

第1部 総論

第1章 憲法の立憲主義

C 基礎応用 1~2 頁

1. 憲法とは

憲法とは、国家統治の基本を定めた国家の基礎法である。

国家統治の基本は、いつの時代でも国家権力であり、この国家権力によって幾度となく国民の権利・自由が不当に侵害されてきた。

典型的には、国家が法律を制定し、それを国民に適用する形で、国民の権利・自由が制約されるのであり、その制約が不当な侵害に至らないよう、国家権力を縛る必要がある。

国家権力を制限して国民の権利・自由が守ることが、憲法の最たる役割であり、これを立憲主義的な憲法という（憲法により国家権力を制限し、憲法に基づいた政治を行うことを、立憲主義という。）。

日本国憲法は、立憲主義的な憲法と、統治機構について定める部分に大別することができ、前者については主として第2部で、後者については主として第3部で取り上げる。

2. 法の支配

法の支配とは、専断的な国家権力による支配（人の支配）を排斥し、権力を法で拘束することによって、国民の権利・自由を擁護することを目的とする原理である。

法の支配の内容として重要なものは、①憲法の最高法規性の観念、②権力によって侵されない個人の人権、③法の内容・手続の公正を要求する適正手続、④権力の恣意的行使をコントロールする裁判所の役割に対する尊重、などだと考えられている。

第2章 国民主権の原理

B 基礎応用 5~8 頁

1. 国民主権

国民主権の原理は、国の政治のあり方を最終的に決定する力又は権威が国民に存することを意味する。

これには、①権力的契機（国の政治のあり方を最終的に決定する権力を国民自身が行使すること）と、②正当性の契機（国家の権力行使を正当づける究極的な権威は国民に存すること）という2つの要素が含まれている。

2. 代表民主制

民主主義は、主権者である国民による政治の実現を理想とするものであり、この理想を最高度を実現するものとしては、国民が国民代表である議会（国会）を媒介しないで直接に政治を行う直接民主制が考えられる。

しかし、全国民で集まって国政について審議・決定することは現実的に不可能であるし、仮にそれが可能であっても全国民が自ら直接に国政について審議・決定できるだけの政治的素養を備えているとは限らない（その結果、その時々のお雰囲気によって国政について決定してしまう危険性もある）。

そこで、日本国憲法では、原則として、直接民主制をとらず、国民の中から自らの代表者（国会議員）を選び、その代表者が国民に代わって国政を担当する代表民主制（間接民主制）が採用されている（憲法前文1段、43条1項）。

第3章 平和主義

…略…

C 基礎応用 9～10 頁

第2部 基本的人権

第1章 問題処理の基本とコツ

第1節. 基本的人権が問題となる典型事例

A 基礎応用 11～15 頁

case1: 新型コロナウイルスの感染拡大の防止を目的として、飲食店全般を対象として、20時以降の酒類の提供を一律に禁止し、違反者には営業停止処分等の制裁を科すことができる旨の法律 A が制定された。

個人で居酒屋を営む X が自店で 20 時以降も酒類を提供していたことを理由として、営業停止 1 か月間の処分を受けた。

なお、X が 20 時以降に客に酒類を提供していたのは 1 か月に 2～3 日ほどであり、いずれも店内の客が 2～3 人程度にとどまる時間帯であった。

1. 国家による国民の権利・自由に対する介入が国民の基本的人権を侵害するかが問題となる

基本的人権の問題は、典型的には、case1 のように、国家が国民の自由に対して法令の制定又はその適用行為によって介入する場合に、法令やその適用行為は国民の基本的人権を侵害するものとして憲法違反（＝違憲）ではないかという形で生じるものである（あくまでも典型事例にすぎず、基本的人権の侵害事例の類型は他にもある。）。

X は、弁護士に依頼して、国側を被告として、営業停止期間満了前であれば営業停止処分の取り消しを、営業停止期間満了後であれば営業停止期間中の逸失利益（営業していれば得られたであろう利益）の賠償を求めて、裁判所に訴えを提起して、営業停止処分の違法性を基礎づけるために、（1）飲食店全般を対象とする 20 時以降の酒類提供の一律禁止を定める法律 A 自体が飲食店の営業の自由を侵害するものとして「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反する、（2）仮に法律 A 自体が合憲であっても、1 か月に 2～3 日ほど、店内の客が 2～3 人程度にとどまる時間帯に酒類提供をしていたにすぎない X に法律 A を適用して営業停止処分をすることは X の営業の自由を侵害するものであり、「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反すると主張する。

X の主張とこれに対する国側の反論を踏まえて、裁判所が、法律 A 自体と法律 A の適用行為としての本件営業停止処分の双方について、飲食店や X の営業の自由を侵害するものとして「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反するかどうかを審査することになる。この審査は、違憲審査（又は合憲性審査）と呼ばれるものである。

2. 違憲審査の流れ

（1）問題となっている自由が憲法上の基本的人権として保障されるか

まず、法律 A や本件営業停止処分によって干渉されている X の自由を特定した上で、それが「憲法上の基本的人権として保障」されているか否かを検討することになる。干渉されている X の自由は、自らが経営する飲食店で酒類を提供する自由（以下、「酒類提供の自由」という）であり、これは、営業の自由に属するものである。

憲法 22 条 1 項は、「職業選択の自由」については明文で定めているが、営

業の自由については明文で定めていない。そこで、営業の自由も「職業選択の自由」に含まれるものとして憲法 22 条 1 項によって保障されるかが問題となる。この点について、判例は肯定説に立っているから、X の酒類提供の自由も「職業選択の自由」の一環として憲法 22 条 1 項によって保障される。

(2) 国家の干渉が基本的人権に対する「制約」に当たるか

次に、法律 A や営業停止処分が、X の酒類提供の自由に対する「制約」と評価するに値するのかが問題となる。

仮に国家による国民の自由に対する干渉が自由権に対する「制約」に当たる場合には、その「制約」には憲法的正当化が要求され、憲法的正当化が認められなければ違憲となる（法律であれば、少なくとも当該事案では無効となり当該事案への適用が否定されるとともに、通常は国会で廃止又は改正される）。そのため、国家による自由権に対する干渉がことごとく自由権の「制約」と評価されるのではなく、「制約」と評価される干渉はある程度限定されるべきである。¹⁾

法律 A も本件営業停止処分も、その法律効果として X の酒類提供の自由をダイレクトに禁止するものだから、問題なく、X の酒類提供の自由に対する制約に当たる。

(3) 制約の憲法的正当化

人権も、内心の自由など一部の人権を除き、「公共の福祉」による制約に服する（一般規定：憲法 12 条後段・13 条後段 個別規定：憲法 22 条 1 項・憲法 29 条 2 項）。

酒類提供の自由を制約している法律 A や本件営業停止処分の憲法的正当化の可否について、「公共の福祉」による制約として許容されるか否かを検討することになる。

なお、制約の正当化の観点、形式的観点と実質的観点に分類されるが、ここでは試験でほぼ毎回出題される実質的観点についてのみ取り上げる。

ア. 違憲審査基準の定立

(ア) 目的手段審査

実質的観点では、目的と手段の双方から合憲性を検討する違憲審査基準と呼ばれる基準を定立した上で、問題となっている法令やその適用行為について、目的と手段の双方から合憲性を検討することになる（これを、目的手段審査という）。

違憲審査基準を用いた目的手段審査では、法律を対象とする場合であれば、法律がある基本的人権を制約している目的（＝立法目的）が合憲であるかと、当該制約が立法目的を達成する手段として合憲であるかを審査することになる。

(イ) 審査の厳格度

目的と手段の合憲性をどれくらい厳格に審査するのか（＝違憲審査基準の厳格度）は、事案によって異なるため、事案ごとに違憲審査基準の厳格度を決定する必要がある。

典型的には、基本的人権の性質（主に重要性）と制約の態様（主に強度）の 2 点から、違憲審査基準の厳格度を決定することになる。

例えば、ある法律が、重要な人権に対する強度な制約である場合には、

目的審査と手段審査の厳格度は一致する。

¹⁾ 直接的な干渉のみならず間接的な干渉も制約と評価されるかをはじめとして、いかなる干渉までが「制約」と評価されるのかは、人権によって微妙に異なる。

その法律の合憲性は、厳格に審査される。反対に、問題となっている人権がさほど重要でないことや、人権に対する制約の強度が弱いことは、緩やかに審査すべきという方向で評価される（職業規制である case1 では、主として「制約の目的」と「規制の目的」が考慮されることになるが、ここでは割愛し、第 11 章で説明する）。²⁾

（ウ）「厳格な基準」と「緩やかな基準」

憲審査基準は、「厳格な基準」と「緩やかな基準」に大別される。「厳格な基準」では、目的が必要不可欠又は重要であること、手段が目的達成にとって有効かつ必要であることが要求される。「緩やかな基準」では、目的が正当であることで足り、手段も目的達成にとって有効であれば足り（厳密には、制約によって得られる利益と失われる利益の均衡も必要である）、必要性までは要求されない。

手段審査における有効性とは、基本的人権を制約していること（制約していること自体だけでなく、制約の仕方も含む）が制約目的を達成する手段として役に立つことを意味し、手段審査における必要性とは、制約目的を達成できるより制限的でない（基本的人権に対する干渉が弱い）他の選び得る手段が存在しないことを意味する。

