」の場合には、そもそも憲法13条により保障される「憲法上の権利」といえるのかどうか（〔基本形〕(2)の問題）が問題となる。

また、当該権利が防御権としての性質を有するのか、それとも積極的権利としての性質を有するのかにより、上記4(1)又は4(2)のいずれかの流れに従って検討することになる。

5 審査基準の決定

(1) 伝統的通説（芦部説）と判例の基準

ア 伝統的通説（芦部説）

《二重の基準論》

審査対象	制約対象	制約態様	基準	厳格度
文面審査	表現の自由	—	明確性／過度の広汎性の原則	強
内容審査		内容規制	明白かつ現在の危険	
		内容中立規制	LRAの基準	中
	経済的自由	消極目的規制	厳格な合理性	
		積極目的規制	明白性／合理性の基準	弱

立証責任に差

立証責任
に差

イ 判例の基準（利益衡量論）

(ア) 利益衡量論

最高裁判例は、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たり、多くの場合には、「それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保する目的のために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、これらに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという利益衡量論を採ってきて」いる（千葉勝美・『最高裁判所判例解説民事篇昭和61年度』P242）。

(イ) 伝統的通説との関係

千葉勝美調査官によれば、最高裁判例の中には、利益衡量論における判断指標として、事案に応じて、「明白かつ現在の危険」、「不明確のゆえに無効」の原則、「必要最小限度」の原則、「LRA」の原則その他の厳格な基準やその精神を併せ考慮したものが見られる。

⇒ これらの厳格な基準のうちどれを採用するかは、規制される人権の性質、規制措置の内容及び態様等を考慮した上で、具体的な事案に応じて決定される。

⇒ 適用された基準の内容についても、事案に応じて、その内容を変容させている（以上の点につき、千葉・前掲P242参照）。

⇒ 審査基準が異なる場合であっても、同一内容の検討事項につき、どのような観点から審査を行うかの違いに過ぎない場合がある。

以下に示す「採点実感等に関する意見」（再掲）は、比較衡量論と伝統的な通説のいずれによるべきかによって採点上の差異が生じることはないことを示すものと考えられる。

・ 比例原則での個別的比較衡量を選択するのならば、なぜあらかじめ基準を立てない比例原則を採るのか、比例原則で何をどのように比較衡量するのかについて、それらがきちんと説明されていなければならない。比例原則の場合にも、その原則自体が個別的比較衡量であるので、事案の内容に即した個別的・具体的検討が必要である。（平成22年新司法試験の採点実感等に関する意見より）

⇒ 比較衡量論による場合であっても、厳格に審査すべきか、それとも緩やかに審査すべきか、という審査密度の問題は常に生じる。「どのような基準を選択するか」が重要なのではなく、なぜそのような基準を選択したのかという根拠（上記3において検討した⑦権利の性質・重要性、⑧制約の強度、⑨立法裁量を尊重すべき特段の事情等を踏まえた論述）を事案に即して示すことが重要なのである。

TAC論文過去問答練ハイパー 解説冊子見本

~~~~~ 略 ~~~~~

- 3 原告の主張する権利・利益は憲法上の権利(表現の自由)として保障されるか  
(1) 問題の所在(X社側の主張とこれに対する被告側の反論)

~~~~~ 中略 ~~~~~

- (3) 本問の検討 ●特定地図検索システムの提供と事実の報道(博多駅事件判例)の異同

ア 共通点(被告側の反論①との関係) 基本

特定地図検索システムの提供は、地図や画像等の情報を伝達するものであり、それ自体としては思想や意見の表明を含まない点で、事実の報道と共通する。したがって、特定地図検索システムにより提供される情報が思想や意見を含まないことのみによって、表現の自由の保障を受けないという結論が導かれるわけではない。もっとも、特定地図検索システムの提供行為が報道の自由と同様に表現の自由として保障されるのか否かについては、さらなる検討を要する。

