

第1部 答案作成上の作法

第1章 違憲審査の枠組み p1～12

第1節. 違憲審査の基本的な枠組み p1～2

1. 三段階審査論
2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査
3. 違憲審査基準の定立・適用（学説）と利益較量論（判例）の関係
4. 違憲審査の基本形

第2節. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査 p3～9

1. 問題提起
2. 侵害が問題となっている権利（利益）が憲法上保障されているか
3. 上記2の権利（利益）に対する制約
4. 違憲審査基準の定立
5. 違憲審査基準の適用

第3節. 適用違憲（処分違憲） p10～11

1. 適用違憲の種類
2. 適用違憲の審査の手法
3. 三者間形式における注意点
4. 法令違憲と適用違憲を論じる際の考慮事項の差異

第4節. 三段階審査論以外の手法 p12

第2章 判例・学説を踏まえた論述 p13～14

1. 判例・学説を違憲審査の枠組みに落とし込んで理解する
2. 試験的に許容されそうな範囲で理解・記憶の水準を下げる
3. 判例・学説の使い方のパターン
4. インプットのゴールを明確にする
5. 判例・学説の使い方について柔軟に考える

第3章 出題形式ごとの答案の書き方 p15～18

第1節. 三者間形式 p15～17

1. 設問1
2. 設問2

第2節. 法律意見書形式 p17～18

1. 平成30年以降の出題形式
2. 答案の書き方

第4章 権利選択における視点 p19～22

第5章 法令違憲・適用違憲を論じるべきかの判断 p23

第6章 問題文・設問の指示・誘導（ヒント）に従った抽出・構成 p24～25

第7章 立法目的の把握の仕方 p26～29

第2部 総論

第1章 憲法と立憲主義 p31～33

1. 国家と法 p31
2. 憲法の意味 p31
3. 憲法規範としての特質 p31～32
自由の基礎法／制限規範／最高法規
4. 立憲主義と現代国家 p32～33
法の支配／法の支配と法治主義の対比／立憲主義の現代的意義
5. 日本国憲法の法源 p33
成文法源／不文法源

第2章 国民主権の原理 p34～37

1. 日本国憲法の基本原理 p34～35
前文の内容／基本原理相互の関係／前文の法的性質
2. 国民主権 p35～36
主権の意味／国民主権の意味
3. 天皇制 p36～37
総説／天皇の権能／天皇の公的行為／皇室経費

第3章 平和主義 p38～39

1. 戦争の放棄 p38
戦争の放棄の内容／自衛戦争の放棄
2. 戦力の不保持 p38～39
3. 交戦権の否認 p39

第3部 基本的人権

第1章 基本的人権の原理 p41～42

1. 人権の観念 p41
2. 人権の内容 p41～42
自由権・参政権・社会権／制度的保障

第2章 人権の享有主体性 p43～81

1. 天皇・皇族 p43
2. 法人 p43～p52
3. 外国人 p52～60
4. 公務員 p60～77
特別権力関係の理論／政治活動の自由／争議行為
5. 在監者（刑事収容施設における被収容者） p77～80
6. パターナリスティックな制約 p81
未成年者／成年者

第3章 人権の私人間効力 p82～88

1. 人権の私人間効力 p82～88
2. 純然たる事実行為による人権侵害 p88

第4章 包括的基本権 p89～108

1. 明文根拠のない基本権の存在（包括的基本権の保障） p89
2. 補充的適用 p89～90
3. プライバシー権 p90～105
4. 自己決定権 p105～108
5. 環境権 p108

第5章 法の下での平等 p109～140

1. 平等の観念の歴史 p109
2. 平等権と平等原則 p109
3. 平等権と実体的基本権の競合 p109～110
4. 差別的取扱いの正当化審査 p110～111
5. 後段列举事由 p111～112
6. 判例 p112～139
7. 積極的差別解消措置 p139～140

第6章 思想・良心の自由 p141～150

1. 保障の意義 p141
2. 「思想及び良心」の意味 p141
3. 「思想及び良心」に対する制約・介入の類型 p141～142
4. 憲法19条と憲法21条1項との関係 p142
5. 判例 p142～150

第7章 信教の自由 p151～182

1. 保障の趣旨 p151
2. 「信教」の定義 p151
3. 信教の自由の保障の内容 p151～152
4. 信教の自由の保障の限界 p152～161
5. 政教分離の原則（国家と宗教の分離の原則） p162～182

第8章 学問の自由 p183～187

1. 保障の趣旨 p183
2. 「学問」の意義 p183
3. 保障の内容 p183～184
4. 国家の助成制度 p184
5. 大学における学問の自由 p185
6. 大学の自治 p185～186
7. 判例 p186～187

第9章 表現の自由 p188～271

第1節. 総論 p188

1. 表現の自由の意義・価値
2. 表現の自由の保障の内容（＝保護領域）
3. 審査基準を定立する際の考慮要素

第2節. 表現の自由と国家による援助 p189～190

第3節. 表現の自由の制約 p191～208

1. 二重の基準の理論 p191
2. 明確性の理論 p191～201
漠然性ゆえに無効の法理／過度の広汎性ゆえに無効の法理
3. 事前抑制／事後抑制 p201～207
4. 表現内容規制／表現内容中立規制 p207～208
5. 直接的制約／間接的・付随的制約 p208