イ. 違憲審査基準の適用（当てはめ）

例えば、法律 A 自体の憲法的正当化の審査において、「厳格な基準」を用いる場合には、目的審査では、新型コロナウイルスの感染拡大を防止することで国民の生命・健康を守るという立法目的が重要であるか否かを審査することになる（なお、人権ごとに違憲審査基準の厳格度の上限が決まっており、職業規制では、必要不可欠まで要求されることはない）。手段審査では、飲食店における 20 時以降の酒類提供を制裁付きで禁止することが立法目的を達成するうえで役に立つか（ここでは、20 時以降の酒類提供が感染拡大につながるか否か、制裁付きでそれを禁止することで 20 時以降の酒類提供を抑止できるか否かの 2 点が問題となる）と、立法目的を達成できるより制限的でない他の選び得る手段の存否（例えば、客席の間隔を一定程度保ったり、客席の間に一定サイズの間仕切りを設置することを義務付けるなどの手段により、感染拡大を防止できるか否か）が問題となる。

ウ. 結論

以上の審査を経て、目的審査と手段審査の双方をクリアできたなら、法律 A や本件営業停止処分は、酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものではなく、憲法 22 条 1 項に違反しないから、合憲である。

これに対し、目的審査と手段審査のどちらかをクリアできない場合には、法律 A や本件営業停止処分は、酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものとして、憲法 22 条 1 項に違反し、違憲である。

3. 法令違憲審査と適用違憲審査

違憲審査には、法令自体の違憲性を審査する法令違憲審査と、法令の適用行為に固有の違憲性を審査する適用違憲審査とがある（適用違憲の正確な意味については、基礎応用講義で説明する）。

例えば、case1 における X の主張のうち、(1) 飲食店全般を対象とする 20

²⁾ 平等権（憲法 14 条 1 項）、職業の自由（憲法 22 条 1 項）など、違憲審査基準の厳格度を決定する際の考慮要素が典型的な考慮要素と異なる人権もある。

時以降の酒類提供の一律禁止を定める法律 A 自体が飲食店の営業の自由を侵害するから「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反するとの主張は、法令違憲審査に関する主張であり、(2) 仮に法律 A 自体が合憲であっても、1 か月に 2~3 日ほど、店内の客が 2~3 人程度にとどまる時間帯に酒類提供をしていたにすぎない X に法律 A を提供して営業停止処分を X の営業の自由を侵害するものであり、「職業選択の自由」を保障する憲法 22 条 1 項に違反するとの主張は、適用違憲審査に関する主張である。

法令違憲審査では、法令の仕組みそのものを対象として、その違憲性を審査するため、登場人物 (case1 の X) に関する固有事情を直接用いることはできない。例えば、手段審査において、X による 20 時以降の酒類提供は、1 か月に 2~3 日ほど、店内の客が 2~3 人程度にとどまる時間帯に限るというものであるため、感染拡大の危険性は小さいから、X に対して営業停止処分をすることは、感染拡大の防止という目的を達成する手段として役に立たないか、少なくとも必要ではないと論じることはできないのである。これは、適用違憲審査で直接取り上げるべき事情である。

すなわち、適用違憲審査では、仮に法律 A 自体が合憲であったとしても、上述の X の事情からすれば、X に対して営業停止処分をすることは、感染拡大の防止という目的を達成する手段として役に立たないか、少なくとも必要ではないといえるから、X の酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものとして憲法 22 条 1 項に反し違憲であると論じることが可能である。³⁾

4. 「厳格な審査」と「緩やかな審査」

違憲審査基準のうち目的手段審査は、典型的には次のように分類される。⁴⁾

| | |
|--------------|---|
| 厳格な審査 | (厳格審査の基準) |
| | <p>①目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ、②手段が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。</p> <p>➡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 (つまり、立法事実を根拠として、保護法益が必要不可欠である、手段が必要最小限度であると心象形成できなければならならず、観念上の想定でそのように心象形成できるだけでは足りない)。</p> |
| | (厳格な合理性の基準 - 中間審査の基準) |
| | <p>①目的が重要であり、かつ、②手段が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。</p> <p>➡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。</p> |

実質的関連性の基準ともいう。

³⁾ 厳密には、適用違憲審査は、法令自体が合憲でもそれが当該事件の当事者に適用される限度において違憲であるといえるか否かを審査するものであるから、法令の適用行為に固有の違憲性を問題としているわけではなく、法令が適用された当該事件の当事者に関する事情も考慮する形で、法令のうち違憲的に適用される部分 (=法令の違憲的適用部分) の有無を問題にしているのである。

⁴⁾ 人権ごとに、違憲審査基準の厳格度の標準 (ベースライン)、下限及び上限が決まっているから、論文試験ではそれを守る必要がある。例えば、表現の自由 (憲法 21 条 1 項) では、厳格な合理性の基準 (中間審査の基準) がベースラインとなるから、明白の原則まで緩やかになることはない。反対に、職業の自由 (憲法 22 条 1 項) では、厳格度の上限は厳格な合理性の基準であるから、それよりも厳格である厳格審査の基準が用いられることはない。

| | |
|---------------|---|
| <p>緩やかな審査</p> | <p>(合理的関連性の基準 - 合理性の基準)</p> <p>①目的が正当な利益の保護にあり、かつ、②手段が目的との間で合理的関連性を有するなら、合憲である。</p> <p>➡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(観念上の想定で、保護法益が正当な利益である、手段が合理的関連性を有すると心証形成できれば足りる)。</p> <p>(明白の原則)</p> <p>目的・手段のいずれか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。</p> <p>➡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。</p> |
|---------------|---|

第2節. 違憲審査の枠組み

第1. 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 基礎応用 16～17 頁

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、防御権又は防御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。

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

①を抽出する際には、制約から考える。

➡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（形式的観点・実質的観点）

➡憲法的正当化の観点は、形式的観点・実質的観点到に分類される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、実質的観点到に属する

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。

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、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「利益衡量」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」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。

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⇒目的手段審査による当てはめ」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

(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。

¹⁾ 形式的観点としては、㉞法律の留保原則、㉟委任立法の限界、㊱条例と法律の関係（憲法 94 条）、㊲憲法の法律留保事項（憲法 29 条 2 項・31 条・84 条）、㊳規範の明確性（明確性の原則・過度の広汎性の原則）及び㊴検閲の絶対禁止（憲法 21 条 2 項前段）の 6 つが挙げられる。

(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。

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。
- ・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。

第2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査

A 基礎応用 18～24 頁

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. 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

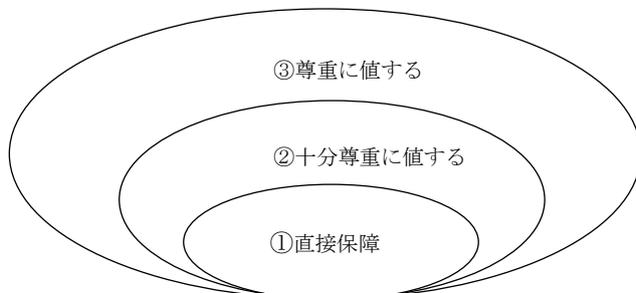
- ・形式的に該当するのであれば、文言の意義、人権の定義、当該条文の保障内容などのうち、本問で使うものを抽象的に明示した上で、生の権利（利益）をそれに当てはめる
- ・形式的に該当しないのであれば、保障の趣旨（沿革等を含む）や判例・学説を使って保障を肯定することができないのかを検討する
- ・形式的に該当しても、保障の趣旨が妥当しないなどの理由から、保障の可否が問題となることもある

(2) 保障の程度

憲法上保障される権利（利益）は、①憲法〇条により直接保障される権利、②憲法〇条の趣旨（精神）に照らし十分尊重に値する権利、③憲法〇条の趣旨（精神）に照らし尊重に値する権利に大別される。

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。



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。

4. 違憲審査基準の定立

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わけである。

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

㊦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。

➡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。

㊧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う論法を、安易に採用するべきではない。

➡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、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上で、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

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

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。²⁾

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。

(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。

(2) 中間審査の基準（厳格な合理性の基準）

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。

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、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。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)

実質的関連性の基準ともいう。

²⁾ 上記の立法事実、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。

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

①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。

(3) 合理性の基準 (合理的関連性の基準)

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。

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。

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。

(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。

(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。

(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。

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。

明白の基準では、①立法目的が著しく不合理であることが明白か、②手段が立法目的の実現を促進しないことが明白か、③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。

第10章 表現の自由

第1節. 総論

1. 表現の自由の意義・価値

表現の自由とは、思想・情報を外部に発表し他者に伝達する自由である。

内心における思想や信仰は、外部に表明され、他者に伝達されてはじめて社会的効用を発揮する。表現の自由は、内心における思想や信仰を他者に伝達してその社会的効用を発揮させるという意味で、とりわけ重要な権利なのである。

表現の自由を支える価値は、個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという個人的な価値（自己実現の価値）と、言論活動により国民が政治的意思決定に関与するという民主政に資する社会的な価値（自己統治の価値）である。

