

合憲か違憲かをどう決めるか——三段階審査と違憲審査基準

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから憲法#11 / 動画: <https://youtu.be/p4EMVPRhN7k>

第2章 人権総論 ⑪／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 想起：二つの宿題を受け取る

導入

想起：二つの宿題を受け取る

前々回：実質的公平の原理

- 「公共の福祉」＝ **人権相互の矛盾・衝突を調整する実質的公平の原理**

宿題①（前々回から）

- 「**どこまで**制限できるか」を判定するものさしが出てこない

前回：特別な関係にある人の人権

- 公務員・被收容者の人権を、根拠と限度を個別に問う
 - 收容の目的という「枠」＋「相当の蓋然性」という「絞り」の二つで決まる

宿題②（前回から）

- 「どんな順番で、どんな厳しさで確かめるのか」が残った

始める前に、二つ、確かめておきたいことがあります。一つ目です。前々回、「公共の福祉」とは何か、学説の歩みをたどりました。たどり着いた答えは、覚えていますか？ただ、そこには宿題が残っていましたね。二つ目です。前回は、国家と特別な関係にある人——公務員や被收容者の人権を見ました。「特別な身分だから制限されて当然」ではなく、何で決まっていたか。ですが、ここでも、同じ宿題が残ったままでした。「どんな順番で、どんな厳しさで確かめるのか」——あ

らゆる人権制限に共通する、判定のものさしです。今日、その宿題の、いちばん大きな部分を返します。目の前の規制が、合憲か違憲かを、どうやって決めるのか——今日の主役です。

2

三段階審査①：保障の有無——その行為は人権の「箱」に入るか

短答知識

三段階審査の全体像

|① 保障の有無

- 目の前の行為は、憲法の定める人権として保障されるか

|② 制約の有無

- その保障された行為に、実際に制約がかかっているか
 - 直接的かつ強度 / 間接的・付随的

|③ 制約の正当性（合憲性審査）

- ③-1 形式的審査：法律の根拠・明確性
- ③-2 実質的審査：絶対的禁止 / 一定の制約を許容→違憲審査基準

最初のステップです。目の前の行為が、そもそも、人権という「箱」に入るかどうかを確かめます。ある行為が、憲法の定める、どの人権として保障されるか、ということです。ここで、一つコツがあります。一つの行為が、複数の人権の候補にまたがって見えても、できるだけ、一番ぴったり合う条文を探すことです。労働組合を結成する行為は、団体を作るという点では、結社の自由の問題にも見えます。ですが、勤労者の団結を保障す

る、よりの的を絞った、28条という条文が、憲法には別にあります。この場合は、その、的を絞った条文の方を選びます。その条文が、その場面を名指しして、より手厚い保障を用意しているからです。なお、その行為をした人が、そもそも人権を持つ主体と言えるかどうか、このレベルで確認します。外国人や団体の人権のところ、すでに見た道具です。今日は、深入りしません。

三段階審査①：保障の有無——その行為は人権の「箱」に入るか

|確認するポイント

- その行為は、憲法のどの人権に当てはまるか
 - 一番ぴったり合う条文を選ぶ

|今日の設例

- 駅前広場での政治的な演説や署名活動を、市が全面禁止する条例

|第21条1項（表現の自由）

- 「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」

|判定

- **保障されます** — 自分の考えを他人に伝える行為は、21条1項の表現の自由に当たる

では、今日使う設例を、一つ用意します。ある市が、市営の駅前広場での、政治的な意見表明を目的とした、演説や署名活動を、一律に禁止する条例を、定めたとします。この禁止条例を、今日、最後まで一本の筋で追いかけます。まず、この行為が保障されるかを、確認しましょう。

条文 日本国憲法 21条1項

日本国憲法 第二十一条

1項 集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。

演説も、署名活動も、自分の考えを、他人に伝えようとする行為です。21条1項が保障する、表現の自由に、そのまま当てはまります。人権という箱には、確かに入っています。次に、本当に制約されているかを見ていきましょう。