第4節. 表現の自由の種類 p209～259

1. 知る自由・知る権利 p209～219
2. 筆記行為の自由 p219～222
3. アクセス権 p222～225
4. 報道の自由・取材の自由 p225～234
5. 放送の自由 p234～235
6. 政治的表現の自由 p235～237
7. 低価値表現（無価値表現） p237～253
 - (1) せん動 p237～239
 - (2) わいせつ表現 p239～244
 - (3) 名誉毀損表現 p244～249
 - (4) プライバシー侵害 p249
 - (5) ヘイト・スピーチ（差別的増悪言論） p249～250
 - (6) 営利的言論 p250～252
 - (7) 象徴的言論 p252
 - (8) 虚偽表現 p252～253
8. インターネット異性紹介事業 p253～255
9. ビラ配布・ビラ貼り付け・立看板設置 p255～258
10. 消極的表現の自由 p258～259

第5節. 集会の自由・集団行動の自由・結社の自由・通信の自由 p260～271

1. 集会の自由 p260～265
2. 集団行動の自由 p265～369
3. 結社の自由 p269～270
4. 通信の秘密 p270～271

第10章 経済的自由 p272～310

第1節. 職業の自由 p272～292

1. 保障の範囲 p272
2. 規制 p272～292
規制の根拠／規制の種類／規制の目的／違憲審査基準／判例

第2節. 居住・移転の自由 p293～297

1. 居住・移転の自由 p293～297
2. 国籍離脱の自由 p297

第3節. 財産権 p298～310

1. 憲法29条1項・2項 p298～307
2. 損失補償 p307～310

第11章 人身の自由と手続的権利 p311～318

1. 奴隷的拘束・苦役からの自由 p311
2. 適正手続 311～312
3. 被疑者の権利 p312～313
4. 被告人の権利 p314～318

第12章 国務請求権 p319～323

1. 請願権 p319～320
2. 裁判を受ける権利 p320
3. 国家賠償及び刑事補償請求権 p321～323

第13章 参政権 p324～357

1. 権利としての側面と公務としての側面 p324
2. 選挙権の内容に関する基本原則 p324
3. 選挙権又はその行使を制限する法令 p324～333
4. 公職選挙に立候補する自由 p333
5. 選挙制度の仕組みの具体的決定に関する国会の裁量 p333～339
6. 選挙運動の制限 p339～342
7. 議員定数不均衡 p343～356
8. 政見放送の削除 p356～357

第14章 社会権 p358～384

第1節. 生存権 p358～374

1. 生存権の法的性格 p358
2. 憲法25条1項と2項の関係 p359
3. 生存権の問題類型 p359～374

第2節. 教育を受ける権利 p375～383

1. 権利の主体 p375
2. 3つの側面 p375
3. 教育内容決定権の所在 p375～382
4. 義務教育の無償 p382～383

第3節. 労働基本権 p384

労働基本三権とは／労働基本三権の内容／労働基本三権の性格／労働基本三権の制限／消極的団結権

第4部 統治

第1章 権力分立 p385～386

1. 伝統的意味 p385
2. 現代的変容 p385
行政国家現象による変容／政党国家現象による変容／司法国家現象による変容
3. 政党 p385～386
定義／憲法との関係／日本における政党と国家の関係／政党の地位・根拠・性格

第2章 国会 p387～404

第1節. 国会の地位 p387～393

1. 国民の代表機関 p387～388
2. 自由委任と党議拘束 p388
3. 国権の最高機関 p389
4. 唯一の立法機関 p389～393

「立法」の意味／「唯一」の意味

第2節. 国会の組織と活動 p393～396

1. 二院制 p393
 2. 選挙制度 p393～394
 3. 国会議員の地位 p394～396
- 不逮捕特権／免責特権

第3節. 国会の活動 p396～405

1. 会期 p396～397
会期制／会期独立の原則／活動の開始／休会／閉会
2. 衆議院の解散 p397
3. 参議院の緊急集会 p397
4. 会議の原則 p397～398
定足数／表決数／一時不再議／会議の公開
5. 国会の権能 p398～401
6. 議院の権能 p401～404
議院自律権／国政調査権

第3章 内閣 p405～410

1. 行政権と内閣 p405～406
行政権の概念／独立行政委員会
2. 内閣の組織と権能 p407～408
内閣の組織／文民／内閣総理大臣／内閣の責任と権能／総辞職
3. 議院内閣制 p409～410
議院内閣制の本質／日本国憲法における議院内閣制／衆議院の解散

第4章 裁判所 p411～433

1. 司法権の意味と範囲 p411～426
 - (1) 司法権の概念 p411
 - (2) 司法権の範囲 p411
 - (3) 法律上の争訟 p411～412
具体的事件性がない／単なる事実の存否、個人の主観的意見の当否、学問上・技術上の論争等／宗教問題
 - (4) 司法権の限界 p412～426
自律権に属する行為／自由裁量行為／統治行為／団体の内部事項に関する行為
2. 裁判所の組織と権能 p426～433
裁判所の組織／特別裁判所の禁止／下級裁判所の裁判官／最高裁判所の構成と権能／最高裁判所裁判官の国民審査／最高裁判所規則制定権／裁判の公開／陪審制／裁判員裁判
3. 司法権の独立 p433