表現の自由は、個人の人格形成にとっても重要な権利であるが、とりわけ、国民が自ら政治に参加するために不可欠の前提をなす権利である。

A 司ブレ 司 H20 司 H23
司 H25 司 H27 司 H30 司 R1
司 R3 予 H30

A 基礎応用 161 頁

2. 萎縮効果除去の要請

表現の自由については、萎縮効果除去の要請が強い。萎縮効果とは、規制する必要がある表現 A を規制したところ、国民が当該規制に違反することを恐れて、規制されていない表現 A 以外の表現まで控えてしまうということを用いる。

A 基礎応用 161 頁

3. 違憲審査基準を定立する際の考慮要素

① 表現内容の価値

自己実現の価値・自己統治の価値との関連性など

② 伝達手段としての重要性

ビラ配布、ビラ貼り付けなど

③ 表現活動の場所

パブリック・フォーラム理論、囚われの聴衆の理論

④ 規制の態様

事前抑制／事後抑制、表現内容規制／表現内容中立規制、直接的規制／間接的・付随的規制など

A 基礎応用 161 頁

第2節. 表現の自由と国家による援助

A 基礎応用 162~163 頁

[判例 1] 公立図書館の図書廃棄事件

A

最判 H17.7.14・百 170

事案：公立図書館において閲覧に供された著作物が廃棄された事案において、「公立図書館で閲覧に供された図書の著作者がその著作物によって思想・意見等を公衆に伝達する利益」について、不法行為責任における被侵害利益としての要保護性が問題となった。

本判決は、前記利益について、損害賠償責任における被侵害利益としての要保護性を承認しているにすぎない。この利益が「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障されるというためには、表現の自由が自由権であるというハードルを乗り越えなければならず、答案ではそこを軸とした議論を展開することになる。

以下は、論述例である。

(論述例)

公立図書館の図書廃棄事件最高裁判決は、住民に図書館資料を提供するための公的な場である公立図書館はそこで閲覧に供された図書の著作者にとってはその思想、意見等を公衆に伝達する公的な場であることと、著作者の思想の自由・表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることを理由に、公立図書館で閲覧に供された図書の著作者がその著作物によって思想・意見等を公衆に伝達する利益について、法的保護に値する人格的利益であると述べ、不法行為責任における被侵害利益としての要保護性を肯定している。そこで、本判決の趣旨をおし進め、上記利益は、「表現の自由」として憲法 21 条 1 項によっても保障されると解すべきである。

これについては、「表現の自由」は国家からの自由を核心とする自由権であり、国家による積極的行為を要求しうる権利ではないから、著作者の利益を「表現の自由」として認めることはできないとの反論が想定される。

確かに、表現の自由は自由権であるから、国民は、思想・情報を表現するために必要な特定の施策を請求しうる具体的権利を当然に持つものではない。そのため、公立図書館はいかなる図書を購入し公衆の閲覧に供するかについて広汎な裁量を有するから、上記の著作者の利益は、公立図書館が裁量に基づき当該図書を購入して公衆の閲覧に供したことによって反射的に生じる事実上の利益にすぎないとも考え得る。

しかし、図書の購入と異なり、購入した図書の管理については、公立図書館に広い裁量を認めることはできない。なぜならば、公立図書館が図書を購入しそれを公衆の閲覧に供したことにより、当該図書の著作者にとっては、その著作物によって自身の思想・意見等を公衆に伝達するというのが、自身の表現行為のベースラインとなるため、後になって当該図書を非公開や廃棄にすることは、当該著作者の表現行為を妨害するという性格を帯びるからである。

そこで、公立図書館で閲覧に供された図書の著作者については、その著作物によってその思想・意見等を公衆に伝達する権利が、「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障されると解することができる。と考える。

[判例 2] 「宮本から君へ」助成金不交付事件

B 最判 R5.11.17

事案：X は、映画製作会社であり、Y は、独立行政法人日本芸術文化振興会法

(以下「振興会法」という。)及び独立行政法人通則法の定めるところにより設立された独立行政法人であり、Yの理事長(以下、単に「理事長」という。)は、「文化芸術振興費補助金による助成金交付要綱」(以下「本件要綱」という。)を定め、振興会法14条1項1号の業務として、文化庁長官から交付される文化芸術振興費補助金を財源に、劇映画の製作活動等を対象とする文化芸術振興費補助金による助成金(以下「本件助成金」という。)を交付している。

Xは、本件映画の製作に着手し、本件映画の製作活動につき、本件助成金の交付の申請をし、理事長から上記製作活動を助成対象活動とする交付内定(以下「本件内定」という。)を受けたが、その後、本件映画の出演者の一人(以下「本件出演者」という。)についてコカインを使用したと麻薬及び向精神薬取締法違反の罪により執行猶予付きの有罪判決(以下「本件有罪判決」という。)が確定したことから、本件内定に係る助成金交付申請書を理事長に提出した際に、本件映画には本件有罪判決が確定した本件出演者が出演しているので「国の事業による助成金を交付することは、公益性の観点から、適当ではない」として本件助成金を交付しない旨の決定(以下「本件処分」という。)を受けた。

要点：最高裁は、①本件助成金の交付に係る判断は、理事長の裁量に委ねられるとした上で、②Yは、公共の利益の増進を推進することを目的とする独立行政法人であり(振興会法3条の2、独立行政法人通則法2条2項)、理事長は、本件助成金が法令及び予算で定めるところに従って公正かつ効率的に使用されるように努めなければならないこと(振興会法17条、補助金等適正化法3条)等を理由に、芸術的な観点からは助成の対象とすることが相当といえる活動についても、本件助成金を交付すると一般的な公益が害されると認められるときは、そのことを交付に係る判断において、消極的な事情として考慮することができる」と解している。

その一方で、③「本件助成金は、公演、展示等の表現行為に係る活動を対象とするものであるところ(振興会法14条1項1号)、芸術的な観点からは助成の対象とすることが相当といえる活動につき、本件助成金を交付すると当該活動に係る表現行為の内容に照らして一般的な公益が害されることを理由とする交付の拒否が広く行われるとすれば、公益がそもそも抽象的な概念であって助成対象活動の選別の基準が不明確にならざるを得ないことから、助成を必要とする者による交付の申請や助成を得ようとする者の表現行為の内容に萎縮的な影響が及ぶ可能性がある。このような事態は、本件助成金の趣旨ないしYの目的を害するのみならず、芸術家等の自主性や創造性をも損なうものであり、憲法21条1項による表現の自由の保障の趣旨に照らしても、看過し難いものといえることができる。そうすると、本件助成金の交付に係る判断において、これを交付するとその対象とする活動に係る表現行為の内容に照らして一般的な公益が害されるということを消極的な考慮事情として重視し得るのは、当該公益が重要なものであり、かつ、当該公益が害される具体的な危険がある場合に限られるものと解するのが相当である。」と述べ、助成金不交付による表現行為の内容に萎縮的な影響が及ぶ可能性があることに配慮して、助成金不交付に係る理事長の裁量を制限している。

その上で、④次の通り判示して、本件処分における理事長の裁量権の逸

脱・濫用を認めた。

「Yは、本件出演者が出演している本件映画の製作活動につき本件助成金を交付すると、Yが「国は薬物犯罪に寛容である」といった誤ったメッセージを発したと受け取られて薬物に対する許容的な態度が一般に広まるおそれが高く、このような事態は、国が行う薬物乱用の防止に向けた取組に逆行するほか、国民の税金を原資とする本件助成金の在り方に対する国民の理解を低下させるおそれがあると主張する。このことからすると、理事長は、本件処分に当たり、本件映画の製作活動につき本件助成金を交付すると、本件有罪判決が確定した本件出演者が一定の役を演じているという本件映画の内容に照らし、上記のような公益が害されるということを消極的な考慮事情として重視したものと解することができる。

しかしながら、本件出演者が本件助成金の交付により直接利益を受ける立場にあるとはいえないこと等からすれば、本件映画の製作活動につき本件助成金を交付したからといって、Yが上記のようなメッセージを発したと受け取られるなどということ自体、本件出演者の知名度や演ずる役の重要性にかかわらず、にわかに想定し難い上、これにより直ちに薬物に対する許容的な態度が一般に広まり薬物を使用する者等が増加するという根拠も見当たらないから、薬物乱用の防止という公益が害される具体的な危険があるとはいえない。そして、Yのいう本件助成金の在り方に対する国民の理解については、公金が国民の理解の下に使用されることをもって薬物乱用の防止と別個の公益とみる余地があるとしても、このような抽象的な公益が薬物乱用の防止と同様に重要なものであるということとはできない。

そうすると、本件処分に当たり、本件映画の製作活動につき本件助成金を交付すると、本件出演者が一定の役を演じているという本件映画の内容に照らし上記のような公益が害されるということを、消極的な考慮事情として重視することはできないというべきである。そして、前記事実関係等によれば、理事長は基金運営委員会の答申を受けて本件内定をしており、本件映画の製作活動を助成対象活動とすべきとの判断が芸術的な観点から不合理であるとはいえないところ、ほかに本件助成金を交付することが不合理であるというべき事情もうかがわれなから、本件処分は、重視すべきでない事情を重視した結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものであるといえることができる。

以上によれば、本件処分は、理事長の裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものであるとして違法というべきである。」