3 三段階審査②：制約の有無

短答知識

三段階審査②：制約の有無

| 制約の有無を確認

- 保障された行為に、実際に制約がかかっているか

| 制約の強さ

- 直接的かつ強度 — 行為そのものを名指しして禁止
- 間接的・付随的 — 別の目的の規制が、たまたま副次的に影響
 - 例：道路工事のため、集会の場所が一時的に使えなくなる

| 今日の禁止条例

- 演説や署名活動そのものを名指しして全面禁止 = 直接的かつ強度な制約

二つ目のステップです。保障された行為に、実際に、制約がかかっているかを確認します。保障されていても、何の制約も受けていなければ、憲法上の争いには、そもそもなりません。ここで、もう一つ、見ておきたいことがあります。制約には、強さの違いがあるということです。行為そのものを、名指しして禁止するような制約は、直接的かつ強度な制約と呼ばれます。一方、別の目的の規制が、たまたま副次的に、その行為にも影響する場合は、間接的・付随的な制約と呼ばれます。たとえば、道路工事のために、たまたま集会の場所が、一時的に使えなくなる——これ

は、間接的で、付随的な制約です。今日の禁止条例は、演説や署名活動そのものを、名指しして、全面的に禁止しています。これは、直接的かつ強度な制約に当たります。この強さが、あとで見る、目盛りの選び方に、効いてきます。覚えておってください。では、制約は確かにある——次は、その制約が、正当化できるかどうかを、確認していきましょう。

三段階審査③-1：制約の正当性・形式的審査

短答知識

三段階審査③-1：制約の正当性・形式的審査

|形式的審査の2つの確認

- ①法律の根拠があるか — 法律の留保
 - 根拠なしに人権を制限することは法治主義に反する
- ②法律の内容は明確か — 明確性の原則
 - あいまいな規制は、本当は自由な行為まで抑えてしまう（萎縮効果）

|今日の禁止条例

- 市議会が定めた条例（法律の根拠がある）・何を禁止するかが明確
- 判定：形式的審査をクリア

三つ目のステップ、制約の正当性です。この検討全体を、合憲性審査、あるいは違憲審査と呼びます。裁判所が81条で持つ、あの違憲審査の権限を、実際に働かせるのが、このステップです。ここは、二段構えになっています。まず、外側の形から見る、形式的審査です。一番目に、法律の根拠があるかどうかです。前回、法律の根拠が無いのに人権を制限することは、法治主義に反する、という話をしました。ここでも、同じ考え方を使います。法律の根拠が無ければ、それだけで、その制約は違憲です。これを、法律の留保と呼びます。あのときの2つの顔のうち、「法律の根拠が無ければ制限できない」という、良い方の顔だけを、ここでは使います。二番目に、もう一つ条件があります。表現の自由を制限する法律や、刑罰を科す法律は、内容が、明確でなければなりません。規制の中身が、あいまい

だと、どこまでが禁止されるか、誰にも分かりません。すると、本当は自由なはずの行為まで、念のため控えてしまう——萎縮効果が起きます。だから、条文の言葉は、はっきりしている必要があります。今日の禁止条例を見てみましょう。市の議会が定めた、条例です。条例は法律とは違いますが、条例も、住民が選んだ議員の議会が、憲法と法律の範囲内で定めるルールです。だから、法律の根拠が要る、というときの根拠には、条例も含まれます。何を禁止するかも、はっきり書かれています。形の審査を通過したら、次は、中身の審査に進みます。

5

三段階審査③-2：制約の正当性・実質的審査

短答知識

三段階審査③-2：制約の正当性・実質的審査（2分岐）

|実質的審査の分岐点

- ①**絶対的禁止** — 理由のいかんを問わず、憲法が禁止している場合
 - 例：検閲（21条2項）→ ただし「行為そのものを禁止」とは別
 - 検閲は「発表前に行政が中身を審査して止める」→ 絶対ダメ
 - 今日の禁止条例は検閲には当たらない
- ②**一定の制約は許容** — 程度問題へ進む
 - どこまでなら許されるかを、違憲審査基準で測る

形をパスしたら、次は中身です。さきほどの合憲性審査のうち、中身を見る場面——これが、実質的審査です。ここで、道は二つに分かれます。一つ目は、理由のいかんを問わず、憲法が、絶対的に禁止している場合です。その代表例が、検閲です。21条2項が定めています。検閲が具体的に何を指すのか、その中身は、表現の自由を扱う回で、じっくり見ていきます。今日は、「例外なく絶対にダメ、というカテゴリーがある」ということだけ、押さえてください。いえ、検閲には当たりません。検閲は、おおまかに言うと、発表される前の中身を、行政があらかじめ審査して止めるようなものです。今日の禁止条例は、場所