第5章 財政 p434～439

1. 財政民主主義 p434
2. 租税法律主義 p434～437

3. 予算 p437～438
法的性格／予算の修正／暫定予算
4. 決算審査 p438
5. 公金支出の禁止 p438～439

第6章 地方自治 p440～449

1. 総説 p440
2. 地方自治の本旨 p440
3. 地方公共団体の機関 p440
4. 条例 p440～449
5. 地方自治特別法 p449

第7章 憲法の保障 p450～463

1. 憲法保障の諸類型 p450
抵抗権／国家緊急権
2. 違憲審査制 p450～460
違憲審査権の根拠／違憲審査権の性格／付随的違憲審査制の特質／違憲審査の主体と対象／違憲主張の適格／違憲判断の方法と判決
3. 憲法改正 p460～462
硬性憲法／改正手続／憲法改正の限界
4. 憲法の変遷 p462～463

第1部 答案作成上の作法

第1章 違憲審査の枠組み

第1節 違憲審査の基本的な枠組み

以下では、法令の違憲審査の基本的な枠組みについて取り上げる。

A

1. 三段階審査論

違憲審査の手法の代表的なものとしては、三段階審査がある。三段階審査は、
防衛権又は防衛権的に構成できる権利に対する制約の正当化審査に際して用い
られるものである。三段階審査では、以下の手順により違憲審査が行われる。

憲法 I 82 頁

憲法 I 60 頁

①問題となっている自由ないし権利が憲法上の権利として保障されるか

➡基本権によって保護された行為・状態の領域を画定する段階（基本権の保
護領域）

②①に対する制約があるか

➡基本権の保護領域に介入し基本権を制限する国家行為を確認する段階（基
本権制限）

③制約の正当化

➡憲法的正当化の観点は、形式的観点・実質的観点に分類される¹⁾

違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査は、③制約の正当化の観点
のうち、実質的観点到属する

2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査

全ての事案類型に妥当する枠組みではないが、「表現の自由」をはじめとす
る一部の人権に妥当する違憲審査の基本的な枠組みであると考えられている。

- ・権利の性質や制限の態様を踏まえて違憲審査基準を定立し、当てはめると
いう基本的な判断枠組み自体はほとんどの答案に示されていた。（平成3
0年司法試験・採点実感）
- ・本問で問題となっている自由ないし権利について、「表現の自由」として
憲法の保障が及ぶこと、それに対する制約があることを論じた上で、違憲
審査基準を設定して、当てはめ判断をするという基本的な枠組み自体は概
ね示されていた…。（令和1年司法試験・採点実感）

3. 違憲審査基準の定立・適用（学説）と利益較量論（判例）の関係

判例は、多くの場合、違憲審査の手法として、「一定の利益を確保しようとす
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、

¹⁾ 形式的観点は、以下の通り（作法 47～63 頁、憲法 I 69～73 頁）。

⑦法律の留保原則（憲法上の権利に対する制限は、国民代表である国会の定めた法律に根拠がなければなら
ない。法律に基づかない基本権制限は、実質的要件を考慮するまでもなく直ちに違憲となる。）

⑧委任立法の限界（憲法は、法律を施行する場合と法律の委任がある場合に限り内閣に政令制定権を与
えている（憲法 76 条 6 号参照）から、法律による委任の範囲を逸脱した命令は違法であり、そのよう
な命令に基づく基本権の制限は直ちに違憲となる。）

⑨条例と法律の関係（憲法 94 条）

⑩憲法の法律留保事項（明文で「法律」という形式を指示している憲法 29 条 2 項・31 条・84 条は、行
政権による専断的・恣意的な制限・刑罰・課税を排除することを趣旨とする。そのため、同条でいう「法
律」には自主条例も含まれると解される。）

⑪規範の明確性（明確性の原則・過度の広汎性の原則）

⑫検閲の絶対禁止（憲法 21 条 2 項前段）

これ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「利益較量」論を採用しており、「違憲審査基準」そのものは採用していないと理解されている。

最高裁は、違憲審査基準っぽい基準を定立することもあるが、それは大きな判断枠組みである「利益較量」論による判断の指標として言及されているものにすぎないと理解されている。²⁾

もっとも、司法試験委員会は、「保障⇒制約⇒違憲審査基準の設定⇒当てはめ」を違憲審査の基本的な枠組みであると理解している。

そこで、学説が違憲審査基準を採用している領域では、利益較量論に立っている判例を「違憲審査基準の定立・適用」という枠組みに引き直して理解・使用することになる。

4. 違憲審査の基本形

作法 14 頁以下、憲法 I 60 頁以下

(1) 憲法上の保障

- ・問題となっている自由ないし権利が憲法上の権利として保障されるか。

(2) 制約

- ・国家の干渉（国家の介入行為）が（1）の権利に対する制約といえるほど強いものか。

(3) 制約の正当化

ア. 形式的観点

- ・明確性の原則・過度の広汎性の原則といった形式的観点は、実質的観点に先立って検討する。
- ・形式的観点から違憲との結論に達した場合でも、実質的観点についても検討する。