第3節. 表現の自由の制約

1. 二重の基準の理論

表現の自由を中心とする精神的自由を規制する立法の合憲性は、経済的自由を規制する立法よりも、とくに厳しい基準によって審査されなければならない。

その根拠は、①精神的自由が不当に制約されている場合には、民主政の過程が傷つけられているため、違憲判決を通じて民主政の過程の正常な運営を回復する必要がある、②精神的自由の規制については、社会・経済政策の問題と関係することが少ないため、裁判所の審査にも馴染むものであり、立法府の判断を尊重すべき要請は強くない、という点にある。

A 基礎応用 164 頁

2. 明確性の理論

(1) 漠然性ゆえに無効の法理（明確性の原則）

ア. 根拠

表現の自由に対する刑罰法規については、法適用の恣意を排除して国民に対して公正な告知をするという罪刑法定主義の帰結に加え、萎縮効果の除去という要請から、明確性が要求される。

基礎応用 164～171 頁

A 司プレ 司 H20 司 H21

司 H30 司 R1 予 R3

イ. 判断基準

徳島市公安条例事件大法廷判決は、表現の自由に対する刑罰法規の犯罪構成要件の明確性について、通常的判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめる基準が読みとれるかどうかにより判断すると述べている。

最大判 S50.9.10・百 I 83

もっとも、本判決において通常的判断能力を有する一般人が基準とされているのは、明確性が問題となった公安条例が一般人を名宛人とするものだったからである。

明確性の理論の根拠である公正な告知及び萎縮効果除去の要請は法令の名宛人についてしか問題とならないことからすれば、名宛人が特定の属性の者たちに限定されている法令では、明確性を判断する際の基準となる者を「通常的判断能力を有する一般人」から「名宛人である特定の属性の者たちに」に変更すべきである。

ウ. 考慮要素

法文そのものが不明確でも、当該法令全体の趣旨や下位規範（施行規則、通達など）も考慮することで法文の不明確性を払拭できる場合がある。

最判 H19.9.18・百 I 84

例えば、広島市暴走族追放条例事件最高裁判決は、「暴走族」という文言について、定義規定のみならず、本条例全体の趣旨、及び条例の下位規範たる施行規則も考慮することで、限定解釈を施し、その不明確性を払拭している。このような判断手法については、通常人の読み方からすれば、規制対象たる「暴走族」の意味について定義規定の字義通りに理解されるのが至極当然であり、そうでなければ法文上の言葉を定義する意味が失われるとの批判もある。

藤田宙靖裁判官の反対意見

岐阜県青少年保護育成条例事件の伊藤正己裁判官の補足意見では、①「青少年保護を目的とした、青少年を受け手とする場合に限っての規制である…から…、…明確性の要求についても、通常の表現の自由の制約に比して多少ゆるめられる」とした上で、②岐阜県青少年対策本部次長通達による審査基準・施行規則 2 項・告示という下位基準による具体化・明確化を認

最判 H 元 9.19・百 I 50

めることで、「有害図書」の不明確性を払拭している。

エ. 合憲限定解釈による不明確性の払拭の可否

合憲限定解釈の余地のある事案では、合憲限定解釈による不明確性の払拭の可否についてまで言及するのが望ましい。

(2) 過度の広汎性ゆえに無効の法理（過度の広汎性の原則）

萎縮効果の除去という要請から、表現の自由を規制する法令の規定が違憲的に適用される事例を含む場合には、その規定は文面上無効になると解される。¹⁾

「漠然性のゆえに無効」の法理と「過度の広汎性ゆえに無効」の法理とは重なり合う場合も多いが、厳密には、前者が規制対象それ自体が不確定であるため国民の側から見て自分の行動が規制されるのかどうかがそもそもわからないことを問題にするのに対し、後者では規制対象がそれ自体は法令の規定により確定しており本来規制すべきでない行動がそこに含まれていることが問題となる、という意味で区別される。

論証集 154 頁 [論点 2]

司 R1 予 R3

B 司 H30

A 基礎応用 171～176 頁

3. 事前抑制／事後抑制

(1) 事後抑制

表現行為が行われた後に制裁を加えることをいう。すなわち、一定の表現行為の制限・禁止を定めており、表現行為が行われた後にそれが制限・禁止に該当したと判断された場合には処罰するというのが、事後抑制である。

(2) 事前抑制

表現行為が行われる前にそれを制限・禁止することを意味する。

ア. 検閲の禁止

[論点 1] 「検閲は、これをしてはならない」の意味

憲法 21 条 2 項前段が同条 1 項の一般的規定とは別に検閲禁止に関する特別の規定を設けていることからすれば、同条 2 項前段は、検閲を絶対的に禁止する趣旨であると解すべきである。

検閲に関する沿革に基づき、検閲が絶対的に禁止されるものであることを前提にするならば、「検閲」とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指すと解すべきである。

司 H20

B

税関検査事件・最大判 S59.12.12・

百 1 69

イ. 事前抑制そのもの

[論点 2] 名誉毀損を理由とする裁判所による出版物の頒布等の差止め

北方ジャーナル事件大法廷判決は、名誉毀損を理由とする裁判所による出版物の頒布等の差止仮処分の憲法 21 条 1 項違反が問題となった事案において、以下の理論を展開している。

まず、名誉は極めて重大な法益であり、人格権としての名誉権には物権と同様に排他性が認められるから、人格権としての名誉権が名誉毀損を理由とする実体法上の差止請求権の根拠になる。

次に、表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止

予 R3

A

最大判 S61.6.11・百 1 68

¹⁾ 違憲的適用部分を含むだけで直ちに過度の広汎性故に無効の法理により文面上無効と判断されるのでは、実体審査における手段必要性との違いがなくなるから、文面上無効とすることにより萎縮効果を除去すべき要請が働く程度に違憲的適用部分が含まれていることが必要であると思われる（私見）。

する憲法 21 条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容される。なぜならば、事前抑制には、表現内容に対する公の批判の機会を減少させる、事後抑制と比べて広汎にわたり易く濫用のおそれがある、実際上の抑止的効果が大きいという弊害があるからである。

そして、民主制国家のもとで公共的事項に関する表現の自由が特に重要な憲法上の権利として尊重されるべきとする憲法 21 条 1 項の趣旨からすれば、公共的事項に関する表現行為は私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであるから、これに対する事前差止めは原則として許されない。

そこで、例外的に事前差止めが許されるためには、①表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものではないことが明白であること、②被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があることが必要であると解する。

さらに、差止め仮処分の手続的要件としては、原則として、③口頭弁論又は債務者の審尋を行い、表現内容の真実性等の主張立証の機会を与えることが必要である。もっとも、口頭弁論や債務者の審尋を行うまでもなく、債権者の提出した資料によって①・②が認められるときには、口頭弁論又は債務者の審尋は不要である。

〔論点 3〕 プライバシー侵害を理由とする裁判所による出版物の頒布等の差止め

週刊文春記事差止事件東京高裁決定は、プライバシー侵害を理由とする出版物の事前差止めについて、北方ジャーナル事件大法廷判決の要件を転用し、①当該出版物が公共の利害に関する事項に係るものといえないこと、②専ら公益を図る目的のものでないことが明白であること、③被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあること、という 3 つの要件すべての充足が必要であるとした。

「真実でないことが明白であること」を要件から外したのは、プライバシー侵害は真実情報の暴露によってこそ侵害されるという性質をもつため、表現者側に真実証明を求めれば求めるほどプライバシーが一層侵害されるからである。

ウ. 事前抑制たる側面を有するもの

表現行為に対する事前抑制には、「検閲」、「事前抑制そのもの」のほか、「事前抑制たる側面を有するもの」もある。

4. 表現内容規制／表現内容中立規制

(1) 表現内容規制

国家が表現内容を選別し、特定の内容の思想・意見の流通を妨害する目的とする表現規制である。

これについては、国家が自己に都合の悪い表現を抑圧する危険及び言論市場を歪める（又は特定の内容の表現が言論市場から締め出されるため表現の自由に対する制約効果が強い）ことを根拠に、厳格審査の基準が用いられるのが通常である。

なお、表現内容規制には見解規制と主題規制がある。見解規制は、特定の立場を公的議論の過程から排除するもので、自己統治・民主政治の理念に反するし、政府が自己に都合の悪い表現を抑圧する危険性も大きいから、きわ

B

東京高決 H16.3.31

A 基礎応用 176～178 頁

司 H20 司 H23 司 H25 司 R1

司 R3 予 R3

司 H25

めて厳格な審査が必要である。これに対し、主題規制は、時・場所・態様の規制と結合してなされる場合には、公的討論の場に向けて表現する他の回路が開かれている限り、内容中立規制の場合と同様に考えることができる。

(2) 表現内容中立規制

表現をそれが伝達するメッセージの内容や伝達効果に直接関係なく制限する規制をいう。中心的な類型は、表現の時・場所・方法の規制である。

表現内容規制と異なり、表現の他の回路が存在するのが通常であるため表現の自由に対する制約効果が大きくない上、またそれゆえに国家が自己に都合の悪い表現を規制しているとの疑いも小さいとの理由から、原則として、中間審査が適用される。