を決めて、行為そのものを、一律に禁止しているだけで、性質が異なります。ですので、道は、もう一つの方に進みます。二つ目——一定の制約は、許容されている場合です。この場合は、絶対にダメとまでは言えないので、どこまでの制約なら許されるか、程度の問題になります。そこが、今日、いちばん時間をかけたいところです。ここからは、三つ目のステップの中——厳しさの話に入ります。

6

なぜ、目盛りを先に決めておくのか

論文の骨格

なぜ、目盛りを先に決めておくのか

| 比較衡量の弱点①

- 「地域全体の生活環境」⇔「この一軒の営業の自由」
- 天秤の皿の大きさが比べる前から違って見えてしまう
 - 国の利益はいつも大きく見える → 公益に偏りやすい

| 比較衡量の弱点②

- 天秤の使い方は、事案ごとに裁判官が判断
- 同じ事件でも、裁判官によって判断がぶれてしまう

| 解決策

- 事案の中身を見る前に、どれくらい厳しく疑うか、目盛りをあらかじめ固定しておく

「どこまで許されるか」を決める、一番シンプルな方法は、規制で得られる利益と、失われる利益を、天秤に乗せて比べることです。前々回、比較衡量として見ました。前々回、深夜営業の規制を例に、弱点を見ましたね。

「地域全体の生活環境」と、「一軒の営業の自由」を並べると、比べる前から、皿の大きさが違って見えてしまう、という話でした。ここに、もう一つ、弱点を足します。天秤の使い方は、事案ごとに、裁判官が、そのつど判断することになります。すると、同じような事案でも、裁判官によって、判断がぶれてしまいます。同じ駅前広場の事件でも、ある裁判官は「秩序の方が重い」と言い、別の裁判官は「表現の方が重い」と言う——天秤の上では、どちらも成り立ってしまいます。裁判官の主観的な判断を、拘束する仕組みが、天秤にはありません。すると、さきほどの、公益の皿が大きく見えるという傾向が、そのま

ま結論に出てしまいます。そして、結果として、公益を優先する判断に、陥りやすくなります。この二つの弱点——判断がぶれることと、公益に偏りやすいこと、この両方を避けるには、どうすればいいのでしょうか。事案の中身を見る前に、どれくらい厳しく疑うか、その目盛りを、あらかじめ固定しておく——これが、違憲審査基準という発想の出発点です。目盛りを先に決めておけば、裁判官が変わっても、同じ目盛りで測ることになり、判断がぶれにくくなります。そして、目盛りそのものを、あらかじめ厳しく設定しておけば、公益に偏りやすいという弱点も、抑えられます。

7

違憲審査基準の3層——目的と手段の物差し

短答知識

違憲審査基準の3層

基準	目的	手段	別名
厳格審査基準	やむにやまれぬ必要 不可欠な公共的利益	必要最小限度	—
中間審査基準	十分に重要	実質的関連性	LRAの基準
合理性の基準	正当	合理的関連性	明白性の基準・ 明白性の原則

では、その目盛りを、具体的に見ていきましょう。違憲審査基準は、大きく三段階に分かれています。どの段階でも、見るポイントは同じ二つです。規制の目的と、その目的を達成する手段です。人権を制限する以上、それに見合うだけの理由があるか——目的です。そして、その理由のために、本当に必要な範囲か——手段です。この二つが揃わなければ、正当化できないからです。厳しさが変わると、目的と手段、両方の要求レベルが、同じ向きに変わっていきます。厳しく疑うというのは、国の側に、より重い説明を求めということです。だから目的も手段も、同時に重くなります。一番厳しいのが、厳格審査基準です。目的は、やむにやまれぬ、必要不可欠な、公共的利益。手段は、必要最小限度——これ以上ないというくらい、絞り込んだ方法でなければなりません。目安としては、人の生命や身体を守る、といったレベルの利益です。真ん中が、中間審査基準です。別名、LRAの基準とも呼ばれます。目的は、必要不可欠とまでは言えなくても、十分に重要