令和 1 年司法試験・採点実感

イ. 実質的観点

- ・違憲審査基準の厳格度は、①権利の性質と②制約の態様を基本的な考慮要素としつつ、場合によっては③立法裁量を尊重すべき例外的事情の有無も考慮することにより判断される。違憲審査基準の厳格度と立法裁量を尊重すべき要請とは逆相関の関係にあり、違憲審査基準の厳格度は①～③により立法裁量を尊重すべき要請の有無・程度を明らかにすることにより決せられる。³⁾
- ・厳格審査・中間審査の基準における手段審査については、適合性・必要性の 2 要件で理解し、相当性（狭義の比例性）を独立の要件としない見解もある。試験対策としては、(i)原則として適合性・必要性だけで審査し、相当性としてでなければ評価することができない事情がある事案に限って相当性まで審査する、(ii)相当性まで審査する場合であっても、適合性⇒必要性⇒相当性という流れで審査する、と理解するべきである。

作法 73～76 頁、論点教室 6 頁

憲法 I 77～78 頁

²⁾ “近年の最高裁大法廷の判例においては、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っては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようと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「利益較量」の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準（明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRA の原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など）ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる。”（堀越事件・最判 H24.12.7・百 I 14：千葉勝美裁判官の補足意見）

³⁾ 作法 73～76 頁は、職業規制の違憲審査基準を定立する際の考慮要素についても、上記①～③の枠組みで理解している。

第2節. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査

A

1. 問題提起

平成30年・令和1年司法試験における新しい出題形式（法律意見書形式）では、設問において、法案・条例案の憲法上の問題点について自己の意見を論じる際には、本法案・条例案「のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確」にするようにとの指示がある。

そこで、答案の冒頭では、「法案〇〇条は、△△の自由を侵害するものとして、憲法□□条に反し違憲ではないか」というように、①違憲性検討の対象、②権利侵害を問題とする憲法上の権利（生の権利）、③②に対応する憲法の条文番号を明示することになる。

②を抽出する際には、制約から考える。

2. 侵害が問題となっている権利（利益）が憲法上保障されているか

(1) 条文の文言、人権の定義、当該条文の保障内容に形式的に該当するか

- ・形式的に該当するのであれば、文言の意義、人権の定義、当該条文の保障内容などのうち、本問で使うものを抽象的に明示したうえで、生の権利（利益）をそれに当てはめる
- ・形式的に該当しないのであれば、保障の趣旨（沿革等を含む）や判例・学説を使って保障を肯定することができないのかを検討する
- ・形式的に該当しても、保障の趣旨が妥当しないなどの理由から、保障の可否が問題となることもある

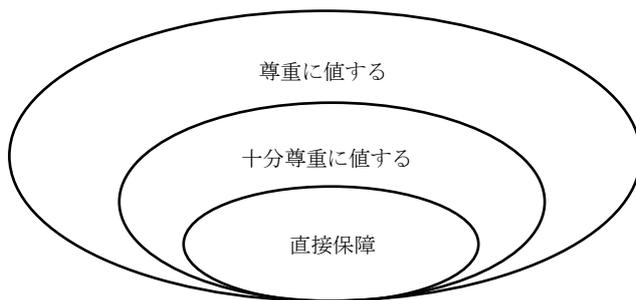
(2) 保障の程度

憲法上保障される権利（利益）は、①憲法□□条により直接保障されるもの、②憲法□□条の趣旨（精神）に照らし十分尊重に値するもの、③憲法□□条の趣旨（精神）に照らし尊重に値するものに大別される。¹⁾

保障の程度は、「①>②>③」となる。

①につき、保障の中核に属する権利（利益）と保障の外延（周辺）に属する権利（利益）という分類も観念し得る。

(2)は「4. 違憲審査基準の定立」に影響するものである。



3. 上記2の権利（利益）に対する制約

人権によっては、間接的・付随的制約（あるいは、事実上の制約）であっても、正当化が要求される憲法上の権利（利益）に対する「制約」が肯定される。

¹⁾ ②の例としては、「婚姻の自由」（女子再婚禁止期間事件・最大判 H27.12.16・百 I 28）、「取材の自由」（博多駅事件・最大決 S44.11.26・百 I 78）、③の例としては、「筆記行為の自由」（レベタ事件・最大判 H元.3.8・百 I 77）が挙げられる。そして、③に関するレベタ事件大法廷判決は、「筆記行為の自由は、憲法21条1項の規定によって直接保障されている表現の自由そのものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要とされる厳格な基準が要求されるものではない」としている。

4. 違憲審査基準の定立

- ・ 権利の性質や制限の態様を踏まえて違憲審査基準を定立し、当てはめるといふ基本的な判断枠組み自体はほとんどの答案に示されていた。(平成30年司法試験・採点実感)
- ・ 違憲審査基準の恣意的な設定をしている答案があるが、審査基準の設定に当たっては、どうしてその審査基準を用いるのかを意識して、説得的に論じるようにしてほしい。(令和1年司法試験・採点実感)