イ 相違点(被告側の反論②との関係) 応用

博多駅事件判例は、報道が、国民が国政に関与するための重要な判断の資料を提供し、その「知る権利」に奉仕すること(自己統治の価値)を根拠として、表現の自由の保障の下にあるとしている(博多駅事件判例のポイント②参照。)ところ、特定地図検索システムによって提供される情報に自己統治の価値があるとはいえない。被告側としては、このような相違点を持ち出して、当該システムの提供行為が表現の自由による保障を受けることはない、との反論を行うことが考えられる。

そこで、自己統治の価値を有しない情報の提供行為も表現の自由の内容に含まれるのかどうか問題となる。この点に関しては、以下に示すように、大きく2つの方向性が考えられる。

(ア) 自己統治の価値を有する情報のみが表現の自由として保護されるとする方向性
(根拠)

表現の自由の重点は自己統治の価値にあることを重視すると、情報それ自体が思想や意見を含むものではなく、かつ、受け手の自己統治に資する面を有しない場合には、表現の自由としての保障を受けないと考えることができる。

(帰結)

特定地図検索システムを提供する自由は表現の自由の内容に含まれない。

(イ) 表現として保護される情報の範囲に限定はないとする方向性
(根拠)

~~~~ 略 ~~~~

### 3 内容審査1・違憲審査基準の検討

X社側としては、中止命令の根拠法令である法8条3項の内容が違憲であるという結論を導くために、法令の違憲性を厳格に審査すべき旨の主張及びその根拠（基準の厳格度に影響し得る事情）を示す必要がある。これに対して被告側からは、合憲であるとの結論を導くために、基準を緩和すべき旨の主張及びその根拠を示す必要がある。

#### (1) 違憲審査基準（判断枠組み）の厳格度（審査密度）

「あなた自身の見解」では、原告・被告の主張を踏まえた判断を示す必要がある。

判例は、⑦重要な権利に対する⑧強力な制限については、⑨特段の事情（立法裁量を尊重すべき例外的事情、特殊な文脈における人権問題である場合等）がある場合を除き、厳格な審査を行っているとしており（小山、駒村など）、違憲審査基準の検討に当たっても参考とすることができよう（もっとも、これは検討の一例であり、このような判断手法に反対する立場もある。）。

#### (2) 基準の厳格度に影響を及ぼし得る考慮事情 **基本**

|                                                     |                                                                                                                                                                |
|-----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>ア 制約される権利利益の性格・重要性</b>                           | <ul style="list-style-type: none"> <li>重要な権利利益か（精神的自由権か経済的自由権か、人格的自律に関わる権利か、等の観点からの検討）</li> <li>その性質上制約を必要とする権利利益か（他者に対する影響の有無、他者加害の危険の有無等の観点からの検討）</li> </ul> |
| <b>イ 制約の程度・態様</b>                                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>強力な制限に当たるか（直接規制か間接的・付随的規制か、内容規制か内容中立規制か、原則禁止か例外的禁止か、等の観点からの検討）</li> </ul>                                               |
| <b>ウ 特段の事情（立法裁量を尊重すべき事情、特殊な文脈における人権問題である場合等）の有無</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>積極目的規制か、租税立法に関する立法か、公務員や収監者に対する規制か、等の観点からの検討</li> </ul>                                                                 |

~~~~ 中略 ~~~~

[検討例]

| | X社側の主張
(審査基準を厳格化する方向の事情) | 被告側の反論
(審査基準を緩和する方向の事情) |
|------------------|--|--|
| ア
権利利益の性質・重要性 | 【重要性】 <ul style="list-style-type: none"> 表現の自由として保障される。 → 表現の自由は経済的自由等に比して高次の | 【重要性】 <ul style="list-style-type: none"> 思想及び意見を伝達するものではない。 → 「表現」としての価値が低い。 |
| | <div data-bbox="198 1450 1104 1607" style="background-color: black; color: white; text-align: center; padding: 10px;"> TAC論文過去問答練ハイパー
 渋谷校 10/12(金)・梅田校 10/19(金)開講! </div> <ul style="list-style-type: none"> 不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることができる。 → 不動産に関する詐欺被害の未然防止に資する(社会的意義)。 【性質・重要性】 | 【性質】 <ul style="list-style-type: none"> 表現の対象が地図に関する情報・事実である。 → 個人情報も多く含まれる。 → プライバシーの利益等を保護するため、規 |