とさえれば足ります。たとえば、交通の安全を保つ、といった利益なら、十分に重要と言えます。手段は、実質的関連性——目的との間に、しっかりとしたつながりがあれば足ります。ただし、もっと制限の少ない、代わりの手段があるなら、そちらを使うべきだった、と判断されます。より制限的でない、他の選ぶ手段——その頭文字を取って、LRAの基準と呼ばれます。一番緩やかなのが、合理性の基準です。明白性の基準、明白性の原則とも呼ばれます。目的は、正当とさえれば足ります。目的そのものがおかしい、と言えなければ通る、という緩さです。手段も、合理的関連性——一応のつながりがあれば足ります。裁判所は、明らかに不合理だと言えない限り、口を出さない、という緩やかな姿勢を取ります。一つのダイヤルを、強めるか緩めるか、というイメージで捉えてください。

8 1つの規制を、3つの物差しで測る

同じ禁止条例を3つの基準で測った結果

基準	目的の審査	手段の審査	結論
厳格審査基準	秩序維持は「やむにやまれぬ必要不可欠」と言えない	全面禁止では必要最小限度ではない (時間・場所を区切る方法がある)	違憲
中間審査基準	秩序維持は「十分に重要」と言えるかもしれない	全面禁止でなくても実現できる (許可制・時間帯区切りというLRA)	違憲
合理性の基準	秩序維持は「正当な目的」	全面禁止は秩序維持と「一応のつながり」がある (明らかに不合理とは言えない)	合憲

では、今日の禁止条例を、この三つの目盛り
に、実際に当てはめてみましょう。市が掲げ
る目的は、広場の秩序を維持することです。
手段は、演説・署名活動の全面禁止です。ま
ず、厳格審査基準を使ったら、この規制は、
生き残ると思いますか。広場の秩序維持とい
う目的が、やむにやまれぬ必要不可欠なレ
ベルまで、達しているとは、言い難いところ
があります。仮に目的を認めたとしても、手
段が全面禁止では、必要最小限度とは言え
ません。時間や場所を区切るなど、もっと絞
った方法があるからです。結論は、違憲です。
次に、中間審査基準を使ったら、どうでしょ
うか。ここでも「もっと絞った方法があるか」
という、厳格審査のときと同じ問いを使いま
す。違うのは、目的にどこまでの重さを求め
るか、と、代わりの手をどこまで探すか——そ
の厳しさです。目的は、十分に重要、とは認
められるかもしれません。ですが、手段を見

ると、許可制にする、時間帯を区切るとい
った、もっと制限の少ない方法、つまりLRA
があります。全面禁止でなくても、目的は達
成できてしまう以上、実質的関連性は認めら
れません。結論は、やはり違憲です。最後に、
合理性の基準を使ったら、どうでしょうか。
広場の秩序維持は、正当な目的です。全面禁
止という手段も、秩序維持と、一応のつなが
りはあると言えます。明らかに不合理だとま
では、言い切れません。結論は、合憲です。
ここが、今日、一番体感してほしいところ
です。どの物差しを選ぶかで、結論が変わっ
てしまう。だからこそ、物差しを選ぶこと自
体に、恣意的でない、きちんとした理由が必
要になります。その理由づけが、次に見る、
二重の基準論です。

9 今日の到達点と、残る問い

全体復習

今日の到達点と、残る問い

|三段階審査と違憲審査基準は別の軸

- 三段階審査 = 順番 (①保障→②制約→③正当性)
- 違憲審査基準 = 厳しさ (③正当性の中身にある3層の目盛り)
 - 3つの基準で、同じ規制も結論が変わる

|残る大事な問い

- この三つのうち、どれを、いつ使えばいいのか
 - その理由づけがなければ、都合のいい基準をあとから選んでいるだけ
 - 答えは次回：二重の基準論

それでは、ここまでを、いったん整理しましょう。確かめる順番——三段階審査と、確かめる厳しさ——3層の物差しは、別の軸でした。つまり3層の物差しは、三段階審査の外にあるのではなく、三つ目のステップの中身でした。そして、同じ禁止条例でも、使う物差しが変われば、結論そのものが、変わってしまうことも見ました。ただ、一つ、大事な問いが、まだ残っています。「どこまで制限できるかを判定するものさし」——物差し自体

は、確かに手に入りました。ですが、この三つのうち、どれを、いつ使えばいいのか、その選び方は、まだ、手にしていません。そこに理由が無ければ、都合のいい物差しを、あとから選んでいるだけ、と言われても、反論できなくなってしまいます。今日見た、制約が直接的か、付随的かという強さも、その判断の材料になります。宿題は、まだ、完全には返せていません。残っているのは、いつ、どちらの物差しを使うか——その判断の理由です。