違憲審査基準の厳格度は、権利の性質(重要性が中心)や制約の態様(強度が中心)を考慮して決定される。

法令違憲審査であれば、これらの要素を考慮することにより、違憲審査基準の厳格度と逆の相関の関係に立つ立法裁量を尊重すべき要請の程度を明らかにすることを通じて、違憲審査基準の厳格度を決するのである。

その際、判例・学説を無視して適当に権利の性質や制約の態様の足し算(掛け算)をするのではなく、判例・学説を踏まえて権利の性質や制約の態様を考慮する必要がある。

(1) 権利の性質

権利の重要性が中心的な考慮要素となるが、これに限られない。

例えば、思想良心の自由(憲法19条)や信教の自由(憲法20条)、学問の自由(憲法23条)では、保障の趣旨(沿革等)にも言及するのが望ましい。

(2) 制約の態様

⑦制約の態様では、具体的な規制の態様には言及しないで、事前/事後規制、直接的/間接的付随的制約、表現内容/表現内容中立規制といった判例・学説により類型化された規制態様を考慮することと定める。²⁾

➡具体的な規制態様(例えば、禁止範囲の広さ、罰則による禁止など)は、主として、手段必要性の審査の段階で取り上げる。³⁾

⑧規制の必要性(あるいは反対利益の重要性)を理由として違憲審査基準の厳格度を下げるといふ論法を、安易に採用するべきではない。⁴⁾

➡仮にこれらも考慮するのであれば、人権の性質や制約の態様に絡めて考慮すべきである。

(注) 違憲審査基準の厳格度に関する原則論・判例学説の相場を守る

➡判例・学説上、人権・事案類型ごとに原則的な違憲審査基準の厳格度とその上限が決まっている。

例えば、表現内容規制には原則として厳格審査基準が適用されるから、

論点教室 155~156 頁

平成30年司法試験・採点実感

平成20年司法試験・採点実感・ヒアリング

2) “審査の厳格度の決定は、…最終的な合憲性の判断に至るまでの議論を客観化するための途中時点での「ふるい」の設定といえるので、その決定の際に挙げる考慮要素は、当該事案を念頭に置きながらも、一般的、典型的なものにとどめておかなければならない。薬事法判決にならうならば、当該法律の立法事実を踏み込む目的の検討や他の規制手段との比較は当てはめに回すべきことになるだろう。”(論点教室 155~156 頁)

“合憲性を判断する枠組みを定立する際に考慮されるべき事項と、定立された枠組みに照らして合憲性を判断する際に考慮されるべき事項は、重複する場合もあるが、両者はある程度自覚的に区別される必要があると思われる。あらゆることを総合的に衡量することを常に原則とすることは、司法審査による基本的人権のあり方としては必ずしも適切ではないと思われる。”(令和1年司法試験・採点実感)

3) “罰則があるので緩やかな基準を採れないという答案があったが、審査基準は権利に対する制約の態様、強さで定立されるべきである。罰則の有無は目的達成手段の審査において考慮されるべき事柄であると思われる。”(令和2年司法試験・採点実感)

4) “立法目的が重要だから審査基準が緩和されるのかについては十分な議論が必要であり、その点を意識した論述が必要である。”(平成30年司法試験・採点実感)

事案特性を踏まえて中間審査基準以下まで下げる場合には、まずは表現内容規制には厳格審査基準が適用されることをその根拠とともに明示したうえで、その根拠の全部又は一部が妥当しないことなどを理由として中間審査基準以下まで下げることができないのかを論じることになる。また、職業規制で厳格審査基準を用いることなど、違憲審査基準の厳格度の上限（相場）から逸脱することのないよう注意する。

5. 違憲審査基準の適用

- ・極めて厳格な違憲審査基準を立てながら、本事例を無理に当てはめて合憲の結論を導いている答案が見られたが、十分な論拠を挙げて論じられていないため、論理性や一貫性を欠いて説得力に乏しい答案と感じられた。（平成30年司法試験・採点実感）
- ・厳格な基準を立てているにもかかわらず、その基準を満たすかどうかの具体的な検討の中では、それほど理由のないまま、制約の必要性を認める答案が相当数あった。厳しい基準を立てても具体的な検討で緩やかにしてしまっただけでは、厳しい基準を立てることの意味が希薄になってしまうように思われる。日頃から、具体的な事例を学ぶ中で、基準の設定と具体的な検討を行い、整理しておくことが望ましい。（令和1年司法試験・採点実感）

違憲審査基準を正しく適用するためには、厳格度が異なる違憲審査基準ごとに目的・手段審査の内容を正確に理解する必要がある。

(1) 厳格審査の基準

厳格審査の基準を用いる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、①立法目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ、②手段が立法目的を達成するために必要最小限度のものでなければ、違憲である。

ア. 目的⁵⁾

①必要不可欠な利益は、他の基本的人権のレベルの利益であると考えることが可能である。もっとも、必ずしも他者の人権である必要はない。例えば、判例によれば、選挙の公正を確保することも含まれる。

➡厳格審査の基準・中間審査の基準では、目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成が必要とされる。