もともと、規制されている時・場所・方法が表現行為にとって極めて重要な手段である場合には、厳格審査の基準によるべきである。

5. 直接的制約／間接的・付随的制約

直接的制約は、表現行為それ自体を規制対象とする制約を意味する。

間接的・付随的制約は、行動のもたらす弊害の防止をねらいとした行動の禁止に伴う限度で生じる意見表明の自由の制約を意味する。

[論点 4] 表現行為を理由とする不利益取扱い

確かに、表現行為そのものが制約されているわけではないから、「表現の自由」に対する制約は認められないとも思える。

しかし、表現の自由の優越的地位を支えている思想の自由市場論からは、表現行為に対する萎縮効果を除去するために表現規制に関する明確性の原則が導かれる。

そこで、明確性の原則の根拠である萎縮効果論を文面審査のみならず実体審査の場面にも及ぼし、ある特定の問題についての意見表明を理由とした不利益取扱いが意見表明に対する萎縮効果を有する場合には、思想の自由市場を歪めるものとして「表現の自由」に対する制約に当たると解すべきである。

A 基礎応用 178 頁

猿払事件・最大判 S49.11.6・百 1 12

等 司ブレ

A 司 H27 予 H30

第4節. 表現の自由の種類

1. 知る自由・知る権利

(1) 知る自由

知る自由は、情報の受領を政府により妨げられないという意味での消極的自由であり、参政権的・社会権としての側面をも有する知る権利とは、その内容・性質を異にする。

[論点 1] 憲法上の保障

知る自由については、よど号ハイジャック記事抹消事件大法廷判決により、それが個人の人格・思想の形成・発展にとって必要不可欠であり、思想・情報の自由な伝達・交渉の確保という民主主義社会の基本的原理を真に実効あらしめるためにも必要であるという理由から、憲法 21 条 1 項等により保障されると解されている。

[論点 2] 違憲審査基準（青少年保護のための有害図書規制）

1. 確かに、法△条△項の□□という規制は、○○という情報をそれが一般国民に受領される前に遮断する事前抑制的なものであるから、規制として強度である。

そうすると、法△条△項の合憲性は、厳格審査の基準によって審査されるべきと思える。

しかし、知る自由の保障の前提をなす情報選別能力が十全には備わっていない青少年には、成人と同等の知る自由は保障されない。

とすれば、青少年保護のために青少年を受け手とする有害図書の販売を規制する立法が、青少年の知る自由との関係で憲法 21 条 1 項に適合するものであるかは、成人に対する表現の直接的規制の場合に比べて、緩やかに審査するべきである。

具体的には、立法目的が重要で、手段が立法目的との間の実質的関連性を有するかどうかで審査するべきである。

また、このような規制は、成人の知る自由をも制限することになったとしても、それは青少年保護の目的からみて必要とされる規制に伴って当然に付随的に生ずる効果にとどまり、成人にはこの規制を受ける有害図書を手に入る途が残されている。

そうすると、成人の知る自由との関係で憲法 21 条 1 項に適合するものであるかについても、前記基準で審査すれば足りる。

2. まず、青少年の健全育成は、その後の私生活・社会生活という本人の人生に大きく影響するから、青少年・成人の知る自由を制約する目的としてふさわしいといえ、重要であるといえる。

次に、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、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手段が存在しないこと（＝手段の必要性）が必要とされる。手段の適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味し、これが認められるためには、その前提として、規制対象が立法目的を阻害するという関係が必要とされる。そして、中間審査の基準が適用される場合、かかる関係については、社会共通の認識を根拠として認められることで足り、科学的な証明を根拠として認められることまでは不要である。

A 基礎応用 179～185 頁

司 H20 司 H30

A 司 H20 司 H30

最大判 S58.6.22・百 I 14

A 司 H20 司 H30

岐阜県青少年保護育成条例事件（最判 H 元.9.19・百 I 50）、同事件伊藤補足意見

論証集 12 頁 (2) イ (ア)

(2) 知る権利

知る権利とは、①政府情報（政府が保有する情報、国民が政治に有効に参加するために必要な情報）を対象とするものであり、②自由権としての側面のみならず、参政権（国家への自由）としての側面（個人は、様々な情報を知ることによって、はじめて政治に有効に参加することができる）及び社会権（国家による自由）としての側面（ex.情報公開請求権）も有する。

〔論点 1〕 憲法上の保障

「表現の自由」は、その文理からしても、本来的には、送り手の自由を意味するものである。

もっとも、国民は、様々な情報を知ることにより、表現の対象とする自分の思想・意見を形成するという意味で、表現の自由は送り手と受け手の立場の互換性を前提にしている。

そこで、マスメディアの発達により情報の送り手と受け手の立場の互換性が保たれていない現代では、表現の自由を一般国民の側から再構築することで、一般国民には憲法 21 条 1 項により知る権利が保障されると解する。

なお、最高裁も、博多駅事件において、国民の知る権利を認めている。

A 基礎応用 185 頁

A

最大決 S44.1.26・百 I 73

2. 筆記行為の自由

判例で問題となったのは、「さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取することを補助するものとしてなされる」筆記行為の自由である。

最高裁は、レペタ事件において、よど号ハイジャック記事抹消事件大法廷判決を引用した上で「さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する自由は、憲法 21 条 1 項の規定の精神に照らし尊重されるべきである」としつつ、「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わけではないから、その制限または禁止については表現の自由の制約の場合に一般に必要とされる厳格な基準が要求されるわけではない。」と述べている。

〔論点 1〕 憲法上の保障・違憲審査基準

知る自由については、よど号ハイジャック記事抹消事件大法廷判決により、それが個人の人格・思想の形成・発展にとって必要不可欠であるなどの理由から、憲法 21 条 1 項等により保障されるとされている。

そうすると、筆記行為の自由についても、情報を摂取するために必要不可欠な行為ともなり得るものだから、情報を摂取する自由そのものとして構成し、憲法 21 条 1 項により直接保障されると考え得る。

これについては、筆記行為がなくても情報を摂取することができるから、筆記行為の自由については、情報を摂取する自由そのものとは異なり、憲法 21 条 1 項により直接保障されるものではないと解すべきであるとの反論が想定される。

確かに、最高裁は、レペタ事件において、筆記行為について、情報を摂取する自由から切り離して憲法 21 条 1 項の規定の精神に照らして尊重される行為であると述べた上で、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との理由から、その制限・禁止については表現の自由の制約の場合に一般に必要とされる厳格な審査基準は要求されないとしている。

しかし、摂取した情報を個人の人格・思想の形成・発展に役立たせるために

A 基礎応用 186～188 頁

最大判 H 元.3.8・百 I 77

A

最大判 S58.6.22・百 I 14（論証集
78 頁）

は、知覚した情報を理解することが必要である。

そして、摂取の対象となっている情報の内容・性質・量などによっては、知覚した情報を理解できるように記憶するために筆記行為が必要不可欠といえる場合がある。

そこで、このような場合には、情報の摂取のためになされる筆記行為は、情報を摂取する自由として憲法 21 条 1 項により直接保障されると解すべきである。

したがって、筆記行為を制限・禁止する法令の憲法 21 条 1 項適合性は、厳格に審査されるべきである。

B 基礎応用 188～190 頁

3. アクセス権

アクセス権とは、一般に、情報の受け手である一般国民が、情報の送り手であるマス・メディアに対して、自己の意見の発表の場を提供することを要求する権利（具体的には、意見広告や反論記事の掲載、紙面・番組への参加等）という意味で使われることが多い。

[論点 1] アクセス権の根拠

まず、憲法の人権規定は、対国家的なものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではないから、私人間に直接・類推適用されないと解される。そうすると、私人間に適用・類推適用されない憲法 21 条を直接の根拠にして、私人間における反論文掲載請求権を認めることはできない。

次に、反論文掲載請求権は、相手方に一定の作為を求めるものだから、名誉回復処分を定める民法 723 条及び人格権としての名誉権に基づく差止請求権も、その実定法上の根拠とならない。

さらに、反論文掲載請求権は、新聞を発行・販売する者にとってことに公的事項に関する批判的記事の掲載を躊躇させ、民主主義社会において極めて重要な意味をもつ新聞等の表現の自由（憲法 21 条 1 項）に対し重大な悪影響を及ぼすおそれがあるから、具体的な成文法なしにやすく認めるべきではない。

B

サンケイ新聞事件・最判 S62.4.24・

百 182

4. 報道の自由・取材の自由

(1) 報道の自由

もともと表現の自由は、思想や意見の表明行為の保護を念頭に置いた権利であるから、事実に関する情報の伝達まで「表現の自由」として保障されるのかには議論がある。

[論点 1] 憲法上の保障

確かに、「表現の自由」は、伝統的には、思想や意見の表明行為の保護を念頭に置いた権利であるから、事実の伝達は「表現の自由」として保障されないとも思える。

しかし、博多駅事件大法廷決定は、報道機関が事実を報道する自由について、報道が民主主義社会において国民が国政に関与するにつき重要な判断の資料を提供し、国民の知る権利に奉仕するものであるとの理由から、表現の自由を規定した憲法 21 条 1 項により直接保障されると解している。

そして、報道機関が事実を報道する自由は、上記の性質上、憲法 21 条 1 項が保障する「表現の自由」のうちでも特に重要なものである。

A 基礎応用 190～191 頁

司 H23

A

最大決 S44.1.26・百 173

(2) 取材の自由

〔論点 1〕 憲法上の保障

博多駅事件大法廷決定は、報道機関が事実を報道する自由について、報道が民主主義社会において国民が国政に関与するにつき重要な判断の資料を提供し、国民の知る権利に奉仕するものであるとの理由から、表現の自由を規定した憲法 21 条 1 項により直接保障されると解している。