(例1) 目的審査では、例えば、ある法令が、「他人の家の様子など生活ぶりが窺えるような画像」が公開されることにより「子どもの誘拐や窃盗・強盗といった犯罪が誘引されるおそれがある」という想定に立ち、他者のプライバシー保護を規制目的として「他人の家の様子など生活ぶりが窺えるような画像」の公開を禁止している場合、「他人の家の様子など生活ぶり」に関するプライバシーの保護という規制目的の必要不可欠性や重要性は、「他人の家の様子など生活ぶりに関するプライバシーが侵害される⇒子どもの誘拐や窃盗・強盗といった犯罪被害が誘発されるおそれがある」という因果関係により基礎づけられている。そのため、上記因果関係について立法事実による支持が必要とされ、仮に立法事実による支持がない場合、規制目的の必要不可欠性や重要性を評価する際には、「他人の家の様子など生活ぶりに関するプライバシーが侵害されても、子どもの誘拐

論点教室 15～16 頁

在外日本人選挙権制限規定違憲訴訟・最大判 H17.9.14・百II147

渋谷演習 17～18 頁、高橋体系 110

頁

平成 23 年司法試験

平成 23 年司法試験

⁵⁾ 目的手段審査でいう「目的」は、立法目的と表現されることが多いが、これは法令全体の目的ではなく、規制目的を意味している。

や窃盗・強盗といった犯罪被害が誘発されるおそれがあるとはいえない」ということを前提にすることになる。

(例2) ある法令が「社会的混乱」を防止することを規制目的として、「公共利害関係事実について虚偽表現を流布すること」を罰則により禁止しており、問題文に、立法過程で考慮された事実として「過去に、〇〇という公共利害関係事実に関する虚偽表現が流布されたことにより△△という大きな混乱が生じた」ことが記載されている場合には、当該過去の事実は、目的審査において、防止しようとしている「社会的混乱」の中身を明らかにするために用いることができる。厳格審査の基準・中間審査の基準では、立法事実を根拠とする心証形成が必要とされるため、「社会的混乱」はこういった内容・規模のものであるということについて、観念上の想定として認められるのでは足りず、立法事実を根拠として認められる必要がある。その上で、立法事実を根拠として明らかとなった内容・規模の「社会的混乱」を防止するという目的が必要不可欠といえるか・重要といえるかについて評価を下すことになる。⁶⁾

令和1年司法試験

イ. 手段

②手段の必要最小限度性は、当該手段が立法目的を達成するための唯一の手段であることを意味する。具体的には、⑦手段の適合性が認められることに加え、④立法目的を達成することができるより制限的でない他の選び得る手段が存在しないことが必要とされる（このように、目的と手段の間に必要不可欠の関係が要求される）。④を手段必要性という。

(ア) 手段適合性

⑦手段適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味する。これは、(i)規制対象が立法目的を阻害するものであることと、(ii)その手段が規制対象による立法目的の阻害を阻止するものであることの2点から成る。そして、(i)については、「科学的な証明」というレベルでの立法事実による支えが要求される。^{7) 8)}

(イ) 手段必要性

④手段必要性では、(i)他の手段に具体性があることを前提に、(ii)他の手段がより制限的でないこと、(iii)他の手段により立法目的を達成できること、(iv)他の手段の実現可能性が要求される。

中間審査基準との違いは、目的を達成するための「唯一」の手段であることまで要求されるという点にある。すなわち、(iii)他の手段の有効性

6) 上記の立法事実は、手段適合性の審査において、「規制対象である公共利害関係事実に関する虚偽表現により、社会的混乱がもたらされる」という因果関係を根拠づけるものとしても使うことになる。

7) “手段審査については、まず当該手段が立法目的を（観念的・抽象的にであれ）促進するかどうかを確認していない答案が多くあった。”（令和2年司法試験・採点実感）

8) 例えば、ある条例が「青少年の健全な育成」を確保することを規制目的として条例所定の「有害図書」の販売等を一定範囲で禁止している場合、厳格審査の基準では、「青少年が条例所定の有害図書を閲覧することにより青少年の健全な育成が阻害される」という因果関係について科学的な証明というレベルでの立法事実による支持がなければ、(i)を欠くという意味で⑦手段適合性が否定される。同種事案に関する岐阜県青少年保護育成条例事件では、有害図書が青少年の健全な育成にとって有害であるという関係性について、「社会共通の認識」や「相当の蓋然性」を根拠として認められることで足りるのか、それとも「科学的な証明」や「明白かつ現在の危険」を根拠として認められる必要があるのかが問題となった(最判 H9.9.19・百 I 50)。

なお、立法事実を根拠として (i) 因果関係が認められ、かつ、(ii) 一定範囲での販売等の禁止について青少年による閲覧を妨げるという効果が認められるのであれば、⑦手段適合性が肯定される。

としては、立法目的を達成できるだけで足り、争われている法令上の手段と同程度に立法目的を達成できることまでは要求されない。⁹⁾

(例3)

公道から当該地域の路上風景を撮影した画像（以下「Z機能画像」とする）をインターネット上で提供するサービスに対する中止命令等を定めている仮想法令の憲法21条1項適合性が問題となる事案では、厳格審査基準を前提とした場合、手段必要性について、以下のような主張・反論・私見を展開することができる。

平成23年司法試験

<p>(原告)</p> <p>Z機能画像によるプライバシー侵害の回復は、プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令というより制限的でない他の手段によっても実現することができるから、中止命令は目的を達成するための唯一の手段であるとはいえず、必要最小限度の手段とはいえない。</p>	<p>(被告)</p> <p>プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令だけでは埒が明かず、有効な手段であるとはいえないから、中止命令は必要最小限度の手段であるといえる。</p> <p>(私見)</p> <p>具体的にどういった意味で「プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令だけでは、埒が明か」ないのかということについて論じ、「プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令」が制限的でない他の「有効な手段」であるといえるのかを検討する。</p> <p>厳格審査の基準では、「より制限的でない他の手段」の有効性として、「中止命令と同程度」の有効性までは要求されない。</p>
--	--

(2) 中間審査の基準

中間審査の基準を用いる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、①立法目的が重要であり、かつ、②手段が立法目的との間で実質的関連性を有するものでない限り、違憲である。

中間審査の基準でも、目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成が必要とされる。

ア. 目的

①立法目的の重要性は、制約されている憲法上の権利を制約する目的としてふさわしいものであるかどうかで判断される。¹⁰⁾

このように、「重要な利益」は、制約されている憲法上の権利との比較による相対的な重要性を意味すると理解される。

イ. 手段

②手段の実質的関連性では、㊦手段の適合性が認められることに加え、

論点教室 15 頁、高橋体系 233 頁、

平成 30 年司法試験・出題趣旨

相対的重要性という考えを否定する見解もある。

高橋体系 233 頁、青柳 79 頁

⁹⁾ “手段審査においては、その目的を達成するために必要最小限度の方法であることが論証されねばならないということである。ここから、同一の目的を達成するための手段として、…権利を制限する程度がより少ない実現可能な方法が存在する限り、現実に採用されている方法は違憲と考えるべきだという結論が生じる。”（高橋体系 110 頁）

“ある目的を実現できる手段がひとつしかないという事態はふつうは考えられないので、アメリカの場合、厳格審査の結果はほとんど違憲の結論になるといわれている。”（赤坂 29 頁）

¹⁰⁾ “規制目的については、その人権の重要さに釣り合う重要度を認めうる公益の実現が目的とされている必要があ…る…”（高橋体系 233 頁）

④立法目的を達成することができるより制限的でない他の選び得る手段が存在しないことが必要とされる。④を手段必要性という。¹¹⁾

(ア) 手段適合性

⑦手段適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味する。これは、(i)規制対象が立法目的を阻害するものであることと、(ii)その手段が規制対象による立法目的の阻害を阻止するものであることの2点から成る。(i)を支える立法事実は、「社会共通の認識」や「相当の蓋然性」といった、「科学的な証明」よりも緩やかなもので足りる。

(イ) 手段必要性

⑧手段必要性では、(i)他の手段に具体性があることを前提に、(ii)他の手段がより制限的でないこと、(iii)他の手段により争われている法令上の手段と同程度に立法目的を達成できること、(iv)他の手段の実現可能性が要求される。

(例4)

前記(例3)の事案では、中間審査の基準を前提とした場合、手段必要性について、以下のような主張・反論・私見を展開することができる。

<p>(原告)</p> <p>Z機能画像によるプライバシー侵害の回復は、プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令というより制限的でない他の手段によっても実現することができるから、中止命令は目的を達成するための唯一の手段であるとはいえず、必要最小限度の手段とはいえない。</p>	<p>(被告)</p> <p>…略… 中間審査基準によるべきである。</p> <p>そして、プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令は、中止命令に比べて有効性が劣るものであるから、これをもって中止命令の必要性を否定することはできない。</p> <p>(私見)</p> <p>具体的にどういった意味で「プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令は、中止命令に比べて有効性が劣る」のかということについて論じ、「プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令」というより制限的でない他の手段が「中止命令と同程度の有効性」を有しないといえるのかということについて検討する。</p> <p>中間審査基準では、「より制限的でない他の手段」の有効性としては、「中止命令と同程度」の有効性まで要求されるからである。</p>
--	---

(3) 合理性の基準

合理性の基準を用いる場合、当該法令(あるいは、法令中の一部の規定)は、①立法目的が正当な利益の保護にあり、かつ、②手段が立法目的との間で合理的関連性を有するものであれば、合憲である。

合理性の基準では、目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成は必要とされない。

¹¹⁾ 中間審査の基準に属する実質的関連性の基準における手段審査では、LRA審査は行わない(手段と目的との直列的な因果関係だけを問う)という理解もある(例えば、赤坂28頁)一方で、実質的関連性の基準でもLRA審査が行われるとする理解もある(例えば、渋谷717頁、高橋体系233頁)。

ア. 目的

①合理性の基準のもとでは、合憲性の推定が働いているから、その推定を覆すだけの事情が認められる場合、すなわち、正当でない利益のための立法であることが明らかな場合 (ex.反憲法的な目的) にのみ目的審査で違憲となる。