その上で、本決定は、報道のための取材の自由について、報道機関の報道が正しい内容をもつために必要であるとの理由から、憲法 21 条の精神に照らし十分尊重に値すると述べている。

〔論点 2〕 地方裁判所による取材結果の提出命令

まず、報道機関が事実を報道する自由は、報道が民主主義社会において国民が国政に関与するにつき重要な判断の資料を提供し、国民の知る権利に奉仕するものであるから、「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により直接保障される。

次に、報道のための取材の自由は、報道が正しい内容をもつために必要なものとして、憲法 21 条の精神に照らし十分尊重に値する。

もっとも、取材の自由も、公正な裁判の実現というような憲法上の要請によりある程度の制約を受けることがある。

そこで、①取材結果の証拠としての必要性和報道機関の不利益を比較衡量し、これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合に、②それによって受ける報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮することを要件として、取材結果の提出命令が許容されると解すべきである。

そして、①の比較衡量の際には、⑦審判の対象とされている犯罪の性質・態様・軽重及び取材したものの証拠としての価値、⑧公正な刑事裁判を実現するにあたっての必要性の有無、⑨取材したものを証拠として提出させられることによって報道機関の取材の自由が妨げられる程度及びこれが報道の自由に及ぼす影響の度合、⑩その他諸般の事情を考慮する。

〔論点 3〕 捜査機関による取材結果の差押え

まず、報道機関が事実を報道する自由は、…略…「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により直接保障されると解する。

次に、報道のための取材の自由は、…略… 憲法 21 条の精神に照らし十分尊重に値すると解する。

もっとも、取材の自由も、公正な刑事裁判を実現するために不可欠である適正迅速な捜査の遂行という要請のためにもある程度の制約を受ける場合がある。

そこで、適正迅速な捜査の遂行という要請に基づく報道機関の取材結果の差押えの許容性は、取材結果の必要性和報道機関の不利益を比較衡量して決すべきである。

〔論点 4〕 「職業の秘密」を理由とする証言拒絶

報道関係者の取材源が証言拒絶事由を定める民事訴訟法 197 条 1 項 3 号の「職業の秘密」に当たるかが問題となる。

1. 「職業の秘密」（民訴法 197 条 1 項 3 号）は、その事項が公開されると、当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるものをいう。

一般に、報道関係者の取材源がみだりに開示されると、報道関係者と取

B 基礎応用 191～197 頁

A 予 R2 予 R5

最大決 S44.1.26・百 173

B

博多駅事件決定

B

TBS 事件・最決 H2.7.9・百 174

C 予 R5

NHK 記者証言拒絶事件・最決

H18.10.3・百 171

材源となる者との間の信頼関係が損なわれ、将来における自由・円滑な取材活動が妨げられ、報道機関の業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になる。そのため、取材源の秘密は、「職業の秘密」に当たる。

2. もっとも、上記の意味での職業の秘密のうち、保護に値する秘密についてのみ証言拒絶が認められると解すべきであり、保護に値する秘密であるかどうかは、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見・裁判の公正との比較衡量により決せられる。

そして、報道機関が事実を報道する自由は、国民の知る権利に奉仕するものであるから、憲法 21 条 1 項により直接保障される。また、報道のための取材の自由は、報道が正しい内容をもつために必要なものとして、憲法 21 条の精神に照らし十分尊重に値する。そうすると、取材源の秘密は、取材の自由を確保するために必要なものとして、重要な社会的価値を有するといえる。

そこで、当該報道が公共の利益に関するものであって、その取材の手段・方法が一般の刑罰法令に触れるとか、取材源となった者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情がなく、しかも、当該民事事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるため、当該取材源の秘密の社会的価値を考慮してもなお公正な裁判を実現すべき必要性が高く、そのために当該証言を得ることが必要不可欠であるといった事情が認められない場合には、当該取材源の秘密は保護に値すると解すべきである。

5. 放送の自由

B 基礎応用 197～198 頁

電波メディアによって、不特定多数者に情報を伝達する自由をいい、無線通信に限られず、有線放送によるものも含む。

放送の自由の権利主体は、事実上、一定規模の資本力・技術力・組織力を備えた事業体に限られる。このように、放送の自由は、事実上ごく少数の送り手に帰属する特殊な人権であるから、かかる特殊性に基づく特別の規制をする必要がある。

6. 政治的表現の自由

A 基礎応用 198～199 頁

政治的表現は、広く国や地方公共団体の政策決定に影響を与えることを目的・内容とする表現をいう。

これは、国民が言論活動により政治的意思決定に関与するという自己統治の価値との結び付きが強く、民主主義国家の政治的基盤をなす表現の自由の保障の中核に属するものであるから、立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的な人権として、特に重要なものとして尊重されるべきである。

他方で、政治的表現については、国家権力の担当者が常に最も強い関心を抱き、操作し抑圧する強い動機が働きやすい。

〔判例 1〕自衛隊官舎ビラ配布事件

A

事案：被告人らは、自衛隊のイラク派兵に反対する内容のビラを投函するために防衛庁立川宿舎の敷地内に立ち入った上、分担して、各棟 1 階出入口からそれぞれ 4 階の各室玄関前まで立入り、各室玄関ドアの新聞受けにビラを投函する等したところ、随時被害届が提出されたことから、建

最判 H20.4.11・百 158

第11章 経済的自由

職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）、居住・移転の自由（憲法 22 条 2 項）、財産権（憲法 29 条）を総称して、経済的自由と呼ぶ。

第1節. 職業の自由

A 司 H18 司 H26 司 H30
司 R2 予 H26

A 基礎応用 231～232 頁

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I
92

薬事法事件

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I
92

A 基礎応用 232～247 頁

A

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I
92

A

1. 保護領域

(1) 「職業」

「職業」は、人が社会において、自己の生計を維持するためにする継続的活動を意味する。

そして、「職業」には、分業社会における社会的機能分担という性質、（各人が自己のもつ個性を全うすべき場という意味での）個人の人格的価値との不可分関連性という意義がある。

(2) 「職業選択の自由」

狭義における「職業選択の自由」には、選択した職業を開始する自由のみならず、職業を継続・廃止する自由も含まれる。

職業の開始のみを保障し、その変更・終了を保障しないのでは「職業選択の自由」を保障した意味が失われるからである。

(3) 職業遂行の自由（営業の自由ともいう）

選択した職業を遂行する自由が保障されないのでは狭義の「職業選択の自由」を保障した意味が失われかねないから、営業の自由も「職業選択の自由」に含まれるものとして、憲法 22 条 1 項により保障されると解する。

2. 違憲審査基準

薬事法事件大法廷判決によると、職業規制の違憲審査基準の厳格度は、規制の態様と規制の目的を考慮して当該規制に関する立法府の裁量の広狭を明らかにすることにより判断される。

[論点 1] 職業規制に関する違憲審査基準についての判例理論

職業規制の違憲審査基準の厳格度については、積極目的規制については緩やかに審査し、消極目的規制については厳格に審査するとの規制目的二分論もある。

しかし、職業規制のなかには積極目的と消極目的の区別が困難であるものもあるし、これら以外の目的に基づくものもあるから、規制目的二分論は妥当でない。

そして、職業規制に関する違憲審査基準の厳格度は当該規制についての立法府の裁量の広狭により決せられるべきものであるところ、職業規制についての立法府の裁量の広狭は規制の目的だけでなく規制の態様によっても変わり得るものである。

そこで、職業規制の違憲審査基準の厳格度は、規制の態様と規制の目的を考慮して当該規制に関する立法府の裁量の広狭を明らかにすることにより判断すべきである。

[論点 2] 上記の判例理論の適用

1. 狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制

(1) 例えば、形式的にも実質的にも狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制については、職業の自由に対する強力な制約であるから、そ

の分だけ、立法裁量を尊重する要請が弱くなる。

しかも、規制の目的が消極目的であるなど、規制の目的に照らして立法府による政策的判断や専門技術的判断がさほど必要とされない規制については、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が高くなるから、その意味でも立法裁量を尊重する要請が弱くなる。

そこで、このような規制には、厳格な合理性の基準を採用するべきである。

(2) 薬事法事件大法廷判決によれば、形式的には職業遂行の自由を制約するにとどまる規制も、実質的にみて狭義の職業選択の自由に対する制約に当たることがある。この場合、当該規制については、職業の自由に対する強力な制約と評価されることになるため、その分だけ立法裁量を尊重する要請が弱くなるから、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が弱いといえるのであれば、厳格な合理性の基準を採用することができる。

(3) 狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制であっても、規制の目的が積極目的や財政目的にあるなど、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が強いといえる場合には、酒類販売免許制事件判決のように、緩やかな審査基準が妥当する。

2. 職業遂行の自由を制約するにとどまる規制

(1) 実質的にも職業遂行の自由を制約するにとどまる規制については、職業の自由に対する強力な制約であるとはいえないのが通常であるから、仮に規制の目的に照らすと立法裁量を尊重する要請が強くないという場合であっても、原則として、厳格な合理性の基準を採用することはできない。