論点教室 15 頁

イ. 手段

②手段の合理的関連性では、⑦手段の適合性 (その手段が立法目的の実現を促進すること) と④利益の均衡 (規制により得られる利益と失われる利益の均衡) のみが審査され、⑧手段の必要性 (より制限的でない他の手段により立法目的を達成できるか) までは審査されない。

作法 80 頁

(ア) 手段適合性

⑦手段適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味する。これは、(i)規制対象が立法目的を阻害するものであることと、(ii)その手段が規制対象による立法目的の阻害を阻止するものであることの2点から成る。

厳格審査の基準・中間審査の基準との違いは、(i)規制対象が立法目的を阻害する関係について、立法事実による支持は不要であり、観念上の想定に基づき心証形成できれば足りるという点である。¹²⁾

(イ) 利益の均衡

⑦は単なる関連性であり、⑦関連性に加えて④利益の均衡も認められることで初めて、合理的関連性といえる。¹³⁾

(4) 明白の基準 (明白の原則)

積極目的に基づく営業規制などについて、合理性の基準よりも緩やかな、明白の基準が用いられることがある。

渋谷演習 18 頁

これが用いられる場合、当該法令 (あるいは、法令中の一部の規定) は、それが著しく不合理であることが明白である場合に限り違憲となる。^{14) 15)}

例えば、小売市場事件 (最大判 S47.11.22・百 I 91)

¹²⁾ “ここでは目的と手段の間に抽象的・観念的な関連性があれば足りるとされる。すなわち、法令や法令の下で具体的に講じられた手段と立法目的との間に因果関係が認められないとき以外は合憲とするのである。” (渋谷演習 18 頁)

“目的-手段関係についても、「合理的関連性」があればよい。「合理的関連性」も、事実を踏まえて検討することなく、「机の上で、関連性がある」と思えばよい。” (青柳 80 頁)

¹³⁾ 作法 80 頁は、政治的行為の禁止が合理的で必要やむを得ない限度にとどまるか否かは「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との均衡の3点から」判断されるとする猿払基準 (最大判 S49.11.6・百 I 13) について、「この審査は、一般に合理的関連性の基準と呼ばれるが、目的・手段・均衡の3点がそろっており、単に手段の目的に対する関連性のみを審査するものではないということがわかって…」と説明している。

¹⁴⁾ 憲法上の権利に対する通常の制限が問題となる限り、明白の基準よりも緩やかな審査は想定しがたい。より緩やかな基準があり得るとすれば、それは、原則-例外関係を観念し得ない (あるいは、憲法上の原形を想定し得ない) 場合に限られよう (作法 81~82 頁)。

¹⁵⁾ 立法目的が著しく不合理であることが明白か、手段が立法目的の実現を促進しないことが明白か、利益の均衡を著しく欠くことが明白かという3点について審査されることになる。

(参考文献1)

- ・「憲法」第7版(著:芦部信喜、補訂:高橋和之-岩波書店)
→(芦部〇頁)と表記
- ・「憲法学Ⅰ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅱ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅲ」増補版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法Ⅰ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
→(野中ほかⅠ〇頁)と表記
- ・「憲法Ⅱ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
→(野中ほかⅡ〇頁)と表記
- ・「立憲主義と日本国憲法」第3版(著:高橋和之-有斐閣)
→(高橋〇頁)と表記
- ・「体系 憲法訴訟」初版(著:高橋和之-岩波書店)
→(高橋体系〇頁)と表記
- ・「憲法Ⅰ基本権」初版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)
→(憲法Ⅰ〇頁)と表記
- ・「憲法講義(人権)」初版(著:赤坂正浩-信山社)
- ・「憲法」初版(著:青柳幸一-尚学社)
→(青柳〇頁)と表記
- ・「憲法訴訟」第2版(著:戸松秀典-有斐閣)
→(戸松〇頁)と表記
- ・「憲法」第3版(著:渋谷秀樹-有斐閣)
→(渋谷〇頁)と表記
- ・「憲法起案演習 司法試験編」初版(著:渋谷秀樹-弘文堂)
→(演習〇頁)と表記
- ・「日本国憲法論」初版(著:佐藤幸治-成文堂)
→(佐藤〇頁)と表記
- ・「憲法論点教室」第2版(著:曾我部真裕・赤坂幸一ほか-日本評論社)
- ・「憲法上の権利の作法」第3版(著:小山剛-尚学社)
- ・「判例から考える憲法」初版(著:小山剛・畑尻剛・土屋武-法学書院)
- ・「憲法判例の射程」初版(編著:横大道聡-弘文堂)
- ・「精読憲法判例[人権編]」初版(編集代表:木下昌彦-弘文堂)
- ・「憲法の地図」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法ガール」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法判例百選Ⅰ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例百選Ⅱ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例」第8版(著:戸松秀典・初宿正典-有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)

(参考文献2)

- ・「行政法」第6版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第5版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ」第4版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法①」第3版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法②」第2版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第3版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説ⅠⅡⅢ」(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法総論を学ぶ」初版(著:曾和俊文-有斐閣)
- ・「行政判例百選ⅠⅡ」第7版(有斐閣)
→「行百」と表記