(2) 実質的にも職業遂行の自由を制約するにとどまる規制であり、なお且つ、規制の目的が積極目的や財政目的にあるなど、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が強いといえる場合には、小売市場大法廷判決が採用した明白の原則を採用することになる。

最判 H4.12.15・百 I 94

3. 判例

[判例 1] 薬事法事件

事案：薬事法では、医療品の供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を前提として、医薬品の一般販売業の許可条件として薬局等の設置場所が配置上適正であることも加わり、適正配置の具体的基準については各都道府県条例に委任されており、広島県の条例では、適正配置基準として既存の薬局との間に最短距離で概ね 100m と定められていた。

本事件では、薬局開設の距離制限を規定する薬事法 6 条 2 項及び県条例が憲法 22 条 1 項に違反するかどうか主たる争点となった。

要点：①消極目的に基づく職業の許可制の憲法適合性については、厳格な合理性の基準（中間審査の基準）により審査する（[論点 1]）。薬局開業の許可制及び各許可条件は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守るという消極目的に基づく職業選択の自由そのものに対する制約であるから、厳格な合理性の基準が適用される。

なお、許可条件のうち適正配置規制については、「薬局の開設等の許可

基礎応用 275～292 頁

A 最大判 S50.4.30・百 I 92

司 H18 司 H26 司 H30 司 R2

予 H26

における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものである。」との理由から、職業選択の自由そのものに対する制約が認められる。

②医療品の供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したこと自体は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守るためという公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的な措置として、合憲である。

③許可条件に関する基準のうち、「薬局の構造設備」・「薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数」・「許可申請者の人的欠格事由」についての許可条件は、いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であるから、比較的容易にその必要性と合理性を肯定できる。

④「適正配置規制」は、不良医薬品の供給の防止の目的に直結する直接の関連性を有しないから、その必要性と合理性について、別途検討する必要がある。

適正配置規制は、主として不良医薬品の供給による国民の生命・健康に対する危険を防止することを内容とする消極目的に基づく規制であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止は不良医薬品の供給を防止する手段にすぎない。したがって、適正配置規制は、重要な公共の利益のための規制といえる。

確かに、「適正配置規制の不存在—薬局等の偏在—競争の激化—経営の不安定—法規違反による不良医薬品の供給」という因果関係のうち、「適正配置規制の不存在—薬局等の偏在—競争の激化—経営の不安定」までは容易に想定される。しかし、経営が不安定化した薬局等において法規違反による不良医薬品の供給が起こるといふ危険が相当程度の規模で発生する可能性については、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とはいえない。したがって、手段の必要性の前提として要求される手段の適合性が認められない。よって、適正配置規制は、必要かつ合理的な規制とはいえず、憲法 22 条に反し違憲である。

[判例 2] 酒類販売免許制事件

事案：酒税法は、酒類販売業について免許制度を定めるとともに、免許基準の一つとして「…その経営の基礎が薄弱であると認められる場合」には免許を与えないとすることができると規定していた。

要点：本判決は、薬事法事件大法廷判決を参照して、「一般に許可制は、…狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」と述べた。

その上で、消極目的・積極目的のいずれでもない「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的」の存在を認め、「租税法の定立」については「総合的な政策判断」及び「極めて専門技術的な判断」が

A

最判 H4.12.15・百 194

必要であるとの理由から「裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ない」として、かかる目的に基づく「職業の許可制による規制については、その必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り」合憲であるとの判断基準を示した。これは、「明白」という表現が用いられていないため、明白の原則よりは厳格な基準であると理解されている。¹⁾

[判例 3] 医薬品ネット販売事件

事案：新薬事法は、一般用医薬品を健康被害のリスクに応じて第1類医薬品・第2類医薬品・第3類医薬品に分けた上で、これらの販売・授与の方法等について規定するとともに、販売・授与の方法の具体的態様について厚生労働省令に委任していた。この委任を受けて、新薬事法施行規則は、第1類医薬品・第2類医薬品について、郵便等販売を一律に禁止するとともに、店舗における販売・授与・情報提供を対面によることを義務付けた。これにより、インターネット等での販売が可能な一般用医薬品は、第3類医薬品のみとなった。

本事件では、新薬事法施行規則は郵便等販売を広範に禁止するものであり、新薬事法の委任の範囲外の規制を定める違法なものではないかという点が問題となった。

要点：委任命令が授權規定による委任の範囲内といえるか否かは、授權規定の文理、授權規定が下位法令に委任した趣旨、授權法の趣旨・目的・仕組みとの整合性、委任命令によって制限される権利・利益の性質等を考慮して判断される。

そして、本判決は、①安全面及び消費者の利便性の見地からみて、一般医薬品の販売・授与の方法を店舗における対面のものに限定すべき理由は乏しいという意見が、一般消費者、専門家・有識者等、さらには政府内部でも存在したこと、②旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかであることを理由に、委任の趣旨の解釈を厳格に行った。具体的には、新薬事法中の諸規定から、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要求している。

B

最判 H25.1.11・百IIA19

¹⁾ 本判決は、酒類販売業の免許制について、薬事法事件大法廷判決を参照して、①「一般に許可制は、…狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」と述べる一方で、②当該免許制は「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的」に基づくものであり、「総合的な政策判断」及び「極めて専門技術的な判断」が必要であるとの理由から、「必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り」合憲であると述べている。このように、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さがずれている。

職業規制に関する判例について、判例の立場であると理解されている利益較量論に従って理解するのであれば（論証集 8 頁・3）、積極目的又は財政目的に基づく狭義の職業選択の自由に対する規制については、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さがずれることになる。利益較量論だからこそ、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さが異なることも許容されるのである。

これに対し、学説の違憲審査基準論に従って理解するのであれば、目的審査と手段審査とで厳格度を一致させる必要があるから、判例のように規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さが異なるという事は許されない。この点については、職業規制が出題された平成 26 年司法試験の採点実感でも、「定立した審査基準と、目的審査において求められる正当性のレベルがかみ合っていないものが多かった。例えば、厳格な合理性審査を採りながら、目的が「正当」であればよいと記述している答案などである。」として批判されている。

第4章 裁判所

1. 司法権の意味と範囲

憲法は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定めている（憲法76条1項）。

(1) 司法権の概念

司法とは、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」だと考えられてきた。

(2) 法律上の争訟

司法権の概念の中核をなす「具体的な争訟」は、裁判所法3条1項の「一切の法律上の争訟」と同じ意味である。

「法律上の争訟」の意味について、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争であって、②それが法律を適用することにより終局的に解決することができるものに限られる。

「法律上の争訟」にあらず、裁判所の審判権が及ばない場合又は事項としては、次のようなものがある。

ア. 具体的事件性がない

具体的事件性もない（つまり、自己の権利又は法律上保護される利益の侵害がない）のに抽象的に法令の解釈又は効力について争うことはできない。

なお、具体的事件性を前提とせずに出訴できるとする客観訴訟（民衆訴訟：行訴法5条、機関訴訟：同法6条）は「その他法律において特に定める権限」（裁判所法3条1項）として法律で例外的に認められたものである。

イ. 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

これは、①・②いずれも欠き、「法律上の争訟」に当たらない。

例えば、国家試験における合否の判断は、学問又は技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為であるから、試験実施機関の最終判断に委ねられ、「法律上の訴訟」に当たらない。

ウ. 宗教問題

まず、①純然たる信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断自体を求める訴えや、単なる宗教上の地位の確認を求める訴えは、具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争ではないから、①を欠き、「法律上の争訟」に当たらない。

次に、②具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争において宗教問題が前提問題とされている場合には、③紛争の実態ないし核心が宗教上の争いであって全体として裁判所による終局的解決に適しないものと、④紛争自体は全体として裁判所による解決に適しないとはいえないものがある。⑤は、②を欠き「法律上の争訟」に当たらないとして訴えが却下される。⑥は、「法律上の争訟」に当たるため訴えが却下されないものの、当該争点については宗教団体の自律的判断が尊重されるため、宗教上の教義の解釈にわたるなど本来その自治によって決定すべき事項について裁判所は実体的な審理判断を行わず、自治に対する介入にわたらない事項（例えば、住職の選任ないし罷免の事務上の問題）についてのみ審理判断することが許される。⑦の場合に司法審査が制限され得る根拠は、宗教団体の

B 基礎応用 348～362 頁

B

B 予 H30

C

C

B

宗教上の教義・信仰に関する事項には憲法上国の干渉からの自由が保障されていることに対応して、これらの事項について裁判所の中立性が要求されることにある。

(3) 司法権の限界

裁判所は「一切の法律上の争訟を裁判」する（裁判所法 3 条 1 項）というのが原則であるが、この原則にはいくつかの例外がある。

具体的には、①議員の資格争訟の裁判（憲法 55 条）、裁判官の弾劾裁判（憲法 64 条）のように、憲法が特別の理由から明文で認めたもの、②国際法上の治外法権や、条約による裁判権の制限のように国際法によって定められたもののほか、③国会ないし各議院の自律権に属する行為、行政機関ないし国会の自由裁量に属する行為、統治行為、及び団体の内部事項に関する行為など、法律上の係争ではあるが、事柄の性質上裁判所の審査に適しないと認められるもの、が挙げられる。以下では、③について取り上げる。

ア. 自律権に属する行為

自律権とは、懲罰や議事手続など、国会又は各議院の内部事項について自主的に決定できる権能のことをいう。

警察法改正無効事件大法廷判決は、「同法（新警察法）は両院において議決を経たものとされ適法な手続によって公布されている以上、裁判所は両院の自主性を尊重すべく同法制定の議事手続に関する…事実（議事手続の衆議院規則違反）を審理してその有効無効を判断すべきではない」とした。

イ. 自由裁量行為

政治部門（国ないし行政機関）の自由裁量に委ねられる行為は、当・不当が問題となるだけで、裁量権を著しく逸脱又は濫用した場合でない限り、裁判所の統制が及ばない。

ウ. 統治行為

統治行為は、直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為を意味し、「法律上の争訟」として裁判所による法的な判断が理論上は可能であるものの、事柄の性質上、司法審査が及ばないとされる。

〔論点 1〕 統治行為の論拠と範囲・限界

直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為は、主権者たる国民に対して政治的責任を負う政府・国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものであるから、三権分立の原理に由来する司法権の憲法上の本質に内在する制約として、裁判所の審査権の外にあると解すべきである。

もともと、統治行為論の根拠は民主政の理論（国民の意思の尊重）にあるから、精神的自由権の侵害を争点とする事件には適用すべきでない。

エ. 団体の内部事項に関する行為

地方議会、大学、政党、労働組合、弁護士会等々の自主的な団体の内部紛争に対して、それぞれの団体の自治（自主性・自立性）を尊重するために司法審査を控えるべき場合もある。

〔論点 1〕 外在的制約論

団体の内部問題についてはそれぞれの団体の自主性・自律性を尊重する要請があるところ、従来最高裁判例は、「一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題」については司法権の内在的制約として司法審査の対象外であるとする「部分社会の法理」を採用していた。

C

最大判 S37.3.7・百 II 186

C

A 予備 H27

A 予備 H27

苫米地事件・最大判 S35.6.8・百 II

196

司 H21 予 H30

A

最判 S52.3.15・百 II 182

しかし、法秩序の多元性を前提とする一般的・包括的な「部分社会の法理」は妥当でない。

そこで、団体の内部問題に対する司法審査の可否・限界については、その適否が専ら団体の自主的・自律的な解決に委ねられるべきかを個別具体的に判断すべきである（外在的制約論）。

この判断では、団体の目的・性質・機能、自律性・自主性を支える憲法上の根拠、問題となっている事柄等（争われている権利・利益の性質等）を考慮する。

最大判 R2.11.25 参照

【判例 1】市議会議員出席停止事件

A

事案：市議会により 23 日間の出席停止の懲罰を科された市議会議員がその取り消しを求める訴えを提起した。

最大判 R2.11.25

要点：本判決の要点は以下の 3 つである。

1. 法律上の争訟

(1) 司法権は「法律上の争訟」についてのみ行使できるのが原則であり（裁判所法 3 条 1 項）、ここでいう「法律上の争訟」は、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争であって、②それが法律を適用することにより終局的に解決することができるものに限られる。

(2) 市議会議員が市議会により科された出席停止の懲罰の取り消しを求める訴えは、市議会議員としての権利の存否に関するものである上（①）、法令の規定に基づく処分の取消しを求めるものという意味で法令の適用によって終局的に解決し得るものでもあるから（②）、「法律上の争訟」に当たる。

2. 司法審査の可否

(1) … [論点 1] …

(2) 確かに、地方議会には、住民自治及びその実現手段としての団体自治を内容とする「地方自治の本旨」（憲法 92 条）を根拠として、議会の運営に関する事項について自律的な権能が認められる。地方議会による議員の懲罰は、上記の自律的な権能の一内容を構成する。

しかし、地方議会については、国会と異なり、議員の資格争訟の裁判権（憲法 55 条）や免責特権（憲法 51 条）を定めた規定が存在しないため、国会と同程度の自律性・自主性を認めることはできない。

また、「地方自治の本旨」の中核は住民自治にあり、団体自治は住民自治を実現する手段に位置づけられるところ、議員は、憲法上の住民自治の原則を具現化するため、議会において住民の代表としてその意思を当該普通地方公共団体の意思決定に反映させるべく活動する責務を負う。

そして、議員に対して出席停止の懲罰が科されると、当該議員は議員としての中核的な活動を行うことができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる。これは、当該議員に投票した有権者の意思の反映を制約するものとなり、住民自治を阻害することを意味する。

そうすると、議員に対する出席停止の懲罰について司法審査の対象外とすることは、「地方自治の本旨」としての住民自治により司法権に対する外在的制約を基礎付けながら、住民自治を阻害する結果を招く

という意味で、背理である。¹⁾

そこで、地方議会による議員に対する出席停止の懲罰については、その適否が専ら議会の自主的・自律的な解決に委ねられるべきであるとはいえないから、常に司法審査の対象になると解すべきである。

3. 司法審査の方法（限界）

地方議会による議員に対する出席停止の懲罰の適否について司法審査をする際には、以下の通り、地方議会の自律性・自主性にも配慮する必要がある。

すなわち、地方議会による懲罰の実体判断については、議会に裁量が認められることから、懲罰が違法であると判断されるのは、裁量権の逸脱・濫用がある場合に限られる。

そして、地方議会による懲罰の判断についての裁量権の逸脱・濫用を判断する際には、地方議会の自律性・自主性に配慮するために、地方議会の懲罰についての裁量を広めに認めるべきである。

最大判 R2.11.25 は、村会議員に対する出席停止の懲罰を司法審査の対象外とした村会議員出席停止事件（最大判 S35.10.19・百II181）を変更した。

2. 裁判所の組織と権能

B 基礎応用 362～368 頁

(1) 最高裁判所裁判官の国民審査

予 H24

最高裁判所の裁判官については、とくに、国民審査の制度が設けられている（憲法 79 条 1 項）。これは、最高裁判所の地位と権能（特に違憲審査権）の重要性に鑑み、裁判官の選任に対して国民による民主的コントロールを及ぼすことを目的としている。

〔論点 1〕国民審査の性質

B

国民審査の性質については、①解職制（リコール制）と解する見解、②解職と同時に適任者の信任の性格を有すると解する見解、③解職と任命の事後審査の性格を併有すると解する見解があり、判例・通説は①である。

最大判 S27.2.20・百II184

確かに、「最高裁判所の裁判官の任命は…国民の審査に付し」という憲法 79 条 2 項の文言だけを見ると、国民審査に先行する天皇又は内閣による任命行為（憲法 6 条 2 項、憲法 79 条 1 項）は国民審査までの間の暫定的な行為であって、国民審査は任命行為を確定ないし完成させる作用であると捉える余地もある。

しかし、このように考えると、任命時から国民審査を受けるまでの間における最高裁判所裁判官の地位を説明することができない。

また、「投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免する」という憲法 79 条 3 項の文言からすれば、国民審査は、すでに任命が確定ないし完成されている最高裁判所裁判官の適格性を国民が判断し、不適格者を罷免する制度であると解される。

そこで、国民審査は解職の制度であると解する。

¹⁾ 本判決が地方議会議員の出席停止について“常に”司法審査の対象になるとした本質的理由は、地方議会の内部問題に対する司法権の外在的制約を「地方自治の本旨」としての住民自治により基礎付けておきながら、出席停止を司法審査の対象外として住民自治の効果を阻害するのは背理であるという考えにある。すなわち、地方議会の内部問題に対する司法権の外在的制約を「住民自治（憲法 92 条）⇒地方議会の自律性・自主性⇒司法権の外在的制約」というロジックで認めておきながら、出席停止を司法審査の対象外として住民自治の効果を阻害するのでは、司法権の外在的制約を認めた根拠と帰結とが矛盾するということがある。同じ問題意識は、大学の学問の自由（憲法 23 条）のための制度的保障である大学の自治を根拠として大学の内部問題についての自主性・自律性を認めておきながら、大学の自治を根拠として大学による研究者に対する研究中止命令（大学における学問の研究の自由を制約する処分）について司法審査の対象外とするのは背理ではないかという形で平成 21 年司法試験で出題されている。

(参考文献1)

- ・「憲法」第8版(著:芦部信喜、補訂:高橋和之-岩波書店)
- ・「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)
- ・「憲法Ⅱ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
- ・「立憲主義と日本国憲法」第3版(著:高橋和之-有斐閣)
- ・「体系 憲法訴訟」初版(著:高橋和之-岩波書店)
- ・「憲法Ⅰ基本権」第2版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)
- ・「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)
- ・「憲法訴訟」第2版(著:戸松秀典-有斐閣)
- ・「憲法」第3版(著:渋谷秀樹-有斐閣)
- ・「憲法起案演習 司法試験編」初版(著:渋谷秀樹-弘文堂)
- ・「日本国憲法論」第2版(著:佐藤幸治-成文堂)
- ・「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4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」2012～2023(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 行政法総論」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ 行政救済法」第6版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ 行政組織法」第5版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅰ」第5版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第4版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第4版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説Ⅰ」第8版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅱ」第7版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅲ」第5版(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Ⅰ」第8版(有斐閣)
- ・「行政判例百選Ⅱ」第8版(有斐閣)